

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمان

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة علي لونيبي البلدية 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

السنة الأولى ل م د حقوق

مطبوعة في مقياس المدخل للعلوم القانونية

(نظرية القانون ونظرية الحق)

محاضرات مقدمة لطلبة سنة أولى ل م د حقوق

إعداد الأستاذة :

بلال سليمان

2021-2020

برنامج المقياس وفق المقرر الوزاري

المدخل إلى القانون

إن دراسة المدخل إلى القانون تنقسم إلى جزئين:

الجزء الأول: نظرية القانون

(السداسي الاول)

نتناول في هذا الجزء المواضيع التالية:

- 1-تعريف القانون - خصائص القاعدة القانونية- .
- 2-مصادر القانون.
- 3-أقسام القانون وفروعه.
- 4-تطبيق القانون.
- 5-تفسير القانون.

الجزء الثاني: نظرية الحق

(السداسي الثاني)

نتناول في هذا الجزء المواضيع التالية:

- 1- تعريف الحق.
- 2- صاحب الحق.
- 3- محل الحق.
- 4- حماية الحق.
- 5- مصادر الحق.
- 6- أنواع الحق.
- 7- استعمال الحق.
- 8- إثبات الحق.

تمهيد :

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله على كل نعمة وفضل، يخلق ما يشاء ويختار، رفع الناس بعضهم فوق بعض درجات ليلوهم، فهذا غني وذاك فقير، خلق الشر وقدره، وخلق الخير وقدره، وما لأحد في الأمور تدبير، فمن أراد الهدى رُزق في سبيله التسخير، ومن اختار الضلالة وجد في طرقها التيسير.

أما بعد ... :

هذه مجموعة من المحاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية حاولت من خلال تجميعها و تكييفها لأجل تقديمها لطلبة السنة أولى حقوق، مع مراعاة العناصر الثلاث المطلوبة في منهجية البحث وهي: الملائمة، الوضوح و الإيجاز، و أسأل الله عز وجل أن أكون قد وفقت في ذلك.

يغلب عامة على طبع الإنسان الأنانية وحب الذات وهو في الوقت ذاته كائن اجتماعي لا غنى له عن الحياة في المجتمع، لكونه يعجز بمفرده عن الوفاء بمختلف حاجاته و إشباع رغباته، ولذلك لا يعيش بمعزل عن أقرانه. وقد ترتب عن هذه التناقضات في طبيعة الإنسان التصادم بين المصالح وتغشي الفوضى و اختلال التوازن وانتشار شريعة الغاب، و بالتالي أصبحت الغلبة للأقوى، حيث يملك الكل فعل ما يشاء ولا يملك أحد فعل ما يشاء و حيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبد¹. وهنا توصل الإنسان إلى حقيقة أنّ الحياة في جماعة تتطلب تنظيم سلوك أفرادها و علاقاتهم عن طريق وضع قواعد تبيّن لكل واحد ما له من حق و ما عليه من واجب.

لذا ظهرت الحاجة إلى القانون للحد من حريات الأفراد و إزالة ما فيها من تعارض، وللتوفيق بين مصالحهم، و ذلك بعد أن استشعر الأفراد الحاجة إلى قواعد تنظم تصارع المصالح بينهم. وهو ما لا يمكن تجنبه إلا عن طريق فرض سلوك معين يلتزم به الكافة، مما يحقق النظام و الاستقرار في المعاملات².

¹ حسن كيرة : المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص1.

² توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، طبعة 1976، ص14-15

الجزء الأول

نظرية القانون

الفصل الأول: تعريف القانون

يعتبر القانون هو فرع من فروع العلوم الاجتماعية الهامة، وهو علم هام و نافع لكل أفراد المجتمع على السواء، فهو العلم الذي يحدد النطاق المشروع لتصرفات الأفراد و علاقاتهم داخل مجتمع منظم. فليس بإمكان الإنسان أن يعيش حياة الهمجية و الفوضى و يغفل احترام القانون، فإذا كان الإنسان قد اختار الاندماج في مجتمع تتشابه فيه مصالح أقرانه وتتعارض فهو ملزم بالامتثال لأحكام القانون .

ومن هنا كانت مقولة الرومان إنَّ القانون والمجتمع قرينان لا ينفصلان ، أو بالترجمة الحرفية لهذه العبارة هي كلما وجد مجتمع وجد قانون، فالإنسان المنعزل الذي يعيش وحده بعيدا عن الجميع ويكون معتمدا على نفسه في تصريف أمور حياته غير موجود في الواقع.³

المبحث الأول: المدلول اللغوي و الاصطلاحي للقانون

المطلب الأول: المدلول اللغوي لكلمة القانون:

القانون لغة هو مقياس كل شيء و طريقته⁴، فهو يدل على معنى النظام والترتيب و الانتظام و الاطراد، فإذا تكرر أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعا لنظام ثابت قيل انه يخضع لقانون معين⁵، فيقال في علم الطبيعة قانون الجاذبية أو قانون الثقل، وفي علم الاقتصاد قانون العرض و الطلب مثلا. و مفاد ذلك أن يكون لكل شيء قانونه : فقانون الطبيعة هو القوة و قانون المنطق هو الحق، وقانون الأخلاق هو الخير، أما قانون العدالة فهو الحكم بين الناس بالقسط و المساواة .

وتعدّ كلمة " قانون " اقتباس من اللغة اليونانية وهي " Kanon " وتعني " العصا المستقيمة"، مستوحية معناها من الخط المستقيم الذي يختلف عن الخط المنحني أو المنحرف أو المنكسر،⁶ و تقيد مجازا القاعدة و المقياس أو القاعدة أو النظام.... أو القدوة و المبدأ ... ، و كل المفاهيم التي تستخدم

³ جميل الشراوي ، دروس في أصول القانون ، (المدخل لدراسة القانون)، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 1984 ، ص30.

⁴ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط ، الجزء الثاني ، سنة 1985 ، ص 793.

⁵ سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية و شرح الباب التمهيدي للتقنين المدني ،سلسلة الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعة السادسة ، القاهرة، سنة 1987.، ص 9 .

⁶ محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، عام 2003 ، ص 13.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

للدلالة على الأفكار التالية : الاستقامة (la Rectitude) والصراحة (la Franchise) والنزاهة (la Loyauté) في العلاقات الإنسانية.⁷

و بصورة أوضح ان كلمة " قانون " تستخدم كمعيار لقياس انحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم أي عن الطريق التي سطره لهم القانون لكي يتبعوه في معاملاتهم. ولكن لا يستخلص من هذه المعاني إلى فكرة تقريبية عن القانون ، فالمعنى اللغوي لكلمة القانون هو القاعدة أو القواعد التنظيمية لأمر معين.⁸

المطلب الثاني: المدلول الاصطلاحي لكلمة القانون:

يستخدم لفظ القانون بالمعنى العام للمصطلح على كل علاقة مطردة بين ظاهرتين تؤدي إلى نتيجة ثابتة ومستقرة.

و يستخدم فقهاء القانون مصطلح القانون للدلالة على التشريع الصادر من السلطة التنظيمية، وقد يدل على علم القانون ذاته باعتباره مجموعة النظريات والقواعد الكلية التي لا تنقيد بزمان أو مكان معين. و قد يقصد به كافة القواعد القانونية أيا كان مصدرها بحيث يصبح القانون هو جملة القواعد العامة والمجردة والملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، ويفرض جزءا على من يخالفها، وهذا المعنى هو الأقرب لمعنى القانون.⁹

وعليه يتفق الفقهاء بوجه عام على إمكانية أن نعرف القانون بأنه : « مجموعة القواعد العامة الملزمة لتنظيم علاقات أو السلوكيات الاجتماعية لعموم الأشخاص في المجتمع " .¹⁰

المطلب الثالث: عناصر القاعدة القانونية

تعتبر القاعدة القانونية الخلية الأساسية في القانون و هي تتكون دائما من فرض و حكم،¹¹ يمثل الفرض أو الواقعة التي تُرتبُ عليها القاعدة القانونية أثرا معينا، بينما يمثل الحكم الأثر القانوني الذي يربته القانون على الواقعة (الفرض).

⁷ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ،

الطبعة الثانية ، سنة 1981 ، ص 14 و ص 15 .

⁸ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق ، ص 13 .

⁹ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 15 .

¹⁰ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 9 .

¹¹ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 16 .

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

و عليه فالقاعدة القانونية تتكون من عنصرين، هما:

1- **عنصر الفرض:** ومصدره الواقع المادي.

2- **عنصر الحكم:** ومصدره إرادة المشرع.

و الجدير بالذكر أن العلاقة بين الفرض والحكم ثابتة كالمقدمة و النتيجة، فكلما تحقق الفرض وجب تطبيق الحكم¹².

و مثال ذلك القاعدة القانونية التي تنص على ما يلي: " كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير (الفرض أو الواقعة)، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض (الحكم) " ¹³

المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية

و عليه يتبين لنا من تعريف القانون بأن القواعد القانونية تنظم العلاقات التي قد تكون بين فرد وآخر وقد تكون بين الدولة و الأفراد، فهي تنظم نشاط معين لجماعة أو لفرد كما أنها تنظم سلوك الأشخاص في حياتهم اليومية.

فالقاعدة القانونية هي قاعدة للسلوك الاجتماعي بحيث تضمن السلطة العمومية احترامها وتنفيذها من جميع المخاطبين بها ، و يتجسد هذا الالتزام في الجزاء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعدة أو يخالفها ، وهذا الإلزام هو العنصر الذي يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى و الأخلاقية ، وبما أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا محددًا بذاته فهي عامة و مجردة ، وبما أنها معمول بها مدى حياتها وكل ما توفرت شروطها فهي دائمة . وعليه تتمثل خصائص القاعدة القانونية فيما يلي :

المطلب الأول: القاعدة القانونية عامة و مجردة

تكون القاعدة عامة (générale) و مجردة (absraite) ، فالقاعدة القانونية هي خطاب عام للناس صاغه المشرع بتعابير مجردة ، حيث أنها لا تخص شخصا معينا أو طائفة محددة بذاتهما،¹⁴ بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من تتوفر فيه شروط تطبيقها ، أي أن تكون مطردة التطبيق في كل وقت على كل شخص مستوف لشروطها.

¹² نفس المرجع ، ص 16 .

¹³ المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

¹⁴ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق ، ص 19.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د.بلال سليمة

والعمومية والتجريد يختلطان في العمل ، فتكون القاعدة عامة ومجردة كلما تصدر محددة للأشخاص و الوقائع من خلال الأوصاف والشروط و ليس بالذوات و الأسماء ، وهذا لا يدفعنا للاستغناء عن صفة العموم و الاكتفاء بصفة التجريد فقط ، فكل منهما يعدّ وصفا لازما لأية قاعدة قانونية ، واجتماعهما يعدّ انتصارا للأخلاق في إطار القانون .¹⁵

أ-العمومية :

يقصد بالعمومية عدم تعلق القاعدة القانونية بوقائع أو بأشخاص معينين بالذات ، فكل من ينطبق عليه هذا الوصف يخضع لهذه القواعد ، فقواعد قانون العقوبات توجه إلى كل فرد من أفراد المجتمع يسرق أو يقتل أو يرتكب غير ذلك من المحظورات¹⁶، وتعتبر عمومية القاعدة القانونية ضماناً ضد كل تمييز بين الأشخاص.

ومثال ذلك القاعدة القانونية التي تنص على ما يلي : " كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس " ¹⁷، وعبارة " كل من " يقصد بها أي شخص أو أي كان هذا الشخص قام باختلاس شيء مملوك للغير، أي أنه قد قام بتحويل شيء من حيازة الحائز الشرعي له إلى حيازته، يعد سارقا و تسلط عليه العقوبة المقررة لهذا الفعل (السرقة).

ب-التجريد :

يقصد بالتجريد هو خضوع الوقائع المتماثلة أو الأشخاص الموجودين في ظروف متطابقة لنفس القواعد القانونية ، فيؤدي بذلك التجريد إلى المساواة فيطبق حكمه كلما توافرت شروط تطبيقه¹⁸، فالقاعدة القانونية وضعت مجردة من تحديد شخص بذاته أي دون التنبؤ مسبقا بمن تنطبق عليه.

فالقاعدة القانونية في المثال السابق وضعت دون التنبؤ بمن سيكون هذا السارق، ولكن حددت شروط السرقة وعندما تتوفر هذه الشروط في واقعة معينة، فيعد مرتكبه سارقا ويعاقب .
و عليه يترتب على خاصية العمومية و التجريد النتائج التالية:

1- مرونة تطبيق القاعدة القانونية:

و المقصود بالمرونة هنا هو ضيق و اتساع نطاق تطبيق القاعدة القانونية ، وبالرغم من ذلك ، ففي جميع الحالات فان القاعدة القانونية لا تفقد خاصية العموم والتجريد¹⁹.

¹⁵ جلال إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون)، القاهرة ، سنة 1995 ، ص 18.

¹⁶ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق ، ص 19.

¹⁷ المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري .

¹⁸ حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة، الإسكندرية، ص22.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

فمن حيث المبدأ، فإن عمومية وتجرد القاعدة القانونية، يجعلها تطبق على عدد غير محدد من الأشخاص، الذين تتوفر أوصافهم، أو الوقائع التي تتحقق شروطها. وبذلك يتسع نطاق تطبيق القاعدة القانونية. وبالمقابل فقد يقتصر تطبيق القاعدة على: نوع معين من العلاقات، أو فئة معينة من الأشخاص، كالتجار أو المحامين أو الأطباء.... الخ، أو على شخص واحد، كرئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء، مثلاً .

2- القاعدة القانونية تحقق المساواة أمام القانون:

تخاطب القاعدة عامة الناس بصفاتهم وليس بذاتهم، ودون نظر للأصل العرقي، أو الديني، أو المركز الاجتماعي،²⁰ كما أن القاعدة تحدد الوقائع بشروطها وليس بأشخاصها.

3- صلاحية و استمرارية القاعدة القانونية في التطبيق

كلما تحققت شروط الواقعة، وتوافر في الشخص الصفات التي تستوجبها القاعدة، فإنها تطبق على عدد غير محدود من الوقائع والأشخاص، وباستمرار، وهذا نتيجة لصفة العموم والتجريد. وذلك بخلاف الحكم القضائي، أو القرار الإداري، إذ يطبق أي منهما بشأن شخص محدد وواقعة محددة²¹. وهذا لا يعني أن تبقى القاعدة القانونية سارية المفعول إلى الأبد، فيقصد باستمرار القاعدة القانونية هو تطبيقها المستمر أثناء وجودها كلما توفرت شروط تطبيقها.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية منظمة لسلوك الأفراد فيما بينهم

ومفاد ذلك أن القاعدة القانونية لا تنظم العلاقة بين الإنسان والحيوان، أو بين الإنسان والطبيعة، أو بين الإنسان و ربه. فواقع الأمر أن هذه العلاقات لا يهتم المجتمع تنظيمها ولا يعني المشرع التدخل فيها إلا إذا تجاوزت الشخص و مست من حوله من الأفراد.²²

ويترتب على القول بان المشرع يعني بتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع أنه لا يجب أن يعني بنوايا الأفراد التي لا تخرج عن صدورهم ، فعلى عكس الدين الذي يعول على النية كقاعدة عامة فان المشرع لا

¹⁹ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون ، الإسكندرية ، سنة 1986، ص43.

²⁰ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص22 .

²¹ سمير تناغو، المرجع السابق ، ص38.

²² محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق ، ص 23.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

ينبغي له أن يعاقب الأفراد على نواياهم إلا إذا تجسدت في شكل مادي خارجي أي في عمل أو في امتناع عن عمل.²³

المطلب الثالث: القاعدة القانونية ملزمة و مقترنة بجزاء :

تفيد خاصية الإلزام بأن القاعدة القانونية واجبة الاحترام والتتفيذ من جميع المخاطبين بها، ومصحوبة بأمر أو نهي يستقر في ضمير الجماعة إلزامه و ضروريته لسير الحياة الاجتماعية ، وان كان يكفي أن يكون معروفا سلفا لمن يخالفها انه جزء سيوقع عليه حتما،²⁴ فهي قد تفرض التزامات متعددة وعلى المعنيين بالأمر بتنفيذها.

و الإلزام هو ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق و الدين، وتبرز خاصية الإلزام في الجزاء الذي يوقع على من يخالف تلك القاعدة القانونية، والجزاءات القانونية متعددة وأهمها، هي:

أ- الجزاء الجنائي :

و يتمثل في جزاء مادي يلحق بالشخص (و هو الإعدام) أو حرته (وهو الحبس و السجن و الأشغال الشاقة المؤقتة) أو بذمته المالية (وهو الغرامة أو المصادرة أو الحجز)²⁵، أو تدابير شخصية مثل المنع من ممارسة مهنة أو نشاط معين ، وتدابير عينية مثل مصادرة الأموال وإغلاق المؤسسات.

ب- الجزاء المدني:

يتمثل الجزاء المدني في إبطال التصرفات المخالفة للقواعد الملزمة أو العقد، والتعويض على الضرر المادي أو الجسدي أو المعنوي.

ج- الجزاء الإداري :

وهو جزاء تتمتع به الدولة على موظفيهم، و يتمثل في توقيع الإجراءات التأديبية على الموظفين الذين يخالفون القواعد القانونية المتعلقة بالعمل الوظيفي، كتغيبهم عن العمل أو إهمالهم في أدائه أو القيام بأعمال لا تتفق مع قانون الوظيفة ، ولهذا الجزاء صور متعددة قد تكون التوبيخ أو الإنذار أو الحرمان من جزء من الراتب أو من الترقية أو العلاوة أو تأجيلها ، أو الحرمان من المكافأة .²⁶

²³ سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 20 .

²⁴ جلال إبراهيم، المرجع السابق، ص 21.

²⁵ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 29.

²⁶ جلال إبراهيم، المرجع السابق، ص 23.

المطلب الرابع : التفرقة بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى

كما سبق و رأينا أن القواعد القانونية هي قواعد اجتماعية بالدرجة الأولى بحيث تعكس الظروف الاجتماعية السائدة في مجتمع معين، وهي بذلك تتشارك مع القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الأخلاق والدين والمجاملات ، لكونها تتعلق أيضا بالسلوك الاجتماعي وتتمتع بنفس خصائص القاعدة القانونية فهي عامة ومجردة ومنظمة للسلوك داخل المجتمع .

أولاً- قواعد القانون و قواعد الدين :

يقصد بقواعد الدين مجموعة الأحكام التي يوحى بها الله تعالى إلى رسله لتحكم سلوك أتباعهم من الأفراد، و تنقسم قواعد الدين إلى نوعين: الأولى قواعد العبادات والثانية قواعد المعاملات.

أ- قواعد العبادات :

تتعلق بعلاقات الفرد نفسه بخالقه مباشرة و تتمثل في الشهادة، والصلاة، والزكاة، والحج والصوم، وهذا النوع من قواعد العبادات يعتبر مجالاً شخصياً للفرد بينه وبين خالقه ولا دخل للقانون فيه، إلا بقدر ضئيل لتقريره أو لحماية الحرية الدينية للأفراد.

ولكن لا شك أن هذه القواعد الدينية تعتبر قواعد سماوية ملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء إلا أنه ينفذ في الآخرة بعد الممات، وان كان تعجيل الله تعالى للجزاء في الحياة الدنيا أمراً متصوراً في كل الأوقات، عكس جزاء القاعدة القانونية فهو حالاً توقعه السلطة المختصة اثر وقوع المخالفة.²⁷

ب- قواعد المعاملات :

وهي تتعلق بعلاقة الفرد بغيره من الأفراد، وتختلف الديانات السماوية في هذا الشأن أي في احتوائها على تلك القواعد ، غير أن الدين الإسلامي قد عنى بقواعد العبادات وقواعد المعاملات معا وأهتم بالعلاقات ذات الصبغة المالية كالبيع والإيجار والرهن وغير ذلك، فنظم أمور الدين والدنيا معا.

وتتطابق قواعد القانون والقواعد الدينية في تنظيم المعاملات، فالمرجع عادة يضع تلك القواعد الدينية في اعتباره، ويطبقها بقدر الإمكان، والدليل على ذلك هو أن المشرع نص في المادة الأولى من القانون المدني على ما يأتي: " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"²⁸، وهو الشأن بخصوص قانون الأسرة بالنسبة لأحكام الزواج و الطلاق و النيابة الشرعية و الكفالة و الميراث و الوصية و الوقف (...).

²⁷ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 37.

²⁸ المادة 02 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا -قواعد القانون و قواعد الأخلاق:

يقصد بقواعد الأخلاق مجموعة المبادئ المحصلة من المثل العليا للمجتمع ومجموع أفكاره عن الخير والشر التي تحض أفرادها على سلوك معين في مواجهة نفسه (أخلاق فردية) أو غيره (أخلاق اجتماعية)²⁹. و عليه فقواعد الأخلاق هي قواعد سلوكية اجتماعية يحددها المجتمع وقد تتأثر الأخلاق بالدين وبالتقليد وبالمجاملات إلى حد كبير، وأحيانا قد يكون التداخل كبيرا بينها وبين القواعد القانونية، لأن القانون و إن كان يستهدف إقامة النظام العام في المجتمع فهو لا يخلو من فكرة تحقيق الخير العام للجماعة و هي فكرة ليست غريبة على الأخلاق، بل يؤكد التطور الحديث للقانون الوضعي و ما شهدته من دخول الأخلاق في دائرة القانون،³⁰

ومثال ذلك معاونة الغير في الدفاع عن نفسه وماله وهو جانب أخلاقي بالدرجة الأولى ومع ذلك تنبأه المشرع وجعله قاعدة قانونية حيث أباح الضرب والجرح والقتل في سبيل حماية النفس و الغير و المال، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء.³¹

في موضوع آخر يوجب المشرع إغاثة الأشخاص ومساعدتهم بحيث يعاقب ... كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.³²

ثالثا - قواعد القانون و قواعد المجاملات والتقاليد:

قواعد المجاملات و قواعد العادات والتقاليد هي جملة القواعد التي درج الناس عليها اعتقادا منهم بضرورة احترامها كالتهاني في المناسبات السارة و المواساة في الأحزان وتبادل الزيارات و قواعد البروتوكول الاجتماعي، فهذه القواعد الاجتماعية و رغم الاعتقاد الراسخ بضرورة احترامها إلا أنها لا ترقى لمرتبة قواعد القانون³³، بل لم يهتم القانون بها، فمجالها يختلف عن مجال قواعد القانونية لاختلاف المصالح المبتغاة، فقواعد القانون تهدف إلى حفظ النظام و الاستقرار الاجتماعي أما قواعد المجاملات فلا تصل في قيمتها إلى هذا المستوى مما يدفع المشرع إلى ترك العقاب على مخالفتها لضمير الفرد و مشاعر الجماعة.³⁴

²⁹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 39 .

³⁰ عبد المجيد الزعلاني ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للقانون، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2010، ص 21.

³¹ المادة 39 الفقرة الثانية من قانون العقوبات.

³² المادة 182 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري ، و راجع أيضا المادة 451 فقرة 8 من قانون العقوبات..

³³ عبد المجيد الزعلاني ، المرجع السابق ، ص 23.

³⁴ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 38.

وإن كان قد يترتب عن ترك قواعد المجاملات الاستتكار و المعاملة بالمثل إلا انه لا يخل بكيان المجتمع واستقراره ، فمعيار التفرقة بين النوعين من القواعد يكمن إذن في أهمية قواعد القانون للنظام والاستقرار في المجتمع مقارنة بقواعد المجاملات .³⁵

الفصل الثاني : أنواع القواعد القانونية

تنقسم القواعد القانونية إلى عدة أقسام:

- 1- من حيث سلطة الأفراد في الخضوع لها: أو من حيث مدى إلزامها وتنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمر، فالأمر لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها والقواعد المكملة أو المفسرة فهي التي يجوز للأفراد الخروج عن حكمها بالاتفاق على ما يخالفها.
- 2- ومن حيث الغرض أو المضمون: تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد إجرائية وقواعد موضوعية تنقسم إلى قواعد موضوعية تنظم العلاقات تنظيمًا موضوعيًا يمس بيان الحقوق والواجبات وكيفية نشوؤها ومباشرتها، وانقضائها كقواعد القانون المدني والتجاري والجنائي والدستوري وغيرها، وتنقسم إلى قواعد شكلية أو إجرائية يتعين اتباعها للوصول إلى ضمان احترام القواعد الموضوعية وتطبيقها تطبيقًا جيدًا مثال على ذلك: قانون الإجراءات المدنية، وقانون الإجراءات الجزائية.
- 3- من حيث الأشخاص المخاطبة بها: فتقسم إلى قواعد قانون عام إذا كانت الدولة أو ما يمثلها أحد أطراف العلاقة التي تخاطبها أو تنظمها القاعدة القانونية و تنقسم إلى قواعد قانون خاص إذا كانت تخاطب أشخاص فقط دون أن تكون الدولة طرفًا في العلاقة معهم.

المبحث الأول: القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة

إن المشرع وهو يخاطب الأشخاص أحيانًا نراه حازمًا صارمًا فيظهر القاعدة القانونية في شكل قطعي بات، ولا يجيز لهم مخالفتها، وأحيانًا أخرى نراه يفسح مجالًا بصريح العبارة للأشخاص بغرض تحكيم قاعدة أخرى غير القاعدة التي رسمها، من أجل ذلك قسمت القواعد القانونية إلى قواعد آمرة باتة وقواعد مكملة وهو ما سيأتي توضيحه.

³⁵ عبد المجيد الزعلاني ، المرجع السابق ، ص 23.

المطلب الأول: ماهية التقسيم

أ- القواعد القانونية الآمرة:

هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها، يستوي في ذلك أن تتضمن أمرا أو نهيا، و حتى يتضح المعنى المقصود تضرب الأمثلة التالية:

- 1- كمال الأهلية: كل شخص بلغ سن الرشد (19 سنة) متمتع بقواه العقلية ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية³⁶ (المادة 40 فقرة 1 مدني).
- 2- سن التمييز: كل من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة يعتبر فاقدا للتمييز³⁷ (المادة 42 فقرة 02 مدني).
- 3- الحرية الشخصية: ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية³⁸ (المادة 46 قانون مدني).
- 4- التعامل في التركة المستقبلية: التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه،³⁹ (المادة 92 فقرة 02 مدني).

وعلى هذا النحو نلاحظ أن المشرع وهو يخاطب الأشخاص وبمقتضى قواعد معينة نراه يستعمل الأسلوب البات القطعي فلا يجيز لهم إقرار قاعدة تنظم علاقاتهم على غير ما رسمه وحدده، وبوجه عام نجد أن القواعد القانونية الآمرة تتزايد في العصر الحديث مع تعقد الحياة وتشابك المصالح.

ب- القواعد القانونية المكملة:

هي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، فهي نسبية التطبيق وخطابها إلى الأفراد نسبي وحريةهم في استبعاد تطبيقها موفورة، ويرجع ذلك إلى تعلقها بمصلحة خاصة بحتة. لا يغير المجتمع أن تستأثر إرادات الأفراد بتنظيمها، ومن أمثلة هذه القواعد في القانون المدني ما يلي:

- 1- مكان تسليم المبيع: وجب على المشتري تسليم المبيع في المكان الذي يوجد هذا الأخير وقت البيع، وأن يتسلمه دون تأخير⁴⁰ (المادة 394 قانون مدني).

³⁶ المادة 40 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

³⁷ المادة 42 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

³⁸ المادة 46 من القانون المدني الجزائري .

³⁹ المادة 92 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

⁴⁰ المادة 394 من القانون المدني الجزائري .

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

2- نفقات تسلم المبيع: إن نفقات تسلم المبيع تكون على المستوي ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك⁴¹ (المادة 395 قانون مدني).

3- التزامات رب العمل: تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك⁴² (المادة 559 قانون مدني).

4- التضامن في تنفيذ الوكالة: إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين تجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك⁴³ (المادة 584 قانون مدني).

في كل هذه الأمثلة تتجلى قيمة القاعدة المكملة في الحلول محل إرادة الأطراف إذا هم يتفقوا أو سكتوا عن بيان موقفهم من المسألة، فيتدخل المشرع لتسهيل المعاملات وتوفيراً للجهد لوضع نموذج لما يجب أن يكون عليه الاتفاق.⁴⁴

فالقاعدة القانونية المكملة هي قاعدة قانونية عامة ومجردة منظمة لسلوك الفرد داخل المجتمع وملزمة وكل ما هنالك أن شروطا من شروط اعمالها هو عدم اتفاق الأطراف على مخالفتها. فإذا اتفقوا على تنظيم مخالف، انتفى شرط تطبيق القاعدة المكملة أما إذا صمتوا فإن تطبيقها يكون مبررا بتوافر شرط عدم الاتفاق على مخالفتها.⁴⁵

المطلب الثاني: معايير التفرقة بين القاعدة الأمرة والقاعدة المكملة

للتمييز بين القواعد الأمرة والمكملة يميز الصفة بين معيارين، أولهما شكلي ينظر إلى لفظ القاعدة والأخير موضوعي أو معنوي يتطلع إلى مضمونها.

1- المعيار الشكلي (المعيار اللفظي): قد تدل عبارة النص وصياغته وألفاظه على طبيعة القاعدة القانونية، فيقوم هذا المعيار على عدم جواز المخالفة كانت أمرة، أما إذا دلت على جواز المخالفة وإمكانية الاتفاق على عكس ما جاء فيها فهي مكملة.

⁴¹ المادة 395 من القانون المدني الجزائري .

⁴² المادة 559 من القانون المدني الجزائري .

⁴³ المادة 584 من القانون المدني الجزائري .

⁴⁴ سمير تتاغو ، المرجع السابق ، ص 86 .

⁴⁵ نفس المرجع ، ص 86.

وأيضاً إذا قام المشرع باستخدام عبارات الأمر والنهي أو قرن مخالفة القاعدة بجزاء فهي أمره وتكون مكتملة فيما عدا ذلك ويتضح هذا المعنى من خلال الأمثلة الآتية:

تعتبر قواعد أمره النصوص التالية:

- « ويكون بطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير ». ⁴⁶
- « غير أن التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه... ». ⁴⁷
- وقد يشير النص القانوني الأمر صراحة على أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه مثل القاعدة الآتية: « لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة أسم مستعار الحق المتنازع فيه... ». ⁴⁸
- « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية » ⁴⁹.
- « يؤول الشك في مصلحة المدين ». ⁵⁰
- المادة 398 قانون مدني: « إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار تاجراً في حق المشتري ».
- المادة 540 قانون مدني: « القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أمر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ».

أما القواعد المكتملة فيمكن استخلاص أنها مكتملة من النص نفسه، فنص المشرع في المادة ذاتها على جواز مخالفتها "أو على" ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

- « يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ». ⁵¹

- « ويكون دفع الأجرة في موطن المستأجر ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ». ⁵²

- « كلما وجب أن يؤخذ القرار بالأغلبية تعين الأخذ بالأغلبية العديدة على حسب الأفراد ما لم يوجد نص يخالف ذلك ». ⁵³

⁴⁶ المادة 377 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري .

⁴⁷ المادة 92 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري .

⁴⁸ المادة 402 قانون مدني من القانون المدني الجزائري .

⁴⁹ المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

⁵⁰ المادة 112 من القانون المدني الجزائري .

⁵¹ المادة 494 من القانون المدني .

⁵² المادة 498 فقرة 02 من القانون المدني .

⁵³ المادة 429 من القانون المدني الجزائري .

- « من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع اتفاق يخالف ذلك». ⁵⁴

والملاحظ أن هناك مواد لم يستعمل فيها المشرع بعبارات واضحة سواء أمرة أو مكملة فلا يمكن تحديد طبيعة هذه القواعد القانونية إلا عن طريق دراسة أو تحليل مضمونها، فهذا المعيار القاطع والبات والبديهي لا يعيبه سوى عجزه عن الوصول إلى طبيعة القاعدة القانونية إذا لم تدل ألفاظها على ذلك وهنا لا يكون بالوسع تحديد هذه الطبيعة بغير اللجوء إلى المعيار الثاني وهو النظام العام والآداب العامة.

ب- المعيار الموضوعي: النظام العام والآداب العامة:

يقوم هذا المعيار على أساس البحث فيما وراء ألفاظ القاعدة فالعبرة فيه بمعناها، فتعتبر القاعدة أمرة وفق هذا المعيار ليس بالنظر لألفاظها وعباراتها، وإنما النظر لموضوعها فهي تحمل موضوعا له علاقة مباشرة، بالنظام العام والآداب العامة.

وإذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة تعتبر تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث أنها تقيّد حرية الأشخاص في التعاقد وهذا ما قرره المشرع في القاعدة الآتية: « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا». ⁵⁵

ويلاحظ أيضا أن القواعد المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة كلها أمرة، أي لا يجوز للأفراد استبعاد حكمها، ولكن القواعد الأمرة ليست كلها من النظام العام، بل قد يرى المشرع وجوب جعل القاعدة أمرة لاعتبارات تتعلق بحماية أوضاع معينة فيصوغها بشكل يتضح منه عدم جواز مخالفتها مثلا: القواعد المتعلقة بنقص الأهلية فهي تعتبر قواعد أمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها ولكن ليست متعلقة بالنظام العام فالحكم على مخالفتها هو القابلية للإبطال وليس البطلان المطلق.

أ- النظام العام:

يقصد بها القواعد المنظمة للمصالح الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها في اتفاقاتهم ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح خاصة لهم، يستوي في ذلك أن تكون هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ⁵⁶ أو بعبارة أخرى هي القواعد التي هي القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي

⁵⁴ المادة 404 من القانون المدني الجزائري.

⁵⁵ المادة 96 من القانون المدني الجزائري

⁵⁶ سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص89 و ص 90.

لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد. وعلى هذا الأساس نرى أن قواعد القانون العام كالقانون الدستوري و القانون الإداري و قانون العمل والقانون الجبائي تكون في غالب الاحوال قواعد أمرة، وعلى عكس ذلك قواعد القانون الخاص حيث تكون في غالب الأحيان قواعد مكملة إلا ما يتعلق منها بالنظام العام أو الآداب العامة .

مفاد ذلك أن يكون النظام العام اصطلاح شامل فضفاض يصعب تحديده خاصة أمام عدم وضوح ما يسمى بالمصالح العليا، وعدم ثبات المصلحة وتغيرها من زكن لآخر ومن بلد لآخر، وهنا يتجلى دور القاضي في تفسير هذه النصوص استنادا إلى المفهوم الاجتماعي السائد⁵⁷، فيتدخل المشرع بذلك من الحاجة إلى التدخل الدوري لجعل النص أمرا أو مكملا كلما تغيرت الظروف والأحوال، فتعتبر قواعد قانونية أمرة على سبيل المثال القواعد الآتية:

- 1- **قواعد قانون العقوبات:** فتعتبر كل هذه القواعد متعلقة بالنظام العام وبالتالي فهي أمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها كالاتفاق على تحمل بريء عقوبة جريمة ارتكبها آخر.
- 2- **قواعد حماية المصالح الاقتصادية للدولة:** تعد قواعد أمرة مثلا القواعد المتعلقة بالضرائب والرسوم والأشخاص الخاضعين لها، و بالانتاج والتوزيع والقواعد المحددة للسعر الجبري لبعض السلع.⁵⁸
- 3- **قواعد حماية المصالح السياسية لأفراد المجتمع:** تعد نصوصا أمرة النصوص الدستورية المنظمة لحريات الأفراد في مجال الرأي والانتخاب والترشح والحياة الخاصة.
- 4- **قواعد حماية المصالح الاجتماعية للمجتمع:** تعقد قواعد أمرة القواعد المحددة لساعات العمل والحد الأدنى للأجور وأيام العطل الدينية والوطنية.
- 5- **قواعد حماية المصالح الخلقية للمجتمع:** مثالها القواعد المحرمة كالتنازل عن الحرية الشخصية، وزواج المسلم بأكثر من أربعة.

وفكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف المكان، فالقرض بفائدة بين الأفراد يعتبر مخالفا للنظام العام في الجزائر⁵⁹ ، بينما لا يعتبر كذلك في مصر وفرنسا، كذلك يختلف النظام العام باختلاف الزمان فالتأمين على الحياة كان يعتبر في القديم مخالفا للنظام العام ويعتبر عملا غير مشروع لأنه

⁵⁷ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 83.

⁵⁸ عبد المجيد الزعلاني ، المرجع السابق ، ص 26.

⁵⁹ المادة 454 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجّهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

مضاربة على حياة الشخص، بينما أصبح اليوم مشروعاً وغير مخالف للنظام العام، وللقاضي سلطة تقدير جدوى هذه الحماية في ضوء المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع.

ب- الآداب العامة:

الآداب العامة هي التعبير الخلفي عن فكرة النظام العام ويختلف معناها بتفاوت الزمان والمكان والظروف، مثلها في ذلك مثل فكرة النظام العام ذاتها.⁶⁰ والآداب العامة هي جملة المعتقدات المورثة والعادات المتأصلة والدين المتبع، فهن كل هذا يتكون عرف ملزم لهم باتباع أمر معين أو اجتنابه وهذا العرف يتسم بالمرونة والقابلية للتحويل والتبدل المتأني وفق لظروف الزمان والمكان وسبب ذلك التأني، هو أن المجتمع يجد في فكرته عن الآداب عاصماً له من الانحلال، فلا يتخلى عنها بسهولة.⁶¹

ولا بد من التفرقة بين الآداب العامة والأخلاق فليست القواعد المتعلقة بالأخلاق هي كلها قواعد متعلقة بالآداب العامة، بل يقصد بالآداب العامة الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره الجماعة لازماً للمحافظة على عدم الانحلال فيفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه.⁶² مثال على ذلك المجتمعات الإسلامية لا تجيز التعايش بين الرجل والمرأة في غير إطاره الشرعي أي الزواج، بينما في المجتمعات الغربية فإن علاقة الخليين مشروعة وترتب آثار قانونية.

والخلاصة أن فكرة الآداب تعد قيماً مقبولاً على حريات الأفراد، فترفع القاعدة القانونية إلى طائفة القواعد الآمرة. والجدير بالقول أنه بالرغم من أهمية المعيار الموضوعي ودقته لحد ما، فهذا لا يمنع من التأكيد على عدم صلاحية فكرة النظام العام حيث أن القاعدة القانونية قد تكون آمرة وغير متعلقة بالنظام العام.⁶³

⁶⁰ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 51 .

⁶¹ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 82 .

⁶² جلال إبراهيم، المرجع السابق، ص 66.

⁶³ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 86.

المبحث الثاني: قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

قسم الرومان قواعد القانون إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، ومازال هذا التقسيم قائما حتى الآن، ونعرض هنا للمعايير التي جاءت لوضع التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، ثم هذه لأهمية هذه التفرقة وأخيرا تعرض لفروع القانونين العام والخاص.

المطلب الأول: معايير التفرقة

تعددت المعايير التي جاءت لضبط التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص على النحو الآتي:

1- معيار أطراف العلاقة:

أ- مضمون المعيار: يعتبر بأن القاعدة القانونية من قواعد القانون العام إذا كانت الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها، إما إذا كان الأطراف من الأفراد كانت من قواعد القانون الخاص.⁶⁴

ب- نقد: هذا المعيار صحيح في ظاهره وفي النتائج المترتبة عليه في أغلب الفروض إلا أنه من الصعب اعتباره صحيح بصفة مطلقة، فالواقع أن الدولة (أو أحد فروعها)، قد تتدخل في العلاقة ليست بوصفها صاحبة سيادة بل كفرد عادي.⁶⁵

وفي هذا المقام لا يتصور اعتبار العلاقات القانونية المتمثلة في البيع أو الشراء أو الإيجار أو غير ذلك علاقات قانون عام إذا كانت الدولة بوصفها فردا عاديا طرفا فيها.

2- معيار القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

أ- مضمون المعيار: يعتبر مؤيدوا هذا المعيار أن قواعد القانون العام كلها أمرة، في حين أن قواعد القانون الخاص مكملة، فيرون أن القانون العام متمثل في قدرة الدولة أو السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية، أما القانون الخاص قانون حرية الأفراد لا مجال فيه للجبر والتسلط⁶⁶، ويضربون لذلك مثلا بالمالك الذي يريد توسيع أرضه بضم قطعة مجاورة إليها، فإذا كان المالك فردا عاديا فلا مجال أمامه سوى التراضي مع جاره وإفراغ إداري نظير تعويض مالي دون السعي وراء موافقته.

⁶⁴ حبيب إبراهيم خليل، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1993، ص 56 و ص 57.

⁶⁵ نفس المرجع، ص 57.

⁶⁶ مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل و نظرية الحق، دار بلفيس، الجزائر، سنة 2006، ص 10.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

ب- نقد: يفترض أصحاب هذا المعيار أن قواعد القانون العام كلها آمرة وأن قواعد القانون الخاص كلها مكملة وهو افتراض خاطئ، فكما سنرى أن كلا من هذين القانونيتين يتضمن قواعد آمرة ومكملة في آن واحد.

3- معيار غاية القانون (معيار المصلحة)

أ- مضمون المعيار: يرى بعض الفقهاء أن عامل المصلحة هو الأداة الأصلح للتعبير بين القانون العام والقانون الخاص، حيث أن القانون العام تسود فيه المصلحة العامة والقانون الخاص تسود فيه المصلحة الخاصة للأفراد.

ب- نقد: يعيب هذا المعيار إغفاله مسألة أن تحقيق المصلحة العامة يتضمنه تحقيقا لبعض المصالح الخاصة أيبضا، إضافة إلى ذلك فالقواعد القانونية في مجملها سواء كانت منتمة للقانون العام أو الخاص فهي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.⁶⁷

4- معيار صفة أطراف العلاقة (معيار السلطة العامة)

أ- مضمون المعيار: تعد قواعد القانون العام القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان أما قواعد القانون الخاص فهي كل قاعدة قانونية تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفراد عاديين أو التي تكون الدولة أو أحد فروعها بوصفها شخصا عاديا طرفتا فيها مع شخص عادي.

ب- نقد: يعد هذا المعيار نتيجة منطقية لاعتبار القانون العام قانون السيطرة أو الخضوع، والقانون الخاص قانون المساواة أو التوازن، في القانون العام يتعامل الأفراد على أساس السلطة والإذعان أما في القانون الخاص فهم يتعاملون على أساس المساواة.

فهذا المعيار ينظر إلى أطراف العلاقة من زاوية الصفة التي يتمتع بها كل طرف، فتكون الدولة أو أحد فروعها طرفا في علاقة قانون عام إذا تعاملت بوصفها صاحبة سيادة وتكون طرفا في علاقة قانون خاص إذا تعاملت بوصفها فردا عاديا،⁶⁸ فهو بذلك يتقاضي أوجه قصور وعجز المعايير الأخرى المقترحة، ويتسم بالوضوح واليسر في التطبيق، وبذلك فيعتبر معيار السلطة العامة المعيار الراجح والأكثر شيوع في الفقه الحديث للتمييز بين القانون العام والخاص.

⁶⁷ حبيب ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 58.

⁶⁸ عبد المجيد الزعلاني، المرجع السابق، ص 35.

المطلب الثاني: أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

تتجلى الأهمية العملية للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في عدة وجوه أهمها:

1- النزاعات بين الدولة والأفراد: (الجهة القضائية صاحبة الاختصاص):

عند وقوع نزاع بين الدولة والأفراد تختص المحاكم الإدارية به نظرا لتعلقه بإحدى روابط القانون العام بالمقابلة للمحاكم العادية التي تختص بالنزاعات الفردية فكل قانون جهة قضائية مختصة بفصل النزاعات المطروحة في مجال علاقاته.

2- الأموال العامة

تخضع الأموال العامة (أو الدومين العام) لقواعد مميزة عن القواعد التي تخضع لها الأملاك الخاصة بالأفراد، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو اكتساب ملكيتها بوضع اليد أو مضي المدة (أي التقادم المكسب) وفق منطوق المادة 689 من القانون المدني: «لا يجوز التصرف فيه...»⁶⁹ ، لأن هذه الحماية من المال العام ينجر عنه تضيق نطاق المال العام وذوبانه ولو تدريجيا في نطاق الملكية الخاصة، ففي مجال الروابط الخاصة اعتمد المشرع نظاما قانونيا مخالفا لما سبق ذكره، وأجاز فيه للأفراد التصرف في أموالهم أن بالبيع أو الإيجار أو الرهن وغيرها.

3- العمل بالدولة أو القطاع العام

يخضع العاملون المدنيون بالدولة أو القطاع العام إلى قواعد خاصة عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل مع المستخدم من خلال عقد عمل فردي أو جماعي.⁷⁰

4- تخضع العقود الإدارية لقواعد مختلفة عن القواعد التي تحكم العقود العادية بحكم اختلاف طبيعة الأفراد المتعاقدة في هاتين الحالتين، إذ الإدارة في علاقاتها مع الأفراد تتمتع بجملة من السلطات تخولها صلاحية تعديل العقد بإرادتها المنفردة، أو توقيع الجزاءات على المتعاقد معها أو فسخ العقد وكل هذا تحت عنوان السلطة العامة، وكل هذا تحت عنوان السلطة العامة، وكل هذا تحكمه قواعد القانون العام.⁷¹

فمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة المعروف في مجال روابط القانون الخاص لا يمكن تطبيقه

إذا تعلق الأمر بعلاقة من القانون العام.

5- الامتيازات

⁶⁹ المادة 689 من القانون المدني الجزائري.

⁷⁰ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 86.

⁷¹ نفس المرجع، ص 86

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

تتمتع الدولة بامتيازات خاصة في مواجهة الأفراد لا يعرفها الآخرون في علاقاتهم الخاضعة للقانون الخاص، مثال ذلك حق جهة الإدارة في نزع ملكية الأفراد بدون رضاهم نظير تعويض مال عادل تقدره، وحققها في إصدار لوائح إدارية تحكم علاقاتهم بالغير دون الحاجة إلى الحصول على موافقة الفرد العادي المتعاقد معها، كرفع إيجار السكنات أو فواتير الكهرباء أو الغاز مثلا.⁷²

المطلب الثالث: فروع القانون العام وفروع القانون الخاص

ينفرد عن القانون العام والخاص عدة قوانين استنادا إلى المعيار الراجح وهو معيار صفة أطراف العلاقة، فينفرد عن القانون العام: القانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الجنائي، والقانون الدولي العام، وقانون الضمان الاجتماعي، أما القانون الخاص فينفرد عنه القانون المدني والقانون التجاري، والقانون البحري والقانون الجوي، وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الزراعي والقانون الدولي الخاص.

أ- فروع القانون العام

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها شخصا معنويا وصاحبة السمو والسيادة، والدولة بالوصف والوجه السيادي نراها أحيانا تمارس نشاطا داخليا فيخضع للقواعد الداخلية ونشاطا خارجيا مع دول أخرى أو منظمات دولية فيخضع لنصوص دولية لذا قسم القانون إلى الفروع الآتي ذكرها:

1- القانون الدولي الدول العام

هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول فيما بينها، وتحدد حقوقها وواجباتها في حالة السلم والحرب،⁷³ فتبين الشروط اللام توافرها لقيام الدولة وحقوقها باعتبارها صاحبة سيادة، وتنظم سلوك الدولة ونشاطها الخارجي ع غيرها من الدول ومع المنظمات الدولية كهيئة الأمم المتحدة وسائر المنظمات المتفرعة عنها. وترجع أهمية هذا القانون إلى الضرورة الملحة للتعاون بين الدول في المجالات السياسية والعلمية والفنية والاقتصادية وغيرها، هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول فيما بينها والتي تشكل مجتمع دولي.

وينصرف هذا التنظيم على عدة أمور أهمها: تحديد معيار اكتساب الدول للشخصية القانونية ومدى اعتبارها كاملة السيادة أو ناقصة السيادة وتحدد حقوق الدولة وواجباتها في السلم والحرب، وإبرام المعاهدات

⁷² محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 55.

⁷³ مولود ديدان، المرجع السابق، ص 30 .

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

والاتفاقيات وأساليب فض المنازعات بينها بالطرق السلمية، كما يدخل في إطار هذا القانون بيان تشكيل واختصاصات المنظمات الدولية كالأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة مثل مجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية وغيرها...!

وهناك من يرى أن قواعد القانون الدولي لا تعد قواعد قانونية، لأنه لا يوجد سلطة عامة تضع القواعد وتراقبها وتعاقب من يخالفها.⁷⁴

لكن والجدير بالذكر أن وجود محكمة العدل الدولية وما تتمتع به توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة من صلاحيات وما تحظى به قرارات مجلس الأمن من قوة إلزامية بالإضافة إلى الجزاءات المحتملة من قطع العلاقات الدبلوماسية وفرض الحصار والمقاطعة الاقتصادية، والمعاملة بالمثل، واستعمال القوة المسلحة، يدفعنا إلى تأكيد اعتبار القانون الدول العام قانونا بالمعنى الصحيح.⁷⁵

2- القانون الدستوري: يعتبر القانون الدستوري القانون الأساسي للدولة، ويوجد على قمة التدرج القانوني، فهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تبين نظام الحكم (جمهورية أو ملكي) وشكل الدولة (موحدة، فيدرالية) والسلطات العامة في الدولة والهيئات التي تمارسها واختصاصها، وعلاقتها ببعضها البعض، كما يبين الحريات العامة للأفراد كحرية الرأي والاجتماع والتنقل والواجبات العامة للأفراد، كأداء الخدمة الوطنية. وكقاعدة عامة يعد غير دستوري كل قانون يخالفه (عدم دستورية القوانين).⁷⁶

3- القانون الإداري: يهتم القانون الإداري بالإدارة العامة من عدة جوانب، تتمثل أساسا في تنظيم الجهاز الإداري للدولة (الإدارة المركزية، الإدارة المحلية)، وأيضا تنظيم مهام الإدارة ونشاطها ووسائلها وأساليبها ومنازعاتها، وكيفية تسييرها للمرافق العامة.

4- القانون المالي: هو مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالإيرادات والنفقات العامة، وكيفية إعداد وتنفيذ ميزانيات الإدارات والهيئات العمومية ومراقبتها.⁷⁷

5- قانون الضمان الاجتماعي: يستفيد العمال الذين يحدد القانون من نظام الضمان الاجتماعي وذلك للحصول على تعويض في حالة إصابات العمل، والمرض والعجز والشيخوخة والتقاعد واستفادة العمال من هذا النظام تكون في مقابل اشتراكهم لدى صندوق الضمان الاجتماعي، وقيامهم بدفع أقساط شهرية

⁷⁴ سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 91.

⁷⁵ نفس المرجع ، ص 92 .

⁷⁶ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 57.

⁷⁷ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 52 .

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

محسوبة بنسبة معينة من مرتب كل منهم ويتمتع صندوق اضمان الاجتماعي في تحصيله لأقساط الاشتراك بكل مميزات السلطة العامة.

6- القانون الجنائي: وينقسم القانون الجنائي إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية:

* **قانون العقوبات:** هو مجموعة القواعد التي تحدد أنواع الجرائم من جنائية أو جنحة أو مخالفة وتبين أركان الجريمة وعقوبتها، ويعد التشريع المصدر الوحيد للقانون الجنائي، إذ تقضي المادة الأولى منه بأن: " لا عقوبة ولا جريمة بدون نص".

وقد أثير جدل فقهي حول تحديد طبيعة قواعد القانون الجنائي، فرأى البعض أنها تنتمي إلى القانون الخاص، ذلك لأن الجريمة اعتداء على حقوق ومصالح الأفراد، وتذهب غالبية الفقه إلى اعتبار القانون الجنائي قانونا عاما لأن الجريمة اعتداء على حق المجتمع ككل وليس على الفرد فقط، فلا يستطيع الشخص التنازل عن حقه في توقيع العقاب على الجاني، فالدعوى العمومية ترفعها النيابة العامة مدافعة عن حق المجتمع، فلا يملكه وكيل الدولة الصلح أو التنازل عن الدعوى هي رفعت للقضاء.

* **قانون الإجراءات الجزائية:** يتناول الإجراءات التي تتبع من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقاب على الجاني، فيبين الإجراءات الخاصة بضبط المتم، والقبض عليه، والتفتيش والحبس الاحتياطي والتحقيق الجنائي، ومحاكمة المتهم وتنفيذ العقوبة، وطرق الطعن.

ب- فروع القانون الخاص :

يقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات بين الأفراد أو فيما بينهم وبين الدولة، ويلاحظ أن الدولة هنا تتدخل بوصفها شخصا عاديا وليست بوصفها صاحبة سيادة، وإلا كنا في نطاق القانون العام.

ويتفرع عن القانون الخاص عدة قوانين أهمها: القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص.

1- القانون المدني: ويتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص، ويعتبر الشريعة العامة لتنظيم العلاقات الخاصة للأفراد وهو أصل القانون الخاص وتفرعت عنه القوانين الأخرى كالقانون التجاري وقانون التأمين وقانون الأسرة، وقانون الملكية الفكرية والأدبية، وسمي بالشريعة العامة نظرا لشموله على الأسس العامة للقانون التي يرجع إليها في حالة عدم وجود قواعد في التشريعات الفرعية للقانون الخاص، فتحدد قواعده حالة الأشخاص وأهليتهم وعلاقتهم الأسرية أو الشخصية، بجانب تناوله للعلاقات المالية للأشخاص، من حيث طرق اكتساب الحقوق وفقدانها واستعمال الأموال ونقلها بعضو أو بدونه، وهذا عادة ما

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

ينظمه القانون المدني ولكن في المجتمعات الإسلامية فإن القانون المدني ينظم فقط العلاقات المالية للأشخاص بينما تنظم مسائل الأحوال الشخصية بقانون مستقل مستمد من الشريعة الإسلامية ويسمى في الجزائر بقانون الأسرة الصادر في سنة 1984.

2- القانون التجاري: وينظم طائفة من الأعمال تسمى بالأعمال التجارية وطائفة من الأشخاص هي طائفة التجار، وقد استقل عن القانون المدني لعدة اعتبارات منها: سرعة المعاملات التجارية وخصوصيتها التي تستدعي إيجاد قواعد تتناسب مع هذه السرعة والخصوصية مثل حرية الإثبات بين التجار في المسائل التجارية أو قواعد تنظيم البنوك والعمليات المصرفية من صرف وتداول للأوراق التجارية والملاحظ أن نطاق القانون التجاري يتسع من يوم إلى آخر على حساب القانون المدني نظرا للتطور المستمر للنشاط التجاري.

3- القانون الدولي الخاص: هو مجموعة القواعد التي تنظم طرق حل النزاعات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، من حيث اختصاص المحاكم الوطنية وتحديد القانون الواجب التطبيق، والعلاقات ذات العنصر الأجنبي هي تلك التي تكون فيها العلاقة القانونية تنشأ أثرا في أكثر من دولة واحدة، مثل: انعقاد عقد بين جزائري وفرنسي في إسبانيا على أن يسلم الجزائري السلعة موضوع العقد للفرنسي في الجزائر، ويتلقى مقابل الوفاء بالعملة الفرنسية في فرنسا، وفي هذا الافتراض قد نجد أن كل من القانون الجزائري والفرنسي والإسباني، يبسط ولايته على النزاع أو أن كل قانون يحيل إلى القانون الآخر، فيكون المرجع في تحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذا النزاع هو القانون الدولي الخاص.

4- قانون العمل: وينظم علاقات العمل من حيث التزامات العامل وحقوقه وشروط الأمن التي يجب أن تتوفر في أماكن العمل، والتأمينات الناتجة عن حوادث العمل والأمراض المهنية، كما يشمل على تنظيم حق الممارسة النقابية والقواعد المتعلقة بحل النزاعات الفردية والجماعية للعمل.

وهناك من اعتبر قانون العمل قانونا عاما نظرا لتدخل الدولة المستمر في تنظيم أحكامه فأصبحت معظم قواعده أمرة، إلا أن القانون الخاص، أيضا يتضمن قواعد أمرة، لكن يعتبر قانون العمل قانونا مختلطا لأنه يتضمن القواعد التي تنظم العلاقة بين العمال وأرباب العمل، وهذا هو الجانب الخاص، أما الجانب الآخر فيتعلق بالقانون العام، إذ أن القواعد الخاصة بتفتيش أماكن العمل ومراقبة مفتشية العمل على الاتفاقيات الجماعية إلى جانب قواعد التجريم والعقوبات تتدخل الدولة فيها بما لها من سيادة على المجتمع.

5- قانون الإجراءات المدنية: ويحدد القواعد التي يجب إيقاعها أمام المحاكم لحماية الحقوق الموضوعية الناشئة عن تطبيق القانون، كما ينظم طرق سير المحاكم واختصاصها النوعي، والمحلي وطرق رفع الدعوى وإصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها، ويعتبر هذا القانون فرع للقانون الخاص لأن صاحب الحق

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

يستطيع التنازل عن حقه، فالخصومة ملك الخصوم يسبونها وفق مشيئتهم فيملكون ترك الخصومة أو التنازل عن الحكم الصادر فيها.

6- القانون البحري: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بين الأفراد والهيئات الخاصة بمجال الملاحة البحرية، وهو ذلك الفرع من القانون التجاري التي ينظم حركة النقل بالسفن، فيحدد مسؤولية الناقل على البضائع وشروطه والعلاقات بين الناقل والبحارة والتأمينات البحرية وشروط عقد بيع أو إيجار السفن أو رهنها.

الفصل الثالث: مصادر القانون

يقصد بمصادر القانون الأسباب المنشئة للقانون وتتكون القاعدة القانونية من نوعين من المصادر هما: المصادر المادية أو الموضوعية والمصادر الشكلية أو الرسمية، فالمصادر المادية هي التي تنشأ منها القاعدة القانونية من حيث مضمونها ومحتواها وتتكون من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والحضارية للمجتمع كالدين والعادات والتقاليد والبيئة الاجتماعية، والمصادر الشكلية: هي الإجراءات والوسائل التي تخرج القاعدة القانونية لحيز الوجود والنفاد.⁷⁸

وتختلف هذه المصادر من تدرجها وقوة إلزامها حسب نظام القانون السائد في المجتمع، ففي المجتمعات التي تأخذ بالنظام القانون الأنجلوسكسوني نجد أن مصادر القانون هي العرف كما هو مطبق من طرف المحاكم أولاً ثم يليه التشريع والفقهاء، أما النظام اللاتيني المستمد من القانون الروماني فإن مصدر القانون هو التشريع ثم العرف ويعتبر القضاء والفقهاء مصدران احتياطيان لتفسير القانون.⁷⁹

وتطورت مصادر القانون بتطور المجتمع البشري فالعرف كان هو المصدر الرسمي للقانون قديماً وبظهور الديانات المساوية أخذت القواعد الدينية مكاناً بارزاً كمصدر للقانون وحلت محل الكثير من القواعد العرفية، ولكن بعد الثورة الصناعية وتطور المجتمعات وتعدد الديانات حل التشريع محل كل من العرف والدين في تنظيم العلاقات الاجتماعية، وأصبح كل من الدين والعرف مصادر مادية يستلهم منها المشرع القواعد الموضوعية للتشريع واقتصر دور القضاء والفقهاء على تفسير القواعد التشريعية.

وبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي

⁷⁸ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 61.

⁷⁹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 83.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

بمقتضى مبادئ الشريعة فإذا لو يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أن المشرع قد حدد مصادر القانون ورتبها كما يلي:

1- التشريع 2- مبادئ الشريعة الإسلامية 3- العرف

4- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الأول : التشريع

المطلب الأول: تعريف التشريع ومزاياه وعيوبه

1- تعريف التشريع

ويقصد به سن قواعد قانونية في صيغة مكتوبة من طرف السلطة المختصة في الدولة حسب النظام الدستوري لهذه الدولة مع السهر على تطبيقها مما يعطيها قوة إلزام في العمل بها، ويعد التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون الجزائري،⁸⁰ بحيث يجب على القاضي أن يلجأ إليه أولاً كل ما عرض عليه نزاع، فإذا وجد نص يعالج المسألة المطروحة عليه فلا يستطيع الرجوع إلى المصادر الأخرى، وذلك حتى ولو كان النص غامضاً. إذ في هذه الحالة يجب على القاضي الحث عن المعنى المقصود، وللتشريع مزايا وعيوب.⁸¹

2- مزايا التشريع:

أ- إن التشريع يجعل القاعدة القانونية محددة وواضحة، لأن صياغة القاعدة القانونية يقوم بها أشخاص متخصصون ما يجعلها واضحة بالنسبة للجميع.

ب- التشريع يحقق وحدة القانون في الدولة، لأنه يسري على جميع الأفراد ويصاغ صياغة موحدة تطبق على الجميع دجون اختلاف، كونه صدر عن سلطة مختصة حسب النظام الدستوري لكل دولة، وهذا ما نص عليه الدستور في المادة 98 التي تقضي: « يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه».

ت- التشريع يستجيب لضرورات المجتمع، ذلك لأنه يمكن صياغة أو تعديل القواعد القانوني أو إلغاؤها كلما تطلبت التغيرات الاجتماعية أو الاقتصادية ذلك.

⁸⁰ عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ، ص 61.

⁸¹ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 228.

3- عيوب التشريع

أ- عاب البعض على التشريع أنه جامد لا يتماشى وتطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية التي يتسبب في إنشائها ضمير الجماعة، ويرد على هذا الرأي أن السلطة المختصة بإصدار التشريع في الدولة، إذا ما رأت عدم صلاحية القاعدة لظروف المجتمع وتطوره فإنها تبادر إلى تعديله وإلغائه.⁸²

ب- يعيب على التشريع أيضا تضمينه لعبارات ومصطلحات فيها غموض تحتاج إلى تفسير وتوضيح كعبارة حسن النية وسوء النية وعبارة الآداب العامة والنظام العام فهذه مفاهيم عامة تحتاج إلى ضبط وتوضيح مما يفتح المجال للفقهاء والقضاء في التفسير والبحث والاجتهاد، وهذا ما أفضى على العلوم القانونية طباعا خاصا متميزا عن باقي العلوم.⁸³

المطلب الثاني : أنواع التشريع

إن القواعد القانونية ليست كلها في درجة واحدة من حيث الأهمية ويأتي في مقدمتها التشريع الأساس، ثم المعاهدات ثم التشريع العادي وأخيرا التشريع الفرعي.

1- التشريع الأساس (أو الدستور):

يقصد بالدستور مجموعة القواعد المحددة لشكل الدولة، ونظام الحكم والمبينة لحقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية التي يتمتعون بها، وبذلك يحتل قمة التشريعات، ولما كانت القاعدة الدستورية تحتل مكان الصدارة وجب أن لا تخالفها قاعدة قانونية أقل منها درجة سواء من القانون العادي أو نص تنظيمي، وتختلف طريقة إعداد الدستور عن طريقة إعداد القوانين العادية والنصوص التنظيمية، وهذا تبعا لنظام الحكم السائد في الدولة،⁸⁴ فقد يظهر الدستور كمنحة من الملك إلى رعيته (أسلوب المنحة) كالدستور المصري الذي أصدره الملك فؤاد بموجب أمر ملكي صدر سنة 1923، وقد يكون بمثابة عقد بين الحاكم والشعب (أسلوب العقد)، وأهير الدساتير الذي تم بهذه الطريقة دستور فرنسا الصادر سنة 1830، وقد ينتخب الشعب هيئة معينة يعود لها صلاحية إقرار وثيقة دستورية (أسلوب الجمعية التأسيسية) وأشهر الأمثلة التي استخدمت فيها هذه الطريقة هي دساتير الولايات المتحدة الأمريكية فضلا عن دستورها الفيدرالي الصادر سنة 1778.

⁸² سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 116

⁸³ نفس المرجع ، ص 116.

⁸⁴ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 99.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وقد يتحكم الشعب مباشرة في إعداد هذا القانون الأساسي بطريقة الاستفتاء والطريقة المتبعة في الجزائر هي طريقة الاستفتاء، إذ تم اعتمادها في إعداد مختلف الدساتير، فقد نص الدستور على أن: «السلطة التأسيسية ملك الشعب يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها. يمارس الشعب هذه السيادة عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين. لرئيس الجمهورية أن يلتجئ إلى إرادة الشعب مباشرة».⁸⁵

وبما أن سلطة الشعب شاركت بطريقة مباشرة في تركية وإقرار الوثيقة الدستورية دون وساطة، وتمثيل فإنه من الطبيعي أن تحتل الوثيقة الدستورية المكانة السامية والتميزة. ولكن ورغم هذا التميز تظل العلاقة بين القاعدة الدستورية والقوانين العادية واللوائح التنظيمية وطيدة، فعندما تعترف القاعدة الدستورية بحق التقاضي أو الحق النقابي أو الحق في الإضراب أو حق إنشاء الأحزاب معترف به، فإن مجموع هذه الحقوق الفردية والجماعية يحتاج إلى نصوص تفصيلية تنظمها ولا يكون ذلك إلا بواسطة القوانين والنصوص التنظيمية.

ولتحسين القاعدة الدستورية من أي تجاوز أو مخالفة من قبل نصوص تدونها من حيث القوة تم اعتماد نظام الرقابة الدستورية الذي يمارسه المجلس الدستوري فقد خول له سلطة الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين العضوية والقوانين والتنظيمات وذلك إما بموجب رأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية.

2- المعاهدات:

المعاهدات اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم عقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، وبما أن المعاهدة هي مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة لتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول، فهي تعد جزءا من التشريع، وهي تسمو على القانون وذلك بنص من الدستور، ويتم إبرام المعاهدات على مراحل أساسية تبدأ بالمفاوضات والاتصالات بين الوفود الرسمية للدلو ثم التوصل إلى صياغة النص النهائي للمعاهدة بعد الاتفاق على الشكل والموضوع، وتحال بعضها للتوقيع ثم المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية وأخيرا يتم تسجيلها.

3- التشريع العادي:

أو ما يسمى بالقانون حسب المفهوم الضيق لهذا الاصطلاح، حسب نص المادة 01 قانون مدني جزائري والذي تسنه السلطة التشريعية حسب المادة 114 من الدستور الجزائري، والذي قد تشاركها فيه

⁸⁵ المادة 07 من الدستور الجزائري .

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية الذي خوله الدستور التشريع عن طريق أوامر والتي لها نفس قيمة القانون العادي في بعض الحالات. كأن تكون الدولة مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، ويسمى هذا النوع من التشريع بتشريع الضرورة.

أولاً- تعريف التشريع العادي

يقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة التي تسنها السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور⁸⁶ خاصة المجالات الواردة بالمادة 139 ويطلق عليها اسم القانون، "La loi" تمييزاً له عن غيره من القوانين الأخرى.

وإطلاق اسم القانون على التشريع هو من قبيل إطلاق الكل على الجزء لتبيان أهمية الجزء⁸⁷، وينص الدستور الجزائري على أن: «يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه»⁸⁸.

ثانياً- حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية (التشريع بأوامر)

القاعدة العامة أن التشريع معقود للسلطة التشريعية في حدود الصلاحيات المحددة بموجب النصوص الدستورية، غير أنه في حالات محددة تملك السلطة التنفيذية أن تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي بموجب إصدار أوامر في مسائل عاجلة⁸⁹، وهي حالة الضرورة وحالة التفويض بالتشريع.

أ- **تشريع الضرورة:** تحل السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في سن القانون، وتكون لتشريعات السلطة التنفيذية قوة القانون على أن تعرض على الهيئة التشريعية في أول اجتماع له، وتعدّ لإغية تلك الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان⁹⁰. وهذا ما نصت عليه المادة 142 من الدستور 1996 بخلاف دستور 1989.

⁸⁶ المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 82.

⁸⁷ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص100.

⁸⁸ المادة 114 من الدستور الجزائري، مرجع سابق.

⁸⁹ المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع سابق.

⁹⁰ المادة 142 من الدستور 2020، مرجع سابق.

وإذا أتينا لحصر حالات التشريع بأوامر من رئيس الجمهورية في التعديل الدستوري 2020 نجدها تتمثل فيما يلي:

- 1- في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني (في حلة حله) (المادة 142 من دستور.2020).
- 2- خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة.(المادة 142 من دستور 2020).
- 3- في حالة عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية في المدة التي حددها الدستور وهي 75 يوما عندما يجوز للرئيس إصدار تشريع في الموضوع على شكل أمر⁹¹.
- 4- في الحالات الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور لسنة 2020 والمتمثلة في حالة إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها ، (يقصد بالظروف الاستثنائية كأن تكون الدولة أو سلامة ترابها، مما يستلزم السرعة في أخذ القرار).

ب- **تشريع التفويض:** يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب التفويض من السلطة التشريعية بغرض إضرار نصوص ذات طابع تشريعي، وهذا التفويض قد كان منصوصا عليه في دستور 1963 وكذلك في دستور 1976⁹² ، ولم ينص عليه دستور 1989 وهذا يعني أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية طلب تفويض بالتشريع، ويلاحظ أن تشريع التفويض، إن كان معمولا به في عدة دول مثل فرنسا إلا أنه أمر غير مقبول من الناحية النظرية، إذ لا يمكن للسلطة التشريعية أن تتنازل عن اختصاصها التشريعي الذي تستمده من الدستور، فذلك التفويض يمكن السلطة التنفيذية من تعديل التشريعات القائمة وهذا ماي يؤدي إلى التقليل من أهمية التشريعات والنزول بها إلى مستوى اللوائح، ولهذا تذهب الدساتير التي تقر التفويض إلى فرض شروط معينة، ولا يجوز لرئيس الجمهورية من التشريع إلا في الحدود التي تضمنها التفويض، فلا يجوز له تجاوزتها.

ويتعين هنا إجراء الفرق بين تشريع الضرورة والتشريع بالتفويض ففي الحالة الأولى لا يحتاج الأمر أن يطلب رئيس الجمهورية الإذن المسبق لإصداره الأوامر، بل يكفي توافر حالة عدم انعقاد المجلس (بين الدورتين)، بينما في حالة التفويض يقتضي الأمر، واستنادا لدستور 1963 أن يطلب رئيس الجمهورية الإذن المسبق.

⁹¹ المادة 146 من الدستور 2020، مرجع سابق.

⁹² المادة 153 من الدستور 1976

المطلب الثالث: مراحل سن التشريع العادي

يمر التشريع في سنه بالمراحل التالية:

1- اقتراح التشريع: يتم اقتراح التشريع من قبل سلطتين هما :

أ * السلطة التنفيذية وذلك بمالها من خبرة ودراسة بحاجة المجتمع لتنظيم وجه من أوجه النشاط وذلك بإعداد مشروع قانون يقدم لمجلس الوزراء لمناقشته وإثرائه ويعرضه على مجلس الدولة لأخذ رأيه فيه قبل أن يودعه الوزير الأول (رئيس الحكومة) لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة لمناقشته والمصادقة عليه.⁹³

ب * السلطة التشريعية بحيث يمكن للبرلمان اقتراح قانون وفي هذه الحالة اشتراط الدستور أن يكون الاقتراح صادرا أو مدعما من طرف 20 نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو 20 عضوا من مجلس الأمة حتى يمكن مناقشته .

2- فحص التشريع : بعد عرض مشروع القانون على مكتب المجلس يقوم هذا الأخير بإحالاته على اللجنة المختصة لدراسته وتقديم تقرير حوله،.

3- مناقشة القانون والمصادقة عليه: بعد عرض مشروع القانون على مكتب المجلس يقوم هذا الأخير بإحالاته على اللجنة المختصة لدراسته وتقديم تقرير حوله، وبعد ذلك يعرض على البرلمان لمناقشته والتصويت عليه وذلك من خلال الخطوات التالية⁹⁴:

أ-مرحلة أولى: الحصول على الأغلبية العادية من عدد أعضاء المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى) بالنسبة للقوانين العادية، والحصول على الأغلبية المطلقة أي من عدد أعضاء المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى) بالنسبة للقوانين العضوية وإلا اعتبر المشروع مرفوضا.

ب-مرحلة ثانية: مصادقة أعضاء مجلس الأمة (الغرفة الثانية) على النص الذي صوّت عليه المجلس الشعبي الوطني، فمجلس الأمة لا يناقش إلا النص الذي صوّت عليه المجلس الشعبي الوطني.

ج-مرحلة ثالثة: في حالة وجود خلاف بين الغرفتين، تجتمع بطلب من الوزير الأول لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتي الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وفي حالة استمرار الخلاف يسحب⁹⁵

⁹³ المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع سابق.

⁹⁴ المادة 145 من الدستور .

⁹⁵ المادة 145 الفقرة 5 و6 التعديل الدستوري لسنة 2020 ، مرجع سابق.

4- إصدار القانون: بعد موافقة البرلمان على القانون يعرض على رئيس الجمهورية الذي يوقع على القانون بقصد إصداره والأمر بنشره في الجريدة الرسمية، وذلك في أجل أقصاه 30 يوما ابتداءً من تاريخ تسلمه.⁹⁶

5- نشر القانون: بعد موافقة رئيس الجمهورية على القانون والمعروض عليه لإصداره يقوم بالتوقيع عليه ويأمر بنشره في الجريدة الرسمية لكي يدخل حيز النفاذ عملاً بنص المادة 04 من القانون المدني: «تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها. وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك التاريخ ختم الدارة الموضوع على الجريدة»، ويقصد بالنشر في الجريدة الرسمية إعلام المخاطبين (الأفراد) بدخول القانون حيز النفاذ لكي لا يتسنى لهم الاحتجاج بجهل القانون، عملاً بنص المادة 74 من الدستور التي تنص: «لا يعذر بجهل القانون».

وعليه يفترض علم كافة الأفراد بالتشريع بمجرد نشره ولا يعذر أحد بجهل القانون وقد يؤدي هذا المبدأ إلى الإضرار بمصالح بعض الأفراد الذين لم يعلموا بالقانون فعلاً، ولكن المصلحة العامة تقتضي تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون حتى لا تضيع المحاكم وقتها في البحث عن ادعاءات الجهل بالقانون من جهة ومن جهة أخرى للحفاظ على هيئة الدولة وتماسك المجتمع واستمراره، فلا يكون بوسع أي فرد أن يخرج على قوانين الدولة بحجة عدم علمه بها، فتستند الدولة إلى العلم المفترض، كما سبق القول لتفادي الاستحالة العملية لإعلام الأفراد فرداً فرداً بكل قانون يصدر.

ولا يوجد نص يقر رأي استياء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلا أن الرأي المستقر في الفقه والقضاء عدم تطبيق هذا المبدأ في الحالات التي يثبت فيها استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة بسبب قوة قاهرة كحرب أو فيضان أو زلزال تعذر فيها وصول الجريدة الرسمية المنشور فيها القانون حتى يستطيع سكان المنطقة الاعتذار بجهل القانون.

5- التشريع الفرعي:

التشريع الفرعي هو تشريع تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاص أصيل، فهي تسن هذا التشريع في الحدود التي رسمها له الدستور، وهنا هي لا تحل محل السلطة التشريعية.

⁹⁶ المادة 148 التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع سابق .

وهذه التشريعات تعتبر أقل درجة من التشريع العادي ويقتصر اختصاص السلطة التنفيذية على وضع لوائح محددة وهي نوعان:

أ- **اللوائح التنفيذية:** تشرع بقصد تنفيذ التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية، لأن السلطة التنفيذية تتولى تنفيذ القانون فهي الأقدر على معرفة التفاصيل اللازمة لتنفيذ القوانين - ورئيس الحكومة هو المختص بوضع اللوائح التنفيذية، إذ تنص المادة 2/125 من الدستور على مايلي: « يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة». فالقانون الذي تسنه السلطة التشريعية يضع قواعد عامة تحتاج غالبا إلى لوائح تبين كيفية تنفيذها.

ويلاحظ أنه عندما يتضمن القانون النص على وجوب صدور لوائح تنفيذية لتفصيل قواعد معينة، فإن التأخير في إصدار هذه اللوائح يؤدي إلى تعطيل تنفيذ القانون ذاته، إذ يستحيل تنفيذه إذا كانت القواعد غامضة تحتاج بالضرورة إلى لوائح تنفيذه تفصيلية ولا بد أن تكون اللوائح التنفيذية مطابقة للتشريع فلا يجوز لها أن تخالفه أو تعدل منه.

ب- **اللوائح التنظيمية المستقلة:** إن السلطة التنفيذية هي التي تختص بإصدار اللوائح التنظيمية، ويستمد أساسها ومصدرها من الدستور مباشرة، وينفرد بها رئيس الجمهورية إذ تنص على ذلك المادة 1/125 من الدستور وهذه اللوائح نوعان:

1- **اللوائح التنظيمية:** وتتضمن القواعد اللازمة لسير المرافق العامة للدولة، وهي لوائح مستقلة أي لا تصدر بقصد تنفيذ تشريع معين، بل هي قائمة بذاتها لأنها الأقدر على إدراك ما هو ضروري لسير هذه المصالح أو المرافق.

2- **لوائح الضبط أو البوليس:** تتضمن القواعد اللازمة لسير الأمن والهدوء والصحة العامة كلوائح تنظيم المرور، ومراقبة الأغذية وصيانة الأسواق وهذه اللوائح تختص بها أيضا السلطة التنفيذية وتتضمن عقوبات على من يخالفها، الأمر الذي أثار نقاشا فقهيا فرأى البعض أن إعطاء السلطة التنفيذية السلطة في إصدار لوائح تتضمن عقوبات على من يخالفها أمر يعرض حرية الأفراد للخطر. ولكن الرأي الغالب أي صدور هذه اللوائح من السلطة التنفيذية إذ أن لوائح الضبط تتناول مسائل دقيقة تحتاج إلى السرعة في التنظيم فلا يمكن إسنادها إلى السلطة التشريعية.

المطلب الرابع: الرقابة على صحة التشريع

رأينا أن التشريع أنواع يتدرج من حيث قوة إلزامه فيكون التشريع الأساس (الدستور) أسمى من التشريع العادي والتشريع الفرعي أو التنظيمي، ويكون التشريع العادي أسمة من التشريع الفرعي، ويقتضي

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجّهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

هذا التدرج أن لا يخالف التشريع الأدنى التشريع الأعلى منه درجة، وتكون هذه المخالفة، وتأخذ هذه المخالفة نوعين من حيث الشكل ومن حيث الموضوع.

أ- من حيث الشكل: عندما يصدر التشريع من جهة غير الجهة المخولة دستوريا لسن التشريع أو أن يصدر من الجهة المختصة دون مراعاة الإجراءات الواجبة الاتباع في إصداره أو دخوله حيز النفاذ، كعدم نشره مثلا.

ب- من حيث الموضوع: ويقصد بالمخالفة من حيث الموضوع أن يصدر التشريع الأدنى متعارضا مع تشريع أسمى منه في أحكامه ومقتضياته كأن يصدر تشريع عادي يحرم المرأة من حق الانتخاب مثلا فيكون بمقتضى هذه التفرقة بين الرجل والمرأة قد خرق تشريع أعلى منه ألا وهو الدستور الذي يقضي بمساواة المواطنين في الحقوق الوطنية دون تمييز بسبب الجنس.

وعليه فإن رقابة مدى دستورية التشريع تختلف حسب تدرج قوة التشريع:

أولا- شرعية اللوائح

فلا بد من مطابقة اللائحة للتشريع فلا يمكن أن تخالفه أو تعدل منه، فاللوائح التنظيمية التنفيذية لا بد أن تكون مطابقة للتشريع، والرقابة على شرعية اللوائح من اختصاص الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أذ تنص المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية: «تنظر الغرفة الإدارية المحكمة العليا ابتدائيا نهائيا:

- الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية الصادرة من السلطة الإدارية المركزية.
- الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعية الإجراءات التي تكون المنازعة فيها من اختصاص الدولة».

أما القضاء العادي فلا يحق له إلغاء قانون ما طعن فيه أمامه بعدم دستوريته، وإنما له الحق فقط في رفض تطبيقه على المنازعة التي أثير فيها عملا بمبدأ الفصل بين السلطات والذي مفاده أن السلطة المخولة بالتشريع هي المخولة لإلغائه.

ثانيا- دستورية القوانين

خول الدستور كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة حق إخطار المجلس الدستوري حول مدى دستورية القانون كما يكون لرئيس الجمهورية حق عرض تشريع عادي على المجلس الدستوري لأخذ رأيه في مدى دستورية قبل إصداره حسب المادة 126 من الدستور، أو أخذ رأي المجلس الدستوري في قانون عادي دخل حيز النفاذ حسب المادة 165 من الدستور التي تقضي بأن: «يفصل المجلس الدستوري... في دستورية... القوانين، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

المعاكسة»، ويفقد القانون الذي صرح المجلس الدستور بعدم مطابقتها للدستور أثره من يوم صدور قرار المجلس حسب نص المادة 169 من الدستور.

المطلب الخامس: إلغاء التشريع

أولاً- تعريف الإلغاء والسلطة المختصة به

يقصد بإلغاء التشريع وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمة وإنهاء العمل به وعدم ترتيب آثاره ويمتنع على القاضي الحكم بمقتضاه ويحصل الإلغاء إما باستبدال قانون جديد بالقانون القديم فيحل القانون الجديد محل القانون القديم، قد يكون ذلك بالاستغناء عنه نهائياً دون استبداله بقانون آخر.

ويقتصر إلغاء القانون على آثاره المستقبلية بمعنى الأثر الفوري فلا يرجع للماضي بمعنى لا تطبق مبدأ عدم رجعية القوانين. والقاعدة أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي التي تملك إنشاءها أو سلطة أعلى منها، وقد نصت المادة 02 فقرة 01 من القانون المجي الجزائري على أنه: «لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق بنص صراحة على هذا الإلغاء»
ومعنى ذلك أن:

أ- النص الدستوري لا يلغي إلا بنص الدستور

ب- القانون لا يلغي إلا بقانون آخر أو بالدستور

ج- اللائحة (فمروم رئاسي) لا تلغى إلا بنص لائحة أو قانون.

وعليه يمكن للدستور أن يلغي القانون أو اللائحة لأنه القانون الأعلى والأسمى ولكن لا يجوز لللائحة أو القانون إلغاء نص دستوري، لأن التشريعات ليست من نوع واحد وإنما هي متدرجة بحسب قوتها.

ثانياً- صور الإلغاء

يأخذ إلغاء التشريع من حيث الطريقة التي يتم بها صورتين: الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني وذلك على النحو الآتي:

الصورة الأولى: الإلغاء الصريح Abrogation expresse

ويقصد به صدور تشريع جديد ينص صراحة على إلغاء التشريع السابق ويأخذ أحد الشكلين وهما:
الإلغاء المجرد والإلغاء المصحوب بإصدار تشريع جديد.

1- الإلغاء المجرد: يقصد به بذلك تدخل المشرع بإلغاء كل أو بعض تشريع قائم دون أن يصدر تشريعا جديدا يحل محله.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

ويأخذ حكم الإلغاء المجرى الحالة التي يصدر فيها التشريع لمواجهة حالة مؤقتة فينتهي بنهايتها، كالمعمل بهذا القانون مدة مؤقتة (5 سنوات مثلا، حيث يعتبر القانون ملغى بعد مرور 5 سنوات).

2- الإلغاء المصحوب بإصدار تشريع جديد: ويكون بصدور تشريع جديد ينص صراحة على إلغاء التشريع القديم أو على عبارة يستبدل أو ينص على عبارة إلغاء ما يخالفه من أحكام. وذلك حتى يكون للتشريع الجديد القوة الملزمة والعلوية في حكم النزاعات المتعلقة به مثلا ورد في القانون المدني المادة 41 ملغاة بموجب القانون الجديد رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الصورة الثانية: الإلغاء الضمني: يقصد به صدور تشريع جديد يتعارض تماما مع تشريع قديم بالرغم من أنهما ينضمان المسائل ذاتها، فيستحيل التوفيق بينهما بغير إلغاء أحدهما، وقد نصت المادة الفقرة 02 من المادة 02 على مايلي: «الإلغاء قد يكون ضمنا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قدر قواعده ذلك القانون القديم» ويلاحظ من نص المادة تضمنها الحالتين:

الحالة الأولى: التعارض بين نص قانوني جديد ونص قديم

في هذه الحالة ينظم المشرع إحدى المسائل التي ينظمها تشريع قائم، فيكون التعارض بين النصوص التشريعية القديمة والنصوص التشريعية الجديدة تعارضا جزئيا، وفي هذه الحالة تثار أربعة فروض:

الفرض الأول: النص التشريعي الجديد عام والنص التشريعي القديم عام، ففي هذه الحالة لا تثور صعوبة، لأن التعارض كليا بين النصين، فمباشرة تطبق القاعدة القانونية الجديدة وتلغى القاعدة القديمة، مثال: القانون القديم يبيع عملا ما، والقانون الجديد يبرمه، وبالتالي فإن كل مرتكب لذلك العمل يصبح مجرما.

الفرض الثاني: النص التشريعي الجديد عام والنص التشريعي القديم خاص

في هذه الحالة لا تلغى القاعدة القانونية القديمة تطبيقا لقاعدة العام لا يقيد الخاص، فالقاعدة القانونية القديمة لا تلغى إلا بقاعدة قانونية خاصة، لأن الحكم الخاص لا يلغى ضمنا إلا بحكم خاص مثله، إذ أن أصل القاعدة "الخاص يقيد العام" ومفاد ذلك أن يظل النص التشريعي السابق الخاص قائما وناظرا باعتباره استثناء من الحكم العام الذي ورد في النص التشريعي الجديد العام.

الفرض الثالث: النص التشريعي الجديد خاص والنص التشريعي القديم خاص

تطبق قاعدة الخصاص يلغى الخاص، بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تلغى وتحل محل القاعدة القانونية القديمة، وذلك لعدم إمكانية الجمع في التطبيق بين حمتين متعارضتين.

الفرع الرابع: النص التشريعي الجدي خاص والنص التشريعي القديم عام

تطبق قاعدة الخاص يقيد العام يقدر ما يوجد بينهما من تعارض وبيان ذلك أن المشرع إذا أصدر قاعدة قانونية جديدة خاصة تتعارض مع نص قاعدة قانونية قديمة عامة، كان مقصوده من ذلك أن ينفذ كل من النصين في نطاقهن فالنص الخاص يقيد مجال تطبيق النص العام.

الحالة الثانية: التنظيم القانوني الجديد الشامل

يصدر المشرع في هذه الحالة تشريعا جديدا ينظم موضوعا يحكمه قانون قائم تنظيميا شاملا، فيكون مفاد ذلك هو اتجاه نيته إلى الإلغاء الضمني لكل النصوص التشريعية السابقة عليه ولو لم تكن النصوص التشريعية القديمة متعارضة كلها أو بعضها مع القواعد التشريعية الجديدة، فالتشريع الجديد يلغي جملة وتفصيلا القانون القديم ولو انتفى التعارض.

المبحث الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا للقانون الجزائري إذ تنص المادة الأولى من القانون المدني على ذلك، فعلى القاضي إذ لم يجد حكما في التشريع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك مع مراعاة التدرج في مصادرها، الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وذلك باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع.

وتعد الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا للقانون الجزائري، والمقصود بذلك أن المصدر المادي هو جوهر بعض نصوص القانون استمدتها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية، فيعد قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية وهذا فيما يتعلق مثلا بأحكام الزواج والطلاق والولاية والميراث والوصية والوقف.

كما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لبعض نصوص القانون المدني فمثلا: الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت ونظرية الظروف الطارئة وهي مأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية وإن كان يترتب عليها الفسخ العقد بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية بينما يترتب عليها الفسخ العقد بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية بينما يترتب عليها تعديل التزامه مع بقاء العقد قائما بالنسبة للقانون الوضعي.

أما المعاملات المالية الأخرى فيرجع فيها المبادئ الشريعة عند عدم وجود النص في التشريع، مع الملاحظة أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لبعض النصوص التشريعية، فذلك يعني أن القاضي ملزم بالنص التشريعي ولا يرجع لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا لمساعدته على تفسير النصوص المستندة منها.

المبحث الثالث: العرف

المطلب الأول: تعريف العرف وأركانه

أولاً- تعريف العرف

هو اعتياد الناس على سلوك معين من معاملاتهم وتصرفاتهم، مما ينشأ قاعدة يعتقدون بالزامية واتباعها، وقد ساد العرف قديماً كمصدر وحيد للقانون في كل المجتمعات إلى أن ظهرت الديانات السماوية وأخذت مكاناً بجانب العرف في تسيير أمور الأفراد، ولكن بتطور المجتمعات في العصور الحديثة ازدادت حاجيات المجتمع لقواعد القانون وظهر عجز في العرف فحل التشريع محل العرف في تنظيم المجتمعات، ولكن رغم ذلك ما زال العرف يقوم بدور مهم وخاصة في مسائل القانون الخاص وتحديد القانون التجاري، وأن المشرع قد أقر العرف بدوره وذلك بإحالة القاضي على العرف في حالة عدم وجود نص تشريعي وعدم وجود حل للنزاع وفق مبادئ الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 01 مجني.

ثانياً- أركان العرف

يقوم العرف على ركنين أساسيين هما:

1- الركن المادي: وهو الاعتياد على سلوك معين مع تكرار القيام بهذا السلوك في مجال من مجالات الحياة الاجتماعية، بحيث تنشأ عادة يرسخ وينتشر العمل بها وفق مقتضياتها بين أفراد المجتمع، مما يوحي بأنها المسلك المألوف في التعامل، حتى تتكرس العادة في نفوس الناس نتيجة لتكرار العمل بها فتصبح ثابتة ومستقرة في الضمير الفردي والجماعي للمجتمع، وتشتترط في العادة التي يقوم عليها الركن المادي للعرف مايلي:

1- أن تكون عامة: فيجب أن تكون العادة متبعة من مجموع الناس ولا يقصد بالإجماع أن تتبع العادة من كل الأشخاص المتواجدين في مكان معين، ولكن فقط أن لا تكون متبعة من شخص معين بذاته، فالعرف قد يخص منطقة معينة فيكون عرفاً محلياً، كما قد يخص طائفة معينة بصفاتها لا بذواتها كالتجار أو أصحاب حرفة معينة مثلاً.

2- أن تكون العادة قديمة: ويقصد بالقدم مرور فترة زمنية معينة على نشوئها تدل على رسوخها في نفوس الناس مع استمرار العمل وفقها، ولا تشتترط مدى محددة لتكوين العرف، وإنما هذه الفترة تختلف حسب الظروف ومدى تكرار العمل بهذه العادة.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

3- أن تكون العادة ثابتة: ويقصد بذلك إطراد (تواصل) سلوك الناس على إثبات العمل بها بطريقة منتظمة بحيث يستقر العمل بها، وأن قدمك العادة وثابتها أمران يساهمان في ترسيخ العرف واستقرار أحكامه.

4- أن تكون العادة غير مخالفة للنظام والآداب العامة السائدة في المجتمع: لأن العرف الذي ينطوي على مخالفة النظام والآداب العامة لا يشكل قاعدة قانونية لأن غرض القانون هو حماية النظام والآداب العامة.

2- الركن المعنوي: لكي يتكون العرف لا بد من شعور الناس بضرورة احترام مقتضياته كاحترامهم للقواعد التشريعية، وقبل أن يرسخ في أذهان الناس هذا الاعتقاد بالزامية قاعدة معينة فإنها تبقى عادة ولا ترقى لمرتبة العرف الركن المعنوي هو الذي يميز العادة عن العرف.

المطلب الثاني: التفرقة بين العادة والعرف والآثار المترتبة عليها

يتفق العرف مع العادة الاتفاقية في كونها من نتاج المعاملات، ومصدرها غير معلوم يقينا، فكلاهما درج عليه العمل بطراد هذا من حيث أوجه الاتفاق، أمّا من حيث أوجه اختلافهما، ففي حين يعد العرف قانونا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه لا افتراض علمه به، نجد أن العادة الاتفاقية هي مجرد اعتياد يفتقر إلى الالتزام بغير سند اتفاقي، فمدر التزام الأطراف بالعرف هو توافره على ركنين مادي (وهو الاعتياد) ومعنوي (وهو الشعور بالإنزام)، أما العادة الاتفاقية فهي عرف مجرد من الركن المعنوي، أو هي عرف في طور التكوين.

ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة الآثار الآتية:

أ- بما أن العرف ينشأ القاعدة القانونية فإنه يفترض العلم به من طرف الأشخاص معرفتهم بالتشريع، بينما العادة لا يفترض العلم بعها باعتبارها واقعة مادية، فعلى من يتسمك بوجود عادة ما إثباتها.

ب- إن تطبيق العادة مرهون بإرادة الأطراف إن شاءوا اتفقوا عليها وإن شاءوا نبذوها على خلاف العرف الذي يطبق بوصفه قاعدة قانونية مفروضة على الإرادات الفردية.

ج- إن القاضي ملزم بتطبيق العرف مكن تلقاء نفسه في حالة عدم وجود نص تشريعي، ولو لم يطلب إليه الأفراد ذلك، أما العادة الاتفاقية فلا يلتزم القاضي بها إلا إذا اتفق الأطراف صراحة أو ضمنا على أعمالها وتمسكوا بذلك في مواجهته.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

د- أن تطبيق القاضي للعرف يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض، بينما تطبيق العادة لا يخضع لرقابة المحكمة العليا لاعتبار العادة مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية.

المطلب الثالث: أنواع العرف

جاءت أنواع العرف لتوضيح علاقة أو مكانة العرف في التشريع، ويميز الفقهاء بين أنواع ثلاثة للعرف هي على التوالي: العرف المكمل للتشريع والعرف المعاون للتشريع والعرف المخالف للتشريع:

أولاً- العرف المكمل للتشريع

لهذا العرف قوة ذاتية مكملة في حالة وجود قصور في التشريع من نقص أو إبهام، مقصود أو غير مقصود من المشرع، وذلك بوصفه مصدرا تكميليا مرنا يسد جانبا من نقص التشريع ويعينه على مسايرة التطور الدائم في نطاق الروابط الاجتماعية.

وقد نص المشرع صراحة في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه في حالة عدم وجود نص التشريع يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فيرجع إلى العرف، ويلاحظ أن الأعراف المكملة توجد في مختلف فروع القانون باستثناء القانون الجنائي فلا يعد العرف مصدرا لقواعده إذ تنص المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه: « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون»، ومن تطبيقات هذا العرف في التشريع ما يلي:

- احتفاظ المرأة بلقبها العائلي بعد الزواج إلى جانب لقب زوجها ومصدره العرف.
- ويعد القانون التجاري الميدان الخصب للقواعد العرفية، نظرا لتنوعها وتطورها المستمر، وقصور التشريع عن الإلمام بها، ومن ذلك ما جرى عليه العرف التجاري في تضامن المدينين لدين واحد، فيستطيع الدائن الرجوع على أي منهم ومطالبته بالوفاء بالدين وقد قنن القانون التجاري هذا العرف، وأيضا نلاحظ أن بعض النصوص القانونية تحيل مباشرة إلى العرف ومن أمثلة ذلك:

مثال 1- نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

مثال 2: يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

أما في القانون الدستوري فيعتبر من الأعراف الدستورية إعطاء تفويض للسلطة التنفيذية لسن تشريعات معينة إذا تطلبت السرعة والسرية ذلك.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص فيلاحظ أن معظم قواعده نشأت عرفية كقاعدة اخضاع شكل العقد إلى قانون البلد الذي أبرم فيه وقاعدة خضوع الميراث المنقول لقانون موطن المتوفي. ويلاحظ أن دور العرف المكمل للتشريع أقل من دور العرف المساعد للتشريع.

ثانيا- العرف المساعد للتشريع

يقصد بذلك العرف الذي يلجأ إليه القاضي بناء على دعوة صريحة من المشرع لضبط صياغة نق قانون معين لضمان سلامة تطبيقه، فنجد هنا أن المشرع نفسه يتعمد ترك مسألة معينة للعرف المساعد وليس قصورا أو إهمالا كما يحدث في العرف المكمل، فالمشرع في العرف المساعد قد يترك مسألة برمتها لينظمها العرف أو يجعل العرف يضبط صياغة نص معين أو يفسر هذا النص، وذلك على النحو الآتي:

أ- العرف المساعد في الحل التشريعي: مثال ذلك: القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز فسخ الوكالة بالعمولة غير المحددة بمدة إلا بعد اعدار مسبق ومطابق للأعراف الجاري العمل بها المادة 34 قانون تجاري جزائري.

ب- العرف المساعد في ضبط اللفظ: مثال ذلك: المادة 107 فقرة 02: «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ما هومن مستلزماته وفقا للقانون والعرف...».

ج- العرف المساعد في تفسير اللفظ: مثال ذلك: المادة 111 فقرة 02 قانون مدني جزائري: «أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث في نية التعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ وفقا للعرف الجاري في المعاملات...».

ثالثا- العرف المخالف للتشريع

يقصد بذلك العرف الذي يتعارض مع نص تشريعي، هذا العرف لا غنى تطبيقا لقاعدة تدرج التشريعات التي تقود إلى إعمال قاعدة اللاحق يلغي السابق ما دامت أقوى منها في الدرجة والمرتبة، ومفاد ذلك تغليب القاعدة التشريعية على القاعدة العرفية لأن الأخيرة، أدنى مرتبة من الأولى، يستوي في ذلك أن تكون القاعدة التشريعية أمرة أو مكملة، إلا إذا رهن المشرع في نص قانوني معين إعمال القاعدة القانونية الأمرة بعدم وجود عرف مخالف صح عمله، أو اشترط المشرع تطبيق القاعدة القانونية المكملة بعدم وجود اتفاق أو عرف مخالف صح عمله أيضا.

مثلا المادة 419 قانون مدني جزائري: «تعتبر حصص الشركاء متساوية العرفية وأنها تحظى ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك».

المبحث الرابع : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المصادر الاحتياطية)

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على مايلي: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

فإذا لم يجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

نستنتج من نص هذه المادة أن إعمال القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مرهون بعدم وجود نص في القانون أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف (أن مصدر الشريعة الإسلامية يغني القاضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

ومفاد وضع هذين المصدرين في ذيل قائمة المصادر الرسمية هو منع القاضي من اللجوء إليهما إلا بعد استنفاذه للمصادر التي تسبقها فإذا وجد نصا قانونيا، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو عرفا امتنع عليه اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وعليه فالمشرع بمقتضى المادة 01 من القانون المدني أحال القاضي على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لاستلهاهما واستنباط قاعدة يطبقها على النزاع، نظرا لأن القاضي ملزم بإصدار حكما في كل نزاع يعرض عليه حسب مقتضيات المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن: «كل قضية ترفع لدى جهة قضائية يجب أن تقضي فيها بحكم»، وإن امتناع القاضي عن البت في نزاع مطروح عليه يشكل جريمة إنكار العدالة التي يعاقب عليها القانون بنص المادة 136 قانون عقوبات التي تقضي بأنه: «يجوز محاكمة كل قاضي يمتنع بأي حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف، بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العامة من 5 إلى 20 سنة».

وبالتالي فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر مصادر احتياطية بالمقارنة مع المصادر الرسمية الأخرى المتمثلة في القانون (التشريع)، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف فما المقصود يا ترى بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟

المطلب الأول: مبادئ القانون الطبيعي

عرفها الفقيه Grotius غروتس بأنها القواعد المشتركة للمجموعة البشرية والتي لا تختلف من مجتمع لآخر، والذي أطلق على القانون الطبيعي تسمية "قانون الأمم" أو أنه تلك القواعد الحية والخاضعة للتطور الاجتماعي بغض النظر عن إرادة المشرع حسب Sariny.

وعليه يقصد بمبادئ القانون الطبيعي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية وفقا للمجرى العادي للأمر، فهي بذلك مجموعة من المثل العليا السائدة التي تعبر عن رأي الجماعة في ضوء المصلحة العامة، ومفاد ذلك أن القاضي ليس له أن يفرض معتقداته وآرائه الشخصية عند استخلاص هذه القواعد. فعادة تقاس درجة كمال التشريع الوضعي بدرجة اقترابه من مبادئ القانون الطبيعي.

المطلب الثاني : قواعد العدالة

يقصد بقواعد العدالة ما يستقر في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات.

وعليه فهما كان المفهوم الذي أعطى للقانون الطبيعي فإن المشرع قصد بإحالة القاضي على مبادئ القانون الطبي، إشادة لاستلزام حكمه من المبادئ المشتركة للقانون التي تمثل القيم العليا للضمير البشري مع أخذ بمبادئ العدالة التي تقتضي بأن يطبق القاضي القانون مع مراعاة ظروف وملابسات كل منازعة على حدا، تحقيقا للعدل والإنصاف وذلك باستعمال العقل في الاجتهاد للوصول إلى حل النزاع المعروض عليه ولي خلق قاعدة قانونية.

فالمقصود باجتهاد القاضي هنا أن يقوم ببحث علمي مبني على رصيده القانوني ومعرفته بنصوص التشريع ومبادئ الشريعة وقواعد العرف، فيعمد إلى إجراء القياس وربط الأحكام ببعضها سعيا منه الوصول إلى حل عادل للنزاع مستوحى من مثل العدل والأخلاق الإنسانية العالمية.

الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص

تنص المادة 10 من الدستور الجزائري على مايلي: « لا يعذر بجهل القانون.

يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية».

وعليه فتطبيق القانون من حيث الأشخاص يحكمه مبدأ أساسي هو "مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل

القانون.

1- المبدأ: عدم جواز الاعتذار بهذا القانون: ويرد عليه إنشاء ومفاد هذا المبدأ أن القاعدة القانونية أيا كان مصدرها تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بها سواء كانوا عالمين أو جاهلين بها، إذ لا عذر لأحد بجهل القانون.

وبناء على ذلك فمجال تطبيق هذا المبدأ لا يقتصر على التشريع فقط دون سواه من المصادر الأخرى، بحيث لا يجوز للشخص أن يدعي جهله بمبادئ الشريعة الإسلامية طالما كانت مصدرا من مصادر القانون يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص في التشريع، وكذلك لا يجوز الإدعاء بجهل العرف. يشمل القانون العام والقانون الخاص.

ومبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون" ولا يقتصر على القواعد الآمرة فقط دون القواعد المكملة، لأنه لو كان كذلك فسيصح المجال أمام الأفراد للإدعاء بجهل القواعد المكملة واستبعادها من قبل ذوي المصلحة حتى بعد التعاقد، وهذا يتنافى مع عنصر الالتزام الموجود في القاعدة المكملة، ويتنافى مع مبدأ استقرار المعاملات فالحكمة الاستثنائية الواردة على المبدأ.

من وجود هذا المبدأ وافتراض علم المكلفين بالقانون هو استقرار المعاملات ودعم الثقة فيها لضمان سير العدالة، وإدارتها ولا يضيع جهد ووقت المحاكم في النظر في الدعاوى المؤسسة على الادعاءات بعدم العلم بوجود القانون، إضافة أنه لو تم التسليم بجواز الاعتذار بجهل القانون فسيتم إسقاط عنصر الالتزام الموجود في القاعدة القانونية وتصبح خاصية الالتزام متوقفة على ثبوت العلم بالقاعدة، وهذا يتعارض ويتنافى مع خصائص القاعدة القانونية.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهاة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

2- الاستثناء: وجود قوة جاهزة تحول دون العلم: إن عدم تشر التشريع يترتب عليه عدم إمكان تطبيقه ويعد ذلك إثبات قاطع على استحالة العلم بالتشريع لذا فرغم الجدل الفقهي القائم بشأن حالات الاستثناء، فقد وقع الإجماع على حالة القوة القاهرة التي تحول دون وصول التشريع إلى علم الأفراد، إذ يجوز للأفراد الاحتجاج بجهل القانون طالما قام الدليل حول عدم وصول الجريدة الرسمية لمنطقة معينة بسبب عائق ملا كحدوث زلزال أو فيضان أو حصار عسكري أو انقطاع المواصلات... فكلها اعتبارات موضوعية توجب قبول عذر الجل بالقانون.

وعليه فوجود القوة القاهرة مقترن تماما بإمكانية جواز الاعتذار بجهل القانون (بمعنى لا توجد قوة قاهرة يبقى المبدأ على حاله وهو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، والقوة القاهرة تمثل في حل سبب عام غير متوقع لا يمكن دفعه يحول دون الشخص وتنفيذ التزامه أو يمنعه من إتمام ما يقع عليه من التزامات وبالتالي فلا يؤخذ المشرع بالظروف الخاصة لكل شخص من مرض أو سفر بل يأخذ بعين الاعتبار الظروف العامة التي يمكن دفعها أو مواجهتها.

3- الفرق بين الجهل بالقانون والغلط في القانون: تختلف القاعدة الأولى عن الثانية في أن الأولى يقصد بالتمسك بها استبعاد حكم القانون بحجة الجهل به، في حين أن الثانية يقصد عنها لاحتجاج بها تطبيق حكم القانون مباشرة وبيان ذلك أن من يدعي جهله بوجود قوانين تمنع الاتجار في العملة الصعبة يرمي بذلك إلى استبعاد هذا القانون من التطبيق حتى يبرئ ذمته.

أما حين يدعي أو وهما ثار في ذهنه جعله يتصور أمرا على غير حقيقته ويتمسك بإبرام العقد، كأن يبيع نصيبه في تركة على أساس أنه الربع ثم يتبين أنه ورث الثلث- فهو يقصد إعمال النص القانوني الذي يخوله الحق في طلب إبطال العقد في هذه الحالة.

وعلى هذا الأساس لا تكون قاعدة جواز التمسك بالغلط في القانون استثناء على قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون، لأنها تقوم على أساس إعمال قاعدة قانونية خطأ في غير محال تطبيقها، مما يتعين معه تصحيح الوضع بإعمال هذه القاعدة إعمالا صحيحا.

هذا بالنسبة للذي يدفع بالغلط في القانون، أما من يدفع بجهله أحكام القانون إنما يريد أن يتصل من حكم القاعدة كلية.

المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان

تطبيق القانون من حيث المكان يعالج إشكالات عديدة تتمثل أساسا في مايلي: هل قوانين الدولة ينحصر تطبيقها على إقليمها السياسي وتشمل بذلك المواطنين والأجانب؟ أم يستثنى الأجانب ويبقون خاضعين لقوانين دولهم؟ وهل يمكن لقانون الدولة أن يطبق على أحد رعاياها المقيمة في دولة أخرى؟ وعليه يتم تطبيق القانون من حيث المكان وفقا لمبدأين يكمل كل واحد منهما الآخر وهما إقليمية القوانين وشخصية القوانين.

المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين

نقصد بهذا المبدأ سريان القانون الوطني على كل من يتواجد على إقليم الدولة التي أصدرته سواء أكان من الوطنيين أو الأجانب، ولا يسري للخارج ولو كانوا من رعايا الدولة، ويأخذ بهذا المبدأ أغلبية بلدان العالم، من بينهم الجزائر، حيث ينص المشرع في المادة 05 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن».

ويرتبط مبدأ إقليمية القوانين بظهور مبدأ السيادة ارتباطا وثيقا، ونتيجة لذلك أضحي من المنطق أن يسيطر مبدأ الإقليمية على مجموع فروع القانون العام، فالقانون الدستوري ونظرا لخصوصية قواعده المتكفلة بتنظيم سلطات الدولة وتحديد حقوق وحرقات الأفراد فلا يتصور أن تنفذ خارج إقليم الدولة، وفي مجال قانون العقوبات فهو مظهر من مظاهر سيادة الدولة فيحق لأي دولة أن تجرم أي فعل تراه مهدد أمنها وعلاقة أفرادها ببعضهم البعض حيث تنص المادة 03 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي: «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية الجزائرية».

فلا يطبق قانون عقوبات أجنبي على جريمة ارتكبت في الإقليم الوطني، وبالمقابل لا يمتد نطاق القانون الجنائي الوطني إلى خارج إقليم الدولة حيث يصطدم بسيادات دولة أخرى، ونفس الشيء بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية فلا يجوزك للأجنبي التمسك بالمسائل الإجرائية المنصوص عليها في قانون دولته، بل يخضع لقانون الدولة التي ارتكبت الجريمة في ترابها.

ومبدأ الإقليمية يطبق أيضا على القانون الإداري فتطبق قواعد هذا القانون المتعلقة ببيان الأشخاص والهيئات المباشرة للسلطة التنفيذية وتحديد وضبط العلاقة بين هذه السلطة وموظفيها تطبيقا إقليميا صارما. وتشمل كأصل عام الوطنيين والأجانب كالقواعد المتعلقة بلوائح الضبط وغير ذلك مما يدخل في المجال الإداري، ونفس الشيء بالنسبة لقانون المالية بما تحمله من ضرائب ورسوم على حاملي جنسية

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

الدولة وغيرهم، فقواعده تسري على حاملي جنسية الدولة وغيرهم، خاصة بالنسبة للمستثمرين الأجانب من تخفيف أو إعفاء للضرائب.

أما مجال القانون الخاص فالأصل أنه يخضع لمبدأ الإقليمية وهذا يتجلى في مسائل عديدة كالقوانين المتعلقة بشكل التصرفات، حيث نصت المادة 19 قانون مدني جزائري على أن تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه كأصل عام ويمكن أن تخضع لقانون آخر، وأيضا القوانين المتعلقة بالعقار، فطالما كان العقار ثابت فإنه يخضع لقانون البلد الموجود فيه (المادة 17 قانون مدني).

فالقانون الخاص وما اشتمل من نصوص المدني والتجاري والبحري يخضع لمبدأ الإقليمية، ولكن واستثناء من هذه القاعدة قد يطبق القانون الخاص خارج إقليم الدولة وهذا إعمالا بمبدأ الشخصية.

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين

ونعني بهذا المبدأ سريان قانون الدولة على رعاياها أيا كان مكانهم، فيحمل كل منهم قانونه على ظهره أينما حل بعد رحيله من الوطن، ومقتضى إعمال هذا المبدأ عدم تطبيق الدولة لقانونها على الأجانب الموجودين على أرضها احترما للقانون الوطني الواجب التطبيق، وبالتحديد مجال تطبيق هذا المبدأ على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فموضوع هذه العلاقات والمعاملات لا علاقة لها بالجانب السيادي للدولة ويفترض فيها ألا تعارض بينها وبين النظام العام، وقد أجمعت النظم المعاصرة على أنه إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصية والنفقة والميراث فيطبق على الأجنبي قانونه الوطني الخاص بالدولة التي ينتمي إليها.

فبالنسبة للأثار المالية والشخصية التي يربتها عقد الزواج فيطبق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 12 قانون مدني). ويبقى الحكم في سريان قانون جنسية المالك (الميراث) أو الموصى الوصية، وقت الموت، والوهاب (الهبة) أو الواقف (الوقف) وقت إجرائها وذلك وفقا للمادة 16 قانون مدني جزائري.

وبالإضافة إلى مبدأ الشخصية هناك استثناءات أخرى ترد على مبدأ الإقليمية:

1- القانون الدولي العام: فلا يخضع رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين وزوجاتهم وأفراد أسرهم المقيمين معهم للقانون الوطني وذلك حتى يتمكنوا من أداء مهامهم بعيدا عن تدخل سلطات الدولة الأجنبية.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجّهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

2- القوانين الدستورية والسياسية: هذه القوانين شخصية التطبيق كالترشيح والانتخاب وحق تولي الوظائف العامة حيث لا يجوز لغير رعايا الدولة والأجانب، ممارسة هذه الحقوق، والعلة في هذا الاستثناء هي ارتباط هذه القوانين بالانتماء للوطن.

3- القانون الإداري: القاعدة العامة في تولي الوظائف العامة أن التوظيف مقصور على الوطنيين دون الأجانب وهذه القاعدة لا تمنع من الاستعانة بضع الأجانب في إطار اتفاقات خاصة وإخضاعهم لنصوص مختلفة.

4- القانون الجنائي: أورد المشرع الجزائري على مبدأ الإقليمية في المجال الجنائي استثناءا يخص الجرائم المرتكبة في الخارج بكيفية يحددها قانون الإجراءات الجزائية، حيث نصت المادة 582 لقانون الإجراءات الجزائية: « كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر ».

غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها.

المبحث الثالث : تطبيق القانون من حيث الزمان

القاعدة العامة أن القانون يطبق على الوقائع التي تحدث في الفترة الواقعة بين صدوره وإلغاءه فالوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم يطبق عليها هذا الأخير، والوقائع التي جاءت بعد إلغاء القانون القديم وتزامنت مع قانون جديد فيطبق عليها هذا القانون الجديد.

ولكن الإشكالية تطرح حول القانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم وما زالت مستمرة حتى صدور القانون الجديد: هل يحكمها القانون القديم فيطبق بأثر رجعي أو القانون الجديد فيطبق بأثر فوري ومباشر وفوري.

المطلب الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين

يقصد بهذا المبدأ عدم انطباق القانون على الوقائع السابقة على صدوره، فالقانون الجديد يجب ألا يمس ما تم أو انقضى تكوينه من عناصر المركز القانوني، أو ما ترتب من آثار على هذا المركز في ظل القانون القديم، وفلا يحكم القانون الجديد إلا ما يتم في المستقبل من مراكز أو آثار، وهذا يعني أنه ليس للقانون الجديد أثر على وقائع حدثت في الماضي في ظل نص معين، فلا يتصور من حيث الأصل أن

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

صدر المشرع نص جديد ليخاطب الأفراد ويحاسبهم على وقائع حدثت في الماضي، ويستند هذا المبدأ لعدة اعتبارات أهمها:

- 1- يبدأ تطبيق القانون من تاريخ نشره وبالتالي يطبق فقط على الوقائع المستقبلية أو الوقائع التي نشأت من تاريخ صدوره، والقول بغير ذلك يعني تطبيق قانون لم يكن يوسع الأفراد العلم به.
- 2- اعتبارات العدالة تقضي بوجوب العمل بالقانون من تاريخ إصداره ونشره لأن الفعل قد يكون مباحا في القانون القديم ويجرم بالقانون الجديد، نظرا للاحتياجات التي يقتضيها تطور المجتمع وتغييره.
- 3- يحقق هذا المبدأ الاستقرار في المعاملات لأنه يمكن المتعاملين على أساس قانون معين هو المطبق وقت المعاملة وفقا للقانون الساري حتى لا تتأثر حقوقهم أو واجباتهم بصدور قوانين جديدة تؤثر على التزاماتهم.

وتطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين فقد نصت المادة 46 من دستور 96 على أنه: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم»، وهذا في المجال الجنائي أما في المجال المالي فقد جاء في المادة 64 من دستور 96: «لا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون ولا يجوز أن يحدث بأثر رجعي لأية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه».

الاستثناءات الواردة على المبدأ

المبدأ العام هو عدم رجعية القوانين وقد ترد عليه استثناءات تجعل من رجعية القانون في مواضع معينة أمرا مقبولا وهذه الاستثناءات هي:

1- **النص صراحة على سريان التشريع على الماضي:** يجب أن يشير النص صراحة على الرجعية في ضوء اعتبارات معينة تتعلق بالمصلحة والعدالة، فلا يجوز ضمنا رد القوانين للماضي، فالمشرع ينص صراحة على مبدأ رجعية القوانين، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى مكن الأمر رقم 71/65 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية حيث جاء فيها: «إن كل قران انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية...».

2- **تطبيق القانون الأصلح للمتهم:** وهو القانون المزيل لوصف الجريمة عن الفعل أو المخفف لعقوبة التي كانت مقررة له، فهذا القانون يسري بأثر رجعي على ما ارتكب قبلها من أفعال في ظل قانون آخر أشد والقيود الوحيد لتطبيق هذا الاستثناء هو ألا يكون قد صدر بشأن هذا الفعل المجرم بإباحته أو تخفيف

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

عقوباته يستوجب أن يستفيد المتهم من ذلك ما دام القضاء لم يصدر عليه حكم نهائي بعد، فلا جدوى من معاقبة الجانية ومطاردته عن فعل أصبح مباحا.

3- إذا كان القانون الجديد قانونا تفسيريا: قد يحمل التشريع عبارات غامضة يصعب معرفة مقصد المشرع من خلالها، لذا يلجأ أحيانا إلى إصدار تشريعات تفسيرية لرفع اللبس على النصوص فيكون لها أثر على الماضي، لأنها جاءت لتكشف عن مضمون النص الأصلي، فالتشريعات التفسيرية لا تأتي بأحكام جديدة بل هي شارحة للنص القديم.

غير أن الملاحظ أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يوضح أو يبين لنا القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات:

- القانون الواجب على المراكز القانونية التي لم تكن قد استكملت عناصر تكوينها أو انقضاءها عند صدور القانون الجديد.
- والقانون الواجب على آثار المراكز القانونية التي تمت أو تم انقضاءها عند صدور القانون الجديد.
- والقانون الواجب التطبيق على آثار المراكز القانونية التي تمت أو انقضاء بالفعل في ظل القانون القديم.

وهذه الحالات هي التي استلزمت اللجوء إلى مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون.

المطلب الثاني: مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد

قبل عرض مضمون هذا المبدأ يجب أولاً أن نفرق بين المركز القانوني والمركزي العقدي:

المركز القانوني (Situation légale): وهو المركز الذي ينظم القانون أحكامه تنظيمًا دقيقًا، فلا يكون لمن دخل فيه إلا الامتثال لحكم القانون ومثال ذلك مركز الزوجين ومركز الموظف فهما يخضعان لأي تعديل تشريعي يؤثر في مركزيهما، فحقوق وواجبات الزوج والموظف تتحدد مسبقًا من المشرع بمجرد دخولهما في العلاقة الزوجية أو الوظيفة.

المركز العقدي: (Situation contractuelle): وهو المركز الذي يترك المشرع مسألة تنظيمه من حيث التكوين والانقضاء والآثار لإرادة الأفراد، مثل البائع والمشتري، والمؤجر والمستأجر والدائن والمدين. مضمون مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون: بموجب هذا المبدأ يخضع للقانون الجديد كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبًا على وقائع أو مراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم، فيحكم القانون الجديد ما تكون أو لانقضى وما ترتب من آثار على المراكز القانونية الموجودة عند صدوره.

فإذا كان المركز تم وانقضى أو كان الأثر قد تحقق فلا شأن للقانون الجديد به، إذا كان لم يتم ولم ينقض أو كان الأثر لم يتحقق بعد، القانون الجديد وحده هو الذي يحكم هذه المسألة مع الأخذ في الاعتبار تحقق بالفعل من عناصر لها قيمة أو ذاتية قانونية خاصة يظل للقانون القديم.

وهذا المبدأ يطبق على المراكز القانونية دون المراكز وللتوضيح أكثر أوردنا هذه الأمثلة العقدية.

نص المادة 02 من القانون المدني⁹⁷: « لا يسري القانون إلا على ما يقع في ولا يكون له أثر رجعي».

الاستثناءات الواردة على المبدأ: يوجد استثناء على مبدأ الأثر الفوري قانون وهو حالة الآثار الخاصة بالمراكز القانونية العقدية، مضمون هذا الاستثناء أن الآثار المستقبلية للعقود المستمرة والتي أبرمت قبل العمل بالقانون الجديد يسري عليها القانون القديم ويطلق على هذا الاستثناء "الأثر المستمر للقانون القديم"، إذ بمقتضاه يستمر القانون القديم في حكم الآثار المترتبة على مراكز قانونية تكونت وفقا للقانون القديم.⁹⁸

وتبرير ذلك الاستثناء هو مبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين"، واحترام إرادة المتعاقدين حتى لا يؤدي ذلك إلى الإخلال بالتوازن العقدي بالنسبة لأطرافه وطالما لن يترتب عليه إهدار لحقوق الغير ولا يخالف النظام العام والآداب العامة.

ونضرب على ذلك الأمثلة الآتية:

- **مثال المركز القانوني الذي لم يتم:** مركز واضح اليد الذي استوفى مدة عشر سنوات من خمس عشرة سنة يتطلبها القانون القائم لاكتساب الملكية، فإذا صدر القانون الجديد جاعلا هذه المدة سبع عشرة سنة فإن المدة الجديدة تصبح وحدها واجبة الاستيفاء ليتحقق وضع اليد لأجل اكتساب الملكية.

- **مثال المركز القانوني الذي لم ينقض:** مركز الشخص الذي يسري التقادم في حقه، فإذا لم تكن المادة قد استكملت بالفعل عند صدوره فإن القانون الجديد وحده هو الذي يحدد هذه المدة سواء أكان أطول أم أقل بقطع النظر عن المدة التي كانت واردة في القانون القديم.

- **مثال العنصر التي يتحقق عنصر من عناصرها له ذاتية قانونية خاصة:** مركز الموصى الذي يجرر وصية عرفية في ظل قانون يجيز ذلك ثم يصدر قانون جديد في حياة الموصى يشترط رسمية الوصية، يتحدد هذا المركز بتحديد الوصية ووفاء الموصى، فلا يمس القانون الجديد إلا الشق الثاني وهو الوفاة، فإذا كان هذا القانون الجديد ينزل بحد الإيضاء من الثالث إلى الربع نفذ حكمه لأن القدر الجائز بحد الإيضاء به يحكمه القانون الجديد لأن الوفاة تحققت في ظله.

⁹⁷ المادة 02 من القانون المدني.

⁹⁸ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، دار هومة، سنة 2010، ص 103.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

- مثال الآثار المستقبلية: مركز الزوج الذي صدر قانون جديد يحمره حقه في الطلاق بإرادته المنفردة، فهذا القانون الجديد يحكم العلاقة الزوجية القائمة رغم أنها نشأت قبل صدوره ونفاذه.

الفصل الخامس: تفسير القانون

المبحث الأول: ماهية التفسير

تعريف التفسير: ينصرف معنى التفسير إلى بيان حقيقته معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة، فهو فن قائم بذاته، كونه يهدف إلى توضيح نص غامض أو إكمال نص مقتضب، أو التوفيق بين أجزاء متناقضة لنص واحد، والقاعدة أنه لا مجال للاجتهاد في مورد النص الواضح.⁹⁹

فالتفسير ليس في حقيقته سوى بيان لحقيقة نص تشريعي، الصادرة من سلطة مختصة. والجدير بالذكر أن التفسير لا يرد إلا على القواعد التشريعية المكتوبة، وبذلك تستبعد القواعد التشريعية غير المكتوبة كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (توضيح أو تحديد معنى العرف لا يتخذ شكل التفسير بل يتخذ شكل التثبيت من وجودها بمعنى معين، فهي مسألة إثبات).

أنواع التفسير

يفرق الفقه عادة بين أربعة أنواع مكن التفسير وذلك بالنظر إلى الجهة التي يصدر عنها وهي:

المطلب الأول: التفسير التشريعي أو الرسمي

هو التفسير الذي يضعه المشرع لنصوص قانونية غامضة المدلول والمعنى، كلها لأي ضرورة لذلك، حيث إذا لم يستدل القضاء على المدلول الحقيقي للنص والمغزى منه، يصدر المشرع نصا قانونيا ثانيا مفسرا للنص القانوني الأول، وتعتبر النصوص التفسيرية لها نفس القوة الإلزامية للنصوص الأصلية، وعادة يكون هذا التفسير صادرا من الجهة التي أصدرته.¹⁰⁰

ولا يعد تفسيرا تشريعا ذلك الذي يخرج على أحكام نص سابق أو يلغيه ويعد له بحكم يخالفه أو يستحدث معنى جديدا لم تكن تحتمله عباراته.

⁹⁹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص753.

¹⁰⁰ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، 390

وعليه لا يجوز أن تكون سلطة تفسير النصوص التشريعية (سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتتها الجهة التي عهد إليها، بهذا الاختصاص)، ستارا أو موطئا إلى تعديل هذه النصوص بذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأعراض المقصودة منها. إذ يعتبر ذلك عدوانا على الحقوق التي ولدتها مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقا للقانون المفسر وتجريدا لأصحابها منها بعد ثبوتها خاصة وأن التشريع التفسيري يسري بأثر رجعي أي يرتد أثر تطبيقه إلى تاريخ صدور التشريع محل التفسير.

المطلب الثاني: التفسير القضائي

هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند تطبيق قانون يتخلله غموض أو إبهام على دعوى مرفوعة أمامه حتى يسهل فهمه وتبيين أحكامه، ويكون هذا ملزما فقط في الدعوى التي صدر بشأنها، حيث يعتبر التفسير القضائي تفسير عملي متميز ينفرد به القاضي ويتمثل في اجتهاده في البحث والتأصيل القانوني عند إنزال حكم القانون بنزاع مطروح عليه الفصل فيه، وهذا التفسير بوجه عام لا يلزم القاضي أو المشرع أو الفقيه.¹⁰¹

ويمتاز التفسير القضائي بعدة خصائص هي:

- 1- يكون التفسير القضائي عند طرح نزاع أمام المحكمة.
- 2- المحكمة ملزمة بالتفسير دون طلب الخصوم
- 3- تفسير القاضي يتأثر بظروف الدعوى المطروحة فيأتي مناسبا لها.
- 4- التفسير غير ملزم للمحاكم الأخرى، كما يجوز للقاضي مخالفته في دعوى مماثلة، إلا أنه يستثنى من ذلك التفسير الصادر من المحكمة العليا ومجلس الدولة والمحاكم الإدارية بحيث:
 - المحكمة العليا عندما تصدر نوا تفسيريا فإن قرارها بالتفسير يكون ملزما لجميع المحاكم.
 - مجلس الدولة تخول له المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 تفسير التشريع الفرعي خاصة المراسيم الرئاسية والتنفيذية والقرارات التنظيمية.
 - المحاكم الإدارية المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بالنسبة لقرارات الإدارة المحلية.

¹⁰¹ حسن كيرة ، مرجع سابق، ص408.

المطلب الثالث: التفسير الإداري

ويقصد بذلك تفسير جهة الإدارة أي السلطة التنفيذية للنصوص التشريعية في شكل توجيهات وتعليمات إلى موظفيها لتفسير أحكام القانون وكيفية تطبيقه، وهو تفسير غير ملزم بالنسبة للأفراد والقضاة.¹⁰²

المطلب الرابع: التفسير الفقهي

يعد التفسير الفقهي مثالا لما يجب أن يكون عليه التفسير من تجرد وموضوعية ومنطقية واهتمام بالتأصيل القانوني بغض النظر عن الظروف العملية المصاحبة للمسألة لموضوع البحث. فالفقيه يقف بين المشرع والقاضي، فيؤصل أحكام التشريع ويعلق على أحكام القضاء، ليصل بذلك إلى نوع التأثير المتبادل بين كل منهما. وهذا التفسير لا يرتبط بنزاع قضائي قائم بل يكون نظريا فبالتالي يكون ملزم للقضاء لأنه مجرد رأي، فالقاضي له الاختيار في الأخذ به أو تركه، والتفسير الفقهي يلعب دور كبير في تطوير القانون والرقى به.

المبحث الثاني: مذاهب التفسير

هناك ثلاثة مذاهب تحكم عملية تفسير النصوص القانونية وهي:

1- مذهب الشرح على المتن (أو مذهب التزام النص)

2- المذهب التاريخي الاجتماعي

3- المذهب العلمي (أو مذهب البحث العلمي الحر)

المطلب الأول: مذهب الشرح على المتن

يسمى مذهب الشرح على المتن أو مذهب التزام النص، ويقوم هذا المذهب على قاعدة تقديس النصوص التشريعية، بمعنى أن المفسر ملزم بتفسير التشريع وفقا لإرادة المشرع وقت وضعه للنصوص التشريعية، ولا وفقا لإرادة المفسر وقت التفسير أو التطبيق، أي تبحث عن نية المشرع المفترضة وقت

¹⁰² سميرتناغو ، المرجع السابق ، ص743.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهاة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وضع التشريع لا وقت التفسير مهما كان الزمن الذي مر على إصدار القانون حتى وإن تغيرت الظروف وقت التفسير أو التطبيق، فلا يجوز المساس بالنصوص أو الخروج على أحكامها.¹⁰³

غير أنه يؤخذ على هذا المذهب جمود النصوص وعدم الخروج عن معناها، مما يقيد حرية المفسر عند تفسيره يجعله غير مواكب للمتغيرات والتطورات فيعزل النصوص التشريعية عن الواقع العملي، فهو مذهب شكلي يأخذ بالمظهر ولا يهتم بالمضمون.¹⁰⁴

المطلب الثاني: المذهب التاريخي الاجتماعي

يذهب هذا المذهب إلى أن تفسير النصوص يجب أن يتم على ضوء الظروف الاجتماعية وكافة العوامل والمؤثرات المحيطة للمفسر وقت قيامه بعملية التفسير على وقت صدور القانون باعتبار أن القانون هو أداة للتعبير عن اتجاهات المجتمع وألوياته، فهذا المذهب التاريخي ينسب إلى الفقيه الألماني سافيني يرتكز أساسا على أن: « القانون وليد المجتمع»، فهذا المذهب يجعل القانون متطورا وسائرا للظروف الاجتماعية.

غير أنه يؤخذ على هذا المبدأ أنه يخلط بين دور المفسر ودور المشرع، فيجعل هذا المذهب من التفسير أداة لتعديل النصوص وليس كشفا عن مضمونها، وفي هذا انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات وإنشاء للنصوص بدلا من تفسيرها.

كما يؤخذ عليه أيضا هو الإضرار باستقرار المعاملات، فيجعل للقانون المعنى الذي يرد له المفسر وهو ما يفقد القاعدة القانونية قيمتها كقاعدة ثابتة ومستقرة وواضحة.

المطلب الثالث: مذهب البحث العلمي الحر

يقف هذا المذهب موقف وسط بين المذهبين السابقين فيرى صاحب هذا المذهب أن الحق في جانب أنصار مذهب الشرح على المتون عندما يقولون بأن دور المفسر هو الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع النص، في حين يخالفهم الرأي عندما ينادي هؤلاء الأنصار بالبحث عن النية المفترضة للمشرع إذا قصرت الإرادة الحقيقية عن تقديم الحل للمسألة المعروضة لأن المشرع لا تقترض نيته أبدا، ويجد الحل في هذه الحالة في أن يلجأ المفسر إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون مثل العرف، فإذا لم

¹⁰³ حسن كيرة، مرجع سابق، ص 405.

¹⁰⁴ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 112.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

يجد فيها حلاً لجأ إلى البحث العلمي الحر بحثاً عن العناصر المكونة للنص القانوني التي يكشف عنها العلم دون التزام بشكل النص وصيا عنه، وهذه العناصر هي على التوالي المعطيات الواقعية والطبيعية والتاريخية والمعطيات المثالية المعبرة عن مثل المجتمع وقيمه ومبادئه، فمن جماع هذه المعطيات تتكون مادة القانون التي يشكل كل من المشرع والمفسر منها القاعدة القانونية.¹⁰⁵

وما يؤخذ على هذا المذهب أنه أحياناً يخلط بين دور القاضي المفسر ودور المشرع المنشئ، فيجعل لجوئها إلى المعطيات المكونة لمادة قانونية مقبولاً فيشكل منها المشرع قاعدة عامة للنزاعات يؤدي إلى اضطراب المعاملات فيختلف الحل القضائي في النزاعات المتماثلة لأن ما يصل إليه قاضي من حلول لا يلزم باقي القضاة.

المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أن: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصها في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.
فإذا لم يوجد بمقتضى للعرف.

فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد تبني صراحة المذهب العلمي الحر، فحدد طريق التفسير للقاضي فجعل الأولوية للتشريع ثم الشريعة الإسلامية ثم للعرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حيث في حالة عدم وجود نص على القاضي أن يتدرج على العفو الذي حدده له المشرع.

¹⁰⁵ عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق، ص 103.

المبحث الثالث: قواعد التفسير

وهي ثلاث حالات:

1- حالة وجود نص سليم

2- حالة وجود نص معيب.

3- حالة عدم وجود نص

تختلف قواعد التفسير الواجبة الاتباع في حالة وجود نص عن قواعد التفسير في حالة عدم وجود

نص.

المطلب الأول: حالة وجود نص

في هذه الحالة يجب التفرقة بين حالتين هما: حالة وجود نص سليم وحالة وجود نص معيب.

أولاً- تفسير نص سليم

إذا كان المفسر بصدد نص سليم يمتنع عليه الاجتهاد تطبيقاً لقاعدة لا اجتهاد مع وجود النص، ولا يقصد بذلك أن الاجتهاد محظور بكل صوره لأن التفسير في حد ذاته اجتهاد وإنما يقصد به أن المفسر يلتزم بعبارة النص وألفاظه فلا يحيد عنها تحت ستار الاجتهاد ليصل إلى حكم أكثر عدالة في رأيه من الحكم الواضح للنص السليم موضوع التفسير، لأن هذه هي مهمة المشرع دون سواه.

وعليه حتى يتوصل المفسر إلى الحكم الوارد في النص السليم عليه استخلاص المعنى، إما من

عبارة النص وإما من روح النص وفحواه.¹⁰⁶

أ- المعنى المستفاد من عبارة النص: ويقصد بذلك المعنى الحرفي أو المعنى اللغوي الصريح أو منطوق النص، والذي يتوصل إليه المفسر بإسقاط عبارة النص الواضحة على المعنى الذي أراده لها المشرع. فيتعين على المفسر أن يصل إلى حكم النص دون تقييد بالألفاظ المستخدمة لفظاً لفظاً، وإنما يبحث عن المعنى المستفاد من جملة هذه الألفاظ دون التعمق كثيراً حتى لا يبتعد عن المعنى الصحيح، كما يجب على المفسر أن يلتزم بالمعنى الاصطلاحي للفظ الذي استخدمه المشرع دون معناه اللغوي احتراماً لمقصود المشرع من استخدامه.

ب- المعنى المستفاد من الإشارة: المقصود بإشارة النص هو المعنى الذي يشير إليه النص دون أن يصرح به، بحيث لا يتبادر إلى ذهن المفسر في الوهلة الأولى بل يتطلب إكمال التفكير، فالمشرع في هذا

¹⁰⁶ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص111.

النص لا يصرح بالمعنى بل يشير إليه، وتختلف درجة التفكير بحسب درجة وضوح الإشارة. مثال ذلك المادة 88 من القانون المدني التي تنص على أنه: إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق أن يطلب إبطال العقد، فبدلالة الإشارة هنا واضحة، فالعقد بإكراه لا يكون باطلا بطلانا مطلقا وإنما هو عقد صحيح لكنه مهدد بالإبطال من قبل الشخص الذي وقع عليه الإكراه وموقوف على إجازة هذا الأخير وإقراره بأن هذا العقد صحيح، لأن العقد الباطل بطلان مطلق لا تصححه إجازة أو إقرار فهو حكم العدم.

ج- المعنى المستفاد من روح النص وفحواه: والمقصود به ما يمكن فهمه واستنتاجه من دلالة النص ومفهومه وفحواه ويتم ذلك بإحدى طرق القياس الآتية:

1- مفهوم الموافقة (أو الاستنتاج بطريق القياس): ويقصد به إعطاء الحكم الذي تقرره قاعدة قانونية تحكم حالة معينة لحالة أخرى لم يرد بشأنها قاعدة، لا تحاد بها في العلة التي سنت من أجلها القاعدة القانونية وهو نوع من القياس إذا أن القياس هو إلحاق حكم الأصل للفرع لاتحاد العلة وفيه نوعين:

1- النوع الأول: القياس العادي: في حالة وجود واقعة لم ينص القانون عليها ولكن في نفس الوقت نص القانون على واقعة مشابهة لها، ولاتحاد الواقعتين في السبب فإنه يتم إسقاط حكم الواقعة المنصوص عليها في القانون على الواقعة الغير منصوص عليها.

مثال: المادة 135 من قانون الأسرة: «يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا» وبالتالي يمكن أن نقيس على هذه الحالة أو القاعدة القانونية حالة الموصى له عندما يقتل الموصى أو من أوصى له وذلك للاشتراك بين الحالتين في نفس العلة هو الاستعجال من أجل الحصول على المال، وبالتالي الموصى له قاتل الوصي لا يستحق الوصية.

2- النوع الثاني: الاستنتاج من باب أولى: ويراد به إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة أخرى منصوص عليها لوضوح علة الحكم في الحالة الأولى دون الثانية، وبمعنى آخر يكون سحب حكم الأصل على حكم الفرع لكون العلة أكثر ظهورا في الفرع عنها في الأصل.

ونظرا لعدم وجود نص يحكم الفرع مثال ذلك المادة 314 قانون العقوبات الجزائري¹⁰⁷: التي تعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات لكل شخص ترك طفلا أو عابرا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية والعقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناسي أو حمل الغير على ذلك، وإذا

¹⁰⁷ المادة 314 قانون العقوبات الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

نشأة عن هذا الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، ويمكن أن تصل العقوبة إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر الموت. وبالتالي فمن باب أولى أن تكون العقوبة أشد إذا قام هذا الشخص بالاعتداء المباشر على الطفل أو العاجز.

2- مفهوم المخالفة: وهو نوع من القياس يراد به إعطاء حالة لم يرد بشأنها نص: حكما عكسيا للحكم الوارد في النصوص لحالات أخرى وبمعنى أوضح في حالة حدوث واقعة لم ينص عليها القانون وتوجد واقعة نص عليها القانون معاكسة لها فإنه يتم تطبيق حكم الواقعة الثانية على الأولى وذلك بمفهوم المعاكسة.

مثال ذلك: المادة 369 من القانون المدني الجزائري¹⁰⁸ التي تنص على أن هلاك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم يؤدي إلى سقوط البيع، واسترداد المشتري للثمن، وبمفهوم المخالفة نستنتج أن هلاك المبيع بعد التسليم لا يؤدي إلى سقوط البيع أو فسخ العقد وبالتالي لا يمكن للمشتري استرداد الثمن.

المطلب الثاني : تفسير النص المعيب

أ- صور النص المعيب

نكون بصدد نص معيب إذا لحقه أحد العيوب الأربعة:

1- الخطأ المادي: والخطأ الذي لم يقصده المشرع وتمثل في نقصان أو زيادة حرف أو كلمة أو أكثر بما يخل بالمعنى المقصود، مثال ذلك المادة 121 من القانون المدني القديم التي تنص على مايلي: « في العقود الملزمة للجانبين إذا تقضي التزام بسبب تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له..»، ففي هذا النص خطأ مادي وذلك بالرجوع إلى الترجمة الفرنسية لهذا النص حيث وجد أن كلمة استحالة سقت من بين كلمتين: بسبب (استحالة) تنفيذه، وقد تم تدارك هذا الخطأ وتصحيحه في القانون الجديد، فصحة النص إذن هي بسبب استحالة تنفيذه.

2- الخطأ المعنوي: وهو خطأ لم يقصده المشرع أيضا ويتمثل فيما يسمى بأخطاء القلم، فيزل القلم وتوضع كلمة لا يقصدها المشرع حقيقة وهو ما يترتب عليه اختلال المعنى المقصود بذاته، والمثال على ذلك المادة

¹⁰⁸ المادة 369 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

97 قانون مدني التي تنص¹⁰⁹: « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب خالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا»، فالواضح أن المشرع كان يخاطب المتعاقد وليس المتعاقد.

3- الغموض: وهو الأمر المترتب على استعمال المشرع للفظ أو عبارة تحتل أكثر من معنى مما يوقع المفسر في حيرة من المعنى المقصود، مثال ذلك المادة 353 يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من ارتكب السرقة ليلا مع توافر ظروف أخرى، فظرف الليل من الظروف المشددة للعقوبة فير جريمة السرقة، فما المقصود بلفظ الليل؟ أم هو حالة الظلام التي تبدأ وتستمر بعد غياب الشفق؟ والراجع هنا تغليب لفظ الليل بمعنى الظلام المطلق لأن فيه ترويع وترهيب للأفراد.

4- التعارض: وهو التناقض الذي يقع بين النصوص التشريعية ويستدعي التوفيق بينهما، فإذا استعصى ذلك لزم تغليب إحدهما على الأخرى.

ب- طرق تفسير النص المعيب

إذا اصطدم الفقهاء بصعوبة كبيرة في تفسير النصوص وألفاظها فقد أجمع الفقهاء على عدة طرق ووسائل يمكن اللجوء إليها تساعد على التفسير وهي:

الطريقة الأولى: تقريب النصوص (Rapprochement des textes)

ويقصد بذلك قيام المفسر بالتقريب بين النص محل التفسير والنصوص التشريعية الأخرى الموجودة في التشريع نفسه أو في التشريعات الأخرى، وهو بذلك التقريب يصل إلى المعنى الذي يرتضيه لأن النصوص التشريعية يجمعها عادة رباط فكري واحد.

الطريقة الثانية: حكمة التشريع

ويقصد بها أن المشرع لما قام بوضع النصوص القانونية لم يضعها بعفوية وإنما كان يرمي إلى غاية يريها أو تحقيقا لحكمة يراها وتحقيقها لمصلحة اجتماعية، وعليه فإن استخلاص المفسر للحكمة من وضع النص القانوني يسهل تفسيره وتطبيقه، وتكون غاية المشرع عادة مصلحة الجماعة أو مصلحة الأفراد أو مرتبطة باعتبارات سياسية واجتماعية أو اقتصادية.

النظرية الثانية: الأعمال التحضيرية (Recours aux travaux préparatoires)

ويقصد بها تلك الوثائق التي تلحق عادة بالتشريعات عن تحضيرها، فهي عبارة عن مجموعة الأعمال التي سبق صدور القانون من قبل المشرع وتتمثل عادة في المذكرات التفسيرية، مناقشات المجالس التي تقوم على إعداد التشريع ومحاضر الجلسات البرلمانية وأعمال اللجان.

¹⁰⁹ المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وبالتالي فهي الوثائق والأعمال تساعد المفسر في إيجاد القصد الحقيقي للمشرع وقت وضع النص، غير أنه يجب أن يتم بحذر حتى لا يلتقط منها المفسر رأيا شخصيا لأحد أعضاء الهيئة البرلمانية والأخذ بما ورد في الأعمال التحضيرية يكون على سبيل الاستئناس وليس الإلزام لأنه ليس تشريعا وإنما فقط محضر مناقشات.

الطريقة الرابعة: الرجوع إلى النص الفرنسي (Recours a la version française)

ويقصد بذلك الرجوع إلى النص الفرنسي للتشريع المتضمن المواد محل التفسير، فعادة نصوص التشريع الجزائري كانت توضع باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى اللغة العربية وكل النص الفرنسي بعد عند الخلاف الأقرب إلى قصد المشرع رغم أن النص العربي هو النص الرسمي.

الجزء الثاني

نظرية الحق

الفصل الأول: ماهية الحق وتقسيماته

المبحث الأول: ماهية الحق

اختلف الفقهاء في تعريف الحق نظرا لاختلاف وجهات نظر كل مذهب من المذاهب الفقهية حسب مفهومه لعناصر الحق، فظهر مذهبين لتحديد مفهوم الحق وهما المذهب الشخصي للحق والمذهب الموضوعي.

المطلب الأول: المذهب الشخصي

وينظر للحق على أنه قدرة أو سلطة يخولها القانون للشخص للقيام بأعمال وتصرفات معينة في حدود القانون، إذ أن القانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية يرسم لكل شخص مجالا محددًا يمارس فيه نشاطه وتعمل في نطاقه إرادته، وفي هذا النطاق يمكن حق الشخص وقد اشتهر بهذا الرأي الفقيه الألماني Saviny (نظرية الإرادة).

ويأخذ على هذا المذهب خطه بين مصدر الحق وما يلزم لمباشرة الحق، إذ يلاحظ إن لعديمي الإرادة حقوق يعترف بما لهم القانون دون أن تكون لهم إرادة لممارسة الحق كالمجنون والممنوع من ممارسة حق ما، إذ أن الحق يوجد بمقتضى القانون المقرر أو المنشأ له مجرا عن إرادة الشخص الذي قرر الحق لمصلحته.

المطلب الثاني: المذهب الموضوعي

وينظر للحق على أنه مصلحة يحميها القانون، ويهتم المذهب الموضوعي في تعريفه للحق بالمصلحة موضوع الحماية بغض النظر عن الشخص موضوع الحق، وذلك بالاستناد إلى أن الحق المقرر للشخص مستقلا عن إرادة صاحبه، ونادى بهذا الرأي الفقيه الألماني Ihring (نظرية المصلحة).

ويأخذ على المذهب الموضوعي بأنه يتجاهل بأن المصلحة موضوع الحماية القانونية ليست جوهرًا للحق (أو محلا له)، بل هي غاية وهدف القانون، فهو يعتبر بأن المصلحة هي الغاية من الحق وليست الحق ذاته وما الحق إلا الوسيلة (La technique) لتحقيق المصلحة.

المطلب الثالث: المذهب المختلط

نظرا لاختلاف المذهبين الشخصي والموضوعي في التعريف بالحق يرى أصحاب هذا المذهب بأن الحق هو سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون، فيعرفون الحق "بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون".
وقد وجه لهذا المذهب النقد الموجه للنظريتين السابقتين معا.

المطلب الرابع: المذهب الحديث

يتزعم هذا المذهب الفقيه البلجيكي دابان "Dabin" وتأثير بها اغلب الفقهاء، ويعرف أصحاب هذه النظرية الحق على أنه سلطة يقررها القانون ويحميها الشخص معين يكون له بمقتضاها أن يستأثر بإجراء عمل وأن يلزم آخر بأداء عمل تحقيقا لمصلحة له مشروعة، وهذه السلطة القانونية المميزة للحق تخول لصاحبها إما أداء عمل معين لمصلحته وإما إلزام غيره بأداء عمل معين لمصلحته أي مصلحته التي يقررها القانون، فالمصلحة هي الغاية من الحق، والحق هو الوسيلة لتحقيقها، والقانون هو الذي يقرر هذه المصلحة، وهكذا تظهر العلاقة بين الحق Le droit subjectif والقانون Le droit objectif، فلا حق إلا إذا سنده القانون. والعناصر الأساسية التي يمكن أن نستخلصها من هذا التعريف هي:

1- الحق يعتبر عن سلطة يقرها القانون: أي سلطة مطابقة للقواعد القانونية ويترتب على هذا ضرورة احترام الغير لها، وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار باستتار الشخص بحقه والسلط عليه. فالحقوق مرتبطة بالالتزامات في مواجهة الغير، وليست هناك أهمية لحق معين إذا لم يكن الغير ملزم باحترامه وكذلك الحل إذا لم يمكن صاحبه دفع الاعتداء عليه.

وإذا كانت الحماية القانونية لازمة للحق إذ لا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته إلا أنها ليست عنصرا من عناصر وجوده، لا يحمي حقا إلا إذا كان موجودا حقيقة.

2- الحق يفترض وجود شخص معين: يكون صاحبا له، وقد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ويتمتع الشخص الطبيعي بصلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ويكتسب الشخصية القانونية بمجرد وجوده وهو محمي قانونيا، أما الشخص المعنوي فهو افتراض وجود قانوني لتجمع من الأموال أو الأشخاص، فيتحمل الالتزامات ويكسب الحقوق.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهاة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

3- الحق يرد على قيمة معينة تكون محلا له: وقد يكون هذا الأخير شيئا ماديا سواء عقارا أو منقولا، كما يمكن أن يكون عملا كالامتناع عن عمل أو القيام بعمل وقد يكون قيمته معنوية كالإنتاج الفكري أو قيمة ملتصقة بالشخصية كحق الإنسان في سلامة جسمه وحقه في المحافظة على شرفه.

4- يفترض الحق أم تكون لصاحبه سلطة الاستثناء والتسلط على حقه ويختلف ذلك باختلاف أنواع الحق إذ يتسع مجال الاستثناء والتسلط في نطاق الحقوق العينية إذ تكون للشخص حرية واستغلال محل الحق كيفما شاء، بينما يضيق في إطار الحقوق للصيقة بالشخص إذ حق الشخص هنا يتمثل في إلزام الغير بعدم الساس بها واحترامها ولا يمكن للشخص التصرف فيها ولا التنازل عنها.

لمبحث الثاني: تقسيمات الحق

يميز الفقه عادة بين نوعين من التقسيمات: تقسيمات عامة وتقسيمات خاصة، فالتقسيمات العامة يمكن أن يعبر عنها بالتقسيمات النوعية لأنها تقوم على نوع الحق ذاته، كما يمكن أن نطلق على التقسيمات الخاصة تسمية الحقوق الموضوعية باعتبارها تقوم على موضوع الحق نفسه.

المطلب الأول: التقسيمات النوعية للحقوق

تنقسم الحقوق بحسب النوع إلى تقسيم أساسي وهو حقوق سياسية وحقوق مدنية ، يتفرع عن الحقوق المدنية تقسيم آخر وهو حقوق عامة وحقوق خاصة، وأخيرا تنقسم الحقوق الخاصة نفسها إلى حقوق للأسرة وحقوق مالية.

أولا- الحقوق السياسية والحقوق المدنية

أ- الحقوق السياسية: هي تلك الحقوق المرتبطة بالانتماء إلى مجموعة معينة، أسرة، جماعة عرقية أو لغوية أو دينية أو الدولة بالمفهوم الحديث، والذي يمنح للشخص حقوق، كالحقوق الأسرية والاجتماعية أو السياسية كالحق في الجنسية والمشاركة في الحياة السياسية مباشرة كحق الانتخاب وحق الترشح وحقوق تولي الوظائف العامة، فهذه الحقوق مقررة للشخص بصفته مواطنا منتما إلى دولة معينة، وبالتالي لا يستفيد منها الأجانب، والحقوق السياسية تمتاز ببعض المزايا والخصائص:

1- الحقوق السياسية تعد حكرا على المواطنين دون الأجانب، كالحق في الجنسية.

2- الحقوق السياسية لا يجوز التصرف فيها، إذ أن الشخص الذي قررت له لا يستطيع التنازل عنها للغير كحق الانتخاب وتولي الوظائف العامة.

3- الحقوق السياسية لصيقة بالشخصية

4- لا تكتسب ولا تسقط بالتقادم

ب- **الحقوق المدنية:** هي تلك الحقوق التي يقرها القانون لشخص لحمايته فهي كيانه الجسدي واعتباره المعنوي وذلك بقصد تمكينه من العيش ومزاولة نشاطه كما نصت المادة 35 من الدستور: « يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية». وتنقسم الحقوق المدنية بوردها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

ثانيا- الحقوق العامة والحقوق الخاصة

أ- **الحقوق العامة:** تثبت الحقوق العامة لكل شخص بوصفه إنسانا، حيث تنص المادة 34 من الدستور: « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويخطر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة»، وأيضا المواد 35 و36 فهي الحقوق التي تضمن للشخص حريته بمظاهرها المختلفة كالحقوق المتعلقة بالحرية والمساواة والحقوق المتعلقة بحرية المعتقد والرأي، وتقررها فروع القانون العام.

ب- **الحقوق الخاصة:** هي تلك الحقوق التي تكتسب لثبوت سبب خاص لاكتسابها، والمقرر للشخص واللصيقة بشخصيته وتتعلق بكيانه المعنوي (كحق النسب) كحق الشخص في اسمه وحق الشخص على صورته أو رسيمه وأفكاره، وتمتاز الحقوق الخاصة باعتبارها حقوق شخصية ملازمة للشخص ببعض الخصائص:

1- حقوق الشخصية المعنوية منها لا يجوز التنازل عليها ولا يجوز التصرف فيها بالتبعية لا يمكن الحجز عليها.

2- حقوق الشخصية لا تخضع للتقادم، فعدم استعمال شخص لاسمه ولو طال الزمن لا يسقط حقه فيه، وانتحال شخص لاسم ما لا يكسب الحق في هذا الاسم حتى ولو طال استعماله له.

3- حقوق الشخصية لا تنقل إلى الورثة باعتبارها ملازمة للشخص فلا تنقل عند وفاة صاحبها لورثته، وكذلك تمتاز على الحقوق العامة كونها تخص الشخص بذاته دون غيره كحق سلطة الأب على أولاده وحق الأبناء في الرعاية المادية والمعنوية، بينما الحقوق العامة تثبت للناس كافة.

وقد نصت المادة 47 قانون مدني¹¹⁰: « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من

الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

ثالثا- حقوق الأسرة والحقوق المالية

¹¹⁰ المادة 47 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

أ- **حقوق الأسرة:** هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره فردا في الأسرة بغية تنظيم علاقته بغيره من أفرادها، والأسرة هي مجموعة من الأفراد تربط بينهم صلة القرابة سواء كانت قرابة نسب أم قرابة مصاهرة كحقوق الزوجين وحقوق الأبناء... الخ.

ب- **الحقوق المالية:** هي التي كون محلها قابلا للتقويم بمبلغ من النقود فقد يرد الحق المالي على:

- شيء (سيارة، عقار، هاتف نقال)، فيسمى حينئذ حقا عينيا.

- وقد يرد الحق على عمل (القيام بمهمة ما أو عمل، أو الامتناع عن عمل المنافسة)، ويسمى في هذه الحالة حقا شخصيا.

وقد ينصب على نتاج ذهن أو فكر الإنسان، وهو موضوع الحقوق الذهنية أو الأدبية "حق المؤلف" ويلاحظ أن ظهور حق أدبي إلى جوار الحق المادي الثابت للشخص على شيء معين يجعل منه حقا ذهنيا أو معنويا.

ونظرا لأهمية الحقوق المالية ستخصص لها المطلب الثاني من خلال دراستنا للتقسيمات الموضوعية للحقوق.

المطلب الثاني: التقسيمات الموضوعية للحقوق

وتنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق فكرية (ذهنية) نتناولها في ثلاث فروع:

الفرع الأول: الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية)

يعرفه الفقهاء بأنه علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يحق لأحدهما أن يلزم الآخر بأن يؤدي له عملا أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمل، وبالتالي فتلك الحقوق تنشأ عن علاقة شخصية بين طرفين أحدهما دائن والآخر مدين، ويطلق على الحق الشخصي باصطلاح حق الدائنية ويعتبر أكثر دقة لأنه خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين بين شخصين أو أكثر، بيد أنه يغلب أن يطلق على الحق الشخصي عبارة التزام باعتبار أن دور المدين فيه أبرز من دور الدائن.

وعليه فالحق الشخصي يتكون من ركنين، هما وجود شخصين ومحل للحق:

أ- **طرفا الحق الشخصي:** يستلزم قيام الحق الشخصي وجود طرفين الدائن والمدين:

1- **الدائن:** هو صاحب الحق

2- **المدين:** هو الملتزم بالوفاء بهذا الحق

ب- **محل الحق الشخصي:** يتغير محل الحق الشخصي بتعدد صور الأداء التي يلتزم بها الملتزم (المدين).

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

1- إذا كان محل الحق عملاً يقوم به المدني سمي الالتزام في هذه الحالة التزام بعمل مثال: التزام العامل بأداء عمل مكلف به في مواجهة رب العمل، وهو عمل إيجابي.

2- إذا كان محل الحق امتناع عن عمل سمي الالتزام بالامتناع من عمل وهو عمل سلبي، مثال: الالتزام بعد فتح محل تجاري آخر يمارس نفس التجارة في المنطقة نفسها ويسمى الالتزام بعدم المنافسة.

3- إذا كان محل الحق تقديم شيء سمي الالتزام بإعطاء شيء، وهو أيضاً عمل إيجابي، مثال: الالتزام بدفع مبلغ من النقود من طرف المشتري للبائع في عقد البيع.

والجدير بالذكر أن للأفراد الحرية المطلقة في إنشاء الحقوق الشخصية بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، مراعاة لمبدأ المشروعية.

الفرع الثاني: الحقوق العينية

الحق العيني هو سلطة مباشرة يقرها القانون لصاحب الحق على شيء معين سواء كان عقاراً أو منقولاً، يمكنه من الانتفاع به مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص أجنبي كما هو الشأن في الحقوق الشخصية، كلها في الأمر هو أن سلطة صاحب الحق يجب أن تكون شرعية أي يقرها القانون، فلا تكفي السلطة الواقعية أو الفعلية كالسلطة التي للسارق على الشيء المسروق فهي سلطة واقعية لا يعترف بها القانون، والسلطة الشرعية هي التي تستند إلى سبب مشروع، وعناصر الحق العيني ثلاثة هي:

1- الشخص صاحب الحق Le titulaire de droit

2- الشيء موضوع الحق: ويجب أن يكون شيئاً معيناً بذاته فإذا كان محدد بنوعه أو بصفته أو بمقداره فلا ينشأ الحق العيني إلا بعد فوزه.

3- السلطة مضمون الحق: وتختلف هذه السلطة وتتفاوت باختلاف وتفاوت أنواع الحقوق العينية ففي حق الملكية هي سلطة تامة، للمالك بموجبها حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، بينما مثلاً في حق الانتفاع يمنح صاحبه فقط الاستعمال والاستغلال دون التصرف.

وتنقسم الحقوق العينية بدورها إلى قسمين حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية:

أولاً- الحقوق العينية الأصلية

الحقوق العينية الأصلية هي التي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى وإنما تقوم مستقلة بذاتها، وقد أوردها المشرع في الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري، وقد وردت في القانون على سبيل

الحصر وهي حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، حق السكن، وحق الارتفاق، وبتناولها تباعا فيما يلي:

1- حق الملكية:

وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد من 674 إلى 843 من القانون المدني الجزائري، يعد حق الملكية أهم الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق، وهو الذي يمنح لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله، واستغلاله والتصرف فيه، في حدود ما يسمح به القانون تطبيقا لنص المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أنه¹¹¹: « الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا لا تحرمه القوانين والأنظمة».

ويلاحظ من هذا النص أن حق الملكية يمنح لصاحبه ثلاث مكنات حددتها المادة السابقة وهي:

أ- **الاستعمال**: وهو استخدام الشيء والاستفادة به، فيما أعد له دون المساس بجوهره، ولا استغلاله، فاستعمال المنزل يكون بسكنه واستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال الثياب يكون بارتدائها.

والجدير بالذكر أن هناك بعض الأشياء استعمالها يؤدي بالضرورة إلى التصرف فيها، فالاستعمال هنا يمس بجوهر الشيء، كاستعمال الأطعمة الذي يؤدي إلى استهلاكها، وكذلك الوقود، وبالتالي فالأمر هنا يتعلق بالتصرف وليس بالاستعمال، أو الاستعمال الذي ينطوي حتما على تصرف.

ب- **الاستغلال**: وهو الحصول على ثمار الشيء دون المساس بجوهره ويقصد بجوهر الشيء هنا منتجاته والأجزاء المكونة له، وبذلك يدخل في إطار الاستغلال، زرع الأرض والاستفادة من منتوجاتها، وتأجير الشيء والاستفادة من أجرته، وتربية المواشي والاستفادة من ألبانها وصوفها، ولا يعد من قبيل الاستغلال قطع الأشجار وبيعها، ولا استغلال ما ينتج عن المحاجر وبئر البترول، لأن هذا الاستغلال يمس بأصل الشيء وجوهره وبالتالي يعد تصرفا.

ث- **التصرف**: التصرف في الشيء هو استعمال الشيء واستغلاله بما يمس جوهره أو مكوناته (منتجاته). والتصرف قد يكون قانونيا، كبيع الشيء أو هبته أو رهنه أو التنازل عليه أو ما إلى ذلك، وقد يكون ماديا بالقضاء على الشيء وإهلاكه، أو تحويل جوهره كأن يهدم المنزل ويعاد بناءه وتحويل القطن إلى قماش والقمح إلى دقيق.

¹¹¹ المادة 674 من القانون المدني الجزائري.

2- حق الانتفاع:

وقد تناولته المشرع في الباب الثاني من الكتاب الثالث للقانون المدني الجزائري في إطار تجزئة حق الملكية، وقد نظم في المواد من 844 إلى غاية المادة¹¹² 864، وهذا الحق يشمل الاستعمال والاستغلال، ويرد على شيء مملوك للغير، ويتحقق بتجزئة حق الملكية.

بحيث يكون التصرف لأحد الأشخاص وهو المالك ويسمى مالك الرقبة، ويكون الاستعمال والاستغلال لشخص ثاني يسمى صاحب حق الانتفاع، وحق الانتفاع مؤقت ينقضي بالأجل المحدد له أو بوفاة صاحبه ولو وقعت الوفاة قبل حلول الأجل المعين له، فلا ينتقل لورثته لذلك يوصف حق الانتفاع بأنه حق شخصي بمعنى أنه ينقضي بوفاة صاحبه.

3- حق الاستعمال وحق السكن:

نظمها المشرع الجزائري في المواد 855 إلى غاية¹¹³ 866، حيث يسري على حقي الاستعمال والسكنى وكقاعدة عامة ما يسري على حق الانتفاع من أحكام، وذلك فهما يتفرعان عن حق الانتفاع، ولكنهما أقل مجالاً منه، ذلك أن حق الاستعمال هنا لا يعطي لصاحبه إلا مكنة استعمال الشيء أو الحصول على الثمار اللازمة له ولأسرته، فإن تعلق الأمر بأرض زراعية أو بأشجار مثمرة فإن صاحب حق الاستعمال يحصل فقط على ما يكفي لغذائه هو وأسرته ويكون الباقي للمالك تطبيقاً لما جاء في المادة 855 من القانون المدني الجزائري: « نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقرها السند المنشئ للحق».

أما حق السكنى فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ذلك أن مجاله لا يكون إلا في نوع واحد من الملكية وهي النباتات المخصصة للسكن، ولا يكون لصاحب حق السكن إلا مكنة سكنه هو وأهله دون أن يجوز له استغلالها في التجارة أو الصناعة أو ممارسة مهنة حرة فيها أو تأجيرها. وقد نصت المادة 856 من القانون المدني الجزائري¹¹⁴ بأنه لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر فوري.

¹¹² المواد من 844 إلى 864 من القانون المدني الجزائري.

¹¹³ المواد من 855 إلى 866 من القانون المدني الجزائري.

¹¹⁴ المادة 856 من القانون المدني الجزائري.

4- حق الارتفاق:

وهو الذي نظمته المشرع الجزائري في المواد من 867 إلى 881 وهو كما عرفته المادة 867¹¹⁵: «الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على محال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال».

فالارتفاق إذن هو صلة بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين ، تحول أحدهما خبرة الاستفادة بالثاني، ويسمى العقار الخادم "بالعقار المرتفق" والعقار المخدم بالعقار المرتفق، وتسمى العلاقة بينهما الارتفاق، وينشأ حق الارتفاق بعمل قانوني أو بالميراث (المادة 868) ولا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة كحق المرور وقد نصت عليه المادة 869، وتخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها ولما جرى به عرف الجهة والمنطقة (المادة 871). و للارتفاق صور وأشكال منها:

حق المرور: هو حق مالك الأرض البعيدة عن الطريق العام (العقار المخدم) أن يصل إلى هذه الطرق بأرض جاره (العقار الخادم).

حق المجري: (حق المسيل) حق مالك الأرض الفلاحية أن يرويها بالماء الذي يأتيه عبر أرض جاره.

حق المطل: وهو حق فتح نافذة على ملك الغير للاستفادة من النور والهواء وينتهي هذا الحق بانتهاء مدته، أو بانتفاء الحاجة إليه، أو بعدم الاستعمال لمدة معينة.

ثانيا- الحقوق العينية التبعية:

تنشأ الحقوق العينية التبعية ضمانا للوفاء بحق من الحقوق الشخصية فالحق العيني التبعي لا ينشأ مستقلا وإنما لضمان وتأمين الوفاء بحق الدائن ولهذا يسمى بالحقوق العينية التبعية، فهي تتبع الحق الشخصي، وقد تسمى كذلك بالتأمينات العينية أو حقوق الضمان، وكل المصطلحات تؤدي إلى نفس الفكرة وهي ضمان الوفاء بالحق الشخصي، ذلك أن الحق الشخصي هو أداء يلزم له المدين في مواجهة الدائن، ويخول لهذا الأخير مجرد ضمان عام على أموال المدين، يتزاحم فيه مع جميع الدائنين الآخرين طبقا للمادة 188 قانون مدني جزائري¹¹⁶، ولذلك فقد يلجأ بعض الدائنين إلى فكرة الضمان الخاص لاستقاء حقوقهم بالأولوية والتقدم على الدائنين العاديين وبذلك فيلجأ إلى فكرة الحقوق العينية التبعية.

¹¹⁵ المادة 867 من القانون المدني الجزائري.

¹¹⁶ المادة 188 من القانون المدني الجزائري.

وقد نظم المشرع الجزائري الحقوق العينية التبعية في الكتاب الرابع من القانون المدني الجزائري تحت عنوان "الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية" وذلك من المادة 882 إلى المادة 1003 وهذه الحقوق هي¹¹⁷ : الرهن الرسمي، حق التخصيص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، وستناولها تباعا فيما يلي:

أ- **حق الرهن الرسمي:** هو عقد رسمي يكسب به الدائن يقال له - الدائن المرتهن - حقا عينيا على عقار مخصص لوفاء دينه يقال له العقار المرهون، يكون له بمقتضاه سلطة التقدم على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في استثناء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون، ولا يتطلب المشرع انتقال حيازة المال المرهون المملوك للمدين الذي يقال له - الرهن - إلى الدائن المرتهن، بل يعد التأشير بهذا الرهن في سجلات الشهر العقاري كافيا لحفظ حق هذا الدائن.

والرهن الرسمي يخول صاحبه ميزتان، وهما ميزة التتبع وميزة التقدم (المادة 907 ق م ج)، فأما بالنسبة للتبع فمضمونه أن صاحب حق الرهن الرسمي يستطيع أن يتبع العقار تحت أي يد كان لكي ينفذ عليه ويستوفي منه حقه، أما حق التقدم فيخوله حق الأولوية في استثناء حقه من ثمن العقار بعد التنفيذ عليه.

ب- **حق التخصيص:** وهو الحق الذي تناوله المشرع الجزائري في المواد من 937 إلى 947، وهو كالرهن الرسمي تماما حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار للمدني بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، وقد يكون الفرق بين الرهن الرسمي وحق التخصيص في المصدر فقط وذلك أن الرهن الرسمي قد يتقرر إما بناء على عقد أو حكم أو بمقتضى القانون المادة 883 ق م ج¹¹⁸، بينما حق التخصيص فلا يكون إلا بناء على حكم قضائي، أما من حيث الآثار فلا فرق بينهما على الإطلاق وهذا ما عبرت عنه صراحة المادة 947 بقولها: «تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق، أثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة».

ج- **حق الرهن الحيازي:** وهو الحق الذي نظمه المشرع الجزائري من المواد 948 إلى غاية 981 ق م ج¹¹⁹، وهو حق عيني تبقي يتقرر للدائن المرتهن على عقار أو منقول مملوك للمدني أو لغيره بناء على

¹¹⁷ المواد من 882 إلى 1003 من القانون المدني الجزائري.

¹¹⁸ المادة 883 من القانون المدني الجزائري.

¹¹⁹ المواد من 948 إلى 981 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

عقد ضمانا لحقه، وهو يختلف عن الرهن الرسمي في أنه يمكن أن يتقرر إما على منقول أو على عقار ويختلف عليه خاصة في أنه ينتقل حياة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص ثالث يتفق عليه المتعاقدان، ويخول حق الرهن الحيازي لصاحبه، حق حسب الشيء إلى أن يستوفي في حقه كاملا.

كما له أن يستثمر هذا الشيء ويخصم ما استقاده من مال من الدين المضمون بالرهن (المادة 956 ق م ج). وله حق التقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة وتحب هذه المرتبة بالنسبة للرهن الحيازي العقاري من تاريخ قيده كما في الرهن الرسمي 966 ق م ج، وبالنسبة لرهن المنقول منذ ثبوت تاريخ عقد الرهن المادة 969 ق م ج.

د- حقوق الامتياز: نظمها المشرع الجزائري في المواد 982 إلى غاية 1003 ق م ج، عرفت المادة 982 ق م ج الامتياز بأنه¹²⁰: «الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه بصفته».

ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نق القانون، وبالتالي حق الامتياز حق عيني تبعي يقره القانون فقط ولا يتقرر بحكم قضائي أو اتفاق كما هو الشأن بالنسبة لأنواع السابقة من الحقوق العينية التبعية، فهذا الحق يقره القانون للدائن على مال أو أكثر للمدني ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفة هذا الدين، ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال، وتنقسم حقوق الامتياز إلى نوعين حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة.

1- حقوق الامتياز العامة: هي التي ترد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ويكون للدين التالية امتياز على جميع أموال المدني من منقول وعقار على النحو التالي: الأجور المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر، المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين وأسرته من مأكّل وملبس خلال السنة أشهر الأخيرة، - النفقة الواجبة على المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة... الخ، آخره بالرجوع للمواد 994-995¹²¹ وما بعدها ولا تخول هذه الطائفة من الحقوق لصاحبها سوى ميزة التقدم على سائر الدائنين الآخرين.

2- حقوق الامتياز الخاصة: وهي الحقوق التي ترد على منقول أو عقار معين مثل امتياز المؤجر على منقولات المستأجر عنده، وصاحب الفندق على متاع النزول، والمهندس المعماري على المبنى المشيد، وتكفل هذه الامتيازات لأصحابها حق استيفاء أجورهم من ثمن هذه الأموال ولا يكتفي المشرع بالنص على ميزة التقدم لصاحب هذه الحقوق بل يضيف إليها ميزة التتبع لهذا المال في أي يد يكون، ويحدد المشرع

¹²⁰ المادة 982 من القانون المدني الجزائري .

¹²¹ المواد من 994 إلى 995 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

مرتبة كل امتياز من هذه الامتيازات بالنسبة للامتيازات الأخرى عند تعددها على مال واحد فإذا لم ينص القانون على مرتبة حق ممتاز معين، كان هذا الحق متأخرا في المرتبة عن كل حقوق الامتياز الأخرى، وإذا كانت الحقوق في مرتبة واحدة، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص بغير ذلك.

مقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني

بعد أن انتهينا من دراسة أنواع الحقوق العينية والحقوق الشخصية يجدر بنا أن نجري مقارنة بسيطة بينهما من خلال الأوجه التالية:

أولاً: من حيث الاحتجاج به، الحق العيني حق مطلق بينما الحق الشخصي فهو حق نسبي.

ثانياً: من حيث الموضوع الذي يرد عليه الحق العيني يرد على شيء، والحق الشخصي موضوعه القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من طرف المدني.

ثالثاً: من حيث المدة الحق العيني مؤبد، الحق الشخصي مؤقت.

رابعاً: من حيث المركز الذي يخوله كل حق لصاحب، الحق العيني يخول لصاحبه حق الأولوية، وحق التتبع، أما صاحب الحق الشخصي الذي يكون أصحابه متساوون.

خامساً: الحقوق العينية الأصلية أو التبعية واردة على سبيل الحصر، بينما الحقوق الشخصية فهي لا تحصر وللأفراد الحرية في إنشائها.

سادساً: الأصل في الحق الشخصي أنه لا يكون إلا حقا أصليا أي لا يستند في وجوده إلى أي حق آخر، بينما الحق العيني فقد سبق أن رأينا أنه قد يكون أصليا أو قد يكون تبعيا.

سابعاً: الحق الشخصي لا يكسب بالتقادم لأن موضوعه هو القيام بعمل أو الامتناع عنه وهو غير قابل للحيازة، بينما الحق العيني فيمكن اكتسابه بالتقادم وقابل للحيازة.

ثالثاً - الحقوق الذهنية أو الحقوق الفكرية

وهي التي تسمى بالملكية الأدبية والفنية والصناعية، فالحق الذهني هو كل ما ينتج عن الفكر البشري بقدر من الإبتكار بحيث تظهر شخصية صاحبه، وبمعنى أوضح هو كل حق يرد على شيء غير مادي، يعبر عن ملكة الفكرية وقوة إبداع، أو الاختراع أو التأليف لدى الشخص، وأن هذه الحقوق تتعلق بما للشخص من ملكة إبداع وابتكار، فهي بهذه الصفة لصيقة بالمقومات الذهنية للشخص فتعتبر جزء من مكوناته الشخصية وتميزه عن باقي الأشخاص ويكون لها طابع معنوي، ولكن هذا الاستغلال يولد حقوق مالية للمؤلف أو المبتكر أو المؤلف.

وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق الملكية الصناعية وحقوق الملكية الفنية والأدبية:

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

1- حق الملكية الصناعية: ويشمل جانبه المالي حق الشخص في استغلال اختراعه، أما الجنب الأدبي فيتمثل في حقه فغي احتكار استغلال الاختراع ويهدف إلى حماية حقوق رجال الصناعة والمخترعين، وحق الملكية الصناعية أنواع منها:

أ- براءة الاختراع: هي شهادة رسمية تمنح للمخترع عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي سواء تمثل هذا الابتكار في اختراع جديد أو في طريقة جديدة مستحدثة، وهذه الشهادة تمكت صاحبها من استغلال اختراعه ماليا والاستئثار به دون غيره ويحتج به قبل كافة الناس.

ب- الرسوم والنماذج الصناعية: يعتبر كذلك كل ترتيب للخطوط أ، كل شكل جسم بألوان أو بغير ألوان، لاستخدامه في الإنتاج الصناعي بوسيلة آلية أو يدوية أو كيميائية، والفرق بين الرسم والنموذج هو أن الأول وحده يستهدف إضفاء لمسة جمالية على السلعة أما الثاني فهو الشكل الذي تتخذه هذه السلعة.

ج- العلامة التجارية والصناعية: هي كل رمز أو إشارة يستخدمها شخص ليميز صناعته أو خدمته عن غيرها وقد يتم ذلك إما بالكلمات أو الحروف أو الأرقام أو الرسوم أو الإمضاءات أو النقوش البارزة أو أية علامة أخرى إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي... الخ.

د- الاسم التجاري: هو الاسم الذي يتخذه التاجر للدلالة على منشأته التجارية أو الصناعية لتمييزها عن غيرها من المنشآت وهو وجوبي لأن القانون يفرض ذلك.

2- حق الملكية الأدبية والفنية: هي الحق الذي يكتسبه المؤلف على المصنف أو على إنتاجه الفكري سواء كان فنيا أو أدبيا.

وأركان حق الملكية الأدبية والفنية إثنان هما:

أ- المؤلف L'auteur: هو كل شخص ينتج إنتاجا ذهنيا أو فكريا أيا كان فنيا أو أدبيا، وأيا كانت وسيلة التغيير عنه ما دام هذا الإنتاج يتضمن قدرا معيناً من الابتكار فيعتبر الكاتب الملحن الرسام مؤلفين.

ب- المصنف L'œuvre: المؤلف: وتعريفه المادة الأولى من الأمر 14/73 المؤرخ في 1973/04/03 المتعلق بحق الملكية على أنه¹²²: « كل إنتاج فكري مهما كان نوعه ونمطه وصورة تعبيره ومهما كانت قيمته ومقصده، يخول لصاحبه حقا يسمى حق المؤلف».

وللحق الذهني جانبان، جانب معنوي أو أدبي، والآخر مادي أو مالي، فهو حف ذو طبيعة

مزدوجة.

¹²² المادة 01 من الأمر 14/73 المؤرخ في 1973/04/03 المتعلق بحق الملكية الفكرية.

- 1- الجانب المعنوي (الأدبي): هو حق لصيق بشخصية الإنسان فله وحده حق إطلاع الناس على أفكاره وفنه كما له الحق وحده في أن تنسب له دون غيره، هذا الجاب من الحق يشبه الحق في الحياة وفي سلامة البدن، وفي السرف وما إلى ذلك، وبالتالي فهو لا يقوم بمال، ولا تصل التصرف فيه ولا الحجز عليه.
- 2- الجانب المالي: فهو حقه في الاستفادة ماليا من أفكاره أو حقه في احتكار استغلالها، وهذا الجانب يعتبر حقا ماليا، لأنه يقوم بمال ويمكن الصرف فيه والتنازل عنه، وانتقاله إلى الورثة، كأن يعهد المؤلف مثلا إلى دار نشر لينشر كتابه مقابل مبلغ مالي معين، كما يمكن للفنان أن يقوم باستغلال فنه بالطرق التجارية للحصول على عائد مالي وهذا يشكل حق مالي، كأن يعرض مسرحيته أو يبيع لوحاته أو يؤجرها للعرض في المتاحف.

ويجب الإشارة هنا أن الحق الذهني يختلف عن كل من الحق الشخصي والحق العيني، فهو ليس بسلطة لشخص ما على شخص آخر حتى يمكن اعتباره حق شخصي، ولا سلطة لشخص ما على شيء مادي، حتى يمكن اعتباره حق عيني، ذلك أن موضوع الحق الذهني هو شيء معنوي أي غير مادي، ولذلك نص المشرع في المادة 687 من القانون المدني على أنه: « ينظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية»، ذلك أن الملكية لا ترد إلا على شيء مادي ذلك وكذلك أن الملكية هو حق دائم، بينما الحق الذهني فهو حق مؤقت بحيث يستفيد منه صاحبه كوال حياته، ثم ينتقل إلى ورثته الذين يستفيدون منه لمدة زمنية معينة، صم تصبح بعد ذلك ملكا للجمهور.

الفصل الثاني: أركان الحق

للحق ثلاثة أركان أساسية هي:

الركن الأول: الشخص صاحب الحق.

الركن الثاني: موضوع الحق أو محله وهو ما يرد عليه الحق.

الركن الثالث: السبب المنشئ للحق أو كما يسمى مصدر الحق.

وستتناول بالتفصيل كل ركن على حدى من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: الشخص صاحب الحق

الشخص صاحب الحق قد يكون شخصا طبيعيا وهو الإنسان، وقد يكون شخصا معنويا أو اعتباريا وهو مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال أو مجموعة من الأشخاص والأموال تخصص لتحقيق غرض معين، ويضفي عليها المشرع الشخصية القانونية، فتدخل في الحياة الاجتماعية والقانونية كصاحبة حق أو محملة بالتزام مثل الإنسان الطبيعي تماما.

ولذلك لدراسة الشخص صاحب الحق نخصص المطلب الأول للشخص الطبيعي والمطلب الثاني للشخص المعوي أو الاعتباري.

يقصد بالشخص الطبيعي الإنسان بما يمتاز به من خصائص ومميزات عن باقي الكائنات الأخرى، حيث تثبت له الشخصية القانونية، فهذه الشخصية القانونية حق لكل إنسان أيا كان سنه أو حجم قدراته العقلية، وللشخصية القانونية لداية ونهاية تعرضها في الفرع الأول، وخمس خصائص نتطرق لها في الفرع الثاني.

المطلب الأول: بداية الشخصية ونهايتها

نصت المادة 25 قانون مدني جزائري على مايلي: « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته».

أولا- بداية الشخصية القانونية

يتضح من نص المادة 25 قانون مدني جزائري¹²³ أن الأصل في شخصية الإنسان أنها تبدأ بمجرد تمام ولادته حيا، فيشترط المشرع الجزائري لثبوت الشخصية للإنسان أن ينفصل الجنين كاملا عن بطن أمه

¹²³ المادة 25 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهاة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وهو حي حتى ولو مات بعد لحظات، فالعبرة بتمام الولادة حيا، وبالتالي يشترط لبدء الشخصية شرطين الأول تمام الولادة، الثاني تحقق الحياة.

الشرط الأول: تمام الولادة: يقصد بتمام الولادة انفصال المولود عن أمه، وهذا لا يتحقق إذا ظل جزء من المولود في رحم الأم، فلا بد من تحقق الانفصال الكلي للمولود عن الرحم.

الشرط الثاني: تحقق الحياة: وذلك بظهور علامات الحياة عن انفصال الجنين عن أمه وحددت هذه العلامات المادة 134 من قانون الأسرة¹²⁴ بقولها: «...يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة». وعلى هذا فإن وفاة الطفل قبل الولادة لا يرتب عليها أي وجود للشخصية القانونية.

ويجب إثبات واقعة الولادة في السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض، وإذا لم تكن الولادة ثابتة في السجلات الرسمية فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يثبت ما يدعيه بكافة طرق الإثبات حسب الطريقة التي ينص عليها قانون الحالة المدنية وذلك طبقا للمادة 26 قانون مدني جزائري.¹²⁵

هذا وإذا كان الأصل العام هو الجنين لا تثبت له الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته حيا، إلا أن المشرع بالرغم من ذلك فقد اعترف بكسب بعض الحقوق قبل ذلك كاستثناء ويسمى بالحمل المستكن (الذي لم يفصل بعد عن رحم أمه).

الحمل المستكن: وتطبيقا لما تقدم لا تثبت الشخصية القانونية للجنين، ومع ذلك فالمشرع يمنح للحمل المستكن شخصية حكمية أو تقديرية، بحيث يعترف به ببعض الحقوق بشرط ولادته حيا، فله الحق شرعا في ثبوت نسبه من أبيه ويرث أقاربه، إذا ما توا وهو في بطن أمه ويستحث الوصية ولو مات قبل ولادته، كلها حقوق تثبت لصاحبها دون الحاجة لرضا بصدر عنه، أما الحقوق التي يتوقف ثبوتها على صدور قبول أو رضا فلا تثبت للجنين، فالجنين لا يتحمل الالتزامات.

وتجسيدا لهذا الاستثناء فقد نص المشرع الجزائري في المادة 134 من قانون الأسرة على أنه¹²⁶: «لا يرث الحم إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة»، وتتص المادة 187 من قانون الأسرة على أنه¹²⁷: «تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس»، وتتص المادة 209 من نفس القانون على أنه: «تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا».

¹²⁴ المادة 134 من قانون الاسرة الجزائري.

¹²⁵ المادة 26 من القانون المدني الجزائري.

¹²⁶ المادة 134 من قانون الأسرة.

¹²⁷ المادة 187 من قانون الأسرة.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وهكذا يتضح من كل ماس بق أن الجنين يستطيع أن يكتسب بعض الحقوق المدنية قبل أن تثبت له الشخصية القانونية أي قبل انفصاله من بطن أمه حيا، وذلك على سبيل الاستثناء.

ثانيا- نهاية الشخصية القانونية

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان إما نهاية طبيعية وإما نهاية حكمية.

أ- النهاية الطبيعية

تطبيقا لما جاء في المادة 25 قانون مدني جزائري المشار إليها سابقا بأنه¹²⁸: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته»، فالوفاة أو الموت هي النهاية الطبيعية لحياة الإنسان، وبموت الإنسان تنتهي صلاحيته لاكتساب الحقوق، وتثبت واقعة الوفاة في السجلات المعدة لذلك وفق قانون الحالة المدنية، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يثبت واقعة الوفاة أي من طرق الإثبات المعروفة.

ويمكن أن تمتد شخصية الإنسان إلى ما بعد وفاته وذلك إعمالا للقاعدة الشرعية بألا تركة إلا بعد سداد الديون، فتمتد الشخصية القانونية بعد وفاته إلى أن تصفى ديونه.

ب- النهاية الحكمية

يتمثل ذلك في حالة ما إذا كانت الوفاة غير يقينية، بمعنى ليست نهاية طبيعية لحياة الإنسان، ولا لشخصيته القانونية وإنما هي افتراضية أو اعتبارية، فهو ليس موت حقيقي أو فعلي وإنما موت تقررته المحكمة في أحوال معينة، يسبقه الحكم بالفقدان وتطبق هذه الحالة على المفقود والغائب وعليه فالنهاية الحكمية تتحقق بالتدرج من الغائب إلى المفقود إلى صدور حكم بالموت الاعتباري أو الحكمي للمفقود.

1- الغائب: تنص المادة 110 من قانون الأسرة على أنه¹²⁹: «الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إرادة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود»، وعليه فالغائب هو الشخص الذي ليست له محل إقامة أو موطن معروف أو له محل إقامة أو موطن معروف، ولكن حال بينه وبين رجوعه إلى إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة نائب، بحيث تتعطل مصالح المرتبطين به من أبناء أو زوجة... الخ.

فالغياب يؤثر على الشخصية القانونية للشخص، فتلقى قائمة ولا يؤثر على زوجته ولا على ذمته المالية، فهو يبقى مالكا لأمواله غير أنه يجوز لزوجة الغائب أن تطلب التطبيق من القاضي تطبيقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أي تطلب التطبيق لعدم النفقة، وفي ذلك تنص المادة 112 من نفس القانون

¹²⁸ المادة 25 من القانون المدني الجزائري.

¹²⁹ المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

على أنه¹³⁰: «يجوز لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق...»، ولهذا بعد ذلك أن تعتد عدة المطلقة وهي ثلاث قروء ثم تتزوج بعد ذلك إن شاءت.

2- المفقود: يتفق المفقود والغائب في أمر واحد وهو الغيبة عن الموطن، ولكن المفقود هو من انقطعت أخباره فلا تعلم حياته من مماته، في حين أن الغائب هو من طال اختفاؤه ولم تنقطع أخباره مع التيقن من حياته، وعلى هذا الأساس فإن الغياب أعم وأشمل من الفقه، وبالتالي فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقود، ولقد عرفته المادة 109 من قانون الأسرة بقولها¹³¹: «المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته، أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم»، وعليه حتى تنتهي الشخصية القانونية نهائية حكمية تمر بمراحل قانونية مختلفة وهي على التوالي:

المرحلة الأولى: صدور الحكم بالفقد: يعتبر الحكم بإثبات الفقد حكماً منشأً لحالة جديدة، ويعين هذا الحكم تاريخ إثبات الفقد، وفي هذه المرحلة يعتبر المفقود حياً بالنسبة للأموال التي تضره فلا تتزوج إمرأته ولا يقسم ماله.

أثر الحكم بالفقد على أموال المفقود: يجب على القاضي الذي يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين مقدماً من أقاربه أو من الغير لتسيير هذه الأموال وتلقي ما قد يؤول إليه من هبات أو وصايا أو ميراث ولا تقسم هذه الأموال على الورثة وذلك طبقاً لما جاء به المشرع في المادة 111 من قانون الأسرة¹³²: «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين مقدماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود وتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون»، وأيضاً المادة 115 من نفس القانون تنص¹³³: «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته».

أثر الحكم بالفقد على زوجة المفقود: القاعدة أن زوجة المفقود كذلك تبقى على ذمته، غير أنه بإمكانها أن تطلب التطلاق طبقاً للمادة 112 من قانون الأسرة¹³⁴، وذلك على أساس عدم الإنفاق طبقاً للمادة 53 فقرة

¹³⁰ المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

¹³¹ المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

¹³² المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري.

¹³³ المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري.

¹³⁴ المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجها لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

05 من قانون الأسرة¹³⁵، وكذلك يجوز للزوجة بعد الحكم لها بالتطليق وممر عدتها أن تعيد الزواج بشخص آخر إن أرادت.

المرحلة الثانية: صدور الحكم بموت المفقود: وهي المرحلة التي تنتهي بها حكما الشخصية القانونية للمفقود، وللقاضي في الحكم بوفاة المفقود مراعاة شروط أو حالات معينة:

1- حالة لا يغلب فيها الهلاك: إذا فقد الشخص في حالة تغلب فيها السلامة، يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي وله أن يتحرى بكافة الطرق والوسائل للوقوف على حياة المفقود أو وفاته، ويجب على القاضي وقبل أن يحكم بوفاة المفقود أن ينتظر مرور 04 سنوات على فقدانه ثم له سلطة تقديرية في انتظار مدة إضافية أخرى بعد ذلك إن أراد.

2- حالة علبة الهلاك: إذا كان الشخص فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك مثل الحروب والكوارث الطبيعية كالزلازل أو البراكين أو الفيضانات... الخ، للقاضي وبناء على طلب ذوي الشأن الحكم باعتباره ميتا بعد أربع سنوات من تاريخ الحكم بالفقد وهذا بعد أن يقوم بالبحث والتحري، وهذا ما جاء في المادة 113 قانون الأسرة¹³⁶: «يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري...».

والجدير بالذكر أن الحكم بالوفاة أو كما يسمى الوفاة الحكمي يترتب آثار بالغة الأهمية، بالنسبة للشخص ولزوجته ولأمواله.

بالنسبة للشخص: تنتهي حكما الشخصية القانونية لهذا الشخص وذلك بأن يعتبر ميتا.

بالنسبة لزوجته: فإنها تعتد عدة المتوفي عنها زوجها من تاريخ الحكم بالوفاة، وهي 4 أشهر و10 أيام، ولها أن تتزوج مرة أخرى إن أرادت.

بالنسبة لأمواله: فتوزع على ورثته كل حسب نصيبه (المادة 115 قانون مدني جزائري)¹³⁷.

المرحلة الثالثة: ظهور الميت حكما حيا: ويترتب على ذلك الآثار الآتية:

1- الأموال: إذا تصرف الورثة في المال لا يلتزمون بالرد في حالة عدم وجود منفعة في المال المورث، أما في حالة وجود منفعة كاستثمار أو زراعة يضحى بمصلحة الورثة وتغلب مصلحة المفقود في رده أمواله.

¹³⁵ المادة 53 فقرة 05 من قانون الأسرة الجزائري.

¹³⁶ المادة 113 قانون الأسرة الجزائري.

¹³⁷ المادة 115 من القانون المدني الجزائري.

وعليه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته وإذا حدث ذلك فعلا فإن له أن يسترجع ما تبقى من أمواله علنيا أو يسترجع قيمة ما بيع منها وهذا ما نصت عليه المادة 115 قانون الأسرة¹³⁸.

2- الزوجة: إذا تزوجت الزوجة بأخر وظهر أن المفقود حيا بعد الحكم بوفاته، القاعدة هي استمرار الزواج الثاني إذا كان الزوج حسن النية، أما إذا كان الزوج الثاني سيء النية وكان باستطاعته العلم بحياة المفقود يفضل عليه الزوج الأول، وإذا لم يدخل الزوج الثاني على الزوجة ولو كتان حسن النية يفضل الزوج الأول.

المطلب الثاني: خصائص الشخصية القانونية للشخص الطبيعي

أولاً- الأهلية القانونية

الأهلية لغة هي أهلية الشخص لأمر ما بمعنى صلاحية لصدور ذلك الأمر عنه وقدرته على القيام بما يطلب منه.

وإصطلاحاً يقصد بالأهلية في القانون هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات وأهلية لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو ترتب عليه الواجبات. والأهلية القانونية تنقسم إلى نوعين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

أ- أهلية الوجوب:

1- تعريف: هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته، أما فيما يخص الجنين فقد تقررت له أهلية وجوب قبل ولادته ولكنها ناقصة أي أنه يحق له اكتساب الحقوق كالميراث والوصية والهبة ويمثله الولي عنه، ولكنه لا يتحمل الالتزامات وتبقى للشخص أهلية الوجوب كاملة إلى أن تنتهي شخصيته وموته ولا تتأثر بصغر السن ولا بعاهة في الفصل.

2- مناهة أهلية الوجوب: والملاحظ أن أهلية الوجوب مرتبطة بالشخصية القانونية والحرمان من الأولى يعني أيضاً الحرمان من الثانية وهو الأصل.

غير أن المشرع وكاستثناء عن الأصل قيد أهلية بعض الأشخاص في حالات معينة مثال ذلك المادة 402 قانون مدني جزائري¹³⁹ التي لا تجيز للقضاة وعمال القضاء أن يشترخوا الحقوق المتنازع عليها، والمادة 403 التي لا تجيز للمحامين أن يتعاملوا في تلك الحقوق معه موكلهم، وبذلك تكون أهلية وجوب القضاة والمحامين ناقصة في مجال التعامل في الحقوق المتنازع عليها بالرغم من أن لديهم شخصية قانونية كاملة، نفس الشيء بالنسبة للأجنبي فتكون أهلية وجوب الأجنبي ناقصة بالرغم من أنه ذو شخصية قانونية

¹³⁸ المادة 115 من قانون الأسرة.

¹³⁹ المادة 402 قانون مدني جزائري.

كاملة، فهو مثلا ممنوع من ممارسة مهنة التوثيق التي هي حكرا فقط على المواطنين، وأيضا هو ممنوع من اكتساب حق ملكية الأراضي في الدولة التي يقيم بها، وأيضا حتى بالنسبة للمواطن قد تكون أهلية وجوبه ناقصة فيحرم بالتالي من بعض الحقوق ومنها حرمان الجزائري المسلم من الحق في إرث قريبه غير المسلم أو حرمانه من الإرث لقتله مورثه عمدا، أضف إلى ذلك حرمان المواطنين الذين لا تتوفر فيهم الشروط القانونية لممارسة الحقوق السياسية، مع أن هؤلاء جميعا ذوي شخصية قانونية كاملة، وعليه نصل إلى نتيجة إلى أنه إذا كانت الشخصية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، فإن أهلية الوجوب هي مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

ب- أهلية الأداء

1- تعريف: هي صلاحية الشخص للممارسة حقوقه بنفسه والالتزام بالالتزامات المالية بنفسه وبمعنى أدق: هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته في مباشرة التصرفات القانونية التي تؤدي إلى اكتسابه للحقوق والتحمل بالالتزامات أي هي قدرة الشخص على القيام بنفسه بالتصرفات القانونية.

2- مناط أهلية الأداء: مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، وبذلك تختلف عن أهلية الوجود التي مناطها الشخصية القانونية، فإذا ولد المولود حيا يتمتع بأهلية الوجوب كاملة، ولكنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بوجود الإدراك، حيث إذا اكتمل إدراكه اكتملت له بالتالي أهلية الأداء.

3- المراحل التي تمر بها أهلية الأداء وحكم تصرفات الشخص في كل منها: تمر أهلية الأداء بعدة مراحل، كما أنها ترتبط وتتأثر بحالة الشخص الصحية، وبسنه وتندرج الأهلية من انعدام التمييز إلى نقص الأهلية ثم إلى كمالها.

أ- انعدام الأهلية: تبدأ هذه المرحلة من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز، وميلاد الطفل تثبت له أهلية الوجوب أو الشخصية القانونية، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الإدراك والتمييز له، فالصغير دون الثالث عشر لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف حتى ولو كان نافعا له نفعاً محضاً، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

وعليه تكون جميع تصرفات عديم التمييز باطلة بطلانا مطلقا، ولا تصححها إجازة سواء تعلق الأمر بعقود التبرع أو العقود الدائرة بين النفع والضرر، ومثال لعقود التبرع أو عقود الاعتناء: أن يهب عديم التمييز مالا من أمواله إلى الغير، فإن هذا التصرف لا يعتد به بل يقع باطلا لأنه تصرف ضار ضررا محضا بمصالح عديم التمييز، ومثال لعقود الاعتناء: أن يقبل عديم التمييز هبة معروضة عليه، فرغم أن هذا التصرف نافع له نفعاً محضاً فإنه يقع باطلا، لأن قبول الهبة يتطلب توافر الإدراك والذي هو منعدم

لدى عديم التمييز، ومثال للعقود الدائرة بين النفع والضرر: أن يبرم عديم التمييز عقد بيع أو إيجار، فمثل هذا التصرف لا يعتد به بل يقع باطلا أيضا لأنه تصرف يحتمل النفع له كما يحتمل إلحاق الضرر به، لصادر من عديم التمييز.

ب- **نقص الأهلية:** يعتبر ناقص أهلية كل من بلغ سن التمييز وهي ثلاثة عشر سنة (المادة 42 الفقرة 02 قانون مدني جزائري)¹⁴⁰ ولم يبلغ سن الرشد التي هي تسعة عشر سنة كاملة (المادة 40 فقرة 02 من قانون مدني جزائري)¹⁴¹ وفي هذه المرحلة يكون الشخص ناقص الأهلية، فهو يتمتع بقدر معين من الإدراك، ولكنه لم يصل بعد إلى الإدراك الكامل، لذا فإن أهليته تكون ناقصة وتخوله مباشرة بعض التصرفات دون البعض الآخر، وعلى هذا نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري¹⁴² بقولها: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقدره القانون»، وعليه حكم تصرفات ناقص الأهلية هي كالتالي:

بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وتعتبر كذلك لأنها تحتمل النفع والضرر كالبيع والشراء والمقاولة والإيجار وغيرها فهذه التصرفات يصح صدورها من ناقص الأهلية ولكنها تتوقف على إجازة الولي أو الوصي، فإن لم تتمثل حاجة تنفيذ هذه التصرفات إلى إجازة الولي أو الوصي، أجازها نفذت وإن لمك يجزها بطلت، في أن ناقص الأهلية ينقصه الإدراك الكامل مما يؤثر على طريقة التفكير وتقدير العواقب. والتصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يجريه ناقص الأهلية يكون قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية، بمعنى أنه ينعقد صحيحا ولكن بقي مهدد بالإبطال، فله أن يطلب إبطاله عندما يصبح راشدا، ولناقص الأهلية أيضا إجازة هذا التصرف عندما يبلغ سن الرشد، أو بإمكان الولي أو الوصي إجازة التصرف بمعنى قبوله وبالتالي يصبح صحيحا غير قابل للإبطال، حتى ولو يبلغ ناقص الأهلية سن الرشد. بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في الذمة المالية لناقص الأهلية دون مقابل مما يؤدي إلى زيادتها كقبول الهبة والوصية، فهذه التصرفات تكون صحيحة لأنها نافعة له نفعاً محضاً وهذا دون الحاجة إلى إجازة الولي أو الوصي.

¹⁴⁰ المادة 42 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

¹⁴¹ المادة 40 الفقرة 02 قانون مدني جزائري.

¹⁴² المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

بالنسبة للتصرفات الضارة ضررا محضا: وهي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من الذمة المالية لناقص الأهلية مما يؤدي إلى نقصنها، بحيث لا يكون فيها أي نفع مالي له، كأن يهب ناقص الأهلية مالا من أمواله أو الوصي لأنها تصرفات باطلة بطلان مطلق.

ج- كمال الأهلية: تبدأ ببلوغ الشخص سن الرشد التي هي 19 سنة طبقا للمادة 40 قانون مدني جزائري¹⁴³، وتستمر حتى وفاته إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو بمانع من موانعها، فالشخص كامل الأهلية هو كامل التمييز بحيث يستطيع أن يقوم بنفسه أو يوكل من يقوم مقامه بكافة أنواع التصرفات القانونية سواء كانت نافعة نفعاً محضاً، أو ضارة ضرراً محضاً، أو دائرة بين النفع والضرر.

ومعنى ذلك أنه من اكتمل إدراك الشخص ببلوغه سن الرشد، فإن تصرفاته بأنواعها سواء كانت نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والشرر صحيحة، لأنه ذو أهلية كاملة. والجدير بالإشارة هو أنه ومع بلوغ الشخص سن الرشد، قد يطرأ على الشخص وهو في هذه المرحلة عارض من عوارض الأهلية التي تؤثر في قدراته الإرادية فتعدمها أو تنقص منها، أو يصاب بمانع من الموانع التي لا تمس قدرته الإرادية كلا من عوارض الأهلية وموانعها على حدة.

أولاً- عوارض الأهلية

تنقسم عوارض الأهلية إلى نوعين:

- نوع يعدم التمييز والإدراك لأنه يقضي على القدرة الإرادية للشخص، ويتمثل في هذا النوع الجنون والعتة.
- ونوع ينتقص من قدرة الشخص الإرادية وذلك بانتقاص التمييز والإدراك لديه، ويتمثل هذا النوع من السفه والغفلة.

النوع الأول: العارض التي تعدم التمييز (الجنون والعتة)

1- الجنون La démence

الجنون هو مرض يصيب العقل فيؤدي انعدام التمييز والإدراك لدى المريض فيصبح عديم الأهلية وبالتالي فهو يفقد القدرة تماماً على تمييز العمل النافع من العمل الضار وفيه نوعان:

- أ- **الجنون المطبق:** وهو الجنون الدائم الذي يستغرق كل أوقات المجنون بحيث لا يفيق منه.
- ب- **الجنون النقطع:** وهو الجنون الذي لا يستوعب كل أوقات المريض، بل تتخلله أوقات إفاقة بحيث يجن فترة من الزمن ويغيب مرة.

¹⁴³ المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجّهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وهذه التفرقة بين الجنون المطبق والجنون المتقطع جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية بينما المشرع الجزائري لم يقر بذلك لأنه من الصعب إثبات ذلك.

2- العته La faiblesse d'esprit

مرض يصيب العقل فيجعل المريض قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، لكنه لا يصل إلى درجة الجنون حيث لا يفقد العقل تماما وإنما يفقد القدرة على التمييز.

ولقد ساوى المشرع الجزائري في الحكم بين الجنون والعته، خلافا لما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

حكم تصرفات المجنون والمعتوه: تفرق المادة 107 من قانون الأسرة¹⁴⁴ بين تصرفاته الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجز.

أ- **حكم التصرفات الصادرة قبل الحجر عليه:** إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد (أي عدم علم الكافة بذلك) فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الأهلية، أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وكان الكل على علم بحالته المرضية وقت التعاقد، فإن تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا رغم حدوثها قبل صدور قرار الحجر.

ب- **حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر:** يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة وبعد توقيع الحجر يكون كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة، ويمكن رفع الحجر بناء على طلب المحجور عليه إذا زالت أسبابه.

النوع الثاني: السفه والغفلة

1- السفه Prodigalité

هو حالة تصيب الشخص تدفع به إلى انفاق ماله بدون تدبير وعلى غير ما يقضي به العقل، والسفه لا يؤدي إلى إعدام إدراك الشخص وتمييزه وإنما فقط من شأنه أن يضعف قدرته على الحرص على أمواله والتدبير فيما يقوم به من تصرفات، لهذا فإن القانون يعتبر السفه ناقص الأهلية ابتداء من تاريخ تسجيل قرار الحجر عليه، وهو يكون بذلك قد سوى بين السفه والصبي المميز وهذا طبقا لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري¹⁴⁵: «كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقره القانون».

حكم تصرفات السفه: نميز بين حالتين

¹⁴⁴ المادة 107 من قانون الأسرة.

¹⁴⁵ المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

الحالة الأولى: قبل صدور قرار الحجر: الأصل أن تصرفات السفه في هذه الحالة تعتبر صحيحة لكن لكي تعتبر صحيحة يجب توفر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول: أن لا يكون التصرف الصادر من السفه نتيجة استغلال السفه من طرف المتعاقد معه الذي كان يعلم بحالة السفه نتيجة استغلال السفه من طرف المتعاقد معه الذي كان يعلم بحالة السفه لديه، بحيث يغتنم هذا المتعاقد فرصة السفه لابتزاز أموال السفه.

الشرط الثاني: أن لا يكون تصرف السفه نتيجة تواطؤ بينه وبين المتعاقد معه الذي يعلم بحالة السفه بحيث يكون الهدف من هذا التصرف هو إفلات أموال السفه من الحجر قبل أن يوقع عليه هذا الحجر. وعليه إذا تحقق أحد الشرطين السابقين فإن تصرفات السفه باطلة بطلانا مطلقا أو قابلا للإبطال وهذا ما نص عليه صراحة القانون المصري.

الحالة الثانية: بعد صدور قرار الحجر: في هذه المرحلة تأخذ تصرفات السفه حكم تصرفات ناقص الأهلية، فتكون صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

2- الغفلة L'imbécillité

الغفلة هي تلك السذاجة التي تجعل الشخص لا يميز بين التصرفات الرابحة والخاسرة، فيغبن في معاملاته مع الغير عبثاً فاحشاً، نظراً لسلامة قلبه ونيته وبساطة عقله، ولهذا اسبب فإنه يحجر عليه كالسفيه.

وذو الغفلة يأخذ حكم الصبي المميز، فقد سوت بينه وبين السفه في الحكم من حيث اعتبار، كل منهما ناقص أهلية وله نفس حكم تصرفات السفه.

وحماية لحقوق الشخص، فإن الحجر عليه يكون إلا بحكم قضائي، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

ثانياً- موانع الأهلية

على الرغم من بلوغ الشخص سن الرشد واكتمال أهليته، إلا أنه فقد توجد موانع تحول بين كمال أهليته وحقه في مباشرة التصرفات القانونية، وقد تكون موانع الأهلية مادية أو طبيعية أو قانونية.

1- المانع المادي: هو غياب الشخص بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية، بحيث تتعطل مصالحه ومصالح الناس المرتبطة به، فالغائب شخص كامل الأهلية ولكن الضرورة قضت لظروف مادية هي غيابه أن يقوم وكيل عنه بإدارة شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس المرتبطة به، وفي

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

جميع أحوال الغياب التي يترتب عليها تعطيل مصالح الغائب أو المفقود تعين المحكمة وكيلا عن الغائب وحدود سلطته وكيل الغائب كحدود سلطة الوصي، فله أعمال الإدارة وليس له التصرف بالبيع أو الشراء إلا بإذن المحكمة ولا يستثنى من ذلك إلا البيوع التي تقتضيها الإدارة.

2- المانع الطبيعي: هو الشخص الذي اجتمعت فيه على الأقل عاهتين من الصم والبكم والعمى تعذر عليه بسبب ذلك، التعبير عن إرادته، كانت تصرفاته موقوفة على حضور المساعد القضائي، والشخص المصاب بعاهتين كأن يكون أصم أبكم أو أصم أعمى أو أعمى أبكم، يتعذر معه التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا، حيث يجوز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي يجريها تحقيقا لمصلحته.

وعليه فالشخص المصاب بعاهة واحدة فإن الوصاية القضائية لا تقرر له بحسب الأصل أو إذا كان مصاب بغير العاهات المقررة في القانون، وإذا كان الشخص مصابا بعاهتين ولكنه يستطيع التعبير عن إرادته لا تقرر له الوصاية القضائية.

3- المانع القانوني: يتحقق المانع القانوني بالنسبة لمن سلبت أهليته بحكم المحكمة أو بحكم القانون كما في حالة الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية، فلا يجوز أن يتولى إدارة أمواله خلال مدة حبس حريته وفقا للمادة 07 من قانون العقوبات وهذه هي العقوبة التبعية تطبق بقوة القانون وهي مترتبة على العقوبة الأصلية طبقا للمادة 04 قانون العقوبات الجزائري¹⁴⁶، أيضا من بين الموانع القانونية الحكم بشهر الإفلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته على ذلك يؤدي إلى التعيين الإجباري لوكيل التفلسة ويتولى هذا الأخير إدارة أموال المفلس وهذا ما نصت عليه المادة 1/244 قانون تجاري جزائري¹⁴⁷. ونفس الشيء تعين المحكمة مقدم لإدارة أموال المحكوم عليه وطالما ظل الحكم مستمرا في التطبيق تعين المحكمة للمحكوم عليه قيما نيابة عنه في إدارة أمواله.

ثالثا - النيابة الشرعية أو القانونية

تنص المادة 08 قانون أسرة جزائري¹⁴⁸:

¹⁴⁶ المواد 04 و 07 من قانون العقوبات.

¹⁴⁷ المادة 1/244 من القانون التجاري الجزائري.

¹⁴⁸ المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري.

أ- **الولي:** والولاية إما تكون أصلية وهي التي تثبت للأب أو الأم بعد وفاة الأب وهي شخصية لا تنتقل إلى الورثة، وتكون الولاية شاملة لجميع أموال القاصر وله إدارة أمواله والتصرف فيها ويكون مسؤولاً عن ذلك مسؤولية الرجل الحريص على أمواله وهذا طبقاً للمادة 88 قانون أسرة جزائري.

ب- **الوصي:** يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم، أو كانت له ولكن ثبت بالطرق القانونية عدم أهليتها للقيام بذلك وإذا تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح منهم، ولقد نصت على ذلك المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري¹⁴⁹، وتكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها ويكون ملزماً بتقديم حسابات بالمستندات إلى م يخلفه، في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، ويكون مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

ج- **المقدم:** يمكن للمحكمة أن تعين مقدم للشخص بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة وذلك وفقاً للمادة 99 من قانون الأسرة الجزائري¹⁵⁰، وتطبق على المقدم (القيم) نفس الأحكام التي تطبق على الوصي وهذا ما تضمنته المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري¹⁵¹.

الخاصة الثانية: الذمة المالية

تعريف الذمة المالية: هي مجموع ما يكون للشخص من الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقلة، والذمة المالية لا تدخل فيها إلا الحقوق والالتزامات المالية وهي الحقوق العينية الشخصية والحقوق الذهنية وتخرج من نطاقها الحقوق السياسية وحقوق الشخصية وحقوق الأسرة، وبذلك تنقسم الحقوق إلى حقوق متعلقة بالذمة المالية وحقوق خارجة عن الذمة المالية، والذمة المالية في حد ذاتها تنقسم إلى الجانب الإيجابي ومكونات الجانب السلبي، فالجانب الإيجابي يتمثل في ما للشخص من حقوق عينية وحقوق شخصية مالية وحقوق معنوية، كالحقوق الأسرية المالية وحقوق ابتكار واختراع في مكوناتها المالية، وجانب سلبي متمثلاً في ما يكون للغير من ذمة الشخص من أعباء وتكاليف كالالتزام بالنفقة على الأشخاص الموجودين تحت كفالتة أو الديون التي تكون للغير في ذمة الشخص.

أهمية الذمة المالية: تتمثل الأهمية في عنصرين أساسيين:

1- حق الضمان العام: مفاده أن جميع أموال المدني ضامنة للوفاء بديونه كما تضمنت المادة 188 ق م ج¹⁵²، وسواء كانت حاضرة أو مستقبلية وهنا جميع الدائنين متساوون أمام الضمان العام وإذا لم تكف

¹⁴⁹ المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري.

¹⁵⁰ المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري.

¹⁵¹ المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري.

¹⁵² المادة 188 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجها لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

فتقسم بينهم قسمة غير ما (كل يستوفي حقه بنسبة دينه) باعتبارهم دائنين عاديين، بينما الدائنون الدين لهم حق افضلية بمقتضى رهن أو حق تخفيض أو حق امتياز، فإنهم يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين وبالتالي يكون لهم ضمان خاص بالإضافة إلى ضمان عام، كما أن للدائنين العاديين الحق في حماية أموال الضمان العام باستعمال مجموعة من الدعاوى وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية، والدعوى البوليسية "دعوى عذم نفاذ التصرف".

2- قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون: الجانب الإيجابي لذمة المورث ضامن لجانبها السلبي، فلا تخلص ملكية الورثة على العناصر الإيجابية مكن التركة إلا بعد خصم الديون منها وهذا حتى ولو انتهت إليهم التركة مباشرة بعد وفاة مورثهم.

الطبيعة القانونية للذمة المالية: لتحديد ذلك ظهرت نظريتين:

أ- النظرية التقليدية (النظرية الشخصية): وتزعمها كل من "أوبرتي" و"رو" وترتبط هذه النظرية بين الشخصية القانونية والذمة المالية إذ أن هذه الأخيرة هي الجانب المالي للأولى وينتج عن ذلك مايلي:

- 1- تثبت الذمة المالية لكل شخص بمجرد ميلاده لأنها مرتبطة بالشخصية القانونية.
- 2- عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة، فلا يمكن للشخص أن يفصل بعض عناصر الذمة المالية لنظام خاص دون البعض الآخر، فهي وحدة غير قابلة للتجزئة، ومن هنا لا يمكن تصور تعدد ذم الشخص مما ينفي فكرة ذمة التخصيص.
- 3- عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها أو النزول عنها فهي وعاء افتراضي يشمل الحقوق، وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات منها:

الزعم بأن الذمة وحدة لا تتجزأ مخالفا للوقاع، باعتبار القانون يقر بذمة التخصيص كذمة التاجر التي تعتبر ذمة تجارية مستقلة عن باقي ذمته، فدائنوا التاجر لا يمكنهم استيفاد ديونهم إلا من أموال تجارية دون غيرها.

ب- النظرية الحديثة (نظرية التخصيص): وبتزعمها الفقهاء الأمان الذين يفصلون بين الذمة المالية والشخصية القانونية فحسبهم هي تخصيص أموال معينة للوفاء بالتزامات معينة، ويترتب عن ذلك النتائج التالية:

- 1- أنه يمكن أن توجد ذمة دون شخص كما في حالة وجود مجموعة من المال لتحقيق غرض معين.
- 2- قابلية الذمة المالية للتجزئة، فقد تتعدد الذم المالية للشخص الواحد.
- 3- قابلية الذمة المالية للتصرف فيها والنزول عنها.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد بسبب تبنيها فكرة استقلالية الذمة عن الشخص إذ لا يتصور وجود ذمة مالية دون شخص تسند له من جهة، من جهة أخرى إن الذمة المالية يقررها القانون ولا دخل لإرادة الشخص فيها بدليل أن القانون يقرر للجين بعض الحقوق رغم انعدام إرادته.

ج- موقف المشرع الجزائري منها: يأخذ المشرع الجزائري النظرية الشخصية، فلا يمكن أن توجد ذمة مالية دون شخص معنوي سواء كان طبيعياً أم معنوياً، وكذلك تعتبر جميع أموال المدين ضامنة للوفاء، بديونه وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية التخصيص في الأحوال التالية:

- 1- قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.
- 2- تتحدد مسؤولية الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفي شركة المساهمة بقدر حصته في الشركة.
- 3- يحق لصاحب السفينة تركها هي وحمولتها للدائن الذي نشأت حقوقه بسبب السفينة المواد 92 إلى 116 من القانون البحري الجزائري¹⁵³.
- 4- بالنسبة للحائز العقار المرهون.
- 5- مسؤولية القاصر لا تتجاوز حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته.

الخاصية الثالثة: الحالة

تعريف الحالة: هي تعبير عن مركز الشخص من حيث انتمائه إلى جماعة ذات قيمة اجتماعية كحق النسب أو سياسية كالجنسية أن اعتناقه لدين معين.

- 1- الحالة السياسية أو الحالة العامة أو الجنسية.
 - 2- الحالة العائلية (أو الاجتماعية): هي العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة وقد تكون هذه الرابطة ناشئة عن نشأة وتسمى قرابة النسب، وقد تكون ناشئة عن قرابة الزوجية وتسمى قرابة المصاهرة.
- أ- أنواع القرابة: القرابة نوعان:

1- قرابة النسب: وتنص عليها المادة 32 من القانون المدني الجزائري وهي نوعان قرابة مباشرة وقرابة حواشي:

* القرابة المباشرة:

- 2- قرابة المصاهرة: وهي قرابة تنشأ نتيجة الزواج، ويحتفظ فيها كل قريب بدرجة قرابته للزوج الآخر، وهذا ما نصت عليه المادة 35 قانون مدني جزائري¹⁵⁴ ونوضح ذلك بالمثال التالي:

¹⁵³ المواد 92 إلى 116 من القانون البحري الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجها لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

4- الزواج: يستند القانون على درجة القرابة في تحديد موانع الزواج، وقد تكون محرمات أبدية كزواج الشخص من أصوله أو فروعه، وفروع والديه وأصولهم والعمات والخالات وأصول زوجته المدخول بها وزوجة أصله وزوجة فرعه.

أما المحرمات المؤقتة: فيقصد بها النساء التي يمنع الجمع بينهما، كالجمع بين الأختين أو بين الزوجة وخالتها ويزول بطلاق الزوجة طلاقاً بائناً أو بوفاتها.

5- التقاضي: يجوز رد القاضي إذا وجدت بينه أو بين زوجته وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم قرابة حتى الدرجة الرابعة وذلك تطبيقاً للمادة 201 قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

6- سماع الشهادة: لا يجوز سماع شهادة أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو المصاهرة، أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق وهذا ما نصت عليه المادة 64 فقرة 1، 2 من قانون الإجراءات المدنية.

الخاصة الرابعة: الموطن

أولاً- التعريف: لكل شخص موطن يتخذ منه مركزا التلقي ما يتعلق بشؤونه الخاصة وعلاقاته القانونية من مخاطبات، وبمعنى مبسط موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه بصفة مستقرة، ويشترط في الوطن توافر عنصران:

أ- الوجود الفعلي (العنصر المادي): ويقصد به إقامة الشخص فعلا في مكان معين بصفة مستقرة.

ب- نية الاستقرار (العنصر المعنوي): ويقصد به بنية الشخص في الاستقرار والاستمرار بنفس المكان، فإذا تركه وانتقل لموطن آخر بنفس الشروط السابقة ينشأ موطن جديد، وقد نصت المادة 36 من القانون المدني على أن: «موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن».

لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن وحد في نفس الوقت».

والحق في الموطن من الحقوق التي كرسها الدستور في المادة 44 منه على أن: «يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية السياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته وأن ينتقل عبر التراب الوطني».

ثانيا- أنواع الموطن:

يأخذ الموطن عدة أشكال وأنواع:

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

أ- **المواطن القانونية (أو الإلزامي):** يكون المواطن قانونيا إذا كان القانون يفرضه على الشخص وخاصة ما قرره المشرع بشأن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب في المادة 38 فقرة 1 على أن¹⁵⁵: «مواطن القصر المحجور عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانونا».

ب- **المواطن العام:** هو المكان الذي يجمع بين عنصري الوجود والاستقرار، بحيث يصبح هو المكان الذي يتخذه الشخص محلا لإقامته المعتادة.

ج- **المواطن الخاص:** ويقصد به المواطن الذي يكون للشخص بالنسبة لبعض العلاقات القانونية إلى جوار موطنه العام، وعليه يجوز اختيار مواطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين، وبالتالي فالمواطن الخاص يتعدد كالتالي:

1- **مواطن الأعمال:** عرفت المادة 37 من القانون المدني الجزائري¹⁵⁶ ما اصطلح الفقهاء على تسميته بمواطن الأعمال على النحو التالي:

يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطننا خاصة بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

فلا يكون هذا المواطن إلا لمن له تجارة أو حرفة، فلا يصح أن يكون للموظف مواطن أعمال.

2- **مواطن القاصر المأذون له ومن في حكمه:** للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد وأذنت له المحكمة بأعمال وتصرفات يعتبره القانون أهلا لمباشرتها يكون له مواطن خاص بجانب موطنه العام، حيث نصت المادة 38 قانون مدني الفقرة 02 على أن¹⁵⁷: «غير أنه يكون للقاصر المرشد مواطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها».

3- **المواطن المختار:** هو المواطن الذي يختاره الشخص بنفسه لتنفيذ عمل قانوني معين، كاختيار الشخص المتقاضي مكتب المحامي ليكون موطننا خاصا له ومخترا له ليتم إعلانه بالأوراق القضائية أو مصالحه القانونية من خلال تبليغه عند مكتب المحامي.

ثالثا- أهمية المواطن

- 1- إعلان الشخص وتبليغه يكون في موطنه كتلقي الأوراق القضائية (الإذار، أو التنبيه أو التبليغ).
- 2- مواطن المدعى عليه هو الذي بحسب الأصل يحدد الاختصاص المحلي للقضاء.

¹⁵⁵ الفقرة 1 المادة 38 من القانون المدني الجزائري.

¹⁵⁶ المادة 37 من القانون المدني الجزائري.

¹⁵⁷ المادة 2/38 من القانون المدني الجزائري.

3- موطن المتوفى في التركات والتفلسة تقع في دائرته المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالتركات والتفلسة.

الخاصية الخامسة: الاسم

أولاً- التعريف

لكل شخص طبيعي اسم ولقب، والاسم هو ما يتعين به الإنسان تعيينا خاصا، واللقب هو اسم الأسرة، ولقب الشخص يلحق أبناءه بحكم القانون، وقد نصت المادة 1/28 من القانون المدني الجزائري على أنه¹⁵⁸: «يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده». فالاسم العائلي هو الذي يحدد انتماء الشخص لأسرة معينة ويشترك فيه مع بقية أعضاء الأسرة، والاسم الشخصي هو الذي ينفرد به كل فرد من أفراد هذه الأسرة، ويميزه عن بقية أفرادها.

ثانياً- اختيار الاسم

مبدئياً يختار الاسم بكل حرية مع الأخذ في الاعتبار بعض القيود القانونية وذلك حسب ما يأتي:

1- بالنسبة للاسم الشخصي: منع القانون الحق في اختيار الأسماء لأولياء المولود كقاعدة عامة واستثناءا ضباط الحالة المدنية حسب مقتضيات المادة 64 من قانون الحالة المدنية، ولهم في ذلك حرية الاختيار مع مراعاة القيدتين التاليتين:

أ- تمنع عليه المادة 1/64 من القانون الحالة المدنية¹⁵⁹، فالاسم يجب أن يكون متداولاً عادة بين أفراد المجتمع حسب خصوصية كل منطقة ولا يجب أن يتعارض مع الآداب العامة أو يؤدي الحياء العام.

ب- يجب أن يكون الاسم جزائري عملاً بنص المادة 2/64 ق الحالة المدنية ولا يخرج مدونة الأسماء الجزائرية، بحيث لا يعبر عن انتماء عرقي أو جهوي أو لغوي أو ديني، ولكن يمكن أن يكون كذلك بالنسبة للأشخاص المولودين من أبوين غير مسلمين عملاً بنص المادة 28 قانون مدني، والمادة 2/64¹⁶⁰: «يجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية».

2- بالنسبة للاسم العائلي أو اللقب: الأصل أن يكتسب الشخص الاسم العائلي عن طريق النسب بقوة القانون وذلك عملاً بنص المادة 41 من قانون الأسرة¹⁶¹ التي تقضي بنسبية الولد لأبيه، أما بالنسبة

¹⁵⁸ المادة 1/28 من القانون المدني الجزائري.

¹⁵⁹ الفقرة 1 المادة 64 من القانون الحالة المدنية.

¹⁶⁰ الفقرة 2 المادة 64 من القانون الحالة المدنية.

¹⁶¹ المادة 41 من قانون الأسرة.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

للمولودين من أبوين مجهولين فقد قضت المادة 4/64 قانون الحالة المدنية¹⁶² باعتبار آخر اسمائهم لقب لهم بقولها: «يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين...» يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب بنص المادة 46 من قانون الأسرة¹⁶³ التي تمنع التبني شرعا وقانونا.

ثالثا- أنواع الاسم

- 1- **الاسم المدني:** هو الاسم الحقيقي للشخص الذي يقيد به في دفاتر المواليد والذي يتكون عادة من اسم ولقب العائلة التي ينتمي إليها.
- 2- **الاسم المستعار:** وهو الاسم الذي يتخذه الشخص للممارسة نشاط معين وخاصة عندما يتعلق النشاط بمجال حيوي مرتبط بالجمهور والشهرة والانتشار وبصفة أدق المجال الفني والمجال الأدبي، فالاسم المستعار كثير الاستعمال بين الفنانين والكتاب الذين يهدفون من وراء اتخاذ أسماء مستعارة رغبة الأشخاص في عدم الظهور بأسمائهم الحقيقية لدى الجمهور.
- 3- **الاسم التجاري:** هو الاسم الذي يتخذه التاجر للممارسة تجارته بحيث يصبح هذا الاسم أحد عناصر ومكونات المحل التجاري، لاكتسابه الشهرة التجارية وبالتالي يصبح قابل للتصرف فيه خاصة عند بيع المحل التجاري وهذا يميزه عن الاسم المدني لكون هذا الأخير غير قابل للتصرف فيه.
- 4- **اسم الشهرة:** هو الاسم الذي يطلقه الناس على شخص معين، وهو مغاير عادة للاسم الحقيقي للشخص، ويصبح يعرف به لدى العامة.

رابعا- خصائص الاسم

- 1- **عدم القابلية للتصرف:** لا يقبل الاسم بطبيعة أن يكون محلا للتصرف فيه، فهو خارج دائرة التعامل.
- 2- **عدم الخضوع للتقادم:** لا ينقضي حق الشخص على اسمه مهما طالب مدة عدم الاستعمال، (التقادم المسقط)، كما لا يمكن للشخص أن يكتسب اسما معينا بالاستعمال الهادئ المستمر لمدة معينة (التقادم المكسب).
- 3- **عدم جواز تغيير الاسم أو تصحيحه بغير اتباع إجراءات معينة:** يستلزم القانون إجراءات معينة لتغيير الاسم المدني.

خامسا- حماية الاسم

¹⁶² الفقرة 4 المادة 64 من القانون الحالة المدنية.

¹⁶³ المادة 46 من قانون الأسرة.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

الاسم من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان وتقرضه أيضا ضرورات التنظيم الاجتماعي مما يتطلب حمايته ورعايته.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ حماية الاسم حينما نص في المادة 48 من القانون المدني على أن: « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكو قد لحقه من ضرر».

المبحث الثاني: مصدر الحق (السبب المنشئ للحق)

لكل حق صاحب وذلك هو الركن الأول ولكل حق سبب منشئ له وهو الركن الثاني المتمثل في مصدر الحق، ويقصد بمصدر الحق الوقائع التي يستمد منها أساس وجوده ونشأته، ولكل حق مصدره التشريع أو القانون، فالحق هو سلطة يمنحها القانون ويحميها فالقانون هو مصدر جميع الحقوق، ولا وجود لأي حق إلا بأمر القانون، وعلى إثر ذلك أجمع الفقهاء على أن مصدر الحق قد يكون واقعة قانونية أو تصرف قانوني.

المطلب الأول: الواقعة القانونية

أولاً- التعريف

الواقعة القانونية هي فعل أو حالات أو عمل مادي يترتب عليه القانون أمراً قانونياً معيناً لمجرد وجوده في ذاته، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة صاحبه، بمعنى فالأثر القانوني يترتب على هذه الواقعة سواء أراد الإنسان هذه النتيجة أو لم يردها أي بصرف النظر عن الإرادة.

والوقائع القانونية سواء كانت طبيعية أو من فعل إنسان، فإنه في الحالتين قد يترتب عليها القانون أثراً قانونياً كالوفاة أو الموت، فهذه واقعة طبيعية يترتب عليها القانون أثراً هو الميراث المتمثل في انتقال أموال المتوفي إلى ورثته، وإصابة شخص لأحد المارة بسيارته المسرعة هي واقعة من فعل الإنسان ومن غير قصد، إلا أن القانون يترتب عليها أثراً هو التزام سائق السيارة بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي كان متسبباً فيه.

إقامة وإعادة ترميم جدار على وشك الإنهيار هي واقعة من فعل الإنسان وإرادته، يترتب عليها القانون أثر هو التزام صاحب الجدار برد ما أثري به على حساب الأثر أي ما زاد في ذمته نتيجة لهذا الفعل.

ثانيا- الأنواع

تنقسم الوقائع القانونية الى نوعان، وقائع غير اختيارية الطبيعية وقائع اختيارية.

أ- **الوقائع الاختيارية القانونية الطبيعية:** هي وقائع غير اختيارية طبيعية، تتمثل في ظواهر طبيعية بحتة لا دخل للإرادة الإنسانية في وقوعها كواقعة الميلاد والوفاة، والفيضانات وهبوب العواصف، وانفجار البراكين... الخ. حيث يترتب المشرع على هذه الوقائع آثار قانونية معينة، فمثلا يترتب على هبوب العاصفة وتساقط الثلوج بكثرة، إعفاء العامل والموظف من الذهاب إلى عمله باعتبار أن ما وقع يعد قوة قاهرة مستحيل توقع حدوثها سلفا كما يستحيل دفعها ومنع وقوعها.

ب- **الوقائع الاختيارية:** هي الأعمال المادية التي تصدر من الإنسان، سواء كان يقصد بها إحداث أثر قانوني أولا يقصد، فالقانون يترتب على مجرد وقوعها ووجودها أثرا ما، ومثال ذلك الفعل الصار عمدا كان أو غير عمدي (حادث مرور، الضرب، الاعتداء)، ويترتب عنه الحق في التعويض. وأيضا من يتلف عمدا مال الغير أو يزهق روحه لا يقصد أن يلتزم بالتعويض ولكن المشرع يلزمه رغما عنه بأثر قانوني معين وهو تعويض من لحقه الضرر، وفي هذين الفرضين يسمى العلة المادي واقعة مادية ويترتب القانون عليها آثار معينة سواء أقصد من صدرت منه هذا الأمر أو لم يقصده.

المطلب الثاني: التصرفات القانونية

أولا- التعريف

هي أعمال أو تصرفات إرادية بحتة ولا تتمثل في أعمال مادية، فالفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي إرادة الشخص المحضة التي تتجه نحو إحداث أثر قانوني معين، فقوام التصرف القانوني هو "الإرادة".

والأثر القانوني قد يكون إيجابيا يسمى حقا أو سلبيا يسمى التزاما، ويترتب الأثر القانوني بمجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه، مثال العقد هو انصراف إرادتين إلى إحداث أثر قانوني معين أي هو تصرف قانوني.

فالبائع في عقد البيع ملتزم بنقل الملكية، مقابل حقه في الحصول على الثمن والمشتري ملتزم بدفع الثمن، مقابل حقه في انتقال ملكية المبيع إليه. فنلاحظ أن قوام التصرف القانوني هو "الإرادة" حيث تتجه إرادة الشخص عن قصد وبكل حرية إلى إحداث الأثر القانوني الذي يريده.

ثانيا- مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بهذا المبدأ حرية الإرادة المطلقة في تكوين التصرفات القانونية وإنمائها بدون قيود، إلا ما كان متعلقاً منها بالنظام العام والآداب العامة، وهذا المبدأ ساد في القرن السابع عشر حتى القرن التاسع عشر حيث انتشر المذهب الفردي الذي يتبنى قاعدة أن الاتفاقات تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها، وجاء القانون المدني الفرنسي وتبنى هذه العبارة كما هي فضمنها المادة 1134، وقد أخذ بها المشرع الجزائري لاحقاً في المادة 106 من القانون المدني الجزائري معبراً عنها بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1896/7/17 بأن القاضي مقيد بالاتفاق كتقيده بالقانون ذاته ولا يملك أن يعد له باسم العدالة، ولكن الوضع في القرن العشرين اختلف بظهور المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي، حيث انحسر المذهب الفردي وسادت المبادئ الجماعية التي قيدت من مبدأ سلطان إرادة الفرد لأن المبادئ الجماعية تستهدف صالح وتقييد إرادة الجانب القوي وتوجيهها نحو ما يحقق الصالح العام للجماعة، كعقود العمل حيث يقيد القانون من حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد، كذلك في عقد الإذعان ففي هذه العقود تدخل القانون ومنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية حسبما تقتضيه العدالة.

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد توريد المياه والغاز والكهرباء والخدمات الهاتفية، وهكذا لا يمكن حصر القيود التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة بذواتها، وإنما يمكن ردها من حيث نوعها إلى مجموعتين: قيود تتعلق بشكل التصرف: فالعقود الواقعة مثلاً على عقارات تتطلب شكل معين وهو أن يفرغ هذا التصرف في محرر رسمي أي يوثق هذا العقد أمام موثق عمومي، أو موظف عمومي آخر مختص، وأيضاً الترخيص أو الإذن بإنشاء بعض الشركات.

قيود تتعلق بموضوع التصرف: وفي هذا المجال نجد قيود تشريعية، بحيث يتدخل المشرع ويمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية حسبما تقتضيه العدالة، ونجد أيضاً قيود قضائية تتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

ثالثاً - أنواع التصرفات القانونية

يمكن تصنيف التصرفات القانونية إلى أنواع أهمها:

أ- تصرف من جانب واحد أو من جانبين

1- التصرف القانوني من جانب واحد (الإرادة المتفردة): ويقصد بها اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وتصدر هذه الإرادة من شخص واحد، ومنفردة، مثاله: في القانون الخاص "الوصية" حيث تتعد

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمان

بالإرادة المنفردة للموصي، وفي القانون العام: القرار الإداري، قرار وزير التعليم العالي بتنظيم الامتحانات بالجامعة.

2- التصرف القانوني من جانبين (العقد): وهو كل توافق لإرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، فهو ينشئ التزامات متبادلة على طرفي التصرف، ومثاله في القانون الخاص: عقد البيع، عقد الإيجار، عقد العمل، وفي القانون العام الصفقات العمومية مثل عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، عقد الدراسات.

ب- التصرف القانوني بعوض أو تبرعي

ويقوم هذا النوع على أساس وجود المقابل من عدم وجوده، فإذا تم التصرف بمقابل كان بعض أو معاوضة معقود البيع والإيجار والعمل، أما إذا كان التصرف بدون مقابل كان التصرف تبرعي كعقد الهبة.

ج- التصرفات المنشئة والناقلة والكاشفة:

وهي التقسيم كان بحسب الأثر المترتب على التصرف.

1- التصرف المنشئ: هو التصرف الذي يترتب عليه وجود حق من عدم كما هو الحال مثلاً بشأن حقوق كل من الزوجين على الآخر التي تنشأ بمقتضى عقد الزواج، وحقوق كل من المتعاقدين على الآخر في عقد القرض والبيع والإيجار.

2- التصرف الناقل: وهو التصرف الذي يترتب عليه نقل حق كان موجوداً من قبل في ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر، كالبائع الذي ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، والمالك الذي ينقل حقه في الانتفاع بما يملكه إلى المنتفع.

3- التصرف الكاشف أو المقرر: ويقصد به التصرف الذي لا يترتب عليه إنشاء حق جديد أو نقل حل قائم إلى آخر بل مجرد الكشف عن حق قائم بالفعل، ومثالها عقد الصلح، حيث لا يترتب عن الصلح نقل حق من أحد المتصالحين للآخر، وإنما يقوم فقط كل واحد بالتنازل عن جزء من ادعائه للآخر، وبالتالي لا يترتب على الصلح إلا الكشف عن حق ثابت لأحد الأطراف حال التنازع عليه دون نسبته إليه منذ البداية.

د- التصرفات بين الأحياء والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

تنقسم التصرفات إلى تصرفات منتجة لآثارها بين الأحياء، وتصرفات لا يترتب آثارها إلا بعد الموت، مثل الوصية، وتكمن أهمية التقسيم هنا في تحديد المشرع الحدود التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مثل الوصية فلا يجوز أن ترد على قدر أكبر من ثلث التركة على العكس، فإن المشرع لا يورد أي قيود على التصرفات بين الأحياء.

رابعاً- شروط التصرفات القانونية

لكي يترتب التصرف القانوني آثاراً لا بد من توافر شروط

أ- الشروط الموضوعية:

1- يجب على المتعقد أن يعبر صراحة عن إرادته إما بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة وقد يكون التعبير ضمناً.

2- يجب أن تكون إرادة الشخص صادرة من ذي أهلية.

3- أن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن.

4- وأن يكون محل التصرف ممكناً ومعيناً، قابلاً للتعين ومشروعاً.

ب- الشروط الشكلية:

هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة ولا يعيد بها إلا إذا تمت في شكل معين وهو الرسمية في العقود وتختلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً.

خامساً- آثار التصرفات القانونية

تتلخص هذه الآثار في مبدئين أساسيين هما:

أ- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: الأصل أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد آثار التصرف القانوني فمتى تم الاتفاق وتوافرت جميع شروطه الشكلية والموضوعية، فإن لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنها أو إنهاؤها إلا بموافقة الطرف الآخر وهذا ما جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹⁶⁴.

ولكن استثناء من هذا الأصل منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد كما هو الحال في الشرط الجزائي ونظرة الميسرة أو عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة وتهدف هذه الاستثناءات إلى تحقيق نوع من العدالة.

ب- مبدأ نسبية العقد: القاعدة أن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه سواء أبرموا العقد بأنفسهم أو تم بالنيابة عنهم، بحيث لا يمكن للغير أن يكتسب حقاً أو أن يتحمل التزاماً بموجب عقد لم يكن طرفاً فيه، ولكن يمكن أن تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام إ لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك، وأيضاً يمكن أن تنتقل آثار العقد إلى الخلف الخاص إذا توفرت شروط معينة.

¹⁶⁴ المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

والخلف العام هو الوراثة أو الموصى له بجزء شائع من التركة.

والخلف الخاص هو كل من يخلف الشخص في مال معين كالمشتري أو الموصى له بعين معينة. والعقد لا يلزم الغير الأجنبي عن العقد ولا يحمله أي التزام، وإن كان من الممكن أن يكسبه حقتا كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الثالث: محل الحق

محل الحق هو الموضوع الذي ينصب عيه الحق، ويختلف باختلاف أنواع الحق:

المطلب الأول: محل الحق الشخصي

موضوع أو محل الحق الشخصي هو عمل إيجابي أو سلبي وينقسم عامة إلى ثلاث أنواع: الالتزام بالقيام بعمل والامتناع عن عمل وإعطاء شيء.

أولاً: الالتزام بالقيام بعمل

ويتضمن القيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن مثل قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وقيام هذا الأخير بدفع الثمن وينقسم بدوره إلى نوعين من الالتزام:

أ- **الالتزام بتحقيق نتيجة:** إذا كان موضوعه محددًا فيكون المدني ملزمًا بتحقيق نتيجة معينة كالمقاول أو البناء مثلاً: فإنه ملزم ببناء المسكن كما جاء في التصميم تماماً وبنفس المواصفات ويعتبر مخلاً بالتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا ثبت أن قوة القاهرة حالت دون تحقق ذلك.

ب- **الالتزام ببذل عناية:** يكون المدين بهذا الالتزام ملزمًا باستعمال أفضل الوسائل الممكنة وأكبر قدر من الحيطة والحذر، ولا يكون ضامناً لتحقيق نتيجة، مثلاً: الطبيب غير ملزم بشفاء المريض ولكن يلتزم بعمل كل ما في وسعه من أجل تحقيق ذلك، ولا يكون المدني في الالتزام ببذل عناية مسؤولاً عن عدم تحقيق النتيجة إلا إذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة.

ثانياً: الالتزام بالامتناع عن عمل

غالبية العقود تتضمن الالتزام بالامتناع عن عمل معين كعقد البيع مثلاً: فإنه يفرض على البائع التزام بعدم التعرض للمشتري في المبيع، وفي عقد الإيجار فإن المؤجر مفروض عليه التزام بعدم التعرض للمستأجر في العين المؤجرة، ويمكن أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام الرئيسي في العقد، كالاتزام بعدم المنافسة.

ثالثا: إعطاء شيء

يتمثل في نقل ملكية الشيء أو ترتيب أي حق عيني عليه، وهذا ما يتم بمجرد العقد أو بعد قيام الملتزم بإجراءات تعتبر التزام بالقيام بعمل مثال في عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وإذا كان الشيء معينا بالذات انتقلت فيه الملكية بمجرد العقد، وإذا كان الشيء معينا بالنوع يجب أن يقوم بالبائع بفرز الشيء المبيع كبيع كمية من القمح، وعليه فالالتزام بإعطاء شيء وليس في حقيقته إلا صورة من صور الالتزام بعمل.

ويجب توفر ثلاث شروط في العمل محل الحق.

- 1- أن يكون العمل ممكنا، فلا يكون مستحيلا استحالة مطلقة علاج شخص ميت، أما الاستحالة النسبية فلا تمنع من قيام الالتزام كأن يتعهد المدين بعمل فني معين في حين أنه لا دراسية له بهذا الفن.
- 2- يجب أن يكون العمل محددا أو قابلا للتحديد على الأقل طبقا للمادة 94 من القانون المدني الجزائري¹⁶⁵، فلا التزام إذا تعهد شخص آخر بأن يؤدي له كل ما يطلبه.
- 3- يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً، طبقا للمادة 96 من القانون المدني الجزائري¹⁶⁶، فلا يكون مخالفا للنظام العام وحسب الآداب.

المطلب الثاني: محل الحق العيني

يجب أولا أن نفرق بين المال والشيء، فالمال والحقوق المالية تعبيران مترادفان، وعليه فالمال هو كل حق مالي سواء كان حقا شخصيا أو عينيا أو ذهنيا، والشيء هو محل الحق المالي لكنه ليس المحل الوحيد، فالعمل كذلك محل آخر للحق المالي. وحتى يكون الشيء محلا للحق المالي يجب أن يدخل في دائرة التعامل ويصبح محلا للعلاقات القانونية ويتخذ وصف المال.

¹⁶⁵ 94 من القانون المدني الجزائري.

¹⁶⁶ 96 من القانون المدني الجزائري.

أولاً: التفرقة بين المال والشيء

رغم الاختلاف الموجود بين المال والشيء إلا أنه كثيراً ما يحدث الخلط بين هاتين الفكرتين، فالمال هو الحق المالي في حين أن الشيء هو المحل الذي يرد عليه هذا الحق، ويتجلى الاختلاف بين المال والشيء في ثلاثة أمور هي:

- 1- تعدد الحقوق التي ترد على الشيء الواحد، فيمكن للشيء أن يكون محلاً لعدة حقوق في آن واحد.
- 2- عدم التلازم بين وجود الحق والشيء: فقد يوجد شيء ولا يوجد الحق كما هو الحال بالنسبة للأشياء المباحة المملوكة وللكافة، كما قد يوجد الحق ولا يوجد الشيء مثلما هو الوضع بالنسبة للحقوق الشخصية التي ينصب محلها على أداء عمل إيجابي أو سلبي، فالشيء في هذه الحالة يعد محلاً غير مباشر نظراً لإمكان تقويم هذا المحل بالنقود التي تعد من قبيل الأشياء.
- 3- الطابع المجرد للحقوق، فالحقوق لا تردك بالحواس ولا تلمس رغم ورود هذا التصور بالنسبة للأشياء التي ترد عليها، فلا يستطيع أحد أن يدعي إدراكه لوجود الحق بغير العقل. والخلط بين الشيء والحق المالي وارد حتى في الكتابات القانونية فتحدث عن الشيء وحق المكية كأنهما مترادفان، فنقول يملك فلان هذه السيارة، ولا نقول أنه يملك حقاً مالياً عليها.

ثانياً - تقسيمات الأشياء:

يمكن تقسيم الأشياء إلى عدة تقسيمات بحسب المعيار المتبع نذكر منها:

أ- من حيث القابلية للتعامل: أشياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها تكمن أهمية هذا التقسيم في عدم قابلية الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أن تكون محلاً للحقوق المالية وقد نصت على ذلك المادة 682 ق م ج.¹⁶⁷

1- الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها: ويقصد بها الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وهي الشمس والهواء والماء.

2- الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون: وعي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية وعادة تتمحور حول نوعين من الأشياء: النوع الأول: الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، وهذا ما نصت عليه المادة 689 ق م

¹⁶⁷ المادة 682 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

ج¹⁶⁸، وأما النوع الثاني فيتمثل في الأشياء المحظورة والمحرمة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام وقد نصت على ذلك المادة 96 ق م ج مثلا: التعامل في المخدرات غير جائز لمخالفته للنظام العام.

ب- من حيث قابلية بعضها للقيام محل البعض الآخر من الوفاء (أشياء مثلية وأشياء قيمة): تتمثل أهمية هذا التقسيم تتمثل في حكم الهلاك فهلاك الشيء القيمي، على عكس الشيء المثلي، يترتب عليه انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ.

وتكمن أيضا أهمية التقسيم الأشياء القيمة والمثلية من حيث انتقال الملكية، فإذا كان الشيء مثلي فإنه لا تنتقل الملكية فيه إلا بعد الفرز وإذا كان قيميا فإن ملكيته تنتقل بمجرد العقد.

1- الأشياء الملكية: هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، بحيث يكون لهذه الأشياء مثل متداول في الأسواق، وتقدر عادة بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن وذلك باختلاف طبيعة الشيء المتداول فيه بين الأشخاص، المادة 686 ق م ج¹⁶⁹.

2- الأشياء القيمة: هي تلك الأشياء التي لا يقوم بعضها مقام بعض الآخر، وذلك لعدم وجود التماثل بينها وإما لتفاوت أحدها تفاوتًا كبيرًا، فلا يستوي لدى المشتري لمنزل محدد أو قطعة أرض أن يتلقى سواها لأن كلا منهما يعد شيئًا قيمًا لا يقوم مقامه أي شيء آخر عند الوفاء.

وتدق التفرقة على هذا النحو بين الأشياء القيمة والأشياء المثلية بشأن السيارات فهي تنتهي إلى الأشياء القيمة إن كانت مستعملة وتلحق بالأشياء المثلية إذا كانت غير مستعملة.

ج- من حيث تكرار الاستعمال: أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك، تكمن أهمية التقسيم لأشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك فيما يلي:

• أنهناك بعض العقود لا يمكن أن يكون محلها إلا الأشياء غير قابلة للاستهلاك مثل الانتفاع بشيء لمدة معينة كالإيجار والعارية.

• كما أن هناك بعض العقود لا يتصور أن ترد إلا على الأشياء غير قابلة للاستهلاك مثال: عقد القرض الاستهلاكي، يستعمل المقرض النقود المقرضة على أن يرد نفس المقدار ليس نفس النقود التي اقترضها بذاتها.

1- الأشياء القابلة للاستهلاك: هي التي تنحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها وقد يكون ماديا أو قانونيا، ويكون الأول في حالة الانتفاع بالشيء إلى غاية نفاذ مادته كأكل الأشياء أو شرب مشروبا

¹⁶⁸ المادة 689 من القانون المدني الجزائري.

¹⁶⁹ المادة 686 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

أو استعمال حبرا، أما الثاني فيتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دجون أن يؤدي ذلك إلى هلاكه ماديا كإنفاق النقود مثلا، وقد نصت المادة 685 قانون مدني جزائري¹⁷⁰.

2- الأشياء غير قابلة للاستهلاك: وهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك أ، تنفذ مثلا: الكتب، المنازل، الطاومات وما شابه ذلك.

د- من حيث الثبات (العقارات والمنقولات): وتكمن أهمية التقسيم بين العقارات والمنقولات فيمايلي

1- أن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات كالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الارتفاق وحق السكن.

2- تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بالعقد وملكية المعين بنوعه بعد الفرز أما العقار فتنتقل ملكية بالشهر في الحافظة العقارية.

3- كل التصرفات الواردة على العقار يجب أن تحرر في شكل رسمي (المادة 683 قانون مدني جزائري)¹⁷¹ أما التصرفات الواردة على المنقولات فهي في الأصل تصرفات رضائية.

4- حق الشفعة ترد على العقار دون المنقول.

5- الدعاوى العقارية النظر فيها يكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، بينما المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه.

6- قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات أما العقارات فتكسب بالتقادم القصير أو الطويل.

د1- العقارات:

هي كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف وهي تنقسم إلى عقارات بطبيعتها وإلى عقارات بالتخصيص.

* **العقارات بطبيعتها:** وهي كل شيء مستقر بحيزه، ثابتن فيه لا يمكن نقله من دون تلف، وعلى هذا الأساس تعد الأشجار والمباني بكل أنواعها وأشكالها ومواد البناء وأجهزة التكييف المثبتة في البناء عقارات بطبيعتها ما دام هناك تلفا سيلحقها نتيجة هذا النقل.

* **العقارات بالتخصيص:** يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله وعلى هذا الأساس تعد عقارات بالتخصيص المنشآت والآلات الزراعية

¹⁷⁰ المادة 685 من القانون المدني الجزائري.

¹⁷¹ المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

المملوكة لصاحب الأرض وقطع الأثاث الموجودة في المحال العامة مثل الفنادق والمطاعم والمسارح ودور السينما، وكل ما يشترط في هذا المقام هو أن يكون التخصيص لخدمة العقار نفسه ولو لم يكن ضروريا لحسن الاستغلال وليس لخدمة مالك العقار.

وعليه فإن السيارة المخصصة للاستخدام الشخصي لمالك المصنع تعد منقولا لأنها لم تخصص لاستخدام العقار، وكذلك فإن التخصيص المؤقت على عكس التخصيص العارض يجعل من المنقول عقارا بالتخصيص، وبيان ذلك أن المالك الذي يضع سيارته الخاصة تحت تصرف عماله في يوم معين لنقلهم إلى مساكنهم لا يغير من اعتبار سيارته منقولا، أما إذا ترك السيارة نفسها تحت تصرف عماله مدة زمنية معينة لحين شراء سيارة خاصة بهم، فإن سيارته تعد عقارا بالتخصيص.

وعليه يعد المنقول عقارا بالتخصيص بتوفر الشروط الأربعة وهي: وجود عقار بطبيعته، ومنقول بطبيعته، واجتماع ملكية العقار والمنقول في يد صاحب العقار، وعينية بالتخصيص وأخيرا قيام مالك العقار بهذا التخصيص.

د2- المنقولات:

المنقولات هي الأشياء غير الثابتة التي يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، المنقول هو ما ليس بعقار، وقد يكون شيئا أو حقا ماليا، فكل ما عدا العقار يكون منقولا وقد نصت على ذلك المادة 683 قانون مدني جزائري¹⁷²، وهناك منقولات بطبيعتها ومنقولات بحسب المأل:

أ- **منقولات بطبيعتها:** وتشمل الأشياء المادية التي تقبل الانتقال من مكان لآخر سواء كان انتقالها ذاتيا كالحيوانات، أو بقوة أجنبية عنها، كالجمادات، ويكفي أن تكون قابلة للانتقال، أي أن يكون انتقالها ممكنا، وبمعنى أوضح كل الأشياء التي يمكن إدراكها بالحواس، وغير مثبتة في الأرض حتى ولو كان قد أعدت لتبقى في مكانها، فهي منقولات مادية.

وهناك منقولات معنوية تتمثل في الحقوق الذهنية التي أشارت إليها المادة 687 قانون مدني جزائري بقولها¹⁷³: «تنظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية».

ب- **منقولات بحسب المأل:** هي عقارات بطبيعتها إنما تتميز بأنها معدة للانفصال حتما ووشيكاً عن أصلها الثابت، فيضفي عليها القانون في المستقبل وصف المنقول مسبقاً، وتشترط المنقول بحسب المأل أن يكون مصيره المحتوم الانفصال عن أصله، فيفقد بذلك طبيعته العقارية ويصير منقولا، وتحديد هذا المصير

¹⁷² المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

¹⁷³ المادة 687 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د.بلال سليمة

إما أن يكون بفعل الطبيعة ذاتها كما في المحصولات الزراعية عند نضجها، وإما أن يكون بالاتفاق كما إذا بيع البناء على أساس أن يقوم المشتري بهدمه وأخذ أنقاضه فيعتبر البيع في هذه الحالة واردا على منقول.

الفصل الثالث: أحكام الحق

نتناول في هذا الفصل نظرية التعسف في استعمال الحق في المبحث الأول وقواعد إثبات الحق في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق

استعمال الشخص لحقه في حدود ما أقره القانون يعد حقا مشروعاً لصاحبه، وتلك الحدود تتمثل في احترام الآخرين وعدم مجاوزته لحدود حقه، فمن يتمتع بحق ملكية على عقار ليس له أن يدعي امتداده للعقارات المجاورة، إلا أن أصحاب المذهب الفردي كانوا رافضين بشدة فكرة تقييد الحق المطلق للملاك، وهذا كان يتجسد في التقنين المدني الفرنسي القديم والنظام الإقطاعي بصفة خاصة، إلا أن أصحاب المذهب الاشتراكي نادوا بتقييد هذه الحقوق الفردية إذا تعارضت مع مصلحة المجموع، فليس للشخص التمتع بحقه إلا في الحدود التي تضر بالآخرين.

وأمام الأفكار المتناقضة والمتضاربة لكل من المذهبين ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق لتضع حداً لغلو كل من أصحاب النظريتين الفردية والاجتماعية.

المطلب الأول: مضمون نظرية التعسف في استعمال الحق

ليس للشخص أن يستعمل حقه بكيفية مطلقة، إذ يجب أن يستعمله في نطاق وحدود القانون ووفقاً للقيود الواردة عليه، فمالك العقار إذا لم يلتزم أثناء إقامته البناء في حدود ملكيته وتجاوز إلى العقار المجاور، فإن المالك بهذا العمل يكون قد تجاوز حدود حقه وخرج عليها.

ويعد الخروج عن حدود هذا الحق تجاوزاً غير مشروع بطبيعته، وقد كان للفقهاء الإسلامي فضل إرساء قواعد هذه النظرية، وهذه النظرية تنطلق على الحقوق إيا كانت، أي سواء كانت حقوقاً شخصية أم مالية.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، كما طبقها القضاء وقد نصت المادة 690 قانون مدني جزائري على مايلي¹⁷⁴: « يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة، وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية:

¹⁷⁴ المادة 690 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

والمادة 691 قانون مدني جزائري¹⁷⁵: يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

والتعسف في استعمال الحق يكو قائما في حالة انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير وذلك يتضح من خلال تحديد معايير للتعسف وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق

تنص المادة 41 من القانون المدني الجزائري على ما يأتي¹⁷⁶: «يعتبر استعمال حق تعسفا في الأحوال التالية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

ويتضح من نص هذه المادة أن حالات التعسف في التشريع الجزائري يتخذ مصدرها من الشريعة الإسلامية، وهي على العموم تتجسد في المعايير الثلاث الآتية:

المعيار الأول: استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير: يعتبر هذا المعيار معيار شخصي لأنه يأخذ بعين الاعتبار نية صاحب الحق، حيث كل من يستعمل حقه لمجرد أن يصدر بغيره يعد متعسفا، وعليه فمن يزرع أشجار عليه بمنزله بقصد حجب الضوء والهواء على جاره، يعد متعسفا في استعمال حقه حتى ولو نجح في إثبات تحقق منفعة عرضية له لم يكن يستهدفها أصلا كالحاجة إلى ظل تلك الأشجار. وينتفي عنه وصف التعسف إذا انتفى القصد ونية الإضرار حتى ولو وقع الضرر فعلا.

المعيار الثاني: تهاة المنفعة وجسامة الضرر: الشخص يستعمل حقه لتحقيق مصلحة شخصية، ولكن هذه المصلحة تعد تافهة وضئيلة بالمقارنة مع الأضرار التي تحدث للغير، وبمعنى أوضح عدم تناسب مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير.

فعلى سبيل المثال: إذا قام مالك عن حسن نية ببناء جدار تابع لمنزله فوق أرض جاره، رغبة مالك الحائط في أن يهدمه من أجل تجديده ودوه عذر قوي لذلك، مع أن هذا الهدم يضر الجار الذي يستند ملكه بالحائط، وبالتالي يعتبر مالك الحائط في استعمال حقه.

¹⁷⁵ المادة 691 من القانون المدني الجزائري.

¹⁷⁶ المادة 41 من القانون المدني الجزائري.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

المعيار الثالث: عدم مشروعية المصلحة المبتغاة: وتكون في حالة ما إذا قصد الشخص استعمال حقه تحقيق مصلحة غير مشروعة، يعد متعسفا مالك البناية الذي يقطع الكهرباء والماء على المستأجر حتى يجبره على إخلي العين المؤجرة ويعد متعسفا رب العمل الذي يفصل العامل من العمل حتى يسقط حقه في طلب الأقدمية.

المبحث الثاني: إثبات الحق

المطلب الأول: ماهية الإثبات

الإثبات هو إقامة الدليل على صحة واقعة قانونية، متنازع عليها بين الخصوم بحيث يدعيها أحد طرفي الخصومة، وينكرها الطرف الآخر أمام القاضي، مما يضطر القاضي لمطالبة الخصم المدعي بإثبات هذا الحق بإحدى طرق الإثبات التي حددها القانون.

والمشرع أثناء تحريره عن صحة الواقعة القانونية عليه دائما مراعاة الموازنة بين اعتبارين هما:

أ- اعتبار العدالة في ذاتها، ويدفع القاضي إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل.

ب- اعتبار استقرار التعامل، ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها. وهي: الإثبات المطلق أو الحر، والإثبات المقيد وأخيرا الإثبات المختلط.

1- الإثبات المطلق أو الحر: هذا المذهب نادى بإطلاق حرية المتنازعين في تقديم الأدلة، التي يرون أنها تؤدي إلى إقناع القاضي، دون تحديد طريق محدد للإثبات، ويعب على هذا المذهب بفتح المجال الواسع للسلطة التقديرية للقاضي، بحيث يجعل الحكم القانوني في القضايا المتشابهة والمتماثلة من حيث الظروف والملابسات تختلف من قاض إلى آخر، مما يمس من اعتبار العدالة.

2- الإثبات القانوني المقيد: يقوم هذا الاتجاه على مبدئين هما: تقييد الخصوم بطرق إثبات معينة محددة من قبل القانون، وتقييد القاضي بطرق اقتناع محددة، فلا يجوز للخصم أن يستعمل طريق آخر لإثبات حقه، وليس للقاضي التماس طرق اقتناع أخرى إلا في الحدود التي حددها القانون. ويعيب على هذا المذهب أن يشل ويعرقل الخصم والقاضي ويحول بينهما وبين سلوك طريق مخالف لإثبات حق واضح لعيان.

3- الإثبات المختلط: هذا المذهب يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد، بحيث تتراوح أحكامه بين إطلاق الإثبات وتقييده، فيحدد الأدلة المختلفة ويعين قيمة بعضها في الإثبات تاركا للقاضي سلطة تقدير الأدلة الأخرى.

-القرائن:

القرينة عبارة عن استنباط واقعة متنازع عليها من واقع أخرى ثابتة فتكون الواقعة الثانية قرينة على الأولى، وهي نوعان، قرينة قانونية وقرينة قضائية وللقرينة حجية فقط على أطراف النزاع فقط دون الغير.

-الإقرار:

هو الاعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، ولالإقرار حجة قاطعة على المقر، فلا يجوز إثبات عكسه كما لا يجوز تجزئته ولا يمكن لمن أصدره أن يعدل عنه.

-اليمين:

اليمين طريقة من الطرق غير المباشرة يحتكم فيها موجه اليمين إلى ذمة الطرف الآخر اعتمادا على تقاء دينه وضميره، وهي نوعان يمين حاسمة يوجهها الخصم إلى خصمه في النزاع، ويمين متممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين ليكل بها أدلة أخرى في الدعوى المنظورة أمامه.

الفصل الرابع: انقضاء الحق

تختلف أسباب انقضاء الحق وتتعدد بتعدد أنواع الحقوق تبعا لخصائصها ومميزاتها وأسباب انقضاء الحقوق ترجع إلى سببين رئيسيين كأسباب كسبها أو انتقالها هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني، ولذلك فأسباب انقضاء الحق تختلف باختلاف المصادر المنشئة لهذا الحق، وسيوضح ذلك في ما يأتي:

المبحث الأول: انقضاء الحق العيني

تختلف أسباب الانقضاء باختلاف نوعي الحق العيني.

المطلب الأول: الحق العيني الأصلي

لما كانت الأسباب الناقلة للحق العيني الأصلي هي أسباب انقضاء بالنسبة للسلف وأسباب اكتساب بالنسبة للخلف كحق الملكية فهو ينقضي بوفاة المالك وينقل هذا الحق إلى الورثة، وينقضي أيضا بهلاك الشيء المملوك أو التصرف فيه بالبيع، أما حق الانتفاع فهو ينقضي إما بوفاة المنتفع أو هلاك الشيء، أو انقضاء أجل الانتفاع، أو بعدم الاستعمال مدة 325 سنة كاملة (854 مدني جزائري)¹⁷⁷.

وبالنسبة لحق الارتفاع فهو ينقضي بانتهاء الأجل المحدد له، وهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما، أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد كما ينقضي أيضا بعدم الاستعمال لمدة 40 سنوات أو بالتقادم.

المطلب الثاني: الحق العيني التبعي

تنقضي هذه الحقوق بانقضاء الحقوق الشخصية التي تضمنها كما تنقضي بالتنازل عنها.

¹⁷⁷ المادة 854 من القانون المندي الجزائري.

المبحث الثاني: انقضاء الحق الشخصي

الحقوق الشخصية بطبيعتها حقوق مؤقتة وليست دائمة، وبالتالي أسباب انقضائها متعددة هي:
الانقضاء بالوفاء والانقضاء بما يعادل الوفاء، الانقضاء بدون وفاء

المطلب الأول: الانقضاء بالوفاء

ينقضي الحق الشخصي بحسب الأصل، بوفاء المدين بالتزامه التعاقدية، وهذا الوفاء قد يكون طوعية واختياريا فيسمى بالتنفيذ العيني الاختياري، كما قد يكون إجباريا عن طريق القضاء، فيسمى بالتنفيذ العيني الإجباري، فيمكن للدائن اللجوء إلى القضاء عندما يرفض المدين تنفيذ التزامه من خلال إجباره على التنفيذ، إذا كان الالتزام ممكنا وغير مرهق للمدين.

المطلب الثاني: الانقضاء بما يعادل الوفاء

لقد نص القانون المدني في المواد من 285 إلى 304 على الحالات التي ينقضي فيها الحق (الالتزام) بما يعادل الوفاء به، وهي على التوالي: الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة.¹⁷⁸

أ- التنفيذ بمقابل: تنص المادة 285 على أن¹⁷⁹: «إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض له من الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء»، وطبقا للمادة 286 قانون مدني جزائري¹⁸⁰ على أن الوفاء بمقابل تسري عليه أحكام البيع ويشترط فيه:

1- اتفاق الدائن والمدين على استبدال الوفاء بالمكحل الأصلي بشيء آخر.

2- الانتقال الفعلي للشيء إلى الدائن.

ب- التجديد: يكون التجديد بسبب انقضاء التزام قديم وفي نفس الوقت سبب لإنشاء التزام جديد، ويتم التجديد من خلال تغير أحد عناصر الحق: الأطراف (الدائن، المدين)، أو المحل (الدين)، وهذا ما جاءت به المادة 287 قانون مدني جزائري حيث أن¹⁸¹: «يتحدد الالتزام:

¹⁷⁸ المواد من 285 إلى 304 من القانون المدني الجزائري، مرجع المرجع .

¹⁷⁹ المادة 285 من القانون المدني الجزائري، مرجع المرجع.

¹⁸⁰ المادة 286 من القانون المدني الجزائري، مرجع المرجع.

¹⁸¹ المادة 287 من القانون المدني الجزائري، مرجع المرجع.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

- يتغير الدائن إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره.

- يتغير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدني الأصلي دون حاجة إلى لرضائه...

- يتغير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد».

ج- **الإنابة:** تنص المادة 297 قانون مدني جزائري على مايلي¹⁸²: «تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدني، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير».

في هذه الحالة تجب رضاء الأطراف الثلاث، الدائن والمدين الأصلي، والمدين الجديد (الشخص الأجنبي)، فيقتضي التزام المدين (المنيب) وينشأ التزام بالوفاء في ذمة المدين الجديد (المناب) قبل الدائن. **د- المقاصة:** هي عملية حسابية ينقضي بموجبها الحق الشخصي عندما يصبح المدين دائنا لدائنه، وتوجد ثلاث أنواع للمقاصة، مقاصة اتفاقية تتم باتفاق الدائن والمدين، مقاصة قانونية بحكم القانون وتستوفي شروط معينة، اتحاد الدائنين بين نفس الأشخاص (دائن ومدين) في نوع الدين، إذا كان نقود أو أشياء مثلية.

وفي القوة بحيث يكون الدائن ثابتا ومحدد المقدار، وفي جودته أخيرا مقاصة قضائية، يقررها القاضي بناء على طلب المدين المدعي عليه. وقد نصت على المقاصة المواد من 297 إلى 303 قانون مدني جزائري.¹⁸³

هـ- **اتحاد الذمة:** تنص المادة 304 قانون مدني جزائري على أن¹⁸⁴: «إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه هذه الذمة».

ثالثا - الانقضاء بدون وفاء

لقد حدد المشرع حالات انقضاء الحق (الالتزام) سبب عدمك الوفاء على النحو التالي: الإبراء، استحالة الوفاء، التقادم المسقط.

¹⁸² المادة 297 قانون مدني جزائري

¹⁸³ المواد 297 الى 303 من القانون المدني الجزائري .

¹⁸⁴ المادة 304 من القانون المدني الجزائري .

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د. بلال سليمة

أ- الإبراء: هو نزول الدائن عن دينه الذي في ذمة مدينه على سبيل التبرع، والإبراء على هذا النحو بصرف من جانب واحد.

ب- استحالة الوفاء: جاء في المادة 307 قانون مدني: « يقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته».

ج- التقادم المسقط

القاعدة العامة: تنص المادة 308 قانون مدجني جزائري: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية:
الاستثناءات:

- تتقادم بخمس سنوات: بالنسبة للحق الدوري المتجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة، والمرتببات والأجور، والمعاشات.

- تتقادم بسنتين: حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفلسة، والسماسة والأساتذة والمعلمين بشرط أن تكون هذه الحقوق هي أجرة عملهم ومصاريف ما تكبدوه.

- تتقادم بأربع سنوات: الضرائب والرسوم المستحقة وسريان التقادم من نهاية السنة التي تستحق عنها.

- تتقادم بسنة واحدة: حقوق التجار، والصناع عن أشياء وردها الأشخاص وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام».

المراجع باللغة العربية:

- 1- سمير تناغوا النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأه المعارف .
- 2- سليمان مرقس المدخل العلوم القانونية، القاهرة، 1957 .
- 3- عبد الحي حجازي المدخل العلوم القانونية، القاهرة، 1972 .
- 4- حبيب إبراهيم الخليلي المدخل العلوم القانوني، الجزائر، 1971 .
- 5- عبد المنعم فرج الصدة و محمد رفعت الصباحي، أصول القانون " الكتاب الموحد لطلاب الصف الأول "، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1990 .
- 6- عمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقها في التشريع الجزائري، جسر لمنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 .
- 7- عمه الجيلالي مدخل للعلوم القانونية نظرية القانونية "الجزء الأول" برتي للنشر، السلسلة الجامعة نظام LMD، 2009.
- 8- علي فيلاي، مقدمة في القانون، الجزائر، 2010 .
- 9- سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية "الجزء الأول" الطبعة 19، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 10- حمزة خشاب ومولود ديدان ، مدخل إلى العلوم القانون، دار بلقيس، 2014.
- 11- محمدي فريدة (زواوي)، محاضرات بمعهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، CEDOC.

مطبوعة المدخل للعلوم القانونية موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق (نظريتي القانون والحق) د.بلال سليمة

- 12- اسحاق ابراهيم منصور، نظرية القانون والحق، د،م،ج، 1990.
- 13- نعيم محمد، نظرية القانون، وهران، 1981.
- 17- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية "نظرية القانون، برنامج الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بنها، 2008.

الفهرس

تمهيد

الجزء الأول: نظرية القانون

الفصل الأول: ماهية القواعد القانونية

المبحث الأول: المدلول اللغوي و الاصطلاحي للقانون 5

المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية 7

الفصل الثاني : تقسيمات القواعد القانونية

المبحث الأول: القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة 13

المبحث الثاني: قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص 20

الفصل الثالث: مصادر القواعد القانونية

المبحث الأول : التشريع 28

المبحث الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية 39

المبحث الثالث: العرف 40

الفصل الرابع : تطبيق القانون

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص 46

المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان 48

المبحث الثالث : تطبيق القانون من حيث الزمان 50

الفصل الخامس: تفسير القانون

المبحث الأول: ماهية التفسير 54

المبحث الثاني: مذاهب التفسير 56

المبحث الثالث: قواعد التفسير 59

الجزء الثاني: نظرية الحق

الفصل الأول : ماهية الحق

المبحث الأول: تعريف الحق 65

لمبحث الثاني: تقسيمات الحق..... 67

الفصل الثاني : أركان الحق

المبحث الأول: الشخص صاحب الحق 79

المبحث الثاني: مصدر الحق (السبب المنشئ للحق)..... 99

المبحث الثالث: محل الحق 104

الفصل الثالث: أحكام الحق

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق 111

المبحث الثاني: إثبات الحق..... 113

الفصل الرابع : انقضاء الحق

المبحث الأول: انقضاء الحق العيني..... 115

المبحث الثاني: انقضاء الحق الشخصي..... 116

قائمة المراجع..... 122

فهرس..... 123