

جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة
كلية الحقوق .سعيد حمدين

المدخل لدراسة العلوم القانونية

الجزء الأول . نظرية القانون



الطبعة الأولى

2016

بسم الله الرحمن الرحيم

"وما أوتيتم من العلم إلا قليلا"

الآية 85 . من سورة الإسراء



رغبت في وضع هذا المؤلف لطلابنا الأعزاء وهم يبدؤون دراستهم القانونية ، ويخطون أولى خطواتهم في المسيرة الطويلة لنيل شهادتهم الجامعية الأولى . وذلك بعد اضطلاعي بتدريس مادة المدخل للعلوم القانونية .

ويحتاج الطالب الدارس لمادة المدخل للعلوم القانونية الى مؤلف يعالج موضوعات المدخل للعلوم القانونية ، معالجة تجمع بين الدقة العلمية والتبسيط في العرض ، ومن أجل ذلك وضعت هذا المؤلف لتذليل الصعوبات التي قد تعترض الطالب في هذه المادة الأساسية .

ولأهمية دراسة هذا المقياس فإنني أدعو جميع الطالبات والطلبة ، المواظبة على حضور حصص المحاضرات والأعمال الموجهة . والتحضير لها بطريقة جيدة وفعالة . وينبغي على الطالب المجتهد التحلي بالأخلاق الحسنة والمعاملة الطيبة مع الجميع .

وقد وضعت نصب عيني أن انتهج في هذا المؤلف ، منهج التبسيط واليسر ، وسأحرص على إبراز الأصول الكلية والمبادئ العامة والأساسية ، دون الدخول في التفاصيل الفرعية او الجزئية المملة ، لإعطاء طلابنا المبادئ القانونية الأساسية ، والتي لا غني عنها للطلاب او حتى للعاملين في المجال القانوني . وكان غرضي أن أمكنهم من الإلمام بالقواعد الأساسية للقانون من أقرب طريق

وقد اعتمدت في ذلك على مؤلفات من سبقني في هذا المجال ، وهم أساتذة كبار لهم باع طويل في تدريس مادة المدخل للعلوم القانونية والتأليف فيها .

وكما هو معروف ، فإن الغرض من دراسة مادة المدخل للعلوم القانونية ، هو الإلمام بالمبادئ والأصول العامة التي تكون الإطار الشامل لعلم القانون والحق ، لذلك فإنها تتخذ من القانون والحق برمتها موضوعا لها . وتهدف الى إلقاء الضوء وتوطئة السبيل لمساعدة الطالب المبتدئ على الإلمام بالأصول والمبادئ الأساسية العامة المشتركة التي يركز عليها القانون والحق في جملته . والى تزويد الطلبة بمجموعة من المعلومات الأولية ، والمبادئ الأساسية العامة ، التي تستند عليها جميع فروع القانون وتقسيماته المختلفة . أي معرفة ماهية القاعدة القانونية ، وأصل كلمة القانون ومدلولاته ثم بيان صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى ، ثم توضيح و بيان خصائص القاعدة القانونية وأقسامها ونطاق تطبيقها ، ومكانتها من القواعد الاجتماعية الأخرى . وتقسيم القاعدة القانونية الى قاعدة أمرة ومكملة . وفروع القانون ، ومصادره ، والقواعد المتعلقة بتطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها .

وعلى هذا الأساس ، سنتناول في دراسة نظرية القانون ، المحاور الأساسية التالية . التعريف بالقانون وبيان وظيفته ونشأته . المعاني المختلفة لأصل كلمة القانون ومدلولاته ، خصائص القاعدة القانونية . نطاق القاعدة القانونية . مكانة القاعدة القانونية من القواعد الاجتماعية . القانون وقواعد المجاملات والعادات . القانون وقواعد الأخلاق . القانون والقواعد الدينية . تقسيم القاعدة القانونية الى قاعدة أمرة ومكملة . أقسام القانون وفروعه . الى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص . مصادر القاعدة القانونية . المصدر الرسمي الأول . المصدر الرسمي الاحتياطي . تطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها .

الباب الأول

المدخل الى العلوم القانونية دراسة تهدف الى إيضاح مفهوم القانون وما يتصل به من مسائل تتعلق بتعريفه وأنواعه ومصادره ونطاق تطبيقه . وحيث أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم أنماط السلوك المختلفة في المجتمع ، فهو ينظم على هذا النحو ، جميع أنواع العلاقات التي تنشأ بين الناس في داخله والتي يكون مؤداها نشوء حقوق معينة لطرف من أطراف العلاقة ونشوء التزامات او واجبات مقابلة على عاتق الطرف الآخر او نشوء حقوق والتزامات متبادلة بين الأطراف .

ومن هنا تظهر الرابطة العضوية التي تربط القانون بالحق والحق بالقانون ويتعين على كل دارس إذا ما أراد البحث في العلوم القانونية أن يتصدى في نفس الوقت وبالضرورة لدراسة نظرية الحق . إن دراسة نظرية القانون تقتضي أولا بيان ماهيته ، من حيث تعريفه وضرورته ووظيفته وخصائص القاعدة القانونية ، وكذا من حيث أصل القانون وعلاقته بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى كما تقتضي ثانيا دراسة أقسام القانون وفروعه ، إذ ينقسم القانون الى عدة أقسام وتفرعات سواء من حيث العلاقة التي ينظمها وطبيعتها ، او من حيث قوة إلزام قواعده ، او من حيث موضوع القانون نفسه .

وتقتضي ثالثا دراسة مصادر القانون المادية منها والرسمية والتفسيرية ، كما تقتضي أخيرا دراسة نطاق القانون ، سواء من حيث الزمان او من حيث المكان او من حيث الأشخاص ، وهو ما يقتضي دراسة القانون وإلغائه .

ولذلك ، سنجعل دراستنا لنظرية القانون في خمسة فصول ، وذلك على النحو التالي .
الفصل الأول ، نتناول فيه ، ماهية القانون وعلاقته بالعلوم الاجتماعية الأخرى .
الفصل الثاني ، ندرس فيه ، خصائص القاعدة القانونية .
الفصل الثالث ، نخصصه ، لتقسيمات القاعدة القانونية .
الفصل الرابع ، نبحث فيه ، مصادر القاعدة القانونية .
الفصل الخامس ، نتناول فيه ، تطبيق القاعدة القانونية .

الفصل الأول

ماهية القانون وعلاقته بالعلوم الاجتماعية

تمهيد

القانون ظاهرة اجتماعية

من المبادئ المسلم بها ، أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه¹ وبطبيعته ، إذ لا يستطيع العيش بمفرده ولا يمكنه أن يعيش وحيدا ومنعزلا عن غيره من الناس ، فهو عاجز بمفرده مستطيع بغيره وهو في حاجة ماسة الى أن يعيش في جماعة او مجتمع ، ولا يمكنه أن يفي بكل حاجاته وإشباع رغباته لوحده ذلك أن تلك الحاجات والرغبات تفوق قدراته الشخصية² ، وعلى هذا الأساس ، لا يستطيع الإنسان بأي حال من الأحوال أن يشبع حاجاته المتعددة بنفسه ، وفي سبيل إشباع هذه الحاجات المختلفة كان من الضروري أن يعيش الإنسان في جماعة ، مما يستتبع حتما دخوله مع غيره من الناس في معاملات سواء عائلية او مالية او سياسية وغيرها من المعاملات التي تحقق للإنسان رغباته وتقضي له حاجاته المتعددة والمختلفة. وفي سعيه للحصول على تلك الحاجات والرغبات تتعارض مصالحته الخاصة مع مصالح غيره ، ويحدث تعارض وتصادم بين المصلحتين ، مما يجعل وجود القانون لحكم وتنظيم هذه المصالح المتعارضة والتوفيق بينها أمرا ضروريا ، ومن ثم كان لزاما أن تنظم تلك العلاقات حتى لا تعم الفوضى وتسود شريعة الغاب في المجتمع ، إذا ما ترك لكل شخص مطلق الحرية في تحقيق رغباته وفقا لأهوائه ومصلحته الخاصة³.

ومن أجل ذلك كله جاءت حتمية تنظيم تلك العلاقات المتعارضة بقواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة ، تبين وتوضح ما لكل منهم من حق وما عليه من واجبات لمنع أي تدخل بين المصالح وإحداث نوع من التوفيق بين المصالح المتضاربة والمتعارضة ، فيحل الأمن ويتحقق الاستقرار في المجتمع . ينضح مما سبق ذكره بأن القانون ضرورة اجتماعية فلا غني عنه لحفظ كيان المجتمع وبطلق على مجموع القواعد القانونية العامة ، التي تنظم سلوك الأفراد ، وتحكم علاقاتهم في المجتمع . قواعد السلوك⁴ Règles de conduites ، وتهدف هذه القواعد القانونية أساسا ، الى تنظيم حقوق الأفراد في المجتمع وحمايتها .

وظيفة القانون .

إن وظيفة القانون الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيما من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحررياتهم وبين الصالح العام للجماعة بما يحقق الخير العام⁵ ، وهي العمل على التوفيق بين المصالح المتضاربة ، ورغبات الجماعة المتعارضة بما يحفظ الأمن والاستقرار والنظام في المجتمع . فمهمة القانون هي تنظيم المجتمع تنظيما من شأنه التوفيق بين المصالح المتعارضة للأفراد⁶ . ومن هنا تبدو بجلاء أهمية القانون وضرورته ، فهو السبيل الوحيد الى توفير الأمن والنظام في المجتمع ، وقد كانت

¹ يعبر علماء الاجتماع عن هذه الظاهرة بأن الإنسان مدني بطبعه ، يقول ابن خلدون في "المقدمة" ، "إن الاجتماع الانساني ضروري ، ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الإنسان مدني بالطبع ، أي لا بد له من الاجتماع الذي هو المدينة في اصطلاحهم ، وهو معنى العمران" . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور .

مبادئ القانون . المدخل الى القانون . نظرية الالتزامات . دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1995 ص 12 .
² لقد أشار القرآن الكريم للطبيعة الاجتماعية للإنسان في قوله تعالى . (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثي وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير) . الآية 13 من سورة الحجرات .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . المدخل الى علم القانون . دار وائل للنشر . عمان الطبعة الثانية . 2003 . ص 11 .

⁴ Dr. GHALEB FARHAT . Introduction l'Etude du droit . Librairie juridique Zein 2006 P.16 .

⁵ الدكتور يحيى قاسم على . المدخل لدراسة العلوم القانونية . نظرية القانون . ونظرية الحق . كوميته للتوزيع . القاهرة . الطبعة الأولى . 1997 . ص 12 .

⁶ الدكتور عبد المجيد زعلاني . المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر . طبعة 2010 . ص 03 .

هذه ، ولا زالت ، هي الحقيقة التي لم يختلف المفكرون في شأنها ، مهما تباينت آراؤهم والمذاهب الفلسفية والاجتماعية التي يؤمنون بها¹ .

وتبدو لنا بذلك الرابطة الوثيقة بين القانون والمجتمع . فالقانون وجد بوجود المجتمع . كما أنه ليس من المتصور وجود مجتمع دون قانون يحكمه . ذلك أن القانون والمجتمع أمران متلازمان ومرتبطان ارتباطا وثيقا حيث لا يوجد مجتمع دون قانون ولا يوجد قانون دون مجتمع² . وقد عبر بعض الفقهاء عن هذا الترابط بين القانون والمجتمع بقولهم بأن القانون وليد البيئة الاجتماعية³ . وترتبط وظيفة القانون بالأهداف أو الأغراض التي تسعى القاعدة القانونية الى تحقيقها ، وهذه يمكن تحديدها على النحو التالي .

حماية الحريات للأفراد ، كحرية الرأي وحرية التنقل ، وصيانة حقوق الأشخاص ومصالحهم الشخصية كالحق في التملك وحق الإنسان في الحياة وفي السلامة البدنية وحق الترشيح والانتخاب وغيرها من الحقوق .

حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة تحقيق المصلحة العامة ، الأمر الذي يجعل هذا المجتمع أكثر قوة وتماسكا وأكثر صونا للحريات ، وقديما قال "شيشرون" خطيب روما وفيلسوفها (إنما نكون عبيد القانون لنصير بالقانون أحرارا)⁴ .

يهدف القانون الى تحقيق العدل⁵ بين أفراد المجتمع ، ذلك أن قواعد القانون تتصف بالعمومية والتجريد - كما سنرى ذلك فيما بعد - والناس سواء أمام القانون . المساواة بهذا المعنى هي جوهر العدل والعدل كما قيل قديما "هو الرغبة الدائمة في إيصال الحقوق لأربابها" . والعدل هو جوهر القانون وغايته والعدل فيما ثبت عليه من معنى قديم ، هو إحدى الفضائل التي تتلخص في حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار . وهذا ما جاء في مدونة جوستننيان⁶ . ومن العدل إذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، ورد ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر ، لأنه بعدم الوفاء بتعهده وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغي بين الأفراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه إعادة إقامة هذه المساواة⁷ .

أما العدالة فهي "إرادة دائبة لوضع كل إنسان في المركز المناسب ، وإعطاء كل ذي حق حقه" . وقد قسم أرسطو العدالة بهذا المعنى الخاص لها الى نوعين . عدالة القسمة أو التوزيع وهي تخص علاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة أي تتصل بالحقوق العامة ، وهي عبارة عن التناسب بين ما يقدمه الإنسان من عمل للمجتمع وما يحصل عليه من فوائد . والنوع الثاني هو العدالة التبادلية وتتصل بالحقوق الخاصة فهي عبارة عن التعادل بين الالتزامات وحقوق الأفراد في المعاملات الحالية التي تحدث بينهم وبعبارة أخرى التعادل بين ما يأخذه الفرد وما يعطيه في المبادلات التي تنشأ بينه وبين غيره من أفراد المجتمع . كما في البيع والإيجار وغيرها في العقود التبادلية⁸ .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مبادئ القانون . المدخل الى القانون . نظرية الالتزامات . دار النهضة العربية للطباعة والنشر . بيروت 1995 . ص 13 .

² الدكتور على فيلاي . مقدمة في القانون . المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية . وحدة الرغاية . الجزائر . 2010 . ص 9 . يقول الدكتور سليمان الناصري . في كتابه المدخل للعلوم القانونية مقارنة بالقوانين العربية . المكتب الجامعي الحديث . الازارطة . الاسكندرية . 2005 . ص 15 . "الانسان القانون والمجتمع يؤلفان الثلاثة معا ، العملة النقدية ، بوجهها الأول المنقوش ، ووجهها الثاني المكتوب ، وعنصرها المادي المكونة منه ثالثا" .

³ الدكتور حسن كيرة . المدخل الى القانون . منشأة المعارف . ص 26 . أشار إليه الدكتور على فيلاي . مرجع سابق . ص 10 . هامش رقم 4 .

⁴ الدكتور عبد القادر الفار . المدخل لدراسة العلوم القانونية . مبادئ القانون . النظرية العامة للحق . دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008 . ص 16 .

⁵ بخصوص العدل كأساس الملك وللتنظيم ، يقول الله تعالى . (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) الآية 85 من سورة النساء . وقال الرسول (ص) مرسيا سيادة القانون ، بصرف النظر عن المكانة الاجتماعية أو المركز المالي للشخص . (إنما أهلك من كان قبلكم إنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، والذي نفس محمد بيده ، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) . وقال أبو بكر الصديق ، (القوى فيكم ضعيف عندي حتى أخذ الحق منه ، والضعيف فيكم قوي عندي حتى أخذ الحق له) .

⁶ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 14 .

⁷ الدكتور حسن كيرة . المدخل الى القانون . منشأة المعارف . 1969 . أشار إليه . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 14 . هامش رقم 01 .

⁸ الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 13/12 .

وعلى هذا الأساس فإن وظيفة القانون في المجتمع كبيرة ومتعددة وضرورية للقانون ووظيفة اجتماعية واقتصادية وأخلاقية وسياسية وهي تتحدد بحسب فلسفة المشرع التي يتبناها والتي تنعكس كالمرآة في النصوص القانونية . فالقانون يعبر دائماً عن واقع اقتصادي واجتماعي وسياسي وادبيولوجي معين فهو انعكاس لما هو عليه المجتمع . ولذلك تختلف القوانين الوضعية من مجتمع الى آخر فكل شعب له قانونه¹ . مع العلم بأن كل حق يقابله واجب ، ومن هنا يتضح جلياً بأن الواجب والحق وجهان لعملة واحدة ، فلا يتصور وجود أحدهما منفصلاً عن الآخر . ذلك أن القانون لم يوجد إلا لتقرير الحق وتنظيمه ورسم حدوده وحمايته .

نخلص مما تقدم أن للقانون غاية وهدف وضرورة محددة ، يدور معها وجودا وعدما ، ولا يمكن تصور وجوده دونها ، وهو المجتمع وأمنه ونظامه ، فالقانون يوجد حيثما توجد الجماعة وتتنازع وتتناقض المصالح وتتصارع الشهوات ورغبات الأفراد ، فيأتي دور القانون للتوفيق بين مصالح الأفراد وحماية حقوقهم وفرض واجبات عليهم ، وبناء على ذلك يجب على المجتمع احترام القانون والانصياع له وإلا انقلب المجتمع الى غابة القوي يأكل الضعيف² .

وسنتناول في هذا الفصل تعريف القانون وتحديد مدلولاته . وصلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى . وعلاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث . نتناول في المبحث الأول ، تعريف القانون وتحديد مدلولاته . وندرس في المبحث الثاني ، صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى . وندرس في المبحث الثالث علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى .

المبحث الأول

تعريف القانون وتحديد مدلولاته

لم يتفق الفقهاء على تعريف موحد للقانون ، بل اختلفوا في ذلك اختلافاً كبيراً ، ويمكن رد كل هذه الاختلافات الى الاتجاهات والمذاهب الفلسفية التي تناولت أصل القانون ، والتي يمكن حصرها في أربعة مذاهب مختلفة ، هي على التوالي . مذهب القانون الطبيعي او المذهب المثالي . المذهب الوضعي او الشكلي . مذهب التطور التاريخي . المذهب المختلط . وسنتناول هذه المذاهب بالتفصيل في دراستنا لموضوع مصادر القانون . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث مطلبين . نتناول في المطلب الأول الأصل اللغوي لكلمة قانون . وندرس في المطلب الثاني ، التعريف الاصطلاحي للقانون

المطلب الأول

الأصل اللغوي لكلمة قانون

القانون لغة (كل شيء . "طريقه ومقياسه"³) ويفيد هذا اللفظ النظام والاستقرار⁴ ، وهو لفظ دخيل على اللغة العربية . ويرجع أصل كلمة "قانون" الى اللغة اليونانية او الى اللغة اللاتينية ، فهي كلمة معربة أخذت من الكلمة اليونانية KANUN او من الكلمة اللاتينية KANON ، ومعناها العصا

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 13.

² الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص . 18.

³ لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري . المجلد الخامس . دار صادر للطباعة والنشر . الطبعة الأولى . 1997 . بيروت . ص . 345 . وهناك من قال بأن القانون لغة هو (مقياس كل شيء وطريقه) . انظر . الدكتور على فيلالي . مرجع سابق . ص . 28 . الدكتور . يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 13 .

⁴ الدكتور محمد حنين عبد العال . مبادئ القانون . دار النهضة العربية . الطبعة 02 . 1998 . ص . 13 . أشار إليه الدكتور على فيلالي . مرجع سابق . ص . 28 . هامش رقم 02 .

المستقيمة ، ولهذه الكلمة في هاتين اللغتين معنى مجازي يدل على القاعدة او النظام او المبدأ او الاستقامة في القواعد القانونية¹. وقد بدأ استعمال كلمة "القانون" في الدول العربية عندما بدأت الدولة العثمانية منذ منتصف القرن التاسع عشر سن قوانين اقتبست أحكامها من القوانين الغربية². وعلى الرغم من الأصل اليوناني او اللاتيني لهذه الكلمة او اللفظ الدال على الاستقامة ، فإن اللغات الغربية لم تستعمله بل استعملت كلمات أخرى تدل على نفس المعنى ، فاستعملت اللغة الفرنسية كلمة Droit . واستعملت اللغة الإيطالية كلمة Diritto³ . واستعملت اللغة الألمانية كلمة Recht . يتضح مما سبق ذكره ، بأن كلمة قانون ، التي تحمل معنى الاستقامة ، تستخدم في المجال القانوني كمعيار لقياس مدى احترام الناس لما تأمرهم به القاعدة القانونية او تنهاهم عنه ، فإذا سار الفرد او الشخص ، وفقا لمقتضى القاعدة القانونية ، كان سلوكه مستقيما كالعصا ، وإن هو تمرد على حكم القاعدة القانونية ، كان سلوكه منحرفا غير مستقيم .

الفرع الأول

الاستعمالات المختلفة لكلمة "قانون"

تطلق كلمة "القانون" على كل قاعدة ثابتة تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت ومضطرد لأمر معين في أي مجال من المجالات⁴ . وبهذا المعنى فإن هذا المصطلح ، يستخدم سواء للإشارة الى العلاقة التي تحكم الظواهر الطبيعية او للإشارة الى قواعد السلوك التي يتعين على الأفراد احترامها حتى يستقيم النظام في المجتمع⁵ .

فإذا أخذنا المدلول الأول ، إطلاق مصطلح "قانون" على العلاقات التي تحكم الظواهر الطبيعية ، وهو الأكثر شيوعا في نطاق العلوم الطبيعية ، فقد يقصد بكلمة قانون الإشارة الى القواعد التي تحكم بعض الظواهر الطبيعية كالقوانين الفيزيائية ، فيقال مثلا "قانون الكون" ويقصد به نظم الكون المستقر من دوران الكواكب ، وتعاقب الليل والنهار ، او يقال "قانون الجاذبية" ويراد بها القاعدة المستقرة التي تقضي بانجذاب الأجسام وسقوطها باطراد الى الأرض كلما أُلقيت في الفضاء . ويستخدم أيضا هذا المصطلح في نطاق العلوم الرياضية والاقتصادية⁶ . ونادرا ما استعمل الفقهاء المسلمون كلمة "القانون" . واستعملوا عوضا عنها كلمات الشرع والشرعية والحكم الشرعي⁷ . وكلها مأخوذة من كلمة "الشارع" والمقصود بها الله سبحانه وتعالى .

والجدير بالذكر ، أن في القواعد العلمية يوجد ارتباط حتمي بين السبب والنتيجة ، فكلما قام السبب تحققت النتيجة ، أما في القاعدة القانونية ، فلا توجد مثل هذه الحتمية ، على أساس أنه تبقى لإرادة الإنسان في الأصل الحرية ، في أن يخضع او لا يخضع الى القاعدة القانونية ، وإن كان يجبر في النهاية على الخضوع لها قصرا . أما إذا أخذنا استعمال مصطلح "قانون" للإشارة الى قواعد السلوك ، التي يجب على الأفراد احترامها ، فإن هذا المصطلح يأخذ على أحد المعنيين ، معنى عام ، ومعنى خاص .

أولا . المعنى العام للفظ "قانون" Droit.

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مدخل الى العلوم القانونية . الجزء الأول . الوجيز في نظرية القانون . الطبعة الثامنة عشر . دار هومة . ص 11 .

² الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 13 .

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للقانون . ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة العاشرة . 2010 . ص 15 .

⁴ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص 05 .

⁵ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 12 .

⁶ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 11 .

⁷ الدكتور مناع القطان . التشريع والفقه في الاسلام تاريخا ومنهجيا . مؤسسة الرسالة . الطبعة 10 . 1989 . ص 14 . أشار اليه الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق

هامش رقم 01 ص 14 .

يقصد بالمعنى العام لكلمة "قانون" مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم السلطة العامة فيه على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة¹، أو هو مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع على نحو ملزم، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أم غير مكتوبة، وذلك دون اعتبار لمصدر هذه القواعد حتى ولو كان سماوياً². أو هو مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي يجبر الأفراد على إتباعها وبالقوة عند الاقتضاء³. أو هو مجموعة قواعد اجتماعية عامة ومجردة يجب احترامها بفرض الجزاء المناسب في حالة مخالفتها⁴ أو هو مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي يجبر الأفراد على إتباعها وبالقوة عند الاقتضاء⁵ أو هو مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزاء مادي حال، وتقتصر الدولة الناس على إتباعها ولو بالقوة عند الحاجة⁶.

والقانون بالمعنى العام هذا، هو الذي يعنينا في هذه الدراسة، وقد جرى التعبير عن هذا القانون بمصطلح "القانون الوضعي"، أو "علم القانون"⁷، ويقصد به، مجموع القواعد القانونية السارية فعلاً في بلد معين وفي زمن محدد، فالقانون الوضعي الجزائري، يشمل مجموعة القواعد القانونية المعمول بها الآن في الجزائر⁸. ويقابله في القانون الفرنسي مصطلح Droit Positif.

ثانياً. المعنى الخاص للفظ "القانون" Droit

قد يستعمل اصطلاح "القانون" في غير المعنى العام السالف ذكره، فيطلق للدلالة على معنى

خاص، وذلك في إحدى حالتين

الحالة الأولى. تستعمل كلمة "القانون" في معنى التشريع loi، ويراد به، (مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم⁹) أو هو (مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة¹⁰) أو هو (مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية، لتنظيم مسألة أو أمر معين¹¹) في مجال واحد من المجالات الحياتية في المجتمع، فيقال بهذا المعنى، قانون المحاماة أو قانون تنظيم الجامعة أو قانون التوثيق. مع العلم بأن الأصوب والأصح والأدق، أن تستعمل كلمة التشريع، على القواعد التي تحكم هذه المهنة. ولذلك يجب أن يقال تشريع المحاماة، أو التشريع المنظم للجامعات¹²، على أساس أن الفرق بين التشريع والقانون واضح، فإذا كان التشريع هو ما ذكرناه سابقاً، فإن القانون بمعناه العام أوسع بذلك بكثير. إذ هو (مجموع القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع على نحو ملزم¹³). ولذلك نستطيع القول، بأن كل تشريع يعتبر قانوناً، ولكن ليس كل قانون يعتبر تشريعاً¹⁴.

وعلى الرغم من الفرق الواضح بين كل من القانون والتشريع يلاحظ أن لفظ قانون يستخدم في العربية في معنى التشريع، فيقال قانون العمل، وقانون تنظيم الجامعات، وقانون الخدمة الوطنية... الخ

¹ الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 14 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 13 .

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 15 .

⁴ الدكتور محمد الصغير بعلي . المدخل للعلوم القانونية . نظرية الحق . نظرية القانون . دار العلوم للنشر والتوزيع . عنابة . 2006 . ص 09 .

⁵ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 15 .

⁶ الدكتور غالب على الداودي . دار وائل للطباعة والنشر . الطبعة السادسة . 1999 . ص . 10 .

⁷ الدكتور عبد القادر الفار مرجع سابق . ص . 15 .

⁸ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص . 06 .

⁹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 19 .

¹⁰ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 10 .

¹¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 14 .

¹² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 12 .

¹³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 14 .

¹⁴ الدكتور همام محمد محمود زهران . المدخل الى القانون . النظرية العامة للقانون . دار الجامعة الجديدة للنشر . الاسكندرية . 2006 . ص . 05 .

(وكلها تشريعات) ، بينما أفردت اللغة الفرنسية اصطلاحاً مميزاً لكل من القانون والتشريع ، فخصت الأول بكلمة Droit . وخصت الثاني بكلمة Loi¹

الحالة الثانية . قد تستعمل كلمة القانون في معنى التقنين Code أي على فرع معين من فروع القانون ، ويقصد به ، (مجموعة النصوص القانونية التي تنظم فرعاً من فروع القانون²) ، أو هو (مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة في كتاب واحد ، بعد تبويبها وتنسيقها ، ورفع ما قد يكون فيها من تعارض وتضارب ، بهدف تنظيم نوع معين من أنواع نشاط الأفراد³) . فيقال مثلاً التقنين المدني Code civile والتقنين التجاري Code commerciale ، تقنين العقوبات .

المطلب الثاني

التعريف الاصطلاحي للقانون

لقد اختلف الفقهاء في تعريف القانون الى عدة اتجاهات ، فمنهم من عرف القانون على أساس الغاية منه ، ومنهم من عرف القانون على أساس الجزاء ، ومنهم من عرف القانون ، بالنظر الى الخصائص المميزة لقواعده .

الفرع الأول

تعريف القانون على أساس الغاية منه

ذهب فريق من الفقهاء ، الى تعريف القانون على أساس الغاية التي يهدف القانون الى تحقيقها وهي تتمثل في تحقيق العدالة وإشاعة الطمأنينة والاستقرار بين أفراد الجماعة ، ولذلك عرف هؤلاء القانون بأنه (مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل حريات الأفراد وتحقيق الخير العام⁴) .
غير أنه يؤخذ على هذا التعريف ، إن فكرة الخير العام ليست فكرة ثابتة ومحددة بل هي فكرة نسبية ومتغيرة . وأن فكرة الغاية من القانون تعتبر من الأفكار الأكثر قابلية للجدل والنقاش⁵ .

الفرع الثاني

التعريف بالقانون على أساس الجزاء

عرف بعض الفقهاء القانون ، على أساس فكرة الجزاء ، فقالوا بأن القانون هو (مجموعة القواعد العامة الجبرية ، التي تصدر عن إرادة الدولة ، وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها⁶) .

¹ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 19 .

² نفس . المرجع السابق . ص 18 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 15 .

⁴ الدكتور محمد سامي مذكور مبادئ القانون . طبعة 1978 . ص 50 . أشار إليه الدكتور . محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 15 . انظر في عدم إمكان تأسيس

تعريف القانون على غايته ما يقوله . Raynaud و Marty . (A vrai dire nous l'avons vu rien qui soit plus discuté que les fins du droit et s'il fallait les inclure toutes dans la définition du droit , on ne pouvait que se perdre dans les controverses) . Droit civil

، Introduction générale à l'étude du droit, 1961, t.1.p.49.

أشرف اليهما الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 16 . هامش رقم 08 .

⁵ نفس المرجع السابق . ص 16 .

⁶ سمير تناغو . النظرية العامة للقانون . طبعة 1986 . ص 07 . أشار إليه . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 16 . هامش رقم 09 .

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف بأن عنصر الجزاء لا يدخل في تكوين القاعدة القانونية التي تكون قد استكملت كل عناصر وجودها قبل تدخل الجزاء ، ذلك أن اللجوء الي الجزاء لا يتصور إلا عند وقوع مخالفة القاعدة القانونية . زيادة على أن قواعد القانون لا تصدر كلها عن إرادة الدولة ، فهناك قواعد الدين مثلا ، التي يكون مصدرها غير إرادة الدولة¹ .

الفرع الثالث

تعريف القانون بالنظر الى الخصائص المميزة لقواعده

عرف بعض الفقهاء ، "وهذا الرأي الغالب عند الشراح" ، القانون بالنظر الى الخصائص التي تميز قواعده عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى ، فقالوا بأن القانون هو (مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في الجماعة ، تنظيما عاما ومفروضا بتهديد الجزاء الموضوع لمخالفتها²) او هو (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم او تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، والتي يجبر الأفراد على إتباعها وبالقوة عند الاقتضاء³) .

وتعريف القانون بالنظر الى الخصائص المميزة لقواعده ، هو الأقرب الى الصواب ، لذلك نقول بأن القانون هو ، (مجموعة القواعد العامة والمجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء⁴) .

المبحث الثاني

صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

تهدف القواعد القانونية ، في أساسها الى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، غير أن هذه القواعد القانونية ليست هي الوحيدة التي ترمي الى ذلك ، بل توجد الى جانبها كثير من القواعد الاجتماعية الأخرى التي تشترك معها في مخاطبة أفراد المجتمع وتنظيم سلوكهم داخله ، أي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع . وتتمثل هذه القواعد في كل من قواعد الدين وقواعد الأخلاق ، وقواعد العادات والمجاملات الاجتماعية الأخرى .

فجميع هذه القواعد تشترك مع القواعد القانونية في أنها قواعد اجتماعية تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع وهي قواعد عامة وملزمة (إلزاما ليس بالضرورة قانونيا⁵) . الأمر الذي قد يؤدي الى الخلط بينهما . مع العلم بأن هذه القواعد (قواعد الدين . والأخلاق . والعادات ..) لا تعيننا في حد ذاتها وإنما يعيننا فقط التمييز بينها وبين القاعدة القانونية .

غير أنه إذا كان هدف كل هذه القواعد (القواعد الدينية والأخلاقية وقواعد العادات والمجاملات) هو تقويم سلوك الإنسان فإنها مع ذلك تختلف عن القواعد القانونية من عدة جوانب مما قد يدعو الى الخلط بين القاعدة القانونية وبين قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى ، لذا ينبغي إجراء مقارنة بين القاعدة القانونية وبين هذه القواعد .

¹ أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون . طبعة 1968 . ص 50 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفرور مرجع سابق . ص 16 . هامش رقم 10 .
² جميل الشرقاوى . دروس في اصول القانون . طبعة 1970 . ص 13 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 17 . هامش رقم 11 .

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 15 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 17 .

⁵ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 33 .

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب تناول في المطلب الأول . القانون وقواعد الدين . وندرس في المطلب الثاني . القانون وقواعد الأخلاق . ونخصص المطلب الثالث الى دراسة القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد .

المطلب الأول

القانون وقواعد الدين

جاءت الأديان السماوية لتحقيق للإنسان السعادة في الدنيا والآخرة . ولذلك فإن قواعد الدين أشمل وأوسع نطاقا من قواعد القانون¹ ، إذ يدخل في مضمونه قواعد العبادات وقواعد الأخلاق وقواعد المعاملات ، فالدين يتناول واجبات الإنسان نحو ربه وتسمي "العبادات" . ويتناول أيضا علاقة الفرد بنفسه وتسمي "قواعد الأخلاق الشخصية" . ويتناول كذلك علاقة الفرد بغيره من أفراد المجتمع وتسمي "قواعد المعاملات"² . بينما يقتصر القانون أساسا على قواعد المعاملات³ . يتضح ذلك بصفة خاصة بالنسبة للأديان التي لا تقف عند مواجهة علاقة الإنسان بربه ، وإنما تتجاوز ذلك الى تنظيم مسائل الدنيا كما هو الحال في الدين الإسلامي .

وعلى هذا الأساس فإنه قد يلتقي القانون والدين في بعض القواعد كقواعد المعاملات ، وقد يستقل الدين بكثير من القواعد التي لا نظير لها في القانون ، فيما يخص نطاق العقيدة والعبادات كالشهادة وقواعد الصلاة والصوم والحج ، كل هذه القواعد لا تدخل في نطاق تنظيم القانون . وقد يستقل القانون بقواعد أخرى لا نظير لها في الدين ، كما هو الحال في قواعد المرور والقواعد المنظمة للاختصاص ومواعيد الطعن في الأحكام .

وتختلف قواعد القانون عن قواعد الدين ، من حيث المصدر ، ومن حيث المضمون ، ومن حيث الغاية ، ومن حيث الجزاء . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب الى أربعة فروع . هي على التوالي .

SAHLA MAHLA

الفرع الأول

المصدر الأول للطالب الجزائري

من حيث المصدر

يقصد بقواعد الدين السماوي هي مجموعة الأحكام والأوامر والنواهي الربانية المنزلة من الله سبحانه وتعالى الى البشر عن طريق الرسل والأنبياء⁴ ، قصد تبليغها الى الناس للعمل بها . ويفرض الدين على الناس طائفة من الأوامر والنواهي والأحكام التي يجي بها ، إما أن تتعلق بالعبادات والعقيدة كالأحكام التي تبين ما يجب على الفرد اعتقاده في حق الله ورسوله واليوم الآخر ، او تتعلق بالأخلاق والآداب ، وما يجب أن يتحلى به الإنسان من الفضائل ، وما ينبغي أن يتخلى عنه من الرذائل ، وقد

¹ . الدكتور همام محمد محمود زهران . مرجع سابق . ص 51 . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 27.

² . الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 38.

³ . الدكتور حبيب ابراهيمي الخليلي . مرجع سابق . ص 39. ويشير الدكتور حبيب في الهامش رقم 01 . من ذات الصفحة الى أنه (إذا كان القانون يقتصر بصورة رئيسية على قواعد المعاملات ، فإنه لا ينفذ يده كلية من شؤون العبادات فهو يكفل حرية ممارسة الشعائر الدينية ويمنع من أي اعتداء على هذه الحرية . وقد يحظى الدين من الدولة بعناية تفوق هذا القدر الضروري من الحماية بأن تدرج الدين ضمن البرامج الدراسية كمادة اجبارية او تقيم المنشآت الدينية وتتولى الإنفاق عليها ودعمها . ومع ذلك تظل العلاقة بين القانون والدين علاقة غير مباشرة ومحددة بالقدر الذي يمكن ان يكون فيه للعامل الروحي صدى او أثر في العلاقات الاجتماعية ، فالدولة موكولة أساسا بالشؤون الدنيوية بينما يظل الدين شينا خاصا بالأفراد والجماعات الدينية . انظر Dabin.....la théorie générale du droit . 2éd.1953.p.89.90. حيث يقول....." le spirituel ne s'introduit dans (entre le droit et la religion) n'est qu'indirect le lien (.....mais le lien

le droit qu'en tant qu'il communique avec le social par répercussion ou par insertion . et c'est logique puisque l'Etat est proposé au temporel tandis que la religion comme telle est chose des individus eux-mêmes et de la société religieuse. كذلك لا ينفذ القانون يده كلية من الاخلاق ، فبالرغم ما بينهما من فروق ثمة منطقة مشتركة بينهما ، وذلك على نحو ما سنبينه تفصيلا عند المقارنة بين الاخلاق والقانون .

⁴ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 41.

تكون الأحكام التي يجئ بها الدين تتعلق بأفعال الأفراد وتنظيم روابطهم بعضها البعض ، وهي ما يطلق عليه قواعد المعاملات¹ .

وفي مجال قواعد المعاملات يلتقي القانون بالدين ، من حيث تبني القانون لكثير من مبادئ الدين ولذلك تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقاعدة القانونية² . والدين رسالة منزلة من عند الله عز وجل ، فقواعده ، من حيث المصدر ، خارجة عن نطاق إرادة البشر ، أما القواعد القانونية فهي موضوعة من قبل البشر أنفسهم .

الفرع الثاني

من حيث المضمون

الدين أوسع نطاقا ومضمونا من القانون ، ذلك أن القانون ينظم سلوك الإنسان مع غيره من الناس فقط ، أي يقتصر مضمونه على تنظيم قواعد المعاملات فقط ، في حين أن قواعد الدين تتناول واجبات الإنسان نحو ربه وحيال نفسه ، كما في قواعد العبادات ، كالصلاة والصوم ، وقواعد الأخلاق الشخصية كالتحلي بفضيلة الصدق ، والابتعاد عن الرذيلة والكذب . كما تتناول واجبات الإنسان نحو غيره فتتظم الروابط الاجتماعية تنظيما موضوعيا ، كما في قواعد المعاملات³ . وبمعنى آخر فقواعد الدين تنظم قواعد العبادات وقواعد الأخلاق وقواعد المعاملات بين أفراد المجتمع . وهناك أوجه شبه بين أوامر الدين وقواعد القانون، إذ أن كلا النوعين يتصفان بالعمومية والتجريد ، كما يتصفان بالإلزام⁴ .

ونلاحظ أن الاختلاف يقل بين القانون والدين ، كلما كنا في دولة يتجه قانونها الى أخذ قواعده من أصول دينية ، بينما يكون الفارق جوهريا بين الدين والقانون في الدولة العلمانية التي تفصل بينهما وتعتبر الجزائر من الفريق الأول ، إذ من المعلوم أن النصوص الأساسية تضع الدين الإسلامي في مكانة مرموقة (الإسلام دين الدولة) ، فضلا عن ذلك تنظم أحكام مصدرها الدين الإسلامي بعض الجوانب من الحياة الاجتماعية ذات الأهمية القصوى كقانون الأسرة ، كما يعتبر القانون المدني مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقانون بعد التشريع في الجزائر⁵ .

فضلا على ذلك ، فإن قواعد القانون لا تطبق - في الغالب الأعم - إلا في حدود الإقليم الذي صدرت فيه ، أما قواعد الدين فإنها لا تقف عند حدود إقليم معين ، فضلا على أن الدين يسرى في كل زمان ، ولا تتغير قواعده ، إلا بنزول رسالة سماوية جديدة من عند الله . أما القواعد القانونية فهي تسرى غالبا الى أن يتم تعديلها أو إلغاؤها وتعويضها بقواعد قانونية أخرى نظرا لتغير ظروف المجتمع

الفرع الثالث

من حيث الغاية

الغاية من القواعد الدينية مثالية ، إذ تهدف الى السمو بالنفس البشرية ، الى الكمال وتحقيق الخير للجميع ، أما الغاية من القواعد القانونية فهي نفعية آنية دنيوية ، تهدف أساسا الى المحافظة على النظام في المجتمع وتحقيق العدل والمساواة بين الناس⁶ ، وتهدف القواعد القانونية كذلك الى تحقيق

¹ الدكتور . عبد القادر فار . مرجع سابق . ص 32.

² نفس المرجع السابق . ص 33.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ص ، 41 .

⁴ نفس المرجع السابق . ص 41.

⁵ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص . 22.

⁶ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 41.

المصالح التي يرى واضعو هذه القواعد أنها جديرة بالحماية ومحقة للأمن والعدل والمساواة بين أفراد المجتمع¹. ولذا فإن قواعد القانون لا تهتم بخبايا الأنفس وما تخفي الصدور ، وتعتد أساسا بالسلوك الظاهر ولا تعتد بالنوايا والمقاصد² ، أما القواعد الدينية فهي تمتد الى النوايا وعما يدور في رأس الإنسان من أفكار ، ولو لم يعبر عنها بأعمال مادية ظاهرة تدل عليها³.

الفرع الرابع

من حيث الجزاء

تقرر قواعد الدين جزاءات عاجلة وأخرى آجلة ، تنتظر المرء في دار الآخرة ، فإله سبحانه وتعالى يوقع الجزاء الأخرى على المخالف في الآخرة ، بينما يوقع ولي الأمر الجزاء الدنيوي على المخالف في الدنيا . بينما تقتصر قواعد القانون على الجزاء الحال والفوري ، يوقع جبرا وبواسطة السلطة العامة ، وفقا لنظام معروف سلفا ، أي أن الجزاء في القانون ، يكون معروفا قبل وقوع المخالفة للقاعدة القانونية ، بحيث لا تنتظر السلطة العامة وقوع المخالفة ، ثم تفكر في الجزاء الملائم . ويوقع الجزاء على المخالف إثر حدوث المخالفة فورا ، وهو لا يزال على قيد الحياة . وعلى الرغم من الاختلافات السابقة بين قواعد الدين وقواعد القانون ، فإن الصلة بين قواعدهما وثيقة جدا ، وتظهر هذه الصلة خاصة في أن المشرع في الدول الإسلامية ، قد استمد كثيرا من مبادئ الشريعة الإسلامية ، عندما نظم الأحكام التي تتعلق بالميراث والوصية وأحكام الزواج والطلاق . وقد صاغ المشرع ، تلك المبادئ في شكل نصوص معينة فأصبحت قواعد قانونية تشريعية⁴ . إن المشرع في كثير من الدول الإسلامية جعل من مبادئ لشريعة الإسلامية ، مصدرا رسميا لقوانينه . بحيث يستطيع القاضي الرجوع إليها ، إذا لم يجد نصا تشريعيًا أمامه .

إن أساس معظم وأغلب قواعد القانون هي القواعد الدينية . ذلك أن معظم الجرائم المختلفة والأفعال الضارة بالغير التي يعرفها القانون ، عرفتها قواعد الدين قبله . ومن هنا يتضح جليا ، بأن هوة الخلاف بين القواعد القانونية والقواعد الدينية ، ما فتئت تضيق ، مع ازدياد لجوء المشرع الى الاقتباس من القواعد الدينية⁵.

المطلب الثاني

القانون وقواعد الأخلاق

من الصعب جدا أن نجد تعريفا شاملا مانعا للأخلاق ، متفق عليه بين جميع الفقهاء ، ومرد ذلك أن الأخلاق تعتمد أساسا على فكرتي الخير والشر ، نظرا لما لهاتين الفكرتين من طبيعة نسبية تختلف باختلاف أفكار المجتمعات وظروفها ، غير أنه يقال أن الأخلاق هي "تلك القواعد والمبادئ التي تحدد ما هو خير وما هو شر في مجتمع من المجتمعات وفي وقت معين ، ويجب على كل شخص الالتزام بها وإلا تعرض لسخط المجتمع وازدراء أقرانه"⁶ ، أو هي مجموعة من القواعد المثالية التي توصل إليها المجتمع ، لدعم الخير والحرص عليه ، كالالتزام بالصدق ، ومساعدة المحتاج وقمع الشر ومحاربته ،

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 44.

² . الدكتور عبد القادر فار . مرجع سابق . ص 33.

³ . نفس المرجع السابق . ص 33.

⁴ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 45.

⁵ . نفس المرجع السابق . ص 45.

⁶ . الدكتور غالب على الداودي . المدخل الى علم القانون . دار وائل للطباعة والنشر . 1999 . ص 27.

ومساعدة الضعفاء ، والإحسان الى الفقراء والوفاء بالوعد والحث على عمل الخير ... او هي (مجموعة المبادئ والمثل التي تملئها الضمائر الفردية والضمير الاجتماعي ، والتي تحدد ما هو خير وما هو شر في مجتمع من المجتمعات وفي وقت معين ، والتي تعتبرها غالبية الناس في المجتمع قواعد سلوك ملزمة يتعين على الأفراد احترامها وإلا تعرض من يخالفها لسخط المجتمع وازدراء أقرانه)¹ وقد شغلت قواعد الأخلاق حيزا كبيرا من تفكير فقهاء القانون ، فثمة تشابه كبير وصلة وثيقة بين هذه القواعد وقواعد القانون ، ومع ذلك فهناك اختلافات بينهما . فأوجه التشابه بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق تتمثل في .

أن كل من قواعد الأخلاق وقواعد القانون هي قواعد سلوك تحدد للشخص ما يجب أن يفعله وما يجب أن يتركه .

أن كلا منهما قواعد عامة ومجردة ، فالقواعد القانونية تخاطب كافة وتكليف موحد ، وقواعد الأخلاق بدورها تخاطب كافة ، فهي نداء الضمير الكامن في كل شخص . وأن هدف كل منهما هو تنظيم الحياة في الجماعة ، من أجل إيجاد نظام اجتماعي سليم وإقامة علاقات الناس بعضهم ببعض على أساس من العدل . فلا غرابة والحالة هذه أن نجد كثيرا مما تحرمه الأخلاق يحرمه القانون أيضا ، كالقتل والشتم والسب² .

أن كلا من قواعد الأخلاق وقواعد القانون هي قواعد ملزمة تقتزن جزاء يلحق بمن يخالفها او يحيد عنها ، إلا أن الجزاء في الأولي معنوي ، يتمثل في استنكار الضمير الفردي او ضمير الجماعة بينما الجزاء في الثانية مادي توقعه السلطة العامة المختصة في المجتمع³ . فلا غرابة إزاء هذه الصلة الوثيقة للقانون بعلم الأخلاق ، أن نجد أن كثيرا من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية ، كتحرير القتل والسب والشتم والاعتداء على النفس والعرض والمال بصفة عامة .

ومع ذلك فقد جرى الفقه على التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية ، فقواعد القانون واضحة ومحددة ويمكن التعرف عليها وتطبيقها بسهولة لأنها مكتوبة ، بينما قواعد الاخلاق عبارة عن أحاسيس داخلية تكمن في الضمائر ، وتتميز بالغموض وعدم الوضوح مما يصعب التعرف عليها وتطبيقها⁴ . وقد ميّز بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية ، على أساس اختلاف الغرض والنطاق ، والجزاء ، في كل منها . وعليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع هي على التوالي :

الفرع الأول

من حيث الغرض

غاية الأخلاق مثالية وهي السمو بالإنسان نحو الكمال فهي تأمر بالخير وتنهي عن الشر وتحض على التحلي بالفضائل⁵ ، بينما غاية القانون هي حفظ النظام في المجتمع واستقراره ، أي تحقيق غاية نفعية ، هي ضبط السلوك وحفظ النظام في المجتمع . ولذا يرى بعض الفقهاء ، بأن غاية الأخلاق فردية ، أما غاية القانون اجتماعية⁶ .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 34.

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 28.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . نفس المرجع السابق . ص 34.

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 29.

⁵ الدكتور عبد القادر فار . مرجع سابق . ص 30.

⁶ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 49.

وقد اتخذ جانب من الفقه من الهدف أو الغاية معياراً للتمييز بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق معتبراً أن القواعد التي تحدد سلوك الشخص في مواجهة النفس من حيث سموها وراحة الضمير هي قواعد أخلاقية . أما التي تحدد سلوك الشخص في مواجهة المجتمع وأثاره عليه هي قواعد قانونية¹ .

الفرع الثاني

من حيث النطاق

إن دائرة القواعد الأخلاقية أوسع نطاقاً وأوسع شمولاً من دائرة القانون ، فالأولي يدخل فيها واجب الإنسان نحو نفسه ، ويعبر عنها بالأخلاق الشخصية أو الفردية *morales individuelles* . وواجب الإنسان نحو غيره . ويطلق عليها الأخلاق الاجتماعية *morales sociales* . أما القانون ، فقد رأينا ، بأنه لا يتناول إلا النوع الثاني من هذه الواجبات ، وهذا هو المجال المشترك بينهما ، ولذلك نجد بأن أغلب القواعد القانونية هي في الوقت نفسه قواعد أخلاقية أو على الأقل لها أساس أخلاقي . كذلك التي تمنع ارتكاب الجرائم ، بتحريم الاعتداء على جسم الغير أو على أمواله . حتى أن بعض الفقهاء ، يضيفي الصفة الخلقية على القواعد القانونية² . كما أن القانون الحديث أخذ يتجه نحو تبني نظريات ذات أصل خلقي³ ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ، المادة 124 مكرر من القانون المدني ، ونظرية عيوب الإرادة المادة 81 إلى 91 من القانون المدني . ونظرية الظروف الطارئة المادة 03/107 مدني . والجدير بالذكر ، أن هناك قواعد قانونية لا تدخل في نطاق الأخلاق ، مثل قواعد المرور التي تأمر السائق بالسير على اليمين ، والقواعد التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم والمجالس وتلك القواعد التي تحدد طرق ومواعيد الطعن في الأحكام والقرارات .

الفرع الثالث

من حيث الجزاء

الجزاء في القاعدة القانونية هو جزاء مادي ، حال وفوري ، وملموس ، تتولي السلطة العامة توقيعه على المخالف بالقوة . كالإعدام والحبس والغرامة . وهذا أهم ما يميز القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى . بينما الجزاء في القاعدة الأخلاقية ، فهو جزاء معنوي أدبي ينحصر في تأنيب الضمير وازدراء واستهجان المجتمع وسخطه على المخالف ونفوره منه⁴ . ويرى بعض الفقهاء⁵ ، أن الجزائين قد يجتمعان أحياناً في فعل مخالف واحد . فمن يقتل يفرض عليه العقاب القانوني من إعدام أو أشغال شاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وهذه عقوبة مادية . كما يتعرض لسخط الناس ومقتهم وهذه عقوبة معنوية .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 37.

² Ripert . القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية . الطبعة 1949 . ص .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 46.

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 29.

⁵ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 36.

المطلب الثالث

القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

يقصد بقواعد المجاملات ، مجموع ما تعارف الناس على إتباعه في المناسبات الاجتماعية المختلفة ، ذلك أنه توجد في كل مجتمع قواعد سلوك ، تعارف عليها الناس ، وتوارثوها جيلا بعد جيل بحيث تعتبر من تقاليد ذلك المجتمع ، ومن هذه القواعد ، ما تقضي به المجاملات كالعزاء عند الموت والتهنئة في المناسبات السعيدة ، ومنها ما يعتاد عليه الناس من واجب السلام والتحية عند اللقاء. والهدف من هذه القواعد هو تدعيم الصلات بين أفراد المجتمع¹ . وتساهم قواعد المجاملات والعادات الى جانب القواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع ، بحيث يشعر الناس بالزاميتها لهم² إلا أن هذه القواعد والعادات تختلف عن قواعد القانون اختلافا جوهريا ، من حيث الغاية والجزاء المترتب على مخالفة كل منهما .

الفرع الأول

من حيث الغاية

غاية القاعدة القانونية هي تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على كيان المجتمع واستقراره . أما الغاية من قواعد المجاملات والعادات والتقاليد فلا ترقى الى تحقيق الخير العام للجماعة ، بل تقتصر على تحقيق غايات جانبية ، لا يؤدي عدم تحقيقها الى الانتقاص من المصلحة العامة او اضطراب النظام العام في المجتمع³ .

الفرع الثاني

من حيث الجزاء

الفرق الجوهرى بين القاعدة القانونية ، وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، هو أن القاعدة القانونية ملزمة ، وتقرن بالجزاء المادي ، والذي يوقع جبرا بواسطة السلطة العامة على من يخالفها . أما جزاء مخالفة قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، فهو مجرد رد فعل لدى الأفراد الآخرين ، مثل غضب الصديق من صديقه ، او المعاملة بالمثل ، او استنكار أفراد المجتمع للسلوك المخالف لقواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، وسخطهم عليه⁴ .

وعلة هذا الاختلاف في نوع الجزاء ، تكمن في قيمة المصالح التى يرمى كل نوع من هذه القواعد الى تحقيقها في المجتمع . فالمصالح التى تكفلها القواعد القانونية مصالح ضرورية وحيوية ولازمة للحياة في المجتمع ، فهي تكفل النظام والاستقرار في المجتمع . ولذلك يجب فرض احترامها بجزاء مادي فوري تتولي السلطة العامة توقيعه جبرا على المخالف . أما المصالح التى يراد تحقيقها من وراء قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، فليس لها صفة الحيوية ولا ترقى الى المستوى الذي يجعلها هامة وضرورية للمحافظة على كيان المجتمع ، ولذلك يكفي أن يكون الجزاء على مخالفتها هو مجرد استنكار الناس وسخط المجتمع على من يخالف أحكامها⁵ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 29 .

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 44 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 50.3 .

⁴ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 30 .

⁵ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 44 .

على أن قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، قد تتحول الى قواعد قانونية ملزمة في الوقت الذي يستشعر المجتمع بلزومها ضرورتها ، وبأنها أصبحت تتعلق بالمصلحة العامة ، وعندئذ يضاف عليها الجزء الذي تفتقر إليه¹ .

المبحث الثالث

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباره قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع ، فهو ينتمي الى طائفة العلوم الاجتماعية ، أي تلك القواعد التي تهتم بدراسة الإنسان باعتباره عضوا في المجتمع ، ومن البديهي أن تقوم بينه وبين العلوم الاجتماعية الأخرى ، التي تشاركه هذا الاهتمام ، علاقات متبادلة من شأنها أن يؤثر القانون في هذه العلوم ويتأثر بها في آن واحد² . فهو يتصل اتصالا وثيقا بكل من علم الاجتماع وعلم التاريخ وعلم السياسة وعلم الاقتصاد وعلم النفس القانوني . وعليه سنقسم هذا المبحث الى خمسة مطالب . نتناول في المطلب الأول صلة القانون بعلم الاجتماع . وندرس في المطلب الثاني صلة القانون بعلم التاريخ . ونتناول في المطلب الثالث صلة القانون بعلم السياسة . وندرس في المطلب الرابع صلة القانون بعلم الاقتصاد . ونتناول في المطلب الخامس صلة القانون بعلم النفس القانوني .

المطلب الأول

صلة القانون بعلم الاجتماع

موضوع علم الاجتماع هو دراسة الظواهر الاجتماعية ومتابعة سلوك الإنسان في المجتمع . ولذلك نجد الصلة بين القانون وعلم الاجتماع وثيقة ، فالقانون يعتمد على علم الاجتماع في التعرف على الحقائق والظواهر الاجتماعية المختلفة ليتسنى له تنظيمها ، ويتمكن من وضع قواعد السلوك التي تتناسب وتتلاءم مع البيئة الاجتماعية التي وضعت من أجلها³ .

ولذلك كانت القواعد القانونية مختلفة من مجتمع الى آخر نظرا لاختلاف الظواهر الاجتماعية فظاهر قلة السكان في مجتمع معين مثلا يواجهها المشرع بقواعد مغايرة لتلك التي يواجه بها المشرع ظاهرة الانفجار السكاني في مجتمع آخر⁴ . فظاهرة زيادة عدد السكان توجه المشرع الى وضع قواعد قانونية من شأنها تحديد النسل ، بينما تدفعه ظاهرة نقص السكان الى وضع قواعد قانونية مغايرة تستهدف تشجيع النسل . وظاهرة ارتفاع نسبة الطلاق في المجتمع تحفز المشرع على التدخل للحد من استعمال حق الطلاق بوضع القيود التي تحول دون التعسف في استعماله .

وإذا كان القانون يستعين بعلم الاجتماع لتحقيق أكبر قدر ممكن من التوافق بين أحكامه والميول السائدة في البيئة الاجتماعية ، فإنه من ناحية أخرى لا يخضع خضوعا مطلقا لهذه الميول ، بل أنه يتخذ موقف المقاومة لمظاهر الانحراف التي تشوبها ، فيضع القواعد القانونية الكفيلة بتقويم هذا الانحراف مستهدفا بذلك صالح الجماعة ذاتها . والقانون هنا أشبه بالجراح الذي يقسو على المريض من أجله ، فقد يضطر الى بتر عضو من أعضائه حرصا على حياته . ويلعب قانون العقوبات الدور الأساسي في هذا الصدد⁵ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 30 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 51 .

³ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 65 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 51 .

⁵ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 66 .

المطلب الثاني

صلة القانون بعلم التاريخ

يقصد بالتاريخ هنا تلك التجارب التي مرت بها الإنسانية وعرفت بها نظمها القانونية ، وهي كخبرة صقلها الزمن تدخل في الاعتبار عند وضع القواعد القانونية¹ . والدراسات التاريخية تساعد على فهم الكثير من الأنظمة القانونية القائمة بالوقوف على أصلها التاريخي وظروف نشأتها مثل نظام الملكية الفردية وتطورها .

كما أن الدراسات التاريخية تعين المشرع على الاستفادة من تجارب الماضي وأخطائه وتسمح له بالتعرف على الظروف التي يزدهر فيها تشريع معين او يفشل في تحقيق أهدافه . فيستنير المشرع بهذه الدراسات التاريخية ويضع قواعد القانون أخذا بعين الاعتبار تلك التجارب الناجحة² .

إننا لا يمكن أن نتصور القواعد القانونية هي مجرد وقائع نشأت من الصدفة في حياة المجتمع ذلك أن القانون هو انعكاس لظروف سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية وفكرية في زمان ومكان معين ، ولذا فإن معرفة أي قانون يتطلب بالضرورة الاطلاع على العوامل التي ساهمت في وجوده وتطوره³ .

ويقصد بتاريخ القانون دراسة تطور النظم القانونية عبر مراحل التاريخ المختلفة ، ذلك أن أي قاعدة قانونية تنظم شؤون الحياة في المجتمع لابد أن يكون لها جذور تاريخية ، ولهذا يقصد بتاريخ القانون دراسة الأفكار والمبادئ والقواعد القانونية لدى المجتمعات المختلفة ، للوقوف على مراحل تطورها خلال مختلف المراحل حتى الوقت الحاضر ، فكافة القواعد القانونية التي نطبقها حاليا نجد مرجعها في إحدى المجموعات القانونية التالية ، مثل شريعة حمورابي . القانون الروماني . القانون اللاتيني . القانون الجرمانى . الشريعة الإسلامية⁴ .

فإذا أردنا مثلاً دراسة تاريخ القانون الجزائري ، فيمكن تقسيم هذه الدراسة التاريخية الى مرحلتين متميزتين . مرحلة ندرس فيها القانون الجزائري قبل الاستقلال ، ومرحلة نتناول فيها القانون الجزائري بعد الاستقلال ، ثم ندرس تطور القانون الجزائري داخل كل مرحلة منها الى أن نقف على أعتاب الحاضر لنواجه القانون الوضعي الجزائري الحالي ، فدراسة تاريخ القانون تنتهي حيث تبدأ دراسة القانون الوضعي الحالي⁵ .

المطلب الثالث

صلة القانون بعلم السياسة

اهتم المفكرون منذ البداية بأهمية العلاقة المتبادلة بين القانون والسياسة السائدة في المجتمع ، وجاء هذا الاهتمام في إطار اهتماماتهم للعلاقة المتبادلة بين النظم الاجتماعية ، ومنها بالطبع النظم السياسية ودور هذه النظم في المحافظة على المجتمع واستمراره.

كما اهتم رجال السياسة بتحليل العلاقة بين القانون وتطور النظم السياسية ، وهذا ما حدث عند انهيار السلطة الدينية للكنيسة وانهيار النظام الإقطاعي وظهور النظام الصناعي⁶ .

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 52 .

² الدكتور عوض أحمد الزعي . مرجع سابق . ص 48 .

³ الدكتور حميد بن شني . مدخل لدراسة العلوم القانونية . الجزء الأول . القاعدة القانونية . الطبعة الثانية 2009 . ص 47 .

⁴ نفس المرجع السابق . ص 47 .

⁵ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 70 .

⁶ الدكتور حميد بن شني . مرجع سابق . ص 37 .

وللقانون صلة وثيقة بعلم السياسة ، لأنه يتكفل ببيان طبيعة النظام السياسي للمجتمع ، فيحدد نظام الحكم وأسلوب إدارة الدولة ، وبين السلطات العامة في الدولة ، التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وينظم صلتها ببعضها ببعض وصلتها بالأفراد كما يبين الحقوق والواجبات السياسية للأفراد¹. ولا شك أن خضوع القانون للتيارات السياسية خضوعا مطلقا له مخاطره ، ولهذا يمكن أن يكون لفقهاء القانون دور إيجابي مؤثر في هذا الصدد ، حين يتصدون لنقد القوانين والكشف عما وقعت فيه من أخطاء ، فيدفعون المشرع بذلك الى إعادة النظر فيها وتعديلها بما يحقق الخير العام للمواطنين². إن الاتجاه السياسي الذي يتخذه بلد معين ينعكس على كل أفكار القانون ، فالقانون يتأثر بالسياسة عندما يتغير شكل المجتمع من نظام الى آخر او من فلسفة الى أخرى . فإذا تبنت الدولة فلسفة المنهج الاشتراكي ، فإن ذلك سيؤثر دون شك في مفهوم المشرع عند صياغته او تعديل كثير من القوانين . فحق الملكية مثلا ينقلب من حق مطلق في فلسفة النظام الرأسمالي الى وظيفة اجتماعية في فلسفة النظام الاشتراكي³.

المطلب الرابع

صلة القانون بعلم الاقتصاد

علم الاقتصاد هو مجموعة النظم التي تحكم النشاط الاقتصادي في مظاهره المختلفة من انتاج وتوزيع واستهلاك⁴. او هو العلم الذي يعنى بخلق تداول الثروة في المجتمع ، وهو بهذا المعنى وثيق الصلة بالقانون ، الذي يهدف الى تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع ، بصرف النظر عن طبيعة هذه العلاقات⁵.

والقانون وثيق الصلة بعلم الاقتصاد السياسي ، حيث يعرض لتنظيم المعاملات المالية فيثأثر به بحسب ما إذا كانت النزعة السائدة هي مذهب الاقتصاد الحر أم مذهب الاقتصاد الموجه . فنظام الملكية في مجتمع من المجتمعات ، هو الذي يقف وراء صياغة المشرع لقوانين الملكية من حيث مدى حق الملكية وكيفية الاستغلال العقاري والزراعي ، ومن حيث دور الملكية الفردية والملكية الجماعية . والنزعة الاقتصادية السائدة في المجتمع تؤثر بصفة عامة في القواعد القانونية المختلفة الواردة في إطار التقنين المدني والتقنين التجاري او غيرها من فروع القانون . فمذهب الاقتصاد الحر يفضي الى اطلاق حق الملكية وحرية التداول ، ومذهب الاقتصاد الموجه يقتضي التضييق من حق الملكية وفرض قواعد أمره تحكم تنظيم العقود وتوجيهها⁶.

وخلال العقود الأخيرة اهتم علماء الاقتصاد بصورة أكثر تركيزا على دراسة الظاهرة القانونية بصورة واضحة وهذا ما ظهر على سبيل المثال في الاهتمام بدراسة إحصاءات الجريمة والتكاليف الاقتصادية للأمن ، والعدالة ، والسجون ، والاهتمام أيضا بكل الجرائم المعروفة التي لها العلاقة المتينة بالاقتصاد ، مثل تبويض الأموال ، والرشوة ، والفساد ، والتهريب الجمركي والضريبي ، والإفلاس وغير ذلك من المواضيع ذات الصلة بين القانون والاقتصاد⁷.

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 47.

² الدكتور حبيب اليراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 64.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 48.

⁴ الدكتور حبيب اليراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 62.

⁵ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 54.

⁶ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 46.

⁷ الدكتور حميد بن شنتي . مرجع سابق . ص 37.

ويمكن أن يؤثر القانون في الاقتصاد في الحالات التالية ، تدخل القانون (خاصة إذا كان الاقتصاد ذا نزعة اشتراكية) في تنظيم الإنتاج مستهدفا توفير السلع الضرورية وإعطائها الأولوية على غيرها من السلع . تدخل القانون في تنظيم الاستهلاك بالحد من استهلاك بعض السلع ، وذلك برفع أسعارها ويحدث ذلك لمواجهة الأزمات الاقتصادية وخاصة في أعقاب الحروب . تدخل القانون في تنظيم التوزيع عن طريق رفع الأجور رغبة في رفع القدرة الشرائية للعمال وحمايتهم . تدخل القانون في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي ، عن طريق فرض الضرائب والرسوم¹ .

وقد يتأثر القانون بالاقتصاد في عدة مجالات أهمها . أن التقدم العلمي والتكنولوجي أدى الى تنوع أوجه النشاط الاقتصادي واتساع حجمه في مختلف المجالات ، الأمر الذي يستدعي وضع القواعد القانونية الكفيلة بحكمه وتنظيمه² ، مثال ذلك ظهور شركات التأمين بظهور عمليات التأمين ، وما أدى إليه من نشأة عقود التأمين ، وازدهار نشاط النقل الجوي الذي أدى هو الآخر الى نشأة فرع جديد من فروع القانون وهو القانون الجوي .

المطلب الخامس

علاقة القانون بعلم النفس القانوني

Psychologie juridique

يستعين القانون بعلم النفس في العديد من المجالات ، من بينها خاصة مجال العلوم الجنائية ، حيث لا غنى للقانون عنه مثلا في تحديد المسؤولية الجنائية للمرضي عقليا ، ونتائج ضعف او انعدام مسؤوليتهم . لكن القانون يستفيد من علم النفس في مجال تطبيق القانون بوجه عام من طرف القاضي الذي حين يواجه الأمور النفسية يجد في هذا العلم لا محالة خير عون³ .

نخلص من ذلك الى أن القانون عندما ينظم الروابط الاجتماعية ، يتأثر بعلم الاجتماع ويسرشد بمبادئه ، وإذا تعرض الى تنظيم السلطات العامة وإدارتها وعلاقاتها بالأفراد فإنه يتصل بعلم السياسة وإذا صاغ قواعد المعاملات المالية ارتبط بعلم الاقتصاد ، وإذا اهتم بإدراك الأفراد للقواعد القانونية وكيفية خضوعهم لها اتصل بعلم النفس⁴ .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 62.

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 55.

³ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص . 48.

⁴ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . المدخل الى علم القانون . نظرية القانون . نظرية الحق . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى .

الفصل الثاني

خصائص القاعدة القانونية

الأصل أن القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الظاهر للأفراد ، ذلك أن القانون يوجد حيث يوجد المجتمع ، وهو لازم لتنظيم ما ينشأ بين أفراد هذا المجتمع من علاقات وروابط . والروابط أو العلاقات الاجتماعية ، تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد ، وهذا السلوك الظاهر هو موضوع القاعدة القانونية وهدفها .

إن الهدف من تحديد خصائص القاعدة القانونية هو إمكانية التعرف عليها والتمييز بينها وبين غيرها من القواعد الأخرى العملية والسلوكية . مع العلم بأن القانون هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع والتي تكون مقترنة دائماً بجزاء توقعه السلطة العامة المختصة . من هذا التعريف يمكن استخلاص الخصائص الجوهرية التي تتميز بها القاعدة القانونية . في كونها قاعدة سلوك اجتماعي . وهي عامة ومجردة ، وملزمة . وعلى هذا الأساس سنتناول هذه الخصائص في المباحث التالية .

المبحث الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

إن الهدف والغاية من القانون ، هو تنظيم سلوك أفراد المجتمع ، ذلك أن الحياة في المجتمع من شأنها أن تنشئ روابط متعددة بين أفراد المجتمع ، سواء في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي . وهذا التعدد والتنوع والتشعب في العلاقات ، يثير لا محالة كثيراً من المنازعات والخصومات ، نظراً لتعدد الرغبات ، وتضارب المصالح الفردية في المجتمع . وعلى هذا الأساس لا مناص من اللجوء إلى تنظيم هذه العلاقات المتعارضة . وهذا لا يتأتى إلا بوضع قواعد قانونية ملزمة للتوفيق بين تلك المصالح المتضاربة والمتعارضة . بحيث يستطيع كل شخص معرفة ما له من حقوق وما عليه من واجبات تجاه غيره من أفراد المجتمع .

ومن هنا تتضح جليا ، العلاقة الوثيقة بين القاعدة القانونية والمجتمع ، فهي ملازمة له في نشأته وفي بقائه ، فلا مجتمع من غير قاعدة قانونية ، تضبط سلوك أفراد ، ولا قاعدة قانونية من غير مجتمع لأنها لا تخاطب إلا عدة أفراد مجتمعين مع بعضهم ، أما الإنسان المنفرد الذي يعيش منعزلاً عن غيره فليس في حاجة إلى قاعدة قانونية تنظم سلوكه .

وعليه ، فالقاعدة القانونية ، هي قاعدة تقويمية لسلوك الفرد في الجماعة ، ذلك أن القانون يضع قواعد السلوك الواجب على الأفراد إتباعها والانصياع إليها ، ولا يتجه إليهم على سبيل النصح والترغيب ، بل يفرضها عليهم فرضاً ، إما بصورة الأمر أو النهي ، ولا يترك لهم حرية مخالفتها والمجتمع الذي تنعدم في قواعده السلوكية صفة الإلزام ، لا يمكن أن يكون إلا مجتمعاً فوضوياً¹ ، مما يترتب عليه في نهاية المطاف فناء المجتمع نفسه .

والجدير بالذكر ، أن القاعدة القانونية لا تهتم أساساً إلا بالسلوك الخارجي للإنسان ، ذلك أنه من المعلوم ، أنه إلى جانب السلوك الظاهر للإنسان ، الذي يتمثل فيما يأتيه من فعل وقول أو فيما يمتنع عن القيام به . يوجد ما يدور في ذهنه من أفكار ونوايا . غير أن القاعدة القانونية لا تعتد بهذه الأفكار والنوايا طالما ظلت هذه الأفكار والنوايا حبيسة في نفس الفرد ، ولم تخرج للعالم الخارجي في شكل أعمال مادية

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 19.

ظاهرة ، لأن ما يعتد به القانون هو تنظيم علاقات الأشخاص . فبمجرد التفكير في إيذاء الناس أو الغير لن يكون محلا لاهتمام القانون ، ما دام التفكير لم يخرج الى حيز التنفيذ¹.

فقواعد القانون تحكم السلوك الخارجي للشخص ولا تتعداه الى دائرة العواطف والنيات والشعور والإحساس . فما دام الشخص يحترم القانون في سلوكه الظاهر ، فلا شأن للقانون به وبما يأتيه من تفكير وخواطر ، ولو كان هناك ما يستدل به عليه ، كتسجيل نيته في شريط مسجل ، لأن كل ذلك خلجات في أعماق النفس ليس لها وجود خارجي ولا مظهر آثم ، فلا تؤثر في العلاقات الاجتماعية ولا ضرر منها على المجتمع ، مهما كانت خطورتها ، طالما لم ينفذ الفعل بسلوك مادي خارجي يراه المشرع خطرا على المجتمع².

فإذا فكر شخص في ارتكاب جريمة قتل ، ولم يشرع في تنفيذها ، بحيث لم تتجسد هذه الفكرة في سلوك مادي خارجي ، وبقيت مجرد فكرة كامنة في نفس الإنسان ، فالقاعدة القانونية لا تقيم وزنا لهذه الفكرة ولا تهتم بها .

المبحث الثاني

القاعدة القانونية عامة ومجردة

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة ، ويقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية ليست موجهة الى شخص معين بالذات ، ولا تخص واقعة بعينها وذاتها ، أي أنها تخلو من الصفات أو الشروط الخاصة التي قد تؤدي الى تطبيقها على شخص معين بذاته أو على واقعة محددة بعينها³. وبعبارة أخرى ، إن القاعدة القانونية ، تخاطب الأشخاص بصفاتهم ، لا بذواتهم ، وتتناول الوقائع بشروطها لا بذواتها . ولكنها تنطبق إذا توافر في الشخص أو في الواقعة صفة أو شرط معين . أي أن القاعدة القانونية ، تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بها ، دون تمييز بينهم من حيث السن أو الجنس أو اللون أو العرق أو الدين ، وعلى جميع الوقائع التي تدخل في مضمونها ، فإذا توافرت في شخص ما الصفات ذاتها أو في الواقعة الشروط نفسها ، انطبقت القاعدة القانونية⁴. أما التجريد ، فيقصد به ، صياغة القاعدة القانونية في شكل خطاب غير مقيد بشخص معين أو بواقعة محددة بالذات ، أي أنها غير مشخصة ، فهو يوجه الى كل شخص أو الى كل واقعة اجتمعت فيها صفات أو شروط هذا الخطاب .

والجدير بالذكر ، أن تجريد القاعدة القانونية ، يكون في مرحلة إنشائها ، وأن عموميتها تكون من حيث احتمال تطبيقها . أما تطبيقها بالفعل فلا يكون إلا على شخص معين بذاته أو واقعة محددة . والحكمة من عمومية القاعدة القانونية وتجريدها ، تظهر في أن القول بعمومية القاعدة القانونية وتجريدها من شأنه تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد ، أمام القانون ومنع التحيز لمصلحة شخص معين ومن هنا ، يرتبط وصف العموم والتجريد بالعدل . ومنع التحيز لمصلحة شخص معين ، وقد نادي الفلاسفة منذ القدم بضرورة أن تكون القاعدة القانونية عامة استنادا الى مبدأ سيادة القانون ، لأن القانون حينما يكون عاما يعبر عن العقل المجرد من الشهوات ، دون اعتبار للمصالح الخاصة⁵ . فضلا عن أن القول بالعمومية والتجريد ، هو ضمان هام لحريات الأفراد من استبداد الحكام .

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 22.

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 22.

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 26.

⁴ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 13.

⁵ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص 13.

ومن أمثلة التجريد والعمومية في القاعدة القانونية ، ما نصت عليه أحكام المادة 01/25 من التقنين المدني الجزائري على أنه ، (تبدأ شخصية الإنسان بولادته حيا وتنتهي بموته) ، فإذا تحققت واقعة الولادة وانفصل المولود عن أمه حيا ، اكتسب الشخصية القانونية ، وهذا الحكم لا يختص به شخص بعينه ، وإنما ينطبق على كل مولود انفصل عن أمه حيا . وكذلك إذا تحققت واقعة الوفاة انتهت الشخصية القانونية للإنسان . وسواء حدثت الولادة أو الوفاة في الحال أو في المستقبل ، طالما هذا النص ما زال ساري المفعول ولم يتم إلغاؤه .

وتجدر الإشارة الى أن الفرق بين القاعدة القانونية العامة والمجردة وبين الحكم والقرار والأمر هو أن القاعدة القانونية ، كما سبق ذكره ، تمتاز بالعمومية والتجريد ، أما القرار أو الحكم أو الأمر ، فيتعلق بشخص معين أو واقعة محددة ولا يمتد الى غيرها . بالإضافة الى أن القاعدة القانونية لا تفقد قوتها بتطبيقها مرة أو عدة مرات ، فتظل واجبة التطبيق كلما توافرت شروطها . أما القرار أو الحكم أو الأمر ، فإنه لا يكتسب صفة الديمومة والاستمرارية ، بل ينتهي بمجرد تطبيقه على الشخص المعني به ، أو على الواقعة المقصودة .

ومن الأمثلة التي تجسد الفرق بين القاعدة القانونية والقرار أو الحكم أو الأمر القاعدة القانونية التي تجيز منح الجنسية الى الأجنبي ، إذا توافرت فيه شروط معينة ، فهذه قاعدة قانونية عامة ومجردة لأنها تخاطب كل أجنبي توافرت فيه الشروط المطلوبة لمنح الجنسية . أما القرار أو الأمر الذي يصدر فيما بعد بمنح الجنسية لشخص معين ، توافرت فيه تلك الشروط ، فإنه متعلق بالشخص الذي طلب الجنسية وحده ، ويزول بمنحه الجنسية لذلك الشخص ، ولا ينطبق على غيره ممن يطلبون الجنسية ومن بين الأمثلة كذلك ، القاعدة القانونية التي تحدد شروط أداء الخدمة الوطنية ، فهذه قاعدة قانونية عامة ومجردة ، لأنها تتضمن تكليفا عاما الى كل شخص توافرت فيه تلك الشروط ، وأما الأمر الصادر باستدعاء أحد الأشخاص لأداء هذه الخدمة ، لا يعد قاعدة قانونية عامة ومجردة ، لأنه يخاطب شخصا معينا بذاته¹ .

SAHLA MAHLA

المبحث الثالث

المصدر الأول للطالب الجزائري

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة



القاعدة القانونية خطاب موجه الى أفراد المجتمع ، ليس على سبيل الموعظة والإرشاد وإنما على سبيل الجبر والإلزام . والمقصود بالزامية القاعدة القانونية أن تكون هذه الأخيرة مقترنة بجزاء مادي توقعه السلطة العامة المختصة جبرا على من يخالف القاعدة القانونية .

وعلى ذلك فإن أهم ما يميز القاعدة القانونية هو الإلزام المصاحب لها . ويتميز هذا الإلزام بأنه مادي محسوس ، وبأنه دنيوي يوقع في الحياة الدنيا لا في الآخرة ، وهذا أهم ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق وقواعد الدين² .

ويمكن تعريف الجزاء ، بأنه القصاص من المخالف لحكم القانونية . لكي يكون عبرة لغيره من الناس . والجزاء عنصر ضروري في القاعدة القانونية وملزم لها ، إذ لا يمكن احترام القاعدة القانونية دون وجود الجزاء³ .

والطاعة ، إما أن تكون ناتجة عن اقتناع وتمدن ، ذلك أنه يوجد من الأشخاص من يتوافر لديهم الوازع الأخلاقي والحس المدني ، فيخضعون للقاعدة القانونية عن رضا واقتناع .

وإما أن تكون ناتجة عن خوف من الجزاء المفروض على من يخالف هذه القاعدة القانونية علما بأنه يوجد في المجتمع من ينعدم لديه الوازع الأخلاقي والحس المدني ، بحيث لا بد من إجبار هؤلاء

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 19 .

² نفس المرجع السابق . ص 21 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 26 .

الأشخاص على الخضوع لحكم القاعدة القانونية ، عن طرق الجبر والإكراه ، وذلك بتوقيع الجزاء على كل من يخالف حكم القاعدة القانونية .

ويتميز جزاء القاعدة القانونية بعدة بخصائص معينة أهمها ، أنه مادي ومحسوس . وأنه حال وفوري . وأن توقيعه يكون من السلطة العامة المختصة . وعليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب . ندرس في المطلب الأول . الجزاء القانوني مادي وملموس . ونتناول في المطلب الثاني . الجزاء القانوني حال وفوري . وندرس في المطلب الثالث . الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة المختصة .

المطلب الأول

الجزاء القانوني مادي وملموس

يتخذ الجزاء في القاعدة القانونية مظهرا خارجيا ملموسا ، يقوم على الإجبار الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية ، وهو بذلك يتميز عن الجزاء الأخلاقي الذي يقوم على شعور الناس بالاستنكار وتأنيب الضمير¹ .

والجزاء في القاعدة القانونية ، يصيب الشخص المخالف للقاعدة القانونية في جسمه ، بأن تقيد حريته كوضعه في السجن ، وقد يصيب الشخص في ماله عن طرق إلزامه بالتعويض أو أدائه للغرامة أو يقتصر الجزاء على إزالة المخالفة ذاتها ، كبنائه في أرض الغير ، فيلزم بإزالة هذا البناء جبرا . وبهذا الطابع المادي والملموس يتميز الجزاء القانوني عن أنواع الجزاءات الأخرى ، التي تتمثل في تأنيب الضمير أو استهجان الناس واستنكارهم لسلوك معين² .

SAHLA MAHLA

المطلب الثاني

المصدر الأول للطالب الجزائري
الجزاء القانوني حال وفوري



ويقصد به توقيع الجزاء على إثر ثبوت مخالفة القاعدة القانونية ، حال حياة الشخص المخالف فهو ليس جزاء آجلا ، أي أنه غير مؤجل ، يطبق بمجرد وقوع المخالفة . وفي هذا يختلف الجزاء في القاعدة القانونية ، عن الجزاء في حالة مخالفة القواعد الدينية . وهو جزاء مادي وليس معنوي .

المطلب الثالث

الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة المختصة

الجزاء في القاعدة القانونية منظم لأنه معين بنوعه مسبقا ، وتتولي السلطة العامة المختصة تنفيذه جبرا على المخالف لحكم القاعدة القانونية باسم الشعب . ولا يتولى المعتدى عليه توقيعه بنفسه إلا في حالات استثنائية محددة وبشروط معينة في القانون ، كما في حالة الدفاع الشرعي (Légitime défense) (المادة 128 من التقنين المدني الجزائري والمادة 139 من تقنين العقوبات) ، بحيث يخول للشخص المهدد بالاعتداء على جسمه أو ماله ، أو جسم الغير أو ماله ، إن لم يستطع اللجوء الى السلطة العامة ،

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 21 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 21 .

في الوقت المناسب ، أن يوقع الجزاء بنفسه ، ذلك أن الجزاء بالنسبة للمجتمعات القديمة كان يطبق من قبل الأفراد فكان الدائن يستطيع استرقاق مدينه او بيعه إن لم يف بدينه¹ .

المبحث الرابع

أنواع الجزاء القانوني

يتخذ الجزاء عدة صور وأنواع متعددة تختلف باختلاف ، مضمون وطبيعة القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها ، وباختلاف الحق الذي تم الاعتداء عليه ، فقد تكون القاعدة القانونية ، محل المخالفة من القانون المدني ، فيكون الجزاء مدنيا ، وقد تكون المخالفة من القانون الجنائي ، فيكون الجزاء جنائيا وقد تكون المخالفة ، من القانون الإداري فيكون الجزاء إداريا ، وقد تكون المخالفة من القانون الدستوري فيكون الجزاء سياسيا ، ولذلك سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب . نتناول في المطلب الأول . الجزاء الجنائي . وندرس في المطلب الثاني . الجزاء المدني . ونخصص المطلب الثالث للجزاء الإداري .

المطلب الأول

الجزاء الجنائي

يعد الجزاء الجنائي هو أشد وأقصى أنواع الجزاءات الصارمة ، لتعلق القاعدة الجنائية محل المخالفة ، بأمن وسلامة المجتمع ككل . ففيه يتمثل الإجبار في شكل العقوبة ، والعقوبات تتدرج في قوتها تبعا لجسامة الجريمة المقترفة . فقد تكون بدنية تصيب الشخص المخالف في جسمية ، كعقوبة الإعدام وقد تصيب الشخص المخالف في حريته ، وتكون العقوبة في هذه الحالة ، إما السجن المؤبد أو المؤقت ، وإما الحبس . وقد تصيب العقوبة الشخص المخالف في ماله ، كالغرامة المالية أو المصادرة . والعقوبات ، إما أن تكون أصلية أو تكميلية .

الفرع الأول

العقوبات الأصلية

العقوبة الأصلية ، وهي الجزاء الأصلي المقرر للجريمة ، يحكم بها دون أن تقترن بها عقوبة أخرى . وتختلف في شدتها بحسب جسامة الجريمة المقترفة . وقد ورد ذلك في أحكام المادة 05 من تقنين العقوبات التي نصت على ما يلي ، (العقوبات الأصلية في مواد الجنايات . الإعدام . السجن المؤبد . السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة) . أما العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي . الحبس لمدة تتجاوز شهرين الى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى . الغرامة التي تتجاوز عشرون ألف دينار . أما العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي ، الحبس من يوم واحد على الأقل الى شهرين على الأكثر . الغرامة من 2000 الى 20.000 دينار .

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 33 .

الفرع الثاني

العقوبات التكميلية

وهي عقوبات ، لا تلحق المحكوم عليه ، إلا إذا نص حكم قضائي على توقيعه عليه . وقد حددت المادة 09 من تقنين العقوبات ، العقوبات التكميلية ، كما يلي . العقوبات التبعية هي الحجر القانوني والحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية . تحديد الإقامة . المنع من الإقامة . المصادرة الجزئية للأموال . المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط . إغلاق المؤسسة . الإقصاء من الصفقات العمومية . الحظر من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقة الدفع . تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة . سحب جواز السفر . نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة .

المطلب الثاني

الجزاء المدني

يتميز الجزاء في القانون المدني ، بأنه جزاء إصلاحي ، لأنه يهدف الى إصلاح الضرر المترتب على الإخلال بالقاعدة القانونية . أي أنه الأثر الذي يترتب القانون على انتهاك إحدى قواعد القانون المدني¹ وله عدة صور ، منها ما يرد في شكل تنفيذ عيني . ومنها ما يرد في شكل تعويض ومنها ما يرد في شكل بطلان التصرف أو فسخه ، ومنها ما يرد في شكل إعادة الحالة الى ما كانت عليه من قبل

SAHLA MAHLA

الفرع الأول

التنفيذ العيني



ويقصد به إجبار المخالف لحكم القاعدة القانونية على احترام القانون ، وإكراهه على القيام بتنفيذ عين ما التزم به ، ما دام لم يشأ القيام به طواعية . مثال ذلك ما نصت عليه المادة 164 من التقنين المدني على أنه (يجبر المدين بعد اعذراه على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا) ، فإذا امتنع البائع عن تسليم الشيء المبيع الى المشتري ، ألزمه القاضي بتسليم الشيء المتفق عليه ذاته .

الفرع الثاني

التعويض

يتمثل التعويض في إلزام المتسبب في الضرر ، على دفع مبلغ نقدي الى المتضرر لجبر الضرر الذي لحقه نتيجة مخالفة قاعدة من قواعد القانون المدني . وقد يحل التعويض كجزاء محل الالتزام الأصلي عندما يكون التعويض الأصلي مستحيلا ماديا أو غير مجد ، ففي هذه الحالة يحل التعويض محل الالتزام الأصلي . وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 176 من التقنين المدني بأنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه) .

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 37 .

ويكون ذلك في الحالات التي يكون فيها محل الالتزام قيام المدين بعمل شخصي ، كتعهد فنان لصاحب مسرح ، بإحياء حفلة فنية . ثم يمتنع الفنان عن الحضور وإحياء الحفلة . ففي هذه الحالة لا يمكن إجبار الفنان على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، وهو الغناء . إن هو لم ينفذه طواعية ، لأن إجباره على ذلك مساسا بحريته الشخصية¹ .

الفرع الثالث

رد الشيء الى أصله

ويقصد به إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل حدوث المخالفة ، أي رد الشيء الى أصله او رد الشيء الى ما كان عليه في الأصل . ولهذا الجزاء ثلاثة صور هي .

الصورة الأولى . الإزالة المادية للمخالفة . مثال ذلك ، هدم سور يحجب الضوء والهواء على ملك الجار الى الحد المسموح به قانونا . المادة 691 من التقنين المدني الجزائري .

الصورة الثانية . بطلان التصرف القانوني وهو الجزاء الذي يترتب عليه القانون في حالة إبرام تصرف قانوني ، على خلاف ما يقضي به القانون . والبطلان نوعان .

النوع الأول . بطلان مطلق . وهو جزاء التصرف القانوني الذي يتخلف فيه ركن من أركان انعقاد هذا التصرف . وبه يصبح التصرف كأن لم يكن أصلا . وأركان انعقاد التصرف القانوني هي الرضا . المحل . السبب . والشكل في العقود الشكلية . ويتحقق البطلان المطلق مثلا في حالة تصرفات الصبي غير المميز . وهو الذي لم يبلغ سن التمييز . (16 سنة) .

النوع الثاني . بطلان نسبي . وهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب . مثل حالة تصرف الصبي المميز . وفي حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد طرفي العقد .

الصورة الثالثة . فسخ التصرف القانوني . والفسخ هو الجزاء الذي يترتب على عدم قيام أحد طرفي التصرف القانوني الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه² . ففي هذه الحالة يفترض أن التصرف القانوني نشأ صحيحا ، ثم بعد ذلك طرأ سببا يحول دون تنفيذه . ويتمثل هذا السبب في امتناع أحد طرفي التصرف عن تنفيذ التزامه . وقد خول القانون للطرف الآخر ، حق المطالبة بالفسخ . أي المطالبة بحل الرابطة العقدية . مثال ذلك ما نصت عليه المادة 119 من التقنين المدني الجزائري .

وتجدر الإشارة الى أنه ، قد يجتمع الجزاء الجنائي والمدني ، في الوقت ذاته . إذا ترتب على ارتكاب الجريمة ما يستدعي الحكم بالتعويض ، كما في جريمة القتل والسرقة ، ففيهما جانب جنائي وهو عقوبة السجن او الحبس ، وجانب مدني ، وهو التعويض عن الضرر اللاحق بالضحية .

الفرع الثالث

الجزاء الإداري

وهو الجزاء الذي يوقعه القضاء او توقعه الأجهزة الإدارية المختلفة ، نتيجة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري³ . وهناك عدة صور للجزاء الإداري ، ففي مجال القرارات الإدارية ، إذا صدر

¹ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 38.

² الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 39.

³ الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق ص 101.

قرار معيب في الشكل او في الاختصاص . فان الجزاء يتمثل في إبطال هذا القرار من طرف القضاء الإداري .
أما في مجال العمل الوظيفي ، فالجزاء يتدرج بحسب الخطأ الذي يرتكبه الموظف . ويتمثل في الإنذار Avertissement والتوبيخ Blâme والخصم من المرتب . الى التوقيف عن العمل لمدة محددة . الى الفصل النهائي من الوظيفة Licenciement .
والجدير بالذكر ، أن الجزاء بجميع أنواعه وصوره ، يعتبر ضروري في المجتمع ، في شتي المجالات ، فهو وسيلة ضرورية لكفالة احترام القانون في المجتمع .



الفصل الثالث

تقسيمات القاعدة القانونية

تتنوع القواعد القانونية ، وذلك وفقا للجانب الذي ينظر منه إليها ، فقد تتنوع من حيث إطار تطبيقها الى قواعد داخلية ، تقتصر على نطاق الدولة ، وقواعد خارجية أو دولية ، تنظم علاقات الدول فيما بينها وقد تتنوع من حيث طريقة التعبير عنها ، الى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة ، وقد تتنوع القواعد القانونية من حيث مضمونها ، الى قواعد موضوعية ، أي التي تتكفل بوضع التنظيم الموضوعي للروابط القانونية ، وقواعد شكلية أو إجرائية ، أي التي ترسم طريق الإجراءات التي يجب إتباعها عند المطالبة بحماية الحقوق أو بصفة أعم عند تطبيق الجزاء المقترن بالقاعدة القانونية الموضوعية¹ . وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين . نتناول في المبحث الأول . تقسيم القواعد القانونية الى أمرة ومكملة . وندرس في المبحث الثاني . تقسيم القواعد القانونية الى قواعد قانون عام وقانون خاص .

المبحث الأول

تقسيم القواعد القانونية الى أمرة ومكملة

الهدف والغاية من القانون هو تنظيم سلوك أفراد المجتمع ، ذلك أن الحياة في المجتمع من شأنها أن تنشئ روابط اجتماعية متعددة بين أفراد المجتمع ، والتشعب في العلاقات الاجتماعية ، يثير لا محالة كثيرا من المنازعات ، نظرا لتعدد الرغبات وتضارب المصالح الفردية ، وعلى هذا الأساس لا مناص من اللجوء الى تنظيم هذه العلاقات ، وذلك بوضع قاعد قانونية ملزمة ، للتوفيق بين المصالح المتعارضة والمتضاربة ، والقانون في هذه الحالة يضع قواعد قانونية ملزمة للأفراد ، ولا يتجه إليهم على سبيل النصيح والترغيب ، بل يفرضها على المجتمع فرضا ، إما بصورة الأمر أو النهي ، ولا يترك للأفراد حرية مخالفة القاعدة القانونية ، فتأتي القواعد القانونية في هذا المجال في صورة قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وذلك لتعلقها بالنظام العام في المجتمع . أما حين يتعلق الأمر بالمصالح الخاصة للأفراد ، فإن القانون في هذه الحالة يمنح للفرد نوعا من الحرية والاختيار في تنظيم نشاطه وحينئذ تكون هذه القاعدة مكملة ، وليست أمرة ، وعلى هذا الأساس فإن القاعدة المكملة ، هي التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع . وعليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب . ندرس في المطلب الأول . القواعد الأمرة . ونخصص المطلب الثاني للقواعد المكملة ونتنازل في المطلب الثالث معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة

¹ الدكتور شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون الخاص ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 1965. ص 212 . أشار إليه الدكتور نبيل ابراهيم سعد / الدكتور محمد حسين منصور ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر 1995 ، ص ، 62 .

المطلب الأول

القواعد الآمرة

La règle impérative

القاعدة القانونية الآمرة (الناهية) هي تلك القاعدة التي يلتزم الأفراد باحترامها ، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافها ، وذلك لتعلقها بالنظام العام في المجتمع¹ . او هي تلك القاعدة التي تأمر بفعل ما او تنهي عنه ، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها² ، فهي إذن قاعدة مطلقة التطبيق ، وخطابها للأفراد مطلق وحريةهم في استبعاد تطبيقها منعدمة. وهذا نظر لاتصالها الوثيق بكيان المجتمع وأساسه . فالقاعدة القانونية الآمرة تصدر الى الأفراد بشكل أوامر ونواه ، ينعدم إزاءها سلطان إرادتهم وتنفيد بها حريةهم ونشاطهم ، ويجبرون على احترامها والالتزام بها ، ولا يستطيعون التحلل من أحكامها او استبعاد تطبيقها عن طريق الاتفاق على خلافها ، لأنها تتضمن التكليف في صورة أمر او نهي يرد كقيد على حرياتهم لكونها من النظام العام³ .

فالقاعدة القانونية التي تنهي عن القتل مثلا قاعدة آمرة ، وكل اتفاق يرد بشأنها يعتبر باطلا وعديم الأثر ، فلا يجوز مثلا اتفاق شخص مع آخر على قتل شخص ثالث ، والحال كذلك بالنسبة لكل القواعد القانونية التي تنهي عن ارتكاب الجرائم ، كالمساس بالأموال العامة ، او التهرب من أداء الضريبة والتهرب من أداء الخدمة الوطنية ، وإتلاف مال الغير ، والتعامل في تركة الإنسان لا زال على قيد الحياة ، او تلك القاعدة التي تحدد المحرمات من النساء ، فكل هذه القواعد لا يستطيع الأفراد الاتفاق على مخالفة أي حكم من أحكامها ، وإلا كان اتفاقهم بطلا بطلانا مطلقا ، وكل اتفاق على خلافها يعتبر باطلا وعديم الأثر القانوني .

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطلاب الجزائري



المطلب الثاني

القواعد المكملة

La règle supplétive

القواعد القانونية المكملة ، هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها واستبعاد تطبيق أحكامها والاتفاق على عكس ما جاء فيها ، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع . او هي التي توجه للأشخاص دون أن ينعدم إزاءها سلطان إرادتهم او تقيدهم ويستطيعون التحلل من أحكامها وعدم الخضوع لها بالاتفاق على ما يخالف حكمها⁴ . او هي التي تصدر الى الأشخاص دون أن تعدم سلطان إرادتهم او تقيدهم او تحدد نشاطهم ، بل تترك لهم الحرية في تنظيم علاقاتهم والاتفاق على خلاف حكمها واستبعاد تطبيقها ولا تلزمهم بحكمها ، إلا في حالة عدم اتفاقهم على خلافها ، لأنها لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها او سكتا عن الإشارة إليها . فالمشرع لا يضع مثل هذه القواعد إلا لتكملة إرادة الأشخاص حين سكوتهم عن حكم مسألة معينة تنظمها هذه القواعد⁵ . ومن أمثلة القواعد القانونية المكملة ، القاعدة التي تنص على أنه يجب دفع ثمن المبيع من مكان تسليم المبيع ، ما لم

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 53 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 109 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 77 .

⁴ الدكتور عوض احمد الزعي . مرجع سابق . ص 113 .

⁵ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 78 .

يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك . المادة 387 من القانون المدني . أي أنه يجوز للبائع والمشتري الاتفاق على مخالفة حكم هذه القاعدة ، فيجوز الاتفاق بين البائع والمشتري على أن الثمن لا يدفع وقت تسليم الشيء المبيع ، ولكن يدفع بعد مدة معينة . أي أن حكم القاعدة السابقة لا يكون ملزما للبائع والمشتري إلا إذا لم يوجد اتفاق آخر بينهما على ميعاد دفع الثمن .

والقواعد المكملة تنظم في الغالب علاقات يترك تنظيمها في الأصل لإرادة الأفراد ، ولكن لاحتمال قصور إرادة الأفراد عن تنظيم علاقاتهم يشتمل القانون على قواعد احتياطية تكمل ما يشوب اتفاقات الأفراد من نقص، أي تنطبق حيث لا يوجد اتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها تنظيما لمسائل تفصيلية ، كثيرا ما لا ينتبه الأفراد الى تناولها بالتنظيم في اتفاقاتهم¹ .

والجدير بالذكر، هو أن القاعدة القانونية المكملة ، هي قاعدة ملزمة ، وكل ما في الأمر أن هذه القاعدة تتجه الى الأفراد بخطاب مقيد او خطاب معلق على شرط . فهي لا تكون واجبة التطبيق إلا بتوافر هذا الشرط ، وشرط انطباقها هو عدم اتفاق الأفراد على عكس ما جاء فيها من أحكام فإذا لم يوجد الاتفاق المخالف ، فإن القاعدة القانونية تكون واجبة التطبيق ، ويكون حكمها ملزما شأنه في ذلك شأن أي قاعدة قانونية أخرى .

وقد ثار خلاف فقهي بالنسبة للتوفيق بين اعتبار القاعدة القانونية المكملة ملزمة وبين إمكانية الاتفاق على مخالفة أحكامها ؟ .

لا خلاف بين الشراح ، في أن القواعد القانونية المكملة ، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية الأمرة هي قواعد قانونية ملزمة ، وليست قواعد اختيارية ، يجوز للأفراد مخالفتها مع عدم الاتفاق على تنظيم آخر غيرها لحكم علاقاتهم² . غير أنهم اختلفوا بعد ذلك في كيفية التوفيق بين اعتبار القاعدة المكملة ملزمة وبين إمكانية الاتفاق على مخالفة أحكامها .

فقد ذهب فريق من الفقهاء³ ، الى أن القواعد القانونية المكملة ، تكون اختيارية ابتداء بمعنى أن للأفراد ، بداية الاختيار بين إتباع حكمها او مخالفتها ، وملزمة انتهاء ، إذا لم يتفقوا على ما يخالف حكمها . أي أن الأفراد الى وقت إبرام العقد أحرار في الاتفاق على ما يخالفها . وفي هذه الفترة تكون القاعدة اختيارية بالنسبة إليهم . ولكنهم متى أبرموا العقد دون أن يستعملوا حقهم في الاتفاق على حكم آخر يخالفها ، فإنها تصبح ملزمة لهم ، أي تنقلب من اختيارية الى ملزمة بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها . في حين أن القاعدة الأمرة ملزمة ابتداء وانتهاء .

وقد تم انتقاد هذا الرأي⁴ ، بأن القاعدة القانونية المكملة ، تكون اختيارية ابتداء ، ينفي عنها صفة القاعدة القانونية التي يجب أن تكون ملزمة ابتداء وانتهاء . فضلا على أن القول بأن القاعدة المكملة قاعدة اختيارية قبل إبرام العقد وملزمة بعد إبرامه يعني أن طبيعة القاعدة القانونية تتغير تبعا لعنصر خارجي عن القاعدة نفسها ، وهو عدم اتفاق الأفراد على ما يخالفها ، وهذا ما لا يجوز⁵ .

¹ . الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 105.

² . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 113.

³ . سليمان مرقص . الوافي في شرح القانون المدني . الجزء الاول . المدخل للعلوم القانونية طبعة 1957 . ص 126 أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 113 . هامش رقم 149.

⁴ . على حسن نجيدة . المدخل لدراسة القانون . نظرية القانون . طبعة 1985 . ص 06 . محمد حسام محمود لطفي . المدخل لدراسة القانون . في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء . الكتاب الاول . نظرية القانون . طبعة 1993 . 1994 . ص 69 . أشار إليهما الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 113 . هامش رقم 150.

⁵ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 113.

وذهب فريق آخر من الفقهاء¹ ، للقول بأن القاعدة القانونية المكتملة ، هي قاعدة ملزمة وكل ما في الأمر أنها على عكس القاعدة الآمرة ، لا يمكن تطبيق أحكامها ، إلا إذا لم يتفق الأفراد على استبعاد أحكامها ، بمعنى أنه إذا لم يستبعد الأطراف المتعاقدة ، حكم القاعدة القانونية المكتملة ، أصبح ما تقررته القاعدة القانونية المكتملة ملزما لهم . ذلك أن المشرع ، وضع شرط لتطبيق القاعدة القانونية المكتملة وهو عدم وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة على مخالفة أحكامها . فإذا تحقق هذا الشرط أي لم يتفق الأفراد على مخالفة حكمها ، طبقت القاعدة القانونية المكتملة بنفس الصرامة كالقاعدة القانونية الآمرة تماما .

المطلب الثالث

معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكتملة

إن التفرقة بين القاعدة القانونية الآمرة ، والقاعدة القانونية المكتملة هي تفرقة جوهرية وأساسية وأمر هام جدا من الناحية التطبيقية والعملية ، ونظرا للأهمية البالغة لتقسيم القواعد القانونية الى أمرة ومكتملة ، وجب البحث عن معيار يمكن من خلاله التعرف على نوع القاعدة القانونية هل هي أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أم هي مكتملة يجوز الاتفاق على مخالفتها .

لقد توصل الفقه ، الى معيارين يستعان بهما لإجراء هذه التفرقة . الأول شكلي ، او لفظي يعتمد على ألفاظ النص في حد ذاته . والثاني موضوعي (معنوي) ، يعتمد على التعرف على طبيعة التنظيم الذي أنشأ به القاعدة ، وموضوعه ، وعلى مدى تعلق النص بالنظام العام والآداب العامة .

SAHLA MAHLA

الفرع الأول

المصدر الأول للطالب الجزائري

المعيار الشكلي أو اللفظي



يمتاز هذا المعيار بالسهولة واليسر ، ولا يتطلب مجهودا فكريا كبيرا إذ أنه يعتمد في التعرف على نوع القاعدة القانونية على عبارات النص في حد ذاته ، أي يعتمد على ألفاظ النص ، بحيث يبدو واضحا اتجاه نية المشرع الى تحديد صفة هذه القاعدة . وهل هي قاعدة أمرة ، أم قاعدة مكتملة .

ويعبر المشرع عن هذه النية ، في حالة القاعدة الآمرة ، باستعماله ألفاظا قاطعة للدلالة على عدم جواز الاتفاق او مخالفة القاعدة القانونية ، أو أن الخروج عليها يعد باطلا بطلانا مطلقا ، أو أن تقتزن مخالفتها بعقوبة² ، كما هو الشأن في قواعد القانون الجنائي . مثال ذلك ما جاء في أحكام المادة 02/92 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه (..... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه) . وكذلك ما جاء في أحكام المادة 97 من التقنين المدني الجزائري ، والتي تنص على أنه (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او الآداب العامة كان العقد باطلا) ونفس الشيء جاء في أحكام المادة 426 من التقنين المدني الجزائري (إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ، ولا في خسائرها كان العقد باطلا) فكل هذه النصوص السابقة قاطعة في التحريم وفي بطلان الاتفاقات المخالفة لأحكام القادة القانونية .

¹ انظر المراجع التي أشرنا إليها في الهامش رقم 03 . ذكرها الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 114 . هامش رقم 154 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 56 .

أما في حالة القاعدة القانونية المكملّة ، فيستعمل المشرع ، ألفاظا تدل على السماح بمخالفة أحكام القاعدة القانونية . مثال ذلك ما جاء في أحكام المادة 479 من التقنين المدني الجزائري (على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك) . وكذلك أحكام المادة 127 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك) .

وعلى هذا الأساس ، يمكن التعرف على القاعدة المكملّة ، إذا تضمنت ألفاظها وعباراتها الصياغة التالية ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك¹ .

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي (المعنوي)

قد لا تأتي القاعدة القانونية معبرة عن ذاتها ، أي أن ألفاظ القاعد القانونية لا تفصح عن كونها قاعدة أمرة أو مكملّة ، بحيث لا يمكن الاستدلال من خلال ألفاظ النص وعباراته عن طبيعة القاعدة القانونية وفي هذه الحالة يتعين الرجوع الى معيار آخر نحدد به التفرقة بين النوعين ، وهذا المعيار ، هو المعيار الموضوعي أو المعنوي ، أو معيار النظام العام والآداب العامة . فإذا كانت القاعدة القانونية موضوعها يتعلق بالنظام العام والآداب العامة ، فهي قاعدة أمرة ، وإذا كانت القاعدة القانونية لا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة وتعلق موضوعها بالمصالح الخاصة للأفراد ، فهي قاعدة مكملّة مثال ذلك ما نصت عليه أحكام المادة 96 من التقنين المدني الجزائري (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا) . فما المقصود بالنظام العام والآداب العامة ؟ .

أولا . فكرة النظام العام . بالرغم ما لهذه الفكرة من أهمية بالغة وأساسية ، في التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة ، إلا أن المشرع الجزائري ، على غرار غيره من التشريعات ، لم يعرف فكرة النظام العام وترك ذلك للفقه والقضاء ، ومرد ذلك يعود الى أن هذه الفكرة ، مرنة وغير محددة وغير ثابتة ، وتتغير وفقا لظروف الزمان والمكان ، وتختلف تبعا لاختلاف المذاهب والنظريات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في بلد من البلدان ، فما يعتبر من قبيل النظام العام ، في بلد ما ، قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر .

وقد عرف بعض الفقهاء فكرة النظام العام بأنه (مجموعة المصالح والأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أدبية . فلا يتصور بقاء كيان الجماعة سليما بانهايار هذه الأسس²) أو هو (مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية³) . أو مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، التي يقوم عليها المجتمع في وقت من الأوقات ، بحيث لا يتصور بقاء هذا المجتمع سليما

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 108

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 122

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 110

دون استقرار هذه الأسس . ومن الأسس الجوهرية التي تعد في المجتمعات المعاصرة من مقومات النظام العام.

الأسس التي يقوم عليها نظام الدولة والتي تحدد على أساسها طريقة ممارستها لسيادتها في المجتمع عن طريق السلطات العامة ، والتي تحدد علاقاتها وواجباتها إزاء المواطنين ، كالمساواة أمام القانون تكافؤ الفرص ، لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي (وهي تختلف بحسب ما إذا كان النظام الاقتصادي السائد هو نظام الاقتصاد الحر المتروك للمنافسة الحرة أو الاقتصاد الموجه القائم على التخطيط)¹.

فكل قاعدة تضمن أساسا من هذه الأسس الأساسية في المجتمع ، لا يجوز مخالفتها ، وعلى هذا الأساس تعتبر قواعد القانون العام الداخلي ، كلها قواعد قانونية متعلقة بالنظام العام ، لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها . تستوي في ذلك قواعد كل من القانون الدستوري والإداري ، والجنائي . ذلك أن قواعد القانون الدستوري ، تتعلق بالنظام العام ، لأنها قواعد تمس التنظيم السياسي للدولة ، وتمس كذلك بالحقوق والحريات العامة للمجتمع . لذلك يقع باطلا كل اتفاق على مخالفة أحكامها ، ونفس الشيء يقال عن قواعد القانون الجنائي ، فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب الجرائم على أساس أن قواعد القانون الجنائي ، تعتبر من النظام العام .

ثانيا . فكرة الآداب العامة. الآداب العامة هي الأخرى ، فكرة نسبية غير محددة ، تختلف باختلاف الزمان والمكان فهي جزء من الأخلاق الاجتماعية الناتجة عن المعتقدات الموروثة ، والتي جرى عليها العرف وتعارف عليها الناس . وهي مجموعة القواعد الأخلاقية الأساسية والضرورية التي يقوم عليها بنية المجتمع وكيانه المعنوي ، والتي يعتبر الخروج عنها انحرافا وتحلا يدينه المجتمع أو هي مجموعة الأصول والأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع واللائمة لبقائه وتماسكه ، في جماعة معينة وزمن معين².

ومن تطبيقات فكرة الآداب العامة ، في البلدان العربية ، ما جرى عليه العمل في القضاء من إبطال الاتفاقيات المتعلقة ببيوت الدعارة ، كبيع هذه البيوت أو تأجيرها ، وبصفة عامة تتضمن فكرة الآداب العامة ، كل المسائل المتعلقة بالعلاقات الجنسية ، وبيوت الدعارة ، والمقامرة . فكل اتفاق يكون محله أحد هذه المسائل يعتبر مخالفا للآداب العامة ، وبالتالي يكون باطلا بطلانا مطلقا

ولما كانت الآداب العامة تتصل بالأسس التي يقوم عليها المجتمع ، فلذلك جاءت قواعدها أمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها ، لأن في مخالفة أحكامها انهيار للكيان الأخلاقي للمجتمع وعلى هذا الأساس ، فهي جزء من النظام العام .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 110.

² نفس المرجع السابق . ص . 129.

المبحث الثاني

تقسيم القواعد القانونية الى قواعد قانون عام وقانون خاص

مما لا شك فيه أن نواحي الحياة متعددة ومختلفة ، ومن الطبيعي أن تختلف القواعد القانونية التي تنظمها تبعا لاختلاف طبيعة وموضوعات وشكل الروابط .

فالإنسان عندما يعيش في المجتمع مع غيره من الأفراد لا يرتبط بنوع واحد من الروابط ، بل تنشأ بينه وبين غيره من أفراد المجتمع روابط كثيرة تختلف وتتباين تبعا لتعدد مناحي الحياة . فقد تكون هذه الروابط متعلقة بالأسرة ، كالزواج ونظامه والطلاق وآثاره . وقد تكون مالية تتعلق بالمعاملات كالبيع والإيجار . وقد تكون سياسية تتعلق بالحقوق السياسية وكيفية ممارستها ، كحق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة .

ومن جهة أخرى ، قد تكون العلاقة بين شخص وآخر في المجتمع او بينه وبين الدولة او بين الدولة وغيرها من الدول . فهذه العلاقات المتعددة تختلف في موضوعها وطبيعتها وآثارها اختلافا كبيرا ولذلك تكون القواعد القانونية المنظمة لها مختلفة هي أيضا في موضوعها وطبيعتها وشكلها وقوة إلزامها وآثارها ، مما حمل الفقهاء منذ قديم الزمان على تقسيم القانون الى أقسام يحكم كل منها جانبا من جوانب الحياة الاجتماعية في المجتمع .

إن فكرة تقسيم القواعد القانونية الى قانون عام ، وقانون خاص ، هي فكرة تقليدية قديمة يرجع تاريخها الى القانون الروماني ، وقد كان الهدف منها ، هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين وذلك بإعطائه سلطات وامتيازات خاصة ، ولا يزال هذا التقسيم سائدا في كثير من دول العالم حتى الآن . وسنتناول في هذا المبحث معيار التفرقة بين القانون العام والخاص . وفروع القانون العام وفروع القانون الخاص . وعليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب هي على التوالي .

المطلب الأول

معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

إذا كان التقسيم التقليدي (قانون عام . وقانون خاص) أمرا مسلما به في الفقه ، فإن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ليس بالأمر السهل او الهين ، حيث اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا حول المعيار الذي يفصل بين القواعد التي تنتمي الى القانون العام ، وتلك التي تنتمي الى القانون الخاص . وعليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع . نتناول في الفرع الأول . معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية . وندرس في الفرع الثاني . معيار طبيعة القواعد القانونية . ونخصص الفرع الثالث الى معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية .

الفرع الأول

معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

إن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، حسب هذا المعيار ، تقوم أساسا على الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، بحيث إذا كانت الدولة أو أحد فروعها ، طرفا في هذه العلاقة تعتبر القاعدة القانونية من القانون العام ، وكانت القواعد التي تحكمها هي قواعد هذا القانون ، بينما إذا تعلق الأمر بتلك العلاقة التي يكون أطرافها من الأشخاص الطبيعيين ، نكون بصدد قاعدة قانونية من القانون الخاص¹ . ويعاب على هذا المعيار أن الدولة عندما تباشر نشاطها مع الأفراد العاديين قد تدخل بإحدى صفتين

الصفة الأولى . قد تدخل في علاقاتها مع الأفراد العاديين ، بصفتها مجرد شخص معنوي عادي كباقي الأشخاص المعنوية الخاصة ، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين ، وتكون في هذه الحالة غير ممثلة للسلطة العامة ، أي ليس بصفتها صاحبة سلطان وسيادة . وفي هذه الحالة فإن نشاطها يخضع للقانون الخاص وليس للقانون العام مثال ذلك عندما تتصرف الدولة في أملاكها الخاصة أو استغلالها . ففي هذه الحالة تظهر الدولة كشخص معنوي عادي .

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف القانون الخاص بأنه (مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم مع بعض ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا لا باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة)².

الصفة الثانية . وقد تدخل الدولة أو أحد فروعها في علاقة قانونية ، بصفتها صاحبة السلطة والسيادة في المجتمع . فتضع نفسها في مركز أقوى من مركز الطرف الآخر ، فحينئذ نجد بأن القانون العام ، هو الذي يحكم هذه العلاقة وليس القانون الخاص . مثال ذلك أن تلجأ الدولة إلى استخدام سيادتها فتتزع ملكية قطعة أرض جبرا ، عن مالكيها ، لاستخدامها في المنفعة العامة . فعندئذ تخضع العلاقة بينها وبين مالك الأرض لقواعد القانون العام ، وليس لقواعد القانون الخاص .

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف القانون العام بأنه (مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدولة والأفراد ، وبين الدولة وغيرها من الدول أو المنظمات الدولية والإقليمية بوصفها صاحبة السيادة والسلطان)³ . أو هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين طرفين يكون أحدهما أو كلاهما ممن يملكون السيادة ، أو السلطة العامة ويتصرفون بهذه الصفة (الدولة أو أحد فروعها) ولهذا وصف بأنه قانون إخضاع⁴ . Droit de subordination .

وعلى هذا الأساس ، فإن معيار التفرقة ، القائم على أساس النظر إلى الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، غير سديد مائة بالمائة .

¹ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 22.

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 39 .

³ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 55 .

⁴ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 79 .

الفرع الثاني

معيار طبيعة القواعد القانونية

يذهب هذا المعيار الى أن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، هو النظر الى طبيعة القواعد القانونية في حد ذاتها . على أساس أن قواعد القانون العام ، هي قواعد أمرة لا يجوز للأفراد مخالفة أحكامها ، في حين أن قواعد القانون الخاص ، هي قواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها باتفاقهم على ما يخالفها . وبذلك يصبح الخضوع مرادفا للقانون العام ، وتصبح الحرية مرادفة للقانون الخاص . وينبني على ما سبق ذكره أن القانون العام هو قانون القواعد الأمرة ، بينما القانون الخاص هو قانون القواعد المكملة¹ .

ويعاب على هذا المعيار ، من حيث أنه ، إذا كانت قواعد القانون العام كلها قواعد أمرة وقواعد القانون الخاص كلها قواعد مكملة . فإن القانون الخاص فيه أيضا قواعد أمرة ، لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها . نظرا لاتصالها بالنظام العام والأداب العامة ، كقواعد الميراث .

الفرع الثالث

معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

يعتبر هذا المعيار من أهم المعايير التي قدمها الفقه حتى الآن ، وهو يعتبر بمثابة تطور في الفقه الحديث . وأساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص بمقتضي هذا المعيار يعود الى صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية . والشخص في نظر القانون قد يكون شخصا طبيعيا ، أي فرد من أفراد المجتمع . وقد يكون شخصا معنويا ، وهذا الأخير ، قد يكون بدوره عاما ، وقد يكون خاصا .

فالأشخاص المعنوية العامة ، هي الدولة وفروعها المختلفة . أما الأشخاص المعنوية الخاصة فتتمثل في الجمعيات والمؤسسات والشركات الخاصة . وقد سبق القول بأن الدولة تتدخل بصفقتها شخصا معنويا ، أثناء ممارسة نشاطاتها المختلفة في العلاقات القانونية مع الأفراد بإحدى صورتين . الصورة الأولى ، بوصفها صاحبة السلطة والسيادة . الصورة الثانية بصفقتها شخص معنوي عادي ، غير ممثل للسلطة والسيادة ، فالعبرة إذن هي في تحقيق عنصر السلطة العامة ، فإذا تحقق هذا العنصر ، يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقة القانونية ، وإذا لم يتوفر عنصر السلطة العامة يكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقة القانونية .

وبناء على ما تقدم ، يمكن تعريف القانون العام ، بأنه (مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص والدولة في المجتمع وبين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة)² .

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 67 .

² . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 35 .

أما القانون الخاص فيمكن تعريفه بأنه (مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الخاص طبيعيين او معنويين فيما بينهم او بينهم وبين الدولة او احد الأشخاص المعنوية العامة المتفرعة عنها بوصفها شخصا عاديا وليس بوصفها صاحبة السيادة والسلطان)¹.

المطلب الثاني

فروع القانون العام

تنقسم العلاقات التي تكون الدولة او أحد فروعها (الدولة ، الولاية ، البلدية ، المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري ، مثل الجامعات ، المستشفيات) طرفا فيها الى نوعين . علاقة الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية . وعلاقة الدولة مع الأشخاص العاديين . وعلى هذا الأساس يقسم الفقهاء القانون العام الى قانون عام خارجي او القانون الدولي العام . وقانون عام داخلي . وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين ندرس في الفرع الأول . القانون الدولي العام . ونتناول في الفرع الثاني . القانون العام الداخلي .

الفرع الأول

القانون العام الخارجي
القانون الدولي العام
Droit international public

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول بعضها البعض الآخر ، فتحدد حقوق وواجبات كل منها ، سواء في وقت السلم او في وقت الحرب . كما تنظم قواعد القانون الدولي العام ، علاقة الدولة بالمنظمات الدولية ، وعلاقات هذه الأخيرة بعضها البعض الآخر²

ومن أهم موضوعات القانون الدولي العام ، في وقت السلم ، دراسة الدولة ، من حيث العناصر الواجب توافرها حتى تكتسب الشخصية الدولية ، ويحدد إقليم الدولة ، ومدى حقها في السيادة عليه ويبيّن أنواع الدول وأشكالها ، كما أنه ينظم علاقات الدولة في وقت السلم والحرب . وينظم المعاهدات الدولية ويحدد ما لكل دولة من حقوق وما عليها من واجبات والتزامات ، نحو الدول الأخرى ، كما يوضح طرق تمثيل الدولة لدى الدول الأخرى ، وما هي طرق حل النزاعات الدولية ، بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم الدولي . وينظم كذلك علاقات المنظمات الدولية (مثل هيئة الأمم المتحدة جامعة الدول العربية ، الاتحاد الإفريقي ، الاتحاد المغاربي ، الاتحاد الأوروبي) ببعضها البعض وعلاقاتها بالدول الأعضاء .

أما في وقت الحرب ، فيتناول القانون الدولي العام ، الإجراءات التي تنظم وقف الحرب ، حيث ينظم إعلان الحراب من دولة على أخرى ، ويحدد وسائلها المشروعة ، وغير المشروعة ، كما يوضح طريقة إنهاء الحرب ، والهدنة ، والصلح ، ويحدد كيفية معاملة الأسرى والجرحى ، وحقوق وواجبات الدول المحايدة .

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 78 .

² الدكتور على صادق ابو هيف . القانون الدولي العام . الطبعة الرابعة 1959 . ص 15 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 73 .

الفرع الثاني

القانون العام الداخلي

القانون العام الداخلي ، هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد كيان الدولة وتنظم العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها ، حين تعمل بصفقتها صاحبة السلطة والسيادة ، وبين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة ، أو العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها أو فيما بين هذه الفروع¹ . ويشمل هذا القانون عدة فروع أهمها القانون الدستوري ، والقانون الإداري والقانون المالي ، والقانون الجنائي .

أولا . القانون الدستوري

Droit constitutionnel

القانون الدستوري هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتبين سلطاتها العامة ، من حيث تكوينها واختصاص كل منها وعلاقاتها مع بعضها البعض ، وتقرر الحقوق والواجبات والحريات الأساسية للأفراد في الدولة ، وضماناتها وتبين علاقاتهم بالسلطات العامة فيها² . أي هو مجموعة القواعد التي تبين طبيعة وشكل الدولة ، (دولة بسيطة أو دولة اتحادية أو فدرالية) وتحدد نظام الحكم فيها (ملكي أو جمهوري) وتبين السلطات العامة فيها (السلطة التشريعية السلطة التنفيذية ، السلطة القضائية) واختصاص كل سلطة منها ، وتنظم علاقة هذه السلطات مع بعضها البعض ، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد ، وما عليهم من واجبات ، وتنظم علاقاتهم بالدولة وسلطاتها .

والدستور هو القانون الأساسي في الدولة ، إذ يضع الأسس التي تقوم عليها ، وهو أساس كل تنظيم فيها وهو أسمى القوانين ، ولذلك يطلق عليه القانون الأساسي في الدولة³ ، ويوجد على قمة التدرج القانوني ، والذي يقوم ببيان المسائل السابقة جميعا ، وتختلف الدساتير ، من حيث كيفية وضعها ، فمنها ما يصدر في شكل منحة من صاحب السلطة ، ومنها ما يصدر عن جمعية تأسيسية تشكل لهذا الغرض ومنها ما يتكون نتيجة العرف والتقاليد ، ومنها ما يوضع باستفتاء شعبي⁴ . والدساتير نوعان عرفية ومكتوبة .

أ. الدستور العرفي ، هو مجموعة من القواعد العرفية أي غير مكتوبة المتعلقة بممارسة السلطة في الدولة ، ومن أبرزها الدستور البريطاني .

ب. الدستور المكتوب ، وهي مجموعة من القواعد المكتوبة ، في وثيقة رسمية ، كما هو الحال في الجزائر .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 82 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 65 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 80 .

⁴ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 44 .

ثانيا . القانون الإداري . Droit administratif

يمكن تعريف القانون الإداري ، بأنه مجموعة القواعد التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة ، وتبين كيفية إدارتها للمرافق العامة وللأموال العامة ، وتلك التي تحدد علاقة الحكومة بموظفيها وتتناول نشاط الإدارة وما يصدر عنها من قرارات إدارية وما تترجمه من عقود إدارية¹ . أو هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في مباشرة نوع من الأعمال الذي تدخل في وظيفتها ، ويطلق عليها "الأعمال الإدارية"² . وأهم ما تتناوله قواعد القانون الإداري ، بيان الأشخاص والهيئات التي تتولي مباشرة النشاط الإداري ، كرئيس الحكومة والوزراء ، والمصالح الإدارية المختلفة ، وبيان تكوين هذه الهيئات ، والخدمات التي تقدمها المرافق العامة للمواطنين ، كخدمات الدفاع ، والتعليم ، والصحة ، والمواصلات ، وطريقة تكوين هذه المرافق ونظامها القانوني . علاقة السلطات المحلية كبلديات والولايات ، بالسلطات المركزية .

فإذا كان القانون الدستوري يبيّن ويرسم أسس تكوين السلطة التنفيذية ووظيفتها بوضع هذه الأسس موضع التنفيذ ، فإن القانون الإداري يتولى تنظيم حركتها ونشاطها في الدولة ، ويبين كيف تسير وتعمل في أداء وظيفتها . أي أن القانون الدستوري يبيّن كيف شيدت الآلة الحكومية ، وكيف ركبت أجزاؤها ، والقانون الإداري يبيّن كيف تسير ميكانيكية عمل هذه الآلة ، وكيف تقوم كل قطعة فيها بوظيفتها لتصرف الشؤون الإدارية اليومية العادية والتي تسمى (بأعمال الإدارة) ، تميزا لها عن نوع آخر من الأعمال التي تتولاها السلطة التنفيذية وتسمى (بأعمال السيادة) ، مثل إعلان الحرب ، وإبرام المعاهدات . إذ يدخل تنظيم مثل هذه الأعمال في نطاق القانون الدستوري³ .

وتتمثل مصادر القانون الإداري ، في العرف ، والتشريع ، والاجتهاد القضائي ، الذي يعود له الفضل في إيجاد ، عدة نظريات للقانون الإداري . منها نظرية المرفق العام .

ثالثا . القانون المالي

القانون المالي ، هو ذلك الفرع من القانون العام ، الذي ينظم مالية الدولة ، من حيث إيراداتها وكيفية تحصيلها ، ومصروفاتها وطرق إنفاقها ، ويبين كذلك القواعد التي تحكم ميزانية الدولة . ويتولي تنظيم الضرائب على اختلاف أنواعها وطريقة جبايتها ، وما تحصله الدولة أجرا عن الخدمات التي تقوم بها للأفراد ، والقروض التي تبرمها . ثم ينظم إنفاق هذه الأموال بتوزيعها على نواحي النشاطات المختلفة ، التي تتولاها الدولة ، وطريقة إنفاقها ، والرقابة على الإنفاق ، ويشمل القانون المالي أيضا القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية العامة للدولة ، وتنفيذ هذه الميزانية⁴ .

وقد كان القانون المالي يلحق ، حتى وقت قريب بالقانون الإداري ، ويعتبر جزءا من هذا الأخير وذلك على اعتبار أنه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة ، إلا أنه ومع تعدد موضوعات القانون المالي وتشعبها ، استقل هذا القانون عن القانون الإداري ، وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام⁵ .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 85 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 45 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 48 .

⁴ الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص . 42 .

⁵ توفيق حسن فرج . المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للقانون . الدار الجامعية . 1990 . ص . 52 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . في هامش رقم 02 . ص 74 .

والمصدر الوحيد لقواعد القانون المالي هو التشريع . إذ لا يجوز فرض ضريبة أو رسم أو الإعفاء منها بغير نص القانون . ولذلك يطلق عليه تسمية التشريع المالي¹ .

والقانون المالي ينظم ثلاث موضوعات رئيسية هي . الإيرادات العامة المختلفة التي تأتي الدولة من مصادر عديدة ، أهمها الضرائب المباشرة وغير المباشرة ، والرسوم التي تجنيها الدولة ، حيث يتولى القانون المالي تحديد أنواعها ، والأسس التي تبني عليها وكيفية جبايتها .

النفقات العامة للدولة ، من ذلك ما يصرف من أجل رواتب الموظفين ، والإنفاق على المرافق العامة التي تضطلع بها الدولة لإشباع الحاجات العامة ، كالدفاع والأمن والصحة والتعليم والقضاء والمواصلات وتحقيق سائر الإصلاحات الاجتماعية والاقتصادية التي لا يمكن تحقيقها دون بذل المال . وطرق الإنفاق كسراء الأسلحة وبناء الثكنات والإنفاق على الأعمال الإنشائية والإنمائية التي تقوم بها الدولة ، كفتح الطرق ومد السكك الحديدية وبناء الجسور وإقامة السدود² .

ويشمل القانون المالي أيضا القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية العامة للدولة ، وفي تنفيذ هذه الميزانية ، والرقابة على هذا التنفيذ .

رابعاً . القانون الجنائي

Le droit criminel

القانون الجنائي (الجزائي) هو القانون الذي يشتمل على بيان القواعد الموضوعية والاجرائية في مجالي التجريم والعقاب³ ، أو هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في توقيع العقاب⁴ . يتضمن قواعد موضوعية ، وقواعد إجرائية ، أو شكلية وعلى ذلك فهو يتفرع الى قسمين أساسيين هما :

المصدر الأول للطالب الجزائري

القسم الأول . قانون العقوبات Droit pénal ، وهو مجموعة القواعد التي تبين الجرائم المختلفة والعقوبات المقررة لها ، كما تبين شروط المسؤولية الجنائية والظروف المشددة والمخففة لها ، وأحوال الإعفاء منها⁵ . وهو يتضمن مجموعة من القواعد التي تحدد الجرائم وكيفية انعقاد المسؤولية وتبين العقوبة المقررة لكل جريمة ، والجرائم محصورة في القانون بحيث لا يعتبر الفعل جريمة ، إلا إذا كان منصوصا عليه في القانون ، فالمبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص من القانون .

القسم الثاني . قانون الإجراءات الجزائية ، Code de procédure pénale ، وهو ذلك الفرع من القانون الجنائي ، الذي يتضمن القواعد الإجرائية (الشكلية) التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها ، من وقت وقوع الجريمة ، الى حين توقيع العقاب على مرتكبها ، ويخص إجراءات القبض على المجرم ، والتفتيش ، وجمع الأدلة ، والتحقيق ، وإحالة الدعوى على المحكمة ، وبيان المحكمة المختصة ، وإجراءات المحاكمة ، وصدر الأحكام ، وطرق الطعن فيها ، وتنفيذ هذه الأحكام . وكذا الهيئات القضائية المخول لها القيام بها⁶ .

¹ الدكتور عوض احمد الزعي . مرجع سابق . ص . 74 .

² الدكتور عوض احمد الزعي . المرجع السابق . ص . 75 .

³ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 86 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 85 .

⁵ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 86 .

⁶ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 46 .

وتعتبر قواعد تقنين الإجراءات الجنائية قواعد قانونية إجرائية او شكلية لأنها تقتصر على بيان الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق أحكام تقنين العقوبات .

المطلب الثالث

فروع القانون الخاص Droit privé

القانون الخاص ، هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات في المجتمع بين الأشخاص أنفسهم ، بوصفهم أفراد في المجتمع ، متساويين دون تمييز أو بينهم وبين الدولة ، بحيث لا تكون الدولة في هذه العلاقة صاحبة سيادة وسلطان¹ .

والعلاقات التي يحكمها القانون الخاص تعد من صميم الحياة في المجتمع ، لأنها تخص روابط الأحوال المالية والعائلية للأشخاص ، والروابط بين الأشخاص والدولة بوصفها شخصا عاديا يقوم بأعمال عادية كالتي يقوم بها الأشخاص الطبيعيون، مثل البيع والشراء ، والإيجار . والقانون المدني هو أساس القانون الخاص ، وتوجد الى جانبه فروع أخرى تفرعت عنه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة الي وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدني نظرا لاتصالها بمهنة معينة او بنشاط معين ، مثل التقنين التجاري والتقنين الدولي الخاص وتقنين العمل . وينقسم القانون الخاص الى عدة أقسام ، منها القانون المدني ، القانون التجاري ، والقانون البحري ، والقانون الجوي ، وقانون العمل والقانون الدولي الخاص² .

أولا . القانون المدني
Droit civil

يعد القانون المدني من أقدم فروع القانون ، لأن علاقات الأشخاص قديما كانت تخضع لقانون واحد، وهو القانون المدني ، بغض النظر عن طبيعة تلك العلاقات . إلا أنه نتيجة لتطور العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتنوع المعاملات ، ظهر أن بعضا من الروابط يتطلب نوعا خاصا من الأحكام القانونية ، لما لطبيعة تلك الروابط من خصوصية واتصال بنوع معين من النشاط او بمهنة معينة .

يعتبر القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص ، وهو أصل القانون الخاص كله ولذلك فهو يعد المرجع حين لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى - كالقانون التجاري او قانون العمل - قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها . وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد العلاقات بين الأشخاص ، فيما عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص³ .

والأصل أن القانون المدني ، يتناول بالتنظيم الروابط المالية والروابط الأسرية ، حيث تتضمن أحكام القانون المدني في الدول الغربية ، طائفتين من العلاقات علاقات الأسرة ، والعلاقات المالية . أما

¹ . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 56. الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق. ص 31 .

² .الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 79.

³ . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص . 28.

علاقات الأسرة ، وهي التي يطلق عليها اصطلاحا (الأحوال الشخصية) ، فتدخل فيها مسائل الزواج والطلاق والنسب والحضانة . أما المعاملات المالية ، فتشمل مصادر الحقوق وأنواعها (الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق الذهنية) وطرق انتقالها ، وأسباب انقضاءها ، وأنواع العقود ، والحقوق العينية الأصلية (كالملكية) والحقوق العينية التبعية (كالرهن)

وفي الدول العربية والإسلامية - وبعبكس الحال في الدول الغربية - لا يتضمن القانون المدني إلا أحكام المعاملات المالية ، أما مسائل الأحوال الشخصية ، فلا يتدخل فيها القانون المدني وذلك لارتباطها بالمعتقدات الدينية .

ويعتبر القانون المدني هو الشريعة العامة واجبة التطبيق في كل ما لم يرد بشأنه نص في فروع القانون الخاص الأخرى . فهو يشمل المبادئ القانونية العامة او المشتركة بين جميع هذه الفروع كتعريف الأشخاص والأشياء وتقسيمها وبيان قواعد سريان التشريعات من حيث الزمان . وكثيرا ما يورد بعض القواعد التي تدخل بطبيعتها في أحد فروع القانون الخاص وذلك نظرا لقلّة هذه القواعد وعدم كفايتها لتكوين تقنين مستقل¹.

ثانيا . القانون التجاري

القانون التجاري هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أو تحكم فئة من الأعمال هي المسماة بالأعمال التجارية ، وطائفة من الأشخاص تسمى التجار² ، او هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة عن الأعمال التجارية بين طائفة معينة من الأشخاص في المجتمع بصفتهم تجارا ، سواء أكانت هذه الأعمال التجارية برية او بحرية أم جوية . فهو يحكم نشاط طائفة معينة من الأشخاص ، هم التجار ، وطائفة معينة من الروابط هي الروابط المالية الناشئة عن الأعمال التجارية³.

وقد استقل القانون التجاري عن القانون المدني ، فأصبح فرعا قائما بذاته ، وذلك عندما ازداد النشاط التجاري ، وبدأت الحاجة الى وضع قواعد خاصة تلائم ما تقتضيه التجارة ، من سرعة في العمل وما تقوم عليه علاقات التجار ، بعضهم بالبعض الآخر ، من ثقة وائتمان وسرعة في التعامل لا تتوافر في المعاملات غير التجارية .

ويرجع استقلال القانون التجاري عن القانون المدني ، لاعتبارات متعددة فرضتها طبيعة الأعمال التجارية وأهمها .

ازدهار النشاط التجاري ، وتنوع ضروبه واتساع نطاقه بين الأشخاص والأمم والحاجة الى تنميته وتطوره واعتماده أصلا على السرعة والبساطة . الأمر الذي اقتضي وضع قواعد قانونية خاصة تتفق مع ما يتطلبه النشاط التجاري ، من بساطة ومرونة وسرعة في انجاز المعاملات التجارية .

¹ الدكتور سليمان مرقس . موجر المدخل للعلوم القانونية . القاهرة 1953 . ص 101 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . في هامش رقم 86 . ص .

91 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 49 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 61 .

قيام المعاملات التجارية بالدرجة الأولى على الثقة والائتمان ، فالمعاملات التجارية تقتضي أن تقوم علاقات التجار على أساس من الثقة ، قد لا تتوفر في المعاملات غير التجارية والثقة بالتاجر هي أساس المعاملات التجارية¹ .

ويتناول القانون التجاري ، بيان وتحديد الأعمال التجارية ، الشروط الواجب توافرها لاكتساب الشخص صفة التاجر ، الالتزامات المفروضة على التجار ، كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، أنواع الشركات التجارية ، سواء كانت شركات أشخاص ، كشركات التضامن او شركات أموال كشركة المساهمة ، العقود التجارية ، كعقد الوكالة بالعمولة ، وعقد الرهن التجاري أحكام الأوراق التجارية مثل الشيك والكمبيالة ، الإفلاس التجاري ، والصلح الواقي من الإفلاس ، المحل التجاري ، الأسماء التجارية ، والعلامات التجارية وحمايتها ، وما الى ذلك² .

ثالثا . قانون العمل . Le droit de travail .

قانون العمل هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تنشأ بين العمال وأصحاب العمل او أرباب العمل³ Employeur . وذلك في نطاق العمل المأجور ، أي العمل التابع حيث يرتبط العامل بصاحب العمل برابطة تبعية يطلق عليها التبعية القانونية ، يكون العامل بموجبها خاضعا لرقابة وتوجيه صاحب العمل⁴ . وهو قانون حديث النشأة نسبيا ، وقد أدى الى ظهوره اختلال التوازن بين طرفي عقد العمل والذي بدأ واضحا عقب النهضة الصناعية في أوروبا ، الأمر الذي أدى بالدول الى إصدار تشريعات لحماية الطبقة العاملة وحفظ حقوقها⁵ .

ويشمل قانون العمل على عدة موضوعات ، من بينها ، عقود العمل الفردي والجماعي وتحديد ساعات العمل اليومي ، وأوقات الراحة ، والإجازة السنوية للعمال ، وفرض سن أدنى للعمل وتنظيم عمل النساء والأحداث ، وتحديد الحد الأدنى للأجور ، وتنظيم إنهاء عقد العمل ، وتنظيم تجمعات العمال في نقابات ، والتأمينات الاجتماعية ، التي تكفل للعمال حقهم في دخل عند العجز او الشيخوخة .

وإذا كان قانون العمل ، قد أصبح فرعا مستقلا من فروع القانون ، إلا أن وضع هذا الفرع في القانون الخاص ، لا يزال محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من ذهب الى انه فرع من فروع القانون العام لأنه يرمي الى حماية الصالح العام من جهة ، ولأن الصفة الأمرة لقواعده من أهم السمات المميزة لاستقلاله عن لقانون المدني ، ذلك أن معظم قواعده من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على خلافها واستبعادها من جهة أخرى .

وهكذا أصبح لبعض قواعد قانون العمل علاقة بالقانون العام ، بسبب تزايد تدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل بقواعد أمرة بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة ، وتقرير عقوبات على مخالفة أحكامه كما في القواعد المتعلقة بتحديد ساعات العمل وشروط تشغيل النساء والأحداث وإعطاء صفة الهيئات العامة لبعض الجماعات الخاصة ، كالنقابات العمالية التي أخذت تساهم في تنظيم الحياة

¹ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 84 .

² . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 49 .

³ . الدكتور عبد المنعم فرج الصدة . أصول القانون . منشأة المعارف . الاسكندرية . 1994 . ص 64,65 . أشار إليه الدكتور . عوض أحمد الزعبي مرجع سابق . ص . 92 . هامش رقم 01 .

⁴ . الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 94 .

⁵ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 51 .

الاقتصادية والاجتماعية ، وإنشاء مكاتب حكومية لتشغيل العمال واعتبار أجر العامل من الديون الممتازة .

فالذين ينادون بالأخذ بطبيعة المصالح التي تحميها القاعدة القانونية معيارا للفرقة بين القانون الخاص والقانون العام ، يعتبرون قانون العمل فرعاً من فروع القانون العام . أما القائلون بالنظر الى أطراف العلاقة التي ينظمها القانون كمعيار للفرقة بين القانون العام والقانون الخاص فإنهم يعتبرونه فرعاً من فروع القانون الخاص¹.

ويذهب فريق آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون ذو صبغة مختلطة ، لأنه قانون خليط يحوى قواعد من القانون العام ، وقواعد من القانون الخاص ، وله ذاتية خاصة أدت الى قيام قانون اجتماعي او صناعي مستقل عن القانون العام والقانون الخاص ، هدفه تنظيم الاقتصاد الاجتماعي الصناعي الذي يبرر تدخل الدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة ، في تنظيم هذه المصالح الاقتصادية والاجتماعية والصناعية بالنظر لتأثيرها في التخطيط الاجتماعي والاقتصادي والصناعي للجماعة².

وقد أصدر المشرع الجزائري قوانين عديدة ، حققت للطبقة العاملة في الجزائر الكثير من المكاسب والضمانات بقواعد أمرة .

رابعاً . القانون الجوي . Droit aérien .

القانون الجوي ، هو فرع من فروع القانون الخاص ، وهو حديث النشأة نسبياً ، ومصدر معظم قواعده هو المعاهدات الدولية في شأن الملاحة الجوية . وارتبط القانون الجوي باختراع الطائرات واستعمالها في النقل العام . ويشمل القانون الجوي مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية ، فينظم العلاقات التي يكون موضوعها الطائرة ، من حيث ملكيتها وجنسياتها وتسجيلها وعقد النقل الجوي والمسؤولية عن الأضرار التي تصيب الركاب وما الى ذلك³.

ويستمد القانون الجوي معظم أحكامه من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ، مثل معاهدة هافانا 1928 . اتفاقية وارسو 1929 . معاهدة شيكاغو 1944 . معاهدة روما 1952 . معاهدة لاهاي 1970 .

لقد استقل القانون الجوي بقواعد خاصة على غرار القانون البحري ، نظراً لما تمثله وسيلة نشاطه وهي الطائرة ، من أهمية كبيرة ، الأمر الذي اقتضى تنظيم قواعده بأحكام ذات طبيعة خاصة⁴.

خامساً . القانون البحري

يتضمن القانون البحري مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية ، فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، كما يعرض للملاحين القائمين على تسيير السفينة وما يربطهم بعملهم من عقد عمل بحري ، وفقاً لقواعد خاصة ، كما يعرض هذا القانون لمسؤولية مالك

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 75 .

² الدكتور عوض احمد الزعبي .. مرجع السابق . ص 94 .

³ الدكتور عباس الصراف . جورج حزيون . المدخل الى علم القانون . نظرية القانون . نظرية الحق . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان الطبعة الاولى . 2008 . ص 29 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 95 .

السفينة وللائتمان البحري ، من حيازة ورهن ولعملية النقل البحري ، بما تتضمنه من مسؤولية الناقل وللتأمين البحري .

وإذا كانت الأعمال التي ينظمها هذا القانون هي في الأصل أعمالا تجارية ، إلا أن هناك من الاعتبارات ما أدت الى فصله عن القانون التجاري ، وأهم هذه الاعتبارات كبر قيمة السفينة وجسامة الأخطار التي تواجهها وبعدها في معظم الأحيان عن رقابة صاحبها¹ .

سادسا . القانون الدولي الخاص . Droit international privé .

يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تبين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة الى العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي² .

وتكون العلاقة ذات عنصر أجنبي إذا كان أحد طرفيها ، او كلاهما أجنبيا او كانت ناشئة عن عقد أبرم في الخارج ، او تعلقت بعقار موجود في دولة أجنبية ، او بحادث وقع لمواطن في غير موطنه³ .

ومن أمثلة ذلك ، أن يتم زواج بين جزائري وجزائرية في فرنسا ، ثم ثار نزاع بينهما بشأن هذا الزواج ، فهل ينعقد الاختصاص بالفصل فيه للمحاكم الجزائرية باعتبارها محاكم جنسية الزوجين؟ أم أن الاختصاص في ذلك يكون للمحاكم الفرنسية لأنها محاكم الدولة التي أبرم فيها عقد الزواج؟ . وإذا افترضنا أن الاختصاص ثبت للمحاكم الجزائرية ، فما هو القانون الذي يجب تطبيقه؟ . هل هو القانون الجزائري نظرا لأنه قانون جنسية أطراف العلاقة؟ أم هو القانون الفرنسي باعتباره قانون المصدر الذي نشأت عنه هذه العلاقة؟ .

ومن أمثلة ذلك أيضا ، أن يتزوج جزائري من تونسية في الجزائر ، او أن يشتري تاجر جزائري من تاجر ايطالي بضائع معينة ، او أن يبيع جزائري لآخر عقارا مملوكا له في فرنسا . ففي كل هذه الحالات يثور نزاع من حيث المحكمة المختصة للفصل في النزاع المتعلق بالعلاقة ذات عنصر أجنبي ومن حيث القانون الواجب التطبيق عليها .

هذا الفرع من القانون يتميز بطابع خاص يستقل به دون سائر الفروع الأخرى ، وقد سمي بالقانون الدولي ، لأن أحكامه تطبق على العلاقات التي يكون فيها عنصر او أكثر أجنبيا ، وسمي بالخاص ، لأنه يطبق على المنازعات التي تقوم بين الأشخاص العاديين ، ولذا وضعه البعض ضمن تقسيم مستقل تحت عنوان " فروع القانون المختلطة " ، وذلك على أساس أن الموضوعات الداخلة في نطاقه تتصل بكل من القانون العام والقانون الخاص ، لأنه إذا كانت قواعد تنازع التشريعات تدخل في نطاق القانون الخاص ، فإن قواعد تنازع الاختصاص القضائي وقواعد كل من الجنسية ومركز الأجانب تتصل بالقانون العام⁴ .

وتشمل قواعد القانون الدولي الخاص، المواضيع التالية ، تنازع القوانين ، تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع فيه عنصر أجنبي ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، بين قواعد الاختصاص

¹ . الدكتور عباس الصراف . لدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص 29.

² . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 99.

³ . الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 96.

⁴ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 106.

القضائي ، في حالة التنازع بين الجهات القضائية الجنسية ، وهي الرابطة السياسية والقانونية بين الفرد والدولة . مركز الأجانب ، تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الأجانب الموجودين بالدولة .

وقد أدى عدم الاتفاق على تحديد موضوعات هذا الفرع من فروع القانون ، وعدم تجانس موضوعاته الى نشوب خلاف بين الفقهاء حول اعتباره فرعا من فروع القانون العام ، أم فرعا من فروع القانون الخاص ؟ .

ونكتفي في هذا المجال ، بترجيح الرأي الذي يذهب الى أن هذا القانون ذو طبيعة مختلطة حيث أن القواعد الخاصة بالجنسية ، والمواطن ، ومركز الأجانب ، تدخل في نطاق القانون العام ، أما القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، تدخل في نطاق القانون الخاص¹ .

وأخيرا يجب التذكير ، بأنه بالرغم من تسمية هذا القانون ، بالقانون الدولي الخاص ، إلا أنه يعتبر قانونا وطنيا ، فكل دولة لها قانونها الدولي الخاص ، الذي قد يختلف في كثير من الأحيان عن قوانين الدول الأخرى .

والجدير بالذكر ، أن ما تفرزه الحياة البشرية ، وما تعرفه الحضارة الإنسانية من تطور ومستجدات ، ظهرت فروع جديدة من القوانين مثل قانون حماية البيئة ، وقانون حماية المستهلك وما الى ذلك من القوانين ، الأمر الذي يجعل من التقسيمات السابقة للقانون أصبحت تقليدية ولا تمثل حقيقة الواقع

الفصل الرابع

SAHLA MAHLA

مصادر القاعدة القانونية

Les sources des règles juridiques

المصدر الأول للطالب الجزائري



المصدر لغة هو ينبوع أو الأصل أو موضع الصدور ، واصطلاحا مصدر القانون هو الأصل أو المنبع الذي يستقي منه جوهر القانون وصفة إلزامه ، أي كل أصل من الأصول الواقعية التي تسهم في خلق وتكوين القاعدة القانونية² . ويجدر بنا أن نفرق بادئ ذي بدء بين معنيين مختلفين لمصادر القانون .

فقد يقصد بمصدر القانون ، المادة الأولية التي يتكون منها ، أي الحقائق التي تعطي قواعده مضمونها ، وبعبارة أخرى هو أصل القاعدة القانونية أو جوهرها ، ويطلق على مصادر القانون بهذا المعني المصادر المادية أو الحقيقية Sources matérielles ou réelles ودراستها تتضمن الإجابة عن السؤال التالي مما يتكون القانون³ ؟ . وسوف لن نتطرق الى هذه المصادر بشكل معمق لأنها دراسة فلسفية بالدرجة الأولى ومجال دراستها هو فلسفة القانون .

وقد يقصد بمصدر القانون ، السبب المنشئ للقاعدة القانونية أي الوسيلة التي تتم بواسطتها تحويل تلك المادة الأولية ، المتمثلة في المصادر المادية أو تلك الحقائق المكونة لجوهر القواعد القانونية الى قواعد قانونية لها صفة الإلزام في حكمها لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع . ويطلق على مصادر

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 52.

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 134.

³ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 123.

القانون بهذا المعنى المصادر الرسمية Sources formelles . وتسمى أيضا بالمصادر الشكلية ، وذلك لأنها ليست سوى طرق أو وسائل للتعبير عن إرادة الجماعة ، بحيث يتخذ هذا التعبير شكلا خارجيا يمكن من التعرف عليها¹ . ودراستها تجيبنا عن السؤال التالي . ما هي وسائل تكوين القانون² ؟. وهذا المعنى الأخير هو الذي يهمنا في هذه الدراسة .

والبحث عن مصدر القاعدة القانونية هو في حقيقة الأمر ، البحث عن السبب المنشئ لها في مجتمع معين ، على أساس أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ من العدم

ويساهم في تكوين القاعدة القانونية نوعان من المصادر ، هما المصادر المادية او الموضوعية والمصادر الرسمية او الشكلية . والمصادر المادية ، هي مجموعة من العوامل الطبيعية او الاقتصادية او الاجتماعية او التاريخية ، التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية ، وهذه العوامل السالف ذكرها هي التي تدفع بالمشروع الى وضع قاعدة قانونية معينة .

فقد ينظر الى مصدر القاعدة القانونية ، نظرة تاريخية ، وذلك بأن يبحث عن جذورها التاريخية التي تستند إليها ، فالمصدر التاريخي للقانون الجزائري ، هو القانون المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية .

وقد ينظر الى مصدر القاعدة القانونية نظرة اجتماعية ، وذلك بالبحث عن دور العوامل الاجتماعية المختلفة ، المتمثلة في حصيلة تجارب المجتمع ، والتي هي وليدة حاجات التي ساهمت في نشأة القانون³ .

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل الى أربعة مباحث . ندرس في المبحث الأول . المصادر المادية او الموضوعية للقانون . ونتناول في المبحث الثاني ، المصادر الرسمية او الشكلية الأصلية للقانون . ونخصص المبحث الثالث للمصادر الاحتياطية . وندرس في المبحث الرابع المصادر غير الرسمية او التفسيرية .

المبحث الأول

المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية Sources matérielles ou réelles

يقصد بالمصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية ، مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها ، سواء كانت هذه العوامل طبيعية او تاريخية او اجتماعية او اقتصادية او دينية او أخلاقية او غير ذلك من العوامل التي تحيط بالبيئة والجماعة⁴ . ونكتفي في هذا المبحث بإعطاء لمحة موجزة عن التيارات الكبرى التي تصدت لتحديد أصل القانون او مصادره الحقيقية والتي يمكن حصرها في أربعة مذاهب مختلفة هي على التوالي . مذهب القانون الطبيعي او المذهب المثالي . المذهب الوضعي او الشكلي . مذهب التطور التاريخي . المذهب المختلط . وعليه سنقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب نتناول في المطلب الأول ، مذهب القانون الطبيعي او المثالي .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 60.

² الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 123.

³ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 125.

⁴ الدكتور انور سلطان . المبادئ القانونية العامة . دار الجامعة الجديدة للنشر . 2005 . ص 105.

وندرس في المطلب الثاني ، المذهب الوضعي او الشكلي . و نتناول في المطلب الثالث ، مذهب التطور التاريخي . ونخصص المطلب الرابع الى المذهب المختلط .

المطلب الأول

مذهب القانون الطبيعي او المذهب المثالي¹

مضمون هذا المذهب أن أصل القوانين موجود في الطبيعة ، وأن الله أودعها إياها ، فكان القانون الطبيعي او القانون الإلهي هو أصل كل القوانين الوضعية ، وهو مجموعة من المبادئ المثالية الثابتة ، لا تتغير بتغير الزمان . وصالحة لكل زمان ومكان ، وكأنها جزء من الطبيعة ، وهذه المجموعة من المبادئ والمثل هي ما أطلق عليها الفلاسفة فكرة القانون الطبيعي . فهو قانون لأنه يتكون من قواعد ثابتة ومطرده وخالدة ، وهو طبيعي لأنه مستمد من طبائع الأشياء وليس من صنع البشر² .

فهناك إذن نظام او قانون ثابت ومطرده تسير عليه أمور الكون . وهذا النظام يحكم الظواهر الطبيعية كتعاقب الليل والنهار ودوران الشمس والقمر وما يحتويه الكون من الأجرام والكواكب ، ويحكم المخلوقات من إنسان وحيوان ونبات . فقد لاحظ أنصار هذا المذهب أن أحوال الإنسان من ميول ودوافع وشهوات ومن أفكار وجهود وعلاقات ، كلها في جوهرها متماثلة في أفراد البشر فالبشر يسبغون في معاملاتهم على قواعد ثابتة ونمط واحد لا يتغير³ .

من أنصار هذا المذهب (توماس هوبز . وجون لوك . وجان جاك روسو) الذين عملوا في نظرية العقد الاجتماعي لتقرير سلطان الأمة والديمقراطية والمساواة ، بالبحث عن أصل القاعدة القانونية وأساس شرعيتها والسبب في إطاعة الأفراد لهذه القواعد . وللحد من القوانين الوضعية التي تتعارض مع حقوق الإنسان الطبيعية ، جعل القانون الطبيعي بمثابة رقيب على عمل المشرع واعتبار خروجه على قواعد هذا القانون خروجاً على قواعد العدالة ومفهومها في الحكم . ولقد كانت فكرة القانون الطبيعي فلسفة عند اليونان ، وقانوناً عند الرومان ، وديناً روحياً إلهياً عند رجال الكنيسة في العصور الوسطى وعقلاً في العصور الحديثة⁴ .

و خلاصة القول أن هناك قانون طبيعي ليس من صنع البشر ولكنه من صنع قوة عليا تحرك العالم وتحكم وتوجه أعمال الناس ، وقد سمي أنصار هذا المذهب تلك القوة بالطبيعة . وإذا كان القانون الوضعي محدداً وواضحاً ، فإن القانون الطبيعي ، وهو الذي يضمن بقاء البشر وانتظام حياتهم ، غير واضح ولا محدد المعالم . ولذلك فقد اختلف الرأي بشأن تحديد فكرة القانون الطبيعي⁵ .

¹ لمزيد من التفصيل أنظر . الدكتور همام ممد محمود زهران . المدخل الى القانون . النظرية العامة للقانون . دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية . 2006 . ص . 125 . الدكتور انور سلطان . مرجع سابق . ص 73 . عيد القادر الفار . المدخل لدراسة العلوم القانونية . مبادئ القانون . النظرية العامة للحق . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الاردن . 2008 . ص 21 . الدكتور حميد بن شنياتي . مدخل لدراسة العلوم القانونية . الجزء الأول . القاعدة القانونية . الطبعة الثانية . 2009 . ص 74 .
² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 28 .
³ الدكتور ادريس العلوي العبد اللوى . المدخل لدراسة القانون . الجزء الأول . نظرية القانون . مطبعة النجاح الجديدة . الدار البيضاء . 1975 . ص 270 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 29 . هامش رقم 02 .
⁴ الدكتور غالب على الداودي . المدخل الى علم القانون . دار وائل للطباعة والنشر . الطبعة السادسة . 1999 . ص 15 .
⁵ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 29 .

المطلب الثاني

المذهب الوضعي او المذهب الشكلي¹ .

ظهر هذا المذهب في القرن التاسع عشر، منتقدا الأساس الذي يقوم عليه المذهب المثالي . يحاول أنصار هذا المذهب تحليل القانون تحليلًا وضعيًا مجردًا عن الفرضيات والتصورات ويرون أن القانون ما هو إلا من عمل المشرع وإرادة الدولة في التنظيم ، على أساس أن الطبقة الحاكمة هي التي تضع القوانين للطبقة المحكومة ، وما على الطبقة المحكومة إلا أن تخضع لأوامر السلطان في تنظيم العلاقات بين الأفراد . فهي بذلك تعارض فكرة القانون الطبيعي . ومن أهم هذه المذاهب الشكلية نظرية الفقيه الانجليزي (اوستن Austin) ومدرسة "الشرح على المتون" التي ظهرت عقب صدور التقنيات الفرنسية عام 1804. والتي تقوم على تقديس النصوص القانونية باعتبارها الواقع القانوني الملموس الذي يجب الوقوف عنده دون البحث فيما وراء ذلك² . وتعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون . وترى بأن تفسير النصوص يجب أن يكون بالرجوع الى إرادة المشرع الحقيقية او المفترضة وقت وضع التشريع لا وقت تفسيره .

ويقوم المذهب الوضعي او الشكلي على الأسس التالية . تقديس النصوص باعتبارها الواقع القانوني الملموس الذي يجب الوقوف عنده ، دون البحث فيما وراءه .

تقديس إرادة المشرع ، بحيث افترض أنصار هذا المذهب أن التقنيات والتشريعات واجهت كل الفروض ، واشتملت على كل الحلول التي يمكن استخلاصها بشرح النصوص والكشف عن إرادة المشرع الحقيقية او المفترضة³ ، ومن ثم أسبغوا على إرادة المشرع نوعاً من القدسية ، الى درجة أنهم رأوا أنه إذا لم يكن بالإمكان استبيان إرادة المشرع الحقيقية فإنه يجب أن يوضع مكانها إرادة المشرع المفترضة⁴ .

حصر القانون في إرادة المشرع ، حيث بلغ من تقديس هذا المذهب لإرادة المشرع حد عدم الاعتراف بمصادر القانون الأخرى ، كالعرف ، إلا إذا أجازها المشرع وبالقدر الذي أجازها به⁵ .

خلاصة القول أن هذه المدرسة تجعل المشرع المصدر الوحيد للقانون ، وتعني بالنصوص القانونية عناية فائقة ، اهتم أنصارها بشرح نصوص القانون بصورة عملية تطبيقية شكلية ولهذا اعتبرت من المذاهب الشكلية ، لأنها تحلل طبيعة القانون تحليلًا فلسفيًا ، بل تكتفي بالظاهر وتعترف بكل ما شرعه المشرع . وكرس أنصار هذه النظرية جهودهم في التعليق والتفسير لمراد القانون . ملتزمين بالنص التشريعي في هذا التفسير والتعليق⁶ .

¹ . لمزيد من التفصيل راجع . الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . المدخل الى القانون . القاعدة القانونية . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية 2003 . ص . 44 . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم بعد . النظرية العامة للقانون . القاعدة القانونية . الحق . منشورات الحلبي الحقوقية 2002 . ص 225 . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 14 .

² . الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 57 .

³ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 14 .

⁴ . الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 57 .

⁵ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 22 .

⁶ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 14 .

المطلب الثالث

مذهب التطور التاريخي او مذهب سافيني¹

عندما سرت عدوى التقنين من فرنسا الى أقطار أخرى في القارة الأوروبية ، طالب بعض الفقهاء في ألمانيا بتقنين القانون الألماني على غرار ما جرى في فرنسا ، فتصدى لهم الفقيه الألماني (فريديريك كارل فون سافيني Frederik carl von Savigny) معارضا ، على أساس أن وضع القانون في مواد مقننة يقضي - في رأيه - على نموه نموا ذاتيا تدريجيا ويجعله جامدا فاقدا لعنصر الحياة ومفتقرا الى التطور الدائم غير المحسوس حيث وضع سنة 1811 رسالة شرح فيها مضار التقنين وانبعثت منها نظرية قانونية تعرف ب (النظرية التاريخية) او (نظرية التطور التاريخي)².

يرى سافيني أن القانون مظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية ، وهو جزء من التراث القومي وثمررة التطور التاريخي ، وهو بهذا الاعتبار كاللغة والدين والتقاليد ليس باستطاعة المشرع أن يصنعه صنعا ، بل أنه ينمو نموا مطردا وتدرجيا وبصورة غير منظورة . إذ ينشأ نتيجة تفاعل عوامل متعددة ومختلفة وينمو ويتطور ويساير المجتمع بتطور وتغير الظروف الاجتماعية . فالقانون إذن من خلق البيئة يتكون تلقائيا في ضمير الجماعة وليس من صنع إرادة واعية مدبرة³.

يتميز هذا المذهب عن مدرسة القانون الطبيعي بالابتعاد عن الأفكار الفلسفية والبعد عن المثالية وقد أنكر الفقيه الألماني "سافيني" ، مؤسس هذا المذهب ، وجود قانون طبيعي ثابت لا يتغير إذ القانون في رأيه يتغير ويتطور ، وفقا لحاجات كل مجتمع وظروفه ، فالقانون ثمرة التفكير والاستنباط كما أنه ليس وليد إرادة السلطان ، حتى يجوز له أن يستبد بوضعه . بل إن القانون هو نتاج الأمة نفسها وهو متصل اتصالا لازما بطبيعة الشعب نفسه وصفاته وعاداته وتقاليده ومناخه ونوع الحياة التي يحياها الشعب .

وخلاصة القول أن القانون في رأي سافيني كائن اجتماعي يعكس البيئة التي ينشأ فيها ، فهو ليس قانونا طبيعيا او وليد إرادة السلطان . وهو ذاتي النشأة في ضمير الجماعة مثله مثل اللغة والدين ويترتب على هذه النتائج ، رفض التشريع كمصدر وحيد للقانون ، إعادة العرف الى مكانه اللائق كمصدر أساسي للقانون ، وجوب تقيد المشرع بالعادات والتقاليد والمعتقدات الخاصة بالمجتمع عند وضع أي تشريع او تغييره⁴.

¹ . لمزيد من التفصيل أنظر . الدكتور محمد الصغير بعلي . المدخل للعلوم القانونية . نظرية القانون . نظرية الحق . دار العلوم للنشر والتوزيع . عنابة . 2006 . ص . 71 .

² . الدكتور عبد الرحمان البزاز . مبادئ أصول القانون . مطبعة العاني . بغداد 1954 . ص . 68 . الدكتور علي محمد بدير . المدخل لدراسة القانون . دار الطباعة الحديثة . البصرة . 1970 . ص . 116 . أشار إليهما الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . 15 . هامش رقم 01 .

³ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع ابق . ص . 31 .

⁴ . الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 66 .

المطلب الرابع

المذهب المختلط او مذهب جيني¹

مؤسس هذا المذهب هو الفرنسي "فرانسوا جيني" الذي لا يعتبر مبتكرا لفلسفة جديدة في اصل القانون ، لأن دوره اقتصر على تحليل النظريات والمذاهب السابقة ومحاولة التوفيق بينها ، وانتقد مدرسة "الشرح على المتن" من حيث وقوفها عند النص التشريعي ، وأظهر بجلاء قيمة العرف كمصدر احتياطي لسد النقص في التشريع وأجاز التوسع في تطبيق النصوص التشريعية عن طريق البحث العلمي الحر وأقام نظريته في القانون على ركنين أساسيين هما . "العلم" و "الصياغة" .

فركن "العلم" عنده هو المادة الأولية التي يستطيع العقل أن يكشفها لصياغة القاعدة القانونية من واقع الحياة الاجتماعية ، وهي عبارة عن حقائق متعددة يشكل مجموعها مادة القانون ، وهذه الحقائق قد تكون واقعية او تاريخية او عقلية او مثالية .

أما ركن "الصياغة" عنده ، فهو أن الحقائق المستحصلة عن طريق "العلم" التي تشكل المادة الأولية للقاعدة القانونية تحتاج الى صياغة وصب في شكل قواعد قانونية لتنظيم الروابط الاجتماعية . ومن هنا كانت الصياغة مهمة في بناء القانون مع التفرقة بين الصياغة المادية التي تشمل تحديد مدلول النص القانوني ، والصياغة المعنوية التي يمثلها (جيني) بأمثلة متعددة H همها الفروض واستعمال وسائل القياس .

هذا المذهب اقتصر دوره على تحليل النظريات والمذاهب السابقة ومحاولة التوفيق والجمع بينها . فقد أخذ جيني من مذهب القانون الطبيعي وذلك باعتزافه بنصيب العقل في الكشف عن المبادئ الأساسية الثابتة ، وفي توجيه تطور القانون مع مراعاة العوامل الطبيعية والاجتماعية .

وأخذ من تعاليم المذهب التاريخي ، أهمية تطور النظم القانونية . وأخذ من المذهب الوضعي أن الحقائق التي تدخل في تكوين القانون لا تستطيع مهما بذل من التدقيق في استقصائها أن تمد القانون الوضعي بأكثر من توجيهات عامة غير واضحة تكون عاجزة عن مواجهة الواقع ، مما يعني ضرورة اللجوء الى المشرع لإخراجها في قالب علمي يجعلها صالحة للتطبيق .

ويضرب جيني مثلا يوضح به نصيب كل نوع من هذه الحقائق في تكوين القانون ، فيقول إن الزواج أساسه من الحقائق الواقعية ، وهذه الحقيقة هي اختلاف الجنس ، وهذا الاختلاف ولو أنه لا يكفي لإنشاء قواعد الزواج ، إلا أنه يكفي على الأقل ليحدد فكرة الزواج بين رجل وامرأة . ثم تدلنا الحقائق على ضرورة تنظيم التزاوج ووضعه تحت إشراف سلطة اجتماعية ، دينية كانت أم مدنية . ولا يعتبر الزواج صالحا لتأسيس أسرة معترف بها من الهيئة الاجتماعية إلا إذا كان نتيجة اتفاق جدي حاصل تحت إشراف السلطة العامة ، وذلك بقصد أحداث آثاره القانونية ، تمييزا له بذلك عن العلاقات غير المشروعة . إلا أن الحقائق المثالية والتي تختلف من بيئة الى أخرى ، ومن جيل الى آخر تتدخل في تكوين القانون ، وتكون سببا لاختلافه من بلد الى آخر ، فبعض البلاد يكون مثلها الأعلى اقتصار زواج الرجل على امرأة واحدة ، فيأخذ قانونها بذلك ، ولا يأخذ به قانون غيرها من البلاد ، والبعض الآخر

¹ . لمزيد من الشرح والتفصيل . انظر الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 32 . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 23 . الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 78 .

يعتبر من مثله العليا عدم قابلية الزواج للانفصام ، فيقضي قانونها بتحريم الطلاق ، والبعض الآخر لا يرى ذلك ولا يأخذ به قانونها¹ .

المبحث الثاني

المصادر الرسمية او الشكلية الأصلية للقانون Les sources formelles

يقصد بالمصادر الرسمية او الشكلية للقانون ، تلك الوسائل التي تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل المكونة للمصادر المادية الى قواعد ونصوص قانونية مصحوبة بصفة الإلزام² . وتختلف مصادر القانون في كل دولة ومجتمع ، بحسب تدرج القواعد القانونية ، وقد حدد المشرع الجزائري المصادر الرسمية للقانون الجزائري في المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)

يتضح من خلال هذا النص ، أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري ، هي كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . فإذا لم يجد القاضي قاعدة قانونية يطبقها على النزاع المعروض عليه في أحد هذه المصادر الثلاثة الأولى ، وجب عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة³ وتجدر الإشارة الى أن نص المادة الأولى من التقنين المدني قسم قواعد القانون المدني من حيث مصدرها الى نوعين رئيسيين . قواعد ذات مصدر تشريعي وقواعد ذات مصدر غير تشريعي ، يتمثل في كل من مبادئ الشريعة الإسلامية ، وقواعد العرف ، وفيما تقتضي به مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وعلى هذا الأساس فإن المصادر الرسمية للقانون الجزائري ، تتمثل في المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع . والمصادر الاحتياطية وهي كل من مبادئ الشريعة الإسلامية ، والعرف ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب . المطلب الأول نتناول فيه التشريع كمصدر رسمي أصلي . وندرس في المطلب الثاني . مبادئ الشريعة الإسلامية . ونخصص المطلب الثالث للعرف . ونتناول في المطلب الرابع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المطلب الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي . Législation

يعتبر التشريع ، المصدر الرسمي الأصلي الأول للقانون في المجتمعات الحديثة ، الذي يجب على القاضي تطبيقه ، قبل أي مصدر آخر . ومعنى ذلك أنه يتعين على القاضي اللجوء الى التشريع لحل ما يعرض عليه من نزاع فإن لم يجد نصا تشريعيا يطبقه على النزاع المعروض عليه ، رجع الى باقي المصادر الاحتياطية الأخرى ، حسب الترتيب الذي أورده المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 24.

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 126.

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 127.

وكان العرف في المجتمعات القيمة ، هو المصدر الرسمي الأول للقانون ، بحيث يمكن القول بأن العصور القديمة هي عصور العرف والدين ، أما حظ التشريع ، فكان ضئيلا جدا ، لكن مع مرور الزمن ومع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، بدأ دور العرف يتقلص ويتقهقر ، وبدأ دور التشريع يأخذ مكانه ، شيئا فشيئا ، خاصة في العصر الحديث .

وتقتضي دراسة موضوع التشريع ، كمصدر رسمي للقاعدة القانونية ، أن نعرض الى تعريفه وبيان خصائصه . ودراسة أهميته ومزاياه وعيوبه ، ثم بيان أنواعه ، وطريقة سنه ، وصياغته ، ونفاذه والغائه . وعليه سنقسم هذا المطلب الى سبعة فروع . نتناول في الفرع الأول التعريف بالتشريع وخصائصه . وندرس في الفرع الثاني . أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه . ونخصص الفرع الثالث الى أنواع التشريع . وندرس في الفرع الرابع طريقة سن التشريع . ونتناول في الفرع الخامس صياغة التشريع . وندرس في الفرع السادس ، نفاذ التشريع . ونخصص الفرع السابع الى إلغاء التشريع .

الفرع الأول

تعريف التشريع وبيان خصائصه

أولا . التعريف بالتشريع .

التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي الغالب للقانون في عصرنا الحاضر ، إذ يشغل بالنسبة الى مصادر القانون الأخرى مكان الصدارة . فالأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد منه وجودها وقوتها في مختلف الدول . ويطلق اصطلاح التشريع على معنيين ، معنى عام ، ومعنى خاص .

أ. المعنى العام للتشريع .
التشريع كمصدر للقانون في مفهومه العام الواسع يقصد به أحد أمرين

الأمر الأول . هو عملية قيام السلطة المختصة في الدولة (في الجزائر المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) ، بوضع قواعد قانونية جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع ، وذلك في حدود اختصاصها ، وفقا للإجراءات المقررة لذلك¹ . او هو عملية سن قواعد قانونية مكتوبة واكتسابها قوة الإلزام من قبل سلطة مختصة يمنحها الدستور اختصاص إصدار قوانين ملزمة يخضع لها جميع الأشخاص في الدولة² . او هو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة ، حيث تقوم هذه السلطة بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقا للإجراءات المقررة لذلك³ . والتشريع بهذا المعنى العام هو الذي يعتبر مصدرا للقانون .

الأمر الثاني . هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها ، التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة ، لحكم علاقات الأفراد في المجتمع ، سواء كانت هذه السلطة ، هي السلطة التشريعية او هي السلطة التنفيذية⁴ .

¹ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 129.

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 99.

³ الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 91.

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 129.

وعلى هذا الأساس ، يستعمل اصطلاح التشريع في مفهومه الواسع ، تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة ، وتارة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر¹ .

ب . المعنى الخاص للتشريع .

ينصرف المعنى الخاص للتشريع ، La loi ، الي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها او تضعها السلطة التشريعية Le pouvoir législatif في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا² . والتشريع بهذا المعنى الخاص يفيد القانون المكتوب³ . وقد يطلق لفظ التشريع كذلك على مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم أمر معين من أمور الجماعة ، فيقال مثلا تشريع العمل ، وتشريع الضرائب وتشريع المخدرات . والتشريع بهذا المعنى لا يعبر عن المصدر الذي يمدنا بالقاعدة القانونية ، بل يعبر عن القواعد لمشتقة من هذا المصدر . لذا فإن لفظ التشريع هنا يعبر عن بعض ما يؤديه لفظ القانون في معناه الخاص⁴ .

ثانيا . خصائص التشريع .

يتميز التشريع بمجموعة من الخصائص ، وهي أنه يتضمن قاعدة قانونية ، وأن هذه القاعدة مكتوبة ، وأنه صادر عن سلطة عامة مختصة ، في صورة مكتوبة .

أ . **التشريع يجب أن يتضمن قاعدة قانونية** . بمعنى أن التشريع يتضمن قاعدة او مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها التي سبقت دراستها ، أي ينبغي أن تكون فيها ، جميع خصائص القاعدة القانونية فلا تعتبر قاعدة قانونية تشريعية ، إلا تلك التي تحوز على خصائص القاعدة القانونية السالف ذكرها وهي كونها قواعد سلوك اجتماعي ، مجردة وعامة ، وملزمة أي مصحوبة بجزاء قهري حال وفوري توفعه السلطة العامة المختصة في الدولة . ولذلك لا يعد تشريعا او قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن السلطة العامة المختصة في الدولة يخص شخصا معيناً بذاته او متعلقا بواقعة محددة بذاتها كإصدار السلطة التشريعية وسام تقدير لأحد الأشخاص الذي قدم إنجازا مفيدا او إصدار قانون يمنح شركة معينة بذاتها احتكار الحفر والتنقيب عن البترول . فمثل هذه القرارات لا تعد تشريعا رغم أنها صادرة من السلطة العامة والمختصة ، وفق الشكل والإجراءات التي تتبع في إصدار التشريع أي يعد تشريعا من حيث الشكل . أما من حيث الموضوع فلا يعد تشريعا لانتهاء صفة العموم والتجريد⁵ .

ب . **التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة** . ويقصد بذلك أن تصدر القاعدة القانونية في صورة وثيقة مكتوبة . وذلك على عكس العرف ، الذي يقال ، بأنه قانون غير مكتوب⁶ . فالقاعدة التشريعية لا تكون ملزمة في الجماعة إلا إذا أفرغت في وثيقة مكتوبة واستكملت الإجراءات اللازمة لإصدارها ونشرها

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 64 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 130 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 99 .

⁴ الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 92 .

⁵ الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 92 . الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 192 . يقول الدكتور علي فيلاي . مرجع سابق . ص 210/209/208 . (... بأن التشريع يجب ان تتوفر فيه ثلاثة عناصر هي العنصر الموضوعي . أي يجب أن يكون موضوع التشريع قاعدة قانونية . أي أنه يسعى لتنظيم سلوك الافراد . كما سبقت الإشارة الى ذلك فالقواعد القانونية هي قواعد تقويمية ، وتكليفية ، وهي عامة ومجردة ، وملزمة . وهذه الخصائص تميز القاعدة القانونية باعتبارها العنصر الموضوعي في التشريع عن القرارات الفردية التي تصدر عن السلطة المختصة وفي شكل الكتابة . والعنصر الشكلي أي ان التشريع يصدر في صورة مكتوبة . مما يسمح بتمييزه عن العرف . وأخيرا العنصر العضوي ، ذلك أن التشريع يصدر عن السلطة المختصة بوضعه أي تلك التي يخول لها صلاحية وضع التشريع ...) .

⁶ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 139 .

ونفاذها. ومثل هذه الكتابة توفر للقاعدة القانونية الوضوح وتزيل عنها كل غموض أو إبهام كما تكفل لها الثبات والاستقرار¹.

ج . التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة بوضعه . بمعنى أن يصدر التشريع عن السلطة التشريعية المختصة في الدولة ، وهي في الجزائر تتمثل في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة . وتحديد السلطة المختصة التي تملك إصدار التشريع أمرا ، يختلف من دولة الى أخرى ، بحسب ما إذا كانت الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ، او تأخذ بمبدأ وحدة السلطات ، ففي هذه الحالة الأخيرة تكون سلطة التشريع في يد الملك او الحاكم المطلق .

والقاعدة القانونية - كما هو معروف - لا تتكون بطريقة تلقائية داخل الجماعة كما هو الحال بالنسبة للعرف ، بل لابد من تدخل إرادة واعية تتولى وضعها والإلزام بها ، وتتمثل هذه الإرادة في السلطة التشريعية ، بحيث يمنحها الدستور بوصفها سلطة عامة ذات سيادة الاختصاص بوضع التشريعات².

والدستور هو الذى يتولى بيان من هي السلطة المختصة بسن التشريعات في دولة ، كما يحدد مراحل سنّها . وهذه السلطة وإن اختلفت من حيث تشكيلها وصلاحياتها في الزمان والمكان ، إلا أنها ترجع في أغلب الأحوال ، وفي جميع الدول المتمدنة الى الشعب مصدر كل السلطات³.

الفرع الثاني

أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه

أولا . أهمية التشريع .

لقد كان العرف في المجتمعات القديمة المصدر الرسمي الأول للقانون ، بحيث يمكن القول بأن العصور القديمة هي عصور العرف والدين ، أما حظ التشريع فقد كان ضئيلا⁴ . ذلك أن دراسة تطور المصادر الرسمية للقانون من حيث أهميتها وانتشارها ، تظهر أن العصور القديمة كانت عصور العرف والدين ، فقد كان العرف يحتل مكان الصدارة ويعد المصدر الرسمي الأصلي للقانون في المجتمعات القديمة أمام الضرورات الاجتماعية والظروف المحيطة بها . فلم تكن السلطة الحاكمة تجد ضرورة للتدخل في تنظيم العلاقات بوضع قواعد قانونية تشريعية في المجتمع ، لأن المعاملات داخل المجتمع كانت سهلة وبسيطة⁵.

كما تظهر ذات الدراسة ، أن العصر الحديث هو عصر التشريع ، فقد أضحى هذا الأخير أهم مصدر للقوانين الحديثة ، وأصبح يحتل مكان الصدارة في إنتاج القواعد القانونية في معظم الدول الحديثة باستثناء الدول الانجلوسكسونية كإنجلترا ونيوزلندا وأستراليا وغيرها ، التي ما زال القضاء فيها يحتل مكان الصدارة بالنسبة لمصادر القانون .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد. الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 34.

² الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور . محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 93.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 140.

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 131.

⁵ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 140.

لكن بتقدم المجتمعات وتطور أسس الحياة وتنوع العلاقات وتعددها بين الأشخاص ، أصبح العرف قاصرا عن الوفاء بحاجات الجماعة وعن مساهمة قيام الأوضاع الحديثة وتطور نواحي الحياة المختلفة . وأصبحت الأهمية العملية للعرف ضئيلة وقل شأنه واقتصر دوره على سد النقص في الأحوال القليلة النادرة التي سكت فيها التشريع عن حكم النزاع المعروض على القاضي .

ولعل من بين أهم العوامل التي أدت الى ازدياد أهمية التشريع واحتلاله الصدارة في العصر الحديث ، ظهور الدولة الحديثة وتركيز السلطة في يدها واستقرار نفوذها ، بحيث أصبح لها من القوة والإجبار ما يجعلها قادرة على فرض احترام القواعد التشريعية التي تضعها¹ .

كما ساعد على ذلك أيضا نمو الاتجاهات الاجتماعية التي تؤدي الى زيادة تدخل الدولة في تنظيم العلاقات بين الأفراد وامتداد ولايتها الى علاقات كثيرة اقتصادية واجتماعية وصحية وثقافية ، أصبحت اليوم من الوظائف الأساسية للدولة . بعد أن كانت تدخل في نطاق نشاط الأفراد . وقد غدت الدولة تتدخل في حياة الأشخاص من لحظة الميلاد حتى الوفاة . فالشخص كما قيل ، بهذا الصدد ، يدخل الحياة بمقتضى شهادة ميلاد من الدولة ، ويغادر الحياة بمقتضى شهادة الوفاة من الدولة² .

عدم قدرة العرف ، لبطء تكوينه ، على تلبية مطالب الحياة الحديثة المتنوعة ، مما استلزم اللجوء الى طريق آخر أكثر سرعة وسهولة لتكوين القواعد القانونية . فسرعة وسهولة سن التشريع بواسطة سلطة تشريعية مختصة في الدولة مكنت المشرع من سن ما يشاء من القوانين بكل سهولة وسرعة وحسب متطلبات وظروف الأحوال . وبذلك أصبح في إمكان المشرع سن قانون ملائم للمجتمع وإلغاء قانون غير ملائم بسهولة وسرعة عن طريق التشريع . بينما العرف بطيء في تكوينه وتطوره ، وعلى هذا صارت للتشريع منزلة خاصة بين مصادر القانون ، لأنه يمكن به تحقيق التجديد الذي يتطلبه المجتمع الحديث³ .

المصدر الاول للطالب الجزائري

ثانيا . مزايا التشريع وعيوبه .

لا شك في أن التشريع قد أصبح في المجتمعات الحديثة ، هو المصدر الغالب لقواعد القانون الوضعي ، بحيث تزداد أهميته يوما بعد يوم ، ويتميز التشريع ، مقارنة بالمصادر الرسمية الأخرى كالعرف بعدة مزايا تتمثل فيما يلي .

أ. مزايا التشريع . يتميز التشريع بعدة مزايا عديدة لعل أهمها .

01. سهولة سن التشريع وتعديله وإلغائه ، ذلك أن التشريع سريع في نشأته ، وفي تعديله وفي إلغائه ، إذا احتاج الأمر الى ذلك . فالتشريع تضعه السلطة العامة المختصة في الدول التي تستطيع أن تقوم بوضع القواعد القانونية بسرعة وسهولة في وقت قصير حسب متطلبات وظروف الأحوال . ولهذا فهو أقدر من العرف ، في مواجهة الحاجات والظروف الاجتماعية الجديدة في سرعة ويسر . وذلك يمكن المشرع من مواجهة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة عن طرق سن قواعد قانونية مكتوبة جديدة ، او تعديل النصوص القائمة او إلغائها إذا اقتضى الأمر ذلك .

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 132 .

² . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 100 .

³ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 101/100 .

وتلك مزية تتيح للقانون أن يؤدي وظيفته الاجتماعية على نحو يستجيب فيه لحاجات المجتمع بالسرعة التي تتفق مع تطور ضروب النشاط فيه وازدياده . والتشريع بهذا يختلف عن العرف الذي يعد مصدرا بطيئا لا ينشئ القواعد القانونية إلا بالتدريج ، إذ أنه ينبعث عن العادات والتعامل الذي يسرى بين الناس ، والزمن عنصر أساسي في تكوينه وزواله¹.

02. يتميز التشريع بوضوح الصياغة ، بحيث يصدر في صورة مكتوبة من خلال عبارات والفاظ محددة تساعد على التأكد من وجوده وتحديد معناه ، ولا شك أن ذلك يساعد الأفراد على معرفة القواعد القانونية التي تحكم معاملاتهم والتعرف بالتالي على حقوقهم وواجباتهم . وبذلك يحقق التشريع الاستقرار والأمن في المجتمع ، وذلك على خلاف العرف الذي يصعب تحديد بدء سريانه والتعرف على مضمونه² والتشريع يتم من طرف هيئة مختصة ، وعلى هذا الأساس تأتي القواعد القانونية واضحة الأمر الذي يسهل على المخاطبين بها التعرف على حقوقهم وواجباتهم وهذا يحقق الأمن والاستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع³.

وهذا ما لا يتأتى بالنسبة للمصادر الأخرى كالعرف ، الذي لا يعدو أن يكون معنى او فكرة تستقر في الأذهان يجرى تعامل الأفراد عليها ، دون أن تكون مكتوبة ، فهو قانون غير مكتوب وغير واضح .

03. التشريع من شأنه أن يؤدي الى تحقيق وحدة النظام القانوني في الدولة . يؤدي التشريع في العادة الى وضع قواعد قانونية لتسري على كل أرجاء البلاد . فيكون القانون واحدا في الدولة ويسري على الجميع دون استثناء او تمييز وتحقق بذلك الوحدة الوطنية التي هي أساس الوحدة السياسية في الدولة وزيادة التضامن بين الأشخاص في المجتمع ووحدة الأحكام في جميع أرجاء إقليم الدولة . عكس العرف الذي يمكن أن يتعدد ويختلف بحسب المناطق في الدولة الواحدة ، وبالتالي يؤدي الى عدم الشعور بالوحدة القانونية المنشودة في البلد الواحد واختلاف الأحكام فيه . وتساعد هذه الوحدة القانونية على استقرار المعاملات ، وتؤدي الى تقوية الروابط بين أجزاء الوطن الواحد ، وتكون عاملا على تحقيق التضامن بين أجزاء الأمة الواحدة⁴.

ب. عيوب التشريع .

ورغم المزايا التي بينها وذكرنا أنها جعلت التشريع يحتل مركز الصدارة بين المصادر الأخرى للقانون ، فقد حاول خصوم التشريع (أنصار المدرسة التاريخية) البحث عن عيوب التشريع ذلك بقولهم إن التشريع يتسم بالجمود والتخلف ، أحيانا ، عن مسايرة التطور ، فقد تتغير ظروف المجتمع ويظل التشريع على حاله بسبب تقاعس السلطة التشريعية عن بذل الجهد اللازم لتعديله ، فيصبح التشريع جامدا غير ملائم لظروف المجتمع ومتطلباته⁵ . لكن الواقع كثيرا ما يكذب هذه الظاهرة ، ففي معظم الاحيان يبادر المشرع - مستجيبا لتوجيهات الفقهاء- بتعديل التشريعات لتساير الظروف الاجتماعية المتغيرة⁶.

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 142.

² الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 94.

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 133.

⁴ الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 101.

⁵ الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 95.

⁶ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 141.

إن التشريع قد يؤدي الى وضع قواعد قانونية لا تتماشى مع المتطلبات الاجتماعية وحاجات الأشخاص . ذلك أن القانون يصدر من السلطة العامة المختصة في الدولة ، ويفرض على الأشخاص جبرا ، وما تصدره السلطة من تشريع قد لا يلبي حاجات وأوضاع المجتمع القائمة ، وإنما قد تصب السلطة فيه ما تؤمن به هي من مبادئ ، ولهذا من المحتمل أن تسن هذه السلطة تشريعا يتضمن قواعد لا تطابق حاجات المجتمع ورغبات أفرادها ، فلا يلقي القبول عندئذ في نفوس المخاطبين به وتكثر مخالفتهم له . وعلى هذا الأساس قد يتحول التشريع الى وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة بوضعه¹ .

والحقيقة أن هذه الانتقادات والمآخذ لا توجه الى التشريع في حد ذاته بل الى السلطة التي تقوم بوضعه ، فتلك الانتقادات تعكس الخلل في الأجهزة القائمة على وضع التشريع وتطبيقه . فالسلطة التشريعية الواعية التي تمثل المجتمع تمثيلا حقيقيا ستضع نصب أعينها مصالح المجتمع دون المصالح الشخصية او الطبقية ، ولن تضع سوى التشريعات الملائمة للواقع الاجتماعي والاقتصادي بعد استقراء هذا الواقع وكشف أغواره . وتستطيع تلك السلطة بذل الجهد الكافي في صياغة التشريع الصياغة المرنة الملائمة لحاجات المجتمع المتطورة ويمكنها دائما التدخل ، في الوقت الملائم لتعديل التشريع او إلغائه كلما دعت الحاجة الى ذلك وكلمت صار غير متوافق مع حاجات المجتمع² .

الفرع الثالث

أنواع التشريع

توجد عدة أنواع من التشريعات ، وتختلف هذه التشريعات في قوتها وطريقة سنها بحسب السلطة التي تصدرها ، أعلاها هو التشريع الأساسي او القانون الأساسي "الدستور" ، وأوسطها ، هو التشريع العضوي والتشريع العادي ، وأدناها هو التشريع الفرعي او اللوائح . ويعنى هذا التدرج أن التشريع الأساسي ، هو أعلي التشريعات في الدولة ، وبترتب على تفاوت درجة قوة التشريع نتيجة جد هامة هي وجوب احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه درجة . فلا يجوز أن يخالف التشريع العادي مثلا التشريع الأساسي .

فإذا حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة ، وجب تغليب الأعلى منهما درجة ، وهذا ما يتحقق عن طريق الرقابة على صحة التشريع او ما يسمى برقابة دستورية التشريعات ، والجهة المختصة بذلك في الجزائر ، هي المجلس الدستوري ، وفقا لأحكام المادة 01/165 من الدستور الحالي .

أولا . التشريع الأساسي "الدستور"

الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وتضع قواعد الحكم وتنظم السلطات العامة فيها وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد والضمانات الواجبة لهم³ . او هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها كما تتناول حقوق الأفراد السياسية وحررياتهم العامة وواجباتهم العامة⁴ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 69.

² الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 95.

³ الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 126

⁴ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 132.

ويعتبر الدستور هو أعلى التشريعات درجة ، وهو الذي يضع أساس بناء الدولة ويحدد نظام الحكم فيها ، ويبين السلطات العامة في الدولة (السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية) واختصاصات كل منها ، وعلاقات هذه السلطات ببعضها البعض ، ويقرر الحقوق الأساسية للأفراد من حريات عامة وحقوق اتجاه الدولة .

ويتم وضع الدستور عن طرق جمعية تأسيسية Assemblée Constitutionnelle ينتخبها الشعب لهذا الغرض او عن طرق استفتاء الشعب مباشرة ، بعد أن يتم إعداد الدستور من طرف لجنة معينة لهذا الغرض ، ويمكن الجمع بين الطريقتين السابقتين ، أي بين الجمعية التأسيسية والاستفتاء الشعبي ، وهذا الأسلوب الأخير ، يعد أقرب الى الديمقراطية . وقد يتم وضع الدستور عن طريق منحة من الحاكم الى المحكومين ، او في صور عهد PACTE بين الحاكم المحكوم¹ .

والدساتير نوعان ، إما عرفية ، او مكتوبة . فالدستور العرفي ، هو الذي لا تكون قواعده مكتوبة ومسجلة ومجموعة في وثيقة رسمية ولا يضعها المشرع وإنما هي قواعد مبنية على العرف الذي يستقر في العمل ويثبت في أذهان الناس ويكتسب صفة الإلزام مع الزمن عن طريق الأحكام القضائية² .

وأهم دستور عرفي في العصر الحاضر هو الدستور البريطاني ، الذي نما تدريجيا أثناء تاريخ إنجلترا وما زال في معظمه عرفيا .

أما الدستور المكتوب فهو الذي تفرغ أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة ، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية هي أول دولة وضعت وثيقة مكتوبة ، تشمل على القواعد الدستورية المنظمة للحكم . وذلك سنة 1778 .

وتعديل الدستور يتوقف على طبيعته ، فإذا كان دستورا مرنا فإنه يكفي لتعديل أحكامه أو إلغائها صدور قانون أو تشريع عادي عن السلطة التشريعية كما هو الشأن في تعديل أو إلغاء القوانين العادية . ولا فرق حينئذ بين القواعد الدستورية وقواعد التشريع العادي ، بل هما يقفان على قدم المساواة في ترتيب القواعد القانونية³ .

ويعتبر دستور بريطانيا العظمي أهم مثال للدساتير المرنة . ولذلك يقال أن القانون الانجليزي لا يعترف بسمو الدستور على التشريع العادي .

أما الدستور الجامد فهو الذي يحتاج الى إجراءات خاصة وصعبة أشد من إجراءات تعديل القوانين العادية ولا بد من إتباع إجراءات خاصة في تعديله⁴ . لأن الدستور يعلو على اختصاص السلطة التشريعية العادية ، ولا بد من إتباع إجراءات خاصة في تعديله ، كاشتراط قيام نفس الهيئة التي شرعته بتعديله او عن طريق هيئة خاصة تقوم بالتعديل ، غير الهيئة المنوط بها تعديل القوانين العادية .

وفائدة التشدد في إجراءات تعديل أحكام الدستور الجامد ، هي تأمين استقرار المبادئ الأساسية الدستورية ، ومنع تعرضها للتغيير والتبديل تبعا للأهواء السياسية . فصعوبة إجراءات تعديل الدستور تعطيه صفة الجمود .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 39 .

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 150 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص .

⁴ الدكتور غلب على الداودي . مرجع سابق . ص . 106 .

وتعتبر قواعد الدستور الجامد أسمى من قواعد التشريع العادي ، وعليه فلا يستطيع هذا الأخير مخالفة قواعد الدستور ، ولا يملك بالنتيجة تعديل أحكامه¹.

ثانياً. التشريع العادي

يقصد بالتشريع العادي ، مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة ، في حدود اختصاصاتها المحددة في الدستور² . ويطلق على هذا النوع من التشريع في العمل اسم "القانون"³ La loi ، بالمعنى الخاص أو الضيق لهذا المصطلح ، تميزا له عن غيره من التشريعات

ويوجد نوعان من التشريعات ، النوع الأول التشريع العادي ، وهو المحدد بنص المادة 122 من الدستور ويتعلق بعدة مسائل منها التشريع المتعلق بالجنسية ، وقانون العقوبات ، وغيره مما تضمنته أحكام المادة 122 السالف ذكرها . والتشريع العادي لا يخرج دائما في صورة واحدة ، فقد يخرج في صورة نصوص تنظم مسائل محدودة ، كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة أو مهنة الطب أو التشريع المنظم للجامعات ، وقد يخرج مجمعا ومبوبا في شكل وثيقة رسمية كالتقنين المدني والتجاري الخ .

النوع الثاني التشريع العضوي ، فهو المحدد بنص المادة 123 من الدستور ، ويتعلق بمسائل معينة ، منها تنظيم السلطات العمومية وعملها ، والقانون المتعلق بالأحزاب ، وقانون الإعلام ، والقانون الاساسي للقضاء ، والتنظيم القضائي ، والقانون المتعلق بالأمن الوطني . ويتميز التشريع العضوي ، بأنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق . ويخضع وضع التشريع العضوي لما يخضع له سن التشريع العادي من إجراءات .

والأصل أن السلطة التشريعية هي التي تصدر التشريع العادي ، أما السلطة التنفيذية فتقوم بتنفيذ التشريع ، بعد إنشائه ، وتختص السلطة القضائية بتطبيقه على المنازعات المختلفة التي تعرض عليها . لكن هناك استثناء على هذه القاعدة . ذلك أنه يمكن للسلطة التنفيذية ، طبقا لبعض الدساتير ، أن تحل محل السلطة التشريعية ، في سن القوانين ، عن طرق المراسيم التشريعية ، وذلك في عدة حالات معينة أهمها حالة الضرورة ، حالة التفويض ، الحالة الاستثنائية ، وحالة الاستعجال .

أ. حالة الضرورة ، يجوز في بعض الدساتير ، لرئيس الجمهورية ، مؤقتا ، أن يسن التشريع العادي بأمر في حالة غياب السلطة التشريعية (إما بسبب حلها أو بسبب إجازتها السنوية) . فإذا وجدت حالة الضرورة ، والسلطة التشريعية غائبة ، انعدمت الأداة التشريعية الأصلية ، جاز حينئذ لرئيس الجمهورية ، وضع التشريع العادي على سبيل الاستثناء . إذا استدعت حالة الضرورة الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تحتل التأخير .

وتقدير حالة الضرورة من عدمها مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية . شريطة أن يتم عرض الأمر بعد إصداره عن البرلمان (بغرفتيه) في أول دورة له للموافقة عليه ، وله أن يرفضه إذا وجد أن الظروف لا تستدعي إصداره فيعد ملغي (راجع المادة 03/123 من الدستور) .

¹ سمير تناغو. النظرية العامة للقانون. طبعة 1986. ص. 307. أشار اليه الدكتور محمد سعيد جعفر. مرجع سابق. ص. 141.

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد. الدكتور محمد حسين منصور. مرجع سابق. ص. 35.

³ الدكتور محمد الصغير بعلي. مرجع سابق. ص. 40.

ب. حالة التفويض ، قد تحتاج بعض التشريعات الى شيء من الدقة في صياغتها او السرعة في انجازها ، مما لا يتوافر للسلطة التشريعية ، ففي هذه الحالة تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية ، بناء على تفويض من هذه الأخيرة ، في سن التشريعات ، وعليه يمكن تعريف تشريع التفويض ، بأنه ذلك التشريع الذي يسنه رئيس الجمهورية ، لمواجهة ظروف معينة ، بناء على تفويض من السلطة التشريعية¹ .

وهذا التفويض يصدر حال قيام السلطة التشريعية ، أي أن السلطة التشريعية تكون قائمة وموجودة وليس في غيابها . وترد عليه قيود كثيرة . فلا يجوز الالتجاء الى التفويض إلا في حالة الضرورة وفي أحوال استثنائية تبرره . ويجب أن يصدر التفويض بالأغلبية ، وأن يكون لمدة محددة ، وأن يتضمن التفويض بيان الموضوعات التي يتم التفويض في شأنها² .

ورغم أن التفويض أمر مستساغ ، إذ قد تقتضيه مصلحة الوطن ، فإنه لم يرد نص في الدستور الجزائري الحالي ، ولا في دستور 1976 و 1989 ، يجيز هذا التفويض .

ج. الحالة الاستثنائية . يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر على الرغم من وجود السلطة التشريعية ، وفقا لأحكام المادة 93 من الدستور ، فقد يتخذ رئيس الجمهورية ، إجراءات استثنائية تقتضيها الظروف المستجدة الطارئة ، والمتمثلة في حالة الخطر الداهم للدولة ، الذي يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية او استقلالها او سلامة ترابها . وعليه في هذه الحالة ، وقبل أن يتخذ رئيس الجمهورية ، الإجراءات الملائمة ، يجب عليه ، أن يستشير ، رئيس المجلس الشعبي الوطني ، ورئيس مجلس الأمة ، والمجلس الدستوري ، ويستمع الى المجلس الأعلى للأمن ، ومجلس الوزراء .

غير أنه يلاحظ أن آراء هذه الجهات ، وإن كانت تقيد رئيس الجمهورية بما تشير عليه ، إلا أن الكلمة الأخيرة ترجع الى رئيس الجمهورية ، باعتباره المسؤول الأول عن سلامة وأمن البلاد والعباد³

د. الحالة الاستعجالية . يمكن لرئيس الجمهورية ، عند عدم المصادقة على مشروع قانون المالية من السلطة التشريعية في الأجل المحدد ب (75 يوما) ، وكان الأمر مستعجلا أن يأمر بتنفيذ هذا المشروع دون انتظار المصادقة عليه ، من طرف البرلمان بغرفتيه⁴ .

ثالثا . التشريع الفرعي او اللوائح . Les règlements .

هو التشريع التفصيلي الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضي الاختصاص الأصلي المخول لها في الدستور في حالات معينة ، بهدف تسهيل تنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية او تنظيم المرافق العامة او المحافظة على الأمن والصحة العامة⁵ . والسلطة التنفيذية هي الأقدر بحكم اتصالها المباشر بالمجال المراد تطبيق التشريع فيه ، على الإحاطة بأنسب الوسائل لتنفيذه⁶ .

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 148 .

² . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 156 .

³ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 151 .

⁴ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 46 .

⁵ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 166 .

⁶ . الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 138 .

ويطلق على هذا النوع من التشريع اسم "اللائحة" ، وهو أدنى أنواع التشريع مرتبة ولذلك يشترط فيه أن لا يكون مخالفا لأحكام التشريع الأساسي أو أحكام التشريع العادي .

وتتمثل السلطة المختصة بوضع اللوائح ، في كل من رئيس الجمهورية ، ورئيس الحكومة اللذين تثبت لهما سلطة تنظيمية عامة ، وكذلك في الوزراء الذين تثبت لهم سلطة تنظيمية محصورة في مجال اختصاص كل منهم ، ويضاف الى ذلك سلطات إدارية أخرى خاصة (بالولاية ورؤساء البلديات)

وتتشكل اللوائح والتنظيمات ، من مجموعة كبيرة من النصوص التي يعلو بعضها بعضا من حيث تدرجها في القوة ، تبعا للتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية . وتقع المراسيم الرئاسية والتنفيذية على رأس هذه التنظيمات ، وتليها القرارات الوزارية او القرارات الوزارية المشتركة والقرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية .

وتجدر الإشارة ، الي أن السلطة التنفيذية حينما تقوم بسن التشريع الفرعي فإنما تقوم بهذه المهمة بما لها من اختصاص أصيل نص عليه الدستور ، يثبت لها حتى مع وجود السلطة التشريعية وليس على أساس أنها تحل في ذلك محل هذه السلطة ، حلولا مؤقتا او تنوب عنها ولهذا لا يعلق اختصاص السلطة التنفيذية في سن التشريع الفرعي على غياب السلطة التشريعية كما في حالة تشريع الضرورة ولا يعلق أيضا على تفويض من السلطة التشريعية كما في حالة تشريع التفويض¹ . وتعتبر اللوائح أقل قوة من التشريع العادي الذي تضعه السلطة التشريعية أصالة ، ومن التشريع العادي الذي تضعه السلطة التنفيذية استثناء ولذلك يطلق عليها اسم التشريع الفرعي² .

وتنقسم التشريعات الفرعية او اللوائح ، تبعا للغرض من سنّها ، الى ثلاثة أنواع ، هي اللوائح التنظيمية ، واللوائح التنفيذية ولوائح الضبط او البوليس .

أ. اللوائح التنظيمية . Les règlements d'organisation وهي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح والمرافق العامة ، باعتبارها السلطة الأقدر من غيرها على اختيار ما يلائم هذه المصالح والمرافق من نظم³ . طالما أنها هي التي تقوم بإدارة هذه المصالح والهيئات والمرافق وبحكمة وظيفتها تستطيع ان تختار التنظيم الملائم لسير العمل فيها .

ب . اللوائح التنفيذية . Les règlements d'application ou d'execution وهي مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التنفيذية ، ممثلة في رئيس الحكومة (الوزير الأول) بوضعها ، عن طريق مراسيم تنفيذية ، لقوانين قامت السلطة التشريعية بسنّها . وذلك من أجل سرعة وسهولة تنفيذها ، على أساس أن التشريع العادي ، الذي تضعه السلطة التشريعية ، غالبا ما يقتصر على وضع القواعد العامة ، تاركا المسائل التفصيلية للسلطة التنفيذية ، لاتصالها المباشر مع الجمهور .

وعلة قيام السلطة التنفيذية بسن اللوائح التنفيذية ، تكمن في أن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية كثيرا ما تقتصر على وضع القواعد العامة ، وتترك النواحي التفصيلية والجزئيات التي يقتضيها تنفيذها للسلطة التنفيذية . فهذه الأخيرة بحكم وظيفتها في تنفيذ القوانين واتصالها المستمر بالجمهور ، تكون أقدر من السلطة التشريعية على الإلمام بالتفصيلات والجزئيات الخاصة بالتنفيذ ، وفقا

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي مرجع سابق . ص . 166 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 162 .

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 139 .

لما تقتضيه ضرورات وظروف العمل . وهذا من شأنه ضمان السرعة في التنفيذ والتخفيف من أعباء السلطة التشريعية ، بجعلها تهتم عند وضع القوانين العادية ، بالمبادئ العامة والأساسية دون التطرق للتفاصيل¹.

ج . لوائح الضبط او البوليس Les règlements de police . هي مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التنفيذية (ممثلة في الإدارة المركزية والإدارة المحلية) بوضعها للمحافظة على الأمن العام وتوفير السكنية وحماية الصحة العامة² . مثل لوائح تنظيم المرور ، ولوائح مراقبة الأغذية ، والباعة المتجولين .

وتجدر الإشارة الى أن التشريع الفرعي ، لا يحتاج الى المراحل التشريعية التي يمر بها التشريع العادي ، إذ تنحصر مختلف مراحل سنه بيد السلطة التنفيذية . علما بأنه لا يعتبر نافذا إلا إذا تم إصداره ونشره تماما كالتشريع الأساسي والتشريع العادي³ .

الفرع الرابع

سن التشريع

يمر سن التشريع العادي بعدة مراحل ، هي المبادرة بالتشريع أي اقتراح مشروع التشريع الفحص ، المناقشة والتصويت ، مرحلة التصديق .

أولا . مرحلة الاقتراح او المبادرة بالتشريع Proposition . هذه هي أولى المراحل التي يمر بها وضع التشريع العادي ، فهو يبدأ في صورة اقتراح ، ويسمى مشروع قانون أو بتعبير أدق مشروع تشريع⁴ . **Projet de loi** . والمبادرة بالتشريع أو الاقتراح ، هي عرض مشروع التشريع على السلطة التشريعية ، من طرف رئيس الحكومة أو الوزير الأول ، وهي حق كذلك لكل نائب (20) على الأقل ، وفقا لأحكام المادة 02/119 من الدستور .

ويطلق فقهاء القانون الدستوري على الاقتراح او المبادرة الصادرة عن السلطة التنفيذية اصطلاح مشروع التشريع **Projet de loi** ، بينما يطلقون عليه ، إذا كان صادرا من النواب ، مصطلح اقتراح التشريع⁵ **Proposition de loi** .

وطبقا لأحكام المادة 02/119 من الدستور 1996 ، تعرض مشاريع القوانين والتشريعات ، على مجلس الوزراء ، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة ، ثم يودعها رئيس الحكومة ، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني .

ثانيا . مرحلة الفحص . بعد عملية الاقتراح ، تتم عملية فحص محتوى المشروع المقترح ، أمام لجنة مختصة بذلك ، تابعة للمجلس الشعبي الوطني ، وتقدم هذه اللجنة تقريرا مفصلا ، إذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشة .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 167 .

² الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 139 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 168 .

⁴ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 135 .

⁵ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 154 .

ثالثا . مرحلة المناقشة والتصويت . بعد أن تتم عملية الفحص ، يطرح مشروع القانون او التشريع او اقتراح التشريع ، على السلطة التشريعية ، لمناقشته والتصويت عليه . وتتم المناقشة والتصويت ، أولا من طرف الغرفة الأولى المجلس الشعبي الوطني . ثم تليها الغرفة الثانية ، مجلس الأمة .

وحتى يعتبر المشروع او الاقتراح ، موافقا عليه ، يجب أن تكون مصادقة المجلس الشعبي الوطني ، من طرف الأغلبية المطلقة ، النصف زائد واحد ، للأعضاء الحاضرين . وتجدر الإشارة الى أن دستور 96 ، لم يشير الى حالة تساوى الأصوات .

أما مصادقة ، مجلس الأمة ، فيجب أن تكون بأغلبية الأصوات ، ثلاثة أرباع من أعضائه 04/03 وعند خلاف بين الغرفتين ، بأن حصلت المصادقة ، من إحداهما ولم تحدث من الثانية ، تجتمع بناء على طلب من رئيس الحكومة او الوزير الأول ، لجنة متساوية الأعضاء وتتكون ، من أعضاء من الغرفتين من أجل ، اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف ، وفقا لأحكام المادة 04/120 من الدستور ، ثم تعرضه الحكومة على الغرفتين ، للمصادقة عليه من غير إدخال أي تعديل عليه ، فإذا تمت المصادقة عليه ، تم إقراره من البرلمان ، وتمت بالتالي عملية سن التشريع ، أما إذا استمر الخلاف بين الغرفتين ، فإن النص المقترح يسحب وفقا لأحكام المادة 06/120 من الدستور .

رابعا . مرحلة التصديق . بعد الموافقة على مشروع التشريع يحال الى رئيس الجمهورية للتصديق عليه ، في خلال ثلاثين يوما ، من تاريخ تسلمه ، وفقا لأحكام المادة 01/127 من الدستور وله أي لرئيس الجمهورية ، حق الاعتراض عليه ، في خلال هذه المدة ، أي يمكن لرئيس الجمهورية عوض المصادقة على المشروع الذي وافق عليه البرلمان ، أن يمتنع عن ذلك ، ويطلب إجراء مداولة ثانية بشأنه ، وعندئذ يجب رده الى المجلس الشعبي الوطني لإعادة مناقشته والتصويت عليه من جديد .

غير أنه لما كانت الكلمة الأخيرة والنهائية في وضع التشريع هي للسلطة التشريعية ، فإن المجلس الشعبي الوطني ، يملك أن يقر المشروع من جديد ، وذلك رغم اعتراض رئيس الجمهورية عليه ، ولكن يشترط حينئذ أن يتم الإقرار بأغلبية ثلثي أعضاء هذا المجلس . فإذا تحققت موافقة هذه الأغلبية الخاصة اعتبر المشروع تشريعا ، وجب على رئيس لجمهورية إصداره . فإن لم يعترض عليه رئيس الجمهورية اعتبر قانونا ، ووجب إصداره¹ .

الفرع الخامس

صياغة التشريع

يقصد بصياغة التشريع هي الطرية او الوسيلة الفنية للتعبير عن مضمون القاعدة القانونية ودراسة الصياغة تقتضي أولا ، معرفة طرق وأدوات هذه الصياغة ، ثم بعد ذلك معرفة أنواع الصياغة

¹ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 156.

أولا . طرق وأدوات الصياغة

يقصد بطرق أو أساليب الصياغة ، الأدوات المستعملة في التعبير عن جوهر القاعدة التشريعية ويمكن حصرها في نوعين ، الطرق المادية ، والطرق المعنوية .

أ. الطرق المادية . لقد تعددت طرق الصياغة واختلفت في مدى أثرها على جوهر القاعدة التشريعية . والطرق المادية هي المظهر الذي تخرج به القاعدة التشريعية ، معبرا عن جوهرها بطريقة لا تحتمل التأويل ، ومن أهم أدواتها ، التعبير العددي ، والشكلي ، وتحديد الشروط ، وحصر الحالات .

01 . التعبير العددي . يتم هذا التعبير عن طريق وضع رقم عددي ثابت في القاعدة التشريعية ، يسهل فيما بعد تطبيقها في العمل ، ويحول دون الخلاف على ما يخضع لها من فروض مثال ذلك القاعدة التشريعية التي تقرر ، أن سن الرشد هي تسعة عشرة سنة ، فرقم 19 ، هو معيار مادي يستدل به ، عن راحة العقل واكتمال الأهلية . ونفس الشيء بالنسبة للقواعد التشريعية التي تحدد أنصبة الورثة بنسبة معينة من التركة . وتلك التي تحدد مدة التقادم بعدد معين من السنين .

02 . التعبير الشكلي . قد يعول المشرع أحيانا على الشكل الواجب توافره في القاعدة التشريعية لبلوغ المعنى الذي قصده من وراء وضعها ، فقد يكون الشكل من أجل تنبيه الأفراد الى خطورة التصرف الذي هم مقبلون عليه ، مثال ذلك القاعدة التي تقرر الكتابة الرسمية في بيع العقار كما تنص على ذلك أحكام المادة 324 مكرر 01 من التقنين المدني ، او للتيسير عليهم في إثبات تصرفاتهم كاشتراط الكتابة لإثبات الدين ، إذا تجاوز مائة ألف دينار جزائري .

03 . التعبير بتحديد الشروط والحالات . قد ترد القاعدة التشريعية محددة للشروط ، كما هو الحال مثلا بالنسبة لأحكام المادة 134 من التقنين المدني الجزائري ، والتي حددت الشروط الواجب توافرها لقيام مسؤولية المكلف بالرقابة .

ب . الطرق المعنوية . وهي أساليب ذهنية يتم بها التعبير عن القاعدة التشريعية وتتمثل في القرائن القانونية ، والحيل القانونية .

01 . القرائن القانونية . ويقصد بها استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم يغلب تحققه مع الأمر المعلوم . وتستعمل هذه القرائن عادة في إثبات بعض الوقائع ، فالمفقود وهو من طالت غيبته وانقطعت أخباره ، يحكم القانون بوفاته ، لأنه من المحتمل والمرجح أنه يكون قد هلك . وكذلك وفاء المستأجر بجزء من الإيجار ، قرينة على وفائه بباقي مبالغ الإيجار . راجع أحكام المادة 499 من التقنين المدني الجزائري .

والقرائن القانونية نوعان . قرائن قطعية لا يمكن إثبات عكسها ، مثال ذلك ما جاءت به أحكام المادة 38 من التقنين المدني الجزائري ، والتي تقرر مسؤولية الشيء ، فهي قائمة على أساس قرينة قاطعة ، لا تقبل إثبات العكس . على أساس أن الخطأ مفترض في جانب الحارس بحكم القانون افتراضا لا يقبل إثبات العكس . فلا يستطيع الحارس أن يتخلص من مسؤوليته ، بنفي هذا الخطأ . وقرائن غير قاطعة ، وهي التي يمكن إثبات عكسها ، كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية المكلف بالرقابة فهذه القاعدة ،

قائمة على أساس الخطأ المفترض ، افتراضا قابلا لإثبات العكس ، بحيث يستطيع المسؤول المكلف بالرقابة التخلص ، من مسؤوليته إذا اثبت أنه لم يخطأ .

02. الحيل القانونية. ويقصد بها ، إعطاء المشرع لوضع من الأوضاع وصفا مخالفا للحقيقة توصلا الى ترتيب أثر قانوني معين بهذا الوصف . ويلجأ إليها المشرع لتحقيق أهداف القانون مثال ذلك اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للأشخاص العامة وللشركات . وفقا لما جاء في أحكام المادة 49 والمادة 50 من التقنين المدني الجزائري . ذلك أن الشخص المعنوي لا وجود له في الواقع ، ويسر من طرف الأشخاص الطبيعيين المكونين له .

والفرق بين القرائن والحيل ، يتمثل في أن القرائن تقوم على الأخذ بما جري به الغالب والراجح من الأمور ، وفقا لطبيعة الأشياء ، أما الحيل فتقوم على إيجاد أمر وتأكيد صحته ، بحكم القانون ، في حين أنه غير موجود في الواقع ، وغير صحيح تماما .

ثانيا . أنواع الصياغة .

تمثل صياغة القواعد القانونية الجانب الفني للقانون ، ويقصد بها التقنية او الأسلوب الذي يعبر من خلاله المشرع عن مضمون القاعدة القانونية ، وتكتسي صياغة القاعدة القانونية أهمية كبيرة ، فهي ليست ضرورية للكشف عن جوهر القاعدة القانونية فحسب ، بل يتوقف عليها أيضا تحقيق الغرض الذي وضعت من أجله . فكلما كانت الصياغة دقيقة ومعبرة عن مضمون التشريع كلما كان تطبيقه سهلا وتحقيق مضمونه فعالا . والحقيقة أن صياغة القواعد القانونية ليس بالأمر السهل والبسيط¹ .

وتعد الصياغة القانونية عنصرا هاما من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهي التي تخرجها الى حيز الوجود ، ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملائمة أدواتها . لهذا ينبغي مراعاة الدقة في صياغة القاعدة القانونية من خلال اختيار التعبير الفني العلمي واقرب السبل وأفضل الأدوات لتحقيق الغاية المقصودة منها² .

يمكن صياغة القاعدة القانونية بصورة جامدة تقيد القاضي ولا تترك له مجالا للسلطة التقديرية . ويمكن صياغة القاعدة القانونية بطريقة مرنة تترك للقاضي حرية واسعة في التقدير والتطبيق .

أ . الصياغة الجامدة .

يقصد بالصياغة الجامدة تلك الصياغة التي تحقق التحديد الكامل للحكم القانوني او لما يخضع له من أشخاص وأحداث ، على نحو لا يترك مجالا للتقدير ، سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون عندما يريد التعرف على ما إذا كان الحكم ينطبق عليه او بالنسبة للقاضي عندما يريد إنزال الحكم القانوني على ما يعرض أمامه من وقائع وأشخاص³ .

وتعتبر الصياغة جامدة إذا كانت تواجه فرضا معينا او وقائع محددة وتتضمن حلا ثابتا لا يتغير مهما اختلفت الظروف والملابسات المحيطة بهذه الواقعة او الفرضية . لذا يجد القاضي نفسه مضطرا

¹ الدكتور على فيلالي . مرجع سابق . ص . 232.

² الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 131.

³ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . النظرية العامة للقانون . القاعدة القانونية . الحق . منشورات الحلبي الحقوقية . 2002 . ص . 183.

لتطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية وصارمة¹. ومن بين القواعد ذات الصياغة الجامدة تلك التي تحدد سن التمييز² أو سن الرشد³ أو مختلف المواعيد لرفع الدعوى⁴ أو لاستئناف الأحكام أو الطعن في القرارات. ففي هذه القواعد جميعا نجد التحديد الرقمي لا يترك أي مجال للتقدير. فإذا بلغ الشخص سن السادسة عشرة فإنه يصبح مميزا، وببلوغه سن التسعة عشرة يصبح راشدا وذلك بغض النظر عن كل الاعتبارات أو الظروف الشخصية أو غيرها، كأن يكون ذلك الشخص لا زال لا يميز بين ما ينفعه أو يضره بسبب ضعف نمو عقله.

ويتوقف سن التمييز وكذا سن الرشد على القدرات الذهنية لكل فرد والتي تختلف من شخص إلى آخر بحسب الظروف الصحية والبيئية والعائلية والتعليمية، غير أن المشرع فضل بالنسبة لهذه المسألة وكذا الحالات المشابهة لها فرض حل واحد وثابت لا يتغير بتغير ظروف وملابسات كل حالة⁵.

هذه الطريقة تتميز بأنها تحقق العدل المجرد من خلال توحيد الحكم على جميع أفراد النموذج التشريعي، كما تتميز بالوضوح والتحديد أضف إلى تحقيقها الاستقرار الاجتماعي. في المقابل يؤخذ عليها من ناحية عدم مرونتها ومجافاتها للعدالة الواقعية بما لا يسمح بمراعاة الفروق الفردية بين أفراد النموذج التشريعي⁶.

ب. الصياغة المرنة.

تكون الصياغة مرنة إذا اكتفت القاعدة القانونية بإعطاء القاضي معيارا مرنا عاما يستهدف به من وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة من القضايا المعروضة عليه طبقا للظروف والملابسات المختلفة. فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاء تطبيق القاعدة القانونية المرنة⁷.

وتقتصر الصياغة المرنة على وضع معيار يستهدي به القاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية مع مراعاة ظروف وملابسات كل حالة على حدة، ذلك أن القاضي في هذه الصياغة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة وكبيرة. فيكون له دور أكبر عند تطبيقه للقاعدة القانونية ولذلك فقد يختلف تطبيق القاعدة القانونية من حالة إلى أخرى، حسب اختلاف ظروف وملابسات كل حالة⁸. ومن بين القواعد ذات الصياغة المرنة، تلك التي تقرر إبطال العقد بسبب غلط المتعاقد، أو بسبب حالة الاستغلال، أو القاعدة التي تمنع التعسف في استعمال الحق.

ويتحقق الغلط المبطل للعقد إذا كان هو الدافع الرئيسي والذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد⁹، والدافع الرئيسي يختلف بطبيعة الحال من شخص إلى آخر، ومن حالة إلى أخرى، وعلى القاضي - عندئذ - أن يقدر وضع المتعاقد وظروفه في كل حالة.

¹ الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 132.

² تنص المادة 02/42 من التقنين المدني الجزائري على أنه (يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة)

³ تنص المادة 02/40 من التقنين المدني الجزائري . على أنه (وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة)

⁴ تنص المادة 02/90 . من التقنين المدني الجزائري على أنه (ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة)

⁵ الدكتور علي فيلاي . مرجع سابق . ص . 235.

⁶ الدكتور همام محمد محمود زهران . مرجع سابق . ص . 172/171.

⁷ الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 132.

⁸ الدكتور علي فيلاي . مرجع سابق . ص . 236.

⁹ تنص المادة 82 من التقنين المدني (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط)

ج . مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة .

تتميز الصياغة الجامدة بالانضباط وتحقيق الاستقرار في المعاملات ، ومن شأنها أن تؤدي الى المساواة المطلقة والعدل المجرد ، إذ لا مجال فيها للتحكم او التمييز والمحابة . ويعاب عليها أنها لا تحقق العدالة لأنها تتسم بالجمود وعدم مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة .

أما الصياغة المرنة فتتميز بأنها تحقق العدالة او العدل الواقعي لأنها تمكن القاضي من إعطاء الحل المناسب لكل واقعة او الحل الذي يتماشى مع ظروف كل حالة وملابساتها . فالقاضي يختار العقوبة المناسبة لظروف كل جريمة وحال كل مجرم . فهو ينزل بالعقوبة الى الحد الأدنى إذا وجد ظروف مخففة . ويرتفع بالعقوبة إذا وجد ظروف مشددة .

ومن مزايا الصياغة المرنة أيضا قدرتها على التطور ومسايرة التغيرات الاجتماعية ومواجهة الواقع والحالات الجديدة التي تكشف عنها الحياة العملية .

وقد يعاب على القاعدة المرنة أن من شأنها أن تؤدي الى التحكم بسبب السلطة الواسعة التي تمنحها للقاضي ، وأنها تؤدي الى اختلاف الحلول بشأن الحالات المتماثلة مما يؤدي الى عدم الاستقرار . إلا أن ذلك القول غير صحيح فالقاضي ، أثبت من الناحية العملية التطبيق الدقيق لتلك القواعد والبعد عن الشبهات . فضلا عن أن الدور الرقابي للمحكمة العليا يلعب دورا هاما في ضبط الحلول وتوحيد المعايير المطبقة في هذا الشأن¹ .

د . الجمع بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة .

لما كان لكل من الصياغة الجامدة والصياغة المرنة مزاياها وعيوبها ، فإن المشرع يلجأ أحيانا الى الجمع بينهما ، تحقيقا لمزايا كل منهما وتخفيفا من عيوبهما . وهذا ما يظهر على وجه الخصوص في تقدير العقوبات . فكثيرا ما يحدد المشرع عقوبة ذات حدين ، حد أدنى وحد أقصى ، ويترك للقاضي حرية تقدير العقوبة التي يحكم بها في إطار هذين الحدين ، وفقا لظروف كل حالة . وفي هذه الصورة تظهر الصياغة الجامدة في تعيين حدود جامدة للعقوبة لا تقل ولا تزيد عنها ، كما تظهر الصياغة المرنة في ترك الحرية للقاضي في تقدير العقوبة بين هذه الحدود وفقا لظروف كل حالة² .

الفرع السادس

نفاذ التشريع

إذا تم سن التشريع بواسطة السلطة المختصة تحقق له الوجود القانوني . ولا يعنى هذا الوجود دخول التشريع مرحلة التنفيذ . بل يتوقف نفاذ التشريع على أمرين هامين أساسيين . إصداره من جهة ونشره من جهة أخرىراجع الدكتور رمضان محمد ابو السعود . ص 110.

¹ . الدكتور رمضان محمد ابو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 133.

² . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص 187.

إن نشر القانون بالجريدة الرسمية Le journal officiel هو الذي يجعل القانون نافذا ساري المفعول ، واجب العمل به ، أي واجب التنفيذ ، على الوقائع اللاحقة لإصداره . ويحمل رقما وتاريخا وسنة إصداره . فمثلا التقنين المدني الجزائري يحمل رقم 58/75 في 1975/09/26 . فالرقم 75 هو السنة التي صدر فيها ، والرقم 58 هو الرقم التسلسلي ضمن القوانين التي صدرت في الجريدة الرسمية خلال هذه السنة .

وتحديد تاريخ النشر ، يرجع إليه في تحديد موعد نفاذ القانون ، وغالبا ما يكون من تاريخ اليوم التالي على النشر في الجريدة الرسمية . وبهذا الصدد تنص المادة 04 من التقنين المدني الجزائري على أنه (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 وصل الجريدة الرسمية الى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة) .

ويكون التشريع ملزما لجميع الأشخاص من وقت العلم به ، ويفترض فيهم هذا العلم بعد انقضاء مدة يوم واحد من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ولا يجوز بعد ذلك لأي شخص أن يحتج بجهله القانون لكونه لم يطلع عليه ، لأنه كان مريضا او غائبا او لا يعرف القراءة والكتابة .

الفرع السابع

إلغاء التشريع

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية ، إنهاء سريانها ، ووقف العمل بها نهائيا وتجريدها من قوتها الملزمة وإزالة الصفة القانونية عنها¹ ، ابتداء من تاريخ هذا الإلغاء ، أي هو إبطال العمل بالتشريع برفع قوته الملزمة ، سواء كان باستبدال نصوص أخرى بنصوصه ، أم بإبطال مفعوله ، دون سن تشريع جديد يحل محله² . فيمتنع على القاضي الحكم بمقتضاه .

ويجب التمييز ، بين الإلغاء والإبطال فالإلغاء يلحق القاعدة القانونية التي نشأت صحيحة ولكنها أصبحت لا تساير التطور والواقع في المجتمع ، لذا فإن إلغائها يزيلها بالنسبة الى المستقبل ، أما الإبطال فيلحق القاعدة القانونية التي لم تنشأ نشأة صحيحة من بدايتها . أي معيبة التكوين بحيث تعتبر في حكم العدم ، ولذا فإن بطلانها ، كأصل عام ، يزيل آثارها بالنسبة الى الماضي أيضا ، وذلك كما في تشريع الضرورة عندما تغفل السلطة التنفيذية عرضه على السلطة التشريعية في الأجل المحدد او عندما ترفض السلطة التشريعية إقرار هذا التشريع بعد عرضه عليها من قبل السلطة التنفيذية³ .

ويتم الإلغاء وفق تدرج المصادر الرسمية ، فالأعلى مرتبة يلغي الأدنى مرتبة منه والذي معه في الدرجة نفسها ، وليس للادني أن يلغي الذي أعلي منه درجة ، فالقاعدة التشريعية لا تلغي إلا بقاعدة تشريعية تكون في الدرجة نفسها ، او تكون أكثر درجة منها⁴ ، ويترتب على ذلك النتائج التالية .

¹ الدكتور عوض الزعبي . مرجع سابق . ص 290.

² الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 239.

³ نفس المرجع السابق . ص 239.

⁴ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 211.

01. يمكن إلغاء القواعد غير التشريعية بالتشريع ، فالعرف يمكن إلغاؤه بتشريع كما يمكن إلغاؤه أيضا بعرف لاحق ينشأ مخالفا له .

02. لا يمكن إلغاء القواعد التشريعية إلا بتشريع¹ والإلغاء ، إما أن يكون صريحا ، وإما أن يكون ضمنيا

ويقسم الإلغاء من حيث أثره الى إلغاء جزئي وإلغاء كلي . ويكون الإلغاء كليا إذا غي القانون الجديد القانون القديم كلية ، بحيث تزول جميع آثاره القانونية نهائيا من تاريخ العمل بالقانون الجديد . ويكون الإلغاء جزئيا إذا تم تعديل بعض نصوص وأحكام ومواد القانون فقط دون أن يمتد الإلغاء الى كل وجميع النصوص والمواد² .

أولا . الإلغاء الصريح . L'abrogation expresse

يكون الإلغاء صريحا ، حينما تصدر قاعدة قانونية جديدة تحتوى على عبارات وألفاظ واضحة وصريحة لا تحتل أي شك أو تأويل ، على إلغاء القاعدة القانونية القديمة . وقد نصت عليه أحكام المادة الثانية الفقرة الأولى ، من التقنين المدني الجزائري بوقولها (.... ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ...) .

ولا يتحقق الإلغاء الصريح إلا بواسطة التشريع ، إذ أن التشريع هو الذى يتصور فيه التصريح بالإلغاء والغالب أن يكون الإلغاء الصريح بصدور تشريع ينص فيه على إلغاء تشريع سابق معين أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد³ .

وهذا النوع من الإلغاء هو أبسط أنواع الإلغاء وأشدها وضوحا وأكثرها استعمالا ، إذ أن أغلب التشريعات تتضمن عادة نصا خاصا يقضي بإلغاء أحكام التشريعات المختلفة أو التي جاءت لتحل محلها

ثانيا . الإلغاء الضمني L'abrogation tacite

وهو الإلغاء الذي لا يفهم بمجرد قراءة عبارة النص لعدم ورود نص صريح به ، وإنما يستخلص من تعارض أحكام قانون لاحق مع أحكام قانون سابق ، أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع تشريع قديم دون أن ينص في التشريع اللاحق على إلغاء التشريع السابق⁴ . فنكون بصدور تشريع جديد يتضمن حكما يتضارب مع حكم تشريع سابق فيعتبر الحكم الجديد ناسخا ضمنيا للحكم القديم ، وذلك لاستحالة إعمال الحكمين المتضاربين في وقت واحد .

أو بصدور قانون جديد ينظم الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده تشريع سابق ، مثلما نصت عليه أحكام المادة الثانية الفقرة الثانية ، من التقنين 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) . وحسب نص هذه الفقرة فإن الإلغاء الضمني للقاعدة القانونية ، يتخذ إحدى صورتين

¹ وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدني الجزائري صراحة إذ بعد أن قررت أنه " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي " أضفت أنه " لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء " ، ويلاحظ هنا أن كلمة قانون المستعملة في النص العربي لهذه المادة يقصد التشريع وهذا ما يتضح من النص الفرنسي للمادة .

² الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 93 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 294 .

⁴ نفس المرجع السابق . ص . 296 .

الصورة الأولى . إذا نظمت القاعدة القانونية الجديدة نفس الموضوع الذي نظمته القاعدة القانونية القديمة ، وكانا الحكمان متعارضان ، ولا يتحقق التوافق بينهما إلا بإلغاء أحدهما فيعتبر الحكم اللاحق لاغيا للسابق ، وتتحقق هذه الصورة في حالتين .

الحالة الأولى . تعارض Incompatibilities قاعدة قانونية عامة جديدة ، مع قاعدة قانونية عامة قديمة ، أو تعارض قاعدة قانونية خاصة جديدة ، مع قاعدة قانونية خاصة قديمة ، ففي كلا الحالتين ، فإن القاعدة القانونية الجديدة ، تلغي القاعدة القانونية القديمة . فإذا كان التعارض بين القاعدين كاملا ، يكون الإلغاء كلياً ، أما إذا كان التعارض ، قاصراً على بعض أجزاء القاعدة القانونية القديمة دون البعض الآخر ، فالإلغاء يكون جزئياً .

الحالة الثانية . تعارض قاعدة قانونية عامة جديدة ، مع قاعدة قانونية خاصة قديمة فالأولي لا تلغي الثانية، بل تظل الاثنتان ساريتين ونافذتين ، باعتبار الأولى القاعدة العامة والثانية الاستثناء ، ذلك أن الخاص يقيد العام ، إلا إذا نص المشرع صراحة على خلاف ذلك . فإذا وجد تنظيم خاص بالإجراءات الفلاحية ، قبل صدور القانون المدني ، ينظم الإجراءات بأحكام عامة ، فإن التنظيم الخاص بالإجراءات الفلاحية ، يبقى ساري المفعول باعتباره استثناء¹ .

الصورة الثانية . إعادة تنظيم ذات موضوع القاعدة القانونية القديمة . فقد تصدر قاعدة قانونية جديدة تنظم الموضوع الذي تناولته من قبل القاعدة القانونية القديمة ، ففي هذه الحالة يعد الإلغاء ضمناً كاملاً لتلك القاعدة .



المبحث الثالث
المصادر الرسمية الاحتياطية

رأينا أن التشريع ، هو المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية ، غير أن التشريع لا يمكن أن يكون محيطاً بجميع ما قد يوجد أو يستجد في المجتمع ، من روابط وعلاقات ، مع العلم بأن الحياة دائمة التغيير ، لا تثبت على حال ، لذا فإنه من المتصور ، أن تعرض منازعات ، لا يكون لها حكم في التشريع ، وفي هذا الصدد فإن القاضي ، لا يستطيع الامتناع عن الحكم ، بحجة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه ، وإلا عدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة² ، وعلى هذا الأساس تحرص القوانين الوضعية على إقامة ، مصادر رسمية أخرى ، يستوجب اللجوء إليها ، عند عدم وجود نص تشريعي في القانون ، تسمى المصادر الرسمية الاحتياطية ، وهذه الأخيرة وفقاً لأحكام المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري ، هي مبادئ الشريعة الإسلامية ، والعرف ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 215 .

² الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 244 .

المطلب الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

تقرر المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري ، بأن مبادئ الشريعة الإسلامية ، هي المصدر الرسمي الثاني لقواعد القانون ، فإذا لم يجد القاضي نصا تشريعا ، يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية ، التي يجوز للقاضي استنباط الحلول منها ، المبادئ العامة لهذه الشريعة ، أي المبادئ المتفق عليها بلا خلاف بين المذاهب الإسلامية¹ .

أما الشريعة الإسلامية فراد بها ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده ، من أحكام على لسان رسوله محمد (ص) ، سواء أكان بالقران ، أم بالسنة القولية أو الفعلية أو التقريرية² .

ومبادئ الشريعة الإسلامية بصورة عامة ، وكمصدر احتياطي للقانون ، هي أدلة الأحكام الشرعية الواردة فيما شرعه الله تعالى من أحكام بنصوص القران الكريم المبلغ الى سيدنا محمد (ص) عن طريق الوحي ، وتلك الواردة في السنة النبوية الشريفة قولية أو فعلية أو تقريرية³ .

والواقع أن أغلب التشريعات العربية تضيء أهمية خاصة على التشريعات الإسلامية ، حيث جعلتها مصدرا رسميا احتياطيا للقاعدة القانونية ، غير أنها اختلفت في ترتيبها ضمن مصادر القانون . فمنها من جعلها في المرتبة الثانية كالتقنين المدني الجزائري . والتقنين المدني السوري . ومنها من جعلها في المرتبة الثالثة كالتقنين المدني المصري ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي . وأحكام الشريعة الإسلامية تنقسم الى ثلاثة أقسام .

القسم الأول . ويسمى علم التوحيد أو علم الكلام ، ويتعلق بأصول الدين ، أي بالعقائد الأساسية للإسلام كالأحكام المتعلقة ، بذات الله ، وبصفاته ، وبالإيمان به ، وبرسله ، وبكتبه ، وبالدار الآخرة وغيرها من الموضوعات التي تدخل فيما يسمى أيضا بعلم التوحيد .

القسم الثاني . يتعلق بالأحكام التي ، تتناول تهذيب النفس البشرية ، وتركيتها كالأحكام المتعلقة ، بالصدق ، والحلم ، والوفاء ، والإخلاص ، ولما يجب أن يتخلى عنه الإنسان ، من الرذائل كالكذب والغضب ، وهو ما يسمى بعلم الأخلاق .

القسم الثالث . يتعلق بعلم الفقه ، والفقه اصطلاحا هو مجموعة الأحكام العملية للمسائل الجزئية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، سواء أكانت تلك الأحكام مستقاة من النصوص أم من الإجماع أم كانت متحصلة من استنباط المجتهدين⁴ .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 174 .

والمذاهب الإسلامية الرئيسية أربعة وهي . المذهب الحنفي . وقد أسسه أو حنيفة النعمان (150/80هـ) . والمذهب المالكي . ومؤسسه هو مالك بن أنس (173/93هـ) . والمذهب الشافعي . ومؤسسه أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي . (204/150هـ) . وأخيرا المذهب الحنبلي نسبة الى مؤسسه أحمد بن حنبل (241/164هـ) .

² محمد يوسف موسى . الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي . طبعة 1987 . ص . 10 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . في الهامش رقم 85 . مرجع سابق . ص . 166 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 184 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 148 .

أما علم الفقه ، فهو مجموعة الأحكام المتعلقة ، بما ينشأ بين أفراد المجتمع من معاملات ، وعقود ، تؤسس عليها روابطهم ، وبما يجب أن تكون عليه علاقاتهم الاجتماعية¹ .

وتعتبر الشريعة الإسلامية ، المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون ، كما تعتبر أحيانا مصدرا تاريخيا وماديا للقانون .

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري اقتبس العديد من أحكام الشريعة الإسلامية تضمنتها نصوصه التشريعية وعلى هذا الأساس تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي والمادي للقانون وتعلق هذه النصوص بمسائل الأحوال الشخصية وبعض مسائل المعاملات المالية التي تضمنها التقنين المدني الجزائري منها أحكام تصرفات المريض مرض الموت مثلما تنص عليه أحكام المادة 408 من التقنين المدني الجزائري بقولها ، (إذا باع المريض مرض الموت ، لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة ..) .

المطلب الثاني

العرف

La coutume

يعتبر العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني للقانون ، يأتي في المرتبة الثانية بعد مبادئ الشريعة الإسلامية ، والعرف كان الأسبق ظهورا من الناحية التاريخية من كل المصادر الأخرى . وكان يحتل مركز الصدارة في المجتمعات البدائية ، حيث تسيطر التقاليد على حياة الناس حكما ومحكومين . ولا يزال العرف يغطي كثيرا من المعاملات ، غير أن تقدم المجتمعات وتعدد أوجه النشاط فيها وتشعب العلاقات بين الأفراد ، وتعارض مصالحهم وتشابكها ، أصبح العرف عاجزا في الوقت الحاضر عن أن يفي بحاجات الأفراد ، خاصة بعد تدخل الدولة في شؤون المجتمع ، ففسح المجال للتشريع الذي حل محله فما المقصود بالعرف ؟ . وما هي أركانه ؟ . وما هي مكانته بين القوانين الحديثة ؟ . وما هي مزاياه وعيوبه ؟ .

الفرع الأول

تعريف العرف

La Coutume

يعتبر العرف أقدم المصادر الرسمية للقانون ، التي ظهرت في تاريخ المجتمعات البشرية . فقد بدأت علاقات البشر بعبادات وأعراف وتقاليد يتوارثونها جيلا بعد جيل ويحافظون عليها ، وكانوا يشعرون بضرورة إتباعها ويعتبرونها ملزمة لهم ، فتكونت منها شريعة يحتكمون إليها . وكان للعرف شأن عظيم في المجتمعات البدائية وكان هو المصدر الأول والوحيد فيها² .

ويقصد بالعرف اصطلاحا اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الاعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم³ . او هو اعتياد الناس وتوافقهم على إتباع سلوك معين في

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 166 ..

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 189 .

³ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 47 .

بيئة معينة وناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنا طويلا ، اعتيادا مطردا مصحوبا باعتياد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه وترتيب الجزاء المادي الحال جبرا على مخالفته¹ ، او اعتياد الناس على إتباع سلوك معين لزمين معين في مسألة معينة ، يؤدي الى استقرار الشعور فيهم بأن هذا السلوك أصبح ملزما ، بحيث يستوجب إتباعه في معاملاتهم ، وتعرض من يخالفه للجزاء² . او هو اعتياد الناس على نوع من السلوك ، مع الاعتقاد بأنه ملزم لهم في معاملاتهم ، وأن مخالفته تستتبع توقيع الجزاء³ .

والعرف هو أول مصدر عرفته البشرية ، فهو أسبق في النشأة من التاريخية من التشريع . وكان يحتل مصدر الصدارة في المجتمعات البدائية ، حيث تسيطر التقاليد والأعراف والعادات على حياة الناس حكاما ومحكومين . والعرف لا يتطلب وجوده سلطة معينة ، وإنما ينشأ تلقائيا داخل المجتمع لشعور هذا الأخير ، بضرورة وجود قواعد تنظم علاقات الناس في المجتمع .

الفرع الثاني

أركان العرف

يقوم العرف على ركنين أساسيين هما ، الركن المادي ، وهو اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في العمل ، والركن المعنوي ، هو اعتقاد الناس بأن هذه القاعدة ملزمة ، أي أنها واجبة الإتباع .

أولا . الركن المادي . élément matériel يقصد بالركن المادي تكرار الناس لسلوك معين في مسألة ما بأسلوب محدد ، أي اعتياد الناس على إتباع مجموعة من التصرفات والأفعال التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع . بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك التصرف وتواتره . ونشوء هذه العادة يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة ، على أساس أن العادة تنشأ نشوءا ذاتيا وهي تبدأ بسلوك فرد واحد او مجموعة من الأفراد ، ثم يتكرر السلوك ، إما بطريق المحاكاة والتقليد والميل الى ما هو مألوف ، او بدافع الإحساس بضرورته والاستحسان له . ومن أهم شروط تحقق الركن المادي هي القدم والثبات ، والعموم ، والشهرة .

أ . القدم . المقصود بالقدم ، أن يرجع نشوء العادة الى زمن بعيد ، يكفي للدلالة على تأصلها في النفوس وعلى أنها ليست بدعة جديدة ، او نزعة عابرة ، ولا أهمية بعد ذلك لعدد السنوات التي مضت على هذه العادة ، فليس هناك مقياس زمني لتقدير هذا الزمن ، فالأمر متروك للقاضي ، ليقرر حسب الظروف ، فيما إذا كانت العادة قد بلغت في قدمها حدا يسمح بالقول ، بأنها استقرت وتأصلت في نفوس الناس أم لا⁴ .

ب. الثبات . المقصود بالثبات أن تكون العادة ثابتة أي يكون تكرارها بصفة منتظمة يؤكد استقرار التواتر والاعتياد على سلوك معين ، فلا يجب أن يتبعها الناس في أوقات معينة وينقطعون عنها في أوقات أخرى أو يتناقضون بصدها ، بحيث يختلف الركن المادي للعرف أن لم يتحقق شرط ثبات

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 189 .

² الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص 67 .

³ الدكتور عبدالقادر الفار . مرجع سابق . ص 82 .

⁴ الدكتور عبد القادر الفار مرجع سابق . ص 84 .

العادة¹ . ولا يشترط في ثبات العادة ضرورة إجماع كافة الناس على تكرارها فالإجماع قد يكون مستحيلا في بعض الحالات ، بل يكفي أن يكون ذلك من أغلب أفراد المجتمع .

ج . العموم . يجب أن تكون العادة عامة ومجردة على غرار القاعدة القانونية ، بمعنى أن ينصرف حكمها الى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ، ولا يقصد بالعموم هنا أن تخاطب القاعدة العرفية كافة أفراد المجتمع ، فقد تكون شاملة في كامل إقليم الدولة ، ولكنها قد تكون محلية أي قاصرة على منطقة جغرافية معينة ، كما قد تكون مهنية ، خاصة بمهنة معينة كمهنة الطب مثلا ، او طائفة معينة كطائفة التجار² .

د . الشهرة . يجب أن تكون العادة مشهورة وشائعة بين الناس ، ذلك أن الاعتقاد على إتباع سلوك معين ، يقتضي العلنية والشهرة ، ويستبعد السرية ، والعلنية تستلزم الذبوع والشهرة بين أفراد المجتمع .

والى جانب الشروط السالف ذكرها ، يشترط بعض الفقهاء³ ، ألا تكون القاعدة العرفية مخالفة لمقتضيات النظام العام والآداب العامة في المجتمع ، وأن تكون نافعة للجماعة غير مضرّة ، فالعادة التي تتنافي مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المثل العليا للجماعة ، لا ترقى أبدا الى مرتبة العرف وإن طال عليها الزمن ، مثل عادة الوساطة في قضاء المصالح بالمقابل ، والأخذ بالتأثر ووأد البنات ، فكل هذه العادات رغم أنها كانت قديمة وراسخة في أذهان الناس ، لكنها لم تولد قاعدة قانونية عرفية ملزمة لتعارضها مع النظام العام والآداب العامة في المجتمع الحديث .

ثانيا . الركن المعنوي . élément morale ، وهو عنصر الإلزام . بمعنى أن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام العادة ، وأنها ملزمة لهم باعتبارها قاعدة قانونية ، وأن مخالفتها تستوجب توقيع جزاء مادي جبرا عليهم من طرف السلطة العامة⁴ .

والركن المعنوي هو اعتقاد الناس بأن هذه القاعدة ملزمة أي أنها واجبة الإتباع ، باعتبارها قاعدة قانونية ، لها في أنفسهم ما لسائر القواعد القانونية ، من حرمة . وهذا الركن هو الذي يميز العادة التي تكون عرفا عن غيرها من العادات ، كالزيارات المتبادلة بين الناس والولائم ، وتبادل الهدايا في الأعياد والمناسبات والمواسم ، فكل هذه العادات لا يتوافر فيها مطلقا الاعتقاد ، بأن لها حرمة القواعد القانونية بل هي من قبيل المجاملات التي لا تصل الى حد العرف .

والاعتقاد بأن عادة معينة لها حرمة القاعدة القانونية ، لا ينشأ دفعة واحدة ، بل يتكون تدريجيا حتى يصل في وقت ما الى أن يكون محققا ، لا نزاع فيه ، وإذا أجمع الفقه على أن عادة معينة صارت عرفا ، او اطردت أحكام المحاكم على ذلك ، أصبح العرف ثابتا بما لا يحتمل الجدل⁵ .

ولا خلاف بين الفقهاء ، في أن القاعدة العرفية ، إذا تحقق لها الركن المادي والركن المعنوي تعتبر قاعدة قانونية ملزمة للمخاطبين بأحكامها ، شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية .

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 176 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 84 .

³ أنظر الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 229 . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 177 . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 163 .

⁴ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 201 .

⁵ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 85 .

وحيث أن العرف بالمفهوم السابق يعتبر قانونا ، فإن القاضي يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه على أساس أنه المصدر الاحتياطي الثاني يأتي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد القاضي نصا تشريعيًا يطبقه على النزاع المثار أمامه ، رجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد عاد إلى تطبيق العرف .

وقد يكون العرف مساعد للتشريع ، بحيث ينظم المشرع في القاعدة التشريعية مسائل أساسية ويترك للقاعدة العرفية ، تنظيم باقي المسائل الفرعية أو التفصيلية ، في الحالات التي يري فيها المشرع بأن القاعدة العرفية أقدر من القاعدة التشريعية على تنظيم ، تلك المسائل التفصيلية ، وتحقق هذه الصورة عندما يحيل المشرع القاضي إلى العرف ، لتحديد وإيضاح مضمون القاعدة التشريعية مثلما نصت عليه أحكام المادة 01/365 من التقنين المدني الجزائري بقولها ، (إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف ...) ، فهنا يستعين القاضي بالعرف في تحديد نقص المبيع الذي يسأل عنه .

وقد يحيل المشرع القاضي ليتعرف على نية المتعاقدين مثال ذلك ما نصت عليه أحكام المادة 02/111 من التقنين المدني الجزائري على أنه ، (.....أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات) فالقاضي هنا ، يبحث عن التفسير الأكثر مطابقة للعرف السائد في المجتمع .

الفرع الثالث

SAHLA MAHLA

مزاي العرف وعيوبه



المصدر الأول للطالب الجزائري

للعرف مزاي ومحاسن ، كما له عيوب ومساوئ ، وقد سبق وأن عرضنا لمزاي التشريع وعيوبه ومزاي العرف تقابل عيوب التشريع ، وبالمقابل ، فإن عيوب العرف تقابل مزاي التشريع .

أولا . مزاي العرف . العرف ينشأ في الجماعة نتيجة لما جرى الناس على إتباعه من قواعد سلوك في تنظم علاقاتهم . ومن هذه الحقيقة تتولد جملة من المزايا للعرف أبرزها يعد العرف تعبيراً صادقاً عما ترتضيه إرادة ورغبة المجتمع في تنظيم الروابط . لأنه لما كانت الجماعة هي التي تخلق العرف باضطرادها ومثابرتها على السير مدة من الزمن ، بموجب سلوك معين فإنه يتفق مع رغباتها وظروفها وحاجاتها العملية . وعلى ذلك فهو ينشأ من تلقاء نفسه ولا ينبثق عن إرادة السلطة الحاكمة أو هيئة تشريعية غير منتخبة . وإنما ينبعث من حاجات المجتمع مباشرة ، فيعتبر صورة صادقة لما يرضاه ضميرها ومن هنا لا يمكن أن نتصور قيام عرف يخالف إرادة الجماعة ورغبتها¹ . والعرف يراعي العادات والتقاليد الاجتماعية في المجتمع ، ذلك أن العرف ينشأ ويكبر في ضمائر الناس ، وعلى هذا الأساس فالعرف يتماشى مع ظروف المجتمع ، ويلبي حاجاته ، ويتغير بتغير هذه الحاجات ، ويساير تطورها ، وهذا عكس التشريع الذي قد لا تتفق نصوصه مع ظروف المجتمع ، لأنها من وضع إرادة أخرى مدبرة . وهي إرادة المشرع² .

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 174 .

² الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص 70 .

يسد العرف النقص في التشريع ، فيكون مصدرا مكملا للقانون يعاونه في تنظيم وحكم ما يحيله إليه من الأمور . لأن التشريع مهما بلغت قدرته ودقته ، قد لا يستطيع الإحاطة بالحلول اللازمة لمواجهة أمور الجماعة كافة ، خاصة المسائل التي يستعصي على التشريع تنظيمها لتشعبها وتعقدها ودقتها واختلاف مفهومها من مكان الى آخر في الدولة الواحدة ، او لسرعة تغير الحاجات فيها ويظهر ذلك بصورة خاصة في القانون التجاري ، الذي تتشعب مسائله في التفاصيل وتختلف الى درجة يستعصي على المشرع استيعاب تنظيمها فيتركها للعرف¹.

إذا كان العرف ينمو في ضمير الجماعة ويطابق حاجاتها ، فإنه تبعا لذلك يتطور ويتغير تلقائيا بتغير الظروف في الجماعة فينشئ من القواعد ما يطابق هذا التطور ، ويظل على وجه الدوام ملائما للظروف والأوضاع الاجتماعية ومسيرا لتطورها ، فإذا تغيرت هذه الظروف نجده يتطور ولو ببطء لمسيرة الظروف الجديدة ، وإذا صار لا ينسجم مع ظروف الجماعة فإنه ينقضي ويزول تلقائيا² . إن العرف يسد النقص في التشريع فيكون مصدرا مكملا للقانون ويعاونه في تنظيم وحكم ما يحيله إليه من أمور . فالمشرع مهما بلغت دقته وقدرته لا يستطيع الإحاطة بكل أمور الجماعة ووضع الحلول والقواعد اللازمة لتنظيمها ومجابهتها . فهناك من المسائل ما يستعصي على المشرع تنظيمها لتشعبها وتعقدها واختلاف مفهومها من مكان لآخر في الدولة ، او لسرعة تغير الحاجات فيها . ويظهر هذا جليا في القانون التجاري بصورة خاصة الذي تشعبت مسائله في تفاصيلها وتختلف الى درجة تستعصي على المشرع أن يستوعب تنظيمها فيتركها للعرف . بل إن المشرع يغفل تنظيم بعض الأمور او يعجز عن تصور الفروض والأحكام والحلول اللازمة لمشاكل المستقبل باعتباره بشرا وللطاقة البشرية حدود تتأثر بعوامل عديدة³ .

ولا مناص عندئذ من الرجوع في هذه الحالات الى العرف لسد النقص الذي قد يظهر في التشريع او لتكملة أحكامه ، لأن العرف وسيلة فطرية لتنظيم المعاملات التي يعجز المشرع عن تنظيمها لتشعبها واستعصائها عليه .

المصدر الاول للطالب الجزائري

ثانيا . عيوب العرف . من بين عيوب العرف ، أنه بطيء التكوين ، أي أنه مصدر بطيء في إنتاج القواعد القانونية ، ذلك أن الاعتياد على سلوك معين ، يحتاج الى وقت طويل ، ليرسخ في أذهان الناس والجماعة ، لذلك لا يمكن للعرف الاستجابة السريعة للمستجدات الواقعة في المجتمع . ومن ثم يعجز عن التصدي للمشاكل التي تتطلب حولا سريعة وحاسمة . لذا فقد فاقه التشريع من هذه الناحية لأنه أسرع منه في مواجهة المتطلبات المتجددة . ولذلك يلاحظ أن الأغلبية الساحقة للقواعد القانونية التي تنظم الحياة في المجتمعات الحديثة هي قواعد تشريعية . أي أن التشريع قد تفوق على العرف من حيث الواقع⁴ .

يؤدي العرف ، وأكثره محلي ، الى تعدد النظم والقواعد القانونية التي تحكم المسألة الواحدة في الدولة الواحدة ، الأمر الذي يتعارض مع المصلحة العامة في الدولة ولا يحقق الانسجام الاجتماعي التام والوحدة القانونية التي هي أساس الوحدة السياسية في الدولة الواحدة ، مما يؤدي الى تفككها ويعرقل تقدمها . فالعرف قد يكون محليا يختلف حكمه من جهة الى أخرى في إقليم الدولة الواحدة ، إذ ينشأ في

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 174 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 193 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 193 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 173 .

جهة من الدولة عرف لحكم مسائل معينة ، وينشأ عرف مغاير له لحكم نفس المسائل في جهة أخرى من ذات الدولة .

وهذا بخلاف التشريع الذي يؤدي الى وضع قواعد قانونية واحدة تسري على كافة الأشخاص وعلى جميع أجزاء إقليم الدولة دون تفرقة بين منطقة وأخرى ، الأمر الذي يحقق الوحدة القانونية والانسجام التام في المجتمع الواحد ، ويؤدي الى تبسيط التعامل وتقوية الروابط بين أجزاء الدولة الواحدة ويحقق المساواة بين أبنائها¹ .

من بين عيوب العرف ، أنه صعب التغيير ، إذا أصبح غير ملائم للمجتمع ، مما يؤدي حتما الى توقف مسار التطور في المجتمع ، على خلاف التشريع الذي هو أداة فعالة في يد المصلحين لتطوير المجتمع ، عن طريق إدخال نظم قانونية جديدة يرونها ملائمة مع هذا التطور . بالإضافة الى ذلك فإن العرف غير مكتوب ، لذا يصعب التأكد من وجوده ، وتحديد مضمونه ، والتثبت من الوقت الذي نشأ فيه على خلاف التشريع الذي هو مكتوب وواضح ، ومحدد المضمون ويعرف وقت صدوره وسريانه . العرف عسير الإثبات والتحديد . ذلك أن قواعد العرف ، باعتباره قانونا غير مكتوب ، تتكون تدريجيا وتفتقر الى الوضوح والتحديد ، الأمر الذي قد جعل التثبت من وجودها وتحديد مضمونها صعبا ، او قد يثير الشك حول معرفة تاريخ بدء سريانها . وذلك على عكس التشريع الذي تضي عليه الكتابة ميزة الوضوح والثبات والسهولة في الوقوف عليه² .

المطلب الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

Principes du droit naturel et règles de l'équité

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الرابع والأخير من مصادر القانون الجزائي ، وهي تعتبر من بين المصادر الاحتياطية ، بمعنى أنه إذا لم يجد القاضي ، نصا تشريعا يسعفه في حل النزاع المعروض عليه ، ولم يجد نصا في أحكام الشريعة الإسلامية او العرف ، كان عليه أن يستند في حكمه الى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وهذا ما تنص عليه أحكام المادة الأولى من التقنين المدني بقولها (..... وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

فالقاضي يرجع الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في النهاية ، إذا لم يجد الحكم اللازم لحل النزاع المعروض عليه في التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف . أما إذا وجد الحكم اللازم في أحد هذه المصادر لحسم النزاع المعروض عليه ، فلا يجوز له عندئذ أن يبحث عن حكم آخر لحل النزاع المعروض عليه .

إن القاضي لا يستطيع أن يرفض الدعوى او الامتناع عن الفصل فيها بحجة عدم وجود النص التشريعي او عدم وجود حكم في الشريعة الإسلامية او غياب العرف ، وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة فوظيفة القاضي تملي عليه أن يمسك بالميزان بين الشخصين المتنازعين الماثلين أمامه وأن يحكم بالعدل

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 193 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 173 .

بينهما ، ولذلك لا يجوز له التنصل عن واجبه متذرعاً بانعدام قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على ما يعرض عليه من نزاع¹ . ذلك أن قانون العقوبات جرم هذا الفعل بموجب أحكام المادة 136 من قانون العقوبات التي تنص على أنه ، (يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري امتنع بأية حجة كانت ، عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف ، بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ، ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة مالية من 750 الى 3000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات الى عشرين سنة) ، ومن ثم فإنه يجب على القاضي - بصورة عامة - أن يحكم في النزاع المعروض عليه ، وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ويقصد بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، تلك القواعد التي تعلو على قرارات الحكام وتشريعاتهم وتسمو ، بحيث تصبح متصلة بمنزلة الإنسان ولصيقة بحقوقه الطبيعية ، والتي تتفق عليها الأمم المتحضرة على وجوب توافرها في المجتمع ، في كل الأزمنة ، ومن أمثلة هذه القواعد ، حق الإنسان في الحياة ، واحترام كيانه الأدبي ، وصيانة عرضه وشرفه ، وحقه في التملك ، وحقه في التنقل والعمل² . وبمعنى آخر ، فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي مجموعة من المبادئ والقيم المثالية التي يجد القاضي نفسه ، في مكان المشرع ينشئ منها قاعدة يطبقها على النزاع المعروض عليه

إن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا تضع حلاً ملائماً للنزاع المعروض أمام القاضي وإنما تقتصر على توجيهه القاضي ، ليستلهم منها ذلك الحل ، وهو إذ يفعل ذلك يجتهد برأيه القائم على اعتبارات موضوعية عامة .

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا يمكن أن تكون قواعد محددة ، وإنما يمكن القول بأنها القواعد العامة ، والمبادئ الأبدية والمثالية ، التي يتوصل إليها ، عن طريق التأمل والتعقل والتفكير السليم ، وعلى هذا الأساس فإن فكرة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فكرة غامضة ومبهمة .

والجدير بالذكر ، أن فكرة مبادئ القانون الطبيعي Droit naturel وقواعد العدالة ، فكرة قديمة بدأ ظهورها عند فلاسفة اليونان ، ثم أخذها عنهم فقهاء الرومان ، ومنهم انتقلت الى رجال الكنيسة الذين أصبغوا على جزء منها ، صبغة دينية ، وتركوا الباقي لاكتشاف العقل الإنساني ، ثم تلقاها عنهم أنصار المذهب الفردي الذين أسسوا عليها مذهبهم . ثم تحولت هذه الفكرة الى مذهب واضح المعالم على يد الفقيه الهولندي جروسيوس ، الذي حاول بناء القانون الدولي العام بمنطق إقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب بالنظر إليه كمجموعة قواعد عقلية يتبين فيها بوضوح العدل من الظلم ، ومن ثم يكون هذا القانون ثابتاً خالداً ويسمو على القوانين الوضعية ، وصار القانون الطبيعي فيما بعد عند كثير من الكتاب قانوناً نموذجياً كاملاً وكافياً لخلق أي قانون وضعي على يد المشرع وإن كان قد لاقى بعض الصعوبات للتعايش مع فكرة العقد الاجتماعي . ففي غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد وإقامة سلطان الشعب ضاعت صيحة العدل وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعي لتصير إرادة الأغلبية هي العدل³ .

وخلاصة القول ، أن فكرة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا يقصد بها في الواقع إلا السماح للقاضي ، بأن يجتهد برأيه حين لا تسعفه المصادر التشريعية الأخرى . (التشريع . مبادئ

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 202 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 90 .

³ حسن كيرة . المدخل الى القانون . الطبعة 05 . ص 122 . أشار إليه الدكتور عبد المجيد زعلاني . في الصفحة 86 .

الشريعة الإسلامية ، العرف) . للوصول الى حل يطبقه على النزاع المعروض أمامه بما يتفق وروح العدل والإنصاف¹.

والقاضي إذ يفعل ذلك ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية ، وإنما يتعين عليه أن يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله مسترشدا في ذلك بخصوصيات الحياة الاجتماعية وحاجاتها ومثلها العليا واتجاهات المشرع التي كان هو نفسه يستوحيها لو انه تصدى لحل هذا النزاع².

المبحث الرابع

المصادر غير الرسمية او التفسيرية
Les sources interprétatives

يقصد بالمصادر غير الرسمية او التفسيرية تلك المراجع التي تساعد على تجلية غموض القاعدة القانونية ، او تلك المصادر التي لم يدرجها المشرع ضمن أحكام المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري ، لكن يرجع إليها القاضي ، في بعض الأحيان ، على سبيل الاستئناس دون أن يكون ملزما بذلك قانونا ، ويرجع القاضي الى هذه المصادر غير الرسمية او التفسيرية من أجل استجلاء ما يكتنف القواعد القانونية ، من غموض وقصور وإبهام ، وإزالة ما يحيط بها من تناقض وتتمثل المصادر غير الرسمية في القضاء والفقهاء .

المطلب الأول

SAHLA MAHLA

القضاء

La jurisprudence

المصدر الأول للطالب الجزائري



قد تطلق كلمة القضاء على ، جهاز القضاء الذي يتكون من مجموع (المحاكم ، والمجالس القضائية ، والمحكمة العليا ، ومجلس الدولة) ، المختصة بالفصل في المنازعات بموجب ما يصدر عنها من أحكام وقرارات. وقد تطلق كلمة القضاء أيضا على مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون على ما يطرح عليها من منازعات للفصل فيها . أي الأحكام التي تتضمن مبادئ قانونية توصل إليها القضاء بعد إعمال الرأي وبذل الجهد العقلي ، خاصة في الأمور التي لا يوجد فيها نصوص قانونية قاطعة ، وإنما يكون الحكم فيها محل خلاف³ . وهذا المعنى الأخير هو الذي يعيننا في هذه الدراسة .

والقاعدة ، أن المحاكم تقوم بتطبيق القانون على المنازعات التي تطرح عليها ، فمهمة القاضي تنحصر في تطبيق القانون على المنازعات التي ترفع إليه طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، وأن الحكم الذي يصدره يكون ملزما لطرفي النزاع فقط ولا يقيّد المحاكم الأخرى . ولذلك لا يجوز للقاضي في الدول الحديثة أن يباشر أعمال التشريع ، ولذلك يبدو طبيعيا والحالة هذه أن يكون القضاء مصدرا تفسيريا للقانون ولا يقوم بخلقه او صنعه . ولكن قد يحصل أن يستقر قضاء المحاكم على اتجاه معين في مسألة من المسائل وحينئذ يثور التساؤل عما إذا كان القضاء ، يعتبر مصدرا من مصادر القانون ؟.

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 226 .

² الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 205 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 234 .

وفي هذا الشأن ، نجد بأن دور القضاء يتنوع في الزمان والمكان . ففي بعض المجتمعات القديمة ، كان القضاء مصدرا منشأ للقواعد القانونية . فقد كان القضاء عند الرومان يعتبر أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية ، وصار للقضاء أهمية خاصة منذ أن عرف منصب البريتور¹ Le Préteur وهو الحاكم القاضي ، فكان يصدر عقب انتخابه منشورات ، يضع فيها المبادئ التي يسير عليها ويلتزم بتطبيقها لمدة سنة وهي مدة ولايته . ثم جمعت هذه المنشورات فيما بعد ، وأصبحت قانونا يمكن تطبيقه دون التقيد بمدة محددة .

أما في العصر الحديث ، فهناك اتجاهين ، الأول هو الاتجاه الانجلوسكسوني ويقف على رأس هذا الاتجاه النظام الانجليزي . أما الاتجاه الثاني ، فهو الاتجاه اللاتيني ، ويأتي على رأس هذا الاتجاه ، النظام الفرنسي ، والبلجيكي ، والمصري ، والجزائري .

الفرع الأول

الاتجاه الأنجلوسكسوني

في البلاد الانجلوسكسونية مثل ، (بريطانيا ، نيوزيلندا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، جنوب أفريقيا ، استراليا ، كندا) يعتبر القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون . بل إن القانون هناك قائم أساسا وبصفة رئيسية ، على أساس السوابق القضائية . فالقانون العام الانجليزي ، تكون تكويننا قضائيا ولمعرفة أحكام هذا القانون ، يجب الرجوع الى القضاء واستخلاصه منه . ولهذا ما زال التشريع في إنجلترا ، يعتبر حدثا استثنائيا ، لا يلجأ إليه إلا بقصد تكملة أو تعديل القانون العام ، والذي تكون تكويننا قضائيا بحتا . ولهذا يسمى القانون الانجليزي "القانون القضائي" . ويلتزم القاضي الانجليزي عند فصله في الدعوى المرفوعة أمامه بأن يفتش ويبحث عن السوابق القضائية أي عن الأحكام الصادرة من قبل في مثل هذه الدعوى . غير أنه غير ملزم بجميع السوابق القضائية بدون تمييز فأحكام المحاكم الدنيا لا تلزم المحاكم التي في درجتها إلزاما مطلقا فللقاضي أن يخالفها ، إذا وجد أسبابا قوية تبرر مسلكه هذا أما قضاء محكمة الاستئناف يلزم - كقاعدة عامة - نفس المحكمة ، كما يلزم دائما المحاكم الأدنى منها درجة . وأحكام مجالس اللوردات (المحكمة العليا) تقيد المجلس نفسه ، كما تقيد جميع محاكم المملكة المتحدة² .

ومن هنا يتضح لنا أن القاضي في إنجلترا يخلق القانون ويضعه ويصنعه وبالتالي يكون القضاء مصدرا رسميا للقانون كالتشريع تماما . ذلك أن القانون الانجليزي في أساسه قانون قضائي تكون من مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحاكم الانجليزية . فالقاعدة التي أخذ بها القاضي في حكمه تعتبر وفقا لنظام السابقة القضائية ، قاعدة قانونية يتعين عليه احترامها وتطبيقها في المنازعات المماثلة التي ترفع إليه³ .

¹ البريتور حاكم قضائي كان يتولى شؤون القضاء لفترة سنة واحدة ، وكان يصدر منشورا يتضمن القواعد التي يتبعها في قبول الدعوى التي ترفع امامه وكانت هذه القواعد تبين الاجراءات التي بمقتضاها ينظر القضايا والمنازعات التي تعرض عليه ، وتعتبر هذه القواعد والاجراءات بمثابة تبسيط لقواعد القانون الروماني وجعلها مرنة تتعد عن الصرامة والجمود . وبمرور الزمن وتراكم التجارب تحولت المنشور البريتوري الى منشور دائم وتم تجمع القواعد التي تضمنها المنشور وعرفت بالقانون البريتوري . انظر الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 166 هامش رقم 01.

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 96.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 237.

واهتمام الانجليز بالسابقة القضائية يعود الى أن القانون الانجليزي غير مقنن وإنما نشأ أساساً من العرف وثبت وتطور بفضل أحكام القضاء منذ القرن الثالث عشر حتى تكونت لديهم ثروة ضخمة من السوابق القضائية التي لها قوة القانون ، ولا يزال للقضاء الانجليزي دور هام في إنشاء القواعد القانونية وتطوير القانون عن طريق السوابق القضائية¹ .

وعيب هذا النظام هو أنه بطيء في تكوين وتطوير القواعد القانونية ، كما يصعب تحديد ومعرفة القواعد القانونية المتكونة بالسوابق القضائية عند الرجوع إليها لأنها تؤلف مجلدات ضخمة لسنوات عديدة . ثم أن القاعدة القانونية التي تنشأ بالسوابق القضائية تعالج حالة خاصة في دعوى معينة، وقد تتغير الوقائع في دعوى مماثلة ، ويرى القاضي أن الحكم الذي أصدره في دعوى سابقة غير صالح لدعوى لاحقة ومع ذلك لا يستطيع عدم الالتزام بالحكم السابق الذي أصدره² .

الفرع الثاني

الاتجاه اللاتيني

في فرنسا وبلجيكا ، وجميع الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني - كالجائر ومصر وسوريا - ليس للقضاء القوة التي تحدثنا عنها في النظام الانجلوسكسوني . فالقاعدة في هذه الدول أن دور القاضي يكون فقط في تطبيق القانون لا سنة ، أما سن القانون فهو متروك للسلطة التشريعية . ولذلك تعرف ببلاد القانون المكتوب وتنحصر وظيفة القضاء فيها في تطبيق القانون طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ولا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون . فالسابقة القضائية في الدول ذات النزعة اللاتينية غير ملزمة لنفس المحكمة التي أصدرتها ولا للمحاكم التي تماثلها درجة أو أدنى منها في المنازعات المماثلة . بل يعتبر القضاء في مثل هذه الدول مصدراً تفسيرياً يستأنس به القاضي ويسترشد به عند تطبيقه للقانون .

ويترتب على ذلك ، أن الأحكام القضائية ، لا تلزم حتى القاضي نفسه الذي أصدرها وله أن يعدل عنها مستقبلاً ، في نزاع مماثل . وقضاء أي محكمة ، لا يلزم محكمة أخرى ، حتى ولو كانت أدنى منها درجة أو مرتبة³ .

وخلاصة القول ، أن القضاء ، لا يمكن اعتباره مصدراً رسمياً للقانون ، حيث أن القاضي ملزم بالرجوع الى المصادر الرسمية السالف ذكرها ، وليس له أن يستند الى غيرها . غير أن المحاكم وخصوصاً ذات الدرجات الأدنى ، تهتم عادة بالأحكام الصادرة عن المحاكم الأعلى منها درجة لاعتبارات أدبية ، تتعلق بطول خبرة القضاة في المحكمة العليا ، ولا اعتبارات عملية ، تتعلق بمعرفتها بأن الحكم الذي ستصدره هذه المحاكم سيعرض على المحكمة العليا لاحقاً . التي لها سلطة نقض الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس ، والتي لا تطبق القانون تطبيقاً سليماً⁴ .

وتقتصر وظيفة المحكمة العليا ، على رقابة القاضي في تطبيقه لقانون وتفسيره له ، ولا تتدخل في تقديره للوقائع ، فإذا نظرت المحكمة العليا في مسألة معينة ، وجب عليها أن تسلم بالوقائع كما هي ، أي كما ثبتت لدى قاضي الموضوع ، وهي تقتصر على مراقبته في تطبيق القانون على هذه الوقائع ، فإن

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 181 .

² الدكتور غالب على الداودي مرجع سابق . ص 182 .

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 96 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 215 .

طبقة تطبيقاً سليماً ، رفضت الطعن بالنقض ، وإن تبين لها بأن القاضي قد أخطأ في تطبيق القانون
نقضت الحكم أو القرار ، وبينت وجه هذا الخطأ .

وتجدر الإشارة ، الى أنه في غالب الأحيان ، تقوم الدول بنشر موسوعات قضائية
(في الجزائر تصدر عن المحكمة العليا "المجلة القضائية" ، كما تصدر عن مجلس الدولة "مجلة
مجلس الدولة") ، تضم مجموعة من قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة ، وتستخرج المبادئ التي
تضمنتها تلك القرارات ، حتى يسهل على المشتغلين بالقانون ، الرجوع إليها للاستئناس بها ، عند
الحاجة .

المطلب الثاني

الفقه

La doctrine

الفقه لغة هو فهم وإدراك غرض كلام المتكلم ، ومن ذلك ما ورد في القرآن الكريم (واحلل
عقدة من لساني يفقهوا قولي¹) . وقوله تعالى (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين
ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون²) .

والفقه اصطلاحاً هو مجموعة الأحكام العملية للمسائل الجزئية المستمدة من أدلتها التفصيلية سواء
أكانت تلك الأحكام مستقاة من النصوص أم من الإجماع أم كانت متحصلة من استنباط المجتهدين³ .

أما الفقيه فهو كل متخصص في بحث القواعد القانونية بحثاً حراً مجرداً . وثمره هذا البحث
تكون آراء الفقيه الخاصة في تحليل القواعد القانونية وتفسيرها⁴ . ذلك أن مهمة الفقيه تقتصر على
شرح أحكام القانون وتفسير ما غمض من نصوصه واستنباط آراء علمية تبين ما ينبغي أن يكون
عليه القانون وإنارة السبيل أمام المشرع عندما يضع قانوناً جديداً أو يعدل قانوناً قديماً أو أمام القضاء
عندما يقوم بتطبيق القانون وتفسيره⁵ .

ويقصد باصطلاح الفقه ، مجموع الآراء التي يقول بها علماء القانوني وهم يشرحون أو ينتقدون
قواعد القانون في مؤلفاتهم ويستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد أو يعلقون على أحكام
القضاء⁶ . أو هو مجموع الآراء التي يقول بها فقهاء القانون وشراحه عند شرحهم للقانون وتفسيره ونقده
في مؤلفاتهم وأبحاثهم أو فتاويهم ومحاضراتهم⁷ .

وليس للفقه صفة رسمية في الوقت الحالي ، فقوته هي قوة أدبية فقط ، وآراء الفقهاء وإن كانت
لها تأثير على المشرع أو القاضي ، إلا أنها لا تلزمه من الناحية الرسمية ، ومع ذلك فإنه لا يجوز

¹ الآية 28 من سورة طه.

² الآية 122 من سورة التوبة .

³ الدكتور حمد عبيد الكبيسي. الدكتور محمد عباس السامرائي. الدكتور مصطفى الزلمي . المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . الطبعة الاولى . دار المعارف . بغداد . 1980. ص 21 . أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق ص 148 . الهامش رقم 03.

⁴ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 60.

⁵ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 184.

⁶ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 208.

⁷ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 230 .

التقليل من أهمية الفقه ، ذلك أن علم القانون ، لم يتقدم إلا بفضل أجيال من الفقهاء ، ساهموا فيه في جميع عصور التاريخ¹ .

وقد كان الفقه في حقبة غابرة مصدرا رسميا من مصادر القانون ، بحيث كان من صلاحية الفقيه إنشاء القاعدة القانونية بنفسه كما لو كان مشرعا . وهذا ما يدلنا عليه تاريخ القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وكذا تاريخ الشريعة الإسلامية² .

والدور الذي يقوم به الفقيه ، يمكن إجمالها في أربعة أمور وهي³ . التحليل ، والتأصيل ، والنقد والتعميم . فالفقه يقوم ، بعملية تحليل وشرح للقانون ، بحيث يقوم الفقهاء بشرح القوانين التي يصدرها المشرع ، ويوضحون المقصود منها ، ويبينون شروط تطبيقها . وبيان حقيقة المراد منها .

ويقوم الفقه كذلك بعملية تأصيل أي بيان الفكرة العامة للتشريع ، فيقوم الفقهاء بجمع القوانين وتقليبها بعضها من البعض الآخر لاستخلاص الاتجاه العام للتشريع . ويقوم الفقهاء أيضا ، بنقد التشريع وأحكام القضاء ، ويكشفون عن عيوبه . وهذا النقد الذي يوجهه الفقه الى الحلول التي جاء بها التشريع من شأنه أن يمهد للإصلاح ، فهو يكشف عن عيوب التشريع ونقصه ويبرز المآخذ التي يراها على مسلك القضاء .

وأخيرا يقوم الفقه باستخلاص المبادئ العامة من جملة القواعد التفصيلية التي ترد في التشريع او في أحكام المحاكم ، فالفقه ينتقل من الفروع الى الأصول ، ومن التفصيل الى التعميم ، فتصبح هذه القواعد العامة وتلك الأصول صالحة لأن تستنتج منها قواعد جديدة تحكم الحالات الجديدة التي تعرض أمام القضاء ، وهذا الدور هو أهم الأدوار الأربعة التي يقوم بها الفقه . فبفضل هذا التعميم رسخت في علم القانون جملة من المبادئ التي يستعين بها القضاء ويستهدي بها . ويظهر تأثير الفقه بوضوح في المجالات التالية .

تهيئة وتكوين رجال القانون في المستقبل ، الذين يتولون القضاء والإدارة والسياسة في الدولة عن طرق تدريس القانون في الجامعات والمعاهد العليا .

توجيه القضاء بجميع درجاته في تطبيق القانون ، فالقاضي كثيرا ما يسترشد بآراء رجال الفقه عند تطبيق القانون وتفسيره ، ويحاول تبنيها فيما يصدره من أحكام واجتهادات .

يقدم الفقه للمشرع مادة قيمة يسترشد بها في التحضير للعمل الذي يقوم به ويحاول تبنيها فيما يصدره من قواعد تشريعية ، فهو يمد المشرع بالمبادئ العامة التي يستطيع أن يستخلص منها قواعد تفصيلية ، وينبئه الى النقص او العيب الموجود في التشريع ، ويدعوه الى تدارك هذا النقص او العيب بتعديل التشريع⁴ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 93.

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 231.

³ لمزيد من التفصيل أنظر الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 94/93

⁴ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 233.

وخلاصة القول أن مهمة الفقه تقتصر على شرح أحكام القانون وتفسير ما غمض من نصوصه واستنباط آراء علمية ، تبين ما ينبغي أن يكون عليه القانون ، وإنارة السبيل أمام المشرع عندما يضع قانونا جديدا أو يعدل قانونا قديما ، أو أمام القضاء عندما يقوم بتطبيق القانون وتفسيره¹ .

وقد كان للفقه أهمية كبرى في الشرائع القديمة ، التي كانت تعتبر الفقه من المصادر المباشرة للقاعدة القانونية . ففي القانون الروماني ، تطورت أهمية الفقه ، ووصلت إلى حد اعتباره المصدر الأصيل للقاعدة القانونية ، وقد كان القضاء يلتزم "إلى حد معين" بما جاء في آراء كبار الفقهاء . وصارت هذه الآراء من المصادر العامة عند تجميع القواعد القانونية في مدونة جستنيان² .

أما في المجتمعات الحديثة ، فإن الفقه لم يعد له أي دور في منح القاعدة القانونية قوة الإلزام وبذلك لا يمكن القول بأن الفقه المعاصر يعتبر مصدرا للقاعدة القانونية . ومع ذلك فإن الفقه بقي غالبية الدول الحديثة يعد مصدرا تفسيريا للقاعدة القانونية . وبذلك يكون الفقه عنصر من عناصر الاستئناس التي يسترشد بها القاضي لفهم القاعدة الواجبة التطبيق والكشف عن مضمونها³ .

كما أن الفقه ، يتناول أحكام القضاء بالتحليل والتعليق ، وقد يصل في بعض الأحيان إلى الكشف عن بعض أخطاء القضاة في تطبيق قاعدة قانونية معينة .

أما أهمية أحكام الفقه في الشريعة الإسلامية فكبير جدا ، ولكن هذه الأهمية اختلفت من مرحلة إلى أخرى ، ففي عهد الرسول (ص) وهو العهد الذي شهد ولادة وتأسيس التشريع الإسلامي على يد الرسول (ص) وامتد قرابة اثنين وعشرين عاما أرسى خلالها الرسول الكريم (ص) أسس التشريع الإسلامي ، سواء فيما يتعلق بإصلاح العقيدة وتهذيب النفوس ، أو فيما يتعلق بالتشريع العملي وتنظيم شؤون الدولة . حيث كان يتولى هو بنفسه جميع أمور الدولة الإسلامية التي أنشأها . وكانت تعود إليه بصورة خاصة مهمة التشريع والقضاء وبيان القواعد والأحكام الواجب على الناس إتباعها من خلال الكتاب والسنة .

ولقد تركزت مصادر الشريعة الإسلامية في هذا العصر في القرآن الكريم كمصدر أساسي لها وهو كلام الله تعالى المنزل وحيا على الرسول (ص) وتأتي السنة النبوية الشريفة كمصدر ثاني من مصادر التشريع الإسلامي . فقد أتت الكثير من الآيات الكريمة بالأحكام الكلية والتشريعات الإجمالية وترك أمر تفصيلها للرسول الكريم (ص) عن طريق الوحي . فقال تعالى في محكم تنزيله (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى⁴) . وقال أيضا (ونزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل عليهم⁵) . وتشمل السنة النبوية الشريفة كل ما صدر عن الرسول (ص) من قول أو فعل أو تقرير .

وفي هذا العصر لم يكن للفقه الأثر الكبير ، للاعتماد الكلي على الكتاب والسنة⁶ ، بينما نشأ الفقه في عهد الخلفاء الراشدين ونما وترعرع حتى بلغ ذروته في القرن الرابع الهجري ، أمام المشاكل

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 184 .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 60 .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 60 .

⁴ الآية 04 من سورة النجم .

⁵ الآية 44 من سورة النحل .

⁶ إلا أنه ثبت أن رسول الله (ص) قد اجتهد في بعض الوقائع ، من ذلك إذنه لمعاذ بن جبل في الاجتهاد عندما بعثه قاضيا إلى اليمن حين قال له (كيف تقضي يا معاذ إذا عرض عليك قضاء ، قال اقضي بكتاب الله ، قال فإن لم تجد في كتاب الله ، قال بسنة رسوله ، قال فإن لم تجد في سنة رسوله ، قال اجتهد رأيي ولا ألو . فسر الرسول منه وضرب على صدره . وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله) . الحديث رواه أبو داود ، في كتاب الأقضية رقم 3592 . السنن الكبرى . ج 04 . ص 246 . أنظر الدكتور غالب على الداودي مرجع سابق . ص 149 هامش رقم 01 . ومن ذلك أيضا إقرار الرسول (ص) على ابن أبي طالب

الجديدة التي لم يألفها المجتمع المسلم والمسلمون ، ولم يجدوا لها الحلول لا في الكتاب ولا في السنة حتى تقرر في أواخر القرن الرابع الهجري قفل باب الاجتهاد في فقه أهل السنة ، وتم تقييد القضاء بأحكام المذاهب الأربعة (المالكية ، الحنفية ، الشافعية ، والحنبلية) وتوقفت حركة الاجتهاد¹.

أما المرحلة الثانية للفقه فتبدأ بعد وفاة الرسول الكريم (ص) وانقطاع الوحي ، وبدء عهد الخلفاء الراشدين الى غاية ظهور الأئمة ، وتدوين الفقه في منتصف القرن الرابع الهجري . وكان طابع الفقه الاجتهاد وأخذ الأحكام من النصوص إن وجدت ، فإن لم توجد فبالرأي الجماعي او الفردي . إذ اضطلع الخلفاء الراشدون وكبار الصحابة بعد وفاة الرسول الكريم (ص) وانقطاع الوحي بحمل الأمانة وقيادة الأمة في أمور الدين والدنيا ، فقد عاصر هؤلاء الرسول (ص) وسمعوا أحاديثه وشاهدوا أفعاله ولاحظوا تقاريره ، فكانوا أعلم من غيرهم بالقران الكريم وبتفسيره وبأسباب نزوله وأحفظ من غيرهم لسنن النبي وأقوله وأفهم لاجتهاده وفتاويه . ولذلك كان مصدرا التشريع الأصليين في هذه الحقبة هما الكتاب والسنة².

ومع اتساع رقعة الدولة الإسلامية وازدياد الحوادث والوقائع التي لم يعهدها من قبل . فقد وجد الصحابة أن من واجبهم نشر ما حفظوه من آيات القران الكريم بين المسلمين والإفتاء بينهم فيما طرأ من وقائع وأمور لا حكم لها في الكتاب والسنة ، ومن هنا قام الفقه مصدرا للشرعية الإسلامية ، وكان الصحابة يباشرون الإفتاء مجتمعين أول الأمر حين كانت حدود الدولة الإسلامية لا تتجاوز شبه جزيرة العرب وكان يمكن للخليفة دعوتهم الى الاجتماع في المدينة المنورة لإقرار ما يروونه مناسبا من الحلول في الحالات التي لا يوجد فيها النص الصريح في الكتاب والسنة . فإذا اجمعوا على أمر أخذ به الخليفة وطبقه . وكان ينذر اختلافهم وعدم حصول إجماعهم ، وهكذا اجتهدوا وعملوا بالرأي في ضوء القواعد الشرعية لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأدلة والحكم بالحظر او الإباحة بالصحة او البطلان على ما يجري بين الناس من علاقات ، وقد تميزت تلك الأدلة بأسماء خاصة فيما بعد ، كالإجماع والقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع والاستحسان والعرف ... الخ³.

إلا أنه عندما امتدت الفتوحات وتوسعت الأمصار الإسلامية ، توزع الصحابة على كثير من هذه الأمصار مثل الكوفة والبصرة والشام ومصر والمدينة المنورة ومكة ونيسابور ومورو والقيروان وقرطبة ... الخ . بشكل لم يعد اجتماعهم في المدينة المنورة ممكنا . فكان هذا التفرق مدعاة للاختلاف وتشعب الاجتهاد تبعا لتأثر الفقه بالبيئة التي يعيش فيها وتبعا لتنوع العرف المألوف في كل بيئة ومجتمع وصار كل فريق من الصحابة يتولى مهمة الاجتهاد في أحد الأمصار ، وكان يحدث أحيانا أن لا يكون في الولاية من الصحابة سوى فقيه واحد يقوم بالإفتاء فيما يعرض عليه من مسائل ، حتى تباينت الآراء وانقسم الفقه الى (مدرسة أهل الحديث) في الحجاز وعلى الأخص في المدينة المنورة ، و (مدرسة أهل الرأي) في الكوفة بالعراق . وكانت مدرسة أهل الحديث تتسم بنزعة محافظة اتجهت بها الى السنة

على اجتهاده في اليمن في حادثة بئر الزبية . وتتلخص وقائع هذه الحادثة بأن أسدا وقع في بئر الزبية وازدحم الناس عليها ، فوقع فيها رجل وأمسك بأخر وأمسك الثاني بثالث حتى صار فيها أربعة فماتوا . فقضى للأول بربع الدية ، لأنه مات بتدافع المزدحمين حول البئر ووقع الثلاثة الذي جذبههم فوقه . فأهدر ما يقابل فعله من الدية وذلك ثلاثة أرباعها . وجعل للثاني ، ثلث الدية . لأنه مات بجذب الأول له ، ووقع الاثنان اللذين جذبهما فوقه ، فأهدر ما يقابل فعله وهو ثلثا الدية . وجعل للثالث نصف الدية . لأنه مات بجذب الثاني له ووقع الرابع الذي جذبه ، فأهدر ما يقارب فعله وهو نصف الدية . وجعل للرابع الدية كاملة . لأنه مات بجذب الثالث له فقط . وحكم بأن الواجب كله على قبائل الذين ازدحموا . ولما أبوا قبول هذا الحكم قدموا الى النبي (ص) فقال "القضاء كما قضى على" . انظر الدكتور . غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 149 .

¹ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . 185 .

² . الدكتور عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق . ص . 179 .

³ . الدكتور عبد الباقي البكري . الدكتور على محمد بدير وزهير البشير . المدخل لدراسة القانون . مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل . 1982 . ص 155 . أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 149 . هامش رقم 04 .

النبوية وتكاد أن لا تقتني إلا بها . وكان أنصارها من الذين بقوا في الحجاز ولم يخرجوا الى الأمصار كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله بن عمر وغيرهم¹ .

أما مدرسة أهل الرأي فقد اتسمت بطابع تجريدي أساسه الاعتماد على الاجتهاد والرأي بحكم حضارة ومدنية العراق واتساع العمران وتنوع الأحوال الاجتماعية والاقتصادية فيه وكثرة المسائل المسكوت عنها وعدم توفر الحديث في العراق بالكثرة التي كان عليها في المدينة المنورة ، مما دفع بالفقهاء الى مواجهة ذلك باستعمال الرأي والاجتهاد والقياس في معالجة الأمور واستنباط الأحكام الشرعية . وكانت حجتهم أن الأحكام الشرعية يجب أن تكون معقولة المعنى ومعللة ، وكانوا يبحثون عن العلل التي شرعت الأحكام لأجلها ويربطون الحكم بالعلة متى وجدت وينفونه متى انتفت علته ، فجعلوا الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما . وهذا ما جعلهم يبتعدون عن الجمود الفكري ويعالجون الأحكام العملية بمرونة وبعد نظر . وكان أنصارها من الصحابة الذين رحلوا من الحجاز الى أطراف الدولة الإسلامية كعبد الله بن مسعود وعلقمة وغيرهما² .

فمن أواخر عهد الامويين وبداية عهد العباسيين ، (من أوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع الهجري) نهض الفقه نهضة رائعة بلغ فيها الذروة ، فانتسعت دائرته وظهرت المصطلحات الفقهية ونشأ علم أصول الفقه وكتبت أمهات الكتب الشرعية في الفقه والحديث والتفسير . وكان القضاء يأخذ بالفقه حتى طغي الفقه على القضاء³ .

وبعد أن وصل الفقه الإسلامي الى أوج النمو والازدهار في إطار النشاط العام للمجتمع الإسلامي بدأ في أواخر القرن الرابع الهجري بالركود والتراجع الى ما كان عليه في عهد الأئمة المجتهدين السابقين في منتصف القرن الرابع الهجري ضمن إطار ما أصاب المجتمع الإسلامي من تمزق أدى الى تقطع أوصاله وانقسامه الى دويلات وإمارات عدة وقيام الحروب بين هذه الدويلات والإمارات ، مما أصاب الأمة الإسلامية بالتفكك والانحلال والضعف والانحطاط وبدأ الفقهاء يبتعدون عن الحياة العملية ويكثر من الفروض الخيالية والجدلية ، بعد أن ماتت فيهم روح الاستقلال الفكري وانتشرت بينهم روح الخمول والكسل والدعة والانقسام والانحياز ، حتى تعددت المذاهب واختلفت الأحكام في القضايا مع أن الشريعة التي أوصت بها هي شريعة واحدة ، ودخل ميدان الفقه من لم يكن أهلا له وبدأ بعض القضاة بالاجتهاد بأنفسهم ومخالفة آراء الفقهاء ، فتقرر عندئذ قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري ، وتقيد القضاة بالقضاء بموجب المذاهب الأربعة (الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنبلية⁴) ، وتوقفت حركة الرأي والاجتهاد في فقه أهل السنة⁵ .

الفصل الخامس

تطبيق القاعدة القانونية

بعد نشوء القاعدة القانونية ، وصيرورتها نفاذة ، يجب تطبيقها على المخاطبين بأحكامها من طرف السلطة المختصة . ولتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية ، يجب أن نتناول المسائل التالية تحديد

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 150 .

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق 181 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 150 .

⁴ الحنفية نسبة الى الامام ابي حنيفة النعمان 150/80 هجري . المالكية نسبة الى الامام مالك بن أنس 179/93 هجري . الشافعية نسبة الى الامام محمد بن ادريس

الشافعي 204/150 هجري . الحنبلية نسبة الى الامام احمد بن حنبل 241/164 هجري .

⁵ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 151 .

الجهات المختصة بتطبيق القاعدة القانونية . مدى سريان القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص المخاطبين بأحكامها ، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تسري عليهم جميعا ، أم أن البعض منهم لا يخضعون لأحكامها ، بحجة الجهل بها . مدى سريان القاعدة القانونية ، من حيث المكان وذلك للوقوف على الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة ، بالنظر الى نطاق تطبيق قوانين غيرها من الدول . مدى سريان القاعدة القانونية ، من حيث الزمان ، وذلك للتحديد الزمان الذي تدخل فيه هذه القاعدة القانونية حيز التطبيق ، وبيان الحل الذي يجب إتباعه لفض النزاعات الناشئة عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان ، والذي يتحقق في حالة إلغاء تشريع معين ، وإحلال تشريع آخر محله .

وعلى هذا الأساس ، سنقسم هذا الفصل الى أربعة مباحث ، نتناول في المبحث الأول الجهات المختصة بتطبيق القاعدة القانونية . وندرس في المبحث الثاني تطبيق القانون ، من حيث الأشخاص ونفصل في المبحث الثالث تطبيق القانون من حيث المكان . ونتناول في المبحث الرابع تطبيق القانون من حيث الزمان .

المبحث الأول

الجهات المختصة بتطبيق القاعدة القانونية

يحكم القضاء في الجزائر أربعة مبادئ أساسية هي . استقلال القضاء ، تعدد القضاة ، ومبدأ التقاضي الفردي ، والتقاضي على درجتين ، وأخيرا علنية الجلسات¹ .

فقد نصت المادة 138 من الدستور الجزائري على أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون ، ولتحقيق هذه الاستقلالية نصت المادة 147 على أن القاضي لا يخضع إلا للقانون ، كما نصت المادة 148 على حماية كاملة للقاضي من كافة الضغوطات والتدخلات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهته . المصدر الأول للطالب الجزائري

وأخذ المشرع الجزائري بمبدأ تعدد القضاة في المجالس ، وهو ما نصت عليه المادة 08 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي بقولها (يفصل المجلس القضائي بتشكيلة جماعية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) . كما أخذ بهذا المبدأ في المحكمة العليا ومجلس الدولة .

كما أخذ بمبدأ القاضي الفردي في المحاكم خاصة في الأحكام المدنية والعقارية والتجارية والاستعجالية وشؤون الأسرة والجزائي والاجتماعي والأحداث ، وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون العضوي الصادر بتاريخ 2005/07/17 على ذلك بقولها (تفصل المحكمة بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) .

ويصنف القضاء في ثلاث فئات ، وهم قضاة النيابة العامة ، وقضاة الحكم ، وقضاة التحقيق . ويشترك هؤلاء القضاة عموما في عدد من القواعد التي تحكمهم ك شروط التوظيف ونظام الترقية والتأديب ... الخ ولكنهم يختلفون في الاختصاصات التي يمارسونها .

فقضاة النيابة العامة تتمثل مهمتهم في الدفاع عن المصلحة العامة للمجتمع والسهر على تطبيق القانون ، ويختلفون عن غيرهم من القضاة خاصة من زاوية مركزهم القانوني وخضوعهم للتدرج

¹ الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 251 .

السلمي ، ويمارسون الى جانب وظائفهم القضائية ودورهم الأساسي في الدعوى العمومية ، وظائف غير قضائية كالإشراف على الشرطة القضائية ومتابعة وتنفيذ الأحكام الجزائية¹ .

أما قضاة التحقيق فيعينون لممارسة مهام التحقيق ، ويمارسون تحقيقهم في الملفات الجزائية تحت رقابة غرفة الاتهام ، قصد البحث عن الحقيقة A charge et a décharge . وهذا طبقا لقانون الإجراءات الجزائية ، ولا يجلسون للحكم في القضية التي سبق أن حققوا فيها .
أما قضاة الحكم فيضطلعون أساسا بمهمة حل النزاعات المعروضة أمامهم وإصدار الأحكام بشأنها طبقا للقانون ، بعد البحث والتحقيق على ضوء الوثائق والمستندات التي تتضمنها الملفات المتعلقة بهذه النزاعات ، وفي كل هذا لا يخضع القاضي إلا للقانون ولضميره² .

ويعد التقاضي على درجتين أحد الأصول التي يقوم عليها النظام القضائي في الجزائر ، بحيث توجد محكمة الدرجة الأولى ، التي تنظر في النزاع لأول مرة ، فتصدر بشأنه حكما قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي ، الذي يصدر قرارا نهائيا ، وتكون بعض أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية النهائية قابلة للطعن بالنقض فيها أمام المحكمة العليا التي تأتي على رأس النظام القضائي في الجزائر ، وهي ليست درجة ثالثة للتقاضي ، وإنما هي محكمة قانون ، تختص بمراجعة صحة تطبيق القانون فقط³ .

وتتم جلسات المحاكم علنية ، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب العامة ، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية ، وقد نصت على هذا المبدأ المادة 144 من الدستور (تعلل الأحكام القضائية ، وينطق بها في جلسات علنية) .

تقوم السلطة القضائية في الجزائر ، ممثلة في المحاكم والمجالس ، بتطبيق القواعد القانونية على المنازعات التي تطرح عليها ، من طرف المتخاصمين ، لتفصل فيها وفقا للقانون . ويشمل النظام القضائي في الجزائر ، على جهتين قضائيتين رئيسيتين ، هما القضاء العادي . والقضاء الإداري .

المطلب الأول

القضاء العادي

يختص القضاء العادي ، بالنظر في جميع المسائل والمنازعات التي تطرح عليه باستثناء تلك التي أخرجها المشرع عن اختصاصه بنص خاص ، ويتكون القضاء العادي في الجزائر من المحاكم والمجالس ، والمحكمة العليا .

المحاكم . وهي الدرجة الأولى للتقاضي ، تكون على مستوى كل دائرة ، وتشكل من قضاة الحكم (قاضي فرد) ، وإن كانت التشكيلة قد تتغير أحيانا حسب موضوع النزاع كما هو الشأن في المسائل الاجتماعية مثلا ، حيث يجلس الى جانب القاضي ممثلين عن العمال والمستخدمين . ورئيس المحكمة وكيل الجمهورية ، قاضي تحقيق أو أكثر ، قاضي الأحداث . وأمانة ضبط المحكمة . وتتكون المحكمة من عدة أقسام ، هي على التوالي ، القسم المدني ، قسم الجنح وقسم المخالفات ، القسم الاستعجالي ، قسم

¹ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص . 116 .

² الدكتور عبد المجيد زعلاني . المرجع السابق . ص . 116 .

³ الدكتور حميد بن شنييتي المرجع السابق . ص . 252 .

شؤون الأسرة ، القسم الاجتماعي ، القسم العقاري ، القسم التجاري والبحري ، قسم الأحداث . كل أحكامها قابلة للاستئناف أمام المجالس القضائية (مع بعض الاستثناءات) .

المجالس القضائية . وتختص بالنظر في استئناف أحكام المحاكم ، بهدف مراجعتها والفصل فيها من جديد ، بقرار نهائي قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا . وتصدر قراراتها ، إما بتأييد الحكم المستأنف ، وإما بإلغاء الحكم المستأنف وتعديله من جديد . ويتشكل كل مجلس قضاء من رئيس مجلس قضاء ، نائب عام ومساعديه ، رؤساء الغرف ، مستشارين ، أمانة ضبط المجلس .

يتكون المجلس القضائي من عدة غرف ، تعمل كلها بثلاث قضاة ، منها الغرفة المدنية ، الغرفة العقارية ، الغرفة التجارية والبحرية ، غرفة الجناح والمخالفات ، غرفة الاتهام ، الغرفة الاستئنافية ، غرفة شؤون الأسرة ، غرفة الأحداث ، الغرفة الاجتماعية ، الغرفة الجزائية . وإلى جانب ذلك توجد غرفة الاتهام التي تمارس اختصاصها كجهة استئناف وكجهة تحقيق وكمرقب لأعمال الضبطية القضائية ، وفي مجال رد الاعتبار وتلعب دورا مميزا في التحقيق في مواد الجنايات ، عن طريق توجيهها للاتهام وإصدار قرارات الإحالة على محكمة الجنايات¹ .

وتنعتق محكمة الجنايات المتميزة تاريخيا بطابعها الشعبي ، بوجود المحلفين إلى جانب القضاة المهنيين بمقرات المجالس القضائية خلال دورات محددة . وأحكامها لا تقبل الاستئناف لكن يمكن الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا .

المحكمة العليا . كانت تسمى فيما قبل ، بالمجلس الأعلى ، وهي محكمة وحيدة على المستوى الوطني ، يقع مقرها في الجزائر العاصمة ، مهمتها مراقبة مدى سلامة وصحة تطبيق القانون من طرف المحاكم والمجالس القضائية . فإذا تبين لها بأن الحكم أو القرار المطعون فيه ، طبق فيه القضاة القانون تطبيقا صحيحا ، أقرته ، وإذا تبين لها ، بأن المحاكم والمجالس القضائية ، لم تطبق القانون تطبيقا صحيحا ، نقضت الحكم أو القرار ، وأحالت القضية إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار ، لتتظر فيه ، من جديد ، بتشكيلة قضائية جديدة ، غير التي فصلت فيه من قبل ، وفقا للقانون

تضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي وتسهر على احترام القانون . تتشكل المحكمة العليا من رئيس المحكمة العليا ، ونائب رئيس ، رؤساء غرف ، رؤساء أقسام 95 مستشار على الأقل ، نائب عام ، ونائب عام مساعد .

تتكون المحكمة العليا من الغرف التالية ، الغرفة المدنية ، الغرفة العقارية ، الغرفة التجارية والبحرية ، الغرفة الاجتماعية ، غرفة شؤون الأسرة ، الغرفة الجنائية .

المطلب الثاني

القضاء الإداري

يختص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها (البلدية الولاية) طرفا فيها . ويتكون القضاء الإداري من المحاكم الإدارية ، ومجلس الدولة .

¹ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص . 118

المحاكم الإدارية . تختص المحاكم الإدارية بالفصل في النزاعات الإدارية في أول درجة في جميع القضايا التي تكون ، الدولة ، او الولاية ، او البلدية ، او إحدى المؤسسات العمومية ، ذات الطابع الإداري طرفا فيها . أحكامها قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة .

مجلس الدولة . يقوم مجلس الدولة ، بتقييم أعمال الجهات القضائية الإدارية ، ويقوم بالفصل في استئناف الأحكام الإدارية الصادرة عن المحاكم الإدارية (المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ويختص ، كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء ، والتفسير ، وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية (المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ، وكذلك النظر في الطعون بالنقض في القرارات الإدارية (المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) .

يتشكل مجلس الدولة من ، رئيس المجلس ، نائب الرئيس رؤساء الغرفة ، محافظ الدولة .

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث الأشخاص

تحديد تطبيق القانون من حيث الأشخاص يثير التساؤل التالي هل يطبق القانون على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكام قواعده ولو كان بعضهم بها جاهلا ؟ . أم أن القانون لا يسري إلا في حق من كان عالما بأحكام قواعده ؟ .

يجيبنا على هذا التساؤل مبدأ شهير يطلق عليه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون *Nul n'est censé ignorer la loi* . ونتناول هذا المبدأ من حيث مضمونه ونطاقه ، ثم يلي ذلك بيان الأساس الذي يستند إليه والاستثناءات التي ترد عليه . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب . نتناول في المطلب الأول مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . وندرس في المطلب الثاني نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ونخصص المطلب الثالث الى الأساس الذي يستند إليه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . وندرس في المطلب الرابع الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

المطلب الأول

مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

لقد سبق القول ، بأنه إذا تم نشر القاعدة التشريعية في الجريدة الرسمية ، وتمر يوم كامل على هذا النشر بالنسبة للجزائر العاصمة ، ويوم كامل من تاريخ وصلها الى مقر الدائرة ، (راجع أحكام المادة الرابعة من التقنين المدني الجزائري¹) . فإن هذه القاعدة القانونية ، تسري في حق جميع المخاطبين بأحكامها ، دون استثناء ، سواء علموا بها ، أم لم يعلموا بها ، وسواء علم بها البعض وجاهلها

¹ . تنص المادة 04 من القانون المدني على ما يلي (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 منذ تاريخ وصول الجريدة الرسمية الى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة) .

البعض الآخر ذلك أن الأصل العام ، أنه لا يجوز للأفراد أن يطلبوا من القضاء عدم تطبيق القانون عليهم بحجة أنهم يجهلونه . استنادا الى المبدأ الشهير القائل بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون Nul n'est censé ignorer la loi أو بتعبير آخر ، يفترض علم الكافة بالقانون ، ويطلق على هذا المبدأ أيضا ، لا يفترض في أحد أن يجهل القانون¹ .

و عليه فلا يستطيع من جهل القاعدة القانونية ، التمسك باستبعاد تطبيقها عليه ، لكونه لم يطلع على الجريدة الرسمية ، أو لأنه كان خارج الوطن ، أو لأنه كان مريضا أو كونه لا يعرف القراءة والكتابة وقد نص الدستور الجزائري على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في مادته الستين ، بحيث جاء "لا يعذر بجهل القانون" .

وقد يبدو هذا المبدأ ، للوهلة الأولى ، غير عادل إذ قد يقال كيف يتأتى للشخص ، أن يسلك المسلك الذي يفرضه القانون ، وهو لا يعلم بهذا القانون ؟ . لكن الحقيقة التي لا يختلف عليها اثنان ، أنه لو فتحنا هذا الباب ليدعي ، كل شخص أنه يجهل القانون ويطلب استنادا الى ذلك عدم تطبيقه عليه ، لترتب على ذلك أن يدعى كل من يرى أن تطبيق القانون متعارض مع مصلحته الخاصة أنه يجهله . وبالتالي يكون فتح باب الادعاء بجهل القانون مؤديا حتما الى عدم تطبيقه في أكثر الأحوال ، فتسود الفوضى في المجتمع ويضيع الأمن ، ويقصر القانون عن تأدية وظيفته ، وهي إقامة العدل والنظام وتحقيق الاستقرار في المجتمع² .

إلا أن اعتبارات العدالة ذاتها والمصلحة العامة في الجماعة ، تقتضي أن يوضع مثل هذا المبدأ حتى تتحقق العدالة والمساواة بين أفراد المجتمع فلا يقتصر تطبيق القانون على بعض الأفراد بينما يعفى البعض الآخر من الخضوع له بدعوى الجهل به ، بل يكونون بمنزلة سواء فيخضعون جميعا لأحكامه³ .

وهذه المساواة ضرورة يحتمها نظام المجتمع ، إذ لو سمح للأشخاص التذرع بجهل القواعد القانونية كي يعفوا من الخضوع لأحكامها لترتب على ذلك أن يلجأ الى هذا الادعاء كل من تقتضي مصلحته عدم تطبيق القاعدة القانونية عليه ، فتثور الفتن والمنازعات حول علم الناس أو جهلهم بالقانون ولا استطاع الكثيرون الإفلات من الخضوع لأحكامه ، مما يؤدي حتما الى عدم تطبيق القانون في كثير من الحالات فتسود الفوضى ويعم الاضطراب وعدم الاستقرار في نطاق المعاملات فيقصر القانون عن أداء وظيفته الأساسية وهي حفظ النظام وكفالة الاستقرار في المجتمع⁴ .

وإذا كان مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون قد يؤدي الى إهدار المصالح الخاصة للأفراد إلا أنهم كثيرا ما يحاطون علما بأحكام القانون بوسائل النشر المختلفة كالإذاعة والتلفزيون والصحف وغيرها . كما أن القانون لا يعتبر نافذا إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ، وفي هذا ضمان كاف للأفراد يتيح لهم فرصة العلم به .

كما أن كثيرا من القواعد القانونية تنشأ وتتكون بين أفراد الجماعة ، كما هو الحال بالنسبة للقواعد المستمدة من العرف ، مما يسهل عليهم الوقوف عليها والعلم بها . ثم إن القواعد القانونية في جملتها تتفق

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 218 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 100 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 244 .

⁴ توفيق حسن فرج . المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للقانون . الدار الجامعية . 1990 . ص 298 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 244 . هامش رقم 04 .

والمنطق السليم ، مما يجعل الناس يحترمونها ، رغم عدم علمهم بها ، لشعورهم بضرورة التزام سلوك معين في الحياة ، وبأنه ليس لهم الحق في الاعتداء على حقوق الآخرين¹ .

ويرجع الأصل التاريخي لهذا المبدأ الى القانون الروماني ، إذ كان الغرض الرئيسي من وضع قانون الألواح الاثني عشر عند الرومان هو توحيد النظم القانونية التي كانت سائدة قبل وضعه لتسري على الإشراف والعامّة على حد سواء ، ذلك أن الأقلية من الإشراف ورجال الدين كانت تستأثر وحدها بتلك النظم والقواعد القانونية وتضرب حولها نطاقاً من السرية يمنع تسربها الى من هم دونها حتى تستقل بتفسيرها بما يتفق ومصالح طبقتها ، مستغلة جهل العامة واقعيّاً بتلك القواعد والنظم ، مما دفع العامة الى المطالبة بنقلها من السجلات الرسمية وتدوينها من جديد في نصوص ظاهرة معلنة على اثني عشرة لوحة تنصب في الساحة الكبرى بمدينة روما ليطلع عليها من يشاء ، ومن ثم لم يعد من المفروض في أحد جهله بالقانون ، وهو المبدأ الذي تفرع عنه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون² .

المطلب الثاني

نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

المقصود هنا هو بيان ما إذا كان مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يسري على القواعد القانونية مهما كان مصدرها ، أم أنه يقتصر على القواعد المستمدة من التشريع فقط ، من جهة . وما إذا كان يسري على القواعد الأمرة والقواعد المكملّة على حد سواء ، أم أنه يقتصر على القواعد الأمرة دون المكملّة ، من جهة أخرى .

لا جدال أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يسري على كافة القواعد القانونية ، أي كان مصدرها ، سواء كانت مستمدة من التشريع أو من العرف أو من الدين . وعليه فلا يجوز الاحتجاج بجهل أي من هذه القواعد للإفلات من الخضوع لحكمها أي كان مصدرها³ . وفي هذا الصدد جاءت المادة 60 من الدستور الجزائري لتتص على ما يلي . (لا يعذر بجهل القانون ... يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية) .

وتجدر الإشارة الى أن رأي فريق من الفقهاء اتجه الى قصر نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد الأمرة أي المتعلقة بالنظام العام⁴ . بينما اتجه فريق آخر (وهو الرأي الراجح) الى تعميم المبدأ بحيث يسري بالنسبة لكل القواعد أمرة كانت أم مكملّة . إذ لا مبرر في رأيهم لهذه التفرقة بين نوعي القواعد وذلك من ناحيتين .

الناحية الأولى . إن كلا من القواعد الأمرة والقواعد المكملّة هي قواعد ملزمة ، وما دام يستويان

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 245 .

² الدكتور محمد وجدي عبد الصمد . الاعتذار بالجهل بالقانون . دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة . طبعة 1988 . ص . 231 . أشار اليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 219 . هامش رقم 04 .

³ انظر الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 78 . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 116 . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 101 . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 246 . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 221 .

⁴ من هذا الرأي في الفقه الفرنسي Demogue..Planiol... وفي الفقه المصري السنهوري . الوسيط ج 01 . طبعة 1973 . ص . 329 . أشار اليهم الدكتور حبيب ابراهيم الخليفي . مرجع سابق . ص 186 . هامش رقم 01 . وفي هذا المعنى يقول السنهوري . إن (مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ، ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك) . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الأول . مصادر الالتزام . طبعة 1952 . ص 306 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 222 . هامش رقم 11 .

من حيث الإلزام بمضمونها ، فإنهما يستويان أيضا من حيث الإلزام بالعلم بهذا المضمون .

الناحية الثانية . إن إباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملّة يؤدي الى تضيق مجال تطبيقها الى حد بعيد إذ يفتح باب الادعاء بجهلها أمام من تكون له مصلحة في عدم تطبيقها ، لأنها قواعد لا تطبق أصلا إلا باتخاذ موقف سلبي منها يتمثل في عدم الاتفاق على خلاف أحكامها . ومن هنا يتسع المجال لتبرير هذا الموقف السلبي بالجهل بهذه الأحكام بهدف استبعادها .

وإذا أبيع استبعاد القواعد المكملّة في حالة عدم الاتفاق على خلافها ، أدى ذلك الى نتيجة غير مقبولة تتمثل في "فراغ" لم توجد القواعد المكملّة إلا لسده ، ذلك أنه في هذه الحالة لا توجد إرادة المتعاقدين - من ناحية - ويمتنع تطبيق القواعد المكملّة من ناحية أخرى¹ .

والواقع أنه لا يوجد مبرر للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة ، فكلاهما تتصفان بصفة الإلزام ، فما دامتا تستويان في الإلزام بمضمونهما ، فإنهما تستويان في استلزام العلم بهذا المضمون فالقوانين تصبح نافذة بمجرد نشرها وانقضاء الأجل المحدد لنفاذها ، وهذا يعني تطبيقها في كل حالة تتوافر فيها شروط التطبيق ، وليس من بين هذه الشروط علم الأفراد الشخصي بالقانون ، فكيف نستلزم إذن هذا العلم لتطبيق القواعد المكملّة . ولا يجوز تعليق هذا الإلزام على شرط العلم الشخصي بها ، وإلا صارت القواعد القانونية جميعها من القواعد الشرطية التي لا تكون ملزمة إلا بثبوت العلم بها ، وهذا قول لا يتفق مع صفة الإلزام التي تصاحب القاعدة القانونية فور نشأتها ونفاذها² .

ولعل الرأي الداعي الى قصر المبدأ على القواعد الآمرة دون المكملّة وقع في خلط بين مركز هذه الأخيرة عند التعاقد، مركزها بعد التعاقد ، فعند التعاقد يمكن تجاهلها تماما بإدراج شروط تعاقدية بديلة بينما بعد التعاقد تفرض نفسها كقواعد ملزمة تكمل النقص الذي يشوب إرادة الطرفين ، وهي عندئذ تتساوى في المركز - من حيث الإلزام - مع القواعد الآمرة ، ومن ثم يكون منطقيا أن يتساوى النوعان من القواعد كذلك من حيث انطباق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على كل منهما³ .

يضاف الى ذلك أن الاعتذار بجهل لقواعد المكملّة يفترض قيام نزاع بين المتعاقدين وادعاء أحدهما بجهل هذه القواعد، وهنا نكون إزاء مصليحتين متعارضتين . مصلحة متعاقد يدعى جهل القاعدة المكملّة . ومصلحة متعاقد يتمسك بالقاعدة المكملّة . وفي هذه الحالة يتعين المفاضلة بين المصليحتين وترجيح أولاهما بالاعتبار .

ومن الواضح أن مصلحة المتعاقد الذي يتمسك بالقاعدة المكملّة أولى بالاعتبار ، ذلك أنه يستند الى القواعد الملزمة للقاعدة المكملّة ويريد تغليب حكم القانون ، بينما يستند المتعاقد الآخر الى ادعائه بجهل القاعدة المكملّة ، ويريد استبعاد حكمها بإرادته المنفردة ، ولا شك أن مصلحة من يستهدف تغليب حكم القانون في مجال العقد ، ترجح على مصلحة من يستهدف استبعاد حكمه ، ومما يدعم مصلحة المتعاقد الذي يتمسك بالقاعدة المكملّة - في مواجهة من يدعى الجهل بها - أن اعتبارا قويا يساند هذه

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 186/187.

² الدكتور ادريس العلوي العبد اللاوي . المدخل لدراسة القانون . الجزء 01 . نظرية القانون . الطبعة 02 . 1976 . ص 631 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 248 . هامش رقم 01 .

³ أنظر . لدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 121 . الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 187 .

المصلحة وهو الاستقرار الواجب للمعاملات ، وما يقتضيه من حد للمنازعات وتطبيق القاعدة المكملة - رغم الجهل بها - وهو - بداهة - الوسيلة الأكبر فعالية وحسما في هذا الصدد¹ .

إن السماح بالتذرع بجهل القواعد المكملة يؤدي الى نفي صفة القواعد القانونية عنها وإهدار القوة الملزمة لها . وهي خصيصة تتصف بها القواعد القانونية على اختلاف أنواعها ، إذ تصبح بمجرد وجودها نافذة في حق الأفراد وملزمة لهم سواء علموا بها أم لم يعلموا . وهي تستمد صفة الإلزام من ذاتها وبمجرد وجودها ، وإذا كان من الجائز الاتفاق على خلافها ، فإن هذا لا يفقدها صفة الإلزام ، وكل ما هناك أن المشرع يضع شرطا خاصا لانطباقها وهو (عدم الاتفاق على خلاف حكمها) .

فإذا لم يتفق الأفراد على خلافها ، فإن شرط انطباقها يتحقق وتصبح ملزمة لهم إلزام القاعدة الأمرة ، بصرف النظر عن علمهم او عدم علمهم بها ، لأن القول بتعليق انطباقها على العلم بها يؤدي الى استبعادها في حالة الجهل بأحكامها ، وهو ما يؤدي الى تعطيلها عن أداء وظيفتها وهي تكملة الفراغ الناشئ عن سكوت المتعاقدين² .

ويبدو لنا أن الرأي الراجح يذهب الى تعميم مبدأ عدم جواز للاعتذار بجهل القانون على كافة لقواعد القانونية سواء كانت أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها او كانت مكملة يجوز لهم الاتفاق على خلاف حكمها³ .

المطلب الثالث

أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

الجهل بالقانون هو عدم معرفة وجود قاعدة قانونية لعدم العلم بها . فالإلزام بالناس بالقاعدة القانونية وحملهم على الخضوع لها يستوجب علم المخاطبين بوجودها ووقوفهم على مضمونها بإتاحة الفرصة لهم حتى يكفوا خلالها سلوكهم بمقتضاها ومن ثم إلزامهم بها ومساءلتهم عند مخالفة أحكامها⁴ .

إلا أن إحاطة جميع الناس علما فعليا بأي تشريع جديد أمر صعب ومتعذر من الناحية العملية في العصر الحديث لكثرة التشريعات الصادرة في الدولة من جهة ، وازدياد عدد أفراد الشعب واختلاف ظروف ومكان وجود كل واحد منهم من جهة أخرى . فهناك المريض الراقد في المستشفى والأسير في الأسر والمحكوم عليه بالسجن في الخارج والغائب عن البلاد . وهناك من لا يقرأ ولا يكتب ، وهناك الأجنبي الذي يدخل البلاد حديثا ويجهل اللغة ، مما يتعذر عليه الاطلاع على القوانين . فكل واحد من هؤلاء يستحيل علمه بالتشريع الجديد واطلاعه عليه ، ولذلك يعد النشر وسيلة لعلم الناس به ، فإذا شرع القانون ونشر في الجريدة الرسمية ومضت المدة المحددة فيه على هذا النشر ، يصبح ملزما لجميع الأشخاص وتقوم قرينة قانونية قاطعة لا يجوز إثبات عكسها ، تفترض علم الجميع به سواء أكانوا قد علموا به فعلا أم لا . ويسرى عليهم دون استثناء ، ومن ثم لا يقبل من أحد الادعاء بجهله بعد النشر ويعبر عن ذلك بقاعدة (الجهل بالقانون لا يعتبر عذرا) تحقيقا لمبدأ المساواة أمام القانون وضمانا للسلامة القانونية وضرورة تطبيق القوانين⁵ . وهذه القرينة تقوم على أساس الحرص على امتداد سلطان

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 188 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 248 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 247 .

⁴ الدكتور توفيق حسن فرج . المدخل للعلوم القانونية . المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر . الاسكندرية . 1971 . ص 58 . أشار اليه الدكتور غالب على الداودي .

مرجع سابق . ص . 116 . هامش رقم 02 .

⁵ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . 188 . الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 220 .

القانون الى الجميع ومنع التهرب من أحكامه بحجة الجهل به . فهي تفترض علم الناس كافة بالقوانين بعد نفاذها لضمان السلامة القانونية في المجتمع وتحقيق النظام والاستقرار فيه¹ .

فبدون هذه القرينة يستحيل تطبيق القوانين ويفسح المجال أمام الأفراد للتخلص من أحكامها بحجة عدم علمهم بها ، وتسود الفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات ويثور الشك حول علم الناس او جهلهم بالقوانين . فأساس قاعدة الجهل بالقوانين لا يعتبر عذرا .

وعليه نقول مع بعض الفقهاء إن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إنما يركز على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع . فالأخذ بهذا المبدأ يرجع الى ضرورة فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين بأحكام قواعده ، تحقيقا للنظام العام في المجتمع ولا اعتبارات العدالة التي تتطلب تطبيق القانون على كافة الأفراد دون استثناء² .

فمن يخالف نصا قانونيا عن جهل وعدم العلم به يجب أن يتحمل نتائج جهله وتقايسه عن معرفة القوانين المرعية في الدولة إسوة بمن يخالف القانون رغم علمه به ، خاصة إن ادعاء الجهل بالقانون واقعة سلبية لا يمكن إثبات الصدق وحسن النية فيها إلا بإقامة الدليل ، مما يجعل إثبات علم جميع الناس بالقانون أمرا مستحيلا . فهذه القرينة أساسها الحرص على امتداد سلطان القانون الى الجميع ومنع التهرب من أحكامه بحجة الجهل به³ .

ويقرر بعض الفقهاء⁴ أن الموضوع لا يتعلق بقرينة قانونية بحيث يقال أن النشر عبارة عن قرينة على العلم بالقاعدة القانونية ، بل نحن بصدد مبدأ او قاعدة موضوعية لا سبيل الى مناقشتها كما هو الحال في كل قاعدة قانونية توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها . وأن افتراض العلم بالقانون يستلزم تحديد وسيلة العلم به . وقد أصبحت الدساتير تحدد هذه الوسيلة بالنشر في الجريدة الرسمية وتقصره عليها . لذلك فإن القاعدة في هذا الشأن هي أن النشر في الجريدة الرسمية هي الوسيلة التي يفترض فيها إيصال العلم بالقانون الى الناس ، ولا يغني في ذلك أن يصل العلم بالقانون الى الناس عن غير طريق الجريدة الرسمية كان يذاع عن طريق التلفزيون او أن ينشر في الجرائد اليومية فلا يعتبر أن القانون قد جرى العلم به إذن ما لم ينشر في الجريدة الرسمية ، حتى ولو جرى نشره بوسيلة أخرى⁵ .

المطلب الرابع

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إذا كانت هناك اعتبارات من النظام العام والمصلحة العامة تبرر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، فقد توجد ، في بعض الأحيان ، اعتبارات أخرى مماثلة تبرر جواز الاعتذار بجهل القانون . لذلك فإن قرينة العلم بالقانون ليست قرينة قاطعة ، بحيث لا يجوز إثبات عكسها ، بل هي قرينة بسيطة

¹ الدكتور وض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 245 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 220 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 117 .

⁴ أنظر . الدكتور شمس الدين الوكيل . مبادئ القانون . الطبعة الاولى . الاسكندرية . 1968 . ص 21 . أشار إليه . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون .

مرجع سابق . ص 116 . هامش رقم 01 .

⁵ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 116 .

يمكن دحضها . فلا يمكن تطبيق القانون إذا انتفت هذه القرينة بطريقة حاسمة ، أي إذا ثبت أن الظروف التي أحاطت بالشخص ، عند إتيانه مخالفة ما قد جعلت علمه بالقانون مستحيلا¹ .

وعليه فإنه يرد على هذا المبدأ العام (عدم الاعتذار بجهل القانون) ، مجموعة من الاستثناءات التي قال بها الفقه والتي حرص بعض المشرعين ، دون المشرع الجزائري ، على النص على بعضها وسنورد أهم هذه الاستثناءات معقبين على كل منها . في فرعين . نتناول في الفرع الأول القوة القاهرة . وندرس في الفرع الثاني . وجود نص يجعل الجهل بالقانون عذرا .

الفرع الأول

القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة هنا ، الحالة التي يستحيل معها على الإنسان أن يعلم بنشر القانون ، أي ذلك الظرف الهام الاستثنائي القاهر الذي يحيط بالشخص ويجعل علمه بالقاعدة القانونية مستحيلا استحالة مادية مطلقة ، خلال مدة قيام الظرف . الأمر الذي لا يجوز معه مؤاخذة الشخص عن مخالفة أحكام القاعدة القانونية ، لعدم تصور وجود إرادة مخالفة للقانون في هذه الحالة . إذ أن افتراض العلم بالقانون يستند الى إمكانية العلم به ، فإذا انتفت هذه الإمكانية ، انتفي هذا الافتراض أيضا ، وجاز التمسك بجهل القاعدة القانونية² . ولذلك أجاز الفقهاء إدعاء الجهل بالقانون في حالة قيام قوة قاهرة خارجة عن إرادة الإنسان وقدرته ، تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى جزء من أجزاء البلاد واستحالة الاطلاع على القوانين المنشورة فيها ، ومن ثم لا يكون من العدل إلزام الشخص بما ليس في قدرته ، لأنه (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها)³ .

وتتحقق هذه الاستحالة المادية المطلقة بفعل قوة قاهرة تؤدي الى عزل جزء من إقليم الدولة عزلا تاما ، تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى بعض مناطق الدولة . ومثال القوة القاهرة احتلال العدو لإحدى مناطق الدولة او حدوث زلزال او وقوع أية كارثة طبيعية ، كالفيضانات والبراكين او انقطاع المواصلات نهائيا لسبب ما⁴ الى غير ذلك من الظروف التي يستحيل معها العلم بالقانون بالوسيلة المخصصة قانونا لذلك وهي الجريدة الرسمية . الأمر الذي يقتضي تعطيل مبدأ لا يعذر أحد بجهل القانون لحين زوال هذه الظروف .

أما الاستحالة النسبية ، كالإقامة في المناطق النائية داخل إقليم الدولة ، او التغيب خارج البلاد او الرقود في المستشفى لفترة معينة ، فلا أثر لها على افتراض العلم بالقانون ، ولا تعطل مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، ولا تجيز ادعاء الجهل بالقانون⁵ .

والجدير بالذكر أن مجال هذا الاستثناء هو التشريع فقط دون القواعد القانونية الأخرى كالعرف وقواعد الدين ، لأن التشريع وحده لا يتم نفاذه ، ولا يبدأ العمل به إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ، ولا يكون معلوما للأشخاص إلا بهذا النشر . بينما لا يشمل قواعد العرف والدين ، لأنهما توجدان في ضمير

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 223 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 251 .

³ الآية 286 من سورة البقرة .

⁴ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 189 .

⁵ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 124 .

الجماعة ولا يعلق نفاذهما في المجتمع على نشر قواعدهما في الجريدة الرسمية . وبالتالي لا يمكن التمسك بجهلهما بسبب القوة القاهرة . ذلك أن القواعد الدينية ليست جديدة ولا هي من صنع البشر ، بل هي خالدة وثابتة ومن صنع الخالق ، فلا تحتاج الى النشر في الجريدة الرسمية لغرض العلم بها . والقواعد العرفية قديمة تتكون أصلا في ضمير الجماعة ، فلا تنتفي قرينة علم الكافة بالقواد الدينية والعرفية في حالة الحرب والفيضانات والحصار العسكري والزلازل والكوارث الطبيعية بسبب تعذر وصول الجريدة الرسمية الى الأشخاص¹ .

الفرع الثاني

وجود نص يجعل الجهل بالقانون عذرا

إذا نصت بعض القوانين على جواز الاعتذار بجهل القانون ، يعمل بهذا النص ، كالقانون الفرنسي الذي صدر في فرنسا سنة 1980 ، والذي نص على أنه إذا حصلت مخالفة في وقت قريب من وقت إعلان القانون فإن العذر بجهل القانون يقبل ، بشرط أن يكون القانون جنائيا . وقد قدر هذا الوقت بثلاثة أيام² . ومن ذلك أيضا المادة 02/37 من قانون العقوبات العراقي التي نصت على أنه ، (للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه الى العراق ، إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها) .

يتضح من هذا النص أن هذا الاستثناء يتعلق بحالة أجنبي الذي لم يمض على قدومه الى دولة غير دولته إلا أيام قلائل ، ويرتكب في خلال هذه الفترة فعلا يجهل أنه جريمة وفقا لتشريع هذه الدولة فيصلح هذا الجهل عذرا يرفع عنه العقوبة وذلك بتحقيق شرطين³ .

الشرط الأول . أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه وفقا لتقنين العقوبات في بلده وفي البلاد التي كان مقيما فيها . فإذا كان معاقبا عليه في أي منهما ، تعين عليه حينئذ ان يعلم باحتمال تجريمه في الدولة الأجنبية التي نزل بها ، فلا تعطي له بالتالي فرصة التعلل بالجهل بالقانون.

الشرط الثاني . أن يكون الفعل المكون للجريمة قد تم في خلال المدة التي حددها النص من تاريخ وصوله الى الدولة الأجنبية . فإذا انقضت تلك المدة ، لم يعد يقبل منه احتجاجه بجهله بقانون هذه الدولة .

ويرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم ، الدكتور محمد سعيد جعفر ، أن هذا الاستثناء هو الاستثناء المنطقي والعملي الوحيد الذي ينهض عذرا يبيح للشخص أن يتعلل بجهله القانون⁴ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 102 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 122 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 229 .

⁴ نفس المرجع السابق . ص . 229 .

الفرع الثالث

الغلط في القانون والاعتذار بجهل القانون

يجب التفرقة بين من وقع - بحسن نية - ضحية للغلط في القانون نتيجة للجهل به ، وبين من يعتذر بجهل القانون لاستبعاد تطبيقه عليه .

فالقانون يجيز للمتعاقد رفع دعوى لإبطال العقد أو فسخه (حسب الأحوال) إذا أبرمه وهو واقع تحت تأثير هذا الغلط ، ومثال ذلك أن يهب رجل مطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانتهاء العدة ، بحيث لا ترجع الى عصمته إلا بعقد جديد ، فيجوز لهذا الشخص في هذه الحالة أن يطلب إبطال الهبة ، وذلك لوقوعه بالغلط في القانون والواقع هنا في شخص المتعاقد . ومثال ذلك أيضا أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع ، فإذا به يرث النصف ، فيجوز لهذا الوارث أن يطلب إبطال عقد البيع للغلط في القانون والذي وقع في القيمة¹ .

وقد نصت المادة 81 من التتين المدني الجزائري على أنه (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله) .

ويعرّف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته ويدفعه الى التعاقد² .

والسبب الذي يؤدي الى استبعاد الغلط في القانون من دائرة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أن من يدفع باعتذاره بجهل القانون ، تكون غايته استبعاد تطبيق حكم القانون عليه ، في حين أن الذي يدفع بالغلط لا يريد استبعاد تطبيق حكم القانون عليه ، بل هو يريد العكس ، أي يريد تطبيق القانون عليه تطبيقا صحيحا ، أي هو يريد أن تؤخذ القاعدة القانونية بعين الاعتبار . ففي حالة الوارث مثلا لا يمنع الحكم له بإبطال البيع أو فسخه من خضوعه لقواعد الميراث التي كان يجهلها ، بل تظل سارية في حقه ويحصل على نصف التركة . فالحماية التي يبسطها القانون على ضحايا الغلط بحسن نية في مثل هذه الحالات حماية مشروطة بعدم استبعاد حكم القانون³ .

المبحث الثالث

تطبيق القانون من حيث المكان

تتصف القاعدة القانونية بالعمومية ، أي أنها تطبق تطبيقا عاما على كافة المخاطبين بأحكامها وأنه ليس لأحد أن يتذرع بجهلها ، غير أن هذه العمومية تثير التساؤل حول نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ؟ . فهل المقصود بالعمومية أن قانون الدولة يطبق فقط داخل إقليمها على جميع الأشخاص المقيمين فيه ، بصرف النظر عن جنسيتهم ووطنيتهم كانوا أم أجانب ؟ . أم أن قانون الدولة يقتصر تطبيقه على الوطنيين فقط ، فيتبعهم حيثما كانوا ، أي سواء أكانوا داخل إقليم الدولة أم خارج حدود هذا الاقليم ؟

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 102 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 225 .

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 103 .

في المجتمعات الحديثة ، لم يعد المجتمع قاصرا على الوطنيين فقط ، وإنما نتيجة لتقدم وسائل الاتصال ، وما ترتب عن ذلك من ازدهار في التجارة الدولية وانتقال الأفراد من دولة الى أخرى أصبح يقيم بداخل الدولة أجنب ، إما وافدين الى الدولة بصفة عابرة ، او مقيمين فيها بصفة دائمة والأمـر كذلك بالنسبة للوطنيين ، فإنهم لا يستقرون على وجه الدوام في دولتهم ، إذ قد يذهبون الى إقليم دولة أخرى ، سواء لأغراض طارئة او للإقامة الدائمة فيها¹ . وعلى هذا الأساس فإن سريان القاعدة القانونية من حيث المكان ، يثير عدة تساؤلات ، أهمها هل يطبق قانون الدولة في داخل إقليمها على كل المقيمين فيها ، من مواطنين أصليين ، أم أجنب ، أي هل يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الموجودين على أرضها أيا كانت جنسيتهم ؟ . أم هل أن قانون الدولة ينحصر تطبيقه على مواطنيها أينما وجدوا بحيث يتبعهم قانون دولتهم حيثما حلوا ؟ .

لا تثور أية صعوبة في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان في ظل دولة منعزلة عن غيرها من الدول ، لا يوجد في إقليمها إلا المنتمون إليها بجنسيتهم دون الأجنب ، ولا يوجد أحد من المنتمين إليها خارج إقليمها ، ولا تنشأ علاقات بين رعاياها والأجنب . إذ يسري حينئذ قانون هذه الدولة وحده في حدود إقليمها ولا يطبق خارج هذا الإقليم ، دون أن ينازعه في السريان أي قانون آخر .

لكن هذا الغرض غير محقق من الناحية العملية في العصر الحديث ، نظرا لارتباط الدول بعضها ببعض الآخر بشتى الوسائل وخاصة بعد تقدم وسائل المواصلات وازدهار التجارة الدولية مما أدى الى انتقال الأفراد من دولة الى أخرى لممارسة شتى مظاهر النشاط . ولهذا وجد في كل دولة أشخاص من غير أبنائها يقيمون فيها .

ومن ثم لم يعد نشاط الأشخاص يقتصر على حدود دولتهم ، ولا يمكن تصور خلو أية دولة من دول العام المعاصر من أجنب يعيشون داخل حدود إقليمها ، ولو لمدة قصيرة ومؤقتة ، والمفروض أن يخضع هؤلاء جميعا وفي جميع أوجه النشاطات التي يباشرونها لحكم القانون . ولكن نظرا لدخول العنصر الأجنبي طرفا في العلاقة فإن التساؤل يطرح حول القانون الواجب التطبيق في هذا النوع من العلاقات لمعرفة مدى سريان قانون الدولة من حيث المكان عليها² .

يعتمد حل هذه المشكلة على إتباع أحد مبدئين هما مبدأ إقليمية القوانين . ومبدأ شخصية القوانين ، ولم تكتب الغلبة لأحد هذين المبدئين ، إذ لا يتصور أن يستأثر أحدهما دون الآخر بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، وإلا لأدي ذلك الى نتائج غير مقبولة ، فلو تصورنا مثلا الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه لأدي ذلك الى إخضاع الشخص المقيم في دولة أجنبية لقانون هذه الدولة حتى فيما يختص بمسائل الزواج والسلطة الأبوية . ولو تصورنا - بالمقابل - تطبيق مبدأ شخصية القوانين على إطلاقه لأدي ذلك الى نتائج شاذة ، بل وخطيرة ومنها على سبيل المثال السماح لقائدي السيارات الانجليز بالسير على اليسار حتى وهم في فرنسا³ . وعليه سنتقسم هذا المبحث الى مطلبين . نتناول في المطلب الأول . مبدأ إقليمية القوانين . وندرس في المطلب الثاني . مبدأ شخصية القوانين .

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 74 .

² الدكتور عوض احمد الزعي . مرجع سابق . ص 258 .

³ الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 198 .

المطلب الأول

مبدأ إقليمية القوانين

Le principe de la territorialité des lois

الأصل أن لكل دولة السيادة التامة على جميع أجزاء إقليمها البرية والبحرية والجوية ، وهي تمارس عليه مظاهر هذه السيادة من اختصاصات تكاد تكون مطلقة بمنأى عن أي تدخل خارجي من الدول الأخرى . ومن ثم فإن الدولة تملك تنظيم المجتمع فيها بالطريقة التي تختارها . وتبعاً لذلك فإن تطبيق القانون لا بد أن يكون تطبيقاً إقليمياً في كل دولة ، بحيث يسرى قانون الدولة على جميع أجزاء إقليمها ولا يتعدى حدود هذا الإقليم احتراماً لسيادة الدول الأخرى وقوانينها ، ويسرى كذلك قانون الدولة على جميع الأشخاص الذين يقيمون في إقليمها ووطنيين وأجانب على حد سواء . ويسرى أيضاً قانون الدولة على جميع الوقائع والتصرفات التي تقع داخل هذا الإقليم¹ . وهذا ما يسمى "بإقليمية القانون" أو "الاختصاص الإقليمي للقانون" .

ويستند مبدأ السريان الإقليمي للقاعدة القانونية الى فكرة سيادة الدولة على إقليمها ، مما يعد معه تطبيق تشريعات الدول الأخرى على ما يقع في إقليمها اعتداء على سيادتها ، لذا يعتبر تطبيق قانون الدولة في إقليمها على كل الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر سيادة الدولة . ويعتبر حق الدولة في السيادة على إقليمها نتيجة طبيعية لوجودها ، فالدولة لا يكون لها وجود إلا على إقليم معين ، والإقليم هو أحد أركان الدولة ، وهو مكان وجودها² .

فمبدأ إقليمية القانون ، هو سريان قانون الدولة على كل ما يقع داخل حدود إقليمها من وقائع وتصرفات ، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، من وطنيين وأجانب ، بصرف النظر عن جنسياتهم وطوائفهم وأديانهم ومهنهم وعقائدهم وألوانهم ، كمظهر من مظاهر سيادة الدولة المستقلة استقلالاً تاماً عن غيرها من الدول³ .

والأصل بالنسبة لقواعد القانون العام أن تطبق تطبيقاً إقليمياً مطلقاً ، لأنها تتعلق بالنظام العام ولا تقبل مزاحمة القوانين الأجنبية داخل إقليم الدولة انطلاقاً من فكرة السيادة ، ولأن القانون العام ينظم العلاقات التي تدخل فيها الدولة طرفاً بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة في المجتمع ، خاصة قانون العقوبات . فالتجريم والعقاب من أهم الأمور التي تمس سيادة الدولة وسلامتها ، مما يجب تطبيق قانون العقوبات تطبيقاً إقليمياً على كل الوقائع والتصرفات التي تقع في إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية الأشخاص الذين يرتكبونها ، أي سواء أكانوا من الوطنيين ، أم من الأجانب⁴ .

ولهذا نجد هذا المبدأ سائداً - كقاعدة عامة - في نطاق القانون الجنائي وقانون النظام القضائي والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الدستوري - وبصفة خاصة فيما يتعلق بقوانين النقد - فضلاً عن قوانين المرور وكافة القوانين المتعلقة بالبوليس والأمن والقوانين المتعلقة بتحديد مركز الأجانب وما تتضمنه من فرض قيود عليهم بوجه خاص فيما يتعلق بالتجارة .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 259 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 231 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 203 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 203 .

ويؤخذ بهذا المبدأ في مجالات عديدة من علاقات القانون الخاص لعل أهمها . القوانين المتعلقة بالحيازة والملكية والحقوق العينية ، باعتبار هذه القوانين متصلة اتصالا وثيقا بالنظام العام في جانبه الاقتصادي . القوانين المتعلقة بالعقود المبرمة في شأن العقارات . القوانين المتعلقة بشكل التصرفات القانونية بوجه عام . القوانين العمالية . القوانين المتعلقة بقواعد الاختصاص وإجراءات التنفيذ¹ .

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فإن القوانين الجزائرية تطبق على كل الأشخاص المقيمين في الإقليم الجزائري ، سواء كانوا جزائريين أو أجانب ، وعلى كل الأفعال المرتكبة فيها والأشياء الموجودة فيها ولا يمتد تطبيق هذه القوانين الى خارج حدود الدولة الجزائرية ، حتى لو كان الأمر يتعلق بجزائريين فهم يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ كأصل عام ، (وهو المعمول به في أغلب دول العالم) ، بحيث تنص المادة 01/04 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ...) .

وقد جاء في أحكام المادة الثالثة من قانون العقوبات أنه ، (يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية) ، وتطبيقا لهذا النص يسري قانون العقوبات على كل الجرائم التي ترتكب على الأراضي الجزائرية كيفما كانت جنسية مرتكبها والمرتكبة ضده ، جزائري الجنسية كان او من جنسية أخرى ، وطبيعة الجريمة المقترفة ، وبالمقابل لا يطبق القانون الجزائري على كل من يقترف جريمة خارج الأراضي الجزائرية ولو كان جزائريا .

SAHLA MAHLA

المطلب الثاني

مبدأ شخصية القوانين

Le principe de la personnalité des lois



كان لمبدأ إقليمية القانون ما يبرره في الماضي عندما كانت الدول قديما تطبقه بإصرار وتشدد وتعصب كحالة واقعية معبرة عن انغلاق المجتمعات القديمة على نفسها انغلاقا متسما بعداء كل واحدة منها تجاه الأخرى ، وبعدم التعاون وعدم الانفتاح في العلاقات بين شعوبها ، الى أن تصدع هذا المبدأ بنمو التجارة الدولية واتساع حركة النقل بين الدول للعمل والسياحة والدراسة وسهولة المواصلات وإقامة الأفراد من جنسيات أجنبية في غير دولهم وما نشأ عن ذلك من تزاوج واختلاط بين أفراد الدول الأخرى² .

إن تطبيق مبدأ إقليمية القانون بصرامة يترتب عليه انغلاق كل دولة داخل حدودها ، فتعيش بمعزل عن الدول الأخرى ، وأن تفقد الدولة أية صلة لها برعاياها المقيمين في دول أخرى . وهذا ما يضر بمصالح الدول جميعا ، ويؤدي حتما الى إعاقة التعامل الدولي ويقلل من فرص الاتصال بين الدول في مجالات النشاط المختلفة ، ويحول دون نمو العلاقات بين أفراد هذه الدول ويعرقل نمو الاقتصاد العالمي .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 204.

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 206.

ولذلك فإن تيسير التعامل الدولي ، ومصلحة الدولة نفسها ، تقتضي في بعض الحالات أن يطبق على الأجانب فيها قانونهم الشخصي ، في مقابل تطبيق قانونها هي على رعاياها في الخارج . ولهذا فقد جرى التعامل والعرف الدوليين على تنازل الدول بعضها لبعض وبشكل متبادل ومتماثل عن تطبيق مبدأ الإقليمية القانون في بعض المسائل . ومن ثم أخذت الدول تتسامح بمقتضي قوانينها هي او بموجب قواعد القانون الدولي العام ، حيث قبلت إخضاع الأجانب الذين يتواجدون على إقليم الدولة الى قانونهم الشخصي سواء كان هذا القانون هو قانون جنسيتهم أم قانون موطنهم . في مقابل السماح بتطبيق قانون الدولة على رعاياها الموجودين على إقليم دولة أجنبية . وفقا لما يسمى بمبدأ شخصية القانون¹ .

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن المقصود بمبدأ شخصية القانون هو ، سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين الى الدولة ، سواء كانوا موجودين على إقليمها ، او كانوا مقيمين في خارج هذا الإقليم . وعدم سريان هذه القاعدة على المنتمين للدول الأخرى حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها . فإذا قلنا مثلا أن القانون الجزائري شخصي التطبيق ، فمعنى ذلك . أنه يطبق على كل الجزائريين ولو وجدوا خارج الإقليم الجزائري . أنه لا يسرى القانون الجزائري ، على الأجانب حتى ولو وجدوا على الأراضي الجزائرية² .

ويستند مبدأ شخصية القوانين ، على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها ، أينما وجدوا وذلك نظرا للعلاقة العاطفية والنفسية ، التي تربطهم بها ، وهي علاقة لا تنقيد بمكان معين . ذلك أن العنصر البارز في الدولة بحسب هذا المبدأ هو مجموعة الأشخاص الذين ينتسبون إليها والذين تجمعهم روابط واحدة وتقاليد وحضارة ولغة واحدة وعادات مشتركة ، أما الإقليم فليس سوى المكان الذي يقيم عليه هؤلاء الأشخاص ، والدولة التي تمثل هؤلاء الأشخاص إنما تضع القوانين لهم لا للإقليم ، وهي تحاول أن تطبع هذه القوانين بطابعهم وأن تجعلها ملائمة لرغباتهم وحاجاتهم³ .

الأصل العام ، هو مبدأ الإقليمية القوانين ، والاستثناء هو مبدأ شخصية القوانين . ذلك أنه لو أخذنا بمبدأ الإقليمية على إطلاقه ، لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة . إذ تطبق كل دولة قانونها في إقليمها ولا يمتد سريان هذا القانون الى أقاليم غيرها من الدول . غير أن هذا الفرض لا يمكن أن يتحقق في عالم اليوم ، إذ لا وجود لدولة تعيش في عزلة عن الدول الأخرى ، بحيث لا يوجد على إقليمها غير مواطنيها ولا يوجد أحد من مواطنيها على إقليم دولة أخرى .

ولو أخذنا بمبدأ شخصية القوانين ، لأدي ذلك الى تعارض مع ما للدول من سيادة على إقليمها إذ يسمح هذا التطبيق للأجنبي ، الى مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ، في الدولة التي يقيم فيها .

وإزاء هذا التعارض الحتمي ، بين مبدأ الإقليمية القوانين ، ومبدأ شخصية القوانين كان لابد لأحدهما أن يتنصر . وما دامت الدولة لا تملك سلطة حقيقية ، إلّا على إقليمها ، فإن مبدأ الإقليمية هو الذي انتصر ، على مبدأ شخصية القوانين ، غير أن هذا الانتصار لم يكن حاسما ، ولذلك أخذت جل التشريعات الحديثة ، بمبدأ الإقليمية القوانين ، كأصل عام ، وجعلت مبدأ شخصية القوانين استثناء . وهو ما أخذ به المشرع الجزائري⁴ . ويتمثل هذا الاستثناء في الأمور التالية

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . 262.

² الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 231.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 262.

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفرور مرجع سابق . ص . 232.

الفرع الأول

مجال الحقوق والواجبات العامة

قلنا أن الأصل العام في القانون الجزائري هو تطبيقه تطبيقاً إقليمياً . غير أن مبدأ الإقليمية هذا ليس معمولاً به على إطلاقه ، فهناك من الاعتبارات ما يقتضي الخروج عليه في بعض الأحوال على سبيل الاستثناء . ولعل من أهم هذه الاستثناءات مجال الحقوق والواجبات العامة .

ذلك أنه من المتعارف عليه ، أن جميع الأجانب في إقليم الدولة لا تطبق عليهم القوانين المتعلقة بالحقوق والامتيازات العامة ، كحق تولي الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية والمجالس البلدية وبعض الواجبات العامة¹ . على أساس أن الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق العامة أو تحمل الواجبات السياسية ، بحيث يرتبط بعض هذه الحقوق والواجبات بجنسية الشخص ، مثال ذلك حق الانتخاب ، وحق الترشيح للهيئات النيابية ، (المادة 50 من دستور 96) وتولي الوظائف العامة في الدولة وحق الترشيح لرئاسة الجمهورية ، (المادة 73 من دستور 96) وواجب الدفاع عن الوطن (المادة 61 و 62 من الدستور 96) ، فمثل هذه الحقوق والواجبات ، تقتصر فقط على المواطنين الأصليين الجزائريين حيثما وجدوا ، أي يطبق عليهم القانون تطبيقاً شخصياً . لا تطبيقاً إقليمياً ولا يتصور أن تطبق الأحكام القانونية المنظمة لها على الأجانب ، ولو كانوا مقيمين في الإقليم الجزائري² .

وهناك استثناءات أخرى تتضمن إخراج طائفة من الأجانب من نطاق سريان قانون وقضاء الدولة التي يقيمون فيها لا اعتبارات السيادة ومصلحة الأفراد والأسرة الدولية . مثل الأشخاص الذين يستثيهم العرف الدولي ، لا اعتبارات تتعلق بمصلحة المجتمع الدولي ، كرؤساء الدول الأجنبية وأفراد أسرهم وحاشيتهم ملوكاً كانوا أم رؤساء جمهوريات ، بشرط أن يكونوا في رأس الحكم ويخطرأ حكومة الدولة الأجنبية بوجودهم في إقليمها . وكذلك المبعوثون الدبلوماسيون والقناصل المعتمدون الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية وأفراد أسرهم ودبلوماسيو الأمم المتحدة وتشكيلاتها . فأصحاب الحصانة الدبلوماسية ، إذا ارتكب أحدهم جريمة في إقليم الدولة التي اعتمدوا لديها لا يحوز إلقاء القبض عليه أو التحقيق معه أو تفتيش منزله ، بل يطلب من دولته سحبه أو يطلب منه مغادرة البلاد خلال مدة معينة³ .

الفرع الثاني

المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

لقد عالج المشرع الجزائري ، قواعد الإسناد في المادة 09 الى 24 من التقنين المدني الجزائري . وكل هذه القواعد توضح بيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي والتي تطرح أمام القاضي الجزائري . وقواعد الإسناد هذه قد تعين قانوناً أجنبياً لتنظيم علاقة نشأت في الجزائر . ويترتب على ذلك أن القاضي الجزائري ، يلتزم بتطبيق قانون أجنبي على النزاع المعروض

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 205.

² . والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1948 ، الذي يعترف بالحقوق الواردة فيه لأي إنسان بمجرد كونه إنساناً وبغض النظر عن مكان وجوده ، يقصر المتمتع بالحقوق السياسية على المواطنين دون الأجانب (المادة 21) .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 205.

عليه . وهذا لا يعتبر انتقاصا من السيادة الوطنية ، لأن القاضي الجزائري في هذه الحالة لا يلتقي الأمر بتطبيق القانون الأجنبي إلا من قانونه الوطني ذاته . على أساس أن قواعد الإسناد هي قواعد جزائرية وطنية . ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي بواسطة القاضي الجزائري خروجاً عن مبدأ إقليمية القانون الجزائري . وأخذاً بمبدأ شخصية القانون . مثال ذلك ما أخذت به أحكام المادة 10 من التقنين المدني الجزائري ، بسريان القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين بالخارج ، وعليه فإن الجزائري المقيم في دولة أجنبية ، يخضع من حيث كمال الأهلية أو نقصها للقانون الجزائري ، كما يخضع للقانون الجزائري ، من حيث اسمه ولقبه ، ففي هذه الحالة نجد بأن القانون الجزائري هو المختص لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، لذا فهو يطبق خارج الحدود الجزائرية . ونفس الشيء يقال علي ما جاءت به أحكام المادة 01/03 من قانون العقوبات والتي يسبق التطرق إليها .

المبحث الرابع

تطبيق القانونية من حيث الزمان

إن أهم المسائل وأدقها في نظرية القانون ، هو ما يثيره تطبيق القانون في الزمان وما ينتج عن ذلك من مشاكل . فإذا ما ألغي القانون وحل محله قانون آخر ، أدى ذلك الى قيام التنازع بين القوانين لمعرفة الحد الزمني الفاصل بين تطبيق كل منهما . فالقانون ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في زمن معين ، فيبقى السلطان الزمني للقانون محصوراً بين لحظتين لحظة نشوئه ولحظة انقضائه . ويجب إسناد حكم كل علاقة للقانون السائد وقت نشوئها إسناداً دائماً في الزمان¹ .

فالقانون الوضعي يتطور ويتغير بتطور حاجات الجماعة وتغير المكان ، وفي كل تطور وتغير يفترض أن القانون الجديد هو الأصلح للمجتمع . لأن التغيير الذي يصيب التشريع ، إنما هو موجه نحو تطويره وتحسينه ، وعلى هذا فقد يلغي تشريع قائم ويصدر تشريع آخر محله . والتشريع الجديد ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في زمن معين ، فيبقى السلطان الزمني للنص محصوراً بين لحظتين لحظة نشوئه ولحظة انقضائه ، ولا سلطان له قبل اللحظة الأولى ولا بعد اللحظة الثانية ، وإنما يبدأ سلطانه فقط في الفترة ما بين اللحظتين² .

والواقع أن مشكلة تحديد المدى الزمني للقواعد القانونية في وقتنا الحاضر تبدو أكثر ظهوراً في مجال القواعد القانونية ذات الأصل التشريعي ، لذلك درج جانب من الفقه على بحث هذا الموضوع عند الكلام عن التشريع ، ومرد ذلك الى السرعة التي يتسم بها صنع التشريع كمصدر لإنتاج القواعد القانونية ، بحيث تتعاقب القواعد القانونية المنظمة لذات الموضوع بصورة يتعذر معها الجمع بينها في التطبيق ، وذلك لتضمنها حلولاً متعارضة لذات المسألة . علماً بأن العلاقات القانونية بين الأفراد في المجتمع قد تستغرق في تكوينها أو إنتاج آثارها القانونية مدة قد تمتد زمنياً ، مما يجعل تنظيمها خاضعاً لعدة قواعد قانونية يتعاقب ظهورها في الزمن³ .

والواقع أنه لا تتور أية صعوبة في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان إذا تعلق الأمر بمراكز أو أوضاع قانونية تتم أو تنقضي وتترتب آثارها في لحظة واحدة وفي ظل قانون معين ، إذ لا

¹ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 265 .

² . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 188 .

³ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 108 .

يتصور عندئذ قيام تنازع على حكمها بين القانون القديم والقانون الجديد ، فما نشأ أو انقضي من مراكز أو أوضاع قانونية وما ترتب عليها من آثار في ظل القانون القديم يبقى محكوما بهذا القانون ، وتلك التي تنشأ أو تنقضي وتترتب آثارها في ظل القانون الجديد تخضع لهذا القانون الجديد¹.

ففي هذه الفرضية نواجه فيها وضعاً مبسطاً يتمثل في وقائع ومراكز قانونية تحدث وتتكون وتستنفذ كل آثارها في ظل قانون واحد . مثال ذلك .

إذا تزوج زيد وعمره 16 سنة بعائشة وعمرها 15 سنة في ظل قانون يجيز مثل هذا الزواج ثم صدر بعد ذلك قانون جديد لا يجيز الزواج إلا إذا كان سن الزوج 18 سنة والزوجة 17 سنة ، فالزواج يبقى صحيحاً ويخضع للقانون القديم . لا إلى القانون الجديد.

تقع جريمة في ظل قانون معين يعاقب عليها القانون مثلاً بالسجن لمدة خمس سنوات ويحاكم الفاعل وفقاً لأحكام هذا القانون ويصدر الحكم بإدانته وينفذ الحكم ، وذلك قبل صدور قانون جديد يرفع العقوبة عن ذات الفعل إلى سبع سنوات .

علاقة عمل تبدأ في ظل قانون معين - يكفل للطبقة العاملة مزايا محددة - وتستمر هذه العلاقة في ظل هذا القانون ثم تنتهي قبل صدور قانون جديد يستحدث مزايا وضمانات جديد للطبقة العاملة .

عقد يبرم في ظل قانون معين لا يجيز للقاضي تعديل العقود على أساس تغير الظروف أو ما يعرف بنظرية الظروف أو الحوادث الطارئة ، وينفذ العقد ويستنفذ كل آثاره قبل صدور قانون جديد يمنح القاضي سلطة تعديل العقد بسبب تغير الظروف .

في كل هذه الحالات وما يماثلها ينفرد القانون القديم بلا منافس بحكم هذه الوقائع والمراكز القانونية وكل ما يترتب عليها من آثار .

ومن الواضح أنه لا مجال هنا لأي تنازع بين القانون القديم والقانون الجديد² ، ولهذا لا يثر تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان في هذا الفرض أية صعوبة تذكر ، إذ يتحدد هذا النطاق بالفترة ما بين نفاذ القانون (L'entrée en vigueur) وإلغائه (Abrogation) فهو من ناحية يفرض سلطانه على كافة الوقائع والمراكز القانونية التي تحدث وتتكون في ظله ، لأن الزواج في المثال الأول ، والجريمة في المثال الثاني ، وعلاقة العمل في المثال الثالث ، والعقد في المثال الرابع ، كلها وقائع أو مراكز قانونية وقعت وتمت في ظل قانون معين واحد ، ولذلك يفرض هذا القانون سلطانه عليها منذ تاريخ العمل به وهو ما يعتبر عنه بالأثر المباشر للقانون³ . l'effet immédiat de la loi

ولكن الأمر لا يكون دائماً بهذه البساطة والسهولة ، ففي هذا الفرض الثاني نواجه وضعاً أدق من الوضع السابق ، حيث نكون بصدد وقائع ومراكز قانونية ، تحدث وتتكون في ظل قانون معين بينما تنتج آثارها كلها أو بعضها في ظل قانون جديد ، فهي التي يحتاج تكوينها وترتيب جميع آثارها مدة زمنية تمتد في ظل قانونين . فهناك أوضاع يستغرق ترتيب آثارها زمناً طويلاً . مثال ذلك .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 266.

² وبالمقابل يحكم هذا القانون (الجديد) بدوره - بلا منافس - كافة الوقائع والمراكز القانونية التي تحدث وتتكون ابتداء من تاريخ نفاذه ، فلا يزاحمه القانون القديم في ذلك .

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 208.

إذا تزوج شخص في ظل قانون يبيح الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد - والعلاقة الزوجية لا زالت قائمة - يحرم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وينظم الطلاق ويقيده بإخضاعه لرقابة القاضي .

إذا أبرمت وصية بالثلث في ظل قانون يجيزها ، وقبل وفاة الموصي صدر قانون جديد لا يجيز الوصية إلا في حدود الربع فأى القانونين يطبق بالنسبة لهذه الوصية . إذ أن أحد عناصر الوصية وهو إبرامها قد تم في ظل القانون القديم ، لكن العنصر الثاني لها وهو وفاة الموصي ، كما أن آثارها لم تترتب إلا في ظل القانون الجديد .

في هذه الأمثلة وغيرها كثير ، تظهر المشاكل الصعبة التي يثيرها التنازع¹ الحاد بين القوانين في الزمان وتتجلى صعوبة إيجاد الحلول الملائمة لها ، ولهذا يثور التساؤل عن كيفية الوصول الى تحديد نطاق تطبيق القانون القديم والجديد ، فهل يطبق القانون القديم باعتبار أن تلك المراكز أو الأوضاع قد بدأت في ظله ؟ . أم يطبق القانون الجديد باعتبار أن هذه المراكز أو الأوضاع قد تكاملت هي وآثارها بعد نفاذه ؟ . وفي حالة ما إذا تم إلغاء تشريع قائم وصدر تشريع جديد حل محله ، متى يسري التشريع الجديد ومتى يتوقف سلطان التشريع القديم ، وكيف تحدد ولاية كل من التشريع القديم والجديد ؟ . وهل يسري التشريع الجديد على الماضي ليحكم الوقائع والتصرفات التي وقعت قبل نفاذه ، أم أنه يحكم فقط الوقائع والتصرفات التي وقعت بعد نفاذه ؟ .

الأصل أن القاعدة القانونية تظل سارية المفعول الى تاريخ إلغائها ، وسبب إلغاء القاعدة القانونية يعود الى تغيير الظروف الاقتصادية ، والاجتماعية والسياسية في المجتمع . وينتج عن هذا التغيير إلغاء القاعدة القانونية القديمة ، لعدم الحاجة إليها ، فينتهي العمل بها، وتحل محلها قاعدة قانونية جديدة ، تنظم ذات الموضوع ، وتصبح سارية المفعول ، من تاريخ دخولها حيز التنفيذ ، وذلك عن طرق نشرها في الجريدة الرسمية . وهذا يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان . عندئذ يتعين تحديد الوقائع والتصرفات التي تخضع للقاعدة الجديدة ، وتلك التي تظل محكومة بالقاعدة القديمة الملغاة ، أي يجب تحديد النطاق الزمني لكل من القاعدتين ؟ .

إذا تم إلغاء قاعدة قانونية أو تشريعية ، وحلت محلها قاعدة أخرى ، فالأصل أن القاعدة القانونية الجديدة ، تسري من يوم نفاذها ، فتحكم ما يقع في ظلها ، وأن القاعدة القديمة ، يقف سريانها ابتداء من تاريخ إلغائها . غير أنه قد تنشأ وقائع وأوضاع وتصرفات ومراكز قانونية في ظل القاعدة القانونية القديمة ، وتستمر آثارها في ظل القاعدة القانونية الجديدة ، فيثار تنازع بين القاعدتين يتمثل في أي منهما تكون واجبة التطبيق ؟ . هذا ما نوضحه في الأمثلة التالية .

المثال الأول . إذا نشأت علاقة زوجية في ظل قاعدة قانونية قديمة ، تجيز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، ثم صدرت قاعدة قانونية جديدة ، والزواج لا يزال قائماً تجعل الطلاق يكون بحكم القاضي وحده . فهل يجوز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، طبقاً للقاعدة القانونية القديمة ، التي نشأ في ظلها عقد الزواج . أم يتحتم على الزوج اللجوء الى القاضي الذي يقرر الطلاق من

¹ هذا التنازع الذي نتكلم عنه الآن هو تنازع بين قانونين ينتميان الى سيادة دولة واحدة ، إذ يصدران عن مشروع واحد (قانونين وطنيين) ، ولكن لأنهما يصدران عنه في زمنين مختلفين يثور بينهما تنازع حول النطاق الزمني الذي يمتد إليه سلطان كل منهما ، وهو ما يسميه الدكتور حبيب ابراهيم الخليلى منطقة النفوذ ، التي ينفرد بها كل من القانونين . غير أنه من المتصور أن يثور التنازع بين قوانين تنتمي الى سيادات مختلفة (تنازع من حيث المكان) وفي نفس لوقت يثور تنازع بين القانونين من حيث الزمان . ويتحقق ذلك في حالة الضم بين دولتين . إذ تدخل الدولة الضامة تشريعها الى الدولة المضمومة . لمزيد من التفاصيل . انظر الدكتور حبيب ابراهيم الخليلى . مرجع سابق . ص . 209 . هامش رقم 01 .

عدمه طبقا للقاعدة القانونية الجديدة ، او بمعنى آخر ما هي القاعدة الواجبة التطبيق على هذا الطلاق ؟ . هل هي القاعدة القانونية القديمة التي نشأ الزواج في ظلها ؟ . أم هي القاعدة القانونية الجديدة التي ترتب في ظلها آثار هذه العلاقة وهو الطلاق .

المثال الثاني . إذا أبرمت وصية لوارث في ظل تشريع يجعل نفاذه موقوفا على إجازة الورثة ثم صدر قبل وفاة الموصي تشريع جديد يقضي بنفاذ الوصية في حدود ثلث التركة ، بغير إجازة الورثة فأى التشريعين يجب تطبيقه ؟ . هل يطبق التشريع الذى صدرت الوصية في ظلّه ؟ . او يطبق عليها التشريع الجديد ، باعتباره تشريع وقت وفاة الموصي ، وهو التشريع الذي أصبحت الوصية فيه نهائية ؟

المثال الثالث . إذا كان التشريع القديم يجيز للشخص أن يكتسب ملكية العقار المملوك للغير بالتقادم إذا حازه لمدة 15 سنة ، واستمر هذا الشخص واضعا يده على هذا العقار مدة 12 سنة ، ثم صدر تشريع جديد ، يرفع مدة التقادم الى 20 سنة ، فهل يظل واضع اليد خاضعا للتشريع القديم ، فيتملك العقار بعد مرور 15 سنة ، او يطبق عليه التشريع الجديد ، فلا يتملك العقار إلا بعد مرور 20 سنة ؟ .

تلك هي مشكلة التنازع بين التشريعات في الزمان . فما هو السبيل الى حلها ؟ . لحل هذا المشكل ، ظهرت عدة نظريات ، أهمها نظريتان سميت الأولى بالنظرية التقليدية ، التي أظهر التطبيق العملي عدم كفايتها ، وعرفت النظرية الثانية ، بالنظرية الحديثة التي جاءت لتكملة النظرية التقليدية . وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين . نتناول في المطلب الأول . النظرية التقليدية . ونخصص المطلب الثاني . للنظرية الحديثة .

المطلب الأول

SAHLA MAHLA

النظرية التقليدية

ظهرت هذه النظرية في فرنسا في القرن التاسع عشر ، وما تزال هذه النظرية سائدة في الفقه والقضاء الفرنسيين وسارية ومعتبرة لغاية الوقت الحاضر ، وتقوم هذه النظرية على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين ، ذلك أن القاعدة القانونية بما تحتويه من أمر او تكليف بسلوك معين إنما تنصرف الى المستقبل دون الماضي .

ويعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين من الأسس الأولية التي يقوم عليها القانون في كل بلد . وذلك لأن الأخذ به شرط لازم لتحقيق العدالة واستقرار النظام في المجتمع ، فضلا عن أن المنطق يقتضيه .

فالعدل يقتضي عدم تطبيق التشريع على الناس قبل شهره ، بحيث يتمكنون من العلم به وتنظيم سلوكهم وفق أحكامه ، ومن باب أولى فإنه يجب عدم تطبيق التشريع على الوقائع التي سبقت صدورهم فلو فرضنا أن تشريعا جديدا قد صدر ليعاقب على فعل كان قبل ذلك مباحا ، فهل يجوز القول إن هذا التشريع يسري عليهم ؟ . إن القول بذلك يجعل الناس في قلق دائم على حياتهم وحقوقهم ، بحيث لا يستطيعون أن يدروا حلول العقاب بهم مهما فعلوا ، ولا يطمئنوا الى ما كسبوه من حقوق قبل أن يسري عليهم هذا التشريع الجديد¹ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 109

ويقوم مبدأ عدم رجعية القوانين ، على أساس التفرقة بين الحق المكتسب Droit acquis ومجرد الأمل Simple expectative ، مع ضبط حدود تطبيقه بالتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل وإيراد استثناءات عليه¹ ، وعدم الرجعية يعني عدم جواز مساس التشريع الجديد بالحق المكتسب وإلا كان ذا أثر رجعي ، ذلك أن الأشخاص يكتسبون حقوقا ، تحت ضمانات التشريع ، فيجب على المشرع مبدئيا على الأقل احترام هذه الحقوق وبعبارة أخرى إن الحق المكتسب في ظل التشريع القديم ، يظل يخضع له ، أما مجرد الأمل في اكتساب الحق فيخضع للتشريع الجديد² .

ولم يتفق أنصار هذه النظرية على معيار محدد للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، ولم يضعوا تعريفا محددا في هذا الصدد ، فعرف بعضهم الحق المكتسب بأنه (الحق الذي دخل في ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نزع منه إلا برضاه)³ . وعرفه آخرون بأنه (الحق الذي يقوم على سند قانوني أو الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به أو الدفاع عنه أمام القضاء)⁴ . بينما عرفه فريق ثالث تعريفا جامعا لكل التعريفات السابقة بأنه (مصلحة تستقر للشخص نهائيا وتدخل في ذمته ويستطيع الدفاع عنها بدعوى أو بدفع ولا يمكن انتزاعها منه دون رضاه)⁵ .

أما مجرد الأمل فهو (أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق)⁶ ، لأنه ظرف مبني على احتمال كسب حق لاحق في المستقبل . وبعبارة أخرى الحق المكتسب في ظل التشريع القديم ، يظل خاضعا له ، أما مجرد الأمل في اكتساب الحق ، فيخضع للتشريع الجديد .

يذكر أنصار هذه النظرية ، بعض الأمثلة التي يوضحون فيها ، التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، ومن هذه الأمثلة ما يلي .

المثال الأول . يتعلق بالتقادم . فإذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير ، فإنه يكتسب ملكيته بالتقادم المكسب بعد مضي مدة التقادم المقررة في التشريع ، الذي بدأت هذه المدة في ظله وهو 15 سنة مثلا . فإذا صدر تشريع جديد ، يرفع من هذه المدة في ظله الى 20 سنة ، فإن الأمر يكون كما يلي .

في حالة صدور التشريع الجديد بعد اكتمال مدة التقادم ، في ظل التشريع القديم ، فإن التشريع الجديد ، لا يسري على من يكون قد تملك العقار بمرور مدة التقادم ، التي كان التشريع القديم يقررها وإلا اعتبر سريانه ، ذا أثر رجعي لأنه يمس حقا مكتسبا⁷ .

في حالة صدور التشريع الجديد قبل اكتمال مدة التقادم في ظل التشريع القديم ، في هذه الحالة إن التشريع الجديد هو الذي يسري ، بحيث لا يصبح واضح اليد مالكا للعقار ، إلا بعد أن تصل مدة التقادم الى عشرين سنة ، ذلك أنه لم يكن قد اكتسب حقا ، وقت صدور التشريع الجديد ، بل كان له مجرد أمل في اكتساب ملكيته العقار ، عند اكتمال مدة التقادم⁸ .

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 268.

² . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 252.

³ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 111.

⁴ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 269.

⁵ . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 191.

⁶ . نفس المرجع السابق . ص 191.

⁷ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 253.

⁸ . نفس المرجع السابق . ص 253.

المثال الثاني . يتعلق بالميراث . فهذا الأخير هو أيلولة أموال الشخص ، بعد وفاته الى الورثة . وفي أثناء حياة المورث ، لا يكون للورثة ، إلا مجرد الأمل في الميراث ، أما بعد وفاة المورث فإن الأمل ، يصبح حقا مكتسبا ، فإذا صدر قانون او تشريع يعدل في أنصبة الورثة (علما بأن هذا الأمر مستبعد تماما في الشريعة الإسلامية لكون هذه الأنصبة تستند الى أحكام ثابتة لا يمكن تغييرها) فهذا القانون يجب ألا يمس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ، إذا كان المورث قد توفي أثناء سريان القانون القديم ، أما إذا توفي المورث ، بعد صدور القانون الجديد ، فلا يكون للورثة إلا مجرد الأمل وبالتالي تسري عليهم أحكام القانون الجديد¹ .

وخلاصة هذه النظرية ، أن مبدأ عدم رجعية القوانين يراد به عدم تطبيق القانون الجديد إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم . وإلا كان في هذا انتهاك لمبدأ عدم رجعية القوانين . بينما يطبق على مجرد الآمال الناشئة في ظل القانون القديم ، وليس في هذا إخلالا بمبدأ الرجعية² .

يري أصحاب هذه النظرية ، وجود بعض الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية القوانين بحيث يجوز تطبيق القانون الجديد ، بأثر رجعي في حالة وجود أي من هذه الاستثناءات ، وهي تنحصر في أربعة حالات .

الحالة الأولى . وجود نص صريح على الرجعية La clause de rétroactivité . استثناء على هذه القاعدة ، بحيث يمكن تطبيق التشريع الجديد على الماضي ، إذا تضمن التشريع الجديد ، نصا صريحا على سريانه على الماضي . ذلك أن أنصار هذه النظرية يرون بأن مبدأ عدم رجعية التشريع يقيد القاضي فقط ، ولا يقيد المشرع . فهو يقيد القاضي بحيث لا يجوز له مطلقا الخروج عليه . ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يجعل للقانون مفعولا رجعيا بالنسبة للحقوق المكتسبة السابقة على نفاذه . أما المشرع فلا ينقيد بهذا المبدأ ويستطيع في بعض الأحوال الخروج عليه ، فينص صراحة على أن يكون للقانون الجديد مفعول رجعي ، إذا كانت هناك مصلحة عامة يقتضي تحقيقها التوضيحية باستقرار المعاملات او الحقوق المكتسبة للأفراد . ومن ثم فإن المشرع إذا ضمن القانون نصا صريحا يقضي بسريان الحكم الذي ورد به على الماضي فإنه يعمل بهذا النص ولو أدخل بالحقوق المكتسبة³ .

الحالة الثانية . تخص التشريعات الجنائية الأصلح للمتهم⁴ . الأصل بالنسبة لقوانين العقوبات أنها تسري بأثر مباشر ، فتنطبق على كل ما يحدث ابتداء من وقت العمل بها ، ولا تسري بأثر رجعي والحكمة من ذلك أن كفالة الحرية الشخصية تستلزم ألا يؤاخذ الأشخاص على أفعال كانت مباحة ، وقت ارتكابها . لكن استثناء من قاعدة عدم رجعية القوانين تسري القوانين الجنائية بأثر رجعي ، إذا كانت أصلح للمتهم . كأن يخفف التشريع الجديد العقوبة المقررة في القانون القديم . شريطة ألا يكون قد صدر حكم نهائي . وعلة ذلك أن الدولة عندما تجعل الفعل مباحا او تخفف العقوبة المقررة له ، فذلك يعنى أنها ترى في هذا الفعل ، أنه لا يضر بمصلحة المجتمع . أما إذا صدر التشريع الجديد بعد صدور الحكم النهائي ، فلا مجال لتطبيق التشريع الأصلح للمتهم ، فلا يستفيد المتهم عندئذ من تخفيف العقوبة احتراماً لحجية الحكم⁵ .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 270.

² نفس المرجع السابق . ص 271.

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 226.

⁴ أنظر أحكام المادة الثانية من تقنين العقوبات الجزائري والتي تنص على أنه (لا يسرى قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة)

⁵ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 112. الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 255.

الحالة الثالثة . تتعلق بالقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة Les lois relatives a l'ordre public et aux bonnes mœurs العامة فإنه يسرى على الماضي استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين ولو لم يتضمن أي نص يقضي بذلك ويمس الحقوق المكتسبة ، سواء بإلغائها أو بتعديل أحكامها دون أن يجوز لأحد التمسك بحق اكتسبه في ظل القانون القديم ، إذا كان هذا الحق قد أصبح مخالفا للنظام العام والآداب العامة بمقتضى القانون الجديد . لأن فكرة النظام العام تقترب بمصلحة عامة يحرص المشرع على تحقيقها في التشريع الجديد خاصة وأن حماية مصلحة المجتمع أهم بكثير من حماية حق مكتسب لأحد الأشخاص¹ .

وأهم مثال يورده أنصار هذه النظرية توضيحا لهذا لاستثناء ، التشريعات الخاصة بتعديل سن الرشد ، فيرون أنه إذا صدر تشريع جديد يرفع هذه السن من 18 سنة مثلا الى سن 21 سنة ، فإنه يسرى على كل الأشخاص الذين بلغوا سن 18 سنة في ظل التشريع القديم ولم يبلغوا سن 21 سنة في تاريخ نفاذ التشريع الجديد ، فيصبحون قصرا عند تطبيق هذا التشريع رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم التشريع القديم . والسبب في ذلك أن التشريع المعدل لسن الرشد ذو أثر رجعي لتعلقه بالنظام العام² .

الحالة الرابعة . تتعلق بالقوانين التفسيرية Les lois interprétatives . الاستثناء الأخير من مبدأ عدم رجعية القوانين والمتعلق بالقواعد التفسيرية ، والقانون المفسر هو التشريع الذي يصدر لإزالة غموض شاب قانون نافذ ادي الى اختلاف في تفسيره وتطبيقه .

فقد تختلف المحاكم في الرأي عند تفسير قانون معين ويضطرب قضاؤها فيه ، بين تفسيرات مختلفة اختلافا كبيرا ، او قد تأخذ في تفسيره بمعنى لم يقصده المشرع ، فيتدخل المشرع فيصدر تشريعا جديدا من أجل تفسير التشريع القديم وإنهاء الخلاف حول المقصود منه وجعله أكثر وضوحا وأسهل تطبيقا ويبدد الخلاف الناشئ حوله ويرفع عنه الغموض او الغلط او التعارض الذي شابه . أي أن المشرع يعتمد في هذه الحالة الى إصدار قانون جديد يفسر القانون القديم ، فيسمي هذا النوع من التفسير بالتفسير التشريعي ويسمي القانون اللاحق الذي يصدره المشرع (بالتشريع التفسيري)³ .

وعلة هذا الاستثناء أن القانون المفسر يعتبر جزءا متما ومكملا للقانون السابق المراد تفسيره لأنه كاشف لا منشئ ، فلا يأتي بحكام موضوعية جديدة بل يتضمن أحكاما مفسرة للقانون القديم ، ولذلك فهو يسرى على ما وقع قبل صدوره في ظل هذا القانون استثناء من مبدأ عدم الرجعية . أي أنه يسرى لا من تاريخ نشره ونفاذه هو ، وإنما من تاريخ سريان ونفاذ القانون السابق⁴ .

وخلاصة القول أن هذا الاستثناء ، يستند الى أن هذه القوانين او القواعد ، التي يصدرها المشرع إنما غايتها إيضاح وتفسير المعنى الذي قصده المشرع ، في قواعد سابقة ، ولا تستحدث جديدا ، ولذلك فهذه القوانين الجديدة ، أي التشريع التفسيري الجديد ، يسري على الوقائع التي حدثت في ظل التشريع القديم . باستثناء تلك التي ، حسمت عن طرق صدور حكم من القضاء او عن طريق الصلح .

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 195 . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . 108 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 257 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعي . مرجع سابق . ص 276 . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص 110 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 197 . ويرى الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون بأنه يوجد خلاف فقهي حول امكان اعتبار أن القانون المفسر أثرا رجعيا ينسحب الى يوم صدور القانون السابق أم أن القانون شأنه في ذلك شأن أي قانون يجرى تطبيقه منذ تاريخ نفاذه بأثر فوري مباشر . لمزيد من التفاصيل . انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص 110 .

تعرضت النظرية التقليدية لنقد شديد من الفقهاء المعاصرين وأهم هذه الانتقادات ، يتعلق بغموض المعيار الذي قامت عليه النظرية التقليدية وعدم دقته ذلك أن معيار الحق المكتسب مبهم وغير دقيق وغير واضح ، فالنظرية التقليدية لم تبين ولم توضح ما المقصود بالحق المكتسب ، والتميز بينه وبين مجرد الأمل ، ذلك أن أنصار هذه النظرية اختلفوا في تعريف الحق المكتسب ، حتى غدت فكرة الحق المكتسب مجرد حيلة يلجأ إليها أنصار هذه النظرية للحيلولة ، دون تطبيق القوانين الجديدة¹ .

ويعاب على هذه النظرية الخلط بين الأثر الرجعي للقانون ، وأثره الفوري او المباشر ، ففي بعض الأحوال التي يقولون فيها إن القانون يطبق بأثر رجعي لا توجد في الحقيقة رجعية ، بل أن حقيقة الأمر أن القانون الجديد يطبق في هذه الحالة بأثر فوري او مباشر . ويتضح هذا من الأمثلة التي ذكروها باعتبارها استثناءات على مبدأ عدم الرجعية ، لتعلق القانون الجديد بالنظام العام والآداب العامة (القواعد المتعلقة بتحديد سن الرشد والقواعد التي تنظم الطلاق) .

فإذا كان القانون الجديد الذي يرفع سن الرشد يطبق على من بلغوا راشدين في ظل القانون القديم فيعودوا قصرا ، فأنصار النظرية التقليدية يعتبرون ذلك سريانا على الماضي على سبيل الاستثناء ، مع أن الواقع أن القانون لا يطبق على شيء حدث في الماضي ، بل يطبق بأثر مباشر ، فالشخص يعتبر ابتداء من وقت العمل بالقانون الجديد قاصرا ، ولا أثر لهذا القانون على الفترة التي كان فيها رشيدا قبل العمل به² .

كذلك فيما يتعلق بالقانون الجديد الذي يمنع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، فإنه يطبق بأثر مباشر ، فيسري على ما يقع ابتداء من وقت العمل به ، ولا يعتبر ذلك استثناء من مبدأ الرجعية ، ذلك أن الزوج الذي كان يسمح له القانون السابق الذي تم الزواج في ظله بالطلاق بالإرادة المنفردة ، لم يحم بهذا في ظل القانون السابق حتى نقول إن القانون الجديد قد حرّمه من حق مكتسب³ .

والخلاصة أن النظرية التقليدية قد تم هجرها من قبل الفقه الحديث ، حيث إن الفقه الحديث ترك التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وانصرف الى نظرية جديدة تقول بحل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان وذلك على أساس مبدئين أساسيين هما ، مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، ومبدأ الأثر المباشر لهذا القانون . وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

النظرية الحديثة

قامت هذه النظرية في الفقه الفرنسي ومن أشهر أنصارها (روبيه . بلانيول . كابيتان . دوجي) وغيرهم عندما تعرضوا للنظرية التقليدية بالانتقادات ، وبنوا نظريتهم الحديثة على أساس ، مبدأ عدم رجعية القانون الجديد . ومبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون . وقد رأينا من قبل أن النظرية التقليدية تكتفي في حل مشكلة التنازع بين القوانين ، بمبدأ عدم الرجعية وذلك على أساس أن القانون الرجعي هو الذي يؤثر على الحق المكتسب دون مجرد الأمل . أما أنصار النظرية الحديثة فيرون أن مبدأ عدم رجعية القانون ، لا يكفي لوحده لحل مشكلة التنازع بين القوانين ، بل يجب تطبيق مبدأ آخر الى جانبه

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 113 .

² . الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 260 .

³ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 113 .

وهو مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد ، وعلى هذا الأساس تقوم النظرية الحديثة ، على أساس التمييز بين مبدئين أساسيين ، الأول مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة . والثاني مبدأ سريان التشريع الجديد بأثر فوري ومباشر . وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، الفرع الأول نتناول فيه مبدأ عدم رجعية القوانين . والفرع الثاني ، ندرس فيه مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد .

الفرع الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

Le principe de la non rétroactivité des lois

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد¹ عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي تكون قد تكونت في ظل أحكام القانون السابق ، أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز في ظل هذا الأخير² . أي أن التشريع الجديد ، لا يسري بأثر رجعي ، بمعنى أنه لا يجوز أن يرجع الى الماضي ليحكم ما وقع قبل نفاذه ، وانعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد ، يقصد به أن القانون الجديد لا ينبغي أن يمس ما تكون أو انقضي من المراكز القانونية في ظل القانون القديم . كما لا ينبغي أن يمس ما توافر من عناصر لها قيمة قانونية في ذاتها خاصة بتكوين أو انقضاء تلك المراكز والتي تمت في ظل القانون القديم ، ولا أن يمس الآثار الناتجة عن تلك المراكز والتي تكون قد ترتبت في ظل القانون القديم³ ، بل أن ما تم من قبل من وقائع نشأت أو آثارا ترتب عليها يظل محكوما بالقانون القديم . أي أنه لا يجب أن يمس بما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية . فإذا وضع شخص يده على قطعة أرض مملوكة للغير بقصد تملكها ، وانقضت المدة اللازمة لذلك ، وأصبح واضع اليد ، بانقضاء هذه المدة مالكا لتلك الأرض ، فأي قانون يصدر بعد ذلك - أي بعد تكوين مركز الشخص كمالك بوضع اليد - يطيل التقادم مثلا ، لا يطبق هذا القانون الجديد على ما تم في ظل القانون القديم .

كذلك إذا انقضي مركز قانوني في ظل قانون قديم ، فلا يسري عليه القانون الجديد . مثال ذلك أن تنقضي علاقة زوجية بالطلاق بإرادة منفردة . ثم بعد ذلك يصدر قانون جديد ، يستلزم إتمام الطلاق أمام المحكمة ، فهذا القانون الجديد ، لا يسري ولا يطبق على الرابطة الزوجية التي انقضت في ظل القانون القديم .

ويستند مبدأ عدم الرجعية الى الحرص من جانب المشرع على تحقيق العدل والاستقرار في المعاملات القانونية . فليس من العدل جعل العلاقات القانونية تخضع لقانون لاحق عنها لم يكن معروفا وقت إنشائها⁴ ، وليس من العدل كذلك ، مطالبة شخص بالخضوع لقانون لم يحط علما بقواعده مقدما وهذا ما تؤدي إليه رجعية قانون جديد إذا مد سلطانه الى وقائع أو مراكز قانونية استقرت قبل صدوره على أساس القانون القديم الذي لا يعرف ذوو الشأن سواء والذي تعاملوا أو سلكوا على أساسه .

¹ تنص المادة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي ...) . وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذه القاعدة من النظام العام مما يسمح بإثارة الدفع بها . (Civ.3.21/01/1971 , j.c.p.11.16776.note,P.Level) لمزيد من التفصيل أنظر الدكتور . عبد

المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص 97 .

² الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 219 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 278 .

⁴ الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص 98 .

والرجعية تؤدي فضلا عن ذلك الى الإخلال بالاستقرار الضروري للعلاقات القانونية ، فلا شك أن تطبيق قانون جديد على الماضي من شأنه إهدار سلطان القانون السابق بهدم ما قام على أساسه ويؤدي ذلك الى حتما الى فقد الثقة في القانون وإضعاف هيئته في النفوس طالما أن ما بني على أساسه اليوم يتعرض للهدم في الغد .

وفضلا عن هذه الاعتبارات القوية ، فإن اعتبارا منطقيا يساند هذا المبدأ ، فليس من المنطق ولا من العدل (وقواعد القانون كما عرفنا سابقا هي قواعد سلوك) أن يكلف المشرع شخصا بسلوك معين إلا بالنسبة للمستقبل ، لأن التكليف بالسلوك لا يتصور توجيهه الى ما فات وإنما الى ما هو آت¹ .

ونتناول فيما يلي بعض تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة ، في القانونين الجنائي . والمدني . والاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القانون الجديد .

أولا . مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة في مجال القانون الجنائي والمدني .

أ. في مجال القانون الجنائي .

طبقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي المنصوص عليه في القانون ، لا يجوز تقرير عقاب لفعل وقع في ظل قانون يبيحه ، ولا تشديد عقوبة على فعل وقع في ظل قانون ينص على عقوبة أخف بشأنه² ولذلك فلا يجوز للقانون الجديد الذي يقرر العقاب على فعل وقع في ظل قانون سابق كان يبيح هذا الفعل أن يرجع على الماضي ، فالقانون السابق يظل محتفظا بسلطانه ويتعين تبرئة المتهم . وب نفس المنطق - ومن باب أولى - لا يسرى القانون الجديد الذي يقرر عقوبة أشد على فعل وقع في ظل قانون سابق كان يقرر عقوبة أخف ، بل يطبق حكم هذا الأخير أي يعاقب المتهم بالعقوبة الأخف³ .

ب. في مجال القانون المدني .

تعد كل التصرفات القانونية التي يتم إبرامها في ظل قانون معين خاضعة لأحكام هذا القانون ، فلا ينال من صحتها وفقا لأحكامه ، فالعقد الذي لا يشترط في إبرامه الرسمية وفقا لأحكام القانون الذي أبرم في ظله ، يظل صحيحا ولو صدر قانون جديد يتطلب الرسمية . فالعقد العرفي يظل صحيحا بالرغم من اشتراط القانون الجديد الورقة الرسمية ، كما هو الشأن بالذات في القانون الجزائري ، وبخاصة منذ أن عدلت المادة 324 من لقانون المدني ، وأضيفت إليها المادة 324 مكرر 01 بمقتضي القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03⁴ .

تظل كل الديون التي سقطت بالتقادم وكل الحقوق التي اكتسبت بالتقادم خاضعة للقانون الذي سقطت او اكتسبت في ظله ، بحيث لا يؤثر في سقوطها او اكتسابها صدور قانون جديد يطيل مدة التقادم طالما أن هذه المدة كانت قد اكتملت وفقا لأحكام القانون القديم⁵ .

¹ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 221 .

² الدكتور عبد المجيد ز علاني . مرجع سابق . ص . 98 .

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص . 222 .

⁴ الدكتور عبد المجيد ز علاني . مرجع سابق . ص 100 .

⁵ Marty et Raynaud, Droit civil, Tom1, édition 1972, P190.. أشار إليه الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 223 . هامش رقم 01 .

آثار الزواج والتبني تظل محكومة بالقانون الذي تتحقق في ظله ، فإذا صدر قانون جديد يدخل تعديلا على هذه الآثار فإنه لا يمس الآثار التي تحققت قبل نفاذه ، والطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة في ظل قانون يبيح ذلك ، يعد صحيحا ولو صدر بعد الطلاق قانون يخضع ممارسة حق الطلاق لرقابة القاضي . كذلك ما يترتب على الطلاق من آثار كالنفقة مثلا يظل محكوما بالقانون القديم في حدود ما يتحقق من هذه الآثار¹ .

ثانيا . الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القانون الجديد .

يجوز أنصار النظرية الحديثة ، أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي استثناء في حالتين هما النص الصريح على الرجعية ، والقوانين التفسيرية .

الحالة الأولى . حالة وجود نص صريح على الرجعية . بالنسبة الى هذا الاستثناء نجد تطابقا في الرأي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ، لذا نرى الاكتفاء بالإحالة الى ما ذكرناه في حينه² عند معرض بحثنا لهذا الاستثناء عند أنصار النظرية التقليدية .

الحالة الثانية . حالة رجعية القوانين التفسيرية ، القوانين التفسيرية هي القوانين التي تصدر لغرض تفسير قوانين سابقة ، وتوضح ما جاء بها من أحكام ، وبالتالي فهي تعتبر جزء لا يتجزأ من القانون القديم ، تدور معه وجودا وعدما ، تطبق على جميع الوقائع التي تسرى عليها القوانين السابقة طالما لم تنته هذه الوقائع ، ولم يصدر بها حكم بات نهائي قبل صدور القانون الجديد³ .

وتتفق النظرية الحديثة في شأن هذا الاستثناء مع النظرية التقليدية . فهي أيضا ترى أن التشريعات التفسيرية إن هي إلا تشريعات تحمل تفسيرات لتشريعات أخرى سابقة دون أن تتضمن قواعد تشريعية جديدة ، لذا فهي تسري بأثر رجعي منذ العمل بالتشريعات القديمة موضوع التفسير على ما تم من أفعال قبل صدور ها ، طالما أنه لم يفصل فيها بحكم نهائي⁴ .

غير أن النظرية الحديثة ترفض القول برجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة وإنما ترى في تطبيق هذه القوانين على المراكز القانونية السابقة عليها ، إعمالا للأثر المباشر والفوري للقانون ، وترفض كذلك الاستثناء الخاص بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، ولا تعتبر هذه القوانين استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين ، وإنما إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون⁵ .

الفرع الثاني

الأثر المباشر للقانون الجديد

يقصد بالأثر المباشر للقانون الجديد ، هو تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى ولو كان مترتبا على وقائع او مراكز نشأت تحت سلطان القانون القديم⁶ . ذلك أن

¹ . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 106 .

² . راجع ما تقدم في الصفحة 105 و 106 .

³ . الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص . 100 .

⁴ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 268 .

⁵ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 281 .

⁶ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 268 .

الأثر الفوري أو المباشر للقانون يستلزم سريانه على ما ينشأ من مراكز قانونية في ظله وعلى الآثار المستقبلية للمراكز القانونية التي وقعت في ظل قانون قديم ويدركها وهي في طور التكوين أو الانقضاء لأن القانون لا يسري على ما ينشأ من مراكز قانونية في ظله فحسب ، بل على المراكز القانونية التي يدركها وهي في طور التكوين أو الانقضاء ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء إلا في ظل القانون الجديد¹ . وذلك بالنسبة لما يتوافر في ظله من العناصر التي يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، كالتقادم المكسب والمسقط .

ففي التقادم المكسب ، إذا صدر قانون جديد يغير من شروط اكتساب الحق بالتقادم بأن أضاف شروطا جديدة أو حذف شروطا كان يشترطها القانون القديم ، فإن هذا القانون الجديد هو الواجب التطبيق . وفي التقادم المسقط - كمركز قانوني في طور الانقضاء - إذا صدر قانون جديد يضيف شروطا جديدة لسقوط الحق بالتقادم أو يحذف شروطا كان يتطلبها القانون السابق فإن القانون الجديد هو الذي يجب تطبيقه . كل ذلك بشرط ألا يكون من شأن تطبيق القانون الجديد أن يصير له أثر رجعي² .

ويرى أنصار النظرية الحديثة ، بأن تطبيق هذا المبدأ يقتضيه النظام العام في الدولة ، من وحدة القانون المطبق على كل المراكز القانونية المتماثلة . فبمجرد صدور القانون الجديد ، يجب أن يمتد سلطانه الى آثار كل المراكز القانونية التي تحققت في ظله ، سواء كانت قد تكونت قبل نفاذه أو بعد نفاذه وبذلك تتحقق وحدة القانون الذي يحكم المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة³ .

بالإضافة الى ذلك ، فإن تعديل التشريع القائم أو إلغاؤه يحمل معني إقرار المشرع بقصور هذا التشريع أو عدم صلاحيته لمواكبة تطورات المجتمع ، ويفترض أن التشريع الجديد أكمل وأفضل من سابقه ، لذا فإن المصلحة العامة للمجتمع تقتضي تطبيق القانون الجديد فوراً وعلى كل المراكز القانونية التي نشأت بعد نفاذه ، وعلى الآثار القانونية التي ترتبت وتكونت قبل نفاذه ، لأن استمرار المراكز القانونية خاضعة للقانون القديم ، يؤدي الى استحالة إدخال أي إصلاح اجتماعي⁴ .

ويرى أنصار النظرية الحديثة أن هناك استثناء يرد على مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد يتعلق بالمراكز العقدية الجارية (Les situations contractuelles en cours) التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد . فالقوانين المتعلقة بالالتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم وما تزال جارية عند نفاذ القانون الجديد، وذلك لأن الروابط التعاقدية يترك أمر تنظيمها لإرادة الأشخاص أخذا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة ، فلا مجال للتمسك بالأثر المباشر أو الفوري للتشريع الجديد فيها ، وإنما يسمح هنا بامتداد حياة القانون القديم ليحكم أثارها حتى تنقضي .

وعلى ذلك إذا صدر قانون جديد يعدل الآثار في العقود أو يقرر سببا جديدا لفسخ العقد أو للحكم بالبطان ، فإن هذا القانون لا يطبق على العقود التي أبرمت قبل نفاذه ، بل تظل الآثار التي تترتب عليها خاضعة للقانون الذي أبرمت في ظله ولو نتجت هذه الآثار أو استمرت بعد صدور القانون الجديد . فلا يكون لهذا الأخير أثر مباشرة عليها . لأن الأشخاص حينما يبرمون عقدا معيناً يرتبون أمور معيشتهم طبقاً للقانون الذي كان سارياً وقت تعاقدهم ، ولا يرد في اعتبارهم أو أذهانهم احتمال تغيير القانون

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 198 .

² الدكتور عباس الصراف . جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 112 .

³ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي . مرجع سابق . ص 232 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 269 .

وإلغائه ، فإذا صدر قانون جديد يغير من آثار هذا العقد ، فإنه يفوت عليهم تدابيرهم ويضر بمصالحهم ويزعزع ثقتهم بالنظام القانوني في الدولة . وقد لا يوجد من دواعي المصلحة العامة ما يبرر هذا الضرر خاصة بالنسبة للعقود التي يكون ترتيب آثارها متروكا لإرادة المتعاقدين وتحكمها قواعد قانونية مكملة او مفسرة لا أمرة او ناهية¹ .

وزيادة في الإيضاح فإن أنصار هذه النظرية² يفرقون بين ما سموه (بالنظام القانوني Le statut légal) مثل نظام الزواج ونظام الملكية ، وما سموه (بالمراكز العقدية الجارية Les situations contractuelles encours) ، كعلاقة البائع بالمشتري ، وعلاقة المقرض بالمقرض ، فبالنسبة للأول (النظام القانوني) يسرى القانون الجديد بأثره المباشر ، وبالنسبة للثاني (المركز العقدي) يسرى القانون القديم بأثره المستمر³ . *** انظر محمد سعيد جعفر ص 273 خلاصة القول ، أن النظرية الحديثة ، تمتاز بالوضوح ، فقد ميزت هذه النظرية تمييزا واضحا بين الأثر الرجعي ، والأثر المباشر للقانون الجديد ، فتطبيق القانون الجديد على كل ما يقع في المستقبل ، حتى الآثار المستقبلية لوقائع قديمة لا يعتبر من قبيل الرجعية ، بل هو أعمال لأثره المباشر في حين خلطت النظرية التقليدية بين الأمرين . ثم أن هذه النظرية الحديثة تفادت معيار الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وهو معيار غامض وصعب التطبيق كما رأينا سابقا . وأخيرا فإنه إذا كانت نقطة الارتكاز والبدائية في هذه النظرية هو سريان التشريع او القانون على المستقبل ، لاتفاق ذلك مع قصد المشرع في توفير الوحدة للأنظمة القانونية ، إلا أن النظرية الحديثة من ناحية أخرى لم تهمل سلطة الإرادة في الروابط العقدية ، بحيث قررت استمرار تطبيق القانون القديم عليها استثناء من مبدأ الأثر الفوري للتشريع او القانون الجديد⁴ .

المبحث الخامس

SAHLA MAHLA

تفسير القاعدة القانونية
تفسير القانون
المصدر الأول للطالب الجزائري
L'interprétation



التفسير يعنى لغة ، البيان والتوضيح لكشف المراد . أما اصطلاحا فتفسير القانون يعنى توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه عند حدوث تناقض او تعارض بينها⁵ . او هو بيان الحكم القانوني الأمثل الذي يستدل عليه من النصوص لتطبيقه على الفرد لتحديد الحكم أمام القاضي او الفقيه⁶ . او هو العملية التي يمكن بمقتضاها استنباط نية المشرع وغايته وأهدافه من النصوص التي يضعها وإيضاح ما غمض من حكم ورد في نصوص التشريع ومعرفة ما قد يشوب هذا النص من قصور وكيفية حل التناقض الذي ربما يكون قد

¹ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 200/199.

² . وخاصة الفقيه روبيه . t.1933.p.106. Roubier. Les conflits de lois dans le temps théorie de la non rétroactivité des lois . أشار إليه

الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 273 . هامش رقم 109 .

³ . وذلك بشرط أن لا تكون القواعد التي تضمنها القانون الجديد او التشريع الجديد أمرة متعلقة بالنظام العام والأداب العامة ، بحيث يرى أغلب الفقهاء وجوب تطبيق مبدأ الأثر المباشر والفوري على هذه المراكز العقدية ، وسبب ذلك أن القاعدة الأمرة لا يجوز مخالفتها او الخروج عليها بإرادة الأفراد ، فالمشرع يريد توحيد الأنظمة القانونية للروابط العقدية في الموضوع الذي تحكمه هذه القواعد الأمرة ، ولن يتحقق الغرض الذي يستهدفه المشرع إلا إذا طبقت هذه القواعد الأمرة تطبيقا عاما ومطلقا ، ومثال ذلك صدور تشريع جديد يضع حدا أعلى للفائدة ، فإنه يكون واجب التطبيق بأثر فوري . لمزيد من التفصيل . أنظر الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 115 .

⁴ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 115 .

⁵ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 210 .

⁶ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 66 .

حدث فيما بين نصوص التشريع ، كما يشمل التفسير على إصلاح غلط مادي يكون قد وقع في هذه النصوص¹ .

وتتجلى أهمية تفسير القانون ، من حيث أن عملية تطبيقه تتطلب تحديد مدلوله ومعناه ، خاصة في حالات الغموض والإبهام والتناقض الذي يمكن أن يحدث فيما بين نصوص القانون . والتفسير يرمى الى الاستدلال على ما تضمنته القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي قصده المشرع عند تطبيقها على الظروف الواقعية . ذلك أن تطبيقها على الحالات الخاصة التي تعرض في العمل كثيرا ما يثير الصعوبات حول مدلولها الحقيقي وإمكانية تطبيقها على هذه الحالات ، الأمر الذي يقتضي تفسيرها تفسيراً صحيحاً حتى لا تطبق بطريقة خاطئة على حالات تخرج عن نطاقها أو تستبعد حالات تخضع لها² .

ولا شك أن المشرع مهما حاول أن يكون دقيقاً وواضحاً في صياغة النص القانوني ، لا يمكن أن يكون كاملاً ، فقد يقع في غلط أو تناقض أو غموض أو إبهام يظهر عند تطبيق القانون ، ذلك أن المشرع لا يستطيع أن يتوقع جميع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والمتغيرات التي يمكن أن تحدث بعد صدور القانون أو التشريع الذي وضعه . ويحصل خلاف حول المقصود منه مما يتطلب تحديد معناه والبحث عن قصد المشرع عند إصداره لهذا القانون أو التشريع وحسم الخلاف في حكمه³ .

ووظيفة المفسر هي العمل على إزالة ما يصيب النصوص من عيوب وتوضيح هذه النصوص بالتوصل الى حقيقتها وجعلها أقرب الى العدالة وأميل الى الإنصاف وأقرب الى الحقيقة . وذلك لأن التشريع أو القانون يأتي عادة في مواد مركزة وموجزة ، الأمر الذي يحيطه في كثير من الأحيان بالغموض ويصعب معرفة معناه فيلزم تفسيره⁴ .

والتفسير بهذا المعنى يشمل كافة أنواع القواعد القانونية مهما كان مصدرها ، ولكن الفائدة العملية للتفسير تبدو واضحة فيما يتعلق بالتشريع أكثر من غيره من القواعد القانونية . ولذلك نستبعد من نطاق دراستنا هنا كلاً من تفسير القواعد الدينية وقواعد العرف وأحكام القضاء ومبادئ العدالة . وذلك للاعتبارات التالية .

بالنسبة الى القواعد الدينية فإننا نستبعدا لأن تفسيرها يخضع لأصول معينة تختص بها الكتب المتعلقة بالفقه الإسلامي ، وهي أصول مختلفة عما هو متبع في تفسير القانون أو القواعد التشريعية .

أما بالنسبة الى قواعد العرف ، فنستبعدا بدورها ، إذ لا تثور مشكلة التفسير بشأنها لأنها ليست إلا عادات وتقاليد استقرت في أذهان الناس الى أن أصبحت ملزمة لهم ، فإذا ثار خلاف بشأنها فإن النزاع يكون عادة حول التثبت من وجودها من عدمه . فإذا ثبت وجودها ، فإن هذا الوجود يؤدي في الوقت ذاته الى التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه ، فلا يبقى بعد ذلك مجال لتفسيرها⁵ .

¹ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 58.

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 285.

³ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 58.

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 210.

⁵ أغلب الفقهاء يستبعدون تفسير العرف ومبادئ العدالة والقضاء . ويقولون بأنها ليست في حاجة الى التفسير . لمزيد من التفصيل . أنظر . الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 286 . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 211.

أما بالنسبة الى الى أحكام القضاء ، فإن مشكلة تفسيرها لا تثار أصلا ، ذلك أن القضاء في القانون الجزائري ليس إلا مجرد مصدر تفسيري ، لذا فلا تكتسي أحكامه صفة القواعد القانونية¹ .
وخلاصة القول أنه يقصد بتفسير القاعدة القانونية ، الوقوف على معناها ، وتحديد نطاقها ، او البحث عن قصد المشرع عند إصدارها . حتى يمكن إعمال حكمها على ما يعرض على القاضي من القضايا . ولذلك ينبغي علينا أن نتعرف على أنواع التفسير ، والهيئات المختلفة التي تقوم به . ثم نتعرف بعد ذلك على الاتجاهات المختلفة في التفسير ، وأخيرا نبين الطرق والوسائل الفنية للتفسير . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب . نتناول في المطلب الأول . أنواع التفسير . وندرس في المطلب الثاني . المدارس التفسيرية . ونخصص المطلب الثالث الى طرق التفسير .

المطلب الأول

أنواع التفسير

ينقسم تفسير القانون بحسب المصدر او الجهة التي تقوم به ، الى ثلاثة أنواع ، وهي التفسير التشريعي . والتفسير القضائي . والتفسير الفقهي .

الفرع الأول

التفسير التشريعي

L'interprétation législative

وهو التفسير الذي تتولاه السلطة التشريعية نفسها ، لتوضح حقيقة ما تقصده ، إذا ظهر لها أن المحاكم لن تهتدي الى حقيقة النص . ويكون التفسير في هذه الحالة ، بمقتضى تشريع لاحق تصدره السلطة التشريعية ، لإجلاء الغموض او تحديد قصد المشرع في نصوص تشريعية معينة . من غير تعديل أو إضافات جديدة وتكون القاعدة التشريعية ملزمة للقاضي من تاريخ نفاذ القاعدة القانونية الأصلية ، وليس من تاريخ نفاذها بعد تفسيرها . مثال ذلك نص المادة 124 من التقنين المدني² ، قبل تعديلها (بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005) ، المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية ، فقد كانت أحكام المادة 124 تتضمن عبارة "عمل" دون وصف هذا العمل بالخطأ فاختلف الفقه حول تفسير أساس هذه المسؤولية ، هل هو الخطأ ، أم يكفي أي فعل ، ولو لم يكن خاطئاً فتدخل المشرع وأزال هذا الغموض والإبهام واللبس ، بإضافة عبارة "بخطئه" لنص المادة 124 فيكون المشرع بذلك قد عبّر عن نيته الحقيقية ، في أنها اتجهت الى الفعل الخاطئ ، وليس الى أي فعل كان .

ويعتبر التفسير التشريعي جزءا متما للتشريع السابق المراد تفسيره ، إذ لا يضيف إليه جديدا لذا فهو ملزما للقاضي الذي يتعين عليه تطبيقه في ذات المجال الزمني للتشريع السابق . أي أن التشريع التفسيري يسرى منذ تاريخ سريان التشريع الذي صدر تفسيراً له .

¹ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 287.

² نص المادة 124 (قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005) . كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .

والجدير بالذكر أن تدخل المشرع لإصدار تفسير تشريعي أصبح يعد أمرا نادرا من الناحية العملية في العصر الحاضر ، نظرا لانتشار مبدأ الفصل بين السلطات واقتصار مهمة المشرع على سن التشريع¹ .

وإطلاق عبارة (قانون مفسر) لا يخرج عن كونه قانونا ملزما ، ولكنه كاشف غير منشئ وجزء لا يتجزأ من التشريع المفسر ، ولذلك يتعين أن تقف مهمته عند توضيح الغموض أو إكمال النقص أو إزالة التناقض الموجود في النص السابق فقط ، وليس له أن يضيف إليه أحكاما موضوعية جديدة بحجة التفسير ، فإن فعل ذلك لا يعد ما قام به تفسيرا للقانون بل تعديلا له ، ولا تعد القواعد الجديدة مفسرة تسرى من يوم سريان القانون الذي تم تفسيره ، بل تعد قواعد جديدة معدلة للقانون السابق تسرى من تاريخ نفاذها² .

والتفسير التشريعي له صورتان . فقد يصدر القانون المفسر من المشرع مع صدور التشريع نفسه موضع التفسير ، بحيث يرى المشرع ضرورة اللجوء الى التفسير لوجود نقص أو خلل أو غلط مادي في التشريع . وقد تصدر القاعدة المفسرة عن المشرع في تاريخ لاحق لصدور التشريع موضوع التفسير³ .

الفرع الثاني

التفسير الفقهي

L'interprétation doctrinale

وهو التفسير الذي يقوم به الفقهاء عند دراستهم للقانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم . ويعد التفسير الفقهي أوسع أنواع التفسير لأنه لا يتقيد بقضية أو واقعة معينة ، وهو تفسير نظري ، لا يرتبط بنزاع أو حالة معينة ، بل يهدف الى إيجاد حلول مجدية لحكم القانون ، فالفقيه غير مقيد بقضية واقعية معينة وإنما يتناول القواعد القانونية بالشرح والنقد والتفسير بوجه عام دون أن تكون هناك منازعات واقعية معروضة عليه لغرض التعرف على حكم القانون فيها ، عكس القاضي الذي تعرض عليه منازعات واقعية معينة .

فالفقيه يستهدف استخلاص قواعد عامة ويستعين في تفسيره بقواعد المنطق السليم المجرد والبحث النظري ، ويتجه نحو النزعة الفلسفية أكثر من الاعتبارات العملية لتأثره بالأصول النظرية وهذا ما يميز تفسيره عن تفسير القاضي الذي يعتمد على الناحية العملية لتأثره بالاعتبارات الواقعية أي يعتمد الفقيه في تفسيره الى التأصيل العلمي والمنطقي⁴ .

وليس للتفسير الفقهي صفة ملزمة ، لأن الفقه لا يعد من المصادر الرسمية للقانون . وإنما هو من المصادر التفسيرية له . ولكن غالبا ما يستعين به المشرع عند سن القوانين ، ويستعين به القضاء عند تطبيق القاعدة القانونية . ويوجد تعاون وثيق ، بين الفقه والقضاء ، في تفسير القوانين واستخلاص الأحكام والمبادئ القانونية الملزمة ، خاصة من خلال التعليق على الأحكام القضائية⁵ .

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 289 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 213 .

³ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 67 . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 60 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 216 .

⁵ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 68 .

الفرع الثالث

التفسير القضائي

وهو أكثر أنواع التفسير شيوعا وأكبرها أهمية من الناحية العملية ، وهو التفسير الذي يقوم به القضاة ، أثناء النظر في الدعاوى المطروحة عليهم لمعرفة حكم القانون فيها . وهو الذي يواجه عمليا غموض التشريع وعيوبه عند تطبيقه ، وهذا هو الأساس المقصود من مصطلح التفسير بصورة عامة . إذ أن تطبيق القانون يتطلب من القاضي بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى الذي قصده المشرع في ألفاظ النص . ويستعين القاضي بشتي الوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير ، ويرجع الى مختلف المصادر المادية والتاريخية والأعمال التحضيرية لبلوغ الغاية التي أرادها واضعوا القانون¹ .

ويميل التفسير القضائي بطبيعته الى الناحية العملية في استنباط الحلول . لأن القاضي ينزل الى معترك الحياة لفض الخصومات بين الناس وإقرار الحقوق لأصحابها ، وهو في هذا السبيل يتأثر الى حد كبير في التفسير بالاعتبارات الواقعية المحيطة بالمنازعات المعروضة عليه ويعمل على أن يكون تفسيره للقانون متماشيا مع تلك الظروف ، ومن أجل هذا يتأثر التفسير القضائي بالواقع ويلعب دوره الهام في تطوير القانون .

والقاضي يفسر النصوص التشريعية بمناسبة تطبيقها على النزاعات المطروحة عليه للفصل فيها فهو لا يتطوع بالتفسير من تلقاء نفسه ، بل هو يقوم به حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك ، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه² .

والأصل أن التفسير القضائي غير ملزم إلا في الدعوى التي تم فيها وبمناسبتها فلا يلزم نفس القاضي الذي قام به في أحكامه المقبلة ، كما لا يلزم المحاكم الأخرى³ . لأن القاضي يستخدمه فقط كوسيلة لحسم النزاع المعروض عليه ، لا كغاية لإنشاء قواعد قانونية عامة . فهو يحدد العمل به في خصوص النزاع المعروض عليه ويقتصر إلزام ما يتوصل إليه على النزاع نفسه في وقائعه وأشخاصه⁴ ورغم أن التفسير القضائي غير ملزم إلا أن المحكمة العليا ، تختص بتفسير القانون ويكون قرارها بالتفسير ملزما للمحاكم والمجالس الأخرى .

كما أن مجلس الدولة مخول ، بموجب نص المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق بمجلس الدولة ، بتفسير التشريع الفرعي خاصة ، أي التنظيم (المراسيم الرئاسية والتنفيذية والقرارات التنظيمية) .

وهو ما تخوله أيضا المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (للغرف الإدارية سابقا) المحاكم الإدارية ، وذلك بالنسبة لقرارات الإدارة المحلية⁵ .

¹ الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 214 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 288 .

³ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 68 .

⁴ الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 215 .

⁵ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 68 .

المطلب الثاني

مدارس التفسير

إذا كان التفسير ، هو توضيح المعني ، أي البحث عن قصد المشرع ، عند إصداره للقاعدة القانونية ، فقد تعددت الاتجاهات والمدارس في تفسير القانون ، يكمن إجمالها في ثلاثة مذاهب ، هي على التوالي ، مدرسة الشرح على المتن ، المدرسة التاريخية ، وأخيرا المدرسة العلمية . وعليه سنقسم هذا المطلب الى أربعة فروع . نتناول في الفرع الأول . مدرسة الشرح على المتن . وندرس في الفرع الثاني . المدرسة التاريخية . ونخصص الفرع الثالث الى المدرسة العلمية . ونتناول في الفرع الرابع موفق المشرع الجزائري .

الفرع الأول

مدرسة الشرح على المتن L'école de l'exégèse

ظهرت هذه النظرية في فرنسا على يد مجموعة من الفقهاء¹ الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابليون Code Napoléon ، تسمى هذه المدرسة ، بمدرسة التزام النصوص او بمدرسة الشرح على المتن لأن واضعوها قاموا بشرح هذه التقنيات متنا متنا ، أي نصا بنص ، حسب الترتيب الذي وردت به ونظروا إليها نظرة إجلال واحترام ، واعتقدوا أنها كاملة ومنزهة عن أي نقد ، وأنها جاءت شاملة لكل شيء وصالحة لكل زمان ومكان . ويرى أنصار هذه النظرية بأنها تضمنت كل الحلول التشريعية في كافة المسائل والحياة القانونية² .

واعتبر أنصار هذه النظرية أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون . فقد ذهب أنصار هذه النظرية الى أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة التي يسنها المشرع ، على أساس أن هذه النصوص جاءت متضمنة جميع الأحكام القانونية ، وواضعة الحلول اللازمة لجميع القضايا المطروحة او التي ستطرح في المستقبل . واعتبروا أن النص التشريعي ، هو المصدر الوحيد للقانون .

ويرى أنصار هذه المدرسة بأن تفسير وشرح التشريع يقوم على أساس فكرة تقديس نصوص التشريع واحترامها ، كما أدى تقديس النصوص التشريعية عندهم الى حد القول بأن القاضي ينبغي عليه أن يرفض كل طلب لا يستند الى نص صريح في التشريع ، والى القول بأنه إذا بدا للقاضي او الفقيه يوما بأن هناك حدثا او واقعة ليس لها حكم في التشريع ، فما ذلك إلا نتيجة لعجزه عن استنباط هذا الحكم من التشريع ، وهذا العجز لا يرجع الى عيب في التشريع ، الذي احتوى جميع القواعد القانونية ، بل يرجع الى قصور الشارح او المفسر في استخلاص الأحكام من النصوص³ .

¹ . من أشهر فقهاء هذه المدرسة Demolombe. , Rau Aubry . في فرنسا و Laurent في بلجيكا .

² . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 69 .

³ . الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 292 .

وترى هذه المدرسة بأن وظيفة التفسير تنحصر في البحث عن إرادة المشرع ، والمقصود من إرادة المشرع هو "الإرادة الحقيقية" وقت وضع التشريع لا وقت تطبيقه ، ومن ثم فلا يجوز للشارح أو المفسر أن يفسر النصوص التشريعية وفقا لما يراه ملائما للظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة التي توجد وقت تطبيق هذه النصوص ، لأن ذلك معناه أن المفسر خرج عن نية المشرع وقت وضع التشريع ونسب إليه نية لم يتجه إليها ولم يقصدها وقت وضع التشريع . فإذا ما أريد جعل التشريع يتمشى مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة ، وجب تعديله ، وتعديل التشريع ليس من عمل المفسر ولا من اختصاصه ، بل هو من صميم وظيفة المشرع¹ .

وتكون الإرادة حقيقية إذا كان النص واضحا في عباراته ، بشكل يمكن معه الوقوف بيسر على نية المشرع الحقيقية . وهي تكون "مفترضة" إذا تعذر الوصول الى الحكم عن طريق معرفة إرادة المشرع الحقيقية ، وذلك في حالة ما إذا لم يكن النص واضحا وكان استنباطها يستلزم استخدام وسائل إضافية للكشف عنها كمقارنة النصوص التي تحكم نفس الحالات المتشابهة . والرجوع الى الأعمال الخضيرية والمناقشات التي سبقت إصدار القانون ، أي الرجوع الى مختلف المشاريع الأولية والمناقشات التي دارت في اللجان وفي الجلسات العامة من أجل المصادقة على القانون² . كما يلجأ أيضا الى المصادر التاريخية ، بحيث يمكن القول - وفقا لهذه المدرسة - أن سكوت المشرع عن الإفصاح عن أمر معين يفيد رضاه للوضع الذي كان سائدا قبل صدور النص .

كما أنه يمكن الرجوع الى الروح العامة للتشريع ، للكشف عن قصد المشرع ، فيأخذ المفسر تفسيره لنص معين بالحل الذي يتفق مع مجموع المنصوص التشريعية الأخرى .

وقد انتقدت هذه النظرية لانطلاقها من فكرة كمال التشريع وتقديسه وجعله المصدر الوحيد للقواعد القانونية ورفضها بالتالي المصادر الاحتياطية الأخرى للقانون³ ، وكذلك لربطها القانون بمحض إرادة المشرع وقت وضع التشريع منظورا إليها كإرادة مفترضة ، مما يتعارض مع تطور ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية⁴ .

وقد أدت هذه الانتقادات الى هجر الفقه الى لهذه النظرية ، وخاصة بعد ظهور الثورة الصناعية في أوروبا التي أحدثت تغييرا جذريا في المجالات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، أوجب جعل النصوص التشريعية القائمة تتلاءم مع مقتضيات الحياة القانونية الجديدة .

الفرع الثاني

المدرسة التاريخية

¹ الدكتور ابراهيم أبو النجا . محاضرات في فلسفة القانون . ديوان المطبوعات الجامعية . د.ت . ط. صفحة 26. أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 293. هامش رقم 157.

² الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص 112.

³ التشريع ليس المصدر الوحيد للقواعد القانونية إذ توجد الى جانبه مصادر أخرى ، كمبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة الى الدول الإسلامية . والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . التي يتعين على القاضي الرجوع إليها إذا لم يتضمن التشريع الحكم واجب التطبيق على النزاع المطروح عليه .

⁴ الدكتور حسن كيرة . المدخل الى القانون . الطبعة الخامسة . (د . ت . ط) ص 408 . أشار إليه الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص 113.

L'école historique

ظهرت المدرسة التاريخية ، نتيجة الانتقادات الشديدة الموجهة الى مدرسة الشرح على المتون من طرف الفقيه الألماني سافيني Savigny ، ويرى أنصار هذه المدرسة ، أن تفسير القانون ينبغي أن يكون تفسيراً موضوعياً ، أي أن العبرة في تفسير النص القانوني ، ليست البحث عن إرادة وقصد المشرع عند وضعه للنصوص القانونية ، وإنما يجب تفسير النصوص القانونية وفقاً للظروف الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع وقت تفسير القانون وتطبيقه .

ويرى أنصار هذه النظرية بأن القانون ليس من خلق وإنشاء الإرادة الإنسانية ، بل هو وليد البيئة والحاجة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع يتطور بتطورها ، ولذلك لا يوجد قانون طبيعي واحد يصلح للتطبيق في كل زمان ومكان . ذلك أن القانون حدث اجتماعي ينشأ مع الجماعة ويتأثر بظروفها الجغرافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية وغيرها . أما دور المشرع فيقتصر على مراقبة تطور القانون في الجماعة وتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس .

وذهب أنصار هذه النظرية الى القول بأن النصوص القانونية تنفصل عن إرادة المشرع بعد وضعها ويكون لها كيان مستقل وذاتي . ولذلك يجب تفسيرها بحسب ظروف الزمان والمكان وحاجات المجتمع وقت تفسير النصوص¹ ، وأن العبرة في التفسير لا تكمن في البحث عن إرادة المشرع الحقيقية او المفترضة وقت وضع النصوص ، وإنما العبرة فيه بالإرادة المحتملة ، بمعنى ما كان يريد المشرع لو أنه وجد في الظروف الاقتصادية او الاجتماعية المحيطة بالفقيه او القاضي وقت الحاجة الى التفسير . فالإرادة المحتملة للمشرع هي التي تتمشى مع الظروف التي تحيط بالمفسر . أما إرادة المشرع الحقيقية او المفترضة ، وإن كانت تعبر عن رغبات المجتمع وقت صدور التشريع ، فقد لا تعبر عن ذلك عندما يراد تفسير التشريع ، نظر لمرور وقت قد يكون طويلاً بين وضع التشريع وتفسيره ونظراً لعدم قدرة المشرع على التنبؤ بما قد يحدث في المستقبل من مشكلات² .

وتتميز هذه المدرسة بتحريرها النصوص القانونية من سيطرة المشرع ، وبفهمها الصحيح لطبيعة القاعة القانونية ، بوصفها تعبيراً عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع وهي ظروف متطورة ومتغيرة ، ولذلك كان من اللازم الاعتداد في تفسير النص بالضرورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يفرضها الزمن الذي يتم فيه التفسير .

وأخذ على هذه المدرسة ، أن هذا النوع من التفسير ، سيؤدي الى خروج التفسير عن وظيفته وتجعله تعديلاً او إلغاء لنصوص التشريع وخلفاً لقواعد قانونية جديدة . وأنها تهمل إرادة المشرع وتوسع من صلاحيات المفسر³ .

الفرع الثالث

المدرسة العلمية

¹ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 71 .

² . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 295 .

³ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 71 .

أو
مدرسة البحث لعملي الحر
L'école de la libre recherche scientifique

ظهرت هذه المدرسة على يد الفقيه الفرنسي جيني François GénY . بهدف تجنب التطرف الذي عرفته مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية . ويطلق على هذه المدرسة اسم مدرسة البحث العلمي الحر . ونقطة البداية عند هذه المدرسة هي أن التشريع ليس المصدر الرسمي الوحيد للقانون وإن كان المصدر الرسمي الأصلي له . فالي جانب التشريع توجد مصادر أخرى احتياطية وأهمها العرف والشرعية الإسلامية . ومن ثم فإن وظيفة التفسير هي البحث عن إرادة المشرع الحقيقية من خلال النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل إرادي صاغته إرادة حرة وواعية من أجل تحقيق غاية معينة . وفي ذلك تتفق مدرسة البحث العملي الحر مع مدرسة الشرح على المتون . ولكنها تخالفها فيما يتعلق بالبحث عن النية المفترضة للمشرع . ففي الحالات التي يتعذر الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع ، تذهب مدرسة البحث العملي الحر الى عدم اصطناع نية مفترضة للمشرع والى عدم البحث عن النية المحتملة للمشرع . بل يتعين التسليم بنقص التشريع وخلوه من حكم ينظم المسألة المطروحة ، واللجوء الى المصادر الرسمية الاحتياطية للبحث فيها عن الحل المنشود واجب التطبيق على هذه المسألة¹ .

وخلاصة القول أنه ، ينبغي أن يتم تفسير القانون طبقا لإرادة المشرع الحقيقية عند وضعه للنصوص القانونية ، أي وقت صدور القانون وفي ذلك تتفق هذه المدرسة مع مدرسة التزام النص أو الشرح على المتون ، وتختلفها في حالة عدم وجود النص ، فهنا ، يجب البحث عن الحل في المصادر الأخرى وأهمها العرف . فإذا لم يوجد يبحث في المصادر المادية أي الظروف والملابسات التي أوجدت النص ، والمتمثلة في مختلف العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية . وللمفسر حرية استعمال البحث العلمي ، (دون النظر للإرادة المفترضة للمشرع²) . وهذا يتم عن طريق استلزام المعطيات والحقائق المختلفة ، التي تكون جوهر القانون ، وهذه المعطيات والحقائق ، قد تكون طبيعية أو تاريخية أو عقلية أو مثالية³ .

يتضح من خلال عرض مضمون المدرسة العلمية سلامة الأساس الذي قامت عليه ومنطقيته فهي تحتفظ بإرادة المشرع وتضعها في حدودها الطبيعية ، فإذا وجدت نصوص تشريعية ، يتعين احترامها ولكن من غير تقديس ولا عبودية لها . فلا ينبغي تحميل هذه النصوص أكثر مما تتحمل عن طريق اصطناع نية مفترضة للمشرع . وتترك هذه المدرسة باب الاجتهاد مفتوح على مصراعيه لمواجهة ما يحدث من تطورات في المجتمع⁴ .

الفرع الرابع

موقف القانون الجزائري

¹ . François GénY ;Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.1899.2eme éd. 1911.p.263/et s . أشار إليه الدكتور محمد

سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 297 . هامش رقم 165 .

² .الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 72 .

³ . الدكتور عبد المجيد زعلاني . مرجع سابق . ص . 113 .

⁴ .الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 298 .

لقد تأثر المشرع الجزائري بالمذاهب الثلاثة ، ويتضح ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري ، والتي عددت في مصادر القانون ، (التشريع . مبادئ الشريعة الإسلامية . العرف . مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ، وهذا ما ذهب إليه فقه المدرسة العلمية الذي لم يكتف بالتشريع كمصدر ، بل أضاف إليه مصادر أخرى . فقد أقر المشرع بتعدد مصادر القانون بحيث إذا لم يصل القاضي أو المفسر إلى معنى النص التشريعي من لفظه وفحواه ، تعين عليه البحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق في المصادر التالية للتشريع من حيث المرتبة .

المطلب الثالث

طرق التفسير

المقصود بطرق التفسير مجموعة الوسائل التي يتخذها المفسر لمعرفة مضمون النص والوقوف على معناه واستنتاج الحكم الذي يقضي به¹ . أو هي الكيفيات والمناهج التي يستخدمها القضاة والفقهاء للوصول إلى تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية² ، أو هي الوسائل والمسالك التي يهتدي بها المفسر في سبيل استخلاص المعاني ، التي يدل عليها النص التشريعي عند تطبيقه بما يطابق القصد الحقيقي للمشرع³ . وهي ، إما طرق داخلية ، تعتمد على النصوص التشريعية المراد تفسيرها ، أي بالاعتماد على صياغة النص الشكلية والموضوعية ، وإما طرق خارجية تعتمد على غير النصوص في تفسيرها . ويجب أن نميز في هذا الصدد بين ، ما إذا كان النص سليماً . وما إذا كان النص معيباً وعليه ينقسم هذا المطلب إلى فرعين . نتناول في الفرع الأول . حالة تفسير النص السليم . وندرس في الفرع الثاني . حلة النص المعيب .

الفرع الأول

المصدر الأول للطالب الجزائري

طرق التفسير الداخلية

يقصد بهذه الطرق الوسائل التي بها يستخلص القاضي من داخل النص ذاته مدلول هذا النص وحكمه دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النص⁴ ، ولا يفتش عن ما ينير له السبيل ويوضح له المعنى المنشود في عناصر خارجة عن نصوصه ، وأهم طرق التفسير الداخلية هي الاستنتاج عن طريق القياس ، والاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة .

أولاً. الاستنتاج عن طريق القياس . يقصد بالاستنتاج عن طريق القياس إعطاء حالة غير منصوص علي حكمها في القانون نفس حكم حالة أخرى ورد نص بحكمها في القانون لتماثل العلة بين الحالتين⁵ . أو هو إلحاق ما لا نص فيه بحكم المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم⁶ ، ومعنى ذلك أن القياس يفترض واقعتين إحداهما نص على حكمها والأخرى لم ينص فيها على حكم فتأخذ حكم الواقعة الأولى لاتفاقهما في العلة أي السبب الذي قام عليه الحكم⁷ .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 287 .

² الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 72 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 218 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 307 .

⁵ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 218 .

⁶ الدكتور عبد الوهاب خلاف . أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي . القاهرة . 1940 . ص 35 . أشار إليه الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون .

مرجع سابق . ص 75 . هامش رقم 02 .

⁷ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 73 .

وترجع أهمية الأخذ بالقياس الى أن أي تشريع مهما علت منزلته لا يمكن أن يعرض لجميع الحالات والأوضاع التي تنشأ عن العلاقات بين الناس سواء ما كان منها قائما عند وضع التشريع او تلك التي تستجد بعد صدوره ، فقد لا تستدعي الأوضاع القائمة أن تحكمها نصوص في القانون ، كما أن المشرع لا يستطيع أن يتوقع في كثير من الأحيان الأوضاع التي قد تستجد في المستقبل . ولذلك فإن القياس يعتبر طريقة عادية لتكميل القانون ويجرى الحكم بمقتضاه في حالات لم ينص عليها المشرع قياسا على الحالات التي نص عليها وأعطى حكمه لها¹ . والقياس نوعان

أ. **القياس العادي Raisonement par analogie** . وهو إعطاء واقعة غير منصوص علي حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم . ذلك أن الحكم يوجد حيث توجد علة² . مثال ذلك ما نص عليه قانون العقوبات على أنه ، لا تجوز محاكمة جرائم السرقة التي تقع بين الأصول والفروع إلا بناء على طلب من المجنى عليه وذلك للحفاظ على الروابط الأسرية .

ولكن ما الحكم إذا كان الفرض وقوع جريمة نصب بين الأصول او الفروع ؟. في هذه الحالة يجوز القياس على الجريمة الأولى وتطبيق ذات الحكم لاشتراكهما في العلة ، وهي الحفاظ على الروابط الأسرية³ . ونفس الشيء في حكم حرمان قاتل مورثه من الميراث لاستعجال القاتل الإرث قبل أوانه تطبيقا لحديث الرسول (ص) " لا يرث القاتل " ، ويمكن تطبيق هذا الحكم عن طريق القياس على حالة أخرى ، إذا كان المشرع لا ينص عليها ، وهي حرمان الموصي له من استحقاق المال الموصي به إذا قتل الموصي له لنفس العلة . والعلة هنا هي استعجال كل منهما أخذ الحق قبل أوانه ، بطريق غير مشروع .

ب. **القياس من باب أولى Raisonement a fortiori** . يقصد بالقياس من باب أولى أن تكون هناك حالة منصوص علي حكمها في القانون وتكون علة هذا الحكم أكثر توافرا في حالة أخرى غير منصوص علي حكمها في القانون ، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى⁴ . مثال ذلك أن يوجد نص تشريعي يحظر على عديم التمييز بيع أمواله وينعدم وجود النص على منعه من هبتها ، ففي هذه الحالة يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله لأن الهبة ، وهي تصرف مفقر ، أخطر شأنا من البيع ، إذ هي تؤدي الى إخراج أمواله من ذمته المالية . ومثال ذلك أيضا الآية الكريمة التي تأمر الإنسان المؤمن بحسن معاملة أبويه فقد قال جل جلاله ، (ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما⁵) . نستطيع أن نستنتج من باب أولى أن من واجبه أيضا ألا يضربهما .

ثانيا . **الاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة Raisonement a contrario** . يقصد بالاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة إعطاء حالة لم ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يصرح به المشرع في حالة أخرى⁶ . او هي إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين ، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من

¹ الدكتور عباس الصراف . جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 76 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 307 .

³ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 73 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 218 .

⁵ الآية 23 من سورة الإسراء .

⁶ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 288 .

الحالة غير المنصوص عليها¹. مثال ذلك ما نصت عليه أحكام المادة 369 من التقنين المدني الجزائري بالقول (إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعدار المشتري بتسليم المبيع) إذ يستفاد من مفهوم المخالفة لهذا النص أن هلاك المبيع بعد تسليمه الى المشتري لا يكون سببا لسقوط البيع ولا لاسترداد المشتري الثمن . ونفس الشيء يقال عن أحكام المادة 63 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص علي أنه (إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل.....) . فهذا النص تضمن الحالة التي يعين فيها أجل للقبول وبين حكمها ، وهو التزام الموجب بالبقاء على إيجابه ، ولم يتضمن هذا النص الحالة التي لا يتفق فيها المتعاقدان على أجل للقبول ، يفهم من هذا النص بمفهوم المخالفة ، أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول بين المتعاقدين يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه .

الفرع الثاني

طرق التفسير الخارجية

فضلا عن طرق التفسير الداخلية ، يستعان في تحديد معاني النصوص التشريعية بوسائل او طرق خارجية وهي التي يهتدي بها المفسر في سبيل استخلاص المقصود بالنص استنادا الى عناصر خارجة عن نطاق التشريع نفسه . ويقصد بطرق التفسير الخارجية الوسائل الخارجة عن ذات النص التي يستعين بها القاضي للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية ، بحيث لا تعتمد هذه الطرق على تحليل عبارات النص وألفاظه ، بل على عناصر خارجية عنه ، وتتمثل هذه الطرق في الأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية . والرجوع الى حكمة النص .

أولا . الأعمال التحضيرية . كثيرا ما يرجع المفسر الى الأعمال التحضيرية لتفسير النصوص القانونية . ويقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق والمستندات التي تضم المذكرات الإيضاحية وتقارير ومناقشات اللجان والهيئات التي قامت بإعداد التشريع . مثل مشروع النص التشريعي ومحاضر المناقشات التي دارت خلال مرحلة التصويت والملاحظات التي أبدتها اللجان والهيئات المختلفة التي أسهمت في تحضير المشروع ووضع ودراسته . فبالرجوع الى هذه الوسائل تتضح الأسباب الموجبة لسن التشريع والنية الحقيقية للمشرع في وضعه والأهداف التي أراد تحقيقها به² . فكل هذه الأعمال تساعد المفسر كثيرا في الكشف عن مقصود المشرع ونيته الحقيقية.

وتجدر الإشارة الى أن جميع هذه الوثائق والمستندات لا تعتبر جزءا من التشريع ، ولذلك فإنها لا تتمتع بالقوة الملزمة ، وإنما يرجع إليها المفسر ، فقيها كان او قاضيا ، للاستئناس بها . ولذلك يجب الاحتراس عند الرجوع إليها ، لأنها قد تتضمن آراء فردية خاصة بأصحابها لا تتفق مع نية المشرع الحقيقية³ .

ثانيا . المصادر التاريخية . المصدر التاريخي هو المصدر الذي يستمد منه المشرع نصوص التشريع . فكثيرا ما يرجع المفسر الى هذا المصدر من أجل التعرف على إرادة المشرع الحقيقية . فإذا

¹ الدكتور حسن كيرة . المدخل الى القانون . الطبعة الخامسة . (د.ت . ط) ص . 407 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 309 . هامش رقم 179 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 219 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 289 . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 75 . الدكتورة محمدى فريدة . المدخل للعلوم القانونية . نظرية القانون . طبعة 1997 . ص . 152 . أشار إليها الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 311 . هامش رقم 183 .

كان مأخوذاً من قانون دولة أخرى ، يكون الرجوع الى الفقه والقضاء في تلك الدولة من العوامل المساعدة لمهمة المفسر في إيضاح المعنى المقصود من النص التشريعي . فمن أهم المصادر التاريخية للتشريع الجزائري فيما يخص تقنين شؤون الأسرة أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية اللذين يتعين على المفسر الرجوع إليهما لفهم نصوص تقنين الأسرة الجزائري . كما يعتبر كل من التقنين المدني المصري والتقنين الفرنسي مصدراً تاريخياً بالنسبة الى التقنين المدني الجزائري¹ .

ثالثاً . حكمة التشريع . المشرع لا بد أن يضع نصب عينيه وهو يضع نصوص القانون أهدافاً وغايات معينة هي الفيصل فيما يراه من تحقيق مصالح الناس ، وعندما يضع هذه النصوص فإنه يعتقد جازماً أن أحكامها هي التي تحقق وتلبي تلك الأهداف والغايات . ولما كانت مهمة القاضي إنما تقتصر على تطبيق نصوص القانون وحسب . وحيث أن هذه النصوص ليست مجرد عبارات وتراكيب وصيغ جامدة بل إنها عبارة عن أحكام تفصل في الأعم الأغلب في حقوق الناس والتزاماتهم بما ينشأ عن ذلك من تضارب في المصالح بينهم ، تعين لكل ذلك أن ينظر القاضي الى مغزى النصوص والغايات والأهداف التي قصد المشرع الى تحقيقها ، وهذا لا يتأتى إلا إذا توخى القاضي أن يلتزم نية المشرع التي دفعت به الى تشريع قانونه ، فعلي القاضي إذن أن يبحث عن الحكمة من التشريع² . ويقصد بحكمة التشريع أو روح النص L'esprit de la loi . الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع³ . ولكي يصل المفسر الى توضيح معنى النص التشريعي الغامض يجب عليه أن يستأنس بحكمة التشريع أو بالفكرة الأساسية التي دفعت المشرع الى القيام بسن التشريع وفي ضوء هذه الفكرة أو الغرض يفسر المفسر النص التشريعي ، كالرجوع الى حكمة تشديد العقاب في جريمة السرقة المرتكبة أثناء الليل لمعرفة قصد المشرع من لفظ (الليل) أهو الليل بالمعنى الاصطلاحي أم الليل بالمعنى الفلكي ، عندما لا يحدد المشرع معنى كلمة الليل صراحة في النص الذي يشدد عقوبة السرقة المرتكبة في الليل .

فبالبحث عن حكمة تشديد عقوبة السارق الذي يرتكب جريمة السرقة في الليل ، قد يظهر أن حكمة التشديد هي ما يخلفه الظلام من تشجيع وتسهيل للسارق في إتمام جريمته ، ومن ثم هروبه بكل سهولة ويسر من جهة . وزرع الرهبة والخوف في نفس المجني عليه من جهة أخرى . وعندئذ يتحدد قصد المشرع⁴ .

إن أصبت فمن الله ، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان

أسأل الله التوفيق والنجاح

الأستاذ /الدكتور أحمد صالح على

المراجع

¹ .الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 76 .

² .الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص 76 .

³ .الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 310 .

⁴ .الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 220 .

01. الدكتور أنور سلطان .
المبادئ القانونية العامة . دار الجامعة الجديدة للنشر . 2005.
02. الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي.
المدخل للعلوم القانونية. النظرية العامة للقانون .
ديوان المطبوعات الجامعية 2010
03. الدكتور حميد بن شنياتي.
مدخل لدراسة العلوم القانونية . الجزء الأول . القاعدة القانونية. الطبعة
الثانية 2009.
مدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني نظرية الحق الطبعة الأولى
2008.
04. الدكتور عبد القادر الفار.
المدخل لدراسة العلوم القانونية. مبادئ القانون . النظرية العامة للحق.
دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . 2008.
05. الدكتور عوض أحمد الزعبي .
المدخل الى علم القانون . دار وائل للنشر. الطبعة الثانية . 2003.
06. الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون .
المدخل الى علم القانون . نظرية القانون . نظرية الحق . دار الثقافة للنشر
والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى . الاصدار السابع . 2008.
07. الدكتور على فيلاي . مقدمة في القانون .
المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية . الجزائر . 2010.
08. الدكتور عصام أنور سليم .
نظرية الحق . دار المعارف . الاسكندرية . 2007.
09. الدكتور غالب على الداودي .
المدخل الى علم القانون . دار وائل للطباعة والنشر . عمان . الطبعة
السادسة . 1999.
10. الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور .
مبادئ القانون . المدخل الى القانون . نظرية الالتزامات . دار النهضة
العربية للطباعة والنشر. بيروت . 1995.
11. الدكتور نبيل إبراهيم سعد .
المدخل الى القانون . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية .
الطبعة الأولى . 2010.
12. الدكتور محمد سعيد جعفرور .
مدخل الى العلوم القانونية . الجزء الأول . الوجيز في نظرية القانون . دار
هومة للطباعة والنشر والتوزيع . الجزائر . الطبعة الثامنة عشر 2011.
مدخل الى العلوم القانونية . الجزء الثاني . دروس في نظرية الحق . الطبعة
الأولى . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر . 2011.
13. الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد .
النظرية العامة للقانون . القاعدة القانونية . الحق . منشورات حلبي الحقوقية
2002.
14. الدكتور سليمان الناصري .

- المدخل للعلوم القانونية . مقارنة بالقوانين العربية . المكتب الجامعي الحديث
الأزاريطة الاسكندرية . 2005 .
15. الدكتور سعيد سعد عبد السلام .
المدخل في نظرية القانون . مطابع الولاء الحديثة .
الطبعة الاولى 2002/2003 .
16. الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور .
المدخل الى القانون . القاعدة القانونية . نظرية الحق .
منشورات الحلبي الحقوقية . 2003 .
17. الدكتور همام محمد محمود زهران .
المدخل الى القانون . النظرية العامة للقانون .
دار الجامعة الجديدة للنشر . الاسكندرية . 2006 .
18. الدكتور يحيى قاسم على .
المدخل لدراسة العلوم القانونية . كوميت للتوزيع القاهرة .
الطبعة الأولى . 1997 .



الفهرس

07	الفصل الأول . ماهية القانون ومذاهبه
08	المبحث الأول . تعريف القانون وتحديد مدلولاته
09	المطلب الأول . المذهب الطبيعي
09	المطلب الثاني . المذهب الوضعي
10	المطلب الثالث . مذهب التطور التاريخي
11	المطلب الرابع . المذهب المختلط
12	المطلب الخامس . الأصل اللغوي لكلمة قانون
12	الفرع الأول . الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون
12	الفرع الثاني . المعنى العام لكلمة قانون
12	الفرع الثالث . المعنى الخاص لكلمة قانون
12	المطلب السادس . التعريف الاصطلاحي للقانون
12	الفرع الأول . تعريف القانون على أساس الغاية منه
12	الفرع الثاني . تعريف القانون على أساس الجزاء
12	الفرع الثالث . تعريف القانون على أساس الخصائص المميزة له
13	المبحث الثاني . صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى
13	المطلب الأول . صلة القانون بالدين
14	الفرع الأول . من حيث المصدر
15	الفرع الثاني . من حيث المضمون
15	الفرع الثالث . من حيث الغاية
16	الفرع الرابع . من حيث لجزاء
16	المطلب الثاني . القانون وقواعد الأخلاق
18	الفرع الأول . من حيث الغرض
18	الفرع الثاني . من حيث النطاق
19	الفرع الثالث . من حيث الجزاء
19	المطلب الثالث . القانون وقواعد المجاملات والعادات
19	الفرع الأول . من حيث الغاية
20	الفرع الثاني . من حيث الجزاء
20	المبحث الثالث . علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى
21	المطلب الأول . صلة القانون بعلم الاجتماع
21	المطلب الثاني . صلة القانون بعلم التاريخ
22	المطلب الثالث . صلة القانون بعلم السياسة
23	المطلب الرابع . صلة القانون بعلم الاقتصاد
24	المطلب الخامس . صلة القانون بعلم النفس
25	الفصل الثاني . خصائص القاعدة القانونية
25	المبحث الأول . القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي
26	المبحث الثاني . القاعدة القانونية عامة ومجردة
28	المبحث الثالث . القاعدة القانونية ملزمة
28	المطلب الأول . الجزاء القانوني مادي ملموس
28	المطلب الثاني . الجزاء القانوني حال وفوري
29	المطلب الثالث . الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة المختصة

29	المطلب الرابع . أنواع الجزاء
30	الفرع الأول .الجزاء الجنائي
31	الفرع الثاني .الجزاء المدني
32	الفرع الثالث . الجزاء الإداري
33	الفصل الثالث . تقسيمات القاعدة القانونية
33	المبحث الأول . تقسيم القواعد القانونية الى قواعد أمرة وقواعد مكملة
33	المطلب الأول . القواعد الأمرة
34	المطلب الثاني . القواعد المكملة
36	المطلب الثالث . معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة
36	الفرع الأول . المعيار الشكلي او اللفظي
37	الفرع الثاني . المعيار الموضوعي او المعنوي
38	المبحث الثاني . تقسيم القواعد القانونية الى قواعد قانون العام وقانون خاص
39	المطلب الأول . معيار التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص
39	الفرع الأول . معيار الأشخاص أطراف العلاقة
40	الفرع الثاني . معيار طبيعة القواعد القانونية
41	الفرع الثالث . معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية
41	المطلب الثاني . فروع القانون العام
42	الفرع الأول . القانون العام الخارجي
42	الفرع الثاني . القانون العام الداخلي
43	أولا . القانون الدستوري
43	ثانيا . القانون الإداري
44	ثالثا . القانون المالي
45	رابعا . القانون الجنائي
46	المطلب الثالث . فروع القانون الخاص
46	الفرع الأول . القانون المدني
47	الفرع الثاني . القانون التجاري
48	الفرع الثالث . قانون العمل
49	الفرع الرابع . القانون الجوي
49	الفرع الخامس . القانون البحري
50	الفرع السادس . القانون الدولي الخاص
52	الفصل الرابع . المصادر الرسمية او الشكلية للقانون
53	المبحث الأول . المصدر الرسمي الأصلي
53	المطلب الأول . التشريع كمصدر رسمي أصلي
54	الفرع الأول . التعريف بالتشريع
55	الفرع الثاني . خصائص التشريع
56	الفرع الثالث . مزايا التشريع وعيوبه
57	الفرع الرابع . أنواع التشريع
57	أولا . التشريع الأساسي
59	ثانيا . التشريع العادي
62	ثالثا . التشريع الفرعي او اللوائح

64	الفرع الخامس . صياغة التشريع
65	المطلب الثاني . نفاذ التشريع
66	المطلب الثالث . إلغاء التشريع
67	الفرع الأول . الإلغاء الصريح
68	المبحث الثاني . المصادر الرسمية الاحتياطية
68	المطلب الأول . مبادئ الشريعة الإسلامية
70	المطلب الثاني . العرف
70	الفرع الأول . التعريف بالعرف
71	الفرع الثاني . أركان العرف
73	الفرع الثالث . مزايا العرف وعيوبه
77	المبحث الثالث . المصادر غير الرسمية أو التفسيرية
77	المطلب الأول . القضاء
78	الفرع الأول . الاتجاه الانجلوساكسوني
79	الفرع الثاني . الاتجاه اللاتيني
80	المطلب الثاني . الفقه
85	الفصل الخامس . تطبيق القاعدة القانونية
85	المبحث الأول . الجهات المختصة بتطبيق القاعدة القانونية
87	المطلب الأول . القضاء العادي
88	المطلب الثاني . القضاء الإداري
88	المبحث الثاني . تطبيق القانون من حيث الأشخاص
89	المطلب الأول . مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
90	المطلب الثاني . نطاق تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
93	المطلب الثالث . أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
94	المطلب الرابع . الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
94	الفرع الأول . القوة القاهرة
95	الفرع الثاني . وجود نص يجعل الجهل بالقانون عذرا
96	الفرع الثالث . الغلط في القانون والاعتذار بجهل القانون
97	المبحث الثالث . تطبيق القانون من حيث الزمان
98	المطلب الأول . مبدأ إقليمية القوانين
100	المطلب الثاني . مبدأ شخصية القوانين
101	الفرع الأول . مجال الحقوق والواجبات العامة
102	الفرع الثاني . المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية
102	المبحث الرابع . تطبيق القانون من حيث الزمان
106	المطلب الأول . النظرية التقليدية
110	المطلب الثاني . النظرية الحديثة
111	الفرع الأول . مبدأ عدم رجعية القوانين
113	الفرع الثاني . الأثر المباشر للقانون الجديد
115	المبحث الخامس . تفسير القانون
117	المطلب الأول . أنواع التفسير

117.....	الفرع الأول . التفسير التشريعي
118.....	الفرع الثاني . التفسير الفقهي
119.....	الفرع الثالث . التفسير القضائي
120.....	المطلب الثاني . مدارس التفسير
120.....	الرفع الأول . مدرسة الشرح على المتن
122.....	الفرع الثاني . المدرسة التاريخية
123.....	الفرع الثالث . المدرسة العلمية
124.....	الفرع الرابع . موقف القانون الجزائري
124.....	المطلب الثالث . طرق التفسير
124.....	الفرع الأول . طرق التفسير الداخلية
126.....	الفرع الثاني . طرق التفسير الخارجية
.....	قائمة المراجع



المدخل لدراسة العلوم القانونية

نظرية الحق

الدكتور أحمد صالح على

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطالب الجزائري



الطبعة الأولى

2016

بسم الله الرحمن الرحيم

"وما أوتيتم من العلم إلا قليلا"

الآية 85 . من سورة الإسراء



تأتي دراسة نظرية الحق عادة في أعقاب دراسة نظرية القانون ، على أساس أن المدخل الى علم القانون يركز أساسا على محورين أساسيين هما "القانون" و "الحق" .

فالقانون كما سبق أن رأينا ، هو الذي يقيم النظام في المجتمع ويحكم نشاط الأفراد وعلاقاتهم فيه عن طريق فرض التكاليف والواجبات على الأفراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية أخرى ، وذلك ليحقق التوازن بين المصالح المتعارضة للأفراد ليسود الأمن والسلم الاجتماعي في المجتمع¹ .

أما الحق هو الرابطة التي يهدف القانون الى تنظيمها . فالقانون في تنظيمه لعلاقات الأشخاص إنما يفعل ذلك عن طريق تحديد سلطة كل واحد منهم أو مصلحته إزاء الآخرين ، وتغليب وترجيح بعض هذه المصالح على بعضها الآخر ، ووضع أصحابها في مركز ممتاز بالنسبة الى غيرهم من الأشخاص عن طريق تحديد حقوق وواجبات كل شخص ، ومنع التعارض بين هذه الحقوق والواجبات ، وبيان ما هو جدير منها بالحماية ، كحق الملكية² .

فإذا وجد القانون وجد الحق ، ولا يمكن تصور الحق بغير القانون ، كما لا يمكن تصور وجود حق في المجتمع المنظم لا يقره القانون ويحميه ، لأن الحقوق تنفرد عن القانون ، والقانون لا يقوم إلا ليقرر الحقوق والواجبات ويحميها . فتقرير الحقوق وفرض الواجبات هو وسيلة القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية في المجتمع³ .

ومن هنا تبرز العروة الوثقى بين القانون والحق اللذين لا يفترقان ، ويعتبران مفهومين متلازمين ملازمة الظل للإنسان أو وجهين لعملة واحدة ، إذ هما تعبير عن أوجه العلاقات السائدة بين أفراد المجتمع⁴ .

وبناء على هذه الصلة الوثيقة بين القانون والحق جاءت الصلة الشهيرة بين نظرية القانون ونظرية الحق ، باعتبارهما مصرعاي الباب الذي ، من خلاله ، لابد وأن يمر من يريد الشروع في دراسة العلوم القانونية⁵ . وعلى هذا الأساس يجب إلحاق دراسة نظرية الحق بدراسة نظرية القانون بطريقة وسط تجنب التفصيل الممل أو الإيجاز المخل ، رائدنا في ذلك تمكين الطالب من فهم نظرية الحق واستيعابها بسهولة ويسر وإعطائه حدا مقبولا لا غني له عنه ، بحيث لا تتحول هذه الدراسة الى ما يقرب من دراسة القانون المدني ، على خلاف ما سلكه بعض الباحثين الذين حولوا دراستهم في بحث نظرية الحق الى دراسة للقانون المدني .

ولهذا راعينا في شرح نظرية الحق إعانة الطالب في فهم واستيعاب هذا المساق ببسر ودقة وإعطائه صورة واضحة عنه ، ليصبح بحق مدخلا الى علم القانون لا شارحا للقانون المدني . بحيث سنعرف الحق ونشرح أنواعه وأركانه ومحل وإثباته وحمايته ، وفقا للترتيب التالي . الباب الأول نتناول فيه مفهوم الحق وبيان أنواعه . الباب الثاني نخصصه لأركان الحق . الباب الثالث نبحث فيه محل الحق . الباب الرابع . نتناول فيه . إثبات الحق وحمايته .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . المدخل الى القانون . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الأولى . 2010 . ص . 07 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 226 .

³ نفس المرجع السابق . ص 226 .

⁴ حمدي عبد الرحمان . فكرة الحق . 1979 . ص 03 . أشار اليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مدخل الى العلوم القانونية . الجزء الثاني . دروس في نظرية الحق . الطبعة الأولى . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع . 2011 . ص . 07 . هامش رقم 09 .

⁵ الدكتور عصام انور سليم . نظرية الحق . دار المعارف للنشر والتوزيع . 2007 . ص 10 .

الباب الأول

مفهوم الحق وبيان أنواعه

سبق القول بأن القانون يقيم النظام في المجتمع ويحكم سلوك الأشخاص وروابطهم الاجتماعية وتتولي الدولة ، وهي صاحبة السلطة العامة ، إجبارهم على إتباعه بالقوة عند الاقتضاء . فالقانون يعمل للتوفيق بين المصالح المتعارضة في المجتمع وسبيله للوصول الى هذا الهدف هو أن يوضح لكل شخص في المجتمع ما له وما عليه من حقوق وواجبات . وهو عندما يقرر حقا لشخص ، يقرر واجبا على شخص آخر . فالحق والواجب وجهان لعلاقة قانونية واحدة ويستتبع وجود أحدهما وجود الآخر ، لأنهما فكرتان متلازمتان في التنظيم القانوني توضح إحداها الأخرى . ولا يوجد هناك حق أو واجب إلا بمقتضى القانون . وكما أن القانون لا يوجد إلا في الجماعة ، فإن الحقوق لا توجد أيضا إلا في الجماعة¹ مما يقتضي البحث في أمرين هامين ابتداء ، وهما التعريف بالحق وبيان أنواعه . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الباب الى فصلين . نتناول في الفصل الأول . التعريف بالحق وتمييزه عن غيره من المفاهيم القانونية . وندرس في الفصل الثاني أنواع الحق .

الفصل الأول

التعريف بالحق وتمييزه عن غيره من المفاهيم القانونية

بالرغم من أن كلمة الحق كثيرة الاستعمال والتردد في اللغة العادية ، ولا يجد الشخص العادي صعوبة في الإحساس بمدلولها ، لكن بالنسبة للفقهاء فالأمر مختلف ، بحيث يقع عليه عبء تعريف الحق تعريفاً ، يقوم على تحديد دقيق لمفهوم الحق . والحقيقة أن تعريف الحق أمر صعب للغاية ، وقد كان ويرال مثار جدل وخلاف شديد بين الفقهاء² . فمنهم من نظر الى الحق من ناحية صاحبه ، وهذا هو الاتجاه الشخصي أو المذهب الشخصي . ومنهم من نظر إليه من زاوية محله أو موضوعه ، وهذا هو المذهب الموضوعي . وأخيراً منهم من سلك مسلكاً وسطاً نظر فيه الى الاثنين معا ، صاحب الحق وموضوع الحق . وهذا هو المذهب المختلط . وإلى جانب هذا ، ظهر في الفقه الحديث تعريف للحق اتجه فيه الى إبراز عناصره وخصائصه المميزة . وعليه سنقسم هذا الفصل الى خمسة مباحث . نتناول في المبحث الأول . المذهب الشخصي . وندرس في المبحث الثاني . المذهب الموضوعي . ونخصص المبحث الثالث الى المذهب المختلط . وندرس في المبحث الرابع النظرية الحديثة في تعريف الحق ونتناول في المبحث الخامس . تمييز الحق عن غيره من المفاهيم القانونية .

المبحث الأول

المذهب الشخصي

¹ الدكتور غالب على الداودى . مرجع سابق . ص . 227 .

² لقد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول تعريف الحق ووصل الى إنكار الفقيه الفرنسي "دوجي" وجود فكرة الحق بحد ذاتها ، مستندا الى صعوبة وضع تعريف للحق ونادى بنظريته عن المركز القانوني بدلا عن الحق . أنظر الدكتور رمضان أبو السعود . الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية 1985 . ص . 07 . أشار إليه الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 221 . هامش رقم 01 . أما فقهاء الشريعة الاسلامية فقد استعمل فقهاؤها كلمة الحق استعمالا عاما في بعض الأحيان ، واستعمالا خاصا في بعض الأحيان الأخرى . وقد عرف الشيخ على الخفيف الحق بأنه "مصلحة مستحقة شرعا" . وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا" . وعرفه الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة بأنه "ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير" . أنظر توفيق حسن فرج . المدخل للعلوم القانونية . الطبعة 02 . مؤسسة الثقافة الجامعية . 1981 . ص 438 . أشار إليه الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . هامش رقم 01 .

نتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين . نخصص المطلب الأول ، لمضمون المذهب الشخصي وندرس في المطلب الثاني ، تقدير المذهب الشخصي .

المطلب الأول

مضمون المذهب الشخصي

يعتبر المذهب الشخصي أو مذهب الإرادة من أقدم المذاهب في تعريف الحق¹ ، وقد تزعم هذا المذهب الفقيه الألماني سافيني Savigny . ويتسم هذا المذهب بالنزعة الذاتية ، أو الشخصية ، باعتبار أن جوهر أي حق من الحقوق هو إرادة صاحب الحق . فالعبرة في تعريف الحق ، بحسب هذا المذهب هي بالتركيز على شخص صاحب الحق ، ذلك أن القانون ، عندما ينظم العلاقات بين الأفراد ، يحدد لكل منهم نطاقا معيناً تسود فيه إرادته . ولهذا سمي هذا المذهب بالمذهب الشخصي² ، لأن أنصاره ينظرون إلى الحق من جانب صاحبه فقط .

والحق في هذا المذهب هو (قدرة أو سلطة إرادية³) Un pouvoir de volonté ، أو هو (قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم يكون له بمقتضاه استعمال واستغلال محل الحق والتصرف فيه في حدود القانون⁴) أو هو (قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص تمكنه من القيام بعمل معين⁵) ، فهذه القدرة لا يمنحها الشخص إلى نفسه وإنما يمنحها له القانون . ويرتبط هذا التعريف ارتباطاً وثيقاً بالمذهب الفردي ، وما يترتب عليه من مبدأ سلطان الإرادة فهو يعتبر الفرد وحماية حقوقه هو الهدف من كل تنظيم قانوني ، وأن القانون لم يوجد إلا لحماية الحقوق وتمكين الأشخاص من التمتع بها .

فجوهر الحق في هذا التعريف هو القدرة الإرادية التي تثبت لصاحب الحق ، أي إرادة الشخص ذلك لأن هذه النظرية تعتبر الفرد وحماية حقوقه هو الهدف من كل تنظيم قانوني ، وأنه يولد وله حقوق يكتسبها من الطبيعة ويتمتع بها قبل وجود القانون ، ولا يسع القانون إلا الاعتراف بها . فالحق أسبق في الوجود من القانون ، وأن القانون لم يوجد إلا لحماية الحقوق وتمكين الأشخاص من التمتع بها ، ولا يتأتى هذا إلا حين يحترم كل شخص حقوق الآخرين ويرعاها⁶ . وبهذا الاعتبار تتصل هذه النظرية بمبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتع بقدرة إنشاء الحقوق وتعديلها وإنهائها .

وعلى هذا الأساس فإن العنصر الأساسي في الحق هو إرادة الشخص وحاجة هذه الإرادة لنطاق تلعب فيه دورها بحرية ، وكل ذلك نتيجة لتطور الاتجاه الفردي في مهمة القانون الرامية إلى تحقيق الانسجام بين الإرادات الفردية المتعارضة . فليس القانون هو أساس الحق ، بل الحق هو أساس القانون .

¹ هذا المذهب نشأ في أحضان الفقه الألماني ، في القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . أسس أنصاره وظيفة الدولة على فكرة (الدولة الحارسة) . ومن أبرز أنصاره الفقيه الألماني سافيني Savigny . وتولي تطويره والدفاع عن هذا المذهب الفقيه ندرشيد Windscheid . وجيرك Gierke . أنظر في عرض مضمون المذهب الشخصي . الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق . ص 23 . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 127 . الدكتور عصام أنور سليم . مرجع سابق . ص 12 . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 9 .

² الدكتور محمد حسين منصور . المدخل إلى القانون . نظرية الحق . 2000 . ص 13 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 10 . هامش رقم 16 .

³ الدكتور مصطفى الجمال . نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 418 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 227 .

⁵ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 10 .

⁶ الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون . مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل . 1982 . ص 259 . أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 228 . هامش رقم 01 .

لأن وظيفة القانون ليست إنشاء الحقوق الفردية ، بل حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها وتمكين الأشخاص من التمتع بها¹ . وهذا ما يفيد أن إرادة صاحب الحق تكون ، بالدرجة الأولى ، هي الحاسمة في إنشاء الحق أو تعديله أو زواله أو مباشرته² .

إن تعريف المذهب الشخصي للحق ، بأنه القدرة الإرادية التي تثبت لصاحب الحق ، لا يعنى بالقدرة الإرادية القدرة الذاتية للشخص صاحب الحق بغض النظر عن موقف القانون ، ولا يعنى بها أنك بمجرد أن تريد فأنت تصبح صاحب حق . ولكنه يعنى بها أنك إذا أردت ، وكانت إرادتك متفقة مع القانون ، فإنك تصبح صاحب حق ، إذ لا مكان للحق إلا إذا أَراده الشخص في حدود القانون³ .

وتتجلى القدرة الإرادية التي يخولها القانون لشخص معين فيما ، يخوله صاحب الحق من سلطات على محل الحق . بحيث يكون له حرية مطلقة في اتخاذ ما يراه بشأن المحل الذي يرد عليه حقه لا يقيد به في ذلك ، إلا ما يفرضه عليه القانون من قيود⁴ .

.....وقد تعرض هذا المذهب الشخصي الى انتقادات شديدة أهمها تنقل الى لفرع الثاني...

إن المذهب الشخصي يستلزم وجود الإرادة لاكتساب الحق ، في حين أن القانون يقرر الحقوق لبعض الأشخاص بصرف النظر عما إذا كانت تتوافر لديهم الإرادة أم لا ، كالمجنون والصبي عديم التمييز ، بل إن الحق قد يثبت للشخص دون علمه أو دون أن تدخل إرادته ، كما هو الحال بالنسبة للغائب أو بالنسبة للوارث ، الذي تثبت له حقوق في تركة مورثه ، دون تدخل إرادته ، وذلك بمجرد وفاة المورث⁵ .

ويعاب على المذهب الشخصي أيضا ، أنه خلط بين مسألتين هامتين ، رغم وجوب التفرقة بينهما فالمذهب الشخصي خلط بين ثبوت الحق واستعماله أو مباشرته . ذلك أن الحق يوجد ويثبت ولو دون تدخل من الإرادة . أما استعمال الحق أو مباشرته فلا تكون إلا عن طريق الإرادة ، فالصغير غير المميز تثبت له الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها ، وإنما يباشرها من ينوب عنه (الوالي أو الوصي) ، فلو قيل بأن الحق سلطة إرادية - كما يرى أصحاب المذهب الشخصي - لترتب على ذلك أنه ، لا حق للصبي غير المميز ، وأن الحق يثبت لمن ينوب عنه ، وهذا ما لم يقل به أحد . مما يعني أن الحق يوجد دون حاجة لتوافر الإرادة. أما استعمال الحق أو مباشرته ، فهو الذي يتطلب الإرادة⁶ .

إن من شأن تعريف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية أن يحول دون الاعتراف بنشوء الحق للشخص المعنوي (كالشركة والجمعية) ، ما دام يصعب القول بأن هذا الشخص يتمتع بإرادة حقيقية كالإنسان . وبعبارة أخرى ، إن تعريف الحق بأنه سلطة إرادية لصاحب الحق من شأنه أن يؤدي الى إنكار وجود ما يطلق عليه "الشخص المعنوي" طالما أن السلطة الإرادية لا يتصور ثبوتها إلا للشخص

¹ الدكتور عبد الرحمن البراز . مبادئ اصول القانون . مطبعة العاني . بغداد 1954. ص 28. أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 228. هامش رقم 03.

² الدكتور فتحي الدريني . الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده . الطبعة الثالثة . 1984. ص 54. أشار اليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 11. هامش رقم 18.

³ الدكتور أحمد سلامة . المدخل لدراسة القانون . الكتاب الثاني . مقدمة القانون المدني او نظرية الحق . 1969. ص 125. الدكتور مصطفى عبد الحميد عدوى . مبادئ القانون . نظرية الحق . 1998. ص 14. أشار اليهما الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 11. هامش رقم 23. و هامش رقم 24.

⁴ الدكتور محمد حسام لطفي ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني ، نظرية الحق . الطبعة الخامسة ، 1996/1995 ، ص 12 .

⁵ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص 121 .

⁶ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 128.

الطبيعي . وهذا ما يتنافى مع الواقع القانوني الذي يسلم بثبوت الحق للشخص المعنوي كما يثبت للشخص الطبيعي¹ .

وخلاصة القول أن المذهب الشخصي يركز على خاصية هامة للحق ، وهي حرية اتخاذ القرار في استعمال الحق أو التصرف فيه² ، ويتصل بمبدأ سلطان الإرادة وقدرته على إنشاء الحقوق وتعديلها وإنهائها . فالإرادة هي العنصر الجوهرى والأساسي في الحق ، وهي تحتاج الى نطاق تمارس فيه دورها بحرية ، وهو نتيجة لتطور المذهب الفردي ، الذي يعتبر أن مهمة القانون ترمي الى تحقيق الانسجام والتوافق بين الإرادات الفردية المتعارضة . فالقانون ليس هو أساس الحق وإنما الحق هو أساس القانون ، لأن وظيفة القانون ليست إنشاء الحقوق الفردية ، بل حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها وتمكين الأشخاص من التمتع بها³ .

المطلب الثاني

تقدير المذهب الشخصي

لقد تعرض المذهب الشخصي ، الذي يربط بين الحق في ذاته وشخص صاحبه ، بشكل يقيم ارتباطا لا ينفصم بين الحق والإرادة ، لانتقادات شديدة من جانب الفقه وخاصة من جانب أنصار المذهب الموضوعي نورد أهمها فيما يلي .

الفرع الأول

ثبوت الحق رغم انعدام الإرادة

يمكن إثبات الحق رغم انعدام الإرادة ، على أساس أنه من الخطأ ربط وجود الحق بالإرادة لأن القول بأن الحق قدرة إرادية معناه ضرورة وجود الإرادة لدى كل من يكتسب حقا ، في حين قد يكتسب الحق دون أن توجد الإرادة لدى صاحبه . فعديم الأهلية ، كالمجنون والصبي غير المميز مثلا يكتسب حقوقا كالعقلاء والبالغين سواء بسواء . كما يمكن أن يثبت الحق للشخص دون علمه ودون تدخل إرادته ، كالمفقود والغائب والوارث الذي ينشأ له الحق في التركة بمجرد وفاة المورث ودون تدخل من إرادته ، وحتى الجنين قد يصبح صاحب حق هو الآخر حين يرث مالا أو يكتسب وصية⁴ .

الفرع الثاني

ثبوت الحق للشخص المعنوي

إن تعريف الحق بأنه سلطة إرادية لصاحب الحق من شأنه أن يؤدي الى إنكار وجود ما يطلق عليه "الشخص المعنوي" طالما أن السلطة الإرادية لا يتصور ثبوتها إلا للشخص الطبيعي⁵ . وهذا ما يتنافى مع الواقع القانوني الذي يسلم بثبوت الحق للشخص المعنوي كما يثبت للشخص الطبيعي . وعليه تنقرر الحقوق لبعض تجمعات الأموال والأشخاص التي يضفي عليها القانون الشخصية الاعتبارية

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 228 .

² الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 418 .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 305 .

⁴ الدكتور عباس الصراف . جورج حزيون . مرجع سابق . ص 121 . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . 228 .

⁵ الدكتور محمد شكري سرور . النظرية العامة للحق . 1979 . ص 33 . أشار اليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 14 . هامش رقم 32 .

كالشركات والجمعيات والمؤسسات فالإرادة لا تلزم إذن لثبوت الحق وإنما تلزم فقط لمباشرة السلطات التي يخولها¹.

الفرع لثالث

هذا التعريف يخلط بين نشوء الحق واستعماله أو مباشرته
. Confusion entre le droit lui-même et son exercice .

ذلك أن تعريف الحق بأنه قدرة إرادية ، يؤدي الى الخلط بين وجود الحق واستعماله ، أو بين الحق ومباشرته . فالحق يوجد ويثبت دون أن يتوقف وجوده على قدرة إرادية لدى صاحبه ، أما استعمال الحق أو مباشرته فلا يتأتى إلا عن طريق الإرادة ، فعدم الإرادة ، كما سنرى ذلك لاحقا تتحقق له أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فنثبت له الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها ، ولهذا يقرر القانون تعيين ولي أو وصي له لكي يباشرها نيابة عنه².

وبذلك يتبين لنا أن هذا التعريف لا ينصب على جوهر الحق ولكنه ينصب على أمر خارج عنه ولاحق لوجوده ، وهو مباشرة الحق وبالتالي لا يعتمد عليه كتعريف للحق³.

... ينقل الى انتقاد المذهب الموضوعي إن هذا المذهب يعجز عن تقديم تعريف دقيق للحق يبين فيه مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية ، لأنه يعتمد في تعريفه للحق على أشياء خارجية عن كيانه الذاتي ، كالمصلحة وهي الغرض منه والدعوى وهي وسيلة حمايته . وعلى ذلك فأهـرنج يدور حول فكرة الحق دون أن يصل الى جوهرها فهذه النظرية تحدد الهدف ، أو بالأحرى أحد أهداف الحق ، وهو إشباع مصلحة معينة ، ثم تبيـن كيف يمكن ، عن طريق حماية الدولة ، بلوغ هذا الهدف ، فالفكرة ذاتها ما زالت غامضة⁴.

خلاصة القول ، إن ربط وجود الحق بالإرادة يكشف عن قصور واضح لهذا التعريف ، حيث إنه سيؤدي حتما الى حرمان تام لبعض الأشخاص من كل حق ، خاصة الأشخاص الذين تنعدم لديهم الإرادة كالصبي غير المميز والمجنون⁵ . وعليه لا يمكن التسليم بأن جوهر الحق هو إرادة صاحب الحق ، وبأن الحق قدرة إرادية ، وإلا لما أمكن ثبوت أي حق لمن لا إرادة له⁶.

المبحث الثاني

المذهب الموضوعي

يري أنصار هذا المذهب أن تعريف الحق إنما يكون من خلال النظر الى محله أو موضوعه والغاية أو المصلحة المرجوة منه ، فهم يرون أن الإرادة ، ليست هي جوهر الحق ، ذلك أن الحقوق تثبت لذوى الإرادة ولعديمي الإرادة على حد سواء . فالعبرة إذن ليست بالإرادة التي تنشط أو تسود وإنما بغاية الإرادة . أي الغرض الذي تنشط من أجله . فحين تنشط إرادة الوصي أو الولي للقيام بعمل

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 120.

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 228.

³ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص 419.

⁴ نفس المرجع السابق . ص 421.

⁵ نفس المرجع السابق . ص 418.

⁶ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 12

لمصلحة الصغير ، فإن الحق يثبت لهذا الصغير . إذن المصلحة هي جوهر الحق ، سواء أكانت (مادية) أم (معنوية) . فهي حقوق ، والقانون يقرر حماية هذه الحقوق ، ولهذا عرف سيمون الحق بأنه (مصلحة يعترف بها ومحمية بقاعدة من قواعد القانون ، أو أنها كل مصلحة يكون احترامها واجبا والإخلال بها خطيئة¹) . وسنعالج هذا المذهب في مطلبين . نتناول في المطلب الأول . مضمون المذهب الموضوعي . وندرس في المطلب الثاني . تقدير المذهب الموضوعي .

المطلب الأول

مضمون المذهب الموضوعي

يتزعم هذا المذهب ، الفقيه الألماني Ihrering ، الذي لم ينظر في تعريفه للحق الى الشخص صاحب الحق ، بل الى موضوعه والغاية منه ، ولهذا عرف الحق بأنه (مصلحة يحميها القانون²) لأنه لاحظ أن الحق يثبت لذوى الإرادة ولعديمي الأهلية على حد سواء . فالعبرة إذن ليست بالإرادة التي تنشط أو تسود ، وإنما بغاية الإرادة .

وعرف آخرون الحق بأنه (مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون³) ، يتضح من هذا التعريف أن أنصار هذا المذهب ينكرون تأسيس الحق على الإرادة ، و يقيمون تعريفه على عنصرين أساسيين هما . العنصر الموضوعي (الفائدة أو المنفعة) . والعنصر الشكلي . (الحماية القانونية للمصلحة) .

الفرع الأول

العنصر الموضوعي
الفائدة أو المنفعة
المصدر الأول للطالب الجزائري



تتمثل هذه الفائدة أو المنفعة في المصلحة المادية أو المعنوية التي يحققها الحق لصاحبه بحسب نوع الحق . فقد تكون الفائدة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها مادية تقدر بمبلغ من المال ، عندما يكون الحق ماليا ، كما هي الحال في المصلحة التي يتضمنها حق الملكية التي تتمثل في قيمة مالية ، إذ يرد حق الملكية على شيء مادي معين يمكن تقويمه بالنقود . وقد تكون الفائدة التي يسعى الشخص الى الوصول إليها معنوية لا تقدر بالنقود ، عندما يكون الحق غير مالي ، كمصلحة الإنسان في احترام حياته الخاصة ومصلحته في حماية شرفه وسمعته⁴ .

الفرع الثاني

العنصر الشكلي

الحماية القانونية للمصلحة

¹ الدكتور عبد الرحمان البزاز . مبادئ أصول القانون . مطبعة العاني بغداد . 1954 . ص 278 . أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 229 . هامش رقم 02 .

² الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 212 . أنظر أيضا . الدكتور . عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 307 .

³ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 98 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 17 .

يرى أنصار هذه النظرية بأن المصلحة التي هي جوهر الحق ، لا تعتبر بذاتها حقا إلا إذا تولى القانون حمايتها ، وإلا كان من السهل على أي شخص ، دون جزاء ، أن ينال منها . وتتمثل هذه الحماية في الدعوى القضائية L'action en justice التي يمكن لصاحب المصلحة أن يباشرها ضد من يحاول الاعتداء عليها . فكل حق (مصلحة) لابد له من عنصر الحماية ، حتى يكفل احترام المصلحة التي يهدف الى تحقيقها وهذا العنصر هو الدعوى القضائية .

على عكس المذهب الشخصي في تعريفه الحق ، الذي يعلق نشوء الحق على ثبوت الإرادة ، فقد ميز المذهب الموضوعي بدقة بين نشأة الحق واستعماله . فالحق يثبت لصاحب المصلحة التي قصد القانون حمايتها . بمعنى أن الإرادة ليست شرطا لوجود الحق ، بل هي شرط لاحق على هذا الوجود¹ .

فالعنصر الجوهري في الحق ، وفقا لهذا المذهب الموضوعي ، ليس هو الإرادة ، وإنما هو المصلحة أو الفائدة التي تعود على شخص معين . وهذه المصلحة قد تكون مصلحة مادية ، وقد تكون مصلحة معنوية . وذلك بحسب نوع الحق ، فهي مصلحة مادية عند ما يكون الحق حقا ماليا . ومعنوية أو أدبية ، عندما يكون الحق غير مالي . فالمصلحة التي تعود على شخص من ملكية منزل مثلا ، مصلحة مادية ، لأنها تقوم بالنفود ، أما مصلحة الشخص في حماية حقه في الحرية أو الشرف فهي مصلحة معنوية أو أدبية .

ويعتبر تعريف إهرنج للحق من أشهر التعريفات التي لاقت وما زالت تلاقي قبولا في الأوساط القانونية . وهذا يرجع لإيجازه وبساطته . كما أنه يلمس الحقيقة ، أو على الأقل جانب كبير منها . فكيف ننكر أن أصحاب الحقوق لا ينظرون الى حقوقهم إلا على أساس ما تعطيه لهم من منفعة أو فائدة . فالمصلحة بالنسبة لصاحب الحق هي المحرك لنشاطه ، وهي التي تعتبر إحدى المبررات الاجتماعية للحقوق . ومع كل ذلك فإن هذه النظرية لم تسلم هي أيضا من النقد² .

المصدر الأول للطالب الجزائري

المطلب الثاني

تقدير المذهب الموضوعي

يعاب على هذا المذهب ، أنه عرف الحق بالهدف والغاية منه ، وهي "المصلحة" وليس بالعناصر التي تتكون منها ماهيته . ومن الخطأ تعريف الحق بالغاية منه ، إذ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته (المصلحة) ، وينبغي أن ينصب التعريف على ذات الشيء لا على مجرد الهدف منه ، لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة ، وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون الحق شيئا آخر غير الغاية منه³ .

فليست المصالح أو المزايا أو القيم التي تحصل من الحق هي الحق ذاته ، وإنما هي لا تعدو أن تكون إلا بمثابة غايات تحصل من وراء الحق وليست هذا الحق في حد ذاته . وعليه لا يسوغ تعريف الشيء بالغاية التي يتوخى تحقيقها . فلا يصح مثلا ، تعريف الجامعة بأنها تثقيف النشء⁴ .

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 18 .

² الدكتور نبيل ابراهيم سعد مرجع سابق . ص . 26 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 229 .

⁴ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية القانون . الطبعة الثالثة . القاهرة 1965 . ص 07 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 19 . هامش رقم

وقد انتقد المذهب الموضوعي أيضا لأنه يجعل من الحماية القانونية (الدعوى) العنصر الثاني للحق . فعنصر الحماية إذن فيصل وجود الحق أو عدم وجوده رغم أن الحماية هي نتيجة للتسليم بوجود الحق وتالية لقيامه ، فهي تأتي بعد أن يوجد الحق ، والقانون لا يحمي الحق إلا إذا كان موجودا، وبالتالي لا يمكن اعتبار الدعوى عنصرا أو ركنا من أركان الحق ، وإنما هي وسيلة لحمايته تأتي بعد نشوئه ووجوده . واللجوء الى القضاء للمطالبة بحق معين يفترض أن المدعى قد اكتسب حقه سلفا ، فالشخص يقف أمام القضاء مدعيا بحق نشأ له من قبل ومطالباً بدفع الاعتداء عليه¹.

وعلى هذا الأساس ، لا يكفي لتعريف الحق الاقتصار على بيان الهدف منه ، بل يجب أن يشتمل التعريف على تحديد جوهر الحق . على أساس أن المنافع المادية التي يمكن للمالك أن يحصل عليها من الشيء المملوك له ليست هي حق الملكية ذاته . فالحق يجب أن يعرف منظورا إليه في ذاته . بغض النظر عن وظيفته وهدفه .

وعليه ، فإن المذهب الموضوعي ، عجز عن تقديم تعريف دقيق للحق ، يبين فيه مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية ، لأنه يعتمد في تعريف الحق على أشياء خارجية عن كيانه الذاتي كالمصلحة ، وهو الغرض منه ، والدعوى ، وهي وسيلة حمايته . وعلى ذلك فإهرنج يدور حول فكرة الحق دون أن يصل الى جوهرها . فهذه النظرية تحدد الهدف ، أو بالأحرى أحد أهداف الحق ، وهو إشباع مصلحة معينة ، ثم تبيّن كيف يمكن ، عن طريق حماية الدولة ، بلوغ هذا الهدف . فالفكرة ذاتها ما زالت غامضة مما دعي البعض الى التدخل للجمع بين النظريتين السابقتين وهذا هو المذهب المختلط وهو ما سنراه في الفقرة التالية .

المبحث الثالث

المذهب المختلط

المصدر الأول للطلاب الجزائري

هذا المذهب ، يجمع في تعريف الحق ، بين عنصري الإرادة والمصلحة ، فهم ينظرون الى الحق من ناحية صاحبه ، فيرون فيه عنصر الإرادة ، ومن ناحية غايته ، فيرون فيه عنصر المصلحة وبذلك يجمعون بين النظريتين السابقتين ويذهبون الى أن الحق إذا كان سلطة إرادية ، فهو في الوقت نفسه مصلحة يحميها القانون . أي أنهم جمعوا بين عنصر الإرادة وعنصر المصلحة² . ولذا أطلق على هذا المذهب "المذهب التوفيقي" أو "المذهب المختلط" .

وستتناول دراسة هذا المذهب في مطلبين . نخصص المطلب الأول لمضمون هذا المذهب وندرس في المطلب الثاني الانتقادات الموجهة لهذا المذهب

المطلب الأول

مضمون المذهب المختلط

¹ الدكتور ادريس العلوي العبد اللّوى . المدخل لدراسة القانون . الجزء الثاني . نظرية الحق . مطبعة النجاح الجديدة . الدار البيضاء . 1975 . ص 36 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . 310 . أنظر أيضا . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص 421 .
² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 230/229 .

يبرز أنصار هذه النظرية في تعريفهم للحق أمرين هما . الإرادة والمصلحة ، وبذلك يجمعون بين النظريتين السابقتين ويذهبون الى أن الحق إذا كان سلطة إرادية فهو في الوقت ذاته مصلحة محمية . أي أنهم جمعوا بين عنصر الإرادة والمصلحة .

غير أن أنصار هذا المذهب ، مختلفين فيما بينهم ، من حيث تغليب أحد العنصرين وتقديمه على الآخر . فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه (هو قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون ويحميها ، لشخص من الأشخاص ، في سبيل تحقيق مصلحة معينة¹) . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه (المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة²) .

وقد رجح ميشو (Michaud) دور المصلحة على دور الإرادة فعرف الحق بأنه "مصلحة لشخص أو لمجموعة من الأشخاص يحميها القانون عن طريق الاعتراف لإرادة ما بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها"³.

المطلب الثاني

تقدير المذهب المختلط

لم يسلم أنصار هذا المذهب من سهام النقد . وقد تعرض هذا المذهب لنفس الانتقادات التي وجهت الى المذهبين السابقين ، وأهمها أنه لم يعرف الحق في حد ذاته ، ويبين جوهره ، فالحق ليس الإرادة ، كما أنه ليس المصلحة ، وبالقسط ليس هذا أو ذاك معا . ولذلك تم رفض هذا المذهب . وظهرت اتجاهات فقهية حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وبيان خصائصه الذاتية المميزة له . وهذا هو موضوع المطلب الرابع .

المبحث الرابع

النظرية الحديثة في تعريف الحق

على ضوء الانتقادات الموجهة للمذاهب السابقة ظهر اتجاه حديث نادي به الفقيه البلجيكي Jean Dabin . حيث عرف الحق عن طريق تحليل فكرة الحق ذاتها وأبرز عناصرها إذ يري أن تحليل فكرة الحق يؤدي الى القول بأن الحق يتكون من العناصر التالية . الاستثناء . التسلط . الحماية القانونية . وقد عرف هذا الفقيه الحق بأنه (ميزة يخولها القانون لشخص معين ويضمنها بوسائله ، وبمقتضاها يتصرف الشخص بمال او قيمة معترف بثبوتها له ، إما باعتبارها مملوكة أو باعتبارها مستحقة له⁴) أو هو (ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها له بوسائل قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص في مال أقر القانون استثنائه به وتسلمه عليه بصفته مالكا له أو مستحقا له في ذمة الغير⁵) .

¹ .الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 28 .

² . يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 225 .

³ .Michoud : La théorie de la personnalité moral , 2ème édition,1924,p.103.(Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'homme juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre.) .

أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 24 . هامش رقم 64 .

⁴ .الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 313 .

⁵ .الدكتور عبد الحي حجازي . المدخل لدراسة العلوم القانونية . الجزء الثاني . الحق . 1970 . ص 109 . أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 230 . هامش رقم 03 .

وتعد نظرية الفقيه البلجيكي جان دابان أبرز محاولة لتعريف الحق في الفقه الحديث ، لذا سندرس هذه النظرية بالوقوف على مضمونها في مطلب أول ، ثم تقديرها في مطلب ثان .

المطلب الأول

مضمون نظرية دابان

انتقد دابان النظريات التقليدية السابقة بعد أن تولى دراستها بتمعن . وقد حاول أن يتجنب تعريف الحق من زاوية الإرادة أو المصلحة أو أن يجمع بينهما ، ثم قام بتحليل فكرة الحق وإبراز العناصر المكونة والمميزة له . وقد استمد دابان تعريف الحق من خصائص الحق أو عناصره الأساسية وهي الاستثناء والتسلط واحترام الغير للحق والحماية القانونية . وسنتناول بشرح موجز هذه العناصر كما يلي

الفرع الأول

الاستثناء

Appartenance

يقصد بالاستثناء اختصاص شخص دون سائر الناس وعلى سبيل الانفراد بمال معين أو بقيمة معينة ، بحيث يتيح له ذلك أن يقول أن هذا المال مالي¹ . فصاحب الحق ، هو إذن من يستأثر بشيء معين أو بقيمة معينة أو يختص بها على سبيل الانفراد . فالمصلحة لا تصبح حقا إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل التخصص² .

وهذا الاستثناء يرد على الأشياء المادية من منقولات وعقارات ، وعلى القيم اللصيقة بالشخص مثل سلامة جسمه وحياته ، ويرد أيضا على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به الغير تجاه صاحب الحق³

وهكذا فإن دابان ينظر الى الحق من زاوية جوهره ، وليس من زاوية شخص صاحبه ولا من الهدف منه ، ذلك أن الحق عنده ليس هو التمتع أو الانتفاع بالشئ أو الاستفادة منه ، إنما هو الاستثناء أو الانفراد به ، الذي يعني الاختصاص بالميزات التي يخولها الحق والتفرد بها دون سائر الناس⁴ .

فالاستثناء عند دابان ، يحقق المصلحة المقصودة ، ولكنه ليس المصلحة ذاتها ، فالمصلحة ولو كان القانون يحميها ، هي هدف الحق وليس الحق ذاته كما يقول إهرنج ، أما الاستثناء فهو جوهر الحق وهو ما يميز الحق عما سواه⁵ .

¹ الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون . مطابع مديرية دار الكتاب للطباعة والنشر في جامعة الموصل . 1982. ص 261 . أشار إليه الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 230 . هامش رقم 04 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 130 .

³ الدكتور عوض احمد الزعي . مرجع سابق . ص . 311 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 26 .

⁵ Dabin : Le droit subjectif, 1952,p,82.(Le droit n'est pas un intérêt même juridiquement protégé ,il est l'appartenance d'un intérêt ou , plus exactement , d'une choses qui touche le sujet et l'intéresse , non en tant qu'il jouit ou est appelé à en jouir mais en tant que cette chose lui appartient en propre) .

أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 26 . هامش رقم 70 .

وهذا الاستثناء أو الاختصاص ، لا يرتبط بالضرورة بالانتفاع بالمال أو القيمة . أي أن الحق ليس هو الانتفاع ، ولو أنه غالبا ما يتضمنه ، وصاحب الحق ليس هو من ينتفع أو يستفيد ، فقد يكون الانتفاع لغير من يثبت له الاستثناء . مثل المغتصب أو السارق فقد ينتفع بالشيء دون أن يكون صاحب حق .

والاستثناء أو الاختصاص ، يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوافر لديه الإرادة المعتبرة قانونا فليس ثمة ارتباط بين الاستثناء والإرادة ، ويترتب على عدم الربط بين الاستثناء والإرادة إمكان ثبوت الحق للشخص ولو كان عديم الإرادة ، كالمجنون والصبي غير المميز ، وإن كانت الإرادة لازمة لمباشرة الحق بعد وجوده ، كما هي الحال بالنسبة إلى الولي أو الوصي . اللذين تقتصر مهمة كل منهما على مباشرة الحقوق الثابتة للخاضع للرقابة أو للصاية .

ويترتب على ذلك أيضا ، إمكان اكتساب الحق من قبل الشخص دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك ، كالثغاب والمفقود قبل صدور حكم يعتبره ميتا . كما يترتب على ذلك إمكان ثبوت الحق للشخص المعنوي¹ .

ويتنوع موضوع أو محل الاستثناء تبعا لتنوع الأشياء والقيم التي ينصب عليها ، فقد يقع الاستثناء على الأشياء المادية الخارجية عن الشخص ، وذلك كالعقارات والمنقولات بمختلف أنواعها . ويمكن أن يرد الاستثناء على قيم ذاتية متصلة بالإنسان ولصيقة بشخصيته ، كحياته وسلامة جسده وحرمة حياته الخاصة وغيرها من حقوق الشخصية . وقد ينصب الاستثناء على القيم المعنوية كحق المؤلف عن إنتاج ذهنه . وقد يكون موضوع الاستثناء التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل يلتزم به الغير لصاحب الحق² .

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطلاب الجزائري

الفرع الثاني

التسلط

Maîtrise

التسلط هو النتيجة الطبيعية للاستثناء . ويقصد به سلطة صاحب الحق على ماله . أو بمعنى أدق "السلطة في التصرف الحر في الشيء محل الحق"³ . والحق عند المفكر دابان ، يعرف بكلمة مركبة هي (الاستثناء - والتسلط) ، لأن اختصاص صاحب الحق بشيء أو انفراد به يحمل في طياته معنى تزويد هذا الشخص بمكنة السيطرة على الشيء والتحكم فيه⁴ . La maîtrise est le corollaire l'appartenance

ويقصد بالتسلط قدرة صاحب الحق على التصرف في الشيء موضوع الحق بحرية وبالكيفية والحدود التي رسمها القانون⁵ . أو القدرة على التصرف بحرية في المال أو الشيء محل الحق وبالكيفية والحدود التي رسمها القانون⁶ . ومدى التسلط ودرجته تختلف باختلاف الحقوق ففي حق الملكية على

¹ الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 226. الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 29.

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 130. الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 226.

³ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 424.

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 31.

⁵ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 230.

⁶ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 312.

شيء مادي مثلا تكون هذه القدرة كاملة ، بحيث يستطيع المالك أن يأتي أي عمل من أعمال الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف المادي أو القانوني . كما يستطيع أن يترك الشيء دون استعمال أو استغلال¹ .

أما الحقوق التي يكون محلها عملا معيناً يقوم به المدين لصالح الدائن . وهي ما يطلق عليها الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية ، فإن التسلط بشأنها يتمثل في قدرة صاحب الحق "الدائن" على التصرف في محل الحق بالمطالبة بحقه أو عدم المطالبة بحقه ، أو النزول عنه إما للمدين "الإبراء" أو للغير "بالحوالة" ، وذلك دون أن يكون للدائن سلطة على شخص المدين "كحبسه أو قتله أو استرقاقه" لأن التسلط لا يقع على شخص المدين ، بل على الأداء لذي يلتزم به في مواجهة الدائن باعتباره قيمة مالية معينة² .

ويجب الانتباه الى الفرق بين التسلط واستعمال الحق ، فالتسلط هو امتداد للاستثناء بحيث لا يعترف به إلا لمن يملك الحق ، أي لصاحب الحق ، أما استعمال الحق ، أي مباشرته ، فقد يكون بواسطة شخص آخر غير صاحب الحق ، كالوصي يباشر عن القاصر حقوقه ، ففي هذا الفرض يكون التسلط للقاصر نفسه صاحب الحق بمقتضى ماله من استثناء أو اختصاص به ، أي بمقتضى تملكه للحق ، أما مباشرة الحق فهي للوصي الذي هو شخص آخر غير صاحب الحق³ .

الفرع الثالث

احترام الغير للحق

يضيف دابان عنصر ثالث هو احترام الغير للحق ، ويقصد بالغير هنا ، كافة الأشخاص في المجتمع ، حيث يلتزمون بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستثناء صاحب الحق وتسلطه عليه . ولصاحب الحق دائما أن يطالب باحترامه وعدم الاعتداء عليه وهذا ما يسميه دابان بمكنة الاقتضاء . فيفضل هذا العنصر يستطيع المعتدي على حقه دفع الاعتداء أيا كانت صورته . بمعنى أن الحق لا يوجد إلا بالنظر الى الأشخاص الآخرين ، أي بوجود الغير . والعلة في ذلك عند دابان أن الحقوق تستلزم المنافسة والتزام بين أفراد المجتمع ، وهذا يقتضي تعدد الأشخاص⁴ . ومن ثم فإن الحق لا يوجد دون التزام مقابل باحترامه ، فالحق والالتزام متقابلان⁵ .

فإذا اشترى أحدهم سيارة من آخر يعد هذا المشتري مالكا لحق ملكية هذه السيارة ويلزم القانون الناس جميعا بواجب احترام هذا الحق . وهكذا ينشئ القانون مركزا ممتازا ينفرد به صاحب هذه السيارة يخوله فيه استعمالها والانتفاع بها والتصرف فيها بحرية على سبيل الانفراد والاستثناء دون غيره ويفرض على الناس كافة قيودا تقابل هذا المركز ، تتمثل في وجوب احترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه عند تصرفه فيه⁶ .

يتضح مما تقدم ، أن مقابلة الحق بالغير ، عند دابان ، تترجم بفكرتين أساسيتين . عدم الاعتداء

¹ نفس المرجع السابق ص 312 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 32 .

³ الدكتور عبد القادر الفار مرجع سابق . ص 130 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 33 .

⁵ الدكتور عوض أحمد الزعي . مرجع سابق . ص 313 .

⁶ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 231 .

L'inviolabilité ، أي عدم الاعتداء على الحق . الاقتضاء l'exigibilité الذي بمقتضاه يستطيع صاحب الحق أن يدفع أي إخلال بحقه من الغير¹ .

الفرع الرابع

الحماية القانونية

La protection juridique

يعتبر دابان الحماية القانونية لازمة لوجود الحق ، لأن صاحب الحق لا يستطيع حماية حقه بنفسه فلا وجود لحق بلا حماية قانونية تتكفل السلطة العامة في الدولة بضمانها² . والدعوى القضائية هي الطريق الذي رسمه القانون لتحقيق هذه الحماية . فبدون الدعوى القضائية فإن هذه الحقوق ستكون غير فعالة وناقصة . ذلك أن اقتضاء الاحترام الواجب للحق لا يتحقق إلا بتوافر عنصر الحماية القانونية ومفاد هذا العنصر أن يتضمن النظام القانوني في الدولة الحقوق التي تم الاعتراف بها للأفراد ، فالحق لا يكتمل إلا إذا كفلت الجماعة حمايته وتنظيمه ، وإذا كانت الحماية القانونية لازمة لاكتمال وجود الحق فإن الدعوى القضائية تعتبر من أهم وسائل حماية الحق . والدعوى القضائية ما هي إلا وسيلة من وسائل الحماية القانونية ، فهي تتبع الحق وتتمثل في حق جديد ، وهو الحق في الدعوى ، وهي حق مستقل عن الحق الذي تحميه ، فإذا كانت الحماية لازمة للحق إلا أنها لا تختلط به ، أي أن الحق لا يختلط بالدعوى . فالحماية وإن كانت تتبع الحق إلا أنها تخول حقا جديدا متميزا عن الحق المحمي ، وهو الحق في الدعوى وتبدو مظاهر الاستقلال بين الحق والدعوى ، في أن التنازل عن الدعوى ، أي عن تحريك طرق الحماية ، لا يؤدي بذاته إلى التنازل عن الحق ، الذي يظل قائما واجب الاحترام³ .

والجدير بالذكر ، أن الدعوى القضائية ، ليست عنصرا من عناصر الحق الجوهرية ، فهي تكون تالية لنشوءه ولاحقة لوجوده ، فالدعوى في واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثر من آثار وجود الحق واستناده إلى القانون . ولذلك فإن من صحيح القول الذهاب إلى أن الدعوى التي هي من أهم وسيلة من وسائل الحماية لا يمكن إقامتها للدفاع عن الحق إلا إذا كان موجودا ومعتزفا به⁴ .

المطلب الثاني

تقدير نظرية دابان

لم تسلم نظرية دابان من النقد ، حيث أورد الفقه عليها بعض الانتقادات نوجزها فيما يلي .
أولا . لقد عرف دابان الحق بأنه "ميزة" (Prérogative) دون أن يحدد ما المقصود بهذا اللفظ أي لم يبين معنى هذه الكلمة . والحقيقة أن هذه الكلمة لا تحتل إلا أحد معنيين . إما أن تكون "ميزة" بمعنى الفائدة أو المصلحة . وإما أن تكون "ميزة" بمعنى القدرة أو السلطة . وبذلك يكون دابان قد تبني

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 425 .

² الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 226 .

³ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 426 .

⁴ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 122 .

دون قصد منه ، تعريف أحد المذهبين السابقين للحق الذي انتقده هو بنفسه . ولم يأت بنظرية جديدة كما يزعم¹ .

ثانياً . عدم صواب رأي دابان حين اعتبر الاستثناء عنصراً داخلياً في تكوين الحق الى جانب العناصر الثلاثة الأخرى . لأن ذلك يفيد أن الاستثناء ليس إلا بعض معنى الحق ، في حين أنه يمثل كل معنى الحق ، أي أن الاستثناء مرادف للحق ، بمعنى أنه الحق ذاته وليس مجرد عنصر فيه . أما العناصر الثلاثة الأخرى فهي مترتبة على العنصر الأول أي الاستثناء . فعنصر الاستثناء يؤدي الى عنصر تسلط صاحب الحق على القيمة محل الحق ، وعنصر الاستثناء والتسلط بدورهما يؤديان الى عنصر وجوب احترام الغير للحق ، وهذا العنصر الأخير يؤدي الى أن القانون يزود صاحب الحق بوسيلة لحماية حقه تتمثل في الدعوى القضائية² .

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة لنظرية دابان ، فقد كان لها الفضل في إبراز العناصر الجوهرية للحق ، على نحو لم يسبقها إليه أي من المذاهب الأخرى . فلم يقع دابان فيما وقع فيه المذهب الشخصي من خاط بين مرحلة ثبوت الحق لصاحبه ومرحلة استعمال هذا الحق . فهو لم يشترط توافر الإرادة إلا في هذه المرحلة الأخيرة . وبذلك فإن الحق في نظره يمكن أن يثبت للشخص ولو كان عديم الإرادة . وبهذا يكون دابان قد أحل فكرة التسلط محل فكرة القدرة الإرادية . ولم يجعل دابان المصلحة أو الهدف من الحق أساساً للحق على عكس ما فعل المذهب الموضوعي . فالمصلحة عند دابان لا يمكن أن ترقى الى مرتبة الحق إلا في حالة استثناء شخص ما بها ، لأن الاستثناء هو حب التملك والانفراد والاختصاص وليس مجرد التمتع والاستفادة والانتفاع . وبهذا يكون دابان قد أحل فكرة الاستثناء محل فكرة المصلحة³ .

على ضوء ما تقدم يمكن القول بأن تعريف الحق ينبغي أن لا يقتصر على بيان جوهر الحق ، بل يجب أن يتضمن أيضاً ، ما هو من مقتضياته وكذلك الغاية من تقريره ، ومن ثم نستطيع تعريف الحق بأنه (الاستثناء الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه ، إما التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر⁴) .

هذا التعريف يتميز بأنه يلقي الضوء على جوهر الحق ، وهو الاستثناء . كما أن هذا الاستثناء يقره القانون ، وبالتالي تظهر العلاقة الوثيقة بين الحق والقانون ، فلا يوجد حق إلا إذا كان القانون في سنده يعترف به ويقره ، وهو ما يميز الاستثناء المشروع لصاحب الحق عن الاستثناء غير المشروع كاستثناء السارق أو المعتصب .

كما أن هذا الاستثناء قد يكون بقيمة مادية أو معنوية . واستثناء صاحب الحق بقيمة معنوية معينة لا يحول دون استثناء أقرانه بمثلها . هذا الاستثناء قد يتجسد في الواقع في صورة تسلط على شيء كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية أو في صورة اقتضاء أداء معين وذلك كما هو الحال بالنسبة لحق الدائنية .

¹ الدكتور ادرس العلوي العبد اللوى . المدخل لدراسة القانون . الجزء الثاني . نظرية الحق . مطبعة النجاح الجديدة . الدار البيضاء . 1975 . ص . 44 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 314 . هامش رقم 01 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 37 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 37 .

⁴ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 431 .

فكرة الاستثناء الذي يقره القانون والتسلط والاقتضاء توضح بذاتها علاقة صاحب الحق بالغير وضرورة احترام الكافة لهذا الحق . ولذلك لم يذكر هذا التعريف في صلبه وسيلة حماية الحق ، وهي الدعوى القضائية . وذلك لأن وسيلة الحماية ليست عنصرا من عناصر الحق الجوهرية فهي تكون تالية لنشوءه ولاحقة لوجوده . فالدعوى القضائية في واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثر من آثار وجود الحق واستناده الى القانون¹ .

المبحث الخامس

تمييز الحق عن غيره من المفاهيم القانونية

إن فكرة الاستثناء "الاختصاص" على التحديد السابق ، هي التي تميز بين الحق وما قد يقترب منه من نظم . كالحرية ، والرخصة ، والسلطة . وسنعالج مضمون هذا المطلب في فرعين . نتناول في الفرع الأول . الاختلاف بين الحق والحرية . وندرس في الفرع الثاني . الفرق بين الحق وكل من الرخصة والسلطة .

المطلب الأول

الحق والحرية

يختلف الحق عن الحرية من ناحية أن الحق يخول صاحبه مزية الاستثناء ، بحيث يكون صاحبه في مركز ممتاز عن غيره من الناس بالنسبة للشيء موضوع الحق ، بينما الحرية لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد ، وإنما يتمتع بها الكافة على قدم المساواة ، تقتض وجودهم جميعا في نفس المركز بالنسبة لها ، كحرية الزواج أو حرية العقيدة أو حرية السير في الطريق العامة .

فالحرية ليست في الواقع سوى مكنة معترف بها للشخص في أن يفعل ما يروق له ، أو هي سلطة ذلك الشخص في أن يتصرف حسب تقديره الشخصي ، ومن ثم فإنها تتميز عن الحق - بالمعنى الدقيق - بعدم تحديد أو وضوح محلها أو موضوعها . فهي في الحقيقة مجرد أوضاع عامة غير منضبطة وغير واضحة المعالم . وبناء على ذلك لا يتصور أن يقال أن الشخص أساء استعمال حريته في حين من الممكن القول بأن الشخص أساء استعمال حقه أو تعسف في ذلك² . وعليه فإن الحق يرد على موضوع محدد أو قابل للتحديد ، أما الحرية فهي مجرد إباحة للشخص في أن يمارس كل ما لم يمنعه القانون من نشاط³

ويمكن تشبيه الحرية بالطريق العمومي الذي لا يختص به أحد من الناس ، بل إن المرور عليه مباح لكافة الناس . في حين يمكن تشبيه الحق بالطريق الخاص الذي يكون خاصا بشخص معين أو بأشخاص معينين دون سائر الناس . ولما كانت الحرية توصف بالعمومية ، لتساوي الناس في التمتع بها فإنه يطلق عليها تسمية الحريات العامة⁴ . Les libertés publiques .

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد مرجع سابق . ص . 38 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 131 .

³ الدكتور حميد بن شنتي . مدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني . الطبعة الأولى . 2008 . ص . 22 .

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 41 .

المطلب الثاني

الحق والرخصة

يمكن تعريف الرخصة بأنها مكنة الاختيار من بين بدائل محددة نتيجة قيام سبب معين جعله القانون مناطا لهذه المكنة¹. أو أنها (الخيار الممنوح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقا لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة ، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانوني²) . ومثال الرخصة التملك بالشفعة ، فالمادة 795 من التقنين المدني الجزائري تخول الشريك ، في حالة بيع شريكه لنصيبه في العقار الشائع ، أن يحل محل المشتري في تملك العقار المبيع بالشفعة³ ، نظير دفع الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري⁴ . ومعنى ذلك ، أن بيع الشريك لنصيبه يعد سببا يرتب عليه القانون للشريك الآخر مكنة الاختيار بين أمرين محددين هما الحل محل المشتري في البيع أو ترك الصفقة للمشتري . ومثال الرخصة أيضا الخيار الذي تتركه المادة 01/722 من التقنين المدني للمالك على الشيوع بين البقاء في الملكية على هذا النحو أو طلب القسمة ليصبح مالكا لمال مفز⁵.

خلاصة القول أن القانون قد يترك للفرد في بعض الأحيان خيارا محددا بين بدائل محددة ، وذلك إما بقصد إنشاء مركز قانوني جديد أو التعديل في مركز قانوني قائم ، عندها يقال بأن الشخص يتمتع بـ "رخصة" ، فالرخصة إذا هي نوع من القدرة القانونية على الاختيار . ومثال ذلك أن القانون يترك الخيار للموصي له بين قبول الوصية أو رفضها . فالرخصة تقع في مرحلة وسطى بين الحق والحرية كقولنا حرية التملك وحق التملك فالأولي حرية والثانية حق وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك ، وتلك هي الرخصة⁶.

المطلب الثالث

الحق والسلطة

قد يقرر القانون لشخص سلطة إدارة شؤون غيره رعاية لمصالح هذا الغير ، فيقال لهذه المكنة في الاصطلاح "السلطة" . كسلطة الوي أو الوصي في إدارة شؤون الولد القاصر ، وسلطة الوكيل في إدارة أموال موكله ففي هذه الأمثلة ، يخول القانون الولي والقيم والوصي سلطة ما تجعل يقترب من مركز صاحب الحق ، إلا أن ذلك لا يحجب الفوارق الجوهرية التي تفصل الحق عن السلطة ، ولعل أهمها .

إن الحق ميزة يختص بها صاحب الحق . ويترتب على ذلك أن صاحب الحق يسعى في مباشرة حقه الى تحقيق صالحه الخاص ، ولا يتعدى في مباشرته لهذا الحق دائرة شؤونه الخاصة . في حين

¹ الدكتور مصطفى محمد الجمال . عبد الحميد محمد الجمال . النظرية العامة للقانون . 1987 . ص . 45 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 44 هامش رقم 131.

² الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 24.

³ تعرف المادة 794 من التقنين المدني الجزائري الشفعة بأنها (رخصة تجيز الحل محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ..)

⁴ . حصرت المادة 795 من التقنين المدني الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالشفعة في حالة بيع العقار بأن نصت على أنه (.. يثبت حق الشفعة ... لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة . للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي . لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها)

⁵ تنص المادة 01/722 من التقنين المدني على أنه (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق)

⁶ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 132.

تقرر السلطة لا لمصلحة من يستخدمها ، وإنما لمصلحة الغير . بمعنى أن الحق ، ميزة يستأثر بها صاحبه ، في حين تتمثل السلطة في عبء أو واجب . فسلطة الأب على أولاده ، أو سلطته على زوجته ، تتمثل في أعباء وواجبات وليست مصدرا لانتفاع الأب أو الزوج .

أخيرا فإن صاحب الحق يكون من السهل عليه أن يتنازل عما يخوله له الحق من ميزة أو نفع. أما صاحب السلطة - كالأب مثلا- فإنه لا يجوز له أن يتنازل عن سلطته في إدارة شؤون أولاده ، لأنه في الواقع هو مكلف بهذه السلطة على سبيل الواجب¹ .

الفصل الثاني

أنواع الحقوق

تنقسم الحقوق الى تقسيمات عديدة ، تتعدد بحسب الزاوية التي ينظر منها الى الحق وبحسب المعيار المعتمد ، غير أن التقسيم التقليدي ، الذي جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته أكثر التقنيات ، هو تقسيم الحقوق الى حقوق مالية وحقوق غير مالية ، ويقوم هذا التقسيم على مدي توافر أو تخلف القيمة المالية في الحق ، وما يستتبعه من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابي وقابليتها بالتالي على خلاف الحقوق غير المالية ، للتصرف والحجز والتقديم والإرث .

ومع تسليمنا بأن هذا التقسيم غير قاطع وأن هناك حقوق على الحدود بين الطائفتين . كما أن هذا التقسيم غير مؤكد وبالتالي هناك إمكانية للتداخل بين الطائفتين من الحقوق ، إلا أننا مع ذلك نفضل هذا التقسيم لسببين أساسيين . الأول . يتعلق ببساطته وسهولته . ثم إن الأهمية العملية لأي حق إنما تخلعها عليه ، عادة قيمته المالية . الثاني . إن الواقع العملي يشهد أن أكثر الحقوق إثارة للمشاكل القانونية هي الحقوق المالية ، نظرا لما تتميز به من خصائص تتمثل خاصة في دخولها عنصرا في الذمة المالية للشخص ، بما يستتبعه ذلك من إمكانية التعامل بشأنها ، والنزول عنها للغير ، وقابليتها للانتقال بالموت الى الورثة² .

وعلى ذلك ، سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث . المبحث الأول ، ندرس فيه الحقوق غير المالية ونتناول في المبحث الثاني ، الحقوق المالية ، ونبحث في المبحث الثالث ، الحقوق المختلطة وهي ما تسمى بالحقوق الذهنية أو بحق المؤلف .

المبحث الأول

الحقوق غير المالية

Les droits extra-patrimoniaux

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 133 . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 45 .

² . الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية الحق . الطبعة الثانية . مكتبة النهضة الجديدة . القاهرة . 1965 . ص 14 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 52 . هامش رقم 03 .

الحقوق غير المالية هي تلك الحقوق التي ترد على موضوعات لا يمكن تقويمها بالنقود ، أي لا ترتبط بالمال ارتباطا أساسيا ، بحيث لا يكون المال هو المحل الذي ترد عليه ، بل إن القانون يمنحها للشخص من أجل إشباع حاجاته المعنوية ، ويمكن إجمال هذا النوع من الحقوق الى طوائف ثلاث وهي حقوق الشخصية . الحقوق السياسية . وحقوق الأسرة . وعليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع . نتناول في الفرع الأول . حقوق الشخصية . وندرس في الفرع الثاني الحقوق السياسية . ونخصص الفرع الثالث لحقوق الأسرة .

المطلب الأول

حقوق الشخصية الحقوق اللصيقة بالشخصية Les droits de la personnalité

هذه الحقوق تتسم بطابع فريد بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه . فهذه الحقوق تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها في مظاهرها المختلفة . فهي لصيقة بالإنسان لا تنفك عنه ، فهي توجد بوجوده وتظل تلازمه الى حين مماته . وهذه الحقوق تثبت للشخص لكونه إنسانا ولذلك فإن هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين والأجانب على السواء¹.

ونظرا لارتباط هذه الحقوق ارتباطا وثيقا بمقومات وعناصر الشخصية فسميت لذلك بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية² . فهذه الحقوق تقررت للمحافظة على كيان الإنسان المادي والمعنوي ، فبدونها لا يكون الإنسان آمنا على حياته وحرية ونشاطه³ . ونظرا لأهمية هذه الحقوق فإنها تذكر عادة في دساتير الدول ، وذلك لإعطائها المهابة اللازمة . وقد نصت على هذه الحقوق المواثيق الدولية المعاصرة وخصوصا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948 .

ويعتبر ظهور هذا النوع من الحقوق حديثا نسبيا . ولذلك فإن هذا النوع من الحقوق ما زال الى الآن محل خلاف . ويطلق الفقهاء على حقوق الشخصية اصطلاح "الحقوق العامة" (droits publiques) أو الحريات العامة (Libertés publiques) . لكونها تثبت للناس كافة باعتبارها حقوقا تنبع من مبادئ الحرية التي يتمتع بها كل شخص ، الأمر الذي يجعلها لازمة للطبيعة الإنسانية .

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص 436.

² الدكتور عصام أنور سليم . نظرية الحق . دار الجامعيين للنشر والتوزيع . 2007 . ص 32.

لقد أطلق المشرع الجزائري على هذا النوع من الحقوق وصف **الحقوق الملازمة للشخصية** ، كما فعل المشرع المصري ، باعتبارها ملازمة للطبيعة البشرية (droits inhérents à la personnalité) . فنص في المادة 47 من التقنين المدني على أنه (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر) . تقابلها المادة 50 من التقنين المدني المصري والتي تنص على أنه (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)

³ الدكتور توفيق حسن فرج . المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للقانون . الدار الجامعية . 1988 . ص 477 . أشار إليه الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص 43 . هامش رقم 02 .

ويمكن تعريف حقوق الشخصية بأنها (مجموعة القيم التي تثبت للإنسان باعتبارها تشكل مقومات شخصيته الإنسانية ، وتضمن حماية هذه الشخصية وازدهارها¹) .

ونظرا لأن مسألة حصر حقوق الشخصية ليست بالأمر الهين واليسير ، على أساس أن القيم أو المقومات التي يقرها القانون للإنسان ليست ثابتة ، بل هي متنوعة ومتغيرة بتغير الوقت وتطور المجتمع . ومع ذلك يمكن إرجاعها الى مجموعتين تتضمن مختلف العناصر المتصلة بالشخصية الإنسانية في مظاهرها المتعددة المادية والأدبية الفردية والاجتماعية . نوجزها فيما يلي .

الفرع الأول

حقوق الشخصية المتعلقة بالكيان المادي للشخصية الإنسانية

تأتي في طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان الحق في الحياة Le droit à la vie ، والحق في سلامة بدنه أو جسده Le droit à l'intégrité physique . ومقتضي هذه الحقوق تمكين صاحبها من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير ، بمنع الآخرين من المساس بجسده أو بأعضائه المختلفة أو الاعتداء عليه دون مسوغ قانوني . وتتكفل القوانين الجنائية بعقاب² كل من يعتدي على هذه الحقوق التي تولد مع الشخص وتبقى لصيقة به .

ولذلك جرى الفقه والقضاء على القول بأن جسم الإنسان أو حياته أو كيانه الأدبي لا يجوز أن يكون محلا للمعاملات المالية أو غير المالية ، ولو كان ذلك برضاه ، فلا يجوز للمريض أن يتفق مع طبيب على إزهاق روحه للتخلص من مرض لا يرجى شفاؤه ، وهو ما يطلق عليه القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة ، إذ يعتبر الطبيب حينئذ مقترفا جريمة القتل ، ذلك أن رضا المريض لا يمكن أن يكون سببا لإباحة القتل مهما يكن الدافع إليه³ ، ولا يجوز للشخص أن يبيع جزءا من جسمه أو عضوا من أعضائه ولا يجوز إجبار شخص على إجراء عملية جراحية أو فحوص طبية بغير رضاه أو موافقته ، ما لم يستحيل الحصول على هذه الموافقة أو أن حالته المرضية تستلزم إجرائها على وجه السرعة ، ففي هذه الحالة فقط يجوز للطبيب إجراء العملية دون موافقة⁴ ، ولا يجوز للشخص أن يتنازل عن حرته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها بأن يتنازل مثلا عن حرية السكن أو الانتقال أو العمل أو الزواج أو غير ذلك من الحريات⁵ .

ويتفرع عن حق الشخص في سلامة جسده وأعضائه عدم جواز إجباره على إجراء تحاليل طبية كتحليل الدم والتحليل الخاص بالخصوبة وغيرها من التحاليل الطبية ، ما لم ينص القانون على غير

¹ الدكتور عبد المنعم فرج الصده . أصول القانون . منشأة المعارف الاسكندرية . 1994 . ص 179 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 55 . هامش رقم 12 .

² راجع المواد من 254 الى 263 من تقنين العقوبات الجزائي . تنص المادة 273 من التقنين الجنائي على أنه (كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعد على الانتحار أو تسهله له أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض يعاقب بالعقاب بالحبس من سنة الى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار)

³ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 64 .

⁴ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص 45 .

⁵ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 323 .

ذلك¹ . ويقع باطلا الاتفاق على عملية الإخصاب لزوجة من غير زوجها أو عن طريق امرأة أخرى لمخالفة ذلك النظام العام والآداب العامة² .

غير أنه في حالة الضرورة القصوى التي يتعذر فيها الحصول ، في الوقت المناسب ، على موافقة المريض نفسه أو موافقة أقاربه ممن تهمهم حياته ، كأن يكون الشخص مصابا بمرض معد خطير يخشي منه على الصحة العامة ، إذ في هذه الحالة يجوز إجراء العملية الجراحية ولا بد أن يخضع المريض لعلاج إجباري لحمايته وحماية المجتمع من تفشي الوباء . وعندئذ يكون تدخل الطبيب مشروعاً .

وإذا كان القانون قد كفل للإنسان حال حياته حقه في سلامة جسده وحمايته ، فإنه بسط هذه الحماية بعد وفاته للحفاظ على حرمة الأموات وصيانة للكرامة الإنسانية . لكن يبقى التساؤل قائماً حول معرفة مدى حق الشخص في التصرف حال حياته في جثته بعد مماته ؟ .

جرت القوانين في أغلب الدول المختلفة على إعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته ، بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين أو النظام العام والآداب العامة . ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن يوصى الشخص بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبية لإجراء تجارب أو دراسات علمية عليها أو أن يوصى بجزء من جثته بعد وفاته لبنك من بنوك العيون أو أن يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته إلى جسم من يحتاجه من المرضى لإنقاذ حياته أو تحسين صحته³ .

وقد اعتبر القرآن الكريم القتل جريمة ضد الإنسانية جمعاء ، ذلك أن من قتل نفساً بغير حق فكأنما قتل الناس جميعاً⁴ .

SAHLA MAHLA

الفرع الثاني

المصدر الأول للطالب الجزائري
حقوق الشخصية المتعلقة بالكيان المعنوي للشخصية الإنسانية



إن حماية المقومات المعنوية للشخص ، كالشرف والكرامة واحترام حرمة حياته الخاصة ، لا تقل ، إن لم تزد في الأهمية عن المقومات المادية للإنسان . لذلك استقرت القوانين في معظم دول العالم على كفالة احترام هذه المقومات ، عن طريق رصد العديد من الحقوق ، التي لا يمكن حصرها ، في سبيل تحقيق هذه الغاية ، ومن ذلك مثلاً ، الحق في الاسم ، وهذا سيكون محل دراسة فيما بعد ، والحق في الخصوصية ، والحق في الصورة ، والحق في الصوت ، والحق في حرمة المسكن ، والحق في السرية ، والحق في الشرف ، والحق المعنوي للمؤلف الخ . وسنعرض هنا لأهم هذه الحقوق بصورة موجزة

¹ . في الوقت الحاضر تنص قوانين بعض الدول على إخضاع الأجانب لبعض التحاليل الطبية للكشف عن بعض الأمراض الخطيرة كمرض السيدا "الايدز" . كما تقضي قوانين دول أخرى بضرورة إجراء بعض التحاليل قبل الزواج . وفي هذا الصدد تنص المادة 07 مكرر الفقرة 01 و02 من تقنين الأسرة (القانون رقم 11/84 المؤرخ في 2005/02/27 على ما يلي (يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن الثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج . يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ، ويؤشر بذلك في عقد الزواج) .

² . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 48 .

³ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 442 .

⁴ . قال تعالى في كتابه العزيز (من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فاسد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ..) سورة المائدة الآية . 32 .

أولا . الحق في احترام الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية . Droit au respect de la vie privée

لكل شخص نطاقه الخاص ، وله حياته الخاصة ، وله الحق في اختيار أسلوب الحياة الخاصة الذي يروق أو يحلو له . ويقابل هذه الحرية التزام يلقى على غيره من الأفراد باحترام هذا الاختيار .

ويدخل في حق الشخص في الاحتفاظ بجانب سري لحياته حقه في سرية مراسلاته واتصالاته الهاتفية¹ بجميع أنواعها ، فهي ترجمة مادية لأفكاره ، وممكن أسرارته ، ومن ثم فلا يجوز لغير مصدرها ومن توجهت إليه الاطلاع عليها أو سماعها عن طريق التصنت بأية وسيلة من الوسائل ، لأن ذلك يشكل مساسا بحق الإنسان في خصوصيته .

وتنشأ الصعوبة هنا في تحديد وحدود هذه المنطقة الخاصة ، ذلك أن المشرع لم يعرفها ، لذلك فإن مهمة هذا التحديد تقع على عاتق القضاء ليحدد ما يعتبر من الحياة الخاصة وما لا يعتبر كذلك وذلك بالمقابلة بواقع الحياة العامة . وهناك بعض الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة ليست محل خلاف ، كالحياة العائلية ، والحياة العاطفية ، وما يتعلق بالصحة ، ووقت الفراغ ، وما الى ذلك² . على العكس من ذلك ، يمكن أن يعتبر من قبيل الحياة العامة ، الحياة المهنية ، أو الحياة في أماكن عامة أو الاتصال بالجمهور³ .

ثانيا . الحق في الصورة . droit à l'image

نشأ الحق في الصورة ، على إثر تطور وسائل التصوير ونقل الصورة ونشرها ، عن طرق وسائل النشر المختلفة بما في ذلك السينما والتلفزيون⁴ .

والحق في الصورة يغطي موضوع في منتهى الاتساع . فيدخل في نطاق هذا الحق الصور التي يعتبر أخذها أو نشرها اعتداء على الحياة الخاصة . مثل ذلك صورة مطرب أثناء مرضه ، أو صورة ممثلة وهي على فراش الموت ، أو صورة ممثلة أخذت بغتة وهي عارية ، أو أخذ صورة لشخص ما في شكل مهين أو مثير للسخرية . ويمكن أن يمتد نطاق حماية الحق في الصورة فيما وراء نطاق الحياة الخاصة ليشمل الصور التي تؤخذ في أماكن عامة أو في نطاق ممارسة مهنة معينة . كما أن هذه الحماية يكون لها ما يبررها أكثر عند إعادة طبع الصور لاستخدامها في أهداف أخرى غير شريفة⁵ .

وعلى هذا الأساس ، يخول الحق في الصورة لصاحبه منع غيره من الأفراد من الاعتداء على صورته سواء عن طريق الرسم أو عن طريق الالتقاط الفوتوغرافي ، دون الحصول على إذن مسبق وصريح ، أو ضمني على الأقل ، من صاحب الصورة ، إلا في حالات استثنائية ، كأن يتم التقاط الصورة ، مثلا ، بمناسبة حوادث وقعت علنا ، أو أن يتم التقاط صورة لشخص ما في مكان عام كطريق عمومي⁶ . والحق في الصورة يخول صاحبه أيضا ، أن يمنع نشر صورته في الصحف والمجلات

¹ تنص المادة 02/39 من الدستور على أن (سرية المراسلات والاتصالات بكل أشكالها مضمونة) .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 51 .

³ راجع مقالنا المنشور في مجلة العلوم القانونية تحت عنوان (جريمة التعدي على حرمة المحادثات الشخصية) العدد .. من سنة ...

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 71 .

⁵ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 446 .

⁶ الدكتور حسن كيرة . المدخل الى القانون . النظرية العامة للحق . مكتبة مكاوي . بيروت . 1977 . ص 452 . أشر إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق .

ص 72 . هامش رقم 79 .

أو عرضها على الناس في أي مكان باستثناء الشخصيات العامة، عندما يتعلق الأمر بنشاطها العام في المجتمع ولا يتعلق بحياتها الخاصة¹.

ثالثا . الحق في احترام الصوت .

هذه الحماية تتمثل في أن كل شخص له الحق في منع كل تقليد لصوته في الحالات التي يؤدي فيها ذلك الى الخلط بين الأشخاص أو يسبب ذلك له أي ضرر آخر ، وهذا تطبيقا لقواعد المسؤولية المدنية دون قيد أو شرط . لكن الى جانب ذلك فقد اعتبر القضاء من قبيل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة إذاعة صوت شخص مسجل أثناء مكالمة هاتفية أو أثناء تجربة خاصة² . ويشترط في كل هذه الحالات أن يكون هناك ضرر ، وأن لا يكون هناك تصريح بذلك . أما إذا تقليد الصوت من باب التسلية وليس لأغراض تجارية ، فيجب التسامح فيه ، شأنه في ذلك شأن السماح بالرسم الكاريكاتوري³ .

رابعا . الحق في حرمة المسكن . Le droit à l'inviolabilité du domicile .

يعتبر الحق في حرمة المسكن من أهم خصوصيات كل إنسان ، ويعتبر هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ففي المسكن يمارس كل شخص حياته الخاصة ، وفيه يخلد الى الراحة والهدوء والطمأنينة ، وفيه يجتمع مع أفراد أسرته ، لأن مسكن الشخص هو موضع أسراره ومستقر عائلته ، فأى دخول بغير إذنه يكون اعتداء على الشخص ذاته ، وعلى حرمة مسكنه وهو لا يجوز⁴ .

ويقصد بالحق في حرمة المسكن ، حق الشخص في أن يتمتع الغير من الدخول الى مسكنه ، إلا بإذنه ورضاه⁵ . وهذه الحماية تمتد لكل شخص ، سواء كان مالكا أو مستأجرا أو مجرد شاغلا للعين . ولكل مسكن ، سواء كان يتعلق بمسكن أساسي أو بمسكن فرعي ، كالمصيف ، أو المنزل الريفي . وفي مواجهة كل الأشخاص⁶ .

وليس الهدف من حرمة المسكن حماية المسكن كمال من أموال الشخص ، بل الهدف منها هو توفير الحماية للشخص حيث يسكن ، وذلك لتتوافر له السكنية والهدوء والأمن والأمان⁷ .

وقد قررت دساتير الدول المختلفة حماية هذا الحق ، فقد قضت المادة 01/39 من الدستور الجزائري لسنة 1996 بأنه (لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ، وحرمة شرفه ، وحماية القانون) . ونصت المادة 40 منه على أن (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن . فلا تفتيش إلا

¹ في هذا الصدد أصدرت محكمة باريس حكما ، بتاريخ 1965/11/24 ، لصالح الممثلة الفرنسية المشهورة بريجيت باردو في قضية تتلخص وقائعها في أن صحفيا كان قد صورها وهي داخل منزلها تحمل طفلها الصغير ، مستخدما جهازا للتصوير عن بعد . وقد أوضحت المحكمة أن التقاط الصورة كان خلسة ، وفي وقت لم تكن الفنانة تزال فيه أي نشاط مهني ، وهو الأمر الذي يشكل اعتداء على الحياة الخاصة . وبمقتضى هذه القضية أرست محكمة باريس المبدأ الذي يحكم النشر بالنسبة الى الفنانين ، ألا وهو أن الموافقة الضمنية على النشر إنما يمكن افتراضها فقط عندما يتعلق الأمر بالحياة العامة للشخصية للعامة أو بنشاطها المهني ، وذلك على خلاف الحالة التي يتعلق النشر فيها بحياة الشخص الخاصة . أشار إليها الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 73 . هامش رقم 86 .

² Trib.gr.inst.Paris.03/12/1975.D.1977. 211. note.R.Lindon . J.C.P.78.11.19002.Obs.Becourt.(aff .el. Piélu) .

أشار إليه الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 55 . هامش رقم 03 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 74 .

⁴ الدكتور محمد بن أحمد صالح الصالح ، حقوق الانسان في القرآن والسنة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية . الطبعة الأولى ، 2002 . ص 183 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 67 . هامش رقم 56 .

قال تعالى في كتابه العزيز . (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسألوا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم) سورة النور الآيتان 27، 28 .

⁵ نفس المرجع السابق . ص 67 .

⁶ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 448 .

⁷ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 68 .

بمقتضى القانون ، وفي إطار احترامه . ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة) . ونصت المادة 295 من تقنين العقوبات على أنه (كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات . وبغرامة من 1000 الى 10.000 دينار) .

خامسا . الحق في الشرف . Le droit à l'honneur

كل شخص له الحق في الشرف ، الحق في احترام كرامته وسمعته . وهذا الحق كفل المشرع له الحماية سواء على نطاق القانون المدني أو على نطاق القانون الجنائي .

على نطاق القانون المدني يستطيع الشخص المتضرر أن يطالب طبقا لقواعد المسؤولية المدنية المتسبب في الضرر بالتعويض على الأضرار التي أصابته من جراء الاعتداء على شرفه أو خدش سمعته أو كرامته ، علاوة على وقف هذا الاعتداء بالنسبة للمستقبل . وقد يتضمن الحكم أيضا نشر الحكم بالإدانة في إحدى الصحف على نفقة المسؤول ، كوسيلة تكميلية للتعويض¹ .

أما على نطاق القانون الجنائي فقد يقع المسؤول تحت طائلة تقنين العقوبات إذا كان فعله يشكل جريمة قذف² diffamation . ويتحقق ذلك بطريقة نسبة أمور أو وقائع الى شخص تؤدي إلى الحط من سمعته ، كأن ينسب إلى طبيب أنه تسبب بإهماله في موت أحد مرضاه أو ينسب إلى تاجر أنه على وشك الإفلاس³ . أو إذا كان الفعل يشكل جريمة سب⁴ insulte . ويتحقق ذلك بطريقة توجيه شخص عبارات مهينة أو مشينة لغيره تؤدي إلى تحقيره أو الحط من شأنه .

سادسا . الحق المعنوي للمؤلف على نتاجه الفكري . Le droit moral de l'auteur sur son œuvre

يعتبر الجانب الأدبي ، أو المعنوي ، لحق المؤلف من قبيل الحقوق اللصيقة بالشخصية ، إذ هو انعكاس لشخصية المؤلف الفنية أو الأدبية أو العلمية ، يحمل في طياته البصمات التي تميز هذه الشخصية كما سنرى ذلك لاحقا . فحق المؤلف على مصنفه متصل أشد الاتصال بشخصيته ، فهو ينم عن ثقافته وعلمه ومواهبه ، ويكشف عن عقليته ، وميوله⁵ .

هذا الحق يعتبر من صميم المقومات المعنوية للشخصية إذ يمس الجانب الذهني أو الفكري للشخص . فأفكار الشخص التي هي من صنعه وخلقة تعتبر جزءا لا يتجزأ من شخصيته ، وبالتالي

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 59 .

² تعرف المادة 296 من تقنين العقوبات جريمة القذف كما يلي (يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به أو اسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ، ويعاقب على نشر هذا الادعاء أو ذلك الاسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الاعلانات موضوع الجريمة) .

وتنص المادة 298 من ذات التقنين على أنه (يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 25.000 دينار إلى 50.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين . ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية .

ويعاقب على القذف الموجه إلى شخص أو أكثر ينتمون إلى مجموعة عنصرية أو مذهبية أو إلى دين معين بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 300 دينار إلى 30.000 دينار إذا كان الغرض هو التحريض على الكراهية بين المواطنين أو السكان)

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 65 .

⁴ تعرف المادة 297 من تقنين العقوبات السب كما يلي (يعد سبا كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على اسناد أية واقعة) وتنص المادة 299 من ذات التقنين على أنه (يعاقب على السب الموجه إلى فرد أو عدة أفراد بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 10.000 إلى 250.000 دينار . ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية) .

⁵ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 250 .

يكون له حق أبوة هذه الآثار كحق من حقوقه الشخصية . وهذا الحق يظل ملازماً لشخصيته لا ينفصل عنها وينتقل إلى ورثته بعد وفاته . وهذا الحق يعطي لصاحبه حق استغلاله من الناحية المالية¹ .

وقد كفل المشرع الجزائري الحماية المدنية والجنائية لحق المؤلف² . ففي جانب الحماية المدنية نجد بأن الاعتداء على حق المؤلف ، سواء في ذلك جانبه الأدبي أو المالي ، يشكل في حد ذاته خطأ مدنيا يستتبع مسؤولية فاعله ، ويخول المؤلف حق اللجوء إلى القضاء بغية استصدار حكم³ يلزم المعتدي بدفع مبلغ من المال إلى المؤلف في مقابل ما يكون قد أصابه من ضرر مادي أو معنوي بسبب الاعتداء إعمالاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تقضي بإلزام من أحدث ضرراً بالغير بأن يعرضه⁴ .

والي جانب حماية حق المؤلف مدنيا قرر المشرع بموجب الأمر رقم 05/03 حماية هذا الحق جنائياً ، إذ خولت المادة 160 من هذا الأمر مالك الحقوق المحمية أو من يمثله ، حق رفع شكوى إلى الجهة القضائية المختصة إذا كان ضحية الأفعال المنصوص والمعاقب عليها وفقاً لأحكام هذا الأمر⁵ .

الفرع الثالث

الحقوق السياسية

Les droits politiques

لدراسة هذه الحقوق يجب أن نتعرف عليها ونقف على أنواعها والغاية منها ثم بعد ذلك نعرض لخصائصها ومميزاتها . ولذلك سنعالج هذا الموضوع كما يلي.

أولاً . التعريف بالحقوق السياسية .

يقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التي تمنح للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية لتمكنه من الاشتراك في حكم هذه الجماعة⁶ . أو هي تلك الحقوق التي يقرها القانون للفرد بحكم انتمائه إلى دولة معينة . لتخوله حق الاشتراك في الحياة السياسية فيها ، والإسهام بها في دائرة شؤون المجتمع السياسية¹ . أو هي سلطات تقرها فروع القانون العام لبعض الأشخاص لتمكينهم من القيام بأعمال

¹ الدكتور مصطفى جمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 450 .

² تنص المادة 01/38 من الدستور على أن (حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن) . وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة على أن (حقوق المؤلف يحميها القانون) . انظر في موضوع الحماية أيضاً المواد من 143 . إلى 158 . من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 . المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

³ تنص المادة 147 من الأمر رقم 05/03 على أنه (يمكن رئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بناء على طلب من مالك الحقوق أو ممثله بالتدابير التحفظية الآتية إيقاف كل عملية صنع جارية ترمي إلى الاستساح غير المشروع للمصنف أو للأداء المحمي أو تسويق دعائم مصنوعة بما يخالف حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة القيام ولو خارج الأوقات القانونية بحجز الدعائم المقادة والإيرادات المتولدة عن الاستغلال غير المشروع للمصنف والأداءات . حجز كل عائد استخدم أساساً لصنع الدعائم المقلدة . يمكن رئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بتأسيس كفالة من قبل المدعى) .

⁴ راجع أحكام المادة 124 من التقنين المدني ، والتي تنص على أن (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض) . وفي هذا المعنى تقضي المادة 144 من الأمر رقم 05/03 بما يلي (يمكن لمالك الحقوق المتضرر أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير تحول دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه أو تضع حداً لهذا المساس المعادين والتعويض عن الأضرار التي لحقت به . ويتم تقدير التعويضات حسب أحكام القانون المدني مع مراعاة المكاسب الناجمة عن المساس بهذه الحقوق) .

وطبقاً للمادة 143 من نفس الأمر والتي تنص على أن (تكون الدعوى القضائية لتعويض الضرر الناتج عن الاستغلال غير المرخص به لمصنف المؤلف والادعاء لمالك الحقوق المجاورة من اختصاص القضاء المدني) .

⁵ راجع المواد من 151 إلى 155 من الأمر رقم 05/03 .

⁶ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 124 .

¹ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية الحق . الطبعة الثانية . مكتبة النهضة الجديدة . القاهرة . 1965 . ص . 14 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 82 . هامش رقم 127 .

معينة يشتركون بها في إدارة شؤون المجتمع السياسية ، كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي
المصب العامة وحق الدفاع عن الوطن¹ .

هذه الحقوق ترتبط دائما بالجنسية ، وذلك نظرا الي أنها تنبثق عن تلك العلاقة السياسية الوثيقة
التي تربط المواطن بالدولة والدولة بالمواطن . فهذه الحقوق مقررة لتحقيق غاية معينة ، وهي السماح
للأفراد في المشاركة في حكم الجماعة التي ينتمون إليها . وأهم هذه الحقوق .

01. حق الانتخاب . droit de vote.

وهو الحق الثابت للفرد في اختيار من يمثلوه في السلطات المختلفة . كحق الشخص في الأدلاء
بصوته لاختيار ممثليه الذين ينوبون عنه في تولي السلطات المختلفة في الدولة . مثل انتخاب نواب
الشعب لتولي سلطة معينة على مستوى مختلف المجالس المنتخبة² . (المجلس الشعبي الوطني .
المجالس الشعبية البلدية . والمجالس الشعبية الولائية) .

02. حق الترشيح . droit d'éligibilité.

وهو الحق المقرر للفرد ليتقدم الى هيئة الناخبين لاختياره نائبا عنهم في السلطة التشريعية
أو السلطات المحلية ، كأن يرشح نفسه لمنصب رئيس الجمهورية ، أو يرشح نفسه ليكون ممثلا للأمم
في أحد المجالس الشعبية البلدية أو الولائية أو في البرلمان .

03. حق تولي الوظائف العامة .

وهو حق الفرد في أن يكون مكلفا بالقيام بأعباء الوظيفة العامة في الدولة . كان يكون موظفا في
أحد المرافق العامة في دولته . وقد نص الدستور على الحق في تولي الوظائف العامة في المادة 51 منه
التي تنص على أن (يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط
أخرى غير الشروط التي يحددها القانون) .

ثانيا . مميزات وخصائص الحقوق السياسية .

تتميز الحقوق السياسية بعدة مميزات وخصائص نورد أهمها فيما يلي .

- 01 . تتميز الحقوق السياسية بأنها حقوق غير مالية أي ليس لها طابعا ماليا ، لأنها لا تستهدف أساسا
المتعة بالمال ، وبالتالي لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها أو اكتسابها بالتقادم أو انتقالها بالميراث³
- 02 . تتميز الحقوق السياسية عن غيرها من الحقوق ، بأن الغرض منها هو تمكين أصحابها من الإسهام
في إدارة شؤون الحكم في بلادهم¹ .
- 03 . تتميز هذه الحقوق بأنها تخص الوطنيين دون الأجانب ، لأن الوطني عضو رسمي فعلي في
الجماعة السياسية للدولة الي يتمتع بجنسيتها ، والدولة تتكون من الوطنيين وتقوم من أجلهم ، وعضويتهم

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 134 .

² تنص المادة 02/14 من الدستور على أن (المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته ، ويراقب عمل السلطات العمومية) . وتنص المادة 16
منه على أن (يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية) .

³ الدكتور عصام انور سليم . مرجع سابق . ص . 41 . مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 436 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 134 .

في جماعتها تضمن لهم التمتع بالحقوق السياسية عن طريق الاشتراك والمساهمة في حكمها وإدارتها . لكن القانون قد يجيز على سبيل الاستثناء مساواة الأجنبي بالوطني في التمتع بالحقوق السياسية عملاً باتفاقية دولية ، كالتى عقدت بين دول وسط وجنوب أمريكا في هذا الشأن . وفي انجلترا يحق للأجنبي الذي أقام فيها عشر سنوات أن يكون عضواً في المجالس البلدية¹ .

04. لا تنقرر هذه الحقوق لكل المواطنين على قدم المساواة ، بل إنها تثبت فقط للمواطنين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط القانونية للتمتع بالحقوق المدنية بالإضافة الى الحقوق السياسية ومنها شرط الأهلية فيحرم من التمتع بها الوطني الذي لا تتوافر فيه أهلية الأداء . كغير البالغ سن الرشد أو من فقد الأهلية مثل المجنون والمحكوم عليه بحكم مغل بالشرف² . وما تتطلبه المادة 73 من الدستور من شروط للترشح لمنصب رئيس الجمهورية ، منها أن يكون المترشح ذا جنسية جزائرية أصلية ، مسلماً ، بالغاً من العمر أربعين سنة ، يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية ، أن يثبت مشاركته في ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولوداً قبل يوليو 1942 ، عدم تورط أبويه في أعمال ضد ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولوداً بعد يوليو 1954.

05. لا تعتبر هذه الحقوق ميزات أو مصالح للمواطنين بل إنها وظائف سياسية ، أي ينظر إليها على أنها تكاليف تضع على عاتق صاحبها واجبا يلتزم بأدائه لصالح الوطن ، وليست حقوقاً . والقانون الدستوري هو الذي يعنى بتنظيم هذه الحقوق ولذلك فإن دراستها بالتفصيل تدخل في نطاق هذا القانون³ .

الفرع الرابع

حقوق الأسرة

Droit de famille

يقصد بهذه الحقوق تلك التي تقوم بين أعضاء الأسرة⁴ بعضهم قبل البعض وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه في الأسرة التي ينتمي إليها أو يتصل بها ، وتتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك . أو هي (مجموعة من القيم التي تكون للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة في علاقاته بغيره من أعضاء هذه الأسرة⁵) .

وتنشأ هذه الحقوق من الروابط التي تقوم في أساسها على النسب والمصاهرة وما يترتب عليهما من قرابة . فبين الزوجين حقوق زوجية متبادلة ، ولأب والأم على الأولاد حقوق ، مثل حق التأديب والتربية ، ولأولاد على الأب والأم حقوق ، مثل حق الرعاية والحضانة والتربية والإنفاق . لأن الحقوق العائلية تقترب بمركز ممتاز لمن يعترف له القانون به إزاء الآخرين في الأسرة لاعتبارات القرابة ويجيز له الوقوف تجاههم موقفاً معيناً في العلاقات العائلية ، كولاية الوالد على ولده وحقه في تأديبه وتربيته وسلطة الزوج على زوجته . وهكذا فإن هذه الحقوق تخالطها دائماً واجبات متبادلة ويكاد ينعدم حق عائلي لا يقابله واجب يفرض على المطالب به . فلئن كان من حق الزوجة مطالبة زوجها بمهرها فإن من واجبها مطاوعته في السكن . ولئن كان من حق الزوج طلب الطاعة من زوجته ، فإن من واجبه الإنفاق عليها . وللزوج على زوجته وللزوجة على زوجها حق المعاشرة بالمعروف ووجوب

¹ الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 233.

² أنظر في تحديد الشروط المطلوبة لممارسة حق الانتخاب ، وفقاً للقانون الجزائري ، المواد 07.06.05 . من الأمر رقم 07/97 . المؤرخ في 16 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 43.

⁴ تنص المادة الثانية من تقنين الأسرة على أن (الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع ، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة) .

⁵ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية الحق ، الطبعة الثانية . مكتبة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ص ، 17 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص ، 88 ، هامش رقم ، 143.

أن يكون كل منهما أمينا على شرف الثاني . وإن كان للأب حق تربية وتأديب أولاده ، فإن من واجبه الإنفاق عليهم ورعايتهم . وإن كانت حضانة الصغير من حق الأم ، فإن هذه الحضانة واجبة عليها وإلا تعرضت للمساءلة . فإذا منع الزوج زوجته بعد طلاقها من حضانة صغيرها ، يكون من حق الزوجة إقامة دعوى قضائية ضده لاستصدار حكم من المحكمة بحق حضانتها¹ .

وعلى هذا الأساس يتضح بأن الحقوق العائلية لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصالحهم الشخصية بل تمنح لهم لتحقيق مصلحة الأسرة برمتها . ولهذا توصف حقوق الأسرة بأنها من قبيل **الحقوق الوظائف** droit-fonction . ولهذا تعتبر الحقوق العائلية من النظام العام ، بحيث لا يجوز للأفراد التنازل عنها أو التصرف فيها أو الحجز عليها ، ولا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، ولا تكتسب ولا تسقط بالتقادم² ، ولا يمكن استبعادها أو التحلل منها ، إلا بالطرق القانونية لا بالاتفاق الخاص بينهم³ .

وإذا كان أغلب الحقوق التي تنبثق عن الزواج والقرباة هي حقوق عائلية غير مالية ، فلا شك أن بعض تلك الحقوق هي حقوق يمكن تقويمها بالمال ، كالحق في النفقة والمهر والميراث، ولكن الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال ليست هي المقصودة أصلا من رابطة الزواج ، بل إن الأساس فيها هو العشرة بالمعروف وتكوين الأسرة واستمرار النسل . وعلى هذا يمكن التنازل عن بعض الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال ، كالتنازل الاختياري عن النفقة .

الفرع الخامس

مميزات وخصائص حقوق الشخصية

حقوق الشخصية لا تقوم بالمال ، وهي لصيقة بالشخص مما يستتبع إثباتها لصاحب معين ، أي لشخص معين ، بحيث تنقضي بموته وانقضاء شخصيته ، فلا تنتقل من بعد موته الى الورثة ، كما أن هذه الحقوق ، تكتسب نفس صفات الشخصية ، فتكون هي أيضا حقوقا غير مالية ، أي لا تقوم بمال ولذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل ، فتكون غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها وتكون غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم . فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الأمد على عدم استعمالها بل تبقى مستمرة ومحفوظة لصاحبها . فعدم ممارسة شخص لحقه في التنقل أو العمل لا يؤدي الى سقوط هذا الحق مهما طال مدة عدم ممارسته له وبإستطاعته ممارسته في أي وقت⁴ .

ولكن إذا كان ذلك هو الأصل فإنه في بعض الأحيان تستتبع هذه الحقوق آثارا مالية ، إذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها ، حقا ماليا في التعويض . وكذلك حقا في وقف الاعتداء عليها . كما أنه يمكن الترخيص استثناء في استعمال الغير لاسم الشخص كاسم مستعار في عمل أدبي ، أو إذن الشخص لكاظم أو روائي في إطلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته ، أو إذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجاري . وبذلك تصبح الاتفاقات في هذا الشأن صحيحة ، استثناء ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحقة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة¹

¹ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 452.

² . الدكتور نبيل ابراهيم سعد مرجع سابق . ص . 61.

³ . الدكتور غالب عالي الداودي . مرجع سابق . ص 237.

⁴ . الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 231.

¹ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حيين منصور . مرجع سابق . ص . 125.

وتتميز حقوق الشخصية أنه ولا يجوز التصرف فيها أو نقلها بعوض أو بدون عوض ولا التنازل عنها¹ ، لأنها لصيقة بشخص صاحبها وهذه الحقوق لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، بل تنقضي بمجرد وفاة صاحبها ، لأنها متعلقة بشخص الإنسان ، ولهذا سميت بالحقوق والحريات الشخصية ، وكل اتفاق يحصل بخلاف ذلك يعتبر باطلا² .

والاعتداء على حقوق الشخصية ، ينشئ الحق لصاحبها في أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . فمثلا لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق ، طلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر³ وذلك إعمالا لما تقضي به أحكام المادة 47 من التقنين المدني من أنه (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)⁴ .

المبحث الثاني

الحقوق المالية

Les droits pécuniaires ou patrimoniaux

تناولنا فيما سبق ، حقوق الشخصية ، وهي حقوق غير مالية ، وسندرس الآن الحقوق المالية وهي الحقوق التي يقررها القانون المدني للأشخاص بغية تمكينهم من القيام بأعمال معينة لتحقيق مصالح يمكن تفويم محلها بالنقود وتمثل في مجموعها الجانب الايجابي من الذمة المالية للشخص ، ولذلك تسمى أيضا ب (حقوق الذمة المالية) ، وهذه الحقوق يجوز التعامل عليها بالتصرف فيها ، والتنازل عنها كما أن هذه الحقوق ، تخضع للتقادم ، وتنتقل بالميراث ، وتنقسم هذه الحقوق الى أنواع ثلاثة هي ، الحق العيني ، ومحلله شيء مادي كحق الملكية ، والحق الشخصي ، ومحلله عمل كدين القرض ، والحق المعنوي ، ومحلله شيء غير مادي أي شيء معنوي كحق المؤلف .

ولذلك سنقسم هذا المبحث الى خمسة مطالب ، نتناول في المطلب الأول ، الحق العيني .
وندرس في المطلب الثاني ، الحق الشخصي . ونخصص المطلب الثالث ، الى التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي . ونتناول في المطلب الرابع ، الحق المعنوي . وندرس في المطلب الخامس الطبيعة القانونية للحقوق المعنوي .

المطلب الأول

الحقوق العينية

Droits réels

يقصد بالحق العيني ، (سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية¹) أو هو (سلطة مباشرة يخولها القانون

¹ . تنص المادة 46 من التقنين المدني على أنه (ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية) .

² . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 236 .

³ . الدكتور يحيى قاسم علي . مرجع سابق . ص . 231 .

⁴ . وهذا فضلا عما تنص عليه أحكام المادة 124 من التقنين المدني ذاته من إلزام مسبب الضرر بالتعويض .

¹ . عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الثامن ، القاهرة ، 1952 . ص 103 . أشار اليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 96 . هامش رقم 164 .

لشخص معين على شيء معين ، كحق الملكية¹) أو هو (اختصاص الشخص بمال معين اختصاصا مباشرا يقره القانون²) أو هو (سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين³) ، هذه السلطة المباشرة تخول لصاحب الحق الإفادة من هذا الشيء مباشرة ودون توقف على إرادة أحد غيره . فصاحب الحق العيني يباشر حقه دون وساطة من أحد . فمالك السيارة يستطيع أن يستعملها بنفسه ، وأن يؤجرها لغيره وأن يتصرف فيها بكافة أنواع التصرف دون حاجة إلى تدخل أي شخص آخر . ذلك الحق الذي يرد على شيء معين ، ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء . وبمقتضى هذه السلطة يستطيع صاحب الحق الاستئثار بقيمة مالية معينة في هذا الشيء . ويكون لصاحب الشيء أن يستعمل حقه على شيء دون واسطة أو دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر أو ترخيص من أحد .

والحق العيني ككل الحقوق يقابله واجب ، ويتمثل هذا الواجب في التزام كافة الناس باحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه ، ويقع على الناس جميعا واجب احترام هذا الحق وعدم معارضة صاحبه في استعماله واستغلاله والتصرف فيه ما دام يقوم بذلك ضمن الحدود التي يرسمها القانون⁴ .

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين أساسيين ، حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية .

الفرع الأول

الحقوق العينية الأصلية Les droits réels principaux

الحقوق العينية الأصلية ، هي الحقوق العينية المستقلة بذاتها ، التي لا تتبع حقا آخر أو تستند في وجودها إليه ، فهي توجد لأنها مقصودة لذاتها ، بما تخوله لأصحابها من سلطات ، الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وهذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها ، بما يشملها من هذه السلطات الثلاث ، فحيث تجتمع هذه السلطات (الاستعمال ، الاستغلال ، التصرف) معا في يد صاحب الحق يسمى الحق (حق ملكية) ، أما إذا توزعت السلطات المذكورة بين أكثر من شخص ، كنا بصدد حقوق عينية أصلية يطلق عليها "الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية" ، وهي كل من حق الانتفاع وحق الاستعمال ، وحق السكني ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر⁵ . وسندرس حق الملكية باعتباره الحق العيني الأصلي ، ثم بعد ذلك ندرس الحقوق العينية الأصلية المتفرعة منه .

أولا . حق الملكية . Droit de propriété

يمكن تعريف حق الملكية بأنه "سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات تمكنه من أن يستأثر بالحصول على جميع منافع هذا الشيء وذلك في حدود ما يقضي به القانون"¹ . وفقد عرفت المادة 674 من التقنين المدني الجزائري حق الملكية بأنه (الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء ، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة) .

¹ الدكتور انور سلطان المبادئ القانونية العامة . دار الجامعة الجديدة للنشر . 2005 . ص . 189 .

² الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص . 131 .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 62 .

⁴ الدكتور انور سلطان . مرجع سابق . ص 189 . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 238 .

⁵ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حيين منصور . مرجع سابق . ص . 127 .

¹ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة الجديدة ، القاهرة ، 1965 . ص . 26 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر ، مرجع سابق ، ص ، 100 . هامش رقم 175 .

ويعتبر حق الملكية أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات ، فهذا الحق يخول لصاحبه ، كل السلطات المتصورة على الشيء وهي سلطة الاستعمال ، والاستغلال والتصرف¹.

يقصد باستعمال الشيء L'usage ، هو استخدامه والانتفاع به² ، أي أن يكون لمالك الشيء الحق في استخدامه فيما هو قابل أو صالح له ، من أوجه الاستخدام ، للحصول على منافعه ، بحسب الغرض الذي أعد له ، وما يتفق مع طبيعته ، فإذا كانت أرضا زراعية له الحق في الحصول على محاصيلها ، وإذا كان حق الملكية يرد على منزل ، يكون لصاحب الحق ، استعمال ذلك المنزل بالإقامة فيه . وإذا كان كتابا يكون بقراءته وإذا كان ثوبا يكون بارتدائه ، الى غير ذلك من أوجه الاستعمال المختلفة التي تختلف باختلاف طبيعة الشيء والغرض الذي أعد له . مما يجعل من الاستعمال أبسط استخدام للعين ، لعدم شموله للثمار أو المنتجات³ . ومع ذلك يضل سلطة الاستعمال بعدان متكاملان أحدهما ايجابي قوامه حرية المالك في اختيار ما يناسبه من استخدامات الشيء . إذ تتيح له ملكيته للمحل مثلا سكني المحل أو استعماله ، بحيث لا حدود لهذه الحرية في الاستعمال ، سوى تلك التي قد تترتب عن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق .

أما البعد السلبي لسلطة الاستعمال ، فهو يتمثل في كون المالك غير مجبر على استعمال ملكه لأن من حقه عدم استعماله . فكما أن من حق مالك المنزل سكناه ، من حقه أيضا أن يتركه شاغرا . وكما أن من حق مالك الأرض خدمتها ، من حقه أيضا تركها بورا . وإن كان المشرع يتدخل للحد من تلك الحرية كلما دعت الى ذلك ضرورات مواجهة الأمن الغذائي من استغلال الأرض⁴ .

والجدير بالذكر أن حرية استعمال المالك للشيء المملوك له ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بثلاثة قيود قانونية هي ، عدم التعسف في استعمال الحق⁵ ، عدم مخالفة مقتضيات النظام العام والآداب العامة⁶ عدم إلحاق مضار بالجيران تتجاوز المضار المألوفة⁷

أما الاستغلال La Jouissance . فيقصد به القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشيء أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، والثمار هي ، بحسب الأصل ، ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون يترتب على أخذه الانتقال من أصل الشيء ، كمحصول الأرض الزراعية ، وأجرة الأراضي الزراعية والمباني ، وفوائد النقود¹ . ومن خصائص الثمار الدورية ، ولا يشترط في هذه الدورية أن تكون في مواعيد ثابتة ومنتظمة ، عدم المساس بجوهر الشيء ذاته ، وهذا لا يعني أن الشيء

¹ . إذا توافرت هذه السلطات الثلاث لشخص واحد ، كانت له على الشيء ملكية تامة وكاملة غير منقوصة لا يزاحمه فيها أحد ، أما إذا تخلى المالك عن إحدى هذه السلطات ، أو عن بعضها ، لشخص آخر ، فإن السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك تتجزأ بينه وبين هذا الغير . ويترتب على ذلك نقص سلطات المالك على الشيء بالقدر الذي فرط فيه ، ويصبح من حق من آلت إليه هذه السلطات أن يستعملها في نفس الحدود المقررة للمالك .

² . الدكتور يوسف الكناني . الدكتور فوزي بالكناني . قانون الأموال . مركز النشر الجامعي . 2003 ص . 66 .

³ . الدكتور محمد كمال شرف الدين . قانون الأموال . كلية الحقوق والعلوم السياسية . تونس . السنة الجامعية 2001/200 . محاضرات مرقونة . ص . 43 . نبذة . 114 .

⁴ . أشار إليه الدكتور يوسف الكناني . الدكتور فوزي بالكناني . نفس المرجع السابق . ص 66 . هامش رقم 202 .

⁵ . الدكتور يوسف الكناني . الدكتور فوزي بالكناني . نفس المرجع السابق . ص 67 .

⁶ . تنص المادة 124 مكرر من التقنين المدني على ما يلي (.....يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية . إذا وقع بقصد الإضرار بالغير . إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير . إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة) .

⁷ . تنص المادة 690 من التقنين المدني على أنه (يجب على المالك أن يراعي في استعماله حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة) .

⁸ . تنص المادة 691 . من التقنين المدني على أنه (يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الى الآخرين والغرض الذي خصصت له) .

ويلاحظ أنه طبقا لأحكام المادة 773 من التقنين المدني والتي تنص على أنه (تعتبر ملكا من أملاك الدولة ، جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك ، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم) .

⁹ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 458 .

يظل محتفظا بحالته بصفة مطلقة ، إذ قد يترتب على استغلال الشيء والحصول على ثماره الانتقاص من جودته أو من قيمته بمرور الزمن فالأرض قد تقل خصوبتها ، والماشية قد تضعف بسبب نتائجها¹.

وتنقسم الثمار الى ثلاثة أنواع² هي . **الثمار طبيعية** Fruits Naturels، وهي التي تتولد بفعل الطبيعة وحدها ، دون تدخل من جانب الإنسان ، مثل كلا المراعي الطبيعية ، ونتاج الحيوان .

الثمار الصناعية أو المستحدثة Fruits Industriels، وهي التي يكون للإنسان يد في إنشائها نتيجة لتدخل عمل الإنسان ، مثل محاصيل الأرض الزراعية ، والحدائق .

الثمار المدنية Fruits civils ، وهي الربيع أو الدخل النقدي الدوري المنتظم الذي يدفعه الغير للمالك نظير انتفاعه بالشيء بمقتضى عقد بينهما مثل أجره العين المؤجرة التي يدفعها المستأجر الى المؤجر ، وفوائد النقود في القوانين التي تبيح القرض بفائدة³ ، وفوائد السندات والأسهم . ويطلق على الثمار المدنية اسم الثمار القانونية .

وقد يقترب أحيانا الاستعمال والاستغلال أحدهما من الآخر ، فكلاهما استعمال للشيء ولكن الفارق بينهما أنه إذا استعمل المالك الشيء بنفسه سمي هذا (استعمالا) وإذا استعمله بواسطة غيره مقابل أجره يتقاضاها من هذا الغير سمي (استغلالا)⁴.

أما التصرف La disposition في الشيء ، أي التسلط على رقبة الشيء ، فيقصد به استخدام الشيء استخداما يستنفذه كله أو بعضه ، والتصرف فيما يتعلق بسلطة المالك على الشيء يشمل نوعين من الأعمال . الأول العمل المادي أو التصرف المادي وهو العمل الذي ينال من مادة الشيء ، باستهلاكه والقضاء على مادته (إذا كان الشيء يقبل ذلك) أو إعدامه والقضاء عليه (كهدم المالك مبناه كلية) أو التغيير فيه وتعديله (كإضافة المالك طابقا الى مبناه ، أو كهدم المالك طابقا من المبنى أو تحويله الى محل تجاري) . وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك ، وبالتالي فهي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية⁵.

أما العمل الثاني فهو التصرف القانوني ، وهو لا يمس مادة الشيء لكنه يستهدف تغيير مركزه القانوني ، وذلك بقيام المالك بشئ الأعمال القانونية التي يكون من شأن بعضها القضاء على حق الملكية كلية كأن يبيع الشيء أو يهبه ، أو الى الانتقاص - ولو مؤقتا- من السلطات التي له على الشيء كان يرتب عليه حق الانتفاع للغير أو يرهنه¹.

هذه هي السلطات الثلاث التي يخولها حق الملكية للمالك ، إذا ما اجتمعت في يد شخص واحد قيل أن له الملكية التامة ، إلا أنه ينبغي أن يراعى أن التصرف هو العنصر الذي يميز حق الملكية عن

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 65.

² الدكتور عوض أحمد الزعي . مرجع سابق . ص . 332.

³ أما في القانون الجزائري فالقرض بين الأفراد بقائدة غير جائز ، إذ تنص المادة 454 من التقنين المدني على أن (القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ، ويقع باطلا كل نص "شرط" يخالف ذلك) .

تعرف المادة 584 من التقنين المدني الفرنسي الثمار المدنية بأنها .

(Les fruits civils sont les loyers des maisons , les intérêts des sommes exigibles , les aréages des rentes , les prix des baux à fermes sont aussi rangés dans la classe des fruits civils).

⁴ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 105.

⁵ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 66.

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 460.

غيره من الحقوق العينية الأصلية ، ولهذا فإنه يظل دائما في يد المالك ، أما الاستعمال أو الاستغلال فيجوز ثبوتهما لغير المالك ، وفي هذه الحالة تتجزأ الملكية ويتفرع عنها عدة حقوق بحسب ما ثبت للغير من سلطات ، ويبقى حق التصرف للمالك ، ويسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة¹ .

ثانيا . خصائص حق الملكية . يتميز حق الملكية بعدة خصائص نوجزها فيما يلي . أنه حق جامع ، مانع دائم ، ومطلق .

01. حق الملكية حق جامع Droit total . أي أنه حق يجمع بين ثناياه كل منافع الشيء ويشمل جميع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء وأوسعها . فهو الحق الذي يخول لصاحبه استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعا وإنما يكون له بعض هذه السلطات فحسب . ويترتب على اعتبار حق الملكية حقا جامعا النتيجة التاليتين .

النتيجة الأولى . الأصل في حق الملكة أن يكون جامعا لكل السلطات الثلاثة ، ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه ، وفقا للطرق التي يحددها القانون . ومن يدعي أن له حقا في ملك الغير كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو يدعي أن هناك قيда تقرر لمصلحته على ملك الغير ، فعليه يقع عبء الإثبات لا على المالك ، إذ الأصل أن الملكية جامعة لكل السلطات وخالية من أي تكليف² .

النتيجة الثانية . أن كل حق يتفرع عن حق الملكية يكون عادة حقا مؤقتا ، فحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى حقوق مؤقتة ، وحقوق الرهن والامتياز تزول بانقضاء الحقوق التي تضمنتها ، وكل هذه الحقوق بعد انقضائها ترجع إلى المالك ، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه إذ أن حق الملكية حق جامع شامل لكل السلطات³ .

02. حق الملكية حق مانع Droit exclusif . أي أن حق الملكية قاصر على صاحبه وحده دون غيره ، بمعنى أنه يجعل للمالك الحق في أن يستأثر وحده بمنافع الشيء ومزاياه دون أن يتدخل غيره في هذا الانتفاع ، وله أن يمنع غيره من مشاركته في هذه المنافع والمزايا حتى ولو لم يلحقه أي ضرر من هذه المشاركة .

ويترتب على هذه الخصيصة أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لأكثر من شخص واحد في وقت واحد ، ويجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا على الشيوع لأكثر من شخص واحد ، ولكن كل من هؤلاء الأشخاص لا يملك الشيء كله ، بل يملك جزءا شائعا منه وفقا لأحكام المادة 713 من التقنين المدني الجزائري¹ .

وإذا كان الأصل أن حق الملكية حق مانع ، إلا أن هنالك استثناءات ترد على هذا الأصل وتقيد من سلطات المالك على الشيء ، إما لتحقيق مصلحة عامة أو لتحقيق مصلحة خاصة يراها المشرع أولى بالرعاية من مصلحة المالك² .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 128 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 334 .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 74 .

¹ الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 46 .

² الدكتور سعيد مبارك . أصول القانون ، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل . 1982 . ص 12 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي .

مرجع سابق . ص 334 . هامش رقم 04 .

03. حق الملكية حق دائم ومؤبد . Droit perpétuel . يتميز حق الملكية بالمقابلة للحقوق المتفرعة عنه ، أنه حق دائم يبقى طالما بقي الشيء الذي يرد عليه ، فلا يسقط بعدم الاستعمال ، مهما طال الزمن . وعليه فإذا أهمل صاحب الملكية استعمال حقه فإن الملكية تظل باقية مهما طال الزمن اللهم إذا وضع شخص يده على الشيء الذي أهمل المالك مباشرة سلطاته عليه مدة طويلة ، فإن واضع اليد يكتسب في هذه الحالة ملكية الشيء بالتقادم متى توافرت شروط اكتساب الملكية بهذا السبب¹ ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط ظلت الملكية للمالك² .

04. حق الملكية حق مطلق Droit absolu . بمعنى أن للمالك الحرية المطلقة في الانتفاع بما يملك على الوجه الذي يريد ، وذلك باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على النحو الذي يروقه بكافة أنواع التصرفات المادية أو القانونية . لكن هذا المفهوم تغير وأصبح للملكية وظيفة اجتماعية تستهدف إلى جانب إشباع حاجة المالك تحقيق الخير للجميع³ ، وعليه لا يجوز للمالك التعسف في استعمال هذا الحق⁴ . ويترتب على ذلك وجوب مراعاة المالك في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة و المصلحة الخاصة⁵ .

ثالثا . الحقوق المتفرعة عن حق الملكية .

يتفرع عن حق الملكية ، حقوق أخرى ، و هي تلك الحقوق التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك ، وقد حدد القانون المدني هذه الحقوق ، بحق الانتفاع ، وحق الاستعمال وحق السكنى ، وحق الارتفاق .

SAHLA MAHLA

01. حق الانتفاع . Le droit d'usufruit .

هو حق عيني متفرع عن حق الملكية ويخول صاحبه (المنتفع) سلطة استعمال عين مملوكة للغير واستغلالها فقط دون التصرف فيها⁶ ، ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع بشرط المحافظة على كيانها وردها إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع . ويلتزم المنتفع بالانتفاع بالشيء محل الانتفاع بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة . وعلى المنتفع طوال انتفاعه ، أن يبذل من العناية في المحافظة على الشيء ما يبذله الشخص المعتاد¹ .

يتضح مما تقدم أن (حق الانتفاع هو الحق العيني الذي يخول صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله في مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، والذي ينتهي حتما بموت المنتفع²) .

¹ . تنص المادة 827 من التقنين المدني الجزائري على أنه (من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع) .

² . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 467 .

³ . راجع المواد 690 و 691 . من التقنين المدني الجزائري .

⁴ . الدكتور حميد بن شنيته . مرجع سابق . ص . 46 .

⁵ . وقد ترتب على اعتبار حق الملكية وظيفة اجتماعية هو أنه إذا تعارض حق المالك مع مصلحة عامة ، فإن المصلحة العامة هي التي تقدم على حق الملك . فلا ينبغي أن تقف الملكية الخاصة حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة . ويترتب على ذلك أيضا ، جواز نزاع جميع الملكية العقارية أو بعضها للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل . راجع في ذلك القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن تحديد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

⁶ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 341 .

¹ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 128 .

تترتب على المنتفع التزامات محددة ، طبقا للمواد 847 و 848 و 849 . من التقنين المدني الجزائري .

² . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 461 .

فحق الانتفاع يجرد المالك من سلطتي الاستعمال والاستغلال ويحولهما لشخص آخر هو المنتفع أما سلطة التصرف فتبقى بيد المالك الذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة ، فمثلا للمنتفع بمنزل أن يستعمله بالسكن فيه وأن يستغله بتأجيريه للغير ، ولكن ليس للمنتفع أن يتصرف فيه بالبيع ، إذ أن هذا من حق المالك فحسب¹ .

للمنتفع أن يستعمل الشيء محل حق الانتفاع استعمالا شخصيا في كل ما أعد له . فإذا كان حق الانتفاع يرد على بناء كان للمنتفع أن يستعمله بنفسه فيسكنه ، وإذا كان حق الانتفاع يرد على أرض زراعية فيكون له زراعتها . ويمتد حق الانتفاع الى ملحقات الشيء التابعة له عند بدء الانتفاع ، كحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص ، ويكون للمنتفع أن يستعمل الشيء كما لو كان مالكا له ولكن في حدود الغرض الذي أعد له الشيء² .

وطبقا لأحكام المادة 01/844 من التقنين المدني الجزائري (يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة ، وبالتقادم أو بمقتضي القانون) . وإعمالا لنص الفقرة الثانية من نفس المادة (يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن) .

ويتميز حق الانتفاع بأنه مؤقت بطبيعته ، وينتهي بانقضاء الأجل المعين في التصرف القانوني³ فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ، وينتهي هذا الحق بعدم استعماله لمدة خمسة عشر سنة وفقا لأحكام المادة 854 من التقنين المدني الجزائري . وينتهي حق الانتفاع كذلك بهلاك الشيء الذي يرد عليه الحق⁴ وفقا لأحكام المادة 853 من التقنين المدني الجزائري .

02. حق الاستعمال وحق السكنى. Le droit de l'usage et de l'habitation.

حق الاستعمال ، هو حق عيني متفرع عن حق الملكية ، يخول لصاحبه حق استعمال شيء مملوك لغيره ، وذلك بمقدار ما يحتاج إليه صاحب هذا الحق وأسرته لخاصة أنفسهم⁵ ، ويقتصر مضمون هذا الحق على الاستعمال دون الاستغلال ، إذ ليس لصاحبه بيع ثمار العقار إذا كانت تفيض على حاجته وحاجة أسرته ، فهو على هذا النحو أضيق نطاقا من حق الانتفاع ، وإن كان لصاحب حق الاستعمال الاستفادة من ثمار الشيء ضمن الحدود نفسها¹ .

أما حق السكنى فهو سلطة مباشرة لشخص على منزل مملوك للغير تخول صاحبها أن يسكنه لمدة معينة² . وهذا الحق يقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين ، دون بقية أوجه استعمالها

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 341 .

² الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 68 .

³ تنص المادة 852 من التقنين المدني الجزائري على أنه (ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ، وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته الى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن) . راجع المادة 853 و المادة 854 . من نفس التقنين .

⁴ . ويستوى في ذلك أن يكون الهلاك ماديا أو قانونيا . فهو يكون ماديا ، إذا كان محل حق الانتفاع ، مثلا ، سيارة احترقت ، أو دارا تهدمت ، ويكون قانونيا إذا كان المحل عقارا معينا تم زرع ملكيته للمنفعة العامة .

⁵ نصت المادة 855 من التقنين المدني الجزائري على أنه (نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته الخاصة أنفسهم)

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 345 .

² الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 128 .

الأخرى . ودون استغلالها من باب أولي بالتأجير مثلا الى الغير . ويتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم . كما لا يجوز النزول للغير عن أي منهما إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، وكلا الحقين حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين أو حتى قبل انقضائه في حال موت صاحبه¹ .

ويسري على حق الاستعمال وحق السكنى ما يسري على حق الانتفاع من أحكام ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما الخاصة . المادة 857 ، من التقنين المدني الجزائري .

وحق الاستعمال قد يرد على عقار أو على منقول ، أما حق السكنى فإنه لا يرد إلا على عقار وبالذات على دار للسكن . ولا يجوز لصاحب حق الاستعمال وحق السكنى التنازل عنه للغير ، بمقابل أو بغير مقابل أو أن يؤجره ، وعلة ذلك أن هذان الحقان يتسمان بطابع شخصي ، الأمر الذي يتحتم معه على صاحبيهما الانتفاع من حقه بنفسه وبصورة مباشرة . ويستثنى من ذلك حالة وجود شرط صريح في السند المنشئ للحق يسوغ لصاحبه التنازل عن حقه . وحالة وجود مبرر قوى يقضي بخلاف ذلك . ويترك أمر التحقق من توافر هذا المبرر من عدمه لقاضي الموضوع الذي يبحث ويتثبت من وجوده في كل حالة على حدة² .

وحق الاستعمال وحق السكنى مؤقت ينتهي بموت صاحبه أو بالتخلي عنه أو بانقضاء مدته كما يسقط بعدم استعماله لمدة 15 سنة ، وبهلاك المحل الذي يرد عليه أو باتحاد الذمة . ويجب على كل من صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، التزام سلوك الرجل العادي في التمتع بهذين الحقين³ مثال للتوضيح والمقارنة . مثال الشيء (محل الحق) **شاحنة** .

حق الملكية . يخول لصاحب الحق (المالك) السلطات التالية . الاستعمال "ينتقل بها" الاستغلال "يؤجرها لغيره" التصرف "يبيعها لغيره"

حق الانتفاع . يخول للمنتفع . سلطة الاستعمال ، "ينتقل بها" ، سلطة الاستعمال " يؤجرها للغير" . أما سلطة التصرف ، "البيع" ، فتبقى للمالك أي مالك الرقبة .

حق الاستعمال . يخول للمستعمل أساسا . سلطة الاستعمال فقط " التنقل بها هو وأسرته" .

حق السكنى . حق السكنى لا ينصب إلا على عقار مخصص للسكن . (منزل أو دار) ، بحيث لا تصلح الشاحنة في هذا المثال أن تكون محلا لحق السكن .

03. حق الارتفاق . Droit de servitude.

حق الارتفاق¹ من الحقوق العينية الأصلية ، وقد عرفته المادة 867 من التقنين المدني الجزائري بأنه (حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر ، لشخص آخر) ، وعليه فحق الارتفاق

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 129 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 346 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 130 .

¹ معنى الارتفاق في اللغة ، (**الانكاء على مرفق اليد**) . ومنه أخذ المعنى القانوني . بالحاج العربي . حقوق الارتفاق في الفقه الاسلامي . مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 34 ، رقم 04 . 1996 . ص . 669 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص . 130 . هامش رقم 272 .

هو (حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر¹) ، أو هو تكليف يرد على عقار لمصلحة عقار آخر على ألا يكون العقاران مملوكين لشخص واحد .

ويطلق على العقار الذي يتقرر عليه حق الارتفاق أو المثقل بحق الارتفاق ، مصطلح العقار الخادم أو العقار المرتفق به Le fonds servant . أما العقار الذي تقرر لمصلحته الارتفاق أي العقار المرتفق فيسمى العقار المخدم Le fonds dominant . مثال ذلك حق المرور ، وهو حق مالك الأرض البعيدة عن الطريق العام (العقار المخدم) أن يصل الى هذا الطريق العام ، مروراً بأرض جاره (العقار الخادم) .

فحق الارتفاق من شأنه أن يجعل أحد العقارين في خدمة العقار الآخر ، ويقيد سلطة صاحب العقار الخادم لمصلحة صاحب العقار المخدم ، بحيث يكون لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل العقار المرتفق به على وجه معين . ويرتبط حق الارتفاق بالعقار لا بشخص ماله² ، إذ أنه يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر . ومن ثم فإنه يبقى قائماً رغم تغير مالك هذا العقار ، فيكون صاحبه هو من يملك العقار المرتفق ، ولذلك فالأصل أن يبقى حق الارتفاق ما بقي العقاران المرتفق والمرتفق ربه ، إلا إذا اتفق على غير ذلك ، كتوقيته بأجل معين ينتهي بانقضاء هذا الأجل³ .

فمناط حق الارتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المخدم أو المرتفق وليست منفعة شخصية لمالك العقار . فالارتفاق بالمرور عبء عيني يكون بمقتضاه لصاحب العقار المخدم أو المرتفق حق المرور عبر العقار الخادم أو المرتفق به ، فحق المرور تقرر لمنفعة العقار المخدم ذاته ، حيث أنه يتعلق باستعماله أو باستغلاله ، وبالتالي فهي ليست منفعة شخصية لمالك العقار المخدم لذلك فهي تثبت لكل مالك لهذا العقار عند تعاقب الملاك على نفس العقار⁴ .

ويتميز حق الارتفاق بأنه حق عيني عقاري ، بمعنى أنه لا يرد إلا على عقار ليحد من منفعته لفائدة عقار غيره مملوك لشخص آخر . ولذلك فهو دائماً حق عقاري . كما أن حق الارتفاق يدوم بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به . كما أن هذا الحق يتبع كل من العقار المرتفق والعقار المرتفق به ولا ينفصل عنهما ، فيما يجرى عليهما من تصرفات . ولا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار المخدم إلا بالتخلي عنه⁵ .

وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة ، بمعنى أنه مقرر لفائدة العقار المرتفق كله ، كما أنه يثقل العقار المرتفق به كله . فإذا جزء العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه . وإذا جزء العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقفاً على كل جزء منه¹ .

ينشأ حق الارتفاق بعمل قانوني أو بالميراث ، وفقاً لأحكام المادة 868 من التقنين المدني الجزائري ، ولا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة كحق المرور . وينتهي حق الارتفاق إذا جزء العقار المرتفق ، وكان حق الاستعمال لا يستعمل في الواقع على جزء منه ، جاز للمالك طلب زوال حق الارتفاق على هذا الجزء . المادة 877 من التقنين المدني الجزائري .

¹ . الدكتور عصام انور سليم . مرجع سابق . ص . 61 .

² . الدكتور انور سلطان . مرجع سابق . ص . 193 .

³ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 353 .

⁴ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 73 .

⁵ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 467 .

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 356 .

ينتهي حق الارتفاق ، إما بانقضاء الأجل المحدد له¹ ، أو بنزول صاحبه عنه وإعلامه لصاحب العقار المرتفق به العدول عن تخصيصه² . وبهلاك العقار الخادم هلاكاً كلياً³ . وباجتماع العقارين في يد مالك واحد ، المادة 878 من التقنين المدني الجزائري . وينتهي حق الارتفاق أيضاً بعدم الاستعمال لمدة عشر سنوات ، ومدة ثلاث وثلاثين سنة ، إذا كان الارتفاق مقراً لمصلحة مال مورث تابع لعائلة ، كما يسقط حق الارتفاق أيضاً بالنقادم . المادة 879 من التقنين المدني الجزائري . وينتهي حق الارتفاق أيضاً إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ، أو إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة ، لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به المادة 880 و 881 من التقنين المدني الجزائري .

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

Les droits réels accessoires

يقضي القانون أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وهذا ما يسمى بالضمان العام⁴ للدائنين ومؤدى هذا الضمان ، أن لكل دائن حل أداء حقه ، دون أن يقوم المدين بأدائه مختاراً ، أن يستوفي حقه جبراً عن المدين بالتنفيذ على أمواله عن طريق الحجز عليها ، وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء الحق من ثمنها ، لكن الحقيقة أن هذا الضمان العام ، لا يوفر للدائنين الحماية الكافية ، ذلك أن مجرد المديونية ، لا يمنع المدين من التصرف في أمواله ، وبالتالي فإن حق الدائنين يقتصر فقط على التنفيذ على الأموال الموجودة في ذمة المدين وقت التنفيذ ، وهذه الأموال قد لا تف ولا تكفي للوفاء بجميع الديون .

ولتلافي قصور الضمان عن توفير الحماية الكافية للدائنين ، أوجد القانون ضمانات خاصة تسمى بالتأمينات العينية Sûretés Réelles . هذه التأمينات قد تكون تأمينات شخصية ، فقد يطلب الدائن من مدينه ، أن يقدم له كفلاً يكفل تنفيذ الالتزام ، إذا لم يقر المدين بالوفاء به طوعاً أو اختياراً

وقد تكون التأمينات عينية ، بأن يطالب الدائن مدينه بأن يقرر له تأميناً خاصاً ، يرد على شيء معين من الأشياء المملوكة له ، يخصص للوفاء بالدين ، وهذا ما يسمى بحق الأفضلية التي يخولها الحق العيني التبعية ، كما يكون للدائن كذلك حق التتبع أي أن يتتبع الشيء إذا ما تصرف فيه الدائن الى الغير وهذا ما يسمى بحق التتبع الذي يخوله الحق العيني التبعية .

وخلاصة القول ، أن الحقوق العينية التبعية ، يقصد بها تلك الحقوق العينية التي توجد لضمان

¹ المادة 878. من التقنين المدني الجزائري .

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 358.

³ المادة 878. من التقنين المدني الجزائري .

⁴ يقصد بالضمان العام أمانة . الأمر الأول ، إن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بكل ديونه ، ولو كان بعض الأموال لم يدخل في ذمته إلا بعد نشأة حق الدائن بحيث يكون للدائن الحق في أن ينفذ بحقه على أي مال من الأموال المملوكة لمدينه وقت التنفيذ ، منقولاً كان هذا المال أو عقاراً . وبعبارة أخرى ، إن التنفيذ لا يقتصر على الأموال الموجودة عند المدين وقت نشوء الالتزام ، بل يشمل الأموال التي تدخل في ملكيته بعد ذلك . ولا يشمل الضمان العام الأموال التي كانت للمدين وقت نشأة الدين والتي تصرف فيها قبل حلول أجل سداه وذلك لأن حق الضمان العام المقرر للدائن العادي على أموال المدين لا يخول هذا الدائن مكنة تتبع تلك الأموال في يد من انتقلت إليه والتنفيذ عليها ، وهذا هو أول خطر يواجهه الدائن العادي عند المطالبة بحقه . الأمر الثاني إن جميع الدائنين ، بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم وبصرف النظر عن تاريخ اكتساب المدين لأمواله ، متساوون في استيفاء حقوقهم من أموال المدين إلا من تقرر له ضمان خاص ، كالرهن . جلال العدوي ورمضان ابو السعود . المدخل لدراسة القانون . نظرية الحق . 1997. ص 22. أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 147. هامش رقم 336.

أو لتأمين الوفاء بحق شخصي أي بحق دائنية ضمانا خاصا ، وهي تابعة لهذا الحق المضمون في صحته وبطلانه ووجوده وانقضائه ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها . وهي حقوق عينية لأنها ترد على عين أو أعيان معينة وتعطي لصاحبها سلطة مباشرة عليها ، حيث أنها تخول للدائن سلطة تتبع الشيء الضامن الذي ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا الشيء وذلك بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة¹ .

وهذه الحقوق وظيفتها تأمين أصحابها ضد مخاطر إفسار المدين وتجنبهم مزاحمة الدائنين العاديين أو الدائنين التاليين لهم في المرتبة ، وما قد يتعرضون له من اقتسام أموال المدين قسمة غراما أي بنسبة دين كل منهم² .

وتتنوع هذه الحقوق ، بحسب مصدرها الى عدة أنواع وهي ، حق الرهن وهو يتقرر بمقتضى عقد ، وحق الاختصاص ، وهو يتقرر بحكم القضاء ، وحق الامتياز ويتقرر بنص القانون.

أولا. حق الرهن . Droit d'hypothèque

الرهن حق عيني تبقي ينشأ إما بموجب عقد رسمي أو بموجب عقد رضائي بين الدائن والمدين بمقتضاه يلتزم الأول قبل الثاني بتقديم شيء ، سواء كان عقارا أو منقولا ، ضمانا للوفاء بما عليه من دين . والرهن نوعان رهن رسمي ينشأ بعد رسمي ، ورهن حيازي ينشأ بعقد رضائي.

01. الرهن الرسمي .

يقصد بالرهن الرسمي (عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار من أي يد يكون³) . وقد عرفت المادة 882 من التقنين المدني الجزائري الرهن الرسمي بأنه (عقد يكسب به الدائن حقا عينيا ، على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان) .

يتضح من خلال هذا التعريف بأن الرهن الرسمي لا ينشأ إلا بعقد رسمي يبرم بين الدائن والمدين ، فلا يكفي لإنشائه مجرد تراضي الدائن المرتهن والمدين الراهن ، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق رسميا أي يجب أن يتم في شكل عقد رسمي ، يحرره موظف مختص بتحرير العقود وفقا للإجراءات التي رسمها القانون ، وهو الموثق . وعلى ذلك فإن هذا العقد يعتبر من العقود الشكلية ، ولا يرد الرهن الرسمي إلا على عقار¹ (أرض ، منزل) ، فلا يجوز أن يرد على منقول. ولكن قد ترد على هذا الأصل استثناءات تقتضيها الطبيعة الخاصة لبعض كالمقولات كالسفن والطائرات والمحل التجاري² .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حيين منصور . مرجع سابق . ص 132.

² الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع ساق . ص . 471.

³ الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 195.

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع ساق . ص . 472.

تعرف المادة 1/683 من التقنين المدني الجزائري العقار بأنه (كل شيء مستقر بحيزة وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول)

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 78.

وقد أشارت المادة 892 من التقنين المدني الجزائري الى عدم قابلية الرهن الرسمي للتجزئة فنصت بأن (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك) . فلو رهن شخص قطعة أرض مملوكة له ضمانا لوفاء دين عليه قيمته مليون دينار ، ثم باع نصف تلك القطعة ، فإن النصف المتبقي من الأرض المرهونة يضمن الوفاء بالمليون كله ، كما أن النصف المباع يضمن بدوره الوفاء بالمليون كله . والأمر نفسه لو أن المدين سدد نصف الدين (خمسمائة ألف دينار) بعد الرهن فإن الأرض المرهونة كلها تظل ضامن للوفاء بالنصف المتبقي من الدين (خمسمائة ألف دينار) ولا يجوز للمدين الراهن الذي سدد نصف الدين أن يدعي أن نصف الأرض المرهونة فقط يضمن نصف الدين الآخر¹ .

ولا يشترط أن يكون هذا العقار مملوكا للمدين نفسه ، فقد يكون مملوكا لغير المدين ، ويقبل هذا الأخير رهن العقار المملوك له ويسمي الشخص الذي قدم التأمين ، لضمان دين المدين بالكفيل العيني . وهذا ما نصت المادة 884 من التقنين المدني الجزائري بأنه (يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين . وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه) .

ويشترط في الرهن الرسمي ، أن يكون الراهن مالكا للعقار ، وأن يكون الراهن أهلا للتصرف فيه ، أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه ، وبيعه بالمزاد العلني . أن يكون معيننا بالذات تعيينا دقيقا ، من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته ، أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان العقد باطلا . المادة 886 من التقنين المدني الجزائري .

وتجدر الإشارة الى أن الرهن الرسمي ، لا يترتب عنه نقل حيازة العقار المرهون الى الدائن المرتهن ، بل إن الراهن يحتفظ بهذه العين في يده ، ويباشر عليها كافة السلطات باعتباره مالكا ، فله أن يستعملها ويستغلها ويتصرف فيها² . وبمقتضى الرهن الرسمي يستطيع الدائن المرتهن ، أن يتتبع العقار المرهون في أي يد نقل إليها العقار لينفذ عليه ويأخذ حقه بالأفضلية أو بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من ثمن هذا العقار¹ . ويكون له أيضا حق التقدم على الدائنين العاديين وغيرهم ، بحسب مرتبة كل منهم ، وتاريخ قيد الرهن المادة 907 من التقنين المدني الجزائري . وإذا تزامن دائن عادي مع دائن مرتهن ، فضل الأخير على الأول المادة 908 من التقنين المدني الجزائري .

ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضي به الدين . وفقا لأحكام المادة 933 من التقنين المدني الجزائري ، وإذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني ، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه الى

¹ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 159 .

² انظر أحكام المادة 894 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه (يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن) . ولكن يجب أن نفهم أن المقصود بالتصرف هنا هو التصرف القانوني وليس التصرف المادي ذلك أن المدين الراهن إذا تصرف في العقار المرهون تصرفا ماديا كقطع أشجار الحديقة المرهونة أو هدم العقار المرهون ، يعتبر مخلا بالتزامه بضمان سلامة الشيء المرهون . انظر المادة 898 من التقنين المدني الجزائري . والتي تنص على أنه (يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن)

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 473 .

الدائنين المقيددين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . المادة 936 من التقنين المدني الجزائري .

02. الرهن الحيازي . Nantissement

يقصد بالرهن الحيازي (احتباس مال في يد الدائن المرتهن أو يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين ، أي ينتقل المال المرهون الى حيازة الدائن المرتهن أو الى يد شخص ثالث يسمى عدلا ، عقارا كان المرهون أم منقولاً¹) .

أما المادة 948 من التقنين المدني الجزائري فقد عرفت الرهن الحيازي بأنه (عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى أن يستوفي الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون) .

يتضح من خلال هذا التعريف بأن الرهن الحيازي ، يمكن أن يرد على العقار أو المنقول² بخلاف الرهن الرسمي ، الذي لا يرد إلا على العقار وهو عقد رضائي ، لا يستوجب فيه الشكلية المطلوبة في الرهن الرسمي .

يشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي في أن كلا منهما من التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد . لكن عقد الرهن الحيازي لا يشترط فيه القانون الرسمية المطلوبة في عقد الرهن الرسمي . ولذلك فهو عقد رضائي ، كما أن عقد الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين بخلاف الرهن الرسمي الذي هو عقد ملزم لجانب واحد ، لا يرتب التزامات إلا في جانب المدين الراهن³ .

يتفق حق الرهن الرسمي مع حق الرهن الحيازي في أن كلا من الحقين هو حق عيني تبقي غير قابل للتجزئة⁴ ، ولكن يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في أنه يستلزم نقل الحيازة الى الدائن المرتهن ، كما أن الرهن الحيازي يمكن أن يرد على منقول كما يمكن أن يرد على عقار وذلك بخلاف الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار من حيث الأصل . كما أن الرهن الحيازي يخول للدائن المرتهن سلطات أوسع من سلطات الدائن المرتهن رهنا رسميا¹ .

يشترط في الرهن الحيازي أن تنتقل حيازة الشيء من المدين الى الراهن أو الى شخص آخر يعينه المتعاقدان . وإذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، وجب عليه بذل جهده في حفظه وصيانته ، من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ، ما لم يثبت أن هلاك الشيء يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه . المادة 955 من التقنين المدني الجزائري .

ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون المادة 964 من التقنين المدني الجزائري . وينقضي كذلك بتنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن الحيازي سواء صراحة أو ضمنا وينقضي

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 242 .

² تنص المادة 949 من التقنين المدني الجزائري على أنه (لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار) .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 133 .

⁴ تنص المادة 950 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و 893 و 892 المتعلقة بالرهن الرسمي) .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 80 .

الرهن بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون. وينقضي أيضا الرهن الحيازي باجتماع حق الملكية والرهن الحيازي في يد شخص واحد . وأخيرا ينقضي الرهن الحيازي بهلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون . المادة 964 من التقنين المدني الجزائري .

وإذا كان الرهن الحيازي يتفق مع الرهن الرسمي في أنه يخول الدائن المرتهن حق التتبع وحق الأفضلية ، إلا أنه يفترق عنه في أمرين هما . الأول . أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول بعكس الرهن الرسمي فهو لا يرد إلا على العقار . ثانيا . أن الرهن الحيازي يتطلب انتقال حيازة الشيء المرهون من المدين الى الدائن أو الى شخص آخر يتفقان عليه ، في حين أنه في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للمدين¹ .

ثانيا . حق التخصيص . Le droit d'affectation

لم يعرف المشرع حق التخصيص ، كما فعل بالنسبة للرهن الرسمي والرهن الحيازي . ومع ذلك يمكن من استقراء الأحكام الواردة في هذا الخصوص أن نستنتج هذا التعريف (فحق التخصيص هو حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين ، بمقتضي حكم واجب التنفيذ صادرا بالزام المدين بالدين ، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون²) ، ولا يتقرر هذا الحق ، إلا بموجب حكم قضائي صادر عن رئيس محكمة الدرجة الأولى التي يقع في دائرة اختصاصها العقار محل التخصيص بناء على عريضة مقدمة من طالب التخصيص³ . ويجب أن يؤخذ التخصيص قبل وفاة المدين⁴ ، وهذا الحق لا يتقرر إلا على العقارات دون المنقولات ، وعلى الدائن الذي يريد الحصول على حق التخصيص أن يقدم عريضة الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار محل التخصيص ويجب أن تكون العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ومستوفية للبيانات التالية . اسم الدائن ولقبه ، ومهنته وموطنه الأصلي ، والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة ، اسم المدين ولقبه ومهنته ، وموطنه ، تاريخ الحكم ، وبيان المحكمة التي أصدرته ، مقدار الدين ، فإن كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار ، تولي رئيس المحكمة تقديره ، مؤقتا وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق التخصيص . تعيين العقار المذكور في الحكم تعيينا دقيقا ، وبيان موقعه ، مع تقديم الأوراق الدالة على قيمته . المادة 941 من التقنين المدني الجزائري .

من خصائص حق التخصيص ، أنه حق عيني عقاري ، فهو حق عيني لأنه يكسب صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين مملوك للغير ، وليس حقا شخصيا يتمثل في رابطة بين الدائن وصاحب التخصيص والمدين . وهو حق عقاري لأنه لا يرد إلا على عقار ولا يرد على منقول . وحق التخصيص لا يقبل التجزئة . ويختلف حق التخصيص عن حق الرهن الرسمي ، بالنسبة الى مصدره . فحق التخصيص ينشأ بموجب حكم قضائي . أما الرهن الرسمي فينشأ بناء على اتفاق بين المدين الراهن والدائن المرتهن .

¹ . الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 196 .

² . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 133 .

³ . تنص المادة 941 من التقنين المدني الجزائري على أنه (على الدائن الذي يريد أخذ تخصيص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها العقارات التي يرد التخصيص بها) . وتنص المادة 937 من نفس التقنين على أنه (يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين ، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينة ضمنا لأصل الدين والمصاريف) .

⁴ . تنص المادة 937 / 02 من التقنين المدني الجزائري على أنه (.... ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة) . والتركة يحكمها مبدأ "لا تركة إلا بعد سداد الديون" والقصد من ذلك الحظر هو تحقيق المساواة بين دائني التركة .

ثالثا . حقوق الامتياز . Droit de privilèges .

يمكن تعريف حق الامتياز بأنه حق عيني تبعي ، وهو (أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضي نص في القانون¹) أو أنه (حق عيني تبعي يتقرر بنص القانون على جميع أموال المدين أو على عقار أو منقول معين منها ، ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته وطبيعته ، ويخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال متقدما على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة²) .

أما المادة 982 من التقنين المدني الجزائري فقد عرفت حقوق الامتياز بأنها ، (أولوية يقررها القانون لدين معين ، مراعاة منه لصفته ، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضي نص قانوني) ، يتضح من خلال هذا النص أن بعض الحقوق تحتاج الى رعاية خاصة ، فيقرر القانون وجوب الوفاء بها قبل غيرها مثلا الامتياز المقرر لأجور العمال ، والامتياز المقرر لدين النفقة ، والامتياز المقرر للخزينة العامة للدولة .

ويلاحظ على هذا التعريف أولا . أن المشرع قد عرف الامتياز بأنه أولوية وعلى ذلك فجوهر الامتياز هو الأفضلية التي يهيئها للدائن . وثانيا ، فقد أوضح التعريف بأنها أولوية يقررها القانون وبذلك فقد حدد المشرع أن القانون هو مصدر حقوق الامتياز ، وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية الأخرى . وثالثا ، قرر المشرع أن هذه الأولوية التي يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينة في الدين المضمون ومصدره³ .

كما أن المشرع لم يذكر في هذا التعريف بأن حق الامتياز حق عيني على خلاف ما فعله بالنسبة للرهن الرسمي . وحق التخصيص ، والرهن الحيازي . كما أن المشرع لم يذكر في هذا التعريف ، حق التتبع ، وذلك لأن من بين حقوق الامتياز ما لا يعطى صاحبه حق التتبع ، وهذه هي حقوق الامتياز العامة . وأخيرا لم يشر التعريف الى محل الامتياز ، وذلك لأن من حقوق الامتياز ما يقع على جميع أموال المدين بدون تخصيص ومنها ما يقع على منقول معين أو عقار معين⁴ .

من خصائص حق الامتياز أنه حق لا يتقرر ولا ينشأ إلا بنص في القانون . والقانون هو المصدر المباشر له ، فلا امتياز بغير نص قانوني . وهو في هذا يختلف عن الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي الذي ينشأ بموجب عقد . وأنه حق لا يقبل التجزئة . فكل جزء من المال محل حق الامتياز ضامن للدين كاملا ، وكل جزء من الدين مضمون بالمال محل حق الامتياز كاملا ، فحق الامتياز يبقى قائما على المال المثقل به كاملا طالما بقي الدين كله أو جزء منه ، فلا ينقضي بالانقضاء الجزئي للدين وإنما ينقضي بانقضاء الدين كاملا ، وبعبارة أخرى إن المال محل الامتياز يظل ضامنا للوفاء بالدين المضمون كله أو جزء منه ، ومن ثم فإن الوفاء الجزئي بقسم من الدين لا يؤدي الى انقضاء حق الامتياز بل يبقى طالما بقي جزءا من الدين لأنه حق غير قابل للتجزئة¹ .

¹ الدكتور عصام أنور سليم . مرجع سابق . ص . 64 .

² الدكتور عبد المنعم فرج الصدة . أصول القانون . منشأة المعارف . الاسكندرية . 1994 . ص . 347 . أشار إليه الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 369 . هامش رقم 02 .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 134 .

⁴ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 477 .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 372 .

يتفق حق الامتياز مع كل من حق الرهن بنوعيه وحق التخصيص في اعتباره حقا عينيا تبعا ينشأ ضمنا للوفاء بحق الدائن . ويتفق حق الامتياز أيضا مع الحقوق العينية الثلاثة الأخرى في أنه لا يقبل التجزئة .

وتنقسم حقوق الامتياز ، من حيث الأموال التي ترد عليها ، الى نوعين حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة¹ .

01. حقوق الامتياز العامة والخاصة الواقعة على منقول . Les privilèges généraux et les privilèges spéciaux mobiliers

أ. حقوق الامتياز العامة الواقعة على منقول .

ترد هذه الحقوق على جميع أموال المدين ، عقارات كانت أم منقولات . وقد حددتها المادة 993 من التقنين المدني الجزائري بقولها (يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . المبالغ المستحقة للخدم ، والكتب ، والعمال ، وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الأثني عشر شهرا الأخيرة . المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ، ولمن يعوله من مأكّل وملبس في الستة أشهر الأخيرة . النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة . وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العامة ، ومصاريف الحفظ) . وتضيف المادة 994 من نفس التقنين (المبالغ المترتبة على البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المترتبة على أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرقت في إنتاجه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر . وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات) . امتياز مؤجر العقار إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد عن سنتين ويشمل ذلك المنقولات المملوكة للمستأجر في العين المؤجرة والمحاصيل الزراعية ولو كانت مملوكة لزوجته باستثناء المنقولات المسروقة أو الضائعة . امتياز صاحب الفندق في الأجرة ولو كانت غير مملوكة له باستثناء حالتي السرقة والضياع المادة 995 من التقنين المدني الجزائري .

وتجدر الإشارة الى أن حقوق الامتياز العامة ، من حيث المبدأ ، لا تخول أصحابها سلطة للتنبع كما أنه لا يلزم شهرها ولو كانت واردة على عقارات¹ ، بل تخولهم حق الأولوية فقط على جميع الدائنين الآخرين في استيفاء حقوقهم من الأموال الموجودة عند المدين وقت التنفيذ² .

ب. حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول .

تخول حقوق الامتياز الخاصة أصحابها ، ميزة التقدم على غيرهم من الدائنين ، وفقا لمرتبتهم وميزة التنبع ، بحيث يمكنهم تتبع الأموال التي يقع عليها الامتياز واستيفاء حقوقهم من ثمنها في أي يد

¹ . لقد أشارت المادة 984 من التقنين المدني الجزائري الى هذا التقسيم فنصت على أنه (ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين)

¹ . الدكتور حسام الدين كامل الاهواني . المدخل للعلوم القانونية . الجزء الثاني . مقدمة القانون المدني التأمينات العينية . 1998/1999 . ص . 733 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 180 . هامش رقم 436 .

² . وهو ما يتضح من خلال أحكام المادة 02/990 والمادة 02/991 من التقنين المدني الجزائري . وقد نصت المادة 986 من التقنين المدني على أن (..... غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التنبع) . ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المدين في أحد أمواله ، فلا يستطيع الدائن التنفيذ على هذا المال .

تكون¹ . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، حق امتياز المؤجر على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة ، ضمانا للوفاء بالأجرة للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار² .

02. حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار.

وردت هذه الحقوق في أحكام المواد من 999 الى 1001 من التقنين المدني الجزائري على النحو التالي . لبائع العقار حق امتياز على ثمن العقار المبيع ، بشرط أن يقيد في ظرف شهرين من تاريخ البيع . امتياز المبالغ المستحقة للمهندسين أو المقولين عن أعمال البناء والترميم والصيانة ، ويجب أن يقيد الامتياز ، وتكون مرتبته من تاريخ القيد . للشركاء في الشركة حق الامتياز في حال قسمة العقار ويجب أن يقيد الامتياز ، وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع للعقار على الثمن .

المطلب الثاني

الحقوق الشخصية

Droits personnels

الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية ، هي التي تكون الطائفة الثانية من الحقوق المالية ذلك أن محلها قابل للتقويم بالنقود ، ويعرف الحق الشخصي ، بأنه (استثنائا يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين³) ، والاستثنائ في هذه الحالة لا ينصب على شيء معين كما هو الشأن بالنسبة للحق العيني ولكنه استثنائ بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة ، وإنما يستطيع ذلك عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين⁴ . أو أنه (رابطة بين شخصين يسمي أحدهما بالدائن والآخر بالمدين وبمقتضى هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بأداء مالي معين⁵) . وهذا الأداء قد يكون بإعطاء شيء كنقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني تبقي عليه كالرهن ، وإما أن يكون بالقيام بعمل كالترام مقاول ببناء منزل ، وإما بالامتناع عن عمل كالترام بائع المحل التجاري بالامتناع عن مزاوله نفس النشاط التجاري في المكان الكائن فيه المتجر المبيع أو حق المشتري في إلزام البائع بعدم منافسته¹ .

وقد ينظر الى الحق الشخصي من جانب الدائن (صاحب الحق) ويسمي بحق الدائنية ، أي ما للدائن من حق قبل المدين . وقد ينظر الى الحق الشخصي من جانب المدين ، ويسمي هنا بالالتزام ، أي التزام المدين بأداء معين قبل الدائن . وعلى ذلك فالحق الشخصي أو حق الدائنية droit de créance يقابله التزام المدين فهما وجهان لعملة واحدة² .

ويظهر الحق الشخصي في ذمة الدائن كعنصر ايجابي ، ويقابله التزام يظهر في ذمة المدين كعنصر سلبي ، ومن ثم تجتمع في الحق الشخصي عناصر ثلاثة هي ، صاحب الحق وهو المدين ، ومن عليه الحق وهو الدائن ، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين³ .

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 243. الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 180.

² راجع أحكام المادة 1/995 . المادة 1/996 . المادة 1/997 من التقنين المدني الجزائري .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 136.

⁴ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 83.

⁵ الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 199.

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 139.

² الدكتور يحي قاسم على . مرجع سابق . ص . 236.

³ الدكتور يحي قاسم على . مرجع سابق . ص . 236.

أولا . طرفا الحق الشخصي . يستلزم قيام الحق الشخصي وجود علاقة بين شخصين . الشخص الأول صاحب الحق ، أي الشخص الذي تقرر له الحق والذي يملك سلطة اقتضاء أداء مالي معين ويسمى الدائن *le créancier* أما الشخص الثاني ، فهو من يقع عليه الالتزام بالخضوع لذلك الأداء إزاء الدائن ويسمى المدين أو الملتزم *le débiteur* . مثال ذلك عقد بيع سيارة . من ناحية يكون البائع ملتزما (مدينا) بنقل ملكية السيارة الى المشتري صاحب الحق (الدائن) . ومن ناحية أخرى ، يكون المشتري ملتزما (مدينا) بدفع الثمن الى البائع صاحب الحق (الدائن) .

ثانيا . محل الحق . يتغير محل الحق الشخصي ، بتعدد صور الأداء التي يلتزم بها الملتزم (المدين) أو يختلف الحق الشخصي بحسب العمل الذي يجب على المدين أن يقوم به . فقد يكون هذا الأداء أو العمل ايجابيا ، وقد يكون سلبيا .

أما العمل الايجابي وهو ما يسمى ، بالالتزام بالقيام بعمل *obligation de faire* ، وهو الالتزام المتعلق بنشاط ايجابي أو أداء معين يقوم به المدين لمصلحة الدائن أو أداء خدمة معينة له ، ويطلق عليه **الالتزام الايجابي** ، مثال ذلك التزام عامل بالعمل لدى شخص معين ، بمقتضي عقد عمل ، أو التزام المقاول ببناء منزل ، لشخص معين بمقتضي عقد مقولة . والتزام الممثل بالتمثيل في رواية معينة بمقتضي اتفاق يبرم بينه وبين مدير المسرح ، التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض . فكل هذه الأعمال تعتبر أعمالا ايجابية .

أما العمل السلبي ، فهو يسمى بالالتزام بالامتناع عن القيام بعمل *obligation de ne pas faire* . وهو الالتزام الذي يكون مضمونه عدم إتيان المدين لعمل معين يملك القيام به قانونا¹ . ويطلق عليه **الالتزام السلبي** . ففي هذه الحالة يلتزم المدين التزاما سلبيا ، وبمقتضي هذا الالتزام ، يمتنع عليه القيام بفعل شيء معين كان له أن يقوم به قانونا ، لولا التزامه بالامتناع عن القيام به ، مثال ذلك التزام بائع المحل التجاري قبل مشتريه ، بعدم منافسته له عن طريق فتح محل تجاري من نفس نوع النشاط في الحي طوال مدة معلومة ، (الالتزام بعدم المنافسة) ، التزام الممثل عدم التمثيل إلا في الأفلام التي تنتجها الشركة التي تعاقد معها طوال مدة العقد. التزام عامل بعدم إفشاء أسرار مهنية تتعلق بالعمل الذي يقوم به لصالح رب العمل¹ .

والجدير بالذكر أن الحقوق الشخصية تتنوع وتتعدد صورها ، وذلك على خلاف الحقوق العينية التي حددها القانون على سبيل الحصر ، كما أنه نظم أحكام كل منها ، بينما لم يفعل ذلك بالنسبة للحقوق الشخصية ، واكتفي في شأنها ببيان مصادرها . وعلى هذا الأساس فإن للأفراد حرية في إنشاء الحقوق الشخصية بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة² .

المطلب الثالث

التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 84 .

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 243 .

² الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 483 .

تنص المادة 93 من التقنين المدني الجزائري على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا) .

سبق وأن رأينا ، أن الحق العيني هو استثناء بشيء معين يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تمكنه من الحصول مباشرة على المزايا التي يخولها هذا الحق ، أما الحق الشخصي فإنه استثناء غير مباشر بأداء معين يتقرر لشخص في مواجهة شخص آخر يمكنه من مطالبة هذا الشخص وهو المدين ، بالقيام بالأداء الذي التزم به . وكما هو واضح فإن التفرقة بين الحقين تعتبر تفرقة جوهرية وأساسية ، ويترتب عليها نتائج متعددة كما سنرى ، وقد بقيت هذه التفرقة بينهما قائمة ، رغم المحاولات التي بذلت من جانب الفقه لإزالتها ، سواء منهم من أراد تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، أو من أراد العكس ، بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، ويبقى الفرق الجوهرى بينهما متمثلاً في أن الحق العيني يوجد فيه عنصرين ، شخص صاحب الحق ، وشيء هو محل الحق بينما في الحق الشخصي يوجد ثلاثة عناصر . طرف إيجابي هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبي هو المدين وهو المحمل قبله بالالتزام ، ومحل هو العمل أو الامتناع الملتزم به الطرف السلبي ويترتب على هذا الفرق الجوهرى نتائج في غاية الأهمية¹ .

تتميز الحقوق العينية بأنها واردة على سبيل الحصر ، بينما الحقوق الشخصية فهي متعددة ومتنوعة . وينشئ الأفراد منها ما شأوا في حدود النظام العام والآداب العامة ، وكل ما فعله المشرع بصدها ، أنه حدد مصادرها ، ونظم أحكامها بوجه عام² .

الحق العيني يتركز في شيء معين بالذات ، إذ أنه يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء أما الحق الشخصي فمحل عمل المدين أو امتناعه عنه ، ولذلك لا يصل الدائن الى حقه إلا عن طريق تدخل المدين وتنفيذه التزامه³ .

يخول الحق العيني لصاحبه مزية التقدم "الأفضلية" وكذلك ميزة أو حق التتبع ، وهذا بخلاف الحق الشخصي الذي لا يخول صاحبه شيئاً من ذلك⁴ . وتحقق الأفضلية على الحق العيني أصلياً كان أو تبعياً ، بثبوت الأولوية لصاحبه على من يزاحمه في الإفادة من الشيء . ويبرز هذا بالنسبة لأصحاب الحقوق العينية التبعية في تزاحمهم مع غيرهم من الدائنين العاديين ، بحيث يتقدم صاحب الحق العيني التبعي على بقية الدائنين العاديين . والدائنين التاليين في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للشيء محل الحق العيني التبعي ، دون مراعاة لما إذا كان يبقى من هذا المقابل بعد ذلك لما يفي بديون الآخرين كلها أو بعضها ، أو لا يبقى منه شيء البتة . أما بالنسبة للدائن العادي ، صاحب الحق الشخصي ، فإنه لا يتمتع بأي أفضلية عن الدائن اللاحق ، وإنما الكل يتزاحم على ثمن بيع أموال المدين ، بما يتضمنه ذلك من خطر عدم استيفائهم لحقهم كاملاً ، إذا كانت قيمة الأموال المباعة ، لا تكفي لسداد كل ديونهم¹ .

أما حق التتبع ، فإنه يثبت لصاحبه الحق العيني أصلياً كان أو تبعياً بحيث يكون لصاحبه أن يتتبع الشيء محل الحق العيني في أي يد تكون ، في يد الحائز أو السارق . بينما صاحب الحق الشخصي لا يستطيع تتبع الشيء إذا ما خرج من يد المدين لأن حقه لا يرد على شيء معين من أموال المدين وإنما له حق في الضمان العام المتعلق بكل أموال المدين عند التنفيذ ولذلك إعطاء حق التتبع للدائن العادي صاحب الحق الشخصي غير متصور لأن ذلك سيؤدي الى شلل المعاملات والتجارة بصفة عامة ، حيث أن أموال المدين التي كانت موجودة في ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستتجمد بين يديه نتيجة استعمال

¹ . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حيين منصور . مرجع سابق . ص . 139 .

² . الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 249 .

³ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 496 .

⁴ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 140 . الدكتور . يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 249 .

¹ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 497 .

حق التتبع . وهذا يؤدي بطبيعة الحال الى نزع كل ثقة وائتمان عن المدين وبالتالي حرمانه من حريته في التصرف بل ومن أهليته¹.

الحق العيني يقبل الحيازة ، أي وضع اليد. أما الحق الشخصي ، فلا يقبل الحيازة ، لأن موضوع الحق الشخصي هو أمر معنوي . فهو عمل أو الامتناع عن عمل ، فلا يتصور حيازتها وبالتالي اكتسابها بالتقادم . أما الحق العيني يمكن اكتسابه بالحيازة أو التقادم² .

المبحث الثالث

الحقوق الذهنية

Les droits intellectuels

لقد سبق القول بأن تقسيم الحقوق الى حقوق مالية وحقوق غير مالية ، يعتبر تقسيما غير قاطع وغير حاسم ، بحيث أن هناك من الحقوق ما يوجد على الحدود بين الطائفتين . فقد أدى التطور في المجالات المختلفة ، وخاصة في مجال العلوم والآداب والفنون ، الى ظهور طائفة جديدة من الحقوق لها طبيعة مختلفة عن الحقوق العينية والحقوق الشخصية . هذه الطائفة الجديدة هي طائفة الحقوق الذهنية أو حقوق الملكية الفكرية . وهذه الحقوق ترد على أشياء معنوية غير محسوسة ، من نتائج الفكر وثمره الخاطر والقريحة ، كالمؤلفات العلمية والأدبية والموسيقية والمبتكرات والنماذج الصناعية والتجارية . هذه الحقوق تخول لصاحبها الاستئثار بنتاجه الذهني أو الفكري ، أي كان نوعه ، بحيث ينتسب إليه ما أنتجه كالإنتاج الفني ، من لحن ، وتصوير ، ورسم ، ونحت ، وكذلك براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والعلامات التجارية ، كما أن هذه الحقوق تخول لصاحبها استغلال ما أنتجه استغلالا ماليا¹ .

وعلى هذا الأساس ، يظهر الجانبان للحق الذهني ، الجانب المعنوي ، وهو حق الشخص في أن ينسب إليه ما أنتجه من الناحية الذهنية باعتبارها امتدادا لشخصيته ، والجانب المالي وهو حقه في استغلال ما أنتجه استغلالا ماليا .

يمكن تعريف الحقوق الذهنية بأنها (اختصاص الشخص بالاستئثار فيما ينسب إليه من إنتاج ذهني سواء كان هذا الإنتاج أدبيا أم فنيا أم براءة اختراع . ويقال لهذا الإنتاج الفكري أو الذهني في الاصطلاح "المصنف"²) . ترد هذه الحقوق على أشياء غير مادية ، أي أشياء غير ملموسة ، هذه الأشياء هي نتاج الذهن والفكر³ .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 97 .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 140 .

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 499 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 140 .

³ مصدر هذه الحقوق الدستور الجزائري الذي نص في مادته 38 على أن حرية الابتكار الفكري العلمي مضمونة للمواطن ، حقوق المؤلف يحميها القانون ، لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى ، من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي . ومصدر حقوق الملكية الفكرية أيضا القانون ، إذ تنص المادة 687 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تنظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية) . وقد نظم القانون الحقوق الذهنية بنصوص متعددة أهمها . الأمر رقم 26/73 . المؤرخ في 1973/06/05 . المتضمن انضمام الجزائر الى الاتفاقية العالمية الخاصة بحق التأليف لسنة 1952 والمراجعة في باريس في

تنقسم الحقوق الذهنية الى قسمين ، القسم الأول . الملكية الأدبية أو الفنية ، ومن أبرزها حقوق المؤلف Droits d'auteur ، كتأليف كتاب علمي أو أدبي . القسم الثاني الملكية الصناعية ، وهي التي ترد على قيم تجارية معنوية ، تدخل في العناصر المعنوية للمحل التجاري ، مثل براءة الاختراع Brevet d'invention . العلامة التجارية والصناعية Maque de commerce et fabrique . الاسم التجاري Nom de commerce . وهذه الأخيرة يحكمها أساسا القانون التجاري .

وسنقتصر في دراستنا هذه على حق المؤلف الذي يقصد به (مجموعة المزايا الأدبية والمالية التي تثبت للعالم أو الكاتب أو الفنان على مصنفه¹) ، وذلك لأن دراسة حق المؤلف هي التي تدخل في نطاق القانون المدني الذي تعتبر نظرية الحق مقدمة له . وعليه سنقسم هذا المبحث الى خمسة مطالب نتناول في المطلب الأول المقصود من المؤلف . وندرس في المطلب الثاني المقصود من المصنف . ونخصص المطلب الثالث للطبيعة القانونية لحق المؤلف . وندرس في المطلب الرابع آثار التفرقة بين الحق الأدبي أو المعنوي والحق المالي . أما المطلب الخامس فنخصصه للحماية القانونية لحق المؤلف .

المطلب الأول

المؤلف².

Auteur

المؤلف هو (كل من ينتج إنتاجا ذهنيا أيا كان نوعه وأيا كانت أهميته أو الغرض منه " طالما كان على قدر من الابتكار"¹). وقد عرفت المادة 12 من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه (يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه . يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر) . أما المادة 13 من ذات الأمر المتالف ذكره فتتص على أنه (يعتبر مالك حقوق المؤلف ، ما لم يثبت خلاف ذلك ، الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصرح بالمصنف باسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور ، أو يقدم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المنصوص عليها في المادة 131 من هذا الأمر.....)

يتضح من النصوص السابقة بأن الحق الذهني ينشأ للشخص من مجرد الابتكار. وأن هذا الابتكار ينسب للمؤلف ، أي الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه ، أيا كانت الطريقة التي يتم بها

¹ 1971/07/24 . الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 05/03/2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة . الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 06/03/2003 المتعلق بالعلامات التجارية . الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 07/03/2003 المتعلق ببراءة الاختراع . الأمر رقم 08/03 المؤرخ في 08/03/2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة .

² الدكتور عبد المنعم فرج الصدة . أصول القانون . منشأة المعارف . الاسكندرية . 1994 . ص . 207 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 230 . هامش رقم 585 .

³ إن وصف مصطلح المؤلف يعد في الدول اللاتينية "مسألة واقع" أي أنه لا يمنح هذا الوصف إلا إذا تحققت واقعة معينة وهي الابتكار Création للعمل الذهني وبالتالي فلا يمكن في هذه الدول منح هذا الوصف لغير من قام بالعمل الذهني ولا تنتقل هذه الصفة الى غيره . أما في الدول الأنجلوسكسونية وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية فإن وصف المؤلف يقوم على افتراض قانوني . Fiction juridique ، مؤداه أن صفة المؤلف تمنح لأشخاص محددين ولو لم يكونوا هم من قاموا بابتكار العمل ذاته ، فمسألة تحديد من هو المؤلف في هذه الدول هي مسألة قانون . فالمؤلف ليس فقط من ابتكر العمل الذهني وإنما قد تتوافر هذه الصفة للناشر أو لرب العمل الذي يعمل لديه العامل المبتكر . أنظر . جمال محمود الكردي . حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد . دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع . الاسكندرية . ط . 3 . 2003 . ص . 17 . أشارت إليه الأستاذة زواني نادية . حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة . أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه . جامعة الجزائر 01 . كلية الحقوق . السنة الجامعية 2013/201 . ص . 25 .

⁴ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 143 .

ذلك ، فقد يكون بذكر اسمه علي المصنف ، أو يصرح به لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، إلا أن يقوم الدليل على عكس ذلك .

ويجب ألا نخلط هنا بين نشوء الحق وبين نسبة المصنف الى مؤلفه . فالحق يثبت لصاحبه بمجرد الابتكار ، وبالتالي يكون لصاحبه أن يدافع عن حقه ونسبة المصنف إليه . فإذا نشر المصنف تحت اسم غير صاحبه الحقيقي ، فإن لهذا الأخير أن يكشف عن حقيقة الأمر ويثبت أنه هو المؤلف الحقيقي¹ .

المطلب الثاني

المصنف Oeuvre

المصنف هو (إنتاج ذهني أيا كان مظهر التعبير عنه سواء ذلك بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الصوت أو الحركات أو بغير ذلك من وسائل التعبير²) . أو هو (إنتاج ذهني أفرغ في صورة مادية³) . وقد عرفته المادة الأولى من الأمر رقم 14/73 المؤرخ في 1973/03/04 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁴ . بأنه (كل إنتاج فكري ، مهما كان نوعه ونمطه وصورة تعبيره ومهما كانت قيمته ومقصده ، يخول صاحبه حقا يسمى حق المؤلف ...) . وطرق التعبير عن الإنتاج الفكري متعددة ومتنوعة ، فقد يكون التعبير بالكتابة أو القول أو الصوت أو الحركة أو غير ذلك من وسائل التعبير .

والمصنف قد يكون من عمل أو من إنتاج مؤلف واحد ، كما يمكن أن يكون المصنف مشتركا وقد يكون مصنفا جماعيا .

الفرع الأول

المصنف المشترك Œuvre de collaboration

المصنف المشترك ، هو الذي يسهم في إنتاج مادته أكثر من شخص¹ . أي يشترك فيه مجموعة من المؤلفين ، يسند إليهم جميعا الحق الذهني ، هذا الاشتراك قد يكون مختلطا على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك ، وقد يكون عكس ذلك ، بأن يمكن فصل دور كل مؤلف وتمييزه عن دور غيره من المشتركين . في الحالة الأولى يثبت لجميع من اشتركوا في تأليف المصنف الحق الأدبي أو الفني بالتساوي فيما بينهم ، ما لم يتفق على غير ذلك . أما في الحالة الثانية يثبت لكل منهم

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 503.

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 104.

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 241.

⁴ . وبعده صدر الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسيين منصور . مرجع سابق . ص . 144.

استغلال الجزء الذي انفرد بوضعه على ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك¹.

وقد نصت المادة 04.03/15 من الأمر رقم 05/03 السالف ذكره ، على أنه (تعود حقوق المصنف الى جميع مؤلفيه ، وتمارس هذه الحقوق وفقا للشروط المتفق عليها فيما بينهم ، وإذا لم يتم الاتفاق ، تطبق الأحكام المتعلقة بحالة الشبوع ... لا يمكن أي مساهم في المصنف المشترك أن يعارض استغلال المصنف في الشكل المتفق عليه إلا بمبرر) .

الفرع الثاني

المصنف الجماعي Œuvre collective

المصنف الجماعي ، هو الذي يشترك في وضعه أو تأليفه مجموعة من المؤلفين ، بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حده² . وقد عرفت المادة 01/15 من الأمر رقم 05/03 السالف ذكره المصنف الجماعي بأنه (يكون المصنف مشتركاً إذا شارك في إبداعه أو إنجازه عدة مؤلفين) يتضح من هذا التعريف بأن المصنف الجماعي غالباً ما يكون تحت إشراف شخص طبيعي أو معنوي (مركز بحث ، دار نشر) يتولى توجيه الغرض الذي يصدره من نشره .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لحق المؤلف

اختلف الفقهاء في شأن تحديد وتكييف الطبيعة القانونية لحق المؤلف ، وانقسموا الى ثلاثة آراء **الرأي الأول** . يقول بأن حق المؤلف من قبيل الحقوق **العينية** ذلك أن الحق الذهني يعتبر نوعاً من الملكية على اعتبار أن هذا الحق يعطى لصاحبه سلطات معينة على شيء معنوي ، وهو نتاجه الذهني أو الفكري ، ولذلك سميت بالملكية الأدبية أو الفنية . والخلاف ينحصر بين الملكية العادية والملكية الأدبية في طبيعة الشيء الذي ترد عليه كل منهما . ففي الملكية العادية حق الملكية يرد على شيء مادي أما في الملكية الأدبية أو الفنية الحق يرد على الشيء غير مادي . لكن هذا الرأي كان محل انتقادات كثيرة ولعل أهمها أن اعتبار الحقوق الذهنية من قبيل الملكية يخرج الملكية عن معناها الفني التقليدي باعتبارها لا ترد إلا على الأشياء المادية¹ .

¹ الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 203 .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 144 .

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 509 .

الرأي الثاني . يذهب الى أن حق المؤلف هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ومرد ذلك عندهم الى أن الإنتاج الذهني للشخص يعتبر مرآة عاكسة لشخصته . وقد تم انتقاد هذا الرأي لإهماله للجانب المالي لحق المؤلف على أساس أن الحق المالي للمؤلف يخول صاحبه الاستئثار بثمرة مجهوده ونتاج ذهنه . وقد أعطى القانون للمؤلف وحده استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ولا يجوز ذلك لغيره دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه¹ .

الرأي الثالث "وهو الاتجاه الفقهي السائد الآن" ، يرى أن حق المؤلف ليس حق ملكية ، وإنما هو حق من نوع خاص ذو طبيعة مزدوجة وينطوي على جانبين . جانب معنوي أو أدبي ، وجانب مادي أو مالي وهذا ما تنصت عليه أحكام المادة 21 من الأمر رقم 05/03 السالف ذكره ، على أنه (يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه . تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها . تمارس الحقوق المادية من قبل المؤلف شخصيا أو من يمثله أو أي مالك آخر للحقوق بمفهوم هذا الأمر) . وهو ما سنتناوله فيما يلي .

الفرع الأول

الحق المعنوي

Le droit moral

يعتبر الحق الأدبي من أهم ما يميز حق المؤلف ، بل هذا الجانب هو الذي أعطى لحق المؤلف طابعه الخاص . والحق الأدبي يبرز الصلة الوثيقة بين الإنتاج الذهني وبين شخص مبدعه ومفكره أو بين المصنف وبين مؤلفه مما يجعل هذا الحق من الحقوق المتعلقة بالشخصية . وهذه الصلة هي التي تخول للمؤلف السلطات اللازمة لحماية شخصيته وتكفل احترام هذا المصنف . ويملك المؤلف الحق الأدبي على نتاج ذهنه وفكره ، ويخول صاحبه سلطات متعددة . وتتجلى هذه السلطات في اعتبار المؤلف وحده صاحب السلطات المطلقة في نشر مؤلفه أو عدم نشره ، واختيار الصورة التي ينشر بها مؤلفه ، فإذا أبرم عقدا مع دار نشر لإصدار مؤلف معين وانجز المؤلف ، ولكن رفض نشره لعدم تزامنه مع مستجدات الأحداث ، فلدار النشر مطالبة بتعويض الضرر دون إلزامه بنشر المصنف . وللمؤلف وحده السلطة الكاملة في تعديل مؤلفه وله الأمر التام في أن ينسب المؤلف إليه باسمه الشخصي أو باسم مستعار ، وهذا الحق لا يسقط بالتقادم . وهو حق مؤبد لا ينقضي بانقضاء مدة معينة ، بل يظل ثابتا للمؤلف طوال حياته وينتقل الى ورثته عند وفاته¹ ، وإن كان دور الورثة يقتصر على مجرد المحافظة على سمعة مورثهم العلمية أو الفنية أو الأدبية ، ورقابة استمرار نشر المصنف منسوبا الى مورثهم أي أن الورثة يعتبرون مجرد حراس على تراث مورثهم الفكري . وللمؤلف وحده سلطة سحب مصنفه بعد نشره حفاظا على سمعته العلمية أو عدم ملاءمته لضرورات ومقتضيات التطور والتقدم العلمي مثلا . ولما كان هذا الحق الأدبي لا يقوم بالمال ، امتنع التصرف فيه بالحجز عليه لأنه ليس عنصرا من عناصر الذمة المالية للشخص² .

الفرع الثاني

الحق المالي

Droit pécuniaire

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 148 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 142 .

² الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 204 .

هذا الحق يعبر عن الجانب المادي لحق المؤلف ، أي المصلحة المالية التي تخول لصاحبه استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال . ولذلك يكون للمؤلف على مصنفه جميع السلطات التي يتمكن بها من الاستفادة من مصنفه ماليا¹ . ولهذا يجوز التصرف في الحق المالي بالتنازل الى الغير بعوض أو بدون عوض ، حال حياته أو بعد وفاته عن طريق الوصية . ويشترط لتمام هذا التصرف أن يكون مكتوبا ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل بيان الحق المتصرف فيه ومداه والغرض منه ومدة استغلال ومكانه² . والجانب المالي لحق المؤلف يكون قابلا للانتقال الى الورثة بعد وفاة صاحبه بحيث يكون لهم وحدهم الحق في استغلاله ، بما في ذلك حق ترجمة المصنف وحق الترخيص في ترجمته³ .

وإذا كان الأصل أنه يجوز الحجز على الحقوق القابلة للتصرف فيها ، فإن الجانب المالي للحق المعنوي يخرج عن هذا الأصل ، إذ لا يجوز الحجز على هذا الجانب لوجود جانب معنوي أو أدبي لهذا الحق يتصل بشخصية صاحبه ، وهو غير قابل للتقادم . غير أنه إذا كان المصنف قد نشر ، فإنه يجوز الحجز على ما يكون موجودا من نسخ . حيث لا يرد الحجز في هذه الحالة على حق الاستغلال ، وإنما يرد على أشياء مادية هي النسخ التي تكون دون أو تمثل فيها المصنف . ولا يجوز الحجز على المصنف الذي يتوفي مؤلفه قبل نشره ، في جانبه المالي ، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه وافق على نشره قبل وفاته⁴

والحق المالي باعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمؤلف ينتقل بعد وفاته الى الورثة . وهذا الحق المالي على خلاف الحق الأدبي ليس مؤبدا ، بل هو حق مؤقت ينقضي بصفة عامة بمضي خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف ، وفي هذه الحالة لا يصبح استغلال المصنف ماليا قاصرا على أحد ، لأنه بفوات هذه المدة يعتبر المصنف جزءا من التراث الفكري للمجتمع البشري⁵ .

SAHLA MAHLA

المصدر الأول لطالب الجزائري



المطلب الرابع

آثار التفرقة بين الحق الأدبي أو المعنوي والحق المالي

ولاختلاف طبيعة كل من الحقين فإنه يترتب على ذلك عدة آثار وخصائص أهمها .
الحق الأدبي أو المعنوي - باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية - فإنه يتمتع التعامل فيه ، سواء بنقله أو التنازل عنه أو الحجز عليه ، فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف ، بينما الحق المالي يقبل التعامل فيه سواء بنقله أو التنازل عنه ، ويترتب على ذلك أن الحق الذهني يكون فيه للمؤلف الحق الأدبي أو المعنوي على المصنف ، بينما يمكن أن يكون للحق المالي صاحب آخر وهو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف¹ .

لا يسقط الحق الأدبي للمؤلف بالتقادم أو بعدم الاستعمال مهما طاللت المدة وهذا يختلف عن حق الاستغلال المالي إذ أنه موقوف بمدة معينة ينقضي بفواتها . وهي خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف المادة 54 من الأمر رقم 05/03 السالف ذكره . ثم يعتبر تراثا قوميا لا يجوز حجبته عن الأجيال .

¹ تنص المادة 23 من الأمر رقم 14/73 السالف ذكره على ما يلي (يتمتع المؤلف بحق استغلال إنتاجه دون غيره بمختلف الأشكال وأن يستفيد منه استفادة مالية ...)

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 376

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 143 .

⁴ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 377 .

⁵ الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 205 .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 149 .

وأخيرا ، يعتبر الحق المالي - باعتباره ذا صفة مالية محضة - عنصرا من عناصر الذمة المالية للمؤلف ، وينتقل بالوفاة للورثة ، أما بالنسبة للحق المعنوي فإنه مؤبد ، لا ينقضي بمضي مدة معينة ، بل يظل ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بعد وفاته¹ .

المطلب الخامس

الحماية القانونية لحق المؤلف

يحظى حق المؤلف بحماية قانونية طيلة حياة المؤلف ولفائدة ذوى حقوقه (الورثة) طيلة 50 سنة . والى جانب الحماية التي تتولاها الهيئات والتنظيمات الدولية² والوطنية مثل (الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة) ، فقد بسط القانون على حقوق المؤلف حماية جنائية وحماية مدنية .

الفرع الأول

SAHLA MAHLA

الحماية الجنائية

لقد اعتبرت المادة 151 من الأمر رقم 05/03 الاعتداء على حق المؤلف جنحة التقليد Contrefaçon . معاقب عليها بموجب أحكام المادة 153 من نفس الأمر ، والتي تنص على أنه (يعاقب مرتكب جنحة تقليد مصنف أو أداء كما هو منصوص عليه في المادتين 151 و 152 أعلاه بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات ، وبغرامة من خمسمائة ألف الى مليون دينار ، سواء كان النشر قد حصل في الجزائر أو في الخارج) .

ويعتبر الاعتداء على حق المؤلف جريمة إذا اتخذ إحدى الصور الآتية . الكشف غير المشروع للمصنف ، أو المساس بسلامة مصنف أو أداء لفنان أو عازف . استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة . استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء . بيع نسخ مقلدة لمصنف أو أداء . تأجير نسخ مقلدة لمصنف أو أداء أو وضعها رهن التداول .

بالإضافة الى ذلك فإنه تطبيقا لأحكام المادة 158 من الأمر 05/03 السالف ذكره ، يمكن للجهة القضائية المختصة بناء على طلب من الطرف المدني ، أن تأمر بنشر أحكام الإدانة كاملة في الصحف

¹ . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 149 .

² . الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن على الصعيد الدولي كثيرة ولعل أهمها وأبرزها اتفاقية باريس لعام 1883 (المعدلة في بروكسل في 1900 وواشنطن في 1911 ولاهاي في 1925 ولندن في 1934) . واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 1886/09/09 (المتممة في باريس 1896/05/04 والمعدلة ببرن في 13 نوفمبر 1908 والمتممة ببرن في 1914/03/20 والمعدلة بروما في 02 يونيو 1928 وبروكسل في 26 يونيو 1948 واستكهولم في 14 يوليو 1967 وباريس في 24 يوليو 1971 والمعدلة في 1979/09/28) .

التي تعينها وتعليق هذه الأحكام في الأماكن التي تحددها . ويمكن للجهة القضائية أيضا بناء على أحكام المادة 157 من نفس الأمر مصادرة المبالغ التي تساوى مبلغ الإيرادات أو أقساط الإيرادات الناتجة عن الاستغلال غير المشروع لمصنف أو أداء محمي . مصادرة وإتلاف كل عتاد أنشئ خصيصا لمباشرة النشاط غير المشروع وكل النسخ المقلدة .

الفرع الثاني

الحماية المدنية

يخول القانون¹ للمؤلف المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الاستغلال الغير قانوني للحق الذهني (المصنف) ، بموجب رفع دعوى أمام القضاء المدني إعمالا لأحكام المادة 47 من التقنين المدني الجزائري . والتي تنص على أنه (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر) .



¹ . بالإضافة الى المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن استغلال الغير لحق المؤلف . تنص المادة 147 من الأمر رقم 05/03 على ما يلي (يمكن لرئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بناء على طلب من مالك الحقوق أو ممثله التدابير التحفظية الآتية . إيقاف كل عملية صنع جارية ترمي الى الاستنساخ غير المشروع للمصنف أو للأداء المحمي أو تسويق دعائم مصنوعة بما يخالف حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة . القيام ولو خارج الأوقات القانونية بحجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة عن الاستغلال غير المشروع للمصنفات والأداءات . حجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة)

الباب الثاني

أركان الحق

سبق وأن عرفنا الحق بأنه استئثار (اختصاص) يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر¹ . أو أنه استئثار شخص بشيء ما اختصاصا يحميه "يقره" القانون² . أو أنه استئثار شخص معين بمال أو قيمة معينة ، على سبيل الانفراد وفي مواجهة الغير، استئنثارا يقره القانون ويحميه ، بتحويل صاحبه سلطات ووسائل معينة ، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية³ .

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص الأركان الثلاثة للحق وهي الشخص الذي يثبت له الحق أي صاحب الحق وهو الذي يستأثر بمزايا الحق ، ومحل الحق وهو ما يرد عليه الحق وأخيرا إقرار القانون للحق بالوجود أو الحماية القانونية للحق . وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول . الفصل الأول نتناول فيه أشخاص الحق . والفصل الثاني ندرس فيه محل الحق . والفصل الثالث نخصصه لإثبات الحق وحمايته .

الفصل الأول

أشخاص الحق

إن الحق لا يمكن تصوره إلا منسوبا الى شخص من الأشخاص كما أن الواجب الذي يقابل الحق لا بد وأن يقع هو الآخر على عاتق شخص من الأشخاص . فالحق يفترض إذن وجود الأشخاص من ناحيته الإيجابية والسلبية¹ . ويقصد بالشخص كل كائن يمكن أن ينسب إليه الحق إيجابا بأن يكون صاحبا له ، أو سلبا بأن يلتزم باحترامه . ومن هذا يتبين أن الشخص يعد ركنا أساسيا في الحق² .

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور . نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 523.

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع ساق . ص . 153.

³ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 316.

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 150.

² الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . المدخل الى القانون . القاعدة القانونية . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية 2003. ص .

وللفظ الشخص معني اصطلاحي في نطاق القانون . إذ يقصد به من يتمتع بالشخصية القانونية أي من يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . والشخصية القانونية لا تثبت في الأصل إلا للإنسان وهو ما يطلق عليه الشخص الطبيعي . لكن تطور المجتمع اقتضي ثبوت الشخصية القانونية لمجموعات من الأشخاص أو الأموال مثل الجمعيات ، والمؤسسات . وذلك تمكينا لها من أداء دورها الاقتصادي والاجتماعي ، ويقال لهذه الأشخاص تمييزا لها عن الأشخاص الطبيعية الأشخاص "الاعتبارية أو المعنوية" . حيث أن القانون قدر أن لهذه التجمعات قيمة اجتماعية واقتصادية ، يلزم معها الاعتراف لها بالصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات¹ . وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين . المبحث الأول ندرس فيه الشخص الطبيعي . المبحث الثاني نخصصه للأشخاص الاعتبارية أو المعنوية . وذلك باعتبارهما أصحاب الحقوق في المجتمع .

المبحث الأول

الشخص الطبيعي

La personne physique

الشخص الطبيعي هو الإنسان الذي له إرادة محسوسة عكس الجماد والحيوان اللذين لا إرادة لهما . ويعد الإنسان اليوم شخصا في نظر القانون ويصلح أن يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات . أي تثبت له الشخصية القانونية باعتباره كائنا اجتماعيا متميزا . وهو علة وجود القانون والغاية منه² .

وتعترف القوانين الحديثة ، عكس الحال بالنسبة للقوانين القديمة³ ، لكل إنسان بالشخصية القانونية ، بصرف النظر عن مدي ما يتمتع به من قدرة على التمييز ، وبصرف النظر عن مدي ما يتمتع به من حقوق ، وما يتحمل به من واجبات . وتتقضي دراسة الشخص الطبيعي ، أن نتعرف على مدة الشخصية الطبيعية ، من حيث بدايتها ونهايتها ، ثم نعرض لمميزات أو سمات هذه الشخصية الطبيعية ، من حالة واسم وموطن ، وفي النهاية نعرض لنطاق الشخصية الطبيعية ومباشرتها من حيث الذمة المالية والأهلية .

المطلب الأول

بدء الشخصية القانونية

تتفق أغلب الشرائع اليوم على أن شخصية الإنسان تبدأ عادة بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته أما إذا ولد ميتا فلا تثبت له الشخصية القانونية ، وتتحقق حياة الجنين وقت الولادة بعلامات مميزة كالنبض والصراخ والحركة . وللقاضي التحقق من ذلك بكافة طرق الإثبات . فإذا ثبتت حياة المولود على هذا النحو ثبتت له الشخصية القانونية وترتبت له الحقوق التي يقررها القانون . تنص المادة 25 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا)

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 154 .

² . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 246 .

³ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 527 .

ويقصد بتمام الولادة ، خروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما¹ . أي بخروجه منها فلا يكفي خروج جزء منه ، ولو كان أكثره ، بل يجب أن يتحقق انفصاله عن أمه انفصالا تاما. وعلى ذلك فلا شخصية للجنين الذي يموت أثناء عملية الولادة² .

ولا يكفي تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا حتى تثبت له الشخصية القانونية وإنما يلزم تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال . حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة . وعلى هذا الأساس فالعبرة في ابتداء الشخصية تكون بتوافر الحياة في المولود لحظة واحدة وهي لحظة تمام الانفصال دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة . ويتم التثبت من حياة المولود في هذه اللحظة من الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها كالبكاء والصراخ والحركة والشهيق³ . وللقاضي التحقق من ذلك بكافة طرق الإثبات. وله أن يستعين بأهل الاختصاص والخبرة من أطباء في هذا الصدد⁴ .

تجدر الإشارة الى أن واقعة الميلاد واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الطرق ، غير أنه بالنظر الى أهمية ما يترتب عليها من آثار⁵ ، فقد نظم المشرع الجزائري إجراءات وسجلات خاصة لإثبات واقعة الميلاد. فقد نصت المادة 26 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تثبت واقعة الميلاد والوفاة بالقيود في السجلات المعدة لذلك . وإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية⁶) .

فإذا تحققت للمولود الشروط السالف ذكرها ، تثبت له الشخصية القانونية ، وأصبح أهلا للتمتع بالحقوق والتحمل بالتزامات التي يقرها القانون ولو توفي بعد ذلك بلحظات ، أي أن وفاة المولود بعد فترة وجيزة من تمام ولادته حيا لا يؤثر في قيام الشخصية القانونية له . أما إذا ولد الجنين ميتا فلا يعتبر أنه وجد أصلا وبالتالي لا يتمتع بالشخصية القانونية ، ومن ثم لا يكتسب الحقوق ولا يتحمل بالواجبات¹ .

وإذا كان الأصل هو أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، فإن هذا الأصل ليس مطلقا ، فقد خرج القانون على هذا الأصل واعترف للجنين قبل ولادته ببعض الحقوق² ، وذلك على سبيل الاستثناء مثل حق النسب³ ، والإرث⁴ ، والوصية⁵ . غير أن هذه الحقوق معلقة على شرط ولادته حيا . فإذا ولد ميتا فإن حصته تدخل في تركة الموصى وتوزع على الورثة⁶ .

المطلب الثاني

¹ . وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك . والشافعي . وابن حنبل . انظر الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 211.

² . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 155.

³ . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 152.

⁴ . الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 294.

⁵ . لإثبات واقعة الميلاد وتاريخها أهمية عملية بالغة بالنسبة الى كل من مصلحة الشخص نفسه ومصلحة دولته . لذا لم يترك المشرع الجزائري هذه المسألة للأفراد ينظمونها وفق مشيئتهم ، بل نظمها بإجراءات محددة وخصص لها سجلات خاصة بها . لمزيد من التفاصيل حول أهمية إثبات واقعة الميلاد . انظر الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 304.

⁶ . صدر قانون الحالة المدنية بالأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 . تنص المادة 27 من التقنين المدني الجزائري على أن (مسك دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها القانون الخاص بالحالة المدنية) .

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 382.

² . ذلك أن الجنين وهو في بطن أمه ، يتردد مصيره بين الوجود والعدم . وهذا ما يتضح من الفقرة الثانية من المادة 25 من التقنين المدني الجزائري والتي نص على أنه (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا) .

³ . تنص المادة 43 من تقنين الأسرة . على أنه (ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر تاريخ الانفصال أو الوفاة)

⁴ . تنص المادة 128 من تقنين الأسرة على أنه (يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة ، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث) .

⁵ . تنص المادة 187 من قانون الأسرة بأنه (تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس) . وتنص المادة 844 من التقنين المدني الجزائري على أنه (..... يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن) .

⁶ . الدكتور محمد الصغير بعلي . المدخل للعلوم القانونية . نظرية القانون . نظرية الحق . دار العلوم للنشر والتوزيع . 2006 . ص . 135.

نهاية الشخصية القانونية

تنتهي الشخصية القانونية بالموت ، فإذا مات الإنسان زالت عنه هذه الشخصية ، بحيث يصبح غير أهل لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ، والموت قد يكون حقيقيا وقد يكون حكما .
أما الموت¹ الحقيقي أو الفعلي ، فهو يثبت على وجه اليقين والتأكد الفعلي . وتثبت الوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . فقد نصت المادة 26 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك) . وبانتهاء الشخصية تؤول تركة المتوفى الى ورثته محملة بديون المورث ، كل بقدر نصيبه في التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون² .

وعلة ذلك أن القول بإنهاء شخصية المتوفى بشكل آلي صارم ، يجعل تركته سائبة لا هي على ذمته ولا هي على ذمة الورثة ما دام أن هؤلاء لا يستحقون التركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا . فلا مناص وفق هذا الرأي من القول بامتداد شخصية المتوفى وبقائه حيا بحكم القانون "افتراضيا" طوال الفترة التي تستغرقها تصفية التركة وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه ، وبالتالي بقاء أمواله وما يترتب عليها من حقوق والتزامات على ذمته طوال هذه الفترة³ . وإذا تصرف الورثة في شيء من أموال تركة مورثهم قبل سداد الديون ، اعتبر تصرفهم واردا على مال الغير وغير نافذ في حق الدائنين⁴ .

لكن أغلبية الفقه المصري⁵ ترى بأن شخصية الإنسان تنتهي حتما بوفاة ، ولا يتصور بقاؤها بعد ذلك ، وأن القول بامتداد الشخصية القانونية الى ما بعد الموت يعدّ محض افتراض أو مجاز لا ضرورة له ، ثم حق الورثة فيما يتبقى من التركة بعد سداد الديون يثبت قانونا لحظة الوفاة ، وما إجراءات سداد الديون وتوزيع التركة إلا نوع من تسوية الحقوق قد يطول وقتها أو يقصر تبعا للظروف¹
أما بالنسبة لنهاية الشخصية بالموت الحكمي² ، فقد يحيط الشك أحيانا بحياة الإنسان ، بحيث لا يعرف على وجه اليقين ما إذا كان لا يزال حيا فتظل له الشخصية ، أم ميتا فتتقضي عنه هذه الشخصية وهذه هي حالة المفقود³ Disparu .

فالمفقود هو ذلك الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته⁴ . وفي هذه الحالة يبيح القانون اعتباره ميتا متى توافرت شروط معينة ، وعلى ذلك فإن المفقود يختلف عن الغائب . فالغائب⁵ Absent ، هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون معلومة ومحقة لا يقوم حولها الشك ، سواء أكان موطنه أو محل إقامته في الخارج

¹ لم يرد في نصوص التقنين المدني الجزائري أي تعريف للموت ، كما لم يرد ذلك في كل من التقنين المدني المصري والفرنسي.

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 153 .

³ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . المدخل الى علم القانون . نظرية القانون . نظرية الحق . دار الثقافة للنشر والتوزيع . الطبعة الأولى . الإصدار السابع . 2008 . ص 151 .

⁴ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 248 .

⁵ متأثرين برأي فقهاء المذهبين الشافعي والحنبلي . ويؤيدهم في ذلك الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 319 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 157 .

² لم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصوصا تنظم حالة الموت الحكمي ، لكنه نص في المادة 31 على أنه (تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي) . ويقصد بالتشريع العائلي . قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 . المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 . يضاف الى ذلك الأمر رقم 03/02 /مؤرخ في 2002/02/25 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10/نوفمبر 2001 . والقانون رقم 06/03 المؤرخ في 14/يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 2003/05/21 .

³ عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود بأنه (هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم)

⁴ الدكتور عوض أحمد الزعي . مرجع سابق . ص 387 .

⁵ عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب بأنه ذلك الشخص (الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير ...) . والغائب لا يعتبر مفقودا ابتداء من تاريخ انقطاع أخباره ن بل ابتداء من وقت صدور الحكم بفقده . ولذلك فالحكم بالفقد ليس له أثر رجعي . يرتد الى يوم انقطاع أخبار الشخص ، بل إن أثره الحكم فوري أي مباشر .

معلوماً أو غير معلوم ، فكل مفقود يعتبر غائبا ، بينما لا يعتبر الغائب مفقودا إلا إذا انقطعت أخباره وقام الشك حول حياته أو موته¹ .

والمقصود بالموت الحكمي هو (أن يعتبر الشخص المفقود ، الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من مماته ، في حكم الميت بناء على حكم قضائي ، رغم عدم التيقن من موته²) .

إذا ما استمر الشك قائما حول حياة المفقود ، بعدم ثبوت حياته أو موته بالدليل القاطع ، فإن المشرع رخص للقاضي في الحكم باعتباره ميتا ، بحيث تنقضي شخصيته بالموت التقديري أو الحكمي وذلك في الحالتين .

الحالة الأولى . إذا فقد الشخص في ظروف يغلب فيها هلاكه ، كما لو فقد في حرب أو حادث طائرة كان هو من ضمن ركابها أو كأن تغرق سفينة كان الشخص على متنها أو يفقد في بلد انتشر فيه وباء معين ، أو أية كارثة طبيعية أخرى ، في كل هذه الحالات ومثيلاتها ، اعتبر ذلك قرينة على وفاة المفقود متى مضت عليه مدة معينة على فقده ، فيكون للقاضي الأخذ بهذه القرينة القانونية - بناء على طلب ذوى الشأن - والحكم باعتبار المفقود ميتا بعد أربع سنوات من تاريخ الحكم³ . ويعتبر حكم القاضي بمثابة شهادة وفاة تفيد في السجلات المعدة لذلك وفق قانون الحالة المدنية .

الحالة الثانية . حالة لا يغلب فيها الهلاك . فإذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف لا يغلب فيها هلاكه ، أي في حالة تغلب فيها السلامة ، كمن سافر في تجارة أو طلب علم ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فإن المشرع ترك الأمر لتقدير القاضي ، وله أن يتحرى ، بكافة الطرق والوسائل الممكنة للوقوف على حياة المفقود أو وفاته . وفي جميع الحالات لا يحكم القاضي بوفاة المفقود قبل مضي أربع سنوات على فقده .

وقد أحالت المادة 31 من التقنين المدني الجزائري ، أحكام المفقود والغائب على قانون خاص إذ نصت على أنه (تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي) .

وبالرجوع الى قانون الأسرة ، نجد بأن المشرع نظم أحكام المفقود والغائب بالمواد من 109 الى 115 . إذ عرفت المادة 109 المفقود بأنه (هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم) . أما المادة 110 من نفس التقنين فقد عرفت الغائب بأنه ذلك الشخص (الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود) ، أما المادة 113 من نفس التقنين فقد نصت على أنه (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر الى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 387 .

² الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 322 . يرى الدكتور محمد سعيد جعفر . نفس المرجع السابق ص 325 . بأن مسلك المشرع الجزائري الذي سوى بين حكم الغائب والمفقود يعتبر مسلكا ليس سليما ويدعو الى حذف العبارة الأخيرة من النص المادة 110 والتي تقضي باعتبار الغائب كالمفقود بحيث تقتصر صياغة النص على تعريف الغائب دون تسويته بالمفقود .

³ . يجوز الحكم باعتبار المفقود ميتا حكما إذا توافرت ثلاثة شروط وهي . الشرط الأول . أن يكون في ظرف يغلب فيه الهلاك . الشرط الثاني . أن يكون قد مضى على انقطاع أخبار الشخص مدة أربع سنوات من تاريخ صدور الحكم بفقده . الشرط الثالث . أن يقدم أحد الورثة أو من كل ذي مصلحة طلبا بذلك الى النيابة وفقا لأحكام المادة 114 من قانون الأسرة . أما بالنسبة الى الأجنبي أو عديم الجنسية ، فلا يجوز الحكم بموته إعمالا لأحكام المادة 89 من قانون الحالة المدنية إلا إذا تم فقده داخل الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية ، ولو كان غرق الباطنة أو سقوط الطائرة واقعا خارج الجزائر ، متى كانت إقامته العادية في الجزائر . فقد نصت المادة 89 السالف ذكرها على أنه (يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنيين . كما يجوز أيضا التصريح قضائيا بوفاة كل أجنبي أو كل عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر) .

سنوات) . أما المادة 115 فقد نصت على أنه (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا ، يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها) .

وتجدر الإشارة ، الى أن الحكم بموت المفقود هو حكم اعتباري لا حقيقي ، ولا يعني صدور الحكم باعتبار المفقود ميتا أن هذا الشخص قد مات فعلا . فقد يتبين ، بعد صدور الحكم ، أن الشخص لا يزال على قيد الحياة . وعلى هذا الأساس فإنه ينبغي أن يسقط هذا الحكم ، هو وآثاره ، إذا عاد المفقود حيا ، بعد الحكم بموته . ويعتبر موت الشخص الحكمي كأن لم يكن أصلا ، ذلك أن الحقيقة تلغي الشك والفرض القائم على الاحتمال . وفي حالة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته فإنه يترتب على ذلك ما يلي .

بالنسبة للرابطة الزوجية¹ . إذا لم تكن الزوجة قد تزوجت بغيره ، فإنها تعود له دون حاجة الى عقد جديد² ، أما إذا كانت قد تزوجت بغيره ، ففي الأمر تفصيل . إذا كان الزوج الثاني ، عقد عليها ، ولم يتم الدخول بها تعود الى زوجها الأول . ويفسخ العقد الثاني ، لأن الزواج الثاني لم تترتب عليه آثاره وكذلك الأمر في حالة ما إذا كان الزوج الثاني ، قد تزوجها وهو يعلم أو كان باستطاعته أن يعلم ، بحياة المحكوم بفقدانه ، أي سيء النية . أما إذا كان الزوج الثاني حسن النية ، ودخل بالزوجة فإنها تكون له³ .

بالنسبة لأمواله . تنص المادة 115 من قانون الأسرة على أنه (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا ، يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها) . وعلى هذا الأساس فالمفقود الذي يظهر حيا بعد الحكم بموته ، يجد أن حقوقه وأمواله قد تمت تصفيتا ، ووزعت على من يستحقها ، نتيجة لصدور الحكم بالوفاة . وربما تصرف الذين آلت إليهم أموال المفقود بهذه الأموال كلها أو بعضها ، أو ربما هلكت لديهم أو استهلكتم . ولذلك فلا يستطيع المفقود الذي عاد من فقده استعادتها كاملة ، وإنما يكون له الحق في استرداد ما بقي منها ، في يد من آلت إليهم . ولا يستطيع أن يطالب بما استهلك من هذه الأموال في الفترة السابقة على ظهوره . ذلك أنهم لم يستولوا عليها اغتصابا من تلقاء أنفسهم . وينطبق الحكم نفسه على ما آل للمفقود من ميراث أو وصية خلال فترة فقده ، حيث سيرد ما بقي من استحقاقه في إرث مورثه بين أيدي ورثة مورثه وما يوجد من المال الذي أوصي به في أيدي ورثة الموصي من النصيب الذي رد إليهم بعد الحكم بموته¹ .

المطلب الثالث

مميزات الشخصية الطبيعية

تتمتع شخصية الإنسان بسمات وعلامات ومميزات معينة تميزه عن غيره من الناس سواء في داخل الدولة الواحدة أو في خارجها . ويقصد بهذه السمات ، مجموعة المميزات أو الأوصاف التي يتميز بها كل إنسان عن غيره من الناس وتحدد نطاق شخصيته ، ومن أهم هذه المميزات أو السمات ، حالة الشخص ، والاسم ، والموطن . الأهلية .

الفرع الأول

¹ . لم يتضمن قانون الأسرة حكم المفقود بالنسبة الى زوجته بعد رجوعه أو ظهوره حيا . لذا وجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن .
² . هذا ما لم تكن قد تم تطليقها منه استنادا الى غياب زوجها . وفقا لأحكام المادة 53 . و 112 . من قانون الأسرة . لمزيد من التفصيل انظر الدكتور . محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 349 .
³ . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 156 .
¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 393 .

حالة الشخص l'état de la personne

يرجع الأصل التاريخي لفكرة الحالة الى القانون الروماني¹ ، ويقصد بحالة الشخص مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص ، فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات² . وهذه الصفات لها تأثير في حياة الإنسان القانونية . بحيث يتحدد المركز القانوني للشخص على ضوء هذه الصفات فتثبت له حقوق وتقع عليه واجبات في الحدود التي يقرها القانون ، ولا يستطيع الشخص التحلل منها إلا بالطرق القانونية .

أولا. الحالة السياسية L'état politique. يقصد بالحالة السياسية ، انتساب الشخص الى دولة معينة وارتباطه بها وتبعيته لها ، وتسمي الرابطة التي تجمع بينهما بالجنسية³ . فالحالة السياسية هي صفة في الشخص أو هي مركزه القانوني ، من حيث انتسابه الى دولة محددة ، يرتبط بها برابطة التبعية والولاء أو الجنسية فيصبح من رعاياها ، وعضوا من أعضائها ، مكونا مع غيره ممن يتمتعون بهذه الصفة شعبها . وللحالة السياسية أهمية كبرى ، من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ، ونشاطه القانوني ، ولذلك فهناك تفرقة بين الوطنيين les nationaux . والأجانب les étrangers في كل الدول ، من حيث نطاق ما يتمتع به كل من الوطنيين والأجانب ، من حقوق وواجبات⁴ . فتحرم هذه التشريعات على الأجانب التمتع ببعض الحقوق التي يتمتع بها المواطن ، كما تعفيهم من بعض الواجبات المفروضة على كاهل الوطنيين¹ .

ويحدد القانون في كل دولة الشروط الواجب توافرها ، لكي تثبت جنسيتها للأفراد الذين ينتمون إليها . والجنسية قد تثبت للشخص على أساس النسب فيأخذ الولد جنسية أبيه أو جنسية أمه ، وهذا ما يسمى بحق الدم . ويقصد به حق المولد ذكرًا كان أو أنثى ، في التمتع بجنسية الدولة التي ينتمي إليها الأب لحظة الميلاد حكما بقوة القانون ، بسبب أصله العائلي المنحدر من الأب بصفة عامة . وبذلك تنتقل الى المولود جنسية أبيه فور ميلاده ، أيا كان مكان الميلاد ، داخل الدولة أو خارجها² .

وقد تثبت على أساس الميلاد على أرض الإقليم ، فيعتبر المولود في بلد تابعاً لجنسية هذا البلد وهذا ما يسمى بحق الإقليم . ويقصد به حق المولود في أن يكتسب لحظة ميلاده جنسية الدولة التي ولد فيها بغض النظر عن جنسية والده أو والدته والأصل الذي انحدر منه³ .

وقد أحال التقنين المدني الجزائري مسألة الجنسية الى قانون خاص . إذ نصت المادة 30 من التقنين المدني الجزائري على أنه (ينظم الجنسية الجزائرية قانون الجنسية الخاص بها) ، وبالرجوع الى هذا القانون الخاص الصادر بالأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15/12/1970 المعدل والمتمم . نجد

¹ . وقد كان يقصد بها في ظل القانون الروماني ، تحديد المركز القانوني للشخص بالنظر الى نواح ثلاث مركزه بالنسبة للحرية (من الأحرار أو من العبيد) ، ومركزه من الدولة (مواطن أو أجنبي) ، ومركزه من الأسرة (باعتباره عضوا فيها) . الدكتور صوفي حسن أبو طالب . تاريخ النظم القانونية والاجتماعية . 1984 . ص . 393 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 385 . هامش رقم 99 .

² . الدكتور مصطفى جمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 539 .

³ . تنص المادة 30 من التقنين المدني الجزائري على أنه (ينظم الجنسية الجزائرية قانون الجنسية الخاص بها) . وقد صدر قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15/12/1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27/02/2005 .

⁴ . الدكتور . نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 151 .

¹ . الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 307 .

² . الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص 275 .

³ . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 159 .

أنه يأخذ أساسا بقاعدة الدم ، إذ تقضي المادة 06 منه (يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية) وبهذا تكون العبرة في التمتع بالجنسية الجزائرية بالنسب ولو ولد خارج الجزائر¹ . غير أنه أقر بالجنسية الجزائرية لمن يولد في الجزائر من أبوين مجهولين ، وذلك على أساس قاعدة الأرض² .

وتسمى الجنسية التي تثبت بالميلاد بالجنسية الأصلية ، غير أن الشخص يستطيع اكتساب الجنسية بعد ميلاده ، وهذه تسمى الجنسية عن طريق التجنس la naturalisation ، وقد نظم المشرع الجزائري اكتساب الجنسية بالمادة 10 من قانون الجنسية ، فقرر أن اكتساب الجنسية بطريق التجنس³ يكون في بعض الحالات التي حددها القانون . وعند اكتساب الجنسية تكون للمكتسب نفس حقوق المواطن الأصلي وواجباته .

ويخول اكتساب الجنسية التمتع بالحقوق السياسية ، مثل حق الالتحاق بالوظائف العامة في الدولة ، وحق الانتخاب ، وحق الترشيح⁴ .

ثانيا . الحالة العائلية . يقصد بالحالة العائلية أو المدنية ، جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص داخل الأسرة ، فشخصية الإنسان وأهلية وجوبه تتحدد بالمركز الذي يشغله داخل الأسرة . والصفات التي تحدد مركز الشخص داخل الأسرة تقوم على أسس القانون وتستمد إما من الرابطة الزوجية ، وإما من رابطة القرابة¹ . وقد نصت المادة 32 من التقنين المدني الجزائري على أنه (تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ، ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل واحد) . وينتج عن ذلك أن القرابة ، قد تكون قرابة نسب أو مصاهرة .

01. قرابة النسب أو قرابة الدم . ويقصد بها الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك² ، أي هي الصلة الطبيعية التي تقوم بين الأفراد استنادا إلى رابطة الدم المشترك . وقرابة النسب ، إما أن تكون قرابة مباشرة Parenté en ligne directe ، أو قرابة حواشي La parenté collatérale . والقرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع³ ، والتي تقوم على تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم ، أي هي الصلة بين الأصول والفروع كقرابة الشخص لأبيه ولجده وإن علا ، وكذلك قرابته لأمه وأبي أمه . الأصل هو من نزل أو انحدر منه الفرع كالأب والأم ، بالنسبة للابن أو البنت . والفرع هو من انحدر من الأصل كالابن والبنت بالنسبة للأب أو الأم⁴ .

وقرابة النسب مباشرة أو غير مباشرة ، إنما تكون على نوعين وهما . قرابة العصابات

¹ . الشخص المولود من أم جزائرية في حالة ولادته بالخارج على إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم ، يكون مزدوج الجنسية ، يعتبر جزائريا على أساس حق الدم (ميلاده من أم جزائرية) ومواطننا لتلك الدولة التي ولد على إقليمها على أساس حق الإقليم . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 394 .

² . وقد نصت على ذلك المادة 07 من تقنين الجنسية الجزائري رقم 01/05 السالف ذكره . بأنه (يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر . الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين) . وهذا ما تقضي به المادة 19 من التقنين المدني الفرنسي والتي تنص على ما يلي . Est Français l'enfant , né en France de parents inconnus

³ . يشترط لاكتساب الجنسية الجزائرية بالتجنس سبعة شروط أوردتها المادة 10 من تقنين الجنسية وهي (أن يكون مقيما في الجزائر منذ سبع سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب . أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس . أن يكون بالغاً سن الرشد . أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف . أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته . أن يكون سليم الجسد والعقل . أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري) . ونجد الإشارة إلى السلطة العامة المختصة في الدولة الجزائرية (وزير العدل) ليست ملزمة بقبول طلب التجنس ولو توفرت في الطالب كل الشروط المطلوبة لذلك . لأن الأمر جوازي . أنظر الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 402 .

⁴ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 139 .

¹ . الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 308 .

² . الدكتور يحيى قاسم على . مرجع سابق . ص . 276 .

³ . تنص المادة 33 من التقنين المدني الجزائري على أن (القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع . وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر) .

⁴ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 540 .

أو القرابة العصبية ، وهي التي تكون عن طريق الأب كقرابة الشخص لجدّه لأبيه أو لعمه مثلاً . وقرابة الأرحام أو القرابة الرحمية ، وهي التي تكون عن طريق الأم ، كقرابة الشخص لجدّه لأمّه أو لخاله¹ .

أما قرابة حواشي أو القرابة غير المباشرة . فهي "الصلة التي تربط أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن ينحدر أحدهم من صلب الآخر مباشرة" أي دون أن يكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر ، سواء كانوا من المحارم أم من غير المحارم فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك ، دون تسلسل عمودي بينهم ، أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ، كقرابة الأخ لأخيه ، إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ، ولكن يجمعهما أصل مشترك واحد وهو الأب ، وبالمثل القرابة بين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته ، أو أبناء أخواله وخالاته ، فإنه وإن كان هناك أصل مشترك يجمعهم ، إلا أن ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر² .

وقد بين القانون كيفية احتساب درجات القرابة وذلك لما لها من أهمية في بعض الأحوال في تعيين الحقوق ، فبالنسبة للقرابة المباشرة ، يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . ولذلك يعتبر الابن في الدرجة الأولى من القرابة بالنسبة لأبيه أو لأمّه ، لأن الابن فرع وهذه درجة والأب أو الأم أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك ابن الابن يعتبر في الدرجة الثانية من القرابة لجدّه (أو جدته) إذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتين ، ولا يحسب الجد (أو الجدة) باعتبارهما أصلاً³ .

أما بالنسبة لقرابة الحواشي ، فإن الدرجات تعد صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر . وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة ، ولذلك يعتبر الأخ في الدرجة الثانية لأخيه (أو لأخته) إذ هو درجة باعتباره فرعاً ، والأب لا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين ، والأخ الآخر (أو الأخت) يحسب درجة لأنه فرع ، وكذلك يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة ، لأنه هو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم تصعد إلى الجد فلا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ننزل إلى العم ... فنحسبه درجة لأنه فرع ، ثم ابنه فيحسب درجة لأنه فرع ، وبذلك يكون هناك أربع درجات¹ .

02. قرابة الزواج أو المصاهرة . Parenté par alliance . وهي القرابة التي تنشأ بالزواج

بين كل من الزوجين وأسرّة الزوج الآخر . ويقضي التقنين المدني الجزائري في مادته 35 بأنه (يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر) . فكل من الزوجين يدخل بالزواج في أسرة الزوج الآخر ويحل مكانه ، بحيث يكون قريباً لكل أقارب الزوج الآخر وب نفس الدرجة² .

والجدير بالذكر أن قرابة المصاهرة لا تقوم إلا بين الزوج نفسه وعائلة الزوج الآخر ، فلا تقوم بين أفراد عائلة الزوج وأفراد عائلة الزوج الآخر . وعلى ذلك فأخو الزوج لا تربطه أية قرابة بأخي الزوجة ، وأم الزوجة لا تربطها قرابة ما بأبي الزوج³ .

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 408 .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 160 .

³ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 541 .

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 153 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 410 .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 161 .

وتحسب درجة القرابة بالمصاهرة ، كما تحسب في قرابة النسب ، وتكون العبرة بقرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه أي أن الزوج ينزل في مركز الزوجة بالنسبة لأقرباء زوجته والزوجة تنزل في مركز الزوج بالنسبة لأقرباء زوجها¹ .

وعلى هذا الأساس ، فإن أب الزوج يعتبر قريباً بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة . لأنه قريب بالنسب لابنه (زوجها) من الدرجة الأولى . وشقيق الزوجة قريب الزوج من الدرجة الثانية لأن شقيق الزوجة قريب لها قرابة نسب من الدرجة الثانية وهكذا .

03. آثار القرابة. تترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتعدد بحسب القرابة ودرجتها . وتبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية بحسب مركزه في الأسرة قبل باقي أعضائها ، وعلى هذا الأساس فإنه يتولد عن القرابة حقوق للأبناء على الآباء ، وحقوق للأبناء على الآباء ، وكذلك يترتب على الزواج حقوق للزوج على زوجته ، وحقوق للزوجة على زوجها كما يترتب على القرابة حقوق مالية مختلفة كالنفقات والتوارث بين الأقارب ، وقد تعتبر القرابة مانعاً من موانع الزواج ، إذ يحرم على الشخص الزواج من أقاربه الى درجات معينة² .

الفرع الثاني

الاسم

إن منطق العيش في مجتمع ما يقتضي بالضرورة أن يتميز الشخص عن غيره من الأشخاص حتى لا يقع الخلط بين شخص معين وبين غيره من الأشخاص . وهذا حتى يسهل ، بصفة خاصة ، تحديد المكلف بالخطاب القانوني ، والاسم هو الوسيلة التي يمكن بها أن يتحقق هذا التمييز لذلك يجب أن يتميز كل شخص بوسيلة أو بعلامة معينة تميز بينه وبين غيره من الأشخاص ومن هذه الوسائل والعلامات الاسم² . والاسم هو من أهم سمات الشخصية ومميزاتها . ولذلك يجب أن نعرض لتعريفه وأهميته ثم لطبيعته القانونية ، وحمايته .

يمكن تعريف الاسم بأنه (التسمية التي تطلق على الشخص لتعيينه بين أقرانه تعييناً خاصاً³) . وقد أوجب القانون أن يكون لكل شخص اسم يعرف به ويميزه عن غيره من الناس ، ويتكون الاسم من عنصرين اسم الشخص Le Prénom نفسه . واسم الأسرة أو اللقب العائلي Le Nom . وقد نصت المادة 28 من التقنين المدني الجزائري على أنه (يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ، ولقب الشخص يلحق أولاده . ويجب أن تكون الأسماء جزائرية ...) . يتضح من نص المادة السالفة الذكر أن الأبناء يكتسبون حتماً لقب الأب بمجرد ولادتهم أحياء ، وهذا اللقب ليس منحة يمنحها الأب للأبناء ويستطيع إذا شاء أن ينزعها عنهم ، وإنما هو حق مباشر للأبناء يستمد من القانون .

¹ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 259 .

² . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 542 .

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 400 .

² . الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 303 .

³ . محمد حسنين ، الأشخاص والأموال في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن . محاضرات مطبوعة أقيمت على طلبة الماجستير بكلية الحقوق لجامعة الجزائر السنة الجامعية 1980/1981 . ص 102 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 353 . هامش . رقم 03 .

فلكل شخص إذن اسم شخصي ولقب . ويقصد باللقب اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص بحيث يشترك كل أفراد الأسرة في حمل هذا اللقب . أما الاسم الشخصي فهو ذلك الاسم الذي يضاف الى اللقب العائلي لتمييز الشخص عن غيره من أفراد الأسرة¹ .

ويترتب على اعتبار الحق في الاسم من حقوق الشخصية ، أن يتميز الحق في الاسم بما تتميز به هذه الحقوق بوجه عام من خصائص وهي . عدم قابلية الاسم للتصرف أو النزول عنه سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بوصية أو تخويل الغير حق استعماله . ويترتب على كون الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وأنه ليس من الحقوق المالية ، أنه لا يخضع لنظام التقادم ، فعدم استعمال الشخص لاسمه مدة زمنية معينة "مهما طالت" لا يترتب عليه سقوط حقه في التسمي به واستعماله ، وكذلك انتحال شخص لاسم شخص آخر ، واستعماله له مدة معينة ، لا يترتب عليه كسب هذا الشخص لهذا الاسم بالتقادم مهما طالت مدة الانتحال. وبما أن الاسم لا يعد من الحقوق المالية ، فإنه لا يمكن الحجز عليه² .

لكن قد يوجد الى جانب اسم الشخص المسجل في مصلحة الحالة المدنية ، اسم شهرة le surnom ، أو اسم مستعار le pseudonyme ، أو اسم تجاري le nom commercial .

واسم الشهرة هو ما يخلعه الجمهور من اسم على الشخص ، غير اسمه الحقيقي فيشتهر به بين أقرانه وزملائه ، بحيث يستوعب كامل نشاطه ويعرف به . ولا يؤدي اسم الشهرة الى زوال الاسم الحقيقي للشخص وذلك يكون غالباً باشتقاقه من إحدى الصفات التي يتصف بها هذا الشخص . وللشخص الحق وفقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون ، أن يغير اسمه الحقيقي الى اسم الشهرة ، فإذا لم يغيره رسمياً كان له الحق مع ذلك في التمتع باسم الشهرة وطلب حمايته عند اللزوم¹ .

أما الاسم المستعار فهو اسم يطلقه الشخص على نفسه ، غير اسمه الحقيقي ، لتمييز به في مجال معين من مجالات نشاطه ، كالنشاط الأدبي أو الفني² . وعليه فإن الاسم المستعار يصطنعه الشخص ويطلقه على نفسه بقصد تحقيق غرض معين كإخفاء اسم كاتب ناشئ يريد أن يطمئن على ما يكتبه قبل أن يكشف عن اسمه الحقيقي دون أن يعرض اسمه الحقيقي لنكسة أو هزة . وقد يكون الغرض من الاسم المستعار اكتساب الشهرة عن طريق التسمي باسم ذائع أو ملفت للنظر ، وقد يكون الغرض سياسياً كتسمي رجال المقاومة الوطنيين بأسماء مستعارة لإخفاء أسمائهم الحقيقية حتى لا يسهل التعرف عليهم³ .

ويختلف الاسم المستعار واسم الشهرة عن الاسم الحقيقي في أن لهما صفة شخصية فلا ينتقلان الى فروع الشخص ولا يكتسبان بالنسب . ولا يترتب عليهما زوال الاسم الحقيقي للشخص ، فالاسم الحقيقي اسم يلزم به القانون المدني كل شخص من الأشخاص ، ويتعين على الشخص أن يذكره حين يقتضي الأمر الإدلاء به⁴ .

¹ الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 303.

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 257. الدكتور عبد القادر القار . مرجع سابق . ص . 161. الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 305.

¹ الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 306. الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 363.

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 164.

³ الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 306.

⁴ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 404.

أما ما يسمى بالاسم التجاري فإنه لا يعتبر سمة أو علامة مميزة للحالة أو للشخصية وإنما يطلق على هذا الاسم لتمييز النشاط التجاري للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات المحل التجاري فنثبت له "المحل التجاري" صفة مالية وهذا ما يميزه عن الاسم المدني الذي يعتبر لصيقا بالشخصية ولذلك يعتبر الاسم التجاري حق مالي ، ولهذا يصح التصرف فيه¹ والتنازل عنه الى الغير كما يصح أن يكتسب بالتقادم ، كل ذلك خلافا للاسم المدني² .

أولاً. الطبيعة القانونية للحق في الاسم . لقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للاسم ، فهناك من اعتبره واجبا وهناك من اعتبره حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية . ولكن الرأي الغالب يذهب اليوم الى أن للاسم طبيعة مزدوجة ، فهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وحق وواجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى³ .

أ. الرأي الأول . يستمد هذا الرأي جذوره من اجتهادات القضاء الفرنسي الذي يميل الى اعتبار حق الشخص على اسمه هو حق ملكية . فكل فرد من أفراد العائلة حسب هذا الرأي أو هذه النظرية لقبا عائليا ملكا له ملكية تامة . لكن يؤخذ على هذا الرأي أو هذه النظرية ، أن الملكية هي حق مالي يجوز التعامل فيه ، بينما الحق في الاسم حق غير مالي لا يجوز التعامل فيه. محل حق الملكية شيء مادي في حين أن الاسم شيء معنوي⁴ .

ب. الرأي الثاني . يري هذا الرأي¹ بأن اللقب أو الاسم بصورة عامة ليس ملكا لصاحبه ولا يعتبر حقا من حقوقه الشخصية أو الذاتية ، وإنما هو عبارة عن طريقة إدارية تأخذ بها الدولة ، لتسهيل عملية تمييز الناس بعضهم عن بعض ، ولتسهيل حسن سير المجتمع ، بإقامة تنظيم إداري محكم يتيح تمييز كل فرد من أفراد المجتمع ، تمييزا واضحا ، سواء في علاقة الفرد مع الدولة أو في علاقة الفرد مع غيره من أفراد المجتمع . لكن يؤخذ على هذا الرأي مغالاته في تجريد الشخص من كل رابطة قانونية تربطه بلقبه ، ذلك أن الشخص لا ينظر الي لقبه على أنه مجرد رقم يحمل الشخص لتمييزه عن غيره من الأشخاص . وإنما ينظر إليه على أنه جزء من كيانه الشخصي . وأن له مصلحة في التمسك به والدفاع عنه كأى حق من حقوقه . وان اعتبار الاسم واجبا لا يكفل للشخص حماية اسمه حماية كافية² .

ج. الرأي الثالث . يعتبر هذا الرأي أن الاسم باعتباره من مميزات الشخصية ، فإنه ينطوي على واجب وحق في نفس الوقت ، فإذا كان من الواجب أن يتسمى الشخص باسم معين حتى يتميز بذلك عن غيره من الأفراد ، فإن للشخص حقا على اسمه ينبغي احترامه ، فهو حق من حقوق الشخصية³ .

فالاسم واجب يقره القانون ، وذلك لتمييز الأشخاص ، وحرصا على استقرار المعاملات في المجتمع . ولهذا فإنه لا يترك للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم وتصحيحها حسب إرادتهم ، وإنما رسم لذلك نظاما ينبغي إتباعه ، حتى يمكن حصول هذا التغيير ، وحتى يضمن بذلك جدية الأمر⁴ .

¹ . تنص المادة 78 من التقنين التجاري على أنه (تعدّ جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري . ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية ، كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك) .

² . الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 544 .

³ . الدكتور عوض احمد الزعي . مرجع سابق . ص . 402 .

⁴ . الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص . 220 .

¹ . وعلى رأس هؤلاء الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol . فقال إن الاسم عبارة عن نظام للضبط المدني . Une institution de police civile . من صنع السلطة العامة . وضرورة من ضرورات التنظيم داخل المجتمع اقتضته المصلحة العامة في الدولة . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 373 .

² . الدكتور حسن كيرة المدخل الى القانون . النظرية العامة للحق . مكتبة مكاوى . بيروت . 1977 . ص . 548 . أشار إليه الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 375 . هامش رقم 70 .

³ . الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص . 544 .

والاسم يعتبر الى جانب ذلك حق للشخص ، وهو ليس حقا ماليا ، وإنما هو حقا من الحقوق العامة للصيقة بالشخصية ، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن التصرف فيه أو التنازل عنه ، كما أنه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط ، كما أنه لا يمكن أن يفقد بعدم الاستعمال² . ولا يمكن تغييره إلا بشروط وقيود محددة . لكن يستطيع الشخص أن يصحح لقبه ، إذا وجد فيه خطأ في سجلات الحالة المدنية ، ويتم التصحيح بحكم قضائي ، أما التغيير فيكون في حالة رغبة الشخص في تغيير لقبه بلقب جديد ، لسبب معين ، والتغيير لا يتم إلا في حالات استثنائية محددة وضمن شروط وإجراءات خاصة تتيح لمن تتأثر مصالحه بهذا التغيير الاعتراض عليه . وقد نصت المادة 29 من التقنين المدني الجزائري على أنه (يسرى على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية) .

ثانيا . حماية الحق في الاسم . لقد تبني المشرع الجزائري مبدأ حماية الاسم ، باعتباره من الحقوق للصيقة بالشخصية الإنسان فنص في المادة 47 من التقنين المدني الجزائري على أنه (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر) . ونصت المادة 48 من نفس التقنين على أنه (لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه ، دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر) .

ويكون الاعتداء على الاسم ، إما بالمنازعة فيه أو بانتحاله ، والمنازعة في استعمال الاسم تعني أن يتعرض الغير - دون مبرر- على حق الشخص في التسمي بالاسم الذي يحمله وفي استعماله إياه . أما الانتحال فيعني تسمي الغير باسم شخص معين واستعماله إياه دون حق ، أي دون أن يكون هذا الاسم هو اسمه¹ .

ويكون وقف الاعتداء عن طرق القضاء ، بمنع الغير من التعرض للمعتدي عليه في استعمال اسمه ، أو بمنع المنتحل من استعمال الاسم محل الاعتداء . وإذا صاحب هذا الاعتداء ضرر ، كان لصاحب الاسم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه . ولكن الضرر ليس شرطا لازما لطلب وقف الاعتداء على الحق في الاسم وسائر الحقوق للصيقة بالشخصية² .

وإذا حصل أن تطابقت الأسماء بين شخصين تطابقا كاملا على سبيل الصدفة ، فلا نكون بصدد اعتداء من أحدهما على الآخر في اسمه ، إذ لكل شخص اختيار الاسم الذي يراه مناسب لشخصه ، ولكن نكون بصدد اعتداء أو انتحال ، إذا كان استعمال أحدهما لاسمه قد جاء بطريقة يقصد منها إيهام الغير بأنه الشخص الآخر ، فهذا يجوز رد الاعتداء باعتباره انتحالا للاسم³ .

الفرع الثالث

الموطن

Le domicile

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 156.

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 164.

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 403.

² الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 305. الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 404.

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 404.

إن التنظيم القانوني للعلاقات الاجتماعية يقتضي ثبات الشخص في مكان معين يمكن أن يخاطب فيه فيما يتعلق بشؤونه القانونية ، إذ ليس من المعقول أن نلزم كل من يريد اتخاذ إجراء قانوني في مواجهة أحد الأشخاص أن يتعقب هذا الشخص أو يبحث عن محل وجوده . وهذا المكان الذي يمكن "قانونا" مخاطبة الشخص فيه سواء أوجد فيه بالفعل أم لم يوجد هو ما يسمى بالموطن¹ . ومن السمات الأساسية والهامة للشخصية القانونية الموطن حيث يتيح العثور على مقر الشخص ومكانه ، ولذلك يجب أن نتعرف على أهميته ، وتعريفه ثم نعرض لأنواعه .

أولا . أهمية الموطن . الموطن وثيق الصلة بالشخصية ، إذ يمكن من العثور على مقر الشخص وتحديد مكانه القانوني ، بالنسبة لمن يريد التعامل معه . وأهمية الموطن بالنسبة للشخص تتجلى في أن كل الأوراق القضائية ، مثل التبليغات والاندازات ، تبلغ عادة الى الشخص في موطنه ، والدعوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، وشهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر ، والوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئا معيناً بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين ، وغير ذلك من الأمور يتطلب فيها القانون تحديد موطن للشخص² .

ثانيا . تعريف الموطن . الموطن لغة هو المكان الذي يقيم فيه الشخص ويستوطنه³ . ويعتبر الموطن عنصرا هاما من عناصر الشخصية ، وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة عادية ومستقرة أو هو المقر القانوني للشخص¹ . أو هو المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام وتوجه إليه المعاملات والتبليغات القانونية والقضائية في هذا المكان وإن تغيب عنه بصورة مؤقتة² .

وللموطن ركنان . ركن مادي ، يتحقق بالإقامة المعتادة في إقليم دولة معينة . وركن معنوي ويتحقق بتوفر نية البقاء لدى المقيم عند الإقامة المعتادة ، وبذلك يختلف الموطن عن محل الإقامة المعتادة الذي لا يتوفر فيه سوى الركن المادي دون الركن المعنوي . فالدولة الأجنبية التي يدرس فيها الطالب لا يعتبر إقليما موطناً لهذا الطالب لعدم توفر نية البقاء لديه طيلة مدة مكوثه فيها³ .

وقد نظم المشرع الجزائري الموطن بالمواد من 36 الى 39 من التقنين المدني الجزائري . وقد جاء في تلك النصوص أن موطن كل جزائري ، هو المحل الذي يوجد فيه سكناه ، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن ، كما اعتبر أن المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة الى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة .

وللموطن عنصرين هامين ، أولهما الإقامة الفعلية ، أي أن الأمر يتعلق بإقامة حقيقية في مكان معين ، وليس مجرد افتراض ، ذلك أن الإقامة عنصر أساسي في تحديد الموطن . ثانيهما الاستقرار أو التعود على الإقامة ، ولهذا فإنه يجب أن تكون الإقامة مستقرة أو معتادة ، وهذا لا يعني اتصال الإقامة دون انقطاع ، وإنما يقصد به استقرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ، ولو تخللتها فترات

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 167 .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 165 .

³ الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 334 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 167 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 260 .

³ نفس المرجع السابق . ص . 261 .

غيبية متقاربة أو متباعدة . والعبرة في تحديد ذلك بالشواهد والدلائل على أن الإقامة تتسم بصفة الاستقرار والاعتقاد ، ولنية الشخص في الاستقرار في المكان أو عدم الاستقرار أثر هام جدا¹ .

وعنصر الاستقرار في المكان حتى يعتد به كموطنا يبين الفرق بين الموطن ومحل الوجود أو محل السكن residence ، ومثال ذلك أن يذهب شخص الى المصيف لمدة معينة ، فإن مكان هذا المصيف لا يعتبر موطناً له ما دامت ظروف الحال تتم عن إقامته فيه بغرض الاصطياف فقط ، فتبعد عنه لذلك دلائل الاستقرار² . وتوافر عنصر الاستقرار من عدمه مسألة موضوعية يترك تقديرها الى قاضى الموضوع ، وهو في ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا³ .

ثالثا . أنواع الموطن . الأصل العام أن للشخص الحرية التامة في أن يختار لنفسه الموطن الذي يختاره أو يريده ، وأن يغير هذا الموطن متى شاء ، وليس عليه في هذا الشأن إلا أن يحدد محل إقامته فيعتبر هذا المحل موطناً عادياً له . وينقسم الموطن الى نوعين موطن عام ، وموطن خاص .

أ. الموطن العام . وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، ويسمى عاما لأن الشخص يباشر فيه كل حقوقه وتصرفاته المدنية على العموم ، كما يمكن تسميته بالموطن الحقيقي لقيامه على أساس الإقامة الفعلية وتمييزا له عن الموطن الحكمي الذي ينفصل عن الإقامة الفعلية⁴ . وهذا الموطن هو الذي يتحدد بالإقامة المعتادة⁵ . والأصل أن يتحدد الموطن العام للشخص باختياره ، ولذلك يسمى بالموطن الإرادي أو الاختياري . ولكن هذا لا يكون إلا بالنسبة لكامل الأهلية ، وهم البالغون سن الرشد دون أن يحجر عليهم لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ودون أن يفقدوا أو يغيبوا فيعين لهم وكيل يتولي عنهم أمورهم . وعلى ذلك فإنه في الحالة التي لا يكون فيها الشخص غير كامل الأهلية فإن القانون هو الذي يحدد موطن الشخص ، ولذلك يسمى بالموطن القانوني أو الإلزامي .

راجع هذه الفكرة في جعفر من ص 438 الى ص 455.

والموطن القانوني أو الإلزامي . هو الموطن الذي يتدخل القانون في تحديده بالنسبة لبعض الأشخاص ودون اختيار من جانبهم للمكان المعتبر موطناً لهم . ويكون ذلك بالنسبة للأشخاص الذين لا يتمكنون من مباشرة شؤونهم وتصرفاتهم القانونية بأنفسهم . مثال ذلك ما نصت عليه المادة 38 من التقنين المدني الجزائري على أن (موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا) . من النص السابق يتبين أن موطن القاصر ومن في حكمهم هو موطن من ينوب عنهم قانونا من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل . وبعبارة أخرى يعتبر هذا الموطن بالنسبة للقاصر والمحجور عليهم والمفقودين والغائبين موطناً إلزامياً لا دخل لإرادتهم في اختياره ، وهذا الموطن الإلزامي لا علاقة له بالإقامة العادية لهؤلاء ، وتم تحديده تحديداً حكماً لا واقعياً¹ .

ويظل الموطن القانوني أو الإلزامي قائماً طالما بقيت العلة أو السبب الذي من أجله حدد المشرع الموطن القانوني ، أي طالما ظل الشخص قاصراً أو محجوراً عليه أو غائباً . فإذا زال السبب فإنه يرجع الى الأصل العام ، وهو تحديد الموطن على أساس الإقامة الفعلية² .

¹ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 546 .

² الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 158 .

³ الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 441 .

⁴ الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 338 .

⁵ الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 549 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 171 .

² الدكتور عوض أحمد الزعي . مرجع سابق . ص 424 .

ب. الموطن الخاص . قد يوجد للشخص الى جانب موطنه العام ، موطنًا خاصًا لبعض أعماله وعلاقاته القانونية . فالموطن الخاص إذن هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالًا معينة بالذات¹ . وهذا الموطن ، إما أن يحدده القانون ، وإما أن يترك أمر تحديده لإرادة الشخص واختياره ، وأهم صورته أو أنواعه هي ، الموطن المختار ، وموطن الأعمال .

ج. الموطن المختار . أما الموطن المختار . فهو ذلك الموطن الذي يختاره الشخص بإرادته لتنفيذ عمل قانوني معين² كاختيار المتقاضي مكتب المحامي موطنًا مختارًا له . وقد نصت المادة 39 من التقنين المدني الجزائري على أنه (يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين . يجب إثبات اختيار الموطن كتابة) .

ويترتب على هذا الموطن المختار ، أنه يعتبر الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل أو التصرف القانوني ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري وكافة الإجراءات القانونية والتبليغات. ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة . ولكن يجب إثباته بالكتابة في جميع الأحوال . فالكتابة هنا ضرورية لإثبات اختيار الموطن وذلك أيا كانت قيمة العمل القانوني الذي من أجله اختار المتعاقد موطنًا خاصًا . وهذه الكتابة التي لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بها قد تكون شرطًا في العقد³ .

د. موطن الأعمال . عرفت المادة 37 من التقنين المدني الجزائري ما اصطلح الفقهاء على تسميته موطن الأعمال على النحو التالي ، (يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة الى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة) ، وعلى هذا الأساس إذا اتخذ شخص تجارة أو صناعة أو حرفة ، في مكان معلوم ، كان له الى جانب موطنه العادي العام الذي يحدد في محل إقامته ، موطن خاص في مكان تجارته أو صناعته أو حرفته . ولا يعتد بهذا الموطن الخاص إلا بالنسبة لشؤون التجارة أو الصناعة أو الحرفة . وهذا ما يسمى بموطن الأعمال أو موطن التجارة أو الحرفة .

الفرع الرابع

الأهلية

La capacité

الأهلية لغة هي ، القدرة أو الصلاحية أو الكفاءة . يقال فلان أهل لعمل كذا إذا كان صالحًا للقيام به¹ . والأهلية من أهم خصائص الشخصية القانونية ، إذ يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص وفاعليته من حيث صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات . وكفاءته أو قدرته على ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والالتزامات على نحو يعتد به قانونًا.

والأهلية ، اصطلاحًا ، يراد بها أحد معنيين . المعنى الأول ، هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وهذه هي أهلية الوجوب *Capacité de jouissance* ، مما يجعلها

¹ نفس المرجع السابق . ص . 425.

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 427.

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 170.

¹ وفي اصطلاح الأصوليين صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحًا لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحًا لأن يلتزم بهذه الحقوق على وجه يعتد به شرعًا . الدكتور حسن مقبول الأهل ، أصول الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجبل ، صنعاء ، 1990 ، ص ، 217 . أشار إليه الدكتور ، يحي قاسم على ، مرجع سابق ، ص ، 280 ، هامش رقم 01.

مطابقة للشخصية القانونية ، بحيث تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان¹ . المعنى الثاني هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية أو للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية وهذه هي أهلية الأداء *Capacité d'exercice*. أي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته² . وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب ، لأنه إذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء³ .

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف الأهلية بصورة عامة ، بأنها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصدور الأعمال والتصرفات القانونية منه على وجه يعتد به القانون ويحميه عند مباشرته واستعماله لهذه الحقوق والالتزامات⁴ .

وتنقسم الأهلية الى نوعين . أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء . فإذا كان المقصود بالأهلية صلاحية الإنسان لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ، أطلق على الأهلية هنا أهلية الوجوب . وإذا كان المقصود بها القدرة على ممارسة الأعمال والتصرفات القانونية على وجه يعتد به القانون ، أطلق عليها أهلية الأداء .

أولاً. أهلية الوجوب *Capacité de jouissance*. وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية ، حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان . وتقوم أهلية الوجوب على عنصرين أساسيين هما .

العنصر الأول . صلاحية الشخص أو قدرته على التمتع بالحقوق ، أي صلاحيته لأن يكون صاحب حق ، كأن يكون صاحب حق ملكية أو حق انتفاع مثلا أو دائنا للغير بمبلغ من المال .

العنصر الثاني . صلاحية الشخص أو قدرته على الالتزام بالواجبات ، أي صلاحيته لأن يكون مكلفا بالالتزام ، كأن يكون مدينا للغير أو ملتزما تجاهه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹ .

وأهلية الوجوب على هذا النحو ترتبط بالشخصية القانونية ، وهي تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا دون أن تتوقف على أي اعتبار آخر . فهي تثبت في الأصل للإنسان من وقت ميلاده وتلازمه طوال حياته ، بل إنها تبدأ مبكرة قبل الولادة ، بحيث تثبت للجنين أو الحمل المستكن ، ولكنها تبدأ ناقصة ومحدودة ، إذ للجنين أو الحمل المستكن أهلية وجوب ناقصة ، حيث تكون أهليته مقصورة على إمكان ثبوت الحقوق دون الالتزامات . وحتى بالنسبة للحقوق فلا يثبت له منها إلا تلك التي لا تحتاج الى تعبير عن الإرادة كالميراث والوصية . وعلى هذا يصح أن يكتسب الجنين حقا عن طريق الميراث وعن طرق الوصية ولا يصح أن يكتسب حقا عن طرق الإرادة ، كالحقوق التي يتوقف اكتسابها على القبول بالتعبير عن الإرادة مثل الهبة . لأن الهبة عقد لا ينعقد إلا بالقبول وعليه فإن ثبوتها له يكون معلقا على ولادته حيا وقبول وليه لها² .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 149 .

² نفس المرجع السابق . ص 150 .

³ الدكتور أنور سلطان . مرجع سابق . ص 227 .

⁴ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 432 .

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 433 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 250 .

ثانيا . أهلية الأداء . Capacité d'exercice. هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به قانونا ، أو بعبارة أخرى هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية أي القدرة عن التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه وذمته¹

ومناطق أو أساس أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز ، فهي تدور معه وجودا وعدما ، كمالات ونقصانا والإدراك والتمييز هما أساس الإرادة ، ففقد الإدراك والتمييز فاقدا الإرادة وفاقدا أهلية الأداء . ونقص الإدراك والتمييز ناقص الإرادة ونقص أهلية الأداء . وكامل الإدراك والتمييز كامل الإرادة وكامل أهلية الأداء² .

وإذا كان مدى أهلية الأداء لدى الشخص تتوقف على درجة ما لديه من الإدراك والتمييز ، فإن هذه الدرجة تتأثر بنوعين من العوامل . عوامل طبيعية تقوم على السن ، فالإدراك والتمييز لدى الشخص يتوقف في صغره على سنه حتى يبلغ سن الرشد ، ولذلك كان السن هو العامل الأول والأساسي الذي تتأثر به أهلية الأداء . وعوامل عارضة تخلفها الأمراض التي تصيب العقل أو تفسد التدبير ، فقد يبلغ الشخص سن الرشد ولكن قد يطرأ عليه عارض يتأثر به الإدراك والتمييز عنده ، فيكون لهذا العارض أثره بالتالي على أهلية الأداء وهذه هي عوارض الأهلية³ .

وقد يكون الإنسان كامل الإدراك والتمييز وبالتالي كامل أهلية الأداء ، ومع ذلك يقوم لديه مانع طبيعي أو مادي أو قانوني ، يحول دون مباشرة أهليته وهذه هي موانع الأهلية .

فكامل الأهلية بإمكانه إجراء كل التصرفات القانونية ، وهو ما نصت عليه المادة 86 من قانون الأسرة . (أن من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه ، يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني) . وقد نصت المادة 40 من القانون المدني أيضا على سن الرشد بقولها (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة) .

أما عديم الأهلية فليس بإمكانه إجراء أي تصرف من هذه التصرفات فقد (المادة 82 من قانون الأسرة على أنه (من لم يبلغ سن التمييز لصغر في سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة) . وتنص المادة 42 من التقنين المدني على أنه (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن ، أو عته ، أو جنون . يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة) .

ويمكن إجمال الفروق الرئيسية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء فيما يلي . تكتسب أهلية الوجوب بمجرد ولادة الإنسان حيا أو "قبل ذلك" . أما أهلية الأداء فلا يكتسبها الإنسان إلا إذا بلغ سنا معينة وهي سن الرشد . أهلية الوجوب لا علاقة لها بإرادة الإنسان . أما أهلية الأداء فترتبط بهذه الإرادة وتتوقف عليها . أهلية الوجوب لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية ، ولا تختلف في الصغير عنها في الكبير وذلك إلى حين الوفاة . أما أهلية الأداء فتتأثر بعوارض الأهلية وترتبط بعدة أدوار في حياة الإنسان¹ .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 150 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 251 .

³ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 435 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 173 .

ثالثا . تدرج أهلية الأداء . إن مناط الأداء هو الإدراك والتمييز ، ولما كان الإدراك والتمييز يكتمل عند الإنسان تدريجيا ، بحسب السن وفقا لعمر الإنسان ، فإن أهلية الاداء تتدرج تبعا لذلك ، بتدرج السن الذي يعتبر العامل الأول والأساسي الذي تتأثر به هذه الأهلية .

فالإنسان في حياته ، ومنذ ولادته إلى وفاته ، يمر بمراحل ثلاث ، يحدد القانون بداية كل منها ونهايتها بسن معينة ، يتدرج التمييز فيها من الانعدام إلى النقص إلى الكمال ، ويجعل له فيها أهلية أداء تختلف عن أهليته في فترة أخرى . وتتدرج تبعا لذلك أهلية الأداء عند الشخص من الانعدام الى النقص الى الكمال . وهذه المراحل هي ، مرحلة الصغير غير المميز ، ومرحلة الصغير المميز ، ومرحلة البالغ سن الرشد¹ ، وسنتناولها فيما يلي .

المرحلة الأولى . مرحلة عديم التمييز أو الصغير غير المميز . وهذه المرحلة تبدأ منذ الولادة

وتمتد حتى سن 13 سنة . فكل من لم يبلغ سن 13 سنة يعتبر فاقد التمييز² ، ويمسي الصبي في هذه المرحلة ، التي يثبت له فيها كل من الشخصية القانونية وأهلية الوجوب ، الصبي غير المميز ، أو عديم التمييز ، أو عديم الأهلية ، أو القاصر غير المميز . ويترتب على ذلك انعدام أهلية الأداء لديه وبالتالي لا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية أيا كان نوعها ، سواء أكانت نافعة له نفعاً محضاً ، كقبول الهبة أو ضارة به ضرراً محضاً ، كالتبرع بماله للغير ، أو دائرة بين النفع والضرر كبيع مال له أو شراء سيارة لنفسه ، ولو كان بإذن وليه ، وإذا أقدم على تصرف من التصرفات كان هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً¹ . ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه لأنه يتعلق بالنظام العام² . ويترتب على الحكم بالبطلان إعادة الأمر كما كان عليه قبل التعاقد³ . وينوب عنه الولي أو الوصي أو من في حكمهما في مباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بحقوقه .

المرحلة الثانية . مرحلة التمييز أو مرحلة الصغير المميز . وهي المرحلة التي يتجاوز فيها

القاصر سن الثالثة عشر سنة دون أن يبلغ التاسعة عشر سنة . وفي هذه المرحلة يعتبر الإنسان في مرحلة وسطي من الإدراك التام من جهة ، وعدم الإدراك المطلق من جهة ثانية . لذا فإن الشخص إذا بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، كانت له أهلية أداء ناقصة⁴ .

وحكم تصرفات الشخص في هذه المرحلة يتوقف على نوعها . فإذا كانت هذه التصرفات نافعة له نفعاً محضاً ، كقبول الهبة ، تعتبر صحيحة ، وكأنها صادرة من كامل الأهلية ، وعلى العكس من ذلك إذا كانت هذه التصرفات ضارة له ضرراً محضاً ، كالتبرع للغير ، تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تصح بالإجازة . ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز ، ويكون حق التمسك بهذا الإبطال قاصراً على ناقص الأهلية الذي قام بالتصرف . بمعنى

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 437 .

² تنص المادة 42 من التقنين المدني على أنه (.....يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة) . يقول الدكتور محمد سعيد جعفر . بأن (...انعدام أهلية الصغير غير المميز انعدام عام ، بمعنى أنه يشمل جميع أنواع التصرفات القانونية التي تصدر من عديم التمييز ، حتى ولو كانت هذه التصرفات من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً ، كقبول الهبة الخالصة أي الهبة من غير مقابل ...) . أنظر . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص 524 .

¹ الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 312 .

² تنص المادة 102 من التقنين المدني الجزائري على أنه (إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة ...) .

³ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 151 .

⁴ تنص المادة 43 من التقنين المدني الجزائري على أنه (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون)

أن يكون ذلك التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر بواسطة الولي أو الوصي أو الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد¹. ومن جهة أخرى ، وبالنسبة لمسؤوليته ، فقد نصت المادة 125 من التقنين المدني الجزائري على أنه (لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً) .

المرحلة الثالثة . مرحلة بلوغ سن الرشد . تبدأ هذه مرحلة بلوغ الشخص سن الرشد وتستمر إلى حين وفاته . ففي هذه المرحلة يفترض القانون أن ملكات الإنسان العقلية وبالتالي إدراكه وتميزه اكتمل ، وأن إرادته كاملة الوعي في كل عمل يقوم به ، ويصبح الإنسان كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وقادراً على القيام بجميع التصرفات القانونية بنفسه ، بحيث تصبح تصرفاته صحيحة سواء أكانت نافعة له نفعاً محضاً ، أو ضارة له ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر . شريطة أن يكون قد بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية² .

رابعاً . عوارض الأهلية . قد يبلغ الشخص سن الرشد ، ثم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية يؤثر في تمييزه ، فيفقد أو ينتقص منه ، وبالتالي يفقد أهليته أو يكون ناقص الأهلية . وقد تقوم هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد ، وتستمر معه بعد ذلك ، فتعدم التمييز لدى الشخص كلية مثل الجنون والعتة . وقد تطرأ بعد بلوغه سن الرشد ، فتنتقص في تمييزه ، كالغفلة أو السفه .

فعوارض الأهلية إذن هي أربعة ، الجنون . والعتة . والسف . والغفلة . وهي إما عاهات تصيب العقل ، وهذه هي الجنون والعتة ، وإما عاهات تصيب التدبير فتفسده ، وهي السفه والغفلة .

أ- الجنون . Démence . هو حالة مرضية تصيب الشخص ، فتفقده القدرة والإدراك على تمييز العمل النافع من العمل الضار¹ . أو هو آفة أو مرض يصيب العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز ، ويعطل إرادته ويعدم بالتالي أهلية الأداء لديه² . أو هو مرض يصيب العقل ويفقده تمييزه فلا يعتد بأقواله وأفعاله³ . ويأخذ المجنون حكم الصغير غير المميز فتكون جميع تصرفاته باطلة ، سواء أكانت نافعة أم ضارة أم دائرة بين النفع والضرر⁴ .

ب - العتة . Imbécillité هو نقصان العقل واختلاله ويجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام ، دون أن يصل إلى مرتبة الجنون⁵ . أو أنه خلل يصيب القوى العقلية للإنسان فيضعفها أو ينقصها دون أن يعدمها إذ يجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير⁶ . أو هو اختلال في الشعور يؤدي إلى قلة الفهم واختلاط الكلام وفساد في التدبير ، فهو خلل يعتري العقل دون أن يبلغ الجنون⁷ .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 152 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 443 .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع السابق . ص . 154 .

² الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 446 .

³ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 182 .

⁴ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 447 .

⁵ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 182 .

⁶ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 448 .

⁷ الدكتور حميد بن شنياتي . مدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني . نظرية الحق . الطبعة الأولى . 2008 . ص . 119 .

والعته لا يبلغ مبلغ الجنون ، إذ لا يصاحبه اضطراب وصياح . ووضع المعتوه أقل سوءا من وضع المجنون . فهو هادئ لا يضرب ولا يشتم فهو أشبه ما يكون بنوع من الجنون الهادئ ولقد سوى القانون في الحكم بين المجنون والمعتوه واعتبر كلا منهما كالصبي غير المميز¹.

ج- السفه . Prodigalité . هو حالة تصيب الشخص تدفع به الى إنفاق ماله بدون تدبير² . أو هو خفة تعتري الإنسان نتيجة ضعف بعض ملكات النفس ، فتحمله على العمل وإنفاق أمواله على غير ما يقتضيه الشرع وتبذيرها على أوجه لا تعود عليه بالنفع³ . فالسفيه هو من يبذر ماله ويتلفه على خلاف مقتضى العقل والشرع⁴ . فيعمل على تبذيره دون ضابط من عقل أو منطق . فالسفه عارض لا يصيب العقل ، بل يلحق بحسن التدبير فيفسده . ولذلك فانه لا يصل الى حد إعدام الإدراك والتمييز بل يؤدي فقط الى إنقاصهما .

وحالة السفه هي أقرب ما تكون الى حالة الصغير المميز ، أي ناقص الأهلية ، من حيث وجود الإدراك والوعي لديه من ناحية ، وقلة البصيرة التي تستوجب حمايته من سوء تصرفاته من ناحية أخرى . وعليه فإن الشخص يستطيع أن يقوم بالتصرفات التي تدور بين النفع والضرر .

الغفلة . Insouciance . يقصد بها وقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيب قلبه ، وكثيرا ما يخطئ إذا تصرف⁵ . وذو الغفلة هو الشخص الذي لا يهتدي الى معرفة التصرف الرابع المفيد له من التصرف الخاسر الضار به ، فيغبن في معاملاته غبنا فاحشا وينخدع بسهولة لسلامة قلبه¹ .

وحكم السفه وذو الغفلة ، حكم ناقص الأهلية (الغير مميز) ، تكون تصرفاته صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً ، باطلة بطلاناً مطلقاً ، إذا كانت ضارة له ضرراً محضاً ، قابلة للإبطال ، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر² .

ويترتب على قيام عارض من عوارض الأهلية السابقة الحجر على الشخص بحيث نصت المادة 101 من قانون الأسرة على أنه (من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه) .

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

كما يترتب على فقدان الأهلية أو نقصانها ، تعيين نائب قانوني في صورة ، ولي ، أو وصي أو مقدم³ .

¹ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 154 .

² . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 154 .

³ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 449 .

⁴ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 177 .

⁵ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 155 .

¹ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 451 .

² . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 155 .

³ . تنص المادة 87 من قانون الأسرة على أن ، (يكون الأب ولها على أولاده القصر ، وبعد وفاته ، تحل الأم محله قانونا . وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد) .

خامساً . موانع الأهلية . قد يكون الشخص كامل الأهلية بالغاً سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية . ومع ذلك قد تقوم أو تطرأ عليه ظروف مادية أو قانونية أو طبيعية تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، وهي ما يطلق عليها موانع الأهلية .

فهذه الظروف أو الموانع ليس من شأنها التأثير في أهلية أداء الشخص ، إذ هو كامل الإدراك والتمييز وبالتالي كامل أهلية الأداء . كل ما في الأمر أنها تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه . ولذلك يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده في إبرامها .

وموانع الأهلية ثلاثة ، مانع مادي ، وهو الغيبة ، ومانع قانوني ، وهو الحكم بعقوبة جنائية ومانع طبيعي ، وهو العاهة المزوجة أو العجز الجسماني الشديد .

أ. المانع المادي (الغيبة) . ينبغي التمييز بين الغائب Absent والمفقود Disparu (فالمفقود هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته¹) . فالشك إذن يحيط بحياة الإنسان بحيث لا يعرف على وجه الدقة واليقين ما إذا كان لا يزال على قيد الحياة أو أنه أصبح في عداد الموتى .

أما الغائب (فهو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون محققة لا يحوم حولها الشك سواء ، كان موطنه أو محل إقامته في الخارج معلوماً أو غير معلوم²) .

فالغائب شخص كامل الأهلية سليم الإرادة ، ولكنه رغم اكتمال أهليته ، لا يستطيع بسبب غيابه أن يتولى إدارة شؤونه بنفسه ، لذا وحتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس المرتبطة به ، تقتضي الضرورة بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه . وذلك في إحدى الحالات التالية . إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته . إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم . إذا كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الوطن واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يعين من ينوبه في إدارتها¹ .

فالغيبة بهذا المعنى ، تعتبر مانعاً مادياً يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال أهليته . وتقتضي الضرورة هنا أن لا تتعطل مصالحه ومصالح الغير ، بسبب هذه الغيبة ، ولذلك لا بد أن يكون هناك من يتولى إدارة شؤونه أثناء غيابه ، إذا توافرت ثلاثة شروط هي على التوالي² .

الشرط الأول . كمال أهلية الغائب . لا يعتبر الغياب مانعاً من موانع الأهلية إلا إذا كان الغائب كامل الأهلية ، فإذا كان ناقص الأهلية أو عديمها ، فلا يوجد حينئذ ، رغم الغياب ، ما يمنع من مباشرة شؤونه ، إذ يباشرها عنه ممثله القانوني .

1. الدكتور عوض احمد الزعيبي . مرجع سابق . ص 454.

2. نفس المرجع السابق . ص 454.

1. الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 121.

2. الدكتور محمد سعيد جعفرور . مرجع سابق . ص 592.

الشرط الثاني . استمرار الغياب لمدة سنة أو أكثر . مؤدى هذا الشرط هو عدم إمكان اعتبار الشخص غائبا قانونا ، وبالنتيجة عدم جوار تعيين وكيل عنه من طرف المحكمة ، إلا بعد غيابه لمدة تساوى أو تتجاوز سنة كاملة .

الشرط الثالث . تعطل مصالح الغائب أو الغير . تدور مسألة تعيين الوكيل عن الغائب وجودا وعدما ، مع تعطل مصالح الغائب ومصالح الغير . فإذا لم يترتب على غياب الشخص تعطل مصالحه أو مصالح الغير ، لا يكون هناك مسوِّغ لنظام الوكالة القضائية .

وتنتهي حالة الغياب ويزول أثرها بزوال سببها ، وبانتهاء حالة الغياب تنتهي مهمة وكيل الغائب .

ب . المانع القانوني . (الحكم بعقوبة جنائية) . يوجد نوع آخر من موانع الأهلية ويكون بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جنائية ، مثل المحكوم عليه بالإعدام ، إذ يسلبه القانون سلطة التصرف في أمواله حتى لا يسيء التصرف فيها ، وقد عرف بقرب منيته ، وكذلك المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو السجن المؤقت .

ويترتب على المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، حرمانه من تولى إدارة أمواله والتصرف فيها طوال فترة تنفيذ العقوبة وإذا أجرى شيئا منها تعتبر تصرفاته أو أعماله باطلة بطلانا مطلقا ، كتصرفات عديم الأهلية ، ويستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخص المحكوم عليه ، كالطلاق مثلا¹ . ذلك أنه في حالة الحكم بعقوبة جنائية ، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني ، الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة ، وتتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي .

و. الحجر القانوني يعتبر عقوبة تكميلية بحكم القانون (peine accessoire de plein droit) ملازمة للعقوبة الأصلية المقرر في مواد الجنايات نظرا لخطورتها ، والعقوبة التكميلية تلحق المحكوم عليه بقوة القانون ، أي بدون حاجة الى النص عليها في الحكم ، وهذا طبقا للفقرة الأولى من المادة التاسعة مكرر من تقنين العقوبات التي تقضي بأنه ، (في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني) .

ويتولى إدارة المحكوم عليه بدلا منه قيم يختاره بنفسه ، بشرط أن تصدق عليه المحكمة التي يقع في دائرتها موطنه ، أما إذا لم يعين هو قيما لهذه الإدارة ، تولت هذه المحكمة تعيينه بناء على طلب النيابة العامة¹ .

وباعتبار الحجر القانوني عقوبة تكميلية ملازمة للعقوبات الأصلية المقررة للجنايات ، فهو موقوت ببقاء سببه ، لذا يزول الحجر القانوني وينتهي ، بتنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها او بالإفراج عن المحكوم عليه أو بالعفو عنه .

¹ . الدكتور . حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 121 .

¹ . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 121 .

ج . المانع الطبيعي (العاهة المزدوجة) . العاهة المزدوجة هي أن يجتمع في شخص معين عاهتان من ثلاث . هي الصمم والبكم والعمي . ، بحيث يكون هذا الشخص إما أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم .

والأصل أن العاهات البدنية التي تصيب الإنسان كالعمي والصمم والبكم ، لا تؤثر في أهليته فهي لا تؤثر على إدراكه وتمييزه وحسن تصرفه في أمواله وأموره لتستلزم الحد من أهليته وانتقاصها وإنما ينحصر أثر هذه العاهات في قدرة الإنسان الذي يصاب بها على التعبير عن إرادته فقط وإظهارها على حقيقتها .

ونظر لكون الإنسان مصاب بأكثر من عاهة من هذه العاهات الثلاث ، قد يصعب أو يمتنع عليه التعبير عن إرادته عند إجراء بعض التصرفات القانونية . لذلك أجازت المادة 80 من التقنين المدني الجزائري للمحكمة أن تعين مساعدا قضائيا¹ يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته .

وتجدر الإشارة الى أن تعيين المساعد القضائي لا ينقص من أهلية أداء المحتاج الى المساعدة على الإطلاق ، ولا يعتبر نوعا من الحجر عليه لينقص من أهليته ، ولا عارضا من عوارض الأهلية فالشخص هنا كامل الإدراك والتمييز ، وإنما فيه عجز يحد من قدرته على التعبير عن إرادته² .

إذا امتنع المساعد عن الاشتراك في إبرام التصرف ، وأصر من تقرر له المساعدة على إبرام التصرف ، جاز لهذا الأخير رفع الأمر الى المحكمة التي يجوز لها ، إذا رأت أن هذا الامتناع في غير محله أن تأذن له في إبرامه منفردا ، أو أن تعين له مساعدا قضائيا آخر ، للمساعدة في إبرام هذا التصرف وفقا للتوجيهات التي تثبتها في قرارها ، ويكون التصرف هنا صحيحا غير قابل للإبطال³

ولا يعتبر المساعد القضائي نائبا عن ذي العاهتين في مباشرة التصرف قائما فيه مقام الأصل بل هو معاون يشترك معه فيه ، بمعنى أن المساعد القضائي لا يحل محل المصاب في إجراء التصرفات القانونية ، ولا ينفرد بإجرائها عنه ، وإنما يشترك معه في إجرائها ، فإذا قام بالتصرف بمفرده كان التصرف غير نافذ في حق من تقرر مساعدته¹ .

المبحث الثاني

الشخصية الاعتبارية أو المعنوية

La personne morale

إذا كان الإنسان هو الشخص القانوني في الحالة الاعتيادية ، فإن التطورات الاجتماعية والاقتصادية اقتضت ضرورة ثبوت الشخصية القانونية لغير بني الإنسان، كالجمعيات والشركات والمؤسسات وهذه يصطلح على تسميتها بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية .

¹ . وليس وصيا قضائيا كما كان واردا في نص المادة 80 قبل تعديلها القانون رقم 10/05 . (إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا ، يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته)

² . الدكتور . عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 458

³ . وفقا لأحكام المادة 71 من قانون الولاية على المال المصري . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 459 . أما التقنين المدني الجزائري لم يتضمن حكما ينظم مسألة الخلاف بين المساعد القضائي ومن تقرر مساعدته . انظر الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 589 .

¹ . الدكتور محمد سعيد جعفر . مرجع سابق . ص . 587 .

إن حقائق الحياة الاجتماعية والاقتصادية نفسها فرضت وما زالت تفرض الاعتراف بالشخصية القانونية لهذه الكائنات الجماعية التي يخلع عليها القانون الشخصية القانونية . تحقيقا لأغراض اقتصادية واجتماعية معينة .

إن الكائنات الجماعية التي يخلع عليها القانون الشخصية القانونية ، قد تكون جماعة من الأشخاص يجمعهم تكوين منظم وترمي إلى تحقيق هدف معين . وهذه الجماعة بالرغم من تكوينها من عدة أشخاص ، تعتبر شخصا واحدا متميزا له كيانه المستقل عن الأشخاص المكونين له . إذ أن إضفاء الشخصية القانونية عليها يجعل لها كيانا مستقلا ويمتعتها بخصائص تلازم هذه الشخصية من ذمة مالية واسم وجنسية وموطن وحالة وحق في التقاضي وأهلية .

فالدولة مثلا تعتبر شخصا مستقلا عن شخصية كل من أفراد الشعب ، والشركة تعتبر شخصا مستقلا عن شخصيات الشركاء ، والجمعية والنادي الرياضي يعتبران شخصين مستقلين عن شخصيات الأشخاص الذين يكونونهما أو ينضمون إليها .

وقد تكون هذه الكائنات مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين فالمستشفى أو الوقف أو المعهد العلمي الذي ينشؤه أحد الأشخاص ويرصده لغرض البر والإحسان أو النفع العام ، تكون له شخصية مستقلة بجميع ما يترتب عليها من نتائج قانونية ، والشخصية هنا تقوم على أساس المال . فلسنا هنا بصدد جماعات من الأشخاص ، وإنما بصدد مجموعات من الأموال¹ .

وسنتناول في هذا المطلب تعريف الشخص الاعتباري وطبيعته . أنواع الشخص الاعتباري حقوق وخصائص الشخص الاعتباري . ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب نتناول في المطلب الأول تعريف الشخص الاعتباري . وندرس في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري . ونخصص المطلب الثالث ، لتكوين الشخص الاعتباري . وندرس في المطلب الرابع أنواع الشخص الاعتباري . ونتناول في المطلب الخامس حقوق وخصائص الشخص الاعتباري .

المطلب الأول

تعريف الشخص الاعتباري

يمكن تعريف الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بأنها¹ ، مجموعة من الأشخاص أو الأموال ترمي إلى تحقيق غرض معين ويعترف بها القانون² أو هي ، مجموعة أشخاص طبيعية "أفراد" أو مجموعة أموال "أشياء" تتكاتف وتتعاون أو ترصد لتحقيق غرض وهدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية³ ، أو هي ، مجموعة من الأشخاص أو الأموال تسعى إلى تحقيق غرض معين ويعترف بها القانون فيخلع عليها الشخصية القانونية المستقلة بالقدر اللازم لتحقيق هذا الهدف⁴ . أو هي مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي ترمي إلى تحقيق غرض معين مادي أو غير مادي ويمنحها

¹ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 462 .

² . تنص المادة 49 من التقنين المدني الجزائري على أن الأشخاص الاعتبارية هي (الدولة ، الولاية ، البلدية . المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري . الشركات المدنية والتجارية . الجمعيات والمؤسسات . الوقف . كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية)

³ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 183 .

⁴ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 160 .

⁵ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 462 .

القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض¹ . ومن هذه التعاريف يظهر بأن هناك ثلاثة مقومات للشخص المعنوي وهي .

وجود مجموع من الأشخاص أو الأموال . وفي جماعة الأشخاص يجب أن يكون تنظيم لهذه الجماعة يضمن حسن سير العمل فيها لتحقيق ما تسعى إليه من أهداف ، كما هو الحال في الشركات والجمعيات . أما في مجموعات الأموال ، كالأوقاف ، فنجد تخصيصها للأموال بإرادة منشئ الشخص المعنوي (الواقف) .

وتتشارك جماعات الأشخاص وجماعات الأموال في أن كليهما يجب أن تتوافر فيه صفة الاستمرارية والغرض المشترك ، وتوافر الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض ، حتى يكتسب الشخصية القانونية .

إلا أنهما يختلفان في شيء أساسي ، هو أن جماعات الأشخاص تقوم على العنصر الشخصي بينما تقوم جماعات الأموال على عنصر المال .

وجود غرض يقصد الوصول إليه . إذ يجب أن يكون لهذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال غرض ثابت يتكفل حوله أفراد المجموعة أو ترصد الأموال لتحقيقه . وهذا ما يجعل من هذه المجموعات وحدة متماسكة تشكل كيانا قائما بذاته .

ويجب أن يكون هذا الغرض ممكنا ومشروعا ، وإلا كان تكوين الشخص المعنوي باطلا . كما يجب أن يكون مستمرا . أما إذا كان عرضيا ويمكن تحقيقه دفعة واحدة فإنه لا يكفي لتبرير قيام شخص معنوي مستقل . فإتفاق عدة أشخاص على الذهاب في رحلة مقابل اشتراكات تجمع منهم ، لا يعد منشئا لشخص معنوي .

ويجب أن لا يكون الغرض الذي ينشأ الشخص المعنوي من أجله فرديا ، إذ أن الغرض الفردي يتنافى مع العلة من وجود الشخص المعنوي¹ .

اعتراف المشرع لهذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية ، اعترافا صريحا . ويكون هذا الاعتراف الصريح بوضع المشرع شروطا عامة ، إذا توافرت في جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه المجموعة أو تلك الجماعة الشخصية القانونية بقوة القانون ودون حاجة الى ترخيص أو اعتراف خاص في كل حالة على حدة . ففي هذه الحالة ينص القانون على طوائف المجموعات التي يعتبرها ذات شخصية معنوية . ثم يبين ويوضح شروط تكوينها فتمتى تكونت اكتسبت الشخصية القانونية² . مثال ذلك الشركات المدنية والتجارية .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للشخص المعنوي

¹ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 263 .

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 463 .

² . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 187 .

لقد ثار خلاف فقهي وفكري حول تكيف طبيعة الشخصية المعنوية حيث ظهرت عدة نظريات والآراء والمذاهب نستطيع إجمالها فيما يلي .

النظرية الأولى . نظرية الافتراض القانوني . Théorie de la Fiction légale ، حيث يعتبر أصحاب هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه الألماني سافيني Savigny ، أن الإنسان "الشخص الطبيعي" هو الشخص القانوني الوحيد القادر على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وما الشخص المعنوي إلا مجرد افتراض ومجاز من باب تمكين مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال من أداء مهامها الجماعية وتحقيق الأغراض الموجودة من أجلها¹ . وقد تبناها أنصار المذهب الفردي ، وهي أول نظرية قيلت في مسألة الشخص الاعتباري ، وهي تقوم على أساس أن الشخصية الطبيعية التي يتمتع بها الإنسان هي وحدها التي تعتبر حقيقة واقعة ، أما الشخصية الاعتبارية فليس لها وجود حقيقي وإنما هي مجرد افتراض قانوني . ويستطيع المشرع حين يرى فائدة في الشخصية الاعتبارية أن يخلق هذه الشخصية خلقا ويفترضها افتراضا ، بالنسبة لبعض المجموعات من الأشخاص أو من الأموال التي يرى أن يمنحها كيانا مستقلا . وهذه الشخصية التي يمنحها المشرع لمجموعات من الأشخاص أو من الأموال ما هي إلا شخصية وهمية مفترضة أوجدها المشرع تلبية للحاجة الاقتصادية أو الاجتماعية² .

النظرية الثانية . نظرية الشخصية الحقيقية . Théorie de la personnalité réelle . يرى أصحاب هذه النظرية أن الشخص الاعتباري ليس مجرد وهم وخيال وافتراض لا يقوم إلا بإرادة المشرع ، وإنما هو حقيقة واقعة تفرض نفسها على هذا المشرع نفسه وتعتبر موجودة من تلقاء ذاتها دون أن تنتظر منه الاعتراف بوجودها . ولا يود هناك فرق أو خلاف بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فكلاهما حقيقي غير أن الشخص الطبيعي له كيان ملموس والشخص الاعتباري غير مجسم وغير ملموس فهو من قبل الحقائق المعنوية³ .

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطالب الجزائري



المطلب الثالث

تكوين الشخص الاعتباري

المقصود بتكوين الشخصية المعنوية ، بيان بداية هذه الشخصية ونهايتها ، ونبين فيما يلي بدء الشخصية المعنوية ونهايتها أو انقضاءها .

الفرع الأول

بدء الشخصية المعنوية

لا تبدأ الشخصية المعنوية¹ من الناحية القانونية لجماعة من الأشخاص أو الأموال إلا بعد الاعتراف بها من قبل السلطة المختصة في الدولة . حيث يضع المشرع الشروط الواجب توافرها في هذه التكوينات الاجتماعية والاقتصادية ، بحيث يؤدي توافر هذه الشروط الى أن تثبت لها الشخصية المعنوية

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 160 .

² الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 131 .

³ نفس المرجع السابق ص . 133 .

¹ تنص المادة 51 من التقنين المدني على أنه ، (يعين القانون الشروط التي يجب توافرها لتأسيس مؤسسات الدولة والمنشآت الاقتصادية والاجتماعية والمجموعات مثل الجمعيات والتعاونيات واكتسابها الشخصية القانونية او فقدها) .

بحكم القانون . ويكون الإعلان أو الشهر بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة بنشر القانون الذي يقضي بإنشائها في الجريدة الرسمية وفقا للمبدأ العام في نشر القوانين . أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فيكون الشهر عادة بتسجيل هذه الأشخاص في سجلات رسمية خاصة بها بحسب نوع كل منها¹

الفرع الثاني

انقضاء الشخصية المعنوية

إذا كانت الأشخاص المعنوية العامة ، باستثناء الدولة ، لا تنشأ إلا بنص تشريعي ، فهي لا يمكن أن تزول إلا بنص تشريعي مماثل ، يعبر فيه المشرع عن إرادته في إلزائها و سلبها الشخصية القانونية . أما الدولة في حد ذاتها فلها ، من حيث المبدأ ، صفة الديمومة والاستمرارية ولا يمكن أن تزول شخصيتها إلا في حالات استثنائية جدا ، كاتحاد الدولة مع غيرها مثلا ، فتزول الشخصية القانونية لكل دولة من الدولتين ، وتحل محلها شخصية واحدة هي شخصية الدولة الموحدة. أما الأشخاص المعنوية الخاصة فتنتضي في أحوال متعددة أهمها .

أولا. انقضاء الأجل المحدد للشخص المعنوي .

تنتهي الشخصية المعنوية بطريقة طبيعية إذا انقضى الأجل المحدد لها ، فقد يحدد القانون لأحدى الهيئات أو المؤسسات أو الجمعيات أو الشركات أجلا لإنهاء أعمالها . وقد يحدد مثل هذا الأجل في سند إنشاء الشخص المعنوي ، فإذا ما حل هذا الأجل انقضى الشخص المعنوي وفقا للطريقة المنصوص عليها² . فمثلا تنتهي شركة التضامن بانتهاء المدة المحددة لها ، أو باتفاق مجموع الشركاء على حلها .

المصدر الأول للطالب الجزائري

ثانيا . تحقيق الغرض الذي تأسس من أجله الشخص المعنوي .

كما لو تأسست جمعية خيرية من أجل بناء مسجد معين في مدينة تبسة . وتم انجاز هذا المسجد نهائيا . فهنا تنتهي الشخصية المعنوية بانتهاء هذا الغرض¹ .

ثالثا. الحل او سحب الاعتراف.

تنتهي الشخصية المعنوية أيضا عن طريق الحل أو سحب الاعتراف بها . والحل قد يكون اختياريا ، أي بقرار من الشخص المعنوي نفسه ، وبإرادة واختيار الأشخاص المكونين له واتفاقهم على ذلك . فإذا كان الشخص المعنوي جماعة من الأشخاص ، واتفق جميع الأعضاء على حله أو قررت ذلك الأغلبية التي يتطلبها القانون لحله ، فإن الشخصية المعنوية تنتضي . كالاتفاق بين الشركاء على حل الشركة أو إدماجها في شركة أخرى . وقد يكون الحل إجباريا ، إما بقانون يصدره المشرع أو بحكم قضائي تصدره المحكمة المختصة في أحوال معينة يحددها القانون² .

¹ . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 136 .

² . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 465 .

¹ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 270 .

² . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 137 .

ويترتب على زوال الشخص المعنوي وانقضائه ، نتائج قانونية عديدة أهمها وجوب تصفية ذمته المالية ، فتسدد ديونه ، وتوفي الالتزامات المترتبة عليه من أمواله وتعتبر شخصيته المعنوية بحكم الممتدة بالقدر اللازم لإتمام أعمال التصفية ، ثم تزول شخصيته نهائيا . وتوزع الأموال الباقية بالطريقة التي ينص عليها سند إنشاء الشخص المعنوي . أو وفقا لما ينص عليه القانون¹ .

فإذا لم يوجد نص قانوني ، فإن العبرة في تحديد مصير أموال الشخص المعنوي ، تكون بالغرض الذي وجد من أجله ، فإن كان غرضه الربح ، كما في الشركات التجارية ، فإن أمواله توزع على الشركاء² .

لكن إذا كان الشخص المعنوي يقصد منه الى حلول شخص آخر محله ، فإن هذا الأخير يخلف الشخص المعنوي الذي انتهى في حقوقه والتزاماته . وذلك كما في حالة اندماج شركة في أخرى أو إدماج جمعية أو مؤسسة في أخرى .

المطلب الرابع

أنواع الشخص الاعتباري

لقد جرى الفقه على تقسيم الأشخاص المعنوية الى نوعين رئيسيين ، هما الأشخاص المعنوية العامة ، والأشخاص المعنوية الخاصة ، تبعا لقسم القانون الذي يحكمها ، فإذا كانت تخضع لأحكام القانون العام ، وتتمتع بالسيادة والسلطة العامة ، فهي أشخاص معنوية عامة ، وإذا كانت تخضع لأحكام القانون الخاص ، ولا تتمتع بالسيادة والسلطة العامة ، فهي أشخاص معنوية خاصة¹ .

فالأشخاص المعنوية العامة² ، هي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري . ودراسة هذا النوع من الأشخاص يتم أثناء دراسة القانون الإداري . وينقسم الشخص المعنوي العام الى شخص معنوي عام إقليمي ، وشخص معنوي عام مرفقي .

أما الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية ، فهي الأشخاص المعنوية التي تمارس اختصاصها وصلاحياتها في حيز جغرافي معين ، ومن أهم الأشخاص المعنوية الإقليمية هي الدولة ، وهي شخص معنوي إقليمي فريد من نوعه ، إذ تمارس سلطاتها على كافة أرجاء الدولة ، وهي الأصل الذي تنفرع عنه كافة الأشخاص المعنوية العامة والخاصة³ . والجماعات الإقليمية للدولة هي الولاية والبلدية . ويتم إنشاء الأشخاص المعنوية الإقليمية (البلدية والولاية) بقانون من السلطة التشريعية وفقا للمادة 122 فقرة 10 من الدستور.

¹ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص . 183 .

² الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 469 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 188 .

² تنص المادة 49 من التقنين المدني الجزائري على أنه (الأشخاص الاعتبارية هي . الدولة ن الولاية ، البلدية . المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري . الشركات المدنية والتجارية . الجمعيات والمؤسسات . الوقف . كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية) .

³ الدكتور محمد الصغير بلعلي . مرجع سابق . ص . 163 . هامش رقم 01 .

أما الأشخاص المعنوية المرفقية (المصلحية) ، فهي تلك الأشخاص التي تتركز في وجودها على الاختصاص المرفقي ، أي التكفل بنشاط وموضوع معين . كالجامعة ومؤسسة النقل الحضري . الوكالة الوطنية للطاقة ... الخ .

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة ، فهي الشركات المدنية والتجارية والجمعيات والمؤسسات التي تعترف لها الدولة بالشخصية المعنوية وتكون غير متمتعة بحقوق السيادة والسلطة العامة. ويدرس هذا النوع من الأشخاص المعنوية الخاصة ، أثناء دراسة مواد القانون الخاص ، ومع ذلك سنتناول بعضا منها على سبيل المثال.

الفرع الأول

الشركات

تنقسم الشركات الى نوعين رئيسيين ، هما الشركات المدنية ، والشركات التجارية. لكنما جميعا تتمتع بالشخصية المعنوية ما عدا شركة المحاصة . وقد نص المشرع أن الشركات التجارية لا تتمتع بالشخصية القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وفقا لأحكام المادة 549 من التقنين التجاري . عكس ما جاء في نص المادة 417 من التقنين المدني الجزائري ، الذي يعتبر بأن الشركة المدنية شخصا معنويا بمجرد تكوينها ، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون .

والشركات المدنية ، هي التي تقوم بأعمال مدنية ، مثل الشركات الزراعية التي يؤسسها منتجون زراعيون لبيع المحصولات الزراعية أو شركات تربية المواشي . وتخضع هذه الشركات لأحكام القانون المدني.

أما الشركات التجارية ، فهي تلك التي تحترف القيام بالأعمال التجارية ، مثل الشراء بقصد إعادة البيع لتحقيق الربح أو عمليات التأمين أو البنوك وغيرها من الأعمال التجارية . وتخضع هذه الشركات لأحكام القانون التجاري . والشركات التجارية إما أن تكون شركة أشخاص مثل شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة . وإما أن تكون شركة أموال مثل شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة .

الفرع الثاني

الجمعيات

تتميز الجمعيات بخصائص أهمها ، أنها تتألف من جماعة من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ذات تنظيم مستمر لمدة محددة ، وتهدف الى غرض غير الحصول على الربح المادي أو المنفعة الشخصية وهذا الغرض هو الذي يميز الجمعية عن الشركة ، فبينما تهدف الشركة التجارية الى تحقيق الربح المادي ، فإن الجمعية تهدف الى مساعدة الفقراء وتوفير الخدمات الصحية ورعاية الأحداث والشيوخ الى غير ذلك من الأغراض التي لا تستهدف الربح المادي . وينظمها في الجزائر قانون الجمعيات .

ولا يمكن لأية جمعية أن يكون لها وجود قانوني (شخصية قانونية) ولا أن تمارس نشاطها بدون موافقة السلطات العمومية ، أي الحصول على ترخيص خاص ، وإذا كان نشاط الجمعية يشتمل مجموع الأراضي الجزائرية ، فيجب أن تكون موافقة وزارة الداخلية ، أما إذا كان النشاط مقتصرًا على أحد الولايات ، فتصدر الرخصة من والى الولاية التي بها مقر الجمعية¹ .

المطلب الخامس

خصائص الشخصية المعنوية

تنص المادة 50 من التقنين المدني على أنه (يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان ، وذلك في الحدود التي يقرها القانون . يكون لها خصوصا . ذمة مالية أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون . موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر . نائب يعبر عن إرادتها . حق التقاضي) .

يستفاد من هذا النص أن الشخصية الاعتبارية لا يمكن أن تطابق الشخصية القانونية للإنسان لما بينهم من اختلاف في الطبيعة واختلاف في حدود الشخصية القانونية بالنسبة لكل منهما . وبناء على ذلك لا يكون للشخص الاعتباري حقوق سياسية أو حقوق أسرة كالزواج والطلاق والإرث . وسنعرض فيما يلي إلى أهم خصائص ومميزات الشخصية المعنوية.

SAHLA MAHLA

الفرع الأول

الذمة المالية

المصدر الأول لطالب الجزائري



إن الذمة المالية تعتبر من أهم خصائص ومميزات الشخص المعنوي . وللشخص الطبيعي كما للشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص الذين قاموا بتكوينه أو القائمين على إدارته . وتتكون الذمة المالية من مجموع حقوقه والتزاماته ، وتعتبر الذمة المالية ضمانا عاما للدائنين يستوفون حقوقهم منها¹ . وتبدأ الذمة المالية للشخص المعنوي من تاريخ اكتسابه الشخصية القانونية ، أي من تاريخ الاعتراف به .

والأصل أنه لا يجوز لدائني الشخص المعنوي الرجوع على الشركاء أو الأعضاء في الشخص المعنوي ولا على من يمثلونه أو يتولون إدارته ، بالديون التي لهم في ذمة الشخص المعنوي ، فتسمى مسؤولية هؤلاء بالمسؤولية المحدودة .

ويستثني من هذا الأصل ، ما تعلق بديون بعض الأشخاص المعنوية ، حيث تكون ديونها مضمونة بأموال الشخص المعنوي والأموال الخاصة بالأعضاء أو الشركاء أو المؤسسين له ، كما هو الحال في شركات التضامن ، بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين فيها ، بحيث يسأل الشركاء المتضامنين عن ديون الشركة حتى في أموالهم الخاصة . وهي ما تسمى بالمسؤولية التضامنية للشركاء المتضامنين

¹ الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 145 .

¹ الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 180 .

فتمتد المسؤولية عن ديون الشخص المعنوي الى ذمم هؤلاء الخاصة المستقلة عن ذمة هذا الشخص المعنوي¹.

إن ضرورة الاعتراف لمجموعات الأشخاص والأموال بذمة مالية مستقلة عن ذمم أعضائها أو القائمين عليها ، هي من أهم العوامل التي أدت الى إيجاد فكرة الشخصية المعنوية وإطلاقها على هذه المجموعات². ذلك أن الذمة المالية ترتبط بالشخصية القانونية ، وما دام من الضروري إيجاد ذمة مالية مستقلة لهذه المجموعات ، فإنه من الضروري في نفس الوقت منحها الشخصية المعنوية ليتمكن أن ترتبط بها هذه الذمة المالية³. وتنقضي الذمة المالية بانقضاء الشخص المعنوي .

الفرع الثاني

أهلية الشخص المعنوي

للشخص المعنوي أهلية وجوب ، إذ يعتبر صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وأهلية أداء ، بحيث يعتبر صالحا لمباشرة التصرفات القانونية وممارستها بنفسه . غير أن أهلية الشخص المعنوي بنوعيتها تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي ، ذلك أن أهلية الشخص الطبيعي من حيث المبدأ وفيما عدا بعض الاستثناءات القليلة ، مطلقة غير محدودة ، إذ أنها تخول للشخص الطبيعي جميع الحقوق وتحمل كافة الالتزامات وممارسة مختلف أنواع التصرفات القانونية¹. أما الشخص المعنوي فلا تثبت له الأهلية إلا ضمن الحدود التي يعينها عقد التكوين أو التي يقرها القانون .

والشخص المعنوي بحكم وجوده وجودا معنويا لا يتصور لديه الإدراك والتمييز إذ ليس له بذاته إرادة رغم كونه يملك حق مباشرة جميع أنواع التصرفات القانونية كالشخص الطبيعي البالغ سن الرشد .

غير أن الشخص المعنوي لا يباشر هذه التصرفات بنفسه ، لأنه لا إرادة له ، وإنما يباشرها بواسطة أشخاص طبيعيين يمثلونه ويعبرون عن إرادته ويباشرون نشاطه القانوني ويعملون لحسابه .

فهؤلاء الأشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص المعنوي ، هم الأداة التي يزاوّل بها نشاطه وعلى هذا النحو تؤخذ أهلية الأداء عند الشخص المعنوي بالمفهوم الذي يتفق مع طبيعته .

الفرع الثالث

موطن مستقل

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 474 . انظر كذلك الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . مرجع سابق . ص . 180 .

² الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 140 .

³ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 475 .

¹ الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 141 .

للشخص المعنوي شخصية قانونية ووجود مستقل وكيان قائم بذاته ، وهو ما يقتضي بالضرورة أن يكون له موطن مستقل يحدد مكان وجوده من الناحية القانونية . وموطن الشخص المعنوي مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له أو القائمين على إدارته . فللشركة موطن مستقل عن موطن الشركاء ، وللجمعية موطن مستقل عن موطن أعضائها وممثليها ، وغالبا ما ينص القانون على اعتبار محل مركز الإدارة الرئيس موطنا له ، والمقصود بمركز الإدارة الرئيس ، هو مركز النشاط القانوني والمالي والإداري للشخص المعنوي . فهو ليس بالضرورة مركز الاستغلال . فقد يكون للشخص المعنوي نشاط وفروع في دول متعددة¹ .

وقد عبرت المادة 50 من التقنين المدني ، بأن موطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . أما الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها ، في نظر القانون الداخلي في الجزائر.

المطلب الرابع

نائب الشخص الاعتباري

الشخص المعنوي ليس له وجود مادي ملموس ومحسوس كالشخص الطبيعي، وهو بذلك لا يستطيع مباشرة التصرفات والأعمال القانونية إلا بواسطة نائب ينوب عنه أو يمثله من الأشخاص الطبيعيين . وهو عادة يكون رئيس الشركة أو رئيس الجمعية أو الوالي أو رئيس البلدية .

المصدر الأول للطالب الجزائري

الفرع الخامس

حق التقاضي

يعتبر حق التقاضي من أبرز الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري أو المعنوي . فيجوز للشخص المعنوي أن يقاضي الغير الذي ينازعه في حق يقرره له القانون أمام القضاء ، أي أن ترفع عليه الدعوى من قبل الغير أو أن يرفع هو الدعوى على الغير أمام القضاء ، عن طريق الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه وتتصرف هذه الدعوى الى الذمة المالية للشخص المعنوي سلبا أو إيجابا¹ .

الفرع السادس

اسم الشخص المعنوي

¹ . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 269.

¹ . نفس المرجع السابق . ص 266.

يترتب على تمتع الشخص المعنوي بشخصية مستقلة وكيان قائم بذاته ، وجوب اتخاذ اسم معين يعرف به ويميزه عن غيره من الأشخاص المعنوية ويستطيع بواسطته مباشرة الأعمال والتصرفات القانونية .

ويختلف اسم الشخص المعنوي عن اسم الشخص الطبيعي ، من حيث عدم وجود لقب أو اسم عائلي يدخل في تكوينه ، لعدم وجود عائلة للشخص المعنوي . ويستمد اسم الشخص المعنوي من الهدف الذي تأسس من أجله أو من أسماء مؤسسيه وألقابهم .

ولمؤسسي الشخص المعنوي الحرية التامة في اختيار اسمه ، شريطة عدم مخالفة هذا الاسم للنظام العام . ويتمتع اسم الشخص المعنوي بالحماية القانونية التي يتمتع بها اسم الشخص الطبيعي فيحق للشخص المعنوي أن يطلب وقف الاعتداء على اسمه . كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر¹ . ويشترط ذكر اسم الشخص المعنوي في سند إنشائه والمراسلات المتعلقة به وواجهة المحل التجاري² .

الفرع السابع

جنسية الشخص الاعتباري

اختلف الفقهاء حول مسألة تمتع الشخص المعنوي بالجنسية ، فذهب فريق الى إنكار ثبوت الجنسية للشخص المعنوي معتبرين أن القول بأن الشخص المعنوي يتمتع بجنسية معينة ، هو قول غير دقيق وغير سديد ، على أساس أن الجنسية رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة . وهي تقوم على فكرة التبعية والولاء والارتباط المعنوي بينهما ، وهو ما لا يتصور إلا بالنسبة للإنسان وبالتالي لا تتصور الجنسية إلا بالنسبة للشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي¹ .

غير أن بعض الفقهاء يرى بأنه ما دام لا بد من وجود رابطة ما تربط الشخص المعنوي ودولة من الدول وتجعله خاضعا لأنظمتها وقوانينها ، فليس هناك ما يمنع من أن تطلق على هذه الرابطة اسم الجنسية² .

وتقوم هذه الجنسية على نفس الفكرة التي تقوم عليها جنسية الشخص الطبيعي ، من حيث مدلولها وأسس منحها وآثارها والحقوق والالتزامات المتولدة عنها . وإذا كانت آثار الجنسية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي لا يمكن أن تتحقق كليا بالنسبة للشخص المعنوي ، فإن ما يترتب منها بالنسبة إليه يعد كافيا للاعتراف له بالجنسية³ .

¹ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 484 .

² . الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 267 .

¹ . الدكتور . عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 485 .

² . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 139 .

³ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 485 .

ولارتباط الشخص المعنوي بدولة معينة عن طريق الجنسية فائدة كبيرة تتجلى في تحديد وضعه القانوني بالنسبة لهذه الدولة أو غيرها من الدول ، إذ تجعله خاضعا لأنظمتها وقوانينها في تكوينه ووجوده فمعرفة ما إذا كان الشخص المعنوي قد استوفي شروط تكوينه ووجوده يكون بحسب أنظمة وقوانين الدولة التي ينسب إليها . كما تجعله خاضعا في نشاطه وما يتمتع به حقوق وما يلقي عليه من التزامات وفي انقضائه أيضا ، لأنظمة وقوانين تلك الدولة¹ .

الفصل الثاني

محل الحق

إذا كان للحق صاحب هو الشخص الذي يثبت له الحق ، فإنه لابد له أيضا من محل يرد عليه وهذا هو الركن الثاني للحق . والمقصود بمحل الحق ، موضوعه الذي تركز عليه السلطات والمكنات التي يخولها الحق لصاحبه والتي تشكل مضمون الحق .

وهناك فرق واضح بين محل الحق ومضمونه ، فإذا قلنا أن للمالك سلطة استعمال واستغلال ملكه والتصرف فيه ، وأن صاحب الحق الشخصي يمكنه اقتضاء حقه من المدين جبرا إذا لم يف به اختيارا وأن صاحب الحق الذهني يكون له سلطة الاستغلال المالي لمؤلفه بالإضافة إلى حقوقه الأدبية عليه ، إذا قلنا كل هذا فإننا نكون في الواقع بصدد استعراض مكنات الحق ، أو بعبارة أخرى مضمون هذا الحق . فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق .

أما إذا قلنا إن سلطات المالك ترد على شيء معين بالذات ، وأن سلطة صاحب الحق الشخصي في الاقتضاء إنما ترد على الأداء الواجب على المدين وهو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وأن سلطات المؤلف ترد على شيء معين ، فإننا في كل ذلك إنما نكون بصدد استعراض محل هذه الحقوق ، أي موضوعها¹ .

وخلاصة القول أن محل الحق العيني هو شيء من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصي هو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ومحل الحق الذهني هو شيء غير مادي (فكرة مبتكرة) . وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى بحثين . المبحث الأول ، نخصه لدراسة الأشياء . المبحث الثاني ، ندرس فيه الأعمال .

المبحث الأول

الأشياء

Les choses

الشيء هو كل ما له كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن الإنسان سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحواس ، أو معنويا لا يدرك إلا بالتصور . وعلى هذا الأساس فإن الشيء يختلف عن المال . فالمال يقصد به (الحق ذو القيمة المالية أي الذي يقدر بالنقود²) ، أي ما كان نوعه ، وأي ما كان محله شيئا

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 486.

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 193.

² . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 201.

أو عملا . أما الشيء فيقصد به (كل كائن يشكل حيزا في الطبيعة¹) ، وهذا التعريف للشيء له معنى طبيعي أو وجودي مجرد ، أي يحمل معنى مجرد لا يهم رجال القانون .

أما التعريف القانوني للشيء فهو (كل موجود يمكن حيازته في الطبيعة أو أي جزء من العالم الخارجي يصلح لتحقيق مصلحة إنسانية فردية أو جماعية ، اقتصادية أو أدبية ويعتبره القانون صالحا لأن يكون محلا للحقوق²) ، وللشيء بالمعنى القانوني خصائص معينة أهمها .

01 . أن يكون له وجود مستقل عن وجود الإنسان ، أو بمعنى آخر ، فإن كل ما لا يعد شخصا يعد شيئا . وحيث أن الإنسان لا يعتبر شيئا ، فإن أي جزء من جسم الإنسان لا يعد شيئا إلا إذا انفصل عنه³ .

02 . يجب أن يصلح الشيء ليكون محلا لعلاقات قانونية ، أي صالح لتحقيق مصلحة إنسانية ما فردية أو جماعية ، اقتصادية أو أدبية ، ليس شيئا من الناحية القانونية ، كل ما هو خارج عن نطاق النظام القانوني ، فكل تعامل غير قانوني في شيء يفقده هذه الصفة . فالمخدر صالح لتحقيق مصلحة ما "استعماله لأغراض طبية" لذا يعتبر شيئا ، أما إذا استعمل كوسيلة للتعاطي غير المشروع فهو لا تعتبر شيئا من الناحية القانونية⁴ .

03 . يجب أن يكون متعينا في العالم الخارجي (يكمن حيازته) دون اشتراط وجود مادي له فالإنتاج الذهني مثلا لا يشترط فيه الوجود المادي ، بل يكفي أن يكون قابلا للوجود أو للتحديد ، سواء كان شيئا ماديا أو معنويا "كالألحان والأسماء التجارية والعلامات التجارية" . غير أنه لا يشترط أن يكون الشيء موجودا فعلا وفي الحال ، بل يكفي أن يكون الشيء قابلا للوجود في المستقبل⁵ .

وقد جرى الخلط أحيانا بين الشيء والمال ، في حين أنه في الواقع يختلف كل منهما عن الآخر فالمال هو الحق الذي يمثل قيمة تقدر بالنقود أو بعبارة أخرى هو الحق المالي عينيا كان هذا الحق أو شخصا أو معنويا¹ . أو هو الحق ذو القيمة المالية أي الحقوق التي يمكن تقديرها بالنقود أيا كان نوعها ومحلها أي سواء كانت حقوق مالية أو شخصية أو معنوية وسواء كانت واقعة على الأشياء أو الأموال² .

أما الشيء فيراد به المحل الذي يقع عليه هذا الحق المالي ، سواء كان هذا الشيء ماديا أو معنويا ، فالأشياء هي محل الحقوق العينية والمعنوية الى جانب الأعمال التي هي محلا للحقوق الشخصية³ . ومن ثم فليس من تلازم بين المال (الحق المالي) والشيء . فقد يوجد حق مالي دون شيء يرد عليه (كالحق الشخصي) حيث يكون محله عملا أو الامتناع عن عمل . وبالمقابل هناك من الأشياء ما لا يعتبر مالا لأنه ليس محلا لحق . كالشيء المباح (الضوء والهواء) فهذه الأشياء لم يرقم بعد عليها حق لشخص ما ، فلا تعتبر أموالا وإنما تعتبر أشياء فحسب . وقد يتعدد على الشيء الواحد أكثر من مال أي أكثر من حق مالي كقطعة أرض (شيء) يستبقي مالكها ملكية الرقبة لنفسه ويبيع حق الانتفاع بها لشخص آخر .

¹ . الدكتور عبد الادر الفار . مرجع سابق . ص . 194 .

² . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج جزبون . مرجع سابق . ص . 184 .

³ . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 272 .

⁴ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 510 . الدكتور عبد القادر فار . مرجع سابق . ص . 194 .

⁵ . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج جزبوني . مرجع سابق . ص . 185 .

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 195 .

² . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 271 .

³ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 508 .

وإذا نظرنا الى الأشياء في ذاتها ، أي مستقلة عما يترتب عليها من حقوق ، نجد أنها تنقسم الى تقسيمات مختلفة بحسب معيار التقسيم المعتمد ، تنص التشريعات على بعض هذه التقسيمات ، بينما يرد البعض الآخر في كتب الفقه .

فمن حيث ثباتها تنقسم الأشياء الى عقارات ومنقولات ، ومن حيث تعيينها تنقسم الى أشياء مثلية وأشياء قيمية ، ومن حيث صلاحيتها للاستعمال المتكرر تنقسم الى أشياء مخصصة للمنفعة العامة وأخرى مخصصة للمنفعة الخاصة ، ومن حيث قابليتها للتعامل تنقسم الى أشياء داخلة في دائرة التعامل وأشياء خارجة عنها .

ويعتبر تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات أهم هذه التقسيمات وأكثرها آثارا من الوجهة القانونية ، وهو تقسيم شامل لكل الأشياء المادية منها والمعنوية، إذ أن الأشياء المعنوية تعتبر جميعها من قبيل المنقولات ، بينما التقسيمات الأخرى لا ترد إلا على الأشياء المادية . وسندرس هذه التقسيمات كل في مطلب مستقل .

المطلب الأول

الأشياء القابلة للتملك والأشياء غير القابلة للتملك

تنص المادة 682 من التقنين المدني على أن (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للمالية) ، يتضح من هذا النص أن الأشياء التي لا تقبل التملك نوعان .

الفرع الأول

أشياء تخرج بحكم طبيعتها عن التعامل

وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، أو هي تلك الأشياء المشتركة التي يمكن لجميع الناس الانتفاع بها ، دون أن يحول انتفاع بعضهم بها دون إمكان انتفاع البعض الآخر¹.

فالاستئثار بالشئ من لوازم ثبوت الحق عليه ، وكلما استعصى على الإنسان أن يستأثر بشيء خرج هذا الشيء عن دائرة التعامل ، وهنا يقال أن الشيء خرج بطبيعته عن التعامل . ومن أمثلة هذه الأشياء الخارجة عن التعامل أشعة الشمس والهواء ، فهذه الأشياء وما شابهها تخرج عن التعامل بطبيعتها حيث يشترك كافة الناس في الانتفاع بها².

¹ . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 147 .

² . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 512 .

الفرع الثاني

الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون

هذه الأشياء مما تسمح طبيعتها الاستثنائية بها وحيازتها ، ولكن المشرع يقرر خروجها عن دائرة التعامل ، وبالتالي عدم صلاحيتها لأن تكون محلا للحقوق المالية ، حفاظا على كيان المجتمع ورعاية منه لمصالحه الأساسية ، وهنا يقال أن هذه الأشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون . ويتحقق ذلك في حالتين .

الحالة الأولى . بسبب الغرض الذي خصص له الشيء . ذلك أن المشرع يخرج بعض الأشياء عن دائرة التعامل ويقرر عدم صلاحيتها لأن تكون محلا للحقوق المالية مراعاة للغرض الذي خصص له الشيء . ويكون ذلك بالنسبة للأشياء والأموال العامة . وهي تلك المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى . والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة . إذ لا يجوز التصرف في هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمن أي تملكها بالتقادم . مثال ذلك الطرق والموانئ والمطارات والبنائات الحكومية.

الحالة الثانية . بسبب اعتبارات النظام العام . يخرج المشرع بعض الأشياء عن دائرة التعامل ويقرر عدم صلاحيتها لأن تكون محلا للحقوق المالية مراعاة للاعتبارات النظام العام . مثال ذلك المخدرات والمتفجرات والنقود المزيفة والأسلحة غير المرخص بها والخمر ولحم الخنزير بالنسبة للمسلمين¹ .

SAHLA MAHLA

المطلب الثاني

المطلب الأول للطلال الجزائري

الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك (الاستعمالية)

تنقسم الأشياء بحسب الأثر الذي يحدثه الاستعمال فيها الى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك ، او أشياء استهلاكية وأشياء استعمالية¹ .

فالشيء الاستهلاكي هو الذي لا يمكن استعماله والانتفاع به إلا إذا أدى ذلك الى استهلاكه . لأن استعماله ينحصر بحسب ما أعد له في استهلاكه أو إنفاقه . فلا يمكن استعماله إلا مرة واحدة ولا يحتمل استعمالات أخرى ، ويستهلك باستعماله مرة واحدة² .

وقد يكون الاستهلاك ماديا يؤدي الى هلاك مادة الشيء عند الانتفاع به ، كالمأكولات والمشروبات. وقد يكون الاستهلاك قانونيا ، بحيث يتم التصرف بالشيء فينتقل من ذمة صاحبه الى ذمة شخص آخر دون أن يؤدي ذلك بالضرورة الى استهلاك الشيء من الناحية المادية ، كالنقود التي تستهلك قانونا عن طريق إنفاقها وكذلك تذاكر السفر .

¹ . نفس المرجع السابق . ص . 514 .

¹ نصت المادة 685 من التقنين المدني على أن (الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها.....)

² الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 282 .

أما الشيء غير الاستهلاكي (الاستعمالي) ، فهو الذي يمكن الانتفاع به مرات عديدة مع بقاءه على حالته طالما بقي صالحا للاستعمال . أي يقبل الاستعمال المتكرر دون أن يستهلك بمجرد هذا الاستعمال ، كالدور والسيارات والآلات الزراعية ، لأنه معد بطبيعته للاستعمال المتكرر¹.

وتظهر أهمية تقسيم الأشياء الى استهلاكية وغير استهلاكية (استعمالية) في نواحي عملية متعددة أهمها .

أ. إن بعض الحقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الارتفاق ، لا تقع إلا على الأشياء الاستعمالية ، ولا يمكن أن تقع على الأشياء الاستهلاكية ، فالمستأجر يلتزم برد الشيء بعينه الى مالكه بعد استعماله أو الانتفاع به . وعليه لا يمكن أن ترد هذه الحقوق على الأشياء الاستهلاكية لأنه لا يجوز تأجير شيء قابل للاستهلاك².

ب. إن بعض العقود التي ترد على منفعة الشيء كعقد الإيجار وعقد عارية الاستعمال، لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء الاستعمالية التي لا تستهلك بمجرد الاستعمال . لما تقتضيه طبيعة هذه العقود من استعمال الشيء ثم رده بعينه دون استهلاكه.

فعقد الإيجار وعقد عارية الاستعمال تخول صاحبها حقا شخصيا يستطيع بمقتضاه أن يستعمل الشيء على أن يردده بعينه عند انتهاء العقد . وهذا ما لا يتفق مع طبيعة الأشياء القابلة للاستهلاك ولذلك لا يمكن أن تتعلق هذه العقود بالأشياء الاستهلاكية³.

SAHLA MAHLA

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

المصدر الأول للطالب الجزائري

عرفت المادة 686 من التقنين المدني الأشياء المثلية بقولها (الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن.) . مما سبق يمكن القول بأن الأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق من نفس جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة ، ويكون تعيينها بذكر نوعها وبيان مقدارها بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقياس . ويترتب على ذلك أن الأشياء المثلية يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . ويشترط في اعتبار الشيء مثليا أن يوجد فعلا ما يماثله في السوق بدون تفاوت أو بتفاوت يسير لا يعتد به ولا يوجب اختلافا في الثمن . فإذا لم يوجد مثله في السوق بسبب انعدامه أو ندرته ، فإنه يصبح شيئا قيميا لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئا مثليا . مثال ذلك النقود والأقمشة والقمح¹.

أما الأشياء القيمية ، نسبة الى القيمة ، وتسمى أيضا ب (الأشياء المعينة بالذات) ، فهي تلك الأشياء الغير متماثلة والغير متشابهة² . أو هي الأشياء التي لا يوجد لها نظير في السوق أو يوجد لها

¹ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 515. الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 149.

² الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق .

³ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 518.

¹ الدكتور غالب علي الداودي مرجع سابق . ص 280. الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 203.

² الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 173.

نظير ولكن مع التفاوت الذي يعتد به في المعاملات قيمة وصفاتا . ولها قيمة خاصة تتفاوت أحادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً ملحوظاً يعتد به ، كمخطوطة نادرة ذات نسخة واحدة ، ولوحة زيتية معينة وأحجار ثمينة وسيارات قديمة¹..... الخ ، بحيث لا يسمح بالاختيار بينهما لعدم المساواة في كل شيء .

يتضح من هذا التقسيم (أشياء مثلية وأشياء قيمة) أن أساس التفرقة بين الشيء القيمي والشيء المثلي يستند بحسب الأصل الى طبيعة الشيء ذاته ، فمعيار التمييز بينهما هو معيار مادي غير أنه يجوز لإرادة المتعاقدين أن تغير من هذا الوضع القائم على طبيعة الشيء ، فتسبغ الصفة المثلية أو القيمة على الشيء خلافاً لما تقتضي به طبيعته . فتكون العبرة عندئذ بإرادة المتعاقدين ويصبح معيار للتفرقة معياراً شخصياً لا مادياً² .

أما الأهمية القانونية لتقسيم الأشياء الى أشياء مثلية وأشياء قيمة ، فيمكن تبيانها من الأمور التالية .

أ . تنتقل ملكية الأشياء القيمة (ويطلق عليها الشيء المعين بالذات) من البائع الى المشتري فور التعاقد ولو قبل التسليم ، بينما في الأشياء المثلية لا تنتقل ملكيتها فور التعاقد ، ما لم يتم فرز المبيع وتعيين نوعه .

ب . الالتزام بتسليم شيء مثلي (ويطلق عليه الشيء المعين بالنوع) يظل ممكناً طالما أنه يمكن الاستعاضة عما هلك منه بأشياء أخرى مماثلة . أما إذا كان الشيء قيمياً فإن هلاكه قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، يترتب عليه انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه³ .



يعتبر تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات من أهم التقييمات جميعاً ، نظراً لخطورة النتائج المترتبة على التمييز بينها واختلاف الأحكام بالنسبة للعقارات عنها بالنسبة للمنقولات اختلافاً كبيراً .

ويقوم هذا التقسيم أصلاً على أساس معيار مادي يعتمد على اختلاف طبيعة الأشياء ، وهو ثبات الشيء أو عدم ثباته ، معتبراً أن الأشياء الثابتة عقارات والأشياء القابلة للحركة منقولات .

وقد عرفت المادة 683 من التقنين المدني العقاري تعريفاً مباشراً حيث نصت على أن (كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول) .

يتضح لنا من هذا التعريف أن العقار هو كل شيء حائز لصفة الاستقرار والثبات ، بحيث لا يمكن نقله أو تحويله من مكانه دون تلف فيه أو تغيير في هيئته ، كالأرض وكل ما يتصل بها من أشياء ، اتصال قرار وثبات من بنايات وجسور وسدود وغير ذلك من العقارات المقامة على الأرض

¹ الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص . 281/280.

² الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 151. الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 520.

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 205.

وكذلك الغراس . فالأشجار التي تمتد جذورها في باطن الأرض تعتبر متصلة بالأرض اتصال قرار وثبات ، لكنها إذا فقدت صفة الثبات والاستقرار في الأرض فإنها تفقد تبعاً لذلك صفتها العقارية وتعود منقولة من وقت انفصالها عن الأرض ، كما في حالة قطع الأشجار .

أما المنقول فلم يعرفه المشرع الجزائري تعريفاً مباشراً وإنما عرفه بطريقة غير مباشرة أي على سبيل الاستبعاد أو النفي . فبعد أن عرفت المادة 683 السالف ذكرها العقار أضافت ما يلي (.. وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول) .

ولذلك يمكن تعريف المنقول بأنه (كل شيء ليس له مستقر ثابت ويمكن نقله أو تحويله من مكانه دون تلف فيه أو تغيير في هيئته¹) كالكتب والسيارات وغير ذلك من الأشياء المنقولة .

المطلب الأول

العقارات

العقار هو كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه ، لا يمكن نقله أو تحويله من مكانه دون تلف فيه أو تغيير في هيئته² . وتنقسم العقارات الى عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص ، والمنقولات تنقسم بدورها الى منقولات بطبيعتها ومنقولات بحسب المأل . وسنتناول فيما يلي كل من العقارات والمنقولات ، ثم نستعرض أهم الآثار التي تترتب على التمييز بينهما .

SAHLA MAHLA

الفرع الأول

العقارات بطبيعتها

المصدر الأول للمطالب الجزائري

Immeubles par Nature

يقصد بالعقار بطبيعته ، ذلك الشيء الثابت المستقر في الأرض بحيث لا يمكن نقله أو تحويله منها ، دون تلف فيه أو تغيير في هيئته ، سواء أكانت صفة الاستقرار ناتجة عن خلقته وطبيعته مثل الأرض والمناجم ، أم عن صنع الإنسان ، كالمباني والسدود والجسور والأشجار المغروسة .

وعلى هذا الأساس لا تعتبر عقارات بطبيعتها النباتات غير المثبتة في الأرض ، بحيث يمكن نقلها من مكانها دون تلف ، كالنباتات التي تنمو في الأوعية ، إذ تعتبر هذه النباتات منقولات بطبيعتها

الفرع الثاني

العقارات بالتخصيص

Immeubles par Destination

¹ . الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 274 .

² . الدكتور سليمان الناصري . المدخل للعلوم القانونية مقارنة بالقوانين العربية . المكتب الجامعي الحديث . الإازارطة الاسكندرية . 2005 . ص 169 .

العقار بالتخصيص ، هو منقول بطبيعته يضعه ماله في عقار مملوك له رسدا على خدمة هذا العقار واستغلاله . وقد عرفته المادة 683 الفقرة الثانية من التقنين المدني بقولها (غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص) . فالعقارات بالتخصيص هي في الحقيقة منقولات بطبيعتها ، ولكن القانون يعتبرها عقارات طالما خصصت لخدمة عقار ومنفعته واستغلاله . فهي إذن من منقولات حقيقية وعقارات حكما¹ .

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الاستغلال الزراعي ، الدواب والجرارات المخصصة لحرثة الأرض ومكنات رش المبيدات وأدوات الري المخصصة لخدمة الأرض . وفي مجال الاستغلال التجاري ، مفروشات الفنادق وأدوات المطاعم وستائر المسارح . ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص شرطين أساسيين هما .

الشرط الأول . أن توجد علاقة تخصيص بين المنقول والعقار ، بأن يخصص المنقول لخدمة العقار الطبيعي واستغلاله ، وليس لخدمة شخص مالك العقار . فالمنقول الذي يخزنه المالك في العقار المملوك له لا لخدمة العقار ذاته ، لا يعد عقارا بالتخصيص ، كالمواسير والأبواب والمكائن الزائدة التي يخزنها المالك في مزرعته أو مصنعه للمحافظة عليها فقط دونه تخصيصها لخدمة واستغلال المصنع أو المزرعة .

الشرط الثاني . اتحاد صفة المالك في العقار والمنقول . أي أن يكون المنقول مملوكا لنفس مالك العقار أو الذي له حق التصرف فيه . فإن كان مملوكا لمستأجر العقار أو لمستعيره أو لمرتهنه فلا يعد عقارا بالتخصيص حتى ولو رسد لخدمة العقار . كالمنقول الذي يضعه المستأجر أو المستعير أو المرتهن في العقار المؤجر أو المعار أو المرهون .

المصدر الأول للطالب الجزائري
المطلب الثاني

المنقولات

Meubles

يمكن تعريف المنقول ، بأنه كل شيء ليس له مستقر ثابت في الأرض ، بحيث يمكن نقله من مكان لآخر ، دون أن يلحقه تلف أو تغيير في الصورة أو الشكل¹ . والمنقولات على ثلاثة أنواع .

الفرع الأول

منقولات بطبيعتها

Meuble par Nature

المنقول بطبيعته هو كل شيء غير مستقر بحيزه ، بحيث يمكن نقله من مكان الى آخر دون تلف أو تغيير في هيئته ، سواء أكان قادرا على الانتقال بقوته الذاتية كالحوانات أو بتأثير قوة

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 531 .

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 537 .

خارجية كالجملادات¹ . وتشمل المنقولات بطبيعتها جميع الأشياء المادية التي يمكن إدراكها بالحواس والتي لا تعتبر عقارا بطبيعته أو بالتخصيص . ولا يمكن حصر أو تعداد هذه المنقولات لتنوعها وكثرتها ومن أمثلتها النقود والسيارات والحيوانات والسفن والطائرات والقطارات والتلفزيون والطاولات والمكيلات والموزونات .

كما تشمل المنقولات بطبيعتها جميع الأشياء المعنوية التي لا يمكن إدراكها بالحواس كحقوق المؤلف والمخترعين والأسماء التجارية ، على أساس أن المشرع يطلق صفة المنقول على كل ما ليس عقارا ، وهذه الأشياء لا يصدق عليها وصف العقار . إذ ليس لها وجود مادي .

الفرع الثاني

المنقولات بحسب المآل Meuble par Anticipation

قد يكون الشيء منظورا إليه بحالته الحاضرة عقارا بطبيعته ، وذلك بالنظر الى اتصاله بالأرض اتصال قرار ، ومع ذلك فإن المصير الحتمي القريب لهذا الشيء هو انفصاله عن الأرض ليصبح- بالتالي- منقولا . ولذلك يعامل المشرع هذه العقارات - ناظرا الى مآلها القريب - معاملة المنقولات ، وذلك تيسيرا للإجراءات وتخفيفا من القيود فيما يرد عليها من تصرفات أو حجر² . ومن أمثلة المنقول بحسب المآل الأشجار المعدة للقطع والمباني المعدة للهدم والثمار قريبة الجني .

إن فكرة المنقول بحسب المآل تقابل فكرة العقار بالتخصيص . فكما أن العقار بالتخصيص استثناء يرد على الأصل العام بالنسبة للعقار ويكتسب صفة العقار حكما . فإن المنقول بحسب المآل استثناء يرد على الأصل العام في المنقول ، بحيث يصبح العقار بطبيعته منقولا بالنظر الى ما سيؤول إليه حاله في المستقبل .

الفرع الثالث

المنقولات المعنوية

تشمل المنقولات المعنوية جميع الأشياء المعنوية التي لا يمكن إدراكها بالحواس ، كحقوق المؤلف والمخترعين والأسماء التجارية والأسهم في الشركات ، والمؤلفات العلمية والأدبية والموسيقية والمبتكرات والنماذج الصناعية والتجارية والتي تسمى الملكية الفنية والأدبية . على أساس أن المشرع يطلق صفة المنقول على كل ما ليس عقارا ، وهذه الأشياء لا يصدق عليها وصف العقار .

وتظهر الأهمية القانونية للفرقة بين العقار والمنقول في عدة نتائج التي تترتب على التفرقة بينهما ، إذ أن الأحكام القانونية التي تخضع لها العقارات تختلف اختلافا كبيرا عن تلك التي تنطبق على المنقولات . ويمكن إيجازها فيما يلي .

¹ . نفس المرجع السابق . ص 538. الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 279.

² . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 201.

حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات دون المنقولات . تنتقل الملكية والحقوق العينية في المنقولات بمجرد العقد ، أما بالنسبة للعقارات لا تنتقل الملكية إلا إذا تم شهرها عن طريق التسجيل¹ هناك حقوق عينية لا ترد إلا على العقار ، ولا ترد على المنقول ، وذلك لأن طبيعتها تأتي ذلك مثال ذلك حق الارتفاق وحق السكني وحق الرهن الرسمي . الحيازة في المنقول بسبب صحيح تعتبر سندا للملكية مهما كانت المدة التي تستغرقها تلك الحيازة ، أما في العقار فكسب ملكيته يتطلب حيازة طويلة قد تصل الى خمس عشرة سنة² في بعض الأحيان³ .

المبحث الثالث

الأعمال

تحدثنا في المبحث الأول من هذا الفصل عن أن الشيء المادي وهو الموضوع الأصلي الذي يقع عليه الاختصاص المباشر لصاحب الحق العيني ، حيث تقوم العلاقة بصورة مباشرة بين صاحب الحق وبين موضوع حقه . أما فيما يتعلق بالحق الشخصي ، فإن موضوع أو محل الحق يتصل بالأداء La prestation الذي يتوجب على المدين القيام به لمصلحة الدائن صاحب الحق .

ومن البديهي أن هذا الأداء الذي نقول عنه أنه محل الحق بالنظر الى الدائن ، هو في ذات الوقت محل التزام المدين ، إذا نظرنا إليه من الجانب الآخر وهو جانب المدين ، فما يعتبر محلا أو موضوعا لحق الدائن هو نفسه محلا أو موضوعا لالتزام المدين .

ولا يخلو الأداء الذي يكون محلا لحق الدائن ومحلا لالتزام المدين في ذات الوقت من إحدى صورتين . القيام بعمل Faire أو الامتناع عن القيام بعمل Ne pas Faire .

ويذهب جانب من الفقه التقليدي الى تقسيم ثلاثي لمحل الحق الشخصي ، موداه أن محل هذا الحق أو محل الالتزام ، يكون إما نقلا للحق أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل . إلا أن صواب الرأي هو ما يذهب إليه الفقه الحديث من أن نقل الحق لا يعدو أن يكون صورة من صور القيام بعمل . والقول بالتالي أن محل الحق الشخصي أو الالتزام يكون دائما ، إما أداء عمل معين ، أو الامتناع عن عمل معين . أو بعبارة أخرى معاكسة هو الالتزام الذي يلتزم به المدين أو الأداء الذي يقوم به لمصلحة الدائن صاحب الحق ، فهو محل الحق إذا نظرنا له من جانب الدائن وهو محل الالتزام إذا نظرنا له من جهة المدين¹ .

وأيا كانت العمل محل الحق الشخصي ، فقد اشترط القانون فيه شروطا معينة حتى يصلح أن يكون محلا لهذا الحق . وهذه الشروط هي أن يكون العمل ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا .

المطلب الأول

¹ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 176

² . تنص المادة 828 من التقنين المدني على أنه (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه الى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات)

³ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 203 .

¹ . الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص . 159 .

أن يكون العمل ممكنا

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين في الحق الشخصي ممكنا ، والإمكان مقابل الاستحالة ، فإذا كان العمل مستحيلا في حد ذاته كان التصرف باطلا ، طبقا للقاعدة الفقهية (لا التزام بمستحيل) ، ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة او الموضوعية ، وهي التي تجعل العمل مستحيلا في حد ذاته ، وتقوم ليس بالنسبة الى المدين فحسب ، وإنما بالنسبة الى الناس كافة¹ .

وإذا كانت الاستحالة مطلقة² ، فلا فرق بعد ذلك أن تكون هذه الاستحالة مادية طبيعية ، كما إذا التزم شخص بإحياء شخص ميت ، وقد تكون استحالة قانونية كما إذا التزم محام برفع استئناف في قضية لا يقبل الطعن فيها لفوات ميعاد الاستئناف .

أما الاستحالة النسبية ، فلا تحول دون قيام الالتزام ، ويقصد بها تلك التي تقوم بالنسبة الى المدين نفسه ، وقد لا تقوم بالنسبة الى غيره ، فإذا تعهد شخص بما لا يستطيعه هو نفسه ، ولكنه مستطاع بالنسبة لغيره ، كان تعهدا صحيحا ، مثال ذلك إذا اتفق شخص مع آخر على إصلاح سيارته ولم يمكنه ذلك ، يجوز له الاستعانة بشخص آخر ولو على نفقته . ففي هذا المثال يستحيل على المدين أن يقوم بنفسه بالعمل الذي تعهد به ، ولكن يوجد شخص آخر يستطيع أداء هذا العمل . ولذلك فإن الاستحالة هنا نسبية وليست مطلقة .

المطلب الثاني

أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعين

يجب أن يكون العمل الذي التزم به المدين معينا نافيا للجهالة او على الأقل قابلا للتعين ، وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها . فإذا لم يكن العمل معينا يكفي أن تتوفر فيه العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين ، إذ يمكن تحديد هذا العمل من الظروف والملابسة للعقد ، فإذا لم يعين المحل على هذا النحو كان العقد باطلا وفقا لأحكام المادة 94 من التقنين المدني التي تنص على أنه (إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ، ومقداره وإلا كان العقد باطلا) .

المطلب الثالث

أن يكون محل الالتزام مشروعا

يشترط في محل الالتزام إن كان عملا او امتناعا او تقديم شيء معين أن يكون مشروعا والمقصود بالمشروعية عدم مخالفة المحل للنظام العام و الآداب العامة¹ كالاتفاق على قتل شخص او يتعهد شخص ببيع كمية من المخدرات او بيع بعض التحف الأثرية ، وكل عقد ينطوي على مثل هذه التعهدات يقع باطلا غير منسئ للالتزام .

¹ الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص 501. الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص 160.

² تنص المادة 93 من التقنين المدني على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته او مخالفا للنظام العام او الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا)

¹ نصت المادة 97 من التقنين المدني على أنه (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا)

وفكرة النظام العام والآداب العامة فكرة مرنة لها مفهوم نسبي ، يختلف من بلدة الى آخر ومن قانون الى آخر باختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لكل بلد ، وهي فكرة في مجملها تدور حول القيم والمثل العليا والمصالح الأساسية للمجتمع¹ .

الفصل الثالث

إثبات الحق وحمايته

مما لا شك فيه أن قواعد القانون في تنظيمها لعلاقات الأشخاص في المجتمع إذا قررت حقا لأحد الأطراف تقرر بالضرورة واجبا على الطرف الآخر المقابل تلزمه فيه باحترام هذا الحق ومنع الاعتداء عليه ، فالحق إذن اختصاص قانوني مزود بوسائل حماية مختلفة تكفل احترام المصلحة التي يهدف الى تحقيقها . ولكن الحماية القانونية التي يزود بها الحق والتي تكفل احترامه ، تختلف الفقهاء بصدد اعتبارها او عدم اعتبارها عنصرا من عناصر الحق .

فقد ذهب البعض² الى اعتبار الحماية القانونية عنصرا مهما وأساسيا لا يمكن أن تكون للحق قيمة بدونها ، ويعتبرون الدعوى القضائية التي رسمها القانون لتحقيق هذه الحماية هي نتيجة لازمة للحق . على أساس أن الشخص لا يستطيع الوصول الى حقه بدون تدخل السلطة ومساعدتها³ . وحتهم في ذلك أن الحق من خلق القانون ، وأنه قبل القانون أو خارج نطاقه لا يوجد حق⁴ .

ولكن الرأي الراجح يذهب الى أن الحماية القانونية للحق من آثار وجود الحق ، فلا تدخل من حيث منطق القانون عنصرا من عناصر الحق . لأن القانون لا يمكن أن يحمي شيئا لم يوجد بعد بينما الحماية القانونية لاحقة لنشوء الحق . ذلك أن الحق ينشأ قبل الحماية القانونية . ولذلك فإن الأدق القول أن إقرار القانون للحق بالوجود واعترافه به هو الذي يرقى الى مرتبة ركن في الحق . وهذا الإقرار يعتبر كاشفا لنشوء الحق وتأتي الحماية القانونية في مرحلة لاحقة لنشأة الحق واكتمال وجوده¹ .

ومن المعلوم أن الحق الذي لا يوفر له القانون وسائل حمايته يكون موجودا ، ولكن صاحبه لا يستطيع الحصول عليه - إذا كان حقا شخصا - إلا إذا تلطف المدين وقام بالوفاء به من تلقاء نفسه لأنه مجرد من الحماية ، وهو ما يسمى بالالتزامات الطبيعية² ، التي تعتبر أحسن الأمثلة على إقرار القانون للشخص مع منع وسيلة الحماية القانونية عنه ، فالحق الذي تسقط دعواه بالتقادم أو ذلك الذي لم يستطع صاحبه إثباته أمام القضاء بواسطة أي طريق من طرق الإثبات لا يزال حقا يعترف القانون بوجوده ، ولكنه فقد وسيلة الحماية القانونية له . والالتزامات الطبيعية هي أحسن الأمثلة التي يمكن للمرء أن يستعين بها على التفريق بين إقرار القانون للشخص بالحق مع منع وسيلة الحماية القانونية عنه والتي تمكنه من المطالبة به ولوصول إليه جبرا على المدين .

¹ الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص 163 . الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 162 .

² على رأس هؤلاء العلامة الألمانية اهرنج الذي يعتبر الحماية القانونية عنصر اساسيا من عناصر الحق . انظر الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 290 .

³ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص 290 .

⁴ الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص 547 .

¹ الدكتور عوض الزعبي . نفس المرجع السابق . ص 547 .

² الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص 200 .

وتجدر الإشارة الى أن الحماية القانونية للحق لا تتحرك إلا عندما يحدث النزاع بين الأشخاص بشأن هذا الحق أو يجري المساس به والاعتداء عليه ، ويخفق الطرفان في التوصل الى حل بعيدا عن إجراءات التقاضي الرسمية أو بعيدا عن الوسائل الأخرى التي وضعها القانون في هذا الخصوص . وهذا ما يؤكد بأن حماية الحق منفصلة في الوجود عن الحق في ذاته ، حتى وإن كانت القيمة العملية للحق لا تتبلور إلا إذا سندهته الحماية القانونية¹ . وسنتناول في هذا الفصل أربعة مسائل هي على التوالي . إثبات الحق . وحماية الحق . طرق الإثبات . وانقضاء الحق .

المبحث الأول

إثبات الحق

إثبات الحق هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجوده ، أو بمعنى آخر هو الوسيلة التي تستعمل لإقناع القاضي بحقيقة الواقعة مصدر الحق² . فكل من له حق ينازع فيه آخر عليه إثباته بالكيفية والطرق التي يحددها القانون .

والإثبات هو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأشخاص في صيانة حقوقهم ، فصاحب الحق الذي يتعرض للإنكار من جانب الغير ، إذا أراد المطالبة بحقه أمام القضاء ، يجد نفسه مضطرا الى إقامة الدليل على وجود الحق الذي يطالب به . فالحق بالنسبة الى صاحبه لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يحم عليه دليل .

ويقال تعبيراً عن أهمية الإثبات في حماية الحق بأنه ، (يستوى حق لا وجود له مع حق لا دليل عليه) ، ذلك أن صاحب الحق إن لم يستطع أن يقدم الدليل على حقه عندما ينازع أحد فيه كان حقه والعدم سواء من الناحية العملية³ .

إن الدائن الذي يدعى بحق له في ذمة آخر ، عليه أن يثبت مصدر هذا الحق وسنده ، هل هو عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو فعل نافع أو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الحق . ومن يدعى أن شخصا آخر قد ضربه عليه إثبات هذه الواقعة .

والواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية أو تصرفا قانونيا . فإذا كانت واقعة مادية جاز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، لأن طبيعة الوقائع المادية تتعارض مع استلزام إثباتها بنوع معين من أدلة الإثبات وإلا يستحيل إثباتها في أغلب الحالات . أما التصرفات القانونية فيجب إثباتها بأدلة الإثبات المقررة . والأصل هو إثباتها بالكتابة¹ .

والإثبات يهدف الى الكشف عن الحقيقة توصل الى إقرار الحقوق لأصحابها ، وفي سبيل ذلك يمكن أن تتعدد الطرق حتى وإن كان الهدف دائما هو محاولة الوصول الى حقيقة قضائية تتطابق تماما وحقيقة الواقع .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 210 . الدكتور عاس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص . 202 .

² الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 307 . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 164 .

³ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 217 .

¹ الدكتور غالب على الداودي . مرجع سابق . ص . 308 .

وفي سبيل تمكين القاضي من تحري حقيقة ما يعرض عليه ، تتعدد مذاهب التنظيم القانوني للإثبات الى ثلاثة مذاهب في الإثبات.

المطلب الأول

مذهب الإثبات الحر أو المطلق

مذهب الإثبات الحر أو الطليق تكون أدلة الإثبات فيه حرة غير مقيدة ، بحيث يمكن إثبات الحق بأي وسيلة . ويكون للقاضي سلطة واسعة في الوصول الى الحقيقة بأي طريقة يراها مؤدية الى اقناعه دون أن يتقيد بطريقة معينة كالكتابة او غيرها . وتكون حرية المتقاضين مطلقة في اختيار وتقديم الأدلة التي يرونها مناسبة وتؤدي الى إقناع القاضي . لتكون حرية هذا الأخير بدورها مطلقة في تقدير قيمة كل دليل يقدم له . ويقوم هذا المذهب على دعامين أساسيتين .

الدعامة الأولى . هو إطلاق حرية المتنازعين في تقديم الأدلة التي يرونها مناسبة وتؤدي الى إقناع القاضي ، فالمذهب لم يحدد طرقا معينة للإثبات يلزم بها الخصوم .

الدعامة الثانية . هي حرية القاضي المطلقة في تحري الحقيقة القضائية ، فهو غير مقيد بما يعرض عليه من أدلة¹ .

وتأخذ التشريعات بهذا المذهب في الإثبات الجنائي . أما في المسائل المدنية فإن أغلب التشريعات لا تأخذ به لأسباب عديدة أهمها .

عدم ضمان نزاهة القضاة دائما ، والخوف من ترك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في الإثبات ، مما يسلب المتقاضين الاطمئنان على قيمة ما لديهم من أدلة ، فالقاضي ليس إلا بشرا قد يحكم متأثرا بمواقف معينة ولا رقابة عليه من القانون¹ .

إن القضاة بشر ويختلفون في التقدير من قاض الى آخر ، الأمر الذي يؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات وعلى استقرار الروابط القانونية ، نتيجة الاختلاف في التقدير بين القضاة² .

المطلب الثاني

مذهب الإثبات القانوني المقيد

يرى أصحاب هذا المذهب أن القانون هو الذي يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات الحق ، فلا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه بأي طريقة أخرى . وعلى القاضي أن يلتزم بهذه الطرق وبالقيمة التي يعطيها القانون لكل دليل من أدلة الإثبات . وفي هذا المذهب يرسم القانون طرقا محددة تحديدا دقيقا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، وتنظم فيه الأدلة تشريعا من حيث تعدادها وترتيبها وقيمة كل دليل منها ، بحيث لا يبقى للقاضي أية سلطة تقديرية .

¹ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 198 .

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 218 .

² . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 198 .

وهذا المذهب يؤدي الى ضمان استقرار المعاملات ، وكفالة الاطمئنان للمتقاضين ، وعدم تحكم القضاة . ولكنه بالمقابل يضع العراقيل أمام القاضي في سعيه للوصول الى الحقيقة ، مما قد يؤدي الى الظلم . وقد يصل الوضع الى أن يرى القاضي نفسه مجبرا علي أن يقضي للخصم او عليه مع يقينه بأن ما يقضي به ، وإن اتفق مع قواعد الإثبات المحددة قانونا ، إلا أنه في الواقع مخالف للحقيقة¹ . و في ظل هذا المذهب تبدو المسافة واسعة وبعيدة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية في كثير من الحالات . لذلك فليس من المتصور أن يأخذ تشريع ما بهذا المذهب على إطلاقه .

المطلب الثالث

المذهب المختلط أو الوسط

يقوم هذا المذهب على الجمع بين مزايا المذهبين السابقين وتلافي عيوبهما في نفس الوقت ففي هذا المذهب يكون الإثبات حرا في المسائل الجنائية ، بحيث يلتزم القاضي وسائل الإثبات والاقناع فيه من أي دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر ، ثم يقيد الإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقاءه حرا في الأصل من سرعة في التعامل ، ويتقيد الإثبات الى حد كبير في المسائل المدنية ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات² .

والمذهب المختلط هو المتبع في جميع الشرائع اللاتينية ، كالقانون الفرنسي والاطالي والبلجيكي . وهو المتبع في أكثر القوانين العربية . وهذا المذهب لا يأخذ بالحرية المطلقة او التقيد الكامل ، وإنما يجعل لكل منهما مجالا في قواعد الإثبات ، بحيث يحدد أدلة الإثبات أمام القضاء ولا يسمح بالإثبات إلا بها ، ويلزم القاضي في الأصل أن يقف موقف الحياد . ولكنه من جهة أخرى يترك للقاضي الحرية المطلقة في تكوين اقتناعه من بعض الأدلة ، كشهادة الشهود والقرائن القضائية وفي نفس الوقت يكون لبعض الأدلة قوة ملزمة بالنسبة له كالكتابة واليمين الحاسمة . ويجوز للقاضي أن يستجوب الخصوم ويستدعي الشهود للشهادة ويوجه اليمين وينتقل للمعاينة . ومزية هذا المذهب أنه يكفل التقريب الى حد ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية¹ .

وتجدر الإشارة الى أن النظرية العامة في الإثبات تحكمها مجموعة من المبادئ الأساسية أهمها .

مبدأ حياد القاضي . ويقصد بهذا المبدأ أنه ليس للقاضي أن يتدخل بصورة واسعة في أدلة الإثبات ، بحيث لا يجوز له أن يقترح على المتخاصمين او أحدهم وسيلة معينة للإثبات او يبحث معهم عن أدلة لتقديمها في الدعوى المطروحة أمامه² . وأن لا يتحيز لأحد الخصوم ، بل يفصل في الطلبات التي يقدمها الخصوم على ضوء الأدلة التي يتقدمون بها لإثبات هذه الطلبات او الحقوق المتنازع عليها ، فليس من وظيفة القاضي أن يساهم في جمع الأدلة او أن يستند في حكمه الى علمه الشخصي ، إذا كان يعلم واقعة معينة تتعلق بالدعوى³ .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 219 .

² الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 199 .

¹ الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 219 .

² الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص 220 .

³ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حيين منصور . مرجع سابق . ص 386 .

وينعكس أثر مبدأ حياد القاضي على حق الخصوم في الإثبات . إذ أن لهم تقديم الأدلة اللازمة لإثبات الحقوق المتنازع عليها . وعلى القاضي أن يقف موقفا محايدا بين الخصوم . وأن يمكن كل منهم من إثبات ما يدعيه . فلكل خصم أن يقيم الدليل على حقه ، وللخصم الآخر الحق في إثبات عكس ذلك ، وللقاضي دورا إيجابيا في تقدير هذه الأدلة¹ .

عدم جواز أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي . يتفرع عن مبدأ حياد القاضي مبدأ آخر ، يقوم على أنه ليس للقاضي الذي ينظر في النزاع أن يحكم بعلمه الشخصي .

مبدأ المجابهة بالدليل (حضورية الأدلة) . ويقصد به أن كل دليل يقدم في الدعوى من قبل أحد الخصوم ، يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته وإبداء الرأي بشأنه .

مبدأ البينة على يدعي واليمين على من أنكر . ومقتضي هذا المبدأ أن المدعى هو الذي يحمل في الأصل عبء الإثبات ، سواء أكان دائنا يدعى ثبوت الدائنية أو مدينا يدعى التخلص من المديونية ولكن من هو المدعى ؟. هو أولا من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين ، فهو مدع في دعواه هذه وعليه عبء إثبات ما يدعيه .

وبصفة عامة ، فإنه مهما بلغ عدد الخصوم في الخصومة الواحدة ، فإن كل خصم فيها ، إما أن يتخذ مركز المدعى ، وإما أن يتخذ مركز المدعى عليه . ومن الأهمية بمكان تحديد مركز كل خصم في الخصومة ، إذ تترتب على هذا التمييز آثار هامة بالنسبة للخصومة وإجراءاتها . ففي ميدان عبء الإثبات ، إذا نظرنا إلى كل طلب أو دفع بحد ذاته نجد أن من يقدمه يتخذ مركز المدعى ، وعليه يقع عبء إثبات هذا الطلب أو الدفع ، ومن يقدم في مواجهته يتخذ مركز المدعى عليه ولا يتحمل أي إثبات¹ .

المصدر الأول للطالب الجزائري
المبحث الثاني

حماية الحق

يهدف القانون من حماية الحق إلى تمكين صاحبه من التمتع بسلطات الحق ومزاياه دون تجاوز للحدود التي يضعها لذلك ، فالحماية تتمثل في كفالة القانون للشخص مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق اختصاصه على محل حقه ، ويتحقق ذلك بقيام القانون بوضع الوسائل اللازمة لدفع كل اعتداء يقع من الغير على هذا الاختصاص .

والذي يحصل في الحياة العملية هو أن صاحب الحق يمارس السلطات التي يخولها له حقه دون أن تظهر الحاجة في كثير من الأحيان إلى الحماية القانونية ، فالشخص يحصل في الغالب الأعم من الحالات على ما يجب له من حقوق ببساطة ويسر ، كما أنه هو نفسه يقوم بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه دون خلاف أو مشاكل . فالحماية القانونية من الناحية العملية عبارة عن حماية بعدية بمعنى أنها لا تقوم فعلا إلا بعد أن يعجز المتعاملون عن الوصول بأنفسهم إلى الاتفاق على حل الخلاف بينهم بشأن أي تصرف قانوني أو واقعة مادية تعلقت مصالحهم بها² .

¹ . الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 386.

¹ . الدكتور عوض احمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 592.

² . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 549.

ولما كانت الدولة الحديثة تحرم على الفرد ، كأصل عام ، اقتضاء حقه بنفسه كان لابد ، أن تضمن له حماية هذا الحق عن طريق القضاء ، وأن تخوله سلطة الحصول على هذه الحماية . ومن ثم فإن تحريم العدالة الخاصة يقتضي ، ليس فقط تنظيم سلطة القضاء لمنح الحماية القانونية ، وإنما يتطلب أيضا تخويل الفرد صاحب الحق المعتدى عليه سلطة أو حق الحصول على هذه الحماية وهذه السلطة أو الحق هي التي تسمى بالدعوى القضائية¹ .

وإذا ما استعمل الشخص حقه في الحدود المنصوص عليها ووفقا للقيود الواردة عليه ، فإنه يحضى بحماية القانون له . ويخول القانون لصاحب الحق حماية حقه بوسائل مختلفة مثل الدفاع الشرعي² ، والدفع بعدم التنفيذ ، وحبس الشيء حتى يوفي المدين بالتزامه طبقا للمادة 200 من التقنين المدني³ .

ومهما يكن ، فإن أكبر ضمانات وحماية لحماية الحق ، يبقى اللجوء الى القضاء للمطالبة بالحق من خلال رفع دعوى قضائية سواء كانت دعوى مدنية أو جنائية أو إدارية . طبقا للشروط الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المطلب الأول

الدعوى المدنية

تنص المادة 47 من التقنين المدني على أنه ، (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر) .

ويترتب على الدعوى المدنية صدور حكم من محكمة الدرجة الأولى ، إما ببطالان التصرف القانوني ، أو بالتعويض عن الضرر الناجم عنه .

أولا . البطلان . حينما يكون التصرف القانوني (عقد ، وصية .. الخ) مخالفا للقانون ، يمكن لصاحب الحق أن يلجأ الى الجهة القضائية المختصة (القضاء المدني) طالبا منها الغاءه نظرا لبطلانه المطلق او النسبي .

01. البطلان المطلق . تنص المادة 93 من التقنين المدني على أنه (إذا كان محل الالتزام

مستحيلا في ذاته او مخالف للنظام العام او الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا) .

02. البطلان النسبي . تنص المادة على أنه (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل لتي

لجأ إليها أحد المتعاقدين او النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

¹ . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 553 .

² . تنص المادة 128 من التقنين المدني على أنه (من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، او عن ماله ، او عن نفس الغير ، او عن ماله ، كان غير مسؤول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي)

³ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 192 .

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة) .

ثانيا . التعويض . إذا ترتب عن الواقعة او التصرف القانوني ضرر ، يستطيع صاحب الحق المطالبة بالتعويض ، طبقا لأحكام المادة 124 من التقنين المدني ، التي تنص على أنه ، (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)

المطلب الثاني

الدعوى الجنائية

ينص قانون العقوبات على جزاءات وعقوبات عديدة ومختلفة ، يوقعها القاضي الجزائي بموجب الدعوى العمومية ، على كل مساس او اعتداء على الحقوق سواء تعلقت بالأشخاص او الأموال ، او مست حقوقا عينية او شخصية او ذهنية¹ .

أولا . الأشخاص . لقد جرم قانون العقوبات في المواد من 254 الى 435 مجموعة من التعديات الواقعة على الأشخاص ، مثل القتل ، الاعتداء على الأعراض .. الخ . ونص على العقوبات المقابلة لها ، مثل الإعدام ، والسجن ، والحبس ، والغرامة .

ثانيا . الأموال . تنصت المواد من 350 الى 386 من قانون العقوبات على العديد من العقوبات المترتبة على الدعوى العمومية ، جراء الاعتداء والمساس بالحقوق المنصبة على الأموال ، مثل السرقة ، وخيانة الأمانة ، والاعتداء على الملكية العقارية ، ووضع مقابله العقوبات المناسبة .

المصدر الاول للطالب الجزائري

ثالثا . الحقوق الذهنية . يخول القانون للمؤلف المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الاستغلال الغير قانوني للحق الذهني (المصنف) بموجب رفع دعوى أمام القضاء المدني إعمالا لنص المادة 47 من التقنين المدني التي تنص على أنه ، (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر) . والى جانب العقوبات الجزائية المترتبة عن ارتكاب جنحة التقليد ، فقد نصت المادة 159 من الأمر رقم 03/05 المتعلق بحقوق المؤلف على أن يعاقب مرتكب جنحة تقليد مصنف بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسمائة ألف دينار الى مليون دينار .

المطلب الثالث

الدعوى الإدارية

استنادا الى أحكام المادة 143 من الدستور التي تنص على أنه ، (ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية) ، فإن القانون الجزائري يسمح لصاحب الحق بالطعن في القرارات

¹ . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 194 .

الإدارية أمام الهيئات القضائية الإدارية . منها المحاكم الإدارية . ومجلس الدولة . وتتمثل الدعوى الإدارية - خاصة - في دعوى الإلغاء . ودعوى التعويض .

المبحث الثالث

طرق الإثبات

يمكن رد طرق الإثبات التي يجوز الاستناد إليها أمام القضاء الى مجموعتين . الطرق المباشرة وهي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ، وهي الكتابة ، وشهادة الشهود ، إذا انصبت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات ، سواء كانت واقعة قانونية او تصرفا قانونيا . الطرق غير المباشرة ، وهي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ولكن تستخلص من طريق الاستنباط ، وهي القرائن ، والإقرار ، واليمين¹ .

المطلب الأول

الإثبات بالكتابة

L'écrit

أدى تطور الحياة الاقتصادية بالإضافة الى تشعب واتساع الحياة المعاصرة الى احتلال الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات في العصر الحديث . والدليل الكتابي هو الدليل المحرر كتابة ، بقصد إثبات التصرف القانوني او الواقعة القانونية . وتعتبر الكتابة كدليل للإثبات من أهم المصادر في الوقت الحاضر نظرا لما تتمتع به من مزايا . فهي إقرار عن واقعة مادية او تصرف قانوني ولها حجية مطلقة في الإثبات¹ .

وتقسم الكتابة كسند أو محرر الى نوعين . النوع الأول المحررات الرسمية او العقد الرسمي والنوع الثاني السندات العرفية او العقد العرفي .

الفرع الأول

السند الرسمي أو العقد الرسمي

السند الرسمي ، هو عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي (موثق) او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه او تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه² . ومؤدى ذلك أن هناك ثلاثة شروط حتى نكون بصدد محرر او عقد رسمي .

الشرط الأول . صدور المحرر الرسمي من موظف عام (موثق) او عن شخص مكلف بخدمة عامة ، أي أن يكون الشخص الذي صدر منه المحرر ممن تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 204 . انظر كذلك الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 166 .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 205 .

² المادة 324 من التقنين المدني الجزائري .

الشرط الثاني . أن يكون تحرير الورقة من اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث الزمان ، ومن حيث المكان . فالموظف المعزول أو الموقوف لا يكون مختصا ، وكذلك الموظف الذي يعمل خارج دائرة اختصاصه .

الشرط الثالث . يجب أن يتم تحرير الورقة طبقا للأوضاع التي قررها المشرع ، مثال ذلك ما يشترطه القانون عند توثيق المحررات بمكاتب التوثيق ، من ضرورة أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح ، دون إضافة أو تحشير أو شطب ، وأن يشتمل على التاريخ واسم الموثق ومكان التوثيق¹ .

فإذا استوفي المحرر الرسمي الشروط المذكورة ، أصبح حجة على الجميع بكل ما ورد فيه حيث يكون له مطلق الحجية بالنسبة لجميع الناس وبكل ما جاء فيه من بيانات ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير .

الفرع الثاني

المحررات أو الأوراق العرفية

المحررات العرفية ، هي تلك الصادر من الأفراد ، دون أن يتدخل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها . وكل ما يشترطه القانون هو أن يكون المحرر العرفي موقعا من الشخص المنسوب إليه ، ويستوي أن يكون هذا التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة .

ويعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . والورقة العرفية حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع ، فلا يملك التحلل من حجيتها إلا إذا أثبت هو كيفية وصول توقيعه الصحيح عليها¹ .

فإذا أنكر الشخص توقيعه ، يكون على من يتمسك بالورقة أن يقيم الدليل على صحة صدور المحرر ممن ينسب إليه عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط² .

المطلب الثاني

الإثبات بالشهود

Le témoignage

الشهادة أو البينة هي من أقدم أدلة الإثبات ، وهي الأقوال التي يدلي بها الشخص عن ما شاهده أو سمعه عن واقعة معينة أمام القضاء³ . والشهادة قد تكون مباشرة ، بأن يخبر الشخص بما وقع من

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد .الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 393.

² . تنص المادة 327 من التقنين المدني على أنه (يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه او وقع او وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثته او خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط او الإمضاء او البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق)

³ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 397.

³ . الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص . 220.

الغير تحت سمعه وبصره ، وقد تكون غير مباشرة ، كأن يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير وهذه لا تكون شهادة بالمعنى الدقيق . وإنما يكون للمحكمة سلطة تقديرية في الاستعانة بها .

ويجيز التقنين المدني الإثبات بالشهود فيما يجب إثباته بالكتابة في عدة حالات¹ منها: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته . في هذه الحالات يعفى الشخص من الكتابة ويجوز له الإثبات بالبينة إذا ما وجدت ظروف تمنعه من الحصول على الدليل الكتابي .

الحالة الأولى . وهي المانع من الحصول على دليل كتابي . والبينة هنا لا تكمل الدليل الكتابي بل تحل محله بعد أن استحال تحصيله ، والمانع من الحصول على الكتابة قد يكون ماديا أو أدبيا .

أولا. المانع المادي . يعتبر المانع ماديا إذا نشأ التصرف في ظروف لم يكن لدى ذوى الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي . مثال ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الغرق . كمن يضطر لإيداع شيء عند شخص في ظروف خطر داهم ، دون أن يكون لديه الوقت الكافي للحصول على كتابة من المودع لديه . وكمن يقرض صديقا مبلغا يزيد على مائة ألف دينار في المطار قبيل إقلاع الطائرة إذ لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابي .

ثانيا . المانع الأدبي . لا يرجع المانع هنا الى ظروف مادية بل الى ظروف نفسية يوجد فيها الشخص وقت انعقاد التصرف مما يمنعه الحصول على دليل كتابي . مثال ذلك صلة القرابة الوثيقة إذ يمنع عليه أدبيا أن يطالب بدليل كتابي .

ومن المقرر أن للقاضي سلطة تقدير ما إذا كانت الظروف التي انعقد فيها التصرف تحول دون الحصول على سند كتابي أم لا . فتقدير المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي يعد من المسائل التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع¹ .

الحالة الثانية . وهي فقد السند الكتابي . ففي هذه الحالة يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه . ويشترط لقيام هذا الاستثناء شرطان .

الشرط الأول . سبق وجود سند كتابي . إذ على من يتمسك بهذا السند أن يثبت أن هذا السند كان موجودا وأنه كان دليلا كاملا مستوفيا كل الشروط القانونية ولا يكفي إثبات أن السند المفقود كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . ويجب كذلك إثبات مضمون السند . ويمكن إثبات ذلك بكافة الطرق .

الشرط الثاني . فقد السند بسبب أجنبي . على من يتمسك بالسند أن يثبت ضياعه بسبب أجنبي لا يد له فيه . ومؤدى هذا أن يكون الفقد راجعا الى حادث جبري أو قوة قاهرة كحريق أو زلزال . ويمكن أن يكون السبب راجعا الى فعل الغير كما لو تمت سرقة السند .

¹ نظم المشرع الجزائري الإثبات بالشهود في المواد من 333 الى 336 .

¹ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 410 .

ولكن لا يقبل أن يتمسك الدائن بأي سبب يرجع الى فعله ولو كان مجرد إهمال او تراخ او توان ولقاضي الموضوع مطلق تقدير واقعة فقد السند بسبب أجنبي لا يد للخصم فيه .

المطلب الثالث

القرائن

Les présomptions

القرائن هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة¹ . او هي افتراض يحقق أمرا إذا تحقق أمر آخر ، وذلك على أساس أنه يغلب أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني² . فهي استنباط أمر مجهول من خلال أمر معلوم³ . والقرائن تعتبر أدلة إثبات غير مباشرة نظرا لقيامها على استنتاج وقائع من وقائع أخرى . والقرائن نوعين .

الفرع الأول

القرائن القانونية

القرائن القانونية ، وهي ما يستنبطه المشرع من واقعة ثابتة ومعلومة يحددها للدلالة على أمر مجهول ، يراد إثباته . وهي إما قرائن قانونية بسيطة او غير قاطعة وهي التي يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . ومثالها الوصل الخاص بتسديد القسط الخامس من الإيجار قرينة على تسديد القسط الرابع والثالث ما لم يثبت العكس . او قرائن قانونية قاطعة ، وهي التي لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس . مثال ذلك مسؤولية حارس الشيء المادة 138 من التقنين المدني¹.

الفرع الثاني

القرينة القضائية

القرائن القضائية ، وهي استنباط القاضي أمرا غير ثابت من أمر ثابت لديه بالدعوى المنظورة فهي قرائن لم ينص عليها القانون ويترك للقاضي سلطة استنباطها واستخلاصها من ظروف الدعوى وملايساتها ، عندما يقتنع بأن لها دلالة معينة . وهذه القرائن هي قرائن بسيطة بحيث يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس² . ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في هذا الشأن فله حرية اختيار الوقائع والادلة التي يستنبط منها الدليل ، كما أن له سلطة واسعة كذلك في استنباط ما تحتمله الواقعة من دلالة ، فهو حر في تكوين اقتناعه . وقد نظم المشرع طريقة الإثبات عن طريق القرائن بالمواد من 337 الى 340 من التقنين المدني .

¹ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد. الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 411.

² . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 229.

³ . الدكتور سليمان الناصري . مرجع سابق . ص . 222.

¹ . تنص المادة 138 من التقنين المدني الجزائري على أنه (كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة ، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء . ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا ثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية او عمل الغير او الحالة الطارئة او القوة القاهرة) . الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص . 169.

² . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 599.

لا يجوز الإثبات بالقرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود. ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبينة في المرتبة الثانية ، ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسرى على القرائن دون أي استثناء .

ومن ثم فمجال أعمال القرائن القضائية هو نفس مجال البينة ، أي أن ما يمكن إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته أيضا بالقرائن القضائية ، وذلك كالوقائع المادية والتصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي تقل عن نصاب الشهادة الى غير ذلك¹ .

المطب الرابع

الإقرار l'aveu

نصت المادة 341 من التقنين المدني على أن (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة) ، كما نصت المادة 342 من نفس التقنين على أن (الإقرار حجة قاطعة على المقر . ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى) .

يتضح من النصين السابقين بأن الإقرار هو اعتراف شخص بواقعة يترتب عليها حق لشخص آخر² . ويعد الإقرار دليل إثبات غير عادي ، لأنه يعتبر تسليما بما يدعيه الخصم مما يعفيه من إقامة الدليل على ما يدعيه . فهو شهادة من الخصم على نفسه أمام القضاء لمصلحة خصمه بواقعة قانونية . كما إذا اعترف شخص أمام القضاء ، (سواء أمام المحكمة أو المجلس) ، بأنه مدين لشخص بمبلغ معين ، فيجعل الخصومة منتهية في غير حاجة الى إثبات أو إقامة دليل . وعلى هذا الأساس يقال بأن "الاعتراف سيد الأدلة" .

والإقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد وبارادة منفردة ، ولذلك يشترط فيه أن يصدر من شخص ذي أهلية كاملة ، فلا يجوز الإقرار من الصغير أو المجنون أو المعتوه أو السفیه أو من المحجور عليه . ويشترط في الإقرار أيضا ألا يكذبه ظاهر الحال . فليس من المعقول أن يقر شخص عمره عشرون عاما ببنوة شخص عمره ثلاثون عاما¹ .

والإقرار ، إما أن يكون صريحا مكتوبا أو شفويا ، وقد يكون ضمنيا . وقد يستخلص الإقرار من مجرد السكوت² . ويتميز الإقرار بعدة خصائص وهي ، أنه عمل إخباري كاشف لا منشىء ، وأنه عمل قانوني انفرادي . وهو في جميع هذه الصور قد يكون قضائيا ، وقد يكون خارج مجلس القضاء فيسمى إقرارا غير قضائي .

الفرع الأول

¹ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 412 .

² . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 416 .

¹ . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزبون . . مرجع سابق . ص . 242 .

² . الدكتور عوض أحمد الزعبي . مرجع سابق . ص . 600 .

الإقرار القضائي

الإقرار القضائي ، هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة . ويشترط في الإقرار حتى يكون قضائيا توافر عدة شروط وهي ، أن يكون الإقرار أمام القضاء ، وأن يصدر الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بذات الحق او الواقعة المقر بها والتي يكون فيها دليل إثبات ، وأن يصدر الإقرار من الخصم ، وأن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها¹ .

ويعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر ، لا يجوز إثبات عكسها . فهو ملزم للمقر ولا يمكن له العدول عنه ، ولا يتجزأ على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى .

الفرع الثاني

الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي ، هو ما يصدر خارج مجلس القضاء او يصدر أمام القضاء ولكن في خصومة أخرى لا تتعلق بموضوعه . والإقرار غير القضائي يختلف عن الإقرار القضائي فليس له نفس الحجية بل يخضع للقواعد العامة في الإثبات .

والإقرار غير القضائي لا يلزم المقر بل يستطيع إثبات عكسه ، ولا تجبر المحكمة على الأخذ به ، بل يخضع لتقدير القاضي ، له أن يأخذ منه دليلا كاملا ، وله أن يردده² .

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطلاب الجزائري



المطلب الخامس

اليمين

Le serment

نظمت المواد من 343 الى 350 من التقنين المدني اليمين ، وهي إشهد الله على صدق ما يخبر به الحالف او على عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر ويوجهها الخصم عندما يتعذر عليه تقديم دليل الإثبات اللازم لإثبات حقه¹ . واليمين إما أن تكون قضائية تؤدي أمام القضاء ، وإما أن تكون غير قضائية ، تؤدي او يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء .

واليمين القضائية ، إما أن تكون حاسمة ، وهي التي يوجهها أحد الخصوم الى خصمه يحتكم بها الى ضميره لحسم النزاع ، وإما أن تكون متممة ، وهي التي يوجهها القاضي الى أي من الخصمين لاستكمال الأدلة التي يقدمها هذا الخصم وتكوين اقتناعه حتى يفصل في الحكم .

الفرع الأول

¹ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 416.

² . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 420.

¹ . الدكتور عبد القادر الفار . مرجع سابق . ص . 230.

اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة ، هي اليمين التي يوجهها المدعى لخصمه لحسم النزاع بينهما فإذا أقسم اليمين حسم النزاع ، ورفضت دعوى المدعى ولذلك سميت باليمين الحاسمة¹. فإن حلفها الخصم خسر المدعى دعواه ، وإن نكل كان هذا إقرارا ضمني بالحق المطالب به وقضي به لخصمه.

ويجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر . ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا ممن كان خصما في الدعوى ، ولا توجه إلا الى الخصم الآخر . فالأمر قاصر عليهما لأن الأمر يتعلق بذمة كل منهما الشخصية . ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام² ، كتوجيه اليمين الحاسمة لدين في القمار لمخالفة ذلك النظام العام . ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف ، أي أن الخصم الذي يطلب من الآخر حلف اليمين لا يستطيع أن يعدل عن ذلك إذا قبل الآخر الحلف . أما قبل هذا القبول فالعدول ممكن³ .

ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه ، أي أن يطلب منه هو أن يحلف ، فلا يكون أمام من ردت عليه اليمين إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى أو ينكل عنها فيخسر دعواه⁴ . ولكنه لا يستطيع أن يردها ثانية على خصمه وإلا كانت حلقة مفرغة .



الفرع الثاني

اليمين المتممة

اليمين المتممة ، كما ظاهر من اسمها ، هي اليمين التي تعزز دليلا ضعيفا أو دليلا ناقصا . يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى أحد أطراف النزاع لاستكمال قناعته فيما ادعاه المدعى . واليمين المتممة غير حاسمة للنزاع ولا يترتب عن النكل عنها أي جزاء .

ويشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل¹ . فوجود دليل كامل كالإقرار يغني عن الالتجاء الى اليمين المتممة . وعدم وجود دليل يمنع الالتجاء الى اليمين المتممة ، لأنها لا توجه إلا لاستكمال أو تنمة أدلة ناقصة . ولا يجوز لمن وجهت إليه اليمين المتممة أن يردها على خصمه بخلاف اليمين الحاسمة².

المبحث الرابع

¹ . الدكتور حميد بن شنيتي . مرجع سابق . ص . 170 .

² . نصت المادة 344 من التقنين المدني على أنه (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام)

³ . الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 423 .

⁴ . الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون . مرجع سابق . ص . 251 .

¹ . نصت المادة 348 لفقرة الثانية من التقنين المدني على أنه (..... ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل)

² . الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 213 .

انقضاء الحق

القاعدة أن الحقوق تنقضي وتزول ، وإن قدر لبعضها البقاء أمدا طويلا ، وأهم الحقوق التي تعمر طويلا حق الملكية ، ولا سيما ذلك الذي يقع على الأرض . فالأصل أن هذا الحق يبقى ما بقي موضوعه . على أن الحقوق ، وإن عمر بعضها طويلا ، فهي تزول عن صاحبها حتما بموته وتنتقل منه الى ورثته . وأسباب انقضاء الحقوق عديدة ومتنوعة ، وهي تختلف باختلاف نوع الحق عينيا كان أم شخصا . ولذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الفرع الأول انقضاء الحقوق الشخصية ، وندرس في الفرع الثاني ، انقضاء الحقوق العينية .

المطلب الأول

انقضاء الحقوق الشخصية

جميع الحقوق الشخصية حقوق مؤقتة بطبيعتها ، لأنها تنشئ علاقات بين الأفراد وتجعل بعضهم ملتزما في مواجهة البعض الآخر ، ولا يمكن أن يكون هذا أبديا ، وإلا فإنه يعتبر قيда خطيرا يمس حرية الملتزم . وتنقضي الحقوق الشخصية أي الالتزامات ، بعدة أسباب قسمها القانون الى ثلاث طوائف هي الوفاء . ما يعادل الوفاء . انقضاء الالتزام دون الوفاء .



الوفاء

Le paiement

الوفاء ، وهو النهاية الطبيعية لانقضاء الالتزام ، وذلك لأن هذا الوفاء يحقق لصاحب الحق ما هدف إليه من مصلحة ، ويخلص المدين من التزامه ، مثال ذلك أن ينتهي الحق بتسليم الشيء المبيع من طرف البائع الى المشتري . وحتى يكون الوفاء منتجا لآثاره كسبب في انقضاء الحق ، يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط تتعلق . بأطراف الوفاء . ومحل الوفاء .

أولا . أطراف الوفاء . طرفا الوفاء ، هما الموفي . والموفي له .

الموفي . تنص المادة 258 من التقنين المدني على ما يلي ، (يصح الوفاء من المدين او من نائبه او من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170 .

كما يصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين او رغم إرادته ، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض)

وحتى يكون الوفاء صحيحا ، يجب أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به وله أهلية التصرف فيه¹.

الموفي له . تنص المادة 267 من التقنين المدني على أنه (يكون الوفاء للدائن أو لنائبه ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصا).

ثانيا . محل الوفاء . يشترط في محل الوفاء ، أن ينصب الوفاء على الشيء المستحق أصلا فقد تنصت المادة 276 من التقنين المدني على ما يلي (الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى) .

والأصل أن يكون تنفيذ الالتزام عينا متى كان ذلك ممكنا ، وإلا كان التنفيذ بمقابل . وقد تعرض التقنين المدني الى مسألة التنفيذ العيني للالتزام بالمواد من 164 الى 175 . وتناول مسألة الوفاء بالالتزام كسبب الانقضاء بالمواد من 258 الى 296 . وقد نصت المادة 160 مدني على الخصوص على أن (المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به) .

الفرع الثاني

ما يعادل الوفاء

قد ينقضي الالتزام بسبب من الأسباب التي تعادل الوفاء وهي . الوفاء بمقابل . التجديد . المقاصة . اتحاد الذمة .

أولا . الوفاء بمقابل Dotation en paiement . ويقصد به أن يقبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا يستعوض به عن الأداء المستحق ، فإذا التزم شخص نحو آخر بإعطاء مبلغا من النقود ثم قبل الدائن أن يأخذ بدلا من النقود سيارة مثلا ، وأخذها فعلا فينقضي التزامه بدفع مبلغ من النقود¹ . المادتان 284 . 285 من التقنين المدني .

ثانيا . التجديد Novation . وهو تصرف قانوني ، يتم بمقتضاه الاتفاق على انقضاء حق قديم وإنشاء حق جديد يحل محله ، أي استبدال حق جديد بالحق الأصلي² ، ويكون ذلك .

بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره .

أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على بأن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 218.

¹ الدكتور نبيل إبراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 226.

² الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص 180.

او بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد .
ويعتبر التجديد طريقا من طرق انقضاء الحق ومصدرا من مصادر إنشائه في آن واحد . وهو ما نصت عليه أحكام المواد من 287 الى 291 من التقنين المدني .

ثالثا . المقاصة . Compensation . وتتحقق إذا أصبح المدين دائنا لدائنه ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقودا او مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة قضاء¹ . وقد نظم المشرع المقاصة كسبب لانقضاء الالتزام بالمواد من 297 الى 303 من التقنين المدني .

رابعا . اتحاد الذمة . ويقصد بها أن يجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ويترتب عليه انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة² . وقد جاء في المادة 304 من التقنين المدني ما يلي (إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة) .

الفرع الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

لقد حدد المشرع حالات انقضاء الحق (الالتزام) بسبب عدم الوفاء على النحو التالي .
الإبراء . استحالة التنفيذ . التقادم المسقط .

أولا . الإبراء Remise de l'obligation . وهو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف في الحق على سبيل التبرع ، ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين دون حاجة الى قبوله ولكنه يرتد برده¹ . وقد نصت المادة 305 من التقنين المدني على أنه (ينقضي الالتزام إذا برأ مدينه اختياريا ، ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين ، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين) . ومن ثم فإنه يشترط لصحة الإبراء . أن يفصح عنه الدائن اختياريا وبإرادته المنفردة ، لأنه تبرع من حيث الأحكام الموضوعية (المادة 306 من التقنين المدني) مما يقتضي توافر الأهلية اللازمة لذلك . وأن يعلم به المدين ، وفي هذا الوقت يكون مقيدا للمبرئ . وأن يقبل به المدين ، أما إذا رده ورفضه فلا إبراء² .

ثانيا . استحالة الوفاء Impossibilité d'exécution . ويقصد به أن يصبح الوفاء بالدين مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه³ . تنص المادة 307 من التقنين المدني . على أنه " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته " . والسبب الاجنبي . الذي يستطيع أن يدفع به المدين ، يتمثل في القوة القاهرة ، الحادث الفجائي ، وخطأ الدائن ، وخطأ الغير⁴ (المادة 178 من التقنين المدني) .

¹ الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص 181 .

² الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 227 .

¹ الدكتور حميد بن شنييتي . مرجع سابق . ص 182 .

² الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 222 .

³ الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 227 .

⁴ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص 223 .

ثالثا. التقادم المسقط Prescription. ضمانا لاستقرار المراكز القانونية في المجتمع نص المشرع على انقضاء وسقوط الحق (الحق الشخصي) إذا لم تتم المطالبة به خلال مدة معينة من تاريخ استحقاقه . وتختلف مدة التقادم المسقط باختلاف نوع الحقوق ، على الرغم من أن المشرع وضع قاعدة عامة ، كما نص على مدد خاصة ببعض الحقوق¹ .

القاعدة العامة . تنص المادة 308 من التقنين المدني على أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيا عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية .

الاستثناءات . لقد نص التقنين المدني في المواد من 309 الى 312 على مدد أخرى أقصر من 15 سنة وتتعلق بالأجور والمعاشات (05 سنوات) . الضرائب والرسوم المستحقة للدولة (04 سنوات) . وحقوق أصحاب المهن الحرة (02 سنتين) . وحقوق التجار والصناع والعمال (01 سنة واحدة) . كما أنه يمكن أن يصدر قانون خاص بمجال معين يرفع مدة التقادم المسقط او يخفضها عن القاعدة العامة . أي 15 سنة² .

المطلب الثاني

انقضاء الحقوق العينية

الحقوق العينية وارادة في التقنين المدني على سبيل الحصر . وهي إما أن تكون حقوقا أصلية او حقوقا عينية تبعية . والحقوق العينية الأصلية هي الملكية وما تفرع عنها من انتفاع واستعمال وسكنى وارتفاقات ، والحقوق العينية التبعية هي الرهن الرسمي والحيازي والاختصاص والامتياز.

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطالب الجزائري



الفرع الأول

انقضاء الحقوق العينية الأصلية

القاعدة العامة أن ينقضي حق الملكية ويزول لاعتبارات تتعلق بالمالك كوفاته ، حيث ينتقل الحق الى الورثة¹ . وتنقضي الحقوق العينية الأصلية أيضا بإحدى الطرق التالية .

أولا . هلاك الشيء محل الحق

تنقضي الحقوق العينية الأصلية بهلاك الشيء محل الحق ، فإذا كان لشخص حق ملكية على سيارة ، واحترقت فإن حق الملكية ينقضي² . وينقضي الحق العيني كذلك بالتصرف فيه بالبيع مثلا . أو بنزع ملكيته من أجل المنفعة العامة . أو بتأميمه من طرف السلطة العامة³ .

ثانيا. عدم الاستعمال

¹ نفس المرجع السابق ص 223.

² الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 224.

¹ نفس المرجع السابق . ص 215.

² الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 228.

³ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 215.

يعتبر عدم الاستعمال من الأسباب التي تؤدي الى انقضاء بعض الحقوق العينية الأصلية .
فالقانون يعتبر عدم الاستعمال لمدة 15 سنة من الأسباب التي تؤدي الى انقضاء حقوق الانتفاع
والاستعمال والسكنى والارتفاق .

ويستثني من ذلك حق الملكية ، لأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ، لكن هذا لا يمنع من
اكتساب الغير حق الملكية على الأشياء التي إذا ما حازها لمدة محددة قانونا ، وهنا الأمر يتعلق باكتساب
حق الملكية عن طريق الحيازة¹ .

وينتهي حق الانتفاع كقاعدة عامة ب وفاة الشخص المنتفع (المادة 852 من التقنين المدني) .
و بهلاك الشيء (المادة 853 من التقنين المدني) . او بانقضاء أجل الانتفاع (المادة 852 من التقنين
المدني) . او بعدم الاستعمال لمدة 25 سنة كاملة (المادة 854 من التقنين المدني) .

أما حق الارتفاق فقد أشارت المادة 878 من التقنين المدني الى الأسباب والحالات الرئيسية
لانقضاء حق الارتفاق حينما نصت على ما يلي . (تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء أجل المحدد بهلاك
العقار المرتفق به هلاكاً تاماً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد ، ويعود
حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين) . كما يزول حق الارتفاق بأسباب أخرى منها . عدم الاستعمال
لمدة 10 سنوات أو بالتقادم كما هو مبين في المادة 879 من التقنين المدني . او بتغيير وضع الأشياء كما
هو وارد في أحكام المادة 880 من التقنين المدني¹ .

SAHLA MAHLA

الفرع الثاني

انقضاء الحقوق العينية التبعية

إن الحقوق العينية التبعية ، وظيفتها كحقوق تبعية للدين الأصلي ، لا تجعل لها بوجه عام سبباً
خاصاً للسقوط . وإنما ترتبط في ذلك بالحق الشخصي الذي تقوم هذه الحقوق على ضمانه ، فالرهن الذي
ينشأ ضماناً لدين معين ، لا يسقط إلا بسقوط هذا الدين . كذلك الحالة بالنسبة للاختصاص والامتياز² .

وقد نصت المادة 893 من التقنين المدني على أنه (لا ينفصل الرهن عن الديانة المضمون ، بل
يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك) .

تم بحمد الله وعونه الجزء الاول
من كتاب المدخل لدراسة العلوم القانونية

¹ الدكتور حميد بن شنياتي . مرجع سابق . ص . 183 .

¹ الدكتور محمد الصغير بعلي . مرجع سابق . ص . 216 .

² الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص . 228 .

نظرية القانون
إن أصبت فمن الله ، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان
أسأل الله التوفيق والنجاح
الأستاذ / الدكتور أحمد صالح على

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطالب الجزائري



المراجع

01. الدكتور أنور سلطان .

المبادئ القانونية العامة . دار الجامعة الجديدة للنشر . 2005.

02. الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي.

المدخل للعلوم القانونية. النظرية العامة للقانون .

ديوان المطبوعات الجامعية 2010

03. الدكتور حميد بن شنييتي.

مدخل لدراسة العلوم القانونية . الجزء الأول . القاعدة القانونية. الطبعة

الثانية 2009.

مدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني نظرية الحق الطبعة الأولى

2008.

04. الدكتور عبد القادر الفار.

المدخل لدراسة العلوم القانونية. مبادئ القانون . النظرية العامة للحق.

دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . 2008.

05. الدكتور عوض أحمد الزعبي .

المدخل الى علم القانون . دار وائل للنشر. الطبعة الثانية . 2003.

06. الدكتور عباس الصراف . الدكتور جورج حزيون .

المدخل الى علم القانون . نظرية القانون . نظرية الحق . دار الثقافة للنشر

والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى . الاصدار السابع . 2008.

07. الدكتور على فيلاي . مقدمة في القانون .
المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية . الجزائر . 2010.

08. الدكتور عصام انور سليم .

نظرية الحق . دار المعارف . الاسكندرية . 2007.

09. الدكتور غالب على الداودي .

المدخل الى علم القانون . دار وائل للطباعة والنشر . عمان . الطبعة
السادسة . 1999.

10. الدكتور نبيل ابراهيم سعد . الدكتور محمد حسين منصور .

مبادئ القانون . المدخل الى القانون . نظرية الالتزامات . دار النهضة
العربية للطباعة والنشر . بيروت . 1995.

11. الدكتور نبيل ابراهيم سعد .

المدخل الى القانون . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية .
الطبعة الأولى . 2010.

12. الدكتور محمد سعيد جعفرور .

مدخل الى العلوم القانونية . الجزء الأول . الوجيز في نظرية القانون . دار
هومة للطباعة والنشر والتوزيع . الجزائر . الطبعة الثامنة عشر 2011.
مدخل الى العلوم القانونية . الجزء الثاني . دروس في نظرية الحق . الطبعة
الأولى . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر . 2011.

13. الدكتور مصطفى الجمال . الدكتور نبيل ابراهيم سعد .

النظرية العامة للقانون . القاعدة القانونية . الحق . منشورات حلبي الحقوقية
2002.

14. الدكتور سليمان الناصري .

المدخل للعلوم القانونية . مقارنة بالقوانين العربية . المكتب الجامعي الحديث
الأزاريطة الاسكندرية . 2005 .

15. الدكتور سعيد سعد عبد السلام .

المدخل في نظرية القانون . مطابع الولاء الحديثة .
الطبعة الاولى 20002/2003.

16. الدكتور رمضان محمد أبو السعود . الدكتور محمد حسين منصور .

المدخل الى القانون . القاعدة القانونية . نظرية الحق .
منشورات الحلبي الحقوقية . 2003.

17. الدكتور همام محمد محمود زهران .

المدخل الى القانون . النظرية العامة للقانون .
دار الجامعة الجديدة للنشر . الاسكندرية . 2006.

18. الدكتور يحيى قاسم على .

المدخل لدراسة العلوم القانونية . كوميت للتوزيع القاهرة .
الطبعة الأولى . 1997.

19. الدكتور يوسف الكناني . الدكتور فوزى بالكناني .

قانون الأموال . مركز النشر الجامعي . 2003.

SAHLA MAHLA

المصدر الأول للطالب الجزائري

