

# مدخل العلوم القانونية

## السداسي الأول

### المدخل إلى علم القانون

تهد

#### 1- تعريف بكلمة القانون:

يجب قبل التطرق إلى فكرة المدخل إلى علم القانون، التعرف على كلمة القانون وعلى القانون نفسه.

اشتقاقيا فكلمة " قانون " هي اقتباس من اليونانية حيث كلمة " *Kanon* "

تعني " العصا المستقيمة " و يعبرون بها مجازيا عن القاعدة ( "*Regula*": *la Règle* ) ، و منها إلى فكرة الخط المستقيم التي هو عكس الخط المنحني أو المنحرف أو المنكسر، و هذا تعبير إستعاري للدلالة على الأفكار التالية : الاستقامة ( *la Rectitude* ) و الصراحة ( *la Franchise* ) و النزاهة ( *la Loyauté* ) في العلاقات الأنس أنية.

ويستخلص من هذا أن كلمة " قانون " تستعمل كميّار لقياس انحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم أي عن الطريق التي سطره لهم القانون لكي يتبعوه في معاملتهم. ولكن، لا يستخلص من هذه المعاني إلى فكرة تقريبية عن القانون، فيجب إذا تفحص استعمال كلمة القانون التي لها عدة معاني.

#### 2- تعدد معاني كلمة " قانون "

يقصد بكلمة " قانون " تارة معنى واسع و تارة معنى ضيق.

\*- بمعنى واسع جدا، يقصد بكلمة " قانون " ، القانون الوضعي ( *Droit Positif* ) ،

وهو مجموعة القواعد القانونية السارية المفعول في زمن معين وفي مكان محدد ( دولة ) . ( به بالخصوص القانون الداخلي للدولة ( أو القانون الوطني ) والتي هو يكون النظام القانوني ( *Ordre Juridique* ) الوطني ككل. مثلا: القانون المدني + القانون التجاري + قانون العقوبات + القانون الدستوري ... و غيرها من القوانين السائدة في الدولة .

ملاحظة: خاصة بكلمة " التشريع " التي يقصد به عدة معاني:

— مجموعة القواعد القانونية التي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني .

— مجموعة قوانين دولة أو منطقة. ( *O.U.AF . Ligue arabe. C.E.Européenne* )

— مجموعة القوانين المتعلقة بفرع من فروع القانون، و التي تنظم ميدان واحد من ميادين الحياة الاجتماعية ( مثلا: التشريع الجنائي (أو الجزائي أو الإجرامي) : قانون العقوبات + قانون الإجراءات الجزائية + قانون إصلاح السجون + كل القواعد القمعية المتواجدة في قوانين أخرى ( قانون العمل - قانون الإعلام - التشريع الأسعار.

## مدخل العلوم القانونية

\* - كما تستعمل كلمة " قانون " للدلالة على مجموعة نصوص قانونية ( قانون - Loi : أمر *Ordonnance* : مرسوم - *Décret* : قرار *Arrêté* ) : جمعت بصفة متناسقة و منظمة بحيث تخص فرعاً معيناً من التشريع و يطلق عليها البعض إسم " مدونة ( *Code* ) "

مثلاً: القانون المدني ( *Code Civil* ) ، قانون الإجراءات المدنية ( *Code de Procédure Civil* ) ، قانون العقوبات... ( *Code Pénal* )

وعادة ما يقسم هذه المجموعة القانونية ( *Code* ) إلى مواد ( *Articles* ) مرتبة ( ترقيم ) ، التي هي بدورها قد تنقسم ( أي المادة ) إلى فقرتين أو أكثر.

هذه أفكار عامة عن مدلول كلمة " قانون " التي يجب أن نتطرق إلى أهدافه في المجتمع السياسي المنظم (الدولة) فأحد أهداف الدولة هو المحافظة على حقوق الأفراد المتعلقة بحماية أرواحهم و أعراضهم و أموالهم. وهذا يقودنا إلى القول بأنه من وظائف الدولة هناك وظيفة المحافظة على النظام الاجتماعي. و بما أنه لا يجد نظام اجتماعي تلقائي ( عفوي ) ، و بما أن حالة الفوضى لا تكون إلا حكم الأقوى ، فللقانون وظيفة عامة التي هي تكريس و ضمان النظام الاجتماعي .

غير أن هذا النظام الاجتماعي لا يكون الهدف النهائي للمجتمعات ، حيث يهدف المجتمع إلى غايات أدبية أو اجتماعية سواء كانت فردية أو جماعية، و هذه الغايات متعددة و أحيانا متناقضة، فليجأ القانون إلى اختيار البعض و تكريس كل غاية بقواعد قانونية.

مثلاً :

— غايات أدبية : حسن السيرة و الأخلاق - العدالة.....

— غايات مادية : إدارات - مصالح عمومية : جيش - تربية - و التعليم - الصحة .... و تشجيع بعض الأنشطة الاقتصادية و تحديد البعض الآخر....

و نستخلص من هذه المعطيات بأن للفرد حقوق يحميها القانون و مقابل ذلك عليه واجبات هو ملزم باحترامها، و من هنا تبرز فكرتا الحق و القانون.

\* فالحق مزية أو قدرة يقرها القانون و يحميها لشخص معين على شخص آخر ( طبيعي أو معنوي ) أو على شيء معين ( مادي أو أدبي : مثلاً : حق الملكية - حق الانتخاب . ( *Droits Subjectifs* ) :

\* أما القانون فهو بصفة عامة مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد و علاقتهم في المجتمع، و تتضمن أحكاماً موضوعية تبين الحقوق و الواجبات المختلفة في مجتمع ما و التي تسهر على احترامها السلطة العمومية

**(Droit Objectif)****3- تقسيمات القانون:****— دولي و داخلي:**

يقسم القانون إلى قانون دولي ( *Droit International* ) و إلى قانون داخلي (أو وطني).

## مدخل العلوم القانونية

أما القانون الدولي فهو ينظم العلاقات التي يدخل فيها عنصر أجنبي، و بدوره ينقسم إلى قانون دولي عام و قانون دولي خاص.

\*فالقانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بأشخاص المجتمع الدولي ( دولة — منظمات دولية ) وهي كذلك مجموعة المعايير القانونية التي تنظم العلاقات الدولية.

و القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون الخاص ( الداخلي ) يسير العلاقات القانونية بين الأشخاص المختلف الجنسية، و يحكمه مفهومي الجنسية وتنازع القوانين من حيث المكان ( م.9 إلى 24 قانون مدني ).

— عام و خاص:

تقسيم القانون يرجع إلى زمن بعيد حيث كأن معروفا لدى الرومان الذين قسموا القانون إلى عام و خاص. أن معيار التفرقة لديهم كان مناطه أن كل ما يتعلق بتنظيم الشيء العمومي و تحقيق المصلحة العامة للمجتمع يعتبر من قبيل القانون العام، أما القواعد التي تتعلق بتنظيم معاملات الأفراد و مصالحهم فهي من قبيل القانون الخاص.

و لكن إلى يومنا هذا لازال الجدل قائم حول معيار تقسيم القانون إلى عام و خاص<sup>1</sup> غير أن معظم الفقهاء متفق على هذا التقسيم .

و مع ذلك فأحيانا تكون قواعد القانون منظمة لعلاقات بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصا معنويا يسعى لتحقيق مصلحة خاصة كفرد عادي. وهنا تكون ( مثلا: بيع أملاك الدولة — تأجير عقاراتها ... )، ففي هذه الحالات لا تمارس الدولة سلطاتها لتحقيق مصلحة عامة، بل تتعامل مع الأفراد لتحقيق مصلحة خاصة.

\*و نستخلص من هذا أن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات، أي كأن نوعها، كلما كانت الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة و سيادة.

\*أما القانون الخاص، فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أيا كأن نوعها فيما بين الأفراد أو فيما بين الأفراد و الدولة باعتبارها شخصا معنويا لا يمارس سيادة و لا سلطة.

— و يقصد بالقانون العام " الداخلي " ( أو الوطني ). خمسة فروع من القانون يكون مجالها داخل الدولة، وهي :

\* القانون الدستوري: و هو القانون الأساسي للدولة و يتكون من مجموعة القواعد القانونية ( الدستور ) التي تنظم نظام الحكم في الدولة و تبين السلطات العامة فيها ( تشريعية — تنفيذية — قضائية ) و ممارسة السلطة السياسية.

\* القانون الإداري:.

\* القانون المالي: و هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المالية العامة للدولة و تدير ميزانيتها السنوية حيث تحدد فيها مسبقا في بداية العام، مصادر إيرادات الخزينة العامة) ضرائب — رسوم — تصدير ثرواتها ... ) و على جانب آخر تبين مصروفاتها.

<sup>1</sup> - راجع إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق

## مدخل العلوم القانونية

- \* القانون العقوبات: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف معاقبة الجرائم.
- \* قانون الإجراءات الجزائية (أو الجنائية): وهو مجموعة القواعد القانونية التي يجب إتباعها من أجل القيام بإثبات الجرائم والبحث عن مرتكبيها، والمتابعات والملاحقات القضائية، والتحقيق في القضايا والحكم فيها.
- أما القانون الخاص الداخلي فهو يحتوي على عدة فروع وأهمهم:
- \* القانون المدني: الذي هو يمثل القانون العام إذ غالباً ما استمدت منه فروع القانون الأخرى مفاهيم أو قواعد عامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد ما لم يحكمها نص قانوني في فرع آخر من فروع القانون الخاص تأسيساً على قاعدة "الخاص يقيد العام" (مثلاً: القانون التجاري — قانون العمل).
- أما قواعد القانون المدني نفسه، فهي تعالج تنظيم الحقوق الخاصة التي يمكن أن يباشرها الأفراد في علاقاتهم فيما بينهم (حالة وأهلية الأشخاص، الذمة المالية، العقود...).
- \* القانون التجاري: وهو يحتوي على جميع القواعد القانونية المتعلقة بالتصرفات التجارية، التجارة، المحلات التجارية، الإجراءات التسوية القضائية، الشركات التجارية...
- \* القانون البحري: وهو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية بما فيها نقل المسافرين والبضائع بحرا.
- \* القانون الجوي: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن النشاط الإنساني في الغلاف الجوي، حيث تكون أداته الرئيسية هي الطائرة وخاصة الطيران التجاري...
- \* القانون الدولي الخاص:

- \* قانون العمل: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين المستخدمين والمستخدمين، كما يسير علاقات العمل بما فيها صلة هؤلاء ببعضهم، والأجور.
- \* قانون الإجراءات المدنية: وهو مجموعة القواعد القانونية التي من شأنها أن تنظم سير الدعاوى المدنية أو التجارية من البداية إلى النهاية (التحقيق في القضية، إجراء الخبرات، البحوث، الطلبات العارضة، طرق الطعن العادية وغير العادية...).

## 4- المدخل إلى علم القانون:

من المعروف أن المدخل إلى أي علم من العلوم يقصد به تعريف هذا العلم و بيان الخصائص التي يتميز بها عن غيره من العلوم الأخرى، مع تقديم المبادئ الأساسية فيه و شرح الأفكار الرئيسية و بعرض القواعد العامة التي يقوم عليها، و بتعبير آخر نقول أن المدخل أي علم هو هيكله الخطوط العريضة لذلك العلم لتكون بمثابة الأساس المتين المترابط الذي يسهل للدارس أن يستوعب تفاصيل ذلك العلم عند الدخول إلى فروع و تقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفاصيل.

ومن هذا المنطلق نقول أن المدخل إلى علم القانون هو دراسة تمهيدية و شرح للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية. وهذا يعني ابتداءً أن المدخل إلى علم القانون ليس مرتبطاً بفرع معين من فروع القانون التي تنتظم جميعها في إطار عام هو النظام القانوني للدولة، لأنه يرتبط بكل فروع النظام القانوني، فهو يمهد للفروع القانونية جميعها.

## مدخل العلوم القانونية

ولكن مع التسليم بصحة هذا الرأي، فقد جرى العمل على أن دراسة المدخل إلى علم القانون تلحق بالقانون المدني، وذلك تأسيساً على أن القانون المدني هو القانون العام حيث أختص بنصيب الأسد فيما يتعلق بالنص على أغلب المبادئ و القواعد العامة التي تدخل الدراسة التمهيدية للقانون.

ونستخلص من هذا إلى القول بأن النظام القانوني في أي دولة بما يشمله من القانون العام والقانون الخاص بفروعهما، يقوم على أسس و مبادئ و نظريات عامة، تستخدم فيها تعبيرات ومصطلحات قانونية مشتركة، لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهي موضوع الدراسة دائماً في المدخل إلى العلوم القانونية، وهي التي تتضمنها بوجه عام النظريتان الآسيتان وهما النظرية العامة في القانون والنظرية العامة في الحق، ولهذا ستكون هاتان النظريتان هما موضوع هذه الدراسة.

## النظرية العامة للقانون

### خصائص و أهداف القاعدة القانونية

#### المبحث الأول: خصائص القاعدة القانونية

في تعريف القانون تبين لنا بأن القواعد القانونية تنظم العلاقات التي قد تكون بين فرد وآخر وقد تكون بين الدولة والأفراد وهذا في مجال من مجالات الحيات الاجتماعية أي تنظيم نشاط معين لجماعة أو لفرد كما أنها تنظم سلوك الأشخاص في حياتهم اليومية.

ونستخلص من هذا أن القاعدة القانونية هي قاعدة للسلوك الاجتماعي والتي تضمن السلطة العمومية احترامها وتنفيذها من جميع المخاطبين بها حيث هذا الالتزام يتجسد في الجزء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعدة أو يخالفها وهذا الإلزام هو العنصر الذي يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد (الأخلاقية — تهذيبية — الشرف). وبما أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا محمدا بذاته فهي عامة وبمجردة، وبما أنها معمولاً بها مدى حياتها وكل ما توفرت شروطها فهي دائمة.

#### المطلب الأول : القاعدة القانونية عامة و مجردة.

تعتبر القاعدة القانونية الخلية الأساسية في القانون وما هي إلا خطاب صاغه المشرع بتعابير مجردة، حيث أنها لا تخص شخصا معينا أو طائفة محددة بذاتهما، 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. وعمومية القاعدة القانونية هي ضمان ضد كل تمييز بين الأشخاص.

**مثلا:** تنص المادة 350 من قانون العقوبات على أن " كل من احتلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب " و عبارة " كل من " يقصد بها " أي شخص " أو " أي كأن هذا الشخص ". إذا فأى شخص قام باختلاس شيء مملوك للغير، أي أنه قد قام بتحويل شيء من حيازة الحائز الشرعي له إلى حيازته، ( أي الجاني ) يعد سارقا و تسلط عليه العقوبة المقررة لهذا الفعل ( السرقة )، إذا أصبحه عدم رضا الضحية.

فالقاعدة القانونية وضعت دون التنبؤ بمن سيكون هذا السارق، ولكن حددت شروط السرقة وعندما تتوفر هذه الشروط في فعل فيعد مرتكبه سارقا و يعاقب.

و بعبارة أخرى فالقاعدة القانونية وضعت مجردة من تحديد شخص بذاته أي دون التنبؤ مسبقا بمن تنطبق عليه.

#### المطلب الثاني : القاعدة القانونية ملزمة.

الإلزام يعني أن القاعدة القانونية واجبة الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها. فهي قد تفرض الالتزامات متعددة وعلى المعنيين بالأمر بتنفيذها إذا كانت القاعدة القانونية أمرية. ولكن إذا كانت القاعدة القانونية مكملة فيحوز للأشخاص الاتفاق على عكس ما قرره.

## مدخل العلوم القانونية

إذا، فالقاعدة القانونية الآمرة فهي ملزمة ووجه الإلزام هنا يتجسد في الجزاء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعدة أو يخالفها. والمقصود بالجزاء هو العقاب أو الإلزام على الالتزام والاحترام عن طريق استعمال القوة العمومية (درك الوطني وشرطة) والعدالة.

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

**أولاً:** الجزاء الجنائي : هو العقوبات وتدابير الأمن.

أما العقوبات الجنائية التي تلحق بمرتكبي الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات هي: الإعدام، والسجن المؤبد، السجن المؤقت، الحبس والغرامة.

أما تدبيراً لأمن الشخصية فمثل المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن، وتدابير الأمن العينية مثل مصادرة الأموال وإغلاق المؤسسات.

**ثانياً :** الجزاءات المدنية : وهي البطلان أي إبطال التصرف المخالف للقواعد الملزمة (أو العقد)، والتعويض على الضرر (مادي - جسدي - معنوي).

**ثالثاً :** الجزاءات الإدارية : التي تتمثل في إلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب قانوني، وتوقيع الإجراءات التأديبية على الموظفين الذين يخالفون القواعد القانونية، والمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، وإغلاق المحلات التجارية...

**المطلب الثالث :** استمرار القاعدة القانونية.

للقاعدة القانونية بداية (نشرها رسمياً في الجريدة الرسمية) ونهاية (إلغائها رسمياً عن طريق الجريدة الرسمية) ولا يمكن أن تبقى سارية المفعول إلى الأبد. وما يقصد باستمرار القاعدة القانونية هو تطبيقها المستمر أثناء وجودها كلما توفرت شروط تطبيقها.

**مثال:** قواعد قانون المرور تطبيقها يومي، أما قواعد قانون انتخاب رئيس الجمهورية لا يكون إلا كل خمسة سنوات في الحالة العادية.

**المبحث الثاني: التمييز بين القواعد القانونية وغيرها.**

لقد تكلمنا في البدايات عن أهداف القواعد القانونية، لكن توجد قواعد أخرى تتعلق أيضاً بالسلوك الاجتماعي وتشتبه بقواعد القانون مثل قواعد الدين وقواعد المجاملات وقواعد الأخلاق.

**المطلب الأول: قواعد الدين.**

في الديانات السماوية يرتبط الإنسان المؤمن بربه بعلاقات روحية وينتظم الدين عادة في قواعد من نوعين : الأولى قواعد العبادات والثانية قواعد المعاملات.

**أولاً :** قواعد العبادات.

تتعلق بعلاقات الفرد نفسه بخالقه مباشرة وتتمثل في الشهادة، والصلاة، والزكاة، والحج والصوم. وهذا النوع من القواعد لا تتدخل فيه قواعد القانون عن قرب وأن كانت تلمسه عن بعد، ومثل ذلك ما ينص عليه الدستور



## مدخل العلوم القانونية

بقوله: "الإسلام دين الدولة." و" لا مساس ببحرية المعتقد ولا ببحرية الرأي " ، وغير ذلك من نصوص قانون العقوبات التي تحمي إقامة الشعائر الدينية.

ونستخلص من ذلك أن هذا النوع من قواعد العبادات يعتبر مجالا شخصيا 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 هي ينفذ في الآخرة بعد الممات.

## ثانيا : قواعد المعاملات

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

والسؤال الذي يطرح نفسه هل تتطابق قواعد القانون والقواعد الدينية في تنظيم المعاملات ؟

في الواقع فإن المشرع 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 " وهو الشأن بخصوص قانون الأسرة(الزواج - الطلاق - النياحة الشرعية- الكفالة- الميراث - الوصية- الهبة- الوقف ...).

ولكن مجال المعاملات القانونية في عهدنا، مع تشعب نواحي النشاط الاجتماعي، يتسع كثيرا عن مجال المعاملات الدينية الأمر الذي معه تتزايد باستمرار مجالات المعاملات القانونية وقواعدها.

## المطلب الثاني : قواعد الأخلاق والمعاملات والتقليد

## أولا: قواعد الأخلاق

وهي قواعد سلوكية اجتماعية يحددها المجتمع وقد تتأثر الأخلاق بالدين وبالتقليد وبالمعاملات إلى حد كبير. وأحيانا قد تلتقي القواعد الأخلاقية بالقواعد القانونية، ومثل ذلك معاونة الغير في الدفاع عن نفسه وماله وهو جانب أخلاقي بالدرجة الأولى ومع ذلك تبناه المشرع وجعله قاعدة قانونية حيث أباح الضرب والجرح و القتل في سبيل حماية النفس، الغير و المال وذلك في المادة **39** الفقرة الثانية من قانون العقوبات، ونصها هو:  
"لا جريمة:

- إذا كأن الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

في موضوع آخر يوجب المشرع إغاثة الأشخاص ومساعدتهم أن أمكن ذلك : تنص المادة **182** فقرة **2** على ما يلي: " ويعاقب ... كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كأن إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير." ( أنظر أيضا المادة **451** فقرة **8** من قانون العقوبات...).

## مدخل العلوم القانونية

أما فيما يخص الجاملات والتقاليد الفرعية في المجتمع كتبادل التهاني في المناسبات السعيدة، ومبادلات شعور الحزن والتعزية في المناسبات المؤلمة، وتبادل التحية عند اللقاء، وغير ذلك من العادات المستقرة في ذهن الجماعة. فهذه القواعد الاجتماعية لم يهتم القانون بها، فمجالها يختلف عن مجال قواعد القانونية فلا يلتقيان.

## المبحث الثالث: تصنيف القواعد القانونية

جري الفقهاء نحو تقسيم القواعد القانونية علميا إلى عدة أنواع، تختلف باختلاف زوايا النظر إليها.

\* فمن حيث طبيعتها القانونية، تنقسم إلى نوعين: **عامة وخاصة**

\* ومن حيث صورتها: مكتوبة وغير مكتوبة

\* ومن حيث تنظيمها للحقوق: موضوعية وشكلية

\* ومن حيث قوتها الإلزامية: قواعد آمرة أو ناهية، وقواعد مفسرة أو مكملة.

## المطلب الأول: القواعد العامة والقواعد الخاصة

**القواعد العامة:** وهي التي يتضمنها عادة القانون العام بفروعه، أما القواعد الخاصة فهي التي يشملها القانون الخاص بفروعه. لقد استعرضنا هذا التقسيم في دراسة الفروع للقانون.

## المطلب الثاني: القواعد المكتوبة وغير المكتوبة

## أولا: القواعد المكتوبة

إذا كان مصدر القاعدة القانونية هو التشريع سواء كإن هو الدستور أو قانونا عاديا كالقانون المدني أو القانون الجنائي أو التجاري ... ، أو أمرا، أو مرسوما، أو قرارا، أو لائحة صدرت بناء على قانون، وتعتبر جميعها من قبيل القواعد القانونية المكتوبة لأنها تصدر وتنشر بالجريدة الرسمية، وتعلن للأفراد في صورة مكتوبة، وهي قد صدرت من الهيئة التشريعية.

## ثانيا: القواعد الغير مكتوبة

إذا نشأت أو تقررت القاعدة القانونية من غير طريق السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية المختصة قانونا بإصدارها، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد القانونية غير المكتوبة، ومثلها قواعد العرف، وأحكام المحكمة العليا للقضاء التي هي ملزمة للمحاكم وللمجالس القضائية.

أما بالنسبة للعرف، فإن المادة الأولى من القانون المدني، تنص على ما يلي: " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف." (الفقرة 2).

## المطلب الثالث: القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية

## أولا: القواعد الموضوعية

يقصد بالقواعد الموضوعية كل قاعدة تقرر حقا أو تفرض واجبا.

— ومثل ذلك ما تنص عليه المادة 351 من القانون المدني:

"البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق آخر في مقابل ثمن نقدي."

## مدخل العلوم القانونية

فهذه القاعدة موضوعية لأنها تقرر حقا للمشتري وهو نقل ملكية الشيء إليه، وتفرض على البائع واجب وهو نقل الملكية للمشتري، وفي نفس الوقت تقرر حقا للبائع وهو المقابل النقدي أي ثمن الشيء، وتفرض على المشتري واجب دفع الثمن للبائع.

\* ومثل ذلك ما تنص عليه المادة **386** من قانون العقوبات بقولها: "يعاقب ... كل من أنتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطريق التدليس".

فهذه قاعدة موضوعية، أيضا، حيث تفرض احترام ملكية الغير، وتسلب عقوبة، هي الحبس والغرامة كجزاء على من يتعدى على حق الملكية المقرر لصاحب العقار.

## ثانيا : القواعد الشكلية

فهي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن بها اقتضاء الحق المقرر، أو تقرير كيفية الالتزام بالقيام بالواجب. ومن أمثلة القواعد الشكلية معظم قواعد قانون الإجراءات المدنية: وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى المدنية واختصاصات الجهات القضائية المدنية.

ومن أمثلتها أيضا، أغلب قواعد قانون الإجراءات الجزائية: وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى العمومية واختصاصات الجهات القضائية الجنائية وكيفية تشكيل المحاكم، وطرق الطعن في أحكامها.

## المطلب الرابع : القواعد الآمرة والقواعد المفسرة

بالنسبة إلى القوة الإلزامية للقاعدة القانونية يمكن تقسيم تلك القواعد إلى قواعد آمرة أو ناهية وقواعد مفسرة أو مكملة.

## أولا : القواعد الآمرة والناهية

فهذه القواعد هي التي تتضمن خطابا موجها للأفراد بأداء عمل معين. فإذا كانت القاعدة القانونية تتضمن أمرا بالقيام بعمل فهي قاعدة آمرة. ومثالها ما نصت عليه المادة **61** من قانون الحالة المدنية (أمر رقم **20** الصادر في **19** فيفري **1970**). (يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان. وإلا فرضت العقوبة المنصوص عليها في المادة **442** بالفقرة الثالثة من قانون العقوبات).

أما إذا كانت القاعدة القانونية تتضمن نهيا عن أداء عمل معين، فهي قاعدة ناهية. ومثالها نص المادة **387** من قانون العقوبات التي تنهي على إخفاء الأشياء: "كل من أخفى عمدا أشياء محتلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في مجموعها أو جزء منها يعاقب...".

ومن ذلك يتضح أن القواعد الآمرة والناهية تتميز بأنها لا يجوز الاتفاق على عكسها، أي لا يملك الأفراد حق مخالفتها إيجابا أو سلبا، فهي ملزمة في الحالتين، ووجه الإلزام هو الجزاء (العقوبة) المقررة الذي يوقع على كل من يخالفها في الأمر أو في النهي على سواء.

## ثانيا : القواعد المكملة أو المفسرة

فيقصد بها القواعد التي تهدف إلى تنظيم مصلحة مشتركة أو مصلحة فردية للأشخاص فقط في الحالات التي يكون هؤلاء الأفراد غير قادرين على تنظيم علاقاتهم بأنفسهم وبالتالي للأفراد إذا تجاهلوا تلك القاعدة المفسرة ( أو المكملة )، بل يجوز لهم الاتفاق على عكس ما قرره.

لكن في بعض الحالات تكون هذه القاعدة ملزمة إذا لم يتفق المتعاقدين على عكسها حيث يصبح اتفاقهم ناقصا ويحتاج إلى تطبيق النص المفسر لإرادتهم، ويعتبرون ممن توافرت فيهم شروط تطبيق هذه القاعدة المكملة لإرادتهم بصفة إلزامية.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة **367** من القانون المدني بقولها : " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به بدون عائق و لو لم يتسلمه ماديا ..."، فهذا النص عبارة عن قاعدة مكملة (أو مفسرة) لإدارة المتعاقدين ( البائع والمشتري ) حينما لم يوجد اتفاق عن تسليم الشيء في مكان معين، أي أن المتعاقدين لم يعبروا عن إرادتهم بخصوص هذه النقطة بذاتها.

أما إذا كان اتفاق مسبق، فيتم التسليم في المكان الذي اتفق عليه المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة **368** من القانون المدني بقولها: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل عليه"

ولكن هذا النص بدوره، قد يعتبر قاعدة مكملة لإدارة المتعاقدين إذا حصل نزاع بينهم بخصوص الآونة التي أصبح فيها التسليم فعلي في حالة اتفاق على تصدير المبيع:

فقد يعتبر البائع بأن التسليم أصبح فعلي في الوقت الذي غادر فيه الشيء مخزنه، ولكن تفسير المادة **368** من قانون المدني لهذه النقطة أكد بأن التسليم يصبح فعلي عند " وصول " الشيء إلى المشتري، وهذا إلا إذا كان اتفاق على عكس ذلك.

## التمييز بين القواعد القانونية المكملة والعادة الاتفاقية

قد يقال إن هناك وجها للشبه بين العادة الاتفاقية والقاعدة القانونية المكملة من حيث أن كلا منهما يتعلق بتفسير أو تكملة إرادة المتعاقدين. فهل هذا صحيح أم لا ؟

فإذا كانت القاعدة القانونية المكملة لا تطبق إلا إذا تحقق شرط تطبيقها، وهو عدم اتفاق المتعاقدين على ما يخالف حكمها، فإن العادة الاتفاقية وهي لم ترق إلى مرتبة القاعدة القانونية لتخلف عنصر الإلزام فيه، لا تطبق إلا إذا انصرفت إرادته المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلى اشتراطها في اتفاقهما، أي أنها تستمد قوتها الملزمة من هذا الاتفاق، ثم إن القاعدة المكملة قاعدة قانونية على خلاف العادة الاتفاقية.

ويراعى مع ذلك أن العادة الاتفاقية قد تستمد قوتها الملزمة من التشريع، وذلك حين يحيل نص تشريعي إليها، فحينئذ يعتبر هذا النص أساس قوتها الملزمة لا انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقييد بأحكامها. وفي هذه الحالة تقترب من القاعدة القانونية المكملة بعنى أنها تطبق إذا لم يتفق على استبعاد حكمها، فهناك حالات تحيل فيها النصوص

## مدخل العلوم القانونية

التشريعية على العادات الاتفاقية بهدف تكملة أو تفسير إرادة المتعاقدين في شأن من الشؤون الخاصة باتفاقهما، فيرفع المشرع العادات إلى مستوى القواعد التشريعية المفسرة التي يجب تطبيقها بمقتضى هذه الإحالة باعتبارها كذلك . وفي هذا الصدد يستبعد الرأي الفقهي الذي يذهب إلى أن هذه الإحالة من شأنها أن ترفع العادة الاتفاقية إلى مرتبة العرف وإلى أنه يجب بمقتضى هذه الإحالة تطبيقها إن لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها سواء اتجهت إرادتهما إلى الأخذ بها أو لم تتجه إلى ذلك، بمعنى أن تطبيقها لا يكون رهينا بإرادة المتعاقدين شأنها في ذلك شأن القاعدة العرفية.

وسبب استبعاد هذا الرأي يتمثل في أنه يؤدي إلى القول بأن أساس قوة العرف الملزمة هو إرادة المشرع، مع أنه تم الإشارة بأن المشرع يخلق التشريع ولكنه لا يخلق العرف. ومنه لا يوجد هناك وجه للشبه بين العادة الاتفاقية والقاعدة القانونية المكتملة من حيث أن كلا منهما يتعلق بتفسير أو تكملة إرادة المتعاقدين.

## مصادر القاعدة القانونية

في تعريف القانون تبين لنا أنه يتكون من مجموعة قواعد قانونية التي هي تكون، بدورها ، النظام القانوني للدولة ويعني بذلك القانون الوضعي أي مجموعة القواعد القانونية السارية المفعول في الدولة ، أي القواعد التي تقرها الدولة. فهذه الفكرة الأخيرة تطرح سؤال : من هو مصدر القاعدة القانونية ؟.

فالمصدر، لغة ، يقصد به " الأصل " ، أما مصدر القانون كلمة لها عدة استعمالات حسب الهيئة التي تصدر عنها القاعدة القانونية : حيث أنه تصدر القاعدة القانونية عن سلطات متعددة ، فهذه السلطات البعض منها يعد القواعد القانونية مباشرة ويفرض احترامها، والبعض الآخر يكتف بتطبيق هذه القواعد وبتفسيرها. إذ يوجد نوعان أساسيان لمصدر القاعدة القانونية: مصادر أصلية ومصادر احتياطية أو تفسيرية.

### المبحث الأول : المصادر الأصلية للقاعدة القانونية.

يقصد بالمصادر الأصلية للقاعدة القانونية تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص سواء كأن عمومي أو خاص . وبصفة أدق فهذا التشريع هو القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة. والتشريع بهذا المفهوم يقصد به أنواعا ثلاثة على درجات متفاوتة من الأهمية وتفسير ذلك أنه يقصد بالتشريع كلا من الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة ، ثم التشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية ( م.و.ش + م.أ. ) ، ثم التشريع الفرعي أي المراسيم والقرارات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تحولها حق إصدارها.

### المطلب الأول : الدستور.

الدستور هو التشريع الأساسي أو التأسيسي للدولة ، فهو قمة التشريعات فيها ويتميز بخصيبي الثبات والسمو ويتضمن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ، ويحدد الهيئات والمؤسسات العامة واختصاصاتها وعلاقتها ببعضهما ، وينص على حريات الأفراد وحقوقهم في خطوط رئيسية عريضة ، ومنه تأخذ كافة القوانين الأخرى ، مستوحية مبادئه وأحكامه التي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها.

وأما الثبات يعني أن الدستور لا يتغير ولا يتعدل إلا في مناسبات قومية كبرى ولا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباعدة ، في حالات التغييرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكله مؤسستها العامة أو تبديل نظام الحكم أو النظام الاقتصادي فيها.

أما سمو يعني أنه يعلو على باقي قوانين الدولة ولا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصا تخالف المبادئ والقواعد الأساسية التي ينص عليها الدستور عادة ، وإلا اعتبر ذلك القانون المخالف له باطلا أي غير دستوري.

### أولا: الدستور الجزائري

صدر أول دستور جزائري الذي عمل به فعلا ، بالأمر رقم 76 - 97 في 22 نوفمبر 1976 بناء على موافقة الشعب الجزائري على مشروع الدستور المقترح من طرف جبهة التحرير الوطني ، بعد الإعلان الرسمي عن

## مدخل العلوم القانونية

النتائج النهائية للاستفتاء في 19 نوفمبر 1976. ثم عدل هذا الدستور في سنة 1989، ومرة ثانية في نوفمبر 1996.

ويتكون الدستور الحالي من 182 مادة موزعة على أربعة أبواب وكل منهما مقسم إلى عدة فصول.

## ثانيا : طرق وضع الدساتير.

تختلف الدول في طريقة إصدار دساتيرها ، وذلك بحسب ظروف كل دولة وبحسب الطرق التي أتبع في إصدارها من الناحية الشكلية ، وطرق إصدار الدساتير هي خمسة:

أ — المنحة : يصدر الدستور في شكل منحة عندما يرى الملك أو السلطان وهو صاحب السيادة المطلقة في دولة معينة ، أن يتنازل عن بعض سلطاته لأفراد شعبه أو لبعض الهيئات الشعبية، فيصدر قانونا أساسيا يحد من بعض سلطاته ويمنحها لرعاياه.

(الدستور المصري في سنة 1923. ملك فؤاد).

ب — التعاقد : يجتمع السلطان مع بعض الأفراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل الملك ( أو السلطان ) عن بعض سلطاته لصالح الشعب.

ج — الجمعية التأسيسية : ينتخب الشعب عددا من أفراده فيجتمعون في شكل لجنة أو جمعية أو هيئة ويراد بهم وضع دستور للدولة ، وما تقرره هذه الجمعية يصبح دستورا واجب النفاذ.

د — الاستفتاء : تقوم هيئة أو لجنة سواء أن كانت تشريعية أم تنفيذية أم سياسية تعيينها الحكومة القائمة لتقوم بوضع النصوص الدستورية في شكل مشروع للدستور ويعرض المشروع على الشعب ليبيدي رأيه فيه عن طريق الاستفتاء.

هـ — الطريقة الخاصة : تجمع هذه الطريقة بين مزايا الطريقتين السابقتين ، بمعنى أن الجمعية التأسيسية التي يختارها الشعب تضع مشروع الدستور ولكنه لا يصبح دستورا نافدا إلا بعد موافقة الشعب عليه في استفتاء عام.

## ثالثا : طرق تعديل الدساتير:

تنقسم الدساتير من حيث تعديلها إلى نوعين : مرنة وجامدة

أ — الدساتير المرنة : وهي التي يمكن تعديل نصوصها بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية

ب — الدساتير الجامدة : وهي التي يشترط لتعديلها اتحاد إجراءات خاصة ، ومنها اشتراط أغلبية كبيرة لاقتراح التعديل ، أو لإقرار ذلك التعديل.

## رابعا : طريقة تعديل الدستور الجزائري

نص الدستور على طرق تعديله في المواد 174 إلى 178

— لرئيس الجمهورية اقتراح تعديل الدستور.

— لثلاثة أرباع الغرفتين للبرلمان الحق في اقتراح تعديل الدستور.

— لرئيس الجمهورية الحق في التعديل المباشر للدستور دون وضع مشروع التعديل إلى استفتاء شعبي كما هو الحال

في النقطتين السابقتين ، ولكن هذا بعد موافقة 4/3 الغرفتين.

## مدخل العلوم القانونية

— وأخيرا نص الدستور على أن رئيس الجمهورية يصدر القوانين المتعلقة بتعديل الدستور .

## المطلب الثاني : القانون

يقصد بالقانون ( أو القوانين العادية ) كل التشريعات التي يطلق عليها لفظ المدونة ، أو لفظ التقنين ، أو القانون ، والذي تقوم عادة بوضعه السلطة التشريعية ( البرلمان ) في الدولة وهذا في شكل نصوص تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية المختلفة ( مثل : القانون المدني ، قانون الأسرة ، قانون العمل، قانون العقوبات ، القانون التجاري ، قانون الانتخابات، قانون الخدمة الوطنية...) .

ويطلق عليها القوانين العادية ، أو التشريعات العادية ، أو التقنيات الرئيسية لتمييزها عن القانون الأساسي أي الدستور من ناحية، وعن الأوامر ( ordonnance ) ، والمراسيم ( décret ) والقرارات التنفيذية واللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية والتي يعبر عنها بالتشريعات الفرعية أو الثانوية من ناحية أخرى . لما كان وضع القوانين العادية كقاعدة عامة من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة فمن البديهي أن يختص به البرلمان ( المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ) وذلك بحسب المادة 98 من الدستور الذي يتضمن أن يمارس السلطة التشريعية البرلمان الذي هو يُعد القانون ويصوت عليه.

فالتشريع العادي يمر عادة بعدة مراحل إجرائية وهي:

أ — **مرحلة الاقتراح** : يقصد بها أن يتقدم المجلس الشعبي الوطني أو الحكومة بعرض فكرة عن مشكلة تهم الأشخاص أو الدولة وتحتاج إلى تنظيم قانوني ، حيث تنص المادة 119 من الدستور على أن " لكل من رئيس الحكومة وأعضاء المجلس الشعبي الوطني حق المبادرة بالقوانين . "

وعادة يطلق على اقتراح النواب ( 20 نائب على الأقل) إسم " اقتراح قانون " ، ويطلق على اقتراح الحكومة إسم " مشروع قانون " . والفارق الوحيد بينها هو أن الاقتراح بقانون يحال إلى لجنة الاقتراحات بالمجلس لكي تصوغه في شكل قانوني لأن أغلب أعضاء المجلس لا تتوافر لديهم خبرة المصايغة القانونية أما المشروع بقانون المقدم من طرف السلطة التنفيذية فيحال مباشرة إلى المجلس ولكن بعد فتوى مجلس الدولة.

ب — **مرحلة التصويت** : عند إحالة الاقتراح إلى المجلس فإنه يعرض على لجنة متخصصة من لجأ المجلس لتقوم بدراسته وكتابة تقرير عن محتواه وغايته وتوصي بعرضه على المجلس لمناقشته.

ثم يعرض الاقتراح على المجلس الشعبي الوطني لمناقشته مادة بمادة حيث يجوز إدخال بعض التعديلات عليه . وبعد المناقشة والتعديل يعرض على المجلس الشعبي الوطني للتصويت عليه ، وعند الإقرار يحال الاقتراح على مجلس الأمة للتصويت عليه بأغلبية 4/3 أعضائه (م.120 دستور).

ج — **مرحلة الإصدار** : بعد موافقة البرلمان على نص الاقتراح ، يحال ذلك النص إلى رئيس الجمهورية ذلك النص إلى رئيس الجمهورية ليصادق عليه ومع ذلك لا يكون لهذا القانون نافذ المفعول إلا بإصداره . ويقصد بالإصدار أن يقوم رئيس الجمهورية بإصدار أمر إلى رجال السلطة التنفيذية التي يرأسها ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على



## مدخل العلوم القانونية

الواقع حيث أن السلطة التنفيذية مستقلة عن السلطة التشريعية التي لا تملك حق إصدار أوامر إلى رجال السلطة التنفيذية.

**د — مرحلة النشر :** بعد كل هذه المراحل التي مر بها القانون ، يلزم لسريانه أن يمر بمرحلة النشر.

فالنشر إجراء لازم لكي يصبح القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص ، ولن يكون كذلك إلا بإعلانه للعامة ، وذلك عن طريق نشره بالجريدة الرسمية ، وبمجرد نشره يعتبر العلم به مفروضا ، حتى بالنسبة لمن لم يطلع عليه أو لم يعلم به .

وحسم المشرع هذا الأمر بقاعدة عامة أوردها في المادة الرابعة (04) من القانون المدني بقولها :

"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 تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

**ملاحظة :** تترتب من جراء هذه المادة الرابعة (04) قاعدة عامة وهي : " الجهل بالقانون ليس عذرا " ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي شخص أن يعتذر عن مخالفته للقانون بعدم علمه بصورها.

أما بخصوص إنهاء العمل بقانون ، يتم هذا عن طريق الإلغاء ، أي إزالة نص قانوني للمستقبل وذلك باستبداله بنص قانوني جديد يتعارض معه صراحة أو ضمنا.

**المطلب الثالث : التشريعات الاستثنائية**

في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية حالة الطوارئ أو الحصار ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستثبات الوضع (م. 91 دستور).

وإذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم ... يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية في اجتماع للهيئات العالية للدولة ، أي بعد استشارة رئيس البرلمان ( م.ش.و+ م.أ ) والمجلس الدستوري وبعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء . وتحول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن تُتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الجمهورية (م. 93 دستور).

وفي حالة الحرب يوقف الدستور ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات (م. 96 دستور).

ومفاد هذه النصوص أن رئيس الجمهورية يباشر بنفسه السلطة التشريعية في كل هذه الحالات وتكون له بالتالي سلطة وضع القوانين وإقرارها وإصدارها.

**المطلب الرابع : التشريعات التفويضية**

كما نشير إلى أنه في حالة شعور البرلمان أو فيما بين دورة وأخرى من دورات البرلمان يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بإصدار أوامر تعرض على البرلمان في أول دورة مقبلة ( م. 124 دستور).

## مدخل العلوم القانونية

ومفاد ذلك أن الدستور يفوض رئيس الجمهورية في إصدار أوامر تكون لها قوة القانون وهذا في فترات غياب السلطة التشريعية عن العمل. وتعتبر هذه الأوامر الأخيرة لرئيس الجمهورية من التشريعات التفويضية.

**المطلب الخامس: التشريعات الفرعية**

يطلق على التشريع الذي يصدر من السلطة التنفيذية في الظروف العادية ، الذي يصدر من السلطة التشريعية كمبدأ عام ، أو من رئيس الجمهورية كتشريع تفويضي.

وتكون هذه التشريعات الفرعية في شكل لوائح تنفيذية لا تفرق عن القانون الصادر من السلطة التشريعية لأنها قواعد اجتماعية عامة ومجردة وملزمة لجميع الأشخاص المخاطبين بها الذين تنطبق عليهم الشروط الموضوعية التي تنص عليها اللائحة بناء على قانون.

ويختلف القرار اللائحي عن القرار الفردي الذي يتعلق هو بشخص معين بذاته ( كتنظيفه في عمل ) كما يختلف القرار اللائحي عن القرارات التنظيمية التي تتعلق بأفراد معينين أو أشخاص معينين ( كفتح محلات تجارية ) أو بتنظيم حالة معينة وموقف (تنظيم المرور في الشارع ) وتعتبر هي كلها إدارية. أما اللوائح التنفيذية وما في حكمها فيمكن حصرها في ثلاثة أنواع ، هي اللوائح التنظيمية ، واللوائح التنفيذية، ولوائح الأمن والشرطة.

**أولا : اللوائح التنظيمية.**

يقصد بها اللوائح والقرارات والأوامر التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها أو تشرف عليها الدولة.

وتستند السلطة التنفيذية في إصدارها إلى نص دستوري يجيز لها ذلك ومثلها ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور بقولها : " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

وهذه المسائل المخصصة للقانون ( أي البرلمان ) تنص عليها المادة 122 و 123 من الدستور.

ويقوم رئيس الجمهورية بعمله التشريعي عن طريق المراسيم الرئاسية ( م. 77 ف. 6 وم. 77-78 دستور ).

ومن المعلوم أن رئيس الجمهورية لا يباشرها بنفسه بل يضطلع بها رئيس الحكومة ، ( م. 87 دستور : كتعيين أعضاء الحكومة ، ورؤساء الهيئات الدستورية ، الصلاحيات المنصوص عليها في المواد : 77- 78- 91- 93 إلى 95- 97- 124- 126- 127 و 128 ) ، وبدوره قد يضطلع بها رئيس الحكومة كل وزير حسب اختصاصه ( قرار وزاري - أو قرار مشترك).

**ثانيا: لوائح الأمن والشرطة**

يطلق عليها لوائح الضبط أو لوائح البوليس ، ويقصد بها تلك القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بغرض صيانة الأمن والسكينة والصحة وتمثلها لوائح تنظيم المرور ولوائح المحلات العامة ، ولوائح مراقبة الأغذية ، ولوائح المحافظة على الصحة العامة....

## مدخل العلوم القانونية

وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من رئيس الحكومة أو من الوزراء ، أو مديري إدارات الأمن والصحة .... كل في دائرة اختصاصه طبقا لنصوص دستورية.

**ثالثا : اللوائح التنفيذية**

لا يمكن للسلطة التنفيذية إصدار هذه اللوائح تلقائيا وإنما تقوم بإصدارها في حالة صدور قانون عادي وضعته السلطة التشريعية ونصت في ذلك القانون على تحويل الوزير المختص بإصدار اللائحة التنفيذية لذلك القانون ، لأنه أقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحسب الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه.

**المبحث الثاني : المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية**

المصادر الاحتياطية هي التي يلجأ القاضي إليها أن لم يجد نصا في التشريع الوضعي ينطبق على النزاع المطروح أمامه.

لقد نص المشرع في المادة الأولى من القانون المدني على تلك المصادر بحسب أولويتها وأهميتها : " وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".  
فالقاضي مجبر أن يبحث في المصدر الأول ولا يكون للقاضي أن يبحث في المصدر الثاني إلا بعد التأكد من أن المصدر الأول خال تماما من القاعدة التي تحكم النزاع الذي هو بصدده ، وهكذا بالنسبة للمصدر الثالث.

**المطلب الأول : الشريعة الإسلامية**

الشريعة الإسلامية هي القواعد الدينية بوجه عام ، أي القواعد الإلهية التي أبلغت للناس عن طريق الوحي إلى النبي محمد ( ص.س ) ، وتلك القواعد السماوية إما أنها تنظم علاقة الفرد بربه ، وإما أن تنظم علاقته بغيره من الناس ، ولهذا يقال بأن القواعد الدينية تكون دائما أوسع نطاقا من القواعد القانونية لأن مجال تطبيقها أوسع بكثير.  
فالعلاقات للفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون وبالتالي هي التي يمكن أن تطبق فيها القواعد الدينية إذا لم توجد قواعد قانونية.

مع ظهور الإسلام كانت الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي والرسمي لكل القواعد القانونية ، خصوصا في الدول العربية الإسلامية وكأن لا يستثنى منها إلا غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إذ تركوا خاضعين لقوانينهم الدينية ( اليهود والمسيحيين ).

وبعد ذلك انتزعت دائرة المعاملات المالية من نطاق تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية وصارت تخضع لنصوص القانون الخاص بها. وبذلك أصبح مجال تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية قاصر على الأحوال الشخصية للمسلمين ، ثم صدرت قوانين الأسرة والأحوال الشخصية فأصبحت هي الواجبة التطبيق باعتبارها قواعد قانونية لا باعتبارها قواعد دينية مع أنها مأخوذة عن القواعد الدينية.

وواقع الحال أن الشريعة الإسلامية تعتبر أصلا تاريخيا لقواعد قانونية مدنية كالشفعة والوقف والموارث والوصية، والأحوال الشخصية.

**المطلب الثاني : العرف**

هو مصدر من مصادر القانون وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في مجتمع معين . والعرف لا يزال له المركز الأول في بعض المجتمعات كالبدو، وسكان الصحاري ، وللعرف مركزه وقوته في بعض المجالات مثل مجال التجارة حيث تسود أعراف متعددة تحكم التعامل التجاري بنوع خاص . وفي القانون الدولي العام يعتبر العرف المصدر الأول وكذلك يعتبر أحد مصادر القانون الدولي الخاص.

**أولاً : مزاياه**

هو التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه. والعرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه.

**ثانياً : عيوبه**

- \* غموضه وعدم تحديد مضمونه وسريانه.
- \* يتطلب وقتاً طويلاً لظهوره ونموه واستقراره.
- \* أنه قد يختلف من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجب في الدولة.

**ثالثاً : أمثلة لقواعد عرفية**

- \* رد الهدايا التي تقدم أثناء الخطبة في حالة فسخها.
- \* حق الزوجة في حمل اسم زوجها.
- \* حق الأرملة في حمل اسم زوجها المتوفى.

**رابعاً : شروط القاعدة العرفية**

- \* أن تكون القاعدة معمولاً بها منذ زمن طويل.
- \* أن تكون القاعدة مستمرة ومستقرة أي يتكرر التعامل بها.
- \* أن تكون عامة ومجردة.
- \* أن يألف الناس احترامها والالتزام بها.
- \* إلا تكون هذه القاعدة مخالفة للنظام العام أو لنص تشريعي.

**المطلب الثالث : القانون الطبيعي وقواعد العدالة.**

لما كان القانون يلزم القاضي بالفصل في كل نزاع يعرض عليه ، إذ لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه ، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ، لهذا يلجأ المشرع دائماً إلى أن يضع أمام القاضي وسيلة تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص قانونية خاصة ، وتلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل.

— فالقانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع أنساني.

## مدخل العلوم القانونية

ويعرفه البعض بأنه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسْمَى صورها. "

— أما العدالة تعني ضرورة التسوية في الحكم ، على الحالات المتساوية . والعدالة تقضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع واحد . وعند الحكم على حالة معينة يجب أن تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم ، على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الإنساني ، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة. من هذين التعريفين نتبين أن مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما ولذلك فأن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما شيء واحد ولهذا يستعمل التعبيرات كمترادفين لا فرق بينهما. وبعبارة أخرى فالقانون الطبيعي متصل بالكائن البشري إذ يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الإنسان وغايته في العالم . ( أمثلة : العدالة ، النزاهة ، احترام الوعد ، الحاجة إلى الأمن والاستقرار ، اقتران الأجناس ( بشري — حيواني) ، العناية بالنسل ، حماية الضعيف ، محبة الغير ، التصديق على المحتاج. )... ولقد عبر عنه اليونانيون بثلاث حكم:

"الحياة شريف" — "عدم الإساءة إلى الغير" — "المنح لكل واحد مستحقه."

وخلاصة القول أن قواعد القانون الطبيعي والعدالة لا يلجأ القاضي إليها إلا إذا استعصى عليه تطبيق نص تشريعي ، ولم يجد حكما لموضوع النزاع في المصادر الأخرى.

## المطلب الرابع : آراء الفقهاء وأحكام القضاء

تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني تعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ومعنى ذلك أن آراء الفقهاء وأحكام القضاء ليست مصادر القانون. ولكن ذلك لا يمنع من اعتبارهما مصدرين تفسيريين للقانون.

أما الفقه هو ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية.

أما المقصود بأحكام القضاء فهو ما يصدر عن المحاكم على اختلاف درجاتهم من أحكام في الدعاوي التي تعرض عليها . وأحكام القضاء ليست إلا تفسيرا للقانون من الناحية العملية أي التطبيقية ، ويأخذ القضاء بالتفسير النظري لكي يطبقه عمليا.

فأحكام المحكمة العليا للقضاء هي ملزمة للمجالس القضائية والمحاكم ، كما أن أحكام المجالس القضائية ملزمة للمحاكم ، حيث تعتبر تفسيرا للقانون وعرفا قضائيا . وبهذا نقول أن الفقه والحكام القضائية تعتبر مصدرا رسميا للقانون.

## مدخل العلوم القانونية

وكخلاصة لهذا الفصل الثاني ، نقول أن القواعد القانونية أيا كآن نوعها ، إذا كانت واضحة مستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى التفسير ، بل ولا يجوز محاولة تأويلها لمدلول آخر غير مفهومها الواضح. ولكن عندها يكون النص القانوني غير واضح الدلالة أو شابه عيب، فيلجأ للتفسير، وهو ما سنراه في الفصل التابع.

## مجال تطبيق القانون

أن القوانين بعد إصدارها ونشرها تصبح نافذة سارية المفعول بحيث يمكن تطبيقها على الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط الواردة في نصوص التشريع.

غير أن تطبيق هذه القوانين قد يطرح مشكلة تنازع القوانين ، وهو تواجد قاعدتين تشريعتين ، أو أكثر ، صادرة عن سلطات مختلفة ، أو عن نفس السلطة ، وذلك لتطبيقها على نفس الواقعة القانونية.

وفي حالة ما إذا القواعد القانونية صادرة عن سلطات مختلفة ، أي عن سيادات مختلفة (دول أجنبية ) فنحن بصدد تنازع القوانين من حيث المكان ويتعلق الأمر بتواجد أجنب في دولة غير دولتهم ( قانون دولي خاص ) وأما إذا كانت القواعد القانونية صادرة عن نفس السلطة ( التشريعية ) ، فنحن أمام تنازع القوانين من حيث الزمان الذي هو يحدث عند تواجد قانون قديم وقانون جديد كل واحد منهما يحكم نفس الواقعة القانونية.

## تطبيق القانون من حيث الأشخاص

### أو مبدأ عدم الجواز الاعتذار بجهل القانون

أن هذا المبدأ يتصل بنفاذ القانون وبعمومية القاعدة القانونية ويثار السؤال هل القانون من يوم نشره في الجريدة الرسمية يكون نافذا في مواجهة الجميع أو يجوز للبعض الاعتذار بجهله، وبالتالي يطبق القانون على البعض فقط؟ وهل يختلف مضمون هذا المبدأ باختلاف نوع القاعدة القانونية، وعليه يجوز الاعتذار بجهل القواعد المكتملة بينما لا يجوز ذلك بالنسبة للقواعد الآمرة. ولا بد أيضا من تقدير مدى صحة وقيمة الاستثناءات التي يوردها البعض لاستبعاد تطبيق مبدأ الاعتذار بجهل القانون.

### المبحث الأول: مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون وتبريراته

#### المطلب الأول: أساس المبدأ

يعتبر القانون نافذا في حق الأشخاص بعد نشره في الجريدة الرسمية، فبعد إصدار القانون ونظرا لاستحالة إحاطة جميع الناس الذين يعيشون في دولة معينة علما بصدوره، افترض علم جميع الناس بالتشريع منذ نشره في الجريدة الرسمية، فلا يجوز بعد هذا لأي شخص الاحتجاج بعدم علمه بالقانون بسبب مرضه، أو غيابه مثلا، فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقوم على قرينة مفادها افتراض علم الأشخاص به من يوم نشره. وقد أثير نقاش في الفقه حول ما إذا كان افتراض العلم بالقانون يقوم على قرينة قانونية تجعل من أمر محتمل الوجود أمر ثابتا أو هي مجرد حيلة قانونية تجعل من أمر غير صحيح، صحيحا ذلك لاستحالة علم جميع الأشخاص بالقوانين نظرا لكثرتها وتعددتها اليوم، فيستحيل على الشخص العلم بها حتى لو تم نشرها.

فيعتبر هذا المبدأ مجرد حيلة لإلزام الناس بالقانون، ويذهب البعض الآخر إلى أنها قرينة قانونية طالما يوجد احتمال في أن يعلم بعض الأشخاص بالقاعدة فلا يشترط علم جميع الناس بها، فالقوانين القانونية تقوم على الاحتمال لا على اليقين، وهذا الاحتمال يتحقق فعلا بنشر التشريع في الجريدة الرسمية، إذ من المحتمل اطلاع الكافة عليه. وعندما يصبح هذا الاحتمال مستحيلا، كحدوث قوة تمنع من توزيع الجريدة الرسمية في منطقة معينة فيستحيل هنا تطبيق القاعدة، وتنص المادة 4 مدني جزائري على مايلي: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية."



## مدخل العلوم القانونية

وتكون 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 تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة"<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: تبريرات المبدأ

هناك من يبر المبدأ على أنه بتحديد تاريخ واضح يصبح القانون نافذا في مواجهة الجميع تتحقق المساواة بين الناس، فلا يستطيع الشخص مهما كان نفوذه استبعاد تطبيق القانون، لكن يرى البعض أن فكرة المساواة لا تتحقق بتطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل للقانون ذلك لأنه إذا كان الجهل من رجل متخصص فلا جزاء عليه، مثال ذلك جهل القضاة للقانون أحيانا، والدليل على ذلك أنه كثيرا ما تقر المحكمة العليا سوء تطبيق القانون من طرف المحاكم الدنيا، ولا يمكن تبري ذلك على اعتبار الطعن بالنقض جزاء على مخالفة القضاة للقانون لأنه قد يبأس الأشخاص ولا يطعنون بالنقض فيصبح الحكم الصادر عن جهل القاضي للقانون نهائيا وبالتالي لا يوجد جزاء حقيقي لسوء تطبيق القاضي للقانون.

لكن يظل المبدأ أساسيا، تبره الضرورة الاجتماعية فما الفائدة من وضع قوانين إذ أمكن للأشخاص استبعادها، فالمبدأ مرتبط بالفائدة والأهمية من وجود القانون ذاته، فاستقرار المجتمع يفرض وضع تاريخ معين يعتبر فيه القانون ساري المفعول، إذ من المستحيل حمل القانون إلى علم الأفراد واحدا واحدا كما أن تطبيق القانون يتعطل لو تركنا المجال لكل شخص لإثبات جهله به.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني: نطاق تطبيق المبدأ واستثناءات الواردة عليه

يسري هذا المبدأ في نطاق القانون العام والخاص. ويرى كذلك على جميع القوانين أيا كان مصدرها، سواء التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية، فلا يستطيع الشخص الاعتذار بجهله بقواعد الشريعة الإسلامية لاستبعاد تطبيقها عليه، وكذلك القواعد العرفية متى إستقرت وصارت ملزمة، فلا يمكن استبعاد تطبيقها إلا بالاتفاق المسبق بين المتعاقدين على عدم تطبيقها، إلا أنه لا يمكن الدفع بالجهل بها عند تطبيق القاضي لها في حالة عدم الاتفاق على استبعادها.

ويطبق المبدأ بالنسبة للقواعد القانونية الآمرة والمكملة، وهناك من يرى جواز الاحتجاج بالجهل بالقواعد المكملة وهذا الرأي مؤيد للرأي القائل بعدم إلزامية القواعد المكملة، ولكن هذا القول يؤدي إلى فقد القاعدة المكملة أهميتها، إذ ما الفائدة من وجود قواعد مكملة إذا أمكن للأفراد استبعادها في أي وقت، سواء قبل الإتفاق أو بعده، والحقيقة أن القاعدة المكملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها وقت التعاقد ولكن لا يجوز لهم استبعادها بعد التعاقد.

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مدخل العلوم القانونية (نظرية القانون)، الرغبة الجزائر، 2000، ص120

<sup>2</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص:121

## مدخل العلوم القانونية

فإذا قام نزاع بين المتعاقدين ولم يكن قد اتفقا على مسألة ترك لهم المشرع الخيار في الاتفاق بصددها، كمكان أو زمان تسليم البضاعة، فتكون المفاضلة للشخص الذي يتمسك بتطبيق القاعدة المكملّة من غيره وإلا فما الداعي إلى وجود هذه القاعدة أصلاً؟.

ففي حالة عدم اتفاق المتعاقدان على ما هو مخالف للقاعدة المكملّة تطبق هذه القاعدة إلزامياً ولا يجوز لأحدهما بعد ذلك الادعاء بجهله لها.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: الاستثناءات من المبدأ

## أولاً: الغلط في القانون

لقد نص المشرع في المادة 83 مدني على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط في القانون أن يبطل إبطال العقد متى كأن هذا الغلط هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد.

فالعيب في الإرادة يتحقق سواء كأن الغلط في واقعة من الوقائع كمن يشتري تحفة ظنا أن لها قيمة أثرية ثم إتضح له خلاف ذلك، وقد يكون الغلط في القانون أي غلط ينصب على جهل المتعاقد لحكم القانون في مسألة معينة، فيتعاقد وفقاً لذلك كأن يبيع الزوج نصيبه في الإرث ظناً أنه يرث الربع ثم إتضح له أن نصيبه النصف لعدم وجود فرع وارث للزوجة، فالمتعاقد تعاقد نتيجة غلط في القانون ويكون له الحق في طلب إبطال العقد.

## ثانياً: دفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية

أن الجهل بالقانون الجنائي لا يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الجنائية عن الشخص فإذا صدر قانون جنائي فعلاً كأن مباحاً معاقباً عليه، فلا يستطيع الشخص في نفي المسؤولية عن نفسه القول بأنه كأن جاهلاً للقانون الذي أصبح يعاقب على الفعل الذي قام به.

لكن هل يجوز للشخص دفع المسؤولية الجنائية عنه لأنه كأن جاهلاً بالقاعدة المدنية التي تتضمن أن من عثر على كتر في أرض الغير يملك نصف الكتر ومالك الأرض يملك النصف الآخر، وأن من إستولى عليه كله يعتبر قد اختلس؟.

ير القضاء الفرنسي ذلك بأن الشخص لم يختلس الكتر كله معتمداً على أن جهله بالقانون المدني أدى إلى أنتفاء القصد الجنائي لديه، وبالتالي انتفاء المسؤولية الجنائية عنه.

وهناك من اعتبر ذلك استثناءً من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون إذ أن الذي أوصل المتهم إلى نفي القصد الجنائي عنه هو تمسكه بالجهل بالقانون المدني ولو كأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مطلقاً لما أمكن للمتهم تمسكه بالجهل بالقانون ولكن ترى غالبية المؤلفين أن ذلك لا يعتبر استثناءً من المبدأ لأن القصد الجنائي ركن من أركان الجريمة وبالتالي انتفاء هذا الركن عند المتهم ترفع المسؤولية عنه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 121-122

<sup>2</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 124

## ثالثاً: قاعدة الغلط الشائع يولد الحق

إذا توافرت شروط الغلط الشائع من حسن نية الغير ووقوعه في خطأ شائع وإثباته لذلك بتقديم العناصر الكافية التي أوقعتة في الخطأ فالمراكز والحقوق التي نشأت خلافاً للقانون تبقى قائمة وذلك لحماية للأوضاع الظاهرة. وقد ذهب البعض إلى أن القول بأنه في اليوم الذي يتغلب فيه صاحب السند الظاهر على صاحب السند الحقيقي، تكون هناك نظريات قانونية ولكن لا يبقى للقانون المدني وجود. وهذا القول يعني أن حماية الأوضاع الظاهرة كلها تؤدي إلى السماح للأشخاص بالتمسك بواقع مخالف للقانون، فيصبح تصرف الوارث والمالك الظاهر والدائن والوكيل الظاهر صحيحاً على خلاف القانون، بحيث يجوز لمن تعامل مع هؤلاء التمسك بالغلط الشائع. ويحمي القانون هذه الأوضاع الفعلية لاعتبارات تتعلق باستقرار المعاملات، ويؤدي فعلاً إلى الإبقاء على مراكز مخالفة للقانون وبالتالي يستبعد فيه مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 125

## تطبيق القانون من حيث المكان

### المبحث الأول: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي ويقابل هذا المعنى عدم سريان هذه القاعدة القانونية في خارج حدود الدولة.<sup>1</sup>

ونظرا لتعلقه بسيادة الدولة على إقليمها فيتسع مجاله في إطار القانون العام لأن قواعده تتعلق بأمن الدولة وسيادتها، لذا يسري هذا المبدأ في مجال القانون الدستوري والمالي والإداري وقوانين المرور والأمن. كما يسري في مجال القانون الجنائي إذ تقضي المادة 1/3 عقوبات: " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على أراضي الجمهورية".

كما تخضع المسائل المتعلقة بالحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون موقع العقار، ويخضع شكل العقود لقانون البلد الذي تمت فيه.

ويلاحظ أيضا أنه يطبق مبدأ إقليمية القوانين في كل الحالات التي يؤدي فيها تطبيق مبدأ شخصية القوانين إلى تطبيق قانون أجنبي متى كانت أحكام هذا القانون الأخير مخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر وهذا ما تضمنته المادة 24 مدني.

وترد على هذا المبدأ استثناءات منها:<sup>2</sup>

**أولاً:** جرى العرف الدولي على إعفاء رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين وزوجاتهم وأفراد أسرهم المقيمين معهم كما يعفي مندوبو الدول في الهيئات الدولية من الخضوع للقانون الوطني.

**ثانياً:** يجوز أن يكلف أجنبي بالحضور أمام المحاكم الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائرين وهذا ما تضمنته المادة 2/10 من قانون الإجراءات المدنية.

**ثالثاً:** أن بعض الحقوق المنصوص عليها في الدستور خاصة بالوطنيين فقط كحق الانتخاب والتعليم والترشيح و الحق النقابي، وبعض الالتزامات أيضا كالتزام بدفع الضرائب، وبأداء الخدمة الوطنية... إلخ فهذه المسائل تتعلق بسيادة الدولة لهذا تخص الوطنيين دون الأجانب الموجودين في الدولة، فلا يطبق مبدأ إقليمية القوانين في هذا الصدد.

### المبحث الثاني: مبدأ شخصية القوانين

أن احتفاظ الدولة بسلطتها على رعاياها الموجودين في الخارج يفرض تطبيق مبدأ شخصية القوانين، فتمتد القاعدة القانونية إلى الخارج لتسري على رعايا الدولة.

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص: 229

<sup>2</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 116

## مدخل العلوم القانونية

كما أن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين يقتضي عدم تطبيق القانون الوطني في مسائل معينة على الأجانب المقيمين داخل الدولة، فيخضع الأشخاص أينما وجدوا لقانونهم الوطني في مسائل الحالة المدنية وأهليتهم العامة والزواج والنفقة والأحكام الخاصة بالولاية، والوصاية، والميراث والوصية، وهذا ما نصت عليه الوارد من 10 إلى 16 من القانون المدني الجزائري.

والحقيقة هي أن حق الدولة في السيادة على الأشخاص الذين يحملون جنسيتها حق يفتقر إلى الفاعلية كلما اصطدم بحق دولة أخرى في السيادة على إقليمها.

ولكن جرى تسامح الدول بعضها لبعض عن مبدأ إقليمية القوانين ذلك لأن هناك مسائل مثل مسائل الأحوال الشخصية لا يمكن تطبيقها على الأجانب لأنها شديدة الصلة بتقاليد معينة وبالدين، وثقافات معينة تلائم عادات وأخلاق كل مجتمع على حدة، فيجري تطبيق قانونهم الشخصي بصدها، غير أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي على الأجانب المقيمين في الدولة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وهذا ما تضمنته المادة 24 قانون مدني جزائري.<sup>1</sup>

## المبحث الثالث: مبدأ امتداد القوانين أو التطبيق العيني للقانون

يقضي هذا المبدأ بسريان القانون الوطني على الأشخاص أو الأفعال خارج إقليم الدولة سواء كان مرتكبوها وطنيين أو أجانب، وذلك بالنظر إلى نوع الجريمة، لهذا يسمى هذا المبدأ بالتطبيق العيني للقانون، إلا أنه لا يأخذ بعين الاعتبار جنسية الأشخاص مرتكبي الجريمة بل يأخذ فقط بعين الاعتبار نوعا معيناً من الجرائم، فإذا كانت الجرائم تخل بأمن الدولة واقتصادها، كجرائم التزوير في النقود والأوراق الرسمية فيطبق القانون الوطني بصدها، ويعد هذا المبدأ استثناء من مبدأ إقليمية القوانين لأن الجريمة ترتكب في الخارج ولكن يطبق عليها قانون البلد المتضرر أو الذي كان من الممكن أن يتضرر منها، ويعد أيضاً استثناء من مبدأ شخصية القوانين إذ يطبق قانون الدولة المتضررة على المجرم سواء كان أجنبياً أو وطنياً.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 117

<sup>2</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 118

## تطبيق القانون من حيث الزمان

أن الأصل في تطبيق القوانين هو أن القانون يكون دائما واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية. والمألوف في كل مكان وزمان أن قواعد التشريع لا تستقر على حال واحد، بل تلحقها يد التغيير أن إلغاء أو إضافة، فكلما استجدت ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وغيرها، اقتضى الأمر أن يتدخل المشرع لتعديل القانون القديم أو القاعدة القديمة واستبدالها بقواعد جديدة تلائم الوضع الجديد.

وبتالي فإن تعاقب القوانين بشأن الموضوع الواحد يثير مشكلة تنازعها من حيث الزمان لأن الاختلاف بين القاعدة القديمة والجديدة قد يكون جزئيا أو كليا.

وبتالي نرى الكلام أولا عن إلغاء القاعدة القانونية، ثم البحث بعد ذلك في تنازع القوانين من حيث الزمان.

### أولا: مفهوم إلغاء القاعدة القانونية

#### 1- المقصود بإلغاء القاعدة القانونية والسلطة التي تملك الإلغاء

##### المقصود بإلغاء القاعدة القانونية

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة. فقد تعتمد السلطة المختصة لسبب من الأسباب إلى استبدال قاعدة قانونية بقاعدة أخرى، وقد تلجأ إلى الاستغناء عنها كلية دون أن تضع بدلا عنها قاعدة ثانية.<sup>1</sup>

والقاعدة القانونية - كما هو معروف - تنفذ من وقت نشرها في الجريدة الرسمية، وبهذا تقرر المادة الرابعة من القانون المدني الجزائري بقولها (( تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية)) وتضل نافذة إلى أن يحصل إلغائها قانونا، ويترتب على ذلك، أما إحلال قاعدة جديدة محلها وأما يستبدل بها غيرها، فيزول عنها وصف القاعدة القانونية من تاريخ وقوع الإلغاء.

والإلغاء لا يرد فقط على القواعد التشريعية، وإنما يرد كذلك على جميع أنواع القواعد القانونية أيا كان مصدرها.<sup>2</sup>

#### السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي السلطة التي تملك إنشائها أو سلطة أعلى منها. وعليه فلا يتم الإلغاء عن طريق قاعدة قانونية مساوية في الدرجة للقاعدة الملغاة أو أعلى منها طبقا لمبدأ تدرج القانون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، دار الريحانة للكتاب (حسور) للنشر والتوزيع، 2000، ص: 173

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2002، ص: 141

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص: 237

## مدخل العلوم القانونية

وعلى ذلك لا يمكن إلغاء قاعدة تشريعية إلا بقاعدة تشريعية تساويها في القوة أو أعلى منها درجة، وبهذا تقر المادة الثانية من القانون المدني بقولها (( ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق... ))، وكما هو معروف أن التشريع على ثلاثة أنواع، التشريع الأساسي (الدستور) والتشريع العادي، والتشريع الفرعي، وبأن هذه الأنواع من التشريعات تتفاوت من حيث قوتها ودرجتها، وبالتالي فإن التشريع الأساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي مثله، أما التشريع العادي فيجوز إلغائه بتشريع عادي أو بالتشريع الأساسي، أما التشريع الفرعي فيجوز إلغائه بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي<sup>1</sup>.

أما بالنسبة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي لهذا القانون، لكل من مسائل الأحوال الشخصية والعينية، فإنه إذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة نظرا لخلو تقنين الأسرة أو التقنين المدني من نص يحكم المسألة المعروضة - ثم تدخل المشرع واستبدل بها قاعدة تشريعية - يترتب على ذلك إلغاء القاعدة الدينية باعتبارها إحدى قواعد القانون الوضعي مع بقاء صفتها الدينية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة إلى قواعد العرف الذي يعتبر المصدر الثاني لقانوننا، فيمكن إلغاؤها بواسطة أحد طريقتين<sup>3</sup>:

- 1- فقد يتم إلغاء القاعدة العرفية بقاعدة عرفية لاحقة مخالفة لها، وذلك نظرا لتطور ظروف المجتمع.
- 2- وقد يتم إلغاء القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية، إذ الأولى في التطبيق أن يعمل بالتشريع، لأنه أعلى من العرف درجة. وما وُضِع قاعدة تشريعية جديدة لحكم مسألة معينة إلا إلغاء للقاعدة العرفية التي يتمتع اللجوء إليها بعد ذلك.

## ثانيا أنواع إلغاء القاعدة القانونية

نصت المادة الثانية من القانون المدني: (( لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده القانون القديم )).

من النص أعلاه يتضح أن للإلغاء صورتين هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني<sup>4</sup>:

## 1- الإلغاء الصريح : يكون الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء.

مثال ما نصت عليه المادة 223 من قانون الأسرة بقولها: (( تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون )) . وما نصت عليه المادة 41 من قانون الجنسية بقولها: (( يلغى القانون رقم 96/63 المؤرخ في 27 مارس 1963 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية )) . وما نصت عليه المادة 77 من الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص: 145

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص: 239

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص: 239

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 174

## مدخل العلوم القانونية

حوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة بقولها: (( تلغى جميع النصوص التشريعية والتنظيمية المخالفة لهذا الأمر)).

فالإلغاء الصريح يفصح فيه المشرع صراحة عن نيته في تجريد القواعد القانونية من قوتها الملزمة وعادة ما يستبدلها بقواعد أخرى تتغاضى عنها دون استبدال.

وقد يحدث الإلغاء الصريح بصورة أخرى كأن ينص في التشريع على توقيف القاعدة القانونية بمدة معينة كأن يتعلق بظرف الحرب أو الزلزال مثلا. وقد ينص التشريع على العمل بقاعدة معينة إلى أن يتحقق أمر معين وفي هذه الحالة يصبح التشريع ملغى إذا تحقق هذا الأمر.

**2- الإلغاء الضمني:** ويقصد بالإلغاء الضمني الإلغاء الذي يقع لأحد القواعد القانونية دون التصريح به صراحة وإنما يستخلص من ظروف الحال، كما في حالة ما تتعارض قاعدة قديمة مع قاعدة جديدة أو صورة تنظيم نفس الموضوع من جديد وهذا ما عبرت عنه **المادة الثانية** من القانون المدني الجزائري بقولها (( وقد يكون الإلغاء ضمنا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده القانون القديم)).<sup>1</sup>

فالإلغاء الضمني وفقا لهذه المادة له صورتين: الصورة الأولى يقع عند وقوع التعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة، والصورة الثانية: تقع عندما ينظم موضوع من جديد.

**الصورة الأولى: التعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة:** عند صدور قاعدة جديدة تتعارض في مضمونها مع قاعدة قديمة بحيث يتعذر تطبيق القاعدتين معا لاختلاف مضمونهما، فأن ذلك يعني ضمنا أنه تم الاستغناء عن القاعدة القديمة، والتعارض الضمني بين قاعدتين يأخذ الحالتين:

أ- حالة التعارض الكلي بين القاعدتين: إذا كأن التعارض كلياً وتاما بين القاعدتين بحيث يستحيل التوفيق بينهما وتطبيقهما معا اعتبرت في هذه الحالة القاعدة الأولى ملغاة ضمنا بالقاعدة الجديدة.<sup>2</sup>

ب- حالة التعارض الجزئي بين القاعدتين: أما إذا كأن التعارض بين القاعدتين جزئياً لا يتعلق إلا بشق من القاعدة القديمة فلا يقع الإلغاء إلا في حدود هذا الشق الذي قام التعارض بصدد، أي أن الإلغاء حينئذ يكون فقط في حدود التعارض مع القاعدة الجديدة.<sup>3</sup>

**الصورة الثانية: تنظيم الموضوع من جديد:** قد تلجأ السلطة المختصة إلى إعادة تنظيم مسألة معينة دون أن تشير صراحة لإلغاء النصوص السابقة التي كانت تنظمها مما يفهم منه أن هذا التنظيم الجديد يعني ضمنا الاستغناء عن القواعد القديمة. مثلا إصدار تنظيم جديد لتسيير البلدية يخالف التنظيم القديم ولم ينص المشرع في الجديد على إلغاء القديم صراحة.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص: 143

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 175

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع سابق، ص: 241



**المبحث الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين****المطلب الأول: الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين**

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون عدم سريان أحكامه على الماضي حيث يحتفظ القانون القديم بسلطانه ولا يجوز للقانون الجديد أن يزاحمه في ذلك.<sup>1</sup>

**أولاً: العدل:** ليس من العدل في شيء أن نحاسب الأفراد عن تصرفات ووقائع حدثت في الماضي، لأنه لا يمكن لهؤلاء أن يتنبهوا بما قد يصدره المشرع من قواعد في المستقبل. ففي مجال العقوبات مثلاً إذا كان فعل معين لا يشكل جريمة في زمن معين، فإن جرمه المشرع وفي وقت لاحق فأن النص الجديد يسري فقط على المستقبل لأن القول بخلاف ذلك يعني أن يد العقاب ستمس أفراداً أبرياء لأنهم ارتكبوا هذا الفعل وقت أن كان مباحاً ولا عقوبة عليه وفي ذلك مساس بمقتضيات العدل.

وفي المجال المالي ليس من العدل في شيء أن يصدر المشرع نصاً اليوم يلزم الأفراد بدفع ضريبة أو رسم معين ليسري مجاله وامتداده على الوقائع التي حدثت في الماضي.<sup>2</sup>

وإجمالاً نقول أن مقتضات العدالة تحتم أن يكون للقانون سريان فقط على الحاضر والمستقبل.

**ثانياً- الحرص على استقرار المعاملات:** يعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين ضماناً لا غنى عنه لإرساء معالم النظام والاستقرار في المجتمع لأن سريان القانون على الماضي يؤدي إلى اضطراب المعاملات وتداخلها بحكم إخضاع العلاقة الواحدة لقاعدتين مختلفتين لذلك قال بالأنبول: (( لن يكون هناك أمان بالنسبة للأفراد إذا كانت حقوقهم وثرواتهم وحالتهم الشخصية والآثار التي ترتبت على تصرفاتهم وحقوقهم الشخصية يمكن في أي لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغير في إرادة المشرع)).

ولقد ظهرت نظريات فقهية تحدد ضوابط هذا المبدأ والتي يمكن إرجاعها إلى نظريتين رئيسيتين وهما: النظرية التقليدية و النظرية الحديثة.<sup>3</sup>

**أ- النظرية التقليدية :** سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن 19 حيث ترى هذه النظرية أن حل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان يقوم على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين، أي عدم تطبيق القوانين الجديدة على الوقائع التي تمت قبل نفاذها، ويفرق أنصار النظرية بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل فيرون أن القانون الجديد ذا أثر رجعي وبالتالي يتمتع تطبيقه إذا كان من شأن تطبيقه المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم ولا يكون للقانون هذا الأثر إذ أدى تطبيقه إلى المساس. بمجرد أمل وبالتالي يجب تطبيقه ويعني هذا أن الحقوق المكتسبة التي تم اكتسابها في ظل القانون القديم تظل تخضع للقانون القديم، أم مجرد الأمل في اكتساب الحق فإنه يخضع مباشرة إلى القانون الجديد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1998 ص: 158

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 177

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، 177

<sup>4</sup> - خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص: 150-151

## مدخل العلوم القانونية

ولتوضيح ذلك فقد ضرب أنصار هذه النظرية الأمثلة التالية:

– **بالنسبة إلى الميراث** : إذ يعتبر حقا مكتسبا بعد وفاة المورث و مجرد أمل قبل وفاته، فإذا صدر قانون جديد بعد وفاته فقد توزع التركة طبقا للقانون القديم، فلا يسرى عليهم القانون الجديد وإلا اعتبر أنه سرى بأثر رجعي، أما إذا صدر قبل وفاته فأن التعديل الذي تضمنه هذا القانون يسرى على الورثة لأنه لم يكن لهم قبل في ظل هذا القانون، ومورثوهم على قيد الحياة إلا مجرد أمل في الإرث، وعليه فأن القانون الجديد هو الذي يطبق على التركة دون أن يعتبر ذلك سريانا بأثر رجعي.<sup>1</sup>

– **بالنسبة إلى الوصية** : فالوصي له لا يكون له سوى مجرد أمل أثناء حياة الموصي بالوصية، وبعد وفاته يصبح حق الموصي له حقا مكتسبا.

و لقد وجهت للنظرية القديمة في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على أساس مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، و فهم عدم الرجعية أنه المساس بحق المكتسب عدة انتقادات جعلتها بغير نظير لها في الفقه الحديث نورد أهمها فيما يلي :

– **الانتقاد الأول** (غموض المعيار الذي قامت عليه وعدم دقته): أن معيار الذي تقوم عليه النظرية التقليدية بالتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، يعتبر معيار مبهما وغامضا، وذلك بسبب عدم تحديد أنصار هذه النظرية متى يكون الحق مكتسبا ومتى يعتبر مجرد أمل فقط، والدليل على ذلك، نورد المثال التالي: لو أن المشرع أصدر قانونا لا يبيح الطلاق بدون حكم من القاضي، فهل يعتبر حق الزوج الذي تم زواجه في ظل القانون حقا مكتسبا وبالتالي لا يسري عليه القانون الجديد؟ أم يعتبر مجرد أمل وبالتالي ينطبق عليه القانون الجديد؟ في الواقع أن حق الزوج يحتل الصفتين معا فممكن أن نقول عليه أنه حق مكتسب، وفي الإمكان القول بأنه مجرد أمل، وبالتالي لا يمكن الجزم بصواب أي منهما.<sup>2</sup>

– **الانتقاد الثاني** : أن الأخذ بمعيار النظرية التقليدية، سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة من الناحية المنطقية، لأن القانون الجديد لا يجوز أن يمس حق مكتسبا، فهذا يعني أن القوانين لا تملك المساس بأي حق من الحقوق القائمة من قبل أو إلغائها، أو تعديلها فإذا ما أصدر المشرع تنظيمًا جديدًا للملكية، فوفقًا للنظرية التقليدية لا يمس هذا التنظيم الملكيات التي قامت قبل نفاذ القانون الجديد فهذه نتيجة غير مقبولة لأن القانون لا يكفل إلى الأبد الإبقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبدا بوضعها القائم، وإلا هذا أننا نحرم المشرع أن يحقق ما يراه من إصلاحات مستقبلية.

وتفاديا لهذه الانتقادات التي كانت بمثابة حجرة عثر تخطمت عليها دعائم النظرية التقليدية و التي جعلت الفقه الحديث يتخلى عن تأييدها ظهرت النظرية الحديثة محاولة وضع مفهوم جديد لمبدأ عدم رجعية القوانين.<sup>3</sup>

**ب- النظرية الحديثة** : مضمون هذه النظرية هو بين مبدأ عدم الرجعية و مبدأ الأثر المباشر ( الفوري) للقانون الجديد فطبقا لهذه النظرية يتحدد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان بالنظر إلى وجهين :

<sup>1</sup> - فريدة مجدي ، مرجع سابق، ص: 104

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2002، ص: 153

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص: 155

## مدخل العلوم القانونية

- وجه سلبي : يتمثل في انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد، أي عدم سريانه على الماضي .
- وجه إيجابي : يتمثل في الأثر المباشر لهذا القانون، أي سريانه على ما سيقع بعد تاريخ نفاذه<sup>1</sup>.

لقد امتازت النظرية الحديثة عن النظرية التقليدية، بأنها وضعت تفرقة واضحة بين الأثر الرجعي للقانون وبين الأثر المباشر للقانون وهي تفرقة أغفلتها النظرية التقليدية مما أدى إلى الخلط بينهما.

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين في القانون الجزائري<sup>2</sup>

أولاً: في المجال الجنائي: نصت المادة 46 من دستور 1996 على أن (( لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المحرم )) ونصت المادة الثانية من قانون العقوبات على ما يلي: (( لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة )).

من هذين النصين يتبين لنا أن الأصل في المجال الجنائي هو عدم رجعية القوانين لأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه المساس بمبدأ شرعية التجريم والعقاب والمساس بمقتضيات العدالة ذاتها.

ثانياً: في المجال المالي: جاء في المادة 64 من دستور 1996: (( لا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون ولا يجوز أن يحدث بأثر رجعي أية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه )).

من النص أعلاه يتضح أن المؤسس الدستوري رفع مبدأ عدم رجعية القوانين في المجال المالي إلى مصف المبادئ الدستورية فحظر على السلطة التشريعية سن قانون يلزم الأفراد بضرائب أو رسوم يكون لها أثر رجعي.

## المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

أن مبدأ عدم رجعية القوانين رغم أهميته يرد عليه عدة استثناءات تجعل من رجعية القانون في مواضع معينة مقبولاً وهذه الاستثناءات هي :

## أولاً: القانون الجنائي الأصلح للمتهم

لا يثبت التشريع على حال بل قد يمسسه التعديل والإلغاء من زمن إلى زمن بحس نظرة المشرع وما توجهه مصلحة المجتمع، ومن هنا فإن تطبيق القانون الأصلح للمتهم يكون ضد إلغاء التجريم أو تخفيف العقاب فيكون من مصلحة المتهم أن يطبق عليه القانون الجديد بأثر رجعي مع أن الجريمة ارتكبت في ظل قانون قديم ولهذا يجب التمييز بين الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان مجرماً فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية، ويمحو أثر الحكم أي أنه يمنع تنفيذ العقوبة ويفرج على المحكوم عليه، والحكمة من إقرار المبدأ أن العقوبة مقررة لمصلحة المجتمع، فإن رأت الجماعة ممثلة في السلطة التشريعية العدول عن تجريم الواقعة فلا جدوى من معاقبة الجاني ومطاردته عن فعل أصبح مباحاً. فمثلاً: إذا منع المشرع على الأفراد التعامل بعملات أجنبية وأخضع الفعل

<sup>1</sup> - فريدة محمدي ، مرجع سابق، ص: 105

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 178

## مدخل العلوم القانونية

لعقوبة ثم أباح ذات الفعل في زمن لاحق فأن لهذه الإباحة سريان على الماضي لأنه لم يعد من مصلحة المجتمع أن تقيد حرية الفرد على فعل أصبح مباحا.

**الحالة الثانية:** إذا كان القانون الجديد قد خفف العقوبة وأبقى على التجريم ففي هذه الحالة ينبغي أن نميز بين فرضيتين:

- **الفرضية الأولى:** إذا كان المتهم بعد في مرحلة التحقيق أو صدر ضده حكما غير نهائي فيكون من حقه الطعن بالاستئناف أو المعارضة أو النقض بحسب الحالات ليستفيد من القانون الجديد.
- **الفرضية الثانية:** إذا كان الحكم الذي صدر ضد المتهم نهائيا أي غير قابل للطعن فيه بالطرق القانونية المعروفة فلا يستفيد من مبدأ تطبيق القانون الأصح للمتهم. وعلة ذلك أن الحكم النهائي يعد عنوانا للحقيقة ولا يجوز المساس به.<sup>1</sup>

**ثانيا: النص صراحة على أساس التشريع الماضي**

والمقصود بذلك أن القانون الجديد ينص بصورة واضحة وصريحة على أن القاعدة القانونية تسري على الوقائع الماضية التي حصلت قبل نفاذه ويلتزم القاضي بهذا النص.<sup>2</sup>

**ثالثا: إذا كان القانون الجديد قانونا تفسيريا**

قد يصدر تشريع معين مشوبا بشيء من الغموض في صياغته مما يؤدي إلى تضارب في تفسير نصوصه بصورة تحمل المشرع ليضع حدا لهذا التضارب بأن يصدر تشريعا جديدا يفسر فيه أحكام التشريع الأول<sup>3</sup> ليرفع 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.<sup>4</sup>

**المبحث الثاني: مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد**

من الانتقادات الموجهة إلى النظرية التقليدية أنها حصرت مشكلة تنازع التشريعات من حيث الزمان في مبدأ عدم الرجعية القوانين<sup>5</sup>، ومنه يرى أصحاب النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يكفي لوحده لحسم مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، وإنما يحتاج إلى مبدأ آخر يكمله هو مبدأ الأثر المباشر.

**المطلب الأول: مبررات ظهور مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد وأهميته**

تطبيقا لهذا المبدأ فأن القانون الجديد يسري بأثر فوري مباشر على المراكز الجارية وما يبرر ظهور هذا المبدأ ما

يلي:

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 178

<sup>2</sup> - خالد الزعي / و منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص: 108

<sup>3</sup> - حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص: 164

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 180

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص: 265

## مدخل العلوم القانونية

- أن تطبيق هذا المبدأ يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية، فبمجرد صدور القانون الجديد يمتد سريانه وسلطانه إلى المساس بالمراكز التي تحقق في ظله سواء كانت قد تكونت قبل نفاذه أو بعد نفاذه وبذلك تتحقق وحدة القانون في تنظيم المسألة الواحدة.

- أن تعديل المشرع لقاعدة قانونية يعد إقرار منه بقصورها وعدم صلاحيتها ولو جزئيا، وهذا يعني أن القانون الجديد أفضل وأكمل من سابقه، ومن ثم يكون من المصلحة تعميم تطبيقه على أو سع نطاق ممكن فتمس أحكامه المراكز الجارية والمراكز التي حدثت في ظل القانون القديم.

ولمعرفة أهمية هذا المبدأ أكثر نسوق بعض الأمثلة عن المراكز القانونية المتسلسلة:

**أولاً: الوصية:** من أبرز الأمثلة التي حوتها مختلف كتب الفقه بشأن المراكز القانونية ذات التكوين المتتابع الوصية. فهي تتكون على مرحلتين، الأولى تحرير الوصية طبقا للقانون المعمول به والثانية وفاة الموصي، فإذا تم تحرير الوصية طبقا للقانون القديم وحدثت الوفاة في ظل القانون الجديد فأن تطبيق مبدأ الأثر المباشر يترتب عليه إعمال الأحكام التالية:

- تخضع صحة الوصية من ناحية الشكل للقانون القديم الذي تم تحريرها في ظله فلا يؤدي القانون الجديد إلى إبطال وصية كانت صحيحة من حيث الشكل طبقا للقانون القديم، لأن الشكل يرتبط بالقانون المعمول به ساعة القيام بالتصرف.

- أما من حيث الموضوع فأن الوصية تخضع للقانون المعمول به وقت الوفاة فإذا وقع تغيير في مقدارها (المقدار الذي تخضع له الوصية) وجب تطبيق ما جد من مقدار.

**ثانياً: التقادم:** يعتبر التقادم وسيلة لاكتساب الملكية وهو وسيلة أيضا لانقضاء الحقوق الشخصية وبعض الحقوق العينية . والتقادم يتطلب مضي فترة من الزمن فهو من المراكز القانونية المتسلسلة، وطول مدة التقادم قد يتخللها صدور قانون جديد يطيل مدة التقادم مثلا أو يقصر فيها، ففي هذه الحالة يخضع التقادم كقاعدة عامة من حيث تقريره ومدته وشروطه للقانون الجديد إعمالا بمبدأ الفوري للقانون.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد والحكمة منه**

استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد يجيز أصحاب النظرية الحديثة استمرار تطبيق القانون القديم حتى بعد نفاذ القانون الجديد على جميع الآثار التي ترتبها المراكز العقدية التي تكونت في ظل القانون القديم. أي أن القانون القديم يخرق الحاجز ويمتد أثره ليدخل في منطقة نفوذ القانون الجديد، وهو ما عبر عنه الفقه بالأثر المستمر للقانون القديم.

ويقصر مجال الاستثناء بالنظر للرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين على المراكز العقدية الجارية التي تكونت في ظل القانون القديم وظلت قائمة منتجة لآثارها، فإذا صدر قانون جديد يخفض من نسبة الفوائد الاتفاقية فإنه لا يمس العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم، بل يظل سلطان هذا الأخير ممتدا لما بعد صدور القانون الجديد تطبيقا للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري للقانون.

<sup>1</sup> - عمار بوضيف، مرجع سابق، ص: 181-182

## مدخل العلوم القانونية

وتبدوا الحكمة في قصر مجال الاستثناء على العقود في أن المتعاقدين حينما يقدمان على إبرام العقد إنما يضعان بعين الاعتبار القانون المعمول به ساعة التعاقد ويفرض كل طرف شروطه على أساس هذا القانون ومن ثم فإن تغييره في وقت لاحق قد يهز المراكز العقدية إذا تضمن النص الجديد أحكاما مخالفة للنص القديم ومس الوعاء العقدي، فتطبيق النص الجديد يؤدي إلى اختلاف التوازن الذي يحكم العلاقات العقدية مما يفرض في النهاية تطبيق القانون القديم.

ورأى فريق آخر أن مجال الاستثناء ينبغي أن يتحدد بما لا يمس النظام العام أي في حدود عدم المساس بالقواعد الآمرة الجديدة. وتعرض هذا الرأي إلى نقد على أساس أنه يقيم التفرقة بالنظر لمعيار غامض، ومهما يكن من أمر الخلاف الفقهي بشأن تحديد مجال الاستثناء فإن أحكام القضاء في بعض الدول اتجهت إلى تعطيل الأثر المستمر للقانون القديم وتجسيد مبدأ الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد خاصة فيما يتعلق بالقواعد الآمرة بالنظر لصلتها بالنظام العام.<sup>1</sup>

## المطلب الثالث: الحلول التشريعية لبعض حالات تنازع القوانين من حيث الزمان

## أولاً: تنازع القوانين في مسائل بالأهلية

تنص المادة السادسة من القانون المدني بأنه: (( تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها، وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، عديم الأهلية، بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة )) .  
ويتبين من هذه المادة، أنها تتحدث عن مسألتين هامتين<sup>2</sup>:

– **فالأولى:** تتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية : فإذا صدر قانون يرفع من سن الرشد ويجعله 21 سنة بدلا من 18 سنة كما يحدد ذلك القانون القديم، فإن القانون الجديد ينطبق مباشرة على كل شخص لم يبلغ من العمر 21 سنة وقت نفاذه، ويعتبر قاصرا حتى ولو كان يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام القانون القديم، وكذلك إذا صدر القانون الجديد يخفض من سن الرشد، فإن القانون الجديد هو الذي يجب تطبيقه، وبالتالي يعتبر كل شخص بلغ السن الذي حدده رشيدا حتى ولو كان يعتبر ناقص الأهلية في ظل القانون القديم.

– **وبالنسبة للثانية:** والتي تتناول التصرفات الشخص الذي سبق له أن أبرمها في ظل القانون القديم، فإذا أبرمها الشخص وهو كامل الأهلية وفقا لأحكام القانون القديم، فإن هذه التصرفات تظل صحيحة ومحكومة بأحكام القانون القديم حتى ولو أصبح الشخص ناقص الأهلية وفقا لأحكام القانون الجديد، لكن إذا أبرم الشخص هذه التصرفات وهو ناقص الأهلية وفقا لأحكام القانون القديم فإن هذه التصرفات تظل باطلة أو قابلة للبطلان حتى ولو صدر قانون جديد يخفض سن الرشد مما جعل هذا الشخص كامل الأهلية، بعد أن كان ناقص الأهلية في ظل القانون القديم.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 182-183

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص: 166

**ثانيا: تنازع القوانين بخصوص أحكام التقادم**

نصت المادة 7 من القانون المدني على أن: (( تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة وكذلك الحال فيما يخص آجال المرافعة)).<sup>1</sup>

ومنه يتضح أن القانون الجديد المعدل لمدة التقادم ينطبق بأثر فوري على كل تقادم في ظل القانون القديم ولم يكتمل إلا في ظل القانون الجديد.

وهنا ينبغي التمييز بين حالتين بخصوص أحكام التقادم:<sup>2</sup>

**الحالة الأولى: زيادة المدة**

لا يثير تطبيق القانون الجديد أية صعوبة في المجال العملي إذا تضمنت زيادة مدة التقادم كأن يرفعها من 15 إلى 20 سنة. ففي هذه الحالة يجب على الحائز أن يكمل المدة المتبقية وفقا لأحكام القانون الجديد أي خمس سنوات بالنسبة لهذا المثال.

**الحالة الثانية: تخفيض المدة:**

وينبغي التمييز بين صورتين:

**الصورة الأولى:** إذا كان الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أطول من مدة التقادم التي أقرها القانون الجديد بأكملها. ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد ويصرف النظر عن المدة التي أنقضت في ظل القانون القديم، وهذا يعني أن مدة التقادم ستبدأ في السريان طبقا للقانون الجديد.

وفي هذا الأمر مصلحة الحائز، وتشبه هذه الصورة قاعدة القانون الأصح للمتعمق التي تحدثنا عنها في المجال الجزائي كاستثناء وارد على مبدأ رجعية القوانين، وهذا الحل أيضا تقضيه مبادئ العدالة ويفرضه المنطق القانوني. فلو فرضنا مثلا أن مدة التقادم التي فرضها القانون القديم هي 15 سنة ومدة التقادم في ظل القانون الجديد 10 سنوات فإذا أمضى الحائز 3 سنوات وأدركه النص الجديد، ففي هذه الحالة لو طبقنا عليه النص القديم وجب عليه أن يكمل 12 سنة كاملة وهي مدة أطول من مدة التقادم الجديدة بأكملها، لذا فمن مصلحته أن يسري في حقه القانون الجديد ويصرف النظر عن المدة التي قضاها في ظل القانون القديم.

**الصورة الثانية:** إذا كان الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد، ففي هذه الحالة يتعين تطبيق القانون القديم إعمالا للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري للقانون وهو الأثر المستمر للقانون القديم. فإذا كان القانون القديم يجعل مدة التقادم 15 سنة وصدر بعده قانون يخفضها إلى 10 سنوات وأمضى المعني أي الحائز 10 سنوات فهنا المدة المتبقية وهي 5 سنوات أقل من التقادم الجديدة، لذا وجب أن يمتد القانون القديم في

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص: 167

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 184-185

## مدخل العلوم القانونية

السريان تجسيدا للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري وهو استمرارية تطبيق القانون القديم (الأثر المستمر للقانون القديم).<sup>1</sup>

## ثالثا: تنازع القوانين بخصوص أحكام الإثبات

نصت المادة 8 من القانون المدني: ((تخضع البيئات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه البيئة أو في الوقت الذي كأن ينبغي فيه إعدادها)).  
وتطبيقا لهذا النص إذا أحدث القانون الجديد وسيلة إثبات أو ألغى وسيلة قديمة أو عدلها تشديدا أو تخفيفا، فإنه في جميع الأحوال لا يسري على الماضي لأن العبرة بالقانون الذي نشأ في ظلّه التصرف.

## رابعا: تنازع القوانين بشأن قواعد المرافعات

طبقا للمادة 7 من القانون المدني تطبق النصوص المتعلقة بالإجراءات حالا، فتسري على الدعاوى التي لم يفصل فيها بعد. وأورد المشرع في الفقرة الأخيرة من ذات المادة استثناء فنص على سريان النصوص القديمة بآجال المرافعات فيما يخص المدة السابقة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 186

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص: 186



## السداسي الثاني

### مفهوم الحق

#### المبحث الأول: تعريف الحق

لقد حاولت عدة مذاهب تعريف الحق، وفيما يلي نتعرض للمذهب الشخصي، ثم المذهب الموضوعي وأخيرا المذهب المختلط والنظرية الحديثة.

#### المطلب الأول: المذهب الشخصي (النظرية الإرادية)

يتزعم هذا المذهب الفقيه سافيني SAVIGNY وينظر إلى الحق من منظور شخصي أي بالنظر إلى صاحب الحق فيعرف الحق بأنه: " قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدّها من القانون " ويجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبة، لهذا سمي بالمذهب الشخصي<sup>1</sup>. وقد انتقدت هذه النظرية لعد أسباب وهي:

- تعريف الحق بأنه سلطة إرادية معناه أن الحقوق لا تثبت إلا لمن تتوافر لهم إرادة وهذا غير صحيح فالجنون والطفل الصغير الذي لم يصل إلى مرحلة التمييز ليست لهما إرادة في نظر القانون ومع ذلك فلهما حقوق.
- الحقوق قد توّول إلى شخص عن طريق الميراث دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك، وأمّوال الموروث تنتقل فور الوفاة إلى الوارث ولا يتوقف ذلك على عمله.
- جوهر الحق لا يحتاج إلى إرادة ولكن استعماله يحتاج في الغالب إلى إرادة ولهذا جعل القانون للقاصر والجنون وليا أو وصيا ليقوم مقامه وحسابه في ممارسة الحقوق<sup>2</sup>.

#### المطلب الثاني: المذهب الموضوعي (نظرية المصلحة)

رائد هذه النظرية هو الفقيه الألماني أهريج " IHERING " ويعرف الحق بأنه " مصلحة يحميها القانون " فوفقا لهذا الرأي يتكون الحق من عنصرين، عنصر موضوعي وآخر شكلي . ويقصد بالعنصر الموضوعي الغاية أو المصلحة التي تعود دائما على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كأن الحق ماليا، وقد تكون معنوية إذا كأن الحق غير مالي . أما العنصر الشكلي فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركنا من أركان الحق، وهي ضرورية وتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه .

<sup>1</sup> - محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،الرباط، الجزائر، 2000، ص:05

<sup>2</sup> - محمود نعمان، المدخل للقانون ، القسم الثاني ( نظرية الحق )، 1975، ص: 167-168

## مدخل العلوم القانونية

- ولقد أنتقدت هذه النظرية أيضا بأنها تعرف الحق بغايته، إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معيارا لوجود الحق، بينما الأمر ليس كذلك دائما، فإذا كان من المسلم به أن الحق يكون مصلحة، فالعكس ليس صحيح، فمثلا فرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية لحماية للصناعات الوطنية، يحقق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات لأن هذه الرسوم تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطيمهم الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم .

إلى جانب ذلك فالمصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر، فالمصلحة التي يحصل عليها شخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص إلى آخر حسب هدف كل واحد من الشيء، وإذا طبقنا هذه النظرية فالحماية تختلف وتتنوع باختلاف فائدة الأشخاص، مما يؤدي إلى استعصاء تنسيق القواعد القانونية وتوحيدها. وإذا كان هدف الحق هو المصلحة، فيجب تحديد إطارها، لأن القانون لا يحمي إلا المصالح ذات القيمة الاجتماعية الأصلية.

والحقيقة هي أن هذا المذهب لم يعرف الحق وإنما عرف هدفه وما يترتب عليه من حماية قانونية - كما انتقدت هذه النظرية من جهة أخرى بأنها تعتبر الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق، إلا أنه لا يمكن اعتبارها كذلك في جميع الأحوال إذ الحماية تأتي بعد نشأة الحق.<sup>1</sup>

## المطلب الثالث: المذهب المختلط (النظرية المختلطة)

يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون . فيعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون. ومنه ذهب هذا الاتجاه في تعريف الحق إلى الجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة مع الاختلاف في تقديم أي العنصرين على الآخر.<sup>2</sup>

فمتى غلب عنصر الإرادة عرف الحق بأنه السلطة الإرادية التي يقرها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقا لمصلحة القائمة التي يحميها القانون بحيث تكون الإرادة هي القاعدة على تحقيق المصلحة . بينما متى غلب عنصر المصلحة عرف الحق بأنه المصلحة التي يحميها القانون والتي يقوم على تحقيقها إرادة معترف بها الشخص وفقا لهذا الاتجاه فإن المصلحة لم تعد العنصر الوحيد للحق وإنما تظهر الإرادة كمحقق له ومدافعة عنه .

أما الانتقادات التي وجهت إلى المذهب المختلط: يتضح ذلك من خلال التعريف الذي يقول به أنصار المذهب المختلط أنه يتراوح بين الإرادة والمصلحة ولهذا يمكن أن يوجه إليه ذات الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين السابقين وأهمها أنه لم يعرف الحق ذاته وبين جوهره فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة وبالقطع

<sup>1</sup> - محمد فريدة زواوي، مرجع سابق، ص: 06

<sup>2</sup> - محمد فريدة زواوي، مرجع سابق، ص: 07

## مدخل العلوم القانونية

ليس هذا أو ذاك معا ولذلك ظهر اتجاهات فقهية حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وخصائصه الذاتية المميزة له .

**المطلب الرابع: النظرية الحديثة**

ونتيجة للانتقادات الموجهة للنظرية السابقة، ظهرت أخرى وهي النظرية الحديثة في تعريف الحق، وحمل لواءها الفقيه الفرنسي دابان "DABIN" في أن الحق: >> ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له <<<sup>1</sup>. وعلى العموم يجمع الفقهاء على تعريف الحق بأنه: >> استثثار أو اختصاص شخص بقيم أو بأشياء معينة، استثثار يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء، بهدف تحقيق مصلحة له يحميها القانون <<<sup>2</sup>. من هذا التعريف يظهر للحق عنصران:

**الأول داخلي:**

وهو الاستثثار بشيء أو بقيمة معينة، أي أن الحق يرد على الأشياء المادية سواء كانت منقولة أو عقارية (ثابتة) وعلى القيم اللصيقة بالشخص كالحق في الحرية أو يرد على عمل أو الامتناع عن عمل يلتزم به الغير لصاحب الحق.

**الثاني خارجي:**

هو الحماية القانونية لهذا الاستثثار وتحقق هذه الحماية عن طريق التسلط والاقتضاء وبمعنى آخر يكفل القانون لصاحب الحق مباشرة السلطات اللازمة التي تمكنه من تحقيق ذلك الاستثثار، وهنا نشير إلى أن الأمر يختلف من حيث مدى التسلط بين حق وآخر، فالحقوق المادية يمكن استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، في حين أن الحقوق اللصيقة بالشخصية تقتصر على حق الاستعمال.

**المبحث الثاني: أنواع الحق (تقسيم الحقوق)****المطلب الأول: الحقوق السياسية وغير السياسية**

الحقوق السياسية تسمى الحقوق الدستورية لأنها تقر في الدساتير عادة وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في جماعة سياسية معينة لتمكينه من الإسهام في إدارة وتوجيه شؤون هذه الجماعة ومثالها: حق الانتخاب وحق الترشيح لعضوية المجالس التي تتكون عن طريق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة وهذه الحقوق السياسية:

- 1- مقصورة عادة على المواطنين لأن إرادة وتوجيه شؤون الدولة مسألة خطيرة لا يسمح بالاشتراك فيه إلا للمتمتعين بجنسية الدولة ولا تثبت للأجانب

<sup>1</sup> - مجدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص: 08

<sup>2</sup> - أحمد طعيبة، محاضرات في مدخل العلوم القانونية (نظرية الحق)، جامعة التكوين المتواصل، الحلقة، 2001/2000، ص: 01

## مدخل العلوم القانونية

2- أنها حقوق تحالطها واجبات وينظر إليها أهما تكاليف ووظائف سياسية وليست حقوقا فقط<sup>1</sup> وأهم تلك الواجبات :

- واجب الولاء: يلتزم المواطن بواجب الولاء لدولته، وتلخص هذا الواجب في العمل دائما على المحافظة على أمن الدولة الخارجي والداخلي والاتجاه دائما إلى رفع المستوى الاجتماعي .
- واجب أداء الخدمة الوطنية.
- تلبية نداء الدفاع عن الوطن.<sup>2</sup>

أما الحقوق غير السياسية فهي تهدف إلى حماية الأفراد ومصالحهم، ولهذا يطلق عليها الحقوق المدنية، أو الحقوق الطبيعية لأنها تثبت لكل شخص طبيعي بغض النظر عن جنسيته. وتتكون من حقوق عامة وحقوق خاصة.

## المطلب الثاني : الحقوق العامة

هذه الحقوق تثبت لأنسان مجرد لكونه أنسانا لأنه لا غنى له عنها ومثالها: حق الفرد في سلامة جسده وفي حرية التفكير والاعتقاد وفي التنقل من مكان لآخر والحق في السمعة، ويطلق عليها اصطلاح حقوق الإنسان. وهذه الطائفة من الحقوق المتعددة والمتنوعة منها ما يرمي إلى حماية الكيان المادي للإنسان ومنها ما يرمي إلى حماية كيانه المعنوي ومنها ما يتعلق بنشاط الشخصية:

1- من أمثلة الحقوق العامة الواردة على المقومات والكيان المادي للإنسان الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم؛

2- ومن أمثلة الحقوق الواردة على المقومات المعنوية، الحق في الشرف والسمعة والحق في الاسم؛

3- ومن أمثلة الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية: الحق في التنقل، الحق في العمل، الحق في الزواج، وحرية العقيدة.<sup>3</sup>

ومن خصائص الحقوق العامة :

أ - أنها حقوق غير مالية: لا يمكن انتقالها إلى الغير ولا يرد عليها تقادم فلا يجوز التصرف فيها وليس لأحد مثلا أن يزل عن حريته الشخصية ولا تنتقل بعد الموت بالميراث للغير بل تنقضي بالوفاة؛

وكاستثناء من هذه القاعدة يجوز لأنسان أن يتصرف في الحقوق الواردة على كيانه المادي بشرطين:

- التصرف في جسد الإنسان جائز بعد الموت أي عن طريق الوصية.
- أن يكون الباعث على التصرف في الكيان المادي مشروعاً، فتشويه الجسم للتهرب من الخدمة الوطنية مثلا غير جائز.

ب- الحقوق العامة لا تسقط ولا تكسب بالتقادم: فإذا ظل شخص في قرينه لا يبرحها منذ مولده حتى بلغ الستين من عمره فإن ذلك لا يسقط حقه في الانتقال منها إلى مكان آخر. ولا تكتسب الحقوق العامة بمجرد

<sup>1</sup> - محمود نعمان، مرجع سابق، ص:170

<sup>2</sup> - أسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص:284

<sup>3</sup> - محمود نعمان، مرجع سابق، ص:171

## مدخل العلوم القانونية

مرور مدة معينة، فإذا اشتهر شخص باسم معين واستعمل هذا الاسم مدة طويلة في تعامله مع الناس فذلك لا يكسبه هذا الاسم بل عليه إذا أراد تغيير اسمه أو شهرته أن يتخذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها لتغيير الاسم.

### ج- الاعتداء على الحقوق العامة ينشئ لصاحبها الحق في التعويض المطلب الثالث : الحقوق الخاصة

وتنقسم إلى حقوق الأسرة (الحقوق العائلية) والحقوق المالية (العينية)

#### أولاً: حقوق الأسرة

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة سواء كان ذلك بسبب الزواج أو بسبب النسب، فالزوجين على بعضهما حق المعاشرة بالمعروف، كما أن للزوجة حق النفقة . وللوالد حق الطاعة والاحترام والتأديب وللولد حق الرعاية وحق إلحاق نسبه بأبيه وحق النفقة ويلاحظ أن هذه الحقوق تعتبر في نفس الوقت واجبات قبل الأسرة، فحق الزوج في طاعة يقابله واجبه في الأنفاق والإيواء . . . . . وحق الأب في التأديب يعتبر في الوقت ذاته واجبا عليه .<sup>1</sup>

وهذه الحقوق الأسرية أو العائلية ليست حقوق مالية بحسب طبيعتها أو أصلها فأساسها الروابط العائلية دون سواها، ولهذا يعبر عنها بالحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال وبالتالي فهي خارجة من دائرة التعامل فلا يجوز بيعها أو شرائها أو استغلالها أو التنازل عنها .<sup>2</sup>

#### ثانياً: الحقوق المالية

سمي هكذا لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال وتنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد<sup>3</sup> ويعبر عنها بالأموال لأنها تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال. والحقوق المالية تنص عليها وتقررها وتحميها قواعد القانون المدني بصفة أساسية وكثيراً ما تحميها قواعد القانون الجنائي في أغلب الأحيان.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - مجيدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص: 17

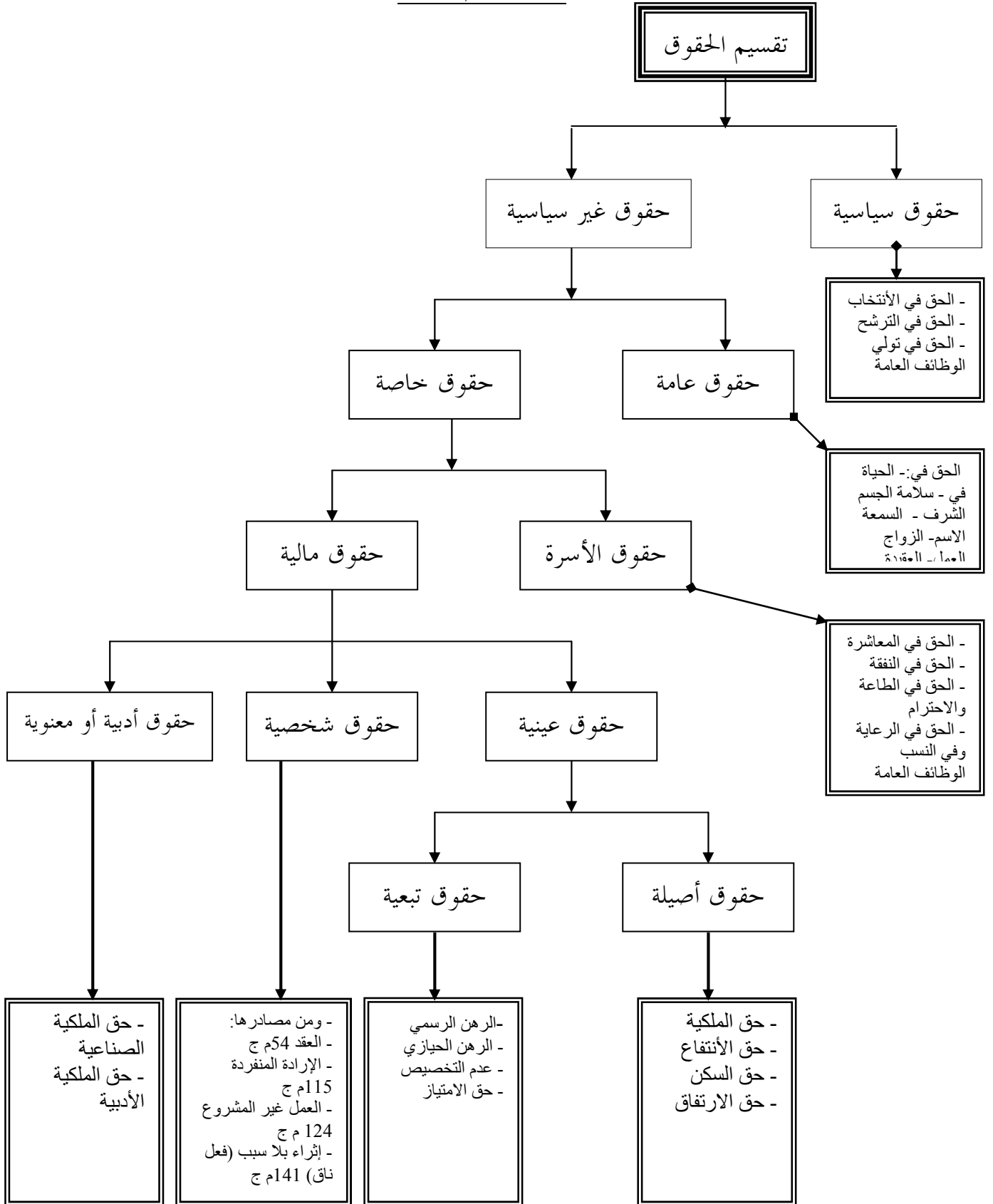
<sup>2</sup> - أسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص: 290

<sup>3</sup> - محمود نعمان، مرجع سابق، ص: 178

<sup>4</sup> - أسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص: 290

مدخل العلوم القانونية

مخطط تقسيم الحقوق



## تقسيم الحقوق المالية

### المبحث الأول: الحقوق العينية

#### المطلب الأول: مفهوم الحق العيني

الحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء مادي ويحول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليتمكنه من استعمال حقه، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق وتطلق على هذه الحقوق تسمية "العينية" لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي.<sup>1</sup>

فهو سلطة مباشرة يقرها القانون لصاحب الحق على شيء مادي معين سواء كان منقولاً أو عقاراً وعناصر الحق العيني ثلاثة هي:

أ- الشخص صاحب الحق

ب- الشيء موضوع الحق: ويجب أن يكون شيئاً مادياً معيناً بذاته، ولا يكفي أن يكون محدد بنوعه أو بصفته أو بمقداره .

ج- السلطة مضمون الحق: وتختلف هذه السلطة باختلاف الحقوق العينية، ففي حق الملكية هي سلطة تامة للمالك لأنه بموجبها يستعمل ويستغل ويتصرف في الشيء موضوع الحق (في حدود القانون)، وهذه السلطة تقل وتتفاوت في الحقوق العينية الأخرى والسلطة التي يقرها الحق العيني يجب أن يقرها القانون، فهي ليست سلطة واقعية كما هو الحال لسلطة السارق على الشيء المسروق فلا يعترف بها القانون، وهي سلطة مباشرة تثبت لصاحب الحق على الشيء دون واسطة شخص آخر.<sup>2</sup>

أما خصائص الحق العيني فإنه:

- مطلق ودائم لصاحبه أن يتنازل عنه بإرادته وحده وله حق التتبع والأولوية؛
- فهو حق مطلق أي أن الواجب المقابل له يقع على جميع الناس فيلتزمون بعدم التعرض لصاحبه عند مباشرته هذا الحق؛
- الأصل في الحق العيني أنه يبقى دائماً ما بقي ذلك الشيء موضوع الحق فهو حق دائم ما عدا حق الانتفاع وحق الاستعمال، فهي حقوق مؤقتة تنتهي بانتهاء الأجل المحدد لها، فإذا لم يعين لها أجل فتنتهي بوفاء المنتفع (المادتين 852، 857 مدي جزائري)؛
- لصاحب الحق العيني أن يتنازل عنه بإرادته دون أن يتوقف ذلك على إرادة غيره؛
- لصاحب الحق العيني أيضاً حق التتبع والأولوية، فحق التتبع معناه أن يباشر سلطته على الشيء موضوع الحق تحت يد أي شخص وأن يسترده من يد أي شخص يكون قد اغتصبه أو اشتراه من غاصبه، أما حق الأولوية

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 18

<sup>2</sup> - طعيبة أحمد، مرجع سابق، ص: 11

## مدخل العلوم القانونية

( أو التقدم أو الأفضلية) فمعناه أن يكون لصاحب الحق العيني الأفضلية على مزاحميه في الاستفادة من الشيء موضوع الحق، فمثلا إذا أو دعت سيارتي لدى شخص فلا يستطيع دائنوه مزاحمتي فيها، ويمكن لي أن استرجعها واستثاها من دونهم جميعا.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: أنواع الحقوق العينية

## أولا: الحقوق العينية الأصلية: Les Droits réels principaux

وهي حقوق عينية تقوم بذاتها دون حاجة إلى وجود حق آخر تتبعه فيقصد بها تمكين صاحب الحق من الحصول على المزايا المالية للأشياء المادية .

## 1- حق الملكية : Droit de propriété

## أ- خصائص حق الملكية :

وهو أهم الحقوق ويجوز لصاحبه سلطة كاملة على الشيء ويتميز بأنه جامع ومانع ودائم ولا يسقط بعدم الاستعمال.  
-حق جامع : إذا يجوز لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء، فللمالك أن يستعمل الشيء ويستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريده والسلطات التي يخولها حق الملكية هي حق الاستعمال، الاستغلال والتصرف .

- حق مانع : حق الملكية حق مقصور على صاحبه ويكون مقيدا في ذلك بما يكون للغير من حق التمتع ببعض المزايا بموجب الاتفاق أو القانون، كما أن هناك حالات يجيز فيها القانون للغير استعمال الشيء ومنها مثلا للملاك المجاورين حق استعمال المصرف فيما تحتاجه أراضيهم لريها.

ويجب على المالك الامتناع عن التدخل في ملكه متى كأن ذلك مضر بالغير وإلا أعتبر متعسفا في استعمال حقه، كالمالك الذي يقوم ببناء حائط يحجب به النور على الجار .

-حق دائم : حق الملكية يدوم بدوام الشيء أي يبقى دائما بدوام الشيء في ملك صاحبه، بينما الحقوق الأخرى ليست لها صفة الدوام .

فحق الملكية لا ينقضي ولكنه ينتقل بالميراث أو بالوصية وقد يحتم القانون التوقيت لبعض الحقوق فحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع، أو يقضي بانقضاء أجله قبل الوفاة وحق الارتفاق قد يحدد بمدة معينة، كما ينقضي أيضا بأسباب معينة كعدم الاستعمال مثلا.

- حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال: إذا كأن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فأن حق ارتقاء وحق الانتفاع وحق السكن تنتهي بعدم الاستعمال.<sup>2</sup>

## ب- القيود الواردة على حق الملكية :

ليست الملكية حقا مطلقا كما كانت عليه في السابق، إذ ترد عليها اليوم قيود والملكية تؤدي وظيفة اجتماعية .

والقيود الواردة على حق الملكية نوعان قيود قانونية وقيود الإرادية:

<sup>1</sup> - أحمد طعيبة ، مرجع سابق، ص06

<sup>2</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص:19-20



## مدخل العلوم القانونية

\* **القيود القانونية** : فقد يفرض القانون قيودا على حق الملكية بقصد تحقيق المصلحة العامة، كما يقرها للمصلحة الخاصة وتنص المادة 690 مدني على ما يلي (( يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة به الخاصة...)).<sup>1</sup>

\* **القيود الإرادية**: هذه القيود تقرر بإرادة الأشخاص وبمشيئتهم، كشرط المنع من التصرف في الملك ويجب أن يكون هذا الشرط محدد بمدة معينة، وأن يكون مشروعاً، وقد يتقرر لمصلحة المالك أو المشترك كما يمكن أن يتقرر لمصلحة الغير، وأمثلة ذلك أن يشترط الموصي على الموصى له عدم التصرف في المال الموصى به حتى بلوغ سن معينة، وكذلك اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن كاملاً.

## 2- الحقوق المتجزئة عن حق الملكية :

أن المالك قد يستعمل ويستغل حق الملكية بنفسه وقد يتصرف للغير في هذين الحقين معا ويسمى هذا بحق الانتفاع، كما قد يتصرف في حق الاستعمال فقط وقد يجد المالك من منفعة عقاره لمصلحة عقار آخر ويسمى هذا حق الارتفاق ويبقى للمالك في جميع هذه الحالات حق التصرف في العين لهذا يسمى بملك الرقبة .

أ- **حق الانتفاع** :

تنص المادة 844 مدني على مايلي " يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون. يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص المتعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكين " .

وحق الانتفاع حق عيني يمكن المنتفع من ممارسة سلطته على العين دون وساطة أي شخص، ويشمل حق الانتفاع الاستعمال وينتهي بموت أو بانقضاء الأجل المعين له، كما ينتهي بهلاك الشيء أو ينتهي كذلك بعد استعماله لمدة خمسة عشرة سنة (المواد 852 إلى 854 مدني جزائري).<sup>2</sup>

## ب- حق الاستعمال وحق السكن Droit d'usage et de l'habitation

تنص المادة 855 مدني على ما يلي " نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقرها السند المنشئ للحق " .

فحق الاستعمال يخول صاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته، لذلك سمي حق الاستعمال الشخصي فهو حق انتفاع في نطاق محدود إذ ليس لصاحبه الاستعمال والاستغلال كما هو الشأن في الانتفاع وإنما لصاحبه الحق في استعمال الشيء في حدود ما يحتاجه هو وأسرته لخاصة أنفسهم فإذا كأن استعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره، كما هو شأن في استعمال أرض زراعية مثلا فأن صاحب الحق يستحق من هذه الثمار ما يسد حاجته هو وأسرته فقط.

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 21

<sup>2</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 26

## مدخل العلوم القانونية

أما حق السكن هو عبارة عن حق الاستعمال الوارد على العقارات المبنية فإذا كان لشخص حق استعمال منزل مملوك للغير، فإن حقه يقتصر على السكن فقط وليس له الحق في تأجيرها للغير أو في التصرف فيه.<sup>1</sup>

ج- حق الارتفاق **Le Droit de servitude**

تعرف المادة 867 مدني الارتفاق بأنه " حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر" ويكتسب حق الارتفاق بمقتضى القانون كما يكسب بالعقد وبالوصية والميراث وبالتقادم إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا ارتفاقات الظاهرة والمستمرة وهذا ما نصت عليه المادة 868 مدني.

وقد يكون حق الارتفاق عملا إيجابيا على مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به كما في الارتفاق بالمرور أو بالمطل أو بالبحر، وقد يكون عملا سلبيا أي يتحتم على مالك العقار المرتفق به الامتناع عن القيام بأعمال معينة كأن يحق له في الأصل القيام بها، وفي كلتا الحالتين سواء كان الارتفاق عملا إيجابيا أو عملا سلبيا فإنه يعتبر تكليفا يحد من منفعة العقار المرتفق به لمصلحة عقار آخر.<sup>2</sup>

ومثاله حق المرور وهو حق مقر لعقار معين على عقار مجاور له فيكون لمالك العقار المخدوم سلطة المرور في العقار المجاور الخادم ليصل إلى الطريق العام.<sup>3</sup>

(ويضيف القانون المدني المصري إضافة إلى هذه الحقوق حق الحكر وقد أوردها المشرع الجزائري في الكتاب

الثالث للقانون.<sup>4</sup>)

ومن شروط حق الارتفاق<sup>5</sup>:

- يجب أن تكون العلاقة بين عقارين، عقار مرتفق وعقار مرتفق به، إذ أن مفهوم الاتفاق ذاته هو علاقة بين عقارين، فحق الارتفاق لا ينشأ إلا على العقارات؛
- يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين؛
- يجب أن يكون التكليف مفروضا على العقار المرتفق به ذاته فلا يجوز أن يكون حق الارتفاق التزاما شخصيا مفروضا على مالك العقار المرتفق به، فالتزام مالك العقار المرتفق به بحرث أرض جاره لا يعد حق ارتفاق، لأن حق الارتفاق حق متفرع عن حق الملكية، فهو حق عيني يتمثل في السلطة المباشرة التي يمارسها صاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به دون حاجة إلى توسط مالك العقار المرتفق به.
- يجب أن يكون التكليف لمصلحة عقار وليس لفائدة شخص فحق الصيد مثلا حق استعمال وليس حق ارتفاق لأنه يحقق مصلحة شخصية للصيد، وكذلك التزام شخص بحرث أرض جاره ليس حق ارتفاق، فما إلا حق شخصي ومحدود بوقت معين.

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 27-28

<sup>2</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 26-28

<sup>3</sup> - محمود نعمان، المدخل للقانون، القسم الثاني (نظرية الحق)، 1975، ص: 185

<sup>4</sup> - أحمد طعيبة، مرجع سابق، ص: 07

<sup>5</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 29-30

## مدخل العلوم القانونية

أما انتهاء حق الاتفاق فينتهي بالأسباب التالية:

- بانقضاء الأجل المحدد له (المادة 878)
- بهلاك العقار المرتفق كلياً (المادة 878)
- باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد؛
- ينقضي حق العقار كذلك بعدم استعمال لمدة 10 سنوات، أي أن حق الارتفاق يسقط بالتقادم بعد استعماله لمدة 10 سنوات (المادة 879 مدني)
- وكذلك ينقضي إذا فقد حق الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو بقيت له فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به (المادة 881 مدني).<sup>1</sup>

### ثانياً- الحقوق العينية التبعية:

هي الحقوق التي تستند إلى حق أصلي تكون له، والغاية منها هي ضمان الوفاء بهذا الحق الأصلي، والحق العيني يتبع الحق الأصلي في مصيره (ينقضي بانقضائه)<sup>2</sup> هذه الحقوق الرهن الرسمي (أو الرهن التأميني)، الرهن الحيازي حق الاختصاص (التخصيص)، حق الامتياز<sup>3</sup> والحقوق العينية التبعية لا توجد مستقلة كالحقوق الأصيلية وليست مقصودة لذاتها وإنما الغرض منها ضمان الوفاء بحقوق دائنيه.<sup>4</sup>

### 1- الرهن الرسمي : L'Hypothèque

عرفت المادة 882 الرهن بقولها: "الرهن الرسمي قد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".<sup>5</sup> هو حق عيني تبعية يترتب على عقار معين مملوك للراهن ضماناً للوفاء بحق الدائن المرتهن مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه، فهو يخول صاحبه أن يستوفي دينه من ثمن العقار المرهون بالأولوية على غيره من الدائنين وأن يتتبع هذا العقار في أي يد كانت ليستوفي دينه من ثمنه.<sup>6</sup>

### 2- الرهن الحيازي:

تعرف المادة 948: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص30

<sup>2</sup> - أحمد طعيبة، مرجع سابق، ص: 09

<sup>3</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 32-37

<sup>4</sup> - محمود نعمان، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص: 187

<sup>5</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 33

<sup>6</sup> - أحمد طعيبة، مرجع سابق، ص: 09

<sup>7</sup> - مجدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص: 34

## مدخل العلوم القانونية

## 3- حق التخصيص:

لم يضع المشرع تعريفاً لحق التخصيص، ويمكن تعريفه " بأنه حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون".<sup>1</sup>

وبالتالي هو سلطة مباشرة لشخص على شيء تخوله ميزتين الأولوية والتتبع فيما يتعلق بهذا الشيء ضماناً لحق أصلي له وهو يشبه الرهن الرسمي فإنه : لا يرد على عقار ولا يقتضي نقل الحيازة، وينفذ في حق الغير بالقيود دون الحيازة... لكن يختلف حق الاختصاص عن الرهن الرسمي والحيازي في مصدره المشرع الجزائري في المادة 937 مدني وما بعدها على أن حق التخصيص يتقرر بأمر يصدر من رئيس المحكمة بناء على عريضة يرفعها إليه طالب حق التخصيص يعين فيها العقار ويرفق بها مستنداته.<sup>2</sup>

## 4- حق الامتياز:

عرفته المادة 1/981 بأنه: "أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته". ويستنتج من هذا التعريف أن المشرع أبرز فيه جوهر حق الامتياز وهو الأفضلية التي يمنحها للدائن، كما أنه يبين أن هذه الأولوية يقررها القانون، أي أن مصدر حق الامتياز هو القانون على خلاف الحقوق العينية التبعية الأخرى.<sup>3</sup>

فحق الامتياز هو حق عيني تبعي يخول صاحبه ميزتي الأولوية والتتبع وهو يختلف عن الرهنين الرسمي والحيازي وحق التخصيص في أنه ينشأ بنص القانون وليس بالعقد أو بأمر من القضاء فهو حق يقره القانون للدائن على مال أو أكثر للمدين ضماناً للوفاء بحق الدائن \_المادة 282 مدني جزائري). وتنقسم حقوق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة وهي التي تقع على جميع أموال المدين من منقول أو عقار، وهناك امتياز خاص وهي التي ترد على مال معين بالذات وقد يكون هذا المال عقاراً كما في امتياز بائع العقار المقرر له ضماناً لحقه في الباقي من الثمن، وقد يكون منقولاً كما في امتياز المؤجر على منقولات المستأجر ضماناً للأجرة.<sup>4</sup>

(وقد أضاف المشرع الفرنسي الحق في الحبس).

1 - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 36

2 - أحمد طعيبة، مرجع سابق، ص: 10

3 - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 37

4 - أحمد طعيبة، مرجع سابق، ص: 10

## المبحث الثاني: الحقوق الشخصية

## المطلب الأول: مفهوم الحق الشخصي (أو الالتزام)

الحق الشخصي هو قدرة أو إمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء.<sup>1</sup>

الحق الشخصي هو السلطة التي يقرها القانون لشخص يسمى الدائن قبل المدين تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن، فالحق الشخصي يعبر عن رابطة اقتضاء أي اقتضاء أداء معين (القيام بعمل، الامتناع عن عمل) هذه الرابطة لها وجهان:

- الأول إيجابي باعتباره يقرر حق للدائن اقتضاء أداء معين.

- الثاني سلبى باعتباره يقرر التزاما على عاتق المدين بتنفيذ هذا الأداء وهو ما يطلق عليه التزاما.

وجرى الفقهاء في فرنسا ومصر متأثرين بالمادة 1101 مدي فرنسي التي تقابل المادة 54 مدي جزائري على القول بأن موضوع الحق الشخصي أو الالتزام قد يكون أيضا إعطاء شيء ويقصدون بذلك نقل الملكية أو أي حق عيني آخر، إلا أن هذا القول غير دقيق لأن القانون هو الذي يعطي الشيء، فنقل الملكية إنما يتم بحكم القانون، أما التزام المدين في هذه الحالة فهو القيام بعمل معين لكي يحدث القانون أثره بإعطاء الشيء.<sup>2</sup>

وتختلف الحقوق الشخصية عن الحقوق العينية السابقة الذكر في كون الحقوق العينية بقسميها الأصلية، والتبعية كانت قد وردت في القوانين على سبيل الحصر لا المثال، أي أن المشرع قد أحصى تلك الحقوق وحددها بما لا يدع مجالاً لإنشاء أنواع من الحقوق العينية غير التي نصت عليها القوانين، في حين كانت الحقوق الشخصية من السعة يمكن بحيث يتعذر على المشرع حصرها، وعليه تجده اكتفى بوضع القواعد الأساسية التي تنظم هذا النوع من الحقوق.

كما تختلف الحقوق الشخصية عن العينية في أن الأولى تفرض تكاليفها، وواجباتها على شخص معين أو مجموعة معينة من الأشخاص، في حين تفرض الحقوق العينية واجباتها على جميع الناس بوجوب عدم اعتراض من يمارس حقوقه العينية ما دام لم يخالف القانون في ذلك.<sup>3</sup>

## المطلب الثاني: مصادر الحقوق الشخصية

على عكس الحقوق العينية التي أوردتها القانون على سبيل الحصر، فإن بالنسبة للحقوق الشخصية اكتفى ببيان مصادرها نادى أن الحقوق الشخصية لا يمكن حصرها حسب موضوعها، ولكن تحصر بحسب المصدر أو السبب الذي تنشأ بمقتضاه هذه المصادر هي:

العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب (العمل النافع) والقانون.

<sup>1</sup> - أسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص: 294.

<sup>2</sup> - طعيبة أحمد، مرجع سابق، ص: 11.

<sup>3</sup> - الحامي حيدر البصري، نظرة في المقدمات، [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

## مدخل العلوم القانونية

أ- **العقد:** هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو على تعديلها أو إنهائها، أو هو تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وللأفراد بمقتضى ذلك إنشاء ما شاءوا من الحقوق بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة (المادة 54 م ج)

ب- **الإرادة المنفردة:** للإرادة المنفردة قدرة على إنشاء حق شخصي في حالة الوعد بجائزة مثلا، فإذا ما وجه شخص إلى وعد بجائزة يعطيها عن عمل معين، فإنه يلتزم بإعطائها لمن قام بهذا العمل (المادة 115 مدي جزائري وما بعدها) إذن فقد التزم بإرادته المنفردة بإعطاء هذه الجائزة لمن قام بهذا العمل.

ج- **العمل غير المشروع (الفعل الضار):** ينشئ العمل غير المشروع حق شخصيا على أساس أن كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض أي أنه ينشئ للمتضرر حقا في التعويض (المادة 124 مدي جزائري وما بعدها) مثلا شخص يصدم بسيارته أحد المارة نتيجة الإفراط في السرعة، بحالة ينجم عنها ضرر لهذا الشخص، فيستفيد هذا الأخير من حق التعويض.

د- **الإثراء بلا سبب (الفعل النافع):** المادة 141 م.ج، الفعل النافع هو فعل يقوم به شخص يفتقر بسببه، فيعود منه نفع على شخص آخر يثري منه دون سبب قانوني يبرر هذا الإثراء، ويترتب عليه التزام من أنتفع بأن يدفع إلى من افتقر به، بمعنى آخر كل شخص أثري بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة.

**مثال ذلك:** أن يبني بأدواته وماله في أرض غيره معتقدا أن هذه الأرض ملكا له، ثم اتضح حقيقة الأمر فيصبح البناء ملكا للمالك الأرض عن طريق الالتصاق، ولكن الذي بني قد يكون قد افتقر بقيمة الأدوات والمال، ومالك الأرض قد أثري بقيمة البناء دون سبب قانوني يبرر هذا الإثراء، فيلزم المالك أن يرد قيمة الإثراء إلى صاحب البناء على أن لا يتجاوز ذلك قيمة ما افتقر هذا الأخير.

و- **القانون:** هناك التزامات تنشأ مباشرة عن طريق القانون، مثال ذلك الالتزام الأب بالنفقة على أبنائه، أي حق الأبناء في النفقة من أبيهم.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - طعيبة أحمد، مرجع سابق، ص: 12

## المبحث الثالث: الحقوق الذهنية أو المعنوية

## المطلب الأول: مفهوم الحقوق الذهنية أو المعنوية

الحقوق الذهنية هي سلطات مخولة لشخص على شيء غير مادي سواء كان هذا الشيء فكرة ابتكرها أم اختراع كشفه أم أي ميزة معنوية أخرى نتجت من عمله، بمعنى آخر هي حقوق ترد على نتاج الذهن أو الفكر كما هو الحال في الإنتاج الفني والأدبي.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: أنواع الحقوق الذهنية

## أولاً: حق الملكية الصناعية

ويشمل جانبه المالي حق الشخص في استغلال اختراعه، أما الجانب الأدبي فيتمثل في حقه في احتكار استغلال الاختراع، ويهدف هذا الحق عموماً إلى حماية رجال الصناعة والمخترعين، فإذا بيعت منتجات معينة فتحمي براءة الاختراع، والرسم والنموذج الصناعي، والاسم التجاري والعلامة التجارية والعنوان التجاري.<sup>2</sup>

## ثانياً: الملكية الأدبية والفنية

هي الحق الذي يكسبه المؤلف على المصنف أو على إنتاجه الفكري سواء كان فنياً أو أدبياً.

فحق المؤلف مصطلح يصف الحقوق الممنوحة للمبدعين في مصنفاتهم الأدبية والعلمية والفنية. ويشمل حق المؤلف - وهو ما يمثل موضوعه - كل المصنفات الأدبية والعلمية، مثل الروايات وقصائد الشعر والمسرحيات والصحف وبرامج الحاسب الآلي والأفلام والقطع الموسيقية والمصنفات الفنية، مثل اللوحات الزيتية والرسوم الفنية.<sup>3</sup> وتنقسم حقوق المؤلف إلى حقوق معنوية أو أدبية من ناحية وحقوق مالية من ناحية ثانية. وعلى ذلك يتمتع المؤلف بنوعين من الحقوق ولكل من هذين النوعين قواعده التي تختلف عن الآخر وهما:<sup>4</sup>

**1- الحقوق المعنوية أو الشخصية:** وهي الحقوق اللصيقة بشخصية المؤلف ولهذا الحقوق الأولوية والأسبقية عن الحقوق المالية المقررة للمؤلف، لأنها ليست فقط ما يعني به المشروع في المقام الأول، ولكن لأنها تتمتع بمدى أوسع عن الحقوق المالية من حيث تمتع المؤلف بها وما تتصف به من خصائص. فهي حقوق دائمة، وغير قابلة للتنازل عنها، وغير قابلة للسقوط بالتقادم.

وتتحصل الحقوق المعنوية للمؤلف، التي تعتبر جوهر حق المؤلف، فيما يلي:

- حق في الإبداع والحق في الدفاع عن مؤلفه عند محاولة تشويهه أو تحريفه من الناشر أو غيره.  
- الحق في سحب المصنف من التداول وتعديله

**2- الحقوق المالية:** فهي لا تترتب إلا على الحقوق الأولى والعكس غير صحيح بحيث قد يكون للمؤلف حقوقه المعنوية دون الحقوق المالية متى كان قد تصرف فيها وانتقلت إلى الغير.

<sup>1</sup> - طعيبة أحمد، مرجع سابق، ص: 13

<sup>2</sup> - محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص: 47

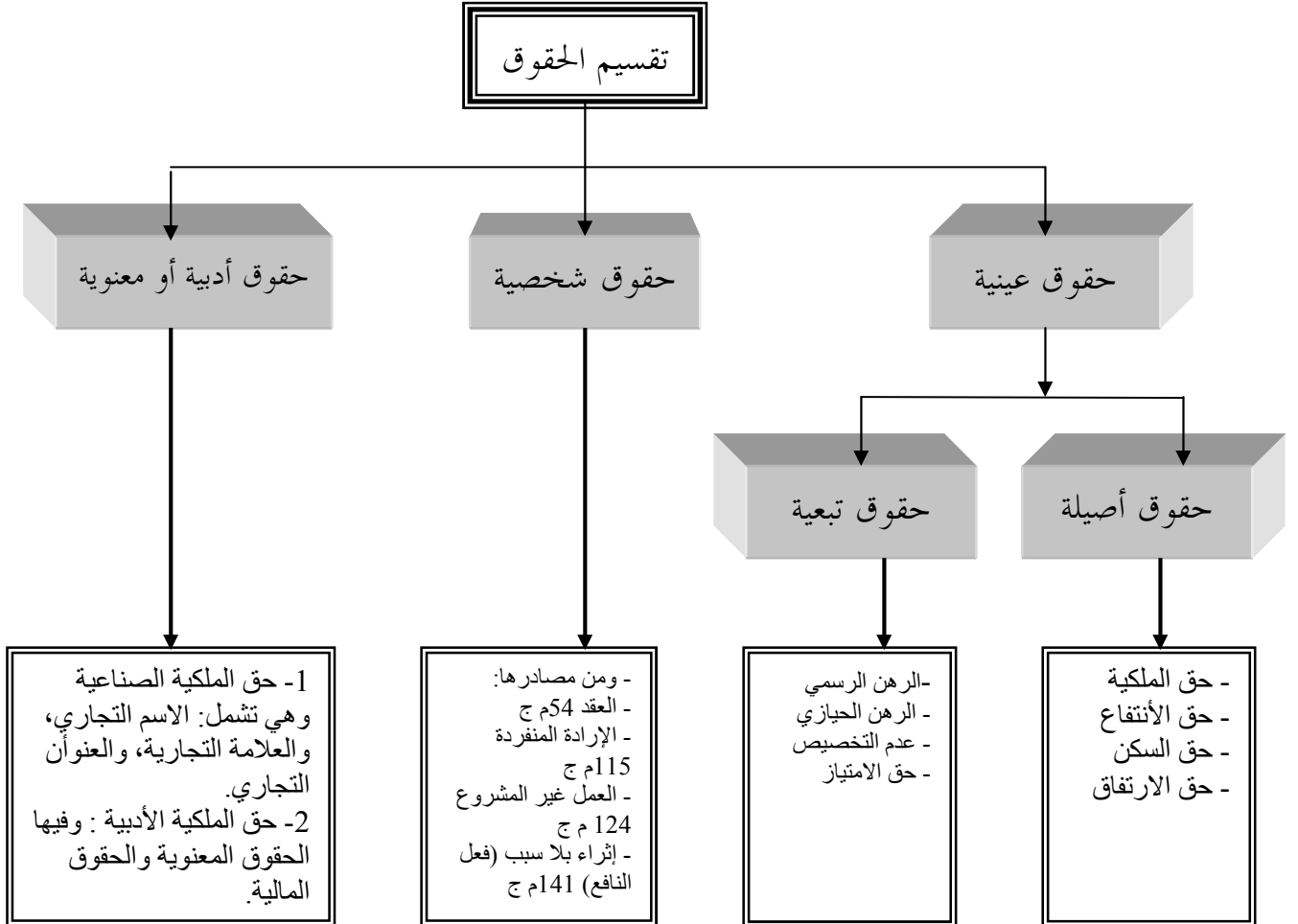
<sup>3</sup> - المستشار الدكتور، على رضا نائب رئيس مجلس الدولة، الملكية الفكرية هي الرورة الاقتصادية الجديدة التي تحيط بنا في كل مناحي حياتنا اليومية / <http://www.ladis.com/>

<sup>4</sup> - على رضا نائب، المرجع سابق

## مدخل العلوم القانونية

وتتمثل تلك الحقوق فيما يلي: حق المؤلف في استغلال مصنفاته علي أية صورة من صور الاستغلال ويتم هذا الاستغلال عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر أو غير مباشر

## مخطط تقسيمات الحقوق المالية





## أركان الحق

### أطراف الحق

المبحث الأول : الشخص الطبيعي

المطلب الأول: بداية الشخصية ونهايتها

أولاً: بداية الشخصية

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وهذا ما نصت عليه المادة 1/25 مدني بقولها: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا..."

ويقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالا تاما، ويشترط لبداية الشخصية القانونية ولادة الشخص حيا ولو للحظة قليلة، ويمكن التعرف على حياة المولود ببعض المظاهر كالصراخ والحركة والتنفس.

وتبدأ واقعة الميلاد بالسجلات المعدة لذلك بشهادة الميلاد أو بكافة الطرق الأخرى. أما الجنين الذي يموت في بطن أمه أو يفصل عنها بالإجهاض أو يموت أثناء الولادة فلا تثبت له الشخصية القانونية.

فإذن تثبت للشخص الطبيعي الشخصية القانونية حتى ولو مات بعض لحظات من ميلاده، أو تكون له أهلية وجوب فيكتسب الحقوق وتحمل بالالتزامات.

فالشخصية القانونية ترتبط بالميلاد إذ الأصل أنه لا تثبت للجنين الشخصية القانونية وبما أن له وجودا منذ تكوينه فلهذا تثبت له الشخصية القانونية منذ وجوده، ولقد نصت المادة 2/25 على مايلي: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية يشترط أن يولد حيا"<sup>1</sup>.

ثانيا: انتهاء الشخصية

تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية أو بالوفاة الحكيمة:<sup>2</sup>

#### 1- الوفاة الطبيعية:

تثبت واقعة الوفاة بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن إثباتها بكافة الطرق الأخرى وهذا ما تضمنته المادة 26 مدني التي تنص على أن: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية..."

#### 2- الموت الحكي:

تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكي، وهو ليس موتا فعليا ولكنه موت تقرره المحكمة، ويسبق الحكم بالفقدان أولا ثم يليه الحكم بالوفاة.

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 57

<sup>2</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 57

## مدخل العلوم القانونية

أ- **الحكم بالفقدان:** يجب أولاً أن نفرق بين الغائب والمفقود، إذ يصدر بصدد كل منهما الحكم بالفقدان، فالغائب هو شخص غير حاضر في محل إقامته وليس له موطن معلوم فإذا صدر حكم بفقدانه أخذ حكم المفقود وفقاً لما نصت عليه المادة 110 أسرة، ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة من الغياب، أما المفقود فتعرفه المادة 109 أسرة بأنه الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من مmates ولا يعتبر الشخص مفقوداً إلا بعد صدور حكم بالفقدان بشأنه.

أما الآثار التي تترتب على الحكم بالفقدان، حيث إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حياً سواء بالنسبة لأمواله أو زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته.

فبالنسبة لأمواله : لا تقسم بين الورثة.

أما بالنسبة لزوجته تبقى على ذمة زوجها لأنه حياً إلا أنه يكون لها أن تطلب التطليق وفقاً للمادة 53 أسرة التي تجيز لها التطليق في حالة الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر.

ب- **الحكم بالوفاة:** تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص، يحكم القاضي بوفاة المفقود بناءً على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة (المادة 114 أسرة)، ففي حالة التي يغلب فيها الهلاك كحالة الحرب والحالات الاستثنائية كالزلازل أو حريق أو كمن يخرج من بيته لقضاء حاجته ولم يعد فالقاضي يحكم بالموت بعد مرور 4 سنوات من غياب الشخص، أما في الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك كالمسافر أو كالذي يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار فهي حالات لا يغلب فيها احتمال هلاك الشخص، لذلك تكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة المطلوبة التي يتم بعدها الحكم بالموت ويجب في جميع الأحوال ألا تقل المدة عن 4 سنوات وهذا ما تضمنته المادة 113 بقولها : " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة بعد مضي أربع سنوات".

أما الآثار المترتبة على حكم بالوفاة ، فبالنسبة لأمواله يعتبر المفقود بوفاته ميتاً فتوزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة، أما بالنسبة للزوجة فأثماً تعتد عدة الوفاة ويجوز لها بعدها أن تتزوج بغيره وعدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة.

وتنص المادة 115 بقولها: لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة ظهوره حياً يسترجع ما بقي عيناً من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

## المطلب الثاني: مميزات الشخصية الطبيعية

أولاً: الاسم<sup>1</sup>

الاسم هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره . وللإسم معنيان معنى ضيق ويقصد به الاسم الشخصي

**NOM DE FAMILLE OU PRENO** والمعنى الثاني يقصد به اللقب أو اسم الأسرة **Patronimique** .

- وتنص المادة 1/28 مدي على أنه : "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق بأولاده .

- وهناك أنواع أخرى للإسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة وحماتها تكون بقدر حماية الاسم المدني من ذلك .

- **اسم الشهرة : le surnom** وهو اشتهار الشخص باسم آخر بين الناس واسم الشهرة هو من صنع الناس أي غير هو الذي يطلق على الشخص هذا الاسم واسم الشهرة جدير بحماية القانون.

**الاسم المستعار : Pseudonyme** : ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق عرض معين كإخفاء شخصيته في مناسبة معينة وقد يكون الغرض سياسيا كتسمية رجال المقاومة بأسماء مستعارة لإخفاء أسمائهم الحقيقية والشخص حر في اختيار هذا الاسم وكذلك هذا الاسم يحميه القانون إذا استعمله صاحبه بصفة مستمرة

**الاسم التجاري** : وهو استخدام التاجر اسما يمارس تحته تجارته ويكون مميزا لمحلته التجاري وعنصره من عناصره وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقا للمادة 78 تجاري وتعرض فيما يلي للإسم المدني فبين طريقة اكتسابه ومميزاته . حمايته وفي الأخير طبيعته القانونية .

**1- الاسم المدني :****أ- كيفية اكتساب الاسم العائلي :**

- **النسب** : وهو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم, فينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر. وكذلك يثبت النسب الإقرار أي بإقرار البنوة لمجهول النسب ولو تم ذلك الإقرار في مرض الموت.

- **القانون**: يقوم ضابط الحالة المدنية باختيار اسم للقيط أو الولود من أبوين مجهولين المادة 64 من قانون الحالة المدنية .

- **الزوجية** : جده في الدول الغربية حيث تحمل الزوجة لقب زوجها ولا تفقد لقبها العائلي فيصبح لقبان تختار بينهما .

**ب- كيفية اكتساب الاسم الشخصي**: المادة 64 من قانون الحالة المدنية توجب الأب أو الأم أن يوضع لابن اسما من الأسماء الجزائرية وقد وضعت الدولة قائمة اسمية للأشخاص .

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 63-67

## مدخل العلوم القانونية

**2- مميزات الاسم :** يمتاز الاسم بأنه غير قابل لتصرف أو التزول عنه كما أنه لا يخضع لنظام التقادم المكسب أو المسقط.

**3- حماية الاسم :** يحظى الاسم بحماية قانونية أعطاها له المشرع وتكون الحماية على كافة أنواعه دون تمييز وتكون الحماية على إحدى الاعتدائين .

- انتحال الاسم دون حق أي التسمي باسم الغير دون إذنه .

- المنازعة غير المبررة فاستعمال الغير للاسم وهي تأخذ صورتين .

- إما الإدعاء بعدم أحقيته بهذا الاسم وإما إشاعة عدم الأحقية بين الناس والحماية هنا هي المطالبة بوقف الاعتداء أو التعويض المادة 48 قانون المدني وقد تشدد حتى تصل بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات أو المتابعة بجناية تزوير وهذا ما نصت عليه المادة: 249 قانون العقوبات .

**4- الطبيعة القانونية للاسم :** لقد اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للاسم فهناك أنه مجرد نظام إداري للبوليس المدني وهناك من يرى أنه حق ملكية على حق معنوي وهناك من يراه أنه حق وواجب في أن واحد وظهر اتجاه آخر .

- يرى أنه حق من حقوق الأسرة وهو الرأي الراجح إذ أنه في الغالب ما ينتج صدور الاسم من الانتماء الأسرة .

**ثانيا: الحالة<sup>1</sup>**

**تعريفها:** هي من أهم مميزات الشخصية القانونية فتثبت الحالة السياسية لشخص بانتمائه لدولة وتثبت حالته الدنية من خلال إتباعه لعقيدة معينة .

**أنواعها:**

**1/ الحالة السياسية:** وتعني ارتباط الشخص بالدولة وانتمائه لها ويكون ذلك عن طريق حمل جنسية الدولة ويحملها بطريقتين إما الدم أو الإقليم كما أن جنسية الدم هي جنسية أصلية وفي حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الفعلية أو الحقيقية .

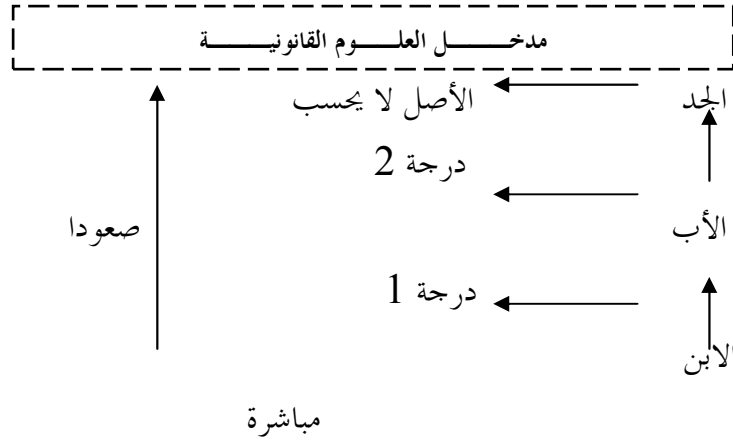
**2/ الحالة الدينية :** الإسلام دين الدولة ولا وجود في الإسلام لمثل بعض الامتيازات الممنوحة في طوائف معينة كما هو في بعض البلدان ويترتب على كون الشخص مسلما فأنه يخضع لأحكام التعامل بين المسلمين مع غير المسلمين

**3/ الحالة العائلية :** وهي العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة وقد تكون هذه الرابطة نسب أو قرابة مصاهرة

**أنواع القرابة:**

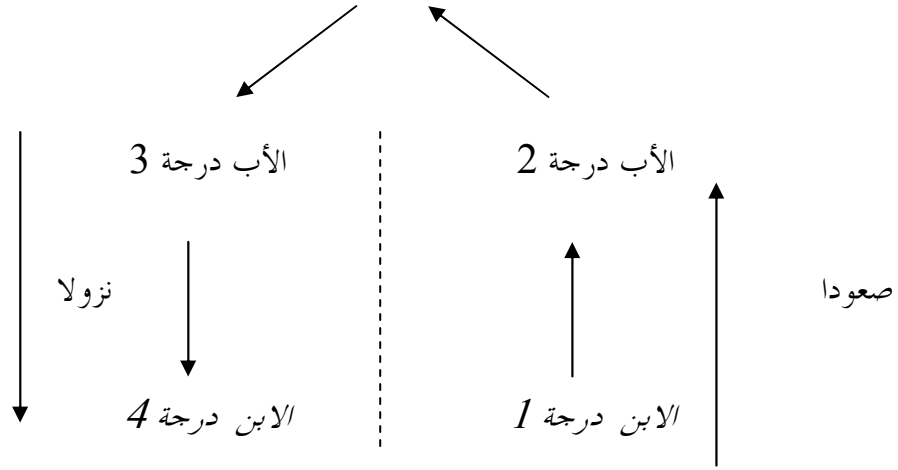
\* **قرابة النسب :** حسب نص المادة 32 من القانون المدني تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القرابة وبذلك تكون إما مباشرة وهي التي تربط بين الأصول والفروع أي التي تربط الجد بأبنائه وحفدته .

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 68-74



\* قرابة الحواشي : وهي التي تربط بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

### الجد ( الأصل ولا تحسب درجة )



فقرابة ابن العم بابن عمه هي قرابة حواشي من الدرجة الرابعة

\* قرابة المصاهرة : هي تنتج نتيجة الزواج , ويحتفظ فيها كل قريب بدرجة قرابته للزوج الآخر .

– أهمية القرابة :

- من حيث الإرث : يترتب عن القرابة أن الأقارب يتوارثون فيما بينهم .
  - من حيث التعويضات المدنية : يستطيع الأقارب مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الموروث الذي ألحقه بمورثهم .
  - من حيث الولاية : يتولى الأصل ولاية الفرع إذا كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها .
  - من حيث النفقة : يكون الأصول ملزمين بالنفقة على الفروع كما أن الزوج ملزم بالنفقة على الزوجة إذا توافرت أسباب النفقة
  - من حيث رد القاضي : يجوز طلب رد القاضي في أي مرحلة من مراحل الدعوى إذا كانت له قرابة بأحد الخصوم
- المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

## مدخل العلوم القانونية

- من حيث الدعوى الجزائية : السرقة بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة لا تحرك النيابة الدعوى حتى يقدم الضحية الشكوى .

ثالثا: الأهلية<sup>1</sup>

هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات والقيام بالأعمال والتصرفات القانونية يترتب عليها كسب الحقوق أو يترتب عليها الواجبات التي تتأثر أحكامها ( المادة 45 مدني جزائري ) وقد أحال القانون المدني الجزائري في المادة 44 أحكام الأهلية إلى قانون الأسرة يعطى له حق التصرف والأداء الذي فرض أهلية الوجوب والعكس وهناك استثناءات عند نقص الأهلية فهنا يتحملها شخص آخر يوصى على العناية بمال أو تصرفات الشخص الناقص الأهلية حسب المادة 82.85 حيث قد ينوب عنه وليه أو كفيله .....

**1- أهلية الوجوب :** تبدأ من الولادة حتى الوفاة تثبت في بعض الأحيان قبل الميلاد مثل الجنين شرط و لادته حيا و هي تمر بمرحلتين :

**المرحلة الأولى :** و هي مرحلة الحمل و يعد فيها الشخص ذو أهلية وجوب ناقصة لأنه غير صالح للتحمل بالالتزام و غير صالح لكسب الحقوق و تثبت له شرط و لادته حيا المادة : 187 من قانون الأسرة .

**المرحلة الثانية :** تبدأ بعد ولادته حيا : حيث يستطيع بعدها تحمل الالتزامات لاكتساب الحقوق إلا ما منعه عنه القانون بنص خاص المادة : 403 من قانون المدني : تمنع المحامين من شراء الحقوق المتخاصم عنها المادة : 135 من قانون الأسرة تمنع قاتل العمد من ميراث مقتوله .

**2- أهلية الأداء :** هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه و أهلية الأداء تفترض أهلية الوجوب و العكس غير صحيح المادة : 82 , 85 , 83 من قانون الأسرة .

أن تصرفات كامل الأهلية تعد صحيحة و ناقص الأهلية تصرفاته قابلة للإبطال و معدوم الأهلية تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا . و أنه يمكن تمييز أهلية الأداء بالمراحل التالية :

**المرحلة الأولى:** وهي مرحلة الجنين : ليس له أهلية الأداء .

**المرحلة الثانية :** و هي مرحلة الصبي المميز : و هي من الولادة حتى السادسة عشر له أهلية منعدمة و في مصر سبع سنوات 07.

**المرحلة الثالثة :** مرحلة الصبي المميز : و تمتد هذه المرحلة : من السادسة عشر دون بلوغ سن الرشد و هنا تكون أهليته قابلة للإبطال و نميزها من خلال تصرفاته . فإذا كانت تدخل ضمن تصرفات الضارة محضا فألها تكون باطلة , أما التصرفات التي تدور بين النفع و الضرر متروكة للسلطة التقديرية للقاضي , أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً فألها جائزة مع إمكانية إبطالها .

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 75- 87

## مدخل العلوم القانونية

**المرحلة الرابعة :** أهلية التمييز : و هي مرحلة بلوغ سن الرشد و هنا تكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة أو ضارة حسب نص المادة : 40 من قانون المدني : من بلغ سن التسعة عشر سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية و غير محجور عليه أصبح أهلا للتصرف .

- و تجدر الإشارة هنا إلى أنه في حالة بلوغ الشخص سن : 19 سنة و لم تكن له أهلية أو انعدمت فتدخل المشرع و اوجب على ضرورة تعيين ولي أو وصي أو قيم مادة : 44 من القانون المدني .

**1/ الولي :** بالرجوع إلى نص المادة : 87 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن الولاية تثبت للأب و وصيه و الولاية هنا على مال الصغير و أن أنعدم الولي أو الوصي انتقلت الولاية إلى إلام المادة : 99 من قانون الأسرة . و الولاية هنا هي التصرف في الموال القاصر تصرف الرجل الحريص و تنتهي الولاية بعجز الولي أو عدم قدرته على أداء الولاية أو موته أو الحجر عليه أو بلوغ الصبي سن الرشد

**2/ الوصي :** هو كل من تمنح له الولاية على مال الصغير غير وليه الشرعي و يسمى بالوصي المختار لأن الأب هو الذي يختاره و يشترط بأن يكون بالغاً مسلماً أميناً , و سلطات الوصي هي نفسها سلطات الولي و تنتهي بنفس انتهاء سلطات الولي .

**3/ المقدم :** أو القيم : حسب المادة : 99 من قانون الأسرة : المقدم هو الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود الولي أو وصي على من كأن فاقد الأهلية أو ناقصها و ناقص الأهلية هو المجنون و المعتوه و السفه و ذو الغفلة .

**- عوارض أهلية الأداء :**

**1/ الجنون :** هو مرض يسبب اضطراب العقل و زواله و قد يصل إلى حد إعدام الإرادة .

**2/ العته :** نقص خلقي أو مرض طارئ أو لكبر السن يصيب الإدراك .

**3/ السفه :** السفه هو تبذير المال على مقتضى العقل .

**4/ الغفلة :** هي السذاجة إذ لا يعرف صاحبها ما ينفعه و ما يضره .

**موانع أهلية الأداء :**

**1/ الغياب :** و هو مانع مادي أي من ليس له محل إقامة أو موطن معروف , فيعين له وكيل إذ لم يترك وكيلاً و تنتهي مهمته أما بعودة الغائب حياً أو ميتاً فعلاً أو حكماً صدور الحكم الذي يثبت وفاته .

**2/ الحكم بعقوبة جنائية :** - قد تقترن العقوبة الجنائية . بعقوبة تبعية تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق المدنية أو السياسية و بذلك يعد الشخص ناقصاً للأهلية .

**3/ المانع الطبيعي أو الجسماني :** قد يصاب الشخص بعاهة جسمية مثل : بتر الأعضاء الرئيسية مما يمنعه عن ممارسة مهامه لذا يعين له وصي يساعده على تأدية مهامه .

رابعاً: الموطن<sup>1</sup>

هو المقر القانوني للشخص أو المكان الذي يعتبر القانون أن الشخص موجود فيه فالموطن هو المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية مثال ذلك في حالة إعلان الأوراق القضائية التي يلزم إعلانها للشخص كصحيفة الدعوى والتنبيه والإندار.

\* والمشرع الجزائري يحدد الموطن على أساس محل الإقامة المعتاد فقد نصت المادة 36 مدني على أن الموطن للجزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي ...

## 1- أنواع الموطن :

أ- **الموطن العام** : هو الذي يعتمد به بالنسبة لكل شؤون الشخص وهو يتحدد بالموطن الذي يقيم فيه الشخص و هو أما أن يكون اختياري أي أن الشخص هو الذي يختار الموطن الذي يقيم فيه والموطن الإلزامي هو الموطن الذي لا يمكن للشخص مغادرته بقوة القانون .

ب- **الموطن الخاص** : هو المقر الذي يتخذه الشخص لممارسة نشاط معين إذ أنه يناط بالإعمال القانونية و النشاطات التي يمارسها الشخص فمثلا : المحامي موطنه الخاص هو مكتب المحاماة والطبيب العيادة .

## خامساً: الذمة المالية

هي مجموع ما يكون للشخص من الحقوق و الالتزامات المالية الحاضرة و المستقبلية مثل الحقوق العينية و الحقوق الشخصية و الذهبية و هي لصيقة بالشخص و لا تزول إلا بزوال الشخص و أهمية الذمة المالية هي توفير الضمان للدائنين فلا يعد المدين ملزماً بالوفاء جسمانياً بديونه كما كأن سائداً في الماضي حيث كأن يجبس و يقتل و يستعبد أما الآن فإن الوفاء ينصب على ذمة المدين المالية.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني : الشخص الاعتباري

## المطلب الأول: تعريف الشخص الاعتباري

يمكن تعريف الشخص الاعتباري بأنه (مجموعة الأشخاص والأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين ويعترف القانون لها بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض) .

ويجدر بالذكر أن اصطلاح الأشخاص الاعتبارية يعني صراحة أنها تكتسب الشخصية القانونية حكماً أي ينص القانون الذي اعتبرها كذلك وفي نفس الوقت يعني ضمناً أنها ليست أشخاصاً طبيعية وأنها يمنحها الشرع تلك الصفة القانونية الاعتبارية لكي تتمكن من أي تمارس حقوق وتلزم بواجبات في سبيل تحقيق أغراض اجتماعية معتبرة سواء للمجتمع كله أو لطائفة من طوائفه<sup>3</sup> ومن التعريف الذي أوردناه نلاحظ أنه يقوم على ثلاث عناصر هي :

أ- أن الشخص الاعتباري يتناول من مجموعة في الأشخاص أو الأموال ومجموعة من الأشخاص والأموال معا .

ب- أنه يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن المجموعة المكونة لها بناء على نص في القانون

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 88- 95

<sup>2</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 96

<sup>3</sup> - اسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص : 236



## مدخل العلوم القانونية

ج- أن يكون قيام الشخص الاعتباري لتحقيق هدف اجتماعية يتحدد في قانون إنشائه<sup>1</sup>.

## وجود الشخص الاعتباري وطبيعته القانونية :

ثار جدل فقهي حول وجود الشخص الاعتباري وطبيعة القانونية وتعددت النظريات واختلفت آراء الفقهاء حول هذا الموضوع وأن كأن المجال هنا لا يسمح لمناقشة تلك الآراء النظريات فلنكتفي بلمحات عنها وهي :

**أولاً: نظرية الافتراض القانوني :** قال بهذه النظرية أصحاب المذهب الفردي وعلى رأسهم سافيني SAVIGNY ومؤداها أن الشخص الطبيعي أي الإنسان وحده هو الكائن يصلح أن يكون طرفاً في الحق لأنه هو الذي له إرادة تبعد بها القانون وله في نفس الوقت وجود حقيقي لأن الحق عندهم سلطة إرادية كما سبق أن ذكرنا .

ويضيق أصحاب المذهب الفردي قولهم أن الشخص الاعتباري ليس له وجود حقيقي وليست له إرادة بطبعته ولكن المشرع يستطيع إذا رأى فائدة اجتماعية من إنشاءه أن يخلفه خلفاً ويفترض له الشخصية القانونية افتراضاً حتى يستطيع الدخول للحياة القانونية في المجتمع كطرف موجب أو سالب في الحقوق والالتزامات.<sup>2</sup>

**ثانياً: نظرية الشخصية الحقيقية :** قال بهذه النظرية بعض الفقهاء الألمان أيضاً وكانوا يردون على زملائهم أصحاب النظرية الافتراضية، وتبلور فكرهم في أن الشخص الاعتباري ليست أو هاما وليست مجرد افتراضات لا وجود لها إلا حتما يريد المشرع وعندما ينص عليها القانون ولكنها حقائق واقعية تفرض نفسها على المشرع لأنها توجد من تلقاء نفسها بمجرد تكونها دون انتظار اعتراف المشرع أو القانون بوجودها ويضفون إلى ذلك قولهم بأن الشخص الاعتبارية وأن كانت تختلف عن الأشخاص الطبيعية من حيث أنها ليست أجساماً وليست لها كيان مادي ملموس إلا أنها حقائق على كل حال فالشخص الاعتباري حقيقة معنوية وهو كالشخص الطبيعي الذي هو حقيقة مادية فالعبرة أن كلا منهما حقيقة واقعة سواء كانت تلك الحقيقة معنوية أو مادية فلا خلاف بينهما .

**ثالثاً: نظرية الملكية المشتركة :** هي النظرية تختلف عن سابقتها فأصحابها وعلى رأسهم بلانيول PLANIOL. ويضيفون إلى ذلك قولهم بأن الملكية المشتركة ملكية من نوع خاص فهي تختلف عن الملكية الفردية بحيث لا يجوز لأحد المالكين أن يتصرف بالبيع أو الرهن أو الوصية في ماله المشترك وفي نفس الوقت تختلف عن الملكية الشائعة بحيث لا يجوز لأحد المالكين أن يتصرف في حصته من المال المشترك ولا يجوز له يطالب بقسمة المال المشترك ليحصل على نصيبه .

ومعنى ذلك أنه لو كانت مؤسسة أو جمعية أنشأت مستشفى لا نقول بوجود شخص اعتباري هو المؤسسة أو الجمعية ولكن نقول بأن هناك ملكية مشتركة حقيقية لأشخاص طبيعيين هم المستفيدون من العلاج بصفة مباشرة وليست هناك شخصية اعتبارية مستقلة عن المكونين للمشروع .

وقد وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية لا يتسع المجال لسردها ومناقشتها .

<sup>1</sup> اسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق: 237

<sup>2</sup> - هشام القاسم . المدخل علم القانون ص : 404

## مدخل العلوم القانونية

وخلاصة القول أن الشخص الاعتباري يعترف له القانون بالشخصية القانونية لتحقيق غرض معين وفي حدود هذا الغرض يكون كالشخص الطبيعي طرفاً في الحق والالتزام على سواء كما أن الشخصية القانونية الاعتبارية ضرورة ملحة تملئها احتياجات المجتمع لتحقيق مصالح عامة أو خاصة . ومما لاشك فيه أن الأشخاص الاعتبارية لها وجود معنوي وحقيقي وقانوني في نفس الوقت .

**المطلب الثاني: أنواع الشخص الاعتباري**

أولاً : الشخص المعنوي العام

يتميز الشخص المعنوي العام بماله من السيادة وحقوق السلطة العامة ويمنحه القانون الشخصية المعنوية وفقاً للمادة 49 م وللدولة شخصية معنوية، وتنشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب وإقليم وحكومة ذات سيادة .  
-الولاية تتمتع بالشخصية المعنوية إذ نصت المادة 1 من قانون الولاية على أن الولاية جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستغلال مالي يديرها والي  
-البلدية تتمتع بشخصية مستقلة فهي ليست فرعاً من الحكومة المركزية ولا من ولاية ويمثلها رئيس البلدية وتثبت الشخصية المعنوية للبلدية بمقتضى القانون .

-إلى جانب الدولة والولاية والبلدية يمثل الشخص المعنوي العام كذلك الأشخاص المعنوية المرفقية أو المصلحية فإذا كان اختصاص الشخص المعنوي العام الإقليمي مقيداً بحدود إقليمية فأن اختصاص الشخص المعنوي المصلحين المرفقي مقيد بالغرض الذي أنشأ من أجله . ونلاحظ أن القانون 88-04 المؤرخ في 12-01-1988 المعدل والمتمم للقانون التجاري والمجرد للقواعد الخاصة والمطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية نص المادة الثانية على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري<sup>1</sup> .

**ثانياً : الأشخاص المعنوية الخاصة :**

هي تلك التي يكونها الأفراد سواء لتحقيق غرض خاص بهم أو بغرض يعود بالنفع العام وهي على نوعين، مجموعات الأشخاص ومجموعات الأفراد .

**1/ مجموعات الأشخاص ذات الشخصية المعنوية :**

تقوم على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعية والمعنوية وتنقسم بحسب الغرض منها إلى شركات وهي ما تسعى إلى تحقيق ربح مادي وإلى جمعيات وهي تسعى إلى تحقيق أغراض أخرى غير الربح المادي كالقيام بأعمال البر أو الثقافة .

أ-الشركات : الشركة هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالإسهام في مشروع اقتصادي وذلك بتقسيم حصة من المال أو العمل ويقتسمون ما قد ينشأ عن هذا المشروع من الربح أو الخسارة، فتكون الشركة مدنية إذا كان موضوعها مدنياً كالأستغلال الزراعي أو تربية الحيوانات ويحدد غرض الشركة في عقد تكوينها ولكن إذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة التجارية اعتبرت تجارية بحسب الشكل وتخضع للقانون التجاري . ففي شركة التضامن

<sup>1</sup> - فريدة محمد زواوي، مرجع سابق، ص: 104

## مدخل العلوم القانونية

يلعب دورا أساسيا وتكون للشريك صفة التاجر ويكون مسؤولا عن جميع ديون الشركة مسؤولية تضامنية وهذا ما نصت عليه المادة 1/551 تجاري بقولها (للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة)<sup>1</sup>.

2/ **الجمعيات** : تنشأ الجمعية باتفاق أعضاء على تحقيق هدف غير مادي وقد يكون هدفا خيريا أو ثقافيا أو علميا أو رياضيا ولا تكون موارد الجمعية مصدرا لاغتناء أعضائها بل الغرض منها هو تحقيق هدفها وموارد الجمعية تكون في الغالب تبرعات المواطنين ويحدد غرض الجمعية بمقتضى سند أنشائها، وكذلك اختصاصاتها ولا تجوز للجمعية تجاوز الحد الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله.<sup>2</sup>

**ب- مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية :**

وهي تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر والإحسان ويكون ذلك أما في شكل مؤسسة خاصة أو في شكل وقف .

ويعد كل منها تبرعا بمجموع من المال بذلك بأخذ حكم التبرعات ويمكن دائني المتبرع الطعن في التصرف بالدعوى البولصية، كما يأخذ التصرف حكم الوصية إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت ويجوز للورثة الطعن فيه إذا جاوز مقدار الثلث المقرر شرعا للوصية .

1- **المؤسسة الخاصة** : تنشأ هذه المؤسسة بتخصيص أحد الأشخاص بمجموعة من الأموال على وجه التأييد أو لمدة غير معينة لتحقيق عمل ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر أو على وجه العموم لتحقيق غرض الربح المالي وهذا العمل هو تبرع بالنسبة للمؤسس ولكي ينشأ الشخص المعنوي لا بد أن يقصد بالأموال إعطائها شكل كائن معنوي مستقل بذاته ومستقل عن السلطة العامة.<sup>3</sup>

2- **الوقف** : هو النظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهو حسب العين عن التملك، وقد عرفه المشرع في المادة 4 من قانون الأوقاف بأنه عقد التزام تبرع صادر عن إدارة منفردة<sup>4</sup> .

والحقيقة أن الوقف تصرف بالإدارة المنفردة إذ لا يشترط المشرع قبول الموقوف عليه في الوقف العام . ويكون الوقف وقفا عاما وذلك بوقف العين ابتداء على جهة من جهات الخير وقد يكون وقفا خاصا وذلك بوقف العين لمصلحة عقب الواقف من الذكور والإناث ، ويتول الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى جهة من جهات الخير التي عينها الواقف وهذا ما تضمنه المادة 6 من قانون الأوقاف .

وللمادة الثالثة من نفس القانون عرفت الوقف بأنه (حسب العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير).

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 106-107

<sup>2</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 107

<sup>3</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 108

<sup>4</sup> - قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف

## مدخل العلوم القانونية

## المطلب الثالث: عناصر تكوين الشخص الاعتباري

لتكوين الشخص المعنوي الخاص يجب توافر عناصر معينة منها<sup>1</sup>:

**أولا : العنصر الموضوعي :** وهو اتجاه إدارة الأفراد إلى إنشاء الشخص المعنوي فلإرادة دور فعال في تكوين الشخص الاعتباري الخاص إذ لا تنشأ الشركات إلا بعقد وقد عرفت المادة 416 مدي الشركة بما يلي (الشركة عقد بمقتضاه التزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك).

**ثانيا : العنصر المادي :** يجب توافر مجموعة من الأشخاص أو مجموع من المال وفقا لنوع الشخص المعنوي ففي مجموع الأموال كالوقف والمؤسسة لا بد من توافر المال ولا بد من أن يكون كافيا لتحقيق الغرض المقصود من المؤسسة وهذا العنصر، عنصرا أساسيا في مجموعات الأموال . أما العنصر الشخصي فقد يكفي لتوافره تبرع شخص واحد بالمال .

**ثالثا : العنصر المعنوي :** يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي هو تحقيق غرض جماعي معين أي أن يهدف الشخص المعنوي إلى تحقيق مصلحة المجموعة سواء كأن الهدف عاما يحقق المصلحة العامة أو يحقق مصلحة خاصة بجماعة معينة كمصلحة الشركاء في الشركة، ولا بد من تحديد الغرض سواء كأن ماليا أو غير مالي، ويشترط أن يكون الغرض ممكنا ومشروع أي ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة ويجب كذلك أن يكون مستمرا وليس أمرا عرضيا .

**رابعا: العنصر الشكلي :** قد يتطلب القانون الرسمية كما قد يستلزم الشهر وقد يتطلب أيضا حصول مجموعة الأموال وفي جماعة الأشخاص على ترخيص خاص لاكتساب الشخصية المعنوية .

**1/الرسمية :** لقد اشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوبا في شكل رسمي وإلا كانت باطلة إذ نصت المادة 418 مدي على مايلي (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كأن باطلا ) كما نصت المادة 1/545 تجاري على مايلي (تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة).

**2/ الشهر :** قد لا تتمتع مجموعة الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ شهرها كما قد تتمتع بها من يوم إنشائها ويشترط الشهر للاحتجاج بها على الغير ولقد اشترط المشرع شهر الشركات التجارية لتمتعها بالشخصية المعنوية إذ تنص المادة 1/549 تجاري على مايلي : (لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري) ، أما الشركات المدنية فشهرا ضروريا للاحتجاج بها على الغير وهذا ما نصت عليه المادة 1/417 مدي .

**3/ اعتراف الدولة بالشخص المعنوي :** اعتراف الدولة بالشخص المعنوي أما أن يكون اعترافا عاما أو اعترافا خاصا، يكون الاعتراف عاما إذا وضع المشرع شروط عامة متى توافرت في مجموعة من الأشخاص أو في مجموعة من

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 110- 114

## مدخل العلوم القانونية

الأموال اكتسبت الشخصية المعنوية دون حاجة إلى إذن ترخيص خاص وقد نصت المادة 417 مدني السابق ذكرها على أن الشركات المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها أما الاعتراف الخاص فهو الترخيص الخاص المطلوب الحصول عليه لاكتساب الشخصية المعنوية<sup>1</sup> وقد نصت المادة 49 مدني على ما يلي (..وكل مجموعة التي<sup>2</sup> يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية) .

## المطلب الرابع: مميزات الشخص الاعتباري

## أولا : أهلية الشخص الاعتباري :

نتعرض لأهلية الوجوب ثم لأهلية الأداء

أ- أهلية الوجوب : طالما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فإنه لا بد أن يتمتع كذلك بأهلية وجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ونظرا لاختلاف الشخصية الطبيعية عن الشخصية المعنوية فتكون حقوق الشخص المعنوي والتزاماته مختلفة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالشخص الطبيعي، فلا تثبت للشخص المعنوي الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان، فلا تكون له حقوق الأسرة، كما لا تثبت له حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم، كما أنه لا يرث، باستثناء الدولة إذ تؤول إليها أموال من لا وارث له أو التي تخلى عنها الورثة وهذا ما نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة بقولها : >>.. فإذا لم يوجد أصحاب فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة .<<<sup>3</sup>

ب- أهلية الأداء : وهي صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه، والشخص الاعتباري ليس له تمييز بحكم طبيعته إذ ليست له بذاته إرادة، لهذا ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن الشخص المعنوي ليس منعدم الأهلية، بل له أهلية ولكن لا يستطيع العمل إلا بواسطة ممثله، كما هو الأمر بالنسبة للشخص الطبيعي عديم التمييز. لكن يجب ألا يفهم من عدم إمكانية الشخص المعنوي القيام بعمله إلا بواسطة ممثله، انعدام الأهلية لديه، إذ القانون يعتبر الإدارة التي يعبر عنها مثل الشخص المعنوي، والأعمال التي يقوم بها، بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوي<sup>4</sup>. وقد يتولى تمثيل نشاط الشخص المعنوي، فرد أو شخص، كرئيس الدولة مثلا، أو الوالي... كما قد تتولاه هيئة كالمجالس المحلية والجمعيات العمومية .

ثانيا : الإسم : للشخص المعنوي اسم يميزه عن غيره، فقد يكون اسم الشركاء أو أحدهم أو اسم منبثقا من غرض الشخص المعنوي، وإذا كأن الشخص الاعتباري يمارس التجارة، فيمكن أن يتخذ اسما تجاريا، ويعد حقه في هذا الجانب ماليا، ويجوز له التصرف فيه، ولكن ليس بصفة مستقلة عن المحل التجاري ذاته . وحق الشركة على اسمها حق

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 112-113

<sup>2</sup> - يلاحظ كلمة (التي) زائدة في نص المادة 49 مدني والأصلح هو (..وكل مجموعة يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية)

<sup>3</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 115

<sup>4</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 116

## مدخل العلوم القانونية

مالي، أما حق الجمعية أو المؤسسة الخاصة على اسمها طالما لا تهدف إلى تحقيق الربح فيعد حقا أدبيا من حقوق الشخصية .

**ثالثا : الموطن :** يتمتع الشخص المعنوي بموطن مستقل عن موطن أعضائه، وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسي وليس حتما أن يكون مركز الاستغلال ولقد نصت المادة 1/547 تجاري على ما يلي : <> يكون موطن الشركة في مركز الشركة <> .

**رابعا : الحالة :** يقصد بالحالة السياسية إذا لا يمكن أن تكون للشخص المعنوي حالة عائلية.

والسائد هو أن جنسية الشخص المعنوي تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الفعلي. فمتى اتخذ الشخص المعنوي بلدا معيناً مركز إدارته تثبت له جنسية هذا البلد، ويخضع نظامه القانوني، لقوانين الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي، ولقد اعتبر بعض الفقهاء أن الجنسية بالنسبة للشركة أهم من الجنسية للشخص الطبيعي ذلك لأنه إذا كان من الممكن وجود شخص عديم الجنسية، فمن غير المتصور وجود شركة بدون جنسية، فمن الضروري أن تكون لها جنسية.<sup>1</sup>

**خامسا : الذمة المالية :** للشخص المعنوي شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه فذمته المالية مستقلة عن ذمة أعضائه ومؤسسيه، وديون الشخص الاعتباري تضمنها حقوقه، ولا يجوز لدائني الأعضاء أو دائني المؤسسين التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص المعنوي، ولا يجوز لدائني الشخص المعنوي التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء والمؤسسين لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص المعنوي، فلا تعد ضمانا عاما.<sup>2</sup>

**سادسا : مسؤولية الشخص الاعتباري :** أن طبيعة الشخص المعنوي الخاصة والتي جعلته لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية بنفسه بل بواسطة نائبه أو ممثله ، تثير أيضا تحديد مسؤولية الشخص المعنوي عندما يترتب على هذه التصرفات أو عن أعمال ممثله أو نائبه ضررا يلحق الغير .

فبخصوص المسؤولية المدنية ، فالشخص الاعتباري يكون مسؤولا عن عمل ممثله ما دام هذا الأخير يكون قد سبب ضررا للغير بسبب النشاط الذي يقوم به لحساب الشخص الاعتباري، ويكون مسؤولا مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.<sup>3</sup>

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية ، فإنه إذا كان من المستحل تطبيق العقوبات الجسمانية على الشخص المعنوي فإنه من الممكن أن تطبق عليه العقوبات التي تتلائم مع طبيعته ، كالمصادرة و الغرامة المالية والحل ....

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص:117

<sup>2</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص:118

<sup>3</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص:119

## محل الحق

### المبحث الأول : محل الحق الشخصي

محل الحق الشخصي هو التزام المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو التزام بإعطاء شيء .

#### المطلب الأول : شروط أعمال محل الشخصي

**1- شرط الإمكان :** أي أن يكون في استطاعة المدين القيام به ، فإذا كان مستحيلا استحالة مطلقة، أي لا يستطيع أبداً إنجازها (طبقاً للمادة 93 ق م ج ) فإنه لا يصلح محلاً للحق ولا ينشئ التزاماً مثال أن يتعهد المدين بعلاج شخص يتبين أنه قد مات .

مثال 2 كالتزام المحامي بالاستئناف رغم فوات الميعاد .

أم الاستحالة النسبية فمثال أن يتعهد المدين بعمل في معين في حين لا دراية له بهذا الفن.

**2- شرط التعيين :** يجب أن يكون العمل محدوداً أو قابلاً للتحديد على الأقل طبقاً للمادة 94 ق م ج ، فلا التزام إذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدي له عمل كل ما يطلبه، مثال فإذا كان العمل هو إنجاز بناء ، فلا بد من أن يكون كل من الدائن والمدين على بينة منه ، أي معرفة موقعه ومساحته ومواصفاته ومدة إنجازها .

**3- شرط المشروعية :** يجب أن يكون العمل محلاً للالتزام مشروعاً طبقاً للمادة 96 ق م ج ، فلا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة مثال كالتزام بتوريد المخدرات فهو باطلاً .

(يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ عن العقد أمراً ممكنًا، ومعينًا، أو قابلًا للتعين، وجائز شرعاً وإلا كأن العقد باطلاً). المادة 181 ق م ج .

#### المطلب الثاني : الالتزام بإعطاء شيء

فالحق الشخصي الذي يكون موضوعه إعطاء شيء معين مثل الحق في الجائزة للموعدود بها ، والحق في الهبة والحق في التبرع . فهذا حق يقابله التزام في جانب الطرف المانح فالالتزام بالإعطاء هو مضمون ذلك الحق (محل) ومن هذا نستخلص أن محل الحق يكون شيء دائماً في الحقوق الشخصية التي يكون مضمونها الالتزام بإعطاء شيء .

#### المطلب الثالث : الالتزام بالقيام بعمل

أما في الحقوق الشخصية الأخرى التي يكون موضوعها القيام بعمل ، فمنها ما يكون محله شيئاً أيضاً مثال حق المشتري في تسليم المبيع إليه وحق البيع في تسليم الثمن إليه . فالمبيع شيء، والثمن نقد والنقد شيء كذلك ، ولهذا يمكن القول بأن الحق الشخصي إذا كان مضمونه القيام بعمل ، وكان ذلك العمل هو تسليم شيء سواء كان الشيء مبيعاً أو نقداً فيعتبر محل الحق في هذه الحالات شيئاً أيضاً .

أما الحقوق الشخصية التي يكون موضوعها بعمل شخصي من جانب الملتزم ذاته ، كالبيع في محل تجاري أو رسم صورة أو لوحة مثلاً ، يكون محل الحق في هذه الحالات عملاً إيجابياً ذاتياً هو المعبر عنه بالقيام بعمل من قبيل الأداء .

## مدخل العلوم القانونية

## المطلب الرابع : الالتزام بالامتناع عن عمل.

أن معظم العقود تتناول الالتزام بالامتناع عن العمل، مثل لاعب كرة القدم بعدم مزاوله هذه الرياضة لحساب ناد آخر .

مثال 2 وتعهد شركة سينمائية في أن تمنع ممثلا معيننا عن الاشتراك في أفلام غيرها من الشركات طول مدة عقده معها .

فيكون محل الحق في هذه الحالات عملا سلبيا ذاتيا وهو المعبر عنه بالعمل السلبي أو القيام بعمل من قبيل الامتناع. وفي الحالات التي يكون فيها موضوع الحق عملا ذاتيا أداء كأن أو امتناعا من جانب الملتزم بالحق نقول أن مضمون الحق ومحله يندرجان في بعضهما بحيث يصبح أداء العمل، والامتناع عن العمل هما موضوعا الحق أو مضمونا الحق وهما محلا الحق في نفس الوقت في بعض الحقوق الشخصية.

ويمكن القول أنه حتى لا يلتبس علينا الأمر نرى أن نميز بين الحق من جهة وبين الشيء الذي يكون محلا للحق من جهة أخرى، وللمزيد من الإيضاح نفرق كذلك بين الشيء من جهة والمال من جهة أخرى.

الشيء وهو المحل الذي تقع عليه الحقوق عادة، وكلمة الأموال تطلق على الحقوق ذات القيمة المالية أي كأن نوع الحق أي سوى كأن حقا عينيا أم شخصا أم أدبيا. فالحقيقة أن لكل كلمة مدلولها، ولا يجب الخلط بينهما فالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أي كأن ذلك الحق سواء كأن عينيا أم شخصا أم من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية...

أما الشيء سواء كأن ماديا أم غير مادي، فهو محل هذا الحق.

وبالتالي فهناك أموال لا تعتبر أشياء، أما الشيء فهو الكائن في حيز ما من الطبيعة، وإذا في دائرة التعامل فإنه يصبح محلا للعلاقة القانونية ويتخذ وصف المال. ولهذا فهناك أشياء لا يمكن اعتبارها أموالا كالأشياء غير القابلة للتعامل فيها بطبيعتها كالهواء، والضوء، وأشعة الشمس وأشياء أخرى تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون مثال: المخدرات، النقود المزيفة والأسلحة غير المرخصة والإخراج من دائرة التعامل هذا بحكم القانون لأجل الصالح العام فنرى المشرع يميز تداول المخدرات للأغراض الطبية ويميز تداول الأسلحة المرخصة للدفاع عن النفس والمال.

كذلك تخرج عن دائرة التعامل الأموال العامة للدولة منها العقارات والمنقولات التي تكون مخصصة للمنفعة العامة وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم طبقا للمادة 639 .

أما في الفقه الإسلامي تدعى الأشياء التي يحرم التعامل فيها كالخمر، ولحم الخنزير .

## المبحث الثاني: محل الحق العيني .

أن محل الحق في الحقوق العينية يكون شيئا فيها كقاعدة مطلقة فالشيء قد يكون ماديا وهذا هو موضوع الحق العيني (متزل، سيارة،... الخ) وقد يكون غير مادي وهذا موضوع الحق الذهني (الاحتراع، ألحان).

المطلب الأول: تقسيمات الأشياء إلى مادية ومعنوية.

الأشياء المادية: هي التي يكون لها كيان ملموس أو محسوس سواء كانت عقارات أو منقولات .



## مدخل العلوم القانونية

الأشياء المعنوية: هي التي ليس لها كيان ملموس ، فهي غير محسوسة ماديا مثل الأفكار والابتكارات والمخترعات، والألحان الموسيقية.

ولذلك تسمى الحقوق التي ترد على الأشياء المعنوية بالحقوق الأدبية أو بالحقوق الذهنية.<sup>1</sup>

وتنص أغلب القوانين على اعتبار الأشياء المعنوية داخلة في باب المنقولات. وهناك نوعان : مادية أو معنوية مثال:  
**المطلب الثاني: تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها .**

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها إلى عقارات ومنقولات، ولقد عرف المشرع الجزائري العقار بأنه كل شيء مستقر وثابت ولا يمكن نقله دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول المادة 683 ق م ج وأهمية هذا التقسيم تكمن في مسائل عديدة نذكر منها :

- 1- سبب ثبات العقارات لا بد من إخضاع كل تصرفها إلى إجراءات خاصة وهي الشهر العقاري، أما بالنسبة للمنقول فلا يمكن تصور إجراءات شهر مماثلة نظرا لعدم استقراره وسرعة تداوله.
- 2- عدم استقرار المنقولات يجعلها تخضع لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية)، فالحيازة في المنقول قرينة على توافر السبب الصحيح للحيازة، بينما يختلف الأمر عن ذلك في العقارات بالرجوع إلى دفاتر تسجيلها التي تبين بوضوح كل تصرف صدر بشأنها: بيع، رهن...، ومن ثم يقع على الحائز عبء إثبات السبب الصحيح للحيازة.
- 3- أن القاعدة التي تقضي بأن الحق العيني (أصليا كأن أو تبعا) يخول صاحبه سلطة تتبع الشيء في أي يد يكون ليست قاعدة مطلقة، فهي متصلة بطبيعة الشيء محل الحق العيني وهل هو عقارا أو منقول. فبينما يعطي العقار سلطة تتبعه في أي يد يوجد أساس وجود سند صحيح للمالك. فبالنسبة للمنقول سلطة التتبع فيه تصطدم بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) التي تمكن الحائز من دفع أي تعرض له من الغير هذا فيما يخص الحقوق العينية الأصلية. أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية كحق الرهن مثلا، فيمكن القيام حق التتبع فيها بمجرد إجراء الشهر العقاري والقيود في السجل العقاري، بينما في الحقوق العينية التبعية الواردة على المنقول يحتاج الأمر إلى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة أو صعوبة تتبعها كما هو الشأن في الرهن الحيازي الوارد إلى منقول، رهن سيارة مثلا ضمانا لدين.

4- يترتب على ثبات العقار إقرار اختصاص محلي في الدعاوى المرفوعة بشأنه، فتكون المحكمة المختصة بشأن العقار هي المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار المادة 3/8 ق أ م.

أما تحديد الاختصاص المحلي بشأن المنقول فهو صعب، نظرا لتنقل المنقول، ولذلك فقد قرر المشرع في ذلك أن يكون الاختصاص للمحكمة التي تقع في دائرة مقر المدعي عليه المادة 1/8 ق أ م.

<sup>1</sup> - اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق، ص: 251

## أ/ العقارات:

1- **العقارات بالطبيعة:** وتنقسم إلى عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص، ويعتبر عقارا بطبيعته كل شيء مستقر بجيزه وثابت لا يمكن نقله دون تلف ومن هذا النوع الأراضي الزراعية، بناء وما يكون في جوفها من مناجم وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها .  
الأراضي: فالأرض بطبيعتها ثابتة، لها خاصية الاستقرار بمكانها، مدلول الأرض يشمل الأراضي الزراعية، والصحراوية، والجبلية، والمعدة للبناء وأيضا مفهوم الأرض يشمل ما يقوم عليها من الأبنية الثابتة الفيالات والعمارات مادامت مستقرة بجيزها وثابتة فيه.

الأشجار والنباتات: الأشجار والنباتات المتصلة بالأرض اتصالا ثابتا ومستقر بمكانها فيها بواسطة جذورها المتعمقة في التربة الأرضية، تأخذ حكم العقارات بطبيعتها، أيا كان نوعها وأيا كانت قيمتها .

2- **العقارات بالتخصيص:** تعطي صفة لبعض المنقولات لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله المادة 2/83 ق م ج

فهناك أشياء منقولة بطبيعتها، لكن القانون يعتبرها عقارا إذا توافرت فيها الشروط التي وردت في نص المادة 2/683 ق م ج والتي تقضي بأن: ( غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص.)

وتستخلص الشروط من النص وهي :

1- أن يكون هناك منقولا بطبيعته.

2- أن يكون هذا المنقول مملوكا لصاحب العقار.

3- أن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله من جانب المالك.

مثال للعقار بالتخصيص، امتلاك شخص أرضا زراعية عليها مواشي وآلات لازمة لخدمتها أو استغلالها ، فكل من المواشي والآلات عقارات بالتخصيص طالما هي مخصصة لخدمة الأرض . فالمواشي تكون عقارات بالتخصيص إذا كانت خيولا، مثلا تستعمل لنقل محصول الأرض . أما إذا كانت معدة للركوب أو للمسابقات فهي منقولات .

وتزول صفة العقار بالتخصيص بمجرد انتهاء تخصيصه لخدمة العقار، وكذلك إذا انتقلت ملكية المنقول إلى شخص آخر، بينما يبقى العقار الأصلي لصاحبه ولو بقي المنقول لخدمة هذا العقار .

ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضروريا، بل يكفي أن يكون التخصيص لفائدة العقار ، كما لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة، إذ يصح أن يكون مؤقتا لفترة من الزمن .

ب- **المنقولات :** المنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف وأنه يشمل على ثلاثة أنواع المنقول بطبيعته ، والمنقول حسب المأل والمنقول المعنوي

## مدخل العلوم القانونية

**1- المنقول بطبيعته :** هو كل شيء يمكن نقله من موقعه دون تلف سواء أمكن أن يتم هذا النقل بقدر الشيء الطبيعية كالحوانات ، أو بتدخل قوة خارجية ، فكل الأشياء سواء كانت من حيوان أو جماد مادامت ليست عقارات فهي منقولات بطبيعتها .

ويلاحظ أن بعض المنقولات بطبيعتها كالتائرات والسفن نظرا لأهميتها في الحياة العملية التي تزيد أحيانا عن أهمية العقارات وعن قيمتها ، قد يخضعها القانون في البيع والشراء أو الرهن مثلا لأحكام العقارات فينص على وجوب تسجيل وإشهار هذه التصرفات القانونية ، ومع ذلك فهي منقولات بطبيعتها .

**2- المنقول حسب المال :** ويقصد بالمنقول من حيث ما يؤول إليه كل شيء ثابت وغير مستقر فهو بطبيعته عقار لكنه يعتبر منقولاً ويأخذ حكمه بالنظر إلي ما سوف يؤول إليه في المستقبل القريب ، وشرط المنقول بحسب المال هو أن يكون مصيره المحتوم الانفصال عن أصله فيفقد بذلك طبيعته العقارية ويصير منقولاً وتحديد هذا المصير أما أن يكون بفعل الطبيعة ذاتها كما في المحصولات الزراعية وأما أن يكون الأنفاق على بيع بناء على أساس أنقاض لأنه سيصير منقولاً بعد فترة ، أي حينما تفقد صفة الثبات أي عندما تنفصل عن الأرض .

**3- المنقول المعنوي :** الأصل أن الأشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها لا عقارات ولا منقولات على اعتبار أن مناطق التمييز هو صفة الثبات وعدم التحرك وهذه الصفة لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء المادية ، ومع ذلك تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لأحكام المنقول ، ويبرز هذا الحكم عادة في كون المشرع يعتبر منقولاً كل ما ليس عقارا ، والأشياء المعنوية ليست عقارات . ولذلك نقول أن الأشياء المعنوية قد اكتسبت صفة المنقول بحكم القانون ، هذا وقد نصت المادة 687 ق م ج (تنظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على الأشياء غير مادية ) ويشبهها الفقه بالحقوق العينية ومنه من قال أنها حق ملكية ومنهم من قال أنها حق انتفاع ووضعها العميد السنهوري<sup>1</sup> بأنها حق عيني أصلي . ويشمل هذه الحقوق ما يعرف بحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وهي حق المؤلف والفنان ، إذن فالحقوق الذهنية لا تكون إلا منقولاً لأن موضوع الحق الذهني غير مادي وهي تخضع لقوانين خاصة بما تصدر في شأنها .

وتكمن أهمية هذا التقسيم في :

1- بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات ( الرهن الرسمي ، وحق الاختصاص وحق الارتفاق ، وحق السكن)

2- تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد ، وملكية المعين بنوعه بعد الإفراز أما ملكية العقار فبالشهر في المحافظة العقارية

3- التصرف في العقار يجرى في شكل رسمي طبقا للمادة 324 مكرر 1 مدي أما في المنقول فبشكل رضائي

4- الشفعة ترد على العقار دون المنقولات

5- دعاوى الحيازة الخاصة بالعقارات دون المنقولات

<sup>1</sup> - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ص 627

## 6- العقار فقط يكتسالش بالتقادم

## المطلب الثالث : تقسيم الأشياء من حيث قابلية التعامل فيها

تنص المادة 682 م (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق

المالية )

لأصل أن الأشياء قابلة للتعامل ، ولكن الاستثناء أنه توجد بعض الأشياء غير قابلة للتعامل سواء بحكم طبيعتها كالأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجيازها كالهواء ، الشمس ، البحر . أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون (مثلا أموال الدولة ، الأشياء العامة ) فقد يرجع سبب إخراجها إلى تخصيصها للمنفعة العامة والتعامل فيها يتنافى مع هذا التخصيص ، كالأشياء العامة فلا يجوز التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالتقادم ، وهذا ما نصت عليه المادة 689 ق م ج بقولها (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها، أو تملكها بالتقادم.)

كما قد يكون الخروج عن دائرة التعامل راجعا لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، ولقد نصت المادة 96 ق م ج على ما يلي (إذا كان محل الالتزام مخالفا لنظام العام أو الآداب العامة كأن العقد باطلا) فالعامل في المواد المخدرة غير جائز لمخالفته للنظام العام.<sup>1</sup> أما إذا كان القانون يميز حيازتها بشروط خاصة وفي نطاق معين فتكون محلا للحق في الحدود التي يسمح القانون بجيازتها أو تملكها للأفراد. ونود أن ننبه إلى أن القانون قد يسمح باستيراد المخدرات والمواد السامة للاستعمالات الطبية مثلا، أو يسمح لجنود الجيش بجيازة القنابل بأنواعها أو حملها لأغراض حربية ففي هذه الحالات تعتبر محلا للحقوق في الحدود التي يميزها القانون استثناء. فهناك أشياء مباحة أو شائعة وتصلح أن تكون محلا للحق مثلا ماء البحر قد يستخرج منه الملح أو تتم تحلية مياهه في مصانع فهي ليست ملكا لأحد لأن استعمالها عام.

ومما هو جدير بالذكر، أن الأشياء المباحة هي أشياء ليست ملكا لأحد في الحال، ولكنها من المحتمل تملكها كطيور السماء وأسماك البحر ، والحيوانات البرية كالغزلان تعتبر مملوكة لمن يضع يده عليها لأول مرة ومتى حازها الإنسان أصبحت شيئا قابلا للتعامل. وكذلك تأخذ نفس الحكم الأشياء المتروكة التي يتخلى عنها أصحابها بإرادتهم، وبالتالي تعتبر أشياء قابلة للتعامل.

## المطلب الرابع : تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها

معيار التفرقة بين لأشياء القابلة للاستهلاك ولأشياء القابلة للاستعمال هو مدى قابلية لتكرار استخدامه أكثر من مرة وحدة. ولذلك يعبر عنهما بالأشياء الاستهلاكية ، ولأشياء الاستعمالية.

**1- أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء استعمالية:** الأشياء القابلة للاستهلاك، هي التي لا يتصور استعمالها إلا عن طريق استهلاكها، فهي تستهلك بمجرد أول استعمال ، أي أنها لا تتحمل التكرار في الاستعمال وأمثلة ذلك المأكولات وأنواع الوقود التي تستهلك باحترافها في السيارات مرة واحدة فقط وهذا الاستهلاك ماديا ، أما الاستهلاك القانوني

<sup>1</sup> - هجيرة : نظرية الحق ج 2 ص 187

## مدخل العلوم القانونية

فهو يتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دون أن يؤدي ذلك إلى هلاكه ماديا كأنفاق النقود مثلا أنضر للمادة 685 ق م ج .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك. بمجرد الاستعمال الواحد وتبقى هذه الأشياء غير قابلة للاستهلاك حتى ولو ترتب على استعمالها هلاكها أو ضياع أو نقص قيمتها. ولكن العبرة بهذا التقسيم تكمن في قابليتها للاستخدام عدة مرات وأنها لا تهلك كلية من أول مرة تستخدم فيها، ولا يؤدي الاستعمال الأول لها إلى فنائها أو هلاكها، ومثال عن ذلك الملابس والآلات .

ومن آثار التمييز بين النوعين من الأشياء، أن بعض الحقوق التي تخول استعمال الشيء كحق الانتفاع مثلا، وهو طبقا للمادة 847 ق م ج ( استعمال المنتفع للشيء ورده بحالته التي سلم إليه بها) فهذا الحق لا يتصور أن يرد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك، لأن المنتفع يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه إلى المالك. ويدخل في هذه الفئة عقد الإيجار والعارية أيضا. في حين أن المواد أو الأشياء الاستهلاكية لا تكون محلا للعارية لأنها تملك باستعمالها لأول مرة ومعنى ذلك أنها تصلح أن تكون فقط محلا للقرض لأن المقترض يستهلكها ويرد لصاحبها شيئا مثلها مادامت أشياء مثلية.

**2- الأشياء المثلية والأشياء القيمية:** تعرف المادة 686 ق م ج الأشياء المثلية: بأنها الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدل أو المقياس أو الكيل، أو الوزن، كالحبوب من نفي الصنف مثلا.

أما الأشياء القيمية: فهي تلك التي بينها تفاوت بحيث لا يمكن أن يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض مثلا أو المجوهرات. وإذا كان الأصل في صفة الشيء من حيث كونه مثليا أو قيميا يستند إلى طبيعته (التماثل والتفاوت) فإن إرادة الأفراد قد تعطي للشيء مثلي بطبيعته الصفة القيمية أو العكس. والشريعة الغراء تعرف الشيء المثلي بأنه ما يوجد مثله أو نظيره في السوق بدون تفاوت يعتد به بين إحداها.

أما الشيء القيمي فهو ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة، فالشريعة تنظر إلى الأمر بموضوعية دون أن تعتد بنظرة الأشخاص إلى الأشياء.

وتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة له آثار قانونية أهمها:

1- تبرأ ذمة المدين من التزام الذي يكون محله أشياء مثلية إذا أوفى بشيء مماثل له في النوع والمقدار ودرجة الجودة .

أما إذا كان محل الالتزام شيئا قيميا، فالوفاء بالالتزام يتم بإعطاء نفس الشيء المتفق عليه في العقد، ولا يجبر الدائن على قبول غيره .

2- من حيث استحالة التنفيذ: أن هلاك الأشياء القيمية يؤدي إلى انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ، بينما الأشياء المثلية تحل بعضها محل البعض عند الوفاء ولذلك يقول أنها لا تملك .

3- المقاصة: جائزة في المثليات وغير جائزة في القيميات، ولا تقع إلا بين دينين موضوع كل منهما شيء مثلي متحد في النوع والجودة ولو اختلف السبب الدينين المادة 297 ق م ج.

## مدخل العلوم القانونية

4- الملكية: تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات (القيمي) بمجرد التعاقد، أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع (مثلي) كمقدار

من السكر مثلاً فإن ملكيتها لا تنتقل بمجرد التعاقد ولكن بالإفراز (تعيين الشيء بذاته وتسليمه لصاحبه).

## 3- الأشياء المثمرة والأشياء غير المثمرة:

الأشياء المثمرة: هي التي تنتج بصفة دورية عن أشياء أصلية ومثال ذلك نقول أن الدار تعتبر أصلاً، وأجرة الدار تعتبر ثمرة، كما أن الأرض الزراعية تعتبر أصلاً والغلة التي تنتج منها على مدار السنة تعتبر ثمرة لهذه الأرض .

أما الأشياء غير مثمرة: فهي التي لا تتولد عنها ثمارا، ويؤدي فصلها إلى الإنقاص من أصل الشيء كالمعادن.

وتبرز أهمية هذا التقسيم في :

1- حق الانتفاع: يخول للمالك حق ملكية الشيء والمنتجات الأصلية وللمنتفع حق ملكية الثمار .

2- الحائز بحسن النية يمتلك ثمار الشيء بينما يبقى الأصل للمالك الأصلي مثال: أرض زراعية بذل الحائز حسن النية

فيها جهداً للحصول على الثمار بينما المالك وقف موقفاً سلبياً، ويعتبر مقصراً لأنه ترك العين في حيازة الغير مدة

معينة من الزمن .

3- أعمال الإدارة للقاصر تخول له التصرف باعتباره عملاً إدارياً بينما لا يجوز له التصرف في الأصل لأنه يعتبر من

التصرفات القانونية.

## مصدر الحق

### المبحث الأول: الوقائع القانونية

يقصد بالوقائع القانونية كل حدث مادي أو كل فعل أو عمل مادي يرتب القانون على وقوعه آثار قانونية بغض النظر عن إرادة الشخص عما إذا كانت قد اتجهت إليه أم لم تتجه ، لهذا يعبر عنها بالمصادر غير الإرادية للحق أي التي يتوقف نشوء الحق فيها على إرادة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية. بمجرد توافر السبب أو مصدر الحق المنشئ للحق ، و تنشأ فيها الحقوق بقوة القانون أو فعلا ماديا لأنه وحده الذي تترتب عليه و الذي يكون واقعة مادية أي حدثا أو عملا دون وقائع طبيعية ووقائع من فعل الإنسان أو أعمال مادية.

### المطلب الأول : الوقائع الطبيعية كمصادر للحق

قد تكون الوقائع الطبيعية أحيانا في حد ذاتها مصادر مباشرة لإنشاء و قيام الحقوق بحيث لا تكون لإرادة الأشخاص أي أثر قانوني في وجودها و بالتالي فإن الواقعة الطبيعية تحدث بفعل الطبيعة و تحدث آثار قانونية في إنشاء الحق لا دخل للإنسان فيه و هي قد تكون متصلة بالإنسان و قد لا تكون متصلة به فمثلا واقعة الميلاد و الوفاة فهي متصلة به فبميلاد الإنسان تبدأ شخصيته القانونية و بها يثبت النسب كما يترتب عليها الشخصية القانونية للمتوفي و تصفية ذمته المالية كما أنها تثبت حق الورثة في الميراث و حق الموصى لهم أما الوقائع الطبيعية الغير متصلة بالإنسان فهي ترتب حقوقا أيضا فالثمار التي تنشأ في الأشجار ترتب حق ملكية لصاحبها بالرغم من أنها تنشأ بفعل الطبيعة .

### المطلب الثاني : الوقائع التي هي من فعل الإنسان أو (الأعمال المادية )

وهي كل فعل أو عمل يقوم به الإنسان يحدث آثار قانونية و تترتب عنها حقوق مثل الاعتداء على شخص فهو يترتب أثر ينشأ عنه حق للمعتدى عليه و هذا الفعل أو العمل أما يكون صادرا عن إرادته أو عن خطأ منه ، فالشخص الذي يشتري عقارا اتجهت إرادته مباشرة إلى حق الملكية ، أما الشخص الذي يضرب شخصا آخر فلم تتجه إرادته إلى إعطائه حق التعويض بل إلى إحداث ضرر.

و عليه فإن هذه الإرادة أما أن تتجه إلى فعل ضار أو نافع إلا أنها في كل الأحوال تترتب عنها حقوقا

**01/الفعل الضار :** و هذا الفعل قد يكون عمديا أو عن خطأ و هو الفعل الذي يحقق الضرر و يخرج عن السلوك العادي المفروض في الإنسان و يترتب للشخص المضرور و ينشأ له حقوق و هذا طبقا للمادة 124 من القانون المدني و منه فيشترط في الفعل الضار حتى يترتب عنه الحق في التعويض :

1- أن يكون هناك خطأ 2- أن يكون هناك ضرر 3- أن تكون هناك علاقة<sup>1</sup> سببية بين الضرر و الخطأ

**02/الفعل النافع :** وهو فعل يصدر من الشخص أما أن يؤدي إلى إثراء ذمة الغير أو إلى إثراء ذمته و يترتب عليه القانون آثار و هذا الفعل الذي يؤدي إلى إثراء ذمة الغير يسمى الإثراء بلا سبب و المقصود منه هو إثراء الشخص

<sup>1</sup> نبيل ابراهيم سعد ص 283/282/279/288/277

## مدخل العلوم القانونية

على حساب شخص آخر بدون أن يكون هناك سبب إثراء المثرى أي هو العمل على الاعتناء بذمة الغير بدون سبب قانوني و هو ما نصت عليه المادة 141 ق م «كل من نال على حسن نية ..» وله صورتين :

أ/الدفع غير المستحق : و المقصود منه أن يدفع الشخص أو إلى شخص آخر بدون سبب قانوني كأن يعتقد بأنه مدين لهذا الشخص و له الحق في أن يرجعه أو دين سقط بالتقادم.

ب/الفضالة : و المقصود بها قيام شخص بعمل لحساب شخص آخر بدون سبب قانوني مثلا شخص يرى بأن جدار جاره سيسقط فيقوم بإصلاحه و هي تختلف عن الوكالة التي هي قيام بعمل لحساب شخص آخر بسبب قانوني و هو عقد الوكالة و هو ما تنص عليه المادة 251 ق م

و يشترط في الفضولي أن يقوم بعمل عاجل لحساب الغير و لم ينص المشرع على أن يكون هذا العمل عاجلا و يشترط أن لا يكون الفضولي ملزما بل متطوعا.

و الفرق بين الإثراء بلا سبب و الفضالة هو أن الشخص الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير عن قصد ما بينما لا يلزم الشخص في الإثراء بلا سبب أن يقصد تحقيق عمل لحساب الغير.

**03/الحيازة:** هو وضع يد على العقار أو منقول و يرتب القانون على هذا العمل آثار تتمثل في حماية و حيازة العقار بدعاوى الحيازة و حماية حيازة المنقول بحسن نية إذ يترتب عليها كسب ملكية المنقول و كذلك إسقاط التكاليف عنه كما يترتب على الحيازة أيضا كسب الحائز حسن النية.

أما اكتساب ملكية العقار فلا تترتب على حيازته وحدها بل لا بد أن تقترن حيازة العقار بمدة معينة وهي مدة التقادم المتطلب لكسب ملكية العقار فإذا كان الحائز حسن النية و كأن له سند صحيح اكتسب ملكية العقار بالتقادم القصير (10 سنوات) أما إذا كان الحائز سيء النية أو لم يكن بيده سند صحيح فلا يكتسب الملكية إلا بعد مرور 15 سنة (تقادم طويل).

## المبحث الثاني : التصرف القانوني كمصدر للحق

التصرف القانوني هو أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين كعقد البيع أو الزواج مثلا و يشترط في التصرف القانوني توفر النية و التي هي استهداف غاية ما يترتب عليها تحقيق آثار قانونية يعقد بها القانون و هذا هو جوهر الاختلاف بين الواقعة القانونية و التصرف القانونية .

## المطلب الأول : أنواع التصرفات القانونية

تعدد التصرفات القانونية بتنوع موضوعها و تتناول فيما يلي أهم هذه التصرفات

1- قد يكون التصرف القانوني صادر عن جانبين و لا بد من تطابق إرادتي طرفيه كالبيع و الإيجار أو صادرا من جانب واحد كالوصية إذ تتم بإرادة الموصي وحدها وكذا الهبة

2- قد يكون التصرف القانوني منسئ للحق كعقد الزواج الذي ينشئ حقوقا بين الزوجين لم تكن موجودة من قبل أو يكون ناقلا للحق فالحق يكون موجودا عند شخص يسمى السلف و ينقله التصرف القانوني إلى شخص آخر يدعى الخلف و كذلك من التصرفات الناقلة : عقد البيع ، عقد الإيجار ... و هذه التصرفات تنقل الحق العيني



## مدخل العلوم القانونية

- 3- و قد يكون التصرف القانوني كاشفاً أو مقررراً للحق كالقسمة مثلاً فالتصرف القانوني الكاشف لا ينشئ حقاً و لكنه يقرره فقط ، فما هو إلا تعديل للعلاقات القانونية القائمة عن طريق إقرار حق كأن موجوداً من قبل.
- 4- و قد تكون التصرفات القانونية مضافة إلى ما بعد الوفاة حيث لا تنفذ و لا يتم اكتساب الحقوق إلا بعد وفاة المتصرف فهي تصرفات مضافة إلى بعد وفاته كالوصية
- 5- و تسود نظرية التصرف القانوني بغض النظر عن موضوع التصرف مبدأ سلطان الإرادة وأساسه أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء تصرف قانوني لتحديد آثاره ، فالشخص يلتزم لأنه أراد الالتزام كما أنه يلتزم بالقدر الذي يريده فقط.

## المطلب الثاني : شروط و آثار التصرف القانوني

- أولاً: شروط التصرف القانوني :** لكي يوجد التصرف القانوني و ينتج آثاراً يجب أن تتوفر فيه شروط معينة منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي .
- أ/الشروط الموضوعية :** تلعب الإرادة دوراً فعالاً في وجود التصرف القانوني لذا وجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته و أن يظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد و يتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة و قد يكون التعبير ضمناً و يجب أن تكون الإرادة موجودة و صادرة عن ذي أهلية و أما يجب كذلك أن تكون خالية من العيوب و عيوب الإرادة هي :

- 01/ الغلط :** و هو توهم يصور للعاقد أمراً على خلاف الواقع فيحمله بذلك على التعاقد أو بعبارة أخرى هو وهم يتولد في ذهن المتعاقد يجعله يعتقد الأمر على غير حقيقته
- 02/ التدليس :** و هو تظليل المتعاقد باستعمال طرق احتيالية تدفعه إلى التعاقد بحيث لولاها ما قبل بالتعاقد .
- 03/ الإكراه :** و هو ضغط يقع على المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد
- 04/ الاستغلال :** هو عدم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وقيمة ما يأخذه مما يترتب عليه عدم التوازن الاقتصادي.

كما يشترط أن يكون محل التصرف ممكناً أي موجوداً فعلاً و أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين ففي الحقوق الشخصية مثلاً محل العقد يكون مثلاً كالتعاقد ناد لكرة القدم مع لاعب لمدة معينة.

أما في الحقوق العينية فيحدد محلها سواء كان قيمياً أو مثلياً ففي الأشياء القيمية يجب تعيينها كالدار تتضح مساحتها و أبعادها و في المثليات تتعين الأشياء بجنسها و نوعها و مقدارها كما يشترط أن يكون المحل مشروعاً و يقصد بهذا الشرط أن يكون الشيء محل الحق العيني مما يجوز التعامل فيه لأن بعض الأشياء غير قابلة للتعامل بحسب طبيعتها كأشعة الشمس مثلاً و البعض الآخر يحظر القانون التعامل فيها كالتجارة بالمخدرات مثلاً فالأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل أما بحسب طبيعتها أو بحسب نص القانون لا تكون مشروعاً و بالتالي لا تكون محلاً للعقد محلاً للعقد قانوناً.

**ب- الشروط الشكلية :** هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة و لا يعتقد بها إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرع أي اشترط تحريرها في الشكل الذي أورده القانون و هذا حماية للمتعاقدين و تخلف هذا الشكل يؤدي إلى

## مدخل العلوم القانونية

بطلان التصرف بطلانا مطلقا و هذا ما نصت عليه المادة 324 ق م زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد .

## ثانيا: آثار التصرف القانوني

أ- مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين : تنص المادة 106 ق م على مايلي : «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون» أي أنه متى توافرت الشروط الشكلية و الموضوعية المطلوبة في التصرف فإنه لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر .

ب- مبدأ نسبية العقد : ويقضي هذا المبدأ بأنه لا يمكن للغير أن يكتسب حقا أو أن يتحمل التزام عن عقد لم يبرمه و أن آثار العقد تنتقل إلى الخلف العام لطرفي العقد أن لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك كما تنتقل للخلف العام الحقوق دون الالتزامات التي تتحملها التركة دون الورثة تطبيقا لمبدأ لا تركه إلا بعد سداد الدين أما الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف فلا تلزم الخلف غلا إذا كانت متصلة بالحق الذي أنتقل إليه وكانت من مستلزماته أما إذا كان الخلف خاص فيجب أن يكون عالما بها<sup>1</sup>

ويبقى مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي عن العقد فلا يمكن العقد أن يلزم الغير أن كأن من الممكن أن يكسبه حقا كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير .

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص 146

استعمال الحق، حمايته وإثباتهاستعمال الحق

**المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية والقضاء الفرنسي**

**المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق بالنسبة للشريعة الإسلامية**

كانت السبابة من خلال حسن الجوار، فقد مكنت الشريعة الإسلامية فكرة التعسف في استعمال الحق فالحقوق في نظر الفكر الإنساني ليست إلا منحة من الله يمنحها إلى عباده لتحقيق غاية معينة فإذا من الطبيعي وجوب استعمال الحق وفق غاية اجتماعية ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف في استعمال الحق عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير، بل اعتبرت الفعل تعسفا كلما تخلفت المصلحة لدى صاحب الحق وتجاوز الحدود المألوفة المتعارف عليها وأهم تطبيقات ذلك مزار الجوار فلا يتحمل الجار ما جاوز الحد المألوف من مزار الجار.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: نظرية استعمال الحق في القضاء الفرنسي**

نجد أن القضاء الفرنسي قد اعتنق نظرية التعسف في استعمال الحق حتى قبل أن يعتنقها الفقه الحديث حيث نجد هناك أحكام كثيرة حكم بها القضاء الفرنسي استنادا لنظرية التعسف في استعمال الحق.

**المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق**

**المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف من خلال المادة 124 مكرر**

تبني المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال المادة 124 مكرر تعديل 2005 سابقا<sup>2</sup>.

يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية<sup>3</sup>:

**أولاً: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير** : مثل من بنى حائطا في بيته يغطي النور على جاره بدون أن تتحقق له أي فائدة (يجب إثبات نية الإضرار).

**ثانياً: إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير أي عدم تنازل بين المنفعة المشروعة وبين الضرر الناشئ عنها،** فمثل الذي يغرس أشجار لتوفير نوع من الرطوبة ويحجب النور عن جاره.

**ثالثاً: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة (عدم مشروعية المصلحة).** كأن يستخدم منزله لأغراض غير مشروعة.

<sup>1</sup> - رضا الشلالي، محاضرة مدخل العلوم القانونية والإدارية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة زيان عاشور، الحلقة، 2008/2007

<sup>2</sup> - المادة 124 مكرر، قانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

<sup>3</sup> - رضا الشلالي، محاضرة، مرجع سابق

## مدخل العلوم القانونية

وهناك حالت الضرر الفاحش حيث نصت المادة **691 مدني** "يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حق إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره بفضاء الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذ تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أي يراعي العرف وطبيعة العقارات وموقف كل منها والغرض الذي خصصت له".

**المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق**

أن جزاء التعسف في استعمال الحق قد يكون جزاء وقائي وذلك إذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفته واضحة قبل تمامه، فيمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه. أما في حالة حدوث التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور كما قد يلزم كذلك بإزالة الضرر كلما كان ذلك ممكنا.

**المطلب الثالث: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق**

أساسها خطأ عالجها المشرع الجزائري في عام 2005

## حماية الحق وإثباته

لا يكفي إقرار القانون للحق بل لابد للشخص طرق تمكنه من حماية حق، كما يجب على صاحب الحق إثبات حقه حتى يقضي له به.

### المبحث الأول: حماية الحق

لا تعتبر الحماية عنصراً من عناصر الحق، وقد سبق تبيان ذلك عند تعريف الحق، فالقانون لا يحمي شيئاً لم يوجد بعد، فيكفي لنشوء الحق اعتراف القانون به، أي أن يقر بوجوده ولا زال النقاش قائماً حول مدى اعتبار الحماية القانونية عنصراً من عناصر الحق إذ يرى البعض أن وجود الحق لا يكتمل إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء إلى المحاكم للدفاع عنه، فلا يتصور وجود حق بدون دعوى تحميه فالدعوى جزء لا تجزأ من الحق ولا يتصور وجودها إذا لم تستند إلى الحق كما لا يوجد حق دون أن تحميه دعوى.

### المطلب الأول: التفرقة بين الحق والدعوى

هناك من المؤلفين من لا يفرق بين الدعوى والحق، فالدعوى هي الحق متحركا إلى القضاء وهذا المفهوم نتج عن الخلط الذي كأن سائدا في القانون بين الدعوى والحق.

ولقد تطور مفهوم الدعوى وأصبح مستقلاً عن الحق ويترتب على هذا التمييز أنهما يختلفان في الأمور التالية:

- 1- قد يسقط بالتقادم الحق في رفع الدعوى بينما يبقى الحق قائماً، فقد يتصور وجود حق دون دعوى كالتزام الطبيعي فهو حق يقره القانون ليس لصاحبه دعوى للمطالبة به.
- 2- تنشأ الدعوى نتيجة نزاع بين الخصوم حول حق، بينما مصدر الحق هو أما الواقعة القانونية وأما التصرف القانوني.
- 3- قد تكون الدعوى ملكاً لغير صاحب الحق، كالولي أو الوصي الذي يباشر الدعوى لمصلحة من هو تحت رعايته.
- 4- قد توجد دعوى دون حق كدعوى الحيابة التي تحمي واضع اليد على العقار دون النظر إلى ما إذا كان هذا الشخص صاحب حق أو لا.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى

- 1- يجب أن يكون رافع الدعوى أهلاً للتقاضي وتحدد أهلية التقاضي بالأهلية اللازمة لإبرام الصفقات.
- 2- يجب أن تكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها، فلا دعوى بدون مصلحة (المصلحة القانونية).
- 3- يجب أن لا يكون قد سبق صدور حكم في موضوع الدعوى ذاتها.
- 4- يجب أن ترفع الدعوى في الميعاد الذي يحدده المشرع، وإذا رفعت بعد الميعاد فلا تقبل.
- 5- يجب ألا يكون قد تم الصلح بين الخصوم بصدد الدعوى المرفوعة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 158-159

<sup>2</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 159-160

**المطلب الثالث: أنواع الحماية القانونية**

قد تكون الحماية المقررة للحق حماية مدنية وقد تكون جنائية وقد تكون حماية مدنية وجنائية في آن واحد، فالاعتداء على بعض الحقوق لا يعد اعتداء على صاحب الحق وحده بل يعد اعتداء على المجتمع ككل، فالاعتداء على هذه الحقوق جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات كالسرقة والقتل.

وقد تكون الحماية القانونية الممنوحة لصاحب الحق في صورة دفع يدفع به صاحب الحق طلب رافع الدعوى. والخلاصة هي أن الحماية قد تكون مدنية، وقد تكون جنائية كما قد تكون هذه الحماية في صورة دعوى أو دفع.<sup>1</sup>

**المطلب الرابع: تقسيم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق**

تنقسم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق إلى دعوى عينية ودعوى شخصية ودعوى مختلطة:

وتكون الدعوى عينية إذا كانت مستندة إلى حق عيني، والدعوى العينية واردة على سبيل الحصر وهي دعوى الاستحقاق لحماية حق الملكية، والدعوى الخاصة بحماية حق الارتفاق، أو حق الانتفاع، أو حق الاستعمال والسكن، ودعوى الرهن والحيازة.

وتكون الدعوى شخصية إذا كانت ترمي إلى حماية حق شخصي، وهذه الدعوى تتعدد بتعدد الحقوق الشخصية.

أما الدعوى المختلطة فهي تلك الدعوى التي تستند إلى حق عيني وحق شخصي في نفس الوقت.<sup>2</sup>

**المبحث الثاني: إثبات الحق****المطلب الأول: المذاهب المختلفة في الإثبات :**

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء، وقد يلزم القاضي بهذا الدليل كما يمكن يلتزم به، وقد يفرض القانون على المتقاضين تقديم دليل معين، كما قد تترك الحرية للقاضي في التحري وذلك وفقاً لاعتماد مذهب من المذاهب المختلفة في الإثبات ما يلي أتعرض لها بالتفصيل الآتي<sup>3</sup> :

أ- **مذهب الإثبات المطلق** : وتكون للقاضي وفقاً لهذا المذهب سلطة واسعة في التحري عن الوقائع التي عليه، فيكون له دور فعال في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة، فهو الذي عنها. ويعاب على هذا المذهب أنه يعطي سلطة واسعة وكبيرة للقاضي، مما قد يؤدي الإضرار بالمتقاضيين إذ يحتمل أن يتعرضوا لمفاجآت نتيجة اختلاف التقدير من إلى آخر ويقبل من الثقة في نظام الإثبات .

ب- **مذهب الإثبات المقيد**: قد يفرض المشرع للإثبات طرقاً محددة، فلا يستطيع المتقاضى إقامة الدليل على حقه بغير الوسيلة التي حددها القانون، كما يكون القاضي كذلك ملزماً بهذه الطرق، فهذا المذهب يقيد القاضي إلى أبعد

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 160

<sup>2</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 161

<sup>3</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 163-164

## مدخل العلوم القانونية

الحدود ويحقق الانسجام في تقدير القضاة مما يترتب عليه استقرار المعاملات، إلا أنه يؤخذ على هذا النظام أن الحقيقة القضائية لا تتفق أحيانا مع الحقيقة الفعلية أو الواقعية لأن القاضي والمتقاضين ملزمون بطرق محددة فلا يمكن إقامة الدليل على أمر واضح بغير الطرق التي حددها القانون .

**ج- مذهب الإثبات المختلط:** يأخذ هذا المذهب بالإثبات المقيد في مسائل معينة كالمسائل المدنية التي يتطلبها المشرع إثباتها بالكتابة أما في المسائل المدنية التي تشترط الكتابة لإثباتها، فإثباتها يكون مطلقا إذ للقاضي تقدير شهادة الشهود أو القرائن القضائية وفقا لاعتناعه الشخصي، أما المسائل التجارية فيأخذ فيها بنظام الإثبات المطلق نظرا لما تتطلبه هذه المسائل من سرعة في التعامل، إذ يصعب إقامة الدليل عليها كتابة فلا يمكن تقييدها بأدلة معينة، وتأخذ معظم التشريعات -ومن بينها المشرع الجزائري - بالمذهب المختلط . وفي هذا المذهب المختلط يكون للقاضي موقف وسط، إذ قد يكون له مطلق الحرية في المسائل المدنية، إذ يستطيع من تلقاء نفسه الأمر بإجراء تحقيق في الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بالبيئة مثلا، كما أن له أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه أيضا. ويكون دور القاضي مقيدا وسليا كلما قيده القانون بأدلة معينة، كوجوب الاعتداء بالدليل الكتابي مثلا.

**المطلب الثاني: عبء الإثبات ومحلله**

**أولا: عبء الإثبات:** نستطيع أن نوجز الحديث عن عبء الإثبات في النقاط التالية :

- يقع عبء الإثبات على من يدعي وجود الحق ابتداء فمن يدعي إصابته بضرر من عمل غير مشروع يكون مكلفا بإثبات واقعة الفعل الضار بكافة الطرق، بأن يقدم للقاضي أدلة الضرر الذي لحقه، وأدلة الخطأ الذي وقع من جانب المدعي عليه، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

- وفي حالة دفع الإدعاء من جانب المدعي عليه يقع على الأخير عبء الإثبات كما لو ادعى الوفاء بالدين الثابت بالكتابة مثلا يلتزم بتقديم ما يثبت الوفاء كتابة لأنه في هذه الحالة يعتبر مدعيا ببراءة ذمته من ذلك الدين، ونفس الشيء بالنسبة للمدعي عليه الذي ينكر وقوع خطأ منه أو ينكر رابطة السببية بين سلوكه والضرر الذي أصاب المدعي في دعوى الفعل الضار.

- يعنى المدعي من إثبات خطأ المدعي عليه في الخطأ المفترض بقرينة قانونية، كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مثل الإضرار التي تقع من عديمي أو ناقص الأهلية، أو الحيوان، أو من الآلة، أو من صاحب البناء .. فالمسؤول عن الرعاية والحاسة في تلك الحالات، وكذلك المتبوع المسؤول فرضا عن خطأ تابعه، في جميع هذه الأحوال لا يكلف المدعي بإثبات أوجه الخطأ في السلوك الضار وإنما يكفيه إثبات الضرر وارتباطه بالسلوك الضار دوريا يكلف بإثبات الخطأ في سلوك من قام بالفعل الضار.

- في حالات الخطأ المفترض إذا أراد المدعي عليه بالتعويض المدعي أن ينفي مسؤوليته عن الحادث الضار فعليه يقع إثبات العكس في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دائما.

- وإذا وجدت قرينة قانونية في حالات الخطأ واجب الإثبات وكانت مقررة لصالح أحد الخصوم فإنه يعنى من إثبات الواقعة المتعلقة بها وعلى الخصم الآخر يقع عبء إثبات عكس تلك القرينة القانونية. ومثال ذلك إذا قدم المستأجر

## مدخل العلوم القانونية

مخالصة عن الوفاء بأجرة الشهر الرابع من هذا العام تعتبر قرينة قانونية على سداد الأجرة المستحقة من قبل عن العين المؤجرة له، ويعفى من إثبات الوفاء بالأجرة عن الشهور السابقة، وينتقل عبء الإثبات إلى المؤجر لكي يدلل على عدم الوفاء حتى يثبت العكس وهو أمر صعب دائما

- بعض التشريعات ينص على القواعد الموضوعية للإثبات في صلب القانون المدني وينص على الشكلية للإثبات (الإجرائية) في قانون الإجراءات المدنية والتجارية (قانون المرافعات)... في حين يذهب بعض التشريعات إلى النص على قواعد الإثبات بنوعها في قانون الإجراءات المدنية.... وتذهب التشريعات الأخرى إلى إصدار قانون مستقل للإثبات يجمع القواعد الموضوعية والإجرائية للإثبات معا. وبهمننا بأن نبين أن التشريع الجزائري أخذ بالنظام الأول فنص على القواعد الشكلية في قانون الإجراءات المدنية .

**ثانيا: محل الإثبات :** يقصد بمحل الإثبات تلك الواقعة القانونية المنشئ للحق لأنها هي مصدر الحق وبإثبات المصدر يثبت نشوء الحق ووجوده وسوف نتكلم عن محل الإثبات في الواقعة المادية وفي التصرف القانوني .

**الواقعة المادية لقانون:** سبق القول أن الواقعة المادية القانونية قد تكون من فعل الطبيعة وحدها ولا دخل الإنسان في إحداثها كالولادة وقد تكون الواقعة المادية قانونية أيضا يترتب عليها القانون آثار معينة وهي من عمل الإنسان كالعمل الضار وغير المشروع كالجرمة، وكلما كانت الواقعة المادية مصدر للحق المتنازع عليه كانت هذه الواقعة بالذات هي محل الإثبات أمام القضاء أي تكون هي ما ينبغي إقامة الدليل على إثباته حتى وجود الحق ويشترط في الواقعة المادية القانونية التي تكون محل للإثبات شروط هي<sup>1</sup> :

1- **أن تكون متعلقة بالدعوى :** ومؤدى هذا الشرط أن تكون الواقعة المراد لها علاقة بالحق موضوع النزاع والبداية لا لزوم لإثبات واقعة لا تتعلق بموضوع الحق المتنازع عليه أمام القضاء.

2- **يجب أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات :** يقصد بهذا أن تكون الواقعة مقنعة للقاضين ولو في أحد عناصرها، وفي هذا الصدد تنص المادة 64 إجراءات مدنية يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود والتي يكون المحقق فيها حيادي ومنتجا في الدعوى.

3- **أن تكون جائزة القيود:** المقصود في الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها على فرض صحتها وإمكان ثبوتها، ويجوز للمحكمة قبولها كدليل في الدعوى قضائية فلو تصورنا أن محل الحق المدعي به من الإثبات الخارجة عن دائرة التعامل ويحرم التعامل فيها كالنقد، ففي هذه الحالات تكون الواقعة المراد إثباتها غير جائزة القبول قانونيا أمام المحكمة.

**المطلب الثالث: طرق الإثبات**

تنص التشريعات عادة على طرق الإثبات ووسائله، وفي بعض الحالات تحدد الأدلة التي يجب تقديمها للقضاء في دعاوى معينة، وبالتالي تعتبر وحدها جائزة القبول دون غيرها. وبوجه عام يمكن حصر أهم وسائل الإثبات أمام القضاء فيما يلي:

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 167-168



## مدخل العلوم القانونية

- 1- الكتابة .
- 2- شهادة الشهود (البيانات).
- 3- القرائن القانونية.
- 4- حجية الشيء المقضي به .
- 5- الإقرار (الإعتراف).
- 6- اليمين .
- 7- المعاينة .
- 8- تقارير الخبراء.

وستكلم بإيجاز عن كل وسيلة من وسائل الإثبات فيما يلي :

### أولاً: الكتابة:

تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات في عهدنا الحاضر ، و لقد مر بنا أن المادة 333 مدي جزائري تضمنت حكماً مؤداه أنه في غير المسائل التجارية لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة سواء لإثبات وجود الحق أو لإثبات الوفاء به انقضاءه لأي سبب آخر تجاوزت قيمة التعرف القانوني ألف دينار جزائري أو كانت القيمة غير محددة. و الكتابة نوعان كتابة رسمية و كتابة عرفية . فالكتابة الرسمية يقصد بها ما تكون من عمل موظف رسمي مختص كما هو الحال في عقود الرهن الرسمي. أما الكتابة العرفية فهي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي و لكل من النوعين حجية خاصة كدليل للإثبات بحسب نصوص القانون .

### ثانياً: شهادة الشهود (البيانات):

يقصد بشهادة الشهود، الأقوال التي يدلى بها الأشخاص في ساحات القضاء بشأن إثبات أو نفي واقعة قانونية أيا كان نوعها.

و لهذا نقول بأن الشهود نوعان، شهود إثبات و شهود نفي، و للمحكمة أن تستمع إلى الشهود دائما سواء كانوا للنفي أو للإثبات لكي تتجلى الحقيقة. ولكن الشهادات أي البيانات أيا كان نوعها و أيا كان الأشخاص الذين يؤدون الشهادة لا تكون ملزمة للقاضي بل تخضع لتقديره. فله أن يقبل شهادة واحد من الشهود كدليل إثبات أو نفي يقنع به و يرفض شهادتين متضابتين، في نفس الدعوى و نفس الموضوع .

### ثالثاً: القرائن القانونية والقضائية

القرائن القانونية هي ما يستخلصه المشرع وينص عليها كدليل للإثبات وهي تعفي من تقرر لصالحه من عبء الإثبات، ومن أمثلتها قرينة الوفاء بالأقساط السابقة عند ثبوت الوفاء بقسط الأجرة اللاحق.

أما القرائن القضائية فيقصد بها كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهي أدلة استنتاجية، ولهذا يجوز للطرف الآخر أن يثبت العكس إذا مكنه من ذلك . وجرى العرف القانوني على أن القرينة أي

## مدخل العلوم القانونية

كأن نوعها فهي أدنى من مستوى الدليل في مجال الإثبات أي لا ترقى إلى قيمته في نطاق الإثبات القضائي ومعنى ذلك أن القرينة تحتاج إلى قرينة أخرى تسندها كدليل إثبات، بينما الدليل يكون بمفرده كافيا لإثبات الواقعة القانونية أو نفيها.<sup>1</sup>

## رابعاً: حجية الشيء المقضي به

الحكم النهائي الفاصل في موضوع الدعوى يعتبر عنواناً للحقيقة والعدالة في نفس الوقت. ولذلك تكون له حجيته في مواجهة الكافة أي بالنسبة لأطراف الخصومة ولغيرهم من الناس ولهذا يعبر عن الحكم النهائي في الدعوى بأنه حجة قضائية وأن له قوة الشيء المقضي. لذلك يعتبر الحكم النهائي سبباً من أسباب انقضاء الدعوى، بل هو السبب الطبيعي والعادي لانتهاء دعاوى، فهو خاتمة مراحل الدعوى وهو الذي يحسم المنازعات القضائية أياً كان نوعها. ويصدر الحكم النهائي لا يجوز إعادة رفع النزاع إلى أي جهة قضائية أخرى طالما لم يتغير أطراف الدعوى ومحلها وسببها.

ويمكن الاحتجاج بالحكم القضائي النهائي كدليل على صحة ما جاء فيه واستخدام هذا الحكم كدليل للإثبات في دعوى قضائية أخرى لحسم نزاع يتصل بالنزاع الذي فصل فيه نهائياً .

**خامساً: الإقرار القضائي** من المبادئ المقررة في الفقه القانوني أن الإقرار القضائي يعتبر سيد الأدلة في الإثبات أمام الجهات القضائية، والإقرار القضائي يقصد به اعتراف المدعي عليه بصحة الواقعة القانونية المدعي بها. ولهذا نقول إذا أقر المدعي عليه أمام المحكمة بمديونيته بالحق المدعي به عليه، كأن هذا الإقرار من جانبه دليلاً على ثبوت حق المدعي. ولا تجوز تجزئة الإقرار بل يتوجب على القاضي في هذه الحالة الحكم لصالح المدعي، والإقرار دليل قاطع في الإثبات، أما في المواد الجنائية فقد نصت المادة 213 إجراءات جزائية على ما يأتي " الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي ". ولاشك أن المشرع يقصد بهذا النص الواضح أن يخول القاضي حق تحري الحقيقة لتحقيق العدالة فله أن يلتفت عن الاعتراف القضائي إذا كان غير صحيح أو كأن نتيجة إكراه مادي أو معنوي. أما إذا كان الاعتراف لا يشوبه عيب فإنه يعتبر دليلاً متميزاً في الإثبات القضائي .

**سادساً: اليمين** : يقصد باليمين أداء القسم، أي يحلف الشخص بالله العظيم أن يقول الحق ولا شيء غير الحق، وإلا تعتبر شهادته باطلة قانوناً، وجرى العمل أن يؤدي الشهود اليمين القانونية قبل إبداء أقوالهم أمام المحكمة، كما يقسم أيضاً المترجمون والخبراء وغيرهم ممن يبدون آرائهم في حالات انتداب الخبراء، وذلك للتأكيد من أهم سيؤدون شهادتهم بالحق والصدق. والخصوم أيضاً قد يؤديون اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات مع ملاحظة أن اليمين نوعان: اليمين المتممة، واليمين الحاسمة .

واليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي أطراف الخصومة في الدعوى بغرض إتمام اقتناعه بقرينة معينة، وهذه اليمين المتممة لا أثر لها، لأن القاضي له أن يأخذ بما وله أن يلتفت عنها حتى بعد قيام الخصم بحلف اليمين. ومن المعلوم أن للخصم أن يحلف اليمين المتممة إذا طلبها القاضي وله أن يمتنع عن أداء اليمين.

<sup>1</sup> - رضا شلال، محاضرة، مرجع سابق

## مدخل العلوم القانونية

أما اليمين الحاسمة فهي التي يوجهها الخصم المدعي للمدعي عليه، عندما يعجز عن إثبات حقه الذي يدعيه، ويطلب منه أن يقسم على صحة ما يدعي به عليه أو عدم صحته، وبحسب نص القانون تحسم هذه اليمين النزاع. بحيث لو أداها المدعي عليه وقرر عدم صحة الإدعاء المقام ضده فأن المدعي يخسر دعواه، أما إذا امتنع المدعي عليه من حلف اليمين الحاسمة فأن المدعي يربح دعواه، حيث يعتبر ذلك دليل إثبات على صحة ما ادعاه. وفي المواد الجنائية لا يحلف المدعي المدني اليمين، ولا يعتبر شاهداً لأنه يعتبر خصماً حتى ولو كان هو المجني عليه، مع أنه في حالة عدم ادعائه مدنياً يعتبر شاهد الإثبات الأول في الدعوى العمومية ويحلف اليمين باعتباره شاهداً .

**سابعاً: المعاينة :** يقصد بالمعاينة الانتقال إلى مكان النزاع لمشاهدته على الطبيعة بقصد التوصل إلى معرفة الحقيقة والفصل في الدعوى على ضوء نتيجة المعاينة. وقد تنتقل المحكمة بهيئتها القضائية لإجراء المعاينة إذا كانت هناك مبررات وذلك لاستجلاء الملابس الغامضة في موضوع النزاع، وللمعاينة أثر بالغ في استظهار الحقائق. وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائي النص على أنه يجوز للقاضي المحكمة أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم بالانتقال للمعاينة. وأنه يجوز للقاضي أن يستصحب من يختاره من أهل الخبرة للاستعانة به عند إجراء المعاينة والاسترشاد بخبرته الفنية في موضوع النزاع. كما أجاز المشرع للقاضي أثناء إجراء المعاينة أن يسمع الشهود الذين يرى لزوماً لسماع شهادتهم بعين المكان. ويجب أن يحضر محضر المعاينة ويوقع عليه القاضي ومن كاتب الجلسة وتثبت فيه إجراءات المعاينة وما يثبت منها، على أن يودع هذا المحضر بملف الدعوى. كما نص المشرع على أن مصروفات الانتقال للمعاينة تضاف إلى مصروفات الدعوى .

**ثامناً: تقارير الخبراء :** كثيراً ما يلجأ القضاة إلى الاستعانة بأهل الخبرة من أطباء أو مهندسين أو فنيين، لإجراء الفحص والبحث والتحليل في الدعاوى التي تثار فيها مشاكل تقنية مثل مضاهاة الخطوط عند الادعاء بتزوير المحررات وتكون لتقارير أولئك الخبراء أهمية قانونية كقرائن أو أدلة في الإثبات القضائي. وقد نظم المشرع في قانون الإجراءات المدنية قواعد الاستعانة بالخبراء أمام المحاكم وأجاز للقاضي أن يستعين بخبير أو بعدد من الخبراء لإجراء أعمال الخبرة في الدعوى المطروحة عليه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم. وللقاضي أن يختار هؤلاء الخبراء من بين المقيدين بجدول الخبراء بالمجلس القضائي أو من غيرهم بشرط أن يحلفوا اليمين القانونية. ويلتزم الخبراء بتقديم تقاريرهم عن المهام التي كلفوا بها من قبل المحكمة في الآجال التي يحددها لهم القاضي الذي أنتدبهم ويجوز للقاضي مناقشتهم في المحكمة لاستجلاء ما كان غامضاً في تلك التقارير. وهذا نكون قد استكملنا باب إثبات الحق وانتقل إلى الباب الخامس والأخير لكي نبحت زوال الحق أي انقضاء الحق.

## انتقال الحق وانقضاءه

### انتقال الحق

يقصد بانتقال الحق أن يحل شخص محل الدائن مع بقاء الحق نفسه دون تغيير، والأصل أن جميع الحقوق قابلة للانتقال أي قابلة للتعامل فيها ويستثنى من ذلك الحقوق المتصلة بالشخصية.

#### المبحث الأول: انتقال الحق العيني والحق الشخصي

##### المطلب الأول: انتقال الحق العيني

ينتقل الحق العيني بطرق متعددة لا يمكن حصرها؛ فقد يتم الانتقال بدون عوض كما في عقد الهبة والوصية كما ينتقل كذلك بالميراث.

وقد يتم انتقاله بعوض كما هو الحال في عقد البيع والمقايضة، فعقد البيع ملكية شيء أو حق مالي آخر من البائع إلى المشتري.

فجميع الحقوق العينية يمكن نقلها من السلف إلى الخلف، بل كثيرا ما ينتقل الحق العيني من السلف إلى الخلف، ونادرا ما يكتسب الحق العيني ابتداء كما في حالة اكتسابه بالانتصاق وبالاستيلاء وبالتقادم أو بالحيازة فيما يتعلق بالمنقولات<sup>1</sup>.

##### المطلب الثاني: انتقال الحق الشخصي

ينتقل الحق الشخصي من السلف إلى الخلف العام عن طريق الوصية أو الميراث مثله مثل الحقوق العينية.

كما ينتقل فيما بين الأحياء بطريقة خاصة وهي حوالة الحق، ولقد نصت المادة 239 مدني على ما يلي: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

وإذا كانت الحوالة الحق تتم في الغالب الأحيان بعوض إلا أنها تتم أحيانا أخرى كوفاء بمقابل، وإذا تمت الحوالة بدون مقابل فتكون هبة.

وحوالة الحق هي اتفاق ينقل بمقتضاه الدائن (ويسمى المحيل) حقه الشخصي إلى شخص آخر (يسمى المحال له) يصبح دائنا محله في استيفاء الحق من المدين (المحال عليه).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 180

<sup>2</sup> - فريدة مجدي زواوي، مرجع سابق، ص: 181

## مدخل العلوم القانونية

## المبحث الثاني: القواعد القانونية الأساسية التي تحكم انتقال الحق

المطلب الأول: قاعدة اكتساب الخلف حقوق أكثر مما كانت للسلف<sup>1</sup>

أن الحق الذي ينتقل إلى الخلف يتأثر بالالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف والمتصلة بالحق الذي أنتقل إليه، وذلك لأن الخلف لا يستطيع أن يكتسب حقوقاً أكثر من الحقوق التي كانت للسلف. ولكي تؤثر الالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف في الحق الذي ينتقل إلى الخلف يجب أن تكون من مستلزمات هذا الحق أي تحد من استعمال الخلف لحقه، وهذا ما تضمنته المادة 109 مدي جزائري. فمن الضروري أن تكون الالتزامات عينية لأن الالتزام الشخصي لا يمكن مطلقاً أن يجد من استعمال صاحب الحق العيني لحقه. فقاعدة أن الخلف لا يستطيع أن يكسب حقوقاً أكثر من حقوق سلفه تسمح بانتقال التكاليف العينية إلى الخلف، كما تسمح بانتقال الحق بأوصافه أيضاً.

## أولاً: انتقال التكاليف العينية إلى الخلف الخاص

لا يمكن أن تنتقل إلى الخلف حقوق أكثر من تلك التي كانت للسلف، وبالتالي إذا كانت العين مثقلة بتكاليف معينة كحق ارتفاق، أنتقل الحق إلى الخلف مثقلاً بحق الارتفاق المقر للغير، فانتقال هذه الحقوق إلى الغير قوامه نفاذ العقد المنشئ أو الناقل للحق العيني في مواجهة الجميع، وكذلك إذا تقرر على العين حق انتفاع أنتقل هذا الحق مع العين إلى الخلف الخاص، إذا لا يمكن أن يكون لهذا الأخير حق أكثر مما كان لسلفه وهذا تطبيق لمبدأ أن فاقد الشيء لا يعطيه.

## ثانياً: انتقال الحق بأوصافه إلى الخلف

ويترتب أيضاً على عدم اكتساب الخلف حقوقاً أكثر من سلفه انتقال الحق إليه بأوصافه من شروط وأجل، كما أنه إذا كان الحق قابلاً للإبطال أو الفسخ أو الرجوع فيه أنتقل إليه كذلك. وانتقال الحق بأوصافه إلى الخلف الخاص لا يعني أيضاً تحمله بالالتزامات فإذا التزم المشتري قبل البائع تحت شرط فاسخ بتنفيذ التزام معين ثم تصرف المشتري في العين، أنتقل الحق إلى الخلف قابلاً للفسخ، فإذا لم ينفذ السلف التزامه تجاه البائع فلا يستطيع هذا الأخير مطالبة المشتري بالوفاء به، بل له أن يطالب فقط بحق شخصي على العين، وهو حق الفسخ ولا يطالبه بتنفيذ الالتزام.

## ثالثاً: استثناءات على قاعدة عدم كسب الخلف حقوق أكثر مما كان لسلفه

من أهم الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقاً أكثر من سلفه، الاستثناء الخاص بحماية الوضع الظاهر إذ ينشأ عن الوضع الظاهر مظهر ينخدع به الناس كافة، ولذلك سعى المشرع إلى حماية هذا الوضع، فيصير الخلف مالكا رغم أن السلف لم يكن مالكا للحق.

والحقيقة أن نظرية الوضع الظاهر لا تطبق إلا على أوضاع معينة نص عليها القانون، أو في حالة وقوع الخلف في خطأ شائع واعتقاده الراسخ أن السلف حائز الحق هو المالك له فعلاً، وهذه الحالات قليلة الحدوث لما يحققه نظام

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 184-187

## مدخل العلوم القانونية

الشهر العقاري من إعلان الغير عن الوضعية الحقيقية للعقارات ، فتبقي قاعدة عدم كسب الخلف حقوقا أكثر من تلك التي كانت لسلفه، قاعدة عامة ترد عليها الاستثناءات السابق ذكرها حماية لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية.

**المطلب الثاني: قاعدة الملحقات تتبع الأصل**

أن ملحقات الحق تنتقل إلى الخلف الخاص، لأنها تتبع الحق الذي أنتقل إليه. لا شك في أن الحقوق العينية الجزئية تعتبر من ملحقات الحق، فحق الارتفاق ينتقل مع العقار المرتفق إلى الخلف الخاص فحقوق الارتفاق ملحقات قانونية تتبع الحق الرئيسي ولا يتقرر وجودها بدونه.

**أولا: انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص**

تنتقل إلى الخلف دعاوى الضمان التي كانت للسلف قبل البائع الأول، فانتقال الحق في عدم المنافسة إلى الخلف الخاص لمشتري المحل التجاري يمكن تعليقه بأن البائع ملزم بضمان عدم التعرض الشخصي وبعدم منافسة المشتري وهذا الحق ينتقل مع المحل التجاري إلى المشتري الثاني للمحل التجاري، ذلك لأن الالتزام بعدم المنافسة هو من العناصر الأساسية للمحل التجاري وبالتالي يعتبر من ملحقاته.

وكذلك إذا كان المبيع متزلا فتنقل إلى المشتري دعوى البائع بالضمان التي كانت له قبل المهندس والمقاول اللذان اشتركا في تشييد المنزل.

وللمحال له الحق في قبض الثمن وينتقل إليه حق البائع في الفسخ باعتباره من ملحقات الحق الذي أنتقل إليه. وإذن فتنقل إلى الخلف الخاص جميع الدعوى التي يكون للمشتري أن يحل فيها محل البائع، كدعوى التعويض تجاه شركة التأمين أو تجاه الإدارة إذا نزعت الملكية للمنفعة العامة.<sup>1</sup>

**ثانيا: انتقال الالتزامات العينية باعتبارها من الملحقات إلى الخلف الخاص**

أن انتقال الحقوق العينية المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص كحق الارتفاق لا يبرر انتقال الالتزامات العينية المتصلة بالعين إليه، ولكن يمكن الاستناد إلى فكرة الملحقات تتبع الأصل لتبرير هذا الانتقال، فلكي يتمكن الشخص مثلا من الانتفاع بحق ارتفاق واستعماله لا بد أن ينتقل إليه مع هذا الحق ما هو ضروري للمحافظة عليه.

وتنص المادة 873 مدي جزائري على ما يلي: "لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 188

<sup>2</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 190

## انقضاء الحق

الانقضاء في اللغة يقصد به الانتهاء أو الزوال أما في القانون فإنه يقصد به فقد السيطرة عليه أو بوفاة المالك أو تقلد بعض الوظائف فإنه ينقضي حق الموظف بالترشح مثلا كما أنه ينقضي حق الانتخاب بالنسبة للمحكوم عليه جنائيا.

**المبحث الأول : انقضاء الحق العيني**

**المطلب الأول: سقوط حق الملكية**

كما هو معروف فإن حق الملكية يخول لصاحبه سلطة كاملة على الشيء ويتميز بأنه حق جامع ومانع ولا يسقط بعد الاستعمال إلا أنه يسقط بوفاة المالك حيث ينتقل حق الملكية بعده إلى ورثته أو الموصى إليه ويسقط أيضا بعدم الاستعمال إذا اقترنت الملكية بجزالة الغير وتوافرت لهذا الغير شروط التقادم المكسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتقادم لأن حق الملكية يكتسب بالتقادم ولا يسقط بالتقادم كما أن حق الملكية يسقط أيضا إذا تم التصرف فيه مثل البيع أو التنازل عنه كالهبة كما أنه يسقط أيضا بالتخلي عنه.

**المطلب الثاني: انقضاء حق الارتفاق والانتفاع**

**أولا: انقضاء حق الارتفاق**

ينتهي حق الارتفاق للأسباب التالية :

- انقضاء الأجل المحدد له حسب نص المادة 878 من القانون المدني الجزائري فإذا تقرر حق الارتفاق على عقار لمدة خمس سنوات فإنه بانتهاء المدة ينتهي الارتفاق
- نقضي الارتفاق بهلاك العقار المرتفق كليا
- ينقضي باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق
- ينقضي حق الارتفاق بالتقادم عشر سنوات
- ينقضي بالفقد المنفعة المرجوة للعقار المرتفق

**ثانيا: انقضاء حق الانتفاع بوفاة المنتفع أو بانقضاء المدة أو بهلاك الشيء المنتفع**

**المبحث الثاني : انقضاء الحق الشخصي**

**المطلب الأول: انقضاء الحق بالوفاء وبما يعادل الوفاء**

**أولا: انقضاء الحق بالوفاء**

الوفاء هو تنفيذ المدين ما التزم به عينا ، ومنه ينقضي حق الدائن ، ويشترط في بعض الالتزامات كالاتزام بالقيام بعمل أن يتم الوفاء من المدين نفسه إذ شخصه يكون محل اعتبار، وفيما عدا هذا الاستثناء

## مدخل العلوم القانونية

يجوز أن يكون الموفى شخصا آخر غير المدين وينقضي الحق إذا وفى غير المدين وللموفى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية أي دعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب وذلك بتوفر الشروط لرفع هذه الدعاوى. ويمكن الرجوع على المدين بدعوى الحلول حسب الحالات التي نصت عليها المادة 261 ق م ج وهي الخاصة بالحلول القانوني وزيادة علة هذه الحالات يمكن للموفى الرجوع على المدين بدعوى الحلول إذا تم الاتفاق بينهما على ذلك، ويسمى هذا بالحلول الاتفاقي وإذا حل الموفى محل الدائن يكون له الرجوع على المدين بحق الدائن بما لهذا لا الحق من خصائص وتوابع ويمكن المدين التمسك في مواجهة الموفى بكافة الدفع التي كانت له في مواجهة الدائن.

ويلاحظ أنه يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى عليه بما وافاه عنه كلا أو جزاء إذا ثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء وهذا ما تضمنته المادة 259 م ج كأن يكون التصرف الذي أنشأ الدين، تصرفا باطلا لعدم مشروعية سببه أو كأن قد أنقضى كله بالإبراء أو المقاصة. ولكي ينقضي الدين بالوفاء يجب أن يشمل محل الوفاء ما كأن مستحقا أصلا في ذمة المدين أي عين ما التزم به، فلا يمكن أن يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي وقد نصت المادة 1/277 ق م ج على: ( لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

ويكون الوفاء الجزئي في حالات معينة نص عليها القانون، ومنها يمكن الكفلاء غير متضامين الدفع بالتقسيم وألزم الدائن بالقبول الوفاء الجزئي وهذا كما تضمنته المادة 664 فقرة 01 مدي وللمدين غير المتضامين الحق في الدفع بالتقسيم إلا إذا كأن الالتزام غير قابل للانقسام أما إذا كأن الالتزام غير قابل للتجزئة فلا يمكن الوفاء به جزئيا في غير الحالات المنصوص عليها قانونا أو المتفق عليها صراحة لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي ويبقى الالتزام قائما ولا ينقضي حق الدائن

## ثانيا: انقضاء الحق بما يعادل الوفاء

طرق انقضاء الحق بما يعادل الوفاء هي الوفاء بالمقابل والمقاصة واتحاد الذمة والتجديد

أ- الوفاء بالمقابل: إذا قدم المدين شيء آخر في مقابل الالتزام ( مبلغ النقود ) بشرط أن يقبل الدائن إذ تنص المادة 285 على ما يلي ( إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

ويترتب على قبول الدائن أن تسري أحكام البيع فيما يتعلق في أهلية الطرفين وبما يخص الضمانات التي

يلتزم بها المدين كضمان الاستحقاق والعيوب الخفية

كما أن الوفاء بالمقابل يعتبر وفاء لدين وينقضي به حق الدائن فتسري عليه أحكام الوفاء فيما يخص جهة

الدفع وانقضاء التأمينات وهذا ما تضمنته المادة 286 مدي. ويترتب على الوفاء بالمقابل لانقضاء حق الدائن رغم أنه لا يتم حق الوفاء بما هو مستحق عينا لأن العوض الذي تم الوفاء به يقوم مقام ما هو مستحق أصلا.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - فريدة مجيدي زواوي، مرجع سابق، ص: 1954



## مدخل العلوم القانونية

**ب- المقاصة:** هي اجتماع صفتي المدنين والدائن في كل طرفي الالتزام كأن يكون أ دائن ل ب 4000 دج وب دائنا لـ أ ب 3000 دج فينقضي الدين بقدر 3000 دج وهناك المقاصة القانونية والاتفاقية أو القضائية ويشترط في القانونية أن يكون الدينان دين نفس الشخصين وواردين على نقود أو مثليات متحدة النوع وخاليين من النزاع إذ لا تجوز المقاصة إذا كان أحد الدينين معلق على شرط ويشترط أن يكون الدينين صالحين للمطالبة القضائية وإذا كان أحد الدينين ديناً طبيعياً فلا تجوز المقاصة بينه وبين التزام المدين ولا يحكم القاضي بالمقاصة من تلقاء نفسه يترتب على إجراء المقاصة انقضاء حق الدائن للقدر الذي تمت به وإذا لم تتوافر الشروط السابقة يجوز أن تقع المقاصة باتفاق الطرفين عندما تتخلف المقاصة القانونية كأن يسمح صاحب الحق المستحق الأداء بإجراء المقاصة مع صاحب الحق المؤجر ولا يجوز إجراء المقاصة الاختيارية آلا باختيار الطرفين أما المقاصة القضائية فيستطيع المدعي عليه في حق المتنازع فيه إذا كان دائناً للمدعي بمبلغ معين أن يطلب من القاضي إجراء المقاصة وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك.<sup>1</sup>

**ج- اتحاد الذمة:** يجتمع في نفس الشخص صفة الدائن والمدين كأن يرث المدين الدائن ويشترط أن يكون وارثه الوحيد وتكون المقاصة بمقدار ما يرثه عند تعدد الوارث فإذا كان يرث الربع يجري المقاصة في حدود الربع ويبقى مدينا بقدر ثلاثة أرباع وقد يحدث اتحاد الذمة عند طريق الوصية وذلك في حالة ما إذا أوصى الدائن للمدين بما له في ذمته فينقضي حق الدائن في حدود الثلث وإذا كانت الوصية أكثر من الثلث ولم يقر الورثة الزيادة فأن اتحاد الذمة يزول بالقدر الذي لم يقره الورثة ولا ينقضي الدين إلا في حدود الثلث لأن الوصية لا تتجاوز الثلث شرعاً.

**د/ التجديد:** هو اتفاق يجل بموجبه التزام جديد محل الالتزام القديم فينقضي الحق القديم و نشأة محل حق محله حسب نص المادة: 291 فقرة 01 من مدني بقولها: ( يترتب على التجديد انقضاء التزام الأصلي بتوابعه و إنشاء التزام جديد مكانه ).

و لحصول التجديد يجب أن يكون الالتزامان القديم والجديد مرتبطين إذ لا ينقضي الالتزام الأصلي إلا إذا حل محله الجديد و لا ينشأ الجديد إلا بانقضاء الأصلي كما قد يتم التجديد بتغيير سبب الدين فيكون سبب الحق القديم مثلاً عقد بيع و يصبح بالتجديد عقد قرض و قد يتم التجديد بتغيير الدائن أو المدين المادة: 287 مدني .

و يلاحظ أنه إذا كان التجديد بتغيير المدين فمن الجائز نقل التأمينات المقدمة منه دون رضاه و إذا التجديد بتغيير الدائن فلا تنقل التأمينات إلى التزام جديد إلا إذا رضي لذلك كل من الدائن و المدين و الدائن الجديد المادة: 292 مدني , أما إذا كان التأمين المقدم عبارة عن كفالة شخصية أو تأمين عيني أو تضامن سلمي بين المدنين فإنه لا ينتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي لذلك الكفيل .

أو المدين المتضامن المادة: 293 مدني ( لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية و لا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي لذلك الكفلاء و المديون المتضامنون ) .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 196

<sup>2</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 198

## مدخل العلوم القانونية

## المطلب الثاني : انقضاء الحق دون الوفاء

ينقضي الحق دون أن يفى به المدين بالطرق التالية :

## أولاً: الإبراء

يكون الإبراء بإرادة الدائن المنفردة و يشترط فيه أن يكون الدائن أهلاً للتبرع لأنه تصرف بدون عوق و يمكن للمدين رد الإبراء لذلك هناك من يرى أن الإبراء هو اتفاق بين المدين و الدائن و لا يكون له أي اثر إذا رده المدين و الدكتور فريدة محمدي ترى غير ذلك فلا يستطيع الدائن العدول عن تصرفه و تنص المادة ك 305 من القانون المدني على ما يلي : ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا , و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين و لا يصبح باطلا إذا رفضه المدين .

## ثانياً: استحالة التنفيذ

ينقضي الحق إذا استحال المدين تنفيذه و كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو فعل الدائن و تنص المادة : 307 مدني : ( ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي عن إرادته ) .  
و ليس على المدين التعويض إذا كأن فعل الدائن أو الغير هو السبب الوحيد الذي أدى إلى الضرر أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى المدين نفسه فهو ملزم بالتعويض .<sup>1</sup>

## ثانياً: التقادم المسقط

بمور خمسة عشر سنة من يوم الاستحقاق : المادة ك 314 مدني تنص على ما يلي : تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات و لا يحسب اليوم الأول و تكمل المدة بانقضاء آخر يوم منه و إذا كأن الحق معلقا على شرط واقف لا يبدأ سريان التقادم إلا من تحقق الشرط و قد يقترن الحق بأجل فلا يبدأ التقادم إلا من يوم حلول الأجل . و قد يتعرض التقادم أثناء سريانه للوقف يؤدي إلى توقف سريان مدته فتحسب المدة السابقة و تضاف إليها اللاحقة و قد يرجع وقف التقادم إلى أسباب خارجية تمنع صاحب الحق من المطالبة بحقه أو المحاكم لمباشرة عمله و قد يكون المانع أدبيا كعلاقة الزوجية أو القرابة نص المادة : 116 من القانون المدني (لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين النائب و الأصيل) و قد يرد على التقادم الانقطاع بالمطالبة القضائية من صاحب الحق و لكي ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية يجب أن تنتهي الدعوى لصالح المدعي أما إذا سقطت الدعوى أو رفض الفصل فيها فلا ينقضي التقادم و ينقطع أيضا إذا نبه إلى أن صاحب الحق يملك سند التنفيذ (حكم أو سند رسمي) .و ينقطع التقادم كذلك بفعل الحائز إذا اقر صراحة أو ضمنا بحق الدائن فتسقط مدة التقادم و يبدأ بعدها تقادم جديد لا تحسب المدة السابقة .

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص: 199

## مدخل العلوم القانونية

## المراجع المعتمدة في هذه المادة

## المحاضرات:

- الأستاذ رضا الشلالي، محاضرة في مدخل العلوم القانونية والإدارية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2008/2007

- أحمد طعيبة ، محاضرات في مدخل العلوم القانونية ( نظرية الحق)، جامعة التكوين المتواصل، الجلفة، 2001/2000.

## الكتب:

- إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق.

- أسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001

- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1998

- خالد الزعبي / و منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998

- خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2002

- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، دار الريحانة للكتاب (جسور) للنشر والتوزيع، 2000

- فريدة محمدي زاوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2000

- فريدة محمدي زاوي، مدخل العلوم القانونية (نظرية القانون)، الرغاية الجزائر، 2000

- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999

- محمود نعمان، المدخل للقانون ، القسم الثاني ( نظرية الحق)، 1975

- المحامي حيدر البصري، نظرة في المقدمات، [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

- المستشار الدكتور، على رضا نائب رئيس مجلس الدولة، الملكية الفكرية هي الثروة الاقتصادية الجديدة التي تحيط بنا في كل مناحي حياتنا اليومية <http://www.ladis.com/>

- المادة 124 مكرر ، قانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

- قانون رقم 91 - 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف .