الدكتــور
مصطفى البنداري أبو سعده
قسم القانون التجاري والبحري
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

المنهجية القانونية
فــي
الــتــدريــبات القانونية الــعــمــلية

الطبعة الأولى
٢٠٢٤

الناشر
دار الأهرام للنشر والتوزيع والإصدارات القانونية

المنهجية القانونية في التدريبات العملية القانونية

الدكتــور/ مصطفى البنداري أبو سعده

جميع حقوق الطبع محفوظة ®

الطبعة الأولى

٢٠٢٤

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال دون إذن مكتوب مسبق من المؤلف.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced, stored in a retri-eval system or transmitted in any form or by any means without prior permission in writing of the author. سلطان

رقم الإيداع: ٢٠٢٠/١٩٠٩٠

الترقيم الدولي: 978- 977-90-7893-9

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمْ

"وَاتَّقُواْ يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللهِ
ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لاَ يُظْلَمُونَ"

صدق الله العظيم
سورة البقرة الآية (٢٨١)

مقدمة

لماذا التدريب العملي، وعلى ماذا نتدرب، وكيف نتدرب ؟

يقول المثل الصيني:

"إذا جاءك صبي يريد سمكة، فلا تُعطه سمكة، وإنما علمه صيد السمك؛ لأنك لو أعطيته سمكة فإنك أطعمته يومًا واحدًا، وإن علمته صيد السمك فإنك أطعمته طول حياته[1].

ربما يكون ظاهر هذا المثل، مجرد كلمات تُقرأ وينتهي أثرها بمجرد قراءتها، بيد أن إعمال هذا المثل[2]، معنى وفحوى، ووضعه موضع التنفيذ، قد أدى إلى قيام العديد من الدول، ومنها دولة الصين، حيث قامت – وما زالت – بتطبيقه عملا، وحولته إلى واقع ملموس: بشريا، وتجاريا، وزراعيا، وصناعيا، واقتصاديا ...، فأضحت بذلك قوة عُظمى، تُؤرق غيرها من الدول الكبرى.

وتطبيقا لمضمون هذا المثل، وفي مجال العلوم القانونية، يُمكن القول بأنه: بدلا من أن تُعطني بحثا قانونيا مكتوبا، أو قانونا جاهزا، أو حُكما قضائيا نمطيا، أو تقريرا أو مُذكرة قانونية نموذجية، علمني منهجية ومهارة كتابة البحث القانوني، ومهارة صياغة التشريعات، ومهارة تحليل النصوص القانونية، ومهارة صياغة الأحكام القضائية، والتعليق عليها، ومهارة كتابة التقارير، والمذكرات القانونية، ومهارة فن المرافعات الشفوية، ومهارة حل التمارين العملية.

- تكوين الملكة والعقلية القانونية:

ولا ريب أن وجود الطالب في كليات الحقوق (القانون) وجود مُؤقت، إن هي إلا بضع سنين ويتخرج من الكلية إلى الواقع العملي مُحملا بقدر لا باس به من المعلومات والمعارف القانونية الأساسية، وهذا القدر المعرفي، يختلف باختلاف مدى تحصيل الطلاب، أثناء فترة الدراسة الجامعية.

الحق والحق أقول إن حال الطالب في المرحلة الدراسية - وقد كنا طُلابا – هو النظر إلى العظماء من أساطين القانون الذين تبوأوا أعلى المناصب، وقاموا – وما زالوا – يقومون بدور محوري في المجتمع، سواء في المُؤسسات العلمية، أو التشريعية، أو القضائية، أو الإدارية، وأيا كانت مراكزهم

---

(١) تعددت روايات المثل المُشار إليه بالمتن ومنها: "لا تُعطني سمكة، ولكن علمني كيف أصطادها"، و "لو تُعطي سمكة لرجل فإنه سيأكل يوما، لكن لو تُعلمه الصيد سيأكل دوما"، و "تعلم الصيد أجدر من منح السمك"، وكذلك اختلفت روايات تحديد قائل المثل (ماوتسي – لاو تسو ...). ولم نتوقف كثيرا عند عبارات المثل، وقائله، وإنما الاستفادة من المعنى المقصود منه.

(٢) وهذا المثل تطبيق عملي لقول المُصطفى – عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم - ما روي عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم - "لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره خير له من أن يسأل أحدا فيعطيه أو يمنعه" حديث متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، ٢/٥٣٨.

الوظيفية، كأعضاء هيئات التدريس، ومُشرعِين، وقضاة، ومحامين، ومستشارين قانونيين بالإدارات القانونية، ومكاتب الشهر العقاري، وغير ذلك من المهن ذات العلاقة بالقانون.

ولئن كانت رغبة خريجي كليات القانون أن يكونوا ضمن زُمرة العظماء المُشار إليهم، فإن الكم المعرفي القانوني الذي حصلوا عليه غير كاف إلا إذا كانت العقلية والملكة القانونية قد تكونت – أو على الأقل – قد بدأت تتشكل لديهم أثناء سنوات الدراسة، واكتسبوا – تبعا لذلك - بعض المهارات المعرفية، والمهنية، والوجدانية التي تُمكنهم من فهم وتحليل وتطبيق وتقييم وتقويم ما حصلوا عليه، وما عساهم أن يحصلوا عليه مُستقبلا في الواقع القانوني، ولا يكون ذلك كذلك إلا من خلال اتباع بعض الوسائل العملية التي يضع فيها القانوني المعارف القانونية التي اكتسبها أثناء دراسته الجامعية موضع التنفيذ.

- آليات تكوين الملكة والعقلية القانونية:

يبين من استقراء النظام التعليمي الجامعي في كليات الحقوق (القانون)، أن الدراسة – في بعض تلك الكليات - مازالت تقوم على تعميق الجانب المعرفي الذي يعتمد على الحفظ والتلقين لدى الطلاب[١]، دون التركيز على الجوانب المهارية والوجدانية التي من شأنها تكوين الملكة والعقلية القانونية المهنية لخريجي تلك الكليات والتي بدورها تُمكنهم من القدرة على حل الإشكاليات القانونية، ووضع النصوص القانونية التي تعلموها، موضع التنفيذ.

ومما تجدر الإشارة إليه أن آليات تكوين الملكة والعقلية القانونية لدى القانوني مُتعددة، ولعل منها:

١. التدريب العملي.

٢. المنهجية القانونية.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه من حسن الطالع أن تشتمل اللائحة الداخلية لكلية الحقوق، جامعة المنصورة (مرحلة الليسانس) على المقررين السابقين[٢]، وذلك اعتبارا من العام الجامعي ٢٠٢٠/٢٠٢١[٣].

(١) على الرغم من وجود مُقرر التمرينات العملية (السكاشن) في بعض المُقررات الدراسية.

(٢) بالفرقة الرابعة من مرحلة الليسانس، هذا فضلا عن تقريره أيضا في مرحلة الدراسات العليا.

(٣) انظر: قرار وزير التعليم العالي والبحث العلمي رقم (١٠٥٥) بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٢ بشأن إصدار اللائحة الدراسية لبرنامج الدراسة القانونية باللغة الأجنبية (إنجليزي / فرنسي) مرحلة الليسانس – نظام الساعات المعتمدة بكلية الحقوق – جامعة المنصورة، وكذلك القرار رقم (٢٤٧٦) بتاريخ ٢٠٢٠/٨/٦ بشان إجراء تعديل باللائحة الداخلية لمرحلة الليسانس (اللائحة الداخلية لبرنامج الدراسة القانونية باللغة العربية – نظام الساعات المعتمدة).

المقرر الأول: التدريب العملي:

إذا كان مصطلح التدريب، يستخدم بين المهنيين والمهتمين بالتنمية البشرية، باعتباره مجموعة من البرامج المهتمة بالتعلم، وتحسين أداء المتدرب، ومهاراته الفنية؛ فإنه في مجال الدراسات القانونية يقصد به أداة ووسيلة لوضع المعارف القانونية التي تعلمها الطالب - أثناء الدراسة - موضع التنفيذ عند التخرج، من خلال بعض آليات التدريب الداخلي، وبعض آليات التدريب الخارجي لدى الجهات ذات العلاقة بالمهن القانونية.

- أهمية التدريب العملي:

مُتعددة هي الأهداف التي يحققها التدريب العملي منها:

- ❖ تحقيق متطلبات الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد المتعلقة بالمعايير القومية الأكاديمية القياسية لقطاع كليات الحقوق، بحيث يتوفر لديهم: المواصفات العامة – والمعرفة والفهم – والمهارات المهنية – والمهارات الذهنية – والمهارات العامة والانتقالية.
- ❖ تحقيق التوافق بين مخرجات كلية الحقوق ومتطلبات سوق العمل.
- ❖ اكتساب الطلاب خبرة عملية نتيجة التواصل مع أصحاب الخبرات العملية في بيئة العمل القانوني مما يؤدي إلى رفع مهاراته وتعزيز الفرص الوظيفية المستقبلية.
- ❖ تأهيل الطلاب المتوقع تخرجهم للعمل في الجهات ذات المهن القانونية المستقبلية من خلال اندماجهم في أماكن العمل والاطلاع على آلية عمل تلك الجهات.
- ❖ تطبيق مبدأ التغذية العكسية من خلال معرفة مرئيات جهات العمل القانوني عن البرامج الدراسية، ومدى تحقيقها لمتطلبات سوق العمل.

المقرر الثاني: المنهجية القانونية:

والمقصود بـــ "المنهجية القانونية"، أنها أداة ووسيلة لإكساب القانوني الأسلوب والطريقة العلمية والمنطقية في التعامل مع المواضـــيع القانونية المُتعددة، بهدف تعلم: كيف يبحث عن المعلومات، وكيف يُناقشها، وكيف يعرضها عرضا منطقيا، وكيف يكتبها كتابة علمية منهجية.

وغني عن البيان أن المنهجية القانونية لا يقتصـــر تعلمها على الطالب، وإنما يجب أن تكون منهج عمل للمُشتغلين بالقانون أيضـا: كالقاضـي، والمحامي، والباحث، والمُوثِق، والمستشـار القانوني وغيرهم ممن يرتبط عملهم بالمنهجية القانونية: بحثا، أو تفكيرا، أو تحليلا، أو نقدا، أو تقييما، أو تقويما.

- أهداف المنهجية القانونية:

وتهدف المنهجية القانونية كما يري البعض [1] إلى بيان مدى قدرة القانوني على التعبير عن المعلومات النظرية التي اكتسبها بأسلوب علمي، وتعويده على ترتيب وتنظيم أفكاره، وعرضها بشكل منسق، وفي تسلسل منطقي.

وبمعنى آخر تهدف المنهجية إلى تكوين الملكة القانونية لدى القانوني وتعليمه ما يلي:

- ❖ كيف يبحث عن المعلومة في العلوم القانونية وغير القانونية المتعلقة بموضوع بحثه؟
- ❖ كيف يقرأ الموضوعات ذات العلاقة بعمله القانوني قراءة منهجية ويفهم ما قرأه؟
- ❖ كيف يعرض ويناقش ما تعلمه وما فهمه؟
- ❖ كيف يفسر وكيف يكيف ما تعلمه وما فهمه؟
- ❖ كيف يفكر تفكيرا نقديا (ملكة التفكير النقدي) في كل ما تقدم؟
- ❖ كيف يكون موضوعيا ومتواضعا في آن واحد؟
- ❖ كيف يطبق ما تعلمة وفهمه واقعيا؟
- ❖ كيف يكون أمينا في كل ما تقدم (الأمانة العلمية)؟

ولا ريب أن تطبيق مقرر التدريب العملي، والمنهجية القانونية، عمليا من شأنه المساهمة في تكوين الملكة والعقلية القانونية لخريجي كليات الحقوق "القانون"، وإكسابهم العديد من المهارات مثل: المهارة البحثية، والمهارة التشريعية، والمهارة القضائية، والمهارة النقدية، والمهارة التحليلية، والمهارة التأصيلية، والمهارة المقارنة، وغير ذلك من المهارات ذات العلاقة بالعمل القانوني.

ونظرا لأن مقرر "المنهجية القانونية" كان محلا للدراسة التفصيلية في المستوى الثالث من برنامج الدراسة القانونية بكلية الحقوق، لذا سيكون هذا الكتاب مُخصصا لمقرر التدريب العملي.

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص ١٦.

- خطة الدراسة:

نقترح أن يشتمل مقرر التدريب العملي على نوعين من التدريب:

أولا: التدريب العملي الخارجي:

وهذا التدريب يشتمل على زيارات ميدانية للعديد من الجهات ذات العلاقة بالعمل القانوني، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

١. الهيئات القضائية المختلفة.

٢. مكاتب المحاماة.

٣. الإدارات القانونية بالجهات الإدارية المختلفة.

وفي هذا القسم، يتم عمل بروتوكولات تعاون بين إدارة الكلية والجهات ذات العلاقة بالمهن القانونية، بحيث يتم تقسيم الطلاب إلى مجموعات، ثم يقومون بزيارات ميدانية - تحت إشراف القائم على التدريب والهيئة المعاونة - للجهات التي يتم التدريب فيها.

ثانيا: التدريب العملي الداخلي:

وينقسم التدريب العملي الداخلي بدوره إلى قسمين:

القسم الأول: دراسة تأهيلية للطلاب للتدريب على بعض منهجيات ومهارات العمل القانوني،

ويشتمل على ما يلي:

المبحث الأول: منهجية حل القضايا العملية (قاعدة IRAC).

المبحث الثاني: منهجية تحليل النصوص التشريعية والتعليق عليها.

المبحث الثالث: منهجية التعليق على الأحكام القضائية.

المبحث الرابع: منهجية كتابة المذكرات والاستشارات القانونية والمرافعات الشفوية.

المبحث الخامس: تنمية الملكات القانونية.

المبحث السادس: نماذج لبعض الدعاوى والإجراءات القضائية.

القسم الثاني: المشاركة في بعض الأنشطة والفعاليات القانونية العملية،

ويشتمل على ما يلي:

١. التدريب في المحكمة الصورية بالكلية.

٢. المحاضرات الخارجية من خلال انتداب بعض رجالات القضاء والمحاماة وغيرهم لمناقشة بعض القضايا العملية.

٣. التمارين الصفية.

٤. ورش العمل والندوات المُصغرة.

٥. التدريب على استخدام المصادر التعليمية.

ونظرا لأن هذا المقرر يتم تدريسه - لأول مرة – على الطلاب في مرحلة الليسانس؛ لذا راعينا أن يكون المحتوى العلمي لهذا المقرر:

١. شاملا لتطبيقات عملية مهارية، لإكساب الطالب، بوجه خاص، والقانوني بوجه عام، المهارات التي تنمي لديه الملكة القانونية.

٢. ومركزا على أمرين مهمين هما: ضرب الأمثلة، والنماذج العملية.

وأتمنى أن تكون مادة الكتاب مفيدة، وتسهم في تعلم وتطبيق الجانب العملي والمهاري للقانون.

القسم الأول

منهجيات ومهارات العمل القانوني

القسم الأول

منهجيات ومهارات العمل القانوني

- تمهيد وتقسيم:

لما كانت القاعدة القانونية الوضعية، تُصاغ بطريقة مُوجزة، وتتصف بالعمومية والتجريد، لذا فمن الطبيعي أن تُثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات حال تطبيقها وتفسيرها الأمر الذي يتطلب تقديم العديد من الدراسات حولها، سواء أكانت دراسات بحثية، أم دراسات تشريعية، أم دراسات واجتهادات قضائية أم فتاوى وآراء قانونية، أم غير ذلك من الأعمال القانونية، وهذا ما يُطلق عليه القانون في حالة حركة، أو الجانب التطبيقي للقانون.

ولا ريب أن تعامل رجل القانون مع الإشكاليات القانونية المُشار إليها، يتطلب إكتسابه بعض الصفات والسلوكيات الناتجة عن الاعتياد على استخدام مناهج البحث القانوني، بحيث يكون قادرا على استخدام وتوظيف المنهجية القانونية في البحث القانوني، وفي صياغة التشريعات، وتحليلها، والتعليق عليها، وفي إصدار الأحكام القضائية، والتعليق عليها، وفي غير ذلك من المهارات الأخرى، كمهارة حل التمارين العملية، وكتابة التقارير، والمذكرات والاستشارات القانونية.

هذا وتتعدد المهارات في المجال القانوني، حيث يواجه القانوني (الأكاديمي والعملي) في حياته الدراسية والمهنية العديد من المسائل والقضايا التي تقتضي التعبير عنها، إما كتابة وإما شفاهة؛ فالطالب في امتحاناته، والمحامي في مرافعاته ومذكراته، والقاضي في أحكامه، والفقيه في أبحاثه، ورجل الإدارة القانونية في استشاراته ومراسلاته وتقاريره، كل هؤلاء يجب أن تكون أعمالهم، وفق منهجية معينة، وصولا لتحقيق الغاية المنشودة وهي استخراج الحكم القانوني[1].

ونقترح تأهيل الطلاب وإكسابهم بعض المهارات والملكات التي يجب أن يتعلمها القانوني، وكذلك تدريب الطلاب على كتابة بعض الأوراق القضائية، وذلك على النحو الآتي.

المبحث الأول: منهجية حل القضايا العملية (قاعدة IRAC).
المبحث الثاني: منهجية تحليل النصوص التشريعية والتعليق عليها.
المبحث الثالث: منهجية التعليق على الأحكام القضائية.
المبحث الرابع: منهجية كتابة المذكرات والاستشارات القانونية والمرافعات الشفوية.
المبحث الخامس: تنمية الملكات القانونية.
المبحث السادس: نماذج لبعض الدعاوى والإجراءات القضائية.

---

(١) انظر: د/ صالح طليس، المرجع السابق، ص ١٩٦.

المبحث الأول

منهجية حل القضايا العملية

(قاعدة IRAC)

المبحث الأول

منهجية حل القضايا العملية

(قاعدة IRAC)

- تمهيد وتقسيم:

لا ريب أن الطالب أثناء دراسته بالكلية، وبحضوره المحاضرات، يكون قد حصل على كم من المعارف القانونية، حيث يتم تقييمه فيها امتحانيا فيها. ولعل من أفضل أساليب التقييم هي القضايا العملية، إذ بمقتضاها يمكن قياس مدى قدرة الطالب – والقانوني بوجه عام - على توظيف المعلومات القانونية النظرية في حل المشكلات العملية الواقعية.

ولئن كان غالبية الطلاب لا يُفضلون طريقة القضايا العملية، خشية الخطأ، وعدم الحصول على الدرجات النهائية إلا أنه يمكن التغلب على ذلك، بقيام أستاذ المقرر بتدريب الطلاب – أثناء الدراسة – على حل مثل هذه القضايا من خلال أحكام واقعية في ذات موضوع المحاضرة.

وعليه نتناول هذا الموضوع من خلال دراسة:

المطلب الأول: حل القضايا العملية من خلال تطبيق قاعدة: IRAC.

المطلب الثاني: نموذج قضية عملية ومنهجية الإجابة عليها.

المطلب الأول

حل القضايا من خلال تطبيق قاعدة: IRAC

ولسهولة فهم القضايا العملية، ومحاولة الإجابة عليها، واستخراج الحل القانوني، فإنه يمكن اتباع منهجية الحل من خلال تطبيق قاعدة IRAC التي تستخدمها الجامعات الأمريكية في الامتحانات، وفي المذكرات القانونية، وفي مستندات الإقناع في ملفات المحاكم وغيرها(١).

وهذه القاعدة مُكونة من أربعة مراحل(٢)، حيث يستطيع الطالب - أو القانوني - القيام بما يلي:

المرحلة الأولى: تحديد السؤال أو المشكلة القانونية المُستمدة من عناصرها الواقعية، كمقدمة صغرى Issue.

المرحلة الثانية: تحدد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، كمقدمة كبرى Rule.

المرحلة الثالثة: تطبيق القاعدة القانونية على الإشكالية التي تُثيرها الوقائع Application .

المرحلة الرابعة: استنتاج الحل أو الجواب Conclusion.

وإليك تفصيل هذه المراحل(٣):

١- الإشكالية: Issue

وتنشأ الإشكالية القانونية من العناصر الواقعية، وهذه العناصر ناتجة عن نشاط الفرد في المجتمع بمفرده أو نتيجة علاقاته مع أقرانه، مما ينتج عنه مجموعة من الأعمال المادية، كالبيع والشراء، والذهاب إلى العمل، وقيادة السيارة.

---

(١) نقلا عن د. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٢٠٩.

(٢) وفي نفس الاتجاه، يرى البعض (انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص ٤٠٨ وما بعدها) أن منهج حل التمرينات العملية يتمثل في اتباع ثلاثة خطوات أساسية: الخطوة الأولى: استعراض وقائع التمرين. الخطوة الثانية: تحديد المبادئ القانونية التي تحكم موضوع التمرين. الخطوة الثالثة: إنزال حكم المبادئ القانونية على وقائع التمرين.

(٣) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع، انظر: د. صالح طليس، المرجع السابق، ص ٢٠٩ وما بعدها.

ومن الناحية القانونية، تُصنف العناصر الواقعية إلى: تصرفات قانونية[١]، ووقائع قانونية[٢]، وهذه وتلك تتم بين أفراد المجتمع، وقد ينشأ عنها تضارب المصالح، ومن ثم تثور بصددها الأنزعة القانونية.

وعليه، إذا أُبرم عقد بيع بين (أ) و (ب)، واختلفا في تنفيذه، أو تفسيره، أو أخل أحدهما أو كلاهما بأي من التزاماته الناشئة عن العقد، وبالتالي أحقية الطرف المضرور في المطالبة بجبر الضرر، ويُعبر عن هذه الإشكالية بـ **"المقدمة الصغرى".**

ومما تجدر الإشارة إليه، أن العناصر الواقعية قد تكون بسيطة، أي تشتمل على إشكالية واحدة ،كما لو أُبرم عقد بيع بين بائع ومشتر، وأخل أحدهما بأي من التزاماته العقدية، كما لو امتنع المشتري عن دفع الثمن؛ فطالبه البائع بالدفع قضاءً، وقد تكون هذه العناصر مركبة، أي تتضمن عدة إشكاليات، كما لو كان عقد البيع في المثال السابق، عقدا دوليا، بحيث يتداخل معه: عقد "نقل" البضاعة من مكان إلى مكان آخر، وعقد "تأمين" على البضاعة أثناء الطريق، وعقد "اعتماد مستندي" لتسوية دفع ثمن البضاعة، ونتج عن إخلال أي من أصحاب المصالح (بائع – مشتري – ناقل – شاحن – شركة تأمين – بنك) بالتزاماته، إضطراب أعمال الأخرين[٣].

وبوجه عام، فإن العناصر الواقعية هي التي بُنيت عليها فرضيات القاعدة القانونية عن طريق التعميم والتجريد من جانب، وأن التعبير عن هذه العناصر يتم من خلال مفاهيم قانونية، من جانب آخر.

خُذ مثالا على ذلك: اتفاق شخصين، باتفاق مكتوب على أن يتخلى الطرف الأول للطرف الثاني عن مال معين، مقابل مبلغ نقدي يدفعه الثاني للأول، فإن هذا الوضع يُترجم إلى مفهوم قانوني وهو "عقد البيع".

وكذلك كلمة "كتاب" أو "سيارة" تُعبران عن عناصر قانونية محضة، وتُترجم إلى مفهوم قانوني هو "المال المنقول"[٤].

ويجب على الطالب عند عرضه للعناصر الواقعية مراعاة ما يلي:

---

(١) وهي عبارة عن فعل الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين، ومن ثم يُرتِب عليها القانون هذا الأثر، وقد يقوم ذلك على تطابق إرادتين أو أكثر، كعقد البيع، وعقد العمل، وقد يقوم على إرادة واحدة، كالوصية، والإبراء، وإجازة العقد القابل للإبطال.

(٢) وهي عبارة عن الواقعة التي يُرتب عليها القانون أثرا معينا، وقد تكون هذه الواقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها، كواقعة الزلازل والفيضانات، والموت، وقد تكون ناتجة عن فعل الإنسان وإرادته واختياره، كالبناء، وقيادة السيارة.

(٣) وقد يكون من الأفضل أن يبدأ المحاضر بالتدرج في عرض القضايا العملية على الطلاب: فيبدأ بالقضايا المُشتملة على إشكالية قانونية واحدة، ثم بقضايا أخرى تتضمن أكثر من إشكالية.

(٤) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع، انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م، ص ١٦٩.

أ- التركيز على العناصـــر المُنتجة في الوقائع والمُؤثرة في تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق[١]، والإعراض عن العناصر الواقعية غير المُنتجة[٢].

ب- مراعاة التسلسل المنطقي للعناصـر الواقعية للقضـية المعروضـة؛ فإذا تعلق الأمر بعقد بيع مثلا، فإنه يبدأ بإبرام العقد وتنفيذه، وكذلك الحال، الإشكاليات الناجمة عنه بتتابع الأحداث[٣].

٢ - القاعدة: Rule

إذا انتهى الطالب من تحديد الإشـكالية الناشـئة عن التصـرفات القانونية أو الوقائع القانونية، حسـبما أدلى بها أطراف النزاع، عليه تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق على تلك الإشـكالية. وتسـمى القاعدة القانونية بـ "المقدمة الكبرى".

ومن المعلوم أن كل قاعدة قانونية تتكون من جزأين:

الجزء الأول: وهو الفرض أو الفروض.

الجزء الثاني: وهو الحكم الذي ينطبق على هذا الفرض أو تلك الفروض.

والمثال البســيط على ذلك، هو ما ورد في نص المادة (١٦٣) من القانون المدني، والتي تنص على أنه "كل خطأ ســبب ضــررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"؛ فالفرض هنا، أي شــخص يرتكب خطأ، يترتب عليه الإضرار بالغير، والحكم هو إلزام مرتكب الخطأ، ومُسبب الضرر بتعويض المضرور.

هذا ويلاحظ بشأن القاعدة القانونية ما يلي:

- ❖ إن تحديد القاعدة القانونية منوط برجل القانون الذي يقوم بتحديد نطاقها، ومدى تطبيقها على واقعة النزاع.
- ❖ إن تكييف العناصـر الواقعية (الوقائع)، محل الإشكالية، تكييفا صـحيحا، يترتب عليه تحديد القاعدة القانونية.

---

(١) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع، انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٢) وغالبا ما يكون الهدف من ذكر العناصـر الواقعية غير المُنتجة هو اختبار مدى قدرة الطالب على فهم الموضـوع، ومن ثم فرز جميع الوقائع، ومعرفة المهم والأهم.

(٣) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٤٠٦ وما بعدها.

٣- التطبيق: Application

وهذه المرحلة هي تطبيق للمرحلتين السـابقتين؛ فإذا حدد الطالب واقعة النزاع، وأعطاها التكييف الصـحيح، عندئذ يكون من السـهل إدراج تلك الواقعة ضـمن فرض أو فروض القاعدة القانونية واجبة التطبيق بالتبعية.

مثال توضيحي:

تنص المادة (٢١) من قانون التجارة على ما يلي: "على كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها ...".

ففي هذا النص، يُمكن التفرقة بين الفروض الآتية:

= تاجر لم يتجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه: وهذا لا يخضع لحكم القاعدة القانونية.

= تاجر تجاوز راس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه: وهذا يخضع لحكم القاعدة القانونية ويلتزم بمسك الدفاتر التجارية.

= تاجر تجاوز رأس ماله الإجمالي عشرين ألف جنيه لكن المُستثمر منه في التجارة عشرة آلاف فقط: وهذا لا يخضع لحكم القاعدة القانونية.

= شخص مدني تجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه: وهذا لا يخضع لحكم القاعدة القانونية.

٤- النتيجة: Conclusion

وفي النهاية، ونتيجة تطبيق قاعدة القياس المنطقي، يصل الطالب إلى الحل أو النتيجة التي هي نتاج تطبيق القاعدة القانونية على العناصر الواقعية.

وهذه هي المرحلة الذهنية التي يقوم بها الطالب، حيث توفرت لديه العناصر الواقعية المُنتجة في النزاع (المقدمة الصغرى) من جانب، وهو أعلم بالقاعدة القانونية (المقدمة الكبرى) التي يُحتمل أن تحكم موضوع النزاع من جانب آخر، ومن ثم يحاول الربط بينهما للوصول إلى الحكم الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

نموذج قضية عملية ومنهجية الإجابة عليها

ونُشير فيما يلي إلى كيفية حل القضايا العملية من خلال نموذج لقضية استرشادية:

- الوقائع:

بتاريخ ٢٠٢١/١/١، تكونت شركة تضامن بين كل من: "محمد" و "محمدين" و "عوضين" بهدف العمل في مجال غزل ونسج القطن في مدينة المحلة الكبرى، برأس مال قدره مليون جنيه، ولمدة (١٠) سنوات. واتخذت الشركة عنوانا لها، وهو "شركة محمدين وشركاه"، باعتبار أن "محمدين" أكثر الشركاء ملاءة، وسمعة تجارية، وجذبا للائتمان. واتفق الشركاء على أن يكون "محمد" مديرا للشركة. وبتاريخ ٢٠٢١/٢/١، انسحب "محمدين" من الشركة، ووافق باقي الشركاء على هذا الانسحاب، وظل عنوان الشركة كما هو دون تعديل. وبتاريخ ٢٠٢١/٣/١، تعاقد "محمد" مع "عوض" التاجر بمدينة المنصورة على شراء كمية من القطن الخام بمبلغ (٥٠٠٠٠٠) ألف جنيه، ووقع على الصفقة بعنوان الشركة، وتم دفع مبلغ (٢٥٠٠٠٠) ألف جنيه وقت التعاقد، واتُفق على تأجيل سداد المبلغ الباقي بتاريخ ١/ ٢٠٢١/٥. وبمناسبة مُطالبة "عوض" للشركة بالمبلغ المُتبقي في الموعد المُتفق عليه، تبين أن الشركة لم يتم شهرها، ولهذا امتنعت عن الدفع.

رجع "عوض" على الشركاء الثلاثة، فامتنعوا أيضا عن السداد، لعدم مسؤوليتهم عن دفع دين الشركة، استنادا إلى الدفوع الآتية:

١- بالنسبة لـــ "محمد": تمسك ببطلان عقد الشركة، بسبب عدم استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا.

٢- بالنسبة لـــ "محمدين": تمسك بعدم المسؤوليته لأن الدين نشأ في ذمة الشركة في تاريخ لاحق لانسحابه منها.

٣- بالنسبة لـــ "عوضين": تمسك بعدم وجود اسمه في عنوان الشركة، حيث اشتمل العنوان على اسم "محمدين" فقط.

فبماذا تقضي في هذه الدفوع، مُؤيدا إجابتك بالأسانيد القانونية؟

نموذج استرشادي للإجابة على القضية[1]

نُورد فيما يلي، حل القضية بتطبيق قاعدة: IRAC، وكذلك حلها بطريقة مُختصرة، وذلك على النحو الآتي.

١- حل القضية بتطبيق قاعدة: IRAC :

للإجابة على هذه القضية، نُذكر بما سبق عرضه من تطبيق قاعدة: IRAC والتي تتضمن المراحل الآتية:

المرحلة الأولى: تحديد السؤال أو المشكلة القانونية المُستمدة من عناصرها الواقعية، (المقدمة الصغرى) Issue.

المرحلة الثانية: تحدد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، (المقدمة الكبرى) Rule.

المرحلة الثالثة: تطبيق القاعدة القانونية على الإشكالية التي تُثيرها الوقائع Application .

المرحلة الرابعة: استنتاج الحل أو الجواب Conclusion.

وبتطبيق هذه القاعدة يكون الحل على النحو الآتي:

المرحلة الأولى: تحديد السؤال أو الإشكالية:

وذلك من خلال عرض العناصر الواقعية[2] في وقائع الدعوى وهي:

أ- بتاريخ ٢٠٢١/١/١، تم إبرام عقد شركة تضامن بين: "محمد" و "محمدين" و "عوضين"، وتعيين "محمد" مديرا للشركة، وعنوانها "شركة محمدين وشركاه".

ب- بتاريخ ٢٠٢١/٢/١، انسحب "محمدين" من الشركة دون تغيير العنوان.

ج- بتاريخ ٢٠٢١/٣/١، اشترى "محمد" من "عوض" كمية من القطن الخام، ووقع على العقد بعنوان الشركة.

د- في تاريخ ٢٠٢١/٥/١، تلتزم الشركة بسداد الباقي لصالح "عوض".

---

(١) هذا النموذج للاسترشاد في حل القضايا العملية، ولا مانع من اتباع نماذج أو منهجيات أخرى، حسبما يُوجه أستاذ المُقرر، وبحسب طبيعة المُقرر.

(٢) لا شك أن وقائع النزاع قد تكون غير مُرتبة، وقد تكون مُتداخلة مع بعضها البعض، وقد تشتمل على بيانات ومعلومات غير مُنتجة، وبالتالي فإن منهجية حل القضايا تتطلب: عرض عناصر النزاع في تسلسل زمني ومنطقي، والتركيز على الوقائع المُؤثرة في تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق.

هـ- عدم شهر عقد الشركة، وفقا للإجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا.

و- امتناع الشركة – والشركاء – عن دفع المتبقي في ذمة الشركة لصالح البائع وهو "عوض".

- الإشكاليات والتساؤلات: (المقدمة الصغرى):

وتُثير دفوع الشركاء التساؤلات الآتية:

السؤال الأول: هل الشركة باطلة لعدم شهرها قانونا؟ وما هي طبيعة هذا البطلان؟ وإذا كانت كذلك، هل يجوز للشركاء التمسك ببطلان عقد الشركة لهذا السبب في مواجهة الغير "عوض"؟

السؤال الثاني: هل يجوز للغير "عوض" الرجوع على الشريك المُنسحب "محمدين" بدين ترتب في ذمة الشركة في تاريخ لاحق على انسحاب الشريك؟ وهل يشترط القانون إجراءات معينة عند انسحاب أحد الشركاء من شركة التضامن كي يُعفى من المسؤولية؟

السؤال الثالث: هل يُشترط لمسؤولية الشريك المتضامن عن دين الشركة أن يكون التوقيع على المعاملة بعنوان الشركة، وأن يكون هذا العنوان مشتملا على اسمه تحديدا وصراحة؟

المرحلة الثانية: تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق: (المقدمة الكبرى):

لا شك أن الأسئلة السابقة، والإجابة عليها تُشير إلى تطبيق النصوص القانونية المعلومة سلفا للطالب من خلال دراسته لمقرر الشركات التجارية، بوجه عام، وأحكام شركة التضامن، بوجه خاص.

١- فالسؤال الأول، يتعلق بما ورد في المواد (٤٦ إلى ٥٣) من قانون التجارة[١]، والمادة (٥٠٧) من القانون المدني[٢]. ومفاد هذه المواد: وجوب كتابة عقد شركة التضامن – اتباع إجراءات الشهر – بطلان الشركة لعدم الكتابة والشهر – يجوز للشركاء التمسك بالبطلان في مواجهة بعضهم البعض – لا يجوز للشركاء التمسك بالبطلان في مواجهة الغير – يجوز للغير التمسك ببطلان الشركة أو بصحتها، حسبما تُمليه مصلحته.

---

(١) حيث تنص المادة (٤٦) على أنه "ويكون عقد شركة التضامن ... بالكتابة ويجوز أن تكون مشارطة كل منهما رسمية أو غير رسمية". وتنص المادة (٤٨) على أنه "ويسلم ملخص مشارطة شركة التضامن ... إلى قلم كتاب كل من المحاكم الابتدائية التي يوجد في دائرتها مركز الشركة ...". وتنص المادة (٤٩) على أنه "ويلزم أيضا درجه في إحدى الصحف التي تطبع في مركز الشركة المذكورة وتكون معدة لنشر الإعلانات القضائية أو في صحيفتين ...". وتنص المادة (٥٠) على أنه "ويشتمل هذا الملخص على أسماء الشركاء وألقابهم وصفاتهم ...". وتنص المادة (٥١) على أنه "يجب استيفاء هذه الإجراءات في مدة ...". وتنص المادة (٥٢) على أنه "ومع ذلك يزول هذا البطلان إذا أعلن الملخص المتقدم ذكره قبل طلب الحكم بذلك البطلان". وتنص المادة (٥٣) على أنه "لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان على غيرهم وإنما لهم الاحتجاج به على بعضهم بعضا".

(٢) حيث تنص المادة (٥٠٧) على أنه "١- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أُفرغ فيه ذلك العقد. ٢- غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان".

٢- أما السؤال الثاني، فيتعلق بضرورة شهر أية تعديلات لاحقة على عقد الشركة بذات الكيفية المُتبعة في العقد الأصلي، كتابة وشهرا[١].

٣- وأخيرا يتعلق السؤال الثالث، بمدى ضرورة أن يشتمل عنوان شركة التضامن على أسماء جميع الشركاء، كشرط لمسؤولية أحدهم عن دين الشركة[٢].

المرحلة الثالثة: تطبيق القاعدة القانونية على الإشكاليات والتساؤلات المُستمدة من الوقائع:

يُمكن الرد على الدفوع الناشئة عن موضوع النزاع بتطبيق النصوص القانونية المُشار إليها على وقائع النزاع، يبين لنا ما يلي:

حيث إن القانون تطلب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، وأن يكون مُشهرا، وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون التجارة، وفي قوانين الشركات.

وحيث إن عدم كتابة عقد الشركة أو عدم شهره وإن أدى إلى بطلان عقد الشركة إلا أن هذا البطلان من نوع خاص، حيث لا يجوز للشركاء التمسك به في مواجهة الغير، وإن جاز للأخير التمسك به في مواجهة الشركاء.

وحيث إن القانون تطلب كتابة وشهر أي تعديل في عقد الشركة بذات الكيفية التي تم بها العقد الأصلي وإلا كان التعديل غير نافذ في مواجهة الغير.

وحيث إن القانون أوجب على مدير الشركة أن يكون التعاقد لحساب الشركة بعنوانها، كشرط لمسؤولية الشركاء مسؤولية شخصية وتضامنية عن هذا الدين.

المرحلة الرابعة: التطبيق:

بإنزال أو بتطبيق القواعد القانونية المذكورة أعلاه على وقائع النزاع، يكون الرد على دفوع الشركاء على النحو الآتي:

الدفع الأول: انعقاد مسؤولية "محمد"[٣] عن دين الشركة، لأن عدم اتخاذ إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا كان بسبب أهمال وخطأ مدير الشركة والشركاء، والقاعدة تقضي بأنه لا يجوز للمُهمل أو المُخطئ أن يستفيد من إهماله أو من خطئه.

---

(١) انظر: المادة (١/٥٠٧) من القانون المدني.

(٢) انظر: المادة (٢٢) من قانون التجارة التي تنص على أنه "الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة".

(٣) وكذلك مسؤولية "محمدين" و "عوضين" عن دين الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية.

الدفع الثاني: انعقاد مسؤولية "محمدين" عن دين الشركة ولو كان لاحقا على انسحابه منها، لبقاء اسمه في عنوان الشركة، وعدم تعديله، وذلك بحذف اسمه من العنوان، وشهر هذا التعديل، ولا يُغني أحدهما عن الآخر.

الدفع الثالث: انعقاد مسؤولية "عوضين" عن دين الشركة لأنه يكفي لانعقاد مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة التوقيع على العقد بعنوان الشركة الذي يشتمل على أسماء الشركاء صراحة (جميع الشركاء) أو ضمنا، بإضافة كلمة "وشركاه".

الخلاصة: تلكم هي كيفية حل القضايا العملية التي تواجه الطالب أثناء الدراسة، وهي ذات الإشكاليات التي تواجه رجل القانون في الواقع العملي، وهذه هي منهجية حل القضايا العملية.

٢- حل القضية بطريقة مُختصرة:

لا ريب أن القانوني المُتمرس، يستطيع اختصار حل هذا النوع من القضايا من خلال ثلاثة مراحل فقط وهي[١]:

أ- استعراض وقائع النزاع:

حيث يتحدد دور الطالب – أو القانوني – بما يلي:

- عرض وقائع القضية، بأسلوبه الشخصي، وبإيجاز، وبتسلسل زمني وترتيب منطقي، والتركيز على الوقائع المُنتجة التي يتكون منها الفرض أو الفروض التي تشتمل عليها القاعدة القانونية المُحتملة التطبيق على النزاع.

- استنباط المشكلة التي يُثيرها موضوع النزاع، وتحويلها في صورة أسئلة.

ب- تحديد المبادئ القانونية التي تحكم موضوع النزاع:

من المُؤكد أن الطالب – أو القانوني – تلقى سلفا، معارف قانونية تتعلق بموضوع النزاع، لذا يكون دوره هنا القيام بما يلي:

= تكييف الوقائع المعروضة عليه تكييفا قانونيا.

= تحديد النصوص القانونية التي تحكم موضوع النزاع في صورة مبادئ قانونية.

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٤٠٨ وما بعدها.

ج- إنزال حكم المبادئ القانونية على وقائع النزاع:

لا ريب أن الطالب – أو القانوني – وقد تجمعت لديه: وقائع محددة، ونصـــوص قانونية، فإنه يقوم بتطبيق الثانية على الأولى، وصولا إلى حكم القانون.

وبهذه الطريقة المنهجية في حل القضايا العملية، يكون الطالب قد طبق المنهج العلمي، حيث يُمثل استعراض وقائع النزاع، مرحلة المشاهدة، بينما يُمثل تحديد المبادئ القانونية التي تحكم موضوع النزاع، مرحلة الاستقراء، أما إنزال حكم المبادئ القانونية على وقائع النزاع، فتُمثل مرحلة الاستنتاج[١].

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

المبحث الثاني

منهجية تحليل النصوص التشريعية والتعليق عليها

المبحث الثاني

منهجية تحليل النصوص التشريعية والتعليق عليها

- تمهيد وتقسيم:

يتعامل القانونيون في الواقع العملي مع النصوص التشريعية بعد أن أضحت واجبة النفاذ، لذا بات من الأهمية بمكان تعلم واكتساب مهارة تحليل القاعدة القانونية، والتعليق عليها.

من المعلوم أن أي قاعدة قانونية، تتكون من عنصرين أساسيين، يُكمل بعضهما البعض وهما:

العنصر الأول: جوهر القاعدة القانونية.

العنصر الثاني: شكل القاعدة القانونية، أي الصياغة التشريعية التي تُعبر عن مضمون القاعدة وجوهرها.

بيد أنه قبل الدخول في تفصيلات هذا الموضوع نُبين ما هي العلاقة بين تحليل النص والتعليق عليه.

- العلاقة بين التحليل والتعليق على النصوص التشريعية:

إذا انتهى الصائغ من صياغة التشريع، وأضحى قانونا نافذا، فليس هناك ما يمنع من دراسة النص، وتحليله، والتعليق عليه، ويستعمل بعض الفقهاء عبارة "تحليل النص القانوني"، والبعض الآخر "التعليق على النص القانوني".

ولا ريب أن بينهما خلاف:

والمقصود بتحليل النص التشريعي، دراسته دراسة تفصيلية، وتفكيكه إلى العناصر التي يتكون منها، ومن ثم بيان أجزاءوه ومُكوناته، وكلماته، وجُمله. ومن ثم يقتصر دور القائم بتحليل النص على إظهار الصورة التي عليها النص دون تعديل فيه (إضافة أو حذفا).

أما التعليق على النص التشريعي؛ فيكون من خلال محاولة تفسيره وتوضيحه بقدر من الحرية، وبأسلوب شخصي، حيث يقوم المعلق بدور إيجابي، يعتمد على أسلوب التفكير النقدي لمضمون النص وشكله[1]، والبحث عن المخفي، وما أغفله النص[2].

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٥١٣ وما بعدها؛ د/ صالح طليس، المرجع السابق، ص ٣١٨.

(٢) انظر: المستشار/ علي موسى، الدليل التشريعي لصياغة وتحليل بنية النص القانوني (مقاربة في الاتجاهات البرلمانية الحديثة)، الجزء الأول، مطبوعات المجلس الوطني الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، بدون تاريخ نشر، ص ١٨.

وفي الواقع، إن تحليل النص، والتعليق عليه وجهان لعملة واحدة، ويُكملان بعضهما البعض، باعتبارهما وسيلة لدراسة النص التشريعي؛ وبقدر ما يكون التحليل مُتعمقا وُمنضبطا، يكون التعليق كذلك، إذ التحليل يُعد مُقدمة للتعليق، وعندئذ يقوم التعليق على أساس سليم.

وعليه نتناول فيما يلي:

المطلب الأول: تحليل النصوص التشريعية.

المطلب الثاني: التعليق على النصوص التشريعية.

المطلب الأول

تحليل النصوص التشريعية

تمهيد وتقسيم:

من الأهمية بمكان – قبل بيان عناصر التحليل – الإشارة إلى الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: قد ينصب التحليل التشريعي على قانون بأكمله أو على جزء من قانون أو على قاعدة من قواعد القانون، باعتبار أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية، ومن ثم تُمثل القاعدة أو المادة أصغر وحدة قانونية، بل وقد تكون هذه المادة مُكونة من فقرة واحدة أو عدة فقرات.

الملاحظة الثانية: للوصول إلى تحليل دقيق للنص التشريعي، يجب طرح الكثير من التساؤلات التي تدور حول الكلمات الآتية: لماذا؟ أين؟ من؟ متى؟ كيف؟ لمن؟ وغيرها من التساؤلات التي تهدف إلى الإحاطة بالنص القانوني من جميع جوانبه.

الملاحظة الثالثة: عناصر تحليل النصوص التشريعية مُتعددة، منها العناصر الشكلية، ومنها العناصر الموضوعية، وما يتفرع عنهما، وليس بالضرورة أن يتوفر في القاعدة أو المادة – محل التعليق - جميع هذه العناصر؛ فقد توجد بعضها وقد لا توجد.

أولا: عناصر تحليل النصوص التشريعية الشكلية:

وتشتمل هذه العناصر على العناصر الآتية:

١- هوية النص:

فكما تتحدد هوية الشخص الطبيعي، وحالته المدنية، باسمة، وعمره، وموطنه، ونوعه، وجنسيته، وذمته المالية ...، فكذلك الحال بالنسبة للنص القانوني؛ إذ يجب تحديد:

- اسم القانون: القانون رقم ... لسنة .... بشأن .....

- تاريخ صدور القانون ونفاذه[1]، وهل يعمل به فور صدوره ونشره في الجريدة الرسمية أم بعد مدة من تاريخ نشره، وتظهر أهمية هذا التاريخ في تحديد نطاق تطبيق القانون.

(١) مع مراعاة ضرورة الرجوع إلى التشريع الأحدث، بل والتأكد من عدم تعديله أو إلغائه، انظر: د/ وائل أحمد علام، مناهج البحث القانوني، إصدارات كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م، ص ٩٢.

- نوع القانون: هل ورد في دســـتور – قانون – مرســـوم بقانون – نظام – معاهدة دولية – لائحة – قرار، ولا ريب في أهمية ذلك لإعمال قاعدة تدرج التشريعات.

- سلطة إصدار القانون: السلطة التشريعية، بحسب الأصل – والسلطة التنفيذية في الحالات الموجبة لذلك.

- مصـــدر النص المادي: قانون فرنســـي – شـــريعة إســـلامية – قانون إنجليزي، حيث يرجع إلى هذا المصدر لفهم خلفية الموضوع، كما هو الحال في حق الشفعة؛ إذ يرجع بشأنها إلى الفقه الإسلامي.

٢- طبيعة النص:

يجب الإشارة إلى طبيعة القانون – أو القاعدة القانونية – والتساؤل عن:

- هل قانون دائم؟ كالقانون التجاري، والقانون المدني.

- أم قانون مُؤقت استثنائي لمواجهة ظروف طارئة؟ مثل القوانين التي تعالج الآثار الناتجة عن انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩). وقانون التسعير الجبري، والقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٩[١] في شأن التصالح في بعض مخالفات البناء وتقنين أوضاعها.

- هل لقواعد القانون الصفة الآمرة؟ أم الصفة المكملة؟ ويُستدل على ذلك:

= الصـــفة الآمرة: إما بوســـيلة مادية، أي من خلال مادة القاعدة القانونية وعباراتها وألفاظها، مثل كلمة: "يجب"[٢]، وما يقوم مقامها[٣].وإما بوســـيلة معنوية، أي من خلال معنى المادة القانونية، ومدى اتصالها بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية (النظام العام وحسن الآداب)[٤].

= الصفة المكملة: إما بوسيلة مادية مثل كلمة "يجوز"[٥] أو ما يقوم مقامها[٦]. وإما بوسيلة معنوية، أي من خلال معنى المادة القانونية، ومدى اتصالها أو ارتباطها بمصالح خاصة بالأفراد بما ليس فيه مساس بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية[٧].

---

(١) المُعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٩.

(٢) انظر: المادة (١/٥٠٧) من القانون المدني المصري "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً ...".

(٣) مثل: يحظر – يمتنع – لا يجوز – يتعهد – يلتزم – يكفل – يضمن – يسري – ينطبق.

(٤) انظر: المادة (٢/٤٤) من القانون المدني المصري "... وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

(٥) انظر: المادة (٤٠٩) من قانون التجارة المصري "يجوز لحامل الكمبيالة ولكل حائز لها حتى ميعاد الاستحقاق تقديمها إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها".

(٦) مثل: يُسمح – يُرخص – لجهة".

(٧) انظر: المادة (٤٣١) من القانون المدني المصري "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع".

٣- بنية النص:

وتشمل:

- البنية اللغوية، وتتعلق بالألفاظ والعبارات المستخدمة، ومدى دلالتها اللغوية، وملاءمتها وانسجامها في فهم النص.

- البنية الطوبوغرافية: وتتعلق ببناء النص مطبعيا: هل النص وارد في فقرة واحدة أم في فقرتين أو أكثر، وهل هناك تفريعات أخرى أم لا؟ وما هي بداية كل فقرة ونهايتها.

- والفائدة من ذلك تكمن أن لهذه البنية تأثير على وضع خطة بحث النص، وتحديد الفكرة أو الأفكار التي يتضمنها.

٤- غاية النص:

هل الحاجة مُلحة لإصدار تشريع جديد؟ أم يكفي تعديل التشريع القائم؟ أم أن القواعد العامة تستوعب الغاية أو الفائدة المرجوة من النص المُقترح.

ثانيا: عناصر تحليل النصوص التشريعية الموضوعية:

وتضم هذه العناصر ما يلي:

١- موضوع النص:

أي الجانب من المعاملات أو النشاط أو السلوك أو العلاقات القانونية محل التنظيم: هل فئة التجار ومعاملاتهم؟ (القانون التجاري)، هل علاقات العمل والعمال؟ (قانون العمل)، هل علاقات مدنية، كالبيع والإيجار بين الأفراد (القانون المدني) ... وهكذا.

٢ - الفكرة أو الأفكار الرئيسة:

مثل نص المادة (٤) من القانون المدني المصري[١] المتعلقة بتأكيد وتقرير عدم مسؤولية المالك عن الأضرار الناجمة عن استعمال ملكه استعمالا مشروعا، والمادة (٥) أيضا من ذات القانون[٢] التي تُحدد حالات الاستعمال غير المشروع للحق، ومعيارها (التعسف في استعمال الحق).

---

(١) حيث تنص على أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

(٢) حيث تنص على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

٣- تحديد المقصود من النص:

وذلك ببيان قصـــد المشـــرع وغايته من النص القانوني، والجهاز أو الجهة المعنية بتنفيذ أحكامه، والأثر المُترتب على مخالفته، وآلية تسـوية المنازعات الناشـئة عن تفسـيره وتنفيذه إذا شـجر الخلاف بين الخصوم.

وتطبيقا لذلك، تنص المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقًا أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً."

طبقا لهذا النص فإن:

- قصد المشرع من النص هو أن يطمئن الخصوم إلى عدالة الإجراءات والحكم.
- والهدف من النص هو احترام مبدأ المواجهة؛ فأي مستند أو دفع من قِبل أحد الخصوم، لا بد أن يطلع عليه الخصم الآخر، ومن ثم تُتاح له فرصة الرد عليه.
- والجهة المعنية بتنفيذ هذا النص هي المحكمة المعروض عليها نزاع ما.
- والجزاء المترتب على عدم مراعاة النص هو بطلان الإجراء.
- وإذا صدر حكم المحكمة دون مراعاة لهذا النص، فإنه يُمكن الطعن فى هذا الحكم أمام الجهة القضائية الأعلى.

٤- مجال أو نطاق تطبيق النص:

حيث يتحدد نطاق تطبيق النص بما يلي:

- النطاق الشخصي:

أي تحديد المُخاطب بأحكام النص، وهل هو الشـخص الطبيعي فقط[١]؟ أم الشـخص المعنوي فقط[٢]؟ أم ينطبق عليهما معا[٣]؟

---

(١) كما لو نص المشرع على أن التزم التاجر بشهر النظام المالي الذي تزوج بمقتضاه.

(٢) كما لو نص المشـرع على أن "تعتبر سـوق الأوراق المالية شـخصـا اعتباريا". وكذلك "يكون تاجرا:- ٢- كل شـركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات ..."

(٣) كما لو نص المشرع على أن "يكون تاجرا:- ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملا تجاريا".

- **النطاق الزمني:**

بمعنى تحديد الفترة الزمنية التي يسـري عليها أحكام النص، ففي عقد النقل البحري مثلا: هل ينطبق النص على المرحلة البحرية فقط، أي من ميناء الشـحن إلى ميناء التفريغ؟ ام هل يمتد ليشـمل الفترة السـابقة، واللاحقة على المرحلة البحرية؟ وكذلك الحال، هل يسـري القانون بأثر فوري، وهذا هو الأصل أم يسري بأثر رجعي، وإذا كان كذلك، فما هي حدود الأثر الرجعي.

ومن هذا المنطلق، فإن من العيوب الجوهرية في التشـريع، عدم تحديد نطاق سـريان القانون زمنيا[1]، كما هو الحال في القانون رقم (١٧) لسـنة ٢٠١٩ في شـأن التصـالح في بعض مخالفات البناء وتقنين أوضـاعها، والمعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢٠، حيث نصت المادة الأولى (بعد التعديل) على ما يلي: "مع مراعاة ...، يجوز التصـالح وتقنين الأوضـاع في الأعمال التي ارتكبت بالمخالفة لأحكام القوانين المنظمة للبناء الصادرة قبل العمل بأحكام هذا القانون ...".

فهذا النص من شأنه أن تسري أحكام التصالح – نصا - على جميع الأعمال المخالفة لقوانين البناء، أيا كان تاريخ صـدورها، ليس فقط القانون رقم (١١٩) لسـنة ٢٠٠٨ بإصـدار قانون البناء، والقانون السـابق عليه، وهو القانون الصـادر عام ١٩٧٦، ولكن أيضـا يجوز التصـالح على جميع الأعمال المخالفة لقوانين البناء السابقة إلى ما لا نهاية.

- **النطاق الموضوعي:**

أي تحديد المحل أو العمل الذي يشمله النص، كالتزام التاجر بمسك بعض الدفاتر التجارية الإلزامية مثل: دفتر اليومية ودفتر الجرد.

- **النطاق المكاني:**

بمعنى تحديد المجال الجغرافي الذي ينطبق عليه النص، وهل يقتصـر على إقليم واحد من أقاليم الدولة؟ أم يمتد ليشمل جميع أقاليم الدولة أو إماراتها إذا كانت دولة اتحادية.

٥ـ المصطلحات والكلمات الأساسية:

من الأهمية بمكان أن يُشـير الباحث إلى أهم المُصـطلحات القانونية الواردة بالنص، وتميزها عما قد يشـتبه بها من مصـطلحات أو مفاهيم قانونية أخرى، كي يكون فهم النص أكثر وضـوحا، ومن ذلك مثلا: التمييز بين البطلان، والإبطال، وعدم نفاذ العقد في مواجهة الغي، وفسخ العقد.

---

(١) انظر: القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٩ في شأن التصالح في بعض مخالفات البناء وتقنين أوضاعها، والمعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢٠.

٦- فروض النص:

حيث يجب على الباحث معرفة الفرض أو الفروض التي يُعالجها النص، والحال لا يخلوا من أحد الفروض الآتية:

الفرض الأول: قد يتعلق النص بفرض واحد:

وهذا هو الغالب مثال: "تعتبر سوق الأوراق المالية شخصا اعتباريا"[١]؛ فهذا النص يحمل فكرة واحدة وهي الاعتراف بالشخصية المعنوية لسوق الأوراق المالية.

الفرض الثاني: قد يشتمل النص على أكثر من فرض:

مثال: "على كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها ..."[٢].

ففي هذا النص، يُمكن التفرقة بين:

= تاجر لم يتجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه: وهذا غير مُلزم بمسك الدفاتر التجارية.

= تاجر تجاوز راس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه: وهذا مُلزم بمسك الدفاتر التجارية.

= تاجر تجاوز رأس ماله الإجمالي عشرين ألف جنيه لكن المُستثمر منه في التجارة عشرة آلاف فقط: وهذا غير مُلزم بمسك الدفاتر التجارية.

= شخص مدني تجاوز رأس ماله الإجمالي عشرين ألف جنيه: وهذا غير مُلزم أصلا بمسك الدفاتر التجارية.

الفرض الثالث: قد يتضمن النص قاعدة عامة، واستثناءات واردة عليها:

مثال: "١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا. ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه ..."[٣]؛ فالقاعدة العامة، يجوز أن يرد الالتزام على مال مُستقبل، أما

---

(١) انظر: المادة (١/٤٤) من قانون التجارة المصري.
(٢) انظر: المادة (٢١) من قانون التجارة المصري.
(٣) انظر: المادة (١٣١) من القانون المدني المصري.

الاستثناء، أنه لا يجوز أن تكون تركة الإنسان الباقي على قيد الحياة، محلا للالتزام ولو كان ذلك برضاه.

الفرض الرابع، قد يتناول النص تطبيق الحكم متى توافرت شروط معينة:

مثال: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"[1]؛ ففي هذا النص يُشترط لتطبيق نظرية تحول العقد أن يتوافر في العقد الباطل أو القابل للإبطال أركان عقد آخر، فضلا عن اتجاه النية إلى العقد الآخر.

٧- تفسير النص:

نظرا لأهمية موضوع التفسير[2]، نتناول – بإيجاز - فيما يلي: المقصود بالتفسير وأسبابه، وأنواع التفسير، ومبادئ التفسير، وطرق التفسير.

أولا: المقصود بالتفسير وأسبابه:

تفسير النص معناه، بيان حقيقة ما قصدت إليه إرادة واضع المحرر المكتوب والتي عبر عنها بعبارة النص، ولما كانت هذه الأخيرة ما هي إلا وسيلة للإفصاح عن الإرادة، لذا فإن العبرة بحقيقة ما اتجهت إليه تلك الإرادة.

ويقصد بالتفسير بالمعنى الضيق، بيان وإيضاح إرادة المشرع من النص محل التفسير، وذلك بإزالة الغموض الذي يكتنف النص، وتوضيح معناه، وبيان نطاق تطبيقه، توطئة لتطبيقه على ما يعرض من حالات خاصة، والمثال على ذلك: أن النص أو أحد ألفاظه قد يشتمل على أكثر من معنى مثل كلمة "الليل"، كظرف مشدد في جريمة السرقة: هل يقصد به حالة الظلام أم المعنى الفلكي من غروب الشمس وحتى شروقها.

أما التفسير بالمعنى الموسع؛ فإنه بالإضافة إلى حالة غموض النص، يشتمل على حالات أخرى مثل: تقويم عيوب النص – استكمال ما نقص من أحكام – التوفيق بين أجزائه المتعارضة.

---

(١) انظر: المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري.

(٢) لمزيد من التفاصيل في موضوع التفسير انظر: د/ عباس مبروك الغزيري، دور القضاء في تفسير القانون، دراسة في فلسفة القانون، ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦؛ د/ خالد جمال أحمد حسن، الإحكام في تفسير النصوص القانونية، بدون تاريخ ومكان نشر؛ د/ عبد المهدي "محمد سعيد" أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني – دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥؛ د/ فرات رستم أمين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤ – ١٤٣٥، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن.

- أهمية التفسير:

ولا ريب أن أهمية التفسير تكمن في أكثر من سبب[1]:

السـبب الأول: صـياغة القاعدة القانونية، وتميزها بالعمومية والتجريد، ولا ريب أن نقل القاعدة القانونية من التجريد إلى الواقع العملي المحسـوس ومن العام إلى الخاص، يتطلب ربط هذه القاعدة بالحدث، محل النزاع، وبالتالي يثور التساؤل عن مدى شموليتها لجميع الحالات التي وضعت من أجلها فقط أم يمكن تطبيقها على حالات أخرى.

السـبب الثاني: أن النصـوص القانونية متناهية ومحدودة والوقائع أو النوازل غير متناهية وغير محدودة، ومنطقيا لا يمكن أن يحكم المتناهي غير المتناهي، لذا كانت أهمية التفسـير في مد نطاق تطبيق النصوص القانونية إلى حالات ووقائع مستجدة، بضوابط وشروط معينة.

السـبب الثالث: الغموض الذي يكتنف القاعدة القانونية في بعض الأحيان الأمر الذي يجب معه تفسيرها لإزالة هذا الغموض.

ثانيا: أنواع التفسير:

التفسير قد يكون تفسيرا تشريعيا، وقد يكون تفسيرا قضائيا، وقد يكون تفسيرا فقهيا.

- التفسير التشريعي:

أي التفسير الذي يقوم به المشرع، لبيان حقيقة ما قصده من تشريع سابق[2].

هذا ويلاحظ بشأن التفسير التشريعي أنه:

- ❖ تفسير قُصد به حسم الخلاف القضائي والفقهي حول تطبيق قانون أو قاعدة قانونية تضاربت بشأنها أحكام القضاء وأقوال الفقهاء، بقصد تجنب الآثار القانونية المترتبة على التطبيق غير السليم للقانون المراد تفسيره.
- ❖ يصدر عن المشرع الذي أصدر القانون محل التفسير، وبنفس إجراءات إصداره أو يصدر من جهة يمنحها المشرع سلطة إصداره، استنادا إلى أن من يملك الأكثر يملك الأقل.
- ❖ تفسير يُراعى فيه التدرج التشريعي (الدستور –القانون – اللائحة – القرارات).

---

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار و راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ١٥٣ وما بعدها.

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه، أن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا يعد تفسيرا تشريعيا وليس تفسيرا قضائيا: حيث أسند قانون إنشاء المحكمة لها الاختصاص بتفسير القوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية، بناءً على طلب وزير العدل.

- ❖ تفسير ملزم للقاضي، وإلا كان حكمه عرضه للنقض.
- ❖ تفسير له أثر رجعي يُعمل به من وقت صدور التشريع، محل التفسير، لأنه يكشف عن مضمون النص ولا يُعدله، أما إذ تجاوز التفسير إلى التعديل؛ فيكون بأثر فوري.

- التفسير القضائي:

أي التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة تطبيق القانون على حالة واقعية معروضة عليه للفصل فيها.

وتطبيقا لذلك فإنه "يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية"(١).

هذا ويلاحظ بشأن التفسير القضائي أنه:

- ❖ تفسير يصدر عن القضاة، بمناسبة نظر الدعاوى المعروضة عليهم أو بعد صدور الحكم في الدعوى.
- ❖ تفسير يقوم به القاضي من تلقاء نفسه، كي يتم تطبيق النص على الواقعة محل النزاع.
- ❖ تفسير له طابع عملي، لأنه يتعلق بنزاع واقعي يحاول القاضي استظهار إرادة المشرع من النص مستعينا بالوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير.
- ❖ تفسير مُلزم فقط لطرفي النزاع، بخصوص الحالة المعروضة فقط ولا يلزم المحكمة في قضية أخرى (في النظام اللاتيني عكس النظام الأنجلوسكسوني).

- التفسير الفقهي:

أي التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون، بصدد دراستهم القانون، بما قد يترتب عليه توجيه المشرع إلى ما يشوب القانون من عيوب أو قصور، وإرشاد القاضي إلى مضمون القانون إذا ما عرض عليه نزاع فعلي.

هذا ويلاحظ بشأن التفسير الفقهي أنه:

- ❖ تفسير يقوم به الفقهاء، حال شرح وتحليل النصوص القانونية.

---

(١) انظر: المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه.

- ❖ تفسير يغلب عليه الطابع النظري وغايته مجردة: فقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم، وقد يكون بمناسبة افتراضات لم تقع بعد.
- ❖ تفسير غير مُلزم للقاضي وإن كان الأخير يأخذه في الاعتبار، إذ عادة يرد في حيثيات بعض الأحكام عبارة "ما جرى عليه الفقه والقضاء – المُستقر فقها وقضاءً".
- ❖ تفسير أوسع نطاقا من التفسير التشريعي والتفسير القضائي، لأنه يبحث عن قواعد القانون في تجريدها، وصولا إلى قواعد عامة كلية أو نظريات جامعة.

رابعا: مبادئ التفسير:

وفي جميع الأحوال، يجب على القانوني، مُراعاة بعض المبادئ التفسيرية[1] ومنها:

- ❖ التدرج التشريعي.
- ❖ لا توسع في تفسير ضيق التفسير.
- ❖ إن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.
- ❖ مراعاة صيغ التقنين.
- ❖ إنه لا اجتهاد مع صراحة النص القطعي.
- ❖ التفسير لا ينشئ قاعدة جديدة.
- ❖ وجوب اتباع المعنى العادي والطبيعي.
- ❖ عدم تبعيض نصوص القانون الواحد، أي أن نصوص القانون الواحد يُكمل بعضها البعض، وهو ما يُعرف بمبدأ تكامل النصوص القانونية.
- ❖ مبدأ الانسجام التشريعي للقوانين في الدولة، بحيث لا يتعارض أو يتناقض بعضها مع بعض، وهو ما يُعرف بمبدأ تكامل النظام القانوني للدولة[2].

---

(١) ويُقرر البعض (د/ سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، المرجع السابق، ص ٤٤٧ وما بعدها) "أنه لا غنى لمن يتصدى لدراسة نصوص القوانين الوضعية تركيبيا ودلاليا عن معرفة القواعد الأصولية اللغوية والفقهية التي وضعها علماء الأصول لاستنباط الأحكام من النصوص التشريعية"، كما يُقرر "أن ما نشرته القواعد الأصولية من ظلال على لغة القانون يتبدى أكثر ما يتبدى في مجال التفسير؛ وأن القانونيين إنما يقتفون في استخلاص دلالات النصوص القانونية أثر الأصوليين في استخلاصهم لهذه الدلالات من النصوص الشرعية، وأن مباحثهم فيها تكاد تتفق مع ما أورده علماء الأصول".

(٢) ومن هذا المنطلق، تتضمن التشريعات العبارة الآتية "مع مراعاة ما تنص عليه القوانين الأخرى ..."، انظر: د/ وائل =

خامسا: طرق التفسير:

طبقا لنص المادة (١) من القانون المدني المصري:

"(١) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها وفي فحواها.

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي ...".

يخضع التفسير لقواعد مُحددة، تختلف بحسب ما إذا كان النص سليما[١]، أو كان النص معيبا[٢]، أو كان النص غير موجود أصلا[٣].

❖ في حالة النص السليم:

إذا كان النص سليما؛ فإن دور القاضي يقتصر على استخلاص المعنى من النص ذاته، إما من خلال عبارات النص وألفاظه، وإما من خلال دلالة روح النص وفحواه[٤]، كما ورد في نص المادة (١) من القانون المدني المصري.

❖ في حالة النص المعيب:

إذا كان النص معيبا نتيجة خطأ أو نقص أو غموض أو تعارض، عندئذ يرجع القاضي حال تفسيره للنص إلى وسائل متعددة ومنها: الأعمال التحضيرية – المصدر المادي والتاريخي للنص – حكمة التشريع – تقريب النصوص وربطها ببعضها البعض.

❖ في حالة ما إذا كان النص غير موجود أصلا:

إذا كان النزاع المعروض على القاضي غير منظم قانونا، في هذه الحالة، يميز بين نوعين من المنازعات:

المنازعات الجنائية: وهنا يجب على القاضي الحكم بالبراءة، سندا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المنازعات المدنية: وهنا يجب على القاضي أن يجتهد في حل النزاع وإلا كان مُنكراً للعدالة، وله في سبيل ذلك الرجوع إلى المبادئ القانونية العامة – قواعد العدالة والإنصاف .....

أحمد علام، المرجع السابق، ص ٩٢. مع ملاحظة أن هذه العبارة محل نقد، نظراً لأنها تُلقي على عاتق الجهة المعنية بتطبيق وتنفيذ أحكام القانون، معرفة ما تنص عليه القوانين الأخرى، وتلك مهمة الصائغ.

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٤٢٥ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال، و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) وهنا على القاضي استنباط معنى النص من: إشارة النص – دلالة النص – اقتضاء النص.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن بعض التشريعات قد أخذت – في هذا الصدد – بما يسمى بـــ "التفسير المتطور للقانون"[1]، حيث يراعي القاضـي الحكمة من التشـريع، أي المصـلحة أو المصـالح التي قصـد المشـرع حمايتها والاعتبارات السـياسـية والاقتصـادية والاجتماعية والأخلاقية التي كانت وراء إصـدار التشريع[2].

المطلب الثاني

التعليق على النصوص التشريعية

- تمهيد وتقسيم:

نتناول فيما يلي: خُطة التعليق على النص القانوني (أولا)، ومناقشة النص القانوني (ثانيا)، ونموذج لدراسة نص تشريعي (ثالثا).

أولا: خطة التعليق على النص التشريعي:

من غير المُتصـور وضـع قاعدة عامة لخُطة التعليق على النص التشـريعي، لأن هذه الخطة تختلف باختلاف النص ذاته، لكن متى تحدد موضـوع النص محل التعليق، وجب على رجل القانون وضـع خطة مُشابهة لخطة البحث السابق دراستها في المهارة البحثية مع بعض الاختلافات البسيطة، حيث تشتمل على ثلاثة أقسام: القسم الأول: المقدمة، والقسم الثاني: متن الموضوع، والقسم الثالث: الخاتمة.

ثانيا: مناقشة النص التشريعى:

وتشمل المناقشة ما يلي: المقدمة – متن الموضوع – الخاتمة.

أولا: المقدمة:

يقوم رجل القانون بعرض المسألة القانونية محل التعليق بصورة وجيزة ومركزة، ثم يعرض موضع النص القانوني ضـــمن االإطار العام للقانون الذي ورد فيه، ثم يُبين أهمية الموضـــوع والإشـــكالية التي يُثيرها، وأخيرا تقسيم الموضوع إلى فصول أو مباحث أو مطالب، حسب طبيعة وحجم الموضوع.

(١) انظر: نص المادة (٣) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسـنة ١٩٧٩ المتعلق بالإثبات والمعدل بالقانون رقم (٤٦) لسـنة ٢٠٠٠ والتي تنص على "إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه".

(٢) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع انظر: د/ فرات رستم أمين الجاف، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

ثانيا: متن الموضوع:

حيث يقوم رجل القانون بما يلي:

١- شرح مضمون النص القانوني، حسب خطة البحث التي أعدها، مراعيا في ذلك الجوانب الشكلية، والجوانب الموضوعية، وما يتفرع عنهما من مسائل.

٢- تقييم النص من حيث علاقته بغيره من النصـــوص النافذة، وانعكاســـات تطبيقه على مقومات المجتمع، السياسية والاقتصادية، والاجتماعي.

١- فائدة النص، سواء فيما يتعلق بالحاجة إلى تعديل التشريع، أو إصدار تشريع جديد، أو عدم الحاجة إلى هذا التشريع إذا كانت القواعد العامة تستوعبه.

ثالثا: الخاتمة:

يقوم رجل القانون باستخلاص واستنباط النتائج والتوصيات التي توصل إليها عبر التحليل والتعليق، حيث يُبين وجهة نظره في النص القانوني، وما قد يقترحه في هذا الشـــأن مع تقديم البدائل إذا رأي تعديل النص أو إلغائه.

ثالثا: نموذج لدراسة نص تشريعي:

وحتى لا تكون دراسة المهارة التشريعية، تحليلا، وتعليقا، مجرد دراسة نظرية، نقوم بتحليل أحد النصوص التشريعية، والتعليق عليها، كنموذج استرشادي، كي يتمكن رجل القانون من التمرس واكتساب هذه المهارة، وممارستها بنفسه.

وغني عن البيان، أن منهجية التحليل والتعليق على النص التشريعي الواردة أدناه، ليست هي المنهجية الوحيدة التي يجب على رجل القانون إتباعها أو تطبيقها كما هي، لكن له أن يُضيف إليها في سبيل تحسين وجودة التحليل والتعليق[1].

وعليه، نتناول دراسة نص المادة (٥٠٧) من القانون المدني المصري من حيث: تحليل النص (أولا)، والتعليق عليه (ثانيا).

بيد أنه قبل دراسة النص، من الأهمية بمكان أن يكون تحت نظر رجل القانون النصوص ذات العلاقة أيضا.

- النص الأساسي محل التعليق:

تنص المادة (٥٠٧) من القانون المدني المصري على أنه

" (١) يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد.

(٢) غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان".

- النصوص القانونية ذات العلاقة:

وفي ذات الموضوع، يرتبط بنص المادة (٥٠٧) من القانون المدني بعض النصوص ذات العلاقة بالشركات التجارية وهي:

- المادة (٤٦) من قانون التجارة[2]"ويكون عقد شركات التضامن وشركات التوصية بالكتابة ويجوز أن تكون مشارطة كل منهما رسمية أو غير رسمية".

---

(١) ولمزيد من التفاصيل عن هذه المنهجية انظر: د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ٩١ وما بعدها؛ د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها؛ د/ حلمي محمد الحجار و الأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٥١٣ وما بعدها؛ د/ صالح طليس، المرجع السابق، ص ٣١٨ وما بعدها.

(٢) الصادر في ١٣ محرم سنة ١٣٠١ ه - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ م. حيث مازالت شركات الأشخاص التجارية تخضع لأحكام هذا القانون.

- المادة (٥٢) من قانون التجارة وتنص على أنه "ومع ذلك يزول هذا البطلان إذا أعلن الملخص المتقدم ذكره قبل طلب الحكم بذلك البطلان".

- المادة (٥٣) من قانون التجارة وتنص على أنه "لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان على غيرهم وإنما لهم الاحتجاج به على بعضهم بعضا".

- المادة (٥٤) من قانون التجارة وتنص على أنه "إذا حكم بالبطلان يتبع في تسوية حقوق الشركاء في الأعمال التي حصلت قبل طلبه نص المشارطة التي حكم ببطلانها".

- المادة (٦٣) من قانون التجارة "يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بإبراز الدفاتر والخطابات".

- المادة (١٥) من القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة[١] "يكون العقد الابتدائي للشركة[٢] ونظامها أو عقد تأسيسها رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه ...".

- المادة (١٦) من من القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة "يصدر بقرار من الوزير المختص نموذج لعقد إنشاء كل نوع من أنواع الشركات أو نظامها ...".

أولا: تحليل النص:

تنقسم عناصر التحليل إلى عناصر شكلية وعناصر موضوعية.

ونُذكر بما سبق قوله بأنه لا يجوز لرجل القانون إقحام جميع عناصر التحليل (الشكلية والموضوعية وغيرها) على جميع النصوص، فقد تتوفر جميع هذه العناصر في نص، وقد لا تتوفر في نص آخر.

١- العناصر الشكلية:

وتشمل العناصر الشكلية ما يلي:

أ- هوية النص:

ورد نص المادة (٥٠٧) من القانون المدني ضمن الباب الأول (العقود الواردة على الملكية) من الكتاب الثاني المُعنون بـ "العقود المُسماة".

- اسم القانون: قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني.

---

(١) والمُعدل بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨ المنشور بالجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (ط) في ١٦ يناير ٢٠١٨.
(٢) والمقصود بالشركة هنا "شركة المساهمة".

- تاريخ صدوره: صدر بتاريخ ٩ رمضان سنة ١٣٦٧ ه – ١٦ يولية ١٩٤٨ م، ونُشر في الوقائع المصرية – العدد ١٠٨ مكرر (أ) الصادر في ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨.

- حالة النص: نافذ ولم يُعدل بعد.

ب- طبيعة النص:

هذا النص من النصوص القانونية الآمرة، حيث تدل عبارات النص على ذلك صراحة؛ فقد بدأ بالوجوب، وأردف بالبطلان "يجب .... وإلا كان باطلا، مع ما يترتب على صفة القواعد الآمرة من نتائج.

ج- بنية النص:

بالنسبة للبنية اللغوية: حيث استخدم المشرع عبارات توضح مضمون النص.

أما بالنسبة للبنية الطبوغرافية (أي المطبعية): حيث يشتمل النص على فقرتين: تبدأ الفقرة الأولى بكلمة "يجب ..." وتنتهي بكلمة "... العقد". أما الفقرة الثانية؛ فتبدأ بكلمة "غير أن ..." وتنتهي بكلمة "... بالبطلان".

٢- العناصر الموضوعية:

وتشتمل على ما يلي:

أ- موضوع النص:

يُعالج النص المعاملات التي تتم بين أفراد المجتمع في نطاق القانون الخاص من خلال آلية معينة وهي عقد الشركة المدنية، وينطبق عليها أحكام القانون المدني، ومع ذلك ونظرا للارتباط بين القانون المدني والقانون التجاري، لا سيما في مجال الشركات التجارية؛ فإن هذا النص ينطبق أيضا على الشركات التجارية، ما لم تنص القوانين المنظمة للشركات التجارية على خلاف ذلك.

ب- الفكرة أو الأفكار التي يتضمنها النص:

يشتمل هذا النص على الأفكار الأساسية الآتية:

الفكرة الأولى: وجوب كتابة عقد الشركة المدنية، وما يرد عليه من تعديلات.

الفكرة الثانية: تقرير بطلان عقد الشركة المدنية غير المكتوب.

الفكرة الثالثة: عدم رجعية بطلان عقد الشركة الناشئ عن طلب أحد الشركاء.

الفكرة الرابعة: عدم الاحتجاج بالبطلان الناشئ عن عدم كتابة العقد في مواجهة الغير.

ج- تحديد المقصود من النص:

يهدف المشرع من هذا النص إلى لفت نظر الشركاء إلى ضرورة كتابة عقد الشركة المدنية – وكذلك التعديلات اللاحقة عليه – ورتب على مخالفة ذلك بطلان عقد الشـــركة، وميز بين الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير، والوقت الذي ينتج فيه البطلان أثره فيما بين الشركاء.

د- نطاق تطبيق النص:

- بالنسبة للنطاق الشخصي، حيث ينطبق حكم النص على علاقة الشركاء في الشركات المدنية فيما بينهم، وكذلك علاقتهم بالأغيار الذين يتعاملون مع الشركة.

- والنطاق الموضوعي؛ حيث يتحدد محل الكتابة بأمرين: الأمر الأول: كتابة عقد الشركة الأصلي، وكذلك جميع التعديلات اللاحقة على عقد الشركة، كتعديل رأس المال، أو مدة الشركة. الأمر الثاني: ينطبق حكم النص على الشـــركة المدنية، وكذلك الشـــركات التجارية عند عدم وجود نص خاص بالأخيرة.

- أما النطاق الزمني؛ فيسري حكم النص مُدة بقاء الشركة، وبحسب المُدة المُحددة في عقد الشركة.

ه- المصطلحات والكلمات الأساسية:

استخدم المشرع بعض الكلمات التي لها دلالة قانونية معينة، والتي يجب أن تُؤخذ في الاعتبار مثل: عقد الشركة(١)، والبطلان(٢)، والغير(٣)، والكتابة(٤)، حيث إن لكل منها معنى اصطلاحيا.

و- فروض النص:

يشتمل النص على أكثر من فرض:

الفرض الأول: التزام الشركاء بكتابة عقد الشركة المدنية (وتعديلاته)، عندئذ يكون العقد صحيحا لا مطعن عليه متى كان وفق ما حدده القانون.

---

(١) حيث يُعرف عقد الشركة بأنه عقد بموجبه يلتزم أكثر من شخص بتقديم حصة (نقدية – عينية – بالعمل) للمساهمة في مشروع اقتصادي، واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة، مع ملاحظة ما يتعلق بشركة الشخص الواحد، حيث لا يوجد تعدد شركاء، ومع ذلك تُسمى "شركة"، ولها شخصيتها المعنوية المُستقلة عن شخصية مالكها.

(٢) فالبطلان جزاء تخلف ركن من أركان العقد. وهنا هو ركن الكتابة في عقد الشـــركة، مع ملاحظة أن البطلان هنا لا هو بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي، وإنما من نوع خاص.

(٣) والمقصود بالغير هو كل من لم يكن طرفاً في عقد الشركة، واكتسب حقاً أو تحمل بالتزام.

(٤) والمقصود بالكتابة، الوثيقة المكتوبة، وما يقوم مقامها من وثائق إلكترونية.

الفرض الثـاني: عـدم كتـابـة عقـد الشـــركـة المـدنيـة (وتعـديلاتـه)، وهنـا يكون الحكم بطلان العقد.

الفرض الثالث: أثر بطلان العقد في مواجهة الغير المُتعامل مع الشركة: لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير، حيث لا يجوز للمُقصر أن يستفيد من تقصيره.

الفرض الرابع: أثر بطلان العقد فيما بين الشركاء: حيث لا أثر لهذا البطلان إلا من تاريخ الحكم به، بمعنى أن يقتصر أثر البطلان على مُستقبل الشركة وليس ماضيها.

ز- تفسير النص:

هذا التفسير يتوقف على وقت تطبيق القاضي لحكم النص على الحالة الواقعية المعروضة.

ثانيا: التعليق على النص:

ويشتمل هذا التعليق على ما يلي: وضع الخطة، ومناقشة النص.

١- خُطة التعليق:

تختلف وجهات النظر بشـأن وضـع خطة التعليق على نص المادة (٥٠٧) من القانون المدني، حيث يُمكن وضع أكثر من تصور لخطة التعليق، ونكتفي هنا بالخطة المُوجزة الآتية:

مقدمة:

المبحث الأول

وجوب كتابة عقد الشركة

المطلب الأول: ماهية كتابة عقد الشركة.

الفرع الأول: المقصود بالكتابة وأهميتها.

الفرع الثاني: طبيعة الكتابة وشكلها.

المطلب الثاني: البيانات الواجب كتابتها وإثبات الشركة.

الفرع الأول: البيانات الواجب كتابتها في عقد الشركة.

الفرع الثاني: إثبات عقد الشركة.

المبحث الثاني

آثار عدم كتابة عقد الشركة

المطلب الأول: تقرير بطلان عقد الشركة.

الفرع الأول: طبيعة البطلان وخصائصه.

الفرع الثاني: آثار البطلان.

المطلب الثاني: وجود شركة فعلية.

الفرع الأول: ماهية الشركة الفعلية.

الفرع الثاني: آثار الشركة الفعلية.

خاتمة:

٢- مُناقشة النص:

تقوم مناقشة النص على أساس المحاور الآتية: المقدمة – متن الموضوع – الخاتمة، وتقييم النص، وذلك على النحو الآتي:

المحور الأول:- المقدمة:

حيث يعرض رجل القانون إلى عموميات الموضـوع الذي يندرج ضـمنه موضـوع النص القانوني، وأهمية هذا النص، وما يُثيره من صعوبات، علمية وعملية، وكيفية معالجتها.

المحور الثاني:- متن الموضوع:

حيث يقوم رجل القانون بشرح وتفسير ما ورد بخطة التعليق من خلال المعلومات التي اكتسبها أثناء الدراســة، ومُؤيدا ومُدعِما وجهة نظره بالرجوع إلى الأعمال الفقهية، والاجتهادات القضــائية ذات العلاقة بالموضوع محل التعليق.

وننوه إلى القول بأننا لا نقوم بشــرح ما جاء بالخطة؛ فهذا تفصــيل قد يطول شــرحه، ونُحيل القارئ الكريم إلى المراجع المُتخصصة في هذا المجال(١).

المحور الثالث: الخاتمة:

حيث يعرض رجل القانون إلى خلاصة موجزة لأهمية كتابة عقد الشركة، والإشكاليات الناجمة عن عدم كتابتها، ودور القضاء في إرساء نظرية الشركة الفعلية للتوفيق بين التطبيق الحرفي للمنطق القانوني وبين الواقع العملي وحماية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات والمراكز القانونية المكتسبة.

المحور الرابع: تقييم النص:

من الأهمية بمكان الإشــارة إلى أن نص المادة (٥٠٧) من القانون المدني المصــري لم يُعدل حتى تاريخه، بيد أن هناك بعض النصــوص القريبة منه في قانون الشــركات التجارية، وبالتالي يتم تقييم هذه النصوص في مجملها، وذلك على النحو الآتي:

١- علاقة نص المادة (٥٠٧) مدني بالنصوص ذات العلاقة:

نصــت المادة (٤٦) من قانون التجارة على كتابة عقد شــركتي التضــامن والتوصية البسيطة، كما نصت المادة (١٥) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون شركات

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشــكال، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص ٤٠ وما بعدها؛ د/ حســين الماحي، الشــركات التجارية وقواعد سوق الأوراق المالية، الكتاب الأول، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، ٢٠٢٠، ص ٨٦ وما بعدها.

المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة[1] على أن يكون العقد الابتدائي للشركة ونظامها أو عقد تأسيسها رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه.

وبالتقريب بين هذه النصوص، يبين لنا ما يلي:

أ- أوجب المشرع – المدني والتجاري – كتابة عقد الشركة، ورتب على مخالفة ذلك البطلان، ومن ثم فالكتابة ركن انعقاد وليس فقط وسيلة إثبات، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

ب- إن المادة (٥٠٧) قد أوجبت كتابة عقد الشركة، وتركت للشركاء حرية اختيار شكل الكتابة؛ فقد تكون رسمية، وقد تكون عرفية.

ج- إن نصوص قانون الشركات التجارية – وهي نصوص خاصة – قد قيدت مُطلق الكتابة الواردة في القانون المدني، بحيث يكون عقود تأسيس الشركات الخاضعة لأحكامه رسمية أو مُصدقا على التوقيعات فيها.

د- إن كتابة عقد الشركة لا تقتصر على كتابة العقد الأصلي وإنما تشمل أيضا جميع التعديلات اللاحقة عليه، وبذات طريقة كتابة العقد الأصلي وإلا كانت باطلة.

٢- انعكاسات النص القانوني على مُقومات المجتمع:

لا ريب أن تطلب المشرع كتابة عقد الشركة يهدف إلى تحقيق مآرب مُتعددة تُؤدي في مُجملها إلى تحقيق المصلحة الخاصة للشركاء والمصلحة العامة للمجتمع:

أ- فالكتابة تُحقق مصالح الشركاء في تجنب المشاكل الناجمة عن الاختلاف في تفسير العقد وتنفيذه إذا شجر الخلاف بينهم أو بينهم وبين الغير، لا سيما وأن عقد الشركة من العقود المستمرة. وكذلك تنبيه الشركاء لأهمية وخطورة التصرف الذي هم مُقدمون عليه لاستثمار أموالهم.

ب- كما أن كتابة عقد الشركة تُمكن الدولة من تحقيق الرقابة على الأبنية القانونية لما لها من تأثير في الواقع الاقتصادي، لا سيما بعد أن تراجع المفهوم التعاقدي للشركة.

ج- إن تقرير أثر بطلان عقد الشركة من وقت أن يطلبه الشركاء أي بدون أثر رجعي قد يبدو مُخالفا – على الأقل من حيث الظاهر - لغايات القاعدة القانونية وهي تحقيق العدالة، بحيث إذا ما تقرر البطلان، انصرف أثره إلى الماضي، واعتبار العقد كأن لم يكن.

(١) والمُعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨، وبإضافة شركة الشخص الواحد.

بيد أن هذا الأثر يُؤدي إلى التضحية بالمعاملات والمراكز القانونية المُستقرة التي اكتسبها الغير حال قيام الشركة، وهذا ما جعل القضاء يُنشئ ويطبق فعلا نظرية الشركة الفعلية التي يقتصر فيها البطلان على مُستقبل الشركة دون ماضيها.

الخلاصة:

لا ريب أن صياغة التشريع، وتحليل النص التشريعي، والتعليق عليه مهارة تستوجب كثرة التأمل في صياغة النصوص التشريعية، والتعمق في كلماتها وجُملها، وتفكيكها والغوص في عناصرها الشكلية والموضوعية، ومحاولة التعرف على مقصود المشرع منها، فإذا ما قام رجل القانون بتكرار ذلك، اكتسب هذه المهارة، وقام بتطبيقها على حالات أخرى، أيا كانت طبيعة النص التشريعي.

المبحث الثالث

منهجية التعليق على الأحكام القضائية

المبحث الثالث

منهجية التعليق على الأحكام القضائية

- تمهيد وتقسيم:

لعل من أهم وأخطر المهارات – محل الدراسة – المهارة القضائية، ذلك لأنه إذا كان المشرع يضع النصوص القانونية، وأن الفقه يُفسر ويُقيم هذه النصوص، وهذه وتلك مهارة نظرية؛ فإن مهمة القاضي تتجاوز ذلك بكثير، حيث يُطبق هذه النصوص على حالة واقعية معروضة في ساحات المحاكم، إثباتا أو نفيا لحق معين من خلال مجموعة من الضوابط والشروط الشكلية والموضوعية (الخصومة القضائية). ومن هذا المُنطلق، تكمن أهمية تعلم مهارة: كيف تصدر الأحكام؟ وكيفية التعليق عليها؟

ونتناول فيما يلي:

المطلب الأول: ماهية الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: كيفية التعليق على الأحكام القضائية.

المطلب الثالث: نماذج عملية للتعليق على الأحكام القضائية.

المطلب الأول

ماهية الأحكام القضائية

لا ريب أن الغاية من العمل القضائي إقامة العدل بين الخصوم في الدعوى المنظورة أمام القضاء بتقرير حكم القانون فيما يُرفع إليه من منازعات، وعليه فإن تطبيق القانون على وقائع النزاع فن لا يتوقف على علم القاضي بالقاعدة القانونية فحسب، وإنما إعطاء حل عادل لمشكلة إنسانية(١).

وعليه، نتناول فيما يلي دراسة بعض المسائل المرتبطة بالحكم القضائي، كمدخل لمنهجية التعليق على الأحكام القضائية وهي: مُكونات الحكم القضائي (أولا)، وتوظيف الأحكام القضائية في الأبحاث القانونية (ثانيا).

أولا: مُكونات الحكم القضائي:

تصدر الأحكام القضائية، وفق منهجية معينة، حيث لم يتركها المشرع للخصوم أو للقضاة، وإنما وفق ضوابط إجرائية وموضوعية.

---

(١) انظر: المستشار/ ضياء شيت خطاب، فن القضاء، إصدارات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٤٠٤ ه – ١٩٨٤ م، ص ٥.

وليس المقصود من دراسة مُكونات الحكم القضائي الدراسة التفصيلية لهذا الموضوع؛ فتلك موضعها الكتب الدراسية ذات العلاقة، وإنما نتناول هذا الموضوع بالقدر اللازم لتعلم منهجية إصدار الأحكام القضائية، والتعليق عليها.

وعليه نتناول دراسة: المقصود بالحكم القضائي، والأجزاء التي يتكون منها الحكم القضائي، وملاحظات على تركيب الحكم القضائي.

١- المقصود بالحكم القضائي:

إنه لمن الصعوبة بمكان تعريف الحكم القضائي[١] تعريفا جامعا مانعا، لأن المُتتبع للخصومة القضائية من وقت رفع الدعوى إلى حين الفصل فيها، واستنفاد المحكمة ولايتها، يجد أن القاضي يُصدر العديد من القرارات، والأوامر، والأحكام[٢]. ولا ريب أن تسمية ما يصدر عن المحكمة من أعمال يتوقف على: ما يُقدمه الخصوم من طلبات، وإدعاءات، ودفوع أولا، وطبيعة سلطة القاضي، سواء أكانت سلطة ولائية أم سلطة قضائية ثانيا، والمرحلة التي تمر بها الدعوى ثالثا.

وبدون الدخول في الخلاف الفقهي والقضائي حول تعريف الحكم القضائي، يأخذ الفقه المقارن[٣] بمعيار موضوعي يُعوِل على العضو الذي أصدره، وكونه عضوا قضائيا، ومن ثم يُعرف الحكم القضائي بأنه "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه".

وبدون الدخول في التفصيلات، واستنادا إلى التعريف السابق، يرى بعض الفقه أن أركان الحكم القضائي هي[٤]:

الركن الأول: أن يصدر من محكمة تابعة لجهة قضائية.

الركن الثاني: أن يصدر بموجب السلطة القضائية للمحكمة.

الركن الثالث: أن يصدر في شكل مكتوب يتصف بالرسمية.

---

(١) انظر: الأستاذ/ سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ ه – ٢٠٠٧ م، مكتبة الآداب بالقاهرة، ص ١٧، هامش رقم (٥).

(٢) في بعض التشريعات العربية، يُطلق البعض اسم "الحكم القضائي" على ما يصدر عن محاكم الدرجة الأولى، بينما يُطلق لفظ "القرار القضائي" على ما يصدر عن محاكم الدرجة الثانية (محاكم الاستئناف – محاكم التمييز)، لمزيد من التفاصيل انظر: د/ صالح طليس، المرجع السابق، ص ٤٢٦٢ د/ حلمي محمد الحجار و الأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٧١.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٦٩٧ وما بعدها.

(٤) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ٦٩٧ وما بعدها.

٢- الأجزاء التي يتكون منها الحكم القضائي:

لمعرفة الأجزاء التي يتكون منها الحكم القضـــائي، يلزم معرفة النصـــوص ذات العلاقة بالحكم القضائي وهي:

النصوص القانونية:

١- تنص المادة (١٠٠) من دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ٢٠١٤ على أنه "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، وتكفل الدولة وسائل تنفيذها على النحو الذي ينظمه القانون ...".

٢- تنص المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي: "يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة".

٣- تنص المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي "يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادرا في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة، واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم.

كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري، ورأي النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه.

والقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم كذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

٤- تنص المادة (١٧٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي: "يوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية ...".

يبين من النصوص المذكورة، أن المشرع حدد البيانات التي يشتمل عليها الحكم، وهذه البيانات[١] يُمكن تقسيمها إلى ما يلي:

(١) دراسة هذه البيانات دراسة تفصيلية، ومعرفة تلك التي يترتب على تخلفها بطلان الحكم من عدمه، ليست محلاً للتفصيل هنا، ونُحيل القارئ الكريم بشأنها إلى المُؤلفات المُتخصصة في مجال قانون المرافعات، حيث نكتفي هنا بتعداد البيانات فقط لمعرفة مُكونات الحكم من الناحية الشكلية.

الجزء الأول: ديباجة الحكم:

وهذه الديباجة تشتمل على البيانات الآتية:

١- صدور الحكم باسم الشعب.

٢- اسم المحكمة.

٣- أسماء القضاة، وعضو النيابة (إن وُجد).

٤- كاتب الجلسة (أمين السر)[١].

٥- مكان، وتاريخ اصدار الحكم.

٦- رقم الدعوى أو رقم الطعن.

٧- أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم، وموطن كل منهم.

الجزء الثاني: الوقائع:

وتشتمل على ما يلي:

١- الوقائع المادية:

أي النزاع القائم بين الخصـــوم قبل أن يصـــل إلى المحكمة، وهذه الوقائع تختلف باختلاف طبيعة الدعوى، دعوى مدنية: طلب تعويض – فسخ عقد، دعوى جنائية: ارتكاب جناية أو جنحة، ودعوى إدارية: كإخلال بعقد إداري، ودعوى أحوال شخصية: كزواج أو طلاق أو نفقة، وموضوعها (تعويض – فسخ عقد – شهر إفلاس).

٢- الإدعاءات:

وهي المطالب التي يزعمها كل خصم، ويتمسك بها، ويطلب من المحكمة الحكم بها لصالحه.

٣- الإجراءات القضائية:

(١) لم يرد بيان كاتب الجلســـة ضـــمن البيانات الواردة في نص المادة (١٧٨)، وإنما ورد في نص المادة (١٧٩) كبيان أساسي، حيث يجب توقيع نسخة الحكم الأصلية من كُل من: رئيس الجلسة وكاتبها. كما يُسمى كاتب الجلسة في أحكام محكمة النقض "أمين السر"

وهي مجموعة من الإجراءات التي تتخذها المحكمة، وتختلف بحسب ما إذا كانت الدعوى أمام محكمة أول درجة، أو محكمة الاستئناف، أو محكمة النقض.

الجزء الثالث: حيثيات الحكم (التسبيب - التعليل):

وهي عبارة عن عرض الأسباب التي جعلت القاضي يحكم لصالح أحد الخصوم. وهذه أطول فقرة في الحكم، حيث يقوم القاضي بتطبيق النص القانوني على الوقائع الثابتة ثبوتا قانونيا مع تسبيب الحكم.

ولا ريب أن أسباب الحكم من الأهمية بمكان، باعتبارها تعبير عن ضمير القاضي وعدالته محمولة إلى الخصوم خاصة، وإلى المجتمع عامة، ووسيلة المحكمة الأعلى في مراقبة صحة وسلامة النتيجة التي انتهى إليها الحكم.

ويخضع القاضي، لدى تحريره لأسباب الحكم، لنوعين من المبادئ[1]:

النوع الأول: المبادئ المُستمدة من قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية التي توجب تسبيب الحكم عند الفصل في طلبات الخصوم.

النوع الثاني: المبادئ المُستمدة من منهجية حل النزاع قضائيا، وهي عملية القياس المنطقي الذي يتألف من: مقدمة صغرى، وهي واقعة الدعوى، ومقدمة كبرى، وهي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى، كي يصل في النهاية إلى نتيجة، وهي منطوق الحكم.

- تطبيق عملي:

وتطبيقا لعملية القياس المنطقي، يُمكن الإشارة إلى نص المادة (١/٧٥) من القانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس التي تنص على "يعد في حالة إفلاس كل تاجر ملزم بموجب أحكام قانون التجارة الصادر بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ بإمساك دفاتر تجارية إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية".

يشتمل هذا النص على عُنصري القاعدة القانونية وهما:

العنصر الأول: عنصر الفرض أو الفروض (المقدمة الصغرى): أي العناصر الواقعية والفروض المُحتملة وهي:

- توافر صفة التاجر، وهذه الصفة يتفرع عنها فروض أخرى وهي: مزاولة الأعمال التجارية – الاحتراف – القيام بالأعمال التجارية باسمه ولحسابه الخاص – توافر الأهلية التجارية.

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٢٦٤ وما بعدها.

- توقف التاجر عن دفع ديونه، وهذا يتفرع عنه أيضا: الصفة التجارية للدين غير المدفوع – استحقاق الدين وتعيين مقداره – اضطراب أعمال المدين المالية.
- التزام التاجر بمسك دفاتر تجارية، وهذا يتفرع عنه: بلوغ رأس مال التاجر المُستثمر في التجارة (٢٠٠٠٠) ألف جنيه – تحديد أنواع الدفاتر الإلزامية.

العنصر الثاني: وهو عنصر الحكم (المقدمة الكبرى): وهو إشهار الإفلاس.

وبناءً عليه، إذا توافرت فروض القاعدة القانونية السابقة، فإنه يُحكم بإشهار الإفلاس، أما إذا تخلف أحد الفروض المُشار إليها، فلا مجال لتطبيق حكم شهر الإفلاس.

الجزء الرابع: منطوق الحكم:

ويُسميه البعض "الفقرة الحكمية"[١]، وهو القرار الفاصل في الدعوى، سواء بالقبول أو بالرفض. وعلى الرغم من أن منطوق الحكم يقع – مكانيا – في نهاية الحكم وبعد الأسباب، إلا أنه عادة يسبق الأخيرة من الناحية الذهنية، حيث يضع القاضي تصوره للحكم النهائي في الدعوى ثم يحشد ما يُؤيد ويخدم هذا الحكم.

المبادئ القانونية ليست من عناصر الحكم القضائي:

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الأحكام القضائية، بعد صدورها، قد تكون محلا للتبويب والتصنيف، بحيث يتم تجميع الأحكام ذات الموضوع الواحد معا، لسهولة الاطلاع عليها، وبالتالي قد يرد بعد الديباجة، وقبل الوقائع، مُقتطفات من أسباب الحكم، والكلمات المفتاحية لها، وتُسمى بـ "المبادئ القانونية". وهذه المبادئ ليست من أصل مُكونات الحكم لأن إضافتها من قِبل المكتب الفني بالمحكمة[٢].

٣- ملاحظات على تركيب الحكم القضائي:

يبين من الاطلاع على الأحكام القضائية، أنه يغلب على تركيبها وهيكليتها[٣] ما يلي:

١- **بالنسبة للتركيب الشكلي للحكم:** حيث يقوم الحكم القضائي على العناصر الآتية: الديباجة – الوقائع – الحيثيات – المنطوق.

---

(١) انظر: د/ صالح طليس، المرجع السابق، ص ٢٦٦؛ د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

(٢) انظر: د/ علي ضوي، منهجية البحث القانوني، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، ليبيا، ١٩٨٩، ص ٢١٦.

(٣) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها.

٢- **بالنسبة للتركيب المنطقي للحكم:** حيث يقوم الحكم على قياس استدلالي، مقدمته الصغرى هي الوقائع، ومقدمته الكبرى هي القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الوقائع، ونتيجته هي منطوق الحكم.

٣- **بالنسبة للتركيب النحوي للحكم:** حيث يتركب الحكم – غالبا – من عبارات شبه موحدة، بهدف تحقيق الارتباط والهيكلية المنطقية للحكم. ولذلك تتكرر العبارات الآتية في الأحكام: بعد الاطلاع على الأوراق ...، بعد سماع ...، وحيث إن الوقائع ...، ولما تقدم، وكان الثابت ...، لهذه الأسباب ...، قررت المحكمة ... [١].

٤- **بالنسبة للتركيب اللغوي للحكم:** حيث تتسم لغة الأحكام القضائية بالدقة والوضوح، والمنطق الراقي الذي يُغذيه العقل، وتحرسه الحكمة[٢]، كما يتم استخدام اللغة الفصحى والبُعد عن اللغة العامية[٣]، فضلا عن استخدام علامات الترقيم. كما يغلب على لغة الأحكام الأسلوب التقريري الإخباري عن وقائع الدعوى، وحجج الخصوم، والقاعدة القانونية واجبة التطبيق.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه قلما تُستخدم الأساليب البلاغية في الأحكام القضائية. ولعل من الأمثلة القليلة على استخدام البلاغة فى الأحكام، بل والأدب المُتأثر بلغة القرآن الكريم، الحكم الصادر عن محكمة جنايات أسيوط في ١٣ يناير ١٩٣١[٤].

---

(١) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٢) ولعل المُطلع على أحكام محكمة النقض المصرية المُنشأة بموجب المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٣١ بتاريخ ١٩٣١ بإنشاء المحكمة العليا "محكمة النقض والإبرام"، لا سيما في بداية نشأتها، يلحظ ذلك، انظر: د/ محمود السقا، دراسة في علم المنطق القانوني، دار النهضة العربية، بالقاهرة، ١٩٩٧ – ١٩٩٨، ص ٣٥٤.

(٣) انظر: د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

(٤) وذلك في قضية شخص اتُهم بقتل أخيه، حيث تقول أسباب الحكم: "وبما أن فعلة المتهم، تنم عن غدرٍ طُبِعت عليه نفسه، وشرٍ استوت عليه، وقسوةٍ مازجت قلبه، ووحشيةٍ تملكت لبه، فقد انتوى الفتك غيلة بأخيه الصغير، وهو في ريعان الصبا. وأعد آلة الجريمة، وترقب مجيء فريسته إلى مضجعه حيث رقد آمنًا بجواره، مطمئنًا إلى قربه، غير عالم بما يخبئه له القدر، من غدر الأقربين، وشر الأذى ما جاء من غير حسبة. ولم يكد أن يغلب المسكين الكرى حتى أنقض عليه السفاك، وبقر بطنه، كما تُذبح الشاه، غير ذاكر فيما اجترح إلا شهوة الطمع، وغواية المال، ناسيًا حكم الدين، وجزاء الخائنين. فطوعت له نفسه قتل أخيه فقتله، فأصبح من الخاسرين. ولم يكن لفريسة الخاسر ذنب يؤخذ به، ولا إثم يُحاسب عليه، سوى أن والده آثره على أخيه بقليل من المال، لطاعة امتاز بها، وإخلاص بدا منه، في حين أن الجاني شرد وبغى، وغاضب أباه، ونأى عنه في شيخوخته، وعاش غويًا، لا نفع منه ولا خير فيه". نقلاً عن د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها: حكم أصدرته محكمة جنايات أسيوط فى ١٣ يناير ١٩٣١ (النشرة القانونية للنيابة العمومية، س ٣، ع ٩-١٠، ص ١٤٤) مذكور فى: عبد الوهاب العشماوى، أفكار حول فن صياغة الأحكام القضائية، مجلة القضاء، المجلد الأول، يناير- يونيو ١٩٨٦، ص ٢٦- ٢٧.

نموذج

حكم قضائي لمحكمة النقض المصرية

حيث يتكون الحكم من الأجزاء الآتية:

الجزء الأول: الديباجة.

الجزء الثاني: الوقائع.

الجزء الثالث: الحيثيات.

الجزء الرابع: المنطوق.

الجزء	الاسم	البيان	الجهة المعنية بالبيان
الجزء الأول	**الديباجة**	وتُبين الديباجة، هوية الحكم، وتشتمل على البيانات الآتية: **باسم الشعب** **محكمة النقض** **(الدائرة المدنية والتجارية)** برئاسة السيد المستشار/ ... نائب رئيس محكمة النقض. وعضوية السادة المستشارين/ ...، و...، و...، و... نواب رئيس المحكمة. بحضور السيد رئيس النيابة/ ... وحضور السيد أمين السر/ ... في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بدار القضاء العالي بمدينة القاهرة في يوم ... الموافق ... **أصدرت الحكم الآتي:** في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ... لسنة ... ق. المرفوع من السيد/ ..... **ضد** السيد/	**المحكمة.**

الجزء	الاسم	البيان		الجهة المعنية بالبيان
الجزء الثاني	**الوقائع**	وهي تلخيص للخصومة، وتشمل: وصف النزاع، وطلبات الخصوم، والإجراءات التي اتُخذت بشأنها، وعادة تبدأ بكلمة "الوقائع" في منتصف السطر. **الوقائع** بتاريخ ... رفع السيد/ ... الدعوى إلى محكمة ... بتاريخ ... طلب السيد/ ... ندب خبير. بتاريخ ... طلب السيد/ ... ضم مستندات وتقديم مذكرات.		**أطراف النزاع**
	الإدعاءات	**طلبات المُدعِي**	**طلبات المُدعَى عليه**	
		بطلان عقد ... لعدم توافر أركان العقد	صحة العقد ... لتوافر أركان العقد ...	
	الإجراءات القضائية	الإدانة لارتكاب ... جريمة ...	البراءة لعدم ثبوت الركن ... للجريمة.	

الجزء	الاسم	البيان	الجهة المعنية بالبيان
		لدى المحكمة الابتدائية: بتاريخ ... حكمت المحكمة الابتدائية بـ ...، استنادا إلى ... **لدى محكمة الاستئناف:** بتاريخ ... حكمت محكمة الاستئناف بـ ...، استنادا إلى ... **لدى محكمة النقض:** بتاريخ ... طعن الطاعن/ ... بطريق النقض. بتاريخ ... قضت المحكمة بـ ...، استنادا إلى ... (الأسباب).	**المحكمة المختصة**
الجزء الثالث	**الحيثيات (التعليل/ الأسباب)**	* وهي الأسباب التي دفعت بالقاضي لاختيار الحل القانوني الوارد بمنطوق الحكم، وعادة تبدأ بفقرة جديدة مبدوءة بكلمة " وحيث إن ..."، حيث إن الطعن أُقيم على ســببين، ينعي بها الطاعن على الحكم المطعون فيه، الســبب الأول، مخالفة القانون ....، والسبب الثاني ... * يليها تعقيب محكمة النقض، بفقرة جديدة أيضا تبدأ بعبارة "وحيث إن هذا النعي ...". وحيث إن هذا النعي ..... (مقبول/ غير مقبول / سـديد/ غير سديد / في محله / في غير محله).	**محكمة النقض**

الجزء	الاسم	البيان	الجهة المعنية بالبيان
الجزء الرابع	**المنطوق (الحكم) (الفقرة الحكمية)**	وهو نتيجة الحكم في الدعوى، وعادة يبدأ بـالكلمة أو العبارة الآتية، في منتصف السطر **لذلك** **.....** **لهذه الأسباب** **.....** **وحيث إنه لما تقدم** **.....**	**محكمة النقض**

ثانيا: توظيف الأحكام القضائية في الأبحاث القانونية:

للأحكام القضـــائية في مجال البحث القانوني أهمية لا تُنكر، وعلى الباحث القانوني تعلم مهارة توظيف الأحكام القضائية لخدمة البحث القانوني، سواء لتأكيد وجهة نظره، أو لمعرفة السياسة القضائية، واتجاهات القضاء بشأن مسألة معينة.

وعليه، نتناول فيما يلي: أهمية الحكم القضـــائي في تأكيد مســـألة معينة (أولا)، ومعرفة الســـياســـة القضائية للدولة والاتجاه القضائي بشأن مسألة معينة (ثانيا).

أولا: أهمية الحكم القضائي في تأكيد مسألة قانونية معينة:

يجب على الباحث في الدراسات القانونية الاستعانة بأحكام القضاء في كل مسألة – قدر الإمكان - يُعالجها في موضـــوع بحثه من خلال اقتباس ما يُدعم وجهة نظره القانونية، حتى لا تكون دراســـته مجرد دراسة نظرية.

ولا ريب أن اقتباس الباحث الأحكام القضـــائية ليس المقصـــود به تزيين البحث، وتضـــخيم عدد صفحاته[١]، وإنما لغاية معينة هي دراسة الموقف القضائي بشأن المسألة محل البحث.

وغني عن البيان، أن قوة الأحكام القضائية، كما هو معلوم، تختلف من نظام قانوني لآخر:

= فهي في النظم الأنجلوسكسونية التي تقوم على نظام السابقة القضائية الذي تُنشئ القانون.

= أما في النظم اللاتينية؛ فهي مصدر احتياطي[٢] وليس لها قوة إلزام قانونية بل أدبية فقط، بالنسبة لأحكام محكمة النقض.

ويحكم اقتباس الباحث الأحكام القضائية ما يلي:

١- إذا كان الحكم القضـــائي متوافقا مع النص القانوني، ويكون ذلك عادة عندما تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق على وقائع الدعوى واضـــحة لا تحتاج إلى تفســـير؛ فيكفي أن يُشـــير الباحث[٣] إلى الحكم أو الأحكام ذات العلاقة بالمسألة محل البحث دون تفصيل.

٢- إذا كان الحكم القضـــائي غير مُتوافق مع النص القانوني، أو أن النص غير موجود، ويكون ذلك في الحالات التي تخضـــع فيها القاعدة القانونية واجبة التطبيق على واقعات الدعوى للتفســـير، عندئذ

---

(١) فغالباً ما نجد في بعض الأعمال الفقهية، لا سـيما في مجال القانون العام، اقتباس الباحث فقرات من الأحكام القضـــائية، تزيد على الصفحة أو أكثر.

(٢) مع الأخذ في الاعتبار الدور الخلاق والمُنشئ للقضاء الإداري.

(٣) وتكون الإشـــارة في الهامش، حيث لا داعي لاقتباس العديد من الفقرات المُطولة من أكثر من حكم، وجميعها تُؤدي ذات المعنى.

يجب على الباحث التعرض للحكم القضـائي بالتفصـيل، والاقتباس منه، لا سـيما فيما يتعلق بأحكام المبادئ، أي تلك التي تُقرر مبدا قضائيا، يخرج عن القضاء المُستقر.

وغنى عن البيان، أن الحل الذي انتهى إليه الحكم القضـائي في هذا الفرض يخضـع للدراسـة والتقييم، ويجب على الباحث:

- التأكد من مدى صحة تفسير القاعدة القانونية واجبة التطبيق.
- وهل هذا التفسير يتفق مع حرفية النص أم مع روح النص؟
- وهل يتوافق هذا التفسير مع التفسير الفقهي والقضائي السائد؟
- وهل يميل هذا الحل إلى التفسير المُوسِع أم إلى التفسير المُضيِق للنص؟

ثانيا: معرفة السياسة القضائية للدولة والاتجاه القضائي بشأن مسألة معينة:

من الأهمية بمكان الإشـــارة إلى أن الباحث القانوني قد يرغب في تعميق بحثه قضـــائيا، ليس فقط بالاستشهاد بحكم قضـائي أو أكثر، يُؤيد ويُدعِم وجهة نظره القانونية وإنما معرفة السياسة القضـائية للدولة، والاتجاه القضائي بشأن المسألة محل البحث.

والمقصـود بالسـياسـة القضـائية للدولة، اتباع القضـاء سـياسـة واضـحة المعالم، مُحددة الأركان تجاه نوعية من المنازعات، عبر تقرير مبادئ قانونية ذات بنيان منطقي متماسـك[١]. ومن أمثلة ذلك السـياسـة التي تواترت عليها أحكام القضـــاء الإداري تجاه شـــدة بعض الجزاءات التأديبية التي توقعها الســـلطات التأديبية بشأن مخالفات بسيطة لا تتناسب البتة مع هذه الجزاءات، وهي ما يُطلق عليها بقضاء "الغُلو"[٢].

(١) انظر: د/ عبد القادر الشيخلي، إعداد البحث القانوني، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون تاريخ نشر، ص ٤٣.

(٢) انظر: د/ عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص ٤٣.

المطلب الثاني

كيفية التعليق على الأحكام القضائية

تمهيد وتقسيم:

التعليق على الأحكام القضـــائية، مهارة تتطلب اتباع منهجية معينة، تتمثل في الإلمام أولا بجوهر الحكم القضـائي محل التعليق ومُكوناته، وتحليل عناصـره الواقعية والقانونية، وتقييم الحل الذي انتهى إليه الحكم، وتبيان مدى توافقه مع القوانين النافذة ذات العلاقة، بل ومع الســياســة التشــريعية، والقضــائية، والاتجاهات الفقهية ذات العلاقة بالموضوع محل الحكم.

ونُبادر بالقول، بأنه لاتوجد منهجية وحيدة ومحددة، يجب على المُعلِق اتباعها، وإنما الأمر محل اجتهاد، وما نقول به إنما على سبيل الاسترشاد، وقد تختلف منهجية التعليق – ولو جزئيا - من أستاذ لآخر، بل قد تختلف من فرع قانوني لآخر أيضا.

ونتناول في هذا المطلب ما يلي: ماهية التعليق على الأحكام القضـــائية (اولا)، والتعليق على الحكم القضائي (الحكم على الحكم) (ثانيا)، ونماذج عملية للتعليق على الأحكام القضائية (ثالثا).

أولا: ماهية التعليق على الأحكام القضائية:

نتناول فيما يلي: تعريف التعليق على الحكم القضــائي، وصــعوبات التعليق على الحكم القضــائي، وكيفية التغلب عليها.

١- تعريف التعليق على الحكم القضائي:

يُقصــد بالتعليق على الحكم القضــائي، المناقشــة التطبيقية لمســألة قانونية عالجها الحكم القضــائي، فالتعليق على الحكم القضائي، عبارة عن دراسة نظرية، وتطبيقية لمسألة قانونية معينة في آن واحد[١].

- أهمية التعليق على الأحكام القضائية:

وتكمن أهمية التعليق على الأحكام القضائية في أنها وسيلة رجل القانون في[٢]:

- ❖ الاطلاع على الأحكام القضــائية ذاتها، ومعرفة مُكوناتها، وكيفية اســتخراجها من مصــادرها، المكتوبة والإلكترونية.

(١) انظر: د/ سقلاب فريدة، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧ - ٢٠١٨، ص ٧١ وما بعدها.

(٢) انظر: د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ١٠٨.

- ❖ الاستشهاد بالأحكام القضائية في الأبحاث القانونية، ومعرفة اتجاه القضاء بشأن مسالة بحثية معينة.
- ❖ كيفية حل المشكلات القانونية، بما يتطلبه ذلك من تفسير، وتكييف للوقائع محل النزاع، وتطبيق للقانون على تلك الوقائع.
- ❖ تثبيت المعلومات القانونية المُكتسبة – نظريا - والتي تلقاها أو تعلمها رجل القانون، بحيث ينتقل بها من المجال النظري المجرد إلى المجال العملي والتطبيقي، ذلك لأن الحكم القضائي تطبيق عملي للنص القانوني.
- ❖ معرفة كيف يُفكر القضاة، وآلية إصدار الأحكام القضائية، والتدريب على كتابة حكم قضائي من خلال قضية واقعية أو افتراضية، والتعليق عليها.
- ❖ تعلم الدقة والوضوح والإيجاز من خلال التعود على قراءة وفهم أسلوب ولغة الأحكام[١].
- ❖ تنمية وتطوير ملكة القدرة على الاستيعاب والتحليل للمعلومات القانونية النظرية العامة المجردة لدى رجل القانون، وتطبيقها على عناصر واقعية مع ما يترتب على ذلك من آثار[٢].

٢- صعوبات التعليق على الحكم القضائي وكيفية التغلب عليها:

لا ريب أن الدراسة في كليات القانون لم تصل بعد إلى الجمع بين الدراسة النظرية والدراسة التطبيقية، والدليل على ذلك أنه في مرحلة الليسانس (أو البكالوريوس) عند قياس مدى فهم الطالب للمادة العلمية، وتقييمه عبر امتحان عملي بقضايا عملية، نجده يتهرب من الامتحان العملي مُكتفيا بالامتحان النظري، مُدعيا صعوبة الإجابة على القضايا العملية.

ونعرض فيما يلي بيان مصدر الصعوبة في فهم الأحكام القضائية، والتعليق عليها، وكيفية التغلب عليها.

أ- أسباب صعوبة التعليق على الأحكام القضائية:

إن صعوبة التعليق على الحكم القضائي تكمن في صعوبة فهم الحكم القضائي ذاته بالنسبة لطالب القانون، أو المُشتغل المُبتدئ به. وترجع هذه الصعوبة إلى ما يلي:

---

(١) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) انظر: د/ حلمي محمد الحجار و الأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

= اختزال الحكم جميع وثائق الدعوى، وما تتضمنه من معلومات:

إن الحكم القضائي الذي يُسطره القاضي في بضع وُريقات يختزل عملية فكرية وذهنية، يقوم بها القاضي قبل وأثناء إصدار الحكم؛ فإذا اطلعت على حكم لمحكمة النقض المُدون في ثلاث أو أربع صفحات، نجده يخفي في طياته مائة ورقة أو أكثر أو أقل من وثائق الدعوى، ومراحلها القضائية لدى محكمة أول درجة، ومحكمة الاستئناف ولعلمت – عندئذ - مدى صعوبة فهم الطالب لهذا الحكم، وبالتبعية صعوبة التعليق عليه.

= استخدام مُصطلحات فنية ذات طابع قضائي:

يتطلب القانون لإصدار الأحكام القضائية أن يُراعي القاضي بعض القواعد الشكلية والموضوعية، واستخدام بعض المصطلحات الفنية التي يختلف مدلولها عن معناها العام، لذلك فإن صعوبة الأحكام القضائية أيضا تكمن في اللغة القانونية التي تُكتب بها[1]، والمصطلحات الفنية القانونية التي لم يألفها طالب القانون أو المُبتدئ في القانون كما ألفها القضاة والمحامون[2].

ب- كيفية التغلب على صعوبات التعليق على الأحكام القضائية:

بيد أن الصعوبات المُشار إليها – وغيرها – يمكن التغلب عليها من خلال واحد أو أكثر مما يلي:

= الإلمام بالقواعد الأساسية لإصدار الأحكام القضائية، كما وردت في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سواء أكانت قواعد إجرائية أم قواعد موضوعية.

= معرفة مراكز الخصوم ومُسمياتهم، والحكم الصادر في الدعوى بمراحلها المختلفة: لدى المحكمة الابتدائية: (المدعي – المدعى عليه – الحكم الابتدائي). لدى محكمة الاستئناف: (المستأنف – المستأنف ضده أو عليه – الحكم المستأنف). لدى محكمة النقض: (الطاعن – المطعون ضده – الحكم المطعون فيه)[3].

---

(١) ذلك لأنه إذا كان للقانون، كأحد العلوم الإنسانية لغته الخاصة به، وأن لكل فرع من فروع القانون أيضاً لغته الخاصة به، وأن الجامع المشترك بين أدوات البحث القانوني: التشريع، والفقه، والقضاء، هي اللغة القانونية، إلا أن لكل منهم مصطلحاته التي يألفها المُشتغل بها. انظر: د/ عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

(٢) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٧٤ وما بعدها.

(٣) مثال: إذا رفع (أ) دعوى أمام المحكمة الابتدائية طالبا إلزام (ب) بدفع تعويض مالى قدره مليون درهما. هنا (أ) هو المدعى، (ب) المدعى عليه. فإذا أجابت المحكمة (أ) إلى طلبه، فأراد (ب) أن يستأنف الحكم فإن (ب) هو المستأنف، و(أ) المستأنف ضده، ويكون حكم المحكمة الابتدائية هو الحكم المستأنف. فإذا أصدرت محكمة الاستئناف حكمًا بتعويض مقداره ٢٥٠٠٠٠ درهما؛ فأراد (أ) أن يطعن على الحكم، فإن (أ) سيكون الطاعن، (ب) المطعون ضده، ويكون حكم الاستئناف هو الحكم المطعون فيه. نقلاً عن د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ١٠٨.

= الاطلاع على أحكام محكمة أول درجة ذات الموضـــوع الواحد، حيث تكون الوقائع المادية، والإجراءات القضائية محدودة نسبيا، ثم يليها أحكام الاستئناف، ثم أحكام النقض[1].

= قراءة الحكم أكثر من مرة: حيث يجب قراءة الحكم قراءة أولية، بهدف أخذ نظرة عامة على مُحتوى ومُكونات الحكم، ثم يليها قراءة مُركزة، وذلك للوقوف على الإطار العام القانوني للحكم القضـــائي، وأخيرا القراءة المُتعمقة، حيث يُحدد المُعلِق الوقائع المُنتِجة، والوصـــف القانوني الذي أسبغته المحكمة عليها، بهدف معرفة الحل الذي توصلت إليه المحكمة.

= حضـــور جلســـات المحاكم، ســـواء أكانت محاكم صـــورية أم محاكم حقيقية، ومن ثم الاعتياد على المصطلحات الدارجة بالعمل القضائي[2].

= الاســـتفادة من تعليقات رجال القانون على الأحكام القضـــائية المنشـــورة في المجلات القانونية والقضائية.

ثانيا: التعليق على الحكم القضائي (الحكم على الحكم):

وعليه، نقترح أن تكون منهجية التعليق على الحكم، كالبحث القانوني، عبارة عن: مقدمة، ومتن الموضوع أو التعليق، وخاتمة.

أولاً: المقدمة.

ثانياً: متن التعليق.

ثالثاً: الخاتمة.

أولا: المقدمة:

لما كانت مقدمة التعليق هي التي تُرشـــد المُطلع على التعليق على المشـــكلة - أو المشـــاكل - التي يتضـــمنها التعليق، والخطة المُتبعة في معالجتها، وكما هو الحال في أهمية كتابة مقدمة البحث القانوني، يجب أن تكون كتابة مقدمة التعليق على الحكم، باعتبارها دراســة مســتقلة للحكم، لذا يجب على المُعلِق أن يُبين بأسلوبه الخاص، وبإيجاز ما يلي:

١- استعراض هوية الحكم (كما ورد في الديباجة).

---

(١) قد يكون الاطلاع على الأحكام القضـــائية المُبوبة من قِبل المكتب الفني لمحكمة النقض أكثر وأســـرع فهماً للحكم، ذلك لأنه يُورد المبادئ والنصوص القانونية التي طبقتها المحكمة على واقعة النزاع، فضلاً عن الكلمات المفتاحية التي تُسهل معرفة موضوع الحكم.

(٢) انظر: د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ١٠٨.

٢- تحديد المسألة – المسائل – القانونية محل التعليق، وصياغتها صياغة قانونية واضحة ومنضبطة.

ثانيا: متن التعليق:

ويشـــتمل متن التعليق على جزأين: الجزء الأول: تحليل عناصـــر الحكم، الجزء الثاني: تقييم الحل القانوني.

الجزء الأول: تحليل عناصر الحكم القضائي:

ويقتصـــر دور المُعلِق في هذا الجزء على أمرين: الأمر الأول: الإيجاز في العرض، وبأســـلوبه الخاص وليس بكلمات الحكم. الأمر الثاني: الوصف الدقيق لما هو واقع في الدعوى دون إضافة أو تعليق.

ويشتمل تحليل عناصر الحكم على ما يلي:

١- الوقائع:

وتُشـــكل وقائع الدعوى، مجموعة من الأحداث الســـابقة على وصـــول الدعوى إلى المحكمة، حيث يزعم أحد أطراف الدعوى الاعتداء على حق ثابت له قانونا، ومن ثم مطالبته دفع هذا الاعتداء قضـــائيا بينما يُنكر الطرف الآخر هذا الإدعاء.

ولئن كـان النزاع موضـــوع الـدعوى يخص أطراف النزاع، ومن ثم وجـب عليهم الإدلاء بجميع العناصـــر الواقعية التي نشـــأ عنها، إلا أنهم غير ملزمين بتقديم العناصـــر القانونية التي يبين منها القاعدة القانونية واجبة التطبيق على عناصر النزاع الواقعية، سندا لالتزام القاضي بالبحث عنها[١].

ويجب على المُعلِق، وهو بصدد عرض الوقائع، مراعاة ما يلي[٢]:

أ- عرض الوقائع، بحسـب تسـلسـلها الزمني، ووقوع أحداثها، في شـكل نقاط. وعليه، إذا أصـدر (أ) إيجابا لـــ (ب) في شهر أكتوبر ٢٠٢٠، وإيجابا ثانيا لـــ (ج) في شهر ديسمبر ٢٠٢٠، وتبين أن (ب) قد أصدر قبولا في شهر نوفمبر ٢٠٢٠، عندئذ يكون التسلسل الزمني على النحو الآتي[٣]:

= الإيجاب الصادر من (أ) إلى (ب) في شهر أكتوبر ٢٠٢٠.

= القبول الصادر من (ب) في شهر نوفمبر ٢٠٢٠.

---

(١) وإن كان الغالب – عملاً – تقديم الخصـــوم القاعدة القانونية واجبة التطبيق على واقعات الدعوى، تأييداً لطلباتهم مع الأخذ في الاعتبار عدم تقيد المحكمة بها.

(٢) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٨٤ وما بعدها.

(٣) انظر: د/ سقلاب فريدة، المرجع السابق، ص ٧٤.

= الإيجاب الصادر من (أ) إلى (ج) في شهر ديسمبر ٢٠٢٠.

ب- التركيز على الوقائع المُنتِجة في الدعوى، والتي يعتمد عليها القاضي في القضاء بالحق المُطالب به؛ فلو كانت العلاقة بين المدعي والمدعى عليه علاقة بيع سيارة، وتبين فيما بعد وجود عيب فيها بعد دفع الثمن، فضرب أحدهما الآخر دون أضرار، فالواقعة المنتجة هي المسؤولية العقدية عن العيب وليس واقعة الضرب.

ج- عدم افتراض وقائع لم يرد ذكرها في الحكم، وكذلك عدم تحميل الوقائع أكثر مما تحتمل، وبالتالي فإذا لم يُفرغ المدعي والمدعى عليه عقد البيع في الشكل الرسمي، وثار بينهما الخلاف بسبب ذلك، فلا يجوز لأي منهما نسبة الخلاف إلى عدم دفع الثمن من عدمه.

د- تكييف الوقائع تكييفا صحيحا لأن التكييف السليم يترتب عليه تطبيق القاعدة القانونية واجبة التطبيق، بحسب طبيعة العقد، وتلك مسألة قانونية يقوم بها القاضي دون تقيد بما يدعيه الخصوم.

ه- الأمانة في عرض الوقائع الواردة في الحكم من حيث: بيان نقاط الاتفاق بين الخصوم، وأوجه الاختلاف بينهم.

٢ - مراحل النزاع القضائية:

بافتراض أن التعليق على حكم لمحكمة النقض، يقوم المُعلِق بعرض موجز للحل القانوني الذي قضت به المحكمة الابتدائية، والمحكمة الاستئنافية، في حدود العناصر المتوفرة أمامهما، والقاعدة القانونية محل التطبيق. ويجب على المُعلِق أن يكون موضوعيا وأمينا في عرض الوقائع والحل القانوني الذي انتهت إليه المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية.

٣- الإشكالية - أو الإشكاليات - القانونية:

وهذه هي مهمة المُعلِق، ودوره الإيجابي في استجلاء واستنباط المُشكل القانوني من إدعاءات الخصوم المتناقضة، وعناصر النزاع الواقعية. ولكي يصل المُعلِق إلى الإشكالية القانونية، يجب البحث عن الوصف القانوني لعناصر النزاع، توطئة للوصول إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على هذا النزاع.

ويجب على المُعلِق، وهو بصدد صياغة إشكالية الحكم[١] أن تكون صياغة:

أ- واضحة ومحددة وعملية[٢]. وعليه يجب أن تبتعد الصياغة عن الطرح النظري للمُشكل القانوني؛ فعلى سبيل المثال، إذا تعلق الأمر بالتدليس في العقد، فالأفضل أن يُقال: هل وقع "زيد" في تدليس؟ بدلا من: هل التدليس عيب في العقد؟ وما هي صوره وآثاره؟

ب- في شكل سؤال استفهامي، كأن يكون "ويدور السؤال حول معرفة كذا ...؟" أو أن من خلال سؤال رئيسي، وعدة أسئلة فرعية.

ج- ومرتبطة بمسالة محل خلاف: وعلى ذلك، لا يجوز للمعلق أن يستشكل ما لا مُشكلة فيه، وذلك بطرح أحد الجزئيات التي لم تكن محل خلاف بين الخصوم؛ فإذا تم البيع بموجب عقد عرفي، وثار النزاع حول صحة العقد من عدمه، فلا داعي للتساؤل بما إذا كان البيع عرفيا من عدمه[٣].

٤- عرض الحل القانوني:

وعلى ضوء الإشكالية القانونية للحكم موضوع التعليق، يقوم المُعلِق ببيان الحل الذي أصدرته المحكمة للإشكالية القانونية. ويُراعى عند عرض الحل القانوني ما يلي:

أ- إن المقصود بالحل القانوني هنا هو الحل الذي قضت به المحكمة مُصدرة الحكم محل التعليق؛ فإذا كان الحكم صادرا عن محكمة الإستئناف، كان الحل المقصود هنا ما صدر عن محكمة الاستئناف وليس المحكمة الابتدائية.

ب- يجب على المُعلِق التزام الأمانة والموضوعية في عرض الحل كما قضت به المحكمة بقطع النظر عن صحته من عدمه أو رأيه الشخصي، حيث يدخل ذلك في موضوع تقييم الحكم[٤].

---

(١) ولا ريب أن صياغة إشكالية الحكم لدى المحكمة الابتدائية تشتمل على العناصر الواقعية والعناصر القانونية. أما لدى محكمة النقض، كمحكمة قانون؛ فلا يُطرح إلا المسالة القانونية من حيث مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية على وقائع النزاع فقط، ما لم تتصد المحكمة لنظر الدعوى موضوعيا في بعض الحالات. انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٨٩.

(٢) انظر: د/ سقلاب فريدة، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) وكذلك الحال، إذا باع (أ) عقاره إلى (ب) دون إشارة إلى تسجيله في السجل العقاري، وثار بينهما الخلاف حول الوفاء بالثمن، عندئذ لا محل لإثارة مسالة التسجيل العقاري أصلاً. انظر: د/ صالح طليس، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

(٤) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٩٠ وما بعدها.

الجزء الثاني: تقييم الحل القانوني الذي تبناه الحكم القضائي:

وفي هذا الجزء، يكون الدور الإيجابي والشخصي للمُعلِق عند مناقشة وتقييم الحل القانوني الذي تبناه الحكم، وهنا تجدر الإشارة إلى أمرين:

الأمر الأول: يجب على المُعلِق إعطاء الأهمية لأسباب الحكم وحيثياته، حيث تنطلق منها مناقشة الحكم وتقويمه.

الأمر الثاني: يجب على المُعلِق بيان حدود التعليق على الحل القانوني: فقد يقتصر الحكم على مسألة قانونية واحدة، وقد يشتمل على أكثر من إشكالية، عندئذ يُحدد المُعلِق: هل يشمل التعليق جميع المسائل أم يقتصر على بعضها؟

وتقييم الحل القانوني الذي انتهت إليه المحكمة يكون من الجوانب الآتية:

- من الوجهة القانونية.

- من الجوانب المُتصلة بمقومات المجتمع.

- من حيث مدى تأثير الحل الذي تبنته المحكمة على تطوير القانون الوضعي.

١- تقييم الحكم من الوجهة القانونية:

ويشمل التقييم من الناحية القانونية، الإجابة على بعض التساؤلات الأساسية، وما قد يتفرع عنها، ومنها على سبيل المثال:

أ- مدى صحة التكييف القانوني لوقائع النزاع المعروضة على المحكمة، حيث يتوقف عليه – أي التكييف - اختيار وتطبيق القاعدة القانونية.

ب- مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية على واقعات الدعوى الصادر فيها الحكم.

ج- مدى توافق الحل الذي انتهت إليه المحكمة - أو اختلافة – مع الموقف الفقهي ذات العلاقة بموضوع التعليق، وهل هذا الحل يُعتبر تكريسا لرأي أو نظرية فقهية سابقة أم لا[١]؟ أم اجتهاد وإنشاء لنظرية جديدة مثل نظرية الشركة الفعلية.

د- مدى توافق الحل أو اختلافة مع الأحكام القضائية ذات العلاقة بموضوع الحكم، وهل يسير في نفس اتجاه القضاء السابق والمتواتر؟ أم يخرج عليه؟ ولماذا؟

---

(١) انظر: د/ عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، دار النمير، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤، ص ١٥٦.

هـ- مدى صحة تفسير القاعدة القانونية واجبة التطبيق: وهل هذا التفسير يتفق مع حرفية النص أم مع روح النص؟ وهل يتوافق مع التفسير الفقهي والقضائي السائد؟ وهل يميل هذا الحل إلى التفسير المُوسِع أم إلى التفسير المُضيِق للنص؟

و- مدى صحة الحل القانوني في ظل النصوص القائمة إذا تعلق موضوع الحكم بواقعة جديدة غير منصوص على حكمها: هل وقائع الدعوى تتماثل – فعليا - مع الفرضيات التي تحكمها النصوص الحالية؟[١] وهل الحل القانوني لهذه الواقعة، يُعد استجابة لآراء فقهية أو لحلول قضائية سابقة؟ أم أنه مجرد توسيع لنطاق تطبيق القاعدة القانونية على حالات واقعية لم يكن يُطبق عليها النص سلفا؟ أم أن هذا الحل يُعتبر حلا جديدا ومبتكرا؟ وإذا كان كذلك، فما هي قيمته القانونية؟[٢].

وغني عن البيان، ليس بالضرورة أن تكون التعليقات على جميع الأحكام شاملة لكل التساؤلات المُشار إليها؛ فذلك يختلف بحسب موضوع الحكم محل التعليق. كما يكون للمُعلِق أن يُضيف إلى الأسئلة السابقة، تساؤلات أخرى، مع بيان رأيه الشخصي في كل تساؤل.

٢- تقييم الحكم من الجوانب المتصلة بمقومات المجتمع:

إذا كان تقييم الحكم من الناحية القانونية، يرتكز على أسباب الحكم، فإن تقييم الحكم من الجوانب المتصلة بمقومات المجتمع يُعوِل على الحل القانوني ذاته، ومدى ارتباطه بالواقع، وتحقيقه لحكمة النص وغاياته البعيدة، وليس على أسباب الحكم، وذلك كله انطلاقا من أن هدف القانون هو حماية المصالح الأساسية في المجتمع، سياسيا، واقتصاديا، واجتماعيا، وأخلاقيا.

وتقييما لذلك، يُميز بين فرضين:

الفرض الأول: وضوح القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع:

حيث لا تحتمل إلا تفسيرا واحدا[٣]، وهو الذي اعتمده الحل القانوني، عندئذ، ينصب التعليق على القاعدة القانونية لا على الحكم نفسه[٤]، وهنا يجب على المُعلِق بيان وجهة نظره الشخصية بخصوص مزايا وعيوب هذا الحكم، وأثرها على مقومات المجتمع الأساسية، وبالتالي يتجاوز دور المُعلِق من تقييم النص إلى تقويمه، أي المطالبة بتعديل النص، مع اقتراح البديل على هدي من القانون المقارن[٥].

الفرض الثاني: عدم وضوح القاعدة القانونية الحاكمة لموضوع النزاع:

---

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٩٣.
(٢) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٢١.
(٣) بالطبع ما لم يتعسف القاضي في تفسير النص على غير مقصوده. انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٢١.
(٤) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص٤٩٥ وما بعدها.
(٥) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

حيث تكون هذه القاعدة محلا للتفسير، وتحتمل أكثر من تفسير بخصوص الحالة المعروضة على المحكمة، عندئذ يجب على المُعلِق بيان التفسيرات المختلفة للقاعدة القانونية، والحلول الناجمة عنها، وأيها أكثر عدالة، واتفاقا مع مقومات المجتمع، ثم يتساءل لماذا اختار القاضي هذا الحل دون غيره؟ ومدى تحقيق هذا الحل لأهداف وغايات القاعدة القانونية. ومن هنا يكون تقييم الحكم عمليا لا قانونيا[١].

٣- مدى تأثير الحل الذي تبنته المحكمة على تطوير القانون الوضعي:

وأخيرا يجب على المُعلِق، تقييم النتائج المُترتبة على الحل الذي تبنته المحكمة، وأثره في تطوير أحكام القانون الوضعي وبيان القيمة المُضافة التي قدمها الحكم للعلم القانوني[٢].

وهنا أيضا يمكن التمييز بين نوعين من الأحكام[٣]:

أ- أحكام محاكم الدرجة الأولى: حيث يصدر الحكم بخصوص دعوى معينة، مُتضمنة الموضوع والخصوم. وهذه الأحكام لا تُقرر مبادئ قضائية، وتتوقف حجيتها عند هذا الحد.

ب- أحكام المحاكم العليا (محكمة النقض - التمييز): فقد يكون الحكم الصادر عن محكمة النقض يُقرر مبدا قضائيا جديدا، تعدل به المحكمة عن قضاء سابق متواتر، ومن ثم يكون من الأهمية بمكان دراسة هذا الحكم، وبيان مدى انعكاسه على تعديل التشريع مستقبلا.

ثالثا: الخاتمة:

وهي عبارة عن خلاصة موجزة يبين منها الحل الذي تبناه الحكم، ومدى موافقته عليه، ومن ثم تأييده، أو عدم موافقته عليه، ومن ثم اقتراح البديل أو ما يجب أن يكون عليه الموضوع محل التعليق مُستقبلا.

الخلاصة:

تلكم هي منهجية التعليق على الحكم القضائي، وقد لا تكون هي المنهجية المُثلى، لكن على الأقل هي إرشاد لرجل القانون لبعض النقاط التي يجب أن تُؤخذ في الاعتبار، وللقائم على تدريس هذه المنهجية إضافة غيرها إليها.

---

(١) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٢) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٣) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٤٩٧.

ثالثا: نماذج عملية للتعليق على الأحكام القضائية:

وحتى لا تكون دراسة التعليق على الأحكام القضائية دراسة نظرية، نعرض لبعض نماذج التعليقات على أحكام محكمة النقض المصرية، والمحكمة الدستورية العليا، كتطبيق للمنهجية القانونية، وكذلك بعض النصائح والإرشادات بشأن الاطلاع والتعليق على الأحكام القضائية.

نموذج رقم (١)

تعليق على حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٨٤/٢/١٦

موضوع الحكم: مدى انتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع:

تعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض بتاريخ ١٦ من فبراير الأحكام١٩٨٤[١]، حيث صدر الحكم في واقعة توفى فيها الشخص قبل أن يطلب او يُعلن عن رغبته في طلب العقار بالشفة، ومن ثم أُثير التساؤل حول مدى أحقية الوارث في طلب الشفعة، كوارث وبصفة مُستقلة عن المُورث المُتوفى.

وعلى ضوء ما انتهينا إليه من أن التعليق يتكون من ثلاثة أجزاء:

١- المقدمة.

٢- متن التعليق أي موضوع التعليق (الحكم على الحكم).

٣- الخاتمة.

وذلك على سبيل الإيجاز على النحو الآتي:

١- المقدمة:

أ- وتتعلق المقدمة بما ورد في ديباجة الحكم، حيث يبين من الاطلاع عليها معرفة هوية الحكم من حيث: نوع المحكمة التي أصدرته، وتشكيلها، ورقم الطعن، وأسماء الخصوم. وقد صدر هذا الحكم عن محكمة النقض المصرية (نقض مدني)، بتاريخ ١٦ من فبراير ١٩٨٤ في الطعن رقم (١٢٥)، السنة ٤٩ قضائية.

ب- وكان موضوع الحكم يتعلق بمدى أحقية الوارث، بصفته مالكا في طلب أخذ العقار بالشفعة في الفرض الذي يتوفى فيه مُورثه قبل إعلان رغبته في طلبها.

٢- متن التعليق على الحكم:

يشتمل موضوع أو متن التعليق على جزأين: تحليل عناصر الحكم، ومناقشة الحل الذي انتهى إليه الحكم وتقييمه.

---

(١) حكم غير منشور، نقلا عن أستاذنا الدكتور/ محسن عبد الحميد البيه في تعليقه على هذا الحكم، طعن رقم (١٢٥) س ٤٩ ق.، والمنشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الأول،، ١٩٨٦، ص ٢٠٦ – ٢٣٨، والتعليق مُتاح على دار المنظومة.

الجزء الأول: تحليل عناصر الحكم:

وتتمثل في الآتي:

١- الوقائع:

- إبرام عقد بيع لعقار بين (أ) و (ب)، وكان عقار (ج) ملاصقا للعقار المبيع المملوك لـ (أ).

- توفى (ج) بعد إبرام عقد البيع وقبل إعلان رغبته في طلب العقار بالشـــفعة، وانتقلت ملكية العقار إلى (د) أحد ورثة المتوفى.

- أعلن (د) رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة، بصفته مالكا للعقار المُلاصق للعقار المبيع.

٢- مراحل النزاع القضائية:

- أودع (د) الثمن وملحقاته خزينة المحكمة، وطلب من المحكمة الحكم لصالحه.

- قضـت المحكمة الابتدائية بأحقية الوارث (د) بأخذ العقار بالشـفعة، اسـتنادا إلى أن الشـفعة من الحقوق القابلة للتوريث.

- استأنف البائع والمشتري (أ و ب) هذا الحكم، وقضت محكمة الاستئناف لصالحهما، وبعدم أحقية (د) في أخذ العقار بالشفعة، استنادا إلى أن الحق في الشفعة لا يورث.

- طعن الوارث (د) في هذا الحكم بطريق النقض، وأســس طعنه على ســبب واحد وهو مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، حيث يقول "أن المذهبين المالكي والشـــافعي يأخذان بمبدأ توريث الحق في الشفعة قياسا على المال، وهو الرأي الراجح في فقه القانون الوضعي المعاصر والذي استقرت عليه أحكام القضاء. وإذ قضى الحكم برفض الدعوى على سند من أن الحق في الشفعة لا يورث أخذا برأي بعض الأحناف فإنه يكون قد خالف القانون".

- أيدت محكمة النقض ما ورد بأسـباب الطعن، وقررت أن الطعن في محله، وحكمت لصـــالح الوارث بأخذ العقار بالشفعة.

٣- الإشكالية القانونية:

النص القانوني:

أ- المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصـــري، "الشـــفعة رخصـــة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد الآتية".

ب- المادة (١٣٨٢) من المشـــروع التمهيدي للقانون المدني التي كانت تنص على أن "١- الشـــفعة رخصـة تجيز الحلول محل المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصـوص عليها في المواد الآتية. ٢- والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالي، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله".

وقد تم تعديل النص في لجنة المراجعة في مجلس الشـيوخ بعد اختلاف وجهات النظر، وانتهى الأمر بحذف الفقرة الثانية من المادة، وترك حكمها لاجتهاد القضاء، وأصبح رقم النص الحالي وهو (٩٣٥).

- تحديد الإشكالية:

تتمثل الإشكالية القانونية التي يُثيرها هذا الحكم في الإجابة على التساؤلات الآتية:

أ- تحديد الطبيعة القانونية للشفعة (التكييف): هل هي حق أم رخصة ومشيئة؟

ب- وإذا كانت الأولى، أي حق، فهل هي من الحقوق العينية أم من الحقوق الشـخصـية؟ أم مجرد سبب من أسباب كسب الملكية العقارية[١]؟

ج- ما هي الآثار المترتبة على تكييف الشـــفعة: هل تنتقل بالميراث أم لا في الفرض الذي يتوفى فيه مالك العقار بعد إبرام عقد البيع دون إعلان رغبته في أخذ العقار بالشـــفعة، فهل يجوز للوارث طلبها؟

٤- الحل الذي انتهت إليه محكمة النقض:

أ- بالنسبة لتكييف الشفعة: انتهت محكمة النقض إلى أن الشفعة من الحقوق، ومن ثم تنتقل بالميراث.

ب- بالنســبة للأثر المترتب على تكييف الشــفعة: فقد قضــت المحكمة بأحقية الوارث في طلب العقار بالشفعة.

ج- حيث قالت "ذلك أنه لما كان من المقرر في قضـاء هذه المحكمة أن الشـفعة من الحقوق التي يجري فيها التوارث، فإن توفى صاحبه قبل استعماله انتقل إلى ورثته، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وقضـى برفض دعوى الطاعن بأحقيته في أخذ العقار المباع من المطعون ضده الأخير للمطعون ضـدهما الأوليين على سند من مجرد أن الحق في الشـفعة لا يورث، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه".

---

(١) حيث وردت أحكام الشفعة ضمن النصوص الخاصة بأسباب كسب الملكية.

الجزء الثاني: مناقشة الحكم وتقييمه:

تكون مناقشـــة الحكم من حيث: مدى صـــحة تطبيق محكمة النقض القاعدة القانونية واجبة التطبيق على النزاع المعروض عليها، وأثر الحل الذي انتهت إليه على مقومات المجتمع، والقيمة المُضـــافة لهذا الحكم في تطوير القانون الوضعي.

١- مدى صحة تطبيق محكمة النقض القانون على واقعة النزاع:

والتقييم هنا، ينصـرف إلى الأسـباب التي اسـتندت إليها محكمة النقض في تكييف الشـفعة، وأحقية الوارث في طلبها، حيث استندت المحكمة في ذلك إلى ثلاثة أسباب[١]:

السبب الأول: مذهب الإمام مالك والشافعي في توريث الحق في الشفعة قياسا على المال.

وفي هذا المجال، وبعد مراجعة مذاهب الفقه الإســلامي، بشــأن انتقال الشــفعة بالميراث من عدمه، فإنها تدور بين: مذهب يرى عدم التوريث، وآخر يرى التوريث، وإذا كان هناك مجال للترجيح بينهما؛ فيكون للرأي الأقرب والأكثر تواؤما مع القانون المدني الذي ينص على أن "رخصـة"، بحسب نص المادة (٩٣٥)، وهذا هو رأي الأحناف الذي يُعتبر المرجع الأصلي في نظر المشرع لأحكام الشريعة الإسلامية.

السبب الثاني: اتجاه فقه القانون الوضعي المعاصر.

أثير التساؤل من مضمون "فقه القانون الوضعي المعاصر"، هل ينصرف إلى مذهب القانون المدني أم إلى آراء شراح القانون الوضعي المعاصر؟

وبـافتراض انصـــراف هـذه العبـارة إلـى المعنيين، فـإن القـانون المـدني المصـــري لم يتضـــمن نصـــا صـــريحـا يفيـد توريـث الشـــفعـة او عـدم توريثهـا. أمـا فيمـا يتعلق بـآراء الفقهـاء؛ فمحـل خلاف بصـــدد تفســـير معنى "الشـــفعـة"، حيـث يجـب تفســـيرهـا على هـدي

(١) اعتمدنا في تفاصيل مناقشة الأسانيد التي أسس عليها قضاء النقض حكمه على ما ورد بتعليق أستاذنا الدكتور/ محسن البيه (بتصرف) على الحكم محل التعليق، سابق الإشارة إليه، ص ٢٠٩ وما بعدها.

من نصـــوص القـانون المـدني الحـاليـة[1]، والغـايـة منهـا، والمنـاقشـــات التي أُثيرت بشـــأنهـا، كما وردت في الأعمال التحضيرية[2]، والمصدر التاريخي لأحكام الشفعة في القانون المدني[3].

السبب الثالث: ما استقرت عليه أحكام القضاء المصري.

يبين من اســتقراء أحكام محكمة النقض الســابقة على الحكم محل التعليق (قبل ١٩٨٤) اختلاف الموضــوع، حيث ثبت إعلان المتوفى رغبته في طلب الشـفعة قبل الوفاة، ومن ثم كان من الطبيعي انتقال هذا الحق إلى الورثة. أما بالنسبة للحكم الصادر سنة ١٩٨٤؛ فكانت واقعة الوفاة لاحقة لإبرام عقد البيع.

والخلاصــة إذا، أن حكم محكمة النقض قد جانبه الصـواب، حيث يتعارض مع صـراحة نص المادة (٩٣٥) باعتبار أن الشفعة "رخصة".

٢- من حيث تأثير الحكم على مقومات المجتمع:

لا شك أن نصوص القانون المدني - ذات العلاقة بالموضوع - صريحة في أن الشفعة "رخصة"، لكن لا يوجد نص يُفيد توريث هذه الرخصة من عدمه، ومن ثم فالمسألة محل اجتهاد بين: وجهة نظر ترى عدم توريث الشفعة، وأخرى ترى توريثها، وقد انحازت محكمة النقض إلى وجهة النظر الأخيرة.

ولما كانت المســألة محل اجتهاد، فإن الاجتهاد الذي يرى بأن الشـفعة لا تورث يتفق مع مقتضـيات العدالة والاستقرار في المجتمع، لا سيما وأن الشفعة قيد على حرية التعاقد، وبمثابة نزع ملكية عقار لمنفعة خاصة، ومن ثم فالاتجاه إلى التضييق منها لا التوسع في تفسيرها.

٣- من حيث القيمة المضافة للحل الذي تبنته المحكمة على تطوير القانون الوضعي:

لا مراء أن حكم محكمة النقض لا يُضيف جديدا إلى القانون الوضعي، وإذا كان نص المادة (٩٣٥) من القانون المدني قد حسم مسالة التكييف القانوني للشفعة، واعتبرها "رخصة"، إلا أنه لا يتفق والغاية من تقرير وتنظيم الشـفعة في القانون المدني وهي: جمع ما تفرق من حق الملكية، وقيد على حرية التصـرف، ودفع ضرر مُتوقع للشفيع. ويُستفاد من ذلك اتجاه المشرع إلى التضييق من حالات الشفعة.

---

(١) انظر: المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أن "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد الآتية".

(٢) انظر: المادة (١٣٨٢) من المشــروع التمهيدي للقانون المدني التي كانت تنص على أن "١- الشــفعة رخصــة تجيز الحلول محل المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد الآتية. ٢- والحق في الشــفعة لا ينتقل بالحوالي، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في اســتعماله". وقد تم تعديل النص في لجنة المراجعة في مجلس الشــيوخ بعد اختلاف وجهات النظر، وانتهى الأمر بحذف الفقرة الثانية من المادة، وترك حكمها لاجتهاد القضاء، وأصبح رقم النص الحالي وهو (٩٣٥).

(٣) فمصــدر أحكام الشــفعة في القانون المدني هي الشــريعة الإســلامية، ومن ثم وجب الرجوع إلي أحكام الأخيرة، حيث تقضي بأن الشفعة طريق استثنائي لأنه قيد على حرية التعاقد، ونزع ملكية لمنفعة خاصة، لذلك يضع الفقهاء باب الشفعة عند باب الغصب، باعتبار أن الجامع المشترك بينهما هو تملك مال الغير بدون رضاه.

مما تجدر الإشارة إليه، أنه قد يكون من الأفضل، كي يكون أكثر انضباطا، أن ينص صراحة على توريث أو عدم توريث الشفعة، كما لو تضمن النص التمييز بين الفروض الآتية[1]:

الفرض الأول: وفاة الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه: وهذا الفرض لا يُثير مسألة انتقال الشفعة بالوراثة من عدمه، لأن طلب الشفعة يثبت للورثة أصالة وليس بطريق الاستخلاف.

الفرض الثاني: وفاة الشفيع بعد رفع دعوى الشفعة أو إعلان رغبته في طلبها: هنا ثبت الحق في ذمة المتوفى، ومن ثم ينتقل إلى ورثته.

الفرض الثالث: وفاة الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل إعلان الرغبة في طلب الشفعة: وهذا الفرض محل اختلاف الفقه والقضاء، والأقرب عدم انتقال الشفعة إلى الورثة، سندا للمناقشات التي أُثيرت بشأن المادة (١٣٨٢) قبل صياغتها النهائية في المادة (٩٣٥)، ولتكييف المشرع للشفعة بأنها "رخصة"، وطبقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي، والاتجاه – بوجه عام - إلى التضييق من حالات الشفعة، كسبب من أسباب كسب الملكية.

٣- الخاتمة:

من الأهمية بمكان تكييف الواقعة محل النزاع تكييفا سليما، حيث يترتب على ذلك تطبيق القانون أيضا تطبيقا صحيحا. وإذا كانت محكمة النقض تُراقب صحة تكييف وتطبيق المحاكم الأدنى للقاعدة القانونية؛ فليس من رقيب على أحكام محكمة النقض، باعتبارها عنوان الحقيقة.

ويبين مما سبق، أنه وعلى ضوء التطبيق القضائي لنص المادة (٩٣٥) من القانون المدني، نجد أن محكمة النقض قد خلصت إلى أن الشفعة "حق"، ومن ثم ينتقل هذا الحق بالميراث. ولا ريب أن اختلاف محكمة النقض في تكييف وتفسير الشفعة، ومن ثم تضارب الأحكام في ذات المسألة الواحدة بين قضاء محكمة الدرجة الأولى، ومحكمة الاستئناف، ليس في مصلحة العدالة والاستقرار القانوني.

(١) انظر أستاذنا الدكتور/ محسن البيه، انتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع، ص ٢٢٥ وما بعدها.

نموذج رقم (٢)

تعليق أستاذنا الدكتور/ محسن عبد الحميد البيه على ذات الحكم

- تعليق على حكم محكمة النقض الصادر في ١٦ من فبراير ١٩٨٤.

- الموضوع: انتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع.

- خطة التعليق:

عالج أستاذنا الدكتور/ محسن البيه الموضوع من خلال الخطة الآتية[١]:

١- المقدمة والوقائع:

حيث عرض سيادته لوقائع النزاع، ثم قضاء المحكمة الابتدائية، وقضاء محكمة الاستئناف، وقضاء محكمة النقض.

٢- مناقشة أسباب الحكم:

حيث عرض أستاذنا الدكتور/ محسن البيه للأسباب الواردة في طعن الوارث، والأسانيد التي أقامت محكمة النقض قضاؤها عليها وهي:

- **السند الأول:** تمثل في عرض لمذاهب الفقه الإسلامي بشأن انتقال الشفعة بالميراث من خلال وجهتي النظر التي تجيز وتلك التي لا تُجيز توريث الشـــفعة، وانتهى إلى ترجيح وجهة النظر التي لا تُجيز التوريث، سندا لتوافقها مع تعريف القانون المدني للشفعة بأنها "رخصة".

- **الســند الثاني:** وتمثل في تحليل قول المحكمة "اتجاه فقه القانون الوضـــعي المعاصـــر"، وما إذا كان يُقصد بها مذهب القانون المدني، أم مذهب شراح القانون المدني، وانتهى سيادته إلى أن هذه العبارة لا تنصـرف إلى هذه ولا تلك، لأن القانون المدني لم ينص صـراحة على توريث الشـفعة من عدمه، كما أن فقه القانون المدني مُنقسم إلى رأيين بشأن توريث الشفعة أيضاً.

ومن هذا المُنطلق، يكون الترجيح للرأي الأقرب لاتجاه المشرع في تقنين أحكام الشفعة (التضييق – التوسيع)، والمصدر الذي نُقلت أحكام الشفعة عنه، وهو الشريعة الإسلامية.

- **السند الثالث:** وتمثل أيضا في تحليل قول محكمة النقض بتوريث الشفعة، سندا لما استقرت عليه أحكام القضـــاء المصـــري، وانتهى أســـتاذنا الدكتور/ محســـن البيه إلى أن القضـــاء الســـابق يتعلق بفرض

---

(١) انظر: تعليق أســتاذنا الدكتور/ محســن عبد الحميد البيه على هذا الحكم، طعن رقم (١٢٥) س ٤٩ ق.، والمنشــور في مجلة البحوث القانونية والاقتصـادية الصـادرة عن كلية الحقوق، جامعة المنصـورة، العدد الأول،، ١٩٨٦، ص ٢٠٦ – ٢٣٨، والتعليق مُتاح على دار المنظومة.

مختلف، حيث توفى الشـفيع بعد إعلان رغبته في طلب الشـفعة، ومن ثم انتقل هذا الحق إلى ورثته. أما الفرض محل التعليق؛ فقد كانت وفاة الشـــفيع لاحقة لعقد البيع، ولم يثبت إعلان رغبته في طلب الشفعة، وبالآتي فالقياس مع الفارق.

٣- تقييم الحكم:

يرى أستاذنا الدكتور/ محسن البيه أن قضاء محكمة النقض قد جانبه الصواب، بالنسبة للفرض الذي يموت فيه الشـفيع قبل رفع دعوى الشـفعة أو إعلان رغبته في طلبها، ومن الأفضـل العدول عنه والحكم – مُســـتقبلا – بعدم توريث الشـــفعة، لاتفاق ذلك مع مبادئ القانون الوضـــعي، والراي الراجح في الفقه الإسلامي.

نموذج رقم (٣)

تعليق أستاذنا الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي[١]

- تعليق على حكمين صادرين من محكمة النقض بتاريخ ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ في الطعن رقم (٤٠٦) لسنة ٣٠ ق، والطعن رقم (٢٦٥) لسنة ٣١ ق.

١- موضوع التعليق: مركز المرسل إليه في سند الشحن البحري.

ويتعلق هذا الموضوع بالفرض الذي يتعاقد فيه الشاحن (مالك البضاعة) مع الناقل البحري – لا سيما في البيوع البحرية - على أن يتسلم البضاعة المرسل إليه (وهو غير الشاحن)، بحيث يكون للمرسل إليه، تبعا لذلك بعض الحقوق وتقع عليه بعض الالتزامات، كتسلم البضاعة، ودفع أجرة نقلها، عندئذ يثور التساؤل: هل يُعتبر المرسل إليه طرفا في سند الشحن؟

لقد ثار الجدل، واحتدم النقاش بشان هذا التساؤل، فقها وقضاء، وأقرت محكمة النقض المصرية مبدأ قضائيا حين قالت: "ان قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه – حين يطالب بتنفيذ عقد النقل – ومركز الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به".

٢- السند القانوني لحكم محكمة النقض:

قضت محكمة النقض بأن المرسل إليه "طرفا ذا شأن في سند الشحن"، استنادا إلى تفسير نصوص المواد (٩٩ -١٠٠ -١٠١) من قانون التجارة البحري والربط بينها:

أ- المادة (٩٩) التي تُوجب ذكر اسم المرسل إليه في سند الشحن.

ب- المادة (١٠٠) التي تُوجب تحرير سند الشحن من أربع نسخ أصلية، يوقع عليها كل من الشاحن والربان، وخصت المرسل إليه بإحدى هذه النسخ.

ج- المادة (١٠١) التي تُقرر أن سند الشحن المحرر بالكيفية سالفة الذكر يكون مُعتمدا من جميع المالكين، وهم الأطراف ذوو الشأن في عملية الشحن.

---

(١) انظر: د/ محمود سمير الشرقاوي، مركز المرسل إليه في سند الشحن، تعليق على حكمين صادرين من محكمة النقض بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٦٥ في الطعن رقم (٤٠٦) لسنة ٣٠، والطعن رقم (٣٦٥) لسنة ٣١ ق، مجلة القانون والاقتصاد (جامعة القاهرة)، ١٩٦٧، العدد الأول، السنة السابعة والثلاثون، ص ٦٧ - ٧٦.

٣- خطة التعليق:

عالج أستاذنا الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي الموضوع في العناصر الرئيسة الآتية:

أ- تعريف سند الشحن البحري ووظيفته.

ب- أطراف سند الشحن البحري.

ج- مركز المرسل إليه في سند الشحن:

أولا- النظرية التقليدية: الاشتراط لمصلحة الغير.

ثانيا: نظرية الخلف الخاص.

ثالثا: نظرية النيابة الناقصة.

رابعا: النظرية الحديثة: الحيازة الرمزية للبضاعة.

د- مذهب محكمة النقض ونقده.

ه- الآثار المُترتبة على اختلاف مذهب محكمة النقض مع النظرية الحديثة.

س- الخلاصة، حيث انتهى التعليق إلى أن المرسل إليه من الغير بالنسبة لسند الشحن وليس من أطرافه، كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض مع ما يترتب على ذلك من آثار أهمها:

١- للمرسل إليه إثبات عكس البيانات الواردة في سند الشحن – حسبما تقتضيه مصلحته - بكافة طرق الإثبات.

٢- لا يجوز للناقل البحري أن يُثبت عكس البيانات الواردة في سند الشحن في مواجهة المرسل إليه.

٣- إن سند الشحن هو مصدر حقوق المرسل إليه والتزاماته.

خامسا- نصائح وإرشادات عامة بشأن الاطلاع على الأحكام القضائية، والتعليق عليها:

وفي ختام دراسة المهارة القضائية، يطيب لنا إبداء بعض النصائح والإرشادات لأبنائنا من الطلاب عند الاطلاع على الأحكام القضائية، والتعليق عليها ومنها:

أولا: فيما يتعلق بالحكم ذاته:

١- أن يكون الحكم مُتعلقا بأحد المُقررات التي يدرسها الطالب.

٢- أن يُثير الحكم مسألة أو مسائل قانونية تستدعي النقاش والتحليل والنقد.

٣- أن يكون الحكم من أحكام المحكمة العليا (نقض – إدارية عليا – دستورية).

٤- أن يُحدد الطالب هوية الحكم من حيث: المحكمة التي أصدرته – تاريخ الحكم – أطراف النزاع – موضوع النزاع – وقائع النزاع – طلبات الخصوم والرد عليها لدى تسلسل جهات القضاء.

ثانيا: فيما يتعلق بالتعليق على الحكم:

١- قراءة الحكم – محل التعليق - قراءة مُتأنية أكثر من مرة، وتحديد مدلول المُصطلحات القضائية، ومُسمى أطراف النزاع[١] لدى جهات القضاء المختلفة: المحكمة الابتدائية – المحكمة الاستئنافية – محكمة النقض.

٢- استخلاص المشكلة – أو المشكلات – التي يُثيرها الحكم، والتأكد من صحة تكييف الوقائع تكييفا صحيحا لما يترتب على ذلك من آثار.

٣- الإلمام بالنصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الحكم وإشكاليته، أينما وردت: معاهدة دولية – دستور – قانون – لائحة – قرارات تنظيمية، مع مُراعاة قاعدة تدرج التشريعات.

٤- الإحاطة بأحكام القضاء – قدر الإمكان – السابقة على الحكم موضوع التعليق، لمعرفة اتجاه القضاء بشأن الإشكالية القانونية، واستنباط الموقف القضائي: هل تواتر على مبدأ معين أم أحكام فردية أم عدول عن مبدأ مُتواتر؟ هل يميل نحو التضييق أم نحو التوسيع؟ هل التفسير صحيح أم لا؟

٥- معرفة الموقف الفقهي بشأن المسالة محل التعليق.

---

(١) ولو من قبيل الرموز، تيسيراً للفهم، كما بينا في حكم الشفعة: مثلاً رافع الدعوى أي المدعي (أ)، المرفوع عليه الدعوى أي المدعى عليه (ب) وهكذا.

٦- مناقشــة أسـباب الحكم مناقشــة مسـتفيضــة على ضــوء ما توفر لك من نصــوص قانونية، وأحكام قضائية، وآراء فقهية.

٧- التعليق الشخصي: مع كل الاحترام الواجب للأحكام القضائية، إلا أننا بشر، قد نُصيب، وقد نُخطئ، ومع الأخذ في الاعتبار أن الهدف من تعليق الطالب على الحكم هو اكتســاب مهارة التحليل والنقد والمقارنة، لذا يجب على الطالب، بيان الراي الشــخصــي بحرية تامة ودون تردد، ولا مشـكلة إن أخطأ في التكييف أو التفسيير أو التطبيق.

ثالثا: فيما يتعلق بخطة التعليق على الحكم:

يجب أن تكون خطة عملية متوافقة مع الإشكالية – أو الإشكاليات – محل التعليق، ومن الأفضل أن تتضمن: مقدمة – والحكم على الحكم أي متن الموضوع – وخاتمة.

المبحث الرابع

منهجية كتابة المذكرات والاستشارات القانونية والمرافعات الشفوية

المبحث الرابع

منهجية كتابة المذكرات والاستشارات القانونية والمرافعات الشفوية

- تمهيد وتقسيم:

من بين أعمال المحاماة، كتابة المذكرات والاستشارات القانونية؛ فهؤلاء هم رجال القضاء الواقف الذين يقع على عاتقهم بناء العمل القضائي؛ ففي قاعات المحكمة، نسمع ونشاهد كيف يُلقي المحامون مرافعاتهم، وكيف يتخيرون الألفاظ والعبارات والأساليب التي تترك أبلغ الأثر على هيئة المحكمة في تبيان الحق الذي يطالبون به، مما قد يُؤدي إلى الحكم لصالح موكليهم.

بيد أن العمل الذي يقوم به هؤلاء، ليس وليد الصدفة، ولا يتم ارتجالا، وإنما جاء نتيجة بحث وكتابة قانونية، ومرافعة أعدها المحامي، مُتبعا منهجية معينة في دراسة القضية وتحضيرها، وفي التخطيط للدفاع عن مصالح موكله.

لا ريب أن عملية التقاضي، عبارة عن سجال بين خصمين في معركة قانونية، يدعي أحدهما الحق ويُنكره الآخر، ويحكم بينهما قاض مُحايد، ومن ثم يقتضي هذا السجال من المحامي، سواء أكان في موقع الدفاع أم في موقع الهجوم – تحقيقا لمصالح موكله – إعداد خطة للدفاع عنه.

وعليه نتناول دراسة:

المطلب الأول: منهجية كتابة المذكرات القانونية.

المطلب الثاني: منهجية كتابة الاستشارات القانونية.

المطلب الثالث: منهجية وفن المرافعات الشفوية.

المطلب الأول

منهجية كتابة المذكرات القانونية

- تمهيد وتقسيم:

قبل أن يقوم المحامي بكتابة المذكرة القانونية، فإنه يجب عليه أن يقوم بدراسة القضية موضوع المذكرة، كي يستخلص منها الوقائع والقاعدة القانونية واجبة التطبيق.

وعليه نتناول فيما يلي: دراسة القضية موضوع المذكرة (أولا)، وكتابة المذكرة (ثانيا).

أولا: دراسة القضية موضوع المذكرة:

تتعدد الأعمال التي يقوم بها المحامي لصالح موكله، سواء أكان مُدعِيا أم مُدع عليه، وأيا كان دور المحامي في الدعوى المنظورة أمام المحكمة، فإنه يجب أن يُحاط علما بالعناصر الواقعية التي تحكم موضوع الدعوى، ثم يقوم بربط العناصر الواقعية بالمبادئ القانونية.

١- الإحاطة بالعناصر الواقعية لموضوع الدعوى:

وهذه هي المرحلة التحضيرية لموضوع الدعوى، حيث يستقبل موكله، ويتم تحديد أطراف النزاع، ومطالب كل منهما، والإحاطة علما بكل الوثائق والمستندات ذات الصلة بموضوع النزاع، ثم يبدأ دور المحامي من الناحية القانونية في دراسة هذه العناصر، وتوجيهها لمصلحة مُوكله.

أ- مضمون العناصر الواقعية للنزاع:

إذا كان المحامي على علم بالقاعدة القانونية، فإن عناصر النزاع الواقعية يحصل عليها من مُوكله، حيث يجب على الأخير تزويده – ابتداءً - بكل ما يتعلق بموضوع النزاع[١].

وعلى ذلك، يندرج ضمن العناصر الواقعية ما يلي[٢]:

- ❖ بيان سبب النزاع، سواء أكان نزاعا مدنيا أم نزاعا تجاريا، وبصرف النظر عن مصدره، أي نشأ عن تصرف قانوني، أو واقعة قانونية، أو ارتكاب جريمة معينة، أو غير ذلك مما يحدث في الواقع العملي.

---

(١) بيد أنه إذا أغفل الموكل ذكر بعض المعلومات، أو لم يقدم بعض المستندات، أو ذكر بعض المعلومات دون تفصيل، وجب على المحامي الاستفسار عن كل ذلك، وطلب تقديم ما يراه من أدلة ومستندات متى كانت ضرورية لحسم النزاع.

(٢) لمزيد من التفاصيل عن التفاصيل عن هذا الموضوع، انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص٢٠٦ وما بعدها.

- ❖ تحديد أطراف النزاع، حيث يُدلي الموكل بأسـمائهم وصـفاتهم، وإن كان ذلك لا يمنع من اختصام غيرهم ممن يُرشد إليه البحث المتعمق في موضوع النزاع.
- ❖ تحديد موضـوع النزاع، أي مطالب الموكل على ضـوء القواعد القانونية، حيث يهدف الأخير من رفع دعواه الحصول على نتيجة معينة وهي الحكم لصالحه.
- ❖ تحديد المحكمة المُختصة بنظر الدعوى، ومُراعاة المواعيد الإجرائية.
- ❖ تحديد وسـائل الإثبات، ذلك لأن تحديد المطالب يمكن الوصـول إليها بعد ثبوتها، وفق قواعد الإثبات المقررة قانونا، ومن ثم يُقدم الموكل الوسـائل المتوفرة لديه، وعلى المحامي طلب غيرها من الخصم - إذا اقتضى الأمر ذلك – عن طريق المحكمة[1].

ب- دور المحامي بشأن تجميع العناصر الوقعية للنزاع:

تُعتبر العناصر الواقعية للنزاع بمثابة المقدمة الصغرى، حيث يلعب المحامي دورا إيجابيا في البحث عنها، وتعيين حدودها، وعرضها على المحكمة.

ويجب على المحامي – بصدد العناصر الواقعية - القيام بما يلي:

أ- تحديد عناصر النزاع المُنتجة، واستبعاد تلك التي لا تُغير وجه الرأي في الدعوى.

ب- إعطاء العناصـر الواقعية المُنتجة التكييف القانوني، كعقد بيع أو عقد إيجار، أو سـرقة أو خيانة أمانة؛ فالتكييف القانوني هو الذي ينقل ويرتقي بالواقعة من الحالة المادية إلى الحالة القانونية، حيث يُترجم العنصـر الواقعي إلى مفهوم قانوني[2]. بيد أن هذا التكييف من وجهة نظر المحامي الذي يُمثل مصـلحة خاصـة لمُوكله، قد يتفق وصـحيح القانون، وقد لا يتفق، لذا فهو غير مُلزم للقاضي عند نظر النزاع.

ج- المطالبة القضـائية، حيث يقوم المحامي برفع الدعوى، وفق القواعد المنصـوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

د- تقديم صحيفة الدعوى، حيث يقوم المحامي بكتابة صحيفة الدعوى الأولية، شارحا فيها: طبيعة النزاع، ومطالب الموكل، وأدلة ثبوتها، والنصوص القانونية التي تحكمها من وجهة نظره.

---

(١) كما هو الحال في طلب الاطلاع على الدفاتر التجارية، كوسيلة لإثبات ما وردة بها.

(٢) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٣٠٩ وما بعدها.

وغنى عن البيان، أنه يجب على المحامي مراعاة ما يلي:

أ- التقيد بقواعد تقديم الطلبات أو التمسك بالدفوع، وفق التنظيم القانوني، كإبداء الدفوع الشكلية قبل التكلم في الموضوع، والتمسك بالدفوع غير المتعلقة بالنظام العام أمام محكمة أول درجة[١].

ب- عدم الكشف عما تحت يده دُفعة واحدة، وإنما قد يحتفظ ببعض ما يملك من حجج وأسانيد لتقديمها في مرحلة معينة. وكذلك الجاهزية الكاملة للرد على كل ما يتمسك به الخصم الآخر من طلبات أو دفوع، وتفنيد الحجج والأسانيد التي يستند إليها[٢].

ج- إرشادالموكل إلى حقوقه، وبيان مسؤولياته (إن وُجدت)، ومن ثم اقتراح أفضل السبل لضمان حقوقه. فمما لا شك فيه، أن لجوء الموكل إلى المحامي – غالبا - ما يكون نتيجة عجز الأول عن الدفاع عن مصالحه بنفسه، ومن ثم طلب المساعدة من المحامي[٣].

٢- ربط العناصر الواقعية بالمبادئ القانونية:

المحامي رجل قانون، أطلعه موكله على عناصر النزاع الواقعية، عندئذ يبحث عن القاعدة القانونية المُحتمل تطبيقها على هذا النزاع من خلال قياس منطقي، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

أ- تطبيق قاعدة القياس المنطقي:

وهذه هي المرحلة الذهنية التي يقوم بها المحامي، حيث توفرت لديه العناصر الواقعية المُنتجة في النزاع (المقدمة الصغرى) من جانب، وهو أعلم بالقاعدة القانونية (المقدمة الكبرى) التي يُحتمل أن تحكم موضوع النزاع من جانب آخر، ومن ثم يحاول الربط بينهما لإقناع القاضي بالحكم لصالح موكله.

- مُكونات القاعدة القانونية:

تتكون القاعدة القانونية من جزأين:

الجزء الأول: فرضيات مجردة[٤]، وهذه الفرضيات عبارة عن حالات واقعية لا حصر لها، لكنها مشمولة بحكم القاعدة القانونية.

---

(١) انظر: د/ عاصم خليل، المرجع السابق، ص ١٦٣؛ د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

(٢) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

(٣) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

(٤) وهناك ثلاث حالات للفرض: الفرض المفتوح – والفرض المُقيد بنطاق معين – والفرض المرهون بشرط أو استثناء. لمزيد من التفاصيل عن نماذج صياغة الفرض انظر: الأستاذ/ محمود محمد علي صبره، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

الجزء الثاني: حكم عام، يتقرر لهذه الفرضـــيات. ويتوقف إعمال حكم القاعدة القانونية على ما إذا كانت العناصـــر الواقعية للنزاع المعروض على المحكمة تندرج ضـــمن فرضـــيات القاعدة القانونية أم لا تندرج[١].

والمثال على ذلك، ما تنص عليه المادة (١/١٧٣) من القانون المدني "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شـخص في حاجة إلى الرقابة، بسـبب قصـره أو بسـبب حالته العقلية أو الجسـمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ..."[٢].

- تطبيق قاعدة القياس المنطقي على مُكونات القاعدة القانونية:

وتطبيق قاعدة القياس المنطقي على نص المادة (١/١٧٣)، يكون على النحو الآتي:

- **الجزء الأول،** يتعلق بالحالات التي يتولى فيها كل شـــخص الرقابة على شـــخص آخر، كالقاصـــر أو المجنون. وبناءً عليه، يجب على المحامي إثبات مثلا أن القاصـــر وقت ارتكابه الفعل غير المشـــروع كان تحت رقابة الوصي، بناءً على حكم المحكمة، حتى يلتزم الوصي بالتعويض. وعلى ذلك، يجب أن تكون الحالة الواقعية محل النزاع ضمن فرضيات القاعدة القانونية.

- **أما الجزء الثاني؛** فيتعلق بالحكم، وهو التزام القائم بالرقابة بتعويض المضـــرور نتيجة الفعل غير المشروع لمن هو تحت رقابته (المسؤولية عن فعل الغير).

ب- النتائج المترتبة على تطبيق قاعدة القياس المنطقي:

إذا أجرى المحامي عملية القياس المنطقي بين المقدمة الصـــغرى (عناصـــر النزاع الواقعية)، وبين المقدمة الكبرى (المقدمة الكبرى)، فإنه يمكن تصور أحد الفروض الآتية:

الفرض الأول: دخول عناصـر النزاع الواقعية ضـمن فرضـيات القاعدة القانونية: عندئذ ينطبق حكم القانون، كما لو ثبت – في المثال السـابق – أن اعتداء المجنون على شـخص ما قد أصـابه بالضـرر، وتبعا لذلك، يُسأل متولى الرقابة بالتعويض.

---

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) وكذلك نص المادة (٢١) من قانون التجارة المصـــري التي تنص على أن "كل تاجر يجاوز رأس مال المســـتثمر في التجارة عشـرين ألف جنيه أن يمسـك الدفاتر التي تسـتلزمها طبيعة تجارته وأهميتها ...". فهذا النص يتضـمن أكثر من فرض: شـخص مدني رأس ماله المسـتثمر في التجارة يجاوز (٢٠٠٠٠) جنيه – تاجر يحترف مزاولة التجارة، باسـمه ولحسـابه الخاص، ومُتمتعا بالأهلية القانونية – راس مال التاجر المسـتثمر في التجارة أقل من (٢٠٠٠٠) جنيه – رأس ماله المستثمر في التجارة أكثر من (٢٠٠٠٠) جنيه – راس ماله بصفة عامة (٢٠٠٠٠) جنيه. الحكم: إلزام التاجر الذي يجاوز راس ماله المستثمر في التجارة (٢٠٠٠٠) جنيه.

الفرض الثاني: عدم انطباق المقدمة الصغرى على فرضيات المقدمة الكبرى: أي أن واقعات النزاع لا تندرج ضمن فرضيات القاعدة القانونية، لعدم صحتها، أو لعدم ثبوتها ثبوتا يقينيا، ومن ثم عدم إمكانية إجراء القياس[١].

الفرض الثالث: عدم صحة نتيجة الربط بين المقدمة الصغرى والمقدمة الكبرى: أي أن الضرر الذي أصاب الغير لم ينجم عن فعل المجنون، ومن ثم لا يجوز تطبيق عملية القياس.

ثانيا: كتابة المذكرة موضوع الدعوى:

تتعدد المذكرات التي يُقدمها المحامي بصدد الدعوى المنظورة، ويختلف مضمونها باختلاف درجة المحكمة المُقدم إليها المذكرة. كما تبدأ المذكرة من حيث انتهت عريضة الدعوى (لائحة الدعوى).

ولا ريب أن كتابة المذكرات القانونية فن ومهارة، وقد تتوافر ملكة صياغة المذكرة لدى المحامي، وقد يكتسبها بالتدريب عليها، والاطلاع على مذكرات كبار المحامين في هذا المجال[٢].

وبوجه عام، تخضع صياغة المذكرة المكتوبة لمنهجية معينة، بحيث يبين من الاطلاع عليها الحق المُدعى به.

ومن الأفضل أن يُراعي المحامي، لدى صياغته المذكرة المكتوبة، الجوانب الشكلية، والجوانب الموضوعية، ومُوجهات عامة لكتابة المذكرات، وشكل ونموذج لمذكرة مكتوبة.

١- الجوانب الشكلية للمذكرة المكتوبة:

يُراعى عند إعداد المذكرة ما يلي:

أ- الديباجة:

وتشتمل على: اسم المحكمة – الدائرة – المدعي وعنوانه – المدعى عليه وعنوانه – رقم الدعوى – تاريخ الجلسة.

ب- التسلسل الزمني:

حيث تبدأ المذكرة بالوقائع، ثم بالقاعدة القانونية واجبة التطبيق، ثم التطبيق القانوني، وأخيرا تحديد الطلبات.

---

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

(٢) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، موسوعة الدليل العملي للمحامي في المذكرات المكتوبة والمرافعات الشفوية وصيغ عقود الشركات، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، الجزء الأول، ٢٠١٤، ص ٦٤ وما بعدها .

ج- العنصرة:

وإذا كان الواقع العملي يجري على عدم وضع عناوين جانبية للمذكرات، إلا أن هذه العناوين من الأهمية بمكان، بحيث يبين من الاطلاع عليها معرفة الخطوط العريضة لنسق المذكرة[١]، كما أنها تجعل الفكرة أكثر وضوحا وتحديدا.

د- الأسلوب:

يجب ألا يكون أسلوب المذكرة أسلوبا إنشائيا، وإنما يجب أن يكون واضحا، مُعبرا عما يفكر فيه القاضي من حل لموضوع النزاع[٢].

هـ- اللغة:

حيث يجب أن يمتلك المحامي ناصية اللغة العربية[٣] القانونية الأكثر دقة وتخصصا[٤] لأنه يُخاطب القاضي الخبير والعليم بالقانون وليس عامة الناس.

٢- الجوانب الموضوعية للمذكرة المكتوبة:

وتشتمل الجوانب الموضوعية على ما يلي:

أ- الوقائع:

حيث يجب أن تتضمن المذكرة تحديد ما يلي:

= موضوع الدعوى.

= عناصر النزاع الواقعية المُنتجة والمُؤثرة في الدعوى، حيث يقوم المحامي بسرد وقائع الدعوى بتسلسل زمني، وبأسلوبه الشخصي، مُراعيا الإيجاز والوضوح، ومع الأخذ في الاعتبار افتراض عدم علم القاضي بها.

= التكييف القانوني لعناصر النزاع الواقعية من وجهة نظره وإن لم يكن مُلزما للقاضي.

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

(٢) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٣) وغنى عن البيان، يجب أن تكون اللغة خالية من الأخطاء النحوية والإملائية.

(٤) فعلى الرغم من أن اللغة القانونية هي الجامع المشترك بين التشريع، والفقه، والقضاء، إلا أن هذه اللغة تختلف أيضا باختلاف المهنة القانونية: اللغة القانونية العامة - اللغة القانونية المتخصصة. انظر: د/ عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص ٣٦.

= القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما انتهى إليه من تكييف لعناصـــر النزاع، بل وقد يُقدم تفســـيرا للقاعدة القانونية أو تأويلا لها، بما يراه لصالح مُوكله[١].

ب- الدفاع:

وذلك بتقديم الحجج والأســـانيد المُؤيدة للطلبات التي يتقدم بها مُدعمة بالنصـــوص القانونية، والآراء الفقهية الموجزة، والأحكام القضـائية، وهذه تُماثل التسـبيب الذي يقوم به القاضـي. ولا ريب أنه كلما كانت الحجج والأسانيد قوية، كلما كانت أبلغ أثرا في إقناع القاضي بمطالب مُوكله. وعلى المحامي البدء بالحجج والأسانيد الأقوى.

ج- الطلبات:

تحديد طلبات المُوكل بدقة، وعدم إغفال أي منها، مع مراعاة ما يلي:

= أن يكون إبداء الطلبات على وجه جازم وصريح.

= إبداء الدفوع الشـكلية قبل الدفوع الموضـوعية، والدفوع التي تسـقط بالكلام في الموضـوع قبل الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

= عند تعدد الطلبات، يجب البدء بالطلبات الأصـــلية، ثم يليها الطلبات الاحتياطية[٢]، وقد يحصـــل تقديم وتأخير، بحسب مُقتضيات الدفاع[٣].

٣- مُوجهات عامة لكتابة المذكرات:

هذه المُوجهات قد تتعلق بكاتب المذكرة، وقد تتعلق بموضوع النزاع:

أ- المُوجهات المتعلقة بكاتب المذكرة[٤]:

= أن يكون لديه ملكة التحليل والاستنباط والقياس من خلال إعمال العقل والمنطق.

= أن يكون قادرا على استخلاص النتائج، وترتيبها ترتيبا منطقيا، بما يتفق مع وقائع النزاع.

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٥ وما بعدها.

(٢) كما يرى البعض أيضـــا، التحوط والتحفظ في نهاية المذكرة بذكر عبارة "مع حفظ كافة حقوق الموكل الأخرى"، أو يذكر الطلبات على النحو التالي: ١- أصـــليا: ...، ٢- احتياطيا: ...، ٣- ومن باب الاحتياط كذلك: ...، ٤- ومن باب الاحتياط الكلي: ...، ٥- ومن باب الاحتياط الفرعي: ...، ٦- ومن باب الاحتياط البعيد: ...، ٧- هذا مع حفظ كافة الحقوق الأخرى، انظر: د/ محمد أحمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفنا، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٤، ص ٤٧٣ وما بعدها.

(٣) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٤) انظر: د/ محمد أحمد شحاته حسين، المرجع السابق، ص ٤٥٧ وما بعدها.

= أن يُوثق جميع ما ورد في المذكرة من مستندات وأدلة.

= أن يكون حريصـــا على أن تكون الطلبات الختامية مُتفقة مع ما ورد في وقائع النزاع، والقاعدة القانونية واجبة التطبيق، بحيث تكون النتيجة - وهي الحكم - مُتفقة مع المقدمات.

ب- مُوجهات متعلقة بموضوع النزاع(١):

= قراءة القضـية ودراسـتها، حيث يجب على القانوني فهم وقائع النزاع فهما جيدا، وتحليل الوقائع المُؤيدة لطلبات الموكل.

= دراسة الأدلة المُقدمة في الدعوى، ومعرفة ما يصلح لتقديمه منها إلى المحكمة، مُؤيدا لطلبات الموكل.

= دراســة طلبات الموكل، ووصــفها قانونا، كطلب فســخ العقد، أو طلب التعويض، أو طلب إلغاء قرار إداري، مع مراعاة أن تكون هذه الطلبات: محددة، وواضحة، وعملية.

= الاســتشــهـاد بـالأحكـام القضـــائيـة، والأعمـال الفقهيـة المُؤيـدة لطلبـات الموكـل، إن وُجدت.

ونُشير فيما يلي إلى شكل المذكرة، ونموذج لمذكرة مكتوبة في بعض القضايا الواقعية.

(١) انظر: د/ محمد أحمد شحاته حسين، المرجع السابق، ص ٤٥٩ وما بعدها.

٤- شكل ونموذج لمذكرة مكتوبة :

(أ) شكل المذكرة المكتوبة

محكمة .....

الدائرة .....

مذكرة بدفاع

السيد/ ..... (مُدعي/ مُدعى عليه).

ضد

السيد/ ..... (مُدعي/ مُدعى عليه).

في القضية رقم ..... لسنة .....

المُحدد لنظرها جلسة ...../...../ .....

في الوقائع

.....

في الدفاع

.....

في الطلبات

بصفة أصلية:

.....

بصفة احتياطية:

.....

وكيل المُدعي/ المُدعى عليه

.....

(ب) نموذج مذكرة مكتوبة[1]

مذكره في جريمة شيك بدون رصيد

محكمة جنح الساحل

مذكرة

بدفاع

السيد/ ف.م.ع (متهم)

ضد

النيابه العامة...

والسيد/ م.م.أ. (مجني عليه)

في القضيه رقم..... لسنة ٢٠٠٣ جنح الساحل

المحدد لنظرها جلسة ٢٠٠٣\١٢\١٤ م

الوقائع

١- بتاريخ ٢٠٠٣\٨\١٢ ..... أبلغ الوكيل عن السيد\ م.م.ع – أن المتهم قام بتحرير شيك بنكي بملغ ٨٨٥٠٠ جنيه لموكله مسحوب على بنك المهندسين – فرع القاهره مؤرخ ٢٠٠٠\٩\٦ وأنه عند توجه موكله للبنك لصرف قيمة الشيك أفاد بعدم وجود رصيد قابل للسحب.

٢- وقدم المبلغ صورة الشيك وإفادة البنك "بأن التوقيع غير مطابق".

٣- لم يسأل المتهم في المحضر ... ولم تتخذ ضده أي إجراء من إجراءات التحقيق لمدة تزيد على الثلاث سنوات.

٤- وصدر ضد المتهم حكم غيابي.

٥- عارض المتهم في هذا الحكم وتحدد لنظر المعارضة جلسة اليوم ٢٠٠٣\١٢\١٤.

---

(١) هذا النموذج منقول حرفيا – على سبيل الاسترشاد - من مؤلف: المستشار/ صبري محمود الراعي و الأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ١٢٤ – ١٢٨.

الدفاع

١- يدفع المتهم بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة ... طبقاً لنص المادة ١٥ إجراءات جنائية ... لمرور أكثر من ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة- إصدار شيك بدون رصيد- حتى اليوم وهو تاريخ نظر المعارضـــة في الحكم الجنائي – وعدم قيام إجراء قاطع للتقادم طبقاً للمادة ١٧ إجراءات جنائية ... وذلك لما يلي:

أولاً: لأن الجريمة المسندة إلى المتهم هي جنحة إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب ....

- ومن المقرر أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتم بمجرد إعطاء الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق يتم بذلك طرح الشيك في التداول فتنعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها الشارع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجرى مجرى النقود في المعاملات.

- أما تقديم الشيك إلى البنك فلا شأن له في توافر أركان الجريمة ... بل هو إجراء مادي متجه إلى استيفاء مقابل الشيك، وما إفادة البنك بعدم وجود الرصيد إلا إجراء كاشف للجريمة التي تحققت بإصدار الشيك وإعطائه للمستفيد مع قيام القصد الجنائي، سواء عاصر هذا الإجراء وقوع الجريمة أو تراخى عنها.

(نقض ١٩٦٢\١٢\١٧ مجموعة أحكام النقض س ١٣ رقم ٢٠٤ ص ٨٤٦)

ثانياً: ولأن مدة انقضاء الدعوى الجنائية في مواد الجنح تنقضي بمضي ثلاث سنين.

- وتسري أحكام انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة على كل جريمة سواء أكانت معلومة للمجني عليه أم مجهولة .... وسواء أحصل عنها تبليغ للسلطات المختصة أم لم يحصل وسواء أكان منصوصاً عليها في قانون العقوبات أم في قوانين خاصه.

- وذلك مادامت الدعوى قائمة لم تقدم إلى القضاء بعد أو إذا قدمت ولكن لم يفصل فيها بحكم نهائي غير قابل للطعن ....

- ولا يغني عن الحكم النهائي حكم ابتدائي قابل للمعارضـــة أو للاســـتئناف ولا حكم اســـتئنائي قابل للمعارضـــة أو للنقض .... وذلك لأن الحكم الابتدائي أو الغيابي أو الاســـتئنافي القابل للطعن لا ينهي الدعوى .... بل هو مجرد إجراء من إجراءاتها.

(مبادئ الإجراءات الجنائية، دكتور/ رؤوف عبيد، سنة ١٩٨٧، ص ١٢١)

ثالثاً: -أ- ولأن الأوراق خلت من أي إجراء قاطع للتقادم طوال مدة الثلاث سـنوات من يوم وقوع الجريمة وذلك طبقاً لنص المادة ١٧ إجراءات الذي جرى:

تنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة، كذلك بالأمر الجنائي أو بإجراءات الاستدلال إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بوجه رسمي .... وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع.

ب- ولأن الأوراق اشتملت فقط على محضر جمع الاستدلال المؤرخ ٢٠٠٣\٨\١٢ .... وهذا المحضر اشتمل فقط على بلاغ وكيل المجني عليه ولم يتخذ هذا الإجراء في مواجهة المتهم... ولم يخطر به بوجه رسمي... وغنى عن الذكر أنه ينبغي أن يكون الإخطار لشخص المتهم.

ج- ولا يقطع التقادم مجرد البلاغ الذي يقدمه أحد الناس أو أحد مأموري الضبط في شأن الحادث، أو الشكوى التي يقدمها المجني عليه، ولو ادعى فيها بالحق المدني وكذلك تحويل شكوى إدارية من النيابة الإدارية إلى قسم الشرطة لفحصها، إذ أن هذا التحويل لا يمنح رجل الشرطة سلطة التحقيق.

- كما لا يقطع التقادم أو الإجراء الصادر من نفس المتهم كالطعن في الحكم بمعرفته لأنه لا يضار بتصرفه.

(دكتور/ رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٣٥)

رابعاً: ما يترتب على مضي المادة:

يترتب على مضي المدة المطلوبة انقضاء الدعوى وكذلك جميع نتائجها الجنائية فليس لأي جهة أخرى أن تحركها ... وإذا كانت قد تحركت أمام النيابة أو أمام القضاء ثم تبين هذا الانقضاء فليس للنيابة أن تباشرها أو أن تترافع فيها أو أن تبدي طلبات إلا توصلاً إلى الحكم بانقضائها وإذا أغفلت النيابة ذلك فعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ...

- وانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة من النظام العام فليس للمتهم أن يتنازل عنه، وله أن يدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض ١٩٥٥\١٢\٢٧ أحكام النقض، س٦ رقم ٤٥٩ ص ١٥٥٦ و ١٩٥٨\٥\١٦ س ٩ رقم ١٢٨ ص ٤٧٥).

خامساً: وبإنزال ذلك المستقر قانوناً وقضاءً وفقهاً على واقعات الدعوى يتبين أن الدعوى انقضت بمضي المدة ... ذلك أن تاريخ وقوع الجريمة هو ٢٠٠٠\٩\٦ وهو تاريخ تحرير الشيك وطرحه للتداول وتسليمه للبنك.

- إذن نهاية الثلاث سنوات باحتسابها من اليوم التالي لوقوع الجريمة هو ٢٠٠٣\٩\٥.
- وبلاغ المجني عليه تاريخه ٢٠٠٣\٨\١٢ وهو لا أثر له في قطع التقادم.
- وكان متبقياً على الثلاث سنوات ثلاث وعشرين يوماً لم يتخذ خلالها أي إجراء قاطع للتقادم والذي سبق بيان حالاته.
- ولم يتخذ أي إجراء قاطع للتقادم حتى صدور الحكم الغيابي ... وهو أيضاً لا أثر له في قطع التقادم وحتى اليوم وعليه يكون قد مر على الواقعة ثلاث سنوات وشهرين وأربعة وعشرين يوماً.
- ويكون الدفع بالانقضاء بمضي المدة له سند من القانون والواقع.

بناء عليه

يلتمس المتهم من عدالة المحكمة الحكم:

أولاً: بانقضاء الدعوى الجنائية قبل المتهم بمضي المدة ورفض الدعوى المدنية.

ثانياً: وفي جميع الأحوال ببراءة المتهم من التهمة المســـندة إليه ورفض الدعوى المدنية مع إلزام رافعها بمصروفاتها.

وكيل المتهم

المحامي

المطلب الأول

منهجية كتابة الاستشارات القانونية

- تمهيد وتقسيم:

كثيرة هي الاستشارات في حياتنا العملية: فقد يشعر الإنسان بالتعب؛ فيستشير الطبيب، مُبينا له أعراض التعب، كي يُشخص الأخير الداء، ويكتب له الدواء. وقد يستشعر مالك البناء بأن خللا بالمبني، فيستشير المهندس، الذي بدوره يُقرر الإجراء المناسب فنيا.

وكذلك الحال في المجال القانوني، تحتل الاستشارة القانونية الجانب الأكبر من عمل رجل القانون؛ فنتيجة للمشاكل العملية في مناحي الحياة المختلفة، قد يستشير الشخص رجل القانون في حدث أو مُعاملة معينة، وقعت أو ستقع مُستقبلا ، لبيان حكم القانون بشأنها، وبالتالي فجوهر عمل المُستشار هو الاستشارة وليس الحكم.

ونتناول فيما يلي دراسة: ماهية الاستشارة القانونية (أولا)، وكتابة الاستشارة القانونية (ثانيا).

أولا: ماهية الاستشارة القانونية:

نبين فيما يلي: المقصود بالاستشارة وخصائصها، ونطاق (مجال) الاستشارة القانونية.

١- تعريف الاستشارة القانونية وخصائصها:

الاستشارة هي "استكشاف رأي القانون في صدد مسألة قد لا تكون محل نزاع، أو هي محله أو يحتمل أن تكونه"[١]. وبناءً على ذلك، تُعتبر الاستشارة القانونية تطبيق عملي للقانون، حيث بموجبها يمكن قياس مدى قدرة القانوني على استيعاب حكم القانون، وإنزاله على واقعة معينة، وبالتالي فإن المُستشار يُستشار، ويُبدي الرأي القانون فيما يُعرض عليه.

هذا وتفترض الاستشارة ثلاثة عناصر:

العنصر الأول: طالب الاستشارة، وهو الذي يُقدم طلب الاستشارة لمعرفة حكم القانون، ويُسمى (المستشير).

العنصر الثاني: وهو رجل القانون، وهو الذي يُجيب المستشير بالرأي القانوني، ويُطلق عليه (المستشار القانوني).

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

العنصر الثالث: موضوع النزاع بين المُستشير وغيره من أفراد المجتمع، وسواء أكان هذا النزاع، حالا أو مستقبلا، أو مُفترضا، ويُراد حكم القانون فيه.

- تمييز الاستشارة عما قد يشتبه بها:

وغنى عن البيان، أن عمل المستشار، بهذا المعنى، يختلف عن عمل المحامي، وعمل القاضي: فالمحامي يُمثل مصالح موكله، وبالتالي يتولى الدفاع عنه، كتابة أو شفاهة. والقاضي لا يُستشار في حكم القانون بل يُطبق حكم القانون مع التزامه بالحياد والموضوعية بين طرفي الدعوى.

- خصائص الاستشارة القانونية:

تتميز الاستشارة القانونية بما يلي:

= تحديد حكم القانون في المسألة محل النزاع، وعليه ليس المطلوب من المستشار القانوني تقييم النص القانوني الذي يحكم موضوع الاستشارة (إيجابا أو سلبا)، أو الإدلاء برايه الشخصي في موضوع النزاع[١].

= حسم الموضوع محل الاستشارة، حيث يُدلي المستشار برأي حاسم مثلا: رفع الدعوى أو عدم رفعها، ومآلات كل منهما، قبول الصلح أو عدم قبولة، والنتائج المُترتبة على كل منهما[٢].

بيد أن الفصل في موضوع الاستشارة يتوقف – بطبيعة الحال – على مدى دقة وشمولية المعلومات التي يُدلي بها المُستشير إلى المُستشار، وارتباطها بموضوع النزاع. ومن هذا المنطلق، للمُستشار الاستعلام عن أية معلومات أو وثائق تُغير وجه الرأي في موضوع النزاع[٣].

= موضوعية الاستشارة، حيث يُظهِر المستشار القانوني، نقاط القوة، ونقاط الضعف، والاحتمالات المُمكنة للنزاع، موضوع الاستشارة، حتى تكون تحت نظر المستشير[٤].

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

(٢) ومع ذلك، إذا كان إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الاستشارة تحتمل التفسير على أكثر من وجه، عندئذ يجب على المستشار القانوني أن يختار الحل الذي يعتقد أنه أكثر توافقا مع القانون الوضعي، مع بيان الأسباب. انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٣) ما لم يحتفظ المُستشير ببعض المعلومات أو الوثائق، عندئذ تكون الاستشارة في حدود ما صرح به المُستشير من وقائع مادية وإجرائية.

(٤) انظر: د/ عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله، تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص ١٥٨. بل وقد يُقدم المُستشار القانوني النصيحة للمستشير بضرورة اتخاذ إجراء معين أو الامتناع عن القيام به، وكذلك تحديد النتائج والآثار المُترتبة على بيان الرأي القانوني في المسألة. انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

= كتابة الاستشارة: فالمقصود بالاستشارة – محل الدراسة – هي الاستشارة المكتوبة، كإجابة على طلب مكتوب بها. ولا ريب أن الاستشارة المكتوبة تختلف عن الاستشارة الشفوية التي يُجيب فيها رجل القانون عن تساؤل معين حول إشكالية مُحددة.

فعلى سبيل المثال، في اجتماعات مجلس الجامعة، حيث يترأس رئيس الجامعة الاجتماع، بحضور عمداء الكليات، فقد يطرأ أثناء الاجتماع مسألة تخص عضو هيئة تدريس أو مسألة إدارية تتنعلق بترقية أو جزاء، ومن ثم يطلب رئيس الجامعة من عميد كلية القانون "الحقوق"، بيان حكم القانون – شفهيا - بشأن هذه المسألة.

= عدم إلزامية الاستشارة: الفرض في الاستشارة هو عدم التزام المستشير بتنفيذ ما انتهى إليه المستشار؛ فقد يرى الإعراض عن الاستشارة، والبحث عن مستشار آخر، يقوم بدراسة الموضوع دراسة أكثر عمقا.

ومن هذا المنطلق تختلف الاستشارة التي يقوم بها الأفراد والمؤسسات والشركات الخاصة عن الاستشارة التي تقدم إلى إحدى الجهات الحكومية الرسمية، حيث يكون للأخيرة صفة الإلزام، كما هو الحال في الفتاوى التي تصدر عن قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري. ومن المعلوم أن حق طلب الفتوى وإبداء الرأي مقصور على الجهات الإدارية بالدولة[1].

٢- نطاق (مجال) الاستشارة القانونية:

الاستشارة قد تكون استشارة خاصة، وقد تكون استشارة رسمية أو نظامية، وفي جميع الأحوال، يتحدد مجال الاستشارة بنطاق شخصي، ونطاق موضوعي.

أ- النطاق الشخصي للاستشارة القانونية:

الاستشارة تكون من لدن شخص يسأل ويستشير وهو (المُستشير)، وآخر يُستشار ويُجيب وهو (المُستشار القانوني):

= المُستشِر:

وهو بطبيعة الحال غير مُتخصص في القانون، ويُريد معرفة حكم القانون في مسألة معينة، وقد يكون المُستشير شخصا طبيعيا، كالطبيب، والمهندس، والمقاول أو شخصا معنويا، عاما أو خاصا، كالوزارات، والشركات،والبنوك، والجامعات.

---

(١) وهذا ما يُمكن أن نُسمِيه بـ "الاستشارة النظامية"، فهي تلك التي تصدر عن قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري الذي يتكون من: عدد من إدارات الفتوى – لجان الفتوى – مُفوض لإدارة الفتوى لدى الجهات الإدارية. لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ شريف يوسف خاطر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء"، بدون ناشر، وبدون تاريخ نشر، ص ٩٧ وما بعدها. ولقد نظم القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ما يتعلق بقسم الفتوى في المواد (٥٨ – ٦١)، وكذلك ما يتعلق بالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المواد (٦٥ – ٦٧).

= المُستشار القانوني:

وهو الشخص المُتخصص في القانون الذي يُدلي بالرأي القانوني في مسألة يطلبها المُستشير. وقد يكون المُستشار: باحثا قانونيا، أو طالبا جامعيا (في حدود دراسته)، أو محاميا، أو مستشارا بالبنك، أو مُوثِقا، أو عضوا بإدارة قانونية، وبوجه عام، فالمستشار هو القانوني أيا كان موقعه.

ب- النطاق الموضوعي للاستشارة القانونية:

لا ريب أن موضوعات الاستشارة القانونية لا تقع تحت حصر؛ إذ قد ينتج عن تعامل أفراد المجتمع، وُفق الآليات القانونية، سواء أكانت تصرفات قانونية، كالعقود، أم وقائع قانونية، كالفعل النافع، والفعل الضار، وقوع أنزعة تقتضي معرفة حكم القانون، وإمكانية التقاضي بشأنها.

واستنادا إلى ما تقدم، غالبا ما تُقدم الاستشارة القانونية، بمناسبة نزاع قانوني، أو قبل أن يصير النزاع قضائيا، وليس هناك ما يمنع من طلب الاستشارة بالرغم من عدم وجود نزاع حال أو مستقبل، وذلك على النحو الآتي:

= وجود نزاع:

من المتصور أن يكون الخلاف بين الخصوم حول العناصر الواقعية الناشئة عن الحقوق المتنازع عليها بين الخصوم، كما في واقعة السرقة مثلا أو الضرب، أو إبرام العقد، وقد تكون العناصر الواقعية مُتفق عليها لكن الخلاف بصدد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، أو النتائج المُترتبة على تطبيقها، كما لو تعدى الموظف العام على أحد المُتعاملين بالضرب، أو أخطأ الطبيب الذي يعمل في مستشفى حكومي، عندئذ تثور فكرة الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وتحديد المسؤول.

وفي هذه الحالة، يكون السؤال: معرفة مدى نصيب القضية من المكسب أو الخسارة، ومآل النزاع أمام القضاء. وهنا يكون الهدف من الاستشارة معرفة حكم القانون، وما إذا كان سيكون في صالح المُستشير أم لا[1].

= النزاع المُفترض:

وفي هذا الفرض، لا يوجد نزاع قائم وإنما قد يرغب المستشير معرفة حكم القانون في بعض الحالات منها على سبيل المثال لا الحصر:

أ- إذا كان المستشير متهما أو مدعى عليه، أو صاحب حق، ويرغب في معرفة الموضوع، والسند القانوني، وآلية تفادي الحكم عليه، أو الوصول إلى حكم لصالحه.

---

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

ب- إذا كان المستشير قد دخل في معاملة عقدية، وتبين له وجود ثغرة قانونية، يحتمل معها عرض النزاع على القضاء، ومن ثم معرفة حكم القانون، ومحاولة الحكم لصالحه إذا أثير النزاع قضائيا.

ج- إذا أراد المُستشير إبرام عقد مستقبلا، ويرغب في عدم استفادة خصمه من أية ثغرات به[١]، وبالتالى فله مصلحة في أن يكون على علم بالقانون النافذ أو القاعدة القانونية واجبة التطبيق.

د- إذا كان المستشير مؤسسة اقتصادية كبرى، ويعمل مثلا في مجال الاستثمار، ولديه مستشارا قانونيا، يعرض عليه نماذج العقود والسندات التي يتعاقد بموجبها، ويعرف مدى دقة صياغتها، كي يتجنب المسؤولية والتعويض لاحقا.

ثانيا: كتابة الاستشارة القانونية:

تختلف منهجية كتابة الاستشارة القانونية، بحسب ما إذا كانت مُقدمة إلى جهة حكومية أو خاصة، لكن بوجه عام، توجد إشكالية قانونية، يطلب المُستشير حكم القانون بشأنها.

وبناءً عليه، نتناول دراسة: اتباع منهجية حل النزاع القانوني قاعدة IRAC، وتطبيق منهجية حل النزاع القانوني على كتابة الاستشارة القانونية.

١- اتباع منهجية حل النزاع القانوني قاعدة IRAC:

يُمكن حل الإشكالية القانونية موضوع الاستشارة القانونية من خلال تطبيق قاعدة IRAC[٢]. وبموجب هذه القاعدة، يستطيع المستشار: تحديد السؤال أو المشكلة القانونية من عناصرها الواقعية، كمقدمة صغرى Issue ، ثم يحدد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، كمقدمة كبرى Rule ، ثم تطبيق القاعدة على الإشكالية التي تُثيرها الوقائع Application ، وأخيرا استنتاج الحل أو الحكم القانونيConclusion ، وذلك على النحو الآتي[٣]:

أ- الإشكالية: Issue

يجب على المُستشير تزويد المُستشار القانوني بجميع العناصر الواقعية المتعلقة بموضوع الاستشارة، وما يتوفر لديه من أدلة ثبوتية. وهذه العناصر قد تكون بسيطة، أي تشتمل على إشكالية واحدة، كالاستشارة المتعلقة بالرأي القانوني في مدى صحة الإعلان عن وظيفة شاغرة مثلا، وقد تُثير هذه العناصر عدة إشكاليات. ويُعبر عن هذه الإشكالية بـ "المقدمة الصغرى".

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

(٢) اختصارا للكلمات الآتية: Issue – Rule – Application - Conclusion .

(٣) انظر: د. صالح طليس، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

والمثال على ذلك، عند شراء الشخص أجهزة حاسوب[1]، ثم تبين أنها لا تعمل بصورة فعالة. عندئذ يطرح الموضوع العديد من الأسئلة منها: رفع الدعوى من عدمه، وإذا رُفعت الدعوى، وجب تحديد مدى جسامة العيب من عدمه – راي الخبراء في العيب – مدى أسبقية وجود العيب على البيع – ظهور العيب أو خفائه – مدى احتراف البائع بيع الأجهزة من عدمه – مدى تأثير استخدام المشترى على الحاسوب – مدى جِدة الأجهزة أم أنها كانت مستعملة. هذه جميعها أسئلة مستمدة من العناصر الواقعية ولها أهميتها في تحديد حكم القانون.

وفي جميع الأحوال، يجب على المُستشار القانوني مراعاة ما يلي:

١- التركيز على العناصر الواقعية المُنتجة والمُؤثرة في تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق[2]. وكذلك مُراعاة تسلسلها الزمني والمنطقي.

٢- تحويل الإشكالية القانونية إلى مفهوم قانوني في صورة سؤال، فإذا رغب المُستشير استرداد الثمن من البائع، عندئذ يبحث المُستشار في مدى بطلان عقد البيع (لخلل في أحد أركانه) أو قابليته للبطلان (تخلف أحد شروط صحته).

ب- القاعدة: Rule

إذا انتهى المُستشار القانوني من تحديد الإشكالية الناشئة عن العناصر الواقعية، عليه عندئذ تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق على تلك الإشكالية.

ومن الأهمية بمكان تكييف العناصر الواقعية (الوقائع)، محل الإشكالية، تكييفا صحيحا، حيث يترتب عليها تحديد القاعدة القانونية. وتسمى القاعدة القانونية بـ "المقدمة الكبرى".

وفي جميع الأحوال، يجب على المُستشار القانوني مراعاة ما يلي:

١- الالتزام بمصادر القاعدة القانونية، بحسب النظام المعمول به في الدولة، أيا كان مصدرها (دستور - قانون – لائحة).

٢- تدعيم الرأي القانوني ما أمكن بالأحكام القضائية ذات العلاقة بموضوع الاستشارة، وكذلك بالنظريات الفقهية بشكل مُوجز.

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٨ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع، انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٣٨٨ وما بعدها.

٣- إذا كانت الإشكالية تحتمل أكثر من فرض، وجب على المُستشار عرض الفروض المختلفة، وحكم كُل فرض مع بيان رأيه الشخصي مُؤيدا بالأسانيد القانونية[١].

ج- التطبيق: Application

وهذه المرحلة هي تطبيق للمرحلتين السابقتين؛ فإذا حدد المُستشار القانوني واقعة النزاع، وأعطاها التكييف الصحيح، كما لو تبين أن المشتري وقع في غلط – بشرائطه القانونية - حال إبرام العقد، عندئذ يكون من السهل إدراج تلك الواقعة ضمن فرض أو فروض القاعدة القانونية واجبة التطبيق بالتبعية، وهي رفع دعوى إبطال العقد لعيب من عيوب الإرادة.

د- النتيجة: Conclusion

وأخيرا، ونتيجة تطبيق قاعدة القياس المنطقي، يصل المُستشار القانوني إلى حكم القانون الذي هو نتاج تطبيق القاعدة القانونية على العناصر الواقعية، ومن ثم الحكم بإبطال العقد، بطلانا نسبيا.

٢- تطبيق منهجية حل النزاع القانوني على كتابة الاستشارة القانونية:

تتعدد وجهات النظر بشأن كتابة الاستشارة القانونية؛ فلكل قانوني منهجية في كتابتها، ونقترح أن تكون منهجية كتابة الاستشارة مُشتملة على العناصر الآتية:

أولا- الديباجة.

ثانيا- المقدمة.

ثالثا- متن الاستشارة.

رابعا- الخاتمة.

أولا- الديباجة:

ويُطلق عليها البعض "الترويسة"[٢]، حيث تشتمل على المعلومات الآتية:

- اسم طالب الاستشارة الذي يتم توجيه الاستشارة إليه.

- اسم المُستشار القانوني الذي يُقدم الاستشارة.

---

(١) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٩.

(٢) انظر: د/ عاصم خليل، المرجع السابق، ص ١٥٨ وما بعدها.

- تاريخ تقديم الاستشارة.

- بيانات عن النزاع (إذا كان قائما)، ورقمه، واسم المحكمة، ورقم الملف.

- موضوع الاستشارة[1].

ثانيا- المقدمة:

يُبين المُستشار الوقائع، والإجراءات، والمسائل القانونية.

ثالثا- متن الاستشارة (صلب الاستشارة):

حيث يقوم المُستشار بدراسة تحليلية مُتعمقة لبيان الموقف التشريعي، والاتجاه القضائي والفقهي بشأن موضوع الاستشارة من خلال وضع خطة منهجية، للإشكالية (أو الإشكاليات) التي يُثيرها موضوع النزاع.

رابعا- الخاتمة:

حيث يُعطي المُستشار خلاصة مُوجزة ومُركزة، مفادها توجيه المُستشير نحو حل معين، تحقيقا للغاية من الاستشارة. ويجب أن يتوافق هذا الحل مع التحليل الذي عرضه المستشار في متن الاستشارة.

المطلب الثالث

منهجية وفن المرافعة الشفوية

- تمهيد وتقسيم:

نشأت المرافعة، كفن من فنون الخطابة، يُعبر بموجبها الشخص – شفاهة - عن رأي معين أو فكرة محددة أو يُدافع عن قضية معينة، وهي بذلك تتميز عن المذكرات المكتوبة. ونظرا لأهمية المرافعة في المجال القانوني، نتناول فيما يلي بيان: ماهية المرافعة (أولا)، والضوابط المنهجية للمرافعة الشفوية (ثانيا).

---

(١) انظر: د/ علي ضوي، المرجع السابق، ص ٢٣٥ وما بعدها، حيث يُشير سيادته بأن المشورة تبدأ عادة بالصيغة الآتية "الموقع أدناه: الاسم ... الصفة ...، بناء على الاستشارة المقدمة من ... بطلب معرفة الرأي القانوني حول ... (ملخص شديد التركيز للمشكلة) أقدم الرأي الآتي".

أولا- ماهية المرافعة:

١- تعريف المرافعة:

يُعرف البعض المرافعة بأنها "عمل من أعمال أحد الخصوم في المحاكمة يدافع من خلالها عن وجهة نظر يتمسك بها، سواء أكان هذا الخصم في موقع الهجوم كالمدعي أو في موقف الدفاع كالمدعى عليه"(١).

وبناءً عليه، فإن المرافعة، سواء قام بها الخصم بنفسه أو بواسطة غيره (كالمحامي) تعتبر من العناصر الأساسية في المجال القضائي، لا سيما في القضايا الجنائية التي تعتمد على الإقناع(٢). ولما كانت المرافعة وسيلة للدفاع عن وجهة نظر في قضية ما، وصولا إلى حقيقة معينة، فإن ذلك معناه أن الحقيقة التي تهدف المرافعة إلى إثباتها والإقناع بها، يكتنفها الغموض، وهذا هو شأن الخصومات القضائية، حيث يدعي أحد الخصوم حقيقة معينة، ويدعى الخصم الآخر حقيقة أخرى مُغايرة، ويُدلي كل منهما بالحجج المُؤيدة لما يدعيه.

٢- أهمية المرافعة:

تُحقق المرافعة الشفهية بعض المزايا منها:

أ- إضفاء الطابع العلني على المحاكمات التي تتسم بالطابع الشفاهي، لا سيما في القضايا الجنائية.

ب- سهولة التأثير على السامع، وحمله على الاقتناع؛ فالإقناع السمعي – إذا أحسن المُترافع توظيفه - أبلغ من الإقناع الكتابي، حيث يتمكن المُترافع من توضيح العنصر أو العناصر المُؤثرة في حسم النزاع.

ثانيا- الضوابط المنهجية للمرافعة:

قد يبدو من حيث الظاهر أن المرافعة الشفهية تقوم على الارتجال في العرض، بيد أن هذا غير صحيح؛ فالمرافعة الجيدة هي التي تقوم على فهم موضوع الدعوى فهما جيدا، والإعداد المُسبق والتمرين على أدائها، وحسن توقع الأحداث والمفاجأت، وكيفية مواجهتها.

---

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٢) فمن المعلوم أن جوهر القضايا المدنية والتجارية: الحق، والقانون، والدليل، وبالتالي فالمرافعة في مثل هذه القضايا يغلب عليها الجانب العلمي، إذ ليس للمنطق والبلاغة دخل في نتيجتها. أما المرافعة في القضايا الجنائية؛ فتعتمد على القناعة، تجريما أو براءة، أكثر من اعتمادها على الأدلة المتوفرة في القضية المنظورة. انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

وفي هذا المجال، يمكن للمحامي الاطلاع على مرافعات كبار المحامين[١]، حيث الخبرة في الإعداد والإلقاء، فضـــلا عن اتباع بعض الضـــوابط المنهجية في إعداد المرافعة، ســـواء تعلقت هذه الضـــوابط بموضوع المرافعة، أو بالمُترافع نفسه.

١- الضوابط المتعلقة بموضوع المرافعة:

حيث يجب على المحامي التركيز على ما يلي:

أ- جوهر النزاع، فإذا كانت العناصـر الواقعية لا تُثير أية مشـكلة، وثابتة ثبوتا يقينيا، ولا مجال لسـلطة التقدير بشأن قوتها الثبوتية، عندئذ يجب أن تنصب المرافعة على الوصف القانوني لتلك العناصر، والنتائج القانونية المترتبة عليها، والعكس صحيح[٢].

ب- تسـلسـل عرض موضـوع المرافعة: حيث يجب على المُترافع التقيد بما نص عليه القانون، كإبداء الدفوع الإجرائية قبل الدفوع الموضـــوعية، وعرض العناصـــر الواقعية قبل القاعدة القانونية[٣]، وعرض المطالب وأوجه الدفاع الأصـــلية قبل الاحتياطية. كما أنه عند ذكر الأدلة، يجب البدء بالدليل الأقوى.

ج- تسـهيل مهمة القاضـــي في اسـتنباط الحكم، بحيث يُظهِر له "الحوادث في صـورة ناطقة بما يريد، ليسبقه القاضي إلى إدراك ما يريد أن يستنبط"[٤].

٢- الضوابط المتعلقة بالمُترافع:

إذا كانت غاية المرافعة، حمل هيئة المحكمة على الاقتناع بالحقيقة التي يُدافع عنها المحامي، لذا يجب على الأخير أن يُجيد فن المرافعة، وهذا يتطلب:

أ- اســتخدام العبارات والألفاظ المقبولة والمُؤثرة لدى هيئة المحكمه، ومن ثم ملاحظة مدى إقبالها إليه أو إعراضها عنه[٥]، لذا يجب أن يكون لديه قوة انتباه، ويقظة تامة لما يجري في مجلس القضاء.

---

(١) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ٢٦٦ وما بعدها، حيث يُورد الكتاب نماذج لمرافعات، ونصائح لأشهر المحامين.

(٢) انظر: د/ حلمي محمد الحجار والأستاذ/ راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٣) انظر: المواد من (١٠٨ إلى ١١٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٤) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٥) ومن بين العبارات المُستخدمة: "والغريب في هذه القضية ..."، و "والعجيب في تلك الأقوال ..."، و "والذي يدعوا إلى الغرابة والدهشة ...". انظر: المستشار/ حامد الشريف، فن المرافعة وصناعة المحامي ووكيل النيابة المترافع أمام المحاكم الجنائية، الطبعة الثانية، ١٩٩٤، دار الفكر الجامعي بالقاهرة، ص ٢١.

ب- سعة الاطلاع العلمي، حيث يعتمد نبوغ المحامي – بشكل أساسي - على اطلاعه على كل ما يتعلق بموضوع القضية. وهذا يتطلب الإحاطة ببعض العلوم الأخرى غير علم القانون، كعلم النفس، وعلم الاجتماع، وعلم الطب، وعلم الاقتصاد.

ج- الإلمام التام بأحوال من يتولى الدفاع عنهم وأعرافهم، كطائفة التجار، والزراع، وغيرهم من طوائف المجتمع، ذلك لأن أقضية الناس متصلة بأحوالهم وشؤونهم، ويحدث لهم من الأقضية بقدر ما يحدث بينهم من شؤون[١].

د- حسن توظيف لُغة الجسد (بمفهوم التنمية البشرية)، ومنها: تنويع نبرة الصوت، بحيث يرفع الصوت حيث يلزم الرفع، ويخفض في موضع الخفض، ويُسرِع في القول في مواقف الحماسة، ويُبطئ ويتأنى في مواقف الرواية[٢]، وكذلك يجب أن تكون حركاته مُؤيدة لما يطرحه على هيئة المحكمة.

(١) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ١٨٥.
(٢) انظر: المستشار/ صبري محمود الراعي والأستاذ/ رضا السيد عبد العاطي، المرجع السابق، ص ١٩٤.

المبحث الخامس

تنمية الملكات القانونية

المبحث الخامس

تنمية الملكات القانونية

تمهيد وتقسيم:

من بين المهارات التي تتطلبها الهيئة القومية لضـــمان جودة التعليم والاعتماد في خريجي كليات الحقوق: المهـارات المهنيـة، والمهـارات الـذهنيـة. والمقصـــود بـالمهـارات المهنيـة، تطبيق المعلومـات والتدريبـات العلميـة في المجـال القـانوني بهـدف التطوير الـذاتي وتطوير المهن القـانونيـة، أمـا المهـارات الذهنية؛ فهي عبارة عن قدرات تعليمية تتضـمن التفكير النقدي والإبداع، وتشـمل قدرة الخريج على تطبيق وتحليل وإعادة بناء وتقييم المعلومات والمعارف القانونية في الواقع العملي.

ومُتعددة هي القدرات والملكات القانونية التي يجب أن يتعلمها ويكتسبها القانوني؛ فمنها على سبيل المثال لا الحصـر: التفكير النقدي – التأصـيل والتحليل – المقارنة – التفسـير – القياس – التصـنيف – فن المرافعات وكتابة المذكرات والتقارير، الصـــياغة القانونية - وحل المشـــكلات ، وغير ذلك من المهارات القانونية.

ونتناول بعض هذه الملكات وهي:

المطلب الأول: ملكة التفكير النقدي.

المطلب الثاني: ملكة التأصيل والتحليل.

المطلب الثالث: ملكة المقارنة.

المطلب الرابع: ملكة التفسير.

المطلب الأول

ملكة التفكير النقدي

- تمهيد وتقسيم:

لعل من نِعم الله – سبحانه وتعالى – على الإنسان التي ميزه بها على سائر المخلوقات مزية العقل[1]، حيث يستخدمه، تدبرا وتفكرا وتأملا وتبصرا في الحوادث والنوازل، وفي ملكوت الله، سماواته وأرضه، وسائر مخلوقاته، بل وفي نفسه، بحيث يأخذ الإنسان العبرة والعظة منها، ولكي لا يأخذ كل الأمور على علاتها، وإنما ينظر إليها بعين ناقدة، وبموضوعية تامة.

هذا ويُعد التفكير النقدي (الناقد) إحدى مهارات التفكير العليا، حيث تقسم الأخيرة إلى نوعين أساسيين هما: مهارات التفكير الأساسية وتشمل: التذكر، والفهم، والتطبيق، والتحليل، والتركيب، والتقويم. ومهارات التفكير العليا (المعقدة) وتشمل: التفكير الإبداعي، وحل المشكلات، واتخاذ القرارات، والتفكير الناقد.

فما هو المقصود بالتفكير النقدي، وما هي مظاهره؟

أولا: المقصود بالتفكير النقدي:

التفكير النقدي يجد مجالا للتطبيق في مختلف مناحي الحياة؛ فهناك التفكير الاجتماعي، والتفكير الاقتصادي، والتفكير القانوني. ويُقصد بالتفكير النقدي[2]، التحليل الموضوعي للحقائق بهدف صياغة حكم، أو قدرة الباحث على معالجة موضوع البحث من خلال البحث والتفكير والتحليل، بُغية إصدار الأحكام المنطقية، وفق معايير محددة.

هذا ويُعتبر التفكير النقدي من أرقى الأنشطة العقلية التي يمارسها الإنسان في حياته اليومية، لذلك يعتبره "بلوم" في قمة هرم تصنيف الأهداف التعليمية. ولا ريب أنه إذا كانت المناهج والمُقررات الدراسية الحالية، ترتكز على التلقين والحفظ، فإن جودة العملية التعليمية يجب أن تُبنى على تكوين الملكة القانونية للطلاب، لا سيما ملكة التفكير النقدي.

---

(١) ومن هذا المنطلق، كانت دعوة ربنا سبحانه وتعالى للإنسان أبلغ دليل على أعمال العقل والنشاط العقلي في مواضع متعددة من القرآن الكريم ومن الكلمات الدالة على ذلك: عقلوا – يعقلون – تعقلون – نعقل – التفكر – التدبر – التعقل – العلم - النظر – التبصر – التذكر، وذلك مصداقا لقوله تعالى: (كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآياتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ) (البقرة: من الآية٢١٩) - (قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَالْبَصِيرُ أَفَلا تَتَفَكَّرُونَ) (الأنعام: من الآية٥٠) – (وَيَتَفَكَّرُونَ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ) (آل عمران: من الآية١٩١).

(٢) "نقد" الشيء نقداً: نقره ليختبره ، أو ليميز جيده من رديئه، انظر: المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص ٦٢٩؛ وفي نفس المعنى، انظر كذلك المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص ٨٣٠.

هذا ويندرج ضمن مهارة أو ملكة التفكير النقدي تمتع المفكر – نقديا - بالمهارات التالية:

- التحليل المنطقي المباشر.
- إثارة الأسئلة.
- البحث عن المعلومات.
- الربط بين الخبرات السابقة والمعطيات الجديدة.
- البحث في الافتراضات.
- القدرة على التنبؤ وإدراك النتائج المتوقعة.
- التريث في إصدار الأحكام والقرارات.
- النظرة الكلية للأمور.
- البعد عن المألوف.
- التفكير إلى ما وراء المعطيات الحسية.

ثانيا: مظاهر التفكير النقدي:

ولعل من مظاهر التفكير النقدي ما يلي:

مثال (١):

عدم التسليم بآراء الآخرين وكأنها حقائق قطعية غير قابلة للنقاش، وإنما يجب علي الباحث مناقشتها مناقشة متعمقة، والرجوع إلى مصدرها الأصلي.

والمثال العملي على ذلك، أنه بمناسبة فيروس كورونا المُستجد "كوفيد ١٩"، تداولت وسائل الإعلام، المحلية والدولية، قيام أسبانيا بـــ "تأميم" المستشفيات الخاصة لمواجهة جائحة كورونا، وانتشر الخبر، واقترح البعض تطبيق هذا الإجراء على المستشفيات الخاصة في مصر، ثم تبين أن الحكومة الأسبانية لم تستخدم مصطلح "تأميم"، وإنما استخدم وزير الصحة الأسباني عبارة "وضع المستشفيات الخاصة تحت رقابة الدولة لمدة غير محدودة"، ولا يخفى ما بين المصطلحين من اختلاف كبير(١).

(١) فـ "التأميم" Nationalisation معناه نقل ملكية المشروع إلى الملكية العامة، وأن التأميم لا يكون إلا بقانون، وللمنفعة العامة مقابل تعويض عادل، أما "وضع المستشفيات الخاصة تحت رقابة الدولة" sous le controle de l Etat ؛ =

مثال (٢):

وكذلك الحكم عند إطلاق مصطلح "تسليم المجرمين" الوارد في بعض الاتفاقيات الدولية؛ فللباحث مناقشة المصطلح، وصولا إلى مدى اتفاقه أو تعارضه مع المبدأ الدستوري الذي يقضي بأن "المتهم برئ حتى تثبت إدانته"، وبالتالي تطبيق المصطلح على من حُكم عليه أو من لم يُحكم عليه بعد بالإدانة[١].

مثال (٣):

رفع التعارض بين النصوص القانونية والترجيح بينها: والمثال على ذلك: إذا تضمن نص في القانون المدني لا يُجيز الفائدة الربوية، وتضمن نص آخر في القانون التجاري يجيز الفائدة؛ عندئذ يكون لدى القانوني إما الجمع بين النصين وإما الترجيح بينهما.

ونظرا لأن الجمع بين النصين غير جائز لتناقضهما في الحكم، لذا يكون أمام القانوني الترجيح بينهما بالنظر إلى النص الذي يُسانده نصا آخر يدعمه ويقويه كنص الدستور الذي يجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للقانون وأن دين الدولة هو الإسلام، ومن ثم تحريم الفائدة، ما لم تكن لضرورة مُلجئة.

المطلب الثاني

ملكة التأصيل والتحليل

-تمهيد وتقسيم:

تُثير هذه الملكة المنهج الاستقرائي (التأصيلي)، والمنهج الاستنباطي (التحليلي)، لا سيما في مجال العلوم الطبيعية، مثل قانون الجاذبية الأرضية. بيد أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيقهما في مجال الدراسات القانونية.

ونُبين فيما يلي: ملكة التأصيل (أولا)، وملكة التحليل (ثانيا).

أولا: ملكة التأصيل:

نتناول فيما يلي: المقصود بملكة التأصيل، وتطبيقها في المجال القانوني.

فيصدر بقرار جمهوري، ومعناه بقاء ملكية المستشفيات لأربابها ولا تُعتبر جزءاً من القطاع العام، كما لا يجوز للدولة مصادرة المعدات الطبية، وإنما مجرد الحصول عليها جبراً، وهذا التدبير دائماً مقابل تعويض، والاصطلاح الفرنسي هو requistion فقط تسخير إمكانيات هذه المستشفيات لمواجهة الأزمة بإشراف الدولة، وهذا عكس المصادرة confiscation التي تُوقع كعقوبة ودون تعويض. كما تبين بالفعل صدور القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٢٠ في مصر يجيز وضع المستشفيات الخاصة والمراكز الطبية التخصصية تحت إشراف الجهة التي يحددها رئيس الجمهورية، وعليه فعلى الباحث التدقيق في استعمال المصطلحات، وعدم الانسياق وراء الغير، لا سيما وأن وسائل الإعلام ليست مرجعاً يُستعين به الباحث. المرجع: مناقشة هاتفية مع أستاذي الدكتور محمد عبد الطيف، أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة المنصورة، الساعة الحادية عشرة مساء السبت الموافق ٢٠٢٠/٦/٦.

(١) انظر: د/ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص ٣٠.

١- المقصود بملكة التأصيل (المنهج الاستقرائي):

يُقصد بالتأصيل أو المنهج الاستقرائي، المنهج الذي يعتمد فيه القانوني على عدد من الظواهر المتشابهة، بصدد موضوع معين، ويقوم بدراستها وتحليلها، ومعرفة أسباب التشابه بينها، ثم يصل إلى قاعدة عامة تحكم تلك الظواهر.

والقانوني هنا ينتقل من الخاص (الظاهرة أي الحالة المعروضة) إلى العام (القاعدة العامة) أو من الجزء (الظاهرة) إلى الكل (القاعدة العامة)، باعتبار أن ما يسري على الجزء يسري على الكل، ولذلك يُقال بأن الاستقراء استدلال تصاعدي. وعادة ما تساهم البحوث الاستقرائية في الإجابة عن الأسئلة التقليدية التالية: من، ماذا، متى، كيف، أين، ولماذا؟

٢- تطبيق ملكة التأصيل في المجال القانوني:

ويطبق المنهج الاستقرائي في المجال القانوني عندما يكون موضوع البحث غير مُنظم تشريعيا، أو كان مُنظما تشريعيا ولكن له تطبيقات متعددة، ويرغب القانوني في وضع نظرية عامة، تجمع شتات هذه التطبيقات المُتفرقة.

مثال (١):

خذ مثالا على ذلك: نظرية "التعسف في استعمال الحق" المنصوص عليها في القانون المدني المصري؛ فالأصل أنه إذا استعمل الشخص حقه، استعمالا مشروعا يعفيه من أي ضرر يترتب على هذا الاستعمال. بيد أنه لوحظ أن الشخص، حال استعمال حقه، كحق الملكية مثلا، قد يكون القصد من هذا الاستعمال تحقيق مآرب متعددة: الإضرار بالغير، أو تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، أو أن المصلحة المبتغاة من استعمال الحق، مصلحة غير مشروعة. وهكذا تتعدد حالات استعمال المالك حقه، لكن غاياتها في النهاية تعود بالضرر على الغير، ومن ثم يكون متعسفا في استعمال حقه.

وعلى هدي هذه الجزئيات التي يتكرر فيها تعسف الشخص في استعمال حقه، شيد الفقه نظرية عامة تنطبق على الحالات السابقة، ومثيلاتها مستقبلا، وأينما وردت.

ومن هنا جاء نص المادة الرابعة من القانون المدني على النحو التالي:

"من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

وكذلك نص المادة الخامسة من ذات القانون:

"يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصـــالح التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناســـب البتة مع ما يصـــيب الغير من ضـــرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

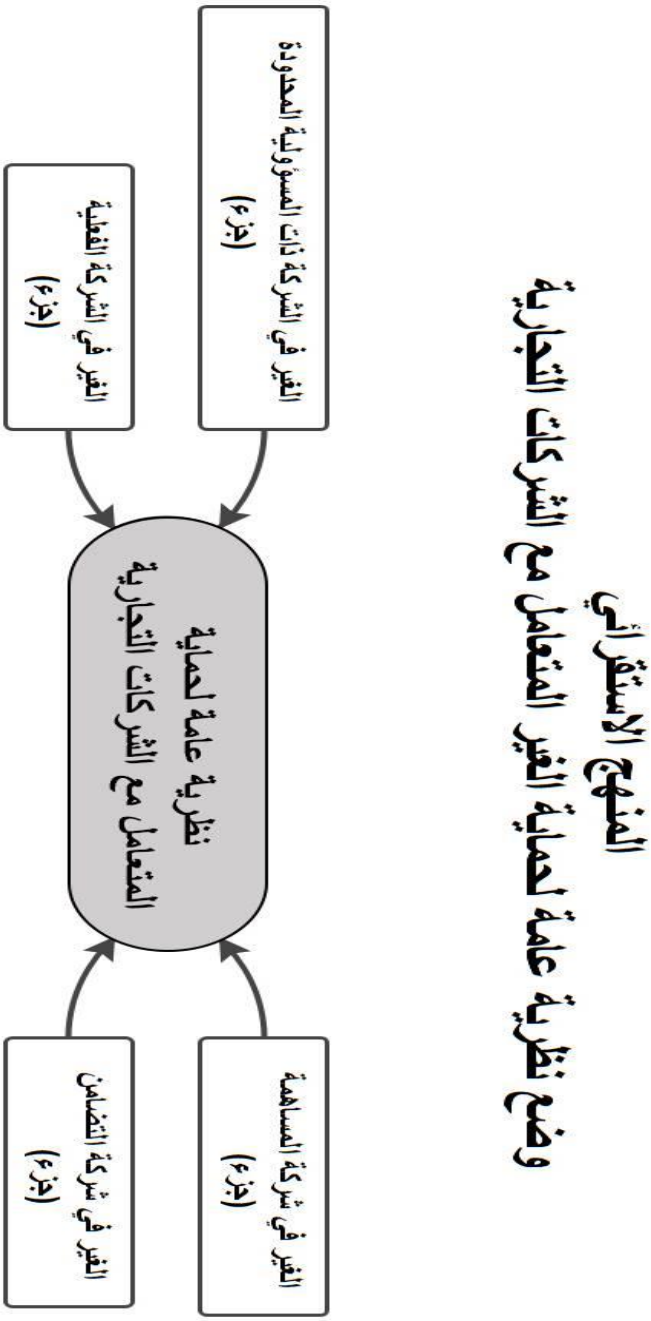
مثال (٢):

وكذلك الحال أيضـا في موضـوع الشركات التجارية، كحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، حيث يتتبع الباحث وضع الغير في: شركات الأشخاص (تضامن – توصية بسيطة – محاصة)، وشركات الأموال (مسـاهمة – مسؤولية محدودة – توصـية بالأسـهم – شـركة الشـخص الواحد)، والشـركة الفعلية، وصـولا إلى بناء نظرية عامة لحماية الغير[١]. وبالفعل تضمن قانون الشركات المصري بعض النصوص العامة التي تحمي الغير، أيا كانت الشركة التي يتعامل معها[٢].

والشكل التالي، كمثال على تطبيق المنهج الاستقرائي على البحث القانوني، فيما يتعلق بتعامل الغير مع مختلف أنواع الشـركات التجارية، وصـولا إلى قاعدة عامة لحمايته؛ فأحد الأغيار يتعامل مع شـركة التضامن، والآخر يتعامل مع شركة المساهمة، والآخر يتعامل مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة وهكذا ...، ومن هذه المعاملات، يمكن استنباط قواعد عامة لحماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية.

(١) انظر: د/ سـعودي سـرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسـني النية المتعاملين مع الشـركات التجارية، رسـالة دكتوراة، كلية حقوق عين شمس، ١٩٩٠.

(٢) انظر: المواد (٥٥-٥٨) من القانون رقم (١٥٩) لسـنة ١٩٨١ بإصـدار قانون شـركات المسـاهمة وشـركات التوصـية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، والمعدل بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨.



ثانيا: ملكة التحليل (المنهج الاستنباطي):

ونُبين فيما يلي: المقصود بملكة التحليل، وتطبيق تلك الملكة في المجال القانوني.

١- المقصود بملكة بالتحليل:

المقصـــود بالتحليل (المنهج الاســـتنباطي) انتقال القانوني من الخاص إلى العام أو من الجزء إلى الكل، أي يبدأ من القاعدة العامة أو الكلية لينتهي إلى القاعدة الخاصـــة أو الجزئية. وعليه يعتمد الباحث في

هذا المنهج على القواعد العامة الموجودة سلفا، ويتخير أيها ينطبق على الظاهرة محل البحث، ولذلك يُقال بأن الاستنباط استدلال تنازلي. ويقوم هذا المنهج على الاستدلال والبرهان الذي يبدأ من قضايا مُسلم بها، ويسير بها نحو قضايا أخرى تنتج عنها بالضرورة دون اللجوء إلى التجربة.

٢- تطبيق ملكة التحليل في المجال القانوني:

ومن هذه التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر:

مثال (١):

من المعلوم أنه طبقا للنظرية العامة للالتزامات فإن أركان أي عقد من العقود المُسماة هي: التراضي، والمحل، والسبب (والشكل في العقود الشكلية)، فإذا أفرز الواقع العملي تعاملا لعقد غير مُسمى، فهل تنطبق عليه ذات القواعد أم لا.

مثال (٢):

في عقد البيع، إذا اشترى الشخص آنية على أنها من الدهب، ودفع فيها مُقابلا كبيرا، ثم تبين أنها مطلية بلون الذهب، وكان البائع يعلم ذلك أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فإن المشتري يكون وقع في غلط، ومن ثم تنطبق القاعدة العامة التي تقضي بقابلية العقد للإبطال عند وجود عيب من عيوب الإرادة.

في هذا المثال:

١. المُقدمة الكبرى: هي قاعدة إبطال العقد لعيب بالإرادة:

٢. والمُقدمة الصغري: هي الغلط الذي وقع فيه المشتري (واقعة الشراء).

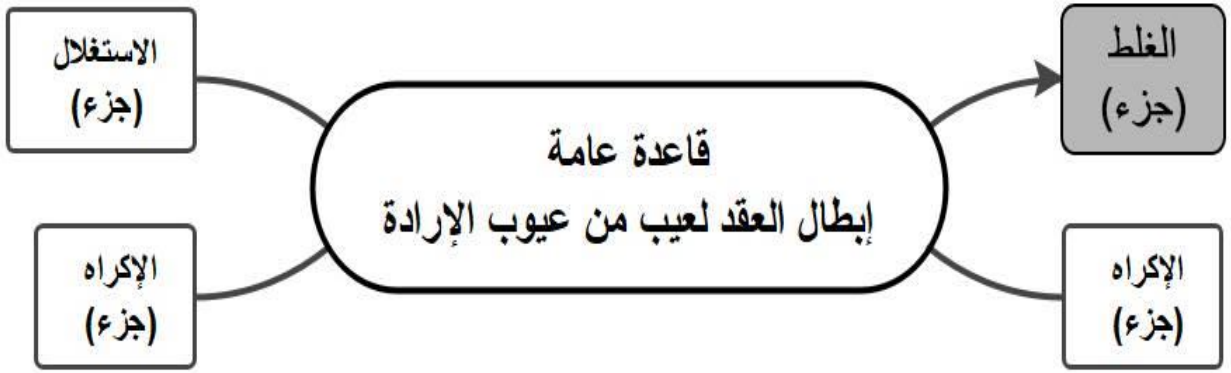
٣. والنتيجة هي حكم القاضي، بإبطال عقد البيع.

والشكل التالي، كمثال عملي على تطبيق المنهج الاستنباطي علي البحث القانوني، فيما يتعلق بعيوب الإرادة، وصولاً إلي القاعدة العامة وهي بطلان العقد بطلاناً نسبياً.

المنـهج الاستنباطي

الغلط كعيب من عيوب الإرادة

شراء آنية علي أنـها من الذهب وتبين أنـها مطلية بلون الذهب



المطلب الثالث

ملكة المقارنة

- تمهيد وتقسيم:

لعل من أكثر وأهم الملكات في مجال الدراسات القانونية هي ملكة المقارنة (المنهج المقارن)، نظرا لتقارب التشريعات في الدول المختلفة، والتأثير المتبادل بينها، وتطبيق القضاء لها، وتفسير وتقييم الفقه لهذه النصوص.

ونُبين فيما يلي: المقصود بملكة المقارنة (أولا)، وكيفية المقارنة (ثانيا)، والأصول الواجب اتباعها في المقارنة (ثالثا)، وأثر الأنظمة القانونية على البحث القانوني (رابعا).

أولا: المقصود بملكة المقارنة:

يُقصد بتلك الملكة دراسة القانوني أو الباحث ظاهرة أو إشكالية معينة في قانونه الوطني، ومقارنتها مع نظام أجنبي آخر أو أكثر، بهدف معرفة أوجه الشبه والاختلاف، وتفسير أسباب الاتفاق أو الاختلاف[1]، وصولا لأفضل القواعد التي تحكم تلك الظاهرة أو المشكلة في قانونه الوطني. وعليه فإن المنهج المقارن يُمكن الباحث من دراسة موضوع البحث دراسة مُعمقة ودقيقة، مثل مقارنة ظاهرة الجريمة أو الإرهاب في عدة مجتمعات.

ثانيا: كيفية المقارنة:

يتخذ القانوني، حال المقارنة، إما أسلوب المقارنة الرأسية، وإما أسلوب المقارنة الأفقية:

١- أسلوب المقارنة الرأسية (الكلية):

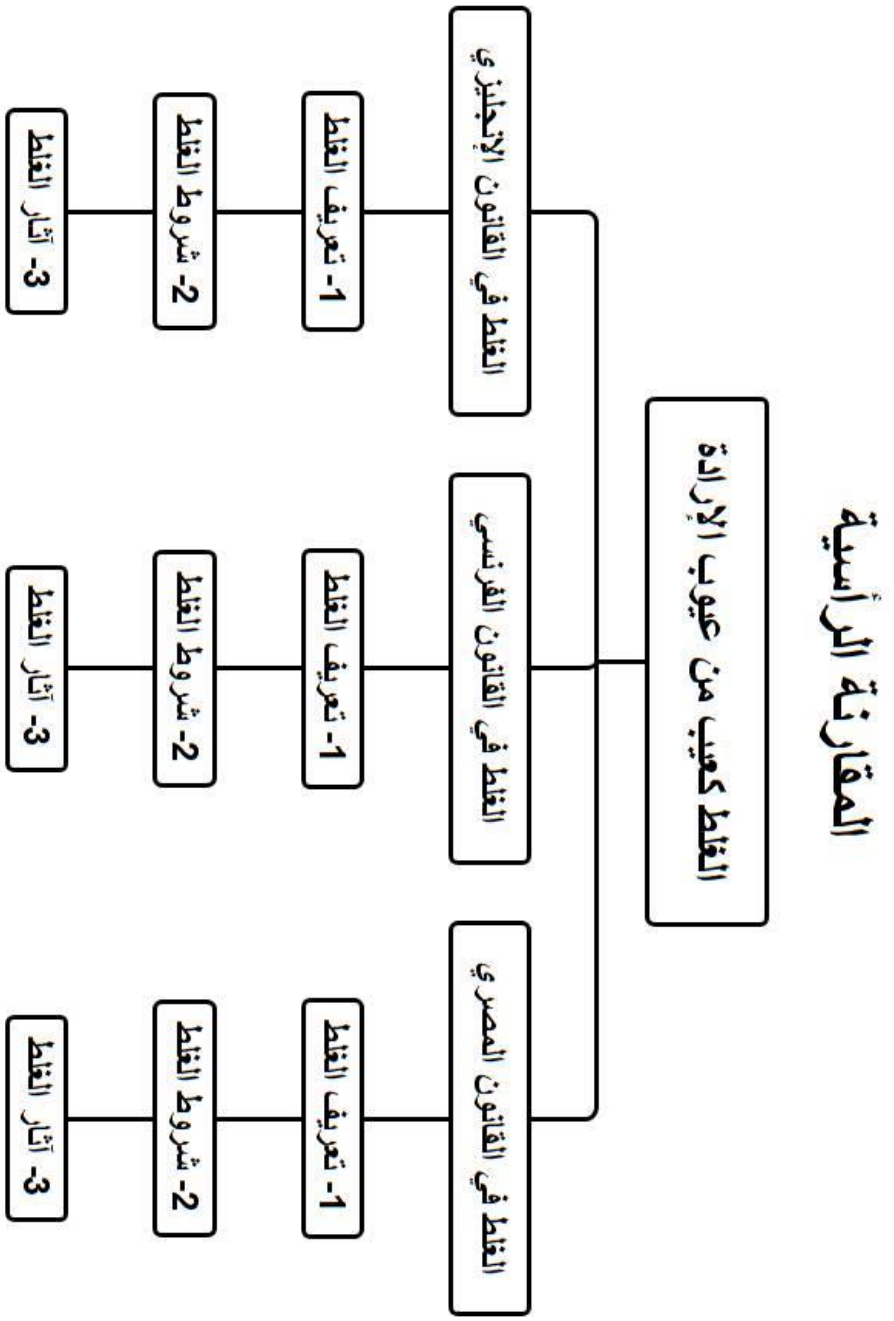
في هذا الأسلوب، يُحدد الباحث موضوع البحث، ويُحدد القوانين محل المقارنة مع قانونه الوطني، ثم يُجري المقارنة في كل نظام قانوني على حدة، فإذا كان موضوع البحث مثلا الغلط، كعيب من عيوب الإرادة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والإنجليزي، فيقوم الباحث بتقسيم البحث إلى ثلاثة

---

(١) بل قد تُستخدم الطريقة المقارنة بقصد جمع معلومات عن ظاهرة معينة ووضعها تحت نظر المعني بالتشريع مثلاً، وهذا هو "القانون المقارن الوصفي"، وقد تكون دراسة القانون المقارن بقصد جمع المعلومات وتحقيق غاية معينة بصدد الظاهرة محل البحث، وهذا هو "القانون المقارن التجريبي"، وقد تكون الدراسة المقارنة بقصد زيادة المعلومات بشأن ظاهرة معينة، وهذا ما يُطلق عليه "القانون المقارن النظري أو المجرد" وإن كان من الصعب تصور وجوده عملاً، لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، مدخل القانون المدني المقارن، دار المغربي للطباعة، ٢٠١٣، بدون ناشر، ص ٣٦ وما بعدها.

أقسـام: يعالج في القسـم الأول: الغلط في القانون المصـري (شـروطه – آثاره)، والقسـم الثاني: الغلط في القانون الفرنسي (شروطه – آثاره)، والقسم الثالث: الغلط في القانون الإنجليزي (شروطه – آثاره).

والشكل الآتي يبين المقارنة الرأسية في موضوع الغلط.



٢- أسلوب المقارنة الأفقية (الجزئية):

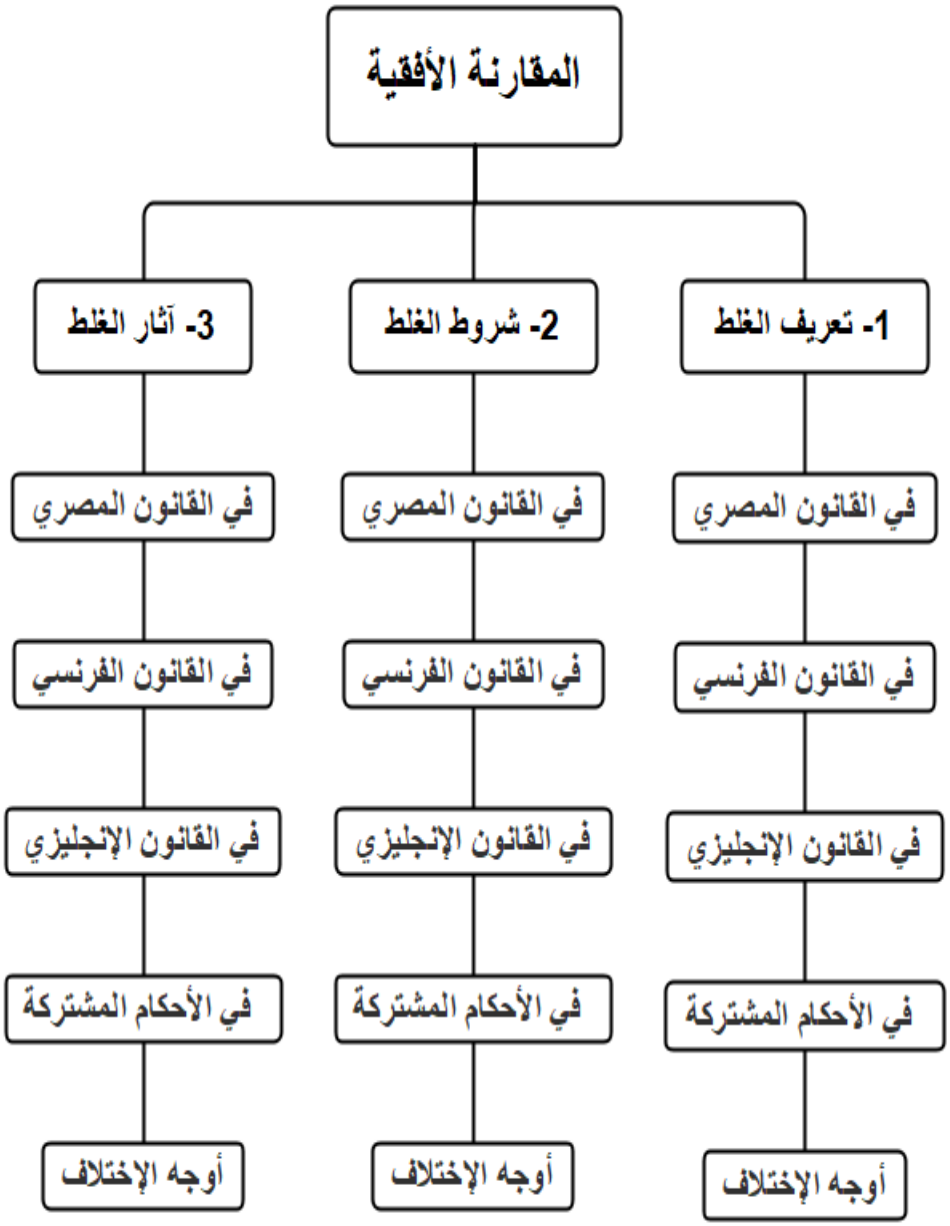
أما في أسـلوب المقارنة الأفقية؛ فيقوم القانوني بدراسـة كل جزئية من جزئيات البحث في القوانين محل المقارنة بالتزامن، ففي المثال السابق، ينقسم البحث إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول: شروط الغلط (في القانون المصـري – في القانون الفرنسـي - في القانون الإنجليزي)، القسـم الثاني: آثار الغلط (في القانون المصري – في القانون الفرنسي – في القانون الإنجليزي).

وعند المفاضـلة بين أسـلوب المقارنة الرأسـي وأسـلوب المقارنة الأفقي، يُوصـى باتباع الأسـلوب الثاني، وذلك للأسباب التالية:

أ- إن الدراسـة المقارنة الأفقية تُمكن الباحث من عرض جزئيات الموضـوع في القوانين محل المقارنة، ومن ثم يبين منها أوجه الشـبه والاختلاف مما ينعكس على النتائج التي يتوصـل إليها، وذلك بعكس أسلوب المقارنة الرأسي، حيث نكون بصدد بحثين منفصلين وليس بحثا واحدا ولا رابط بينهما اللهم في عنوان الموضوع محل المقارنة.

ب- إن أسـلوب المقارنة الأفقية يُجنب الباحث التكرار، لأن من شـروط وضـوابط المقارنة أن تكون بين شـرائع (تشـريعات) دول متقاربة، ومن المُؤكد وجود بعض الأحكام المشـتركة بين القوانين محل المقارنة، وهذا بخلاف أسلوب المقارنة الرأسي التي يضطر معها الباحث إلى الإحالة لما سبق بحثه.

والشكل الآتي يبين المقارنة الأفقية فيما يتعلق بموضوع الغلط.



ثالثا: الأصول الواجب اتباعها في المقارنة[1]:

لما كانت الدراسة المقارنة تتم بين قانون وطني وقانون أو أكثر من القوانين الأجنبية في موضوع أو مشكلة معينة، وحتى تُؤتي هذه المقارنة أُكلها على القانون الوطني للباحث، تشريعيا، وفقهيا وقضائيا، فإنه يجب على الباحث مراعاة عدة أمور وهي:

(١) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع انظر: د/ عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، الطبعة الثانية، ١٩٧٠،مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص ٢٦٩ وما بعدها.

الأمر الأول: تحديد الباحث القانون أو القوانين، محل المقارنة ابتداءً، ويُوصى هنا بمراعاة ما يلي:

١- أنه إذا اختار الباحث في مقدمة البحث مثلا القانون الأسباني والقانون الإيطالي، وجب عليه مقارنة قانونه الوطني بالقانونين المُشار إليهما على مدار البحث ولا يجوز له أن يتركهما إلى قانون آخر لم يُشر إليه من قبل.

٢- عدم الإكثار من القوانين محل المقارنة، لأنه كلما اتسع مجال المقارنة كلما ذادت صعوبتها، سواء تعلقت تلك الصعوبات بالمراجع أو باللغة[١]. ولذلك يُوصى بأن يتخير الباحث نموذجا لكل نظام قانوني، فمثلا القانون الفرنسي عن النظام اللاتيني، والقانون الإنجليزي عن النظام الأنجلوسكسوني.

٣- أن يكون القانون – القوانين – محل المقارنة أكثر تقدما في معالجة موضوع البحث من قانونه الوطني حتى تكون الدراسة خير مُعين للمشرع لإصلاح الخلل التشريعي في قانون الباحث.

٤- انتماء القوانين محل المقارنة إلى نظم قانونية مختلفة (لاتينية – أنجلوسكسونية – شريعة إسلامية).

الأمر الثاني: علم الباحث بلغة القوانين محل المقارنة، وذلك حتى لا يضطر الباحث إلى الاعتماد على عمل الغير، دون الرجوع – بنفسه – إلى المصادر والأصول مع ما في ذلك من مخاطر.

الأمر الثالث: إحاطة الباحث علما بالهيكل العام للقانون الأجنبي، سواء قواعده الموضوعية أو الإجرائية، حيث لا يكفي دراسة المشكلة محل البحث في القوانين محل المقارنة دون معرفة البنيان العام للنظام القانوني الأجنبي، ومن أمثلة ذلك: مصادر القاعدة القانونية الرسمية وغير الرسمية، تدرج التشريعات، المحاكم ....

الأمر الرابع: دراسة الوسط أو المجال الذي يُطبق فيه القانون الأجنبي، حيث لا يمكن تفهم قانون شعب من الشعوب دون دراسة الظروف التي يعيش فيها هذا الشعب[٢].

الأمر الخامس: اختيار الباحث موضوع المقارنة بين شرائع دول متقاربة بوجه عام، كالتقدم الحضاري، والسياسي، والاقتصادي حتى ولو لم تكن هذه الشرائع متعاصرة زمنيا. وعليه لن تُؤتي المقارنة ثمارها إذا كانت بين قوانين دول تعيش على الفطرة، وأخرى متقدمة.

الأمر السادس: حيادية الباحث وموضوعيته، وأن يكون كالقاضي الذي يفصل في النزاع بين المُتخاصمين، هدفه الوصول إلى الحقيقة أنى وجدها، وبالتالي لا يكون متحيزا لنظام معين دون غيره من النظم، بسبب عقيدة أو دافع شخصي.

---

(١) انظر: د/ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) انظر: د/ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

رابعا: أثر الأنظمة القانونية على البحث القانوني:

يحكم العالم - من الناحية القانونية - العديد من الأنظمة القانونية، ولم يتفق فقهاء القانون المُقارن على تقسيم هذه النُظم[١]: فمنهم من قسمها على أساس الحضارة، ومنهم من قسمها على أساس الأجناس البشرية.

بيد أننا نتفق مع وجهة النظر التي تُقسمها على أساس الخلاف في الصياغة القانونية[٢].

وتنقسم النُظم، وفقا لاختلاف الصياغة إلى ما يلي:

١- **نظام "القانون المدني"**[٣] أو "القانون القاري": وهي النُظم المُتأثرة بالصياغة الرومانية، وتضم القانون الفرنسي والقوانين التي تدور في فلكه، كالقانون المصري. وهذه النظم يجمع بينها التشابه في الصياغة، حيث مصادر القانون، وأصولها العامة، واصطلاحاتها القانونية مُتقاربة.

٢- **النُظم الأنجلوسكسونية**، أو نظام "القانون العام" الإنجليزي[٤]: وتضم القانون الإنجليزي والأمريكي والقوانين التي تدور في فلكه، كالقانون السوداني، وهذه القوانين تختلف في صياغتها عن نُظم القانون المدني من حيث مصادر القانون، والأصول العامة، والمصطلحات القانونية.

٣- **الشريعة الإسلامية:** حيث لم تتأثر بالصياغتين السابقتين (نظم القانون المدني، والنظم الأنجلوسكسونية)، حيث لها خصوصيتها، وأصولها، ومصادر أحكامها الخاصة التي لا تختلط بغيرها[٥].

ولا ريب أن اختلاف النظم القانونية، على هذا النحو، يُؤثر على البحث القانوني، من حيث الرجوع إلى مصادر القانون، وتطبيقها وتفسيرها؛ إذ يجب على الباحث القانوني الإحاطة – إجمالا - بالمُصطلحات القانونية المُستخدمة، وبمصادر القانون – أو القوانين – محل المقارنة، وتقدير قيمتها، وقوتها في هذا القانون، تماما كما يفعل الباحث في قانونه الوطني.

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٩٦ وما بعدها؛ د/ محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٦١ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٣) (Civil Law) مع ملاحظة أن المقصود بهذه النظم ليس القانون المدني الذي يُنظم علاقات الأفراد في المجتمع.

(٤) (Common Law)

(٥) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ١٩٩ وما بعدها.

وتطبيقا لذلك، فالباحث في "نظام القانون المدني"، عندما يرجع إلى "النظم الأنجلوسكسونية" سيتجه – بحكم العادة – إلى التشريع، كمصدر رسمي، وهذا غير صحيح لأن هذا النظام يقوم على السوابق القضائية[١]، باعتبارها المصدر الرسمي للقانون على حين يُعتبر التشريع المصدر الاستثنائي. أما الباحث في القانون الإنجليزي، عندما يرجع إلى "نظام القانون المدني"، سيتجه – بحكم العادة أيضا - صوب القضاء، وهذا غير صحيح أيضا لأن التشريع هو المصدر الرسمي للقانون، والقضاء من المصادر الاحتياطية وليس لأحكامه قوة إلزام قانونية[٢].

المطلب الرابع

ملكة التفسير

-تمهيد وتقسيم:

تفسير النص معناه، بيان حقيقة ما قصدت إليه إرادة واضع المحرر المكتوب والتي عبر عنها بعبارة النص، ولما كانت هذه الأخيرة ما هي إلا وسيلة للإفصاح عن الإرادة، لذا فإن العبرة بحقيقة ما اتجهت إليه تلك الإرادة.

ونظرا لأهمية موضوع التفسير[٣]، ولتعلم واكتساب تلك الملكة نتناول – بإيجاز - فيما يلي: المقصود بالتفسير وأسبابه (أولا)، والفرق بين التفسير وما قد يشتبه به من كلمات ومصطلحات (ثانيا)، وأنواع التفسير (ثالثا)، ومدارس التفسير (رابعا)، ومبادئ التفسير (خامسا)، وطرق التفسير (سادسا).

بيد أنه قبل الدخول في تلك التفصيلات، يطيب لنا إبداء الملاحظات التالية، بشأن التفسير:

- ارتباط التفسير بصياغة النص؛ فكلما كانت صياغة النص منضبطة وواضحة انعكس ذلك على وضوح قصد المشرع من النص دون اللجوء إلى قرائن خارجية عن النص.

---

(١) كانت هذه هي النظرة التقليدية لقاعدة إلزامية السابقة القضائية Case Law . بيد أن الاتجاهات الحديثة تتجه إلى الحد من إطلاق هذه القاعدة ابتداءً من سنة ١٩٦٦، وبوسائل مُتعددة، لمزيد من التفاصيل انظر: د/ برهام محمد عطا الله، قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأفولها في القانون الإنجليزي الحديث، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، س ١٥، عدد ١، ١٩٧٠، ص ١٢٨.

(٢) وإن كان لها قوة إلزام أدبية، لا سيما أحكام المحاكم العليا، كمحكمة النقض، مع ملاحظة إلزامية أحكام المحكمة الدستورية.

(٣) لمزيد من التفاصيل في موضوع التفسير انظر: د/ عباس مبروك الغزيري، دور القضاء في تفسير القانون، دراسة في فلسفة القانون، ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦؛ د/ خالد جمال أحمد حسن، الإحكام في تفسير النصوص القانونية، بدون تاريخ ومكان نشر؛ د/ عبد المهدي "محمد سعيد" أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني – دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥؛ د/ فرات رستم أمين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤ – ١٤٣٥، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن.

- ❖ التفسير لا يُنشئ النص القانوني وإنما يكشف عن إرادة المشرع، وبالتالي فالتفسير لاحق لوجود النص القانوني.
- ❖ التفسير يرد على النص المكتوب (دستور – قانون – لائحة)، أما مصادر القاعدة القانونية الأخرى كالعرف؛ فمحل خلاف.
- ❖ عمومية التفسير: يرد التفسير على الصك المكتوب، ومن ثم يشمل: القاعدة القانونية – العقد – المحررات والمشارطات - الإقرارات.
- ❖ التفسير التشريعي ليس غاية في ذاته وإنما وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي تطبيق القانون.
- ❖ التفسير القضائي يكون بمناسبة دعوى معروضة على المحكمة أو بعد صدور الحكم، لكن لا يجوز رفع دعوى لتفسير نص قانوني، بهدف معرفة معناه أو التشكك في مضمونه (انعدام المصلحة في رفع الدعوى).
- ❖ القاضي يقوم بالتفسير القانوني من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم اللهم إلا إذا كان محل التفسير منطوق الحكم.
- ❖ يرد التفسير ولو كان النص واضحا ولا تعارض مع قاعدة لا اجتهاد مع وضوح النص.

أولا: المقصود بالتفسير وأسبابه:

ويقصد بالتفسير بالمعنى الضيق، بيان وإيضاح إرادة المشرع من النص محل التفسير، وذلك بإزالة الغموض الذي يكتنف النص، وتوضيح معناه، وبيان نطاق تطبيقه، توطئة لتطبيقه على ما يعرض من حالات خاصة، والمثال على ذلك: أن النص أو أحد ألفاظه قد يشتمل على أكثر من معنى مثل كلمة "الليل"، كظرف مشدد في جريمة السرقة: هل يقصد به حالة الظلام أم المعنى الفلكي من غروب الشمس وحتى شروقها.

أما التفسير بالمعنى الموسع؛ فإنه بالإضافة إلى حالة غموض النص، يشتمل على حالات أخرى مثل: تقويم عيوب النص – استكمال ما نقص من أحكام – التوفيق بين أجزائه المتعارضة.

- أهمية التفسير:

ولا ريب أن أهمية التفسير تكمن في أكثر من سبب[1]:

السبب الأول: صياغة القاعدة القانونية، وتميزها بالعمومية والتجريد، ولا ريب أن نقل القاعدة القانونية من التجريد إلى الواقع العملي المحسوس ومن العام إلى الخاص، يتطلب ربط هذه القاعدة بالحدث، محل النزاع، وبالتالي يثور التساؤل عن مدى شموليتها لجميع الحالات التي وضعت من أجلها فقط أم يمكن تطبيقها على حالات أخرى.

(١) انظر: د/ حلمي محمد الحجار و راني حلمي الحجار، المرجع السابق، ص ١٥٣ وما بعدها.

الســـبب الثاني: أن النصـــوص القانونية متناهية ومحدودة والوقائع أو النوازل غير متناهية وغير محدودة، ومنطقيا لا يمكن أن يحكم المتناهي غير المتناهي، لذا كانت أهمية التفســـير في مد نطاق تطبيق النصوص القانونية إلى حالات ووقائع مستجدة، بضوابط وشروط معينة.

الســـبب الثالث: الغموض الذي يكتنف القاعدة القانونية في بعض الأحيان الأمر الذي يجب معه تفسيرها لإزالة هذا الغموض.

ثانيا: الفرق بين التفسير وما قد يشتبه به من كلمات ومصطلحات:

١- الفرق بين التفسير والتحليل والتعليق:

- التحليل:

دراســـة النص دراســـة تفصـــيلية بتفكيكه إلى العناصـــر التي يتكون منها، ومن ثم بيان أجزاؤه، ومكوناته، وكلماته،، وجمله: اسمه – رقمه – سنته – نفاذه – وضعه الحالي – مصدره التاريخي .....

- التعليق:

محاولة الغوص في النص بدراسة دراسة نقدية لبيان مضمونه، وشكله، والبحث عما أغفله، وعلاقة النص بغيره من النصوص الأخرى، وقيمته القانونية .....

- الجامع المشترك بين التفسير والتحليل والتعليق:

- ❖ العملية العقلية التي يقوم بها المُفسر والمحلل والمعلق على النص.
- ❖ ويشترك التفسير والتحليل في أن المفسر والمحلل يعمل في حدود النص محل التفسير أو التحليل.
- ❖ أمـا التعليق يكون للمعلق دور إيجـابي أكبر في تقـد النص وتقويمـه وبيـان أثره على المجتمع، اجتماعيا واقتصاديا .....

٢- الفرق بين التفسير والتأويل:

أُثير التساؤل عن هل التفسير مرادف للتأويل: المسالة محل خلاف كبير:

وجهة نظر أولى ترى أن كلاهما بمعنى واحد أو أن التأويل صورة من صور التفسير القضائي.

وجهة نظر ثانية ترى أنهما يختلفان، وأن التفسير أعم وأشمل من التأويل، باعتبار أن:

- ❖ التفســـير: هو تبيان معنى المراد من الكلام على ســـبيل القطع مثال: حد القاذف للمحصـــنات: (فاجلدوهن ثمانين جلدة)، فالعدد محدد لا يحتمل زيادة ولا نقصان.

❖ التأويل: هو تبيان الكلام على سـبيل الظن أو صـرف اللفظ عن ظاهره بدليل. مثال: (في كل أربعين شـاة شـاة) أي زكاة؛ فظاهر الحديث: أن زكاة الأربعين شـاة هي شـاة، ولا تُجزئ قيمتها. لكن تأويل الشاة: قد يكون شاة أو قد يكون قيمتها لدفع حاجة الفقير.

لكن يكمن الفرق بين التفسير والتأويل من الجوانب التالية:

- التفسير: هو الكشف عن معنى النص. أما التأويل: فهو عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك.
- التفسير: قد يصدر عن: المشرع – والقاضي – والفقيه. أما التأويل فلا يُتصور صدوره عن المشرع.
- التفسير: الباعث عليه إزالة غموض النص. أما التأويل: ضرورة تقتضي العدول بالنص عن معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر.

٣- الفرق بين التفسير والتكييف:

التكييف:

عملية قانونية يقوم بها القاضـي (أو الفقيه) لإعطاء النزاع المطروح على القاضـي وصـفا قانونيا توطئة لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها. (واقعة سرقة – قتل – بيع).

ولا ريب أن الجامع المشترك بين التفسير والتكييف أن القاضي عندما يقوم بتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة المعروضة؛ فإنه يقوم بتفسيرها لبيان مدى ملاءمتها للتطبيق على الواقعة محل النزاع.

لكن يختلف التفسير عن التكييف من الجوانب التالية:

❖ التفسير: مجاله النص القانوني. أما التكييف: فمجاله الواقع والقانون.

❖ التفسير: توضيح النص القانوني. أما التكييف: رد الواقعة إلى نص قانوني ينطبق عليها.

❖ التفسـير: الخطأ في تفسـير القانون يعني الخطأ في فهم المقصـود من القاعدة القانونية واجبة التطبيق. أما الخطأ في التكييف، يعني تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها أو تطبيقها على نحو يؤدي على نتائج قانونية مخالفة لما أراده القانون.

ثالثا: أنواع التفسير:

التفسير قد يكون تفسيرا تشريعيا، وقد يكون تفسيرا قضائيا، وقد يكون تفسيرا فقهيا.

- التفسير التشريعي:

أي التفسير الذي يقوم به المشرع، لبيان حقيقة ما قصده من تشريع سابق[١].

هذا ويلاحظ بشأن التفسير التشريعي أنه:

- ❖ تفسير قُصد به حسم الخلاف القضائي والفقهي حول تطبيق قانون أو قاعدة قانونية تضاربت بشأنها أحكام القضاء وأقوال الفقهاء، بقصد تجنب الآثار القانونية المترتبة على التطبيق غير السليم للقانون المراد تفسيره.
- ❖ يصدر عن المشرع الذي أصدر القانون محل التفسير، وبنفس إجراءات إصداره أو يصدر من جهة يمنحها المشرع سلطة إصداره، استنادا إلى أن من يملك الأكثر يملك الأقل.
- ❖ تفسير يُراعى فيه التدرج التشريعي (الدستور –القانون – اللائحة – القرارات).
- ❖ تفسير ملزم للقاضي، وإلا كان حكمه عرضه للنقض.
- ❖ تفسير له أثر رجعي يُعمل به من وقت صدور التشريع، محل التفسير، لأنه يكشف عن مضمون النص ولا يُعدله، أما إذ تجاوز التفسير إلى التعديل؛ فيكون بأثر فوري.

- التفسير القضائي:

أي التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة تطبيق القانون على حالة واقعية معروضة عليه للفصل فيها.

وتطبيقا لذلك فإنه "يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية"[٢].

هذا ويلاحظ بشأن التفسير القضائي أنه:

- ❖ تفسير يصدر عن القضاة، بمناسبة نظر الدعاوى المعروضة عليهم أو بعد صدور الحكم في الدعوى.

---

(١) ومما تجدر الإشارة إليه، أن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا يعد تفسيرا تشريعيا وليس تفسيرا قضائيا: حيث أسند قانون إنشاء المحكمة لها الاختصاص بتفسير القوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية، بناءً على طلب وزير العدل.

(٢) انظر: المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه.

- ❖ تفسير يقوم به القاضي من تلقاء نفسه، كي يتم تطبيق النص على الواقعة محل النزاع.
- ❖ تفسير له طابع عملي، لأنه يتعلق بنزاع واقعي يحاول القاضي استظهار إرادة المشرع من النص مستعينا بالوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير.
- ❖ تفسير مُلزم فقط لطرفي النزاع، بخصوص الحالة المعروضة فقط ولا يلزم المحكمة في قضية أخرى (في النظام اللاتيني عكس النظام الأنجلوسكسوني).

- التفسير الفقهي:

أي التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون، بصدد دراستهم القانون، بما قد يترتب عليه توجيه المشرع إلى ما يشوب القانون من عيوب أو قصور، وإرشاد القاضي إلى مضمون القانون إذا ما عرض عليه نزاع فعلي.

هذا ويلاحظ بشأن التفسير الفقهي أنه:

- ❖ تفسير يقوم به الفقهاء، حال شرح وتحليل النصوص القانونية.
- ❖ تفسير يغلب عليه الطابع النظري وغايته مجردة: فقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم، وقد يكون بمناسبة افتراضات لم تقع بعد.
- ❖ تفسير غير مُلزم للقاضي وإن كان الأخير يأخذه في الاعتبار، إذ عادة يرد في حيثيات بعض الأحكام عبارة "ما جرى عليه الفقه والقضاء – المُستقر فقها وقضاءً".
- ❖ تفسير أوسع نطاقا من التفسير التشريعي والتفسير القضائي، لأنه يبحث عن قواعد القانون في تجريدها، وصولا إلى قواعد عامة كلية أو نظريات جامعة.

رابعا: مدارس التفسير:

تعددت النظريات الفقهية في تفسير القانون، باختلاف النظرة إلى أصل القانون وأساسه ومنها: مدرسة الشرح على المُتون، والمدرسة التاريخية (الاجتماعية)، والمدرسة العلمية[1].

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٤٠٨ وما بعدها؛ د/ سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، المرجع السابق، ص ٤٤٢ وما بعدها.

١- مدرسة الشرح على المتون:

ومضمون هذه المدرسة يتلخص في أن وظيفة المُفسر هي البحث عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع النص؛ فإن لم يتوصل إليها بحث عن إرادته المفترضة التي يُفترض أنه كان يقصدها لو أراد تحديد حكم هذه الواقعة، وتقابل هذه المدرسة مدرسة أهل الحديث في الفقه الإسلامي.

٢- المدرسة الاجتماعية (التاريخية):

ومضمون هذه المدرسة يتلخص في أن مهمة المُفسر ليس البحث عن إرادة المشرع – حقيقية كانت أم مفترضة – وقت تطبيق النص دون التقيد بحرفية النصوص، نظرا لانفصال النص – بعد إصداره - عن إرادة واضعة، وتعايشه مع ظروف المجتمع المُتطورة، وتقابل هذه المدرسة منهج مدرسة أهل الرأي.

٣- المدرسة العلمية:

ومضمون هذه المدرسة يتلخص في الجمع بين النظريتين السابقتين، بحيث يبحث المُفسر عن الإرادة الحقيقية – فقط - للمشرع وقت وضع النص؛ فإذا تعذر الوصول إليها وجب اللجوء إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون، وتقابل هذه المدرسة منهج جمهور الفقهاء.

خامسا: مبادئ التفسير:

وفي جميع الأحوال، يجب على القانوني، مُراعاة بعض المبادئ التفسيرية[١] ومنها:

- ❖ التدرج التشريعي.
- ❖ لا توسع في تفسير ضيق التفسير.
- ❖ إن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.
- ❖ مراعاة صيغ التقنين.
- ❖ إنه لا اجتهاد مع صراحة النص القطعي.
- ❖ التفسير لا ينشئ قاعدة جديدة.
- ❖ وجوب اتباع المعنى العادي والطبيعي.

---

(١) ويُقرر البعض (د/ سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، المرجع السابق، ص ٤٤٧ وما بعدها) "أنه لا غنى لمن يتصدى لدراسة نصوص القوانين الوضعية تركيبيا ودلاليا عن معرفة القواعد الأصولية اللغوية والفقهية التي وضعها علماء الأصول لاستنباط الأحكام من النصوص التشريعية"، كما يُقرر "أن ما نشرته القواعد الأصولية من ظلال على لغة القانون يتبدى أكثر ما يتبدى في مجال التفسير؛ وأن القانونيين إنما يقتفون في استخلاص دلالات النصوص القانونية أثر الأصوليين في استخلاصهم لهذه الدلالات من النصوص الشرعية، وأن مباحثهم فيها تكاد تتفق مع ما أورده علماء الأصول".

- ❖ عدم تبعيض نصـوص القانون الواحد، أي أن نصـوص القانون الواحد يُكمل بعضـها البعض، وهو ما يُعرف بمبدأ تكامل النصوص القانونية.
- ❖ مبدأ الانسجام التشريعي للقوانين في الدولة، بحيث لا يتعارض أو يتناقض بعضـها مع بعض، وهو ما يُعرف بمبدأ تكامل النظام القانوني للدولة[١].

سادسا: طرق التفسير:

طبقا لنص المادة (١) من القانون المدني المصري:

"(١) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها وفي فحواها.

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي ...".

يخضـع التفسير لقواعد مُحددة، تختلف بحسب ما إذا كان النص سليما[٢]، أو كان النص معيبا[٣]، أو كان النص غير موجود أصلا[٤].

- ❖ **في حالة النص السليم:**

إذا كان النص سـليما؛ فإن دور القاضـي يقتصـر على اسـتخلاص المعنى من النص ذاته، إما من خلال عبارات النص وألفاظه، وإما من خلال دلالة روح النص وفحواه[٥]، كما ورد في نص المادة (١) من القانون المدني المصري.

- ❖ **في حالة النص المعيب:**

إذا كان النص معيبا نتيجة خطأ أو نقص أو غموض أو تعارض، عندئذ يرجع القاضي حال تفسيره للنص إلى وسـائل متعددة ومنها: الأعمال التحضـيرية – المصـدر المادي والتاريخي للنص – حكمة التشريع – تقريب النصوص وربطها ببعضها البعض.

---

(١) ومن هذا المنطلق، تتضـمن التشـريعات العبارة الآتية "مع مراعاة ما تنص عليه القوانين الأخرى ..."، انظر: د/ وائل أحمد علام، المرجع السـابق، ص ٩٢. مع ملاحظة أن هذه العبارة محل نقد، نظراً لأنها تُلقي على عاتق الجهة المعنية بتطبيق وتنفيذ أحكام القانون، معرفة ما تنص عليه القوانين الأخرى، وتلك مهمة الصائغ.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٤٢٥ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

(٤) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال، و د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ٧٠ وما بعدها.

(٥) وهنا على القاضي استنباط معنى النص من: إشارة النص – دلالة النص – اقتضاء النص.

❖ **في حالة ما إذا كان النص غير موجود أصلا:**

إذا كان النزاع المعروض على القاضـــي غير منظم قانونـا، في هذه الحالـة، يميز بين نوعين من المنازعات:

المنازعات الجنائية: وهنا يجب على القاضي الحكم بالبراءة، سندا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المنازعات المدنية: وهنا يجب على القاضـــي أن يجتهد في حل النزاع وإلا كان مُنكراً للعدالة، وله في سبيل ذلك الرجوع إلى المبادئ القانونية العامة – قواعد العدالة والإنصاف .....

ومما تجدر الإشارة إليه، أن بعض التشريعات قد أخذت – في هذا الصدد – بما يسمى بـــ "التفسير المتطور للقانون"[1]، حيث يراعي القاضي الحكمة من التشريع، أي المصلحة أو المصالح التي قصد المشرع حمايتها والاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي كانت وراء إصدار التشريع[2].

(١) انظر: نص المادة (٣) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسـنة ١٩٧٩ المتعلق بالإثبات والمعدل بالقانون رقم (٤٦) لسـنة ٢٠٠٠ والتي تنص على "إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه".

(٢) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع انظر: د/ فرات رستم أمين الجاف، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

المبحث السادس

نماذج لبعض الدعاوى والإجراءات القضائية

المبحث السادس

نماذج لبعض الدعاوى والإجراءات القضائية

تمهيد وتقسيم:

يشتمل هذا المبحث على نماذج لبعض الدعاوى والإجراءات القضائية مثل:

نموذج صحيفة دعوى.

نموذج صحيفة دعوى مدنية.

نموذج صحيفة دعوى جنائية.

نموذج طلبات اثناء نظر الدعوى.

نموذج لحكم مدني.

نموذج حكم جنائي.

القسم الثاني

المشاركة في بعض الأنشطة والفعاليات القانونية العملية

القسم الثاني

المشاركة في بعض الأنشطة والفعاليات القانونية العملية

نقترح أن يشتمل هذا القسم على ما يلي:

٦. التدريب في المحكمة الصورية بالكلية.

٧. المحاضرات الخارجية من خلال انتداب بعض رجالات القضاء والمحاماة وغيرهم لمناقشة بعض القضايا العملية.

٨. التمارين الصفية.

٩. ورش العمل والندوات المُصغرة.

١٠. التدريب على استخدام المصادر التعليمية.

ملحق

دليل التدريب العملي

المحتويات

مقدمة:.....

القسم الأول

التدريب العملي الداخلي

(المحكمة التعليمية)

فكرة المحكمة التعليمية:.....

أولاً: أهداف التدريب في المحكمة التعليمية:.....

١- التحليل القانوني:.....

٢- البحث القانوني:.....

٣- كتابة المذكرات:.....

٤- المرافعة الشفوية:.....

ثانيًا: طريقة التدريب العملي في المحكمة التعليمية:.....

ثالثًا: شروط الالتحاق بالتدريب العملي الداخلي ومدته:.....

رابعا: تقويم فاضي المحكمة التعليمية للطلبة المشمولين بالتدريب العملي الداخلي

خامسا: تقويم الطالب للتدريب العملي الداخلي.....

القسم الثاني

التدريب العملي الخارجي

مقدمة:.....

أولاً: الموجهات الأساسية لتنفيذ التدريب العملي الخارجي.....

ثانيًا: الإعداد للتدريب العملي الخارجي والإشراف عليه.....

ثالثًا: شروط التدريب العملي الخارجي ومدته.....

رابعًا: الجهات المُقترحة للتدريب العملي الخارجي.....

خامسًا: تقييم التدريب العملي الخارجي.....

سادسًا: الملاحق .....

١. استمارة الالتحاق بالتدريب العملي الخارجي.....

٢. سجل متابعة حضور وغياب الطالب.....

٣. إنذار أول .....

٤. إنذار ثان.....

٥. استمارة المتابعة الميدانية للطالب المتدرب .....

٦. تقويم المشرف الأكاديمي للطالب الذي شارك في التدريب العملي.....

٧. تقويم المشرف الأكاديمي لعملية التدريب في المؤسسات القضائية .....

٨. استمارة تقويم الطالب لعملية التدريب.....

مقدمة

تقوم الدراسة في كلية الحقوق على محورين أساسيين هما:

المحور الأول: الدراســة النظرية التي تتولى شــرح الأحكام والقواعد القانونية في مختلف فروع القانون، بهدف تزويد الطالب بالمعارف القانونية التي تشكل أساسا لتكوين العقلية والملكة القانونية لدى الطالب.

المحور الثاني: التدريب العملي الداخلي والخارجي الذي يهيئ للطالب فرصـــة اختبار معلوماته النظرية التي زود بها خلال دراسته النظرية، ووضعها موضع التطبيق، كي يتمكن بعد التخرج من ممارسة المهنة على أساس علمي وعملي.

وعليه، يتضــمن هذا الدليل مقترح لمقرر إجباري، كأحد المقررات الدراســية للطلبة، يشــتمل على قسمين:

القسم الأول: التدريب العملي الداخلي (المحكمة التعليمية).

القسم الثاني: التدريب العملي الخارجي.

القسم الأول

التدريب العملي الداخلي

(المحكمة التعليمية)

يشتمل التدريب العملي الداخلي (المحكمة التعليمية) على الموضوعات الآتية:

أولاً: أهداف التدريب العملي الداخلي في المحكمة التعليمية.

ثانيًا: طريقة التدريب في المحكمة التعليمية.

ثالثًا: شروط الالتحاق بالتدريب العملي الداخلي ومدته.

رابعا: تقويم قاضي المحكمة التعليمية للطلبة المشمولين بالتدريب العملي الداخلي.

خامسا: تقويم الطالب للتدريب العملي الداخلي.

فكرة المحكمة التعليمية:

يكون التدريب العملي الداخلي في محكمة تعليمية توفرها إدارة الكلية، بحيث تُهيئ للطلبة محاكمات صورية مستمدة من قضايا واقعية، عُرضت على القضاء، حيث تدار المحكمة التعليمية من قبل قاضي منتدب من قضاة المحكمة الابتدائية.

وتكمن فائدة هذه المحكمة في تعريف الطلبة بإجراءات التقاضي التي تطبق أمام المحاكم، سواء أكانت هذه الإجراءات تتعلق بالدعوى المدنية أم الجنائية، وكذلك تمكينهم من معرفة كيفية صدور الحكم القضائي.

وفيما يلي الموضوعات الأساسية للتدريب العملي الداخلي:

أولاً: أهداف التدريب في المحكمة التعليمية

يهدف التدريب العملي الداخلي في المحكمة التعليمية إلى تعميق الجانب التطبيقي لدى المتدرب، وذلك بتعريفه بآلية العمل في المحاكم، وتزويده بالمهارات العملية التي تُكمل معلوماته النظرية.

ويمكن تلخيص هذه الأهداف على النحو التالي:

١- التحليل القانوني:

من البديهي القول إن الطالب المتدرب يلم بالمبادئ والقواعد القانونية التي اكتسبها في مرحلة الدراسة النظرية، غير أن وضعها موضع التطبيق يبقى بعيدًا إلا إذا توفرت أمامه الفرصة الكافية لاختبار تلك المعلومات.

وإذا كانت الدراسة النظرية تفصل بين دراسة المقررات الإجرائية والموضوعية فإن الواقع العملي يمكن المتدرب من الربط بين الجانب الإجرائي والموضوعي عند دراسة وقائع المنازعة المعروضة أمام المحكمة التي تنظر الدعوى.

ولا شك أن الإقناع في القضايا العملية، يعتمد في نجاحه على قدرة الخصم أو من يمثله من تحليل الوقائع التي يثور حولها النزاع، وفهمها وعرضها عرضًا منطقيًا ومتسلسلاً بحسب أهميتها ثم إنزال حكم القانون عليها.

وحتى يصل المتدرب إلى التحليل السليم لوقائع الدعوى عليه أن يطلع على جميع الوثائق المعروضة في الدعوى ويتفحصها ويحدد الأمور التالية:

أ- طبيعة النزاع فيما إذا كان مدنيًا أو جنائيا على ضوء دراسة وقائع الدعوى.

ب- المحكمة المختصة بنظر النزاع.

ج- السند القانوني الذي استندت عليه الدعوى.

د- الطلبات والدفوع التي يتعين عليه تقديمها أثناء المرافعة. فيجوز له مثلاً الطعن في الإجراءات الخاصة بمواعيد الحضور، ومواعيد الطعن، والإجراءات المتعلقة بقواعد الاختصاص، والأدلة والأسباب التي استندت عليها المحكمة عند إصدار الحكم.

٢- البحث القانوني:

بعد أن يقوم المتدرب بدراسة الدعوى وتحليل وقائعها يتنقل إلى مرحلة البحث القانوني فيتعين عليه الاهتمام بالأمور الآتية:

أ- تحديد التخصص القانوني الذي يرتبط به النزاع ويقتضي ذلك مراجعة النصوص القانونية النافذة التي تنطبق على ذلك النزاع.

ب- دراسة المراجع القانونية للاطلاع على آراء الفقهاء بشأن القواعد القانونية التي تنطبق على النزاع.

ج- الاطلاع على الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الاستئناف والمحكمة العليا لتحديد اتحاد القضاء بشأن المنازعات المماثلة.

٣- كتابة المذكرات:

إن اللغة القانونية تختلف عن اللغة العامة من حيث العبارات والمصطلحات التي يستخدمها رجال القانون، ولذلك فإن كتابة مذكرات الدفاع أو الصحف الخاصة بالدعوى تتطلب من المدعي والمدعي عليه أو وكلائهما صياغة تلك المذكرات أو الصحف بأسلوب قانوني رصين.

وينصح المتدرب في المحكمة التعليمية مراعاة الأمور التالية:

أ- استخدام اللغة العربية الفصحى والسليمة من الأخطاء اللغوية القادرة على الإقناع بدون تكلف أو تعقيد، وكذلك استخدام المصطلحات والعبارات القانونية المتداولة في النصوص القانونية وأحكام القضاء وكتب الفقه.

ب- حصر المسائل القانونية بطريقة مركزة ومختصرة وذلك لأن المغالاة والتطويل بدون مبرر قد يشتت تركز وتناسق الحجج القانونية مما يؤدي إلى إضعاف مركز مقدمها لدى المحكمة.

ج- التسلسل المنطقي في سرد الوقائع وتقديم الحجج والأسانيد والأدلة القانونية وإظهاره بأسلوب مؤثر، وإيرادها في فقرات متتالية.

د- الأمانة والصـــدق عند كتابة المذكرات وتقديم الحجج والبيانات القانونية والترفع عن ذكر وقائع مخالفة للحقيقة، أو تقديم شـــهود ليس لديهم شـــهادات مباشـــرة أو تلقينهم من أجل تضـــليل المحكمة، لأن مثل هذا السلوك يؤدي إلى زعزعة ثقة المحكمة بالشخص الذي يقوم به.

٤- المرافعة الشفوية:

تمنح المحكمة التعليمية المتدرب فرصـة المرافعة الشـفوية بصـفته مدعيًا أو مدعًا عليه أو بصـفة وكيلاً عن أحد الخصـوم في الدعوى، حيث تُسـاهم في بناء الشـخصـية القانونية للمتدرب وتعزز ثقته بنفسـه وتقوي جرأته الأدبية وتشجعه على طرح آرائه وأفكاره وأسئلته القانونية.

وحتى يتحقق نجاح المتدرب من المرافعة الشـــفوية يجب أن يكون ملمًا بالجانب الإجرائي والجانب الموضوعي للقواعد القانونية النافذة، وأن تكون لغته القانونية سليمة.

ثانيًا: طريقة التدريب في المحكمة التعليمية:

يتم التدريب في المحكمة التعليمية وفق المراحل الآتية:

١- عرض نظري موجز لتشكيل المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها.

٢- تحيد المركز القانوني للخصوم في الدعاوي المدنية والجنائية.

٣- كيفية رفع الدعوى المدنية وإجراءات سير الخصومة.

٤- كيفية تحريك الدعوى الجنائية وإجراءات إحالتها إلى المحكمة.

٥- كيفية التوكيل في الدعوى.

٦- تزويد المتدرب بنماذج لبعض صحائف الدعوى.

٧- اختيار بعض القضـايا التي سـبق أن فصـل فيها القضـاء والتي تصـلح أن تكون محلاً للتدريب، وإيجاز وقائعها للمتدرب دون اطلاعهم على الأحكام الصـادرة فيها، وفتح باب النقاش بين المتدربين بشـأنهم لتحديد قدراتهم.

٨- تكليف كل متدرب بدور في القضية بحسب قدراته وإمكاناته القانونية.

٩- تشجيع المتدربين على كتابة صحف الدعاوي ونواتج الدفاع.

١٠- يكون الترافع من قبل المتدربين الذين يقومون بأدوار الخصوم أو وكلائم أو وكيل النيابة العامة شفاهة وذلك بهدف ابراز قدراتهم القانونية.

١١- يتم الاستعانة في كل قضية بأحد أعضاء هيئة التدريب التي تكون القضية من ضمن اختصاصه الدقيق.

١٢- بعد قفل باب المرافعة- وحجز الدعوى للحكم- يشارك الطلبة المتدربين الذين شكلت المحكمة منهم في إصدار الحكم وصياغته.

ثالثًا: شروط الالتحاق بالتدريب الداخلي ومدته

- يشترط في الطالب الذي يلتحق بالتدريب الداخلي أن يكون قد اجتاز جميع مقررات المستويين الأول والثاني.
- يوزع التدريب الداخلي على مرحلتين:

المرحلة الأولى: شرح نظري موجز للتنظيم القضائي وتشكيل المحاكم.

المرحلة الثانية: كيفية رفع الدعوى المدنية والجنائية وإجراءات سير الخصومة، (تزويد المتدربين بنماذج من صحف الدعاوي).

الأسبوع الرابع: شرح خطوات التدريب في مختلف الدعاوي.

الأسبوع الخامس: الجلسة الأولى: الترافع أمام المحكمة الابتدائية (تقديم الطلبات والدفوع).

الأسبوع السادس: الجلسة الثانية: استكمال المرافعة، وقفل بابها وحجز الدعوى للتدقيق والحكم.

الأسبوع السابع: إصدار الحكم الابتدائي.

الأسبوع الثامن: استئناف الحكم الابتدائي، تحرير صحيفة الاستئناف، اعلان المستأنف ضده بصحيفة الاستئناف.

الأسبوع التاسع: الجلسة الأولى: الترافع أمام محكمة الاستئناف (قبول الاستئناف شكلاً). (تقديم الطلبات والدفوع).

الأسبوع العاشر: الجلسة الثانية: استكمال المرافعة، وقفل بابها وحجز الدعوى للتدقيق وإصدار الحكم فيها.

الأسبوع الحادي عشر: الجلسة الثالثة: إصدار الحكم بالاستئناف.

الأسبوع الثاني عشر: الطعن بالحكم الاستئنافي عن طريق النقض، تحرير صحيفة الطعن بالنقض، إعلان المطعون ضده بصحيفة الطعن بالنقض.

الأسبوع الثالث عشر: الجلسة الأولى: الترافع أمام محكمة النقض.

الأسبوع الرابع عشر: الجلسة الثانية: استكمال الترافع ومن ثم غلق باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم وإصداره.

الأسبوع الخامس عشر: التعليق على بعض أحكام محكمة النقض.

رابعا: تقويم قاضي المحكمة التعليمية للطلبة المشمولين بالتدريب الداخلي

جامعة المنصورة

كلية الحقوق

١- اســم القــاضي: .....

٢- اســـم الطــالب: .....

٣- الرقــم الجـــامعي: .....

٤- تــاريخ بـدء التدريب: .....

٥- تــاريخ انتهـاء التدريب: .....

٦- الفصــل الــدراسي:.....

٧- العـــام الجــامعي: .....

٨- مدى التزام الطالب بالحضور:

.....

.....

٩- مدى استفادة الطالب من التدريب:

.....

.....

١٠- مدى تجاوب الطالب مع التدريب:

.....

.....

١١- مدى مشاركة الطالب ودوره في المشاركة والاستفسار والاستيضاح:

.....

.....

١٢- هل شارك الطالب في بعض الأدوار التدريبية (قاضي، مدعي، مدعي عليه، وكيل نيابة، محامي)؟

.....

.....

التاريخ:

التوقيع:

خامسا: تقويم الطالب للتدريب الداخلي

جامعة المنصورة

كلية الحقوق

١- اســم الطـــالب: .....

٢- الرقــم الجـــامعي: .....

٣- المســـتوى الـدراسي: .....

٤- الفصـــل الـــدراسي:.....

٥- العـــام الجـــامعي: .....

٦- تـــاريخ بـدء التدريب: .....

٧- تـــاريخ انتهـاء التدريب: .....

٨- ما هي الفائدة التي ترى إنك حصلت عليها من التدريب الداخلي:

.....

.....

٩- ما هي سلبيات التدريب الداخلي:

.....

.....

١٠- ما هي مقترحاتك لتطوير التدريب الداخلي:

.....

.....

التاريخ:

التوقيع:

القسم الثاني

التدريب العملي الخارجي

القسم الثاني

التدريب العملي الخارجي

مقدمة:

يهدف التدريب العملي الخارجي في المؤسسات القانونية والقضائية المقترحة إلى تطوير معلومات المتدرب النظرية واستكمال خبراته العملية، من خلال الاطلاع على الواقع التطبيقي للمعارف القانونية، وذلك من خلال ما يأتي:

ويشتمل التدريب العملي الخارجي على الموضوعات الآتية:

أولاً: الموجهات الأساسية لتنفيذ التدريب العملي الخارجي.

ثانيًا: الإعداد للتدريب العملي الخارجي والإشراف عليه.

ثالثا: شروط الالتحاق بالتدريب العملي الخارجي ومدته.

رابعا: الجهات المُقترحة للتدريب العملي الخارجي.

خامسا: تقييم التدريب العملي الخارجي.

سادسا: الملاحق.

أولاً: الموجهات الأساسية لتنفيذ التدريب العملي الخارجي

يستخدم برنامج التدريب العملي لتحقيق ما يلي:

١- تحديد أهداف التدريب العملي وضرورة ملاءمتها مع متطلبات الدراسة في كلية الحقوق.

٢- يتم التدريب لدى الجهات القضـــائية والقانونية والســـجون والمختبر الجنائي ودار رعاية الأحداث، ومكاتب المحامين.

٣- وضـع برنامج تدريبي يتضمن المشمولين بالتدريب ويتم الاتفاق على مفرداته مع الجهات ذات العلاقة بالتدريب وذلك قبل بدء عملية التدريب بفترة زمنية كافية.

٤- يتم توضيح أهداف التدريب العملي وأهميته للطلبة قبل البدء بتدريبهم.

٥- يتم الاتفاق والتنســـيق مع الجهات ذات العلاقة بالتدريب على تكليف أحد العاملين لديها بالإشـــراف ميدانيًا على ســـير التدريب وذلك بالتنســـيق مع المشـــرف الأكاديمي لغرض تنفيذ خطة التدريب وفق البرنامج المتفق عليه.

٦- وضـع نظام لتقييم أداء الطلبة المتدربين وفق معايير تتناسب مع أنماط التدريب المعتمدة من قبل إدارة الكلية والجهة المدربة. ويتولى عملية التقييم المشرفان الأكاديمي والإداري. وتشمل عناصر تقييم أداء الطلبة المتدربين النواحي التالية:

أ- مدى التزام الطالب بساعات التدريب المقررة.

ب- مدى جدية الطالب في الاستفادة من التدريب.

جـ- مدى تفاعل الطالب مع جهة التدريب.

د- يكلف الطالب المتدرب بتقديم تقرير في نهاية التدريب يتضـــمن تقييمه لعملية التدريب ومدى اســـتفادته منها.

هـ- يتم تقديم الطلبة المتدربين من خلال تقارير ترفع عنهم من المشـرف الإداري والمشـرف الأكاديمي في نهاية فترة التدريب.

ز- يتم تقييم عملية التدريب من خلال نماذج خاصة معتمدة من مجلس الكلية.

ثانيًا: الإعداد للتدريب العملي الخارجي والإشراف عليه

(١)الإعداد للتدريب:

١- تتولى وكالة الكلية لشؤون التعليم والطلاب إعداد قوائم الطلبة المشمولين بالتدريب في نهاية كل سنة دراسية، ويتم اعتمادها من مجلس الكلية.

٢- تقوم وكالة الكلية بمخاطبة الجهات التي ستتولى التدريب وتزويدها بأسماء الطلبة المتدربين قبل فترة من بدء التدريب، والتنسيق مع هذه الجهات لغرض استقبال الطلبة المتدربين في المواعيد المقررة لذلك، وإعداد منهاج التدريب، وتعيين المشرفين الإداريين الذين ترى تلك الجهات تكليفهم بالإشراف على التدريب.

٣- يكلف المشرف الأكاديمي بزيارة مواقع التدريب التي سيتم تدريب الطلبة فيها، والالتقاء مع المسؤولين عن هذه المواقع لمناقشة برنامج التدريب، ونظام التقييم والمتابعة، وذلك قبل بدء التدريب بفترة زمنية كافية.

(٢)الإشراف على التدريب:

من أجل تحقيق الأهداف المرسومة للتدريب العملي، ورفع كفاءة وفاعلية البرامج التدريبية للطلبة المتدربين، نقترح اتباع ما يأتي:

١- يعقد المشرف الأكاديمي المكلف بالإشراف على التدريب اجتماعًا للطلبة المشمولين بالتدريب العملي لشرح أهداف وأهمية التدريب، والنتائج المتوقعة منه، وطريقة تقييم الأداء، والواجبات التي يتعين على الطلبة الالتزام بها، وإبلاغهم بضرورة الالتزام بالتقاليد والنظم المعمول بها في الجهات التي تتولى تنفيذ برامج التدريب.

٢- يبلغ الطلبة المشمولين بالتدريب بضرورة الالتزام الدقيق بمواعيد الحضور ونظام العمل المقرر في الجهة المدربة خلال فترة التدريب المقررة. ويجب على المشرف الأكاديمي وبالتنسيق مع المشرف الإداري متابعة الالتزام المذكور ورصد ذلك في سجل خاص بهدف تطبيق الأحكام اللائحية المقررة بهذا الشأن.

٣- مرافقة المشـرف الأكاديمي للطلبة أثناء تواجدهم في مواقع التدريب، وذلك بهدف الإشـراف المباشـر على التدريب والمتابعة المستمرة لهم.

٤- قيام المشرف الأكاديمي وبالتنسيق مع المشرف الإداري بمتابعة الأداء اليومي للمتدرب وتقييمه.

ثالثا: شروط الالتحاق بالتدريب العملي الخارجي ومدته

- يشترط في الطالب الذي يلتحق بالتدريب العملي الخارجي ما يأتي:

- أن يكون قد اجتاز التدريب العملي الداخلي.
- أن يكون قد أنجز مقررات قانون المرافعات، وقانون الإجراءات الجنائية.

- مدة التدريب أسـبوعان في الفترة الواقعة بين الفصـل الدراسـي الأول والثاني. ويلتحق الطالب بالتدريب مرة واحدة كشرط لإكمال متطلبات الدراسة في الكلية.

رابعا: الجهات المُقترحة للتدريب العملي الخارجي

تتعدد الجهات ذات العلاقة بالعمل القانوني والقضـائي، حيث يتم اختيار جهات التدريب من قبل مجلس الكلية، ونقترح التركز على الجهات الآتية:

١- المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها:

يهدف التدريب في المحاكم إلى معرفة الإجراءات الآتية:

١- إجراءات رفع صحيفة الدعوى، والشروط الواجب توافرها فيها، وكيفية احتساب الرسوم الخاصة بها، وقيدها في سجل الدعاوي المعد لذلك.

٢- كيفية إجراء التبليغات القضائية (إعلان الخصوم بموعد المرافعة).

٣- الإطلاع على إجراءات التقاضي والخصومة.

٤- كيفية إدارة جلسات المرافعة.

٥- كيفية صدور الأحكام القضائية.

٦- حضور جلسات المحاكمة في الدعاوي الجنائية.

٧- الإحاطة بطرق الطعن على الأحكام القضائية على اختلاف أنواعها.

٨- الإجراءات المتبعة في تنفيذ الأحكام القضائية.

٩- توثيق معاملات الأفراد مثل: الوكالات، العقود، وغيرها...

٢- النيابة العامة:

تنفيذ زيارات ميدانية إلى النيابة العامة، وذلك للاطلاع على ما يأتي:

١- الإجراءات المتبعة في البلاغات الواردة من الشرطة أو الأفراد وكيفية مباشرة التحقيق فيها.

٢- إجراءات التحقيق والاستجواب مع المتهمين وكيفية اتخاذ القرارات بشأن القضايا المعروضة أمام النيابة العامة.

٣- سماع أقوال الشهود وكيفية مناقشتهم.

٣- السجون:

القيام بزيارات ميدانية للسجون وذلك لغرض:

أ- التعرف على الإحصائيات التي تتضمن عدد ونوع الجرائم المرتكبة خلال فترات زمنية معينة لتحديد الخط البياني لهذه الجرائم. ومقابلة عينة من المسجونين في مختلف الجرائم لمعرفة الأسباب الأساسية لارتكاب الجريمة.

ب- الاطلاع على برامج تأهيل المسجونين ومدى استجابتهم لها.

ج- الاطلاع على تنظيم السجون وإدارتها ومدى احترام حقوق المسجونين.

٤- دار رعاية الأحداث:

تهدف هذه الزيارة إلى اطلاع الطلبة على برنامج إصـــلاح وتهذيب الأحداث الجانحين ومدى جدية وفاعلية هذا البرنامج.

٥- المختبر الجنائي والطب الشرعي:

القيام بزيارات إلى المختبر الجنائي والطب الشـــرعي بهدف التعرف على أقســـام المختبر الجنائي وطريقة عمل الخبراء فيه وتعريف الطالب بالحالات الطبية القضائية، وكيفية الاستعانة بالأطباء الشرعيين وكيفية التعامل مع الحالات التي تعرض عليهم، ومعرفة محتوى التقارير الطبية والقدرة على مناقشـــتها والكشـف عن أسـباب الوفيات والإصـابات، ومعرفة كيفية تحديد الوسـيلة التي ارتكبت بها الجريمة وفترة ارتكابها.

٦- الإدارات ذات الصلة بالمهنة:

زيارة الإدارات الأخرى، ومنها الدائرة المســؤولة عن رعاية القُصـــر، ودائرة التوثيق (الشـــهر العقاري) وغرفة التجارة والصناعة.

٧- مكاتب المحاماة والاستشارات القانونية:

يكلف الطالب المتدرب بزيارة بعض مكاتب المحاماة، بقصـد الاطلاع على كيفية اسـتقبال الموكلين، والتعرف على قضاياهم وإجراءات التوكيل، ومعرفة كيفية إعداد ملفات الدعاوي، ومتابعة جلساتها والسير فيها، وإعداد صـــحيفة الدعوى، ومذكرات الدفاع، وكيفية إعداد الطعن في الأحكام القضـــائية، ومصـــاحبة المحامي في جلسـات التحقيق والمحاكمة إذا تيسـر ذلك، وكذلك معرفة كيفية تقديم المشـورة أو الاسـتشـارة القانونية.

خامسا: تقييم التدريب العملي الخارجي

يتم تقييم التدريب من قبل الطالب والمرشـــد الأكاديمي والمشـــرف الإداري، وفق النماذج المرفقة بالملاحق، وذلك على النحو الآتي:

١- يكلف الطالب عند نهاية فترة التدريب أن يقدم تقريرًا شاملاً يتضمن العناصر التالية:

أ- مدى علاقة الأعمال التي قام بها بتخصصه العلمي.

ب- مدى تحقق أهداف برنامج التدريب.

جـ- ملاحظات الطالب ومقترحاته لتطوير برنامج التدريب.

٢- يكلف المشرف الأكاديمي بتقييم أداء كل متدرب خلال فترة التدريب، وتستخدم لذلك نماذج معتمدة من مجلس الكلية.

٣- يتولى المشـــرف الإداري إعداد تقرير في نهاية فترة التدريب عن أداء كل متدرب يتضـــمن ملاحظاته عن التزامه بمواعيد التدريب، وجديته في متابعة مفرداته، ومدى استفادته من برنامج التدريب، وتستخدم لهذا الغرض نماذج معتمدة من الكلية.

٤- تقدم نتائج تقييم أداء الطلبة المتدربين إلى عمادة الكلية في الأســـبوع التالي لانتهاء التدريب بهدف اعتمادها كما هو الحال في اعتماد نتائج المقررات الأخرى.

سادسا: الملاحق

١- استمارة الالتحاق بالتدريب العملي الخارجي.

٢- سجل متابعة حضور وغياب الطالب.

٣- استمارة الإنذار الأول.

٤- استمارة الإنذار الثاني.

٥- استمارة المتابعة الميدانية للطالب المتدرب.

٦- استمارة تقويم المشرف الأكاديمي للطالب الذي شارك في التدريب العملي.

٧- استمارة تقويم المشرف الأكاديمي لعملية التدريب.

٨- استمارة تقويم الطالب لعملية التدريب.

وفيما يلي مسودة لنماذج الاستمارات المُشار إليها:

١. استمارة الالتحاق بالتدريب العملي الخارجي

الرقم الجامعي: ..... ID No: …….

الاسم: ..... Name: ……..

الكلية: ..... College: ……..……

سنة التخرج: ..... Graduation Semester/Year ……..

التقدير: ..... G.P.A. ……..……..

العنوان: ..... Address: ……..

رقم الهاتف: ..... Phone No: ……

المنزل: ..... Home: ……..

الهاتف المتحرك: ..... Mobile: ……

البريد الالكتروني: ..... E-mail Address:……

٢. سجل متابعة حضور وغياب الطالب

مدة التدريب	أيـــام الأســـبوع						المشرف الميداني	ملاحظات
	السبت	الأحد	الاثنين	الثلاثاء	الأربعاء	الخميس		
الأسبوع الأول								
الأسبوع الثاني								

تقييم حضور وغياب الطالب ،،،، النتيجة:

اعتماد المشرف الإداري

* يدون المشـرف الإداري في هذا السـجل حضـور وغياب الطالب وذلك بوضـع علامة (✓) أمام الطالب الحاضر وعلامة (×) أمام الطالب الغائب.

ويتابع مع المشرف الأكاديمي تطبيق الأحكام اللائحية المقررة في هذا الشأن.

٣. إنذار أول

اسم الطالب: ..... الرقم الجامعي: .....

مكان التدريب: ..... فترة التدريب: .....

التاريخ: .....

يوجه للطالب المذكور أعلاه إنذار أول لارتكابه الأخطاء التالية:

١-

٢-

٣-

المشرف الأكاديمي على التدريب

الطالب:

أقر بأني استلمت الإنذار الأول وأتعهد بعدم تكرار الأخطاء الواردة أعلاه.

الاسم:

التوقيع:

التاريخ:

٤. إنذار ثان

اسم الطالب: ..... الرقم الجامعي: .....

مكان التدريب: ..... فترة التدريب: .....

التاريخ: .....

يوجه للطالب المذكور أعلاه إنذار أول لارتكابه الأخطاء التالية:

١-

٢-

٣-

وفي حال تكرار تلك الأخطاء يتحمل الطالب المسؤولية ويتعرض للرسوب في مقرر التدريب العملي.

المشرف الأكاديمي على التدريب

الطالب:

أقر بأني استلمت الإنذار الثاني وأتعهد بعدم تكرار الأخطاء الواردة أعلاه.

الاسم:

التوقيع:

التاريخ:

٥. استمارة المتابعة الميدانية للطالب المتدرب

أ- بيانات شخصية:

اسم الطالب: ..... الرقم الجامعي: .....

تاريخ الميلاد: ..... رقم الهاتف: .....

جهة الاتصال في حالة الطوارئ: .....

ب- تفاصيل الدراسة:

المستوى الدراسي: ..... العام الجامعي: .....

ج- مواعيد وجهات التدريب:

- الفترة : من ..... إلى: ..... الجهة: .....
- الفترة : من ..... إلى: ..... الجهة: .....
- الفترة : من ..... إلى: ..... الجهة: .....
- الفترة : من ..... إلى: ..... الجهة: .....

٦. تقويم المشرف الأكاديمي للطالب الذي شارك في التدريب العملي

١- اسـم الأستـاذ المشـرف: .....

٢- اســـم الطـــالب: .....

٣- الكليـــــــــة: .....

٤- تـاريخ بـدء التدريب وانتهاءه: .....

٥- الفصل الدراسي والعام الجامعي: .....

٦- جهات التدريب:

أ- .....

ب- .....

ج- .....

د- .....

٧- مدى التزام الطالب بالحضور؟

.....

.....

٨- عدد غيابات الطالب عن التدريب؟

.....

.....

٩- مدى تجاوب الطالب مع التطبيق العملي في المؤسسات التي تدرب فيها؟

.....

.....

١٠- مدى تفاعل الطالب ودوره في المشاركة بالاستفسار والاستيضاح عن بعض القضايا من العاملين في تلك المؤسسات؟

.....

.....

١١- هل شارك الطالب في بعض الأعمال الكتابية أو أية أعمال أو نشاطات في المؤسسات التي تدرب فيها؟

.....

.....

اسم الأستاذ المشرف:

التوقيع:

التاريخ:

٧. تقويم المشرف الأكاديمي لعملية التدريب في المؤسسات القضائية

١- اسـم الأستـاذ المشـرف: .....

٢- اســـم الطـــالب: .....

٣- تـاريخ بـدء التدريب وانتهاءه: .....

٤- الفصل الدراسي والعام الجامعي: .....

٥- جهات التدريب:

أ- .....

ب- .....

ج- .....

د- .....

٦- عدد الأيام والمرات التي رافقت بها الطلبة إلى المؤسسات المذكورة

.....

.....

٧- ما هي الإيجابيات من حيث مدى اســتفادة الطلبة من زياراتهم إلى المؤســســات المذكورة وكذلك الإضافات الجديدة إلى معرفتهم؟

.....

.....

٨- ما هي السلبيات التي واجهتها خلال عملية التدريب بالنسبة للطلبة الذين أشرفت عليهم؟

.....

.....

٩- ما هي المقترحات التي تراها مناســبة لتطوير وتحســين عملية التدريب ورفع مســتواها لتحقيق أداء أفضل؟

.....

.....

اسم الأستاذ المشرف:

التوقيع:

التاريخ:

٨. استمارة تقويم الطالب لعملية التدريب

١- الاســـــــــم : .....

٢- الرقـــم الجـــــامعي: .....

٣- الكليـــــــــة :.....

٤- الفصل الدراسي والعام الجامعي:.....

٥- تـاريخ بـدء التدريب وانتهاءه: .....

٦- المستوى الدراســـــي: .....

٧- الجهات التي تدربت فيها:

أ- .....

ب- .....

ج- .....

د- .....

٨- ما مدى الفائدة التي ترى إنك قد حصلت عليها من خلال تواجدك في المؤسسات المذكورة؟

.....

.....

٩- ما مدى تجاوب العاملين في المؤسسات المذكورة على استفساراتك وتعاونهم معك؟

.....

.....

١٠- هل كانت الإجراءات الخاصـة بوسـائط النقل من الجامعة إلى مؤسـسـات التدريب ومرافقة المشـرف كافية وعاملاً مسهلاً لإنجاز عملية التدرب؟

.....

.....

١١- ما هي ملاحظاتك بالنسبة لكل مؤسسة من المؤسسات التي تدربت فيها؟

.....

.....

١٢- هل مدة التدريب كانت كافية للاطلاع على مختلف جوانب العمل في المؤسسات التي تدربت فيها؟

.....

.....

١٣- ما هي المعوقات التي واجهتك أثناء عملية التدريب في المؤسسات التي تدربت فيها؟

.....

.....

١٤- ما هي المقترحات التي تراها مناسبة لتطوير عملية التدريب ورفع مستواها؟

.....

.....

١٥- ما رأيك في أداء المشرف على العملية التدريبية، ومدى استفادتك منه؟

.....

.....

اسم الطالب:

التوقيع:

التاريخ: