

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

السنة الأولى ماستر مهن قانونية وقضائية

محاضرات في مادة منهجية العلوم القانونية

المحور الأول: منهجية تحليل نص قانوني

منهجية تحليل النص القانوني هي دراسة تطبيقية للقانون الهدف منها هو اكساب الطالب أو رجل القانون مهارة تمكنه من تحليل وتفكيك النصوص القانونية وربطها بغيرها من النصوص الأخرى، وذلك للتمكن من استخراج الأحكام القانونية التي تتضمنها، وفهم مقصود المشرع، كما يُمكن من خلال عملية التحليل الوقوف على الأخطاء والعيوب التي يمكن أن تشوب النص من حيث صياغته أو ترتيب أفكاره، وبالتالي تنبيه المشرع إلى وجوب تصحيح النص بتعديله.

الفصل الأول: مفهوم النص القانوني

قبل التطرق إلى خطوات تحليل نص قانوني فإنه سيتم التعرض أولاً إلى بعض المسائل المتعلقة بمفهوم النص القانوني وخطوات إصداره، وكذا البحث في المقتضيات الواجب احترامها في الصياغة القانونية.

المبحث الأول: التعريف بالنص القانوني

المطلب الأول: تعريف النص القانوني

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي

النص القانوني هو نص لغوي متخصص يتم عبره نقل معارف تخص ميدان القانون، أي كل ما يتعلق بتنظيم العلاقات بين الأفراد وبتحديد واجباتهم وحقوقهم، وكذلك بوضع مختلف القوانين وتطبيقها، والغرض الرئيسي منه هو الإبلاغ والإعلان، وهو يعد بمثابة صياغة علمية بحثية فهو مجرد من المشاعر والأحاسيس صادر عن سلطة مختصة أنشأت لهذا الغرض.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

أولاً: التعريف الضيق للنص القانوني

يتمثل النص القانوني وفق هذا التعريف في مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن سلطة مختصة ممثلة في السلطة التشريعية والتي تتمثل في البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، يتعلق بمواضيع معينة حددها الدستور، وفق مراحل وإجراءات معينة، ويسمى في هذه الحالة بالنص التشريعي.

ثانياً: المعنى الواسع للنص القانوني

يشمل النص القانوني بالمعنى الواسع كل نص مكتوب صادر عن سلطة مختصة ومنشور في الجريدة الرسمية مهما كانت طبيعة السلطة أو الهيئة التي أصدرته، وهو بذلك يتدرج من حيث مرتبته إلى ثلاث مراتب بدءاً بالنص الدستوري ثم النصوص التشريعية ثم النصوص التنظيمية والتنفيذية.

وتجدر الإشارة إلى أنه عند دراسة منهجية تحليل النصوص القانونية فإنه يُؤخذ بهذا المعنى الواسع.

المطلب الثاني: خصائص النص القانوني

يتميز النص القانوني بمجموعة من الخصائص الموضوعية والشكلية تتمثل فيمايلي:

- الطابع الملزم للنص القانوني يجعله واجب الاحترام والتنفيذ من قبل الكاف، حيث يكون تطبيقه مقرون بجزاء توقعه السلطة المختصة.

- يتضمن النص القانوني آثاراً قانونية تترتب عليها حقوقاً أو واجبات أو عقوبات

- أسلوب النص القانوني أسلوب مباشر.

- يستعمل النص القانوني لغة متخصصة بمصطلحات دقيقة ومعقدة، وتكون عادة متعددة المعاني.

- يتميز النص القانوني أسلوباً جامداً يعتمد على استعمال الصور البيانية والتعابير البلاغية من أجل الحفاظ على المصدقية التي يجب أن يتحلى بها النص القانوني.

المطلب الثالث: مراحل إصدار النصوص القانونية (التشريعية)

الفرع الأول: اقتراح المشروع التمهيدي للنص القانوني

تعتبر هذه المرحلة من المراحل المهمة والحاسمة في ضمان نوعية النص القانوني وفعاليتها في التطبيق، لذلك يتم إعطاؤها العناية اللازمة، لذلك فهي تقتضي أولاً تدقيق دراسة ملاءمة النص القانوني من خلال إخضاعه للتشاور المسبق من قبل كل الجهات المعنية ذات العلاقة، سواء الوزارة المعنية أو الوزارات الأخرى ذات العلاقة، وكذا اللجان الخاصة واللجان الوزارية المشتركة، كما يكون التشاور مع بعض الجهات الأخرى غير الرسمية كالمجتمع المدني والنقابات وممثلي بعض الفئات في المجتمع مفيداً في مرحلة إعداد المشروع التمهيدي للنص القانوني، كما يفرض القانون في حالات معينة أخذ رأي بعض الجهات على سبيل الإستشارة ومنها مجلس الدولة.

كما تقتضي مسألة مواءمة النص القانوني التأكد من اختصاص وصلاحيات السلطة المبادرة بمشروع النص القانوني، وفي هذا الشأن نص الدستور في المادة 134 منه على صلاحية كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بالمبادرة بمشاريع النصوص القانونية.

الفرع الثاني: مرحلة عرض مشروع النص التشريعي على البرلمان والمصادقة عليه

يدرس البرلمان ويصادق على مشاريع النصوص القانونية التي تبادر بها الحكومة وكذا على اقتراحات القوانين التي يبادر بها أعضاء البرلمان ضمن الشروط المحددة في الدستور، وذلك وفق إجراءات خاصة تتمثل في:

1- إحالة مشاريع القوانين أو اقتراحات القوانين على اللجان المختصة:

بعد إيداع مشروع القانون أو اقتراح القانون لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة يتم إحالته على اللجنة البرلمانية المختصة، والتي تتولى فحصه ودراسته وإعداد التقارير والتوصيات بشأنه وذلك في أجل شهرين.

2- عرض مشاريع القوانين أو اقتراحات القوانين في الجلسات العامة:

تكون الجلسات العامة علنية وتجري أشغالها باللغة العربية، ويشرع في دراسة مشروع أو اقتراح القانون بالاستماع إلى عضو الحكومة أو صاحب اقتراح القانون أو مندوب عن النواب أصحاب اقتراح القانون، والذي يقدم عرضاً حوله، ثم يتولى مقرر اللجنة المختصة عرض تقريره التمهيدي، ليفتح بعد ذلك المجال للنقاش العام أمام المتدخلين.

3- التصويت والمصادقة على مشاريع واقتراح القوانين:

يشرع في عملية التصويت عند توفر النصاب القانوني، وفي حالة عدم توفر النصاب يؤجل التصويت إلى جلسة لاحقة بالتشاور مع الحكومة، وحينئذ يكون التصويت صحيحا مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين، ويكون التصويت بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين على القوانين العادية، بينما تشترط الأغلبية المطلقة (ثلثي الأعضاء) للنواب وأعضاء مجلس الأمة في مصادقة على القوانين العضوية.

في حالة حدوث خلاف بين غرفتي البرلمان حول مشروع النص بكامله أو بعض أحكامه، يمكن للوزير الأول حسب الحالة طلب اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء في أجل 15 يوما من تاريخ تبليغ الطلب وتنتهي نقاشاتها في أجل أقصاه 15 يوما أخرى، وتعد تقريرها تقترح فيه نصا حول الحكم أو الأحكام محل الخلاف، ولا يمكن إدخال أي تغيير على النص إلا بموافقة مجلس الوزراء.

4- إصدار النص القانوني ونشره:

يقوم رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني حسب الحالة بإرسال النص المصوّت عليه إلى رئيس الجمهورية لإصداره، ويمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب قراءة ثانية في القانون الذي تمّ التصويت عليه في غضون ثلاثين يوما الموالية لتاريخ المصادقة عليه.

يتولى رئيس الجمهورية إصدار القوانين التي تمت المصادقة عليها من طرف البرلمان في أجل ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه إياها، غير أن هذا الأجل يوقف في حالة إذا تمّ إخطار المحكمة الدستورية.

يعتبر النص القانوني الإجراء الأخير في عملية إعداد النصوص القانونية بحيث يخرج للعلن ويصبح ملزما وله حجية في مواجهة المخاطبين به، وتتولى عملية النشر الأمانة العامة للحكومة التي تتولى فحص وتدقيق للنص المنشور والتأكد من مطابقته لمضمون الوثيقة الأصلية للنص.

المبحث الثاني: مقتضيات صياغة النص القانوني

المطلب الأول: مكونات النص القانوني

الفرع الأول: العنوان

يتضمن عنوان النص القانوني نوعه وترقيمه وتاريخه وموضوعه.

حيث يتم ذكر عنوان النص القانوني (قانون عضوي، قانون، أمر، مرسوم رئاسي، مرسوم تنفيذي، قرار وزاري، قرار وزاري مشترك، مقرر)، ويتبع العنوان ترقيم النص، والذي تحدده الأمانة

العامة للحكومة قبل نشره، حيث يوافق الرقم الأول السنة التي اتخذ فيها النص، أما الرقم الثاني فهو الرقم التسلسلي لصدور النص، ويتبع الترقيم تاريخ الإصدار إذا كان قانونا والتوقيع إذا كان أمرا أو مرسوما والذي يكتب بالتقويم الهجري والتقويم الميلادي.

كما يجب أن يتضمن العنوان موضع النص الذي يجب أن يشير بأكبر قدر ممكن من الوضوح والدقة والإيجاز إلى المحتوى الأساسي للنص وأن يلخص محتواه.

الفرع الثاني: الديباجة

تعتبر الديباجة جزء مهم في النص القانوني وتشمل التقرير الذي على أساسه تمت المبادرة بالنص القانوني، كما تشمل النصوص القانونية المرجعية والتي تتضمن في الأساس الدستوري للنص وكذا النصوص التي يطبقها النص أو التي يجب أن يراعيها وكذلك النصوص التي يعدلها أو يلغها، كما يمكن أن تشير الديباجة إلى آراء وقرارات بعض المؤسسات الدستورية مثل رأي مجلس الدولة أو قرار المحكمة الدستورية وغير من الهيئات الواجب استشارتها.

الفرع الثالث: هيكل النص القانوني

يتم تقسيم النص القانوني إلى أبواب وفصول وأقسام وأقسام فرعية ومواد، وعندما يكون النص طويلا فإنه يمكن تقسيمه إلى أجزاء وكتب وأبواب وفصول وأقسام ...

ويتم تنظيم أحكام النص القانوني من حيث مضمونها إلى أحكام عامة وأحكام مشتركة وأحكام خاصة، وفي بعض الحالات تقتضي طبيعة النص ومحتواه تناول أحكام جزائية أو مالية خاصة.

يختتم النص القانوني بأحكام انتقالية وأحكام ختامية، وتتمثل الأحكام الانتقالية عادة على استمرار سريان الأحكام السابقة أو على بعض الإجراءات والتدابير الاستثنائية، وكذا النص على آجال دخول النص الجديد حيز التطبيق، أما الأحكام الختامية أو النهائية فتتضمن على إلغاء الأحكام التي تخالف النصوص الجديدة، كما يجب أن تتضمن حكما يتعلق بالنشر في الجريدة الرسمية.

الفرع الرابع: الملاحق

يتم اللجوء إلى الملاحق في الحالات التي لا يمكن فيها تناول بعض أحكام مشروع النص القانوني في صلب النص وذلك نظرا لطبيعتها أو شكلها كالجداول الرقمية والمخططات التنظيمية والقوائم ونماذج الوثائق والاستمارات...

المطلب الثاني: تقنيات الصياغة القانونية

الفرع الأول: وضوح الصياغة ودقتها

يجب أن يراعى في صياغة النص القانوني الوضوح والدقة وذلك لضمان التطبيق السليم بهذا النص وتحقيق الأهداف المرجوة من وراء إصداره، ومن أجل ذلك فإنه يتعين استعمال بعض التقنيات تتمثل فيما يلي:

1- استعمال التعاريف والاختصارات وذلك لتوضيح المقصود من بعض العبارات المهمة المستعملة في النص وتجنب تفسيرها بشكل خاطئ، كما يتم استعمال الاختصارات لتفادي التكرار.

2- اختيار الصياغة السليمة والمناسبة للجملة القانونية، والتي يحبذ أن تكون قصيرة، كما يتعين تجنب استخدام الفعل المبني للمجهول واستخدام صياغة المخاطبة، كما يستحسن استخدام التعبير الإيجابي وتجنب الصيغة السلبية إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك.

3- تعتبر اللغة السليمة عنصراً أساسياً لتحقيق جودة النص القانوني، لذلك يتعين عند الصياغة القانوني احترام قواعد اللغة من نحو وصرف وإملاء، كما يتعين تحري الدقة عند استعمال علامات الترقيم لأن الخطأ في ذلك قد يغير معنى النص أو يحرفه.

4- الدقة في استعمال المصطلحات من المتطلبات الأساسية في الصياغة القانونية، وتعتبر عنصر مهم لضمان وضوح النص القانوني ودقته، لذلك يتعين على واضع النص استعمال المصطلحات المكرسة في النصوص المرجعية والنصوص المعمول بها، ويتعين استعمال مصطلحات محايدة.

الفرع الثاني: تقنيات استعمال الإحالات

تستعمل الإحالات عادة في توضيح الأحكام القانونية السارية المفعول التي ترافق تطبيق النص القانوني، وعند الإشارة إلى الإحالة يتعين ذكر ترقيمه وتاريخه بالتقويم الهجري والتقويم الميلادي، وتفادي قدر الإمكان عبارة "طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما" خاصة إذا كان الغرض من الإحالة تطبيق أحكام معينة بذاتها.

الفرع الثالث: ضوابط استعمال بعض العبارات القانونية

تُستعمل في الصياغة القانوني عبارات شائعة الغرض منها توضيح معنى النص وغضفاء المزيد من الدقة عليه، ولكن يتعين عند استعمال هذه العبارات الحرص على أن تؤدي المعنى الوارد في سياق النص القانوني، ومن هذه العبارات نجد:

- "لاسيما": والتي تفيد تطبيق النص بصورة شاملة مع التأكيد على مجال معين أو فئة معينة أو ظروف أو حالات مخصوصة، لذلك يجب تفادي استعمال هذه العبارة عندما يتعلق الأمر بتحديد مجال تطبيق منع أو التزام وما يترتب عليه من عقوبات أو جزاءات، وكذلك عند منح امتيازات أو حقوق.

- "عند الاقتضاء": وتفيد هذه العبارة أن تطبيق حكم النص لا يتم إلا عند تحقق ظروف أو توفر شروط معينة، فهي لا تفيد الاحتمال لطلبك يجب عدم استعمالها في الظروف التي يفترض تحققها أو يستوجب تحققها، مثال ذلك: "تسلم الإدارة الرخصة بناء على طلب يتضمن، عند الاقتضاء، هوية الشخص الطالب وعنوانه.." لأن بيان هوية الطالب ضروري في الطالب.

- "بغض النظر": وتستعمل هذه العبارة لاستبعاد تطبيق أحكام قانونية أخرى وكذا في الأحكام الاستثنائية، مثل عبارة "بغض النظر عن الأحكام الأخرى المخالفة ...".

- "دون المساس" أو "دون الإخلال": وتفيد هذه العبارة أن تطبيق هذا النص لا ينبغي أن يستبعد الأحكام القانونية الأخرى السارية المفعول والتي تطبق بصورة مستقلة، ومثال ذلك: "دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في المادة .."، تطبق على المخالف كذلك تدابير تأديبية".

- "مع مراعاة": وتستعمل هذه العبارة للتأكيد على ضرورة احترام الأحكام المشار إليها عند تطبيق هذا النص القانوني، وفي حالة وجوب تعارض بين النصين تكون الأولوية لتطبيق النص الواجب مراعاته، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 563 مكرر من القانون التجاري: "تطبق الأحكام المتعلقة بشركات التضامن على شركات التوصية البسيطة مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل".

الفرع الرابع: صياغة الآجال والتواريخ والأعداد

لتكون الآجال والتواريخ أكثر دقة يستحسن صياغة مدة شهر واحد ب 3 أيام و 3 أيام و 3 أيام و 3 أيام، باستثناء العقوبات السالبة للحرية، كما يتعين تحديد بداية حساب المدد والآجال، وعند صياغة التواريخ يتعين كتابة اليوم والسنة بالأعداد بينما تكتب الأشهر بالحروف.

كما يتعين كتابة الأعداد بالأرقام والأحرف مع مراعاة وحدة الصياغة في النص الواحد، أما بالنسبة للغرامة فتكتب بالأرقام فقط، في حين تكتب مدد العقوبات السالبة للحرية بالحروف والأرقام، وتكتب المبالغ المالية عادة بالأرقام فقط إلا في الحالات الخاصة التي تستوجب كتابتها بالحروف والأرقام، وتكتب العملة الوطنية بالدينار، ويكتب بالرمز "د ج" إذا شبقه رمز.

تكتب النسب المئوية بالرمز (%)، أما إذا سبقها عدد مكتوب بالحروف فتكتب هي أيضا بالحروف، كما تكتب بالرموز المختصرة وحدات القياس مثل (م، كلم، غ، كلغ...).
يكتب السن بالأرقام وتكتب الساعة بالأرقام مع حرف (سا).

الفصل الثاني: خطوات تحليل نص قانوني

يقصد بتحليل النص تفكيكه وتجزئته إلى العناصر الأساسية التي ستألف منها، ثم بيان أجزائه ومكوناته، من أجل الوصول إلى شرح النص وتوضيحه وبيان مدى انسجام مضمونه مع النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة ومع المنطق القانوني، وتتم عملية تحليل النص وفق منهاج معين يشمل مرحلتين أساسيتين.

المبحث الأول: المرحلة التحضيرية

يكون الهدف من هذه المرحلة القيام بالتعرف إلى هذا النص ومعرفة عوامله الأولية ومضمونه أو موضوعه، وذلك بتحديد موقعه ومواصفاته الشكلية وطبيعتها وبنيتها اللغوية وغاياته، والملاحظ أن إعداد المرحلة التحريرية لا تحتاج الخوض في مضمون النص والتعمق فيه، ولكن هي مرحلة مهمة جدا لاستكمال المرحلة الأخرى (التحريرية).

المطلب الأول: تحديد هوية النص

يتم تحديد هوية النص بشكل دقيق وذلك من خلال تحديد نوعه وموضوعه وطبيعته .

الفرع الأول: نوع النص

يتم تحديد نوع النص ببيان مكانته في الهرم التشريعي، وذلك فيما إذا كان نص دستوري أو نص معاهدة دولية أو مادة من مواد القانون الوطني، أو من مرسوم، أو جزء من قرار إداري، مثال : يقع هذا النص (المادة...) في قانون ... المعدل ب:.... وقد جاء في الكتاب.... منه عنوانه، من الباب... وعنوانه ... في الفصل وعنوانه.... من القسم الأول تحت عنوان...

كما ينبغي أيضا بيان تاريخ صدور النص وتاريخ سريانه وما لحقه من تعديلات، مثلا: القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، معدل و متمم بالقانون قانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الفرع الثاني: موضوع النص

كما يجب تحديد موضوع النص، فأى قانون هو عبارة عن مجموعة قواعد قانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وبالتالي فهو يتناول تنظيم جانب معين من جوانب الحياة الاجتماعية،

فقانون العقوبات يبين ما هي الأفعال التي تعتبر جرائم، وما هي العقوبات التي توضع مقابل هذه الجرائم، أما القانون التجاري فيتناول تحديد أنواع الأعمال التجارية والقواعد المطبقة على التاجر (اكتساب صفة التاجر والتزاماته)، أما قانون الأسرة فيتناول قواعد الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث.....

الفرع الثالث: طبيعة النص

تجدر الإشارة إلى طبيعة النص والأمور التي يعالجها، مثلاً: المادة 620 من قانون الإجراءات المدنية تتضمن محل تنفيذ، ووردت في القسم الرابع (في محل التنفيذ)، من الفصل الثالث (أحكام مشتركة في التنفيذ الجبري) من الباب الرابع (أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية) من الكتاب الثالث (في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية)، ويرى البعض أنه في هذه الفقرة يتم أيضاً الإشارة إلى النصوص القانونية ذات العلاقة بالنص وتحديد طبيعة هذه العلاقة، كأن يكون هذا النص تطبيقاً لنص آخر، أي وجود نصوص قانونية أخرى صدرت تطبيقاً لهذا النص، أو أن يكون استثناء عن نص آخر، أو تفسيراً له.....

المطلب الثاني: بنية النص

يتم البحث في بنية النص من الناحيتين اللغوية والطبوغرافية:

الفرع الأول: البنية اللغوية للنص (البناء اللغوي والنحوي)

يقصد بالبنية اللغوية للنص تحليل النص من الناحية اللغوية. باستخراج المصطلحات القانونية ذات الأهمية في النص وتعريفها وشرحها، وكذا تحديد الأسلوب المستعمل في النص (نهي أو أمر) وتوضيح مدى سلامة الأسلوب من حيث الصياغة اللغوية وكذا مدى ملاءمته حسب الحكم الذي يتضمنه، وتوضيح العيوب التي يمكن أن يعتري الأسلوب، كالتكرار وعدم سلامة المبنى أو عدم استعمال حروف العطف أو علامة الوقف بشكل سليم، مما يؤدي إلى وجود خلل في المعنى.

الفرع الثاني: البنية الطبوغرافية للنص (البناء المنطقي)

يقصد بالبنية الطبوغرافية للنص كيفية تقسيم النص القانوني من حيث عدد الفقرات، وتحديد بداية ونهاية كل فقرة، وكذا توضيح مضمون كل فقرة، وعلاقة هذه الفقرات مع بعضها البعض، لتقرير مدى سلامة التقسيم من حيث توزيع مضمون النص على الفقرات وأيضاً من حيث ترتيبها، لأنه يؤثر في سلامة المعنى وبالتالي وضوح صحة الحكم المتضمن في النص.

المبحث الثاني: المرحلة التحريرية

تتضمن المرحلة التحريرية تحليل مضمون النص ومحتواه، أي التوصل إلى معرفة روح النص واستخلاص حقيقته، ويكون ذلك من خلال القراءة العميقة المتأنية للوصول إلى تعيين الأثر أو الحكم المقرر لها، والذي يمثل الحل القانوني المترتب لهذه القاعدة، لذلك فإن الخطوة الأولى في المرحلة التحريرية هي فهم النص من خلال شرح مفرداته واستجلاء الغموض الذي يعتريه، والتدقيق في تفاصيله كأدوات الربط وعلامات الوقف والترقيم.

ويتطلب التحليل الموضوعي دراسة النص من حيث المضمون، أي يركز على المسألة القانونية أو القاعدة القانونية التي يستند إليها النص، ولا يمكن ذلك إلا من خلال قراءة معمقة ومتأنية للنص، ويتم إعداد المرحلة التحليلية في شكل مقال يتكون من مقدمة وعرض وخاتمة ووفق خطة منهجية محكمة.

المطلب الأول: المقدمة

تعتبر المقدمة هي المرحلة الممهدة لتحليل موضوع النص والمدخل له، لذلك يجب أن تكون مركزة ومقتضبة، وتتمثل عناصر المقدمة في مايلي:

- تقديم الإطار العام الذي يندرج فيه النص، بحيث يتم التمهيد للموضوع الذي تناوله النص بالرجوع إلى الحكم العام الذي ورد فيه، ومثال ذلك نص المادة 620 من ق إ م، تتضمن أحكاما متعلقة بمحل التنفيذ الجبري، لذلك يجب الحديث في المقدمة عن التنفيذ الجبري وكيفية اللجوء إليه، والغرض منه.

- الإشارة إلى النص وموضوعه وطبيعته (مدني، تجاري، جنائي، إجرائي) مه تحديد نوعه (قاعدة أمرة أو مكملة)، مع الإشارة إذا ما كان يتضمن حكم عام أو خاص، وإذا كان خاصا تحديد النص العام وبيان علاقته معه (تطبيق أو استثناء)، ولكن دون الخوص في تفاصيل الموضوع.

- تحديد الإشكالية، وهي نقطة الارتكاز الأساسية التي تعتمد عليها عملية التحليل في المرحلة التحريرية، ويتم فيها استعراض المشكلة القانونية التي يطرحها النص، وتستهدف الإشكالية غالبا طرح الفكرة العامة للنص أو تقييمها أو البحث أن أفكار جديدة أغفلها النص، ويجب أن تطرح الإشكالية بشكل دقيق وبصيغة واضحة.

- تقسيم الموضوع، أي إعداد خطة يوضع فيها الهيكل البنائي للنص، بتقسيمه إلى مباحث ومطالب وفروع، أو الاعتماد على الترقيم (أولا. 01، أ....)، وغالبا ما يستمد تقسيم الخطة من تقسيم النص

ذاته (عدد الفقرات)، ولكن يتعين على الباحث أن يراعي مضمون هذه الفقرات، فقد تقسم فكرة واحدة على فقرتين أكثر، أو يشمل النص عدد كبير من الفقرات وهنا يتعين الاجتهاد والجمع بين الفقرات، للاستخلاص العناصر الأساسية التي يتضمنها النص واعتماد تقسيم الخطة على أساسها. فإذا كان هناك قاعدتان نعتمد التقسيم إلى قسمين، أما إذا كان هناك ثلاث قواعد فنعتمد إلى تقسيم التعليق إلى ثلاثة أقسام متوازية نوعاً ما، ومهما كان عدد الأقسام فيجب أن نضع عنواناً مختصراً وواضحاً لكل منها، مراعين مبدأ تفرع العناوين في البحث، حيث يجب أن يكون هناك تسلسل منطقي يربط سائر التقسيمات.

المطلب الثاني: العرض

يتم في العرض مناقشة العناصر التفصيلية للنص وفق الخطة التي سبق إعدادها، وذلك باللجوء إلى التحليل واعتماد طريق القياس، وكذا المقارنة مع مسألة منظمة قانوناً سواء من حيث الشبه أو الاختلاف، كما يمكن الاعتماد في شرح عناصر النص على الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية إن وجدت، ويكون للباحث اعتماد المراجع الفقهية والدراسات العلمية الموجودة.

كما يتم في العرض مناقشة ظروف إصدار النص القانوني وعلاقته بالوضع الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي، لأن من شأن ذلك أن يُفسر أسباب إصدار النص، حتى يمكننا الوصول إلى تقييمه من خلال الخاتمة.

المطلب الثالث: الخاتمة

تتضمن الخاتمة النتائج المتوصل إليها والمتعلقة خاصة بالإجابة عن الإشكالية المطروحة في المقدمة، ويجب أن تتضمن هذه الاستنتاجات تقييماً للنص من الوجهة القانونية، أي تقديم رأيك الشخصي في مدى ملاءمة النتائج المترتبة على الحكم القانوني الذي يتضمنه النص، ومدى انسجامها مع المبادئ القانونية المقررة (خاصة في إطار احترام مبدأ سمو الدستور ومبدأ تدرج القوانين)، وإذا كان النص استثناءً عن مبدأ عام مستقر قانوناً يجب تقييم الاعتبارات التي قام عليها هذا الاستثناء.

كما يمكن تقييم النص من الوجهات غير القانونية، حيث أنه من المعروف أنه تتحكم في وضع أية قاعدة قانونية مجموعة اعتبارات يحاول المشرع مراعاتها عند وضعه للقاعدة، ويبرز بين هذه الاعتبارات مراعاة مبادئ العدالة والإنصاف اعتبار الاستقرار الاجتماعي، حيث يضحى أحياناً باعتبارات العدالة لمصلحة الاستقرار الاجتماعي، المشرع أن المصلحة العامة تنشأ من مراعاة لبعض الاعتبارات الاقتصادية أو الأمنية أو السياسية أحياناً.

كما يمكن في نهاية الخاتم تقديم اقتراحات معينة لتعديل النص أو مراجعته أو إلغائه، أو تصحيح للنص وترميمه من حيث الصياغة أو من حيث الأحكام وذلك باقتراح صياغة بديلة للنص.

المحور الثاني: منهجية التعليق على حكم أو قرار قضائي

الفصل الأول: مفهوم الحكم القضائي

المبحث الأول: التعريف بالحكم القضائي

المطلب الأول: تعريف الحكم القضائي

يعرف الحكم أو القرار القضائي بأنه كل قرار يصدر في إطار القوانين الإجرائية من طرف هيئة قضائية مشكلة تشكيلا قانونية في خصومة قضائية رفعت أمامها سواء كان صادر في موضوع الخصومة أو في شق منها أو في مسألة تفرعت عنها، كما يعرف بأنه النهاية الطبيعية التي تختتم بها الخصومة القضائية، فالحكم أو القرار القضائي هو القرار الذي تصدره الجهة القضائية المختصة في نظر الخصومة، وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها أو أثناء سريانها، وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.

وتجدر الإشارة أنه لا يوجد أي اختلاف بين الحكم والقرار القضائي من الناحية الموضوعية والقانونية، فالتعريف السابق ينطبق على كليهما، والاختلاف الوحيد بينهما وهو بالنظر إلى الهيئة القضائية التي تصدر كل منهما، فما يصدر عن الهيئات القضائية من الدرجة الأولى (المحكمة الابتدائية والمحكمة الإدارية) يسمى حكما، وما يصدر عن الهيئات القضائية من الدرجة الثانية (مجالس قضائية، محكمة استئناف، محكمة عليا، مجلس الدولة) يسمى قرارا.

المطلب الثاني: أنواع الأحكام القضائية

تصدر الجهات القضائية بمختلف درجاتها عدة أنواع من الأحكام القضائية وذاك لعدة اعتبارات، وفيما يلي بعض أنواع الأحكام القضائية:

الفرع الأول: الأحكام القضائية من حيث موضوعها

أولا: الأحكام المدنية

وهي الأحكام القضائية التي تصدر عن جهة القضاء المدني (القسم المدني على مستوى الجهة القضائية)، وتكون الخصومة بين أطراف القانون الخاص بشأن أحد المعاملات المدنية.

ثانيا: الأحكام التجارية

هي الأحكام القضائية الصادر عن القسم التجاري على مستوى الهيئات القضائية، وهي تشمل فئة التجار، كالأحكام المتعلقة بالأعمال التجارية وبصفة التاجر أو التزامات التجار.

ثالثا: الأحكام الجنائية

الأحكام الجزائية هي الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الجنائي للفصل في خصومة جزائية، حول أفعال مجرمة قانونا، مثل الحكم بثبوت الجرم وتوقيع العقوبات الجزائية عليه.

الفرع الثاني: أنواع الأحكام القضائية من حيث محلها

أولا: الأحكام الموضوعية

وهي الأحكام القضائية التي تصدر في موضوع الدعوى وتحسمه كله أو في شق منه، ويصدر الحكم الموضوعي في الطلبات والدفع الموضوعية بقبولها أو برفضها، وهو يحسم الجزء الذي فصل فيه بحيث تستفد الجهة القضائية الصادر عنها الحكم ولايتها.

ثانيا: الأحكام الإجرائية

الحكم الإجرائي هو الحكم الذي يفصل في المسائل الإجرائية التي تثور أثناء سير الخصومة دون تطرق إلى موضوع الدعوى، مثل الاختصاص والأهلية، وتتمثل أهمية التقسيم في أن الحكم الموضوعي وحده التي يترتب عليه حجية الشيء المقضي فيه، كما أن الحكم الموضوعي أثره يمتد خارج الخصومة أما الحكم الإجرائي فأثره يقتصر على الخصومة التي صدر فيها.

الفرع الثالث: الأحكام القضائية من حيث قابليتها للطعن

أولا: الأحكام الابتدائية

الحكام الابتدائية هي الأحكام القضائية الصادرة عن الدرجة الأولى من التقاضي، وتقبل الطعن بطريق الطعن العادي (الاستئناف)، وتجدر الإشارة إلى أن بعض الأحكام القضائية الصادرة عن الدرجة الابتدائية قد توصف بأنها أحكاما ابتدائية ونهائية في نفس الوقت، ومثالها أحكام الطلاق.

ثانيا: الأحكام النهائية

الحكم النهائي هو الأحكام غير القابلة للطعن بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف)، ولو كان من الممكن الطعن فيها بالطرق غير العادية (إلتماس إعادة النظر والنقض)، وغالبا ما تصدر هذه الأحكام عن جهة التقاضي درجة ثانية).

ثالثا: الأحكام الباتة

الحكم البات هو الذي لا يقبل الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، فهي قد استنفدت كل طرق الطعن، سواء بصدر حكم من الجهة القضائية الأخيرة أو بسبب فوات آجال الطعن.

الفرع الرابع: الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عليها

أولا: الأحكام القطعية

يعرف الحكم القطعي بأنه ذلك الحكم الذي يفصل في مسألة موضوعية أو شكلية بشكل كلي أو جزئي، ويحوز الحجية فيما فصل فيه بمجرد النطق به (المادة 296 ق إ م)، فالحكم القطعي هو الحكم الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسائل متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع في من جانب الجهة القضائية التي أصدرته لأنها استنفدت الولاية بشأنه.

ثانيا: الأحكام غير القطعية

وتسمى أيضا بالأحكام قبل الفاصلة في الموضوع، وتكون قاضية إما بإجراءات من إجراءات التحقيق أو الفاصلة في تدبير مؤقت (المادة 298 ق إ م)، فهو حكم لا يحسم النزاع، كالحكم بالإحالة للخبير أو الحكم بالإحالة للتحقيق، ويتميز الحكم غير القطعي بأن المحكمة التي أصدرته لا تستنفد ولايتها بإصداره ولا تنقيد به، فيجوز لها تعديله أو تغييره أو العدول عنه.

الفرع الخامس: الأحكام القضائية من حيث حضور الخصوم

أولا: الحكم الحضور

تطبيقا للمواد من 288 إلى 291 ق إ م فإنه تعتبر أحكاما حضورية تلك الأحكام الصادرة عن جهات الدرجة الأولى والدرجة الثانية من التقاضي وفق مايلي:

- كل حكم تم فيه حضور المدعى عليه شخصا.
- حكم تم فيه حضور وكيل أو محامي الخصوم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات.

- كل حكم تم في حق المدعي.

- كل حكم يمتنع فيه أحد الخصوم الحاضرين عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الآجال المحددة.

ثانيا: الحكم الاعتباري

تطبيقا للمادة 293 ق إ م فإنه يكون الحكم معتبر حضوريا في حالتين:

- التخلف عن الحضور رغم التبليغ الشخصي.
- إذا تم التبليغ الاعتباري بالصورة التي يعتبر في التبليغ شخصا.

ثالثا: الحكم الغيابي

الحكم الغيابي هو الذي يتم فيه الإعلان الصحيح وذلك بتسليم التكليف بالحضور إلى أحد الأشخاص المؤهلين للاستلام، وعدم حضور المدعي أو وكيله أو محاميه (المادة 292 ق إ م)، فيصدر القاضي حكما غيابيا، ويكون الحكم الغيابي قابل للطعن بالمعارضة على خلاف الحكم الحضورى (المادتين 294 و 295 ق إ م).

الفرع السادس: الأحكام القضائية من حيث آثارها

أولا: الحكم التقريري

الحكم التقريري هو الحكم الذي لا يتضمن إلا تأكيدا لحق أو مركز قانوني قائم بالفعل، دون أن يتضمن إلزاما لأحد الخصوم بأداء معين، مثل الحكم الصادر بصحة عقد ونفاذه والحكم الصادر بثبوت النسب، وقد يكون الحكم التقريري إيجابيا، كما قد يكون سلبيا أي ينفي حقا مثل نفي حق ارتفاق أو براءة ذمة المدين المدعى عليه.

ثانيا: الحكم المنشئ

هو الحكم الذي يتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء لحق أو لمركز قانوني قائم بالفعل يؤثر على حقوق ومراكز الخصوم الموضوعية، كالحكم بالفسخ أو الحكم بالتطليق.

ثالثا: الحكم الملزم

هو الحكم الذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معين لفائدة المحكوم له، ومضمون الحكم الإلزامي هو القيام بأحد الأمور الثلاثة: الإلزام بتسليم شيء، الإلزام بالقيام بعمل، والإلزام بالامتناع عن عمل.

المبحث الثاني: أجزاء الحكم القضائي

باعتبار أن إصدار الحكم هو عمل قضائي من اختصاص القاضي الذي وكلت إليه مهمة الفصل في النزاع، فإن هذه العملية مشمولة بمجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية الاجرائية السابقة على إصدار الحكم، كما أنها مضبوطة بشروط شكلية متعلقة بالحكم ذاته، وتتمثل في طريقة تحرير الحكم أو شكل الحكم، وفيما يتعلق بتحرير الحكم فإنه لا يوجد نموذج أو نمط معين يجب الاعتماد عليه، بل إنه يتعين أن يشتمل الحكم بيانات جوهرية حددها المشرع في المواد من 275 إلى 279 ق إ م، حيث يترتب على تخلف أحد هذه البيانات بطلان الحكم أو تعرضه للنقض من قبل المحكمة العليا.

يمكن القول أن الحكم القضائي وفق النصوص القانونية السالفة الذكر يتكون من أربعة أجزاء هي: الدباجة، الوقائع، التسبيب، منطوق الحكم.

المطلب الأول: الدباجة

دباجة الحكم القضائي هي مقدمته التي تهدف إلى التعريف به باستظهار عناصره ومقوماته بذكر مختلف المعلومات المتعلقة بظروف إصداره (المكان والزمان) وأطراف الخصومة، وتتضمن الدباجة مجموعة من المعلومات تتمثل فيمايلي:

1- تستهل الدباجة وجوبا بعبارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية- باسم الشعب الجزائري"، (المادة 275 ق إ م)، وهي وجوبية بالنسبة لكل أنواع الأحكام والقرارات القضائية.

2- تحديد الجهة القضائية التي أصدرت الحكم: سواء كانت محكمة أو مجلس قضائي أو محكمة عليا أو مجلس الدولة، مع بيان القسم أو الغرفة التي تولت إصدار الحكم إذا كانت هذه الجهة القضائية مقسمة إلى غرف أو أقسام، ولكن دون ذكر عبارة "وزارة العدل" احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية".

3- تاريخ النطق بالحكم: ويتعين أن يكتب التاريخ بالأرقام والحروف تفادياً للأخطاء.

4- التشكيلة القضائية التي أصدرت الحكم، أي اسم القاضي أو القضاة المشكلين لهيئة الحكم، واسم ممثل النيابة العامة، وكاتب الجلسة والمترجم إن وجد، مع التنويه إلى صفة العضو المقرر.

5- هوية الأطراف: ونقصد بها المعلومات المتعلقة بالحالة المدنية للأطراف، أي اسم ولقب الأطراف، وتاريخ ومكان الميلاد، وأسماء الأبوين والحالة العائلية، وكذا الجنسية، كما يذكر موطن كل منهم ومحل الإقامة، إلى جانب صفة كل طرف (متهم، ضحية، طرف مدني، ضامن)، أما بالنسبة

للشخص المعنوي يتم ذكر طبيعته وتسميته ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي (المواد 276 و 553 ق إ م).

5- اسم ولقب المحامي عن كل طرف، مع الإشارة إلى العنوان المهني للمحامي بالنسبة للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا (المادة 264 ق إ م).

6- الإشارة إلى عبارة النطق بالقرار في جلسة علنية.

المطلب الثاني: سرد الوقائع

يتولى القاضي سرد وقائع النزاع في نص الحكم، ويتم سرد الوقائع باختصار حسب جلسات المحاكمة، كما يتم ذكر طلبات الخصوم وادعاءاتهم (المادة 277 ق إ م)، وكذا المراحل القضائية التي مر بها النزاع، والإثباتات التي تقدم بها كل طرف، والقواعد القانونية التي يطلب الخصوم حل النزاع بالإستناد عليها، ويتعين على القضاة عرض هذه الوقائع عرضاً موضوعياً، بحيث يكون حيادياً اتجاه هذه الوقائع، ويلتزم بذكر هذه الوقائع حسبما قدمت إليه دون زيادة أو نقصان ودون تحليل أو استنتاج أو تعليق، ودون بيان رأيه، وهو عرض ضروري يفرضه القانون كي يبني عليه القاضي النتيجة أو الحل الذي سيفصل به النزاع.

المطلب الثالث: التسبيب

يتضمن التسبيب تبرير النتيجة التي توصل إليها الحكم، وهذا التبرير يجب أن يعتمد على المنطق السليم وعلى أحكام القانون، ويحرص على الرد على كل الطلبات والدفع التي تقدم بها الأطراف ومذكراتهم المودعة بصفة قانونية، وإعطاء التكييف القانوني السليم للوقائع، وتعتبر مرحلة التسبيب مرحلة مهمة في الحكم، إذ تنص المادة 277 ق إ م على أنه: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشير إلى النصوص المطبقة".

يجب أيضاً أن يستعرض بإيجاز، وقائع القضية وطلبات وإدعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم، ويجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة.

يعتبر التسبيب عملية ذهنية يتولى من خلالها القاضي إنزال حكم القانون على الواقعة محل النظر، ويجب أن يتميز التسبيب الذي يتقدم به القاضي بدقة الصياغة والبعد عن الإسترسال، فيذكر رقم المادة التي استند إليها ويذكر حكمها نصاً أو يجوز مضمونها.

المطلب الرابع: منطوق الحكم

منطوق الحكم هو الحل الذي قرره أو حكمت به المحكمة للفصل في النزاع المطروح، وغالبا ما يستهل بكلمة "لذلك" أو بعبارة "ولهذه الأسباب"، وهو النتيجة النهائية التي يتوصل إليها القاضي ناظر الدعوى سواء أكانت تلك النتيجة متمثلة في قرار يتعلق بمسألة إجرائية كشروط الدعوى أو اختصاص المحكمة، كالحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أو لانتفاء الصفة في المدعى عليه، أو الحكم بعدم الإختصاص النوعي، وقد يتعرق منطوق الحكم بموضوع النزاع كالإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء عمل أو الامتناع عن عمل، أو الحكم برد الدعوى لعدم كفاية الأدلة.

إذا كان في منطوق الحكم نقص أو إبهام فإنه يمكن استكمالها من أسباب الحكم، كما لو قررت المحكمة في منطوق الحكم إدانة المتهم في إحدى التهمتين وأغفلت ذكر التهمة الثانية، ولكنها أشارت في أسبابه إلى عدم ثبوت الثانية في حقه.

ومنطوق الحكم هو الذي يتلى في الجلسة العلنية.

لأن التوقيع على النسخة الأصلية للحكم هو الذي يعطيها الصفة الرسمية لذلك يجب أن تكون موقعة من كل من أمين الضبط ومقرر الجلسة ورئيسها وإلا كان الحكم باطلا، وإذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره أو أمين الضبط يعين رئيس الجهة القضائية المعنية بموجب أمر قاضيا آخر أو أمين ضبط آخر ليقوم بالتوقيع بدلا منه. (المواد 278 و 279 ق إ م).

الفصل الثاني: مراحل التعليق على حكم أو قرار قضائي

عملية التعليق على الحكم أو القرار القضائي هي دراسة نظرية وتطبيقية للمسائل القانونية التي يناقشها القرار، فهو ليس مناقشة لإشكالية نظرية بحثة، بل هو عملية تنصب على حكم أو قرار قضائي صادر بشأن وقائع معينة طبق عليها القاضي أحكام قانونية معينة.

وتهدف عملية التعليق على القرار القضائي اكساب الطالب أو الباحث مهارات معينة تساعد على استيعاب المعلومات القانونية وتحليلها واستعمالها في القضايا والمسائل التي تعرض إليها الحكم، وذلك من أجل الوصول إلى تقييم الحل القانوني الذي توصل إليه الطالب.

لتكون عملية التعليق على الحكم أو القرار القضائي سليمة يجب اعتماد منهجية عبر خطوات معينة، والتعليق وفق المنهجية القانونية يتم على مرحلتين:

المبحث الأول: المرحلة التحضيرية

المرحلة التحضيرية هي المرحلة التي يقوم فيها الباحث أو الطالب باستخراج مجموعة من المعلومات من الحكم أو القرار القضائي محل التعليق، وتتضمن هذه المرحلة عرضا وصفيا وموضوعيا موجزا ودقيقا وواضحا لمضمون القرار وعناصره، وهو بذلك مقيد بالمعطيات التي يقدمها الحكم القضائي فلا يزيد عليها، وتتمثل هذه المعلومات فيما يلي:

المطلب الأول: تحديد هوية الحكم أو القرار القضائي وموضوعه

يتم تحديد هوية الحكم القضائي من خلال بيان الجهة القضائية التي أصدرته ودرجتها، وكذا مكان وتاريخ صدور الحكم ورقمه، وتشكيلة الهيئة التي أصدرته (فردية أو جماعية).

كما يتم في هذه المرحلة تحديد هوية الأطراف من خلال بيان أسمائهم (الرمز بالحروف الذي يشير إلى أسمائهم) وصفة كل واحد منهم (المدعي والمدعى عليه، المستأنف والمستأنف ضده، الطاعن والمطعون عليه)

أما موضوع القرار فيمكن استخلاصه بصفة مباشرة من منطوق الحكم والقرار إذا ذكر فيه، أو بطريقة غير مباشرة من خلال المسائل القانونية التي فصل فيها الحكم، وقد يتعلق موضوع الحكم بمسألة قانونية واحدة، وقد تتعدد هذه المسائل بحسب الإشكالات المثارة أمام القاضي.

المطلب الثاني: عرض الوقائع

حيث يتم خلال هذه المرحلة إعادة سرد وقائع النزاع باستعمال الأسلوب الشخصي، وذلك بكل وضوح وبإيجاز، على أن يتم ترتيبها على حسب التسلسل الزمني لحدوثها وهو مقيد في ذلك بما هو وارد ولا يمكنه افتراض وقائع جديدة غير مذكورة ولو غلب عليه الظن أنها وقعت، ويجب على الباحث فهم الوقائع المعروضة في النزاع بشكل جيد وفك التداخل بينها حتى يتمكن من الفصل بينها وترتيبها.

المطلب الثالث: سرد الإجراءات

يقصد بالإجراءات القضائية مختلف المراحل القضائية التي مر بها النزاع في مختلف درجات التقاضي، ويتم سرد الإجراءات بتحديد كل إجراء بدقة مع توضيح طبيعته والجهة القضائية التي تم أمامها، كما يعتبر من قبيل الإجراءات مختلف التدابير التي أمر بها القاضي كالمعاينة وإجراء الخبرة أو طلب إعادة التحقيق.

أما فيما يتعلق بالطلبات والدفع فإن من الفقه من يعتبرها جزء من الإجراءات على اعتبار أنه يتم التقدم بها أثناء رفع الدعوى وأثناء سيرها، ومنهم من يرى أن ذكر الطلبات والدفع يتم في خطوة منفصلة عن الإجراءات، وفي جميع الأحوال فإنه يتعين تحديد إدعاءات الأطراف المتمثلة في المزاعم والطلبات التي تقدموا بها، بالإضافة إلى الدفع التي أبداها كل طرف، مع توضيح الأسانيد القانونية التي اعتمدوا عليها وشرحها إن استلزم الأمر ذلك.

وفي هذه المرحلة يكفي سرد هذه الإدعاءات وترتيبها دون تفصيل في مدى صحتها أو ملاءمتها للتطبيق على النزاع المطروح، لكن إذا تبين وجود تناقض في هذه الإدعاءات فيمكن تحديد حالات التناقض الحاصلة.

المطلب الرابع: عرض التسبيب الذي استند إليه القاضي

يتم في هذه المرحلة التطرق إلى المسائل القانونية التي استند إليها القاضي في الإجابة على الطلبات والدفع التي تقدم بها الأطراف، وإلى تلك المسائل التي أثارها القاضي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطرحها الأطراف لتعلقها بالنظام العام، ويجب الفصل بين هذه المسائل والنقاط القانونية وترتيبها بحسب تسلسلها المنطقي،

المطلب الرابع: ذكر منطوق الحكم (الحل القانوني)

يختتم القاضي حكمه بذكر منطوق الحكم، والذي غالبا ما يتعلق بقبول الدعوى أو رفضها بالنسبة للدعوى المدنية، كما يمكن أن يتضمن مبلغ التعويضات المحكوم بها، أما في الدعوى الجزائية فيتضمن منطوق الحكم تحديد العقوبات المقررة على المتهم بخصوص الجريمة المرتكبة أو تدابير أمن، ويجب كتابة منطوق الحكم كما ورد في نص الحكم بنفس العبارات والألفاظ دون تغيير.

المبحث الثاني: المرحلة التحريرية

يتم في هذه المرحلة مناقشة الحلول التي قررها القاضي في المسائل القانونية التي طرحت عليه، وذلك من خلال عمل بحثي يتألف من مقدمة عرض وخاتمة.

المطلب الأول: المقدمة

تتضمن المقدمة تعريفا موجزا بالحكم أو القرار القضائي محل المناقشة، وعرض المسألة القانونية التي يطرحها الحكم (موضوع الحكم)، كما يرى البعض بأنه يجوز أن يتم تقديم عرض موجز في المقدمة للوقائع والإجراءات، وإذا توفر لدى الباحث اجتهادات قضائية سابقة تخص موضوع الحكم فيجب ذكر هذه الاجتهادات.

ويتم في نهاية المقدمة طرح المشكل القانوني الذي يناقشه الحكم أو القرار القضائي، والمقصود بالمشكل القانوني ذلك التساؤل الذي يتبادر إلى ذهن القاضي عند إصدار الحكم، بحيث تساعد الإجابة عليه في تقييم الحل الذي توصل إليه القاضي،

ويطرح المشكل القانوني في شكل تساؤل، ويمكن أن يُستنبط من هذا التساؤل العام عدة أسئلة فرعية، ويشترط فيه أن يُقدم في صياغة قانونية دقيقة وواضحة، ويعتبر المشكل القانوني هو مفتاح التعليق على الحكم، لأن على أساسه ستم عملية التعليق من الناحية الموضوعية.

المطلب الثاني: العرض

يقوم الباحث بإعداد العرض وفق خطة منهجية يناقش فيها المسألة أو المسائل القانونية المطروحة، وإعداد الخطة يجب أن يتم وفق ضوابط معينة أهمها:

- أن تتناول الخطة جميع تفاصيل الإشكال القانوني المطروح.
- أن تتسم عناوين الخطة بالدقة والوضوح واعتماد الأسلوب القانوني.
- أن تكون الخطة مرتبة ترتيباً منطقياً ، وأن يكون التقسيم سليم من الناحية المنهجية مع مراعاة التوازن الشكلي والموضوعي بين عناصر الخطة.
- تجنب الخطة التي تأخذ بالشق النظري ثم الشق العملي لتفادي التكرار.

يقوم الباحث في العرض بمناقشة كل جوانب وعناصر المسألة القانونية المطروحة، مستعينا في ذلك بالمعلومات النظرية المتعلقة بها، وتوضيح الحلول القانونية المتوفرة لها، مع الرجوع في كل مرة لحيثيات القضية لمناقشة تطبيق هذه المعلومات على وقائع النزاع المعروض، فيقوم المعلق بالإستعانة بالمعلومات النظرية والآراء الفقهية والرجوع في كل مرة إلى تفاصيل الحكم أو القرار لتطبيق هذه المعلومات على القضية المطروحة، ويكون للباحث هنا تقديم رأيه الشخصي، من خلال تقييم الحل الذي جاء به الحكم القضائي في كل نقطة أجاب عليها.

الخاتمة:

يُقدم الباحث في الخاتمة مختلف النتائج التي استخلصها من مناقشة الخطة، وتكون هذه النتائج كإجابة للإشكالية المطروحة، ليصل في ذلك إلى النتيجة المتعلقة بتقييم الحكم الذي توصل إليه القاضي في منطوق القرار، فيما إذا كان الحكم صحيح وسليم من الناحية القانونية أم أن فيه خطأ أو نقص أو لبس، ويستعين في كل حالة بالحجج والبراهين القانونية اللازمة لتبرير موقفه من هذا الحكم.

المحور الثالث: منهجية إعداد إستشارة قانونية

الفصل الأول: مفهوم الاستشارة القانونية

المبحث الأول: التعريف بالاستشارة القانونية

المطلب الأول: تعريف الاستشارة القانونية

تعرف الإستشارة القانونية فقها بأنها الإرشادات أو التوصيات المقدمة من خبير قانوني أو محترف لعملائه تتعلق بمسألة قانونية، ويتم تقديمها عادة في شكل جواب على سؤال أو استفسار محدد.

الإستشارة القانونية هي عبارة عن تحليل قانوني يقوم به رجل القانون بخصوص واقعة معينة معروضة عليه، من أجل إعطائها حلا مناسباً، كما تعرف بأنها إعطاء رأي قانوني من قبل رجل القانون في وضعية عادة ما تكون محل نزاع، ويكون الهدف منها الوصول إلى حل للمشكل المطروح اعتماداً على القواعد القانونية المقررة.

تعد الاستشارة القانونية من أهم التطبيقات العملية في مجال القانون، حيث تهدف إلى تمكين الشخص المستشار من استخدام معارفه ومهاراته القانونية لحل المشكلة القانونية المعروضة عليه باعتماد أسلوب قانوني علمي، وذلك باعتماد منهجية معينة.

تكمن أهمية الإستشارة القانونية في إفادة طالبها ومساعدته على فهم ملابسات ووقائع وإجراءات الموضع محل الاستشارة، وتحديد المسائل القانونية والفنية التي تثيرها، من أجل الوصول للحل القانوني الصحيح والمنطقي للمسألة موضوع الاستشارة.

المطلب الثاني: أطراف الاستشارة القانونية

الفرع الأول: المستشار القانوني

هو شخص متخصص في مجال القانون سواء كان محامي أو موثق أو محضر قضائي أو خبير قانوني، أو أي شخص آخر ملم بمسائل القانون بحكم وظيفته أو تكوينه، حيث يتولى هذا المستشار مساعدة عملائه في فهم القوانين ذات العلاقة بقضاياهم، ويقدم لهم المشورة القانونية لاتخاذ القرارات الصحيحة والملاءمة، وقد تتم ممارسة وظيفة الاستشارة القانونية في إطار الوظيفة الرئيسية، كما يمكن أن تمارس في مكتب مستقل يسمى مكتب الإستشارة القانونية.

الفرع الثاني: المستشار

المستشير شخص طبيعي أو معنوي من أشخاص القانون العام أو الخاص، وغالبا ما يكون غير متخصص في المجال القانوني، وفي حالات معينة قد يكون المستشار رجل قانون ولكن يلجأ إلى طلب الاستشارة في مسائل قانونية دقيقة جدا تحتاج إلى دراسة متخصصة في مجال قانوني معين لا يستطيع الإلمام به، لذلك يلجأ إلى مستشار خبير، فقد يطلب القاضي الخبرة من خبير معتمد لدى وزارة العدل بخصوص تقسيم التركة، أو بخصوص التدقيق في بعض العقود ذات البنود الطويلة والمتشابكة والمعقدة.

المطلب الثاني: خصائص الاستشارة القانونية

تتميز الإستشارة القانونية بمجموعة من الخصائص تتمثل فيمايلي:

- الاستشارة القانونية تحليل قانوني للمسائل والوقائع المعروضة بهدف تحديد القواعد المطبقة عليها، وإعطائها التكييف القانوني الصحيح، حيث تكون الاستشارة المقدمة مرفقة بالتعليل المناسب وفق النصوص القانونية المقررة أو الاجتهادات القضائية، كما يمكن للمستشار الاستعانة بالآراء الفقهية.
- تتطلب الاستشارة القانونية تقديمها من قبل متخصص في القانون يتميز بالمهارة القانونية والفطنة التي تمكنه من الوصول إلى الحل المناسب للاستشارة المطلوبة منه.
- تتميز الاستشارة القانونية بالموضوعية والتجريد، لذلك فإنه يتعين على المستشار الابتعاد عن العواطف والميول الذاتية.

المبحث الثاني: موضوع الاستشارة القانونية

تتعلق الإستشارة القانونية لمجالات عديدة لا يمكن حصرها، في المسائل التي ينظمها القانون، فقد تتعلق بأنواع معينة من العقود كم يمكن أن تتعلق بالمؤسسات الاقتصادية أو المنظمات المهنية، ويمكن أيضا أن تتعلق بمجال الصحة أو البيئة أو الصناعة، غير أنه يمكن حصر موضوع الاستشارة من حيث الغرض من الاستشارة إلى نوعين اثنين.

المطلب الأول: طلب الاستشارة حول رأي القانون

في هذه الحالة يكون الغرض من طلب الاستشارة خو معرفة رأي القانون في مسألة معينة، فقد يكون طالب الاستشارة مقبل على عمل معين ولا يعلم موقف القانون من هذا العمل، فيلجأ إلى المستشار لمعرفة رأي القانون قبل القيام بهذا الفعل، مخافة من تحريم القانون لهذا الفعل أو

مخافة من المخاطر القانونية التي قد تنجم عليه، وفي هذه الحالة يتعين على المستشار أن يقيم استشارة حيادية، بأن يقدم للمستشير كل النقاط الإيجابية والسلبية الخاصة بالقضية المعروضة، ويحدد له كل المنافع والأضرار التي يمكن أن تعود عليه.

ومثال هذا النوع من الاستشارة الشخص الذي يريد تقسيم تركته بين أبنائه في حياته، ويريد أن يعرف موقف القانون من هذا الفعل، أي هل يعتبر صحيحاً من الناحية القانونية أم لا، أو أن يريد شخص أن يشتري عقار واقع عليه رهن رسمي ويريد أن يعلم المخاطر التي قد يتعرض إليها بسبب هذا الرهن، والشخص الذي أن يريد أن يطلق زوجته الأجنبية ويتساءل عن القانون الذي يطبق عليه فيما يتعلق بآثار الطلاق، والشخص الذي يريد اللجوء إلى التحكيم ويتساءل حول موقف المشرع من الحكم الذي يصدره المحكمين إذا ما كان ملزماً أم لا.

ومثال هذه النوع من الاستشارة أيضاً الشريك على الشيوع الذي يتساءل حول صحة العقود التي يبرمها والمنصب على حصته في الشيوع، والشريك في شركات الأشخاص الذي يريد أن يتصرف في حصته لشخص أجنبي.....

كما يمكن أن الغرض من الاستشارة هو الاستفسار عن الحقوق الخاصة التي يمنحها القانون لفئة معينة، كفئة المعاقين...

المطلب الثاني: طلب الاستشارة للوصول إلى حل قانوني

قد يلجأ المستشير إلى المستشار القانوني للبحث عن الحل الذي يقرره القانون حول مسألة معينة، وحالات هذا النوع من الاستشارة متعددة منها:

- طلب الاستشارة حول الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها لممارسة نشاط تجاري أو مهني، حيث يحيط المشرع الكثير من النشاطات التجارية والمهنية بشروط قانونية وإجرائية واجبة لممارسة هذا النشاط، بحيث قد يصعب على الشخص العادي الإلمام بها، ومثال ذلك المستثمر الأجنبي الذي يريد إنشاء استثمار في قطاع معين كالسياحة، فيطلب استشارة حول الإجراءات الواجب اتخاذها والوثائق الواجب تقديمها للحصول على الترخيص اللازم.

- طلب الاستشارة حول الإجراءات الواجبة لحماية الحقوق المقررة قانوناً، حيث قد يستلزم القانون للحماية بعض الحقوق والمحافظة عليها وممارستها اتخاذ إجراءات إدارية معينة، فيريد المستشير التعرف على هذه الإجراءات بدقة ومعرفة الجهات التي يتقدم إليها من طلب الحصول على هذه الحقوق.

- طلب استشارة حول الإجراءات القضائية المناسبة فيما يتعلق بالنزاع المعروض، من حيث طبيعة الإجراء الواجب اتخاذه (طعن بالمعارضة أو التماس إعادة النظر، أو إستئناف...) مع تحديد الجهة القضائية المختصة، أو أن يطلب المستشار الرأي حول الإجراء الأفضل لحماية حقوقه هل هو المضي في الإجراءات القضائية المتعلقة برفع الدعوى أو اللجوء إلى الصلح...

- طلب الاستشارة حول الحلول القانونية المتعلقة بالقضية المعروضة للمستشار، وفي هذه الحالة يكون المستشار قد تعرض لمشكل قانوني ويريد البحث عن الحلول المناسبة التي تخدم مصلحته، وفي هذه الحالة يكون عمل المستشار قريب من عمل المحامي، حيث يتم تقديم الاستشارة بالبحث عن الحلول التي تخدم مصلحة المستشار، وفي هذه الحالة الأخيرة تعتبر الاستشارة موجهة، بمعنى أن يقدم المستشار الاقتراحات والحلول بحسب ما يناسب مصلحة المستشار لحفظ حقوقه أو على الأقل التقليل من الأضرار المحتملة، كأن يطلب شخص استشارة حول كيفية تجنب توقيع عقوبة جزائية عليه بسبب فعل ارتكبه.

الفصل الثاني: مراحل إعداد الاستشارة القانونية

الاستشارة القانونية عمل قانوني دقيق يحتاج إلى المهارة وفنيات التحليل القانوني، وأهمية عمل المستشار القانوني تحتم عليه أن يعتمد في إعداد استشارته على منهج علمي قانوني، حتى يتمكن من الوصول إلى الحل الصحيح بشكل منطقي، بحيث يكون هذا الحل مرفقا بالحجج والبراهين التي تقنع طالب الاستشارة باعتماد هذا الحل والأخذ به، خاصة وأن الاستشارة القانونية غير ملزمة للمستشير حيث يكون له الاختيار بين الأخذ بها أو ركنها، لذلك فقد قرر فقهاء القانون اعتماد منهجية معينة في تقديم الاستشارة القانونية، تعتمد على مرحلة أساسيتين هما: المرحلة التحضيرية والمرحلة التحريرية.

المبحث الأول: المرحلة التحضيرية

يكون الغرض من هذه المرحلة هو فهم القضية المعروضة والتعرف على تفاصيلها تمهيدا للبحث عن الجواب المناسب الذي يتقدم به المستشار، وتتم هذه المرحلة باتباع الخطوات التالية:

المطلب الأول: سرد الوقائع والإجراءات

وعند إعداد هذه الخطوة يتعين الفصل بين الوقائع والإجراءات، وذلك بسبب اختلاف طبيعة كل منهما والآثار القانونية المترتبة عنهما.

الفرع الأول: الوقائع

الوقائع هي مجموع الأحداث الواقعية التي أدت إلى نشوء المشكلة القانونية المطروحة للمستشار، وهي تشمل الوقائع المادية (كفعل الضرب والوفاة والبناء... والوقائع القانونية كالطلاق وإبرام العقود وحل الشركة والوفاء بالديون...).

حيث يتم استخراج الوقائع من حيثيات القضية المعروضة وإعادة صياغتها بطريقة مختصرة وترتيبها بحسب تسلسلها الزمني، مع استبعاد الوقائع غير المهمة بالنسبة للإشكال المعروض ولا تؤثر في الحل القانوني المزمع تقديمه.

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية

حيث يتم حصر كل الإجراءات القضائية التي تم اتخاذها، وتحديد طبيعة الإجراءات والجهة القضائية التي تمت أمامها، مع ذكر تواريخ اتخاذ هذه الإجراءات إذا كان لها أثر في القضية.

أما عن الإجراءات الإدارية فإنه يمكن إدراجها ضمن الإجراءات القانونية إذا كانت متعلقة بإجراء قضائي أو متصلة به، كإجراء التظلم الإداري، وإجراء إصدار قرار إلغاء الترخيص... أما إذا كان هذا الإجراء بعيدا عن الإجراءات القضائية ومتعلق أكثر بوقائع مادية فإنه يذكر ضمن الوقائع، ومثاله طلب التسجيل في السجل التجاري، أو طلب قيد الرهن في السجل العقاري، أو تقديم طلب تحديد موعد أمام مكتب الحالة المدنية لعقد قران....

كما يدخل ضمن الإجراءات مختلف الطلبات والدفع التي يتقدم بها الأطراف أمام الجهات القضائية إذا تعلق الأمر بنزاع قضائي معين، ويتم ترتيب هذه إدعاءات الأطراف وتحديد الأسانيد القانونية التي اعتمدوا عليها في تقديم هذه الإدعاءات.

المطلب الثاني: طرح الإشكال القانوني

إن عملية صياغة الإشكال القانوني من أهم الخطوات التي يقوم بها المستشار، والوصول إلى الإشكال القانوني المناسب يعني اختيار الطريق الصحيح للوصول إلى الحل المناسب، لذلك فإنه يتعين على مقدم الاستشارة أن يتحرى الدقة في تحديد الأشكال القانوني وصياغته، وذلك بعد الفهم الجيد لحيثيات القضية المعروضة عليه وتحليل تفاصيلها والبحث عن خفاياها.

قد يتم استخلاص الإشكال بطريقة مباشرة من الطلب أو السؤال الذي يتقدم به المستشار، كأن يستفسر عن مدى صحة عقد البيع الوارد على قطعة أرضية مملوكة على الشيوع، أو يستفسر

عن الجهة القضائية المختصة في نزاع معين، أو يستفسر عن الإجراءات الإدارية المطلوبة لإنجاز استثمار في قطاع معين.....، وقد يتم استخلاص الإشكال بطريقة غير مباشرة من حيثيات القضية. كما يمكن طرح الإشكال في سؤال واحد إذا تعلق بالإستشارة بمسألة قانونية محددة، أو في شكل سؤال عام تنبثق عنه تساؤلات فرعية.

المطلب الثالث: عرض المبادئ القانونية

تتضمن هذه المرحلة البحث في مختلف الأحكام القانونية المقررة بخصوص الإشكال القانوني المطروحة، أو بخصوص الأسئلة المتفرعة عنه، مع الإشارة إلى النص القانوني الذي يتضمن هذا الحكم، ويتعم عرض هذه المبادئ في شكل نقاط متسلسلة حسب ترتبي الوقائع والإشكالات المتعلقة بكل واقعة.

ويكفي في هذه المرحلة الإشارة إلى الحكم القانوني دون حاجة إلى تشرح مفصل.

المبحث الثاني: المرحلة التحريرية

الهدف من المرحلة التحريرية هو معالجة الإشكال أو الإشكالات القانونية المطروحة، وذلك بمناقشة جميع المسائل القانونية المطروحة في القضية المعروضة وتحليلها ومعرفة رأي القانون حولها، ويتم إعداد المرحلة التحريرية في شكل فقرات مرقمة ترقيما منفصلا ويتم تسمية كل فقرة بحسب المسألة القانونية المراد مناقشتها من خلال هذه الفقرة،

مثال:- الفقرة الأولى: فيما يخص مدى حق الشريك في الإنسحاب من الشركة.

- الفقرة الثانية: فيما يخص الإجراءات الواجب اتخاذها للإنسحاب من الشركة.

- الفقرة الثالثة: فيما يخص الآثار المترتبة من الإنسحاب من الشركة.....

يتم في كل فقرة مناقشة مسألة من المسائل المعروضة والمطروحة في الإشكال القانوني، غير أن مقدم الإستشارة يتعين عليه اعتماد أسلوب قانوني وعلمي أثناء تحرير هذه الفقرات، حيث تشمل المرحلة التحريرية القيام بثلاث عمليات تتمثل في:

المطلب الأول: تحليل النص القانوني وتفسيره

يكون على مقدم الإستشارة قبل إبداء رأيه أو إقتراح الحل المناسب للإشكال المطروح عليه أن يسترسل في شرح المبادئ القانونية التي سيستند عليها، من خلال تحليل النصوص القانونية وتفسيرها، وتوضيح الأحكام المستخلصة منها وشرحها، لتمكين طالب الإستشارة من فهم موقف

القانون من مسألة معينة، فقد تأتي النصوص القانونية بصياغة معقدة ومصطلحات فنية يصعب على غير المتخصص فهمها واستيعابها.

المطلب الثاني: تطبيق النص على الوقائع

بعض عرض الأحكام القانونية وشرحها يقوم القائم بالإستشارة بتطبيق النص على الوقائع، أي بإسقاط المبادئ القانونية على الوقائع، وذلك بإفراغ الوقائع على قوالب القواعد القانونية، فيتم مقارنة الواقعة القانونية بالحكم الوارد في النص لمعرفة حكم القانون بشأنه، ومثال ذلك بالنسبة لأهلية المتعاقدين، ننظر إلى سن كل طرف ونطبق عليه نص القانون لتحديد الوصف الذي ينطبق عليه: "حيث أن علي يبلغ من العمر 20 سنة فهو طبقا لنص المادة 40 ق م يعتبر كامل الأهلية وتصرفاته صحيحة"، "حيث أن أحمد يبلغ من العمر 12 سنة فهو طبقا للمادة 42 ق م عديم الأهلية وتصرفاته باطلة"....

المطلب الثالث: صياغة الرأي أو الحل القانوني

بعد الانتهاء من تحليل ومناقشة المسائل القانونية التي تثيرها القضية المعروضة يكون على المستشار تقديم رأي القانون أو الحل الذي يراه مناسب، وذلك بتقديم إجابة للمستشير حول الطلب الذي تقدم به، ويختلف الرأي أو الحل القانوني بحسب موضوع الإشارة ذاتها، فقد يأتي في شكل اقتراحات أو نصائح حول الاحتياطات التي يتعين على المستشار اخادها لحفظ وحماية حقوقها أو الإجراءات الواجب اتخاذها سواء كانت هذه الإجراءات إدارية أو قضائية، وقد تكون توضيح حول موقف القانون بخصوص مسألة معينة، أو حل لنزاع قائم....

وتجدر الإشارة على أنه إلى جانب مراعاة المعايير القانونية يتعين على المستشار عند تقديم الإستشارة احترام المعايير الأخلاقية والتحلي بالنزاهة، وأن يكون عمله هذا خدمة للقانون ومساعدة للجهات القضائية، وألا يكون الهدف منه التحايل على القانون والتهرب من تطبيقه.

المحور الرابع: منهجية إعداد التقارير العلمية القانونية

الفصل الأول