المحاضرة الثالثة : منهجية معالجة الحالة العملية (الإستشارة)

يأخد موضوع الإستشارة حيزا واسعا في مجال الدراسات القانونية و منهجية الإستشارة في المجال الأكاديمي تعد طريقة بيداغوجية لتدريب الطالب على استعمال أفكاره استعمالا منطقيا و علميا للإجابة على إشكالات قانونية .

يتضمن المحور الثالث شقين أساسيين ، شق نظري يتعلق بالمفاهيم و الخطوات المنهجية لمعالجة الحالة العملية أو حل الإستشارة أما الشق الثاني فيتعلق بإسقاط هذه الخطوات النظرية على بعض القضايا .

أولا : إطار مفاهيمي حول الإستشارة

أ: مفهوم الإستشارة ، أنوعها و حالات طلبها

1- **تعريف الإستشارة** :الإستشارة لغة مشتقة من كلمة " مشورة" أما اصطلاحا فيمكن تعريف الإستشارة بأنها معرفة و استكشاف حكم القانون بصدد مسألة معينة قد لا تكون محل نزاع أو هي محله أو بهدف معرفة المستشيسر لحكم القانون لمسألة أو تصرف معين مسبقا ، كما يمكن تعريف الإستشارة بأنها رأي قانوني بناء على طلب شخص يرغب في الوقوف على وضع قانوني معين فيعرض على المستشار العناصر الواقعية طالبا من المستشار تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب عليها .

2- أطراف الإستشارة : للإستشارة طرفان مستشير و مستشار فأما المستشير فهو إما شخص طبيعي أو معنوي يريد استيضاح الرأي القانوني و النتائج أو الآثار التي قد تترتب على مسألة ما أما المستشار فهو رجل القانون دون اشتراط صفة رسمية فيه فقد يكون محاميا أو قاضيا أو أستاذ جامعي أو طالب حقوق.

3 – أهم أنواع الإستشارة : الإستشارة قد تكون شفهية و يجب على مقدمها أن يتسم بالفطنة و الذكاء و أن يكون مختصا في المجال كما قد تكون مكتوبة إذ يراعى في تحريرها القواعد المنهجية

التي تسهل على المخاطب بها فهم محتواها .

كما قد تكون الإستشارة اختيارية بحيث يكون المعني بالأمر مخيرا بين طلبها من عدمه أو قد تكون إلزامية بحيث يتعين على المستشير طلب الإستشارة وجوبا مع الأخذ بالرأي الإستشاري للشخص أو الهيئة المستشارة .

4- بعض حالات طلب الإستشارة : يتم اللجوء إلى طلب الإستشارة في كثير من المسائل و الأمور منها على سبيل المثال

*قد يكون المستشير مدعى عليه أو متهم يريد الوقوف على طبيعة الإدعاء الموجه إليه و معرفة حجم القانون للمسألة من أجل تحضير دفاعه .

*قد يطلب شخص طبيعي أو معنوي الإستشارة حتى يقف على الضوابط القانونية التي تحكم التصرف الذي سيقدم عليه حتى لا يعرض نفسه للمسألة أو الخسارة مثل الشريك في شركة أو طلب البنك من مستشاره القانوني معرفة حكم القانون في مسألة من المسائل التي تعرض عليه .

ب: مراحل تقديم الإستشارة

إن عملية معالجة الحالة العملية تستوجب معرفة و الوقوف على حكم القانون بشأن الوقائع محل النزاع ، و تتعدد الطرق المنهجية لحل الإستشارة و من بين الطرق المعتمدة في الحل طريقة إستخلاص النقاط التي تتطلب الحل و بيان النتائج المترتبة عنها .

تتطلب عملية حل الإستشارة فهم النزاع فهما معمقا من خلال القراءة المركزة لوقائعهز هذا بهدف التمكن من تحديد المسائل القانونية تحديدا دقيقا .

1- إستخراج الوقائع : يقصد بالوقائع كل الأحداث القانونية و المادية التي أدت إلى نشوء النزاع و من أمثلة الوقائع القانونية إبرام عقد ، تسريح عامل من منصب عمله أما الوقائع المادية فتتمثل في الإعتداء على قطعة أرضية ، الضرب و الجرح ...إلخ.

و يجب صياغة الوقائع بطريقة مجردة وفقا للترتيب الزمني لتسلسل الأحداث .

و يجب أن يراعى في تلخيص وقائع النزاع مايلي :

*التركيز على ذكر الوقائع المنتجة في النزاع فقط .

*مراعاة التسلسل الزمني للأحداث عند سرد الوقائع .

*عدم التكرار .

2- استخراج الإجراءات : هو ما تم اتخاذه من قبل اللجوء للقضاء و قد تخلو بعض القضايا من الإجراءات و في هذه الحالة يكتفي الطالب باستخراج الوقائع و المسائل القانونية فقط .

و من قبيل الإجراءات التي يمكن اتخاذها قبل اللجوء إلى القضاء تقديم تظلم ، توجيه إعذار، القيام بخبرة طبية لدى طبيب محلف معتمد ...إلخ

3- استخراج المسائل القانونية

إذ يستخرج المستشار المسائل القانونية التي تتطلب رأي القانون فيها ، و من بين المسائل القانونية التي يمكن استخراجها لمعالجة القضايا المطروحة

*ماهي طبيعة النزاع الحالي بالنظر إلى أطرافه و محله ؟.

*ما مدى إلزامية التظلم المسبق في النزاع الحالي .

*ماهي الجهة القضائية المختصة نوعيا و إقليميا للنظر في النزاع المطروح ؟

*ماهي الدعوى الملائمة لحل النزاع المطروح و استيفاء حقوق طالب الإستشارة ؟

تتم الإجابة على جميع المسائل القانونية المطروحة مع تقديم تقديم جميع الفرضيات و الحلول الممكنة عند الإجابة على كل مسألة قانونية و هذا على ضوء النصوص القانونية و كذا الإجتهادات القضائية و يختم المستشار مهمته بتقديم حوصلة حول رأي القانون في موضوع النزاع مع إمكانية تبيان رأيه الشخصي أو الحل الذي يستصيغه .

4- تقديم حوصلة تتضمن حل للإستشارة :و هي تجميع الحلول التي تم الإجابة عنها من خلال المسائل القانونية المطروحة و تقديمها للمستشير باعتبارها الحل المباشر للنزاع .

ثانيا : مثال تطبيقي حول طريقة حل الحالة العملية(الإستشارة)

قضية01

تعاقدت ولاية ميلة مع مقاولة خاصة للأشغال من أجل إنجاز مدرسة و قد أدرج الطرفين ضمن بنود هذا العقد بندا مفاده أنه في حالة وقوع أي نزاع حول كيفية تنفيذ العقد تكون محكمة ميلة القسم العقاري هي المختصة بالفصل فيه .

إلا أنه و أثناء تنفيذ المشروع وقع خلاف حول كيفية تجسيد المشروع و تكلفته الإضافية على إثر ذلك توقف المشروع لعدم اتفاق الطرفين حول كيفية التنفيذ أين بادرت المقاولة بتقديم تظلم إلى والي ولاية ميلة إلا أنه لم يتم التوصل إلى حل ودي للنزاع

على إثر ذلك بادرت المقاولة إلى رفع دعوى أمام محكمة ميلة القسم العقاري طالبة فسخ العقد لعدم تنفيذ الولاية لالتزامها مع تعويضها عن الضرر اللاحق بها ،في حين تمسكت الولاية أمام المحكمة بطلب تنفيذ العقد و رفض دعوى المدعية لعدم التأسيس.

بتاريخ 2017/10/25 أصدرت محكمة ميلة القسم العقاري حكما قضت فيه بفسخ العقد مع تعويض المدعية بمبلغ خمسمائة ألف دينار جزائري(500.000 دج) و قد استأنفت الولاية هذا الحكم أمام الغرفة العقارية بمجلس قضاء ميلة و تمسكت بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بعدم الإختصاص النوعي لمحكمة ميلة في حين تمسكت المقاولة بعدم قبول الدفع بعد الإختصاص النوعي لكونه أثير لأول مرة أمام المجلس بالإضافة إلى وجود بند في العقد يمنح الإختصاص لمحكمة ميلة القسم العقاري .

- ماهي التوجيهات التي ستقدمها لمقاولة الأشغال لو تقدمت إليك بطلب المشورة؟ .

1/ استخراج الوقائع

تم إبرام عقد أشغال عمومية بين ولاية ميلة و مقاولة خاصة للأشغال من أجل إنجاز مدرسة مع تضمين العقد بندا يقضي باختصاص محكمة ميلة القسم العقاري للفصل في أي نزاع يتعلق بتنفيذ هذا العقد و فعلا قد ثار بين الطرفين نزاع حول كيفية تنفيذ عقد الأشغال .

2/ استخراج الإجراءات

بادرت المقاولة الخاصة للأشغال إلى تقديم تظلم إلى ولاية ميلة إلا أنه لم يتم التوصل إلى حل ودي للنزاع على إثر ذلك قامت المقاولة برفع دعوى أمام محكمة ميلة بتاريخ 2017/10/25 قضى بفسخ العقد مع تعويض المدعية هذا الحكم كان محل استئناف من طرف الولاية أمام مجلس قضاء ميلة .

3/ استخراج المسائل القانونية

***ماهي طبيعة النزاع الحالي بالنظر إلى أطرافه و محله ؟**

- من هم أطراف النزاع الحالي؟ : النزاع الحالي يدور بين ولاية ميلة باعتبارها شخص من الأشخاص الإعتبارية العامة المنصوص عليها في المادة 49 من القانون المدني و هي هيئة إقليمية للدولة تتمتع بالشخصية المعنوية وفقا لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 07/12 المتضمن قانون الولاية ، أما الطرف الثاني في هذا النزاع فهو مقاولة الأشغال و هي شخص معنوي خاص يمارس نشاط تجاري في شكل مقاولة بمفهوم المادة 02 من القانون التجاري.

-فيما يتمثل موضوع النزاع الراهن؟ : ينحصر موضوع النزاع الراهن حول كيفية تنفيذ عقد أشغال إنجاز مدرسة و الصعوبات التي عرقلت عملية تنفيذ هذا العقد .

***ما مدى إلزامية التظلم الإداري في النزاع الحالي؟**

بالنسبة للنزاع الحالي هناك الإدارة ممثلة في ولاية ميلة كطرف في هذا النزاع و الأصل وفقا لأحكام المادة 830من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن التظلم جوازي بالنسبة للطرف المتنازع مع الإدارة إلا في بعض الحالات المقررة بنصوص خاصة على غرار التظلم الوجوبي في مجال الضرائب ، و مع ذلك فإن مقاولة الأشغال قد بادرت إلى تقديم تظلم إلى الولاية لكن دون التوصل إلى أي حل ودي للنزاع.

***ما هي الجهة القضائية المختصة نوعيا و إقليميا للنظر في هذا النزاع؟**

تعتبر ولاية ميلة طرفا أصليا في النزاع الحالي و من ثم و عملا بالمعيار العضوي لاختصاص القضاء الإداري المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة للنظر في النزاعات بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ".

فالمحكمة الإدارية بميلة هي المختصة نوعيا و إقليميا للنظر في النزاع الحالي في أول درجة عملا بأحكام المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على :".. ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه

- في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

- في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

4/ ما هي الطلبات القضائية الملائمة لاستيفاء حقوق المقاولة؟

يمكن لمقاولة الأشغال التقدم بطلب فسخ القضائي للعقد المبرم بين الطرفين مع إلزام ولاية ميلة بتعويضها جبرا للضرر اللاحق بها .

<u>حوصلة حول الإستشارة المقدمة بخصوص النزاع</u>

إن النزاع الراهن يتعلق بخلاف حول تنفيذ عقد الأشغال بين ولاية ميلة و مقاولة خاصة للأشغال و طالما أن الولاية طرف في النزاع يتعين على المقاولة رفع دعواها أمام المحكمة الإدارية بميلة تطلب من خلالها فسخ العقد مع تعويضها بمبلغ (1.000.000 دج) جبرا للضرر اللاحق بها ، و هذا بدلا من اللجوء إلى محكمة ميلة القسم العقاري و حتى في ظل وجود بند في العقد ينص على ذلك لكون هذا البند باطل ، و من ثم فإن الدفع الذي أثارته الولاية أمام الغرفة العقارية بمجلس قضاء ميلة كان صائبا و يتماشى و مقتضيات المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حتى و لو تمت إثارته لأول مرة أمام المجلس .

و من ثم فإن الحكم الصادر في 2017/10/25 عن محكمة ميلة القسم العقاري قد جانب الصواب فيما قضى به إذ ينبغي القضاء في هذه الحالة بعدم الإختصاص النوعي .

<u>قضية 02</u> :اشترى السيد (ع.ر) من عند السيد (س.ب) صاحب محل أجهزة كهرومنزلية ثلاجة و تلفاز و اتفقا الطرفان على أن يتم دفع الثمن في الحساب البنكي للبائع قبل التسليم لكون السلعة غير متوافرة عند بعد البائع ، على أن يكون تسليم المشتريات بعد 30 يوما من تاريخ الدفع .

و قد بادر المشتري إلى دفع ثمن المشتريات المقدرة ب(100.500 دج) في الحساب البنكي للبائع غير أن هذا الأخير و بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ الدفع لم يستلم مشترياته مما دفع المشتري إلى توجيه إعذار أول للبائع ، إلا أن البائع إستمر في المماطلة أين وجه له المشتري إعذار ثان غير أن البائع لم يوف بالتزامه بل عرض على المشتري سلعة من نوع آخر و بجودة أقل بحجة عدم توفر السلعة المطلوبة .

المطلوب : ماهي الإستشارة التي ستقدمها للمشتري (ع.ر) لو جاءك طالبا مشورتك ؟

ملاحظة : تم تقديم الإستشارة بخصوص القضية 02 أثناء المحاضرة .