

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
المركز الجامعي الشريف بوشوشة افلو  
معهد الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

مطبوعة في مقياس المدخل للعلوم القانونية  
نظرية القانون ونظرية الحق

محاضرات مقدمة لطلبة السنة أولى ل.م.د حقوق

من اعداد الدكتور: بن عمر الحاج عيسى

2024-2023



محاور المطبوعة وفقا للبرنامج المقرر في عرض التكوين

## 1-محاور السداسي الأول " نظرية القانون "

المحور الأول: مفهوم القانون

- تعريف القانون
- خصائص القاعدة القانونية
- تمييز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك
- أنواع القواعد القانونية

المحور الثاني: تقسيمات القانون

المحور الثالث: مصادر القانون

- المصادر الرسمية
- المصادر الاحتياطية

المحور الرابع: تطبيق القانون

- من حيث الأشخاص
- من حيث المكان
- من حيث الأشخاص

## 2-محاور السداسي الثاني "نظرية الحق"

المحور الأول: مفهوم الحق "التعريف، الخصائص، الطبيعة القانونية"

المحور الثاني: أنواع الحق

المحور الثالث: ركان الحق "اشخاص الحق ومحل الحق"

المحور الرابع: مصادر الحق "الوقائع والتصرفات القانونية"

المحور الخامس: الحماية القانونية للحق

المحور السادس: ثبات الحق

المحور السابع: آثار الحق

المحور الثامن: انقضاء الحق

## اولا-التعريف بالقانون

ان كلمة القانون داخل على العربية فهي كلمة يونانية الاصل كانون ويعبرون عنها مجازا بالقاعدة ومنها فكره الخط المستقيم الذي هو عكس الخط المنحني وهذا التعبير استعاري للدلالة على افكار الاستقامة والصرحة هو النزاهة وكلمه قانون بالفرنسية مدلول كلمة قانون

### المعنى الواسع:

ويقصد بها معنى واسعا جدا للدلالة على القانون الوضعي اي النظام القانوني ككل ومثال ذلك ان نقول بان القانون الجزائري يحمل حريات العامة للأفراد وحقوقهم ونقصد هنا مجموعه قوانين الدولة الجزائرية

### المعنى الضيق:

حيث نقول مثلا ان القانون المدني الجزائري يضمن حقوق افراد كل الأسرة او نذكر مثلا نصا معيننا من نصوص القانون بذكر ماده معينه من قانون معين

### التعريف الواسع للقانون:

هو مجموعه القواعد التي تقرها الدولة لتحكم سلوك الاشخاص ويلتزمون باحترامها ولو بالقوة العامة عند اللزوم

### التعريف الضيق في القانون:

هو مجموعه القواعد الملزمة التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم علاقات الافراد ببعضهم بعض بالدولة في أحد مجالات الحياة

### القانون والحق:

هناك علاقة تلازم بين القانون والحق فهما وجهان لعملة واحدة فالحقوق تنشأ بقوانين والقوانين سنه اساسا لإنشاء الحقوق محافظه عليها فعندما يعترف القانون لشخص ما بحق الملكية فان هذا الحق يخوله سلطه الانتفاع بمحل الحق واستغلاله وتصرفه فيه فالقوانين هي التي تقر الحقوق وتصب لها حدودا وتعطيها ضمانات فهما مفهومان متلازمان مترابطان ولا يتصور وجود أحدهما منفصلا عن الآخر<sup>1</sup>

<sup>1</sup>محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، 2006-2007 القاهرة مصر ص 10 وما بعدها

## خصائص القاعدة القانونية:

تبين لنا من تعريف القانون انه يتكون من مجموعه التي تنظم العلاقات التي قد تكون بين الافراد بين الدولة والافراد بحيث يجب ان تكون القواعد عامه تسري على كل فرد من المجتمع وان تكون القواعد جديده بالاحترام بالخضوع لها وتنفيذها وانهم في حاله مخالفتها على ذلك قوه العامه التي تملكها الدولة وحدها ومن ذلك نستخلص خصائص القانون التاليه

اولا القاعدة القانونية قاعده عامه ومجرده:

يقصد بالعموم ان القاعدة القانونية لا توجه الى شخص معين بالذات ولا تتعلق بواقعه بعينها، وانما تخاطب الاشخاص والوقائع، بناء على صفات وشروط يلزم القانون توافرها فيطبق حكم القانون على كل من توافرت فيه الشروط وصفات الوارده في القاعده القانونيه

تظهر صفة التجريد في القاعده القانونيه من حيث ان نشوءها لا يتعلق بشخص معين بالذات او بواقعه معينه ومن هنا فان هناك ارتباطا حتميا بين التجريد والعموميه ومثال ذلك القاعده القانونيه التي تقضي بكمال الاهليه لكل انسان يبلغ 19 سنه متمتعا بقواه العقليه فهذه القاعده لا تتعلق بشخص بذاته، وانما على كل شخص تحققت فيه هذه الصفات، ولا تعني صفة العموميه والتجريد وجوب تطبيقها على كل اقليم الدوله فقد يتحدد تطبيقها على جزء معين من اقليم الدوله، وقد ينحصر تطبيقها على اشخاص معينين كقانون المحاماه<sup>1</sup>

## ثانيا القانون مجموعه من القواعد الاجتماعيه:

القانون دائما يقصد به تلك المجموعه من القواعد السلوكيه التي تنظم سلوك الاشخاص في الجماعه السياسيه ويستوي ان يكون مصدر هذه القواعد هو التشريع او اي مصدر قانوني معترف به فالافراد يبيعون ويشترون ويتزوجون ويقتلون فكل انواع هذه السلوكيات لابد لهم من مجموعه من القواعد تحكمه فالقانون التجاري والمدني الى اخره نوعا معيننا من السلوكيات نقول ان القانون مجموعه من القواعد الاجتماعيه

## ثالثا القاعده القانونيه ملزمه:

يعني الالتزام ان القاعده القانونيه واجبه الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها ووجه الالتزام هنا يتجسد في الجزاء الذي يحدثه القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعده او يخالفها والمقصود بالجزاء هو رد الفعل او العقاب او الاجبار على الالتزام والاحترام. اي تبرز خاصيه الالتزام في الجزاء الذي يوقع على من يخالف تلك القاعده القانونيه وللجزاءات انواع اهمها

<sup>1</sup> للمزيد راجع:

محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق

جزاء دولي: يتم تطبيقه في العلاقات التي تنشئ بين الدول والمنظمات الدولييه  
جزاء اداري: يطبق اما بمخالفه العقود الاداريه او بموجب عقوبه تاديبيه تطبق على الموظف العام  
جزاء مدني: كتعويض مثلا  
جزاء جنائي: كعقوبات السجن والاعدام

ثانيا: التمييز بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الأخرى:

بعد ان عرفنا خصائص القاعده القانونيه ينبغي تحديد نطاقها حتى يتسنى لنا مقارنتها وتمييزها من بقية قواعد السلوك الاجتماعي وقواعد الاخلاق والقواعد الدينيه

التمييز بين القواعد القانونيه وقواعد الاخلاق:

قواعد الاخلاق هي المثل العليا التي يرى الناس فيها ما ينبغي اتباعه كالتزام الصدق واجتناب الكذب ولقد ساهمت قواعد الاخلاق في ارساء الدعائم السلم الاجتماعي وتقويم سلوك الافراد وكثير من القواعد الاخلاقيه ما دخلت مجال التشريع فتبناها المشرع وعمل على صياغتها في شكل نصوص قانونيه كتعسف في استعمال الحق

وتضمنت قواعد قانون العقوبات جرائم كثيره لها صلته بالقواعد الاخلاقيه كالامتناع عن تقديم مساعده الى شخص في حاله خطر يكون قادرا على تقديم هذه المساعده نص الماده 182 من قانون العقوبات وكذا الافعال المخله بالحياه موضوع المواد 333 و 333 مكرر و 334 و 335<sup>1</sup>

وعليه عمد المشرع الى رفع بعض القواعد الاخلاقيه الى مصف القواعد القانونيه حتى تكون اكثر الزاما وحتى يضمن تقييد الافراد بها

اوجه الاختلاف بين القانون والأخلاق:

من حيث الغايه قواعد الاخلاق غايتها هي نقل الانسان بسلوكه نحو الكمال, بينما غايه القاعده القانونيه هي حفظ نظام العام داخل المجتمع وتحقيق العداله والسلم الاجتماعي حيث الجزاء ان مخالفه قواعد الاخلاق يترتب عنها تانيب الضمير الجماعه جانهم لتصرف معين فالعقوبه هنا عقوبه معنويه اما الجزاء عند مخالفه القاعده القانونيه يكون دائما ماديا ويتخذ صورا واشكالا مختلفه<sup>1</sup>

التمييز بين القواعد القانونيه والقواعد الدينيه:

يقصد بالقواعد الدينيه القواعد المنزله من الله عز وجل على رسول او نبيل البشر يبلغها للناس للايمان بها والعمل باحكامها وقد لعبت الديانات عبر التاريخ دورا اساسيا في ضبط العلاقات بين الافراد وتنشأ به القاعده الدينيه مع القاعده القانونيه في ان كل منها يتضمن خطابا موجها للانسان يهدف الى ضبط سلوكه وتنظيم علاقاته ومعاملته ومن المؤكد ان القاعده الدينيه تختلف في مضمونها عن القاعده القانونيه حتى بشأن الامر الواحد

وتشابه القاعده الدينيه مع القاعده القانونيه في ان كل منهما ياتي في شكل وصيغه العموميه فاذا اخذنا

<sup>1</sup> عمار بوضياف, المدخل الى العلوم القانونيه, دار جسر للنشر والتوزيع, الطبع الرابعه الجزائر 2014, ص 43



مثلا قوله تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم"  
نجد ان النص جاء بصيغة العمومية والتجريد

اوجه الاختلاف بين القواعد الدينية والقواعد القانونية:

من حيث النطاق:

الدين ينظم سلوك الانسان مع ربه ومع نفسه ومع غيره قانونيه لا تهتم الا بسلوك الانسان مع غيره  
فالقواعد الدينيه تتضمن احكاما تتعلق بالعبادات فقط

من حيث الجزاء:

تختلف القاعده الدينيه عن القاعده القانونيه في طبيعه الجزاء المترتبه على مخالفه القاعده فالجزاء في  
القاعده القانونيه توقعه السلطه العامه وياخذ دائما سوره الجزاء المادي الدينوي بينما الجزاء في  
القاعده الدينيه دينوي واخروي

من حيث الغايه:

القواعد الدينيه قواعد الهيئه اقربها الشرائع السماويه ويلزم الناس باتباعها خوفا من غضب الله وعقابه لا  
شك هي تاصيل العقيده اولا في النفس البشريه لتكون بمثابة اساس روحي يوثق وسيله الانسان بربه  
وكذلك التقيد بضوابط معينه في كل معاملته باسرتة ومجتمعهم  
بينما غايه القواعد القانونيه لا يخرج عن تحقيق النظام العام فهي لا تمتد لاعماق الانسان لتدخل  
سريرته ونيته الا في حالات استثنائيه للكشف عن ابعاد الفعل المادي

### ثالثاً-قسيمات القانون:

القانون هو مجموعة من القواعد والأسس التي تنظم مجتمعاً ما. ويُعد القانون واحداً من بين أكثر النظم الاجتماعية الأساسية أهمية وضرورة. ولا يمكن لأي مجتمع أن يعيش إذا كان كل أفراده يفعلون ما يروق لهم دون مراعاة لحقوق الآخرين، أو إذا كان أعضاؤه لا يعترفون بأن عليهم التزامات معينة في مواجهة بعضهم بعضاً. وهكذا، يقرر القانون القواعد التي تحدد حقوق أي شخص والتزاماته. ويضع القانون، أيضاً، الجزاءات التي توقع على من يخالف هذه القواعد وعليه فلفقهاء يقسمون القانون إلى فرعين رئيسيين، هما:

1-القانون الخاص.

2-القانون العام.

فأما القانون الخاص يعني بتنظيم الحقوق والالتزامات التي تنشأ نتيجة علاقات أفراد المجتمع بعضهم ببعض.

فحين يهتم القانون العام بالحقوق والالتزامات التي تنشأ للناس بوصفهم أعضاء ومواطنين في المجتمع. ويمكن تقسيم كل من القانون الخاص والقانون العام إلى عدة أقسام فرعية. وبالرغم من ذلك، تتقارب الفروع المتعددة للقانون العام والقانون الخاص، وتتداخل في حالات كثيرة<sup>1</sup>.

**المبحث الأول : معايير وأهمية التفرقة بين القانون العام والخاص**

**المطلب الأول : معايير التمييز بين القانون العام والخاص**

1-المعيار المستمد من التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة : حيث يهدف القانون العام إلى تحقيق المصلحة العامة، أما القانون الخاص فيهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية خاصة بالفرد.

2-المعيار المستند إلى صفة أشخاص العلاقة القانونية : حيث تنظم قواعد القانون العام العلاقات، التي تكون الدولة، أو أي فرع من فروعها طرفاً فيها، بصفتها صاحبة السيادة، بينما تنظم قواعد القانون الخاص، العلاقات التي يكون أطرافها أشخاصاً عاديين، أي فرد من أفراد المجتمع، أو شخصيات اعتبارية خاصة.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 45

3-المعيار المستند إلى طبيعة القواعد، سواءً كانت قواعد أمر، أم مكمل: حيث تعتبر قواعد القانون العام، بأنها قواعد أمر، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بينما تعتبر قواعد القانون الخاص، بأنها قواعد مكمل، ويجوز الاتفاق على مخالفتها.

المطلب الثاني : أهمية تقسيم القانون إلي عام وخاص

1-يضمن القانون العام للسلطات العديد من الامتيازات التي لا يتيحها القانون الخاص؛ حيث يتيح للدولة اللجوء إلى بعض الوسائل لتحقيق المصلحة العامة، مثل: فرض الضرائب، أو الخدمة العسكرية وغيرها.

2-يعطي الدولة الحقّ في تعديل أو إلغاء العقود الإداريّة، بما يتناسب مع المصلحة العامة، حيث يتمّ أي تعديل في الشروط بموافقة الطرفين، أو المطالبة بتعويض وإلغاء العقد.

3-يهدف القانون العام إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما يهدف القانون الخاص لتحقيق الأهداف الخاصّة، ولذلك يتمّ النظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها من اختصاص القضاء الإداري، بينما تكون الدعاوي من اختصاص القضاء العادي.

المبحث الثاني : فروع كل من القانون العام و الخاص

المطلب الأول : فروع القانون العام

من فروع القانون العام نجد القانون الدولي العام , القانون الدستوري , القانون المالي , القانون الإداري , القانون الجنائي , و قانون الضمان الاجتماعي.

أولاً: القانون الدولي العام.

هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدول فيما بينها , و تحدد حقوقها وواجباتها في حالة السلم و الحرب , فتبين الشروط اللازم توافرها لقيام الدولة و حقوقها باعتبارها صاحبة السيادة.

و هناك من يرى أن قواعد القانون الدولي العام لا تعد قواعد قانونية, لأنه لا توجد سلطة عامة تضع القواعد و تراقبها , و تتولى توقيع الجزاء على مخالفيها لكن يمكن الرد على هذا الرأي بأنه و إن لم توجد سلطة تشريعية تسن قواعد القانون الدولي إلا أن مصادر القانون العرف أيضا , و القانون الدولي مصدره العرف الدولي و المعاهدات الدولية , أما بخصوص عدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء فإن ميثاق الأمم المتحدة نص على توقيع الجزاء على مخالفيه , ومن الجزاءات قطع العلاقات الدبلوماسية وفرض الحصار و استعمال القوة المسلحة و قد طبق هذا الجزاء في حرب الخليج 1990, لكن لا يمكن الاستناد إلى هذا

للقول بأنه جزء عام يطبق بنفس الدرجة على جميع الدول . و ضعف الجزاء لا يعيب القاعدة القانونية بل يظل القانون الدولي قانونا.

#### ثانيا: القانون الدستوري.

هو القانون الأساسي في الدولة و هو أعلى درجة في النظام القانوني و يضم مجموعة قواعد تبين نظام الحكم و السلطات العامة في الدولة و الهيئات التي تمارسها و اختصاصها و علاقاتها ببعضها البعض. كما يبين الحريات العامة للأفراد, كحرية الرأي و الاجتماع و التنقل و الواجبات العامة للأفراد: كأداء الخدمة الوطنية.

#### ثالثا: قانون المالية.

هذا القانون يتضمن القواعد التي تبين الإدارة المالية للدولة فيتعرض لميزانية الدولة والضرائب و القروض و كيفية تحصيلها و توزيعها فيبين بصفة عامة النفقات العامة و الإيرادات العامة, و قد أصبحت الأحكام التفصيلية للضرائب المباشرة و غير المباشرة موضوع قانون مستقل , كما صدر أيضا قانون مستقل خاص بالتسجيل و يشمل إيضاح مختلف رسوم التسجيل مع ملاحظة أن قانون التسجيل و إن كان قانونا عاما فهو مرتبط بالقانون الخاص إذ يقتضي معرفة الأحكام الخاصة بالميراث و الهبات و التصرفات الناقلة للملكية بوجه عام لتقدير رسوم التسجيل المتعلقة بها.

#### رابعا: القانون الإداري.

يتعرض لنشاط السلطة التنفيذية و الخدمات التي تقوم بها من إدارة المرافق العامة, كما يتعرض لعلاقة الحكومة المركزية بالإدارات الإقليمية و بالمجالس البلدية و المحلية و المؤسسات العامة و على العموم على كيفية استغلال السلطة التنفيذية للأموال العامة.

#### خامسا: قانون الضمان الاجتماعي.

يستفيد العمال الذين يحدددهم القانون من نظام الضمان الاجتماعي , و ذلك للحصول على تعويض في حالة إصابات العمل , و المرض و العجز و الشيخوخة و التقاعد و استفادة العمال من هذا النظام تكون في مقابل اشتراكهم لدى صندوق الضمان الاجتماعي , و قيامهم بدفع أقساط شهرية محسوبة بنسبة معينة من مرتب كل منهم و يتمتع صندوق الضمان الاجتماعي في تحصيله لأقساط الاشتراك بكل مميزات السلطة العامة.

سادسا: القانون الجنائي.

ينقسم القانون الجنائي إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

#### 1- قانون العقوبات:

هو مجموعة القواعد التي تحدد أنواع الجرائم من جنائية أو جنحة أو مخالفة، و تبين أركان الجريمة و عقوباتها ، و يعد التشريع المصدر الوحيد للقانون الجنائي إذ تقتضي المادة الأولى منه بأن (لا عقوبة ولا جريمة بدون نص).

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

#### 2- قانون الإجراءات الجزائية:

يتناول الإجراءات التي تتبع من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقاب ، فيبين الإجراءات الخاصة بضبط المتهم و القبض عليه و التفتيش و الحبس الاحتياطي و التحقيق الجنائي و محاكمة المتهم و تنفيذ العقوبة و طرق الطعن.

#### المطلب الثاني : فروع القانون الخاص

من أهم فروع القانون الخاص، القانون المدني، القانون التجاري و القانون الدولي الخاص.

أولا: القانون المدني.

و يتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص ، و هو أصل القانون الخاص و تفرعت عنه القوانين الأخرى ، كالقانون التجاري ، و قانون التأمين ، و قانون الأسرة ، و قانون الملكية الفكرية و الأدبية ، و يعتبر القانون المدني الأصل العام بالنسبة لها جميعا و يرجع إلى القواعد فيه.

و يشمل القانون المدني مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية كالأهلية المطلوبة لاكتساب الحق و التحمل بالالتزام ، و حالات نقص أو فقدان الأهلية ، مع ملاحظة أن المسائل المتعلقة بالأسرة خصص لها تشريع خاص بمقتضى القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

و يتضمن القانون المدني أساسا القواعد المتعلقة بالأحوال العينية ، فخصص الكتاب الثاني منه للالتزامات و مصادرها و آثارها و انقضائها ، كما نظمت فيه مجموعة من العقود.

و خصص الكتاب الثالث للحقوق العينية الأصلية ، فتعرض لكيفية اكتساب الملكية و الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ، كحق الارتفاق ، وحق الانتفاع و حق الاستعمال.

أما الحقوق العينية التبعية وهي الرهن الرسمي و الرهن الحيازي و حق التخصيص و حقوق الامتياز فخصص لها الكتاب الرابع.

### ثانيا : القانون التجاري.

يتضمن هذا القانون القواعد المختصة بالأعمال التجارية التي يقوم بها الشخص أيا كانت صفته، كما يتضمن من جهة أخرى الأحكام التي تنطبق على الأشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة لهم ، فيتبين أن المشرع أخذ بمعيارين معا، المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي.

فالقانون التجاري يطبق على الأعمال التجارية بصرف النظر عما إذا كان الشخص الذي يقوم بها مكتسبا لصفة التاجر أو لا و هذا هو المعيار الموضوعي الذي تضمنته المادة 2 من القانون التجاري،

كما يتعرض لكيفية إمساك الدفاتر التجارية ، و التصرفات الواردة على المحل التجاري ، و تنظيم الشركات التجارية ، و نظام الإفلاس و التسوية القضائية كما تعرض كذلك للأوراق التجارية.

و يعتبر القانون التجاري عرفا من القانون المدني و استقل هذا الأخير لما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة و توفير الثقة و فيما يلي نميز بينهما في المسائل التالية:

#### 1- في الإثبات:

الأصل هو حرية البيئة في المواد التجارية أما في المواد المدنية فيجب إثبات ما تجاوز قيمته 1000 د.ج بالكتابة.

#### 2- الإفلاس:

وهو خاص بالقانون التجاري إذ تقوم جماعة الدائنين أو وكيل التفليسة نيابة عنهم بإجراءات جماعية تحقق مبدأ المساواة بينهم، أما في القانون المدني فيستطيع أي دائن الحجز أو حبس أموال مدينه بإجراء إنفرادي ، فلم ينظم القانون المدني نظام الإعسار على غرار تنظيم القانون التجاري لنظام الإفلاس.

القانون المدني يجيز للقاضي أن يمنح أجلا للمدين للوفاء بالدين، بينما القانون التجاري يستلزم الوفاء بالدين في ميعاده نظرا لما يقتضيه هذا القانون من سرعة و تداول.

في القانون المدني لا تنفذ حالة الحق في مواجهة المدين و بالنسبة للغير إلا إذا قبلها أو أعلن بها. أما في المواد التجارية فحوالة الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية تكون نافذة بمجرد التوقيع.

### ثالثا : القانون الدولي الخاص.

هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد من حيث بيان المحكمة المختصة ، و القانون الواجب التطبيق فإذا كان أحد عناصر العلاقة أجنبيا سواء من حيث الأشخاص كزواج جزائري من أجنبية أو من حيث الموضوع كأن يتوفى جزائريا تاركا عقارات بالخارج ، أو من حيث المكان، كأن يبرم عقد زواج أو بيع في الخارج فيتناول القانون الدولي الخاص القانون الواجب التطبيق هل هو القانون الوطني أو الأجنبي ، كما يبين أيضا المحكمة المختصة بنظر النزاع ، و تسمى هذه القواعد بقواعد الإسناد.

أما أحكام الجنسية فقد وردت في قانون مستقل يبين شروط اكتساب الجنسية و كيفية فقدها و سحها. و هناك من يرى أن هذه القواعد إلى جانب القواعد التي تنظم توطن الأجانب في الدولة و تبين مركزهم في قواعد تنتمي إلى القانون العام لأن الدولة طرف فيها و تمارس هذا الحق بمالها من سلطة و سيادة و بالتالي يدمج أصحاب هذا الرأي القانون الدولي الخاص ضمن فروع القانون المختلط.

نستنتج بإعتبار الدولة منظمة للقواعد القانونية و تملك السلطة القدرة على الإهتمام بالمسائل التي تنظم الصالح العام فقواعد القانون العام هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان وسواء أكانت هذه العلاقات بين الدولة وبين غيرها من الدول أيضا بين الدولة وبين الأشخاص العاديين

في حين القانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة إذا دخلت هذه الأخيرة في العلاقة باعتبارها شخصا قانونيا عاديا وليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان.

#### رابعاً: أنواع القواعد القانونية:

صنف الفقه القواعد القانونية إلى أنواع متعددة إما بحسب طريقة إصدارها وإما بحسب مضمونها أو بحسب قوتها:

أولاً\_ القواعد القانونية المكتوبة و غير المكتوبة:

تنقسم القواعد القانونية من حيث طريقة صياغتها إلى قواعد قانونية مكتوبة وقواعد غير مكتوبة: القواعد القانونية المكتوبة: هي الأحكام التشريعية التي تصادق عليها السلطة المختصة و تصدر في شكل مكتوب و ملزم، لتعبر عن ارادة الدولة. أما القواعد القانونية غير المكتوبة: فهي قواعد العرف التي رغم كونها ملزمة الا انها لا تدون في وثيقة رسمية.

و بمقارنة القواعد القانونية المكتوبة بغير المكتوبة: يتضح لنا أن القواعد المكتوبة واضحة المعنى فلا تكلف القاضي جهداً كبيراً في تطبيقها، بعكس القواعد القانونية غير المكتوبة التي تفتقد المادة المكتوبة. مما يصعب على القاضي تحييد المقصود منها.

ثانياً. القواعد القانونية الموضوعية و الشكلية:

من حيث مضمون القاعدة القانونية، اتجه جاني من الفقه الانجلوسكسوني الى تقسيم القواعد القانونية الى قواعد موضوعية وقواعد شكلية، وهذا خلافاً لما اتجه اليه نظام الكومون لو من تقسيم القانون الى عام وخاص بحسب وجود الدولة طرفاً في العلاقة التي ينظمها القانون بصفتها صاحبة سيادة وسلطة.

\*القواعد القانونية الموضوعية: هي القواعد القانونية التي تتضمن بيان بالحقوق التي يتمتع بها الافراد و الواجبات المفروضة عليهم. مثل قواعد القانون المدني وقواعد قانون العقوبات وقانون العمل والقانون التجاري والقانون الاداري.....

و هي تشتمل علي نوعين من الاحكام:

(1) الاحكام التي تترتب علي التصرفات الارادية للشخص كالعقد و الهبة و الوصية.

(2) الاحكام التي يقررها المشرع ابتداءً دون الرجوع الي ارادة الشخص و تنحصر في الجزاءات التي يتضمنها القانون.



## \* ماهية القواعد الشكلية:

هي القواعد التي تحدد الاشكال و الضوابط التي يجب مراعاتها عند اقتضاء حق أو أداء التزام ، فهي قواعد اجرائية لا تقرر حق و لا تفرض جزاء . بمعنى هي قواعد وضعت من اجل حماية الحق الموضوعي الذي نصت عليه القواعد الموضوعية، وبالتالي فإن كل قاعدة موضوعية لا بد لها من قواعد اجرائية تبين لنا كيفية تطبيقها وكيفية حمايتها في حالة الاعتداء عليها، مثل قانون الاجراءات المدنية والادارية و قانون الاجراءات الجزائية.

ونشير الى انه ليس بالضرورة ان تستقل القواعد الاجرائية أو الشكلية بتنظيم خاص ووانما يمكن ان تقن هذه القواعد مع القواعد الموضوعية، ولذلك قد نجد في قانون العمل مثلا النص على بعض الاجراءات كبيان كيفية رفع الدعوى وبيان جهة الاختصاص في رفعها، كذلك الحال بالنسبة للقانون التجاري الذي نجد فيه الكلام عن نظام الافلاس واجراءات شهر افلاس التاجر المتوقف عن دفع ديونه المستحقة.

ثالثا. القواعد القانونية الأمر و المكملة: القواعد القانونية بصفة عامة قواعد ملزمة إلا أن درجة الالتزام تختلف حسب ما تعطيه للأفراد من حرية الاخذ بمقنضها من جهة ومن حيث حريتهم في الاتيان بغيرها.

وعليه، فإنه من حيث القوة الملزمة للقاعدة القانونية، فقد ميز الفقه بين نوعين من القواعد، قواعد أمرة، وقواعد مكملة أو مفسرة. بمعنى أنه يوجد نوعين من القواعد : قواعد وثيقة الصلة بكيان المجتمع ومصالحه الاساسية وهذا النوع تضعه الجماعة بنفسها ولا يجوز للأفراد الخروج عليها أو مخالفتها (قواعد أمرة)

وقواعد تحكم الروابط بين الافراد وتتصل بمصالح فردية خاصة، وهذا النوع لا تستأثر الجماعة بوضعه مما يجعله يفتقر الطابع الالزامي ويجوز للأفراد الخروج عليه ومخالفته وفقا لارادتهم (قواعد مكملة) .

\* ماهية القواعد الأمرة : يقصد بالقواعد الأمرة *règle impérative* هي تلك القواعد التي تأمر بسلوك معين، أو تنهي عنه بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره، و كل اتفاق على خلافها يكون باطلاً، مثال ذلك أحكام المواريث وقانون الاسرة. و مثل القواعد التي تحرم القتل و السرقة ، و القواعد التي تبين المحرمات من النساء ، و تلك التي تفرض الخدمة العسكرية الاجبارية.

أنواع القواعد القانونية الأمرة :

قواعد أمرة إيجابية: أمر (القاعدة التي تأمر رب العمل بدفع أجره العامل).

قواعد أمرة سلبية: نهي (القاعدة التي تنهى عن تقاضي الفوائد في القانون المدني).

تطبيقات للقواعد القانونية الأمرة - أمثلة:

القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات المقرر لها.

القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها.

القواعد التي تحكم علاقة الدولة بموظفيها.

القواعد التي تنظم الخدمة العسكرية الإلزامية.

القواعد التي تفرض على الأفراد المشاركة المالية في الأعباء العامة (الضرائب / الجمارك).

\*ماهية القواعد المكملة:

وهي تلك القواعد التي تبيح للأفراد إما الأخذ بما جاء في حكمها وإما الاتفاق فيما بين الأطراف على استبعاد ما تقضي بها ، فهي لا تمثل قيودا علي حرية الأفراد حيث يجوز الاتفاق علي مخالفتها لأنها لا تمس مصالح المجتمع الأساسية، وتسمي في الفقه مفسرة ومكملة ومتممة. وسميت بالمكملة لان تطبيقها يعد استكمال لارادة الافراد.

-والنطاق الربح لتلك القواعد هو مجال المعاملات المالية كتحديد وقت تسليم المبيع ومكان التسليم وطريقة الوفاء بالثمن

-وكذلك القواعد التي تحدد نصيب الشركاء في الشركة من الربح والخسارة وطريقة توزيع الارباح.

ومدى الالتزام فيها : هي قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد الأمرة ، أما مسألة إفساح المجال أمام الافراد للاتفاق علي مخالفتها فمقصود به أن يتاح للأفراد فرصة أكبر للمرونة في التعامل مادام ذلك يحقق مصالحهم<sup>1</sup>.

و هكذا يعتبر عدم اتفاق الافراد علي مخالفة القاعدة المكملة قرينة قانونية علي أن ارادتهم انصرفت الي اختيار حكمها فتكون ملزمة لهم عندئذ تماما كالقاعدة الأمرة.

وعليه، فإن هذه القواعد هي قواعد قانونية كاملة، ويظهر الالتزام فيها عند عدم وجود اتفاق علي مخالفتها حيث يجب اتباعها وتطبيق أحكامها ، كما تلزم القاضي نفسه بتطبيقها.

معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة :

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية، مرجع سابق

-إن التفرقة بين القواعد الأمرة والمكملة امر له بالغ الأهمية، لما يترتب عليه من نتائج تتمثل في أن القواعد الأمرة تلغي دور الإرادة وحريتها لأن كل اتفاق علي مخالفتها لا يترتب اثرا وذلك خلافا للقواعد المكملة .  
-وتعتمد التفرقة بينهما علي وسيلتين : مادية أي صياغة القاعدة القانونية والفاظها - معنوية أي فحوي وروح التشريع

-أولاً : المعيار اللفظي : والتميز يبني فيه علي اساس دلالة العبارة التي تمت بها صياغة النص فتكون أمرة عندما نستخدم لفظ : لا يجوز، يحظر، يقع باطل، يعاقب - يقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك، "لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك"

الرجوع إلى صياغة نص القاعدة القانونية، فعادة ما يعبر المشرع عن كون القاعدة القانونية قاعدة أمرة عن طريق:

أ-النص صراحة على عدم جواز الاتفاق على خلاف ما جاء بالمادة من أحكام

ب- النص على أن الخروج على المادة يقع باطلاً :

وتكون القاعدة القانونية مكملة عندما تستخدم الفاظ الإباحة والجواز مثل: يجوز، يباح ، لا يمنع

" ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك "

" و لو اتفق الأطراف على خلاف ذلك " " ما لم يوجد عرف بخلاف ذلك "

" الا أن النصوص قد تخلو من هذه الالفاظ فنلجأ للمعيار الثاني :

ثانيا : المعيار المعنوي أو الموضوعي:أساسه النظر الي مضمون القاعدة القانونية و مدى تعلق حكمها بالنظام العام و الآداب العامة : فإن تعلق حكم القاعدة بالنظام العام والآداب العامة عدت قاعدة أمرة ، و إن لم يتعلق عدت قاعدة مكملة، بمعنى أنه عندما تتعلق القاعدة بمصالح اساسية للمجتمع توصف بالأمره وعندما لا تتعدى لغير المصالح الخاصة دون المساس بالمصالح العام توصف بالمكملة . ونشير الى انه لايجوز اللجوء إلى المعيار الموضوعي لتحديد طبيعة القاعدة القانونية الأمرة أو المكملة إلا بعد اخفاق المعيار اللغوي في الكشف عن هذه الطبيعة.

ولقد جري الفقه علي تبني مصطلح النظام العام والاداب كاساس وصف القاعدة بالأمرة أو المكملة.

#تعريف فكرة النظام العام و الآداب: يصعب تحديد مفهوم النظام العام والآداب إلا أنه يمكن تعريفه بأنه مجموعة متجانسة من المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت تتعلق بالمصالح الدينية أو السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية في المجتمع. أو علي انه مجموعة المصالح العليا للمجتمع والتي تمس كيان الجماعة ويقوم عليها بنيان الجماعة الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والخلقي. ولا يشترط أن يكون مجال القواعد الامرة هو القانون العام لتعلقه بالنظام العام بل توجد في القانون الخاص أحكام من النظام العام والآداب بما يمس بكيان الأسرة والشخص.

ومن هذا يمكن القول ان للنظام العام جانبين :

1) جانب مادي : هو مجموعة النظم السياسية و الادارية و المالية لمجتمع ما.

2) جانب أدبي : هو مجموعة القيم الاخلاقية التي يتبناها المجتمع.

ومن ثم فإن قواعد النظام العام و الآداب بجانبها هي الحد الأدنى من القواعد اللازمة للمحافظة علي المجتمع من الاضطراب أو الانحلال ، و لذلك يفرض المشرع علي الجميع احترام هذه القواعد مطلقا.

\*نسبية النظام العام و الآداب : يقصد بنسبية النظام العام و الآداب ارتباط قواعده بمتطلبات الزمان والمكان . فمضمون النظام العام و الآداب متغير من مكان إلى آخر و من زمان إلى آخر ، فما يعد من النظام العام و الآداب في مجتمع ما ، في مكان معين و في زمان معين ، قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر . مثال ذلك :- نظام تعدد الزوجات – دين الربا.

ويرجع أساس نسبية النظام العام و الآداب و الاختلاف بين المجتمعات في تحديد مضمونه إلى المعتقد الديني و المضمون الثقافي بوجه عام و الذي يختلف من مجتمع إلى آخر فينعكس ذلك على مضمون النظام العام و الآداب من مجتمع لآخر و من زمان إلى آخر .

\*تطبيقات النظام العام و الآداب:

1-في القانون الدستوري : يعد من النظام العام و الآداب القواعد التي تقرر الحرية الشخصية و حرمة المسكن و حرمة النفس و حق التقاضي.

2-في القانون الإداري و المالي يعد من النظام العام و الآداب القواعد التي تنظم عمل الموظف العام و القواعد التي تفرض الضرائب .

- 3- في القانون الجنائي يعتبر من النظام العام القواعد التي تحدد الأفعال المجرمة و العقوبات المقررة لها
- 4- في القانون المدني يعد من النظام العام و الآداب القواعد التي تحظر المعاملات الربوية بين الأطراف.

## خامسا: المصادر الرسمية للقانون

المصادر الرسمية هي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمه ويصبح واجبه تطبيق وهي تختلف باختلاف المجتمعات والعصور.

للماده الاولى من القانون المدني نجدها قد نصت "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلاميه فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" ومن النص اعلاه يتبين لنا الرسميه في القانون الجزائري جاءت مرتبه ترتيبا يلزم القاضي بالعمل به، فيبحث اولا في التشريع فان خلا من الاشاره لم يحكم العلاقه التي بين يديه لجا لمبادئ الشريعة الاسلاميه، والا لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

**تعريف التشريع:**

يتمثل التشريع في وضع قواعد قانونيه في نصوص مكتوبه تنظم العلاقات بين الاشخاص في المجتمع بواسطه السلطه المختصه وطبقا للاجراءات المقرره لذلك

**مزاي التشريع:**

- 1 التشريع من حيث الاصل يتضمن قواعد واضحه مكتوب يحتاج الى اثبات
- 2 التشريع اداه لتحقيق وحده القانون اي ان صدوره عن السلطه المختصه في شكل قواعد مكتوبه فيسمح لهاته الاخيره في اجتناب الكثير من الغموض
- 3 التشريع اجابه سريعه لضرورات المجتمع
- 4 التشريع يصدر عن سلطه عامه

### عيوب التشريع:

- 1 طالما يصدر التشريع عن السلطه العامه فقد يكون غير ملائم لظروف المجتمع
- 2 وقد يبقى جامدا دون تعديل رغم تغيير الظروف التي تتطلب التغيير
- 3 في العديد من الاحيان يستعمل التشريع مصطلحات دون تحديد معناها

### انواع التشريع:

لقد وضع العميد هوريو هرما ارتب لنا درجات التشريع وقد انطلق من فكره بين السلطات التي جاء بها مونتسكيو والذي قسمه الى ثلاث درجات

التشريع الاساسي الدستور  
القانون  
التشريع الفرعي او اللوائح

## 1التشريع الاساسي او الدستور:

الدستور يحتل اعلى درجه في النظام القانوني للدوله، ومنه تستمد القوانين العاديه والفرعيه قوتها، فالسلطه التشريعيه ما كان لها ان تناقش القانون العادي وتصادق عليه لولا القاعده الدستوريه التي اعترفت لها بممارسه هذه الصلاحيه، فيقصد بالدستور الذي يضع اساس بناء الدوله ودستور الحكمي فيها يحدد نظام الحكم ويبين السلطات العامه في الدوله واختصاصات كل منها وعلاقه السلطات ببعضها البعض كما يبين ما للافراد من واجبات وحقوق اساسيه<sup>1</sup>

### سياده الدستور وسموه:

سياده الدستور مبدا مسلم به في الانظمه الديمقراطيه سواء ملكيه او جمهوريه، والاصل في الدستور انه ثابت فلا يتغير لاسباب الموضوعيه ولا يحدث ذلك الا في فترات زمنييه متباعده، في حالات السلطات وشكل الدوله

فكل ما تقره القاعده الدستوريه وجب ان لا يخالفه القانون العادي او نص تنظيمي ومن هنا عينوا من حيث المنطق كل نص يخالف القاعده الدستوريه في مضمونه وتعرف هذه العمليه بالرقابه الدستوريه القوانين وقد اسند المشرع الدستوري مهمه الرقابه على دستوريه القوانين الى المحكمه الدستوريه

### المعاهدات:

هي تلك الاتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقات قانونيه دوليه وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقه وتعد جزءا من التشريع اعترف المشرع الجزائري لها بانها تسمو على القانون ما نستنتجه من ماده 154 من الدستور الجزائري " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهوريه حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"

### سن التشريع الاساسي:

يمكن وصف بعض الطرق لسن الدستور بطرق غير ديمقراطيه وصف بعضها الاخر بطرق ديمقراطيه فاهم الطرق:

اعداد مشروع الدستور من قبل الهيئه غير المنتخبه وطرحه على الاستفتاء

اعداد مشروع الدستور من قبل الجمعيه تاسيسييه منتخب دون طرحه على الاستفتاء

اعداد مشروع دستور من طرف جمعيه تاسيسييه منتخبه مع عرضه على الاستفتاء الشعبي.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونيه، مرجع سابق

انواع الدساتير:

1دستور العرفي:

هو مجموعه من القواعد العرفيه اي غير المكتوبه المتعلقة بممارسه السلطه في الدوله ويعتبر عدد الدساتير العرفيه قليل ويعد الدستور البريطاني اهم الدساتير العرفيه المكتوب:

اي ان قواعده وارده في وثيقه رسميه مكتوبه ويعد الدستور ولايه فرجينيا بالولايات المتحده الامريكه سنه 1776 اول دستور مكتوب.

طرق وضع الدساتير:

تختلف الدول في طريقة اصدار دساتيرها، وذلك حسب طبيعة الحكم أو النظام، هناك طريقتين لوضع الدساتير:

أ-الطرق غير الديمقراطية لوضع الدساتير:

يكون عن طريق المنحة والعقد في كلتا الحالتين لا توجد مشاركة شعبية في الحكم.

1-المنحة: تكون من صاحب السلطان في الدولة بمقتضاها يتنازل بصفته صاحب السيادة المطلقة عن بعض سلطاته لصالح رعاياه أو لبعض الهيئات الشعبية، فيصدر قانونا أساسيا يحد من بعض سلطاته ويمنحها لرعاياه، هنا غياب مشاركة الشعب في الحكم.

2-العقد: فيكون بين الحاكم وممثلي الشعب الذين يختارهم الملك ويتفقون فيما بينهم على تنازل السلطان عن بعض سلطاته لصالح الشعب، هنا أيضا غياب المشاركة الشعبية.

أ- الطرق الديمقراطية لوضع الدساتير: ويكون هذا إما:

1- إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وطرحه على الاستفتاء الشعب:

في هذه الطريقة رغم تدخل الشعب في إعداد مشروع الدستور إلا أنه لا يملك الرقابة عليه لأنه لم ينتخب تلك الهيئة.

2- إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة دون عرضه على الاستفتاء الشعب :

هي طريقة أكثر ديمقراطية من الطريقة الاولى إلا أنها ناقصة لأن الشعب ليس له الكلمة النهائية.



3- إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء الشعب :

وهي أكثر ديمقراطية تمزج بين الطريقة الاولى والطريقة الثانية وهي الطريق الديمقراطية لأن الشعب يساهم في كل مراحل إعداد مشروع الدستور.

أنواع الدساتير: تنقسم الدساتير من حيث تعديلها إلى نوعين: دساتير مرنة ودساتير جامدة

#### 1- الدساتير المرنة:

وهي الدساتير التي يمكن تعديلها بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية ومن نفس السبطة التشريعية (البرلمان بغرفتيه)

#### 2- الدساتير الجامدة:

وهي الدساتير التي يشترك من أجل تعديلها اتخاذ واتباع اجراءات خاصة، بواسطة هيئة مخالفة للهيئة التي لها حق وضع التشريع العادي وبإجراءات مخالفة لوضع هذا الأخير، وقواعد الدستور الجامد أعلى من التشريع العادي لذلك لا يمكن للتشريع العادي أن يخالف أو يعدل أحكام الدستور.

تعديل الدستور في الجزائر نص عليه الدستور في المواد من 174 إلى 178 يتم:

باقترح من رئيس الجمهورية، إما بالتعديل المباشر دجون استفتاء شعبي شرط الحصول على موافقة 3/4 من غرفتي البرلمان، أو عن طريق عرضه إلى استفتاء شعبي.

الدساتير الجزائرية: أدرجنا هذا العنصر لسببين رئيسيين:

السبب الأول هو ان المقياس يهدف إلى إثراء المعارف القانونية للطالب، فكيف نثري معرفة قانونية متخصصة دون التعرف على التشريع الأساسي؟

السبب الثاني: بالموازاة مع هذا المقياس يدرس طالب السنة الثانية مقياس التشريعات الاعلامية، أين يجد نفسه أمام فهم المرجعية الدستورية أولا قبل أي تشريع إعلامي آخر، فارتأيت إعطاء لمحة وجيزة عن الدساتير الجزائرية، حتى أسهل عليهم الوضع، وأدخلهم في لب القانون.

أول دستور في الجزائر المستقلة هو دستور 1963/09/08 ، بعد عام من الاستقلال، اعتبر أكثر من دستور فهو مظهر من مظاهر استرجاع السيادة الوطنية، جاءت كل مبادئه طبقا لمبادئ الحزب الواحد حزب جبهة التحرير الوطني، وضع المقومات الأساسية للدولة: الدين، اللغة، ومبادئ النظام الاشتراكي والحريات الجماعية،...

ثم التعديل الدستوري 1976/11/22 والذي لم يأتي بالكثير، دستور مؤسس على مبادئ الحزب الواحد ومبادئ الاشتراكية، ولا يعترف بالحريات الفردية ولا يفصل بين السلطات الثلاث.

دستور 1989/02/23 دستور جاء نتيجة استفتاء شعبي ب 78.98% بنعم، دستور التعددية الحزبية والسياسية والاعلامية، جاء نتيجة اجتماع عدة عوامل: الداخلية منها أحداث أكتوبر 1988، والخارجية الأزمة الاقتصادية والمديونية الدولية الجزائرية... أول دستور كرس الديمقراطية كنظام ومبدأ التعددية الحزبية الاعلامية وتبنى فكرة الرقابة الدستورية... والذي كان سببا وجها في ميلاد القانون العضوي للإعلام 1990.

دستور 1996/02/28 هو دستور استثنائي – جاء نتيجة الأزمة الأمنية التي كانت تمر بها البلاد شهد عدة تعديلات لثغرات موجودة في النظام مثل حالة شغور منصب رئيس الجمهورية مع حل المجلس الشعبي الوطني كما حدث سنة 1992، وجاء بعدة مستجدات منها تأسيس مجموعة من المؤسسات الدستورية منها مجلس الأمة والمحكمة العليا ومجلس الدولة والمجلس الدستوري...

دستور 2002 و 2008 اين تم تعديله مرتين من طرف الرئيس السابق عبد العزيز بوتفليقة، تعديل 2002/04/10 بإدراج المادة 3 مكرر بنص اللغة الأمازيغية لغة وطنية.

ثم تعديل 2008/11/12 التي مست تمديد عهدة الرئيس الى اكثر من عهدة واحدة وتمكين الرئيس للترشح اكثر من عهدة رئاسية واستحداث منصب الوزير 1، وترقية الحقوق السياسية للمرأة...

ثم تعديل 2016/03/07 وهو نوعي في مجال الحقوق والحريات المتعلقة بحق المواطن في الحصول على المعلومات والوثائق... دون المساس بالحياة الخاصة للغير، كما جاء بإصلاحات سياسية متعلقة بالتداول على السلطة وآليات محاربة الفساد وتوسيع الحقوق، وجاء بإصلاحات اقتصادية كفتح مجال الاستثمار والخصوصية ودسترة بعض المؤسسات الاقتصادية<sup>1</sup>

وأخيرا التعديل الأخير عام 2020 من طرف السيد الرئيس عبد المجيد تبون المتزامن مع جائحة كوفيد 19

<sup>1</sup> حميدي حياة، محاضرات مدخل الى العلوم القانونية القيت على طلبة السنة الثانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف

## 2-التشريع العادي "القانون":

يقصد به القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة، وبحدود اختصاصها المبين في الدستور وقد بينها في نص المادة 139 فيما يخص مواضيع القانون العادي وفي المادة 140 فيما يخص القانون العضوي، ويلاحظ ان مجالات التشريع العضوي اضيق مجالا من مجالات التشريع العادي فالتشريع العادي قد يخرج في عده نصوص محده قانون المدني والقانون التجاري،، اما مواضيع القوانين العضويه فتتمثل في:

تنظيم السلطات العموميه وعملها

قانون الانتخابات

القانون المتعلق بالاحزاب السياسيه

القانون المتعلق بالاعلام

القانون الاساسي للقضاء والتنظيم القضائي

القانون المتعلق بقوانين الماليه

سلطه المختصه بوضع التشريعين العادي والعضوي:

المختصه بوضع هذا النوع من التشريع هي البرلمان بغرفتيه والذي نص عليه في دستور سنه 1996 فالغرفه الاولى هي المجلس الشعبي الوطني والغرفه الثانيه هي مجلس الامه وفيما يخص تكوين البرلمان فتضم الغرفه الاولى نواب منتخبين من الشعب عن طريق الاقتراع العام والمباشر والسري ومدته العهده خمس سنوات قابله للتجديد اما مجلس الامه فينتخب ثلثي اعضائه عن طريق الاقتراع غير المباشر وسري من بيني ومن طرف المجالس الشعبيه البلديه والمجالس الشعبيه الولائيه اما الثلث الاخير معين الجمهوريه بين الشخصيات والكفاءات الوطنيه المجالات المختلفه وتحدد عهده مجلس الامه بمدته سته سنوات وتجدد تشكيله مجلس الامه بالنصف كل ثلاث سنوات

استثناء حول حلول السلطه التنفيذيه محل السلطه التشريعيه:

القاعده العامه ان التشريع معقود للسلطه التشريعيه انه في حالات محده السلطه التنفيذيه ان تحل محل السلطه التشريعيه في حالات الضروره والاستعجال

## 1تشریح الضروره:

البرلمان بدوره عاديه واحده كل سنه مدتها 10 اشهر فاذا طرات بين دورات البرلمان حالات الضروره التي تتطلب سن تشريع لتنظيم مساله معينه وجب في مثل هذه الحاله الاعتراف لرئيس الجمهوريه بسن تشريع ولكن هناك شروط اساسيه:

وجود حاله ضروره تستدعي اصدار التشريع دون تاخير

طوء ضروره في غياب السلطه التشريعيه

عدم مخالفه تشريع الضروره للدستور

وجوب عرضه على السلطه التشريعيه لاحقا لاقاره

وقد نص في الماده 98 من الدستور على الحالات الاستثنائيه ورئيس الجمهوريه هو الذي يقرر الحاله

الاستثنائيه اذا كانت البلاد مهدده بخطر داهم يوشك ان يصيب مؤسساتها وسلامه ترابها وامنها

منصبه الماده 142 لرئيس الجمهوريه ان يشرع باوامر في مساء العاجله في حاله غور البرلمان او خلال

العطل البرلمانيه بعد راي مجلس الدوله, وتعد لاغيه الاوامر التي سنها رئيس الجمهوريه لا يوافق عليها

البرلمان كما تتخذ الاوامر في مجلس الوزراء

## 2حاله الاستعجال:

انه يحق لرئيس الجمهوريه ان يصدر المشروع الذي يتقدمت به الحكومه باعتباره تشريعا دون انتظار

المصادقه عليه من قبل السلطه التشريعيه ويجب توفر الشروط التاليه:

طرح المشروع التشريعي امام السلطه التشريعيه

عدم بث السلطه التشريعيه في هذا المشروع في المده المحدده

توفر صفه الاستعجال

وحسب النص الماده 146 من الدستور صادق البرلمان على قانون الماليه في مده اقصاها 75 يوما من تاريخ

ايداعه حاله عدم المصادقه عليه في الاجال المحدده يصدر رئيس الجمهوريه مشروع الحكومه في امر

مراحل سن التشريع:

## 1المبادره بالتشريع:

هي عرض مشروع التشريع على السلطه التشريعيه للمصادقه عليه فاصطاح اسم النص المقدم من طرف

السلطه التنفيذيه بمشروع القانون وما يقدم من طرف السلطه التشريعيه يسمى اقتراح قانون ولا يقبل

اقتراح القانون الا اذا كان مقدا من طرف على الاقل او 20 عضوا اقل من مجلس الامه

ثم تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد راي مجلس الدوله ثم يودعها الوزير الاول حسب

الحاله الى مكتب المجلس الشعبي الوطني او مكتب مجلس الامه.

## 2مرحلة الدراسة والفحص:

تتم عمليه فحص محتوى المشروع المقترح امام لجنه مختصه بذلك تابعه للمجلس الشعبي الوطني وتقدم هذه اللجنه تقريرا ما اذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشه ام لا, ويتكون المجلس الشعبي الوطني من لجان دائمه تختص كل لجنه بنشاط معين مثل:

لجنه الشؤون الخارجيه والتعاون والجاليه

لجنه الماليه والميزانيه

## 3المناقشه والتصويت:

تتم المناقشه والتصويت من البرلمان بغرفتيه بالغرفه الاولى تصويت احد الاشكال التاليه:

التصويت مع المناقشه العامه

التصويت مع المناقشه المحدوده

التصويت بدون مناقشه "الاوامر"

ولموافقه الغرفه الاولى يجب ان تكون بالاغلبيه المطلقه اي النصف زائد واحد على الاقل من الحاضرين, وبعد ذلك يناقش مجلس الامه النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني يصادق عليه باغلبيه ثلاثه ارباع لا يصح ان يعقد المجلس اشغاله دون توفر هذا النصاب مع اجل 20 يوما

وفي حاله حدوث خلاف بين الغرفتين يطلب الوزير الاول لجنه متساويه الاعضاء من اعضاء في كلتا الغرفتين اقصاه 15 يوم لاقتراح نص يتعلق بالاحكام محل الخلاف وتنتهي اللجنه نقاشاتها في اجل اقصاه 15 يوم وبعد ذلك تعرض الحكومه هذا النص على الغرفتين للمسابقه عليه ولا يمكن ادخال اي تعديل عليه الا بموافقه الحكومه

وفي حاله استمرار الخلاف بين الغرفتين الحكومه ان تطلب من المجلس الشعبي الوطني ايا وفي هذه الحاله ياخذ المجلس بالنص الذي اعدته اللجنه المتساويه الاعضاء واذا تعذر ذلك يؤخذ بالنص الاخير الذي تم التصويت عليه, ويسحب النص اذا لم تخطر الحكومه الشعبي الوطني طبقا للفقره السابقه

## 4مرحلة الاصدار:

اصدار التشريع حق دستوري لرئيس الجمهوريه واجب عليه في بعض الحالات واصدار التشريع عمل تنفيذي وليس تشريعيا ويتضمن امرا يصدره رئيس الجمهوريه ولقد قيد الدستور رئيس الجمهوريه 30 يوما لاصدار التشريع من تاريخ تسلمه

ويجوز لرئيس الجمهوريه المحكمه الدستوريه في الاجال المذكوره سابقا لتمارس مهمه الرقابه على دستوريه نص معين اصداره وذلك بموجب رايي فان بادر للاخطار يوقف حساب الاجل حتى تفصل

المحكمة الدستورية في دستوريه النص

5مرحلة النشر:

بمجرد الاصدار يصبح التشريع نافذا غير انه لا يصبح ملزما للمخاطبين به الا بعد نشره، ويقصد بالنشر مضمون التشريع الى المخاطبين به ووسيله النشر هي الرسميه وهي صحيفه لنشر التشريعات ولم يحدد الدستور الجزائري المده التي يجب نشر التشريع بعد اصداره، اما فيما يخص ميعاد نفاذ التشريع الماده الرابعه من القانون المدني يوما كاملا من تاريخ نشره نواحي الاخرى في نطاق كل دائره بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريده الرسميه الى مقر الدائره

### 3-التشريع الفرعي او اللوائح:

لا يكفي لتسيير شؤون المجتمع في مختلف المجالات سن تشريع اساسي وقوانين عاديه بل يجب فضلا على ذلك اصدار التشريعات فرعيه تسنها السلطه التنفيذيه بمقتضى اختصاص اصيل وهو اقل درجه من التشريع العادي وينقسم الى ثلاثه اقسام:

#### 1 اللوائح التنفيذيه:

وتقوم بسنها السلطه التنفيذيه بغرض تنفيذ نص معين صادر عن السلطه التشريعيه ذلك ان التشريع العادي كل كبيره وصغيره بل يترك مسائل معينه يتم تنظيمها بمقتضى لوائح تنفيذيه وطالما تشريع العادي هو الاصل واللوائح التنفيذيه هي الفرع وجب ان يساير الثاني الاول في مقصده وفي مضمونه فان حاد عنه عد غير شرعي وتعين الغائه ومثال ذلك:

صدر القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22 اوت 1998 المتضمن القانون التوجيهي و البرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002 وتطبيقا للماده 17 منه صدر:

المرسوم التنفيذي رقم 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 محدد ا كفييه انشاء المؤسسه العموميه ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها

#### 2 اللوائح التنظيميه:

ويطلق عليها اسم اللوائح المستقله او القائمه بذاتها انها لا تستند الى قانون عهد اليها امر تنفيذه تتضمن هذه اللوائح القواعد الاساسيه واللازمه لتسيير المرافق العامه في الدوله استنادا لحق السلطه التنفيذيه في ادارتها ومن امثله اللوائح التنظيميه المرسومه الرئاسي رقم 15-247 والمؤرخ في 16 سبتمبر 2015

المتضمن تنظيم الصفقات العموميه وتفويضات المرفق العام

#### 3 اللوائح الضبط او البوليس الاداري:

تتضمن القواعد العامه اللازمه للمحافظه على الامن العام والسكينه العامه والصحه العامه، ومع توسع

المجالات وجب ان يتعدد الاشخاص المعترف لهم باصدار هذه اللوائح الضبطيه لضمان الامن والصحه والهدوء العام، ومن هؤلاء رؤساء المجالس الشعبية والوليات، ومن امثله لوائح الضبط:  
المرسوم الرئاسي رقم 99- 44 المؤرخ في 9 فيفري 1992 والذي يتضمن اعلان حاله الطوارئ

سادسا:المصادر الرسميه الاحتياطيه للقانون

### 1الشريعه الاسلاميه:

طبقا للماده الاولى من القانون المدني اذا لم يجد القاضي نصا تشريعييا فيعتمد على مبادئ الشريعه الاسلاميه كمصدر رسمي احتياطي بعد التشريع وبالنظر لماذا تتميز به الشريعه الاسلاميه من سمو الاحكام ونبيل المقاصد وامام وفره الاحكام الفقهييه وتنوع الاجتهادات في معالجه القضيه الواحده دعى بعض الفقهاء لتقنين احكام الشريعه الاسلاميه في مجال المعاملات في مجموعه واحده يلزم القاضي بالرجوع اليها والمقصود بالشريعه الاسلاميه هو مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهييه فينبغي على القاضي ان يرجع الى مبادئ الشريعه الاسلاميه ويبحث عن الحل في اي مذهب من مذاهب الشريعه دون ان يقتصر على مذهب معمول به في بلده جمهور الفقهاء على ان المصادر الاصليه للفقه الاسلامي هي الكتاب والسنة والاجماع والقياس واعتمد في ذلك قوله تعالى في سوره النساء الايه 59:

"يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الاخر ذلك خير احسن تاويله"

أ- القرآن الكريم: هو كلام الله المنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بلسان عربي بواسطه الامين جبريل المتعبد بتلاوته والمنقول الينا بالتواتر

ب- السنه: لغه تعني الطريقه المسلوكه اما اصطلاحا فهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم بفعله وتقريره " وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" الايه 7 سوره الحشر

ج- الاجماع: لغه يقصد به العزم واصطلاحا اتفاق امتي محمد صلى الله عليه وسلم وشرعا واتفاق علماء المسلمين في امر دما وافقوا على صحته

د- القياس: ويقصد به الحاق واقعه لا حكمها بواقعه ورد نص حكمها لاشتراكهما في العله

### 2العرف:

طبقا للماده الاولى من القانون المدني يعد العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني بعد مبادئ الشريعه الاسلاميه، ويعتبر العرف اقدم مصادر القانون ويقصد به مجموعه قواعد قانونيه نشأت عن تكرار

سلوك الناس في مساله ما بطريقه معينه مع الاعتقاد بان هذا السلوك ملزم لها واذا كان العرف يمثل في القديم المصدر الاول للقانون فقد تقلص دوره خاصه في البلاد التي يقوم قانونها اساسا على التشريع  
مزايا العرف وعيوبه:

أ المزايا:

ملائمته لحاجات الجماعه التي يتولد عنها اذ يتكون كما يقول اصحاب المدرسه التاريخيه في ضمير الامه موافقته لاراده الجماعه وليس حتما لاراده السلطه التي يعتبر التشريع تعبيرا عنها  
ب العيوب:

تعارضه مع متطلبات السرعة التي تقتضيها الحياه الحديثه وذلك لانه بطيء في تكوينه وتطوره  
تعارضه مع وحده القانون نظرا لطابعه المحلي الغالب وهنا يتفوق عليه التشريع الذي يضمن فعلا وحده القانون على مستوى وطني

عارضه مع الصفه اليقينييه التي يجب ان يتميز بها القانون لكونه غير مكتوب مما يجعله احيانا مشوبا بنوع من الغموض

اركان العرف:

للعرف ركنان ركن مادي وركن معنوي يميزه عن العاده الاتفاقيه

الركن المادي:

ويتمثل في تكرار سلوك الناس في مساله معينه بما يكفي لانشاء عاده تتوفر فيها شروط اساسيه وهي:

ان تكون عامه ويكفي ان تكون كذلك ولو كان العرف محليا

ان تكون قديمه اي مضت على ظهورها مده كافيه لتاكيد استقرارها

ان تكون العاده ثابتة اي اتبعت بنفس الصوره منذ ظهورها بدون انقطاع

الركن المعنوي:

ويتمثل في اعتقاد الناس بان العاده التي تكرر سلوكهم على اتباعها ملزمه لهم كقاعده قانونيه عرفيه

وتوافر هذا الركن هو الذي يسمح بتمييز العرف عما يختلط به من اوضاع كالعاده الاتفاقيه

مخالفه العرف للتشريع:

تختلف مكانه العرف بالنسبه للتشريع حسب اذا كان العرف مكملا للتشريع او مساعدا له الا ان المبدأ

العام هو عدم الغاء التشريع بالعرف.

أ- مبدأ عدم الغاء التشريع بالعرف:

لا يمكن مبدئيا للعرف ان يخالف التشريع ولا يمكن للعرف ان يلغي نص تشريعي حيث تنص الماده الثانيه

من القانون المدني الجزائري صراحه على انه " لا يجوز الغاء القانون الا بقانون لاحق ينص صراحه على



هذا الالغاء"

ب- مركز العرف كونه مكملا للتشريع:

عندما يكون النص التشريعي موجودا فلا مكان للعرف، حيث يمتنع القاضي ان يلجا الى القواعد العرفيه مع وجود نص تشريعي يحكم الحاله او المساله المعروضه عليه.

ج- مركز العرف كونه مساعدا للتشريع:

عندما يكون العرف مساعدا للتشريع فانه قد يكون في المركز الاول بالنسبه للتشريع او في مركز مساو للتشريع حسب الحاله.

الحاله الاولى:

اذا كانت القاعده القانونيه المكمله يحيل فيها المشرع الى العرف، حيث تقوم بدور مساعد للتشريع ففي حاله عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين وكانت القاعده تحيل الى العرف، فان القاضي يطبق القاعده العرفيه، فيكون للعرف في هذه الحاله المركز الاول، وهذا يعني ان العرف ان يخالف القاعده المكمله، كونها تعتبر قواعد يجوز الاتفاق على خلافها.

الحاله الثانيه: تساوي العرف بالتشريع

في هذه الحاله نكون بصدد قاعده قانونيه مرتبطه بالعرف، فيلجا القاضي الى العرف على سبيل الاسترشاد لتحديد مضمون القاعده القانونيه والكشف عن نيه المتعاقدين. ففي هذه الحاله لسنا بصدد مخالفه العرف لقاعده قانونيه، وانما تكامل بين التشريع والعرف بحيث لا يمكن فصل القاعده العرفيه عن القاعده القانونيه<sup>1</sup>.

3 مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

القانون الطبيعي يتكون من قواعد عامه ابدية ثابتة، صالحه لكل زمان ومكان، ألنها إنما تصدر عن طبيعة الأشياء، وأن الإنسان يكشف عنها بعقله، وكلما أدى ذلك إلى سمو القانون الوضعي وقربه من الكمال والعدالة.

ويعرف ايضا انه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسى صورها"

أما العدالة تعني ضرورة المساواة في الحكم، ومراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة قبل اصدار الحكم عليها، فهي مراعاة الجانب الانساني ومنح الحق في المساواة للجميع، فإذا كان

<sup>1</sup> يحي سامية، محاضرات مدخل للعلوم القانونية، القيت على طلبة السنة أولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 2023

القانون الطبيعي متصل بالإنسان فعليه الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذا الانسان، قيمه، ومعايير، وحاجته الى الحرية والأمن.

نفس الشيء لا يمكن للقاضي أن يتخذ من القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا احتياطيا، إلا بعد التحقق من غياب نص تشريعي، وصعوبة تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية والعرف أولا.

#### رابعا: الاجتهاد القضائي وأحكام القضاء

يسمى الاجتهاد القضائي بالفقه، وهو عبارة عن مجموعة الاعمال التي أنتجها رجال القانون على شكل آراء وشرح وتعليقات وبحوث قانونية هذا من جهة، وقد نعني بها فئة من العلماء اختصوا بدراسة القانون وتفسيره،

أما الأحكام القضائية فهي مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، ومجموعة الاعمال القضائية الصادرة عن الجهاز القضائي. كما قد يقصد منه الجهاز الفني المتمثل في مرفق العدالة، وهي ليست سوى تفسيراً للقانون من الناحية العملية التطبيقية، ويأخذ القضاء بالتفسير النظري لكي يطبقه عمليا، وهي كل الأعمال القضائية الصادرة من مختلف الدرجات، يستدعي احترام الدرجة، إذ تكون أحكام المحكمة العليا ملزمة على المجالس القضائية والمحاكم، وتكون أحكام المجالس القضائية ملزمة على المحاكم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حميدي حياة، مرجع سابق.

سابعاً: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان:

إن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في مجتمعهم، أي أن هذه القواعد القانونية هي سارية التطبيق على الأشخاص في مكان تواجدهم...

وفي بحثنا هذا سنتحدث عن نطاق تطبيق القاعدة القانونية بحيث سنتعرض إلى مسألتين:

الأولى: في مدى سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المخاطبين بأحكامها، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تسري عليهم جميعهم أم أن بعضاً منهم لا يخضعون لأحكامها بدعوى الجهل بها.

الثانية: مدى سريان القاعدة القانونية من حيث المكان، وذلك للوقوف على الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين غيرها من الدول. وسنتحدث طبعاً في مبحث خاص عن مدى السريان الإقليمي للقانون الجزائري.

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص

المطلب الأول: مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

الفرع الأول: أساس المبدأ

يعتبر القانون نافذاً في حق الأشخاص بعد نشره في الجريدة الرسمية، فبعد إصدار القانون ونظراً لاستحالة إحاطة جميع الناس الذين يعيشون في دولة معينة علماً بصدوره، افتراض علم جميع الناس بالتشريع منذ نشره في الجريدة الرسمية، فلا يجوز بعد هذا لأي شخص الاحتجاج بعدم علمه بالقانون بسبب مرضه أو غيابه، فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقوم على قرينة مفادها افتراض علم الأشخاص به من يوم نشره، وقد أثير نقاش في الفقه حول ما إذا كان افتراض العلم بالقانون يقوم على قرينة قانونية تجعل من أمر محتمل الوجود أمراً ثابتاً أو هي مجرد حيلة قانونية تجعل من أمر غير صحيح صحيحاً، ذلك لاستحالة علم جميع الأشخاص بالقوانين نظراً لكثرتها، فيستحيل للشخص العلم بها حتى ولو تم نشرها فيعتبر هذا المبدأ مجرد حيلة لإلزام الناس بالقانون، ويذهب البعض الآخر إلى أنها

قريئة قانونية طالما يوجد احتمال ليعلم بعض الناس بالقاعدة وليس كلهم، فالقرائن القانونية تقوم على الاحتمال لا على اليقين، وهذا الاحتمال يتحقق فعلا بنشر التشريع في الجريدة الرسمية وعندما يصبح هذا الاحتمال مستحيلا، كحدوث قوة قاهرة تمنع من توزيع الجريدة الرسمية في منطقة معينة، فيستحيل تطبيق القاعدة آنذاك.

وتنص المادة 04 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية" وتكون نافذة في الجزائر العاصمة بعد مضي يوم من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى بعد مضي يوم من تاريخ وصول الجريدة الرسمية لمقر الدائرة، ويشهد على ذلك ختم الدائرة الموضوع في الجريدة.

#### الفرع الثاني: تبريرات المبدأ

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

لكن يظل المبدأ أساسيا تبرره الحاجة الاجتماعية، فما فائدة القوانين إذا أمكن للأشخاص استبعادها، فالمبدأ مرتبط بالفائدة من وجود القانون. فاستقرار المجتمع يستدعي وضع تاريخ معين يعتبر فيه القانون ساري المفعول، إذ من المستحيل تعليم الأفراد بالقانون واحدا بواحد. كما أن تطبيق القانون يتأجل لو تركنا المجال لكل شخص لإثبات جهله به.

#### الفرع الثالث: نطاق تطبيق المبدأ

يسري هذا المبدأ في نطاق القانون الخاص والعام كما يسري أيضا على جميع القوانين مهما كان مصدرها سواء التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية. فلا يستطيع الشخص الاعتذار بجهل قواعد الشريعة الإسلامية لاستبعاد تطبيقها عليه، وكذلك القواعد العرفية متى صارت ملزمة. فلا يمكن استبعاد تطبيقها إلا باتفاق بين المتعاقدين على عدم تطبيقها إلا أنه لا يمكن الدفع بالجهل بها عند تطبيق القاضي لها في حالة عدم الاتفاق على استبعادها.

ويطبق المبدأ أيضا بالنسبة للقواعد الآمرة والمكاملة. وهناك من يرى جواز الاحتجاج بالجهل بالقواعد المكاملة وهذا الرأي مؤيد للرأي القائل بعدم إلزامية القواعد المكاملة، وهذا القول يؤدي إلى فقد القاعدة المكاملة لأهميتها، إذ ما الفائدة من وجود قواعد مكاملة إذا أمكن للأفراد استبعادها سواء بعد الاتفاق أو قبله؟ ولكن الحقيقة هي أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف القاعدة المكاملة، ولكن هذا الخلاف يتم وقت التعاقد وليس بعده.

فإذا قام نزاع بين المتعاقدين قبل اتفاقهما على المسألة المتعاقد من أجلها ترك لهم المشرع الخيار في الاتفاق بصدها كمكان أو زمان تسليم البضاعة. فتكون المفاضلة للشخص الذي يتمسك بتطبيق القاعدة المكاملة عن غيره وإلا فما الداعي لوجود هذه القاعدة أصلا.

ففي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على ما هو مخالف للقاعدة المكاملة طبقت هذه القاعدة إلزاميا ولا يجوز بعد ذلك لأحد منهما الادعاء بجهلها.

أما بالنسبة للقواعد الآمرة فلا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها لأن أحكامها معروفة من طرف الجميع وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقا منتجا لو أفسحنا جانب العذر في ذلك.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على المبدأ

هناك من يرى في جواز تمسك الشخص بالغلط في القانون وبالجهل بقوانين غير جنائية، بقاعدة لغلط الشائع يولد الحق، استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. وستعرض لهذه المسائل مبينين أهم الاستثناءات، وهل تؤدي فعلا على استبعاد تطبيق القانون على الأشخاص؟

الفرع الأول: القوة القاهرة

إذا استحال علم الشخص بالقانون بسبب قوة القاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة أو مناطق معينة من إقليم الدولة، فإنه لا يمكن الأخذ بمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون بل أن هذا المبدأ يستبعد. ويمكن بذلك الاحتجاج بجهل التشريع الجديد، وذلك حين زوال السبب الذي جعل العلم بهذا التشريع مستحيلا ووصول الجريدة الرسمية المتضمنة للتشريع إلى الأشخاص المعنيين بحكمه، ومثال القوة القاهرة: احتلال العدو لأحدى مناطق الدولة، الزلزال، وغيرها من الظروف التي يستحيل معها علم الأفراد بالتشريع في الجريدة الرسمية. ففي جميع الحالات يجوز للفرد الاحتجاج بجهل القانون لأن تطبيقه حينئذ يصبح مخالفا للعدل. ومن المواد التي صرحت بهذا الاستثناء المادة 1/37 من تقنين العقوبات العراقي: (( ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة القاهرة ))، كما اتخذت محكمة النقض المصرية بهذا

الاستثناء في أحد أحكامها، فقضت بأنه: (( لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلي... وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية)).

مناقشة هذا الاستثناء: يلاحظ على هذا الاستثناء ما يلي:

1/- أن مجاله ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية دون غيرها من قواعد الدين والعرف، ذلك أن التشريع وحده هو الذي ينشر في الجريدة الرسمية وهو الذي يفترض العلم بهذا النشر.

2/- أنه نادر التحقيق اليوم، نظرا لتقدم وسائل المواصلات وخاصة الجوية منها.

3/- أن الأمثلة التي صاغها الفقهاء للتدليل على القوة القاهرة لا تعتبر في الحقيقة استثناء من قاعدة لا عذر بجهل القانون بل هي تطبيق لها. إذ أن عدم علم المواطنين مثلا في إقليم احتله العدو بالتشريعات التي تصدر أثناء الاحتلال، إنما يرجع إلى عدم استطاعة الاحتجاج قبلهم بنشرها، ذلك النشر الذي به وحده تنهض قرينة على افتراض علمهم بتلك التشريعات وليس إلى استحالة العلم بها استحالة مطلقة.

الفرع الثاني: الغلط في القانون

لقد نص المشرع في المادة 83 مدني على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط في القانون أن يبطل إبطال العقد متى كان هذا الغلط هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، فالعيب في الإرادة يتحقق سواء كان الغلط في واقعة من الوقائع، كمن يشتري تحفة ظنا أن لها قيمة أثرية ثم يتضح له خلاف ذلك. وقد يكون الغلط في القانون أي غلط ينص على جهل المتعاقد لحكم القانون في مسألة معينة فيتعاقد وفقا لذلك، كأن يبيع الزوج نصيبه في الإرث ظنا أنه يرث النصف، ثم يتضح له أن نصيبه الربع لعدم وجود فرع وارث للزوجة. فالمتعاقد تعاقد نتيجة غلط في القانون ويكون له الحق في طلب إبطال العقد. فهل يعتبر تمسك الشخص بإبطال التصرف لأنه وقع في غلط في القانون اعتذارا بجهله به؟ والحقيقة هي أن أعمال عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يتنافى إطلاقا مع أعمال الغلط في القانون إذ حكمه يطبق دائما. لن أساس الاعتذار بالجهل بالقانون هو الإيتاح للشخص التخلص من حكم القانون، فعندما يطالب الشخص بإبطال العقد لوقوعه في غلط فهو يطالب بتطبيق القانون.

ويرى البعض أن الغلط في القانون يهدف إلى المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد و بالتالي يعتبر استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، إذ أن إبطال العقد يؤدي إلى التخلص من حكم القانون الذي يجعل العقد ملزما. ويمكن الرد على هذا القول أن القوة الملزمة لا يمكن تطبيقها عندما يكون أحد المتعاقدين قد تعاقد وهو جاهل لحكم القانون، وبالتالي الغلط في القانون لا يترتب عليه عدم تطبيق

القانون وبهذا لا يعتبر استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، والدليل على ذلك أنه حينما يكون إبطال العقد للغلط في القانون يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون، كمطالبة مؤجر بإلغاء عقد إيجار حددت فيه الأجرة بما هو زائد عن الحد الأقصى المحدد قانونيا فلا يبطل العقد بل يخضع المؤجر لحكم القانون وتخفيض الأجرة إلى الحد الأقصى وهذا ما تنص عليه المادة 454 مدني التي تقضي ببطلان العقد. مناقشة هذا الاستثناء:

يرى بعض الفقهاء عدم التسليم بهذا الاستثناء لأن إبطال العقد بغلط في القانون ليس فيه خروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بل هو وسيلة لتدعيمه. فمن يطلب إبطال العقد لوقوعه في غلط في القانون لا يقصد التمهرب من أحكام القانون التي وقع الغلط فيها، بل إنه في الحقيقة يطالب بتطبيق هذه الأحكام، فالوارث الذي يجهل قواعد الميراث ويقع في غلط بقدر الحصة التي تفرضها له، ثم يطلب بإبطال عقد البيع الذي أبرمه تحت تأثير هذا الغلط، لا يمنع الحكم له بإبطال البيع من خضوعه لقواعد الميراث التي كان يجهلها بل تظل سارية في حقه، فيحصل على نصف التركة لا ربعها، ولولا انطباق هذه الأحكام لما جاز لهذا الوارث طلب إبطال العقد.

الفرع الثالث: دفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية

إذا كان بأحكام تقنين العقوبات لا يؤدي إلى إعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها. فأن الجهل بأحكام أخرى للتقنين المدني يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدي إلى نفي القصر الجنائي ورفع المسؤولية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلا مشروعاً. وهذا معناه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية. إذ أن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذراً يمنع من العقاب لانتفاء القصد. وقد نصت المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني صراحة على هذا الاستثناء بما يلي: (( لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوطاً فيه، غير أنه يعد مانعاً للعقاب، الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة)).

ويلاحظ أن القضاء الجنائي الفرنسي اتجه إلى أن جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها العقوبة يصلح عذراً له، فيرفع عنه المسؤولية الجنائية. فمضى ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، وكان قد استولى على الكنز الذي عثر عليه في أرض مملوكة للغير بأكمله جاهلاً بقواعد التقنين المدني التي تجعل النصف له وتجعل النصف الآخر لمالك العقار.

مناقشة هذا الاستثناء:

يرى جانب من الفقه أن ارتفاع المسؤولية الجنائية في هذه الحالة استثناء في الظاهر فقط ولا يمثل خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وذلك لاعتبارين:

1/- إن الحكم ببراءة المتهم وارتفاع المسؤولية الجنائية عنه ليس من شأنه أن يمنع تطبيق القاعدة الواردة في التقنين المدني التي ثبت جهل المتهم بها، بل تظل سارية بحقه ومطبقة عليه بحيث لا ينفرد مكتشف الكنز المشار إليه في الحكم السابق بملكية الكنز، بل إن الملكية تكون منصفة مع مالك الأرض.

2/- إن إعفاء الشخص من المسؤولية الجنائية ليس أساسه الجهل بالقاعدة المدنية، وإنما هو نتيجة لانتفاء القصد الجنائي عنده. ذلك أن القصد الجنائي لا يتحقق في هذه الحالة إلا بالعلم بقاعدة قانونية غير جنائية، وما دام المتهم هنا يجهل حكم هذه القاعدة فقد انتفى القصد الجنائي عنده وهو أحد أركان قيام الجريمة، فترفع عنه المسؤولية الجنائية تبعاً لذلك.

الفرع الرابع: جهل الأجنبي بأحكام قانون العقوبات للدولة التي نزل بها

نص تقنين العقوبات في عض الدول على هذا الاستثناء. فقد جاء في المادة 2/37 من تقنين العقوبات العراقي ما يلي: (( للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي التي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها)). كما جاء في المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني ما يلي: (( لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوفاً فيه، غير أنه يعد مانعاً من العقاب جهل الأجنبي الذي قدم للبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة لقوانين الوضعية، لا تعاقبه عليها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقيماً فيها)). فيتضح من هذين النصين أن هذا الاستثناء يتعلق بحالة الأجنبي الذي لم يمض على قدومه لدولة غير دولته إلا أياماً محدودة، ويرتكب خلال هذه الفترة فعلاً يجهل أنه جريمة وفقاً لتشريع هذه الدولة، فيصالح هذا الجهل عذراً ترفع منه العقوبة وذلك بتحقيق شرطين:

1/- أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه وفقاً لتقنين العقوبات في بلده، فإذا كان يعاقب عليه بعين حين أنه يعلم تجريمه في الدولة الأجنبية، فلا تعطى له بالتالي فرصة التعلل بجهل القانون.

2/- أن يكون الفعل المكون للجريمة قد تم خلال المدة التي حددها النص، فإذا انقضت هذه المدة فلا يقبل احتجاجه بجهله للقانون ونرى أن هذا الاستثناء هو المنطقي والعملي والوحيد الذي يعتبر عذراً يبيح للشخص أن يتعلل بجهله بالقانون.



المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان

المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الإقليمية

يقصد بهذا سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي، ويقابل هذا المبدأ عدم سريان القاعدة في خارج حدود الدولة، فإذا قلنا أن القانون الجزائري إقليمي التطبيق، فإنه يترتب على ذلك ما يلي:

1/- أنه دون سواه يسري على كل ما يقع في الإقليم الجزائري، وعلى كل الأشخاص الموجودين مهما كانت جنسيتهم.

2/- أنه لا يمتد خارج الإقليم الجزائري، حتى ولو تعلق الأمر بجزائريين فإنهم يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها.

الفرع الثاني: أساس مبدأ الإقليمية

يستند مبدأ السريان الإقليمي للقاعدة القانونية إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، مما يعد تطبيق تشريعات دول أخرى على ما يقع في إقليمها اعتداء على سيادتها.

لذا يعتبر تطبيق القانون الخاص بالدولة في إقليمها على جميع الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر السيادة، وعليه فإن للدولة أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في إقليمها، 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 وجودها.

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين

الفرع الأول: المقصود بمبدأ شخصية القوانين

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين إلى الدولة سواء كانوا موجودين على إقليمها أو مقيمين خارج الإقليم، وعدم سريان هذه القاعدة على الأشخاص المنتمين للدول الأخرى حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها.

فإذا قلنا مثلاً أن القانون الجزائري شخصي التطبيق فمعنى ذلك ما يلي:

1/- أن القانون يطبق على الجزائريين حتى ولو وجدوا خارج الإقليم الجزائري.

2/- أنه لا يسري على الأجانب حتى ولو وجدوا داخل الإقليم الجزائري.

### الفرع الثاني: أساس مبدأ شخصية القوانين

يقوم مبدأ السريان الشخصي للقاعدة القانونية على أساس سيادة الدولة على رعاياها أينما وجدوا، وذلك للعلاقة التي تربطهم بها، وهي علاقة لا تتقيد بمكان معين، بل تتسع لتشمل جميع الأمكنة التي تحوي أحدا من رعاياها، فهؤلاء الرعايا هم الذين وضعت التشريعات من أجلهم، ومن ثم يجب أن تطبق عليهم أينما وجدوا، فيعتبر حق الدولة في السيادة على رعاياها نتيجة طبيعية لكون هؤلاء الرعايا يمثلون عنصر الشعب في الدولة التي لا يمكن أن تقوم بغيره، فالدولة إذا كيان بشري إضافة إلى أنها كيان إقليمي.

### المطلب الثالث: مبدأ العينية

يقضي هذا المبدأ بسريان القانون على الأشخاص أو الأفعال خارج إقليم الدولة سواء كان مرتكبها مواطنون أو أجانب، وذلك بالنظر إلى نوع الجريمة، لهذا يسمى هذا المبدأ التطبيق العيني للقانون، إلا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار جنسية الأشخاص مرتكبي الجريمة، بل يؤخذ بعين الاعتبار نوع الجريمة، فإذا كانت الجرائم تخل بأمن الدولة و اقتصادها كجرائم التزوير في النقود والأوراق الرسمية. فيطبق القانون الوطني بصددتها، ويعتبر هذا المبدأ استثناء من مبدأ إقليمية القوانين لأن الجريمة ارتكبت في الخارج ويطبق عليها قانون الدولة المتضررة، ويعد أيضا استثناء من مبدأ شخصية القوانين إذ يطبق قانون الدولة المتضررة على المجرم سواء كان وطنيا أو أجنبيا.

### المبحث الثالث: مبدأ السريان الإقليمي للقانون الجزائري

#### المطلب الأول: الأصل في القانون الجزائري هو سريانه إقليميا

أكد تقنين العقوبات الجزائري مبدأ السريان الإقليمي للقانون في المادة 1/3 منه، والتي تقضي بأن: (يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية)، فطبقا لهذه المادة فإن تقنين العقوبات الجزائري يسري على كل الجرائم المرتكبة في الجزائر بغض النظر عن جنسية مرتكبها، مع أنه لا يسري على ما يُرتكب من جرائم خارج الإقليم الجزائري.

ويجد مبدأ السريان الإقليمي لقواعد تقنين العقوبات منطوقه في سببين:

أولهما نظري: وهو أن القانون الجنائي باعتباره أداة لكل دولة في فرض سيادتها على إقليمها وتأمين حقوق المجتمع وأفراده يعد أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها.

وثانيتها عملي: هو أن مكان وقوع الجريمة هو الأنسب لمحاكمة المتهم بسبب توفر أدلة إثبات الجريمة فيه، كما أن اعتبارات تحقيق الردع العام تدعو إلى صدور الحكم مكان الجريمة.

كما أن مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون يستفاد من نص المادة 1/4 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أن: (( تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ))، أضف إلى ذلك أن التقنين المدني هذا جاء بتطبيقات لمبدأ السريان الإقليمي للقانون فيما يتعلق بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي منها: إخضاع شكل العقد لقانون بلد إبرام العقد.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري

في السابق قلنا بأن الأصل في القانون الجزائري تطبيقه طبقاً إقليمياً، غير أن هذا المبدأ لا يعمل به على سبيل الإطلاق، فهناك من الاعتبارات ما يقتضي الخروج عليه في بعض الأحوال على سبيل المثال.

ومن أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ السريان الإقليمي للقانون الجزائري:

الفرع الأول: في مجال الحقوق والواجبات العامة

من المعلوم به أن الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق العامة أو التحمل بالواجبات السياسية بحيث ترتبط بعض هذه الحقوق والواجبات بجنسية الشخص، ومن ذلك حق الانتخاب، وحق الترشيح للهيئات النيابية ( المادة 50 من دستور 1996) وحق الترشيح لرئاسة الجمهورية ( المادة 73 من دستور 1996)، فمثل هذه الحقوق والواجبات تقتصر على المواطنين الجزائريين حيثما وجدوا، أي يطبق القانون بشأنها تطبيقاً شخصياً، ولا يتصور أن تطبق الأحكام القانونية المنظمة لها على الأجانب، ولو كانوا مقيمين في الإقليم الجزائري. ومعنا ذلك أن القانون الجزائري لا يسري بالنسبة إلى هذه المسائل سرياناً إقليمياً على كل الموجودين في الجزائر، بل إن سريانه يكون شخصياً على الجزائريين، فالعبرة حين إذ بجنسية الأشخاص لا بدول إقامتهم، فلا يحرم الجزائري من حقه في الانتخاب مثلاً، كما لا يعفى من واجب أداء الخدمة الوطنية ولو كان مقيماً في الخارج.

الفرع الثاني: في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص

عالج التقنين المدني قواعد الإسناد في المواد من 09 إلى 24، وهي القواعد التي تتكفل ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي التي تعرف أمام القضاء الوطني، وذلك نظراً لاعتبارات العدل التي تقتضي بأن يكون القانون واجب التطبيق هو أكثر القوانين اتصالاً بالنزاع ولو كان أجنبياً. وقواعد الإسناد هذه قد تعين قانوناً أجنبياً لتنظيم علاقة نشأت في الجزائر، ويترتب على ذلك أن القاضي الوطني يلتزم بتطبيق قانون أجنبي على النزاع المعروض أمامه وذلك لا يعتبر انتقاصاً من السيادة

الوطنية ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري خروجاً عن مبدأ الإقليمية. والأخذ بمبدأ السريان الشخصي لهذا القانون الأجنبي ومثال هذا التطبيق نصت عليه المادة 11 من تقنيننا المدني على إخضاع شروط صحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين. فإذا تزوج في الجزائر فرنسيان طبق على زواجهما القانون لفرنسي، رغم أن الزواج حدث في الجزائر فهذه الحالة تعتبر استثناء من السريان الإقليمي للقانون الجزائري، إذ لم يطبق هذا القانون بل طبق قانون أجنبي طبقاً لمبدأ شخصية القوانين ولكن قواعد الإسناد قد تعين القانون الجزائري لتنظيم علاقة قانونية ناشئة خارج الإقليم الجزائري، ويكون هذا أيضاً خروجاً عن مبدأ الإقليمية و اعتناق مبدأ الشخصية ومثال ذلك نص عليه في المادة 10 من التقنين المدني بسريان القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية.

#### الفرع الثالث: في مجال تطبيق أحكام تقنين العقوبات

إذا كان الأصل هو إقليمية القوانين تطبيق تقنين العقوبات الجزائري، طبقاً لما تقتضيه المادة 1/3 منه التي تقرر أن تقنين العقوبات يطبق على كافة الجرائم التي ترتكب داخل إقليم الجمهورية، فإن المصلحة العامة للدولة قد تقتضي الخروج على هذا الأصل. فتعطى للدولة حق إيقاع العقاب على مرتكبي بعض الجرائم خارج الإقليم الجزائري، وقد نصت على ذلك المادة 3/3 من تقنين العقوبات فقررت ما يلي: (( كما يطبق قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص الحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام القانون لقانون الإجراءات الجزائية)).

ويؤدي هذا الاستثناء من مبدأ إقليمية تقنين العقوبات إلى تطبيق هذا التقنين تطبيقاً شخصياً تارة، وعلى تطبيقه تطبيقاً عينياً، وذلك كما يلي:

#### 1/- التطبيق الشخصي لقانون العقوبات:

يقصد به سريان أحكام تقنين العقوبات على كل من يحمل جنسية الدولة التي ارتكب جريمته خارج إقليمها ويتحقق ذلك في عدة حالات.

ففي الحالة الأولى: إذا ارتكب مواطن جزائري فلا يعتبر جريمة طبقاً لتقنين العقوبات للبلد الذي قام فيه بالفعل. وطبقاً لتقنين العقوبات الجزائري، فإذا عاد الفاعل إلى دولته هرباً من العقاب ولم يطبق عليه أحكام تقنين العقوبات منجاة له من العقاب لعدم إمكان تطبيق أحكام هذا التقنين عليه أخذاً بمبدأ الإقليمية.

أما الحالة الثانية: تتعلق بالجرائم التي يرتكبها رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي، وذلك لما تقرره أحكام القانون الدولي العام لهؤلاء الأشخاص من حصانة قضائية تجعلهم لا يخضعون لولاية القضاء الوطني. ولا يسري عليهم بالتالي قانون الدولة التي يزاولون فيها نشاطهم بل إن قانون الدولة التي ينتمون إليها هو الذي يسري في حقهم.

2/- التطبيق العيني لتقنين العقوبات:

عن الاستثناء من مبدأ إقليمية تقنين العقوبات لا يؤدي فقط إلى تطبيقه تطبيقاً شخصياً، بل يؤدي إلى تطبيقه تطبيقاً عينياً. ويقصد به سريان أحكام تقنين العقوبات على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمن الدولة أو تمس بالثقة في عملتها النقدية عن طريق تزيفها، أو تخل بالثقة في أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها.

وهذا بغض النظر جنسية مقترف الجريمة، ففي هذه الحالة لسنا بصدد تطبيق هذا التقنين تطبيقاً إقليمياً لأن المجرم لم يرتكب جريمته في الإقليم الجزائري، ولسنا بصدد تطبيقه تطبيقاً شخصياً لأن المجرم قد يكون أجنبياً، بل نحن بصدد التطبيق العيني له، الذي ينظر فيه إلى مساس الجريمة بكيان الدولة. ولا يهتم بجنسية مرتكبها مادام اقترف فعله في الخارج، كما أن المتهم لا يحاكم على تلك الجرائم.

تاسعا: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان:

الاصـل في تطبيق القانون من حيث الزمان هو ان القانون يكون دائما واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية او من التاريخ الذي يحدد سراينه، وان القانون لا يسري احكامه على الحالات التي تتم في ظله اي بعد اصداره وانه لا يسري على ما وقع من الحالات قبل صدوره وهذا هو الاصل الذي ينطوي بدوره على مبدئين يكملان بعضهما البعض:

مبدا الاثر الفوري المباشر للقوانين

مبدا عدم رجعيه القوانين

1 مبدا عدم رجعيه القوانين:

المبدا ان القوانين لا تسري باثر رجعي، اي انها تسري على ما يحدث من وقائع بعد تاريخ نفاذها ولا اثر لها فيما وقع من قبل اي قبل هذا التاريخ وهذا ما يعبر عنه بمبدا عدم رجعيه القوانين.

ونظرا لاعتبارات العدالة والمصلحة العامه والمحافظة على حقوق الافراد حرصت الكثير من الدول على النص على ان هذا المبدأ بل ان منها ما نص عليه في الدستور كدستور الجزائري مثلا وهو ما تضمنه ايضا قانون العقوبات الثانيه كما نص عليه المشرع الجزائري ايضا في المادة الثانيه من القانون المدني.

الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ:

أ- النص الصريح على رجعيه القوانين:

يجوز للمشرع ان يضمن القانون الجديد نصا يقضي بسريانه على الماضي، فمبدا عدم الرجعيه اذا كان يقيد القاضي الا انه لا يقيد المشرع، وهذا ما يتفق عليه الفقه غير انه يشترط لذلك ان ينص صراحة في القانون الجديد على رجعيته.

واذا خرج المشرع على المبدأ انما تحذوه الرغبة في تحقيق الصالح العام ولهذا ينبغي ان لا يسرف المشرع في تقرير الرجعيه، ولا يجوز للمشرع ان يقرر رجعيه القوانين في المسائل الجنائيه اذ انه مقيد مبدا عدم الرجعيه فيما يتعلق بالقوانين الجنائيه فلا يملك النص صراحة في تشريع جديد يقرر جريمه او عقوبه جديده على رجعيه هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل العمل به.

ب- القانون الجنائي الاصلح للمتهم:

يكون تطبيق القانون الاصلح للمتهم عند الغاء التجريم او تخفيف العقاب فيكون من مصلحة المتهم ان يطبق عليه القانون الجديد باثر رجعي مع ان الجريمه ارتكبت في ظل قانون قديم، ويجدر التمييز بين حالتين:

الحاله الاولى: اذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان محرما فانه يطبق باثر رجعي في جميع مراحل

الدعوى العمومية، ويمحو اثر الحكم اي انه يمنع تنفيذ العقوبه ويفرج عليه.  
الحاله الثانيه: اذا كان القانون الجديد قد خفف العقوبه وابقى على التجريم ففي هذه الحاله ينبغي ان  
نميز بين فرضيتين:

-اذا كان المتهم لازال بعد في مرحله التحقيق او صدر ضده حكما غير نهائي فيكون من حقه الطعن  
بالاستئناف او المعارضة او النقض بحسب الحالات ليستفيد من القانون.  
-اذا كان الحكم الذي صدر ضد المتهم نهائيا اي غير قابل للطعن فيه فلا يستفيد من مبدا تطبيق القانون  
الاصح للمتهم وعله ذلك ان الحكم النهائي يعد عنوانا للحقيقه ولا يجوز المساس به.

### ج- القوانين التفسيريه:

اذا كان القانون الجديد مفسرا لحكم في قانون سابق دون ان يتضمن حكما جديدا فيكون طبيعيا ان  
يمتد حكمه الى الوقائع التي حدثت قبل صدوره اي في ظل القانون الذي صدر بقصد تفسيره، فالقانون  
التفسيري بهذا المعنى يعتبر قانونا جديدا من حيث الشكل فقط لانه لم يصدر الا بقصد ازاله الغموض  
الذي احيط بالقانون السابق ووضع حدا للخلاف حول حقيقه مقصوده، وهو اختصاص معقود للسلطه  
القضائيه.

### 2مبدا الاثر المباشر او الفوري للقانون الجديد:

مؤدى هذا المبدأ ان كل تشريع جديد يطبق فورا منذ تاريخ سريانه اي وقت نفاذه، ولذلك فالقانون  
الجديد ينطبق على كل المراكز القانونيه التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه، ذلك ينطبق على كل عناصر تكوين  
وانقضاء المراكز القانونيه التي بدأت تكوينها في ظل القانون القديم ولم ينتهي تكوينها ولا انقضاءها الا بعد  
صدور القانون الجديد.

كذلك يمتد نطاق تطبيق القانون الجديد على كل الاثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونيه التي  
تكونت او بدأ تكوينها في ظل القانون القديم ويجد هذا المبدأ اساسه في الوجهين التاليين:  
-ان تطبيقه يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونيه التي تتحقق في ظله سواء كانت قد تكونت  
قبل نفاذه او بعد نفاذه وبذلك تتحقق وحده القانون الذي يحكم المراكز القانونيه ذات الطبيعه الواحد.  
كما ان تعديل المشرع او الغائه لقانون قائم يعد اقرارا بقصوره او عدم صلاحيته ويفترض ان القانون  
الجديد في نظر المشرع افضل من السابق.

### فيما يخص بتحقق المراكز القانونيه واثارها:

تترتب المراكز القانونيه في بعض العقود في ظل القانون القديم وتحقق اثارها في ظل قانون جديد مثل:  
يوصي شخص لشخص اخر بنصف تركته في ظل قانون يبيح ذلك وبعد اجراء العقد يصدر قانون جديد  
ينص على ان الوصيه غير جائزه اكثر من ثلث التركة، فاي القانونين يطبق عند وفاه الموصي؟  
بما ان العقد تم في ظل القانون القديم فهو صحيح لكن حصول الموصي له على نصف التركة لا تتحقق

الا بوفاه الموصي وهنا نفرق بين حالتين:

-اذا حدثت الوفاة قبل صدور القانون الجديد فان المركز القانوني للموصي له واثاره قد تحققت جميعا في ظل القانون القديم ولا يجوز تطبيق القانون الجديد باثر رجعي في تلك الحالة.

-اذا حدثت الوفاة بعد صدور القانون الجديد فهو الذي يكون واجب التطبيق ولا يحصل الموصي فيه الا على ثلث التركة، وليس هذا تطبيقا للقانون باثر رجعي، لكنه تطبيقا فوري ومباشر للقانون الجديد على اثار العقد الذي تمت في ظله بعد صدوره.

فاذا كان العقد قد تم في ظل القانون القديم والوفاء حدثت في ظل القانون الجديد، فان العقد ليس حقا مكتسبا بل هو مجرد امل لدى الموصي له، باعتباره اثرا للعقد الذي لم يتحقق الا في ظله



عاشرا: تفسير النصوص القانونيه:

1- تفسير النصوص القانونيه:

أ- تعريف التفسير:

هو تحديد المقصود من القاعده القانونيه من اجل التطبيق الصحيح لها، وبعباره اخرى هو تحديد مفهومها من اجل معرفه الاشخاص المخاطبين بها والرساله موجهه اليهم.

ب- انواع التفسير:

التفسير التشريعي: بمعنى نص قانوني يفسر نص قانون اخر كون ان قواعد القانون كلها ملزمه. التفسير القضائي: يقوم به القاضي قصد التطبيق الصحيح للقاعده القانونيه على القضيه المعروضه عليه، وهو ملزم فقط للقاضي الذي صدر منه فقط في الدعوه التي صدر بشأنها. بمعنى انه ليس ملزما للقضاة الاخرين ولا للقاضي نفسه في قضيه اخرى.

استثناء: يكون التفسير القضائي ملزمه لجميع القضاة فقط اذا كان صادرا من قضاة المحكمة العليا. التفسير الفقهي: عباره عن مجموعه آراء فقهاء القانون حول النصوص القانونيه، وهو غير ملزم. التفسير الاداري: مجموعه من التعليمات موجهه من المدير الى الموظفين لتبيان كيفيه تطبيق القوانين، وهو ملزم فقط لهؤلاء الموظفين.

حالات التفسير:

- حاله النص الواضح: والتفسير هنا يكون فقط من اجل التطبيق السليم للقاعده القانونيه.

- حاله النص المعيب: اي النص الذي به احد العيوب التاليه:

نص الغامض: وهو النص الغير واضح المعنى ومثال ذلك نص الماده 795 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " يثبت حق الشفعه... لملك الرقبه... للشريك في الشيوع... لصاحب حق الانتفاع...".

النص الناقص: اي النص الغير كامل، فهنا يكون الهدف من التفسير هو تكمله المعنى ومثال ذلك الماده 46 من القانون المدني التي تنص على " ليس لاحد التنازل عن حريته الشخصيه" فهنا لم يحدد المشرع حدود الحريه الشخصيه.

الخطا المادي: بمعنى خطا لفظي او مطبعي، فهنا تكون عمليه التفسير من اجل تصحيح الخطا واكمال المعنى الصحيح له ومثال ذلك كان يرد مصطلح قاصر بدل مصطلح راشد او مصطلح سجن صالح حبس

الغاء القاعده القانونيه:

الالغاء هو انتهاء العمل بالقاعده القانونيه وانها سرعانها بالنسبه للمستقبل فلا تطبق بعد ذلك، سواء استبدلت بقاعده جديده ام لا، وبمعنى اخر فالغاء النص التشريعي هو وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمه، ويتم الالغاء باستبدال نص قانوني قديم بنص قانون جديد، فالقاعده القانونيه توضع لتحقيق

مصلحه معينه في زمن معين، فان تغيرت المصلحه او الظروف التي سنت فيها هذه القاعده القانونيه فلا  
مصلحه فيها ببقائها.

انواع الالغاء:

الالغاء ضمني:

ويكون عندما يعيد القانون الجديد تنظيم مساله ما من جديد او يتعارض مع النص القديم.  
كان ينظم القانون القديم مساله معينه قانون جديد يعيد تنظيم ذات المساله باضافه او حذف احكام  
جديده، او ان يتعارض النص الجديد مع ما كان منصوصا عليه في القانون القديم يصبح هذا الاخير في  
حكم القانون الملغى<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> الماحي ف.ز شريفة، المدخل الى العلوم القانونية، محاضرات موجهة الى طلبة السنة الأولى، المدرسة العليا للاقتصاد، وهران، 2001.

# السداسي الثاني

## نظرية الحق

## مفهوم الحق

### 1-الاتجاهات الفقيهيه في تعريف الحق:

#### أ- المذهب الشخصي:

تزعم هذا المذهب بعض فقهاء القانون كاسافيني ووينشايد و مضمون هذا المبدأ انه يتميز باتجاه النزعه الذاتيه او الشخصيه باعتبار ان تعريف الحق يجب ان يتحدد انطلاقاً من شخص هذا الحق فاراده صاحبه اي صاحب الحق هي العنصر الجوهرى الذى يميز الحق.  
نقد:

واجه هذا الاتجاه عدّه انتقادات اهمها ان هذا التعريف يستلزم وجود الاراده لاكتساب الحق فى حين ان القانون يقرر الحقوق لبعض الاشخاص بصرف النظر عما اذا كانت تتوافر لديهم الاراده ام لا كالمجنون والصبي وعديم التمييز كما تقرر الحقوق لبعض الاشخاص الاعتباريه كالشركات والجمعيات دون ان تكون لهؤلاء اراده تذكر.

#### ب- المذهب الموضوعي:

صاحب هذا المذهب الفقيه الالماني اهرينغ ويعتمد فى تعريف الحق على موضوعه دون شخصه حيث يرى ان الحق هو مصلحه يحميها القانون وان الحق يتكون من عنصرين: موضوعي: اي الغايه العمليه من الحق فقط تكون موضوعيه كقيمه ماليه او قيمه ادبيه وقد تكون شخصيه اي مصلحه لصاحبه وقد تكون ماليه ومعنويه كحمايه شرفه وحرته.  
شكلي: يتمثل فى حمايه القانون للحق عن طريق الدعوه القضائيه.  
نقد:

اهم الانتقادات الموجهه للمذهب انه لم يعرف الحق بجوهره وانما الهدف المقصود منه ولا يكفي فى التعريف على اساس بيان هدف الشئ المعرف وانما يلزم ان ينطوي التعريف على تحديد جوهره.

#### ج- الاتجاه المختلط:

يجمع هذا الاتجاه فى تعريف الحق بين عنصري الاراده والمصلحه ولكن انصاره مختلفين فيما بينهم من حيث تغليب احد العنصرين وتقديمه على الاخر، فيعرفون الحق بانه القدره الاراديه المعطاة لشخص على سبيل تحقيق مصلحه يحميها القانون.

نقد:

نفس الانتقادات التي وجهت الى الاتجاهين السابقين.

د- الفقه الحديث: كان لتعريف الفقيه الفرنسي dabin لفكره الحق اثر كبير في الفقه الحديث

حيث عرف الحق بانه ميزه يمنحها القانون لشخص من الاشخاص بمقتضاها يكون له

السلطه على مال المعترف له بصفته ملكا له او مستحقا له, ويكون له الحماية القانونيه

اللازمه وبذلك يمكن ايجاز الحق في اربعة عناصر اساسيه:

-ثبوت قيمه لشخص يقرها القانون

-القدره على التصرف بحريه الشيء موضوع الحق.

-وجوب احترام الناس جميعا للحق الشخصي.

-القانونيه للحق

2-وجود الحق ومكانته في النظام القانوني:

أ- انتقاد فكره الحق:

-مدرسه القانون الطبيعي التقليديه:

كانت العداله في ذلك الوقت تتمثل في منح كل واحد حصته هذه الفكره كانت تقابل تماما

فلسفه القانون الطبيعي، حيث يسود العدل الكوني الذي منحتة الطبيعه وقد كان من

مقتضى ذلك انه ليس هناك محل للحريه والمزايا، ولذلك فان هذه النظرية تعتبر ظهور فكره

الحق تعد تحولاً سيئاً حيث انها تكشف عن الانانيه الفرديه وبالتالي تشويه ماتم بنائه من اجل

العداله والمصلحه العامه.

-المدرسه الواقعيه وفكره الحق:

صاحب هذه النظرية هو الفقيه ديجي الذي يقول بانه لا توجد حقوق وانما مراكز قانونيه،

ونقطه الانطلاق لديه هي رفض فكره الحقوق الطبيعيه للانسان باعتبارها فكره فلسفيه مما

وراء الطبيعه كما انها فكره عديمه الفائده ويرى ان ما يمكن ملاحظته فقط في المجال القانوني

هو القواعد القانونيه التي من خلالها يمكن تحديد المراكز القانونيه للافراد، وعلى ذلك فانه لا

مجال للتحدث عن الحقوق وانما على المراكز القانونيه.

ب- صمود فكره الحق:

بالرغم من الانتقادات التي وجهت الى فكره الحق الا انه من الصعب فهم القانون حاضرا دون اللجوء الى استخدام الحق ومن اهم شيوخ فكره الحق ورسوخها تاثير بعض الاحداث التاريخيه الهامه كالاعلانات الرسميه لحقوق الانسان التي كانت تعكس حركه الدفاع عن حقوق الافراد، كذلك التطور الاقتصادي قد سمح بظهور اختراعات تكنولوجيه حديثه استلزمت حمايه المقرره للشخص.

3-تمييز الحق عن انظمه مشابهه له:

أ- الحق والقانون:

يتضمن القانون امرا الى كافه الناس للامتناع عن التعرض لذلك الشخص حيث يبين القانون امرا الى كافه الناس عن التعرض لذلك الشخص حيث يبين القانون الشروط التي بمقتضاها يكون الشخص مالكا للشيء، ويرسم القانون حدود تلك السلطه المخوله له ومنها يتضح لنا الصله الوثيقه بين القانون والحق، فالقانون الوضعي هو الذي يكفل احترام كل الحقوق، ولا يتصور قيام حق لا يستند الى قانون.

ب- الحق والواجب:

يتمثل الحق والواجب في قيمه يختص بها الشخص ويحميها القانون بحيث يفرض القانون على الاشخاص احترام هذه القيمه وعدم التعرض لصاحبها ويتضح من ذلك ان القانون عندما يقرر حقا من الحقوق يقرر في ذات الوقت واجب احترام هذا الحق.

ج- الحق والحريه:

الحق هو كل سلطه تثبت للشخص على سبيل التخصيص كحق الشخص في المملكه، اما الحريه فهي السلطه التي يعترف بها القانون للناس كافه دون ان تكون محلا للاختصاص وينطبق ذلك على كل الحريات العامه التي يكفلها الدستور كحريه الاعتقاد وحريه التنقل وحريه التعبير.

د- الحق والرخصه:

الرخصه هي منزله وسطه بين الحريه والحق فمثلا هناك حق التملك حيث يوجد بينهما منزله وسطه هي حق الشخص في ان يملك وهي تلك الرخصه.

فالرخصه تمثل تجاوز الشخص لمرحله الحريره وتقدمه نحو الوصول للحق ومثال ذلك رخصه الوصي له من قبول الوصيه فله ان يقبلها او يرفضها .

انواع الحق " تقسيمات الحق "

يقوم تقسيم الحق على التفرقه بين الحقوق التي يتمتع بها الفرد باعتباره عضوا في المجتمع فنفرق بين الوطني والاجنبي على حسب رابطة الجنسيه، فالجنسيه رابطة سياسيه تربط الفرد بدولته فبذلك يمكن للفرد ان تكون له حقوق تمكنه من المساهمه في سياسه دولته، فنستخلص ان الجنسيه هي معيار التمييز بين من تثبت لهم حقوق سياسيه ومن لا تثبت لهم. 1-الحقوق السياسيه:

هي الحقوق التي يحددها الدستور للمواطنين لانتمائهم لوطن معين، فهذا الانتماء يعطيهم الحق في المشاركه في شؤون الجماعه وادارتها ويتولى القانون الدستوري والقانون الاداري بيانها وتحديدها ومن اهم الحقوق السياسيه:

-الحق في الترشح

-الحق في الانتخاب

-الحق في تولي الوظائف العامه

-الحق في الحمايه في الخارج

ويقابلها في ذلك واجبات سياسيه للمواطنين على الدوله:

-واجب الولاء للوطن

-واجب اداء الخدمه الوطنيه

-واجب تلبيه النداء للدفاع عن الوطن.

خصائص الحقوق السياسيه:

-ان هذه الحقوق ليس لها طابعا ماليا

-هذه الحقوق تخص المواطنين دون الاجانب, ولكن القانون يجيز على سبيل الاستثناء وفي

بعض الحالات ان يتمتع جانب ببعضها.

-لا تعتبر هذه الحقوق ميزات او مصالح للمواطنين بل انها وظائف سياسيه, اي ينظر اليها

كتكليف وليست كحق.

## 2-الحقوق المدنية:

وهي الحقوق التي يتمتع بها الفرد كإنسان ويستوي في ذلك ان يكون وطنيا او اجنبيا وبدورها تنقسم الى حقوق عامه وحقوق خاصه، فالحقوق العامه تثبت لكل الناس بغض النظر عن انتمائهم الى وطن او دوله ومثاله الحق في الحياه وغيرها من الحقوق، اما الحقوق الخاصه فانها لا تثبت لكافه الناس بالمساومه وانما يوجد تفاوت في بعض الحقوق بين الافراد بحسب حاله شخصيه والمدنيه، وتنقسم الحقوق الخاصه الى حقوق عائليه وحقوق ماليه.

### الحقوق العامه:

هي كل ما هو حق سلامه الجسم وحق صيانه العرض والشرف وكلها حقوق عامه ونضيف لها حق التنقل وحرمة السكن وحمايه الاموال الخاصه.

### الحقوق الخاصه:

ويقصد بها جانب من الحقوق المدنيه تقررها وتحميها نصوص قانون الخاص بفروعه فهي قدرات قانونيه يخولها القانون للافراد ولكنها تختلف من شخص لآخر بحسب حاله الشخصيه لكل فرد حيث ان هذا الاختلاف يقوم على اسس عائليه كروابط القرابه والمصاهره وتقوم احيانا على حسب الذمه الماليه فكل هذا يختلف عن الحقوق العامه بصفه الخصوصيه، وبدورها تقسم الحقوق الخاصه الى حقوق عائليه وحقوق ماليه.

### أ- الحقوق العائليه:

يعبر عنها كذلك بحقوق الاسره وينص عليها عاده القانون الخاص بفروعه، فهي مزايا وسلطات تقرها وتحميها قواعد قانون الاحوال الشخصيه تاسيسا على روابط عائليه مثل صلته القرابه والمصاهرة ومن امثله ذلك:

حق الزوج في طاعه زوجته له، وحق الادب في تاديب ابنه والحق في الارث والحق في النفقه... الخ، والشريعه دينيه لها دور كبير في تنظيم مسائل الحقوق العائليه.

### خصائص الحقوق العائليه:

-الكثره الغالبه من حقوق الاسره حقوق غير ماليه منها، والقليل منها لها مقابل مالي.

-حقوق الاسريه جميعها يتميز بان لها طابع ادبي يرجع الى رابطه القرابه.

-تنطوي الحقوق الاسريه في نفس الوقت على الواجبات نحو اعضاء الاسره.



ب- الحقوق الماليه:

هي حقوق تقوم بالمال وتحقق لاصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال وهي ما تحميها قواعد القانون المدني بصفه اساسيه، ولهذا فهاته الحقوق ترمي وتمكن صاحبها من الحصول على فائده ماليه والحقوق الماليه انواع:

-الحقوق العينيّه:

وهي حق يتمثل في سلطه مباشره لشخص تنصب على شيء مادي معين كحق ملكيه ومن ثم يستطيع صاحبه ان يباشره دون وساطه احد وتنقسم بدورها الى حقوق عينيّه اصلية وحقوق عينيّه تبعيه.

أ- الحقوق العينيّه الاصلية:

هي تلك الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة فلا تستندوا في وجودها الى حق اخر تتبعه، ونظمها القانون المدني في حق الملكيه حيث عرف ان الملكيه بانها حق التمتع والتصرف في الاشياء بشرط ان تستعمل حسب القانون، ويعتبر حق الملكيه من اوسع الحقوق العينيّه لانه يخول لصاحبه كل السلطات على الشيء المملوك فيستأثر باستعماله واستغلاله والتصرف فيه وكذلك يوجد حقوق متفرعه عنه، ويتميز حق الملكيه بانه:

حق جامع: فهو يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن عليها من الشيء، وللمالك ان يستعمل الشيء ويجعله ويتصرف فيه على نحو الذي يريد.

حق مانع: مقصور على صاحبه ويمكنه من الاستئثار في مزايا ملكه ويكون مقيدا في ذلك بما يكون للغير من حق التمتع في بعض المزايا بموجب الاتفاق او القانون فقد يخول المالك شخصا لشخص اخر حق الانتفاع بالشيء وتترتب عليه حق الارتفاق.

حق دائم: اي يدوم بدوام ملك صاحبه فهو لا ينقضي ولكن ينتقل بالميراث او بالوصيه. حق الملكيه لا يسقطوا بعدم الاستعمال: اذا كان حق الملكيه لا يسقط بعدم الاستعمال فان الحقوق الاخرى كحق الارتفاع وحق الانتفاع وحق السكن تنتهي بعدم الاستعمال.

وفي الاخير يمكن قول بالرغم من اهميه حق الملكيه الا انه ليس حقا مطلقا كما كانت عليه سابقا اذ يرد عليه اليوم قيود سواء المقرره للمصلحه العامه او القيود المقرره للمصلحه الخاصه، وهو ما نجده منصوص عليها في القانون المدني بعنوان القيود التي تلحق حق الملكيه

في المواد من 690 الى 712.

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:

أ- حق الانتفاع:

وهو حق يقرر للمنتفع على ملك الغير يخول له استعمال الشيء واستغلاله فقط دون تصرف فيه، اذ يبقى للمالك التصرف في اصل الشيء ويطلق عليه مالك الرقبه، وينتهي هذا الحق بموت المنتفع حتما او بانتهاء مدته او بهلاك الشيء محل الانتفاع، ويلتزم المنتفع برد الشيء الى صاحبه في نهايه مده الانتفاع به على ان يكون بحاله صالحه للانتفاع به مره اخرى. ويختلف عن حق الاستئجار لانه عيني بينما حق الايجار شخصي والعلاقه للمنتفع بالعين علاقته مباشره بينما علاقته المستاجر بالعين المؤجره غير مباشره حيث يتوسطها المؤجر دائما، نصوص المواد 844-854 من القانون المدني.

ب- حق الاستعمال والسكن:

حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر للشخص على ملك الغير ويخوله استعمال الشيء فيما اعد له هذا الشيء دون استغلاله او التصرف فيه فاذا تقرر لشخص حق الاستعمال لارض زراعيه فيستعملها بنفسه لا ان يؤجرها للغيره. اما حق السكن فهو حق يخول لصاحبه حق استعمال عين مملوكه للغير على نحو معين هو السكن بحيث يستعمل المنزل للسكن فيه لا ان يفتح فيه متجرا، نصوص المواد 855 الى 857 من القانون المدني.

ج- حق الارتفاق:

ولقد عرفته الماده 857 من القانون المدني الجزائري على انه: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعه عقار اخر لشخص اخر و يجوز ان يترتب الارتفاق على مال، ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال.

بصوره اخرى هو حق يحدد من منفعه عقار لفائده عقار غيره يملكه شخص اخر، فهو تكليف مقرر على عقار يسمى بالعقار الخادم لمصلحه عقار غيره يسمى بالعقار المخدم وهو مملوك لشخص اخر.

الحقوق العينية التبعية:

يتعرض الدائن لمخاطر متعددة فقد يحدث عند تحقق الاجل ان يصبح المدين معسرا، او ان يكون للمدين عده دائنين فلا يحصل الدائن على شيء من حقه او يحصل الدائن على شيء من حقه او يحصل على جزء من هذا الحق، لذلك تنشأ حاجة الدائن الى طلب التامين اللازم لحماية نفسه من تصرفات مدينه، هذا التامين قد يكون شخصيا اي ان يطلب الدائن من مدينه تقديمه كفيل يكفله في تنفيذ الالتزام، وهذه هي الكفاله ولكن قد لا يقتنع الدائن بالكفيل احتمال ان يصبح هو الاخر معسرا، لذلك يطلب الدائن الحصول على تامين العيني اي على مال معين.

انواع الحقوق العينية التبعية " التامينات العينية:"

أ- الرهن الرسمي:

هو حق عيني تبعي يترتب للدائن على عقار معين عقد رسمي وينشأ من اتفاق بين الدائن المرتهن وبين الراهن ويجب ان يكون هذا الاتفاق رسميا اي موثق، وله مجموعه من الشروط:

- حق عيني تبعي مصدره العقد

- حق عيني تبعي شكلي

- عيني تبعي لا يرد الا على عقار

- حق عيني تبعي غير قابل للتجزئه.

ب- حق التخصيص:

وهو حق عيني تبعي فيجوز لكل دائن بيده الحكم واجب التنفيذ صادر في اصل الدعوى يلزم

المدين بشيء معين، ان يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لاصل الدين

ومصدر حق التخصيص هو الحكم القضائي، ولا يجوز للدائن بعد موت المدين اخذ

التخصيص على عقار في التركة.

ج- الرهن الحيازي:

جاء تعريفه في نص المادة 948 من القانون المدني الجزائري: " عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين

عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن

حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى ان يستوفي الدين ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن

الرسمي في انه لا يقتصر على العقار بل يجوز ان يكون محله منقولا او عقارا.

ج- حق الامتياز:

قد يرى المشرع في دين معين انه اولى بالرعايه ولذلك يجب ان يتم الوفاء به قبل غيره من الديون فقد لاحظ المشرع صفه معينه في الحق ذاته لا صفه معينه في شخص صاحبه، وتكون الامتيازات منصوص عليها في القانون ومن اهم الامتيازات:

-مصروفات القضاءيه

-امتياز المبالغ المستحقه للخزينه العامه

-دين النفقه.

2الحقوق الشخصيه:

هو رابطه قانونيه بين شخصين تخول احدهما وهو الدائن بان يطلب او يطالب المدين باداء عمل معين لتحقيق مصلحه، هذا الاداء قد يكون القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل او اعطاء شيء، ومن امثله ذلك:

التزام المقاول ببناء منزل

التزام المطرب بالغناء

امتناع لاعب باللعبة لفريق اخر.

3المعنويه:

يمكن تعريف الحق المعنوي او الادبي بانه قدره يقرها ويحميها القانون لشخص على انتاجه الفكري او الذهني او الادبي او الفني ايا كان نوعه، فيكون له الاحتفاظ بقيمه ذلك الانتاج اليه دائما ويحتكر المنفعه الماليه التي تنتج من استغلاله فلذلك نقول ان هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي وله طابع مالي في نفس الوقت.

## 1- الأعمال (محل الحق الشخصي).

قد تكون الأعمال إما إيجابية أو سلبية وذلك بحسب إعتبارها محلاً أو موضوعاً للحقوق الشخصية ، وإذا كانت دراسة الأعمال بصفة عامة بإعتبارها محلاً للحق الشخصي تدخل في دراسة الإلتزامات فإننا نكتفي ببيان ما يجب توافره بالنسبة لها بصفة عامة فيلزم أن تكون هذه الأعمال ممكنة ومعينة أو قابلة للتعين ومشروعة<sup>1</sup>

### إمكانية المحل:

ومعناه أن يكون عمل الحق الشخصي ممكناً فإذا كان مستحيلًا لا يقوم الإلتزام لأنه لا إلتزام بمحل بمستحيل ويقصد بالإستحالة أن لا يكون في إستطاعة أحد القيام بالعمل سواء كانت إستحالة مادية أو قانونية ، كبيع شيء تهدم أو هلك وهذه الإستحالة تجعل التصرف باطلاً . أما إذا كانت الإستحالة نسبية أو نسبية فإن هذا لا يمنع من قيام الإلتزام فقد يلتزم شخصاً ما بالقيام بعمل ما ويكون مستحيلًا عليه ولكن لا يستحيل على شخص آخر ففي هذه الحالة يوجد الإلتزام ويقوم على محل صحيح.

### تعين المحل أو قابليته للتعين:

لكي يكون العمل محلاً للإلتزام يجب أن يكون معنياً أو قابلاً للتعين ، فإذا تعهد مقاولاً ببناء منزل وجب أن يكون هذا البناء معيناً أو أن يكون قابلاً للتعين فإذا إقتصر إلتزام الشخص على إقامة بناء فقط دون تعيينه أو دون أن يستخلص من الظروف إمكان تعيينه لا يوجد محل ويكون في حكم المعدوم . وفي عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، فإذا كان الشيء معيناً بذاته إنتقلت الملكية بمجرد البيع دون أن يكون البائع ملزماً بشيء حسب نص المادة 165 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، ويكون الإلتزام إما القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل

### أ- الإلتزام بالقيام بعمل :

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد : المدخل إلى القانون ، نظرية الحق ، منشأة المعارف للنشر ، 2001 ، مصر ، ص 269  
<sup>2</sup> المادة 165 من القانون المدني

يكون الإلتزام بالإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددًا فيكون المدين ملزمًا بتحقيق نتيجة معينة كالناقل مثلا فإنه ملتزم بتسليم البضاعة في المكان وفي الزمان المحددين ويعتبر مغلا بالإلتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن قوة القاهرة حالت دون تحقيق النتيجة. أما الإلتزام ببذل عناية يكون المدين ملزم بإستعمال أفضل الوسائل الممكنة وبإستعمال أكبر قدر من الحيلة والجهد فلا يكون ضامنا لتحقيق نتيجة فالطبيب لا يكون ملزما بشفاء المريض ولكن يلتزم بعمل ما في وسعه لتحقيق الغرض.

#### ب- الإلتزام بالإمتناع عن عمل :

يمكن أن يكون الإلتزام بالإمتناع عن عمل هو الإلتزام الرئيسي في العقد ويرى بعض الشراح أن عقد الصلح هو أحسن مثال على ذلك ، إذ أن محل الإلتزام الرئيسي فيه هو النزول عن الحق في الدعوى أي أن إلتزام كل من الطرفين بعدم الإلتجاء إلى القضاء أمر ضروري لإعتبار الوضع المتنازع عليه قد زال ، ويجب أن تتوافر في الأعمال محل الحق الشخصي سواء كانت أعمال إيجابية أو سلبية

#### مشروعية المحل :

لا يقوم الإلتزام إذا كان محله غير مشروع ، ويكون المحل غير مشروع إذا كان مخالفا لقواعد القانون الأمرة أو النظام العام والآداب ، فإذا لم يتوفر ذلك فإنه لا يصح أن يكون محلا للحق ، كالإلتزام بإرتكاب جريمة فهو باطلا لمخالفته للنظام العام ، وكذلك الإلتزام بتوريد المخدرات فهو باطلا أيضا.

#### 2- الأشياء (محل الحق العيني)<sup>1</sup>.

يجب التفرقة بين المال والشيء ، فالمال هو كل حق مالي سواء كان حقا شخصيا أو عينيا أو ذهنيا وبالتالي فهناك أموال لا تعتبر أشياء ، أما الشيء فهو الكائن في حيز ما من الطبيعة وإذا دخل دائرة التعامل فإنه يصبح محلا للعلاقات القانونية ويتخذ وصف المال لذلك هناك أشياء لا يمكن إعتبارها أموالا كالأشياء غير القابلة للتعامل فيها بطبيعتها كالهواء والضوء والماء ، وأشياء تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون حسب نص المادة 682 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> ويمكن تقسيم الأشياء محل العين إلى:

#### تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها :

<sup>1</sup> محمدي فريدة - زواوي - المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 1998 ، الجزائر ، ص 123

<sup>2</sup> لمادة 683 من القانون المدني

تقسم الأشياء من حيث طبيعتها إلى أشياء ثابتة (العقارات) وإلى أشياء منقولة ولقد نصت المادة 683 من القانون المدني على ما يلي " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. "

#### أ- العقارات:

وتنقسم العقارات إلى عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص.

ويعتبر عقارا بطبيعته كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف للأراضي والمباني ، أما العقارات بالتخصيص فهي منقولات في الأصل ولكنها خصصت لخدمة عقار أو لإستغلاله كالمواشي والمفروشات .وكي يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص يجب توفر الشروط التالية:

\* يجب أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد نص المادة 683 فقرة 02 من الق المدني<sup>1</sup>

\* يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار ولإستغلاله .

#### ب- المنقولات :

المنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف وقد تكون المنقولات بطبيعتها مادية أو معنوية كالإسم التجاري ، كما أن هناك منقولات بحسب المال وهي عقارات في الأصل متصلة بالأرض لكن القانون ينظر إليها بإعتبارها ما ستؤول إليه إذ أنها ستصبح منقولا في وقت قريب مثال المباني المقرر هدمها أو الأشجار التي يراد قطعها ، ولا بد أن تتجه إرادة المتعاملين في العقار إلى فصله عن أصله فيصبح منقولا وتسري عليه أحكام المنقولات.

وتكمن أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات في ما يلي:

\* إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات كالرهن الرسمي وحق الإختصاص وحق الإرتفاق وحق السكن.

\* تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد وملكية المعين بنوعه بعد الإفراز ، أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة العقارية.

<sup>1</sup> المادة 683 / 02 من القانون المدني

\*كل التصرفات الواردة على العقار يجب أن تحرر في شكل رسمي أي يجب تحريرها من طرف ضابط مختص فهي عقود شكلية حسب نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني<sup>1</sup>، أما التصرفات الواردة على المنقولات فهي في الأصل تصرفات رضائية.

\*الشفعة ترد على العقار دون المنقول وهي رخصة تجيز للشريك أو المستأجر من شخص معنوي الحلول محل مشتري العقار.

\*دعاوي الحيازة خاصة بالعقارات دون المنقولات.

\*قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة بإكتساب المنقولات، أما العقارات فتكتسب بالتقادم القصير أو الطويل.

\*يكون النظر في الدعاوي العقارية من إختصاص المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار، بينما في المنقول يكون الإختصاص للمحكمة الواقعة في دائرتها موطن المدعى عليه لأنه الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول.

\*الطعن بالغبن يكون بصفة خاصة في التصرفات الواردة على العقارات.

\*المشرع يقيد ويحمي التصرفات الواردة على العقارات أكثر من تلك الواردة على المنقولات.<sup>2</sup>

تقسيم الأشياء من حيث التعامل فيها:

تنص المادة 682 من القانون المدني على " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجية بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية"

تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم طبيعتها كالأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء والشمس، غير أنه يمكن الإستلاء على مقادير محدودة منها وتصلح أن تكون محلا للحق في حدود هذا الإستئثار مثل ذلك الإستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية أو ماء المطر لتحويله إلى ماء صالح للشرب.

<sup>1</sup> المادة 324 مكرر 01 من القانون الأسرة

<sup>2</sup> محمدي فريدة - زواوي - : المرجع السابق، ص 127



أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون فقد يرجع سبب إخراجها من دائرة التعامل إلى تخصيصها للمنفعة العامة والتعامل فيها يتنافى مع هذا التخصيص كالأشياء العامة فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم وهذا ما نصت عليه المادة 689 من القانون المدني<sup>1</sup> ويشترط أن يكون الشيء مملوك للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة وأن يكون قد خصص للمنفعة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 688 من القانون المدني ، كما قد يكون الخروج عن دائرة التعامل راجعا لإعتبارات تتعلق بالنظام العام حسب نص المادة 96 من القانون المدني<sup>2</sup>

تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها :

تنقسم الأشياء بالنظر إلى طريقة استعمالها إلى:

أ- الأشياء للإستهلاك والأشياء غير القابلة للإستهلاك:

حسب نص المادة 685 من القانون المدني فإن الأشياء القابلة للإستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في إستهلاكها وإنفاقها ، والإستهك قد يكون ماديا أو قانونيا.

يؤدي الإستهلاك المادي في حالة الإنتفاع بالشيء إلى هلاك أو نفاذ مادته كمن يأكل شيئا أو يشرب ، أما الإستهلاك القانوني فهو يتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دون أن يؤدي ذلك إلى هلاكه ماديا كإنفاق النقود مثلا.

والأشياء غير القابلة للإستهلاك فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك وتنفذ مثل المنزل ، المكتب وتنقسم الأشياء إلى أشياء تستهلك وأشياء لا تستهلك يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها فمنها ما يتحمل تكرار الإستعمال ومنها ما لا يتحمل ذلك ، وتكمن أهمية هذا التقسيم في أن بعض العقود لا ترد إلا على الأشياء القابلة للإستهلاك ، وبعض العقود الأخرى لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للإستهلاك .

1 /هناك عقود لا يمكن أن يكون محلها إلا أشياء قابلة للإستهلاك مثل الإنتفاع بشيء لمدة معينة

2 /وهناك عقود لا يتصور أن ترد إلا على الأشياء القابلة للإستهلاك كالإعارة.

ب- الأشياء المثلية والأشياء القيمة :

<sup>1</sup> المادة 689 من القانون المدني .

<sup>2</sup> المادة 96 من القانون المدني

حسب نص المادة 686 من القانون المدني فإن الأشياء المثلية أو المعنية بالنوع هي التي تقوم مقام بعضها البعض ،ويقال أن الأشياء المثلية هي عادة تلك التي لا يمكن أن تعين إلا بتعيين نوعها فيقال مثلا قنطار من القمح متوسط الجودة. ولا يتوقف إعتبار الأشياء من المثليات أو القيميات على طبيعتها فقط وإنما لإرادة الأطراف دورا في ذلك أيضا فيبيع شيء مثلي بيعا جزافا يعتبر بيعا لشيء معين بالذات. ورغم تدخل الأطراف في تحديد طبيعة بعض الأشياء في حالات معينة إلا أن هناك أشياء تعتبر دائما من المثليات وهي الأشياء التي تباع بالكيل أو العدد ،وتكمن أهمية هذا التقسيم في ما يلي:

1/ من حيث إنتقال الملكية : فإذا كان الشيء مثليا أي معيناً بالنوع فإن ملكيته لا تنتقل إلا بعد الإفراز ،أما إذا كان معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد إنعقاد العقد دون الحاجة لأي إجراء.

2/ من حيث إستحالة التنفيذ : إذا كان الشيء معيناً بالذات وهلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه برئت ذمته من الإلتزام ،أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع وهلك فلا يتحلل البائع من إلتزامه لأن المثليات لا تهلك فهي تمثل بعضها البعض فيجب على البائع تنفيذ إلتزامه بشيء من نفس الشيء المبيع الهالك.

3/ من حيث الوفاء : إذا كان محل الإلتزام شيئا قيما فالوفاء بالإلتزام يتم بإعطاء نفس الشيء المتفق عليه في العقد ولا يجبر الدائن على قبول غيره ،أما إذا كان محل الإلتزام مثليا فإن المدين يبرأ من إلتزامه إذا هو أدى أو قدم شيئا من نفس النوع والقدر وبالصفة المتفق عليها في العقد.

4/ من حيث إجراء المقاصة : فلا تتحقق المقاصة القانونية بين إلتزامين إلا إذا كان محلها شيئا مثليا الفرع الثالث : الأشياء المثمرة والأشياء غير المثمرة.

تكون الأشياء مثمرة إذا كانت تنتج عنها ثمار والثمار هي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية ومتجددة ،ولا يؤدي فصلها عن الشيء إلى الإنقاص من قيمته.

والثمار إما أن تكون طبيعية تتولد عن الشيء تلقائيا دون تدخل الإنسان ويكون ذلك بفضل الطبيعة كالأعشاب ، وإما أن تكون صناعية أو مستحدثة بتدخل الإنسان لإستخراجها من الشيء كالمحصولات الزراعية. كما قد تكون الثمار مدنية وهي المبالغ النقدية المستحقة مقابل الإستغلال أو الإنتفاع بالشيء مثل الأجر. وتكمن أهمية هذه التفرقة في:

1/ إذا تقرر حق إنتفاع على العين فإن الثمار تكون من حق المنتفع أما المنتجات فهي ملك للمالك فقط.

2/ يكتسب الحائز حسن النية الثمار دون المنتجات ويرجع سبب كسب الحائز حسن النية للثمار لإعتبارات عادلة .

## اشخاص الحق

إن الحق لا يمكن تصوره إلا منسوباً إلى شخص من الأشخاص كما أن الواجب الذي يقابل الحق لا بد أن يقع هو الآخر على عاتق شخص من الأشخاص فالحق يفتقر إذن وجوداً أشخاص من ناحية السلبية والإيجابية.

والشخص في المعنى القانوني هو من يتمتع بالشخصية القانونية أي من يكون صالحاً لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات والشخصية القانونية قد تتعدى الشخص في ذاته إلى مجموعة أشخاص أو أموال مثل الجمعيات والمؤسسات وهو ما يطلق عليه الشخص الاعتباري حيث إن القانون قدر لهذه التجمعات قيمة إجتماعية وإقتصادية يلزم معها الإعتراف لها بالصلاحيات لإكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وعليه فهل يتمتع الشخص الاعتباري بالحقوق ويتحمل ويلتزم بالواجبات كالشخص الطبيعي أو أن هناك إختلاف؟ أو من هم أشخاص الحق؟.

وللإجابة على هذا التساؤل إنتهجنا المنهج الوصفي معتمدين على الخطة المتكونة من مبحثين تناولنا في المبحث الأول الشخص الطبيعي، وفي المبحث الثاني الشخص الاعتباري .

### المبحث الأول : الشخص الطبيعي.

#### المطلب الأول : بداية ونهاية الشخصية الطبيعي

الأصل أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا المادة 29 الفقرة 01 من القانون المدني، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون وعلى ذلك نجد أن القانون يقرر الأصل وما يرد عليه من إستثناء

الفرع الأول : إبتداء شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا.

تبدأ شخصية الإنسان في الأصل بتمام ولادته حيا، أي يشترط لبدء الشخصية تمام الولادة من ناحية مع تحقيق حياته عند الولادة من ناحية ثانية.

**أولا- تمام الولادة :** يقصد بذلك خروج المولود كله وإنفصاله عن أمه إنفصالا تاما، وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وهو أيضا ما قرره قانون المواريث والوصية عندنا وأكده القانون المدني بنصه على أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا.

**ثانيا- تحقيق الحياة عند تمام الولادة :** فلا يكفي تمام إنفصال المولود عن أمه وخروجه خروجا كاملا حتى تثبت له الشخصية وإنما يلزم تحقيق حياته فعلا عند تمام الإنفصال حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة على ذلك فإن العبرة في إبتداء الشخصية تكون بتوافر الحياة في المولود لحظة واحدة هي لحظة تمام الإنفصال دون توقف على إستمرار الحياة بعد هذه اللحظة ويتم التثبيت من حياة المولود في هذه اللحظة من الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها بالبكاء والصراخ والشهيق فإن لم يتوافر شيء من ذلك كان للقاضي الإستهداء برأي أهل الخبرة وتثبت واقعة الميلاد بالقيود في السجلات الرسمية<sup>1</sup>.

**ثالثا- مركز الحمل والجنين :** إذا كان الأصل هو إبتداء شخصية الإنسان بولادته حيا على النحو السالف بيانه ( إلا أن القانون خرج عن هذا الأصل وإعترف للحمل والجنين قبل ولادته ببعض الحقوق فيثبت له فضلا عن النسب الحق في الإرث وفي الوصية والحق في الإفادة من الإشتراط لمصلحته وبذلك تكون للحمل قبل ولادته شخصية ، خروجا على الأصل ولكنها شخصية لا تعطيه أهلية وجوب ناقصة أو محدودة وذلك لإقتصار صلاحيته أصلا على إكتساب ما ينفعه نفعاً محصنا من حقوق وتشمل كذلك ما قد يتفرع من إلتزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له كتلك الناشئة عن إرادة أمواله أو بسببها غير أن هذه الشخصية باقية لتوقف إستقرارها على ولادته حيا بحيث إذا ولد حيا أعتبر شخصا وصاحبا لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل فإذا ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الإرث والوصية إلى أصله من التركة ويقسم بين المورث الأصلي ويرد كذلك الشيء الموهوب إلى الواهب

**الفرع الثاني : إنتهاء الشخصية.**

تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية أو الوفاة الحكومية

**أولا- الوفاة الطبيعية :** تثبت واقعة الوفاة بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن إثباتها بكافة الطرق الأخرى وهذا ما تضمنته المادة 26 من القانون المدني "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد : المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف للنشر ، 2001 ، مصر ، ص 137  
<sup>2</sup> محمدي فريدة - زواوي - : المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق مرجع سابق

-إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية ويترتب على الوفاة أن تعدد الزوجة عدة الوفاة وهي 04 أشهر وعشرة أيام تبدأ من تاريخ الوفاة وبعد إنقضائها تستطيع أن تتزوج غيره.

-وتقضي الشخصية القانونية بالوفاة فتنتقل حقوق المتوفي المالية إلى ورثته وذلك بعد سداد ما عليه من ديون وفقا للقاعدة ( لا تركة إلا بعد سداد الديون ) ، هناك من يرى أن الشخصية القانونية للمتوفي تستمر بعد وفاته بصفة إفتراضية وذلك إلى حين سداد ديونه ، وإفتراض ذلك أمر غير معقول ومخالف للطبيعة وهذه حيلة إصطنعها الذين حاولوا إبقاء أموال المتوفي على ذمته حتى يتم سداد الديون ، ولا نوافق هذا القول فالتركة تنتقل إلى الورثة ولكن لا تخلص لهم إلى حين سداد الديون ، فالشخصية القانونية لا يمكن أن تستمر بعد الوفاة ويلاحظ أن إنتهاء الشخصية القانونية بالوفاة ينتج عنه أنه لا يمكن الشخص التعبير عن إرادته إذ لا تبقى الإرادة قائمة ولا تستمر بعد الوفاة لكن إستثناء تظل الشروط التي إشتراطها المتوفي أحيانا قائمة ويعمل بها كما في حالة تقرير الواقف لبعض الشروط المنظمة للوقف فيعمل بها حتى بعد وفاته ، ولقد نصت المادة 16 من قانون الأوقاف على ما يلي "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان لمقتضى حكم الوقف أو بمصلحة الوقف عليه."

وكذلك الحال بالنسبة للواهب والموصى فإن إرادته تستمر بعد وفاته إذا إشتراط على الموهوب له او الموصى له عدم التصرف في الأموال التي إنتقلت إليه فيلتزم الخلف بالتقيد بإرادة السلف ولا ينتهي هذا التقيد بوفاة المشتراط.

-ولطن تفاديا لعدم الإضرار بالخلف فإن شرط المنع من التصرف يجب أن يخفف مصلحة المشتراط أو المتصرف إليه أو الغير ويجب تحديد شرط المنع من التصرف لمدة معينة مما يجعل الإرادة تستمر بعد الوفاة لمدة محددة ويزول أثرها التقليدي بإنقضاء هذه المدة.

- أما بالنسبة للزوجة فلم يضع المشرع حكما لها إلا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على أنه إذا ظهر المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة فهي لزوجها الأول لأن الزوج الثاني صحيح في الظاهر لا في الباطن فإذا ظهر المفقود كان الزواج باطلا ، ولكن إختلف الفقهاء حول مسألة عودة المفقود بعد أن تكون زوجته أعتدت عدة الوفاة وتزوجت بغيره ودخل بها .

-وفقا للفقهاء المالكي تسقط عصمة الزوج الأول بدخول الثاني بها.

-ويرى بعض أصحاب المذهب الشافعي أنه إذا عاد زوجها الأول بعد دخول الثاني بها فيختار الأول بين امرأته والصدّاق، فإن إختار الصدّاق فالصدّاق على زوجها وثبتت عنده عنده وإن إختار امرأته فتعود إليه.

والأرجح في هذا رأي الفقه المالكي ويذهب القانون المصري إلى التفرقة بين حسن نية الزوج الثاني وسوء نيته فإذا كان الزوج الثاني سيء النية يعلم بحياة الزوج الأول فالزوجة تعود لزوجها الأول بعد ظهوره.

ثانيا- الموت الحكمي : تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكمي وليس موتا فعليا ولكنه موت تقرره المحكمة في أحوال معينة، ويسبق الحكم بالفقدان أولا يليه الحكم بالوفاة، لهذا سنتعرض لهما معا مبينين الآثار المترتبة على كل منهما.

## 1/ الحكم بالفقدان:

أ/ التفرقة بين الغائب والمفقود : فالغائب والمفقود يصدر لكل منهما حكما بالفقدان فالغائب هو شخص حاضر في محل إقامته وليس له موطن معلوم فإذا صدر حكم بفقدانه أخذ حكم المفقود وفقا لما نصت عليه المادة 110 من قانون الأسرة ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة من الغياب.

أما المفقود فتعرفه المادة 109 من القانون الأسرة بأنه الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من مماته ولا يعتبر الشخص مفقودا إلا بعد صدور حكم بالفقدان بشأنه.

ب/ الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان : إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حيا سواء بالنسبة لأمواله أو زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته.

\*بالنسبة لأمواله : لا تقسم أمواله بين الورثة ويرى جمهور المالكية أن المفقود يرث من غيره وإن لم يورث لأن حياته هي الأصل الثابت قبل الحكم بموته فوقف للمفقود من تركته نصيبه فيها وهذا ما تضمنته المادة 111 من قانون الأسرة بقولها " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويستلم ما إستحقه من ميراث أو تبرع<sup>1</sup>

<sup>1</sup> المواد 109، 110، 111 من القانون الأسرة .

فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الحكم بالفقدان فالمفقود يرث من مات قبل الحكم بالوفاة.<sup>1</sup>

\*بالنسبة لزوجته : تبقى الزوجة على ذمة زوجها لأنه يعتبر حيا إلا أنه يكون لها أن تطلب التطليق وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة التي تجيز لها طلب التطليق في حالة هجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر حيث جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية

3-الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر

5-الغيبه بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ".....

2/الحكم بالوفاة:

أ/ حالات الحكم بالوفاة : تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص.

-يحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة وهذا حسب نص المادة 114 من قانون الأسرة ونفرق في ذلك بين حالتين:

\*الحالة الأولى : الحالة التي يغلب فيها الهلاك كحالة الحرب والحالات الإستثنائية كزلزال أو حريق أو كمن يخرج من بيته لقضاء حاجة ولم يعد ،فالقاضي يحكم بالموت بعد مرور 04 سنوات من غيابه

\*الحالة الثانية : الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك كالمسافر أو كالذي يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار فهي حالات لا يغلب فيها احتمال هلاك الشخص لذلك تكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة المطلوبة التي يتم بعدها الحكم بالموت ويجب في جميع الأحوال أن لا تقل المدة عن 04 سنوات وهذا ما تضمنته المادة 113 بقولها " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقرير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات "

ب/ الأثار المترتبة على الحكم بالوفاة :

\*بالنسبة لأمواله : يعتبر المفقود بعد الحكم بوفاته ميتا فتوزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة ،فمن مات من الورثة قبل صدور الحكم لا يرث منه لأنه يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت المورث وهذا ما نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> محمددي فريدة – زواوي - : المرجع السابق ،ص 60 .

\*بالنسبة للزوجة : فإنها تعدد عدة الوفاة ويجوز لها بعدها أن تتزوج بغيره وعدة الوفاة هي 04 أشهر و10 أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة.

ج/ ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته : قد يحدث وأن يظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته وإذا حدث ذلك فعلا فإن له أن يسترجع ما تبقى من أمواله عينا أو يسترجع قيمة ما بيع منها وهذا ما نصت عليه المادة 115 من قانون الأسرة بقولها " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد الحكم بموته وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها " <sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : مميزات الشخص الطبيعي.

تتمتع شخصية الإنسان بسمات وعلامات تميزه عن غيره سواء في داخل الدولة الواحدة أو في خارجها ومن أهم هذه المميزات حالة الشخص أي التي تحدد مركزه الأساسي بالنسبة إلى الدولة والأسرة وأحيانا إلى الدين والإسم وهو وسيلة التعرف عليه والموطن تحديد القانون للمكان الذي يقيم فيه الشخص وهي:

### الفرع الأول: الحالة:

يقصد بالحالة مجموعة الصفات التي يتصف بها الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات وعلى ذلك فإن كل إنسان يتصف بصفة معينة تحدد إنتمائه إلى دولة معينة وهذه هي الحالة السياسية أي الجنسية كما أن الإنسان ينتمي داخل الدولة إلى أسرة أو عائلة معينة هذه هي الحالة العائلية ، وفي بعض الأحيان يرتب القانون آثار على إنتماء الشخص إلى دين أو عقيدة معينة وهذه هي الحالة الدينية.

أولا- الحالة السياسية : تتحدد الحالة السياسية للشخص بتحديد جنسيته أي إنتمائه إلى دولة معينة وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث الشخص وواجباته ونشاطه القانوني ولذلك فهناك تفرقة بين الوطنيين والجانب في كل الدول من حيث نطاق ما يتمتع به كل من الوطنيين والجانب من حقوق وواجبات ويحدد القانون في كل دولة الشروط الواجب توافرها لكي تثبت جنسيتها للأفراد الذين ينتمون إليها والجنسية قد تثبت للشخص على أساس الميلاد على أرض الإقليم فيعتبر المولود في بلد تابعا لجنسية هذا البلد وهذا ما يسمى بحق الإقليم والقانون المصري يأخذ بثبوت الجنسية على أساس حق الدم كأصل عام وهناك حالات خاصة يأخذ فيها المشرع بحق الإقليم.

<sup>1</sup> محمدي فريدة – زواوي - : المرجع السابق ،ص 62



وفي بعض الدول قد تكتسب الجنسية بطريق الزواج فتأخذ الزوجة جنسية زوجها أو يأخذ الزوج جنسية زوجته وقد تكون الجنسية مكتسبة أي طارئة وهي التي يكتسبها الشخص في تاريخ لاحق على ميلاده وذلك طبقا للشروط التي يضعها قانون الدولة وهذا ما يسمى بالتجنيس.

ثانيا- الحالة العائلية : يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة بإعتباره عضوا فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة في قرابة النسب ووحدة الأصل وقد تربطه به بأعضاء أسرة أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة.

1/ قرابة النسب : يقصد بها الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم واصل مشترك وقرابة النسب قد تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشي والقرابة المباشرة هي التي تقوم تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم أي هي الصلة بين الأصول والفروع كقرابة الشخص لأبيه وجده وإن علا وكذلك قرابته لأمه وأبي أمه ،الأصل هو من نزل أو إنحدر منه الفرع كالأب والأم بالنسبة إلى الإبن ، البنات والفرع هو من إنحدر من أصل كالإبن ، والبنات بالنسبة للأب أم الم وقرابة الحواشي فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم أي دون أن يكون أصلهم فرعا للآخر كقرابة الأخ لأخيه إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ولكن يجمعهما أصل مشترك هو الأب وبالمثال القرابة بين الشخص وعمه أو عمتة أو أبناء عمه أو أبناء عمتة أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته فإنه وإن كان هناك أصل مشترك يجمعهم إلا أن ليس أحدهم فرعا أو أصلا للآخر وقد بين القانون كيفية إحتساب درجات القرابة وذلك لماله من أهمية في بعض الأحوال في تعيين الحقوق فبالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل على ذلك يعتبر الإبن في الدرجة الأولى من القرابة بالنسبة لأبيه أو أمه لإن الإبن فرع وهذه درجة الأب والأم أصل فلا يحسب درجة وكذلك إبن الإبن يعتبر في الدرجة الثانية من جده أو جدته أو يحسب إبن الإبن والإبن درجة بإعتبارهما فرعين فتلك درجتين . أما بالنسبة لقرابة الحواشي فإن الدرجات تعد صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر.

2/ قرابة المصاهرة : تكون بين احد الزوجين وأفراد عائلة الزوج الآخر فتحسب على أساس أن الزوجين هما الأصل المشترك في قرابة المصاهرة بحيث لا يحسب الزوجين درجتين وتحسب الدرجات على أساس علاقة كل فرد من أسرة أحد الزوجين بهذا الزوج وتضاف إليها علاقات كل فرد من أقارب الزوج الآخر به وتفسير ذلك أن والد الزوجة المباشرة لأبيها تماما ، كما يعتبر أخ الزوج قريبا قرابة المصاهرة من الدرجة الثانية لزوجته أخيه ويعتبر إبن عم الزوجة قريبا قرابة مصاهرة من الدرجة الرابعة لزوجها.

3/ آثار القرابة : للقرابة سواء كانت مباشرة (الحواشي) أو المصاهرة (النسب) آثار قانونية ، الرابطة الزوجية ينشأ عنها حق الزوج في طاعة زوجته له وحق الزوجة في النفقة وحق كل منهما في أن يرث الآخر

وغير ذلك ،وتكون للقرابة المباشرة وغير المباشرة آثارا قانونية أخرى كحق الإبن في حمل لقب أبيه وحقه في جنسيته لرابطة الدم ويكون للأب حق تاديب إبنه وحق الولاية عليه ويكون للأقارب حق الميراث فيما بينهم والأفضلية في الوصاية وعدم جواز شهادة الأصول والفروع والأزواج للفرع أو الأصل أو الزوج الآخر وذلك تطبيقا للمادة 35 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا- الحالة الدينية : الأصل أنه لا تأثير للحالة الدينية على صلاحية الشخص في إكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وهذا الأصل أو المبدأ ، يطبق تطبيقا مطلقا في الدول العلمانية أي الدول التي تأخذ بمبدأ الفصل بين الدين والدولة وعلى ذلك فغنه في نطاق الأحوال الشخصية يجوز للمسلم أن يتزوج بأكثر من واحدة وله أيضا أن لا يطلق زوجته وهذه الأمور تحكمها الشريعة الإسلامية بينما الشريعة المسيحية لا تجيز ذلك للمسيحي وأيضا ينص قانون الموارث المأخوذ من الشريعة الإسلامية أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم وأن غير المسلمين يتوارث بعضهم من بعض<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : الإسم.

أوجب القانون أن يكون لكل شخص إسم ولقب وأن لقب الشخص هو إسم الأسرة ولقب الشخص يلحق أولاده بينما لقب الزوج لا يلحق بالزوجة خلافا لما هو متبع في البلاد الغربية حيث أن الزوجة عندنا تحتفظ بلقبها ،ولكن قد يوجد إلى جانب إسم الشخص المسجل في مصلحة الأحوال المدنية إسم شهرة أو إسم مستعار ،و إسم الشهرة هو ما يضعه الجمهور من إسم على الشخص بحيث يستوعب كامل نشاطه ويعرف به و الإسم المستعار هو ما يختاره الشخص لنفسه ليميز به في مجال معين من مجالات نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني ولا شك أن حرية الشخص في إختيار إسم مستعار له تنفيذ بما فيه حماية الغير ومنع الغش<sup>2</sup>

### الفرع الثالث : الموطن.

من السمات الهامة للشخصية القانونية الموطن من حيث أنه يتيح العثور على مقر الشخص ومكانة أولا- أهميته : الموطن وثيقة الصلة بالشخصية إذ يمكن من العثور على مقر الشخص وتحديد مكانه القانوني بالنسبة لمن يريد التعامل معه وأهميته بالنسبة للشخص تتجلى في أن الأوراق القضائية تعلن إلى

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 146

<sup>2</sup> المادة 36 من القانون المدني

الشخص في موطنه والدعاوي الشخصية يكون النظر فيها من إختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه وشهر الإفلاس ويكون من إختصاص المحكمة الكائن بدائرتها الذي يوجد فيه موطن المدين والوفاء بالإلتزامات التي ليس محلها شيئاً معيناً بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وغير ذلك من أمور يتطلب فيها القانون تحديد موطن الشخص.

ثانيا- تعريفه : الإعتداد بالتصوير الواقعي تبني المشرع المصري الإتجاه الواقعي في تعريفه للموطن ، هذا وقد نصت المادة 36 في الفقرة 01 من القانون المدني المصري على " الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة " ومن هذا التعريف يتبين أن للموطن عنصرين:

1/ الإقامة الفعلية : أي أن الأمر يتعلق بإقامة حقيقية في مكان معين وليس مجرد افتراض فالإقامة عنصر أساسي في تحديد الموطن.

2/ الإستقرار: أو التعود على الإقامة ولهذا فإنه يجب أن تكون الإقامة مستقرة أو معتادة وهذا لا يعني إتصال الإقامة دون إنقطاع وإنما يقصد به إستقرارها على وجه يتحقق معه شرط الإعتياد ولو تخللها عينة متقاربة أو متباعدة وعنصر الإستقرار في المكان حتى يعتد به كموطننا بين الفرق بين الموطن ومحل الوجود أو السكن .

المبحث الثاني : الشخص الإعتباري.

المطلب الأول : مدلول الشخص الإعتباري.

إن التطور الذي وصل إليه الإنسان في حاجة ماسة لإنضمام الأشخاص الطبيعيين إليه وبتكتل أموالهم في تلك المؤسسات الإقتصادية الكبرى حيث كان لابد من أن المجموعات الأشخاص ومجموعات الأموال إن تدخل الحياة القانونية في المجتمع ثارة كأطراف موجبة لها حقوق وتارة كأطراف سالبة عليها إلتزامات ومن الطبيعي أن مجموعات الأشخاص أو الأموال لا يتسنى لها ممارسة حقوقها أو أداء إلتزاماتها إلا إذا لكل منها شخصية قانونية مستقلة بحث تكون تلك الشخصية القانونية مستقلة عن الشخصيات القانونية للأفراد المكونين لها حتى لا تختلط حقوق المجموعات أو إلتزاماتها بحقوق الأفراد الأعضاء فيها.

ويعرف الشخص الإعتباري على أنه مجموعة الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين يعترف لها بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض ، ومن خلال هذا التعريف الذي أوردناه نلاحظ أنه يقوم على ثلاث عناصر هي:

\* أن الشخص الإعتباري يتكون من مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال أو مجموعة أشخاص وأموال معا.

\*أنه يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن المجموعات المكونة له بناء على نص القانون.

\*أن يكون قيام الشخص الاعتباري لتحقيق هدف إجتماعي يتحدد في قانون إنشائه<sup>1</sup>

المطلب الثاني : وجود الشخص الاعتباري.

إختلف الفقهاء حول وجود الشخص الاعتباري وطبيعته القانونية وتعددت النظريات.

الفرع الأول : نظرية الإفتراض القانوني.

يرى أصحاب هذه النظرية أن الشخص الطبيعي أي الإنسان وحده هو الكائن الذي يصلح أن يكون طرفاً في الحق لأنه هو الذي له إرادة يعتد بها القانون وله في نفس الوقت وجود حقيقي لأن الحق عندهم سلطة إدارية.

ويطبق أصحاب هذه النظرية " أصحاب المذهب الفردي " قولهم أن الشخص الاعتباري ليس له وجود حقيقي وليس له إرادة بطبيعته ولكن المشرع يستطيع إذا رأى فائدة إجتماعية من شأنه أن يخلقه حلفاً ويفترض له الشخصية القانونية إفتراضاً حتى يستطيع الدخول للحياة القانونية في المجتمع كطرف موجب أو سالب في الحقوق والالتزامات

الفرع الثاني : نظرية الشخصية الحقيقية.

قال بهذه النظرية بعض الفقهاء الألمان أيضاً وتبلور فكرتهم في أن الأشخاص الاعتبارية ليست أوهاماً وليست مجرد إفتراضات لا وجود لها إلا حيثما يريد المشرع وعندما ينص عليها القانون ولكنها حقائق واقعية تفرض نفسها على المشرع لأنها توجد من تلقاء نفسها بمجرد تكوينها دون إنتظار إعتراف المشرع أو القانون بوجودها وكذلك إن كذلك أن الأشخاص الاعتبارية وإن كانت تختلف عن الأشخاص الطبيعية من حيث أنها ليست أجساماً وليس لها كيان مادي ملموس إلا أنها تتفق معها من حيث أنها حقائق على كل حال فالشخص الاعتباري حقيقة معنوية وهو كالشخص الطبيعي الذي هو حقيقة مادية وقد تفرعت إلى مذهبين مذهب الملكية المشتركة ومذهب المصالح المشتركة.

الفرع الثالث : نظرية الملكية المشتركة.

يرى أصحاب هذه النظرية أن الموال التي ينشأ بها الشخص الاعتباري تعتبر مملوكة ملكية مشتركة للأفراد الذين خصصت تلك الأموال لمنفعتهم ويضيفون إلى ذلك قولهم بأن الملكية المشتركة ملكية من نوع خاص فهي تختلف عن الملكية الفردية بحيث لا يجوز لأحد المالكين أن يتصرف بالبيع أو الرهن أو الوصية في

<sup>1</sup> بيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 212

ماله المشترك ،وهي في نفس الوقت تختلف عن الملكية الشائعة بحيث لا يجوز لأحد المالكين أن يتصرف في حصته من المال المشترك ولا يجوز له أن يطالب بقسمة المال المشترك ليحصل على نصيبه.

ومعنى ذلك أنه لو كانت مؤسسة أو جمعية أنشأت مستشفى لا نقول بوجود شخص إعتباري هو المؤسسة أو الجمعية ولكننا نقول بأن هناك ملكية مشتركة حقيقة لأشخاص طبيعيين هم المستفدون من العلاج بصفة مباشرة وليست هناك شخصية إعتبارية مستقلة عن المكونين للمشروع.

المطلب الثالث : أنواع الأشخاص الإعتبارية

تنقسم إلى قسمين أشخاص إعتبارية عامة وأشخاص إعتبارية خاصة وينقسم كل نوع منها بدوره إلى قسمين أشخاص وطنية وأشخاص أجنبية.

ويقصد بالأشخاص المعنوية العامة الوطنية تلك الأشخاص الإعتبارية التي تنشأ بإرادة الشعب على إقليمه الوطني وتأتي في مقدمتها الدولة بإعتبارها شخصا معنويا عاما ووطنيا في نفس الوقت ويلمها الفروع التي تتألف منها الدولة أي الأقسام الإدارية فيها وبحسب نص المادة 49 من القانون المدني فإن الأشخاص الإعتبارية هي:

1/ الدولة ،الولاية ،البلدية.

2/ المؤسسات والدواوين العامة طبقا للشروط التي يقررها القانون.

3/ المؤسسات الإشتراكية والتعاونيات والجمعيات وكل مجموعة ( أشخاص وأموال ) يمنحها القانون شخصية إعتبارية

هذا وقد تضمن القانون المدني نصا مفاده أن الشخص الإعتباري يتمتع بجميع الحقوق التي تقرها القوانين وتحميها إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان ،وأضاف المشرع أن يكون للأشخاص المعنوية \*ذمة مالية.

\*أهلية في حدود ما يقرره القانون إنشائها أو أي قانون آخر.

\*أن يكون لها موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.

\*الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها القانوني في الجزائر.

\*أن يكون لكل شخص معنوي نائب عنه يعبر عن إرادته تعبيرا قانونيا ويعتبر النائب ممثلا له ويمارس أهلية الأداء نيابة عنه.

\*كما إعترف المشرع بأن يتمتع كل شخص معنوي بحق التقاضي كالشخص الطبيعي فيكون له حق رفع الدعاوي أمام القضاء.

وكذلك نص القانون المدني على أن تأسيس مؤسسات الدولة ومنشأتها الإقتصادية والإجتماعية وإكتسابها الشخصية القانونية أو فقدها يكون دائما بقانون.

الفرع الأول : الأشخاص العامة.

هي الدولة وفروعها مع ملاحظة أن الدولة تنشأ بإعتراف الدول الأخرى بقيامها أما فروع الدولة تنشأ بإعتراف المشرع الوطني أي القانون الداخلي بوجودها أو تأسيسها مثل الولاية والدائرة والبلدية<sup>1</sup>.

الفرع الثاني : الأشخاص الخاصة.

يقصد بها الهيئات والمؤسسات والمجمعات والشركات المدنية والتجارية التي تعترف لها الدولة بشخصية إعتبارية لتحقيق أهداف خاصة بالمجموعات من الأشخاص والأموال المكونة لها.

\*الجمعيات : يمكن تعريف الجمعية بأنها كل جماعة تتكون من عدة أشخاص من طبيعية أو إعتبارية تكون لها صفة الدوام وتهدف لغرض إجتماعي دون الحصول على ربح مادي.

وتختلف الجمعية من الإجتماع دائما يكون عارضا وليست له صفة الدوام وتختلف أيضا عن الشركة.

\*المؤسسات : هي شخص إعتباري ينشأ بناء على تخصيص مبلغ من المال لعمل إجتماعي سواء كان خيريا أو علميا أو رياضيا أو فنيا.

\*الشركات : تتكون الشركة بإتفاق شخصين أو أكثر على أن يساهموا في مشروع عن طريق تقديم كل منهم حصة من المال أو العمل مع إقتسام النتائج ربحا كان أم خسارة.

فالشركة مجموعة أشخاص تتظافر جهودهم لتحقيق الكسب المالي وهي بهذا تختلف عن الجمعية التي تسعى لتحقيق غرض إجتماعي غير الربح وتنوع الشركات إلى مدنية وتجارية ... إلخ

المطلب الرابع : الخصائص المميزة للشخص الإعتباري.

الفرع الأول : حياة الشخص الإعتباري.

أولا- بداية الشخصية القانونية : بالنسبة للدولة كبدأ شخصيتها الإعتبارية من يوم تكامل عناصرها الثلاثة من شعب وإقليم وحكومة ذات سيادة وإعتراف الدول بها كعضو في المجتمع الدولي.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 226 .

-بالنسبة للولاية بصدور قرار إنشائها الذي يحدد إسمها ومركزها وإستقلالها المالي وشخصيتها القانونية  
-بالنسبة للمؤسسات الإشتراكية والتعاونيات والشركات والدواوين والجوعيات العامة تبدأ حياتها  
القانونية بصدور قانون إنشائها.

-أما بالنسبة للجمعيات والشركات والمؤسسات الخاصة فإن القانون يشترط عقب صدور قانون إنشائها  
القيام بشهرها عن طريق تسجيلها في السجلات الخاصة بالتوثيق في الشهر العقاري وكذلك نشر قانون  
إنشائها وتسجيلها بالصحف اليومية حتى يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الغير.

ثانيا- نهاية الشخصية : نزول على النحو التالي

بالنسبة للدولة تزول بزوال شخصيتها وزوال أحد عناصرها الثلاث بالنسبة للولاية والدائرة والبلدية  
بصدور قانون إلغائها أو إدماجها في حده إدارية أخرى وتصدر قوانين الإلغاء و الإدماج من السلطة  
المختصة بالإنشاء.

بالنسبة للمؤسسات العامة وما في حكمها تنقضي شخصيتها القانونية بإدماجها في مؤسسة عامة أخرى أو  
بالغائها بقانون تصدره السلطة التي أنشأتها.

أما بالنسبة للشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة تنهي حياتها بأحد الأسباب التالية:

\* حلول أجل إنقضائها السابق تحديده في القانون إنشائها.

\*تحقيق الغرض من إنشائها.

\*إتفاق الشركاء على حلها.

\*إشهار إفلاسها.

\* صدور حكم قضائي بحل الشخص الاعتباري.

\* صدور قانون بإلغائها من السلطة التي أصدرت قانون إنشائها.

2- الإسم : دائما يكون لكل شخص إعتباري إسم يتميز به عن غيره من الأشخاص الإعتبارية والأشخاص  
الإعتبارية العامة تحدد لها الدولة أسمائها أما الأشخاص الإعتبارية الخاصة فيسميها أصحابها بأسمائها  
التجارية أو المستعارة ويعتبر الإسم حق وواجبا للشخص الإعتباري.

3- الحالة المدنية : يختلف الشخص الإعتباري عن الشخص الطبيعي في أن الأول ليست له روابط عائلية  
ولا روابط دينية أما من حيث الروابط السياسية نجد أن لكل شخص إعتباري جنسيته وتحدد في قانون

إنشائه لكي يمكن التمييز بين الأشخاص الوطنية والأجنبية وما يترتب على ذلك فيما يتعلق بالمعاملات الضريبية.

4- الأهلية: بمجرد ثبوت الشخصية القانونية للشخص الإعتباري تكون له أهلية وجوب وأهلية أداء كاملة ولكنه لا يمارسها بنفسه بل يكون له نائب يمثله ويعبر عن إرادته.

5- الذمة المالية: للشخص الإعتباري ذمة مالية بعنصرها الإيجابي والسلبي بل هي أبرز مميزاته القانونية حيث تكون ذمته المالية مستقلة ومنفصلة تماما عن الذمة المالية للأفراد المكونين له.

6- الموطن: من حيث الموطن الشخص الإعتباري يأخذ حكم الشخص الطبيعي بحيث يجوز أن يكون له موطن عادي أو قانوني أو موطن مختار في حالات معينة

يقصد بمصادر الحق المنابع التي تنبع منها الحقوق، سواء أكانت هذه الحقوق عامة أو خاصة، و سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية. و مما لا شك فيه أن المصدر الأساس للحق هو القانون، لأن الحقوق تستند في وجودها إلى القانون. و لكن القانون على هذا النحو يعتبر المصدر البعيد للحق لأنه عندما يقرر حقاً من الحقوق، إنما يقره نتيجة وقائع و أحداث تسمى (الواقعة القانونية). و الواقعة القانونية قد تكون من عمل الطبيعة، فتسمى (وقائع طبيعية) و قد تكون من عمل الإنسان، فتسمى (وقائع اختيارية). فهذه الوقائع هي المصادر المباشرة للحق. أما الأعمال الإرادية أو التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان فتسمى بـ (الأعمال أو التصرفات القانونية)، لأنها هي أعمال إرادية بحتة تتجه الإرادة فيها إلى إحداث نتائج قانونية معينة. و لهذا فإن مصادر الحق اثنان هما:



Fait juridique الواقعة القانونية

التصرف القانوني Acte juridique.

### 1- الواقعة القانونية:

الواقعة القانونية هي كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان و يترتب عليه الأثر القانوني، كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كلياً، فالواقعة التي تقع بفعل الطبيعة تسمى (واقعة طبيعية)، و الواقعة التي تقع بفعل الإنسان (واقعة اختيارية)..

#### الفرع الأول: الواقعة الطبيعية

الواقعة القانونية هي التي تقع بفعل الطبيعة مستقلة عن نشاط الشخص و يترتب عليه الأثر القانوني، كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كلياً، فالزلازل واقعة طبيعية قد تؤدي إلى نقل قطعة أرض من مكانها إلى مكان آخر، و قد تتكون الجزر بصورة طبيعية في مجرى الأنهار أو من انحسار ماء البحر مما قد ينجر عنه توسع في رقعة الأرض، فتعتبر جزءاً من أملاك الدولة الخاصة.

#### الفرع الثاني: الواقعة الاختيارية

هي التي تقع بفعل الإنسان سواء صدرت عنه بإرادته أم بدونها. أي التي تُرد إلى نشاط الشخص، سواء أكان نشاطاً مقصوداً لغرض ترتيب أثر قانوني معين و هذا هو (التصرف القانوني)، أم لم يكن مقصوداً وهو (العمل المادي).

### أولاً: العمل المادي Acte matériel.

العمل المادي هو الواقعة القانونية التي تقع بفعل الإنسان و يترتب عليها الأثر القانوني دون اعتبار لوجود الإرادة أو عدم وجودها في وقوعها (لأن العمل الإرادي هو أيضاً العمل المادي).

لأن القانون لا يعتد بالإرادة في ترتيب هذا الأثر، و إنما يعتد بالفعل الواقع و يترتب الأثر القانوني عليه بمجرد وقوعه ولو لم تقصد الإرادة هذا الأثر فعلاً. و هي: (الأفعال الضارة) و (الأفعال النافعة) و (الحيازة).

1 – الفعل الضار: و هو كل عمل مادي يقوم به الشخص و يلحق الضرر بشخص آخر، فيحق للمتضرر أن يطالب مرتكب الفعل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، سواء أكان الفعل الضار الذي سبب الضرر

قد وقع عمداً أم نتيجة إهمال و تقصير. وتقوم مسؤولية الفعل الضار على ثلاثة أركان هي: الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بينهما.

2 – الفعل النافع: و هو كل عمل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع، فيرتب القانون لمن افتقرت ذمته حقاً في الرجوع على من أثرى على حسابه، و يطبق عليه قواعد الإثراء بلا سبب Enrichissement sans cause و نصت المادة 141 من القانون المدني أنه: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء، و كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له و جب عليه رده وهو ما يسمى بالدفء غير المستحق Le paiement de l'indu، أو أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك وهو ما يسمى بالفضالة Gestion d'affaire (و تصنف هذه الأعمال ضمن الفصل الخاص بـ "شبه العقود")<sup>1</sup>.

3 – الحيازة: و هي وضع مادي، به يسيطر شخص بنفسه أو بواسطة غيره سيطرة فعلية على شيء أو حق يجوز التعامل فيه مدة مقررة في القانون، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الشيء أم لم يكن صاحبه. فالحيازة واقعة مادية تتكون من عنصرين هما: 1- عنصر مادي وهو وضع اليد على الشيء للمدة المقررة في القانون. 2 – عنصر معنوي وهو نية التملك. أما بالنسبة للمنقول فالقاعدة هي أن الحيازة في المنقول سند الملكية.

## 2-التصرف القانوني:

التصرف القانوني هو العمل الإرادي المحض الذي يتوجه إلى إحداث أثر قانوني ما. أي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين قد يكون إنشاء حق أو نقل أو تعديله أو إزالته. فالأثر القانوني يترتب في هذه الحالة بمقتضى إرادة الشخص و تسليم القانون بذلك في حدود احترام الناظم العام و الآداب العامة. فالتصرف القانوني يختلف عن العمل المادي على أساس أن الأثر القانوني يترتب على التصرف القانوني، لأن الإرادة قد اتجهت عليه فينشأ الحق مستنداً إلى هذه الإرادة بحيث يكون المرجع إلى هذه الأخيرة وحدها في تحديد مضمون هذا الحق و مداه، في حين أن الأثر القانوني يترتب على العمل المادي بمجرد وقوع الفعل، سواء اتجهت الإرادة إلى إحداثه أم لا.

<sup>1</sup> المادة 150 من القانون المدني

و التصرف القانوني قد يتم بإرادة منفردة. أي بتصرف صادر من جانب واحد و إرادة واحدة، كما في الإقرار، و الوصية التي تملك مضاف إلى ما بعد الموت من الموصي بدون عوض، أو كالوعد بالجائزة<sup>1</sup>، و قد لا يتم إلا بالتقاء و توافق إرادتين حريتين ببعضهما لإحداث الأثر القانوني. أي بتصرف من جانبيين كما هو الحال في العقود، كعقد البيع و الإيجار و الرهن و القرض و جميع الالتزامات التعاقدية الأخرى الملزمة للجانبيين. فآثار التصرف القانوني تحصل بإرادة الشخص لا بقوة القانون .

## 1 التصرف القانوني الصادر من جانب واحد (الإرادة المنفردة).

وكما سبق ذكره هو عمل قانوني من جانب واحد، حيث يلزم الشخص نفسه بإرادته المنفردة دون أن تفتقر هذه الإرادة بإرادة شخص آخر، كما في الوصية. و لا تحتاج في قيامها لقبول الجانب الآخر<sup>2</sup> فمن المتصور أن تنتج الإرادة المنفردة بعض الآثار القانونية بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد و تكون سبباً لإنشاء حق عيني مثلا الوصية بعقار أو انقضائه كالتنازل عن الرهن الرسمي. أو في إنهاء رابطة تعاقدية كما في الوديعة. فالتشريعات الحديثة تعترف بدور الإرادة المنفردة في إحداث آثار قانونية و إنشاء الحقوق كما هو الحال في القانون المدني الجزائري في المادة 123 مكرر منه .

## 2 التصرف القانوني الصادر من جانبيين (العقد).

يعتبر العقد الصورة الأكثر وقوعاً في الحياة العملية للتصرف القانوني الصادر من جانبيين، و يعرف البعض أن العقد هو توافق إرادتين حريتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، كإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إزالته. أما المشرع الجزائري عرفه في المادة 54 من القانون المدني بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

فالأصل في العقود مبدأ سلطان الإرادة، لأن "العقد شريعة المتعاقدين"، بحيث يكون بمقدور الأشخاص أن يعقدوا بإرادتهم الحرة كافة التصرفات القانونية ما دامت منسجمة مع الأسس العامة و الضوابط التي

<sup>1</sup> المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني

<sup>2</sup> المادة 123 مكرر من القانون المدني

يقررها النظام القانوني في المجتمع. كون أن العقد يقوم أساساً على التراضي وتوافق المتعاقدين بحيث يعتبر شريعة المتعاقدين Loi des Partie و لكن نطاق حرية الإرادة مقيدة باحترام النظام العام و الآداب العامة و ذلك لأن القانون يحد من مبدأ سلطان الإرادة بمجموعة من القواعد الأمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأشخاص أن يتفوقوا على خلافها و استبعاد تطبيقها.

كما أن القانون قد يفرض شكلية معينة يجب مراعاتها لاستعمال الصيغة النهائية لبعض العقود بحيث لا تكفي في تكوينها مجرد توافق الإرادة بل لا بد من صب الإرادة في شكل يتطلبه القانون، كالعقود المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية التي لا تنتج أثرها ما لم يتم توثيقها في قالبها الرسمي و شهرها أمام مصلحة الشهر العقاري (المحافظة العقارية)، و هذه الشكلية جعلها المشرع ركناً من أركان العقد<sup>1</sup> الخاصة بالحقوق العينية الأصلية.

استعمال الحق: و رغم عدم تناول (بالتفصيل) عنصر استعمال الحق و إثباته لا بد لنا من بيان مدى استعماله و إثباته بصفة وجيزة. الأصل هو أن لصاحب الحق أن يستعمل حقه بالطريقة التي يراها ضمن الحدود المقررة في القانون. ولكن أصبح استعمال الحق في الوقت المعاصر مقيداً بضوابط تختلف باختلاف كل نوع من أنواع الحقوق التي تؤكد في مجملها أن الحقوق ليست مطلقة. فصاحب الحق الذي يغالي في استعمال حقه بحيث يتعمد الضرر بغيره دون أن تكون له أدنى مصلحة في هذا الاستعمال أو كانت مصلحته في ذلك قليلة بالقياس إلى مصالح الغير، أو للحصول على فائدة غير مشروعة، فيجب أن يكون معرضاً لوسائل تحد من هذه الاستعمالات التعسفية لتحقيق العدل و التوازن اللازم لإيجاد مجتمع متناسق و لذا وجدت نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>2</sup> التي حددت شروط قيام مسؤولية من يتعسف في استعمال حقه، و يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ يترتب المسؤولية اللازمة التعويض في الحالات التي: 1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، 2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة على الضرر الناشئ للغير، 3 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني/ بحيث جعل المشرع الجزائري من عقد بيع الحقوق العينية الأصلية عقداً شكلياً ومنه ركناً من أركان العقد وهو ما لا يتوافق مع تطور مبدأ الشكلية إلى الرضائية

<sup>2</sup> تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق من حيث الأساس على فكرة وسط بين المذهب الفردي المطلق (بجعل تحقيق مصلحة الفرد هو الهدف الأسمى للقانون و أن مصلحة الجماعة لا تتحقق إلا بتحقيق مصالح الأفراد. لأن مصلحة الجماعة ما هي إلا مجموع المصالح الفردية) و المذهب الاجتماعي الذي يلغي الحقوق أساساً و يجعل للملكية وظيفة اجتماعية.

<sup>3</sup> المادة 124 مكرر من القانون المدني

### حماية الحق وحدوده:

تعتبر الحماية القانونية للحق عنصرا مهما له، ففي حالة وجود تجاوز على الحق يضمن القانون لصاحبه الوسائل القانونية الكفيلة بدفع التعرض الصادر من الغير، و هي الدعوى أو الدفع أمام القضاء. وفي حالة وجود تجاوز من قبل صاحب الحق في استخدامه لحقه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، ممّا يترتب عليه سقوط الحماية القانونية عنه. وسنبحث ضمن مبحث أول حماية الحق وضمن مبحث ثاني حدود الحق.

المبحث الأول: حماية الحق.

إذا وقع اعتداء على حق من الحقوق خوّل القانون وسيلة لصاحب الحق من أجل حمايته، وهي الدعوى التي ترفع أمام القضاء محاولاً إثباته، وسوف نتعرض في المطلب الأول لوسائل حماية الحق، وفي المطلب الثاني لطرق إثباته.

### المطلب الأول: وسائل حماية الحق.

الدعوى هي وسيلة حماية الحق، والتي يرجع إليها المدعي لتحريك القضاء للحصول على تقرير حقه أو حمايته. والدعوى التي يحركها الشخص للدفاع عن حقه، إمّا دعوى مدنية أو جزائية .

أولاً: الدعوى المدنية: وهي التي ترفع أمام القضاء المدني إذا حدث اعتداء على أي حق من الحقوق الخاصة أو المالية للشخص، بهدف حماية ذلك الحق، وأساسها هو المسؤولية المدنية، وهي جزاء الإضرار بالمصالح الخاصة من خلال إلزام المسؤول بتعويض الضرر بناء على طلب المضرور. ويترتب على ذلك:

-أنّ الدعوى المدنية هي وسيلة حماية الحقوق الخاصة والمالية.

-رفعها هو حق لصاحب الحق حسب رغبته، فله الحق في التنازل عن حقه، والتصالح بشأنه.

-يتم تحريكها بإتباع الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

ويشترط لقبول الدعوى المدنية شروطاً ثلاثة، وهي:

1- المصلحة: وهي الفائدة المشروعة التي يرمى المدعي إلى تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء. والأصل أن تكون المصلحة قائمة وحالة حتى تقبل الدعوى، والإستثناء هو قبول المصلحة الإحتمالية في أحوال معينة فقط. ولا دعوى حيث لا مصلحة pas d'intérêt pas d'action .

2- الصفة: هي أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى، وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته. وقد يمنح القانون شخصاً آخر غير صاحب الحق أو نائبه الحق بمطالبة المدين بالدين، كما لو كان للمدعي مصلحة شخصية في رفع الدعوى. مثال: الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

3- أهلية التقاضي.

4- ألا يوجد قانوناً ما يمنع سماعها، والمنع القانوني قد يكون:

منع شكلي: كتحديد مواعيد معينة ترفع خلالها الدعوى. فإذا تجاوز المدعي هذه المواعيد، كانت دعواه غير مقبولة.

منع موضوعي: كسبق الفصل في موضوع الدعوى، فيمنع من قبول الدعوى التي سبق الفصل فيها من جديد، حتى لو قدّمت في الخصومة الجديدة أدلة واقعية، وأسانيد قانونية لم يسبق إثارتها في الخصومة الأولى.

وتختلف وسيلة حماية الحقوق المالية باختلاف الحقوق، فوسيلة الحماية في الحقوق العينية، هي الدعوى العينية، والتي يختلف موضوعها باختلاف الأحوال، ودعوى الحيازة. أما الدعوى الشخصية والتي يرفعها صاحب الحق، على من اعتدى على حقه فسبب له الضرر، مطالباً إياه بالتعويض عن هذا الضرر. فوسيلة الحماية في الحقوق الشخصية قد يكون إما التنفيذ العيني كإجبار المدين على أداء موضوع الإلتزام سواء كان عملاً أو إمتناع عن عمل، وقد يكون التنفيذ بطريق التعويض عند تعذر تنفيذ الإلتزام عينا، أو التأخير فيه.

ثانياً: الدعوى الجزائية: أساسها هو المسؤولية الجنائية، والتي تقوم جزاء الإضرار بمصالح المجتمع باعتبار أنّ آثار الإعتداء تتجاوز الضحية إلى المجتمع، كالإعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان، كحقه في سلامة جسمه بالتعدي عليه بالضرب أو الجرح أو القتل، أو يكون هذا الإعتداء ماساً بشرفه، كالجرائم المتعلقة بهتك العرض والقذف... ويتم في هذه الدعوى توقيع عقوبة على المسؤول عقاباً له وردعاً لغيره. وتتحرك الدعوى الجنائية بناء على شكوى من طرف الضحية أو من طرف النيابة العامة مباشرة. ولا يجوز التنازل عنها ولا التصالح فيها.

ومما ينبغي التنبيه إليه أنّ للضحية بسبب الجريمة التقدم بدعواه المدنية إلى المحاكم الجزائية، تبعاً للدعوى الجنائية، مطالباً إياها بالحكم له بالتعويض. وهنا يتعيّن وقف سير الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية عملاً بقاعدة أن "الجنائي يوقف المدني..".

ثالثاً: بيان أوجه الاختلاف بين المسئوليتين المدنية والمسؤولية الجنائية:

المسألة المسؤولية المدنية المسؤولية الجنائية.

المصلحة محل الحماية هي جزاء الإخلال بمصالح فردية خاصة (الإخلال بالتزام عقدي أو قانوني) هي جزاء الإخلال بالأمن العام للمجتمع .

القابلية للصلح أو التنازل تقبل الصلح أو التنازل لا تقبل الصلح أو التنازل.

النطاق واسعة النطاق: تستند إلى مبدأ عام يلزم كل من أحدث ضرراً للغير بتعويضه نطاقها ضيق: عملاً بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

الجزاء جزاء مدني: تعويض عيني، نقدي..عقوبة .

## المطلب الثاني: وسائل إثبات الحق.

إذا رفع المدعي دعواه فإن القاضي، بعد أن يطلب منه أن يبين دعواه، يسأل المدعى عليه المدعي، فإن أقرّ بما يثبت بإقراره الحق الذي يدعيه المدعي صدر الحكم به. وإذا أنكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي طلب القاضي من المدعي أن يقدم بينته التي يثبت بها ما يدعيه. ذلك أنّ إدعاء الحق من غير إثباته يصبح هو والعدم سواء. وقد تناول القانون المدني الجزائري أحكام الإثبات في المواد من 323 إلى 350. والإثبات قانوناً هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يجيزها القانون، على واقعة قانونية تؤثر في الفصل في الدعوى.

### الفرع الأول: وسائل الإثبات.

وسيلة إثبات الحق الذي يدعيه المدعي قد تكون الكتابة، أو البيّنة، أو القرائن، أو الإقرار، أو اليمين. وستتناول كل واحدة من هذه الوسائل بشيء من الإيجاز.

1- الكتابة: يعتبر الدليل الكتابي من أهم أدلة الإثبات، ويمتاز عن بقية الوسائل الأخرى بإعداده مقدماً، أي وقت حصول الواقعة أو التصرف القانوني مصدر الحق، وقبل حدوث أي نزاع. والكتابة التي يتم بها الإثبات إما أن تكون في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية. فالورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك في حدود سلطته واختصاصه (م 324 مدني). أمّا الأوراق العرفية فهي المحررات الصادرة عن الأفراد وليس عن موظف عام، موقعة ممّن صدرت منه بإمضائه أو ختمه أو بصمته.

2- الشهادة: وهي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، وتسمّى البيّنة لأنها تبين ما في النفس وتكشف الحق فيما اختلف فيه. وللقاضي سلطة تقدير الشهادة فله أن يأخذ بها إذا اقتنع، أو أن يرفضها مهما كان الشهود. وكتمان الشهادة إثم نهى الله عنه، كما أنذ شهادة الزور كبيرة من الكبائر، وقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 265 منه على المعاقبة بالحبس والغرامة على شهادة الزور.

3- الإقرار: هو اعتراف شخص أمام القضاء بواقعة معينة، مدعى عليه بها لآخر بقصد اعتبار هذا الأمر ثابتاً في ذمته وإعفاء الآخرين من إثباته، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، والإقرار حجة قاطعة على المقر (م 342 مدني)، وذلك إذا وقع أمام القاضي، أمّ إذا وقع خارج المحكمة فيخضع لتقدير القاضي. ومع أنّ الإقرار سيد الأدلة كما يقال، إلّا أنه يعتبر حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، بحيث يؤخذ به المقر وحده دون سواه لأن المقر لا ولاية له إلّا على نفسه.



4- اليمين: يقصد بها قيام الخصم بالحلف لإشهاد الله سبحانه و تعالى على صدق واقعة سابقة يدعي وقوعها. و قد تكون اليمين حاسمة أو متممة .

فاليمين الحاسمة تكون عندما يكون عبء الإثبات على الخصم و يعوزه الدليل، فإنه يوجه "اليمين الحاسمة" إلى خصمه احتكاما إلى ضميره و حسما للنزاع، وهي دليل من لا دليل له، فقد تكون الملاذ الأخير لمن ينقصه الدليل. و تتمثل آثارها في أنه إذا حلف من وجهت إليه ترفض دعوى المدعي، وإذا نكل (رفض) من وجهت إليه اليمين يحكم للمدعي.

أما اليمين المتممة فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين لكي يستكمل بها الأدلة الأخرى. ويشترط لتوجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، و بخلاف اليمين الحاسمة، لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه هذه اليمين أن يردها على الخصم الآخر، ولكونها دليلا غير كامل فالقاضي لا يتقيّد بها.

5- القرائن: هي أمر يستخلصها القانون أو القاضي لأمر مجهول من واقعة معلومة، وهي أنواع:

-قرائن قضائية: يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى.

-قرائن قانونية: يستنبطها المقنن وتنص عليها القوانين (مثال: م. 499 مدني "الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك". وتنقسم القرينة القانونية أيضا إلى:

-قرينة قانونية بسيطة: وهي التي تقبل إثبات العكس، وهي الأصل في القرائن، وإثبات عكس القرينة يتم بكافة طرق الإثبات.

-وقرينة قاطعة: وهي التي لا تقبل إثبات عكس ماتقرره. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 338 مدني التي تجعل الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة.

الفرع الثاني: على من يقع عبء الإثبات.

إن معرفة الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات من الناحية العملية له أهمية خاصة، تتمثل في معرفة الطرف الذي يلزم قبل الآخر بتقديم الدليل على صحة مزاعمه، فالقاعدة العامة المقررة في الإثبات أن "البينة على من ادعى"، ولذلك نص القانون المدني في المادة 323 منه "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى

المدين إثبات التخلص منه". ولا يقصد من عبارة المدعي هو المدعي في الدعوى، وإثما المقصود منها هو من تخالف دعواه الظاهر، والأصل في كل الامور هو الظاهر، كمن يضع يده على شيء يعتبر صاحب حق عليه، ومن يدعي ملكية ذلك الشيء فعليه أن يثبت ذلك .

### المبحث الثاني: حدود الحق.

الأصل أن لصاحب الحق كامل الحرية في أن يستعمل السلطة الممنوحة له بالشكل الذي يريده أن يكون مسئولا عن الأضرار التي تصيب الآخرين مادام أنه لم يجاوز الحدود التي رسمها له القانون. والاستثناء هو إذا تعسف الشخص في استعمال حقه - حتى لو كان ذلك دون تجاوز لحدود هذا الحق - يكون نوعا من الخطأ الذي يستوجب مساءلته. وقد تبين المقتن الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني الملغاة، والتي مع إلغائها فيبقى حكمها باقيا لأنها تقرر مبدأ قانونيا وهو عدم التعسف في استعمال الحق. ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية، وذلك في حالة:

1 -عدم مشروعية المصلحة: إذا قصد صاحب الحق من استعماله لحقه الوصول إلى هدف لا يقره القانون، وذلك كاطلاعه على زوجة جاره أو بناته، أو إلحاق الضرر به ماديا أو معنويا، أو قام رب العمل بفصل عاملة رفضت أن تجاربه لأغراضه غير المشروعة.

2 -قصد الإضرار بالغير (معيار شخصي): كإذا بنى مالك قطعة الأرض جدارا فيها قصد حجب النور عن جاره .

3 -رجحان الضرر عن المصلحة (معيار موضوعي): ومعناه عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين ما ينتج عنها من ضرر بالغير

و تتمثل أهم تطبيقات التعسف في استعمال الحق في: الإرتفاع بالبناء بقصد حجب النور و الهواء عن الجار، من يمسك بزوجه في الطلاق الرجعي خلال عدتها، ليس بقصد العدول عن الطلاق بل لغرض إطالة العدة عليها إضرارها بها. رب العمل الذي يفصل العامل بغير سبب جاد، رفع الدعاوى الكيدية .

وينبغي أن نشير إلى أنّ الضرر إذا كان مألوفاً يكون مسموحاً به كبكاء الأطفال أو صراخهم، أو نباح الكلاب، أو خروج الشخص مبكراً، أو رجوعه متأخراً أو الجلبة البسيطة في المناسبات الاجتماعية، أمّا إن تجاوز الضرر الحد المألوف فإنه يعتبر تعسفاً كأن يقوم شخص ببناء مصنع كيماويات أو مدبغة جلود على أرضه فتنبعث ضجة أو رائحة تلحق ضرراً غير مألوف بالجار.

ويأخذ القانون في الاعتبار في نالتعسف في استعمال الحق العرف وموقع العقارات وطبيعتها والغرض المعدّ له العقار ولا يحول الترخيص الصادر عن الجهات المختصة دون استعمال حق الجار بمطالبة بإزالة الضرر.

أما الجزاء الذي يترتب على مضار الجوار، فيجوز للمحكمة الحكم بإزالة الضرر الذي لحق بالجار أو إلحاق ضرر غير مألوف لللقاضي سلطة تقديرية في كيفية إزالة الضرر: فقد يحكم مثلا بتعليق المدخنة أو يحكم بوضع عوازل للصوت، أو يحكم بعدم تشغيل المصنع في ساعات معينة، أو يحكم بإغلاق المنشأة

#### اثبات و استعمال الحق

يجب أن يستعمل صاحب الحق حقه في الحدود المقررة قانونيا دون تجاوز ودون إلحاق ضرر بالغير ويتطلب القانون لحماية صاحب الحق أن يقوم هذا الأخير بإثبات ذلك في غالب الأحيان . كما أن القانون يقيم أحيانا أخرى قرائن تعفي الشخص من الإثبات نهائيا أو تلقي عبء الإثبات على المدعي.

لقد لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق رفضاً من طرف أصحاب المذهب الفردي الذين كانوا لا يقبلون أن يرد على حق المالك في استعماله ملكه أي قيد إلا في حالة واحدة، وهي وجوب عدم مجاوزة المالك حدود حقه وقد كان هذا المذهب مسيطر على الفكر القانوني، وكان يرى أن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقاً دون قيد، فالقاعدة عند أصحاب هذا المذهب هي أنه لا يمكن أن ينسب للشخص وهو يستعمل حقه أي خطأً. والحقيقة هي أن الصورة التي قبلها هذا المذهب، وهي عدم مجاوزة حدود الحق لا تعتبر تعسفاً في استعمال الحق، وإذا استعملها الشخص يدخل في نطاق يمنع عليه دخوله أصلاً فهنا يعتبر العمل خطأً يلزم التعويض، فليس للشخص أن يتجاوز حدود ملكه أو يدخل ملكية جاره أو يبني عليها أو أن يغرس فيها.

وقد تأثر الفقيه الفرنسي بهذا المذهب، ففي بداية القرن 19 كان يعتبر الحقوق مطلقة ومن يعمل في حدود حقه لا يسأل مهما كان الضرر الذي يصيب الغير نتيجة ذلك فللشخص استعمال حقه كيفما شاء ولا يكون مسئولاً عن الضرر الذي يلحقه للغير.

وكان الفقيه بلاتويل يعارض نظرية التعسف في استعمال الحق بشدة ويرى أنها تتناقض مع مضمون الحق إذ متى كان لشخص حق فلا يتصور أن يتعسف فيه وقدرة جوسران على بلاتويل بقوله: "إنك تخلط بين كلمة حق التي تعني Droit subjectif وكلمة Droit التي تعني القانون إذ من المتصور أن يكون للشخص حق موافقاً لحق من الحقوق Droit subjectif ومخالفاً للقانون في المجموعة، فالتعسف في استعمال الحق يستلزم وجود فعل يدخل في حدود مضمون الحق، فهو مشروع في ذاته وينقلب إلى فعل غير مشروع لانحراف في غرضه أو لأن نتيجته لا تتفق مع الغاية من الحق.

وتطورت فيما بعد نظرية التعسف في استعمال الحق ولقيت تأييداً لدى الفقه والقضاء الفرنسيين عموماً، وبعد أن كان القضاء الفرنسي يشترط توافر الخطأ العمدي من طرف المتعسف أي أن يكون قد قصد الإضرار بالغير، فتطور وأصبح يعتبر الفعل تعسفاً كلما ترتب عليه ضرر أصحاب الغير ولم تتوفر لصاحب الحق مصلحة من استعماله.

أما الفقهاء المسلمون فقد كانوا لا يؤيدون فكرة التعسف في استعمال الحق، إذ لا يمكن أن يكون الفعل غير مشروع إذا كان نتيجة ممارسة الشخص لحقه وفقاً للمقولة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" ولكن ما لم يثبت الحال أن تطورت وترسمت نظرية التعسف في استعمال الحق، وأعطتها فقهاء المسلمين منذ القرن السادس الهجري أوسع تصوير، وكانوا هم الرائدون في هذا المضمار وسبقوا في ذلك الشرائع الغربية إذ لم يقتصروا على صورة تعمد الإضرار بالغير، بل اعتبروا الفعل تعسفاً كلما تخلفت المصلحة لدى

صاحب الحق، وتجاوز الحدود المألوفة المتعارف عليها واهم تطبيقات ذلك مضار الجوار، فلا يتحمل الجار ما جاوز الحد المألوف من مضار الجوار.

المطلب الثاني : معايير التعسف في استعمال الحق وجزاؤه:

1-معايير التعسف في استعمال الحق:

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 41 مدني بما يلي " > يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.>

ويستخلص من هذا النص أن معيار التعسف في استعمال الحق، إما أن يكون معيارا شخصيا وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 41 مدني .

وإما أن يكون معيارا موضوعيا وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة من نفس المادة كما يعتبر الضرر الفاحش الذي يلحق بالجار معيارا موضوعيا.

أ/المعيار الشخصي : قصد الإضرار بالغير:

يكون الشخص متعسفا إذا قصد الإضرار بالغير، كمن يبني خطأ في ملكه يقصد حجب النور عن جاره دون أن تتحقق له من ذلك أية فائدة، فهذا العمل يعد داخلا في إطار ملكه واستعمالا لحقه، ولكن إذا تم إثبات توافر قصد الأضرار بالغير أعتبر متعسفا في استعمال حقه و قصد الأضرار بالغير من أظهر صورة التعسف في استعمال الحق ، فالقانون لا يحمي شخصا قصد من فعله مجرد الإضرار بالغير، و لتحقق هذه الصورة يجب ألا يحقق العمل أية منفعة لصاحبه أو يحقق له منفعة تافهة و في كلتا الحالتين نستخلص نية الإضرار.

ب/المعيار الموضوعي:

إذا كان استعمال الحق يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ففي هذه الحالة يعتبر الشخص متعسفا حتى و لو كانت له مصلحة في استعمال حقه على وجه معين، وذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، إذ تكون الفائدة قليلة

بالنسبة للضرر. كمن يغرّس أشجار عالية لتوفر نوع من الرطوبة، و يحجب بذلك النور عن جاره، و يمنع من استعمال شرفته استعمالاً مألوفاً، فيكون متعسفاً في استعمال حقه لأن المصلحة التي يسعى إليها و هي الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير- و هو عدم استعمال الشرفة - و في نفس السياق تنص المادة 2/708 على ما يلي: << غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختازاً دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط >> النص العربي خاطئ في كلمة (قانوني) و صحتها (قوي) كما ورد في النص الفرنسي فذه الصورة تقوم على أساس عدم التوازن بين المصالح المتضاربة لصاحب الحق والغير فكما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الذي يصيب الغير أعتبر متعسفاً في استعمال حقه ولو لم يكن عدم التوازن نتيجة قصد الإضرار بالغير.

2- عدم مشروعية المصلحة: وذلك كاستعمال مالك المنزل لمنزله لغرض مخالف للنظام العام أو الداب العامة. وقد يكون المصلحة غير مشروعية بصفة غير مباشرة مثال رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل نتيجة انخراطه في نقابة من نقابات العمال، أو المؤجر الذي يطالب المستأجر بإخلاء العين المؤجرة بحجة حاجته للسكن فيما بعد إخفاقه في طلب زيادة الأجرة عما يسمح به القانون. وهناك من يرى أن هذا المعيار معيار شخصي لأن في هذه الصورة المصلحة غير المشروعية يتوفر فيما قصد الإضرار بالغير، إلا اني أرى أن القانون أقام التعسف في هذه الحالة على معيار موضوعي وهو عدم مشروعية المصلحة دون الاعتداد بنية المتعسف.

3- الضرر الفاحش: ويمكن إضافة الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة، ولقد نص عليه المشرع في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة، ويمكن اعتباره تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقتضي بأن يعتبر استعمال الحق تعسفاً إذا ألحق بالغير ضرراً فاحشاً. ومن تطبيقات الضرر الفاحش ما نصت عليه المادة 691 مدني بقولها: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى 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 يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له "

وتطبيقات الضرر الفاحش متعددة فيما يخص مضار الجوار إذ يعتد بالضرر الفاحش ولا ينظر إلى ينظر إلى مصلحة صاحب الحق حتى لو كانت جدية، فيجب الحد منها إذا لحق الغير ضرراً فاحشاً، في هذا الصدد تنص المادة 705 مدني على ما يلي: " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تلبية الحائط المشترك ان يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً..."

2) جزاء التعسف في استعمال الحق:

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

المطلب الثالث: أساس التعسف في استعمال الحق:

يجب تحديد ما إذا كان التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري إذ يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان وأغلب المؤلفين العرب إلى إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية ويعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي وذلك سواء أكان الخطأ عمدي جسيما أم يسيرا غير انه يمكن الرد على هذا بأن التعسف قد يتحقق دون ان تتوافر مقومات الخطأ وذلك إذا ابتعد الشخص عن غاية الحق دون أن يكون مخطأ ولو بذل في استعمال حقه الحيطة والتبصر التي يبذلها الرجل العادي. ويذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري إذ أن نطاق التعسف أوسع من ذلك لأنه إذا كان من الممكن إقامة الصورة الأولى الواردة في المادة 41 التي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه قصد الإضرار بالغير، على أساس الخطأ فيهما بل يمكن إقامة التعسف فيهما على أساس موضوعي فقط ويمكن كذلك تطبيق نفس الفكرة على مضار الجوار غير المألوفة.

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي نفسه قد انتهى إلى أن التعسف لا يقوم على أساس الخطأ، بل يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالجار ولو لم يكن مخطأ. ويرى الأستاذ علي سليمان أن: > التعسف في استعمال الحق قد استمد قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية ... فيعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلا عن نظام المسؤولية التقصيرية.>....

وعلى هذا الأساس أرى أن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية ومن الأفضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة، فالمبالغة في الشيء حتى ولو كانت في إطار القانون، تؤدي إلى الفوضى وإلى مخالفة القانون لذا يجب تقييدها ومسائلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضررا للغير.

المبحث الثاني: إثبات الحق:

المطلب الأول: المذاهب المختلفة في الإثبات:

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

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

ب-مذهب الإثبات المقيد: قد يفرض المشرع للإثبات طرقا محددة، فلا يستطيع المتقاضى إقامة الدليل على حقه بغير الوسيلة التي حددها القانون، كما يكون القاضي كذلك ملزما بهذه الطرق، فهذا المذهب يقيد القاضي إلى أبعد الحدود ويحقق الانسجام في تقدير القضاة مما يترتب عليه استقرار المعاملات، إلا انه يؤخذ على هذا النظام أن الحقيقة القضائية لا تتفق أحيانا مع الحقيقة الفعلية أو الواقعية لأن القاضي والمتقاضين ملزمون بطرق محددة فلا يمكن إقامة الدليل على أمر واضح بغير الطرق التي حددها القانون.

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

المطلب الثاني: عبء الإثبات ومحلّه:

1-عبء الإثبات: نستطيع أن نوجز الحديث عن عبء الإثبات في النقاط التالية:

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



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

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

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

-وإذا وجدت قرينة قانونية في حالات الخطأ واجب الإثبات وكانت مقررة لصالح أحد الخصوم فإنه يعفى من إثبات الواقعة المتعلقة بها وعلى الخصم الآخر يقع عبء إثبات عكس تلك القرينة القانونية. ومثال ذلك إذا قدم المستأجر مخالصة عن الوفاء بأجرة الشهر الرابع من هذا العام تعتبر قرينة قانونية على سداد الأجرة المستحقة من قبل عن العين المؤجرة له، ويعفى من إثبات الوفاء بالأجرة عن الشهر السابقة، وينتقل عبء الإثبات إلى المؤجر لكي يدلل على عدم الوفاء حتى يثبت العكس وهو أمر صعب دائما

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

2- محل الإثبات : يقصد بمحل الإثبات تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق لأنها هي مصدر الحق وإثبات المصدر يثبت نشوء الحق ووجوده وسوف نتكلم عن محل الإثبات في الواقعة المادية وفي التصرف القانوني.

الواقعة المادية لقانون: سبق القول أن الواقعة المادية القانونية قد تكون من فعل الطبيعة وحدها ولا دخل للإنسان في إحداثها كالولادة وقد تكون الواقعة المادية القانونية أيضا يترتب عليها القانون آثار معينة

وهي من عمل الإنسان كالعمل الضار وغير المشروع كالجريمة، وكلما كانت الواقعة المادية مصدر للحق المتنازع عليه كانت هذه الواقعة بالذات هي محل الإثبات أمام القضاء أي تكون هي ما ينبغي إقامة الدليل على إثباته حتى وجود الحق ويشترط في الواقعة المادية القانونية التي تكون محل للإثبات شروط هي:

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

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

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

2/ التصرف القانوني : سبق أن عرفنا بأن التصرفات القانونية هي المصادر الإدارية للحقوق لأن نشوء الحق وقيامه يتوقف على إرادة الشخص سواء في العقود التبادلية أو في التصرفات بإرادة منفردة، وبهذا تختلف التصرفات القانونية عن الوقائع المادية القانونية، حتى تلك الوقائع المادية التي تكون بفعل الشخص ذاته في الأعمال الضارة وغير المشروعة كالجرائم وأشباه الجرائم بل وحتى في الجرائم العمدية، لأننا كما ذكرنا من قبل أنه حتى في الجرائم العمدية التي يرتكبها الجاني بإرادته الحرة ويتوافر لديه القصد الجاني ونية الإجرام تكون الجريمة ذاتها عمدية أي إرادية ولكن حق المجني عليه أو ذويه في التعويض عن الضرر الناشئ عنها ذلك الحق يرتبه القانون على فعله الضار دون أن يكون للمجرم إرادة للحقوق الناشئة ولهذا تعتبر الجرائم أعمالا غير مشروعة وتعتبر مصادر غير إرادية للحقوق الناشئة عنها في حين أن الجرائم عمدية كما قلنا فالعبرة بنشأة الحق رغم إرادة الملتزم به. والتصرفات القانونية باعتبارها مصادر إرادية للحقوق تختلف أيضا عن الواقع المادية من حيث الإثبات، وذلك لأن مصادر الحقوق هي العقود وهي من صنع الأشخاص مع توافر الإرادة الصحيحة للأشخاص وتلك الإرادات الحرة هي محور العقود المنشئة للحقوق. ولهذا نجد المشرع غالبا يستلزم لإثبات الحقوق العقدية دليلا معيناً هو الإثبات بالكتابة بحسب الأصل كقاعدة عامة. ولكن لهذه القاعدة استثناء ان في القانون المدني الجزائري نصت عليهما المادة 333 بقولها أن التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 1000 دج أو تكون قيمتها غير محددة، لا

تثبت بشهادة الشهود ولا بد من أن تكون ثابتة بالكتابة وذلك فيما عدا المعاملات التجارية. ومعنى ذلك أنه يستثني من قاعدة إثبات الحقوق بالكتابة في العقود حالتان:

أ- الحالة الأولى: المعاملات التجارية لأنها تقوم على عنصرى الثقة والسرعة معا.

ب- الحالة الثانية: هي التصرفات القانونية التي تكون قيمتها 1000 دج فأقل سواء كانت التصرفات منشئة للحق أو كان يترتب عليها انقضاء ذلك الحق.

المطلب الثالث: طريق الإثبات:

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

1- الكتابة.

2- شهادة الشهود (البيانات).

3- القرائن القانونية.

4- حجية الشيء المقضي به.

5- الإقرار (الإعتراف).

6- اليمين.

7- المعاينة.

8- تقارير الخبراء.

وسنتكلم بإيجاز عن كل وسيلة من وسائل الإثبات فيما يلي:

أولاً: الكتابة :

تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات في عهدنا الحاضر ، ولقد مر بنا أن المادة 333 مدني جزائري تضمنت حكماً مؤداه أنه في غير المسائل التجارية لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة سواء لإثبات وجود الحق أو لإثبات الوفاء به انقضاءه لأي سبب آخر تجاوزت قيمة التعرف القانوني ألف دينار جزائري أو كانت القيمة غير محددة.

و بمفهوم المخالفة لهذا النص نستطيع القول بأنه المعاملات التجارية المدنية التي تكون قيمتها ألف دينار فأقل، و كذلك في المعاملات التجارية عامة مهما كان حجمها أو قيمتها، فالإثبات جائز و يكون مقبولاً أمام القضاء بكافة وسائله بغير الكتابة، كشهادة الشهود و المحادثات الهاتفية و غيرها ومن البديهي أن الكتابة تصلح وسيلة للإثبات في المواد التجارية وفي المواد المدنية إذا كانت 1000 دينار فأقل و ذلك من باب أولى.

و الكتابة نوعان كتابة رسمية و كتابة عرفية . فالكتابة الرسمية يقصد بها ما تكون من عمل موظف رسمي مختص كما هو الحال في عقود الرهن الرسمي. أما الكتابة العرفية فهي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي و لكل من النوعين حجية خاصة كدليل للإثبات بحسب نصوص القانون. ثانياً: شهادة الشهود(البيانات): يقصد بشهادة الشهود، الأقوال التي يدلى بها الأشخاص في ساحات القضاء بشأن إثبات أو نفي واقعة قانونية أيا كان نوعها.

و لهذا نقول بأن الشهود نوعان، شهود إثبات و شهود نفي، و للمحكمة أن تستمع إلى الشهود دائماً سواء كانوا للنفي أو للإثبات لكي تتجلى الحقيقة.

و تقبل شهادة الشهود كدليل إثبات في المواد التجارية عموماً، و كذلك في المواد المدنية في حدود الألف دينار لا أكثر كما عرفنا من مضمون المادة 333 مدني، ما لم يوجد نص قانوني بخلاف ذلك.

ولكن الشهادات أي البيانات أيا كان نوعها و أيا كان الأشخاص الذين يؤدون الشهادة لا تكون ملزمة للقاضي بل تخضع لتقديره. فله أن يقبل شهادة واحد من الشهود كدليل إثبات أو نفي يقنع به و يرفض شهادتين متضاربتين، في نفس الدعوى و نفس الموضوع.

ثالثاً: القرائن القانونية والقضائية : القرينة القانونية التي ينص المشرع عليها كدليل إثبات تعفي من تقررت صالحه من عبء الإثبات، ومن أمثلتها قرينة الوفاء بالأقساط السابقة عند ثبوت الوفاء بقسط الأجرة اللاحق وعلى ذلك نصت المادة 449 مدني بقولها:

"الوفاء بقسط من الاجرة يعتبر قرينة الوفاء بالاقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".  
وتفسير ذلك أنه في دعوى المطالبة بإيجار المعين إذا قدم المستأجر ما يفيد قيامه بسداد الإيجار عن الشهر الرابع من العام الحالي مثلاً يعتبر ذلك قرينة على سداد جميع الأقساط السابقة على ذلك التاريخ، وعلى المؤجر ان يثبت العكس إذا أراد أي أنه يصبح الملزم بالإثبات. أما القرائن القضائية فيقصد بها كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهي أدلة استنتاجية، ولهذا يجوز للطرف الآخر أن يثبت العكس إذا مكنه من ذلك . وجرى العرف القانوني على أن القرينة أي كان نوعها فهي أدنى

من مستوى الدليل في مجال الإثبات أي لا ترقى إلى قيمته في نطاق الإثبات القضائي ومعنى ذلك أن القرينة تحتاج إلى قرينة أخرى تسندها كدليل إثبات، بينما الدليل يكون بمرده كافيا لإثبات الواقعة القانونية أو نفيها.

رابعاً: حجية الشيء المقضي به : الحكم النهائي الفاصل في موضوع الدعوى يعتبر عنواناً للحقيقة والعدالة في نفس الوقت. ولذلك تكون له حجيته في مواجهة الكافة أي بالنسبة لأطراف الخصومة ولغيرهم من الناس ولهذا يعبر عن الحكم النهائي في الدعوى بأنه حجة قضائية وأن له قوة الشيء المقضي. لذلك يعتبر الحكم النهائي سبباً من أسباب انقضاء الدعوى، بل هو السبب الطبيعي والعادي لانتهاء الدعوى، فهو خاتمة مراحل الدعوى وهو الذي يحسم المنازعات القضائية أياً كان نوعها. ويصدر الحكم النهائي لا يجوز إعادة رفع النزاع إلى أي جهة قضائية أخرى طالما لم يتغير أطراف الدعوى ومحلها وسببها. ويمكن الاحتجاج بالحكم القضائي النهائي كدليل على صحة ما جاء فيه واستخدام هذا الحكم كدليل للإثبات في دعوى قضائية أخرى لحسم نزاع يتصل بالنزاع الذي فصل فيه نهائياً.

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

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

واليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي أطراف الخصومة في الدعوى بغرض اتمام اقتناعه بقرينة معينة، وهذه اليمين المتممة لا أثر لها، لأن القاضي له أن يأخذ بها وله ان يلتفت عنها حتى

بعد قيام الخصم بحلف اليمين. ومن المعلوم ان للخصم ان يحلف اليمين المتممة إذا طلبها القاضي وله أن يمتنع عن أداء اليمين، حيث لا يتقرر حتما بأدائها أو النكول عنها حسم النزاع إيجابيا أو سلبيا.

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

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

ثامناً: تقارير الخبراء : كثيرا ما يلجأ القضاة إلى الاستعانة بأهل الخبرة من أطباء أو مهندسين او فنيين، لإجراء الفحص والبحث والتحليل في الدعاوى التي تثار فيها مشاكل تقنية مثل مضاهاة الخطوط عند الادعاء بتزوير المحررات وتكون لتقارير أولئك الخبراء أهمية قانونية كقرائن او أدلة في الإثبات القضائي. وقد نظم المشرع في قانون الإجراءات المدنية قواعد الاستعانة بالخبراء أمام المحاكم وأجاز للقاضي أن يستعين بخبير أو بعدد من الخبراء لاجراء أعمال الخبرة في الدعوى المطروحة عليه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم. وللقاضي أن يختار هؤلاء الخبراء من بين المقيدين بجدول الخبراء بالمجلس القضائي أو من غيرهم بشرط ان يحلفوا اليمين القانونية. ويلتزم الخبراء بتقديم تقاريرهم عن المهام التي كلفوا بها من قبل المحكمة في الأجال التي يحددها لهم القاضي الذي انتدبهم ويجوز للقاضي مناقشتهم في

المحكمة لاستجلاء ما كان غامضا في تلك التقارير. وبهذا نكون قد استكملنا باب اثبات الحق وانتقل إلى الباب الخامس والأخير لكي نبحت زوال الحق أي انقضاء الحق .

## انقضاء الحق

كما ينشأ الحق فهو يزول وبحسب الأصل يزول الحق بإستيفائه فكل حق ينقضي وتنتهي آثاره بحصول صاحبه عليه أي بإقتضائه من الشخص الملتزم به ، ولكن في حالات معينة يزول الحق بإستيفاء ما يعادله أي ما يقابله أو يساويه فبحصول الدائن على مقابل لحقه يعتبر حقه منقضيا وتزول آثاره ، كما أن الحق يزول أحيانا بطرق أخرى لأسباب معينة وتنقضي آثاره دون إستيفاء الحق ذاته ودون إستيفاء مقابل له . والإشكال المطروح كيف ينتهي يزول الحق ؟ وللإجابة على هذه الإشكالية إنتهجنا المنهج الوصفي معتمدين الخطة مكونة من ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول إستيفاء الحق ذاته ، وفي المبحث الثاني إستيفاء ما يعادل الحق ، وفي المبحث الثالث عدم إستيفاء الحق .

المبحث الأول : إستيفاء الحق ذاته.

لا يزول الحق إلا بإستيفائه بذاته فالطرق العادية للإنقضاء الحق وإنتهائه هو قيام الملتزم بأداء الحق لصاحبه ، فبمجرد قيام الطرف السليبي في الحق بتنفيذ إلتزامه بالوفاء بذلك الحق سواء كان أداء عمل أو القيام به أو الإمتناع عن عمل أو إعطاء شيء مثلا ، ينقضي ذلك الحق ويزول من الوجود بكل آثاره القانونية ويعبر عن ذلك أحيانا بإنتهاء الحق ، غير أنه لا يتم إستيفاء الحق دائما على هذه الصورة العادية السهلة والمبسطة ، ففي بعض الحالات يستوفي الدائن حقه من شخص آخر غير المدين عندما يقوم شخص آخر غير المدين بسداد الدين ، وفي بعض الحالات الأخرى يقوم المدين بالوفاء بدينه لغير الدائن كنائبه أو وكيله مثلا أو يقوم المدين بالوفاء جزئيا بالحق لا كليا على دفعات للدائن أو لغيره مثلا ففي هذه الحالات جميعا يزول الحق بإستيفائه ذاته سواء كان الإستفاء بطريقة جزئية أو كلية ما دام الوفاء قد شمل كل الحق ولو على دفعات ، وسواء كان الوفاء لذات الدائن أو لغيره وسواء كان الوفاء من المدين ذاته أو من غيره وللوفاء نقطتين أطراف الوفاء ومحل الوفاء.

المطلب الأول : أطراف الوفاء.

يكون الوفاء صحيحا سواء من المدين شخصا أو من ينوب عنه ، لأنه يجوز قانونا أن يقوم الغير بالوفاء بالمدين على أن يكون له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفع.

وفي الحالات التي يكون محل الحق فيها إلتزام المدين بالقيام بعمل ولكنه لم يقم بتنفيذ إلتزامه كما هو الحال في عقود توريد الأغذية مثلا، ويجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي لتنفيذ الإلتزام بمعرفة الغير على نفقة المدين ما دام هذا التنفيذ ممكنا بمعرفة ذلك الغير، ففي هذه الحالات يكون صاحب الحق قد إستوفاه بذاته ولو من غير المدين سواء كان بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى لو كان رغم إرادة ذلك المدين، وفي مثل هذه الحالات يحل الغير محل الدائن في إستيفاء الحق من المدين الأصلي حتى ولو لم يقبل المدين ذلك، ويكون الوفاء صحيحا للدائن شخصيا أو لنائبه أو لأي شخص يقدم للمدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن لأنه في هذه الحالة يعتبر ذا صفة في إستيفاء الحق ما لم يكن هناك إتفاق سابق على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا.

وعلى ذلك يمكن القول بأن الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ما لم يقره الدائن لا يعتبر إستيفاء لحقه وبالتالي لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء<sup>1</sup>

المطلب الثاني : محل الوفاء.

إستيفاء الحق يعني أن يحصل صاحب الحق على محل الحق بذاته أي يقتضي من الملتزم الشيء المستحق أصلا فإذا كان محل الحق شيئا معيننا بذاته فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره حتى لو كان هذا مساويا لمحل حقه في القيمة وحتى لو كانت له قيمة أعلى، كما أن الأصل أيضا أن يكون إستيفاء الحق هو الحصول على كل الحق ومعنى ذلك أن يكون وفاء المدين بإلتزامه وفاء كليا لا جزئيا ولذلك لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي لحقه ما لم يوجد إتفاق سابق أو نص قانوني يقضي بذلك.

وإذا كان للدائن عدة ديون في ذمة مدين واحد وقام المدين بالوفاء بقدر لا يكفي هذه الديون جميعا يجوز للمدين في هذه الحالة أن يحدد الدين الذي يريد الوفاء به طالما أنه لا يوجد إتفاق سابق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، وإذا كان محل الإلتزام شيئا معيننا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الإلتزام ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في غير ذلك من الحالات فدائما يكون الوفاء في المكان الذي يوجد به موطن المدين وقت الوفاء.

المبحث الثاني : إستيفاء ما يعادل الحق.

يزول الحق وينقضي في بعض الحالات بطرق تتعادل مع إستيفائه، أي أن صاحب الحق لا يستأديه عن طرق إستيفاء الحق ذاته كما رأينا سابقا، وإنما يكون إنقضاء الحق بسبب إستيفاء الدائن ما يعادل ذلك

<sup>1</sup> إسحاق إبراهيم منصور : نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الجزائر، ص 352 .



الحق أي بسبب إستيفاء ما يقابل حقه فيقال أنه إستأدى مقابلاً لحقه أو إستوفى حقه بمقابل له ، وإستيفاء ما يعادل الحق يكون بالوسائل التالية:

المطلب الأول : الإستيفاء بمقابل.

في الحالات التي تتفق فيها إرادتا كل من الدائن والمدين على إستيفاء الحق بما يقوم مقام الحق الأصلي ، يعتبر هذا طريقاً من طرق إنقضاء الحق وإنتهائه ، ويلجأ إلى هذه الوسيلة في الحالات التي يتراضى فيها طرفا الحق على إستبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي ، ومن المنطقي أنه يجب أن تتوافر في إستبدال الحق تلك الشروط الواجب توافرها في صحة عقد البيع كنموذج للعقود التبادلية ، أي يجب توافر إتفاق بين إرادتي كل من صاحب الحق والملتزم ، وأن تكون الإرادتان حرتين أي صادرتين عن بالغين عاقلين وخاليين من عيوب الإرادة المعروفة وأن تتوافر في محل الحق البديل شروطه من حيث الإمكانية والتعيين والمشروعية كما يجب أن يتوافر فيه السبب الصحيح ، وبمجرد أن يقبل الدائن من مدينه الوفاء بالمقابل الجديد يعتبر أنه قد إستوفى حقه بمقابل ويزول الحق الأول وينقضي وتنتهي آثاره بإستيفاء هذا البديل عوضاً عنه أو مقابلاً له<sup>1</sup>

المطلب الثاني : التجديد أو الإنابة.

الفرع الأول : التجديد.

يترتب على التجديد إنقضاء الحق الأصلي بتوابعه أي بالضمانات المقررة له وإنشاء حق جديد بدلاً منه يختلف عنه في محله ومصدره ، مع ملاحظة أن تأمينات الحق الأصلي لا تنتقل تلقائياً لضمان الوفاء بالحق الجديد إلا إذا وجد نص في القانون أو إتفاق بين طرفي الحق يقضي بذلك ، ويجدد الحق بما يلي:

\*تغيير محل الحق ومضمونه بين طرفي الحق الأصلي وعندئذ ينقضي الحق الأصلي ويحل محله الحق الجديد.

\*تغيير المدين ويكون ذلك بأحد السبيلين:

-إذا إتفق الدائن مع الغير على أن يكون هذا الأخير هو المدين مكان المدين الأصلي وفي الغير بالحق للدائن وعندئذ تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى موافقته أو حتى دون حاجة إلى رضائه.

<sup>1</sup> إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 355 .

-إذا حصل المدين على رضاء الدائن بأن يكون شخص أجنبي من الغير مدينا جديدا بدلا من المدين الأصلي وعندئذ يعتبر قبول الدائن بمثابة إنهاء لحقه في مواجهة المدين الأصلي حيث حل محله حق جديد في مواجهة المدين الجديد.

\*تغيير الدائن إذا إتفق ثلاثة أشخاص هم الدائن والمدين والغير على أن يكون الأخير وهو الشخص الأجنبي هو الدائن الجديد للمدين الأصلي.

الفرع الثاني : الإنابة.

الإنابة تكون عادة في حالات التي يحصل فيها المدين على رضاء الدائن بقبول الوفاء بالحق من شخص من الغير بدون تجديد الحق ،وتكون الإنابة صحيحة ونافذة المفعول والآثار القانونية سواء كان ذلك الغير المناب مدينا للمدين الأصلي أم غير مدين له لأن المديونية السابقة للشخص الذي ينوب عن المدين في الوفاء ليست شرطا لصحة الإنابة ،فالشخص الملتزم بأداء عمل لو أناب عنه شخصا من الغير برضاء الدائن رب العمل يكون قيام النائب عن المدين بعمل المدين وفاء بالحق لصاحبه ومن أناب غيره في وفاء الدين للدائن وقد وافق الدائن على ذلك يعتبر وفاء النائب بذلك صحيحا ومنتجا لأثاره ،ولكن في حالات الإنابة تبرأ ذمة المدين إذا قام نائبه بوفاء إلتزامه ويعتبر الحق منقضيا ،أما إذا لم يوف النائب بإلتزام المدين تجاه الدائن فإن الحق لا يزول بالإنابة وحدها فيبقى الإلتزام في جانب المدين الأصلي قائما إلى جانب إلتزام نائب المدين بالوفاء.

أما في حالات الإنابة التي فيها يتفق المتعاقدون على أن يستبدل الحق بحق جديد غيره في ذمة نائب المدين تكون الإنابة هنا تجديدا للعقد أو تجديدا للحق عن طريق تغيير المدين وبذلك يزول الحق القديم وتبرأ ذمة المدين الأصلي حيث يحل الحق الجديد بطرف المدين الجديد بدل الحق الزائل<sup>1</sup>

المطلب الثالث : المقاصة.

تنطوي المقاصة على تصفية حسابية للحقوق والإلتزامات المتبادلة بين شخصين إذا كان كل منهما دائنا للآخر ومدينا له في نفس الوقت ،فللمدين أن يجري مقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه من ناحية وما هو مستحق له في ذمة نفس الدائن من ناحية أخرى حتى مع إختلاف السبب في كل من الدينين.

ويشترط لصحة المقاصة ما يلي:

<sup>1</sup> محمد فريدي -زواوي- : المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،1998 ،الجزائر ،ص 196 .

\*أن يكون موضوع كل من الدينين اللذين تجرى المقاصة بينهما نقودا أو مثليات تكون متحدة من حيث نوعها ومن حيث جودتها.

\*أن يكون كل من الدينين ثابتا أي لا نزاع فيه ولا منازعة عليه.

\*أن يكون الدينان مستحقي الأداء أي صالحين للمطالبة بهما عن طريق القضاء.

ويترتب على المقاصة إنقضاء الحقين بمقدار الحق الأصغر منهما من وقت صيرورتها صالحين لإجراء المقاصة بينهما.

المطلب الرابع : إتحاد الذمة.

ويقصد به أن تجتمع في الشخص الواحد صفتان صفة الدائن وصفة المدين في وقت واحد بالنسبة لدين واحد، ويكون إتحاد الذمة سببا لزوال الحق بمقدار المديونية التي إتحدت فيها ذمة الشخص ذاته المبحث الثالث : عدم إستيفاء الحق.

ينتهي الحق ويزول رغم عدم إستيفاء صاحبه له فينقضي الحق دون أن يحصل عليه صاحبه بالحالات التالية :

المطلب الأول : الإبراء.

الإبراء وسيلة من وسائل زوال الحق بالرغم من عدم إستيفائه وهو عبارة عن إفصاح الدائن صاحب الحق بإرادته المنفردة عن تنازله عن حقه قبل المدين دون عوض أو مقابل، وهذا التنازل الصريح من جانب الدائن تبرأ ذمة المدين وينقضي الدين وكان الدائن قد تبرع بالحق إلى مدينه فالإبراء يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة منفردة هي إرادة الدائن بإبراء ذمة مدينه من الحق.

ويشترط في الإبراء ما يلي:

\*أن يكون صريحا بعبارة التنازل أو الإبراء أو التبرع بالحق لصالح المدين وأن تكون الإرادة صادرة من بالغ مميز ولا يشوبها عيب من عيوب الإرادة لكي يعتد قانونا بها وقت صدورها من الدائن.

\*ولكي يكون الإبراء صحيحا يشترط أن يعلم به المدين سواء إتصل علمه به عن طريق مباشر أو بطريق غير مباشر.

\*كما يشترط لنفاذ الإبراء أن يقبله المدين.

فإذا علم به المدين وقبله أصبح الإبراء صحيحا وناظدا ، أما إذا علم به المدين ورفضه لا يكون نافذا ولا تبرأ ذمة المدين من الحق ، فإتصال علم المدين بصدور الإبراء من دائنه يفيد إلتزام المبرئ بتبرعه بقيمة الحق لمصلحة المدين وكأنه تبرع معلق على شرط قبول المدين فإن قبل المدين هذا التبرع يعتبر الإبراء صحيحا وناظدا في نفس الوقت.

#### المطلب الثاني : إستحالة الوفاء بالحق.

قد تطرأ قوى قاهرة أو ظروف إستثنائية طارئة تجعل الوفاء بالحق مستحيلا وتلك القوى القاهرة أو الظروف الطارئة هي في حقيقة أمرها أحداث فجائية لم تكن متوقعة بحسب المجرى العادي للأمر بل ولم يكن في الإستطاعة توقعها أو التكهن بإحتمال وقوعها على هذا النحو وبالتالي لا يقبل لأطراف الحق بردها أو التغلب عليها.

ومن خصائص تلك الظروف الإستثنائية أنها تحول دون إمكانية قيام الملتزم بوفاء دينه وبالتالي تحول دون إستيفاء الدائن لحقه فيزول الحق وينقضي دون إستيفائه ومثال ذلك هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري كتهدم المنزل لوقوع زلزال.

ومن هذا يتبين أن الحق ينقضي في هذه الحالات رغم عدم إستيفائه بذاته ولا بمقابل وإنما بسبب إستحالة الوفاء به للقوى القاهرة أو الظروف الطارئة.

#### المطلب الثالث : التقادم المسقط للحق.

التقادم المسقط للحقوق المالية الشخصية مؤداها أن كل حق مالي شخصي مستحق الأداء ينقضي ويزول إذا لم يقم صاحبه بالمطالبة به عن طريق القضاء خلال فترة زمنية معينة يحددها المشرع بنص ، وأساس هذه الفكرة أن الحقوق أيا كانت أنواعها ما دامت مالية وشخصية في نفس الوقت يلتزم أصحابها بالمطالبة بها وإستيفائها خلال آجال محددة فهي ليست مؤبدة بل هي موقوتة والحكمة من توقيتها هي إستقرار المراكز القانونية في المجتمع(1).

وبحسب نصوص القانون المدني الجزائري وكقاعدة عامة تزول الحقوق المالية بالتقادم المسقط بمضي 15 عاما على تاريخ إستحقاقها كنص المادة 308 من القانون المدني (2)، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك ، وتحسب هذه المدة بالتقويم الميلادي وتبدأ من اليوم التالي لإستحقاق تلك الحقوق وتنتهي المدة بإكتمال 15 سنة كاملة.

القاعدة السابقة ليست على إطلاقها لأن المشرع أدخل عليها بعض الإستثناءات بموجب نصوص خاصة  
فنص في بعض المواد على مدة للتقادم أقصر من 15 سنة، وفي بعض القوانين الخاصة نص على مدة  
أطول من 15 سنة .

---