



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة وهران 2 محمد بن احمد



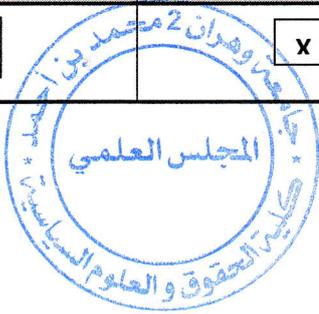
مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية

كلية

الحقوق والعلوم السياسية

بيانات الدّورة

طبيعة الدّورة		تاريخ الدّورة	رقم الدّورة
استثنائية	عادية		
<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	2022 / 03 / 17	02



## ومن بين النقاط المدرجة في جدول أعماله

### المصادقة على تقارير تقييم المحاضرات

1. عرض الملف : مطبوعة خاصة بالأستاذ بن قادة محمود أمين، بعنوان: "محاضرات في المدخل للعلوم القانونية" لفائدة طلبة السنة الأولى  
قرر المجلس العلمي بتاريخ 01 - 12 - 2021 تعيين الأستاذ العربي شحط عبدالقادر و الأستاذة زهدور أشواق كمقررين.  
(1) الأستاذ العربي شحط عبدالقادر تقدم بتقرير إيجابي مؤرخ بـ 05-02-2022.  
(2) الأستاذة زهدور أشواق تقدمت بتقرير إيجابي مؤرخ بـ 15-02-2022.  
الرأي و التوصية: الموافقة

سلم هذا الإشهاد بطلب من الأستاذ بن قادة محمود أمين ، لاستعماله في حدود ما يسمح به القانون.

كاتب الجلسة

الأستاذ دراغو توفيق.



الأستاذ دراغو توفيق

بإجازة التقييم المكلف بالدراسات ما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية لكلية الحقوق والعلوم السياسية بالنيابة

رئيس المجلس العلمي للكلية

الأستاذ العربي شحط عبد القادر



المجلس العلمي للأستاذ العربي شحط عبد القادر  
رئيس المجلس العلمي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



جامعة وهران 2 محمد بن أحمد  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص



مطبوعة تتعلق بمحاضرات في المدخل للعلوم  
القانونية لفائدة طلبة السنة الاولى

- من اعداد الاستاذ : الدكتور بن قادة محمود أمين  
أستاذ محاضر " أ "

السنة الجامعية 2022/2021

## نظرية القانون

## القسم الأول: التعريف بالقانون وخصائص القاعدة القانونية

### أولاً: التعريف بالقانون

تعتبر كلمة القانون، كلمة لاتينية الأصل (Kanun) تعني "العصا المستقيمة" تستخدم مجازاً للتعبير عن معنى القاعدة أو القدوة أو المبدأ، للدلالة على الاستقامة في القواعد والمبادئ القانونية<sup>1</sup>، وهو نفس المعنى للكلمة اللاتينية (Directus) التي يراد بها الاستقامة<sup>2</sup>. إلا أن اللغات الأجنبية لم تستخدمه بل استعملت كلمات أخرى تدل على نفس المعنى، فعلى سبيل المثال استعملت اللغة الفرنسية كلمة Droit، أما باللغة الإنجليزية يقال للقانون Law، وباللغة الإيطالية Diritto<sup>3</sup>...

إن كلمة قانون توحى بأكثر من معنى، وتعطي أكثر من مدلول، فقد يقصد بكلمة قانون الإشارة إلى القواعد "المطرده التي يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام"<sup>4</sup>، التي تحكم بعض الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية<sup>5</sup>، والقاعدة التي يتضمنها القانون هنا تعتبر قاعدة تقريرية، لأنها مقررّة لواقع يتحقق دواما إذا توافرت أسبابه دون أن برد عليه أي استثناء<sup>6</sup>. أما في مجال العلوم القانونية فللكلمة القانون معنيان؛ معنى عام ومعنى خاص.

<sup>1</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ط. 8، ص. 25.

<sup>2</sup> - J. BONNARD, *Introduction au droit*, Ellipses, 2004, 3<sup>ème</sup> éd., p. 8: « l'adjectif latin *directus*, qui signifie, au sens propre du terme, être en ligne droit ».

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، 2006، ط. 13، ص. 13.

<sup>4</sup> - حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، 2002، ص. 11، ف. 1.

<sup>5</sup> - محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص. 6.

<sup>6</sup> - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص. 15، ف. 4.

وقد تستعمل هذه الكلمة للدلالة على مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع، والتي يجبرون على إتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء<sup>1</sup>. وبالتالي فإن القانون بهذا المعنى يشمل مجموع القواعد المكتوبة وغير المكتوبة، السماوية وكذا تلك التي من ابتداع البشر. والقاعدة التي يحتويها القانون هنا تعتبر تقويمية، لأنها تخاطب الأشخاص وتطلب منهم اتباع مسلك معين وإلا تعرضوا للجزاء، وهو ما قد يحدث وقد لا يحدث<sup>2</sup>

كما تستخدم كلمة قانون للدلالة على التشريع "La loi" وهو مجموع القواعد القانونية الصادر عن السلطة التشريعية في الدولة<sup>3</sup> لتنظيم أمر ما. وتستخدم كلمة القانون أيضا للدلالة على التقنين "Le code" وهو القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها وترتيبها بهدف تنظيم نوع معين من أنواع نشاط الأشخاص<sup>4</sup> فيقال مثلا القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري... والأصوب التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين البحري...

وما يعيننا في هذه الدراسة هو المعنى العام للقانون الذي سبق الإشارة إليه المتمثل في أن "القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع ويترتب على مخالفتها جزاء". هذا التعريف يبرز مفهوم القانون من خلال ذكر خصائص القاعدة القانونية، وهي:

- إن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية.
- إن القاعدة القانونية عامة ومجردة.
- إن القاعدة القانونية ملزمة.
- إن القاعدة القانونية يترتب على مخالفتها جزاء.

<sup>1</sup> - عبد القادر الفار، المدخل إلى العلوم القانونية مبادئ القانون النظرية العامة للحق، دار الثقافة، 2004، ص. 10.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 15، ف. 4.

<sup>3</sup> - لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ط. 2، ص. 18.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 16، 17.

**ثانيا: خصائص القاعدة القانونية**

تتميز القاعدة القانونية بخصائص أربعة هي:

**(I) القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية "Une règle de conduite sociale":**

يقصد بذلك أنها تستنبط وتستلهم من المجتمع، إذ كلما تطور هذا الأخير وتداخلت مصالح الأشخاص، إلا وظهرت قواعد قانونية للموازنة بين هذه المصالح وضبط سلوكهم فيه، وبالتالي فإن القواعد القانونية تتعد بالنظر إلى نوع السلوك الذي تحكمه وأيضا أطراف المصلحة التي تسعى إلى حمايتها، فنجد مثلا قواعد القانون المدني التي تنظم المعاملات فيما بين الأشخاص، وكذلك قواعد القانون التجاري التي تنظم العلاقات بين التجار وبين التجار وغيرهم، وأيضا قواعد القانون الاجتماعي التي تنظم العلاقة بين العامل ورب العمل وقواعد قانون العقوبات التي توقع عقوبات جزائية على كل من يرتكب أفعالا تمس بأمن المجتمع وتهدد استقراره ... بناء عليه فإن القاعدة القانونية موجودة منذ ظهور الجماعة التي سبقت الدولة بالوجود، وبالتالي لا يشترط لوجود القاعدة القانونية وجود دولة وإنما يكفي وجود جماعة لها نفس الهدف وسلطة سيدها يمكنها فرض تطبيق القواعد القانونية بالجبر والقهر<sup>1</sup>.

**(II) القاعدة القانونية عامة ومجردة "Une règle générale et abstraite":**

ومعنى ذلك، أنها لا تخاطب شخصا بذاته ولا تطبق على واقعة بعينها. ولكنها تطبق إذا توافرت في الشخص أو الواقعة صفة أو شرطا معينا. ولهذا ترد القاعدة القانونية في عبارات عامة ومجردة<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 26، ف. 10.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق الذكر، ص. 22.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني<sup>1</sup> بقولها: "كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة". فتطبق هذه القاعدة على كل شخص طبيعي بلغ سن 19 سنة ولم يحجر عليه.

كما تطبق القواعد القانونية على الوقائع متى توافرت الشروط المتطلبة ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 124 المعدلة<sup>2</sup> من القانون المدني بنصه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وبالتالي كلما توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، قامت المسؤولية التقصيرية للشخص.

إن عمومية القاعدة القانونية لا يعني بالضرورة أن تخاطب جميع أشخاص المجتمع، وإنما قد تخاطب فئة معينة أو طائفة منه، كالقضاة من خلال مثلا القانون الأساسي للقضاة<sup>3</sup> أو المحامين من خلال القانون المنظم لمهنة المحاماة<sup>4</sup>، أو تخاطب شخصا وتبقى محافظة على خاصية العمومية والتجريد لأنها لا تخاطبه باسمه وذاته وإنما بصفته، مثال ذلك المادة 91 من الدستور<sup>5</sup> حينما تحدد صلاحيات رئيس الجمهورية.

يترتب عن كون القاعدة القانونية عامة ومجردة النتائج التالية:

- أنها تحقق المساواة بين الناس، لأنها تخاطب كافة وتطبق عليهم متى توفرت فيهم الشروط أو الصفات المطلوبة لتطبيقها.

<sup>1</sup> القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية 30 سبتمبر 1975، عدد 78، ص. 990.

<sup>2</sup> القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الذي يعدل ويتم الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. 26 يونيو 2005، عدد 44، ص. 17.

<sup>3</sup> القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

<sup>4</sup> القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

<sup>5</sup> المرسوم الرئاسي رقم 20-422 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج. ر. 30 ديسمبر 2020، عدد 82، ص. 3.

- يسهل تطبيقها، لأن الأشخاص القواعد القانونية إذا انطبقت على الجميع.
- تحقق غاية عملية، لأنه من المستحيل عمليا إصدار قرارات فردية تنظم سلوك كل شخص في المجتمع.<sup>1</sup>

### (III) القاعدة القانونية ملزمة "Une règle obligatoire":

ومؤدى ذلك أن على جميع المخاطبين بها ملزمون تطبيقها، ذلك أنها تحمل طابع التكليف. فإما أن تكون في صيغة الأمر، أو تكون في صيغة النهي، وفي بعض الأحيان قد ترد في صيغة الإباحة ولكنها تتضمن أمرا أو نهيا بطريقة غير مباشرة.

وتجدر الملاحظة أن القانون يلزم ولكنه لا يحتم لأن إرادة الأشخاص ليست شيئا جامدا بل حرة<sup>2</sup>. والأصل أنهم يمثلون لأوامره ونواهيه طوعية عن اقتناع واختيار بيد أنه في بعض الأحيان يكون الامتثال خشية تطبيق الجزاء عليهم إن خالفوه. وبالتالي حتى تكون القاعدة القانونية ملزمة لا بد من وجود جزاء فعال يكفل لها هذه الخاصية.

لا يسري فقط على الأشخاص العاديين بل يشمل أيضا السلطات الإدارية، حيث أن الإدارة تمارس نشاطها في إطار ما ترسمه القواعد القانونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق الذكر، ص. 17.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 28.

<sup>3</sup> - J. BONNARD, *op. cit.*, p. 10.

**(IV) القاعدة القانونية يترتب على مخالفتها جزاء "Une règle sanctionnée":**

يعتبر الجزاء وسيلة فعالة تكفل احترام الأشخاص للقانون، فهو يستهدف الضغط على إرادة من تسول لهم أنفسهم مخالفة قواعده، ليرغمهم على الانصياع لأحكامها إن لم يطيعوها من تلقاء أنفسهم<sup>1</sup>، لذا فإن فكرة الجزاء تعني "إمكان حمل الأشخاص جبرا على طاعة القواعد القانونية إن لم يطيعوها اختيارا، وهو ما يعطي للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون"<sup>2</sup>. الأمر الذي يجعل الجزاء من أهم خصائص القاعدة القانونية، على الرغم من وجود تيار فقهي لا يؤيده إلا جانب ضعيف<sup>3</sup>، يرى فيه خاصية من خصائص القاعدة القانونية بل هو عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذها فقط، إذ أن عدم توافر الإيجاب المادي في القاعدة القانونية لا ينفي وجودها<sup>4</sup>، فيكفي عندهم لوجود هذه الأخيرة أن تشعر أغلبية أفراد المجتمع أن ما توجبه ضروري لحفظ النظام في المجتمع واستقراره، ولو لم تتضمن جزاء تفرضه السلطة السيدة في الجماعة<sup>5</sup>، مستنديين في ذلك بالصفة القانونية لقواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي العام رغم افتقارهما للجزاء المادي الذي يكفل احترامهما، بالإضافة إلى أن النظر للجزاء كركن للقاعدة القانونية يؤدي إلى دكتاتورية الدولة والقائمين عليها<sup>6</sup>.

وقد تم الرد على أصحاب هذا الرأي، أولا فيما يخص قواعد القانون الدستوري والقانون الدولي فإن كليهما جزاءا يتماشى وطبيعتهما، بالنسبة للقانون الدستوري باعتبار أن من بين ما يسعى إليه الدستور هو تنظيم السلطات الثلاث في الدولة وخلق التوازن بينها، وعليه كلما حادت إحدى السلطات عن قواعده جاز

<sup>1</sup> حبيب إبراهيم خليلي، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1980، ص. 23.

<sup>2</sup> حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 36، ف. 13.

<sup>3</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق الذكر، ص. 31.

<sup>4</sup> محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق الذكر، ص. 18.

<sup>5</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 30.

<sup>6</sup> همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، 2001، ص. 37.

لسلطة أخرى أن تقومها وتردعها، مثلا يمكن للسلطة التنفيذية أن تحل السلطة التشريعية<sup>1</sup>، كما باستطاعة السلطة التشريعية أن تمارس رقابة على أعمال الحكومة عن طريق الأسئلة الشفهية أو الكتابية أو لجان تحقيق ذات مصلحة عامة، وكذلك عن طريق ملتصق الرقابة الذي يترتب عنه تقديم الحكومة لاستقالتها<sup>2</sup>، وللسلطة القضائية رقابة على قرارات السلطات الإدارية متى طعن فيها بالإلغاء أمام القضاء<sup>3</sup>، وللسلطة القضائية ممثلة في مجلس الدولة رقابة قبلية على القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية<sup>4</sup>. أما بالنسبة للقانون الدولي العام فإن الجزاء قد يتخذ صورة المقاطعة الدبلوماسية أو المقاطعة الاقتصادية أو الحرب المشروعة وكذا الطرد من المنظمة الدبلوماسية أو تجميد العضوية لمدة معينة...<sup>5</sup>، ثانيا أن الخوف من استبداد السلطة وتعسفها يمكن تجنبه من خلال رسم الحدود التي عليها العمل في نطاقها عن طريق الدستور، بالإضافة أن عمومية القاعدة القانونية وتجريدها يؤول دون استبداد السلطة لأنها لا تطبق على الأشخاص بأسمائهم وذواتهم وإنما بصفاتهم متى توفرت فيهم شروطها.

### للجزاء ميزات ثلاث<sup>6</sup> هي:

أ- **مادي ومحسوس**: إذ يمس بشخص المخالف أو بماله أو يتمثل في إزالة المخالفة ذاتها، وبهذا تتميز القواعد القانونية عن قواعد الأخلاق التي يتمثل الجزاء على مخالفتها في تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع.

<sup>1</sup> مثلا في الجزائر باستطاعة رئيس الجمهورية "أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة"، المادة 151 من الدستور.

<sup>2</sup> انظر المواد 158 إلى 162 من الدستور.

<sup>3</sup> المادة 168 من الدستور: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية".

<sup>4</sup> المادة 12 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعملة: "ييدي مجلس الدولة رأيه في المشاريع التي يتم إخطاره بها... ويقترح التعديلات الي يراها ضرورية".

<sup>5</sup> همام محمد محمود، المرجع السابق الذكر، ص. 38.

<sup>6</sup> حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 24.

ب- يعتبر الجزاء في القاعدة القانونية حالا: أي أنه يوقع بمجرد مخالفة القاعدة القانونية، على

العكس من القواعد الدينية التي يعتبر الجزاء في حالا أي دنيويا وأيضا أخرويا.

ج- تختص السلطة العامة بإيقاع الجزاء: حيث تقوم بذلك باسم المجتمع ونيابة عنه وفقا لنظام

معين ومعروف مسبقا. ولا يجوز للأشخاص القيام بذلك إلا في حالات نادرة يقرها القانون صراحة كالحق

في الدفاع الشرعي الذي إذا توفرت شروطه انتفت معها المسؤولية الجزائية والمدنية للشخص حتى ولو

نتج عنه إزهاق روح شخص آخر.

صور الجزاء: للجزاء صور مختلفة تتنوع حسب فرع القانون الذي تنتمي إليه القاعدة القانونية.

#### أ- الجزاء في قانون العقوبات:

يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات، التي تنقسم إلى قسمين؛ عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية.

فالعقوبات الأصلية هي التي يجوز أن يحكم بها دون أن تقترن بها أي عقوبة أخرى، أما العقوبات

التكميلية هي التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي تنص عليها

القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية<sup>1</sup>.

ويميز قانون العقوبات بين الجزاء الذي يطبق على الشخص الطبيعي والذي يطبق على الشخص

المعنوي مراعيًا في ذلك الفرق بينهما. كما أن العقوبات تختلف باختلاف نوع الجريمة بين ما إذا كانت

جناية أو جنحة أو مخالفة.

وتتمثل العقوبات الأصلية المطبقة على الشخص الطبيعي؛ في مادة الجنايات هي الإعدام،

السجن المؤبد والسجن من المؤقت لمدة تتراوح ما بين 5 سنوات و20 سنة. أما في مادة الجنح فالحبس

<sup>1</sup> - المادة 04 من قانون العقوبات.

لمدة تتجاوز الشهرين ولا تتعدى الخمس سنوات و/أو الغرامة التي تتعدى 20000.00 دج. أما في مادة المخالفات فالحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر و/أو الغرامة من 2000.00 إلى 20000.00 دج<sup>1</sup>.

بينما تتمثل العقوبات التكميلية المطبقة على الشخص الطبيعي في الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية العائلية، تحديد الإقامة أو المنع منها، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات و/ أو إستعمال بطاقات دفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة، سحب جواز سفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة<sup>2</sup>.

أما العقوبات الأصلية المطبقة على الشخص المعنوي فهي الغرامة التي تساوي من 1 مرة إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، سواء كانت الجريمة جنائية، جنحة أو مخالفة<sup>3</sup>.

وعندما لا ينص القانون على عقوبة الغرامة للأشخاص الطبيعيين في الجنحة أو الجنحة، وقامت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي طبقا للمادة 51 مكرر، فإن الحد الأقصى للغرامة المحتسب لتطبيق النسبة القانونية المقررة للعقوبة فيما يخص الشخص المعنوي: 2000000.00 دج عندما تكون الجنحية معاقبا عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد، 1000000.00 دج عندما تكون الجنحية معاقبا عليها بالسجن المؤقت، و500000.00 دج بالنسبة للجنحة<sup>4</sup>.

وفيما يخص العقوبات التكميلية التي يتعرض لها الشخص المعنوي فهي حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو أحد فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز

<sup>1</sup> - المادة 05 من قانون العقوبات.

<sup>2</sup> - المادة 09 من قانون العقوبات.

<sup>3</sup> - المادتان 18 مكرر و18 مكرر 1 من قانون العقوبات.

<sup>4</sup> - المادة 18 مكرر 2 من قانون العقوبات.

5 سنوات، المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، مصادرة الشيء الذي أستعمل في الجريمة أو نتج عنها، -نشر أو تعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات<sup>1</sup>.

### ب- الجزاء في القانون المدني:

يختلف الجزاء في القانون المدني عن الجزاء في القانون الجزائي، فقد يكون:

- بطلان العقد في حالة تخلف ركن من أركان العقد،
- الإبطال في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد،
- الفسخ في حالة الإخلال في تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته التعاقدية مع تنفيذ الطرف الآخر لإلتزاماته،
- التعويض جبرا للضرر في حالة ارتكاب فعل ضار،

### ج- الجزاء في القانون الإداري:

يتمثل في إلغاء أو إبطال قرار إداري أو عقد من العقود الإدارية المشوب بعيب من العيوب التي تبرر ذلك، أو تعويض عن ضرر. وذلك حسب محل المخالفة التي يجب أن تكون في نطاق القانون الإداري. وقد يوقع هذا الجزاء على الموظف نتيجة إهماله أو تقاعسه عن العمل المنوط به تأديبا له، علما أن درجة هذا الجزاء التأديبي تكون بمقدار جسامة الخطأ المرتكب، فقد يكون الجزاء إنذارا أو توبيخا أو توقيفا عن العمل لمدة محدودة أو تنزيلا في الرتبة أو تسريحا.... وغيرها من صور الجزاء الإداري.

<sup>1</sup>- المادتان 18 مكرر من قانون العقوبات.

## القسم الثاني: أنواع القواعد القانونية

يختلف القواعد القانونية باختلاف فرع القانون الذي تنتمي إلى فيقال قاعدة من قواعد القانون العام أو قاعدة من قواعد القانون الخاص، وتختلف القواعد القانونية من حيث القوة الملزمة لها بين قاعدة قانون أمرة وقاعدة قانونية مكملة.

أولاً: تقسيم القواعد القانونية بالنظر إلى فرع القانون الذي تنتمي إليه

تنقسم القواعد القانونية بالنظر إلى فرع القانون الذي تنتمي إلى قاعدة قانونية من قواعد القانون العام وقاعدة قانونية من قواعد القانون الخاص، وهو الأمر الذي يقتضي معرفة ماهية القانون العام وماهية القانون الخاص.

(I) معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأهمية التفرقة بينهما:

1- معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

يرجع تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص إلى القانون الروماني، وانتقل منه إلى القوانين الحديثة ذات النزعة اللاتينية الجرمانية<sup>1</sup>.

يقيم الفقه التفرقة بينهما بناء على معايير هي:

<sup>1</sup> - حبيب إبراهيم خليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 56.

**1- معيار الأشخاص أطراف العلاقة:** حيث لما تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا في العلاقة القانونية ويكون الطرف الآخر دولة أخرى أو شخصا عاديا يكون القانون الذي ينظم هذه العلاقة فرعا من فروع القانون العام، أما إذا كان أطراف العلاقة جميعهم أشخاصا عاديين فإن القانون الذي ينظم هذه العلاقة يعتبر فرعا من فروع القانون الخاص.

لقد عيب على هذا المعيار أن الدولة أو أحد فروعها كثيرا ما تدخل في علاقات مع الأفراد ليس بصفتها صاحبة السلطة والسيادة، وإنما كشخص معنوي عادي، وبالتالي ليس هناك مبرر لتمييز هذه العلاقة عن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص، بحجة أن الدولة طرف فيها<sup>1</sup>.

**2- معيار القوة الملزمة للقاعدة القانونية:** يقيم أصحاب هذا الرأي التفرقة بين قواعد القانون العام والقانون الخاص على أساس أن القانون العام قواعد أمرة والقانون الخاص قواعد مكملة بحيث يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورا كبيرا في مجال العلاقات الخاصة. بيد أن هذا الرأي لم يسلم هو بدوره من النقد، لأن قواعد القانون الخاص قد تكون أيضا أمرة كالقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة<sup>2</sup>.

**3- معيار طبيعة المصلحة:** يتلخص هذا المعيار في إرجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى اختلاف طبيعة المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها أو حمايتها كل منهما. فالقانون العام هو الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، أما القانون الخاص هو الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة.

ولكن هذا المعيار غير دقيق إذ من العسير الفصل التام بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. لذلك إذا كان القانون العام يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع تحقيق بعض المصالح الخاصة. والأمر نفسه بالنسبة للقانون الخاص فإذا كان يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة، إذ لا يتصور أن يعمل على تحقيق المصالح

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 70.

<sup>2</sup> - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق الذكر، ص. 31.

الخاصة إذا تعارضت مع المصلحة العامة للجماعة. لذلك، الزواج مثلا إذا كان يحقق مصالح خاصة فردية، إلا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة<sup>1</sup>.

#### 4- معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة: يقوم هذا المعيار على أساس التفرقة بين ما إذا كانت

الدولة طرفا في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، أو وجودها فيها باعتبارها شخصا عاديا. فالقانون العام هو الذي يكون أحد أطراف العلاقة التي ينظمها الدولة أو أحد فروعها بصفتها صاحبة السيادة والسلطان. أما القانون الخاص فهو الذي ينظم العلاقة بين الأشخاص العاديين أو بينهم وبين الدولة بصفتها شخصا عاديا<sup>2</sup>.

إن هذا المعيار وإن كان صحيحا إلا أن جانبا من الفقه يرى فيه عدم الدقة<sup>3</sup>، لأنه يقيم فيصل التفرقة على أساس الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة، بينما هذه الصفة تتبع من طبيعة العلاقة، لذا يرون معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هو طبيعة العلاقة القانونية نفسها، ذلك أن صفة الأطراف فيها إنما تستمد من هذه الطبيعة. فإذا كانت العلاقة تتصل بحق السيادة والسلطان في الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون العام، أما إذا كانت العلاقة القانونية لا تتصل بحق السيادة في الدولة فإن القاعدة القانونية تكون من قواعد القانون الخاص.

من خلال إقامة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، يمكن أن يعرف الأول بأنه القانون الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة، أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص.

<sup>1</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 60 و61، ف. 26.

<sup>2</sup> - عبد القادر الفار، المرجع السابق الذكر، ص. 37.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 37 و38، ف. 21، أنظر أيضا حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص.

61، ف. 26.

## 2- أهمية التفرقة بين فروع القانون إلى قانون عام وقانون خاص:

من أهم النتائج المترتبة على التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هي أن:

- أن الدولة وباعتبارها تتمتع بالسيادة والسلطة العامة على إقليمها، فإن مركزها القانوني يمنح لها عدة امتيازات لا توجد في القانون الخاص، كالحق في إصدار قرارات فردية وتنظيمية تؤثر في مراكز الأفراد، كقرار نزع الملكية للمنفعة العامة والتنفيذ المباشر لقراراتها دون اللجوء إلى السلطة القضائية. وكذلك ما تتمتع به الدولة من تكريس سلطتها في العقود التي تبرمها مع الأفراد من امتيازات تخولها توقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بشروط العقد، كما يحق لها تعديل شروط العقد بمفردها.
- أن الأموال العامة التي تسيرها الدولة أو أشخاص القانون العام يتم وفق نظام قانوني مغاير للنظام القانوني الذي تنظم به الأموال الخاصة للأشخاص، الخاضعة لجملة من الأحكام القانونية الموزعة على مواد القانون الخاص، كالحجز وحق التملك وما يرد على الملكية من تصرفات وما تكسبه من سلطات يتعامل على ضوءها الأشخاص في عقودهم، بينما لا يجوز التصرف في الأموال العامة، ولا الحجز عليها ولا يمكن تملكها بالتقادم، وذلك ضمانا ل دوام المنفعة العامة التي تهدف الدولة إلى تحقيقها من تولى تسيير هذه الأموال.

- كما أن اختلاف الأحكام القانونية بين مسؤولية أشخاص القانون العام ومسؤولية الأشخاص العاديين والعلاقات التي يخضع لها العمال التابعين لتلك الأشخاص أدت إلى ضرورة وجود جهة قضائية متميزة ومستقلة عن القضاء العادي، تتمثل في القضاء الإداري، الذي يعد من أهم مصادر القانون الإداري.

**(II) فروع القانون العام وفروع القانون الخاص**

القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الدولة الأساسي وتنظيم العلاقات التي تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بين الدولة أو أحد فروعها وأي شخص من الأشخاص العاديين وتتعامل الدولة باعتبارها صاحبة سيادة.

أما القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة فيما بينهم، أو بعبارة أدق هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة.

**1- فروع القانون العام: ينقسم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي.**

**أ- القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام):** هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علاقة الدول بعضها ببعض، أو مع المنظمات الدولية أو حركات التحرر سواء في وقت السلم أو في وقت الحرب. فيشمل عدة مسائل أهمها: تحديد معيار اكتساب الدول للشخصية القانونية ومدى اعتبارها كاملة السيادة أو ناقصة السيادة، والعلاقات بين الدول فينظم مسائل التمثيل الدبلوماسي والقنصلي، وإبرام المعاهدات والاتفاقيات بين الدول وتشكيل الأجهزة الدولية الرئيسية وبيان اختصاصاتها، كالأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة.

وقد ثار خلاف فقهي بشأن مدى اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وسبب الخلاف يرجع إلى عدم وجود هيئة تشريعية عليا تسن قواعده وعدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء عند مخالفة أحكامه.

فذهب البعض إلى عدم اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لغية الهيئة التشريعية العليا التي تسن القوانين الملزمة والسلطة العامة الموقعة للجزاء. باعتبار أن هيئة الأمم المتحدة لا تصدر إلا مجرد توصيات غير ملزمة تتمتع الدولة بحرية الخروج عليها، كما أن قواعد القانون الدولي العام تفتقد ركن العمومية فهي ملزمة حين يكون الحق في جانب الدولة القوية، وغير ملزمة حين يكون الحق ثابت للدولة الضعيفة.

بينما يرى فريق آخر وهو الرأي الغالب أن القانون الدولي العام يعد تشريعاً عرفياً - بحسب الأصل - ملزماً، رغم عدم وجود هيئة تشريعية ملزمة. فكما أن القانون ضرورة اجتماعية ينشأ بنشوء المجتمع وأنه في المجتمعات البدائية يقتصر على بضع قواعد بسيطة يتعارف عليها أفراد تلك المجتمعات، وأن هذه القواعد التي تنشأ في كل مجتمع عن طريق العرف تعتبر قواعد قانونية بالرغم من عدم وجود هيئة تشريعية عليا قامت بإصداره.

وفيما يتعلق بالجزاء، فتطبيق الجزاء أو وجود عقبات في تنفيذ الجزاء لا يعنى عدم وجود القاعدة القانونية، وأن وجود السلطة المختصة بتوقيع الجزاء على مخالف القانون ليس أمراً جوهرياً لوجود القانون، فالجوهري هو توافر الإلزام، أو الإلزام في القاعدة حتى تكتسب وصف القانونية. أما تنظيم هذا الإلزام بتحديد دقيق لجزاء كل مخالفة وتنظيم سلطة تختص بتوقيع هذا الجزاءات وفقاً لنظام إجرائي محكم، فلا يعنى إلا كمال صورة القاعدة القانونية، وتخلف هذا التنظيم إن كان يعنى أنها غير كاملة، فلا يمكن أن يعنى أنها غير موجودة إذن فالقانون الدولي قانون ناقص.

زيادة على ما سبق ذكره، فإنه توجد جزاءات في القانون الدولي تجد مجالاً لتطبيقها مثل المقاطعة الاقتصادية وقطع العلاقات الدبلوماسية والمعاملة بالمثل وقد تصل إلى درجة شن الحرب رداً على الاعتداء إذا بلغ حداً من الجسامه. كما أن وجود محكمة العدل الدولية التي تتولى تطبيق أحكام القانون الدولي ومحاكمة مجرمي الحرب من شأنها فرص احترام قواعد القانون الدولي.

**ب- القانون العام الداخلي: وينقسم إلى:**

- **القانون الدستوري:** هو مجموعة القواعد التي تحدد طبيعة نظام الحكم في الدولة، و تبيين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها مع بعضها البعض، كما تبيين حقوق الأفراد السياسية وما يجب لحررياتهم من ضمانات. ويعتبر القانون الدستوري في طبيعة فروع القانون العام الداخلي فهو أساس كل تنظيم في الدولة، حيث يضع الأسس التي تقوم عليها الدولة، وعلى هذا فإنه لا يجوز مخالفة هذا القانون بقانون آخر يصدر داخل الدولة ، لأن كل القوانين الأخرى أقل منه في المرتبة.

- **القانون الإداري:** يقصد به مجموع القواعد التي تحكم تكوين السلطة الإدارية ونشاطها في أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للمصلحة العامة. وتمكينا للإدارة لأداء وظيفتها تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات لا يتمتع بها الأشخاص العاديون. بمقتضى هذه الحقوق والامتيازات، تمارس السلطة الإدارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية أو ما تبرمه من عقود إدارية. وضمانا لحقوق الأشخاص، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون، كان لابد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على أعمال الإدارة، بما يمكن معه إلغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها، كل ذلك في حالة عدم مشروعية أو انحراف الإدارة في أعمالها.

- **القانون المالي:** هو مجموعة القواعد القانونية التي يتم بها تسيير مالية الدولة وتنظيم أوجه استعمالاتها المختلفة، وبيان مصادرها المتنوعة من ضرائب ورسوم متنوعة، وإجراءات تحصيلها بالإضافة إلى كيفية تحضير الميزانية السنوية للدولة وطرق الرقابة على تنفيذها.

- **القانون الجزائي:** هو مجموعة النصوص القانونية المكتوبة التي تجرم سلوك الأشخاص في المجتمع، والتي تجد مصدرها في قانون العقوبات أو أحد النصوص القانونية المكمل له. وهو بدوره ينقسم إلى قسمين القانون الجزائي العام الذي يبين القواعد العامة للمسئولية الجنائية وتقسيم الجرائم وأنواعها

والظروف المخففة والمشددة للمسؤولية. والقانون الجزائي الخاص الذي يبين كل جريمة على حده ويبين أركانها وصورها والعقوبة المقررة لها.

- **قانون الإجراءات الجزائية:** يعتبر قانون الإجراءات الجزائية هو الوسيلة المحددة لتطبيق قانون العقوبات إذ يعتبر تابعا له. وهو مجموعة القواعد القانونية المحددة لسبل المطالبة بتطبيق القانون على مرتكبي الجرائم، ويحدد الأجهزة القضائية وشبه القضائية واختصاصاتها والإجراءات المتبعة في ضبط الجرائم والتحقيق فيها ورفع الدعوى بشأنها ومباشرتها والحكم فيها وقوة الأحكام الجزائية وآثارها وطرق الطعن فيها.

## 2- فروع القانون الخاص: يتفرع القانون الخاص إلى:

### - القانون المدني:

يعتبر القانون المدني دعامة القانون الخاص. والأساس الذي قامت وتفرعت عنه كافة فروع القانون الخاص، ولذلك يعرف بأنه؛ مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد أيا كانت طبيعتها ، فهو الشريعة والمنهج العام الذي يجب إعمال أحكامه فيما لم يرد بشأنه نص خاص في فرع آخر من فروع القانون الخاص التي انفصلت واستقلت عنه، كالقانون التجاري أو القانون التجاري البحري. وقد كان يعني القانون المدني عند الرومان *Jus civil* قانون المدينة أي القانون الذي يحكم مدينة روما ومواطنيها ، وذلك بالمقابلة وتمييزا له عن قانون الشعوب *Jus gentium* وهو القانون الذي يحكم علاقات الرومان بالأجانب في الإمبراطورية الرومانية ، والذي اندمج بعد ذلك في القانون المدني وأصبحت قواعده تحكم أيضا علاقات الرومان فيما بينهم.

وقد ميز الرومان في العصر الوسيط بين المجموعات التي وضعها الامبراطور جستنيان في القرن السادس الميلادي وأطلقوا عليها اسم *Corpus juris civilis* وبين مجموعة القانون الكنسي والتي سميت باسم *Corpus juris canonici*.

ويضم القانون المدني في معظم الدول نوعين من القواعد : القواعد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وتلك المتعلقة بتنظيم الأسرة، والتي أصطلح على تسميتها بـ الأحوال الشخصية *statut personnel*

والقواعد المتعلقة المنظمة للعلاقات المالية، والالتزامات والحقوق العينية ، والتي اصطلح على تسميتها بـ الأحوال العينية *statut reel*.

وفيما يتعلق بالقانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 75- 58 فقد نظم الأحوال العينية فقط، وترك مسألة تنظيم الأحوال الشخصية لقانون الأسرة.

- **القانون التجاري:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وتحكم النشاط التجاري أو الأعمال التجارية التي تقوم بها طائفة معينة من الأشخاص يسمون التجار . وقد استثنيت هذه الأعمال ومن يمارسها بصفة دائمة من القانون المدني، نظرا لعدم ملاءمة قواعد القانون المدني التي تتسم بالبطء في الإجراءات والتعقيد ومراعاة جانب المدين المقترض بإعطائه مهلة أو ما يسمى بنظرة الميسرة. وهذا كله لا يتماشى مع متطلبات التجارة. ولم يكن في الإمكان أن تظل مهنة التجارة خاضعة لقواعده، وكان لابد من استقلال قواعدها. ذلك أن التجارة تقوم على مبدأ السرعة والائتمان. فظهرت الحاجة لقواعد خاصة لمهنة التجارة يتوافر فيها أساس السرعة والائتمان والتبسيط في الإجراءات والإثبات، وهذا ما يتوافر في قواعد القانون التجاري التي تختلف عن قواعد القانون المدني.

- **القانون البحري:** يقصد بالقانون البحري مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية . فيتناول السفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة، وللملاحين القائمين على أمرها وما

يحكمهم من قواعد خاصة، ولمسؤولية مالك السفينة، وللائتمان البحري من رهن وامتياز، وللنقل البحري وما يتصل به من مسؤولية الناقل، وللتأمين البحري.

- **القانون الجوي:** يعتبر مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بمناسبة الملاحة الجوية، فينظم كل ما يتعلق بالطائرة من تسجيل وجنسية وعلاقة مالكيها بقائدها والركاب والمسؤولية عن النقل الجوي أي عن الركاب والبضائع وما تسببه الطائرة للغير من أضرار.

- **قانون العمل:** هو مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية والاتفاقية التي تنظم العلاقات القائمة بين كل من العمال والمؤسسات المستخدمة، و ما يترتب عنها من حقوق والتزامات ومراكز قانونية للطرفين، وعلى هذا الأساس، فإن قانون العمل يتشكل كآلاتي: من حيث النصوص: لا يكتفي قانون العمل فقط بالتشريعات، وإنما يتعداها إلى الاتفاقيات الجماعية و الأنظمة الداخلية. ومن حيث مجال التطبيق: ينصرف تطبيق قانون العمل الحديث إلى جميع الفئات العمالية، و في مختلف المجالات: الصناعة، التجارة، و الخدمات، فيما عدا الفئات المستثناة صراحة من الخضوع لقانون العمل لاسيما الموظفين، القضاة، و كذا المنتسبين لقطاع الدفاع الوطني. أما من حيث الجوانب التي ينظمها: لا يقتصر قانون العمل على تنظيم الحياة المهنية للعمال، أثناء سريان علاقة العمل، و إنما يتعداها إلى كل الجوانب التي لها علاقة بالعمل، حتى أثناء انقطاعه أو توقفه، مثل وضعية التقاعد، و المرض.

- **قانون الإجراءات المدنية والإدارية:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين كيفية رفع الدعوى سواء كانت مدنية أو إدارية وتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها من حيث تنظيمه لقواعد الاختصاص، وإجراءات سير الدعوى إلى حين الفصل فيها بصدور الأحكام القضائية عن الجهات المختلفة وطرق الطعن فيها، وتبيان كيفية تنفيذها بعد صيرورتها نهائية.

- **قانون الأسرة:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الأسرة باعتبارها الخلية الأولى في المجتمع، ونظم من خلاله المشرع أحكام الخطبة والزواج والطلاق وأثرهم، والنيابة الشرعية وأحكام الميراث وأخيرا التبرعات (الوصية، الهبة والوقف).

- **القانون الدولي الخاص:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تتضمن عنصرا أجنبيا من شأنه أن يجعلها مرتبطة بأكثر من نظام قانوني ، أي أن القانون الدولي الخاص يهتم بدراسة العلاقات القانونية التي تتجاوز حدود اقليم الدولة الواحدة لتصبح مرتبطة بأكثر من دولة ومن ثم بأكثر من نظام قانوني. ويعنى القانون الدولي الخاص بدراسة موضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ومسألة الجنسية والموطن وحالة الأجانب ومركزهم.

**ثانياً) تقسيم القواعد القانونية إلى أمرة ومكملة:**

تقسم القواعد القانونية بالنظر إلى القوة الملزمة لها إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة وتسمى أيضا بالمفسرة.

**القواعد الأمرة "Les règles impératives":** هي القواعد التي لا يجوز للأشخاص مخالفتها

أو الاتفاق على عكسها أو استبعاد حكمها، أي أنها قاعدة مطلقة التطبيق، تنعدم حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يمسها بالتعديل أو التغيير أو الاستبعاد<sup>1</sup>.

أن وصف القاعدة القانونية بالأمرة لا يعني أنها ترد دائماً في صيغة الأمر وإنما قد تتضمن نهياً<sup>2</sup>، بل في بعض الأحيان قد لا تتضمن أمراً ولا نهياً.

ومن أمثلة القواعد القانونية الأمرة ما تنص عليه المادة 28 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجب أن يكون كل شخص لقب وإسم ... ويجب أن تكون الأسماء جزائرية..."، وكذلك ما تنص عليه المادة 430 من القانون المدني بنصها: "منع الشركاء غير المديرين من الإدارة..."، وأيضاً ما تنص عليه المادة 145 من القانون المدني بنصها: "لا يمكن للدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول أجله..."، وكذلك المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "زيادة عن العقود التي ينص القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية أو في شكل رسمي..."

**أما القواعد المكملة أو المفسرة "Les règles interprétatives ou supplétives":** هي

القواعد القانونية التي يمكن للأشخاص الاتفاق على مخالفتها، لأن المشرع وضعها لتكملة إرادة الأشخاص

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 51، ف. 38.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 109.

عند إغفالهم الاتفاق على حكم مسألة أو رابطة ما. لذا يمكن تعريفها بأنها "القواعد التي تلزم الأشخاص في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها"<sup>1</sup>، وبالتالي فهي تنظم علاقات يترك تنظيمها في الأصل لإرادة لأشخاص، ولكن ولاحتمال قصور إرادتهم عن تنظيمها يشمل القانون على قواعد تكمل ما يشوب هذه الاتفاقات من نقص، أي تطبق حيث لا يوجد اتفاق على مخالفة الأحكام التي تقررها تنظيماً لمسائل تفصيلية كثيراً ما لا ينتبه الأشخاص إلى تنظيمها في اتفاقاتهم<sup>2</sup>.

ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المادة 60 فقرة 2 من القانون المدني بقولها: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحاً"، وكذلك ما تنص عليه المادة 500 من القانون المدني: "يمكن للأطراف الاتفاق على كفالة لضمان الوفاء ببديل الإيجار والتكاليف"، وأيضاً ما تنص عليه المادة 72 مكرر: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك".

### معايير التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة:

يعتبر التمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة ذا أهمية بالغة، حيث يترتب على الاتفاقات التي تخالف الأولى البطلان، بينما يباح مخالفة الثانية. الأمر الذي دفع الفقه إلى البحث على معايير للتفرقة بينهما، هي: أولاً: صياغة النص ويسمى بالمعيار اللفظي أو الشكلي، ثانياً: مضمون النص ويسمى بالمعيار الموضوعي أو المعيار المعنوي.

- **صياغة النص (المعيار اللفظي أو الشكلي):** من خلال صياغة المادة القانونية يتضح ما يدل على أنها آمرة أو مكملة<sup>3</sup>، وبذلك هي تصرح بصفقتها بواسطة عباراتها. فتكون آمرة حين تتضمن عبارات

<sup>1</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 43، ف. 16.

<sup>2</sup> - حبيب إبراهيم خليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 77.

<sup>3</sup> - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق الذكر، ص. 27.

تفيد الأمر "يجب، يتعين، يلزم..." أو النهي "لا يجوز، لا يمكن..." أو تنص على جزاء في حالة مخالفتها (مدنيا أو جزائيا). أما إذا نصت القاعدة القانونية على "أنه يجوز الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها" أو "أنها تطبق ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" أو إذا صيغت بمعنى الجواز كمنصها "يجوز..." تكون حين ذاك قاعدة مكملة<sup>1</sup>.

- **مضمون النص (المعيار الموضوعي أو المعنوي):** في كثير من الأحيان قد لا تتضمن القاعدة القانونية ما يدل على أنها أمرة أو مكملة، حينئذ يتعين الرجوع إلى مضمونها، فإذا تعلق هذا الأخير بالنظام الأساسي للمجتمع ومقوماته، أي إذا تعلق بالنظام العام (L'ordre public) والآداب العامة (Les bonnes mœurs) كانت أمرة، أما إذا تبين أنه ينصرف إلى تنظيم علاقات خاصة للأشخاص لا تتصل بكيان المجتمع كانت القاعدة مكملة<sup>2</sup>.

تعتبر فكريتي النظام العام والآداب العامة فكريتين مرتنتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء، فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة في جماعة، قد يعتبر من هذه القواعد في جماعة أخرى أو في نفس الجماعة ولكن في زمان مختلف. الأمر الذي يستدعي التعرض لمفهوم كل منهما.

**1- النظام العام:** لم يعط المشرع تعريفا للنظام العام والسبب في ذلك يرجع من ناحية إلى مرونة هذه الفكرة وتغيرها من جماعة إلى أخرى بل قد تتغير في نفس الجماعة من زمان إلى آخر، ومن ناحية أخرى فإن وضع التعاريف هو من مهمة الفقه، وقد عرفه "بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما

<sup>1</sup> - همام محمد محمود، المرجع السابق الذكر، ص. 78.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 56، ف. 43.

دون استقراره عليها. لذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بهذه المصالح أي المتعلقة بالنظام العام قواعد آمرة<sup>1</sup>.

ولتقريب فكرة النظام العام سيتم ذكر بعض التطبيقات لها في فروع القانون العام وفي فروع

### القانون الخاص:

أ- تطبيقات فكرة النظام العام في القانون العام: تعتبر قواعد القانون العام جلها متعلق بالنظام العام، فعلى سبيل المثال قواعد القانون الجزائي التي تكفل الأمن والطمأنينة في المجتمع، يقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب الجريمة أو النزول عنها من جانب المجني عليه ولا يعتد برضائه، أو تحمل المسؤولية الجزائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم. وفي القانون الدستوري مثلا لا يجوز للشخص التنازل على حرياته العامة<sup>2</sup>. وفي القانون الإداري لا يمكن على سبيل المثال للإدارة أن تعزل موظفا دون أن يحال على المجلس التأديبي، وفي قانون الضرائب لا يستطيع أن يتفق المكلف بالضريبة مع مفتش الضرائب أن يودع التصريح السنوي بالضريبة بعد التاريخ المحدد لذلك وهو 1 أبريل...

ب- تطبيقات فكرة النظام العام في قواعد القانون الخاص: يعد حظ القانون الخاص من القواعد الآمرة أقل شأنًا من حظ القانون العام، غير أنه لا يخلوا منها خاصة بعد أن كثر تدخل الدولة في العصر الحديث، فأكثر من القيود على حرية الأشخاص في إبرام التصرفات القانونية. وعلى سبيل المثال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي والوظيفي وكذلك البيانات الواجب توفرها في عريضة افتتاح الدعوى والتكليف بالحضور... تعتبر من النظام العام، وفي قانون الأسرة القواعد المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والميراث هي من النظام العام، والأمر نفسه بالنسبة للقواعد المتعلقة

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص.47، ف.19.

<sup>2</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص.118، 119.

باكتساب الأهلية وفقدائها، وفي مجال العقود أورد المشرع بعض القواعد الأمرة كتلك التي تحمي الطرف الضعيف في عقود الإذعان<sup>1</sup>...

**2- الآداب العامة:** تعتبر الآداب كالنظام العام فكرة نسبية يصعب إعطاء تعريف لها، فهي تختلف من جماعة إلى أخرى، بل قد تتغير في نفس الجماعة من زمن إلى آخر، وقوامها "الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين وفي زمن معين"<sup>2</sup>، لذلك تعتبر ضرورية لحفظ كيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال، ومنه يتضح أن الآداب تعد جزءا من النظام العام، فهي تمثل الجانب الخلفي منه<sup>3</sup>.

ولا يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق وإنما الحد الأدنى من هذه الأخير الذي تعتبره الجماعة لازما لوجودها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الإنقاص منه<sup>4</sup>.  
ومن بعض الأمثلة على مخالفة الآداب العامة، الاتفاق على العيش في إطار علاقة غير شرعية، وعلى العكس منه يعتبر من الآداب العامة الاتفاق على إنهاؤها. وكذلك يعتبر مخالفا للآداب العامة فتح بيوت للدعارة، حتى لو كان مرخصا بها إداريا لأن الترخيص الإداري ينفي عنها طابع مخالفتها للنظام العام لكنه لا ينفي مخالفتها للآداب العامة<sup>5</sup>. وقد كان في السابق عقد التأمين على الحياة مخالفا للآداب العامة ثم بات مشروعاً، والأمر نفسه بالنسبة للوساطة في الزواج في فرنسا، كما كانت الوصية للابن

<sup>1</sup> - المادة 110 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 63، ف. 54.

<sup>3</sup> - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 80.

<sup>4</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 51، ف. 21.

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 122.

الغير شرعي في فرنسا مخالفة للأداب العامة وصارت مشروعة بل أصبح له الحق في المطالبة بالنفقة كالابن الشرعي<sup>1</sup>.

وفي الأخير، حري بالتذكير أن المشرع نص على فكريتي النظام العام والآداب، لكنه لم يورد تعريفا لهما، وإنما ترك ذلك للفقهاء الذي رأى فيهما فكرتين نسبيتين تتغيران من جماعة إلى أخرى، بل قد تتغير من في نفس الجماعة من زمن إلى آخر. ويعود الحكم على فكرة ما أنها من النظام العام أو الآداب إلى القاضي، وهو في ذلك لا يرجع إلى أفكاره ومبادئه وإنما إلى الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه وبالخصوص رأي العناصر الحكيمة فيه وإن تعارض مع ما تسير عليه الأغلبية جهلا منها بما هو حسن وقبيح<sup>2</sup>. ويخضع في تقديره هذا إلى رقابة المحكمة العليا لأنه يعتبر مسألة قانون وليس وقائع.

---

<sup>1</sup> - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق الذكر، ص. 30.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 64، 54.

## القسم الثالث: مصادر القاعدة القانونية

يقصد بعبارة "مصدر القاعدة القانونية"، المنبع الذي تستقي منه وجودها<sup>61</sup>. وهي بهذا المفهوم تحمل عدة معاني، فقد يراد بها المصادر المادية أو الموضوعية وهي مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، سواء كانت هذه العوامل سياسية، اقتصادية، تاريخية، اجتماعية، دينية أو أخلاقية، ويدخل أيضا ضمن المصادر المادية الفقه والقضاء اللذان يطلق عليهما اسم المصادر التفسيرية. وقد تستعمل للدلالة إلى المصادر الرسمية أو الشكلية، وهي الوسائل التي بها يتوافر للقاعدة القانونية صفة الإلزام<sup>62</sup>، ووصفت هذه المصادر بالشكلية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة، فتعطيها بذلك قوة الإلزام، كما وصفت بالشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة<sup>63</sup>.

وما يهمنا في هذه الدراسة هي المصادر الرسمية أو الشكلية والمصادر التفسيرية.

### أولاً: المصادر الرسمية أو الشكلية

تنص المادة الأولى من القانون المدني على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". يتضح من خلال هذا النص أن مصادر القانون هي التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. يعتبر الأول المصدر الرسمي الأصلي لأن قواعده تطبق مباشرة وابتداءً،

<sup>61</sup> - لعشب محفوظ، المرجع السابق الذكر، ص. 45.

<sup>62</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 105 و106، ف. 99.

<sup>63</sup> - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق الذكر، ص. 126.

فيرجع إليها قبل الرجوع إلى أي مصدر آخر. والمصادر الباقية هي مصادر رسمية احتياطية لا تطبق إلا عند عدم وجود نص في التشريع<sup>64</sup>.

## (I) المصدر الرسمي الأصلي: التشريع

### 1- التعريف بالتشريع

التشريع هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المخولة في الدولة دستوريا وضع التشريع Loi، هذا هو المعنى الشكلي أو الضيق. وللتشريع أيضا معنى مادي أو واسع الذي يشمل مجموع القواعد القانونية المكتوبة الصادرة، من جهة، عن السلطة التشريعية، ومن جهة أخرى عن السلطة التنفيذية، خاصة الحكومة، وبصفة عامة الإدارة. هذه السلطة التنفيذية حين سنها للقانون تسمى بالسلطة التنظيمية، التي يشتق منها لفظ التنظيم الذي يشمل المراسيم Décrets والقرارات Arrêtés. وعليه المعنى الواسع للتشريع يشمل؛ التشريع بمعناه الضيق Loi والتنظيم<sup>65</sup> Règlement.

من خلال هذا التعريف يتضح أن للتشريع خصائص فهو يضع قاعدة قانونية، ويصدر في صورة مكتوبة، عن سلطة مختصة. وهو بهذا الشكل له مزايا وعليه انتقادات.

### مزايا التشريع: للتشريع مزايا عديدة منها<sup>66</sup>:

- أن التشريع وهو يرد في نصوص مكتوبة يمتاز عادة بالوضوح، لأنه يتم صياغته من قبل جماعة متخصصة، مما يسهل التعرف عليه من قبل الجميع، الشيء الذي يحقق الأمن المدني واستقراره.

<sup>64</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 225 و 226، ف. 120 و 121.

<sup>65</sup> - J. BONNARD, *op. cit.*, p. 49.

<sup>66</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 110، ف. 105.

- أن السهولة التي يمكن أن يتم بها وضع التشريع أو تعديله أو إلغائه تمكن المشرع من مواجهة التغيرات الاجتماعية أو الاقتصادية في الجماعة على نحو يمكن القانون من القيام بوظيفته الاجتماعية.
- أن التشريع يحقق وحدة القانون في الدولة لأنه يسري بمفهوم واحد على جميع أنحاءها، على خلاف العرف الذي كثيرا ما يختلف من جهة إلى أخرى في نفس الدولة.
- أن التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة الاجتماعية كما يريد الأفراد. بل هو وسيلة لإصلاح الجماعة عن طريق إدخال مبادئ ونظم تهدف إلى تنظم الحياة الاجتماعية كما ينبغي لها أن تكون.

### عيوب التشريع: لقد عيب على التشريع ما يلي:

- اتصافه بالجمود، لأن صياغته في ألفاظ وعبارات محددة تؤول بينه وبين التطور ومجارية التغييرات التي تعرفها الجماعة، على خلاف العرف. ويرد على هذا الرأي أن التشريع أيضا يمكن تعديله بسرعة وفقا لمتطلبات الجماعة<sup>67</sup>.
- قد يتحول التشريع إلى وسيلة تحكمية في يد السلطة المخولة بوضعه لتحقيق مصالحها دون مصالح الجماعة. إن هذا الانتقاد في الحقيقة ليس موجه إلى التشريع وإنما إلى السلطة التي تقوم بوضعه، كما أن هذه الأخيرة حين سنها للتشريع عادة ما تحسب للرأي العام حسابا خاصة إذا كان على درجة من الوعي<sup>68</sup>، بالإضافة إلى وجود هيئات منوط بها الرقابة على دستورية التشريع.

## 2- أنواع التشريع:

- يوجد ثلاث أنواع من التشريعات تتدرج من حيث القوة. يأتي في القمة التشريع الأساسي أي الدستور، ثم يليه التشريع العادي ويسمى أيضا بالتشريع الرئيسي، وفي النهاية يأتي التشريع الفرعي

<sup>67</sup> - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق الذكر، ص. 50.

<sup>68</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 134 و135.

ويطلق عليه التنظيم. يترتب على هذا التدرج في القوة نتيجة هامة هي وجوب عدم مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلى، فإن حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة وجب تغليب التشريع الأعلى<sup>69</sup>.

أ- **التشريع الأساسي أو الدستور:** يمكن تعريف الدستور بناء على معيارين؛ معيار شكلي ومعيار موضوعي. حسب المعيار الشكلي الدستور هو الوثيقة التي تصدر بصفة رسمية عن السلطة التأسيسية والمتضمنة للقواعد الدستورية وبالتالي فإن هذا التعريف يعتمد على الشكل الذي توجد فيه أو عليه هذه الأخيرة. أما حسب المعيار الموضوعي، فإن الدستور هو مجموعة من القواعد القانونية المتعلقة بشكل الدولة ونظام الحكم والعلاقة بين سلطات الدولة واختصاصاتها وحقوق الأفراد وحررياتهم. وعليه فإن هذا المعيار يعتمد على مضمون القاعدة القانونية لا على شكلها<sup>70</sup>.

ب- **التشريع العادي:** يقصد به مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة<sup>71</sup> في حدود اختصاصها المبين في الدستور. إما لتنظيم موضوع معين بالذات كمهنة المحاماة أو القضاء أو تسيير السجون أو القوانين المتعلقة بالعقار ... وإما لتناول فرع معين من فروع القانون، يقوم المشرع بتجميع قواعده وترتيبها في أبواب وفصول ... ويطلق على هذا التجميع اسم التقنين، كالتقنين المدني والتقنين التجاري، وتقنين العقوبات...<sup>72</sup>. ويصدر التشريع العادي إما في شكل قانون عضوي<sup>73</sup> أو قانون<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 112، ف. 109.

<sup>70</sup> - الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، ص. 110 و111.

<sup>71</sup> - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق الذكر، ص. 53.

<sup>72</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 121، ف. 119.

<sup>73</sup> - المادة 140 من الدستور.

<sup>74</sup> - المادة 139 من الدستور.

القانون العضوي هو مجموعة القواعد القانونية التي تكمل قواعد الدستور وتدخلها حيز التطبيق<sup>75</sup>، فهو يقع في مرتبة أدنى من الدستور وأعلى من القانون. ويتم التشريع بالقوانين العضوية في مجالات محددة نصت عليها المادة 139 من الدستور هي: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية. ويشترط أن تتم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني و لأعضاء مجلس الأمة. وبعد التصديق عليه وقبل صدوره يخضع وجوبا لمراقبة مدى دستوريته من قبل المحكمة الدستورية بعد إخطار من رئيس الجمهورية<sup>76</sup>. لذا يعتبر التشريع بالقوانين العضوية حالة استثنائية بالنسبة للتشريع العادي.

أما القانون يعد الطريق المألوف للتشريع العادي ويكون في الحالات غير تلك التي نصت عليها المادة 140 من الدستور حسب ما ورد في المادة 139 حيث نصت: 'يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: ...' وأوردت 30 حالة، يفهم من قول هذه المادة "وكذلك في المجالات الآتية" أن تلك الحالات هي على سبيل المثال وللبرلمان أن يشرع بقوانين في جميع الميادين ما عدا تلك التي يشرع فيها بقانون عضوي. وعلى خلاف القانون العضوي فإن التصديق على القانون يكون بالأغلبية العادية لأعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة.

<sup>75</sup> - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق الذكر، ص. 141.

<sup>76</sup> - المادة 140 الفقرة الأخيرة والمادة 190 من الدستور.

**المراحل التي يمر بها التشريع العادي:**

حتى يصدر التشريع في شكل نصوص قانونية ملزمة للأشخاص ينبغي مروره بمرحلتين؛ مرحلة السن ومرحلة النفاذ.

**- سن التشريع:**

يمر سن التشريع العادي بمراحل هي: المبادرة بالتشريع، الفحص، مصادقة البرلمان، عدم اعتراض رئيس الجمهورية.

**المبادرة بالتشريع:** للوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، كما لنواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة المبادرة بالتشريع<sup>77</sup>. تسمى مبادرة السلطة التنفيذية المتمثلة في الوزير الأول أو رئيس الحكومة بمشروع القانون "projet de loi"، الذي يجب أن يعرض على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعه الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة<sup>78</sup>، حيث تودع كل مشاريع القوانين مكتب المجلس الشعبي الوطني ما عدا مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي تودع مكتب مجلس الأمة<sup>79</sup>. بينما تسمى مبادرة نواب المجلس الشعبي الوطني باقتراح القانون "proposition de loi"<sup>80</sup>، ولعل السبب في الاختلاف بين المصطلحين، يرجع إلى أن المشروع الذي تتقدم به الحكومة يتضمن نصوصاً قانونية مدروسة من قبل لجان

<sup>77</sup> - المادة 143 ف. 1 من الدستور.

<sup>78</sup> - المادة 143 ف. 2 من الدستور والمادة 41 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02.

<sup>79</sup> - المادة 144 من الدستور.

<sup>80</sup> - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق الذكر، ص. 54.

متخصصة، أما الاقتراح الصادر من النواب عادة ما يتضمن أفكارا تقتدر إلى الصياغة القانونية الدقيقة<sup>81</sup>.

**فحص التشريع:** كل مشروع أو اقتراح قانون مقدم إلى المجلس الشعبي الوطني يحال إلى لجان متخصصة به لفحصها وإعداد تقرير حول مدى قبول مناقشتها<sup>82</sup>.

**مناقشة التشريع:** يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من قبل المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، حتى تتم المصادقة عليها<sup>83</sup>.

وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، تجتمع، بطلب من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين في أجل أقصاه 15 يوما لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه 15 يوما، ثم يتم عرضه على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.

وفي حالة استمرار الخلاف 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. و يسحب النص إذا لم تقم الحكومة بهذا الإخطار<sup>84</sup>.

**عدم طلب قراءة ثانية من قبل رئيس الجمهورية:** لرئيس الجمهورية حق طلب قراءة ثانية لمشاريع أو اقتراحات القوانين التي يقرها البرلمان، في أجل لا يتعدى الثلاثين يوما من تاريخ إقرارها، وفي هذه الحالة يجب أن يتم التصويت بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة<sup>85</sup>. والغرض من ذلك هو حمل هذا الأخير على مراجعة قراره والعدول عن مشروع أو اقتراح القانون الذي

81- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 153، الهامش رقم 56.

82- حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 95.

83- المادة 145 ف. 1 من الدستور.

84- المادة 145 من الدستور.

85- المادة 149 من الدستور.

صوت له<sup>86</sup>. وفي هذه الحالة إما يتم العدول أو لا تتحقق الأغلبية المتطلبة فيسحب مشروع أو اقتراح القانون. أو يتم المصادقة عليه ويصبح قانونيا ينبغي إصداره من طرف رئيس الجمهورية.

هذا ويجدر التنبيه أنه إذا كان سن التشريع هو من اختصاص السلطة التشريعية، فإنه يمكن للسلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية أن تقوم بذلك في حالات معينة هي: حالة المسائل العاجلة، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب، حالة التفويض.

**حالة المسائل العاجلة:** يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة المسائل العاجلة التي تستدعي إصدار القوانين والتي يقدرها هو، أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة وإخطار المحكمة الدستورية بخصوصها. ويشترط أن يعرض النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان حتى تصادق عليها. فإن لم تفعل عدت تلك الأوامر لإغية<sup>87</sup>.

**الحالة الاستثنائية وحالة الحرب:** حسب المادة 142 الفقرة الرابعة من الدستور فإن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية التي نصت عليها المادة 98 المتمثلة في الخطر الداهم الذي يوشك أن يصيب الدولة في مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. وعلى عكس حالة الضرورة التي يرجع تقديرها لرئيس الجمهورية، فإن الحالة الاستثنائية لا تتخذ إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء. كما يمكن لرئيس الجمهورية في حالة الحرب وهي حالة من حالات تحقق الخطر الداهم أن يصوغ التشريع العادي بناء على نص المادة 101 من الدستور التي تنص على أنه: "يُوقَف العمل

<sup>86</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 115، ف. 112.

<sup>87</sup> - المادة 142 من الدستور.

بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات"، وسلطة التشريع من بينها، فله إذن في حالة الحرب أن يسن التشريع العادي.

**حالة التفويض:** يفوض الدستور بموجب مادته 146 الفقرتان الأخيرتان رئيس الجمهورية أن يصدر بأمر مشروع قانون المالية الذي تقدمت به الحكومة، إذا لم يصادق البرلمان عليه في أجل خمسة وسبعون يوماً. لذا يشترط في حالة التفويض أن يكون القانون هو قانون المالية، وأن يكون مشروع تقدمت به الحكومة لا اقتراح قدمه نواب البرلمان، وأن لا يصادق البرلمان عليه في أجل خمسة وسبعون يوماً من تاريخ إيداعه.

#### - نفاذ التشريع:

حتى يصبح التشريع نافذا ينبغي أن يمر بمرحلتين: مرحلة الإصدار (Promulgation) ومرحلة النشر (La publication).

**مرحلة الإصدار:** يقصد بالإصدار تسجيل سن التشريع ووضعه حيز التنفيذ، بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعاً ملزماً من تشريعات الدولة<sup>88</sup>. ويعد رئيس الجمهورية الشخص الذي له سلطة إصدار التشريع، لأنه رئيس السلطة التنفيذية المكلفة بتنفيذه، ولا تملك السلطة التشريعية أي سلطة عليها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>89</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 148 من الدستور التي نصت على أن رئيس الجمهورية يصدر القانون في أجل 30 يوماً من تاريخ تسلمه، غير أنه في حال إخطار رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة أو 40 نائباً أو 25 عضواً من

<sup>88</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 243، ف. 132.

<sup>89</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 157.

مجلس الأمة ، للمحكمة الدستورية للنظر في مدى دستورية قانون فإن الثلاثين يوما تحتسب من تاريخ صدور قرار المجلس الدستوري.

**نشر التشريع:** يقصد بنشر التشريع إعلام كافة الأشخاص في المجتمع بصدوره. والوسيلة المقررة لذلك هي نشره في الجريدة الرسمية<sup>90</sup>، ولا تغني عن هذه الوسيلة طرق الإعلام الأخرى كالنشر في الصحف أو الإعلام عنه بواسطة الإذاعة أو التلفزيون<sup>91</sup>. ولم يحدد الدستور الجزائري ميعادا يجب على رئيس الجمهورية خلاله نشر التشريع، على خلاف ما جاء به الدستور المصري الذي أوجب بنص مادته 188 على رئيس الجمهورية المصري نشر التشريع خلال أسبوعين من تاريخ إصداره<sup>92</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن التشريع لا يصبح نافذا من تاريخ نشره وإنما بعد مضي فترة من نشره، بحيث يصبح نافذا في الجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة على الجريدة<sup>93</sup>.

### ج- التشريع الفرعي أي التنظيم:

يقصد بالتشريع الفرعي أو التنظيم، التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور، لأنها أقرب إلى الواقع وبالتالي يمكنها معالجة بعض المشاكل<sup>94</sup>. واختصاصها

<sup>90</sup> - المادة 4 ف. 1 ق. م.

<sup>91</sup> - حبيب إبراهيم خليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 97.

<sup>92</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 158 و159.

<sup>93</sup> - المادة 4 ف. 2 ق. م.

<sup>94</sup> - لعشب محفوظ، المرجع السابق الذكر، ص. 48.

بسنة هو اختصاص أصلي يثبت لها ابتداء ومع وجود السلطة التشريعية<sup>95</sup>، على خلاف اختصاصها بسن التشريع العادي الذي يعتبر خروجاً عن القاعدة العامة، المتمثلة في أن السلطة التشريعية هي التي تتولى سن التشريع العادي. لذا سمي بالتشريع الفرعي تمييزاً له عن التشريع العادي<sup>96</sup>.

والتشريع الفرعي هو على أنواع يتدرج في القوة بالنظر إلى التدرج الداخلي للسلطة التنفيذية، حيث يأتي قي مقدمتها المراسيم التي يصدرها رئيس الجمهورية ثم تليها تلك التي تصدر عن الوزير الأول أو رئيس الحكومة ثم القرارات والمناشير<sup>97</sup>.

- **المراسيم الرئاسية Décrets présidentiel**: هي المراسيم التي يصدرها رئيس الجمهورية، وقد نصت عليها المادة 141 الفقرة الأولى من الدستور حيث نصت: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

- **المراسيم التنفيذية Décrets exécutoire**: يوقعها الوزير الأول<sup>98</sup>. وهي القواعد التفصيلية التي تسنها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع العادي، كونها أقدر على معرفة التفصيلات الخاصة بالتنفيذ بحكم وظيفتها واتصالها بالجمهور<sup>99</sup>.

- **القرارات Arrêtés**: هي القرارات التنظيمية الصادرة عن الهيئات الإدارية ومن أمثلتها: القرارات الوزارية المشتركة، القرارات الوزارية، القرارات الصادرة عن الوالي، القرارات الصادرة عن رئيس البلدية وأيضاً القرارات الصادرة عن مدير الجامعة لتنظيم أمر معين<sup>100</sup>...

<sup>95</sup> - حسن كبيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 239، ف. 130.

<sup>96</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق الذكر، ص. 150.

<sup>97</sup> - J. BONNARD, *op. cit.*, p. 53 et 54.

<sup>98</sup> - المادة 112-5 من الدستور.

<sup>99</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق الذكر، ص. 161 و162.

<sup>100</sup> - J. BONNARD, *préc.*

المناشير **Circulaires**: بواسطتها تشرح الوزارة الوصية للهيئات والمصالح التابعة لها كيفية تطبيق التشريع سواء كان عادي أو فرعي أي التنظيم، ومثالها المنشور رقم 01 المؤرخ في 09 يونيو 2008 متعلق بالتسجيل الأولي وتوجيه حاملي شهادة البكالوريا للسنة الجامعية 2008-2009.

## (II) المصادر الرسمية الاحتياطية:

تتمثل المصادر الرسمية الاحتياطية في مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. لا يلجأ إليها القاضي إلا إذا لم يجد نصا تشريعا يطبقه، لأنه لا يستطيع الامتناع عن الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نص تشريعي يطبقه، وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، لذا فإن القوانين الوضعية تحرص على إقامة مصادر رسمية أخرى يلجأ إليها عند النقص في التشريع، هي المصادر الرسمية الاحتياطية<sup>101</sup>. والقاضي حين الرجوع إليها عليه أن يحترم الترتيب الذي أورده المشرع.

### 1- الشريعة الإسلامية:

تستعمل كلمة الشريعة لغة في معنيين؛ الأول هو الطريقة المستقيمة ومن هذا المعنى قوله تعالى: "ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون"<sup>102</sup>، وقوله عز وجل: "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"<sup>103</sup>. أما الثاني هو مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، ومنه قول العرب: "شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب". وفيما يخص المعنى الاصطلاحي للشريعة فهي تطلق على

<sup>101</sup> - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق الذكر، ص. 164.

<sup>102</sup> - الآية 8 من سورة الجاثية.

<sup>103</sup> - الآية 47 من سورة المائدة.

الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل، فسميت هذه الأحكام بالشرعية لأنها مستقيمة لا انحراف فيها عن الطريق المستقيم. أما الإسلامية، فهذا نسبة إلى الدين الإسلامي<sup>104</sup>.

وعليه فإن الشريعة الإسلامية هي الأحكام التي شرعها الله لعباده بواسطة رسول الله صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله.

ويجدر التنبيه أن كلمة الشريعة الإسلامية أوسع دلالة وأعم من الفقه، لأن هذا الأخير هو جزء منها، ذلك أنها تشمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات، أما الفقه فلا يعنى إلا بالأحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات المتعلقة بأفعال الناس. وعليه يكون الفقه مرادفا لكلمة الشريعة في مفهومها الدال على الأحكام العملية دون الأحكام الاعتقادية<sup>105</sup>.

كما ينبغي الملاحظة أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الشريعة الإسلامية وجعلها في المرتبة الثانية بعد التشريع، على خلاف بعض المشرعين العرب كالمصري مثلا الذي استعمل لفظ الدين وجعله في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، والسبب في ذلك أن جل الشعب الجزائري يدين بالإسلام، على العكس من الشعب المصري الذي يتضمن زيادة عن الذين يعتقدون الدين الإسلامي من يعتنق الدين المسيحي واليهودي.

<sup>104</sup> - بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، التعريف بالفقه الإسلامي ومصادره وتاريخه، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص. 27 و 28، ف. 29.

<sup>105</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق الذكر، ص. 33، ف. 36.

**2- العرف:****أ- تعريف العرف وأركانه:**

هو مجموعة القواعد الغير مكتوبة التي تنشأ من اطراد سلوك الناس عليها زمنا طويلا مع اعتقادهم بإلزامها وأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء<sup>106</sup>.

من هذا التعريف يتضح أن للعرف ركنان؛ الركن المادي هو اطراد سلوك معين أي العادة، وركن معنوي هو الشعور بإلزام تلك العادة.

**الركن المادي:**

يطلق على هذا الركن اسم العادة، وهو اطراد الأشخاص على قاعدة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الاجتماعية والاقتصادية من تلقاء أنفسهم؛ إما لشعورهم بضرورتها وإما لاستحسانها، وإما لمجرد التقليد. ويتم ذلك بمعزل عن السلطة الحاكمة وتوجيهاتها<sup>107</sup>.

ولتوافر هذا الركن لأبد من توفر الشروط التالية: الثبات، العموم وألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب.

**القدم:** أي أن يمضي على نشوء العادة زمن كاف يؤكد تكرارها ورسوخها في نفوس الأشخاص. ولا يوجد مقياس زمني لتقدير ذلك، بل إن تحديده يرجع للسلطة التقديرية للقاضي وفقا للظروف، لأنه يختلف باختلاف موضوع العلاقات التي تنظمها.<sup>108</sup>

**الثبات:** معنى ذلك أن يتبعها الناس بطريقة منتظمة دون تغير أو انقطاع، فلا تظهر في وقت ونغيب في وقت آخر<sup>109</sup>.

<sup>106</sup>- توفيق حسن فرج، المرجع السابق الذكر، ص. 92.

<sup>107</sup>- أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 138 و139.

<sup>108</sup>- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق الذكر، ص. 174.

<sup>109</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق الذكر، ص. 171.

**العموم:** يقصد بذلك أن تكون متبعة من مجموع الأشخاص، هذا لا يعني أن تكون متبعة من كلهم، إذ يمكن لواحد ألا يتقيد بها دون أن يؤثر ذلك على العموم. ويراد بالعمومية أيضا أن يخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذاتهم، حيث متى توفرت فيهم شروطها طبقت عليهم.

**ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب:** فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام، كالأخذ بالتأثر مثلا، فإنه لا ينشأ عنها عرف ملزم قانونا، لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية يقوم عليها المجتمع وهي أن الدولة هي التي تتولى القصاص من الأفراد الذين يعتدون على حياة الغير<sup>110</sup>. ويرى البعض<sup>111</sup> أن هذا الشرط يتطلب فقط بالنسبة للعرف المحلي أو الطائفي أو المهني، لأنه لا يجوز أن يكون أيا منها مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجماعة. أما العرف الشامل لكل الناس في كل الإقليم فلا يتصور أن يتطلب فيه مثل هذا الشرط، لأن فكرة النظام العام هي نفسها نابعة من الجماعة ويساهم في تكوينها وتحديدها العرف الشامل.

### الركن المعنوي:

ويوصف بأنه عنصر داخلي أو نفسي<sup>112</sup>. مؤداه اعتقاد الأشخاص بالزامية العادة، أي شعورهم بأنهم ملزمون بإتباعها ويتعرضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> - توفيق حسن فرج، المرجع السابق الذكر، ص. 93.

<sup>111</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 140، ف. 137.

<sup>112</sup> - حبيب إبراهيم خليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 103.

<sup>113</sup> - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق الذكر، ص. 77.

**ب- مزايا وعيوب العرف:**

للعرف ميزتان أساسيتان هما<sup>114</sup>:

- يعد العرف أصدق تعبيراً عما يرتضيه الأشخاص لتنظيم علاقاتهم، لأنه يتكون مما اعتادوه في سلوكهم، وما ينشأ في شعورهم من اعتقاد في وجوب احترام ما جرت عليه العادة، لذا فهي تعد أكثر ديمقراطية من القواعد التشريعية، لأن هذه الأخيرة تضعها السلطة التشريعية وقد لا تراعي ميولات أشخاص المجتمع، بينما القاعدة العرفية تخلق من إرادتهم.

- تعتبر القواعد العرفية تلقائية التطور، قابلة لتساير تطور المجتمع. ولا تحتاج إلى تعديل كل مرة تتغير فيها الظروف.

أما عيوبه<sup>115</sup> فهي:

- العرف بطيء في تكوينه و بطيء في تطوره.

- صعوبة تحديد مضمون القاعدة العرفية، كونها تفتقر إلى الصياغة التي تتميز بها النصوص التشريعية التي تكون مكتوبة ويسهل التعرف عليها.

- العرف المحلي يؤدي إلى اختلاف القواعد العرفية التي تحكم المسألة الواحدة باختلاف الجهة التي يسود فيها هذا العرف، الأمر الذي يحول دون توحيد القانون داخل الدولة الواحدة.

**ج- الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية والنتائج المترتبة عنه:**

العرف كما سبق تبيانه هو عادة يشعر الأشخاص بأنها ملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء. أما العادة الاتفاقية فهي عادة اتفقت إرادة الأطراف على إعمالها. وعليه من خلال هذين التعريفين يتضح جليا

<sup>114</sup>- عبد القادر الفار، المرجع السابق الذكر، ص. 88.

<sup>115</sup>- حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 112.

أن هناك فرق بين العرف والعادة الاتفاقية يتمثل فيما يلي<sup>116</sup>: أن العرف يتكون من ركنين ركن مادي وهو العادة وركن المعنوي وهو الشعور بالإلزام، وباعتباره قاعدة قانونية فهو يلزم الأفراد بذاته دون توقف على إرادتهم، أما العادة الاتفاقية، فهي مجرد عادة اطرد سلوك الأشخاص على إتباعها دونما شعور بإلزامها، ولكن إن اتفقوا على أعمالها صارت ملزمة للأطراف الذين اتفقوا على ذلك، وبالتالي فالعادة الاتفاقية ليست ملزمة بذاتها كالعرف، إذ للأشخاص أن يتبعوها أو يخالفوها، ولكن متى تم الاتفاق على تطبيقها باتت ملزمة لأطراف الاتفاق دون سواهم، وعليه مصدر إلزام العادة الاتفاقية هو الاتفاق أي العقد.

يترتب عن التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية ما يلي من النتائج<sup>117</sup>:

- باعتبار العرف قاعدة قانونية، فإنه يسري في حق الجميع، ولا يمكنهم الاعتذار بجهله، أما العادة الاتفاقية فلا تسري إلا في حق من اتفقوا على الأخذ بها.
- باعتبار العرف قاعدة قانونية، يطبقه القاضي من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به الخصوم، على خلاف العادة الاتفاقية التي لا يطبقها القاضي ما لم يثرها من يدعي وجودها.
- باعتبار العرف قاعدة قانونية، يفترض في القاضي معرفتها وبالتالي لا يقع عبء إثباتها على الخصوم، على العكس من العادة الاتفاقية التي يقع عبء إثباتها على من يتمسك بها.
- باعتبار العرف قاعدة قانونية، فإن القاضي يخضع في تطبيقه وتفسيره لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الجهة القضائية التي تنتمي إليها. بينما لا يخضع لمثل هذه الرقابة حين تفسير وتطبيق العادة الاتفاقية باعتبار ذلك من مسائل الواقع.

<sup>116</sup>- حسن كبيرة، المرجع السابق الذكر، ص. 276 و 277، ف. 151.

<sup>117</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق الذكر، ص. 174 و 175، حبيب إبراهيم خليلي، المرجع السابق الذكر، ص. 104.

**3- مبادئ القانون الطبيعي:**

يقصد بالقانون الطبيعي ذلك القانون الأزلي والأبدي الذي يكتشفه العقل البشري والذي يسمو على جميع القوانين الوضعية، والذي لا يتغير بتغير الزمان والمكان، وهو بهذا المعنى في الحقيقة فكرة فلسفية. والمشرع حينما أحال عليه لم يكن هدفه أن يطبقه القاضي، لأنه فكرة غير محددة ولا مكتوبة، وإنما أن يجتهد القاضي في فصل في القضايا التي لم يجد نصا تشريعيًا ولا مبدءًا شرعيًا ولا عرفًا يطبقه عليها<sup>118</sup>، حتى يقطع عليه سبيل إنكار العدالة<sup>119</sup>، وهو إذ يفعل ذلك ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، وإنما على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني.

**ثانيا: المصادر التفسيرية**

يقصد بالمصادر التفسيرية، المصادر التي يلجأ إليها القاضي لتوضيح ما قد يكتنف القاعدة القانونية من غموض، وهي في أغلب القوانين الحديثة: الفقه والقضاء. والتفسير يتناول إما؛ تحديد معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، أو تكميلها إذا عابها الاقتضاب والإيجاز، أو رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما، أو بترجيح إحدهما على الأخرى إذا لزم الأمر. وكذلك المساهمة في تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير.

**(I) الفقه:**

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي يقول بها أغلبية الفقهاء أو الشراح. وقد مرت على الفقه حقبه من الزمن كان فيها مصدرا رسميا من مصادر القانون، كما يدل على ذلك تاريخ القانون الروماني والقانون

<sup>118</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 156، ف. 158.

<sup>119</sup> - المادة 136 ق. ع. ج. ينص على أنه: "يجوز محاكمة كل قاض...يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما كان يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف...".

الفرنسي القديم، وكذلك تاريخ الشريعة الإسلامية في تطورها حتى قفل باب الاجتهاد وظهور عصر المقلدين. أما الآن، فإن عمل الفقه قاصر على تفسير القواعد القانونية وإرشاد القاضي في تطبيقه للقانون وتوجيه المشرع إلى ما قد يكون في القانون من عيب أو قصور.

## (II) القضاء :

القضاء هو مجموعة المبادئ التي تستخلص من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الهيئات القضائية عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها. وقد قام القضاء بنفس الدور الذي اضطلع به الفقه قديما، فكان مصدرا رسميا للقانون في الشرائع القديمة، وتحول الآن إلى مصدر تفسيري له في معظم القوانين الحديثة، وعلى الأخص القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت على منهجها، كالقانون الجزائري.

أما في القوانين الانجلوسكسونية فلا يزال القضاء يقوم بدوره كمصدر رسمي، لأن من المبادئ المقررة في هذه القوانين أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها وللمحاكم التي تليها في الدرجة.

## القسم الرابع: تطبيق القانون

بمجرد أن تنشأ القاعدة القانونية، فإنها تكون واجبة التطبيق، ويضطلع بهذه المهمة السلطة القضائية. وتثير مسألة تطبيق القاعدة القانونية إشكالات مرتبطة بنطاق تطبيقها، من حيث الأشخاص المخاطبين بها، والمساحة الجغرافية التي تسري عليها، والنطاق الزمني لتطبيقها.

أولاً: نطاق القاعدة القانونية بالنظر إلى المخاطبين بأحكامها (من حيث الأشخاص)

### (I) مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون:

إذا ما وجدت القاعدة مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية السابق ذكرها وهي: التشريع مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، فإنها تسرى في حق جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها، ولو جهل بها البعض منهم، وهذا هو مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون (Nul n'est censé ignorer la loi) أي أنه لا يجوز لأحد أن يدعي عدم العلم بالقانون، أي يدعي الجهل به، ليتخلص من تطبيق حكمه عليه.

وهذا المبدأ واجب الأخذ به بالنسبة لجميع أنواع القواعد القانونية، أي بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة على حد سواء.

والعلة في تقرير هذا المبدأ هو كفالة النظام في المجتمع، وضمان استقرار المعاملات، وحماية الأمن المدني، وإلا لأمكن لكل من يريد التهرب من حكم من أحكام القانون أن يدعي عدم العلم به.

وأساس هذا المبدأ هو اعتبارات العدالة التي تتطلب، حماية للصالح العام، أن ينطبق القانون على جميع الأشخاص بلا استثناء، وإلا عمت الفوضى وتدخل سلطان القانون.

## (II) الاستثناء الذي يرد على مبدأ عدم الاعتذار بالجهل بالقانون:

يرد على مبدأ " عدم الاعتذار بالجهل بالقانون" استثناء معين يرجع إلى القوة القاهرة التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من أجزاء الإقليم، كحالة الحريق أو الفيضان أو الزلزال أو الحرب، التي يستحيل معها وصول الجريدة الرسمية إلى جزء الإقليم الذي تعرض لهذه الكارثة. وغني عن البيان أن هذا الاستثناء إنما ينصرف إلى القواعد التشريعية، لأنها وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية ويفترض العلم بها بهذا النشر.

غير أن الفقه وبعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والعراقي واللبناني تضيف بعض الاستثناءات الأخرى، ومنها الغلط في القانون، والجهل بنص تشريع غير جزائي يتوقف عليه قيام المسؤولية الجزائية ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني بقولها: "لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوفاً فيه. غير أنه يعد مانعاً للعقاب:

1- الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة".

ويعتبر كذلك جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة من بين الاستثناءات الواردة على قاعدة "عدم الاعتذار بجهل القانون"، ومثال ذلك ما تنص عليه جاء في المادة 37/2 من تقنين العقوبات العراقي: "للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق، إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها"، كما جاء في المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني نصها: "لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوفاً فيه. غير أنه يعد مانعاً من العقاب: 3- جهل الأجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلده أو شرائع البلاد التي كان مقيماً فيها".

## ثانياً: نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

### (I) مبدأ إقليمية القوانين وشخصية القوانين:

يثير تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان التساؤل فيما إذا كان قانون الدولة يطبق داخل إقليمها على المقيمين فيها من وطنيين وأجانب، أي يطبق على جميع الأشخاص الموجودين على أرضها بصرف النظر عن جنسيتهم، وهو ما يعرف بمبدأ إقليمية القوانين (principe de la territorialité des loi) أم أن قانون الدولة يقتصر تطبيقه على الوطنيين أينما وجدوا أي سواء كانوا داخل إقليم الدولة أو خارج حدود هذا الإقليم، فيتبعهم أين ساروا، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية القوانين (principe de la personnalité de lois).

يسند مبدأ إقليمية القوانين فكرة سيادة الدولة على إقليمها فيخضع لحكم قوانينها الأجنبي خضوع الوطني له. ويسند مبدأ شخصية القوانين فكر سيادة الدولة على رعاياها فينصرف إليهم - دون الأجانب - حكم قوانينها أينما وجدوا، ولو أقاموا خارج وطنهم.

والأصل يؤخذ فيه بمبدأ إقليمية القوانين، وهو المبدأ الغالب في الوقت الحاضر، غير أن هذا المبدأ لا يؤخذ به على إطلاقه بل ترد عليه عدة استثناءات.

### (II) الاستثناءات من مبدأ إقليمية القوانين:

يرد على مبدأ إقليمية القوانين استثناءات عدة يمكن حصرها فيما يلي:

- 1- الاستثناء الأول: ويتعلق بالحقوق والواجبات العامة التي يقرها الدستور للمواطنين دون الأجانب كحق الانتخاب، وحق الترشيح للهيئات العامة، وحق تولي الوظائف العامة (وقد يتولاها الأجنبي بشروط معينة)، وبعض الواجبات العامة كواجب أداء الخدمة العسكرية.

2- الاستثناء الثاني: يتعلق بتطبيق قانون العقوبات، ذلك أنه إذا كان الأصل هو إقليمية هذا القانون وهو ما تنص عليه المادة الثالثة من قانون العقوبات في فقرتها الأولى بنصها على أن "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على في أراضي الجمهورية"، إلا أن الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج على هذا الأصل وإعطاء الدولة حق العقاب على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمنها أيا كانت جنسيته، أي سواء كان من الوطنيين أم من الأجانب وهو ما تنص المادة الثالثة من قانون العقوبات في فقرتها الثانية بقولها: "كما تطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية"، وهي أحكام المواد من 582 إلى 589 من قانون الإجراءات الجزائية.

3- الاستثناء الثالث: يتصل بالحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لبعض الأجانب كرؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني، ولا يطبق عليهم بالتالي قانون الدولة التي يزاولون عملهم فيها.

4- الاستثناء الرابع: ومرده الأخذ بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، إذ قد يؤدي أعمال هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبي داخل الدولة، وفي هذا خروج على مبدأ إقليمية قانونها، أو يؤدي إلى تطبيق قانونها خارج حدودها، وهو ما يضاف على قانونها صفة شخصية التطبيق في هذه الحالة.

فمثلا فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية تقضى قواعد الإسناد في القانون الجزائري بتركها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. فإذا ثار نزاع في الجزائر بين زوجين أجنبيين بالنسبة إلى الشروط الموضوعية لصحة زواجهما، طبق على هذا النزاع قانون جنسيتهما. وإذا تم الزواج بين جزائريين في الخارج، خضعت الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج للقانون الجزائري طبقا لنص المادة 11 من القانون المدني التي يقضي بأن: "يسري على الشروط الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

### ثالثاً: تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان

تظل القاعدة القانونية أياً كان مصدرها سارية المفعول أي نافذة، حتى ينقضي العمل بها عن طريق الإلغاء. وإلغاء القاعدة القانونية قد يكون بإحلال قاعدة قانونية جديدة محلها، وقد يكون بمجرد الاستغناء عنها بعد استنفاد الغرض منها. وهو ما يثير مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان.

#### (I) مبدأ عدم رجعية القوانين و"الأثر المباشر للقانون"

##### 1- مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين و"الأثر المباشر للقانون"

إذا نشأت قاعدة قانونية جديدة، فإنها تسرى اعتباراً من تاريخ نفاذها على الوقائع والتصرفات التي تحدث من هذا التاريخ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر للقانون (effet immédiat)، وطبيعي كذلك أن هذه القاعدة الجديدة لا تسري على الوقائع والتصرفات التي تمت قبل نفاذها، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقاعدة القديمة، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين، وهو ما تنص عليه المادة الثانية من القانون المدني التي تنص على أنه: " لا يسرى القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي".

والأمر يبدو سهلاً إذا تعلق التطبيق بوقائع أو تصرفات تمت وترتبت آثارها في ظل القاعدة القانونية القديمة، إذ لا مجال للشك في سريان هذه القاعدة، كعقد باتٍ رتب كافة آثاره قبل نفاذ القاعدة الجديدة، إذ لا شبهة في سريان القاعدة القديمة عليه.

ولكن الأمر لا يسير دائما على هذا النحو إذ أن من الوقائع أو الأعمال القانونية ما يتطلب وقتا طويلا لتكوينه أو لترتيب آثاره، فينشأ التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الوقائع أو هذه الأعمال والتصرفات.

ويقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على اعتبارات مختلفة يمكن إجمالها فيما يلي:

- العدالة: فليس من العدل مفاجأة الناس بقانون جديد يعاقب على أعمال أباحها القانون القديم، ومحاسبتهم على ما أتوا من هذه الأعمال في ظل القانون القديم.
- استقرار المعاملات: إذ تقضي المصلحة العامة بالألا يسرى القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت ورتبت كافة آثارها في ظل القانون القديم، لأنه لو أجاز للقانون الجديد أن يمس هذه العلاقات وأن يعدل في آثارها لاضطربت المعاملات واختلت الثقة بالقانون.
- المنطق والذوق السليم: بما أن من المبادئ المسلم بها وجوب نشر التشريع في الجريدة الرسمية حتى يعلم به الناس، فالمنطق يتطلب ألا يكون له أثر على ما سبق نشره ونفاذه من علاقات قانونية تم ترتيبها وفق أحكام القانون القديم. ونظرا لأهمية هذه الاعتبارات التي بنى عليها مبدأ عدم رجعية القوانين حرصت التشريعات الحديثة على النص عليه.

## 2- الاستثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين:

يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين عدة استثناءات يمكن حصرها فيما يأتي:

- **النص الصريح:** مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي لا المشرع، فالمشرع دائما - إذا دعت المصلحة العامة - يمكنه أن ينص في القانون الجديد على سريان أثره على الماضي. ويجب أن يكون النص على إسناد أثر القانون الجديد إلى الماضي صريحا.

وبديهي أن على المشرع ألا يسيء استعمال هذا الحق، وألا يلجأ إليه إلا إذا عدت الضرورة والمصلحة العامة إلى ذلك، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 1003 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 التي تنص على أنه: "يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من ... 5 يوليو 1975". ومن ثم، فإن القانون المدني صدر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 طبق بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ 05 يوليو 1975.

- **القوانين الجزائية الأصلح للمتهم:** الأصل أن القوانين الجزائية لا تترد إلى الماضي، لما في هذا من ضمان للحرية الشخصية، كما يقرر القانون أيضاً أنه "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص"<sup>120</sup>، ولا يعاقب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها.

واستفادة المتهم من القانون الجديد المخفف للعقوبة مشروط بألا يكون هذا القانون قد صدر بعد صدور حكم نهائي على المتهم، أي حكم قد استنفذ طرق الطعن فيه أو بعبارة أخرى أن المتهم يستفيد من كل قانون جديد مخفف للعقوبة لو صدر هذا القانون بعد الحكم عليه، بشرط ألا يكون هذا الحكم قد أصبح نهائياً، لأن التخفيف بعد صدور حكم نهائي يتطلب صدور حكم جديد يقرر هذا التخفيف وهو أمر يتعارض مع حجية الأمر المقتضى.

أما إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل، فإن المتهم يستفيد منه سواء صدر هذا القانون قبل أن يصبح الحكم على المتهم نهائياً أو بعد أن أصبح كذلك، لأنه إذا صدر قبل الحكم النهائي قضت المحكمة بالبراءة، وإذا صدر بعد الحكم النهائي فيكفي وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

وإذا كان الأصل أن القوانين الجزائية لا يترد تطبيقها على الماضي، فإن لهذا الأصل استثناء يتمثل في تطبيق القوانين الجزائية على الماضي إذا كانت أصلح للمتهم، بأن كانت تخفف من العقوبة أو تتيح الفعل، لأنه ليس في ذلك مساس بالحرية الشخصية بل العكس، وهو ما يعبر عنه المشرع بموجب

<sup>120</sup> - المادة 01 من قانون العقوبات.

نص المادة 02 من قانون العقوبات بنصه: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

- **القوانين المفسرة:** لأن الغرض من هذه القوانين هو تحديد معنى نصوص تشريعية قائمة، وإزالة ما فيها من غموض أو لبس، ولذا فإن القانون المفسر يعتبر جزءاً من القانون السابق الذي صدر لتفسيره، وعلى هذا النحو فإن أثره يرتد إلى الماضي، ويتعين على المحاكم تطبيقه على القضايا التي لم يتم الفصل فيها بعد بحكم نهائي.

- **القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب:** كالقوانين المتعلقة بالأهلية، فمثلاً إذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد من 19 إلى 21 سنة، فإنه يسرى على الأشخاص الذين بلغوا 19 سنة في ظل القانون القديم ولم يبلغوا بعد 21 سنة وقت نفاذ القانون الجديد، فيعتبرون قصراً بعد نفاذ هذا القانون، هذا مع ملاحظة أن التصرفات القانونية التي عقدها هؤلاء الأشخاص قبل صدور القانون الجديد تظل صحيحة ومرتبطة لآثارها القانونية، لأنها صدرت من أشخاص اعتبرهم القانون كاملي الأهلية وقت انعقادها.

**(II) إلغاء القاعدة القانونية****1- مفهوم الإلغاء:**

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها، وذلك بتجريدتها من قوتها الملزمة. والإلغاء قد صريحا وقد يكون ضمنياً. ويجب في الحالتين أن يصدر من السلطة التي أنشأت القاعدة القانونية، أو سلطة أعلى منها، لأنها المبدأ أن من يملك الأكثر يملك الأقل. فالقاعدة التشريعية تلغيها قاعدة تشريعية مثلها أو قاعدة تشريعية أعلى منها. فالتشريع الأساسي يلغى بتشريع أساسي مثله، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي.

**2- أنواع الإلغاء**

تنص المادة الثانية من التقنين المدني على أنه: "لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم". و من هذا النص أن الإلغاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا.

**أ- الإلغاء الصريح:**

يكون الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تنص صراحة على نسخ القاعدة القانونية القديمة. هذه صورة من صور الإلغاء الصريح، وهناك صورة أخرى تتمثل في حالة ما إذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتا بمدة معينة، بحيث تعتبر القاعدة ملغية بانقضاء هذه المدة. ومن الأمثلة على ذلك القوانين التي يصدرها المشرع أثناء الحرب لمواجهة ظروفها، وينص فيها على العمل بها أثناء مدة الحرب فقط، فإذا انتهت الحرب انتهى العمل هذه القوانين.

**ب- الإلغاء الضمني:**

يتحقق الإلغاء الضمني إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة، أو إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعا سبق أن نظمه تشريع سابق.

**- التعارض بين قاعدة جديدة وأخرى قديمة:**

إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة واستحال بذلك الجمع بينهما، اعتبرت القاعدة القديمة منسوخة وملغاة بالقاعدة الجديدة. والإلغاء يكون في حدود التعارض، بمعنى أنه إذا كان التعارض كلياً اعتبر القانون القديم منسوخاً بأكمله نسخاً ضمناً، أما إذا كان التعارض جزئياً فلا ينسخ القانون القديم إلا في حدود الأحكام التي وقع بينها التعارض.

ويقع التعارض الجزئي إذا اختلفت صفة القاعدتين بأن كانت أحدهما عامة والأخرى خاصة. فقد يقع أن تضع القاعدة القانونية القديمة حكماً عاماً، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم خاص، وفي هذه الحالة لا تلغى القاعدة القانونية القديمة بأكملها، وإنما ينسخ منها ما خصصته القاعدة القانونية الجديدة فقط.

**- تنظيم نفس الموضوع من جديد:**

إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه تشريع قديم، فإن هذا التشريع الأخير يلغى ضمناً إلغاء كلياً، أي حتى فيما لم تتعارض فيه نصوصه مع التشريع الجديد، والعلّة في ذلك أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته إلى العدول عن التشريع القديم بأكمله.

## نظرية الحق

**مقدمة:****التعريف بالحق:**

لقد اختلف رجال القانون حول تعريف الحق ، وبيان مدلوله ، وتحديد ماهيته، حيث ركز بعضهم اهتمامه على شخص صاحب الحق ، فوجد في إرادة هذا الشخص العنصر الجوهري في الحق ، ومنهم من اهتم بمحل الحق أو موضوعه ، واتجه فريق ثالث اتجاهاً وسطاً ، جمع فيه بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي ، ثم ظهر اتجاه جديد في تعريف الحق نادي به الفقيه دابان ؛ حيث ركز اهتمامه على عنصري الاستتار والتسلط في تعريفه للحق.

**(1) المذهب الشخصي " الإرادة":**

يتزعم هذا المذهب الفقيه سافيني SAVIGNY وينظر إلى الحق من منظور شخصي أي بالنظر إلى صاحب الحق فيعرف الحق بأنه " : قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدتها من القانون. " ويجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبة ، لهذا سمي بالمذهب الشخصي وقد انتقدت هذه النظرية لأنها تربط الحق بالإرادة ، بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن يكون له إرادة ، كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت حقوق للشخص دون عمله بها كالعائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها وكذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون عمله بها.

**(2) المذهب الموضوعي " المصلحة":**

ويتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني إهرنج IHERING ويعرف الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون" فوفقاً لهذا الرأي يتكون الحق من عنصرين، عنصر موضوعي وآخر شكلي ويقصد بالعنصر الموضوعي الغاية أو المصلحة التي تعود دائماً على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق مالياً، وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالي.

أما العنصر الشكلي فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركناً من أركان الحق، وهي ضرورية وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه. ولقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تعرف الحق بغايته، إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معياراً لوجود الحق، بينما الأمر ليس كذلك دائماً، فإذا كان من المسلم به أن الحق يترتب عليه مصلحة، فالعكس ليس صحيحاً، فمثلاً فرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية، يحقق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات لأن هذه الرسوم تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطيه الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم.

### (3) المذهب المختلط:

يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه سلطة إرادية يعترف بها النظام القانوني ويحميها، وقد وجه لهذه النظرية النقد الموجه للنظريتين السابقتين معاً.

### (4) النظرية الحديثة في تعريف الحق :

نتيجة للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، ظهرت النظرية الحديثة في تعريف الحق وتأثر بها أغلب الفقهاء، وحمل لواءها الفقيه دابان DABIN، ويعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه: "ميزة يقرها القانون لشخص ما، ويحميها بالطرق القانونية، وهذه الميزة تخول له التصرف متسلطاً على مال معترف له بالاستثناء به، بصفته مالكاً أو مستحقاً له "

وستتم دراسة نظرية الحق من خلال التطرق للمواضيع التالية:

القسم الأول: أنواع الحقوق

القسم الثاني: أركان الحق

الثالث: انتقال الحق

القسم الرابع: انقضاء الحق

## القسم الأول : أنواع الحقوق

تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية. وهذه الأخيرة إما حقوق عامة أو حقوق خاصة، وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة أو حقوق مالية ؛ وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية

وتعرف الحقوق السياسية بأنها الحقوق التي يقرها القانون للشخص باعتباره منتماً إلى بلد معين، وتخول له المساهمة في حكم هذه الدولة وإدارة شئونها. ومن أمثلة هذه الحقوق، حق الشخص في أن ينتخب أو ينتخب، وإبداء الرأي في الاستفتاء، وحقه في تولى الوظائف العامة في الدولة.

أما الحقوق المدنية الحقوق التي تثبت للفرد خارج النطاق السياسي، ويستوي في ذلك أن يكون وطنياً أو أجنبياً. وبهذا المعنى الأخير تثبت الحقوق المدنية لجميع الأفراد ، بغض النظر عن جنسيتهم ؛ ذلك أن هذه الحقوق هي حقوق لازمة لمباشرة الفرد نشاطه العادي ولا يستطيع الفرد الاستغناء عن مزاوله هذه الحقوق ومن أمثلة هذه الحقوق ، الحق في الحياة وحرية التعاقد وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى نوعين: الحقوق العامة والحقوق الخاصة.

وفيما يتعلق بالحقوق المدنية العامة فهي الحقوق التي تنقرر للشخص بصفته إنساناً ، ولذلك يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية ويعتبر القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق ؛ ومن أمثلة هذه الحقوق ، حقوق الفرد في سلامة كيانه المادي " جسده " ، كما تشمل هذه الطائفة من الحقوق، حق الشخص في حماية كيانه الأدبي أو المعنوي " كالشرف والاعتبار والخصوصية والفكر والعقيدة والعمل والانتقال والاسم والصورة والإنتاج الذهني " ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط بل تشمل أيضاً كافة الحقوق التي

تُمكن الشخص من مزاولته نشاطه المدني داخل الجماعة مثل الحريات الشخصية كحرية التنقل والتملك وحرمة المسكن ، وحرية الإقامة ، والتنقل والعمل ، والزواج ، وغيرها من الحريات.

بينما الحقوق المدنية الخاصة بالحقوق الخاصة هي تلك التي تقرها فروع القانون الخاص للشخص مثل القانون المدني أو التجاري أو قانون الأحوال الشخصية أو هي التي لا تثبت إلا لمن توافر فيه بمقتضى القانون سبباً لكسبها ، كحق الملكية وحق الشخص في أن يطلق زوجته. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية.

حقوق الأسرة هي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضواً في أسرة معينة على أساس قرابة النسب أو المصاهرة ، فمعيار التمييز فيها هو معيار العائلة أو الأسرة ، ومثال ذلك ، حق الزوج في الطاعة، وتأديب الزوجة والأولاد، وحق الزوجة على زوجها في الإنفاق عليها ، وحق الابن على أبيه في النفقة ، والحق في الإرث ، وهذه الحقوق مقررة لصالح الأسرة والشخص معاً لذلك كانت حقاً والتزاماً.

أما الحقوق المالية هي الحقوق التي يكون محلها قابلاً للتقويم بالنقود ، وقد يرد على شيء معين فيسمى حينئذ حقاً عينياً ومثاله حق الملكية الذي يكون محله منزلاً معيناً ، كما قد ترد هذه الحقوق على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به أحد أطراف العلاقة القانونية في مواجهة الآخر ، فينشأ ما يسمى بالحق الشخصي، وقد ترد هذه الحقوق على نتاج ذهن الإنسان وفكره ، فينشأ ما يسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية .

### أولاً : الحقوق العينية *Les droits réels*

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي يستطيع بمقتضاها صاحب الحق من استعمال حقه مباشرة ، دون حاجة إلى وساطة شخص آخر بين صاحب الحق والشيء محل الحق. فمالك

المنزل مثلاً يستطيع أن يستعمله بنفسه، أو أن يؤجره أو أن يرهنه أو أن يتصرف فيه بكافة التصرفات القانونية دون توقف ذلك على تدخل شخص آخر.

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين : حقوق عينية أصلية وهي تقوم مستقلة بذاتها وليست ضماناً لحق آخر وحقوق عينية تبعية لا تنشأ مستقلة وإنما تستند إلى حق شخصي "علاقة دائنية بين شخصين" وتقوم ضماناً للوفاء به.

## I) الحقوق العينية الأصلية *les droits réels principaux* :

الحقوق العينية الأصلية هي حقوق تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها وفقاً لنوع الحق العيني الأصلي. فإذا تجمعت هذه السلطات معاً في يد صاحب الحق، يسمى الحق " حق ملكية " ، وحيث تتجزأ أو تتوزع هذه السلطات، تنفرع عن حق الملكية حقوقاً أخرى وهي حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاع.

### 1- حق الملكية:

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها ، حيث أنه يخول صاحبه مكنه استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه<sup>1</sup>.

ولكن ما هو المقصود بكل من الاستعمال والاستغلال والتصرف ؟

أما عن الاستعمال فهو الإفادة من الشيء بطريقة مباشرة بغير الحصول على ثماره، فإذا كان الشيء الذي يرد عليه حق الملكية منزلاً كان استعماله سكناً، وإذا كان أرضاً زراعية، فإن استعمالها يتحقق عن طريق زراعتها، وإذا كانت سيارة، فإن استعمالها يكون بقيادتها.

<sup>1</sup> - المادة 674 ق. م.

أما عن الاستغلال فهو الإفادة من الشيء بطريقة غير مباشرة عن طريق الحصول على ثماره، فإذا كان الشيء الذي يرد عليه حق الملكية منزلاً ، فإن استغلاله يكون عن طريق تأجيره والحصول على ثمار ما يتولد عن الشيء بصفة دورية ومتجددة دون المساس بأصل الشيء نفسه.

أما عن التصرف ، فقد يكون التصرف مادياً أو قانونياً، فالأول يعنى القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى القضاء على مادة الشيء عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو تغيير شكله أو تحويله إلى شيء آخر كهدم بناء قائم أو تحويل الدقيق إلى خبز أو القمح إلى دقيق. أما الثاني : يعنى تنازل المالك عن ملكيته للغير أو بتقرير حق عيني على الشيء سواء كان حقاً عينياً أصلياً أو تبغياً

## (2) الحقوق المنفرعة عن حق الملكية:

### - حق الانتفاع

حق الارتفاق هو حق يتقرر للمنتفع على ملك الغير ، يخول له استعمال الشيء واستغلاله فقط دون التصرف فيه ، إذ يبقى للمالك سلطة التصرف في أصل الشيء ، ويطلق عليه في هذه الحالة " مالك الرقبة " ويتضح مما سبق ، أن للمنتفع أن يستعمل الشيء محل الحق فيما أعد له بطبيعته ، فإذا كان منزلاً سكنه ، وينقضي حق الانتفاع بوفاة صاحبه، إلا إذا كانت قد حددت له مدة، فإنه ينتهي بانتهائها ولو كان المنتفع لا يزال حياً، كما أنه ينتهي بدهاة بهلاك الشيء الذي يرد عليه، وبعدم الاستعمال وبترك المنتفع حقه مدة 15 سنة أي " سقوط الحق بالتقادم"<sup>2</sup>،

<sup>2</sup> - المادة 844 ق. م. وما يليها.

**- حق الاستعمال وحق السكنى**

حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر للشخص على ملك الغير ويخوله استعمال الشيء فيما اعد له هذا الشيء دون استغلاله أو التصرف فيه ، فإذا تقرر لشخص حق الاستعمال على ارض زراعية مثلاً كان له أن يزرعها بنفسه ، بحيث لا يمكن تأجيرها للغير ، ومن ثم فهو أضيّق نطاقاً من حق الانتفاع الذي يعطى صاحبه مكنة استعمال واستغلال الشيء أما حق السكنى فهو حق يخول صاحبه حق استعمال عين مملوكة للغير على نحو معين هو السكن ، بحيث يمتنع على الشخص أن يستعمل المنزل لأي غرض آخر غير السكن فيه ، فليس له أن يفتح فيه متجراً مثلاً أو أن يستغل هذا المنزل بتأجيره إلى الغير<sup>3</sup>.

**- حقوق الارتفاق**

وعرفته المادة 867 من القانون المدني على أنه: " حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر". ويسمى العقار المثقل بحق الارتفاق بالعقار المرتفق به والعقار الذي تقرر الحق لمصلحته بالعقار المرتفق<sup>4</sup> . مثل حق الارتفاق بالمرور الذي يقرر لمصلحة العقار المحصور عن الطريق العام على العقارات المجاورة المتصلة بهذا الطريق بما يمكن مالك العقار المحصور من الوصول إلى الطريق العام<sup>5</sup>. وحتى نكون بصدد ارتفاق لابد من توافر أربعة شروط أساسية هي:

— أن يوجد عقاران احدهما يسمى العقار الخادم وهو الذي يتقرر التكاليف عليه والآخر هو العقار المخدوم المقرر له الارتفاق.

— أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، حيث لا يرد حق الارتفاق إلا على ملك الغير .

— أن يكون التكاليف على العقار لا على الشخص المالك.

<sup>3</sup>- المادة 855 ق. م. وما يليها.

<sup>4</sup>- المادة 872 ق. م.

<sup>5</sup>- المادة 693 ق. م.

-أن تكون المنفعة لخدمة العقار وليس لخدمة مالكه.

وتتميز حقوق الارتفاق بأنها غير مؤقتة ، فهي كقاعدة عامة تبقى ما بق العقار الخادم والعقار المخدوم.

## (II) الحقوق العينية التبعية *les droits réels accessoires*

الحقوق العينية التبعية هي حقوق لا تنشأ مستقلة بذاتها ، وإنما تنشأ ضماناً للوفاء بحق من الحقوق الشخصية ، وللدائن بحسب الأصل ضمان عام يرد على جميع أموال مدين<sup>6</sup>، وإذا لم يكن الضمان العام كافياً للوفاء بالدين، فللدائن أن يحصل من مدينه على ضمان خاص، وقد يكون هذا الضمان الخاص شخصياً وقد يكون عينياً، فإذا كان شخصياً نشأ ما يسمى بالكفالة الشخصية<sup>7</sup>، بحيث يضم المدين إليه كفيلاً يضمنه في مواجهة الدائن عند عدم الوفاء، ولا يكون للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين<sup>8</sup>، وأما إذا كان الضمان عينياً نشأ ما يسمى بالحقوق العينية التبعية، ويعطى الحق العيني التبعية لصاحبه الحق في تتبع الشيء الضامن والتنفيذ عليه في أي يد يكون، كما أنه يعطى صاحبه أيضاً الحق في التقدم على غيره من الدائنين العاديين أو حتى على غيره من الدائنين ذوى الضمان الخاص التاليين له في المرتبة.

### (1) الرهن الرسمي:

الرهن الرسمي هو "عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"<sup>9</sup>. ويتضح من هذا التعريف أن الرهن الرسمي ينشأ بمقتضى اتفاق بين الدائن والمدين بناء على عقد رسمي لصالح الدائن، وضمناً للوفاء بدينه، حقاً عينياً على عقار، فلا يرد نتيجة لذلك على منقول، دون

<sup>6</sup> - المادة 188 ق. م.

<sup>7</sup> - المادة 644 ق. م.

<sup>8</sup> - المادة 660 ق. م.

<sup>9</sup> - المادة 884 ق. م.

حاجة لتخلي المدين الراهن عن حيازة العقار المثقل بالضمان، وهو يمنح الدائن المرتهن بعض السلطات على العقار المرهون، يستوفى بمقتضاها الدين من ثمنه؛ حيث يكون له سلطة التتبع أي أن يقوم باستيفاء حقه في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون، وكذلك سلطة التقدم بمقتضاه على الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار.

والرهن الرسمي لا يترتب عليه انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن فالراهن يظل محتفظاً بحيازة العقار المرهون رهنًا رسمياً والانتفاع به كما يشاء، كما أن ملكية العقار باقية له ويستطيع التصرف فيه وترتيب حقوق عينية عليه؛ بشرط عدم الإضرار بحق الدائن المرتهن، الذي يكون له عند عدم الوفاء بالدين أن يتتبع العقار في أي يد يكون وأن ينفذ عليه.

## (2) الرهن الحيازي:

الرهن الحيازي هو "عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى اجتبى يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"<sup>10</sup>

**ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في أنه لا يقتصر على العقار بل يجوز أن يكون محله منقولاً أو عقاراً، كما أن الرهن الحيازي مقارنة بالرهن الرسمي، يخول الدائن المرتهن سلطة حيازة الشيء المرهون وحبسه أي الامتناع عن رده إلى حين استيفاء الدين، وعليه واجب إدارته واستغلاله والمحافظة عليه ورده عند انتهاء الرهن، وفيما عدا هذه الاختلافات يشترط في محل الرهن الحيازي ما يشترط في محل الرهن الرسمي، أي أن يكون مما يصح التعامل فيه، وأن يكون معيناً ومملوكاً للراهن.**

<sup>10</sup> - المادة 948 ق.م.

**(3) حق التخصيص:**

حق الاختصاص هو الحق الذي بموجبه "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين المصاريف. ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة"<sup>11</sup>.

يتضح من التعريف السابق ، أن حق التخصيص هو حق عيني تبقي يثبت للدائن بأمر من القضاء على عقار معين أو أكثر من عقارات مدينه، بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين، ويكون للدائن بموجب هذا الحكم أن يستوفى دينه من المقابل النقدي لهذا العقار ، أو العقارات ، في أي يد يكون.

وحق التخصيص يتفق مع الرهن الرسمي في أثره ، ولكنه يختلف عنه من حيث نشوءه ، في أنه لا يتقرر باتفاق بين الطرفين ، بل يتقرر بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين.

**(4) حق الامتياز:**

يعرف المشرع حق الامتياز بأنه "أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته"<sup>12</sup>. كما يعرف بأنه "سلطة يقرها القانون للدائن مراعاة لصفة حقه تخوله أن يستوفى هذا الحق من مال معين أو من مجموع أموال مدينه بالأولوية على سائر الدائنين".

ويتضح من هذا التعريف، أن الامتياز لا يتقرر إلا بناء على نص القانون، وإذا لم يوجد نص يقرر الامتياز ، فإنه يتمتع على القاضي أن يعطى صفة الامتياز لدين معين مهما كانت طبيعته ، كذلك لا ينشأ الامتياز بناء على الاتفاق، فحقوق الامتياز من النظام العام، ولا يملك المدين باتفاقه مع الدائن أن يسبغ على دين هذا الأخير صفة الامتياز بغير نص في القانون.

<sup>11</sup> - المادة 937 ق. م.

<sup>12</sup> - المادة 982 ق. م.

هذا وتنقسم حقوق الامتياز إلى ثلاثة أنواع حسب الشيء الذي تقع عليه:

- الامتيازات العامة ، وهي التي ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار<sup>13</sup>، ومثاله امتياز الدولة بالنسبة لبعض الضرائب، والامتياز المقرر للعمال.
- الامتيازات الخاصة على المنقول، وهي التي تقع على منقول معين بالذات، كامتياز بائع المنقول ومؤجر العقار على منقولات المستأجر من مفروشات وغيره ضماناً للأجرة<sup>14</sup>.
- الامتيازات الخاصة على العقار، وهي التي تقع على عقار معين من عقارات المدين ، كامتياز بائع العقار<sup>15</sup>.

### ثانياً: الحقوق الشخصية *Les droit personnels*

الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين تخول أحدهما، وهو الدائن أن يلزم المدين بأداء معين لمصلحته، هذا الأداء قد يكون قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء. فعقد الإيجار مثلاً ينشئ حقوقاً شخصية لكل من المؤجر والمستأجر، فهو ينشئ للمستأجر حقاً قبل المؤجر محله عمل معين هو تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كذلك يكون للمؤجر قبل المستأجر حق شخصي محله عمل معين هو أن يقوم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها، كما قد يكون التزام المدين التزاماً بالامتناع عن عمل، كما إذا اتفق تاجر مع آخر على ألا يمارس تجارة معينة في منطقة معينة لمدة معلومة، ففي هذه الحالة ، ينشئ للتاجر الأول قبل الثاني حق شخصي محله الامتناع عن عمل شيء .

<sup>13</sup> - المادة 984 ف. 1 ق. م.

<sup>14</sup> - المادة 296 و 297 ق. ت.

<sup>15</sup> - المادة 984 ف. 2 ق. م.

**( I ) أنواع الحقوق الشخصية:**

تتنوع الحقوق الشخصية بتنوع الأداء الذي يلتزم به المدين تجاه الدائن، فهو قد يكون التزم بعمل، أو التزمًا بامتناع عن عمل، أو التزم بإعطاء، وسوف نتعرض لكل حالة من هذه الحالات فيما يلي:

**1- الالتزام بعمل obligation de faire :**

وهو الالتزام الذي يتعهد فيه المدين بأن يقوم بعمل ايجابي لمصلحة الدائن، كالالتزام المقاول ببناء منزل لشخص معين، وكالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر.

**2 – الالتزام بالامتناع عن عمل obligation de ne pas faire :**

وهو الالتزام الذي يتعهد فيه المدين بالامتناع عن فعل شيء كان له أن يقوم به لولا تعهده بالامتناع عنه ، ومثال ذلك التزم بائع المحل التجاري بعدم فتح محل آخر في مكان قريب من المحل الذي باعه.

**3 – الالتزام بإعطاء obligation de donner :**

والمقصود بإعطاء شيء هنا ليس تسليم شيء ، وإنما المقصود هو الالتزام بنقل أو تقرير حق عيني، كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، فمحل الالتزام في هذه الحالة هو نقل ملكية شيء ما إلى الدائن ، ومتى انتقلت الملكية انقضى الحق الشخصي.

**ثالثاً: الحقوق الذهنية Les droit intellectuels**

الحقوق الذهنية هي سلطات يقررها القانون لشخص على شيء معنوي غير محسوس هو نتاج فكره وخياله ، فيكون لصاحب الحق الذهني الاستثناء بما يرد عليه حقه ، بحيث ينسب إليه وحده ، ويكون له احتكار استغلاله مالياً وتتنوع الحقوق الذهنية ، فيتعلق بعضها بالملكية الصناعية ويندرج ضمنها براءات

الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية. ويتعلق البعض الآخر بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لحق المؤلف.

## القسم الثاني: أركان الحق

كما سبق ذكره الحق هو استثناء يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. وعليه تتمثل أركان الحق في صاحب الحق وهو الذي يستأثر بمزايا الحق، ومحل الحق هو ما يرد على الاستثناء. ومن ثم، فإن دراسة أركان الحق تقتضي التطرق لأشخاص الحق وموضوع الحق أي محله.

### الركن الأول: أشخاص الحق

الشخص هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية أو هو من يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات؛ ويثبت ذلك للشخص الطبيعي وهو الإنسان، أو لمجموعة من الأموال و/ أو الأشخاص كالشركات والجمعيات، التي تقوم بنشاط هادف منظم له قيمة اجتماعية، وتسمى بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية.

#### أولاً: الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان، وتثبت الشخصية القانونية للإنسان منذ ولادته حياً حتى إذا لم تتوافر له الإرادة الواعية مثل الصغير أو فاقد العقل، فالإنسان بمجرد ولادته تثبت له الشخصية القانونية أي مكنة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وتقتضى دراسة الأشخاص الطبيعيين ؛ أن نعرض لها من حيث مدة الشخصية القانونية ومميزات

الشخص الطبيعي.

## I) مدة الشخصية القانونية

لكل شخص طبيعي لها بداية ونهاية؛ وكذلك الشخصية القانونية لها بداية ونهاية ، ولهذا ينبغي

تحديد متى تبدأ الشخصية القانونية للإنسان ومتى تنتهي هذه الشخصية.

### 1) بداية الشخصية القانونية

حيث تنص المادة 25 مدني على أنه "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته. على

أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً".

### بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام الولادة حياً

تثبت الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً ، أو بمعنى آخر يكون بانفصال الجنين عن أمه

حياً، فإذا انفصل الجنين ميتاً، فلا تثبت له الشخصية القانونية، حتى ولو كان ذلك نتيجة إجهاض تعمد

الغير، كضرب الحامل على بطنها، وتتحقق حياة المولود ببعض العلامات المميزة كالنبض والصراخ والتنفس

.فإذا تمت ولادة المولود حياً تثبت له الشخصية القانونية، ولا يهم بعد ذلك مدى قابليته للحياة، فإذا مات

المولود بعد فترة وجيزة من ولادته، فلا يؤثر ذلك على شخصيته القانونية.

وتثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك ، فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج

بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى حسب ما ينص عليه قانون الحالة المدنية<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> - المادة 26 ق. م.

## مركز الجنين

الأصل أن الإنسان لا تثبت له الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته حياً، غير أن المشرع أجاز استثناء أن يكون للجنين شخصية قانونية ناقصة؛ وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 25 بنصها: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً".

وقد اعتبر المشرع أن الجنين له شخصية قانونية ناقصة وليست كاملة؛ لأنها تقتصر على اكتساب الحقوق دون التحمل بالالتزامات. وإذا نظرنا إلى الحقوق التي يعترف بها القانون للجنين، سنجد أنها الحقوق التي لا يحتاج فيها إلى قبول، نذكر منها على سبيل المثال الحقوق الآتية: الحق في ثبوت نسبه من أبيه، الحق في اكتساب جنسية أبيه، الحق في الإرث، الحق فيما يوصى له به، الحق في الاستفادة من الاشتراط الذي يشترطه له أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، كأن يكون مستفيداً من عقد التأمين.

أما الحقوق التي يحتاج اكتسابها إلى قبول، فلا يكون الجنين صالحاً لاكتسابها، وعلى هذا لا تصح الهبة له؛ لأن الهبة عقد لا ينعقد إلا بالقبول.

## (II) نهاية الشخصية القانونية

تنتهي شخصية الإنسان بموته؛ وقد يكون الموت حقيقياً وقد يكون اعتبارياً أو حكماً.

### الموت الحقيقي

يترتب على وفاة الإنسان سواء أكانت الوفاة طبيعية أم نتيجة حادث انتهاء شخصيته القانونية، بحيث لا يعود صالحاً لأن يكون صاحب حق أو مديناً بالتزام، وإنما تنتقل حقوقه إلى ورثته؛ إلا أن بعض الفقهاء يرى أن شخصية الإنسان تمتد افتراضاً، لحين سداد ديون المورث من أموال تركته، بحيث لا ينتقل إلى الورثة إلا ما يتبقى من أمواله بعد سداد ديونه.

ويستند هذا الرأي إلى القاعدة الشرعية التي تقضى بأن الورثة لا يستحقون أنصبتهم إلا من بعد سداد الديون؛ حيث لا تنتقل أموال المتوفى إلى الورثة إلا بعد سداد ديونه. ولا يخلو الرأي السابق من النقد؛ حيث تنتهي شخصية الإنسان بوفاته، ولا يتصور بقاءها بعد ذلك، حيث تنتقل أموال التركة إلى الورثة مثقلة بحقوق الدائنين، فيستوفى دائنو المورث حقوقهم من أموال التركة بالأولوية عن دائني التركة.

### الموت الحكى " مركز المفقود "

المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم<sup>17</sup>. كمن يخرج للسياحة وتنقطع أخباره مدة طويلة أو كمن يفقد في معركة حربية أو زلزال أو فيضان. أما الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود<sup>18</sup>. وسيتم التطرق لشروط اعتبار المفقود ميتاً، ثم لأثر الحكم بموته.

#### أ - شروط اعتبار المفقود ميتاً:

تختلف شروط اعتبار المفقود ميتاً باختلاف الحالات التي فقد فيها ، حيث لم يترك المشرع أمر المفقود معلقاً إلى أجل غير معلوم، وإنما حدد فترة زمنية معينة يحكم بعدها بموته، وهنا فرق المشرع بين نوعين:

<sup>17</sup> - المادة 109 من ق. أ.

<sup>18</sup> - المادة 110 من ق. أ.

**- حالة الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك**

إذا كان الشخص قد فقد في ظروف يغلب فيه الهلاك، كمن يفقد في الحروب أو الحالات الاستثنائية كزلازل أو فيضان أو من يفقد نتيجة وجوده في منزل قد أحترق. في مثل هذه الأحوال، يحكم القاضي باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده<sup>19</sup>.

**- حالة الفقد في ظروف يغلب فيها السلامة**

إذا كان الشخص فقد في ظروف يغلب فيها السلامة، كما لو انقطعت أخبار مسافر طلباً للعلم أو بغرض السياحة، ففي هذه الحالة لم يحدد المشرع المدة التي تحكم بعدها المحكمة بعدها بموت المفقود، وإنما ترك أمر تقدير هذه المدة إلى القاضي، وذلك بعد التحري عن وجوده على قيد الحياة أو وفاته بجميع الطرق الممكنة. ففي هذه الحالة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات<sup>20</sup>. ولا يجوز أن تقل عن أربع سنوات، باعتبار أن هذه المدة تُعد حداً أدنى ليس للقضاء أن ينزل عنه.

**ب - أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً**

بالنسبة للأثار المترتبة على الحكم باعتبار المفقود ميتاً، فإنه يفرق بين فرضين:

**- مركز المفقود بعد الحكم بموته**

فإذا حكم القاضي بموت المفقود، هنا تنتهي حياة المفقود، ويرتب هذا الحكم آثاره من تاريخ صدوره. -اعتبار المفقود ميتاً منذ صدور الحكم بالنسبة للرابطة الزوجية: يعتبر الحكم بالفقد مبرراً للزوجة من أجل رفع دعوى التطليق طبقاً لنص المادة 53 من قانون الأسرة.

<sup>19</sup>- المادة 113 من ق. أ.

<sup>20</sup>- المادة 113 من ق. أ.

– اعتبار المفقود ميتاً منذ صدور الحكم بالنسبة لماله: حيث توزع تركته على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته.

### – مركز المفقود الذي تتضح حياته بعد الحكم بموته

إذا ظهر المفقود بعد صدور الحكم القضائي بموته، اعتبر هذا الحكم أو القرار كأن لم يكن ومن ثم تزول بأثر رجعي الآثار التي كانت قد ترتبت عليه، ولهذا يسترد المفقود ما كان له من أموال أو ما كان يرثه من أموال ، كما تعود إليه زوجته .

#### بالنسبة لأموال المفقود:

إذا تحققت حياة المفقود بعد الحكم بموته، فيحق له يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها<sup>21</sup>. أما ما استهلكه هؤلاء من هذه الأموال، فإنهم لا يسألون عنه؛ حيث إن وجود هذه الأموال في يد من وزعت عليه كان يستند إلى حكم القضاء .

#### بالنسبة لزوجته:

إذا لم تكن الزوجة قد باشرت دعوى التطليق طبقاً لنص المادة 53 من قانون الأسرة أو باشرت بها ولم يفصل فيها بعد، فإنها لا تزال زوجته، كما أنه لو فصل فيها ولم تتقضي عدتها، فإنه يمكن أن يراجعها دون الحاجة لعقد جديد. أما إذا انقضت عدتها، فإنه لا بد من إبرام عقد زواج جديد. غير أن الإشكال يثور في حالة انقضاء عدة زوجة المفقود بعد الحكم بتطليقها منه وتزوجها بشخص آخر، فإنها تبقى للزوج الثاني، ما لم يكن هذا الأخير سيء النية أي كان على علم بحياة الزوج الأول عند زواجه منها ، هنا يعتبر الزواج باطلاً ، وتعود الزوجة إلى زوجها الأول.

<sup>21</sup>– المادة 115 من ق. أ.

**(II) مميزات الشخصية**

مميزات الشخصية هي كل ما يميز الشخص عن غيره. ويتميز الشخص عن غيره بحالته وباسمه وبموطن ، فلكل شخص اسم يسمح بتمييزه عن غيره ، ولكل شخص موطن يمكن العثور عليه فيه لمخاطبته فيما يتعلق بشؤونه القانونية، ولكل شخص حالة تسمح بتمييزه عن غيره، كما أن لكل شخص أهلية يباشر بمقتضاها حقوقه والتزاماته وذمة مالية.

**(1) الحالة:**

يقصد بحالة الشخص مجموعة الصفات التي يضعها القانون في الاعتبار، حيث يتوقف عليها تحديد مدى صلاحيته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وتتحدد هذه الصفات بانتماء الشخص إلى دولة معينة، ويطلق على ذلك الحالة السياسية، ومركز الشخص من حيث كونه منتسباً إلى أسرة معينة، ويعنى ذلك الحالة العائلية ، ومركز الشخص من حيث كونه منتسباً إلى ديانة معينة، وهو ما يسمى بالحالة الدينية.

**(أ) الحالة السياسية**

ويقصد بالحالة السياسية تمييز كل شخص عن الآخر بجنسيته، أي بانتمائه إلى دولة معينة، ويحدد القانون في كل دولة الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية<sup>22</sup>، وبناء على رابطة الجنسية يمكن التمييز بين المواطنين والأجانب فيما يتعلق بالحقوق التي يتمتع بها كل منهم، فهناك بعض الحقوق التي تثبت في الأصل للمواطنين دون الأجانب ، كالحقوق السياسية كحق الانتخاب أو الترشح، والحق في مباشرة بعض

<sup>22</sup> - أنظر مثلاً الأمر 70 - 86 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم.

المهن كالمحاماة ، والتوثيق. كما قد يحظر على الأجانب ممارسة هذه الحقوق. وهذه الجنسية إما أن تكون جنسية أصلية<sup>23</sup>، وإما أن تكون جنسية مكتسبة عن طريق الزواج<sup>24</sup> مثلاً أو عن طريق التجنس<sup>25</sup>.

### (ب) الحالة العائلية " القرابة "

يقصد بالحالة العائلية تحديد مركز الشخص من حيث انتمائه إلى أسرة معينة. والقرابة بوجه عام هي الصلة التي تربط بين شخصين ويرتب عليها القانون أثرًا. هذه الصلة قد تكون هي صلة الدم وهي التي تسمى قرابة النسب، كما قد تكون صلة المصاهرة وهي التي تسمى قرابة المصاهرة.

#### - قرابة النسب

وهي الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم. وقرابة النسب تنقسم إلى قسمين : قرابة مباشرة " قرابة الخط المستقيم" وقرابة غير مباشرة " قرابة الخط المنحرف" ويطلق عليها في اللفظ الشائع بـ "قرابة الحواشي".

#### القرابة المباشرة : قرابة الخط المستقيم

هي الصلة بين الأصول والفروع<sup>26</sup>، أو هي القرابة المنحصرة في عمود النسب، ومثال ذلك الصلة بين الابن والأب أو بين الحفيد والجد ، وقد تكون هذه القرابة صاعدة أو نازلة، وتكون صاعدة إذا كانت بين الابن وأبيه أو بين ابن الابن والجد وإن علا، وتكون نازلة ، حين تنزل من الأب إلى الابن أو من الجد إلى ابن الابن وقد سميت هذه القرابة بقرابة الخط المستقيم ؛ لأنها تربط بين أشخاص يتسلسلون أحدهم عن الآخر فيكون الخط الذي يربط بينهم خطأ مستقيماً.

<sup>23</sup>- المادة 6 وما يليها ق. ج. ج.

<sup>24</sup>- المادة 9 مكرر ق. ج. ج.

<sup>25</sup>- المادة 10 ق. ج. ج.

<sup>26</sup>- المادة 33 ف. 1 ق. م.

وتحسب درجة القرابة المباشرة على أساس اعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل مع عدم

حساب الأصل<sup>27</sup>؛ أي أنه عند الحساب يجب إسقاط الأصل دائماً واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة.

وتطبيقاً لذلك، فإن القرابة بين الابن وأبيه مثلاً هي قرابة من الدرجة الأولى؛ لأن الابن فرع وهذه درجة، وعدم حساب الأب باعتباره الأصل. ويعتبر ابن الابن في الدرجة الثانية من القرابة لجدته أو لجدته؛ لأن ابن الابن فرع، فيعتبر درجة، والأب أو الأم فرع، فيعتبر درجة ثانية، والجد أو الجدة أصل فلا يحسب.

### قرابة الحواشي : القرابة غير المباشرة أو قرابة الخط المنحرف

هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر<sup>28</sup>. فالأقرباء قرابة الحواشي لا ينحدر بعضهم من بعض، وإنما يتميزون بوجود أصل مشترك يجمع بينهم، مثال ذلك قرابة الأخ لأخيه، فليس أحدهما فرعاً للآخر، وإن جمعهما أصل مشترك وهو الأب أو الأم. وكذلك الأعمام والعمات وفروعهم بالنسبة للشخص يعتبرون من قرابة الحواشي؛ حيث يجمعهم به أصل مشترك هو الجد لأب أو الجدة لأب. ويعتبر من الحواشي أيضاً أولاد الأخوال والخالات؛ حيث يجمعهم أصل مشترك هو الجد لأم أو الجدة لأم.

وتحسب درجة قرابة الحواشي بأن تعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر مع اعتبار كل فرع درجة فيما عدا الأصل المشترك<sup>29</sup>. ولا تختلف طريقة حساب درجة قرابة الحواشي عن طريقة احتساب درجة القرابة المباشرة إلا في أن القرابة المباشرة تحسب درجة القرابة على أساس عمود نسب واحد، بينما في قرابة الحواشي، فنكون بصدد عمودين للنسب يجمع بينهم الأصل

<sup>27</sup> - المادة 34 ق. م.

<sup>28</sup> - المادة 33 ف. 2 ق. م.

<sup>29</sup> - المادة 34 ق. م.

المشترك، وتحسب درجة قرابة الحواشي على الأول صعوداً إلى الأصل المشترك ثم نزولاً على الثاني مع عدم حساب الأصل المشترك.

ونتيجة لذلك، يعتبر الأخ في الدرجة الثانية من القرابة لأخيه أو لأخته؛ حيث يحسب الأخ درجة، ولما كان الأب هو الأصل المشترك، فلا يحسب درجة، ثم من الأب إلى الأخ أو الأخت تحسب درجة، فتكون القرابة من الدرجة الثانية. ويعتبر ابن العم قريب من الدرجة الرابعة لابن عمه أو لابنه عمه، حيث يحسب الشخص درجة والأب درجة ثانية ثم لا يحسب الجد لأنه هو الأصل المشترك، ويحسب العم درجة ثالثة، ثم ابن العم درجة رابعة.

### قرابة المصاهرة

هي القرابة التي تقوم بين احد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. حيث يعتبر اقارب احد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر<sup>30</sup>. وتحسب درجة قرابة المصاهرة كما تحسب درجة قرابة النسب، وعلى ذلك، يكون أب الزوجة وأمها أقارب للزوج من الدرجة الأولى وعم الزوجة وعمتها وخالتها أقارب للزوج من الدرجة الثالثة.

### (ج) الحالة الدينية

يقصد بالحالة الدينية اعتناق الشخص لدين معين، ولا يؤثر الدين على المركز القانوني للشخص، فتحدد حقوقه وواجباته بصرف النظر عن الدين الذي يعتنقه فالقانون يطبق على الجميع دون تفرقة بين الأشخاص على أساس الدين.

<sup>30</sup> - المادة 35 ق. م.

## (2) الاسم:

## (أ) الحق في الاسم

لا شك أن الاسم من مميزات الشخصية، فهو الذي يميز كل شخص عن غيره من الناس، ويتكون الاسم عادة من عنصرين : الاسم الشخصي ، وهو الذي يميز الشخص عن بقية أفراد أسرته، واللقب وهو اسم العائلة، وهو الذي يميز الشخص عن غيره ويحدد انتمائه إلى أسرة معينة<sup>31</sup>.

## (ب) الطبيعة القانونية للاسم

ثار جدل في الفقه حول الطبيعة القانونية للحق في الاسم ، فذهب رأى إلى أن الحق في الاسم من حقوق الأسرة، ولكن يؤخذ على هذا الرأي، أنه يشترط لكي يكون للشخص اسم يجب أن ينتمي إلى أسرة، فقد يكون الشخص مجهول الأبوين كاللقيط ومع ذلك، فإنه يتسمى باسم معين. كما يمتاز الاسم بأنه شائع بين الناس جميعاً، فمن تسمى باسم محمد مثلاً ، لا يجوز أن يمنع غيره من التسمي بهذا الاسم، كما أن اللقب وهو اسم الأسرة، فهو شائع بين جميع أفراد الأسرة؛ وهذا على خلاف حق الملكية الذي يمتاز بأنه حق مقصور على صاحبه ، يستطيع أن يمنع غيره من استعماله .

ويذهب رأى آخر إلى أن الحق في الاسم حق ملكية، ولكن هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى الفقه، على أساس أنه إذا كان لصاحب الاسم حق عليه، فإن هذا الحق ليس بحق ملكية، ولكنه يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ويسرى عليه نفس خصائص هذا النوع من الحقوق، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

– بطلان التصرفات القانونية التي ينزل بمقتضاها الشخص عن حقه في اسمه لمصلحة شخص آخر.

<sup>31</sup> - المادة 28 ق. م.

- حق الإنسان على اسمه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط، ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقاً عليه ، مهما طال مدة انتحاله واستعماله إياه.
- عدم جواز الحجز على حق الإنسان على اسمه.

### (ج) الحماية القانونية للاسم

باعتبار أن الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإن القانون يحميه كما يحمي الشخصية، فلا يجوز الاعتداء على حق الشخص على اسمه، كما لو انتحل الغير اسمه، أو نازعه في استعماله. ويتقرر للمعتدى عليه الحق في مطالبة المعتدى بالامتناع عن الاعتداء، فضلاً عن حقه في التعويض عما لحقه من أضرار مادية أو معنوية ناشئة عن هذا الاعتداء. حيث أن لكل شخص نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض، عما يكون قد لحقه من ضرر<sup>32</sup>. وإذا حدث أن تطابقت الأسماء بين شخصين تطابقاً كاملاً على سبيل المصادفة، فلا نكون بصدد اعتداء على حق الإنسان على اسمه، إذ لكل شخص حرية اختيار الاسم الذي يراه، ولكن نكون بصدد اعتداء أو انتحال، إذا كان استعمال الاسم القصد منه إيهام الغير بأنه الشخص الآخر.

### (د) أنواع الحق في الاسم

#### - الاسم الشخصي واسم الشهرة

الاسم الشخصي هو الاسم الحقيقي الذي يطلق على الشخص عند ولادته. أما اسم الشهرة هو اسم مخالف للاسم الحقيقي للشخص يطلقه عليه الجمهور فيشتهر به أمام الناس. ويتمتع اسم الشهرة عند ذبوعه بنفس الحماية التي كفلها القانون للاسم الحقيقي ، فيصبح حقاً لصاحبه، وله أن يطالب بوقف الاعتداء إذا ما

<sup>32</sup> - المادة 48 ق. م.

نازعه الغير في اسم الشهرة بلا مبرر ، وكذلك المطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من أضرار مادية أو معنوية ناشئة عن الاعتداء .

وقد تدعو الضرورة شخص ما أن يغير اسمه ؛ فقد يكون الاسم مثيراً للسخرية لذا يجوز لصاحب الاسم الحقيقي أن يغيره بعد استيفاء الإجراءات التي نص عليها القانون ، لضمان جدية التغيير ، وإعلانه للجمهور ،حفاظاً على مصلحة المجتمع ، وتجنباً لما يلحق الغير من ضرر نتيجة تغيير الاسم .

### - الاسم المستعار

وهو الاسم الذي يطلقه الشخص على نفسه رغبة منه في إخفاء شخصيته، ككاتب ناشئ يريد أن يطمئن على ما يكتبه بدون أن يعرض اسمه الحقيقي لنكسة أو هزة ؛ أو أن تظهر فنانة جديدة وتصطنع اسماً فنياً جديداً لها لتطلقه على نفسها بقصد أن تلفت نظر الجماهير لتحقيق الشهرة في المجال الفني، أو يجد المغنى أو الممثل أن اسمه صعب النطق أو غير موسيقى أو أنه اسم شائع ، فيختار اسماً سهلاً أو متميزاً أو سهل الحفظ، لكي يظهر به على الجمهور ويساعده على الشهرة. ويتمتع الاسم المستعار بذات الحماية القانونية إذا اشتهر به الشخص ؛ بحيث يصبح متعلقاً بشخصيته، ويكون شأنه في ذلك شأن الاسم الحقيقي.

### - الاسم التجاري

هو الاسم الذي يتخذه شخص أو شركة أو أية مؤسسة تجارية لكي يتميز به المحل أو المنشأة، وقد يكون الاسم التجاري هو اسم صاحب المحل أو المنشأة ، وقد يكون اسماً آخر. والحق على الاسم التجاري يختلف عن حق الشخص على اسمه، إذ أن الحق على الاسم التجاري حق مالي أي له صفة مالية، ولهذا يصح التصرف فيه بالتنازل عنه إلى الغير شريطة ألا يكون هذا التصرف مستقلاً عن المحل التجاري، ويجوز للمتصرف إليه أن يستخدم في هذه الحالة الاسم التجاري المتصرف فيه كعلامة مميزة للمحل التجاري المتصرف فيه.

ولا يجوز الاعتداء على الاسم التجاري وللمعتدى عليه أن يدفع هذا الاعتداء وله أن يطالب المعتدى سواء كان هذا الاعتداء بانتحال هذا الاسم التجاري أو بطريقة أخرى بوقف الاعتداء وبتعويضه عما أصابه من ضرر.

### (3) الموطن Le domicile

#### (أ) تعريف الموطن

موطن الشخص هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز للشخص أن يكون له أكثر من موطن واحد في نفس الوقت<sup>33</sup>. وبالتالي فالموطن هو المحل القانوني للشخص بالنسبة لكل ما يتعلق بأعماله وتصرفاته القانونية، وعلاقاته مع غيره من الأشخاص، بحيث يعد موجوداً فيه بصفة دائمة، حتى ولو تغيب عنه فترة مؤقتة وفي هذا المعنى يختلف الموطن عن محل الإقامة؛ فالموطن هو الذي يقيم فيه الشخص إقامة دائمة ومستقرة ولو تخلل ذلك فترات غياب مؤقتة، أما محل الإقامة فهو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة كالإقامة في فندق أثناء رحلة سياحية أو غير ذلك.

#### (ب) أنواع الموطن

ينقسم الموطن إلى نوعين: هما الموطن العام وقوامه فكرة الإقامة المعتادة، وموطن الخاص، أما الموطن الخاص فيوجد بجانب الموطن العام، ويكون مقراً قانونياً للشخص بالنسبة لنشاط أو معاملات

<sup>33</sup> - المادة 36 ق. م.

معينة على وجه التحديد، وذلك بقصد التيسير على الشخص وعلى المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات<sup>34</sup>.

وللموطن الخاص أكثر من صورة، فهناك موطن الأعمال، وموطن ناقص الأهلية والموطن المختار.

### - موطن الأعمال أو الموطن التجاري أو المهني أو الحرفي:

تنص المادة 37 من القانون المدني على أنه: "يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

وبالتالي جعل المشرع المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً للمعاملات المتعلقة بتلك التجارة أو المهنة، ويترتب على ذلك، أن التاجر و الحرفي لهما إضافة إلى موطنهما العام وهو محل إقامتهما موطن خاص يتمثل في المكان الذي يباشر فيه كل منهما تجارته أو حرفته. وموطن الأعمال بالنسبة إلى التاجر أو الحرفي هو موطن خاص فقط بالنسبة للمعاملات القانونية المتعلقة بتجارته أو بحرفته، أما بالنسبة إلى بقية شؤون هذا الشخص، فيبقى الموطن بخصوصها موطنه العادي وهو محل إقامته المعتاد.

### - موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب

موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب هؤلاء قانوناً<sup>35</sup>. وهو ما يعرف بالموطن القانوني الإلزامي الذي يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لهم. غير أنه بجانب هذا الموطن،

<sup>34</sup>- أنور سلطان المرجع السابق الذكر.

<sup>35</sup>- المادة 38 ق. م.

يكون للقاصر المأذون له<sup>36</sup> أو المرشد<sup>37</sup> الذي يعتبره القانون أهلاً لمباشرة بعض التصرفات موطن خاص بالنسبة لها<sup>38</sup>.

#### - الموطن المختار:

وهو المكان الذي يتخذه الشخص من أجل تنفيذ تصرف قانوني، وبالتالي يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف، ولا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة<sup>39</sup>. ومن أمثلة ذلك، أن يقوم الشخص باختيار مكتب محام كموطن مختار له بخصوص تبليغه بالإجراءات المتعلقة بدعواه. والأصل أن اتخاذ موطن مختار بالنسبة لتنفيذ تصرف قانوني معين أمراً جوازياً للشخص، فيجوز أن يكون موطنه العام هو الموطن بالنسبة لتنفيذ هذا التصرف، وقد اشترط المشرع إثبات الموطن المختار بالكتابة منعاً من إثارة الشك حول وجوده من عدمه.

#### (4) الأهلية:

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً حتى وفاته، وهذه الشخصية القانونية هي صلاحية الشخص للوجوب له أو عليه، فبمجرد ولادة الإنسان يكون صالحاً لأن تنقرر له الحقوق، ولأن يتحمل بالالتزامات. بيد أنه ينبغي أن يباشر الحقوق والالتزامات حتى تتحقق الآثار المترتبة عليها، وهذا لا يكون ممكناً إلا إذا كان مرتبطاً بنشاط إرادي للفرد وقدرة معينة على التمييز لديه؛ وهذه المباشرة أو القدرة هي ما يطلق عليه اصطلاحاً "الأهلية".

<sup>36</sup>- المادة 84 ق. أ.

<sup>37</sup>- المادة 5 ق. ت.

<sup>38</sup>- المادة 38 ق. م.

<sup>39</sup>- المادة 39 ق. م.

## أ - تحديد معنى الأهلية بنوعيتها

- أهلية الوجوب **capacité jouissance** :

ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات وتثبت أهلية الوجوب للجميع بصرف النظر عن السن أو الإدراك أو التمييز ، فهي تنقرر لعدم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون؛ لأن مناط أهلية الوجوب هو الحياة، وتظل أهلية الوجوب ملازمة للشخص، طالما بقي على قيد الحياة، ولا تزول عنه إلا بالوفاة، فالإنسان بمجرد ولادته تثبت له الحقوق وتترتب عليه التزامات ، ولكنه لا يستطيع أن يباشر الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه؛ فهو غير أهل لمباشرة هذه الأعمال، وتلك القدرة على مباشرة الأعمال القانونية هي التي تسمى في الاصطلاح بـ"أهلية الأداء".

- أهلية الأداء **capacité d'exercice**

هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون، ومعنى ذلك أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية وبالتالي، فهي لا تثبت لكل إنسان بمجرد الميلاد، وإنما تثبت للإنسان الذي تتوفر لديه ملكات التمييز والإدراك، فأهلية الأداء قد تكون معدومة، وذلك منذ ميلاد الشخص حتى بلوغه الثلاثة عشر سنة، وقد تكون أهلية الأداء كاملة ببلوغ الشخص تسعة عشر سنة، وحينئذ يكون كامل الإدراك والتمييز، وقد تكون أهلية الأداء ناقصة إذا بلغ الشخص الثلاثة عشر سنة حتى قبل بلوغه تسعة عشر سنة، وحينئذ يكون ناقص الإدراك والتمييز.

## ب) مراحل الأهلية

يعتد القانون بسن الشخص كمعيار لتحديد مدى أهلية الأداء المقررة له، طالما أن قدرة الشخص على التمييز والإدراك تتدرج بحسب سنه، فقد ربط القانون بين مدى خطورة التصرف من ناحية وسن المتصرف من ناحية أخرى. وفي هذا الصدد، فقد فرق المشرع بين بين ثلاثة مراحل من عمر الإنسان.

## - الصبي غير المميز " عديم الأهلية "

تنص المادة 42 من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".  
يتضح من هذا النص، أن المشرع لا يعتبر الإنسان أصبح مميز إلا إذا وصل لسن الثالثة عشر، أما قبلها فيكون الشخص فاقد التمييز، وبالتالي فاقد لأهلية الأداء. ويكون الصبي غير المميز عديم الأهلية، له أهلية وجوب كاملة وليست له أهلية أداء مطلقاً، وبناء عليه لا يستطيع هذا الصبي أن يقوم بأي عمل من الأعمال القانونية بنفسه، وأي تصرف يجريه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>40</sup>.

ويستوي أن يكون التصرف الذي يجريه نافعاً نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً، أو دائرة بين النفع والضرر، مثال ذلك أن الطفل في هذه المرحلة لا يجوز أن يقبل الهبة لانعدام إرادته وفقدان تمييزه، وبالتالي تبطل الهبة له رغم كونها تصرف نافع نفعاً محضاً. واحتراماً لرغبة الطفل غي المميز في إبرام التصرفات القانونية، فقد قرر المشرع أن يتولى نيابة عنه في مباشرة تصرفاته الممثل القانوني له وهو الولي أو الوصي<sup>41</sup>.

ويختلف الحكم، إذا كان التصرف القانوني لا يستلزم تعبيراً إرادياً من جانب الصبي غير المميز، فتترتب آثاره القانونية، ويتمثل ذلك في التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة، كما في الوصية، التي يكفي فيها إرادة الموصي والتي ينتقل بمقتضاها المال الموصى به إلى الموصى له مصرأ على وصيته دون حاجة إلى القبول من جانب الموصى له، لذلك تصح الوصية للصبي غير المميز.

<sup>40</sup> - المادة 82 ق. أ.

<sup>41</sup> - المادة 88 وما يليها ق. أ. والمادة 95 ق. أ.

## - الصبي المميز " ناقص الأهلية "

تنص المادة 43 من القانون المدني على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

ويعد الصبي في هذه المرحلة ناقص الإدراك لصغر سنه نسبياً ، لذا يسمى بناقص الأهلية لتوافر قدر من الأهلية لديه يختلف سعة وضيقاً أيضاً بحسب تقدمه في السن، ولكنه لا يصل إلى مرحلة الكمال، فهو ليس معدوم الأهلية ، وليس أيضاً بكاملها، وإنما يتمتع ببعضها فقط. وتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء<sup>42</sup>.

## - البالغ سن الرشد " كامل الأهلية "

تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

وبالتالي إذا بلغ القاصر تسعة عشر سنة كاملة، فإنه يكون بالغاً سن الرشد، ويجوز له أن يباشر كافة التصرفات القانونية في أمواله شريطة أن يكون متمتعاً بقواه العقلية. أما إذا كان القاصر مصاباً بعارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته، فلوليه أو الوصي عليه أن يطلب من المحكمة الحجر عليه حتى يزول هذا العارض ولو تجاوز سنه تسعة عشر سنة كاملة<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> - المادة 83 ق. أ.

<sup>43</sup> - المادة 101 ق. أ.

**ج) عوارض الأهلية**

رغم بلوغ الشخص سن الرشد، قد يلحقه عارض من عوارض الأهلية يفقده التمييز، فيصبح عديم الأهلية، وذلك في حالة الجنون والعتة، أو تؤثر على حسن إدراكه وتدبيره للأمور، فيصبح ناقص الأهلية، وذلك في حالة السفه والغفلة .

**- العوارض المعدمة للأهلية: الجنون والعتة**

الجنون هو مرض يصيب عقل الشخص فيعده التمييز، ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، فالأول هو الجنون المستمر الذي لا تتخلله فترات إفاقة، وفي هذه الحالة تكون تصرفات المجنون كلها باطلة بطلاناً مطلقاً، وأما الجنون المتقطع الذي تتخلله فترات إفاقة، ويعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن ما يصدر من المجنون من تصرفات في فترات الإفاقة يكون صحيحاً ، وتبطل في أوقات الجنون.

ولم يفرق المشرع بين الجنون المطبق والجنون المتقطع واعتبر تصرفات المجنون والمعتوه كلها باطلة متى صدرت بعد الحجر عليه.

أما العتة هو خلل يصيب عقل الشخص، فيجعله قليل الفهم، مضطرب التفكير، فاسد التدبير . وقد سوى المشرع بين المجنون والمعتوه من حيث أهلية الأداء، فاعتبر كل منهما معدوم الأهلية لانعدام التمييز . وقد نصت على ذلك المادة 42 من القانون المدني بنصها على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر السن أو عته أو جنون".

وفيما يتعلق بتصرفات المجنون والمعتوه، فإنها بعد صدور الحكم بالحجر عليهما تكون باطلة، أما التصرفات التي تقع قبل صدور هذا الحكم، فإنها تكون باطلة إذا كانت أسباب الحجر (أي حالة الجنون أو العتة) ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

**- العوارض المنقصة للأهلية: السفه والغفلة:**

السفه هو التبذير في إنفاق المال على خلاف ما يقضي به العقل والشرع، كمن يدمن المقامرة أو يبالغ في التبرع . أما ذو الغفلة هو إنسان طيب القلب إلى حد الغفلة، بحيث يتولد عن طيبة قلبه الزائد أن يغبن في معاملاته المالية ، فلا يقدر على التمييز بين الربح والخاسر وقد سوى المشرع بين السفه وذي الغفلة، فاعتبر كلا منهما ناقص الأهلية، كالصبي المميز<sup>44</sup>.

**(د) موانع الأهلية**

قد يكتمل لدى الشخص البالغ الإدراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية، ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون مباشرته للتصرفات القانونية بنفسه، وإنما يلزم حتى تعد تصرفاته صحيحة، أن يقوم شخص آخر نيابة عنه في إبرام هذه التصرفات وهذا المانع قد يكون طبيعياً كإصابة الشخص بعاهة أو عجز جسماني، وقد يكون المانع قانونياً كالحكم على الشخص بعقوبة جنائية، كما قد يكون المانع مادياً بغياب الشخص.

**- المانع الطبيعي : "العاهة المزدوجة"**

تنص المادة 80 من القانون المدني على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

---

<sup>44</sup>- المادة 43 ق. م.

ويتضح من هذا النص، أن الشخص الذي يصاب بعاهتين من هذه العاهات يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته، ويجوز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته مساعدته فيها، فمثل هذا الشخص يكون كامل الأهلية والإدراك والتمييز؛ لأن إرادته سليمة إلا أنه يكون في وضع يستعصى عليه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية؛ بحيث يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً ولهذا فإن مهمة المساعد القضائي هي معاونة من تقرر مساعدته، وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرفات التي تقرر فيها المساعدة، فإذا تقرر المساعدة القضائية بالنسبة لتصرف معين، فلا يجوز أن يستقل بإجراء هذا التصرف الشخص الذي تقرر مساعدته، بحيث إذا صدر منه بغير معاونة المساعد، كان هذا التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل قرار المساعدة.

- **المانع القانوني:** في حالة الحكم بعقوبة جنائية على الشخص، فإن تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني عليه، الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. وتتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي<sup>45</sup>.

- **المانع المادي "الغيبية والفقْد":** إذا كان الشخص مفقوداً أو غائباً تسببت غيبته في ضرر للغير، فإنه على القاضي عندما يحكم بالفقْد أو الغيبية أن يحصر أموال المفقود، وأن يعين في حكمه مقوماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود أو الغائب الذي تسببت غيبته في ضرر لغير<sup>46</sup>.

#### هـ) الذمة المالية

الذمة المالية هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية، في الحال والاستقبال. يتبين من هذا التعريف أن ذمة الشخص المالية تقتصر على الحقوق والتزامات المالية دون غيرها، كما

<sup>45</sup> - المادة 9 مكرر ق. ع.

<sup>46</sup> - المادة 111 ق. أ.

يتبين أيضاً أن هذه الذمة تتألف من جانبين؛ جانب إيجابي هو مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلاً، وكذلك الحقوق المالية التي ستتعلق به في المستقبل. وجانب سلبي هو مجموع التزامات الشخص المالية أي الديون. لذلك شبهها البعض "بوعاء يحتوي على الحقوق المالية والديون، فإذا وجد هذا الوعاء في وقت ما فارغاً، فإن هذا لا يخل بصلاحيته لتلقي ما يستجد لصاحبه من حقوق والتزامات مالية في أي وقت آخر ما دام صاحبه حياً وأهلاً لأن يتعلق به هذا النوع من الحقوق والالتزامات"<sup>47</sup>.

### ثانياً: الشخص الاعتباري أو المعنوي *La personne morale*

الشخص الاعتباري أو المعنوي هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تقم لتحقيق غرض معين ويمنحها القانون الشخصية لتحقيق ذلك.

فمثلاً، إذا اتفق مجموعة من الأشخاص على تكوين شركة، فإن هذه الشركة تظهر إلى الوجود في شكل كائن مستقل عن الأشخاص المكونين لها<sup>48</sup>، بمعنى أن هذه الشركة تكون لها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لهؤلاء الأشخاص، كما يكون لها اسم خاص بها، وموطن مستقل، وأهلية مستقلة، وغير ذلك من خصائص الشخصية القانونية وتنتقل بذلك عن الشخصية القانونية للأشخاص المكونين لها.

والأصل أن الإنسان يتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنه من أن يكون طرفاً من أطراف الحق. والإنسان يعد شخصاً طبيعياً، غير أنه ليس بالشخص الوحيد، بل يوجد بجانبه ما يسمى بالشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري. لأن الإنسان عاجز لضعف قواه، وقلة موارده، وقصر عمره عن تحقيق الأغراض الاجتماعية الكبرى التي تتطلب جهداً كبيراً، وأموالاً معتبرة، ووقتها طويلاً، بل هو مضطر ليضم نشاطه إلى نشاط غيره ليكون من مجموعها قوة لا تفنى بسرعة تستطيع الاضطلاع بمسؤوليات جسام من

<sup>47</sup> - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص. 210.

<sup>48</sup> - المادة 417 ق.م.

الناحية الاجتماعية والاقتصادية. ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أن يقوم الإنسان إلى تضافر جهوده مع جهود غيره وإنشاء جماعات تؤمن له تحقيق أغراضه. مما دفع المشرع إلى أن يعترف بهذه الجماعات وينظمها<sup>49</sup>.

## I وجود الشخص الاعتباري

### 1 بداية الشخصية الاعتبارية

يتوقف اكتساب الشخصية المعنوية على اعتراف المشرع بها. وأن يتم تكوين الشخص المعنوي وفقا للشروط التي يتطلبها القانون<sup>50</sup>.

والاعتراف بالشخص المعنوي قد يكون اعترافا عاما، ويكون ذلك بأن يضع المشرع مسبقا شروطا عامة إذا تحققت في جماعة من الأشخاص أو الأموال اكتسب الشخصية المعنوية بقوة القانون. كما أن الاعتراف قد يكون خاصا، إذ يتطلب المشرع في بعض الحالات لاكتساب الشخصية المعنوية صدور إذن أو ترخيص خاص بذلك.

### 2 نهاية الشخصية الاعتبارية

تنتهي الشخصية الاعتبارية بأحد الأسباب الآتية:

أ - انتهاء الأجل : ينتهي الشخص الاعتباري بانتهاء الأجل المحدد له في سند إنشائه.

<sup>49</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 240 و241.

<sup>50</sup> - المادة 51 ق. م.

**ب - تحقق الغرض أو استحالته :** ينتهي الشخص الاعتباري بتحقيق الغرض الذي أنشأ من أجله

أو إذا ثبت استحالة تحقيق هذا الغرض

**ج - الحل :** تنتهي الشخصية الاعتبارية قبل موعدها عن طريق الحل أو سحب الاعتراف بها، وهذا

الحل قد يكون اختيارياً باتفاق أعضائه ، وقد يكون الحل إجبارياً أي بحكم قضائي ، وذلك متى خالف

الشخص الاعتباري القانون أو النظام العام أو الآداب ، أو إذا وجد مسوغ خطير يبرر ذلك.

ويتعين تصفية أموال الشخص الاعتباري وتوزيع ما تبقى من أمواله، إذا تحقق سبب من أسباب

انتهائه ، وقد يترتب على ذلك بقاء الشخص الاعتباري بالقدر اللازم لأعمال التصفية ، على أن يوزع ما تبقى

من أموال الشخص الاعتباري وفقاً للتحديد الوارد في سند إنشائه ، مع مراعاة القيود التي نص عليها القانون

فيما يتعلق بتوجيه هذه الأموال المتبقية كما هو الشأن في الجمعيات ؛ حيث لا يجوز أن تؤول هذه الأموال

إلى أعضاء الجمعية أو إلى ورثتهم أو أسرهم ، بل إلى غرض آخر من أغراض الجمعية.

## (II) خصائص الشخص الاعتباري

يترتب على الاعتراف لجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بالشخصية القانونية، أن تكون

لها في نظر القانون شخصية قانونية متميزة عن شخصية الأعضاء المكونة لها. وتصبح بالتالي صالحة

لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأهلاً لمباشرة التصرفات القانونية، وأهم خصائص الشخص الاعتباري:

### 1- الاسم

يتمتع الشخص الاعتباري ، على غرار الشخص الطبيعي ، باسم يتميز به، وهو مستمد غالباً من

الغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري من أجله، فمثلاً ، تتخذ شركات الأموال تسمية تجارية<sup>51</sup> لها تستمد

<sup>51</sup> - المادة 593 ق. ت.

من الغرض الذي ترمى إليه هذه الشركات، وكذلك الشأن بالنسبة لاسم الجمعيات والمؤسسات، حيث يتم وضعه بناء على الغرض الذي أنشأت من أجله، بينما يكون اسم شركات الأشخاص عبارة عن عنوان تجاري الذي يكون من أسماء الشركاء المتضامنين أو اسم أحدهم مع إضافة عبارة وشركاؤه<sup>52</sup> لتمييز اسم الشخص المعنوي واستقلاله عن شخصية الأشخاص المكونين له.

ويضفي المشرع الحماية القانونية على اسم الشخص الاعتباري، كما هو مقرر بالنسبة للشخص الطبيعي، حيث يجوز لممثليه طلب وقف الاعتداء على اسمه، ولو لم يصب بضرر ناتج عن الاعتداء، فضلاً عن الحق في التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الاعتداء على اسمه مع الوضع في الاعتبار، أن الحق في الاسم بالنسبة للشخص الطبيعي يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ومن ثم فلا يجوز التصرف فيه، بينما الاسم بالنسبة للشخص الاعتباري أو المعنوي يعد من الحقوق المالية، ومن ثم يجوز التصرف فيه بالبيع مثلاً باعتباره من أحد السمات المميزة للمحل التجاري، وهذا يقتصر على الشركات التجارية، أما أسماء الجمعيات، فإن الحق في الاسم بالنسبة لها يظل من قبيل الحقوق اللصيقة بالشخصية، لأنها أنشئت في الأصل بغرض لا يهدف إلى تحقيق الربح، ومن ثم فلا يجوز لها أن تتصرف في أسمائها للغير.

## 2 - الموطن

للشخص الاعتباري موطن خاص به مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له، ويتحدد موطن الشخص الاعتباري بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته<sup>53</sup>، والذي يتم تحديده عادة في نظامه الأساسي. وإذا تعددت فروع الشخص الاعتباري، اعتبر كل فرع موطناً خاصاً بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذا الفرع.

<sup>52</sup> - المادة 552 ق. ت.، والمادة 563 مكرر 2 ق. ت.

<sup>53</sup> - المادة 50 ق. م.

**3 - الذمة المالية**

باعتبار أن الشخص الاعتباري يتمتع بكيان مستقل واسم خاص به، فإن له ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له، أو الأشخاص القائمين على إدارته، ولا يجوز لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على هؤلاء الأشخاص ومطالبتهم بسداد ديون الشخص الاعتباري من أموالهم الخاصة. ولكن هناك استثناء على هذا المبدأ فيما يتعلق بشركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي، إذ يسأل الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، إذا لم تكف أموال الشركة لسداد هذه الديون، حيث يعتبر الشركاء المتضامنون مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة<sup>54</sup>.

**4 - حق التقاضي**

يتمتع الشخص الاعتباري بحق التقاضي، ويمكن هذا الحق الشخص الاعتباري من المثول أمام القضاء باسمه الشخصي وبشكل مستقل عن أعضائه، فللشخص الاعتباري أن يقاضى وأن يتقاضى، وترفع الدعاوى منه أو عليه باسم من يمثله قانوناً<sup>55</sup>.

**5 - أهلية الشخص الاعتباري**

يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية وجوب وأهلية أداء؛ حيث إنه يعتبر أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة "أهلية الوجوب"، ويمكن له من جهة ثانية مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه "أهلية أداء"، ولكن لا تثبت الأهلية بنوعيتها للشخص الاعتباري إلا في حدود الغرض الذي أنشئ من أجله.

<sup>54</sup> - المادة 551 ق. ت. والمادة 563 مكرر 1 ق. ت.

<sup>55</sup> - المادة 50 ق. م.

## محل الحق

يختلف مضمون الحق عن محله، حيث يتجلى مضمون الحق في السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، فيحين أن محل الحق هو ما يرد عليه الحق سواء كان شيئاً أو عملاً. فالحق العيني يرد على شيء مادي، لأنه سلطة لشخص معين على شيء معين كالملكية، والحق المعنوي يرد على شيء غير مادي. والحق الشخصي يرد على عمل إيجابي أو سلبي، لأنه رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل<sup>56</sup>.

### أولاً: الأشياء:

يقصد بالشيء كل ما كان له كيان مستقل ويصلح أن ترد عليه حقوق. سواء كان شيئاً مادياً كقطعة الأرض أو بناء أو حيوان أو كان شيئاً معنوياً كأفكار المؤلفين أو الموسيقيين<sup>57</sup>. أما المال فهو كل ما ترد عليه الحقوق المالية ويمكن تقييمها بالنقود. فالأموال هي الحقوق المالية سواء كان الحق عينياً أو شخصياً أو معنوياً.

### (I) الأشياء القابلة للتعامل فيها

تنص المادة 682 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محل للحقوق المالية. والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها

<sup>56</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 251.

<sup>57</sup> - عبد المنعم فرج صده، أصول القانون، دار النهضة العربية، 2001، ص. 510.

هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

### (1) الأشياء الخارجة عن نطاق التعامل بطبيعتها:

الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي ينتفع بها جميع الأشخاص بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر. وهي الأشياء المشتركة والتي ينتفع فيها الناس كافة دون أن يكون لأحد الاختصاص بها دون الآخرين كأشعة الشمس والهواء ومياه البحار. وعدم قابلية هذه الأشياء للتعامل هو لكونها غير قابلة للاستئثار أما إذا أمكن الاستئثار بجزء منها وحيازته عن طريق إفرازه وفصله صح أن يكون هذا الجزء شيئا يرد عليه التعامل وبالتالي محال للحق كالهواء المضغوط. وينبغي التمييز بين الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء المباحة، لأن الأولى لا تقبل التملك، بينما الثانية تقبل التملك وإن كان لا مالك لها، ومثالها الطير في السماء والسماك في البحر.

### (2) أن لا يكون من الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون:

بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها، ولكن لما كان هذا التعامل يعطل الغرض الذي خصصت له أخرجها القانون من نطاق الأشياء الجائز التعامل فيها، ومثالها الأموال العامة، فهذه الأخيرة مخصصة لمنفعة عامة، لذا لا يجوز التعامل فيها . غير أن عدم القابلية للتعامل فيها لا يشمل كافة التصرفات، ذلك أنه إذا كان من غير الجائز رهن أو الحجز على المال العام، لأنه يخرج به من الغرض الذي خصص له، فإنه يجوز تأجيله<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> - المادة 689 ق. م.

وقد ينص القانون في بعض الحالات على عدم جواز التعامل في بعض الأشياء كالمخدرات، والأوراق النقدية المزيفة والاتجار بالبشر... وذلك حماية للنظام العام والآداب العامة.

## (II) تقسيمات الأشياء

### 1) تقسيم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى أشياء مثلية وأخرى قيمية ، كما تنقسم من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك.

#### (أ) الأشياء المثلية والأشياء القيمية

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى مثلية وقيمية. فما هو المقصود بهذا التقسيم ، وما هي الآثار التي تترتب عليه.

#### - المقصود بالأشياء المثلية والأشياء القيمية

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بها لتوافر نظائر لها من جنسها، والتي تقدر عادة بالتعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو بالنوع أو الكيل أو الوزن<sup>59</sup>. أما الأشياء القيمية فهي التي تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء لعدم وجود نظائر لها من جنسها، فهذه الأشياء تتعين بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن.

<sup>59</sup> - المادة 686 ق. م.

## – الآثار التي تترتب على هذا التقسيم وأهميته

### من حيث الوفاء :

يلزم الوفاء بذات الشيء القيمي المتفق عليه ، أما إذا كان الشيء مثلياً ، فإن المدين يستطيع أن يبريء ذمته ، إذا قدم أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار .

### من حيث الهلاك :

إذا هلك الشيء المثلي لا تبرأ ذمة المدين وعليه أن يقدم مثله، حيث أن المثليات لا تهلك، وذلك لوجود نظير الشيء الذي هلك، أما إذا هلك الشيء القيمي الذي التزم المدين بتسليمه بسبب أجنبي لا يد له فيه، أنقضى بذلك التزامه لاستحالة تنفيذه.

### من حيث انتقال الملكية :

تنتقل ملكية المنقول القيمي، حيث يكون معيناً بالذات بمجرد التعاقد، أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع أي شيء مثلي كمقدار من القمح فان الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز .

## ب) الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك

تنقسم الأشياء من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك . فما هو المقصود بهذا التقسيم ، وما هي أهميته .

### – أساس تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها العادي الذي أعدت له<sup>60</sup>، فهي لا تحتمل أكثر من استعمال واحد فتستهلك بهذا الاستعمال ويمكن أن يكون استهلاكها على صورتين:

<sup>60</sup>– المادة 685 ق. م.

الاستهلاك المادي الذي يكون بالقضاء على مادة الشيء كالأكل الطعام أو حرق الوقود، والاستهلاك القانوني كالنقود التي يتمثل استعمالها في إنفاقها.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تهلك بمجرد استعمال واحد لها، حتى ولو ترتب على استعمالها نقصان قيمتها<sup>61</sup>، ومثالها الأرض والمنازل والسيارات والملابس والمفروشات والآلات والكتب.

## (2) تقسيم الأشياء من حيث ثباتها

تسم الأشياء من حيث ثباتها إلى عقار ومنقول ، ولقد أخذ المشرع معيار الثبات كمعيار للتفرقة بين العقار والمنقول. حيث نصت المادة 683 من القانون المدني على أنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

يتضح من هذا النص، أن العقار بطبيعته هو كل شيء ثابت لا يمكن نقله دون تلف، أما المنقول بطبيعته فهو كل شيء يمكن نقله دون تلف. وقد يعتبر القانون بعض المنقولات عقارات بالتخصيص؛ وهذا هو ما نصت عليه المادة 683 ف. 2 من القانون المدني بنصها: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"، كما قد تأخذ بعض العقارات حكم المنقولات بحسب ما ستؤول إليه.

## (أ) العقارات Les immeubles

قد يكون العقار عقاراً بطبيعته ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص:

<sup>61</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق الذكر، ص. 263.

**- العقار بطبيعته:**

هو كل شيء له صفة الاستقرار في مكان معين، بحيث لا يمكن نقله منه، دون أن يتعرض للتلف، عند نقله من مكانه الأصلي. فإذا كان الشيء مما يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يتعرض للتلف، فإنه لا يعد عقاراً بطبيعته كعربات النوم المقطورة بسيارة، حيث يمكن تحريكها دون تلف أو كسر ودون أن تتغير معالمها. والخيام المثبتة في الأرض كخيام البدو والجوالة والمصطفيين التي يمكن نقلها من مكانها دون تلف تعتبر من المنقولات لا من العقارات. ويمكن تقسيم العقارات بطبيعتها إلى ثلاثة أشياء:

**الأراضي:**

تعتبر الأراضي بجميع أنواعها عقارات بطبيعتها ، سواء أكانت أراضي زراعية أم صحراوية أو معدة للبناء وسواء وجدت في المدن أو القرى ، وبغض النظر عن قيمتها. وإذا كانت الأرض عقاراً ، فإن ما يوجد في باطنها يعد عقاراً كذلك ، حيث تعد المناجم والمحاجر عقارات بطبيعتها طالما أنها متصلة بالأرض اتصال قرار ، ولكن ما يستخرج منها من معادن أو خامات أو أحجار يعتبر من المنقولات بمجرد فصله عنه. ولا تعد الكنوز أو الآثار المدفونة في باطن الأرض عقارات ؛ حيث تحتفظ بصفاتها كمنقولات، إذ أن هذه الأشياء لها ذاتية مستقلة ، فهي لا تتصل بالأرض اتصال قرار ، ومن ثم فهي تعتبر من المنقولات.

**المباني**

تعتبر المباني أياً كان طبيعتها وأياً كان الغرض منها عقارات بطبيعتها إذا اتصلت بالأرض اتصال قرار ، وهي تشمل دور السكن والمخازن والمصانع وأيضاً المنشآت الثابتة فوق الأرض أو تحتها كالخزانات والقناطر والجسور والانفاق والآبار وغيرها . وبصرف النظر عن طول مدة هذا الاستقرار ، كالمباني التي

تقام مدة المعرض ثم تزول بزواله ، ويعتبر من المبنى كافة الأجزاء المكونة له ولو كان في الإمكان فصلها ، طالما أنها متصلة بهذا البناء ، مثل الشبابيك والابواب والمصاعد .

### النباتات

يدخل في وصف العقار بطبيعته النباتات المتصلة بالأرض بحيث لا يجوز نقلها من مكانها دون تلف ، فالأشجار والمزروعات المتصلة بالأرض والمحاصيل والثمار الموجودة على فروعها والمتصلة جذورها بالأرض تعتبر من العقارات، أما إذا انفصلت عنها مثل الأشجار بعد قطعها ، والحاصلات والثمار بعد جنيها ، فقدت صفتها كعقار وأصبحت منقولة ، بغض النظر عن الكيفية التي تم بها هذا الانفصال سواء كان بفعل الإنسان أو الطبيعة ، كما إذا سقطت بفعل الرياح أو الهواء أو الزلازل ولا تعد عقاراً النباتات التي توضع في القصارى أو الأوعية حتى ولو وضعت هذه الأوعية في الأرض ودفنت فيها ، طالما أنها ليست مثبتة في الأرض ولا يؤثر في ذلك ، قصر مدة بقاء النباتات في الأرض ، فهي عقار طال الزمن أو قصر ، فلا يهم بعد ذلك صغر النبات أو كبره ، أو الغرض من زراعته ، أو شخص الزارع مالكاً كان للأرض أم منتفعاً أم محتكراً لها أم مستأجراً .

### - العقارات بالتخصيص *immeuble par destination*

قد يكون الشيء منقولاً بطبيعته يرصده صاحبه لخدمة عقار مملوك له، عندئذ يسمى هذا المنقول عقاراً بالتخصيص ، ولقد عرفت الفقرة الثانية من نص المادة ٨٢ من القانون المدني العقار بالتخصيص بأنه " المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله." وبالتالي ، فإن العقار بالتخصيص هو في الأصل منقول ، يعتبره القانون بمثابة عقار ، حيث يرصد لخدمة العقار واستغلاله . ومثال ذلك آلة زراعية يخصصها مالكاها لخدمة أرض زراعية أو لخدمة مصنعه

## ب) المنقولات *les meubles*

تنقسم المنقولات إلى منقولات بطبيعتها ومنقولات بحسب المآل

### - المنقول بطبيعته

هو كل شيء مستقر ويمكن نقله من مكانه دون أن يصيبه تلف . مثل السيارات والسفن والطائرات ، وكذلك الكتب والبضائع والمأكولات ، ويعد من المنقولات أيضاً ، الأشياء المعنوية مثل المصنفات والاختراعات والعلامات التجارية

### - المنقول بحسب المآل *meuble par anticipation*

المنقولات بحسب المآل هي أشياء بحسب طبيعتها العقارات ولكنها ستفقد صفتها كعقار في وقت قريب بمجرد انفصاله عن الأرض وستصبح من المنقولات بحسب ما سيؤول إليه .  
مثال ذلك الأشجار المعدة للقطع والمباني المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للحصاد . فبالرغم من أن هذه الأشياء تعتبر من العقارات إلا أنها ستتحول إلى منقولات بحسب المآل .

## ج) أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

هناك مجموعة من النتائج تترتب على تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، نذكر منها على سبيل المثال :  
- إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات، كالرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وحق الارتفاق وحق السكنى ، هذه الحقوق لا يمكن أن ترد على المنقول.

- تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد وملكية المعين بنوعه بالإفراز، أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا إذا تم شهرها عن طريق التسجيل.
- الشفعة ترد على عقار دون منقول، وهي رخصة تجيز للشريك أو الجار الحلول محل مشتري العقار.
- قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات، أما العقارات فتكتسب بالنتادم التي تتحدد بحسب الأصل بخمسة عشر عاماً.
- يكون النظر في دعاوى العقارية من اختصاص المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار، بينما في المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ؛ لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول.

### القسم الثالث: انتقال الحق

بقاء الحق في يد صاحبه قد لا يكون أبدياً، لأن الحق بطبيعته شيء قابل للانتقال من يد لأخرى أو من شخص إلى آخر، وهذا الانتقال للحق معناه إمكانية حلول شخص جديد محل صاحب حق سابق في نفس الحق دون أي تغيير فيه.

### أولاً: انتقال الحقوق العينية

تنتقل الحقوق العينية من شخص إلى آخر إما أثناء حياته أو بعد وفاته.

### (I) انتقال الحقوق العينية بين الأشخاص الأحياء

تنتقل الحقوق العينية بين الأحياء إما عن طريق تصرف قانوني وإما نتيجة واقعة مادية، بحيث تنتقل الحقوق العينية في إطار التصرفات القانونية إما عن طريق البيع<sup>62</sup> وإما عن طريق الهبة<sup>63</sup> (م 206 ق الأسرة) أو عن طريق الشفعة<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> - المادة 351 ق. م.

<sup>63</sup> - المادة 206 من قانون الأسرة.

<sup>64</sup> - المادة 794 ق. م.

بينما تنتقل الحقوق العينية عن طريق واقعة مادية عن طريق واقعة الاستيلاء<sup>65</sup> أو واقعة الالتصاق بالعقار، أو عن طريق واقعة الحيازة<sup>66</sup> أو التقادم المكسب.

## (II) انتقال الحقوق العينية بعد الوفاة

تنتقل الحقوق العينية بعد الموت من شخص صاحب الحق إلى شخص جديد يخلفه في حقه في حالتين هما: حالة الميراث وحالة الوصية.

### (1) حالة الميراث

يقصد بالميراث انتقال الحقوق المالية للمورث إلى ورثته حسب المناب الشرعي لكل وارث، ولا تنتقل الحقوق العينية للورثة إلا بعد حصر التركة وتصفية ديونها وتنفيذ الوصايا.

### (2) الوصية

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، ولا تكون الوصية إلا في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

### ثانياً: انتقال الحقوق الشخصية

تنتقل الحقوق الشخصية بوجه عام بنفس الطرق التي تنتقل بها الحقوق العينية كالميراث أو الوصية أو الواقعة المادية، كما تنتقل بطريق خاصة تتمثل في حوالة الحق وحوالة الدين.

<sup>65</sup> - المادة 773 ق. م.

<sup>66</sup> - المادة 806 ق. م.

**(I) انتقال الحقوق الشخصية عن طريق حوالة الحق**

يقصد بحوالة الحق قيام صاحب الحق بتحويله إلى شخص آخر، وهي عقد بين دائن سابق يسمى المحيل، والدائن الجديد يسمى المحال له، ينقل بموجبه حقه الشخصي قبل المدين ويسمى المحال عليه، أي يحل محله في اقتضاء حقه من المحال عليه، وقد تكون الحوالة بعوض، وقد تكون تبرعا، وحينئذ تطبق عليها أحكام عقد الهبة، سواء من حيث الشكل أو الموضوع<sup>67</sup>.

**(II) انتقال الحقوق الشخصية عن طريق حوالة الدين**

يتنقل الحق الشخصي للدائن من مدينه إلى مدين جديد يحل محله، ويتم ذلك عبر حوالة الدين التي تعتبر اتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، وبالرغم أن الدائن صاحب الحق ليس طرفا مباشرا في عقد حوالة الدين، إلا أن نفاذها يتطلب موافقة الدائن، وهذا ما يجعله طرفا أساسيا لنفاذ حوالة الدين<sup>68</sup>.

**ثالثا: انتقال الحقوق الفكرية**

الحق الفكري مثله مثل الحقوق العينية والشخصية قابل للانتقال سواء تعلق الأمر بحقوق الملكية الصناعية أو بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة لحق المؤلف تتمثل صور انتقال هذه الحقوق في التنازل ويتم ذلك عن طريق البيع أو عن طريق التقديم كإسهام في الشركة على سبيل التملك حيث ينتقل الحق من ذمة مالكة إلى ذمة الشركة، أو عن طريق الترخيص باستغلال.

<sup>67</sup> - المواد من 239 إلى 250 ق. م.

<sup>68</sup> - المواد من 251 إلى 257 ق. م.

والجدير بالملاحظة أن الحق المعنوي للمؤلف لا ينتقل إلى الغير بل يقتصر الأمر فقط على الحق المالي أو العنصر المادي لحق المؤلف، بيد أنه في بعض الحالات فقد ينتقل الحق المعنوي إلى الورثة كالحق في كشف المصنف بعد وفاة صاحبه وحق احترام اسم المؤلف وصفته أي الحق في الأبوة.

**القسم الرابع: انقضاء الحق**

يختلف انقضاء الحق بحسب نوع الحق سواء كان حقا شخصيا أو حقا عينيا.

**أولا: انقضاء الحقوق الشخصية**

تعتبر الحقوق الشخصية حقوقا مؤقتة بطبيعتها، ولا يمكن أن تكون أبدية، ذلك أنه لا وجود لالتزام أبدي. وتتقضي الحقوق الشخصية إما بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو دون وفاء.

**(I) انقضاء الالتزام بالوفاء :**

يعتبر الوفاء النهاية الطبيعية لانقضاء الالتزام أي الحق الشخصي، لأنه يحقق لصاحبه ما هدف إليه من مصلحة ويخلص المدين من التزامه<sup>69</sup>، وقد تناوله المشرع الجزائري في المواد من 258 وما يليها من القانون المدني. والأصل أن يكون الوفاء عينيا متى كان ذلك ممكنا وإلا كان التنفيذ بمقابل. كما أن الأصل أن يوفي المدين بكل ما التزم به، ولا يمكن له أن يجبر الدائن على الوفاء الجزئي لحقه.

**(II) ما يعادل الوفاء :**

إضافة على الوفاء العيني يمكن أن ينقضي الالتزام بسبب من الأسباب التي تعادل الوفاء التي تتمثل في:

**(1) الوفاء بمقابل:**

يقصد به أن يقبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا يستعويض به عن الأداء المستحق<sup>70</sup>، فإذا التزم شخص اتجاه شخص آخر بإعطائه مبلغا من النقود ثم قبل الدائن أن يأخذ بدلا من النقود سيارة، وأخذها ينقضي التزامه بدفع مبلغ من النقود.

<sup>69</sup> - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص. 262.

<sup>70</sup> - المادة 285 من القانون المدني.

**(2) التجديد والإنابة:**

التجديد هو تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق على انقضاء حق قديم وإنشاء حق جديد يحل محله، أي استبدال حق جديد بالحق الأصلي وذلك بتغيير الدين أو المدين أو الدائن، ويعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الحق ومصدراً من مصادر إنشائه في آن واحد<sup>71</sup>.

أما الإنابة فهي عمل قانوني يصل بمقتضاه المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه<sup>72</sup>.

**(3) المقاصة:**

يقصد بالمقاصة<sup>73</sup> أن يصبح المدين دائناً لدائنه، وكان محل كل الدينين المتقابلين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاءً. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، لأنها ليست من النظام العام، لذلك لا يمكن للقانون أن يحكم بها من تلقاء نفسه<sup>74</sup>.

**(4) اتحاد الذمة:**

يقصد بها أن يجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، يترتب عن ذلك انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> - المادة 287 من القانون المدني.

<sup>72</sup> - المادة 294 من القانون المدني.

<sup>73</sup> - المادة 297 وما يليها من القانون المدني.

<sup>74</sup> - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق الذكر، ص. 264.

<sup>75</sup> - المادة 304 وما يليها من القانون المدني.

### ثالثاً: انقضاء الالتزام دون الوفاء به

ينقضي الالتزام دون الوفاء به أو ما يعادل الوفاء في الحالات التالية:

#### (1) الإبراء:

يقصد به نزول الدائن اختيارياً عن حقه قبل المدين دون مقابل، ويتم متى وصل إلى علم المدين، غير أنه قد يقع باطلاً إذا رفضه المدين<sup>76</sup>.

#### (2) استحالة التنفيذ:

يقصد بها أن الوفاء بالالتزام يصبح مستحيلاً على المدين لسبب أجنبي عن إرادته<sup>77</sup>، لا يد له فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن.

#### (3) التقادم المسقط:

يقصد بالتقادم المسقط مضي مدة معينة من الزمن على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه<sup>78</sup>.

والقاعدة العامة أن الالتزام ينقضي بمضي 15 سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> - المادة 305 من القانون المدني.

<sup>77</sup> - المادة 307 من القانون المدني.

<sup>78</sup> - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق الذكر، ص. 266.

<sup>79</sup> - المادة 305 من القانون المدني.

## ثانياً: انقضاء الحقوق العينية

كما سبق التطرق له، فإن الحقوق العينية تنقسم إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، حيث تنقضي الحقوق العينية الأصلية بإحدى الطرق التالية:

- هلاك الشيء محل الحق: ذلك أنه تنقضي الحقوق العينية الأصلية بهلاك الشيء محل الحق، فإذا كان لشخص حق ملكية على سيارة واحترقت فإن حق الملكية ينقضي.

- عدم الاستعمال: حيث يعتبر عدم الاستعمال من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء بعض الحقوق العينية الأصلية، فعدم الاستعمال لمدة معينة يؤدي إلى انقضاء حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق<sup>80</sup>. أما فيما يتعلق بحق الملكية فهو حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالّت المدة، غير أن هذا لا يمنع من اكتساب الغير حق الملكية على الشيء في حالة ما إذا حازه مدة يحددها القانون.

وفيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية فإن وظيفتها تبعية للدين الأصلي لا تجعل لها بوجه عام سببا خاصا للسقوط، وإنما ترتبط في ذلك بالحق الشخصي الذي تقوم هذه الحقوق على ضمانه، فالرهن الذي ينشأ ضمانا لدين معين لا يسقط إلا بسقوط هذا الدين، وكذلك الشأن بالنسبة لحق الامتياز والتخصيص<sup>81</sup>.

<sup>80</sup>- المادة 854 والمادة 857 والمادة 879 من القانون المدني.

<sup>81</sup>- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق الذكر، ص. 269.

### قائمة المراجع المعتمد عليها في إعداد مطبوعة المدخل للعلوم القانونية:

#### أولاً: النصوص القانونية

- 1-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية 11 يونيو 1966، عدد 49، ص. 702.
- 2-الأمر 70-86 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم.
- 3-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية 19 ديسمبر 1975، عدد 101، ص. 1073.
- 4-القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعملة
- 5-القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.
- 6-القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الذي يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. 26 يونيو 2005، عدد 44، ص. 17.
- 7-القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.
- 8-المرسوم الرئاسي رقم 20-422 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج. ر. 30 ديسمبر 2020، عدد 82، ص. 3.

#### ثانياً: المؤلفات

- 1-إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005
- 2-أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، 2005

- 3- بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، التعريف بالفقه الإسلامي ومصادره وتاريخه، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992
- 4- حبيب إبراهيم خليلي، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1980
- 5- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، 2002
- 6- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، 2005،
- 7- عبد القادر الفار، المدخل إلى العلوم القانونية من مبادئ القانون النظرية العامة للحق، دار الثقافة، 2004،
- 8- عبد المنعم فرج صده، أصول القانون، دار النهضة العربية، 2001،
- 9- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ط. 2،
- 10- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، 2006،
- 11- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996
- 12- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004
- 13- همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، 2001.
- 14- J. BONNARD, *Introduction au droit*, Ellipses, 2004, 3<sup>ème</sup> éd.