

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة جيجل

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مقياس منهجية البحث العلمي

الفصل الخامس: منهجية تحرير مذكرة استخلاصية

+ طلبة ماستر 1 تخصص قانون أعمال

+ السداسي الثاني

+ الفوجين 1 و 2

من إعداد الأستاذة: بلعلمي أماني



السنة الجامعية : 2024 . 2025

تمهيد

عادة ما يتم اختيار المذكرة الاستخلاصية كسؤال لمجتازي الامتحانات و المسابقات الخاصة بالتوظيف في مجالات القانون كمسابقة القضاء، لذلك من الضروري إحاطة الطالب علما بمنهجية تحريرها.

المبحث الأول: مفهوم المذكرة الاستخلاصية

نتناول في هذا المفهوم تعريفها ثم خصائصها.

المطلب الأول: تعريف المذكرة الاستخلاصية

هي عبارة عن موضوع يحرره الطالب بطريقة ممنهجة بناء على وثائق و بيانات يعتمد فيها على التحليل و التعليق و يصيغه في شكل خطة منهجية و علمية.

المطلب الثاني: خصائص المذكرة الاستخلاصية

بعد استعراضنا لمناهج التعليق على النصوص القانونية و القرارات القضائية و تقديم الاستشارات القانونية و تحرير المقالات العلمية، فإنه لا بد من وضع خصائص للمذكرة الاستخلاصية تجعلنا نميزها عنهم، و هي تتمثل فيما يلي:¹

. استنادها على مجموعة من الوثائق في مجال القانون (نعتمد على النصوص التشريعية و الفقهية و القرارات القضائية و الاتفاقيات الدولية و غيرها...).

. ارتباط الوثائق المعتمد عليها ببعضها البعض و معالجتها للموضوع الواحد الذي يود الطالب تحرير مذكرة استخلاصية بخصوصه.

. اعتماد المنهج المتناسب مع الموضوع المطلوب كتابة مذكرة استخلاصية بخصوصه كالمنهج الوصفي التحليلي.

. ضرورة الربط بين عناوين الخطة، بمعنى عدم وضع مطلب أو مبحث لكل وثيقة على حدا، بل الاستعانة بها جميعا.

¹ بوخميس سهلية، منهجية البحث العلمي، مطبوعة مقدمة في مقياس المنهجية التطبيقية في العلوم القانونية، جامعة قالم، الجزائر، ص ص 35، 36.

المبحث الثاني: خطوات تحرير مذكرة استخلاصية

يمر تحرير مذكرة استخلاصية بمرحلتين رئيسيتين، نتناولها أولاً و نعرض بعدها مثالا توضيحيا

المطلب الأول: مضمون خطوات تحرير مذكرة استخلاصية

توجد مرحلة تحضيرية تعقبها مرحلة تحريرية.

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية

في هذه المرحلة على الطالب:

. قراءة الوثائق الموضوعية أمامه قراءة متأنية، بعدها يعمل على استخراج الكلمات المفتاحية لكل وثيقة منها، بعدها عليه تحديد الكلمات المفتاحية المشتركة بين الوثائق.

. تحديد الفكرة العامة لجميع الوثائق.

. تحديد الأفكار الأساسية التي تعالجها الوثائق.

. إعداد خطة مفصلة و مناسبة متماشية مع الفكرة العامة و الأفكار الأساسية.

. كل المعلومات التي يعتمد عليها في إعداد المذكرة الاستخلاصية موجودة في الوثائق الموضوعية بين يدي الطالب، يكفي فقط توظيفها توظيفا صحيحا.

الفرع الثاني: المرحلة التحريرية

ككل البحوث العلمية تنقسم المرحلة التحريرية إلى ثلاثة أجزاء هي: مقدمة، عرض، و خاتمة، و لكل جزء منها عناصره الضرورية.

. **مقدمة:** تحتوي مقدمة المذكرة الاستخلاصية على تمهيد للموضوع مبني على محتوى الوثائق، و تختتم بطرح إشكالية قانونية تخص أيضا الوثائق، و يعرض الطالب فيها الخطة المناسبة الكفيلة بالإجابة على الإشكالية المطروحة.

. **العرض:** يتضمن العرض المعلومات المتعلقة بكل عنوان من عناوين الخطة، و يتم الاعتماد في وضع هاته المعلومات على الوثائق المتوفرة بين يدي الطالب.

. **الخاتمة:** هي عبارة عن خلاصة يضعها الطالب للموضوع، ثم يضع النتائج التي توصل إليها.

المطلب الثاني: نموذج عن مذكرة استخلاصية

النموذج: ¹

أولاً: النصوص القانونية

.تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، تحرر العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها... في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

. وتنص المادة 467 من القانون المدني على: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر".

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

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

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

ثانياً: الاجتهاد القضائي

. قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا رقم 138806 المؤرخ في 2012/07/09 : "حيث أن الوجه المثار مأخوذ من مخالفة القانون وسوء تطبيقه في نص المادة 467 من القانون المدني ومضمونه أن الطاعن قد دفع أمام قضاة المجلس بأنه لم يستأجر المحل موضوع النزاع بل المحل ملك لأخيه... ورغم ذلك استخلص القضاة وجود علاقة إيجار بين طرفي النزاع بناء على وصل الإيجار لهذا لا يجوز لقضاة الموضوع أن يأمره بإمضاء عقد لم يبرمه ولم يوافق عليه فخالفو بقضائهم نص المادة 467

¹ بوخميس سهيلة، مرجع سابق، ص 37 و ما بعدها

من القانون المدني ، حيث أنه بمراجعة القرار المنتقد تبين أن قضاة المجلس اعتمدوا في اثبات علاقة الإيجار على شهادة الشهود ومحضر المعاينة ووصل إيجار واحد.... في حين لا تثبت عقود إيجار المحلات التجارية إلا بعقد رسمي تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وبذلك يكونون قد خالفوا القانون لما أمروا الطاعن بإمضاء عقد الإيجار لهذا عرضوا قرارهم للرفض".

قرار الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا رقم 143103 المؤرخ في 2013/04/23 : "حيث أن الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المطعون فيه صرح أن الطاعن لم يثبت إيجاره للأماكن، وأن المطعون ضده قدم وصولات إيجار، في حين أن الطاعن يشغل المحل منذ سنة 1996 و حق الأولوية يعود له عملا بالمادة 467 و 485 من القانون المدني حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف أبرزوا أن الطاعن (ي ك) يعتبر شاغلا بدون حق أو سند للأماكن المتنازع فيها لكونه لم يقدم إحدى الوثائق التي تثبت علاقة الإيجار وهي إما عقد الإيجار أو وصولات الكهرباء...".

ثالثا: الفقه

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

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

وقبل الحصول على تعويض استحقاقى من المؤجر لابد أولا من إثبات عقد الإيجار التجاري الذي يثير من الناحية العملية العديد من الإشكالات القانونية لعل أهمها: مدى إلزامية الكتابة الرسمية في عقود الإيجار التجارية، فالإيجار الشفهي هو الذي يبرم بمجرد تبادل الإيجاب و القبول بين الأطراف، مع تحديد العناصر الأساسية في العقد، لكن الممارسة الميدانية اليومية أكدت أن رجال الفقه انقسموا إلى اتجاهين أساسيين بخصوص إبرام عقد الإيجار التجاري وفقا للأمر 59/75 بحيث ذهب الفريق الأول إلى عدم خضوع عقود الإيجارات التجارية إلى أحكام الكتابة الرسمية بل يكتفي فيها بالكتابة العرفية الشفاهية، وهذا طبقا لمبدأ الرضائية الذي يعتمد على تبادل الإيجاب والقبول مع تحديد العناصر الأساسية في العقد، ومن ثمة تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من العقود، واعتمد أنصار هذا الاتجاه على نص المادة 30 من

القانون التجاري التي كرست قاعدة حرية الإثبات في المادة التجارية حيث نصت على أنه: "يثبت كل عقد تجاري بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، الإثبات بالبيئة أو بوسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"، والمادة 172 من القانون التجاري التي أجازت أن يكون العقد كتابيا أو شفهيًا.

وهناك من رجال الفقه من يؤيد الاتجاه الثاني الذي يكرس مبدأ الرسمية في كتابة عقود الإيجار التجارية مؤسسا ذلك على نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والتي وردت بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988، كما يرون بأن المادة 324 مكرر 1 قاعدة خاصة بالنسبة للمادة 172 من القانون التجاري، وعملا بقاعدة الخاص يقيد العام فإن الأمر يستدعي تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، في مجال إبرام عقود الإيجار التجارية كما يؤكد أيضا أن المشرع اتجه نحو الرسمية في عقود الإيجار الواردة على المحلات المعدة للاستغلال التجاري في نص المادة 63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 والتي جاء فيها على أنه: "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العرفية المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية...".

تحرير المذكرة الاستخلاصية:

المرحلة التحضيرية:

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

. الفكرة العامة: إثبات عقد الإيجار التجاري.

. الأفكار الأساسية: مفهوم عقد الإيجار التجاري . إثبات عقد الإيجار التجاري.

المرحلة التحريرية:

مقدمة:

تناول موضوع الملف مسألة إثبات عقد الإيجار التجاري، الذي حاول المشرع الجزائري تكريسه في العديد من النصوص، لعل أبرزها ما جاء في الوثيقة، كنص المواد 324 مكرر 1 والمادة 467 والمادة 467 مكرر والمادة 485 من القانون المدني وكذا المادة 172 من القانون التجاري، و طبقه القضاء العادي الجزائري في العديد من المناسبات، و لعل أبرز تطبيقاتها في هذا: قرار الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة

العليا رقم 138806 المؤرخ في 2012/07/09 و قرار الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا رقم 143103 المؤرخ في 2013/04/23 و دون أن ننسى الفقه الذي كان سباقا لعرض أهم الإشكالات القانونية التي تترتب عن فكرة إثبات عقود الإيجار التجارية، و هذا مما يستشف من مؤلف الدكتورة نادية فوضيل المرسوم ب: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، المحل التجاري، التاجر).

الإشكالية: إلى أي مدى يمكن إثبات عقود الإيجار التجارية ؟ أو كيف يمكن إثبات عقود الإيجار التجارية؟ أو مدى إلزامية الكتابة الرسمية في عقود الإيجار التجارية؟.

إن الإجابة عن الإشكالية أعلاه تقتضي بالضرورة إتباع الخطة المبينة أناده:

المبحث الأول: مفهوم عقد الإيجار التجاري

المطلب الأول: تعريف عقد الإيجار

المطلب الثاني: تعريف عقد الإيجار التجاري

المبحث الثاني: إثبات عقد الإيجار التجاري.

المطلب الأول: الكتابة الرسمية

المطلب الثاني: الكتابة العرفية.

المبحث الأول: مفهوم عقد الإيجار التجاري

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

المطلب الأول: تعريف عقد الإيجار

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

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

المطلب الثاني : تعريف عقد الإيجار التجاري

إن مفهوم عقد الإيجار التجاري لا يختلف كثيرا عن مفهوم عقد الإيجار المدني باستثناء مسألة العين المؤجرة وكيفية إثباتها، إذ يجب أن تكون هذه الأخيرة محلا تجاريا وفقا لما جاء في نص المادة 324 مكرر 1 التي تنص على: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، تحرر العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد". وفي نفس السياق وبشكل مكمل و متوافق نهج الفقه نفس النهج الذي اتبعه المشرع حيث عرفه على أنه عقد ملزم لجانبين... وحماية للتاجر المستأجر من شروط المالك"، ناهيك عن أحكام القضاء المستقرة في هذا الخصوص حيث تؤكد جُلها على أن عقود الإيجار التجارية ملزمة لجانبين.

المبحث الثاني : إثبات عقد الإيجار التجاري

حماية للتاجر المستأجر من شروط المالك، تم فرض قيود على المالك لدى محاولة استرجاع محله التجاري خاصة عند احترام المستأجر التزاماته التعاقدية، فإذا ما رفض المؤجر تجديد العقد، يفرض عليه تعويض للمستأجر يساوي قيمة القاعدة التجارية التي أنشأها المستأجر بممارسة نشاط في العين المؤجرة يسمى التعويض الاستحقاقي. وقبل الحصول على تعويض استحقاقي من المؤجر لابد أولا من إثبات عقد الإيجار التجاري الذي يثير من الناحية العملية العديد من الإشكالات القانونية لعل أهمها : مدى الزامية الكتابة الرسمية في عقود الإيجار التجارية؟.

المطلب الأول : الكتابة الرسمية

بينت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني أن المحلات التجارية لابد أن يثبت عقد إيجارها عن طريق الكتابة الرسمية تحت طائلة بطلان عقد الإيجار، وهذا ما ذهب إليه فريق من الفقه الذي أخذ بقاعدة الخاص يقيد العام وبالتالي لابد من تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني في مجال إبرام عقود الإيجار التجارية، كما يؤكد أيضا أن المشرع اتجه نحو الرسمية في عقود الإيجار الواردة على المحلات المعدة للاستغلال التجاري في نص المادة 63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 و التي جاء فيها على أنه: "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العرفية المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية...".

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

المطلب الثاني: الكتابة العرفية

يلاحظ من خلال نصوص الوثيقة أنها متباينة فيما بينها فعلى الرغم من أن نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تؤكد على ضرورة اخضاع عقود الإيجار التجارية إلى شكل رسمي، نجده في المادة 172 من القانون التجاري يعترف بفكرة عقود الإيجار العرفية إذ تنص المادة على: "لا يجوز التمسك بحق تجديد عقد الإيجار إلا من طرف المستأجرين أو ذوي الحقوق الذين يثبتون أنهم يستغلون متجرًا بأنفسهم أو بواسطة تابعيهم إما منذ سنتين متتابتين وفقا لإيجار واحد أو أكثر.. شفاهة كانت أو كتابة..."

ونفس الوضع نجده على مستوى الفقه إذ نجد فريقا يؤيد فكرة الرسمية وآخر يؤيد فكرة وجود العقود الإيجارية العرفية ويكتفي فيها بالكتابة العرفية الشفاهية، وهذا طبقا لمبدأ الرضائية الذي يعتمد على تبادل الإيجاب والقبول مع تحديد العناصر الأساسية في العقد، ومن ثمة تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من العقود، واعتمد أنصار هذا الاتجاه على نص المادة 30 من القانون التجاري التي كرست قاعدة حرية الإثبات في المادة التجارية، ونفس الحال بالنسبة لأحكام القضاء بخصوص هذه المسألة فهي غير مستقرة لأنها تارة تأخذ بها وتارة أخرى لا تأخذ بها ويبقى وجودها وتطبيقها في حدود ضيقة جدا.

خاتمة:

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