الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

جامعة 08 ماي 1945

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الأستاذة: فلكاوي مريم

محاضرات في مقياس المنهجية

موجهة لطلبة السنة أولى ماستر قانون أعمال

السنة الجامعية 2022/2021

المحور الثالث: منهجية تحرير استشارة قانونية:

يعد تقديم الاستشارة القانونية من أهم الأعمال التي يمارسها القانوني، بغض النظر عن مهنته، محاميا، خبيرا، قاضيا، ...ويتعرض لها طالب القانون كامتحان معرفي منهجي تطبيقي، بهدف تقييم معارفه حول مسالة قانونية معينة، مع تقدير إمكانياته في ربط الوقائع بما هو مقرر قانونا، في نسق منهجي ينطلق من التحليل الجزئي للأفكار وتكييف الوقائع، إلى الخروج بحل قانوني لصالح المستشير.

والاستشارة هي طلب إبداء الرأي القانوني في موضوع يثير مشكلات أو مسائل عملية تستوجب تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق لإيجاد الحلول الصحيحة لتلك المشكلات، وذلك قد يكون بشأن مواد تجارية أو مدنية أ جزائية، أو مواد الأحوال الشخصية، أو أية مواد أخرى. (1)

بيد أن مهمة تقديم استشارة قانونية قد تصعب على طالب القانون، تقرر ضمن برنامج الأولى ماستر محور منهجية تحرير استشارة قانونية، حتى تمكنه من الولوج للحياة العملية بسلاسة وتمكين، وهي تتم وفق خطوات تتلخص فيما يلي:

أولا: المرحلة التحضيرية (المعطيات):

تكتسي المرحلة التحضيرية لتقديم الاستشارة أهمية بالغة، فعلى أساسها يبني الطالب (المستشار) (المستشار) أهم المسائل التي يترجمها عبر عناصر العرض، ويستبعد ما لا أهمية له، وهذا لا يتأتى إلا بالقراءة المتأنية، وإعادة قراءة المسألة المعروضة عليه أكثر من مرة، ويمكن تقسيم خطواتها إلى:

1- استخراج الوقائع:

يقصد بالوقائع، تلك العناصر التي إنبنى على أساسها المشكل القانوني، أي بعبارة أخرى، كل ما يمكن تكييفه قانونا كسبب فاعل في حل المسألة، ومنه وجب على الطالب (المستشار) أن يستبعد كل ما يعد عنصرا ثانويا، أو واقعة ثانوية، مثال: أحمد وزوجته يتعرضان لصعوبات أدت بالزوجة لطلب التطليق، وهما متزوجان لمدة عشر سنوات كانت مليئة بالمودة، سافرا خلالها إلى مختلف بقاع العالم، كفرنسا ودبي، والمغرب، إلى غاية اكتشاف الزوجة أن زوجها يخونها مع امرأة أخرى طيلة السنوات الثلاثة الأخيرة، أي بعد أن رزقا بابنهما الثالث.

---

(1) – كمال عبد الواحد الجوهري، **الاستشارات القانونية والتظلمات وصيغ العقود ومذكرات التفاهم**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2010، ص 7.

الواقعة الفاعلة ضمن هذا المثال هي الخيانة الزوجية، والتي يمكن للطالب أن يبني بواسطتها الأسس القانونية الرامية للوصول للحل المطلوب، وبالتالي سيستبعد أن لهما ثلاثة أطفال، وكذا سفرهم، ...

ومنه وجب أن يكون الطالب (المستشار) فطنا ومطّلعا حتى يستطيع تكييف الوقائع الفاعلة وإسقاطها على القواعد القانونية التي تناسبها، ولعل الحيلة في عدم بناء الحل على أساس وقائع غير فاعلة هو طرح السؤال: هل أدت هذه الواقعة، أو ساهمت في خلق المشكل القانوني[1]؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فعمل الطالب (المستشار) مبدئيا في الطريق السليم، وإن كانت الإجابة بالنفي، وجب إعادة ضبط الوقائع.

ومن الضوابط التي يجب على الطالب (المستشار) الالتزام بها حال رصده للوقائع، أن تكون وفقا للترتيب الذي وردت فيه حال عرض المسألة، وذلك لهفين أساسين:

الهدف الأول: هو التفطن لمدى سيرورة الأحداث وفقا لما يتطلبه القانون، فأحيانا يتطلب بعض الإجراءات تباعا بترتيب معين دون سواه، وهنا يمكن للطالب أن يكتشف بعض الأخطاء الجوهرية التي سيبني عليها الحل مستقبلا.

الهدف الثاني: أنه سيلتزم عند سرده للحل القانوني بخطة معينة، وهذه الخطة يجب ان تكون بترتيب منطقين وهذا الترتيب يستشف من مراحل عرض الوقائع، فلا يمكن تقديم عنوان على آخر، فقط لأن معارفه المكتسبة تقتضي ذلك.

من الأخطاء التي قد يقع فيها الطلبة حال رصدهم لوقائع المسألة:

– افتراض وقائع غير موجودة: الطالب (المستشار) يحاول البحث عن حل، لذلك فهو يسعى جاهدا للتفصيل، وأي تفصيل لم يرد صراحة في حيثيات المسألة، يعد افتراضا، ومنه فإنه قد وقع في فخ يخرجه عن المطلوب منه في هذه المهمة، لذلك يجب عليه أن يضع نصب عينيه قاعدة عامة لا تقبل الاستثناء، وهي "ما لم تذكر الواقعة صراحة، فهي غير موجودة"، والهدف من هذا الضابط هو تدريب الطالب بعد ولوجه الحياة المهنية كمحام مثلا ، سيضطر لرفع ملف إلى القاضي، وفي حال عدم وجود وثائق مادية تبرر الوقائع التي يتمسك بها زبونه، فإن القاضي –في أغلب الأحيان– سيتجاوز ما لم يجد في الملف.

– عدم الالتزام بالدقة، والمصطلحات، والارتباط بصياغة الوقائع كما هي: الطالب (المستشار) ليس مقيدا بضرورة سرد الوقائع كما هي، بل يمكنه تقديم صياغة أكثر دقة وتماشيا مع أحكام القانون التي تنظم الواقعة، أي يمكنه تكييف الوقائع منذ البداية، مثل جريمة ضرب وجرح عمد، إخلال بالتزام البائع التعاقدي، ...

---

(1) – الذي سيطرحه الطالب لاحقا ليكون أساس الخطة المعروضة كإجابة عنه، أي بعد طرحه سيبحث في صحة الوقائع التي اعتمدها لطرح المشكل.

– الخلط بين الواقعة والإجراء، ويتم توضيح ذلك بالتفصيل في العنوان الموالي.

2 – استخراج الإجراءات:

دأب الشراح في تقنية تقديم الاستشارة حال عرض خطواتها المنهجية على فصل الواقعة المادية عن الإجراءات، وغالبا ما يقع الطالب (المستشار) في لبس حول تكييف الواقعة هل هي مادية أم إجراء قانوني؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية يكفي أن يعرف أن الوقائع تتم في معزل عن رجال وأجهزة القضاء، أي بعبارة أخرى، إذا ما كانت الواقعة تمت لأجل ولوج في النزاع القضائي أو حتى الإداري (إذا كان هذا الإجراء نزاعيا)، فإنها تدخل ضمن تصنيف الإجراء وتخرج من وصف الواقعة، فالإجراءات إذن هي عبارة عن وقائع قانونية تمت في سبيل الولوج إلى الجهات المختصة فض النزاع أو حل المشكل القانوني القائم، كالمحاكم والإدارات ومختلف رجال القانون من محضرين أو موثقين، ...

وإن كان يسري على هذه الخطوة ما سرى على الوقائع من ضوابط (عدم افتراض إجراءات غير موجودة، الترتيب ...)، فإنه يجب على الطالب (المستشار) أن يلتزم بعرضها بدقة متناهية، لاسيما ذكر التواريخ الخاصة بكل إجراء، مع التفصيل في الجهة التي تم أمامها، دون أن يغفل عنصر ضبط المصطلحات بلغة قانونية سليمة.

والفائدة من هذه الخطوة، تكمن في مساعدة الطالب (المستشار) في تقرير مدى سلامة الإجراءات المتبعة من قبل المستشير (أو تلك المعروضة في المسألة)، فكثيرا من الأحيان يكون المفتاح في حل المسألة يكمن في بطلان، أو إغفال، أو عدم صحة إجراء أو عدة إجراءات.

كما سيفيد الطالب (المستشار) في طرح الإشكال أو الإشكالات القانونية المطروحة ضمن المسألة بدقة وتركيز أكثر.

بعد أن يقوم الطالب (المستشار) بهذه الخطوات، سيقوم بالخطوة الموالية التي تتمثل في:

3 – طرح الإشكال القانوني:

يتم عرض الحالة التطبيقية أو الاستشارة القانونية وفقا لنسقين، إما ترفق بأسئلة يلتزم الطالب بالإجابة عنها بالترتيب الوارد، أو يتم عرضها بصفة مفتوحة على خيارات للطالب (المستشار)، يحدد فيها الأسئلة التي سيجيب عنها، وهنا تكون المهمة أصعب، كونه ملزم بتحديد المشكل أو المشاكل القانونية بدقة متناهية.

وعلى العموم، يلتزم الطالب (المستشار) في المسألة (الاستشارة) المقيدة (التي طرحت فيها الأسئلة) بالمشاكل أو المشكل المطلوب منه الإجابة عنه دون سواه، أي أنه سيلتزم بالحدود التي رسمها له الممتحن، وفقا للترتيب الوارد في الأصل، والعملية هنا تعد بسيطة.

أما إذا ما كانت المسألة مفتوحة، فهنا يمكن للطالب الاعتماد على عدة ضوابط حتى لا يقع في فخ الخروج عن الموضوع، ويرسم حدود إجابته رسما دقيقا، أولها:

الاستعانة بالوقائع المكيفة وربطها بالإجراءات المتخذة، ومحاولة صياغة مشكل لكل واقعة فاعلة في المسألة، وعليه سيطرح مشكلا رئيسيا واحدا إذا ما كانت المسألة تحتوي على واقعة رئيسية واحدة، ويمكن تقسيم هذا الأخير إلى عدة تساؤلات فرعية تأتي بالترتيب الوارد في الخطة المختارة.

طرح المشاكل الرئيسية بعدد الوقائع الفاعلة في المسألة، ومنه يخصص عنوان للإجابة عن كل مشكل في الخطة.

وعلى الطالب (المستشار) حال طرحه للإشكال أو الإشكالات القانونية، أن يراعي في صياغته استعمال المصطلحات القانونية التي تتماشى وطبيعة الوقائع المعروضة بحيث تخلو من التعبير الأدبي الإنشائي، كما يجب عليه أن يضع في الحسبان وضعية المستشير، وصفته القانونية، كونه في الأساس لجأ إليه كخبير قانوني لإفادته بمخرج قانوني لمشكلته.

4 – مخطط العمل:

ليس للاستشارة خطة قارة، فهي تتوقف على عدد الإشكالات المطروحة، وتفريعات المشكل إن كان واحدا، لذا ستقسم الخطة بتقرير عنوان لكل مشكل، ويمكن للطالب أن يختصرها إن كانت طويلة بدمج مشكلين أو أكثر تحت عنوان واحد، ويستحسن دائما أن يشتمل الحل على عنوانين رئيسين، ومن ثم التفصيل فيهما بعناوين فرعية، ويتعرض الطالب حال تقسيمه للمخطط لأخطاء شائعة، أهمها تقسيمه لخطة الإجابة وفقا لما تلقاه في الدروس، وهذا ما لا يجب أن يقع فيه.

وحتى تكون خطة العمل موفقة، يلتزم الطالب بعدة ضوابط تمكنه من الوصول لهذا الهدف، منها [1]:

- **الوضوح:** خاصة بتضمنه عناوين قصيرة.

- **التوازن:** وهو يدل على فهم محتوى المسألة، فتأتي الأجزاء متوازنة.

- **التسلسل:** فلا يجوز مثلا تقديم الاستثناء قبل المبدأ، أو الآثار قبل الشروط.

- **الشمولية والتكامل:** إذ يجب ان يكون المخطط شاملا لكل عناصر الموضوع، ومن المحبذ تركيز المحاور الأساسية في الجزء الأول أو الجزء الثاني.

---

(1) – محمد كمال شرف الدين، **كراس المنهجية، عدد 3: ملحوظات هامة حول كل التمارين الكتابية**، مطبوعة جامعية موجهة لطلبة السنة الأولى من الإجازة الأساسية في القانون الخاص "النظرية العامة للحق"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2017/2016، ص 4.

تنتهي مرحلة التحضير لحل الاستشارة القانونية بالخطوات السالفة الذكر، لتأتي مرحلة التحرير، التي تجسد الصورة النهائية لعمل الطالب (المستشار)، والتي سيتم على أساسها تقييم مدى نجاحه في هذه المهمة، لذلك وجب عليه أن يلتزم حال قيامه بتقديم الحل، بكل الضوابط المنهجية والقانونية المتاحة، حتى يكون تقييمه إيجابيا، وتشتمل هذه المرحلة على:

ثانيا: المرحلة التحريرية:

يترجم جهد الطالب (المستشار) في استخراج الوقائع وتكييفها، ووضعها حيز الدراسة عبر تساؤلات مضبوطة ودقيقة في الحل الذي يقدمه بصورته النهائية، فإما يوفق في هذه الترجمة، باتخاذه الأسس التي وضعها قيد الاهتمام في التحضير، والتركيز على تناولها بالتحليل والتبرير للحلول التي سيقدمها، أو يفشل بسبب عدم قدرته على توظيف ما أثاره في مرحلة التحضير من أفكار وتساؤلات، ويخفق في الحل الذي يجسد المطلوب في مثل هذه الامتحانات.

وعليه، من أجل أن يبقى الطالب (المستشار) في الطريق السليم نحو الحل السديد والإجابة المؤسسة والمنهجية، وجب عليه (إضافة إلى معارفه المكتسبة في الموضوع محل الحل)، أن يلتزم بقواعد وخطوات توصله لا شك إلى المطلوب منه، وهو تقديم استشارة قانونية متكاملة معرفيا ومنهجيا، وتنحصر هذه الخطوات في:

1 – مقدمة:

تحتل المقدمة مكانة هامة في مهمة تحرير استشارة قانونية، إذ عبرها يستطيع المصحح (القارئ) أن يقدر مدى تمكن الطالب (المستشار) من صياغة ملخص تعريفي مركز للمسألة المعروضة عليه، ويجب على الأول أن يقدم فيها العناصر الأساسية التي ينبني عليها المشكل القانوني، أو بعبارة أخرى الوقائع والإجراءات الفاعلة، وذلك باختصار ودقة ووضوح، وقد يعترض الطالب هنا عدة تحديات، أولها: هل يستعمل لغة المسألة كما عرضت عليه؟ أم سيوظف لغة قانونية تعكس المحتوى، أي أنه سيكيف الوقائع منذ البداية؟

من المستحسن أن يبادر الطالب بعرض ملخص بلغة قانونية قدر الإمكان، وهنا تعد المصطلحات القانونية هي الخطوة الأولى للدقة، غير أنه قد يصعب عليه تقديم تكييف قانوني لوقائع معينة، ومن المحتمل أن تكون سابقة لأوانها، لذا يمكنه التنازل عن هذا الالتزام إلى مراحل لاحقة.

وينبغي على الطالب (المستشار) أن يضع في عين الاعتبار عدم الوقوع في الأخطاء الشائعة في المقدمات، وأهمها:

– أن يبادر بعرض إنشائي يتخلله سرد الوقائع الخاصة بالقضية من وجهة نظره المعرفية، أي أنه سيبادر بعرض الدرس عند التطرق للأفكار المناقشة في المسألة.

– أن يسهب في التقديم، ويتطرق إلى كل صغيرة وكبيرة في المسألة، وهو بذلك يعيد سردها.

– ألا يلتزم بالترتيب الوارد في المسألة حال عرضه الموجز للوقائع.

– توظيفه لأسلوب إنشائي يبتعد عن اللغة القانونية.

بعد تقديم عرض موجز لأهم الوقائع والإجراءات التي ينبني عليها كل من المشكل القانوني والحل، يتطرق الطالب (المستشار) للمشكل أو المشاكل القانونية التي ستكون محلا للنقاش والإجابة عنها في العرض، مصرحا بالخطة التي اعتمدها لهذا الغرض:

2 – الحل(العرض):

إن الحل الذي يقدمه الطالب (المستشار)، يتم وفقا لخطة تفرضها طبيعة المسألة المطروحة، وبعد الرسو على خطة الحل المقترح، يجد الطالب نفسه أمام طرق عديدة لعرض الحل، فما يجب فعله وما لا يجب؟

أولا، يجب على الطالب حال معالجته للمشكل القانوني تحت العنوان المحدد مسبقا، أن يلتزم بأمرين: الأول منهجي، وفيه يمر الطالب بثلاث خطوات تبدأ من التقديم للحل عبر حصر الوقائع المسببة له فقط دون سواها، ومن ثم المرور إلى المشكل الموجود فيها، لينتهي بعرض الحل الذي يراه مناسبا.

وثانيا، إن الحل الذي يتوصل إليه الطالب لن يكون له قيمة دون التأسيس له قانونا، أي بعبارة أخرى، وضع مختلف القواعد القانونية التي تحكم المشكل المطروح أو تأسيسه بما رسا عليه الاجتهاد القضائي، أو حتى الآراء الفقهية، وإسقاطها على الوقائع للخروج بنتيجة قانونية مبررة، ألا وهي الحل.

مثلا: هل يبقى علي (البائع) مسؤولا عن نزع اليد الذي نشأ عن فعله ام أن الضمان يسقط بالاتفاق؟

... وهذا التصرف لا يسقط الضمان حتى ولو اتفق الطرفان على ذلك طبقا لنص المادة 378 من القانون المدني الجزائري...

وثالثا، وهو الأهم، أنه على الطالب (المستشار) الالتزام بالدقة حال تقديمه للحل، وهذه الدقة تتعدى إلى كل ما يمكن عرضه، بدءًا باستعمال المصطلحات القانونية في مواضعها، دون خلط، ودون اعتماد للألفاظ الشائعة عاميا في بعض المواقع، فكثيرا ما يلتبس على الطلبة المدلول الدقيق لبعض المصطلحات، مما يؤدي بهم إلى توظيفها في غير مواضعها، فلكل طالب إمكانياته الخاصة، وهي ملكات قابلة للتعلم، يمكن له اتقانها بالتدريب والمثابرة، فهذا الضابط سيحدد نوعية التقييم الذي سيمنح لطالب لا محالة.

كما تتعدى الدقة إلى طريقة عرض الأفكار حال تقديم الحل، فيلمس المصحح عدم تحكم الطالب (المستشار) في المعرفة القانونية او المنطق القانوني، فيجده أحيانا يخلط بين الكل والجزء، والمبدأ والاستثناء، والأحكام القانونية وغير القانونية، بل إنه قد يعطي في بعض المواضع تأسيسا قانونيا غير صحيح، أو يستشهد باجتهاد قضائي في غير موضعه، ...

وعليه، وجب على الطالب (المستشار) أن يكون دقيقا واضحا مباشرا، ومطلعا، ليقدم حلا متكاملا من الجانبين المعرفي والتطبيقي.