

المحاضرة الأولى : منهجية تحليل النصوص القانونية



إشكالية النقد لدى الطلبة الجامعيين

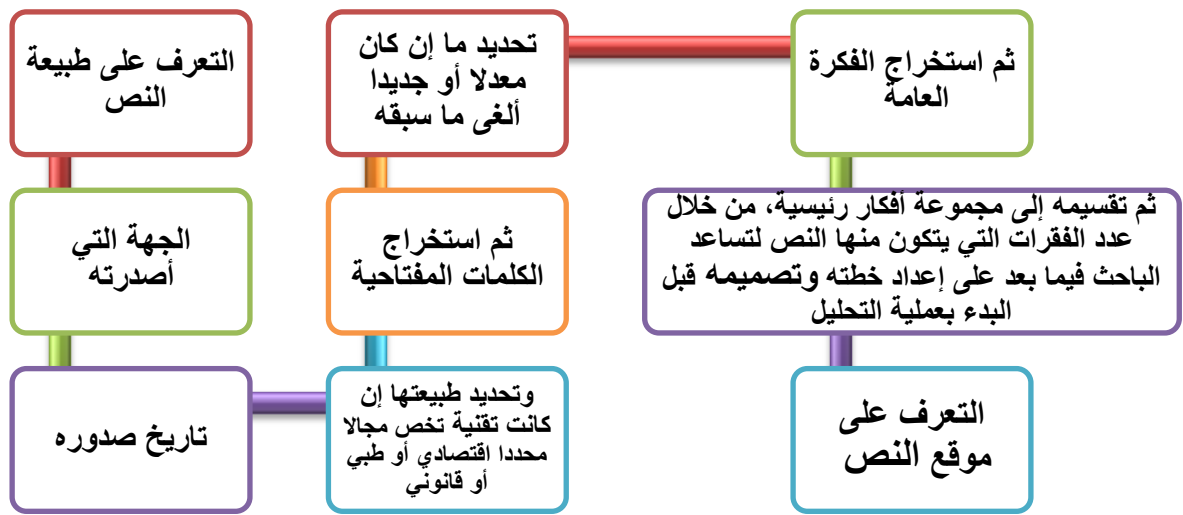
لا يخفى على أحد بمكان أنه عند التعامل مع الطلبة وطرح مسألة التصدي للمواد القانونية عن طريق شرحها يتضح أنهم يتعاملون معها على أنها قرآن منزل غير قابل لأي نقد، وأن لا اجتهد مع صراحة النص، لذا كان يجب التفكير مليا لإيجاد طريقة أو آلية يمكن تعميمها لبناء جيل ناقد لا يقبل الأمور كما هي ويمكنه أن يصلح ويبني المستقبل عن طريق آرائه وانتقاداته.

مفهوم التفسير

التفسير ما هو إلا عملية عقلية علمية يراد بها الكشف عن المصلحة التي تهدف إليها الإرادة التشريعية وحكمة التشريع للحكم في الحالات الواقعية وتطبيق القانون على وقائع الحياة الفردية والاجتماعية بتطوراتها الراهنة والمستقبلية فلا يقف تفسير القانون جامدا عند حد معين لا يتجاوزه هو وقت صدور التشريع وإنما يتطور مع تطور الحياة. وهذا هو التفسير المتطور في حقيقته ومعناه



المرحلة التحضيرية وفيها يتم جمع جميع المعلومات المتعلقة بالنص



موقع النص

وعلى الباحث أيضاً أن يتعرف على موقع النص ما قبله وما المواد التي تأتي بعده فأى قسم يتبع أو فصل أو باب، لأن النصوص القانونية عادة لا تكون منعزلة عن النص العام، وهل هناك اجتهادات قضائية بخصوص مضمون النص وذلك للاستعانة بها عند التحليل، إلى جانب آراء الفقه.

المرحلة التحريرية



المقدمة:

- تتضمن بدورها مجموعة من العناصر الواجب احترامها منها:
- وضع التصور العام للموضوع لأنه بتحديد الفرع والمجال الذي يتحدث عنه النص موضع التحليل، يمكن تصور الإطار العام الذي تتبع منه الإشكالية التي سيعمل الباحث على إيجاد إجابة لها في العرض.
- التعرض للنص من حيث طبيعته ونوعه ونوع أحكامه وقواعده هل هي أمرة أم مكملة هل هي إلزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، هل هي موجهة لسلطة عامة أم للأفراد مع التبرير.
- تحديد ما إن كان النص قاعدة عامة أم استثناء من الأصل، وما إن كان نصاً عاماً أو نصاً خاصاً يعالج مسألة معينة.
- التعرض للفكرة العامة التي يعالجها النص وطرح إشكال بصدها ثم الإعلان عن الخطة التي يعتزم الباحث اتباعها بناء على الإشكال الذي طرحه، والتي يفترض بها أن تكون متوازنة ولا تخرج عن الموضوع.

العرض:

- فيقوم فيه الباحث بالتطرق بنوع من التفصيل لكل جزئية من الخطة التي اتبعها في عملية التحليل فيلجأ تارة إلى الاستنتاج عن طريق القياس من باب أولى وبمفهوم المخالفة، أو مستخدماً أسلوب المقارنة بين الوقائع القانونية المتشابهة، مستنداً في ذلك إلى الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، للتماشي مع الأفكار التي توصل إليها.
- ثم يلجأ الباحث إلى محاولة تقييم الوقائع القانونية المنظمة بموجب النص القانونية بتحديد إيجابياتها وسلبياتها، ومدى تناسبها مع الواقع المعاش وكذا مع عاداته وتقاليده.

الخاتمة:

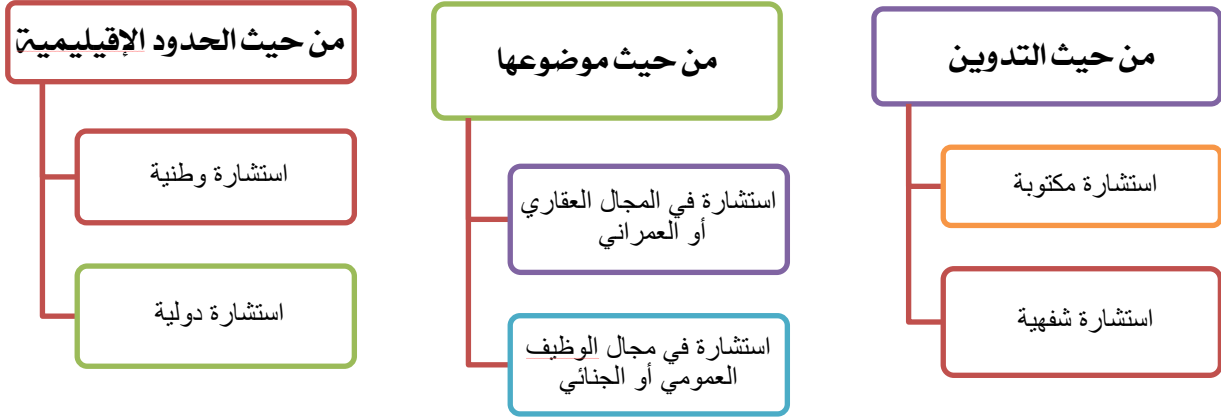
فيضع فيها الباحث مجمل استنتاجاته التي توصل إليها عن طريق قناعته، تليها مجموعة من التوصيات ترمي إلى تعديل النص أو إلغائه وحسن تطبيقه على أرض الواقع مع اقتراح البديل ما أمكن.

المحاضرة الثانية: الاستشارة القانونية

تعريف الاستشارة القانونية

هي عبارة عن رأي قانوني قد يكون مكتوباً أو شفهياً يقوم بتقديمه المستشار القانوني، بناءً على طلب أو لتقديمه لطرف آخر في الاتفاقية أو العقد، وتوضح النتيجة القانونية حول موضوع الاستشارة دون توضيح الأسباب التي استند عليها في نتيجته.

أنواع الاستشارة



من أهداف الاستشارة التعرف على:



أطراف الاستشارة

المستشير
طالب
الاستشارة

+

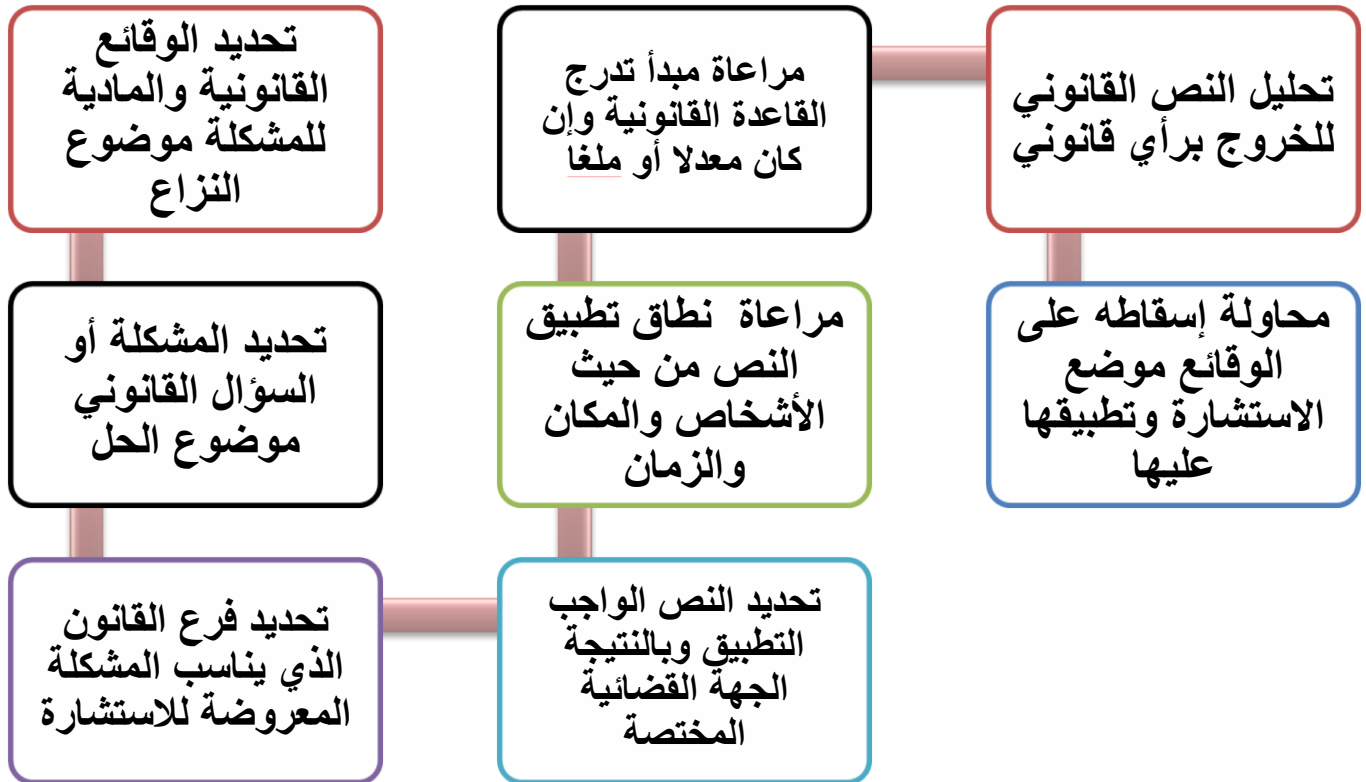
المستشار
وعادة ما
يكون
محامياً

استشارة
قانونية



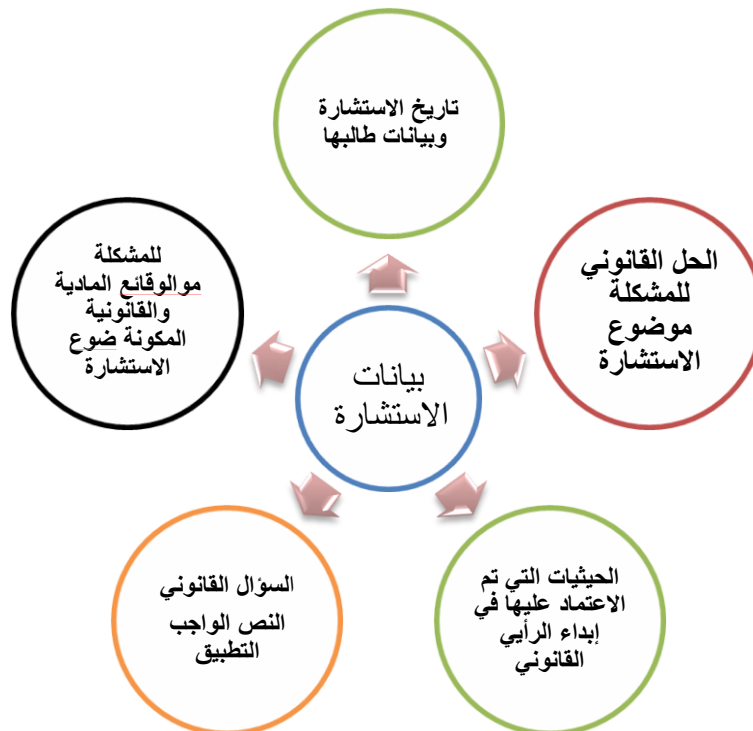
خطوات الاستشارة القانونية

المرحلة التحضيرية



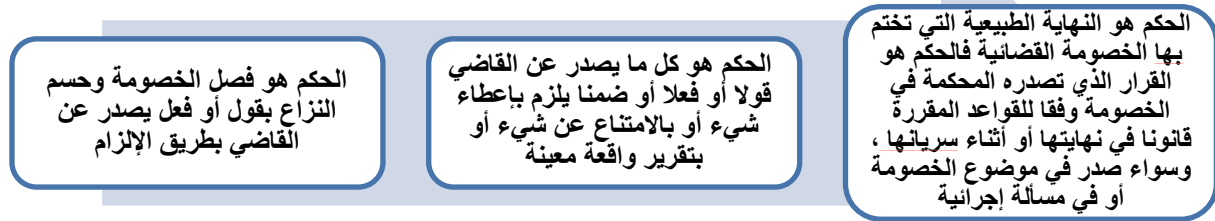
المرحلة التحريرية

ينبغي التنبيه هنا أن الاستشارة القانونية ليست بمقال، بل هي وثيقة تحتوي على مجموعة من البيانات

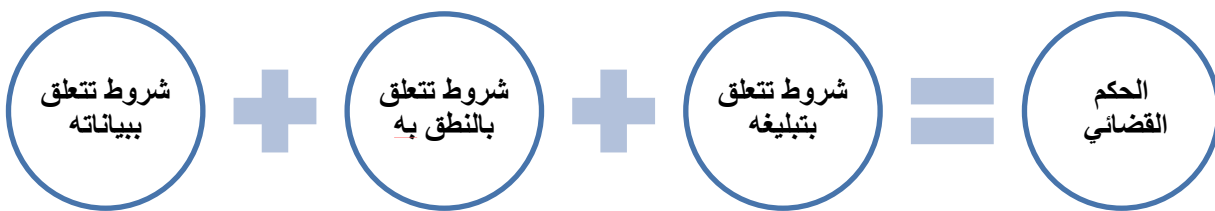


المحاضرة الثالثة: منهجية التعليق على حكم قضائي

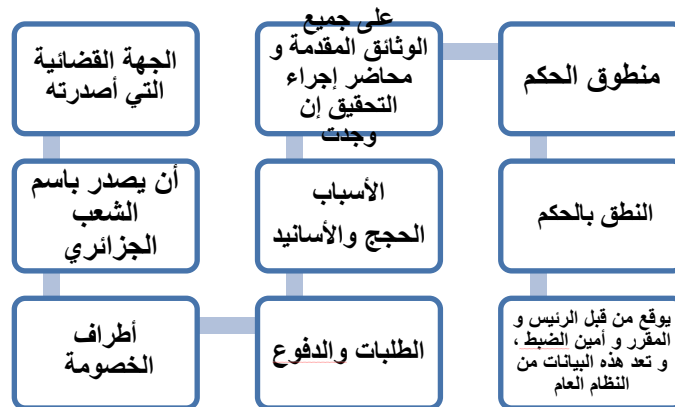
قبل التعرف على مفهوم التعليق وعلى مدى أهميته في حياة دارسي القانون، لا بد أولاً التعرف على الأحكام القضائية وكيفية صدورها من الناحية الإجرائية



شروط إصدار الحكم

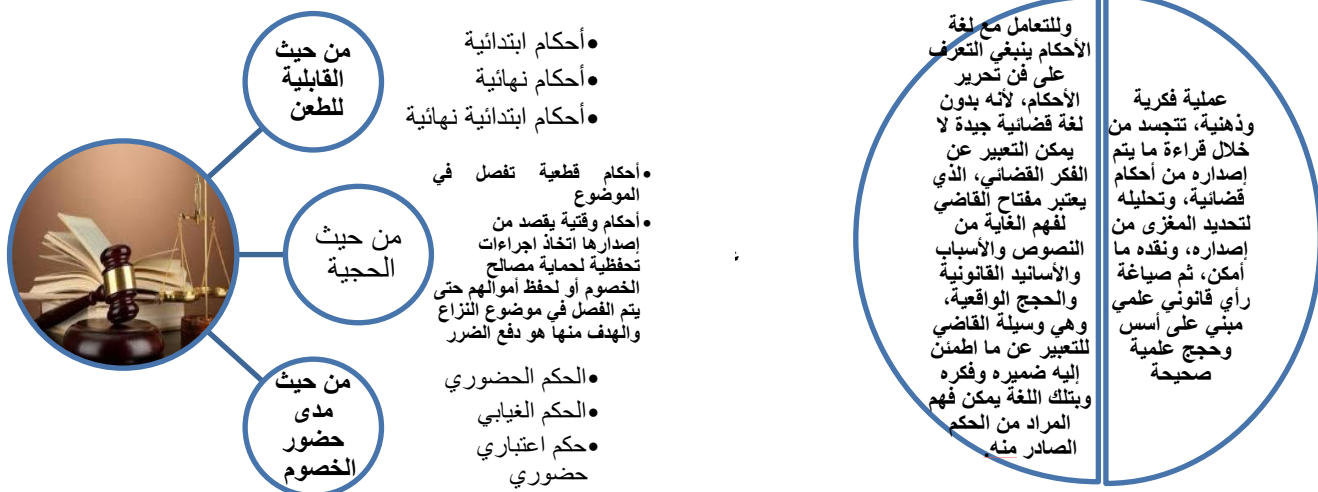


بيانات الحكم



أنواع الأحكام القضائية

مفهوم التعليق على الحكم القضائي

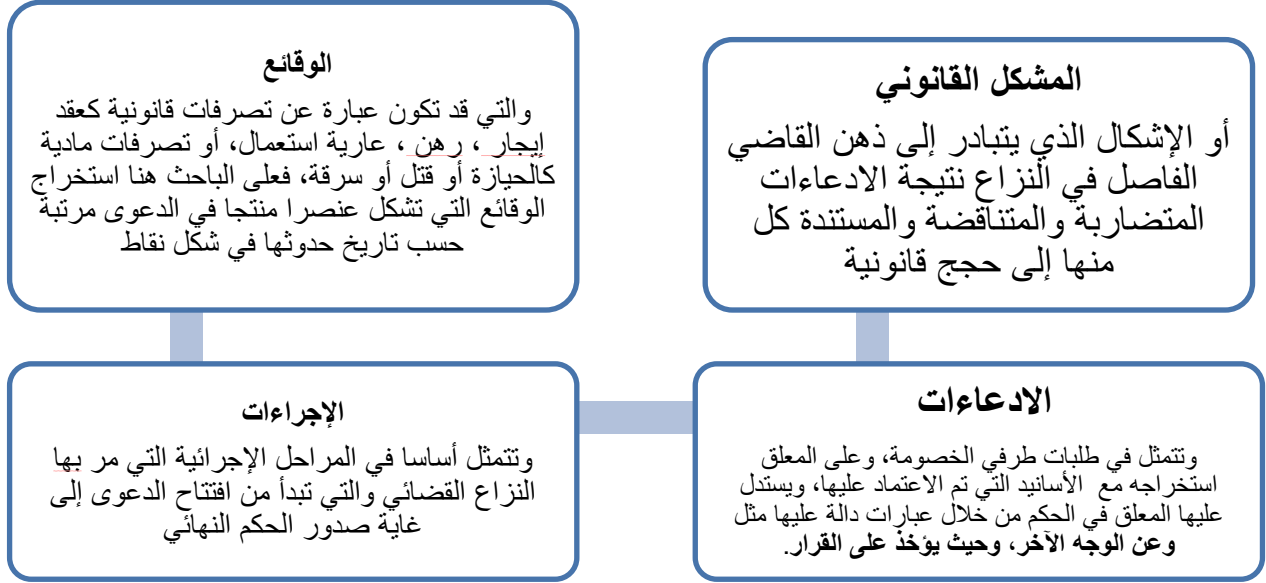


مراحل التعليق على الحكم القضائي

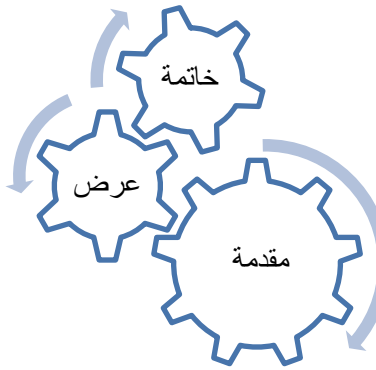
أهمية التعليق على الأحكام

المرحلة التحضيرية

لابد اولاً من استخراج المعطيات التي ستساعد على التحليل وحل المشكل القانوني فيما بعد وهذه المعطيات تتجسد في مجموعة من المراحل الإجرائية موجودة في الحكم ذاته



المرحلة التحضيرية



المقدمة

ويجب الإشارة فيها إلى أن عملية
التعليق ما هي إلا وسيلة لمناقشة
الحكم وتحديد قيمته ومكانته، لذا
يكفي أن تكون المقدمة موجزة
تعرف بالمرحل والوقائع التي
مر بها النزاع إلى غاية صدور
الحكم، وختمها بأسئلة يتم
مناقشتها على مستوى العرض.

العرض: يجب أن يكون العرض مقسماً
في تصميم أو خطة مبنية على وقائع
النزاع، فالعناوين ستحدد بناء على
معطيات الحكم عموماً ووقائعه
خصوصاً، ومضمونها يشكل إجابة عن
الأسئلة التي طرحت في المقدمة للنقاش،
ويكون مسنوداً بحجج وأسانيد قانونية
مبينة على نظريات منطقية وقانونية.
وعلى المعلق أن يبين وجهة نظره، إن
كان يؤيد وجهة نظر الجهة القضائية
مصدرة الحكم أم لا مستنداً في ذلك على
أدلة قطعية لا ظنية، كالنصوص القانونية
والنظريات الفقهية... إلخ.

الخاتمة

ويبين فيها الطالب تقييمه
للحكم، بالوقوف على
مزايا الحكم وعيوبه،
ومواطن الخلل فيه إن
وجدت، وتبيان أن عملية
التعليق على الأحكام تشكل
نوعاً من الرقابة التي
تمارس على الجهاز
القضائي، لأنها تمنع أو
تجنب الخصوم من
التحامل على الأحكام
وتحمي القاضي من
الضغوطات الخارجية
ومن نفسه.

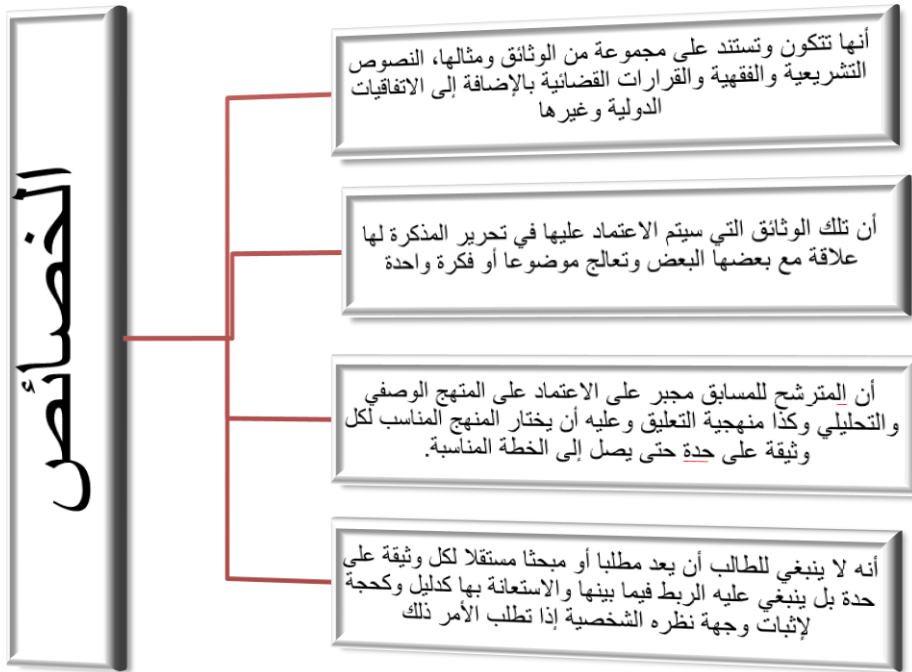
منهجية إعداد مذكرة استخلاصية

مفهوم المذكرة الاستخلاصية

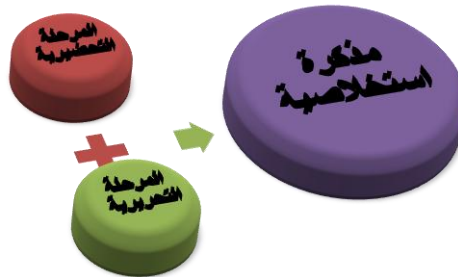
هي في الحقيقة عبارة عن مجموعة من الوثائق والبيانات المختلفة والتي تعالج موضوعا محددا يطلب من المترشح للمسابقة أن يحزر موضوعا منهجا بناء على هذه الوثائق يتبع فيه العديد من الأساليب أو الوسائل المنهجية كالتحليل والتعليق على الأحكام والوصف ويصيغه في شكل خطة أو تصميم منهجي وعلمي، وهذا النوع من المذكرات لا نجده إلا عند اجتياز مسابقة المدرسة العليا للقضاء.

- هذا النوع من المذكرات نجده خاص بالطلبة الراغبين في الترشح لمسابقة المدرسة العليا للقضاء **إذ من بين الأسئلة التي تعد للمترشحين الحاصلين على شهادة ليسانس في الحقوق إعداد مذكرة استخلاصية**، وعادة ما نجد الطلبة يتساءلون عن كيفية تحريره قبل اجتيازهم للمسابقة ، لذا ارتأينا إدراج هذه الجزئية في مادة المنهجية لعلها تكون سندا للطلبة لدى تخرجهم من الجامعة. لكن قبل التعرض لكيفية تحريرها وإعطاء نماذج عنها (المطلب الثاني)، لابد أولا من التعرف عليها (المطلب الأول).

خصائص المذكرة الاستخلاصية



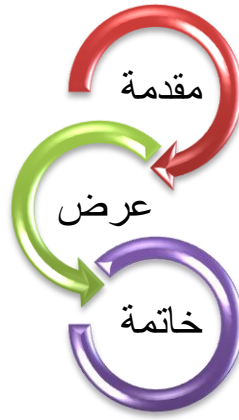
خطوات تحرير المذكرة الاستخلاصية



المرحلة التحضيرية



المرحلة التحريرية



• المقدمة

- على الطالب أن يعمل على تقديم الموضوع بناء على محتوى الوثائق التي يعتمد عليها في التحرير
- ثم طرح إشكال قانوني حول الموضوع المعالج
- يليها عرض الخطة المناسبة

العرض

- ويتم تقسيمه حسب الخطة المتبعة والتي سبق للطالب وأن أعدها في المرحلة التحضيرية، فيقوم بدراسة الموضوع مقسماً إياه إلى مباحث ومطالب وفروع وينبغي الاستناد في الحجج المقدمة على مستوى تلك المطالب والفروع على الوثائق السابقة الذكر.

الخاتمة

- الخاتمة وهي خلاصة الموضوع وتحتوي على النتائج المتوصل إليها لكن ينبغي التنبيه في المذكرة الاستخلاصية أنه عادة لا توجد خاتمة لأن المغزى من هذه المذكرة هو اطلاع الطالب على الموضوع.



جدول الإرسال

1- تعريف جدول الإرسال

جدول الإرسال (و يسمى أيضا حافظة الإرسال) هو عبارة عن وثيقة إدارية تستخدم في نقل أو تحويل الوثائق و المستندات بين المصالح الإدارية داخل نفس الوحدة أو بين وحدات إدارية مستقلة.

يهدف جدول الإرسال أساسا إلى الاحتفاظ بسند قانوني يثبت انتقال و تسليم الوثائق و المستندات إلى المرسل إليه، بحيث يتم التأشير بالاستلام على النسخة الإضافية للجدول من طرف هذا الأخير، قبل أن يسترجعها المرسل.

عناصر جدول الإرسال

عناصر جدول الإرسال (تابع)

يتضمن الجدول ثلاثة أعمدة:

- العمود الأول : بيان الوثائق المرسله و التعريف بها بإيجاز ، مصدرة بصيغة مجاملة: يشرفني أن أوافيكم بالوثائق التالية:.....
- يشرفني أن أبعث لكم طيه الوثائق المبينة أدناه:
- العمود الثاني: بيان عدد الوثائق المرسله؛
- العمود الثالث: الملاحظات أو التوجيهات، و قد جرت العادة على كتابتها بصيغ عامة و موجزة مثل:
- للإعلام ... قصد الاطلاع ... من أجل التنفيذ ... لكل غاية مفيدة ... من أجل اتخاذ القرار ... من أجل التأشير ...

- الرأسية؛
- الطابع؛
- الرقم التسلسلي؛
- المكان و التاريخ؛
- صفة المرسل؛
- صفة المرسل إليه؛
- الجدول.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المكان و التاريخ.....

ولاية
دائرة
بلدية

السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي
إلى
السيد رئيس دائرة

جدول إرسال

الملاحظات	العدد	تعيين الوثائق
لإبداء رأيكم و إفادتتنا ... افقة...	03	تجدون رفقته
	03	المجموع

عن السيد رئيس م. ش. ب و بتفويض منه
رئيس مصلحة

(التوقيع و الختم)

القرار عبارة عن إجراء تتخذه سلطة إدارية (الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي) لضمان تنفيذ النصوص التشريعية والتنظيمية، و يعرف أيضا بأنه تعبير للإدارة العمومية عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني (إنشاء، تعديل أو إلغاء مركز قانوني) بغية تحقيق المصلحة العامة. و القرار قد يكون عاما حين ينظم شأنا عاما، أو فرديا عندما يتعلق بشأن فردي مثل القرارات المتعلقة بحركة الموظفين: التعيين، الترقية، الانتداب ...

تعريف المقرر

المقرر فهو يقترب شكلا و مضمونا من القرار غير أنه يصدر عن مدراء الهيئات و المؤسسات العمومية (ذات الطابع الإداري و ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني...) في حدود الصلاحيات المخولة لهم قانونا.

أنواع القرارات

ويختلف نوع القرار حسب اختلاف المستويات الإدارية:

- * القرار الوزاري المشترك: هو القرار الصادر عن أكثر من وزير واحد و ذلك عندما تشترك الصلاحيات في المسألة المقرر فيها بين عدة دوائر وزارية؛
- * القرار الوزاري: يتخذ من طرف وزير واحد في حدود الصلاحيات المخولة له في نطاق دائرته الوزارية.
- * القرار الولائي: يصدر عن والي الولاية؛
- * القرار البلدي: يصدر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عناصر القرار و المقرر

يتضمن كل من القرار و المقرر، على غرار النصوص الإدارية الأخرى، مجموع العناصر الشكلية المحددة لهوية الإدارة أو المؤسسة العمومية:

- الرأسية؛
 - الطابع؛
 - الرقم التسلسلي؛
 - عنوان القرار أو المقرر و موضوعه؛
 - الصفة الوظيفية لمتخذ القرار أو المقرر.
- تتبع هذه العناصر بسرد النصوص المرجعية (التشريعية ثم التنظيمية) و الوثائق الإثباتية (الشهادات، المحاضر...)، مرتبة حسب الترتيب التدرجي و الترتيب الزمني للنصوص كما بيّناه في المقطع الخاص بالمرسوم.

تعقب ذلك عبارة : " يقرر ما يأتي "، وسط الصفحة.

تلي ذلك المواد المتضمنة لنص القرار أو المقرر، و يختلف الأمر هنا بين القرارات التنظيمية و القرارات أو المقررات الفردية، بحيث تكون الأولى أكثر تفصيلا بينما تقتصر الثانية في الغالب على مادتين إحداهما لذكر القرار المتخذ (تعيينا أو تثبيتا أو غيرهما) و الثانية لتحديد الجهة المكلفة بالتنفيذ و موضع نشره، و بالإمكان إضافة فقرة أو مادة لتحديد تاريخ بدء سريانه.

قرار مؤرخ في 7 شعبان عام 1431 الموافق 19 يوليو سنة 2010

يتعلق بملف طلب بطاقة التعريف الوطنية و جواز السفر البيومترين الالكترونيين

و كفايات معالجته.

إن وزير الداخلية و الجماعات المحلية،

-بمقتضى الأمر رقم 77-01 المؤرخ في 3 صفر عام 1397 الموافق 23 يناير 1977 و المتعلق بوثائق السفر للمواطنين الجزائريين، لاسيما المادة 19 منه،

-و بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 10-149 المؤرخ في 4 جمادى الثانية عام 1431 الموافق 28 مايو سنة 2010 و المتضمن تعيين أعضاء الحكومة،

-و بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-247 المؤرخ في 2 ربيع الأول عام 1415 الموافق 10 غشت سنة 1994 الذي يحدد صلاحيات وزير الداخلية و الجماعات المحلية، المعدل .

يقرر ما يأتي :

المادة الأولى : يحدد هذا القرار الوثائق المكونة لملف طلب بطاقة التعريف الوطنية و جواز السفر البيومترين الالكترونيين و كفايات معالجته.

المادة 2 : توضع استمارة خاصة للطلب في متناول المواطنين أثناء تقديم طلبات الحصول للمرة الأولى على بطاقة التعريف الوطنية و جواز السفر أو بمناسبة تجديدهما .

المادة 3 : تتوفر الاستمارة على مستوى :

-المقاطعة الإدارية،

-الدائرة،

-المصالح الفصليّة،

-موقع الأنترنات لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية .

المادة 11: يبلّغ المعني عند استخراج الوثيقة، بالرقم التعريفي الوطني الوحيد و النهائي المسجل على الوثيقة المطلوبة و يعاد له المستخرج الخاص من عقد الميلاد رقم 12-خ و الذي يحمل الرقم التعريفي الوطني المذكور .

المادة 12 : ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 7 شعبان عام 1431 الموافق 19 يوليو سنة 2010 .

دحو ولد قابلية

المحضر

تعريف المحضر

المحضر هو وثيقة إدارية تكتسي طابع المستند القانوني الحائز على قوة الإثبات، إذ يتم بموجبه إثبات حادث أو معاينة واقعة أو التصريح بالشروع في إنجاز أعمال أو الانتهاء منها... و يشكل المحضر مرجعا أساسيا فيما يتعلق بالموضوع الخصوصي الذي يتضمنه.

أنواع المحاضر

هناك أنواع كثيرة من المحاضر، و تختلف صياغتها باختلاف أهدافها و إن اتحدت جميعها في الطبيعة القانونية و الأهمية الإدارية، و من بين أهم أنواع المحاضر نذكر:

أولا: محضر الاجتماع

يحرر فيه مجريات الاجتماع و القرارات أو التوصيات التي تم التوصل إليها، على أن يراعي المحرر تدوين التدخلات و التعقيبات و المواقف بصيغة العموم (تجنب التشخيص)، و يقع عليه كافة المشاركين في الاجتماع، لاسيما إذا تعلق الأمر بمداومات تقضي إلى اتخاذ قرارات.

ثانيا: محضر التنصيب

يثبت بموجبه شروع الموظف الجديد (أو الموظف الذي تمت ترقية إلى رتبة أعلى) في عمله بشكل رسمي، و يمثل تاريخ التنصيب المسجل على المحضر بداية علاقة العمل بين الموظف و الإدارة أو المؤسسة، بكل ما يستتبع ذلك من حقوق و التزامات؛ يوقع على المحضر الموظف المعني و الرئيس الإداري الحائز على سلطة التعيين

ثالثا: محضر المعاينة

يحرر من طرف الموظف العمومي المكلف قانونيا بذلك، أي أن تكون المعاينة موضوع المحضر مندرجة ضمن صلاحياته القانونية أو بتكليف من الرئيس الإداري المخول له هذه الصلاحيات، على أن يتولى الموقع على المحضر عملية المعاينة بنفسه.

عناصر المحضر

يتضمن المحضر عناصر شكلية و أخرى موضوعية:
أولا) العناصر الشكلية تتمثل في محددات الهوية الإدارية:

- الرأسية؛
- الطابع؛
- الرقم التسلسلي وفقا للترتيب المعتمد في سجل المداومات؛
- عنوان المحضر.

ثانيا) العناصر الموضوعية تختلف باختلاف نوع المحضر:

محضر الاجتماع

يتشكل من المحاور الأساسية الثلاثة موضوع المحضر:

التقديم: يسجل فيه وجوبا و بالأحرف تاريخ و مكان الاجتماع و توقيع بداية الجلسة، اسم رئيس الجلسة و صفته، أسماء و صفات الحضور و أسماء و

صفات المتغيبين، و يتبع ذلك بجدول الأعمال (قائمة القضايا المطروحة للنقاش و التداول).

العرض: يتعلق بمجريات الاجتماع حيث يورد المحرر المناقشات بشكل موجز و القرارات المتخذة و التحفظات إن وجدت.

الخاتمة: تسجل فيها الملاحظات الختامية و ظروف و وقت انتهاء الجلسة.

ثانيا: محضر التنصيب

يتضمن العناصر المتعلقة بعملية تنصيب الموظف في منصب عمله الجديد من خلال ذكر:

* تاريخ التنصيب بالأحرف؛

- * اسم و صفة القائم بالتنصيب (الرئيس الإداري الحائز على سلطة التعيين)؛
 - * اسم الموظف و رتبته أو وظيفته و تصنيف المنصب؛
 - * تاريخ بدء السريان و الذي لا يختلف عادة عن تاريخ المحضر؛
 - * الإشارة إلى المستند القانوني (قرار أو مقرر التعيين)؛
 - * الصيغة الختامية التي تفيد حضور المعني شخصيا و توقيعه على المحضر؛
 - * توقيع المعني على يمين الصفحة و الرئيس الإداري جهة اليسار؛
 - * تعيين وجهة نسخ المحضر (مفتشية الوظيف العمومي، الوصاية، ملف المعني...)؛
- ثالثا: محضر المعاينة

يتضمن العناصر التالية:

- * تاريخ و مكان المعاينة؛
- * الاسم و الصفة الوظيفية للمعنيين؛
- * المرجعية القانونية لعملية المعاينة؛
- * موضوع المعاينة (الواقعة، الحدث، المخالفة...)
- * الصيغة الختامية المتضمنة اقتراح التدابير أو الإحالة إلى جهة معينة؛
- * توقيع و ختم المحرر؛
- * وجهة النسخ الإضافية للمحضر.

قائمة في

جامعة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم العلوم القانونية والإدارية
الرقم

محضر اجتماع بيداغوجي

جدول الأعمال
إنه بتاريخ وعلى الساعة تم عقد اجتماع بيداغوجي
بمقر برئاسة وبحضور
وقد تم معاينة وتم الاتفاق على
وتم التحفظ على
انتهى الاجتماع على الساعة

أولا: النصوص القانونية

تنص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني على: "زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. وتنص المادة 467 من القانون المدني على: "الإيجار عقد يمكن المؤجر من بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشئ لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر".

المادة 467 مكرر من القانون المدني: ينعقد عقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا

المادة 485 من القانون المدني: إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة تكون الأولوية لمن كان عقده سابقا في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى.

المادة 172 من القانون التجاري: لا يجوز التمسك بحق تجديد عقد الإيجار إلا من طرف المستأجرين أو ذوي الحقوق الذين يثبتون أنهم يستغلون متجرا بأنفسهم أو بواسطة تابعيهم إما منذ سنتين متتابتين وفقا لإيجار واحد أو أكثر... شفاهة كانت أو كتابة ...

ثانيا: الاجتهاد القضائي

قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا رقم 138806 المؤرخ في 2012/07/09: حيث أن الوجه المثار مأخوذ من مخالفة القانون وسوء تطبيقه في نص المادة 467 من القانون المدني ومضمونه أن الطاعن قد دفع أمام قضاة المجلس بأنه لم يستأجر المحل موضوع النزاع بل المحل ملك لأخيه ... ورغم ذلك استخلص قضاة وجود علاقة إيجار بين طرفي النزاع بناء على وصل الإيجار.... لهذا لا يجوز لقضاة الموضوع أن يأمره بامضاء عقد لم يبرمه ولم يوافق عليه فخالفوا بقضائهم نص المادة 467 من القانون المدني ، حيث أنه بمراجعة القرار المنتقد تبين أن قضاة المجلس اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على شهادة الشهود ومحضر المعاينة ووصل إيجار واحد.... في حين لا تثبت عقود إيجار المحلات التجارية إلا بعقد رسمي تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني وبذلك يكونون قد خالفوا القانون لما امروا الطاعن بامضاء عقد الإيجار لهذا عرضوا قرارهم للرفض"

قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا رقم 143103 المؤرخ في 2013/04/23: حيث أن الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المطعون فيه صرح أن الطاعن لم يثبت إيجاره للأماكن ، وأن المطعون ضده قدم وصلات إيجار، في حين أن الطاعن يشغل المحل منذ سنة 1996 وحق الأولوية يعود له عملا بالمادة 467 و485 من القانون المدني حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف أبرزوا أن الطاعن (ي ك) يعتبر شاغلا بدون حق أو سند للأماكن المتنازع فيها لكونه لم يقدم إحدى الوثائق التي تثبت علاقة الإيجار وهي إما عقد الإيجار أو وصلات الكهرباء ...

ثالثا: الفقه

مقتطف من كتاب: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، المحل التجاري، التاجر) للدكتورة نادية فوضيل

عقد الإيجار هو عقد ملزم لجانبين يلتزم بمقتضاه المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره لمدة زمنية محددة ، وحماية للتاجر المستأجر من شروط المالك ، تم فرض قيود المالك لدى محاولة استرجاع محلاتهم التجارية خاصة عند احترام المستأجر التزاماته التعاقدية ، فإذا ما رفض المؤجر تجديد العقد ، يفرض عبه تعويض للمستأجر يساوي قيمة القاعدة التجارية التي أنشأها المستأجر بممارسة نشاط في العين المؤجرة يسمى التعويض الاستحقاق .

وقيل الحصول على تعويض استحقاق من المؤجر لابد أولا من إثبات عقد الإيجار التجاري الذي يثير من الناحية العملية العديد من الإشكالات القانونية لعل أهمها : مدى الزامية الكتابة الرسمية في عقود الإيجار التجارية ، فالإيجار الشفهي هو الذي يبرم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الأطراف، مع تحديد العناصر الأساسية في العقد ، لكن الممارسة الميدانية اليومية أكدت أن رجال الفقه انقسموا إلى اتجاهين أساسيين بخصوص إبرام عقد الإيجار التجاري في ظل الأمر رقم 59/75 بحيث ذهب الفريق الأول إلى عدم خضوع عقود الإيجار التجارية إلى أحكام الكتابة الرسمية بل يكفي فيها بالكتابة العرفية الشفاهية، وهذا طبقا لمبدأ الرضائية الذي يعتمد على تبادل الإيجاب والقبول مع تحديد العناصر الأساسية في العقد، ومن ثمة تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من العقود واعتمد أنصار هذا الاتجاه على نص المادة 30 من القانون التجاري التي كرست قاعدة حرية الإثبات في المادة التجارية حيث نصت على أنه: "يثبت كل عقد تجاري: بسندات رسمية، بسندات عرفية ، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، الإثبات بالبيئة أو بوسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"، والمادة 172 من القانون التجاري التي أجازت أن يكون العقد كتابيا أو شفهيًا.

وهناك من رجال الفقه من يؤيد الاتجاه الثاني الذي يكرس مبدأ الرسمية في كتابة عقود الإيجار التجارية مؤسسا ذلك على نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني والتي وردت بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988، كما يروا بأن المادة 324 مكرر قاعدة خاصة بالنسبة للمادة 172 من القانون التجاري، وعملا بقاعدة الخاص يقيد العام فإن الأمر يستدعي تطبيق المادة 324 مكرر من القانون المدني ، في مجال إبرام عقود الإيجار التجارية كما يؤكد أيضا أن المشرع اتجه نحو الرسمية في

عقود الإيجار الواردة على المحلات المعدة للاستغلال التجاري في نص المادة 63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 والتي جاء فيها على أنه: "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العرفية المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية..."

الاجابة النموذجية لامتحان السداسي الثاني في مادة المنهجية

المرحلة التحضيرية:

الكلمات المفتاحية: عقد الاجار التجاري ، الكتابة الرسمية ، الكتابة العرفية.

الفكرة العامة: إثبات عقد الاجار التجاري

الأفكار الأساسية: 1- مفهوم عقد الاجار .

2- إثبات عقد الاجار التجاري .

المرحلة التحريرية:

مقدمة:

تناول موضوع الملف مسألة إثبات عقد الاجار التجاري ، الذي حاول المشرع الجزائري تكريسه في العديد من النصوص ، لعل أبرزها ما جاء في الوثيقة، كنص المواد 324 مكرر 1 والمادة 467 والمادة 467 مكرر والمادة 485 من القانون المدني وكذا المادة 172 من القانون التجاري ، وطبقه القضاء العادي الجزائري في العديد من المناسبات ، ولعل أبرز تطبيقاتها في هذا ، قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا رقم 138806 المؤرخ في 2012/07/09 وقرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا رقم 143103 المؤرخ في 2013/04/23 ودون أن ننسى الفقه الذي كان سباقا لعرض أهم الإشكالات القانونية التي تترتب عن فكرة إثبات عقود الاجار التجارية ، وهذا مما يستشف من مؤلف الدكتور نادية فوضيل المرسوم ب: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، المحل التجاري، التاجر) . الإشكالية: إلى أي مدى يمكن إثبات عقود الاجار التجارية ؟ أو كيف يمكن إثبات عقود الاجار التجارية ؟ أو مدى الزامية الكتابة الرسمية في عقود الاجار التجارية؟، إن الإجابة عن الإشكالية أعلاه تقتضي بالضرورة اتباع الخطة المبينة أعلاه:

المبحث الأول: مفهوم عقد الاجار

المطلب الأول: تعريف عقد الاجار

المطلب الثاني: تعريف عقد الاجار التجاري

المبحث الثاني: إثبات عقد الاجار التجاري.

المطلب الأول: الكتابة الرسمية

المطلب الثاني: الكتابة العرفية .

خاتمة.

المبحث الأول: مفهوم عقد الاجار.

أحدث المشرع الجزائري العديد من الأليات القانونية التي من شأنها أن تكفل وتضمن حق المستأجر في مواجهة المؤجر والعكس لكن قيل الغوص في مسألة إثبات حق الاستعمال أو الانتفاع كان لابد أولا من التعرف على عقد الاجار وفقا لما ورد في الوثيقة من بيانات.

المطلب الأول: تعرف عقد الاجار.

بالنظر إلى الوثيقة موضوع المذكرة نجد أن المشرع يؤكد على أن عقد الاجار عقد ملزم لجانبين يمكن المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة لمدة محددة مقابل بدل ايجار معلوم، وذلك بموجب مص المادة 467 من القانون المدني التي تنص: "الاجار عقد يمكن المؤجر من بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشئ لمدة محددة مقابل بدل ايجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الاجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر" ، كما عمدت الدكتورة نادية فوضيل إلى تعريفه في مؤلفها القانون التجاري الجزائري على أنه " عقد الاجار هو عقد ملزم لجانبين يلتزم بمقتضاه المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة لمدة زمنية محددة..."

وقد كرسه القضاء الجزائري في العديد من المناسبات وجل أحكامه بهذا الخصوص مستقرة على هذا المبدأ (عقد الاجار عقد ملزم لجانبين) مما يدفعنا إلى القول إن فكرة عقد الاجار في حد ذاتها جعلت كل الوثائق المذكرة الاستخلاصية متوافقة فيما بينها.

المطلب الثاني: تعريف عقد الاجار التجاري.

إن مفهوم عقد الاجار التجاري لا يختلف كثيرا عن مفهوم عقد الاجار المدني باستثناء مسألة العين المؤجرة وكيفية إثباته إذ يجب أن تكون هذه الأخيرة محلا تجاريا وفقا لما جاء في نص المادة 324 مكرر 1 التي تنص: "زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

وفي نفس السياق وبشكل مكمل ومتوافق نهج الفقه نفس النهج الذي اتبعه المشرع حيث عرفه على أنه " عقد ملزم لجانبين وحماية للتاجر المستأجر من شروط المالك" ، ناهيك عن أحكام القضاء مستقرة في هذا الخصوص حيث تؤكد جليا على أن عقود الاجار التجارية ملزمة لجانبين .

المبحث الثاني: إثبات عقد الاجار التجاري.

حماية للتاجر المستأجر من شروط المالك ، تم فرض قيود المالك لدى محاولة استرجاع محلاتهم التجارية خاصة عند احترام المستأجر التزاماته التعاقدية ، فإذا ما رفض المؤجر تجديد العقد ، يفرض عبه تعويض للمستأجر يساوي قيمة القاعدة التجارية التي أنشأها المستأجر بممارسة نشاط في العين المؤجرة يسمى التعويض الاستحقاقى .

وقيل الحصول على تعويض استحقاقى من المؤجر لابد أولا من إثبات عقد الايجار التجاري الذي يثير من الناحية العملية العديد من الاشكالات القانونية لعل أهمها : مدى الزامية الكتابة الرسمية في عقود الايجار التجارية؟.

المطلب الأول: الكتابة الرسمية.

بينت المادة 324 مكرر من القانون المدني أن المحلات التجارية لابد وأن يثبت عقد ايجارها عن طريق الكتابة الرسمية تحت طائلة بطلان عقد الايجار ، وهذا ما ذهب إليه فريق من الفقه الذي أخذ بقاعدة الخاص يقيد العام وبالتالي لابد من تطبيق المادة 324 مكرر من القانون المدني ، في مجال إبرام عقود الإيجار التجارية كما يؤكد أيضا أن المشرع اتجه نحو الرسمية في عقود الإيجار الواردة على المحلات المعدة للاستغلال التجاري في نص المادة 63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 والتي جاء فيها على أنه: "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العرفية المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية...".

وبذلك نجد أن الفقه توافق مع القضاء وكمل هذا المبدأ من خلال بعض أحكامه كما هو الحال في قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا رقم 138806 المؤرخ في 2012/07/09

المطلب الثاني: الكتابة العرفية .

يلاحظ من خلال نصوص الوثيقة أنها متباينة فيما بينها فعلى الرغم من أن نص المادة 324 مكرر من القانون المدني تؤكد على ضرورة اخضاع عقود الايجار التجارية إلى شكل رسمي نجده في المادة 172 من القانون التجاري يعترف بفكرة عقود الايجار العرفية إذ تنص المادة على: لا يجوز التمسك بحق تجديد عقد الايجار الا من طرف المستأجرين أو ذوي الحقوق الذين يثبتون أنهم يستغلون متجرا بأنفسهم أو بواسطة تابعيهم إما منذ سنتين متتابتين وفقا لايجار واحد أو أكثر..شفاهة كانت أو كتابة ... ونفس الوضع نجده على مستوى الفقه إذ نجد فريقا يؤيد فكرة الرسمية وأخرى يؤيد فكرة وجود العقود الايجارية العرفية ويكتفي فيها بالكتابة العرفية الشفاهية، وهذا طبقا لمبدأ الرضاية الذي يعتمد على تبادل الإيجاب والقبول مع تحديد العناصر الأساسية في العقد، ومن ثمة تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من العقود واعتمد أنصار هذا الاتجاه على نص المادة 30 من القانون التجاري التي كرست قاعدة حرية الإثبات في المادة التجارية ونفس الحال بالنسبة لأحكام القضاء بخصوص هذه المسألة فهي غير مستقرة لأنها تارة يأخذ بها وتارة أخرى لا تأخذ بها ويبقى وجودها وتطبيقها في حدود ضيقة جدا .

خاتمة:

بعد الاطلاع على وثائق المذكرة الاستخلاصية نجد أن هناك توافق وتكامل بين القضاء والتشريع و الفقه و بخصوص مفهوم عقد الايجار التجاري كمبدأ عام و لكن تطبيقه أثار الكثير من الجدل على مستوى الفقه والتشريع والقضاء حيث نجد أحكام التشريع بخصوص اثبات عقد الايجار التجاري متباينة وأراء الفقه مختلفة ومنقسمة الى اتجاهين أحدهما يؤيد فكرة الرسمية والآخر فكرة العقود العرفية ، ونفس الوضع ينطبق على القضاء الذي كانت أحكامه غير مستقرة .