

محاضرات في تقنيات البحث العلمي/ سنة ثانية ليسانس حقوق/ المجموعة الثانية.

الفصل الثاني: تقنيات إعداد الأبحاث العلمية المختصرة.

يتميز ميدان العلوم القانونية بالأبحاث العلمية المختصرة التي تتصف بخصوصية في الجانب التقني المنهجي، إذ يستوجب إعدادها تقنيات وقواعد منهجية لا مثيل لها في غيرها من بحوث العلوم الاجتماعية الأخرى.

لذلك سندرس في هذا الفصل تقنيات إعداد أهم البحوث العلمية المختصرة في مجال القانون وعلى رأسها تقنيات تحليل النصوص القانونية والتعليق على القرارات والأحكام القضائية في المبحث الأول، ثم تقنيات تقديم الاستشارة القانونية و إعداد وصياغة المذكرة الاستخلاصية في المبحث الثاني، وتخصص المبحث الثالث لدراسة تقنيات التحرير الإداري.

المبحث الأول : تقنيات تحليل النصوص القانونية والتعليق على القرارات والأحكام القضائية.

تختلف تقنيات تحليل النصوص عن تقنيات التعليق على القرارات والأحكام القضائية، وهو ما نفصل فيه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تقنيات تحليل النصوص القانونية.

يقصد بالنص القانوني هنا المفهوم العام للمصطلح، سواء تعلق الأمر بالنصوص القانونية التشريعية التقنين، أو آراء ومذاهب الفقه القانوني حول مسائل معينة، أما التحليل فهو الدراسة المفصلة للنص، من خلال اعتماد المنهج الاستدلالي، الذي ينطلق من مقدمات كبرى للوصول إلى نتائج عن طريق القياس والتجريب العقلي والتركيب.

الفرع الأول منهجية تحليل النص القانوني.

ويقصد بها الخطوات المنهجية الواجب إتباعها لتحليل النصوص القانونية، والتي تتم على مرحلتين رئيسيتين تشتملان على عدة خطوات الأولى هي المرحلة التحضيرية والثانية المرحلة التحريرية، نتناولهما فيما يلي:

أولا : المرحلة التحضيرية.

هي المرحلة التي تتضمن التحليل الشكلي والموضوعي للنص، تحضيراً لمناقشته وفق خطة علمية.

1. التحليل الشكلي للنص.

يكون وفق الخطوات التالية:

أ- تحديد هوية النص:

فيما إذا كان نصا دستوريا أو مادة من معاهدة دولية أو قانون عضوي أو عادي أو حتى فرعيا كالأمر والمرسوم، وفق النموذج التالي : " يقع هذا ... في القانون رقم ... المؤرخ في ... المعدل ب... وقد جاء في الكتاب ... المعنون ب... من الباب ... المعنون ب... من الفصل ... المعنون ب... من القسم... تحت عنوان....."

ب- البحث في بنية النص.

يتم البحث في بنية النص من الناحيتين الطبوغرافية واللغوية، كما يلي:

- الناحية الطبوغرافية المطبعية يتم من خلالها تحديد الفقرات التي تتضمنها المادة القانونية محل التحليل، وفق النموذج الآتي: "يتألف النص من ... فقرات، تبدأ الفقرة الأولى من ... وتنتهي عند... ، وتبدأ الفقرة الثانية من ... وتنتهي عند...."
- الناحية اللغوية ويتم فيها تحديد الأسلوب الذي استعمله المشرع مع توضيح المصطلحات القانوني البحتة التي تظهر أهمية وفحوى النص بالإضافة إلى الأخطاء التي وقع فيها المشرع عند ترجمة النص وذلك بمقارنته مع النص الأصلي الصادر باللغة الفرنسية.

2. التحليل الموضوعي.

يستلزم هذا التحليل قراءة النص وفهمه جيدا لتحديد الإشكالية التي يعالجها، ومن ثم الإجابة عليها وفق خطة بحث منهجية علمية، كما يلي :

أ- قراءة وفهم النص.

ويكون ذلك بتكرار القراءة العادية والمعمقة للنص لأكثر من مرة لمعرفة الحالات الواقعية التي ينظمها، والحكم الذي قرره عند توافر شروط تطبيقه .

ب- تحديد الإشكالية.

قد يكون النص القانوني واضحا كما قد يكون غامضا أو يتضمن بعض المصطلحات التي تحتاج إلى توضيح المعرفة المراد منها، أو قد تتعارض مع نصوص قانونية أخرى، لهذا فان تحليل النص القانوني يثير العديد من التساؤلات القانونية التي تكون محور معالجة في المرحلة التنفيذية.

ج- مخطط البحث.

بعد تحديد الإشكالية لابد من وضع مخطط للتحليل يشبه مخطط إعداد البحوث القانونية ويتألف من مقدمة وتقسيم للموضوع عادة ما يكون ثنائيا وخاتمة.

ثانيا : المرحلة التحريرية.

يتم فيها الإجابة على التساؤلات والإشكالات التي يثيرها النص القانوني محل التحليل، وفق المخطط الذي تم وضعه مسبقا، وبالاتماد على مراجع قانونية، مع إبراز الرأي الشخصي للباحث وتقييمه لمدى مراعاة المشرع للمبادئ القانونية في تحرير هذا النص.

الفرع الثاني: دراسة تطبيقية لتحليل نص قانوني.

تحليل نص المادة 179 فقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه : " يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية".

أولا : المرحلة التحضيرية.

1- التحليل الشكلي:

النص عبارة عن المادة 179 فقرة 2 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، بالجريدة الرسمية العدد 76 الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20/442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، بالجريدة الرسمية رقم 82، ضمن الفصل الرابع المتعلق بالقضاء من الباب الثالث الخاص بتنظيم السلطات والفصل بينها. تتضمن المادة 179 خمس فقرات من بينها الفقرة 2 منها محل دراستنا والتي تتشكل بدورها من جملة واحدة تبدأ من يمثل مجلس الدولة" وتنتهي عند المواد الإدارية"، استعمل المشرع فيها عبارات ومصطلحات قانونية بحتة تظهر أهمية وفحوى المادة وهي مجلس الدولة المحاكم الإدارية للاستئناف- المحاكم الإدارية – الجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية ".

2 – التحليل الموضوعي:

يتضح من تحليل هذه المادة أن المؤسس الدستوري من خلال التعديل الدستوري لسنة 2020 وبعد تأكيده على رقابة القضاء على قرارات الإدارة، جسد ذلك في إخضاعه المواد الإدارية لرقابة القضاء الإداري تفعيلاً لمبدأ ازدواجية القضاء، وتأكيده على حق التقاضي على درجتين كمبدأ دستوري، من خلال استحداث جهة قضائية إدارية إستئنافية، وتعديل اختصاصات الجهات القضائية الموجودة من قبل.

وعليه يمكن طرح الإشكال الآتي: فيما تتمثل هياكل القضاء الإداري المختص في الرقابة على أعمال الإدارة؟ وما هي اختصاصاتها؟

وهو ما بحيب عليه بالتفصيل في المبحثين التاليين :

المبحث الأول تنظيم واختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

المبحث الثاني استحداث المحاكم الإدارية للاستئناف واختصاصاتها.

ثانيا : المرحلة التنفيذية.

يتم من خلالها تحليل المادة وفق المخطط السابق ذكره بالاعتماد على مصادر ومراجع قانونية، وإبراز الرأي الشخصي للباحث.

المطلب الثاني تقنيات التعليق على القرارات والأحكام القضائية.

لا تختلف منهجية التعليق على الأحكام القضائية عن منهجية التعليق على القرارات القضائية، إلا في نقاط طفيفة وهي وجوب ذكر سبب الطعن سواء كان بالاستئناف أو بالنقض،

وفيما يلي عرض الخطوات ذلك.

الفرع الأول منهجية التعليق على القرارات والأحكام القضائية

تنقسم منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية إلى مرحلتين أساسيتين تحضيرية وتنفيذية، نصلها كالتالي :

أولا – المرحلة التحضيرية وتتضمن ما يلي:

1- التعرف على القرار أو الحكم وذلك من خلال ما يلي :

- أ- الديباجة والتقديم
- اسم الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار.
- القسم أو الغرفة.
- رقم الدعوى و تاريخ صدور الحكم.
- أسماء أطراف النزاع .

ب – الوقائع

هي كل الأحداث التي أدت إلى نشوء النزاع، من تصرفات قانونية، أقوال، أفعال مادية وغيرها، والتي تم ذكرها في الحكم أو القرار، حيث يتم استخراجها مرتبة ومتسلسلة زمنيا حسب وقوعها ومرتبة في شكل نقاط مع الابتعاد عن افتراض وقائع لم تذكر.

ت – الإجراءات :

في مختلف المراحل القضائية التي مر بها النزاع عبر درجات التقاضي إلى غاية صدور القرار أو الحكم محل التعليق، فإذا كان محل التعليق قرارا صادرا عن مجلس قضائي يجب الإشارة إلى الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية، والذي كان موضوعا للاستئناف أمام المجلس القضائي، وإذا كان القرار صادرا عن محكمة عليا يصبح جوهريا إبراز مراحل عرض النزاع على المحكمة والمجلس القضائي، أما إذا كان موضوع التعليق حكم ابتدائي، فقد تكون لبعض المراحل الإجرائية في الدعوى أهميتها في تحديد معنى الحكم مثل الإشارة إلى الخبرة إذا تمت الإحالة إليها.

ث - الادعاءات

وهي مزاعم وطلبات أطراف النزاع التي استندوا عليها للمطالبة بحقوقهم، والتي يجب أن تكون مرتبة مع ذكر سندها القانوني.

ج _ منطوق القرار أو الحكم

ويتضمن الحل الذي قضت به الجهة القضائية المختصة في النزاع المعروض عليها.

ح - المشكل القانوني

وهو السؤال الذي يتبادر إلى ذهن القاضي عند الفصل في النزاع، ولا يظهر في الحكم أو القرار إنما يستخلص من منطوق الحكم مقارنة بالادعاءات محل النزاع، حيث يجب أن يطرح الإشكال في شكل سؤال رئيسي أو أسئلة فرعية، وبأسلوب قانوني، كما يجب على المعلق الالتزام بالمسائل المتنازع عليها دون غيرها.

2- التعرف على جوهر الحكم أو القرار : وذلك من خلال :

أ- فهم وتحديد الموضوع:

من خلال قراءة الحكم أو القرار لاستخراج المكونات الأساسية له والأسباب الكامنة وراء اتخاذ هذا القرار.

ب- التحليل الذهني للحكم أو القرار :

وذلك باستنتاج النقاط القانونية التي تثير تساؤلات والتي تتعلق بالقضية محل الحكم أو القرار، وتحليلها ذهنياً ومقارنتها مع دراسات فقهية واجتهادات قضائية، وهذا يستوجب الإلمام بالموضوع بشكل كاف للوصول إلى نتيجة وهي تأييد أو معارضة الحكم أو القرار .

ت- وضع مخطط التعليق :

الفهم الكامل وتحديد النقاط القانونية والقواعد التي طبقتها المحكمة أو المجلس وكيفية تطبيقها، يتوجب على الباحث وضع مخطط للتعليق يتضمن مقدمة وعرض وخاتمة.

ثانياً : المرحلة التحريرية.

راد بها صياغة التعليق وفق منهجية إعداد البحوث القانونية، والتي تتضمن مقدمة وعرض

وخاتمة، يختلف مضمونها وفق النموذج التالي :

أ- مقدمة .

تتضمن اسم الجهة المصدرة للحكم أو القرار وتاريخه، وتحديد أطراف النزاع، والطرف الطاعن في حالة الطعن بالاستئناف أو بالنقض، إضافة إلى موضوع النزاع كما سبق ودرسنا في المرحلة التحضيرية.

ب- العرض.

يتضمن مناقشة الحكم أو القرار وتقييمه، حيث يقوم المعلق في كل عنوان من الخطة بمناقشة جزء من المسألة القانونية المطلوب دراستها، مناقشة نظرية وتطبيقية مع إعطاء رأيه في الحل القانوني للنزاع، فالدراسة تكون موضوعية وشخصية.

حيث تشير الدراسة الموضوعية إلى :

- موقف القانون من هذا الحل حكم أو قرار، هل استند إلى نص قانوني؟ وهل هذا النص واضح أو غامض؟ كيف تم تفسيره ووفق أي اتجاه؟
- موقف الفقه من هذا الحل، ما هي آراء الفقه في المسألة؟ ما هو الرأي الذي اعتمده الحكم أو القرار؟
- موقف الاجتهاد القضائي السابق أو اللاحق من هذا الحل، هل يوافقه أم يلغيه أم يطرده؟ أما الدراسة الشخصية، فتكون من خلال إعطاء حكم تقييمي للحل الذي تبناه القضاء، وهل يرى المعلق بأن هناك حلاً أفضل منه أم أنه يوافقه.

ت- خاتمة

يختم المعلق تعليقه على القرار إما بتأييده أو معارضته مع عرض البديل.

الفرع الثاني: دراسة تطبيقية للتعليق على قرار قضائي.

التعليق على قرار مجلس الدولة الصادر في 08/03/1999 في قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة الخميسي.

أولاً : المرحلة التحضيرية.

1- أطراف النزاع

- المستأنف وزارة الدفاع الوطني.

- المستأنف عليهم ورثة بن عمارة الخميسي .

2- الوقائع

تعرض الضحية بن عمارة الخميسي الحادث إطلاق نار في كمين للدرك الوطني حين كان جالساً إلى جانب سائق السيارة الذي لم يمثل لأمر التوقف لاعتقاده بوجود حاجز مزيف، ما أدى إلى وفاته وإصابة زوجته وابنتيه بجروح خطيرة.

2- الإجراءات

- رفع ذوي حقوق الضحية دعوى مسؤولية ضد وزارة الدفاع الوطني أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء أم البواقي، وحكم لهم بالتعويض في 14/11/1995، يدفع لهم بالتضامن بين وزارة الدفاع الوطني وممثل الوكالة القضائية بالخرينة العمومية بوزارة الاقتصاد .

- استئناف وزارة الدفاع الوطني للقرار الصادر عن الغرفة الإدارية المجلس قضاء أم البواقي أمام مجلس الدولة بتاريخ 04/02/1996.

- صدور قرار مجلس الدولة بتأييد القرار المستأنف بتاريخ 08/03/1999.

4- الادعاءات:

تؤسس وزارة الدفاع الوطني استئنافها على أساس وجود خطأ من السائق الذي رفض الامتثال لأمر التوقف، تطبيقاً للمادة 127 من القانون المدني خطأ الضحية، كذلك على أساس المادة 130 من نفس القانون تطالب بمراجعة مبلغ التعويض، وبناءاً عليه تطلب وزارة الدفاع الوطني الإشهاد بخطأ سائق السيارة والحكم بانتفاء مسؤوليتها.

بينما يطلب ورثة لخميسي التعويض عن الضرر الذي أصابهم جراء وفاة والدهم تأسيساً على المادتين 124 و 136 من القانون المدني، وحيث لم يبلغوا بالاستئناف فهم لم يجيبوا عن أوجه الاستئناف المثارة.

5- منطوق قرار مجلس الدولة:

أسس مجلس الدولة قراره بتأييد القرار المستأنف ، حيث استند الى نظرية مسؤولية الادارة بدون خطأ، أي على نظرية المخاطر، كون أن الخطر غير عادي واستثنائي وجسيم لا يتحمله الشخص العادي، وأن رجال الدرك (أعوان الدولة) استعملوا أسلحة نارية على الغير مسببين ضرراً، وأن دفع وزارة الدفاع الوطني بالإعفاء من المسؤولية بسبب خطأ الضحية غير سديد.

6- الإشكال القانوني

على أي أساس قانوني أو قضائي يمكن تأسيس مسؤولية وزارة الدفاع الوطني عن الحادث؟ وهل دفع وزارة الدفاع بخطأ الضحية صحيح ؟

ثانياً : المرحلة التحضيرية.

مقدمة.

مخطط التعليق.

المبحث الأول : مسؤولية وزارة الدفاع الوطني.

المطلب الأول : نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الادارية.

المطلب الثاني استعمال أعوان الدولة لأسلحة خطيرة كتطبيق لنظرية المخاطر.

المبحث الثاني: عدم تأثير خطأ الضحية.

المطلب الأول : قيام المسؤولية دون خطأ.

المطلب الثاني عدم تطبيق قواعد القانون المدني.

خاتمة .

المبحث الثاني: تقنيات تقديم الاستشارة القانونية و إعداد المذكرة الاستخلاصية.

من أهم البحوث العلمية المختصرة الهامة في مجال العلوم القانونية نجد الاستشارة القانونية والمذكرة الاستخلاصية، حيث تتفرد كل منهما بتقنيات متميزة ومنهجية خاصة في إعدادها، وهو ما ندرسه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تقنيات تقديم الاستشارة القانونية.

نتطرق من خلاله المفهوم الاستشارة القانونية في فرع أول، ثم دراسة أنواعها في فرع ثان، والتعرف على منهجية تقديمها في فرع ثالث.

الفرع الأول : مفهوم الاستشارة القانونية.

ندرس مفهوم الاستشارة القانونية من خلال تعريفها وتحديد مواضيعها ومهام المستشار القانوني خلال العناصر التالية :

أولا : تعريف الاستشارة القانونية.

الاستشارة القانونية هي استكشاف رأي القانون في مسألة معينة، قد تكون محل نزاع أمام ضاء، أو يحتمل أن تكون كذلك، بهدف معرفة حكم القانون والوقوف على احتمالات صدور حكم الصالح طالب الاستشارة من عدمه، كما قد تطلب الاستشارة بشأن مسألة معينة لا تكون محل نزاع، حينها يطلب المستشار الاستشارة حتى يكون على دراية عند تصرفه، فلا يتعرض للخسارة أو المساءلة، أو لسد الثغرات التي يمكن أن يستفيد منها من يتعاقد مع طالب الاستشارة ويتعامل معه .

ثانيا : مواضيع الاستشارة القانونية ومهام المستشار.

تتعدد مواضيع الاستشارة القانونية، وتتعدد معها مهام المستشار القانوني وهذا ما نتطرق إليه فيما يلي :

1- مواضيع الاستشارة القانونية.

المواضيع التي تثار بشأنها الاستشارة كثيرة ومتعددة نذكر منها :

- المعرفة 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، ومثال ذلك أن تطلب شركة تجارية معينة من مستشار قانوني معرفة حكم القانون بالنسبة لنزاع حاصل بينها وبين مجموعة من العمال، التعرف على ما إذا كان في مقدورها اللجوء للقضاء من عدمه، ومدى نجاعة مسعاها لو لجأت للقضاء.
- ليكون طالب الاستشارة على بصيرة عند تصرفه فلا يعرض نفسه إلى التهلكة، أو لسد الثغرات التي يحتمل أن يستفيد منها من يتعاقد أو يتعامل معه، ومثاله أن يطلب بنك معين من مستشاره القانوني معرفة حكم القانون في المسائل التي يعرضها عليه، ليعين له الوجه الصحيح الذي ينبغي أن يتصرف على مقتضاه حتى يتجنب المسألة.

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 لأن يكون جوابا على هذه النقاط، ولذلك يتعين عليه أن يبدأ بفحص الطلب جيدا لتحديد العناصر الواقعية التي يرتب القانون عليها نتائج محددة.

2- مهام المستشار القانوني.

الهدف من الاستشارة بالنسبة لطالبيها (المستشير)، هو معرفة حكم القانون في مسألة معينة، والمستشير قد يكون شخص طبيعي أو معنوي، هيئة حكومية أو غير حكومية. أما بالنسبة لمن يقوم بها

المستشار)، فهي بيان الرأي القانوني في خصوص المسألة المطروحة وما يقتضيه ذلك من بيان النصوص القانونية المطبقة عليها وتفسيرها وموقف الاجتهاد القضائي والفقهية بشأنها، والمستشار قد يكون مثلاً محام، شركة استشارات، مستشار بوزارة. إن مهمة المستشار تنحصر في بيان الحل الذي يكرسه القانون الوضعي، وليس في التصدي التقويم حكم قضائي، أو إعطاء آرائه الشخصية أياً كانت قيمتها الأدبية، فالاستشارة القانونية تفترض أن شخص معيناً أو جهة معينة تريد أن تعرف حكم القانون في مسألة معينة.

وعليه فالمستشار القانوني يقوم بما يلي :

- يبرز النتائج أو الآثار التي يستتبعها بيان الرأي القانوني في مسألة ما.
- إيضاح ما يتعين عمله من قبل طالب الاستشارة الحصر آثار ذلك في أضيق حد.
- الإسراع في اتخاذ إجراء معين في خصوص المسألة المعروضة . لذلك يتعين على طالب الاستشارة القانونية أن يبين المستشاره كافة العناصر الواقعية المتعلقة بموضوع الاستشارة، وأسانيده التي تمكن المستشار من بيان الرأي القانوني السليم، كما يتعين على المستشار أن يبين الحكم القانوني بوضوح ودقة أمام طالب الاستشارة حتى يتخذ ما يراه مناسباً وفقاً للقانون .

الفرع الثاني: أنواع الاستشارة القانونية.

تنقسم الاستشارة القانونية إلى استشارة حيادية وأخرى موجهة، كما يلي :

أولاً : الاستشارة الحيادية.

الغاية منها توجيه طالب الاستشارة بخصوص المسائل والقضايا القانونية المطروحة، يقوم فيها المستشار بتحليل عام للعناصر المتعلقة بهذه المسألة أو القضية، بهدف تنوير المستشار بجميع النقاط الإيجابية والسلبية الخاصة بالمسألة أو القضية، أي تبيان جميع النقاط التي من الممكن أن تعود على المستشار بالمنفعة أو بالمضرة.

ثانياً : الاستشارة الموجهة.

نكون بصدد هذا النوع من الاستشارة في حالة قيام نزاع بين طرفين أو أكثر أو يحتمل قيام نزاع مستقبلاً في هذه الحالة تكون الاستشارة أكثر عمقاً، لا يكتفي فيها المستشار بتنوير المستشار فحسب، بل يبين فيها رأي القانون بدقة الترجيح كفة طالب الاستشارة أمام القضاء، يبرز فيها المستشار النتائج والآثار القانونية بخصوص المسألة المطروحة، وإيضاح ما يتعين فعله من قبل طالب الاستشارة الحصر آثار ذلك في أضيق نطاق.

الفرع الثالث: منهجية تقديم الاستشارة القانونية.

الاستشارة الجيدة تقتضي إتباع ثلاثة مراحل وهي المقدمة، التحليل والخاتمة

أولاً : مقدمة الاستشارة القانونية.

في المقدمة يحدد المستشار بدقة إطار الاستشارة والنقاط التي تثيرها، فيذكر الوقائع المطروحة من طالب الاستشارة مرتبة ومنظمة، لأن طالب الاستشارة قد يقدمها له بشكل غير منظم، حتى يسهل للمستشار الوقوف على الإشكالات القانونية التي سيتطرق لها فيما بعد في مرحلة التحليل.

ثانيا : التحليل.

بعد ضبط نطاق الوقائع تأتي مرحلة التحليل وهي أهم مرحلة في الاستشارة القانونية، إذ يقوم فيها المستشار بالعمليات التالية :

- تحديد الإشكالية أو الإشكالات القانونية المطروحة، والتي يستنتجها المستشار من الوقائع والمعلومات المحددة في الاستشارة، وفي بعض الأحيان قد يطرح على المستشار سؤال أو عدة أسئلة، حينها يمكنه أن يقف على الأسئلة المطروحة، أما إذا كانت غير كافية، فإن المستشار يستخلص الإشكالات الجوهرية المترتبة على الوقائع المطروحة أو الإشكالات المتفرعة عنها. وأحيانا قد تكون الوقائع المقدمة من طالب الاستشارة غير دقيقة وغير كافية، فيتوجب على المستشار في هذه الحالة أيضا أن يستكمل النقص الملاحظ بشأنها.
- المناقشة وتبيان الحكم القانوني في المسألة، أين يتقيد المستشار بالقاعدة القانونية، ففي القانون الجزائي وطبقا للمادة الأولى من القانون المدني، يستوجب على المستشار أن يرجع إلى النصوص التشريعية التي تنطبق على المسألة المطروحة، بمختلف تدرجاتها بداية بالنصوص الدستورية والاتفاقيات الدولية ثم نصوص التشريع العضوي فالعادي فالفرعي، وإذا لم يجد نصا تشريعيًا يلجأ إلى نصوص الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد ينظر في العرف، وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. كما يمكن للمستشار اللجوء إلى الاجتهاد القضائي المستقر عليه، والآراء الفقهية دون الخوض في لاتها وذكر النظريات، وهذا من أجل تفسير كل غموض يشوب النصوص القانونية سألغة الذكر، والوصول إلى حل للمسألة.
- إعطاء الرأي القانوني بشأن المسائل القانونية والقضايا المطروحة.

ثالثا خاتمة الاستشارة القانونية .

في النهاية يقدم المستشار خلاصة رأيه القانوني في المسألة بصورة موجزة ومختصرة ومركزة وبوضوح تام، أي إعطاء النتيجة المتوصل إليها دون التحليل والتفصيلات الأخرى، ليعتمد عليها طالب الاستشارة فيما ينوي اتخاذه من قرارات.

الرأي القانوني

- هناك عقد شركة ذات مسؤولية محدودة قائم.
- إن حصص الشركاء في الشركة لا يمكن إثبات التنازل عنها إلا بموجب عقد رسمي وذلك بمقتضى نص المادة 572 من القانون التجاري.
- إذا ثبت تنازل الهالك قبل وفاته عن حصصه، وبقي له مبلغ في ذمة الشركة، يكون من حق الوارث سحب هذا المبلغ .
- شهادة الشهود حول تنازل الهالك عن حصصه من الشركة قبل الوفاة لا تلزم الوارث إبرام عقد تنازل عن الحصص مقابل سحب المبلغ المتبقي طالما لم يكن التنازل بموجب عقد رسمي.

الاستشارة المطلوبة :

هل يمكن اعتبار التنازل عن الحصص صحيحا إذا تم أمام الشهود ؟

الاستشارة المعطاة:

من المقرر قانوناً أنه لا يمكن إثبات التنازل عن حصص الشركاء إلا بموجب عقد رسمي، وبالتالي فإن التنازل عن الحصص بموجب شهادة الشهود يكون مخالفاً للقانون.

المطلب الثاني تقنيات صياغة المذكرة الاستخلاصية.

بر المذكرة الاستخلاصية من أهم الأعمال التي قد يكلف بها طالب الحقوق أو المترشح المسابقة مهنية كالقضاء والمحاماة أو الموظف بإحدى المؤسسات، فهي تتطلب تقنيات منهجية الإعدادها، لأنها تستلزم التعامل مع عدد من الوثائق التي يتم دراستها لاستخلاص واستخراج أهم ما ورد فيها من مسائل وإشكالات قانونية للإجابة وتقديم الحلول لها.

الفرع الأول مفهوم المذكرة الاستخلاصية.

نتناول مفهوم المذكرة الاستخلاصية من خلال تعريفها وتحديد أنواعها فيما يلي:

أولاً : تعريف المذكرة الاستخلاصية.

هي عبارة عن تحرير الطالب أو الباحث أو الموظف المذكرة يستخلص من خلالها ما شمله الملف المدروس من أفكار أساسية وإعادة صياغتها بأسلوب خاص دون النقل الحرفي دون إبداء لرأيه الشخصي. شكل من أشكال البحث العلمي المختصر الذي لا يتجاوز أربع صفحات، وهي عمل علمي غاية في الدقة يشبه إلى حد ما التعليق على النصوص القانونية والقرارات والأحكام القضائية مع تلخيصها.

أما من الناحية المهنية فالمذكرة الاستخلاصية هي معالجة مجموعة من الوثائق القانونية أو القضائية أو الفقهية بطريقة علمية، بهدف استخلاص ما تضمنته من أفكار أساسية وثنائية، وعرضها عرضاً متسلسلاً، يكشف عن قدرة الطالب على استيعاب مضامين تلك الوثائق، وتلخيصها واستخلاص ما اشتملت عليه من مسائل قانونية تتطلب التحليل.

ثانياً : أنواع المذكرات الاستخلاصية.

يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع :

- 1- المذكرة الاستخلاصية الأكاديمية: ترتبط هذه المذكرة بالمسار الأكاديمي التكويني للطالب الباحث الجامعي، الذي يكلف بإعدادها للتمكن من آلية معالجة النصوص القانونية والفقهية والأحكام والقرارات القضائية وغيرها من النصوص.
- 2- المذكرة الاستخلاصية الرسمية تعدها المؤسسات الرسمية داخل الدولة، كالقضاء مثلاً فالمترشح المسابقة القضاء والطالب في سلط القضاء والقاضي خلال مساره المهني، كلهم يتعاملون بالمذكرة الاستخلاصية القضائية، التي تهدف إلى استخلاص المسائل القانونية العالقة وحلولها ميدانياً، بما يصدره من قرارات وأحكام قضائية.
- 3- المذكرة الاستخلاصية المؤسسية يتم إعدادها لدراسة وضع من الأوضاع داخل مؤسسة مهما كان نوعها أو نشاطها، بهدف معالجته من وجهة نظر قانونية، حيث يقوم بهذا العمل المستشار القانوني للمؤسسة أو الموظف المكلف بذلك.

الفرع الثاني منهجية إعداد المذكرة الاستخلاصية.

الإعداد مذكرة استخلاصية وجب إتباع مرحلتين أساسيتين، هما :

أولا : المرحلة التحضيرية.

تتطلب هذه المرحلة إتباع مجموعة من الخطوات أهمها :

- قيام الطالب بقراءة سريعة ثم قراءة مركزة للوثائق من أجل فهمها.
- استخلاص الأفكار العامة وتسجيلها في مسودة.
- تسجيل الآراء المتناقضة إن وجدت المناقشته.
- ترتيب الوثائق مع مراعاة تكاملها أو تعارضها حسب محتواها للشروع في إعداد خطة مناسبة لتحرير المذكرة.

ثانيا : المرحلة التحريرية.

مرحلة أقل تعقيدا، تهدف للإحاطة بالملف كاملا بإتباع خطة معدة مسبقا، وفق ما احتواه الملف وليس من اختراع الطالب، كما يلي :

1 مقدمة تكون مختصرة ومستخلصة من الملف، وتنتهي بطرح إشكالية ووضع خطة.

2 عرض (متن): يكون محدد عادة بثلاث أو أربع صفحات على الأكثر، يقوم من خلاله الطالب بتحليل الخطة السابقة، مع مراعاة عدم النقل الحرفي لما ورد في نص الوثائق من عبارات وصياغات وإنما الاعتماد على أسلوبه الخاص في تحرير الأفكار العامة لتلك الوثائق. ويمنع على الطالب تخصيص مطلب لكل وثيقة لأن هذا يتعارض مع المذكرة الاستخلاصية. ويمكن للطالب الإشارة إلى الوثيقة المرجعية أثناء التحرير كذكر رقم المادة القانونية، أو رقم وتاريخ الحكم أو القرار القضائي، أو الإشارة إلى رأي فقيه معين من خلال ذكر عنوان المرجع المنسوب إليه أو المقال المنشور.

3 خاتمة تضم استخلاص الأفكار والمعلومات دون إبداء الرأي الشخصي، على خلاف المقال العلمي الذي يشتمل على النتائج والاقتراحات.

الفرع الثالث: نموذج تطبيق المذكرة استخلاصية.

حرف مذكرة استخلاصية في أربع صفحات على الأكثر حول تصرفات مريض مرض الموت بالاستناد على الوثائق التالية :

- المادة 408 والمادة 776 من القانون المدني.
- المادة 204 من قانون الأسرة.
- قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم 33719 المؤرخ في 9 جويلية 1984.
- مقتطف من الوسيط في شرح قانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الأول، الجزء الرابع.

الإجابة النموذجية :

يتعلق ملف موضوع هذه المذكرة بتصرفات المريض مرض الموت وحكم هذا الأخير، وتأثير الوقائع التي يتضمنها هذا الملف إشكاليتين أساسيتين، تتعلق الأولى بحكم وطبيعة تصرفات مريض الموت، هل هي تصرفات صحيحة أم باطلة، وإذا كانت صحيحة، فما هي الآثار التي ترتبها؟ وتخص الإشكالية الثانية الواقعة الواجب إثباتها ممن يطعن في التصرف الصادر عن المريض مرض الموت.

أولاً : حكم تصرفات المريض مرض الموت.

يستخلص من النصوص القانونية الواردة في الملف، وكذا من النص الفقهي أن تصرف المريض مرض الموت سواء كان بيعاً وفقاً للمادة 408 من القانون المدني، أو كان هبة طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة يأخذ حكم الوصية ويعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، أما الحكم الوارد في نص المادة 776 من القانون المدني، فما هو إلا ترديد لأحكام المادتين سالفتي الذكر .

ويستفاد من النص الفقهي الوارد في الملف أن المشرع قد استلهم هذا الحكم سالف الذكر من أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن المشرع قد أخذ بالراجح والمألوف بين الناس، فافترض أن الباعث الدافع إلى التصرف حال مرض الموت هو الخشية من الموت، وأن إرادة المريض مرض الموت تتجه إلى التحايل على القانون لمخالفة أحكام الميراث، وهي كلها من النظام العام، فعامله بنقيض قصده وحول التصرف من بيع أو هبة إلى وصية، ورتب عليه أثراً غير الأثر الذي أراد المريض ترتيبه على التصرف، ذلك أن المريض الذي يقتنع أنه لا يقوم من هذا الفراش وأنه هالك لا محالة، ليس بحاجة إلى التصرف مثل البيع أو الهبة بل له أن يوصي لغير الوارث في حدود الثلث فإن فعل غير ذلك بأن باع أو وهب عامله المشرع بمقيض قصده واعتبر تصرفه وصية.

على أن قرار المجلس الأعلى قد ذهب مذهباً آخر، إذ اعتبر أن بيع المريض مرض الموت باطل تأسيساً على انعدام ركن الرضا، حينما ألزم الطاعنين في القرار المعروض علينا أن يثبتوا أن مورثهم كان فاقد التمييز أثناء التصرف، ذلك أن النزاع لا يخضع للمادة 408 قانون مدني والمادة 204 قانون الأسرة، لأن وقائعه حدثت في ظل القانون القديم، ولكن مع ذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية المطبقة آنذاك تعتبر – كما جاء في النص الفقهي الوارد في الملف أن تصرفات المريض مرض الموت صرفات صحيحة ولكنها لا ترتب الأثر الذي اتجهت إليه إرادة المريض لأنها تخالف أحكام الميراث إنما آثار أخرى رتبها المشرع على لتصرف لأنها تنفق مع أحكام الميراث.

ثانياً : الواقعة محل الإثبات في دعوى الطعن في تصرفات المريض مرض الموت.

يتبين من النصوص القانونية الثلاثة والنص الفقهي الوارد في الملف، أن الذي يطعن في تصرف مورثه وهو مريض مرض الموت، وجب عليه إثبات أن هذا التصرف بيع أو هبة قد صدر منه وهو مريض مرض الموت، أو صدرت منه وهو في حالة مماثلة لمرض الموت، أو ما عبر عنها المشرع في المادة 204 من قانون الأسرة بالحالات المخيفة، مثل حالة الخنق والغرق.

ذلك أنه يكفي للطاعن أن يثبت بجميع طرق الإثبات المتاحة لأن المرض واقعة مادية أن مورثه كان مريضاً أثناء إبرام التصرف، ولم يشف من هذا المرض حتى مات أثناءه، إذا لم تمر سنة على التصرف، ولا دخل لتأثير المرض على القدرة العقلية للمريض، بل لم يفترض المشرع عدم سلامة العقل بل افترض أن المريض أراد التحايل على أحكام الميراث، فجعل حق الورثة يتعلق بثلثي التركة من لحظة إصابة المورث بمرض الموت، ولم يترك لهذا الأخير إلا الثلث يتصرف فيه وفقاً لأحكام الوصية، فإذا كان

التصرف الأحـد الورثة فإنه لا يسري مطلقا في حق الورثة إلا إذا أجازوه، أما إذا كان لغير الوارث فإنه يسري في حق الورثة في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازتهم.

أنه يلاحظ أن المجلس الأعلى قد اتحه اتجاهها آخر فاشتـرط على الطاعن أن يثبت، بالإضافة إلى أن المورث كان مريضا مرض الموت، بأن هذا المرض قد أفقده التمييز، وفي هذه الحالة نكون أمام بطلان العقد لانعدام الرضا، فرغم أن حيثيات القرار تشير أن الطاعن يلتـمس اعتبار التصرف وصية لأنه صدر في مرض الموت، فإن المجلس رأى أن الواقعة الواجب إثباتها هو سلامة العقل من عدمه.

وبالرجوع للمادة 776 من القانون المدني يبدو أن المشرع قد حدد صراحة الواقعة الواجب إثباتها لترتيب الحكم الوارد فيها، وهي أن التصرف صدر من المورث في مرض الموت ولم يشف منه حتى مات، كما أن هذا التفسير يستخلص من المادة 204 من قانون الأسرة، إذ أن الشخص الذي يكون في حالة مخيفة مثل الموشك على الغرق في سفينة، فإن تصرفه يأخذ حكم المريض مرض الموت رغم أن حالة الغرق لا تقلل من قدرته العقلية.

المبحث الثالث: تقنيات التحرير الإداري.

يقصد بالتحرير الإداري الإنشاء الإداري وفق الشروط الشكلية وكذا الخطوات التقنية المنهجية التي تلتزمها الإدارة بجميع هيئاتها المركزية والمحلية تركز هذه الدراسة على معرفة جملة المبادئ والشكليات والصيغ والتوجيهات المتعلقة بأهم المراسلات الإدارية والأكثر استعمالا في الوسط الإداري .

إن أهمية هذه الدراسة لا تقتصر على فترة التكوين فقط، بل سيستفيد منها الطالب عند مباشرته للعمل المهني، فالمراسلات الإدارية تحرر الخدمة مصالح معينة عامة أو شخصية، ومن ثم وجب حسن استعمالها ومراعاة شكلياتها وأسلوبها .

تناول في هذا المبحث مفهوم التحرير الإداري وخصائصه في المطلب الأول، ثم أنواع المراسلات الإدارية. في المطلب الثاني، وتخصص المطلب الثالث المنهجية التحرير الإداري وبعض نماذج المراسلات الإدارية.

المطلب الأول : مفهوم التحرير الإداري وخصائصه.

يعتبر التحرير الإداري عملية الكتابة للوثائق والمراسلات الإدارية والنصوص والتعليمات وفق صيغة إدارية ورسمية باستخدام أسلوب فني متميز. وعليه نتناول مفهوم التحرير الإداري وخصائصه في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مفهوم التحرير الإداري.

نتطرق إلى مفهوم التحرير الإداري من خلال تعريفه وتبيان أهميته وفق ما يلي :

أولا : تعريف التحرير الإداري.

مجموع الوثائق التي تحررها الإدارة بواسطة موظفيها، وتستعملها كوسيلة اتصال بغيرها من المصالح الإدارية الأخرى، وكذلك للقيام بعملياتها المختلفة بغية الوصول إلى الهدف المسطر لها.

نتركز من خلال در استنا للتحريير الإداري على معرفة أنواع الوثائق الإدارية وشكلياتها واختيار الأسلوب الإداري المناسب لها. فالمراسلات الإدارية كوسيلة من وسائل الاتصال الإداري لا غنى عنها في أي مجتمع من المجتمعات، بالرغم من ظهور قنوات جديدة للاتصال كالهاتف والفاكس والانترنت .

ثانيا : أهمية التحريير الإداري.

بالرغم من التطورات الحديثة سألقة الذكر، ما يزال التحريير الإداري ممثلا في المراسلات الإدارية على وجه الخصوص يحافظ على أهميته المتمثلة عموما فيما يلي:

- أنه الوسيلة الغالبة في الاتصال الإداري ونقل المعلومات، وهذا باعتبار المراسلات الإدارية، الأكثر جودة في نقل المعلومات وإيصال الحقائق إلى الأشخاص المعنيين إدارات أو أفراد).
- أنه أداة عمل أساسية في ميدان التطبيق: إن دراسة المراسلة الإدارية والإلمام بقواعدها، ضروري للتحريير الإداري السليم، وللتحكم في المضمون، فالمرشح مثلا لشغل وظيفة إدارية سيجد صعوبة في إيصال المعلومات ونقلها الى المخاطب بها إذا كان يفتقد الأصول التحريير الإداري. وبالتالي فإن أهميتها عمليا لا تقتصر على العاملين بالإدارة فقط بل تشمل حتى المتعاملين معها.
- أنه وسيلة إثبات مادية على أساس أن المراسلات الإدارية أوراق رسمية، وأن الكتابة هي أقوى أدلة الإثبات، حيث تكون أكبر حجية بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

الفرع الثاني: خصائص التحريير الإداري.

يتميز التحريير الإداري بجملة من الخصائص يتصل بعضها بالتنظيم الإداري وما يترتب عنه من احترام للتسلسل الإداري وما يتعلق به كالتحلي بروح المسؤولية وأخذ الحيطة والحذر والمحافظة على السر المهني، ويتصل بعضها الآخر بأسلوب التحريير الإداري وما يجب أن يتصف به من الموضوعية الوضوح والبساطة، والإنجاز والدقة، ثم المجاملة.