



دولة فلسطين
ديوان الفتوى والتشريع

الدليل الإجرائي الداخلي
لإعداد الاستشارات والفتاوى القانونية

2021م

الإشراف:

الأستاذة ريم أبو الرب / نائب رئيس ديوان الفتوى والتشريع

الإعداد:

أ.لينا عمرو أ. إسراء اغنيم أ.حسن أبو شريك

المراجعة والتدقيق اللغوي: أ. سماح قبحا

جميع الحقوق محفوظة @ ديوان الفتوى والتشريع

جميع الحقوق محفوظة ولا يجوز نسخ أو طباعة أي جزء من هذا الدليل بأي وسيلة كانت سواء عادية أم إلكترونية دون موافقة مسبقة من الديوان

2021م

EUPOL C PPS

تم طباعة هذا الدليل بدعم من بعثة الاتحاد الأوروبي لدعم الشرطة الفلسطينية وسيادة القانون

الفهرس

7	كلمة رئيس ديوان الفتوى والتشريع
9	المقدمة
12	المحور الأول
13	الإدارة العامة للاستشارات والفتاوى القانونية
14	مهام دائرة الاستشارات والفتاوى القانونية
14	مهارات مقدم الاستشارة أو الفتوى القانونية
17	المحور الثاني
18	مفهوم الاستشارة القانونية
19	مراحل الاستشارة القانونية
33	ضوابط كتابة الاستشارة (الرأي القانوني):
35	المحور الثالث
36	مفهوم الفتوى القانونية
39	مراحل الفتوى القانونية
43	ضوابط كتابة الفتوى القانونية:
44	الملاحق
45	الملحق الأول: نموذج استشارة قانونية
47	الملحق الثاني: نموذج فتوى قانونية

كلمة رئيس ديوان الفتوى والتشريع

عمل ديوان الفتوى والتشريع في سبيل التطوير والبناء إلى إصدار عدة أدلة إجرائية لكافة الإدارات القانونية تهدف لتوثيق الإجراءات وتوفير المعلومات للموظفين وتحديد سير الإجراءات بشكل دقيق، لإدراكنا لأهمية التوثيق في بناء ذاكرة أي مؤسسة ومأسسة العمل فيها ودعم تطورها من خلال الرصد والتسجيل الدقيق لجميع المعلومات والإجراءات لتكون مرجعاً معتمداً لخدمة المؤسسة في أي وقت، مما يساهم في تنظيم العمل وتحديد الاختصاصات، وتوفير الوقت والجهد في أداء المهام وإنجازها بكل كفاءة وفاعلية وبجودة بما يحقق أهداف الديوان، ومن ضمن هذه الأدلة الدليل الإجرائي الأول الخاص بصياغة التشريعات الرئيسية، والدليل الإجرائي الثاني بصياغة التشريعات الثانوية، والدليل الإجرائي للجريدة الرسمية.

واستكمالاً لهذه السلسلة من الأدلة الإجرائية عملنا على إصدار الدليل الإجرائي الخاص بالاستشارات والفتاوى القانونية، محاولة منا في تطوير آلية تقديم الاستشارة والفتوى القانونية في الديوان على الصعيد العملي، ونظراً لأهمية دور الديوان في تقديم المشورة والرأي القانوني بخصوص مسألة معينة قد تكون أو لا تكون محل نزاع، إذ يسعى من خلالها طالب الاستشارة مستعيناً بالخبرة القانونية العلمية والتجربة العملية للديوان، إلى معرفة موقف القانون بخصوص الموضوع المطروح، بالاستناد إلى التشريعات السارية، أو طلب تفسير نص قانوني غامض أو متعارض، أو خلاف بين دوائر الدولة في تفسير المسائل القانونية أو الأنظمة المتعلقة بمهامها وصلاحياتها والاختلاف في تطبيقها.

ويهدف هذا الدليل إلى وضع قواعد استرشادية للقانونيين العاملين في الوظيفة العامة والعاملين في الديوان بشكل خاص، لعدم وضوح منهجية إعدادها بالنسبة للكثيرين، كونه يقدم شرحاً مفصلاً عن مفهوم الاستشارة والفتوى والفرق بينهما، وأطراف وحالات ومكونات كل منهما، وخطوات إعداد الرأي أو التفسير القانوني للطلب الوارد إلى الديوان.

وفي النهاية أتقدم بالشكر للبعثة الأوروبية لمساندة الشرطة الفلسطينية لدعمهم لنا بطباعة هذا الدليل، آملي أن تستمر الجهود الداعمة لتطوير المنظومة التشريعية في الدولة للوصول إلى تحقيق أهدافنا الوطنية المتمثلة بإنجاز استقلالنا الوطني وقيام دولتنا الفلسطينية المستقلة وعاصمتها القدس الشريف.

المستشار/ إيمان عبد الحميد
رئيس ديوان الفتوى والتشريع

ديوان الفتوى والتشريع مؤسسة قانونية وأحد أطراف قطاع العدالة في الدولة يتبع لمجلس الوزراء، ويتولى القيام بالعديد من المهام القانونية الفنية المتخصصة، وباعتباره جهة متخصصة ومحيدة ليس ذي مصلحة أو منفعة لعلمه بكافة التشريعات القانونية وتعديلاتها المنشورة في الجريدة الرسمية، فإنه يقوم بإبداء الرأي والتفسير القانوني لأي استشارة أو فتوى قانونية في المسائل التشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليه من الرئيس أو رئيس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو الوزراء أو رؤساء الدوائر والهيئات الحكومية، أو الخلاف بين الوزارات والمؤسسات العامة والمؤسسات في أي من المسائل القانونية أو الأنظمة المتعلقة بمهامها وصلاحياتها، والاختلاف في تطبيقها.

ولأهمية دور الديوان في استكشاف الرأي القانوني بشأن أي نزاع أو إشكالية تواجه المؤسسات أثناء عملها في ظل النظم والإجراءات القانونية المعقدة، والتشابك في العلاقات والاختصاصات، وذلك بتقديم الرأي القانوني «الاستشارة القانونية»، والتفسير القانوني «الفتوى القانونية»، وذلك استنادا إلى التشريعات السارية وتحليلها بشكل دقيق للإجابة على:

1. تساؤل قانوني حول موضوع معين.

2. تفسير نص قانوني غامض أو متعارض.

وعليه عمل الديوان على إعداد دليل إجرائي داخلي لتوفير مبادئ وقواعد استرشادية للقانونيين للعاملين في الإدارة العامة للاستشارات والفتاوى القانونية بشكل عام والعاملين في الدائرة بشكل خاص، حيث سيقدم الدليل شرحا مفصلا عن الدائرة والمهام الملقاة على عاتقها، بالإضافة إلى توضيح مفهوم الاستشارة والفتوى والفرق بينهما، وأطراف وحالات ومكونات كل منهما، كما يرسم هذا الدليل آلية محددة ذات إجراءات واضحة، بما يضمن توحيد الإجراءات والخطوات الواجب اتباعها عند إعداد الرأي أو التفسير القانوني للطلب الوارد إلى الديوان، بدءا من لحظة إرسال الطلب من الجهة الحكومية، وصولا إلى الإجابة على الطلب من قبل الموظف المختص.

منهجية إعداد الدليل:

تم إعداد هذا الدليل باستخدام التحليل، حيث تم تحليل آلية وإجراءات تقديم الاستشارات والفتاوى المعتمدة في الديوان، ودراسة كافة الاستشارات والفتاوى التي صدرت عن الديوان، وتحليل النماذج التي يتم العمل بها، لتحديد الإجراءات الواجب اتباعها عند إعداد الاستشارة أو التفسير القانوني.

المقدمة

أهمية الدليل:

تتجلى أهمية هذا الدليل كونه:

1. صادراً عن جهة متخصصة بتقديم الاستشارات والفتاوى القانونية.
2. يؤسس لمنهجية موحدة في إبداء الرأي وتقديم الفتاوى.
3. مرجعاً إجرائياً لإعداد الاستشارات والفتاوى القانونية، حيث يقدم للموظف القانوني شرحاً مبسطاً عن آلية العمل، والإجراءات المتبعة في الديوان.
4. مرجعاً استرشادياً للدوائر القانونية في المؤسسات الحكومية.

أهداف الدليل:

يهدف هذا الدليل إلى تحقيق الآتي:

1. توحيد قواعد العمل المتبعة عند إعداد الاستشارة و الفتوى القانونية من قبل الموظف في الديوان.
2. توثيق الإجراءات، بحيث تكون مرجعاً لكافة الموظفين القانونيين العاملين في الديوان.
3. إتقان مهارة الإجابة على طلب الاستشارة أو الفتوى القانونية.

الفئة المستهدفة من الدليل:

1. الموظفون القانونيون العاملون في ديوان الفتوى والتشريع.
2. القانونيون المتخصصون في إعداد الفتاوى والاستشارات القانونية.
3. الراغبون من باحثين وأكاديميين والمهتمون في مجال تقديم الاستشارات والفتاوى القانونية.

محتويات الدليل:

تم تقسيم الدليل إلى ثلاثة محاور على النحو الآتي:

1. المحور الأول: يتضمن شرحاً عن الإدارة العامة للاستشارات والفتاوى القانونية، ومهام الدائرة، ومهارات مقدم الاستشارة والفتوى وأطراف كل منهما.
2. المحور الثاني: يتضمن مفهوم الاستشارة القانونية، وحالات تقديمها من الجهات الحكومية، ومراحل إعداد الاستشارة القانونية.
3. المحور الثالث: يتضمن مفهوم الفتوى، وحالات طلب الفتوى القانونية، ومراحل إعدادها.

المفاهيم والمصطلحات

الديوان: ديوان الفتوى والتشريع.

الإدارة العامة: الإدارة العامة للاستشارات والفتاوى القانونية.

الدائرة: دائرة الاستشارات والفتاوى القانونية.

المستشار: الموظف القانوني العامل في الدائرة.

المنذرة: المراسلة الواردة من الجهة الحكومية بخصوص طلب الرأي القانوني المتمثل في الاستشارة أو التفسير القانوني المتمثل في الفتوى حول موضوع معين.

النصوص التشريعية: القاعدة القانونية بغض النظر عن مصدرها، سواء في التشريع الأساسي (الدستور أو القانون الأساسي) أو التشريع العادي (القانون) أو التشريعات الثانوية (اللوائح والأنظمة والتعليمات والقرارات).

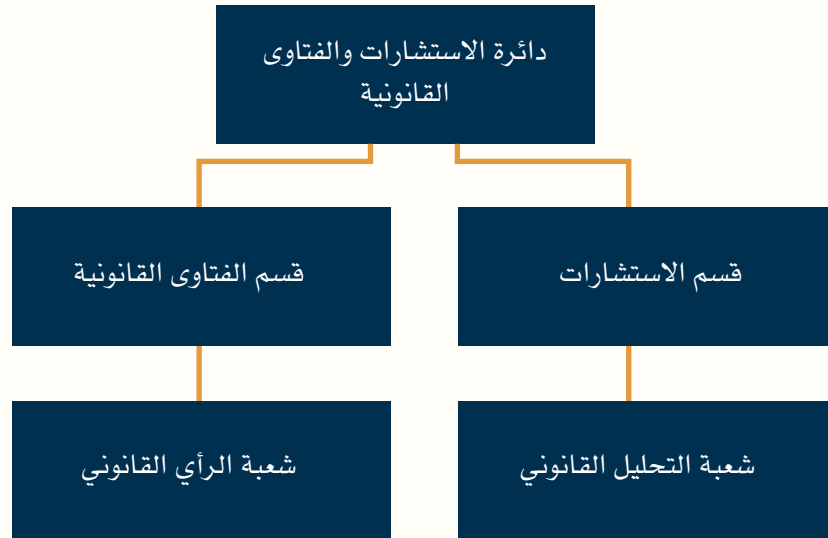
النموذج: النموذج المعتمد من قبل الديوان لتفريغ الاستشارة والفتوى القانونية.

يجب أن تتعرف في البداية على مهام دائرة الاستشارات والفتاوى القانونية المكلفة بالعمل على تقديم الاستشارات والفتاوى القانونية في الديوان، ومن ثم التطرق لمفهوم الاستشارة القانونية ومفهوم الفتوى القانونية لتتمكن من التفرقة بينهما، ومعرفة مكونات وأطراف كل عنصر، مما يساعدك في تقديم الاستشارة أو الفتوى بشكل سلس والوصول إلى الرأي أو التفسير القانوني السليم.

الإدارة العامة للاستشارات والفتاوى القانونية

بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (6) لسنة 2014م بشأن المصادقة على الهيكل التنظيمي للديوان، تم اعتماد أربع إدارات عامة رئيسية، من ضمنها الإدارة العامة للاستشارات والفتاوى القانونية، التي تتكون من دائرتين، وفي هذا الدليل سنستعرض دائرة الاستشارات والفتاوى القانونية.

تتكون الدائرة وفق الهيكل التنظيمي المعتمد من الآتي:



المحور الأول

الاستشارات والفتاوى القانونية

مهام دائرة الاستشارات والفتاوى القانونية

- تختص دائرة الاستشارات والفتاوى القانونية بعدة مهام محددة وواضحة وفقاً للهيكل التنظيمي بما يحقق رؤية ورسالة الديوان على النحو الآتي:
1. المشاركة في إعداد الخطة الاستراتيجية الخاصة بالإدارة، وإعداد الخطط التنفيذية لها.
 2. تقديم الاستشارات والفتاوى القانونية للجهات الطالبة لها من مؤسسات الدولة.
 3. العمل على توفير المرجعية المبوبة والمفهرسة للتشريعات النافذة وتعديلاتها والأحكام القضائية.
 4. متابعة حصر مراجع السندات القانونية اللازمة لإنجاز مهام الإدارة خاصة والقانونيين عامة .
 5. متابعة إعداد الدراسات القانونية المتعلقة بالاستشارات والفتاوى المحالة للديوان لإبداء الرأي فيها مقارنة بالأحكام القضائية الصادرة والقوانين النافذة.
 6. متابعة التنسيق والتواصل مع الجهات طالبة الاستشارة أو الفتوى لتزويد الإدارة بأي بيانات أو معلومات لازمة.
 7. متابعة صياغة الرأي القانوني للاستشارات والفتاوى المحالة للديوان.



ما الفرق بين الاستشارة القانونية والفتوى القانونية؟

تكون الفتوى مرتبطة بالنص القانوني، أما الاستشارة ترتبط بالوقائع، كما تختلف الإجراءات المتبعة في إعداد كل من الفتوى والاستشارة.

مهارات مقدم الاستشارة أو الفتوى القانونية

تعد الاستشارة والفتوى القانونية فناً يتم تقديمه بشكل خطي وفق نموذج يشمل على الوقائع والنصوص القانونية والإشكالية القانونية المطروحة بشكل واضح ودقيق وينتهي بالرأي القانوني والتفسير للنص التشريعي، مما يعني بالضرورة أن تتوفر فيه مهارات معينة تتمثل بالآتي:

1. العلم، بمعنى أنه يجب عليك الاطلاع على كافة التشريعات السارية ذات العلاقة.
2. المقدرة على التحليل لمعرفة أطراف الاستشارة أو الفتوى.

3. القدرة على الكتابة بلغة سليمة.

4. الاستنتاج وفق النصوص القانونية.

5. المهارات البحثية.

6. القدرة على استنباط الوقائع.

7. التجربة والمعرفة بعلم القانون وأصوله ومصطلحاته وفروعه.

8. التعرف على روح القانون بصورة موضوعية.

9. البعد عن النزعات الشخصية والميول السياسية.



من هم أطراف الاستشارة القانونية؟

إن أطراف الاستشارة والفتوى القانونية واحدة، فهما طرفان متقابلان يتمثلان في الجهة الحكومية والديوان من خلال المستشار، لذلك تم جمعهما تحت إطار موحد، وتتمثل هذه الأطراف بالآتي:

1. الجهة الحكومية طالبة الاستشارة أو الفتوى:

يتم إرسال طلب الاستشارة أو طلب الفتوى من قبل جهة حكومية، لاستيضاح حكم القانون بشأن مسألة معينة أو تفسير نص قانوني غامض.

انتبه

لا يقدم الديوان استشارة أو فتوى قانونية لأي جهة أو مؤسسة غير حكومية

على الرغم من أن التشريعات جاءت لتنظم المجتمعات والسلوك الإنساني، إلا أن هذه النصوص قد تثير التساؤلات حول مدى انطباقها على حالة معينة أو فئة محددة من عدمه، مما يدفع أصحاب العلاقة إلى الاستشارة وأخذ رأي أصحاب الاختصاص لبيان وجهة نظر القانون في النزاع أو المسألة القانونية، وهنا تظهر أهمية الاستشارة والفتوى القانونية، حيث يتم فحص القضية بقصد إيجاد الحل القانوني وجمع الأدلة وتمحيصها لاستيضاح الحكم القانوني الصحيح.

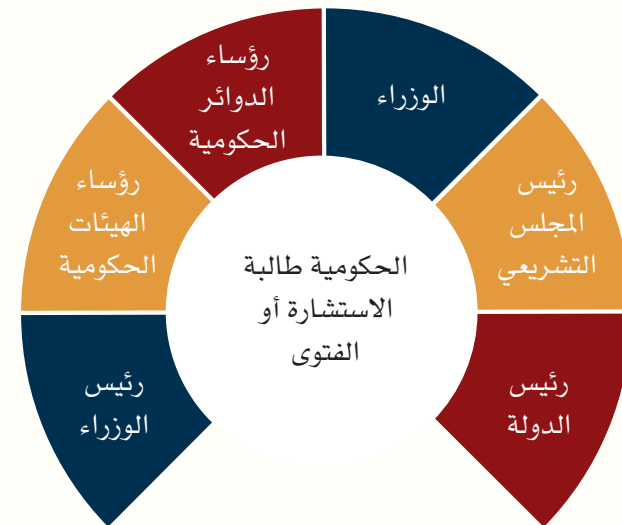


لماذا تحتاج الحكومة أو أي جهة حكومية إلى استشارة أو فتوى؟

لأن الحكومة أو أي جهة حكومية لديها أنشطة تقوم بها، وغالباً ما تكون موجهة للجمهور أو فئة محددة، فهي بحاجة إلى رأي قانوني آخر يعتبر بمثابة صمام الأمان عند اتخاذها أي إجراء أو قرار.

وتتمثل الجهة الحكومية بشخص طبيعي أو معنوي يجد نفسه أمام وضع أو موقف قانوني يتطلب اللجوء إلى الديوان، وذلك لمعرفة حكم القانون بشأن هذا الوضع، أو الوقوف على الآثار أو النتائج التي قد تترتب عليه أو تتفرع عنه، وما ينبغي عليه القيام به تجاه هذا الوضع أو الموقف صوتاً لحقوقه وحقوق الآخرين.

الجهات الحكومية طالبة الاستشارة أو الفتوى القانونية من الديوان.



2.المستشار:

الموظف القانوني المتخصص والمكلف بالرد على الفتاوى والاستشارات المحالة للديوان وفق الأصول من قبل الجهات الحكومية، ويقوم بالإجابة على الاستشارة أو الفتوى بصورة حيادية وعلمية وموضوعية، وفي الوقت المحدد، وفقاً لإجراءات الدليل.

المحور الثاني الاستشارة القانونية

مفهوم الاستشارة القانونية

تعرف الاستشارة لغة: بأنها الرأي الذي يبديه أحد الخبراء إما كتابةً أو شفاهياً، وقد عرفت الاستشارة قديماً بمصطلح الشورة، وهما مأخوذتان من الأصل الرباعي لكلمة شاور، ففي اللغة أشار عليه ونصحه ودله على وجه الصواب.

وشاوره في الأمر أي طلب منه المشورة والرأي، فالاستشارة أو المشورة تحملان معنى النصح وإبداء الرأي، حيث إنه غالباً ما تسميان بالنصيحة، وإن كانت لا تقدم للنصائح إلا بناءً على طلب منه وسؤال، وهي غير ملزمة للمستشير.

أما تعريف الاستشارة من الناحية القانونية (أو ما يصطلح عليه بالرأي القانوني والمشورة القانونية): هي بيان حكم القانون في مسألة ما قد تكون موضوع نزاع أو يحتمل أن تكون كذلك، حيث يسعى من خلالها طالب الاستشارة إلى معرفة حكم القانون بخصوص الموضوع المطروح.



ما هي الحالات التي يتم فيها طلب استشارة قانونية؟

هنالك العديد من الحالات التي تستوجب طلب استشارة، من أبرزها الآتي:

1. معرفة حكم أو موقف القانون بخصوص نزاع حاصل:

قد يواجه طالب الاستشارة نزاعاً بينه وبين أي جهة، سواء أكانت حكومية أم غير حكومية، وفي هذه الحالة يتم تقديم طلب الاستشارة إلى الديوان للتوصل إلى حل لهذا النزاع، لبيان الحكم القانوني بخصوص هذا النزاع.

مثال: أن يرد في طلب الاستشارة ما هي الجهة التي يتبع لها جهاز الضابطة الجمركية؟

تجدر الإشارة أن أغلبية النزاعات التي ترد بالديوان تدور حول تباعية الأجسام الإدارية.

2. معرفة حكم أو موقف القانون بخصوص نزاع من المتوقع حصوله مستقبلاً: قد يلجأ طالب الاستشارة في هذه الحالة للحصول على الحكم القانوني بخصوص

نزاع من المتوقع حدوثه مستقبلاً، وتحديد الآثار القانونية التي من الممكن أن تترتب عليه، وذلك بهدف تجنب هذا النزاع مستقبلاً، أو الضرر الذي قد يتعرض له طالب الاستشارة من جراء قيامه بأعمال معينة.

مثال: أن يرد طلب استشارة مضمونه، هل يجوز أن يكون الراتب التقاعدي للموظف أقل من الحد الأدنى للأجور؟ أو هل يجب تأمين المتدربين بمراكز التدريب المهني التابعة لوزارة العمل؟

3. معرفة الإطار القانوني لنشاط معين: قد لا يتمكن طالب الاستشارة من تحديد الإطار القانوني لنشاط معين، أي عدم تحديد التشريعات التي تحكم النشاط الوارد في طلب الاستشارة.

مثال: أن يرد في طلب الاستشارة سؤال حول ما هي التشريعات التي تنظم حق إنشاء النقابات العمالية؟

4. معرفة السند القانوني للحق: إذ إن هذه الحالة تحصل عندما لا تستطيع الجهة طالبة الاستشارة تحديد النص القانوني الذي يكفل الحق المحدد في الطلب، سواء أكانت النصوص الواردة في القانون الأساسي أم في التشريعات الأخرى.

مثال: أن يرد في طلب الاستشارة سؤال ما هو السند القانوني لممارسة حق الانتخاب؟

مراحل الاستشارة القانونية

بعد استلام المذكرة القانونية المطلوب إبداء الرأي بشأنها وتحويلها للدائرة المختصة في الديوان حسب الإجراءات المعتمدة، تتم الإجابة على الاستشارة القانونية على مرحلتين، هما:



وهذا يقتضي الغوص في الخطوات الواجب اتخاذها لتطبيق هاتين المرحلتين على الاستشارة القانونية، وذلك على النحو الآتي:



الخطوة الأولى: الاطلاع الأولي على الاستشارة

من الواجب على المستشار أن يقوم بالاطلاع بشكل أولي على الاستشارة للتعرف على موضوع الاستشارة المعروضة عليه ونوعيتها، إذ يوجد نوعين من الاستشارات، هما:

- استشارة منتهية بسؤال عام غير محدد حول الوقائع، مما قد يؤدي إلى الالتباس بالمعنى المقصود من السؤال، حيث يعود المستشار للوقائع والإجراءات، ويضبط جميع المشاكل التي يتعرض لها طالب الاستشارة والإجراءات المتخذة بخصوصها، ونتيجة لخلو هذا النوع من الاستشارات لأسئلة محددة مرتبطة بالوقائع التي تستعرضها المذكرة، يبادر المستشار بصياغة أسئلة ترتبط بالوقائع مفترضا نفسه مكان طالب المشورة أو أن يبادر للتواصل مع الجهة طالبة المشورة للوقوف على حقيقة المقصود من وراء هذه المشورة.

مثال: الوقائع التي تشير لنزاع ناتج عن عقد شراء مبرم بين جهة حكومية ما ومقاول، فيأتي السؤال من الجهة طالبة الاستشارة: ما هو الطرف الطارئ؟ أو ما هي القوة القاهرة؟



- استشارة تنتهي بسؤال أو أسئلة مباشرة ومحددة ترتبط بوقائع محددة من الاستشارة، فيتوجب البدء بقراءة الأسئلة المطروحة في المذكرة ثم العودة للوقائع لتحديد ما يتعلق منها بكل سؤال على حدة، وما هي الإجراءات المتخذة بالخصوص، الأمر الذي يؤدي إلى وقوف المستشار على الإشكالية أو المسألة موضوع الاستشارة ووقائعها بشكل مفصل مع الإجراءات المتخذة بالخصوص.

مثال: هل يمكن الدفع بعدم مشروعية قرار إغلاق صدر في حالة الطوارئ؟ ما هي الإجراءات التي ينص عليها القانون لإغلاق جمعية؟



الخطوة الثانية: الاطلاع على الوقائع وتحديدها ودراستها بشكل معمق (قراءة تفكيكية)

بعد الاطلاع الأولي من المستشار على المذكرة المطروحة عليه ودراستها بشكل معمق لاستخلاص وتحديد الوقائع محل الاعتبار في المسألة أو الإشكالية المطروحة والإجراءات المتخذة بهذا الخصوص.



ما المقصود بالوقائع والإجراءات؟

يقصد بالوقائع كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ويترتب عليه الأثر القانوني، كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كليا، فالواقعة التي تقع بفعل الطبيعة تسمى واقعة طبيعية مثل الوفاة، والواقعة التي تقع بفعل الإنسان تسمى واقعة اختيارية مثل الاستيلاء والحياسة.

أما الإجراءات فيقصد بها كل عمل مادي يتم اتباعه أمام الجهات القضائية والقانونية والرسومية، مثل تسجيل قطعة أرض أمام دائرة تسجيل الأراضي (الطابو)، أو الطعن في قرار إداري أمام المحكمة المختصة.

ويتوجب على المستشار خلال هذه الخطوة أن يقوم بـ:

1. تلخيص الوقائع والإجراءات التي تم التوصل إليها.
2. تصنيفها من حيث وقائع وإجراءات رئيسية أو ثانوية.

3. ترتيبها وفق معيار زمني وموضوعي، إذ إنه حسب المعيار الزمني يتم ترتيب الوقائع والإجراءات وفق التسلسل الزمني من الأقدم للأحدث، فقد يترتب مع مرور الزمن تقادم في دعوى أو اكتساب لحق، أما المعيار الموضوعي فيتم ترتيب كافة الوقائع والإجراءات التي تنظم نفس الموضوع وبصورة مترابطة.



إذا كانت الوقائع منقوصة أو غير مكتملة يتعين على المستشار ألا يكتفي بما عرض عليه من وقائع؛ بل عليه أن يبادر بطلب المزيد من المعلومات من طالب المشورة، وأن يطلع على الملفات والمستندات المتعلقة بالموضوع، ويستوضح من طالب الاستشارة حول ذلك بشكل شفهي أو كتابي، أي عليه أن يحيط علماً بكل جوانب وقائع الموضوع محل الاستشارة.



مثال: لو أن جهة حكومية أبرمت عقداً لتوريد لوازم، ونشأ خلاف بينها وبين المورد بخصوص تنفيذ العقد لتخلف المورد عن التوريد، وقامت الجهة الحكومية بتوجيه مذكرة حول إنهاء العقد المبرم، فهنا على المستشار الوقوف على حيثيات الأمور التي أدت لتخلف المورد، هل كانت نتيجة لقوة خارجة عن إرادة المورد أم نتيجة لخطأ المورد ذاته وفشله في تنفيذ العقد وغيرها من الحيثيات التي أثرت في التخلف عن التنفيذ. كما يتوجب الوقوف على الإجراءات المتخذة من جانب الجهة الحكومية المتعاقدة حسب القانون وأحكام العقد المبرم كالتنبية وفرض الغرامات أو اللجوء للوسائل الودية في حل النزاعات كالتفاوض المباشر وغيرها وحال نقصان مثل هذه الوقائع والإجراءات المبادرة لطلب المزيد منها من تلك الدائرة أو مقابلة المسؤولين عن هذا الملف للحصول على أكبر قدر ممكن من المعلومات، وهذا كله يشكل صورة متكاملة عن الأمر مما يسهل على المستشار وضع رأيه القانوني وفق تلك الوقائع، سواء بحق الدائرة الحكومية بفسخ العقد نتيجة لفشل هذا المورد في تنفيذ العقد أو عدم هذه الأحقية لأن التخلف عن التنفيذ عائد لقوة قاهرة خارجة عن الإرادة.

انتبه

- اختلاف الوقائع والإجراءات المقدمة يؤدي إلى اختلاف الرأي القانوني.
- إغفال بعض الوقائع والإجراءات يؤدي إلى إعطاء رأي قانوني ليس في محله.

الخطوة الثالثة: تكييف الوقائع المتعلقة بالموضوع وإعطائها الوصف القانوني الصحيح

بعد دراسة المستشار للوقائع المتعلقة بالمسألة أو الإشكالية المطروحة والإجراءات المتخذة بهذا الخصوص وتحليلها بشكل دقيق، يقوم بتكييفها أي إعطائها الوصف القانوني الصحيح، مع عدم التقيد بالوصف القانوني للوقائع التي ذكرها طالب المشورة.



مثال: لو ذكر طالب المشورة وصفاً معيناً للعقد المبرم بين جهة حكومية ومستشار لتقديم خدمات استشارية (دورة تدريبية) بأنه عقد مقاوله، فلا يتقيد المستشار بهذا الوصف؛ بل عليه أن يتأكد من طبيعة العقد ومكوناته ومحتوياته وإعطائه الوصف القانوني الصحيح وهو عقد شراء لخدمات استشارية، ويتوجب على المستشار تسجيل النتائج التي تم التوصل إليها من خلال بحثه للوقائع والإجراءات المعروضة.

إذ إن التكييف الصحيح يؤدي إلى نتيجة صحيحة ومقبولة، ويسهل على المستشار سلك الطريق السليم للبحث حول الاتفاقيات والتشريعات ذات العلاقة بالحقل القانوني الذي يندرج الموضوع تحت لوائه، وكذلك القضاء المختص بذلك، وتحديد المصدر التاريخي أو المادي لمثل هذا الموضوع، مما يسهل على المستشار بالاطلاع على تجارب مقارنة، وكيفية التعامل مع مثل هذه الوقائع وفقاً للتشريعات السارية وفقه القضاء.



مثال: لو أن موضوع الاستشارة حول الفضاء السيبراني والجرائم الناتجة عنها كتزوير المستندات الرسمية بطريقة إلكترونية، وكيفية تعامل الحكومة مع مثل هذه القضايا، فعلى المستشار تكييف الوقائع على أنها جرائم إلكترونية، وبالتالي تحديد النصوص القانونية المنطبقة، سواء في قانون العقوبات النافذ أم بوجود نصوص خاصة تحت عنوان «قانون الجرائم الإلكترونية»، لإعطاء الحل القانوني المناسب وفقاً لحكم القانون وفقه القضاء والفقهاء القانونيين المقارن.

الخطوة الرابعة: تحديد النصوص القانونية واجبة التطبيق

بعد تحليل الوقائع وإعطائها الوصف القانوني الصحيح، تبدأ خطوة تحديد النصوص القانونية واجبة التطبيق، بمعنى إعطاء الحل القانوني للمسألة أو الإشكال محل الاستشارة، ويتم ذلك وفق الآتي:

1. تحديد الإطار العام للموضوع (الحقل القانوني) الواجب البحث عن الحل من خلاله.

مثال: لو أن الوقائع المعروضة تشير إلى تعاقد الحكومة مع مقاول فيتم البحث في نطاق قانون الشراء العام وهكذا.



وعلى المستشار أن يدون ما يتوصل إليه عند تحديد الإطار العام الذي سيبحث عن الحل من خلاله.

2. تحديد القواعد القانونية القابلة للتطبيق، وتحديد شروط انطباقها على الوقائع المعروضة، واستبعاد النصوص غير المنطبقة لتخلف شروط تطبيقها.

وعلى المستشار أن يدون النتائج التي توصل إليها بهذا الخصوص.

أي أننا أمام مهمة حصر كافة التشريعات ذات العلاقة بموضوع الاستشارة، سواء كانت اتفاقيات أم تشريعات أساسية أم عادية أم ثانوية.

مثال: إذا افترضنا أن موضوع الاستشارة يتعلق بترقية موظف قانوني فلا بد من تحديد النصوص القانونية المتعلقة بالترقية وإجراءاتها المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية، علاوة على النصوص الخاصة بلائحة طبيعة العمل الخاصة بالقانونيين الخاضعين لقانون الخدمة المدنية، أو أن يكون موضوع الاستشارة يتعلق بالفساد فيجب حصر كافة التشريعات المتعلقة، وهي: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، قانون العقوبات، قانون مكافحة الفساد، قانون الإجراءات الجزائية ... إلخ.



وعند تحديد النصوص القانونية الواجبة التطبيق يذكر المستشار أرقام هذه النصوص مع ضرورة الانتباه إلى التعديلات على التشريعات، كما يقوم بمهمة التفسير لتلك النصوص القانونية حال غموضها ولا يقتصر عمله على التفسير بحرفية النصوص بل يتعمق في دلالتها وفقاً لقواعد التفسير المعتمدة، مع تفسير

مجموع النصوص دون الاقتصار على بعضها، إذ إن النصوص تفسر بعضها بعضاً في كثير من الأحيان وبهذا يقترب عمل المستشار من عمل القاضي.

الخطوة الخامسة: تطبيق النص القانوني على الوقائع

تعد هذه الخطوة من أهم الخطوات التي يقوم بها المستشار بتطبيق الخطوات السابقة على الوقائع للتوصل لحل قانوني يتناسب والوقائع المعروضة، وعلى المستشار خلال هذه الخطوة تفسير النص القانوني مستعيناً بالسوابق القضائية أي مجموعة القرارات الصادرة عن المحاكم ذات العلاقة بالموضوع؛ بهدف استنباط المبدأ القانوني، وذلك من خلال القراءة المتأنية لوقائع وحيثيات الحكم وتسيبته ومنطوقه، علاوة على ضرورة البحث والاطلاع على الكتب والمقالات والأبحاث الأكاديمية ليكون المستشار على دراية وإلمام بتفاصيل الحالة موضوع الاستشارة من ناحية علمية، وفهم كافٍ بالموضوع لتشكيل قناعة كاملة بالإجابة على الاستشارة هذا من جانب، ومن الجانب الآخر تعزيز الإجابة حول الموضوع بتفسيرات فقهية وقضائية.

ويعد التفسير من أهم الإجراءات لتطبيق النص القانوني على الوقائع، فإذا كانت القاعدة تحتمل أكثر من تفسير ويوجد اختلاف في التفسير فلا يكتفي المستشار بإيراد تلك الآراء وترك الاختيار لطالب المشورة؛ بل على العكس يتوجب أن يحسم الأمر ويختار الحل المناسب، مع الانتباه بأن ذلك الحل لا يجوز أن يكون لدوافع شخصية أو ارتباط مصلحي خاص، وإنما يجب أن يكون الحل الأنسب والأولى بالاتباع، كونه الثوب المعبر عن القاعدة القانونية محل التطبيق، مع تدعيم ذلك الرأي بنصوص تشريعية أخرى، وبأحكام قضائية خاصة المحكمة الدستورية أو العدل العليا أو محكمة النقض.

انتبه

بعد تفسير النصوص يتم إفراغ الوقائع في قالب النص التشريعي محل التفسير، وقياس مدى انطباق شروط ذلك النص القانوني على الوقائع والإجراءات المطروحة؛ وذلك بهدف إعمال القاعدة القانونية التي توصل إلى النتيجة، مع ضرورة الانتباه للحالات الاستثنائية التي تقرها النصوص محل التفسير.

ولتسهيل القيام بالخطوات السابقة يمكننا الاستعانة بالجدول الآتي:

طالب المشورة	المستشير
قد تكون مسألة أو إشكال أو عدة مسائل وإشكالات وبيان الوقائع والإجراءات بهذا الخصوص رئيسية كانت أم ثانوية	المسألة أو الإشكال محل الاستشارة
السؤال الأول السؤال الثاني وهكذا	السؤال / الأسئلة القانوني/ة المطروح/ة من المسألة أو الإشكال
تحديد النصوص القانونية وشروط التطبيق.	موقف القانون من السؤال / الأسئلة القانوني/ة المطروح/ة
ذكر اسم المحكمة ورقم الدعوى / القضية وسنتها وتاريخ الإصدار.	موقف القضاء
ذكر موقف الفقه حول المسألة أو الآراء الفقهية مع تدوين موقف المستشار من هذه الآراء بما يتوافق مع القاعدة القانونية محل التطبيق.	موقف الفقه
إعطاء الحل الأولي	النتيجة (الحل الممكن)

وبذلك يكون المستشار قد سيطر على الوقائع والمشاكل التي تعرض لها طالب المشورة، متعرضاً للنصوص التشريعية المنطبقة عليها والحلول بشأنها، وبهذا يكون بإمكانه تحرير الإجابة كاملة.

المرحلة الثانية الخطوات

بعد اطلاع المستشار على الوقائع المعروضة عليه وتحليلها وإعطائها الوصف القانوني الصحيح، وتحديد النصوص التشريعية الواجبة التطبيق على الوقائع، ومن ثم الوصول للحل القانوني بانطباق شروط تلك النصوص على الوقائع والإجراءات المطروحة، وتدوين ما تم التوصل إليه بهذا الخصوص، يتولى بعد ذلك صياغة وكتابة الاستشارة القانونية وفقاً لخطة معينة، أي أن الاستشارة تحتفظ بالمنهجية العامة من مقدمة وعرض وخاتمة، وعلى هذا الأساس سنتطرق للخطوات التي يتبعها المستشار القانوني ابتداءً من المقدمة مروراً بالعرض وصولاً للخاتمة.

الخطوة الأولى: الديباجة

تأتي صياغتها وفق المثال الآتي:

تاريخ تقديم الاستشارة

الجهة طالبة الاستشارة (فخامة رئيس دولة فلسطين/ دولة رئيس الوزراء/ معالي/ عطوفة)

تحية طيبة وبعد:

الموضوع:

نهديكم أطيب التحيات، فبالإشارة إلى كتابكم/ رسالتكم رقم () المتضمنة طلباً لإبداء الرأي القانوني بشأن

الخطوة الثانية: المقدمة

تشتمل المقدمة على مجموعة من العناصر، هي:

• تحديد الوقائع: على المستشار أن يضع على رأس المقدمة عرضاً للوقائع التي

أدت إلى تكوين موضوع المسألة أو الإشكال المطروح في المذكرة بشكل واضح ووفق تسلسل زمني ومنطقي للأحداث، كما يتم نقلها بصيغة قانونية كيفما جاءت بالاستشارة فهي حجر الأساس في تكوين الرأي القانوني الصحيح، إضافة لتحليل الوقائع لعناصرها المختلفة وتبسيط الوقائع المركبة والمعقدة، إذ إن بتحديد الوقائع يقوم بتحديد الإطار العام للواقعة محل الاستشارة.

• **تحديد المطلوب:** أي السؤال أو الأسئلة المطروحة ويشترط تعلقها بالوقائع المعروضة، وأن تكون مرتبطة بها حتى يمكن الإجابة عليها، وعندما لا يستطيع طالب الاستشارة تحديد السؤال فتكون مهمة المستشار افتراض السؤال في ضوء الوقائع المنتجة والكافية والصحيحة، فيفترض المستشار نفسه محل طالب المشورة، وي طرح على نفسه السؤال الذي كان على الجهة طالبة المشورة طرحه، أو المبادرة لسؤال الجهة طالبة المشورة للوقوف على المقصود من الاستشارة والأسئلة التي تدور في فلكها.

مثال: هل يجوز للموظف العام الصيدلاني المشاركة في مؤسسة صيدلانية؟

• **الإعلان عن التصميم:** أي الخطة التي يستعرض بها المستشار الرأي القانوني حول الوقائع والإجراءات المطروحة بالمذكرة المعروضة عليه مقسمة لمطالب أو بنود أو أقسام أو فروع، وهذا يكون وفق منهجية معينة تتناسب وموضوع الاستشارة وحجمها والإجابة عليها، إذ قد يكون كل سؤال والإجابة عليه موضوع كل مطلب أو بند وهكذا.

الخطوة الثالثة: العرض

1. تحديد الحقل القانوني (التكييف القانوني للوقائع)

أي تشخيص الوقائع المعروضة ومعرفة الإطار الذي يندرج موضوع الاستشارة تحت لوائه.

مثال: عقد شراء خدمات غير استشارية يندرج تحت إطار القانون العام ضمن القانون الإداري، ويسمى القانون المنظم قانون الشراء العام، وبذلك يستطيع المستشار منح الواقعة المصطلح القانوني الصحيح أي يخلق حلقة الربط مع القانون.

وتعد هذه الخطوة نقطة الانتقال من الوقائع إلى الإشكال القانوني، وإن مسألة

تحديد الحقل القانوني للوقائع، سواء أكان عاماً أم خاصاً، تحتاج إلى دراية ومعرفة من المستشار القانوني، وتتطلب إماماً بالنظام القانوني بكامله ولهيكلية هذا النظام، وفي نفس الوقت مواكبة التشريعات المنظمة لمختلف المجالات والتعديلات التي تطرأ عليها، وآخر المستجدات.

مثال: قانون الشركات هو قانون عام إذا نظرنا إليه من ناحية تنظيمه للعلاقات بين الشركاء، ولكنه يعتبر قانوناً خاصاً بالنسبة للقانون المدني باعتباره الشريعة العامة، حيث يتم الرجوع إليه عند غياب نص خاص في بعض الوقائع، وبالتأكيد بما يتناسب وطبيعة هذا القانون.

وتحديد الحقل القانوني الخاص بالنقطة القانونية المطروحة لا يتعين عدم الالتفات إلى الحقل القانوني العام، فقد تنتمي الوقائع في جانب منها إلى كل من الحقليين.

مثال: إن مجلة الأحكام العدلية تنظم أحكام المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار وهذا نص عام، إلى جانب هذا نجد تنظيماً للمسؤولية التقصيرية بموجب قانون المخالفات المدنية وهو قانون خاص، وبالتالي فهل هذا التجاذب والتداخل بين الحقليين تضاد وتنافر أم انسجام وتكامل؟ فهذا يعد تكاملاً وانسجاماً بين النصوص خاصة عند وجود الثغرات فيتم اللجوء من الخاص للعام لسد ذلك الفراغ أو الثغرات وعدم الاستسلام لعدم وجود نص قانوني يسعف المستشار.

لهذا يجب على المستشار القانوني تحديد الحقل القانوني بدقة، لأن هذا التحديد له تأثير كبير على مجرى التحليل وعلى نتيجة الاستشارة القانونية بصفة عامة، عند مرحلة تطبيق النصوص التشريعية على الوقائع أو إفراغها في قوالب النصوص التشريعية، وبهذا التحديد تبدأ عملية البحث عن النصوص الواجبة التطبيق على الوقائع.

2. تحديد النص الواجب التطبيق

بتحديد الوقائع وتشخيصها وإعطائها الوصف القانوني الصحيح أي معرفة الحقل القانوني أكان مدنياً أم تجارياً أم إدارياً أم دستورياً، ومعرفة القانون المنطبق بشكل دقيق، يكون المستشار قد رسم لنفسه طريق الوصول إلى النص التشريعي المنطبق على المسألة أو الإشكال داخل الحقل القانوني المحدد الذي يكون أحد فروع القانون الخاص أو العام كما أسلفنا، وبحصولنا على التشريعات ذات العلاقة



يقوم التحليل القانوني على فهم الفكرة العامة التي يتناولها النص والأفكار الثانوية التي يحملها النص، وتوضيح ذلك نصت المادة (511) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 1002م على: «تكون جلسات المحاكمة علنية إلا أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجرائها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو حرمة الأسرة». فنجد أن الفكرة العامة التي يتناولها النص هي علنية جلسات المحاكمة، أما الفكرة الثانوية التي يمكن استخلاصها من النص هي حالات انعقاد الجلسات بشكل سري، ومن ثم تقسيم مفردات النص والتعرف على المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل معنى بما يحقق الغاية والمعنى المقصود منه، وعند انحراف المعنى اللغوي عن المعنى الحقيقي للمصطلح يتوجب اعتماد المعنى الاصطلاحي.

4. فهم النص وتفسيره

أسلفنا أن مهمة المستشار في التعامل مع النص التشريعي كمهمة القاضي، فكما للقاضي أدوات يوظفها لحل المنازعات المعروضة عليه، حيث يلجأ لطرق التفسير من أجل الوصول لحكم، فالمستشار كذلك يلجأ إلى النصوص ويقوم بنفس عمل القاضي.



هل يوجد طرق للتفسير؟

ولا بد أن يلم المستشار باللغة باعتبارها وسيلة التعبير عن الإرادة، وبمجموعة من القواعد التي تساعد على تفسير النصوص التشريعية لاستظهار إرادة المشرع، وتسمى هذه القواعد طرق التفسير الداخلية ويستطيع بها المستشار أن يحلل النص ويفهمه بشكل منطقي واستنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة دون اللجوء لإيضاح هذا النص بوسائل ومستندات أخرى خارجة عن النص، كالتفسير من مفردات اللغة وتعابيرها، لذلك عليه العلم بالألفاظ مثل:

أ. الوجوب أو الإلزام: كاستخدام عبارات دالة على الوجوب مثل: (على المدعي، يجب، يلتزم)، فنجد نص المادة (2/61) من قرار بقانون الشراء العام رقم (8) لسنة 2014م وتعديلاته نصت على: «يجب على كل من الجهة المشتري ودائرة

بموضوع المذكرة فإننا نكون قد وضعنا حجر الأساس الذي نصل منه إلى النص التشريعي (القاعدة المنطبقة على الموضوع)، إذ نبدأ بعد ذلك بتفحص النصوص باحثين عن الخصوصية المطلوب المشورة بها، مع مراعاة مبدأ الخاص مقدم على العام ثم النص اللاحق يلغي السابق عن التعارض.

كما هو الحال في المادة (2/3) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964م التي نصت على: «يستكمل أي نص ورد في قانون الشركات ويفسر بالنسبة إلى كل شركة بالرجوع إلى عقد تأسيس الشركة ونظامها، وإلى أحكام قانون التجارة والعرف التجاري وأحكام القانون المدني واجتهاد رجال الفقه والقضاء وبالقدر الذي لا يتعارض وصراحة النص في هذا القانون».



لوقوف المستشار على النص التشريعي الصحيح الواجب التطبيق لا بد من معرفة حالة النص التشريعي من حيث السريان أو الإلغاء أو التعديل، والتقييد بمبدأ التسلسل التشريعي الذي يرجع إليه القاضي عند عدم وجود نص في التشريع.

3. تحليل النص القانوني

من المعروف أن القواعد القانونية لها صفة التجديد والعموم، وهذا بمفهوم الاستشارة القانونية يجعل منها قالباً تقاس عليه الوقائع المختلفة، فما انطبق عليها من الوقائع أخذ حكمها وما لم ينطبق عليها استبعد من التطبيق عليها، وكل قاعدة قانونية تتكون من عنصر أو عدة عناصر، وتحليلها يعني ردها إلى هذا العنصر أو هذه العناصر، ويستوي في ذلك أن تكون القاعدة القانونية موضوعية أو إجرائية أمرة أو مكملة، وأثناء التحليل كما أسلفنا قد يستند المستشار إلى اجتهادات قضائية ولآراء الفقهاء.

للولازم العامة ودائرة العطاءات المركزية أن تقوم بتحضير ملخص مختصر عن إجراءات عملية الشراء والاحتفاظ به، ويحدد النظام المعلومات التي يجب أن يتضمنها هذا الملخص».

ب. **النهى أو الحظر:** كاستخدام (لا يجوز، يمنع، يحظر)، إذ نصت أحكام المادة (26) من قرار بقانون رقم (11) لسنة 2018م بشأن التراث الثقافي المادي على: «يمنع القيام بأي من الأعمال التالية إلا بعد الحصول على ترخيص من الوزارة: 1. إجراء أي تغيير على التراث المنقول أو ترميمه أو صيانته. 2. نسخ أو تقليد التراث المنقول لاستخدامه لغايات مشروعة تحددها الوزارة.....»

ج. **الأمر:** هي النصوص التي لا يجوز استبعاد أحكامها أو الاتفاق على خلافها، كما هو الحال بسن الأهلية، إذ نصت المادة (1/2) من القرار بقانون رقم (21) لسنة 2019م معدل للتشريعات النازمة للأحوال الشخصية بشأن تحديد سن الزواج في دولة فلسطين على: «يشترط في أهلية الزواج أن يكون طرفا عقد القران عاقلين، وأن يتم كل منهما ثمانية عشر سنة شمسية كاملة».

د. **المخالفة:** أي الحكم على واقعة بعكس الحالة التي يتناولها النص القانوني، فنجد نص المادة (294) من مجلة الأحكام العدلية تنص على: «إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع»، فمن الممكن أن نستنتج وبمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم يفسخ العقد ويسترد المشتري الثمن.

أما طرق التفسير الخارجية: يستعين بها المستشار للوقوف على تحليل النص من خلال الاستعانة بحكمة التشريع وغايته، إذ إن المشرع لا يضع نصاً بشكل اعتباطي، وإنما يسعى من ورائه لتحقيق حكمة أو غاية ما، وهذا يساعد على استنتاج الحكم من النص.

مثال: المادة (400) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م عندما شددت العقوبة على جريمة السرقة عند استجماع خمس حالات في هذه الجريمة وهي توافر الليل بالمعنى الفلكي أي من الغروب للشرق وبفعل أكثر من شخص يحملون جميعهم أو واحد منهم سلاحاً ظاهراً أو مخفياً ويقومون بالدخول لمكان معد لسكن الناس أو ملحقاته مع استخدام التهديد بالسلاح أو ضروب العنف لهيئة الجناية أو تسهيلها أو



تأمين هروب السارقين أو الاستيلاء على المسروق، فإن المستشار يفسر بأن السرقة التي تقع في مثل هذه الظروف في أثناء الليل هي أشد خطراً من السرقة التي تقع في وضوح النهار وبأكثر من فاعل وباستخدام القوة وبالدخول لمكان معد لسكن الناس أو ملحقات هذا المكان يعد أمراً يستوجب تشديد العقاب.

وكذلك من الطرق الخارجية الأعمال التحضيرية وهي جميع الأعمال التي تسبق صدور التشريع، فقبل إقراره يمر بأدوار متعددة يناقش فيها التشريع وتدرس نصوصه وهذا من شأنه زيادة الوضوح للنص التشريعي، علاوة على مصادر التشريع أي الأساس الذي أخذ منه التشريع، فلو تحدثنا على قانون الأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976م وتعديلاته لوجدنا أن الشريعة الإسلامية وعلى وجه التحديد مذهب أبو حنيفة النعمان هو المصدر التاريخي لهذا التشريع، ورجوع المستشار لهذه المصادر تعينه على تفسير النص.

5. تطبيق النص على الوقائع

بعد تحليل النص والوقوف على مضمون النص التشريعي ومعرفة شروط الانطباق، يتم تطبيق الشروط التي افترضها النص على الوقائع للوصول للحل القانوني وفقاً للنص.

الخطوة الرابعة: الخاتمة

يخلص المستشار من تطبيق النصوص على الوقائع عن طريق إفراغ الوقائع في قوالب النصوص للحل، وبالتالي تكوين الرأي القانوني يحمل فائدة عملية لطالب الاستشارة، كما يجب أن يتيح الرأي القانوني لطالب المشورة تقديم بدائل قانونية إذا كانت الوقائع تحتمل ذلك، وإلا فإن الجزم والقطع هو ما يريده طالب المشورة ويرتاح إليه.

ضوابط كتابة الاستشارة (الرأي القانوني):

يجب الالتزام والتقيد بالضوابط التالية عند كتابة الرأي القانوني:

1. الإجابة على المسائل القانونية يكون بواسطة فقرات، حيث تخصص لكل مسألة قانونية فقرة خاصة بها تشمل وقائعها وسؤالها القانوني وحلها القانوني وجوابها الفرعي بهذا الترتيب.

المحور الثالث الفتوى القانونية

2. استخدام عبارات بسيطة مكونة من جمل قصيرة وهادفة بدل الجمل الطويلة المملة.
3. تجنب المصطلحات القانونية المعقدة، لأن من يتلقى الرأي القانوني ليس بالضرورة أن يكون ملماً بالقانون.
4. تجنب المصطلحات العامة، إذ لا يفضل استخدام "لا يوجد ما يمنع .." عند كتابة الرأي القانوني.
5. استعمال الكلمات الصحيحة دون التردد في البحث عن مدلول الكلمات في المعجم القانونية.
6. تفادي الإطناب الممل، والابتعاد عن السرقة الأدبية.
7. الاهتمام بجانب اللغة والوضوح وتبسيط الموضوع بشرط عدم الإخلال بالمستوى والأسلوب القانوني، إذ يستلزم ذلك التحليل بأسلوب الجدل المنطقي، لذلك تستعمل بعض الكلمات للتدليل، مثل: من حيث، بما أن، بناءً عليه، لهذه الأسباب.
8. الكتابة بأسلوب علمي منطقي وليس بأسلوب أدبي وخطابي.
9. الابتعاد عن استعمال الألفاظ غير الدقيقة أو المبالغ فيها.
10. الاستخدام الصحيح لعلامات الترقيم.
11. الالتزام بالشكل العام عند طباعة الاستشارة.

يجب الابتعاد عن صيغة المفرد أو الجمع (أنا، نحن، أرى، نرى) وضمير المخاطب (أنت، أنتم).

انتبه

في الدائرة في هذه الحالة اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الصواب من بين باقي المعاني الأخرى (المقاصد التشريعية).

مثال: مصطلح «الأعمال التجارية» الوارد في المادة (219/أ) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964م وتعديلاته، فهل هذا المصطلح يشمل عملية فتح الحساب وإجراء التعاملات المصرفية؟



2. نص قانوني متعارض: تتحقق هذه الحالة عندما يكون هنالك تعارض أو تناقض بين أحكام مادتين أو أكثر، بغض النظر عن كون هذه النصوص تنتمي إلى ذات التشريع أو إلى تشريع آخر. وهنا يقع على عاتق المستشار إزالة هذا التعارض، بحيث لا تبقى إلا قاعدة قانونية واحدة واجبة الاتباع، وذلك عن طريق الاعتماد على مجموعة من القواعد الدستورية والفقهية التي يمكن من خلالها رفع هذا التعارض وإزالته، ومن الأمثلة على هذه القواعد الآتي:

أ. قاعدة هرمية التشريعات: تم بموجب هذه القاعدة تصنيف التشريعات من حيث قوتها الإلزامية، وفقاً للرسم البياني الموضح أدناه، وذلك استناداً إلى قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تفسيري دستوري رقم (2017/5)، بحيث تكون التشريعات الواردة في قمة الهرم هي الأقوى والواجبة التطبيق في حالة التعارض مع أي تشريع آخر أدنى منها في الترتيب.

التدرج الهرمي للمنظومة القانونية الفلسطينية



تعد الفتاوى أحد مهمات المستشار القانوني التي يقوم بها وفق منهجية معينة تهدف إلى تفسير النص القانوني للوقوف على حكمه وتطبيقه، وبهذا قد تتشابه الفتاوى القانونية مع الاستشارات ببعض الإجراءات كقراءة النص وتحليله، إلا أنها قد تختلف بالمنتج وبعضاً من الإجراءات التي وصلت له.

ونتيجة لهذه الأهمية سنتناول الفتاوى القانونية بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

مفهوم الفتوى القانونية

يقصد بالفتوى القانونية تفسير النصوص القانونية، لذا يجب أن نوضح أولاً التفسير القانوني في إطار مفهومه العام، وللوقوف على المعنى الدقيق لمهية التفسير القانوني يجب أولاً أن نحدد مفهومه في اللغة، إذ يقال فسر الشيء يفسره ويبينه.

ويعرف التفسير في الاصطلاح القانوني بأنه تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي تسحب عليها أحكامها، وإيضاح ما غمض من هذه الأحكام، واستكمال النقص، وإزالة التناقض أو التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية.

وبناءً على ما سبق، نستطيع أن نعرف الفتوى على أنها تفسير القاعدة القانونية، وإزالة ما يكتنفها من غموض أو لبس أو تعارض، وبالتالي حسم الخلاف من أجل تطبيقها.



ما هي الحالات التي يتم فيها طلب الفتوى القانونية؟

تختلف حالات طلب الفتوى القانونية عن حالات طلب الاستشارة القانونية، فهناك العديد من الحالات المحددة تدفع الجهة الحكومية إلى تقديم طلب فتوى إلى الديوان، وتتمثل هذه الحالات بالآتي:

1. مصطلح أو نص قانوني غامض: ويقصد به عدم وضوح عبارات النص بحيث يجعله يحتمل أكثر من معنى، ومن أبرز أسباب هذا الغموض وجود الألفاظ المشتركة ذات المعاني المتعددة، أو قد يكون بسبب أسلوب النص نفسه، حيث يكون أسلوب صياغة النص معقد اللفظ والتركيب، وهنا يقع على عاتق المستشار

ب. قاعدة اللاحق ينسخ السابق: تقضي هذه القاعدة بأن التشريع الذي يكون تاريخ إصداره وسريانه أحدث هو التشريع الواجب تطبيق أحكامه، بشرط أن يكون هذين التشريعين متساويين في القوة الإلزامية، إذ بموجب هذه القاعدة يتم إلغاء القاعدة القانونية السابقة عن طريق إنهاء سريانها وتجريدها من قوتها الإلزامية، وإحلال القاعدة القانونية ذات التاريخ اللاحق مكانها، ويتم الاستناد إلى هذه القاعدة عندما يكون هنالك إلغاءً ضمناً للتشريع السابق.



مثال: نصت المادة (37) من قانون المواصفات والمقاييس الفلسطينية رقم (6) لسنة 2000م على: «يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون»، ونجد أن حكم هذه المادة أنهى سريان كل من قانون الأوزان والمقاييس والمكاييل رقم (2) لسنة 1947م، وقانون الأوزان والمقاييس والمكاييل رقم (8) لسنة 1953م، وتجريد نصوص هذين القانونين من قوتها الإلزامية.

ج. الخاص يقيد العام: تعني هذه القاعدة أنه في حال وجود نص قانوني خاص يقوم بتنظيم أمر معين، وقد صدر نص قانوني عام لاحق على النص القانوني الخاص، ففي هذه الحالة لا يقوم النص القانوني العام بنسخ النص القانوني الخاص، بحكم أن النص القانوني الخاص ينظم الحكم بصورة أدق ويتناسب مع الموضوع المراد تنظيم أحكامه.



مثال: نجد أن النصوص الواردة في قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م بأحكام تعاطي المسكرات والمخدرات هي نصوص عامة، وبالتالي فإن النصوص الواردة في القرار بقانون رقم (18) لسنة 2015م بشأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية هي نصوص خاصة تعلق في التطبيق وتتقدم على النص الوارد في قانون العقوبات.

مراحل الفتوى القانونية

تمر الفتوى القانونية بالمراحل الآتية:

المرحلة الأولى: تحديد هوية النص التشريعي

من الواجب أن تتضمن المذكرة التي موضوعها تفسير أي نص قانوني، الإشارة الصريحة للنص الغامض أو المتعارض المراد تفسيره، ليتمكن المستشار من الوقوف على النص المطلوب تفسيره، مع الإشارة إلى أن الفتوى قد تقترن أحياناً بسؤال معين، إلا أن هذا لا ينفي صفة الفتوى؛ بل يقترن بالنص المطلوب تفسيره.

وهنا يجب على المستشار القانوني تحديد هوية النص ومكانته من حيث الهرمية التشريعية أي هل هو نص دستوري أو تشريع عادي أو ثانوي وهكذا، وقد يكون موضوع الفتوى نصاً تشريعياً أو عدة نصوص كما هو الحال في قرار مجلس الوزراء رقم (7) لسنة 2020م بنظام الاعتراف ومعادلة الشهادات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الفلسطينية المعترف بها والقرار بقانون رقم (6) لسنة 2018م بشأن التعليم العالي، وعليه يتوجب على المستشار أن يحدد فيما إذا كان النص متكاملًا أو أنه جزء من نص أكبر، وبالتالي تحديد العلاقة بين تلك النصوص كما هو الحال في قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966م بالنسبة لموضوع يتعلق بالرهن التجاري، فهنا يتم اللجوء فوراً للأحكام الناظمة للرهن التجاري كونها نصوصاً خاصة متعلقة بالموضوع، مع العودة كلما اقتضى الأمر للنصوص العامة المتعلقة بمن هو التاجر وما هي الأعمال التجارية وهكذا، ويتم ذلك من خلال قراءة كاملة للتشريع، ومن ثم تحديد الفصل المعني بالنص أو النصوص موضوع الفتوى وصولاً للنص أو النصوص المستهدفة، والوقوف قدر الإمكان على المصدر المادي لهذا النص أو النصوص وموقف القانون المقارن.



النص التشريعي ما هو إلا جزء من نظام قانوني متكامل، لذا يقع على عاتق المستشار الإلمام الكافي بالنظام القانوني، إذ لا يمكن تفسير النص بمعزل عن البيئة التي يحيا بها، لأن ذلك يوصلنا لمعنى مغاير لحقيقة النص أو مفهوماً خاطئاً، علاوة على المعرفة بالتوجه التشريعي المتبنى لطرق التفسير ومناهجه، إضافة لموقف القضاء والفقهاء حول النص التشريعي، وهذا كله يمكن المستشار من تحديد موضوع النص.

المرحلة الثانية: تحديد موضوع النص

يقوم المستشار في هذه المرحلة بالآتي:

1. تحديد المحتويات والموضوع التي يحتوي عليها النص أو النصوص، وهذا يكون من خلال قراءة النصوص مع تجاهل أرقامها أي كأنها نص واحد للتمكن من استنتاج الفكرة العامة والخاصة الذي يتناولها النص أو النصوص.
2. البحث المستشار عن كافة الأفكار المتعلقة بهذه الفكرة العامة والخاصة ليتمكن من تحليل النصوص.

مثال: المادة (37) من قرار بقانون رقم (10) لسنة 2018م بشأن الجرائم الإلكترونية التي نصت على: «يعتبر الدليل الناتج بأي وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات أو أنظمة المعلومات أو شبكات المعلومات أو المواقع الإلكترونية أو البيانات والمعلومات الإلكترونية من أدلة الإثبات»، والفكرة التي يتناولها هذا النص أن الدليل الإلكتروني هو دليل مقبول لغايات الإثبات.

3. الوقوف على نطاق تطبيق النص أو النصوص من حيث الزمان والمكان والأشخاص.

وهذا كله يساهم في سلوك المستشار الطريق الصحيح بالبحث عن الأحكام القضائية ذات العلاقة بالنص المفسر والسوابق القضائية للدول المجاورة، علاوة على البحث في المصادر الفقهية كالكتب والمقالات والأبحاث الأكاديمية التي تساهم في التحليل والتفسير الصحيح للنص التشريعي، والتعرف على الاتجاهات القضائية والسياسة المتبناة حول ما يتناوله النص التشريعي، إضافة للمنظور الفقهي للموضوع، وكله يصب في ميزان التحليل الصحيح للنص.

المرحلة الثالثة: تحليل مضمون النص

بعد قيام المستشار بتحديد الأفكار التي يتضمنها النص أو النصوص محل الفتوى وفصل كل منهما عن الأخرى، يقوم بتفسير النص أو النصوص متقيداً بالمبدأ الذهبي «النص ولا شيء غير النص» من خلال تفكيك النص، وهذا يكون من خلال تحديد الفرض (الحالة التي يعالجها النص)، وحكم القانون لهذا الفرض الذي يستخرجه المستشار من النص ذاته، ويكون ذلك بالاستناد إلى طرق التفسير

المتعمدة الداخلية والخارجية وفق ما أسلفنا سابقاً، وتتم وفق التفصيل الآتي:

- قد تكون ألفاظ النص وتعاييره ذات دلالة واضحة ومباشرة على المعنى لا تحتمل أي لبس، فتكون بصدد نص بسيط لا يحتاج إلى الجهد في الفهم أو التفسير. مثال: المادة (45) من القانون الأساسي لسنة 2003م وتعديلاته: «يختار رئيس السلطة الوطنية رئيس الوزراء ويكلفه بتشكيل حكومته وله أن يقبله أو يقبل استقالته، وله أن يطلب منه دعوة مجلس الوزراء للانعقاد»، إذ إن هذا النص واضح صريح ولا يقبل التأويل.

- قد يكون النص غير واضح الدلالة على المعنى بصورة مباشرة، فهنا لا بد من بذل الجهد لفهم معنى النص من دلالاته وعدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ والتعابير التي إذا وقفنا عندها أدت إلى معنى متناف مع العقل أو المنطق، ودلالة النص هنا هي ما يدل عليه النص لكنه لم يفصح به.

مثال: المادة (2/13) من قانون المواصفات والمقاييس رقم (6) لسنة 2000م وتعديلاته، نصت على الآتي: «يمارس المدير العام الواجبات والصلاحيات التالية: ... إدارة أعمال المؤسسة والإشراف على موظفيها وشؤونها الفنية وفقاً لنصوص هذا القانون والتعليمات الصادرة بمقتضاه».

إذ إن هذا النص غير واضح الدلالة على المعنى بصورة مباشرة، فيما يتعلق بالإشراف على الموظفين، فهل الإشراف على الموظفين يمنح الحق للمدير العام للمؤسسة نقل أو ندب أو إعاره أحد الموظفين في المؤسسة؟

كما يمكن أن تتضمن مذكرة التفسير القانوني عرضاً لحالة واقعية، بطلب تفسير النص ومدى انطباق النص أو النصوص المفسرة على هذه الوقائع، وهذا يتم بالتسلسل الآتي، وبذات التفاصيل التي تم الإشارة إليها أعلاه.



ويتم تفسير النص التشريعي بوسائل داخلية وخارجية:

- **الوسائل الداخلية:** مجموعة الوسائل والأساليب المستخدمة لتحليل النصوص التشريعية بأسلوب منطقي علمي للوصول إلى المعاني الحقيقية لنص معين، ومقابلته مع عدد من النصوص الأخرى والموازنة أو المفاضلة بينهما، حتى يستطيع استنباط الأحكام المطلوبة منه بشكل مباشر دون اللجوء إلى أي وسائل خارجية أخرى.
- **الوسائل الخارجية:** الطرق التي تخرج عن ذات النص وألفاظه وعباراته ويلجأ إليها المستشار إذا كان اللجوء لهذه الطرق ضرورياً لفهم معنى النص، ومن هذه الطرق: غاية المشرع، الأعمال التحضيرية، المصدر التاريخي.

المرحلة الرابعة: الوصول إلى الفتوى

يتم الوصول لحكم القانون من خلال التحليل القانوني للنص، إذ يتكون النص القانوني من حكم وفرض، فالفرض هو الحدث الذي يتوقع المشرع حدوثه في الواقع، أما الحكم فهو الحل القانوني الذي قرره المشرع في صورة تحقق ذلك الفرض.

المرحلة الخامسة: المخطط

الخطة التي يستعرض بها المستشار تفسير النص التشريعي حول الفرض والحكم في النص القانوني وشروطه واستثناءاته مقسمة لمطالب أو بنود أو أقسام أو فروع، وهذا يكون وفق منهجية معينة، إذ قد يكون كل فرض وحكمه في بند أو قسم أو فرع وهكذا.

المرحلة السادسة: تحرير الفتوى

يتم تحرير الفتوى وفق الآتي:

- الديباجة

تاريخ تحرير الفتوى

الجهة طالبة الفتوى (فخامة رئيس دولة فلسطين/ دولة رئيس الوزراء/ معالي/ عطوفة....)

تحية طيبة وبعد:

الموضوع: (النص/ النصوص محل الفتوى)

نهديكم أطيب التحيات، فبالإشارة إلى الموضوع أعلاه، وعطفاً على كتابكم/ مراسلتكم رقم () المتضمنة تفسير نص / نصوص المادة / المواد

- **مقدمة:** تتضمن ملخص عن الفتوى والنصوص التشريعية، إذ يتم ذكر النصوص التشريعية بأرقامها، والتشريع الذي صدرت بموجبه مع رقم التشريع وسنته، والإشكالية المترتبة على عدم وضوح النصوص محل الفتوى.
- **العرض:** يحتوي هذا الجزء على التحليل والتفسير للنص أو النصوص، وتناول جميع الأفكار التي تناولها النص أو النصوص محل الفتوى، مستندا للقاعدة الذهبية «من النص وإلى النص».
- الاستنتاج والتفسير القانوني النهائي.

ضوابط كتابة الفتوى القانونية:

إضافة لما تم ذكره من ضوابط عند كتابة الرأي القانوني في الاستشارة، يجب الانتباه للضوابط التالية والتقيد بها عند صياغة التفسير للنص التشريعي:

1. تجنب الغوص في النظريات المهجورة في تفسير النص التشريعي.
الانتباه للأحكام القضائية الصادرة بخصوص تفسير نص تشريعي، كأحكام المحكمة الدستورية العليا، وعليه يتم الإشارة لذلك الحكم.

2. الاهتمام بالوثائق الخاصة بالعمل التشريعي:

- مذكرات السياسة التشريعية.
- المذكرات الإيضاحية والتفسيرية.
- وثيقة قياس الأثر.

الفتوى كاشفة غير منشئة لمضمون الحكم الذي انتهت إليه.

انتبه

الملحق الأول: نموذج استشارة قانونية

تاريخ تحرير الاستشارة

الجهة طالبة الاستشارة (فخامة رئيس دولة فلسطين/ دولة رئيس الوزراء/
معالي/ عطفة)

تحية طيبة وبعد:

الموضوع:

نهديكم أطيب التحيات، فبالإشارة إلى كتابكم/ رسالتكم رقم () المتضمنة طلباً
لإبداء الرأي القانوني بشأن

المقدمة

- الوقائع بشكل محدد.
- ما هو المطلوب من مذكرة إبداء الرأي (الاستشارة) - السؤال/ الأسئلة المطروحة.
- بيان خطة الاستشارة.

العرض

- التكييف القانوني للوقائع المحددة في المقدمة (المجال القانوني "عام / خاص" والفكرة التي تدور حولها الوقائع).
- النص/ النصوص التشريعية الواجبة التطبيق على الوقائع.
- تحليل وتفكيك النصوص التشريعية.
- فهم النص وتفسيره.
- تطبيق النص/ النصوص المفسرة على الوقائع.

الخاتمة

- ملخص بسيط عن التحليل وانطباق القانون على الوقائع.
بناءً عليه / لذلك كله

الملاحق

الملحق الثاني: نموذج فتوى قانونية

تاريخ تحرير الفتوى

الجهة طالبة الفتوى (فخامة رئيس دولة فلسطين/ دولة رئيس الوزراء/ معالي/
عطوفة)

تحية طيبة وبعد:

الموضوع:

نهديكم أطيب التحيات، فبالإشارة إلى الموضوع أعلاه، وعطفاً على كتابكم/ مراسلتكم
رقم () المتضمنة تفسير نص/ نصوص المادة / المواد

المقدمة

- ملخص عن الفتوى والنصوص التشريعية.
- الإشكال المترتب على غموض النص التشريعي، إن وجد.

العرض

- الأفكار التي تناولها النص التشريعي أو النصوص وتحليلها وتفسيرها.

الاستنتاج

- التفسير الذي تم التوصل إليه.