جامعة 8 ماي 1945- قالمة- **مقياس منهجية البحث العلمي2 (محاضرة)**

كلية الحقوق والعلوم السياسية **السنة الأولى ماستر قانون عام**

قسم الحقوق **إعداد الدكتورة: فوزية فتيسي**

المحور الثاني: منهجية تقديم استشارة قانونية

تقديم:

تعد الاستشارة القانونية اختبار للطالب لمعرفة قدرته على التفكير القانوني، وكذا تطبيق المعلومات النظرية التي درسها في المحاضرات، وذلك من خلال إعطاء تمرين في شكل قضية، تتضمن واقعة معينة تشتمل على أحداث في صورة نزاع، إذ يقوم الأفراد بعدة تصرفات قد يترتب عنها نزاعات يمكن أن تكون محل دعوى قضائية، وعادة ما نجد أحد أطراف النزاع يسعى لمعرفة حكم القانون بشأن القضية محل النزاع، وذلك من خلال اللجوء إلى طلب استشارة قانونية، وهنا يحاول الطالب حل ذلك النزاع على ضوء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، إذ تعد منهجية الاستشارة في المجال الأكاديمي طريقة بيداغوجية لتدريب الطالب، لاسيما فيما يتعلق باستعمال أفكاره بطريقة منطقية وعلمية للإجابة على اشكالات قانونية من الناحية الشكلية والموضوعية.

1- مفهوم الاستشارة القانونية:

الاستشارة لغة هي كلمة مشتقة من كلمة مشورة " وشاورهم في الأمر"، بمعنى طلب المشورة، وقد جاء في الحديث: " ما ندم من استشار وما خاب من استخار".

ان الاستشارة هي استكشاف رأي القانون بشأن مسألة قد تكون محل نزاع أو يحتمل أن تكون كذلك، وتكون هذه الاستشارة بطلب من شخص معين أو جهة حكومية أو غير ذلك من رجال القانون لمعرفة حكم القانون في المسألة المطروحة، وتقتصر مهمة المستشار على بيان الحل الذي يكرسه القانون، مهما كان مصدر القاعدة القانونية، بمعنى بيان الرأي القانوني بخصوص المسألة المطروحة، وما

تقتضيه لذلك كتحديد النصوص القانونية التي تنطبق على هذه المسألة، كطلب المقاول مثلا معرفة حكم القانون بالنسبة لأعمال المقاولة التي يريد القيام بها، ويمكن طلب الاستشارة القانونية بشأن:

*معرفة حكم القانون بشأن مسألة موضوع خلاف أو نزاع أو يحتمل أن يثار مستقبلا، وما يحتمله ذلك من عرض النزاع على القضاء، فالهدف من الاستشارة في هذه الحالة هو معرفة حكم القانون بما يؤدي إليه ذلك من الوقوف على احتمالات الحكم لصالحه من عدمه، فيسأل المستشير عن السلوك القانوني الواجب الاتباع اتجاه قضية معينة، وعن كيفية رفع الدعوى وحظوظه فيها، فيسأل عن تدابير استئناف الحكم أو الطعن فيه، وهذا هو عمل المحامي، فالاستشارة تسمح للطالب بوضع نفسه مكان المحامي.

*طلب الاستشارة بغية تفادي الوقوع في الخطأ والمساءلة عند القيام بتصرف معين لسد الثغرات التي يحتمل أن يستفيد منها من يتعاقد أو يتعامل معه، لاسيما في مجال التعاقد أو ابرام الاتفاقيات.

وبذلك فان منهجية تقديم استشارة قانونية وسيلة تكسب الطالب القدرة على استيعاب المعلومات القانونية بأسلوب سهل، وذلك عن طريق البحث عن الحل القانوني الأنسب لكل المسائل القانونية التي تعرض عليه في شكل نزاعات، وفقا للمعلومات التي اكتسبها أثناء الدراسة، وبهذه الطريقة تترسخ المعلومات النظرية في ذهنه.

والاستشارة عموما يمكن أن تكون شفهية، كما يمكن أن تكون مكتوبة، ويمكن أن تكون اختيارية، بحيث يكون المعني بالأمر مخيرا بين طلب الاستشارة من عدمها، ولا ترتب هذه الأخيرة أي أثر شكلي او موضوعي على مسار النزاع، كما قد تكون الزامية، بحيث يلزم الأخذ بالرأي الاستشاري للشخص أو الهيئة طالبي الرأي الاستشاري.

وبشكل عام يستلزم لإعطاء الرأي القانوني من طرف المستشار تحديد المسألة موضوع الاستشارة، وما تثيره من نقاط قانونية، وهذا بعد سرد وقائع النزاع، ويعطي المستشير وجهة نظره الشخصية في ضوء النصوص القانونية والاجتهادات المتعلقة بالموضوع محل الاستشارة بصورة موجزة ومركزة ليعتمد عليها طالب الاستشارة فيما ينوي القيام به واتخاذه من خطوات.

وعليه فالاستشارة التي تعطى للطالب تتضمن فقط وقائع وسؤال، ويقوم الطالب باستخراج ومعرفة المسألة القانونية التي يدور حولها النزاع، مما يجعله مستعدا لدراسته نظريا بالرجوع إلى المعلومات

النظرية المتعلقة بها، وتطبيقيا من خلال اسقاط تلك المعلومات على القضية المعطاة له من خلال الاستشارة، وذلك للوصول إلى الحل السليم الذي ينتظره منه المستشير.

2- أطراف الاستشارة القانونية: تكون بين طرفين هما:

أ- المستشير: وهو الذي يطلب حكم القانون بشأن مسألة قانونية معينة، وهو شخص غير مختص في القانون، يمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي، كالشركات والجمعيات.

ب- المستشار: وهو الشخص المختص في المسألة القانونية المطروحة، أو الشخص المختص في القانون مثل: طالب جامعي، مختص في القانون، محامي، موثق، محضر قضائي...إلخ.

3- مراحل الاستشارة القانونية: تتطلب منهجية تقديم الاستشارة القانونية مرحلتين أساسيتين:

أ- المرحلة التحضيرية (الشكلية): تتطلب منهجية الاستشارة فهم النص محل الاستشارة فهما جيدا من خلال القراءة المركزة لمضمونه للتمكن من حل المسائل القانونية حصرا كاملا، وهي تتضمن ماستخراج مايلي:

*الوقائع: وهي مجموعة الأحداث المادية والقانونية التي أدى تتابعها إلى تكوين موضوع النزاع او عناصر المسألة، مثل فصل موظف، ضرب...إلخ، فهي إذن مختلف العناصر المشكلة للنزاع والتي يترتب عليها آثار قانونية، تتمثل في الحقوق والالتزامات، ويكون مصدرها العقد أو الارادة المنفردة او العمل غير المشروع أو القانون.

فالوقائع تتضمن أيضا الاجراءات والتي هي المراحل الادارية والقضائية التي مر بها النزاع، بحيث تكتب تواريخ رفع التظلمات والدعاوى والطعون، ويجب أن ترتب حسب حدوثها زمنيا بدقة، وبذلك فهي مختلف الاجراءت التي تمت أمام الجهة القضائية في حالة رفع دعوى قضائية، وهذا بداية من يوم رفع الدعوى إلى غاية يوم صدور الحكم.

ويستلزم صياغة الوقائع بطريقة مجردة وفقا للترتيب الزمني لتسلسل الأحداث، وبذلك تعد الوقائع ذات أهمية كبيرة، إذ بدونها لايمكن معرفة ما حدث في الوقت السابق على رفع النزاع ومساره والمعطيات المحيطة بالدعوى، ويراعى في الوقائع الآتي:

– صياغتها صياغة جيدة وبجمل كاملة تساعد على الاحاطة بعناصر القضية.

– يجب انتقاء ما يذكر من الوقائع، إذ لا يتم ذكر الوقائع التي لم تؤثر في تحريك النزاع.

– مراعاة التسلسل الزمني للأحداث

– عدم التكرار.

***المشكل القانوني:** يتم استخراج المشكل القانوني عن طريق اعادة صياغة سؤال المستشير بكيفية قانونية، وهذا من خلال تكييف الوقائع التي يشملها تساؤل المستشير تكييفا قانونيا، بهدف تحديد أهم النصوص القانونية التي تعالج هذه المسألة.

***الأسانيد القانونية:** تحديد النصوص القانونية التي تحكم المسائل المطروحة.

***الحل القانوني:** وذلك بإعطاء حل للمشكل القانوني المطروح على ضوء النصوص القانونية السارية المفعول.

ب– المرحلة التحريرية: بعد تنظيم المعلومات وفقا للمرحلة التحضيرية السابقة الذكر، نأتي للمرحلة التحريرية المتمثلة في دراسة موضوع الاستشارة، وذلك من خلال:

ب1– الخطة: من خلال تقسيم موضوع الاستشارة إلى عناصر متسلسلة وفق خطة منهجية معتبرة

ب2– المناقشة: وتتم من خلال التعرض للعناصر التالية:

***مقدمة:** وتكون من خلال الاحاطة بالموضوع بصورة مختصرة، حيث يبرز المستشار موضوع الاستشارة في إطار المبدأ القانوني المنظم لموضوع النزاع، ثم يقوم بإعادة ذكر وقائع النزاع بأسلوب قانوني، وتنظيمها بكيفية متسلسلة، ثم طرح المشكل القانوني كما سبق بيانه.

***عرض:** تتطلب الإجابة على الإشكالية دراسة تحليلية معمقة لإظهار مختلف الحلول التشريعية والفقهية والحلول التي توصل إليها الاجتهاد القضائي بشأن الموضوع محل الاستشارة، وذلك من خلال وضع خطة ملائمة تجمع كل العناصر سابقة الذكر، مع احترام أصول المنهجية سواء من حيث الشكل أو الموضوع.

* **خاتمة:** هناك اختلاف بشأن وجودها ففي الأصل لا تتضمن الاستشارة خاتمة، وهي مجرد خلاصة يجيب فيها على الاشكالية بشكل مختصر وواضح.

ونشير أنه في بعض الحالات الاجابة على المسائل القانونية ومعالجتها تتم بواسطة فقرات، حيث يخصص لكل مسألة قانونية فقرة، وبذلك يمكن أن نكون أمام حالتين:

***الحالة الأولى:** إذا كانت هناك إشكالية واحدة يتم الإجابة عليها من خلال ما يلي:

-عرض الوقائع وتكييفها.

-طرح المشكل القانوني.

-عرض الحل مع تبرير سبب الاستناد عليه سواء من خلال النصوص القانونية أو تدعيمها بآراء الفقهاء والاجتهاد القضائي.

***الحالة الثانية:** أما إذا كانت الاستشارة تتضمن مجموعة من المسائل القانونية، فهنا يخصص لكل مسألة فقرة ، يتم فيها التعرض للوقائع وتكييفها والمشكل القانوني والحل مع تبريره، وهنا يستلزم عرض كل الآراء والمبررات التي تم التوصول إليها في المرحلة التحضيرية، وبعدها حوصلة تتضمن تجميع الإجابات الفرعية الخاصة بكل فقرة من الفقرات.