الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعــة أحمد الونشريسي تيــسمسيــلت

كلية الحقوق

محاضرات في مقياس منهجية العلوم القانونية

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

إعداد الدكتور: دحمون حفيظ

أستاذ محاضر " ب"

الموسم الجامعي 2023/ 2024

مقدّمة:

بعد أن تعرض الطالب في سنته الأولى من الدراسة في مرحلة الليسانس في مقياس المنهجية إلى فلسفة القانون ومناهج البحث العلمي، واستكمالا لما هو مقرر على الطالب في هذه المرحلة، تمَّ التعرض في السداسي الأول من السنة الثانية ليسانس في مادة المنهجية إلى مفهوم البحث العلمي، بالإضافة إلى مراحل إعداد البحث العلمي وقواعده.

ننتقل بالطالب في السداسي الثاني من السنة الثانية إلى مرحلة جديدة في مساره الدراسي فيما يخص مقياس المنهجية، وهي محاضرات تقنية فيها من المميزات ما تجعل من هذا المقياس أكثر تشويقا وسلاسة منقطعي النظير في تناوله، سيما وأن هاته المحاضرات مرتبطة مباشرة بميدان تخصص الطالب، إذ نتعرض فيها إلى تقنيات مختلفة في التحليل والتعليق والمناقشة والاستخلاص.

فسيتم التطرق إلى تقنيات التعليق على النصوص القانونية والنصوص الفقهية، ثم إلى التعليق على الأحكام والقرارات القضائية، ونتناول في محور ثان الاستشارات القانونية تحليلا وتعليقا وإلى المذكرات الاستخلاصية شرحا وتطبيقا، ثم نتطرق إلى تقنيات التحرير الإداري من المفهوم إلى الخصائص والمميزات إلى بعض التطبيقات والنماذج في المحور الثالث.

وتجدر الإشارة إلى أن هاته المحاضرات التي ألقيت على طلبة السنة الثانية ما هي إلا دروس يُستهدي بها الطالب في هذا المستوى، ويمكن الرجوع في تفصيلها للكثير مما كتب في هذا المجال من أمهات الكتب والمراجع المتخصصة.

وفق الخطة التالية التزاما بأضبارة الوزارة المتعلقة بمقياس المنهجية المقرر على طلبة السنة الثانية ليسانس:

المحور الأول: تقنيات التعليق على نص قانوني، التعليق على نص فقهي، التعليق على الأحكام والقرارات القضائية، المنهجية المتعلقة بالاستشارة القانونية.
المحور الثاني: المنهجية الخاصة بصياغة مذكرة استخلاصية.
المحور الثالث: التحرير الإداري.

المحور الأوّل: تقنيات التحليل والتعليق

يشمل المحور الأول المتعلق بتقنيات التحليل أو منهجية تحليل النصوص والدراسات القانونية: منهجية التعليق على نص قانوني، منهجية التعليق على نص فقهي، منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية والمنهجية الخاصة بالاستشارة القانونية.

المبحث الأوّل: منهجية التعليق على نص قانوني

بما أن الطالب لم يتعرف بعد على تقنيات تحليل النصوص القانونية، فيحسن بنا أن نتعرض بداية إلى المقصود بالتعليق على النصوص القانونية (المطلب الأول) ثم إلى الجانب النظري لمنهجية التعليق على نص قانوني (المطلب الثاني)، ثم يتم التطرق إلى مثال تطبيقي حول نص قانوني تمّ تناوله نظريا في السداسي الأول من السنة الثانية ليسهل فهمه وتطبيقه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية التعليق على النصوص القانونية وتحليلها

يستعمل البعض عبارة "تحليل النص[1] القانوني"؛ بينما يستعمل آخرون عبارة "التعليق على نص قانوني"، ويجدر بنا قبل ترجيح العبارتين، أن نتعرف على المفهومين كلا على حده لترجيح الأصح قولا من المفهومين والمفاضلة بينهما، أن نتناول تعريفا لتحليل النص والتعليق عليه والمفاضلة بين المفهومين(الفرع الأول)، ثم إلى الغاية المرجوة من التعليق على النصوص القانونية (الفرع الثاني).

[1] النّص في اللغة رفعك الشيء، مأخوذ من مادة نصص، وكل ما أظهر فقد نص، فمعنى النص يدور حول الظهور والرفعة والتعيين، والنص في الاصطلاح هو صيغة الكلام الأصلية التي وردت عن المؤلف، راجع: خالد بن عبد العزيز السعيد تحليل النص الفقهي، دراسة نظرية تطبيقية، ط 1، مركز التأصيل للدراسات والبحوث، جدّة، 2016، ص 43 و45.

ونتعرض في تحليل النصوص القانونية إلى: النصوص التشريعية كالقانون المدني مثلا، أو نص من معاهدة، أو قرار تنظيمي صادر عن السلطة التنفيذية، وقد يكون نصا من الشريعة الإسلامية بصفتها مصدرا من مصادر للقانون.

الفرع الأول: المفاضلة بين مفهومي التحليل والتعليق على النص القانوني

يعرف تحليل النص على أنه: "دراسة مفصلة لشيء معين حتى يمكن استيعابه"[1] والتحليل بصورة عامة هو: "إرجاع ظاهرة مركبة إلى أبسط عناصرها أو أجزائها"[2]، أما التعليق على نص فهو: "فحص انتقادي لمضمون وشكل النص"[3].

ولا يقتصر التعليق على النصوص سواء كانت فقهية أو قانونية على محاولة التفسير، بل يتعداه إلى إمكانية إبداء الطالب أو الباحث أو المعلق والمحلل للنصوص بصفة عامة لرأيه ومناقشة مختلف الأفكار الواردة مع مقابلة ما يتعارض معها، ولا يكون ذلك إلا بتحليل النص وتفكيكه إلى عناصر قصد التعرف على الأجزاء والمكونات.

" فالتحليل يعتبر بمثابة الصورة التي تعكس حالة النص أي الصورة التي ظهرت من خلال النص ذاته والتي لا يسع المعلق إضافة شيء إليها أو التغيير فيها، في حين يبدو التعليق بمثابة الصورة الطليقة التي تعكس رأي المعلق، أي الصورة التي يمكن للمعلق تقويمها وإبداء رأيه الشخصي فيها بحرية"[4].

ومهما يكن من أمر، فمنهجية دراسة النصوص القانونية والتعليق عليها، تتطلب التفسير والتوضيح وإبداء الرأي، الذي يمر حتما على تحليل شامل ودقيق لعناصر النص المراد دراسته تحليلا وتعليقا.

وقد أجمل بعض الشراح تعريف منهجية دراسة النصوص بدمج التعريفين السابقين بالقول بأنها:" تلك الجهود المبذولة من طرف الفقه أو الدارس أو القارئ حول نص قانوني معين، بواسطة مختلف الشروح والتوضيحات بهدف توضيح معانيه وأبعاده وتقييم نتائجه"[5].

---

[1] عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث في العلوم القانونية، دار النمير، ط 2، 2004، ص 135.

[2] خالد بن عبد العزيز السعيد، المرجع السابق، ص 41.

[3] عبود عبد الله العسكري، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[4] حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، 2010، ص 514.

[5] أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، د م ج، الجزائر، 2004، ص 58.

فالتعليق على نص قانوني استنادا إلى التعريفات السابقة، هو عبارة عن محاولة لتفسير وتوضيح النّص بقدر من الحرية وبأسلوب شخصي إلى حدّ معين عن طريق البحث في مكوناته وعناصره، وصولاً الى إعطاء فكرة تركيبية عن الموضوع[1].

الفرع الثاني: الغاية المرجوة من تعليم الطالب منهجية التعليق على النص القانوني

يراد من دراسة منهجية التعليق أو تحليل النصوص القانونية في هذا المجال أو الهدف من عرض المسألة القانونية على الطالب هو إبعاده عن المناقشة التقليدية بذلك الأسلوب الإنشائي المتمثل في استظهار ما حفظه دون فهم أو تحليل ودون إبراز لشخصية الطالب"[2].

وعلى هذا الأساس يقوم الطالب بداية بتحليل النّص من خلال معرفة أجزائه ومكوناته في مرحلة أولى، ثم ينتقل في مرحلة ثانية إلى القيام بمناقشة النّص وتقويمه ونقده وإبراز الرأي الشخصي.

وعلى الطالب أن يلتزم بالإطار المحدد للمناقشة، بحيث يتقيد بالأفكار التي جاءت في النّص، مع السماح له بإبداء رأيه اتجاه أفكار النّص سواء بالتأكيد أو المخالفة، مع تبرير رأيه الشخصي مما يسمح له بإظهار استيعابه الجيد.

المطلب الثاني: الجانب النظري لمنهجية التعليق على نص قانوني

يتم التعليق على النّصوص القانونية وفق منهجية معينة، تتمثل في مجموع الخطوات التي يتعين على أي طالب إتباعها وفق الخطة المعروضة في كتابة البحوث القانونية والمتمثلة في المقدّمة _ الموضوع _ الخاتمة، مع التقيد بما يجب أن تتضمنه كل مرحلة من خطوات إلزامية . وتلخص هذه الخطوات في مرحلتين أساسيتين: مرحلة التحضير ومرحلة التحرير.

[1] شروخ صلاح الدين، الوجيز في المنهجية التطبيقية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 74.

[2] غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، د. م. ج، الجزائر، 2005، ص 73.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية للتعليق على نص قانوني

إن التعليق على النص القانوني يستوجب فهمه، والفهم يتطلب القراءة المتأنية، ثم اتباع منهجية معتمدة لفحص النص ثم التعليق عليه، ومن أجل ذلك يقوم الطالب بالتحليل الشكلي للنص ثم التحليل الموضوعي.

أولا - التحليل الشكلي للنص القانوني

يتضمن التحليل الشكلي للنص المراد التعليق عليه، هوية النص، بالتعرض لطبيعته ومصدره، ثم إلى بنية النص وبنائه اللغوي والنحوي.

1- هوية النّص القانوني :

لنتمكن من تحديد هوية النص لا بد من التطرق إلى طبيعة النص ثم مصدره

أ- طبيعة النّص القانوني :

إن أول ما يظهره شكل النّص هو طبيعته، حيث يتبين للطالب ما إذا كان النّص مادة من مواد القانون معين أو فقرة أو مجموعة فقرات مأخوذة من مرجع لفقيه ما، فيذكر الطالب ما إذا كان النّص مادة قانونية (تشريعي مثلا) ، أو عدة مواد من قانون واحد أو قوانين مختلفة أو جزء من مادة قانونية.

وقد يتعدى النّص القانوني المراد تحليله، القواعد التشريعية، إلى المراسيم والقرارات الإدارية[1].

ب - مصدر النّص القانوني : للنص مصدران مصدر شكلي وأخر مادي، وعليه يتم التطرق للمصدر الشكلي للنص ثم المصدر المادي له.

ب-1- المصدر الشكلي للنص القانوني :

[1] مراح علي، منهجية التفكير القانوني (النظرية والتطبيق)، د. م. ج، ط 4، 2010، ص 153.

يقصد بالمصدر الشكلي للنص موقعه من المرجع الذي أخذ منه، وتحديد موقع النّص يعني وضعه في إطاره الزماني والمكاني بتحديد تاريخه أو تاريخ المصدر الذي أخذ منه، رقم القانون أو الأمر، رقم الجريدة الرسمية_ العدد _ الصفحة__ الكتاب _ الباب_ الفصل ...إلخ.

ب-2- المصدر المادي :

يقصد به أصل وضعه إذا كان نصاً تشريعياً أو أصل المبادئ التي يعتمد عليها.

يبين الطالب بمن تأثر المشرع ، أما النّص الفقهي، فإن شخصية الكاتب تبين المذهب الذي ينتمي إليه، ومن خلال القراءة الأولية للنص تستنتج معرفة مذهبه، أو من خلال الأفكار التي يطرحها أو يناقشها.

فمثلا نقول أن المشرع في نص المادة 59 من القانون المدني[1] عند تعرضه لشروط العقد، أنه تأثر بالمشرع الفرنسي الذي ينحاز للنظرة الشخصية للالتزام.

2- بنية النّص :

يتم التحليل في هذه المرحلة من الجوانب التالية: البنية الطوبوغرافية، البناء المنطقي، البناء اللغوي والنحوي.

أ- البناء الطوبوغرافي (البناء المطبعي)

يقصد بذلك بيان ما إذا كان النّص قد ورد في فقرة واحدة أو عدة فقرات، مع ذكر بداية الفقرة ونهايتها، وإذا كان النص مكون من فقرات، نشير إلى بداية كل فقرة ونهايتها كما يلي:

الفقرة الأولى: تبدأ بـ: ..... وتنتهي بـ: .....

الفقرة الثانية: تبدأ بـ: ..... وتنتهي بـ: .....

[1] تنص المادة 59 من القانون المدني على أن :" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرادتيهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"

مع الإشارة إلى ما فصل بينها من فواصل أونقاط[1].

ويترتب على ذلك عدة نتائج أساسية تستخدم في عملية معالجة وتحليل النّص، خاصة في عملية وضع خطة البحث وكذلك استخراج الأفكار الأساسية والفرعية.

والمتعارف عليه أن النّص الذي يرد في فقرة واحدة يعبر عن فكرة واحدة، وأن المشرع عندما يضع النّص في فقرتين أو أكثر يعمد إلى وضع القاعدة في فقرة والاستثناء في فقرة أو فقرات أخرى، وقد تكون الفقرات المتعددة هي تعداد الشروط. كما توحي بعض المصطلحات الى التوكيد، الوجوب، الجواز، الاختيار، الإلزام، الأمر، ...

ب- البناء المنطقي :

يتضح البناء المنطقي من خلال الأسلوب، صياغة النّص، والمنطق المعتمد .

ويظهر منطق النص من خلال الأسلوب الذي يستعمل في صياغة النص، فقد يستعمل المشرع أو الفقيه أسلوبا خبريا وهو الغالب إذا قصد الإخبار والتقرير والإعلام، وقد يستعمل أسلوبا إنشائيا إذا قصد النهي أو النفي أو غير ذلك من أدوات الأسلوب الإنشائي، وإذا تضمن النص اشتراطات معينة، استعمل في النص أسلوب الشرط وأدواته.

ج- البناء اللغوي :

هي المرحلة التي تتم فيها دراسة الألفاظ المستعملة والمستخدمة في النّص للحكم على مدى ملاءمتها للسياق وانسجامها معه، والتعرض لذلك للمصطلحات المستعملة التي لها أهمية .

ثانيا- التحليل الموضوعي للنص القانوني .

المقصود بالتحليل الموضوعي للنص القانوني هو التوصل الى معرفه روح النّص أو ما يرمي إليه النّص وهو محاولة ترمي الى إظهار القاعدة القانونية من ثنايا هذا النّص واستنباطها.

[1] صالح طاليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2010، ص 289.

1- القراءات المتعددة وشرح المصطلحات .

أ - القراءات المتعددة : يقصد بها القراءة مع التركيز على ما يرمى إليه النّص، وتحليل كل فقرة من فقرات هذا النص[1].

ب - شرح المصطلحات الواردة في النص القانوني :

يشير الطالب الى أهم المصطلحات القانونية التي جاء بها النّص ويشرحها بإيجاز، خاصة الكلمات المفتاحية (محل العقد، سبب العقد، شريعة المتعاقدين، ...).

2 - استخراج الفكرة العامة للنص القانوني :

يقصد بالفكرة العامة المعنى الاجمالي للنص، ويفيد استخراج الفكرة العامة للنص تحديد إطار المسألة المراد مناقشتها حتى لا يخرج الطالب عن الموضوع[2].

3- استخراج الأفكار (الأساسية) الرئيسية .

يقسم الطالب النّص الى فقرات تقسيما منطقيا بحيث تتضمن كل فقرة فكرة واحدة ويقوم بوضع عنوان لكل فقرة، وهذا التقسيم يفيد الطالب أثناء وضع خطة ملائمة في المرحلة اللاحقة للمرحلة التحضيرية.

4- طرح الإشكالية :

هي السؤال القانوني الذي يطرحه النّص بحسب الهدف الذي يرمي الى تحقيقه، وتستخرج عادة من المعنى الاجمالي للنص، بتأكيد الفكرة التي جاء بها النّص أو تعنيها أو تقديره أو البحث عن أفكار جديدة أغفلها النّص.

الفرع الثاني: مرحلة التحرير

---

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 78.

[2] عبد المنعم نعيمي، تقنيات إعداد الأبحاث العلمية القانونية المطولة والمختصرة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص 199.

تشمل المرحلة التحريرية، التصريح بالخطة (أولا)، ثم مناقشة الخطة

أولا: التصريح بالخطة.

للطالب أو المعلق على النص بصفة عامة، أن يبحث في النص القانوني بفقراته عن مؤشرات ترشده إلى المبحثين اللذين تتكون منهما الخطة.

ويحكم التقسيم الثنائي أو الثلاثي للخطة، عدد القواعد القانونية، أو عدد الفقرات المكونة للنص المعلق عليه، وذلك بوضع عناوين مختصرة ومعبرة، متبعين التسلسل المنطقي الذي يربط بأجزاء الخطة[1].

إن الهدف من وضع الخطة هو محاولة من مناقشة النّص بطريقة تحليلية انتقادية، فلا يكتفي الطالب بمجرد شرح النّص بل يجب عليه مناقشة الأفكار وإبداء رأيه، وهيكل الخطة يبنى على أفكار النّص.

وبما أنه لا توجد خطة نموذجية فعلى الطالب أن يراعي عند وضعه للخطة بعض المعايير الأساسية، وعليه خصوصا التأكد مما يلي[2]:

- موافقة الخطة لموضوع النّص ومطابقة تماما، بمعنى أنها تتناغم مع الموضوع .
- شاملة ولا يهمل إحدى الأفكار، فلا بد أن تجيب على عناصر الموضوع .
- غير محتوية على أفكار وعناوين مكررة، فعلى الطالب أن يبتعد عن الحشو والتكرار .
- متوازنة ومسلسلة في شكلها ومضمونها .

ثانيا- مناقشة النص القانوني.

[1] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 292.

[2] حريزي أسماء، منهجية العلوم القانونية، محاضرات مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، جامعة وهران، 2021، ص 88.

تتم المناقشة بتحرير ما جاء في عناوين الخطة بدءاً بالمقدّمة ومروراً بصلب الموضوع وأخيراً الخاتمة.

1- المقدّمة.

يبدأ الطالب في المقدّمة بعرض المسألة القانونية المراد مناقشتها بصورة وجيزة ومركزة، ثم ذكر أهميتها، ثم التصريح بالمسائل القانونية المراد مناقشتها ثم إثارة الإشكالية التي يتمحور عليها النّص، ثم أخيراً الإعلان عن التقسيم المراد اعتماده للإحالة على الإشكالية بالتذكير بالإشكالية المطروحة سابقا قبل التصريح بالخطة[1].

2- صلب الموضوع:

يناقش الطالب النّص القانوني من خلال الخطة التي اعتمدها قصد معالجة الموضوع ملتزما بأفكار النّص ومستعينا بزاده العلمي من محاضرات وثقافة قانونية، مع إبراز موقفه الشخصي و تبريره .

3- الخاتمة

لابد بعد الانتهاء من التعليق على النص القانوني وتحليله، من خاتمة عامة تتضمن الإجابة عن الإشكالية المطروحة.

تتميز بأنها حصيلة التحليل، وتعتبر الخاتمة ملخص لموضوع المسألة القانونية المعلق عليها والمشمولة بالتحليل، مضافا إليه الإجابة عن الإشكالية المطروحة، كما يتوجب على الطالب عرض النتائج والاستنتاجات التي تم التواصل إليها، والخاتمة لا تمثل تكرارا لما جاء في متن مناقشة الخطة[2].

وعلى الطاب أن يبدي موقفه من النّص مع اقتراح بديل إذا كان له رأي مخالف.

---

[1] عادة ما يكون طرح إشكالية الموضوع بعد المقدمة تليها مباشرة التقسيم العام للبحث، وبما أننا نصرح بالخطة في المرحلة التحضيرية في التعليق على النصوص، فلا يصح أن نترك الإشكالية في مقدمة البحث والخطة تسبقها.

[2] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 147.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي للتعليق على نص قانوني، التّعليق على نص المادة 106 من القانون المدني

نص المادة : **" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".**

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:

سوف نتعرض للتحليل الشكلي ثم التحليل الموضوعي لنص المادة 106 من القانون المدني .

أولا- التحليل الشكلي لنص المادة 106.

1- طبيعة النّص: النّص محل التعليق هو نص تشريعي.

2 - مصدر النّص :

2- 1- المصدر الشكلي لنص المادة 106

يقع هذا النّص (المادة: 106) في الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم07-05 المؤرخ في 2017/05/13، في القسم الثالث تحت عنوان أثار العقد من الفصل الثاني تحت عنوان العقد من الباب الأوّل مصادر الالتزام من الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزام والعقود.

2- 2- المصدر المادي لنص المادة 106

المادة 106 : بدا المشرع متأثرا بالقانون المدني الحصري المتأثر بالقانون المدني الفرنسي المتشبع بروح الفردية والانحياز للمذهب الشخصي للالتزام .

فنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، منسوخة من الفقرة الأولى من نص المادة 147 من القانون المدني المصري[1]، المتأثر بدوره بنص المادة: 1134 [2] من القانون المدني الفرنسي.

3 - بنية نّص المادة 106:

3- 1- البنية الطوبوغرافية (البناء المطبعي)

ورد نص المادة 106 من القانون المدني في فقرة واحدة تبدأ من العقد وينتهي القانون (فيها تقرير العقد شريعة المتعاقدين _ ونهي _ واستثناء _ وتحليل) .

وجاء نص المادة واضحا، وقد خلا من الأخطاء المطبعية، واللغوية والنحوية، مناسبا لفحوى النص ومضمونه.

3 - 2- البناء المنطقي :

جاءت صياغة نص المادة 106 من القانون المدني صياغة واضحة منطقية اعتمدت التقرير ثم النهي والاستثناء ثم البسط، وهو بناء منطقي يتوافق مع أسلوب وضع النّصوص القانونية التشريعية.

فقد اعتمد في النص أسلوب التقرير ما يناسب الإخبار والإعلام ويلائم ما يرمي إليه النص "العقد شريعة المتعاقدين" ما يمثل القاعدة العامة.

---

[1] المادة 147 من القانون المدني المصري:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"".

[2] تنص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها".

ثم مازج بين الاشتراط والنهي والاستثناء " فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

3- 3- البناء اللغوي:

الفاظ النّص واضحة ملائمة للأسلوب المنتهج، وجاء النّص بمصطلحات قانونية دقيقة نذكر منها : العقد، شريعة المتعاقدين، تعديل العقد، نقض العقد.

ثانيا- التحليل الموضوعي لنص المادة 106:

1- شرح المصطلحات الواردة في نص المادة 106 :

شريعة المتعاقدين، نقض، تعديل، اتفاق الطرفين .

- **شريعة المتعاقدين**: قانونهم الذي يحتكمون إليه.
- **نقض العقد**: النقض عكس الابرام، هو إنهاء العقد والتحلل من الرابطة العقدية.
- **تعديل العقد**: إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر من عناصر العقد وذلك بالإنقاص أو بالإضافة يفيد المحافظة على العقد.
- **اتفاق الطرفين :** أن يتفق الطرفان على مراجعة العقد (التعديل أو النقض) بإرادتيهما المشتركتين المتطابقتين.

2 - الفكرة العامة : القوة ملزمة للعقد والاستثناء الوارد عليها.

3- الأفكار الأساسية :

الفكرة الأولى : من "العقد إلى..... تعديله".

عنوان الفكرة: القوة الملزمة العقد .

الفكرة الثانية من " إلا باتفاق الطرفين إلى..... القانون "

الاستثناءات الواردة على القوة اللازمة للعقد .

4- طرح الإشكالية:

ماهي حدود القوة الملزمة للعقد؟

ماهي الاستثناءات الواردة على القوة الملزمة للعقد؟

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

أولا- التصريح بالخطة:

المبحث الأول: القوة الملزمة لقعد

المطلب الأول : التزام أطراف العقد بتنفيذه.

المطلب الثاني : عدم جواز نقض وتعديل العقد.

المبحث الثاني : الاستثناءات الوارد على القوة للعقد .

المطلب الأول : إنهاء وتعديل العقد بالإرادة المنفردة.

المطلب الثاني : مظاهر تدخل القانون في العقود.

الخاتمة.

ثانيا- مناقشة النص القانوني :

يتم في هذه المرحلة مناقشة الخطة في شكل بحث مصغر يبرز فيه الطالب معارفه النظرية بأسلوب منهجي منظم وفق الخطة المصرح بها، مجيبا عن الإشكالية التي طرحها، مبديا رأيه.

مقدمة

تبنى المشرع الجزائري قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" بموجب نص المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون"، غير أن هذا المبدأ طالته انتقادات وتراجع تأثيره بشكل لافت بعد تغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في القرن العشرين مما أدى إلى تقليص حرية الإرادة وتكمن أهمية تقليص مبدأ حرية الإرادة من حيث أن العقد يمكن أن تطرأ عليه ظروف مغايرة تحول دون إستمراره حسب ما إتفق عليه سابق، مما يستلزم تدخل القاضي سواء في مرحلة إنعقاد العقد بسبب الغبن أو الاستغلال، وأيضا عندما يتضمن العقد شرطا تعسفيا أو في مرحلة تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة أو تعديلا للشرط الجزائي كل هذا من أجل تعديل العقد ورفع الضرر عن الطرف الضعيف وتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

المبحث الأول : القوة الملزمة للعقد

نتعرض بداية إلى مفهوم القوة الملزمة للعقد، من خلال : الحرية جوهر سلطان الإرادة (المطلب الأول)، ثم إلى أن للعقد قوة تلزم الأطراف مثل درجة التزامهم بالقانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحرية جوهر سلطان الإرادة

إن الأفكار التي نادى بها أنصار المذهب الفردي وما تشبعوا به من منتهى حرية الفرد من كل قيد يكبله، ومن كل حاجز يحده إلا حدود النظام العام والآداب العامة، وإعطاء إرادته السلطان الأعظم بإطلاقها حرة مختارة. ونركز بداية على الإرادة ومظاهر حريتها، ثم التطرق إلى أن الإرادة وحدها تخلق الحق و الكفيلة بتوليد الالتزام.

الفرع الأول : حرية الإرادة

حرية الفرد قائمة على أساس أن الإرادة الحرة الواعية المريدة، لا تقدم على إبرام عقد إلا وقد رأت في ذلك مصلحة، أو كانت تصبو لجلب فائدة معينة، أو درء مفسدة محدقة. فلا

غرابة أن يعطى لها السلطان في أن تفعل ما تشاء وبالقدر الذي تريد، ولا غرو أن تصبح عماد التصرفات القانونية ومن بينها العقد، فلها أن تنشئه أو تنقله أو تعدله أو أن تنهيه.

أولا – الإرادة الحرة إرادة سليمة

الإرادة ذات السلطان في مباشرة التصرفات القانونية هي إرادة متبصرة متنوّرة، واعية مدركة، لتكون في النهاية قادرة بمفردها دونما قيد أو شرط، ودون معين أو متدخل في إنشاء الحقوق وترتيب الالتزامات.

ونحن إذ نتطرق إلى الإرادة السليمة – التي لا يضيرها عدم مراعاة التكافل– إنما نقصد تلك الإرادة الصادرة من ذي أهلية، وقد خلت من عيوب الرضاء.

لأن التراضي وهو الركن الأساس في العقد، لا يكون صحيحا مرتبا للآثار القانونية إلا إذا سلم من عيب الغلط والإكراه والتدليس وكذا الاستغلال.

ويفرق عادة بين الإرادة والاختيار، فإذا كانت الإرادة تسبق الرضاء، فإنها لا تكون إلا بعد أن يختار المتعاقد ولا يكون له ذلك إلا بتوافر عدة بدائل ينتقي منها ما يشاء كما يريد، أما إذا لم تتوافر هذه الخيارات، أو أجبر على التعاقد تحت أي سلطان، أوتم استغلال ضعفه أو عدم تبصره، تحضر الإرادة – وإن كانت معيبة – ويغيب الاختيار لأنه أخص منها. ولذلك لا تكون الإرادة معتبرة إلا إذا أقبلت على التعاقد حرة مختارة، تعكس رضا المتعاقد القاصد لعبارات العقد والمميز لآثاره[1].

[1]- فإذا كان المريد لا ينظر إلا للأمر الذي يريده مرجحا أحد الجانبين، فإن المختار ينظر إلى الجانبين ، ثم يوازن ويفاضل بينهما ترجيحا مع التفضيل لقدرته على الاختيار ، ولذلك هي علاقة خصوص وعموم، كما يفرق بين الاختيار والرضا من حيث أن هذا الأخير هو امتلاء الاختيار أي بلوغه نهايته، فالاختيار هو القصد، أما الرضا فهو إيثار الشيء واستحسانه، والرغبة في تحقيق آثار العقد، فالرضا أخص من الاختيار. راجع: علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي) ج 1، دار البشائر الإسلامية، ط 3، 2008، ص 204 وما بعدها.

ثانيا – الإرادة الحرة إرادة مطلقة

إن الحرية التي نادى بها أنصار المذهب الفردي، هي حرية الشخص في إبرام عقد معين أو الامتناع عن التعاقد، ثم امتداد هذه الحرية في اختيار الشخص المتعاقد معه.

والإرادة الحرة هي إرادة مطلقة، وهي بهذه الخاصية، تمنح للفرد الحرية في أن يلتزم أولا يلتزم، فهو لا يلتزم إلا طوعا باختياره، بالقدر الذي أراد وفي الحدود التي رسمها، طالما لا تتعارض مع ما حضره القانون الذي ينظر إليه وفق هذا الفكر كحام للحرية الفردية، والمتعاقد يستطيع بعد التعبير عن إرادته أن يتراجع، أن يغير أو يعدل من إرادته إلى حين حصول تطابق إرادته في التعاقد مع إرادة الطرف الآخر في العقد، الذي يحد من هذا الإطلاق بامتداد إرادته إلى حدود الإرادة المقابلة.

ومن مظاهر الإرادة المطلقة، الحرية في إبرام العقد دون الحاجة إلى إفراغ الاتفاق المنعقد بين الطرفين في شكل معين، أو قالب محدد، أو أي اشتراط لمراسم شكلية بذاتها، والذي يعكس بدقة مبدأ الرضائية.

الفرع الثاني :الإرادة وحدها تخلق الحق و تولد الالتزام

إن أنصار المذهب الفردي يجعلون من الإرادة مصدرا لكل الحقوق التي يكتسبها الفرد نتيجة الحرية التي يتمتع بها، انطلاقا من أن الإرادة الحرة تخلق الحق، والإرادة السليمة الواعية قادرة على حمايته.

والإرادة ذات السلطان باستقلاليتها وحريتها قادرة على تحقيق الفائدة من العقد بما يتناسب مع التزاماتها العقدية دون وصاية من إرادة أخرى ولو كانت إرادة القانون، لأنها أدرى من غيرها بهذه المصالح و أكفأ من الجميع في تحقيق الهدف من التعاقد.

" فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة، و الميراث مبني على وصية مفروضة..."[1].

فالإرادة هي التي تخلق الحق، والإرادة هي التي تولد الالتزام، ويتفرع عن هذه الفكرة أن لا يُلزم أحد بغير إرادته (أ)، وأن للمتعاقدين دون سواهما أن يحددا مضمون العقد (ب).

أولا – لا يلزم أحد بغير إرادته

من تبعات الاعتداد بالحرية التي توصف بأنها جوهر[2] الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، هو أن لا يزم أحد بغير إرادته، ومرد هذه الفكرة إلى الفلسفة الفردية التي تبناها منظّرو هذا المذهب وعلى رأسهم كانت فلا يمكن أن نفرض على شخص حر أن يلتزم بشيء لا تتصرف إرادته إلى قبول مشيئة أخرى تفرض عليه، فلا يجب أن يخضع إلا لشريعته الذاتية[3]، وإرادته الشخصية البحتة.

إن الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة لا يعني أن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من الالتزامات وحسب؛ وإنما يرمي كذلك إلى أنه إذا لم تنشئ الإرادة التزام ما، فمعنى ذلك أنه لا وجود لمثل هذا الالتزام[4].

والإرادة قادرة على توليد الالتزام، وإنشاء الحقوق بذاتها دون تخطيها لحدود الإرادات المقابلة، التي يفترض أن تتمتع أيضا بالقدر نفسه من الحرية والقدرة والوعي، "فلا أحد يستطيع اقتحام دائرة سيادة كل فرد قصد إجباره على إنشاء حق أو دين"[5].

---

[1] – راجع: السنهوري، العقد، المرجع السابق، ج 1، ص 99 ، الذي يضيف في نفس الصفحة، هامش 3 نقلا عن فوييه: "انزل بفكرة الحرية من سماء الخيال المعنوي و اهبط بها في دائرة الحقائق المحسوسة، تجدها اتخذت شكلا جديدا واسما جديدا فأصبحت تسمى الملكية".

[2] – راجع: وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، ج 1، المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية، مطبعة رياض، دمشق، 1982، ص 53.

[3] – راجع: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 15.

[4] - FLOUR (J), AUBERT (J-L) et SAVAUX (E), Les obligations, TI, L'acte juridique 10ème éd Armand Colin, Paris, 2002, n° 94.

[5]- DEMOGUE (R), traité des obligation en général; vol. 2, effet des obligations, op. cit., p 482.

ثانيا – حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد

من مظاهر سلطان الإرادة في مجال العقود، الحرية في تحديد مضمون العقد والحرية في تضمينها الشروط والبنود التي يتفق الطرفان عليها.

ويترتب على ذلك أيضا إنشاء عقود لم يسمها القانون ويعيّنون أحكامها في إطار النّظام العام و المبادئ العامّة.

وتعتبر الحرية في تحديد مضمون العقد، من مسلمات مبدأ سلطان الإرادة؛ وتمثل كذلك أهم مظهر من مظاهر حرية الإرادة، لما ينجر على ذلك من إبداع وإطلاق الإرادة في خلق مجالات أخرى للتعاقد، وأشكال بمسميات مغايرة لما عهد من عقود وما ألفته المجتمعات من اتفاقات وعهود.

ويضاف إلى الشكل والاسم والمبنى والمعنى لهذه العقود، الحرية في الاشتراطات، فلا قيد سوى النظام العام والآداب العامة يقيدها، وعليه فللمتعاقدين بعد ذلك، الحرية المطلقة في اتفاقهما على ما يريانه أكثر انتفاعا بالمعقود عليه، أو حفظا للحقوق وزيادة في الضمان. "وهذا ما جعل المشرع ينشغل أيضا بسلامة الرضا دون أي اعتبار لتعادل الالتزامات التي يرتبها العقد، فطالما يلتزم المتعاقد بإرادته الحرة ورضاه سليما خال من كل عيب، فله أن يلتزم بما شاء وبالثمن الذي يريد، ولوكان غيره يرى في ذلك غبن"[1].

المطلب الثاني: للعقد قوة تلزم الأطراف مثل درجة التزامهم بالقانون

تعد القوة الملزمة للعقد الوجه الثاني للعملة، فهي الشق الذي يضاف إلى مبدأ الحرية التعاقدية ليكتمل تجلي مبدأ سلطان الإرادة.

ولا تقلّ القوة الملزمة للعقد أهمية عن حرية التعاقد، وإنما تعتبران دعامتان متكاملتان ولذلك يُستعار لفظ الوجهين للعملة الواحدة، ويُستعاض به تعبيرا على عدم استغناء إحداهما

[1] – راجع: على فيلالي، المرج السابق، ص 53.

عن الأخرى. فالعقد بعد إبرامه صحيحا، تصبح له قوة ملزمة مستمدة أساسها من الإرادة وكفايتها في تحديد الآثار.

الفرع الأول :العقد قانون المتعاقدين وشريعتهم

القوة الملزمة للعقد كدعامة لمبدأ سلطان الإرادة من السعة ما يجعلها تضم في طياتها العديد من المبادئ التي تشغل بمفردها حيزا كبيرا من الفكر القانوني في مجال العقود.

ومن بين هذه المبادئ: "العقد شريعة المتعاقدين"، هذه القاعدة التي يتحجج بها كل متمسك بعقده، ويدافع عنها كل مستفيد من قوتها ونفوذها، خاصة أولئك الذين يحفلون بالإرادة وحريتها وكفايتها ببسط سلطانها على استيفاء الحقوق وتحقيق المصالح، في حين يصفها نظراؤهم في الطرف النقيض بأنها قاعدة مجحفة مرعبة.

أولا- وجوب تنفيذ الالتزام

نصت المادة 106 من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله، إلا باتفاق الطرفين...".

إن الإرادة التي انصرفت واعية إلى إبرام العقد، يجب عليها أن تلتزم بحروفه وحدوده، وأن تمتثل لشروطه وتعمل بأحكامه وبنوده.

إن مراعاة تنفيذ الاتفاقات يبن الأفراد لا يُمليه الالتزام بنص المادة 106 وما يقلبها من نصوص مشابهة في قوانين الدول المختلفة؛ وإنما هي قاعدة خلقية، تحث على واجب الوفاء بالوعد الذي نادت به كل الشرائع، وأسست له مقولة: " تربط الثيران يقرونها، وتربط الرجال من ألسنتها". والمقولة اللاتينية الشهيرة: " pacta sunt servanda ".

ويلتزم طرفا العقد بما اتفقا عليه، سواء كان هذا الاتفاق إعطاء شيء أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، والقوة الملزمة للعقد تقتضي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وتنفيذ ما هو من مستلزماته.

وانطلاقا من كون القوة الملزمة للعقد تعتبر من مسلمات العقل المجرد على حد تعبير (Kant)، والعقد ملزم لأنه ملزم، كما قال (Gounot)؛ فإن قوة الإلزام هذه يكتسبها العقد في نظر مذهب الإرادة، للاعتبارات السالفة الذكر من حرية، واستقرار وثبات المعاملات وأمن قانوني ويضاف إلى ذلك كله فكرة: عدالة العقد.

ومفاد فكرة عدالة العقد، أن المتعاقدين وقد اتفقا بمحض إرادتيهما على إبرام العقد، قد ارتضيا بنوده، ووقفا عند حروفه وحدوده؛ يكونان – بما لا يدع مجالا للشك أو التأويل – قد راعيا مصلحة كل طرف في العملية التعاقدية، وليس أحد أعرف بما يعود عليه من فائدة، أو يجنيه من كسب من المتعاقد نفسه.

فالإرادة الواعية القادرة، باستطاعتها بمفردها دون تدخل من الغير تحقيق العدل – ولو كان هذا الغير المشرع أو القاضي – من هذا المنطلق جاءت مقولة الأستاذ (Fouillée) الشهيرة:"إن كل ما هو تعاقدي يكون عادلا"[1]. فالشخص لا يرتضي إلا ما يكون في صالحه أي ما يكون عادلا، وكما يقول (Kant): "عندما يقرر أحد شيئا في مواجهة آخر، فمن الممكن أن ينطوي على بعض عدم العدالة، ولكن عدم العدالة يكون مستحيلا حينما يقرر الشخص شيئا لنفسه"[2].

وتطبيقا لذلك فإن ما يقرره المتعاقدان أثناء إبرامهما العقد لا يمكن إلا أن يكون عادلا فالعدل ما ارتضاه الأطراف، والذي لا يعني بالضرورة المساواة.

فإذا كان العقد يخلق قواعد سلوكية قانونية، فإن تلك القواعد هي الأكثر عدالة، لأنها القواعد الناجمة عن محض الإرادة والمقبولة من منشئيها.[3]

[1]- FOUILLEE (A), La science sociale contemporaine, op., cit., P. 410.
[2]- KANT (E): Doctrine du Droit, op., cit. , 1889, P. 169.
[3]- ROUBIER (P), Théorie générale du droit, Paris, Sirey, 1951, P. 263.

ثانيا – لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله إلا بإرادة أطرافه

وتقتضي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في جانب آخر، بعدم جواز انفراد أحد المتعاقدين – كأصل عام – بإلغاء العقد أو تعديله[1]، كما لا يحق لغير المتعاقدين التدخل في العقد الذي يكون قد تكون تكوينا صحيحا.

ومن صميم القاعدة – والتي سكت عنها كثير من الفقه لبداهتها – أن للمتعاقدين الحق في أن يتفقا على مراجعة العقد المبرم بينهما، إما بالتعديل بإضافة شروط، أو زيادة التزامات أو الإنقاص منها، كما بإمكانهما دون سواهما الاتفاق على إلغاء العقد أو وقف تنفيذه.

ولا ينبغي للقاضي أن يطلق سلطته في التعديل أو الإلغاء إلا في الحدود التي تعتبر استثناء عن المبدأ الذي كرسه القانون[2].

وقد منح المشرع للقاضي سلطة التأويل والتفسير[3]، وإضافة شروط إلى العقد، أو الزيادة في الأعباء، أو الإنقاص من التكاليف، متمسكا بما منحه القانون من مكنة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومن ذلك تكملة (إكمال) العقد[4]، أو تحول العقد[1].

---

[1]- يذهب الأستاذ بدري جمال إلى أن تعدد الاستثناءات الواردة على عدم جواز نقض العقد بالإرادة المنفردة، يرتقي بنقض العقد بالإرادة المنفردة من الاستثناء إلى المبدأ. راجع: جمال بدري نقض العقد بالإرادة المنفردة من الاستثناء إلى المبدأ، دكتوراه الجزائر، 2017، ص 68 وما بعدها.

[2]- ومن ذلك تدخل القاضي في العقد بتعديله، تبعا لأحكام نظرية الظروف الطارئة، وهو ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني، حيث جاء في فقرتها الثالثة على أنه: " ...إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[3]- تنص المادة 111 من القانون المدني على أنه: إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأولها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات" .

[4]- راجع الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني التي تنص على أنه: " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه وحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

الفرع الثاني: تنصرف آثار العقد إلى أطرافه

يحكم النظرية التقليدية للعقد مبدأ هام والمتمثل في نسبية أثر العقد، وهو مبدأ لا يختلف في فحواه عما ذكر من المبادئ المنبثقة عن سلطان الإرادة وعن الفكر الفلسفي الذي نادى به أنصار المذهب الفردي، كما لا يتعارض مع قواعد الأخلاق.

ومفاد المبدأ، أن العقد بعد تكوينه صحيحا، مستوفيا الأركان ينصرف أثره إلى أطرافه دون انصرافه إلى الغير، وهو الأمر الذي يقبله العقل ويسلم به المنطق، ويتوافق مع مبادئ العقد وأهداف القانون، وبما أن للمبدأ استثناءات وتطبيقات، ودوائر اختلاف واتفاق مع نفاذ العقد استوجب الأمر بسط الموضوع فيما يأتي.

أولا – الأصل أن العقد لا يلزم إلا أطرافه

يعبر مبدأ نسبية أثر العقد عن أحد المظاهر الهامة للطابع الشخصي للالتزام، فهذا المبدأ يعني أن العقد لا ينتج أثره إلا فيما بين المتعاقدين، فهو لا يتعداهم إلي الغير. فالعقد لا ينشئ حقوقا إلا لأطرافه، كما أنه لا يحمل غيرهم بما يترتب عليه من التزامات.

وقد نصت المادة 108 من ق.م على أنه: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهم العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

يجب ابتداء أن نشير إلى أن المقصود بأطراف العقد الأشخاص الذين قاموا بإبرام العقود بأنفسهم، أو ناب عنهم من يقوم بهذه المهمة باسمهم و لحسابهم، فيعتبر الأصلاء أطرافا وإن لم يحضروا مجلس العقد أو يباشروا التعاقد، ويعتبر من ينوبهم من الغير، فلا يكتسبون حقوقا ولا ترتب في ذمتهم التزامات.

---

[1]- راجع المادة 105 من القانون المدني، حيث نصت على أنه: إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

كما تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام، وهو " كل من يخلف السلف في كل ذمته المالية، أو في جزء غير معين منها، كما يعتبر الموصى له بجزء من التركة خلفا عاما"[1].

والخلف العام لا يعتبرون كذلك، إلا بعد وفاة مورثهم، فتنصرف آثار العقد إليهم فيكتسبون حقوقا وهو أمر لا يثير جدلا، أما فيما يخص تحمل الالتزامات فالمسألة تتعدى القانون المدني، لأن الخلف العام لا يكون مسؤولا عن التزام سلفه، إلا في حدود التركة[2]، توافقا مع مراعاة أحكام الشريعة وقانون الأسرة[3]، في المسائل المتعلقة بالميراث، وما يكتنفها من خصوصية.

ثانيا – انصراف العقد لغير أطرافه، بين الاستثناء والتطبيق

ومن تطبيقات مبدأ الأثر النسبي للعقد حالة التعهد على الغير، وإلى ذلك أشارت المادة 114 قانون مدني على أنه: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد"[4].

وتنصرف آثار العقد إلى غير المتعاقدين، في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، فالعاقدان هما اللذان يلتزمان بالعقد وتظهر آثاره بالنسبة لغيرهما، وهذه الحالة تعتبر استثناء من مبدأ

---

[1] – راجع: زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر، 1992، ص 18. راجع أيضا: أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 194.

[2]ـ الخلف العام، إذا قبل التركة دون تحفظ، فيكون مسؤولا عن تنفيذها، – راجع: زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 25.

[3]ـ طالع، القانون رقم 84 – 11 المؤرخ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في 12 جوان 1984، العدد 24، المعدل و المتمم بالأمر 05 – 02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 فيفري 2005، العدد 15.

[4]ـ راجع: المادة 114 من القانون المدني.

نسبية العقد، فقد نصت المادة 113 من القانون المدني أنه: "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"[1].

ونظرا لتنوع العقود، وتعدد صور المعاملات، نتج عن ذلك تصور جديد، لحق بنظرية العقد، فقد حدث تراجع بالنسبة لمبدأ الأثر النسبي للعقد، فبات انصراف آثار العقد إلى الغير أمرا واردا بإكسابهم الحقوق وإلزامهم بواجبات وان لم يشاركوا بإرادتهم في هذه العقود.
وهو شأن الاتفاقات الجماعية في عقود العمل وغيرها خاصة في القطاع الاقتصادي، وكذا الشأن بالنسبة للعقود المتتابعة التي يشارك فيها المنتج والبائع والموزع و الناقل[2].

وإن كانت هذه الاستثناءات وغيرها، قد اعتبرت في وقت من الأوقات، حالات معزولة لا ترقى لوجوب تعديل الأفكار المتبناة، من ثبات للقوة الملزمة للعقد، وحرية الإرادة المطلق وعدم انصراف آثار العقد لغير أطرافه؛ إلا أن هذا التعدد للأحكام الواردة في القوانين الخاصة، ومنها قانون التأمينات، من شأنها أن تثني هذه المبادئ، وتكبح سيطرتها على النظرية العامة للعقد، التي يجب أن تتسع لأحكام تعكس مبادئ أكثر نفعا لمصلحة المتعاقدين

المبحث الثاني : تعديل العقد

إن التفاوت بين أداءات المتعاقدين أمر طبيعي في المعاملات المالية لتباين المصالح فكل طرف في العقد التبادلي يرجو تحقيق فائدة متناسبة مع العطاء المقدم، بل يأمل فريق من المتعاقدين أن يحقق نفعا بأقل قدر من الالتزامات. وهو أمر مجبول عليه كثير من الناس. ولا يعد ذلك منقصة لأن الشخص السوي المريد يجب عليه أن يسعى إلى تحقيق مصالحه، لكن المتعاقدين عادة ما يبغون على بعضهم وهم بصدد البحث عما يشبع رغباتهم، مما يؤدي إلى تفاوت بين أداءاتهم.

---

[1]- راجع: المادة 113 من القانون المدني، وقد نصت المادة 116 فقرة 1 من القانون المدني على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية". ولعلّ أهم تطبيق للاشتراط لمصلحة الغير، في التأمين على الحياة، إذ يتحصل المستفيد من مبلغ التأمين، بعد اشتراط مكتتب التأمين استحقاق من يعينه في العقد هذه المبالغ. وهوما سوف نتعرض إليه لاحقا.

[2]- راجع: فيلالي علي، المرجع السابق، ص 59.

المطلب الأول: مرتكزات فكرة تعديل العقد

ويحسن بنا أن نعرض إلى فكرة تعادل الأداءات في العقد فنبين مدلولها في (فرع أول) ثم نتطرق في (فرع ثان) إلى معايير التوازن المادي للعقد و إلى أن اختلال التوازن مدعاة لتعديل الالتزامات غير المتكافئة في (فرع ثالث).

الفرع الأول: مبادئ الفكرة ومعايير التعديل

إن فكرة تعديل لعقد أملتها التطورات الاجتماعية والاقتصادية المتسارعة الحاصلة في مختلف المجتمعات المعاصرة، هته التطورات التي ما فتئت تلقي بظلالها على المعاملات المالية بين الأفراد، ومنها العقود المدنية، حتى أوغلت في تأثيرها على النظرية العامة للعقد. فالعقد أصبح ينظر إليه كأداة لتحقيق النفع عامه و خاصه، ولم يعد العقد شأن عاقديه لا يطاله التعديل ولا يبحث في الأداءات المتقابلة وتوازنها، بل هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة

أولا – مبادئ الفكرة ومراميها: إن فكرة التوازن المادي للعقد أملتها التطورات الاجتماعية والاقتصادية المتسارعة الحاصلة في مختلف المجتمعات المعاصرة، هته التطورات التي ما فتئت تلقي بظلالها على المعاملات المالية بين الأفراد، ومنها العقود المدنية، حتى أوغلت في تأثيرها على النظرية العامة للعقد. فالعقد أصبح ينظر إليه كأداة لتحقيق النفع عامه و خاصه، ولم يعد العقد شأن عاقديه لا يطاله التعديل ولا يبحث في الأداءات المتقابلة وتوازنها، بل هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة.

وعلى هذا الأساس ظهرت نظريات تطالب برفع الغبن عن الطرف الذي يتأثر مركزه المالي نتيجة العقد الذي أبرمه، ومنها ما يطالب بالتعرض إلى حالات الاستغلال المتعددة التي يتعرض إليها ضعاف النفوس، فيغبنون من حيث لا يشعرون. كما ظهرت نظريات أخرى تجابه التعسف أثناء التعاقد وتعتبره أحد أهم عوامل هدم قانون الإرادة، والتصدي لما تحتويه تلك البنود المجحفة وإحداث التوازن المادي للعقد عين العدالة، والقانون الحق الذي يجب أن يسود العقود. كما تستند فكرة التوازن المادي للعقد على نظرية تعديل التزامات المتعاقدين لعامل تغير الظروف.

فينظر إلى التوازن المالي للعقد من خلال جميع شروطه وبنوده، فلا يفصل عنصر من العناصر المكونة لمضمون العقد لادعاء عدم التوازن. لأن التكوين المتناسق لمضمون العقد يجب أن يحدد بشكل إجمالي يشمل جميع مراحل انعقاده، من الإنشاء إلى التنفيذ.

فالتوازن يعنى باقتصاديات العقد التي تمثل التنظيم الداخلي للعقد بالنظر إلى الالتزامات المتبادلة والعوض الذي يتحصل عليه أطراف العملية التعاقدية.

و عليه يمكن التفريق بين مراعاة اقتصاديات العقد وفكرة التوازن المادي للعقد، من حيث أن الأولى تعنى بتنظيم مضمون العقد وجعله متناسقا، في حين يعنى التوازن بتحديد بعض صفات المضمون العقدي المحدد بشكل إجمالي.[1]

كما يمكننا التفريق بين العدالة العقدية والتوازن المادي للعقد كون العادلة الغاية المثلى التي ترمي إليها فكرة التوازن المادي للعقد والتي قد تمثل إحدى مرجعياتها الأساس. وإذا كانا يتفقان حول الهدف الذي يرميان إليه وهو مراعاة تحقيق التعادل بين الأداءات، بالأخذ بيد الطرف الضعيف في العملية التعاقدية و إسعافه بآليات لحمايته ورفع الغبن عنه، و الحد من سيطرة الأقوى مركزا و معالجة تعسفه، إلا أن العدالة العقدية تبقى فكرة غير واضحة، ويمكن تصورها بعيدا عن وجوب التعادل بين التزامات المتعاقدين.

ويكون الأقرب إلى تصور المشرع الأخذ بفكرة التوازن التعاقدي، الذي لا تلغى فيه إرادة الأطراف القادرة على تحقيقه، وفق النظرة الذاتية سالفة الذكر، والتي لا تتعارض مع الاعتداد بفكرة التوازن المادي للعقد، كلما دعت إلى ذلك الحالات الاستثنائية التي تتطلب معالجة منفردة خاصة.

ثانيا– معايير تعديل العقد

لا يوجد معيار ثابت في الفقه والقانون ولا حتى القضاء، يحدد من خلاله وجود التوازن المادي في العقد من عدمه، وذلك راجع لتنوع المعاملات المالية و كثرة العقود مع تجددها من حيث تكوينها باستعمال وسائل متعددة قديمها وحديثها، وكذلك من حيث التنفيذ وطرق الوفاء وترتيب الآثار التي صارت تنصرف إلى غير المتعاقدين.

وقد حاول البعض إعطاء معايير للتوازن المادي للعقد، لكنها محاولة لا تخلو من نقائص، نذكرها بعد عرض هذه المعايير كما ذكرها الأستاذ " L. FIN. LANGER "

[1] L. FIN. LANGER, l'équilibre contractuel, LGDJ, 2002, n° 237. Cité par, MUSTAPHA MEKKI , op. cit,p, 789.

في كتابه سابق الذكر وقد اقترح التنسيق بين أربعة معايير لتحقيق التوازن في العقد وقسمهما إلى مجموعتين المجموعة الأولى تهتم بالنوعية وقدر العوض من تقابل وتبادل، ومجموعة أخرى تهتم بالتقدير الحسابي هي التعادل والمواءمة.[1]

فمعيار تقابل الالتزامات يفترض في العقود التبادلية، انطلاقا من فكرة وجود السبب المقابل لأداءات الأطراف، فكل التزام من أحد المتعاقدين بفعل شيء أو بمنح يقابله فعل أو منح مهما كانت قيمة الأداء المقابل، و يكمن الخلل في التوازن من خلال هذا المعيار إلى غياب هذا المقابل، لعدم تنفيذ طرف ما في العقد لالتزامه.

ويمكن إضافة عنصر ثالث إلى معياري التقابل والتبادل، يتمثل في معيار الارتباط يتطلب بقاء التقابل والتبادل بين الالتزامات من وقت إنشائها إلى حين تنفيذها، ارتباطا فنيا يعكسه تراضي المتعاقدين على تحمل كل منهما قدرا من أعباء التعاقد، وفاء وتعاونا، و هذا الارتباط بين الالتزامات من شأنه أن يعزز المعيارين في وجود التوازن وبقائه.

ولعل أقرب معايير التوازن المادي للعقد هو معيار التعادل بين الأداءات المتقابلة وهو يعتبر تقدير حسابي عكس المعايير السابقة التي تعنى بنوعية تبادل الالتزامات.

وهذا المعيار يقترب من نظرية النفع والعدل التي قال بها غستان[2] ومفادها أن العقد لا يتمتع بقوته الإلزامية إلا لكونه مفيدا وعادلا، فالعقد ملزم لأنه مفيد كما أنه ليس ملزما إلا لأنه عقد عادل، والمنفعة بحسب غستان نوعان: منفعة شخصية و منفعة عامة. و القانون لا يمنح للعقد هذه القوة الملزمة إلا لكونه يسمح بتحقيق عمليات نافعة اجتماعيا، ويترتب على هذه الوظيفة مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة، مع الاحتفاظ بدور أساسي للإرادة الفردية لأنها تسعى لتحقيق منفعة اجتماعية. وتهدف نظرية منفعة العقد الاجتماعية إلى تكريس مبدأ الحرية و المسؤولية ومبدأ الاستقرار القانوني.

---

[1]"deux qualitatifs, la réciprocité et la commutativité, et deux quantitatifs, l'équivalence et la proportionnalité". MUSTAPHA MEKKI, op. cit,p, 787 .

[2]J.GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats,D. 1982, chr.1.

أشار إليه الأستاذ: عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 46.

و انطلاقا من أن العقد يعتبر أداة للتبصر أو التوقع من جهة واعتباره من جهة ثانية وسيلة لتبادل المنافع الآنية أو المستقبلية، فإن تحقيق هذه الفوائد لا يكون إلا في إطار القوة الملزمة للعقد الضامنة للائتمان، لأن المتعاقد يلتزم بتحقيق هذه المنافع بالتزامه بتنفيذ العقد. بالمقابل يستمد العقد قوته الإلزامية من كونه عقدا عادلا.

وزيادة على اشتراط أن يكون هذا الاختلال الناتج عن الالتزامات المتفاوتة، مؤثرا على اقتصاديات العقد بشكل يهلهل التوازن في مضمون العقد إجمالا، فقد اشترط المشرع للقول بوجود خلل في التوازن، أن يكون التفاوت كبيرا بين أداءات المتعاقدين، فلا تكون العبرة بالتباين الفاحش أو الجسيم ما يؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي بين الالتزامات وهو ما يفسر إجازة المشرع لفسخ العقد في المادة 3/561 كجزاء قاس على هذا الانهيار الذي يصل إلى حد القول بانعدام المقابل الذي يبرر الخروج عن القاعدة العامة المقررة لقوة العقد الملزمة.

كما لا يمكن اعتبار الخلل في التوازن نتيجة التفاوتات البسيطة، مألوفة الحدوث وشائعة الوقوع، وهي تفاوتات يسيرة يمكن استبعادها وعدم إعارتها أي درجة من الاهتمام أو الاعتداد القانوني، لانتفاء ترتيب أية آثار عند توافرها، وعليه يمكننا استبعاد التفاوت اليسير من شروط الخلل الموجب للتدخل لتحقيق التوازن المادي للعقد. وباستبعادنا للتفاوت الجسيم الفاسخ، والتباين اليسير المألوف، لا يسعنا إلا التسليم بمصطلحات المشرع الذي تطرق إلى المقابل العادل، الشيء المعادل، التزامات متفاوتة كثيرا، تعديل الشروط ...إلخ.

وهذا تماشيا مع تصور المشرع الرامي إلى استقرار التعامل والأمن القانوني، زيادة على تحقيق العدالة التعاقدية لأنها مبتغى القانون.

ويرجع تقدير مدى تأثير التفاوت على التوازن المادي للعقد لقاضي الموضوع الفاصل في بلوغ الاختلال الدرجة التي توجب التعديل بالنظر إلى عدة عوامل أو مؤشرات، كقيمة التبادلات المرتكزة على قيمة السوق، وغيرها من المعايير المرنة التي يهتدي بها القاضي لتحديد وجود الخلل بعدم تناسب قيمة المنفعة مع الأداء المقدم.

الفرع الثاني: مراعاة مبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد

يقصد بحسن النية الإخلاص والاستقامة و الأمانة في التعامل مع الطرف الآخر في العقد، إذ يتفق مظهر المتعاقد مع مخبره بما يتنافى مع كل غش أو تدليس أو تعسف.

و النية هي قصد يليه انعقاد العزم على أمر معين يرتب عليه القانون أثرا من الآثار، يؤثر عليها الضمير، و يحركها الباعث ويدفعها نحو تحقيق الفائدة من التعاقد.

وعليه، سيتم التطرق إلى مبدأ حسن النية ودوره في إحداث التوازن في العقد من خلال التطرق إلى مظاهر حسن النية (الفرع الأول) ثم إلى الأثر الذي يتركه مبدأ حسن النية في أداءات المتعاقدين (فرع ثان).

أولا- مظاهر حسن النية

إن حسن النية و هو يحيط بالعلاقة التعاقدية من كل جوانبها و في كل مراحلها، يعتبر صمام الأمان في العقود، في مرحلة ما قبل التعاقد ومرحلة إنشاء العقد، كما يعتبر ضمانا لتنفيذ العقود كما أرادتها النية المشتركة للمتعاقدين. لأن العقد المبرم بهذه الأخلاق العالية في ظل مبدأ حسن النية، هو عقد متوازن بذاته، لا يحتاج غير إرادة طرفيه في إحداث التوازن حتى ولو اشترطا تحقيق التوازن المادي في العقد المبرم بينهما.

تعتبر الأمانة مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، ذلك أن أطراف العملية التعاقدية ينبغي أن يكونوا على قدر من الاستقامة، تؤهلهم لأن يكونوا محلا للثقة المتبادلة يثق في توافرها كل طرف في العقد بالمتعاقد الآخر لما يفترضه فيه من نزاهة و أمانة و شرف وإن كانت العقود تقوم على مصالح متعارضة، الأمر الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، فإن هذا الحق تقيده قواعد العدالة وحسن النية. وقد أولى المشرع اهتماما بالغا بنزاهة المتعاقدين النابعة من أمانتهما والثقة المتبادلة بينهما؛ بل إنه قد ارتكز عليهما عند البحث عن النية المشتركة و استخلاص الإرادة الحقيقية وذلك إذا احتاج القاضي إلى تأويل العبارات الغامضة، فجعل من الأمور التي يستهدي بها، ما يفترض في المتعاقدين من أمانة وثقة.

و ترتبط اعتبارات الثقة بالأخلاق ارتباطا وثيقا وكلاهما يفرض على أطراف العملية العقدية قدرا من الشرف والنزاهة و الأمانة. و لذلك جعل المشرع العقود التي تنطوي على الغش والخديعة، وتقترن فيها نية التضليل مع إرادة التعاقد عقودا مشوبة بعيب يعرضها للإبطال.[1]

إن النزاهة المعبر عنها بالأمانة والثقة المنبثقتين عن النية الحسنة صفات متوخاة إما لذاتها و إما لمؤداها، لأنها المعبرة عن الاستقامة في الخلق وهو أمر يتعلق بالشخص نفسه

[1] أنظر، المادة 86 من القانون المدني و ما بعدها.

إلا إذا اقترنت تلك السجايا بالسلوك وتقاطعت مع سلوكيات الغير فتحتاج إلى استقامة مع الخلق وهذه الاستقامة هي التي يعبر عنها بتنفيذ الالتزامات بإخلاص.

إن المتعاقد إذا كان مأمون الجانب ، أهلا للثقة، نزيها سمحا، يفترض أن تتوافر في تعاملاته المالية نية التعاون، لأن الأمانة و التعاون يخرجان من مشكاة واحدة و هي النية الحسنة لصاحب الطوية السوية.

وإذا كان من الأمانة والثقة ألا يجعل أحد الطرفين من تنفيذ الالتزام عسيرا، فإن الالتزام بالتعاون يفرض على المدين بذل الجهد لجعل تنفيذ الالتزام مفيدا بالنسبة للدائن، وعلى الدائن أن يبدي تعاونه مع المدين بمساعدته في الوفاء بالتزاماته.

و بما أن واجب التعاون لا يتصور إلا في العقود الملزمة للجانبين، فهو في عقود الأمانة أكثر تجليا ويكاد يكون أساس قيامها مبنيا على التعاون، كما هو الفرض في عقد الشركة لأن المساهمة من معانيها نية الاشتراك في الربح والخسارة.

و في عقد التأمين والذي يعتبر من عقود حسن النية المطلقة، يجب على المؤمن له إخطار المؤمن بكل ما يطرأ من ظروف أثناء تنفيذ العقد، وبكل الحوادث التي من شأنها زيادة المخاطر وبالتالي يجب أن تسيطر على تنفيذ العقد روح التعاون بين الأطراف لتحقيق الغاية المشتركة.

كما ألزم المشرع المستأجر بواجب التعاون وذلك بإخطار المؤجر بما تحتاجه العين المؤجرة و تستلزمه من ترميمات أو إصلاحات، أو بتعرضها للضرر أو الخطر.

و انطلاقا من أن العقود جميعا قوامها في التنفيذ حسن النية، فإن الالتزام بالمصارحة ينطبق على العلاقات التعاقدية. ويتدرج الالتزام بالمصارحة، ليصل إلى الالتزام بالتحذير أو بالتنبيه، إذا كان المنتج خطيرا. وهو ما يعبر عنه بواجب الإفضاء، الذي يحوي المصارحة والتنبيه والتحذير و ينطلق من التعاقد بأمانة ليصل إلى التعاون بصدق.

و إذا كان من مظاهر حسن النية الأمانة والنزاهة والثقة والمتبادلة و التعاون المستمر، من إعلام واستعلام وإفضاء وتحذير وما إلى ذلك من تنبيه لمخاطر المنتج وتبيان تقنيات استعماله إذا كان من الوسائل الالكترونية الدقيقة، وما تستدعيه من شروط الإحاطة بنظام المعلوماتية؛ فإنه من فضل القول ألا يتمسك أي من المتعاقدين بنصوص العقد وحرفية بنوده

لأن ذلك من صور التعسف التي تتنافى وروح التعاون والنزاهة والصدق في التعامل، انطلاقا من عدم التقاء نية الإضرار مع نية التعاون بإصرار.

ثانيا- أثر حسن النية على أداءات المتعاقدين

يفترض حسن النية ألا يتمسك المتعاقد بحرفية بنود العقد إذا كان فيها ما يضر بمصلحة المتعاقد الآخر، خاصة إذا تأثرت اقتصاديات العقد أو من شأنها أن تتأثر لو استمر الدائن في التنفيذ، وانطلاقا من اعتبار التوازن بين الأداءات في العقد مقصد المشرع . من خلال عديد النصوص التي تطرقنا إليها . فإن التفاوت الفاحش بين المصالح المحققة من التعاقد و المؤدي إلى تضرر أحد المتعاقدين ضررا يفقد المعاوضة جانبها المادي الذي من المفروض أن يكون متوازنا، يتنافى والقيم المثلى التي يتبناها المشرع و في مقدمتها العدالة العقدية، و مراعاة المساواة، وابتغاء التوازن في العقد.

وبفضل أخلقة العقود، بتغلغل مبدأ حسن النية وما يفرضه من التزامات الأمانة و التعاون والتضامن على المتعاقدين، فإن مبدأ سلطان الإرادة أصبح موجها لفائدة الطرفين و مقيدا بمصلحتهما الواجبة التحقيق، و صار نفاذ العقد وتنفيذه منوطا بمقتضيات العدالة والإنصاف وبمراعاة ظروف المتعاقدين وبكل ما يحقق المساواة بينهما. فلم يعد العقد شريعة المتعاقدين إلا بمقدار ما يحقق العدل والمساواة.

أما فيما يخص تنفيذ العقد فإن حسن النية والأمانة يلعبان دورا رئيسيا في تحقيق التوازن انطلاقا من أن حسن النية يكون له هدف ضمان التوازن في العقد، واستعادة التوازن أثناء تنفيذ العقد. و لا يعتقد أن من يلتزم طوعا بالنصيحة والإفضاء والتحذير والتنبيه، أن يتهم بالتدليس أو الإكراه، أو استغلال المتعاقد الآخر. ذلك أن هذه الالتزامات تعكس حسن نية المتعاقد معه الذي يفترض افتراضا، لأن الإنسان يتصرف وفق الفطرة السليمة التي جبله الله عليها.

و كلما توسعنا في معنى مبدأ حسن النية والواجبات الأخلاقية التي تستتبعه في إبرام العقود وفي أثناء تنفيذه وما يقتضيه من مراعاة الإخلاص والصدق والتعاون، و المشاركة والإفضاء، والتحذير كلما تجنبنا تعرض العقود إلى الفسخ. ويصبح الالتزام بحسن النية في التنفيذ، يغني عن الحاجة للالتجاء إلى الفسخ، أو تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، أو المطالبة بالتعويض.

ولما كان الفسخ، أشد جزاءات القانون المدني خطورة، من أنه يدمر كل المراكز التعاقدية المستقرة، بأثر رجعي، ويتنافى والمقصود الأصلي من العقود. و أن الإخلال بحسن النية ونزاهة التعامل في التنفيذ يمكن أن يؤدي إلى الفسخ، فمن واجب المتعاقدين مراعاة تنفيذ التزاماتهما التعاقدية بما يتناسب مع حسن النية ، تجنبنا لهذا الجزاء الذي لا يرتضيه المتعاقدان، فينقلب الالتزام من واجب تقتضيه النية الصادقة والإخلاص إلى حتمية تفرضها الجزاءات المترتبة على التعامل بما يخالف التعاون و الأمانة في التعامل.

كما أن إعمال حسن النية من شأنه أن يرعى مصالح الأطراف لأن القاضي عند بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين إنما يستهدي بما يحيط بظروف العاقدين، زيادة على القضاء بما يقتضيه شرف التعامل والعدالة، وهو ما يتطلب من المتعاقدين استهداف المصالح و طلبها بما تقتضيه مراعاة الأخلاق التعاقدية، ومنها مراعاة الحد الأدنى لتوازن التزاماتهما، بتجنب أحد المتعاقدين التنفيذ الحرفي للعقد مع عدم قدرة المتعاقد الآخر على ذلك.

والأثر القانوني لحسن النية يمكن أن نتبينه أيضا، بالنظر إلى مفهوم المخالفة لإبرام العقود بسوء النية، بمعنى أنه في ظل غياب النية الحسنة أثناء إبرام العقود وما يقتضيه واجب الإفضاء، أو غياب الأمانة أثناء التنفيذ، وحلول محلها الغش وما يدور في ساحته، والخداع و ما ينجر عنه، نكون عندئذ بصدد الحديث عن هذا الأثر.

و ننطلق من أن مظاهر سوء النية من غش وخداع و تدليس تتساوى مع سوء تنفيذ العقد، الذي يعتد به في ترتيب المسؤولية العقدية مع عدم التنفيذ، إذ يتوسط التأخير في التنفيذ بغير عذر، و عدم تنفيذ العقد. فالذي ينفذ العقد مع علمه بوجود عيب في المعقود عليه، يكون سيء النية لا محالة، ولكن هذا السوء في النية لا يعرض صاحبه للاستهجان فحسب، وإنما يكون جزاءه قابلية العقد للإبطال إذا تمسك به المدلس عليه.

و إذا سلمنا باعتبار الغش في العقود وهو المنافي للأمانة إحدى مظاهر حسن النية يرتب نفس آثار عدم تنفيذ العقد، فإن الأثر القانوني على انتفاء حسن النية في العقود مع إثبات سوء النية هو تعرض العقد للفسخ، مع تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ ، زيادة على التنفيذ الجبري و المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة التنفيذ السيئ الضار.

و قد يتوقى المتعاقد كل هذه الآثار إذا توخى في تعاقده ما يفرضه حسن النية من واجبات أخلاقية لما أصبحت تتطلبه المعاملات الحديثة من التزامات إضافية فزيادة على وجوب انتفاء الغش أو سوء النية؛ ألزم المتعاقدين بالتعاون والتضامن لمواجهة الصعوبات التي قد تعترض التنفيذ، و الالتزام كذلك بأن يجعل كل منهما الارتباط بالعقد مفيدا بالنسبة للطرف الآخر، انطلاقا من الصفة النفعية للعقد.

و هذه الالتزامات لا تتحقق إلا بالإخلاص أو الوفاء في التنفيذ السليم للعقد، بالتزام الصدق والإفضاء بكل ظروف التعاقد، والتضامن في جميع مراحل العقد خصوصا في مرحلة التنفيذ، إذ يلتزم المتعاقد حسن النية بعدم مطالبة الطرف الآخر في العقد بالتنفيذ مع علمه بوجود الخلل في التوازن التعاقدي، كما يلتزم متعاونا بعدم التحلل من الرابطة العقدية نتيجة عدم التنفيذ أو تأخيره، متقبلا لنظرة الميسرة التي قد يمنحها الدائن نفسه للمدين دون حاجة للالتجاء للقضاء، متى عانق المبدأ سلوك الدائن وشمل جميع تصرفاته، لأنه من التعسف أن يتمسك المتعاقد بحرفية العقد، والتعسف يتنافى كما تقدم مع الأمانة و نية التعاون. " لأن العقود عهد من جانب المدين يلزم بوفائه إلى أقصى حد يستطيع القيام به، وتضحية من جانب الدائن أن يبديها إذا دعت الضرورة إلى ذلك. و حتى نوفق بين العهد من جانب المدين والتضحية من جانب الدائن؛ يلزم إعادة التوازن إلى العقد وفقا لمقتضيات العدالة".[1]

و ما دام حسن النية مفترضا و لا يحتاج إلى إثبات لأن الأصل براءة الذمة، فإن سوء النية يحتاج إلى إثبات لأنه لا يفترض كونه خلاف الأصل. و هذه الحاجة إلى الإثبات لا تقوم إلا عند التنازع أمام القضاء الذي يتطلب إقامة الدليل. ويقع عبء إثبات سوء النية على المدعي لأنه يدعي خلاف الظاهر تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات.

المطلب الثاني : آليات تعديل العقد

تماشيا و مقصد المشرع في إضفاء العدل على طرفي العلاقة العقدية؛ فإنه كلما تجاوز التفاوت ومن ثم الاختلال الحد المألوف فيجب التدخل لتصحيح مسار إرادة طرفي العقد، وتحقيق التراضي المأمول وذلك بالنظر إلى ما أصبحت تشهده مختلف التعاقدات من استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف استغلالا يعدم الإرادة و يعدم من خلال ذلك حريتها

[1] طالع، بن شنيتي حميد، المرجع السابق، ص 120

وقدرتها على تحقيق التوازن في العقد دون تدخل ممن يأخذ بيدها ويحميها، ويجعل منها وسيلة ناجعة لتحقيق النفع الذي يبتغيه الفرد وينعكس على المجتمع.

الفرع الأول : التصدي للغبن

حاول المشرع أن يحدث توازنا في العقد الذي يظهر التفاوت بين أداءات طرفيه واضحا بينا، يعبر عنه البعض بالفاحش ولقد عبر عنه المشرع بالتفاوت الكبير. وذلك من خلال معالجة التفاوت المادي الذي أدى إلى غبن أحد طرفي العقد. و أراد أن يصحح الأوضاع غير العادلة بالتصدي إلى الغبن المقرون باستغلال الضعف النفسي للمتعاقد المغبون، كما تصدى للغبن مجردا في حالات ذكرها المشرع على سبيل الحصر.

عالج المشرع حالة الغبن الذي يلحق أحد طرفي العلاقة التعاقدية و جعل له سندا قويا، إذا تبين أنه مغبون مستغل غلبه هواه الجامح ، أو طيشه البين للالتزام بعقد تباينت فيه الأداءات حتى بلغت من الجسامة في التفاوت، مما استوجب الحماية.

و يتمثل هذا السند الضامن للحماية في نص المادة 90 من القانون المدني و التي جاء فيها: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.
ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غبر مقبولة.
ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن."

وما يلاحظ على هذا النص التردد الذي انتاب المشرع وهو بصدد معالجة التفاوت المادي بين التزامات الطرفين المتعاقدين، ما يوحي بتشبث المشرع بالنظرة الذاتية، أو على الأقل عدم قدرته على التخلص منها حال بحثه عن آليات تحقيق التوازن، ويفسر ذلك بالمزج بين التصور الذاتي والموضوعي لمعالجة التفاوت المادي، و ربط هذا التفاوت بالحالة النفسية الدافعة للتعاقد.

إن التفاوت الكثير في الالتزامات الذي عالجه المشرع قد يكون بين التزامات المتعاقد و الفائدة المادية المحققة من عقد المعاوضة، وقد يكون هذا التفاوت متجسدا في عدم التعادل

بين التزامات المتعاقد المستغل و الغابن المستغل في العقود التبادلية. و إضافة على اشتراط حدوث الخلل الكثير بين أداءات المتعاقدين، اشترط المشرع للاعتداد بوجود الاستغلال بحالتي الضعف النفسي من هوى وطيش، مع قصد الطرف الغابن انتهاز إحدى الحالتين في المستغل الذي ما أبرم العقد إلا نتيجة لإحداها

و مما يعاب على المشرع في تنظيمه لعيب الاستغلال بموجب نص المادة 90 من القانون المدني سالفة الذكر، أنه خلط بين مفهومين متباينين وإن كان أحدهما يؤدي إلى الآخر.

فالاستغلال عيب في الرضاء والغبن عيب في العقد وذكر الاستغلال مقترنا بمصطلح الغبن مكررا، يجعل الأمر أكثر التباسا عند البحث عن قصد المشرع من ذلك. إلى أن يسعفنا ربط الاستغلال بالحالة النفسية. و الحقيقة أن هذا المزج بين المصطلحين وان اعترض عليه كثير من الفقه، إلا أن البعض ساير هذا الطرح وأطلق على الغبن الناتج عن الاستغلال تسمية " الغبن الاستغلالي " وهو تزاوج غير صحيح.

لأن المصطلح القانوني يجب أن يراد به شيئا واحدا، فإما هو غبن نعمل فيه نظرية الغبن المجرد كاستثناء، وإما هو استغلال نعمله كلما توافرت عناصره، يراعى فيه الجانب النفسي للمتعاقد المستغل ويطلب منه.

إن العناية الخاصة للمشرع التي سبق الإشارة إليها، خولت للمتعاقد المغبون إمكانية رفع الغبن وإزالة التفاوت الكبير بين التزاماته والتزامات الطرف المستغل بوسيلتين يملك بنفسه مكنة القيام بهما و تتمثلان في : طلب إبطال العقد، و طلب إنقاص التزاماته، ووسيلة يملكها الغابن بزيادة التزاماته متوقيا دعوى الإبطال إذا رفعت ضده.

فالمشرع مقررا حماية الطرف المتضرر من العقد الذي أبرمه في الظروف النفسية المشار إليها، خيره بين طريقين لرفع الغبن عنه . وهو ما لم يمنحه لمن عيبت إرادته بأحد العيوب الإرادة الأخرى وهي الغلط والتدليس والإكراه . فزيادة على حق إبطال العقد المكفول مثل باقي العيوب، زاده المشرع طريقا ثانيا، وهو طلب إنقاص التزاماته وللمغبون الاختيار بين الطريقين، أو الوسيلتين التي يرى أنها تحقق مصلحته فيقدم على المكنة الأكثر ملائمة، مع مراعاة ما للقاضي من سلطة تقديرية في تحقيق التوازن في العقد من خلال تقدير مصلحة المغبون بين إبطال العقد وإنقاص الالتزام، إذا رفع الطرف المغبون دعوى الإبطال،

فإذا تبين للقاضي أن الإنقاص كاف لإزالة التفاوت الكبير حكم به دون أن يقضي ببطلان العقد، لأن طلب الإبطال أكبر من الإنقاص.

و حماية للطرف المغبون دائما، أعطى المشرع للمستفيد من العلاقة التعاقدية إمكانية المحافظة على العقد الذي أبرمه، بأن يتوقى دعوى الإبطال التي يرفعها المغبون من نفس العلاقة وذلك بتقديم ما يرفع به هذا الغبن. على أن هذه الوسيلة وإن منح المشرع للقاضي بشأنها السلطة في تقدير إمكانيتها رفع الغبن لا يمكنه أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

بعد عرض الوسائل الثلاث التي قررها المشرع ، لتحقيق التوازن في العقد، وذلك بالحد من التفاوت الكبير ورده إلى الحد المعقول المألوف الذي تسمح به المعاملات المدنية، يتبين أن الوسيلة المثلى لتحقيق ذلك هي مكنة إنقاص العقد لملاءمتها لفكرة المزج بين التصورين الذاتي والموضوعي التي عالج المشرع التفاوت المادي من خلالها.

ويعد الإنقاص من الالتزامات أنسب طريق يسلكه الطرف المستغل، لأن المشرع اعتد بالتفاوت الكبير الذي يقل وتتضاءل نسبته إذا أعفي الطرف الضعيف من بعض ما يعتبره قد أرهق كاهله من أعباء نتيجة تحمله إياها دون انصراف إرادته لذلك نتيجة عيب في رضاه، بعد ما انتهز الغابن حالته النفسية الضعيفة فنال من سلام تقدير المغبون للتوازن بين الأداء المقدم والفائدة المحصلة.

وما دامت إرادته قد انصرفت لإبرام عقد بعينه، فيكون من المناسب لتصور المشرع الإبقاء على العقد ضمانا لاستقرار المعاملات والأمن في العقود، بعدما روعي تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد بإعمال مكنة الإنقاص من التزامات الطرف المستغل دون اللجوء إلى وسيلة الإبطال، التي لا تعكس إرادة الطرفين الرامية إلى التعاقد، بنفس الشروط التي يقبلها و نفس الأعباء التي يتحملها الطرف الضعيف لو كان رضاه سليما. وحالما ترجح كفتا الأداءات تعاد الأمور إلى نصابها.

وقد يقول قائل بأن الطريق الذي منحه المشرع للطرف الثاني في العقد وهو المتعاقد الغابن و المتمثل في توقي إبطال العقد، من شأنه أن يحقق ما تهدف إليه وسيلة الإنقاص من الالتزامات من المحافظة على استقرار المعاملات، إلا أن الأمر ليس كذلك لأن مكنة التعديل من أجل إحداث التوازن المادي في العقد يخص الوسائل التي هي بيد الطرف المغبون، والتي باستطاعته أن يستعملها في الأجل القصير الممنوح له. كما أن المستفيد

ليس دائما على استعداد لأن يزيد في التزاماته، ففضلا على أنه لا أحد يمكن أن يلزمه بذلك، فهو قد أقدم على التعاقد مستغلا الضعف النفسي للمتعاقد الآخر، فلاشك أنه كان قد يحجم عن التعاقد لو كان سيلتزم بنفس الالتزامات التي رتبها العقد المبرم.

وإذا كان المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية لرفع الغبن فيجب استعمالها في مصلحة الطرف المغبون، ففي حالة ما إذا رفع الطرف المغبون في العقد دعوى الإبطال فله ألا يقضي له بذلك ويقضي له بالإنقاص، أما إذا رفع دعوى إنقاص الالتزامات فليس له القضاء بإبطال العقد لأن ذلك أكثر مما طلبه المغبون.

الفرع الثاني : تصدي المشرع للشروط التعسفية

الأصل أن العقد يبرم بين طرفين متساويين في المراكز، بحيث يكونان على قدم المساواة في وضع شروط العقد وبنوده، ولهم كامل الحرية في ذلك طالما راعى المتعاقدان حدود النظام العام والآداب العامة.

فيفترض القانون أن ينتج عن تراضيهما عقد توازنت فيه الأداءات و توزعت الفوائد المالية بنسب عادلة بين المتعاقدين بتبادل الالتزامات و أخذ كل طرف في العقد العوض الذي يبتغيه من العملية التعاقدية.

غير أن انفراد أحد المتعاقدين بصياغة العقد وفق نمط معين كثيرا ما يخل بالقاعدة العامة في العقود الداعية إلى الحرية التعاقدية المحققة للتوازن في مضمون العقد، إذا صاحب هذه العقود النموذجية شروطا مجحفة بحق المسلم بقبولها.

ولقد تصدت كافة التشريعات لهذه الشروط المجحفة ونبذت العقود التي تتضمنها منعا للآثار السلبية الوخيمة التي تلحق الطرف المذعن من هذه البنود التعسفية التي تجعل التزامات الطرفين غير متكافئة، تعكس انعدام التوازن في العقد.

و عليه سنعمد إلى تبيان الشرط التعسفي المخل بالتوازن في العقد المدني، ثم إلى كيفية إعادة التوازن إلى العقد المختل التوازن نتيجة هذا الشرط الجائر.

أولا – مفهوم الشرط التعسفي

تم التفريق فيما سبق بين حرية الاشتراط في العقود وهو المبدأ العام، وبين الشروط التي تضمن التوازن في العقد. و يجدر التفريق أيضا بين الشرط المسموح به قانونا و الشرط التعسفي المخل بالتوازن في العقد والذي تصدى له المشرع بنصوص خاصة وازن من خلالها

بين مصلحة طرفي العقد بحماية الطرف الضعيف بإعفائه من هذا الشرط والمحافظة على استقرار المعاملات بعدم ترتيب بطلان العقد بتوافره. و يغنينا تعريف الشرط التعسفي عن بيان الفرق.

فقد عرف على أنه: الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، أو هو الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة.[1]

ويعتبر تعسفيا الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، الشروط الجزائية ، وشروط إسناد الاختصاص.[2] كما يعرف على أنه: " كل شرط يترتب عليه إخلال بالتوازن العقدي لصالح من يفرضه على شخص عديم الخبرة أو موجود في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية بالمقارنة مع الطرف الآخر في العقد " [3]

وتنقسم الشروط التعسفية إلى نوعين من الشروط: شروط تعسفية بذاتها وهي التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجه بالعقد أي في مرحلة تكوين العقد وتكشف عنه ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط تعسفية بحكم الاستعمال لا تظهر عند إدراجها بالعقد، ولكنها تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روح النص.[4]

و قد تناول الفقه القانوني الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا فمن حيث المصدر، فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بوقوع هذا التعسف. ومن حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتنافى أيضا مع روح الحق و العدالة. ومن حيث الآثار، فهو

---

[1] طالع، بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، دار هومة، 2007، ص 60 .

[2] طالع، أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 212.

[3] طالع ، حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997،ص 52.

[4] طالع، عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، ص 239.

التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه.[1]

و بالرجوع إلى القانون المدني نرى أن المشرع أشار إلى الشرط التعسفي في المادتين 110 و 112 . والتعسف قد يتم بمعايير يعتبر بموجبها الشرط تعسفيا و هي : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية معيار الميزة الفاحشة معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات. كما يحدد التعسف بالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

. إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

. إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

. إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ثانيا : أليات التصدي للشرط التعسفي

إن القول بتصدي المشرع للشروط التعسفية يفرض علينا آليا التطرق إلى نص المادة 110 من القانون المدني التي جاء فيها: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

فبعد الإقرار بأنه ليس كل عقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية، أجاز المشرع للقاضي طريقين يمكنه من خلالهما الحد من هذه الشروط . إن وجدت . وذلك إما بتعديل الشروط المجحفة في حق الطرف المذعن إن كان في الإمكان التقليل من وطأتها على كاهله، وإن كان لا سبيل لذلك إلا بإعفائه منها، حكم له القاضي بذلك تحقيقا للتوازن في العقد، بمراعاته للعدالة العقدية. كما أضافت المادة 112 في فقرتها الثانية مكنة أخرى تتمثل في تفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن.

1 . تعديل الشرط التعسفي

إن توافر الخلل في التوازن نتيجة الشرط التعسفي المدرج في العقد، يبرر تدخل القاضي لإعمال رقابته فينظر إلى أداءات المتعاقدين و تكافئها و إلى الشرط الجائر وعلاقته بالخلل في التوازن التعاقدي، ونية المتعسف ومدى انصرافها للغاية الاجتماعية لحقه الشخصي.

[1] طالع، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 402.

و تبعا لذلك فقد منح المشرع للقاضي سلطة واسعة في تعديل العقد وإبطال كل شرط مجحف في حق الطرف المذعن، فقد أكدت المادة 110 من القانون المدني على الآلية الأولى لحماية الطرف الضعيف المذعن ومن ثم إعادة التوازن للعقد والتي نصت على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط..."

فإذا تم العقد بطريق الإذعان بأن تكون مراكز المتعاقدين غير متساوية بحيث يمكن لأحدهما أن يفرض ما أراد من شروط في حين قبل الطرف الآخر جميع هذه الشروط دون أن يناقشها وهذا ما يجعل القوي يستغل مركزه بوضع شروط تعسفية، وهنا يكون للقاضي سلطة واسعة لتكييف الشروط التي تعتبر تعسفية معتمدا في ذلك على المعايير التي سبق التعرض لها. أو أن يستعمل معايير الشروط التعسفية المذكورة في القوانين الخاصة .

فالعدالة قد تقتضي فقط، أن يعدل القاضي الشرط التعسفي، فإذا اشترط رب العمل على العامل في عقد العمل عدم فتح محل منافس لرب العمل بعد تركه الخدمة في مؤسسته طول حياته، أو في أي مكان على التراب الوطني، فإنه يكفي لكي تتحقق العدالة، أن يقوم القاضي بتعديل مثل هذا الشرط، بقصره على المنطقة الجغرافية التي تكون لرب العمل فيها مصلحة اقتصادية مشروعة.

2 . إعفاء الطرف المذعن

إن إعفاء أي طرف في العملية التعاقدية من بعض الشروط التي تضمنها العقد، يعتبر تعد صارخ على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو خروج واضح على مبدأ سلطان الإرادة.

لكن المشرع من خلال المادة 110 دائما والتي جاء فيها: " ... أو يعفي الطرف المذعن منها ... " قد خول للقاضي إعفاء الطرف المذعن من كل شرط تعسفي متى اتضح أن هذا العقد سيسبب اختلالا كبيرا بين أداءات الأطراف مع وجود هذا الشرط. فالإعفاء يحقق الغاية من التعاقد ومن ثم العدالة التعاقدية و الإبقاء يكرس التعسف الذي يعكس الظلم الذي يتنافى مع مبادئ القانون.

ولقد تنبه المشرع إلى ما قد يلجأ إليه المحترفون من تضمين عقودهم لشرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، فنص على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن. و جعل من حق الطرف المذعن في اللجوء إلى

القضاء وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، حقا يتعلق بالنظام العام. وهو نص المادة 110 السابقة الذكر المتضمن: " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

3 . تأويل العبارات الغامضة

جاء في الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني : " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " بعد أن جاء في صدرها " يؤول الشك لمصلحة المدين "

ويتضح من هذا النص أن المشرع أراد أن يحمي الطرف المذعن حماية فعالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية لا يمكن للطرف المذعن إلا القبول بها.

والعبارات التي تتضمنها عقود الإذعان قد تكون غامضة بالنظر إلى الإبهام الذي يعتريها أو عدم التوافق و الانسجام بين شروط تعاقدية عديدة أو التناقض بين شرط مكتوب باليد وشرط مطبوع مما يثير اللبس، كما أن للمصطلحات المستعملة بالغ الأثر في ضبابية العبارات وغموضها بالنظر إلى اللغة المستعمل بها المصطلح، أو بالنظر إلى اعتباره مصطلح فني خاص و لا يفك شفرته إلا المتخصص من أهل ذلك العلم أو الفن، لأنه قد يحتمل المعنى الذي لا يقصده المتعاقد المذعن عند قبوله التعاقد، و ذلك لعدم الإحاطة بمدلول العبارة وقصد المصطلح.

ثالثا: صور أخرى لمواجهة الشروط التعسفية

إن المشرع وبتصديه للشرط التعسفي من خلال المادتين 110 و 112 من القانون المدني لم يتجاهل بعض صور هذا الشرط المجحف في حق المتعاقد، فعمد إلى معالجة ذلك بنصوص أخرى نجد بعضها في الشريعة العامة، كما تسعفنا نصوص أخرى في قوانين أكثر تحديدا وتفصيلا .

إن القول بجواز تدخل القاضي في عقود الإذعان، يبين شدة تأثر المشرع بالتصور الشخصي، رغم محاولته تحقيق التوازن المادي بين أطراف العلاقة التعاقدية من خلال تصديه للشروط التعسفية في عقد الإذعان، لأن العدالة تقتضي وجوب رفع الضرر، وليس القول بجواز استعمال الرخصة الممنوحة للقاضي إن شاء أعملها وإن شاء أهملها.

و كان بالأحرى بالمشرع أن يولي اهتماما بالشروط التعسفية التي تكون سببا في حدوث الاختلال في التوازن التعاقد، فيخصها بالنص مع ربطها بما تسببه من إذعان، لأن عقد الإذعان ـ كما تقدم بيانه ـ هو عقد صحيح مرتب لجميع آثاره. و هذا التخصيص من شأنه أن يتلاءم مع نظرة المشرع لالتزامات المتعاقدين، و إقراره لبعض النصوص التي تصدى بها المشرع لصور خاصة من التعسف في بعض العلاقات التعاقدية، و التي سوف يتم التطرق إليها لاحقا.

1 . مواجهة التعسف الناتج عن الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي بأنه تقدير اتفاقي لمقدار التعويض الذي يلتزم المدين بدفعه للدائن في حالة عدم التنفيذ أو في حالة التأخر في التنفيذ. وذلك في صورة مبلغ محدد جزافا سلفا ويهدف المتعاقدان من هذا التقدير لمبلغ التعويض إلى تفادي التقدير القضائي للتعويض، وما يصاحب ذلك من صعوبات تتعلق بإثبات مدى الضرر، فهما يقدران مسبقا المبلغ الملتزم به ومن ثم تكون كل منازعة في مقدار الضرر وما يلزم لجبره غير مجدية.[1]

إن القانون يجيز للمتعاقدين تحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق والعدالة التعاقدية من وجهة نظرتهما المشتركة، لافتراضهما أن الضرر الذي سينتج من عدم التنفيذ أو التأخر فيه يعادل التعويض الاتفاقي المقدر في العقد، لأنهما يدركان من خلال خصوصية تعاقدهما و الظروف المحيطة به أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة عن الإخلال بالعقد لا يكون عادلا بالنظر إلى أداءاتهما المقدمة ومدى توازن بين التزاماتهما المتقابلة.

إلا إن المبالغة في تقدير قيمة التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه لا يمكن للشخص العادي أن يتقبله إلا إذا كان مضطرا للتعاقد، وإذا قبل بشروط الطرف الثاني في العقد ووافق على تضمين العقد اتفاق على التعويض في حالة عدم استطاعة الطرف الضعيف تنفيذ العقد أو تأخر في التنفيذ ما يجعل استحقاق قيمة التعويض حالا هو من الإجحاف العقدي وانتفاء لروح عدالة العقد القائمة على أساس التعاون و التضامن و الأمانة و الثقة، ومن هذه الزاوية يقترب الشرط الجزائي من الشروط التعسفية، ويعد صنف من أصنافها، تطلب تدخل المشرع للحد من المغالاة فيه.

---

[1] طالع في التعريف القانوني والفقهي للشرط الجزائي، نجاري عبد الله، الشرط الجزائي، ماجستير، جامعة الجزائر،1983، ص 6 وما بعدها.

و استجابة لتحقيق العدالة فقد تصدى المشرع لهذا العسف محاولا إعادة التوازن لهذا العقد فقد عالج التعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي" بنصوص خاصة في القانون المدني.

فبعد أن سمح القانون لأطراف العقد بالتراضي على مقدار معين من التعويض يستحقه أحد المتعاقدين في حالة عدم تنفيذه للعقد أو التأخر فيه، وهذا تماشيا مع التصور الطبيعي للمشرع انطلاقا من كون العقد قانون المتعاقدين فهم أحرار إذا اتفقوا وملزمون بما اشترطوا، وترتب على هذا التصور إباحة تقدير التعويض مسبقا من المتعاقدين أنفسهم.

وعلى ذلك نصت المادة 183 من القانون المدني:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..."

وتقدير التعويض يكون متناسبا مع الضرر الذي قد يلحق الدائن، يستحقه متى توافرت الشروط السابقة، إلا أن الواقع القانوني أثبت أن هذا التقدير الجزافي كثيرا ما يحيد عن الغاية من إباحته من طرف المشرع، فقد أصبح أداة الجور والتسلط بعد قبول المدين قسرا التعاقد تحت وطأة هذا الشرط الذي كان تقديره مبالغا فيه، وإذا كان لم يذعن في قبوله الدخول في العملية التعاقدية بفرض الشروط التعسفية مسبقا، فقد أصبح هذا الشرط تعسفيا بإثبات عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن.

وقد أطلق المشرع يد القاضي بأن تطال مثل هذه العقود التي تضمنت شرطا جزائيا مغالى فيه بأن يعمل مكنة التعديل متى تيقن من توافر شروط معينة.

وقد نصت المادة 184 ق.م في فقرتها الثانية على أنه : " ... يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه... "

فيكون تعديل الشرط الجزائي في صالح المدين إذا خفض القاضي المبلغ المتفق عليه كجزاء عن على عدم التنفيذ أو على التأخر فيه. و القاضي يملك سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين: في حالة ما إذا كان مبلغ الجزاء مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، تبلغ حد الإفراط و هو لا يبلغ هذه الدرجة إلا لعدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه و الضرر الذي لحق الدائن، وتقدير هذا الأمر متروك للقاضي الذي يحدده في ضوء أهمية التنفيذ بالنسبة للدائن.

مع الإشارة إلى حماية المشرع للطرف الضعيف بجعل هذه الأحكام من النظام العام لا يجوز لأي كان مخالفتها خاصة من طرف الدائن بالاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في التعديل بإدراج هذا الشرط في بند من بنود العقد، الذي قد يكون صريحا و يوافق عليه المدين أو مبهما غامضا يلتبس على المدين الإحاطة به وهو شأن الشروط التعسفية كما أشير إلى ذلك آنفا. وهو الشيء الذي رعاه المشرع بنصوص خاصة ومنها ما نصت عليه المادة 184 مدني : " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".

2 . الحماية من الشروط التعسفية المدرجة في وثيقة التأمين

يعتبر عقد التأمين من العقود التي يشدد فيها بجوب تحقيق التوازن بين طرفي العملية التعاقدية كونها من عقود حسن النية الصرفة التي تلزم المستأمن بالإدلاء بكل البيانات عند إبرام العقد والمتعلقة بالخطر المؤمن منه وأوصافه الكافية. ويعتبر عقد التأمين الصورة الواضحة للتدليل على عقود الإذعان، لأن شركات التأمين تضع شروطا مسبقة عامة، لا يملك القابل إزاءها إلا التسليم ولا يملك أحيان حتى حق رفض التعاقد تحت طائلة العقوبات كما هو الشأن في التأمين على السيارات مثلا.

3 . النص على بطلان شروط تعسفية بنصوص متفرقة

و إذا تفحصنا بعض القوانين لوجدناها حتى وإن كانت لم تصف شرطا معينا بأنه شرط تعسفي، إلا أن المشرع اعتبرها شروطا باطلة، على أساس ما تكتسيه من الجور والتسلط والسيطرة الذين لا يؤدون إلا إلى التعسف المذموم الذي لا يقبله المشرع لانعكاسه بالسلب على توازن أداءات المتعاقدين، و هذا الطابع الذي يكتنفها يبرر الحكم ببطلانها مع بقاء العقد قائما وصحيحا، حماية للمتعاقدين ومراعاة للعدالة وتطلبا لاستقرار المعاملات والأمن في العقود في نفس الوقت.

ومن هذه الشروط، الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من طرف البائع، فقد أجاز القانون المدني الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء، باستثناء حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، و ذلك بموجب المادة 384 منه .

بالإضافة إلى بطلان الشروط المخالفة للأحكام الآمرة المتعلقة ببعض العقود، كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض بين الأفراد حيث قررت المادة 454 من القانون المدني وجوب أن

يكون دائما بدون فائدة، ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك. وهو ما رمت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20 أفريل 1994، لما فرقت بين التعاقد الأصلي الخاص بمقدار الدين الصافي بدون فائدة أو أجر، وبين المسألة المتعلقة بالفائدة غير القانونية والباطلة بموجب نص المادة 454 من القانون المدني

المبحث الثالث: تحليل النّصوص الفقهية

النص الفقهي هو ما جاد به الفقهاء[1] من مؤلفات المختصين في مجال القانون وآرائهم في مسائل قانونية، وقد يوسع الأمر إلى آراء فقهاء الشريعة بصفتها مصدرا للقانون، فيشمل هذه الآراء والكتابات، التحليل والتعليق.

وعليه سوف نتناول الجانب النظري ثم الجانب التطبيقي في التعليق على النصوص الفقهية وتحليلها.

المطلب الأول: الجانب النظري في تحليل النصوص الفقهية

فيما يخص منهجية تحليل نص فقهي أو التعليق عليه، فإنها لا تختلف عن منهجية تحليل النصوص القانونية، إذ تخضع لنفس الخطوات والمراحل.

غير أن ثمة بعض الخصوصيات التي تتعلق بمضمون النصوص الفقهية

ونتبع نفس المنهجية في تحليل النصوص القانونية بتقسيم التحليل إلى مرحلتين:

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:

وتتضمن بدورها نفس التقسيم السابق مع بعض الخصوصيات، فتشمل هذه المرحلة تحليل شكلي وتحليل موضوعي.

أولا-التحليل الشكلي للنص الفقهي:

[1] الفقه لغة هو العلم بالشيء والفهم له والفطانة، أما في الاصطلاح فيقصد به: الفهم الممتد سريانه إلى فهم وإدراك لوازم معاني النصوص، والمقاصد منها، والغايات وأحوال تلك النصوص، وما يلابسها من ظروف زمانية ومكانية، راجع: خالد بن عبد العزيز السعيد، المرجع السابق، ص 46 و49.

يتبع في التحليل الشكلي عند تحليل النصوص الفقهية، ما أوردناه سابقا في تحليل النصوص القانونية، ولا بأس من الإشارة إلى:

1- طبيعة النّص الفقهي:

النّص ذو طبيعة فقهية (في هذه الحالة) .

2- مصدر النص الفقهي:

أ- المصدر الشكلي للنص: يتم ذكر الكتاب الذي أخذ منه النّص، ولا بد من ذكر باسم المؤلف، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، والصفحة التي أخذ منها النص.

ب - المصدر المادي للنص الفقهي: نذكر بما تأثر الفقيه

فنذكر المذهب الذي ينتمي إليه الفقيه كالمذهب الفردي أو المادي

نشير أيضا إلى المدرسة التي ينتمي إليها كاتب النص، المدرسة اللاتينية، المدرسة الجرمانية، الأنجلوسكسونية ...

3- البناء المطبعي واللغوي والنحوي: عدد الفقرات وتحديد بدايتها ونهايتها، وتحديد المصطلحات (نوعها قانونية، اقتصادية...) ودلالتها.

4 – البناء المنطقي: من حيث التسلسل المنطقي، صعوبة النص من خلال الألفاظ المستعملة، أسلوب الباحث ، الخبري، الاستقراء، أسلوب النفي، أو النهي، أو التقرير .

ثانيا- التحليل الموضوعي للنص الفقهي:

التحليل الموضوعي للنصوص الفقهية نتناول فيه شرح المصطلحات المؤثرة في النص ثم الفكرة العامة والأفكار الرئيسية، ثم الانتقال إلى طرح الإشكالية. (تفاديا للتكرار نكتفي بسردها على شكل عناوين فقط، يرجع في تفصيلها لما ذكر آنفا).

1- القراءات المتعددة وشرح المصطلحات

2- الفكرة العامة .

3 – الأفكار الأساسية

4 – طرح الإشكالية

الفرع الثاني: مرحلة التحرير

تتبع نفس الخطوات المذكورة في المرحلة التحريرية بالنسبة لتحليل والتعليق على النصوص القانونية، ونذكرها بإيجاز:

التصريح بالخطة، الذي يكون إجابة عن الإشكالية المطروحة، تتبعها مقدمة، ليتم التطرق إلى صلب الموضوع بشرح الخطة المصرح بها وفق شكل منهجي، لينهي الطالب المرحلة التحريرية بخاتمة، يبدي فيها رأيه وانتقاداته للنص الفقهي.

المطلب الثاني: الجانب التطبيقي في التعليق على النصوص الفقهية

النص:

"لا يقتصر العقد باعتباره مصدراً للالتزامات على إنشاء الرابطة العقدية، بل يتناول أيضا تنظيمها، فيضع الشروط المختلفة التي تدير هذه العلاقة ويعين على وجه الخصوص حقوق وواجبات المتعاقدين.

ويكون هؤلاء ملتزمين بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون التمييز بين ما هو مهم وما هو دون ذلك، فالمتعاقدان مقيدان بالشروط الواردة في العقد، ويعتبر الامتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد، لذلك وجب تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتفق عليها" .

المصدر:

علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2013، ص 387.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية:

سوف نتعرض للتحليل الشكلي ثم التحليل الموضوعي للنص الفقهي.

أولا- التحليل الشكلي للنص الفقهي.

1- طبيعة النّص الفقهي: النّص محل التعليق هو نص فقهي لمؤلفه الأستاذ الدكتور علي فيلالي.

2 - مصدر النّص الفقهي :

نتطرق بداية إلى المصدر الشكلي ثم إلى المصدر المادي للنص الفقهي

2-1- المصدر الشكلي الفقهي:

هذا النص مأخوذ من الصفحة سبعة وثمانين وثلاثمئة (387)، من كتاب الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الصادر عن دار موفم للنشر، سنة 2013، للكاتب علي فيلالي.

2-2 - المصدر المادي للنص الفقهي

النص الفقهي الذي بين أيدينا يتناول مسألة مهمة في نظرية الالتزامات، وخصوصا النظرية العامة للعقد، وهذه المسألة متعلقة بإلزامية تنفيذ العقد، فالطرفان ملزمان بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، فيلتزم كل متعاقد بمضمون العقد من حقوق وواجبات، وأصل هذا النص الفقهي للكاتب علي فيلالي ما هو إلا شرح وتفسير للمادة 107 من القانون المدني، التي تعتبر من المبادئ الهامة في القانون المدني الجزائري، وعلى ما يبدو فالكاتب متأثر بالمذهب الشخصي، ومتمسك بما ذهب إليه المشرع من الانحياز إلى النظرية الشخصية للالتزام[1]، لا

[1] وفي ذلك يقول الأستاذ علي فيلالي: " إن وجود بعض الأحكام المسايرة للنظرية الموضوعية في القانون المدني ... لا يعني بتا استبعاد النظرية الشخصية، وإنما أخذ بها نظرا لأهميتها العملية ... فالأنظمة القانونية تتضمن – عادة – حالات استثنائية، تتمثل في بعض الحلول التي تخرج عن المبادئ العامة"، راجع: على فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد الطبعة الثالثة موفم للنشر، 2013، ص 20.

سيما وأنه كان من أعضاء لجنة مراجعة القانون المدني في إطار برنامج إصلاح العدالة التي توجت بتعديل القانون المدني في 20 يونيو 2005 بموجب الأمر 05 – 10.

3 - بنية النّص

3-1- البنية الطوبوغرافية (البناء المطبعي)

ورد النص الفقهي في فقرتين تبدأ الأولى من " لا يقتصر وتنتهي بـ: "واجبات المتعاقدين".

وتبدأ الفقرة الثانية من: ويكون هؤلاء وتنتهي بـ: المتفق عليها".

كتابات علي فيلالي – على قلتها – كتابات رصينة، خالية من الأخطاء اللغوية والنحوية، وكذا الأخطاء المطبعية، خاصة وأن الكاتب يقوم بتحيين دوري لمؤلفاته، ومما يزيد هذا النص وضوحا، استعمال عبارات قانونية دقيقة وسهلة المفهوم.

3-2- البناء المنطقي :

اعتمد الكاتب أسلوب النفي ثم البسط لتقرير ثوابت قانونية مهمة، وهوما يناسب شرح وتفسير النصوص القانونية، لأن الكاتب قد اعتمد على نص المادة 107 من القانون المدني كما سبق الذكر، وقد جاءت الأفكار متسلسلة منطقيا، من الإجمال إلى البسط والتفصيل.

فبدأ بـ" لا يقتصر"، ما يوحي بأن ثمة ما يجب تناوله بعد الجملة الأولى، وهو ما كان بالفعل من كون العقد ينظم العلاقة التعاقدية ويضع الشروط المختلفة، ويحدد حقوق وواجبات كل طرف في العقد، ولا يكتفي بإنشاء الرابطة العقدية.

3-3- البناء اللغوي:

الفاظ النّص واضحة ومناسبة، ولغته سليمة، وقد حوى مصطلحات قانونية دقيقة نذكر منها : العقد مصدر الالتزامات، إنشاء الرابطة العقدية، حقوق وواجبات المتعاقدين، تنفيذ العقد، الشروط المتفق عليها في العقد.

ثانيا - التحليل الموضوعي للنص الفقهي

1- شرح المصطلحات : العقد مصدر الالتزامات، إنشاء الرابطة العقدية، حقوق وواجبات المتعاقدين، تنفيذ العقد، الشروط المتفق عليها في العقد.

- **العقد مصدرالالتزامات**: يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، ومصادر الالتزام، القانون، العقد، الإرادة المنفردة العمل المستحق للتعويض، وشبه العقود.

- **إنشاء الرابطة العقدية**: بما أن العقد مصدرا من مصادر الالتزام، فتنشأ الرابطة العقدية تبعا لذلك، فتترتب التزامات بسبب العقد المبرم.

- **حقوق وواجبات المتعاقدين**: بعد إبرام العقد صحيحا ينتج عنه حقوق للدائن وواجبات على عاتق المدين.

- **تنفيذ العقد وعدم تنفيذه:** مرحلة تنفيذ العقد هي أهم مرحلة من مراحل العقد، خاصة في العقود متراخية التنفيذ، والتنفيذ مرتبط بالالتزام، ففي عقود المعاوضة إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن التنفيذ، إلى غير ذلك من الأحكام الخاصة المتعلقة بعدم التنفيذ بالفسخ أو التفاسخ أو الانفساخ.

- **الشروط المتفق عليها في العقد:**

2 - الفكرة العامة : وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه.

3 - الأفكارالأساسية :

الفكرة الأولى : من "لا يقتصر ..... المتعاقدين"

عنوان الفكرة: العقد ينشىء الرابطة العقدية وينظمها .

الفكرة الثانية من " ويكون هؤلاء..... الشروط المتفق عليها "

عنوان الفكرة: المتعاقدان ملزمان بتنفيذ بكل ما ورد في العقد من شروط.

4- طرح الإشكالية:

هل يعتبر الامتناع عن تنفيذ بعض شروط العقد بمثابة عدم تنفيذ العقد؟

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

أولا- التصريح بالخطة .

المبحث الأول: إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

المطلب الأول : المقصود بمضمون العقد.

المطلب الثاني : الحقوق والواجبات الواردة في العقد.

المبحث الثاني : الامتناع عن تنفيذ بعض شروط العقد.

المطلب الأول : الامتناع عن تنفيذ بعض شروط العقد يعتبر عدم تنفيذ للعقد

المطلب الثاني : جزاء تخلف المتعاقد عن تنفيذ العقد.

ثانيا- مناقشة النص الفقهي:

يتم في هذه المرحلة مناقشة الخطة في شكل بحث مصغر يبرز فيه الطالب معارفه النظرية بأسلوب منهجي منظم وفق الخطة المصرح بها، مجيبا عن الإشكالية التي طرحها، مبديا رأيه[1].

[1] بما أن مضامين الخطة متوافرة في كتب النظرية العامة للعقد، فيستحسن الرجوع في تفصيلها إلى أمهات الكتب، أو الاكتفاء بما ورد في محاضرات السداسي الثالث المقرر على طلبة السنة الثانية ليسانس، لكي لا نجهد الطالب في قراءة تفاصيل هو في غنى عنها في مقياس المنهجية.

المبحث الرابع: منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية

يكتسي موضوع التعليق على الأحكام والقرارات القضائية طابعا أكاديميا تطبيقي هام، لا سيما وأنه يساهم في إثراء ميدان العلوم القانونية.

وفيما يتعلق بمنهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية، فإننا نتعرض إلى الجانب النظري ثم إلى جانب تطبيقي، ويحسن بنا أن نقدم لذلك بتعريف للأحكام والقرارات القضائية ثم لأهمية التعليق عليها وتحليلها.

المطلب الأول: الأحكام والقرارات القضائية وأهمية التعليق عليها

يجدر بنا أن نتعرض للأحكام والقرارات القضائية وأهمية التعليق عليها وتحليلها، ثم إلى الجانب النظري في التعليق على هذه الأحكام والقرارات القضائية.

الفرع الأول: المقصود بالحكم والقرار القضائي

للتعرض إلى المقصود بالحكم أو القرار القضائي، نتطرق بداية إلى مفهوم الحكم والقرار القضائي، ثم إلى أهمية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية.

أولا: مفهوم الحكم والقرار القضائي

يشاع بأن المقصود بالحكم هو ذلك الحكم الصادر عن المحاكم الابتدائية، ويقصد بالقرار هو الصادر عن المجالس القضائية، لكن بالرجوع إلى النصوص القانونية، فإنه يدخل في مفهوم الحكم القضائي الأوامر والأحكام القضائية، زيادة على أن الجهاز القضائي يقوم بأعمال قضائية، وأعمال إدارية وأخرى ولائية[1].

[1] لرجم أمينة، الأحكام والقرارات القضائية في قانون الإجراءات المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 2، ع 1، 2019، ص 281.

وهو عين ما نصت عليه المادة الثامنة[1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

وفي مفهوم الحكم والقرار يقول الأستاذ علي مراح: "هو تطبيق القانون بصفة رسمية استنادا على الواقع العملي المعيش، وهو إطار تنازعي لحل إشكالية قائمة، تتمثل في وجود مصلحتين أو أكثر متنازعتين تبرزان في أغلب الأحيان رأيين(تفسيريين) قانونيين متعارضين ثم في النهاية حل قانوني (حكم أو قرار) لهذه الإشكالية[2].

ثانيا: أهمية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية:

يعتبر التعليق على الأحكام والقرارات القضائية من بين أهم النشاطات والدراسات التطبيقية التي يقوم بها دارسي القانون.

ويقصد بمنهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية: مجموع الخطوات المتسلسلة والمتعاقبة تدرجاً وتتابعاً، والتي تشمل جميع عناصر ومكونات الحكم أو القرار المراد التعليق عليه، عرضا وتحليلا ومناقشة ونقداً.

وتكمن أهمية التعليق في الجمع بين المعارف النظرية، وطرق وأساليب المنهجية القانونية التي تسمح بتقييم الحكم أو القرار[3]، ما ينمي ويثري ثقافة الطالب، زيادة عن الهدف من

---

[1] راجع: المادة 5/8، من القانون رقم: 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2009، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 21 بتاريخ: 23 أبريل 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 13/22 المؤرخ في: 12 يوليو 2022، الصادر الجريدة الرسمية، ع 48، بتاريخ 17 يوليو 2022.

[2] مراح علي، المرجع السابق، ص 161، ويضيف في الهامش 1 من نفس الصفحة،" الحكم JUGEMENT هو ما يصدر عن محكمة الدرجة الأولى أما القرار ARRET فهو ما يصدر عن المجلس القضائي والمحكمة العليا، هذه المفاهيم شكلية لها قيمتها القانونية، أما من الناحية الفقهية فالحكم له مفهوم واسع فيشكل كل ما يصدر عن الجهات القضائية مهما كانت تسميتها ودرجتها".

والحكم في الحقيقة أوسع من ذلك إذ يشمل حكم المحكمين في مختلف المنازعات على المستوى الداخلي أو الدولي، على سبيل المثال: الأحكام الصادرة التحكيم التجاري الدولي.

[3] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 239.

التكوين في العلوم القانونية، بإعداد طالب قادر على ممارسة الوظائف اللصيقة بتكوينه النظري كمهنة المحاماة ووظيفة القضاء ومهنة المحضر القضائي.

بالإضافة إلى مد يد العون للمشرع إذا كانت التعليقات والتحاليل من مختصين يبّصرون المشرع إلى مواطن الخلل في النص القانوني وعدم ملاءمته مع واقع الحالات التي ترفع أمام الجهات القضائية، وقد تؤدي التعليقات من رجال القانون إلى عدول بعض القضاة عن قراراتهم والاستشهاد بهذه التعليقات على الأحكام والقرارات التي قد يشوبها النقص أو يعتريها الخطأ في تطبيق القانون.

ويعتبر التعليق على الأحكام والقرارات القضائية تمرين تطبيقي، يمكن الطالب من استغلال معارفه القانونية النظرية في التعليل القانوني، ويتعود على فهم بناء وصياغة الأحكام ويتدرب على استغلال الدليل وتقديمه[1].

والمطلوب من الطالب ليس إيجاد الحل القانوني الذي يسهل استنتاجه من منظومة الحكم، وليس اجراء بحث قانوني كما يقوم به عادة في الأعمال الموجهة، وإنما التعليق على حكم أو قرار قضائي، هو عبارة عن دراسة نظرية وتطبيقية في نفس الوقت وذلك باستغلال الطالب معارفه ومكتسباته العلمية النظرية في التعليق الحكم أو القرار وفق منهجية معينة[2].

الفرع الثاني: مكونات الحكم أو القرار أو العناصر الأساسية

مكونات الحكم أو القرار: الديباجة، الوقائع، الحيثيات (التسبيب)، منطوق الحكم.

أولا- الديباجة (التقديم) : تشمل اسم المحكمة أو المجلس وتاريخ ومكان اصدار الحكم، وأسماء الخصوم وصفاتهم وأسماء القضاة، عنصر النيابة، كاتب الجلسة .

ثانيا- الوقائع : وصف النزاع قبل وصوله الى القضاء، إضافة الى الاجراءات السابقة على الطعن.

[1] مراح علي، المرجع السابق، ص 161.

[2] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 240.

ثالثا- الحيثيات أو التسبيب: وهو ما يصطلح عليه بالادعاءات، وهي جميع الأسباب القانونية والموضوعية التي أدت بالقضاة لاختيار الحل الوارد في منطوق الحكم.

رابعا- منطوق الحكم: وهو الحكم الفاصل في الدعوة والنتيجة المترتبة على الفصل فيها إما برفض الدعوى أو قبولها.

يبدأ منطوق الحكم بـ : لهذه الأسباب، لذلك، بعد الاطلاع، مما تقدم، بعد سماع.

المطلب الثاني: الجانب النظري في التعليق على الأحكام والقرارات القضائية

الجانب النظري في التعليق على الأحكام والقرارات القضائية، نتطرق فيه إلى المرحلة التحضيرية، ثم إلى المرحلة التحريرية.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية

من صميم عملية التعليق على الحكم أو القرار القضائي وجوب استخراج معطيات معينة من هذا الحكم وهي عناصر ترد فيه متسلسلة بدءاً بأطراف النزاع الى الوقائع، ثم الاجراءات تليها الادعاءات وانتهاء بطرح المشكل القانوني.

أولا - أطراف النزاع :

يذكر الطالب ويبين أطراف النزاع: المدعى، المدعي عليه. المستأنف، المستأنف عليه، الطاعن والمطعون ضده، المدخلين والمتدخلين في الخصام.

ثانيا- الوقائع:

هي كل الأحداث السابقة على الدعوى التي ينشأ بسببها النزاع وتخلق الخصومة والتي قد تكون تصرفات قانونية أو وقائع مادية من شأنها المساس بحق من الحقوق صاحب المطالبة القضائية.

وما يجب مراعاته عند استخراج الوقائع ما يلي[1] :

- استخراج الوقائع المهمة في النزاع: أي الأحداث التي حركت النزاع ويعتمد عليها من أجل إيجاد السند القانوني المناسب لها.
- استخراج الوقائع وفقا التسلسل الزمني حسب وقوعها وترتيبها ويكون ذلك بأسلوب المعلق ولغته وليس بإعادة كتابة المقاطع من الحكم والقرار أو القيام باجتزائه.
- الابتعاد عن افتراض وقائع لم تذكر في الحكم والقرار والتكهن بإضافة عناصر أخرى لم ترد في الحكم والقرار موضوع التعليق.
- تكيف الوقائع تكيفا صحيحا: (مثال بطلان لعدم مشروعية السبب، استخدام المستأجر العين المؤجرة لبيع المخدرات).

ثالثا – الاجراءات :

هي عرض موجز للمختلف المراحل التي مر بها النزاع عبر درجات التقاضي إلى غاية صدور القرار محل التعليق، مع مراعاة ما يلي :

– تحديد الجهة القضائية التي رفع أمامها النزاع : فيذكر الطالب مراحل سير الدعوى على مستوى الحكمة ثم المجلس ثم المحكمة العليا بهذا الترتيب، ويفرق بين ما إذا كان الحكم ابتدائيا، أو حكم مستأنفاً.

– تبيان كل إجراء بدقة وإيجاز: ذكر طرفي النزاع، نوع الدعوى، الجهة القضائية المرفوع أمامها الدعوى، من محكمة الدرجة الأولى إلى آخر إجراء.

– لا يجب على الطالب أن يفترض إجراءً جديداً.

وتنقسم الإجراءات الى إجراءات إدارية وأخرى قضائية، فإذا كانت الإجراءات القضائية هي مراحل سير الدعوى أمام الجهات القضائية؛ فإن الإجراءات الإدارية تشمل جميع

[1] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 250.

الاجراءات التي يفرضها القانون قبل مرحلة رفع الدعوى أمام الجهات القضائية، مثل التظلم الاداري المسبق الذي يعتبر اجراء جوهرياً قبل الفصل في النزاع أمام القضاء، وفي هاته الحالة يكتب تاريخ التظلم الاداري ثم تاريخ الرد أو السكوت الإداري، كما قد تكون بعض المراحل الإجرائية في الدعوى مهمة ولها تأثيرها على الحكم وعلى تفسيره، كإحالة موضوع الدعوى على الخبرة، فيذكر الطالب هذا الإجراء[1].

مثال عن الإجراءات :

– رفع الدعوى أمام المحكمة بتاريخ .....صدور حكم.....بتاريخ ..._قضي فيه ب....ثم الطعن بالاستئناف أمام مجلس قضاء... يوم .....صدور قرار .... قضى ب .....

– رفع تظلم إداري أمام الإدارة ..... ممثلة بمديرها السيد: .... الذي أجاب برفض التظلم..... رفع دعوى قضائية بتاريخ ... أمام المحكمة الإدارية..... التي قضت بـ .....

رابعا – الادعاءات:

الادعاءات هي مجموع ما يدعي المتخاصمون والحجج التي يستندون إليها، وأسس مطالباتهم القضائية. ويجب على الطالب ترتيب هاته المزاعم المتضاربة مع اسنادها للنصوص القانونية ما أمكن، ليسهل عليه طرح المشكل القانوني وذلك بمراعاة ما يلي:

- أن يذكر الادعاءات مع شرح كل الحجج والأسانيد القانونية التي استند عليها كل طرف، إذ لا يكفي القول أو الادعاء بمخالفة القانون وإساءة تطبيقه بل يذكر النّص.

مثال: يدعي الميلود الهواري سوء تطبيق نص المادة نص المادة 136 المسؤول الحقيقي.

- أن يذكر الادعاءات مرتبة: ذكر الادعاءات بأسلوب مختصر دون النقل الحرفي (أي بتعبير الطالب الخاص).
- ألا يفترض الطالب ادعاءات غير موجودة في نص الحكم أو القرار.

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 23، صالح طاليس، المرجع السابق، ص 151، مراح علي، المرجع السابق، ص 161، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 258.

مثال عن الادعاءات :

مثال : يدّعي الجيلالي سوء تطبيق القضاة المادة 134[1] من القانون المدني الجزائري حيث اعتبره القضاة مسؤولا عن الضرر الذي تسبب فيه ابنه، بينما المسؤول الحقيقي هو المعلم (مسؤولية متولي الرقابة).

خامسا- المشكل القانوني:

1- تعريف المشكل القانوني: هو ذلك التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن عند الاطلاع على ادعاءات الخصوم المتضاربة، وحججهم والأسانيد والأسس التي أسسوا عليها دعواهم.

ويستنتج الطالب أو المعلق على الحكم أو القرار، المشكل القانوني من هذه ادعاءات الخصوم وحججهم، كما يمكنه استنتاج المشكل القانوني من الحل القانوني الذي توصل إليه القاضي أو القضاة.

2- كيفية طرح المشكل القانوني :

يجب في طرح المشكل القانوني ما يلي[2]:

- طرح المشكل القانوني بصيغة قانونية .
- طرح المشكل طرحا تطبيقيا .
- طرح المشكل بدقة وبأسلوب مباشر بسؤال واحد أو عدة أسئلة.

3- أمثلة عن المشكل القانوي وكيفية طرحه

- هل الغلط عيب في العقد؟ وما هي صوره؟

---

[1] تنص المادة 134 من القانون المدني على أنه: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا، رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.
ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

[2] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 252.

– هل وقعت الخالدية في غلط؟

– هل يعتبر سكوت بونعامة عن وجود سلعة رديئة تحت السعلة الظاهرة يعتبر بمثابة حركة تدليسية تؤدي إلى إمكانية إبطال العقد ؟

_ هل يعتبر الطفل سامي مسؤولا عن الضرر الذي ألحقه بزميله في القسم في ظل خروج الأستاذ من قسمه؟

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية:

في هذه المرحلة يعمد الطالب إلى تجميع ما تم تفكيكه أثناء التحليل في مرحلة التحضيرية، في شكل خطة من مقدّمة وعرض وخاتمة.

وذلك من خلال وضع خطة، ثم مناقشة هاته الخطة.

أولا – عرض الخطة:

يجب على الطالب مراعاة بعض المسائل في الخطة وهي كما يلي[1] :

- يجب أن تكون الخطة ملائمة لقضية الحال.
- يجب أن تكون الخطة تطبيقية: بحيث تظهر الوقائع وأطراف النزاع وحججهم والإجابات عليها في الخطة.
- زيادة على أنه يجب أن تكون الخطة دقيقة متوازنة ومتسلسلة.
- الخطة يجب أن تكون إجابة منهجية للمشكل القانوني المطروح في صورة مبحثين ومطلبين وفرعين.

ثانيا – مناقشة الحكم أو القرار:

تتم مناقشة الحكم أو القرار محل التعليق من خلال مقدّمة وعرض وخاتمة.

1– مقدّمة

[1] صالح طاليس المرجع السابق، ص 254.

يعرض المعلق موضوع المشكل القانوني المطروح، ثم ينتقل الى عرض موجز للوقائع والإجراءات والادعاءات منتهيا الى طرح المشكل القانوني. وتعتبر المقدّمة تلخيص موجزاً للمسألة القانونية المدرجة في الحكم أو القرار موضوع التعليق.

2- صلب الموضوع (المتن):

في هذه المرحلة يبرز المعلق ثقافته القانونية ومهارته وقدرته على التحليل، لمناقشة المشكل القانوني بالإجابة على المشكل المثار وفق الخطة الموضوعة.

ولا يكون ذلك إلا باستغلال المعلومات النظرية وإسقاطها على حيثيات الحكم أو القرار محل التعليق؛ مع ابداء الطالب لرأيه إما تأكيدا أو رفضا للحل الذي انتهى إليه القاضي.

3- الخاتمة

تعتبر خاتمة التعليق عن الحكم أو القرار القضائي؛ حوصلة مختصرة لما تم التعرض إليه أثناء مناقشة المسائل القانونية والمشكل القانوني المطروح والحل الذي انتهى إليها القضاء مع إبراز الطالب لموقفه وإبداء رأيه إما بتأييده والموافقة عليه أو رفضه للحل ما يستوجب إعطاء البديل في هذه الحالة.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي في منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية

الفـــرع الأول: نـــص قـــرار المحكمـــة العليـــا رقـــم : 1273991 الصـــادر بتـــاريخ 2019/10/17.

الغرفة المدنية

ملف رقم 1273991 قرار بتاريخ 17/10/2019

قضية وكالة كراء السيارات ضد (د. هـ)

الموضوع: حادث مرور

الكلمات الأساسية: مركبة – إيجار – أضرار مادية – مسؤولية – تعويض.

المرجع القانوني : المادة 107 من القانون المدني.

> **المبدأ:** يتحمل مستأجر المركبة المؤجرة بموجب عقد الكراء مسؤولية التعويض عن الأضرار المادية اللاحقة
> بالسيارة بسبب . حادث مرور

إنّ المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و 557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 02/08/2017 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيد شايب سعيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد بوزيد لخضر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طلبت الطاعنة وكالة كراء السيارات، الكائن مقرها بوهران ممثلة بمديرها (رو) بواسطة الأستاذ فريد باي إبراهيم، المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا نقض القرار الصادر عن مجلس

قضاء وهران الغرفة المدنية) بتاريخ 29/05/2017 فهرس رقم 02205/17 والقاضي في منطوقه **حضوريا نهائيا :**

في الشكل: قبول الاستئناف

في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف فيه (الصادر عن محكمة وادي تليلات بتاريخ 13/07/2016 فهرس 00698/16 والقاضي حضوريا ابتدائيا :

إلزام المدعى عليه (د. هـ) بأن يؤدي للمدعي (ر. و) مبلغ 372.153،50 دج تعويضا عن الأضرار المادية اللاحقة بسيارته جراء حادث المرور الواقع بتاريخ 01/09/2015 ومبلغ 15.000 دج كتعويض عن التأخير في الدفع)، وتصديا من جديد للدعوى القضاء برفضها لعدم التأسيس تحميل المستأنف عليه بالمصاريف القضائية.

حيث أودع المطعون ضده (د. هـ) عريضة جواب بواسطة الأستاذ مرزوق مختار، ولم يتم أرفقتها بمحضر تبليغها المحامي الطاعن، فهي غير مقبولة شكلا طبقا للمادة 1/568 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث التمست النيابة العامة نقض القرار.

حيث أن الطعن بالنقض استوفى شروطه وإجراءاته القانونية مما يجعله مقبول شكلا.

حيث استندت الطاعنة في طلبها على وجه وحيد للنقض

الوجه الوحيد مأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه (م 358 ف 5 ق إم) ،

مفاده أن قضاة المجلس اعتمدوا على تصريحات المطعون ضده في أنه لم يقم بأي خطئ دون مناقشة عقد الكراء ومادته 05، وبذلك خالفوا المادة 106 من القانون المدني، فعرضوا قرارهم للنقض والإبطال. وعليه التمست من المحكمة العليا نقض وإبطال الشرار المطعون فيه.

<u>وعليه فإن المحكمة العليا</u>

عن الوجه الوحيد:

حيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن الثابت منه أن قضاة المجلس، أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 495 من القانون المدني، بناء على ما جاء في محضر الضبطية القضائية حول ظروف الحادث، وتوصلوا إلى أن المطعون ضده لم يرتكب خطأ والحادث مفترض والضرر كذلك، مما يجعل طلب التعويض غير مؤسس.

حيث ما توصل إليه قضاة المجلس لا يتلاءم مع الوقائع، إذ ما لحق السيارة المؤجرة للمطعون ضده من أضرار مادية، راجع لعدم أخذه الاحتياط اللازم خلال قيادته لها، وبذلك فهو خطأ، يتحمل مسؤولية التعويض عنه طبقا لما اشتملته المادة 04 من عقد كراء السيارة، الذي أمضى عليه ووافق على هذا الشرط بإرادته الحرة ورضاه الكامل، وطبقا للمادة 107 من القانون المدني فهو ملزم بتنفيذ محتواه، مما يجعل الوجه سديد، ومنه يتعين نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الطعن طبقا للمادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

قبول الطعن شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران الغرفة المدنية) بتاريخ 29/05/2017 فهرس رقم 02205/17، وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من

هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية..

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر أكتوبر سنة ألفين وتسعة عشر من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول، والمتركبة من

السادة:

كر اطار مختارية	رئيس الغرفة رئيسا
شايب سعيد	مستشارا مقررا
زرهوني زوليخة	مستشارة
يعقوب موسى	مستشارا

بن نعمان ياسمينة مستشارة

بضور السيد : بوقرط خالد – المحامي العام

وبمساعدة السيد : حفصة كمال – أمين الضبط

الفرع الثاني: التعليق على قرار المحكمة العليا رقم: 1273991 الصادر بتاريخ 2019/10/17 .

الطاعنة: وكالة كراء السيارات.

ممثلة بمديرها (ر. ر).

المطعون ضده: السيد (د. ه)

- **الوقائع** : بالرجوع إلى القرار محل التعليق يتضح لنا أن وقائع القضية الدائرة بين الطاعنة (وكالة كراء السيارات)، والمطعون ضده السّيد (د . ه).
  - إبرام عقد كراء بين وكالة كراء السيارات والسّيد (د. ه).
  - وقوع حادث مرور 2015/09/01 ، تسبب في أضرار مادية للسيارة المستأجرة.
- **الاجراءات :**

رفع السّيد (ر.ر) مدير وكالة كراء السيارات دعوى قضائية أمام محكمة واد تليلات مطالبا السّيد (د.ه) مكتري السيارة من الوكالة، بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالسيارة المؤجرة.

فأصدرت محكمة واد تليلات حكما بتاريخ 2016/07/13 يقضي بأن يؤدي مبلغ قدره 372.153.50 دج تعويض عن الأضرار التي لحقت السيارة ومبلغ 215000 دج كتعويض عن التأخير في الدفع، فاستأنف السّيد (د.ه) الحكم أمام مجلس قضاء وهران (الغرفة المدنية) الذي أصدر قرار بتاريخ 2017/05/29 يقضي بإلغاء الحكم المستأنف. فطعن السّيد (ر.ر) ممثلا لوكالة كراء السيارات بطريق النقض أمام المحكمة العليا في القرار بتاريخ 2017/08/02 والتي قضت في 2019/10/17 بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران (الغرفة المدنية وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون .

الادعاءات :

استندت الطاعنة في دعواها على وجه وحيد مأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه فهي تدعي أن قضاة المجلس اعتمدوا على تصريحات المطعون ضده (دون مناقشة عقد للكراء ومادته الخامسة)، وأسسوا قضاءهم على نص المادة 495 التي تعفي مستعمل العين المؤجرة من المسؤولية، إذا استعملها استعمالا عاديا، اعتماداً على محضر طلب الضبطية حول ظروف الحادث الذي يبين أنه لم يرتكب خطأ والحادث مفترض والضرر أيضا.

في حين أن بين الطاعنة والمؤجر للسيارة السّيد (د. ه) عقد كراء ينص في مادته الرابعة على تحميل المستأجر مسؤولية ما يلحق السيارة من أضرار مادية والعقد شريعة المتعاقدين طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني، ويلزم المتعاقدان بتنفيذ العقد طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني.

المشكل القانوني :

هل يحق للسيد (د. ه) التمسك بنص المادة 495 من القانون المدني وإعفاءه من المسؤولية، ومن ثم إعفائه من تعويض الضرر الذي مسّ بالسيارة المأجورة ؟

هل بإمكان السّيد (ر. ر) مدير وكالة كراء السيارات التمسك ببنود عقد كراء السيارة المبرم بينه وبين السّيد (د. ه) للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالسيارة نتيجة ترتيب مسؤولية السيد (د. ه) عن الحادث؟

المناقشة :

المبحث الأوّل : مدى أحقية السّيد (ر. ر) مدير وكالة كراء السيارات بتمسك ببنود العقد .

المطلب الأوّل : العقد شريعة المتعاقدين 106 (تمسك الطاعنة) .

المطلب الثاني : مطالبة (ر. ر) بالتعويض عن الضرر.

المبحث الثاني : مدى أحقية السّيد (د. ه) بالتمسك بنص المادة 495.

المطلب الأوّل : مدى قدرة السيد (د . ه) التمسك بشروط الاعفاء من المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني : عدم أحقية السّيد (د. ه) التمسك بنص المادة 495، وإلزامه بالتعويض.

الخاتمة

المبحث الخامس: المنهجية الخاصة بالاستشارة القانونية

(تحليل استشارة قانونية)

الاستشارة هي ما يطلبه صاحب المسألة أو المشكلة من الذي يعتقد أنه يملك حلا أو مخرجا لهاته المعضلة، وفي ميدان القانون يطلب صاحب القضية – سواء كانت رفعت أمام القضاء أو يطلب رفعها– من المحامي كأصل عام المشورة والحل لقضيته، والتي قد تنتهي في جلسة أو في جلسات، وقد يستمر المستشير مع محاميه، إذا باشر هذا الأخير إجراءات التقاضي بتوكيل من طالب الاستشارة. وبما أن المستشار مؤتمن، فلا بد عليه ألا يألو جهدا في إعطاء الحل القانوني المناسب لكل مسألة تطرح عليه.

وعليه سوف يتم التعرض إلى ماهية الاستشارة في مطلب أول، ثم إلى مراحل التعليق على الاستشارة القانونية في مطلب ثان، ثم في مطلب ثالث نتناول مثال تطبيقي لاستشارة تطبيقية نموذجية.

المطلب الأول: ماهية الاستشارة القانونية

يتطلب البحث في مفهوم الاستشارة القانونية، التعرض إلى تعريف الاستشارة بصورة عامة من الناحية اللغوية، ثم المقصود بالاستشارة القانونية كمصطلح (الفرع الأول)، ونتطرق بعدها إلى خصائص الاستشارة القانونية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاستشارة القانونية

بما أن موضوع الاستشارة جديد على طالب السنة الثانية (LMD)، فيحسن بنا أن نعرفه على المدلول اللغوي للاستشارة (الفرع الأول)، ثم المقصود بالاستشارة القانونية كمصطلح (الفرع الثاني).

أولا– تعريف الاستشارة لغة:

الاستشارة لغة مصدر من الفعل المزيد استشار أي طلب المشورة، ومجرده أشار.

نقول استشار يستشير إشارة فهو مستشير والمفعول مستشار.

استشاره في أمر يهمه: طلب رأيه، مع احتفاظ المستشير بحقه في قبول الاستشارة أو رفضها في حالة الاستشارة غير الملزمة.

وقد ورد هذا المعنى في القرآن الكريم ومنها قوله تعالى:" وشاورهم في الأمر"[1]، "وأمرهم شورى بينهم"[2]. كما ورد ذات المعنى في حديث النبي محمد ﷺ:"... وما ندم من استشار"[3].

ثانيا المقصود بالاستشارة في مجال العلوم القانونية

تطرح الاستشارة القانونية عادة على المتمكن والمتخصص في الدراسات القانونية، فلا يستشار إلا الخبير[4]، والخبير في هذا المجال، رجل القانون الذي له دراية بالنصوص وتطبيقاتها الميدانية على الوقائع والتصرفات والأفعال النافعة منها والضارة.

وبما أن الغرض الرئيس من الاستشارة هو معرفة الحل القانوني للمسألة المستشكلة على طالبها والذي لا يملك حلها؛ كان لزاما عليه عرضها على مستشار عليم، كالمحامي ومكاتب الاستشارات القانونية، كما قد يتوجه المستشير إلى المحضر القضائي، أو الموثق في مسائل إجرائية بحتة.

ويمارس الطالب في كليات الحقوق نشاط الاستشارة في إطار تكوينه البيداغوجي العلمي قصد تدريبه على التحكم في تقنية التعليق على الاستشارة القانونية وتحليلها، وتمكينه من

---

[1] الآية من سورة

[2] الآية من سورة

[3] الحديث: "ما خاب من استخار، ولا ندم من استشار، ولا عال من اقتصد" ، رواه أنس بن مالك، أخرجه الطبراني، المعجم الأوسط، رقم 6626، وسنده ضعيف، لكن معناه صحيح.

[4] طلب الرأي والمشورة من الخبير، أمر من صميم الشرع والقانون، وهو ما تؤكد عليه آيات القرآن الكريم " فاسأل به خبيرا"، "واسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"، كما يستطيع القاضي أن يطالب المتقاضين بإجراءات الخبرة، سواء كانت خبرة طبية أو خبرة في المجال العقاري، وغيرها من المجالات التي تستدعي تدخل أهل الاختصاص، الذي يكون خبيرا في ميدان تخصصه.

إبراز قدراته على استيعاب أحكام القانون من المكتسبات النظرية وإسقاطها على الواقع، وإنزال تلك الأحكام والقواعد القانونية على المسائل القانونية وإيجاد الحلول المناسبة لها.

ثالثا: المصطلحات الخاصة بالاستشارة

الاستشارة هي طلب يقدمه شخص يسمى المستشير إلى شخص آخر بصفته مستشارا يريد من خلاله معرفة الحل القانوني لمسألة قانونية معينة.

من خلال هذا التعريف يمكننا التطرق إلى العناصر التالية:

1- **المستشير:** هو طالب المشورة والذي قد يكون شخصا طبيعيا، أو شخصا معنويا ويختلف الهدف من الاستشارة باختلاف الغرض الذي يقصده المستشير، فقد يستهدف هذا الأخير معرفة رأي القانون في مسألة يريد أن يتقي حدوثها، ودرء المخاطر المحدقة بطلب الإجراء أو الطريق القانوني المناسب لذلك، أو يحتمل أن يكون باحثا عن حل قانوني لوقائع أو تصرفات حالة يعتبرها المستشير ماسة بمصلة أو بحق من حقوقه.

وقد يكون المستشير مدعى عليه، يبحث عن السند القانوني الذي يمكنه من الحفاظ على حقوقه، وقد يكون متهما لاجئا إلى المستشار لتجنبيه المتابعة أو التخفيف من وطأتها عليه[1].

2- المستشار: هو خبير قانوني، قد يكون المحامي المستقل بمكتبه منفردا، أو شركة محاماة، أو مستشارا قانونيا ضمن مكتب استشارات قانونية متخصصة، أو مكلفا بالشؤون القانونية في مؤسسة عامة أو خاصة.

وتنحصر مهمة المستشار في بيان الحل من قانون معين متعلق بالمسألة المطروحة عليه وإبداء رأيه على هذا الأساس، واقتراح الإجراءات القانونية الواجب مباشرتها، ويجب أن يكون الحل مناسبا للوقائع المادية والقانونية المؤثرة في النزاع.

[1] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 229

وأنت أيها الطالب[1] – في هذه المرحلة – تلبس ثوب المستشار، لأننا سوف نعرض عليك موضوعا معينا للاستشارة، ويطلب منك حلها وفق منهجية معينة، نتعرض إليها في القادم من الصفحات، وتقط معارفك النظرية في قالب عملي تطبيقي.

3- موضوع الاستشارة (المسألة القانونية): هي مسألة قانونية محل نزاع بين المستشير وطرف آخر، ينازعه حقه أو يهدده في إحدى مصالحه، يكون الهدف منها إيجاد الحل أو المخرج من النزاع إما بالغنم أو بأقل التكاليف.

وقد لا يكون موضوع الاستشارة محلا للنزاع، وإنما محاولة لمعرفة رأي المستشار في مشكلة قد تقع مستقبلا، نظرا لظروف وملابسات متعلقة بصاحب الاستشارة، فهو إما يريد اتقاء حدوث مشكل ما، أو يريد المطالبة بحق من حقوقه مقرون بتحقق ظروف ما، وقد يرغب المستشير في معرفة الإطار القانوني بممارسة عمل أو نشاط معين[2].

الفرع الثاني: خصائص وأنواع الاستشارة القانونية

لتمكين الطالب من التعرف أكثر عن المقصود بالاستشارة القانونية المطلوب تحليلها، نعرفه على خصائص الاستشارة، ثم نتطرق إلى أنواع الاستشارة.

أولا- خصائص الاستشارة القانونية

للاستشارة القانونية جملة من الخصائص تميزها، وتعتبر مقومات ضرورية لا تكون ذات فائدة إلا بتوافرها، وقد اختصرت هاته الخصائص فيما يلي:

1 – الاستشارة قضية تتطلب حلا قانونيا: وهي بذلك لا تعتبر رأيا نظريا أو فقهيا يعرض في صحائف، بل هي رأي له عواقبه بالإيجاب أو السلب، فهي مشكلة تستوجب حلا فاصلا يتحرى فيه الصواب ما أمكن ذلك.

---

[1] طالب الحقوق في حيه وبين أقرانه، عادة ما يلعب دور المستشار القانوني، خاصة في المسائل البسيطة التي تعترض حياة الطالب ومحيطه، ولطالما كان الطالب في معاهد الحقوق – سابقا – مستشارا فعليا في مسائل قد تفوق رصيده المعرفي والعلمي، ما كان دافعا للبحث والجد.

[2] صالح طاليس، المرجع السابق، ص 230.

2 – الاستشارة تتطلب التحليل القانوني: يعكف المستشار عند عرض موضوع الاستشارة عليه، إلى أسلوب التحليل، ليتعرف على طبيعة النزاع، ثم يصنفها إلى المجال القانوني الذي يمكن تطبيقه على قضية الحال، والقواعد القانونية التي تنظمها وتلك التي تسعفه في الحل القانوني، بعد إعطاء تكييف مناسب للقضية.

3– خاصية الموضوعية والتجرد: يفترض في المستشار تجرده من عواطفه وأهوائه وأفكاره الشخصية حال تقديمه الحل المناسب للقضية، بل يكتفي بزاده العلمي وتفكيره القانوني ورأيه الموضوعي، المستند إلى النصوص والمواد القانونية التي يراها تسعف المستشير في حل معضلته[1].

ثانيا – أنواع الاستشارة

تتعدد أنواع الاستشارات بحسب الهدف من ورائها، إلى استشارة حيادية، وأخرى موجهة.

1 – الاستشارة الاستعلامية:

الاستشارة الحيادية تنسحب إلى الهدف الأول سابق الذكر الذي يبتغيه طالب الاستشارة وتنحصر الاستشارة عندئذ في توجيه المستشير وتنويره بجميع المسائل القانونية، وتبيان المنافع والمضار، ومغانم الإقبال على رفع الدعوى أو المطالبة بالحقوق، زيادة على توضيح مخاطر التقاعس والتماطل وعدم احترام الآجال، ويكتفي المستشار في الاستشارة الاستعلامية بمركز الحياد.

2 – الاستشارة الهادفة: وهي متعلقة بالغاية الثانية للمستشير من عرض نص الاستشارة والتي يبحث فيها المستشير عن حل قانوني لنزاع حال أو محتمل مع سرد جملة من الوقائع التي ينبري إليها المستشار محللا من جهة ومبينا الرأي القانوني والحلول المقترحة

[1] راجع في هذه الخصائص وغيرها: تومي آكلي، مناهج البحث وتفسير النّصوص في القانون الوضعي والتّشريع الإسلامي برتي للنشر والتوزيع الجزائر، ص 246، وعبد الواحد شعير، أنور فؤاد، المنهجية في العلوم القانونية من النّظرية إلى التّطبيق، مطبعة النّجاح الجديدة المغرب 2015، ص 106، راجع أيضا: صالح طاليس، المرجع السابق، ص 228 وما بعدها.

والإجـراءات الواجـب أن يتبعهـا المستشـير أمـام الجهـات الإداريـة كـالتظلم، والإجـراءات القضـائية، كرفـع الـدعوى أمـام الجهـات القضـائية المختصـة، وقد يتعدى الأمـر إلـى إمكانيـة التكفل بالقضية برمتها، في حال كان المستشار محاميا يوكله المستشير ويجنبه عناء تتبع الإجراءات التي قد تكون _ في بعض الحالات_ غير متاحة إلا لصاحب علم وخبرة وحذق.

المطلب الثاني: مراحل التعليق على الاستشارة القانونية

"لا يمكن ضمان سلامة الحل القانوني بدون التحكم في فنيات الاستدلال والمنطق القانوني وكذلك معرفة تقنيات الاستنتاج والتحليل القانوني، قصد الوصول بالمسائل القانونية إلى الحلول الصحيحة"[1].

وتنقسم مراحل التعليق على الاستشارة القانونية، إلى خطوات منهجية، تجمعها مرحلتين أساسيتين، تتمثل الأولى في المرحلة التحضيرية الممهدة للمرحلة التحريرية كمرحلة ثانية.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية

وهي المرحلة التي يستخرج فيها الطالب المعطيات التي يسترشد بها للإجابة عن تساؤلات المستشير، فيبدأ باستعراض وقائع النزاع، ثم الإجراءات المتبعة، وأخيرا طرح المسائل القانونية.

أولا- استعراض وقائع النزاع

هي مجموع الأحداث القانونية والمادية، التي تشكل مختلف العناصر المكونة للنزاع والتي ترتب آثار قانونية من حقوق والتزامات.

وهذه الوقائع قد تكون تصرفات مصدرها العقد، أو الإرادة المنفردة، أو عملا غير مشروع كإلحاق ضرر بالغير (الفعل المستحق للتعويض)[2]، وقد تكون الوقائع إجراءات لدعوى قضائية سابقة على الاستشارة محل التحليل والتعليق.

---

[1] أحمد خروع، المرجع السابق، ص 67.

[2] سقلاب فريدة، محاضرات في مقياس المنهجية، جامعة بجاية، 2018، ص 61.

ويرتب الطالب الوقائع حسب تسلسلها الزمني، إذا لم تكن هذه الوقائع مرتبة، مع الإشارة إلى ذكر التواريخ لأهميتها في الاستشارة، خاصة تلك المتعلقة بالأهلية أو مدة التقادم، كما يجب على الطالب ذكر مكان وقوع الأحداث لتحديد مكان اختصاص المحاكم (الاختصاص الإقليمي)، وفي الأخير يجب أن يقدم الوقائع المنتجة فقط، دون تحريف أو زيادة ودون إعطاء حكم مسبق عليها[1].

ثانيا – الإجراءات الواجب اتباعها

الإجراءات هي مجموع المراحل التي مر بها النزاع، قد تكون إدارية أو قضائية، أو هما معا، ويتم ترتيبها حسب تواريخ اتخاذها ومباشرتها، وهنا نكون أمام حالات ثلاث من الإجراءات.

الحالة الأولى: قد يكون النزاع إداريا، وفي هذه الحالة يجب أن يذكر الطالب تاريخ التظلم تاريخ السكوت أو الرد، تاريخ الإعذار، ثم الإجراءات القضائية.

الحالة الثانية: إذا لم يكن النزاع إداريا، فيكتفى بالإجراءات القضائية، مع ترتيبها على حسب درجات التقاضي: المحكمة الابتدائية، المجلس القضائي، المحكمة العليا.

الحالة الثالثة: قد لا يقوم المستشير بأي إجراء، وهي حالة المستشير الذي يعرض الاستشارة قبل نشوب النزاع، أو حالة المستشير الذي يعرض الاستشارة طالبا توجيهه إلى الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها، ففي هذه الحالة لا توجد إجراءات نذكرها في المرحلة التحضيرية ويكتفى بالوقائع فقط.

ثالثا – طرح المسائل القانونية

[1] غناي زكية، المرجع السابق، ص 55، عمار بوضياف، المرجع في كتابة البحوث القانونية، جسور للنشر والتوزيع، د م ج، الجزائر، 2006، ص 59.

نستخرج المسائل القانونية، من إعادة صياغة تساؤلات المستشير، التي قد لا تكون مصاغة بطريقة قانونية، فيعمد الطالب إلى طرحها في شكل مسائل قانونية دقيقة[1].

كما قد تستنبط من وقائع الاستشارة والاجراءات إن وجدت، وتصاغ في شكل تساؤلات مرقمة.

1 – ماهي طبيعة النزاع القائم بين (س)، و (ع)؟

2 – هل التظلم وجوبي في النزاع القائم بين (س) و (ع)؟

3 – ما هي الدعوى الملائمة؟

4 – ما هي الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع القائم بين (س) و (ع)؟

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

وهي مرحلة الإجابة عن المسائل القانونية، والتي يتم فيها:

الإجابة عن المسائل القانونية، وذلك بواسطة في فقرات تخصص كل منها للإجابة عن مسألة قانونية وفق الترتيب المذكور آنفا، وتشمل كل فقرة: الوقائع، السؤال القانوني والحل القانوني.

الفقرة الأولى: فيما يخص طبيعة النزاع

1- الوقائع:

يقوم الطالب بفرز وتمحيص الوقائع المعروضة عليه، ويذكر الواقعة أو الوقائع الخاصة بهذه الفقرة فقط.

[1] تومي آكلي، المرجع السابق، ص 248.

2- السؤال القانوني:

هو تجسيد لما جاء في المسألة القانونية، وعرضه في شكل سؤال واحد، أو عدة أسئلة فرعية، تبعا لما تتطلبه كل مسألة.

3- الحل القانوني:

نقصد بالحل القانوني هو ما ينتهي إلى علم المستشار (الذي قد يكون الطالب الذي تعرض عليه الاستشارة في الأعمال الموجهة أو كسؤال في امتحان)، من تطبيق قاعدة قانونية معينة تصلح لأن تكون سندا قانوني وحكما فاصلا في النزاع المطروح أو المسائل القانونية المثارة من طرف المستشير.

كما يمكن للمستشار في حالة غياب نص يحكم المسألة، الاستعانة بالاجتهاد القضائي والاستهداء بآراء الفقه، في التكييف القانوني للمسألة موضوع الاستشارة.

4- الإجابة الفرعية: يجيب المستشار(الطالب) على الحل القانوني الخاص بهذه الفقرة، بصور مختصرة ودقيقة.

الفقرة الثانية: فيما يخص التظلم الإداري (إن وجد)

1- الوقائع: .....

2- السؤال القانوني: .....

3- الحل القانوني: .....

4- الإجابة الفرعية: .....

الفقرة الثالثة: فيما يخص الدعوى الملائمة

1- الوقائع: .....

2- السؤال القانوني: .....

3- الحل القانوني: .....

4- الإجابة الفرعية: .....

الفقرة الرابعة: فيما يخص الجهة القضائية المختصة

1- الوقائع: .....

2- السؤال القانوني: ما هي الجهة القضائية المختصة للنظر في الدعوى بين (س) و (ع).

2-1- السؤال الفرعي الأول: ما هي الجهة القضائية المختصة نوعيا؟

الحل القانوني: .....

2- 2- السؤال الفرعي الثاني: ماهي الجهة القضائية المختصة إقليميا؟

الحل القانوني: .....

3- الحل القانوني لسؤال الفقرة الرابعة بشقيه

4- الإجابة الفرعية: .....

<u>الحوصلة:</u>

يقوم المستشار (الطالب) في المرحلة الأخيرة بإجراء حوصلة لجميع الإجابات والحلول القانونية التي انتهى إليها في الفقرات السابقة، وصياغتها في فقرة موجزة وشاملة تمثل حلا للاستشارة المطروحة عليه.

المطلب الثالث: نموذج عن حل استشارة قانونية

نص الاستشارة:

دخل السيد (بونعامة وسيم) إلى بلدية (تسمسيلت) لاستخراج شهادة البطالة فلم يجد الموظف المكلف بمنح الاستمارات والتصديق عليها، فحاول إثر ذلك أن يستفسر من موظفة أخرى بجانب كرسي الموظف الشاغر، عن إمكانية أن يقوم غيره بذلك، عندها تدخل الحاجب الجيلالي الهاشمي وقام بدفع السيد: (بونعامة وسيم) بشكل عنيف مما أدى إلى اصطدام هذا الأخير بنافذة المكتب، ما سبب له أضرار جسيمة، تمثلت في كسر في يده وشجّ في رأسه.

ـــ استشارك السيد (بونعامة وسيم) عن طرق حصوله على تعويض عن الأضرار التي لحقت به؟

الإجابة النموذجية

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية

أولا ـ الوقائع:

من دخول السيد (بونعامة وسيم) إلى كسر في يده وشجّ في رأسه.

ثانيا ـ الإجراءات: لا توجد

ثالثا ـ المسائل القانونية:

1 ـ ما طبيعة تصرف الحاجب (الجيلالي الهاشمي) ؟

2 ـ ما هي الدعوى الملائمة التي يمكن لوسيم رفعها؟

3 ـ على من تقع مسؤولية الضرر الذي لحق بالسيد (بونعامة وسيم) ؟

الفرع الثاني: المرحة التحريرية: الإجابـــــة

الفقرة الأولى: فيها يخص طبيعة تصرف الحاجب (الجلالي الهاشمي)

الوقائع: و نذكرها كاملة.

السؤال القانوني: ما طبيعة تصرف الحاجب (الجيلالي الهاشمي)؟ أو هل يعتبر تصرفه تصرف شخصي أم مرفقي؟

الحل القانوني: المادة 01/145 من قانون البلدية: "نصت على أن البلدية مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها رئيس المجلس الشعبي البلدي والمنتخبون وموظفو البلدية أثناء قيامهم بوظائفهم".

اجتهادات الفقهاء: حاول الفقه وهو بصدد مسألة مسؤولية البلدية أن يميز بين الخطأ الشخصي والمرفقي كمعيار للأهواء الشخصية أو معيار النية " كالفقيه هوريو " أو معيار الخطأ الجسيم أو معيار الهدف لدوجي أو معيار الخطأ المتصل أو المنفصل بالقضية.

<u>الإجابة الفرعية:</u>

هناك خطأ شخصي يتمثل في دفع الحاجب (الجيلالي الهاشمي) للسيد (بونعامة وسيم) بشكل عنيف مما سبب له أضرار جسيمة، هناك خطأ مرفقي لأن الوقائع حدثت داخل البلدية لسوء سيرها، مما يرتب مسؤولية البلدية عن خطأ الحاجب ـ التابع عمله للبلدية ـــ مسؤولية مرفقية ولهذا يجب عليها تعويض السيد (بونعامة وسيم) عن الأضرار التي تسبب فيه الحاجب.

<u>الفقرة الثانية: فيما يخص الدعوى الملائمة</u>

الوقائع: إعادة ذكر الوقائع كاملة

الإجراءات لا توجد

السؤال القانوني: ماهي الدعوي الملائمة؟

الحل القانوني: المادة: 801 من ق. إ . م

الفقرة الثالثة: فيما يخص الجهة القضائية المختصة

الوقائع: تذكر جميع الوقائع

السؤال القانوني: ما هي الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا؟

السؤال الفرعي الأول: ما هي الجهة القضائية المختصة إقليميا؟

الحل القانوني: المادة 37 والمادة 38 من ق.إ. م.

السؤال الفرعي الثاني: ما هي الجهة القضائية المختصة نوعيا؟

الحل القانوني: المادة: المادة 804 من ق.إ. م

الإجابة: يعود الاختصاص الإقليمي والنوعي للمحكمة الإدارية بولاية تسمسيلت، المختصة نوعيا وإقليميا.

الحوصلة:

باستطاعة السيد (وسيم بونعامة) رفع دعوى قضائية على السيد (الجيلالي الهاشمي) مطالبا بالتعويض، لكن مخافة إعساره، من الأحسن رفع دعوى تعويض (دعوى القضاء الكامل) على البلدية أمام المحكمة الإدارية بتسمسيلت مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه الحاجب باعتباره ارتكب خطأ مرفقيا.

المحور الثاني: منهجية إعداد مذكرة استخلاصية

بعد التعرض إلى تقنيات التحليل في المحور الأول من هاته المحاضرات، نتناول في المحور الثاني المقرر على طلبة السنة الثانية ليسانس في الحقوق؛ إلى منهجية إعداد مذكرة استخلاصية، نتطرق بداية إلى كيفية صياغة المذكرة الاستخلاصية نظريا، ثم نتطرق إلى مثال تطبيقي عن مذكرة استخلاصية.

المبحث الأول: صياغة مذكرة استخلاصية

يطلب من الطالب صياغة مذكرة استخلاصية من خلال وثائق متعددة ومتنوعة، يختبر فيها الطالب قدرته على التحليل والاستخلاص ثم التحرير.

وبما أن الطالب لم يتعرض لهذا النوع من التطبيق، فسوف نتطرق إلى المقصود بالمذكرة الاستخلاصية(المطلب الأول)، ثم إلى المرحلة التحضيرية(المطلب الثاني)، والمرحلة التحريرية في مطلب ثالث.

المطلب الأول: المذكرة الاستخلاصية وأهدافها

المذكرة الاستخلاصية هي مجموع الصفحات التي يطلب من الطالب أو الممتحن المترشح إعدادها من جملة وثائق تتكلم عن فكرة معينة أو موضوع معين، وفق منهجية معينة وخطوات تقنية متسلسلة ، وهاته الوثائق تحمل ارتباط منطقي معين و تدور حول فكرة معينة أو مجموع أفكار، قد تكون متناقضة أحيانا، وتفصيلا نتطرق إلى مفهومها (الفرع الأول)، ثم إلى أهدافها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالمذكرة الاستخلاصية

يطلق لفظ صياغة المذكرة الاستخلاصية، أو إعداد مذكرة استخلاصية على العملية التقنية التي يطلب من المترشح أو الطالب القيام بها بأسلوب منهجي معين باتباع خطوات متسلسلة منطقيا.

أولا- مفهوم الصياغة: مصدر الفعل: صاغ، نقول كلام حسن الصياغة، كلام جيد محكم، يصوغ أفكاره بشكل جميل، يرتبها ويضعها في قالب مفهوم ومنظم.

ثانيا- المذكرة: هي مجموع الصفحات(من ثلاث إلى أربع صفحات) التي يعدها الطالب من جملة الوثائق المعروضة عليه، وفق منهجية وخطة معينة.

ثالثا- الاستخلاصية: هو الاستنتاج والانتقاء، وهي العملية التي يقوم بها الطالب أو المترشح مستنبطا رشاحة الأفكار من الوثائق المختلفة.

رابعا- التعريف الاصطلاحي للمذكرة الاستخلاصية:

يقصد بالمذكرة الاستخلاصية، ذلك العمل الفني التقني والعلمي الذي يعهد إلى معدها من أجل صياغة موضوع ما، من خلال مجموعة من الوثائق، باتباع خطوات معينة.

وتختلف طبيعة هذه الوثائق فقد تكون هذه الوثائق:

- نصا تشريعيا: أي مادة قانونية، أو مجموعة من المواد القانونية.
- نص فقهي : مقتطف من كتاب قانوني لفقيه أو كاتب معين.
- قرار أو حكم قضائي
- تعليق على قرار أوحكم.

الفرع الثاني: أهداف إعداد المذكرة الاستخلاصية

ترمي المذكرة الاستخلاصية إلى إبراز قدرة الطالب المعد على الاستخلاص والاستنباط وتقديم صورة كافية ووافية عن الموضوع، بعد تلخيص غير مخل بالمعنى العام للوثائق المعروضة.

والحقيقة أن الأهداف المرجوة من إعداد المذكرة الاستخلاصية، وفي إدراجها في مقرر السنة الثانية ليسانس[1] عديدة ومتنوعة، وقد عددت كما يلي[1]:

[1] إن إدراج المذكرة الاستخلاصية في المقرر الخاص بطلبة السنة الثانية ليسانس، جانب واضعوه الصواب، من ناحيتين: الأولى أن الطالب لا يستطيع في هذه المرحلة القيام بهذا العمل بالنظر إلى مستواه وتحصيله العلمي وكذا الكم المعرفي لديه، ومن ناحية أخرى فهاته الأسئلة لا تطرح إلا في مسابقة الالتحاق بسلك القضاء، وبما أنه يشترط الحصول على

– تزويد الطالب بتقنية جديدة مضافة إلى تقنية التعليق على قرار أو حكم قضائي، وتحليل النصوص الفقهية، ومنهجية التحليل الاستشارة القانونية.

– تكوين الطالب على مثل هاته التحاليل تسهل عليه النجاح في مسابقة الولوج إلى المدرسة العليا للقضاء(يطلب من المترشح إعداد مذكرة استخلاصية ضمن اختبارات المسابقة بمعامل 4).

– تدريب الطالب المعد أو المترشح على التفكير القانوني.

– التدريب على التعامل مع مختلف الوثائق القانونية، فحصا وتحليلا ومناقشة وتلخيصا واستخلاصا.

– التدريب على استخلاص الأفكار وتبويبها، إلى أفكار رئيسية وأخرى ثانوية، واستبعاد تلك التي ليس لها علاقة بالموضوع[2]، والأفكار المتعارضة.

– التدريب على أسلوب التلخيص بتوظيف ما تم تلقينه من دروس ومهارات في السداسي الأول من السنة الثانية ليسانس.

التدريب على النقد الإيجابي، باعتماد أسلوب التقويم، بعد مقابلة مختلف وثائق الموضوع الطروق.

المطلب الثاني: المرحلة التحضيرية

تكتسي المرحلة التحضيرية أهمية كبيرة في صياغة المذكرة الاستخلاصية، فكلما اهتدى الطالب إلى موضوع هاته الوثائق متفرقة ومجتمعة، كلما سهل عليه الإعداد والاستخلاص. وفيها نتناول قراءة الوثائق، ثم تحليل الوثائق أو ما يعرف بالاستخلاص المبدئي.

شهادة الماستر للمشاركة في المسابقة، فلا نرى من لازمة لإدراجها في مقرر السنة الثانية، ويكون من الأفضل أن ترجأ إلى إحدى سنتي الماستر.

[1] راجع في تفصيل أكثر: موساسب زهير، محاضرات في منهجية إعداد البحوث القصيرة في العلوم القانونية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2021، ص 60، حريز أسماء، محاضرات في مقياس المنهجية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ص 132.

[2] عادة ما يكون ضمن الوثائق المعروضة على الطالب، وثيقة أو اثنتين ليس لهما علاقة بالموضوع، فيقوم الطالب عندئذ باستبعادها من مجموع الوثائق المقدمة.

الفرع الأول : مرحلة قراءة الوثائق وفحصها

يجب على الطالب أو الممتحن المترشح لسلك القضاء، أن يعلم بأنه لا يملك الوقت أن يقرأ كل محتوى الوثائق أكثر من مرتين كأقصى حد لذلك يجب عليه عند القراءة الأولى أن تكون قراءة ذكية أي أن يكتب في المسودة كلما يراه الطالب مهما يستغله أثناء التحرير لاحقا وعموما يمكن تلخيص هذه المرحلة وذلك باتباع ما يلي بطريقة منهجية جيدة[1]:

1- أخذ نظرة سريعة على الوثائق الي يتألف منها الملف وعادة ما يذكر في الصفحة الأولى قائمة الوثائق المرفقة.

2- الشروع في قراءة الوثائق مع إتباع بكل بساطة الترتيب الذي سلم في الملف غير أنه في بعض الحالات من الافضل ان يقوم الطالب بترتيب الوثائق حسب طبيعتها (نصوص قانونية، أراء فقهية، اجتهاد قضائي).

3- خلال القراءة يركز الطالب على فهم كل وثيقة ويحاول الاحتفاظ في ذهنه بالمعلومات التي يرى أنها اكثر ملاءمة للمسالة المعروضة واكثر اهمية لها يمكن خلال هذه المرحلة تسطير الجمل أو الفقرات، كما يمكنه الاستعانة بالأقلام الملونة ، واستخراج العبارات المهمة أو إحاطتها وبالتوازي مع ذلك تسجيل الافكار العامة الهامة التي تحتويها الوثيقة في المسودة قصد تسهيل اعداد المذكرة لاحقا ينصح الطالب بكتابة ما استخلصه من كل وثيقة بكيفية تجنبه العودة اليها في كل مرة ربحا للوقت.

وعند القراءة الثانية يجب أن يكون قادرا على ايجاد العلاقة المنطقية بين كل فقرة و يجب أن يتوقع أن يجد الكثير من التناقض او الاصح الاختلاف في وجهات النظر بعد ذلك تأتي الخطوة النهائية و هي التحرير على الورقة مباشرة دون المسودة لأن الوقت ضيق رغم أن مدة الامتحان للالتحاق بالمدرسة العليا للقضاء 4 ساعات أو 5 ساعات.

[1] راجع: الدليل التوجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، ص 3.

الفرع الثاني: تحليل الوثائق (الاستخلاص المبدئي)

المطلوب من الطالب أو المتسابق تلخيص هذه الوثائق التي تكون طويلة في غالب الأحيان فيما لا يزيد عن أربع صفحات، والتلخيص لا يكون لكل وثيقة على حدى، بل يجب استخلاص الموضوع العام الذي تدور حوله الوثائق، و التمكن من تحرير خطة تعالج الموضوع، و الاستعانة أثناء التحليل بالوثائق، ويجب التركيز على[1]:

1- محاولة الطالب أن يستخرج بعض الافكار الرئيسية للخطة، بالتوازي مع تقديم قراءة الوثائق المقترحة.

2- عند نهاية قراءة الوثائق وتحليلها يتعين على الطالب أن يقوم بترتيبها إذ يمكن من خلال ذلك التعرف مثلا على تطور الاجتهاد القضائي مع مراعاة إمكانية تكامل الوثائق أو تعارضها حسب محتواها وهو ما يؤدي إلى استخلاص الخطوط العريضة للملف والشروع بعد ذلك في إعداد الخطة المناسبة وتحرير المذكرة.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع المذكرة لا يكون موضوعا معروفا أو حتى مدروسا من قبل خلال سنوات التدرج هو ما قد يسبب ارتباك المتسابق و قد يؤدي به للخروج عن الموضوع، ولكن يجب التأكد من أن الحل موجود في الوثائق ذاتها وعدم معرفة الموضوع مسبقا قد يفيد الطالب اكثر لأنه يساعد على ان يأخذ فكرة حيادية عن الموضوع، ثم أنه لا يطلب رأيك الشخصي في الموضوع ، بل يجب الاكتفاء بتحليل وجهات النظر، والاتجاهات الفكرية الموجودة في الوثائق المقدمة.

[1] راجع: الدليل التوجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء لسنة 2022، ص 8.

المطلب الثالث: المرحلة التحريرية

في هاته المرحلة ينتقل الطالب إلى إعداد المذكرة الاستخلاصية، ونعرفه قبل ذلك على بعض الأساسيات في تحرير المذكرة الاستخلاصية.

الفرع الأول: أساسيات تحرير المذكرة الاستخلاصية

يجب على الطالب المطلوب منه صياغة مذكرة استخلاصية مراعاة الجوانب الأساسية في إعدادها والتي تتمثل في ما يلي[1]:

1- إن الخطة لا تعتمد أساسا على الافكار الشخصية للطالب وإنما على تبسيط ما احتوته الوثائق المختلفة.

2- تهدف الخطة عموما في المذكرة الاستخلاصية الى ضمان تقديم كامل وواضح وموضوعي لمحتوى الملف.

3- يحدد عدد الصفحات ب3 الى 4 على الأكثر.

4- من الضروري عند تحرير المذكرة ان يتمكن القارئ بسهولة من الرجوع للوثيقة التي اعتمد عليها وهو ما يسمح له ايضا من التحقق من استعمال الوثائق والمعلومات المطلوبة فيها

5- تتضمن الاجابة غالبا مقدمة قصيرة ومباشرة وعرضا مؤطرا ومبررا.

6- على الطالب عند تحريره للمذكرة عدم الاعتماد على النقل الحرفي للجمل وفقراتها وإنما على الافكار الرئيسية التي تحتويها.

7- تعتمد المذكرة الاستخلاصية أساسا على قدرة الطالب في الاستخلاص والاستدلال وتوظيف معلوماته دون الادلاء برأيه الشخصي او معلومات مضافة من عنده ولو بصفة ضمنية.

8- على الطالب تجنب تخصيص مطلب أو فرع لكل وثيقة.

[1] راجع: الدليل التوجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء لسنة 2022، ص 8.

الفرع الثاني: خطوات إعداد المذكرة الاستخلاصية

على الطالب أثناء مباشرة إعداد المذكرة الاستخلاصية أن يتبع خطوات منهجية ضرورية متمثلة في مقدمة وتحرير الخطة أو ما يعرف بصلب الموضوع.

أولا- المقدمة:

المقدمة في المذكرة الاستخلاصية ليست كمقدمات البحوث، أو المقالات، بل يجب أن تكون المقدمة قصيرة ومباشرة، تمثل عرضا مؤطرا[1]، وتتعلق فقط بتعريف للوثائق المقدمة، أي تقديم الموضوع عن طريق محتوى الوثائق المختلفة، وبعدها التمهيد للموضوع الرئيسي أي كيف وصلت إلى أن الموضوع الأساسي.

ثانيا- صلب الموضوع (تحرير الخطة):

وهو العرض التفصيلي لأفكار ومسائل كل وثيقة وفق خطة معدة على أساس التحليل المنهجي للوثائق واستخراج الأفكار الأساسية منها، يجب أن تكون الخطة منطقية وتعالج الوثائق معالجة منطقية وتسلسلية، مع مراعاة ما يلي[2]:

- عدم إفراد مطلب أو مبحث لكل وثيقة ويعتبر خطأ يقع فيه المتسابق أو الطالب عندما يخصص مطلب لكل وثيقة.

- لا يجب التقيد بالنص بل بالأفكار المعالجة

-لا حرج في تحليل وثيقتين أو أكثر في مطلب واحد

- يجب الإشارة أثناء التحليل إلى الوثيقة محل التعليق مثلا وفقا لراي الاستاذ فلان في مقاله كذا والمرفق في الصفحة كذا.

- يجب الاشارة في كل مرة إلى أي وثيقة نحن بصدد دراستها.

الخاتمة:

[1] راجع: الدليل التوجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء لسنة 2022، ص 8.

[2] عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص 231، راجع أيضا: موساسب زهير، المرجع السابق، ص 62، وحريز أسماء المرجع السابق، ص 139، وسقلاب فريدة، المرجع السابق، ص 82.

لا توجد خاتمة في المذكرة الاستخلاصية، لأن طريقة المذكرة الاستخلاصية تعتبر تمرين عملي أي يقوم به الطلبة أو الممتحنون للالتحاق بالمدرسة العليا للقضاء، أو في مختلف الشركات والهيئات الرسمية حين يطلب منهم اعداد تقرير في موضوع ما وبالتالي لا فائدة من الخاتمة.

كما تجدر الإشارة إلى أن الدليل المنهجي لإعداد المذكرة الاستخلاصية، الوارد في الدليل التوجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، قد خلا

المطلب الرابع: نموذج تطبيقي لصياغة مذكرة استخلاصية

بما أننا تناولنا التعليق على نص قانوني، والتعليق على نص فقهي وانتقلنا إلى التعليق على الأحكام والقرارات القضائية، نستغل تلك الوثائق، في المذكرة الاستخلاصية كتطبيق عملي، تسهيلا للفهم وتبسيطا لخطوات صياغة مذكرة استخلاصية.

الفرع الأول: عرض الوثائق

عادة ما تتمثل الوثائق في نص قانوني أو مجموعة نصوص قانونية، نص فقهي، وحكم أو قرار، ونتبع نفس الطريقة التي يعمل بها في امتحانات مسابقة الدخول إلى المدرسة العليا للقضاء.

أولا- النصوص القانونية:

المادة 106 من القانون المدني: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

المادة 107 من القانون المدني: يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

ثانيا- النص الفقهي:

"لا يقتصر العقد باعتباره مصدراً للالتزامات على إنشاء الرابطة العقدية، بل يتناول أيضا تنظيمها، فيضع الشروط المختلفة التي تدبر هذه العلاقة ويعين على وجه الخصوص حقوق وواجبات المتعاقدين، ويكون هؤلاء ملتزمين بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون التميز بين ما هو مهم وما هو دون ذلك، فالمتعاقدان مقيدان بالشروط الواردة في العقد ". على فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، دار النشر عوف للنشر، 2013، ص 387.

ثالثا- قرار المحكمة العليا:

الغرفة المدنية

ملف رقم 1273991 قرار بتاريخ 17/10/2019

قضية وكالة كراء السيارات ضد (د.هـ)

الموضوع: حادث مرور

الكلمات الأساسية: مركبة – إيجار – أضرار مادية – مسؤولية – تعويض.

المرجع القانوني : المادة 107 من القانون المدني.

المبدأ: يتحمل مستأجر المركبة المؤجرة بموجب عقد الكراء مسؤولية التعويض عن الأضرار المادية اللاحقة
بالسيارة بسبب . حادث مرور

إنّ المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 02/08/2017 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيد شايب سعيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد بوزيد لخضر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طلبت الطاعنة وكالة كراء السيارات، الكائن مقرها بوهران ممثلة بمديرها (رو) بواسطة الأستاذ فريد باي إبراهيم، المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا نقض القرار الصادر عن مجلس

قضاء وهران الغرفة المدنية) بتاريخ 29/05/2017 فهرس رقم 02205/17 والقاضي في منطوقه **حضوريا نهائيا :**

في الشكل: قبول الاستئناف

في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف فيه (الصادر عن محكمة وادي تليلات بتاريخ 13/07/2016 فهرس 00698/16 والقاضي حضوريا ابتدائيا :

إلزام المدعى عليه (د. هـ) بأن يؤدي للمدعي (ر. و) مبلغ 372.153،50 دج تعويضا عن الأضرار المادية اللاحقة بسيارته جراء حادث المرور الواقع بتاريخ 01/09/2015 ومبلغ 15.000 دج كتعويض عن التأخير في الدفع)، وتصديا من جديد للدعوى القضاء برفضها لعدم التأسيس تحميل المستأنف عليه بالمصاريف القضائية.

حيث أودع المطعون ضده (د. هـ) عريضة جواب بواسطة الأستاذ مرزوق مختار، ولم يتم أرفقتها بمحضر تبليغها المحامي الطاعن، فهي غير مقبولة شكلا طبقا للمادة 1/568 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث التمست النيابة العامة نقض القرار.

حيث أن الطعن بالنقض استوفى شروطه وإجراءاته القانونية مما يجعله مقبول شكلا.

حيث استندت الطاعنة في طلبها على وجه وحيد للنقض

الوجه الوحيد مأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه (م 358 ف 5 ق إم) ،

مفاده أن قضاة المجلس اعتمدوا على تصريحات المطعون ضده في أنه لم يقم بأي خطئ دون مناقشة عقد الكراء ومادته 05، وبذلك خالفوا المادة 106 من القانون المدني، فعرضوا قرارهم للنقض والإبطال. وعليه التمست من المحكمة العليا نقض وإبطال الشرار المطعون فيه.

وعليه فإن المحكمة العليا

عن الوجه الوحيد:

حيث أن ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن الثابت منه أن قضاة المجلس، أسسوا قضاءهم على أحكام المادة 495 من القانون المدني، بناء على ما جاء في محضر الضبطية القضائية حول ظروف الحادث، وتوصلوا إلى أن المطعون ضده لم يرتكب خطأ والحادث مفترض والضرر كذلك، مما يجعل طلب التعويض غير مؤسس

حيث ما توصل إليه قضاة المجلس لا يتلاءم مع الوقائع، إذ ما لحق السيارة المؤجرة للمطعون ضده من أضرار مادية، راجع لعدم أخذه الاحتياط اللازم خلال قيادته لها، وبذلك فهو خطأ، يتحمل مسؤولية التعويض عنه طبقا لما اشتملته المادة 04 من عقد كراء السيارة، الذي أمضى عليه ووافق على هذا الشرط بإرادته الحرة ورضاه الكامل، وطبقا للمادة 107 من القانون المدني فهو ملزم بتنفيذ محتواه، مما يجعل الوجه سديد، ومنه يتعين نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الطعن طبقا للمادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

قبول الطعن شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران الغرفة المدنية) بتاريخ 29/05/2017 فهرس رقم 02205/17، وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية..

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر أكتوبر سنة ألفين وتسعة عشر من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول، والمتركبة من السادة:

كر اطار مختارية رئيس الغرفة رئيسا

شايب سعيد مستشارا مقررا

زرهوني زوليخة مستشارة

يعقوب موسى مستشارا

بن نعمان ياسمينة مستشارة

بضور السيد : بوقرط خالد – المحامي العام

وبمساعدة السيد : حفصة كمال – أمين الضبط

الفرع الثاني: تحليل الوثائق

بما أننا تناولنا كل هاته الوثائق على حده، فيسهل على الطالب وهو بصدد التطبيق العملي للمذكرة الاستخلاصية، أن يحرر المذكرة اعتمادا على الخطة التي ذكرناها آنفا.

المحور الثالث: التحرير الإداري

أفرد للتحرير الإداري محورا خاصا، في المقرر الخاص بمقياس المنهجية لطلبة السنة الثانية ليسانس، نظرا لتميزه عن التقنيات المدروسة في المحورين السابقين، زيادة لما لهذا الأسلوب من أهمية وخصوصية.

وللمحرر الإداري خصائص يتميز بها عن غيره من المراسلات والكتابات كالشخصية والحبّية وغيرها، وهي شكليات متبعة من جهة ومستلزمات قانونية من جهة ثانية[1].

المبحث الأول: أسلوب التحرير الإداري

يتمثل التحرير الإداري في عملية كتابة الوثائق والنصوص والتعليمات ومختلف المراسلات وفق صيغة إدارية ورسمية، بخصائص فريدة، وأساليب فنية متميزة، في قالب وشكلية معينة الشيء الذي يتطلب انتقاء المصطلحات الخاصة والتعبير المطلوب حتى تكون الوثيقة المحررة مفهومة وواضحة تحقيقا للهدف الذي تبتغيه الإدارة من المراسلة.

المطلب الأول: خصائص الأسلوب الإداري وأنواع المحررات الإدارية

"التحرير الإداري هو مجموعة من المراسلات والعقود والوثائق الإدارية، تحرر وترسل إلى المصالح العمومية أو إلى الأشخاص الطبيعيين، في شكل رسائل أو جداول إرسال أو برقيات أو مذكرات أو مناشير أو تقارير أو محاضر...إلخ. وعليه فإن كل تحرير إداري يقتضي قبل كل شيء معرفة كافية للغة التي يتم بها التحرير، ومن جهة أخرى فإنه يتطلب بصفة عامة: الوضوح في التعبير عن الأفكار، التنسيق المنطقي للمعاني والاستدلالات الأسلوب الصحيح والدقيق في التعبير"[2].

---

[1] الأخضر دعلوس، تقنيات التحرير ومعالجة البريد الإداري، دار الأيام، عمان، ط1، 2020 ص 18.

[2] مميش علي، رزاق العربي، التحرير الإداري، المعهد الوطني لتكوين مستخدمي التربية وتحسين مستواهم، الجزائر 2010، ص 14.

الفرع الأول: خصائص الأسلوب الإداري

للأسلوب الإداري خصائص متعددة، تعتبر سمات لصيقة بهذا النوع من التحرير، وهو ما يميزه على باقي الأساليب ونوجزها في بعض المميزات التي أجمع بعض الكتاب على وجوب توافرها في التحرير الإداري.

أولا- احترام التسلسل الإداري (التدرّج الوظيفي، والسّلم الإداري)

تشكل الإدارة بنية هرمية واسعة ومنظمة تسلسليا، من قاعدة هذا الهرم إلى قمته. نجد داخل الإدارة سلطة تسلسلية تمارس من أعلى إلى أسفل ومرؤوسيه تسلسلية من أسفل إلى أعلى.

توجد عبارات احترام ضرورية للمحافظة على التسلسل بين أعوان الإدارة، فبعض المصطلحات لا تستعمل إلا إذا خاطب الرئيس مرؤوسيه بينما تخصص أخرى عند مراسلة المرؤوس رئيسه، كما تستعمل تعابير ومصطلحات خاصة في حالة المراسلة بين موظفين متساويين[1].

ثانيا- روح المسؤولية:

كل ما يصدر عن الإدارة يلزمها، فالجهة الموقعة للوثيقة هي التي تتحمل مسؤولية ما تتضمنه هذه الوثيقة ولو لم تصدر عنها، فهي تكتسي طابع الرسمية.

وتتجلى المسؤولية ببعد الوثيقة عن كل ما هو مجهول أو مبهم، فيذكر اسم الموقع بوضوح مما يعطي أهمية للتوقيع، كما يجب أن يكتب الاسم كاملا أسفل توقيعه مع بيان صفته القانونية، أو ذكر السلطة التي فوضته للتوقيع[2].

ثالثا- الموضوعية:

من خصائص الأسلوب الإداري الموضوعية، فيتوخى المحرر أسلوبا محايدا يبتعد من خلاله عن المشاعر الشخصية، والانفعالات العاطفية. فعلى المحرر إذن أن يتجنب التعابير التي

[1] بوحميدة عطا الله، دروس في التحرير الإداري، جامعة الجزائر، ص 5.

[2] رشيد حباني، دليل تقنيات التحرير الإداري والمراسلة، دار النجاح، الجزائر، ،2017، ص 23.

يطغى عليها الطابع العاطفي والشخصي والتعسفي أو الانفعالي، مبتعدا عن الأحكام المسبقة، والانحياز لجهة معينة، متجنبا المؤثرات الخارجية[1].

رابعا- المجاملة

تتجلى المجاملة في التحلي باللباقة وحسن تجميل الكلام باستعمالات عبارات يستصيغها المتلقي بسلاسة وقبول، يتجنب التعابير المزعجة والملاحظات الصارمة، والكلمات النابية.

ويتجنب محرر الوثيقة الإدارية إعطاء صيغ عنيفة للرد السلبي، خاصة عند مخاطبة شخص في حالة ما إذا كان الرد عن رسالته سلبيا.

وعادة ما يستعمل عبارات يشرفني..... لي الشرف.... يؤسفني..... يسرني...[2].

خامسا- الدقة والإيجاز

ينبغي أن تكون المحرر الإداري دقيقا وموجزا ومفهوما، كما يجب أن يكون هذه المحرر قابلا للمطابقة ومرتبا بنفس الطريقة من طرف جميع مستعمليها.

كما يجب الاقتصار على ما هو أهم وضروري باستعمال الصيغ الدقيقة والصحيحة واجتناب العبارات الزائدة والفضفاضة، فيجب أن يجد المخاطب بالمحرر كل العناصر التي تهمه بدون تعقيد أو تعجيز.

سادسا- البساطة والوضوح

هذه الصفات تنبثق عن الصفات السالفة الذكر، ويكون النص واضحا إذا كان دقيقا وموجزا.

والبساطة تعني أن يستعمل المحرر الإداري عبارات أو مصطلحات فنية تتسم بالبساطة والوضوح، وتناغم الألفاظ، تكون في متناول المتلقي لمضمون المحرر، كما يجب على

[1] رشيد حباني، المرجع السابق، ص 24، مميش علي، رزاق العربي، المرجع السابق، ص 22.

[2] بوحميدة عطاء الله، المرجع السابق، ص 11

محرر الوثيقة الإدارية أن يستعمل عبارات قصيرة يسهل قراءتها، متداولة يسهل فهمها، متجنبا التكرار والتكلف الذي لا طائل من ورائه[1].

سابعا- الاحتياط والحذر

ويجب أن يتصف المحرر الإداري دائما بالحذر لأنه يلزم مسؤولية الإدارة بأكملها، ولا يلزم محرر الوثيقة وحسب، وكل خطأ أو تقصير يعتري المحرَر الإداري، ينسب إلى مجموع الإدارة المصدرة للمحرر، فمبدأ المسؤولية يتنافى مع الخطأ، وفي إطار يضمن استمرارية العمل الإداري يجب أن يتحلى المحرّر بالحذر والحيطة، لأن المحرر زائل والإدارة باقية ومستمرة[2].

الفرع الثاني: أنواع المحررات الإدارية

تتعدد المحررات الإدارية وتتنوع باختلاف الغرض من تحريرها، والجهة المرسلة إليها وطبيعة النشاط الإداري المزمع القيام به باستعمال إحدى الوثائق أو المحررات.

ويمكن حصر هذه المحررات في ثلاثة مجموعات معبرة على أنواع ثلاثة، أولها الرسائل الإدارية كالرسائل والبرقيات، الدعوات، الاستدعاءات، جداول الإرسال، وثانيها الوثائق الإدارية ممثلة في المحضر والتقرير وعروض الحال والمذكرات، وأخيرا النصوص الإدارية سواء كانت تنظيمية كالمراسيم والقرارات والمقررات، أو النصوص التفسيرية كالمناشير والتعليمات والمذكرات التوجيهية[3].

أولا- الرسائل الإدارية:

1- تعريف الرسالة الإدارية: الرسائل الإدارية هي وسيلة اتصال وتبادل معلومات كتابيا بين المصالح الإدارية وهو ما يعرف بالرسائل الإدارية بين المصالح أو تلك التي يتبادلها

[1] رشيد حباني، المرجع السابق، ص 24، مميش علي، رزاق العربي، المرجع السابق، ص 22، بوحميدة عطاء الله المرجع السابق، ص 10.

[2] رشيد حباني، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] بوحميدة عطاء الله، مرجع سابق، ص 6.

الأشخاص الطبيعيين أو الرسائل الإدارية ذات الطابع الشخصي، ويكمن التفريق باختلاف الصيغ والتعابير المستعملة في كل نوع من نوعي الرسائل الإدارية، كما تنقسم الرسائل الإدارية إلى رسائل إحالة ورسائل تذكير، ورسائل إخطار بحسب غرضها[1].

2- عناصر الرسالة الإدارية (الضوابط):

للرسالة الإدارية عناصر أساسية يجب توافرها لنميزها عن غيرها من الرسائل كالرسائل الحِبِّية وغيرها، وعناصر ثانوية يمكن إضافتها كما يمكننا الاستغناء عنها دون أن تنقص من قيمة الرسالة الإدارية وقانونيته، وتتمثل هاته العناصر فيما يلي[2]:

أ- الرأسية (اسم الدولة):

تكتب عبارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية" في أعلى ووسط الصفحة وفي سطر واحد بأحرف بارزة، لإضفاء الطابع الرسمي على الرسائل والوثائق الإدارية وتمييزها عن غيرها من الوثائق والمراسلات المتبادلة بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة وهناك من يطلق عليها اسم: الدمغة، والبعض يقسم الدمغة إلى اسم الدول مضافا إليه طابع الإدارة المرسلة.

ب-الطابع (اسم الإدارة المرسلة):

يجب أن يكتب اسم الإدارة المرسلة في أعلى وعلى يمين الصفحة ويشمل بيانات تؤدي إلى تحديد المصلحة المرسلة بدقة، ما يساعد متلقي الرسالة (المرسل إليه) من معرفة مصدر الرسالة وعنوانه، مع ذكر الجهة الوصية، مثال ذلك: الرسالة الصادرة عن إدارة البلدية يظهر طابعها الجهة الوصية التي هي الولاية والدائرة: ولاية........ دائرة.........بلدية.

ولايـــــــــــــــــــــــــــة ....

[1] بوحميدة عطا الله، المرجع السابق، ص 14.

[2] أشار إلى هذه العاصر أو ضوابط تحرير الرسائل الإدارية الأستاذ بوحميدة عطالله، المرجع السابق، ص ص 17- 18 ومميش علي، رزاق العربي، المرجع السابق، ص ص 25-27، ورشيد حباني، ص 27.

دائـــــــــــــــــــــــــرة.....
بلديـــة.....

كمـا يراعـى التسلسـل الإداري الـداخلي تبعـا للهيكـل التنظيمـي المحـدد لتنظـيم الإدارة أو المؤسسة.

مديريـــــــــــــــــــــــــة .....
المديريـــــــة الفرعيـــــــة المكلفـــــــة بـــــــ .....
مصلحة (أو مكتب) .....

ج – الرقم التسلسلي

ترقم الرسالة الإدارية وفقا لتسلسل البريد الصادر، بحيث يسجل عليها رقم تسلسلي وتسجيل في سجل البريد الصادر، يكتب هذا الرقم مباشرة أسفل الطابع في جهة اليمين إلى الأعلى مع إضافة الحروف الأولى للإدارة المرسلة، و يمكن إضافة الأحرف الأولى من لقب واسم كل من محرر الرسالة أو الناقل لها على الحاسوب، مفصولا بين كل مجموعة أحرف، وذلك حتى يتسنى معرفة المرسل وتحديد المسؤولية عند الاقتضاء، بالإضافة إلى ذلك يسهل رقم الرسالة الرجوع إليها عند الحاجة، كما أن الرقم التسلسلي يعتبر مرجعا للرسالة الإدارية ويضمن حسن سير العمل بالمصلحة. مثال: 124/ م. ت. ج. ت/2023.

ح– المكان والتاريخ

لتاريخ ومكان إصدار الرسالة أهمية كبيرة من الناحية القانونية، على اعتبار أن الرسالة الإدارية وثيقة رسمية، و عليه يتوجب تسجيل المكان و التاريخ في أعلى وعلى يسار الصفحة، أو في الأسفل مباشرة على اليسار كذلك، بعد عبارة المجاملة، على النحو التالي: اسم المدينة في اليوم / الشهر / السنة ؛ مثال ذلك : تسمسيلت في 22 مارس 2023. و يستحسن كتابة الشهر بالحروف، و يعتمد مبدئيا كتاريخ للرسالة يوم إمضائها من قبل المرسل.

خ- بيان صفة المرسل:

المرسل هو مصدر الرسالة وبيان صفته نعني بها المنصب الذي يشغله محرر الرسالة الإدارية أو الوظيفة التي تسمح للموقع على الرسالة، صفة وصلاحية إصدار هذه الوثيقة باسم الجهة أو المصلحة العمومية التي يمثلها ويراسل باسمها، وتكتب هذه الصفة في الوسط من الجزء العلوي للرسالة، من جهة اليسار.

مثال ذلك:

السيد والي ولاية تسمسيلت.....

د- صفة المرسل إليه:

صفة المرسل إليه هي تعيين الشخص (الطبيعي أو المعنوي) الموجهة إليه الرسالة الإدارية، يكتب الاسم الشخصي للمرسل إليه إ ذا كان شخصا طبيعيا متبوعا بعنوانه، والاسم الوظيفي للرئيس الإداري للجهة المرسل إليها إذا تعلق الأمر بشخص اعتباري، ومقره الاجتماعي مسبوقين بصيغة: إلى السيد (ة) أو الآنسة.....

تكتب صيغة المناداة هذه أسفل صفة المرسل مباشرة. **مثال** ذلك:

السيد والي ولاية تسمسيلت .....

إلى السيد: وزير التعليم العالي والبحث العلمي

ذ- موضوع الرسالة:

موضوع الرسالة هو العنوان الرئيس للرسالة لأنه يعبر عن مضمونها في عبارة مختصرة وجيزة، بحيث يفهم المرسل إليه فحواها قبل أن يخوض في التفاصيل الموجودة في متنها ويكتب الموضوع قبل البدء في كتابة متن الرسالة، بأسلوب واضح معبر عن الهدف المرجو من الرسالة الإدارية.

ز – **مرجع الرسالة:**

يعتبر مرجع الرسالة الإدارية، ما يؤسس أو يستند عليه المرسل، وهو ما تعود إليه الإدارة عند الإجابة على رسالة ما، فقد يكون المرجع رسالة واردة إليها من جهة معينة، عندئذ يتضمن المرجع رقم و تاريخ الرسالة الواردة؛ مثال ذلك: المرجع: رسالتكم رقم.....المؤرخة في.....

وفي متن الرسالة يعيد الإشارة إلى المرجع كأن يكتب في بداية رسالته:

ردا على رسالتكم المشار إليها في المرجع أعلاه والمتعلقة بـ: .....، يشرفني أن .....الخ.

أما حين يتعلق الأمر برسالة تذكير يكون المرجع هو الرسالة أو الرسائل السابقة، فيكتب المرجع كالتالي:

المرجع: رسالتي رقم: .....المؤرخة في:.....ويكتب في مقدمتها:

تذكيرا برسالتي المشار إليها في المرجع أعلاه

والمتعلقة بـ: .....يشرفني أن: .....

وقد يكون المرجع نصوصا تشريعية و/أو تنظيمية إذا اقتضى موضوع الرسالة ذلك، أو من أجل إضفاء الصبغة القانونية على مضمون الرسالة.

س- المرفقات (أو الوثائق المرفقة):

إذا استدعى الأمر، وحوى موضوع الرسالة الإشارة إلى بعض الوثائق الضرورية يتوجب يشار إليها في الرسالة ببيان طبيعتها وعددها، وتسجل هذه المرفقات عقب المرجع مباشرة إن وجد وإلا فتسجل عقب الموضوع في ذيل الرسالة إلى جهة اليمين، وتسجل كل الوثائق المرفقة في الرسالة، أو إرفاق قائمة يسجل عليها كل الوثائق المرفقة.

ش- صلب الرسالة أو مضمونها:

هو النص المعبر عن المعلومات أو الأفكار المراد تبليغها إلى المرسل إليه، ويتشكل صلب الرسالة من عدد من الفقرات يتحدد طولها أو قصرها بحسب طبيعة الرسالة وأغراضها، ويضم نص الرسالة ثلاثة محاورة متناسقة هي:

ش -1 التقديم

يقدم للرسائل الإدارية بعبارات وصيغ تتميّز باللباقة والمجاملة، تمهيدا لعرض الموضوع وتشد انتباه المرسل إليه، وتختلف صيغ التقديم بحسب نوع الرسالة أو هدفها، فالرسائل التي تحرر بأول مبادرة تستخدم صيغ التقديم بدون مرجع مثل: يشرفني... أو يسعدني ... أما الرسائل التي تحرر ردا على رسالة أخرى أو تذكيرا برسالة سابقة ... فهذه تستخدم صيغ استهلال بمرجع، مثل:

- ردا على رسالتكم رقم ..... بتاريخ.....
- تذكيرا برسالتنا رقم .... بتاريخ.....

ش-2- العرض

يضم العرض صيغا يكون الغاية منها تبليغ المعنيين بالرسالة (المرسل إليه) بالمعلومات التي يحتويها موضوع الرسالة، وتختلف باختلاف الموضوع وطبيعة العلاقة بين المرسل والمرسل إليه، و ويجب على المحرر أن يختارما يناسب من عبارات حسب الغرض والعلاقة بين طرفي الرسالة الإدارية(المرسل والمرسل إليه).
يخاطب المرؤوس المسؤول عن بعبارات الامتثال والتحفظ، مثل:

- .....لا يمكنني إلا أن.....

وعادة يستعمل الرئيس صيغا تفيد ممارسة سلطة الأمر والتوبيخ والتحذير:

- .....كان من المفروض عليكم.....

ش-3-الخاتمة

تختتم الرسائل الإدارية غالبا بعبارات تترك في حس القارئ انطباعات إيجابية أو تشحذ همته و ترغبه في المبادرة بالسلوك أو الموقف المطلوب أو الاستجابة للطلب الملتمس، و تقرن هذه العبارات بصيغ المجاملة و التقدير، على النحو التالي:

- وفي الختام.....
- سأكون شاكرا لكم .....
- .....و تقبلوا أسمى عبارات التقدير.

ص -التوقيع (الإمضاء والختم)

تكتب في أسفل كل رسالة (ذيلها) توقيع المرسل وبيان صفته الوظيفية واسمه الشخصي وقد يكون التوقيع من شخا مفوض ينوب عن عن الرئيس الإداري أو المخول قانونا، وفي هذه الحالة يتعيّن على الموقع بالنيابة إضافة عبارة التفويض(عن الرئيس وبتوفيض منه) وتسجّل هذه المعلومات، والتوقيع وختم المصلحة أسفل الرسالة إلى اليسار، ويكون التوقيع باليد بين الختم والمخلب، والغاية من ذلك تحميل الموقع تبعات الرسالة وما يترتب عنها من تحمل الالتزامات القانونية الناتجة عن توقيعه.

ض- وجهة نسخ الرسالة

يمكن توجيه نسخ من الرسالة الإدارية إلى جهات أخرى، قد تكون للتنفيذ أو للاطلاع والإعلام، وفي هذه الحالة تكتب الجهات المعنية أسفل الرسالة إلى اليمين، مع مراعاة التسلسل السلمي أو الهرمي عند ذكر هذه الجهات، بحيث يذكر الرئيس أو المسؤول الإداري الأعلى في المقام الأول ثم الذي يليه تباعا.

3- نماذج عن الرسائل الإدارية:

بما أن الطالب سوف يتعرض إلى نماذج الرسائل الإدارية في حصص الأعمال الموجهة، لا بأس من الإشارة إلى بعضها، لأن الاختلاف الرئيس يكم في موضوع الرسالة ومتنها.:

3- 1- نموذج عن الاستدعاء

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تيسمسيلت **تيسمسيلت في:**.....

مديرية.....

مصلحة.....

الرقم.....

استدعاء

السّيدة(ة)/ الآنسة .....

العنوان: .....

الرجاء منكم الحضور إلى.....

يوم .....على الساعة.....

الموضوع (سبب) الاستدعاء .....

.....

.....

الرجاء إحضار الوثائق التّالية.....

الصفة الوظيفة والاسم الشخصي

ختم المصلحة

3-2- نموذج عن الدعوة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تيسمسيلت **تيسمسيلت في:**.....

مديرية.....

مصلحة.....

الرقم.....

دعـــوة

السّيدة(ة)/ الآنسة .....

العنوان: .....

يتشرف السّيد.....

بدعوتكم لحضور فعاليات ..... على الساعة.....

بمقر .....

مع خالص عبارات التّقدير

الصفة الوظيفة والاسم الشخصي

ختم المصلحة

7 – ياسمينة زواي، محاضرات في مقياس الاتصال والتحرير الإداري، جامعة البويرة، 2020 -2022.

3-3- نموذج عن جدول إرسال

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية:..... **المكان**

والتاريخ:.....

دائرة:.....

بلدية:.....

السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي

إلى

السّيد رئيس دائرة.....

جدول إرسال:

تعيين الوثائق	العدد	ملاحظات
تجدون رفقته.....	03	لإبداء رأيكم وإفادتنا
المجموع	03	بموافقتكم

عن السيد رئيس م. ش. ب وبتفويض منه

رئيس مصلحة.....

التوقيع والختم

4 – البرقية: ترسل البرقية بواسطة البرق من المرسل عن طريق مكتب بريد يتلقاها المرسل إليه عن طريق مكتب بريد آخر، و تمتاز بالإيجاز، قصد تبليغ خبر عاجل، وهناك نوعان من البرقيات، البرقيات العادية، والبرقيات الرسمية.

4-1- البرقية العادية : هي التي تستعمل بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والإدارات وترسل دائما عن طرق مصالح البريد تحت رقابة عون من هذه المصالح.

4-1-أ- نموذج عن نص برقية بعد تحريره في مصالح البريد:

إلى السيدة: قباز الخالدية

تبعا لمشاركتكم في المسابقة الوطنية قف الخاصة بالمحميات قف ، يطيب لي أن أحيطكم علما قف بأن لجنة التحكيم منحت لعملكم جائزة تشجيعية قف الرجاء حضور توزيع الجوائز الذي سينظم بمقر وزارة المجاهدين قف يوم السبت ..... على الساعة العاشرة صباحا قف انتهى.

4-2- البرقية الرسمية: هي التي ترسل بين الإدارات المواضيع خاصة المستعجلة.

ويؤدي التلكس نفس الوظيفة، ويستغنى عنهما بتقنية أحدث هي الفاكس، الذي يوصل الرسالة إلى المتلقي دون فواصل زمنية، بشرط امتلاك كل من المرسل والمرسل إليه جهاز هاتف ثابت ويوصله بجهاز للفاكس .

4-2-أ- نموذج عن البرقية الرسمية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التربية الوطنية

مديرية تسيير الموارد البشرية

رقم:...../.....

المرسل: مدير تسيير الموارد البشرية **الجزائر في :**

.....

برقية رسمية

النص: تذكيرا بمراسلتي رقم ..... المؤرخة في: .....، يشرفني أن أطلب منكم الالتحاق بمنصب عملكم فورا. وإلّا سوف تتخذ ضدكم الإجراءات القانونية المعمول بها .

وانتهى.

عن الوزير وبتفويض منه

مدير تسيير الموارد البشرية

الاسم واللقب

الختم

ثانيا- الوثائق الإدارية

تتمثل الوثائق الإدارية في: التقرير، المحضر، وعروض الحال...إلخ

1 - التقرير:

يمثل التقرير وثيقة إدارية داخلية يحرره المرؤوس ويرفعه إلى رئيسه أو المسؤول الإداري يقصد من خلاله إعلامه بواقعة معينة، يضمنه اقتراحات يراها ضرورية لاتخاذ تدابير وإجراءات معينة، ومن أنواع التقارير: تقارير الإحصاء، التقارير الدورية، تقارير توصية تقارير رسمية، تقارير بحث واستقصاء، تقارير تفتيش، تقرير إخبارية.

1-1- نموذج عن تقرير

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تيسمسيلت **تيسمسيلت في:**.....

مديرية **إلى السّيد: وزير** .....

المديرية الفرعية للـ.....

الرقم...../.....

الموضوع: تقرير حول وضعية ...../**دائرة**.....**ولاية** .....

1. مقدّمة تتضمن الموضوع والإشارة إلى المشكلة أو دوافع التّحرير
2. عرض مفصل للمشكل المطروح وأسبابه وانعكاساته
3. خاتمة تقدّم فيها الاقتراحات والتوصيات

الصفة الوظيفة

الختم والتوقيع

د

شاهدها، أو يحرر المحضر بناء على أقوال سمعها من أشخاص أدلو بها بناء على وقائع عاينوها، إما طواعية، أو عند مثولهم بعد استدعائهم، في شكل تقرير يأخذ طابعا رسميا يوقعه المحرر باسمه وصفته، ويوقعه الملون بالوقائع التي عاينوها، لتكون حجة لهم أو

عليه، والمحاضر نوعان: المحاضر المتعلقة بالشؤون الخاصة، المحاضر المتعلقة بالشؤون العامة.

2-1- نموذج عن المحضر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة تيسمسيلت

مصلحة المستخدمين

الرقم: .....

محضر تنصيب

في عام.....وفي يوم12من شهر ماي نحن مدير جامعة تسمسيلت السيد دهوم عبد المجيد نصبنا السّيد(ة) دحمون .....في مهامه كأستاذ محاضر ب

وذلك بناءً على القرار أو المقرر رقم .....المؤرخ في .....الصادر في .....المتضمن تعيين المعني(ة)في الرتبة المذكورة أعلاه. ومقرر تثبيت رقم: ..... الصادر في: .....

وإثباتا لذلك حررنا هذا المحضر وأمضيناه مع المعني بالأمر في اليوم والشهر والسنة المذكورين أعلاه.

المعني **السطلة المعنية بالأمر**

2-2 نموذج عن محضر اجتماع

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة لتعليم العالي والبحث العلمي

مديرية.....

الرقم...../.....

محضـــــــــــر اجتمـــــــاع

3- عرض الحال

عرض الحال هو وثيقة إعلامية تهدف إلى إبلاغ المسؤول الإداري وإفادته بواقعة معينة أو أحداث وحوادث مهمة طارئة.

ويحرر عارض الحال الوثيقة متجنبا إبداء الرأي أو الاقتراح، أو الوصف المزاجي والعاطف، أو الانفعالي، إذ عليه أن يصف الحال كما اطلع عليها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة..... **إلى السّيد:** .....

مديرية..... .....

الرقم...../.....

الموضوع: عرض حال عن حادث سير

وقع حادث سير يوم.....على الساعة ..... على الطريق الوطني رقم .... ببلدية لرجام بولاية تسمسيلت . بين سيارة سياحية من نوع فاتيا وشاحنة لنقل البضائع من نوع سوناكوم

أدى الحادث إلى عطب جسيم بالسّيارة وانقلاب الشاحنة على وجانب الطريق، ممّا نتج عنه جروح خطيرة لسائق الشاحنة ، وتلف البضاعة المتمثلة في التين الشوكي التي كانت محملة في الشاحنة، نقل الجريحان إلى مستشفى بتسمسيلت. بينما تولت مصالح البلدية بالتّعاون مع أعوان الخدمة المدنية إعادة تهيئة الطريق لتسهيل حركة المرور.

وقد قمنا بمعاينة الحادث والاستماع إلى الشهود، وتأكد لنا بعد التّحري أن الحادث ناجم عن الإفراط في السرعة من طرف السائقين، وعدم احترام قواعد المرور؛ وننوه أنّ مكان وقوع الحادث عبارة عن منعرج ضيق يشكل خطرا على المارة، لاسيما أنّ وقعت حوادث شبيهة سابقا في المكان نفسه.

تيسمسيلت في: 2022/05/29

الاسم والصفة الوظيفية

الختم والتّوقيع

4- الاستمارة

الاستمارة: هي مطبوعة معدة بشكل مسبق تحرر فيها الأسئلة التي يجب على الشخص المعنى الإجابة عنها، وهي عمل تحضيري، تحمل طابع الحوار المكتوب، لأنها تتضمن سؤال يتطلب جوابا، وتتنوع الاستمارات: كالاستمارة السطرية، الجدولية، واستمارة التصريح.

وهو ما تضمنه نص المادة 21 / 2 المرسوم 88 / 131 والتي جاء فيها:" وعليها أن تعد مطبوعات واستمارات مقننة بسيطة في تصميمها، مختصرة ومفهومة في مضمونها، وجذابة في شكلها، وتقرأ بسهولة".

4-1 نموذج عن الاستمارة

وزارة الداخلية والجماعات المحلية

ولاية المسيلة

بلدية سيدي عيسى

استمارة بيع سيارة

نشهد نحن السيد..... رئيس بلدية سيدي عيسى السيد: يحيى. ل، أنه تم بيع المركبة من نوع سانغ يونغ كورندو سبور الرقم التسلسلي: هـ ل 555506 313. الطاقة مازوت. القوة 10. الحمولة.....من طرف البائع السيد..... صاحب بطاقة التعريف رقم: .....الصادرة عن بلدية: بن عكنون في:.....للمشتري السيد: ..... صاحب بطاقة التعريف رقم:.....الصادرة عن بلدية ..... بتاريخ.....

أمضاء البائع أمضاء المشتري تصديق البلدية

السيد رئيس البلدية وبتوفيض منه

السيد:.....

ثالثا – النصـــوص الإدارية:

تعتبر النصوص الإدارية وسيلة من الوسائل تعتمد عليها الإدارة أثناء ممارسة نشاطها القانوني تجاه مستخدمي الإدارة. وتنقسم النصوص الإدارية إلى:

1- النصوص التنظيمية: كالمرسوم، القرار والمقرر

2 - النصوص التفسيرية: المنشور المذكرة التعليمية

بما أن الطالب في كلية الحقوق، يكون قد تعرف على مثل هاته النصوص، خاصة المراسيم والمناشير فلا حاجة في تفصيلها، أوإعطاء أمثلة عنها.

الخاتمة

يتميز مقياس المنهجية لهذه السنة، خاصة في السداسي الثاني، بخصوصية مميزة، تخرجه من جانب الرتابة في إلقاء المحاضرات، والشرح النظري المستفيض الذي لا يشد انتباه الطالب، ولا يدفع المحاضر إلى الإبداع، إلى الجانب التطبيقي المشوق.

ذلك أننا تعرضنا إلى وضعيات مختلفة، ودروس متنوعة، جمعت بين ما هو نظري بحت، وبين تطبيقات عملية واقعية.

وقد حاولنا أن نربط معارف الطالب خلال السداسي الأول من هذه السنة، بدروس المنهجية في السداسي الثاني، خاصة فيما يتعلق بمقياس الالتزامات.

فحين تطرقنا إلى التعليق على نص قانوني، اخترنا تطبيقا عليه، نص المادة 106 من القانون المدني، وعند تحليلنا للنص الفقهي، انتقينا للطالب الكريم مقتطف من كتاب الالتزامات، الذي يشرح الفقيه من خلاله تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، كما تطرقنا إلى التعليق عن قرار المحكمة العليا، الذي تضمن وجوب تنفيذ العقد الذي يعتبر شريعة المتعاقدين وقانونهم، وأثناء تعرضنا للاستشارة القانونية، ركزنا على نص المادة 134 من القانون المدني كذلك، على اعتبار أن الطالب قد تلقى دروسا عن المسؤولية التقصيرية.

وحاولنا أن نعطي تطبيقا عمليا عن صياغة المذكرة الاستخلاصية، بتوجيه الطالب إلى إمكانية الاستخلاص من النصوص المعروضة عليه والتي قمنا بتحليلها والتعليق عليها تباعا، وتطرقنا في محور أخير إلى التحرير الإداري.

وإذا كان من ملاحظة يجب الإشارة إليها، هي أن الطالب في هاته المرحلة من الدراسة ليس بمقدوره صياغة مذكرة استخلاصية، لذا فقط تطرقنا لها موجزة مختصرة، مدركين عدم استطاعة الطالب القيام بذلك راجين أن تدرج في مستويات الماستر.

قائمة المراجع

أولا- القوانين

1- الأمر رقم: 75 – 58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78.

2- القانون رقم: 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2009، الصادر في الجريدة الرسمية، ع 21 بتاريخ: 23 أبريل 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 13/22 المؤرخ في: 12 يوليو 2022، الصادر الجريدة الرسمية، ع 48، بتاريخ 17 يوليو 2022.

ثانيا- الكتب العامة والمتخصصة:

- أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، د م ج، الجزائر، 2004.

- الأخضر دعلوس، تقنيات التحرير ومعالجة البريد الإداري، دار الأيام، عمان، ط1 ،2020.

- تومي آكلي، مناهج البحث وتفسير النّصوص في القانون الوضعي والتّشريع الإسلامي برتي للنشر والتوزيع الجزائر.

- حلمي محمد الحجار، راني حلمي الحجار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، 2010.

- خالد بن عبد العزيز السعيد تحليل النص الفقهي، دراسة نظرية تطبيقية، ط 1، مركز التأصيل للدراسات والبحوث، جدّة، 2016.

- رشيد حباني، دليل تقنيات التحرير الإداري والمراسلة، دار النجاح، الجزائر، 2017.

– شروخ صلاح الدين، الوجيز في المنهجية التطبيقية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2010.

– صالح طاليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2010.

– عبد المنعم نعيمي، تقنيات إعداد الأبحاث العلمية القانونية المطولة والمختصرة، دار بلقيس للنشر، الجزائر.

– عبد الواحد شعير، أنور فؤاد، المنهجية في العلوم القانونية من النّظرية إلى التّطبيق مطبعة النّجاح الجديدة المغرب 2015.

– عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث في العلوم القانونية، دار النمير، ط 2، 2004.

– على فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد الطبعة الثالثة موفم للنشر، 2013.

– عمار بوضياف، المرجع في كتابة البحوث القانونية، جسور للنشر والتوزيع، د م ج الجزائر، 2006.

– غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، د. م. ج، الجزائر، 2005.

– مراح علي، منهجية التفكير القانوني (النظرية والتطبيق)، د. م. ج، ط 4، 2010.

ثالثا– المقالات العلمية:

– لرجم أمينة، الأحكام والقرارات القضائية في قانون الإجراءات المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 2، ع 1، 2019.

رابعا- المحاضرات والدروس الأكاديمية

- بوحميدة عطا الله، دروس في التحرير الإداري، جامعة الجزائر

- حريزي أسماء، منهجية العلوم القانونية، محاضرات مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، جامعة وهران، 2021.

- سقلاب فريدة، محاضرات في مقياس المنهجية، جامعة بجاية، 2018.

- موساسب زهير، محاضرات في منهجية إعداد البحوث القصيرة في العلوم القانونية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2021.

خامسا- الوثائق الأكاديمية

- ممميش علي، رزاق العربي، التحرير الإداري، المعهد الوطني لتكوين مستخدمي التربية وتحسين مستواهم، الجزائر 2010.

- الدليل التوجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء لسنة 2022.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

مقدمة .....ص 1
المحور الأول: تقنيات التحليل والتعليق.....ص 2
المبحث الأول: منهجية التعليق على نص قانوني.....ص 2
المطلب الأول: ماهية التعليق على النصوص القانونية وتحليلها .....ص 2
الفرع الأول: المفاضلة بين مفهومي التحليل والتعليق على النص القانوني.....ص 3
الفرع الثاني: الغاية المرجوة من تعليم الطالب منهجية التعليق على النص القانوني....ص 4
المطلب الثاني: الجانب النظري لمنهجية التعليق على نص قانوني.....ص4
الفرع الأول: المرحلة التحضيرية للتعليق على نص قانوني.....ص 5
الفرع الثاني: مرحلة التحرير .....ص 9
المطلب الثالث : الجانب التطبيقي للتعليق على نص قانوني، التّعليق على نص المادة 106 من القانون المدني .....ص 11
الفرع الأول: المرحلة التحضيرية (تطبيق).....ص 11
الفرع الثاني: المرحلة التحريرية (تطبيق).....ص 14
المبحث الأول : القوة الملزمة للعقد.....ص15
المطلب الأول: الحرية جوهر سلطان الإرادة.....ص15
الفرع الأول : حرية الإرادة.....ص15
الفرع الثاني :الإرادة وحدها تخلق الحق و تولد الالتزام.....ص17
المطلب الثاني: للعقد قوة تلزم الأطراف مثل درجة التزامهم بالقانون.....ص19
الفرع الأول :العقد قانون المتعاقدين وشريعتهم.....ص20
الفرع الثاني: تنصرف آثار العقد إلى أطرافه.....ص23
المبحث الثاني : تعديل العقد.....ص25
المطلب الأول: مرتكزات فكرة تعديل العقد.....ص26

الفرع الأول: مبادئ الفكرة ومعايير التعديل.....ص27
الفرع الثاني: مراعاة مبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد.....ص29
المطلب الثاني : آليات تعديل العقد.....ص34
الفرع الأول : التصدي للغبن.....ص35
الفرع الثاني : تصدي المشرع للشروط التعسفية.....ص38
المبحث الثالث: تحليل النصوص الفقهية.....ص 46
المطلب الأول : الجانب النظري في تحليل النصوص الفقهية.....ص 46
الفرع الأول : المرحلة التحضيرية .....ص 46
الفرع الثاني: المرحلة التحريرية .....ص 48
المطلب الثاني : الجانب التطبيقي في التعليق على النصوص الفقهية.....ص 48
الفرع الأول : المرحلة التحضيرية(تطبيق) ..... ص 49
الفرع الثاني: المرحلة التحريرية(تطبيق).....ص 52
المبحث الثالث: منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية.....ص 53
المطلب الأول: الأحكام والقرارات القضائية وأهمية التعليق عليها.....ص 53
الفر ع الأول: المقصود بالحكم والقرار القضائي..... ص 53
الفرع الثاني: مكونات الحكم أو القرار أو العناصر الأساسية.....ص 55
المطلب الثاني: الجانب النظري في التعليق على الأحكام والقرارات القضائية.....ص 56
الفر ع الأول: المرحلة التحضيرية..... ص 56
الفرع الثاني: المرحلة التحريرية.....ص 60
المطلب الثالث: الجانب التطبيقي في منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية.....ص 62
الفرع الأول: نص قرار المحكمة العليا رقم : 1273991.....ص 67
الفرع الثاني: التعليق على قرار المحكمة العليا رقم : 1273991.....ص 67
المبحث الرابع: المنهجية الخاصة بالاستشارة القانونية.....ص 67
المطلب الأول: ماهية الاستشارة القانونية.....ص 70
الفرع الأول: مفهوم الاستشارة القانونية..... ص 72

الفرع الثاني : خصائص الاستشارة القانونية.....ص 72
المطلب الثاني: مراحل التعليق على الاستشارة القانونية.....ص 74
الفرع الأول: المرحلة التحضيرية.....ص 74
الفرع الثاني: المرحلة التحريرية.....ص 77
المطلب الثالث: نموذج عن حل الاستشارة القانونية.....ص 77
الفرع الأول: المرحلة التحضيرية(التحليل).....ص 77
الفرع الثاني: المرحلة التحريرية (الإجابة).....ص 77
المحور الثاني: منهجية إعداد مذكرة استخلاصية.....ص 80
المبحث الأول: صياغة إعداد مذكرة استخلاصية.....ص 80
المطلب الأول: المذكرة استخلاصية وأهدافها .....ص 80
الفرع الأول: المقصود بالمذكرة الاستخلاصية القانوني.....ص 80
الفرع الثاني: أهداف إعداد المذكرة الاستخلاصية.....ص 81
المطلب الثاني: المرحلة التحضيرية..... ص 82
الفرع الأول: مرحلة قراءة الوثائق وفحصها.....ص 83
الفرع الثاني: تحليل الوثائق (الاستخلاص المبدئي).....ص 84
المطلب الثالث: المرحلة التحريرية..... ص 85
الفرع الأول: أساسيات تحرير المذكرة الاستخلاصية .....ص 85
الفرع الثاني: خطوات إعداد المذكرة الاستخلاصية.....ص 86
المطلب الرابع: نموذج تطبيقي لصياغة مذكرة استخلاصية ..... ص 87
الفرع الأول: عرض الوثائق.....ص 87
الفرع الثاني: تحليل الوثائق.....ص 91
المحور الثالث: التحرير الإداري.....ص 92
المبحث الأول: أسلوب التحرير الإداري .....ص 92
المطلب الأول: خصائص الأسلوب الإداري وأنواع المحررات الإدارية.....ص 92
الفرع الأول: خصائص الأسلوب الإداري .....ص 93
الفرع الثاني: أنواع المحررات الإدارية.....ص 95

الخاتمـــة .....ص 114
قائمة المراجع.....ص 116
الفهرس .....ص 118