

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



Djilali Bounaama Khemis Miliana University

Faculty of Economics, Commercial
and Management Sciences



جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية العلوم الاقتصادية والتجارية
وعلوم التسيير

مدخل للقانون

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة أولى ليسانس جذع مشترك
القسم: العلوم الاقتصادية، والعلوم التجارية

إعداد:

الدكتورة: مديجة بن ناجي

أستاذ محاضر قسم أ، بكلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير

السنة الجامعية: 2022 - 2023



الرقم: 46/ك ع ا ت ع ت/2023

مستخرج محضر اجتماع المجلس العلمي

في يوم 04 جويلية 2023 عقد المجلس العلمي للكلية اجتماعا بقاعة الاجتماعات على الساعة 11:00 صباحا بحضور السادة أعضاء المجلس لدراسة جدول الأعمال الذي تم فيه:

- تحديد لجنة لتحكيم المطبوعة العلمية المعدة من طرف الأستاذة:

د. بن ناجي مديحة

بعنوان: مدخل للقانون

الموجهة لطلبة: السنة الأولى جذع مشترك

وبعد الردود الإيجابية للجنة التحكيم على المطبوعة قرر المجلس اعتماد المطبوعة العلمية.

رفعت الجلسة على الساعة 14:30 من نفس اليوم والشهر والسنة.

رئيس المجلس العلمي



رئيس المجلس العلمي للكلية
إيضاً: خشير محمد

مقدمة:

ظهرت حاجة الإنسان للعيش في جماعة منذ القدم، وذلك لتلبية حاجاته التي لا يمكن له تحقيقها بنفسه، إلا أن العيش في جماعة يجب أن يكون بأسلوب منظم كي لا تعم الفوضى داخل المجتمع، لذلك وجب على الفرد التنازل عن جزء من حريته المطلقة بالقدر الذي يضمن له حياة مستقرة منظمة داخل مجتمع يسوده الأمن والاستقرار.

ولتحقيق النظام داخل المجتمع، وجب اتباع قواعد سلوك تضمن تحقيق النظام من جهة، وعدم مخالفة أحكام هذه القواعد من جهة أخرى، وفي حالة مخالفتها يتعرض لجزاء من سلطة مختصة، وتتمثل هذه القواعد في " القانون " والذي يضمن تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع من خلال قواعده الملزمة المقترنة بجزاء.

ويعتبر مقياس مدخل للقانون بوابة لطلبة السنة أولى ليسانس لمعرفة القانون بصفة عامة، وذلك بما يحتويه من مفاهيم أساسية للقانون والحق، لذا قسمنا دراستنا إلى فصلين أساسيين، بحيث نتناول في الفصل الأول " نظرية القانون"، أما الفصل الثاني فخصصناه "لنظرية الحق".

فنظرية القانون هي أساس القانون وكافة فروعها، بحيث سنتطرق إلى مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية ومقارنتها مع قواعد السلوك الأخرى، وكذا معرفة مصادر القانون وأنواعه وتقسيماته المختلفة، بالإضافة إلى دراسة نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص ومن حيث الزمان والمكان.

أما الفصل الثاني من الدراسة فخصصناه لنظرية الحق والتي سنتناول من خلالها مفهوم الحق والأنواع المختلفة له، وأركانه ومصادره وكيفية انقضائه.

نظرية

القانون

الفصل الأول:

نظرية القانون

تكتسي نظرية القانون أهمية بالغة لطلبة السنة أولى ليسانس، بحيث تتناول كل ما يتعلق بمفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية، ومقارنة القاعدة القانونية بما يشبهها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى، ثم سنتطرق لتقسيمات القانون وفروعه، بالإضافة إلى دراسة مصادر القانون ونطاق تطبيقه من حيث الأشخاص ومن حيث الزمان ومن حيث المكان.

المبحث الأول: مفهوم القانون

يعتبر القانون مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، فهو يتضمن قواعد عامة ومجردة ذات سلوك اجتماعي، وملزمة، تختلف عن قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى كالقواعد الدينية والقواعد الأخلاقية، وينقسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، كما تختلف مصادره، و الأشخاص المخاطبين بأحكامه وكيفية تطبيقه من حيث الزمان ومن حيث المكان، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية

سنتطرق من خلال هذا المطلب لتعريف القانون فقها واصطلاحا، وكذا خصائص القاعدة القانونية.

الفرع الأول: تعريف القانون

يقصد بالقانون لغة مقياس كل شيء وطريقه، وكلمة قانون تفيد النظام، ويعني أيضا تكرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعا لنظام ثابت، وقد استخدم العرب كلمة قانون بمعنى القواعد التنظيمية، بالرغم من أن كلمة قانون ليست من أصل عربي.¹

ولقد انتقلت كلمة قانون إلى لغتنا العربية بأصلها اليوناني kanon وهي تعني العصا المستقيمة، واستعملت للدلالة على النظام والقاعدة، وكلمة قانون التي تحمل معنى الاستقامة، تستخدم في مجال العلوم القانونية للدلالة على مدى احترام الفرد لما تأمره به القاعدة القانونية أو تنهيه عنه، فإذا سار وفقا لمقتضاها كان سلوكه مستقيما كالعصا، وإن هو تمرد على حكمها كان سلوكه منحنيا غير مستقيم.²

¹. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، د.ط، 2007، 2008، ص6، 7.

². جعفر محمد السعيد، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص14.

أما اصطلاحاً، فيقصد بالقانون قاعدة أو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وتصدره سلطة مختصة بذلك، فهو مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم داخل المجتمع، ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم من أجل تحقيق النظام داخل المجتمع.

فالقانون إذا يعبر عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حياة المجتمع وسلوك الأشخاص فيه، وهذه القواعد تنظم أموراً مدنية أو تجارية أو جزائية أو غيرها، أي كان مصدر هذه القواعد سواء كان مصدرها التشريع أو غيره من المصادر الأخرى، فهذه القواعد القانونية بصرف النظر عن مصدرها أو موضوعها تشكل الإطار الذي يتكون منه القانون بمعناه العام المبين في هذا التعريف.¹

أما فيما يخص المعنى الخاص للقانون فيقصد به مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) ورئيس الجمهورية (التشريع بأوامر).

الفرع الثاني: خصائص القاعدة القانونية

تعتبر القاعدة القانونية الخلية الأساسية التي يتألف منها القانون، وتتمتع القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من القواعد الأخرى، وتتمثل هذه الخصائص في:

-القاعدة القانونية قاعدة سلوك إجتماعي.

-القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة.

-القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء.

أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

يعتبر القانون ضروري لحفظ أمن واستقرار المجتمع وبعث الطمأنينة بين الأفراد، ولكي يؤدي الفرد وظيفته في المجتمع وجب عليه احترام وتطبيق القانون وعدم مخالفته، فالقاعدة القانونية تحدد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات، وبذلك تقضي على مبدأ الذاتية الذي يؤدي إلى الفوضى في المجتمع.

¹. محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا 2018، ص3.

فالقاعدة القانونية موجهة أساساً لتنظيم حياة الأشخاص وعلاقاتهم داخل المجتمع، فهي لا توجد إلا بوجود المجتمع، إذ لا يمكن تصور وجود مجتمع دون قانون، ولا قانون دون مجتمع، فالقانون مرتبط بوجود المجتمع¹، فالقانون والجماعة لفظان متلازمان، فالقانون ثمرة المجتمع ينشأ تلقائياً من معيشة الناس بعضهم مع بعض، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون، فإذا تصورنا مكاناً يوجد فيه شخص واحد فلا يكون ثمة قانون، فالقانون يفترض وجود واجبات وحيث لا يكون إلا شخص واحد لا يكون ثمة واجبات ولا يتصور مخالفة واجبات غير موجودة.²

ويترتب عن كون القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي نتيجة هامة، ألا وهي أنها لا تهتم كقاعدة إلا بالسلوك الخارجي للإنسان فقط دون نواياه، فالقانون لا شأن له بالنوايا، فالنية المحضة أو المجردة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها بدون تعبير مباشر أو غير مباشر عنها لا يعتد بها القانون، ولا يترتب عليها أي أثر.³

وبذلك، فالقاعدة القانونية عبارة عن خطاب موجه للمجتمع عموماً، وللأشخاص خصوصاً، ويتضمن هذا الخطاب أمراً لهم بالقيام بفعل معين، أو نهياً عن القيام به، أو مجرد إباحة هذا الفعل دون أمر به أو نهى عنه.⁴

ثانياً: القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

تتميز القاعدة القانونية بالعمومية والتجريد، أي أنها تخاطب الأفراد بصيغة العموم سواء كانت أمراً أو نهياً، بصفاتهم وليس بذواتهم، وأن تحيط بالوقائع بشروطها وأوصافها وليس بذواتها، فإذا خاطبت الأفراد، فلا تذكر القاعدة شخصاً معيناً بالاسم، ولا واقعة معينة بالذات، بل بذكر الأوصاف التي يتعين بها الأشخاص المقصودون بهذا الخطاب، والشروط التي يجب توافرها في الوقائع التي ينطبق عليها هذا الخطاب، معنى هذا أن كل شخص توافرت فيه هذه الأوصاف، وكل واقعة توافرت فيها تلك الشروط، تنطبق عليها القاعدة بصيغة التعميم.⁵

وبذلك، لا يكفي أن يكون هناك خطاب موجه إلى الأشخاص سواء كان أمراً أو نهياً أو مجرد إباحة وترخيص ليعتبر أن هناك قاعدة قانونية، بل يجب أن يكون هذا الخطاب أو يجب

¹براهمي سامية، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 1، (د ت)، ص11.

²أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص25.

³المرجع نفسه، ص26.

⁴محمد محمود عبدالله، النظرية العامة للقانون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 1982-1983، ص4.

⁵أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص20.

أن تكون هذه القاعدة عامة ومجردة، فالقاعدة القانونية يجب ألا تخص شخصا معينا بالذات أو تتعلق بحادثة معينة، بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من يمكن أن تتوفر فيهم الصفات والشروط التي تنص عليها.¹

وبهذا فمفهوم القاعدة القانونية يفترض الاطراد وإمكانية التطبيق في الحالات والظروف المماثلة، أما الأحكام التي لا تطبق إلا على أشخاص معينين أو حالات محددة بالذات فإنها لا تكون قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، فنذكر على سبيل المثال:

— يحرم على الطالب الذي يرتكب عملية الغش في الامتحان من متابعة امتحانه.
— يحال الموظف الذي يبلغ سن الستين سن التقاعد.

فكلا المثالين يمكن إدراجهما في عداد القواعد القانونية لأنهما لا يخصان طالبا أو موظفا معين بذاته، وإنما هما عبارة عن نصين عامين يمكن تطبيقهما على كل طالب يرتكب عملية الغش في الامتحان وعلى كل موظف يبلغ سن الستين.²

أما في حالة ما إذا قلنا يحرم الطالب (فلان) من متابعة امتحانه لارتكابه عملية غش، أو يحال الموظف (فلان) على التقاعد لبلوغه سن الستين، فهنا لا يمكن اعتبارهما قاعدتين قانونيتين لأن الحكمين يقتصر تطبيقهما على الطالب (فلان)، والموظف (فلان)؛ المعنيين فيهما دون أن يتجاوزهما إلى غيرهما، وبذلك لا تعد القاعدة في هذه الحالة قاعدة قانونية لأنها تفتقر للعمومية والتجريد.³

وبذلك فالتجريد معناه أن القاعدة القانونية لا تتعلق ولا تخاطب شخصا معينا بالذات (أي لا يذكر اسمه)، ولا واقعة محددة بذاتها، بل تتعلق بالشروط اللازم توافرها في الواقعة التي تنطبق عليها، والأوصاف الواجب أن تتوفر في الشخص المخاطب بها، أما العمومية فهي نتيجة لتجريد تلك القاعدة القانونية، فهي تطبق على كل الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفة أو الشروط، فالقاعدة القانونية مجردة عند نشأتها وعامة عند تطبيقها.⁴

1. محمد سامر عاشور، مرجع سابق، ص8.

2. المرجع والصفحة نفسها.

3. المرجع نفسه، ص9.

4. دموش حكيم، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017-2018، ص10.

وتهدف خاصية العمومية والتجريد إلى تحقيق المساواة بين أفراد المجتمع أمام القانون، مما يدعم هيبة القانون، كما تمنع التحيز لمصلحة شخص معين، كما تعتبر ضماناً لتكريس حريات المواطنين وصيانتها من استبداد الحكام.¹

ثالثاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء

إن الهدف من وجود القاعدة القانونية هو تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع عن طريق فرض النظام وإقرار العدل، فمضمون القاعدة القانونية يحد من سلطة الأفراد ويرسم لهم الإطار القانوني والتنظيمي لما يجوز من سلوكات وما يمنع عنهم من أفعال، لذا وجب على المجتمع احترام هذه القاعدة عن طريق إجبار مادي يلزمهم على اتباعها وعدم مخالفتها.

أ- المقصود بالزامية القاعدة القانونية

يقصد بالزامية القاعدة القانونية تبيان الحدود والقيود الواجب الالتزام بها لضمان هيبة القانون، أي تحديد الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها الأشخاص ووجوب احترامها وعدم مخالفتها، وهذا لا يتحقق إلا بطابع الإلزام الذي تتميز به القاعدة القانونية.

فالإلزام هو جبر الأفراد وكرامهم على احترام القاعدة القانونية تحت طائلة فرض الجزاء عليهم عند مخالفتها²، وإلزام القاعدة القانونية يمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة:³

أولها: أنه ينبغي على الأشخاص احترامها رغماً عنهم وقسراً، لا أن يترك احترامها لمحض رغبتهم وإرادتهم.

ثانيهما: إن قسر الأشخاص على اتباعها لا يضمن إلا إذا اقترنت بجزاء مادي يفرض على مخالفتها، لأنها لو خلت من الجزاء المادي لأضحت مجرد دعوة أو نصيحة، وما تهدف قواعد القانون إلى إدراكه لا ينطوي على معنى التوجيه والنصح وإنما يفيد القسر والتكليف.

ثالثاً: أن ضمان احترامها عن طريق الجزاء المادي لا يتحقق إلا إذا تدخلت السلطة العامة، فتكفلت به؛ والسلطة العامة تحكم باسم المجتمع وتملك مقاليدها هيئة سياسية معترف بها، ولذلك يصبح تدخلها واجباً مشروعاً.

¹. محمودي مراد، النظرية العامة للقانون، دار الكتاب الحديثة، الجزائر، 2005، ص 27.

². دموش حكيمة، مرجع سابق، ص 11.

³. البكري عبد الباقي، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د ت)، ص 45.

ب- المقصود بالجزاء

إن اقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة على مخالفيها هو الوصف الذي تنفرد به وتتميز به عن غيرها من القواعد التي تعني برسم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين وقواعد الأخلاق، ومادام الجزاء القانوني هو الذي يسبغ على القاعدة القانونية صفة الالتزام فيجعلها واجبة الاتباع وهو الوسيلة التي تضمن بها الدولة احترام قوانينها وإدراك غاياتها.¹

ويقصد بالجزاء الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية²، ويتمثل في كافة الوسائل والإجراءات التي تتخذها الدولة- ممثلة في سلطاتها المختلفة- لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها، وسواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أصلا، أو عن طريق معالجة الوضع الذي أدت إليه المخالفة، أو عن طريق ردع من قام بمخالفة القانون وإعادة إصلاحه.³

ج- خصائص الجزاء

يتميز الجزاء بجملة من الخصائص تتمثل في:

- 1- الجزاء حال: يطبق الجزاء على الشخص مباشرة عند مخالفته للقاعدة القانونية، أي تطبق عليه العقوبة عند ارتكابه الجريمة لا بعد مرور فترة زمنية معتبرة.
- 2- الجزاء مادي: أي أن الجزاء ظاهر ومحسوس وليس جزاء أدبيا مثلما هو الحال في الجزاء الخاص بالقواعد الأخلاقية، فالجزاء في القاعدة القانونية يمس جسم الشخص أو ماله.
- 3- الجزاء تضعه وتوقعه السلطة العامة: يتم توقيع الجزاء بواسطة سلطة مختصة قانونا بذلك، ولا يجوز للأفراد تطبيق العقوبات لوحدهم، وإلا أصبحت هناك فوضى وعدم استقرار في المجتمع.

د- أنواع الجزاء

تتمثل صور الجزاء في ثلاثة أنواع: جزاء جنائي، جزاء مدني، وجزاء إداري.

¹. البكري عبد الباقي، زهير البشير، مرجع سابق، ص 46.

². سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- المدخل العلوم القانونية، ط 6، 1987، ص 17.

³. أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 32.

1- الجزاء الجنائي: وهو أثر يترتب على مخالفة قواعد القانون الجنائي، كما يعتبر

عقوبة توقع على من يخالف قواعد قانون العقوبات وتتمثل في جزاء مادي يلحق بالشخص (كالإعدام) أو بحريته (الحبس والسجن) أو بذمته المالية (الغرامة والمصادرة).¹

2- الجزاء المدني:

وهو جزاء يقع على مخالفة قواعد القانون المدني كالتعويض، والذي يلزم المسؤول عن الضرر بدفع ثمن نقدي يعادل قيمة ضرره.²

3-الجزاء التأديبي:

والذي يعني مخالفة القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة العامة أو تفرضها طبيعة المهنة، كعقوبة التوبيخ والإنذار والخصم من المرتب والعزل، ويطلق عليه اسم عقوبة نظرا لأن الضرر الحادث يصيب مصلحة الجماعة دون أن يقتصر على فرد معين ويتميز هذا الجزاء بأن فرضه يتم من قبل الرئيس الإداري والهيئة المشرفة على ممارسة المهنة دون أن يوكل للقضاء دائما، ويجوز أن يجتمع هذا الجزاء مع الجزائين الجنائي والمدني أو كليهما عند تحقق شروط توقيعها.³

المطلب الثاني:علاقة القاعدة القانونية بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

يهدف القانون أساسا لتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع وإقامة النظام والأمن والاستقرار، ومع ذلك فإن القانون لا يحتكر لوحده تنظيم سلوك الأفراد؛ بل توجد بجانبه قواعد اجتماعية أخرى تهدف لحكم السلوك الاجتماعي كالقواعد الدينية، القواعد الأخلاقية، وقواعد العادات والتقاليد.

الفرع الأول: التمييز بين القاعدة القانونية والقواعد الدينية

يقصد بالقواعد الدينية مجموعة الأوامر والنواهي التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى إلى رسله وأنبيائه ليبلغوها إلى الناس ليعملوا بها لصالحهم في الدنيا والآخرة⁴، فهي أوامر ونواهي

¹. أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص33.

². المادة 124 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

³. البكري عبد الباقي، زهير البشير، مرجع سابق، ص51.

⁴. أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص46.

تسعى لتنظيم سلوك الأفراد مع الله عز وجل، وتتشرك مع القواعد القانونية من حيث فكرة الإلزام، ولكن يختلفان عن بعض من حيث النطاق، والغاية والجزاء.

أولاً: من حيث النطاق

تعد القواعد الدينية أوسع نطاقاً من القواعد القانونية، فهي تتعلق بنوع واحد من العلاقات والمتمثلة في علاقة الإنسان بغيره أي المعاملات، على عكس القواعد الدينية والتي تشمل ثلاثة أنواع من العلاقات؛ علاقة الإنسان بالله والتي تمثل قواعد العبادات كالصلاة والزكاة، علاقة الإنسان بنفسه والتي تتمثل في قواعد الأخلاق كالا احترام والرحمة، وعلاقة الإنسان بغيره والمتمثلة في المعاملات، وهو المجال الذي تلتقي فيه بالقواعد القانونية.¹

وبهذا تشترك القواعد الدينية والقواعد القانونية في المعاملات، فالقانون ينظم علاقات الإنسان مع غيره، وأحياناً تستمد القاعدة القانونية من القواعد الدينية عدة أحكام قانونية كالطلاق والميراث، حيث تعد هذه الأخيرة قواعد دينية من جهة ومن جهة أخرى قواعد قانونية. كما أن نطاق القاعدة القانونية محصور بمكان وزمان تطبيقها على عكس نطاق القاعدة القانونية والذي يكون صالحاً في أي زمان ومكان.

ثانياً: من حيث الغاية

إن غاية الدين مثالية تسعى إلى تحقيق المال الذاتي وتهدف إلى إقامة المجتمع على أساس الفضيلة والخير والعدالة، أما قواعد القانون فتهدف إلى تحقيق غاية نفعية تتمثل في حسن التنظيم الاجتماعي وإرسائه على أساس العدل.²

ثالثاً: من حيث الجزاء

يعد الجزاء القانوني جزاء مادياً، ملموساً وحالاً تفرضه وتوقعه السلطة العامة في الدولة، ويكون جزاء دنيوياً في حياة الإنسان، أما الجزاء الديني فيكون ثواباً (جزاء إيجابياً) أو عقاباً (جزاء أخروياً) يوقعه الله تعالى، ويكون جزاء دنيوياً وأخروياً، وهذا على عكس الجزاء القانوني والذي يكون سلبياً فقط متعلقاً بالردع وتسليط عقوبات تمس بجسم الإنسان (جزاء مادي) كالحبس والسجن، و بذمته المالية كالغرامة.

¹. دموش حكيمة، مرجع سابق، ص 15.

². البكري عبد الباقي، زهير البشير، مرجع سابق، ص 61.

وتجدر الإشارة إلى أن الجزاء القانوني يشترك مع الجزاء الديني من حيث طبيعته وصفاته إلا أنه يختلف عنه من حيث شروطه وصوره والغرض منه، ففي القانون يوقع الجزاء السلطة العامة حالا وفور وقوع المخالفة للقاعدة القانونية واكتمال عناصرها وثبوتها أي الجزاء دنيوي يوقع حال الحياة، فمن المسلم به أن العقوبة تنقضي إذا ما توفي المخالف المستحق للعقوبة لأن العقوبة شخصية.¹

الفرع الثاني: التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

تعتبر القاعدة الأخلاقية مجموعة من المبادئ والقواعد المنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع، فهي بذلك تشترك مع القاعدة القانونية في تنظيم سلوكيات الأفراد، إلا أنها تختلف معها من حيث النطاق والغاية والجزاء.

أولاً: من حيث النطاق

تعتبر القواعد الأخلاقية أوسع نطاقاً من القواعد القانونية، فالقاعدة القانونية تنظم علاقات الإنسان مع غيره، على عكس القاعدة الأخلاقية والتي تنظم نوعان من العلاقات؛ علاقة الإنسان مع نفسه، وعلاقة الإنسان مع غيره والتي تشترك فيها مع القاعدة القانونية.

وبذلك تحكم قواعد الأخلاق مختلف الواجبات التي يتحملها الفرد في حياته كواجبه نحو نفسه ونحو غيره، خلافاً لقواعد القانون والتي تحكم واجب الفرد نحو غيره وإن امتد حكمها إلى فئة الواجبات الأخرى، ولذلك فإن قواعد الأخلاق تبدو أوسع نطاقاً في هذه الناحية.²

ثانياً: من حيث الغاية

تتمثل غاية القواعد الأخلاقية في توجيه الأشخاص إلى اعتماد طريق الخير وتتهام عن فعل الشر، فهدفها الأساسي هو توجيه وأخلاق الحياة العامة للإنسان، فغايتها مثالية، على عكس غاية القاعدة القانونية والمتمثلة في الحفاظ على النظام العام واستقرار المجتمع وتحقيق المصلحة العامة للشعب.

¹. أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 47.

². البكري عبد الباقي، زهير البشير، مرجع سابق، ص 66.

ثالثاً: من حيث الجزاء

إن جزاء القاعدة الأخلاقية أدبي ينحصر في تأنيب الضمير، أو في استهجان المجتمع للفعل المنافي للأخلاق ونفوره من مرتكب ذلك الفعل، بينما في القانون تطبق الجزاء السلطة العامة عن طريق الإجبار و الإلزام بالوسائل المادية.¹

فطبيعة الجزاء في القاعدة القانونية مادي وملموس تتولى السلطة العامة في الدولة توقيعه جبراً بما تملكه من وسائل إكراه، وهذا على عكس الجزاء في القاعدة الأخلاقية والذي يقتصر على تأنيب الضمير واستنكار المجتمع لذلك الشخص دون أن توقع العقوبة السلطة العامة.

كما أن القواعد الأخلاقية قد يتبناها المشرع في شكل قاعدة قانونية عندما يكون الأمر ضرورياً، كالوشاية الكاذبة، التزوير، شهادة الزور، فالمشرع يحيط فكرة الأخلاق والآداب الحميدة بسياج مهم من الحماية ويفرض احترامها بقواعد قانونية مؤيدة بقوة الجزاء المادي ليجبر الأفراد على الالتزام بمضمونها.²

الفرع الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد العادات والتقاليد

يقصد بالعادات والتقاليد ما يتبعه الناس في جماعة من الجماعات من تقاليد خاصة بأمر حياتهم، بحيث تعد هذه العادات والتقاليد جزء من نظامهم الاجتماعي، ويحرص الناس على اتباعها، وتتشرك العادات والتقاليد مع القاعدة القانونية من حيث كونها ذات سلوك اجتماعي، وتختلف عنها من حيث المصدر، الغاية والجزاء.

أولاً: من حيث المصدر

تعتبر العادات والتقاليد عادات سلوكية يراعيها الأشخاص في علاقاتهم داخل المجتمع³، وبذلك يتمثل مصدر قواعد العادات والتقاليد في الأشخاص داخل مجتمعهم، على عكس مصدر القاعدة القانونية والذي يتمثل في المشرع.

¹ أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 56.

² معمري نصر الدين، محاضرات مقياس المدخل للعلوم القانونية نظريتنا القانون والحق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، 2020-2021، ص 8.

³ محمودي مراد مرجع سابق، ص 50.

ثانيا: من حيث الغاية

تتمثل الغاية من القاعدة القانونية في تحقيق المصلحة العامة للأشخاص والحفاظ على استقرار المجتمع، أما الغاية من العادات والتقاليد فهي جانبية ولا يؤدي عدم القيام به إلى المساس باستقرار المجتمع.

ثالثا: من حيث الجزاء

يكون الجزاء في مخالفة القاعدة القانونية ملموسا وحالا، تفرضه وتوقعه السلطة العامة في الدولة، أما الجزاء في مخالفة قواعد العادات والتقاليد فيكون معنوي غير مادي، ويقتصر على استنكار واستهجان المجتمع فقط.

المبحث الثاني: تقسيمات القانون

بالنظر إلى اختلاف طبيعة الروابط القانونية التي تحكمها قواعد القانون؛ قسمت القواعد القانونية إلى عدة أنواع وفروع تختلف باختلاف درجة إلزامها وعلى حسب العلاقة التي تنظمها، ومن حيث مصدرها أو النطاق الإقليمي لها أو من حيث موضوعها، ولذلك ظهرت عدة نظريات تحدد تقسيمات القانون والتي سنتطرق إلى أهمها من خلال المطلبين الآتيين، بحيث سنتطرق في المطلب الأول إلى تقسيم القانون حسب العلاقة التي ينظمها، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لتقسيم القانون من حيث درجة الإلزام.

المطلب الأول: تقسيم القانون حسب العلاقة التي ينظمها

ينقسم القانون حسب العلاقة التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص، ولهذا التقسيم أهمية بالغة ومعايير مختلفة للتمييز بين هذين القسمين من أقسام القانون، بالإضافة إلى أن القانون يتفرع إلى عدة الأنواع خاصة بالقانون العام وفروع أخرى خاصة بالقانون الخاص.

الفرع الأول: معايير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص

اختلف الفقهاء حول تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، فظهرت بذلك عدة نظريات اعتمدت على معايير للتمييز بين هذين القسمين من القانون، وتتمثل هذه المعايير في:

أولا: معيار الأشخاص اطراف العلاقة القانونية

يقوم هذا المعيار على أساس أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تكون على أساس الأشخاص الذين يكونون أطرافا في العلاقة القانونية، فإذا كانت العلاقة بين أشخاص طبيعية نكون أما القانون الخاص، أما إذا كانت الدولة طرفا في العلاقة فنكون أمام القانون العام.

ولكن انتقد هذا المعيار من ناحية أن الدولة عند قيامها بتصرفاتها ونشاطاتها لا تتدخل بصفة واحدة، وإنما يمكن أن تكون في بعض الأحيان حاملة للسيادة وفي أحيان أخرى بدونها، وهذا ما تداركه معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية.¹

ثانياً: معيار طبيعة القواعد القانونية

يرى أنصار هذا المعيار أن أساس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص يتمثل في أن قواعد القانون العام هي قواعد أمرة أما قواعد القانون الخاص فهي قواعد مكملة، ولكت تعرض هذا المعيار للانتقاد أيضاً بسبب أنه إن كانت قواعد القانون العام كلها أمرة فليست كل قواعد القانون الخاص مكملة؛ فمنها ما هو أمر ومنها ما هو مكمّل.

ثالثاً: معيار طبيعة المصلحة المراد تحقيقها

يقوم هذا المعيار على أساس أن القانون العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، أما القانون الخاص فيهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة.² وانتقد هذا المعيار من حيث أنه لا يوجد فاصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، فكل القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بما فيها قواعد القانون الخاص التي هي أساس تحقيق المصلحة الخاصة للأفراد، فلا يمكن لقاعدة قانونية أن تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة إذا كانت تتعارض مع المصلحة العامة للجماعة.³

رابعاً: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

يعتبر معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية من أهم المعايير المعتمدة للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، فهو يرتكز على الصفة التي يتدخل بها الشخص كطرف في علاقة قانونية لا على الأشخاص أطراف العلاقة القانونية. وهذا حسب الحالتين التاليتين:

أ- الحالة الأولى: نكون أمام قواعد القانون العام عندما تكون العلاقة بين الدولة أو أحد فروعها مع أشخاص أخرى شرط أن تكون الدولة حاملة للسيادة (ذات سلطان ونفوذ)، أي تملك امتيازات السلطة العامة.

¹. دموش حكيمة، مرجع سابق، ص 22

². مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص73.

³. دموش حكيمة، المرجع السابق، ص23.

ب- الحالة الثانية: نكون أمام قواعد القانون الخاص إذا كانت العلاقة بين أشخاص طبيعيين أو كان أحد أطراف العلاقة يتمثل في الدولة باعتبارها شخص طبيعي أي لا تملك امتيازات السلطة العامة.

ويعتبر معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية هو المعيار المعتمد في تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، ومن هنا، إذا تحقق عنصر السيادة والسلطة كان القانون العام هو الذي يحكم العلاقة، أما إذا تخلف هذا العنصر فإن القانون الخاص هو الذي يتولى مهمة تنظيمها.¹

وبذلك يمكن تعريف القانون العام على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الدولة أو أحد فروعها- باعتبارها تملك امتيازات السلطة العامة- مع أشخاص أخرى. أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص الطبيعية أو تنظم العلاقات بين الدولة والأشخاص شرط ألا تكون الدولة حاملة للسيادة، أي لا تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

الفرع الثاني: أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص

تظهر أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص في عدة مجالات، كمجال القانون الواجب التطبيق ومجال العقود، ومجال الأموال العامة، مجال الامتيازات، مجال طبيعة القواعد القانونية.

أولاً: أهمية التقسيم في مجال القانون الواجب التطبيق

تتحدد أهمية تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص لما يتطلع إليه هذا التقسيم من تحديد أي قانون سيطبق على العلاقة محل النزاع، فتكون النزاعات التي تكون فيها الدولة طرفاً من اختصاص القضاء الإداري، بينما يكون النظر في الدعاوى التي لا تكون الدولة طرفاً أو أحد فروعها طرفاً، فيكون الاختصاص للقضاء العادي.²

ثانياً: أهمية التمييز في مجال العقود

تحتل العقود التي تكون فيها الدولة طرفاً أو أحد فروعها تحتل مركزاً ممتازاً، نظراً لتمتعها بجملة من السلطات التي تخولها صلاحية تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو توقيع

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للنشر، الجزائر، ط 3، 2002، ص 73.

² عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية والإدارية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع،

جزاءات على المتعاقد معها أو فسخ العقد وكل هذا تحت عنوان السلطة العامة.¹ أما في القانون الخاص فطرفا العقد يكونا متساويان في العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين.

ثالثا: أهمية التمييز في مجال الأموال العامة

إن الأموال العامة- التي تخصصها الإدارة العامة للمنفعة العامة- تخضع لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها الأموال الخاصة بالأفراد²، فلا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا اكتسابها بالتقادم (المادة 689 من القانون المدني)، وهذا على خلاف الأموال الخاصة والتي يجوز التصرف فيها والحجز عليها واكتسابها بالتقادم.

رابعا: في مجال طبيعة القواعد العامة

إن الغرض من القانون العام والقانون الخاص يجعل كليهما في حيز خاص به، فالقانون العام هدفه تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فغالبا ما تكون قواعده أمرة لا يجوز مخالفتها، في حين أن قواعد القانون الخاص-باعتبار أنه ينظم المصالح الخاصة- فقواعده غالبا ما تكون مكتملة إلى جانب وجود بعض من القواعد الأمرة، وبذلك يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.³

الفرع الثالث: فروع القانون العام والقانون الخاص

يعتبر القانون العام مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة أو التي تتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها.⁴

أما القانون الخاص فهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الأفراد، أو بين الدولة (ليس باعتبارها ذات سيادة) مع الأفراد. ويتفرع كل من القانون العام والقانون الخاص إلى عدة فروع نذكرها فيما يأتي:

أولا: فروع القانون العام

ينقسم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي.

¹. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص48.

². محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص75.

³. نساح فطيمة، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، بيت الأفكار، الجزائر، ط 1، 2021، ص46.

⁴. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكاوي، بيروت، ط 1، 1974-1975، ص61.

أ- القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)

القانون العام الخارجي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط التي تبدا فيها الدولة طرفا والتي تجاوز حدود إقليمها وينتظم القانون العام الخارجي فرعا واحدا من فروع القانون هو القانون الدولي العام.¹

فهو قانون ينظم العلاقات بين الدول في وقت السلم أو في وقت الحرب وعلاقتها بالمنظمات الدولية وعلاقات المنظمات الدولية فيما بينها. وبذلك ينظم هذا القانون ما يجري بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسي والتمثيل القنصلي، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم، وهذه هي الروابط الدولية وقت السلم، ولهذا سميت القواعد التي تنظم هذه الروابط بقانون السلم.²

أما في وقت الحرب ينظم القانون الدولي العام الإجراءات الخاصة بإعلان حالة الحرب من دولة على دولة أخرى، كما يحدد طريقة انهاء الحرب كالمهدنة والصلح، وطريقة معاملة الأسرى... الخ.³

ب- القانون العام الداخلي:

القانون العام الداخلي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدولة أو أحد فروعها مع أشخاص أخرى حين تملك امتيازات السلطة العامة، وينقسم إلى:

1- القانون الدستوري:

ويقصد به القانون الأساسي للدولة، فهو مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم فيها و ينظم سلطاتها، والعلاقة بين هذه السلطات، كما يحدد توزيع السلطات في الدولة والحقوق والحريات العامة فيها.

ويتميز القانون الدستوري عن كل قوانين الدولة بصفتي الثبات والسمو، ويقصد بالثبات عدم تعديل أو تغيير هذا القانون إلا في مناسبات كبرى، ولا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباعدة، وفي حالات التغييرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكله مؤسساتها العامة، أو تغيير

¹ عبد الباقي البكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص191.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1936، ص156.

³ دموش حكيمة، مرجع سابق، ص26.

نظام الحكم أو النظام الاقتصادي فيها، أما السمو فيعني العلو على باقي قوانين الدولة، ولا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصا تخالف المبادئ والقواعد التي ينص عليها الدستور، وإلا اعتبر ذلك القانون مخالف للدستور غير دستوري وباطل.

2- القانون الإداري:

وهو مجموعة القواعد القانونية المتميزة غير المألوفة في القانون الخاص، تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها ونشاطها ومنازعاتها، ويهتم القانون الإداري بالإدارة العامة من عدة جوانب تتعلق بتنظيم الجهاز الإداري للدولة (الإدارة المركزية، الإدارة المحلية)، كما يهتم أيضا بتنظيم مهام الإدارة ونشاطها وأساليبها والمنازعات الخاصة بها، وكذلك كيفية تسيير المرافق العامة.

3- القانون المالي:

وهو مجموعة القواعد القانونية المنظمة لإيرادات الدولة وهيئاتها العامة ونفقاتها وإجراء الموازنة بينهما.¹ ويتعلق أيضا بكيفيات إعداد وتنفيذ ميزانيات الإدارات والهيئات العمومية ومراقبتها.²

ولقد كان القانون المالي يعتبر حتى عهد قريب ملحقا بالقانون الإداري على اعتبار أنه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة باعتبارها سلطة عامة، ثم استقل بعدئذ ليصبح فرعا من فروع القانون العام بالنظر لتعدد موضوعاته وتشعبها.³

4- القانون الجنائي:

هو مجموعة القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية التي تحكم الجرائم والعقوبات المقررة لها والإجراءات الواجب اتباعها من يوم وقوع الجريمة إلى غاية اصدار الحكم النهائي، وينقسم إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

فقانون العقوبات هو مجموعة القواعد التي تحدد الأفعال المجرمة التي تعتبر جرائم وكيفية تحقق المسؤولية الجنائية وتحديد العقوبة المقررة لكل جريمة.

¹. عبد الباقي بكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 196.

². توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الجزائر، ط2، 1981، ص52.

³. عبد الباقي بكري، زهير البشير، المرجع السابق، ص 196.

أما قانون الإجراءات الجزائية فيتناول الإجراءات التي تتبع من وقت وقوع الجريمة إلى غاية توقيع العقاب على الجاني، فبين بذلك الإجراءات الخاصة بضبط المتهم، والقبض عليه والتفتيش والحبس الاحتياطي، والتحقيق الجنائي، ومحاكمة المتهم وتنفيذ العقوبة، وطرق الطعن.¹

ثانيا: فروع القانون الخاص

يضم القانون الخاص فروعاً كثيرة أهمها:

1- القانون المدني:

وهو أول فرع من فروع القانون الخاص وأهمها، بحيث تستعمل عبارة القانون المدني كمرادف للقانون الخاص، ويتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الحياة العادية بين الأشخاص، ويعتبر الشريعة العامة لتنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد، وهو أصل القانون الخاص وتفرعت عنه القوانين الأخرى كالقانون التجاري وقانون التأمين وقانون الأسرة، وقانون الملكية الفكرية والأدبية، وسمي بالشريعة العامة نظراً لشموله على الأسس العامة للقانون التي يرجع إليها في حالة عدم وجود قواعد في التشريعات الفرعية للقانون الخاص، فتحدد قواعده حالة الأشخاص وأهليتهم وعلاقتهم الأسرية أو الشخصية، بجانب تناوله للعلاقات المالية للأشخاص.²

2- القانون التجاري:

يعرف القانون التجاري على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الأعمال التجارية في مختلف جوانبها، ويخضع لها فئة معينة من الأشخاص هم التجار، فتحدد الشخص التاجر وتبين مختلف أنواع الأعمال التجارية، كما يتناول القانون التجاري واجبات والتزامات التاجر كالقيد في السجل التجاري ومسلك الدفاتر التجارية، ويحدد الشركات التجارية بمختلف أنواعها، تكوينها وممارسة نشاطها وانقضاؤها والعقود التجارية والإفلاس.³

¹. بلال سليمة، مطبوعة في المدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة لونيبي علي، البليدة، الجزائر، 2020-2021، ص26.

². المرجع نفسه، ص27.

³. بركات كريمة، مطبوعة في مقياس القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة محند أكلي أولحاج، البويرة، 2020-2021، ص29.

3-قانون الأحوال الشخصية:

ويتضمن مجموعة من القواعد التي تنظم الروابط الأساسية ذات الصلة بالشخص وتشمل قواعد الأحوال الشخصية مثل بداية ونهاية الشخصية القانونية، الاسم الموطن والأهلية¹، الروابط الزوجية...

4-قانون العمل:

ويقصد به مجموع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع للمأجور أي بالعمل الذي يقوم به الأشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت توجيههم ورقابتهم، ويعتبر قانون العمل من القوانين الحديثة النشأة، حيث نشأ بسبب الخلل في التوازن الاقتصادي بين العمال وأرباب العمل وذلك بهدف إضفاء نوع من الحماية للطبقة العاملة.²

5-القانون الدولي الخاص:

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، فتبين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة لهذه العلاقات، وللقانون الدولي الخاص عدة مجالات، كالجنسية، وتنازع القوانين، وتنازع الاختصاص.

6-قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية وتبين اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى حماية حق مقرر في القانون الخاص³، كما ينظم طرق سير المحاكم واختصاصها النوعي، والإقليمي، وطرق رفع الدعوى وإصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها.

7-القانون الجوي:

ويتناول هذا القانون مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات التي تنشأ بمناسبة الملاحة الجوية، فينظم كل ما يتعلق بالطائرة باعتبارها وسيلة للملاحة الجوية، وكذا كل التصرفات الواردة عليها من بيع وتأجير ورهن.

¹نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص52.

²أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص88.

³قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

8-القانون البحري:

وهو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية، فينظم العلاقات التجارية الناشئة عن الملاحة البحرية، كما يتناول السفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة، والملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحري، وكذا الائتمان البحري والنقل البحري.

المطلب الثاني: تقسيم القانون من حيث درجة الالتزام

يعد الالتزام من أهم خصائص القاعدة القانونية، غير أن درجة الالتزام تختلف من قاعدة أخرى، حيث أنه أتاح المشرع إمكانية الاتفاق على مخالفة القاعدة القانونية؛ وهنا نكون أمام القاعدة المكتملة، أما في حالة تقييده لحرية الأفراد في الاختيار فتكون أمام القاعدة الآمرة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال فرعين اثنين، نتناول في الفرع الأول تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكتملة، أما الفرع الثاني فخصصناه للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكتملة.

الفرع الأول: تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكتملة

نتطرق بداية إلى تعريف القواعد الآمرة وأثر مخالفتها، ثم سنتطرق إلى تعريف القواعد المكتملة وأثر مخالفتها.

أولاً: تعريف القواعد الآمرة

القواعد الآمرة هي القواعد التي تأمر بفعل ما أو تنهى عنه، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وذلك لاتصالها الوثيق بكيان المجتمع وبالنظام العام والآداب العامة.¹ وهنا تكون العلاقة بين الفرد والقاعدة القانونية علاقة خضوع تام وكامل.²

والقواعد الآمرة هي قواعد مفروضة ولا خيار للأفراد في اتباعها أو عدم إتباعها بل عليهم الخضوع المطلق لأحكامها والعمل بمقتضاها، وقد جرى الفقه على تسميتها بالقواعد الآمرة أو الناهية أو الباتة.³

¹. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، الجزء 1، برتي للنشر، الجزائر 2009، ص220.

².نتاغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986، ص84.

³.عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية، مطبعة السعادة، مصر، دت، ص120.

وباعتبار أن القاعدة الآمرة تتعلق بكيان المجتمع وأسسه؛ فإن كل اتفاق على ما يخالفها يكون باطلا بطلانا مطلقا، فعلى سبيل المثال ما ورد في نص المادة 92 الفقرة الثانية من القانون المدني والتي تنهى عن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

وتحمل القواعد الآمرة عبارات الجبر والإلزام للقيام بعمل أو الانتهاء عن اتيانه حيث تستمد قوة الأمر والنهي من اتصالها بأسس التنظيم القانوني في المجتمع وارتباطها بالنظام العام وعليه لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فيما يقومون به من تصرفات وعقود بل حتى فيما يتخذونه من مواقف وتصريحات، وبذلك نجد أن جميع قواعد القانون العام آمرة لأنها بالنسبة لهذا النوع من القانون تمثل في تنظيم العلاقات بين أشخاص القانون العام كالدولة والوزارات والهيئات العمومية ونفس الشيء بالنسبة للقانون الجنائي كونه يتصل بمسائل وقضايا الحق في الحياة وسلامة وأمن الأشخاص وممتلكاتهم.

ثانيا: تعريف القواعد المكملّة

وتسمى أيضا بالقواعد المفسرة، وتعرف بأنها القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فهي القواعد التي تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها. ويرى جانب من الفقه بأنه يوجد تعارض بين خاصية إلزامية القاعدة القانونية وجواز مخالفة القاعدة المكملّة، أي أن القاعدة المكملّة تخلو من الإلزام وأنها بذلك قاعدة غير قانونية، لأنها تسمح للأفراد بإمكانية مخالفة حكمها، بحيث إذا ما اتفقوا على مخالفتها فإنها تسري في حقهم، وهذا غير صحيح فقواعد القانون كلها قواعد ملزمة سواء كانت آمرة أو مكملّة.¹

وبذلك فالقاعدة المكملّة قاعدة قانونية ملزمة، إلا ان تطبيقها متوقف على شرط عدم اتفاق للطرفان على مخالفتها، وفي حالة عدم اتفاق الطرفان على تطبيقها أصبح ما تقرره ملزما لهما، إما في حالة اتفاقهما على مخالفتها فإنها لا تطبق، وعدم تطبيقها لا يعني أنها غير ملزمة وإنما بسبب عدم توفر شرط هذا التطبيق.

الفرع الثاني: التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة

هناك أهمية بالغة للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة، بالإضافة إلى وجود معايير مختلفة للتمييز بين هاتين القاعدتين، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال النقاط الآتية:

¹بركات كريمة، مرجع سابق، ص35.

أولاً: أهمية التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يترتب على التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة نتيجتان هامتان أولاهما: أن مدى سلطان الإرادة اتجاه القواعد القانونية يختلف تبعاً لما إذا كانت هذه القواعد أمرة أو كانت مكملة للإرادة فإرادة الأفراد تبدو معدومة بالنسبة للقواعد الآمرة، فيبطل كل اتفاق يقع على خلاف حكمها، وتكون حرية الإرادة مطلقة في نطاق القواعد المكملة فيجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها والنص على حكم يخالفها.¹

وثانيهما: أنه على القاضي الالتزام بحكم القواعد الآمرة أو القانونية من تلقاء نفسه دون التفات إلى اتفاق الخصوم، ولكن عليه احترام هذا الاتفاق إذا كان مخالفاً للقواعد المكملة أو المفسرة.²

ثانياً: معايير التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يوجد معياران للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، معيار لفظي أو مادي ومعيار معنوي أو موضوعي.

أ- المعيار اللفظي:

ويقصد به أن تتضمن القاعدة القانونية لفظاً يدل على طبيعتها الآمرة أو أنها مكملة، فتعتبر القاعدة أمرة إذا صيغت في صيغة أمر أو نهي، كاستعمال لفظ يجب أو لا يجوز، أو أن يرد في القاعدة نص يقضي ببطلان ما يخالفها من اتفاق.

ومن أمثلة القواعد القانونية الآمرة ما ورد في نص المادة 107 من القانون المدني: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية". والمادة 495 من القانون المدني والتي تنص على: "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي..". وتنص المادة 454 من القانون المدني: "القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك".

أما بالنسبة للقاعدة المكملة فقد ترد فيها عبارات في صيغة الجواز أو النص على جواز الاتفاق على ما يخالفها، كاستعمال عبارة "ما لم يود اتفاق على خلاف ذلك"، "يجوز الاتفاق..."، "ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

¹. عبد الباقي بكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 212.

². المرجع نفسه، ص 212.

ومن أمثلة القواعد المكملة ما نصت عليه المادة 387 من القانون المدني: "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". والمادة 356 من القانون المدني: "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي تحدد بمقتضاها فيما بعد".

ب- المعيار المعنوي:

هذا المعيار ليس بمعيار حاسم كالمعيار اللفظي، فهو تقديري، يحدد نوع القاعدة القانونية على أساس موضوعها، وحسب هذا المعيار تكون القاعدة آمرة إذا كان موضوعها يتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وتكون مكملة إذا تعلقت بمصالح الأفراد.¹ ولذلك سنتناول تعريف كل من النظام العام والآداب العامة فيما يلي:

- النظام العام:

يقصد بالنظام العام مجموعة المصالح الأساسية للمجتمع سواء كانت هذه المصالح سياسية، خلقية، اقتصادية، اجتماعية، مع العلم بأن فكرة النظام العام فكرة متغيرة ومرنة ومتطورة، فلا يمكن إجمالها أو تحديد معناها في تعريف ضيق. ويراد كذلك بالنظام العام تلك المجموعة المتجانسة من المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت بالمصالح الدينية أو السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية في المجتمع.²

وتعتبر قواعد القانون العام من النظام العام، فالقانون الدستوري مثلا يبين نظام الحكم وحقوق الأفراد وواجباتهم العامة، وهذا ما يمثل المصالح السياسية الأساسية في المجتمع، وبالتالي تعتبر قواعد القانون الدستوري آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وتعتبر قواعد قانون العقوبات من النظام العام لأنها تختص بتحقيق الأمن في المجتمع، وتعتبر قواعد القانون الإداري وقواعد القانون المالي من النظام العام.³

أما قواعد القانون الخاص كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل، فتتعلق بالنظام العام إذا كانت تنظم مصالح سياسية في المجتمع كقواعد قانون الأسرة، وقد لا تتعلق بالنظام العام مثل القواعد التي تنظم عقد البيع مثلا، حيث نجد أن معظم قواعد القانون الخاص قواعد

¹. دموش حكيمة، مرجع سابق، ص 36.

². نساح فطيمة، مرجع سابق، ص 63.

³. بركات كريمة، مرجع سابق، ص 37.

مكملة، لأنها تتعلق بالمعاملات بين الأفراد، وتتعلق قواعد قانون الأسرة بالأحوال الشخصية والحالة المدنية للأشخاص، وتعتبر بذلك من النظام العام لأنها تخص النظام الاجتماعي.¹

- الآداب العامة:

تتمثل الآداب العامة مجموعة الأسس الخلقية الأساسية اللازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال والانهييار الخلقي، وهي المبادئ التي تنبع من التقاليد والمعتقدات والأخلاق في المجتمع والتي يتكون منها الحد الأدنى من القيم والأخلاق التي يعد الخروج عليها انحرافا وتحللا يدينه المجتمع، والآداب العامة تعتبر جزء من النظام العام.²

وقواعد الآداب العامة قواعد نسبية وهي تتغير بتغير المكان وتفاوت الزمان، فما يعتبر من الآداب العامة في المجتمع ق لا يكون كذلك في مجتمع آخر. كما تختلف فكرة النظام العام والآداب العامة في المجتمع الواحد من وقت لآخر، فما يعتبر مخالف للآداب العامة في المجتمع الواحد في زمن معين قد لا يعتبر مخالفا له في المستقبل.³

المبحث الثالث: مصادر القانون

يقصد بمصادر القانون الأسباب المنشئة للقانون، وتتكون القاعدة القانونية من نوعين من المصادر هما: المصادر المادية أو الموضوعية والمصادر الشكلية أو الرسمية، فالمصادر المادية هي التي تنشأ منها القاعدة القانونية من حيث مضمونها ومحتواها، وتتكون من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والحضارية للمجتمع؛ كالدين والعادات والتقاليد والبيئة الاجتماعية، والمصادر الشكلية: وهي الإجراءات والوسائل التي تخرج القاعدة القانونية لحيز الوجود والنفاد.⁴

ولقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حدد مصادر القانون ورتبها كالآتي:

¹ محمد فريدي زواوي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المنشورات الدولية، 1997، ص 29.

² بيركات كريمة، مرجع سابق، ص 38.

³ محمد فريدي زواوي، المرجع السابق، ص 30.

⁴ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010، ص 61.

1-التشريع.

2-مبادئ الشريعة الإسلامية.

3-العرف.

4-مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المطلب الأول: التشريع مصدر أساسي رسمي للقانون

يعتبر التشريع مجموعة من القواعد القانونية الموجودة في بلد معين، فهي سن قواعد قانونية في صيغة مكتوبة من طرف السلطة المختصة في الدولة حسب النظام الدستوري لهذه الدولة مع السهر على تطبيقها مما يعطيها قوة الزام في العمل بها، ويعد التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون في الجزائر.¹ وللتشريع عدة خصائص وأنواع سنتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف التشريع

ويقصد به وضع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم العلاقات الاجتماعية بين الناس، بغض النظر عن كون تلك القواعد تنتج عن مصدر معروف من مصادر القاعدة القانونية كالعرف أو أحكام القضاء أو من تفسير القواعد القائمة.²

ويراد بالتشريع أيضا وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة طبقا للإجراءات المقررة لذلك، فالتشريع يضع قاعدة قانونية، عامة مجردة، تحكم سلوك الأفراد.³

ويعد التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون الجزائري، بحيث يجب على القاضي أن يلجأ إليه أولا كل ما عرض عليه نزاع، فإذا وجد نص يعالج المسألة المطروحة عليه فلا يستطيع الرجوع إلى المصادر الأخرى، وذلك حتى ولو كان النص غامضا؛ إذ في هذه الحالة على القاضي البحث على المعنى المقصود من النص.⁴

ويذهب الفقه لتقسيم معنى التشريع إلى معنيين معنى شكلي ومعنى موضوعي، أما المعنى الشكلي فهو عبارة عن النص أو الحكم الذي يصدر في صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية

¹حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط5، الاسكندرية، مصر، دت، ص228.

²نجار لويظة، مدخل للعلوم القانونية، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الاولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة،

2017-2018، ص37.

³توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص103.

⁴حسن كيرة، المرجع السابق، ص 228.

ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي لا تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية، وبهذا فإن التشريع الذي هو مصدر رسمي للقاعدة القانونية لا يمكن أن يكون كذلك إلا بمعناه الشكلي والموضوعي معا.¹

وبهذا للتشريع معنيين، معنى عام ومعنى خاص، ويقص بالمعنى العام للتشريع: إما قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع مجموعة من القواعد المكتوبة في حدود اختصاصها ووفقا للإجراءات المقررة لذلك، أو هي مجموعة القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة.

أما المعنى الخاص للتشريع فهو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في حدود الاختصاصات الممنوحة لها دستوريا. وللتشريع أهمية وخصائص ومزايا وعيوب.

أولا: أهمية التشريع

يحتل التشريع في المجتمعات المعاصرة منزلة الصدارة بين مصادر القانون، ويعتبر المصدر الأصلي العام للقانون، ويقصد بالمصدر الأصلي المرجع الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه ابتداء للوصول إلى القاعدة التي يطبقها على النزاع ويستتنبط من مضمونها حكمه، والتشريع مصدر أصلي للقانون؛ فعلى القاضي أن يرجع إليه أولا لحسم ما يعرض أمامه من قضايا ولا يجوز له اللجوء إلى غيره من المصادر الرسمية إذا لم يجد قاعدة تشريعية أو أحال النص التشريعي القاضي إلى مصدر آخر يستتنبط منه حكمه، ويطلق على المصادر الرسمية التي لا يجوز الرجوع إليها في حالة وجود القاعدة التشريعية مصطلح المصادر الاحتياطية للقانون، كالشريعة الإسلامية والعرف.²

ويقصد بالمصدر العام للقانون كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية، ولا يقتصر على مسائل معينة، وإنما يعم جميع فروع القانون ويبسط سلطانه على جميع المسائل إلا ما استثنى من الخضوع له أو أحال المشرع حكمه إلى مصدر رسمي آخر، والتشريع مصدر عام للقانون؛ لأنه المرجع الأول في جميع المسائل إلا ما اعتبر المشرع غيره من المصادر مصدره الأصلي، وهو في ذلك يتفوق على غيره من المصادر الرسمية.³

¹. أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 118

². عبد الباقي بكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 87

³. المصدر نفسه، ص 87.

وقد ساعد على تبوء التشريع مركز الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون عدة عوامل منها:¹

-تطور النظام السياسي للمجتمع نظرا لتقدم البشرية ورسم فكرة الدولة، بحيث أصبح للدولة القدرة على فرض احترامها وفرض ازامية احترام القانون.

-تعدد احتياجات المجتمع وتعارض مصالح الأفراد وتشابكها، وهذا ما يتطلب وفرة في القواعد القانونية التي تحكمها مع السرعة في وضعها وحسن صياغتها.

-عدم قدرة العرف على تلبية متطلبات الحياة الحديثة المتكاثرة مما استلزم اللجوء إلى طريق آخر أكثر سرعة لتكوين القواعد القانونية فكان التشريع هو تلك الطريق التي تواجه بها تلك المطالب.

-انتشار فكرة الديمقراطية وما صاحبها من ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الذي أدى إلى تولي وضع القواعد القانونية هيئة أو هيئات معينة متخصصة في وضع قواعد قانونية مكتوبة وملزمة للمخاطبين بها.

ساهمت هذه العوامل وبشكل كبير في ترسيخ أهمية التشريع داخل الدولة باعتباره المصدر الرسمي والأصلي لمصادر القانون في معظم دول العالم.

ثانيا: خصائص التشريع

من خلال التعاريف السابقة نستنتج ان للتشريع عدة خصائص وهي:

1-إن موضوع التشريع هو قاعدة قانونية، ومن ثم يجب أن يتضمن التشريع خصائص القاعدة القانونية، أي أنها قاعدة سلوك اجتماعي، عامة ومجردة وملزمة مصحوبة بجزاء.²

2-يصدر التشريع في وثيقة مكتوبة رسمية، حيث يصاغ مضمون القاعدة القانونية التشريعية صياغة محكمة يقوم بها أشخاص مختصون بذلك³، والكتابة تحقق قدرا كبيرا من الثقة والاستقرار في المعاملات، فيؤكد وجود هذه القواعد بسهولة ويبسر للأفراد معرفة حقوقهم وواجباتهم، وهذه الصفة تجعله يختلف عن العرف باعتباره مصدرا رسميا احتياطيا.⁴

¹. تناعو سمير، مرجع سابق، ص85.

². حسن كبيرة، مرجع سابق، ص231.

³. خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص77.

⁴. نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص80.

3- يصدر التشريع عن سلطة مختصة في الدولة، لما تملكه من سيادة وسلطان، بحيث تختص السلطة التشريعية كأصل عام بالتشريع، واستثناء تقوم السلطة التنفيذية بالتشريع أيضا (التشريع الفرعي)

ثالثا: مزايا التشريع

يتمتع التشريع بعدة مزايا أهمها:¹

- إن التشريع يجعل القاعدة القانونية محددة وواضحة، لأن صياغة القاعدة القانونية يقوم بها أشخاص متخصصون ما يجعلها واضحة بالنسبة للجميع.
- التشريع يحقق وحدة القانون في الدولة، لأنه يسري على جميع الأفراد ويصاغ صياغة موحدة تطبق على الجميع بدون اختلاف، كونه يصدر عن سلطة مختصة حسب النظام الدستوري لكل دولة.

- التشريع يستجيب لضروريات المجتمع، ذلك لأنه يمكن صياغة أو تعديل القواعد القانونية أو إلغاؤها كلما تطلبت التغيرات الاجتماعية أو الاقتصادية ذلك.

رابعا: عيوب التشريع

رغم المزايا التي تتعلق بالتشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلي تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني، فإنه وجهت لمزاياه في جانب آخر له عيوب، ومنها أنه:

- جامد لا يتماشى مع تطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية التي يتسبب في إنشائها ضمير الجماعة، ويرد على هذا الرأي أن السلطة المختصة بإصدار التشريع في الدولة، إذا ما رأت عدم تماشي القاعدة القانونية مع ظروف المجتمع وتطوره فإنها تبادر إلى تعديله وإلغائه.

- يعيب على التشريع أيضا أنه يتضمن عبارات ومصطلحات قانونية غامضة تحتاج إلى تفسير وتوضيح كعبارة الآداب العامة ، النظام العام، فهذه عبارات تحتاج إلى ضبط وتوضيح مما يفتح المجال للفقهاء والقضاء في التفسير والبحث والاجتهاد، وهذا ما أفضى على العلوم القانونية ميزة خاصة تميزها عن باقي العلوم.²

¹. بلال سليمة، مرجع سابق، ص30.

². سليمان مرقس، مرجع سابق، ص116.

الفرع الثاني: أنواع التشريع

جرى الفقه القانوني على تقسيم التشريع بحسب السلطة التي تضعه إلى ثلاثة أنواع: التشريع الأساسي (الدستور)، التشريع العادي والتشريع العضوي، والتشريع الفرعي.

أولاً: التشريع الأساسي (الدستور)

سنتناول تعريف التشريع الأساسي وكيفية سنه وأنواعه وكيفية تعديله.

أ- تعريف التشريع الأساسي:

وهو التشريع الذي يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة، ويحدد طريقة ممارسة الحكام السلطة فيها، فهو يحدد شكل الحكم في الدولة ويعين السلطات العامة فيها، واختصاص كل منها، وينظم علاقات بعضها ببعض وعلاقتها بالأفراد ويقرها للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة.¹

ويحتل الدستور أعلى درجة في النظام القانوني للدولة، ومنه تستمد القوانين العادية والفرعية قوتها²، ولما كانت القاعدة الدستورية تحتل مكان الصدارة وجب أن لا تخالفها قاعدة قانونية أقل منها درجة سواء من القانون العادي أو نص تنظيمي، وتختلف طريقة اعداد الدستور عن طريقة إعداد القوانين العادية والنصوص التنظيمية، وهذا تبعاً لنظام الحكم السائد في الدولة.³

فقد يظهر الدستور كمنحة من الملك إلى رعيته (أسلوب المنحة)، وقد يكون بمثابة عقد بين الحاكم والشعب (أسلوب العقد)، وقد ينتخب الشعب هيئة معينة تعود لها صلاحية إقرار وثيقة دستورية (أسلوب الجمعية التأسيسية)، وقد يكون عن طريق الاستفتاء، أي الاستفتاء المباشر المباشر بعد أن يتم اعداد الدستور من طرف لجنة معينة لهذا الغرض.⁴

ب- سن التشريع الأساسي:

إذا أمعنا النظر في هذه الطرق وجدنا ان الطريقة الأولى والثانية لا تتفقان مع المبادئ الديمقراطية التي تتأسس على فكرة سيادة الشعب واعتباره مصدر السلطات، فالدستور يصدر عن طريقها في مجتمعات لم تستقر فيها القيم الديمقراطية، وإن كان صدوره يجيء في الغالب

¹ عبد الباقي بكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 89.

² عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 88.

³ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 116.

⁴ علي أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، دار بلقيس، ط 1، 2016، ص 89.

بتأثير من الضغط الشعبي. أما الطريقتان الأخريان فإنهما تتسجمان مع مبدأ سيادة الشعب وإن كانتا تتفاوتان من حيث مدى اسهام الشعب في سن دستورها.¹

أما سنه عن طريق الاستفتاء فهو وإن قام على فكرة أن الشعب مصدر السلطات إلا أن الدستور يوضع من قبل السلطة القائمة لي طرح بعدئذ على استفتاء شعبي وقد لا يترك مجالاً لتمحيص أحكامه وتفهم تفصيلاته وإبداء الرأي في نواقصه. إذ ليس أمام الشعب إلا أن يختار بين الموافقة عليه برمته أو رفضه بأجمعه، وفي ذلك إحراج للرأي العام وتضييق على حرية التعبير، لأن الشعب غالباً ما يفضل على الإبقاء على الوضع القائم قبل صدوره، ولعل أفضل طريقة لسن الدستور وأكثرها انسجاماً مع المبدأ الديمقراطي في جوهره لا في مظهره فحسب هي التي تجمع بين الطريقتين الثالثة والرابعة معاً.² وفي الجزائر، يتم وضع الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبي المباشر.

ج- أنواع الدساتير:

تنقسم الدساتير إلى نوعين: دساتير عرفية ودساتير مكتوبة.

1- **الدساتير العرفية:** هي مجموعة القواعد العرفية أي غير المكتوبة، التي تتعلق بممارسة السلطة في الدولة، ويتميز مضمون هذه القواعد بعدم التحديد وعدم الدقة، ويعتبر الدستور البريطاني خير مثال للدستور العرفي.

2- **الدستور المكتوب:** وهو الدستور الذي تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية، ويعد دستور فرجينيا لعام 1776 أول دستور مكتوب.

د- كيفية تعديل الدستور:

وتختلف كيفية تعديل الدستور بحسب ما إذا كان الدستور مرناً أو جامداً، وذلك كما يلي:

1- **الدستور المرن:**

وهو الدستور الذي يجري تعديله أو إلغاؤه بنفس الطريقة التي يتم تعديل أو تغيير صدور التشريع العادي وذلك بإصدار من السلطة التشريعية العادي، وذلك بإصدار من السلطة التشريعية. وهنا لا فرق بين التشريع الأساسي والتشريع العادي، وهذا هو حال الدستور الإنجليزي.

¹. عبد الباقي بكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 90.

². المرجع نفسه، ص 90.

3- الدستور الجامد:

تقتضي هذه الدساتير أن تتبع إجراءات مغايرة عن الإجراءات المتبعة في التشريع العادي، وبالتالي تعتبر قواعد الدستور أسمى من القواعد التشريعية أو ما يسمى بتدرج التشريع.¹ ولا يمكن تعديل الدستور الجامد إلا بواسطة هيئة مختلفة عن الهيئة التي تقوم بتعديل التشريع العادي، وبإجراءات وشروط خاصة مختلفة، ويكون دستور الدولة جامدا إذا كانت تأخذ بمبدأ تدرج التشريعات، أي مبدأ سمو التشريع الأساسي على غيره من التشريعات، وتعد أغلب دساتير العالم جامدة.²

ثانيا: التشريع العادي والتشريع العضوي

يقصد بالتشريعين العادي والعضوي مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة المتمثلة في السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور، ولقد حدد المشرع الجزائري في المادة 139 من التعديل الدستوري لعام 2020 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بقوانين عادية والتي تتمثل في 29 مجال، كما حددت المادة 140 من الدستور المجالات التي يشرع فيها البرلمان بموجب قوانين عضوية.³

أ- التشريع العادي

هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة المتمثلة في السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المنصوص عليها دستوريا. وهذا هو الأصل العام، كما يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر استثناء عن الأصل العام وهذا ما سنفصل فيه في النقاط الآتية.

1- تعريف التشريع العادي

يقصد بالتشريع العادي كل تشريع يطلق عليه لفظ مدونة، أو لفظ التقنين، أو القانون، والذي تقوم عادة بوضعه السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة، وهذا في شكل نصوص تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات المختلفة (قانون مدني، قانون لأسرة، قانون العمل، قانون العقوبات...).

ويسمى التشريع العادي بالقانون حسب المفهوم الضيق لهذا الاصطلاح، وهذا طبقا للمادة 01 من القانون المدني الجزائري.

¹ نساج فطيمة، مرجع سابق، ص 84.

² تناعو سمير، مرجع سابق، ص 307، 308.

³ دموش حكيمة، مرجع سابق، ص 41.

2- السلطة المختصة بوضع التشريع العادي

يصدر التشريع العادي عن السلطة التشريعية في الدولة، وهي ممثلة في البرلمان طبقاً للمادة 114 من التعديل الدستوري لعام 2020 والتي تنص: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

كل غرفة من الغرفتين لها السيادة في اعداد القانون والتصويت عليه".

وإطلاق اسم القانون على التشريع هو من قبيل إطلاق الكل على الجزء لتبيان أهمية الجزء، وبهذا فالسلطة التشريعية هي من تملك السيادة في إعداد القانون، وهذا هو الأصل العام. إلا أنه استثناء يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالات محددة في الدستور وهي تشريع الضرورة وتشريع التفويض.

-تشريع الضرورة:

تحل السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في سن القانون، وتكون لتشريعات السلطة التنفيذية قوة القانون على أن تعرض على الهيئة التشريعية في أول اجتماع له، وتعد لاغية تلك الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

وتحدد حالات التشريع بالأوامر في نص المادة 142 من التعديل الدستوري 2020 وهي:

1- في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني.

2- خلال العطل البرلمانية بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

3- في حالة عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية في مدة حددها الدستور وهي 75 يوماً.

4- في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 98 من الدستور والمتمثلة في خطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها لمدة أقصاها ستون يوماً.

-تشريع التفويض:

يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب التفويض من السلطة التشريعية بغرض إصدار نصوص ذات طابع تشريعي، وهذا التفويض قد كان منصوصاً عليه في دستور 1963 وكذلك دستور 1976، ولم ينص عليه دستور 1989، وهذا يعني أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية طلب تفويض بالتشريع في تلك الفترة، وتجدر الإشارة إلى أن التشريع بالتفويض وإن كان معمولاً به

في عدة دول مثل فرنسا، إلا انه أمر غير مقبول من الناحية النظرية، إذ لا يمكن للسلطة التشريعية أن تتنازل عن اختصاصها التشريعي الأصيل الذي تستمد منه الدستور، لأن التفويض يمكن السلطة التنفيذية من تعديل التشريعات القائمة، وهذا ما يؤدي إلى التقليل من أهمية التشريعات والنزول بها إلى مستوى اللوائح (التشريع الفرعي)، ولهذا تذهب الدساتير التي تقر التفويض إلى فرض شروط معينة، ولا يجوز لرئيس الجمهورية ممارسة التشريع إلا في الحدود التي تضمنها التفويض، ولا يجوز له الخروج عن هذه الحدود.¹

ويجب أن يكون التفويض التشريعي مؤقتاً بمدة محددة كشهر أو سنة مثلاً، ويجب ألا يكون تشريع التفويض مخالفاً للدستور، كما يجب أن يصدر في حدود التفويض الذي منحه السلطة التشريعية، وإذا صدر في غير هذه الحدود فإنه لا يعتبر قانوناً ولا يأخذ حكمه.²

ويتعين هنا التمييز بين تشريع الضرورة والتشريع بالتفويض، ففي تشريع الضرورة لا يحتاج الأمر أن يطلب رئيس الجمهورية الإذن المسبق لإصدار الأوامر، بل يكفي توافر حالة عدم انعقاد المجلس، بينما في حالة التفويض يقتضي الأمر أن يطلب رئيس الجمهورية الإذن المسبق، وهو ماورد في دستور الجزائر لعام 1963.

3- مراحل سن التشريع العادي

تمر عملية وضع التشريع بمراحل متعددة وهي: مرحلة الاقتراح، مرحلة الفحص، مرحلة المناقشة والتصويت، مرحلة إصدار القانون، ثم مرحلة نشره في الجريدة الرسمية.

- اقتراح التشريع:

منح المؤسس الدستوري الجزائري لعام 2020 الحق في المبادرة بالقانون لكل من الوزير الأول والبرلمان بغرفتين، المجلس الشعبي الوطني ومجل الأمة. وبهذا يتم اقتراح التشريع من قبل سلطتين، وهما:

- **السلطة التنفيذية:** منح المؤسس الدستوري الجزائري للسلطة التنفيذية حق المبادرة بالقوانين، واصطاح على تسمية المبادرات المقدمة من قبلها مشاريع القوانين، وتتضمن المبادرة المقدمة من السلطة التنفيذية من حيث الأصل مشروع قانون يعرض على البرلمان ليستأنف هذا الأخير ممارسة صلاحياته التشريعية المقررة دستورياً، غير أن ذلك قد لا ينطبق على جميع

¹. بلال سليمة، مرجع سابق، ص 34.

². نجار لويضة، مرجع سابق، ص 45.

المبادرات المقدمة من السلطة التنفيذية، حيث يختلف الأمر بين مشاريع رئيس الجمهورية ومشاريع الحكومة.¹

ويعد مشروع القانون ويقدم لمجلس الوزراء لمناقشته وإثرائه، ثم يتم عرضه على مجلس الدولة لأخذ الرأي فيه قبل أن يودعه الوزير الأول (رئيس الحكومة) لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة لمناقشته والمصادقة عليه.

-السلطة التشريعية: يمارس السلطة التشريعية كأصل عام البرلمان بغرفتيه، فهو صاحب الاختصاص الأصلي بصناعة التشريع، وأكد على ذلك المؤسس الدستوري الجزائري من خلال نص المادة 114 من التعديل الدستوري 2020، وطالما كان للبرلمان السيادة في اعداد القانون والتصويت عليه؛ فتقتضي ممارسة البرلمان للسلطة التشريعية مشاركته في جميع مراحل العملية التشريعية، وذلك بدء من مرحلة المبادرة مرورا بالمناقشة والتعديل ووصولاً إلى التصويت والمصادقة.²

-فحص التشريع

تعرض مشاريع أو اقتراحات القوانين على لجنة مختصة بالمجلس الشعبي الوطني، والتي تقوم بفحص محتواها وتقديم تقارير حولها لمكتب المجلس، ثم يقوم هذا الأخير بإحالتها على اللجنة المختصة لدراسته وتقديم تقرير حوله.

-مناقشة القانون والتصويت عليه

للبرلمان السيادة التامة في اعداد القانون، فهو صاحب الاختصاص الأصلي في التصويت والمصادقة على النصوص التشريعية المعروضة عليه، غير أن اكتمال مرحلة التصويت والمصادقة تتوقف على المناقشة التي يتقدم بها النواب لإثراء هذه النصوص، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سعى إلى تنظيم المناقشة القانونية³، من خلال مرحلتي المناقشة والتصويت بإتباع الخطوات التالية:⁴

¹. عمير سعاد، "المبادرة بالتشريع على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، المجلد 10، العدد 1،

2022، ص1151

². المرجع نفسه، ص 1158.

³. بن سونة خير الدين، عملية إعداد النص التشريعي في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1،

2019-2020، ص344.

⁴. بلال سليمة، مرجع سابق، ص35.

-الحصول على الأغلبية العادية من عدد أعضاء المجلس الشعبي الوطني بالنسبة للقوانين العادية، والخصوص على الأغلبية المطلقة أي 50% +1 من عدد أعضاء المجلس الشعبي الوطني بالنسبة للقوانين العضوية وإلا اعتبر المشروع مرفوضاً.

-مصادقة أعضاء مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني، فمجلس الأمة لا يناقش إلا النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني.

-في حالة وجود خلاف بين غرفتي البرلمان تجتمع بطلب من الوزير الأول لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وفي حالة استمرار الخلاف يسحب النص.

-إصدار القانون

يعتبر حق الإصدار إجراءً أساسياً وحاسماً في نفاذ القانون، وهو ما جعل كل من الفقه الدستوري والأنظمة الدستورية تسعى إلى تعريفه وتحديد طبيعته وتنظيم إجراءاته، فالإصدار شهادة يعلن بمقتضاها رئيس الدولة عن سريان قانون جديد، فرئيس الدولة يعترف من خلال هذه الشهادة بأن البرلمان سن وصوت على القانون الصادر في الجريدة الرسمية للدولة، حسب روح الدستور وأحكام النظم الداخلية، وتماشياً مع القوانين الجاري العمل بها.¹

وبذلك فالإصدار هو عبارة عن إجراء قانوني لاحق على وجود القانون، ويعد إقرار صريح من رئيس الجمهورية على أن النص التشريعي المراد إصداره تم إعداده من طرف السلطة التشريعية وفق إجراءات ومراحل معينة تبتدئ بمرحلة المبادرة والتشريع وتنتهي بمرحلة التصويت والتصديق عليه، ولا يمكن أن يكتسب القانون تسميته إلا من خلال إصداره.²

-نشر القانون

إن إصدار التشريع هو التزام السلطة التنفيذية بتنفيذه، إلا أن تنفيذه مرهون بإعلانه للناس وتحديد موعد للعمل به، بمعنى أن عملية نشر التشريع تجعل منه ملزماً للمخاطبين به، فعملية النشر واجبة لكافة التشريعات دستورياً كانت أو تشريعاً عادياً أو تشريعاً فرعياً، إلا أن الدستور يكون نافذاً بمجرد الإعلان عن نتيجة الاستفتاء أما التشريع العادي فإنه يكون نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية³، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من القانون المدني: "تطبق القوانين

¹. بن سونة خير الدين، المرجع السابق، ص 404، 405.

². المرجع نفسه، ص 405.

³. نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 90.

في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك التاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

وعليه يفترض علم كافة الأفراد بالتشريع بمجرد نشره ولا يعذر أحد بجهل القانون وقد يؤدي هذا المبدأ إلى الإضرار بمصالح بعض الأفراد الذين لم يعلموا بالقانون فعلا، ولكن المصلحة العامة تقتضي تطبيق مبدأ عدم جواز الاعذار بجهل القانون، حتى لا تضيع المحاكم وقتها في البحث عن ادعاءات الجهل بالقانون من جهة، ومن جهة أخرى للحفاظ على هيبة الدولة والنظام في المجتمع، فلا يكون بوسع أي فرد أن يخرج عن قوانين الدولة بحجة عدم علمه بها.¹

وبهذا فالأصل هو افتراض العلم بالقانون افتراضا لا يقبل اثبات العكس، إلا أن هناك استثناء وحيدا على هذه القرينة وهو أن هذا الأمر لا ينطبق على الحالات التي يثبت فيها استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة بسبب قوة القاهرة، أو حرب، الوباء، الفيضانات، أو انقطاع المواصلات، فهنا يمكن الاعذار بجهل القانون؛ وذلك حتى زوال القوة القاهرة، ويتعلق الأمر هنا بالقواعد القانونية التي مصدرها التشريع، فهي يوحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية، ويتحقق علم الأفراد بها من خلال النشر.²

ب- التشريع العضوي

ينص الدستور على تنظيم السلطات العامة في الدولة وتحديد وحماية الحقوق والحريات، وذلك من خلال عدة مجالات محددة في نصوصه، لذا كان لزاما وجود نصوص قانونية تنظم هذه المجالات؛ تتمثل أساسا في القانون العضوي.

1- تعريف التشريع العضوي

لم تعط الدساتير أي تعريف لهذا النوع من القوانين، واكتفت بحصر وتحديد المسائل التي تنظم بقوانين عضوية، والإجراءات الخاصة المتبعة في سنها، وتبيان آليات الرقابة الدستورية المفروضة عليها، وبهذا تكون الدساتير قد أعطت للفقهاء الدستوري مهمة تحديد مفهوم القانون العضوي.³

¹. بلال سليمة، مرجع سابق، ص36.

². نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 91.

³. شريط وليد، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2012، ص210

فعرف القانون العضوي على أنه مجموعة من القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور¹، وتشمل مجالات خاصة تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة. ولقد عرفه أيضا موريس دوفرليه على أنه "مجموعة الأحكام التي تكمل الدستور فيما يتعلق بتنظيم السلطات العامة، وبالرغم من أنها تخضع لنفس الإجراءات والشكليات التي يخضع لها القانون العادي، إلا أنها تسن وتصدر في ظل إجراءات خاصة ومتميزة"².

ويكتسي القانون العضوي أهمية بالغة ودور في إستقرار النظام القانوني ويظهر ذلك جليا من خلال³:

- أن هذه القوانين تتناول موضوعات هامة بفرضها المؤسس الدستوري بإجراءات خاصة، تختلف عن تلك الإجراءات المتبعة في إعداد القوانين العادية.

- أنها تعتبر مصدرا للقواعد الدستورية بجانب قواعد الدستور المكتوبة، وذلك من حيث المدلول الموضوعي للدستور، فإذا كان المدلول الشكلي للدستور ينصب على الوثيقة الدستورية، فإن المدلول الموضوعي يتسع ليشمل كل القواعد المتعلقة بنظام الحكم والسلطات العامة، سواء وردت في الدستور، أو في القوانين التي تسنها السلطة التشريعية.

- أنها تتناول تفصيلات لا يمكن إدراجها كلها في الدستور.

- أنها تؤدي إلى تفادي اللجوء إلى تعديل الدستور الجامد، مع ما يتطلبه ذلك من إجراءات معقدة، فهي تتضمن نوعا من الاستقرار والثبات للدستور، نظرا لأن تعديل هذه القوانين العضوية يكون في إطار عمل السلطة التشريعية وفق الإجراءات المحددة لها، في حين أن تعديل الدستور يتطلب إجراءات طويلة ومعقدة.

2- السلطة المختصة بإصدار التشريع العضوي

يعود الاختصاص في وضع التشريع العضوي للسلطة التشريعية فقط، وذلك خلافا للتشريع العادي والذي قد يصدر عن البرلمان (السلطة التشريعية) كأصل عام، وقد يصدر عن السلطة التنفيذية استثناء.

¹ محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 53.

² بن سونة خير الدين، مرجع سابق، ص 138.

³ . المرجع نفسه، ص 140، 141.

3-مجالات سن التشريع العضوي

نصت المادة 140 من التعديل الدستوري لعام 2020 على المجالات التي يمكن للبرلمان أن يشرع فيها بموجب قوانين عضوية وهي كالآتي:

- تنظيم السلطات العمومية وعملها.
- نظام الانتخابات.
- القانون المتعلق بالأحزاب السياسية.
- القانون المتعلق بالإعلام.
- القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي.
- القانون المتعلق بقوانين المالية.

4- إجراءات وضع التشريع العضوي:

يشارك التشريع العضوي مع التشريع العادي في إجراءات وضعة وكيفيات سنه، ويتم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة، وهذا طبقا للمادة 145 الفقرة 4 من التعديل الدستوري لعام 2020.

ج- التمييز بين القانون العادي والقانون العضوي

يتميز القانون العضوي عن القانون العادي من حيث عدة موضوعات؛ فبالنظر إلى الإجراءات الواجب اتباعها في إعداد القوانين العضوية سواء من حيث المصادقة عليها، والتي تكون بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة، وهذا بخلاف القوانين العادية التي تتم المصادقة عليها بالأغلبية البسيطة للنواب وأعضاء مجلس الأمة، أو من حيث خضوع القوانين العضوية للرقابة الدستورية الوجوبية قبل إصدارها.¹

أما بالنظر إلى إلى الموضوعات التي تعالجها القوانين العضوية، فهي موضوعات تتصل أساسا بالدستور، فهي تسعى إلى تنظيم السلطات الدستورية في الدولة من جهة، وتعمل على تفسير وتطبيق بعض القواعد الدستورية من جهة أخرى، وهي الموضوعات التي حددها التعديل الدستوري لعام 2020، وهذا بخلاف القانون العادي الذي ينظم معظم المواضيع القانونية التي تهم الشأن العام والمحددة حصرا في المادة 139 من التعديل الدستوري، أو في مواد متفرقة أخرى منه.²

¹. بن سونة خير الدين، مرجع سابق، ص150.

². المرجع نفسه، ص150.

إن الاختلاف في الإجراءات ومواضيع كل من القوانين العضوية والقوانين العادية أكده المجلس الدستوري في رأيه رقم 10 المؤرخ في 13 ماي 2000، والمتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور بقوله: "واعتبارا أن كلا من مجال تدخل القانون العادي ومجال تدخل القانون العضوي محددان على التوالي في المادة 122 والمادة 123 من التعديل الدستوري 2016، وفي أحكام أخرى محددة في الدستور، وأن المؤسس الدستوري أقر أن لكليهما إجراءات مختلفة في المصادقة عليهما، كون القانون العضوي على عكس القانون العادي تتم المصادقة عليه وفق أحكام الفقرتين 2 و3 من المادة 123 من الدستور بالأغلبية المطلقة للنواب، ويخضع قبل صدوره وجوبا لمراقبة مطابقة الدستور.

واعتبارا أن التوزيع الدستوري للاختصاصات بين ما يدخل في مجال القانون العضوي، وما يدخل في مجال القانون العادي، وإخضاعهما لإجراءات مصادقة مختلفة تستمد من مبدأ تدرج النصوص في النظام القانوني الداخلي، والذي يقضي بأن القانون العضوي بحكم مركزه داخل النظام القانوني والقانون العادي، لا يمكن أن يتدخل أي منهما إلا في المجال المحدد لهما، ووفق الإجراءات التي حددها وأقر لها الدستور، مما يستتج أن المجلس الشعبي الوطني لا يمكنه أن يخضع حكما أو أحكاما من مجال القانون العادي، لنفس الإجراءات التي يخضع لها القانون العضوي".¹

ثالثا: التشريع الفرعي

تتولى السلطة التنفيذية في الدولة سن قوانين في الحدود التي خولها لها الدستور، ويسمى التشريع الفرعي أيضا بالتنظيمات.

أ- تعريف التشريع الفرعي

يعد التشريع الفرعي أو التنظيمات قواعد قانونية مجردة عامة تختلف عن التشريع العادي، وتصدر التنظيمات عن السلطة التنفيذية، واختصاص السلطة التنفيذية بوضع التشريع الفرعي هو اختصاص أصيل مخول لها بحكم الدستور، تمارسه حتى مع وجود السلطة التنفيذية.

ولقد نصت على التنظيمات المادة 141 من التعديل الدستوري لعام 2020: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

¹ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الدستوري، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2014، ص82.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحالة".

وبهذا فالسلطة المختصة يوضع التنظيمات هي السلطة التنفيذية، وتسمى أيضا باللوائح الإدارية، وهي قواعد عامة ومجردة تلي التشريع العادي في مرتبتها في سلم التدرج القانوني، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة؛ باعتبارها قرارات إدارية.

ب-أنواع التشريع الفرعي

ينقسم التشريع الفرعي أو اللائحة إلى ثلاثة أنواع وهي:

1-اللوائح التنفيذية:

وهي القواعد التفصيلية التي تضعها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، ذلك أن السلطة التنفيذية تقوم بوضع القواعد التفصيلية من أجل تطبيق وتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، وتسمى هذه القواعد التفصيلية باللوائح التنفيذية، كما يجب ألا تتضمن هذه اللوائح إلغاء أو تعديل لقواعد التشريع العادي.¹

وتجدر الإشارة إلى انه عندما يتضمن القانون النص على وجوب صدور لوائح تنفيذية لتفصيل قواعد معينة، فإن التأخير في إصدار هذه اللوائح يؤدي إلى تعطيل تنفيذ القانون ذاته، إذ يستحيل تنفيذه إذا كانت القواعد غامضة تحتاج بالضرورة إلى لوائح تنفيذية تفصيلية، ولا بد أن تكون اللوائح التنفيذية مطابقة للتشريع؛ فلا يجوز لها ان تخالفة أو تعدل منه.²

2-اللوائح التنظيمية:

وتسمى بالتنظيمات المستقلة أو اللوائح المستقلة، وينفرد بوضعها رئيس الجمهورية، ويقصد بها مجموع القواعد القانونية التي تضعها السلطة التنفيذية ويكون الهدف منها ضمان تنظيم المصالح والمرافق العامة للدولة، باعتبار أنها تسهر على إدارة وتسيير هذه المرافق، وتستقل السلطة التنفيذية بسن اللوائح التنظيمية ولا تتقيد بأي تشريع صادر عن السلطة التشريعية، ولهذا يطلق عليها تسمية اللوائح المستقلة.

¹. محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص58.

². بلال سليمة، مرجع سابق، ص37.

3-لوائح الضبط أو البوليس:

وهي تنظيمات يضعها الوالي أو رئيس البلدية قصد تنظيم أو ضمان السكنية والطمأنينة للمواطنين، فهي عبارة عن القيود التشريعية التي يقتضيها الصالح العام مثل التنظيمات المنظمة للمحلات المختلفة للراحة، أو المضررة بالصحة، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة.¹

وبهذا تتضمن لوائح الضبط أو البوليس القواعد اللازمة لسير الأمن والصحة العامة كلوائح تنظيم المرور، وتختص بها السلطة التنفيذية وتتضمن عقوبات على من يخالفها²، فالسلطات المختصة بوضعها تتمثل أساسا في رئيس الجمهورية والوزراء بالتفويض منهم للولاية ورؤساء البلديات، كما أن هذه التنظيمات لا تستند لقانون مثل اللوائح التنفيذية، فهي تتشابه واللوائح التنظيمية وتختلف عن اللوائح التنفيذية.

الفرع الثالث: الرقابة على صحة التشريع وكيفية إلغائه

ينقسم التشريع إلى ثلاثة أنواع: تشريع أساسي يتمثل في الدستور وتشريعي عادي وعضوي وتشريعي فرعي، ويقتضي هذا التقسيم وجوب احترام التدرج بحيث أنه يجب عدم مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه، سواء كانت هذه المخالفة من حيث الشكل أو من حيث الموضوع إلا تم إلغاؤه.

أولا: الرقابة على صحة التشريع

قد يخالف التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه في الدرجة سواء كان ذلك من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

أ- من حيث الشكل:

في حالة صدور التشريع من جهة غير مختصة بإصداره دستوريا أو في حالة إصداره من الجهة المختصة ولكن دون مراعاة الإجراءات القانونية الخاصة بإصداره أو دخوله حيز النفاذ كعدم نشره.

¹ نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 93.

² بلال سليمة، المرجع السابق، ص 37.

ب- من حيث الموضوع:

قد يصدر التشريع الأدنى متعارضاً مع التشريع الأعلى منه في موضوعة أو أحكامه، كأن يصدر حكم في قانون عادي مخالف لحكم في الدستور.

ولهذا وجب رقابة مدى دستورية القوانين، بمعنى رقابة مدى مطابقة القانون للدستور، وكذا مراقبة مدى مطابقة اللوائح للشرع المعمول به. وفيما يتعلق بشرعية اللوائح فلا بد من مطابقتها للشرع فلا يمكن أن تخالفه أو تعدل منه، فاللوائح التنظيمية والتنفيذية لا بد أن تكون مطابقة للشرع، والرقابة على شرعية اللوائح من إختصاص الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إذ تنص المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية على: " تنظر الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ابتدائياً ونهائياً:

- الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية الصادرة من السلطة الإدارية المركزية.

- الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعية الإجراءات التي تكون المنازعة فيها من إختصاص الدولة".

أما القضاء العادي فلا يحق له إلغاء قانون ما طعن فيه أمامه بعدم دستوريته، وإنما له الحق فقط في رفض تطبيقه على المنازعة التي أثير فيها عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات والذي مفاده أن السلطة المخولة بالتشريع هي المخولة بإلغائه.¹

أما فيما يخص دستورية القوانين أو النظر في مدى مطابقة القانون للدستور، فيعود إختصاص رقابة مدى دستورية القوانين إلى المؤسسات الدستورية في الدولة، فتكون للمحكمة الدستورية السهر على احترام الدستور باعتبار التشريع الأساسي في الدولة والذي يكون على رأس الهرم الدستوري أي أعلى التشريعات.²

ثانياً: إلغاء التشريع

يقصد بإلغاء التشريع الغاء آثاره القانونية ووقف العمل به وتجريده من قوته الإلزامية، ولإلغاء صورتان وهما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني.

¹ بلال سليمة، مرجع سابق، ص 38.

² نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 95.

أ-الإلغاء الصريح:

يكون الإلغاء صريحا إذا نص المشرع صراحة في قانون لاحق على إلغاء قانون سابق، ولا يشترط أن يتمثل النص الملغى على بديل للحكم الملغى بل قد يقتصر الأمر على إلغاء الحكم الأول فقط. والإلغاء الصريح نوعان الإلغاء المجرد والإلغاء المصحوب بإصدار تشريع جديد.

1-الإلغاء المجرد: يقصد به تدخل المشرع بإلغاء كل أو بعض من تشريع قائم دون أن يصدر تشريعا جديدا يحل محله.

2-الإلغاء المصحوب بإصدار تشريع جديد: ويكون بصدور تشريع جديد ينص صراحة على إلغاء التشريع القديم أو على عبارة يستبدل أو ينص على عبارة إلغاء ما يخالفه من أحكام.

ب-الإلغاء الضمني:

وفي هذه الحالة لا ينص المشرع صراحة في تشريعه اللاحق على إلغاء التشريع السابق، فإذا شرع المشرع حكما معارضا لحكم شرعه في تشريع سابق واستحالة الجمع بينهما فذلك يدل على أن المشرع أبطل الحكم الأول، ولالإلغاء الضمني صورتان:

- صدور تشريع ينظم من جديد نفس الموضوع الذي كان ينظمه التشريع القديم فيعتبر التشريع اللاحق ملغيا للتشريع السابق.

- وجود تعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم.

الفرع الرابع: صياغة التشريع

إن عملية صياغة القاعدة القانونية، هي عملية فنية تقنية عالية الدقة ، لذلك فهي تحكمها أساسا قاعدة أو مبدأ التخصص. فهي أداة لتحويل المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عن جوهرها، ويتم ذلك عن طريق استعمال كافة الوسائل الكفيلة بالترجمة الصحيحة لمضمون القاعدة القانونية وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق كقواعد سهلة الفهم وسهلة التطبيق وغير قابلة للتأويل.¹

¹أوراك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر 1،

2018، ص125.

أولاً: الهيئة المختصة بصناعة التشريع

تعتبر السلطة التشريعية الهيئة المختصة بصناعة التشريع، وتتمثل في البرلمان بغرفتيه؛ المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، فهو الجهة المخولة دستوريا بسن القانون. وتتولى عملية صياغة النص القانوني هيئات مختلفة قبل عرضه على البرلمان كالأمانة العامة للحكومة والمصالح الإدارية للوزارات.

وبذلك ونظرا لأهمية الصياغة التشريعية والتي تعد وسيلة تساهم في الوصول إلى الغرض من التشريع والغاية التي يرغب المشرع في الوصول إليها وتحقيقها من وراء إصداره للتشريع، لا بد من أن تكون صياغة التشريعات في منتهى الوضوح والدقة ومنسجمة مع الدستور وأن تكون غير متعارضة مع القوانين الأخرى، بالإضافة إلى ضرورة أن تكون مفهومة لدى المخاطبين بها وسهلة التغيير والتطبيق.¹

ثانياً: أهمية الصياغة

تعد الصياغة الطريق المؤدي إلى التطبيق السليم والصحيح للقاعدة القانونية، فهي تسهل فهمها وكيفية تطبيقها، كما ينتج عن كتابة القاعدة القانونية بطريقة صحيحة تحقيق نوع من الاستقرار والأمن في المعاملات القانونية، وذلك لاتصافها بالدقة والوضوح مما يمكن المخاطبين بأحكامها معرفة الحدود التي يستطيعون فيها تحريك نشاطهم ومعرفة ما يرتب القانون على الإخلال بها من جزاء، حيث تظهر ميزة الوضوح وسهولة الاطلاع عليه من قبل المخاطبين به من خلال نشره في الجريدة الرسمية مما يسهل على كافة الناس الحصول على نسخة منها.²

وللصياغة القانونية أهمية بالغة تظهر فيما يأتي³:

- الصياغة التشريعية هي فهم إرادة المشرع وتفسيرها، ومعرفة متطلبات القانون من الحقوق والالتزامات، وبذلك الوصول إلى ما أراده المشرع من تحقيق للأهداف في كل المجالات.

- إن الصياغة التشريعية تنطوي على أهمية كبيرة في تطوير النظام القانوني في الدولة، بحيث تساهم في الإصلاح الاقتصادي والسياسي.

¹ غيلاس أمينة، محي الدين عواطف، " الصياغة التشريعية الجيدة للقاعدة القانونية و الأمن القانوني"، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، المجلد 10، العدد 02، 2022، ص796.

² المرجع نفسه، ص 798.

³ رافد خلف هاشم البهادلي، عثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012، ص41.

-تساهم الصياغة التشريعية في تفعيل عملية تقنين من حيث تجمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة، مما يؤدي إلى سهولة التعرف على القواعد القانونية التي تحكم موضوعا معينا.

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون

تتمثل المصادر الاحتياطية الرسمية للقانون في الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أما فيما يخص المصادر التفسيرية للقانون فتتمثل في الفقه والقضاء.

الفرع الأول: المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون المدني على: "...حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ومن خلال هتين الفقرتين نستنتج أن المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون هي الشريعة الإسلامية (أولاً)، ثم العرف (ثانياً)، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (ثالثاً).

أولاً: الشريعة الإسلامية

تعد الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون الجزائري، فهي جوهر بعض النصوص القانونية، ويعد قانون الأسرة مستمداً من الشريعة الإسلامية وهذا فيما يتعلق بأحكام الزواج، الطلاق، الميراث...

أ- تعريف الشريعة الإسلامية

وتطلق الشريعة الإسلامية على الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لعباده، على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، سواء كانت بالقرآن أو بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير، وتنقسم الشريعة الإسلامية إلى أحكام اعتقادية، أحكام أخلاقية وسلوكية وأحكام عملية.

ب- أقسام الشريعة الإسلامية

تتمثل أقسام الشريعة الإسلامية في¹:

¹. محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص166.

1- الأحكام الاعتقادية:

وهي تلك الأحكام المتعلقة بالعقائد الإسلامية، كالأحكام المتعلقة بالخالق والخلق والكون، وكذا تلك المتعلقة بالله وصفاته والإيمان به وبرسله وملائكته، وباليوم الآخر، والحساب والعقاب.

2- الأحكام الأخلاقية والسلوكية:

وتشمل كل من الأمور المتعلقة بتهديب النصوص وإصلاحها والفضائل والمكارم، والردائل والنهي عنها.

4- الأحكام العملية:

تشمل الأحكام المتعلقة بحياة الانسان وعلاقاته ومعاملاته مع الآخرين، وتتعلق بالعبادات والمعاملات وأحكام الأسرة والعلاقات المالية والمدنية والتجارية، وكذا المنازعات والعقوبات وكل ما يتعلق بالحكم بالدولة، وتهتم بأعمال الناس وتنظيم علاقاتهم بخالفهم كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج.

ت- مصادر الشريعة الإسلامية:

تتمثل مصادر الشريعة الإسلامية في المصادر الأصلية والمصادر التبعية.

1- المصادر الأصلية: وهي القرآن والسنة النبوية والإجماع والقياس.

2- المصادر التبعية: وهي الاستحسان الاستصلاح أو المصالح المرسلة، العرف، الاستصحاب، سد الذرائع، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا ووالاستقراء.

ث- الآثار المترتبة على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا

يترتب على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي نتائج هامة وهي¹:

- يقع على القاضي لزاما أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا انعدم نص تشريعي

(تشريع عادي أو فرعي)، طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني.

- يتقيد القاضي بمبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي لا تختلف باختلاف المذاهب، فلا

يلزم القاضي إذن الرجوع إلى مذهب معين بل له أن يأخذ من كل المذاهب.

- لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ حكما منها يتعارض

مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع.

¹نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص109.

-إن النصوص التي يستمدّها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق باعتبارها كذلك لا باعتبارها قواعد دينية، فأصبحت بذلك الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً أو مادياً، ويرجع إليها عند تفسير القواعد التشريعية.

وبهذا تعد مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الرسمي الأول للقانون، ويلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه.

ثانياً: العرف

يعد العرف من أقدم مصادر القانون ظهوراً، وله مكانة جد مهمة في مصادر القاعدة القانونية باعتباره المصدر الثاني الرسمي الاحتياطي للقانون بعد الشريعة الإسلامية، وهذا طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني.

أ-تعريف العرف وأنواعه

ويقصد منه اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الاعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً لهم في معاملاتهم. أو هو اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور عند الجماعة بالزاميته مع وجوب احترامه وترتيب جزاء مادي في حالة مخالفته.

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اطراد سلوك الناس عليها زمناً طويلاً مع اعتقادهم بالزامها وبأن مخالفتها تستتبع جزاء مادياً. فهو اعتياد الناس على اتباع عادة معينة، بحيث تنشأ عن تواتر العمل بهذه العادة قاعدة يشعر الناس بالزامها ووجوب تطبيقها وإلا تعرضوا للجزاء.

والعرف ثلاثة أنواع عرف مكمل للتشريع، عرف معاون للتشريع، عرف مخالف للتشريع

1-العرف المكمل للتشريع:

للعرف دور تكميلي في حالة وجود نقص في التشريع ولم تسده مبادئ الشريعة الإسلامية، هنا توجب على القاضي أن يكمل هذا النقص مستعيناً بالعرف. والأعراف المكملّة موجودة في كل فروع القانون ما عدى القانون الجنائي، والذي لا يعتبر العرف مصدراً لقواعده القانونية، بحيث تنص المادة الأولى من قانون العقوبات " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون"، ومن أمثلة هذا النوع من العرف نجد: احتفاظ المرأة بلقبها العائلي بعد الزواج إلى جانب لقب زوجها) ومصدر ذلك هو العرف المكمل للتشريع).

2-العرف المعاون للتشريع:

وهو العرف الذي يتعين به المشرع لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة لها أكثر ملائمة من التشريع¹، فهو عرف يلجأ إليه القاضي بناء على دعوة صريحة من المشرع لضبط صياغة قانون معين لضمان سلامة تطبيقه.

3-العرف المخالف للتشريع:

وهو العرف الذي يتعارض مع نص تشريعي، وهذا العرف لا غنى عنه تطبيقاً لقاعدة تدرج التشريعات التي تقود إلى اعمال قاعدة اللاحق يلغي السابق، مادامت أقوى منها في الدرجة والمرتبة، بمعنى تغليب القاعدة التشريعية على القاعدة العرفية لأن الأخيرة أدنى مرتبة من الأولى، ويستوي في ذلك أن تكون القاعدة التشريعية أمرة أو مكملة، إلا إذا رهن المشرع في نص قانوني معين إعمال القاعدة القانونية الأمرة بعدم وجود عرف مخالف صح عمله، او اشترط المشرع تطبيق القاعدة القانونية المكملة بعدم وجود اتفاق او عرف مخالف صح عمله أيضاً.²

ب-أركان العرف

للعرف ركنان ركن مادي وركن معنوي.

1-الركن المادي:

يراد بالركن المادي للعرف اعتياد الناس القيام بسلوك معين، أي إطرادهم على سلوك معين أو تواتر هذا السلوك في مجال معين من مجالات الحياة الاجتماعية، فهو بذلك اعتياد الناس اتباع مجموعة من الأفعال بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة التكرار المستمر.

وتشترط في العادة التي يقوم عليها الركن المادي للعرف (شروط تحقق الركن المادي) ما

يأتي:

-تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم.

-أن تكون عامة: أي أنه ينبغي أن تكون عامة من حيث الأشخاص الذين تتناولهم بالحكم، فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم وإنما تتوجه

¹مجدي حسن الخليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون ونظرية الحق، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص130.

²بركات سليمة، مرجع سابق، ص46.

إليه بصفاتهم، وأن تكون عامة في المكان الذي تتبع فيه بإطراد سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتصر في التطبيق على جزء من إقليم الدولة.¹

-أن تكون العادة قديمة: ويقصد بقديم العادة أن تمر فترة زمنية طويلة على نشوء العادة وإطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ورسوخها في نفوس الناس، ولا يشترط مدة محددة لتكوين العرف؛ وإنما يشترط أن تبلغ من القدم مدة ينسى الناس بمضيها تاريخ نشأتها.

-إطراد العادة وثبوتها: ويقصد بذلك عدم انقطاع العمل بتلك العادة، أي اتباعها بصورة متواترة ومنتظمة وغير منقطعة، بحيث يستقر العمل بها، ويثبت وجودها.

-عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الآمرة: لأن القواعد الآمرة تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا، ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونها، وإذا كان هذا هو الأصل، إلا أن المشرع قد يرى في بعض الحالات وفي دائرة بعض فروع القانون التجاري أن القاعدة العرفية محلية كانت أم مهنية قد تبدوا أكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي، فيصوغ النص ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض.²

-أن تكون العادة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة: إذا كان السلوك أمراً من الأمور التي تتنافى مع النظام العام فلا يعتبر هذا عرفاً يعترف به كقاعدة قانونية، مثلاً الأخذ بالتأثر في بعض المجتمعات لا ينشأ عنه عرف ملزم قانوناً، لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يأخذ بها المجتمع؛ والتي تقضي بأن الدولة تتولى توقيع العقوبات على الأفراد الذين يعتدون على حياة الآخرين.³

2-الركن المعنوي:

وهو اعتقاد الناس بلزوم اتباع السلوك الاجتماعي، بمعنى شعور الناس بضرورة احترام وتطبيق للقاعدة العرفية ولزاميتها، فالعادة لا تصبح عرفاً إلا بتوفر الركن المعنوي واعتقاد الناس بأنها ملزمة لهم، فالركن المعنوي يساهم في تحويل واقعة السلوك المعتاد إلى قاعدة قانونية وبواسطته تصبح مفروضة وملزمة للأشخاص.

¹. عبد الباقي البكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص140.

². المرجع نفسه، ص141.

³. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص139.

ت-نتائج تخلف العرف عن التشريع في المرتبة

تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون، فهو يمارس دورا هاما في بعضها وينعدم أثره في البعض الآخر، ويلعب دورا يتفاوت بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع قانونية أخرى. ويحتل العرف المرتبة الثانية بعد مبادئ الشريعة الإسلامية في ترتيب المصادر الاحتياطية للقانون، كما يحتل المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية والتشريع ضمن ترتيب جميع المصادر الرسمية، ويترتب على هذه المرتبة للعرف النتائج التالية¹:

-**عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي:** لا يمكن للعرف ان يقوم بإلغاء نص تشريعي، سواء كان أمرا أو مكملا، لأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع آخر، وهذا طبقا لنص المادة 2 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "لا يجوز إلغاء قانون إلا بقانون لاحق فهو لا يملك إلغاء نص تشريعي أمر...". فالعرف لا يلغي التشريع لأنه في أدنى مرتبة منه.

-**عدم قدرة العرف على مخالفة قاعدة تشريعية** مرة: لأنه لا يمكن الاتفاق على مخالفة قاعدة تشريعية مرة لاتصالها بالنظام العام.

-**جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة:** يجوز للقاعدة العرفية مخالفة القاعدة التشريعية المكملة، لأن القاعدة المكملة يجوز للأفراد مخالفتها، لذا فمن باب أولى أن ينشأ عرف مخالف لها، بحيث توجد العديد من النصوص القانونية تصرح بذلك مثل ماورد في نص المادة 388 من القانون المدني والتي تنص على: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

-**جواز مخالفة العرف التجاري نص تشريعي مدني أمر:** يعتبر القانون المدني الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، لأن نصوصه مكملة لقواعد القانون التجاري، بحيث إذا لم توجد قاعدة خاصة تحكم مسألة تجارية وجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني، أما إذا وجد عرف تجاري؛ فيطبق هذا العرف، ولا داعي للرجوع لقواعد القانون المدني عملا بقاعدة "الخاص يقيد العام"، حتى ولو كان العرف مخالف للقاعدة المدنية الأمرة.²

¹ بركات كريمة، مرجع سابق، ص 58، 59.

² تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 475، 476.

ث- التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية

للعرف ركنان، ركن مادي وركن معنوي، والركن المعنوي هو أساس التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية، فالعرف يشترط لوجوده شعور الناس بإزميته، على عكس العادة الاتفاقية والتي تتمثل أساسا في تكرار الناس القيام بسلوك معين (الركن المادي)، دون توفر شرط الإلزامية (الركن المعنوي).

وبهذا يتفق العرف مع العادة الاتفاقية في كونهما من نتائج المعاملات، ومصدرها غير معلوم يقينا، وهذا هو وجه الشبه بينهما، أما من حيث أوجه الاختلاف، ففي حين يعد العرف قانونا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه لافتراض علمه به، نجد أن العادة الاتفاقية هي مجرد اعتياد يفترق إلى الالتزام بغير سند اتقائي، فمدى التزام الأطراف بالعرف هو وجوب توافره على ركنان مادي (الاعتياد) ومعنوي (الشعور بالإلزام)، أما العادة الاتفاقية فهي مجردة من الركن المعنوي، أو هي عرف في طور التكوين.¹

وبذلك يترتب على التفرقة بين العادة الاتفاقية والعرف ما يأتي²:

- للعرف قوة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية، فهو ملزم بغض النظر عن إرادة الأطراف، أما العادة الاتفاقية فتفتقر إلى القوة الإلزامية، فهي واقعة مادية فقط.

- إن بتوفر أركان العرف (المادي والمعنوي) يقع لزاما على الأفراد احترامه مثله مثل القاعدة القانونية التشريعية، أما العادة الاتفاقية فليس للأفراد احترامها إلا إذا تم اتقاقهم (صريحا أو ضمنيا) على اشتراطها في اتقاقهم، مع العلم أن للأطراف استبعادها، ومن أمثلة هذه العادات الاتفاقية ما ورد في نص المادتين 493 و494 من القانون المدني.

- من حيث افتراض علم الأفراد بها أو عدم علمهم بها: بما ان القواعد العرفية قانون، فيفترض أن كل الأفراد على علم بها، فتسري في مواجهتهم ولا يعذر بجهلهم لها، أما العادة الاتفاقية فتسري في مواجهة المتعاقدين فقط، أصلها مستمد من إرادتهم، فهي مجرد واقعة مادية، وبذلك لا يفترض العلم بها، وعليه يقبل الاعذار بالجهل بها ويؤدي ذلك إلى عدم تطبيقها.

- من حيث الإثبات: بالنسبة للعادة الاتفاقية، بما أن مصدرها إرادة المتعاقدين، فيجب على من له مصلحة في التمسك بها من الخصوم أن يقدم الدليل على وجودها

¹ بلال سليمة، مرجع سابق، ص44.

² نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص115.

ومضمونها، على عكس العرف، فباعتباره قاعدة قانونية، فعبئ الإثبات يقع على القاضي، وذلك لأن العرف قانون والمفروض في القاضي أن يعلم بالقانون ولا يكلف الخصوم بإثبات وجوده.

- من حيث خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا: إن تطبيق العرف كمصدر رسمي احتياطي من طرف القاضي، وباعتباره قاعدة قانونية، فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا، في حين العادة الاتفاقية مجرد واقعة، تدخل في مسائل الواقع الذي يكون القول الفاصل في تقديره القاضي، دون معقب عليه من المحكمة العليا، فلا يخضع القاضي بذلك لرقابة المحكمة العليا.¹

ج- مزايا وعيوب العرف:

تتمثل مزايا وعيوب العرف فيما يأتي:

1- مزايا العرف:

- ينشأ من إعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين.²
- إعتقاد الأفراد بأنه ملزم لهم.
- العرف وسيلة تلقائية للتعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع من قواعد تحكم سلوكهم وعلاقتهم، مما يجعله أصدق تعبيراً عن إرادة الجماعة.³
- ينشأ العرف وينمو في البيئة الاجتماعية كتعبير مباشر عن أنماط من سلوكيات الأفراد.
- أنه يتابع المجتمع في تطويره ويبدوا أكثر مرونة في مسايرة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب.⁴

2- عيوب العرف:

- أما عيوب العرف التي أدت إلى تدني منزلته وتفوق التشريع عليه فأهمها ما يأتي⁵:
- يعجز العرف عن تحقيق تغيير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب بطئ تكوينه.

¹. محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 184.

². نجار لويظة، مرجع سابق، ص 54.

³. عبد الباقي البكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 141.

⁴. المرجع نفسه، ص 142.

⁵. عبد الباقي البكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص 143.

-يؤدي العرف إلى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاق تطبيقه، ذلك لأن العرف غالبا ما يكون محليا أو مهنيا ويندر أن يعم الدولة بأسرها.
-لا يضمن العرف ما ينبغي أن يحققه القانون في المجتمع من نظام وطيء وتعامل مستقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبت من وجودها والتحقق من مضمونها، ذلك أن قواعد العرف فضلا عن بطء تكوينها تقتصر على انشاء مضمون القاعدة القانونية فقط وتفقد الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع لتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل.

ثالثا: مبادئ قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تحتل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية والعرف، وهذا طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

أ-تعريف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إن فكرة القانون الطبيعي فكرة قديمة، ويقصد بها تلك القواعد المثلى في المجتمع التي يسلم بضرورتها العقل الإنساني في تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع، كمثل عنها حق الانسان في الحياة، حقه في احترام ممتلكاته الشخصية...

وتقوم مدرسة القانون الطبيعي على وجود مبادئ وقواعد قانونية مثالية ثابتة تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها المنطق والعقل السليم؛ وهي التي يجب أن تبنى عليها القواعد القانونية الوضعية وأن تستمد منها أحكامها. وهذه القواعد سواء كانت ثابتة كما تراها نظرية القانون الطبيعي الأصلية أم المتغيرة كما تراها نظرية القانون الطبيعي ذات المضمون المتغير؛ هي تلك التي أراد المشرع أن يحيل القاضي إليها حين نص في المادة الأولى من القانون المدني على اعتبارها مصدرا أخيرا من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه عند عدم كفاية المصادر الأخرى.¹

وبهذا يقصد من مبادئ القانون الطبيعي مجموعة المبادئ التي يكشف عنها الانسان لحاجته الماسة لها لضبط سلوكه في أي مجتمع بشري، أو مجموعة المبادئ الأزلية والأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، وبذلك فقواعد القانون الطبيعي هي المثل العليا والسامية على قواعد القانون الوضعي والتي لا تتغير في جوهرها بتغير الزمان والمكان²، ومن

¹. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 139.

². زعلاني عبد المجيد، مرجع سابق، ص 85.

أمثلة قواعد القانون الطبيعي: إيتاء كل ذي حق حقه، وعدم الاثراء على حساب الغير بدون سبب شرعي.

أما فيما يخص قواعد العدالة فهي مجموعة القواعد التي تحقق المساواة والإنصاف، وهي تكليف القاضي بأن يجتهد برأيه، آخذا بعين الاعتبار كل حالة عن حالة، وان لا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، فالقاضي هنا وكأنه يتحول إلى مشرع، فعدم وجود المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية التي تأتي في المرتبة السابقة، فيقوم القاضي بإعطاء الحكم الذي كان يقرره المشرع لو كان حاضرا في مكان القاضي.¹

وبهذا فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي مصادر مادية أو موضوعية يستعان بها لتحديد القاعدة القانونية وليست بمصادر رسمية يطبقها القاضي على النزاع المعروض عليه.

ب-مكانة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تحتل مبادئ القانون الطبيعي المرتبة التالية للعرف في القانون الجزائري، باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا من مصادر القانون، فالقاضي يستند إليها بعد استنفاده لكل المصادر ابتداء من النص التشريعي إلى الشريعة الإسلامية والعرف.

فإحالة القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو تكليفه بالاجتهاد، ذلك أن فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة فكرة غير محددة النطاق وغير واضحة المعالم، فهو بذلك منفذ منحه القانون للقاضي كي يجتهد برأيه للوصول إلى حل للمسألة التي أمامه إذا لم يجد نصا أو مبدأ شرعيا أو عرفيا يمكنه من ذلك.²

وعلى ضوء مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فإن القاضي يلجأ إلى القواعد المثلى التي كان يمكن أن توضع لحكم الحالات التي لا يجد لها حلا سواء في المصدر الرسمي الأصلي أو في المصادر الاحتياطية ، وذلك باعتبار أن هذه المبادئ تقوم في جوهرها على أساس أنها النموذج الأمثل للقانون، ولذلك بررت معظم التشريعات موقفها بشأن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي على أساس أنه إذا كانت تمثل النموذج الأمثل للقانون (باعتباره صورة ناقصة عن النموذج الأصلي للقانون) فمن المنطق أن يرجع إليها في سد أي نقص يشوب القانون لتقريبه من صورته التي ينبغي أن يكون عليها.

¹.محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 202.

².مجدي حسن الخليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 133، 134.

الفرع الثاني: المصادر التفسيرية للقانون

يقصد بالمصادر التفسيرية للقانون تلك المصادر التي يعتمد عليها القاضي على سبيل الاستئناس لمعرفة مفهوم القواعد القانونية الغامضة. وتتمثل في الفقه والقضاء.

أولاً: الفقه

يتمثل الفقه في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، فهو المظهر العلمي للقانون¹، وللفقه معنيين أولهما: مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه، وثانيهما: علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده.²

ولا يقتصر الفقه على شرح القوانين بقصد تحديد أحكامها وبيان حدود تطبيقها في الفروض المختلفة، بل يعني برد القواعد التفصيلية إلى أصولها لإقامة النظريات العامة للقانون، كما يبحث عن أفضل القواعد، في ضوء الظروف الاجتماعية.³

ولقد اختلفت نظرة الشرائع إلى دور الفقه؛ فقد كان مصدراً رسمياً في بعض الشرائع القديمة مثل اليونان والرومان، أين كان لفقهاءها وفلاسفتها دور كبير في قيامها، نذكر منهم سقراط، أرسطو، أفلاطون، قايوس، بول وسانت، أغستين، وأبرز أعمالهم مدونة جستينيان الشهيرة التي تعتبر حجر الزاوية في مجموعة القوانين الرومانية التي على أساسها تشكلت النظم القانونية الحديثة في أوروبا كالنظام القانوني اللاتيني والجرماني، وحتى الأنجلوساكسوني، ونفس الوضع بالنسبة للشريعة الإسلامية حيث تطور دور الفقه نتيجة لتوسع الدولة الإسلامية، وهذا ما يفسر ظهور المذاهب المختلفة كالمالكية، الحنفية والنبالة، لكن في العصر الحديث أصبح الفقه مصدر تفسير.⁴

وبذلك لم يلعب الفقه في المجتمعات المعاصرة دوراً كمصدر للقانون وإنما اقتصر بمهمة المصدر التفسيري للقانون، لأن رأي الفقه ليس برأي إلزامي، ولا يفرض على القاضي.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص122

² عبد الباقي البكري، زهير البشير، مرجع سابق، ص158.

³ أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص183.

⁴ دموش مليكة، مرجع سابق، ص54.

ثانيا: القضاء

يقصد بالقضاء السلطة المختصة التي يعهد إليها الفصل في المنازعات، وقد يقصد بها تطبيق القواعد القانونية على القضايا المعروضة، وقد يطلق هذا اللفظ للتعبير عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها.¹ كما يعد القضاء تطبيق الأحكام القانونية على القضايا التي ترفع في المحاكم². ولا يقتصر دوره على إصدار الأحكام في الحالات الفردية، وإنما يساهم وبشكل كبير في استقرار هذه الأحكام في مجموعها على اتجاه معين نحو خلق قواعد قانونية جديدة، ويختلف دوره بين الدول التي تأخذ بالقانون المكتوب، حيث يكون فيها التشريع كمصدر أصلي للقانون والدول التي لا تأخذ بالقانون المكتوب.

احتل القضاء مكانة خاصة في الدول التي تأخذ بالقانون المكتوب، حيث يعد المصدر الرئيسي للقانون التشريعي، وهي دول أوروبا الغربية كفرنسا وألمانيا وإيطاليا وغيرها من الدول التي تدخل قوانينها الوضعية في إطار الشريعة اللاتينية الجرمانية ومن بينها كثير من دول أمريكا اللاتينية ومعظم الدول العربية زمنها الجزائر.³

ويقتصر دور القضاء باعتباره مصدرا أصليا احتياطيا بتطبيق القانون، ومع ذلك يقوم بدور أساسي في تفسير التشريع نظرا لعمومية القواعد القانونية وتجريدها، وذلك لغرض سد الثغرات في النصوص التشريعية أو تحقيقا لملائمتها ومسايرتها للظروف الاجتماعية اللاحقة على وضعها. وعلى الرغم من هذا الدور المهم للقضاء؛ إلا أنه لا يعد مصدرا رسميا للقانون، بحيث لا تلتزم المحاكم مهما كانت درجتها بأية أحكام تتضمن قواعد من اجتهاد القضاء باستثناء ما تنفق عليه غرف المحكمة العليا في الدولة مجتمعة.⁴

أما فيما يخص دور القضاء في الدول التي تأخذ بالقانون غير المكتوب فيختلف عن دوره في الدول التي تأخذ بالقانون المكتوب، حيث يمنح له أهمية بالغة ودورا أساسيا في صنع

¹ نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 129.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 122.

³ أحمد سي علي، محاضرات في النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، 2010، ص 250.

⁴ المرجع نفسه، ص 250، 251.

القانون؛ وذلك من خلال الاعتماد على السابقة القضائية الملزمة، ولهذا يعد في هذه الدول مصدرا رسميا أصليا.

وبهذا فالقضاء هو المظهر العملي للقانون، والفقهاء هو المظهر العلمي له.

المبحث الرابع: نطاق تطبيق القاعدة القانونية

بعد نشأة القاعدة القانونية وتكوينها ونشرها تصبح سارية المفعول وناذرة في حق الأفراد المخاطبين بها في مكان محدد وزمان معين، وهنا تطرح عدة تساؤلات: على من تطبق القاعدة القانونية؟ وأين تطبق؟ ومتى تطبق القاعدة القانونية؟ والإجابة على هذه الإشكالات بالترتيب نجه في: تطبيق القانون من حيث الأشخاص (المطلب الأول)، تطبيق القانون من حيث المكان (المطلب الثاني) وتطبيق القانون من حيث الزمان (المطلب الثالث).

المطلب الأول: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص (عدم جواز الاعتذار

بجهل القانون)

إن القاعدة القانونية إذا تركزت وجب تطبيقها لأنها جاءت بالأساس لتحكم سلوك الأشخاص في المجالات المختلفة، فمثلا بالنسبة للتشريع فالقانون يناقش ويتم المصادقة عليه ويصدر وينشر بما تأخذ هذه المراحل والعمليات من وقت وجهد، دون إدخال ما شرع حيز التنفيذ.¹

الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إذا تكونت القاعدة القانونية وأصبحت نافذة فإنها تسري في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء سواء علموا بها أو لم يعلموا، وسواء علمها بها البعض وجهلها البعض الآخر، فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكام القاعدة القانونية بدعوى جهله بها حتى يتسنى له التملص من تطبيقها عليه. فكل شخص سواء كان طبيعيا (مميزا أو غير مميز)، أو معنويا ينصرف إليه خطاب القاعدة القانونية، فيجب الانصياع له وإلا كان عرضة في الجزاء، ويعبر عن هذا المبدأ " عدم جواز الإعتذار بجهل القانون أو مبدأ لا يفترض في أحد الجهل بالقانون."²

ولقد نصت المادة 78 من التعديل الدستوري لعام 2020 على: "لا يعذر أحد بجهل القانون..."، وبهذا فالافتراض بعلم القانون يسري على كل المواطنين والأجانب على حد سواء

¹. نجار لويظة، مرجع سابق، ص 62.

². بركات كريمة، مرجع سابق، ص 67.

ما دامو مخاطبين بأحكام القانون، ويترتب على ذلك عدم قبول الاعتذار بجهل القانون من الأجنبي حتى ولو كان حديث الإقامة بالبلد، كما لا يقبل الاعتذار بجهل القانون من المواطن بحجة أنه كان مقيما في دولة أخرى وقت نشر قانون جديد في الجريدة الرسمية، فالنشر هو وسيلة يعتمد عليها لتمكين اعلام الأفراد بصور قانون معين.

وبهذا فأساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو الحكمة من وجود القانون ذاته؛ وهو فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين به تحقيقا للنظام العام والعدالة في المجتمع، فلا يمكن للقانون والقاعدة القانونية أن توقف عند الظروف الخاصة لكل شخص لأنه سيحدث فوضى، لذلك أمكن لهم التهرب منها بعذر جهلهم بها كلما كانت لهم مصلحة في ذلك، ولقد أقرت معظم الدساتير هذا المبدأ منها المشرع الجزائري في نص المادة 78 من التعديل الدستوري 2020.¹

إن أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون إنما يرتكز على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع، فالأخذ بهذا المبدأ يرجع إلى ضرورة فرض سلطان القانون على المخاطبين بأحكامه، تحقيقا للنظام العام في المجتمع وللعدالة التي تستوجب تطبيق حكم القاعدة القانونية على جميع الأشخاص دون استثناء فتسود المساواة أمام القانون.²

وبهذا ليس من المنطق أن يتوقف تطبيق القانون على الظروف الخاصة بكل شخص، بحيث يطبق على من كان عالما به ويعفى من لم يعلم به من تطبيقه عليه، فالسماح لهذا الأخير بالاعتذار بجهل القانون من شأنه أن يؤدي إلى انتشار الفوضى وانعدام الأمن في المجتمع؛ عن طريق فتح باب الادعاء بجهل القانون كلما كانت مصلحة الشخص متعارضة مع ما يقضي به القانون، وبذلك يمكن لكل من يريد التهرب من أحكام القانون الادعاء بعدم العلم به.³

الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

سنتناول نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث مصادر القواعد القانونية ومن حيث طبيعة هذه القواعد القانونية.

¹.دموش حكيمة، مرجع سابق، ص57.

². محمد فريدة زواوي، مرجع سابق، 120، 121.

³. محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص220.

أولاً: نطاق المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية

لقد عدت المادة الأولى من القانون المدني مصادر القانون، وبالتالي يسري مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون، ليس فقط القانون (التشريع)، بل يعمل بالمبدأ بالنسبة لكل المصادر الرسمية؛ من مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، وينصرف بذلك هذا المبدأ إلى كل مصادر القانون، مع العلم أن الإحاطة والعلم بالقواعد التشريعية أمر سهل من الناحية العملية، ذلك أن نشر التشريع في الجريدة الرسمية وتحديد ميعد نفاذه من شأنه أن يفترض معه علم المخاطبين بأحكامه.¹

ثانياً: نطاق المبدأ من حيث طبيعة القواعد القانونية

لقد تطرقنا فيما سبق إلى أن القواعد القانونية تنقسم إلى قواعد أمرية وأخرى مكملة، فهل الاعمال بمبدأ لا يعذر بجهل القانون يقتصر على القواعد القانونية الأمرية أم أنه يمتد تطبيقه إلى القواعد المكملة أيضاً؟.

أ- قصر تطبيق مبدأ لا يعذر بجهل القانون على القواعد الأمرية

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يعمل بهذا المبدأ إلا إذا كانت القواعد القانونية أمرية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد ما تقضي به، وكذلك على اعتبار أن القاعدة القانونية الأمرية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس احترامها، ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام.²

وفي هذا المعنى يقول السنهوري: "إن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد احكام قانونية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس مراعاته، ولا يجوز لأحد ان يخل بها بدعوى أنه يجهلها، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً، أو أفسحنا جانب الغير في ذلك".³

ب- امتداد تطبيق مبدأ لا يعذر بجهل القانون إلى القواعد المكملة:

تعد القاعدة القانونية المكملة قاعدة ملزمة مثلها مثل القاعدة الأمرية، وبهذا يمتد تطبيق مبدأ لا يعذر بجهل القانون إلى القاعدة المكملة أيضاً، وهذا يعود لسببين:

¹. محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 221.

². المرجع نفسه، ص 222.

³. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 93.

1- باعتبار أن كل من القواعد الآمرة والقواعد المكملة ملزمين فهي بذلك متساوية من حيث الالتزام ومن حيث الجزاء، لذا فهي متساوية من حيث الالتزام بالعلم بها، أي يمنع الاعتذار بجهلها شأنها شأن القواعد الآمرة.

2- إن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد القانونية المكملة لا يتماشى مع طبيعتها كونها لا تنطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، فقد يكون سكوتها راجع إلى جهلها بها، ومع ذلك لا يقبل منهما الإفلات من حكمها بحجة هذا الجهل، لأن شرط تطبيق هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين لأدى ذلك إلى فراغ؛ ما وجدت القواعد المكملة لسده، ذلك أنه لا توجد إرادة للمتعاقدين من جهة، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من جهة أخرى.¹

وبهذا فإن قبول الاعتذار للأفراد بجهل القواعد المكملة من شأنه أن يؤدي إلى تضيق مجال تطبيقها إلى حد بعيد، لأنها يفتح باب الادعاء بجهلها أمام من تكون له مصلحة في عدم تطبيقها، ذلك أن القواعد المكملة لا تطبق أصلاً إلا باتخاذ موقف سلبي منها يتمثل في عدم الاتفاق على مخالفة أحكامها، ومن هنا يتسع المجال لتبرير هذا الموقف السلبي بالجهل بهذه القواعد بهدف استبعادها، وإذا ما سمح للأفراد باستبعاد القواعد المكملة في حالة عدم الاتفاق على مخالفتها، فإن ذلك يؤدي إلى فراغ تشريعي، وهو ما برر وجود القواعد المكملة لسده، ذلك أنه في هذه الحالة لا توجد إرادة مشتركة للمتعاقدين، فيصبح من الضروري اللجوء إلى القواعد المكملة، وهو ما يستوجب العلم بها، وبذلك فإنه لا يجوز الاعتذار بجهل القواعد المكملة باعتبار أن ذلك من شأنه أن يهدر قوتها الملزمة.²

إن المشرع عندما ترك مصير هذه القواعد بيد المتعاقدين أجاز لهما استبعادها عند التعاقد وليس بعده، ذلك لأن العقد لا يمكن أن تكشف نواقصه إلا بعد تنفيذه، لذلك لا سبيل إلى استكمالها إلا بالقواعد المكملة، ولا شك أن أنصار مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون بخصوص القواعد الآمرة دون القواعد المكملة لم يميزوا بين مركز هذه الأخيرة عند التعاقد ومركزها بعد التعاقد، فعند التعاقد في ظل القواعد الآمرة التي لا يمكن تجاهلها عند التعاقد، ولا يمكن بالتالي استبعادها في هذه المرحلة، وتفرض القواعد المكملة نفسها في مرحلة ما بعد التعاقد كقواعد ملزمة تكمل النقص الذي يشوب إرادة الطرفين؛ وهي عندئذ تتساوى في المركز من حيث

¹ محمد فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 122.

² أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 264، 265.

الالزام مع القواعد الآمرة، ومن ثم يتساوى النوعان من القواعد من حيث خضوع كل منهما لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.¹

ومن ناحية أخرى، فإن الاعتذار بجهل القواعد المكملة يفترض قيام نزاع بين متعاقدين وادعاء أحدهما بجهل القواعد المكملة يفترض قيام نزاع بين المتعاقدين وادعاء أحدهما بجهل هذه القواعد، وهنا نكون إزاء مصلحتين متعارضتين، تتمثل المصلحة الأولى في مصلحة متعاقد يدعي بجهل القاعدة المكملة، وأما الثانية فهي مصلحة متعاقد يمسك بالقاعدة المكملة، في هذه الحالة يتعين المفاضلة بين المصلحتين وترجيح أولهما بالاعتبار. وبهذا فمصلحة المتعاقد الذي يمسك بالقاعدة المكملة أولى بالاعتبار، ذلك لأنه يستند إلى القوة الملزمة للقاعدة المكملة ويفضل تغليب حكمها في مجال العقد.²

إن تطبيق القاعدة المكملة رغم الجهل بها من شأنه أن يدعم مصلحة المتعاقد الذي يتمسك بالقاعدة المكملة في مواجهة من يدعي الجهل بها، وما يعزز هذه المصلحة هو الاستقرار الواجب للمعاملات، وما يقتضيه من وضع للمنازعات وحسمها بهذه الطريقة الفعالة.³

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مجموعة من الاستثناءات جاء بها الفقه، تتمثل في:

أولاً: القوة القاهرة

إن وجود قوة القاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى مناطق معينة من إقليم الدولة يؤدي إلى استبعاد العمل بهذا المبدأ، أي يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القواعد القانونية بسبب استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى تلك المنطقة أي استحالة العلم بها لوجود فيضانات أو زلزال.⁴

وإذا استحال علم الشخص بالقانون بسبب قوة القاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة أو مناطق معينة من إقليم الدولة، فإنه لا يمكن إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، بل يستبعد هذا المبدأ، فيمكن بالتالي الاحتجاج بجهل التشريع الجديد، وذلك إلى حين

¹. أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 265.

². المرجع نفسه، ص 266.

³. المرجع والصفحة نفسها.

⁴. همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، منشورات حليبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 338.

زوال السبب الذي جعل العمل بهذا التشريع مستحيلا، ووصول الجريدة الرسمية التي تتضمنه إلى الأشخاص المخاطبين بحكمه، كما يجوز للفرد الاحتجاج بجل القانون لأن تطبيق القانون حينئذ يصبح ماسا بمبدأ العدالة.¹

يخص هذا الاستثناء القواعد التشريعية فقط دون غيرها من قواعد الدين أو العرف؛ لأن التشريع وحده هو الذي ينشر في الجريدة الرسمية، وهو نادر الوقوع اليوم نظرا لتقدم وسائل المواصلات وخاصة الجوية منها.²

ثانيا: إبطال العقد لغلط في القانون

يجوز لكل شخص وقع في غلط أن يطلب ابطال العقد، وهذا ما يعد استثناء عن مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون، حيث نصت المادة 81 من القانون المدني على: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت ابرام العقد، أن يبطل إبطاله"، ويقصد بالغلط الوهم الذي يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة 82 من القانون المدني: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في ذلك الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية...".

ومن بين أمثلة ذلك نذكر:

- أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنيا، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد نظرا للغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في شيء.
- أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته، جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانتهاء العدة، فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد، فيجوز له ان يطلب إبطال الهبة نظرا للغلط في القانون المنصب على الشخص المتعاقد.
- أن يبيع وارث نصيبه في التركة متوهما أنه الثلث، فإذا به يرث النصف، فيجوز له في هذه الحالة ان يطلب إبطال البيع بسبب الغلط في القانون الذي وقع في القيمة.

¹نجار لويظة مرجع سابق، ص67.

²محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص224، 225.

ثالثاً: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير مسؤولية جنائية

إذا كان الجهل بأحكام قانون العقوبات لا يؤدي إلى اعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها، فإن الجهل بأحكام تقنين آخر كالتقنين المدني يأخذ حكم الجهل بالواقع، ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي ورفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلاً مشروعاً، وبهذا فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية، إذ أن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذراً يمنع من العقاب لانتفاء القصد.¹

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قضى ببراءة عامل من تهمة سرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، أين استولى على كنز عثر عليه في أرض مملوكة لغيره، جاهلاً قواعد التقنين المدني الفرنسي، والتي تنص على أنه يستحق النصف فقط، أما النصف الآخر فهو لمالك العقار.

رابعاً: جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة (الاستثناء العلمي المنطقي الوحيد)

إن الأجنبي الذي لم يمض على قدومه إلى دولة أجنبية إلا أياماً قليلة؛ ويرتب خلال هذه المدة فعلاً يجهل بأنه جريمة يعاقب عليها القانون وفقاً لتشريع تلك الدولة الأجنبية، يمكنه أن يعذر بجهل القانون، ويصلح هذا الجهل كعذر يرفع عنه العقوبة، وهذا بتوفر شرطان أساسيان هما:

— أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه وفقاً لقانون العقوبات في بلده وفي البلد المقيم بها، فإذا كان الفعل معاقب عليه في أحد البلدين، فهنا يعد مجرماً ويعاقب على الفعل المجرم الذي ارتكبه.

— أن يكون الفعل المرتكب من طرف الأجنبي المكون للجريمة قد ارتكب خلال المدة التي حددها النص من تاريخ وصوله إلى الدولة الأجنبية، فإذا انقضت هذه المدة لم يعد يقبل منه احتجابه بجهله بقانون الدولة.

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على مدة محددة يعاقب فيها الأجنبي في حالة ارتكابه جريمة وهو جاهل بتجريمه في الجزائر، وهذا على عكس المشرع اللبناني والذي حددها بثلاثة أيام على الأكثر، وكذا المشرع العراقي حددها بسبعة أيام على الأكثر.

¹. نجار لويضة، مرجع سابق، ص 69.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان

يقوم نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان على مبدأين أساسيين هما: مبدأ إقليمية القوانين، ومبدأ شخصية القوانين.

الفرع الأول: مبدأ إقليمية القوانين

تعد الدولة حسب مبدأ إقليمية القوانين صاحبة السلطان المطلق والسيادة التامة في حدود إقليمها، وبهذا تطبق جميع التشريعات الصادرة عن الدولة ضمن حدود الإقليم على الأشخاص المقيمين فيها.

أولاً: مضمون مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بنطاق تطبيق القانون من حيث المكان؛ تحديد الإقليم الذي يقيم عليه الشخص، أي تحديد الدولة التي يرتبط بجنسيتها أو الدولة الأجنبية التي يقيم فيها، ويقوم هذا المبدأ على فكرتين أساسيتين:

-تطبق هذه التشريعات ضمن حدود إقليمها على جميع من يقيمون فيه سواء كانوا مواطنين أو أجانب.

-لا تطبق هذه التشريعات ضمن حدود أقاليم الدول الأخرى بالنسبة لمواطني الدولة التي صدرت عنها، بل يخضع هؤلاء المواطنين لتشريعات الدول صاحبة السيادة على الأقاليم التي يقيمون فيها.

وعلى الرغم من وجود هذين المبدأين (الفكرتين) إلا أنه لا يمكن استثناء أحدهما دون الآخر بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، وإلا أدى ذلك إلى إخضاع الشخص المقيم في دولة أجنبية لقانون هذه الدولة حتى فيما يخص مسائل الزواج والطلاق، إذا ما مبدأ إقليمية القوانين، في المقابل لو طبقنا مبدأ شخصية القوانين على إطلاقه لأدى ذلك إلى نتائج غير مرضية إذا ما استمر الشخص خاضعاً وملتزماً بقانون دولته وقد تكون في بعض الحالات خطيرة، فعلى سبيل المثال استمرار سائقي السيارات البريطانيين بالسير على اليسار حتى ولو كانوا خارج بريطانيا، كأن يدخلوا إلى التراب الفرنسي برا ملتزمين أقصى الجانب الأيسر للطريق، فينجم عن ذلك حوادث مرور خطيرة، لذا لا يمكن الاعتماد بصورة مطلقاً على مبدأ واحد فقط.¹

¹. أحمد سي علي، مرجع سابق، ص308.

وبهذا فمبدأ إقليمية القوانين هو سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى الأشخاص الموجودين فيه، فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي ويقابل هذا المعنى عدم سريان القاعدة القانونية خارج حدود الدولة، فإذا قلنا أن القانون الجزائري إقليمي التطبيق، فإنه يترتب على ذلك أنه ودون سواه يسري على كل ما يقع في إقليم الجزائر، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه بغض النظر عن جنسياتهم¹، ولا يمتد ذلك إلى خارج الإقليم الجزائري، حتى وإن كانوا جزائريين، بل يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها.

ثانياً: أساس مبدأ إقليمية القوانين

يقوم مبدأ إقليمية القوانين على أساس فكرة سيادة الدولة على إقليمها، وأهم مظاهر تأكيد هذه السيادة يتمثل من ناحية في تقرير سلطان قانون كل دولة داخل إقليمها بحيث يخضع له المواطنون والأجانب على حد سواء، ولا يتعداه لأي إقليم آخر، ومن ناحية أخرى يتمثل في عدم الاعتراف بسلطان قانون أجنبي يزاحم القانون الوطني في داخل الدولة باعتباره مظهراً أساسياً لسيادة الدولة، حيث يكون التشريع الوطني واجب التطبيق على إقليمها. لقد جاء مبدأ إقليمية القوانين تأكيداً لسيادة الدولة على إقليمها، لذلك تبنته العديد من الدول.²

وباعتبار أن مبدأ إقليمية القوانين ارتبط بظهور مبدأ السيادة، أضحت من النطق أن يسيطر على فروع القانون العام، فالقانون الدستوري ونظراً لخصوصية قواعده المتكفلة بتنظيم سلطات الدولة وتحديد الحقوق والحريات، فلا يتصور أن تنفذ خارج إقليم الدولة، وفي مجال قانون العقوبات؛ يحق لأي دولة أن تجرم أي فعل تراه مهدد أمنها، حيث تنص المادة 03 من قانون العقوبات على: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية الجزائرية"، وبهذا لا يطبق قانون العقوبات الأجنبي على أي جريمة ارتكبت في الإقليم الوطني، ولا يمتد نطاق القانون الجنائي الوطني خارج إقليم الدولة لأنه يمس بسيادة الدولة.³

كما يطبق مبدأ إقليمية القوانين على القانون الإداري؛ فكل القواعد المتعلقة بالهيئات الإدارية والسلطة التنفيذية وعلاقة الإدارة بموظفيها والقواعد المتعلقة بالضبط الإداري تطبق تطبيقاً إقليمياً صارماً، ونفس الشيء بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

¹ تTAGO سمير، مرجع سابق، ص 64.

² أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 309.

³ بلال سليمة، مرجع سابق، ص 51.

ويمتد كذلك مجال تطبيق مبدأ إقليمية القوانين إلى قواعد القانون الخاص كالقواعد المتعلقة بعلاقات العمل، وكذا بعض التصرفات القانونية، حيث نصت المادة 19 من القانون المدني على خضوع العقود في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه كأصل عام، مع إمكانية ان تخضع لقانون آخر.

الفرع الثاني: مبدأ شخصية القوانين

أجمعت الدول الحديثة على التسليم بحق الأجنبي بتمسكه بقانونه الشخصي إذا تعلق الأمر بأحواله الشخصية كالزواج، الطلاق، الوصية، الميراث، بالمقابل يمتد قانون الدولة ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص بعض المسائل الشخصية، وإذا كان مبدأ الإقليمية يلزم القاضي بتطبيق القانون الوطني فقط، ففي المسائل الشخصية يلزم القاضي بإعمال مبدأ شخصية القوانين أي تطبيق قانون الجنسية، وذلك بسبب أن الأحوال الشخصية لها صلة وثيقة بالجانب العقائدي للشخص، ولقد كرس المشرع الجزائري ذلك وراء هذا الاعتبار، فجعل القانون الزوج واجب التطبيق وقت إبرام عقد الزواج، طبقاً للمادة 11 من القانون المدني.¹

أولاً: مضمون مبدأ شخصية القوانين

يسري قانون الدولة على مواطنيها أياً كان مكان تواجدهم، سواء داخل الوطن أو خارجه، ولا يسري قانون الدولة على الأجانب ولو كانوا يقيمون داخل إقليمها. فتاريخ مبدأ شخصية القوانين مرتبط بمعتقدات المجتمعات القديمة؛ والتي كانت تميز بين المواطنين والأجانب، حيث كان القانون الوطني لا يطبق على الأجنبي، وبعد تشعب العلاقات الدولية بين الدول وتطور وسائل الاتصال وزيادة حركة التجارة والعمل فيما بين الدول، أبح مبدأ الإقليمية قاصراً وجامداً؛ لا يساير التطور العالمي في إطار الدول المعاصرة، مما أدى إلى ضرورة ظهور فكرة شخصية القوانين على أساس أن أهم أركان الدولة هو الشعب وليس الإقليم (عكس مبدأ إقليمية القوانين)، وهذا ما أجاز تطبيق القانون الأجنبي على الأجانب المقيمين في الدولة، في إطار معين وحدود خاصة لا تمس بقوانين الدولة ولا بسيادتها.

ثانياً: أساس مبدأ شخصية القوانين

يتمثل أساس مبدأ شخصية القوانين في سيادة الدولة على رعاياها أينما وجدوا، فلو طبقنا مبدأ إقليمية القوانين فقط (من الناحية العلمية) فلا نجد أي اشكال، فكل دولة تطبق قانونها على

¹نجار لويزة، مرجع سابق، ص72، 73.

إقليمها، والمشكل هنا أنه لا توجد لا يوجد أجنبي بها، ولو طبقنا أيضاً مبدأ شخصية القوانين فقط لأدى ذلك إلى تعارض مع دولة ما في سيادة إقليمها، فهذا التطبيق سيسمح للأجانب إمكانية مخالفة القواعد القانونية، ولهذا تم الأخذ بالمبدأين معاً، لكن مبدأ الإقليمية يكون هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء، حيث رجح فقهاء القانون سيادة الدولة على إقليمها، على سيادة الدولة على رعاياها.¹

ويطبق هذا المبدأ في نطاق القانون العام وكذا نطاق القانون الخاص، ففي نطاق القانون العام نجد أن مجاله يتسع في التشريع الأساسي والقانون الجنائي، ويسري بذلك مبدأ شخصية القوانين على كل المسائل المتعلقة بالحقوق والواجبات كالحريات الأساسية للمواطن وحقوق الإنسان، الحق في الجنسية، حق تولي الوظائف العامة، حق الانتخاب وحق الترشح، واجب أداء الضريبة، واجب حماية الملكية العامة وملكية الغير.

أما في القانون الجنائي فنجد تطبيق مبدأ شخصية القوانين محدوداً، حيث ينص قانون العقوبات على امتداد قواعده إلى مواطني الدولة المقيمين خارج إقليمها ولو كانت الجرائم المنسوبة إليهم قد ارتكبت في الخارج، وهو الموقف الذي اتخذته المشرع الجنائي في قانون العقوبات.

وفي نطاق القانون الخاص، نجد أن لمبدأ شخصية القوانين تطبيقاً واسعاً خاصة في قانون شؤون الأسرة والتقنين المدني، ففي مجال قانون الأسرة نص المشرع على استثناء لمبدأ إقليمية القوانين وذلك بإخضاع بعض أحكام شؤون الأسرة إلى مبدأ شخصية القوانين. أما في مجال القانون المدني فقد أخذ بمبدأ شخصية القوانين في المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة، وكذا المسائل المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، الوصية والميراث.

المطلب الثالث: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان

يقصد بتطبيق القانون من حيث الزمان ان لكل قاعدة بداية ونهاية، غير أن تعاقب القوانين قد يكون سبباً في تنازعها من حيث النطاق الزمني الذي تمتد إليه أحكام كل منها، ويحدث ذلك بالنسبة للمراكز القانونية التي يتطلب تكوينها أو تنفيذها أو كليهما فترة زمنية، فتنشأ في ظل قانون وترتب آثارها في ظل قانون آخر جديد ألغى القانون القديم.² ففي حالة الغاء قاعدة

¹تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص636.

²محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص236.

قانونية تحل محلها قاعدة قانونية جديدة تسري من يوم نفاذها، أما القاعدة القانونية القديمة فيقف سريانها ابتداء من تاريخ إلغائها.

الفرع الأول: إلغاء القانون

يتمثل إلغاء القاعدة القانونية في وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الإلزامية، وهو ما يمنع القاضي أن يحكم بمقتضاها، والإلغاء أنواع:

***إلغاء صريح:** وهو حين تنص قاعدة جديدة على إلغاء قاعدة أخرى صراحة بواسطة نص قانوني.

***إلغاء ضمني:** ويتحقق حين تتعارض أحكام القاعدة الجديدة مع سابقتها في نفس الموضوع.

***إلغاء كلي:** وهو الإلغاء الذي ينهي العمل بالقانون القديم كلية.

***إلغاء جزئي:** وهو الذي يتعلق بإلغاء موضعي سواء لحق بعض المواد بإبطال العمل بها، أو بعض الأشخاص بأن لا يشملهم نصه، ومثال ذلك ان يلغي التعديل العمل ببعض المواد، أو يعدل سن المخاطبين بأحكامه.

أولاً: السلطة المختصة بالإلغاء

إن السلطة التي تضع القانون هي نفسها التي تلغيه، أو السلطة الأعلى من السلطة التي أصدرت التشريع أيضاً تملك سلطة الإلغاء، ويترتب عن ذلك أن القانون لا يلغى إلا من طرف السلطة التشريعية ولا يلغى إلا بتشريع لاحق، فمثلاً الوثيقة الدستورية تلغى من السلطة التي أشرفت على إصدارها واللائحة تلغى من قبل طرف السلطة التي أصدرتها؛ تنفيذية كانت أو تنظيمية¹، فالقاعدة القانونية لا تلغى إلا بقاعدة أخرى من نفس القوة أو بقاعدة أعلى منها².

حيث نصت المادة 02 من القانون المدني على: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء"، وبهذا لا يجوز إلغاء القانون عن طريق العرف، فلا بد من إحترام قاعدة التدرج، فالقواعد التشريعية لا تلغى إلا بقواعد تشريعية أخرى أعلى درجة، وبهذا فالتشريع الأساسي لا

¹. خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات، د ت، ص 145.

². توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 176.

يلغى إلا بتشريع أساسي جديد، والتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي، والتشريع الفرعي لا يلغى إلا بتشريع فرعي أو تشريع عادي أو أساسي.¹

وبهذا نستنتج أنه يمكن إلغاء القواعد غير التشريعية كالعرف مثلاً بتشريع، أو بعرف لاحق مخالف له، ولا يمكن إلغاء القواعد التشريعية إلا بتشريع في نفس الرتبة أو أقوى، فالتشريع الأساسي مثلاً لا يلغى إلا بتشريع أساسي يحل محله.

ثانياً: كيفية إلغاء القانون

يقصد بذلك إنهاء العمل بها ابتداءً من تاريخ وقوع هذا الإلغاء أي إنهاء سريان القاعدة القانونية عن جميع المخاطبين بها والعلاقات القانونية التي تنظمها، فتلغى عن طريق وقف العمل وتجريدها من قوتها الملزمة، الأمر الذي يمنع على القاضي أن يحكم بمقتضاه، والإلغاء في هذه الحالة إما أن يستبدل بقاعدة قانونية جديدة تحل محله أو يكون الوقف نهائياً.²

الفرع الثاني: الأثر الفوري والمباشر للقانون

تقتضي القاعدة العامة أن القانون الجديد يطبق على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ وتنفذ بعد دخوله حيز التنفيذ.

أولاً: مفهومه وأساسه

يعتبر الفقيه الألماني "سافيني" رائد فكرة الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد، وقد تبناها الفقيه الفرنسي "روبيه" واتبعه فيما بعد معظم الفقهاء. والمقصود بهذا المبدأ أن كل تشريع جديد يطبق فوراً ابتداءً من تاريخ سريانه أي وقت نفاذه، فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة، ذلك أن القانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي.³

وبهذا فمبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون هو سريان القانون الجديد فوراً بعد تاريخ نفاذه، وبذلك يتوقف العمل بالتشريع السابق الذي صدر التشريع الجديد لتعديله أو إلغائه.⁴ ولهذا المبدأ جملة من المبررات نذكر منها⁵:

¹. نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 156.

². نجار لويضة، مرجع سابق، ص 75.

³. أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 284.

⁴. محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 265.

⁵. المرجع نفسه، ص 268، 269.

-خضوع المراكز القانونية المتمثلة لقاعدة واحدة وهي القاعدة القانونية الجديدة فقط، لأن استمرار تطبيق القاعدة القديمة عليها باعتبارها نشأت في ظلها وفي الوقت نفسه خضوعها للقاعدة الجديدة باعتبارها اكتملت أو نفذت أو انقضت في ظلها، يؤدي إلى تطبيق قاعدتين مختلفتين على مراكز قانونية من طبيعة واحدة.

-يفترض في القاعدة القانونية الجديدة أنها أكمل وأفضل من القاعدة القديمة لكونها تسائر المتطلبات الجديدة للمجتمع.

ومن أمثلة مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد نذكر¹:

-لو افترضنا صدور قانون يفرض الضريبة على الأشخاص الذين ينجزون مشاريع البناء فوق صحن عقارية في منطقة عمرانية يفرض عليهم دفع ضريبة بنسبة معينة، فمن البديهي أن يطبق على هذه الفئة ابتداء من تاريخ نفاذه ولا يلتزم به الأشخاص الذين سبق لهم أن أنجزوا مشاريع بناء قبل صدوره ولو بيوم واحد، ذلك أن هذا القانون يسري بآثاره المباشرة والفورية ابتداء من تاريخ صدوره على الوقائع السائدة في ظلها وتلك التي تقع في المستقبل.

-افتراض صدور قانون يجرم فعلاً من الأفعال لم يكن مجرماً من قبل، فإنه يسري على كل الوقائع التي تحدث في ظلها وفي المستقبل ابتداء من تاريخ نفاذه، ولا يتصور تطبيقه قبل صدوره على ما سبقه من وقائع لم يكن فيها موجوداً.

ثانياً: مجال تطبيقه

يقنصر مجال تطبيق المبدأ على المراكز القانونية الجارية أي تلك التي لم تنشأ ولم تنقض ولم ترتب آثارها في ظل قانون واحد سواء أكان قانوناً قديماً أو جديداً أي المراكز القانونية التي هي في طور التكوين، فالمركز القانوني الجاري هو ذلك المركز الذي ينشأ في ظل القانون القديم ويرتب آثاره في ظل القانون الجديد، ومن أمثلة ذلك:

-الوقائع المتعلقة بالتقادم الذي تكون مدته قد بدأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل إلى أن أدركها القانون الجديد.

-المسائل المتعلقة بالوصايا يسري عليها قانون الموصي عند وفاته ولو صدرت قبل بدء العمل به، وذلك لأن الوصية لا يتم وجودها القانوني إلا بموت الموصي.

¹أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 285.

ولهذا المبدأ تطبيقاً واسعاً في مجال الحقوق العينية مثل التصرفات المتعلقة بالعقارات على أساس التقادم المكسب بموجب عقد شهرة في ظل قانون معين، ومجال شؤون الأسرة في المسائل المتعلقة بالزواج والتطبيق التي حدثت في ظل القانون القديم، فالآثار التي تترتب في ظل القانون الجديد تبقى خاضعة لأحكامه ولو كان الزواج أو التطليق ذاته قد تم في ظل القانون القديم، وكذلك طبق هذا المبدأ في مجال علاقات العمل حيث تسري أحكام قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام بمقتضى سلطانها المباشر على الآثار المستقبلية لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها كما هو الشأن لموانع الاضراب التي يعتبرها المشرع من النظام العام، حيث يسري القانون الجديد بأثره المباشر عليها ابتداء من تاريخ نفاذه.¹

ثالثاً: الاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد

يراد بالاستثناء هنا، استمرار سريان القانون القديم على المراكز القانونية العقدية، فتخضع بموجب هذا الاستثناء الآثار المستقبلية التي ترتبها المراكز القانونية العقدية إلى القانون القديم، فيستمر القانون القديم رغم وجود القانون الجديد، وهذا ما يسمى بالأثر المستمر للقانون القديم أو امتداد القانون القديم، بمعنى سريان القانون القديم على المراكز القانونية العقدية التي تكونت تحت سلطانه رغم دخول القانون الجديد حيز التطبيق.²

وبهذا تتمثل استثناءات مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد في³:

- اعتبار المتعاقدين القانون القديم المعمول به وقت التعاقد هو الأقرب والأفضل لتقييم التوازن بين التزاماتهما على أساسه.

- اعتبار إرادة المتعاقدين كأساس لتطبيق قواعد القانون السائد وقت التعاقد.

- تحقيق وحدة القانون الذي يحكم المراكز القانونية بإخضاعها لنظام قانوني في ظل قانون معين، فيسري القانون القديم الذي قام على أساسه العقد ككل غير قابل للتجزئة.

- تجنب اختلال التوازن بين القانون القديم والقانون الجديد بالنسبة لسريان العقد.

- الاستئناس بقواعد وأحكام القانون الذي أبرم في ظله العقد باعتبارها الأكثر قدرة على تحقيق ما استهدفه طرفاه.

¹. أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 288.

². نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 172.

³. أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 292.

الفرع الثالث: مبدأ عدم رجعية القوانين

لا تسري القوانين بأثر رجعي بل تسري على ما يحدث من وقائع بعد تاريخ نفاذها، ولا أثر لها فيما وقع قبل هذا التاريخ، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين، ولهذا المبدأ نطاق معين واستثناءات ترد عليه.

أولاً: مضمون المبدأ

يقصد بهذا المبدأ عدم انطباق القانون على الوقائع السابقة على صدوره، فالقانون الجديد يجب ألا يمس ما تم وانقضى تكوينه من عناصر المركز القانوني، أو ما ترتب من آثار على هذا المركز في ظل القانون القديم، ولا يحكم القانون الجديد إلا ما يتم في المستقبل من مراكز وآثار، وهذا يعني أنه ليس للقانون الجديد أثر على وقائع حدثت في الماضي في ظل نص معين، فلا يتصور من حيث الأصل أن أصدر المشرع نص جديد ليخاطب الأفراد ويحاسبهم على وقائع حدثت في الماضي.¹

ويقوم هذا المبدأ على عدة اعتبارات منها:

- اعتبارات العدالة: فلا يمكن تطبيق قانون جديد على مركز قانوني نشأ قبله، فالعدالة توجب العمل بالقانون من تاريخ إصداره ونشره لأن الفعل قد يكون مباحاً في القانون القديم ويجرم بالقانون الجديد.

- مبدأ تطبيق القانون من تاريخ نشره وبالتالي يطبق فقط على الوقائع المستقبلية أو الوقائع التي نشأت قبل صدوره، فمن غير المنطق تكليف المشرع شخص بسلوك معين في الماضي، بل التكليف يكون خاصاً بالمستقبل فقط.

- إن تحقيق المصلحة العامة يستوجب عدم سريان القانون الجديد على الماضي وذلك حماية لاستقرار المعاملات.

ثانياً: نطاق المبدأ

يطبق مبدأ عدم رجعية القوانين في عدة مجالات، منها التقنين المدني وذلك بالنسبة للأعمال المدنية والتصرفات القانونية التي تتم في ظل قانون معين تبقى خاضعة لقواعده كبعض قواعد الميراث، والعقود، وآثار الزواج، والنقادم، ومسائل الإثبات، بالإضافة إلى مجال القانون

¹ بلال سليمة، مرجع سابق، ص 54.

الجنائي؛ حيث لا يجوز للقانون الجديد الذي وضع العقوبة على فعل مجرم في ظل قانون سابق كان يبيح هذا الفعل، أن يرجع بأثر رجعي على الماضي.

ثالثا: الاستثناءات الواردة على المبدأ

ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين استثناءات معينة تتمثل في:

1- النص صراحة على سريان التشريع على الماضي: يجب أن يشير النص صراحة على الرجعية في ضوء اعتبارات معينة تتعلق بالمصلحة والعدالة، فلا يجوز ضمنا رد القوانين للماضي، فالمشرع ينص صراحة على مبدأ عدم رجعية القوانين، ومقال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر رقم 65-71 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، حيث جاء فيها: " إن كل قران انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية...".¹

2- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: تزداد أهمية مبدأ عدم الرجعية بشكل خاص في

المجال الجنائي، إذ يعد ضمانا أساسية للحريات العامة وهذا ما يقرره الدستور وقانون العقوبات، بحيث تنص المادة 2 من قانون العقوبات على أنه لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة، فمثلا ينص قانون على إباحة الفعل أي يمحي الجريمة، أو يخفف العقوبة، وهنا يمكن أن يسري بأثر رجعي.

3- التشريعات التفسيرية: وهي نصوص تأتي لتحديد معنى نصوص تشريعية قائمة أو

إزالة الغموض أو اللبس الذي يعترئها، فبذلك النصوص المفسرة لا تعد نصوصا جديدة ناسخة للنصوص القديمة بل هي مكملتها لها وجزء منها، والقانون الجديد يعتبر شارحا ومفسرا للقانون القديم ويعتبر جزء منه، فهو لم يصدر إلا قصد إزالة غموض أحيط بالقانون القديم.

وتجدر الإشارة إلى ان هناك حالات لا يبين لنا مبدأ عدم رجعية القوانين القانون الواجب التطبيق فيها مثل القانون الواجب التطبيق على آثار المراكز القانونية التي تمت أو تم انقضاؤها عند صدور القانون الجديد، أو القانون الواجب التطبيق على آثار المراكز القانونية التي تمت أو انقضت بالفعل في ظل القانون القديم، وكذا القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية التي لم تكن قد استكملت عناصر تكوينها عند صدور القانون الجديد، وفي الحالات استوجبت تطبيق مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون.

¹. بلال سليمة، مرجع سابق، ص55.

نظرة
الحلق

الفصل الثاني: نظرية الحق

سنتناول من خلال هذا الفصل مفهوم الحق، وسنتطرق إلى تعريفه وأنواعه المتعددة، بالإضافة إلى تناولنا أركان الحق ومحل الحق ومصادره.

المبحث الأول: مفهوم الحق

سنتطرق من خلال هذا المبحث لتعريف الحق مع التركيز على أنواعه المختلفة، لذا خصصنا المطالب الأول لتعريف الحق لغة وإصطلاحاً، وكذا اتجاهات تعريف الحق، كما سنتطرق في المطالب الثاني لأنواع الحقوق المختلفة.

المطلب الأول: تعريف الحق

اختلف الفقهاء في إيجاد تعريف دقيق للحق، حيث تعددت وجهات نظر كل مذهب من المذاهب الفقهية، وهذا ما سنبرزه في الآتي:

الفرع الأول: تعريف الحق لغة

الحق في اللغة له معان كثيرة، قال الله تعالى¹: "لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون"، ولم يبتعد علماء اللغة عن هذا المعنى اللغوي كثيراً، ومن هذه المعاني²:
فقد يقصد به الأمر الثابت، أي الأمر الموجود كقوله تعالى³: "ونادى أصحاب الجنة أصحاب النار أن قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً، فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم فأذن مؤذن بينهم أن لعنة الله على الظالمين".

الحق ضد الباطل كقوله تعالى⁴: "ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون".

الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحاً

اختلفت آراء الفقهاء حول إيجاد تعريف للحق، وبيان مدلوله وتحديد ماهيته، فمنهم من أخذ بالنظرية الشخصية ومنهم من أخذ بالنظرية الموضوعية، ومنهم من أخذ بالنظرية المختلطة، أما النظرية الحديثة فأخذت باتجاه آخر.

¹. سورة يس الآية 07.

². رواب جمال، مطبوعة في مقياس مدخل للعلوم القانونية- نظرية الحق- كلية الحقوق، جامعة الجبالي بونعامه، خميس مليانة، 2019-2020، ص1.

³. سورة الأعراف الآية 44.

⁴. سورة البقرة الآية 42.

أولاً: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق

ظهرت هذه النظرية في القرن 19، وتزعمها الفقيه سافيني، وهو من أهم رواد النظرية الشخصية في تعريفه للحق، فينظر هذا الأخير للحق من منظور شخصي أي بالنظر إلى صاحب الحق فيعرف الحق بأنه: " قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون".

وبهذا فالاتجاه الشخصي يعرف الحق بالنظر إلى شخص صاحبه أو إرادته، فالحق في مفهوم هذه النظرية هو سلطة أو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين بموجبها يستطيع أن يقوم بأعمال معينة في حدود القانون، فالقانون هو الذي يمنح الشخص القدرة على القيام بهذه الأعمال، فلا يجوز للشخص أن يمنح نفسه هذه القدرة، فحق الملكية يخول المالك سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وتنتمي هذه النظرية للمذهب الفردي، وما يترتب عنه من الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة فالإرادة تكفي لإنشاء الحق وإنهائه.¹

ولقد انتقدت هذه النظرية لأنها تربط الحق بالإرادة، بينما قد يثبت الحق للشخص دون ان يكون له إرادة، كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون علمه بها كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها وكذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون علمه بها.²

ثانياً: الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق

على خلاف أصحاب المذهب الشخصي ذهب أصحاب المذهب الموضوعي في تعريفهم للحق أنه: "مصلحة يحميها القانون" ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الألماني " اهرنج" والذي يعد من أكبر خصوم المذهب الشخصي.³

ووفقاً 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.⁴ فتقرير المصلحة

¹ رواب جمال، مرجع سابق، ص 2.

² محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، د ت، ص 6.

³ حسين النوري، دروس في القانون، دار الجيل للطباعة، القاهرة، مصر، د ت، ص 8.

⁴ محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص 7.

وحده لا يكفي لقيام الحق، وإنما يجب توفير حماية تكفل احترام هذه المصلحة المتمثلة في جوهر الحق.

وانتقدت هذه النظرية من حيث أنها وعلى الرغم من تركيزها على فكرة جديدة في تعريفها للحق وهي فكرة المصلحة التي يحميها القانون، إلا أن ذلك لم يبعد دعاة المذهب الموضوعي من النقد، ومن أهم ما وجه إليهم أنهم عرفوا الحق بالنظر لغايته وبالتركيز على هدفه، وكان من المفروض أن يقدموا تعريفا للحق بالنظر لجوهره وصلبه وموضوعه لا غايته، فالمصلحة ليست جوهر الحق، وإن كان لها علاقة وطيدة بالحق، إذ المطلوب هو إيجاد تعريف للحق مجردا عن هدفه. كما أن الحماية هي الأخرى تعد عنصرا خارجيا ولا يمكن إقحامها في عناصر تعريف الحق، فالحق سابق على الحماية، ولا يمكن التسليم بفكرة أن عنصر الحماية هو الذي يؤدي إلى إنشاء الحق.¹

ثالثا: الاتجاه المختلط في تعريف الحق

نظرا لاختلاف وجهتي نظر المذهبين الشخصي والموضوعي في تعريف الحق، فيرى أنصار النظرية المختلطة الأخذ بفكرتي الإرادة والمصلحة معا، فالحق هو سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون، فيعرفون الحق بأنه " القدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون". ولقد انتقدت النظرية بنفس الانتقادات الموجهة للنظريتين السابقتين.

رابعا: النظرية الحديثة

نتيجة للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، ظهرت النظرية الحديثة في تعريف الحق، تحت زعامة الفقيه الفرنسي " دابان" والذي يرى بأن: " الحق هو استثناء الشخص بقيمة معينة أو شيء معين عن طريق التسلط على تلك القيمة أو الشيء"، وبهذا المصلحة هي الغاية من الحق، والحق هو وسيلة لتحقيقها، والقانون هو الذي يقرر هذه المصلحة، وبذلك تظهر العلاقة بين الحق والقانون، فلا حق إلا إذا سنده القانون، وتتمثل العناصر الأساسية للاتجاه الحديث في:

1- الحق يعبر عن سلطة يقرها القانون (الاستثناء): أي سلطة مطابقة للقواعد القانونية، ويترتب على هذا ضرورة احترام الغير لها، وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار باستثناء الشخص بحقه والتسلط عليه، أي انفراد الشخص صاحب الحق دون غيره من الكافة

¹.عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص15.

بموضوع الحق، فالحقوق مرتبطة بالالتزامات في مواجهة الغير، وليست هناك أهمية لحق معين إذا لم يكن الغير ملزم باحترامه وكذلك الحال إذا لم يمكن صاحبه دفع الاعتداء عليه، وإذا كانت الحماية القانونية لازمة للحق فلا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته إلا أنها ليست عنصرا من عناصر وجوده، لا يحميها حقا إلا إذا كان موجودا حقيقة.¹

2- تسلط صاحب الحق: ويقصد بالتسلط القدرة القانونية على الاستثناء بمجال الحق ويكون ذلك عادة بالاعتراف لصاحب الحق بسلطة التصرف فيه أو الانتفاع منه أو استغلاله، من أجل ذلك وصف البعض التسلط بأنه المظهر العملي والميداني للاستثناء.²

3- الاقتضاء: إن مقتضيات الاستثناء تفرض على الغير عدم التعرض لصاحب الحق أو الحيلولة دون ممارسته للسلطات المعترف له بها قانونا، فالعلاقة قائمة بين صاحب الحق والغير، فإن مارس هو سلطة صاحب الحق بما يقره القانون على محل الحق، تعين على الكافة ألا يأتوا من الأعمال والتصرفات ما ينقص أو يمنع أو يعرقل ممارسة سلطة الاستثناء لمحل الحق ويؤدي إلى التأثير على صاحب الحق.³

المطلب الثاني: أنواع الحقوق

لا يمكن حصر وتعداد الحقوق، فهي تتطور وتتعدد بتطور المجتمعات، ولهذا لا يمكننا سوى إجراء تصنيف لهذه الحقوق، وحتى التصنيفات نجدها تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إلى الحق منها، والتصوير السائد في الفقه هو تصنيف الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسية وأخرى مدنية، وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية.

الفرع الأول: الحقوق غير المالية

تنقسم الحقوق غير المالية إلى نوعين: حقوق سياسية وأخرى مدنية، وحقوق عامة وأخرى خاصة، ولو أن هذه الأخيرة متفرعة عن الحقوق المدنية، ولكن بسبب أهميتها خصصنا لها فرعا مستقلا عن الحقوق المدنية.

¹ بلال سليمة، مرجع سابق، ص 70.

² عمار بوضياف، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 17.

³ المرجع والصفحة نفسها.

أولاً: الحقوق السياسية

تقابل الحقوق السياسية الحقوق المدنية، فالأولى تتعلق بارتباط الشخص بوطنه، أما الثانية فتتعلق بكون الشخص فرداً في مجتمع معين بالنظر إلى غيره من الأفراد، وبكونه إنساناً يتمتع بما يتمتع به أمثاله من البشر.¹

الحقوق السياسية هي الحقوق التي يقرها القانون للشخص باعتباره منتبياً إلى بلد معين، وتتحول له المساهمة في حكم هذه الدولة وإدارة شؤونها، ومن أمثلة هذه الحقوق حق الانتخاب، وحق المواطن في ترشيح نفسه للمجلس النيابية، وإبداء الرأي في الاستفتاء، وحقه في تولي الوظائف العامة في الدولة.² بالإضافة إلى حق الحماية في الخارج.

وبهذا فالحقوق السياسية هي حقوق ليست ذات طابع مالي، ونظراً للغاية التي تقررت من أجلها، تختص بالمواطنين دون الأجانب، كما لا تعتبر ميزات أو مصالح للمواطنين بل هي وظائف سياسية، أي ينظر إليها على أنها تكاليف وليست حقوقاً.³

وتتميز الحقوق السياسية بميزات تجعلها تختلف عن الحقوق الأخرى، ومن أهم هذه الميزات ما يأتي:⁴

- لا تثبت الحقوق السياسية إلا للمواطنين فقط دون الأجانب، وحتى بالنسبة للمواطنين فقد لا تثبت لهم جميعاً، بل إنها تثبت فقط لمن تتوافر فيه منهم بعض الشروط الخاصة كاشتراط بلوغ سن معينة.
- تدخل دراسة هذه الحقوق في نطاق القانون العام وعلى الأخص القانون الدستوري والقانون الإداري، إذ هو الذي يتكفل بتحديد هذه الحقوق وبيبين كيفية ممارستها.
- تقرر الحقوق السياسية لجميع الأفراد القانطين في الدولة بصفة أصلية، ولكنها قد تمنح في بعض الحالات الاستثنائية للأجنبي مثل حقه في تولي الوظائف العامة.
- إن الحقوق السياسية أقرب إلى الواجب الوطني منه إلى الحق، حيث يفرض القانون على المواطن أن يقوم به وإلا تعرض إلى عقوبة.

¹ سمير شيهاني، دروس في نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة ألكي محند أولحاج، البويرة، 2014، 2015، ص19.

² محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص10.

³ سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 20.

⁴ محمد أحمد المعداوي، المرجع السابق، ص 11.

ثانيا: الحقوق المدنية

الحقوق المدنية هي حقوق تختلف عن الحقوق السياسية في كونها حقوق يتمتع بها الفرد كإنسان أي تثبت له باعتباره عضو ضمن مجتمع إنساني بغض النظر عن جنسيته وولائه القومي، إذ يستوي في ذلك أن يكون وطنيا أو أجنبيا، بمعنى أنها تثبت لأي إنسان بغض النظر عن جنسه ولونه أو عرقه، وهي حقوق ضرورية له، بل ضرورية حتى لممارسة الحقوق السياسية.¹

ويطلق على الحقوق المدنية الحقوق الطبيعية، وتثبت لكل شخص طبيعي بغض النظر عن جنسيته، باعتبارها إنسانا ويستوي في ذلك المواطن والأجنبي ومن لا جنسية له.² وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

أ- الحقوق العامة (حقوق شخصية أو حقوق لصيقة بشخصية الانسان)

الحقوق العامة هي ذلك الحد الأدنى من الحقوق الذي يتعين كفالاته للفرد بحكم كونه إنسانا حتى يمكنه المشاركة في نشاط المجتمع، وأن يحيا حياة آمنة وكريمة. وهناك العديد من الفقهاء، ممن أطلق إصطلاح "الحقوق العامة" على أنها مرادف "الحقوق الطبيعية" أو الحقوق الشخصية، أو "الحريات أو الرخص العامة".³

ولهذه الحقوق طابعا خاصا وفريدا، كون محلها أو موضوعها لا يخرج عن صاحب الحق نفسه، وهي حقوق تنصب على مقومات الشخصية ذاتها في مظاهرها المختلفة تقررت لشخص كونه إنسانا، بغض النظر عن كونه مواطنا أو أجنبيا، وتسمى كذلك بالحقوق اللصيقة بشخصية الانسان أو حقوق الشخصية، وهي حقوق تقررت للمحافظة على الكيان المادي والمعنوي للإنسان، إذ بدونها لا يكون الانسان آمنا على حياته وحرية ونشاطه، وهي حقوق تثبت للكافة بغض النظر عن انتمائهم إلى الوطن أو الدولة، ومثاله الحق في الحياة⁴، الحق في الشرف والسمعة والحق في الاسم.

وتكفل الحقوق العامة للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط به ارتباطا لا انفصام له، فهي ليست بسلطات مقرررة لشخص على نفسه يتصرف فيها كما يشاء، وإنما هي حقوق في

¹ رواب جمال، مرجع سابق، ص5.

² بوعيس يوسف، محاضرات في نظرية الحق، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، 2019، 2020، ص8

³ سمير شيهاني، مرجع سابق، ص20.

⁴ رواب جمال، مرجع سابق، ص5.

مواجهة الغير، والهدف منها الاعتراف من قبل الغير بوجود هذا الشخص وكفالة حماية هذا الوجود، كالحق في التعليم، حرمة المسكن، الحق في الرعاية الصحية، وحرية المعتقد. وتتميز الحقوق العامة بجملة من الخصائص أهمها¹:

-حقوق غير مالية: بمعنى أنه لا يمكن التصرف والتنازل عنها، حيث لا يمكن للشخص أن يتنازل عن حرمة الشخصية، ولا تنتقل بعد الموت بالميراث.

-الحقوق العامة لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم: فإذا ظل شخص ما في قرينته مثلاً مدة طويلة جداً، فلا يسقط حقه في الانتقال من مكان لآخر.

-الاعتداء على الحقوق العامة يستوجب التعويض.

ب-الحقوق الخاصة:

تتمثل الحقوق الخاصة في تلك التي تقرها فروع القانون الخاص للشخص مثل القانون المدني أو التجاري أو قانون الأحوال الشخصية، أو هي الحقوق التي لا تثبت إلا لمن تتوافر فيه بمقتضى القانون سبباً لكسبها كحق الملكية.²

وبمعنى آخر هي تلك الحقوق التي تكفل للشخص مزاوله نشاط قانوني معين، وهي حقوق منها ما يثبت للشخص باعتباره عضواً في الأسرة فتسمى حقوق الأسرة، كما قد تثبت له في نطاق المعاملات المالية، وتهدف هذه الحقوق إلى حماية المصالح الخاصة للشخص، وهي حقوق تختلف عن الحقوق العامة لأنها حقوق يختص بها الشخص الذي تتوفر فيه شروط التمتع بها عكس الحقوق العامة التي تثبت للكافة.³ وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرية و حقوق مالية.

-حقوق الأسرة:

يقصد بحقوق الأسرة تلك الحقوق الناشئة عن كون الفرد عضواً في أسرة معينة بسبب الزواج والقرابة⁴، فهي حقوق غير مالية في غالبها، وجزء منها فقط يمكن إدراجه في إطار

¹ . بوعيس يوسف، مرجع سابق، ص8.

² .جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون "نظرية الحق"، الجزء 2، القاهرة، مصر، دت، ص26.

³ .رواب جمال، المرجع السابق، ص6.

⁴ . عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2010، ص42.

الحقوق المالية كالنفقة والحق في الإرث، وبهذا فحقوق الأسرة في مجملها تعد حقوقا ذات طابع أدبي يعود لرابطة القرابة التي تجمع بين أعضاء الأسرة.

ويترتب عن حقوق الأسرة عدة آثار نذكر منها:

-للزوج حقوق على زوجته في طاعتها له باعتباره رئيس العائلة.

-كما للزوجة عليه حسن المعاملة واحترامها، وهذه الحقوق والواجبات يتضمنها قانون الأسرة الجزائري.

-حق الإرث بين الأزواج والفروع والأصول.

وبهذا تتميز هذه الحقوق بأنها يغلب عليها الطابع غير المالي، ويترتب على ذلك عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها، ولا تسقط بالتقادم نتيجة عدم الاستعمال ولا تدخل في الذمة المالية ويقع باطلا بطلانا مطلقا، أي تنازل عنها، كما أن هذه الحقوق لا تخول لصاحبها سلطات فحسب، بل تضع على عاتقهم العديد من الواجبات في نفس الوقت، فالأب مثلا له سلطة تأديب الأولاد، وعليه أيضا واجب تربيتهم والإنفاق عليهم، وهذه الحقوق لا تمنح من أجل تحقيق مصالح خاصة، وإنما تمنح من أجل مصلحة الأسرة كلها.¹

أما فيما يخص الحقوق المالية، ونظرا لتشعبها خصصنا لها الفرع الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثاني: الحقوق المالية

تنتج هذه الحقوق عن المعاملات المالية بين الأفراد، وتسمى بالحقوق المالية لأن موضوع الحق فيها يقوم على أساس المال²، كما قد ترد على شيء معين فتسمى حينئذ حقا عينيا، ومثاله حق الملكية الذي يكون محله معين، 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 الانسان وفكره، فينشأ ما يسمى بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية.³

¹. عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2010، ص43.

². معمري نصر الدين، مطبوعة محاضرات مقياس مدخل للقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2020،

2021، ص32

³. محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص17.

أولاً: الحقوق العينية

سننظر من خلال هذا العنصر لتعريف الحق العيني وعناصره وخصائصه، ثم سنتناول أنواعه.

أ- تعريف الحق العيني

الحق العيني هو استئثار مباشر لشخص على شيء معين بما يمكنه من ممارسة أعمال وتصرفات معينة بالقدر الذي يتناسب مع مضمون الحق وذلك تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون¹، فهو يرد على شيء مادي ويخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، فيكون لصاحبه الحق في استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليتمكن من استعمال حقه، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق، وتطلق على هذه الحقوق تسمية " العينية" لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي، ولكي نستطيع التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وجب التركيز على معنى سلطة مباشرة، حيث في الحقوق الشخصية تكون سلطته غير مباشرة، بمعنى لا بد من توسط شخص آخر مدين أو الملتزم بالحق حتى يستطيع صاحب الحق مباشرة قدرته². فمثلاً بإمكان الشخص شراء منزل باعتباره صاحب حق الملكية، فيمكنه بذلك استعماله لنفسه وتأجيريه لغيره دون تدخل شخص آخر في ذلك.

ب- عناصر الحق العيني

تتمثل عناصر الحق العيني في:

- الشخص صاحب الحق.

- **الشيء موضوع الحق:** يجب أن يكون شيئاً مادياً معيناً بذاته مفرزاً، ولا يكفي أن يكون محدداً بنوعه أو بصفته أو بمقداره، فإذا باع وكيل سيارات إحداها الموجودة في المستودع دون إفرازها، فلا ينشأ للمشتري حق عيني على السيارة، ولكن ينشأ حق شخصي يلتزم بموجبه البائع بإفراز السيارة المتفق عليها، فإذا أفرزها البائع ثبت للمشتري عليها الحق العيني أو حق الملكية³.

- **السلطة مضمون الحق:** تختلف هذه السلطة باختلاف الحقوق العينية، ففي حق الملكية هي

سلطة تامة، فبموجبها يستعمل ويستغل ويتصرف في الحق.

¹. معمرى نصر الدين، المرجع السابق، ص32.

². بو عيسى يوسف، مرجع سابق، ص 9

³. رواب جمال، مرجع سابق، ص7.

ت-خصائص الحق العيني

تتمثل خصائص الحق العيني في:

- 1- **حق مطلق ودائم:** فهو حق مطلق أي أن الواجب المقابل له يقع على كافة الناس، فحق الملكية مثلا يلتزم فيه الناس بعدم التعرض لصاحبه في ممارسة سلطته عليه. أما المقصود بحق دائم؛ فالأصل فيه أن يبقى الحق العيني ما دام الشيء باقيا، ويستثنى من ذلك حق الإنتفاع وحق السكن وحق الاستعمال، فهي حقوق مؤقتة تنتهي بانتهاء الأجل المحدد لها، فإذا لم يعين لها أجل فتنتهي بوفاء المنتفع، وهذا طبقا للمادتين 852 و 857 من القانون المدني الجزائري، كما أن الحق العيني التبعية ينقضي بانقضاء الحق الشخصي الذي نشأ تبعا له.¹
- 2- **لصاحبه حق التتبع والأولوية:** يملك صاحب الحق حق التتبع على الشيء موضوع الحق تحت يد أي شخص كحق الرهن، أما حق الأولوية فيقصد منه حق الأفضلية على مزاحميه في الاستفادة من الشيء موضوع الحق، فمثلا إذا أودعت سيارتي لدى شخص فلا يستطيع دائنوه مزاحمتي فيها، ويمكن لي أن أسترجعها من دونهم جميعا.²
- 3- **لصاحبه أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة غيره.**

ث-أنواع الحق العيني

تنقسم الحقوق العينية إلى قسمين، حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

1-الحقوق العينية الأصلية

الحقوق العينية الأصلية هي الحقوق المستقلة لا تتبع حقا آخر أو تستند في وجودها إليه طالما أن المقصود منها هو تحقيق الاستفادة المستمدة من الشيء ذاته، بما يتلاءم مع طبيعته، ويكون لصاحب الحق سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وفي هذه الحالة نكون أمام حق الملكية³، كما يتفرع عن هذا الأخير عدة حقوق عينية أصلية أخرى تتمثل في حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكن، حق الارتفاق.

¹. رواب جمال، مرجع سابق، ص9.

². بو عيسى يوسف، مرجع سابق، ص10.

³. غنيمي طارق، مطبوعة في نظرية الحق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2020، 2021، ص39.

1-1- حق الملكية:

نظم المشرع الجزائري حق الملكية في المواد من 674 إلى 843 من القانون المدني الجزائري، ويعد حق الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها، حيث يخول لصاحبه حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

ولقد نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري على: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، وبهذا يعد حق الملكية من أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضمونا لأنه يخول صاحبه ثلاث سلطات: الاستعمال، الاستغلال والتصرف، كما يتميز بأنه حق جامع، مانع، دائم، ولا يسقط بعدم الاستعمال.

- حق جامع: فهو يمنح لصاحبه جميع السلطات التي يمكن الحصول عليها من الشيء، وللمالك أن يستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه، فلا يوجد حق آخر يخول صاحبه هذه السلطات.

- حق مانع: لا يشارك صاحب الحق أي أحد في ملكيته، كما يمكنه أن يمنع غيره بمشاركته في ملكيته.

- حق دائم: يعد حق الملكية حقا أبديا يدوم بدوام الشيء المملوك، ولا ينقضي إلا بإنقضاء هذا الشيء، ومن نتج هذه الخاصية أن الملكية ليست مؤقتة بطبيعتها، كما لا يزول حق الملكية بعدم استعمال الشيء المملوك¹.

- حق الملكية حق لا يسقط بعدم الاستعمال: لا يسقط حق الملكية بعدم الاستعمال على عكس حق الارتفاق وحق الانتفاع وحق السكنى التي هي من حقوق تنتهي بعدم الاستعمال. غير أنه إذا اقترن عدم استعمال حق الملكية بحيازة الشيء من طرف الغير وتوافرت لدى الغير شروط التقادم المكسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتقادم، فحق الملكية لا يسقط بالتقادم ولكن يكتسب به².

أما فيما يخص السلطات الممنوحة لصاحب حق الملكية فتتمثل أساسا في حق الاستعمال، حق الاستغلال وحق التصرف.

¹. فيلالي علي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011، ص88

². رواب جمال، مرجع سابق، ص11.

- حق الاستعمال:

هو استخدام الشيء والاستفادة، فيما أعد له دون المساس بجوهره، ولا استغلاله، فاستعمال المنزل يكون بسكنه واستعمال السيارة يكون ركوبها، واستعمال الثياب يكون بارتدائها، والجدير بالذكر أن هناك بعض الأشياء استعمالها يؤدي بالضرورة إلى استهلاكها، وكذلك الوقود، وبالتالي فالأمر هنا يتعلق بالتصرف وليس بالاستعمال، أو الاستعمال الذي ينطوي حتما على تصرف.¹

- حق الاستغلال:

ويقصد به الحصول على ثمار الشيء، وتتمثل في الأداء المالي الذي يحصل عليه المالك مقابل إنشائه حق للغير يتعلق بالشيء، كالأجرة المستحقة لمالك المسكن مثلا مقابل تأجيره لمسكنه لشخص ما.²

- حق التصرف:

ويقصد به القيام بأي عمل يؤدي للقضاء عليه، أو أن يقوم بالانتقاص من سلطاته على الشيء كإنشاء حق الارتفاق، أو تصرف في حق ملكية بناء على عقد كبيع الشيء محل الحق.³

1-2- حق الانتفاع:

يعد حق الانتفاع من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ولقد عرفته المادة 844 من القانون المدني الجزائري بأنه: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون. يجوز أن يوصي بحق الانتفاع الأشخاص المتعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصي به للحمل المستكين". فالحق الانتفاع هو حق عيني أصلي مقرر لشخص على شيء مملوك لغيره، ويشمل حق الانتفاع الاستعمال والاستغلال.

وهو حق يمكن المنتفع من ممارسة سلطة على العين المملوكة لشخص آخر دون وساطة من أي شخص، وهو حق ينتهي بموت أو انقضاء الأجل المعين له كما ينتهي بهلاك الشيء أو ينتهي كذلك بعدم استعماله لمدة 15 سنة، ويرد حق الانتفاع على الأموال العقارية والمنقولة كالمركبات والآلات والمواشي، كما يرد على الأموال غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع،

¹. محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص75.

². إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص293.

³. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005، ص40.

فحق الانتفاع يخول المنتفع حق استعمال الشيء وفقا لاستعماله الذاتي ولمصلحته الشخصية كما له حق استغلال الشيء، كحق إنتفاع على عقار، لصاحبه حق إستعمال العقار وفقا لإستعماله الذاتي أيلما هو مخصص له للمصلحة الشخصية للمنتفع، كما له حق إستغلاله فتكون له ثماره المدنية والطبيعية بينما منتجات الشيء تكون لمالك العقار وليس للمنتفع، لأن استخراج المنتجات ينقص من أصل الشيء (كما سبقت الإشارة)، وحق الانتفاع بمتجر يشمل حق المنتفع في بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها، وهو ملزم بالمحافظة على المتجر، وحق الانتفاع بقطيع من المواشي تكون للمنتفع الألبان والصوف ونتاج المواشي.¹

1-3- حق الاستعمال وحق السكن

ينقرر حق الاستعمال والسكنى على شيء مملوك للغير، بحيث يكون لصاحبه السكنى فقط؛ إذ لا يخول لصاحبه لصاحبه سلطة استغلاله في أي غرض آخر غيره، وينقضي حق السكنى بما ينقضي به حق الانتفاع، ولا يجوز التنازل عنهما للغير إلا بناء على اتفاق صريح في العقد.²

ولقد نظم المشرع الجزائري هذا الحق في المواد 855 إلى غاية المادة 866 من القانون المدني الجزائري، حيث يسري على حقي الاستعمال والسكنى ما يسري على حق الانتفاع من أحكام، ولكنهما أقل مجالا منه، ذلك أن حق الاستعمال الاستعمال هنا لا يعطي لصاحبه إلا حق استعمال الشيء أو الحصول على الثمار اللازمة له ولأسرته، أما حق السكنى فهو أضيق نطاقا من حق الاستعمال؛ ذلك أن مجاله لا يكون إلا في نوع واحد من الملكية وهي البنائيات المخصصة للسكن، ولا يكون لصاحب حق السكن إلا حق سكنه هو وأهله دون أن يجوز له استغلاله في التجارة أو الصناعة أو ممارسة مهنة حرة فيه أو تأجيرها، ولقد نصت المادة 856 من القانون المدني الجزائري بأنه لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر فوري.³

1-4- حق الارتفاق

نظم المشرع الجزائري حق الارتفاق في المواد من 867 إلى 881 من القانون المدني الجزائري، ولقد عرفته المادة 867 على أنه: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار

¹. رواب جمال، مرجع سابق، ص11.

². غنيمي طارق، مرجع سابق، ص40.

³. بلال سليمة، مرجع سابق، ص77.

آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال". وبذلك فحق الارتفاق هو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية، ويتقرر على عقارين مملوكين لشخصين مختلفين أحدهما خادم وهو المثقل بحق الارتفاق، والآخر مخدوم وهو من تقرر لصاحبه الارتفاق يترتب عليه إنقاص من المزايا التي تخولها حق الملكية للمالك في عقاره لفائدة العقار المخدوم من حيث استعماله واستغلاله، فهو حق مرتبط بالعقار مما يترتب عنه مبدئياً دوامه رغم تغير المالك.¹

ومن بين أنواع حقوق الارتفاق نذكر:

- **حق المرور:** وهو حق صاحب الأرض المحبوسة في الوصول إلى الطريق العام من خلال الأرض المجاورة له.

- **حق الصرف:** وهو صرف المياه الزائدة عن حاجة الري إلى الأرض المجاورة.

ويشترط حق الارتفاق أن يكون العقارين مملوكين لشخصين مختلفين، وأن تكون العلاقة بين عقارين، عقار مرتفق وعقار مرتفق به، فهو لا يقع إلا على العقارات، كما يشترط في حق الارتفاق أن يكون التكليف لمصلحة العقار وليس لفائدة شخص، ويكون التكليف أيضاً مفروضاً على العقار المرتفق به ذاته.

2- الحقوق العينية التبعية

الحقوق العينية التبعية هي حقوق لا يمكن أن توجد بصورة مستقلة وإنما تتبع حقاً آخر ترتبط به، وتكون ضامنة له والحق الذي يتبعه الحق العيني التبعية هو دوماً حق الشخص، وتتقرر هذه الحقوق ضماناً للوفاء بالالتزامات لذا سميت "بالتأمينات العينية" أو الضمانات، فالأصل أنه يجب على المدين تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وتنص المادة 160 من القانون المدني الجزائري على أن المدين ملزم بما تعهد به، وإذا لم يستطع تنفيذ التزامه أجبره الدائن متى أمكنه ذلك، والتنفيذ على أموال المدين تحكمه قاعدة عامة وهي: "كل أمواله ضامنة للوفاء بديونه وأن الدائنين متساوون في الضمان"، وهذا ما نصت عليه المادة 188 من القانون المدني: "أموال المدين كلها ضامنة لوفاء ديونه"، ولا وجود لأفضلية دائن على آخر فإذا لم تكن

¹. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 26.

أموال المدين كافية للوفاء بكل حقوق الدائنين فيقسمونها (قسمة غرماء) أي كل واحد منهم يستوفي حقه بنسبة قيمة دينه".¹

وتنشأ الحقوق العينية التبعية ضمانا للوفاء بحق من الحقوق الشخصية، فالحق العيني التبعية لا ينشأ مستقلا وإنما لضمان وتأمين الوفاء بحق الدائن ولهذا يسمى بالحقوق العينية التبعية، فهي تتبع الحق الشخصي، وقد تسمى كذلك بالتأمينات العينية أو حقوق الضمان، وكل المصطلحات تؤدي إلى نفس الفكرة وهي ضمان الوفاء بالحق الشخصي، ذلك أن الحق الشخصي هو أداء يلزم له المدين في مواجهة الدائن، ويخول لهذا الأخير مجرد ضمان عام على أموال المدين، يتزاحم فيه مع جميع الدائنين الآخرين طبقا للمادة 188 من القانون المدني الجزائري، ولذلك فقد يلجأ بعض الدائنين إلى فكرة الضمان الخاص لاستفتاء حقوقهم بالأولوية والتقدم على الدائنين العاديين، وبذلك فيلجأ إلى فكرة الحقوق العينية التبعية.²

ولقد نظم المشرع الجزائري الحقوق العينية التبعية في الباب الرابع من القانون المدني الجزائري تحت عنوان "الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية"، وذلك من المادة 882 إلى المادة 1003، وتتمثل هذه الحقوق في: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، حق الامتياز.³

2-1 الرهن الرسمي

يعتبر الرهن نظام قانوني يوفر للدائن الراحة والاطمئنان في عملية الاقتراض، وهو حق عيني تبعية ينشأ بموجب عقد رسمي أو عقد رضائي بين الدائن والمدين، بمقتضاه يلتزم الأول قبل الثاني بأن يقدم له شيئا عقارا أو منقولا ضمانا للوفاء بدينه، وهو نوعان رهن رسمي ورهن حيازي، ويلجأ إليه في حالة إعسار المدين عن الدفع.⁴

ويعد الرهن الرسمي حق عيني تبعية يتقرر لمصلحة دائن على عقار ضمانا للوفاء بحق الدائن، مع بقاء العقار في حيازة المدين الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه، ويكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه في ذلك

¹. شيتور جلول، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2020-2021، ص4.

². بلال سليمة، مرجع سابق، ص 78.

³. المرجع نفسه، ص78.

⁴. غنيمي طارق، مرجع سابق، ص41.

العقار في أي يد يكون، وقد يكون الراهن هو المدين نفسه، أو شخص آخر يقرر رهنا رسميا على عقاره لمصلحة المدين، ويسمى الراهن في هذه الحالة بالكفيل العيني، دون أن يؤثر ذلك في الدائن المرتهن، مادام أنه يملك بموجب القانون حق التقدم وحق التتبع.¹

ويخول الرهن الرسمي لصاحبه ميزتي التتبع والتقدم، ويقصد بميزة التتبع أنه يستطيع صاحب الرهن الرسمي أن يتبع العقار في أي يد يكون لكي ينفذ عليه ويتوفي حقه منه، أما ميزة التقدم فهي حق الأولوية لصاحب حق الرهن الرسمي في استيفاء حقه من ثمن العقار بعد التنفيذ عليه، وهذا طبقا للمادة 882 من القانون المدني الجزائري.

2-2- الرهن الحيازي

عرفته المادة 948 من القانون المدني الجزائري على أنه: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا 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".

وبهذا فالرهن الحيازي هو عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.²

2-3- حق التخصيص

نص المشرع الجزائري على حق التخصيص في المواد من 937 إلى 947، وهو حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار للمدين بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، وقد يكون الفرق بين الرهن الرسمي وحق التخصيص في المصدر فقط، وذلك أن الرهن الرسمي قد يتقرر إما بناء على عقد أو حكم أو بمقتضى القانون (المادة 883 من القانون المدني)، بينما حق التخصيص فلا يكون إلا بناء على حكم قضائي، أما من حيث الآثار فلا فرق بينهما على الإطلاق، وهذا ما أكدته المادة 947 من القانون المدني والتي تنص على: "تكون للدائن الذي

¹. رواب جمال، مرجع سابق، ص 15.

². المرجع نفسه، ص 17.

حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق، أثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة".¹

2-4 حق الامتياز

حق الامتياز هو حق عيني تبعية يقرره القانون على مال معين يملكه مدينه مراعاة منه لصفة الدين، وذلك لضمان الوفاء به، وهذا ما أكدته المادة 982 من القانون المدني الجزائري بنصها: "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"، وينقسم حق الامتياز إلى نوعين، امتياز عام وامتياز خاص.

-الامتياز العام:

هي التي ترد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ويكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار، حيث نصت عليها المادة 993 من القانون المدني بأن يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان الاثنتي عشر شهرا الأخيرة.

المبالغ المستحقة عما توريده للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة لنفقة مستحقة في ذمة المدين لأقاربه على الأشهر الستة الأخيرة. وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العامة ومصاريف الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها.

ويرد حق الامتياز العام على كل أموال المدين ويخول لصاحبه ميزة التقدم فقط دون ميزة التتبع لأنه غير محصور في مال معين، كما لا ينقل حيازة المال.

-الامتياز الخاص:

هي حقوق ترد على منقول أو عقار معين وتتقرر بموجب نص قانوني لحماية لبعض الدائنين لأهمية ديونهم، وترد على مال معين ومحدد من أموال المدين، كما تخول لصاحبه

¹ بلال سليمة، مرجع سابق، ص 78، 79.

ميزتي التقدم والتتبع على عكس حق الامتياز العام والذي يخول لصاحبه ميزة التقدم فقط دون التتبع، كما لا تنقل حيازة المال، ونذكر على سبيل المثال امتياز المؤجر على منقولات المستأجر عنده، وامتياز المهندس المعماري على المبنى المشيد.

ثانياً: الحقوق الشخصية

سننطلق بداية إلى تعريف الحق الشخصي ثم سنتناول خصائصه وصوره.

أ- تعريف الحق الشخصي:

الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن بأن يقوم بعمل أو الامتناع عن عمل معين، ويسمى حق شخصي إذا نظر إليه من ناحية الدائن، وإلتزاماً أو ديناً إذا نظر إليه من جهة المدين.¹

ب- خصائص الحق الشخصي:

تتمثل خصائص الحق الشخصي في:

1- أنه رابطة بين طرفين: أحدهما الدائن والآخر المدين، فإذا نظرنا إلى هذه الرابطة من ناحية الدائن سميت حقاً، أما إذا نظرنا إليها من ناحية المدين سميت إلتزاماً، وعليه فإن صاحب الحق الشخصي لا يستطيع أن يقتضي حقه إلا بواسطة شخص آخر هو في الأصل مدين، عكس الحق العيني، كما أن الحق الشخصي ليس حقاً نسبياً، لا يلتزم به سوى هذا المدين، بينما الحقوق العينية حقوق مطلقة تنتج آثارها في مواجهة الكافة، ويمكن الاحتجاج بها عليهم.²

2- محل هذه الرابطة عمل أو امتناع يلتزم به المدين في مواجهة الدائن، كإلتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض (عمل)، أو التزم البائع بعدم التعرض للمشتري في ملكية المبيع (امتناع عن عمل)، بالإضافة إلى إعطاء شيء أي نقل أو إنشاء حق عيني على عقار أو منقول.³

ت- صور الحق الشخصي:

تتمثل صور الحق الشخصي في الإلتزام بإعطاء شيء، الإلتزام بالقيام بعمل والإلتزام بالامتناع عن عمل.

¹. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005، ص401.

². شيهاني سمير، مرجع سابق، ص39، 40.

³. المرجع نفسه، ص40.

1- الالتزام بإعطاء شيء:

وهي الحالة التي يلزم فيها المدين بنقل أو تقرير حق عيني ومثالها التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، وذلك بأن يساعد المشتري في إجراءات تسجيل العقد النهائي بأن يقدم له مستندات الملكية ويذهب معه إلى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق للتوقيع على العقد النهائي.¹

2- الالتزام بالقيام بعمل:

وهو عبارة عن عمل إيجابي يلتزم به المدين قبل الدائن، ومن أمثله قيام شخص بإقراض آخر مبلغا من النقود، فيثبت للمقرض حق شخصي قبل المقترض موضوعه قيام هذا الأخير بدفع هذا المبلغ إلى الدائن.²

3- الالتزام بالامتناع عن عمل:

ويقصد بذلك امتناع شخص معين عن القيام بعمل معين لتحقيق مصلحة شخص آخر ما كان ليمتنع عن القيام به دون وجود هذا الالتزام، فهو عمل سلبي يلتزم به المدين تجاه الدائن، ونذكر على سبيل المثال التزام التاجر بعدم فتح محل تجاري في منطقة معينة لمدة محددة.

ثالثا: الحقوق الذهنية (الفكرية أو المعنوية)

سنتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف الحقوق الذهنية، عناصرها وأنواعها.

أ- تعريف الحقوق الذهنية

الحقوق الذهنية هي حقوق تنصب على الأشياء غير المادية، أي هي نتاج الفكر، فهي من إبداع الذهن، وتخول لصاحبها حق الحصول على انتاج الذهني، فينسب إليه منتجه كحق المؤلف في مؤلفاته، وحق المخترع في مخترعاته.

ب- عناصر الحقوق الذهنية

تشتمل الحقوق الذهنية على عنصرين، عنصر معنوي وعنصر مادي.

1- عنصر معنوي:

وهو حق الشخص في أن ينسب إليه نتاج فكره باعتباره امتدادا لشخصيته.

¹. رواب جمال، مرجع سابق، ص18.

². المرجع نفسه، ص18.

2-العنصر المادي:

ويتمثل في حق الشخص في استعمال ثمرة انتاجه ماديا.

ت-أنواع الحقوق الذهنية:

1-حق الملكية الصناعية: تتمثل الملكية الصناعية في العلامات التجارية، براءات

الاختراع وكذا الرسم والنموذج الصناعي والاسم التجاري.

2-الملكية الأدبية والفنية: وهي الحق الذي يكتسبه المؤلف الوارد على المصنف، أو

إنتاجه الفكري سواء كان فنيا أو أدبيا كالأفلام واللوحات الزيتية.

المبحث الثاني: أركان الحق

لا بد أن ينسب الحق إلى شخص معين هو صاحب الحق الذي يكون طرفا إيجابيا، ويقابله

طرف آخر يطلب هذا الحق وهو طرف سلبي لذلك سنتطرق من خلال هذا المبحث لأركان

الحق من خلال دراسة أشخاص الحق ومحل الحق .

المطلب الأول: أشخاص الحق

استعمل مصطلح الشخصية لأول مرة في عصر الإمبراطورية الرومانية، حيث كانت هذه

الكلمة تعني القناع الذي يضعه الممثل عند أدائه لدوره التمثيلي في المسرح، وبعد ذلك أصبحت

تطلق على الأفراد العاديين، ذلك أن كل فرد يؤدي دورا معيناً في الحياة القانونية.¹

الفرع الأول: الشخص الطبيعي

الشخص من الناحية القانونية هو الكائن الذي يتمتع بالحقوق وتترتب في ذمته الواجبات²،

فإذا كان الانسان يحظى باعتراف القانون، فإن هذا الاعتراف له بداية كما له نهاية، وهذا يعود

إلى طبيعة الانسان.³

أولاً: بداية الشخصية القانونية ونهايتها

أ- بداية الشخصية القانونية

نصت المادة 25 من القانون الجزائري على: " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا..."،

وعليه، وحتى نكون بصدد شخصية قانونية وجب اجتماع شرطين هما تمام الولادة وتحقق

الحياة.

¹. شيهاني سمير، مرجع سابق، ص51.

². عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص181.

³. شيهاني سمير، المرجع السابق، ص52.

1-تمام الولادة:

ويتمثل هذا الشرط في خروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما وقد كان فير مراحل سابقة جزء منها، ولا يعد انفصال المولود شرطا مفروضا من قبل فقهاء القانون فقط، بل حتى فقهاء الشريعة من مالكية وشافعية وحنابلة أجمعوا على توافر شرط الانفصال لثبوت الشخصية، ولا يتحقق ذلك إلا بقطع الحبل السري الذي يربط الجنين بأمه.¹

2-تحقق الحياة:

لا يكفي انفصال الجنين عن أمه لتحقق الحياة فيه، وإنما يشترط تمتعه بالشخصية القانونية لتحقق حياته فعلا ولو لمدة قصيرة، فالعبرة تكون ساعة الانفصال التام عن الأم وظهور المولود حيا ولو مات عقب ذلك مباشرة، فلا يشترط استمرار الحياة للتمتع بالشخصية القانونية، بل إن ثبوتها للمولود أمر لازم متى برزت من الظواهر المألوفة ما يدل على حياته كالبكاء والتنفس والحركة والشهيق والصراخ، ويجوز للقاضي في حالات الخلاف اللجوء إلى أهل الخبرة.²

ب-نهاية الشخصية القانونية:

تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة وهذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني، وبهذا قد تنتهي حياته بالموت الحقيقي، أو بالموت الحمي.

1-نهاية الشخصية القانونية بالموت الحقيقي:

تنتهي شخصية الانسان بوفاته ويمكن إثبات الوفاة بكافة الطرق، كإنعدام الحركة أو انقطاع التنفس..

2-نهاية الشخصية القانونية بالموت الحمي:

يقصد بالموت الحمي حالة المفقود، وهو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت كل أخباره؛ بحيث لا تعرف حياته من مماته، وقد عرفته المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

¹. عمار بوضياف، نظرية الحق، مرجع سابق، ص32.

². المرجع نفسه، ص32.

كما ان هناك نهاية للشخصية القانونية في حالة المفقود الذي يغلب عليه الهلاك، كالذي يفقد في زلزال أو فيضان، وفي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد أربعة سنوات من تاريخ فقدانه.

أما فيما يخص حالة المفقود في غير الظروف السابقة، كمن سافر للدراسة أو السياحة وانقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته، فهنا يفوض أمر المدة التي يحكم بموته بعدها إلى القاضي.

ثانيا: خصائص الشخصية القانونية

أ- الاسم:

وهو العلامة التي يتميز بها الشخص عن غيره، ويتكون من الاسم واللقب، فالاسم ما يسمى به الشخص فيعينه تعيينا خاصا، أما اللقب، فهو اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص ولقب الشخص يلحق بأبنائه بحكم القانون، ولقد نصت المادة 1-28 من القانون المدني على: " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده"، أما بالنسبة للأسماء فإن التشريع الجزائري يشترط أن تكون أسماء جزائرية بإستثناء الأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين، وهذا طبقا للمادة 28 فقرة 2 من القانون المدني.¹

ب- الحالة

يقصد بالحالة مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص أو الفرد فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات، وفي بعض الأحيان يرتب القانون آثار معينة على انتماء الشخص إلى دين أو عقيدة وهذه هي الحالة الدينية.²

وتحدد حالة الشخص بانتسابه إلى دولة معينة (حالة سياسية أو جنسية)، أو بانتمائه إلى أسرة معينة (الحالة العائلية)، أو انتمائه إلى دين معين (حالة دينية)، فلا عبرة من الناحية القانونية بحالة الشخص الاجتماعية أو الاقتصادية، لأن القانون لا يرتب أثرا على مثل هذه الحالات.³

¹. بشاطة زهية، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017-2018، ص36.

². شكري سرورن النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1999، ص196.

³. عمار بوضياف، نظرية الحق، مرجع سابق، ص43.

1- الحالة السياسية:

تحدد الحالة السياسية بتحديد جنسية الفرد أي انتمائه إلى دولة معينة، وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الفرد وواجباته ونشاطه القانوني، لذلك هناك فرق بين المواطنين والأجانب في كل الدول من حيث نطاق ما يتمتع به كل المواطنين والأجانب من حقوق وواجبات.¹

2- الحالة العائلية:

ويقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة، فالأسرة هي مجموعة من الأشخاص الذين تربطهم صلة القرابة سواء في النسب أو المصاهرة.

3- الحالة الدينية:

لا تؤثر الحالة الدينية على الفرد في اكتسابه للحقوق وتحمله للالتزامات.

ت- الأهلية:

تعتبر الأهلية من أهم خصائص الشخصية القانونية، إذ يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص وفعالته من حيث قدرته على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة، وعلى ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والالتزامات على وجه يعتد بهمن الناحية القانونية من جهة ثانية، وتنقسم إلى نوعين²:

- أهلية الوجوب:

وهي صلاحية الشخص في أن تثبت له حقوق ويتحمل إلتزامات، وتتعلق هذه الصلاحية بالشخصية القانونية التي تثبت للشخص الطبيعي بانفصاله عن أمه وتام ولادته حيا.³

- أهلية الأداء:

وهي قدرة الشخص على أن يباشر بنفسه ماثبت له من حقوق وما ترتب عليه من التزامات.⁴

¹شكري سرور، مرجع سابق، ص196.

²بشاشة زهية، مرجع سابق، ص40.

³عمار بوضياف، نظرية الحق، مرجع سابق، ص57.

⁴محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص509.

ث- الذمة المالية:

وهي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية حاضرة أو مستقبلية، وتعد الحقوق الجانب الإيجابي للذمة، بينما الالتزامات تعد الجانب السلبي.¹ وللذمة المالية مجموعة من الخصائص أهمها:

1- الذمة المالية ثابتة لكل شخص طبيعي:

إن الذمة المالية ثابتة لكل شخص طبيعي ولو لم يكن لديه أموال، ومن ثم لا يجب أن نخلط بين الذمة المالية الثابتة لكل شخص طبيعي، وبين الحالة المالية للشخص كونه ميسور الحال أو معسر، فالحالة المالية للشخص لا تهم عند الاعتراف له بالذمة المالية.²

2- الذمة المالية واحدة:

لكل شخص ذمة مالية واحدة، فالذمة المالية غير قابلة للتعدد.

3- الذمة المالية غير قابلة للتجزئة:

فهي لا تقبل التجزئة ولا التقسيم بل هي واحدة.

4- الذمة المالية غير قابلة للانتقال:

الذمة المالية لا تنتقل من شخص لآخر بل هي وحدة لصيقة بالشخص.

ج- الموطن:

يتمثل الموطن في المكان المحدد الذي يستند إليه الشخص بمقتضى القانون، فهو المقر القانوني للشخص؛ والذي يعتد به لمخاطبته في شأن علاقاته القانونية، ويتم تحديد الموطن من خلال طريقة التصوير الحكمي، وطريقة التصوير الواقعي، أما الأولى فيقصد بها تحديد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة أي الإقامة الفعلية، ويقصد بالطريقة الثانية الفصل بين الموطن والإقامة؛ واعتبار الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه.³

¹. عمار بوضياف، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 69.

². المرجع نفسه، ص 70.

³. شيهاني سمير، مرجع سابق، ص 64.

الفرع الثاني: الشخص المعنوي

الشخص الاعتباري هو مجموعة الأشخاص والأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويعترف القانون لها بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض، كما تعرف على أنها مجموعة من الأشخاص كالشركات والمؤسسات تسعى لتحقيق هدف أو غرض معين.

أولاً: النظام القانوني للشخص المعنوي

إن العناصر المنشئة للشخص المعنوي تتحدد في¹:

-مجموعة من الأشخاص أو الأموال.

-غرض معين يسعى إلى تحقيقه مجموعة من الأشخاص، أو تتجمع من أجله هذه الأموال.

-اعتراف المشرع لهذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية.

وبمجرد وجود مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال تسعى لتحقيق غرض معين لا تكفي لوجود شخص معنوي، بل يلزم أن يضيف المشرع الشخصية المعنوية على هذه المجموعة، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 49 من القانون المدني على الأشخاص المعنوية وحددها، كالدولة، الولاية والبلدية، وبهذا تكون لديها الشخصية المعنوية من تلقاء نفسها، أما فيما عداها من المجموعات فلا تكون لها الشخصية القانونية، إلا إذا اعترف لها المشرع بذلك اعترافاً خاصاً، وهذا ما نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 49 من القانون المدني.²

1-خصائص الشخص المعنوي:

للشخص المعنوي مجموعة من الخائص تتمثل أساساً في الاسم، الجنسية، الموطن، الأهلية، الذمة المالية.

-الاسم:

يتمتع الشخص الاعتباري على غرار الشخص الطبيعي باسم يتميز به، ويضيف المشرع الحماية القانونية على الاسم، كما هو مقرر للشخص الطبيعي.

¹. سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 79.

². المرجع والصفحة نفسها.

-الجنسية:

يتم تحديد جنسية الشخص الاعتباري بالدولة الموجود فيها مركز إدارة الشخص المعنوي.

-الموطن:

يتمتع الشخص الاعتباري بموطن مستقل عن موطن أعضائه، وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيس وليس حتماً أن يكون مركز الاستغلال، ولقد نصت عليه المادة 1/547 من القانون التجاري: "يكون موطن الشركة في مركز الشركة".¹

-الأهلية:

يتمتع الشخص المعنوي بأهلية الأداء وأهلية الوجوب، حيث أنه يعتبر أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة "أهلية الوجوب"، ويمكن له من جهة ثانية مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه "أهلية الأداء".²

-الذمة المالية:

يملك الشخص الاعتباري ذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه، فديونه الشخص الاعتباري كالشركة مثلاً مستقلة عن ديون الأشخاص المكونين والمؤسسين له.

ثانياً: تقسيمات الشخص المعنوي

ينقسم الشخص المعنوي إلى نوعان: أشخاص معنوية عامة وأشخاص معنوية خاصة.

1-الأشخاص المعنوية العامة

وهي مجموعة الأشخاص المعنوية التي تخضع للقانون العام كالدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كالمستشفيات، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من القانون المدني.

2-الأشخاص المعنوية الخاصة

وهي مجموعة الأشخاص المعنوية التي تخضع للقانون الخاص كالشركات التجارية.

¹. رواب جمال، مرجع سابق، ص 38.

². محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص 108.

المطلب الثاني: محل الحق

يتمثل محل الحق في الموضوع الذي ينصب عليه الحق، وهو الشيء الذي يتعلق به الحق سواء كان ماديا أو معنويا، أو كانت العلاقة بين صاحب الحق ومحلّه مباشرة أو غير مباشرة، ويتمثل في الأشياء والأعمال.

الفرع الأول: الأشياء

يقصد بالشيء كل ما يصلح لأن يكون محلا مباشرا للحقوق التي تخول صاحب الحق الاقتضاء والتسلط، وهي أنواع كالعقارات والمنقولات، الأشياء المثلية والأشياء القيمة، الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة لذلك و الأشياء القابلة للتعامل فيها والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل.

أولاً: العقارات والمنقولات

نصت المادة 683 من القانون المدني على العقارات، وهو الذي لا يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يتلف، كالأراضي والبنائيات وهذا ما يطلق عليه مصطلح العقارات الطبيعية، أما النوع الثاني من العقارات فيسمى بالعقارات بالتخصيص، وهي منقولا بطبيعتها ويمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، إلا أنها تسمى بالعقارات بالتخصيص نظرا إلى تخصصها لخدمة العقار. أما المنقولات فلقد نصت عليها المادة 683 من القانون المدني، وهي كل شيء غير مستقر بحيزه، بحيث يمكن نقله من مكان لآخر دون ان يتلف، كالسيارات والحيوانات...

ثانياً: الأشياء المثلية والأشياء القيمة

يقصد بالأشياء المثلية تلك التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد كالنقود، أو المقاس كالقماش، أو الكيل كالحبوب أو الوزن كالفاكهة، أي انها الأشياء التي يوجد لها نظائر، بحيث لا تتفاوت أحاد هذه الأشياء التي يجمعها نوع واحد، تتفاوتا يعتد به، وعليه فإن التعامل بشأنها يجري على تحديدها بجنسها لا بذواتها، وهذا طبقا للمادة 686 من القانون المدني.¹

أما الأشياء القيمة، والتي لم يرد تعريفا لها في المادة 686 من القانون المدني، فيقصد بها مجموع الأشياء التي لا يوجد لها نظير وتختلف بعضها عن بعض في الخصائص أو الأجزاء

¹. شيهاني سمير، مرجع سابق، ص96.

أو الطبيعة أو التكوين أو الأداء بحيث يصعب أمام هذا الاختلاف والتميز أن يقوم بعضها مقام البعض الآخر نظرا لعدم التماثل، فالحصان شيء قيمى لأنه غير قابل لأن يماثل بغيره.¹

ثالثا: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة لذلك

عرف المشرع الأشياء القابلة للاستهلاك في المادة 685 من القانون المدني، بأنها تلك الأشياء التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، في استهلاكها أو انفاقها، وأن كل ما أعد في المتاجر قابل للاستهلاك.

أما أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير قابلة للاستهلاك فتمثل في أن الحقوق التي لا تخول لصاحبها سلطة التصرف فيه كحق الانتفاع أو حق الاستعمال، لا ترد على الأشياء غير قابلة للاستهلاك، لأن القابلية للاستهلاك تقف حائلا دون ردها إلى صاحبها بعد انتهاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال، والأمر نفسه بالنسبة إلى الإيجار.²

رابعا: الأشياء القابلة للتعامل فيها والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل

تتمثل أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها في عدم قابلية الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أن تكون محلا للحقوق المالية، وقد نصت على ذلك المادة 682 من القانون المدني، ويقصد بالأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أنها أشياء لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وهي الشمس والهواء والماء، أما الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية وعادة تتمحور حول نوعين من الأشياء: الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة، والأشياء المحظورة والمحرمة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام كالمخدرات.³

الفرع الثاني: الأعمال

الأعمال هي النشاطات التي يبذلها الأشخاص سواء كانت نشاطات جسمانية أو عقلية، وقد يكون العمل محل الحق الشخصي إيجابيا كالتزام مقاول بالبناء، أو سلبيا كتعهد الفنان بعدم الغناء لفائدة جهات معينة في العقد خلال فترة تم الاتفاق عليها، وحتى يكون العمل محل للحق

¹. عمار بوضياف، نظرية الحق، مرجع سابق، ص126.

². شيهاني سمير، المرجع السابق، ص98.

³. بلال سليمة، مرجع سابق، ص112، 113.

وجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط، ان يكون العمل محل الالتزام ممكنا، أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون محل العمل مشروعاً.¹

أولاً: أنواع الأعمال محل الحق

إن الحقوق الشخصية وسائر الحقوق غير المالية محلها هو عمل إيجابي أي القيام بعمل، أو سلبى أي الامتناع عن عمل، وهذا الأخير لا يقصد به الواجب العام الذي يفرضه القانون على جميع أفراد المجتمع باعتبار هذه الاعمال غير مشروعة في ذاتها، لأنه لا يشكل عبئاً على كاهل من يجب عليه احترامه، كما أن كل الحقوق العينية وكذا الحقوق الذهنية، تفرض على الكافة مثل هذا الواجب العام باحترامها وعدم الاعتداء عليها، ومن ثم فالامتناع عن عمل هو ذلك القيد الذي يثقل المجتمع ويشكل قيوداً على حريته في مباشرة عمل هو في حد ذاته مشروع.²

ثانياً: شروط الأعمال محل الحق

يشترط في العمل الذي يكون محل التزام المدين أو محل حق الدائن أن يكون ممكناً وليس مستحيلًا في ذاته، وان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وان يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

المبحث الثالث: مصادر الحق وحمايته وانقضاؤه

يقصد بمصدر الحق الواقعة المنشئة لهذا الحق، لذا وجب حمايته في حالة وجود تجاوز عليه بما يضمنه القانون لصاحبه من آليات قانونية تحميه، ويقصد به كذلك الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق، وهذا ما سنفصل فيها من خلال المطالب الآتية، بحيث سنتناول من خلال المطالب الأول مصادر الحق، أما المطالب الثاني فخصصناه لحماية الحق، والمطلب الثالث سنشرح من خلاله كيفية انقضاء الحق.

المطلب الأول: مصادر الحق

تتمثل مصادر الحق في الوقائع القانونية والتصرفات القانونية

¹. عمار بوضياف، نظرية الحق، مرجع سابق، ص114.

². شيهاني سمير، مرجع سابق، ص100.

الفرع الأول: الوقائع القانونية

تعد الوقائع القانونية مصادر غير إرادية للحق فهي لا تتوقف نشأة الحق فيها على إرادة الانسان، وتنقسم إلى نوعان وقائع طبيعية ووقائع بفعل الانسان.

أولاً: وقائع طبيعية

وتكون مصدراً مباشراً لإنشاء الحق دون أن تكون لإرادة الأشخاص أي دخل أو أثر قانوني في وجودها، ومن أمثلة ذلك الميلاد والوفاة، فينتج عن واقعة الميلاد حق الطفل في حمل اسم العائلة وثبوت نسبه وأهلية الوجوب وحقه في الجنسية.¹

ثانياً: الوقائع بفعل الانسان

هي أعمال مادية يأتيها الانسان فيرتب عليها القانون آثار قانونية معينة بغض النظر عن نية من صدرت منه، بمعنى سواء قصدت نتائجها أم لم تقصد لأن العبرة بالفعل المادي فحسب، وهي نوعان أعمال مادية يأتيها الانسان دون قصد ترتيب آثار قانونية معينة عليها مثل الفعل الضار، أما النوع الثاني فيتمثل في أعمال مادية يأتيها الانسان وهو يقصد ترتيب آثار قانونية عليها كالحيازة.²

الفرع الثاني: التصرفات القانونية

تعد التصرفات القانونية كمصدر للحق وهي توجيه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني معين، فهي بذلك عبارة عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني معين، كما تعرف أيضاً على أنها اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، وعلى ذلك فإن الإرادة هنا تلعب دوراً كبيراً وجوهرياً في التصرف القانوني عكس الواقعة المادية.³

وللتصرفات القانونية عدة أنواع أهمها: العقود، والإرادة المنفردة.

أولاً: العقود

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الحقوق والالتزامات المقابلة لها أو نقلها أو إنهائها ويقوم العقد على ثلاثة أركان هي الرضا، المحل، السبب.

¹. بوعيس يوسف، مرجع سابق، ص33.

². رواب جمال، مرجع سابق، ص48.

³. المرجع نفسه، ص48.

ثانيا: الإرادة المنفردة

الإرادة المنفردة هي تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة كالتبرع والوصية.

المطلب الثاني: حماية الحق

تعد الدعوى بمثابة الوسيلة القانونية والقضائية الأساسية لحماية الحق، بالإضافة إلى وسيلة قضائية أخرى يستطيع بفضلها صاحب الحق من حماية حقه، فهي وسيلة للدفاع¹، فإذا وقع اعتداء على حق من الحقوق خول القانون وسيلة لصاحب الحق من أجل حمايته، وهي الدعوى التي ترفع أمام القضاء محاولا إثباته.²

الفرع الأول: وسائل حماية الحق

تتمثل وسائل حماية الحق الدعوى القضائية، وتعد هذه الأخيرة وسيلة لحماية الحق والتي يرجع إليها المدعي لتحريك القضاء للحصول على تقرير حقه أو حمايته، والدعوى التي يحركها الشخص للدفاع عن حقه، إما أن تكون دعوى مدنية وإما أن تكون دعوى جزائية.³

وترفع الدعوى المدنية أمام القضاء المدني للمطالبة بالتعويض عما لحق الشخص من ضرر أو وقف الاعتداء. ولقبول الدعوى يشترط توفر المصلحة والصفة، أما الدعوى الجزائية فتقوم بسبب الاضرار بمصالح المجتمع، وترفع أمام المحكمة باعتبار أن موضوعها هو أحد الأفعال المعاقب عليها حسب قانون العقوبات، وتخضع لقانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثاني: إثبات واستعمال الحق

ينصب الإثبات على مصدر الحق؛ فهو يتعلق بالواقعة القانونية التي يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط، كأن تكون الواقعة محددة ومعينة تعيينا كافيا ينفي عنها الجهالة، وأن تكون الواقعة ممكنة الإثبات عقلا، ومتعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات.⁴

ويقع عبء الإثبات على المدعي كأصل عام، فيقع على عاتقه عبء إقامة الدليل على الواقعة المدعى بها، ويتم اثبات الحق من خلال عدة طرق كالكتابة، البينة وشهادة الشهود، القرائن القضائية، اليمين المتممة، والاقرار.

¹ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 841.

² شيهاني سمير، مرجع سابق ص 119.

³ المرجع نفسه، ص 119.

⁴ قرنان فضيلة، مطبوعة بيداغوجية في مقياس نظرية الحق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2019-2020، ص 51.

المطلب الثالث: انقضاء الحق

ينقضي الحق بعدة حالات تخص الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وهو ما سنتناوله من خلال فرعين اثنين.

الفرع الأول: انقضاء الحقوق العينية

تنقضي الحقوق العينية الأصلية بعدة طرق، فحق الملكية ينتهي بوفاء المالك أو بالطرق التي حددها القانون كهلاك الشيء المملوك أو التصرف فيه بالبيع أو بنزع الملكية من الأجل المنفعة العمومية— أو بتأميمه من طرف السلطة العامة، أما الحقوق المتفرعة عنها فتنتهي بحسب طبيعة كل شيء، فحق الانتفاع ينقضي بوفاء المنتفع أو بهلاك الشيء أو انقضاء أجل الانتفاع، أو بعدم الاستعمال، وهذا طبقاً للمواد 852، 853، 854 من القانون المدني.

أما الحقوق العينية التبعية فتنتهي بانقضاء الدين المضمون (حق الامتياز، الرهن الرسمي والرهن الحيازي).

الفرع الثاني: انقضاء الحقوق الشخصية

نصت المواد من 258 إلى 322 على حالات وأسباب انقضاء الحق الشخصي، والتي تتمثل في الوفاء، الانقضاء بما يعادل الوفاء، الانقضاء بعدم الوفاء.

أولاً: الوفاء

ينتهي الحق باستفائه بذاته، فيزول بمجرد قيام الطرف السلبي بتنفيذ التزامه، ففي عقد البيع مثلاً ينتهي الحق بتسليم الشيء المباع من البائع إلى المشتري.

ثانياً: الانقضاء بما يعادل الوفاء

ينقضي الحق بما يعادل الوفاء من خلال الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة، واتحاد الذمة.

1- الوفاء بمقابل: ينقضي الحق إذا قبل الدائن استقائه مستعصياً عنه بشيء آخر غير الشيء المستحق أصلاً، و تسري عليه أحكام البيع، طبقاً للقانون المدني.

2- التجديد: ينقضي الحق بتجديده وتغيير أحد عناصره، إما طرفي العقد أو المحل.

3- الإنابة: تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، وهذا طبقاً للمادة 294 من القانون المدني.

4-المقاصة: وهي تصفية حسابية بين الحقوق والالتزامات من جانب طرفي العقد.

5-اتحاد الذمة: وهو اجتماع في نفس الشخص صفة المدين والدائن، وهذا طبقا للمادة 304 من القانون المدني.

ثالثا: الانقضاء بعدم الوفاء

نص المشرع على حالات انقضاء الحق بعدم الوفاء، وتتمثل في الابراء، استحالة الوفاء، التقادم المسقط.

1-الإبراء: ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا، ويتم البراء متى وصل إلى علم المدين ولكن لا يصبح باطلا إذا رفضه المدين، وهذا طبقا للمادة 305 من القانون المدني.

2-استحالة الوفاء: ينقضي الالتزام إذا أصبح تنفيذه مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وهذا طبقا للمادة 307 من القانون المدني.

3-التقادم المسقط: ويقصد به مرور فترة زمنية معينة في القانون بنص خاص ينقضي بها الحق إذا لم يقم صاحبه بالمطالبة به عن طريق القضاء، وهذا ما نصت عليه المواد 308، 309 إلى 312 من القانون المدني الجزائري.

خاتمة:

من خلال دراستنا لنظريتي القانون والحق استنتجنا أهمية مقياس مدخل للقانون، والتي تتمحور حول تبيان أهم الأسس القانونية التي تمكن الطالب من معرفة أهم المبادئ العامة للقانون بالإضافة إلى معرفة مفهوم الحق وكيفية حمايته.

وتطرقنا بذلك إلى مفهوم القانون، بداية بتعريفه وذكر خصائص القاعدة القانونية، وتمييز هذه القاعدة عن قواعد السلوك الأخرى، ثم تطرقنا إلى تقسيمات القانون حسب العلاقة التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص وحسب درجة الالتزام إلى قواعد أمر وقواعد مكملة، وحددنا مصادر القانون بداية بالمصدر الأصلي والوحيد المتمثل في التشريع، والمصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون والمتمثلة في الشريعة الإسلامية، العرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

كما تناولنا مجال تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص والمكان والزمان، ووضحنا أهم المبادئ التي تحكم هذا التطبيق كعدم جواز الاعتذار بجهل القانون ومبدأ الإقليمية ومبدأ شخصية القاعدة القانونية، بالإضافة إلى مبدأ عدم رجعية القوانين.

أما الجزء الثاني من هذه المطبوعة فخصصناه لنظرية الحق، والتي تناولنا من خلالها مفهوم الحق وأنواع الحقوق من حقوق مالية وحقوق غير مالية، بالإضافة إلى تطرقنا لمصادر الحق وأركانه ومحلّه، وكيفية انقضائه.

وبهذا فمقياس مدخل للقانون يعد مصدرا مهما للطلبة ومرجعا مبينا لأهم الأسس القانونية التي يعتمد عليها الطالب طيلة مساره الجامعي، ويستفيد منه في تحديد الركائز والأسس القانونية التي يعتمد عليها في الجامعة وحتى بعد تخرجه، باعتبار أن القانون قاعدة سلوك اجتماعي تنظم حياة الأشخاص داخل المجتمع.

قائمة المصادر والمراجع

I- المصادر:

- القرآن الكريم.

- القوانين:

- 1- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- 2- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

II- المراجع:

أولاً: الكتب

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف للتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2005.
2. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2007، 2008.
3. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
4. البكري عبد الباقي، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، (د ت).
5. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكابي، بيروت، ط 1، 1974-1975.
6. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الجزائر، ط 2، 1981.
7. تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986.
8. جعفر محمد السعيد، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
9. جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون "نظرية الحق"، الجزء 2، القاهرة، مصر، د ت.
10. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط 5، الاسكندرية، مصر، د ت.
11. حسين النوري، دروس في القانون، دار الجيل للطباعة، القاهرة، مصر، د ت.
12. خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات، د ت.

13. خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
14. رافد خلف هاشم البهادلي، عثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2012.
15. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005.
16. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
17. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الدستوري، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2014.
18. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-المدخل للعلوم القانونية، ط6، 1987.
19. شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1999.
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1936.
21. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، مصر، دت.
22. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، الجزء 1، برتي للنشر، الجزائر 2009.
23. عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010.
24. علي أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، دار بلقيس، ط1، 2016.
25. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية والإدارية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2007.
26. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
27. فيلالي علي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011.
28. مجدي حسن الخليل، الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون ونظرية الحق، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009.
29. محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، دت.
30. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للنشر، الجزائر، ط3، 2002.
31. محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا 2018.
32. محمد محمود عبدالله، النظرية العامة للقانون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 1982-1983.
33. محمدي فريدة زواوي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المنشورات الدولية، 1997.
34. محمودي مراد، النظرية العامة للقانون، دار الكتاب الحديثة، الجزائر، 2005.

35. مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، 2001.

36. نساخ فطيمة، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، بيت الأفكار، الجزائر، ط 1، 2021.

37. همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

ثانيا: الأطاريح والمذكرات الجامعية

1. أوراك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر 1، 2018.

2. بن سونة خير الدين، عملية إعداد النص التشريعي في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2019-2020.

3. شريط وليد، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2012.

ثالثا: المطبوعات

1. براهيم سامية، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 1، (د ت).

2. بركات كريمة، مطبوعة في مقياس القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة محند آكلي أولحاج، البويرة، 2020-2021.

3. بشاطة زهية، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017-2018.

4. بلال سليمة، مطبوعة في المدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة لونيبي علي، البليدة، الجزائر، 2020-2021.

5. بو عيس يوسف، محاضرات في نظرية الحق، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، 2019، 2020.

6. رواب جمال، مطبوعة في مقياس مدخل للعلوم القانونية- نظرية الحق- كلية الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019-2020.

7. دموش حكيم، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017-2018.

8. سي علي أحمد، محاضرات في النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بو علي، شلف، 2010، 2011.

9. شيتور جلول، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2020-2021.

10. شيهاني سمير، دروس في نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، 2015.
11. غنيمي طارق، مطبوعة في نظرية الحق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2020، 2021.
12. قرنان فضيلة، مطبوعة بيداغوجية في مقياس نظرية الحق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2019-2020.
13. معمري نصر الدين، محاضرات مقياس المدخل للعلوم القانونية نظريتنا القانون والحق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، 2020-2021.
14. نجار لويذة، مدخل للعلوم القانونية، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الاولى ليسامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2017-2018.

رابعاً: المقالات والمجلات

1. عمير سعاد، "المبادرة بالتشريع على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، المجلد 10، العدد 1، 2022.
2. غيلاس أمينة، محي الدين عواطف، "الصياغة التشريعية الجيدة للقاعدة القانونية والأمن القانوني"، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، المجلد 10، العدد 02، 2022.

الفهرس

1مقدمة
3الفصل الأول: نظرية القانون
3المبحث الأول: مفهوم القانون
3المطلب الأول: تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
3الفرع الأول: تعريف القانون
4الفرع الثاني: خصائص القاعدة القانونية
4أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي
5ثانياً: القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة
7ثالثاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء
9المطلب الثاني: علاقة القاعدة القانونية بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى
9الفرع الأول: التمييز بين القاعدة القانونية والقواعد الدينية
10أولاً: من حيث النطاق
10ثانياً: من حيث الغاية
10ثالثاً: من حيث الجزاء
11الفرع الثاني: التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية
11أولاً: من حيث النطاق
11ثانياً: من حيث الغاية
12ثالثاً: من حيث الجزاء
12الفرع الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد العادات والتقاليد
12أولاً: من حيث المصدر
13ثانياً: من حيث الغاية
13ثالثاً: من حيث الجزاء
13المبحث الثاني: تقسيمات القانون
13المطلب الأول: تقسيم القانون حسب العلاقة التي ينظمها
13الفرع الأول: معايير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص
13أولاً: معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية
14ثانياً: معيار طبيعة القواعد القانونية
14ثالثاً: معيار طبيعة المصلحة المراد تحقيقها
14رابعاً: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية
15الفرع الثاني: أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص

15	أولاً: أهمية التقسيم في مجال القانون الواجب التطبيق.....
15	ثانياً: أهمية التمييز في مجال العقود.....
16	ثالثاً: أهمية التمييز في مجال الأموال العامة.....
16	رابعاً: في مجال طبيعة القواعد العامة.....
16	الفرع الثالث: فروع القانون العام والقانون الخاص.....
16	أولاً: فروع القانون العام.....
19	ثانياً: فروع القانون الخاص.....
21	المطلب الثاني: تقسيم القانون من حيث درجة الإلزام.....
21	الفرع الأول: تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة.....
21	أولاً: تعريف القواعد الآمرة.....
22	ثانياً: تعريف القواعد المكملة.....
22	الفرع الثاني: التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.....
23	أولاً: أهمية التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.....
23	ثانياً: معايير التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.....
25	المبحث الثالث: مصادر القانون.....
26	المطلب الأول: التشريع مصدر أساسي رسمي للقانون.....
26	الفرع الأول: تعريف التشريع.....
27	أولاً: أهمية التشريع.....
28	ثانياً: خصائص التشريع.....
29	ثالثاً: مزايا التشريع.....
29	رابعاً: عيوب التشريع.....
30	الفرع الثاني: أنواع التشريع.....
30	أولاً: التشريع الأساسي (الدستور).....
32	ثانياً: التشريع العادي والتشريع العضوي.....
40	ثالثاً: التشريع الفرعي.....
42	الفرع الثالث: الرقابة على صحة التشريع وكيفية إلغائه.....
42	أولاً: الرقابة على صحة التشريع.....
43	ثانياً: إلغاء التشريع.....
44	الفرع الرابع: صياغة التشريع.....
45	أولاً: الهيئة المختصة بصناعة التشريع.....
45	ثانياً: أهمية الصياغة.....

46	المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون.....
46	الفرع الأول: المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون.....
46	أولاً: الشريعة الإسلامية.....
48	ثانياً: العرف.....
54	ثالثاً: مبادئ قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....
56	الفرع الثاني: المصادر التفسيرية للقانون.....
56	أولاً: الفقه.....
57	ثانياً: القضاء.....
58	المبحث الرابع: نطاق تطبيق القاعدة القانونية.....
58	المطلب الأول: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص(عدم جواز الاعتذار بجهل القانون).....
58	الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.....
59	الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.....
60	أولاً: نطاق المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية.....
60	ثانياً: نطاق المبدأ من حيث طبيعة القواعد القانونية.....
62	الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.....
62	أولاً: القوة القاهرة.....
63	ثانياً: إبطال العقد لغلط في القانون.....
64	ثالثاً: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير مسؤولية جنائية.....
64	رابعاً: جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة.....
65	المطلب الثاني: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان.....
65	الفرع الأول: مبدأ إقليمية القوانين.....
65	أولاً: مضمون مبدأ إقليمية القوانين.....
66	ثانياً: أساس مبدأ إقليمية القوانين.....
67	الفرع الثاني: مبدأ شخصية القوانين.....
67	أولاً: مضمون مبدأ شخصية القوانين.....
67	ثانياً: أساس مبدأ شخصية القوانين.....
68	المطلب الثالث: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان.....
69	الفرع الأول: إلغاء القانون.....
69	أولاً: السلطة المختصة بالإلغاء.....
70	ثانياً: كيفية إلغاء القانون.....

70 الفرع الثاني: الأثر الفوري والمباشر للقانون
70 أولاً: مفهومه وأساسه
71 ثانياً: مجال تطبيقه
72 ثالثاً: الاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد
73 الفرع الثالث: مبدأ عدم رجعية القوانين
73 أولاً: مضمون المبدأ
73 ثانياً: نطاق المبدأ
74 ثالثاً: الاستثناءات الواردة على المبدأ
76 الفصل الثاني: نظرية الحق
76 المبحث الأول: مفهوم الحق
76 المطلب الأول: تعريف الحق
76 الفرع الأول: تعريف الحق لغة
76 الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحاً
77 أولاً: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق
77 ثانياً: الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق
78 ثالثاً: الاتجاه المختلط في تعريف الحق
78 رابعاً: النظرية الحديثة
79 المطلب الثاني: أنواع الحقوق
79 الفرع الأول: الحقوق غير المالية
80 أولاً: الحقوق السياسية
81 ثانياً: الحقوق المدنية
83 الفرع الثاني: الحقوق المالية
84 أولاً: الحقوق العينية
93 ثانياً: الحقوق الشخصية
94 ثالثاً: الحقوق الذهنية (الفكرية أو المعنوية)
95 المبحث الثاني: أركان الحق
95 المطلب الأول: أشخاص الحق
95 الفرع الأول: الشخص الطبيعي
95 أولاً: بداية الشخصية القانونية ونهايتها
97 ثانياً: خصائص الشخصية القانونية
100 الفرع الثاني: الشخص المعنوي

100	أولاً: النظام القانوني للشخص المعنوي.....
101	ثانياً: تقسيمات الشخص المعنوي.....
102	المطلب الثاني: محل الحق.....
102	الفرع الأول: الأشياء.....
102	أولاً: العقارات والمنقولات.....
102	ثانياً: الأشياء المثلثة والأشياء القيمة.....
103	ثالثاً: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة لذلك.....
103	رابعاً: الأشياء القابلة للتعامل فيها والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل.....
103	الفرع الثاني: الأعمال.....
104	أولاً: أنواع الأعمال محل الحق.....
104	ثانياً: شروط الأعمال محل الحق.....
104	المبحث الثالث: مصادر الحق وحمايته وانقضاؤه.....
104	المطلب الأول: مصادر الحق.....
105	الفرع الأول: الوقائع القانونية.....
105	أولاً: وقائع طبيعية.....
105	ثانياً: الوقائع بفعل الانسان.....
105	الفرع الثاني: التصرفات القانونية.....
105	أولاً: العقود.....
106	ثانياً: الإرادة المنفردة.....
106	المطلب الثاني: حماية الحق.....
106	الفرع الأول: وسائل حماية الحق.....
106	الفرع الثاني: إثبات واستعمال الحق.....
107	المطلب الثالث: انقضاء الحق.....
107	الفرع الأول: انقضاء الحقوق العينية.....
107	الفرع الثاني: انقضاء الحقوق الشخصية.....
107	أولاً: الوفاء.....
107	ثانياً: الانقضاء بما يعادل الوفاء.....
108	ثالثاً: الانقضاء بعدم الوفاء.....
108	الخاتمة.....
110	قائمة المصادر والمراجع.....
114	الفهرس.....