جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

محاضرات في منهجية البحث القانوني

موجهة لطلبة سنة أولى ماستر تخصص: قانون أسرة-

السداسي الثاني-

إعداد الدكتور: حرزي السعيد

أستاذ محاضر قسم أ

السنة الجامعية:2025/2024

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

التعريف بمقياس منهجية البحث القانوني

إن لمادة المنهجية في العلوم القانونية جانبين أحدهما نظري يتمحور حول دراسة المناهج الأساسية كالمنهج الاستدلالي والمنهج التجريبي والمنهج التاريخي والمنهج الجدلي، وهذا قد تم دراسته في السداسي الأول أما الجانب الثاني فهو الجانب العملي ويتضمن كيفيات وطرق منهجية تحليل النصوص القانونية والتعليق على الأحكام والقرارات القضائية وكذلك إعداد الاستشارة القانونية والمذكرة الإستخلاصية.

هذه الدروس موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة، وهي تطور من مهارات الطلبة من الناحية العملية وتفيدهم مستقبلا في حياتهم المهنية، ذلك أن المعلومات النظرية وحدها غير كافية لتوضيح المسائل القانونية وإنما يحتاج الطالب إلى التدريب أيضا خلال مسيرته الدراسية، حيث أن التطبيقات في المنهجية القانونية لها من الأهمية:

1- وسيلة تربوية (بيداغوجية) تدرب الطالب على تعميق معارفه القانونية واستعمالها بشكل منطقي وعلمي ونقل معلوماته النظرية إلى الواقع العملي.
2- التعود على كيفية تحليل النصوص والتعليق على القرارات والأحكام القضائية وتقديم الاستشارة.
3- اكتساب الطالب معارف جديدة تسمح له بإبداء رأيه اتجاه أفكار النص أو القرار بالتأكيد أو المخالفة، مع تبرير موقفه الشخصي مما يسمح له بإظهار واستيعاب المعلومات والقدرة على توظيفها، أي تصبح له ملكة التحليل والتركيب.
4- إن الدراسات التطبيقية في القانون تعكس مستوى الطالب وتمكنه، فكلما كان لديه إلمام بالمعارف النظرية يسهل عليه التعليق، فمسألة التعليق والتحليل تجمع بين الدراسة النظرية والتطبيقية في آن واحد لمسألة قانونية، فالتعليق يرسخ المعلومات النظرية.

5- يتميز ميدان العلوم القانونية بعدة تقنيات وقواعد منهجية لا نجدها في غيرها من الأبحاث الأخرى في ميادين العلوم الإنسانية والاجتماعية التي تعد العلوم القانونية فرعا منها.

6- إن دراسة المنهجية تعزز من المهارات البحثية لدى الطالب وهو ما يؤهله ويعده على نحو ملائم لتقلد وظائف ومهن بحثية في مجال عمله مثل المحاماة والقضاء.

7- تكسب المنهجية الطالب مهارة بحثية في التحليل والاستنتاج وترتيب الأفكار والتقويم.

الأهداف:

1- تسليط الضوء والوقوف على تقنيات تحليل النصوص القانونية والتعليق على الأحكام والقرارات القضائية، وكيفية تقديم الاستشارة القانونية مع التعرض إلى صياغة مذكرة استخلاصية.

2- التعود على تحليل النصوص القانونية والفقهية واستخراج العناصر المهمة فيها.

3- إدراك كيفية إعداد استشارة قانونية وطريقة إعداد مذكرة استخلاصية.

4- إن طرق التحليل والتعليق وكذلك إعداد مذكرة استخلاصية وإعداد استشارة قانونية تعتبر طرقا تربوية لتدريب الطالب على توظيف المعلومات واستعمالها بشكل منطقي وعملي.

5- تزويد الطالب بأعمال تطبيقية تحوي أمثلة واقعية مقدمة من خلال تحليل نصوص قانونية والتعليق على أحكام وقرارات قضائية وتقديم استشارات قانونية.

وبعد هذه الإحاطة يتعين علينا إبراز المحاور المقررة في هذا السداسي مشفوعة بأمثلة تطبيقية ألا وهي أربعة:

- المحور الأول: منهجية التحليل والتعليق على النصوص القانونية
- المحور الثاني: منهجية التحليل والتعليق على الأحكام والقرارات القضائية
- المحور الثالث: منهجية تقديم استشارة قانونية
- المحور الرابع: منهجية إعداد مذكرة استخلاصية

المحور الأول:

منهجية التحليل أو التعليق على النصوص القانونية

يعد التحليل أو التعليق على النصوص القانونية من بين أهم الأعمال التطبيقية في القانون، لما يتطلبه هذا النوع من الدراسات من فهم جيد للمعارف النظرية المكتسبة، وذات الصلة بموضوع التحليل أو التعليق هذا من جهة، ومن جهة ثانية، يتعين على الدارس القانوني ضرورة الإلمام بكل متطلبات المنهجية القانونية، التي تبيح له تقييم هذا النص، باتباع أسلوب المناقشة والتحليل لمختلف المسائل القانونية التي يثيرها النص القانوني، وبطريقة عملية.

ولمساعدة الطالب في الوصول إلى هذا الهدف، يتعين علينا الإحاطة بأهمية التحليل والتعليق على النصوص القانونية في مبحث أول، ثم نعرج على مراحل التحليل أو التعليق على النصوص القانونية في مبحث ثان على النحو التالي:

المبحث الأول: أهمية التحليل أو التعليق على النصوص القانونية

يذهب البعض من الفقه إلى استعمال كلمة تحليل النصوص القانونية، في حين يستعمل البعض الآخر كلمة التعليق على النصوص القانونية، مما يولد في ذهن الدارس القانوني التباس مفاده التداخل الحاصل بين هذين المصطلحين، وإن كان كلاهما يؤديان إلى نفس المعنى، أم أن لكل منهما مفهوم مختلف عن الآخر؟

ولإزالة هذا اللبس من جهة، وبغية تبسيط الأمر من جهة ثانية، يقتضي الحال الإحاطة بمفهوم كل من التحليل والتعليق، وبالكيفية التي تسمح بالإجابة على التساؤل السابق، حتى نمكن الطالب من الوقوف على المقصود بهما، والعلاقة بينهما، في مطلب أول، ثم إظهار أهميتهما في مطلب ثان:

المطلب الأول: مفهوم التحليل والتعليق على النص القانوني والعلاقة بينهما

إذا كان النص القانوني هو موضوع التحليل أو التعليق، فإن الأمر يستوجب بيان المقصود من النص القانوني في فرع أول، ثم نتناول مفهوم التحليل والتعليق في فرع ثان، حتى نتبين العلاقة بينهما على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم النص القانوني

يقصد بالنص القانوني كل نص يتضمن قاعدة قانونية أو عدة قواعد، مهما كانت مرتبتها في سلم التدرج القانوني، إذ لا يقتصر مدلوله عن تلك النصوص الواردة في التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية وحدها، بل يتعداه ليشمل أي نص قانوني يحتوي على قاعدة أو عدة قواعد قانونية أي كان مصدرها، مما يفصح بأن المدلول المقصود بالنص القانوني هو المعنى الموضوعي (المادي) للقانون وليس مدلوله الشكلي القاصر على النصوص التي تصدرها السلطة التشريعية[1]. وبذلك فالأمر سيان إن كان مصدر النص القانوني فضلا عن السلطة التشريعية، فقد يكون السلطة التنفيذية أو الإدارة. كما أنه يشتمل أيضا على مذاهب وآراء الفقه القانوني حول مسائل معينة باعتبارها أعمال فكرية تعبر عن أوضاع أو مسائل معينة وفقا لأنظمة أو وجهات نظر خاصة، مع مراعاة بعض الخصوصيات التي تقتضيها طبيعة كل موضوع على حده[2].

الفرع الثاني: مفهوم التحليل والتعليق على النص القانوني

يقصد بتحليل النص القانوني عملية تفكيك النص إلى عناصره الأساسية المؤلفة له، بغية التعرف على أجزائه ومكوناته. في حين يقصد بالتعليق محاولة تفسير وتوضيح

---

[1] عادل يوسف الشكري، كيفية كتابة البحث العلمي القانوني والتعليق على النصوص القانونية والقرارات القضائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد 16، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2013، ص 20-21.

[2] علي مراح، منهجية التفكير القانوني (نظريا وعمليا)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص175-176.

النص القانوني، ثم تقييمه ونقده بقدر من الحرية، وبأسلوب المعلق الشخصي.[3] وبذلك يعتبر تحليل النص القانوني جزء من أي بحث قانوني، يتم عن طريق تطبيق المعايير المختلفة للتفسير التي يحددها أيضا المذهب القانوني والنظام القانوني، وهو يختلف عن التعليق على النص القانوني والذي يعد بحث متكامل يكون النص القانوني موضوعه الأساسي[4].

ولهذا يقدر الشراح أن أي تعليق على نص قانوني لا يمكن له أن يحوز على درجة كبيرة من الثقة والاعتبار مالم يستند إلى تحليل مسبق سليم لهذا النص، الأمر الذي يعتبر التحليل السليم والدقيق للنص بمثابة مشروع تعليق غير مكتمل الأبعاد أو الملامح لذات النص. أي أن عملية التعليق على النص لا يمكن أن تبلغ قمتها والغاية المرجوة منها، وهي الإنعكاس الفكري الطليق للمعلق، إلا بالتحليل الدقيق والهادف لهذا النص، الذي يجب تشريحه إلى جزئياته الأساسية التي يتألف منها، من أجل استيعابها كليا، وبالتالي استيعاب الصورة التي يراد التعبير عنها في هذا النص[5].

كما يمكن اعتبار التحليل عبارة عن معالجة وصفية لا تعدو أن تكون عملية تبدأ بالنقل الموضوعي لمختلف المظاهر الخارجية للنص، ثم تنتقل إلى المظاهر الداخلية بعيدا عن كل توظيف لذاتية الطالب، وهي تشبه إلى حد بعيد تلك العملية التي يقوم بها الطبيب أثناء معاينة مريضه، حيث تتم معاينة كل الأعراض الخارجية التي تظهر على المريض، ثم ينتقل إلى البحث في أسباب هذه الأعراض داخليا.

---

[3] صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص 318.

[4] عاصم خليل، منهجية البحث وأصوله، تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني، عمان، الأردن، دار الشرق للنشر والتوزيع، 2012، ص153-154.

[5] عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، دمشق، دار النمير، 2004، ص136.

أما التعليق فهو ذلك النشاط العقلي الذي يسمح للمعلق بإعطاء رأيه بكل حرية ومسؤولية تجاه أفكار النص، وصاحب النص، سواء بالتأييد أو المخالفة المبررين، دون أن يمنعه ذلك من تضمين التعليق رأيه الشخصي المستقل. أي أن التحليل يمثل الصورة التي تعكس حالة النص كما هو، أما التعليق فإنه يعد بمثابة الصورة الطليقة التي تعكس رأي المعلق[6].

رغم كل هذه الفروق، يبقى الهدف من كلتي الحالتين سواء كانت تحليلا أم تعليقا، هو دراسة النص القانوني وتوضيحه، وإظهار إيجابياته وسلبياته إن وجدت، وصولا إلى إعطاء فكرة تأليفية أو تركيبية عن الموضوع[7]، وتحديد الغاية منه للوقوف على الفائدة من تبنيه، سواء اقتصادية كانت ام اجتماعية أم....، ولهذا سوف يتم استعمال مصطلح التعليق على النصوص القانونية فيما تبقى من المحور، سواء أردنا باللفظ مصطلح التحليل أو التعليق.

المطلب الثاني: أهمية التحليل والتعليق على النصوص القانونية

تقع أهمية التحليل والتعليق على النصوص القانونية والقرارات القضائية في أحد الأمرين[8]:

- تعويد الطالب على الالتزام بإطار محدد للمناقشة لا يمكن الخروج عنه، وبذلك يقتصر عمل الطالب فيه على التقيد بالأفكار التي جاء بها النص، دون التطرق

[6] صالح طليس، المرجع السابق، ص318.

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

[8] غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، الطبعة الثانية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص73-74.

إلى غيرها من الأفكار حتى ولو كانت ذات صلة بالمسألة القانونية التي تعرض لها النص.

- تعويد الطالب على إبداء رأيه تجاه أفكار النص بعد مناقشتها وتحليلها ثم إعطاء رأيه فيها سواء بتأييدها أو بمخالفتها كما أشرنا له سابقا، الأمر الذي يفصح عن مدى استيعاب الطالب الجيد للمعلومات المكتسبة، ومدى قدرته على توظيفها، وفيها ينتقل الطالب من مجرد سرد ما تم حفظه في المحاضرات، إلى درجة استيعاب الأفكار القانونية وترسيخها في ذهنه.

على ضوء هاتين النقطتين، تكون للطالب بعض الحرية في تحليل النص على ضوء معطيات خارجية أخرى، إلا أنه لا يجوز أن ينطلق من النص القانوني إلى بحث نظري بحت يتجاوز محدودية النص وإطاره الزماني والمكاني[9]، وبذلك إخراج الطالب من دائرة المناقشة التقليدية للمسائل القانونية والتي تعتمد على التحليل النظري للمواضيع باستعمال أسلوب إنشائي حر لا يسمح إلا بإعادة سرد ما تم حفظه عن ظهر قلب من معلومات سردا آليا لا يكتسي أية أهمية[10].

فضلا عن ذلك، يعتبر التعليق على النصوص القانونية من بين الدراسات التي تسمح للمعلق بالوقوف على الثغرات التي قد ترد في النصوص القانونية، وكذا استنباط المبادئ التي يقوم عليها هذا النص، كما أنها تساعده في توضيح مدى إحترام المشرع لضوابط الأمن القانوني سواء الشكلية منها أو الموضوعية والتي تتطلبها الصياغة القانونية[11].

---

[9] عاصم خليل، المرجع السابق، ص154.

[10] غناي زكية، المرجع السابق، ص73.

[11] أحمد دودو، منهجية تحليل النصوص القانونية، برلين، ألمانيا، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، 2022، ص69.

المبحث الثاني: مراحل التعليق على النصوص القانونية

تمر عملية التعليق على النصوص القانونية عبر مرحلتين أساسيتين تسمى الأولى بالمرحلة التحضيرية، كما تعرف أيضا بمرحلة التعرف على النص أين تتم فيها تحليل النص شكلا وموضوعا، وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، وأما المرحلة الثانية فتسمى بالمرحلة التحريرية، تتم من خلالها مناقشة النص وتقييمه، وهو ما نتناوله ضمن المطلب الثاني:

المطلب الأول: المرحلة التحضيرية (مرحلة التعرف على النص)

يطلق بعض الفقه على هذه المرحلة مسمى مرحلة تركيز النص، أو هوية النص، واللتان تعنيان القيام بالتعرف إلى هذا النص من خلال معرفة عوامله الأولية ومضمونه أو موضوعه، أين يتم تحديد موقع النص ومواصفاته الشكلية وطبيعتها، وبنيته اللغوية وغاياته[12].

ولكي تتم عملية تحليل النص القانوني، يتعين على الطالب إبراز المظاهر الخارجية للنص القانوني أولا (التحليل الشكلي)، ثم يعمد إلى التعرف على المظاهر الداخلية أو المضمون ثانيا (التحليل الموضوعي)، وهو التقسيم الذي نتبعه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التحليل الشكلي للنص القانوني

تتصف مرحلة التحليل الشكلي للنص القانوني بالشمولية، كونها تستوجب من الباحث استخراج كافة الشكليات بصورة مرتبة ومنفصلة عن بعضها البعض في صورة

[12] صالح طليس، المرجع السابق، ص319-320.

عناصر أساسية، تعطي للقارئ تصورا شاملا ورؤية دقيقة حول هذا النص القانوني[13]، تتمثل في: تحديد هوية النص، بنية النص، غاية النص، مثلما سنوضحه فيما يلي:

اولا- تحديد هوية النص:

مثلما للشخص الطبيعي هوية، فإن للنص القانوني هو الآخر هوية يقتضي تحديدها تحديد طبيعته القانونية أولا[14]،إن كان نصا قانونيا أم فقهيا، فإن كان نصا قانونيا وجب تحديد مرتبته القانونية على سلم التدرج القانوني إن كان نص من دستور أو من معاهدة تم التصديق عليها من طرف الهيئات الدستورية المخولة بالتصديق على المعاهدات، أو نصا من قانون عضوي أو قانون عادي، أو نصا من مرسوم رئاسي أو تنفيذي، أو....الخ[15]، وذلك تأسيسا على مقتضيات المشروعية، ولكفالة إحترام التدرج القانوني وجب ترتيب القواعد القانونية في مراتب متتالية يسمو بعضها على البعض الآخر[16]. ولأنه لكل نص قانوني موضوع يعالجه في إطار قانون يضم مجموعة من النصوص تنظم علاقات من طبيعة معينة، فإنه يتعين على الطالب تحديد هل النص هو نص عام يطبق على جميع الحالات والأشخاص، أم أنه نص خاص بمواضيع محددة وأشخاص معينين، وبهذا يكون الطالب قد حدد نوع النص القانوني[17]. كما يتعين على الطالب تحديد موقع النص (المصدر الشكلي) من خلال تحديد موقعه بالضبط من القانون الذي

---

[13] عبد المجيد لخذاري، منهجية تعامل الباحث مع النص التشريعي، المنهجية والتكنولوجيات الرقمية، (أعمال الدورة التكوينية الدكتورالية الموسومة ب: منهجية البحث العلمي في ظل التحول الرقمي المنعقد بتاريخ 22ماي2022 بجامعة سطيف)، الجزائر، دار قاضي للنشر والترجمة، 2022، ص401.

[14] عبد المجيد لخذاري، منهجية البحث العلمي القانوني، الجزائر، دار الخلدونية للطباعة والنشر، 2020، ص135.

[15] ميلود بن حوحو، منهجية تحليل النصوص القانونية، الطبعة الأولى، برلين، ألمانيا، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، 2021، ص69.

[16] عبد المجيد لخذاري، منهجية تعامل الباحث مع النص التشريعي، المرجع السابق، ص401.

[17] عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص22.

أخذ منه بطريقة مرتبة، وذلك بترتيب العناوين التي جاء تحتها النص من ذكر القسم ثم الفصل ثم الباب فالكتاب[18]، وتحديد (المصدر المادي) من خلال الإشارة إلى المصدر الذي تأثر به المشرع أو الفقيه عند وضع النص، فإذا كان نصا تشريعيا وجب على الطالب البحث عمن تأثر به المشرع، فيكتب المادة محل التعليق والمادة المقابلة لها في القانون المتأثر به، أما النص الفقهي فقد يتأثر الفقيه بفقيه آخر أو مذهب معين، وحينها يتوجب على الطالب تبيان هذا الفقيه أو هذا المذهب الذي تم التأثر به[19].

تحديد رقم النص القانوني واسمه وتاريخ صدوره، لأن تحديد تاريخ الصدور له أهمية كبرى، لجهة معرفة المناسبة التي رافقت صدوره، فيما إذا كان قد صدر ضمن نطاق حملة تقنينية قام بها المشرع بنفسه، أم ضمن جملة متتالية من المراسيم التشريعية[20]، و تحديد رقم الجريدة الرسمية إن أمكن ذلك، وتحديد صاحب النص وهذا لمعرفة الانتماء الفكري والاتجاه الفقهي أو الثقافي والسياسي أو المدرسة الفكرية مما يساعد على إدراك أبعاد النص وتقييم مضمونه[21]. وقد يكون النص محل التعليق عبارة عن مادة أو عدة مواد من نص واحد أو من عدة نصوص فعلى الباحث أن يحدد فيما إذا كان النص متكاملا أو أنه جزء من نص أكبر، وبالتالي تحديد علاقته بتلك النصوص ذات الصلة بالمسألة القانونية، وإن أمكن الإشارة إلى ما إذا كان إصدار النص مرتبطا بحدث معين[22].

---

[18] موهوبي محفوظ، محاضرات في منهجية البحث العلمي، الجزائر، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، 2019-2020، ص10.

[19] مقلاتي مونة، منهجية تحليل النصوص القانونية، المنهجية والتكنولوجيات الرقمية، (أعمال الدورة التكوينية الدكتورالية الموسومة ب: منهجية البحث العلمي في ظل التحول الرقمي المنعقد بتاريخ 22ماي2022 بجامعة سطيف)، الجزائر، دار قاضي للنشر والترجمة، 2022، ص395.

[20] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص137.

[21] علي مراح، المرجع السابق، ص177.

[22] عاصم خليل، المرجع السابق، ص154.

أما إذا كان النص فقهيا، يتعين على الطالب ذكر موقع النص من المرجع الفقهي الذي أخذ منه وذلك بتبيان العناصر التالية بالترتيب: لقب و إسم الكاتب، عنوان المرجع، رقم الطبعة إن وجدت، دار النشر، مكان النشر، السنة، الصفحة[23].

مثال توضيحي:

- المادة 416: (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

  كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك).

- النص هو عبارة عن مادة قانونية صادرة عن المشرع المدني الجزائري.

- وهي المادة 416 من القانون المدني الصادر بمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 44 لعام 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 31 لعام 2007. وقد صدر هذا النص ضمن حملة تقنينية قام بها المشرع بنفسه العام 1975، تضمنت إصدار القانون المدني والقانون التجاري معا.

- جاءت هذه المادة في الفصل الثالث بعنوان عقد الشركة من الباب السابع المعنون بالعقود المتعلقة بالملكية ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان الإلتزامات والعقود من القانون المدني الجزائري.

---

[23] موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص08.

- النص عبارة عن مادة من القانون الخاص، وقد عدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 18 في الصفحة 750. وقد جاءت هذه التعديلات لتساير الأوضاع الاقتصادية والتجارية والاجتماعية الداخلية والخارجية التي شهدتها الجزائر.
- لقد تأثر المشرع المدني الجزائري في نص المادة 416 بالمشرع المدني الفرنسي ضمن نص المادة 1832من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء نصها كالآتي[24]:

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra résulter »

ثانيا- بنية النص:

يقوم الطالب في هذه المرحلة من التحليل الشكلي للنص بتبيان ثلاثة نقاط أساسية تتمحور حول البنية المطبعية أو الطوبوغرافية، البنية اللغوية كالتالي:

1- البنية المطبعية:

يقوم الطالب ببيان أمرين أساسيين أولاهما إيضاح ما إذا كان النص قد ورد في مادة واحدة أو عدة مواد، فإن ورد النص في مادة واحدة يتعين على الطالب تحديد ما إذا تضمنت هذه المادة فقرة واحدة أو على عدة فقرات مما يسمح له باستخلاص عدة نتائج أساسية يمكن استخدامها لاحقا في عملية معالجة النص، أثناء وضع خطة البحث و كذلك استخراج الأفكار الأساسية والفرعية، وعلى العموم فإن النص إذا ورد في فقرة واحدة فإنه يتضمن فكرة واحدة، وأما إن ورد في فقرتين أو أكثر، فإنه يقرر وضع القاعدة الأصلية في الفقرة الأولى، والاستثناءات الواردة عليها وحدودها في الفقرات الموالية للفقرة الأولى، كما يمكن أن تتضمن الفقرات المتعددة عديد

[24] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص77.

الشروط التي يتطلبها تطبيق القاعدة الأصلية الواردة في الفقرة الأولى[25]. وأما الأمر الثاني الذي يقوم به الطالب هو تحديد بداية ونهاية كل فقرة على حده مستخلصا ذلك من الجمل التي تتكون منها هذه الأخيرة وتكون منتهية بنقطة في آخر السطر على النحو التالي:

-الفقرة الأولى: تبدأ من (.....وتنتهي ب.....)

-الفقرة الثانية: تبدأ من (..... وتنتهي ب.....) وهكذا دواليك إلى غاية آخر فقرة من المادة المكونة للنص القانوني.

وبالرجوع إلى مثالنا التوضيحي سالف الذكر نجد أن البنية المطبعية للمادة 416 من القانون المدني تكون كالتالي: النص عبارة عن مادة قانونية واحدة تتألف من فقرتين اثنتين:

الفقرة الأولى: تبدأ من (الشركة عقد..... وتنتهي ب ذي منفعة مشتركة).

الفقرة الثانية: تبدأ من (كما يتحملون .... وتنتهي ب تنجر عن ذلك).

2- <u>البنية اللغوية:</u>

ترتكز دراسة البنية اللغوية للنص القانوني على دراسة الألفاظ المستخدمة في النص هل هي بسيطة، وسهلة الفهم، وواضحة، أو أنها تحتاج إلى تفسير، بغية تكوين تصور حول مدى ملاءمتها وانسجامها مع السياق من عدمه، وفهم مدلولاتها اللغوية، وتحديد المصطلحات المستعملة وشرحها شرحا وافيا لما لها من أهمية في فهم النص[26]، وتمييزه عن غيره من النصوص الأدبية والفلسفية وغيرها. دون أن يهمل الطالب الإعتناء بتحديد الأسلوب المعتمد في صياغة النص القانوني والمعبر له، أو

[25] عكاشة محمد عبد العال، سامي منصور، المنهجية القانونية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص72-74.

[26] موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص11.

اللهجة المستعملة به من أجل دراسة وقعها على المخاطبين بها، ومدى تأثيرها عليهم[27].
من خلال كيفية الصياغة، وبأي كلمة بدأ النص وانتهى، وحينها سيتضح للمحلل إن كان الأسلوب المستعمل أسلوبا خبريا تقريريا، أو أسلوبا شرطيا[28]، أو إن كان عبارة عن استدلال، أو قياس، أو تعريف، أو استفهام أو استثناء، أو نفي أو غيرها من الأساليب. فضلا عن ذلك، فإن الأسلوب المستعمل في النصوص القانونية يختلف عن ذلك المستعمل في النصوص الأدبية والفلسفية، فهو يظهر خصائص النص القانوني التي تكون في الغالب نصوصا آمرة وفي بعض الأحيان مفسرة.

لو عدنا إلى مثالنا السابق، لوجدنا أن نص المادة 416 من القانون المدني جاء نصا قصيرا بلغة سهلة الفهم، وبسيطة، وواضحة المعاني، بأسلوب تعريفي. استعملت فيه مصطلحات قانونية مثل العقد، الشخص الطبيعي، الشخص الاعتباري...، وأخرى اقتصادية مثل المال، النقد، الربح، الخسارة، الهدف الاقتصادي...[29](يتعين على الطالب شرح كل المصطلحات المستعملة).

ثالثا- غاية النص:

لا شك في أن لكل قانون فائدة يسعى المشرع لتحقيقها، تتضح بمجرد معرفة الأسباب التي استوجبت سن هذا القانون، كما تتضح غاية النص القانوني أكثر بإطلاع المعلق على الحلول التي وردت في القواعد القانونية التي تضمنها النص، وكيف عالجت المسائل القانونية، التي أثارتها مختلف السلوكات الاجتماعية في الحياة اليومية[30]. فإن جاء النص الجديد معدلا لنص سابق، تقتضي الحاجة هنا بيان ما جاء به النص بخلاف

---

[27] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص136.

[28] عبد المجيد لخذاري، منهجية تعامل الباحث مع النص التشريعي، المرجع السابق، ص403.

[29] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص76.

[30] صالح طليس، المرجع السابق، ص324.

النص السابق، وأما إن كان النص جديدا، وجب على المعلق إيضاح ما تم استحداثه بموجب هذا النص الجديد[31]. كأن يكون المستحدث تعريفا لتصرف ما، أو بيان لأركانه وشروطه[32] مثلما جاء في نص المادة 416 مدني جزائري من تعريف للشركة وبيان أركانها. باستفاء غاية النص، يكون المعلق قد استوفى مرحلة التحليل الشكلي للنص القانوني، والتي أبرز فيها المحلل كافة المظاهر الشكلية للنص القانوني محل التعليق، ومن ثمة تعين عليه الانتقال إلى مرحلة التحليل الموضوعي للنص، والتي تتطلب من الباحث الإحاطة بكل مظاهر النص الداخلية، مثلما تقتضيه منهجية التعليق على النصوص القانونية، وكما أسلفناه سابقا.

الفرع الثاني: التحليل الموضوعي للنص القانوني

ينصرف التحليل الموضوعي للنص القانوني إلى تحديد المواضيع العامة أو الخاصة التي يتعرض لها النص، بالإضافة إلى امتداد النص من حيث الحالات المعنية بأحكامه من حيث الزمان والمكان[33]، ويعني ذلك تحليل مضمون النص بغرض التوصل إلى معرفة روح النص القانوني ذاته، وهو ما يرمي النص إلى تحقيقه، من خلال إبراز القاعدة القانونية، أو القواعد القانونية من ثنايا هذا النص، والتي يستخلصها المحلل من المواد المختلفة المؤلفة للنص القانوني، وبعدها يقوم بتحليل فرضيات كل قاعدة على حده من أجل استيعاب الوقائع المادية المشمولة بهذه الفرضيات، ومن ثمة تعيين الحكم أو الأثر المقرر لها، والذي يمثل الحل القانوني لهذه القاعدة[34].

---

[31] عاصم خليل، المرجع السابق، ص155.

[32] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص70.

[33] عاصم خليل، المرجع السابق، ص154.

[34] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص138-139.

تجدر الإشارة إلى أن التحليل الموضوعي هو عملية ربط بين أفكار النص القانوني محل التحليل، وبين أهم النظريات التي يقوم عليها، وتحديد موقف الفقه والقضاء من ذلك، أو هو تعبير عن الخلفية القانونية أو المرجعية الفقهية للنص وتفسيرها وتوضيحها وشرحها للمخاطبين بها[35].

ولا يتأتى ذلك، إلا بالقراءة المتأنية والمتكررة للنص القانوني، والفهم الجيد لكل مصطلحاته المفتاحية، حتى يتسنى للطالب استخراج الفكرة العامة والأفكار الأساسية أو الفرعية التي يتضمنها النص القانوني، بحيث يتبين للطالب حينها موضوع المسألة القانونية التي يثيرها النص القانوني، والتي يراد مناقشتها، حتى لا يبتعد الطالب عن الموضوع، والتي ستفيده لاحقا في طرح الإشكالية، وبناء خطة المناقشة، مثلما سنبينه فيما يلي:

أ- طرح الإشكالية:

تتم صياغة الإشكالية على شكل سؤال رئيسي، أو في شكل فقرة بأسلوب خبري إنشائي تقريري، يقر فيه المحلل بوجود مشكل قانوني يطرحه[36]، وهي ترتبط ارتباطا وثيقا بالمعنى العام للنص القانوني والذي تجسده الفكرة العامة المستخلصة من التحليل الموضوعي للنص القانوني، وهي المسألة المحورية التي يعالجها النص القانوني، والتي تكون محل المناقشة والشرح[37].

فإذا كانت القاعدة القانونية أو القواعد القانونية ثابتة، فهذا لا يعني أنها تعكس الواقع الذي يتسم بالتغير في كافة جزئياته وتفاصيله، حتى أن هذه القواعد القانونية يمكن لها أن تأتي في صياغة مقتضبة وموجزة، ويمكن أن يشوبها الغموض، أو يرد بها تناقض أو

---

[35] أحمد دودو، المرجع السابق، ص73.

[36] عبد المجيد لخذاري، منهجية تعامل الباحث مع النص التشريعي، المرجع السابق، ص408.

[37] صالح طليس، المرجع السابق، ص327.

تعارض مع قواعد أخرى في ذات النص، أو في نصوص قانونية أخرى[38]،ولهذا فإن الفهم الصحيح للنص، والصياغة السليمة للإشكالية، والتي تعد نقطة الارتكاز الأساسية لأي تحليل أو بحث بصفة عامة، وفيها تتضح معالم المسألة القانونية والمأمول من البحث[39].هما السبيل الوحيد لمعالجة دقيقة وتحليل علمي للنص القانوني.

وتتفرع الإشكالية الرئيسية بدورها إلى تساؤلات فرعية بحسب فقرات النص وفرضياته، وبالأفكار الثانوية التي تم استنباطها من النص القانوني.

ب- خطة المناقشة:

بعد الانتهاء من صياغة الإشكالية، يعمد الطالب إلى وضع خطة للمناقشة يتطلب وضعها بناء تصورا عاما للموضوع والإحاطة بكافة الأفكار المتعلقة به، بناء على قراءة أولية للمعلومات المحصلة، والتي ساعدت في صياغة الإشكالية أو الفكرة المحورية للنص، ويشترط أن تكون الخطة خادمة للإشكالية المطروحة[40]. يتحكم في وضعها عدد القواعد القانونية المكونة للنص القانوني، إذ يتم تقسيم الخطة إلى قسمين أو ثلاث بحسب عدد هذه الأخيرة، يحرص فيها الطالب على التوازن بين الأقسام، ووضع عنوانا مختصرا ووافيا لكل قسم منها، مراعيا في ذلك مبدأ تفرع العناوين في البحث، يحترم التسلسل المنطقي الذي يربط سائر الأقسام[41]، حتى لا يبتعد الطالب عن التسلسل العلمي المطلوب في مثل هذه الدراسات.

وتجدر الإشارة أنها لا توجد خطة نموذجية، غير أن الغالب في مثل هكذا دراسات يتم الاعتماد على الخطة الثنائية التي تتكون من مبحثين، بحسب شكل النص أو

---

[38] إلياس جوادي، دروس في تحليل نص قانوني، قسم الشريعة والقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، 2021، ص04.

[39] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص71.

[40] على مراح، المرجع السابق، ص178.

[41] إلياس جوادي، المرجع السابق، ص04.

مضمونه، فهي من تصور الطالب، يشترط فيها التوافق مع موضوع النص القانوني، وشاملة لكافة الأفكار وبدون أي تكرار[42].

وككل بحث قانوني، يجب أن تتضمن الخطة على ثلاث عناصر أساسية: مقدمة، عرض وخاتمة مثلما سنبينه في المرحلة التالية من التعليق على النصوص القانونية.

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

تكتسي هذه المرحلة أهمية بالغة، كونها تتعلق بمناقشة النص وتقويمه، وذلك ضمن خطة المناقشة التي استخلصها الطالب في ختام المرحلة التحضيرية، على النحو التالي:

أولا- مقدمة: يبدأ الطالب مقدمته بعرض المسائل القانونية التي وردت بالنص بإيجاز وتركيز، مبرزا أهم العناصر التي يتوجب أن تتضمنها المقدمة في مثل هذه البحوث وهي[43]:

- الإطار العام الذي يندرج فيه النص القانوني، دون التطرق لأية مسائل عامة قد تؤدي إلى الخروج عن النص.
- التحليل الشكلي والموضوعي للنص.
- نقل النص القانوني إذا كان مقتضبا، أما إذا كان طويلا، فيكتفي الطالب فيه بنقل فحواه، أو المبادئ القانونية التي يتضمنها، وبالنسبة للنص الفقهي، يتعين على الباحث ادراج الاسم الكامل للفقيه، وعنوان الكتاب.
- إثارة الإشكالية.

---

[42] ح/ أيت وارت، محاضرات مقياس منهجية البحث العلمي، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2019-2020. ص06.

[43] مقلاتي مونة، منهجية تحليل النصوص القانونية، المرجع السابق، ص397-398.

- تقسيم الدراسة والذي يعد عنصرا جوهريا، كونه يمثل الإطار العام الذي يحرر فيه التعليق، وتتم فيه الإجابة على الإشكالية، وإبداء رأي المعلق.

ثانيا- المتن: يتم تقسيم المتن وفقا لخطة المناقشة التي توصل إليها الباحث، أين تتم فيه مناقشة النص وتقويمه، من خلال المعلومات المكتسبة إما من المحاضرات، أو من المراجع، أو نتيجة ثقافة عامة مكتسبة، أو من الاجتهادات القضائية عامة. دون خروج عن الموضوع، وبالتقيد بأفكار النص وشرحها ونقدها، وإبداء الرأي المبرر فيها[44]. وتتم عملية تقويم النص ومناقشته من وجهتين مختلفتين، كالآتي:

1- تقييم النص من الوجهة القانونية

يقتضي تقويم النص من الوجهة القانونية تقديم مساهمة من طرف الطالب تتعلق باقتراح تقويم للنص من وجهة نظر القانون[45]، عبر معرفة المنطق القانوني للنص ومناقشته، وذلك بوضع مقاربة قانونية بين النص محل التعليق، وبين النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة بالمسائل القانونية المطروحة، بغية تحديد العلاقة بين مجموعها، وتقدير مدى انسجام النص القانوني مع القواعد والأحكام الدستورية من جهة، والمبادئ القانونية العامة والمستقرة المعمول بها في زمان ومكان محددين من جهة أخرى، وايضاح ما إذا كان المشرع قد راعى هذه الأحكام والمبادئ القانونية أثناء تبنيه للنص المعني أم أنه خرج عليها[46]، وبالتالي إذا تبين أن هذا الأخير خرج عن تلك المبادئ، وجب على الطالب توضيح سبب هذا الخروج إن كان جزافا نتيجة إغفال، أم على بينة من الأمر، وكذا بيان مناط هذا الخروج، من خلال تحديد الاعتبارات التي تشكل انعكاسا للنص على مقومات المجتمع، المتمثلة في اعتبار العدالة

---

[44] غناي زكية، المرجع السابق، ص83-84.

[45] عاصم خليل، المرجع السابق، ص155.

[46] صالح طليس، المرجع السابق، ص328.

من جهة، واعتبار استقرار المعاملات الاجتماعية من جهة أخرى[47]، والتي حتمت على المشرع ذلك الخروج وتقويمها سلبا أم إيجابا[48]. وفي كلا الحالتين، يتعين على الطالب أن يثبت خروج المشرع أو احترامه لكافة المبادئ المستقرة بمختلف النصوص القانونية و الأراء الفقهية التي تدعم رأيه بالتأييد أو الرفض[49].

2- تقويم النص من الوجهة غير القانونية:

قد يجد المشرع نفسه مجبرا أحيانا على التضحية باعتبار العدالة لفائدة اعتبار الاستقرار الاجتماعي تحقيقا للمصلحة العامة، والتي يراها أنها تنشأ من مراعاة بعض الاعتبارات الاقتصادية أو الاجتماعية أو الأمنية أو السياسية، مثل العفو العام الذي يمس بمبدأ العدالة[50].

كما يتوجب على الطالب مناقشة الحلول التي وردت بالقواعد القانونية المشمولة بالنص محل التعليق، والفائدة منها، ومدى انعكاسها على الناحية الاقتصادية والاجتماعية التي تسود البلد، مظهرا من خلال ذلك أي الحلول أفضل في حالة ما إذا جاء النص بعدة حلول، أما وإن جاء بحل وحيد وجب الإشارة إليه مع إبداء الرأي فيه وبكل موضوعية، ومنه تكون مناقشة الطالب للمسائل الخلافية مناقشة عميقة، وألا يكتفي بمجرد عرضها، مراعيا في ذلك عدم الخروج عن المبادئ القانونية السليمة أو المستقرة، وضمن السياقات الثقافية والاجتماعية للظرف الذي نشأ فيه النص القانوني[51].

---

[47] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص140.

[48] عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص22.

[49] صالح طليس، المرجع السابق، ص330.

[50] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص74.

[51] علي مراح، المرجع السابق، ص181.

ثالثا- الخاتمة: تتضمن الخاتمة تلخيصا للمسألة القانونية في فقرة وجيزة، الإجابة على الإشكالية المطروحة[52]، مع إبراز كافة التوصيات التي توصل إليها الباحث من خلال مناقشاته، وتحليلاته، وانتقاداته في صلب المتن، لغرض تقويم النص القانوني محل التعليق، دون تهميش، فهي لا تتضمن أي جديد من غير ذلك الذي تضمنه المتن[53]، مرفقة برأي المشرع أو الفقيه، مع تقديم البديل إن كان له ذلك[54].

ومن وجهة نظرنا فإن مصطلح التحليل ينطبق على المرحلة التحضيرية فقط، في حين مصطلح التعليق ينطبق على الإثنين معا، بهذا نكون قد أنهينا المحور الأول المتعلق بمنهجية التعليق على النصوص القانونية.

مثال تطبيقي

تم تناول هذا المثال بالاعتماد على المثال الوارد في كتاب (منهجية تحليل النصوص القانونية) لصاحبه: ميلود بن حوحو - بعد طلب الإذن من هذا الأخير.

أولا :العيوب الشكلية في نص المادة 416 من القانون المدني

إن قراءة نص المادة 416 من القانون المدني بتمعن يمكننا من الوقوف على جملة من العيوب الشكلية؛ لعل أهمها:

1- أن المشرع الجزائري اختار صراحة أن يعرف الشركة، على خلاف التقليد المعروف في القانون من أن التعاريف من اختصاص الفقه، وهو بهذا الشكل يضع نفسه موضع الانتقاد على اعتبار أن تعريف الشركة لطالما كان مرتبطا بمفاهيم محل نقاش وجدل كبير لدى الفقه، ولعلل هذا من بين الأسباب الذي دفعت

[52] إلياس جوادي، المرجع السابق، ص05.

[53] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص74-75.

[54] ح/ أيت وارت، المرجع السابق، ص07.

ببعض التشريعات ومنها التشريع الفرنسي للتخلي عن وضع تعريف صريح للشركة في القانون المدني. يضاف لذلك أن التشريعات التي تعرف عقد الشركة في نصوصها تقصد من هذا التعريف تأكيد عدم أخذها بنظام شركة الفرد الواحد (الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة) وهي الشركة التي أخذ بها المشرع الجزائري منذ سنة 1996.

2- قام المشرع في نص المادة 416 سالفة الذكر بتحديد الطبيعة القانونية للشركة معتبرا إياها "عقدا "بشكل صريح حيث قال: (الشركة عقد بمقتضاه....)؛ وموردا النص ضمن كتاب الإلتزامات والعقود؛ باب العقود المتعلقة بالملكية؛ فصل الشركة، متجاهلا بذلك الجدل الفقهي الدائر بين من يرى أن الشركة" عقد " ومن يرى أنها" نظام"، وبالتالي معرضا نفسه لانتقادات القائلين بأن الشركة نظام.

3- تضمن النص عبارة" شخصان "كحد أدنى للشركاء في الشركة، وهي عبارة تجعل التعريف معيبا؛ ذلك أن الأصل في التعريف أن يكون جامعا مانعا، أي جامعا لكل صفات الشيء المعرَّف مانعا من دخول صفات غير المعرف في التعريف .ولا شك أن إضافة عبارة" شخصان "في التعريف تعيبه لكونها تخرج نوعا من الشركات وهو" :الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة." والتي تبناها المشرع الجزائري منذ سنة 1996 كما سبق بيانه أعلاه.

4- عبارة" طبيعيان أو اعتباريان "عبارة زائدة وبغير معنى لأن أهل القانون متفقون على أن عبارة" الشخص "تنصرف لكل من كان أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وعلى أ رس ذلك الإنسان أي الشخص الطبيعي، وكذا الشخص المعنوي الاعتباري) كالشركات والجمعيات ونحو ذلك بخلاف عبارة" الفرد "التي تنصرف للشخص الطبيعي فقط.

5- تضمن النص عبارة" حصة من عمل أو مال أو نقد"، ويبدو أن المشرع قصد بالمال "الحصة العينية"، والواقع أن المال ينصرف للنقد والعين، لذلك كان الأولى الاكتفاء بعبارة" المال" للدلالة على الحصتين النقدية والعينية، فضلا على أنه لابد من تقديم ذكر حصة المال على حصة العمل بالنظر لأنها الأهم في الشركات؛ لا كما فعل المشرع بتقديمه لحصة العمل.

ثانيا :العيوب الموضوعية في نص المادة 416 من القانون المدني

إن أهم العيوب الموضوعية التي تضمنها نص المادة 416 من القانون المدني هي :الطبيعة العقدية للشركة عند المشرع الجزائري، والهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة عند المشرع الجزائري.

1- الطبيعة العقدية للشركة عند المشرع الجزائري

تقوم النظرية التقليدية الموروثة عن الرومان على النظر إلى الشركة انطلاقا من الأساس الذي ترتكز عليه وهو العقد .من هنا نشأت الفكرة التعاقدية للشركة، التي سادت ردحا من الزمن وانتقلت إلى القانون المدني الفرنسي ومنه إلى القانون المدني الجزائري، على أن الفكرة التعاقدية في نطاق الشركات لم تكسب تأييدا مطلقا، بل أخذت تتأرجح شيئا فشيئا، حتى بدا مع الوقت أن هناك فروقا كبيرة تقوم بين قواعد قانون الشركات من جهة، والقواعد التي تحكم العقود بوجه عام من جهة أخرى. وذلك من عدة نواحي أهمها:

أ- العقد شريعة المتعاقدين**:** لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي

يقررها القانون. وعليه فالعقود تستلزم لتعديلها أو لتحديد مضمونها، التقاء إرادات المتعاقدين جميعا، على هذا التعديل أو ذاك التحديد، بينما يُلاحظ أن تعديل العقود التأسيسية للشركات لاسيما شركات الأموال يتم بموافقة الغالبية ورغم معارضة الأقلية . والسبب في ذلك أن الشركة ليست من العقود التي تتعارض فيها مصالح المتعاقدين

كالبيع أو الإيجار أو العمل، بل من العقود التي تتحد فيها المصالح فتصير في اتجاه واحد يؤدي في حال نجاحه لتحقيق مصالح جميع الشركاء. لذلك يفرق بين العقد والشركة، التي تعتبر اتحادا وليس عقدا .فإذا كان الإجماع واجبا في العقود التي تتعارض فيها مصالح المتعاقدين، فلأنه لا يمكن أن يسمح القانون بأن تعلو إرادة بعض المتعاقدين، ولو كثروا، على إرادة البعض الآخر، من ذوي المصالح المتعارضة، أما في الاتحادات التي تقوم على توازي المصالح، فمن المناسب أن يثبت القانون لأغلبية المتعاقدين حق التعبير عن ماهية المصلحة المشتركة التي تستهدفها جميع الإرادات، وذلك تحقيقا للمصلحة المشتركة التي تلتقي عندها جميع الا رادات منذ تكوين الاتحاد.

ب- تتجاوز آثار الشركة مجرد إنشاء بعض الالتزامات التي تنقضي بتنفيذها، إلى إنشاء شخص قانوني جديد هو الشركة ذاتها كشخص معنوي، يتعامل مع الغير بمختلف صور التعامل فيكسب منهم الحقوق ويلتزم معهم بالالتزامات..

ج- ضعف الفكرة التعاقدية لأسباب اقتصادية واجتماعية؛ حيث اتجه المشرع إلى إحاطة الشركات بسياج متين من الأحكام الآمرة الإلزامية التي لا يجوز للشركاء تخطيها، لكونها تهدف لحماية مصالح المدخرين ومصالح الغير الذين يتعاملون مع الشخص المعنوي .الأمر الذي أدى إلى ضيق دائرة الحرية التعاقدية؛ إلى أن أصبح نظامها ضيقا جدا في شركات المساهمة، بعدما أصبحت الشركة مقيدة بنظام قانوني ملزم، يقتصر حق الأفراد فيه على الانضمام إليها وتقديم رؤوس الأموال دون حقهم في مناقشة أحكام عقد الشركة أو نظامها، وأصبح تأسيس الشركة بمثابة عمل شرطي يختلف عن العقد التقليدي.

د- أدى تقسيم رأس المال في شركات الأموال- لا سيما منها شركات المساهمة- إلى أسهم كبيرة العدد، وقابلة للتداول بسهولة وسرعة إلى إضعاف فكرة العقد إلى أبعد الحدود . فالمساهم الذي يشتري أسهما في البورصة بقصد بيعها بعد فترة وجيزة من الزمن لا يمكن

أن يعتبر شريكا متعاقدا مع سائر الشركاء، لأن مصلحته لا ترتبط بكونه عنصرا مشتركا في الشركة اشتراكا إيجابيا، بل فقط بما يستطيع الحصول عليه من الأرباح.

هـ- هناك نوع من الشركات لا مجال للحديث فيه عن فكرة العقد؛ كما هو الحال بالنسبة للمؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، طبقا للمادة 564 من القانون التجاري.

وخلاصة ما تقدم أن الشركة ذات طبيعة مختلطة بين العقد والنظام؛ حيث يغلب على شركات الأشخاص أنها عقد، في حين يغلب على شركات الأموال أنها نظام.

2- الهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة عند المشرع الجزائري

على إثر تعديل القانون التجاري لسنة 1993 تم إد ا رج نظام قانوني جديد هو التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة؛ بمقتضى المواد من 796 إلى 799 مكرر .4 جاء في المادة796

منه :(يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا، ولمدة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملاءمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته).

إن التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة هو صيغة من صيغ التعاون بين الشركات؛ غير أنه يتميز عنها من ناحيتين على الأقل:

- فمن ناحية أولى، يغلب أن يكون التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة صيغة لتعاون مؤقت بين شركتين فأكثر، لا يتجاوز وجوده بضعة أعوام ولو أن القانون لم يضع له حدا زمنيا بخلاف الشركة التي حدد عمرها الأقصى بتسعة وتسعين عاما.

- ومن ناحية أخرى فإن التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة لا يهدف إلى تحقيق الربح لأعضائه بل الغاية منه هي تحقيق اقتصاد أو تقليص النفقات، أي التحكم في أعباء أعضائه ومصاريفهم.

ولا شك أن إبقاء المشرع الجزائري على هذا الهدف – الهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة

–كهدف من أهداف الشركة في نص المادة 416 من القانون المدني، رغم تبنيه لنظام قانوني جديد في المادة 796 من القانون التجاري هو التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة، من شأنه أن يؤدي إلى التمازج بين المفهومين وعسر التفرقة بينهما.

الخاتمة

لقد بات ضروريا تخلي المش رع الجزائري عن تعريف الشركة، لأن التعريف مسألة يختص بها الفقه والقضاء وليس التشريع.

ولا بد أن تعاد الصياغة القانونية لنص المادة 416 من القانون المدني على ضوء ما أوردناه من ملاحظات بشأنها أعلاه؛ وذلك بالابتعاد عن التصريح بأن الشركة عقد ذلك أن المسألة محل خلاف كما بي ناه، والنص صراحة على إمكانية تأسيس الشركة بشخص واحد، تماشيا مع سماح القانون التجاري بتأسيس الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة.

وكذا حذف عبارة" طبيعيان أو معنويان "لأن عبارة" شخصان "تفي بالغرض، وفي مجال تقديم الحصص لابد أن يُكتفى بعبارة" مال أو عمل "وبهذا الترتيب بدل عبارة" عمل أو مال أو نقد "لأن المال يشمل النقد والعين وهو الأصل في الشركات ثم حصة العمل التي هي أقل شيوعا.

فضلا عن ذلك يجب حذف عبارة" هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة "طالما أن المشرع أسند هذه المهمة للتجمعات المنصوص عليها في المادة 796 وما بعدها من القانون التجاري.

المحور الثاني:

منهجية التعليق على الأحكام والقرارات القضائية

يعتبر التعليق على الأحكام والقرارات القضائية من بين الأعمال القانونية المهمة لا سيما بالنسبة للطلبة، كونها تعزز لديهم الثقة، من خلال تجسيد كافة المعارف والمفاهيم المكتسبة نظريا في أعمال تطبيقية تؤهل الطالب للقيام بمختلف التعاليق القانونية باختلاف أنواع الأحكام أو القرارات القضائية المراد التعليق عليها.

وتبعا لما سبق، يتعين علينا تناول منهجية التعليق على الاحكام والقرارات القضائية في مبحثين: نستعرض في أولهما إلى محل التعليق ألا وهو الحكم أو القرار القضائي، وفي ثانيهما مراحل التعليق على الحكم أو القرار القضائي.

المبحث الأول: ماهية الحكم أو القرار القضائي

إذا كان المقصود بالتعليق على الحكم أو القرار القضائي هو تحليل محتواه، ومعه تفكير في قيمته ومداه، تقتضي الأولى رد الحكم أو القرار إلى جميع مكوناته، وأهم مكون منها هو تأويل المحكمة للقانون أي انطلاقها من نص، ووصولها إلى معنى ومن ثمة إلى حكم القانون كل ذلك بدليل باستعمال إحدى صور الاستدلال القانوني وهي الاستنباط القانوني[55]. المراد منه قيام المعلق بعملية ذهنية عبارة عن قراءة الحكم – أو القرار أو الأمر أو الفتوى – بجميع أجزائه وتحليله وتأصيله وذلك لتحديد معناه ومرماه ثم تقييمه وصياغة الرأي العلمي القانوني بشأنه، ويشمل ذلك الرأي وقائع الحكم وأسانيده

[55] عبدالمجيد الزروقي، المنهجية أو البلاغة القانونية، التعبير عن التفكير، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية 2013، ص397-398.

وأسبابه وما انتهى إليه من نتيجة نهائية أو رأى قضائي نهائي ومدى اتفاق ذلك مع القانون والمنطق والنظريات العلمية والقانونية السائدة في المجتمع[56].

فإنه يتعين علينا إبتداء الاحاطة بمفهوم الحكم أو القرار القضائي وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم ، ثم بيان أجزائه، ثم ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الحكم أو القرار القضائي

من الثابت في التنظيم القضائي الجزائري أن لفظ "**حكم قضائي**" ينصرف إلى تلك الأحكام الصادرة عن مختلف محاكم الدرجة الأولى وتخرج عن هذه التسمية أحكام المجالس القضائية وأحكام المحكمة العليا التي يطلق عليها لفظ "**قرار**"، في حين يطلق عل أحكام محاكم القضاء الإداري بمختلف درجاتها لفظ قرار أيضا. وفيما يلي سوف نتناول تعريف الحكم أو القرار القضائي في فرع أول، ثم نميزه على بقية الألفاظ المشابهة له في فرع ثان:

الفرع الأول: تعريف الحكم أو القرار القضائي

يقصد بالحكم أو القرار القضائي تلك المخطوطة التي يصوغها القاضي ويصدرها، وفقا للشكل والأصول التي يحددها القانون، ويفصل فيها النزاع المعروض عليه[57]. أو أنه ذلك القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب)، في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة، أو شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه[58]. فهو تعبير عن المنهج الفكري الذي يتبناه القاضي بعد تكييفه للوقائع قانونيا،

---

[56] عبد الفتاح مراد، أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدد السابع، سبتمبر 2007، ص11.

[57] محمود أحمد سيف الدين، التعليق على الاحكام والقرارات القضائية، المنهجية في علم القانون، لبنان، شباط2021، ص01.

[58] ميلود بن حوحو، منهجية تحليل النصوص القانونية، المانيا، برلين، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الطبعة الأولى 2021، ص84.

وتحديده للمشكلة المعروضة أمامه، والقاعدة المناسبة لحلها، وتطبيق هذه القاعدة العامة المجردة على حالة خاصة وملموسة لأجل استنتاج الحل الملائم[59].

وبهذا يعني الحكم أو القرار القضائي كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم، وأيا كان مضمونه، يعبر به عن قطع المخاصمة وحسمه إياها، بالفصل في النزاع بأكمله، باتا في جميع طلبات الخصوم، فيقضي بها كليا أو جزئيا، كما يتصور أن ينهي النزاع استنادا إلى دفع إجرائي كرد الدعوى لعدم الاختصاص مثلا، وتكون له منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة لكل منازعة تم الفصل بها قضائيا، كما يصبح باتا وعنوانا للحقيقة عندما لا يعود قابلا للطعن بأي طريق كان[60].

كما يجدر التأكيد مرة أخرى على أنه يطلق لفظ الحكم متى كان العمل القضائي صادرا عن محكمة من محاكم الدرجة الأولى، في حين يطلق تعبير القرار متى كان العمل صادرا من محكمة من محاكم الاستئناف، أو محاكم الطعن بالنقض، أو من المحاكم الإدارية باختلاف درجاتها.

الفرع الثاني: تمييز التعليق على الحكم أو القرار القضائي عن بقية المفاهيم المشابهة

لا شك في أن عملية التعليق على الاحكام والقرارات القضائية تتداخل مع بعض التعاليق المشابهة ومن ضمنها التعليق على النصوص القانونية، وإبداء الملاحظات حول الاحكام والقرارات القضائية، الأمر الذي يفرض ضرورة الإحاطة بالفروقات الجوهرية بين هذه المصطلحات فيما يلي[61]:

---

[59] علي مراح، منهجية التفكير القانوني (نظريا وعمليا)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص162.

[60] محمود دودين، الحكم القضائي، مفهومه، تحليله، موضوعه، عمليه انشائه، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدد السابع، سبتمبر 2007، ص40.

[61] عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله، عمان، الأردن، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2012، ص156.

- يختلف التعليق على الحكم القضائي عن التعليق على النص القانوني في نقطتين أساسيتين هما:
  - من حيث المصدر: يصدر الحكم أو القرار القضائي عن جهة قضائية، في حين يصدر النص القانوني عن المشرع.
  - من حيث المحتوى: يتضمن الحكم أو القرار القضائي تطبيقا لقاعدة قانونية موجودة، في حين ينشئ النص القانوني القاعدة القانونية.
- كما يختلف التعليق على الحكم أو القرار القضائي عن إبداء الملاحظات حول الحكم أو القرار القضائي في النقاط التالية:
  - من حيث المنهجية: يتعين على المعلق على الاحكام والقرارات القضائية اتباع منهجية محددة، في حين لا يتوجب على مبدي الملاحظات التقيد بأية منهجية معينة.
  - يتوجب على المعلق تناول جميع القضايا التي تعرض لها القاضي في القرار موضوع التعليق، عكس الملاحظ فهو يكتفي فقط بالقضايا التي تهمه، دون تناول كافة القضايا المدرجة في الحكم أو القرار.
  - أن التعليق على الحكم أو القرار القضائي ذو نزعة إرشادية تعليمية يقوم بها غالبا طلبة القانون، أما إبداء الملاحظات حول الحكم أو القرار القضائي فيقوم بها في الغالب أساتذة متخصصون من ذوي الخبرة والاطلاع الكبيرين.

المطلب الثاني: أقسام الحكم أو القرار القضائي

يعد الحكم أو القرار القضائي فن في الصياغة، وبناء من نوع خاص، يضم العديد من المصطلحات، والتي غالبا ما تكون غامضة تستوجب الشرح، وإجراءات متنوعة مما يزيد للحكم اشكالا، وهو ما يتطلب اجراء موازنة بين معطيات الواقع من جهة أولى،

وقواعد القانون الواردة جميعا في القرار نفسه من جهة ثانية، والتي تشكل محور التعليق، وبين معلومات قانونية نظرية من جهة أخرى من أجل إثراء هذا التعليق وبيان مبررات التقييم الذي يعطى للقرار[62]. وبناء على ذلك ينقسم الحكم أو القرار إلى قسمين أساسيين هما:

- التعليل أو مبررات الحكم - ومنطوق الحكم أو الفكرة الحكمية:

الفرع الأول: التعليل أو مبررات الحكم

يقصد بالتعليل بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى الحلول أو النتائج التي توصلت إليها المحكمة في الفقرة الحكمية، والغرض من بيان ذلك هو إقناع الخصوم بحكم المحكمة، وبالنتيجة التي توصلت إليها لحل النزاع، فضلا عن ذلك، فإن تبرير هذه الحلول يعطي انطباع للمحكمة الأعلى درجة أثناء مراقبتها للحكم، في حالة تم الطعن به، حول مدى صحة وقانونية النتيجة التي أعطيت للنزاع[63].

وينقسم هذا القسم بدوره إلى فرعين، يختلفان فيما بينهما من حيث الهدف:

الأول: يشتمل على عرض عناصر النزاع ومراحله، ويكون الهدف منه "السرد الموضوعي للوقائع المقدمة للمحكمة" دون إبداء أي رأي للمحكمة فيه. فهو يتضمن:

1- جملة الوقائع التي أدت إلى نشوب النزاع.

2- جملة الإجراءات المتبعة والمراحل التي مر بها النزاع إلى غاية وصوله أمام قاضي الموضوع.

3- إدعاءات الخصوم.

4- المشكل القانوني المطروح.

---

[62] عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، دمشق، دار النمير، الطبعة الأولى 2002، ص142.

[63] محمود أحمد سيف الدين، المرجع السابق، ص02.

الثاني: يشتمل على أسباب الحكم ومبرراته، والذي يبدأ في العادة بعبارة "بناء عليه" فيكون الهدف منه التعبير الصرف والبحث عن رأي المحكمة في هذا النزاع عن طريق تحديد المسائل القانونية المثارة، وتعيين القواعد القانونية واجبة التطبيق عليها من وجهة نظر المحكمة[64]. ويتضمن هذا القسم جملة من البيانات تتمثل في:

أ- **الديباجة:** وهي بمثابة تمهيد أو مقدمة للحكم تسبق التسبيب، وتشكل في الواقع هوية الحكم أو القرار القضائي[65]، تتضمن بعض العبارات والعديد من البيانات التي تعد جزء لا يتجزأ من الحكم، يؤدي إهمالها مباشرة إلى البطلان. حيث نصت المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[66] على أنه: يجب أن يشمل الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وعددت المادة 276 من ذات القانون جملة البيانات واجبة التضمين في الحكم وهي:

- الجهة القضائية (المحكمة) التي أصدرت الحكم: حتى يتسنى معرفة درجة المحكمة التي أصدرت الحكم إن كانت محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف، أو محكمة نقض، وكذا التأكد من الاختصاص الإقليمي والنوعي للمحكمة من خلال الوقوف على القانون الموضوعي والإجرائي المطبق.
- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
- تاريخ النطق بالحكم.

---

[64] عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص143.

[65] محمود أحمد سيف الدين، نفس المرجع.

[66] قانون رقم 08-09مؤرخ في 25 فبراير سنة2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 21 بتاريخ: 23-04-2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية الصادر بالجريدة الرسمية العدد 48 بتاريخ 17جويلية2022.

- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.
- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.
- أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.
- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية

كما أضاف قانون الاجراءات الجزائية الجديد[67] جملة من البيانات التي يجب ان يتضمنها الحكم الصادر عن محكمة الجنايات ضمن مقتضيات المادة 449 منه، والمتمثلة فيما يلي:

علاوة على جميع الاجراءات الشكلية المقررة قانونا، يجب ان يشتمل الحكم على هوية وموطن المتهم او محل اقامته المعتاد. وكذا الوقائع موضوع الاتهام والجرائم التي تقرر إدانة الاشخاص المذكورين أو مسؤولياتهم عنها، كما يجب أن يشتمل فضلا عن ذلك على:

- قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام.
- فضلا عن أسماء القضاة الذين تداولوا في القضية، أسماء المحلفين والمترجم إن كان ثمة محل لذلك.
- الاسئلة الموضوعة والاجوبة عنها.
- منح أو رفض الظروف المخففة.
- العقوبات المحكوم بها ومواد القانون المطبقة.
- ايقاف التنفيذ ان تم القضاء به.
- القرار الذي أمر بسرية الجلسة ان كانت كذلك. وتلاوة الرئيس لمنطوق الحكم.

[67] القانون رقم 25-14 المؤرخ في 03اوت 2025 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الصادر بالجريدة الرسمية العدد54 بتاريخ 13اوت 2025.

- وصف الحكم بانه ابتدائي او نهائي.
- مدة الاكراه البدني.
- المصاريف القضائية.
- توقيع الرئيس وامين الضبط الذي حضر الجلسة على اصل الحكم في اجل اقصاه10ايام من تاريخ صدور الحكم، فاذا حصل مانع للرئيس ناب عنه اقدم القضاة الذين حضروا الجلسة في التوقيع على أصل الحكم، وتفي امضاء الرئيس اذا حصل مانع لأمين الضبط مع ضرورة الاشارة الى ذلك.

ب- التسبيب: يعد مبدأ تسبيب الأحكام والقرارات القضائية إحدى الركائز الأساسية لضمان شرعية العمل القضائي وشفافيته، خصه المشرع الجزائري بأهمية بالغة، بتأكيده على ضرورة بيان الأسباب التي أسس عليها الحكم أو القرار ضمن أحكام المادة 277 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، هذه الأسباب التي من شأنها أن تكون مرتبطة بالوقائع والقانون، وتمكن الجهات القضائية العليا من مراقبة سلامة تطبيق القانون في حالة الطعن فيه، حيث جاء في الفقرة الاولى من ذات المادة: (لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة).

الفرع الثاني: منطوق الحكم أو الفكرة الحكمية

يعد منطوق الحكم أهم أجزاء الحكم القضائي، يتجسد فيه قرار المحكمة، وعن طريقه يتم حسم النزاع، واقرار الحقوق، وبمقتضاه يتم التنفيذ الجبري، وضده يوجه الطعن، ونتيجة له تستنفذ المحكمة التي أصدرته ولايتها، وبه تلتصق الحجية[68].

ويقصد بمنطوق الحكم في مفهوم الفقه القانوني "التلاوة المنطوقة كاملا بجلسة علانية، تضع حدا للخصومة، وتتعلق بها حقوق الخصوم، فتقوم قرينة قانونية قاطعة على

[68] أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص8.

ان ما تم النطق به هو ذاته ما تضمنته مسودة الحكم التي تم التوقيع عليها من طرف نفس القضاة الذين أصدروه"[69]. ويتكون منطوق الحكم خلال تلاوته من طرف الرئيس في المواد الجزائية من:

1- هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم يوم النطق بالحكم.

2- يجب أن يشتمل على أسباب المنطوق.

3- يجب أن يبين الجرائم التي تقرر إدانة الأشخاص أو مسؤوليتهم أو مساءلتهم عنها.

4- يذكر بالمنطوق العقوبة ونصوص القانون المطبقة وما قضى به.

المبحث الثاني: مراحل التعليق على الحكم أو القرار القضائي

يمر كل تعليق على حكم أو قرار قضائي بمرحلتين أساسيتين، الأولى تسمى المرحلة التحضيرية (التمهيدية)، والثانية تسمى بالمرحلة التحريرية، وهو ما سيتم تناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: المرحلة التحضيرية للتعليق على الحكم أو القرار القضائي

ذكرنا فيما سبق ضمن عناصر الحكم القضائي جملة البيانات الشكلية الواجب توافرها في أي حكم، ناهيك عن بعض البيانات واجبة التبيان في بعض الاحكام الاخرى، لا سيما في مادة الجنايات، وهذه البيانات والعناصر هي ما تصبغ على المرحلة التحضيرية اسم المرحلة الشكلية، أين يتعين على الطالب الاهتمام بالبيانات الواردة في الجانب الشكلي للحكم أكثر من موضوعه، وهي ما تقتضي من المعلق القيام به خلال هذه المرحلة وذلك بعد تحديد أطراف الخصومة، وتحديد مراكزهم القانونية.

وتمر هذه المرحلة هي الأخرى بثلاث محطات أساسية تتمثل الاولى في القراءة المتأنية لنص الحكم او القرار، ثم استخراج العناصر الأساسية منه، ليخلص الى اعداد مخطط للتعليق مثلما سوف يتم ايجازه فيما يلي:

[69] أنور طلبه، موسوعة للمرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثالث، مصر، دار الكتب القانونية، 1998، ص53.

الفرع الأول: القراءة المتأنية

لكي يسهل على الطالب فهم مضمون الحكم أو القرار القضائي وسهولة التعليق عليه، يتعين قراءة هذا الحكم عدة مرات قراءة متأنية وعميقة دون تدوين، ودون إبداء أية ملاحظات، على اعتبار أن القراءة هي الوسيلة الأجدى والانفع لتذليل الصعوبات الناشئة عن صياغة الحكم، يخلص من خلالها المعلق الى ابراز وتحليل عناصر هذا الحكم، وفقا لأسلوب منهجي معين يسهل عليه عملية معالجة الحكم وتقويمه، وتكوين صورة حول نوع الحكم(ابتدائي، نهائي أو بات) وطبيعته(مدني، جزائي، تجاري، عقاري...)[70] مع نوع من التركيز حول تحديد الاقسام الرئيسية للحكم وما تشتمل عليه من وقائع وادعاءات وطلبات وأوجه طعن...

الفرع الثاني: استخراج المسائل القانونية

يتسنى للمعلق استخراج المسائل القانونية من خلال القراءة المتبصرة للحكم القضائي بغية تحديد العناصر المشكلة له وتتلخص هذه العناصر في الوقائع، الاجراءات، الادعاءات وتحديد المشكل القانوني، وصولا إلى الحل القانوني:

أولا- تحديد الوقائع:

يقصد بالوقائع جملة الأحداث التي طرأت والتي دفعت الأطراف للجوء إلى القضاء، فهي تختلف بين وقائع مادية كالضرب والجرح، وقد تكون تصرفات قانونية كالعقد مثلا، مما يتحتم على المعلق ضرورة ترتيبها وتنظيمها زمنيا، والتركيز على المنتج منها، واقصاء الهامشي الذي لا علاقة له بالمشكل القانوني[71]. كما يجب على المعلق الالتزام بالواقعية والأمانة في عرض هذه الوقائع التي عرضتها المحكمة مصدرة القرار، مبرزا

[70] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص98-99.

[71] عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص411.

في ذلك نقاط الاختلاف والاتفاق حول صحة هذه الوقائع بين أطراف الخصومة[72]. أي أنه لا يجوز على المعلق التكهن أو افتراض أو اضافة وقائع لم ترد في الحكم، والعمل على تكييف هذه الوقائع تكييفا صحيحا حتى يتسنى له الوصول الى حل قانوني صحيح[73]. وفي كل هذا يجب على المعلق أن يراعي اللغة السليمة في عرضه والابتعاد عن التكرار، والحرص كل الحرص على عدم اهمال بعض الوقائع المهمة الواردة في الحكم.

ثانيا-الاجراءات:

وهي عرض لمختلف المراحل القضائية التي مر بها النزاع عبر مختلف درجات التقاضي الى حين صدور القرار او الحكم محل التعليق[74]، ويراعي في هذا العرض الايجاز واحترام التسلسل الزمني في تلاحق المراحل القضائية، مستعرضا اجراءات كل مرحلة على حدى والحلول القانونية المعطاة في كافة هذه المراحل، وصولا الى الحكم او القرار المراد التعليق عليه وما صاحبه من اجراءات، والحل القانوني الذي يتضمنه[75]، بدون زيادة أي إجراء أو نقصان آخر.

ثالثا- الادعاءات:

يقصد بالادعاءات جملة المزاعم والطلبات والأسس القانونية التي يستند عليها أطراف الخصومة للمطالبة بحقوقهم، وهي في الغالب ادعاءات متضاربة ومتقابلة مما يخلق مشكلا قانونيا يحتم على القاضي ضرورة الفصل في النزاع بإيجاد حلا قانونيا للمشكل المعروض عليه، ويراعى أثناء عرض هذه الادعاءات وجوب عدم اهمال اي منها وعبر كافة المراحل التي مر بها النزاع، مع شرح كل الحجج والأسانيد القانونية التي اعتمد عليها

---

[72] عبود عبدالله العسكري، المرجع السابق، ص152.

[73] موهوبي محفوظ، محاضرات في منهجية البحث العلمي، قسم الحقوق، الجزائر، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، 2020/2019، ص19.

[74] نفس المرجع.

[75] عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص29.

كل طرف لا ثبات احقيته، شريطة أن يكون عرض هذه الادعاءات مرتب ترتيبا زمنيا بحسب ما وردت في مختلف مراحل التقاضي وبأسلوب شخصي بعيدا عن كل نقل حرفي لهذه الادعاءات[76].

رابعا- المشكل القانوني:

نتيجة لادعاءات الخصوم المتضاربة، فإنه يتولد معها مشكلا قانونيا يتعين على المعلق تحديده، في صيغة سؤال واحد إذا كان هناك مشكلا قانونيا واحدا، أو في صيغة سؤالا رئيسيا وعدة اسئلة ثانوية، يراعي المعلق في طرحه سلامة اللغة والدقة التامة، وبطريقة تطبيقية تتصل اتصالا مباشرا بموضوع الحكم القضائي[77].

خامسا- الحل القانوني:

يقصد بالحل القانوني جملة النتائج القانونية التي اعطتها المحكمة لكل نقطة من النقاط القانونية المثارة، والتي تمت صياغتها بشكل اسئلة من قبل المعلق، ويرد الحل في نهاية البحث بكل نقطة قانونية على حدة، وفي الفقرة الحكمية التي تتضمن الحلول التي توصلت اليها المحكمة للفصل بالنزاع، وبعد عبارة "لهذه الاسباب...."

ويقتصر دور المعلق على نقل هذه الحلول القانونية كما هي دون إبداء رأيه الشخصي، وبغض النظر عن صحة هذا الحل في ضوء القانوني الوضعي والآراء الفقهية، بطريقة مختصرة وواضحة، وبأسلوب شخصي[78].

سادسا- اعداد مخطط للمناقشة:

كي تكون الخطة ملائمة للمناقشة، يجب أن يحرص المعلق على ان تكون:

- خطة تطبيقية تظهر بها وقائع القضية وأطراف النزاع من خلال عناوينها.

---

[76] موهوبي محفوظ، المرجع نفسه، ص20-21.

[77] فتاحي محمد، منهجية التعليق على قرار قضائي مع نموذج تطبيقي، قسم الحقوق، الجزائر، جامعة أدرار، ص50.

[78] محمود احمد سيف الدين، التعليق على الاحكام والقرارات القضائية، المنهجية في علم القانون،2012، ص06.

- ذات تصميم نظري، او تصميم مختلط في جزء منه نظري وفي الجزء الاخر تطبيقي، مما سيؤدي حتما إلى تكرار المعلومات.
- الخطة دقيقة تتضمن عناوين دقيقة وغير طويلة.
- خطة متوازنة من حيث المباحث والمطالب.
- خطة متسلسلة وفقا لتتابع وقائع القضية.
- خطة تتلاءم مع المشكل القانوني المطروح، فيستحسن أن يستخرج المعلق مشكلين قانونيين حتى يتسنى له معالجة كل منهما في مبحث مستقل وتعتبر الخطة الثنائية من بين الخطط المثالية في البحوث القانونية[79].

المطلب الثاني: المرحلة التحريرية

تتضمن المرحلة التحريرية كيفية تنفيذ التعليق، أو المنهجية المعتمدة للتعليق على الحكم أو القرار القضائي في شكل بحث أو مقال علمي يتضمن: مقدمة، عرض وخاتمة، وهو ما سوف يتم تناوله ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: المقدمة

تتضمن المقدمة عرضا لشكل وجوهر القرار او الحكم المراد التعليق عليه، من خلال ذكر المحكمة مصدرة هذا الحكم وتاريخ صدوره، والمادة القانونية التي اشتغل عليها، بالإضافة إلى عرض للوقائع والاجراءات، وادعاءات الخصوم وحججهم من خلال تحديد مراكزهم عبر كافة هذه المراحل، ثم تحديد المشكل القانوني وتختتم المقدمة بخطة المناقشة[80].

الفرع الثاني: العرض

[79] موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص22.

[80] عبدالمجيد الزروقي، المرجع السابق، ص414-415.

تسمى هذه المرحلة مرحلة مناقشة الحل وتقويمه، أين يبدأ الدور الحقيقي للمعلق والمتمثل في إبداء رأيه الشخصي، بعدما أكمل دوره الوصفي بعنصريه الواقعي والقانوني ضمن المرحلة التحضيرية، ولذلك فإن كان الحكم قد طرح نقطة قانونية واحدة، قام المعلق بتناولها تحليلا ومناقشة، وإذا كان الحكم قد طرح عدة نقاط قانونية، تعين على المعلق أيضا تناولها بالتحليل والمناقشة نقطة بنقطة تباعا وبشكل متسلسل كما طرحتها المحكمة[81].

وتتمحور عملية تقويم الحل القانوني حول ما إذا كان هذا الحل يتوافق مع الحل المعتمد في القانون، وعلى ضوء الآراء والاجتهادات الفقهية المعروضة بصدد الموضوع. مما يحتم على المعلق من ناحية أولى، الاجابة على السؤال التالي: هل طبقت المحكمة القاعدة القانونية واجبة التطبيق على القضية محل النظر؟ كما يحتم عليه الرجوع إلى الوصف القانوني للعناصر الواقعية، لتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق.

ومن ناحية ثانية، يتوجب على المعلق الإجابة على سؤال ثان وهو: هل وفقت المحكمة في تفسير القاعدة القانونية التي طبقتها على النزاع المعروض أمامها؟ وهنا نكون أمام تقويم الحل من الناحية القانونية، أين يجد المعلق نفسه ملزما بالانطلاق من الأسانيد والحجج والبراهين القانونية لهذا الحل.

أما التقويم من الوجهة الاجتماعية والاقتصادية، فإنه ينطلق من الحل القانوني ذاته دون مراعاة لمدى صحة الأسانيد القانونية التي بني عليها هذا الحل، الأمر الذي يطرح فرضيتين: فإن كانت القاعدة القانونية تحتمل تفسيرا واحدا أو عدة تفاسير توصل إلى حلول قانونية غير تلك التي توصلت إليها المحكمة، كان لزاما على المعلق في هذه الحالة

[81] حلمي محمد الحجار، المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، بيروت، د.د.ن، الطبعة الثانية2003، ص 408.

طرح هذه الحلول وتحديد أيها الأفضل، وبناء على هذه المفاضلة يتم نقد الحل المعتمد من المحكمة[82].

أما وإن كانت القاعدة القانونية لا تحتمل إلا تفسيرا واحدا، وغالبا ما يكون هو ذاته المعتمد من قبل المحكمة في حل النزاع، فإن دور المعلق هنا يقتصر على تقويم هذا الحل القانوني الوحيد من حيث كونه حلا سيئا أو جيدا من الوجهة الاجتماعية والاقتصادية؟ وهل يمكن للمحكمة تفادي الحلول السيئة عن طريق الحكم بخلاف القانون؟ الأمر الذي يثير مشكلة عدم صلاحية النص القانوني ذاته، مما يعزز لدى المعلق فكرة ضرورة تدخل المشرع لتعديل هذا النص القانوني، وهنا يجد المعلق نفسه في موقف مقوم للنص القانوني المطبق على النزاع بدل تقويم الحل القانوني الذي أقرته المحكمة[83].

ليختم المعلق في الأخير إلى تبني جملة من النتائج، يستخلصها من الحل الذي تبناه الحكم أو القرار القضائي على صعيد القانون الوضعي، موضحا بذلك مدى وأبعاد الحل المعتمد في هذا الحكم أو القرار.

الفرع الثالث: الخاتمة

يرى الغالبية بأن الخاتمة غير ضرورية في التعليق على الأحكام أو القرارات القضائية، غير أنها وإن أدرجت، وجب على المعلق التركيز فيها على وزن الحكم أو القرار وقيمة ما جاء فيه، وكذا الموقع الذي يحتله مقارنة بقرارات او احكام أخرى، بالإضافة إلى مدى اتفاقه من عدمه مع أحكام من نفس المجال صادرة عن محاكم أخرى من نفس الدرجة أو من محاكم أعلى.

---

[82] عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص33.

[83] نفس المرجع، ص34.

المحور الثالث:

منهجية تقديم الاستشارة

تعد الاستشارة من بين أكثر الأعمال اليومية التي يقوم بها القانوني، لأنه وبمجرد علم الناس بأن الشخص له دراية أو خبرة في مجالات القانون المختلفة سواء كان قاضيا، محاميا، أستاذا أو حتى طالب قانون إلا وتقدموا إليه طلبا لرأيه في مختلف المسائل القانونية التي تشغل بالهم، أو كفضول منهم، ولهذا لا يجد هذا الخبير بدا من التخلص من هذه الأسئلة عدا بالإجابة عليها إما شفويا، وإما كتابيا إذا تطلب الأمر ذلك، وغالبا ما يكون طالبوا الاستشارة من ذوي القربى والأصدقاء والجيران، وفي القليل من الأحيان المتقاضين أو رجال الأعمال وحتى من المؤسسات باختلاف طبيعتها، ولهذا تطلب الأمر ضرورة إدراج منهجية تقديم الاستشارة في المقررات الدراسية الجامعية على مستوى جميع المؤسسات والمعاهد الجامعية، حتى يتسنى لطلبتها والمتخرجين فيها الاضطلاع بهذه المهمة على أكمل وجه.

تحقيقا لهذا الهدف، ارتأينا أن نتناول في الشق الأول من هذا البحث العناصر ماهية الاستشارة (مبحث أول)، ثم نستعرض في الشق الثاني مراحل تقديم الاستشارة (مبحث ثاني).

المبحث الأول: ماهية الاستشارة

تقوم الاستشارة على جملة من العناصر الأساسية، والتي تشكل في مجملها المرتكزات التي تقوم عليها هذه الأخيرة، تتلخص في مفهومها، أطرافها والمهام المنوطة بهم، وحالات طلبها بالكيفية السليمة التي يتطلبها القانون، وهو ما نستعرضه ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الاستشارة

يقول الله تعالى في محكم تنزيله " وشاورهم في الأمر"[84]وهذا دليل عظيم على الأهمية القصوى التي تكتسبها المشورة أو الاستشارة في إدارة كل العمليات ذات العلاقة بشؤون عموم الناس ومعاملاتهم اليومية، مما يقتضي الإحاطة بمفهوم الاستشارة سواء من الجانب اللغوي، أو الجانب الاصطلاحي على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للاستشارة

تشتق كلمة الاستشارة من فعل شاور ويقصد به طلب الرأي، ومنه شاورته في كذا واستشرته أي راجعته لأرى رأيه فيه فأشار علي بكذا، فأراني ما عنده فيه من مصلحة[85]. والشورى هي استخراج الرأي وتقليبه، فيقال فلان خير شير بكسر الياء، أي يصلح للمشاورة، واستشاره أي طلب منه المشورة، وأشار عليه بالرأي إذا ما وجه له الرأي[86].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للاستشارة القانونية

يقصد بالاستشارة القانونية استكشاف لرأي القانون في مسألة معينة، وهذه المسألة قد تكون محل نزاع وقد لا تكون، غير أنه يمكن لها أن تكون كذلك مستقبلا[87]. كما تعني الاستشارة القانونية أيضا: رأي أو موقف من مسألة معينة، ابتداء من النصوص القانونية المنطبقة وتفسيرها، وصولا إلى موقف الفقه والاجتهاد منها[88].

---

[84] سورة آل عمران الآية 159.

[85] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مصر، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص499.

[86] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1984، ص436.

[87] عمار تركاوي، محمد خير العكام، المنهجية القانونية، دمشق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص260.

[88] صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص242.

يستخلص مما سبق، أن الاستشارة القانونية هي لجوء شخص أو جهة ما تجهل القانون إلى من لديهم ثقافة قانونية بغية الاطلاع على حكم القانون في مسألة معينة، بهدف مجابهة نزاع واقع، أو الاحتياط منه وتجنب حدوثه في المستقبل.

المطلب الثاني: مهام أطراف الاستشارة

يستخلص من مفهوم الاستشارة المتمثل في طلب من يجهل القانون لرأي العالم بالشؤون القانونية في مسألة ما، بهدف التصدي لمختلف الأوضاع القانونية التي يجد نفسه محاصرا بها أثناء نشوب النزاع، أو للاتقاء مما يمكن أن ينجر من مساءلات عن مختلف التصرفات المراد إبرامها أو الأفعال التي يرمي إلى القيام بها، والتي قد تؤدي إلى نشوب نزاعات مستقبلا. بأن أطراف الاستشارة هما طالب الاستشارة أو المستشير، ومن وجه له الطلب أو المستشار، يختص كلاهما بمهام وجب إيضاحها فيما يلي:

الفرع الأول: مهام المستشير

يقصد بالمستشير طالب المشورة، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي جاهل بأمور القانون سواء أكان عام أم خاص، وطني أو أجنبي، مقيم أو غير مقيم، يطلب رأي القانون في أي وقت شاء بشأن مسألة معينة، إذ ليس للاستشارة وقت محدد لطلبها، بل هي مرتبطة بنشوب نزاع، أو باحتمالية نشوبه لاحقا[89].

ويشترط أن يلتزم المستشير بتحديد كافة العناصر القانونية المتعلقة بموضوع الاستشارة، وكذا جميع الألة والأسانيد التي يستند إليها في مسألته، حتى يستطيع المستشار استنتاج حكم القانون فيها بكل دقة[90].

---

[89] موهوبي محفوظ، محاضرات في منهجية البحث العلمي، الجزائر، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، السنة الجامعية 2019-2020، ص04.

[90] عكاشة محمد عبدالعال، سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص536.

الفرع الثاني: مهام المستشار

يقصد بالمستشار كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام، يمنحه المشرع سلطة إبداء الفتوى في المسائل القانونية المطروحة، لكونه مختص في القانون، ولا يشترط أن تكون له صفة رسمية[91]. ويشترط في المستشار ببيان الحل الذي يكرسه القانون الوضعي، أو تحديد كافة الأوضاع القانونية التي يتعين اعتمادها في ضوء الأحكام القانونية الوضعية، دون أن يتجاوز إلى تقويم حكم القانون في ذلك، لأن هذا محله البحث القانوني. كما يلتزم المستشار أيضا باستخلاص النتائج والأثار التي تترتب على بيان الرأي القانوني في المسألة محل الاستشارة، من أجل توضيح ما يجب عمله من قبل المستشير، لحصر هذه الأثار في أضيق الحدود أو الإسراع باتخاذ إجراء معين في خصوص المسألة، وذلك يتوقف على طبيعة وظروف الاستشارة[92]. فضلا عن ذلك يتوجب أن يكون الحكم المستخلص مبين بكل دقة ووضوح، في إجابة واضحة وصريحة على كافة الأسئلة المطروحة من قبل المستشير، حتى يتسنى لهذا الأخير اتخاذ ما يراه سليما وفقا لما يحتمه القانون.

المطلب الثالث: حالات وعناصر طلب الاستشارة

بما أن الاستشارة ليس لطلبها وقت محدد كما أسلفنا سابقا، فإن لها حالات عدة تستوجب طلبها، شريطة أن يتضمن طلبها جملة من العناصر المهمة واجبة المراعاة، وهو ما نستعرضه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حالات طلب الاستشارة

يلجأ لطلب الاستشارة متى وجد الشخص نفسه عاجزا عن معرفة ما يجب عليه القيام به أمام وضعية قانونية ما، الأمر الذي يحتم عليه اللجوء إلى خبير أو باحث

---

[91] موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص04.

[92] عكاشة محمد عبدالعال، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص536....

قانوني، أو أي شخص له دراية ومعرفة قانونيتين، لكي ينير له الطريق الواجب اتباعها للوصول إلى موقف القانون إزاء هذه الوضعية والمتمثلة في إحدى الحالات التالية[93]:

- معرفة حكم القانون بخصوص مسألة تشكل موضوع نزاع قائم، أو يحتمل قيامه مستقبلا، وما يحتمله ذلك من عرض هذا النزاع أمام القضاء، الغرض من هذه المعرفة تقويم تصرفات المستشير حتى يصدر الحكم لصالحه في المستقبل في المسألة محل الاستشارة.
- طلب الاستشارة حتى يكون الشخص على بصيرة في تصرفاته الشخصية والمالية، كي لا يعرض نفسه للمساءلة أو الخسارة، أو لسد الثغرات التي يحتمل أن يستفيد منها من يتعاقد أو يتعامل معه.

كما يمكن طلب الاستشارة في حالات أخرى تقتضيها مصلحة المستشير ومنها[94]:

- قد يكون المستشير صاحب حق، يريد معرفة السند القانوني لحقه، والأصول والإجراءات التي يجب اتباعها للحصول على هذا الحق أو المحافظة عليه.
- كما قد يكون مدعى عليه، يريد معرفة موضوع الادعاء وسنده القانوني، والوسائل التي يجب عليه الاعتماد عليها في المحافظة على حقوقه.
- وقد يكون متهما، يريد تهيئة دفاعه لرد الادعاء عنه، وإسقاط الملاحقة بحقه، أو التخفيف من وقعها على شخصه وماله.

الفرع الثاني: عناصر الاستشارة

ابتداء يجب التنويه بأنه يمكن للاستشارة أن تكون شفاهة، وهنا يتعين على المستشار المختص في المجال أن يتحرى الفطنة والذكاء، كما يمكن أن تكون كتابة، وهنا تكون مشابهة للخبرة في المنهج المتبع في إعدادها، وهذا المنهج يخضع لرغبة صاحبه، إذ لا

---

[93] عمار تركاوي، محمد خير العكام، المرجع السابق، ص260.

[94] ميلود بن حوحو، منهجية تحليل النصوص القانونية، الطبعة الأولى، برلين، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، 2021، ص117.

تحكمه أية شكليات، ويخضع تحريرها إلى قواعد علمية معينة تسهل على المخاطب بها سواء كان قارئا أم مستمعا الخروج بفكرة واضحة[95].

حتى يتمكن المستشار من تقديم المشورة بطريقة صحيحة، يتعين على المستشير أن يحدد لمستشاره كافة العناصر الواقعية المتعلقة بموضوع استشارته، والتي تتضمن في الأخير جملة العناصر التالية[96]:

- الإسم الكامل لطالب الاستشارة
- إسم الباحث القانوني أو المستشار
- تاريخ تقديم الاستشارة
- إذا تعلقت الاستشارة بنزاع قائم معروض أمام القضاء، وجب على المستشير إضافة إسم النزاع ورقمه واسم المحكمة صاحبة الاختصاص ورقم الملف.
- موضوع الاستشارة لما له من أهمية في التمييز بين مختلف الاستشارات القانونية، وبخاصة إذا ارتبطت الاستشارة بالنزاع نفسه، كما أنها تمكن المستشار من العودة إليها لاحقا، واستعمال محتواها في نزاعات مستقبلية ترتبط بقضايا مشابهة.

كما تجدر الإشارة للتأكيد على أن يتم شرح كافة هذه العناصر ووصفها موافقا لواقع الحال المعروضة، حتى لا تكون الاستشارة مبنية على وقائع غير صحيحة، فتفقد من قيمتها وتتناقص الفائدة المرجوة منها، بهذا يتعين على المستشير شرحها بصورة واضحة وصريحة

---

[95] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص116.

[96] عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله، تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني، الأردن، دار الشرق للنشر والتوزيع، 2012، ص158-159.

ودقيقة وثابتة، تاركا للمستشارة سلطة اختيار الوقائع المنتجة أو غير المنتجة لأثار قانونية[97].

بعد إحاطتنا بكافة العناصر الأساسية للاستشارة، وجب علينا الانتقال إلى مراحل إعداد الاستشارة القانونية وتقديمها بالكيفية المنهجية السليمة، والتي تتيح للمستشير الاستعمال الأمثل لها.

المبحث الثاني: مراحل تقديم الاستشارة

تمر عملية تقديم الاستشارة منهجيا بمرحلتين أساسيتين، أولاهما تسمى بالمرحلة التحضيرية، وتسمى أيضا بمرحلة المعطيات (المبحث الأول)، والمرحلة الثانية هي المرحلة التحريرية، وتسمى أيضا بمرحلة الإجابة (المبحث الثاني)، سنفصل في كلتيهما بالطريقة التالية:

المطلب الأول: المرحلة التحضيرية (المعطيات)

تعد المرحلة التحضيرية أولى المراحل التي تدرج فيها كافة الوقائع والإجراءات التي تعين المستشار على استخلاص المسائل القانونية، ومن أهمها على الإطلاق تحديد إطار الاستشارة بدقة، والنقاط القانونية التي تثيرها، عبر المحطات التالية:

الفرع الأول: فحص الوقائع

تعرف الوقائع بأنها جملة الأحداث التي يدلي بها المستشير، والمتعلقة بموضوع النزاع وطبيعته، فهي تمثل العناصر المادية المجسدة التي ترتبط ارتباطا عضويا بالمسألة، والتي تتطلب ضبطها وتحديدها وحصرها[98]. وحتى تتم عملية تحديد الوقائع بدقة متناهية، يتوجب على المستشار الإنصات لطالب الاستشارة والاستماع له بكل تركيز وتمعن،

---

[97] صالح طليس، المرجع السابق، ص243.

[98] فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، الطبعة الثالثة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص108.

طالبا منه توضيح كافة العناصر الواقعية التي يعرفها، وتقديم كافة المستندات والأوراق المتعلقة بموضوع الاستشارة، والتي تحتم على المستشار ضرورة الاعتناء بقراءتها أكثر من مرة، وتوجيه الأسئلة للمستشير بغية استيضاح بعض الأمور الغامضة، أو غير المذكورة في الأوراق والمستندات، أو تلك التي قد يكون أخفاها عن عمد أو عن غير قصد، كأن يكون المستشير قد راجع بعض الخبراء مثلا، أو أنه استفسر من اشخاص ذوي خبرة، والبحث عن إمكانية وجود أخطاء قد تنسب إلى المستشير نفسه بسبب إهماله، كما يسأل المستشار عن محل العقد إن كان النزاع ينصب عن تصرف قانوني يتمثل في إبرام عقد ما، أو أن يسأل حول ما إذا كان المستشير يجيد العمل أو المهنة الموكلة إليه، إذا كان موضوع الاستشارة يتعلق بعمل أو مهنة معينة يقوم بممارستها، وعن المدة التي قضاها في هذه المهنة[99].

بعد إلمام المستشار بكافة الوقائع، يعمد إلى ترتيبها ترتيبا زمنيا، مكتفيا في ذلك بذكر الوقائع المنتجة في النزاع دون غيرها[100]، ومن خلال هذا الترتيب، فقد تكون هذه الوقائع بسيطة وواضحة ولا تعقيد فيها، مما يجعل حكم القانون بشأنها واضحا، وبذلك فإن الاستشارة لا تحتاج فيها إلى جهد كبير، كما قد تكون هذه الوقائع أكثر تعقيدا، وعليه يتعين على المستشار ضرورة الاهتمام أكثر بطرح العديد من الأسئلة التي يقدر أنها ذات فائدة في تكوين رأيه حول موضوع الاستشارة، والإطلاع عن كافة الوثائق ذات العلاقة بموضوع الاستشارة وتدبرها بدقة متناهية[101].

ومن أمثلة الأسئلة التي يطرحها المستشار[102]:

---

[99] عكاشة محمد عبدالعال، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص539.

[100] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص119.

[101] عمار تركاوي، محمد خير العكام، المرجع السابق، ص261.

[102] ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص119.

- ما طبيعة النزاع القائم بين...وبين...؟
- هل التظلم وجوبي في النزاع القائم بين...وبين...؟
- ماهي الدعوى الملائمة؟
- من هي الجهة القضائية المختصة؟

الفرع الثاني: الإجراءات

الأصل في طلب الاستشارة أنه يقدم قبل مباشرة أي إجراء من إجراءات الدعوى، غير أن في بعض الأحيان يقوم المستشير باتخاذ بعض الإجراءات حماية لحقه، وهنا يقتضي الأمر وجوب إعلام المستشار بكافة هذه الإجراءات المتخذة، ومثالها تقديم شكوى، أو تظلم، أو طلب اجراء معاينة عن طريق محضر قضائي، أو طلب تقرير خبرة أو.....مرتبة ترتيبا زمنيا[103].

الفرع الثالث: تحديد المشكل القانوني

بعد استطلاع المستشار لكافة الوقائع والإجراءات المتخذة، يقوم بتحديد المشكل القانوني، عبر إعادة صياغة سؤال المستشير بكيفية قانونية، بعد تحديد الطبيعة القانونية لكافة الوقائع وتقييمها على ضوء القانون[104]، وهو ما يعني إعادة تكييف الوقائع تكييفا قانونيا دقيقا، بهدف تحديد أهم النصوص القانونية التي تعالج المسألة، وتنطبق عليها آليا[105].

تعد عملية إعادة التكييف وتحديد النصوص القانونية واجبة التطبيق على المسألة أكثر عمل يسهل على المستشار استخلاص الأدوات القانونية الصحيحة والمناسبة

---

[103] المرجع نفسه.

[104] فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص109.

[105] موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص05.

لاستنتاج الرأي الاستشاري[106] الذي يوافق المرحلة التي يكون عليها النزاع، فإن كان النزاع معروض على القضاء انحصر رأي المستشار في الاحتمالات التي قد ينتهي إليها النزاع أمام القضاء سواء لصالح المستشير أم ضده، أما إذا كانت الاستشارة قبل نشوب النزاع، انحصر رأيه في تحديد الأوضاع القانونية التي تجنب المستشير النزاع مستقبلا، أو استعداده له في حالة ظهوره[107].

المطلب الثاني: المرحلة التحريرية (الإجابة)

بعد استخلاص الرأي الاستشاري الذي يلائم مرحلة النزاع، يمكن للمستشار تقديم إجابة دقيقة على المشكل القاني المحدد، من خلال تقسيم هذه المرحلة عمليا إلى عدة فقرات تهتم كل منها بمسألة قانونية معينة من المسائل المطروحة في المرحلة السابقة، وبالكيفية التالية:

الفرع الأول: تحديد النقاط والقواعد القانونية

تعد عملية تحديد النقاط والقواعد القانونية، أولى محطات الإجابة عن الاشكال القانوني المطروح، وبالترتيب، إذ لا يمكن للمستشار من تحديد القواعد القانونية، واجبة التطبيق دون القيام بتحديد النقاط القانونية المثارة من خلال استقراء كافة الوقائع المنتجة وترتيبها، ولذا سنتناول كل نقطة في فرع مستقل:

أولا- تحديد النقاط القانونية:

بعدما ينتهي المستشار من استخلاص الوقائع القانونية المنتجة لموضوع الاستشارة، وترتيبها ترتيبا زمنيا، يمكن له أن يحدد النقاط القانونية التي تستوجب المعالجة وإظهار النتائج القانونية المترتبة عليها، أو التي يحتمل أن تترتب عليها[108].

---

[106] فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص109.

[107] موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص05.

[108] صالح طليس، المرجع السابق، ص247.

ثانيا- تحديد القواعد القانونية:

يتم تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق من خلال البحث في مصادر القواعد القانونية التي يحددها المشرع الذي يبحث عن حكم المسألة محل الاستشارة في ظله، وهي تختلف من بلد إلى آخر، ومن قانون إلى آخر، فإن كانت القاعدة القانونية المنطبقة على المسألة موضوع الاستشارة غامضة، أو محل اختلاف قضائي، أو فقهي في تفسيرها أو تطبيقها، وجب على المستشار الإشارة إلى هذا الاختلاف أو ذاك الغموض، موضحا في ذلك كل التفسيرات الفقهية والاجتهادات القضائية، ومبينا الراجح منها[109].

ويراعي المستشار في ذلك ضرورة تناول جميع النقاط القانونية المحددة واحدة بواحدة حسب ترتيبها.

الفرع الثاني: تطبيق القواعد على الواقع واستخلاص الحلول القانونية

حتى يتسنى للمستشار إعطاء الحلول القانونية الصحيحة، يتوجب اخضاع الوقائع الى القواعد القانونية التي تعالج مثل هذه الوقائع، ولهذا يتعين على الباحث القيام بهاتين العمليتين حسب الترتيب التالي:

أولا-تطبيق القواعد القانونية على الوقائع:

خلال هذه النقطة يقوم المستشار بدراسة كيفية تطبيق الحكم الوارد في القواعد القانونية المحددة على الوقائع المنتجة المعروضة إن كان النزاع قائما، أو المفترضة إن كان النزاع محتملا لتحديد الحلول أو الأراء التي يمكن إعطاؤها، ولا يكتفي المستشار في ذلك بحكم القواعد القانونية فقط، بل يمكن أن يتعداه إلى استعراض مختلف النظريات التي

[109] عمار تركاوي، محمد خير العكام، المرجع السابق، ص262.

أوردها الفقه والقضاء، والتوقف عند الأحدث منها، وإجراء مقارنة بينها وبين ما سبقها من أراء واجتهادات، حتى يتم فهم التطور الحاصل فيها[110].

ويميز هنا ما إذا كان للمسألة محل الاستشارة أكثر من وجه، وأكثر من احتمال حسب رأي المستشار، فإنه يتعين عليه اظهار كافة هذه الأوجه وكل الاحتمالات حتى يتمكن من الوصول إلى حكم القانون في كل احتمال، وحتى يتسنى له تكوين رأيه الشخصي المستقل في المسألة[111]، شريطة أن يكون هذا الرأي الشخصي مدعما بتعليل منطقي وقانوني سليم بشكل يكسبه الوضوح والقوة التي تجعل منه رأيا مقنعا، صائبا، متفوقا عن سائر الأراء التي تم استعراضها، أو يمكنه أن ينقاد إلى ترجيح إحداها عن الأخريات، وهنا يجب عليه تبرير هذا الانقياد، وإبراز الأثار والنتائج العملية التي تترتب على تفضيل هذا الرأي دون غيره.

ثانيا- إعطاء الحل القانوني:

بعد تحديد كافة النقاط القانونية المستخلصة من الوقائع المنتجة وترتيبها ترتيبا زمنيا، وتحديد القواعد القانونية التي تنطبق عليها، والتي تظهر النتائج القانونية المترتبة على تلك النقاط القانونية، أو يحتمل أن تترتب عليها، يخلص المستشار إلى إعطاء حل واحد أو عدة حلول في ختام استشارته، على أن يشير إلى أرجحها، كما يمكن له أن يحصر رأيه الشخصي في مجرد تقديم النصيحة إلى المستشير بضرورة الإسراع باتخاذ بعض الإجراءات أو الامتناع عن غيرها،

ولأن طالب الاستشارة فير معني لا بالأراء الفقهية ولا بالاجتهادات القضائية، ولا بآليات ومنهجية حل المسائل القانونية، فإنه يتعين على المستشار إعطاؤه رأيا أو نصيحة، ليس هذا فحسب، بل يتوجب أن يكون هذا الرأي أو تلك النصيحة مقدما

---

[110] صالح طليس، المرجع السابق، ص248.

[111] عمار تركاوي، محمد خير العكام، المرجع السابق، ص262.

بشكل وجيز ومركز ودقيق[112]، حتى يعتمد عليه المستشير فيما ينوي القيام به من إجراءات.

[112] علي مراح، منهجية التفكير القانوني (نظريا وعمليا)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص184.

المحور الرابع:

منهجية اعداد مذكرة استخلاصية

عادة ما يجد الطالب نفسه امام مجموعة من الوثائق القانونية التي يجب عليه مناقشتها في وقت وجيز ومحدد، الامر الذي يحتم عليه ضرورة الإلمام بطرق وكيفيات معالجة عدة وثائق قانونية مختلفة في فترة زمنية قصيرة، أين يخضع طالب الحقوق إلى امتحان يختبر فيه قدراته في التحكم في الوقت، وتحليل الوثائق وفق منهجية محددة، وباتباع خطة علمية سليمة، بغية الوصول إلى النتائج المرجوة. وهو ما يعبر عنه في منهجية البحوث القانونية بمنهجية إعداد مذكرة استخلاصية، والتي تعد من بين اهم المواضيع التي تدرس لطالب الحقوق كجزء من المقرر الدراسي. حتى يكتسب مختلف الخبرات والقدرات التي تمكنه من التحكم في إعداد هذا النوع من المذكرات بطريقة علمية صحيحة، وهو الهدف الذي ننشده من وراء هذا المحور، ولذلك ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين يتعلق الأول بأساسيات المذكرة الإستخلاصية، في حين يتعلق الثاني بمراحل اعداد المذكرة الإستخلاصية بالكيفية التالية:

المبحث الأول: أساسيات المذكرة الإستخلاصية

المذكرة الإستخلاصية عبارة عن توليفة يمزج فيها الطالب بين العمل النظري والعمل التطبيقي وإفراغها في وثيقة واحدة، تكتسي أهمية بالغة في مسابقات الالتحاق بالمهن القانونية كالقضاء والمحاماة ولهذا يتعين علينا الاحاطة بمفهومها، ثم تعرج على الهدف منها في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم المذكرة الإستخلاصية

تبنى المذكرة الإستخلاصية شكلا ومضمونا على جملة الجهود الفكرية التي يبذلها الطالب من أجل تكوين رؤية واضحة ومستنيرة حول عديد الأفكار الأساسية التي

تطرحها الوثائق المختلفة محل الدراسة، وصبها في وثيقه واحدة، ولهذا تستهدف المذكرة الإستخلاصية مدلولين، أحدهما شكلي والآخر منهجي[113].

الفرع الأول: المدلول الشكلي للمذكرة الإستخلاصية

يتضح المدلول الشكلي للمذكرة الإستخلاصية من خلال التركيز على كونها وثيقة او جملة من الوثائق التي تتطلب التحليل واستخلاص المسائل القانونية ، واستنتاج الحلول بتحليل عدة وثائق تتكلم عن فكرة معينة او تعالج موضوعا معينا، قد يكون نصا قانونيا، أو رايا فقهيا، او مقتطفا من كتاب قانون معين، أو نصا من جريدة معينة، أوحكما او قرارا قضائيا، وبناء عليه، يقصد بالمذكرة الإستخلاصية من جهة أولى "مجموعه وثائق تحمل ارتباطا منطقيا معينا من حيث الموضوع ، ويتمحور على فكرة او مجموعة افكار قد تكون متنا قضة في مظهرها مما يحتم على الباحث إزالة هذا التنا قض، واستخلاص ما تضمنته من مسائل واشكالات وحلول قانونية"[114].

ومن جهة ثانية، تعرف المذكرة الإستخلاصية شكلا أيضا بانها "خلاصة دمج مجموعة من الوثائق قد تكون غير متجانسة، تتناول جوانب مختلفة لنفس الموضوع، في كتلة واحدة متجانسة وقصيرة إلى حد ما (.....) تتطلب قراءتها وفهمها لتسهيل عملية صنع القرار فيها "[115].

الفرع الثاني: المدلول المنهجي للمذكرة الإستخلاصية

يقصد بالمذكرة الإستخلاصية من الناحية المنهجية عملية معالجة مجموعة من الوثائق القانونية والفقهية والقضائية بطريقة علمية، بهدف استخلاص ما تضمنته من أفكار

---

[113] موساسب زهير، محاضرات في منهجية إعداد البحوث القصيرة في العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2020-2021، ص57.

[114] جليلة نعمان، محاضرات في منهجية البحث العلمي، قسم الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2021-2022، ص49.

[115] موساسب زهير، المرجع السابق، ص58.

أساسية وثانوية، وعرضها عرضا متسلسلا يكشف عن قدرة الطالب على استيعاب مضامين تلك الوثائق وتلخيصها واستخلاص ما اشتملت عليه من مسائل قانونية تتطلب التحليل، انتهاء بتقييمها وربما تقويمها عبر ما يسجله من نتائج ويعرضه من حلول، ذلك لأن وثائق المذكرة الإستخلاصية تختلف شكلا وتتقارب او تتفق موضوعا، وتنفرد منهجيا من خلال طريقة اعدادها، إضافة إلى اعتمادها على مناهج مختلفة[116]. ومن جهة ثالثة، تعد المذكرة الإستخلاصية عمل منهجي، يقوم فيه الطالب أو الباحث او الموظف بمعالجة مجموعة من الوثائق القانونية الفقهية والقضائية بطريقة علمية، بهدف استخلاص ما تضمنته من افكار أساسية و ثانوية تتعلق بمسألة قانونية معينة، وعرضها عرضا مرتبا ومسلسلا[117].

ولعل أهم هذه التعاريف ما يعبر عن المذكرة الإستخلاصية منهجيا على أنها دراسة علميه لملف يتكون من مجموعة من الوثائق القانونية والفقهية والقضائية لاستخلاص ما يوجد بها من أفكار أساسية وتقديمها وفقا لعرض منظم ومتماسك ومتسلسل، يبرز القدرات العلمية للطالب على استجلاء العناصر الجوهرية الموجودة فيها ومقاربة ومقارنة وتحليل ما تثيره من مسائل قانونية، قصد الاهتداء إلى نتيجة تتضمن حلول قابلة للاستغلال في الحال[118].

المطلب الثاني: أهداف وأهمية المذكرة الإستخلاصية

[116] عبد المنعم نعيمي، تقنيات إعداد البحوث العلمية القانونية المطولة والمختصرة، الجزائر، دار بلقيس للطباعة والنشر، دون سنة نشر، ص225.

[117] لرقط سميرة، مخلوفي خضرة، منهجية إعداد مذكرة استخلاصية، (كتاب أعمال الدورة التكوينية الدكتورالية الموسومة بمنهجية البحث العلمي في ظل التحول الرقمي المنعقد بتاريخ 22ماي2022 بجامعة سطيف)، المنهجية والتكنولوجيات الرقمية، الجزائر، ورقلة، دار قاضي للنشر والترجمة، 2022، ص453.

[118] موساسب زهير، المرجع السابق، ص58-59.

تتميز المذكرة الإستخلاصية بأهمية كبيرة في العمل القانوني الأكاديمي والرسمي يجعلها ذات أولوية على بقية البحوث القانونية الموجزة، الغاية منها تحقيق جملة من الأهداف العملية والعلمية سوف نوجزها فيما يلي:

الفرع الأول: أهداف المذكرة الإستخلاصية

يتمحور الهدف من إعداد المذكرات الإستخلاصية من الناحية الاكاديمية أولا حول تدريب الطلبة على كيفية ممارسة العمليات الذهنية المتعلقة بالاستخلاص والاستنتاج والاستنباط والتلخيص، وثانيا التدريب على اعادة ترتيب مختلف الوثائق وفق الطرق العلمية الصحيحة من أجل تنمية التفكير العلمي للطالب دون اعطاء رأيه الشخصي، او اظهار ميولاته حول الموضوع، مما يعني ضرورة الالتزام بالموضوعية والحياد[119].

اما من الناحية الوظيفية، فإن أهداف المذكرة الإستخلاصية تكمن في تقديم الحلول لبعض الصعوبات والعراقيل التي تعيق السير الحسن والمنتظم للإدارة، لتمكين الرئيس من اتخاذ القرار على وجه السرعة دون الاطلاع على كافة الوثائق المكونة للملف. كما تساهم المذكرة الإستخلاصية في تقييم مدى ملاءمة الحلول المقترحة من جهات إدارية مختلفة حول مسألة ما، وفي تقييم النظام الاداري القائم، وكذا صياغة مقترحات تشكل مبادئ توجيهية لتغير محتمل[120].

ليس ذلك فحسب، بل تهدف المذكرة الإستخلاصية أيضا إلى تدريب الطالب على مقابلة النصوص والقواعد التي تتضمنها مختلف الوثائق محل الدراسة، وعرض

---

[119] سميرة لرقط، مخلوفي خضرة، المرجع السابق، ص455.

[120] موساسب زهير، المرجع السابق، ص61.

واختيار واظهار الآراء الفقهية والمقارنة والترجيح بينها، لان المذكرة الإستخلاصية لا تقوم على نقل الأفكار والاكتفاء بعرضها دون تقييمها وتقويمها[121].

الفرع الثاني: أهمية المذكرة الإستخلاصية

يكاد يجمع الكثير من الفقهاء حول الأهمية التي تكتسبها المذكرة الإستخلاصية في الأداء الوظيفي والعلمي في الميادين القانونية، ترجحها لأن تكون أهمها على الإطلاق، ومرد ذلك إلى الدور الذي تلعبه في[122]:

- تدريب الطالب على التفكير العلمي والقانوني الممنهج.
- اكتساب مهارات البحث العلمي المختصر، من خلال استيعاب القواعد الصحيحة لمنهج التحليل والاستقراء والاستنتاج والاستنباط.
- اكتساب مهارات التعامل بطريقه علميه صحيحة مع عده وثائق قانونية مختلفة في آن واحد، ومن ثم تقييمها وتقويمها مكتسبا بذلك روح النقد الإيجابي.
- اعداد الطالب لخوض مختلف المسابقات الوظيفية كالقضاء المحاماة.

المطلب الثالث: صعوبات المذكرة الإستخلاصية

تعترض الطالب أثناء إعداده للمذكرة الإستخلاصية عدة صعوبات نوجزها فيما يلي[123]

- كثرة الوثائق المعروضة أمام الطالب وتنوعها.
- ضيق الوقت الممنوح للطالب والمحدد لإعداد المذكرة.
- حصر الطالب في عدد معين من الصفحات الذي يتوجب عليه عدم تجاوزه باي حال من الأحوال.

---

[121] إلهام عزايز، المنهجية القانونية، قسم الحقوق، جامعة وهران 2، الجزائر، ص3-4.

[122] جليلة نعمان، المرجع السابق، ص50.

[123] سميرة لرقط، مخلوفي خضرة، المرجع السابق، ص454.

- احتمالية عدم إطلاع الطالب على وحده موضوع معين أو عدم اتقانه له.

المطلب الثالث: أنواع المذكرات الإستخلاصية

تتنوع المذكرات الإستخلاصية حسب مجالات أعدادها بين ثلاثة أنواع سوف نوجزها في الفروع الثلاث التالية[124]:

الفرع الأول: المذكرات الاكاديمية

وهي تلك المذكرات التي ترتبط بالمسار الأكاديمي للطلبة والباحثين الجامعيين على حد سواء، يتم اعدادها لاكتساب مهارات معالجة النصوص الفقهية والقانونية والقضائية وغيرها.

الفرع الثاني: المذكرات الرسمية

والتي تعدها المؤسسات الرسمية في الدولة كالقضاء، الهدف منها استخلاص المسائل القانونية العالقة وحلولها ميدانيا، بما يصدره القضاء من قرارات واحكام قضائية.

الفرع الثالث: المذكرات المؤسساتية

والتي يتم اعدادها بهدف دراسة وضع من الاوضاع داخل مؤسسة ما، مهما كان نوع نشاطها، بهدف معالجة هذا الوضع من وجهة نظر قانونية، حيث يقوم بهذه المهمة المستشار القانوني للمؤسسة.

المبحث الثاني: مراحل اعداد المذكرة الإستخلاصية

تعد صياغة المذكرة الإستخلاصية على الرغم من أهميتها من بين أصعب الاعمال التطبيقية بالنسبة للطالب، لا لشيء إلا لجهله بموضوعها من قبل، مما يحتم عليه فهمه اولا من خلال ما عرض او ما قدم له من وثائق مختلفة. ثم محاولة الربط بين تلك المعلومات المستخلصة بطريقة منهجية، ومن ثم ايجاد الحلول المناسبة. عن طريق تحليل مختلف

[124] حمزة خادم، منهجية اعداد مذكرة استخلاصية، منهجية البحث العلمي (تقنيات البحث العلمي 1-2)، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة، الجزائر، 2022-2023، ص02.

وجهات النظر والآراء الفكرية الموجودة بالوثائق. ولبلوغ هذه المرحلة يتعين على الطالب إتباع المرحلتين التاليين:

المطلب الأول: المرحلة التحضيرية

يتطلب اعداد المذكرة الإستخلاصية المرور بمرحلة تمهيدية الغرض منها فحص الوثائق المقدمة وترتيبها وتحليلها للوصول إلى إعداد خطة علمية صحيحة تتناسب وموضوع المسألة القانونية التي تتناولها الوثائق المكونة لملف المذكرة، والتي سوف تتناولها في الفروع التالية:

الفرع الاول: فحص الوثائق

يقوم الطالب عبر هذه المحطة بإلقاء نظرة عامة وسريعة على مختلف الوثائق المدرجة في ملف المذكرة بغية استعراض هذه الوثائق بهدف تكوين تصور مفيد ومنتج، واستخلاص الافكار الجديرة بالاهتمام، وفهم ما ينتظره المتلقي من هذه الوثائق، دون ان يهمل إعادة صياغة الموضوع، وتتم هذه العملية من خلال التوجه إلى فهرس الملف والتعرف على طبيعة الوثائق، حتى يتمكن الطالب من تصنيفها حسب طبيعتها (مقالات صحفية، آراء فقهية، قرارات أو أحكام قضائية، مناشير..)[125]

كما يمكن للطالب أن يعتمد في ترتيب هذه الوثائق على أهميتها، من الأهم إلى المهم إلى الأقل أهمية، شريطة أن يستبعد ما كان منها دون أهمية[126]

الفرع الثاني: تحليل الوثائق

يقوم الباحث من خلال هذه المحطة بكتابة ما استخلصه من كل وثيقة من مسائل قانونية وفقهية وتلخيصها في ورقة مسودة، تفاديا للعودة اليها في كل مرة ربحا

---

[125] سقلاب فريدة، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2017-2018، ص81.

[126] موساسب زهير، المرجع السابق، ص63.

الوقت. ثم يقوم بترتيب وتصنيف تلك الافكار واستخلاص مسائلها مع مراعاه تكامل الوثائق او تعارضها، وبعدها يقوم الباحث بتجميع كل ما استخلصه من جمل استنتاجية ومقارنتها ببعضها حتى يهتدي للأفكار الرئيسية لتلك الوثائق، والتي تشكل محاور مناسبة لوضع الخطة[127].

الفرع الثالث: استخلاص الاشكالية وضبط الخطة

بعد تدوين الطالب لجميع ملاحظاته حول الملف، يقوم بضبط اشكاليه يحترم فيها جملة من التوجيهات تتمثل في:

- أن تكون إشكالية عامة تتوافق مع الملف وليس مع جزء منه.
- أن تكون دقيقة تعبر عن موضوع الملف ككل.
- ان نكون مصاغة بطريقة قانونيه دقيقة ومحددة.

غير أنه إذا تعذر على الطالب هذا الأمر، يقوم بتلخيص كل ملف في جملة واحده، ثم يقوم بإعادة ترتيب هاته الملخصات المصغرة حتى يمكن له اعطائها تساؤلا مشتركا رئيسيا يجمع بين كافة الوثائق[128].

ليخلص الطالب بعدها إلى اعداد خطة عمل تتألف من مقدمة وعرض وخاتمة، من خلال ما تم الاحتفاظ به في المسودات، مع حرصه على أن يكون ترتيب الحظة ترتيبا منطقيا مبني على الترابط المتناغم بين الافكار الواردة في مختلف الوثائق، أو من خلال تسجيل العلاقات التي تنشأ بين الأفكار في حالة ما إذا كانت هذه الافكار متعارضة كليا أو جزئيا[129].

---

[127] بوضياف فاطمة الزهراء، منهجية اعداد مذكرة استخلاصية، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، ص02.

[128] سميرة لرقط، مخلوفي خضرة، المرجع السابق، ص457.

[129] موساسب زهير، المرجع السابق، ص66.

وفي كل هذا يستحسن الاعتماد على الخطة الثنائية، مع ضرورة مراعاة التوازن الشكلي والموضوعي في إعدادها.

المطلب الثاني: المرحلة التحريرية

تقوم هذه المرحلة على صياغة المقدمة، ومعالجة الاشكالية في المتن، وتحرير الخاتمة التي تبقى اختيارية حسب غالبية الفقه، وهي النقاط التي نستعرضها فيما يأتي من فروع:

الفرع الأول: المقدمة

تشتمل مقدمة المذكرة الإستخلاصية على تبيان الموضوع الأساسي الذي يثيره الملف بأكمله، والتعريف بالوثائق المقدمة في الملف مرتبة ومصنفة إما بالترتيب الوارد في الملف، أو يقوم الطالب بترتيبها حسب الترتيب التقليدي الذي يبدأ بالنصوص القانونية ثم الآراء الفقهية وانتهاء بالأحكام والقرارات القضائية، ليخلص في مقدمته إلى طرح الإشكالية ويختمها بالتصريح بالخطة المقترحة، على أن تصاغ المقدمة بطريقة مختصرة ودقيقه، وألا تتجاوز الثمانية أسطر على أكبر تقدير[130].

مثال توضيحي على كتابة مقدمة:

مقدمة:

يتناول الملف الذي بين ايدينا موضوع: ..... من خلال مجموعة من النصوص القانونية هي المواد ..... من القانون المدني مثلا أو من قانون. .....بالإضافة إلى قرارات المحكمة العليا المرتبة من سنة.....إلى سنة.....بالترتيب، والتي صدرت عن الغرفة..... وفي جهة أخرى تناول الموضوع مجموعة من الآراء الفقهية للأستاذ: ..... والاستاذ. ..... (مع ذكر صفته ومركزه المذكور بالملف).

[130] موهوبي محفوظ، محاضرات في منهجية البحث العلمي، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2019-2020، ص25.

ان هذه القرارات والنصوص والقانونية والفقهية تتناول اشكالية معينة وذلك ما نحاول تناوله بالشرح والتحليل من اجل تبيان هذا الاشكال وحله من خلال منهجية موضوعية كالاتي:

الفرع الثاني: المتن

يتضمن متن المذكرة الإستخلاصية إجابة على الإشكالية المطروحة وفقا للخطة المقترحة من خلال تحليل الافكار التي استقاها الطالب من قراءته للوثائق مراعيا في ذلك عدم النقل الحرفي لما ورد في نص الوثائق من عبارات. ومواليا أهمية كبرى في ذلك إلى الاعتماد على الاسلوب الشخصي في تحرير الافكار العامة لتلك الوثائق، كما يتعين عليه الابتعاد عن تخصيص مطلب لكل وثيقة، كما يمكنه الاشارة إلى الوثيقة المرجعية اثناء التحرير كذكر رقم المادة القانونية، أو رقم وتاريخ الحكم أو القرار ا لقضائي، او الاشارة إلى رأي الفقيه من خلال ذكر عنوان المرجع المنسوب إليه، أو المقال المنشور به[131]. كما يتعين على الباحث أيضا عدم استعمال بعض المصطلحات التي تعبر على رأيه الشخصي كأن يقول (نستعرض، نستقرئ، يتبين من خلال، بعد تفحصنا..)، مكتفيا في ذلك بتحليل وجهات النظر والاتجاهات الفكرية التي تتضمنها مختلف وثائق الملف دون اضافة ولو ضمنية.

مثال توضيحي على كتابة المتن:

أولا- من حيث النصوص القانونية:

جاءت النصوص في عامتها (متوافقة - متعارضة) مع بعضها البعض تتناول المادة الأولى: ..... الثانية.... الثالثة.....(ذكر كل ما تتناوله المواد بصفة عامة وملخصة) حيث يظهر من خلال تحليل واستقراء هذه النصوص يتضح أنها رتبت قاعدة عامة

[131] خادم حمزة، المرجع السابق، ص53.

متمثلة في: ..... واستثناء في المواد .....(في حالة وجود قاعدة عامة واستثناءات)، (أما إن ظهر التعارض فيجب تحديده في أية مادة ويذكر بالتفصيل)

ثانيا- من حيث قرارات المحكمة العليا

يظهر (استقرار/عدم استقرار بين ملفات المحكمة العليا في تناولها الموضوع حيث تناولت القرارات ..... الموضوع) غير ان القرار رقم ..... الصادر بتاريخ .... ذكر كل القرارات التي استقرت على ترتيب استثناء نجد عدم استقرار قضاء المحكمة العليا حيث قضت المحكمة العليا ب.....وهو الامر الذي يجب بالفعل تناول المحكمة العليا للموضوع.....من وجهة نظر تناول المحكمة العليا للموضوع المطروح بالملف.

ثالثا- من حيث الأراء الفقهية:

جاءت المقالات الفقهية التي تناولت..... (موضوع الملف) وهي (ذكر عددها)

النص الأول للأستاذ .....الذي تناول فيه موضوع .....

والنص الثاني للأستاذ ..... الذي تناول فيه موضوع ..... بشكل متقارب - متسلسل -مكمل للمقال السابق من حيث انه تناول..... وان هذا الأخير جاء ..... اما النص الثاني فكان متناقض -متباين.....

أما النص الثالث: فكان (متوافقا - متناقضا - متسللا -مكملا .....) للمقالات السابقة من حيث.....(شرح وجهة نظر الأستاذ الكاتب)

من خلال ذلك يتضح ان النصوص جاءت متوافقة -متكاملة -متسلسلة -متناقضة - متباينة..) فيما بينها.

الفرع الثالث: الخاتمة

تعتبر الخاتمة امر اختياري بالنسبة للطالب، وفيها يمكن له استخلاص ما تناوله في مذكرته الإستخلاصية[132]. مقدما في ذلك إجابة صريحة ودقيقة على الإشكالية

[132] عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص213.

المطروحة، ولو أنه قد سبق مناقشتها في المتن. وفي كل هذا يجب الا يتجاوز حجم المذكرة الاجمالي الأربعة صفحات على أكبر تقدير.

مثال توضيحي على كتابة الخاتمة:

الخلاصة (الخاتمة):

إن تناول الملف لموضوع: ..... جاء واضحا من خلال تعارض تتم ملاحظته من خلال .....:(ذكر النص الذي جاء متعارضا وقد يكون حكما او قرار او نصا أو مقالا) ومن ذلك يتضح أن الاشكال القائم متمثل في تناقض (استخرج القرار أو النص أو المقال الذي يشكل تناقضا مع موضوع الملف) وذلك يجعل النصوص متناقضة أو (القرارات غير المستقرة) او (المقالات الفقهية غير المتوافقة).

مثال تطبيقي: الاختبار المذكرة الإستخلاصية

التاريخ: 15 جويلية 2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

المدرسة العليا للقضاء

المسابقة الوطنية لتوظيف الطلبة القضاة لسنة 2024

التوقيت من 08:30-12:30

انطلاقا من النصوص القانونية والفقهية والاجتهادات القضائية، المطلوب تحرير مذكرة إستخلاصية لا تتجاوز 3 صفحات؟

أولا. النصوص القانونية

1 .**الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل**

ا. تعديل 2016

المادة 188: يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي.

ب تعديل 2020

المادة 164: يحمي القضاء المجتمع وحريات وحقوق المواطنين طبقا للدستور.

المادة 176: يستفيد المحامي من الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط، وتمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون.

المادة 177: يحق للمتقاضي المطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية، ويمكنه أن يستعين بمحام خلال كل الإجراءات القضائية.

المادة 195: يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور.

عندما تخطر المحكمة الدستورية على أساس الفقرة اعلاه، فإن قرارها يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطارها. ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المحكمة ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.

المادة 196: يحدد قانون عضوي إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

المادة 198: إذا قررت المحكمة الدستورية أنّ نصا تشريعيًا أو تنظيميًا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدّده قرار المحكمة الدستورية.

تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

المواد المتعلقة بالحقوق والحريات المواد من 34 إلى 77 من الفصل الأول المتعلق ب الحقوق الأساسية والحريات العامة من الباب الثاني المتعلق بالحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات.

المادة 37: كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الجنس أو الرّأي أو اي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.

المادة 41: كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته، في إطار محاكمة عادلة.

2 القانون العضوي رقم 118 مؤرخ في 2 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية

المواد 2، 4، 6، 7، 8، 9، 10، 13، 21 و24 التي توضح الشروط والإجراءات أمام المجلس الدستوري.

3 القانون العضوي رقم 22-19 مؤرخ في 25 جويلية 2022 يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية

المادة 19: يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة. المادة 20 تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

المادة 21: يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

-أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مال النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

-ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.

- أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

المادة 43: تفصل المحكمة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية في الآجال وبالكيفيات المنصوص عليها في المادة (195) الفقرة 2 من الدستور.

المادة 44: تلغى أحكام القانون العضوي رقم 18-1- الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية..

4 القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية

المادة 43: يوقف بقرار من الوالي كل منتخب تعرض لمتابعة قضائية بشأن جناية أو جنحة لها صلة بالمال العام أو لأسباب مخلة بالشرف أو كان محل تدابير قضائية لا تمكنه من الاستمرار في ممارسة عهدته الانتخابية بصفة صحيحة، إلى غاية صدور حكم نهائي من الجهة القضائية المختصة.

في حالة صدور حكم نهائي بالبراءة، يستأنف المنتخب تلقائيا وفوريا ممارسة مهامه الانتخابية.

5 **.القانون رقم 08-2009 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل بموجب القانون 22-13**

المادة 815: مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام.

بعد التعديل بموجب القانون 13. 22 أصبحت المادة تنص: ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة ورقية أو بالطريق الإلكتروني.

المادة 826: تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة. تم إلغاء هذه المادة بموجب القانون 22-13.

6 **.القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة**

المادة 24 الفقرة الأخيرة: لا يمكن متابعة محام بسبب أفعاله وتصريحاته ومحرراته في إطار المناقشة أو المرافعة في الجلسة.

ثانيا الفقه:

1 .إن مهام المجلس الدستوري كمعدل للسلطات العمومية الدستورية تدخل في نطاق حمايته للحريات العامة والحقوق ولهذا فطرق إخطاره أصبحت موسعة إلى المواطن بعدما كانت منحصرة في طرق سياسية تتمثل في رؤساء غرف البرلمان ورئيس الجمهورية والبرلمانيين، فأصبحت موضوع إخطار من طرف المواطن. إذا كان هذا الإخطار موجود من قبل في إطار الرقابة عن طريق الدفع وخاصة في الدساتير التي تكرس الرقابة القضائية فإنه اليوم يأخذ توجها جديدا في الدساتير التي تكرس الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية. إن المسألة الأولية الدستورية أي ما يسمى ب La QPC هي نافذة جديدة في كيفية طرح شكل من أشكال النظر في دستورية أو عدم دستورية قانون ما بالنسبة إلى المساس بالحريات والحقوق الأساسية للمواطن التي كرسها الدستور الجزائري. إن المسألة الأولية الدستورية تأتي لرسم معالم القيم الإنسانية التي تحملها المبادئ الدستورية بالرجوع إلى الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان بما فيها القوانين مهما كانت طبيعتها. ويعتبر الحق الذي يكرسه هذا الإجراء في طرح مسألة ذات طابع دستوري طبيعتها وسيلة تمنح للمواطن كمتقاضي قد تساهم في تطوير السير الحسن للعدالة

المصدر د منصور: مولود أي نظام أفضل لحماية الحريات العامة المسألة الأولية الدستورية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51 العدد 3، ص ص 17.7

2 بالرجوع إلى الأنظمة التي أناطت الرقابة الدستورية لمجالس دستورية، يظهر أنها حصرت جهات الإخطار في ا الرسمية للدولة من سلطة تشريعية وتنفيذية، من دون تمكين المواطن من إثارة المسألة أمامها ويختلف هذا الأمر عن الدول التي أخذت بنظام المحاكم الدستورية أو التي من صلاحيات القضاء العادي فيها مراقبة دستورية القوانين، حيث يمكن للمواطن الطعن بدستورية القوانين أمامها. وفي هذا الإطار، شكل التعديل الدستوري الأخير في الجزائر المناسبة لاعتماد نظام المسألة الأولية الدستورية عن طريق

تمكين أعلى الجهات القضائية في الجزائر والمتمثلة في كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة من إخطار المجلس الدستوري بعدم دستورية أحكام تشريعية. ويهدف التعديل الدستوري في هذا المجال إلى تعزيز سمو الدستور في إطار مبدأ تسلسل القوانين، عن طريق إلغاء التشريعات المخالفة للدستور وتعزيز مكانة المتقاضي عن طريق تمكينه من إثارة عدم دستورية القوانين بطريقة غير مباشرة. يقيد تطبيق المسألة الدستورية الأولية من حيث الموضوع بطائفة الحقوق التي هي محل حماية دستورية.

المصدر: د. سامية بوروبة المسألة الأولية للدستورية: آلية جديدة لحماية حقوق الإنسان في الجزائر، المفكرة القانونية،

.2017/11/10

ثالثا. الإجتهادات القضائية

1.قرار رقم 31 لق. م. داد ع د 22 مؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1444 الموافق 26 أكتوبر سنة 2022، يتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 43 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة2011 والمتعلق بالبلدية

إن المحكمة الدستورية....

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 22-19 المؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1443 الموافق 25 يوليو سنة 2022 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية،

- وبمقتضى القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011 والمتعلق بالبلدية المعدل والمتمم....

حيث أن المدعي في الدفع (أ) (س)، بصفته رئيسا للمجلس الشعبي البلدي لبلدية أعفير (ولاية بومرداس) منح رخصة استغلال مطعم مدرسي كائن بتراب البلدية، للسيد

(ت. (ف) من أجل إقامة عرس أخيه في المدرسة الابتدائية "محند أو عاشور"، وهذا بموجب قرار بلدي تحت رقم 1922-2019 مؤرخ في 13 غشت سنة 2019.

-حيث أن المحكمة الدستورية توصلت بقرار الإحالة الصادر عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة المذكور أعلاه وتم تسجيله لدى أمانة ضبط المحكمة الدستورية بتاريخ 24 يوليو سنة 2022 تحت رقم 07/2022 حيث أنه لا يراود المحكمة الدستورية أدنى شك أن التوقيف المؤقت أو الاحترازي للمنتخب البلدي موضوع المادة 43 من القانون المتعلق بالبلدية، لا يمثل بأي حال من الأحوال، عقوبة أو جزاء حتى يثير المدعي في الدفع تعارضها مع المادة 41 من الدستور،

-وبالنتيجة، فإن المادة 43 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011 والمتعلق بالبلدية المعدل والمتمم لا تتعارض البتة مع مقتضيات المادة 41 من الدستور، بما يتعين التصريح بدستوريتها.

لهذه الأسباب

تقرر ما يأتي:

أولا: التصريح بدستورية المادة 43 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011, والمتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم...

2 قرار رقم 30 ق. م. داد ع د 22 مؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1444 الموافق 26 أكتوبر سنة 2022، يتعلق بالدفع بعدم دستورية المواد 815 و826 و904 و905 و906 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إن المحكمة الدستورية...

-وبمقتضى القانون العضوي رقم 22-19 المؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1443 الموافق 25 يوليو سنة 2022 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، ...

-وبمقتضى القانون رقم 08-01 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم...

حيث أن المدعي في الدفع (ع. م) القاطن بحي ذراع حليمة بلدية برج زمورة، ولاية برج بوعريريج أثار بمناسبة الاستئناف في دعواه ضد بلدية برج زمورة بولاية برج بوعريريج، أمام الغرفة الثالثة بمجلس الدولة، دفعا بعدم دستورية المواد: 815 و826 و904 و905 و90 من القانون رقم 08-09 والمذكور أعلاه، مؤكدا مخالفتها للمواد 34 و35 و37 و77 و164 و165 و175 و177 و195 من الدستور، وكذا مساسها بحقوقه الدستورية وعلى رأسها الحق في المساواة والحق في الدفاع، وإتاحة القضاء للجميع....

حيث أن المادة 904 من القانون رقم 08-09 المذكور أعلاه، المدفوع بعدم دستوريتها لم تصبح تتضمن أي حكم يتعلق بوجوبية التمثيل بمحام لإحالتها على المادة 815 المعدلة بموجب المادة 6 من القانون رقم 2-1 المذكور أعلاه مما يجعل الدفع بعدم دستوريتها هيا الأخرى غير ذي موضوع، فاقدا لأي وجه من أوجه التأسيس.....

لهذه الأسباب

تقرر ما يأتي:

أولا: التصريح بأن الدفع بعدم دستورية المادتين 815 و826 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022، أصبح دون موضوع بعد تعديل الأولى وإلغاء الثانية كلياً،

ثانيا: التصريح بصرف النظر عن الدفع بعدم دستورية المادة 904 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22 13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022 لإحالتها على المادة 815 التي لم تعد تنص على وجوبية التمثيل بمحام أمام المحكمة الإدارية

ثالثا: التصريح بدستورية المادتين 905 و900 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم،

3.قرار رقم 01 ق.م د د ع د 21 مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021

إن المحكمة الدستورية،

وبمقتضى القانون رقم 13-07 المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر سنة 2013 والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة

وبناء على قرار الإحالة بعدم الدستورية من المحكمة العليا، المؤرخ في 28 مارس سنة 2021. حيث أن السيد (ب. ع) دفع بعدم دستورية المادة 24 من القانون رقم 13-07- المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر سنة 2013 والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة، وعليه فإن المشرع بنصه على الحماية القانونية للمحامي أثناء ممارسة مهنته ومرافعته في الجلسة، وممارسة حق الدفاع بكل حرية في الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 13 07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة يكون قد مارس اختصاصاته الدستورية، وكرس الضمانات القانونية التي وردت في نص المادة 176 من الدستور، وعليه، تقرر المحكمة ما يأتي:

أولا: تصرح بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 13-07- المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

الحل:

الجزائرية الديمقراطية الشعبية الجمهورية

وزارة العدل

المدرسة العليا للقضاء

الإجابة النموذجية لاختبار لإجابة النموذجية للمذكرة الإستخلاصية المسابقة الوطنية لتوظيف الطلبة القضاة لسنة 2024

المنهجية: الإجابة وفق عناصر مرتبة نقطتين(2ن)

مقدمة نقطتين (2ن)

يتعلق موضوع المذكرة الإستخلاصية بالدفع بعدم الدستورية الذي هو أحد الآليات التي كرستها العديد من الدول بغرض منح الأفراد وسيلة لحماية الحقوق والحريات التي يتمتعون بها عن الطريق الدهم بأن أمام القضاء الدستوري بانتهاك هذه الحقوق والحريات. ولقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري هذه الآلية بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 تتم معالجة الموضوع بالتعرض للمفهوم كذا التطبيقات القضائية الخاصة به.

أولا. مفهوم الدفع بعدم الدستورية يتضمن هذا المحور العناصر الأساسية التي يجب ان تتضمنها الإجابة والممثلة في التعريف والشروط والأساس القانوني (08 نقاط).

كرست العديد من الدول في دساتيرها نظام الرقابة على دستورية القوانين بوضع نظام الإخطار الضيق الذي يكون حكرا على بعض السلطات العمومية أمام المجالس أو المحاكم الدستورية. غير ان تنامي فكرة حقوق الإنسان والحريات الأساسية جعلها تعمد إلى توسيع الإخطار واعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية لتمكين المواطن بالدفع بصورة غير مباشرة. ويعرف الدفع بعدم الدستورية أو "المسألة الأولية الدستورية" كما وردت في الدستور الفرنسي بأنها الية قانونية تسمح للمواطن وإخطار المحكمة الدستورية بصورة

غير مباشرة عن طريق إثارة دفع أمام القضاء بكون الاحكام التشريعية التي ستطبق على النزاع الذي يكون هو طرفا فيه يخالف الحقوق والحريات المكفولة دستوريا. ويتبين من التعريف ان هناك شروطا يجب ان تتحقق لإمكانية إثارة هذا الدفع وتتمثل في: وجود نزاع أمام القاضي ومخالفة الأحكام التشريعية التي سيطبقها القاضي في النزاع المعروض امامه للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور -المواد من 34 إلى 77 من الفصل الأول المتعلق ب الحقوق الأساسية والحريات العامة من الباب الثاني المتعلق بالحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات. هذا النفع ليس من النظام العام بل يجب إثارته من المتقاضي.

كرس تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 هذه الرقابة في المادة 188 فقرة أولى، وتضمنها التعديل 2020 الدستور في المادة 195 كالتالي " يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جمة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مثل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ". كما فصل القانون العضوي رقم 22-19 - وقبله القانون العضوي رقم 18-16 - في كيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

ثانيا. التطبيقات القضائية الخاصة بالمدفع بعدم الدستورية (08 نقاط).

تم اختيار 3 قرارات من ضمن قرارات عديدة. يجب أن يشير تحليل هذه القرارات إلى الدفع المثارة والحقوق والحريات الدستورية التي يمس يا القانون المنار عدم دستور المادة 43 من القانون المتعلق بالبلدية للمادة 41 من الدستور التي تكرس قرينة البراءة. بعد فحص الدفع تبين للمحكمة أن التوقيف المؤقت أو الاحترازي يته.

1.قرار المحكمة الدستورية لسنة 2022 يتعلق بالمدفع بعدم دستورية المادة 43 من القانون رقم 11 10 والمتعلق بالبلدية تعلق الدفع بمخالفة للمنتخب البلدي لا يمثل بأي حال من الأحوال، عقوبة أو جزاء، وقررت بالتالي رفض الدفع.

2.قرار المحكمة الدستورية لسنة 2022 يتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 904 من القانون رقم 09-08 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم تعلق الدفع بمخالفة المادة 904 من القانون رقم 08-09 للمادة 177 من الدستور التي تكرس إمكانية الاستعانة بمحامي. بعد فحص الدفع تبين للمحكمة أن المادة المدفوع بعدم دستوريتها لم تعد تتضمن أي حكم يتعلق بوجوبية التمثيل بمحام لإحالتها على المادة 815 المعدلة بموجب المادة 6 من القانون رقم 22-13.

3.قرار المحكمة الدستورية لسنة 2021 يتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 24 من القانون رقم 07-13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة: تعلق الدفع بمخالفة المادة 24 من القانون المتضمن تنظيم محنة المحاماة للمادة 176 من الدستور التي تكرس حماية المحامي أثناء ممارسة مهامه من كل أشكال الضغط وتمكينه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون بعد فحص الدفع تبين للمحكمة أن المادة المدفوع بعدم دستوريتها لا تخالف المادة 176 من الدستور.

المصادر والمراجع:

1-المصادر:

أ- الكتب:

- القرآن الكريم
- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1984.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مصر، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

ب- القوانين:

- القانون رقم 25-14 المؤرخ في 03اوت 2025 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية الصادر بالجريدة الرسمية العدد54 بتاريخ 13اوت 2025.
- قانون رقم 08-09مؤرخ في 25 فبراير سنة2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 21 بتاريخ: 23-04-2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية الصادر بالجريدة الرسمية العدد 48 بتاريخ 17جويلية2022.

2- المراجع:

أ- الكتب:

- أحمد دودو، منهجية تحليل النصوص القانونية، برلين، ألمانيا، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، 2022.
- أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- أنور طلبه، موسوعة للمرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثالث، مصر، دار الكتب القانونية، 1998.
- حلمي محمد الحجار، المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، بيروت، د.د.ن، الطبعة الثانية2003.
- لرقط سميرة، مخلوفي خضرة، منهجية إعداد مذكرة استخلاصية، (كتاب أعمال الدورة التكوينية الدكتورالية الموسومة بمنهجية البحث العلمي في ظل التحول الرقمي المنعقد بتاريخ 22ماي2022 بجامعة سطيف)، المنهجية والتكنولوجيات الرقمية، الجزائر، ورقلة، دار قاضي للنشر والترجمة، 2022.
- محمود أحمد سيف الدين، المنهجية في علم القانون، التعليق على الاحكام والقرارات القضائية، ، لبنان، د.د.ن، 2021.
- ميلود بن حوحو، منهجية تحليل النصوص القانونية، الطبعة الأولى، برلين، ألمانيا، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، 2021.
- مقلاتي مونة، منهجية تحليل النصوص القانونية، المنهجية والتكنولوجيات الرقمية، (أعمال الدورة التكوينية الدكتورالية الموسومة ب: منهجية البحث العلمي في ظل

التحول الرقمي المنعقد بتاريخ 22ماي2022 بجامعة سطيف)، الجزائر، دار قاضي للنشر والترجمة، 2022.

- صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2010.
- عاصم خليل، منهجية البحث وأصوله، تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني، عمان، الأردن، دار الشرق للنشر والتوزيع، 2012.
- عبدالمجيد الزروقي، المنهجية أو البلاغة القانونية، التعبير عن التفكير، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية 2013.
- عبد المجيد لخذاري، منهجية تعامل الباحث مع النص التشريعي، المنهجية والتكنولوجيات الرقمية، (أعمال الدورة التكوينية الدكتورالية الموسومة ب: منهجية البحث العلمي في ظل التحول الرقمي المنعقد بتاريخ 22ماي2022 بجامعة سطيف)، الجزائر، دار قاضي للنشر والترجمة، 2022.
- عبد المجيد لخذاري، منهجية البحث العلمي القانوني، الجزائر، دار الخلدونية للطباعة والنشر، 2020.
- عبد المنعم نعيمي، تقنيات إعداد البحوث العلمية القانونية المطولة والمختصرة، الجزائر، دار بلقيس للطباعة والنشر، دون سنة نشر.
- عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، دمشق، دار النمير، 2004.
- علي مراح، منهجية التفكير القانوني (نظريا وعمليا)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.

- عمار تركاوي، محمد خير العكام، المنهجية القانونية، دمشق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
- عكاشة محمد عبدالعال، سامي بديع منصور، المنهجية القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- عكاشة محمد عبد العال، سامي منصور، المنهجية القانونية، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، الطبعة الثانية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، الطبعة الثالثة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- شروخ صلاح الدين، الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية، عنابة، الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2010.

ت- **المحاضرات:**

- إلهام عزايز، المنهجية القانونية، قسم الحقوق، جامعة وهران 2، الجزائر.
- إلياس جوادي، دروس في تحليل نص قانوني، قسم الشريعة والقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، 2021.
- بوضياف فاطمة الزهراء، منهجية اعداد مذكرة استخلاصية، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان، الجزائر.

- جليلة نعمان، محاضرات في منهجية البحث العلمي، قسم الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2021-2022.
- ح/ أيت وارت، محاضرات مقياس منهجية البحث العلمي، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2019-2020.
- حمزة خادم، منهجية اعداد مذكرة استخلاصية، منهجية البحث العلمي (تقنيات البحث العلمي 1-2)، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة، الجزائر، 2022-2023.
- موساسب زهير، محاضرات في منهجية إعداد البحوث القصيرة في العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2020-2021.
- موهوبي محفوظ، محاضرات في منهجية البحث العلمي، الجزائر، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، 2019-2020.
- سقلاب فريدة، محاضرات في منهجية العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2017-2018.

ج- **المقالات**:

- محمود دودين، الحكم القضائي، مفهومه، تحليله، موضوعه، عمليه انشائه، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدد السابع، سبتمبر 2007.
- عادل يوسف الشكري، كيفية كتابة البحث العلمي القانوني والتعليق على النصوص القانونية والقرارات القضائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد 16، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2013.

- عبد الفتاح مراد، أصول التعليق على النصوص القانونية والأحكام القضائية، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، العدد السابع، سبتمبر 2007.
- فتاحي محمد، منهجية التعليق على قرار قضائي مع نموذج تطبيقي، قسم الحقوق، الجزائر، جامعة أدرار.