محاضرات في منهجة البحث العلمي(السداسي الثاني)

السنة الأولى ماستر: إدارة عامة

تمهيد

نظرا لتعقيدات القوانين وكثرتها، وللتمكن من توقع كيفية حل نزاع قانوني أو كيفية إصدار محكمة ما لحكم في قضية أو نزاع معروض أمامها، لابد لنا من دراسة منهجية استنباط الحلول القانونية، أو كيفية تطبيق المحاكم للقواعد القانونية ليصبح بإمكان الطالب أن يحل مسألة قانونية أو يعطي استشارة قانونية، ليحسن لاحقا التعامل مع ظروف مشابهة في الواقع المعاش، فما يواجه رجل القانون في حياته المهنية سواء كان محاميا أوقاضيا يواجهه الطالب في حياته الأكاديمية من مسائل وقضايا وقرارات المحاكم بمختلف مستوياتها.

لهذه الاعتبارات اعتمدت هذه المنهجية التطبيقية التي تهدف إلى الجمع بين الجانب النظري والتطبيقي، وذلك لأن المعلومات النظرية وحدها غير كافية لتوضيح مختلف المسائل القانونية التي يتلقاها الطالب، فوجب عندئذ تزويده بأعمال تطبيقية وتمارين عملية واقعية أبرزها الأحكام والقرارات القضائية، أو الاستشارات القانونية وتحليل النصوص القانونية التي تلعب دورا كبيرا في ترسيخ المعلومات في ذهن الطالب.

وعلى هذا الأساس يضم هذا السداسي من الدراسة المحاور الآتية:

- المحور الأول: تقنيات تحليل نص
- المحور الثاني: التعليق على القرارات والأحكام القضائية
- المحور الثالث: منهجية التعليق على الاستشارة

ولصعوبة الاعتماد على منهجية واحدة في معالجة المواضيع وتحليلها سنركز على بعض المسائل المهمة والنقاط التي تسمح بالتكيف مع المواضيع المطلوب من الطالب تحليلها، واستخدام الطرق والأساليب الشائعة في عمليات التحليل والتعليل القانونية.

المحور الأول: تقنيات تحليل نص

يعتبر التعليق وتحليل النصوص من بين الوسائل التي يعتمد عليها الطالب أو الممارس لمهنة لها علاقة بالقانون، ويلاحظ أن هذا النص هنا وارد في صيغة عامة ليشمل النصوص القانونية

بالمفهوم الواسع سواء تعلق الأمر بالنصوص التشريعية (المواد القانونية) أو النصوص الفقهية، وذلك لأن التعليق هنا تحكمه قواعد عامة مشتركة مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الخصوصيات التي تقتضيها طبيعة كل موضوع.

وهذا التحليل المعتمد يفرض تسلسلا منطقيا في الأفكار المكتوبة والربط فيما بينها وهذا يسمح لهذا التحليل أن يأتي متكاملا من كافة النواحي الواقعية والمنطقية والقانونية.

1- أهمية التعليق على النصوص القانونية

إن النص بصفة عامة قد يكون فقرة أو أكثر، ويمكن أن يتكون من جملة أو أكثر تتضمن فكرة أو مجموعة أفكار محددة، لذا فإن التعليق هو عمل مركب لأنه يقوم على مجموعة متناسقة من الأفكار تتعلق بمسألة قانونية معينة تعرض على الطالب لمناقشتها (مبادئ، مفاهيم) والتمييز بين المسائل الأساسية والثانوية، وتبيان الأفكار الهامة والفرعية ومحاولة إقامة الروابط بينها وهذا يؤدي إلى الحصول على معارف جديدة.

والمقصود أيضا بالنص القانوني موضوع التعليق هو كل نص يتضمن قاعدة أو قواعد قانونية معينة، مهما كانت مرتبته في سلم القواعد القانونية، وبالتالي لا يقتصرمفهوم النص القانوني على النص الوارد في قانون صدر عن المشرع، بل يتعداه إلى أي نص يتضمن قاعدة أو قواعد قانونية سواء كان النص مرسوما تنفيذيا أو تنظيميا أو قرارا إداريا صادرا عن سلطة مختصة.

والهدف من التعليق على النص القانوني يظهر في جانبين

الأول: هو تحديد إطار المناقشة بحيث يتقيد الطالب بالأفكار التي جاءت في النص دون التطرق إلى غيرها من الأفكار ولو كانت ذات علاقة، وهذا لتفادي الخروج على موضوع النص.

الثاني: السماح للطالب بإبداء رأيه اتجاه أفكار النص بالتأييد أو المخالفة مع تبرير موقفه الشخصي، مما يسمح له بإظهار استيعابه الجيد للمعلومات وقدرته على توظيفها، وبهذا يسمو الطالب إلى درجة استيعاب الأفكار والمفاهيم القانونية وترسيخها في ذهنه دون الاعتماد فقط على طريقة الحفظ.

2- مراحل التعليق على النصوص القانونية

إن منهجية التعليق على النصوص القانونية بصفة عامة تتطلب مرحلتين:

أ- المرحلة التحضيرية (التعرف إلى النص أو التحليل الشكلي)

في هذه المرحلة يقوم الطالب بالتحليل الشكلي للنص ثم التحليل الموضوعي له، بمعنى أن يقوم الطالب بالتعرف إلى هذا النص ومعرفة عوامله ومضمونه أو موضوعه (مثلما يتم الأمر في حال التعرف على الإنسان بهويته ومكان إقامته وتاريخ ومحل ولادته).

1- التحليل الشكلي للنص القانوني

يقصد به قراءة النص من الخارج وجمع كل المعلومات التي تعد أساسية والتي يعتمد عليها لتكون مدخلا للتحليل. وذلك عبر تحديد طبيعة النص وموقعه ونوعه.

*** طبيعة النص (هوية النص)**

إن أول عمل يقوم به الطالب هو تحديد طبيعة النص بشكل دقيق، فيتبين له بسهولة ما إذا كان النص هو نص دستوري أو نص اتفاقية دولية أو مواد تقنين معين، أو مجموعة فقرات مأخوذة من مرجع فقهي معين (تشريعي أو فقهي).

ويتوجب على الطالب في هذا الخصوص 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 من مادة أو عدة مواد من المصادر السالفة الذكر.

كما يتوجب على الطالب أيضا أن يبين التاريخ الذي صدر فيه النص موضوع التعليق باعتبار أن بعض القوانين قد تصدر في ظروف معينة وخاصة أحيانا. وهكذا فإن تسليط الضوء على الناحية التاريخية التي رافقت صدور النص القانوني من شأنه أن يساهم في إنجاح عملية التعليق بشكل كاف ومنطقي وسليم.

*** موقع النص (المصدر الشكلي)**

يجب تحديد موقع النص وتموضعه ضمن المرجع الذي أخذ منه بطريقة منتظمة وموثقة وذلك حسب طبيعة النص. فإذا كان النص تشريعيا يذكر الطالب موقعه من التقنين الذي أخذ منه، مثلا المادة الأولى من قانون العقوبات التي أشار إليها المشرع ضمن الجزء الأول الذي يتضمن المبادئ العامة. أما إذا كان النص فقهيا فيذكر الطالب موقعه من المرجع الفقهي الذي أخذ منه وذلك ببيان العناصر المتعلقة بالمرجع.

*** ظروف صدور النص (غايات النص)**

لا يصدر عادة نص قانوني دون أن يكون هناك غاية يسعى المشرع إلى تحقيقها، وبالتالي عندما يسن المشرع قانونا معينا أو يبدي الفقيه رأيه في موضوع معين فعادة ما يكون لديه

قناعة بأن القواعد التي يتضمنها هي حلول لمسائل معينة(نص جديد، تعديل لنص قديم، تاريخ صدور النص...الخ)

كما أن المبادئ التي يعتمد عليها يبحث الطالب فيها بمن تأثر المشرع أو الفقيه في الأخذ بها (التشريع الفرنسي، الشريعة الإسلامية...)، إضافة للمعلومات المتعلقة بالكاتب.

*** أسلوب النص**

يتضمن التحليل الشكلي أيضا وصف المظاهر الخارجية للنص من حيث تقسيمه، البنية اللغوية، الأسلوب والمصطلحات المستخدمة، طول وقصر النص، شرح المصطلحات المستخدمة، البناء المطبعي للنص(مثلا، يتضمن النص ثلاث فقرات: تبدأ الفقرة الأولى من وتنتهي عند).

2- التحليل الموضوعي

يقتضي التحليل الموضوعي دراسة النص من حيث المضمون، أي أنه ينصب على المسألة القانونية أو القاعدة القانونية التي يبنى عليها النص، ولا يمكن ذلك إلا بقراءة النص عدّة مرات مع دراسة كل كلمة وردت فيه وتحليل كل فقرة من فقراته.

*** استخراج الفكرة العامة**

يقصد بالفكرة العامة المعنى الإجمالي للنص، ويسهل استخراجها بعد القراءة المتأنية للنص وفهمه وفهم المصطلحات الواردة فيه بحيث تتبين المسألة القانونية التي يتعلق بها.

***استخراج الأفكار الأساسية**

بعد استخراج الفكرة العامة يقوم الطالب بتقسيم النص إلى فقرات تقسيما منطقيا بحيث تتضمن كل فقرة فكرة واحدة، ويقوم بوضع عنوان لكل فقرة ويفيد ذلك في التحضير لوضع خطة ملائمة.

*** طرح الإشكالية**

الإشكالية أو المسألة المحورية التي يعالجها النص والتساؤلات الفرعية التي يثيرها الموضوع محل الدراسة، وتمثل هذه التساؤلات العمود الفقري لخطة البحث.

ثانيا: المرحلة التحريرية

في هذه المرحلة يتم وضع خطة مناسبة لمناقشة المسألة القانونية المعروضة من خلال النص.

*** وضع الخطة**

بعد طرح الاشكالية واستخراج الفكرة العامة والأفكار الأساسية يقوم الطالب بوضع خطة (ولو مبدئية) تعبّر عن التصور العام للموضوع، وذلك بترتيب الأفكار الأساسية ترتيبا منطقيا، وتحقيق التوازن بين مختلف تقسيمات البحث، ويعد ذلك دليلا على قدرة الباحث على التحليل وعدم الخروج على النص.

والهدف من وضع الخطة هو محاولة مناقشة النص بطريقة تحليلية انتقادية، فلا يكتفي الطالب بمجرد شرح النص، بل يجب عليه مناقشة الأفكار التي تضمنها النص وإبداء رأيه فيها مع التبرير والإضافة إن لزم الأمر.

*** المناقشة**

تتم المناقشة بتحرير ما جاء في عناوين الخطة بدء بالمقدمة ومرورا بصلب الموضوع والانتهاء بالخاتمة.

*** المقدمة**

يبدأ الطالب في المقدمة بعرض المسألة القانونية المراد مناقشتها بصورة مقتضبة ووجيزة ومركزة، ومن أهم العناصر التي يجب أن تتضمنها المقدمة الإطار العام الذي يندرج فيه النص القانوني، ثم ذكر طبيعة النص ومصدره وتاريخه ومكانه والنصوص المشابهة له، ثم إثارة الإشكالية التي يتمحور حولها هذا النص، ثم أخيرا الإعلان عن التقسيم المراد اعتماده للإجابة عن هذه الإشكالية.

*** صلب الموضوع (العرض)**

يجب على الطالب لمناقشة موضوع النص أن يكون ملما بالجانب النظري الكافي، أو المعلومات الضرورية لمناقشة موضوع النص، كما يجب عليه أن يتجنب إعادة كتابة ما جاء في النص، بل عليه أن يشرح أفكار النص وينتقدها ويبدي رأيه فيها مع التبرير، كما يجب عليه أن التطرق إلى مدى ملائمة القواعد التي يتضمنها النص مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية المصاحبة لصدور النص.

*** الخاتمة**

يلخص الطالب في الخاتمة موضوع المسالة القانونية في فقرة وجيزة يليها عرض للنتائج والاستنتاجات التي تم التوصل إليها من خلال التحليل، والتي يمكن أن تكون:

- موقف الباحث أو الطالب من رأي الكاتب أو المشرع مع عرض البديل إن كان له موقف مخالف.
- مقترحات مقدمة لتعديل أو مراجعة أو إلغاء أو تحسين النص سواء من حيث الصياغة أو من حيث الأحكام مع إمكانية طرح صيغة جديدة بديلة.

(المطلوب التعليق على المادة الأولى والمادة 50 من القانون المدني).

المحور الثاني: التعليق على القرارات والأحكام القضائية

يمثل التعليق على الأحكام والقرارات القضائية أهم الدراسات التطبيقية في مجال القانون، لأن مثل هذا التعليق يقتضي الجمع ما بين المعارف النظرية التي تعلمها الطالب في مادة قانونية ما، وطرق وأساليب المنهجية القانونية التي تتسم بتقسيم الحكم أو القرار.

فالتعليق على الحكم أو القرار القضائي ما هو في الحقيقة إلا مناقشة تطبيقية لمسألة قانونية نظرية انطلاقا من المعلومات الشخصية التي تلقاها الطالب في الدراسة النظرية حول الموضوع.

وبصفة عامة فإن التعليق على الحكم أو القرار هو تطبيق للقانون بصفة رسمية استنادا للواقع العملي المعاش، وهو إطار تنازعي لحل إشكالية قائمة تتمثل في وجود مصلحتين أو أكثر متنازعتين تبرزان في أكثر الأحيان في رأيين قانونيين متعارضين ينتهي بحل قانوني.

لهذا عادة ينصب التعليق على القرارات الصادرة عن المحاكم العليا باعتبارها مرجعا قضائيا لباقي المحاكم، إلا أن التعليق يمكنه أن يتناول أحيانا قرارات محاكم استئناف أو محاكم درجة أولى.

كما يمكن الاشارة إلى أن الحكم أو القرار يعد تعبيرا عن المنهج الفكري الذي اتبعه القاضي بعد أن يكون قد كيّف الوقائع قانونيا، وحدد المشكلة المعروضة أمامه، والقاعدة المناسبة لحلها والتي ترتكز على نص قانوني مناسب، وهذا يتطلب من الطالب المعلق على القرار أن يفصل بوضوح كلا من الوقائع وادعاءات وأدلة الخصوم على تعليل القاضي ثم مناقشة هذا التعليل والحل الذي توصل اليه كل ذلك في ضوء القواعد العامة التي تحكم المسألة المطروحة.

لهذا يعد التعليق على الأحكام أو القرارات القضائية أحد أهم التمارين بالنسبة لطالب القانون، وذلك أنه يمكّنه من الاطلاع على ما يكمّل الدراسة النظرية ويعوّده أيضا على قراءة وفهم أسلوب ولغة الأحكام القضائية، كما يعلمه الوضوح والدقة والإيجاز.

1- مكونات الحكم أو القرار:

- الديباجة: وتمثل اسم المحكمة وتاريخ ومكان إصدار الحكم وأسماء الخصوم وصفاتهم وأسماء القضاة وعضو النيابة وكاتب الجلسة...الخ
- الوقائع: وهي تلخيص للخصومة أي وصف للنزاع قبل وصوله للقضاء ووصف الإجراءات التي اتبعت بدء بإصدار الحكم الأول إلى غاية عرض النزاع على المحكمة الحالية (استئناف أو طعن).
- الحيثيات (الأسباب): وهي الأسباب الموضوعية والقانونية التي دفعت القاضي إلى اختيار الحل الوارد بمنطوق الحكم دون غيره، ولماذا تم تأييد أو رفض طلبات الخصوم وتكون فقرات الأسباب هي الجزء الأهم في الحكم أو القرار وتستغرق عادة أكبر جزء فيه، وتكون مصدرها القواعد القانونية ونتائج التحقيق والإثبات وعدم التسبيب يكون جزاؤه إلغاء الحكم.
- منطوق الحكم: وهي نتيجة الحكم أي الجزء الذي يهم الخصوم، وفيه يعلن القاضي قراره (رفض الدعوى، رفض طلبات المدعي، قبول الطعن....) ويبدأ عادة بعبارة فلذلك أو لهذه الأسباب في وسط السطر.

وكل هذه العناصر التي يحتويها القرار أو الحكم تسهل على الطالب معرفة المسألة القانونية التي يدور حولها النزاع مما يجعله مستعدا لدراستها نظريا بالرجوع إلى المعلومات النظرية الخاصة بها، وتطبيقيا عن طريق ربط تلك المعلومات النظرية بالقضية موضوع الحكم أو القرار.

مما يعني أن منهجية التعليق على قرار أو حكم قضائي هي دراسة نظرية وتطبيقية في آن واحد لمسألة قانونية معينة. تهدف إلى ترسيخ المعلومات النظرية في ذهن الطالب.

1- مراحل التعليق على النصوص القانونية

تتطلب هذه الدراسة مرحلتان: المرحلة الأولى تحضيرية (التحليل الشكلي)، والمرحلة الثانية تحريرية.

أ- المرحلة التحضيرية

يعرّف القرار القضائي بأنه الحكم الذي تصدره المحكمة بشأن خصومة ما وفقا للشكل الذي يحدده القانون للأحكام سواء كان هذا الحكم صادرا في نزاع بين الأفراد أنفسهم أو بين الأفراد والإدارة.

ويسمى حكما قضائيا أو الحكم القضائي ما يصدر عن محاكم الدرجة الأولى، بينما يسمى قرارا قضائيا ما يصدر عن محاكم الاستئناف أو قضاء المحكمة العليا.

وتضم المرحلة التحضيرية مجموعة من العناصر الهدف فيها التعرف إلى القرار القضائي محل الدراسة.

*** أطراف النزاع:**

يبين الطالب شخصية أطراف الدعوى أي شخص المدعي وشخص المدعى عليه، فعادة ما تضم ديباجة القرار اسم المحكمة وتاريخ ومكان اصدار القرار وأسماء الخصوم وصفاتهم ومواطنهم.

*** الوقائع:**

هي كل الأحداث التي ينشأ بسببها النزاع من أفعال وأقوال والتي أدى تتابعها إلى تكوين موضوع النزاع ، مثلا: جريمة، عقد بيع، عقد إيجار، خطأ طبي، صفقة عمومية، ضرب...، ويشترط في هذه الوقائع أن تكون متسلسلة زمنيا ومرتبة حسب وقوعها في شكل نقاط، وعدم افتراض وقائع لم تذكر في القرار.

*** الإجراءات:**

هي مختلف المراحل القضائية التي مر بها النزاع عبر درجات التقاضي إلى غاية صدور القرار محل التعليق، ويجب على الطالب أن يبين بدقة وإيجاز الجهة القضائية التي تم أمامها الاجراء والقرار الصادر عنها والنقاط المتعلقة بهذا القرار أو الحكم وبتاريخ صدوره ومنطوقه.

*** الادعاءات (الحجج):**

هي مزاعم وطلبات أطراف النزاع والأسس القانونية التي استندوا عليها للمطالبة بحقوقهم، وهي مجموعة الأسانيد أو الدفوع القانونية التي يعتمد عليها كل طرف ويتمسك بها للمطالبة بحقه ، وبما أن ادعاءات أحد الأطراف تكون متضاربة مع ادعاءات خصمه فإن هذا التضارب سيطرح مشكلا قانونيا يلتزم القاضي بحله للفصل في النزاع.

إذن يمكن القول أن الادعاءات هي التي تساعد الطالب في تحديد المشكل القانوني المطروح.

وفي هذا الخصوص ينقل الطالب الادعاءات من القرار محل التعليق نقلا حرفيا مثلا: عن الوجه الذي أثاره الطاعن: الأول مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات المادة 500 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري.

فتذكر الحجج كاملة كما وردت في القرار دون إضافة أو استنتاج فإن لم توجد فلا سبيل لذكرها.

*** المشكل القانوني:**

يتمثل في السؤال أو مجموعة التساؤلات التي يطرحها الخصوم على القضاة للفصل فيها وإيجاد الحل القانوني المناسب لها ، والتي تتبادر إلى ذهن القاضي عند فصله في النزاع وبعد سماعه ادعاءات الخصوم فهذه الادعاءات بحكم تضاربها تكون في ذهن القاضي مشكلا قانونيا يقوم بحله في آخر حيثية موجودة في القرار الذي يصدره قبل وضعه لمنطوق الحكم، وقد يكون المشكل القانوني ظاهرا أو سهلا بحيث لا نجد صعوبة في استخراجه، ويجب أن تحترم مجموعة من القواعد في ذلك. وهكذا يتمكن الطالب من استخراج المشكل القانوني من الادعاءات وأيضا من الحل القانوني الذي يتوصل اليه القاضي .

ويقدم المشكل القانوني في شكل سؤال أو تساؤل، ويجب التركيز على المشاكل التي فصل فيها دون طرح مشاكل أخرى.

ويجب أن يطرح المشكل القانوني بدقة وتحيين الطرح العام، كما يجب أن يطرح المشكل القانوني طرحا تطبيقيا وأن يكون هناك توازن بين عدد المشاكل القانونية والحلول القانونية.

*** الحل القانوني:**

الحل القانوني هو القاعدة المعتمدة في حل النزاع وهو إجابة على المشكل القانوني المطروح يستخرج من الحيثيات، حيث ....(نقل حرفي لآخر حيثية موجودة في القرار).

*** منطوق الحكم:**

هو الجزء الأهم في القرار كونه النتيجة التي توصل اليها القاضي، وما قضت به المحكمة في الطلبات المعروضة أمامها، وهو الجزء الذي يهتم به أطراف النزاع وعادة ما يأتي مسبوقا بعبارة "فلهذه الأسباب" حيث يسجل الطالب منطوق الحكم أو القرار الذي خلصت اليه المحكمة حيث يكون المنطوق مصاغا بطريقة مختصرة.

ب- المرحلة التحريرية أو الموضوعية

تقتضي هذه المرحلة وضع خطة لدراسة المسألة القانونية المعروضة من خلال الحكم أو القرار القضائي ثم مناقشتها وفقا لهذه الخطة مناقشة نظرية وتطبيقية في آن واحد. ولذلك يجب أن يحرر التعليق تحريرا قانونيا مضبوطا بدء من المقدمة مرورا بصلب الموضوع وصولا إلى الخاتمة.

ويشترط أن تكون الخطة تطبيقية تتعلق بالقضية محل التعليق، بحيث تظهر وقائع القضية وأطراف النزاع من خلال العناوين، فعلى الطالب اذن تجنب الخطة النظرية إن أمكن كما يجب عليه أيضا تجنب الخطة المتكونة من مبحث نظري ومبحث تطبيقي لأنها تؤدي إلى تكرار المعلومات.

ثم من جهة أخرى يجب وضع خطة متسلسلة ومترابطة بحيث تكون العناوين من حيث مضمونها متتابعة وفقا لتتابع وقائع القضية، وأيضا يجب أن تكون الخطة متوازنة في تقسيمها.

بعد وضع الخطة بكل عناوينها، يبدأ الطالب في مناقشة المسألة القانونية التي يتعلق بها الحكم أو القرار القضائي محل التعليق.

*** المقدمة:**

تكتسي المقدمة أهمية كبيرة في التعليق على قرار قضائي، فيبدأ فيها الطالب بعرض موضوع المسألة القانونية محل التعليق ثم تحديد الجهة القضائية المصدرة للقرار وهذه المعلومات إجمالا تؤخذ من مقدمة القرار القضائي.

وبعد عرض هذه المعلومات يلخص الطالب بعدها قضية الحكم أو القرار في فقرة متماسكة يسرد فيها بإيجاز أهم الوقائع والاجراءات والادعاءات منتهيا بطرح المشكل القانوني التي يجب أن تصبح صياغة قانونية مختصرة وواضحة وذلك إما على شكل سؤال أو عدة أسئلة فرعية.

*** المتن (صلب الموضوع):**

يبدأ الطالب في هذه المرحلة بمناقشة وتحليل النقاط القانونية المثارة أمام المحكمة والتي طرحها الخصوم في شكل ادعاءات، وفي كل نقطة يناقش الطالب نظريا وتطبيقيا لكل مسألة مع اعطاء رأيه في الحل القانوني الملائم لحل النزاع.

وحتى يتمكن الطالب من ذلك يجب عليه الاستعانة بالمعلومات النظرية المتعلقة بالمسألة القانونية محل التعليق ثم الرجوع في كل مرّة إلى حيثيات الحكم أو القرار محل التعليق لتطبيق

تلك المعلومات على القضية المطروحة ومقارنة الحل الذي اختاره الطالب مع الحل الذي توصل اليه القضاة.

وفي هذا الخصوص يجب على الطالب صياغة الحل القانوني بشكل واضح ومختصر، وصياغة الحل الذي أعطته المحكمة العليا (جهة الطعن) وليس الحل الذي أعطته محكمة الموضوع، ثم يجب مراعاة الأمانة والموضوعية في بيان الحل القانوني وأيضا إبراز موقف الفقه والاجتهاد القضائي من هذا الحل المعتمد من طرف المحكمة وبيان ما إذا كان هذا الحل يتوافق مع اجتهادات سابقة أو أنه يضيف شيئا جديدا للاجتهادات القضائية.

*** الخاتمة:**

في الخاتمة يتوصل الطالب إلى نتيجة وهي الحل القانوني للمسألة أو المشكل المطروح في القرار أو الحكم القضائي محل التعليق:

ويذكر الطالب في هذا الخصوص ما إذا كان الحل يوافق ما توصل اليه القضاة سواء بالإيجاب أي بموافقته أو العكس مع عرض البديل.

والخاتمة عموما إذا استقر رأي الطالب على وضعها فإنها تتضمن ما يلي:

- تكون بمثابة استنتاجات يرجى تحقيقها من خلال هذا التعليق.
- أن تتضمن الخاتمة اقتراحات من المعلق أو الطالب.
- أن تتضمن بعض التساؤلات التي تصبح آفاقا جديدة في البحث.
- كما يمكن للمعلق أن يبدي رأيه الشخصي في القرار بموافقته أو معارضته كما يمكنه أن يعطي تصوره المستقبلي للقرار محل التعليق ومدى تمشيه مع القواعد القانونية الجاري العمل بها.

قرار للتحليل

ملف رقم 425217، قرار بتاريخ 2009/04/22

<u>إن المحكمة العليا</u>

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بناء على المادة 144 من قانون العقوبات.

بعد الاستماع إلى السيد بلخانسة مبروك المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة (ت.فاطمة الزهراء) المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

فصلا في الطعن بالنقض المرفوع من طرف المتهم (س.ي) بتاريخ 2005/05/31 في القرار الصادر عن الغرفة الجزائية بمجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2005/10/15 القاضي بتأييد الحكم المستأنف في جميع مقتضياته والذي قضى على الطاعن ب 06 أشهر حبس موقوفة التنفيذ و5000دج غرامة نافذة وتعويض الضحية 30000دج وهذا على إثر ملاحقته من طرف نيابة محكمة تيقزيرت بتهمة إهانة موظف أثناء تأدية مهامه والضرب والجرح العمدي طبقا للمادتين 144، 442 من قانون العقوبات بعد الشكوى التي قدمتها المسماة (د.س)، مفادها أنها لما كانت في مقر بلدية بوجهيهة تزاول تربصها في الإعلام الآلي وبالقرب من مصلحة الحالة المدنية تقدم منها المسمى(س.ي) واستفسرها عن سبب تهديدها لزوجته فأجابته بأن مناوشة كلامية فقط وقعت بينهما وعندها غضب وجذبها بقوة ثم خنقها ودفعها إلى الأمام حتى كادت تسقط على الأرض وأصيبت بجروح وسبب لها عجزا عن العمل قدر بثلاثة أيام،

حيث أن الطاعن قدم مذكرة بتاريخ 2007/08/08 بواسطة محاميته ضمنها وجهين للطعن وهما كما يلي:

<u>الوجه الأول</u>: مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون:

بدعوى أن الضحية ليست لها صفة الموظفة وأن المادة 144 من قانون العقوبات تشترط ذلك، القرار المطعون فيه تم التبليغ به للطاعن

<u>الوجه الثاني</u>: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

بدعوى أن القرار المطعون فيه غير مؤسس لانعدام الدليل على أن الطاعن اقترف جنحة إهانة موظف وأن الإدانة في مادة الجنح تتطلب الأدلة المادية وليس القرائن،

حيث أن المطعون ضدها الضحية غير ممثلة أمام المحكمة العليا رغم إشعارها بطعن المتهم.

حيث أن النائب العام لدى المحكمة العليا تقدم بالتماسات ترمي إلى رفض الطعن.

وعليه فإن المحكمة العليا

من حيث الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض جاء في الآجال ووفقا للشروط التي يتطلبها القانون مما يتعين قبوله من الناحية الشكلية،

عن الموضوع:

عن الوجهين معا لتكاملهما:

حيث إنه خلافا لما ينعاه الطاعن فإن القرار المنتقد بين بصفة واضحة عناصر الجرم المدان به وفقا لنص المادة 144 من قانون العقوبات وذلك لما أورد في صلبه بأن الوقائع تشكل جنحة إهانة موظف أثناء تأديته لمهامه وبين أن الضحية كانت متربصة بالبلدية بمصلحة الإعلام الآلي ومن ثمة فإنه لم يخالف القانون وأن كلمة موظف الواردة بالمادة 144 من قانون العقوبات هي كلمة عامة تشمل كل الموظفين بالإدارات والمؤسسات العمومية ولا فرق بين موظف مرسم وموظف متعاقد وموظف متربص ومن ثمة فإن الوجهين المثارين غير وجيهين ويتعين رفضهما وبالتبعية رفض الطعن موضوعا.

فلهذه الأسبـــــــاب

تقضي المحكمة العليا- غرفة الجنح والمخالفات :

بقبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا.

وبتحميل الطاعن المصاريف القضائية.

المحور الثالث: منهجية التعليق على الاستشارة

الاستشارة القانونية هي اختبار للطالب من حيث قدرته على التفكير القانوني، وكذلك على تطبيق المعلومات النظرية التي درسها، ويكون ذلك عن طريق تمرين في شكل قضية تتضمن واقعة معينة تتضمن أحداثا في صورة نزاع، ويطلب من الطالب حل ذلك النزاع على ضوء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية.

1- مفهوم الاستشارة وأهميتها:

يأخذ موضوع الاستشارة حيزا واسعا ومعتبرا في مجال الدراسات القانونية ومنهجية الاستشارة في المجال الأكاديمي تعد طريقة بيداغوجية لتدريب الطالب خاصة على استعمال أفكاره ومعارفه استعمالا منطقيا وعلميا للإجابة على استشكالات قانونية من الناحية الشكلية والموضوعية.

أما الاستشارة لغة، فهي كلمة مشتقة من كلمة "مشورة" "وشاورهم في الأمر"، أي طلب المشورة وقد جاء في الحديث "ما ندم من استشار وما خاب من استخار".

اذن فمنهجية التعليق على الاستشارة القانونية وسيلة تكسب الطالب القدرة على استيعاب المعلومات القانونية بأسلوب سهل، وذلك عن طريق البحث عن الحل القانوني الأنسب لكل المسائل القانونية التي تعرض عليه (نزاعات) وفقا للمعلومات التي اكتسبها في أثناء دراسته، فبهذه الطريقة تترسخ تلك المعلومات النظرية في ذهنه.

إن الاستشارة بصفة عامة يمكن أن تكون شفهية وقد تكون مكتوبة كما يمكن أن تكون اختيارية، بحيث يكون المعني بالأمر مخيرا بين طلب الاستشارة من عدمها، ولا ترتب هذه الأخيرة أي أثر شكلي أو موضوعي في مسار النزاع.

كما قد تكون إلزامية، بحيث يلزم الأخذ بالرأي الاستشاري للشخص أو الهيئة طالبي الرأي الاستشاري.

إن مهمة المستشار تبين الرأي القانوني بخصوص المسألة المطروحة وما تقتضيه لذلك كتحديد النصوص القانونية التي تنطبق على هذه المسألة .

أمثلة عن طلب الاستشارة

يمكن أن تطلب الاستشارة بمناسبة وضع من الأوضاع التالية:

* طلب الاستشارة لمعرفة حكم القانون بخصوص مسألة موضع نزاع واقع أو محتمل الوقوع، فيكون هدف الاستشارة في هذه الحالة معرفة حكم القانون بما يؤدي اليه ذلك للوقوف على احتمالات صدور حكم لصالحه من عدمه.

فيسأل المستشير عن السلوك القانوني الواجب الاتباع اتجاه قضية معينة، وعن كيفية رفع الدعوى وحظوظه فيها، كما يسأل عن تدابير استئناف الحكم أو الطعن فيه وهذا هو عمل المحامي، فقد جاء في المادة 5 من القانون 07/13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة "المحامي يقوم بتمثيل الأطراف ومساعدتهم ويتولى الدفاع عنهم، كما يقدم لهم النصائح والاستشارات القانونية ."

فالاستشارة تسمح للطالب بوضع نفسه مكان المحامي.

* قد يطلب شخص طبيعي أو معنوي الاستشارة حتى يكون على بصيرة عند تصرفه فلا يعرّض نفسه للمساءلة أو الخسارة، أو سدّا للثغرات التي يحتمل أن يستفيد منها من يتعاقد أو يتعامل معه (خاصة في مجال التعاقد أو إبرام الاتفاقيات).

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

وهكذا فإن الاستشارة التي تعطى للطالب تتضمن فقط وقائع وسؤال، ويقوم الطالب باستخراج ومعرفة المسألة القانونية التي يدور حولها النزاع، مما يجعله مستعدا لدراسته نظريا بالرجوع إلى المعلومات النظرية المتعلقة بها، وتطبيقيا من خلال تلك المعلومات على القضية المعطاة له من خلال الاستشارة، وذلك للوصول إلى الحل السليم الذي ينتظره منه المستشير.

1- مراحل التعليق على الاستشارة القانونية

مما سبق تبين لنا أن منهجية التعليق على الاستشارة القانونية هي دراسة نظرية وتطبيقية لمسألة قانونية معينة، وهذه الدراسة تتطلب مرحلتين أساسيتين:

أ- المرحلة التحضيرية (الشكلية)

تتطلب منهجية الاستشارة كالتعليق على القرارات القضائية فهم النص فهما جيدا من خلال القراءة المركزة لمحتواه للتمكن من حصر المسائل القانونية حصرا كاملا، وهي تتضمن مجموعة من المراحل:

*** الوقائع**

هي مجموعة الأحداث القانونية والمادية التي أدى تتابعها إلى تكوين موضوع النزاع أو عناصر المسألة. مثل فصل موظف، ضرب أو جرح، ويجب صياغتها بطريقة مجردة وفقا للترتيب الزمني لتسلسل الأحداث.

ومن هنا تعتبر الوقائع ذات أهمية كبيرة إذ بدونها لا يمكن معرفة ما حدث في الوقت السابق على رفع النزاع ومساره والمعطيات المحيطة بالدعوى.

ويراعى في ذكر الوقائع ما يلي:

- صياغتها صياغة جديدة وبجمل كاملة تساعد على الاحاطة بعناصر القضية.
- يجب انتقاء ما يذكر من الوقائع، فلا يتم ذكر الوقائع القانونية التي لم تؤثر في تحريك النزاع.
- مراعاة التسلسل الزمني للأحداث.
- عدم التكرار.

*** الإجراءات**

هي المراحل الادارية والقضائية التي مر بها النزاع بحيث تكتب تواريخ رفع التظلمات والدعاوى والطعون، ويجب أن ترتب حسب حدوثها زمنيا بدقة.

*** طرح المسائل القانونية (الإشكال القانوني)**

يمكّن الاشكال القانوني الطالب من تحديد الأسئلة التي يريد الإجابة عليها في الموضوع.

تقدّم التساؤلات في منهجية الاستشارة من خلال مصطلح طرح المسائل القانونية وتستخرج هذه المسائل من عناصر والاستشارة، فالوقائع والإجراءات إن وجدت ويجب حصرها كاملة وتقدم هذه المسائل بشكل تساؤلات أي أنها لا تطرح في شكل عام بل تجزأ إلى أسئلة فرعية حتى يمكن الاجابة عنها بصورة مرتبة.

مثلا:

- ما طبيعة النزاع القائم بين ...و...؟
- ما طبيعة تصرف.....؟
- ما هي الجهة القضائية المختصة؟

ب- المرحلة التحريرية

إن الاجابة عن المسائل القانونية تعالج بواسطة فقرات بحيث تخصص لكل مسألة قانونية فقرة خاصة بها.

مثلا:

* الفقرة الأولى: فيما يخص طبيعة النزاع

- الوقائع: يجب فرز الوقائع والاقتصار على ما له علاقة بالفقرة.
- السؤال القانوني: قد يقتصر على تساؤل واحد فقط ، وقد يكون هناك أسئلة فرعية بحسب متطلبات المسألة.
- الحل القانوني: أي القاعدة القانونية أو السند القانوني المعتمد عليه في حل التساؤل، أي انصوص القانونية وهذه الاخيرة تغني عن موقف القضاء والفقه، وبالمقابل وفي حالة عدم وجود نص فيمكن الاستعانة بالاجتهاد القضائي أو آراء الفقهاء في هذا الشأن.
- حوصلة: هي تجميع للإجابات الفرعية الخاصة بالفقرات المعالجة سابقا .

مثال توضيحي:

دخل محمد إلى بلدية سطيف لاستخراج شهادة الميلاد فلاحظ طابورا من الأشخاص أمام شباك الحالة المدنية، فتوجه مباشرة إلى الموظف المسئول لطلب استفسار، عندها تدخل الحاجب وطلب منه احترام المكان المخصص فوقع شجار انتهى إلى دفه الحاجب لمحمد بخشونة مما أدى إلى اصطدامه بباب زجاجي سبب له أضرارا جسيمة.

يستشيرك محمد عن نوع الدعوى وكيفية طلب التعويض.

المسائل القانونية

- ما طبيعة تصرف الحاجب ؟ شخصي أم مرفقي

- هل الضرر الذي لحق محمد ضرر قابل للتعويض؟
- ما نوع الدعوى الملائمة؟
- ما هي الجهة القضائية المختصة؟
- على من تقع مسئولية الضرر؟