المحور الأول: منهجية الإجابة على إستشارة قانونية.

سوف نتطرق في هذا المحور إلى:

أولا: مفهوم الإستشارة القانونية.

لقد ورد مصطلح الإستشارة في القران الكريم لقوله تعالى.﴿ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ **وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ** بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿ فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ ۖ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ ۖ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ **وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ** ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾(2).

هناك عدة تعاريفات للإستشارة القانونية:

الإستشارة القانونية أو المشورة القانونية أو الرأي القانوني هي ثلاث تسيمات من الجانب القانوني تدل على معنى واحد وهو: إستكشاف وبيان حكم القانون في مسألة معينة بناء على طلب أو سؤال أخذا في الإعتبار وقائع محددة، أو بمعنى أكثر تفصيلا: هي رأي قانوني يعطيه رجل القانون بناء على طلب شخص يرغب في الوقوف على وضع قانوني معين، وصولا لذلك يقدم الأخير لمستشاره العناصر الواقعية طالبا معرفة الحكم القانوني في شأنها وتحديد الأثار القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، فيسعفه المستشار بالرأي الذي يبين له الوضع القانوني من جميع جوانبه وذلك بالإستناد إلى النصوص القانونية المطبقة وتفسيرها من قبل الفقه، وما إستقرت عليه المحاكم من إجتهاد[3].

الإستشارة هي رأي قانوني يعطيه رجل القانون بناء لطلب شخص يود الوقوف على وضع قانوني معين، فيعرض للمستشار العناصر القانونية طالبا تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب

---

1. سورة الشورى: الآية 38.
2. سورة آل عمران: الآية 159.
3. فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، دروس في المنهج القانوني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 180.

عليها، فيساعده المستشار بالرأي الذي يوضح له الوضع القانوني من النواحي التي يرغب طالب الإستشارة بالوقوف عليها.

يتضح من هذا التعريف أن الإستشارة عبارة عن رأي قانوني يتضمن جوابا على مسألة قانونية معروضة بخصوص ترتيب وضع قانوني أو وضع حل لنزاع قانوني معين[1].

تعرف الإستشارة القانونية بأنها إستكشاف لرأي القانون في مسألة معينة، وهاته المسألة إما أن تكون محل نزاع وإما لا تكون محل نزاع ولكن يحتمل أن تكون محل نزاع مستقبلا. فالاستشارة القانونية تقتضي أن شخصا معينا أو جهة معينة ما تود معرفة حكم القانون في مسألة معينة. فالأشخاص في العادة ليسوا على دراية بالثقافة القانونية التي تجعلهم قادرين على هذه المعرفة. لذا يفضل أن يكون لكل منهم محامي يرجع إليه في تصرفاته القانونية. فكلما إلتزم الأشخاص بذلك كلما قل إحتمال وقوعهم في النزاعات القانونية مستقبلا[2].

وعليه ومما سبق فإن:

-إن الإستشارة بالنسبة لطالبها هي طلب معرفة حكم القانون في مسألة معينة.

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

-إن مهمة المستشار تنحصر في بيان الحل الذي يكرسه القانون الوضعي، وليس في التصدي لتقويم حكم قضائي، أو إعطاء آرائه الشخصية أيا كانت قيمتها الأدبية.

[1]. حلمي محمد الحجار وراني حلمي الحجار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، بيروت لبنان، ص 386.

[2]. عمار تركاوي ومحمد خير العكام، المنهجية القانونية، الجامعة الإفتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 260.

-إن الإستشارة القانونية تفترض أن شخصا معينا أو جهة معينة تريد أن تعرف حكم القانون في مسألة معينة[1].

ثانيا: أطراف الإستشارة القانونية.

تكون الإستشارة القانونية بين طرفين هما:

1- **المستشير**: أي شخص طبيعي أو معنوي يود إستيضاح الوضع القانوني والآثار أو النتائج التي قد تنتج عن أمر ما أو تتفرع عنه.

2- **المستشار**: هو رجل قانون ولا يشترط إلزامية أن تكون له صفة رسمية، فقد يكون محاميا او قاضي متقاعد، أو أستاذا جامعيا أو مجازا في الحقوق، وذا إلمام بالحقل القانوني، كما بالإمكان أن يكون واحد من طلبة القانون[2].

ثالثا: حالات طلب الإستشارة.

يتم طلب الإستشارة في الحالات الآتية:

1- معرفة حكم القانون بشأن مسألة موضوع النزاع أو من المحتمل حدوثه في المستقبل، وما يحتمله من عرضه على القضاء، إذ يكون غرض الإستشارة تصحيح تصرفات الأشخاص بغية صدور أحكام في صالحهم مستقبلا في المسألة محل الإستشارة.

2- يتم طلب الإستشارة حتى يكون طالبها على بصيرة في تصرفاته الشخصية والمالية حتى لا يعرض نفسه للمساءلة أو الخسارة أو لسد الثغرات التي من المحتمل أن يستفيد منها المتعاقد أو المتعامل معه[3]، بمعنى أن المستشير يرغب في القيام بنشاط معين أو القيام بعمل معين ويود معرفة الإطار

---

[1]. فاضلي إدريس، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، الطبعة الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 280.

[2]. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، طبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص 228.

[3]. عمار تركاوي ومُحَمَّد خير العكام، المرجع السابق، ص 260.

القانوني الذي يمشي فيه تحقيقا لمصالحه الشخصية، مع عدم تعريض نفسه ومصالحه أو مصالح الآخرين للضرر.

3- قد يكون طالب الإستشارة صاحب حق يود معرفة السند القانوني لحقه والإجراءات الواجبة إتباعها للحصول على حقه أو المحافظة عليه.

4- كما يمكن أن يكون مدعى عليه أو ملاحقا، يود معرفة موضوع الإدعاء عليه وسنده القانوني والوسائل الواجب الإعتماد عليها للحفاظ على حقوقه.

5- كما يمكن أن يكون متهما يود تهيئة الدفاع لرد الإدعاء عنه وإسقاط المتابعة بحقه، أو التخفيف من وقعها على شخصه وماله.

وفي كل الحالات يلاحظ وجود وقائع حدثت أو قد تحدث، ينتج عنها حدوث نتائج أو آثار تترتب عنها أو تتفرع منها، أي أنها وقائع تشكل نقاط قانونية يتوجب على المستشار الإجابة عليها[1].

وعليه فإن الإستشارة قد تطلب بمناسبة وجود نزاع معين، كما يمكن أن تطلب قبل وقوع أي نزاع، وهي في كلتا الحالتين تهدف إلى تحديد الوضع القانوني من النواحي التي يود طالب الإستشارة الوقوف عليها[2].

رابعا: واجبات أطراف الإستشارة.

1- واجبات المستشار: تقتصر مهمة المستشار في:

- بيان الحل الذي يكرسه القانون الوضعي أو تحديد الأوضاع القانونية التي يتوجب إتخاذها في ضوء الأحكام القانونية الوضعية.

[1]. صالح طليس، المرجع السابق، ص 229.

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

-يقوم المستشار بإظهار النتائج والآثار التي يستتبعها بيان الرأي القانوني في الموضوع محل الإستشارة بغية تبين ما يتوجب عمله من طرف طالب الإستشارة من أجل حصر هذه الآثار في أضيق الحدود أو الإسراع بإتخاذ إجراء معين بشأن الموضوع محل الإستشارة، وهذا يتوقف على طبيعة وظروف الإستشارة.

-يبين المستشار حكم القانون بدقة ووضوح بالغة، حتي يتسنى لطالب الإستشارة إتخاذ ما يراه سليما وفق لما يقتضيه القانون، فالإستشارة هي إجابة على سؤال أو عدة أسئلة والإجابة تقتضي أن تكون واضحة وصريحة.

-توضيح ما يتعين عمله من طرف طالب الإستشارة لحصر أثار ذلك في أضيق الحدود.

-أو الإسراع بإتخاذ إجراء معين في شأن المسألة المعروضة.

وعلى العموم يتوجب على المستشار بيان الحكم القانوني بوضوح ودقة، أمام زبونه طالب الإستشارة ليحيط علما بحقيقة المسألة حتى يتخذ ما يراه سليما وفقا لما يلزم به القانون[1].

2- واجبات المستشير (طالب الإستشارة):

يجب على طالب الإستشارة أن يحدد لمستشاره كل العناصر الواقعية الخاصة بموضوع الإستشارة وأدلته وأسانده عليها، فبدون ذلك يتعذر على المستشار بيان حكم القانون فيها[2]. فمن واجب المستشير شرح كل عناصر النزاع بشكل واضح وصريح ودقيق وثابت، ويترك للمستشار عملية إختيار الوقائع المنتجة أو الغير منتجة لآثار قانونية، وهذا ما يقتضي من طالب الإستشارة تحديد لمستشاره كل العناصر الواقعية الخاصة بموضوع الإستشارة بشكل يوافق واقع الحال المعروض، وإلا تكون الإستشارة مبنية على وقائع غير صحيحة، فتفقد قيمتها والجدوى المقصودة منها[3]. وبمعنى أخر

[1]. فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 281.
[2]. عمار تركاوي ومُحَمَّد خير العكام، المرجع السابق، ص 261.
[3]. صالح طليس، المرجع السابق، ص 228.

يقتضي لأن يضع طالب الإستشارة أمام مستشاره كل العناصر التي تمكنه من بيان الرأي القانوني السليم[1].

خامسا: مراحل الإستشارة القانونية.

1- عرض وقائع النزاع (تحديد النقاط القانونية):

عقب إنتهاء المستشار القانوني من الإستماع إلى ما قدمه طالب الإستشارة من وقائع يتعين عليه أن يعمد إلى إثبات الوقائع المقدمة إليه ثم إعادة ترتيبها بشكل واضح ورابطها ببعضها البعض بشكل منطقي، وفق تسلسل موضوعي أو زمني مستخلص من أقوال طالب الإستشارة وما يملكه من أوراق ومستندات، مع التركيز على العناصر المنتجة والمؤثرة منها في حل النزاع، وإستبعاد العناصر غير المنتجة، أو التي لا علاقة لها بالنزاع[2].

عقب عرض وترتيب الوقائع نقوم بإستخلاص النقاط القانونية التي يجب دراستها ومعالجتها لتبين النتائج القانونية التي تنتج عنها، والتي يحتمل أن تترتب عليها أو تتفرع عنها[3].

2- الإجراءات:

وهي المراحل الإدارية (التظلم إن وجد) والقضائية (رفع دعوى، طعن) التي مر بها النزاع. وترتب بحسب حدوثها زمنيا وبدقة (مثل تاريخ التظلم الإداري، تاريخ رفع الدعوى الإدارية أو الطعن القضائي).

وبمأن الإستشارة غالبا ما تطلب بداية، أي قبل اللجوء إلى القضاء، فإن معطياتها تقتصر على الواقع فقط، وفي حالة ما إذا إتخذت إجراءات وطلبت ففي هاته الحالة يتوجب ذكرها مع إحترام قواعد ترتيبها[1].

---

1. فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 281.
2. فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، المرجع السابق، ص 197.
3. صالح طليس، المرجع السابق، ص 231.

3- طرح المسائل القانونية:

تقدم التساؤلات في منهجية الاستشارة من خلال مصطلح "طرح المسائل القانونية "يتم إستخراج المسائل القانونية من عناصر الإستشارة (وقائعها وإجراءاتها إن وجدت)، ويتوجب حصرها كاملة، بمعنى ضرورة الإلمام بها دون البحث في المسائل المفصول فيها. مثلا ان كاان النزاع بين بلدية وموظف فلا داعي للبحث في طبيعة النزاع.....

4-تحديد القواعد القانونية:

عقب وصول المستشار إلى إستخلاص النقاط القانونية التي يتعين معالجتها ودراستها لإظهار الآثار القانونية الناتجة عنها، فإنه يقوم بتحديد وتعين القواعد والنصوص القانونية التي تحكم المسألة موضوع الإستشارة، وذلك من خلال مراجعة كل النصوص التشريعية التي تتطرق للنقطة التي تم البدء بمعالجتها، ومحاولة تحديد محتوى هذه النصوص ومفهومها في ضوء ما جاء في الفقه وإجتهادات المحاكم، للوصول إلى معرفة مدى إنطباق هذه النصوص على الوقائع القانونية موضوع الإستشارة[2].

فإذا كان النص واضح وصريح ولا يوجد خلاف على تفسره أو تطبيقه يتم الإكتفاء به. أما في حالة غموض النص أو حالات وجود خلاف فقهي بشأن تطبيقه وتفسيره، فيقتضي ذلك التطرق لما ورد في المراجع الفقهية والإجتهادية بشأن محتوى النص المذكور[3].

ففي حالة توصل المستشار إلى إختيار نص أو نصوص قانونية بعينها بإعتبارها هي الأقرب للتطبيق على الوقائع المعروضه، فيبدأ بالفعل في تطبيق هذه النصوص على الوقائع عن طريق إحلال أو تطبيق ما تضمنته من أحكام وقواعد على الوقائع المعروضة أو المفترضة- بمعنى إفراغ الوقائع في

---

[1]. بوحميدة عطاء الله، إرشادات في منهجية الإستشارة (المنازعات الإدارية) مع نماذج تطبيقية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 2.

[2]. فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، المرجع السابق، ص 199.

[3]. صالح طليس، المرجع السابق، ص 231.

قوالب النصوص القانونية واجبة التطبيق عليها- للوصول إلى حل أو رأي قانوني بخصوص النقطة القانونية محل المعالجة[1].

والجدير بالذكر أنه قد يتوصل المستشار القانوني في الرأي القانوني الذي يبديه إلى حل أو عدة حلول محتملة في حالة عدم ثبات العناصر الواقعية أو في حالة وجود عدة إختلافات وتفسيرات بخصوص نقطة قانونية معينة، فإذا كانت العناصر الواقعية ثابتة والقاعدة القانونية التي تنطبق عليها واضحة ولا تحتمل تفسيرات متعددة يسهل هنا على المستشار إعطاء رأي واحد بخصوص الحل المقترح، أما إذا كانت العناصر الواقعية غير ثابتة، أي أن وسائل إثباتها غير حاسمة، وبالإمكان أن تفقد قيمتها بظهور أدلة معاكسة عند الخصم، أو إذا كانت الوسائل تخضع لسلطة التقديرية للقاضي، ففي هذه الحالة على المستشار عرض مختلف الإحتمالات الخاصة بالحل.

وإذا كانت القاعدة القانونية مجل جدل فقهي فعليه عرض تلك التفسيرات والإجتهادات المتباينة والإتجاه الأحدث والأرجح بينهما[2].

5- إعطاء الحل القانوني:

عقب دراسة كل النقاط القانونية وإعطاء الآراء المقترحة بخصوص كل منها، يتم وضع خلاصة للرأي المقدم بأسلوب موجز وواضح، ليشكل دليلا أو منارة لطالب الإستشارة، أي خريطة طريق، ليكون على يقين من أمره فيما ينوي إتخاذه من طريق.

كما يتعين أن تتضمن الإستشارة عدة بيانات أهمها:

- رقم وتاريخ طلب الرأي القانوني.

- ملخص الوقائع التي على أساسها طلب الرأي القانوني.

- الأسئلة التي أنتهي بمقتضها طلب الرأي القانوني.

---

1. فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، المرجع السابق، ص 199.
2. حلمي محمد الحجار وراني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص 386.

- النصوص وأحكام المحاكم التي تم الإستناد عليها في إبداء الرأي القانوني.

- الحيثيات التي تم الإستناد إليها في إبداء الرأي القانوني.

- خلاصة الرأي القانوني بشكل موجز ودقيق[1].

سادسا: نموذج عن إستشارة قانونية.

1- موضوع الإستشارة القانونية.

بتاريخ 28-03-2020 تقدم إليك السيد (ع.ج) بصفتك مستشار قانوني، يطلب إستشارة قانونية بخصوص رغبته في حضانة إبنته، حيث أنه بعد طلقها بتاريخ 12-06-2018 تزوجت طلقته الحاضنة بغير قريب محرم بإنجلترا بتاريخ 16-08-2019، فضلا عن ذلك فالبرغم من أنها لاتزال تعيش في الجزائر إلا أنه متخوف من أن تأخذها طليقته معها للعيش في إنجلترا، كما أن من مصلحة المحضونة أن تكون مع والدها.

2- حل الإستشارة القانونية.

- عرض وقائع النزاع (تحديد النقاط القانونية):

واقعة الطلاق بتاريخ 12-06-2018، واقعة إسناد الحاضنة للمطلقة، واقعة زواج المطلقة بغير قريب محرم بإنجلترا بتاريخ 16-08-2019.

- طرح المسائل القانونية:

ما هي الجهة القضائية المختصة؟ وما هي الدعوى الملائمة؟ وهل المستشير مازال له حق في الحضانة أم سقط حقه في الحضانة؟

-تحديد القواعد القانونية:

[1]. فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، المرجع السابق، ص 203.

إن موضوع الإستشارة يتعلق بمسألة الحق في الحضانة وهي موضوعات التي تندرج ضمن قانون الأسرة. وعليه يقتضي الأمر الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد الإختصاص المحلي والنوعي لدعوى المتعلقة بالحضانة.

حيث حددت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإختصاص النوعي للمحاكم الإبتدائية، وهنا في موضوع المسألة محل الإستشارة يندرج ضمن قسم الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة 40 من ذات القانون على أن دعاوى الحضانة ترفع أمام المحكمة التي يقع بدائرتها مكان ممارسة الحضانة، فإن الجهة القضائية المختصة هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الحاضنة، وهو مكان ممارسة الحضانة.

كما نجد أن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم تسببت في سقوط الحضانة، وهذا طبقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه في حالة سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير محرم أو بالتنازل يقتضي على القاضي مراعاة مصلحة المحضون، وعليه بمجرد زواج الحاضنة بقريب محرم يترتب عليه سقوط الحضانة بمقتضى القانون، وبالتالي فإن الدعوى الملاءمة هي دعوى سقوط الحضانة.

وبمأن الحاضنة تزوجت بتاريخ 16-08-2019، فإن المطالبة بالحق في الحضانة لازال قائما لطالب الإستشارة طبقا لنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري فإن عدم المطالبة بحق الحضانة مدة تزيد عن عام دون مبرر لذلك يسقط حقه في المطالبة بها، وعليه على الأب طالب الإستشارة أن يرفع دعوى إسقاط الحضانة خلال مدة ثلاثة أشهر تحسب إبتداء من تاريخ تقديم الإستشارة، لان لطالب الإستشارة مدة عام للمطالبة بالحق في الحضانة تحسب إبتداءا من تاريخ زواج طليقته وإلا سقط حقه في المطالبة بالحضانة.

– إعطاء الحل القانوني:

على الأب طالب الإستشارة رفع دعوى سقوط الحضانة في مدة ثلاثة أشهر المتبقية من مدة عام من زواج طليقته، ضد طليقته الحاضنة أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكانة ممارسة الحضانة.