جـــامعة زيان عاشور- الجلـفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في

المدخل للعلوم القانونية

ألقيت على طلبة السنة الأولى ليسانس حقوق

من إعداد :

الدكتور دليوح مفتاح

أستاذ محاضر صنف (أ)

الموسم الجامعي : 2022/2021

محاضرات

في

المدخل للــعلوم القانونــية

نظرية القانون ونظرية الحق

إعــداد

د/ مفتـــاح دلَـــيْوح

جامعة زيان عاشور بالجلفة

القـــــــسم الأول

نظــرية القانون

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم لمادة المدخل لـلعلوم القانـونية

لا شك أننا الآن نعرف قيمة القانون في تنظيم المجتمع وأثرَه في تسهيل العلاقات والخدمات الإدارية والحفاظ على الحقوق وسهولة الدفاع عنها إجمالا ...لكن هذا لم يكن واضحا ولا هيّنا في مجتمعات قديمة سبقت التحضر ، ولعل حاجتهم إلى التعاون ومنع التنازع هي التي أدت إلى بذور فكرة خضوعهم لقواعد مرعية من الجميع ربما كان أصلها مما أوحاه الله للأنبياء، ومما تعارفوا عليه بينهم ومما حرصت العقول السليمة على ترسّمه... فنشأت فكرة القانون بذلك واكتسب حرمته، وارتضاه الجميع رعاية لمصالحهم المشتركة والعامة، وحماية لها.

وربما بدأ القانون في التقاليد التي تنشأ بين الأسر والعشائر ، ثم تعممت بين التجمعات الأكبر حتى نشأت الدول وتكفلت بوضع هذه القواعد وإعطائها صفة الردع والقهر، باستتباعها بالجزاءات المترتبة عن انتهاكها، وبذا تميزت القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية ، كما سنراه لاحقا.

ومع تطور العمل بالقواعد القانونية ظهر التفرع في هذه القواعد واستقل بعضها عن بعض موضوعيا حتى أصبحنا نميز بين القانون الخاص من جهة والقانون العام من جهة أخرى،ثم بين أفرع كل من القانون الخاص والقانون العام، وتمايزت المؤسسات القضائية في حل الخصومات حسب نوع الدعاوى بحسب نوع القانون الذي يحكمها.

وكما تطورت القوانين وتطور العمل بها كان لزاما أن يتطور درسها ووصفها وتحديدها لطالب العلم حتى يمكنه الإلمام بشتى موضوعات القانون المتفرعة، إذ يجد طالب الحقوق نفسه عند دخول الجامعة في سنته الأولى أمام عدد من المقاييس (المساقات) الدراسية تتشعب به ذات اليمين وذات الشمال حوالي الدرس القانوني أو ضمنه بشيء من العمومية ، ولكنه لا شك سيدرك أن اجتماع هذه الأشتات من المعلومات سيتكفل به مقياس (المدخل للعلوم القانونية)، الذي يشير له إلى مختلف القوانين والمبادئ العامة للنظريات القانونية التي سيلتقي بها في سنوات دراسته القادمة.

وسيفتح الباب ليدخل عبر هذا (المدخل) ليجد مجموعة من المباحث الممهدة للدراسة الحقوقية عامة ، وسيأخذ فكرة أولية مهمة وواضحة عن أهم العلوم المنضوية تحت المعنى العام للقانون كعلم، كل قانون على حدة : القانون المدني والقانون الإداري والقانون التجاري وقانون الأسرة ...وعلم الإجرام والعقاب ، وعلم منهج الدراسة القانونية...إلخ.

فمادة (المدخل للعلوم القانونية) هي الجذع المشترك لهذه الفروع القانونية والتمكن منها هو السبيل نحو التمكن في الفروع القانونية التي سيدرسها الطالب في سنوات تدرجه، وهذه هي أهميتها المباشرة .

وهذا ما يدلنا عليه مضمون هذه المادة التي تحتوي على مقياسين موزعين على سداسيي السنة الأولى، وهما:

1ـ مقياس(أو مساق) نظرية القانون. و2ـ مقياس نظرية الحق.

فالمقياس الأول يضم الموضوعات الآتية:

ـ مفهوم القانون

ـ تقسيمات القانون

ـالتشريع كمصدر أساسي للقانون

ـ المصادر الاحتياطية للقانون

ـ تطبيق القانون من حيث الأشخاص ومن حيث المكان

ـ تطبيق القانون من حيث الزمان

ـ تفسير القانون.

أما مقياس نظرية الحق فيندرج تحته هذه الموضوعات:

ـ مفهوم الحق

ـ تقسيمات الحقوق

ـ صاحب الحق ، أو أطراف الحق .

ـ محل الحق

ـ مصدر الحق ، أو سببه

ـ حماية الحق وإثباته

ـ انقضاء الحق

وعندما تتضح الصورة للطالب ولو قليلا ، فإن على أستاذ المقياس توجيه الطالب إلى مجموعة من المصادر والمراجع التي تأخذ بيده إلى جانب ما يتلقاه من مادة علمية على يد الأستاذ، وإذن فلا بد من الإشارة إلى بعض هذه المراجع وخاصة ما هو متاح منها في مكتبة الكلية محل الدراسة، وهنا لا بد من الإشارة إلى ما يمكن أن يستعين به الطالب مما يمكن توفره غالب مكتبات كليات القانون، ومن ذلك نشير إلى هذه المراجع المهمة في مادة المدخل للعلوم القانونية بشقيها : نظرية القانون ونظرية الحق :

1ـ مقدمة في القانون ـ علي فيلالي

2ـ سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية 99

3ـ إسحاق إبراهيم منصور،نظريتا القانون والحق، م و ك الجزائر ، 1990

4ـ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1985

5ـ محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية ، ج2، نظرية الحق ، دار هومة ، الجزائر،2017

6 ـ توفيق فرج، نظرية الحق ،مصر، الإسكندرية، 1960

7ـ فريدة محمدي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، cedoc

8ـ فريدة محمدي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، cedoc

9ـ رمضان أبو السعود ،شرح مقدمة القانون المدني،النظرية العامة للحق،القاهرة ،دار المطبوعات الجامعية،1999

10ـ حسن كيرة، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط السادسة، 1993.

والملاحظ أن كل عنوان في نظرية القانون ، أو نظرية الحق أيا كان مؤلفه ينفع في الرجوع إليه ، وقد اكتفينا بالإشارة لبعضها ، علما أن بعضها موجود بصيغة PDFلمن شاء تحميله.

مفهوم القـــــــــانون

تظهر الحاجة البشرية للقانون في إطار الحاجة إلى الاجتماع والارتقاء بالسلوك الإنساني،وتحديد المسؤوليات، ومنع تصادم الحقوق؛ وقد تطور هذا الاجتماع و التنظيم الإنساني من الأسر إلى الدول -وما صاحب ذلك من نمو سلطة الدولة، وصلتها بالقانون- إذ كان على الدولة لتبسط النظام بين رعاياها أن تحدد قواعد هذا النظام ، وقواعد التعامل بين الدولة وأفرادها، وبين الأفراد أنفسهم، وصولا إلى إدراك أن غاية القانون هي في تنظيم الجماعة وتحقيق مصلحة الأفراد في الأمن الداخلي والخارجي وفي إقامة العدل.

فما هي هذه القيمة التي حصّلها الإنسان بتوالي الأحقاب وكثرة التجارب ، وتوالي الصراعات... واستطاع من خلالها بناء نظام جمعي يحفظ كيان الأمم والدول ويسري باعتراف الأفراد به وخضوعهم له ؟ أو ما هو القانون؟ وما طبيعة المادة القانونية كمادة معرفية ؟ ثم ما هي وحدات المادة القانونية وما هي خصائصها؟

وعلى ذلك سنتناول تبعا لذلك : تعريف القانون، ثم طبيعة المادة المعرفية للقانون، ثم علاقة القانون بما يجاوره من حقول المعرفة، ونتطرق أخيرا لما يسمى القاعدة القانونية وخصائصها.

1ـــ تعريف القانون

سنعرف القانون كما ورد في المعجم ، ثم كما اصطلح عليه أهل الاختصاص.

أـ تعريف القانون في اللغة

ورد في لسان العرب ، في مادة (قـنن) : "وقانون كل شيء : طريقه ومقياسه.ثم أضاف في ثنايا هذا الموضع: والقوانين :الأصول ، الواحد قانون ن وليس بعربي.[1]"

ويصرح ابن منظور أن اللفظة غير عربية في أصلها ، ذلك أن أصلها إغريقي من لفظة Kanon [2]غير أن العرب استعملوا لفظة (القانون) منذ أيام ابن سينا (ت 1037 م) الذي عنون كتابه في الطب بعنوان (القانون في الطب) ، كما أن ابن جزي الغرناطي وضع كتابه في الفقه الإسلامي بعنوان (القوانين الفقهية) وهذا العنوان أقرب إلى استعمالنا الحاضر لاحتوائه على معنى القواعد وأصول المعاملات بين الأفراد وما له صبغة الجزم بالأخذ به.

كما قد يفهم من كلمة القانون ما يشار به إلى تلك المبادئ الثابتة التي تقوم عليها النظريات القانونية، كقولنا (القانون الفيزيائي أو الرياضي أو الفلكي...)

وكل هذا غير مقصود بلفظ القانون في الدراسات القانونية، ولذا وجب أن نحدد مفهومه الاصطلاحي.

ب ـ معنى القانون اصطلاحا

وإذا ضيقنا الأمر فللقانون معنى عام في الاصطلاح العلمي القانوني ومعنى خاص فالمعنى العام أنه يراد به مجموعة قواعد السلوك التي تنظم علاقات المجتمع وتقترن بجزاء.

أما المعنى الخاص للقانون فقد ذهب في تحديده الفقهاء إلى اتجاهات متعددة فيقصد فيه التشريع أي مجموعة القواعد القانونية الصادرة من قبل سلطة مختصة في الدول لتنظيم شأن ما.

وقد عرّفه البعض بأنه :" القانون مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام"

[1] ـ ابن منظور،أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الثاني، مراجعة وتدقيق يوسف البقاعي وآخرَين، بيروت ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، الطبعة الأولى ، 2005، ص3334،.3335

[2] ـ انظر عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ،ط6 ،ص13.

ويمكن انتقاد هذا التعريف بأن فكرة الخير غير محددة ولا ثابتة بل نسبية وبأنه تعريف بحسب غاية القانون لا بناء على ماهية القانون.

وعرفه البعض كما يلي :" القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلية في تكوينها"

ونجد أنه تعريف بحسب الجزاء مع أن الجزاء ليس جزءا من القاعدة بل قد يكون قاعدة أخرى ولا يتصور إلا عند انتهاك القاعدة القانونية.

كما أن قواعد القانون بمفهومه العام لا تصدر كلها عن إرادة الدولة، فهناك ما هو مصدره الدين أو العرف.

وإذا كان بعض الفقه عرّف القانون من ناحية الجزاء المترتب على انتهاك القاعدة القانونية كما رأينا، وبعضهم عرّفه بالنظر إلى هدفه ، إلا أن أقرب التعريفات للقبول ما تناول كل ذلك بالإضافة إلى إيراد خصائص القاعدة القانونية أو الإشارة إليها، ومن ذلك أن القانون هو " مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء"[1].

كما يشمل المعنى الخاص للقانون العام معنى التشريع، ومعنى التقنين الذي هو مجموعة القواعد القانونية التي تصنفها السلطة المختصة في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها، بهدف تنظيم نوع معين من نشاط الأشخاص

وللتأكيد على هذا المفهوم الذي اكتسبه مصطلح القانون نفرق بين القانون كما ذكرناه ، والقانون العلمي.

فالفرق بين القوانين العلمية والتشريعات والقواعد القانونية أن الأولى تقوم على مبدإ السببية وكلما حدث السبب حدثت النتيجة،أما القواعد القانونية فإنها ولو كانت ملزمة إلا أنها وضعت مع إمكانية مخالفتها من قبل الناس، وهذا ما لا ينطبق على الظواهر الطبيعية وهي قاعدة لما يجب أن يكون لا لما هو كائن.

[1] ـ محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونيةـ الوجيز في نظرية القانون،الجزائر ، دارهومة،ط21، 1999، ص 17.

2 ـ طبيعة الدراسة القانونية

والسؤال المطروح هنا ما طبيعة القانون أهو علم أم فن؟

أي أهو علم يعتمد الملاحظة والتجربة، أم فن يقوم على التخيل والعاطفة والإبداع؟

الحقيقية إن القانون ليس فنا وإن كان رجل القانون يستعين بملكة التخيل والإبداع دون العاطفة، ورجل القانون في إنشاء أو توقيع الحكم أو البحث والتحقيق الجنائي أو الدفاع عن الموكل يستعين بهذه الخصائص الفنية، ولو بغير قصد منه. وهو إلى ذلك علم يقوم على التحليل والاستنتاج والاستنباط العلمي كشأن العلوم الإنسانية بوجه عام ، ولا يعتمد ما تعتمده العلوم التطبيقية من التجريب وإطلاقية النتائج، لذلك فإن فيه مذاهب في غاباته وتطبيقاته تختلف من بلد عن بلد، ويتأثر بنظم الحكم وطبيعة المجتمع و العوامل الاجتماعية والتاريخية.

3 ـ علاقة القانون بالعلوم الأخرى

علم القانون كأحد العلوم الإنسانية يتصل بكثير من العلوم و المعارف ويستعين بها، ويتشارك معها في بعض مجالاتها، وفي بعض أهدافها، ومن هذه العلوم: علم الاجتماع وعلم النفس ، والتاريخ والفلسفة ... وهناك نظم معرفية تتلاقى معه في كثير من الغايات والوسائل مثل الدين ، والأخلاق . فنحاول في الفقر ات الآتية تحديد المتشابه والمختلف بين كل هذه الحقول المعرفية والقانون.

أـ علاقة القانون بعلم التاريخ

علاقة القانون بالتاريخ : يتصل القانون بالتاريخ وتاريخ القانون خاصة، فعلم التاريخ يساهم في تطور النظم القانونية ويلعب دورا مهما في التعديل والتكييف القانوني، وتحديد النظم السياسية، ومن خلال التاريخ نفهم مصادر أخرى للقانون كالعرف .

ب ـ علاقة القانون بعلم الاجتماع: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي ، وهذا السلوك هو محل دراسة علم الاجتماع لا للحكم عليه ، ولكن لفهم الظاهرة الاجتماعية وتقويمها اجتماعيا لا قانونيا، مثل ذلك الظواهر الاجتماعية الشاذة كالجرائم، و يدرس المعالجة

القانونية كنظام السجون...ويدرس كلاهما الآداب العامة والأعراف كل بمنهج يختلف حسب طبيعة كل علم.

ج ــ علاقة القانون بعلم النفس: يفيد علم النفس رجل القانون في معرفة طبيعة ونفسية السلطة ورجالها، ونفسية المجرم، ويعين على تدابير إصلاح المجرمين، وفيي قضايا الحجر على السفيه ومعرفة حالات العته والجنون ...

د ــ علاقة القانون بعلم السياسة: يضع القانون حدود العمل السياسي وينظم السلطة السياسية فلا يمكنها أن تمارس إلا على هدي النصوص القانونية ، كالنصوص التي تنظم الانتخابات ، وتفصل بين السلطات السياسية، والعلاقة بين أشخاص القانون الدولي ... [1]

هـ ــ علاقة القانون بعلم الاقتصاد: الاقتصاد محكوم بقواعد قانونية أهمها القانون التجاري والقانون الدولي للتجارة، وتنظيم البنوك والبورصة، والتصدير والاستيراد، بل يحدد طبيعة النظام الاقتصادي رأسماليا أو اشتركيا، واتجاه السوق إلى التوجيه أو إلى التحرر.

و ــ علاقة القانون بالفلسفة : تطرح الفلسفة أسئلة لغرض البحث وليس للإجابة النهائية ، وهذا ما نجده في ما يسمى بفلسفة القانون التي تحيل إلى عدد من المذاهب والعقائد في أصل القانون وغايته ، وهذه المباحث ليست في الأصل جزءا من مادة القانون ذاته ، بل مما يعين على فهم كنه القانون وجدواه في الحياة الاجتماعية.[2]

ز ــ علاقة القانون بالعلوم التجريبية : لعل هذه العلوم هي أضعف العلوم علاقة بالقانون ، ومع ذلك فإن القانون ينظم النشاط العلمي ، ويضع قواعد الملكية الصناعية ، وشروط براءات الاختراع ...و من ناحية أخرى نجد أن القانون يستعين بالمادة العلمية والتقنية في إثبات النسب والخبرة الطبية وتحليل البصمة في الإثبات الجنائي أو الأسري.

ح ــ علاقة القاعدة القانونية بقواعد السلوك الأخرى (الأخلاق ــ الدين)

أولا ــ علاقة القانون بالأخلاق

[1] ــ انظر محمد عبد المعز نصر،في النظريات والنظم السياسية، القاهرة دار النهضة العربية، 1981.

[2] ــ راجع للاستزادة إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1992، ص5 وما بعدها.

التشابه/ كلاهما نظام اجتماعي يهدف إلى تنظيم الحياة الاجتماعية وحماية المجتمع مما يهدده من مخاطر وآفات اجتماعية وسياسية.

ـــ تمايز الأخلاق عن القانون في :

ـ المصدر فالقانون مصادره موضوعية ومصاغة صياغة رسمية من قبل هيئة مختصة ،أما الأخلاق فترجع للدين ولمصادر عرفية، وإن كان القانون الطبيعي مصدرا لكليهما، ولذلك نجد آثار هذا النزعة الأخلاقية في قواعد القانون كما في الإثراء بلا سبب، والتعسف في استعمال الحق، وقواعد مضار الجوار.. عدم الإثراء بل بعد

ـ الهدف: تهدف الأخلاق إلى وصول الإنسان إلى الكمال والمثل العليا ،وتخاطب ضمير الإنسان، أما القانون فيهدف عموما إلى تحقيق العدل الاجتماعي واستقرار العلاقات والمعاملات بين الأفراد، كما يمكن ملاحظته في الواقع لا في ضمائر الأشخاص.

وتبدأ الأخلاق قبل حدوث الجرم أو الاعتداء بالنصح وبالتذكير، فهي وقائية، ثم علاجية؛ أما القانون فيبدأ بعد وقوع الجرم ...

ـ الجزاء: فهو في القاعدة الأخلاقية من جنسها إصلاحا للخلق الرديء الأول، وذلك بالندم والتوبة، أو هو باستنكار المجتمع، وهو أيضا جزاء أخروي إذا كانت الأخلاق ذات أصل ديني.

ـــ التداخلات بين الأخلاق والقانون :

يظهر التداخل بين المنظومتين في تقنين الأخلاق بعد تحول القاعدة الأخلاقية إلى قانون(مثلا قانون رعاية المسنين 10/12)[1] ، وبالتالي يكون للقانون أن يأمر وينهي حين يستطيع أن يرتب جزاء على انتهاك أوامره. كذلك تظهر علاقة القانون بالأخلاق في كونه يحمي جانبا من الأخلاق له تأثيره العام ، وهو ما يدعى (الآداب العامة)، كما يأمر بتنفيذ العقود بحسن نية ، ويفترض أن أسباب الالتزامات لا تخالف النظام العام والآداب العامة...

[1] ـ القانون 12/10 المؤرخ في 23 محرم 1432 الموافق 25 ديسمبر 2010، المتعلق بحماية الأشخاص المسنين.

ثانيا ـ علاقة القانون بالدين : الدين هو أحد مصادر القانون بطريق مباشر أو غير مباشر ، ومجال الدين أوسع وأشمل من مجال القانون ، ونظامه يطال حياة الإنسان الدنيوية والأخروية، ويتضمن أيضا نظاما أخلاقيا وروحيا لا يمسه النظام القانون ولا يتسلط عليه.

كما يختلفان في المصدر فالأديان السماوية مصدرها الوحي ، في حين أن مصدر القانون هو الهيئة التشريعية أو العرف.

ويختلفان في الغاية إذ يهدف الدين إلى السمو الروحي بحياة الإنسان والنجاة في الآخرة من النار ، أما القانون فهدفه تنظيم الحياة الدنيوية وعلاقات الأشخاص الظاهرة واستقرار المجتمع.

إلا أن بين النظامين بعض التداخل ، فإن القانون يستمد كثيرا من أحكامه موضوعيا من الدين أو بالأصح من الشريعة كما هو الأمر في تشريعات الأسرة والأوقاف...كما أنه من ناحية أخرى ينص على حماية حرية التديّن وحرية الاعتقاد ، وفي تشريعات الدول العربية والإسلامية لا يزال الإسلام يشكل مصدرا رئيسا للتشريع ، أو مصدرا احتياطيا.

4ـ القاعدة القانونية

أخذنا بالتعريف الذي يرى أن القانون هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء. ومن هذا التعريف يمكننا استخلاص خصائص القاعدة القانونية ، وقبل أن نحدد هذا الخصائص، نحاول تحديد معنى القاعدة القانونية.

أولا / مفهوم القاعدة القانونية :هي حكم تتضمنه المادة أو الفقرة من المادة أو المواد المكتوبة أو العرفية.

ثانيا/ خصائص القاعدة القانونية للقاعدة

ومن خصائصها أنها قاعدة سلوك اجتماعي ، وأنها عامة ومجردة، وأنها مقترنة بجزاء.

أ ـ القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

فتحكم سلوك الفرد داخل الدولة التي تتوسل بالقانون لتنظيم السلوك الفردي، لكن كسلوك في ظاهره لا حين يكون نية أو شعورا خالصا، إلا في حالات تكون النيات ذات تأثير واضح على السلوك وتعتبر جزء منه في تحقيقه[1]، فيعتد القانون مثلا برغبة الشخص في قتل عدوه (القصد الجنائي)[2] ...كما يأخذ القانون أحيانا بالنية الحسنة أو عكسها في ترتيب الأثر القانوني على التقادم أو في الضمان ، و في الشريعة نجد من بين قواعدها في العقود (العبرة في العقود بالمعاني أو المقاصد لا بالمبادئ)

كما أن القاعدة القانونية تهدف إلى تقويم السلوك اجتماعيا في علاقات الأشخاص ، فيقوم القانون بتوجيه الفرد مباشرة أو بطريق غير مباشر بأمره أو نهيه...[3]

ب ـ القاعدة القانونية عامة ومجردة

تنشأ القاعدة القانونية مجردة لا توجه لشخص معين ولا لواقعة بعينها، مثلا المادة 40 من القانون المدني واضح من صياغتها العمومية بنصها على أن (كل من بلغ سن الرشد ...)[4] لتثبت له كمال الأهلية القانونية، وهو أمر عام ومتماثل في الغالب في البشر[5].ثم يترتب عنها في التطبيق أن تكون عامة فتطبق على كل من توافر فيه الوصف القانوني في المادة، فالعمومية أثر للتجريد، وإن كانت العمومية قد تحدد طائفة من الموطنين كالتجار أو الموظفين أو سكان منطقة، لكن بمجرد تحول الصفة ينتفي الحكم، عكس القرار الإداري الذي يخاطب شخصا معنيا كقرار إسقاط الجنسية مثلا؛ وتظل القاعدة القانونية عامة حتى ولو خاطبت شخصا واحدا كالرئيس أو رئيس الحكومة بصفتهم هذه طبعا، ويترتب عن هاتين الصفتين :

ـ تحقيق المساواة والعدل في المزايا والأعباء أمام القانون.

ـ سهولة التطبيق ،إذ أنه من المتعذر مخاطبة الكافة كلا لوحده أو بصفات طائفة م

ـ تحقيق سيادة الدولة وسيادة القانون.

---

[1] ـ محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، ص13

[2] ـ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون،الإسكندرية منشأة المعارف، 2001، ص15.

[3] ـ المرجع نفسه ، ص 16.

[4] ـ الأمر 58/75 المؤرخ في20رمضان 1395الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ، المادة 40.

[5] ـ محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص23.

ج ـ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ، ومقترنة بجزاء

قاعدة ملزمة ترتب جزاءا توقعه سلطة مختصة جبرا .

والجزاء "هو الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية، والغرض منه هو الضغط على إرادة الأفراد حتى يمتثلوا لأوامر القانون ونواهيه."[1]

ومن خصائص الجزاء أن يكون حالّا وماديا، محسوسا و منظما وتتولاه سلطة مختصة و من الاستثناءات على هذه الخصائص حق الحبس في عقود المعاوضة حيث يمكن للطرف الذي لم يُدفع له العوض أن يحبس المقابل سواء كان ثمنا أو محلا للعقد، وكذا يتثنى من تولي السلطة المختصة توقيع الجزاء أن يقوم المعتدَى عليه برد العدوان أو بالدفاع الشرعي عن النفس ضد المعتدي. ومن ذلك الدفع بعدم التنفيذ في عقود المعاوضة. [2]

ـ أنواع جزاء تختلف باختلاف فروع القانون فمنه:

الجزاء الجنائي إذا كان الفعل إخلالا بقاعدة جزائية و يتمثل في الإعدام ، أو السجن أو الحبس أو الغرامة...

الجزاء المدني إذا كان الفعل إخلالا بقاعدة مدنية خاصة ويتمثل في التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ ، أو البطلان...

الجزاء الإداري إذا كان الفعل إخلالا بقاعدة إدارية ويتراوح بين الإنذار والخصم من المرتب، أو الحرمان من الترقية ، أو الفصل من الخدمة أو التحويل ...إلخ [3]

[1] ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، الوجيز في المدخل إلى علم القانون، دون ذكر مكان الطبع، الطبعة الأولىن2019/2018، ص17.

[2] ـ محمد حسين منصور ، مرجع سايق، ص27.

[3] ـ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، مرجع سايق ، ص21.

تقسيم القانون

ينظر المشرع عند صياغة القاعدة القانونية إلى ضرورة التطبيق فيها ونطاقه إن كان يمس النظام العام والآداب العامة ،أم أنه يقتصر على ما ينشأ بين الأفراد من علاقات يمكنهم فيها الاختيار في التنفيذ، فتقسم القاعدة القانونية طبقا لذلك إلى: قاعدة آمرة ،و قاعدة مكملة، و من جهة أخرى يلاحظ رجال القانون مجموع التشريعات الصادرة عن السلطة المختصة في علاقتها بسلطة التنفيذ خاصة ويقسمون فروع القانون كأثر عن ذلك إلى قانون عام ، وقانون خاص .

1-تقسيم القاعدة القانونية إلى آمرة ومكملة

أ ـ القاعدة الآمرة: هي التي لا يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على خلافها[1]، فتنعدم حرية الأفراد في استبعاد حكمها كليا أو جزئيا، يقابلها في الشريعة الإسلامية الحكم الشرعي الذي يغلب فيه حق الله.

والقاعدة الآمرة هي أساس القانون وتوجد في كل فروع القانون، ولكنها تتوافر بكثرة وبصفة عامة في قوانين مثل الدستور، القانون الإداري ، القانون الجنائي (مثلا عدم جواز الاتفاق على أن يتحمل أحد المساهمين في الجريمة وحده عقوبتها...) أو اتفاق الأطراف على استبعاد قواعد نظام النقد أو التسعير الإلزامي للعملة ،وفي القانون المدني أمثلة كثيرة فأحكام الأهلية وتقسيم الحقوق وتسمية العقود ...كلها محكومة بقواعد آمرة ...
ويكون الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة باطلا أو مرتبا لجزاءات رادعة.

ب-أما القاعدة المكمّلة: وتدعى أيضا القاعدة المفسّرة،فهي القاعدة القانونية التي تترك للأطراف إمكانية مخالفة حكمها الأول، أو استبداله بعرف أو اتفاق آخر، ومثاله ترك

[1] ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سابق، ص100.

الحرية للمتعاقدين في اختيار مكان دفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع، أو حسب ما يتفقان أو طبقا للعرف الجاري به العمل[1]، ويقابله شرعا الحكم المتصل بحق العبد.

والخيارات التي تتيحها القاعدة المكملة لا ينفي عنها خاصية الالزام، بل هو موجود في إطار الخيارات الممنوحة ضمن المادة أو القاعدة، بحيث لا يمكن الخروج عن هذه الخيارات التي منحها المشرع .

ب ـ معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والمكملة

استعمل الفقهاء معيارين للتفريق بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة: معيارا لفظيا أو شكليا ، ومعيارا موضوعيا أو معنويا.

أولا- المعيار اللفظي: تكون القاعدة آمرة إذا استعمل النص القانوني صيغة الوجوب أو الأمر أو النهي الجازمة ،مثل ألفاظ :يجب يتعين يلزم، لا يحق، ليس لأحد...

ومن أمثلة ذلك في الدستور المادة 11 من الدستور "تمتنع المؤسسات عن القيام بما يأتي:

ـ الممارسات الإقطاعية، والجهوية ، والمحسوبية،

ـ إقامة علاقات الاستغلال والتبعية،

ـ السلوك المخالف للأخلاق الإسلامية وقيم ثورة نوفمبر"[2]

انظر كذلك أمثلة من القانون المدني المواد 28/ 77/321 / 78 / ومن قانون الأسرة المواد 74 -75.... إلخ .

أما القواعد المكملة فعادة تبدأ صياغتها اللفظية بألفاظ تفيد الجواز والإمكان مثل : يجوز ، يمكن .. . أوتنتهي بما يفيد جواز الاتفاق على خلاف ما سبق من حكم بالاحتكام إلى اتفاق الطرفين أو ما جرى به العرف، ومن أمثلة القواعد المكملة في القانون المدني المواد 123/ 414/394/ ...

[1] ـ ذلك هو حكم المادة 387 من القانون المدني ، مرجع سابق.

[2] ـ انظر دستور 2020 الصادر بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442، الموافق 30 ديسمبر2020،الجريدة الرسمية 82.

ب-المعيار المعنوي : وذلك إذا اتصل فحوى المادة بحماية النظام العام والآداب العامة أصبحت القاعدة آمرة ، أما إذا اتصلت بمصالح الأفراد المحضة فالغالب أنها قاعدة مكملة[1].

والنظام العام هو مجموع القواعد القانونية التي تنتظم مصالح المجتمع السياسية والاجتماعية والخلقية والاقتصادية بحيث تتمتع بالاستعلاء على باقي القواعد القانونية لحمايتها لأسس جوهرية يقوم عليها المجتمع. ومن خصائصه: العمومية،و النسبية،و أنه سابق على وضع القانون ومرتبط بالجماعة.

أمثلة على توفر المعيار المعنوي في بعض المواد الآمرة : المادة 40 -49 -50 مدني الدستور المادة 84 /85 وما بعدها، ومن قانون الأسرة مثلا 139 وما بعدها .

2ـ تقسيم القانون إلى خاص وعام

يقسم الفقهاء القانون إلى عام و خاص، لكنهم اختلفوا في المعيار الذي على أساسه تم توصيف القانون العام بأنه عام ، والقانون الخاص بأنه خاص، ومن أهم المعايير التي طرحت للنقاش الفقهي : معيار المصلحة العامة، ومعيار طبيعة القواعد القانونية ، ومعيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، ومعيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة. ثم ب

أـ معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص.

أولاـ معيار المصلحة العامة يرى بعض الفقه أن القانون العام يحمي المصلحة العامة بالأساس ، بينما يحمي القانون الخاص مصالح الأفراد .

غير أن هذا لا يصدق إذا نحن فحصنا أحكام بعض القوانين العامة وبعض القوانين الخاصة، فالدستور من القوانين العامة ولكنه يحمي مصالح الأفراد وحرياتهم وحقوقهم ، وكذلك القانون الجنائي يحمي حياة وممتلكات الأفراد إلى جانب ممتلكات ومصالح العامة ،

[1] ـ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، مرجع سايق ، ص 31.

وفي المقابل فإن القانون المدني وهو قانون خاص يحمي الملكية وينظمها وهي ذات وظيفة اجتماعية كما لا يخفى.[1]

ثانيا ـ معيار طبيعة القواعد القانونية

ذلك أن بعض الفقهاء نظروا إلى أنه كلما كانت طبيعة القواعد القانونية آمرة فنحن بصدد قانون عام ، وكلما كنا بصدد قواعد مكملة كانت طبيعة القانون خاصا.

غير أن هذا المعيار لا يثبت متى استقرأنا طبيعة القواعد القانونية في كلا الفرعين القانونيين، لأننا نجد القواعد المكملة حتى في القانون الخاص ، كما أنه لا يوجد قانون يخلو من القواعد الآمر.

ثالثا ـ معيار الأشخاص أطراف العلاقة

ورأى جانب من الفقه أن القانون العام هو ذلك القانون الذي يحكم علاقة الدولة أو أحد فروعها بالأشخاص العامة أو الأشخاص الطبيعية ، وإذا كانت العلاقة بين الأشخاص الطبيعيين فإنها تكون المحكومة بقواعد القانون الخاص.[2]

ويجاب على تهافت هذا الرأي أن الدولة لا تحكم دائما بالقانون العام ، فقد تظهر الدولة في العلاقة القانونية كفرد عادي كأن تتصرف في أموالها الخاصة مثل[3].

رابعا ـ معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة

وهو معيار متطور عن السابق بحيث تبناه أغلب الفقهاء اعتبارا من أن القانون العام هو القانون الذي يطبق في العلاقات التي يكون طرفاها أو أحدهما هو الدولة أو أحد فروعها متمتعا بصفته السيادية ، فإن كانت العلاقة بين الأشخاص الطبيعيين أو بين طرفين أحدهما أو كلاهما غير متمتع بصفته السيادية كان القانون الذي يحكمهما قانونا خاصا.

وقد لقي هذا المعيار قبولا لدى غالب الفقه ، وأصبح هو المعيار الراجح في التفريق بين فرعي القانون ، وأصبح التمييز بينهما على هذا الأساس ممكنا وله آثاره العملية .

---

[1] ـ محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص71

[2] ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سابق، ص 52

[3] ـ المرجع نفسه ، الموضع نفسه.

ب ـ نتائج التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

هذا الاختلاف في أطراف العلاقة وطبيعة الأحكام بين القانون العام والقانون الخاص كان له أثره في مجالات من بينها:

ـ يمنح القانون العام الأشخاص الاعتبارية العامة امتيازا على الأشخاص الطبيعية بما تتمتع به من ميزة السلطة العامة، فتتمكن من ممارسة عدة أنشطة تُحظر على الأشخاص الطبيعية، ففي سبيل المصلحة العامة يمكن للدولة فرض الضرائب و استخلاصها بموجب حقوق الامتياز العامة ، وفرض السخرة أو الخدمة الوطنية على الأفراد ، أو نزع الملكية الخاصة للمنعة العامة...[1]

ـ أغلبية قواعد القانون العام هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك لأن الهدف منها في الأصل خدمة المصلحة العامة ، وعدم تركها لخيارات الأفراد[2].

ـ تخصيص المنازعات التي يكون منشؤها قواعد القانون العام ، بقضاء إداري منفصل عن القضاء العادي ، وبإجراءات مختلفة.

ولما أصبح هذا التفريق بين فرعي القانون واضحا ومرعيا ومؤثرا ، فإننا سنلقي نظرة على أهم القوانين التي تنضوي تحت كل من هذين الفرعين.

ج ـ فروع القانون العام والقانون الخاص

أولا / فروع القانون العام

أولا /أـ القانون الدولي العام وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض في وقت السلم أو الحرب، وعلاقات المنظمات الدولية ببعضها وبالدول[3].

وأهم مصادر هذا القانون :

ـ العرف الدولي.

---

[1] ـ محمد سعيد جعفور، مرجع سابق ، ص73

[2] ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سابق، ص 55.

[3] ـ المرجع نفسه ، ص 59.

ـ المعاهدات الشارعة، وهي تلك الاتفاقات التي تبرمها الدول لتنظيم مسألة بينها تهم المجتمع الدولي كله.

ـ المبادئ القانونية العامة التي اعتمدتها الأمم دوليا كمبدإ المسؤولية عن الفعل الضار[1]...

ـأولا /ب ـ القانون الدستوري وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، كما تبين السلطات التي تباشر بها الدولة وظائفها وعلاقة كل منها بالأخرى ، ويحدد حقوق وحريات الأفراد.[2]

أولا /ج ـ القانون الإداري وهو مجموعة من القواعد تحكم نشاط الدولة الإداري أي السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية، وتتمثل تلك الوظيفة في حفظ الأمن والنظام، وفي إدارة وتسيير أوجه النشاط المختلفة من خدمات وإنتاج، من خلال القيام على تسيير المرافق العامة.[3]

ومن هذا التعريف نستطيع أن نعرف أن أهم ما تتناوله قواعد القانون الإداري هو:تحديد الأجهزة المختلفة للإدراة وعلاقة بعضها ببعض وبالسلطات الأخرى في الدولة، وطرق تسييرها مركزيا أو لا مركزيا ، وتنظيم المرفق العام ، وتسيير الأموال العامة، كما أنه ينظم أيضا علاقة الدولة بمستخدميها(قانون الوظيفة العامة) ، ويحدد امتيازات السلطة العامة، وقواعد الفصل في المنازعات الإدارية[4].

أولا /دـ القانون المالي وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة ، وتحدد طرق وكيفيات تحصيلها (بالضرائب والرسوم والريوع على أملاكها) وإنفاقها (على المرافق العامة والأجور والخدمات العامة...) ، وتبين قواعد تحضير الميزانية ووسائل الرقابة على كل ذلك.[5]

---

[1] ـ محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق ، ص77

[2] ـ محمد حسين منصور ، مرجع سايق، ص73

[3] ـ المرجع نفسه ، ص76.

[4] ـ المرجع نفسه ص 75 وما بعدها.

[5] ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سابق، ص70.

أولا /هـ ـ القانون الجنائي وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم و وما يلحقها من عقوبات مقررة عليها(قانون العقوبات)، والإجراءات الجزائية التي يجب اتباعها منذ تعقب المتهم حتى الحكم عليه نهائيا(قانون الإجراءات الجزائية).[1]

ثانيا /فروع القانون الخاص

سبق وأن أشرنا إلى أن القانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض أو علاقات الأفراد بالدولة أو أحد فروعها لكن بدون صفتها السيادية.

ولهذا القانون عديد من الفروع ، أهمها: القانون المدني ، القانون التجاري، قانون الأسرة ، القانون الدولي الخاص، وسنلقي تعريفات وجيزة على أهمها.

ثانيا/أ ـ القانون المدني وهو أهم هذه القوانين وأصلها جميعا ، بل هو الشريعة العامة لمعظم القوانين، لذا فإنا نعرفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض أو علاقات الأفراد بالدولة أو أحد فروعها دون صفتها السيادية. وباستثناء ما ينظمه غيره من القوانين الخاصة.[2]

وأهم موضوعات القانون المدني كيفية تطبيق القانون على الأشخاص وفي الزمان والمكان ، ثم الحقوق الشخصية ومصادر الالتزام ولا العقود، ثم الحقوق الملكية الأصلية ، والتبعية.[3]

ثانيا/ ب ـ القانون التجاري وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين التجار في أنشطتهم ، أو أعمالهم التجارية.[4]

وأهم ما يعتني به القانون التجاري من موضوعات هو تحديد صفة التاجر والتزاماته، وماهية الأعمال التجارية ،والشركات التجارية ، والأوراق والسندات التجارية المستعملة بين التجار...

[1] ـ المرجع السابق، ص71

[2] ـ المرجع نفسه ، ص76.

[3] ـ للتفصيل يرجى مراجعة محتويات القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/75، والمشار إليه سابقا.

[4] ـ محمد سعيد جعفور، مرجع سابق،ص94.

ثانيا/ ج ـ قانون الأسرة وهو مجموعة القواعد القانونية المنظمة للأحوال الشخصية من زواج وخطبة وطلاق ، وآثار الطلاق من متعة عدة و حضانة ونسب، وكذا قواعد الميراث، وعقود التبرع...[1]

ثانيا/د ـ قانون العمل وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب العمل.[2]

ثالثا / القانون المختلط

هناك من الدارسين من أضاف إلى فروع القانون الخاص مجموعة أخرى من القوانين يبدو فيها طابع القانون العام واضحا إلى جانب طابع القانون الخاص الغالب مثل القانون البحري والقانون الجوي، و قانون الإجراءات المدنية والإدارية ن والحقيقة أنها قوانين مختلطة بين العام والخاص.

[1] ـانظر القانون 11/84 المؤوخ في 9 من رمضان 1404، الموافق 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة.
[2] ـ محمد سعيد جعفور، مرجع سابق ص98.

مصادر القانون

تقديـــم

يقصد عادة بمصادر القانون نوعان من المصادر

ـ المصادر المادية والتاريخية للقانون وهي مجموعة العوامل الاقتصادية والتاريخيةو الدينية والاجتماعية والسياسية ...التي يستلهمها المشرع في وضعه القاعدة القانونية ، والتي لا تظهر بشكلها المباشر أو الحرفي في مضمون المادة ، ولعل الشريعة الإسلامية تعد أصلا تاريخيا للقانون الجزائري إضافة إلى الأعراف والقانون الفرنسي الذي ظل ينظم كثيرا من أحوال المجتمع والسلطات في الجزائر أثناء الفترة الاستعمارية.

ــ المصادر الشكلية أو الرسمية للقانون وهي المصادر المباشرة والظاهرة في القاعدة القانونية والتي نص عليها القانون بوجوب تطبيقها، وهي موضوع بحثنا في ما يأتي ، ونقسمها كما أشارت إلى ذلك المادة الأولى من القانون المدني إلى : مصادر رسمية، وتضم مصدرا وحيدا هو التشريع، ومصادر احتياطية، وتضم مبادئ الشريعة ، والعرف ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

1ـ المصدر الرسمي الأساسي للقانون

التشريع

وسنتناول في بحثنا عن التشريع ، ما يتعلق منه بمفهوم التشريع بما في ذلك من تعريف وخصائص ؛ ثم نتناول أنواع التشريع: الأساسي، والعادي، والفرعي، وطرق سنها.

أ ـ مفهوم التشريع

من خلال مفهوم التشريع نعرض لتعريفه ، ثم خصائصه،ثم عيوبه في مقابل المصادر الأخرى للقانون.

أولا/ تعريف التشريع[1]

للتشريع معان ثلاثة:

ـ عملية سنّ القواعد القانونية.

ـ المصدر الذي يتولى الصياغة الملزمة للقاعدة القانونية في صورة مكتوبة.

ـ القواعد القانونية نفسها التي تكتسب صفتها الملزمة، في صورتها المكتوبة عن سلطة التشريع ... كتشريع الأسرة ـ الضرائب[2]...

ثانيا :خصائص التشريع

من أهم هذه الخصائص أنه:

ـ يضع قاعدة قانونية بخصائصها المعروفة وهذا هو العنصر موضوعي فيها، مكتوبة صادرة عن هيئة اختصاص، وهذا هو جانبها شكلي، أو صادرة هيئة خولها القانون ذلك، كاللوائح الضبطية الصادرة عن سلطة تنفيذية.

[1] ـ الفعل (شَرَّع) لغة هو مزيد رباعي من الثلاثي المجرد (شرَع) أي أخذ الماء بفيه من الشريعة وهي المورد المشرع للناس....وشرع الدين سنّه ومنه قوله تعالى " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك..." انظر ابن منظور ، مرجع سابق، المجلد1، ص2014.

[2] ـ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود،ص47.

ـ وبذا تتحقق ميزة أخرى ناتجة أنه يحقق وحدة القانون ووضوحه ووحدة الإقليم.

ـ يمكن من خلاله معرفة تطور التشريع، ومسائله، ونقده ... إلخ

ـ أنه بالنسبة للعرف سريع الصدور.

ثالثا: عيوب التشريع

من أهم المآخذ على التشريع أنه:

ـ يصدر عن سلطة ويخدم مصالحها.

ـ جامد لا يساير التطور الاجتماعي ويقتضي صدوره أو تعديله شكليات وتعقيدات.

إلا أن البعض يرى أن هذه الانتقادات الموجهة للتشريع أحرى بها أن توجه للسلطة التنفيذية أولا.

ب ـ أنواع التشريع

أنواع التشريع: يقسم الفقه التشريع إلى ثلاثة أنواع: التشريع الأساسي، و التشريع العادي والتشريع الفرعي.

أولا : التشريع الأساسي

ـ تعريفه /وهو وثيقة الدستور، وهو أسمى القوانين،فهو يعلو عليها جميعا إلا المعاهدات إذا صادق عليه رئيس الجمهورية ولم تخالف الدستور[1]، وهو التشريع الذي يبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتوزيع السلطات وعلاقتها بعضها ببعض، وحقوق الأفراد وحرياتهم وواجباتهم،و يصدر بأحد الطرق الآتية:

ـ عن منحة من الحاكم، وقد قل هذا الأنموذج، وكمثال على ذلك دستور الكويت.

ـ عن عقد بين الحاكم والشعب.

ـ أو بواسطة جمعية تأسيسية.

[1] ـ الدستور الجزائري،لسنة 2020 ، المشار إليه سابقا، المادة154.

ـ عن طريق استفتاء شعبي

ولا شك أن الطريقين الأولين أصبحا في عداد الأمثلة النظرية فقط،وأن الطريقين الأخيرين أقرب إلى النظام الديمقراطي ، وبهما معا صدر الدستور الجزائري لسنة 2020.

ـ أنواعه/ من الدساتير ما هو مرِن ، وما هو جامد.

فالدستور المرن هو الذي يمكن تعديله بنفس الطريقة التي يُعدّل بها القانون العادي، ومن طريق نفس السلطة.

أما الدستور الجامد فهو ما لا يمكن تعديله إلا بإجراءات مختلفة عن إجراءات التشريع العادي ، والملاحظ أن الدستور الجزائري ، كأغلب الدساتير في العلم هو دستور جامد[1].

كما أن هناك من الدساتير ما هو عرفي كدستور بريطانيا، وما هو مكتوب كمعظم دول العالــم.

ثانيا: التشريع العادي

وهو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية المختصة، في حدود اختصاصها المبين في الدستور، وطبقا للإجرءات المنصوص عليها ثمة.[2]

وصاحب الاختصاص الأصيل فيه هو البرلمان بغرفتيه، كما تنص عليه المادة 114 من دستور 2020؛ ومجالات تشريعه محددة ومنصوص عليها في الدستور.[3]

ويمر التشريع حتى يصدر ويصبح واجب التطبيق بمراحل هي:

- المبادرة بالقانون أو الاقتراح 2- مرحلة الفحص 3- التصويت 4- الإصدار 5 ـ النشر

ثانيا /أ مرحلتا المبادرة والفحص

المبادرة ثم فحص مضمونها نصت عليها المادة 143 من الدستور ، وهي من حق كل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، و النواب وأعضاء مجلس الأمة .

[1] ـ أنظر المواد من 2019 إلى 222، من الدستور الجزائري المشار إليه سابقا.
[2] ـ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص116.
[3] ـ انظر الدستور الجزائري لسنة 2020، المشار إليه سابقا، المادة 139 و140

وتعرض هذه المشاريع على مجلس الوزراء ، بعد رأي مجلس الدولة ثم تودع لدى مكتب رئيس المجلس الشعبي أو مكتب مجلس الأمة .

ثانيا/ ب التصويت

وبه نصت المادة 147 من الدستور " مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة144أعلاه، يجب أن يكون آل مشروع أو اقتراح قانون 56 المـادّة 138 :

موضوع مناقشة من طرف المجلس الشّعبيّ الوطنيّ ومجلس الأمّة، على التّوالي حتّى تتمّ المصادقة عليه .

تنصبّ مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشّعبيّ الوطنيّ على النّصّ الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة،أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 144 أعلاه .

تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى. وتناقش كل غرفة النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه .

وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوّت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية، أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية .

وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما .

تعرض الحكومة هذا النّصّ على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أيّ تعديل عليه إلاّ بموافقة الحكومة .

وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا. وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو، إذا تعذر ذلك،بالنص الأخير الذي صوت عليه .

يُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقا للفقرة السابقة ."[1]

ثانيا/ ج ــ مرحلة الإصدار

[1] ـ انظر المواد 145 ، 146، 147 من الدستور الجزائري المشار إليه سابقا.

فحين ينم التصويت على القانون ، يتسلمه رئس الجمهورية الذي أعطاه القانون مهلة ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه حتى يصدره ، باستناء الفترة التي تنظر فيها المحكمة الدستورية إذا أخطرت لتنظر في دستورية القانون من قبل الجهات المعنية بذلك.[1]

ثانيا/ د ـ مرحلة نشر القانون

فإذا صادق رئيس الجمهورية على القانون نُشر بالجريدة الرسمية، وأصبح نافذا في الجزائر [2]العاصمة ابتداء من مضي يوم بدءا من يوم النشر، وفي باقي النواحي ابتداء من يوم كامل بعد وصول الجريدة الرسمية إلى مقرّ الدائرة، ويشهد على ذلك ختم الدائرة على الجريدة.

ثالثا: التشريع الفرعي

وهو تلك النصوصُ (من لوائح وتنظيمات) الصادرةُ عن السلطة التنفيذية باختصاص منصوص عليه ، وليس اختصاصا استثنائيا، ويتضمن: اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط والبوليس[3].

ثالثا /أ ـ اللوائح التنفيذية

وهي ما يسمى بالمراسيم التنفيذية التي يوقعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة [4]، والتي تصدر لتبيين وتفصيل ما ورد في التشريع من نصوص تحتاج إلى ذلك التفصيل أو التحديد ، ولا يجب أن تسمو على التشريع ولا أن تتجاوز أحكامه.

ثالثا/ ب ـ اللوائح التنظيمية

---

[1] ـ المرجع نفسه، المادة 148.
[2] ـ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني ن المعدل والمتمم ، المادة 04.
[3] ـ محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص166.
[4] ـ انظر الدستور الجزائري المشار إليه سابقا، المادة 5/112

وهي القواعد اللازمة التي تضعها السلطة التنفيذية لتضمن سير المرفق العام والخدمات العمومية، غير متقيدة بأي تشريع معين ، وإنما بالقواعد القانونية الإدارية العامة.[1]

ثالثا / ج ـ لوائح الضبط والبوليس

وهي مثل اللوائح التنفيذية تستقل السلطات التنفيذية المحلية بوضعها حفاظا على الأمن والسكينة ، والصحة العامة، مثل اللوائح البوليسية المنظمة لحركة المرور، أو لوائح مراقبة الأسواق.[2]

[1] ـ محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص 166.
[2] ـ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، مرجع سابق، ص67.

2 ـ المصادر الاحتياطية للقانون

نصت المادة الأولى من القانون المدني في فقرتيها الثانية والثالثة على المصادر التي يجب أن يأخذ بها في حال لم يجد نصا تشريعيا يطبقه على القضية التي بين يديه،بما يلي:

" وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

أ ـ مبادئ الشريعة الإسلامية

لقد نص المشرع كما أشرنا على كون مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول إن لم يوجد نص في التشريع [1].

و مما تجدر الإشارة إليه أن المقصود هنا بهذه المبادئ هو أساسياتها وكليتها العامة ، وعمليا هو ما تعلق بالمعاملات منا ، لأن في الشريعة أقساما لا تتعلق بها حاجة القانون، مثل العقائد والأخلاق والعبادات...أي أن ما قد يحتاجه القاضي هو هذا القسم ، إذا استنفد أحكام القانون.

أ/1ـ تعريف الشريعة الإسلامية

والشريعة الإسلامية هي ورد من أحكام وشرائع وحيا في القرآن او في ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم.

أما الفقه الإسلامي فهو ما فهمه أهل النظر والاستنباط من الفقهاء من أحكام تفصيلية استنبطوها عبر مصادر الفقه الإسلامي المعروفة .

أ/2ـ مصادر الفقه الإسلامي

[1] ـ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني ، المادة 2/1.

وكسائر القوانين الكبرى يتميز الفقه الإسلامي بسعة مصادره وتنوعها وتترتب كالآتي

ـ المصادر الأساسية للفقه الإسلامي

وهي المصادر التي يقع عليها الإجماع بين مذاهب الفقه الإسلامي وهي:

أولا : القرآن الكريم

وهو كلام الله المنزل على رسوله صلى الله عليه وسلم باللسان العربي للإعجاز بأقصر سورة منه، المكتوب في المصاحف ، المنقول بالتواتر، المتعبد بتلاوته، المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس[1]

والقرآن كله قطعي الثبوت إلا أن دلالته ليست كلها قطعية بل فيها ماهو قطعي ، وفيها ما هو ظني وفيه جرت اجتهادات الفقهاء واختلافاتهم..

ثانيا: السنة النبوية

وهي ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلممن قول أو فعل أو تقرير، وبذلك تنوعت إلى سنة قوليةن وفعلية، وتقريرية.

وهي من حيث السند :

متواترة بأن رواها جمع عن جمع ، و الإيمان والعمل بها واجب.

وسنة مشهورة وهي ما رواها عن النبي صلى الله عليه وسلم عدد لم يبلغ الجمع ثم انتشرت في القرن الثاني بعد الصحابة.وسنة آحاد وهي الأكثر وحكمها أنها ظنية الثبوت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، لكن العمل بها واجب [2]

وتأتي السنة في المرتبة الثانية بعد القرآن في الاحتجاج بها، وعلى ذلك تتنوع إللى سنة مؤكدة للقرآن الكريم ، وسنة مبينة للقرآن تبين مجمله وتخصص عامه ، وتقيد مطلقه، وسنة تأتي بحكم جديد لا نص فيه في القرآن الكريم

[1] ـ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه،القاهرة ، دار الحديث، 2003،ص21.
[2] ـ المرجع السابق ، ص32 وما بعدها.

ثالثا الإجماع

وهو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي.

ويشترط للإجماع

ـ أن يكون المجتهدون جمعا أكثر من الواحد

ـ أن يكون الإجماع منهم جميعا ولا تكفي الأغلبية

ـ أن يكون من جميع الأقطار المسلمة لا من بعضها

ـ أن يكون بإبداء كل مجتهد رأيه صراحة قولا أو فعلا فرادى أو مجتمعين.

ـ أن يكونوا من المجتهدين العدول غير ذوي البدع.[1]

رابعا القياس

وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علة الحكم، والقياس مُظهر للحكم لا منشئ له.

وأركانه أربعة:

الأصل وهو محل الحكم الذي ثبت بالنص أو الإجماع.

الفرع وهو المحل الذي لم يرد فيه نص ولا إجماع.

العلة وهي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل

حكم الأصل وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص أو الإجماع في الأصل ويراد تعديته أو نقله إلى الفرع.

[1] ـ المرجع نفسه، ص40.

ب ـ المصادر الثانوية للفقه الإسلامي [1]

وأهم هذه المصادر الثانوية في الفقه الإسلامي

ـ الاستحسان وهو عدول المجتهد عن مقتضى القياس الجلي إلى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل مرجح.

ـ المصلحة المرسلة وهي المصلحة التي لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها.

ومن هذه المصادر أيضا على سبيل الإجمال العرف، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي.

ومع أن الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي في القانون الجزائري إلا أنها تشكل أحد المصادر المادية والتاريخية للقانون الجزائري، والمصدر الموضوعي لبعض من التشريعات مثل قانون الأسرة 11/84، وقانون الأوقاف 10/19.

ب ــ العرف

ويأتي في ترتيبه بعد مادئ الشريعة الإسلامية، وإن كانت أحكام هذه الشريعة تتضمن أيضا في مصادرها العرف بشروطه المعتبرة،ثم إن أحكام الشريعة هي في الأصل أحكام كلية لا تترك لغيرها من المصادر التشريعية ما يحل محل اجتهاداتها،لأن أحكامها تمسح كل جزئيات الحياة الإنسانية وتحكم عليها .

وسنعرف العرف في مايأتي، ونذكر أركانه ومزاياه وعيوبه.

[1] ـ للاستزادة انظر عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت مؤسسة الرسالة ط2،دون تاريخ

ب/ 1 ـ تعريف العرف

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اعتياد الناس عامة، أو فئة منهم على اتباع سلوك معين مع اعتقادهم بإلزامها قانونا[1]؛ فهو بهذا مصدر للقانون ملزم ،ومن أقدم المصادر إن لم يكن أقدمها ظهورا.

ب 2/ ـأركان العرف

هما ركنان: ركن مادي ويقصد به اعتياد الناس وتواترهم على سلوك معين، على نحو ثابت ومستقر حتى يؤدي إلى الركن المعنوي.

وركن معنوي اعتقاد الناس بإلزامه وهو ما يميزه عن العادات والمجاملات.

ب/ 3ـ مزاياه وعيوبه

مزاياه: تظهر في كونه التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه يتطور معه ويواكب تطلعاته وحاجاته. كما أنه يسدّ حاجة التشريع.

فأما عيوبه: فغموضه، وعدم تحديد مضمونه ونطاق سريانه. ثم إنه يتطلب وقتا طويلا لنشوئه واستقراره.

ب /4ـ شروط القاعدة العرفية

أن تكون قاعدة عرفية معمولا بها منذ زمن طويل يحدده القاضي .

أن تكون القاعدة العرفية مستمرة يتكرر بها العمل.

أن تكون القاعدة العرفية عامة ومجردة

أن يألف الناس احترامها والالتزام بها وتوقع الجزاؤ على مخالفتها.

ألا تخالف النظام العام والآداب العامة.

ب / 5ـ الفرق بين العرف وبين العادة الاتفاقية

[1] ـ نبيل إبراهيم سعد،و همام محمد محمود، مرجع سابق ص83.

لا يتوفر الركن المعنوي للعادة الاتفاقية إلا لدى ذوي الشأن في التصرفات الإرادية ،عكس العرف فلابد من اتفاق الغالبية أو الكافة على إلزامه وينتج عند ذلك:

ـ أن العرف ينطبق عليه قاعدة (لا عذر بجهل القانون)

ـ لا يستعبد إلا إذا كان مكمّلا وبرضا الأطراف

ـ يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه، أما العادة فلا بد من التمسك بها من الأطراف.

ـ أن العرف لا يلزم الأطراف بإثباته عكس العادة الاتفاقية

ـ للمحكمة العليا رقابة تطبيق العرف، وليس على العادة اتفاقية[1].

ب 6 /ـ دور العرف و مجاله في القانون

هو المصدر الرئيس في الدول الأنجلوسكسونية.

كما أنه يعد مصدرا مهما في القانون الدولي فيأتي بعد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

وحتى في الدول التي تتبنى التشريعات اللاتينية فإن للعرف دورا واضحا في قوانين مثل القانون التجاري كافتراض التضامن بين المدينين وحرية الإثبات...أما في القانون المدني فكثرا ما تحيل المواد المكمّلة إلى العرف الجاري به العمل، كما أن بعض المراد وإن كان قليلا أخذت حكمها من العرف مثل الأخذ بالعربون[2] ...

[1] ـ المرجع نفسه ،ص87.

[2] ـ انظر الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المادة 72 مكرر.

ج ـ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

ج/1ـ مبادئ القانون الطبيعي

هي القواعد التي استخلصها العقل البشري من الروابط الاجتماعية والإنسانية كمبادئ مثالية، عرفه جروسيوس بأنه:" القواعد التي يوحي بها العقل القويم، والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظالما أو عادلا، تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل"[1]

وقد كانت فكرته ومضمونه خالدين ثابتين في نظر المفكرين القدماء .... ثم انتهى إلى أن يصبح ذا فكرة ثابتة في العدل المثالي، ومتغيرة في المجتمع وظروفه؛ وقد اندمجت بعض مبادئه في القانون الوضعي كمبدأ عدم الإثراء على حساب الغير، وأن كل من أحدث ضررا وجب عليه تعويضه

ج/2- قواعد العدالة

وهي القواعد التي تتفق مع الإنصاف وتتفق الناس جميعا على اعتبارها والخضوع لها لعدم مناقضتها للمنطق وللضمير وتحقيق المساواة والمصلحة.

وبهذا ففكرتا القانون الطبيعي وقواعد العدالة متداخلتان وهما مما يعطي للقاضي مرونة كافية للتفكير والاجتهاد حتى لا يدع القضايا بين يديه دون حل أو حكم، ذلك أنه لا يستطيع أن يمتنع عن الحكم وإلا عُدَّ مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[2]، وذلك على الرغم من ندرة اللجوء إلى هذين المصدرين.

.

[1] ـ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 62.
[2] ـ محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص 205.

تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان

1ـ تطبيق القانون من حيث الأشخاص

إن المواطنين الذين يخضعون للقانون الذي يُعلمون به بواسطة النشر كما تقدم محكومون بمبدأ (عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) ومع أن هذا المبدأ هو مبدأ افتراضي نظري لاستحالة إحاطة المواطنين بكل ما يصدر عن السلطة التشريعية خاصة ، ولكنه يفترض حتى لا يحتج بجهل القانون دائما.

فإذا صدرت القاعدة القانونية عن الجهة الرسمية المختصة وبالإجراءات الصحيحة، ثم نشرت طبقا للكيفية القانونية بالجريدة الرسمية أصبحت ملزمة للكافة المخاطبين بها، وسرت عليهم بحيث لا يقبل من أحد الاعتذار عن الالتزام بها بجهل القانون بفحواه أو بوجوده أو بتاريخه ... ولو ثبت فعلا أن جهله حقيقي.

وبذلك افترض القانون أنه منذ نشره قد علم به الكافةن كقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس. على أن الفقه حاول تبرير هذا المبدأ ، وخفف من شموليته في حالات يمكن الاعتذار فيها بجهل القانون.

أـ مبررات المبدأ

يبرر هذا المبدأ لاعتبارين :عملي وفلسفي

أ/ 1ـ الاعتبار العملي وهو المحافظة على الاستقرار والأمن والنظام في المجتمع، إذ لو كان لأحد أن يعتذر بجهله القاعدة القانونية لأمكن التحايل بذلك على تعطيل القانون، مع أن المبدأ قد يهدر بعض المصالح الشخصية لأشخاص قد يجهلونه القاعدة القانونية حقا.
أ/ 2 ـ الاعتبار الفلسفي وذلك باعتبار ما يتمتع به القانون من خاصية إلزام تجعله واجب التطبيق بغير تعليق على اعتبار خارج عنه، ولو كان العلم به، لأن في ذلك تحقيق سيادة القانون، ويعتبر بذلك قرينة قاطعة على علم الكافة به.[1]

[1] ـ ـ نبيل إبراهيم سعد،و همام محمد محمود، مرجع سابق ص 110.

ورغم وجاهة هذين الاعتبارين إلا أنه يجب على الدولة أن تقوم على عاتقها بإعلام المخاطبين من خلال وسائل النشر الخاصة والعامة، لكيلا يكون هناك محل واقعي لاعتذار المخاطب بجهل القانون.

كما أننا نأخذ على المشرع في البلاد المتخلفة عدم مراعاة ضعف الثقافة القانونية في مجتمع شبه أمي ....

ب ـ الاستثناء على هذا المبدأ

يُستثنى من إطلاقية المبدإ ما يلي:

ب/ 1ـ حالة القوة القاهرة وتأخر وصول الجريدة الرسمية، كقيام حرب أو احتلال جزئي، أو كوارث طبيعية مانعة من وصول الجريدة الرسمية في إقليم ما، وهذا خاص بالتشريع لا بالشريعة ولا بالعرف.

ب/2 ـ الغلط في القانون كما لو اعتقد أن اللتزام الطبيعي هو التزام مدني يترتب عن تخلفه جزاء مدني... أما الوهم الذي يقع فيه أحد المتعاقدين والموجب لإبطال العقد فهو غلط في التعاقد(أنظر المادة 81- 82 مدني) فليس من باب الجهل بالقانون بل المطالبة بتصحيح ذلك الوهم بتطبيق القاعدة القانونية .

2 ـ تطبيق القانون من حيث المكان

الأصل أن القانون يعبر عن إرادة الدولة، وهو أمرها ونهيها لرعاياها وللمقيمين على إقليمها، لذا فإنه يطبق كله على الجميع... ولكن العلاقات التي تنشأ بين الدول دبلوماسيا واقتصاديا واجتماعيا وتنقل الأشخاص يطرح إشكالية تطبيق القانون على موطني الدولة خارج إقليمها، وعلى الأجانب على إقليمها

ويتنازع حل هذا الإشكال ثلاثة مبادئ : مبدأ إقليمية القوانين، ومبدأ شخصية القوانين، ومبدأ عينية القوانين.

أ/ مبدأ إقليمية القوانين

ويقتضي تطبيق القانون داخل إقليم الدولة، وعلى كل الأشخاص الموجودين عليه موطنين أو أجانب ،وبالمقابل لا يتعدى سريان القانون إلى خارج إقليمها ولو كان عليه مواطنوها[1] .

أساس هذا المبدإ : القانون يعبر عن سيادة الدولة محل السيادة الإقليم الشعب

ب/ مبدأ شخصية القوانين

فنظرا للتطور الذي عرفته المجتمعات الحديثة ،خاصة في انتقال الأشخاص وإقامتهم خارج إقليمهم تخفف مبدأ الإقليمية وظهر مبدأ الذي يطبق على أساس القانون على مواطني الدولة ولو كان في خارج إقليمها .

فإذا كان الإقليم أولى بالاعتبار في مبدأ الإقليمية فإن الشعب هو الأولى في مبدإ الشخصية وقد أخذت كل دولة بأحد المبدأين ووضع عليه استثناءات اقتضتها قوة المبدأ الآخر .

وأساس المبدإ: ولاء الأشخاص عن طريق الجنسية، وهو الاتجاه الغالب وقد أخذت الجزائر بمبدأ الإقليمية مع الاستثناءات الآتية:

ـ القواعد المتضمنة للحقوق والواجبات السياسية تطبق شخصيا لا إقليميا

ـ قواعد الحصانة الدبلوماسية على سبيل المعاملة بالمثل، وتشمل أعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي ورجال القوات المسلحة المرابطين في إقليم دولة ما بترخيص (مصادر قانون القاعدة الدولية) أو حصانة رؤساء الدول وأعضاء المجالس النيابية إلا برفع الحصانة قانون داخلي

ـ قواعد صحة الزواج والحالة المدنية وآثار الزواج والولاية والميراث .....(عموم أحكام الأحوال الشخصية)[2]

[1] ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سايق ، ص188.
[2] ـ ـ نبيل إبراهيم سعد،و همام محمد محمود، مرجع سابق ص116.

ج ـ مبدأ عينية القوانين

وتعتبر استثناء على المبدأين كلهما ويقتضي سريان القانون الوطني على الأشخاص أو الأفعال خارج إقليم الدولة ساء كان مرتكبوها وطنيين أو أجانب وذلك بالنظر إلى نوع الجريمة التي تكون عادة ماسة برموز سيادتها أو بأمنها واقتصادها مثل جرائم التزوير في النقود أو الوثائق الرسمية مبدأ ارتكب خارج إقليم دولته ولم يعاقب ثم فر راجعا فإنه يخضع للعقوبة حتى لو يكون ذلك ملاذا للمجرمين .

تطبيق القانون من حيث الزمان

الأصل أن القاعدة القانونية تظل سارية بعد صدورها إلى تاريخ إلغائها لكنه قد تصدر قاعدة قانونية أو تشريع مكانه السابق وقد تظل آثار التشريع الأول سارية في ظل صدور تشريع آخر مما يثار حصة مسألة تنازع القانونية فأي التشريعية أولى بالتطبيق وعلى ذلك فهناك مسائل متعلقة بهذه الإشكالية أولاها ماذا يعني إلغاء القانون وما هي صوره أو أنواعه؟

والثانية ما المبدأ المعمول به أو الأصل في سريان القاعدة القانونية ثم الإشكالات المتعلقة بها والاستثناءات الواردة عليها ؟

1-إلغاء القانون أو القاعدة القانونية

هو تجريد القاعدة القانونية من قوتها الإلزامية بما يمنع العمل بها بدءا تاريخ هذا الإلغاء فيمنع اثرها في المستقبل لا في الماضي كما هو شأن البطلان وكمثال بطلانه تشريع الضرورة إذا أغفلته السلطة التنفيذية عرضه على السلطة التشريعية أو لم يصادق عليه البرلمان .

من يملك حق الإلغاء الأصل أن مبدأ صدر هو من يلغي أو السلطة الأعلى من وقف

تندرج القوانين (تفصيل) التدرج أيضا داخل نصادر القانون)

عدم سقوط التشريع باهماله ولو طالت المدة وقد يعتبر ذلك عرفا سلبيا مخالفا للتشريع

إلغاء القواعد التشريعية

--أنواع الإلغاء: نصت المادة 2 من القانون المدني على :" ولا يجوز إلغاء قانون ....إلخ " ومنه فاللغاءنواعان صريح وضمني

أ-الإلغاء الصريح وذلك بإحدى صورتين نص صريح في تشريع لاحق أو النص بصراحة ضمن القانون ذاته على توقيت سريانه بجدة معنية

أ-1-النص صراحة على الإلغاء مثاله المادة 507 مكرر المادة 07-05 المعدل للقانون المدني ومثال المادة 75 من قانون التوجيه العقاري 90-25 يكفي أحكتم الأمر 71-75 .." المتضمن الثورة الزراعية

أ-ب-توقيت سريان النص التشريعي الجديدة بجدة معينة يتضمنها نصه ما يسمى التشريع الموقت وتنظيم هذا النوع من التشريع حالات الطوارئ أو الحرب القوانين التي تصدر لتشكيل لجنة أو هيئة لمهمة محددة في الزمن ومثاله أيضا المادة 507 مدني ومثاله قوانين الميزانية فهي مرتبطة بالسنة الموالية فقط .

ب-الإلغاء الضمن l'abrogation tacite وقد نصت عليه المادة 2/2 وبينت نوعيه بالإشارة

ب-1-التعارض بين قانون جديد وقانون قديم إذا استحال الجمع بينهما دل ذلك على أن الجديد يلغي القديم ويكون الإلغاء بالقدر الذي يمنع التناقض فيها فقد يكون كليا أو جزئيا فإذا كان التعارض جزئيا فلا يقع الإلغاء إلا في حدود هذا الجزء وبما أن الأحكام القانون بعضها يتسم بالعمومية وبعضها بالخصوصية فإذا كانا من نفس النوع فإن الجديد يلقي القديم أما إذا اختلفا فكان أحدهما عاما والأخر خاصا فتعمل المبادئ الآتية :

ـ حالة تعارض حكم حديث خاص بحكم قديمعام فلا يلغي الحكم العام القديم ولكن يخصص بالحكم الحديث الخاص مثاله تخصيص أحكام الإيجار بالإلغاءبنص قانون 07-05 ومثاله المادة 7 من قانون الأسرة تخصيص للمادة 40 مدني المادة 07 عدلت لتوافق المبادئ العامة

ـ حالة التعارض بين حكم عام حديث وحكم قديم خاص فالأصل أن الحكم القديم الخاص لا يلغيه إلا حكم حديث خاص الغبن في الإيجار الوقفي لم يلغه تقنين الإيجار الذي لم ينص على الغبن

- تنظيم نفس الموضوع في تشريع لاحق وبدأ يلغي التشريع القديم كليا لأن نية المشرع اتجهت إلى إلغائه حتى بالنسبة للقواعد التي لا تتعارض مع قواعد التشريع الجديد ومثاله القانون 91-10 في إلغائه القواعد المنظمة للوقف في قانون الأسرة 84-11

2 ـ تنازع القوانين في الزمان

فمتى سرت القاعدة القانونية وأصبحت واجبة التطبيق حدت بذلك القاعدة التي ألغتها في الزمان وهذا واضح ومهل التفسير فيما يخص الوقائع والتصرفات التي نشأت ثم اكتملت في ظل قانون قديم كلها أو في ظل قانون جديد كلها لكن الاشكال يقع في حال نشأ التصرف أو الواقعة في ظل سريان قانون قديم ثم صدر قانون جديد يلغيه ولا تزال آثار التصرف أو الوقائع السابقة سارية فأي القوانين يطبق في هذه الحالة مثاله أن تبدأ حيازة تنتهي بالتملك بعد 15 سنة مثالا ولما تنته المدةثم يصدر قانون يعدل مدة التقادم أي 20 سنة .

فالأصل في سريان القوانين يقوم على مبدئين: هما مبدأ عدم رجعية القوانين، ومبدأ الثر الفوري للقانون.

أ ـ مبدأ عدم رجعية القوانين

1 ومضمون هذا المبدأ أن القانون إنما صدر ليطبق بعد صدوره أي في المستقبل ولا يرجع إلى الحوادث الماضية واستند في ذلك إلى الاعتبارات الآتية :

ـ اعتبار العدالة وهي غاية القانون :

تقتضي العدالة ألا يطبق على المخاطبين بالقانون قانون لم يعلموا به بينما كانت تصرفاتهم وأفعالهم قد وقعت في ظل قانون سابق احترموه وبالتالي فهذا فيوقعهم في عدم شرعية أفعالهم أو تصرفاتهم أو يضيع عليهم حقوقا اكتسبوها في ظل قانون قديم وبالتالي فإن المواطنين لا يأمنون صدور قوانين جديدة تفاجئهم .. وهذا مناقض لما بنى عليه القانون وهدف إليه

ـ اعتبار المصلحة العامة :

إن المصلحة العامة أيضا غاية من غايات القانون فرجوع القانون بأثره إلى تصرفات ووقائع شائعة يحدث اضطرابا في المعاملات والعلاقات الاجتماعية ويهدد استقرار الأوضاع المالية والاجتماعية ويؤدي إلى عدم الثقة في التشريعات وتوجس الأفراد من أثر القوانين

ـ مراعاة المنطق القانوني بحجة نفاذ القانون تقوم على أساسا من اعلام الكافة به حتى لا يعذر بحجة أحد ولكن سريان القانون بأثر رجعي سوف يهدد هذه القاعدة ويجعل من العلم بالقانون وعدمه سواء.

ومن ناحية أخرى فإن الخطاب القانوني يجب أن يكون سابقا في وجوده على سلوك الأفراد وتصرفاتهم لأن القانون وضع ليطبق لاحقا على ما يستقبل .

وللإشارة فإن هذا المبدأ كان معمولا به في القانون الروماني مما يدل على منطقيته، وإن لم يكن مصاغا صياغة مكتوبة كاملة، والمبدأ أوضح ما يكون في الجانب الجزائي.

أما في الشريعة الإسلامية فقد ورد في نصوص الكتاب العزيز ما يدل على بداهة المبدإ بأن الله لا يعاجل بالعقوبة إلا بعد الإنذار بها، فكلما حذر القرآن أو نهى عن فعل بين عدم المؤاخذة على ما سلف بقوله :" في آيات التحريم الربا" فله ما سلف وأقسط إلى الله " وفي تحريم الجمع بين الأختين " إلا ما قد سلف" وكمبدأ عام يقول تعالى:" ا وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا" والحديث " الإسلام يجبّ ما فيه" ومن القواعد المقررة لا حكم على أفعال المكلفين قبل وضع النص " والأصل في الأشياء والأفعال الاباحة.

ولم يرد للمبدأ صياغة في القوانين الوضعية إلا في سنة 1789 حيث قرره في اعلان حقوق الانسان بعد الثورة الفرنسية .

و إشكالية تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين تكمن في حالة واجهنا تصرفات أو وقائع يستغرق تكوينها أو ترتيب آثارا زمنا طويلا بحيث يتنازعها قانونا قديم وجديد مما يثور معها السؤال أي القانونية أولى بالتطبيق عليها .

مثال: تزوج شخص في ظل قانون قديم يجعل من حقه إيقاع الطلاق بإرادته المفقودة ثم صدر تعديل لا يجيز الطلاق إلا بحكم قضائي ؟ فإذا أراد الزوج الطلاق هل يمكنه ذلك بإرادته المنفردة أم يجب يجب أن يسعى لاستصدار الحكم القضائي بايقاع الطلاق كما يقتضيه القانون الجديد؟

مثال عن سن الأهلية 18 سنة في القديم – الجديد 19 سنة حكم التصرفات ...

ظهر لحل هذه الإشكالات والتنازعات القانونية اتجاهات النظرية التقليدية والنظرية الحديثة روبيه ROBIE

1- النظرية التقليدية: مضمون النظرية إقامة أساس أو مبدا النظرية على التفرقة بين الحق المكتسب [1]ومجرد الأمل[2]أي أن التشريع الجديد لا يمس الحقوق المكتسبة في ظل قانون سابق أما مجرد الأمل في اكتسابها فيخضع لأحكام القانون الجديد

مثال الميراث ليس للورثة في ظل حياة مورثهم إلا مجرد أمل فإذا مات في ظل القديم اكتسبوا الحق وإذا توفى بعد صدوره كان مجرد أمل لديهم وطبق القانون الجديد

حالة الوصية إذا صدر قانون بعد وفاة الموصى الذي أوصى لهم ب ½ مثلا ثم صدر قانون لا يجيز إلا الثلث فالقانون الجديد هو الساري والذي يطبق ... وإليك إذا مات قبل صدور القانون الجديد

التقادم: مثلا 15 في القديم و 20 في الجديد صدر القانون الجديد قبل اكتمال التقادم

الاستثناءات الواردة على مبدا الرجعية

[1]- الحق المكتسب يمكن تعريفه بأنه الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نقضه ولا نزعه دون رضاه كما أنه يخول صاحبه حق الدفاع عنه قضائيا

[2]- أما مجرد الأمل فهو مجرد ترقب ورجا لدى الشخص في أن يكتسب في يوم من الأيام حقا من الحقوق وقد يخيب فيه

أـ النص الصريح على رجعية القانون وهذا القيد على لقاضي من قبل المشرع الذي تغيا بذلك المصلحة العامة والضرورة التي تتفوق على استقرار المعاملات إلا في المجال الجنائي

ب ـالتشريعات الأصلح للمتهم

المبدأ العام رجوع التشريع الجنائي حماية لحقوق الفراد وإلا إذا كان رجوع التشريع تهديدا لهم لا يأمنوه غير أنه هناك حالتين يرجع فيها التشريع الجنائي إلى وقائع سابقة :

-حالة تحقيق العقوبة شرط أن يصدر التشريع قبل صيرورة الحكم باتا غير قابل للطعن ..

-حالة إباحة فعل كان مجرما في التشريع القديم سواء كان الحكم في ظل التشريع القديم صار باتا أو لم يصر ..... وذلك :

-إن تطبيق التشريع الجديد المبيح للجريمة السابقة لا يصطدم بحجية الأمر المقضي به

ج- الاعتبار المنطقي والعدلي

التشريع المتعلق بالنظام العام والآداب وذلك إذا كان الحق الذي اكتسبه شخص قد صار في التشريع الجديد مخالفا لل ق ع و أ ع فلا يجوز التمسك بهذا الحق في ظل التشريع الجيد ومثاله تعديل سن الرشد

دـ التشريعات التفسيرية: فقد تضطرب تفسيرات المحاكم في تشريع ما فيضطر المشرع إلى إلحاقه بتشريع تفسيري ينسحب على الوقائع التي حكمها التشريع الأول فالتشريع التفسيري يعتبر جزءا من التشريع الأول وتطبيعه من تطبيقه وذلك في حدود الوقائع التي لم تفصل فيها المحاكم محكم نهائي وإلا اصطدم بحجية الأمر المقضي به.

انتقادات النظرية التقليدية

1- غموض المعيار الذي قامت عليه بصعوبة التفريق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل كما في مثال الحق المعلق على شرط وكما في حال الوصية فالنظرية التقليدية تقضي بعدم تشريع النص الجديد لأن الوصية لم يؤد إلى حق مكتسب قبل موت الموصي والصحيح أن هناك عناصر قد يمسها القديم (الابرام وعناصرلا يمسها الجديد وهو قدر الوصية)

2- عدم منطقية نتائج الأخذ بمعيار الحق المكتسب إذا قد تؤدي إلى اعتبار الحق المكتسب أبديا بمنأى عن أي تعديل ... وتنفي تطور التشريع واصلاحه مع تغيير الظروف

3- خلط النظرية بين الرجعية والفوريةخاصة في المثال المتعلق بالتشريع الذي يعدل سن الأهلية فالتعديل لا يجعل الشخص قبل قاصرا لأن هذا من القانون العامأيضا بل هو تطبيق مباشر للقانون وفوري

4- حصر النظرية في مشكلة التنازع الزماني مبدأ التشريعاتقفي مبدأ الرجعية وتناسوا مبدأ الفورية أي يفسرون أن القانون لا يرجع بأثر رجعي وهذا لا يكفي لبيان ما إذا كان التشريع الجديد هو الذي يجب العمل به لاستكمال تكوين المراكز القانونية (خاصة في المراكز الناشئة وقت العمل به

النظرية الحديثة

ومضمونها التفرقة بين مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد منها وجهين للتطبيق سلبي وايجابي

المبدأ الأول : مبدأ عدم رجعية التشريع أي أن التشريع لا يسري على ما تم قبل نفاذه ولا يمس بالمراكز القانونية المكتسبة في ظل التشريع القديم

والمراكز القانونية لا يمكن حصرها مثالها مركز ا الزوج والمطلق الولي والوصي والمقدم المالك والمنتفع والبائع والمشتري

والصعوبة أي تظهر في تطبيق أي القانون على المراكز التي يستغرق تكونها زمنا طويلا يمتد إلى أن يكون أوله في التشريع القديم وآخره في الجديد

النظرية الحديثة : تقوم على التفرقة بين مبدأ عدم الرجعية أو مبدأ الأثر لمباشرة للقانون الجديد

فمبدأ عدم الرجعية يعني أن القانون لا يسري على ما تم من مراكز قانونية تكونت أو انقضت في ظل قانون قديم ولا على أثارها أي أن القانون الجديد :

1- لا يسري على ما تم قبل العمل بهمن تكوين المراكز قانوني أو انقضائها ولا على العناصر المتعلقة بتكوينها أو انقضائها
2- إنالقانون الجديد لا يسري على أثار المراكز القانونية التي تراكب تحت سلطة التشريع القديم
3- الاستثناءات على هذا المبدأ : تتفق النظرية التقليدية في استثناءين هما النص الصريح على الرجعية – رجعية القانون المفسر
4- أما الاستثناءات الأخرى الواردة على المبدأ في النظرية التقليدية فيها في الحقيقة تطبيق لمبدأ الفورية لا مبدأ الرجعية كما ترى المدارس الحديثة مبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد أي أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر وفوري على كل ما يقع بعد نفاذه حتى ولو كان مرتباعلى وقائع أو مراكز نشأة في ظل تشريع قديم .
5- ويستند هذا المبدأ إلى اعتبارين:

- وحدة القانون المطبق على كل المركز القانونية المتماثلة
- المصلحة العامة المتوخاة من المشرع في إلغاء التشريع القديم وتطبيق الجديد فورا

وكلاهما اعتبار النظام العام

حدود تطبيق مبدأ الأثر المباشر :

1- بالنسبة للمراكز التي تتكون أو تكون قد انقضت بعد نفاذ التشريع الجيد فيسري عليها القانون الجديد فورا

2- بالنسبة للمراكز التي بدأت في التكوين أو الانقضاء في ظل التشريع القديم فيسري التشريع الجديد منها على العناصر التي تكونت في ظله فقط مثاله الوصية مكونة من عدة عناصر مثلا الابرام الشكلية النفاذ الطلاق وسيلة الطلاق أثاره العدة الحضانة النفقة

3- بالنسبة إلى أثار المراكز القانونية التي تمت في ظل تشريع قديم فإن هذه الاثار إذا ترتبت في ظل قانون الجديد يرى عليها بأثر فوري ولو كانت قد بدأت في التكوين في القانون القديم مثلا إذا استحقت النفقة وهي اثار الطلاق أو تقديرها في ظل التشريع الجديد يسري عليها هو

الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد امتداد التشريع القادم : احترام إرادة الفراد التعاقدية القائمة على الرضائية التامة إذ صدر في ظل تشريع قديم ونشأت عنه مراكز قانونية في ظل التشريع الجديد واحتراما للتوازن في الالتزامات التي رتبها بينها واختلف الفقهاء في مدى امتداد هذا التشريع القديم إلى أقوال ثلاثة :

- لم ينص التشريع الجديد بخلاف ذلك يقتصر هذا الاستثناء فقط على المراكز العقدية الجارية التشريع الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب العامة
- الرأي الثاني: يقتصر على تطبيق القانون الجديد على المراكز العقدية إلا متى كانت قواعده ذات أهمية وخطر بالعين على النظام العام للجماعة ككل
- الرأي الثالث: هو المرجح فقها وقضاءا واشترطوا أن تكون قواعد التشريع الجديد مكملة للآمرة متعلقة بالنظام العام .

ملخص :

تنازع القوانين يقوم على أصلين :

مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الفورية استندا إلى 4 اعتبارات: العدالة- المصلحة العامة- المنطق- قوة القانون الملزمة

الإشكالية الأساسية للموضوع: نشوء حقوق أو مراكز قانونية في ظل قانون قديم واستمرارها حتى صدور قانون جديد

الاتجاهات : النظرية التقليدية : استندت إلى مبدأ عدم رجعية القانون باستثناء 4 حالات :

التشريع المتعلق بالنظام العام : نص القانون الصريح على الرجعية – التشريع الجنائي الصلح للمتهم- التشريعات التفسيرية

الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية :

حصر المشكلة في عدم الرجعية- غموض معيار الحق المكتسب ومجرد الأمل (كالحق المعلق على شرط) – الخلط بين عدم الرجعية والفورية – عدم منطقية النتائج المترتبة عن الأخذ بمعيارها (تجعل القانون جامدا يحول الحقوق أبدية

الاتجاه الثاني: النظرية الحديثة تستند إلى التفرقة بين مبدأين عدم الرجعية والفورية) وتحديد محل التنازع في المركز القانوني لا الحق المكتسب ...

فالقانون الجديد لا يسري على ما تم تكونه من مركز قانوني أو انقضى لا على عناصره التي تم تكوينها

واستثنت النص الصريح على الرجعية والقانون الأصلح للمتهم أما الاستثناءات الأخرى فيها تطبيق للأثر الفوري ...

واستثنت امتداد التشريع القديم احترام إرادة المتعاقدين القائمة على الرضائية التامة

واختلف الفقهاء في تحديد نطاق هذا الاستثناء رأي تخدم هذه الإرادة حتى تعلق القانون جديد بالنظام العام والآداب العامة

الرأي الثاني: إرادة المتعاقدين إلا ما تعلق بالمسائل المهمة والخطيرة في القانون العام (المصلحة العامة

الرأي الثالث: هو الأرجح اشترطوا الأعمال تعاقدات الأفراد أن تكوين القاعدة القانونية الجديدة مكملة لا آمرة

الحلول التشريعية لبعض تنازع التشريعات من حيث الزمان

في مجال التشريع العقابي الأصل أن عدم الرجعية يقيد القاضي لا المشرع إلا في الجانب العقابي فإنه يفيد المشرع نظرا لعدة نصوص منها المادة 2/11 من الإعلان العلمي لحقوق الانسان تنص على عدم الرجعية والمادة 58 دستور لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم المادة 2 عقوبات مع استثناء الحالتين السابقذكرهما في اطار القانون الأصح للمتهم

في مجال التشريعات المدنية أ- الأهلية المادة 6 مدني ويتضح فيها المبدأ جيدا الفورية وعدم الرجعية

ب-التقادم المادة 7/مدني الفقرة الأولى باعمال مبدأ عدم الرجعية فيما يخص2 بدء التقادم ووقعه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على النص الجديد الفقرة 2 الأثر الفوري

ج-قواعد الاثبات : المادة 8 أخذ بمبدأ عدم الرجعية على الأدلة المهيأة للاثبات (الكتابة)

تفســـــــير القانون

وسنتناول في موضوع تفسير القانون : مفهوم التفسير بما في ذلك أنواعه ومدارسه ، وطرق وحالات التفسير

1- مفهوم التفسير

فنعرض لمفهومه ، ولأنواعه ، وللمدارس والمذاهب التي اختلفت مناهجها في تفسير القاعدة القانونية.

أ-تعريفه

تفسير النص القانوني هو إخراج النص القانوني من حالة الغموض والإبهام وبالتالي التعطيل إلى الإيضاح والتفصيل للتطبيق وفق قواعد وأصول

ويمكن تعريفه أيضا التعرف على معنى الحكم في القاعدة القانونية بحيث تتضح من ألفاظها أو فحواه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من اجلها

وإذا كان لقواعد القانون أصول في تفسيرها متعارف عليها فالأمر نفسه بالنسبة إلى قواعد الفقه الإسلامي أو آليات أصول الفقه في التفسير ...

أنواع التفسير

التفسير الفقهي وهو وليد جهد فقهاء القانون في تفسير النص القانوني ونقده والتعليق عليه وقد يكون بعض الفقهاء من جملة واضعي القوانين أو ممن مارسوا العمل القانوني وكتبوا فيه ومن هؤلاء فقهاء القانون الروماني والفقه الإسلامي والقاضي لا تلزمه هذه التغيرات لكنه يستأنس بها حين غموض النص فقد دل تاريخ القانون على مساهمة الفقهاء في وضع القاعدة القانونية أو تعديلها ومثاله أن قواعد تطور المسؤولية المدنية قد ساهم في وصفها واستقرار فقهاء فرنسيون مثل جوسران ومالي إلى جانب القضاء

التفسير القضائي: هو تفسير القاضي اثناء عرض القضية عليه حصرا ولا يلزم بتفسيره إلا اطراف النزاع إلا أن التفسير الصادر من المحاكم العليا يعد ملزما لما دونها وبالتالي تاليا في المرتبة للتفسير التشريعي

وهو تفسير عملي تطبيقي على عكس التشريعي والفقهي فاصل في النزاع ولذا يقولون في الفقه الإسلامي أن حكم الحاكم أو القاضي يحسم النزاع إضافة إلى الدور التأثري بين الفقيه والقاضي في إثراء القانون .

التفسير التشريعي : هو الذي يصدر عن المؤسسة التشريعية ليوضح ما صدر عنه سابقا ولذا فتفسيره ملزم للسلطة التنفيذية القضائية لأنه التغير هنا في حد ذاته هو تشريع ملزم هذا مع ندرته لأنه ليس من قصد المشرع ولا من أعماله الأصلية تفسير التشريع لأنه يفترض أصلا أن النص لا يحتاج إلى تفسيير والتشريع التفسيري هو التشريع يرجع بأثره إلى يوم صدوره التشريع المفسر

مدارس التفسير

علاقة مدارس التفسير بمذاهب القانون ذاته

مدرسة التزامالنص أو الشرح على المتون

وهي مدرسة ظهر أفرادها مع ظهور قانون نابليون 1804 و خلال القرن 19 واعتقدوا أن هذا القانون شامل وصالح لكل حالة وأنه لم يترك زيادة لمزيد ومن أشهر فقهائها AUBRY DEMOLOMBE- RQU من فرنسا و DURANT من بلجيكا .

وقد اتخذوا من القانون متنا ووضعوا عليه شروحهم ولعل مضمونها تتلخص في العناصر الاتية:

أوله اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون

ثانيا: تقديس النصوص التشريعية واعتبروها كالكتاب المقدس محيط بكل شيء وشرحوها كشرح النصوص المقدسة كما قال DEMOLOMBE أن شعاري وعقيدتي أيضا هي النصوص قبل شيء وقالو بأنه ليس للقاضي قبول طلب لا يستند إلى نص وأن القاضي إذا لم يجد في لنص حكمه فذلك لعجزه لا لعجز النص

ثالثا وجوب البحث عن إرادة المشرع اثناء وضع النص لا اثناء التطبيق وهذه حقيقية أو مفترضة فكونه حقيقية إذا كان للنص واضحا وفق قواعد اللغة والمنطق وتكون هذه الإرادة

أو النية مفترضة إذا استخدمنا وسائل أخرى خارج النص كالمقارنة بالنصوص المشابهة والبحث عن حكمة التشريع ومبادئ واصول القانونية والاستعانة بالمصادر التاريخية التي تأثر بها النص ولما كانت العبرة بنية المشرع اثناء وضع النص فإن القاضي لا يسوغ له تجاوزها لملاءمتها لوقت التطبيق فهذا خروج عن إرادة ونية المشرع ولا حل هنا إلا تعديل النص وهذا من عمل المشرع لا القاضي أو المفسر.

نقد مدرسة الشرح على المتون

مزياها:-اقتصار دور القاضي على الكشف عن نية المشرع في النص الحقيقية أو المفترضة يمنع تحكم القاضي.

-توحيد الحلول التشريعية للقضايا المطروحة عليه.

عيوبها:–جهل التشريع المصدر الوحيد يضيق من امتداد القانون في مصادر أخرى لها علاقة بثقافة واجتماع المواطنين كالشريعة والعرف.

-تقديس النص التشريعي مخالف للواقع ودال على قصر نظر قصد شهد التاريخ انقلابات جذرية في القوانين الوضعية في فترات متقاربة دون الحديث عنت التعديلات المتوالية كما أن تقديس النص يؤدي إلى الارتهان للمشرع وهو مجموعة افراد .

-المبالغة في البحث عن نية المشرع يؤدي إلى التعسف في التأويل

-جمود التشريع وعدم تطوره

مدرسة البحث العلمي الحر: تزعمها الفقيه الفرنسي بزونواز جيني توسطت المدرستين الآنفتين وحاولت التوفيق فقد وافقت حرية النص على الاعتداء بنية المشرع أصلا في التفسير حين تظهر دون لبس فإن لم تظهر هذه النية وجب تفسير النص بطريقة علية حرة لا البحث عن نية المشرع المحتملة كما تقول المدرسة التاريخية بل أمام هذا النقص يلجأ إلى المصادر القانونية الأخرى واستيحاء الحلول من أسس منطقية وفق طرق أخرى وقد قامت هذه المدرسة كرد فعلي على المدرستين في تطرفهما واعتبرتالنص هو المصدر

الرسمي الأصلي للقاعدة لكنه ليس الوحيد وقد وسغت سلطة القاضي في التفسير إذا سكت النص

تقدير مدرسة البحث العلمي الحر:

ميزاتها : احترام النص في حدود أولويته دون تقدير ولا الجمود عنده ودون تحميلها فلا تحتمل بالتاويل أو التعسف في التأويل

تركت هامشا للمصادر الأخرى قد يلجا إليها القاضي في حال سكت النص أو ظهور وقائع وأحداث لم يواكبها التشريع

تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي الجزائري

من خلال المادة الأولى من القانون المدني : تأثر المشـــرع بمدرسة البحث العلمي الحر في أنه :

-لم يقيد التشريع هو المصدر الأوحد بل ألحق به مجموعة مصادر ومنها العرف البذي يعتبر عماد المدرسة التاريخية وهناك بعضها التأثر بالمدرسة النصية في :

-أنه يأمر القاضي بحل ألفاظ النص وإن لم يفقه الشرح فلعليه استخلاص الحكم من فحوى المادة أو روحها والمعنى الذي قصده البمشرع فالقاضي ملزم بعبارات النص أو مقصده بكل الوسائل اللغوية في التفسير ....

-وفي جانب تأثره بالمدرسة التاريخية أحالته إلى العرف والقانون الطبيعي ومبادئ العدالة لكنه لم يركز عليها كثيرا

المدرسة التاريخية: الاجتماعية

ظهرت بألمانيا على يد الفقيه الألماني صافيني SAVINY 1779-19861 وبوشتا ردا على مدرسة الشرح على المتون ومعارضة لتقنين القانون الأماني 1814 وقد أيدها قلة من الفقهاء الفرنسيين منهم ساليهSALLLESوتتضمن النظرية فكرة أن القانون ليس من انشاء إرادة الانسان (المشرع) بل هو ناشئ مع الجماعة منظور معها متأثر بظروفها

الاجتماعية والجغرافية السياسية وما دور المشرع إلأا مراقبة هذا التطور التاريخي والاجتماعية وصياغة النص القانوني مراعاة لهما

وهذا ما يفسر أهمية العرف لدى هذه المدرسة

فالقانون أو التشريع ينفصل بمجرد صدورهعن واضعه لتمكين من التكيف مع التطورات المتعاقبة للمجتمع فالقانون وليد البيئة والظروف التاريخية والتطور ولا وجود لقانون طبيعي صالح لكل زمان ومكان

وبناء على ذلك فإن العبرة في تفسير القانون هي بالبحث عن إرادته المحتملة أي ما يقصده لو وجد في ظروف التطبيق الاجتماعية ... إلخ وهذا ما يضفي على النص المرونة في التغيير والتطبيق

تقدير هذه المدرسة :

مزاياها : -أبرزت أهمية الظروف الاجتماعية في تكوين القاعدة القانونية التي هي قاعدة سلوك اجتماعي وبالتالي تطور القانون ومرونته وحدت من غلواء مدرسة تقديس النص ومذهب القانون الطبيعي

معايبها: مغالاتهم في انكار ما للعقل الإنساني من أهمية في وضع التشريع مع أن الحقوق والأحكام بوضع في العصر الحديث في غالبها وصفا تشريعيا بغير مراعاة عرف أو تطور بعد ثورات أحيانا ادعاؤهم أن الأمم متغايرة في أصول قوانينها وحقوقهما ونظرة إلى القانون

المقارنة تبين اشتراك الأمم والمجتمعات في أغلب الحقوق واصول القوانين

التاريخ يكذب ادعاءهم عدم تماشي التقنين مع تقدم الأمم بل إن العرف تأخر في ترتيب المصادر .

مبالغتهم في الاعتداد بضمير المجتمع واعتبار ذلك حقيقة مطلقة بجعلهم أقرب بالفلسفة

غير أن أخطر ما في الأمر توسعهم في تفسير النص وإباحة ذلك للقاضي حتى يخرج عن نية المشرع إلى نية احتمالية تؤدي إلى توسع في التأويل بل إلى انشاء العرف ةسيرورة القضاء مصدرا متقدما في القانون .

2 ـ طرق وحالات التفسير :

الطرق هي الأدوات والوسائل

والحالات حال كونه المفسر قاضيا أو فقيها والنص يحتاج ذلك لغموضه

حالات التفسير

إذا كان النص واضحا طبقه القاضي كما دلت عليه عباراته دون تأويل إذ لا اجتهاد مع النص [1]لكن كثيرا ما يفترض المفسر نصا معيبا أو غامضا أو ناقصا أو متضمنا لخطاء ...

حالة اخطأ: وهو نوعان خطأ مادي وخطأ قانوني (في الموضوع)

الخطأ المادي: وهو ما لم يقصده المشرع ووقع بسبب الطبع أو السهو مثل

المادة 220 المدين بدل الدائن لفظ محل آخر أخطأ اللغة والاملاء سقوط كلمة المادة 121 عدلت سنة 2005 بسبب تنفيذه المقصود استحالة تنفيذه

المادة 19 قبل التعديل

المادة 22 الجنسية الحقيقة: الفعلية

ومنه التزيد: المادة 141 دون إضافة شرط حسن النية

المادة 100 حقوق الغير زائدة

المادة 689 وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها عدم زائدة

---

[1]- هنا اللجوء إلى التفسير الضيق والمعنى الاصطلاحي للفظ مثاله كلمة العين الرقبة وعدم التوسع والقياس في قانون الجنائي ولا في الحكم العام إلا بتقييد أوتخفيض مثاله عدم تطبيق الشكلية مثلا في العقارات الصغيرة لعدم أهميتها

المادة 54 سقوط نحو شخص أو عدة أشخاص أخرى في آخر النص كما هو في النص الفرنسي

الخطأ القانوني: خطأ في المعنى المراد وهو غير مقصود من المشرع رغم أنهثابت في النصوصو

كلمة محققا في المادة 92 ليست منسقة مع المنطق القانوني والمراد محكمة التحقيق

المادة 576 عناية الرجل العادي في الوكالة والأصل أنها وكالة بدون أجر وفي هذه كان المفترض أن تكون عناية الرجل الحريص أما العادي نفي الوكالة بأجر .

حالة الغموض: المادة 213 أسرة

حالة النقض : المادة 124 مدني قبل التعديل ثم أضيف بخطئه وعمل فعل

حالة العرضة: بين نصي المادة 134 و 135 قل التعديل الإلغاء ...

بين نصي 42 و43 قبل التعديل في ما يخص حكم المعتوه

بين نصي من تشريعين مختلفين المادة 101 مدني مع المادة 83 أسرة تمت تصرفات الأول فقط قابلاللابطال وفي قانون الأسرة عقد موقوفا فهنا النص الأحدث يعتبر ناسخا لتساويها في القوة إلا إذا كان أحدهما خاصا والآخر عاما فالخاص يقيد العام المساوي له أو الأولى عنه

أهم طرق التفسير

أدواته ووسائله اللغوية والمنطقية لاستجلاء النص وذلك في الحالات المشار إليها وقد نستعمل تفسيرا من داخلالنص أو من خارجه

أ- طرق التفسير الداخلية : وهو التفسير الواسع للنص بعد (عبارة النص التي هي التفسير الضيق

بعد عبارة النص : تلجأإلى إشارة النص وهي دلالة الكلام على معنى غير مقصود أصلة ولا تبعا وذلك الإشارة لا بالعبارة على معنى مقصود من السياق وليس مرادا به مباشرة فهو معنى التزامي لازم للحكم الصلي المفهوم لأول وهلة من النص مثاله المادة 398 أن الإقرار يصحح بيع ملك الغير

المادة 468 أن الايجار لأكثر من 3 سنوات فهو ليس من اعمال الإدارة

دلالة الاقتضاء: أن يفهم من النص أمر سكوت عنه ولكنه يتوقف مفهوم النص عليه كقوله تعالى :" حرمت عليكم أمهاتكم...." أي الزواج منهن

ورفع عن أمتي الخطأ أي إثم الخطأ فالفعل لا يرجع ....

دلالة المفهوم: أو فحوى النص ويتضمن مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة

مفهوم الموافقة أو القياس به: لا يتوسع ولا يقاس في الأحكام الجنائية ولا الحريات ويعني إعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة منصوص عليها لاتحاد العلة بينها أو القياس وهو نوعان :

- قياس عادي مساوي قياس الموصى له على الورثة حرمانه من الوصية لقوله ص" لا يرث القاتل" أي ممن قتله المقايضة على البيع 3/993 المادة 360 328 المادة 198
- قياس أولى من باب أولى فالعلة في الواقعة المقيس عليها أوضح
- القياس بمفهوم المخالفة مثلا المادة 402 يجوز التصرف لغير هؤلاء المادة 125

أ- تفسير النص المعيب من خارجه: ب: التقريب بين النصوص حكمة أونية المشرع الأعمال

الأعمال التحضيرية – النص الفرنسي

القـــــــــسم الثاني

نظـــــرية الحق

مفهوم الحق

مفهوم الحق :

لغة حق الأمر يحق حقا وحقوقا صار حقا وثبت قال تعالى "قال الذين حق عليهم القول " ولكن حقت كلمة العذاب على الكافرين " [1]

والحق من أسماء الله أو من صفاته (هو الموجود حقيقة) والحق عموما يقابل الباطل

لكنه الحق في الاصطلاح القانوني يقابل الالتزام ويعني ما ثبت في الغرفة ولكم فقهاء القانون اختلفوا في تعريفه مذاهب شتى حتى أن منهم من أمكن الحق الذي مصدره القانون والمذاهب التي اختلفت في تحديد معنى الحق انقسمت إلى

المذهب الشخصي المذهب الموضوعي المذهب المختلط المذهب الحديث

المذهب الشخصي: وهذا المذهب الذي يقتصر له الفقيهان (ويندشايد وصافيني) ينظر إلى الحق من جهة صاحب الحق ويعرفه بأنه :" قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون " وتحوله أن يجري عملا معيبا" [2]

وانتقد هذا التعريف لكونه علق الحق على الإرادة التي قد لا تتوافر لبعض أصحاب الحقوق كالصبيان والمجانين كما قد ثبت الحقوق لمن لا علم له كالغائب والحمل والموصى له والموقوف عليه[3]

فالحق يثبت بدون شرط إرادة ولكنه قد لا يمكن استعماله إلا بالإرادة كما أن هذا التعريف يركز على استعمال الحق ، لا على ماهيته أو يركز على ما ينتج عن وجود الحق وهو القدرة أو السلطة

المذهب الموضوعي: نظرية المصلحة

تزعمها إهرنج Ihring وكابيتان capitint وقال بذلك أيضا السنهوري ومؤداها أن الحق مصلحة مادية يعترف بها القانون ويحميها " وهي بذلك ترد الحق إلى عنصرين شكلي وموضوعي

[1]- لسان العرب مادة (الحق) مج، ص 19
[2]- حسنين ص 12
[3]- وقد تنشا الحقوق حتى بدون إرادة كحق المضرور في المسؤوليات

1-الشكلي: يتمثل في الحماية القانونية عن طريق الدعوى :

2-الموضوعي: الغاية أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق مادية أو معنوية

نقدها انتقدت بأنها تعرف الحق بغايته لا بماهيته وترى أن هذه المصلحة هي المعيار في وجود الحق فإذا كان الحق مصلحة فغن المصلحة لا تولد الحق مما أكثر مصالح الأشخاص التي لا يعتد القانون بكونها حقوقا ذلك أن المصالح أمور شخصية في الغالب قد تختلف وتصادم كثيرا مع مصالح أخرى

وانتقدت بأنها اعتبرت الحماية القانونية جزء من الحق إذا الحماية تاتي لاحقة لنشوء الحق كما أنها هي بذاتها حق منفصل.

كما أن الحق هو وسيلة لتحقيق الغاية فيه حسن ص 13

المذهب الحديثة حاول هذا المذهب منذ بداية النصف الثاني من القرن 20م التوفيق بين المذهبين السابقين وتفادي الانتقادات الموجهة لها فضمّن الفقيه الفرنسي دابان dabin في كتابه le droit subjectif تعريفا يحتوي العناصر الأربعة للحق: الاستئثار و التحكم أو التسلط و احترام الغير وحماية القانون للحق؛ فعرفه بأنه "سلطة أو ميزة يقررها القانون لشخص معين ويحميها بحيث يكون له بمقتضاها أن يستأثر بإجراء عمل (حق التصرف الحق ، و الحق العيني عموما) أو أن يلزم شخصا آخر بأداء عمل (الحق الشخصيا) تحقيقا لمصلحة مشروعة له " [1]

ـ فالاستئثار يكون لصاحب الحق ويختلف حسب نوع الحق، فهو أقوى في الحقوق العينية منه في الحقوق الشخصية، وهو في العيني تصرف واستغلال... والتسلط قد يكون لغير المالك المستأثر أي للوصي أو الوكيل ....

ـ أما مصدر الحق في منح هذه السلطة فهو القانون الذي يحدد حدود هذا الحق ويرتب احترام الغير له بالامتناع عن التعدي عليه، فليس هناك معنى للحق إذا لم يمكن احترامه وحمايته، وتكون حمايته بالدعوى التي تأتي بعد ثبوت الحق.

[1]- حسين ص 12 ، ومحمد كمال شرف الدين ، قانون مدني المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002، ص 171.

ـ ومن العناصر التي تضمنها التعريف الإشارة إلى صاحب الحق أي الشخص كما يعرفه القانون طبيعيا أو اعتباريا (معنويا) متمتعا بالأهلية لاكتساب الحقوق ولو كان صبيا أو مجنونا .... ويمارس استئثاره وتحكمه ولو بوساطة النيابة.

ـ كما يرد الحق على قيمة معينة تكون محلا له أي على عين؛ أو على شخص عن طريق رابطة قانونية تلزمه بالأداء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه [1].

إنكار الحق :

ذهب الفقيه دوجي Duguit إلى إنكار أن يكون هناك حق يتحكم بمقتضاه شخص ويسيطر على إرادة شخص آخر بإلزامه بالقيام بعمل أمر هذه العلاقة مردها إلى إلزام القانون نفسه على عدم المساس بقواعده التي تحدد مركز من يلتزم تجاه الأخر فالقاعدة القانونية لا تنشئ حقا لشخص وتحمل الأخر الالتزام تجاهه وإنما هي مراكز قانونية ينشئها القانونية تبعا للوقائع ... إلخ.

وفي الحقيقة إن وجود الحق كما حدده الفقهاء لا يعني مجال تفوق إرادة شخص على شخص خاصة في الجانب الذي نظر منه دوجي وهو جانب الحق الشخصي إذا الإرادات في الأصل متساوية ولكن الوقائع في التصرفات هي ما يولد الحقوق ويحدد علاقات الالتزام كحدوث الضرر والتصرف بالبيع أو الهبة .. إلخ

من جهة أخرى حتى تاريخ القانون اثبت أن حق الشخص قد يخول له استخدام مدينة أو امره أو حبه أو حتى قتله كما تجعل العامل يأخذ منه رب العمل وتجعل الابن يخضع لأبيه وأمه ...

تعريف الحق في الفقه الإسلامي :

فصل الفقهاء القدامى في أنواع الحقوق وأحكامها لكنهم لم يعرفوا الحق في جانب المعاملات حصرا غير أن بعض المتأخرين عرفه كعبد الحليم الكلنوي حاشية قمر الأقمار [2] في قوله هو الحكم الثابت شرعا. وهو تعريف في غاية الاختصار ليس به إلمام .

وعرفه الشيخ علي الخفيف في مذكرات في الحق والذمة: هو مصلحة مستحقة شرعا

---

[1]- فريدة محمدي ، ص 164

[2]- الزحيلي ، الفقه الإسلامي، ج4، ص 8.

نقد /عدم الاعتداد بالإرادة الفردية مطلقا .

وعرفه بلحاج العربي بقوله: إن الحق هو ما ثبت بإقرار الشارع وحمايته *

الزرقا في المدخل إلى نظرية الالتزام :هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا

فالحق هنا بأنواعه في الشرع : حق الله حق العبد الحق المشترك

مثال عن الحق المستدل به اله العبد هو عدة المطلقة

حق حياة المرء حق القذف عند الحقيقة

أنواع الحقوق

تقسم إلى :

تامة: تحميها الدعوى و ناقصة وهي الوجه الأخر للالتزام الطبيعي كالالتزام الذيسقط بالتقادم

المطلقة في مواجهة الكافة و النسبية مواجهة البعض الذاتية

الأصلية والتبعية السياسية والمدنية

العيني والشخصي التبعية شخصية أو عينية

---

*- بلحاج العربي ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د م ج،

ومن خلال تعريفه وتعريف الفقهاء الشرعية فإن الحق ينظر إليه من خلال مصدره، لا صاحبه أي من كونه مزية يمنها الله تعالى ويأذن بها للشخص.

تقسيمات الحقوق

نقسمها أولا إلى سياسية ومدنية

السياسية :	المدنية
تنبثق من العلاقة بين الدولة والمواطن محل دراستها القانون الدستوري كحق الانتخاب الترشح تولي المناصب العليا المادة 52، 62، 63.	تثبت للشخص باعتباره عضوا في الجماعة وهي للجميع دون تفرقة في السن أو الجنس أو الجنسية وتشمل الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية
أنواعها:	
الحق في العلاقة الجسمية وعدم الاعتداء عليه حتى لأجل.....وراتهإلا إذا شكل خطرا عاما يمس المجتمع عدم السماح بتغيير الخبر والحالة المادة 40 دستور 41	حق الشخص في كيانه الأدنى والمعنوي والسمعة والشرف المادة 41/40 /د/46 وحقه في الاسم وصورته
الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية العمل الزواج التنقل الإقامة حرية الرأي والعقيدة والاجتماع حرمة المال المادة 42، 48، 55، 64 إلخ	

مميزات الحقوق اللصيقة بالشخصية :

تثبت لكل شخص محلها هو الانسان نفسه البعض يرى أنها ليست حقوقا بسبب ذلك لكنها في الحقيقة حقوق ذات ميزة خاصة فعنصر الحق محله ذاته متميزة عن الشخص فصاحب الحق هو الشخص والحق جزء منه الاسلم أو الجسم ...

الأصل فيه فيها أنها غير مالية قد تكون لها اثار مالية النسب الميراث

الحق في عدم الإساءة إلى السمعة تعويض الحق في التعويض

تقتضي بوفاة الشخص لكن الاعتداء عليها قد يرتب حق الدعوى للورثة إذا أصابتهم أضرار من ذلك واستثناء انتقال الحقوق المادية للمؤلف إلى ورثته
لا تسقط التقادم أولا تكسب به مثلا استعمال الاسم لمدة طويلة

حقوق الأسرة تكتسب الشخص باعتباره عضوا في أسرة وهي أيضا واجبات سبب الزواج أو النسب كحق المعاشرة بالمعروف المادة 36 أسرة أو حق النسب المادة 40 أو الحضانة والنفقة المادة 74/62 أو الرعاية ورعاية المواليد المادة 79 د	الحقوق المالية البحتة العينية والشخصية والمعنوية تهدف الاستماع بالمال وتقوم به وتنقل وتكسب بالتقادم ويحجز عليه وهي حقوق غير قابلة للتصرف فيها أو التنازل عنها ولا تنتقل بالوفاة وقد تنشأ عنها حقوق مالية كحق الميراث أو الصداق
الحقوق العينية	
	الحق العيني هو حق يرد على شيء معين (عين) يخول صاحبه سلطة مباشرة عليه حقوق عينية حقوق عينية تبعية حق الملكية ملكية الرقبة والحقوق المتفرعة عنه حق الملكية المادة 674 مدني
وخصائصه	

حق مانع:	حق جامع :	حق دائم:
مقصور على صاحبه متأثر به إلا إذا حق لغيره باتفاق أنه يستغله أو ينتفع به أو بالقانون كمنح اتفاق مرور لرض جنسية ويقيده عدم التعسف في الاستعمال	يخول لصاحبه الاستماع بكل مزايا العين ويستغلها ويتصرف فيها ماديا أو قانونيا بنقل ملكيته مثلا. حق الاستعمال: استخدامه في ما يعد له باستثناء استثماره مثل سكن العقار ، وركوب السيارة ولبس الثياب .. الاستغلال: القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة وثمار العين (بالإيجار) التصرف ماديا أو قانونيا بالرقبة خاص بالمالك وبحق الانتفاع للمنتفع...	فهو حق دائم بدوام العين دون الحقوق الأخرى وينتقل بالميراث مع العين، أما حق الانتفاع مثلا فلا ينتقل بموت المنتفع. ولو أصبحت هذه الحقوق المتفرعة دائمة لقضت على الحق الأصلي، وحق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال عكس الحقوق المتفرعة عنه إلا إذا اقترن بحيازة الغير ....

القيود الواردة على حق الملكية ك

قيود قانونية للمصلحة العامة: المادة 690 +القيود الإدارية على البناء والهدم – عدم التصرف

قيد نزع الملكية للمنفعة العامة المادة 677

قيود قانونية للمصلحة الخاصة :

قيود تتعلق باستعمال حق الملكية المتعلقة بالجوار المادة 691 مضار الجوار

قيود تتعلق بالمياه حق الشرب حق الشخص أن السقي أرضه من مسقاة خاصة

حق المجاري حق مرور المياه إلى أرض بعيدة عن أرض أخرى

حق الصرف أو الميل

حق المرور في حال الانحباس المادة 693

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية :

حق الانتفاع المادة 844 ويرد على العقارات والمنقولات ويخول حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه وعليه الالتزام بالمحافظة على العين ورده عند نهاية العقد فهو حق مؤقت

حق الاستعمال وحق السكن المادة 855 فهو استعمال شخصي ولأسرة المنتفع وحق السكن خاص بالعقارات المبنية لا غير ولا ينتقلا بالتصرف أو الخلفية

حق الارتفاق المادة 857 حق يجعل المنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص بخر ويكتسب بالتقادم أو بالاتفاق أو بالقانون أو بالميراث ولا يجوز التصرف في الارتفاق منفصلا عن العقار المرتفق شروطه

أن تكون العلاقة بين عقارين ... إلخ

مملوك لشخصين مختلفين

أن يكون الارتفاق مفروضا على العقار لا التزاما شخصيا

التكليف بمصلحة العقار لا الشخص

انتهاء حق الارتفاق المادة878 -بالأجل - بهلاك العقار المرتفق كليا- اجتماع العقارين بيد واحدة بالتقادم المسقط المادة 879 – المادة 881 المادة 880

حق الحكر المادة 26 مكرر و ق 07/01

الحقوق العينية التبعية

تضمن التزاما شخصيا وتسمى التأمينات العينية فإذا لم يلتزم المدين عند حلول الأجل أو بإعمال المادة 88 (أموال المدين جميعا إضافة لوفاء الديون ...) الضمان العام قد لا يكفي=) الضمانات الخاصة (التأمينات) عن طريق عقد رسمي يتناول الحقوق الأتية :

الرهم الرسمي المادة 888 يرد على عقار استثناءات بعقد رسمي تحول حق التقدم والأفضلية

الرهن الحيازي على عقار أو منقول ويحوزه الدائن أو غيره 948 انظر 95

حق التخصيص 937/941

حقوق الامتياز 982 مصدرها القانون للمصلحة العامة خاصة كالحرية العامة

الحق الشخصي حق الدائنية (أو الالتزام)

وهو سلطة يقررها القانون لشخص الدائن قبل شخص آخر هو المدين فيمكنه من التزامه بـ:

بأداء عمل أو الاقتناع عن عمل أو يمنح شيء

فهو حق للدائن والتزام على المدين لذا فلا يمكن استخلاصه إلابتدخل المدين

أركان الحق الشخصي:

طرف الحق

محل الحق أداء شيء ، أداء عمل ، اقتناع ، أمثلة

محاولات التقريب بين الحقين الشخصي والعيني

1-بلا نيول و(موج)

باعتبار كل الحقوق شخصية رأي Dugue فكلاهما يتضمن رابطة شخصية رغم بعض الفوارق أن المدين في الحق العيني غير واضح ولكنه في حالة الاعتداء على الحق يظهر الاتحاد كما أن موضوع الحق العيني هو الاقتناع فهو سلبي عكس الحق الشخصي اقتناع أداء .

الرد: الحق ليس العلاقة ذاتها بل سلطة على الشيء أو قبل المدين فالموضوع هو فعل أو أداء

أما الامتناع من الكافة فليس موضوع الحق بل مجرد دبلجة قانونية وتكون أيضا في الحق الشخصي وسائر الحقوق

المذهب المادي جيرك وسالي تقريب الحق عن طريق التركيز على موضوع الحق الشخصي دون الرابطة بين الدائن والمدين واعتباره العنصر الأساسي فيالالتزام ماي فينتقل الحوالة ... إلخ لكن تظهر الرابطة خاصة في التنفيذ أو عيوب الإرادة والبطلان ....

الحق المعنوي أو الذهني

وهو تصنيف حديث مغاير للحقوق العينية والشخصية مع أنه يتفق معها في جوانب فهو يقع على شيء غير مادي لا يمكن إدراكه بالحواس بل هو من نتاج الفكر والذهن فهو لصيق بالشخصية من هذه الناحية ولكنه له جانبا حاليا يمكن أنه يتصرف به صاحبه

وتنقسم هذه الحقوق على العموم حقوق الملكية الفنية والأدبية وحق الملكية الصناعية

وينتج عن هذه الحقوق لصاحبها حق الاستئثار بها واستغلالها بما يدر عليها من مال وهذا هو الجانب المادي وله أيضا حق نسبة المنتج الفني أو الصناعي له وهو ما لا يمكنه التنازل عنه كما أنه محمي جنائيا أو مدنيا

الملكية الأدبية والفنية:

الحق هنا هو الذي يكسبه المؤلف على مصنفه فكريا أو ابداعيا وأركانه المؤلف ومحل الحق (المؤلف أو المصنف)

فالمؤلف : هو كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو فكريا أيا كان نوعه ووسيلة التعبير عنه يتضمن قدرا من الابتكار مثاله الكاتب الشاعر السينمائي الرسام الملحق ...)

المنصف L'ouvrage وهو كل انتاج فكري مهما كان نوعه ونمطه وصورة تعبيره ومهما كانت قيمته ومقصده يخول لصاحبه حق المؤلف

طبيعة حق المؤلف :

حق مالي مادي عن طريق استغلاله أو جبهة تحويره

الحق الأدبي فله تقدير نشره أو تعديله أو سحبه ولا ينقضي هذا الحق وينتقل في جزء منه للورثة فلهم حق حمايته وحماية سمعته ومراقبة استغلال المصنف وهذا الحق لا ينتقل ولا يتقادم فهو ملازم للشخص

حق الملكية الصناعية والتجارية :

ومحل هذه الحقوق هو إما ابتكارات كالمخترعات والرسوم الصناعية والقوالب وأما الرموز والعلاقات المحيزة للإنتاج كالعلاقة التجارية

براءة الاختراع شهادة رسمية تمنح للمخترع عن كل ابتكار قابل للاستغلال الصناعي .

الرسوم والنماذج الصناعية :

كل تركيب خطوط أو ألوانه يقصد بها إعطاء فظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليديةهي حقوق قابلة للنقل والتصرف فيها

الاسم التجارية : اسم يتخذه التاجر لدلالة على منشآته التجارية أو الصناعية لتميزها وجوبا وهو حق غير قابل للتصرف ويعتبر أحد عناصر المحل التجاري وقد يطابق العنوان التجاري وقد لا

تقسيمات الحقوق

حقوق سياسية :تنبثق من العلاقة

حقوق مدنية : تثبت للشخص باعتباره عضوا في جماعة للجميع

الحقوق اللصيقة : الحق في حرية الحياة المخلصة -حق الشخص في احترام كيانه الأدبي والمعنوي – الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية (العمل التزاوج التنقل ....)- الحق في العلاقة الشخصية

حقوق الأسرة: تثبت لكل عضو في الأسرة مثل حق المعاشرة بالمعروف – حق النسب

الحقوق المالية : تهدف لاستمتاع بالمال وتقوم به

الحقو ق الشخصية : وهو سلطة يقررها القانون الشخص الدائن في مواجهة شخص آخر هو المدين تمكنه من الزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه أو منح شيء

الحقو المعنوية أو الذهنية : حق يقع على شيء معنوي غير مادي من نتاج الفكر أو الذهن هوز لصيق بالشخصية لكن له جانب ماديا يقوم بالمال وبعوض

الحقوق العينية: حق يرد على قيد معينة - حقوق عينية أصلية : خصائصها جامع، مانع دائم : والحق العيني الأصلي الوحيد هو حق الملكية وتتفرع عنه : حق الانتفاع ، حق الاستعمال، حق الاستغلال، حق الارتفاق، حق الحكر

حقوق عينية تبعية: تضمن التزاما شخصيا وتقع على عين ضامنة للدين من أهمها الرهن الرسمي ، الحيازي، حقوق الامتياز .

-

صاحب الحق

الركن الأول من أركان الحق

أهم عناصر مبحثنا التي على الطالب الالمام بها ومناقشتها اثناء الأعمال الموجهة تتمثل في جوانب عن الإشكاليات الاتية :

من الذي يعترف له القانون بحق التمتع بالحق؟ هذا انطلاق من تعريف الحق وماذا يعني بالضبط مصطلح الشخص وما خصائصه ؟

وتتوزع النقاط المبحوثة حول عنصرين : الشخص الطبيعي والشخص المعنوي أو الاعتباري

أركان الحق : صاحب الحق محل الحق مصدر الحق

أطراف الحق الدائن به والمدين به في الحق الشخصي، أو صاحب الحق في الحق العيني أو المعنوي وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا

الشخص الطبيعي:

بداية الشخصية الطبيعية المادة 1/25 ويقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن امه تماما وتعرف حياته باستهلاله صارخا أو الحركة أو التنفس أما الجنين الذي مات في بطن أمه أو أجهض فلا شخصية له ولا حقوق ويثبت للحمل الميراث المادة 128 -173 اسرة كما يثبت له حق النسب المادة 43 أسرة والهبة 209 والوصية 187 وكل ويثلث للحمل الحق في الحياة إلا إذا كان الإجهاض في مصلحة الأم

انتهاء الشخصية الطبيعية بالوفاة الطبيعية أو الحكمية

وتثبت واقعة الوفاة الواقعة الميلاد بالسجلات المادة 126

ومن أثر الوفاة العدة الميراث استحقاق الوصية

الموت الحكمي

التفرقة بين الغائب والمفقود

الغائب المادة 110 يتحول إلى مفقود بحكم 109 يعين النيابة في تصرفاته مقدما المادة 111 حق التطبيق للضرر المادة 53 و 112

متى يصدر الحكم بموت المفقود المادة 113 اجرائيا بعد طلب المادة 114

مميزات الشخص الطبيعي : المادة 28 الاسم الحالة العائلية الذمة المالية / الموطن والأهلية

أولا: الاسم [1]المادة 28 وهو عنوان الشخص الذي يتميز به معنى ضيق ومعنى واسع الاسم العائلي وهو حق للشخص وواجب قانوني ويحميه القانون كما يحمي أسماء أخرى كالاسم التجاري واسم الشهرة surnon المشتهر به بين الناس والاسم المستعار pseudonymmeويطبقه المرء على نفسه تحقيق غاية مشروعة كأسماءالأداباء أدونيس أو الثوار بومدين

الاسم المدني ويكتسب الاسم العائلي بالنسب للب من زواج شرعي أما بعد الطلاق أو وفاة الأب فينسب إذا ولد بعد خلال 10 أشهر أو اقل وينب الولد بإفراد الوالد كما يكسب بالقانون وبالزوجة لدى بعض الدول

أما الاسم الشخصي فإن المادة 64 فإنه يختار للولد من قبل أبيه وأمه أو من يبلغ عند ولادته شرط أن تكون الأسماء جزائرية إلا إذا كان الوالدان غير مسلمين

مميزات الاسم: عدم قابلية التصرف فيه لا يتقادم

حماية الاسم المادة 48 مدني والمادة 1/249 من قانون العقوبات

الطبيعة القانونية للاسم

راي هو واجب ولاحق للشخص في تغييره

راي مجرد نظام إداري اقتضته مصالح الدولة لتحديد الأشخاص وعدم اختلاط هوياتهم فهو التزام على الشخص أو لافتة إدارية كالرقم

راي حق ملكية معنوية لصاحبه

راي حق وواجب طبيعة مزدوجة ولا يمكن تغييره الإجراءات

ثانيا الحالة: أو الحالة المدنية état civile: أي سياسية وعائلية ودينية

[1]-

الحالة السياسية انتماء الشخص للدولة عن طريق حمله جنسيتها عن طريقين حق الدم أو الرابطة بالأصول أو حق الإقليم

وإذا ثبتت الجنسية منذ الميلاد فهي اصلية أما بعده فهي مكتسبة ويترتب عنها حقوق سياسية وواجبات

الحالة الدينية : يترتب عن كون الشخص مسلما أحكام خاصة تتعلق بـ: الزواج والميراث وتولي وظائف معينة

الحالة العائلية: حالة ارتباط الشخص بالعائلة بقرابة النسب أو علاقة الزوجية أو المصاهرة

والقرابة نوعان المادة 32 قرابة نسب أو قرابة مصاهرة

وقرابة الحواشي هي التي تربط الأشخاص الذين يجمعهم اصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا لأخر المادة 34

قرابة المصاهرة المادة 35 أهمية القرابة من حيث الإرث التعويضات المدنية النفقة الولاية من حيث الزواج لموانع الزواج البداية والمؤقتة الشفعة 798 من حيث رد القاضي ورد الجزاء سماع القضاة عدم اتخاذ الإجراءات الجزائية للسرقة الا بناء على شكوى

الموطن

الموطن هو المقر القانوني للشخص الذي يعتب القانون أنه موجود فيه وهو ليس من حقوق الشخصية كمتا كان يعتبره القانون الفرنسي القديم بل هو ارتباط الشخص ماديا بمكان معين لممارسة حقوقه المدنية وعدم التهرب من التزامات

تحديد الموطن في ذلك مذهبان :

الموطن بناء على أتصور الحكمي باعتبار أن موطن الشخص هو حيث يوجد مقر أعماله ونشاطات الرئيس كما يأخذ به القانون الفرنسي غير أنه يخلق مشكلة في حالة تعدد مقار أنشطة وأعمال الشخص غير أن القانون الفرنسي أخذ أيضا بفكرة الموطن الظاهر

الموطن بناء على التصور الواقعي أي أن مواطنه الشخص هو حيث يقيم عادة ويترتب عن ذلك :

أن بعض الأشخاص غير المتقربين كالبدو لا تستطيع تحديد موطن لهم

إمكانية تعدد الموطن كموطن الزوج في حال تعدد الزوجات

وبالموطن الواقعي أخذ المشرع الجزائري المادة 36 ثم أخذ بفكرة الموطن الاعتيادي أو الاقامة في قانون الإجراءات المادة 1/08 -7/9- 1/9

أنواع الموطن: تقسمه إلى عام وخاص

الموطن العام : المادة 36 هو الموطن الذي يعتد به لكل شؤون الشخص وقد يكون إلى جانب م ع موطن خاص المادة 37 و 2/38

الموطن الخاص أنواع

الموطن التجاري أو الحرفي أو المهني: كموطن الطبيب أو التاجر المادة 37 ولا ينطبق هذا عنه موطن الطالب أو الموظف

موطن المختار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معتمد المادة 1/39 وتختار عن طريق العقد أو الإرادة المنفردة ويظل كذلك هو الموطن بهذه الصفة إلى غاية انتهاء هذا النشاط قد يختار المدعي موطن محاميه مثلا ويثبن الموطن كتابة وطبعا يبقى لهؤلاء موطنهم العام.

1ـ الأهلية: أهلية وجوب وأهلية أداء

نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء

أهلية الوجوب صلاحيته الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات في حالة

وللجنين أهلية ناقصة تتمثل في اكتساب الحقوق وبالولادة تثيبت له أهلية وجوب كاملة مرتبطة بشخصية القانونية

أهلية الأداء: صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية لابرام وأجراء التصرفات

تمر الأهلية بأدوار انعدام نقص كمال وقد تعترضها عوارض الجنود والعته والسفه والغفلة أو موانع وهي ظروف جسمانية أو مادية أو قانونية تمنع من ابرام التصرفات وهي الغيبة الحكم بعقوبة جنائيةشهر الافلاس الإصابة بعاهتين ويترتب عن العوارض أو الموانع

انعدام الأهلية حتى سن التميز المادة 42 مدني

نقص الأهلية المادة 43 – المادة 100 83 أ ترشيدالقاصر المادة 2/38 م

كمال الأهلية

ثالثا: عوارض الأهلية الجنون العته والغفلة والسفه

الجنون مرض يصيب العقل يفقه التمييز

العته خلل يصيب لعقل يؤدي إلى قدرة ضئيلة في التميز مع بطء فهم واختلاط ويعرفه فقهاء بينها ان العته لا يصاحبه صحابة وبيد الجنون المطبق والمتقطع يصحبها أحكام تصرفاتها المادة 107 أ

السفه والغفلة: تصيب الشخص في تدبيره وحكمه ناقص الأهلية السفيه من ينفق ماله على غير مقتضى العقل أو الشرع فيندر ...

ذور الغفلة كامل العقل لكنه ساذج ومفرط في حسن الظن وقد لا تمييز بين الربح والخسارة حكم تصرفاتهما المادة 43

رابعا موانع الأهلية : رغم اكتمال الأهلية إلا أنه قد تطرأ ظروف جسمانية أو مادية أو قانونية تمنع الشخص قانونا من ابرام لتصرفات وهذه الموانع هي :

الغيبة كمانع مادي والحكم بعقوبة جنائية وشهر الإفلاس كمانع قانوني والاصابة بعاهتين كمانع طبيعي جسماني

أ- الحكم بعقوبةجنائية المادة 9 مكرر عقوبات

الحكم بشهر الإفلاس

اجتماع عاهتين المادة 1/80 مدني تعيين مساعد إذ يجوز لذي العاهتين عدم الاستعانة به المادة 2/80

النيابة الشرعية

الكتابة في من ق الأسرة بدءا من المادة 81

النيابة الشرعية أو القانونية تترتب على الشخص إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها كما نصت المادة 1/81 وتعريفها هي سلطة يمنحا القانون قضاءا واحتيالا لحساب القاصر أو من في حكمه

وفقد تكون تصرفات الشخص باطلة المادة 82 /أ

أو قابلة للابطال 33 كما أن القاضي قدر يرشد المميز في التصرف كليا أو جزئيا في أمواله بناء على طلب من له المصلحة وله الرجوع على الأمر المادة 84

والولاية قد تكون اصلية تثبت للأب ثم للم المادة 87/أ

وقد تكون غير أصلية أو ولاية اختيار الوصاية التقديم

والعلاقة عموما قد تكون عن النفس تتعلق بالتربية والحضانة المادة 62 أ أو عن الأصول

الولاية تثبت أصلا للأب ثم للأم كما أشارت المادة 87

ولا يمكن تقل الحق في الولاية فهي واجب من جهة أخرى يعاقب القانون عن التخلي عنها أنظر المادة 315 عقوبات والمادة 330 ع وما بعدها كما أن للقاصر حقوقا يثبتها المادة 75/ أ76 ، 77 حدود تصرف الولي المادة 88 و 89

الوصاية للوصي الذي يختراه الأب أو الجد المادة 92 نفس صلاحيات الولي إلا أن القانون اشترط فيه شروط ذكرتها الماداة 93 ولابد من مصادفة لالقاضي عليها وتنتهي الوصاية بأحد الأسباب المذكورة المادة 96 أ أما التزامه بعد انتهاء الوصاية فهي أن يقدم ما في عهدته في من أموال القاصر وحساباتها في عضون شهرين المادة 97 أ

التقديم : يعين قضائيا في حالة عدم وجود ولي أو وصي المادة 100/99

الشخصية المعنوية

هي مجموع من الأموال والأشخاص يتحدون لقيام بنشاط مشترك اختلاف الفقه في الاعتراف بالشخصية المعنوية

مبدأ نكرها : أصحاب نظرية ذمة التخصيص برنز وديجي

نظرية ملكية الجماعة أو الملكية المشتركة للمال ا هرنج وبلانيول

وممن أقر نظام الشخصية المعنوية

نظرية الحيلة القانونية أو الافتراض القانوني أو المجازي

نظرية الحقيقة الاجتماعية على أساس أنه كلما توفرت مصلحة في كائن اعتراف القانون لشخصيته المعنوية

وقد اقرت القوانين بالاعتراف بالشخصية المعنوية بناء على هذين النظريتين

عناصر تكون مقومات الشخص المعنوي

العنصر المعنوي اتجاه إرادة افراد إلى انشاء الشخص المعنوي وماقفه الإدارة المختصة

العنصر المادي من أموال وأشخاص

العنصر المعنوي أن يصرح فيه بسبب مشروع يهدف لتحقيقه

العنصر الكلي الرسمية والشهر والترخيص الإداري

ـ أنواع الشخاص المعنوية

شخصية معنوية عامة له امتياز السلطة العامة والسيادة الدولة الولاية البلدية وأيضا الأشخاص المعنوية المصلحية أو المرتقبة العامة

شخصية معنوية خاصة لكونها الأفراد والتحقيق غرض خاص بهم كالشركات في الجمعيات والأوقاف

ـ مميزات الشخصية المعنوية :

الأهلية ليس له منها ما له علاقة بالحقوق اللصيقة لانسان كحق الإرث لكنه يقبل الوثايا والهبات وفي اطار أهلية الأداء ينوب عنه ممثله القانوني

الاسم سواء كان تجاريا أو اقتصاديا أو أدبيا

الموطن وهو حيث يوجد مركز إدارة الشخص المعنوي

الحالة لهل حالة سياسية باعتبار جنسية موطن مركزها الرئيس

الذمة المالية مستقلة عن ذمم الأعضاء

انقضاء شخصية معنوية بحلول الأجل المحدد لها أو بحلها أو هلاك رأسمالها ... إلخ

الذمة المالية

هي مجموع ما يكون للشخص من الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة المستقبلة وهي وعاء افتراضي افترضه القانون لكل شخص له جانب إيجابي الحقوق وجانب سلبي الالتزامات تتميز بأنها لا تدخل فيها إلا الحقوق والالتزامات المالية

أهمية الذمة المالية تتمثل في عنصرين حق الضمان العام ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون

أ-حق الضمان العام 188 إن لم تكف أموال المدين قسمت أمواله بين الدائنين قسمة غرماء إلا من كان له ضمان خاص والأصل أن للمدين التصرف في أمواله في الفترة بين نشوء الدين وحلول أجله لكن للدائن أن يحمي حقه بالشروط بإحدى الدعاوى الاتية

الدعوى غير المباشرة إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه يحل للدائن محله ويرفع الدعاوى نيابة عنه 188- 189

دعوى الصورية ويرفعها الدائن إذا ابرم المدين تصرفا صوريا يضر بدائنيه كهبة ممتدة ببيع 198

دعوى البولصية أو دعوى عدم النفاذ التصرف الذي يتوج به المدين وترتب عنه عسرة أو زيادة عسرة فيكون غيرنا نافذ في حق الدائن إذا كان المدين غاشا أو مضرا بحقوق الدائن فيعتبر الحق كأنه لم يخرج من ذمة المدين 191-192

ب-لا تركة إلا بعد سداد الديون

الطبيعة القانونية للذمة المالية : نظريتان تقليد وحديثة للفقيه يرى ورو

النظرية التقليدية: أو الشخصية: تعتبر فيه الذمة المظهر المالي للشخص وترتبط بها فلا شخصية بلا ذمة مالية ولا ذمة بغير شخص ويرتب:

-لكل شخص ذمة مالية واحدة بمجرد ميلاده واكتساب الشخصية قانونية حتى الذي ليس عليه التزامات والمفلس الذي ليس له حقوق

عدم قابلية الذمة للتجزئة بفعل نظام خاص

عدم قابلية للتصرف فيها أو النزول عنها ولكن يمكن التصرف جزئيا في عنصارها أو لإضافة لها دون أن ينال هنا من كونها مجموعا قانونيا

وهم ينظرون إلى انتقال التركة إلى الوارث على أن ذمته افترجت بذمة مورثه وكونت ذمة واحدةدون أن يسمى هذا انتقالا

النظرية الحديثة الواقعية: أو نظرية ذمة التخصيص

قال بها فقهاء ألمان ومؤداها أن الذمة المالية مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين منفصلة عن الشخصية القانونية ويرون أن فكرة الشخصية المعنوية ما هي إلا حيلة مصطنعة مخالفة لواقع للاعتراف لمجموعة من الأشخاص بذمة مالية مستقلة[1] ويترتب على الأخذ بهذه النظرية نتائج منها:

إمكانية وجود ذمة مالية منفصلة عن الشخصية أو دون شخصية قانونية كما يوجد اشخاص دون ذمة مالية

إمكانية تجزئة الذمة المالية للشخص الواحد ذمة للعمل للتجارة وأخرى للنشاط الصناعي

[1]- وبناء عليه هاجموا نظرية الشخصية المعنوية ... ديجيمثلا .

قابلية الذمة المالية للتصرف بها بيعها والنزول عنها كما يحصل للعمل التجاري

نقد النظريتين :

النظرية التقليدية لم تفصل بوضوح بين الذمة المالية وشخصية صاحبها ورد على ذلك أن هذه الذمة يمكن تجزئتها وتخصيص مال معين لنشاط معين كما أنها تنقل بالورثة أو بالبيع بيع تاجر ذمته التجارية ... إلخ.

أما الذمة التخصيص فهي تساعد على التنويع الاقتصادي بتنويع الذمم وتعددها لكن الواقع القانوني والاقتصادي ينتصر لوحدة الذمة بسبب فكرة الضمان العام وهو ما أدى بالقول أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية التقليدية ولكنه أخذ بنظرية التخصيص

في مسؤولية الشريك ذات المسؤولية الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفي شركة المساهمة إذ لا يجوز للدائن أن ينفذ إلا على مساهمات المدينين لا على أموالهم الخاصة

لا يسأل حائز العقار إلا في حدود العين التي اشتراها دون بقية أحواله مسؤوليته القاصر لا تتجاوز حدود المال الذي اكتسبه من مهنته أو صناعته.

الشخص المعنوي أوالشخصية الاعتبارية [1]

هو مجموعة من الأموال أو الأشخاص يتحدون للقيام بنشاط مشترك فوجوده بهذه التركيبة معنوي لا مادي

وقد اختلف الفقه في الاعتراف بفكرة الشخصية المعنوية فأنكرها بعضهم واقرها البعض

الاتجاه الذي انكر الشخصية المعنوية: ينضوي تحتها نظريتان

نظرية ذمةالتخصيص : وهي تلك النظرية التي سبق لنا عرضها في انكار الذمة المالية للشخص الطبيعي النظرية الواقعية فأنكروا ايضا أن يكون هناك كيان يسمى الشخصية المعنوية واساس هذه النظرية الفقه الألماني برنز Brinzوالفقيه الفرنسي duguit فهم يرون منح هذه الصفة للشركات والجمعيات اصطناع لا مبرر له فأموال هذه الجمعيات والشركات تتميز عن أموال أعضائها بل أن هذه الأموال مخصصة لفرض ما مستقل عن

[1]- فكرة الشخصية المعنوية تدل على التطور في التفكير القانوني واختراع الحلول وانزال النظريات والفرضيات القانونية إلى أرض الواقع كما تدل على ترقي نشاط الانسان من العمل الفردي إلى عمل الفريق حتى الوصول إلى مجتمع المؤسسات

أصحابها فهي لا تعدو أن تكون ذمة مالية مستقلة كلما وجدت هذه المجموعة من الأموال وتنتقد كالاتي :

تخالف التصور القانوني في وجوب استناد الذمة إلى شخص

التركيز على الذمم والأموال دون فكرة الشخصية ووظائفها الأخرى [1]

نظرية ملكية الجماعة أو الملكية المشتركة اهرنج وبلانيول

يقول بوجوب نسبة الموال إلى الأشخاص الطبيعيين الذين كونوا مجموعة لا ينبغي أن تسمى شخصا معنويا ولا حاجة لذلك فهؤلاء هم الملاك الحقيقيون لهذه الأموال ملكية مشتركة وكل فرد تمكينه أن ينفرد بالتعامل في هذه الأموال كما في الملكية الفردية سواء مفرزة أو شائعة وباتفاق بين هؤلاء الأفراد وانتقدت على أساس أنها

تركز على الأموال لا على وظائف الشخص المعنوي الأخرى التي قد تكون اهم من الأموال كما في حال شخص الدولة أو الجمعيات غير الربحية

النظر إلى المجموعة بعد الأشخاص على أنهم أصحاب أموال والحال قد توجد أموال بدون أن تحدد ملكيتها للأشخاص أو لاشخاص معنيين كالوقف

الاتجاه الذي يقر نظام الشخصية المعنوية

الاتجاه الذي يقر الشخصية المعنوية: تمثله نظريتان

نظرية الحيلة القانونية أو الافتراض القانوني (أو المجازي)

يرون أن الشخص الاعتباري شخص مصطنع افترض له القانون شخصية كالشخصية الطبيعية يمكنه تحقيق الفرض المنشأ منه واكتساب ذمة مع أن هذا الافتراض عندهم حيلة أو مجازي قانوني لكن يؤخذ عليها

الخلط بين مفهوم الشخص العلوم الاجتماعية كائن مدرك وحساس وفريد والشخص في القانون الذي هو كائن يعتد القانون بوجوده ويحمله الالتزامات والحقوق

استنادهم إلى المذهب الفردي الذي يرى أن الشخص سابق على القانون إذ الشخصية المعنوية يخلقها القانون فهي كائن وهمي [2]واستندوا إلى قولهم بأن الحق ارادة والشخصية المعنوية لا يتصور لها ارادة ولا ينسب إليها ويعاب كذلك عليهم النتيجة التي ينتهي إليها

[1]- نظرية الشخصية الاعتبارية أحمد محمد الخولي ، ص ...

[2]- أحمد محمد الخولي ص ع م

رايهم بأن الشخصية المعنوية نشأتها وأهليتها وانقضاءها تستند فقط للقانون وفي بلد القانون نفسه ويترتب عليها أيضا امتناع المسؤولية الجنائية والمدنية عن الشخصية المعنوية فلا يمكن نسبتها الشخصية وهمية وكذا اعتبار الدولة شخصا افتراضيا وهميا

2-نظرية الحقيقة الاجتماعية:

لاتقوم على أساس الحيلة ولا عبلى أن الحق إرادة بل مصلحة يحميها القانون وكلما توافرت هذه المصلحة في كائن اعترف المشرع بشخصيته المعنوية لأنه ينشئها فالشخصية المعنوية شخص حقيقي في نظر القانون يمثل حقيقة واقعية اجتماعيا تتمتع بعلاقات اجتماعية واقتصادية فليست الشخصية فقتصرة على الشخص الطبيعي فحتى الانسان ليس مجموعة جد وأحاسيس بل هو كائن اجتماعي ذو علاقات وله حقوق ومصالح تميزه .. إلخ والدولة تقتصر دورها على تسجيل ميلادها المعنوي وأنها تخضع للقضاء في إطار أهدافها وتؤخذ عليها رغم واقعية الطرح أنها اعتمدت المصلحة معيارا لوجود الشخصية والمصلحة هدف الحق لا قوامه وبالتالي أيضا قالوا أيضا في اعتبار الشخصية المعنوية لا تحتاج من الدولة إلا الاعتراف بها أما وجودها فهو سابق على ذلك مجرد تواجدها

إلا أن الفقه استقر على اعتماد نظريتي المجاز القانوني خاصة في النظم الموجهة ونظرية الحقيقية الاجتماعية في النظم الحرة.

تكييف علاقة الشخص المعنوي بنائبه

التصور التقليدي : وكيل ولكن إرادة الموكل لا وجود لها ولا أهلية أداء تقوم على الإرادة

راي اخر أن الممثل عضو في هذا الشخص لا نائب عنه فعبر عن ارادته وقال به من رأى أن شخصية المعنوية حقيقية بيولوجية كالانسان نظرية العضو la théorie de l’argaereفمنهمليشو وهذا العضو ارادته اصلية عن شخص عديم الإرادة نظرية التمثيل أي اكثر من النيابة فهي نيابة قانونية وتمثيل في الأنشطة المادية نظرية التمثيل أي اكثر من النيابة فهي نيابة قانونية وتمثيل في الأنشطة المادية والتصرفات.. يعمل لحساب الشخصية المعنوية لا لحسابه قال به حسن كيرة

عناصر تكوين أو مقومات الشخص الاعتباري منصر الموضوعي عنصر المادي عنصر المعنوي ع الشكلي

العنصر الموضوعي: وهو اتجاه إرادة الفراد إلى انشاء الشخص المعنوي عن طريق عقد انشاء كالذي نصت عليه المادتان 416 و417 مدني فقد تكون الارادة لها سلطات كبير في الانشاء كما في الوقف وبعض الشركات لكن قد يحد من هذا السلطان تتدخل المشرع والإرادة في تنظيم الشركة إلى حد كبير مثل ما هو الأمر بالنسبة لشركة المساهمة حتى تمكين القول أن الشركة تنظيم أكثر مما هو عقد في هذه الحالة لكن هذا لا يبقى فكرة العقد كما سبق والمر بالنسبة للجمعيات أنها تؤسس بحرية من قبل أعضائها المؤسس ةتصادف الجمعية العامة على القانون الأساسي [1].

كما تخضع لمواقفة الهيئات الإدارية المختصة [2] أما الوقف فإن سلطان الإرادة فيه أوسع لطابعه التبرعي[3]

2-العنصر المادي: أي توافر مجموع الأموال أو من الأشخاص حسب طبيعة وهدف الشخص المعنوي ويشترط في مجموع الأشخاص أن يكون له كيانه المتميز عن أفراد هذا المجموع ولا يرتبط بقاؤه لبقائهم إلا في حدود استثنائية ولا ....في جمعيات الأموال توافر القدر الكافي من المال لحياة الشخص المعنوي وهدفه وقد يحدد المشرع حدا أدنى لرأسمال الشركات ولبد في هذا المجموع أن يحكمه نظام مرسوم ومصادق عليه من أجل تحقيق الغرض منه كما أن القانون تفرض في بعض الشركات وفي الجمعيات عددا معينا لإنشاء هذا الشخص المعنوي

3-العنصر المعنوي: أي أن يصرح فيه بهدف يخدمه سواء كان مصلحة المكونين له أو المصلحة العامة ولا بد أن يكون غرضا محددا مشرعا غير مخالف للنظام العام والاداب العامة وليس أمرا عارضا

[1]- قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات المادة 6

[2]- المادة 07 من القانون السابق

[3]- أنظر خاصية المادتين 4 و14 من قانون 91-10 المتعلق بالوقف.

العنصر الشكلي: اشترط البعض الأشخاص المعنوية شرط الشكلية الذي قد يتمثل في الرسمية الشهر الترخيص الأداب

الرسمية كتابة العقد المنشئ للشخصية المادة 418 مدني في الشركات

المادة 545 /1 تجاري تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة

المادة 41 منق انون 91-10 في الوقف التوثيق ثم تسجيله

الشهر وهو اجراء بعد الكتابة لدى مصالح الشهر مختصة مثلا في الشركات التجارية المادة 1/549 تجاري لا تتمتع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري

المادة 1/417 مدني الشهر للاثبات والحجية على الغير المادة 41 في الأوقاف

المادة 100 اعتراف الدولة وقد يكون عاما أو خاصا

عاما وضوع شروط عامة

وخاصة كما نصت المادة 49 مدني

بالنسبة للجمعيات أنظر المادة 17 من قانون /0612 المتعلق بالجمعيات - المادة 07 منه

أنواع الأشخاص المعنوية

هما نوعان الشخصية المعنوية العامة وشخصية معنوية الخاصة

الشخص المعنوي العام له امتياز السلطة العامة والسيادة ويمنحه القانون صفة الشخصية المعنوية المادة 49

والدولة تنشأ بمجرد توافرها عناصرها والولاية المادة 1 من قانون الولاية :"الولاية جماعة إقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي يديرها وال كما اعترف القانون البلدية بتلك الصفة فهي ليست فرعا من الحكومة أو الولاية بل هي شخصية مستقلة إداريا وماليا وكلتاهما محددة إقليميا

على عكس المؤسسات العمومية والشركات فيحدد اختصاصها الغرض المنشأة لأجله

وهناك الأشخاص المعنوية المصلحية أو المرفقية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المادة 49 مدني ثم أصبحت معها أيضا المؤسسات عمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري

ويقع الاشراف عليها عموما على عاتق الدولة مثل المستشفيات والمدارس والجامعات والملاجئ والمحاكم والشركات العامة ورغم رقابة الدولة فهي مستقلة ماليا وإداريا

الأشخاص المعنوية الخاصة التي يكونها الأفراد لتحقيق غرض خاص بهم كالشركات أو النفع العام كالجمعيات والأوقاف وتحتاجها إلى الاعتراف الخاص وتندرج تحت الفقرة الأخيرة من المادة 49 كل مجموعة من الأشخاص ... ومنها

أ-الشركات المادة 416 ب-الجمعيات هدفها غير ربحي كمبدأ عام ج-مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية وأهمها الوقف

مميزات الشخص المعنوي المادة 50 مدني

الأهلية ليس له من أهلية الوجوب أي حقوق لصيقة بالشخصية الطبيعية فهو لا يرث وليس له على أن الدولة تؤول لها تركة من لا تركة له وليس له حقوق الأسؤة ولكن تمكن له تقبل الوصية والحق في السمعة وأهلية التقاضي وله اختصار أهلية وجوب في اطار مبدأ التخصيص أي في حدود الغرض الذي من اجله أنشئ

وفي ما يخص أهلية الأداء طبعا ليس له تميز أو سن قانوني للرشد ولكن القانون جعل له ممثلا قانونيا ينوب عنه ارادته الرئيس الوالي رئيس مجلس الإدارة ... وكذلك هي أهلية في اطار مبدأ التخصيص

الاسم فيكون اسم الشركاء أو أحدهم أو منبثقا من غرض الشخص المعنوي وإذا كان الشخص المعنوي يمارس التجارة فله اتخاذ اسم تجاري له جانب مالي يتصرف فيه أما حقوق الجمعيات غير التجارية فليس حقا ماليا بل أدبي

الموطن يتمتع بموطن مستقل عن حكومته وهو الذي يوجد فيه مركز ادارتها 4/50 ممكن تعدد الموطن حسب الفروع

الحالة السياسية لا العائلية طبعا السائد أن جنسية الشخصية المعنوية هو جنسية موطن وكنزه الرئيس أنظر المادة 4/50 مدني

الذمة المالية مستقلة عن أعضائه وديونه تضمنها حقوقه كما أن اعلان افلاسه الشخصية المعنوية مستقل مبدأ افلاس الشركاء باستثناء شركة التضامن

مسؤولية الشخصية المعنوية يكون مسؤولا عن تصرفات نائبه مدنيا بسبب الضرر الذي سببه النائب

مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع المادة 136 و 137 ومدني جنائيا تطبق فقط العقوبات الممكنة كالمصادرة

انقضاء الشخصية المعنوية

أحد الأسباب الآتية:

بحلول الأجل المحدد لها

أو قبل حلول الأجل وذلك بـ: الحل الاتفاقي أو الجدي بحكم قانوني أو بناء على طلب أحد الشركاء

بموت أحمد الشركاء أو افلاس أو الحجر عليه 439 مدني

انسحاب أحد الشركاء أو أكثر إذا كان عقد الشركة غير محدد المدة

هلاك رأس المال كله أو جزء كبير منه

هلاك الشخص المعنوي قانونيا كإستعمار دولة أو اتحادها أو تحويل بلدية إلى ولاية

محل الحق

1- تعريف محل الحق

هو موضوعه الذي يرد عليه أو ما ينصب عليه مضمون ذلك الحق شيئا كان أو عملا

الحقوق الشخصية موضوعها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل إيجابي وسلبي

والحقوق العينية موضوعها العين الشيء المادي المعين

والحقوق الذهني موضوعها فكرة أو معنى غير مادي

وهذه كلها هي الحقوق المالية أو الأموال

1ـ العمل:

الحق الشخصي التزام أو هو سلطة تثبت للدائن وتحوله الزام المدين أداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين تحقيقا لمصلحة مشروعة

مثال عن القيام بعمل حق المشتري في التسلم المبيع وحق البائع في قبض الثمن وحق المؤجر في قبض الأجرة وفي عدم الاضرار بالعين المؤجرة ....إلخ ومن أمثلة الامتناع التزام اللاعب بعدم اللعب في ناد غير الذي التزم معه ويشترط في العمل محل الالتزام 3 شروط

أ -أن يكون العمل ممكننا فلا التزام بالمستحيل 93 مدني

وقد تكون الاستحالة المطلقة أو النسبية بالنسبة للمدين فقط وهي لا تمنع من قيام الالتزام مثال احياء حيث مطلقة أداء دور مسرحي نسبي

ب -أن يكون العمل محددا معينا أو قبالا للتغيير المادة 94 مثلا الالتزام بتأدية كل الأعمال التي تطلبها غير معين

ج - يجب أن يكون مشروعا 97 مدني

المحل الثاني محل الحق العيني

التفريق بين الشيء والمال

الشيء هو كل كائن يشغل في الطبيعة حيزا وقد يكون غير مادي أيضا كالفكرة أو المعنى وهو محل الحق المعنوي أما المال فهو الحق المالي على الشيء (ح ع) أو تجاه الشخص (ح ش)

شروط اعتبار الشيء محلا للحق العيني

ـ ألا يخرج عن التعامل وقد يخرج الشيء عن دائرة التعامل به بطبيعته أو بحكم القانون فطبيعته انظر المادة 682 قراءة وشرح كالأشياء التي لا يستطيع الانسان أن يتأثر بها بحيازتها كالهواء والبحار وضوء الشمس والتي تخرج بحكم القانون هي في الأصل يمكن حيازتها ولكن القانون أخرجها من دائرة التعامل سعيا للمصلحة العامة كالمخدرات والأسلحة إلا استثناء وكالخنزير والهمر في الشريعة كذلك أخرج القانون أملاك الدولة العامة من دائرة التعامل وهي العقارات والمنقولات المخصصة للمنفعة العامة والمصنفة أموالا عامة كالغيابات والشواطئ والطرق والبحر والنهر ....

ويمكن تقسيم الأشياء باعتبار طبيعتها وخصائصها إلى عدة تقسيمات منها

تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

هذا اهم التقسيمات الذي يترب عنه نتائج وآثار قانونية

وقد عرفت المادة 683 العقار وما عداه فهو المنقول أما ما يترتب على التفريق بين العقار والمنقول فنجمل أهمه في ما يلي

هناك حقوق لا ترد إلا عد العقار الارتفاق الرهن الرسمي التخصيص

التصرفات الواردة على العقار يجب تسجيلها الشكلية أو مقابل الرضائية

الشفعة لا تكون إلا في العقار

دعاوى الحيازة خاصة بالعقار

قاعدة الحيازة في المنقول عند الملكية تنطبق على العقار الذي لا يكسب بالتقادم الطويل أو القصير

تنقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقل والمعين بنوعه بالافرازوالعقار بالشهر

المحكمة المختصة في المنازعات على العقار في موطن العقار ... وفي المنقول محكمة مقر المدعى عليه

دعوى الغبن خاصة بالعقار

أنواع العقار

1-العقارات بطبيعتها م 682 وهي الأرض المباني أي منشآت على الأرض أو تحتها كالمساكن والقناطر والمخابي والنباتات والاشحار

2-العقارات بحسب موضوعها أو الحقوق العقارية 684 فإذا ورد الحق على عقار كان عقارا ووجب تسجيله وشهره مثل حق الملكية وحق الانتفاع والحكروالرهن العقاري

الدعاوى العينية العقارية

العقارات بالتخصيص هي أشياء منقولة بحسب طبيعتها لكنها رصدت لخدمة عقار ا فأضفى عليها المشرع صفة العقارية المادة 683 /2

واشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص

أن يكون هناك عقار بطبيعته ومنقول بطبيعته

أنه يكون مملوكية للشخص نفسه

رغبة المالك في خلق رابطة بينهما

أنه يخصص المنقول لخدمة العقار

أنواع المنقولات

المنقول بحسب طبيعته تشمل الأشياء المادية الممكنة النقل دون تلف كالسلع والحيوان

المنقول بحسب موضوعه الحقوق التي يكون موضوعهمنقولا بطبيعتها كدعوى ملكية المنقول أو الحق الشخصي

المنقولات غير المادية 687

المنقولات بحسب مآلها وهي عقارات بحسب طبيعتها انما هيئت لتنفصل حتما ووشيكا عن اصلها الثالث فيضفي عليها القانون صفة المنقول الوشيك كالمحاصيل وحسب المباني والقرميد ... إلخ أنظر المادة 374 إ م

تقسيم الأموال إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك (المادي أو القانوني) المادة 685نتائج استعمال الأشياء ق إ هو تصرف فيها والوقت نفسه وتصلح في عقد القرض لا الإيجار

تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية المادة 686 م

مثال أشياء قيمية العقارات السيارات الطائرات

نتائج الملكية في الأشياء ق فور انعقاد العقد أو بالشهر أما المثلية فلابد فيها من فرز المادة 369 م –م 297

تقسيم الاشياء إلى ملكية عامة، وخاصة، ووقف

سبب الحق

أو مصادر الحق

القانون هو مصدر كل حق مقرر فهو المصدر غير المباشر للحقوق وهو الذي يقرها وينظمها غير أنه واقعيا وهو ما يقره القانون نجد أن الحق ينشا إما عن وقائع أو تصرفات الوقاعة القانونية حوادث ووقائع فيرتب عليها القانون نشوء الحق أو انتقاله أو انقضاؤه أما بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان

أ-الوقائع الطبيعية تحدث في الطبيعة دون تدخل الانسان مثل تغير الليل والنهار يؤدي إلى حساب آجال الديون والالتزامات أو سقوطها الوفيات الولادات وكل ما كان من أفعال الحيوان أو النبات أو الجماد فهو و/ط

ب-وقائع من فعل الانسان الأفعال المادية

بعضها يقع من الانسان دون قصد مصدم شخص بسيارة فيرتب التعويض وقد تقع بقصد أي أنها عمل إرادي لكنه لا يتوفر على اركان التصرف

وايا كان الفعل الصادر فصاحبه يلزم بالتعويض كما تشير المادة 124 مدني سواء كانت المسؤولية فيه شخصية 124 أو عن فعل الغير 134 -37 أو كانت ناشئة عن الأشياء حية أو جامدة 138-140 مكرر 1

وقد تكون الفعال نافعة كالإثراء بلا سبب اشارت إلى المدة 141 بالتعريف 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 تقرر ما استفاد من العمل أو الشيء مثاله قيام المستأجر بإصلاحات في العين المؤجرة فإذا اختار المؤجر استبعادها وجب التعويض وقس عليه في عقد الوكالة ما يفوح به الوكيل من أعمال ضرورية خارجة عن الوكالة ب-الفضالة المادة 150 هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك أنظر المواد بعدها

يشترط ان يكون الفضولي قصد مصلحة الغير متطوعا وهي تطبيق خاص للإثراء بلا سبب

دفع غير المستحق إذ تنص المادة 143 " كل من تسلم سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده "

الحيازة : وضع اليد على الشيء وبذلك فالقانون يحمي هذه الحيازة بدعاوى الحيازة في العقار وحماية حيازة المنقول بحسن النية فيؤدي إلى كسبه غير أن حيازة العقار ثم كسبه بالتقادم قصيرا أو طويلا مرتبطة بالشهر العيني والمسح .

و التصرف

وهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني ، سواء كانت إرادة منفردة (كالوصية والوقف..) أو إرادتين كسائر العقود

حماية الحق وإثباته

حماية الحق هي جزء أساسي في حماية الحق حتى ولو لم تكن عنصرا فيه لأن الذي أقر به وهو القانون إذا اعترف به حماة ولكن على صاحب الحق من جهة أخرى اثبات هذا الحق فلنعالج الموضوعية حماية الحق اثباته

حماية الحق ليست طبعا عنصرا من عناصر الحق وإن كان بعض الفقهاء ينظر إلى الدعوى على أنها جزء من الحق

والحماية في للحقوق في الأصل يتكفل بها القانون وعن طريق الدعوى ولكن هناك حالات يتم فيها الحماية قبل صاحب الحق نفسه كما في حالات الدفاع الشرعي 128 مدني الدفع بعدم التنفيذ 123 مدني

حق الحبس المادة 200 وما بعدها

ولكن الدعوى هي الاجراء الأصلي في حماية الحق وبما أنها هي أيضا حق من حقوق الشخصية فيجب التفرقة بينها وبين عموم الحق في النقاط الاتية

الدعوى تنشأ من نزاع والحق مصدره الواقعة أو الصرف

كما يمكن تصور حق بدون دعوى الالتزام الطبيعي الحق الناقص

الأصل في الحق ألايسقط أما الحق في الدعوى فيسقط بأجله او بالتقادم

قد تكون الدعوى ملكا للغير 0الولي أو الوصي)

قد توجد دعوى دون حق دعوى الحيازة دعوى اثبات النسب

ثانيا شروط قبول الدعوى

الصفة صلة أطراف الدعوى بموضوعها أو المركز القانوني للمدعي نفسه المادة 13 ام

المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة وهي المنفعة التي تقود على المدعي في حال تحقق دعواه ويجب أن تكون مصلحة قانونية وشخصية المادة 13 إم

هناك شروط أخرى اشارت المادة 13 إجراءات إلى الإذن إذا اشترطه القانون

شروط أخرى معروفة م القواعد العامة كشرط ميعاد رفع الاستئناف بشهر من التبليغ الشخصي المباشر أو شهرين إذا بلغ في موطنه الأصلي أو المختار الطعن بالنقض شهران بالتبليغ الشخصي او ثلاثة بالتبليغ في الموطن وكشرط ألا يكون صدر في الدعوى حكم في الموضوع وشرط شهر العريضة الافتتاحية لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت الدعوى بعقار شرط ألا يكون قد وقع صلح بين الخصوم ولا وساطة أدت إلى حل نفس النزاع ألا يكون قد تم في موضوعها وحاز الحكم حجية الشيء المقضي فيه

ثالثا أنواع الحماية القانونية للحق

قد تكون مدنية أو جنائية أو معا أين ترتب مسؤولية مدنية تعويض أو جناية أو معا

رابعا: تقسيم الدعوى المدنية من حيث طبيعته الحق

تنقسم الدعوى المدنية إلى شخصية وعينية يجب الحق الذي ترمى إلى حمايته شخصيا أو عينيا

على أن الدعاوى العينية محصورة وهي دعوى استحقاق لحماية حق الملكية دعوى حماية حق ارتفاق أو حق انتفاع أو سكن أو استعمال دعوى الرهن دعوى الحيازة 819 مدني 821

وهناك دعاوى مختلطة كدعوى ابطال تصرف ينقل حقا عينيا مثلا وفي الدعاوى العقارية دعاوى شخصية كدعاوى عدم الوفاء بالوعد بالبيع ودعاوى عقارية عينية وقد تكون الدعوى العينية عقارية أو منقولة

الدعاوى الشخصية تلك الدعاوى التي تهدف إلى المطالبة بحق شخصي أو حمايته ومجالها الالتزامات مثل كل ما بنشأ من حقوق عن العقود وكل الدعاوى المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية بكل اشكالها وكذلك الدعاوى المتعلقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية وهي كثيرة ومتنوعة

هناك أيضا الدعاوى المختلطة بيد العينية والشخصية كدعوى تنفيذ عقد للبيع منقول أو عقار أو دعوى الغبن في بيع العقار أو ابطال تصرف لعدم الأهلية

وتظهر أهمية التقسيم في : تحديد الاختصاص انر المادة 37 ... 40 مدني

تحديد المدعى عليه فهي ترفع ضد أي شخص في العينية ولا ترفع إلا ضد المدين فيالشخصية.

إثبات الحق

يرتبط اثبات الحق والالتزام بحمايته كما سبق فالقانون لا يحمي حقا لم يثبت بالوسائل القانونية ولفهم اثبات الحق نقسمه إلى عناصره الكبرى مبادئ الاثبات وادلة الاثبات ولكن قبل ذلك نعرف الاثبات ونشير إلى أهم مسائله

مفهوم الإثبات تعريف الاثبات: هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون بقصد الوصول إلى نتائج القانونية التي تترتب على وجود واقعة قانونية

مسائل الإثبات

أ /محل الإثبات : التصرف أو لأي الواقعة التي يتعين أن ينصب عليها الاثبات ويشترط ان تكون محددة غير مطلقة ممكنة لا مستحيلة متنازعا فيها متعلقة بموضوع الدعوى منتجة في الدعوى جائزة الاثبات قانونا لا تنافي مبدأ سر المهنة أو الاسرار الزوجية أو اسرر الدولة

ب /عبء الإثبات القاعدة هي ما وردت به المادة 323 م أي على المدعي أولا واصلا وتنتقل صفة المدعي أثناء الخصومة فمثلا الأصل في ال/وال الظاهر في الحقوق ع الأمر الواقع يستثنى الفراش ق ق

ج طرق الإثبات

وهي الوسائل القانونية التي تمكن المتقاضي من إقامة الدليل على دعواه وهي 3 أنواع :

ـ ذات القوة المطلقة الكتابة

ـ ذات القوة المحدودة البينة القرائن القضائية

ـ المعفية من الاثبات: القرائن القانونيةو الإقرارو اليمين الحاسمة

مبادئ الاثبات الأساسية

ـ قيامه على نظام قانوني يهدف تقرب الحقيقتين الواقعية والقضائية على مذاهب ثلاثة

المذهب الحر |او المطلق للخصوم حرية الاثبات بأي دليل وللقاضي حرية الاقتناع الشرائع الأنجلو

المذهب المقيد يقيد الخصوم والقاضي بأدلة محددة

المذهب المختلط يجمع بينهما حر في الجنائي اقل والتجاري ومقيد في المدني الجزائري

ـ مبدأ حياد القاضي يقوم على ثلاثة عناصر: عدم قضاء القاضي بعلمه حظر انتداب سلطته للخبير مثلا ومبدأ التواجهية بين الخصوم

ـ الدور الإيجابي للخصوم انطلاقا من كفالة القانون للمدعي حق الاثبات وللمدعي عليه حق الرد لكن هذه القاعدة تقيد بأنه لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلا لنفسه ويستثني منها استناد التاجر إلى دفاتره مع اليمين المتممة لأحد الخصمين 1/330 وتقيد أيضا بأنه لا يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا إذا امر القانون به أو اجازه المادة 16 تجاري أو كان هذا المحرر مشتركا بين الخصوم .

أدلة الاثبات القوة المطلقة: الكتابة الرسمية والعرفية

الورقة الرسمية

عرفتها المادة 324 العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما نلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه وقد تكون الكتابة ركنا في التصرف فضلا عن الاثبات المادة 324 مكرر 1

ـ شروط الورقة الرسمية

أن يقوم بتحريرها موظف عمومي

أن يكون الموظف العمومي مختصا نوعيا من حيث الموضوع ومحلي

ان تحرر طبقا للأشكال القانونية

بعض أنواع الورقة الرسمية

الأوراق الرسمية الإدارية الصادرة عن الولادة أو رؤساء البلديات كسجل الحالة المدنية

السندات القضائية وشبه القضائية

الأوراق الصادرة من الموثق

حجية الورقة الرسمية 324 مكرر 5 يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني

وان صورتها الرسمية فتعد حجة بقدر مطابقتها للأصل المادة 325 مدني تحول العقد الرسمي إلى عرفي المادة 326 مكرر 2

الورقة العرفية ورقة يحررها لعاقدون بأنفسهم دون تدخل الموثق أو الضابط العمومي ويشترط لصحة الورقة العرفية شرط وحيد هو التوقيع بخط المديد بالامضاء أو الختم أو البصمة ...

حجية الورقة العرفية المادة 327 فلها حجيتها على المدين ما لم ينكر صراحة توقيعه عليها أما إذا أنكر فللدائن أن يثبت دعواه بطلب مضاهاة الخطوط

ـ الأوراق العرفية غير معد للثبات :

الرسائل تكون لها قوة الورقة العرفية إذا كانت موقعة 329 كما لها قوة بداية ثبوت بالكتابة

دفاتر التجار يشترط لاستعمالها في الاثبات المادة 330

أن يكون في مابين التجار أن تكون منتظمة ألا يجزأ الأخذ بما فيها .

طرق الاثبات ذات الحجية المحدودة

البينة القرائن القضائية

البينة

وهي شهادة الشهود وهي اقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير الشهادة واعتمادها وقد تتخذ شكلا شفهيا أو مكتوبا وقد تكون مباشرة أو غير مباشرة حجيتها تخضع لسلطة القاضي التقديرية فقد بأخذ بشهادة الواحد ويترك شهادة حماية وبرما يفضل عليه الخبرة أو ما نتج عن المعاينة ولا يأخذ بها في التصرفات بل في الوقائع فقط مكنه بأخذ بها في ما بين التجار وفي التصرفات التي تقل قيمتها عن مئة آلف دج المادة 333

ـ القرائن القضائية 340 : هي النتائج التي يستخلصها القاضي ويثبتها من وقائع وأمارات معروضة عليه لاثباتالواقعة المتنازع فيها ولها نفس مرتبة الشهادة

ومن أهم مجالات استخلاص القرائن قص محاضرات الشرطة والدرك الخبرات ولو باطلة الدفاتر والأوراق العرفية مراسلات وشهادات إدارية ما يستخلص من ملفات جزائية ... إلخ

وهي لا تقبل إلا حيث تقبل البينة كاستحالة تقديم الدليل الكتابي 336 المواد التجارية

قوة الاثبات المحدودة للبينة والقرائن القضائية المادة 333 335 -334

ــ اليمين المتممة انظر المادة 348 م 350 349

الطرق المعفية من الاثبات :

الإقرارو اليمين الحاسمة والقرائن القانونية

الإقرار: عرفته المادة 341 الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة صوبه قد يكون مكتوبا أو شفهيا صريحا أو ضمنيا

ويكون الخصم عند اليمين يعد اقرارا والاقرار غير القضائي يخضع لسلطة تقدير القاضي

اركان الإقرار: اعتراف الخصم دون اشتراط قبول خصمه دون جواز الرجوع فيه من ذي أهلية

أن ينصب على واقعة قانونية يجوز الادعاء فيها ويمكن الإقرار فيها

أن يكون أمام القضاء أثناء سير الدعوى إلى حين النطق بالحكم

آثار الإقرار : المادة 342 الإقرار حجية قاطعة على المقر ولا يتجرأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها يستلزم حتى وجود الوقائع الأخرى .

اليمين الحاسمة : هي التي يوجهها الخصم إلى خصمه اثناء سير الدعوى باشراف القاضي والذي يجز له فيها إذا كان الخصم متعسفا 343 وللخصم أن يردها على خصمه إلا إذا قامت على واقعة لا يتركان فيها

شروطها وكيفياتها 344

اليمين الكاذبة وجزاؤها مدنيا عن حكم جزائي 346

النكول تؤدي إلى خسران الدعوى 347

آثار اليمين الحاسمة هي ملزمة للقاضي ولا سلطة تقديرية له عليها كما أن الحكم المؤسس عليها لا يقبل الاستئناف ولكنها تستأنف إذا كانت من غير ذي أهلية أو مخالفة للنظام العام لا جوز

وهي قاصرة على الخصم أو ورثته

القرائن القانونية : وهي وسيلة وصفها المشرع لاثبات واقعة غير معلومة ولا تخضع للتقدير القاضي المادة 337 القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عبر أية طريقة أخرى من طرق الاثبات غير أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك

ومن اشهر امثلتها الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به انظر المادة 338

وقرينة قانونية نوعان:

قاطعة مثل قرينة النسب المادة 41 آمرة

بسيطة تقبل اثبات العكس مثلا النسب في الالتزام المادة 1/98

قرينة قانونية تتعدى إلى الغير ولا تقتصر على الخصوم

انقضاء الحق

بالنسبة للحقوق اللصيقة الشخصية تنقضي انقضاءات مختلفة حسب طبيعتها الحق مثلا حق الحضانة حق التنقل

الحقوق المعنوية والأهم ما يتعلق بالحقوق العينية والشخصية

الحقوق العينية انقضاؤها كالآتي:

حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال

حق الانتفاع ينتهي بانقضاء اجله أو بموت المنتفع 852 أو بهلاك محل الانتفاع 853 وبالتقادم بعدم الاستعمال 854 وينتهي حق الارتفاق بالأجل أو هلاك العقار المرتفق هلاكا تماما أو اتحاد الذمة 878 أو يسقط بالتقادم 879 أنظر حقي الاستعمال والسكني 857 أيضا 880 كما تنهي الحقوق العينية التبعية بانقضاء الحق المضمون بها أو يتنازل المرتهن أو عدم تجديد القيد أو اتحاد الذمة أو تظهير العقار المرهون

انقضاء الحق الشخصي

وذلك با لوفاء أو ما يعادل الوفاء أو دون الوفاء

الوفاء : هوتنفيذ المدين ما التزم به عينا ويتم فور تركيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف 1/281 وإذا كان التزاما بعمل فلا بد أن يكون من المدين نفسه إذ أن شخصه محل اعتبار وإن لم يكن شخصه محل اعتبار حاز الوفاء من غيره ويكون هنا للموفى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية وهي دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب شروط كل ويمكنه أيضا الرجوع بدعوى الحلول حلوله محل الدائن في حالات تضمنتها المادة 26

حلول المفترض محل المدين تجاه الدائن 263 دعوى الحلول وما يكون للموفي بها من حقوق 264 وامتياز من وفي جزء 265

حالة رفض الدائن الوفاء 269 وبإعذار يتبعه هلاك محلالدين 270 وتبعات عدم قبول الوفاء 271 ...إلخ النظرة إلى حجية 2/281

انقضاء الدين مما يعادل الوفاء : الوفاء بمقابل المقاصة اتحاد الذمة التحديد والانابة
الوفاء بمقابل هو اتفاق على الاستقاصةعن محل الوفاء الاصلي بأن يقدم المدين شيئا آخر غيرما كان ملزما بأدائه أو دفعه 285
ويرى على هذا الاتفاق احكام البيع خاصة ما يتعلق بالأهلية وضمان الاستحقاق إذا كان محل الدين عينا 286
ـ التجديد المادة 287
يتحدد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام أو بالدين الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره أي تغيير الدين ومحله
أو يتغير المدين بيد الدائن والغير على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي ولو بغير رضاه
أو تغيير الدائن باتفاق ثلاثي ويجب ان يكون هذا الاتفاق صريحا ويشترط خلو الدينين من أسباب البطلان
ـ الانابة 294 تتم الانابة اذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين
إذا لم يكن هناك اتفاق في الانابة على التحديد بقي الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد 2/295
الفرق بين الانابة والتجديد الانابة في شخص المدين فقط لا الدائن لأنه قيد التراضي الثلاثي عكس تجديد المدين الذين قد يكون قد ينفي الالتزام القديم قائما إلى جانب الجديد قد تدل الانابة على التجديد 295
ـ المقاصة: compensation هي اجتماع صفتي الدائن والمدين في كل من طرفي الالتزام فينقضي الدينان بقدر الأقل منها
المادة 291 وهي حق للمدين ولو اختلف سبب الدينين شرط صحتهما واتحاد نوعها وتصح المطالبة بهما قضائيا 289 حالات ديون لا يمكن المقاصة بها
أنظر أيضا ملخص انقضاء الالتزام

ــ اتحاد الذمة ينتهي الحق والالتزام إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين النسبة إلى دين واحد وينقضي هذا الدين بالقدر الذي اتخذت فيه الذمة أنظر المادة 304 مثاله أن يرث المدين الدائن وكذا اذا أوصى الدائن للمدين في ذمته وذلك في حدود الثلث

انقضاء الحق والالتزام الحق الشخصي دون الوفاء به

انقضاؤه ب الابراء وباستحالة الوفاء وب التقادم المسقط

أ/ الابراء وهو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل وهو تصرف تبرعي بإرادة منفردة لكنه لا يصح إذا رده المدين انظر 305 مدني ترى عليه احكام التبرعات الموضوعية

ب/ استحالة التنفيذ ينقضي الدين إذا على المدين الوفاء به استحالة مردها إلى سبب اجنبي لابد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ الغير أو نقل الدائن انظر المادة 307 أنظر المادة 140 مكرر

مثاله إذا هلك محل الالتزام وكان عينا معنية

ج/التقادم المسقط 308 وما بعدها بتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفي ما عدا الاستثناءات الآتية

انقضاء الحق المعنوي الذهني:

فيه شقان هذا الحق حق مادي اصل نشاته عقد بيع الحق المادي على المؤلف أو المنتج الفني فينقضي بالطرق التي ينقضي بها الحق الشخصي أما الحق المعنوي الخالص على الإنتاج الأدبي أو الفني أو التقني أي حق النسبة الإنتاج إلى صاحبه فهو حق لصيق بالشخصية ولا ينقضي إلا بالوفاة

أهم المـــــــراجع

المراجع ذات الصلة المباشرة بالموضوع

أ/ ـ الكتب

-1ـ محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010

2ـ سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية 99

3ـ إسحاق إبراهيم منصور،نظريتا القانون والحق، م و ك الجزائر ، 1990

4ـ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1985

5ـ محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية ، ج2، نظرية الحق ، دار هومة ، الجزائر،2017

6 ـ توفيق فرج، نظرية الحق ،مصر، الإسكندرية، 1960

7ـ فريدة محمدي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، cedoc

8ـ فريدة محمدي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، cedoc

9ـ رمضان أبو السعود ،شرح مقدمة القانون المدني،النظرية العامة للحق،القاهرة ،دار المطبوعات الجامعية،1999

10ـ حسن كيرة، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط السادسة، 1993.

11ـ إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1992

12ـ ـ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون،الإسكندرية منشأة المعارف، 2001

13ـ محمد سامي عبد الصادق وعبد الهادي فوزي العوضي، الوجيز في المدخل إلى علم القانون، دون ذكر مكان الطبع، الطبعة الأولىن2019/2018

14 ـ عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت مؤسسة الرسالة ط2،دون تاريخ

15- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه،القاهرة ، دار الحديث، 2003

16ـ محمدعبد المعز نصر،في النظريات والنظم السياسية، القاهرة دار النهضة العربية، 1981.

ب/ـ التشريعات

1ـ الدستور الجزائري، الصادر بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442، الموافق 30 ديسمبر2020،الجريدة الرسمية 82.

2- الأمر 58/75 المؤرخ في20رمضان 1395الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ن المعدل والمتمم

3ـ القانون 11/84 المؤوخ في 9 من رمضان 1404، الموافق 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة

4ـ القانون 12/10 المؤرخ في 23 محرم 1432 الموافق 25 ديسمبر 2010، المتعلق بحماية الأشخاص المسنين