وزارة التعليم العالي والبحث العلمـــي

جامعة باجي مختار- عنابة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

محاضرات في منهجية البحث العلمي

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر(السداسي الثاني)

تخصص: قانون دولي عام

من إعداد الدكتورة:

سلماني حياة

السنة الجامعية: 2025/2024

مقدمة:

إن البحث القانوني هو أسلوب يهدف إلى الكشف عن المعلومات والحقائق والعلاقات الجديدة، والتأكد من صحتها مستقبلا، بالإضافة إلى تطوير المعلومات القائمة للوصول إلى التعميم عن طريق التعمق في المعرفة العلمية، والكشف عن الحقيقة أو حل مشكلات معينة، من خلال التتبع الدقيق والمنظم الموضوعي للمواضيع، مع اختيار الأدوات والطرق اللازمة.

ولقد أصبح البحث العلمي سمة واضحة للتقدم والتطور والازدهار على مستوى أي مؤسسة أو دولة، من دول العالم المختلفة وتم إقرار تدريس الأبحاث القانونية في المؤسسات الأكاديمية والجامعات لمساعدة الطلبة على تحضير بحوثهم وتعليمهم الأطر الموضوعية والشكلية لولوج ميدان العمل.

يتميز ميدان العلوم القانونية بالأبحاث العلمية المختصرة التي تتميز بخصوصية في الجانب التقني المنهجي، إذ ينفرد إعدادها بعدة تقنيات وقواعد منهجية لا نجدها غالبا في الأبحاث الأخرى في باقي الميادين. ونجد من بين الأبحاث العلمية المختصرة ما يعرف بالتعليق على النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية، ومنهجية إعداد الاستشارة القانونية والمذكرة الإستخلاصية.

وسيتم التطرق للعناصر السابق ذكرها من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: منهجية التعليق على النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية
- المبحث الثاني: منهجية إعداد الاستشارة القانونية والمذكرة الإستخلاصية

المبحث الأول: منهجية التعليق على النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية

إن التعليق على النص القانوني عبارة عن محاولة لتفسير وتوضيح النص بقدر من الحرية وبأسلوب شخصي إلى حد معين، عن طريق البحث في مكوناته والعناصر التي يحتويها، وصولا إلى إعطاء فكرة تأليفية أو تركيبية عن الموضوع.

إن لمنهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية طرق مختلفة، إلا أن الفرق بينها ليس شائعا باعتباره يمس الشكل فقط، حيث أن هذه الطرق المختلفة تتفق في الموضوع كونها ترتكز على الوقائع والمشاكل القانونية التي يطرحها القرار، ومن ثم إبراز الحل القانوني السليم.[1]

المطلب الأول: منهجية التعليق على النصوص القانونية

تستعمل أحيانا عبارة تحليل نص قانوني وأحيانا عبارة تعليق على نص قانوني، فهل يعني ذلك أن هناك فرقا بين تحليل النص أو التعليق عليه؟ أي هل أن التعليق على النص هو غير تحليل النص؟

إن تحليل النص القانوني يعني كتحليل أي شيء، تفكيكه إلى العناصر التي يتألف منها ومن ثم بيان أجزاءه ومكوناته. أما التعليق على النص القانوني، كالتعليق على أي موضوع، فهو عبارة عن محاولة لتفسير وتوضيح هذا الموضوع بقدر من الحرية وبأسلوب شخصي إلى حد معين، وذلك من خلال البحث في مكونات هذا الموضوع والعناصر التي يحتويها، ليخلص المعلق بالنهاية إلى إعطاء فكرة تأليفية أو تركيبية عن الموضوع.[2]

[1] سقلاب فريدة، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017-2018، ص ص 64، 72.

[2] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2013، ص 513.

وعليه يمكننا القول بأن التحليل هو:" دراسة مفصلة لشيء معين حتى يمكن استيعابه"، أما التعليق، فهو:" فحص انتقادي لمضمون وشكل النص". ومن خلال هاذين التعريفين يتبين لنا بأن:" دراسة النص ما هي إلا عملية تحليل وتعليق على هذا النص". وبالتالي يمكن القول، بأن عملية التعليق على النص لا يمكن أن تبلغ قمتها والغاية المرجوة منها، وهي الانعكاس الفكري الطليق للمعلق، إلا بالتحليل الدقيق والهادف لهذا النص، الذي يجب تشريحه إلى الجزيئات الأساسية التي يتألف منها، من أجل استيعابها كليا، وبالتالي استيعاب الصورة التي يراد التعبير عنها في هذا النص.[1]

إن التعليق هو عمل مركب لأنه يقوم على مجموعة متناسقة من الأفكار (سواء كانت مبادئ أو مفاهيم أو ما ينتج عنها من نتائج)، حيث تقوم على التوفيق بين عملية تحليل الأفكار وتفتيتها لتمييز وإدراك المسائل الأساسية والثانوية، وتبيان الأفكار الهامة والفرعية، وبين عملية التركيب التي تعالج بناء وتوحيد هذه الأجزاء وإقامة الروابط بينها والعلاقات والقوانين التي تحكمها في سياق المنظور المعلوماتي المحصل حول تلك الأجزاء (المكونة للموضوع محل التعليق)، وهذا يؤدي إلى الحصول على معرفة جديدة.[2]

لابد من إتباع منهجية علمية عند تحليل أي نص قانوني، تتمحور حول أمرين الأول: شكل تنصب على هوية النص، طبيعته، والبحث في بنيته وغاياته.

والثاني: موضوعي عن طريق فهم النص وتحديد القاعدة القانونية والإشكالية ووضع خطة التحليل تنطلق من مقدمة فعرض ثم بعد ذلك يتعين على الطالب أن ينتقل إلى مرحلة ثانية وهي مناقشة

[1] عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، المكتب المصري للمطبوعات، القاهرة، 2011، ص136.

[2] علي مراح، منهجية التفكير القانوني نظريا وتطبيقيا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010، ص154.

النص القانوني وتقييمه وعلاقته بنصوص مجانسة أو مختلفة للإجابة بشكل أكثر دقة عن الإشكالية التي يطرحها النص موضوع التعليق.[1]

إن دراسة النص القانوني ما هي إلا عملية تحليل وتعليق على هذا النص، وبالتالي فإن عملية التعليق على النص لا يمكن أن تبلغ الغاية المرجوة منها إلا بالتحليل الدقيق للنص، الذي يؤدي إلى استيعاب الصورة التي يراد التعبير عنها في النص.[2]

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:

إن النص القانوني –سواء كان نصا تشريعيا أو فقهيا– هو عبارة عن مجموعة أفكار تتعلق بمسألة قانونية معينة تعرض على الطالب لمناقشتها. والهدف من عرض موضوع المسألة القانونية على الطالب عن طريق النص القانوني هو إبعاد الطالب عن المناقشة التقليدية للمسائل القانونية، لأن هذه المناقشة تتم عن طريق التحليل النظري للمواضيع باستعمال أسلوب إنشائي حر لا يسمح للطالب إلا بإعادة سرد ما حفظه عن ظهر قلب من معلومات سردا لا يكتسي أية أهمية.[3]

وتستهدف المرحلة التحضيرية البحث عن كل العناصر الشكلية والموضوعية التي سيتكون منها التعليق.[4]

إن تحليل النص القانوني يعد خطوة متقدمة في القراءة، بحيث يستطيع القارئ على إثرها أن يتوصل إلى ربط النص بواقعه التطبيقي، ووضعه في البيئة القانونية الخاصة به، وتحليل كل مقتضى فيه

[1] جودية خليل، محاضرات في المنهجية الجامعية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2016، ص 98.

[2] علي عبود جعفر، منهجية البحث العلمي والمنهجية في علم القانون، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 250.

[3] غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،الطبعة الثالثة، 2008، ص73.

[4] علي مراح، المرجع السابق، ص155.

على ضوء ذلك، ومن أجب العمل على تحليل النص القانوني يجب على الباحث إتباع الخطوات التي تساعد في استجلاء ما يحتويه النص القانوني ويعالجه، فلابد من فهم النص، وتحديد مجالات موضوعه لتسهيل وضع تصميم متين وتيسير عملية التحليل.[1]

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 250.

أولا: التحليل الشكلي للنص:

في الإطار الأكاديمي فإن استعمال عبارة تحليل النص القانوني لا يقصد منها بالضرورة الاقتصار على تحليل النص بالمعنى الضيق، بل يجب أن تفهم في إطارها التعليمي والتوجيهي أي تزويد الطالب بالأدوات اللازمة من أجل دراسة وفهم النص القانوني عبر منهج معين. بعبارة أخرى إن تحليل النص لا يعني استبعاد التعليق بل جل ما يعنيه هو إقامة التعليق على أساس دقيق وسليم.[1]

ويقصد بالتحليل الشكلي للنص القانوني قراءته، وجمع المعلومات المتعلقة به والتي تعد مدخلا له، إذ في غيابها لا يستطيع الطالب أن يفهم النص وأيضا تحليل هويته ومرجعيته، وطبيعته وغاياته ليتمكن من تحديد الإشكالية ووضع التصميم.[2]

1. تحديد مصدر النص:

إن النص القانوني الذي يمكن أن يكون موضوعا للتعليق، غير مقيد بحدود معينة، فالنص يمكن أن يكون طويلا أو قصيرا، يمكن أن يكون نصا كاملا ورد في قانون أو مرسوم يتألف من عدد كبير من المواد، كما يمكن يكون النص موضوع التعليق هو مادة أو بعض مواد من قانون أو مرسوم، أو عدة مواد وردت في قوانين مختلفة.

ويتوجب على المعلق أن يشير إلى مصدر هذا النص ورتبته ضمن سلم القواعد القانونية، وهل هو نص متكامل ورد ضمن قانون أو مرسوم أو قرار واحد، أو أنه جزء فقط–مادة أو عدة مواد– من هذا القانون أو المرسوم أو القرار أو من قانونين أو من قانون ومرسوم.[3]

---

[1] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص514.

[2] جودية خليل، المرجع السابق، ص 98.

[3] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص515.

وعليه يجب تبيان هوية النص للتعرف على أي قانون ينتمي إليه ذلك النص، مثلا هو نص دستوري أو نص قانوني في إطار التشريع العادي أو التشريع الفرعي، أو إن كان نصا في معاهدة دولية، وتحديد تمركز النص القانوني ضمن القانون.[1]

فتعيين الجهة التي أصدرت النص يساعد كثيرا في تحديد الغاية التي من أجلها نص على هذه القاعدة أو تلك، كما أنه لابد من الإشارة إلى أن تحديد تاريخ صدور النص له أهمية كبرى، لجهة معرفة المناسبة التي رافقت صدوره، فيما إذا كان قد صدر ضمن نطاق حملة تقنينية قام بها المشرع بنفسه، أم أنه صدر ضمن جملة متتالية من المراسيم. كما يجب التعرف أيضا على مدى انعكاس هذه النصوص على الوضع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للبلاد، ونوع ردات الفعل تجاهها من قبل الناس عامة. ومن البديهي أيضا، تحديد انتماء هذا النص من حيث موضوعه، فيما إذا كان مدنيا، تجاريا، عقاريا، أو بشكل عام فيما إذا كان ينتمي إلى فرع القانون الخاص أو فرع القانون العام؟ وهذا ما يؤدي بالتالي إلى التعرف على الفئة من الناس التي وجه إليها النص.[2]

2. تحديد طبيعة النص:

يتعين الإشارة إلى طبيعة النص القانوني أثناء تحليله، حيث نحدد القانون الذي ينتمي إليه، هل هو القانون الخاص الذي يعنى بتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، أم القانون العام الذي ينظم العلاقة بين الأفراد والدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة (القانون العام الداخلي)، أو ينظم العلاقة بين دولة ما وغيرها من الدول (القانون العام الخارجي).[3]

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 252.

[2] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص ص 137-138.

[3] جودية خليل، المرجع السابق، ص99.

ويندرج ضمن تحديد طبيعة النص القانوني، تحديد القانون الذي ينتمي إليه النص، إن كان قانونا عاما أي يتعلق بالقواعد التي تنظم العلاقة بين الأفراد والدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة (القانون العام الداخلي)، أو ينظم العلاقة بين هذه الدولة وباقي الدول الأخرى (القانون العام الخارجي) أو ينظم العلاقة بين هذه الدولة وباقي الدول الأخرى (القانون العام الخارجي)، وتتحدد طبيعة النص أيضا فيما إذا كان نصا آمرا له علاقة بالنظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، أو كنا أمام نص قانوني مكمل لا يعد من متعلقات النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، كما تقوم بتحديد القضايا التي ينظمها النص القانوني، وهذا يفيد في تحديد طبيعة المقتضيات التي جاء بها النص، أي انتماء النص من حيث موضوعه، فيما إذا كان مدنيا، تجاريا، عقاريا.[1]

وإذا كان النص فقهيا يذكر الطالب موقعه من المرجع الفقهي الذي أخذ منه، وذلك ببيان العناصر التالية بالترتيب: اسم المؤلف- عنوان المرجع- دار النشر- البلد أو المدينة- السنة- الطبعة إن وجدت- الصفحة.[2]

3. تحديد بنية النص:

يتم البحث في بنية النص من ناحيتين: البنية المطبعية: ويقصد بها بيان عدد الفقرات أو المقاطع التي يتكون منها النص، وهذا يساعد الطالب أو الممارس في عملية وضع الخطة المناسبة.

والبنية اللغوية إذ يتعين على الطالب الوقوف عند المصطلحات التي استعملها المشرع وكيفية صياغة المادة، وبأي كلمة بدأت وانتهت؟ والأسلوب المعتمد والمنطق الذي بنيت عليه والأسلوب الذي اعتمدته. ويجب التمييز داخل النص القانوني بين ثلاثة أنواع من المصطلحات: وهي المصطلحات

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 252.

[2] غناي زكية، المرجع السابق، ص76.

القانونية والمصطلحات العادية والمتداولة والكلمات المفاتيح، وهي التي تسهل على الطالب تحديد مضمون النص بشكل دقيق.[1]

فيجب تقسيم النص والتسطير على الكلمات أو العبارات التي تشكل "مفاتيح الكلمات" المعبرة عن القاعدة القانونية التي يوجب النص الالتزام بها، أو قد يعبر هذا الأخير عن عدة قواعد قانونية في آن واحد، فتدرس وتحلل فرضيات كل قاعدة قانونية على حدة، من أجل معرفة واستيعاب الوقائع المادية المشمولة بهذه الفرضيات، وبعدها يتم تعيين الحكم أو الأثر المقرر لها، الذي يمثل الحل القانوني المترتب لهذه القاعدة.[2]

4. تحديد الغاية من النص:

لا يصدر نص قانوني عادة دون أن تكون هناك غاية منه أو فائدة يسعى المشرع لتحقيقها. وتبين الأسباب الموجبة للقانون الفائدة من وضعه، وترتيبا على ذلك عندما يسن المشرع قانونا ما تكون لديه قناعة بأن القواعد التي يتضمنها هي حلول للمسائل القانونية مثارة في الحياة اليومية. ويتعين على الطالب الإشارة إلى الفائدة التي تكمن وراء إصدار النص القانوني، سواء تعلق الأمر بقانون جديد، أو بتجديد نص قديم.[3]

ثانيا: التحليل الموضوعي للنص

إن التحليل الموضوعي للنص يقتضي دراسته من حيث المضمون، وهذا يعني أن الطالب سيتوغل في موضوع المسألة القانونية التي يتعلق بها النص. ويتطلب هذا قراءة النص قراءة جيدة مع الفهم

[1] جودية خليل، المرجع السابق، ص ص 99-100.
[2] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 253.
[3] جودية خليل، المرجع السابق، ص100.

الصحيح للمصطلحات الموظفة فيه ثم تحليل كل فقرة من فقراته، وفي كل فقرة يقف الطالب عند كل فكرة يثيرها النص، فيقوم بتسجيلها لتحضير مناقشتها فيما بعد. وبعد الانتهاء من هذا العمل يجد الطالب نفسه قد سجل مجموعة من الأفكار تساعده على وضع خطة لمناقشة موضوع المسألة القانونية محل التعليق.[1]

1. تحليل مضمون النص:

إن الغاية من تحليل مضمون النص هو التوصل إلى معرفة روح النص نفسه أي ما يرمي النص إلى تحقيقه، فيكون ذلك بإبراز القاعدة القانونية من ثنايا النص نفسه، والتي يمكن استنباطها من المواد المختلفة التي يتألف منها النص موضوع الدراسة. فعند قراءة النص، يضع المعلق خطوطا تحت الكلمات أو العبارات التي تشكل "مفاتيح الكلمات" المعبرة عن القاعدة القانونية التي يوجب النص الالتزام بها، أو قد يعبر هذا الأخير عن عدة قواعد قانونية في آن واحد. فتدرس وتحلل فرضيات كل قاعدة قانونية على حدا من أجل معرفة واستيعاب الوقائع المادية المشمولة بهذه الفرضيات، وبعدها يتم تعيين الحكم أو الأثر المقرر لها، الذي يمثل الحل القانوني المترتب لهذه القاعدة.[2]

فعلى الباحث أو المحلل أن يقوم بتحديد المصطلحات المعتمدة في النص، وتحديد نوعها فقد تكون مصطلحات قانونية أو مصطلحات تقنية أو اقتصادية، ثم استخراج الكلمات المفاتيح والتي من شأنها أن تسهل على المحلل تحديد مضمون النص بشكل دقيق، لأنها تمكن الباحث من فصل كل فكرة ذات موضوع مستقل عن بقية الأفكار، عبر استخراج الجمل الرئيسية وعزلها عن بعضها البعض، وذلك بوضع خط تحت أدوات الربط بينها، وذلك للبدء بتحديد المكونات الأساسية للنص، ثم البحث عن

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 78.

[2] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص ص 138-139.

الحالات الواقعة المشمولة بالقاعدة، وتبيانا للحكم الذي تقرره عند توفر شروط تطبيقها، والحل المقرر في النهاية والمتوصل إليه والذي يمثل الحل القانوني للواقع.[1]

يؤدي تحليل القاعدة القانونية التي يتضمنها النص إلى تبيان الحكم الذي تقرره القاعدة عند توفر شروط تطبيقها أي توفر أية حالة واقعية مشمولة بفرضيات القاعدة، والحكم الذي تقرره القاعدة هو بالنهاية الحل القانوني الذي تتضمنه تلك القاعدة.

والحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية_أية قاعدة قانونية_ يشكل بالنهاية المفاعيل التي يرتبها القانون_ بالمعنى الواسع_ عند توفر حالة واقعية تدخل ضمن فرضيات القاعدة القانونية. ولا شك أن تبيان الحل القانوني الذي تتضمنه القاعدة القانونية يتيح للمعلق أن يقوم النص موضوع التعليق.[2]

وقد تكون ألفاظ النص وتعابيره ذات دلالة واضحة ومباشرة على المعنى، لا تحتمل أي لبس فنكون بصدد نص بسيط لا يحتاج إلى الجهد في الفهم أو التفسير، وقد يكون النص غير واضح الدلالة على المعنى بصورة مباشرة، فهنا لابد من بذل الجهد لفهم معنى النص من دلالته وعدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ والتعابير التي إذا وقفنا عندها أدت إلى معنى متناف مع العقل أو المنطق.[3]

وعليه فتحليل نص قانوني كيفما كان نوعه لا يجب أن يتوقف عند حدود عبارات النص، بل لابد من استحضار كل ما يمكن أن يشير إليه النص ولو بطريقة ضمنية، على اعتبار أن النصوص القانونية لا تنظم دائما المسائل والوقائع بصورة صريحة، وبالتالي لا بد كم البحث في خبايا النص،

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 254.

[2] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص518.

[3] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 255.

والوقوف على مقتضى النص وهو ما يدل عليه النص عن طريق المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره.[1]

2.تحديد الإشكالية:

إذا كانت القاعدة القانونية ثابتة، فإن الواقع متغير بجزئياته وتفاصيله، كما أن القواعد القانونية قد تتميز بالاقتضاب والإيجاز. كما قد يشوبها الغموض أو ترد عليها بعض الألفاظ التي تحتاج إلى بيان أو إلى ضبط المراد منها، فضلا عن تعارضها أو تناقضها أحيانا مع قواعد قانونية أخرى في القانون نفسه أو في نصوص قانونية أخرى. لهذا الباعث فإن تحليل أي نص قانوني تنتهي بإثارة العديد من التساؤلات أي الإشكالية، التي يتعين على من يقوم بالتحليل الإجابة عنها.[2]

3. استخراج الفكرة العامة والأفكار الرئيسية:

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

ويفيد استخراج الفكرة العامة من النص في تحديد إطار المسألة المراد مناقشتها حتى لا يخرج الطالب عن الموضوع.[3]

ولاستخراج الأفكار 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

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 255.

[2] جودية خليل، المرجع السابق، ص 101.

[3] غناي زكية، المرجع السابق، ص 79.

وليس حسب المظهر، بحيث تتعلق كل فقرة بفكرة واحدة أو بعدد من الأفكار المتقاربة بينها يسجلها الطالب ويجمع بينها إن أمكن لتحديد أهمها ثم يذكرها مراعيا التسلسل المنطقي لها.
ويفيد تلخيص النص وإحصاء الأفكار الرئيسية فيه في التحضير لوضع خطة ملائمة.[1]

وعليه يجب تحديد الأفكار الموجودة في النص وفصل كل فكرة ذات موضوع مستقل عن بقية الأفكار، وبعد تحديد الأفكار التي يتألف منها النص يجب العودة إلى تلك الأفكار واحدة تلو الأخرى للقيام بشرحها، فالشرح غايته تحديد المقصود بتلك الفكرة وإبراز الحل التشريعي.[2]

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

يقوم الطالب في هذه المرحلة بوضع خطة مناسبة تتناسب مع موضوع النص القانوني محل التعليق، ثم يقوم بمناقشة النص ونقده.

أولا: وضع الخطة:

بعد الفهم الكامل للنص وتحديد القاعدة القانونية أو القواعد التي يتضمنها، وبعد تحديد الإشكالية التي يثيرها، يمكن للطالب الإعلان عن التصميم.
ولما كان تحليل النص القانوني يعد خطوة متقدمة في القراءة، بحيث يستطيع الطالب على إثرها أن يتوصل إلى ربط النص بواقعه التطبيقي، ووضعه في البيئة القانونية الخاصة به، وتحليل كل مقتضى فيه على ضوء ذلك، لذا بات لزاما عليه التقيد بالأسس العلمية والتقنية وصياغتها في مخطط يحترم التقسيم المتعارف عليه والذي يتألف من مقدمة وعرض وخاتمة، ويشكل إجابة معمقة لما طرح في الإشكالية.[3]

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 80.
[2] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 254.
[3] جودية خليل، المرجع السابق، ص 102.

وتعتبر الخطة الشكل الذي سيظهر فيه التحليل، ويجب أن يكون المخطط مبدئيا مأخوذ من نفس عبارات النص كلما كان ذلك ممكنا. لكن النصوص القانونية تصاغ بأسلوب مجرد عادة دون الدخول في التفاصيل، وأسلوب التجريد هذا قد يحول أحيانا دون إمكانية استخراج جميع عناوين المخطط من نفس عبارات النص، لهذا يمكن عند الضرورة اعتماد عناوين نظرية لكن بشرط أن تكون تلك العناوين معبرة عن محتوى النص بدقة دون الابتعاد عن محتوى النص.[1]

فبعد أن يتعرف الطالب على موضوع المسألة القانونية المراد مناقشتها عبر النص القانوني، وبعد إحصاءه لجميع الأفكار التي تعرض لها النص، يشرع في جمع هذه الأفكار وفرزها ببيان ما هو أساسي منها وما هو ثانوي، وباستبعاد ما هو خارج عن الموضوع ثم ترتيبها تحضيرا لوضع خطة مناسبة.

والهدف من وضع الخطة هو مناقشة النص مناقشة تحليلية إنتقادية. فلا يكتفي الطالب بمجرد شرح النص لأن مثل هذا الشرح يؤدي به إلى وضع نفس خطة الكاتب، بل عليه بالإضافة إلى توضيح أفكار النص أن يناقشها وأن يبدي رأيه فيها مع البرهان والتبرير والإضافة إن كان لها محل، وبهذا سينجح في اقتراح خطته الشخصية، والتي تكون مغايرة لخطة الكاتب وفي نفس الوقت ملائمة لمناقشة المسألة القانونية محل التعليق.[2]

تشكل الخطة التصور العام للموضوع والإحاطة بالأفكار الرئيسية المتعلقة بهذا الموضوع، وذلك استنادا على القراءة الأولية للمعلومات المتحصل عليها، والتي ساعدت في تحديد الإشكالية.

_ وبذلك يتمكن الباحث من وضع خطة أولية كإطار لتقسيم مضمون النص، لذا يشترط أن تكون الخطة خادمة للإشكالية، وعليه لابد من الربط بين إشكالية البحث وتقسيماته الرئيسية، ولا يشترط ذلك بالضرورة التطرق لجميع المسائل التي يتناولها البحث.

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 260.

[2] غناي زكية، المرجع السابق، ص 81.

_ ومن أجل الوصول للتقسيم الرئيسي للموضوع لابد من تحديد عناصره الأساسية، من خلال طرح مختلف التساؤلات التي يثيرها الموضوع محل الدراسة.[1]

_ لابد من تحقيق التوازن بين مختلف تقسيمات البحث، لأن ذلك يعتبر دليلا واضحا على قدرة الباحث في طرح المسائل التي يقتضيها تناول إشكالية البحث.

_ الالتزام بعنونة كل قسم من أقسام البحث، وهذا دليل واضح على أهمية العناوين الجزئية وارتباطها بالإشكالية أو الفكرة المحورية للموضوع باعتبارها العنوان الرئيسي للبحث.

_ يجب أن يكون العنوان الرئيسي دالا على عناصر الجزء الذي يشمله، وعليه يصبح أكثر عمومية من العناوين الفرعية، وهنا يكون التدرج بين عناوين خطة البحث من العمومية إلى الخصوصية.[2]

تشمل خطة البحث العناصر التالية:

-مقدمة: تعتبر ممهدة للعرض ومدخلا له، ويتعين أن تكون مقتضبة ومركزة، وأن تتضمن مجموعة من العناصر:

- ❖ الإطار العام الذي يندرج فيه النص.
- ❖ تحديد طبيعة النص ومصدره وتاريخه ومكانه.
- ❖ تحديد هل النص آمر أو مكمل؟ وهل هو نص عام أم خاص؟
- ❖ تحديد موضوع النص والإشارة إلى النصوص المشابهة أو المماثلة التي ترمي إلى نفس الغاية من حيث القانون أو من حيث النتيجة المرجوة من النص.
- ❖ إثارة الإشكالية التي يتمحور حولها النص موضوع التحليل.

[1] علي مراح، المرجع السابق، ص 155-156.

[2] المرجع نفسه، ص 156.

❖ الإعلان عن الخطة مع التعليل، وهذا الأخير مسألة جوهرية لإقناع القارئ بالخطوات والخطة المتبعة في تحليل النص القانوني. [1]

-العرض: ينصب التحليل على النص برمته ولهذا لا يجب الاقتصار على فقرة منه فقط.

بعد استخلاص كل الأفكار يمكن للمعلق أن يقوم بتقديرها وإعطاء رأيه فيها سلبا أو إيجابا مع الاعتماد بالدرجة الأولى على المعارف التي بحوزته.

يمكن للمعلق أن يتبنى خطة من قسمين، يخصص الأول لشرح النص والقسم الثاني للتعليق عليه.

فإذا تعلق الأمر بالتعليق على مادة قانونية، من المستحسن أن يقوم المعلق بتحديد طبيعة النص، وكذا موقع المادة من النص وقدر الإمكان الإشارة إلى مصدر النص.[2]

ويجب أن يكتب التحليل بأسلوب يعطي للقارئ انطباعا مباشرا بأنه يقرأ تحليل نص، ولذلك فيجب عند كتابة التحليل أن:

- أن يبين ما جاء في النص
- أن يوجد في كل فرع من فروع المخطط جزء من النص موضع التحليل، وأن يقع البدء بهذا الجزء، ثم القيام بعد ذلك بتحليله، وبيان ما هي العناصر التي يحتويها هذا الجزء ثم بعد ذلك نشرح كل جملة فيه.
- أن يقع في كل جزء من الموضوع الاستشهاد بجزء أو كلمة على الأقل من النص محل التحليل، ولا يهم أن نبدأ بما جاء في النص أو ننتهي به أو أن نصفه في وسط التحليل المهم فقط هو أن يكون النص حاضرا في كافة أجزاء الموضوع.[3]

[1] جودية خليل، المرجع السابق، ص 102.

[2] دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، المدرسة العليا للقضاء، الميزان، 2013، ص5.

[3] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 262.

ويقتضي التحليل السليم للنص القانوني إيجاد نوع من الترابط والملائمة بين الجزئيات المختلفة لموضوع التحليل، فتبدو وكأنها مكملة لبعضها البعض، وهذا من شأنه أن يجنب الطالب التحليل الناقص أو غير المتجانس للنص القانوني.

ويمكن للطالب اعتماد آليات مختلفة للتحليل كالاستنباط والاستقراء أو عن طريق إعمال مفهوم المخالفة أي استعمال المعنى العكسي لمضمون النص أو استعمال مفهوم الموافقة، أو الاستنتاج عن طريق القياس، أي قياس قاعدة مشابهة خصها المشرع بنص صريح آخر، ويمكنه أن يلجأ لأسلوب المقارنة العمودية بذكر أوجه الاختلاف والشبه مع نص قانون آخر.[1]

-الخاتمة: لا بأس أن يلخص الطالب موضوع المسألة القانونية في فقرة وجيزة يليها عرض للنتائج التي توصل إليها، وموقفه من رأي الكاتب أو المشرع مع عرض البديل إن كان له موقف مخالف.[2]

ثانيا: مناقشة النص القانوني وتقييمه:

بعد تمام مرحلة تحليل النص القانوني، ينتقل الباحث أو المكلف بتحليل النص إلى مرحلة التعليق. وهي مرحلة جد مهمة، وينبغي أن يبرز المحلل قدراته العلمية من خلال عمق الطرح وإبراز شخصيته وبصماته العلمية.

فلا يكفي أن يقتصر الباحث على الجانب الوصفي والتحليلي الأول، بل يتعين عليه تقديم تعليقه الخاص على المادة محل التحليل. وهو ما يفرض على الباحث أن يظهر جانب الإنصاف والعدل مثلا في النص القانوني ويكشف عن بعد النص في المحافظة على النظام العام. أو يكشف مثلا تعارض النص أو المنظومة مع الشريعة الإسلامية.[3]

---

[1] جودية خليل، المرجع السابق، ص 103.

[2] غناي زكية، المرجع السابق، ص 85.

[3] عمار بوضياف، المرجع في كتابة البحوث القانونية (أطروحة دكتوراه، مذكرة ماجستير، مذكرة ماستر، المقالات القانونية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2018، ص54.

يمكننا التأكيد على أن التعليق على نص قانوني، أي أن الدراسة الإنتقادية أو التقويمية للنتائج العملية التي استنبطت من تحليله، لا يمكن أن يحقق هدفه إلا عن طريق التحليل المتقن والدقيق لهذا النص، فتحليل النص والتعليق عليه، هما وجهان لعملة واحدة، وهي دراسة النص القانوني.[1]

تعتبر هذه المرحلة كنتيجة للمعلومات والخبرة التي استقاها الباحث من عملية القراءة المتأنية والفاحصة، فبعد قيامه بدراسة الأنظمة ومقارنتها لبيان مزاياها وثغراتها والتعرف على أوجه الاختلاف فيها، سيساعده ذلك ويمنحه القدرة على التحليل والتعمق في طرح الأفكار. فلابد على الباحث أن يتناول كل نقاط نص التعليق بتعمق، دون الاكتفاء بسرد المعلومات والآراء، فعليه بالتحليل والتقييم حتى يوضح قيمتها العلمية (تأييد/ تفنيد).[2]

فعند صدور نص قانوني يتضمن قواعد قانونية معينة، لابد للمعلق من القيام بإجراء مقارنة أولية بين هذا النص وبين النصوص القانونية السابقة، وخصوصا من حيث المبادئ، أو القواعد العامة التي تتضمنها (مقارنة النص القانوني بالنصوص السائدة)، وبما أن أغلبية القواعد القانونية المعمول بها، تهدف بشكل أو آخر إلى تحقيق غايات معينة لمصلحة المجتمع بشكل عام في الحالات العادية، فلابد أيضا من مقارنة انعكاس هذا النص على النواحي التي تعتبر من مقومات المجتمع (انعكاس النص على مقومات المجتمع)، وأخيرا إن المعلق لابد له من أن يتساءل عن الفائدة العملية من صدور هذا النص (أي مدى الحاجة لتطبيق هذا النص)، علما بأن كل هذه المقارنات تتم من وجهة نظر المعلق التقويمية والشخصية، وذلك بالاستناد إلى المناقشة التي يثيرها حول النتائج العملية للنص المذكور.[3]

[1] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص 139.

[2] علي مراح، المرجع السابق، ص 158.

[3] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص 139.

_ مناقشة المسائل المختلف حولها بعمق ذلك أن اختلاف وجهات النظر دليل على وجود اختلافات سياسية أو اجتماعية، أو اتجاهات فكرية معينة، لذا لابد من اتخاذ موقف محدد وتدعيمه بحجج.

_ إبراز الرأي الخاص، دون الخروج عن المبادئ القانونية السليمة أو المستقرة. وفي جميع الحالات لابد من مراعاة بعض البيانات وإتباع بعض الخطوات في ذلك:

❖ الإدراك التام للنص لتمييز الأفكار والعناصر الأساسية من الفرعية.

❖ مراعاة قواعد المنطق ذلك أن التعليق ليس مجرد ربط لأفكار متنوعة مهما كانت درجة أهميتها، وإنما بناء وتركيب تلك الأفكار بطريقة منطقية ضمن مسار معين للوصول إلى نتيجة مقصودة.[1]

❖ الموضوعية: أي التزام الحياد والقدرة على استقبال أفكار الغير دون تحفظ والتفتح عليها.

❖ التحكم في اللغة: والمقصود هنا تمكن الباحث من اللغة القانونية من حيث البناء النحوي أو الأسلوب، ودلالة المصطلحات المستعملة، والتعبير عنها بصورة مباشرة وبلغة بسيطة وفعالة، ودقيقة وواضحة، من خلال استعمال جمل قصيرة واضحة ودقيقة، وتجنب مجرد التصريحات الغامضة أو التعميمات.[2]

عندما يكون النص موضوع التعليق يخرج عن المبادئ والقواعد العامة، فيفترض بالمعلق أن يبين ما إذا كان واضع النص قصد الخروج عن تلك المبادئ وما هي الاعتبارات التي حتمت عليه ذلك، ومن ثم تقويم تلك الاعتبارات. وبالعكس إذا كان النص يتوافق مع المبادئ والقواعد العامة فيفترض بالمعلق أن يشير إلى ذلك ويدعم رأيه بالنصوص التي يعتبرها مؤيدة لهذا الرأي.[3]

[1] علي مراح، المرجع السابق، ص 158.

[2] المرجع نفسه، ص 159.

[3] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص 520.

- النقد والمناقشة: وهذا لا يتم إلا من خلال توفر المادة العلمية اللازمة لتوظيفها في التعليق. ذلك أن التعليق هو عملية متناسقة تستهدف تقديم مختلف النتائج التي يتوصل إليها المعلق وفقا لما يخدم الهدف المراد تحقيقه.

وهذا يتأتى من خلال القراءة المعمقة للدراسات المتعلقة بالموضوع أو المرتبطة به، ذلك أن التعليق لا يقوم على التخمين وإنما على الحقائق والبيانات والمعلومات المتحصل عليها وتقييمها وانتقاءها لتوظيفها للوصول إلى نتائج معينة.[1]

إذا كان لكل قاعدة قانونية غرض يسعى المشرع لتحقيقه، فيقع على عاتق المحلل أن يكشف عن هذه الزاوية ويتناولها بالتعليق. فيربط مثلا الاعتبارات الواقعية التي تتحكم في تطبيق النص القانوني وتحيط به، وألفاظ النص أو المادة، لنعرف بعد مرحلة التعليق عما إذا كانت القاعدة القانونية أو النص تغطي كل المجال المشمول بها، أم أن المشرع غفل عن مجال معين أو زاوية محددة فلم يشملها بالنص والألفاظ الصريحة. فكم من نص قانوني تبين عيبه بعد تطبيقه ونزوله لأرض الواقع، مما جعل المشرع يعرض عنه تحت ضغط الكتابات الفقهية.[2]

فتحرير التعليق يكون بأسلوب يعطي للقارئ انطباعا مباشرا بأنه يقرأ تعليق على نص، بحيث تتم كتابة التعليق في أسلوب نقاش "جاء في النص" ثم بيان مدى وجاهة أو عدم دقة ما جاء في النص أو بيان موقف الفقه والاختلاف الموجود فيه، ثم كيف انحاز المشرع إلى موقف دون آخر، وهل كان انحيازه هذا صائبا أم لا، أو بيان التضارب في المواقف الذي أدى إليه استخدام المشرع عبارة غامضة وكيف انعكس ذلك على الفقه والقضاء، وهل له موقف مخالف لما جاء في النص، فإذا يستخدم المعلق الفقه

[1] علي مراح، المرجع السابق، ص 159.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 55.

واجتهاد القضاء لمناقشة الحل التشريعي وذلك إما بغاية تأييده أو بغاية نقده لذلك لا يمكن التعليق على نص دون حد أدنى من المعلومات النظرية.[1]

إن التعليق إذا أخذ المنحى والسياق العلمي، وصيغ بألفاظ بعيدة عن الاحتقار وفي حدود ما يسمح به في الكتابات العلمية عموما، وكان بعيدا عن العاطفة، والتزم صاحبه الموضوعية والحياد، وقدم فيه الباحث الحجج والبراهين، وأجرى عملية ربط، وقدم طرحا موضوعيا وأكاديميا، لاشك أنه سيقنع الآخر ويبرز شخصيته العلمية، وتكون كتابته إضافة نوعية تثرى بها المكتبة القانونية.[2]

إذن بشكل عام عند التعليق على نص قانوني يجب أن يكون المعلق ملم ببقية النصوص التي تتعلق بنفس الموضوع سواء كانت مكملة له أم مخالفة أن تشاركه في نفس الموضوع. فالمعلوم أن النص ليس عنصرا منعزلا، بل هو جزء من كل، ولا يمكن أن نحلله ونعلق عليه إلا على ضوء محيطه الخارجي، أي يربطه بما قبله أو بما يوازيه أو بما بعده من نصوص أخرى. وبما أن القواعد القانونية تهدف بشكل أو آخر إلى تحقيق غايات معينة لمصلحة المجتمع بشكل عام، فلابد من التساؤل عن الفائدة العملية من صدور هذا النص أي مدى الحاجة لتطبيقه.[3]

بناء على ما تقدم نخلص إلى القول أن تسليط الضوء على المحيط القانوني لنص ما، يمكن أن يوزع على ثلاث توجهات:

- من أعلى النص، لربطه بنصوص مقارنة أو آراء مكملة.
- بالموازاة مع النص، لربطه بنصوص مقارنة أو آراء مكملة
- من أسفل النص، لتفسير آثاره من كل النواحي.

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 281.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص56.

[3] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص ص 283-284.

فيجب على المعلق أن يضع لكل نص يعالجه أسئلة لربطه بمحيطه القانوني، وهذه الأسئلة يمكن أن تعني ليس فقط النص في عمومه، لكن أيضا كل جزء من بنوده منفصلا.[1]

المطلب الثاني: منهجية التعليق على حكم أو قرار قضائي

يمثل التعليق على الأحكام والقرارات القضائية أهم أنواع الدراسات التطبيقية في القانون. ذلك أن إتقان التعليق على حكم أو قرار قضائي يفترض الإلمام الجيد بالمعارف النظرية المتعلقة بموضوع التعليق، واستيعاب المعطيات المنهجية والقانونية التي تسمح بتقييم الحكم أو القرار، فالتعليق بمثابة تلخيص للتحليل الدقيق لقرار قضائي انطلاقا من المعلومات النظرية التي حصلها الطالب حول الموضوع، مع الأخذ بعين الاعتبار أهمية القرار وما سيكون له من تأثير على الفقه والاجتهاد القضائي وعلى التشريع أحيانا. ذلك أن كل نزاع يعرض على الجهات القضائية يؤدي إلى تحليل مسألة قانونية، والغاية من التعليق هي مناقشة أو تحليل تطبيقي لمسألة قانونية نظرية تلقاها الطالب في المحاضرة.[2]

من بين الدراسات التطبيقية في القانون، يمثل التعليق على الأحكام أو القرارات القضائية أهمّها على الإطلاق. ذلك أن إتقان التعليق على حكم أو قرار قضائي يفترض الإلمام الجيد بالمعارف النظرية والمتعلقة بموضوع التعليق واستيعاب معطيات المنهجية القانونية التي تسمح بتقييم الحكم أو القرار..

المقصود بالتعليق على حكم أو قرار قضائي:

كلّ نزاع يعرض على الجهات القضائية يتعلق بمسألة معينة،إذن كلّ حكم أو قرار يصدر من جهة قضائية يؤدّي إلى تحليل مسألة قانونية. إذن التعليق على حكم أو قرار قضائي هو: مناقشة أو تحليل تطبيقي لمسألة قانونية نظرية" تلقاها الطالب في المحاضرة."

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 285.

[2] جودية خليل، المرجع السابق، ص 89.

والتالي فإن منهجية التعليق على قرار أو حكم قضائي هي دراسة نظرية وتطبيقية في آن واحد لمسألة قانونية معينة، إذ أن القرار أو الحكم القضائي هو عبارة عن بناء منطقي، فجوهر عمل القاضي يتمثل في إجراء قياس منطقي بين مضمون القاعدة القانونية التي تحكم النزاع، وبين العناصر الواقعية لهذا النزاع، وهو ما يفضي إلى نتيجة معينة، هي الحكم الذي يتمّ صياغته في منطوق الحكم.

تتميز أحكام القضائية أو أغلبها بأهمية كبرى في معرفة اتجاهات القضاء في فهم وتفسير النصوص القانونية، ومدى استقرار الأحكام القضائية على اتجاه معين، خلال سنوات أو أن هناك تغيير في اتجاه القضاء، ونظرا لأهمية الكثير من الأحكام القضائية على اتجاه معين، خلال سنوات أو أن هناك تغييرا في اتجاه القضاء، ونظرا لأهمية الكثير من الأحكام القضائية، ينبري رجال القانون والقضاء، وأساتذة القانون للتعليق على الأحكام القضائية.[1]

ونقصد بالتعليق على الأحكام القضائية تلك التعليقات التي تكون على شكل أو في صورة بحث ودراسة مطولة، وليست كتابة تعليق أو وجهة نظر أو تعقيب مبتسر ومختصر، فالتعليق على الحكم القضائي، يستهدف إبراز المبدأ القضائي ثم استعراض وقائع الدعوى ثم محاولة تحديد النقاط والمسائل التي يثيرها الحكم القضائي، وبعد ذلك دراسة كل نقطة أو مسألة في ضوء الأحكام السابقة للقضاء وآراء الفقه بشأنها، وبيان مدى اتفاق الحكم القضائي الجديد المعلق عليه مع الاتجاهات السابقة للقضاء وآراء الفقه، ثم ينتهي الباحث إلى كتابة رأيه الشخصي من المبدأ القانوني الذي جاء به الحكم القضائي المعلق عليه.[2]

ويقصد أيضا بالتعليق على حكم أو قرار قضائي، هو قيام المعلق بعملية ذهنية هي عبارة عن قراءة الحكم-أو القرار- بجميع أجزاءه وتحليله وتأصيله وذلك لتحديد معناه ومرماه، ثم تقييمه وصياغة الرأي العلمي القانوني للمعلق بشأن الحكم ويشمل ذلك الرأي وقائع الحكم وأسانيده وأسبابه وما انتهي

[1] عصمت عبد المجيد بكر، أصول البحث القانوني، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2018، ص 97.

[2] المرجع نفسه.

إليه من نتيجة نهائية أو رأي قضائي نهائي ومدى اتفاق ذلك مع القانون والمنطق والنظريات العلمية والقانونية السائدة في المجتمع.[1]

من المعلوم أن الجهات القضائية تنظر في النزاعات التي تنشب بين الأفراد ثم تفصل فيها عن طريق إصدار أحكام أو قرارات قضائية. وبما أن كل نزاع يعرض على الجهات القضائية يتعلق بمسألة قانونية معينة، فإن كل حكم أو قرار قضائي يصدر من جهة قضائية سيحلل حتما مسألة من المسائل القانونية. إذن فالتعليق على الحكم أو القرار القضائي ما هو في الحقيقة إلا مناقشة تطبيقية لمسألة قانونية نظرية يكون الطالب قد تلقاها في المحاضرة.[2]

فالتعليق على الحكم القضائي يتضمن تحليل الحكم القضائي، وبيان جزئيات الحكم ثم استعراض تطورها التاريخي، ومعناها اللغوي والاصطلاحي ومحاولة تطبيق ما ورد في الحكم القضائي على تلك الجزئيات ومعرفة موقف الحكم القضائي المعلق عليه من كل مسألة من المسائل المثارة، والاستعانة بآراء الفقهاء في كل أجزاء التعليق، وكذلك الاستعانة بالأحكام القضائية الأخرى التي أصدرتها المحكمة للحكم القضائي المراد التعليق عليه، لمعرفة هل أن الحكم القضائي هو تكريس لاتجاه أستقر عليه القضاء أم أنه يمثل اتجاها جديدا وحديثا وما هو الجديد في الحكم القضائي الصادر والمعلق عليه.[3]

ومن ثم فإن المطلوب من الباحث في أثناء التعليق على القرار، ليس العمل على إيجاد حل للمشكل القانوني باعتبار أن القضاء قد بت فيه، ولكنه مناسبة للتأمل ومحاولة لفهم الاتجاه الذي ذهب إليه القضاء، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فالمطلوب هو التعليق على قرار لا دراسة قرار بشكل يتجاهل كليا موضوع الدعوى المعروضة، لذلك لا يجوز الغوص في بحث نظري للموضوع الذي

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 308.

[2] غناي زكية، المرجع السابق، ص 19.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 98.

تناوله ذلك القرار. فليس المطلوب هو بحث قانوني في موضوع معين، وإنما التعليق على قرار يتناول مسألة قانونية معينة.[1]

وعليه يعتبر التعليق على القرارات القضائية عملية قانونية في غاية من الأهمية بالنسبة لدارسي العلوم القانونية والإدارية، وذلك لما يحتله القضاء من مكانة في تطبيق نصوص القانون أو الاجتهاد في حالة عدم وجود نص. ومن هنا يتعين على كل دارس للقانون التركيز على إبراز التوجه القضائي من خلال تحليل الأحكام والقرارات الصادرة عن السلطة القضائية في المواد المختلفة، ليتمرس على المادة القانونية عرضا، وتحليلا، ونقدا، وفق منهجية علمية سليمة اتفق على قواعدها بين مختلف المدارس.[2]

وتبعا لذلك يكون على الطالب، عندما يعلق على قرار قضائي، أن يستخرج منه العناصر الواقعية_إدعاءات وحجج الخصوم_ المسائل القانونية المطروحة_الحل الذي أعطاه القاضي والتعليل الذي اعتمده للوصول إلى ذلك الحل، ليخلص بالنتيجة إلى مناقشة الحل والتعليل الذي ارتكز عليه على ضوء القواعد القانونية والآراء الفقهية والاجتهادية في الموضوع.[3]

فالتعليق هو تلخيص لعملية التحليل الدقيقة التي قام بها الباحث، عن طريق تفكيك القرار القضائي إلى عناصره الأولية، ثم مقارنة ما يوجد بالحكم أو القرار من تطبيقات واجتهادات بما تلقاه الطالب من معارف، ثم أيضا معرفة أهمية الحكم أو القرار من حيث تضمنه لعناصر جديدة أضافها إلى محصلاته المعرفية القانونية، فإذا كانت القرارات القضائية تضيف الجديد غالبا للنصوص القانونية التشريعية وللاجتهادات السابقة فهي بلا شك تشكل جزء لا يتجزأ من المعرفة القانونية التي يطلبها الباحث في القانون.[4] من ثمّ فإن المطلوب من الباحث أثناء التعليق على القرار، ليس العمل على إيجاد

[1] جبيري ياسين، المنهجية العلمية للبحث في العلوم القانونية والإدارية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص231.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 61.

[3] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص 471.

[4] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 309.

حلّ للمشكل القانوني باعتبار أن القضاء قد بث فيه، ولكنه مناسبة للتأمل ومحاولة لفهم الإتجاه الذي ذهب إليه القضاء، هذا من ناحية أخرى، ومن ناحية أخرى فالمطلوب هو التعليق على قرار لا دراسة قرار بشكل يتجاهل كليا موضوع الدعوى المعروضة، لذلك لا يجوز الغوص في بحث نظري للموضوع الذي تناوله ذلك القرار. فليس المطلوب هو بحث قانوني في موضوع معين، وإنما التعليق على قرار يتناول مسألة قانونية معينة.

ولكي يكون التعليق على قرار سليما، يجب أن يكون الباحث ملمّا أساسا بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع، وأيضا بالفقه قديمه وحديثه الذي تعرّض للمسألة، وكذا بالاجتهاد الذي تناول هذه المسألة وبالمراحل التاريخية التي مرّ بها تطوّره توصّلا إلى الموقف الأخير في الموضوع ومن ثمّ بيان انعكاسات ذلك الحلّ من الوجهة القانونية.

إن أول ما يتطلبه التعليق هو قراءة القرار أو الحكم عدة مرات دون تدوين أيّ شيء، ويجب دراسة كلّ كلمة وردت في القرار لأنه من الصعب التعليق على قرار غير مفهوم، لأن المهمة سوف تكون معالجة العناصر والجهات المختلفة للقرار موضوع التعليق في الشكل والأساس ووفق منهجية.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:

يعتبر القرار أو الحكم القضائي هو الحكم البات الذي يصدر كم جهة قضائية وطنية أو دولية، وهو حل قضائي لمشكلة محل نزاع بين الخصوم. وتشكل الأحكام والقرارات القضائية الجانب التطبيقي للقانون، لذا فإن من المهم على الباحثين الإشارة إلى موقف القضاء من مواضيع بحوثهم، لأن مثل هذه

التعليقات تمكن الباحث من الوقوف متأملا لتلك القرارات مما ينمي لديه القابلية على التحليل والتعليق والاستنتاج والمقارنة وبيان قدرة الباحث على الإقناع وهذه جميعا من أهم صور مهارة البحث القانوني.[1]

قبل الشروع في التعليق على القرار الفضائي يحسن بالمعلق أولا تحليل القرار الذي بين يديه، ولا يتم ذلك إلا من خلال عرض الوقائع والإجراءات والحجج، والمشكل القانوني والحل المقترح والمقدم الذي أفصح عنه القرار القضائي دون زيادة أو نقصان أو تعليق أو إبداء رأي. فيعرض الأمر بكل أمانة علمية ما وجد من معلومات في صلب القرار القضائي.[2]

والتعليق على القرار القضائي مرحلة متقدمة في البحث القانوني، تحتاج إلى دراية ومكنة ومهارة لا تتوفر عند جميع الباحثين، وعلى العموم فإن هذا التعليق يتطلب من الباحث تحليل ذلك القرار، لهذا فإن أهم خطوات وضوابط التعليق على القرار أو الحكم القضائي هي:

- قراء القرار لأكثر من مرة
- تحليل القرار القضائي، بمعنى تفكيك القرار أو الحكم إلى جزئياته.
- تثبيت أهم المسائل القانونية التي يثيرها الحكم.[3]
- التمعن في حيثيات القرار وإعادة ربطها ببعضها من جديد.
- الوقوف على الأسباب التي دعت إلى إصدار الحكم بهذا الشكل.
- مناقشة تفاصيل وحيثيات القرار أو الحكم.
- مقارنة الحكم الصادر بالأحكام الصادرة الأخرى في نفس البلد أو في بلدان أخرى.
- ملاحظة مدى انطباق القرار مع النص القانوني أو النصوص (التشريع) التي تحكم موضوعه.

[1] عمار عباس الحسيني، مناهج البحث القانوني (أصول إعداد البحوث والرسائل القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص 303.

[2] جبيري ياسين، المرجع السابق، ص 233.

[3] عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص ص 307-308.

- تحديد النظريات الفقهية والاجتهادات المثارة في ظل موضوع القرار محل التعليق.
- استخلاص قاعدة أو مبدأ من القرار الصادر.
- بساطة ووضوح الأسلوب واستخدام التعبيرات القانونية عند التعليق.[1]

وللتمكن من تحليل القرار يجب استخراج بصفة دقيقة الوقائع التي أثارت الإشكال القانوني الذي قامت الجهة القضائية المصدرة للقرار بالفصل فيه، بعد ذلك بقوم المعلق بإعداد تسلسل للإجراءات التي سبقت إصدار القرار، يتساءل بعد ذلك وهي المرحلة الحاسمة عن المشكل القانوني الذي يفترض أنه حل بصدور القرار وكذا حول تسبيب هذا الحل.

فالتعليق لا يقتصر فقط على المنطوق (الإجابة التي قدمت للمتقاضي)، ولكن أيضا على الأسباب (التفكير القانوني الذي اتبعه القاضي حتى توصل لهذه الإجابة). ففي هذه المرحلة يصبح ممكنا تقدير الاختيار الذي قام به القاضي والأسباب الظاهرة والكامنة التي قادت لهذا الاختيار، وأيضا تحديد أثر هذا القرار وتقييمه.[2]

لذلك فالمرحلة التحضيرية هي عبارة عن عمل وصفي من قبل المعلق، يستذكر خلالها معلومات أساسية حول الأحكام والقرارات القضائية، ويتأكد من وجودها، ثم ينطلق في تحليل جزئيات الحكم وتدوينها على مسودة لضبطها وتهيئتها لعملية الدراسة والتمحيص. لذا يتوجب على المعلق معرفة شكل ومضمون الحكم أو القرار القضائي، كي يتمكن في هذه المرحلة التحضيرية من التعرف على جوهر الحكم أي فهمه وتحديد موضوعه، والقيام بتحليل واستخراج عناصر هذا الحكم أو القرار، كي يتمكن في المرحلة التحريرية من وضع الخطة التطبيقية لمناقشة الحل القانوني المتضمن في الحكم أو القرار.[3]

يذكر المعلق في هذه المرحلة العناصر التالية:

[1] عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 308.

[2] دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، المرجع السابق، ص 3.

[3] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 310.

أولا:الوقائع:

يقصد بالوقائع كل الأحداث التي نشأ بسببها النزاع من أفعال مادية (ضرب)، أو أقوال (وعد)، أو تصرفات قانونية (عقد). ويجب على المعلق أن يراعي في استخراجها ما يلي:

- أن لا يستخرج إلا الوقائع التي تهم في حل النزاع.
- أن يستخرج الوقائع متسلسلة تسلسلا زمنيا حسب وقوعها ويرتبها في شكل نقاط.
- أن يبتعد عن افتراض وقائع لم تذكر في القرار.
- أن يكيف الوقائع تكييفا قانونيا صحيحا.
- أن لا يذكر إلا الوقائع الثابتة التي يتفق على حدوثها كل من طرفي النزاع.[1]

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن المعلق يبدأ مرحلته هذه بذكر أطراف النزاع لأن ذلك له بالغ الأهمية بخصوص معرفة جهة الاختصاص، وعما كانت القضية تدخل ضمن ولاية واختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري مثلا، ثم يعقب بتحديد موضوع النزاع الذي يفيد في معرفة القانون الواجب التطبيق على الخصومة أو المنازعة. والحكمة من ذكر وحصر الوقائع هو تحضير القائم بالتعليق لاستيعابها ومعرفة حكم القانون بشأنها.[2]

أي كلّ الأحداث التي أدّت إلى نشوء النزاع :تصرف قانوني "بيع"، أقوال "وعد"، أفعال مادية "ضرب". ويشترط:

-ألاّ يستخرج الباحث إلاّ الوقائع التي تهمّ في حلّ النزاع ، فمثلا إذا باع "أ" ل"ب" سيارة ،و قام "أ" بضرب "ب" دون إحداث ضرر، ونشب نزاع بينهما حول تنفيذ العقد، فالقرار يعالج المسؤولية العقدية نتيجة عدم تنفيذ التزام إذن لا داعي لذكر الضرب لأن المسؤولية التقصيرية لم تطرح.

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص ص 21-23.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 62-63.

وإن كان يجب عدم تجاهل –عند القراءة المتأنّية– أيّ واقعة لأنه في عمليّة فرز الوقائع، قد يقع المعلّق على واقعة قد تكون جوهرية، ومن شأنها أن تؤثر في الحلّ الذي وضعه القاضي إيجابا أو سلبا.

-لابدّ من استخراج الوقائع متسلسلة تسلسلا زمنيّا حسب وقوعها، ومرتبة في شكل نقاط.

-الابتعاد عن افتراض وقائع لم تذكر في القرار.

أما الإجراءات فهي مختلف المراحل القضائية التي مرّ بها النزاع عبر درجات التقاضي إلى غاية صدور القرار محلّ التعليق. فإذا كان التعليق يتناول قرارا صادرا عن مجلس قضائي، يجب الإشارة إلى الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، والذي كان موضوعا للطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي، وإذا كان القرار موضوع التعليق صادرا عن المحكمة العليا، يصبح جوهريا إبراز مراحل عرض النزاع على المحكمة والمجلس القضائي.

لكن وبفرض أن محلّ التعليق هو حكم محكمة، فقد تكون لبعض المراحل الإجرائية في الدعوى أهميتها في تحديد معنى الحك، مثلا: يجدر بالمعلّق الإشارة إلى الخبرة، إذا تمتّ إحالة الدعوى إلى الخبرة.

وعليه فالتعليق يبدأ بعرض واضح للعناصر الواقعية التي طرحت على المحكمة، وتقتصر مهمة المعلق هنا على استخلاص العناصر الواقعية التي يتضمنها القرار، وفي أي جزء وردت فيه. والعناصر الواقعية تشمل الأحداث المادية التي يدور النزاع حولها.

وتنصب أيضا مهمة المعلق في هذا المجال على عرض موجز لمراحل النزاع وبشكل واضح، ويقتصر هذا العرض على تبيان مراحل النزاع القضائي، من حيث التقدم بالمطالبة القضائية إلى حين صدور القرار موضوع التعليق، ويعرض في كل مرحلة الأسباب القانونية والواقعية، ثم الحل القانوني الذي أعطته المحكمة للنزاع.[1]

[1] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ص 484-485.

لذا يجب على المعلق مراعاة تسلسل وقوع الأحداث، وأن ينحصر العرض في إيجاد الوقائع المادية المجدية والمفيدة التي ينبني عليها حل النزاع، كما وردت تماما في الحكم أو القرار، دون إضافة أي وقائع غير مذكورة أو افتراض وقائع غير واردة، كما أن عليه الامتناع عن تحميل وقائع أكثر مما تتحمل، أو استنتاج وقائع كم وقائع أخرى، أي الالتزام بالواقعية والأمانة في عرض هذه الوقائع التي عرضتها المحكمة مصدرة القرار. كما يجب عدم التحيز لأحد الأطراف وتولي الدفاع عنه، والاقتصار على تبيان نقاط الاختلاف والإتقان بين طرفي النزاع، حول صحة هذه الوقائع.[1]

ثانيا: طلبات أطراف النزاع

مما لا شك فيه أن رافع الدعوى وهو يقصد القضاء يعرض مجموعة حجج من خلال دعواه يريد إقناع هيئة الحكم بها، ولا شك أيضا أن خصمه سيعرض مجموعة حجج أخرى يحاول من خلالها دحض حجج رافع الدعوى. وينبغي عرض هذه الحجج من خلال ما ورد في القرار محل التعليق دون زيادة أو نقصان أو تصرف أو إبداء رأي. وهذه مرحلة مهمة فبعد أن عرض المعلق الوقائع لاشك وهو يعرض الحجج التي يتمسك بها كل خصم سيساعده على الميل لقوة حجة مطروحة على أخرى.[2]

والادعاءات هي مزاعم وطلبات أطراف النزاع التي استندوا عليها للمطالبة بحقوقهم، يجب أن تكون الإدعاءات مرتبة مع شرح الأسانيد القانونية، أي ذكر النص القانوني الذي اعتمدوا عليه ولا يجوز الاكتفاء بذكر "مخالفة القانون"، فالبناء كله يعتمد على الادعاءات، وذلك بهدف تكييفها وتحديد الأحكام القانونية التي تطبق عليها، أي أن الأحكام والقرارات لابد أن تستند إلى إدعاءات الخصوم. [3]

وهي مزاعم وطلبات أطراف النزاع التي استندوا عليها للمطالبة بحقوقهم.

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 317.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 64.

[3] جبيري ياسين، المرجع السابق، ص ص 236-237.

يجب أن تكون الإدّعاءات مرتبة، مع شرح الأسانيد القانونية، أي ذكر النص القانوني الذي اعتمدوا عليه، ولا يجوز الاكتفاء بذكر "سوء تطبيق القانون"، أو "مخالفة القانون."

فالبناء كله يعتمد على الإدعاءات، وذلك بهدف تكييفها وتحديد الأحكام القانونية التي تطبق عليها، أي أن الأحكام والقرارات لابد أن تستند إلى ادّعاءات الخصوم. والإدّعاءات يمكن التعرف عليها من خلال عبارات "عن الوجه الأوّل"، أو استنباطها من عبارات "حيث يؤخذ على القرار"، "حيث يعاب على القرار"،" حيث ينعى على القرار"

ثالثا:الحيثيات

يقصد بالحيثيات الأسباب الموضوعية والقانونية التي دفعت القاضي إلى اختيار الحل الوارد بالمنطوق دون غيره، ولماذا أيد أو رفض طلبات الخصوم، وتكون فقرات الأسباب هي الجزء الأهم في الحكم بالنسبة للقانوني، كما تستغرق عادة أكبر جزء في الحكم أو القرار.[1]

يعبر هذا الجزء عن رأي المحكمة في النزاع المطروح عليها، بما يتضمنه من دفوع وأسباب دفاع ونقاط ومسائل قانونية ومطالب مطروحة من الخصوم. ويتناول هذا الجزء بالتالي المسائل والنقاط القانونية المطروحة على المحكمة، ويعطي لكل منها الحل القانوني على ضوء القاعدة أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وبالطبع إن المسائل والنقاط القانونية التي تطرح ضمن هذا الجزء تختلف بين حكم وآخر باختلاف معطيات النزاع وحدوده، فقد يقتصر النزاع على طرح مسألة واحدة كما قد يطرح عدة مسائل، ويتوجب على المحكمة أن تعطي حلا لجميع المسائل المطروحة من الخصوم مع بيان الأسباب الملائمة لذلك.[2]

[1] علي مراح، المرجع السابق، ص 143.

[2] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ص 478-479.

رابعا: المشكل القانوني

وهو السؤال الذي يتبادر إلى ذهن القاضي عند الفصل في النزاع، فتضارب الإدعاءات يثير مشكلا قانونيا يقوم القاضي بحله في نهاية حيثيات القرار، قبل وضعه في منطوق الحكم. إذن فالمشكل القانوني لا يظهر في القرار وإنما يستنبط من الإدعاءات ومن الحل القانوني الذي توصل إليه القاضي.

ومن شروط طرح المشكل القانوني:

- أن يطرح في شكل سؤال أو عدة أسئلة، أي سؤال رئيسي وأسئلة فرعية.
- أن يطرح بأسلوب قانوني.
- إعادة طرح الإشكال طرحا تطبيقيا.
- لا تطرح نقطة لم يظهر أنه دار حولها نزاع بين الأطراف.
- يتعين على الطالب أن يتحرى الدقة، ويحدد الإشكالية بشكل صحيح، إذ يترتب على نجاحه في هذه المرحلة، نجاحه في تحليل المسألة القانونية المعروضة للنقاش.[1]
- ألا يستشكل ما لا مشكلة فيه: فعلى المعلق أن يبحث عن المشكل القانوني الذي يوصله إلى حل النزاع، أما المسائل التي لم يتنازع عليها الأطراف فلا تطرح كمشكل قانوني.[2]

إن الدارس للقرار القضائي وهو يحصر موضوع النزاع ويتمعن في حجج كل طرف أو خصم سيجد أن كل خصم يحاول من خلال مذكراته أو كتاباته أن يطرح على هيئة الحكم مجموعة أسئلة أو سؤال محدد. وعليه فإن إبراز الإشكال القانوني، وطرح الأسئلة بدقة، وبأسلوب قانوني، كفيل بأن يدفع

[1] جودية خليل، المرجع السابق، ص ص 91-92.

[2] جبيري ياسين، المرجع السابق، ص 245.

في القائم بالتعليق شغفا لا مثيل له لمعرفة الحل القانوني الذي تبنته هيئة الحكم وجاء متوجا لهذا النزاع أو هذا الإشكال القانوني.[1]

بعد إبراز المعلق للنقطة أو النقاط القانونية التي طرحت على المحكمة ينتقل إلى عرض الجواب الذي أعطته المحكمة للنقطة أو النقاط القانونية التي طرحت عليها. وعند تعدد النقاط القانونية المطروحة في القرار، يجب إيراد هذه النقاط تباعا وبشكل متسلسل، والحل الذي أعطته المحكمة لكل نقطة من تلك النقاط. ويراعى في الحل النقاط التالية:[2]

- إن الحل في هذا المجال يعني الحل الذي أعطته المحكمة مصدرة القرار موضوع التعليق.
- يجب أن يصاغ الحل القانوني بشكل واضح ومختصر بنقل حيثيات القرار التي تضمنت هذا الحل إلى أرضية قانونية صرفة تعبر عن رأي قانوني محض، وهذا لا يكون باجتزاء مقاطع من القرار بل بصياغة ترتكز على الأسلوب الشخصي في عرض الحل.
- يجب أن تراعى الأمانة والموضوعية في بيان الحل القانوني الذي أعطته المحكمة، بمعنى أن يعرض الحل كما قالت به المحكمة وكما اعتمدته، بصرف النظر عن رأي المعلق الشخصي أو عن صحة الحل على ضوء القانون الوضعي أو الآراء الفقهية والاجتهادية، لأن مناقشة الحل وتقويمه يأتي في المرحلة التالية.[3]

والمشكل القانوني هو السؤال الذي يتبادر إلى ذهن القاضي عند الفصل في النزاع، لأن تضارب الإدّعاءات يثير مشكلا قانونيا يقوم القاضي بحلّه في أواخر حيثيات القرار، قبل وضعه في منطوق

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 64-65.

[2] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص 490.

[3] المرجع نفسه، ص ص 490-491.

الحكم.إذن المشكل القانوني لا يظهر في القرار وإنما يستنبط من الإدعاءات ومن الحل القانوني الذي توصّل إليه القاضي.

ومن شروط طرح المشكل القانوني:

– لابد أن يطرح في شكل سؤال أو عدة أسئلة، أي سؤال رئيسي وأسئلة فرعية.

– أن يطرح بأسلوب قانوني، فعوض هل يحق ل "أ" أن يبيع عقاره عرفيا؟ يطرح السؤال: هل الرسمية ركن في انعقاد البيع العقاري؟

– إعادة طرح الإشكال طرحا تطبيقيّا: فمثلا الطرح النظري هو هل التدليس عيب في العقد، والطرح التطبيقي هل تعتبر المعلومات الخاطئة التي أدلى بها "أ" ل "ب" بخصوص جودة المبيع حيلة تدليسية تؤدّي إلى قابليّة العقد للإبطال؟

– ألا يستشكل مالا مشكلة فيه: فعلى المعلق أن يبحث عن المشكل القانوني الذي يوصله إلى حلّ النزاع أمّا المسائل التي لم يتنازع عليها الأطراف، فلا تطرح كمشكل قانونيّ. فمثلا إذا تبين من وقائع القرار أنّه تم عقد بيع عقار عرفيا، ثم وقع نزاع حول صحّة العقد ، فلا داعي للتساؤل: هل البيع الذي تمّ بين "أ" و "ب" هو عقد عرفي لأنّ هذا ثابت من الوقائع ولا إشكال فيه.

– بقدر ما طرح الإشكال بطريقة صحيحة بقدر ما يوفق المعلق في تحليل المسألة القانونية المعروضة من خلال الحكم أو القرار القضائي.

إذن المرحلة التحضيرية هي عبارة عن عمل وصفي من قبل المعلق، وعليه أن يتوخى في وصفه الدقة لأن تحليلاته اللاحقة، سوف تبنى على ما استخلصه في هذه المرحلة.[1]

[1] جودية خليل، المرجع السابق، ص 92.

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

تقتضي المرحلة التحضيرية وضع خطة لدراسة المسألة القانونية المعروضة من خلال الحكم أو القرار القضائي ثم مناقشتها وفقا لهذه الخطة مناقشة نظرية وتطبيقية في آن واحد.[1]

ويشترط في الخطة أن يراعى فيها ما يلي:

- أن تكون الخطة مصممة في شكل مقدمة، وصلب موضوع يحتوي على مباحث ومطالب وخاتمة.
- أن تكون خطة تطبيقية، أي تتعلق بالقضية وأطراف النزاع من خلال العناوين. فعلى المعلق تجنب الخطة المكونة من مبحث نظري ومبحث تطبيقي لأنها ستؤدي حتما لتكرار المعلومات.
- أن تكون خطة متوازنة ومتسلسلة تسلسلا منطقيا بحيث تكون العناوين من حيث مضمونها متتابعة وفقا لتتابع وقائع الفضية، فتظهر بذلك بداية الفضية في بداية الخطة.
- أن توضع خطة تجيب على المشكل القانوني المطروح، فإذا كان ممكنا يتم استخراج إشكاليتين قانونيتين، وتعالج كل واحدة منهما في مبحث، وهي الخطة المثالية في معالجة أغلب المسائل القانونية المطروحة من خلال الأحكام والقرارات القضائية.[2]

تقتضي هذه المرحلة وضع خطة لدراسة المسألة القانونية والإجابة على الإشكال القانوني الذي يطرحه القرار ثم مناقشتها. ويشترط في هذه الخطة:

- أن تكون خطة مصمّمة في شكل مقدّمة، صلب موضوع يحتوي على مباحث ومطالب وخاتمة.

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 29.

[2] جبيري ياسين، المرجع السابق، ص ص 246-247.

- أن تكون خطة تطبيقية، أي تتعلّق بالقضيّة وأطراف النزاع من خلال العناوين. فعلى المعلق تجنّب الخطة النظرية، كما عليه تجنب الخطة المكونة من مبحث نظري ومبحث تطبيقي لأن هذه الخطة، ستؤدي حتما إلى تكرار المعلومات.
- أن تكون خطة دقيقة، فمن الأحسن تجنب العناوين العامة.
- أن تكون خطة متوازنة ومتسلسلة تسلسلا منطقيا بحيث تكون العناوين من حيث مضمونها متتابعة وفقا لتتابع وقائع القضية، فتظهر بذلك بداية القضية في بداية الخطة، كما تنتهي القضية بنهاية الخطة.
- أن توضع خطة تجيب على المشكل القانوني المطروح، فإذا كان ممكنا يتمّ استخراج إشكاليتين قانونيتين، وتعالج كل واحدة منهما في مبحث، وهي الخطة المثالية في معالجة أغلب المسائل القانونية المطروحة من خلال الأحكام والقرارات القضائية.
- بعدما يضع المعلق الخطة بكل عناوينها، يبدأ من خلالها في مناقشة المسألة القانونية التي يتعلق بها الحكم أو القرار القضائي محلّ التعليق ابتداء بالمقدمة مرورا بصلب الموضوع، إلى أن يصل إلى الخاتمة.
- وفي الخاتمة يخرج الباحث بنتيجة مفادها أنّ المشكل القانوني الذي يطرحه الحكم أو القرار القضائي محل التعليق يتعلق بمسألة قانونية معينة لها حل قانوني معين يذكره المعلق معالجا بذلك الحلّ الذي توصل إليه القضاة إمّا بالإيجاب أي بموافقته مع عرض البديل، وبهذا يختم المعلق تعليقه على القرار.

أولا: مقدمة

تعتبر مقدمة تمهيد ومدخل للموضوع، فنبدأ بتقديم يتضمن التعريف بالقرار محل التعليق من حيث المحكمة الناطقة به، ودرجتها ونوع الحكم ورقمه وتاريخه وموضوع الحكم أو القرار، وبيان المدعي

والمدعى عليه أو الطاعن أو المستأنف حسب كل حالة، وعرض مراحل النزاع القضائية، واستعراض ووصف وقائع النزاع، والإدعاءات القانونية التي قدمها أطراف النزاع، وعرض المسائل القانونية المثارة، وسرد الوقائع والإجراءات والادعاءات، وطرح المسألة أو المسائل القانونية محل التعليق.[1]

يبدأ فيها المعلق بعرض موضوع المسألة القانونية محل التعليق في جملة وجيزة، بعدها يلخص قضية الحكم أو القرار في فقرة متماسكة، يسرد فيها بإيجاز كل من الوقائع والإجراءات والإدعاءات والحيثيات، منتهيا بطرح المشكل القانوني بصفة مختصرة.[2]

فهذه المرحلة يعرف فيها الحكم أو القرار أو النص وموضوعه ومضمونه ووقت صدوره وأسباب الإصدار والغرض من هذا النص، والربط بين هذه العناصر في موضوع واحد.[3]

ثانيا: العرض

بعد المقدمة يدخل الطالب إلى صلب الموضوع، فيبدأ في تحرير ما جاء في عناوين الخطة بالترتيب مبتدءا بالمبحث الأول ومنتهيا بآخره ومارا بذلك على كل نقاط الخطة، وفي كل نقطة يناقش جزء من المسألة القانونية المطلوب دراستها مناقشة نظرية وتطبيقية مع إعطاء رأيه في الحل القانوني الملائم لفض النزاع. وحتى يتمكن الطالب من هذه المناقشة، يجب عليه الاستعانة بالمعلومات النظرية المتعلقة بالمسألة القانونية محل التعليق، ثم الرجوع في كل مرة إلى حيثيات الحكم أو القرار محل التعليق لتطبيق تلك المعلومات على القضية المطروحة، ومقارنة الحل القانوني الذي يرتئيه الطالب مع الحل الذي توصل إليه القضاة.[4]

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 319.
[2] جودية خليل، المرجع السابق، ص 93.
[3] جبيري ياسين، المرجع السابق، ص 248.
[4] غناي زكية، المرجع السابق، ص ص 31-32.

وبعد عرض المعلق للوقائع محل النزاع وللإجراءات والحجج والإشكال القانوني والحل المقترح، وبعد بيانه وتفصيله لنطاق الحل المقترح يدخل مرحلة حاسمة هي مرحلة التعليق ليبدأ في تشريح القرار محل التعليق تشريحا قانونيا شاملا. وهذه مرحلة في غاية من الصعوبة وتتطلب جهدا كبيرا من جانب الباحث أو المعلق لإبراز ذاتيته وشخصيته القانونية. ويفضل أن يطرح المعلق أثناء التعليق الإشكالات القانونية التي يدور حولها القرار القضائي دون التطرق للجانب النظري، وعرض الدراسات الفقهية والنظريات، لأن هذه المسائل قد تبعده عن هدفه.[1]

ولابد على المعلق في هذه المرحلة مراعاة ما يلي:

- أن يعتمد المعلق إلى إبداء رأيه الشخصي البحت، في كل مسألة من المسائل القانونية التي أثيرت أمام المحكمة مصدرة القرار، كل ذلك في إطار المبادئ والمعلومات القانونية المتوافرة لديه، إما تلك التي يحتفظ بها في ذهنه وفي فكره، وإما تلك التي يستطيع الحصول عليها من المراجع المختلفة الموجودة في المكتبات الخاصة والعامة، ووفقا لذلك نحدد بعدها موقع الحل المقترح من قبل المحكمة، في إطار المبادئ القانونية المقررة أو المعتمدة فقها واجتهادا وتشريعا.[2]
- عند الانتهاء من معالجة وتقويم المسائل المثارة، والحل المقرر لها، ينتقل تباعا وعلى نفس النسق، إلى معالجة وتقويم كل المسائل المتبقية وفقا لتدرجها في القرار موضوع التعليق. فتتم المناقشة بالتالي وفقا للقواعد القانونية والنصوص المرعية الإجراء، وكذلك وفقا للمقومات الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، وأخيرا بالنسبة لمدى إلزامية الحل المقرر لسائر المحاكم الأخرى. [3]

يتصدى المعلق في هذه المرحلة إلى مهمتين أساسيتين:

_ الأولى: نقد الحكم أو القرار

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 66-67.

[2] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص 155.

[3] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص 155.

_ الثانية: قيمة الحل بالنسبة للنصوص و المبادئ القانونية

ويقصد بنقد الحكم أو القرار بيان صحته من الوجهة القانونية، وبهذا الشأن قد يكون النقد إيجابيا أو سلبيا. وعليه فإن نقد الحكم يعتبر تقييما له، وفي مدى توفيق المحكمة في استخلاص الوقائع محل النزاع وصحة تكييفها القانوني، وبالتالي صحة الإسناد في تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. ويضاف إلى ذلك أن المعلق يقدر مدى صحة تفسير المحكمة لقواعد القانون، ومدى صحة انطباق هذه النصوص على وقائع النزاع، بما يبرر الحكم أو القرار الصادر عنها.[1]

أما بالنسبة لقيمة الحكم أو ما يقصد به الاجتهاد القضائي، الذي تصبح سوابق الشيء المقضي مصدرا تفسيريا لقواعد بعض فروع القانون، للجهات القضائية تراعيه عند إصدار أحكامها في الحالات المشابهة، يكون المطلوب من المعلق في هذه الحالة أن يبين دور الحكم أو القرار القضائي في خلق أو بلورة أو تأكيد مبدأ قانوني.[2]

ففي هذه المرحلة يقوم المعلق بمناقشة الحلول التي اعتمدها القرار وتقويمها، وإذا كانت طرحت في القرار نقطة قانونية واحدة نتناولها بالتحليل والمناقشة. أما إذا طرحت في القرار عدة نقاط قانونية فنتناول، كل نقطة من هذه النقاط تباعا بالمناقشة والتحليل بحيث أنه عند الانتهاء من نقطة معينة ننتقل إلى النقطة التالية، وهكذا حتى الانتهاء من تحليل ومناقشة كل النقاط القانونية التي طرحت على المحكمة. فمناقشة الحلول تتم من خلال تقويم الحل من الوجهة القانونية، ومن الوجهة الاجتماعية والاقتصادية، ومن ثم على ضوء مدى وأبعاد هذا الحل.[3]

فالمناقشة على هذا الأساس تكون موضوعية وشكلية

[1] فاضلي إدريس، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2017، ص ص 259-260.
[2] المرجع نفسه، ص ص 260-261.
[3] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص 491.

-موضوعية: يتم التطرق فيها لما يلي:

- النصوص القانونية وموقف هذا الحل بالنسبة لها، هل استند إلى نص قانوني؟ هل هذا النص واضح أم غامض؟ كيف تم تفسيره؟ ووفق أي اتجاه؟

- الآراء الفقهية بالنسبة لهذه المسألة، وموقف الحل بالنسبة لها؟

- موقف الاجتهاد القضائي عموما بما فيه القضاء المقارن من المسألة، وموقف الحل بالنسبة للاجتهاد، هل يتوافق مع الاجتهاد السابق أم يطوره أم أنه يشكل نقطة تحول بالنسبة له؟

- الحيثيات الموجودة في الحكم أو القرار، ينبغي أن تقرأ بدقة ويتم التدقيق فيها.[1]

مناقشة شخصية وهي تستند على المناقشة الموضوعية وتؤدي إلى إعطاء حكم تقييمي للحل الذي جاء به الحكم أو القرار، فيتم تبيان أوجه القوة والضعف في الحكم أو القرار، ومن الممكن اقتراح حل آخر غير التي أعطته المحكمة عندما يكون ذلك ضروريا هو من صميم التعليق، لأن القضاء في النهاية مشكل من بشر يصيبون ويخطئون، والأهم أن يكون كل ذلك بلا تجريح ولا تجاوز، بل يكون باستعمال العبارات العلمية القانونية.[2]

رابعا: الخاتمة

في الخاتمة يخرج الطالب بنتيجة مفادها أن المشكل القانوني الذي يطرحه الحكم أو القرار القضائي محل التعليق، يتعلق بمسألة قانونية معينة لها حل قانوني معين يذكره الطالب معالجا بذلك الحل الذي توصل إليه القضاء إما بالإيجاب أي بموافقته، أو بمعارضته مع عرض البديل.[3]

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص ص 320-321.

[2] المرجع نفسه، ص 321.

[3] جودية خليل، المرجع السابق، ص 94.

فهذه المرحلة هي خلاصة موجزة لمضمون القرار ودقته، مع بيان رأي المعلق في القرار أو الحكم ومدى سلامته وصوابه واستجابته لمتطلبات الحياة الاجتماعية وذكر عيوبه والتعارض مع غيره أو مع الموضوع نفسه.[1]

فإذا انتهى الباحث من التعليق على القرار أن يعمد إلى كتابة خلاصة عن القرار القضائي الذي علق عليه، مع ذكر المبدأ القضائي المستخلص منه مع عرض الرأي الشخصي للباحث بشأن القرار ومدى انطباق القرار مع النظريات الفقهية والأحكام القضائية المقارنة ومدى انسجامه مع التشريع.
مع ملاحظة أن التعليق على القرار القضائي لا يقتصر فقط على متن البحث القانوني، إنما يتعداه لأن يكون هذا التعليق بحثا مستقلا، فكثيرا ما يعمد الأساتذة والقضاة والباحثون إلى اختيار قرار قضائي معين والتعليق عليه في صيغة بحث متكامل وفي كثير من الأحيان ينشر هذا التعليق على شكل بحث في المجلات القانونية المتخصصة أو المشاركة في المؤتمرات والندوات القانونية.[2]

وعليه تأتي الخاتمة لتبين أهمية الحل القانوني الذي أعطته المحكمة من ناحية حماية الحقوق وحسن تطبيق القانون، وكذلك الخلاصة القانونية للإشكال المطروح من حيث أن هذه الخلاصة هي بمثابة إضافة قاعدة ومبدأ قانوني يعتمد عليه الباحث القانوني في المستقبل مثل اعتماده على المسائل النظرية، وختاما بالموافقة أو المعارضة للحل الذي أعطته المحكمة من طرح الحل البديل، والملاحظة الأساسية دائما في هذا الصدد هي الابتعاد عن الكلام المبالغ فيه، والاقتصار على اللغة القانونية.[3]

[1] جبيري ياسين، المرجع السابق، ص 250.
[2] عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 309.
[3] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 321.

المبحث الثاني: منهجية إعداد الاستشارة القانونية والمذكرة الإستخلاصية

من المعلوم أنه إذا قام نزاع قانوني بين طرفين وأراد أحدهما أن يقاضي الآخر، فله قبل أن يلجأ إلى القضاء أن يستشير محاميا لإعطائه رأيا قانونيا يرتكز عليه لرفع دعواه. وبما أن كل نزاع يعرضه المستشير على المحامي يتعلق بمسألة قانونية معينة، فإن الاستشارة القانونية هي الأخرى تتعلق حتما بمسألة من المسائل القانونية النظرية التي يتعلمها الطالب في المحاضرة.[1]

وبالإضافة إلى الاستشارة القانونية نجد أيضا نموذج آخر للبحوث العلمية القصيرة، والذي يتجسد في المذكرة الإستخلاصية التي يكلف طلبة المدرسة العليا للقضاء بإعدادها أثناء فترة تربصهم.

المطلب الأول: منهجية إعداد الاستشارة القانونية:

لا نجانب الصواب عند القول أن كل متخصص في شتى مجالات العلوم والمعرفة هو مستشار في تخصصه. فالمهندس هو مستشار في اختصاصه فيما تعلق بالتصاميم الهندسية للبناءات والمنشآت المعمارية، ويقدم خدمات في هذا المجال بعنوان الاستشارة، والطبيب المختص مستشار في اختصاصه فيقدم للآخرين معلومات ونصائح طبية. والخبير الاقتصادي والمحلل المالي يستشار في اختصاصه ودائرة معرفته فيقدم حلولا لمعضلات اقتصادية ومالية، بل إن الاستشارة تمتد للمهن وللحرف، فالكهربائي يستشار، والميكانيكي يستشار، والمختص في الترصيص يستشار. فكل عارف بمجاله يستشار فيه.[2]

والقانوني ليس بعيدا عن ذلك، فهو الآخر يقصده الغير للاستشارة والتزود بالمادة القانونية في شأن محدد هو موضوع الاستشارة. بل نكاد أن نجزم أن القانوني هو أكثر المختصين إجابة على الإشكاليات المطروحة من جانب الطرف الآخر. وهذا نظرا لامتداد علم القانون الواسع مونه يحكم سائر العلاقات والمراكز من الدولة في قمة هرمها ونشاطها الداخلي والخارجي وسائر الأجهزة التابعة

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 53.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 56- 57.

لها، إلى نشاطات وروابط الأفراد، من روابط ومعاملات مالية وشخصية وتجارية وروابط عمل وغيرها. وهذا ما يضفي على الاستشارة القانونية معنى خاص، ودائرة في غاية من السعة، لذلك نجد غالبية الدول رخصت للقانونيين بفتح مكاتب لممارسة العمل الاستشاري.[1]

المسألة القانونية قد تكون عبارة عن نزاع جدي أمام القضاء، أو نزاع ممكن أن يقع مستقبلا، وينبغي معرفة حكم القانون بخصوصه، وقد لا تكون المسألة محل نزاع، بل تكون الغاية من عرضها تحقيق البصيرة عند التصرف، درءا للتعرض للمساءلة أو الخسارة، وعليه فإن رجل القانون سواء كان باحثا أو محاميا أو قاضيا أو أستاذا أو حتى لو كان طالبا في كلية الحقوق، يواجه مسائل قانونية قد تعرض عليه وقائعها من أجل إعطائها التكييف القانوني، حيث يقتضي إيجاد الحل المناسب والسليم لها، وتحديد وضع أطراف النزاع فيها في ضوء المعلومات المتوفرة لديه حولها.[2]

فمنهجية التعليق على الاستشارة القانونية هي الأخرى وسيلة تكسب الطالب القدرة على استيعاب المعلومات القانونية بأسلوب سهل، غذ تسمح له بوضع نفسه مكان المحامي والبحث عن الحل القانوني الأنسب لكل نزاع يعرضه عليه المستشير وفقا للمعلومات التي تعلمها في المحاضرة. وهكذا تترسخ المعلومات النظرية في ذهنه كلما تذكر المثال التطبيقي المتعلق بها مما يسهل عليه فهم واستيعاب الدروس بشكل أفضل.[3]

الفرع الأول:تعريف الاستشارة القانونية

تتضمن المسألة القانونية عرضا لعناصر واقعية على رجل القانون من أجل البحث عن النقاط القانونية التي تثيرها، ومن ثم إعطاء الحلول المقررة لها في القانون، فإيجاد حل للمسألة القانونية ما هو إلا

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 57.

[2] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 287.

[3] غناي زكية، المرجع السابق، ص 53.

البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع، فالحل القانوني ما هو إلا الحكم أو الأثر الذي يراد تطبيقه على المسألة المعروضة، المترتبة على فرضيات القاعدة القانونية.[1]

الاستشارة القانونية هي رأي قانوني يعطيه رجل القانون بناء على طلب شخص يرغب في الوقوف على وضع قانوني معين، فيعرض على المستشار العناصر الواقعية طالبا تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، فيسعفه المستشار بالرأي الذي يبين له الوضع القانوني من جميع جوانبه.

الاستشارة عبارة عن رأي من مختص، الغرض منه تحديد الوضع القانوني من الجوانب المختلفة التي يرغب طالب الاستشارة بالوقوف عليها.

أي أنها بذلك استكشاف رأي القانون في مسألة قد تكون محل نزاع أو يحتمل أن تكون كذلك؛ وهذه الاستشارة بطلب من شخص معين أو من جهة حكومية؛ أو غير ذلك بقصد معرفة رأي القانون في مسألة معينة، وتنحصر مهمة المستشار في بيان الحل الذي يكرسه القانونّ أيا كان مصدر القاعدة القانونية.

الاستشارة هي رأي قانوني يعطيه رجل القانون بناء لطلب شخص يرغب في الوقوف على وضع قانوني معين، فيعرض للمستشار العناصر الواقعية طالبا تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، فيسعفه المستشار بالرأي الذي يبين له الوضع القانوني من جميع جوانبه.

ويمكن أن تطلب الاستشارة بمناسبة نزاع معين كما قد تطلب قبل نشوء أي نزاع، وهي تهدف في الحالتين لتحديد الوضع القانوني من الجوانب التي يرغب طالب الاستشارة بالوقوف عليها[2]

_ إن الاستشارة القانونية بالنسبة لطالبها هي طلب معرفة حكم القانون في مسألة معينة.

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 289.

[2] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص 386.

أما بالنسبة لمن يقوم بها، هي بيان الرأي القانوني في خصوص المسألة المطروحة، وما يقتضيه ذلك من بيان النصوص القانونية المنطبقة وتفسيرها وموقف الاجتهاد بشأنها.

- إن مهمة المستشار تنحصر في بيان الحل الذي يكرسه القانون الوضعي، وليس في التصدي لتقويم حكم قضائي، أو إعطاء آرائه الشخصية أيا كانت قيمتها الأدبية.
- إن الاستشارة القانونية تفترض أن شخصا معينا أو جهة معينة تريد أن تعرف حكم القانون في مسألة معينة.[1]

إن الاستشارة قد تكون شفهية ويجب في مقدمها أن يكون فطنا وذكيا، وقد تكون مكتوبة بحيث تشبه الخبرة في المنهج المتبع في إعدادها، إن هذا المنهج يخضع لرغبة صاحبه، إذ لا شكليات تحكمها، والقاعدة أن يلتزم المنهج العلمي بحيث يخضع تحريرها إلى قواعد علمية معينة تسهل للمخاطب بها (مستمعا أو قارئا) فردا أو إدارة الخروج بفكرة واضحة.[2]

يتدرج النزاع القانوني-أي نزاع- ضمن إحدى الحالات التالية:

-الحالة الأولى: النزاع حول العناصر الواقعية التي تنبثق منها الحقوق المتنازع عليها.

-الحالة الثانية: التوافق حول العناصر الواقعية والاختلاف حول القواعد القانونية التي تنطبق عليها، ومن ثم الاختلاف حول النتائج القانونية التي تنبثق عنها.

ووضع الاستشارة من قبل رجل القانون يفرض عليه أن يبين الحالة التي تندرج ضمنها الاستشارة المطلوبة، ويتضح له ذلك من خلال تحديده لإطار النزاع على ضوء ما يعرضه عليه طالب الاستشارة.[3]

[1] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص 280-281.

[2] بوحميدة عطا الله، إرشادات في منهجية الاستشارة (المنازعات الإدارية)، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق-بن عكنون-، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص1.

[3] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ص 386-387.

و يمكن طلب الاستشارة بمناسبة وضع من الأوضاع الآتية:

طلب الاستشارة لمعرفة حكم القانون بشأن مسألة موضع خلاف أو نزاع أو يحتمل أن يثار مستقبلا؛ وما يحتمل ذلك من عرض النزاع على القضاء فالهدف من الاستشارة في هذه الحالة هو معرفة حكم القانون مما يؤدي إلى الوقوف على احتمالات الحكم لصالحه من عدمه.

طلب الاستشارة قصد تفادي الوقوع في الخطر أو المساءلة عند القيام بتصرف معين لسد الثغرات التي يحتمل أن يستفيد من يتعامل معه.

إذا كان طالب الاستشارة جهة عرض للإشكال القانوني أو السؤال، فيكتفي بعرض الوقائع، وكذلك عرض المستندات والوثائق، فالمستشار هو من سيتولى الإجابة عن الإشكال المطروح بعد تكييف الوقائع، والإطلاع على الوثائق والمستندات، ومعرفة حكم القانون بشأن الوضعية محل الاستشارة، ليقدم في الأخير رأيه بخصوص الحل الذي يراه مناسبا كإجابة لما طرح عليه، فمهمته تختلف عن مهمة من سيتولى تحليل مادة قانونية والتعليق عليها، فهو لا يحلل المواد ولا يتعمق فيها، ولا يعلق عليها، بل يبين حكم القانون حول مسألة مطروحة لا غير.[1]

يتعين على المستشير أن يبين كافة العناصر الواقعية المتعلقة بموضوع الاستشارة وأسانيده، وبعبارة أخرى يجب أن يضع طالب الاستشارة أمام مستشاره كافة العناصر التي تمكنه من بيان الرأي القانوني السليم، كما يتعين على المستشار أن يبين الحكم القانوني بوضوح ودقة، أمام زبونه طالب الاستشارة ليحيط علما بحقيقة المسألة حتى يتخذ ما يراه سليما وفقا لما يلزم به القانون.[2]

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 58.

[2] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 281.

إن المهمة الأساسية للمستشار لا تتعدى الإجابة عن إشكال مطروح بعد تلقي الوقائع المتعلقة بهذا الإشكال، وبعد فحص الوثائق والتدقيق بشأن المركز القانوني للمسائل أو عارض الاستشارة.

ويتعين على المستشار تبسيط المعلومات بالنسبة لمن عرض الاستشارة، وأن لا يخاطبه بلغة كلها مصطلحات متخصصة خاصة إذا كانت الاستشارة شفوية، وكثيرا ما تحدث، فحتى يستوعب صاحب المصلحة إجابة المستشار على هذا الأخير أن يخاطبه بلغة يفهمها. [1]

إن المواضيع التي تثور بشأنها الاستشارة عديدة ومنها:

- لمعرفة حكم القانون بخصوص مسألة موضع نزاع أو يحتمل أن تكون محله في المستقبل، وما يحتمله ذلك من عرض الأمر على القضاء. ويكون الهدف عندئذ هو معرفة حكم القانون بما يؤدي إليه ذلك من الوقوف على احتمالات صدور حكم لصالحه من عدمه.
- أو لأن يكون طالب الاستشارة على بصيرة عند تصرفه فلا يعرض نفسه إلى التهلكة أو الخسارة. أو المسائلة أو لسد الثغرات التي يحتمل أن يستفيد منها من يتعاقد أو يتعامل معه.[2]
- إن إعطاء الرأي القانوني من قبل المستشار يتطلب منه أن يبدأ بتحديد المسألة موضوع الاستشارة وما تثيره من نقاط قانونية، لأن رأي المستشار لا يعدو أن يكون جوابا على هذه النقاط، ولذلك يتعين عليه أن يبدأ بفحص الطلب جيدا لتحديد العناصر الواقعية التي يرتب القانون عليها نتائج محددة، وتأتي بعد ضبط نطاق الوقائع عملية استخلاص النقاط التي تستحق المعالجة، ويبين النتائج المترتبة عليها أو المتفرعة عنها إن وجدت، فيكون على المستشار أن يحدد المسائل القانونية التي يطلب رأي القانون فيها. [3]

الاستشارة السليمة تتطلب مراعاة ما يلي:

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 58-59.

[2] فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص 281-282.

[3] المرجع نفسه، ص 282.

- تحديد إطار الاستشارة بدقة والنقاط التي تثيرها فيجب تفحص الطلب أولا لتحديد العناصر الواقعية التي يرتب القانون عليها نتائج محددة، ويمكن أن تكون العناصر الواقعية بسيطة لا تثير أي إشكال أو تعقيد فبالتالي يكون حكم القانون بشأنها واضحا.
- استخلاص النقاط التي تتطلب المعالجة (الدراسة) وبيان النتائج القانونية المترتبة عليها أو المتفرعة إن وجدت، فيحدد المستشار المسائل القانونية التي تتطلب بيان رأي القانون فيها وتفيد المستشار عند بيان الحكم بتسلسل مصادر القاعدة القانونية؛ "التشريع الأساسي – التشريع العضوي– التشريع العادي –الأوامر – اللوائح التنظيمية"؛ وأن يلتزم المستشار بحكم النص الواضح الصريح، فإن كان يشوبه الغموض فسره التفسير المعتمد في الفقه و القضاء؛ وإن كانت المسألة محل خلاف في الفقه والقضاء يجب على المستشار الإشارة إلى ذلك وتحديد التفسيرات والاجتهادات المختلفة مبينا الرأي الراجح منها.

ولإعداد استشارة قانونية لابد من توخي مرحلتين الأولى تحضيرية والثانية تحريرية على غرار كل من التعليق على حكم أو قرار قضائي، والتعليق على نص قانوني.

وللاستشارة القانونية صورتين أساسيتين:

– الاستشارة الشفهية: حيث يقوم طالب الاستشارة وفقا لهذه الصورة بعرض الوقائع محل الاستشارة على المستشار الذي يستمع إليها بتركيز؛ يمكن للمستشار أن يسجل النقاط الهامة من أقوال المستشير؛ وعلى إثر ذلك يقدم الرأي القانوني اللازم بطريقة شفهية، قد يقدم المستشار الرأي القانوني في نفس الجلسة التي يطرح فيها المستشير طلبه، كما يمكن أن يطلب زمنا معينا للبحث والتدقيق في الرأي القانوني حتى يتمكن من إعطاء استشارة كاملة وصحيحة، وتوصف الاستشارة بالشفهية متى كان الرأي مقدما شفهيا دون النظر إلى طريقة عرض الوقائع محل الاستشارة.

-الاستشارة المكتوبة: وفقا لهذه الصورة نميز بين الكتابة من طرف طالب الاستشارة والكتابة من طرف المستشار، حيث قد يعرض طالب الاستشارة وقائعه في ورقة مكتوبة أو بطريقة شفهية؛ لكن العبرة لوصف الاستشارة بالمكتوبة متى كان تقديمها من طرف المستشار مكتوبة، حيث يتم تحريرها من طرفه مراعيا فيها كل الجوانب الشكلية والموضوعية في كتابة الاستشارة القانونية.

والغالب الأعم على الساحة القانونية انتشار الاستشارة المكتوبة، فقلما نجد الاستشارة الشفهية؛ هذا إذا كانت في قالب رسمي، أي من شخص يسمى المستشار القانوني؛ الذي يحترف هذه العملية ويمارسها كمهنة خاصة به. أما الاستشارة الشفهية فلا تكون في قالب رسمي عادة إذا ما قدمت ممن يحترف هذا العمل كمهنة، إنما قد تكون في حوارات بين أشخاص التبس عليهم أمر ما مع آخرين يفترض فيهم العلم بالقانون.

وأطراف الاستشارة هم:

-طالب الاستشارة (المستشير): هو كل من له إشكال حول مسألة ما فيريد استيضاح وضعها القانوني، و الآثار أو النتائج التي قد تترتب على أمر ما؛ أو تتفرع عنه وذلك من خلال سؤال أهل الاختصاص والخبرة في ميدان العلوم القانونية ويتعين في حقه أن يحدد كافة العناصر الواقعية المتعلقة بموضوع الاستشارة وكل الأسانيد القانونية حتى يتمكن المستشار القانوني من إيضاح الرأي القانوني له بدقة.

-المستشار القانوني: هو من يقدم الاستشارة لطالبها ويتكفل بتوضيح الرأي القانوني بخصوص المسألة أو المسائل القانونية المطروحة وما يتطلبه ذلك من بيان النصوص القانونية المنطقية وتفسيرها وموقف الاجتهاد منها، والمستشار القانوني رجل قانون دون أن يكون من الضروري اشتراط صفة رسمية؛ فقد يكون محاميا أو قاضيا متقاعد أو أستاذا جامعيا أو مجازا في الحقوق، وملما بالحقل القانوني كما يمكن أن يكون احد من طلبة القانون.

الفرع الثاني: مراحل إعداد الاستشارة القانونية

إن منهجية التعليق على الاستشارة القانونية هي دراسة نظرية وتطبيقية لمسألة قانونية معينة داخلة في نطاق برنامج الدروس التي يتلقاها الطالب في المحاضرة. وهذه الدراسة المزدوجة تتطلب هي الأخرى مرحلتين:

- مرحلة تحضيرية: يستخرج فيها الطالب من الاستشارة المعطاة له الوقائع والمشكل القانوني.
- مرحلة تحريرية: يناقش فيها الطالب مسألة النزاع المطروح في الاستشارة نظريا، بالاستعانة بالمعلومات النظرية التي تتعلق بالمسألة المذكورة، وتطبيقيا بتطبيق تلك المعلومات على قضية الاستشارة، ويتم ذلك وفق خطة مكونة من مقدمة وعرض وخاتمة.[1]

أولا: المرحلة التحضيرية:

تتطلب منهجية الاستشارة، كالتعليق على القرارات القضائية، فهم النص فهما جيدا من خلال القراءة المركزة لمحتواه للتمكن من تشخيصه وحصر المسائل القانونية حصرا كاملا.[2]

1. عرض الوقائع وتكييفها:

قبل أن يبادر المستشار بتقديم وجهة نظره في حل الإشكالية المعروضة، يتعين عليه أولا عرض الوقائع محل الاستشارة. حتى يكون القارئ في الصورة ويعرف أصل الإشكالية وجدودها، وبسرد الوقائع يتمكن الأستاذ في الاستشارة المكتوبة من تقييم طلبه من حيث قدرة كل طالب على التحكم في الوقائع والالتفاتة لأدق المسائل التي تدور حولها الاستشارة.[3]

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص ص 54-55.

[2] بوحميدة عطا الله، المرجع السابق، ص 1.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 59.

ويقصد بالوقائع المادية أو القانونية تلك الوقائع التي يرتب عليها القانون أثرا، وقد تكون هذه الوقائع غير إرادية أي لا دخل لإرادة الإنسان فيها، فالولادة كواقعة مادية مثلا تؤدي إلى وجود شخص جديد له ذمة مالية مستقلة، وكذلك واقعة الوفاة فإنها تؤدي إلى زوال الشخصية القانونية للمتوفى وانتقال الذمة المالية إلى الورثة، كما قد تكون الوقائع اختيارية بحيث يقصد الإنسان من ورائها إحداث أثر قانوني معين.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن العناصر الواقعية لا تكون دائما من نوع واحد، أي إما وقائع مادية وإما تصرفات قانونية، بل على العكس تماما إذ نلاحظ أن كثيرا ما تشتمل العناصر الواقعية على وقائع مادية وتصرفات قانونية في آن معا، وتعرف الوقائع في هذه الحالة بالوقائع المركبة، لذلك لابد من ترجمتها إلى مفاهيم قانونية في كل مرة تعرض فيها أمام المحاكم في معرض نزاع قانوني معين.[2]

والمستشير عادة رجل غير مختص في القانون، فهو بذلك سيسرد وقائع النزاع عموما بطريقة عامية على الطالب أن ينقلها كاملة كما هي ثم يعيد صياغتها بأسلوب قانوني. ولا بأس أن يذكر المستشار وقائع الاستشارة في شكل نص فقرة متماسك، فهو غير ملزم باستخراجها في شكل نقاط كما هو الحال في الحكم أو القرار القضائي.

وعلى المستشار بعد ذلك مراعاة ما جاء في كيفية استخراج وقائع القرار، حيث عليه أن يستخرج وقائع الاستشارة هي الأخرى متسلسلة ومرتبة ومكيفة تكييفا صحيحا، كما عليه استبعاد الوقائع التي لا علاقة لها بالنزاع ولا تفيد في حله، وأن لا يفترض وقائع لم تذكر في الاستشارة.[3]

وتذكر الإجراءات في هذا المجال وهي المراحل الإدارية (تظلم إن وجد) والقضائية (رفع دعوى، طعن) التي مر بها النزاع، وترتب بحسب حدوثها زمنيا وبدقة.

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 290.

[2] المرجع نفسه، ص 292.

[3] غناي زكية، المرجع السابق، ص ص 55-56.

وبما أن الاستشارة عادة ما تطلب بداية، أي قبل اللجوء إلى القضاء فإن معطياتها تقتصر على الواقع فقط، فإن اتخذت إجراءات وطلبت ففي مثل هذه الحالة يجب ذكرها مع احترام قواعد ترتيبها.[1]

بعد عرض الوقائع والإجراءات يقوم المستشار بالتحليل والتكييف كمرحلة أولى للبحث عن حكم القانون وهنا يشتبه دوره بدور القاضي.[2]

لذا لابد للقانوني من جمع العناصر الواقعية المنتجة في النزاع، وإعطاءها الوصف والتكييف القانوني، بحيث أنه انطلاقا من هذا الوصف يتوصل رجل القانون إلى القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع، وهنا يبرز جوهر عمل رجل القانون المتمثل في إجراء قياس منطقي بين مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع، وبين العناصر الواقعية (وقائع مادية وتصرفات قانونية) لهذا النزاع.[3]

يتوجب على المستشار القانوني أن يحرص على جمع وحصر جميع المعطيات بالمقابل يتعين على طالب الاستشارة القانونية توضيح كافة الوقائع المادية والقانونية وما يرتبط بها، حتى يتمكن من الإدلاء بالرأي القانوني السليم وبيانه بكل دقة ,فعلى المستشار القانوني أن يتعامل مع الوقائع التي يخبره بها طالب الاستشارة دون إضافة أو تعليق، وهذا لا يمنعه من أن يفترض أو يتوقع بعض الفروض والاحتمالات ذات الصلة بالوقائع والإجراءات.

إذا تضمن رأي الاستشارة جانبا إجرائيا يلتزم المستشار القانوني بذكر وسرد وحصر واستخراج الإجراءات كما وردت في نص الاستشارة القانونية ويقوم بترتيبها بحسب التسلسل الزمني لحدوثها.

[1] بوحميدة عطا الله، المرجع السابق، ص 2.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 59.

[3] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص 293.

2. طرح المسائل القانونية:

تقدم التساؤلات في منهجية الاستشارة من خلال مصطلح "طرح المسائل القانونية"، نستخرج هذه المسائل القانونية من عناصر الاستشارة (وقائعها وإجراءاتها إن وجدت)، ويجب حصرها كاملة، بمعنى ضرورة الإلمام بها دون البحث في المسائل المفصول فيها. ويمكن ترقيم المسائل القانونية، أوالاستغناء عن الترقيم واستعمال مطات فقط، كما تقد هذه المسائل في شكل تساؤلات.[1]

بعد أن يتمكن المستشار القانوني من جمع وحصر الوقائع والمعطيات ويتبع الإجراءات المرتبطة بها ينتقل إلى استخراج المسائل القانونية وتجزئتها تمهيدا لطرحها في صورة تساؤلات مرتبة ومتسلسلة تتفرع عن تساؤل عام محوري أو رئيسي حتى يتمكن المستشار من الإلمام والإحاطة بجميع جوانبها ويجيب عليها جميعها على نحو متسلسل ومرتب.

3. عرض الإجابة:

قد يتضمن سؤال طالب الاستشارة مسألة واحدة أو جزءا واحدا، وحينها يركز فقط على هذا السؤال، وقد تأتي الاستشارة في شكل أسئلة جزئية ومحاور متعددة، وعندها يلزم المستشار بتفكيك كل محور وإبراز حكم القانون بشأنه، فينقل طالب الاستشارة المستشار من جزئية إلى أخرى بما يدل على عمق المسألة وزواياها المتعددة، وإذا انعدم حكم القانون في المسألة محل الاستشارة تعين على المستشار إتباع تدرج المصادر، وهنا نشير إلى أن المكلف بالاستشارة ستصعب مهمته في حال عدم النص على الإشكالية محل الاستشارة.[2]

[1] بوحميدة عطا الله، المرجع السابق، ص 2.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 60.

يمكن أن يخلص المستشار في الرأي الذي يعطيه إلى حل واحد، أو عدة حلول محتملة متى كانت العناصر الواقعية متحركة أو متى كانت هناك تفسيرات متعددة أو اختلاف في الاجتهاد بشأن نقطة قانونية معينة، فإذا كانت العناصر الواقعية ثابتة والقاعدة القانونية التي تنطبق عليها واضحة ولا تحتمل تفسيرات متعددة يسهل على المستشار أن يعطي رأيا واحدا بشأن الحل المقترح، وهذا الحل يكون منطبقا على الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية. أما إذا كانت العناصر الواقعية متحركة، بمعنى أن وسائل إثباتها غير حاسمة، ويمكن أن تفقد قيمتها إذا ظهرت أدلة معاكسة عند الخصم الآخر، أو إذا كانت تلك الوسائل تخضع لسلطة القاضي التقديرية، فعندها يكون على المستشار أن يحفظ الحلول المرتقبة في كلا الاحتمالين.[1]

إن الاستشارة تطلب عادة من أجل أن يقف طالب الاستشارة على الحلول القانونية أو الأوضاع القانونية التي يصح اعتمادها على ضوء القانون الوضعي، وهذا يعني أن على المستشار أن يقترح الحلول أو ترتيب الأوضاع القانونية على ضوء القانون الوضعي، فيضع مقدمات القياس لحلوله بالاستناد إلى قواعد القانون الوضعي المرعية، وبصرف النظر عن نظرته وتقويمه للقانون الوضعي، لأن تقويم الحلول المقررة في القانون الوضعي محله عادة ضمن الدراسات القانونية.[2]

يقتضي على رجل القانون أن يوفي الحل القانوني تعليلا كافيا ووافيا، يصلح لأن يكون الأساس القانوني الذي يستند إليه هذا الحل، فالتوصل إلى حل دون تعليل، لا قيمة قانونية له، كما أن الحل الذي يستند إلى تعليل خاطئ لا قيمة له أيضا. وعليه يجب أن يكون التعليل القانوني قائما بصورة منطقية ومتسلسلة، يعكس مدى استيعاب الباحث في حقل القانون للقاعدة القانونية ومدى مقدرته على التصرف بها، وكذلك على إعمالها في الوقائع المعروضة عليه، فالهدف من دراسة المسائل القانونية

[1] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ص 388-389.
[2] المرجع نفسه، ص 389.

هو استيعاب المبادئ والقواعد القانونية، وكذلك النصوص المكرسة لهذه القواعد والمبادئ، وإنشاء فكر قانوني سليم قادر على تعيين نقاط النزاع المثارة أمامه، أو بالأحرى النقاط القانونية التي يستشار بشأنها، بحيث يتمكن انطلاقا من هذا التعيين الدقيق لها، إيجاد الحل الصحيح لها، وفقا لمنهجية علمية صحيحة تعتمد التعليل القانوني.[1]

ثانيا: المرحلة التحريرية:

تقتضي هذه المرحلة وضع خطة مناسبة، وذلك لمناقشة المسألة القانونية المعروضة من خلال الاستشارة.[2]

1. الخطة:

إن خطة الاستشارة ولو أنها أبسط من خطة القرار إلا أنها لا تختلف عنها في وجوب كونها تطبيقية دقيقة، متوازنة ومتسلسلة، فهي الأخرى يجب أن تجيب عن المشكل القانوني المطروح، ولهذا نجدها عادة تتكون من مبحثين اثنين.[3]

2. المناقشة:

يعتبر تقديم الحالة التطبيقية والاستشارة أقل شكلية من الأسئلة الأخرى، مقارنة بالمقالة أو التعليق على القرار، لا توجد خطة تعد مسبقا لأن الإجابة مرتبطة بمحتوى السؤال.[4]

-مقدمة: يجب أم تكون قصيرة وتتضمن التذكير بالوقائع الأساسية مرتبة زمنيا.

[1] علي عبود جعفر، المرجع السابق، ص ص 304-305.

[2] غناي زكية، المرجع السابق، ص 58.

[3] المرجع نفسه.

[4] دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، المرجع السابق، ص 4.

- ✓ بعض الوقائع بإمكانها أن تكون محل تكييف قانوني منذ البداية، إذا ما كان هذا التكييف بديهيا، ولكن في أغلب الوقائع يطرح التكييف صعوبة، وعليه ينصح المستشار بعدم التعرض له في المقدمة.
- ✓ في نهاية المقدمة يقوم المستشار بعرض تصوره للإجابة عن الحالة التطبيقية، هناك طريقتان:

- هناك أسئلة يمكن أن ترافق الحالة التطبيقية: يقوم المستشار بالإجابة عنها حسب الترتيب الذي طرحت به.
- في حالة عدم طرح أسئلة يقوم المستشار باختيار الأسئلة المناسبة التي يمكن أن تطرح، ثم يقوم بعد ذلك باستخراج الإشكال القانوني آو الإشكالات القانونية وفقا للترتيب الذي سيدرسها به.[1]

-العرض: في هذه المرحلة يحرر المستشار ما جاء في الخطة من مسائل بالتسلسل وبالترتيب، باحثا عن الحل الملائم للمشكل القانوني المطروح. وللوصول إلى ذلك يعود الطالب إلى الوقائع لينظر في النزاع المطروح فيها، ثم يستخرج المسألة القانونية التي تتعلق بالنزاع ويبحث عن النص القانوني المنظم لها مع تبريره، ويضع كل الإمكانيات التي تمكنه من الوصول إلى الحل المطلوب.[2]

ففي الاستشارة القانونية يقوم المستشار القانوني بتحديد الاستفسار القانوني المطروح عليه بكل دقة، لكي يأتي الجواب على قدر السؤال وفي حدود الاستشارة القانونية والسؤال المطروح، ثم استعراض التطور التاريخي لهذه المسألة ومعناها اللغوي والاصطلاحي، ومحاولة تفتيت المشكلة المراد بيان الرأي القانوني فيها إلى مشاكل صغيرة، ودراسة كل مشكلة من هذه المشاكل على حدة واغناءها، بشكل

[1] دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، المرجع السابق، ص 5.

[2] غناي زكية، المرجع السابق، ص 59.

مفصل وعميق ثم جمع الحلول المعطاة لكل مشكلة صغيرة ومحاولة تقديم الحل للمشكلة الكبيرة التي هي مجموع المشاكل الصغيرة، ويجب التزام الحياد التام وعدم التحيز مطلقا عند تقديم الاستشارة القانونية.[1]

كما يجب دعم الرأي القانوني بالنصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع وآراء الفقهاء بصدد الموضوع، وأن يتصف الرأي القانوني المقدم من المستشار القانوني بالدقة والوضوح في الفكرة والتعبير عنها، وتجنب الغموض، وأن يكون الجواب على السؤال المطروح دون التطرق إلى مواضيع أو مسائل جانبية لم يطلب الاستفسار بشأنها.[2]

-الخاتمة: وفيها يضع المستشار خلاصة ما توصل إليه مجيبا عن سؤال المستشير باختصار وبوضوح مبينا موقف القانون من النزاع ومادامت الخاتمة تجيب عن سؤال المستشير فهي إذن إجبارية.[3]

في هذه المرحلة تكون الإجابة أو النتيجة التي ينتهي إليها المستشار القانوني بعد طرح التساؤل وتحليلها ودراستها وجمع معطيات الإجابة المتعقلة بها ويطبقها على الواقعة موضوع الاستشارة القانونية المستهدفة بها

الإجابة: إن الإجابة على المسائل القانونية يعالج بواسطة فقرات بحيث تخصص لكل مسألة فقرات.

*الفقرة الأولى: طبيعة النزاع القائم.

أ – الوقائع: يجب فرز الوقائع وذكر الخاص منها بهذه المسألة والفقرة وإن كانت للوقائع كلها علاقة بهذه المسألة ذكرت كاملة.

ب – الإجراءات: إن وجدت.

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 101.

[2] المرجع نفسه.

[3] غناي زكية، المرجع السابق، ص 60.

ج – سؤال قانوني: هو قراءة بما جاء في المسألة القانونية وتجسد لها وقد يكون التساؤل واحد وقد يكون هناك أسئلة قانونية فرعية بحسب متطلبات المسألة.

د – الحل القانوني: ويقصد بالحل القانوني القاعدة القانونية أو حكم القانون أو السند القانوني الذي نعتمد عليه في الوصول على الإجابة، فإن وجدنا نصا قانونيا يحكم المسالة فلا داعي للتوجه إلى مرونة حل القضاء.

وبالمقابل إن لم نجد الإجابة فيمكنك الاتجاه إلى أخذ رأي الاجتهاد القضائي والفقه.

هـ – الإجابة: وفيها تطابق الحل الذي توصلت إليه من خلال القاعدة القانونية مع الوقائع والإجراءات ووضعيات الأطراف مع أطراف القضية.

*الفقرة الثانية: فيها يخص التنظيم الإداري.

*الفقرة الثالثة: فيها يخص الدعوى الملائمة.

*الفقرة الرابعة: ما هي الجهة القضائية المختصة.

على أن تمر كل هذه الفقرات بالمراحل أ،ب،ج، ...

الحوصلة: هي تجميع الإجابات الفرعية الخاصة في الفقرات.

المطلب الثاني: منهجية إعداد المذكرة الاستخلاصية:

إن التكوين في مقياس منهجية البحث العلمي دلالة على أهمية المنهجية في عملية التكوين البيداغوجي والتحصيل العلمي لطالب الحقوق والباحث في فروع القانون المختلفة، وذلك من أجل الاستخدام الصحيح لمهارات البحث العلمي، وكذلك تمكين الطالب من تقنيات إعداد الأبحاث العلمية المختصرة في العلوم القانونية ومن بينها: ما يعرف بالمذكرة الاستخلاصية، فماذا يقصد بها. وما هي مراحل إعدادها؟

الفرع الأول: تعريف المذكرة الإستخلاصية:

إن الأبحاث القانونية بمختلف مستوياتها تحتاج إلى منهجية علمية مبنية على أسس صحيحة وسليمة وقبل التطرق إلى القواعد المنهجية لإعداد المذكرة الإستخلاصية، لابد من باب أولى من تعريفها شكليا ومنهجيا.

لتحديد المقصود من المذكرة الإستخلاصية وجب ابتداء أن نبين أنها أحد الأعمال التي قد يكلف بها الطالب الجامعي أو المترشح إلى مسابقة مهنية معينة أو الموظف بأحد المؤسسات، فهي تتطلب تقنيات منهجية لإعدادها، لأن الطالب خلال إعدادها يتعامل مع عدد من الوثائق يجب عليه أن يستخرج أهم ما ورد فيها من مسائل وإشكالات قانونية ويحاول الإجابة وتقديم الحلول لها.

لذلك ولتحديد المقصود من المذكرة الإستخلاصية وجب التعرض إلى جانبين:

أولا: التعريف الشكلي للمذكرة الإستخلاصية:

إن المذكرة الإستخلاصية هي مجموعة وثائق تتضمن فكرة معينة أو تعالج موضوعا معينا، وتختلف طبيعة هذه الوثائق فقد تكون نصا تشريعيا (أي مجموعة من المواد القانونية) أو نصا أو رأيا فقهيا مقتطفا من كتاب قانوني معين أو نصا من جريدة معينة أو قرارا قضائيا، أو تعليق على قرار معين.

وبالتالي فهي مجموعة وثائق تحمل ارتباطا منطقيا معينا من حيث الموضوع، وتتمحور حول فكرة معينة أو مجموعة أفكار، وقد تكون متناقضة في ظاهرها، فيحرص القائم بتحرير المذكرة بإزالة هذا التناقض واستخلاص ما تضمنته من مسائل وإشكالات وحلول قانونية.[1]

يركز هذا الجانب على المذكرة الاستخلاصية كوثيقة أو مجموعة وثائق تتطلب تحليلها وتسجيل ما استخلصه طالبها من مسائل، واستنتاجه من حلول، وبهذا الاعتبار فان المذكرة الاستخلاصية هي مجموعة من الوثائق تتكلم عن فكرة معينة أو تعالج موضوعا معينا فقد تكون نصا أو نصا أو رأيا فقهيا أو مقتطفا من كتاب قانون معين، أو نصا من جريدة معينة، أو حكم أو قرارا قضائيا، والمهم في ذلك كله أن المذكرة الاستخلاصية هي مجموعة وثائق تحمل ارتباطا منطقيا معينا من حيث الموضوع وتتمحور على فكرة أو مجموعة أفكار وقد تكون متناقضة في مظهرها فيحرص القائم بها على إزالة هذا التناقض واستخلاص ما تضمنته من مسائل وإشكالات وحلول قانونية.

ثانيا: التعريف المنهجي للمذكرة الإستخلاصية:

يقصد بالمذكرة الإستخلاصية من الناحية المنهجية هي معالجة مجموعة من الوثائق القانونية والفقهية والقضائية بطريقة علمية، بهدف استخلاص ما تضمنته من أفكار أساسية وثانوية وعرضها عرضا متسلسلا، يكشف عن قدرة الطالب على استيعاب مضامين تلك الوثائق وتلخيصها، واستخلاص ما اشتملت عليه وتضمنته من مسائل قانونية تتطلب التحليل، وانتهاء بتقييمها، وفي بعض الأحيان تقويمها من خلال ما يسجله من نتائج ويعرضه من حلول. إذن وثائق المذكرة الإستخلاصية

[1] عبد المنعم نعيمي، تقنيات إعداد الأبحاث العلمية القانونية المطولة والمختصرة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2018، ص 223.

تختلف شكلا وتتقارب أو تتفق موضوعا، وتنفرد منهجا من خلال طريقة إعدادها، إضافة إلى اعتمادها مناهج مختلفة مثل: المنهج التحليلي، الاستقرائي، الاستنباطي وإضافة إلى التلخيص.[1]

إن مصطلح مذكرة يشير إلى أن الطالب وهو بصدد إعداد مذكرة استخلاصية ينجز بحثا بمواصفات علمية، وهو علميا يجعل المذكرة الاستخلاصية شكلا من أشكال البحث العلمي المختصر. يتعين على الطالب من خلال هذه المذكرة أن يتعامل مع عدة وثائق قانونية فقهية أو قضائية يقوم بتحليلها واستخراج أفكارها واستخلاص مسائلها والحلول الممكنة، استنادا إلى خطة منهجية محكمة، ليسترشد بها عند تحديد المذكرة .

فالمذكرة الاستخلاصية عمل علمي غاية في الدقة يشبه معالجة النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية مع تلخيصها، إذ يتوجب على الطالب بذل مزيد من الجهد من اجل الخروج بملخص لموضوع الوثائق القانونية والفقهية والقضائية المعروضة عليه، ويستعرض ما تضمنته من أفكار ومسائل تتطلب قدرا من التحليل العلمي الوافي والكافي؛ بعيدا عن التطويل المخل والاختصار الممل.

وهنا يمكننا القول أن المذكرة الاستخلاصية من الناحية المنهجية هي معالجة مجموعة من الوثائق القانونية والفقهية والقضائية بطريقة علمية بهدف استخلاص ما تضمنته من أفكار أساسية وثانوية، وعرضها عرضا متسلسلا يكشف عن قدرة الطالب على استيعاب مضامين تلك الوثائق، وتلخيصها واستخلاص ما اشتملت عليه وتضمنته من مسائل قانونية تتطلب التحليل، إنتهاء بتقييمها وربما تقويمها، عبر ما يسجله من نتائج ويعرضه من حلول، ذلك لأن وثائق المذكرة الاستخلاصية تختلف شكلا وتتقارب أو تتفق موضوعا وتنفرد منهجيا، من خلال طريقة إعدادها إضافة إلى اعتمادها على مناهج مختلفة.

[1] عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص 224.

الفرع الثاني: أنواع المذكرة الإستخلاصية وأهدافها

إن هذا النوع من البحوث القانونية يقوم بها الطالب في مراحل معينة، والقاضي في إطار ممارسته لوظيفته القضائية، وكذلك الموظف في مؤسسة. واستنادا إلى القائم بها تقسم المذكرة الإستخلاصية إلى الأنواع التالية:

1. المذكرة الإستخلاصية الأكاديمية:

وهي التي ترتبط بمسار التكوين الأكاديمي والعلمي للطالب في المؤسسات فيعدها في مرحلة التدرج أو ما بعد التدرج، فالطالب المترشح لوظيفة القضاء في حاجة لاستيعاب منهج إعداد المذكرة الإستخلاصية، وكذلك الطالب في مرحلة التكوين في المحاماة هو أيضا في حاجة ماسة للاطلاع على منهجية إعداد المذكرة لكي ترسخ لديه أبجديات تحليل النصوص القانونية، واستخلاص المسائل واستنتاج الحلول.[1]

2. المذكرة الإستخلاصية الرسمية:

وهي التي تعدها الهيئات الرسمية داخل الدولة، ومنها المذكرة الإستخلاصية القضائية، فيتعين على الطالب القاضي في مرحلة التكوين ترسيخ منهجية إعدادها لأن عمله لاحقا يرتبط باستخلاص الحلول المتضمنة لما يصدره من قرارات وأحكام قضائية تهيئة له للعمل في القضاء لاحقا. [2]

[1] عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص 226.
[2] المرجع نفسه، ص 227.

3. المذكرة الإستخلاصية المؤسساتية:

وهي المذكرة التي يتم إعدادها لدراسة وضع من الأوضاع التي تهم مؤسسة ما مهما كان نوعها ونشاطها، ومعالجتها من وجهة نظر قانونية من خلال دراسة ملف أو ملفات تتكون من مجموعة وثائق إدارية وقانونية ترتبط بنشاط المؤسسة. ويمكن أن يعد هذه المذكرة المستشار القانوني للمؤسسة أو المرفق المكلف بذلك بهدف تلخيص كل ما يتعلق بنشاطها وإعطاء ما يشبه التقرير.[1]

ويتجسد الهدف من إعدادها يتجسد من خلال ما يلي:

- الطالب يتدرب على التفكير العلمي القانوني المنهجي.
- تهيئة الطالب علميا وعمليا للترشح لوظيفة القضاء، باعتبار أن هذا النوع من البحوث يندرج ضمن عمل القاضي.
- تلقين الطالب مهارات البحث العلمي المختصر من خلال استيعاب القواعد الصحيحة لمنهج التحليل والاستقراء والاستنتاج.
- تدريب الطالب على الطريقة العلمية الصحيحة في التعامل مع الوثائق القانونية وغيرها من الوثائق الفقهية والقضائية.[2]

الفرع الثالث: مراحل إعداد المذكرة الإستخلاصية:

تعد صياغة المذكرة الإستخلاصية من الأعمال التطبيقية المهمة والصعبة في نفس الوقت بالنسبة للطالب، لأن موضوعها لا يكون معروفا بالضرورة بالنسبة له من قبل، وإنما يطلب منه فهم الموضوع

[1] عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص 227.
[2] المرجع نفسه، ص 225.

أولا من خلال الوثائق المتوفرة، ثم محاولة الربط بين تلك المعلومات بطريقة منهجية، وإيجاد الحلول المناسبة وتحليل وجهات النظر والاتجاهات الفكرية الموجودة في الوثائق المقدمة.

تتطلب هذه المرحلة من الطالب معالجة المسألة القانونية التي تتضمنها الوثائق المرفقة بطريقة منهجية دقيقة وذلك بإتباع ما يلي:

تصنيف الوثائق: حيث نبدأ بالسهلة التي تعطي فكرة دقيقة.

التمعن في الوثائق (طبيعة الوثائق- تاريخ الوثائق ..).

قراءة الوثائق المقدمة بحيث يجب على الطالب القراءة السريعة والمنهجية في نفس الوقت.

القراءة الأولية السريعة وهي قراءة بسيطة وسطحية للنصوص القانونية والاجتهادات والآراء الفقهية والأحكام والقرارات القضائية.

وتكون بشكل متأن يقف الباحث عندها على: القراءة المتأنية الأساسية

نوع النصوص القانونية وفحواها ومدى تطابقها وتناقضها بعضها البعض وإن كانت تحوي أصلا أو قاعدة عامة أو استثناءات عليك التسطير تحت كل كلمة من الكلمات المهمة وكذا يمكن استعمال عبارات لتوضيح النصوص المتناقضة والمتوافقة.

نوع الاجتهادات القضائية (محكمة عليا – قرار مجلس..) ومدى توافقها وتباينها والأسس التي قضت بها في تطبيق النصوص السابقة الذكر، ثم جمع المتناقضات واستخراج القواعد الأساسية والأسس التي بني عليها كل اجتهاد أو قرار لأنه سوف يكون لها علاقة بشكل مؤكد مع النصوص السابقة الذكر .

أخيرا النصوص والآراء الفقهية ومجموعة من آراء شراح القانون في الجزائر أو خارجها، حيث نتبع نفس الطريقة في استخراج ما يتوافق وما يتناقض في ما بينها.

كنقطة أخيرة مقارنة شاملة يخرج فيها الباحث بخلاصة حول مدى التوافق والتباين الحاصل في الوثائق في مجملها.

فرز المعلومات: يجب على الطالب استبعاد المعلومات التي لا تهم في تحرير المذكرة الاستخلاصية بحيث يقوم الطالب بتحليل المعلومات المتحصل عليها من الوثائق ويقارنها مع بعضها حتى يحصل على أفكار رئيسة لتلك الوثائق لكي يتمكن من وضع خطة ملائمة .

إن إعداد المذكرة الإستخلاصية يمر بمرحلتين:

أولا: المرحلة التحضيرية: وتتم من خلال ثلاث خطوات هي:

- قراءة الوثائق: ذلك أن نجاح الطالب في إعداد مذكرة إستخلاصية سليمة شكلا وموضوعا مرتبط بالقراءة السليمة للوثائق موضوع الدراسة، والذي يتم بإتباع ما يلي:
  - ✓ أخذ نظرة سريعة على الوثائق التي يتألف منها الملف.
  - ✓ الشروع في قراءة الوثائق مع إتباع الترتيب الموجود في الملف المسلم له، غير أنه في بعض الحالات من الأفضل أن يقوم الطالب بترتيب الوثائق حسب طبيعتها(نصوص قانونية، آراء فقهية...).[1]
- خلال القراءة يركز المترشح على فهم كل وثيقة، ويحاول الاحتفاظ في ذهنه بالمعلومات التي يرى أنها أكثر ملائمة للمسألة المعروضة وأكثر أهمية لها، يمكن خلال هذه المرحلة تسطير الجمل أو الفقرات، وبالتوازي مع ذلك تسجيل الأفكار الهامة التي تحتويها الوثيقة في المسودة قصد

[1] بوسعدية رؤوف، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، محاضرات ألقيت على طلبة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين، 2014-2015، ص 68.

تسهيل إعداد خطة المذكرة لاحقا، وينصح المترشح بكتابة ما استخلصه من كل وثيقة بطريقة تجنبه العودة إليها في كل مرة ربحا للوقت. [1]

_ تحليل الوثائق: يتعين على الطالب أن يفهم الوثيقة فهما دقيقا وعميقا، حتى يتمكن من استخراج الأفكار الرئيسية التي تشتمل عليها الوثائق المدروسة واستخلاص المسائل القانونية، وتلخيصها وتحقق هذه الخطوة النتائج التالية:

✓ استخراج الأفكار الرئيسية والأفكار الثانوية المتفرعة عنها.

✓ استخلاص المسائل القانونية والفقهية التي تشتمل عليها مضامين الوثائق المدروسة.

✓ عند نهاية قراءة الوثائق وتحليلها شكليا وموضوعيا، واستيعاب وفهم موضوع كل وثيقة واستخراج أفكارها واستخلاص مسائلها، يتعين على الطالب أن يقوم بترتيبها وتصنيفها، مع مراعاة إمكانية تكامل الوثائق أو تعارضها حسب محتواها، وهو ما يؤدي إلى استخلاص الخطوط العريضة للملف والشروع بعد ذلك في إعداد الخطة المناسبة وتحرير المذكرة.[2]

_ وضع الخطة: بعد أن يتمكن الطالب من فهم موضوع كل وثيقة والتوصل إلى استخراج أفكارها ومسائلها، يتعين عليه إعداد خطة مناسبة، تتمثل شروطها فيما يلي:

✓ أن تعالج الخطة الوثائق معالجة منطقية وتسلسلية.

✓ أن تكون عناوين الخطة منسجمة ومتناغمة ومتلائمة مع الأفكار الرئيسية لكل وثيقة، وما تطرحه أو تتضمنه من مسائل.

✓ أن تكون متوازنة من ناحية الموضوع والشكل.

[1] دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، المرجع السابق، ص 1.

[2] سقلاب فريدة، المرجع السابق، ص 80.

✓ بما أن الاختصار والتلخيص من خصائص المذكرة الإستخلاصية فإن تقسيمها إلى مطالب يعد كافيا.

في هذه المرحلة يقوم الطالب باستخلاص الأفكار من الوثائق المقدمة له وتحرير مذكرة وفق المنهج التالي

مقدمة: يجب أن تكون المقدمة مختصرة و قصيرة تتضمن **التعريف بالموضوع** الذي استخلصه الطالب من الوثائق المقدمة وتنتهي **بطرح إشكالية** و**التقسيم** الذي اعتمده الطالب للإجابة على هذه الإشكالية.

المتن: يقوم الطالب هنا بدراسة المسألة القانونية المعروضة عليه وفقا لخطة متسلسلة بناء على التقسيم الذي أعده في مقدمة المذكرة.

عادة ما يكون المتن محددا بعدد معين من الصفحات "03 إلى 04" صفحات على أقصى تقدير ويقوم الطالب فيه بتحليل الخطة المعتمدة حيث عليه مراعاة ما يلي:

- عدم الاعتماد على النقل الحرفي للجمل من الوثائق المقدمة.
- عدم تخصيص مطلب لكل وثيقة.

إنما عليه أن:

- الاعتماد على الأفكار الأساسية التي تحتويها الوثائق المقدمة.
- الإشارة إلى الوثيقة المرجعية المعتمدة أثناء التحليل.
- الإشارة إلى الآراء الفقهية أو القضائية إن وجدت مع ذكر مصدر المعلوم.

ثانيا: المرحلة التحريرية: تعتبر مرحلة هامة وحاسمة في إعداد المذكرة الإستخلاصية، وتتكون من العناصر التالية:

_ المقدمة: تتميز بأنها قصيرة ومباشرة، ويقتصر فيها عمل الطالب على التعريف بالوثائق المقدمة للدراسة، أي تقديم الموضوع عن طريق إيضاح طبيعة ومحتوى الوثائق المختلفة، وتصنيفها وترتيبها باختصار، ثم التمهيد للموضوع الرئيسي الذي تتقاطع فيه جميع الوثائق مع إيضاح كيفية توصله إلى ذلك، ولا مانع أن يطرح الإشكالية في صورة تساؤل واحد أو تساؤل رئيسي مع تساؤلات فرعية.

_ العرض: وهو العرض التفصيلي لأفكار ومسائل كل وثيقة من الوثائق المتنوعة وشرحها وإيضاحها على ضوء عناوين الخطة، ويتعين على الطالب مراعاة:

- ✓ أن يكون العرض مركزا ومختصرا اختصارا غير مخل يراعى فيه ألا تتجاوز عدد صفحات المذكرة 3 أو 4 صفحات.
- ✓ أن يكون عرضا مؤطرا ومبررا.
- ✓ يجب عند تحرير المذكرة أن لا يعتمد الطالب على النقل الحرفي لجمل الوثائق وفقراتها، وإنما التعبير على الأفكار الرئيسية التي تحتويها، أي لا يجب عليه التقيد بالنص بل بالأفكار المعالجة.
- ✓ يجب على الطالب تقديم صورة وافية وموضوعية لمحتوى الوثائق، دون الإدلاء برأيه في الموضوع، أو إضافة معلومات من عنده ولو بصفة ضمنية.
- ✓ يجب الاكتفاء بتحليل وجهات النظر والاتجاهات الفكرية الموجودة في الوثائق المقدمة.[1]

_ الخاتمة: إن خاتمة المذكرة الإستخلاصية ليست مثل خاتمة البحث العلمي، ففي هذا الأخير يتم التحليل والمناقشة وصولا إلى صياغة النتائج والاقتراحات في الخاتمة، أما خاتمة المذكرة

[1] سقلاب فريدة، المرجع السابق، ص 81.

الإستخلاصية فهي مجرد استخلاص للأفكار والمعلومات الواردة في الوثائق المقدمة للطالب، وعليه فهي خلاصة لما بحوزة الطالب من معلومات ومعطيات تحصل عليها من خلال الوثائق التي هو بصدد دراستها.[1]

[1] بوسعدية رؤوف، المرجع السابق، ص 69.

الخاتمة:

يكتسي مقياس المنهجية أهمية بالغة، لاعتبار أنه يعد العمود الفقري لإعداد أي بحث علمي، ولهذا خصصت لهذا المقياس محاضرات تضم الجوانب التطبيقية منه، أي ما يتعلق بالبحوث القصيرة أو المنهجية التطبيقية.

فقد تم التطرق لكيفية التعليق على مختلف النصوص القانونية والفقهية، وكذلك طريقة تحليل الأحكام والقرارات القضائية، والهدف من هذا كله هو تمكين الطالب من توظيف معلوماته التي اكتسبها في المحاضرات وتلقينه كيفية الاستفادة منها في المسائل القانونية التي تعترضه في حياته.

وتم التطرق أيضا لمنهجية صياغة مذكرة استخلاصية، وهو ما يعتبر من التطبيقات الهامة بالنسبة للطلبة تصادفهم كمقياس يدخل في مسابقة الدخول للمدرسة الوطنية للقضاء.

ففي كل البحوث التطبيقية السابق الإشارة إليها يوظف فيها الطالب معارفه النظرية السابقة حول المواضيع التي تشملها تلك البحوث.

نماذج:

-النموذج رقم 1: التعليق على نص قانوني

نصت المادة 2 (الواردة في الجزء الأول) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 (اعتمدتها الجمعية العامة بقرارها 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، بدأ نفاذها في 2سبتمبر 1990 بموجب المادة 49) **على ما يلي:**"1- تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز. بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الاثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم أو أي وضع آخر.

2- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم."

1-المرحلة التحضيرية:

أ-التحليل الشكلي للنص:

- تحديد مصدر النص: النص الذي نحن بصدد التعليق عليه هو المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل، الواردة في الجزء الأول من الاتفاقية. التي اعتمدتها الجمعية العامة بقرارها 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، وبدأ نفاذها في 2سبتمبر 1990 بموجب المادة 49، والتي وضعها المشرع الدولي من أجل وضع حد للتمييز الممارس على الأطفال في العديد من الدول في العالم مهما كان مصدره أو غايته والذي يؤثر بشكل واسع على تمتعهم بحقوقهم خاصة تلك المكرسة في هذه الاتفاقية.

- تحديد طبيعة النص: النص هو عبارة عن مادة من اتفاقية دولية هي المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل وهي تعتبر المصدر الأول والأساسي من مصادر القانون الدولي العام.

❖ تحديد بنية النص:

-البنية المطبعية: وهذه المادة تتكون من فقرتين الأولى: " تحترم الدول..... أو أي وضع آخر. وهي طويلة نسبيا "، والفقرة الثانية:" تتخذ الدول الأطراف..... أو معتقداتهم." وتعتبر متوسطة الطول.

ويتسم هذا النص بخلوه من الأخطاء المطبعية.

-البنية اللغوية: استعملت في هذا النص اللغة القانونية، والتي تجسدت من خلال المصطلحات المستعملة مثل: التمييز، الوصي القانوني، معتقداتهم. وهي تتميز بالدقة والوضوح. كما أن أسلوب النص قانوني ومباشر يتناسب مع أهمية الموضوع المعالج فيه.

❖ تحديد الغاية من النص: لقد جاءت المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل لنبذ كل الممارسات التمييزية في حق الطفولة، لأنها تؤثر بشكل سلبي على تمتعهم بحقوقهم المكفولة لهم في الاتفاقية، وأكبر دليل على ذلك الأوضاع المزرية التي يعيشها الأطفال في العديد من دول العالم.

ب-التحليل الموضوعي للنص:

❖ تحليل مضمون النص:

تنص المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل صراحة على التزام الدول الأطراف بتوفير تكافؤ الفرص بين الأطفال. وتحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل، أو والديه، أو الوصي القانوني عليه، أو لونهم، أو جنسهم، أو لغتهم، أو دينهم، أو رأيهم السياسي أو غيره، أو أصلهم القومي، أو الإثني، أو الاجتماعي، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع آخر.

وفحوى هذه الفقرة يتعلق بالمساواة في الحقوق، إذ يجب أن تتاح للبنات نفس الفرص المتاحة للبنين، كما يجب أن يتمتع أطفال اللاجئين وأطفال السكان الأصليين أو الأقليات بنفس الحقوق التي يتمتع بها غيرهم. ويجب أن توفر للأطفال المعوقين الإمكانات اللازمة ليعيشوا حياة كريمة. والفقرة الثانية من ذات المادة أكدت على ضرورة أن تتخذ الدول تدابير إستباقية، إذا اقتضى الأمر، لضمان تحقق مبدأ عدم التمييز، بما في ذلك في القانون وتعديل السياسات، والتعليم ورفع الوعي، والرصد والرقابة، من بين عناصر أخرى.

هذا لا يعني أن يعامل جميع الأطفال بطريقة واحدة أو بالطريقة التي يعامل بها البالغين، بل يجب التفرقة بين التمييز واختلاف المعاملة. وفي بعض الحالات قد تنشأ الحاجة لاتخاذ "تدابير خاصة" من أجل تعزيز حقوق فئات معينة من الأطفال.

❖ تحديد الإشكالية:

ما مدى كفالة اتفاقية حقوق الطفل لحماية الطفل من كافة ضروب التمييز ؟

❖ استخراج الفكرة العامة والأفكار الرئيسية

-الفكرة العامة للنص: كفالة الدول لتمتع جميع الأطفال في العالم بحقوقهم دون تمييز من خلال وضع تدابير تكرس ذلك.

-إن الأفكار الأساسية التي تضمنها النص تتناسب مع عدد الفقرات فيه، وبالتالي تنقسم إلى فكرتين: الأولى معنونة ب: ضمان جميع حقوق الطفل المكرسة في الاتفاقية دون تمييز مهما كان نوعه.

أما الفكرة الأساسية الثانية فهي معنونة ب: التدابير التي تتخذها الدول الأطراف في الاتفاقية لحماية الأطفال من التمييز بكافة أشكاله.

2-المرحلة التحريرية:

مقدمة:

نحن بصدد التعليق على نص المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل، التي اعتمدتها الجمعية العامة بقرارها 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، وبدأ نفاذها في 2سبتمبر 1990 بموجب المادة 49، مع العلم أن هذه المادة واردة في الجزء الأول من الاتفاقية.

وباعتبار احتياجات الطفل تعد حقوقا إنسانية خاصة وجزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان عامة، هذا الأمر دفع بالجمعية العامة للأمم المتحدة، والمجتمع الدولي لاعتماد اتفاقية حقوق الطفل، لتصبح أول وثيقة قانونية دولية تتبنى الضمانات لمجموعة حقوق خاصة بالطفل.

من خلال ما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مدى كفالة اتفاقية حقوق الطفل لحماية الطفل من كافة ضروب التمييز ؟

الخطة:

المطلب الأول: حماية الطفل من التمييز في اتفاقية حقوق الطفل

الفرع الأول: أشكال التمييز التي شملتها الاتفاقية

الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن التدابير التمييزية على الأطفال

المطلب الثاني: التدابير القانونية المكرسة لحماية الطفل من التمييز

الفرع الأول: التدابير القانونية الدولية

الفرع الثاني: التدابير القانونية الوطنية

الخاتمة: (مناقشة النص وتقييمه)

وعلى الرغم من أن اتفاقية حقوق الطفل نصت بوضوح على عدد من أسباب التمييز فقط، إلا أن واضعوها يدركون احتمال وجود أسس أخرى للتمييز التي لابد من حماية الأطفال منها. فقد حددت لجنة حقوق الطفل في ملاحظاتها الختامية، أسس أخرى للتمييز ضد الأطفال من بينها التمييز على أساس التوجه الجنسي، والتمييز ضد الأطفال المصابين بفيروس نقص المناعة البشرية/ الإيدز.

يجري انتهاك حقوق الطفل أو إهمال إدراكها بطرق لا تحدث مع حقوق الكبار. وذلك نتيجة التمييز المنهجي- المباشر أو غير المباشر- ضد الأطفال.

يواجه الأطفال في معظم المجتمعات تمييزاً ضدهم مقارنة بالكبار وذلك بسبب ضعفهم واعتمادهم على الكبار، وإحجام الكبار عن منحهم المزيد من فرص اتخاذ قراراتهم بأنفسهم بينما يطورون هذه القدرة بممارستها بأنفسهم.

كما يتعرض الأطفال إلى جانب التمييز ضدهم كفئة (أو التمييز على أساس السن) للتمييز على أسس أخرى أيضا، كالنوع الاجتماعي (الجندر)، والإعاقة، أو التوجه الجنسي، وأحياناً بسبب مزيج من تلك الأسباب مجتمعة. لقد حددت لجنة حقوق الطفل بالأمم المتحدة حتى الآن 53 سبب للتمييز ضد الأطفال سواء على أساس هويتهم أو هوية والديهم.

وعلى الرغم من التأسيس الجيد للحق في عدم التمييز كمبدأ من مبادئ حقوق الإنسان في القانون الدولي، إلا أنه قليلاً ما يُلتفت للطرق المحددة والتي يتعرض بها الأطفال للتمييز ضدهم. لقد وجدت اتفاقية حقوق الطفل للإقرار بحق الأطفال الأصيل في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية. إن مبدأ

عدم التمييز في الاتفاقية لا غنى عنه لتحقيق ذلك، مع العلم بأن التمييز هو أحد الأسباب الرئيسية لانتهاك حقوق الطفل. هذا ولا تقبل الاتفاقية عدم كفاية الموارد كمبرر للتمييز ضد أي فئة من الأطفال.

-النموذج رقم 2: التعليق على نص قانوني

نصت المادة 3 (الواردة في الجزء الأول) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 (عرضت للتوقيع في 23 ماي 1969، ودخلت حيز النفاذ في 27 جانفي 1980) والواردة تحت عنوان: الاتفاقات الدولية غير الداخلة في نطاق هذه الاتفاقية **على ما يلي:**"

إن عدم سريان هذه الاتفاقية على الاتفاقات الدولية التي تعقد بين الدول والأشخاص الأخرى للقانون الدولي أو بين الأشخاص الأخرى مع بعضها البعض، أو على الاتفاقات الدولية التي لا تتخذ شكلاً مكتوباً لا يخل بـ:

(أ) القوة القانونية لتلك الاتفاقات؛

(ب) سريان أية قاعدة واردة في هذه الاتفاقية على تلك الاتفاقات إذا كانت تخضع لها بصورة مستقلة عن الاتفاقية؛

(ج) بسريان هذه الاتفاقية على علاقات الدول مع بعضها البعض في ظل الاتفاقات الدولية التي تكون الأشخاص الأخرى للقانون الدولي (أ) القوة

1-المرحلة التحضيرية:

أ-التحليل الشكلي للنص:

❖ تحديد مصدر النص: النص الذي نحن بصدد التعليق عليه هو المادة 3 (الواردة في الجزء الأول) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 (عرضت للتوقيع في 23 ماي 1969، ودخلت حيز النفاذ في 27 جانفي 1980) والواردة تحت عنوان: الاتفاقات الدولية غير الداخلة في نطاق هذه الاتفاقية، والتي وضعها المشرع الدولي من أجل توضيح المسألة المتعلقة بالاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف الاتفاقية الدولية.

❖ تحديد طبيعة النص: النص هو عبارة عن مادة من اتفاقية دولية هي المادة 3 (الواردة في الجزء الأول) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، وهي تعتبر المصدر الأول والأساسي من مصادر القانون الدولي العام.

❖ تحديد بنية النص:

-البنية المطبعية: وهذه المادة تتكون من فقرتين الأولى: " إن عدم سريان..... شكلاً مكتوباً". وهي قصيرة . والفقرة الثانية:" (أ) القوة..... (أ) القوة." وتعتبر متوسطة الطول.

ويتسم هذا النص بخلوه من الأخطاء المطبعية.

-البنية اللغوية: استعملت في هذا النص اللغة القانونية، والتي تجسدت من خلال المصطلحات المستعملة مثل: القانون الدولي، الاتفاقات الدولية، سريان. وهي تتميز بالدقة والوضوح. كما أن أسلوب النص قانوني ومباشر يتناسب مع أهمية الموضوع المعالج فيه.

❖ تحديد الغاية من النص: لقد جاءت المادة 3 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي يطلق عليها بعض الفقهاء تسمية معاهدة المعاهدات لتبين الاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف المعاهدة مع تحديد طبيعتها القانونية.

ب-التحليل الموضوعي للنص:

❖ تحليل مضمون النص:

التركيز على مضمون النص القانوني وأهم الأفكار التي يتضمنها.

❖ تحديد الإشكالية:

ما مدى الاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف الاتفاقية الدولية ؟

❖ استخراج الفكرة العامة والأفكار الرئيسية

-الفكرة العامة للنص: تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقات التي تخرج عن وصف الاتفاقية الدولية.

-إن الأفكار الأساسية التي تضمنها النص تتناسب مع عدد الفقرات فيه، وبالتالي تنقسم إلى فكرتين: الأولى معنونة ب: عدم سريان الاتفاقات التي تعقد بين الدول والأشخاص الدولية الأخرى وعدم كتابتها لا يخل بالقيمة الإلزامية لها.

أما الفكرة الأساسية الثانية فهي معنونة ب: صور الاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف الاتفاقية الدولية

2-المرحلة التحريرية:

مقدمة:

تكتب فيها عناصر التحليل الشكلي للنص وتنتهي بطرح الإشكالية

ما مدى إلزامية الاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف الاتفاقية الدولية؟

الخطة:

المطلب الأول: شروط إبرام المعاهدة الدولية

الفرع الأول: الشروط الشكلية

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

المطلب الثاني: صور الاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف الاتفاقية الدولية

الفرع الأول: أسباب عدم انطباق وصف الاتفاقية الدولية على هذه الاتفاقات

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للاتفاقات التي لا ينطبق عليها وصف الاتفاقية الدولية

الخاتمة: (مناقشة النص وتقييمه) الاستنتاجات+ التقييم

النموذج رقم 3: تعليق على حكم قضائي

أولا: المرحلة التحضيرية

أ. التعريف بأطراف النزاع وموضوعه وعرض الوقائع

أ 1-أطراف النزاع: المدعى هي شخص طبيعي والمدعى عليه هي المديرية العامة للجمارك بالجزائر العاصمة ممثلة في مديرها والمديرية الجهوية لولاية عنابة وبحضور المديرية العامة للوظيفة العامة الممثلة في شخص رئيس الحكومة وبالتالي النزاع يدخل ضمن نطاق القضاء الإداري.

أ2-موضوع النزاع: يتعلق النزاع بتسوية وضعية المدعية فيما يخص التحاقها بالتربص الخاص بأعوان الرقابة إناث والقضاء بإجراء تحقيق حول وقائع الحال طبقا لأحكام المادة 846 ق إ م إ وما بعدها، وإجراءات النجاح في مسابقات التوظيف طبقا لقانون الوظيف العمومي.

أ3- الوقائع :

-بتاريخ 2013/01/18 أجرت المدعية مسابقة للالتحاق بمنصب عون رقابة جمارك وتم تحديد 05 مناصب للإناث.

- في شهر مايو2013 تم الإعلان عن النتائج و تحصلت المدعية على المرتبة الخامسة.

- بعد إعادة نشر النتائج في الصحف تم حذف اسم المدعية من المرتبة الخامسة ومن القائمة نهائيا واستبدالها بالمشاركة التي تليها

- بتاريخ 2014/04/10 قدم دفاع المدعية مقالا إضافيا تضمن تمسكها بطلباتها السابقة واحتياطيا تعويض الأضرار.

- أجابت المديرية العامة للجمارك بعدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص المحلي وسوء انتظام الإجراءات ولعدم التأسيس.

- أعيد فتح التحقيق وبتاريخ 2014/05/20 تم تقديم مذكرة الرد من طرف المديرية العامة للوظيف العمومي مفادها رفض الدعوى شكلا وفي الموضوع رفضها لعدم التأسيس وأن عدم إدراج اسمها في القائمة النهائية للناجحين ناتج عن وجود حشو في النقاط.

- بتاريخ 2014/05/22 أودع دفاع المدعية مقال مفاده تمسك المدعية بطلباتها السابقة.

- ردت المدخلة في الخصام مديرية الوظيف العمومي بمقال بتاريخ 2014/06/09 مفاده تمسكها بكتاباتها السابقة بناءا على أدلة مقدمة سابقا.

-إحالة الملف على محافظ الدولة الذي التمس بتاريخ 2014/06/16 بقبول التماساته وفي الموضوع برفض الطلب لعدم التأسيس.

ب . تحليل الإجراءات

– بمقتضى القانون رقم 02.98 المتعلق بالمحاكم الإدارية وبمقتضى القانون رقم 09.98 المتضمن قانون الإجراءات المدنية النزاع يدخل ضمن ولاية القضاء الإداري لأن احد طرفي النزاع هيئة إدارية عامة وهي المديرية العامة للجمارك والمديرية العامة للوظيف العمومي

– النزاع مطروح أمام المحكمة الإدارية عنابة غرفة رقم 02

– على إثر وقوع نزاع بين المدعية والمديرية العامة للجمارك وبإدخال المديرية العامة للوظيف العمومي في النزاع تم افتتاح الدعوى بموجب عريضة افتتاح الدعوى وأودعت بأمانة الظبط بتاريخ 03/30/ 2013 بواسطة محاميتها في إطار المساعدة القضائية ضد المدعى عليها المديرية العامة للجمارك والمديرية العامة للوظيف العمومي ممثلة في شخص رئيس الحكومة طالبة من خلالها تسوية وضعيتها في ما يخص التحاقها بالتربص الخاص بأعوان الرقابة بالجمارك الخاص بالإناث الخاص مدعية استحقاقها للمنصب وأنه تم إقصائها تعسفيا وأنه تم خرق قانون الوظيف العمومي خاصة ما يتعلق بكيفيات النجاح في مسابقات التوظيف.

– بتاريخ 2014/04/10 قدم دفاع المدعية مقال إضافي يتضمن تمسكها بطلباتها السابقة وطلب احتياطي جدا يتمثل في تعويض الأضرار.

– أجابت المديرية العامة للجمارك بعنابة بواسطة محاميها بعدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص المحلي والاختصاص يعود للمديرية المركزية بالجزائر العاصمة.

– عقب دفاع المدعية بتمسكها بطلباتها السابقة محتجة بتعديل المرسوم رقم 95/293 بالمرسوم 12/194

–وضع القضية بجلسة التقرير وأعيد فتح التحقيق بطلب من المديرية العامة للوظيف العمومي والتي قدمت مذكرة رد مفادها رفض الدعوى شكلا وفي الموضوع تم رفضها لعدم التأسيس مستندة لأحكام المرسوم 12/194 ولوجود حشو في النقاط وعدم تقديم المدعية لوثائق رسمية أو أي سند قانوني آخر يثبت نجاحها.

– إيداع مقال في 2014/05/22 من طرف دفاع المدعية يتضمن تمسكها بطلباتها السابقة.

– ردت المدخلة في الخصام المديرية العامة للوظيف العمومي بتمسكها بكتاباتها السابقة بالدليل المادي عن وجود فعلا حشو في النقاط.

– إحالة الملف على محافظ الدولة الذي التمس بقبول التماساته الإضافية شكلا وفي الموضوع برفض الطلب لعدم التأسيس لأن الطلب القضائي غير محدد طبقا للمادة 846 من ق ا م ا كما أن الطلب الإضافي غير مؤسس لأن الضرر غير قائم وغير مؤسس.

– قررت المحكمة الإدارية حضوريا علنيا ابتدائيا في الشكل عدم قبول الدعوى وإعفاء المدعية من المصاريف القضائية

ج . الحجج:

– أسست المدعية دعواها والتي تدعي استحقاقها للمنصب طبقا لقانون الوظيفة العامة وهذا بعد نجاحها في المسابقة.

والتي أعلن عنها على مستوى المديرية الجهوية للجمارك وأن المدعية تم حذف اسمها نهائيا من القائمة بطريقة غير قانونية بعد ما اعتبرت نفسها من الناجحين وهذا ما نتج عنه الضرر مطالبة التعويض

– تم الدفع بعدم الاختصاص المحلي من المديرية العامة للجمارك بالعاصمة الممثلة بالمديرية الجهوية بواسطة محاميها طبقا لقانون إ م إ وفي الموضوع لسوء انتظام الإجراءات ولعدم التأسيس وفقا للمرسوم 95/293 المتعلق بكيفية تنظيم المسابقات والامتحانات المهنية خاصة المادتين 04و19 التي تنص على أن قائمة الناجحين تحدد حسب درجة الاستحقاق حسب المناصب بحضر يمضى من اللجنة وأن المدعية لم تستبدل بالمسماة زوار هدى لأنها غير موجودة أصلا بالقائمة الاحتياطية.

– تمسكت المدعية بطلباتها السابقة مستندة إلى أنه تم تعديل المرسوم 95/293 واستبدال بالمرسوم 12/194 مما يجعل مضمون المادتين 04و19يختلف عما تضمنه دفع المدعى عليها وأنه بالرجوع إلى

القائمة الأولية المقدمة من طرف المديرية الجهوية نجد أن اسم زوار هدى موجود فعلا على رأس القائمة الاحتياطية أي أنها تليها مباشرة في الترتيب.

– تمسكت المديرية العامة للجمارك بأن أحكام المرسوم12/194 ووجود الحشو في النقاط وعدم وجود دليل قانوني يثبت نجاح المدعية

د –حصر الإشكال القانوني:

بما أن الامتحانات والمسابقات المهنية تخضع لقانون الوظيف العمومي وتخضع لأحكام المرسوم 12/194 فما مدى شرعية القرار بالاستناد إلى القانون والمرسوم السالف الذكر على اعتبار أن النتائج قد تم الإعلان عنها في مرة سابقة تم تغيرت النتائج في مرحلة ثانية هذا من جهة.

– ما مدى تطبيق قواعد الاختصاص وهل الجهة، التي لا تملك صفة التقاضي أصلا لها الحق في نشر النتائج الأولية دون علم الأصيل

هـ– الحلول القانونية:

عدم قبول الدعوى شكلا لأن المدعية وجهت دعواها ضد المديرية الجهوية للجمارك التي لا تحوز على صفة التقاضي وعدم وجود الأدلة المادية والقانونية التي تثبت نجاحها

ثانيا : مرحلة التحرير والمناقشة

القرار القضائي صادر عن المحكمة الإدارية عنابة يتعلق بفصل في نزاع قائم بين المدعية التي تم إقصائها من القائمة الأولية للناجحين في مسابقة الالتحاق بالتربص الخاص بأعوان الرقابة إناث بالجمارك وبين المديرية الجهوية للجمارك والمديرية العامة للوظيف العمومي كمدخلة في الخصام وطبقا لقانون الوظيف العمومي وأحكام المرسوم 12/194 يتم النجاح في المسابقة بعد اجتياز الامتحانات الكتابية والشفهية وتوفر بعض الشروط في المترشح وفق إجراءات محددة ويتم إعلان النتائج من طرف المديرية المركزية أو الجهوية إلى أن الإشكال القانوني هل نشر النتائج الأولية من طرف المديرية الجهوية غير قانوني إذا كان إجراء غير قانوني أصلا لماذا تم نشر النتائج وهل هي مسئولة عن هذا الخطأ لأني أرى أن الضرر قائم

لأن النتائج تم إلغائها وأن المدعية لا دخل لها بهذا الخطأ كذلك أرى أن الأسباب التي تم على أساسها إلغاء النتائج غير قانونية وغير مقنعة لأن التحقيق في النقاط والإجابات يكون قبل الإعلان عن النتائج وليس بعدها.

وعليه أرى أن القاضي وفق في الشطر الأول من القرار الذي مفاده أن الدعوى ترفع ضد الأصيل وليس الممثل إلا الشطر المتعلق بتعويض الضرر أرى أنه كان من الأجدر أن يكون تعويض للضرر لأن مسؤولية الإدارة الجهوية تبقى قائمة.

النموذج رقم 4: تعليق على قرار قضائي:

التحليل الشكلي:مقدمة

أطراف النزاع:

تبيان شخصية الأطراف من رفع الدعوى من استأنف من طعن بالنقض (ذكر الأسماء والصفات)

الوقائع:

ذكر كل الوقائع المادية (وليست القانونية) بنوع من التفصيل

الإجراءات:

-رفع الدعوى أمام المحكمة ..... يوم .....

صدور حكم ..... يوم : ..... قضى ب. ..... :

-طعن بالاستئناف أمام مجلس قضاء ..... يوم .....

صدور قرار ..... يوم : ..... قضى ب. ..... :

-طعن بالنقض أمام المحكمة العليا يوم .....

صدور قرار ..... يوم : ..... قضى ب. ..... :

الادعاءات:

عن الوجه الذي أثاره الطاعن ... (تنقل حرفيا من القرار)

الأول : المأخوذ من طرف الشكليات الجوهرية للإجراءات كون.....

الثاني : مأخوذ من خرق القانون وقصور الأسباب ...

المشكل القانوني:

هل ..... ؟

وهي أهم ما في التحليل كله بعض الأساتذة في الامتحانات يطالعون فقط الإشكالية هل أن الطالب يناقش الموضوع باحترافية أم أنه خارج الموضوع لذا أرجو من الطلبة معرفة جيدا ما موضوع القرار ماذا يناقش بالضبط ويبلور اشكاليته على هذا الأساس.

الحل القانوني:

-حيث ..... نقل حرفي لآخر حيثية موجودة في القرار

منطوق القرار:

وعليه ..... بأداء المصاريف

(نقل حرفي لما هو موجودة في القرار)

التصريح بخطة البحث:

وهي إجابة معمقة لما طرح في الإشكالية وأحسن خطة هي التي تحوي مبحثيين لكل منهما مطلبان

نص القـــرار:

إن المجلس الأعلى بناءا على المواد 254/244/239/231 من ق م دج و بعد الاطلاع على مجموع لأوراق ملف الدعوى على عريضة الطعن المودعة يوم 1981/12/3 وعلى مذكرة الرد

التي أودعها المطعون ضده وبعد الاستماع إلى السيد المقرر في تلاوة تقرير المكتوب والى السيد المحامي العام في طلباته المكتوبة حيث طعن بالنقض السيد ب ع ضد القرار الصادر في 1980/11/5 من مجلس قضاء الجزائر استئنافا بتأييد الحكم القاضي برفض طلبه وباستعادة الحصص والأسهم وتقسيم الإرباح

الوجه الأول :

المأخوذ من خرق الشكليات الجوهرية للإجراءات لكون القرار المطعون فيه فصل في القضية بكيفية مدينه بينما هي دعوى تجارية لكن مجلس القضاء له السلطة المطلقة وكامل الصلاحيات قضائنا للفصل كل في كل القضايا زيادة عن كون السيد ب ع قبل المرافعة في الموضوع دون إثارة أي احتياط وعليه هذا الوجه غير مؤسس

الوجه الثاني: مأخوذ من خرق القانون وقصور الأسباب لاعتبار القرار المطعون فيه أن السيد ب ع لا يقدم أية حجة على مزاعمه حيث يستخلص من البيانات القرار المطعون فيه أن الطلب المدعي المذكور يرمي إلى استعادة حصته في الشركة مع تقسيم الأرباح لكن حصل حل الشركة بمقتضى الحكم الصادر في 1976/07/17 الذي صار نهائيا وعليه فلا يمكن الاستجابة إلى الطلب المقدم عقب عملية التصفية وهي النتيجة المترتبة عادة على حل كل شركة تطبيقا للمواد 778 ق ت والمواد التي تليها

ولهذه الأسباب كان مجلس قضاء الجزائر رافضا عن صواب في طعن السيد ب ع

لهذه الأسباب الطعن المقدم من المدعي ب ع والحكم على هذا الأخير بأداء المصاريف.

مقدمة (الجانب الشكلي)

أطراف النزاع:

الطاعن : ب ع

المطعون ضده :المصفي

الوقائع :

-حل شركة تجارية بمقتضى حكم صادر بتاريخ 17 جويلية 1976 ومطالبة ب ع باستعادة الحصص والأسهم وتقسيم الأرباح.

الإجراءات:

-بتاريخ 17 جويلية 1976 صدر الحكم يقضي برفض طلب ب ع باستعادة الحصص والأسهم وتقسيم الارباح

-استئناف الحكم وصدور الحكم قرار عن مجلس قضاء الجزائر 5نوفمبر 1980 يقضي بتأييد الحكم السابق.

-الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى وصدور قرار يقضي برفض الطعن المقدم من ب ع والحكم عليه بأداء المصاريف

الادعاءات

عن الوجه الذي أثاره الطاعن

الأول: المأخوذ من طرف الشكليات الجوهرية للإجراءات كون القرار المطعون فيه فصل في القضية بكيفية مدنية بينما هي دعوى تجارية

الثاني: مأخوذ من خرق القانون وقصور الأسباب

المشكل القانوني:

هل من الممكن بإستعادة الحصص وتقسيم الأرباح بعد صدور الحكم النهائي بحل الشركة التجارية .

الحل القانوني:

المادة 778 ق ت وما يليها

منطوق القرار:

رفض الطعن المقدم من المدعي ب ع والحكم على هذا الأخير بأداء المصاريف

التصريح بخطة البحث:

مقدمة

المبحث الأول: انقضاء الشركة وما يترتب عنها

المطلب الأول: انقضاء الشركة

المطلب الثاني: ما يترتب عن انقضاء الشركة التجارية

المبحث الثاني: مدى جوازيه المطالبة بإعادة التصفية من طرف ب ع

المطلب الأول: عدم جوازيه المطالبة بإعادة التصفية من طرف ب ع

المطلب الثاني: أثر التقادم الجنسي في تصفية المجال

خاتمة

النموذج رقم 5: مذكرة استخلاصية

مقدمة:

تناول موضوع الملف حدود سلطات الضبط الإداري الذي حاول المشرع تكريسه في العديد من النصوص لعل أبرزها ما جاء في الوثيقة وهو نص المادة 88 في فقرتها الثانية من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية . وطبقه القضاء الإداري الجزائري في العديد من المناسبات لعل أبرز تطبيقاتها في هدا حكم المحكمة الإدارية رقم 13/00272 الصادر بتاريخ 18 مارس 2013 . ودون أن ننسى الفقه الذي كان سباقا لعرض أهم الإشكالات القانونية التي تترتب عن فكرة حدود سلطات الضبط الإداري وهذا ما يستشف من مؤلف الأستاذ عادل السعيد محمد أبو الخير المرسوم ب: الضبط الإداري وحدوده .

إن هذه النصوص القانونية والفقهية والاجتهادات القضائية تتناول إشكالية معينة متمثلة في :ما هي الحدود التي تشكل ضمانة للأفراد تتوقف عندها الإدارة؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية أعلاه تقتضي بالضرورة إتباع الخطة المبينة أدناه:

المبحث الأول:خضوع إجراءات الضبط الإداري لمبدأ المشروعية

المطلب الأول: التزام سلطات الضبط بحدود أهدافه

المطلب الثاني: استناد سلطة الضبط الإداري لسبب جدي يبرر ممارسة الإجراء الضبطي

المبحث الثاني:خضوع أعمال الضبط الإداري لرقابة القضاء .

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بالنظر في أعمال سلطات الضبط الإداري

المطلب الثاني: دعوى الإلغاء كآلية للرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري

خاتمة

المبحث الأول: خضوع إجراءات الضبط الإداري لمبدأ المشروعية .

تخضع إجراءات الضبط الإداري في الأوضاع العادية لقيود أو ضوابط تتعلق بمقتضيات مبدأ المشروعية بصفة عامة. وهذا ما سيتم تفصيله على النحو التالي:

المطلب الأول: التزام سلطات الضبط بحدود أهدافه

يمكن اعتبار نص المادة 88 في فقرتها الثانية من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية ابرز تطبيق لالتزام سلطات الضبط الإداري بحدود أهدافه حيث يجب على سلطات الضبط الإداري التقيد على مختلف مستوياتها بمبدأ المشروعية. أي احترام النظام القانوني السائد في الدولة. لدلك فأي إجراء أو تدبير من تدابير الضبط الإداري يقتضي أن يتفق وأحكام القانون بمفهومه الواسع. فيجب على سلطات الضبط الإداري بما لها من سلطة تقديرية أن تلجا إلى اتخاذ القرارات المناسبة والملائمة التي من شانها إقامة توازن بين النظام العام والحريات العامة احتراما لدولة القانون.

المطلب الثاني: استناد سلطة الضبط الإداري لسبب جدي يبرر ممارسة الإجراء الضبطي

يرتبط عنصر السبب بأن تراعي سلطات الضبط الإداري الحالة الواقعية التي تدفعها لاتخاذ التدابير الضبطية باعتباره يمس ويؤثر على النظام العام، مما يحث على تدخل السلطات الضبطية الإدارية لممارسة صلاحياتها المنوطة بها، من ثم تتوقف مشروعية الإجراء الضبطي الذي اتخذته سلطات الضبط الإداري على السبب والإجراء والظروف التي اتخذ فيها ولا يكون كذلك التدبير الضبطي مشروعا إذا كان جديا في درئ الخطر الذي يهدد النظام العام وكان ضروريا لممارسته، بالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجه سلطات الضبط الإداري إلى اتخاذ إجراءات وتدابير في أي نشاط بدون سبب يبرره النظام العام، حيث أن سلطة الإدارة المعنية باتخاذ التدابير ليست سلطة مطلقة بل مخولة بالشروط والأوضاع الملائمة التي حددها القانون وبرر من خلالها تدخل الإدارة لممارسة التدابير الضبطية، وهذا ما حول تبيانه الأستاذ عادل السعيد محمد أبو الخير في مؤلفه الضبط الإداري وحدوده الذي بين الأهداف المتوخاة التي يجب على سلطات الضبط الإداري احترامها. فادا حادت هيئات الضبط الإداري عن الغرض المحدد لها يعتبر تصرفها باطلا وغير مشروعا إعمالا لقاعدة تخصيص الأهداف.

المبحث الثاني: خضوع إعمال الضبط الإداري لرقابة القضاء

يرتبط نشاط الضبط الإداري ارتباطا وطيدا بالحقوق والحريات، وذلك لكونه نشاط مبني على فكرة تقييد هذه الحقوق والحريات بهدف صيانة النظام العام بصفة وقائية. ومن أجل تفادي تعسف سلطات الضبط الإداري أثناء ممارسة السلطات المخول لهم بموجب النصوص القانونية لممارسة وظيفة الضبط أقرت غالبية التشريعات مبدأ خضوع أعمال سلطات الضبط الإداري لرقابة القضاء.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بالنظر في أعمال سلطات الضبط الإداري.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل لاستئناف في جميع حددت المادة 922 مجال اختصاص القضاء الإداري وذلك بنصها على أنه:"المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها."

حيث يعتبر الحكم المشار إليه في المذكرة الاستخلاصية المتعلق بإلغاء القرار الصادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي دليلا واضحا على اختصاص القضاء الإداري الجزائري في حماية حقوق وحريات الأفراد خاصة إذا تحولت الإدارة إلى جهة متغولة ومتعسفة في مجال احترام الحريات الفردية حيث كرس المشرع الجزائري حق كل فرد إلى اللجوء القضاء للمطالبة بحق أو دفاع عنه .

المطلب الثاني: دعوى الإلغاء كآلية للرقابة القضائية على إعمال الضبط الإداري

تعتبر دعوى الإلغاء من أهم الدعاوى القضائية التي يملكها الأفراد لحماية حرياته ممن جراء القرارات الإدارية الضبطية غير المشروعة، التي تتخذها الإدارة من أجل صيانة النظام العام. فهي تلك الدعوى التي يطلب فيها من القاضي الإداري المختص، طبقا للشروط والإجراءات القانونية المقررة، الحكم بعدم مشروعية قرار إداري ضبطي، وبالتالي إلغائه وإعدام أثاره.

وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09 نجد أن الاختصاص في إلغاء القرارات الإدارية الضبطية الصادرة عن سلطات الضبط الإداري المحلية ممثلة في الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي يؤول إلى المحكمة الإدارية وذلك طبقا لنص المادة 801. وهذا ما بينه الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية التي بين أن القضاء الإداري ركنا حصينا ومتينا لحماية الأفراد من تعسف الإدارة والحصول على التعويض اللازم عند اقتضاء الأمر.

الخاتمة:

بعد الاطلاع على وثائق المذكرة الاستخلاصية يمكن القول أن هناك تكامل وتوافق بين القضاء والفقه والتشريع بخصوص حدود سلطات الضبط الإداري لكن تطبيقه مسألة عملية يجب على الإدارة احترامها والتقيد بها احتراما لمبدأ المشروعية بصفة عامة وإقامة توازن بين النظام العام والحريات العامة بصفة خاصة.

النموذج رقم 5: إستشارة قانونية

نموذج التعليق على استشارة قانونية يتضمن عادةً مقدمة، عرضًا للوقائع، تحديد المشكلة القانونية، تحليل قانوني، وخاتمة. يجب أن يكون التعليق واضحًا ومنظمًا، مع شرح مفصل للمنطق القانوني المستخدم في كل خطوة.

أولاً: المقدمة:

- **تحديد النص/الاستشارة:**

يجب أن يوضح التعليق النص أو الاستشارة القانونية التي يتم التعليق عليها، مع ذكر أطرافها وموضوعها.

- **أهمية النص/الاستشارة:**

يوضح أهمية النص أو الاستشارة من الناحية القانونية والاجتماعية.

- **الإشكالية القانونية:**

يحدد الإشكالية أو المشكلة القانونية التي يثيرها النص أو الاستشارة.

- **خطة التعليق:**

يوضح الهيكل العام للتعليق والخطوات التي سيتم إتباعها.

ثانياً: عرض الوقائع:

- **وصف مفصل:**

يجب تقديم وصف تفصيلي للوقائع والأحداث التي أدت إلى الاستشارة.

- **ترتيب زمني:**

يجب ترتيب الوقائع ترتيبًا زمنيًا لتقديم صورة واضحة للمشكلة.

- **الأطراف المعنية:**

يجب تحديد الأطراف المعنية في المشكلة بوضوح.

ثالثاً: تحديد المشكلة القانونية:

- **صياغة السؤال:**

يجب صياغة المشكلة القانونية في شكل سؤال أو مجموعة أسئلة واضحة.

- **النقاط الخلافية:**

تحديد النقاط الخلافية أو المتنازع عليها في القضية.

- **تحديد القانون واجب التطبيق:**

تحديد النصوص القانونية التي تنطبق على المشكلة.

رابعاً: التحليل القانوني:

- **تفسير النصوص:**

تفسير النصوص القانونية ذات الصلة وتوضيح معناها.

- **تطبيق القانون على الوقائع:**

تطبيق القانون على الوقائع المحددة في الاستشارة.

- **الرأي القانوني:**

تقديم الرأي القانوني حول المشكلة المطروحة، مع ذكر الأسباب القانونية التي تدعم هذا الرأي.

- **المقارنة مع أحكام قضائية:**

إذا كان ذلك ممكنًا، يمكن الاستشهاد بأحكام قضائية سابقة تدعم الرأي القانوني.

خامساً: الخاتمة:

- **ملخص:**

تلخيص موجز للتحليل القانوني والرأي القانوني المقدم.

- **التوصيات:**

تقديم توصيات للتعامل مع المشكلة القانونية.

- **الآثار المحتملة:**

توضيح الآثار القانونية المحتملة للرأي القانوني المقدم.

ملاحظات هامة:

- يجب أن يكون التعليق موجزًا وواضحًا، مع تجنب اللغة القانونية المعقدة.
- يجب أن يكون التعليق مدعومًا بالأدلة القانونية والمنطق السليم.
- يجب أن يكون التعليق موضوعيًا وغير متحيز.

مثال على صياغة السؤال القانوني:

هل يحق للمشتري استرجاع المبلغ المدفوع في حالة اكتشاف عيب خفي في المبيع؟

مثال على صياغة التحليل القانوني:

"بموجب المادة ... من القانون المدني، يحق للمشتري استرجاع المبلغ المدفوع في حالة اكتشاف عيب خفي في المبيع يؤثر على قيمته أو صلاحيته للاستعمال المخصص له. وبما أن الوقائع تشير إلى وجود عيب خفي في المبيع، فإن للمشتري الحق في استرجاع المبلغ المدفوع".

مثال على صياغة الخاتمة:

"بناءً على التحليل القانوني، يتبين أن للمشتري الحق في استرجاع المبلغ المدفوع. لذا، يوصى باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لاسترجاع المبلغ، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المحتملة لهذا الإجراء على حقوق البائع".

قائمة المراجع:

الكتب:

- حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2013.
- عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، المكتب المصري للمطبوعات، القاهرة، 2011.
- علي مراح، منهجية التفكير القانوني نظريا وتطبيقيا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010.

- غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،الطبعة الثالثة، 2008.

- عمار بوضياف، المرجع في كتابة البحوث القانونية (أطروحة دكتوراه، مذكرة ماجستير، مذكرة ماستر، المقالات القانونية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2018.
- جبيري ياسين، المنهجية العلمية للبحث في العلوم القانونية والإدارية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2017.
- فاضلي إدريس، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2017.
- عبد المنعم نعيمي، تقنيات إعداد الأبحاث العلمية القانونية المطولة والمختصرة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2018.

المطبوعات:

- دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، المدرسة العليا للقضاء، الميزان، 2013.
- بوحميدة عطا الله، إرشادات في منهجية الاستشارة (المنازعات الإدارية)، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق-بن عكنون-، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- بوسعدية رؤوف، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، محاضرات ألقيت على طلبة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين، 2014-2015.
- سقلاب فريدة، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017-2018.

- جودية خليل، محاضرات في المنهجية الجامعية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2016.

فهرس الموضوعات:

الرقم	الموضوع	الصفحة
.1	مقدمة	2
.2	المبحث الأول: منهجية التعليق على النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية	3
.3	المطلب الأول: منهجية التعليق على النصوص القانونية	3
.4	الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:	5

.5	الفرع الثاني: المرحلة التحريرية	13
.6	المطلب الثاني: منهجية التعليق على حكم أو قرار قضائي	22
.7	الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:	26
.8	الفرع الثاني: المرحلة التحريرية	35
.9	المبحث الثاني: منهجية إعداد الاستشارة القانونية والمذكرة الإستخلاصية	43
.10	المطلب الأول: منهجية إعداد الاستشارة القانونية:	44
.11	الفرع الأول:تعريف الاستشارة القانونية	45
.12	الفرع الثاني: مراحل إعداد الاستشارة القانونية	51
.13	المطلب الثاني: منهجية إعداد المذكرة الاستخلاصية:	60
.14	الفرع الأول: تعريف المذكرة الإستخلاصية:	60
.15	الفرع الثاني: أنواع المذكرة الإستخلاصية وأهدافها	63
.16	الفرع الثالث: مراحل إعداد المذكرة الإستخلاصية:	64
.17	الخاتمة	70
.18	قائمة المراجع	97
.19	فهرس الموضوعات	100