



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

نيابة العمادة المكلفة بما بعد التدرج

والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

رقم: 2026/72

مستخرج من محضر المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ 2025/07/02

بناء على طلب المصادقة على تقارير كل من الأستاذ صمود سيد أحمد والأستاذة محي الدين عواطف والأستاذة بودالي خديجة من جامعة معسكر كخبراء لمطبوعة الجامعية للدكتورة جندولي فاطمة زهرة والموسومة بـ «المدخل إلى العلوم القانونية (نظرية الحق)»، موجهة لطلبة السنة الأولى جدع مشترك.

بعد الإطلاع على تقارير الخبرة الذي أكد على قابلية المطبوعة لتكون مرجع يعتمد عليه الطالب في مساره البيداغوجي.

بعد المناقشة والمداولة أبدى المجلس العلمي رأيه بالموافقة على المصادقة على تقارير الخبرة واعتمادها كمطبوعة جامعية.

حرر بسيدي بلعباس في يوم 2026/06/01

عميد الكلية



رئيسة المجلس العلمي

أ. ادريس خوجة نضيرة
رئيسة المجلس العلمي
لكلية الحقوق والعلوم السياسية





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس



كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962

قسم الحقوق

**مطبوعة بيداغوجية في مقياس
المدخل إلى العلوم القانونية
- نظرية الحق -**

محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك

من إعداد الأستاذة :

- د. جندولي فاطمة زهرة

السنة الجامعية: 2024-2025



مقدمة

إذا كانت نظرية القانون تتعلق بتنظيم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وهذا هو أساس القانون، باعتباره حامياً للأشخاص في المجتمع من خلال قواعده القانونية المتعددة الموضوعية والاجرائية والتي تنتمي إما لفروع القانون العام أو لفروع القانون الخاص وسواء كانت قواعد أمر أو مكملة، فإن نظرية الحق تتعلق بالسلطات التي تمنح للأفراد بهدف تحقيق مصالحهم ومتطلباتهم. يعد الحق نتيجة طبيعية للقانون، إذ يترتب على عيش الإنسان في الجماعة ودخوله في علاقات مع أقرانه وجود علاقات متشعبة ومختلفة يترتب عنها حقوق والتزامات متبادلة بينهما، يتم تنظيمها بموجب نصوص قانونية لها غاية أساسية تكمن في توفير الأمن والاستقرار في المجتمع، فالمجتمع الذي تخلو ربوعه من ظلال القانون سيكون بمثابة غابة يأكل القوي الضعيف فيها، ويطغى فيها الاضطراب وعدم التوازن، وفي هذا يقول الفيلسوف الفرنسي "Bossuet": "حيث يملك الكل فعل ما يشاء، لا يملك أحد فعل ما يشاء، وحيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبيد."¹

ومنه يعد الحق ثمرة من ثمرات القانون، ونتيجة حتمية له، بل إنه الجانب التطبيقي للقاعدة القانونية، والتي يكمن دورها في تنظيم سلوكيات الأفراد، وتحديد ما لكل واحد منهم من حقوق وما عليه من التزامات، وفي هذا يتبين أن الحق والالتزام وجهان لعملة واحدة هي القانون، كما ويتبين أن الحق والقانون مسألتان متلازمتان، فالحق لا يوجد بغير القانون، كما وأن القانون وجد لتقرير الحق وتنظيمه ورسم حدوده وحمايته.

وفي هذا السياق تجدر الإشارة أن مصطلح (Droit) الوارد في اللغة الفرنسية يستخدم للدلالة على كل من القانون والحق، وهو ما قد يؤدي إلى الخلط بينهما، ولتفادي هذا الأمر ارتأى الفقهاء الفرنسيون وإضافة الصفة الموضوعية (Objectif) للدلالة على القانون، إضافة الصفة الشخصية (Subjectif) للدلالة على الحق لاعتبار أن موضوع الحق يهتم بدراسة القاعدة القانونية في مظهرها الذاتي، وللاشارة فإن هذا الاشكال لا مثيل له في اللغة الانجليزية التي تعبر عن الحق (Right)، وعن القانون (Law).²

مما تقدم، يتبين أن الحق يعد ثمرة القانون والجانب الايجابي له وهو يشكل أساس دراسة القانون المدني لشمولها للحق بأنواعه وأشخاصه ومصادره، ووسائل حمايته وانقضاءه، وتعد نظرية الحق من أهم النظريات التي يدرسها الطالب خلال مساره العلمي في مجال القانون، لأنها

¹ - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، الطبعة التاسعة عشرة، 2012، ص.7.

² - محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق، ج1، القاعدة القانونية، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2009، هامش ص.30.



بوابة لدراسة فروعها، وكذا بسبب العلاقة المتلازمة بينها وبين القانون، ذلك أن القانون يقرر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض احترامها ليسود النظام في الجماعة، وعليه تعد النظرية العامة للحق حلقة أساسية لتكملة النظرية العامة للقانون.

لذلك كان لزاما تدريس النظرية العامة للحق في إطار السداسي الثاني لطلبة الحقوق، سيما وأنه يعد مسألة أساسية وحساسة في حياة أي طالب إذ من خلالها يتمكن من التعرف على المقصود بالحق، أنواعه، أركانه، ومصادره، إضافة إلى أنها تسمح له بالتعرف على كيفية إثباته وحمايته مع بيان حدود استعماله، وكذا تسليط الضوء على طرق انقضاءه.

بهذا تتضح أهمية موضوع النظرية العامة للحق، إذ أنها تعد اللبنة الأولى التي ينبغي على الطالب التعرض لها في مساره التكويني على نحو يمكنه من التعرف على الأسس والمبادئ العامة للحق التي تسمح له فيما بعد بالتعرف على كل ما يتعلق به، وتكملة السداسيين الثالث والرابع والتعرض للقانون المدني، الذي يعد الشريعة الأم لباقي القوانين، على أساس أن قواعده تخاطب جميع الأفراد في المجتمع بغض النظر عن الطافة التي ينتمون إليها، كما أنه يطبق في كل الحالات التي لا يوجد فيها نص خاص.

هذا وتبرز أهمية الحق واعتباره بوابةولوج للقانون لأن دراسة أي موضوع من مواضيع القانون، ستعول أساسا عن الحديث عن حقوق الأشخاص على مختلف الأصعدة الدولية والوطنية، وفي مختلف فروع القانون العام أو الخاص، بل إن للحق الواحد حماية قانونية متعددة تكفلها له مختلف فروع القانون.

ولئن كانت هذه هي الأهمية النظرية، فإن الأهمية العملية تكمن في تزويد الطالب بالمصطلحات القانونية المناسبة والمبادئ الأساسية التي لا يمكنه الاستغناء عنها في حياته العملية، مع تمكينه من التفرقة بين مختلف أنواع الحقوق والتي بمقتضاها يمكنه مواجهة أي إشكال وحل أي يمكن مواجهته.

هذا وتجدر الإشارة أن من بين الأسباب التي أدت إلى اختيار موضوع النظرية العامة للقانون ليكون محور هذه المطبوعة، تدريس هذا المقياس لسنوات متتالية سواء في المحاضرات أو في الأعمال الموجهة، إضافة إلى أنه من المواضيع الشيقة والهامة التي تسمح باحتواء طالب السنة الأولى جذع مشترك وتلقيه المبادئ الأساسية للحق مع الخوض في جزئياتها ودقائقها ما أمكن ذلك.

من خلال ما سبق، يتضح أن تعدد زوايا البحث وتشعبها تستلزم الإجابة على الإشكالية التالية. إلى أي مدى تسمح النظرية العامة للحق للطلاب من تكوين رصيد قانوني يمكنه منولوج لشتى فروع القانون؟



إن الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي تبني مناهج متعددة؛ وبما أن البحث العلمي يتميز بالتكامل المنهجي لا الأحادية المنهجية، فقد تم الاعتماد على كل من المنهج الوصفي، المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، ولتكامل المنهجين الوصفي والتحليلي، فقد تم الاستناد عليهما معا من خلال الوقوف على المعلومات والحقائق الواردة في الموضوع، وتحليل مختلف جزئياته، انطلاقا من الآراء الفقهية مرورا بالنصوص القانونية، وبسبب بعض الاختلافات الواردة في القانون المدني الجزائري¹ والقانون المدني المصري، فقد تم توسل المنهج المقارن لبيان موقف كل واحد منهما. ترتبنا على ما تقدم، فإن موجبات بلوغ هذا البحث أهدافه اقتضت تبني تقسيم الموضوع إلى ثلاث أبواب،، باب أول سيتم التطرق فيه لدراسة مفهوم الحق وقد قسم هذا الباب إلى فصلين فصل أول تم التعرض فيه إلى الحق بين الإنكار والوجود وفصل ثان تم التطرق فيه إلى أنواع الحق، أما الباب الثاني فقد خصص لدراسة أركان الحق ومصادره، فصل ورد بعنوان أركان الحق، وفصل ثان زرد بعنوان مصادر الحق، أما الباب الثالث فورد بعنوان حماية الحق وانقضاؤه، خصص الفصل الأول منه لدراسة حماية الحق، أما الثاني فسلط الضوء على إنقضاء الحق.

¹ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر، ع.78، س. 1975.

الباب الأول

مفهوم الحق



الباب الأول: مفهوم الحق

إن مفهوم الحق مسألة أساسية ينبغي التعرض لها من خلال التطرق لتعريف وجوده وإنكاره، وذلك بالتطرق لكل من تعريفه والنظريات السائدة في هذا المجال، وكذا التعرض لأنواعه المختلفة والتي تشمل كل من الحقوق غير مالية والحقوق المالية.

الفصل الأول : الحق بين الإنكار والوجود

لقد طرحت فكرة الحق للوجود جدلا فقهيًا صاخبا بين منكر لوجوده ومؤيد له، فتعددت الحجج التي استخدمها منكمروا فكرة الحق، واختلفت المعايير التي تبنّاها مؤيدوه، وتراوحت النظريات بين هذا وذاك، كما وتضارب الحق ك مفهوم مع غيره من المصطلحات القانونية كالحرية، والرخصة، والسلطة والواجب، ولهذا سيتم التطرق في هذا الفصل للاتجاه المنر لفكرة الحق (المبحث الأول)، والاتجاه المؤيد له، وبعدها لتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإتجاه المنكر لوجود فكرة الحق

لقد رفض جانب من الفقه الاعتراف بفكرة الحق، ويطلق على هذا الاتجاه الفهمي الاتجاه المنكر للحق، وقد قدم كل فقيه منهم حجج مختلفة عن الأخرى، ولعل من أكثر معارضي فكرة الحق الفقيه كلسن (المطلب الأول)، والفقيه دوجي (المطلب الثاني).

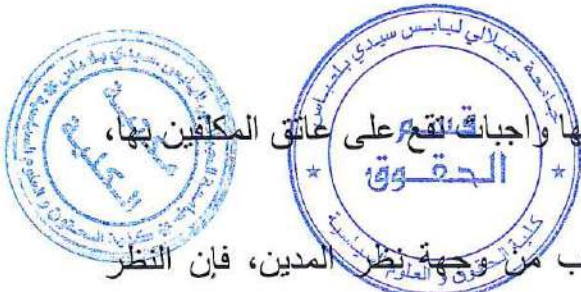
المطلب الأول: منطق كلسن عن الحق

يرى الفقيه "كلسن" "Kelson" صاحب النظرية الخالصة للقانون، أنّ الحق باعتباره ميزة أو مكنة فردية لا يتماشى والنظرية العامة للقانون، ذلك أن هذا الأخير يتكون من مجموعة من الضوابط القانونية التي يندرج ضمن ثنائياتها قواعد القانون العام والخاص وحتى الأوامر الفردية، التي تأتي متدرجة في شكل هرمي يعلو بعضها البعض الآخر بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى منها درجة، ويترتب على إجمالها التزامات تقع على عاتق الأفراد لتجبرهم على إتباع سلوكيات معينة، ينجر عن مخالفتها تدخل الدولة لإجبارهم على الامتثال لها¹.

حسب وجهة نظر هذا الفقيه فإن كل ما لا يعدّ قاعدة ذات جبر وإلزام يتواجد في منطقة ما وراء القانون، وعليه لا يمكن في نظره قبول فكرة الحق لافتقارها لوصف الضوابط أي القواعد². ورغم إنكار الفقيه "كلسن" لفكرة الحق باعتباره سلطة أو صلاحية مقررة للفرد، إلا أنه اعترف بوجود الحق الشخصي باعتباره انعكاس على الالتزام أو الواجب، وهو ما يجد له تبريره

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص. 17؛ علي فيلاي، نظرية الحق، سوفم للنشر، د، س، ن، ص. 18.

² - علي فيلاي، نظرية الحق، سوفم للنشر، الجزائر، 2011، ص. 18.



في مجال الضوابط القانونية بما فيها العقود التي يترتب عليها واجبات تقع على عاتق المكلفين بها، بحيث ينبغي عليهم احترامها تحت طائلة الإكراه.

ولئن كان إعمال هذه الضوابط يجسد فكرة الواجب من وجهة نظر المدين، فإن النظر للواجب من جهة الدائن أي المستفيد يطرح فكرة الحق، وبهذا يعد الحق في نظر الفقيه "كلسن" انعكاس للواجب الذي فرضته القاعدة القانونية على عاتق الفرد، ومنه لا يمكن الحديث عنه بصفة مستقلة، بل باعتباره الوجه الآخر للواجب¹.

نتيجة للطرح السابق، فقد تعرّضت هذه النظرية لانتقادات لاذعة لأنها لم تنكر فكرة الحق في مضمونها بل في مسماها، وذلك بغية التركيز على فكرة الواجب أو الالتزام، إضافة إلى أنها نظرت للقانون نظرة شكلية² مجردة من العوامل الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية التي تؤثر على نشأته باعتباره ظاهرة اجتماعية تتأثر بحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا³.

المطلب الثاني: منطق ديجي في إنكار فكرة الحق

يعدّ الفقيه "ديجي" "Duguet" من أشد معارضي فكرة الحق، ويعتبرها أحد الأفكار الميتافيزيقية - شأنها شأن الشخصية القانونية- التي لا تصلح أن تبقى في علم القانون باعتباره علماً وضعياً يجب أن تكون حقائقه مبنية على الواقع الملموس والمشاهدة⁴.

بدأ الفقيه "ديجي" نظريته في هدم فكرة الحق كما جاء بها أنصار المذهب الفردي رغبة منه في إقامة نظريته في التضامن الاجتماعي، فأنكر وجود حقوق طبيعية ملازمة للإنسان سابقة على قيام المجتمع تولد معه وتثبت له بحكم كونه إنساناً⁵ واعتبرها ضرباً من ضروب الوهم والخيال، ذلك أنّ الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكنه إلا العيش ضمن الجماعة والتعامل مع غيره من أفراد المجتمع، ففكرة الحق تقتضي حتماً وجود الغير أي الطرف الآخر الذي يسري الحق في مواجهته⁶، فالإنسان في نظره لم يعش أبداً منفرداً ومنه لا يمكن القول بحقوق طبيعية ملازمة لوجوده قبل أن يدخل في المجتمع، ويشير أنه وعلى فرض أن الإنسان عاش فترة من الزمن منعزلاً عن غيره، فلا يتصور أن يثبت لهذا الإنسان المنعزل أية حقوق، ذلك أن للحق طرفين أحدهما إيجابي (صاحب الحق) والآخر سلبي (المكلف باحترام الحق)، وإن تم التسليم

¹ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص. 25.

² - إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص. 47.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 19.

⁴ - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص. 6.

⁵ - محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص. 03.

⁶ - علي سيد حسين، المدخل إلى علم القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، 1989، ص. 10.



بفرضية أن الانسان المنعزل له حقوق، فالسؤال الذي يظل مطروحا من الذي يتحمل الواجب ويكلف باحترام الحق.¹

هذا وأكد الفقيه "ديجي" في نظريته إنكار فكرة الحقوق التي ينشئها القانون للأفراد في المجتمع، وذلك من منطلق تصويره للحق الذي يعتبره قدرة أو سلطة إرادية لصاحبه على ما عداه من الأفراد الآخرين، وذلك لما ينجر عن هذه السلطة من تدرج في الإرادات الإنسانية، بحيث يكون هناك إرادة عليا وإرادة دنيا، وتكون هذه الأخيرة خاضعة للإرادة الأعلى منها درجة، وهو ما لا يمكن التسليم به لأن الإرادات الإنسانية جميعها متساوية، ولا يمكن إعلاء إرادة فرد ولا الانتقاص من إرادة فرد آخر.²

ونظرا لإنكار الفقيه "ديجي" فكرة الحق، فقد جاء ببديل لها هو فكرة المركز القانوني، وفسّر ذلك من منطلق أن المجتمع لا يعرف إلا القواعد القانونية وتطبيق هذه الأخيرة على سلوكيات الأفراد لا ينشئ لهم حقوقا أو يحملهم التزامات، بل ينشئ لهم مراكز قانونية بعضها إيجابي والبعض الآخر سلبي، فالقاعدة التي تفرض على شخص واجب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لمصلحة شخص آخر تضع الأول في مركز سلبي هو مركز المكلف، وتضع الثاني في مركز إيجابي هو مركز المستفيد، لكن لا يمكن اعتبار الأول ملتزما ولا الثاني صاحب حق لأن الحق يستلزم إعلاء إرادة المستفيد وخضوع إرادة الفرد وهو شيء مستحيل.³

لقد تعرضت نظرية الفقيه "دوجي" لانتقادات لاذعة، ذلك أن فكرة الحق لا ترتبط بوجود أو عدم وجود حقوق طبيعية للإنسان، ومجرد نفي هذه الحقوق لا ينفي في ذاته فكرة الحق، خاصة وأن هذه الحقوق عامة يتمتع بها جميع الأفراد في المجتمع ويتساوون فيها، ولا يصدق بشأنها منطوقه في إعلاء إرادة فرد ولا الإنقاص من إرادة الفرد الآخر.

إضافة لذلك فإن تصويره هذا لفكرة الحق وما يترتب عنه من تدرج في الإرادات الإنسانية تصوّر من وحي خياله ابتدعه للإطاحة بفكرة الحق، إذ لم يقل أحد من الفقهاء أن من ينشأ له حق من الحقوق في مواجهة الآخرين وفي ظل حماية القانون يصبح في مركز أعلى من مركز من يتحمل به، فالأمر لا يعدو أن يكون منح صاحب الحق مكنة استعمال حقه والمطالبة به بالاستعانة بالوسائل التي يحددها القانون له، وفي الحدود التي يرسمها له حتى وإن كانت النتيجة المترتبة عن هذا الاستعمال والمطالبة هي الخضوع للغير، ذلك أن هذا الخضوع لا يعني خضوعا لإرادة صاحب الحق، بل خضوع لحكم القانون الذي فرض عليه واجب إعطاء الحق لصاحبه.⁴

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 04.

² - محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق، ج2، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2009، ص. 14.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 14.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 10.

هذا والجدير بالذكر أن القانون عندما يفرض على الناس احترام حقوق الغير ويلزمهم بالامتناع عن الاعتداء عليها والمساس بها وإلاّ طبق الجزاء عليهم، فهو لا ينقص من إرادة هؤلاء ولا يعلي من إرادة الآخرين الذين يطالبون باحترام ما قرره القانون لهم من حقوق، بل يسعى إلى تنظيم وضبط سلوكيات الأفراد لتجسيد هدفه في تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع بمنح من وقع اعتداء عليه حق مطالبة غيره بالامتناع عن ذلك.

إضافة لهذا كله يلاحظ أن فكرة المراكز القانونية التي نادى بها الفقيه "ديجي" لا تتضمن في تحليلها إنكاراً لجوهر الحق، ولا تختلف عنها إلاّ في التسمية أو الصياغة،¹ ذلك أنّه حينما أنكر فكرة الحق وأنكر التقابل الموجود بينها وبين القانون، أقام تقابلاً آخر بين القانون والمركز القانوني، لا لشيء فقط لوجود اختلاف بينهما، فتفرقته هذه تؤكد وجود اختلاف بين القانون في تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من مراكز تجاه بعضهم البعض عند خضوعهم لحكم القانون وتطبيقه عليهم.

فالأفراد وإن وجدوا في ذات المركز تجاه القانون لاستوائهم في الخضوع لأحكامه، إلاّ أنّهم لا يتساوون في المراكز اتجاه بعضهم البعض، فكل منهم يكون في مركز خاص به يجعله ملتزماً في مواجهة الآخرين ويجعل الآخرين ملتزمين في مواجهته، بحيث يوجد منهم من يكون في مركز سلبي أي مركز متحمل العبء ومنهم من يكون في مركز إيجابي أي مركز صاحب الحق أو المستفيد، ومثل هذا الاختلاف يؤكد وجود الحق والالتزام أو الواجب.

بهذا نستنتج أن الخلاف بين الفقيه "ديجي" وغيره من المدافعين عن فكرة الحق ما هو إلاّ خلاف ظاهري شكلي، حيث لا يمس جوهر فكرة الحق في ذاتها، بل يمس المصطلحات المستخدمة للدلالة عليها، وهو ما لم يقبل به الفقه المؤيد لوجود الحق لما فيه من استبدال لفكرة مستقرة وأقل تعقيداً بفكرة جديدة معقدة ينجم عن أعمالها زعزعة للأفكار القانونية المستقرة الثابتة.

المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لوجود فكرة الحق وتمييز الحق عن غيره من المصطلحات المشابهة

بعد أن تباينت حجج منكري فكرة الحق واتضح اختلافها معه في المصطلح دون المضمون، تم إجماع الفقه على الاعتراف بوجود فكلو الحق، غير أنهم مع ذلك اختلفوا في أساسها (المطلب الأول)، كما وطرحت هذه الفكرة لبسا مع بعض المصطلحات القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظريات المقترحة في تعريف الحق

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية الرامية إلى تحديد تعريف الحق وتراوحت بين نظريات تقليدية (الفرع الأول)، وأخرى حديثة (الفرع الثاني).

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 07.

الفرع الأول: النظريات التقليدية

لقد ظهر في مجال النظرية التقليدية للحق ثلاث اتجاهات أحدها عرفها من منظور شخصي (أولا) والآخر من منظور موضوعي (ثانيا)، وبينهما ظهرت نظرية أخرة مختلطة عولت على الأسس التي تبنتها النظريتين الشخصية والموضوعية (ثالثا).

أولا- تعريف الحق من منظور المذهب الشخصي:

يعدّ المذهب الشخصي أو ما يعرف بمنظورية الإرادة من أقدم المذاهب في تعريف الحق نشأ في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر في رحاب الفقه الألماني، حمل لواءه الفقيه "سافيني" "Savigny" و"ويند شايد" "Windchaid" و"جيريك" "Gierke".

يسمى هذا المذهب بالمذهب الشخصي لأنه ينظر إلى الحق من منظور شخصي أي من منظور صاحب الحق، ويعتبر الحق صفة تلحق صاحبه¹، وسمي بمنظورية الإرادة لأنه يرى أن جوهر الحق يكمن في إرادة صاحبه².

يعرف الحق وفقا لأنصار هذا المذهب بأنه: «قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدّها من القانون»³.

انطلاقا من هذا التعريف يتبين أن أنصار المذهب الشخصي أكدوا أن القدرة الإرادية لا تقوم بذاتها، بل تنشأ في كنف القانون، فهو الذي يمنح الإرادة هذه القدرة ويحدد نطاقها ويرسم حدودها.

وعليه حسب أنصار هذا المذهب يقتضي وجود الحق وجود شخص ذي إرادة يستحقه ويباشره، فالشخص الذي ليس له إرادة محروم من الحقوق، فالإرادة هي العنصر الجوهرى في تعريف الحق.

ولكن هذا لا يعني أن الإرادة كفيلة بذاتها لإنشاء الحق، فلا يمكن للشخص أن يكون صاحب حق لمجرد أنه يريد ذلك، بل ينبغي لتحقيق هذا أن تكون إرادته متفقة مع القانون، وبمقتضى هذه القدرة الإرادية التي يخولها القانون للفرد يكون له إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقه في حال مخالفة الغير لواجباته الإيجابية والسلبية تجاهه، كما يكون له الحرية المطلقة في مباشرته لسلطاته على محل الحق فلا يكون مقيدا في ذلك بغير القانون⁴.

إن استلزام أنصار هذا المذهب وجود الإرادة لدى مكتسب الحق عرضه لانتقادات لاذعة ذلك أن الواقع أكد:

¹ - محمدي فريدة -زواوي-، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق-، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص. 5.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 09.

³ - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هوم، الجزائر، ص1، 2011، ص. 10.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 19.

✓ إمكانية ثبوت الحق لصاحبه رغم انعدام الإرادة لديه، وهو ما يبرز بالنسبة لعديمي الإرادة (الصبي غير المميز ومن في حكمه وهما المجنون والمعتوه) والجنين، فهؤلاء تثبت لهم الحقوق رغم عدم توافر الإرادة لديهم.

✓ إمكانية ثبوت الحق لصاحبه دون تدخل إرادته، ويتقرر هذا بالنسبة للشخص الذي ورغم توافر الإرادة لديه، إلا أنها لا تتدخل في اكتساب الحق، ويبرز هذا بالنسبة للعديد من الحقوق أهمها:

✓ الحق في الإرث والحق في الوصية اللذان يثبتان لأصحابها الوارث والموصى له دون أن تتدخل إرادتهما في ذلك، بحيث يكفي لوجودها موت المورث أو الموصي¹.

✓ الحقوق التي يكون مصدرها المسؤولية التقصيرية، والتي يكون بمقتضاها للمضرور مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

✓ حق الحياة التي يثبت لصاحبه بمجرد ولادته دون تدخل إرادته في ذلك.

✓ الحقوق التي تثبت لصاحبها رغم عدم رغبته فيها أو إرادته لها ومن ذلك حقوق الآباء على أبنائهم أو العكس.

✓ إمكانية ثبوت الحق للشخص المعنوي، فتعريف المذهب الشخصي للحق يؤدي إلى إقصاء الأشخاص الاعتبارية من طائفة الأشخاص المتمتعين بالحق نتيجة لصعوبة القول بتمتع هؤلاء الأشخاص بإرادة حقيقية.

✓ وقوع أنصار المذهب الشخصي في خلط بين ثبوت الحق واستعماله، فالحق يوجد ويثبت لصاحبه ولو لم تتدخل إرادته، في حين أن استعماله هو الذي يتطلب الإرادة، وهو ما يبرز بالنسبة للصبي غير المميز الذي ورغم ثبوت الحقوق له، إلا أنه لا يمكنه مباشرتها بنفسه، بحيث يباشرها من ينوب عنه.

هذا ويجدر الذكر أن وجود الإرادة لمباشرة واستعمال الحق ليس لازما في كل الحالات، وهو ما يبرز في صور الاستعمال المادي التي لا يحتاج فيها الشخص للإرادة لاستعمال حقه فالمجنون وهو عديم الإرادة يستعمل حقه في الملكية بسكن المنزل المملوك له دون أن يكون لإرادته شأن في ذلك.

ثانيا: تعريف الحق من منظور المذهب الموضوعي

نظرا للانتقادات التي وجهت لأنصار المذهب الشخصي، فقد اتجه الفقه إلى محاولة إيجاد مذهب جديد لتعريف الحق لا يتم فيه النظر إلى شخص صاحبه بل إلى موضوعه أو محله، وقد

¹ - محدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 9.

عرف هذا المذهب بالمذهب الموضوعي الذي حمل لواءه الفقيه الألماني "أهرنج" في كتابه "روح القوانين"، والذي عرف فيه الحق بأنه: «مصلحة مشروعة يحميها القانون»¹.

انطلاقاً من هذا التعريف يتكون الحق في نظر الفقيه "أهرنج" من عنصرين، أحدهما مادي أو موضوعي والآخر شكلي أو إجرائي.

فأما العنصر المادي فهو المصلحة أو المنفعة أو الغاية أو الميزة التي تعود على صاحب الحق، وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية، وذلك حسب نوع الحق، بحيث تكون مادية تقدر بمبلغ من المال إذا كان الحق مالياً ومثالها المصلحة التي تعود على الشخص من ملكيته لمنزل معين، وتكون معنوية أو أدبية لا تقدر بالنقود عندما يكون الحق غير مالي ومثالها مصلحة الفرد في احترام حياته الخاصة وكذا في حماية شرفه وسمعته واعتباره².

ونظراً لأن أصحاب هذه النظرية يعولون في تعريفهم للحق على عنصر المصلحة دون النظر إلى القدرة الإرادية، فليس هناك ما يحول في نظرهم من ثبوت الحق لعدم الإرادة طالما أن له مصالح يحميها القانون³، إذ وحسب الفقيه "أهرنج" يوجد فرق بين وجود الحق وبين استعماله، فالإرادة وإن كانت لازمة لاستعماله، إلا أنها لا تعدّ لازمة لوجوده، ومنه صاحب الحق هو صاحب المصلحة التي يحميها القانون، لا من يستعمل الحق استعمالاً قانونياً نيابة عنه.

إذا كانت المصلحة وفقاً لأنصار المذهب الموضوعي هي العنصر الجوهرى في تعريف الحق إلا أن هناك عنصر آخر وهو العنصر الشكلي الذي يتمثل في الحماية القانونية المقررة للحق، فالمصلحة وإن كانت جوهر الحق إلا أنها لا تعتبر بذاتها حقاً إلا إذا تولى القانون حمايتها، وتتمثل هذه الحماية في الدعوى القضائية التي يمكن لصاحب الحق مباشرتها على من يحاول الاعتداء عليها⁴.

رغم سعي أنصار هذا المذهب إلى تفادي الإشارة إلى دور الإرادة لقيام الحق وثبوته، إلا أن تعريفهم تعرض هو الآخر لانتقادات لاذعة أهمها:

✓ تركيز النظرية على تعريف الحق بالنظر لغايته والهدف المبتغى منه لا بالنظر إلى العناصر التي تتكون منها ماهيته، ومن ثم لم تعرف هذه النظرية الحق في ذاته، بل حددت الهدف المبتغى منه⁵، وعليه القول أن ملكية قطعة أرضية تخول لصاحبها مصلحة تتمثل في جني

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 18.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 23.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 17.

⁴ - نفس المرجع، ص. 17.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 24.

ثمارها والحصول على غلاتها يسمح بتحديد الهدف المبتغى منه دون تعريف حق الملكية في ذاته.

✓ عدم إمكانية اعتبار المصلحة معيارا لوجود الحق، فالحق وإن كان يترتب عليه مصلحة، إلا أن المصلحة لا يتولد عنها الحق، فمثلا إذا قام مالك ببناء بالاتفاق مع مستأجر الطابق العلوي على توفير الإنارة له فإنه يعد صاحب حق، في حين أن مستأجر الطابق السفلي لا يعد صاحب حق رغم استفادته من الإنارة.

✓ عدم إمكانية اعتبار الحماية القانونية المتمثلة في الدعوى القضائية عنصرا شكليا لازما لوجود الحق، ذلك أنها مجرد وسيلة لحمايته وهي تأتي في مرحلة لاحقة له دون أن تكون متزامنة معه.

ومنه يلاحظ عجز النظرية عن تعريف الحق دون اللجوء إلى أشياء خارجية عن كيانه الذاتي، وبهذا يمكن القول أن أنصار المذهب الموضوعي لم يعرفوا الحق في ذاته، بل عرفوا الغاية المرجوة منه وحددوا كيفية بلوغها¹.

ثالثا- تعريف الحق من منظور (وفق) المذهب المختلط

يعرف كذلك بالمذهب التوفيقى، وقد برز على إثر الانتقادات التي وجهت لكل من المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي، بحيث حاول أنصاره تلافي الانتقادات التي وجهت لكلا من هذين المذهبين من خلال التوفيق بينهما والنظر إلى الحق من كلتا الزاويتين بالجمع بين عنصر الإرادة وفقا للمذهب الشخصي وعنصر المصلحة وفقا للمذهب الموضوعي².

رغم تأكيد أنصار هذا المذهب على ضرورة الجمع بين العنصرين السالف ذكرهما، إلا أنهم اختلفوا بينهم حول تغليب أحد العنصرين على الآخر، بحيث غلب البعض عنصر الإرادة على المصلحة واعتبروا الحق «قدرة إرادية يمنحها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف بها ويحميها»³.

في حين غلب البعض الآخر -وعلى رأسهم الفقيه "ميشو" "Micho" -عنصر المصلحة واعتبروا الإرادة مجرد وسيلة لتحقيقها فعرفوه بأنه: «مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص محمية قانونا عن طريق الاعتراف بقدرة الإرادة على تمثيلها والدفاع عنها»، أو هو حسب "جيلينيك" "Jellinek": «المال أو المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة الإرادة لصاحبها»⁴.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 22.

² - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 20.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 23.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 20.

إن اعتماد أنصار هذا الاتجاه على كل من مذهب الإرادة ومذهب المصلحة لتعريف الحق ومحاولتهم تقديم تعريف يستند لكل منهما أدى إلى انتقاده بذات الانتقادات التي وجهت لكلا من المذهبين.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة في تعريف الحق

نتيجة للانتقادات السابقة اتجه الفقه الحديث إلى محاولة لتعريف الحق من خلال الكشف عن جوهره وبيان الخصائص الذاتية المميزة له وهو ما انعكس بصورة جلية وواضحة في نظرية "دابان".

أولا- تعريف الحق حسب الفقيه دابان:

لقد قام الفقيه البلجيكي "جان دابان" "Jean Dabin" في مؤلفه الشهير عن الحق الذي نشره سنة 1952 بجمع النظريات السابقة دراستها تحليلها ونقدها، لينتهي على إثر إلى تعريف الحق بالنظر إلى عناصره المميزة له ليعتبره ميزة يمنحها القانون لشخص ويحميها بطريقة قانونية بحيث يكون له بمقتضاها التصرف في مال أقر القانون استثنائه به وسلطه عليه بصفته مالكا أو مستحقا في ذمة الغير. أو هو استثناء شخص بقيمة معينة أو بشيء معين عن طريق التسلط على تلك القيمة أو هذا الشيء.¹

انطلاقا من هذا التعريف يتضح أن عناصر الحق في نظر الفقيه "دابان" تشمل عنصران رئيسيان يدخلان في تكوينه وهما الاستثناء والتسلط وعنصران مساعدان وهما احترام الغير للحق والحماية القانونية المقررة له.

لأهمية هذه العناصر في تعريف الحق سيتم التطرق للعناصر الرئيسية وبعدها العناصر المساعدة.

ثانيا- عناصر الحق حسب تعريف دابان:

1- العناصر الرئيسية في تعريف الحق حسب الفقيه دابان:

استنادا لتعريف الفقيه "دابان" للحق يتضح أن له عنصرين رئيسيين أحدهما موضوعي وهو الاستثناء و ثانيهما شخصي وهو التسلط.

أ- الاستثناء:

يعدّ الاستثناء حسب الفقيه "Dabin" عنصرا موضوعيا داخلا في تكوين الحق لارتباطه بموضوعه، وهو العنصر الأول له وينصرف مدلوله إلى اختصاص أو انفراد شخص دون سائر الناس بمال أو قيمة معينة استثنائها يتيح له القول بأن المال ماله، فالاستثناء في نظره علاقة بين

¹ - محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص. 11.

شخص وقيمة معينة. على أن هذا الاستثناء لا يرتبط بالانتفاع فالحق ليس هو الانتفاع ولو كان في غالب الأحيان يتضمنه، فصاحب الحق ليس من ينتفع أو يستفيد منه¹، بحيث قد يتقرر الانتفاع لشخص آخر غير الذي يثبت له الاستثناء فالسارق مثلاً قد ينتفع بالشيء دون أن يكون صاحب حق عليه.

وعليه الحق ليس هو المصلحة كما يرى "اهرنج"، ذلك أن الاستثناء الذي يعنيه "دابان" الاختصاص بتحصيل لقيم معتبرة قانوناً، بحيث لا يتصور وجود الحق إلا بناء على اعتراف من القانون².

هذا ويثبت الاستثناء لصاحب الحق ولو لم تتوفر لديه الإرادة، ذلك أنه لا يوجد ارتباط بين الحق والإرادة فالمجنون باعتباره عديم الأهلية تثبت له الحقوق ويختص بمال أو قيمة معينة رغم أنه لا يتمتع بإرادة معتبرة قانوناً، وعليه فإنه ومن منطلق فكرة الاستثناء تثبت الحقوق لكل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي³.

هذا ويجدر الذكر أن الاستثناء يعد جوهر الحق ومناطه وهو نوعان استثناء مباشر واستثناء غير مباشر؛ فأما الاستثناء المباشر فهو الذي يكون فيه لصاحب الحق الاختصاص والتمتع بمزايا حقه دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ويبرز ذلك بالنسبة للحقوق التي تخول صاحبها سلطة مباشرة على القيمة التي يرد عليها حقه. وهو ما يتضح جلياً حينما يكون محل الحق شيء خارجي ذي كيان مستقل عن شخص صاحبه كالعقارات مثلاً، أو حينما يتعلق الأمر بالأشياء المعنوية التي تعد نتائج ثمرة فكر صاحبها كحقوق المؤلف.

أما الاستثناء غير المباشر فهو الذي يبرز حينما يقتضي الأمر تدخل شخص آخر لحصول صاحب الحق على محل حقه، ويتجلى ذلك بالنسبة للحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية.

هذا ويجدر الذكر أن أسباب الاستثناء متعددة، فقد يكون سببها إرادة الشخص كالحقوق الناشئة عن اتفاقات الأفراد أو التصرفات بالإرادة المنفردة، وقد يكون سببها المشرع نفسه⁴.

ب- التسلط:

يعدّ التسلط أو ما يسمى بالقدرة النتيجة الطبيعية للاستثناء والوجه الآخر للحق، ولا يراد به القدرة على العمل الإيجابي بل الخيار بين العمل وعدمه وهو من ثم قدرة التصرف بكل حرية في الشيء محل الحق باعتباره سيداً عليه. فالحق وطالما أنه يمنح لصاحبه نوع من التسلط والاختصاص دون سائر الناس فهذا يعني أن يعترف له بنوع من التسلط على الشيء أو القيمة.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 23.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 28.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 29.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 30؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 30.

وعليه التسلط لا يختلط بالاستعمال ذلك أنه يثبت لمن يملك الحق فحسب، وذلك بخلاف استعمال الحق الذي قد يتم بواسطة شخص آخر غير صاحب الحق كالولي والوصي الذي يباشر الحق نيابة عن عديم الأهلية وناقصها ولحسابه لتظل سلطة التصرف ثابتة لصاحب الحق ذاته، بهذا يعدّ التسلط عنصراً شخصياً خاصاً يرتبط بصاحب الحق.

إن التسلط بمعناه السالف الذكر يختلف في مضمونه ومداه تبعاً لاختلاف طبيعة الأشياء والقيم التي يرد عليها، فإذا كانت الأشياء مادية كان لصاحبها عليها تسلطاً كاملاً يكون بإمكانه استعمالها استغلالها والتصرف فيها بكافة أنواع التصرف المادية والقانونية كالتغيير من صورة الشيء، إتلافه، نقل كل أو بعض عناصره للغير بمقابل أو بدون مقابل¹.

أما بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخصية، فالتسلط فيها يكون ضيق النطاق ومحدود بطبيعته، بحيث يكون له صيانتها استعمالها دون التصرف فيها أي النزول عنها أو نقلها للغير.

أما بالنسبة للحقوق الشخصية التي يكون محل الحق فيها أداء معيناً يقدمه شخص لآخر بحيث لا يقع التسلط على شخص المدين بل على الأداء الذي يلزم المدين به في مواجهة الدائن باعتباره قيمة مالية معينة، ويكون للدائن فيها القدرة على المطالبة بالحق من عدمه، النزول عنه للمدين (الإبراء) أو للغير (الحوالة).

2-العناصر المساعدة لتعريف الحق:

يستلزم الفقيه "Dabin" إلى جانب عنصري الاستثناء والتسلط، عناصر مساعدة للحق يتم تحديدها من الناحية الخارجية أي بالنظر إلى الغير، ذلك أنه في نظره لا يمكن الحديث عن الحق إلا بالنظر إلى الأشخاص الآخرين ويطلق الفقه على هذه العناصر الشروط الغيرية ويندرج ضمنها كل من الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير والحماية القانونية المقررة له.

أ- الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير:

يرى الفقيه "دابان" أن الحق يقتضي التزام جميع الأشخاص ما عدا صاحب الحق باحترامه ويبرز ذلك من خلال مسالتين اثنتين: أولهما عدم الاعتداء أو ما يطلق عليها الحصانة وثانيهما الاقتضاء.

فأما الحصانة فيراد بها التزام جميع الناس باحترام الحق وعدم القيام بكل ما من شأنه تعكير صفو استئثار صاحب الحق بحقه وتسلطه على المحل الذي ينصب عليه. ويختلف عنصر احترام الغير للحق بحسب طبيعة هذا الأخير فيكون في الحقوق العينية عام يرد على عاتق الكافة، في حين يكون في الحقوق الشخصية عام وخاص. عام يشمل كافة الأشخاص. وخاص لأنه يرد على عاتق

¹ - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص. 31.

شخص معين هو المدين الذي يتوجب عليه القيام بكل ما من شأنه تمكين صاحب الحق من الحصول على حقه وامتناعه عن القيام بكل ما يؤدي إلى عدم حصوله عليه.

ولئن كان عدم الاعتداء الفكرة الأولى المعبرة عن الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير، فإن الفكرة الثانية له تكمن في الاقتضاء التي بمقتضاها يكون لصاحب الحق اقتضاء حقه ودفع أي إخلال به من الغير.

ب- الحماية القانونية للحق:

يعد عنصر الحماية القانونية في نظر الفقيه "Dabin" عنصراً هاماً في تعريف الحق، فبدونها لا وجود له، ومن خلالها يكون لصاحب الحق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه من خلال رفع دعوى قضائية باعتبارها وسيلة القانون للمطالبة بالحق الذي وقع عليه الاعتداء فعلاً أو ما كان مهدداً بوقوعه.

ولئن كان الفقيه "Dabin" اعتبر الحماية القانونية عنصراً لازماً لاكتمال وجود الحق، إلا أنه ينبغي في نظره عدم الخلط بين الحق والدعوى التي ما هي إلا وسيلة من وسائل الحماية، نظراً لأن هذه الأخيرة تأتي في مرحلة لاحقة على وجود الحق وتخول لصاحبها حقاً جديداً غير الحق المحمي هو الحق في الدعوى¹.

المطلب الثاني: تمييز الحق عن غيره من النظم القانونية المشابهة له.

هناك العديد من المصطلحات التي يقع اللبس بينها وبين مصطلح الحق كمصطلح الحرية، الرخصة، السلطة، والواجب.

ولأهمية ذلك سيتم تحديد المقصود بها لإيجاد الخط الفاصل بينه وبين كل مصطلح منها.

الفرع الأول: تمييز الحق عن الحرية

لا يكاد الفقه يتفق على مفهوم الحرية، و يقر الفقيه مونتيسكيو بصعوبة تعريفها، ولكنه مع ذلك يعتبرها قدرة المرء على العمل وفقاً لما تمليه عليه إرادته ووفقاً لما تنص عليه القوانين العادلة التي تنظم العلاقات داخل المجتمع. أو هي مكنة معترف بها للشخص في التصرف حسب تقديره الشخصي.

استناداً لهذا التعريف، ومن منطلق التعريف الخاص بالحق يتبين أن هناك فرقاً شاسعاً بين مصطلحي الحق والحرية، وهو ما يتجلى في العديد من النقاط تبرز فيما يلي:

- **المركز الذي يمنحه الحق والحرية لصاحبه:** تعد الحرية مكنة يعترف بها القانون لجميع أفراد المجتمع، وهي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات²،

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 32.

² - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 29.

بحيث يكون الجميع فيها على قدم المساواة دون اختصاص أو انفراد أحدهم بالتمتع بها دون الآخرين، ولذلك تعرف بالحريات العامة، وهي في ذلك تختلف مع الحق الذي يعد ميزة يختص بها شخص دون غيره من الناس، فيكون بذلك في مركز ممتاز عن غيره بما يخوله له من تسلط أو اقتضاء، ومنه يمثل الحق مجالا محجوزا لصاحبه يقيد لمصلحته حرية الآخرين، بخلاف الحرية التي يشترك الجميع في استعمالها دون استثناء.¹

■ **قابلية المحل للتحديد من عدمه:** إن من بين الاختلافات الموجودة بين الحق والحرية ورودهما على محل قابل للتحديد من عدمه، إذ بينما لا ينشأ الحق إلا على محل محدد أو قابل للتحديد، تتميز الحرية بعدم وضوح وتحديد محلها كون كونها مجرد أوضاع عامة غير منضبطة ولا واضحة المعالم² شأن ذلك حرية الرأي والتعبير، حرية التنقل، حرية التملك...، وهو ما يترتب عليه عدم قدرة صاحب الحق على الخروج عن الغاية التي قررها القانون له، وإلا تترتب على ذلك تقرير مسؤوليته جراء تعسفه في استعمال الحق، وهو ما يصلح بالنسبة للحرية والتي ينجم عن عدم ورودها على محل محدد أو قابل للتحديد عدم وضوح هدفها، وهو ما يتيح للفرد اتباع أي طريق يجيزه القانون دون أن يترتب على ذلك مساءلة صاحبه.

■ **نطاق الحق والحرية:** تمنح الحرية لصاحبها نطاقا واسعا بحيث تتيح له القيام بأمر أو عدم القيام به، وهي بذلك تتضمن وجهان أحدهما سلبي والآخر إيجابي، وذلك على عكس الحق الذي يتميز بطابع إيجابي فقط.

■ **مدى التعسف في استعمال الحق والحرية:** ترد فكرة التعسف في مجال استعمال الحقوق وحدها دون الحريات، ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية كفيلة برقابة الاستعمال في مجال الحريات والتعويض عن مخاطره وأضراره.³

■ **إمكانية النزول عن الحق والحرية:** الحرية لصيقة بالشخص، فلا يجوز النزول عنها بعكس الحق الذي تختلف إمكانية النزول عنه حسب نوعه، إذ بينما لا يمكن النزول عن الحقوق اللصيقة بالشخصية، يمكن النزول عنه إذا كان حقا ماليا.

الفرع الثاني: تمييز الحق عن الرخصة

الرخصة هي قدرة الشخص على الاختيار بين بدائل محددة نتيجة لقيام سبب معين جعله القانون مناطا لذلك بقصد إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم.⁴ ومنه الرخصة

¹ - حسن كيره، المدخل إلى القانون، وبخاصة القانون اللبناني والمصري، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، طبعة مكررة، مكتبة مكابي، بيروت، 1977، ص.557.

² - شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص.24.

³ - حسن كيره، المرجع السابق، ص.558.

⁴ - سمير شيهاني، دروس في نظرية الحق لطلبة السنة الأولى، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2014-2015، ص.16.

خيار متروك للشخص وبين يديه، بحيث يكون له اتباع أو اختيار طريق أو آخر حسب قناعته، وحسب المصلحة التي يحصل عليها.

وبهذا الرخصة رغبة من صاحب الحق في الحصول على الحق، وهي بذلك مرحلة وسط بين الحق والحرية، فهي أقل من الحق وأعلى من الحرية، ذلك أنها لا تمنح صاحبها مكنة الاستثناء والتسلط ولا تخوله اختصاصا محجوزا شأن الحق، ولا تمنح له صلاحية استعمال سلوك معين في الوقت الذي يشاء وبالطريقة التي يشاء شأن الحرية، ولهذا فهي تعد إجراء أو مرحلة للوصول إلى الحق.

إن من أهم الأمثلة التي يمكن الاستشهاد بها في مجال الرخصة، الشفعة والتي يراد بها حسب نص المادة 794 من التقنين المدني رخصة تجير الحلول محل المشتري في بيع العقار، وتتقرر لأشخاص واردة على سبيل الحصر محددة في نص المادة 795 من التقنين المدني وهم كل من مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع، صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

بالرجوع لهذين النصين يلاحظ أن الشفيع يكون له إمكانية الخيار بين أمرين اثنين فله إما الحلول محل المشتري في تملك العقار المبيع بالشفعة، وإما ترك الصفقة للمشتري. هذا وتبرز الرخصة كذلك في مجال الهبة، والتي يخول فيها للموهوب له الخيار بين أمرين وهما قبول الهبة أو رفضها.

الفرع الثالث: تمييز الحق عن السلطة.

تعد السلطة عنصر أصيلا في الحق، بحيث ينطوي كل حق على سلطة فلا يوجد حق بدون سلطة، بخلاف السلطة التي قد توجد بدون حق¹ ويراد بها في هذه الحالة الواجب الذي يخوله القانون لشخص اتجاه شخص آخر بغرض إدارة ورعاية شؤون ومصالح هذا الأخير. ومثالها السلطة التي يمنحها القانون للولي أو للوصي بغرض إدارة شؤون عديم الأهلية أو ناقصها. استنادا لمعنى السلطة ومن منطلق تعريف الحق، يلاحظ أن هناك فوارق بينهما يبرز في نواح مختلفة منها:

- **المصلحة المراد تحقيقها:** تختلف المصلحة المراد تحقيقها من طرف صاحبهما، إذ بينما يسعى صاحب الحق إلى تحقيق مصلحته، يسعى صاحب السلطة إلى تحقيق مصلحة الغير.²

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.15.

² - لموشية سامية، المرجع السابق، ص.10.

- **الطبيعة القانونية للحق والسلطة:** الحق ميزة يختص بها صاحب الحق، أما السلطة فهي واجب يقع على عاتق المكلف به (صاحب السلطة).
- **إمكانية النزول عن الحق والسلطة:** لا اعتبار الحق ميزة يختص بها صاحب الحق، فإنه يكون بإمكان هذا الأخير النزول عما يخوله له حقه من منافع، وذلك بخلاف السلطة التي لا يمكن النزول عنها لكونها واجب يقع على عاتق من يباشرها.
- **إمكانية الانتفاع بالحق والسلطة:** يتيح الحق لصاحبه الانتفاع بما ينجم عن استعماله له كحق الملكية مثلا، وذلك بخلاف السلطة التي لا يمكن اعتبارها مصدرا للإنتفاع المباشر.

الفرع الرابع: تمييز الحق عن الواجب

استنادا لتعريف الحق يتضح أن الواجب يمثل الوضع المقابل للحق، فكل حق يقابله واجب يقع على عاتق الكافة يهدف الى إلزامهم باحترام التسلط المقرر والمحمي قانونا. بهذا يلاحظ وجود اختلاف بينهما إذ بينما يخول الحق لصاحبه الاستئثار والتسلط، يضع الثاني على عاتق صاحبه التزاما باحترام حق الغير وعدم التعدي عليه.¹

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص.27.

الفصل الثاني: أنواع الحقوق

تتعدد أنواع الحقوق وتختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إليها كل فقيه ولعل أهم معيار يمكن الاستناد إليه ذلك الذي ينظر إلى قابلية الحق للتقويم بالمال من عدمه، والذي يقسمها إلى حقوق غير مالية (المبحث الأول) وأخرى مالية (المبحث الثاني)، هذا وقد ظهر في القرن الثامن عشر نوع من الحقوق يضم الطابعين معا اطلق عليه تسمية الحقوق المختلطة (المبحث الثالث)

المبحث الأول: الحقوق غير المالية

يندرج ضمن الحقوق غير المالية وهي الحقوق غير القابلة للتقويم بالمال أي التي ترد على محل غير قابل للتقويم بالمال، كل من حقوق الشخصية (المطلب الأول)، الحقوق الأسرية (المطلب الثاني)، والحقوق السياسية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حقوق الشخصية

يعدّ هذا النوع من الحقوق حديث نسبياً إذ أنّه لم يبرز للوجود إلا في العقود الأخيرة من الزمن نتيجة لظهور ما يعرف بأنسنة القانون أو ما يطلق عليه الطابع الإنساني للقانون، والذي يراد من خلاله توفير الحماية اللازمة للإنسان نتيجة لمخاطر التطور العلمي والتقني الذي شهدته البشرية¹.

يطلق على هذا النوع من الحقوق تسمية حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الملازمة للإنسان أو حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية² أو الحقوق العامة³، ومهما تعددت التسميات الدالة عليه فإنّه يراد بها الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد وجوده باعتبارها من مقومات شخصيته وأدميته.

الفرع الأول: أنواع حقوق الشخصية

تتعدد حقوق الشخصية بحيث لا يمكن حصرها سيما وأن نطاقها يتسع ويتنوع بتنوع الوقت وتطور المجتمع، ولكن مع هذا يمكن تصنيفها إلى حقوق ترمي لحماية الكيان المادي للإنسان، وأخرى تهدف إلى حماية كيانه المعنوي، وثالثة تسعى إلى تمكينه من مزاولة نشاطه وتأديته لدوره في الحياة⁴.

أولاً- الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للإنسان

يكفل القانون للإنسان سلامة كيانه المادي من خلال التأكيد على حقه في الحياة وسلامة جسده وأعضائه، سواء تم ذلك في مواجهة الغير أو في مواجهة الشخص ذاته.

¹ - حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للحقوق القانونية، ج2، مقدمة للقانون المدني، 1998-1999، ص. 233.

² - يعبر البعض عن هذا النوع من الحقوق بالحقوق الطبيعية تأثراً منهم بفلاسفة القانون الطبيعي الذين نادوا بوجود حقوق طبيعية للإنسان تولد معه وترتبط بفطرته الإنسانية، ويعمد القانون إلى إقرارها له دون الاعتداد بأي اعتبار آخر.

³ - يعبر البعض عن حقوق الشخصية بالحقوق العامة لأنها تثبت لجميع الناس وتتبع من مبادئ الحرية التي يتمتع بها كلّ شخص.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 50.

1- حماية الكيان المادي للإنسان في مواجهة الغير:

يقتضي القانون حماية الكيان المادي للإنسان في مواجهة الغير بمنعهم من إتيان أي عمل من شأنه المساس بحق الشخص في حياته (قتله)، أو المساس بجسمه من خلال ضربه أو جرحه أو الاعتداء عليه بأي صورة من صور الاعتداء التي يعتبرها القانون الجنائي جريمة معاقبا عليها قانوناً¹.

وحق الشخص على كيانه المادي لا يقتصر على مرحلة حياته، بل يتعداها ليشمل وفاته، بحيث يحظر التشريع على الغير المساس بجثث الموتى والتنكيل بهم²، وكل خرق لذلك يجعل صاحبه مرتكباً لجريمة يعاقب عليها قانوناً، هذا ما لم يكن المعني بالأمر قد تبرع بعضو من أعضائه في الحدود المسموح بها قانوناً.

إذا كان حق الشخص على كيانه المادي بعد وفاته يقوم على مبدأ احترام جثث الموتى، فإن حقه في سلامة جسمه حال حياته يقوم على مبدأ حرمة جسد الإنسان³، وعلى هذا فإنه لا يجوز كأصل عام للطبيب إجراء أي تدخل علاجي أو جراحي إلا بموافقة المريض أو موافقة ذويه، كما لا يجوز إجباره على إجراء التحاليل الطبية (كتحليل الدم أو التحاليل الخاصة بالخصوبة) ولا تعاطي العقاقير الطبية إلا بموافقتهم، كما لا يجوز إخضاعه للتجارب الطبية إلا بعد الحصول على موافقته والتأكد من أن حالته الصحية تستدعي ذلك، وأنه لا يوجد أي خطر عليه.

تجدر الإشارة أن حق الشخص على جسمه ليس مطلقاً، بل ترد عليه قيود تتعلق بعضها بالمصلحة العامة، في حين يرتبط البعض الآخر بالحالة الصحية للشخص⁴.

فأما القيود التي تتعلق بالصالح العام فيندرج ضمنها إجبار الشخص للخضوع للتحليل الطبية حفاظاً على الصالح العام للجماعة، ومن هذا ما قرره المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات إجبار المقبلين على الزواج على إجراء بعض التحليل الطبية قبل الزواج وفقاً لنص المادة 07 مكرر من تقنين الأسرة⁵.

هذا وتتجه تشريعات بعض الدول إلى إجبار الأجانب على إجراء بعض التحاليل الطبية للكشف عن بعض الأمراض الخطيرة كمرض الإيدز مثلاً⁶.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 48.

² - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 60.

⁴ - نفس المرجع، ص. 61.

⁵ - م 7 مكرر من الأمر 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر، ع. 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.

⁶ - نبيل إبراهيم سعيد، المرجع السابق، ص. 50.

إلى جانب هذا تستلزم مقتضيات المصلحة العامة منع الشخص من إجراء تدخلات جراحية تؤدي إلى تغيير جنسه ما لم تستدعي حالته الصحية ذلك¹.

هذا وقد يستدعي الصالح العام إجبار بعض الأشخاص على الخضوع للتطعيم الإجباري، أو تناول بعض العقاقير الطبية منعا للإضرار بالغير.

هذا عن القيود المتعلقة بالمصلحة العامة، أما تلك المتعلقة بالمصلحة الخاصة للشخص، فيندرج ضمنها إجراء التدخلات الطبية للمريض دون الحصول على موافقته أو موافقة ذويه كلما كانت الحالة استعجالية لا تسمح بذلك.

2- نطاق الكيان المادي للإنسان في مواجهة صاحبه نفسه:

إن حق الفرد في كيانه المادي لا يقتصر على الغير، بل يتعداه ليشمل صاحبه ذاته، بحيث لا يمكن له التصرف في جسمه ولا في عضو من أعضائه.

وتطبيقاً لذلك تعاقب بعض التشريعات على الشروع في الانتحار، كما تحظر الاتفاقات التي تهدف إلى مساعدة الشخص على التخلص من حياته في إطار ما يعرف بالقتل الشفقة أو القتل الرحمة، بحيث لا يؤثر هذا الاتفاق على قيام جريمة القتل في حق الطبيب، ذلك أن رضا المريض لا يمكن أن يكون سبباً لإباحة القتل مهما كان الدافع إليه.

هذا ولا يجوز للإنسان كأصل عام التصرف حالة حياته بأحد أعضائه، إلا إذا لم يكن في ذلك خطر على حياته، وكان العضو المراد التصرف فيه من الأعضاء التي تقبل التنازل عنها نظراً لعدم تأثيرها على حياته وعلى قدرته في أداء وظائفه بشكل طبيعي، هذا كله مع مراعاة الضوابط القانونية التي قررها التشريع المنظم لذلك في إطار نقل الأعضاء البشرية، ومن أمثلة الأعضاء التي يمكن التبرع بها الكلية باعتبارها من الأعضاء المزدوجة التي يمكن للإنسان العيش بوحدة منها. بهذا يتضح أن التصرف في جزء حيوي لازم لحياة الإنسان وبقائه باطل، ولو كان ذلك برضاه.

ثانياً- الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان المعنوي للإنسان

يتمثل الكيان المعنوي للإنسان في مجموعة القيم المعنوية كالشرف والاعتبار والسمعة والكرامة والمعتقدات والأفكار، ولاريب أن هذه المقومات لاتقل أهمية عن المقومات المادية للإنسان لذلك استقرت قوانين الدول على كفالة احترامها من خلال رصد العديد من الحقوق في سبيل تحقيق هذه الغاية ودفع الاعتداء على مظاهر الكيان الأدبي المختلفة والتعويض عن الأضرار التي تلحق به في حال وقوع ذلك الاعتداء.

¹ - مهدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 13.

تتعدد هذه الحقوق بقدر تعدد جوانب الكيان الأدبي للإنسان ومنها الحق في صيانة شرف الإنسان واعتباره، الحق في احترام الحياة الخاصة.¹

1- الحق في الشرف والاعتبار:

خول القانون لكل شخص الحق في احترام شرفه الذي يكفل له احترام سمعته وكرامته واعتباره من أي اعتداء.

يتقرر الاخلال بالشرف عن طريق الحط من مكانة الشخص وقدره وتعرضه لاحتقار الناس عن طريق القول والتشهير أو نسبة أعمال معينة له.

لأهمية هذا الحق فقد عمد المشرع إلى حمايته مدنيا وجنائيا، تشمل الحماية المدنية منح المعتدى عليه حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به من جهة، ومنحه حق المطالبة باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف الاعتداء وإزالة أثره عن طريق حق الرد والتصحيح.

تتمثل الحماية الجنائية في معاقبة الجاني بالعقوبات المقررة لجريمة القذف أو السب.

2- الحق في احترام الحياة الخاصة:

يعتبر الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية أحد المظاهر الجوهرية للحريات المدنية والتي تستهدف عيش الشخص لحياته الخاصة دون إزعاج من الآخرين سواء فيما يتعلق بذكرياته أو أسراره التي لا ينبغي أن تكون وسيلة للإعلان المثير أو النشر الجارح. لأهمية هذه الحقوق فقد جعل المؤسس الدستوري منها مبدأ دستوريا ثابتا وأكد على ذلك في المادة 1/47 من الدستور.²

يتسع نطاق الحياة الخاصة الواجب احترامها ويشمل علاقات الفرد الشخصية وحياته العاطفية والعائلية والصحية وأوقات الفراغ وأسلوب معيشته، وثروته.

3- الحق في الصورة:

يعد الحق في الصورة أحد مظاهر حماية شخصية الإنسان وحياته الخاصة لذلك منع القانون الغير من التعرض للصورة بأي شكل من أشكال التعرض كرسمة أو تصويره فوتوغرافيا دون إذن منه، ويمتد الأمر ليشمل نشر صورته في الصحافة المكتوبة أو المرئية. وعليه نشر أو عرض صور الشخص دون الحصول على إذنه الصريح أو الضمني يتسوجب المسائلة القانونية، ولو تم النشر دون سوء نية ولو لم يتضمن أي إساءة أو إهانة لصاحب الصورة.³

¹ - محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص. 15.

² - مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1422 الموافق 30 سبتمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع. 82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 93.

يجدر الذكر أن حماية حق الشخص في الصورة يقتضي التفرقة بين مكان التقاطها والذي قد يكون عاما أو خاصا، بحيث لا يمكن التمسك في الحالة الأولى بالمساس بشخصيته، في حين يتمسك بذلك في الحالة الثانية بأعمال المادة 303 من تقنين العقوبات التي جرم فيها المشرع المساس بصورة الشخص التي تم التقاطها في مكان خاص.

لقد تراجع حق الشخص في الصورة بالنسبة للشخصيات العامة (السياسية، الفنية، الأدبية، الرياضية) مقارنة بالشخصيات العادية، إذ بينما تتسع دائرة الحياة الخاصة بالنسبة للفئة الثانية فإنها تضيق بالنسبة للفئة الأولى. لا اعتبارات تتعلق بالشهرة من جهة، وبعنيتها للجمهور من جهة أخرى مالم يتعلق الأمر بحياتها الخاصة.

4- الحق في الصوت:

يعد صوت الإنسان أحد مقومات شخصيته إذ بمقتضاه يتم التعرف على صاحبه ولأهميته فقد خول القانون لصاحبه منع كل تقليد لصوته في الحالات التي يسبب له ذلك صررا أو يؤدي إلى الخلط بينه وبين الآخرين.

5- الحق في المسكن:

يعد السكن أحد أوجه حماية الحياة الخاصة فهو باعتباره القلعة الحصينة التي توفر لصاحبها الهدوء والسكينة والأمان يكون لصاحبه منع دخول الغير إليه، وقد أكد المؤسس الدستوري على ذلك في المادة 48 من الدستور حينما كرس ضمان الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن.

لاريب أن هذه الحماية تتصل بالإنسان لا بالمكان فحصانته أساسها تواجد الشخص به، وهي تمتد لتشمل كل شاغل له سواء كان مالكا، مستأجرا...إلخ، على أن هذه الحماية تحدها حدود معينة مقررة لحماية المصلحة العامة، بحيث يجوز للسلطات العامة الولوج إلى السكن مع احترام الضوابط القانونية المقررة لذلك.

6- الحق في السرية:

يعد الحق في السرية من أهم خصوصيات الإنسان ويكون له بمقتضاه حجب مجموعة من الأسرار العائلية، المهنية، المالية، الصحية والعاطفية عن الغير.

تتعدد تطبيقات حق الشخص في الاحتفاظ بالجانب السري لحياته ولعل أحدها السرية المهنية التي يترتب عليها إلزام كل شخص يضطلع بحكم وظيفته أو مهنته على تفاصيل الحياة الخاصة للغير عدم إفشائها، إلا في الحالات التي يوجب أو يرخص له القانون بذلك.

يندرج ضمن حق الشخص في الاحتفاظ بالجانب السري لحياته حقه في سرية مراسلاته التي تكون مقيدة بعدم إطلاع الغير بالسر الذي تتضمنه سواء كانت مراسلات عادية أو سرية.

ويمتد الأمر ليشمل الاتصالات التلفونية والتي لا يجوز التنصت عليها إلا باتباع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً.

ثالثاً- الحقوق المتعلقة بمزاولة النشاط

يطلق الفقه على هذا النوع من الحقوق بالحريات أو الرخص العامة، ذلك أنها تثبت للجميع ولا يستأثر بها شخص أو أشخاص دون غيرهم، وهي حقوق تهدف إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه والقيام بدوره الاجتماعي في الحياة.¹

يمكن تقسم هذه الحقوق بالنظر إلى الجانب الذي تعالجه إلى :

- حقوق مرتبطة بالنشاط المادي للشخص يندرج ضمنها حريته في التنقل والإقامة.
- حقوق مرتبطة بالنشاط المهني للشخص يندرج ضمنها حرية العمل والتجارة.
- حقوق مرتبطة بالنشاط الاجتماعي للشخص يندرج ضمنها حرية الزواج والإجتماع
- حقوق مرتبطة بالنشاط الفكري والروحي للشخص يندرج ضمنها حرية المعتقد وحرية الرأي والتعبير.²

إن أهمية هذه الحقوق دفعت المشرع إلى توفير الحماية القانونية لها من خلال تخويل كل من تعرض لاعتداء غير مشروع في ممارستها لها المطالبة بوقف الاعتداء من جهة، والتعويض عما أصابه من ضرر من جهة أخرى، إضافة إلى المطالبة ببطالان الشروط التي تشكل مساساً بالحريات الأساسية، أو تعوق ممارستها كالشرط الذي يلزم الشخص بعدم الزواج.

الفرع الثاني: خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية:

تتميز الحقوق اللصيقة بالشخصية بالعديد من الخصائص:

- **حقوق مطلقة:** تعد حقوق الشخصية حقوقاً مطلقة، ذلك أنها تسري في مواجهة جميع الناس، ويحتج بها في مواجهة كافة لا في مواجهة شخص معين بالذات، وهذه الحقوق يقابلها واجب سلبي عام يقع على عاتق كافة يلزمهم باحترامها وعدم الاعتداء عليها.³
- **حقوق غير قابلة للحصر:** تتميز حقوق الشخصية بعدم إمكانية حصرها وتحديد نطاقها، وذلك نظراً لتعددّها وارتباطها بكل ما يهدف إلى حماية القيم المعنوية للإنسان⁴، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 47 من التقنين المدني، والذي اكتفى فيه المشرع بمنح الشخص الذي تم الاعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته طلب وقف الاعتداء مع المطالبة بتعويض ما لحقه من ضرر.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 97.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 75.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 98.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 64.

من خلال هذا النص يلاحظ أنّ المشرع اعترف بوجود هذه الحقوق، غير أنه لم يعددها لعدم قابليتها للحصر.

■ **عدم قابليتها للانتقال بالوفاة:** نظراً لأنّ حقوق الشخصية لصيقة وملازمة للشخص، فإنها تظل قائمة طيلة حياته، كأصل عام ولا تنتقل بالوفاة إلى الورثة ولكن مع هذا يستثنى من هذه القاعدة:

✓ انتقال بعض السلطات التي تمنحها الحق الأدبي للمؤلف إلى الورثة لتمكينهم من المحافظة على نسبة المصنف له ودفع أيّ اعتداء عليه¹.

✓ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي للورثة إذا كان محدداً بموجب اتفاق أو كان المعتدى عليه قد رفع قبل وفاته دعوى للمطالبة به أمام القضاء، وهذا ما تعرّض له المشرع المصري بمقتضى نص المادة 22 من التقنين المدني وذلك بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يورد نصاً مماثلاً لهذا النص في التقنين المدني.

■ **حقوق محمية بذاتها:** تعدّ حقوق الشخصية حقوقاً محمية بذاتها، إذ يكفي الاعتداء عليها لمطالبة المعتدى عليه وقف ذلك الاعتداء دون حاجة منه لإثبات الضرر الذي لحقه جراء المساس بها.

■ **حقوق عامة:** تتميز حقوق الشخصية بأنها حقوق عامة ذلك أنها تثبت لكل إنسان، وطنياً كان أو أجنبياً² وعلى هذا الأساس فإن جميع الأفراد يتساوون في التمتع بها بغض النظر عن أيّ اختلاف يعود سببه إلى الجنس، اللغة، الدين، العرق، العقل، السن، الجنسية أو أي سبب أو ظرف آخر.

■ **حقوق غير مالية:** تتميز حقوق الشخصية بأنّها حقوق لا تقوم بالمال، ذلك أنّها ترد على محل غير قابل للتقويم بالنقود، ولكن مع هذا يجدر الذكر أن الاعتداء على هذه الحقوق ينجم عنه حق مستقل ذي أثر مالي يُخوّل بمقتضاه للمعتدى عليه الحق في المطالبة بالتعويض النقدي عن الضرر الذي لحقه بسبب المساس بحق من حقوق الشخصية سواء كان ذلك الضرر مادياً أو معنوياً، وهو ما يستشف من نص المادة 47 من التقنين المدني.

الجدير بالذكر أن حقوق الشخصية ونظراً لأنها حقوق غير مالية فهي بذلك تخرج من دائرة التعامل فيها، بحيث لا يجوز: التصرف فيها كأصل عام طيلة حياة الإنسان وبأي وجه من أوجه التصرف سواء كان ذلك بمقابل أو مجاناً، كما أنه لا يجوز التنازل عنها، وهو ما أكد عليه المشرع

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 80.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 14.

الجزائري في المادة 46 من التقنين المدني والتي حظرت على كل شخص النزول عن حرته الشخصية.

وإن كان الأصل العام يقضي بعدم قابلية هذه الحقوق للتعامل فيها، فإنه وكاستثناء على ذلك يجيز القانون ورود بعض الاتفاقات الخاصة على حقوق الشخصية نتيجة لتحقيق اعتبارات اجتماعية جادة ونافعة، طالما أنها لا تخالف للنظام العام والآداب العامة، ومن ذلك مثلاً: منح الفرد حق التبرع ببعض أعضائه متى تحققت الضوابط الشرعية والقانونية المنظمة لذلك¹.

■ **عدم جواز الحجز عليها:** إن أهم نتيجة تترتب على اعتبار حقوق الشخصية حقوق غير قابلة للتقويم بالمال عدم قابلية الحجز عليها، وعليه لا يمكن لدائني صاحبها المطالبة بالحجز عليها للوفاء بدين لهم عليه².

■ **عدم خضوعها لنظام التقادم:** إن حقوق الشخصية ونظراً لأنها لا تقوم بالنقود فإنها لا تخضع لنظام التقادم المسقط أو المكسب، فمهما طال أمد عدم استعمالها فإنها لا تسقط بالتقادم، فحق الفرد في اسمه مثلاً لا يسقط بعدم استعماله مهما طال الزمن، وفي المقابل فإن مضي الزمن ولو كان طويلاً لا يكسب الشخص حقاً من الحقوق الخاصة بالغير، إذ لا يكتسب الشخص أي حق على اسم غيره مهما طال مدة استعماله له³.

المطلب الثاني: حقوق الأسرة

تعد حقوق الأسرة أو ما تعرف بالحقوق العائلية من الحقوق الخاصة التي تنقرر للأشخاص الذين تتوافر لديهم أسباب اكتسابها، ولأهميتها سيتم بيان المقصود بها وخصائصها.

الفرع الأول: تعريف حقوق الأسرة

حقوق الأسرة هي حقوق تنقرر للفرد نتيجة لانتمائه لأسرة معينة، وهي تختلف باختلاف مركزه فيها إذ قد يكون أباً، أمّاً، ابناً أم ابنة...⁴

تنشأ حقوق الأسرة إما بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة، فالحقوق التي تنشأ عن قرابة النسب مردّها علاقة الأب بأبنائه ومنها حق الأب في توجيه أبنائه وتربيتهم وتأديبهم، حقه في طاعة ابنه له، وحق الابن في اهتمام والديه وتربيتهما له والإنفاق عليه... الخ.

أما الحقوق التي تنشأ عن قرابة المصاهرة فمردّها علاقة الزواج التي تربط الزوجين⁵ بعضهم ببعض وتربط كلّ منهما بأقارب الزوج الآخر، فالمعلوم أن الزواج تنشأ عنه علاقات متبادلة بين الأزواج ذاتهم بحيث يكون للزوج على زوجته حق طاعته والاهتمام به ورعايته،

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 93.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 31.

³ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص. 102.

⁴ - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 17؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 89.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 65.

ويكون للزوجة على زوجها حق رعايتها واحترامها ومعاملتها بالحسنى إلى جانب حقها في الإنفاق عليها.

هذا ويكون لكل واحد منهما على الآخر حقوق اتجاه عائلة الطرف الآخر وأقاربه بالمعروف واحترامهم وزيارتهم واستضافتهم والقيام بكل ما من شأنه الحفاظ على روابط القرابة التي تجمعهم بهم، وقد نظم المشرع الجزائري ذلك بموجب أحكام المادة 36 من تقنين الأسرة. تندرج حقوق الأسرة ضمن مسائل الأحوال الشخصية التي تهدف إلى تنظيم الروابط الناشئة عن علاقة الفرد بباقي أفراد عائلته كالزواج والطلاق وما يترتب عليها من آثار مختلفة كالنسب، النفقة، النيابة الشرعية، الحضانة، العدة، الميراث، الوصية، الحجر، الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما.

هذا وتعالج مسائل الأحوال الشخصية أحوال الشخص ذاته بداية من الشخصية القانونية ونهايتها إلى الخصائص المميزة له من اسم، موطن، ذمة مالية، حالته، أهليته... الخ¹. لقد فصل المشرع الجزائري عند تنظيمه لمسائل الأحوال الشخصية بين تلك التي تنظم حالة الشخص ذاته فعالج العديد منها ضمن أحكام التقنين المدني²، في حين خصّ ما بقي منها إلى جانب تلك التي تنظم روابطه بأسرته بأحكام تقنين الأسرة الجزائري، وذلك نظرا لأن معظم أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية³.

الفرع الثاني: مميزات حقوق الأسرة

تتميز حقوق الأسرة بخصائص عديدة وهي تقريبا ذات المميزات التي تتميز بها حقوق الشخصية، فهي:

■ **حقوق غير مالية:** تعد حقوق الأسرة حقوقا غير مالية تهدف إلى تحقيق قيم معنوية للأسرة لا يمكن تقديرها بالمال⁴، وعلى هذا الأساس فهي تخرج عن دائرة التعامل فيها ويترتب على ذلك:

- ✓ عدم جواز التنازل عنها أو التصرف فيها؛
- ✓ عدم جواز الحجز عليها؛
- ✓ عدم خضوعها لنظام التقادم المكسب أو المسقط؛
- ✓ عدم انتقالها بالوفاة إلى الورثة⁵.

¹ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هوم، الجزائر، 2011، ص. 57.

² - المواد من 25 إلى 48 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر، 78.ع، السنة الثانية عشرة، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 91.

⁴ - نفس المرجع، ص. 90.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 66.

رغم أن حقوق الأسرة حقوق غير مالية، إلا أن هذا لا يعني أنها لا ترتب آثار مالية، فحق النفقة المقرر للزوجة والأبناء، وحق الإرث حقوق ذات طابع مالي¹ وتخضع لنظامها في التعامل والانتقال.

إن ترتيب حقوق الأسرة لبعض الآثار المالية دفع جانباً من الفقه إلى رفض تقسيم الحقوق إلى مالية وغير مالية، ولكن يتجه غالبية الفقه إلى اعتبارها حقوق غير مالية لأن الطابع المالي في هذه الحقوق ليس هو المقصود أصلاً، ذلك أن هذه الحقوق تهدف إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وهي قيم غير قابلة للتقويم بالمال².

■ **حقوق وواجبات في الوقت ذاته:** تعد حقوق الأسرة من قبيل الحقوق الوظيفية، تميزها لها عن الحقوق المقررة لأصحابها، ذلك أنها لا تعدّ مجرد ميزات تهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية لأصحابها، بل تتعداها لتحقيق مصلحة الأسرة برمتها ومصلحة المجتمع ككل، فحقوق الأسرة لا تمنح أصحابها ميزات فحسب بل وتضع على عاتقهم واجبات أيضاً، ومن ثم فهي تضمن في الوقت ذاته تكليفاً أو واجبا، فتربية الأب لابنه يعد حقاً له وواجب عليه في الوقت ذاته ويتعين عليه مباشرته³.

■ **حقوق مطلقة:** تتميز حقوق الأسرة بأنها حقوق مطلقة، إذ يحتج بها في مواجهة كافة الأشخاص لا في مواجهة شخص معين بالذات⁴، فحق الزوج في طاعة زوجته له مثلاً يقابله التزاما يقع على عاتق الكافة يلزمهم باحترام هذا الحق وعدم التدخل فيه.

المطلب الثالث: الحقوق السياسية

يترتب على الانتماء لدولة معينة، حقوق سياسية، ولأهميتها ينبغي تحديد المقصود بها (الفرع الأول)، وبعدها بيان خصائصها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحقوق السياسية

الحقوق السياسية⁵ هي حقوق يقررها القانون للفرد بحكم انتمائه لدولة معينة، وهي تثبت للمواطنين دون الأجانب، وتسمح لهم بالمشاركة في الشؤون السياسية للدولة من خلال تسيير شؤون الحكم وإقامة النظام السياسي للجماعة⁶.

¹ - محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص. 19.

² - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط3، 1988، ص. 37.

³ - نفس المرجع، ص. 37.

⁴ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 92.

⁵ - يطلق على هذا النوع من الحقوق مصطلح الحقوق الدستورية لأنها تنقرر عادة في الدساتير. يراجع، محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص. 12.

⁶ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 45؛ بن بوعبد الله وردة، حدود ممارسة الحقوق السياسية (بين الحماية والتجريم)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع11، جوان 2017، ص. 164.

تعدّ الجنسية أساس التمتع بهذه الحقوق لاعتبار أنها رابطة سياسية وقانونية تربط الفرد بدولة ما وتميزه عن مواطني الدول الأخرى¹.

يهتم بتنظيم هذا النوع من الحقوق كل من القانون الدستوري والقانون الإداري، بحيث يتكفلان بتحديدتها وبيان أحكامها، وسبب ارتباطها بهما تدخل الدولة كطرف في العلاقة بما تملكه من امتيازات السيادة والسلطة.

إن من أهم الحقوق السياسية التي تنشأ للأفراد:

- **حق الانتخاب:** حق التصويت لاختيار الأشخاص الممثلين الذين ينوبون عن أفراد الشعب في تولي السلطات المختلفة في الدولة²، وشأن ذلك انتخاب رئيس الجمهورية.
- **حق الترشح:** حق الفرد في التقدم لهيئة الناخبين لاختياره نائبا لهم لتولي سلطة معينة في الدولة، ويكون بإعلان الفرد عن رغبته الصريحة في المشاركة السياسية وتولي مناصب وطنية نيابية أو رئاسية³.
- **الحق في تولي الوظائف العامة في الدولة:** حق الفرد في أن يكون مكلفا بالقيام بأعباء الوظيفة العامة في الدولة، أي بعمل يجعله جزءا من أداة الدولة لمباشرة وظيفتها، كأن يكون موظفا عاما في أحد المرافق العامة للدولة⁴.

الفرع الثاني: مميزات الحقوق السياسية

تتميز الحقوق السياسية بخصائص عديدة:

- **حقوق قاصرة:** تتميز الحقوق السياسية بأنها حقوق قاصرة على الوطنيين دون الأجانب، ذلك أن قوامها رابطة الجنسية⁵، فالجنسية التي يترتب عليها فكرة الولاء تعد رابطة تخالجها تخالجه الصفات الشعورية والروحية وهي تتوفر لدى مواطني الدولة فحسب ولذلك يتاح لهم وحدهم حق المشاركة في تسيير البلاد وإدارة شؤون الجماعة. وعلى هذا الأساس يتعارض ولاء الأجنبي لدولته مع توليه لهذه الحقوق ويقف حاجزا يحول دون مباشرته لها. إن القاعدة السالفة الذكر ليست مطلقة، بل يرد عليها استثناء في مجال الوظيفة العامة، بحيث يمكن الاستعانة بالأجانب لنقل الخبرة مثلا⁶.

¹ - محمد جمال الدين زكي، مقدمة للدراسات القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص. 265.

² - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 32.

³ - آيت شعلال نبيل، ضمانات حق الترشح -دراسة مقارنة-، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، المجلد 02، العدد 01، 2020، ص. 297.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 32.

⁵ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 13.

⁶ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 46.

■ **حقوق لا يتساوى المواطنون في التمتع بها:** إذا كانت الحقوق السياسية قاصرة على الوطنيين، إلا أنّ هذا لا يعني تساوي جميع المواطنين في التمتع بها، بحيث ينبغي لمباشرتها توفر شروط محددة مسبقاً كبلوغ سن معيّنة¹، فمثلاً لا يحق للمواطن ممارسته الحق الانتخابي إلا ببلوغه 18 سنة كاملة يوم الاقتراع مع تمتعه بحقوقه المدنية والسياسية، كما لا يمكن الترشح لمنصب رئيس الجمهورية إلا لمن توفرت له الشروط المقررة في المادة 87 من التعديل الدستوري 2020.

■ **حقوق غير مالية:** تتميز الحقوق السياسية بأنها حقوق غير مالية، ذلك أنها لا تُقوّم بالمال، ولا تهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية لصاحبها بل تصبو إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة.

يترتب على هذه الخاصية:

✓ عدم جواز التصرف فيها أو التنازل عنها؛

✓ عدم خضوعها لنظام التقادم؛

✓ عدم انتقالها بالوفاة إلى الورثة.

إذا كانت الحقوق السياسية حقوق غير مالية، إلا أنه يترتب على الاعتداء عليها حقوق مالية، بحيث يكون لصاحبها حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن ذلك الاعتداء.

■ **حقوق وواجبات في الوقت ذاته:** تتميز الحقوق السياسية بأنها من قبيل الوظائف العامة، لأنها تضع على عاتق صاحبها واجب يلتزم بأدائه لصالح الوطن يفرض عليه المشاركة في إدارة شؤون الجماعة، وعليه فهذه الحقوق لا تخول أصحابها ميزات فحسب بل تضع على عاتقهم تكاليف عامة². فالانتخاب ليس مجرد حق يتقرر للشخص بل هو واجب يقع على عاتقه³.

المبحث الثاني: الحقوق المالية

الحقوق المالية هي حقوق ذات طابع مالي أي لها قيمة مالية فهي ترد على محل قابل للتقويم بالمال، وهي تخول أصحابها منفعة قابلة للتقويم بالنقد يُطلق عليها الفقه حقوق الذمة المالية، ذلك أنها تشكل الجانب الإيجابي للذمة المالية للشخص الذي وجد لضمان الجانب السلبي له المتمثل فيما على الشخص من ديون لصالح الغير⁴.

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 32.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 85؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 46.

³ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 14.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 40.

تنشأ هذه الحقوق عن المعاملات المالية للأشخاص، أي تلك العلاقات المالية بينهم، ومن ثم فهي تندرج ضمن قواعد الأحوال العينية¹.

يترتب على الطابع المالي لهذه الحقوق:

✓ جواز التعامل فيها وما يستتبع من إمكانية التصرف فيها أو التنازل عنها للغير، خضوعها للتقادم بنوعيه المسقط والمكسب، انتقالها بالوفاة إلى الورثة، انتقالها بين الأحياء، وإمكانية الحجز عليها.

✓ حصول من تقرر لمصلحته على فائدة قابلة للتقويم بالمال لا اعتبار أن الجانب الأساسي لها هو الجانب المالي أو الاقتصادي².

✓ ورودها على محل قابل للتقويم بالمال، ويكون هذا المحل إما شيئاً مادياً ويعرف الحق آنذاك بالحق العيني، كما قد يكون عملاً أو امتناع عن عمل يلتزم به أحد طرفي العلاقة القانونية (المدين) في مواجهة الطرف الآخر (الدائن) وتعرف هذه الحقوق بالحقوق الشخصية.

تنقسم هذه الحقوق إلى قسمين رئيسيين هما الحقوق العينية (المطلب الأول) والحقوق الشخصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق العينية

تعددت التعاريف الفقهية الرامية إلى بيان المقصود بالحق العيني، رغم أنها تتبنى ذات الفكرة، بحيث يعرفه جانب من الفقه بأنه: «سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء مادي معين بالذات، يكون له بمقتضاها الاستفادة منه في الحدود التي يرسمها القانون»³.

ويعرفه جانب آخر بأنه: «سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات تمكنه من القيام بأعمال بنفسه تحقيقاً لمصلحة مشروعة له متصلة بهذا الشيء»⁴.

ويعرفه جانب آخر⁵ بأنه: «سلطة مباشرة لشخص معين على شيء مادي معين يكون له بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية معينة في هذا الشيء».

انطلاقاً من التعاريف السابقة، يتضح أنّ قيام الحق العيني يستلزم توافر عناصر ثلاث وتشمل:

1- وجود شخص يعد صاحبا له، فلا يوجد حق بدون صاحب ينسب له.

2- وروده على محل قابل للتقويم بالمال ويكون هذا المحل:

¹ - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1، الوجيز في نظرية القانون، ط9، دار هومة، الجزائر، 1999، ص. 90.

² - نفس المرجع، ج2، ص. 93.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص. 04.

⁴ - عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مشار إليه من طرف محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 95.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 104.

✓ شيئاً مادياً قابلاً للإدراك بالحواس.

✓ شيئاً معيناً بالذات: ينبغي أن يكون الشيء محدد بذاته، فلا يكفي أن يكون محدداً بنوعه أو صفته أو مقداره، وهذا كله حتى يكون بإمكان صاحبه مباشرة سلطته عليه.

3- السلطة مضمون الحق: هي سلطة يباشرها صاحب الحق على محل الحق وتتميز هذه السلطة بأنها:

✓ قانونية وليست واقعية فقط، لأن القانون هو الذي يخول له مباشرة هذه السلطات على الشيء.

✓ مباشرة يمارسها صاحب الحق على محل الحق دون حاجة إلى وسيط آخر يمكنه من استعمال حقه، وعليه لا يوجد وسيط بين صاحب الحق ومحل¹.

تنقسم الحقوق العينية إلى نوعين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.² ويرجع أساس هذا التقسيم إلى مدى قيام الحق العيني مستقلاً بذاته من عدمه، فإذا كان الحق العيني مستقلاً بذاته لا يستند في وجوده إلى حق آخر يتبعه كان حقاً عينياً أصلياً. أما إذا كان غير مستقل بذاته يستند في وجوده إلى حق شخصي يتبعه ويقوم لضمان وتأمين الوفاء به كان حقاً عينياً تبعياً.

الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية

الحقوق العينية الأصلية حقوق مستحقة بذاتها ومقصودة لذاتها، بما تخوله لأصحابها من سلطة الحصول على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية. يستفاد من هذه الحقوق العينية الأصلية أنها:

✓ حقوق أصلية أي حقوق لا تستند في وجودها لحقوق أخرى تتيح الاستفادة منها.

✓ حقوق عينية تخول لأصحابها سلطات مباشرة على شيء مادي معين بالذات تمكنه من استعماله، استغلاله، التصرف فيه أو تمكنه من بعض السلطات دون الأخرى، وذلك حسب مضمون كل حق من هذه الحقوق³.

تنقسم الحقوق العينية الأصلية بحسب اختلاف مضمونها بما تخوله لأصحابها من سلطات بحيث إذا اجتمعت السلطات الثلاث (الاستعمال، الاستغلال، التصرف) في يد شخص واحد أطلق على الحق العيني الأصلي حق الملكية، أما إذا توزعت السلطات بين أكثر من شخص كانت الحقوق متفرقة عن حق الملكية، ويندرج ضمن هذه الأخيرة كل من حق الانتفاع، حق الاستعمال والسكن، وحق الارتفاق.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 104.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 24.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ج2، ص. 99.

بهذا تنقسم الحقوق العينية الأصلية إلى حق الملكية (أولاً)، والحقوق المتفرقة أو المتجزأة عن حق الملكية (ثانياً).
أولاً- حق الملكية:

يستلزم التعرض لحق الملكية تحديد مفهومه (1)، وبيان القيود الواردة عليه (2).

1- مفهوم حق الملكية:

يستلزم التعرض لمفهوم حق الملكية التطرق لكل من تعريفه، مضمونه ونطاقه (أ)، وبعدها خصائصه (ب)، لئليها تحديد صور الملكية (ج).

أ- تعريف حق الملكية، مضمونه ونطاقه:

■ **تعريف حق الملكية:** يعدّ حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأكثرها انتشاراً وأخطرها شأنًا وأوسعها نطاقاً ومضمونها وكل الحقوق العينية الأخرى تنفرع عنه¹.

يعرف حق الملكية بأنه: «سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بذاته يخول للمالك الاستئثار به بالحصول على جميع منافع الشيء في حدود ما يقضي به القانون»².

تطرّق المشرع الجزائري لحق الملكية في المادة 674 من التقنين المدني واعتبره حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحضره القوانين والأنظمة.

■ **مضمون حق الملكية:** يعدّ حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقاً من حيث السلطات التي يخولها لصاحبه، بحيث يكون له مباشرة كل السلطات المتصورة على الشيء المادي من استعمال، استغلال وتصرف.

✓ **الاستعمال:** يقصد به استخدام الشيء فيما أعد له للحصول على منفعته دون ثماره وذلك بالقيام بالأعمال المادية التي تتفق وطبيعته دون المساس بجوهره، فاستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال المنزل يكون بسكنائه، واستعمال الأرض يكون بزراعتها واستعمال الثياب يكون بارتدائها.

✓ **الاستغلال:** يقصد بالاستغلال القيام بالأعمال المادية اللازمة لاستئثار الشيء والحصول على ثماره في مواعيد دورية منتظمة ومتجددة دون مساس بأصل الحق، ولكن هذا لا يعني احتفاظ الشيء بحالته بصفة مطلقة، ولا بقاءه كما هو من حيث درجة جودته، إذ قد يترتب على استغلال الشيء والحصول على ثماره الانتقاص من جودته أو قيمته بمرور الزمن فخصوبة الأرض تقل مع الزمن، كما يؤثر هذا الأخير على نتائج الماشية فيضعفها³.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 105.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 50؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 26.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 71.

الجدير بالكر أن معنى الثمار ينصرف إلى كل ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون أن يترتب على الأخذ منها الانتقاص من أصله أو المساس بجوهره، وذلك بخلاف المنتجات وهي ما ينتج عن الشيء بصفة غير دورية وغير متجددة كالأشجار والمعادن التي تستخرج من المناجم. تنقسم الثمار إلى نوعين: ثمار مادية وأخرى مدنية، فأما الثمار المادية: تنقسم بدورها إلى ثمار طبيعية وأخرى مستحدثة.

يقصد بالثمار الطبيعية كل ما ينتج عن الشيء طبيعياً بقدرة الله عز وجل دون تدخل الإنسان في ذلك ومثالها كالأراضي، ونتاج الواشي، وصوف الأغنام، أما الثمار المستحدثة أو ما يطلق عليها الثمار الصناعية فهي التي تنتج من الشيء بفعل تدخل الإنسان، فهو الذي يساهم في استحداثها ومثالها المحاصيل الزراعية.

الثمار المدنية: يطلق عليها أيضاً الثمار القانونية فهي الدخل النقدي الدوري المنتظم الذي يقوم الغير بالوفاء به للمالك نتيجة انتفاعه بالشيء، ومثالها بدل الإيجار الذي يحصل عليه المالك جراء تأجير ملكه¹.

الجدير بالذكر أنّ الاستغلال نوعان: استغلال مباشر وآخر غير مباشر، فأما الاستغلال المباشر فيبرز عندما يقوم المالك في حد ذاته باستثمار الشيء مباشرة ومثال ذلك زراعته لقطعه الأرضية وجني ثمارها.

وأما الاستغلال غير المباشر فيبرز عندما يتم استعمال الشيء من طرف شخص آخر غير مالكة نظير مبلغ يدفعه له ومثاله استغلال الأرض من طرف شخص أجنبي والحصول على ثمارها مقابل مبلغ مالي يدفعه لمالكها.

■ **سلطة التصرف:** يقصد بالتصرف تحكم المالك في مصير الشيء الذي يملكه بما يترتب عليه المساس بجوهر الشيء، سواء كان ذلك التصرف مادياً أو قانونياً.

ويراد بالتصرف المادي: القيام بالأعمال المادية التي تنال من مادة الشيء ويكون ذلك باستهلاكه (الأشياء القابلة للاستهلاك)، إتلافه (كهدم المنزل كله أو بعضه)، تغيير شكله وتحويله إلى آخر (تحويل الدقيق إلى خبز)، وهذه السلطة لا تثبت إلا للمالك².

أما التصرف القانوني فيبرز من خلال القيام بالأعمال القانونية التي تؤدي إلى زوال حق الملكية كلية (بيع الشيء، أو هبته) أو تقييده والانتقاص من بعض سلطات المالك مؤقتاً نتيجة لترتيب حق عيني متفرع عن حق الملكية عليه (كحق الانتفاع)، أو حق عيني تباعي (حق الرهن).³

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 107.

² - نفس المرجع، ص. 107.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 72.

بهذا يلاحظ أن التصرفات القانونية لا تؤثر في الكيان المادي للشيء، بل تؤثر في سلطات المالك ذاته فتتقصر منها أو تقضي عليها كلية.¹

■ **نطاق حق الملكية:** يراد بنطاق حق الملكية المدى الذي يستطيع فيه المالك مباشرة سلطاته على الشيء محل الحق، أي مشتملات حق الملكية والتي يندرج ضمنها الشيء ذاته وما يتفرع عنه، إضافة لما فوق الأرض وما تحتها.

✓ **الشيء ذاته وما يتفرع عنه :**

الشيء ذاته: تخول المادة 675 من التقنين المدني للمالك مباشرة سلطاته على الشيء ذاته وعلى عناصره الجوهرية، وهي تلك الأجزاء التي تدخل في تكوينه ولا يمكن فصلها عنه دون إفساده، إتلافه، أو تغييره.

إن معرفة حدود ملكية الشيء لا تطرح إشكالا إذا كان هذا الأخير منقولاً لأن حدوده تكون واضحة المعالم لتمييزه بكيانه المستقل المنفصل عن غيره من المنقولات المملوكة للغير، بيد أن الإشكال يثور عندما يكون الشيء عقار خاصة إذا كان قطعة أرضية، إذ وبسبب التلاصق الطبيعي ينبغي تحديد محل الملكية العقارية بوضع العلامات التي تبرز الخط الذي يفصل بين العقارات المتلاصقة، وذلك وفقاً لما تقضي به المادة 703 من التقنين المدني.

✓ **ما يتفرع عن الشيء:** خول المشرع الجزائري بمقتضى المادة 676 من التقنين المدني للمالك الحق في الحصول على ثمار الشيء ومنتجاته من جهة وملحقاته من جهة أخرى، ويراد بهذه الأخيرة كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعته وعرف الجهة ونية المتعاقدين²، فمن يبيع قطعة أرضية فإنه لا ينقل للمشتري تلك القطعة فحسب بل ينقل له كذلك الغراس والأبنية المقامة عليها.

■ **ما فوق الأرض وما تحتها:**

يمتد نطاق حق الملكية ليشمل ما فوقها (العلو) وما تحتها (العمق)، لأن من يملك السطح يعد كأصل عام مالكاً لهما أيضاً ما لم يثبت خلاف ذلك، وهو ما تؤكد المادة 782 من التقنين المدني.

إن ملكية العمق أو العلو لا يؤخذ بها على إطلاقها، بل تتحدد بالقدر الذي يخدم المالك، وهو الحد المفيد في التمتع بالملكية، فلا يملك المالك منهما إلا القدر الذي يخدمه ولا يمكنه خارج هذا

¹ - محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص 28.

² - هذا التعريف مستمد من نص المادة 432 من التقنين المدني المصري، ولا يوجد له مثيل في التقنين المدني الجزائري.

النطاق منع الغير من استخدامهما، فلا يمكنه مثلا منع مد الأسلاك الكهربائية فوق أرضه، ولا مد الأنابيب تحت أرضه طالما أن ذلك لا يؤثر على استعماله لملكه ولا يلحق به ضرراً.

ب- خصائص حق الملكية:

يتميز حق الملكية بخصائص عديدة فهو حق جامع مانع دائم، ومطلق.

- **حق جامع:** يعد حق الملكية حقاً جامعاً لأنه يتيح للمالك جميع السلطات التي يمكن تصورهما على الشيء، فهو يجمع في مضمونه السلطات الثلاث: الاستعمال، الاستغلال والتصرف، وهو يخول للمالك القيام بما يشاء في ملكيته إلا ما منعه القانون منه.
- يختلف حق الملكية في هذه الخاصية عن بقية الحقوق العينية الأخرى التي تخول لأصحابها بعض من سلطات المالك، الذين وإن أتيحت لهم سلطة الاستعمال والاستغلال أو إحداهما، إلا أن سلطة التصرف تظل بيد المالك.

يترتب على اعتبار حق الملكية جامع نتيجتان:

- ✓ منح المالك السلطات الثلاث، بحيث لا يمكن حرمانه من أيٍّ منها، إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك على أن يكون ذلك وارداً على سبيل التأقيت لا الديمومة.
- ✓ اجتماع السلطات الثلاث بحسب الأصل في يد المالك، وإلزام من يدعي خلاف الأصل إثبات ذلك وإقامة الدليل على صحة ما يدعيه.

- **حق مانع:** حق مقصور على صاحبه يتيح له وحده الاستئثار بمزايا ملكه، دون أن يكون للغير مشاركته في ملكه ولا التدخل في شؤون ملكيته، وعليه يمنع على الغير الاعتداء على ملكية الشخص.

- **حق دائم ومؤبد:** حق الملكية يدوم بدوام الشيء في ملك صاحبه ولا يزول إلا بهلاكه، وذلك خلاف باقي الحقوق العينية الأخرى التي يعد التأقيت ميزتها الأساسية، وذلك حتى لا تكون قيداً أبدياً على حق الملكية.

يترتب على خاصية الديمومة:

- ✓ بقاء الشيء المملوك محملاً بحق الملكية ولو تغير شخص المالك، فانتقال الملكية لا يؤدي إلى زوالها بل يؤدي إلى نقلها إلى شخص آخر بطريق البيع، الميراث، الوصية...، ولكن مع هذا يوجد حالات يُحدّ من خاصية الدوام، وإن ظل العقار قائماً، ومثالها نزعه للمنفعة العامة.

- ✓ عدم سقوط حق الملكية بعدم استعماله من صاحبه أو تخليه عن محله بنية التنازل عنه، وذلك مهما طال الزمن، طبعاً ما لم يقترن ذلك بحيازة الغير للشيء المادي حيازة قانونية عانية وهادئة، إذ يترتب في هذه الحالة اكتسابها بالتقادم من طرف الحائز.

✓ عدم جواز تأقيت حق الملكية بزمان معين، ومنه لا يجوز أن يقتصر حق الملكية بأجل واقف أو فاسخ وإلا كانت الملكية مؤقتة.

■ **حق مطلق:** يتيح للمالك الحرية المطلقة للانتفاع بما يملك بالوجه الذي يريده، ونظراً لأن هذه الخاصية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالخاصية الأولى "حق جامع"، يرى جانب من الفقه أن المقصود بأنه حق مطلق إمكانية الاحتجاج بحق الملكية في مواجهة كافة لا في مواجهة شخص معين بالذات.

ج- صور الملكية:

تتعدد صور الملكية وتختلف باختلاف صفة مالكيها من جهة، واختلاف عدد ملاكيها من جهة أخرى.

■ **صور الملكية بالنظر إلى صفة مالكيها:** تنقسم صور الملكية وفقاً لهذا الأساس إلى ملكية عامة وأخرى خاصة.

فأما الملكية العامة فهي التي ترد على أشياء يملكها أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية) بما لها من امتيازات السيادة والسلطة وتخصصها لتحقيق المنفعة العامة، وهو ما نصت عليه المادة 688 من التقنين المدني ومثاله الطرق، المناجم، المقالع، الموارد الطبيعية... الخ.

أما الملكية الخاصة فهي التي ترد على أشياء يملكها أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام غير أنها لا تخصص للمنفعة العامة بل لتحقيق المصلحة الخاصة.

هذا والمعلوم أن الأموال التي لا مالك لها، أو التي توفي مالكيها وظلت بدون مالك وكذا الذين تهمل تركتهم تعد ملكية شاغرة، تؤول إلى الدولة بمقتضى نص المادة 773 من التقنين المدني.

■ **صور الملكية بالنظر إلى عدد ملاكيها:** تنقسم الملكية استناداً لهذا المعيار إلى ملكية فردية وملكية شائعة.

✓ **الملكية الفردية:** يطلق عليها أيضاً الملكية المفردة أو الملكية المتميزة وهي ملكية الشيء من طرف شخص واحد دون أن يشاركه فيه أحد غيره، بحيث يكون له وحده الاستئثار بجميع عناصره.

✓ **الملكية الشائعة:** يطلق عليها أيضاً الملكية على الشيوع أو الملكية غير المتميزة أو الملكية غير المفردة، والملكية الشائعة هي الوضع القانوني الناجم عن تملك عدة أشخاص لشيء واحد دون أن يكون لأيٍّ منهم حصة مفردة فيه، ومنه لا يمكن لأيٍّ منهم الاستئثار به لوحده كله أو بعض منه¹، بل يشتركون فيه جميعاً. ولقد تعرض المشرع الجزائري لها في المادة 713 من التقنين المدني.

¹ - بن مداني عيشة، بن غربي أحمد حمزة، طرق قسمة الملكية الشائعة، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، العدد رقم 06، يناير 2021، ص. 57.

أفضل مثال للملكية الشائعة حالة انتقال القطعة الأرضية إلى الورثة بعد وفاة مورثهم، بحيث يمتلكونها معاً غير مجزأة كلٌّ بحسب نصيبه في الإرث.

2- القيود الواردة على حق الملكية:

إن حق الملكية وإن كان مطلقاً كأصل عام، بحيث يكون لصاحبه الخيار بين ممارسته سلطاته عليه من عدمه، إلا أنه ومع ذلك يرد عليه استثناءات تؤدي إلى تقييد سلطات المالك نسبياً أي جزئياً أو كلياً، وهذه القيود تكون إما اتفاقية وإما قانونية.

أ - القيود الاتفاقية:

تتقرر هذه القيود باتفاق الأطراف ويترتب على توفر هذا الحد من سلطات المالك على محل الملكية وذلك تحقيقاً للمصلحة الخاصة لأحد الطرفين، وأهم تطبيق له شرط المنع من التصرف في الملك، إذ قد يتفق المالك مع غيره على عدم التصرف في الشيء محل الملكية مدة زمنية معينة. تجدر الملاحظة أن شرط المنع من التصرف يعدّ شرطاً غير مشروع كأصل عام وسبب ذلك مساسه باعتبارين أحدهما قانوني ويتمثل في حرمان المالك من سلطة التصرف في محل ملكيته، وثانيهما اقتصادي ويتمثل في مساسه بالمصلحة العامة الاقتصادية من خلال حبسه المال عن التداول¹.

بسبب هذين الاعتبارين فإن التشريعات التي تورد في تقنيناتها تأخذ به كاستثناء عن القاعدة العامة وتطبقه على نطاق ضيق كما تحدد له ضوابط معينة وهو ما يلاحظ من خلال المادة 823 من التقنين المدني المصري والمادة 1028 من التقنين المدني الأردني اللتان تستلزمان توفر الضوابط التالية:

✓ تقرير المنع لمدة زمنية معينة محددة، فلا يمكن أن يكون هذا القيد أبدياً، وينبغي في المدة المقررة له أن تكوه معقولة، وعليه إذا تم إدراج هذا الشرط دون تحديد المدة المعزولة بطل الشرط وصح الاتفاق.

✓ مشروعية المصلحة المراد تحقيقها من إدراج هذا الشرط.

✓ إدراج هذا الشرط بغية حماية مصلحة أحد أطراف الاتفاق وهما المتصرف² أو المتصرف إليه³ أو لحماية شخص من الغير⁴.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، هامش ص. 119.

² - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في الشيء المبيع إلى غاية سداد الثمن كاملاً.

³ - اشتراط الموصي على الموصى له عدم التصرف في الشيء الموصى له به إلى غاية بلوغ سن معينة غالباً ما تكون سن الرشد.

⁴ - اشتراط الموصي على الموصى له عدم التصرف في الشيء الموصى به للوفاء بما التزم به من مرتب لصالح شخص آخر. يراجع، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 120.

ب- القيود القانونية

يقصد بها القيود التي تكون مقررة بمقتضى النص القانوني سواء كان الغرض منها تحقيق المصلحة العامة للجماعة أو المصلحة الخاصة للأشخاص،¹ وهو ما أشارت له المادة 690 من التقنين المدني، وعليه تقسم القيود القانونية إلى قسمين:

■ **القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة:** تتعدد هذه القيود بحيث لا يمكن إدراجها تحت حصر، ولكن مع هذا يمكن تصنيفها إلى قيود تحد من ملكية المالك وأخرى تلغي حق الملكية.

■ **فالقيود التي تحد من حرية المالك:** فهي تهدف إلى وضع حد لسلطات المالك على ملكيته وقد تكون هذه القيود إيجابية وقد تكون سلبية.

فالقيود الإيجابية يلزم فيها المالك بالقيام بعمل معين مثالها:

✓ إلزام المالك بوجوب استغلال الأراضي الفلاحية للمساهمة في الاقتصاد الوطني.

✓ إلزام ملاك المباني بتبييض واجهات المنازل المطلّة على الطريق.

أما القيود السلبية فيحظر فيها على المالك القيام بعمل معين ومثالها:

❖ منع المالك من البناء بدون الحصول على رخصة قانونية.

❖ منع الملاك من زراعة النباتات التي تعيق الرؤية خاصة في المنحنيات والتقاطعات.

❖ منع ملاك المباني الخاصة من الاعتراض على مرور الأسلاك المعدة للإضاءة وخطوط قنوات الغاز.

■ **أما القيود التي تشل سلطات المالك:**، فهي قيود يترتب عليها تجريد المالك من ملكيته، فالملكية ورغم أنها حق طبيعي لصاحبها، إلا أنّ هذا لا يمنع الدولة باعتبارها مالكة أصلية من استرجاع الممتلكات ونزعها في حالات منها:

✓ نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً لنص المادة 1/677 من التقنين المدني.

✓ استيلاء الإدارة مؤقتاً على الأموال الخاصة بغرض تحقيق المصلحة العامة وفقاً لما تنص عليه المواد 679 إلى 681 مكرر 3 من التقنين المدني.

■ **القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة:** هي قيود مقررة بمقتضى النص القانوني لتحقيق المصلحة الخاصة للأشخاص، وهذه القيود متعددة ويمكن تصنيفها ضمن أربعة فئات:

¹ - محمد مسعودي، نعيم عبد الرحمن، قيود الملكية العقارية في التشريع الجزائري وموقف الشريعة الإسلامية منها "دراسة مقارنة"، المداد، مجلد 07، ع.1، 2017، ص.225.

✓ قيود تتعلق باستعمال حق الملكية بحيث تقتضي التزامات الجوار عدم التعسف في استعمال الحق إلى الحد الذي يضر بملك جاره¹ وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 691 من التقنين المدني.

✓ قيود تتعلق بموارد المياه: يندرج ضمنها حق الشرب أو السقي،² حق المجرى،³ حق المصرف أو المسيل⁴ وحق المرور في حالة الانحباس.⁵

✓ قيود سببها التلاصق في الجوار: تندرج ضمنها القيود المتعلقة بوضع الحدود الفاصلة بين الملكيات المتجاورة وفقا لما تنص عليه المادة 703 من التقنين المدني. وكذا تلك المتعلقة باحترام بالمسافات الواجب عند فتح المطلات والتي لا ينبغي أن تقل على مترين من ظهر الحائط الذي يوجد به المطل أو الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء وفقا لما تنص عليه المادة 709 من التقنين المدني.

ثانيا- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:

تعرف كذلك بالحقوق المتجزئة عن حق الملكية، وهي حقوق تتقرر نتيجة الاقتطاع من بعض سلطات المالك لصالح شخص آخر ويندرج ضمنها حق الانتفاع، حق الاستغلال والسكنى، وحق الارتفاق.

1- حق الانتفاع:

يقتضي التعرض لحق الانتفاع بيان المقصود به، الصلاحيات المقررة للمنتفع مع التطرق لخصائصه.

أ - تعريف حق الانتفاع:

حق الانتفاع حق عيني متفرع عن حق الملكية يخول لصاحبه وهو المنتفع سلطة استعمال واستغلال شيء مادي محدد مملوك لغيره دون أن يكون له التصرف فيه، بحيث تظل سلطة التصرف بيد المالك⁶.

تعرض المشرع الجزائري لحق الانتفاع بموجب المادة 844 من التقنين المدني وحدد فيها مصادر نشأة حق الانتفاع والتي تتمثل في التعاقد، الشفعة، التقادم، القانون الوصية وفي هذا أجاز

¹ - لتفاصيل أكثر يراجع، سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص. 65.
² - حق مقرر للمالك المجاورين للحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم من المسقاة الخاصة بصاحبها.
³ - حق مقرر لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الضرورية لري أرضه.
⁴ - حق مقرر لمالك الأرض البعيدة عن مصرف المياه في أن تمر بأرض جاره المياه الزائدة عن حاجة أرضه.
⁵ - حق مقرر لمالك الأرض المحصورة أو البعيدة عن الطريق العام الذي توفرت فيه الشروط التي يقررها القانون في المرور بأرض جاره للوصول إلى الطريق العام مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي تلحق بهم جراء ذلك المرور وذلك ما قرره المادة 693 من التقنين المدني.
⁶ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 89.

القانون الإيصاء بحق الانتفاع للحمل المستكن وأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية¹.

انطلاقاً مما تقدم يلاحظ أنه:

يترتب على حق الانتفاع وجود طرفين أحدهما المنتفع، والطرف الآخر صاحب حق الملكية الذي يظل محتفظاً بسلطة التصرف ويطلق عليه مالك الرقبة، ويطلق على الملكية التي تقتصر على سلطة التصرف بملكية الرقبة، وذلك تمييزاً لها عن الملكية التامة أو الكاملة التي تشمل السلطات الثلاث.²

هذا ويخول حق الانتفاع لصاحبه وهو المنتفع سلطتين اثنتين هما سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال فقط.

يرد حق الانتفاع على العقارات والمنقولات، ذلك أنه إذا ورد على شيء قابل للاستهلاك (النقود والمأكولات، البضائع) عرف بمصطلح شبه حق الانتفاع.

ب- الصلاحيات المقررة للمنتفع:

يخول حق الانتفاع للمنتفع العديد من الصلاحيات وتتمثل هذه الأخيرة في:

✓ استعمال الشيء محل حق الانتفاع استعمالاً شخصياً بالحالة التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وعليه إذا ورد حق الانتفاع على سكن كان للمنتفع استعماله بنفسه للسكن فيه، وإذا كان سيارة كان له استعمالها بسياتها.

✓ إن منح المنتفع سلطة استعمال الشيء يقتضي منه استعماله استعمالاً مشروعاً وغير مخالف لطبيعته، بحيث يترتب على الاستعمال غير المشروع والمخالف لطبيعة الشيء منح المالك حق الاعتراض على ذلك، مع تمكينه من المطالبة بتقديم تأمينات في حال تعرض حقوقه لخطر، على أنه وفي حالة عدم تقديم المنتفع للتأمينات مع استمراره في استعمال الشيء بطريقة غير مشروعة، ومخالفة لطبيعة الشيء كان للقاضي بناء على سعي من المالك تسليم العين للغير بغرض إدارتها أو إنهاء حق الانتفاع.

✓ استغلال الشيء والحصول على ثماره دون منتجاته التي تظل بيد المالك لأنها تنقص من أصل الشيء، ومنه يكون للمنتفع القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء دون مساس بأصله والتغيير من غايته، بحيث إذا كانت أرضاً زراعية فيستوجب عليه استغلالها حسب ما أعدت له بزراعتها دون أن يكون له استغلالها بالبناء عليها.

¹ - لقد أوردت المادة 2/844 من التقنين المدني مصطلح المتعاقدين وهو مصطلح لا يتماشى مع الترجمة الفرنسية التي ورد فيها كلمة successives والتي يراد بها مصطلح متعاقبين. يراجع في ذلك، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 178.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 30.

✓ التزام المنتفع بالمحافظة على الشيء وعليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد.
✓ التزام المنتفع بصيانة الشيء وتحمل التكاليف والنفقات المعتادة التي تقتضيها أعمال الصيانة.

✓ التزام المنتفع برد الشيء إلى مالكه عند نهاية حق الانتفاع، ويترتب على تأخره عن رده عند نهاية حق الانتفاع تقرير مسؤوليته في حالة هلاك الشيء المنتفع به، ولو كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد له فيه.

ج- خصائص حق الانتفاع:

يتميز حق الانتفاع بخصائص متعددة فهو:

✓ حق عيني.

✓ حق متفرع عن حق الملكية.

✓ حق مؤقت بطبيعته: إن حق الانتفاع وبخلاف حق الملكية يعد حقا مؤقتا¹ بحيث ينقضي بأسباب متعددة كأنقضاء الأجل المحدد له، موت المنتفع هلاك الشيء محل الانتفاع، عدم الاستعمال، اجتماع صفتي المالك والمنتفع في شخص واحد، عدول المنتفع الاختياري، سوء استعمال المنتفع للشيء المنتفع به.

2- حق الاستعمال والسكنى:

يقتضي تحديد حق الاستعمال والسكنى بيان المقصود منهما، ثم التطرق لخصائصهما.

أ - تعريف حق الاستعمال وحق السكنى:

يعرف حق الاستعمال بأنه حق عيني مقرر لشخص على شيء مملوك لغيره يخوله صلاحية استعمال الشيء فيما أعد له استعمالا ماديا دون استغلاله لمدة معينة، وذلك بقدر ما يحتاجه هو وأسرته، ويندرج ضمن الأسرة جميع الأشخاص الذين يعولهم صاحب الحق من زوج وأولاد وأقارب وخدم.

هذا ويتحدد نطاق الاستعمال بالاستعمال المادي للشيء عقارا كان أو منقولا وذلك وفقا لما أعد له، فإذا كان حق الاستعمال مثلا مقررًا على حديقة فليس لصاحب حق الاستعمال إلا الحصول على ثمارها بالقدر الذي يسد حاجته وحاجة أسرته دون أن يكون له بيع هذه الثمار².

بهذا نلاحظ أن حق الاستعمال أضيق نطاقا من حق الانتفاع ذلك أنه لا يخول صاحبه إلا سلطة واحدة وهي الاستعمال لتظل سلطنا الاستغلال والتصرف بيد مالك الشيء، وذلك بخلاف حق الانتفاع الذي يخول للمنتفع سلطتي الاستعمال والاستغلال ليظل بيد مالك الرقبة سلطة التصرف.

¹- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص.30.

²- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.107.

هذا عن حق الاستعمال أما حق السكنى فهو نوع من حق الاستعمال يرد على العقارات المبنية بهدف السكن والإقامة فيها مدة زمنية معينة، وهو من ثم حق عيني مقرر لشخص على عقار مملوك لغيره يخول صاحبه السكن والإقامة فيه مدة زمنية معينة.

إذا كان حق الاستعمال أضيق نطاقاً من حق الانتفاع، فإن حق السكنى هو الآخر أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ذلك أنه لا يرد إلا على عقار معني للسكن فيه، بخلاف حق الاستعمال الذي يرد على عقار أو منقول، كما لا يخول حق السكنى لصاحبه إلا نوعاً معيناً من الاستعمال هو السكن فيه هو وأسرته، دون أن يكون بإمكانه استعماله بطريق آخر غير السكنى، وذلك بخلاف حق الاستعمال الذي يخول لصاحبه شتى أنواع الاستعمال طالما أنها تتفق وطبيعة الشيء.

ب - خصائص حق الاستعمال والسكنى

يتميز حق الاستعمال والسكن بالخصائص التالية:

✓ **حق عيني:** يخول لصاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات عقاراً أو منقولاً في حق الاستعمال وعقاراً مخصصاً للسكن في حق السكنى.

✓ **عدم قابلية النزول عنهما للغير:** إلا إذا وجد شرط صريح في السند المنشئ للحق أو بمقرر قوي يخضع تقديره لسلطة القضاء¹، ويرجع سبب عدم إمكانية النزول عنهما لشخصية من تقرر له أحد هذين الحقين².

✓ **تحديد النطاق:** حق الاستعمال وحق السكنى حقوق محددة النطاق، بحيث لا تخول لأحدهما إلا مقداراً معيناً من الاستفادة، يتحدد بما يحتاجه صاحبهما وأسرته الخاصة، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة 855 من التقنين المدني.

✓ **التأقيت:** يعد حق الاستعمال وحق السكنى من الحقوق المؤقتة التي تنقضي بتوفر أحد الأسباب التالية: انقضاء الأجل المحدد له، هلاك الشيء الذي يرد عليه، اتحاد الذمة أي اجتماع صفتي المستعمل ومالك الشيء في شخص واحد بغض النظر عن مصدر الاجتماع، عدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة، موت صاحب حق الاستعمال وحق السكنى، التخلي عنه من طرف صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى .

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 109.

² - إن الطابع الشخصي لحق الاستعمال وحق السكنى، والذي ترتب عليه عدم إمكانية النزول عنهما أو التصرف فيهما، دفع جانباً من الفقه إلى إنكار الصفة العينية عنهما، غير أن غالبية الفقه ترى خلاف ذلك، خاصة وأن القابلية للتعامل لا تعد السمة الوحيدة للحق العيني، بل تتجسد الخاصية الأساسية له في العلاقة المباشرة التي تربط الشخص بالشيء دون وساطة شخص آخر وهذا الأمر متوفر في هذين الحقين. يراجع في ذلك، مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 28.

3- حق الارتفاق:

يستلزم التعرض لحق الارتفاق بيان المقصود به و شروطه (أ) أنواعه (ب) وخصائصه

(ج).

أ- تعريف حق الارتفاق وشروطه:

سيتم التطرق لكل من تعريف حق الارتفاق، وشروطه .

■ **تعريف حق الارتفاق:** يعرف حق الارتفاق بأنه عبء أو تكليف يرد على عقار مملوك لشخص معين لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر.

لأهميته تعرض له المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 867 من التقنين المدني، والتي اعتبرته حقا يحد من منفعة عقار مملوك لشخص لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر.

انطلاقاً من هذا التعريف، يتضح أن حق الارتفاق يستلزم توفر عناصر ثلاث هي:

✓ العقار المرتفق أو ما يعرف بالعقار المخدم أي العقار الذي تقرر الارتفاق لمصلحته.

✓ العقار المرتفق به أو العقار الخادم أو العقار الذي أثقل بحق الارتفاق.

✓ الفائدة أو المصلحة أو المنفعة التي يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق.

■ **شروط حق الارتفاق:** يستلزم لقيام حق الارتفاق توفر الشروط التالية:

✓ وجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين، وعليه حق الارتفاق لا ينشأ إلا على العقارات، ويفتضي أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، ومنه لا ينشأ حق الارتفاق إذا كان العقاران مملوكين لشخص واحد.

✓ ورود التكليف على العقار المرتفق به، وعليه يستلزم حق الارتفاق تحميل العقار المرتفق به عبء أو تكليف استثنائي يؤدي إلى الحد من سلطات المالك والانتقاص من المزايا التي يخولها له حق الملكية، ويستوي في ذلك التكليف الذي يتحمله العقار المرتفق به أن يكون عملاً إيجابياً أو عملاً سلبياً، ويكون عملاً إيجابياً عندما يكون لمالك العقار المرتفق القيام بأعمال في العقار المرتفق به، كحق المرور، ويكون عملاً سلبياً عندما تحظر على مالك العقار المرتفق به القيام بأعمال كان يحق له في الأصل القيام بها كعدم تعلية البناء إلى ما يجاوز حداً معيناً¹.

✓ تقرير التكليف لفائدة العقار المرتفق لا لفائدة مالك العقار المرتفق، ذلك أن الهدف المبتغى من الارتفاق تقديم خدمة أو منفعة عينية للعقار المرتفق تزيد من فائدة لا تقديم خدمة

¹ - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 29.

لشخص مالك هذا العقار. فمثلا تنزه شخص في حديقة جاره وقطف الثمار منها لا يعد حق ارتفاق لأنه لم يتقرر لفائدة العقار المرتفق، بل لفائدة شخص مالك العقار المرتفق.

ب- تصنيفات حق الارتفاق:

تتعدد تصنيفات حق الارتفاق وتختلف باختلاف المعيار المعول عليه لتحديدها، إذ قد تتحدد بالنظر إلى السلطة المخولة لأطرافه، أو بالنظر إلى قابليته للاستمرار من عدمه، أو بالنظر إلى مظهرها المادي.

■ السلطة المخولة لأطراف حق الارتفاق كأساس للتصنيف: يقتضي الاعتماد على هذا

المعيار تقسيم حق الارتفاق إلى ارتفاقات إيجابية وأخرى سلبية.

فأما الارتفاقات الإيجابية فهي التي تخول لمالك العقار المرتفق القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به والاستفادة منه ومثاله حق المرور. أما الارتفاقات السلبية فهي التي يُمنع فيها على مالك العقار المرتفق به القيام بأعمال كان له في الأصل القيام بها كمنعه من تعليته البناء إلى حد معين.¹

■ الاستمرارية كأساس لتصنيف حق الارتفاق: تصنف حقوق الارتفاق وفقا لهذا الأساس إلى

حقوق ارتفاق مستمرة وأخرى غير مستمرة، فأما حقوق الارتفاق المستمرة فهي التي لا تستلزم تدخل صاحبها سواء تزامن ذلك مع مختلف المراحل (كعدم البناء) أو تحقق بعد التدخل الأولي لصاحب حق الارتفاق كحق المجرى أو المسيل اللذان ينبغي فيهما تدخل الإنسان في البداية لحفر المجرى تهيئته ليتوقف تدخله بعد ذلك، أما حقوق الارتفاق غير المستمرة فهي التي يستلزم استعمالها التدخل المتكرر لفعل الإنسان ومثاله حق المرور.

■ المظهر الخارجي كأساس لتصنيف حق الارتفاق: تصنف حقوق الارتفاق استنادا لهذا

المعيار إلى حقوق ارتفاق ظاهرة وأخرى غير ظاهرة، فأما الأولى فهي التي تبرز من خلال علامات مادية ظاهرية توضح وجودها كوجود مجرى مثلا، ويستوي أن تكون العلامة ظاهرة في العقار المرتفق كالارتفاق بالمطل أو في العقار المرتفق به كالارتفاق بالمرور.

أما حقوق الارتفاق غير الظاهرة أو الخفية فهي التي لا يمكن اكتشافها بمجرد النظر إلى العقارين لعدم وجود علامات أو أمارات ظاهرية خارجية تدل على وجودها ومثالها عدم تعليته البناء إلى حد معين.

¹ - مهدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 30.

ج- خصائص حق الارتفاق:

يتميز حق الارتفاق بخصائص عديدة تتمثل في:

- **حق عيني:** متفرع عن حق الملكية لأنه يخول لصاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات وهو في هذه الحالة العقار المملوك لغيره، بما يترتب عليه من تقييد لسلطة الاستعمال المقررة لمالك العقار المرتفق به.
- **حق عقاري:** إن حق الارتفاق لا يرد إلا على العقار الذي يندرج ضمنه الأرض والمنشآت، وعليه لا يمكن أن يكون محلا للارتفاق المنقول ولا الحقوق العينية العقارية كحق الانتفاع، كما لا يصح أن يرد على عقار بالتخصيص، إلا إذا كان شاملا للعقار بطبيعته ذلك أن العقار بالتخصيص ما هو في الحقيقة إلا منقول بطبيعته، غير أنه وبسبب رصده لخدمة العقار أصبح عقارا بالتخصيص.
- **حق غير قابل للتجزئة:** بحيث يظل في حالة تجزئة العقار المرتفق به مستحقا على كل جزء منه، والأمر ذاته في حالة تجزئة العقار المرتفق الذي يترتب عليه بقاء حق الارتفاق مستحقا لكل جزء منه، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادتين 876 و 877 من التقنين المدني.
- **حق مؤقت:** ينقضي حق الارتفاق بالحالات التالية المتمثلة في انقضاء الأجل المقرر له حسب المادة 878 من التقنين المدني، هلاك العقار المرتفق به هلاكا كلياً حسب المادة 878 منه، اجتماع العقار المرتفق والعقار المرتفق به في يد مالك واحد، عدم الاستعمال، تنازل مالك العقار المرتفق عنه، تغيير وضع الأشياء، فقدان العقار المرتفق للمنفعة التي تعود له جراء حق الارتفاق، أو وجود فائدة محدودة لا تتماشى والأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.
- **حق تابع:** حق الارتفاق تابع لكل من العقار المرتفق والعقار المرتفق به، فهو تابع للعقار المرتفق ويعد من ملحقاته الإيجابية ولا ينفصل عنه، بحيث أن أي تصرف في العقار المرتفق يشمل حق الارتفاق، هذا ويعد حق الارتفاق تابع كذلك للعقار المرتفق به، فكل ما يرد على العقار المرتفق به يشمل حق الارتفاق أيضاً، فإذا تم رهن العقار المرتفق به انتقل إلى الدائن المرتهن مثقلا بحق الارتفاق¹.

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 108.

الفرع الثاني: الحقوق العينية التبعية

الحقوق العينية التبعية هي حقوق تخول لصاحبها سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات مملوك لغيره، ولكنها لا تنشأ مستقلة بذاتها ولا تكون مقصورة لذاتها، إنما تنشأ لضمان أو لتأمين الوفاء بحق شخصي، وتعد هذه الحقوق تبعية لأنها تابعة للحق الشخصي محل الضمان، بحيث لا يتصور وجود حق عيني بصفة مستقلة عن حق شخصي يضمنه¹.

هذا ويطلق البعض على هذه الحقوق تسمية التأمينات العينية، ذلك أنها تهدف إلى تأمين الوفاء بحق الدائن من جهة، ولأن محل التأمين فيها عين معينة بالذات من جهة أخرى.

ظهرت هذه الحقوق نتيجة لقصور فكرة الضمان العام التي مفادها أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وفقاً لنص المادة 188 من التقنين المدني، بحيث يكون الدائنين العاديين - أي الذين ليس لهم تأمين عيني - متساوين في الضمان العام، ويترتب على عدم حصولهم على حقهم عند حلول آجال استحقاقه، وعدم وفاء المدين اختياراً تحريك عنصر المسؤولية ورفع دعوى قضائية للمطالبة بالحق المقرر لهم قانوناً، بعد الحصول على حكم قضائي يتيح لهم الحجز على أي من أموال المدين الموجودة في ذمته وقت التنفيذ²، وبيعها جبراً في المزاد العلني واستيفاء حقهم.

ونظراً لأن حق الضمان العام المقرر للدائنين العاديين لا يمنع المدين من التصرف في أمواله، فقد ينصرف هذا الأخير فيها مما يؤدي إلى الإنقاص من الضمان العام ليكون في حال تقرر ذلك للدائنين التنفيذ فقط على الأموال الموجودة في ذمة المدين وقت التنفيذ، وقد لا تكفي هذه الأخيرة مما يؤدي إلى قسمتها بينهم قسمة غرماء بحيث يحصل كلّ منهم على حصة من أموال المدين تتناسب مع قدر حقه بالنسبة لمجموع الديون³.

لأسباب السالف ذكرها، وبغية تجاوز إفسار المدين واحتمال تصرفه في ماله، وجد الضمان الخاص الذي بمقتضاه يكون للدائن الحريص على حقه المطالبة بتأمين عيني يضمن الوفاء له بحقه عند عدم وفاء المدين بدينه عند حلول أجله، ويكون له بمقتضاه ميزتا التتبع والأفضلية.

ويراد بميزة التتبع التنفيذ على المال في أي يد يكون واقتضاء حقه منه بصرف النظر عن بقاء حقوق المدين عليه أو زوالها عنه، في حين يراد بميزة التقدم أو الأولوية أو الأفضلية التنفيذ على المال واقتضاء الدائن لحقه بالأولوية على سائر الدائنين من ثمن المال المخصص للوفاء⁴ لأن الحق العيني التبعية يجعل له على الشيء المخصص للوفاء حقاً خاصاً، فيكون له بذلك مركزاً

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 118.

² - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 32.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 116.

⁴ - جميل الشراقوي، المرجع السابق، ص. 46.

ممتازا عن مركز سائر الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التاليين له في المرتبة.

تتميز الحقوق العينية التبعية بمميزات عديدة تتمثل في أنها:

■ **حقوق عينية** لأنها تخول لأصحابها سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات، أي على عين أو أعيان معينة بالذات.

■ **حقوق تبعية** لأنها تقتضي وجود حق شخصي تتبعه، ومنه لوجودها ينبغي وجود حقين:

✓ حق شخصي هو الحق الأصلي.

✓ حق عيني تابع للحق الشخصي الذي وجد لضمان الوفاء به.

❖ ارتباط الحق العيني بالحق الشخصي من حيث نشأته، صحته، بطلانه وانقضاءه، وذلك استنادا لقاعدة التابع يتبع المتبوع وجوداً وعدماً.

❖ وسيلة قانونية لضمان الوفاء بحق الدائن.

❖ تخول لأصحابها ميزتي التتبع والتقدم.

❖ تهدف الحقوق العينية التبعية إلى تأمين أصحابها ضد خطر إفسار المدين وتجنبهم مزاحمة الدائنين العاديين أو أصحاب الحقوق العينية التبعية التاليين له في المرتبة.

تتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى ثلاثة أصناف وهي:

✓ حق الرهن ويتقرر بمقتضى عقد.

✓ حق التخصيص ويتقرر بحكم القضاء.

✓ حق الامتياز ويتقرر بنص القانون.

وهذا ما سيتم التعرّض له.

أولاً- حق الرهن:

الرهن حق عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي أو رضائي بين الدائن والمدين يلتزم بمقتضاه الثاني اتجاه الأول بتقديم شيء له (عقاراً أو منقولا) ضمان للوفاء بما عليه من دين¹.

والرهن على هذا الأساس نوعان: رهن رسمي وينشأ بمقتضى عقد رسمي، وآخر حيازي وينشأ بمقتضى عقد رضائي.

1- الرهن الرسمي:

أ - تعريف الرهن الرسمي:

يعرف حق الرهن الرسمي بأنه حق عيني تباعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي على عقار معين مملوك للمدين نفسه أو للغير ضمانا للوفاء بما عليه من دين، مع بقاء حيازة هذا العقار في يد مالكة،

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 153.

ويخول بمقتضاه للدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة لاستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون¹.

عالج المشرع الجزائري الرهن الرسمي بمقتضى نص المادة 882 من التقنين المدني، ولكن الملاحظ أنه في هذه المادة لم يعرف حق الرهن، بل عرف وسيلة نشوء الحق بحيث تعرض لعقد الرهن، هذا ويلاحظ أنه أسقط من هذه المادة مصطلح "العاديين والدائنين التاليين"، بحيث قد يتصور أن الدائن المرتهن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة دون الدائنين العاديين، ولكن هذا غير صحيح لأن من أهم ما يخوله الرهن الرسمي كحق عيني تبقي التقدم على الدائنين أصحاب الضمان العام والدائنين أصحاب الحقوق العينية التاليين له في المرتبة.

استنادا لما تقدم يلاحظ أنه يطلق على الدائن الذي ترتب الرهن لصالحه تسمية الدائن المرتهن في حين يطلق على المدين الذي يقدم عقاره ضمانا للوفاء بما عليه من دين بالمدين الراهن، على أنه وفي حالة ما إذا قدم الغير عقاره ضمانا للوفاء بالدين المقرر على المدين لصالح الدائن فيطلق على هذا الغير تسمية الكفيل العيني، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 884 من التقنين المدني، أما العقار الذي خصص للوفاء بالدين فيطلق عليه تسمية العقار المرهون.

ب - خصائص الرهن الرسمي:

يتميز حق الرهن الرسمي بخصائص عديدة أهمها:

✓ **حق عيني** يخول حق الرهن الرسمي للدائن المرتهن سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات مملوك للمدين نفسه أو للغير.

✓ **حق عقاري**: يرد حق الرهن الرسمي كأصل عام على العقار، غير أنه واستثناءا يرد على بعض المنقولات التي تخضع لإجراءات التسجيل كالسفن والطائرات، وذلك حسب ما تنص عليه المادة 886 من التقنين المدني.

✓ **حق عيني تبقي**: إن الرهن الرسمي لا ينشأ مستقلا بذاته، بل يرتبط بالدين المضمون به ارتباطا وثيقا سواء من حيث وجوده أو انقضاءه.

✓ **ينشأ بموجب عقد رسمي**: ينشأ حق الرهن الرسمي بمقتضى عقد رسمي، فاتفق الدائن المرتهن والراهن غير كاف بذاته لانعقاد الرهن الرسمي، بل لا بد من إفراغه في قالب رسمي مكتوب لدى موظف مختص مؤهل بذلك، والشكلية المقررة هنا للانعقاد لا للإثبات بحيث يترتب على تخلفها بطلان العقد، وعدم نشوء الرهن، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 883 من التقنين المدني.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 117.

✓ **حق غير قابل للتجزئة:** إن الرهن الرسمي لا يقبل التجزئة بحيث لو وفى المدين بجزء من الدين، فإن العقار المرهون يظل مثقلا بالرهن، ولا ينقضي إلا بوفاء الراهن بالدين كله، وعليه فإن كل جزء من العقار المرهون سيكون ضامن للوفاء بكل الدين، والوفاء بجزء من الدين لا يظهر العقار المرهون، بل يظل الرهن قائما إلى غاية الوفاء بالدين بأكمله، وهو ما نصت عليه المادة 892 من التقنين المدني.

ولكن مع هذا يجدر الذكر أن الخاصية الواردة بهذه المادة يمكن مخالفتها إما بنص القانون أو باتفاق الأطراف ذلك أنها قاعدة مكملة بحيث يمكن الاتفاق على أن الوفاء بجزء من الدين يترتب عليه تخليص جزء من العقار المرهون، وهذا كله لأن هذه القاعدة مقررة لمصلحة الدائن ويمكنه من ثم التنازل عنها.

✓ **عدم انتقال حيازة العقار المرهون رهنا رسميا إلى الدائن المرتهن:** إن أهم خاصية يتميز بها الرهن الرسمي تكمن في احتفاظ الراهن بالعقار المرهون بيده ومباشرة مختلف السلطات عليه من استعمال، استغلال، تصرف قانوني، وعليه في مقابل ذلك المحافظة على سلامة العقار المرهون وتمكين الدائن المرتهن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه وفقا لمبدأ عدم إنقاص قيمة العقار المرهون، بحيث يكون له وفقا لنص المادة 898 من التقنين المدني الاعتراض على كل عمل أو تقصير من شأنه الإنقاص من ضمانه إنقاصا كبيرا وله في حالة الاستعجال اتخاذ الوسائل التحفظية اللازمة والرجوع على الراهن بما أنفق.

✓ **شهر الرهن الرسمي لنفاذه اتجاه الغير:** إن الرهن الرسمي وإن كان يترتب آثاره بين أطرافه بمجرد إفراغه في قالب رسمي، إلا أن آثاره لا تسري في مواجهته الغير إلا بشهره ووسيلة الشهر تلك هي قيده في سجلات الشهر العقاري التي تقع في دائرة اختصاص العقار المرهون.

والملاحظ أن وثيقة الشهر تهدف إلى إعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار، إذ ونظرا لأن الغير أجنبي عن عقد الرهن فلا يمكنه معرفة ما يرد على العقار إلا بالاطلاع على سجلات الشهر العقاري ومعرفة ما يثقله من حقوق عينية.

هذا ويهدف الشهر إلى تحديد مرتبة الدائن المرتهن بالنسبة إلى غيره من الدائنين المرتهنين، إذ تكون الأولوية للدائن الأسبق في تاريخ قيد الرهن بغض النظر عن تاريخ نشوء عقد الرهن ذاته.

✓ **احتفاظ الراهن بجميع السلطات التي يخولها له حق الملكية على العقار:** إن احتفاظ الراهن بالعقار المرهون بيده يخول له مباشرة مختلف السلطات عليه من استعمال، استغلال

وتصرف وفقا لما نصت عليه المادة 894 من التقنين المدني، فلا يكون للدائن المرتهن مباشرة أي من هذه السلطات بل يكون له سلطة تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون، كما يكون له سلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة. هذا ويجدر الذكر أن حق الراهن في التصرف في العقار المرهون ينبغي أن يكون مقيدا بضمان سلامة العقار نظرا لتعلق حق الدائن المرتهن له، وذلك وفقا لنص المادة 898 من التقنين المدني، والتي خولت لهذا الأخير الاعتراض على أي عمل أو تقصير من شأنه الإنقاص من قيمة العقار المرهون إنقاصا كبيرا، وذلك طبقا لمبدأ عدم إنقاص قيمة العقار المرهون. هذا ويتوجب على الراهن الحفاظ على العقار المرهون، بحيث إذا هلك بسبب خطئه كان للدائن حسب نص المادة 899 من التقنين المدني الخيار بين طلب التأمين الكافي أو استيفاء حقه.

2- الرهن الحيازي:

يقتضي التطرق لحق الرهن الحيازي التعرض بداية لمفهومه وبعدها لخصائصه.

أ- تعريف الرهن الحيازي:

يعرف أنه حق عيني تبقي ينشأ بمقتضى عقد رضائي على عقار أو منقول مملوك للراهن ضمانا للوفاء بما عليه من دين له أو لغيره، يخول بمقتضاه للدائن المرتهن سلطة حبسه الشيء في يده أو في يد أجنبي يعينه المتعاقدان وذلك لاستيفاء حقه من ثمن ذلك الشيء بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة مع تتبعه في أي يد يكون.

تعرض المشرع الجزائري للرهن الحيازي في المادة 948 من التقنين المدني والتي اعتبرته عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، بحيث يسلم فيه إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء حقه، معتقده على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة لاقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.

ب- خصائص الرهن الحيازي

يتميز الرهن الحيازي بخصائص عديدة تجعله يتميز عن الرهن الرسمي، وتتمثل هذه الأخيرة في:

✓ **حق عيني تبقي:** يعد حق الرهن الحيازي حق عيني تبقي لأنه يخول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات، وهو لا ينشأ مستقلا بذاته، بل يأتي ضمانا لتأمين الوفاء بالدين المقرر على المدين لصالح الدائن المرتهن. وعليه إن الرهن الحيازي يدور وجودا وعدما مع حق الدائنية الذي وجد لتأمين الوفاء به.

✓ **حق يرد على العقار والمنقول:** يتقرر الرهن الحيازي على العقار والمنقول، ويسمى الرهن الحيازي الذي يرد على العقار بالرهن العقاري.¹

✓ **ينشأ بموجب عقد رضائي:** إن الرهن الحيازي وبخلاف الرهن الرسمي ينشأ بمقتضى عقد رضائي بحيث لا يشترط فيه أي شكلية، وإنما يكفي لانعقاده توافق إرادتي طرفيه أي تطابق الإيجاب والقبول لديهما دون حاجة لإفراغ اتفاقهما في قالب رسمي.

✓ **عدم القابلية للتجزئة:** إن أهم ما يميز الرهن الحيازي عدم قابليته للتجزئة، بحيث أن كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالشيء المرهون.

ونظراً لأن عدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالف المبدأ السالف ذكره، بحيث يمكن الاتفاق على تخصيص جزء من الشيء المرهون لضمان الجزء الباقي من الدين مع تخليص الجزء الباقي من الرهن نظراً لما سدد من دين.²

✓ **انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن أو أجنبي يعينه المتعاقدان:** إن أهم ما يميز الرهن الحيازي أنّ الراهن لا يظل محتفظاً بالشيء المرهون كما هو مقرر في الرهن الرسمي، بل تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان لتظل الملكية مع ذلك للراهن وفقاً لما تقررته المادة 951 من التقنين المدني.

إن انتقال الحيازة للدائن المرتهن تهدف إلى تمكينه من حبس الشيء المرهون بيده إلى غاية استيفاء حقه كاملاً، ويكون له خلال هذه الفترة الانتفاع بالشيء المرهون على أن يخضع قيمة ما انتفع به من الدين المضمون بالرهن، وذلك حسب ما تقضي به المادة 956 من التقنين المدني. ونظراً لأنّ الشيء المرهون يظل بيد الدائن المرتهن فإنه في حال تصرف الراهن فيه يكون له الامتناع عن تسليمه إلى المتصرف إليه إلى غاية استيفاء دينه، ذلك أنه وسيلة لضمان الحصول على دينه.

هذا وتجدر الإشارة أن حبس الدائن المرتهن للشيء المرهون بيده يرتب على عاتقه التزامات عديدة تتمثل هذه الأخيرة في:

✓ **التزامه ببذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الشيء وصيانته،** بحيث يكون هلاكه على عاتقه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه (المادة 955 من التقنين المدني).

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 75.

² - عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص. 745.

✓ التزامه ببذل عناية الرجل المعتاد في إدارة الشيء المرهون، وينجم عن ذلك امتناعه عن القيام بأي عمل من شأنه التغيير في طريقة استعمال الشيء المرهون، ما لم يحصل على موافقة الراهن، وإلا كان لهذا الأخير وضع الشيء تحت الحراسة واسترداده مقابل دفع ما عليه من دين، وذلك وفقا لأحكام المادة 958 من التقنين المدني.

✓ التزامه برد الشيء المرهون إلى صاحبه عند استيفاءه لحقه كاملا، بحيث ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون وذلك طبقا لما قضت به المادة 964 من التقنين المدني.

✓ ضرورة شهر الرهن لإعلام الغير: تكمن وظيفة الشهر في إعلام الغير بجميع التصرفات الواردة على الشيء المرهون بحيث يسمح بإعلام الغير بوضعية الشيء المرهون، وأنه لم يعد ملكا حرا خالصا للراهن، بل انتقلت حيازته إلى الدائن المرتهن، وأن لهذا الأخير حق عليه.

✓ نفاذ الرهن في مواجهة الغير: يقتضي تحديد هذا الأمر التفارقة بين ما إذا كان الشيء المرهون عقارا أو منقولا، فإذا كان عقارا فإنه يشترط لنفاذه إلى جانب تسليمه إلى الدائن قيد الرهن في سجلات الشهر العقاري وذلك طبقا لما تقضي به المادة 966 من التقنين المدني، أما إذا كان محله منقولا فإنه ينبغي للاحتجاج به في مواجهة الغير انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو أجنبي يعينه المتعاقدان مع تدوين سند إنشاء الرهن في ورقة ثابتة التاريخ¹، وذلك طبقا لما تقضي به أحكام المادة 969 من التقنين المدني.

ولا شك أن هذا التاريخ يهدف إلى تحديد المبلغ المضمون بالرهن وتعيين الشيء المرهون بدقة من جهة، مع تحديد مرتبة الدائن المرتهن عند تعدد الدائنين المرتهنين من جهة أخرى.

ثانيا- حق التخصيص:

سيتم التطرق لكل من تعريفه ومميزاته، وبعدها شروطه.

1- تعريف حق التخصيص ومميزاته:

لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص إلا أنه ومن خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة له يمكن تعريفه بأنه: حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، ينشأ بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بالدين يخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة لاستيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون².

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 85.

² - مهدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 36.

يتميز حق التخصيص بالعديد من الخصائص وهي تتماثل مع تلك المقررة للرهن الرسمي كأصل عام، غير أنها تختلف عنها في مصدر نشأته وعليه فإن حق التخصيص:

- ✓ حق عيني تبعي.
- ✓ حق عيني عقاري.
- ✓ ينشأ بموجب أمر من رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار المطلوب تخصيصه.
- ✓ عدم قابليته للتجزئة.
- ✓ احتفاظ المدين بحيازة العقار محل التخصيص.
- ✓ ضرورة شهر حق التخصيص للاحتجاج به في مواجهة الغير، ويتم ذلك من خلال الشهر في سجلات الشهر العقاري.

2- شروط حق التخصيص:

ينبغي لقيام حق التخصيص توفر الشروط التالية:

- ✓ صدور أمر التخصيص بناء على حكم من رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار محل التخصيص، وذلك استنادا للعريضة المقدمة من طالب التخصيص الذي يكون بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ويرفق بهذه العريضة صورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم كتاب المحكمة مدون فيها منطوق الحكم، وينبغي أن يتضمن بيانات معينة كاسم الدائن ولقبه وموطنه المختار، اسم المدين ولقبه وموطنه المختار، تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته، مقدار الدين وإن لم يكن محددًا تولى رئيس المحكمة تقديره بتعيينه تعيينا دقيقا وبيان موقعه.

بعد تحقق رئيس المحكمة من الشروط الواجب توافرها لصحة الإجراءات المتبعة يدون أمره بالتخصيص مراعيًا التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقار الذي تقرر الاختصاص عليه¹.

- ✓ تقديم طلب التخصيص قبل وفاة المدين وذلك طبقا لما تقضي به المادة 937 من التقنين المدني، ويكمن الهدف من استلزام هذا الشرط في المساواة بين دائني التركة وتفاذي لجوء بعض الدائنين إلى تخصيص لأموال مدينهم المتوفى حتى يتقدموا على غيرهم من الدائنين في استيفاء حقهم².

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 77.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 176.

✓ أخذ التخصيص على مال يقبل التخصيص: ينبغي أن يكون محل التخصيص عقارا معينا بالذات ويجوز التعامل فيه ومملوك للمدين وقت قيد التخصيص، وذلك حسب ما تقضي به المادة 940 من التقنين المدني.

✓ قيد الدائن صاحب حق التخصيص لحقه في سجلات الشهر العقاري حتى يثبت أن له على العين محل التخصيص سلطة مباشرة تتيح له الحصول على حقه من ثمنه بالأولوية وذلك طبقا لما أشارت له المادة 947 من التقنين المدني.

ثالثا- حقوق الامتياز:

تعرف حقوق الامتياز بأنها حقوق عينية تبعية تنشأ بمقتضى نص القانون تتقرر للدائن على مال أو أكثر من أموال المدين ضمانا للوفاء بما عليه من دين مراعاة منه لصفته، ويكون للدائن بمقتضاها استيفاء حقه من ثمن أموال المدين كلها أو بعضها بالأسبقية على جميع الدائنين.

تعرض المشرع الجزائري لتعريف حق الامتياز في المادة 982 من التقنين المدني ولكن الملاحظ أن النص العربي ورد به خطأ، ذلك أنه اعتبره أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، والمفروض يستبدل مصطلح الدين بالحق.¹

انطلاقا من التعريف الوارد في المادة 982 يتضح أن التعريف يتمحور حول العناصر التالية: موضوع الامتياز، مصدره.

فأما موضوعه أو جوهره فهو الأولوية أو الأفضلية المقررة للدائن ويقصد بها الأسبقية المقررة له في استيفاء حقه قبل استيفاء الدائنين الآخرين لحقوقهم.

أما مصدره فيكمن في نص القانون دون سواه، فالقانون هو مصدر الامتياز وهو ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية، أما سبب حق الامتياز فهو طبيعة الدين²، وفي هذا يلاحظ أن المشرع قرر أن سبب الأولوية ضرورة مراعاة صفة معينة في الدين، وذلك مراعاة للمصلحة العامة تارة، وللإمتيازات الاجتماعية تارة أخرى، على أن يكون مردها في حالات أخرى مساهمة الدائن في إدخال المال في الذمة المالية للمدين وإثراءها³.

1- أنواع حقوق الامتياز:

تقسم حقوق الامتياز بالنظر إلى المال الذي ترد عليه إلى حقوق امتياز عامة وأخرى خاصة.

- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.ص. 256-257.¹

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 127.

³ - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 97.

أ- حقوق الامتياز العامة:

حقوق ترد على جميع أموال المدين الموجودة في ذمته عقارية كانت أو منقولة دون تخصيص أي منها لضمان الوفاء بدين عليه، ويندرج ضمن الديون التي لها امتياز عام:

✓ امتياز المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها على ثمن هذه الأموال (921).

✓ امتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب ورسوم (993).

✓ امتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر من أجورهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثني عشر شهرا الأخيرة (993).

✓ امتياز المبالغ المستحقة لما تم توريده للمدين وأسرته من مأكّل ولبس عن ستة أشهر الأخيرة.

✓ الامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة أشهر الأخيرة (4/993).

إن أهم ما يميز حقوق الامتياز العامة منح أصحابها سلطة الأولوية على جميع الدائنين الآخرين من الأموال الموجودة لدى المدين وقت التنفيذ دون سلطة التتبع، وسبب ذلك ورودها على الضمان العام ومنح هذه السلطة يؤدي إلى شل تصرفات المدين¹.

ب- حقوق الامتياز الخاصة:

حقوق مقررة بمقتضى نص قانوني ترد على مال معين بالذات من أموال المدين عقارية كانت أو منقولة.

يندرج ضمن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول:

✓ امتياز المؤجر على منقولات المستأجر الموجودة بالعين المؤجرة ضمانا للوفاء بالأجرة للمؤجر (995).

✓ امتياز المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة على الأمتعة التي أحضرها النزيل إلى الفندق (996).

✓ امتياز بائع المنقول علنا لشيء المبيع ضمانا للثمن وملحقاته (1/997).

أما حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار فيندرج ضمنها:

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 180.

- ✓ امتياز المبالغ المستحقة لبائع العقار من ثمن العقار المبيع وملحقاته (1/999)¹.
- ✓ امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين من ثمن أشغال بناء المنشآت أو إعادة بنائها أو ترميمها أو صيانتها² (م 1000).

2- خصائص حقوق الامتياز:

- تتميز حقوق الامتياز بخصائص عديدة تبرز في نواح مختلفة:
- **مصدر حقوق الامتياز:** يعد القانون مصدر حقوق الامتياز، ذلك أنها حقوق استثنائية، فالقانون هو الذي قررها مراعاة منه لصفة معينة فيها³، تجعل منها جديرة بالحماية والرعاية. وعليه فإن المشرع هو الذي يحدد حق الامتياز ويبين مرتبة كل امتياز بالنسبة للامتيازات الأخرى، ومن ثم فإنه لا يجوز للأطراف الاتفاق بإرادتهم على إنشاء حقوق الامتياز، كما لا يجوز للقاضي اعتبار دين ما ممتازا إذا لم يعتبره القانون كذلك⁴.
- **محل حق الامتياز:** يكون محل حق الامتياز مالا أو أكثر، وقد يكون هذا الأخير عقارا أو منقولا وذلك حسب نوع حق الامتياز وما إذا كان عاما أو خاصا.
- **عدم القابلية للتجزئة:** حق الامتياز لا يقبل التجزئة، بحيث إذا تم الوفاء بجزء من الدين ظل حق الامتياز قائما على الشيء الوارد عليه، فكل جزء من الشيء ضامن لكل الحق الممتاز، وكل جزء من الحق الممتاز مضمون بالشيء بأكمله.
- والملاحظ أن عدم القابلية للتجزئة تعد من طبيعة الحق، لذا فيمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها من خلال تخصيص جزء من الشيء لوفاء بعض الدين.
- **أولوية حق الامتياز مردها صفة الحق الممتاز:** تكمن الأولوية في ترتيب حق الامتياز إلى صفة الحق ذاته لا شخص صاحبه⁵.

المطلب الثاني: الحقوق الشخصية

يعد الحق الشخصي أو ما يعرف بحق الدائنية النوع الثاني من أنواع الحقوق المالية ولأهميته سيتم التعرض لتعريفه وخصائصه من جهة ولأنواعه من جهة أخرى.

¹- الملاحظ أن الحكم الوارد في نص المادة 999 من التقنين المدني متعارض مع الحكم الوارد بالمادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني والتي تستلزم تحت طائلة البطلان دفع المشتري لثمن العقار المبيع للضابط العمومي (الموثق) الذي حرر عقد البيع، وعليه ينبغي إعادة النظر في المادة 999 وإلغائها. يراجع في ذلك، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص. 71.

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 131.

³- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 36.

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 10، ص. 320.

⁵- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 184.

الفرع الأول: تعريف الحق الشخصي وخصائصه

يقتضي الوقوف على الحق الشخصي التطرق لتعريفه (أولاً)، ثم خصائصه (ثانياً).

أولاً- تعريف الحق الشخصي:

يعرف الحق الشخصي بأنه استثناء يقره القانون لشخص يسمى الدائن يكون له بمقتضاه إقتضاء أداء معين من شخص آخر يسمى المدين. أو هو سلطة يقرها القانون لشخص معين يسمى الدائن تخوله إقتضاء أداء معين من شخص آخر يسمى المدين تحقيقاً لمصلحة مشروعة له.¹ هذا ويعرف بأنه رابطة قانونية بين شخصين يكون بمقتضاها لأحدهما (الدائن) مطالبة الآخر بأداء معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لصالحه.²

يسمح مصطلح حق الدائنية الذي يستخدم كمرادف للحق الشخصي ببيان طبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة إقتضاء بين الأشخاص إذا ما تم النظر إليها من جهة الدائن، كما أنه يسمح بتفادي الخلط بين مصطلح الحقوق الشخصية ومصطلح حقوق الشخصية.

هذا ويجدر الذكر أن الرابطة التي تتم بين طرفين إذا نظر إليها من جانب الدائن (صاحب الحق) يطلق عليها الحق الشخصي أو حق الدائنية، وإذا تم النظر إليها من جانب المدين (الملتزم) أطلق عليها مصطلح الإلتزام أو الموجب، ومنه يتضح أن حق الدائنية المقرر للمدين يقابله إلتزام المدين، وهما من ثم أي الحق والإلتزام وجهان لعملة واحدة.

ثانياً- خصائص الحق الشخصي:

يتبين من التعريف السابق للحق الشخصي أنه يتميز بالخصائص التالية.

- **الحق الشخصي رابطة بين طرفين:** يقتضي الحق الشخصي وجود طرفين أحدهما صاحب الحق (الدائن) والآخر الملتزم في مواجهته (المدين).
- **محل الحق الشخصي أداء معين:** يتميز محل الحق الشخصي بأداء معين يلتزم المدين به لصالح الدائن، ويكون هذا الأداء عملاً أو امتناعاً عن عمل.
- **الحق الشخصي علاقة إقتضاء:** إن الحق الشخصي وبخلاف الحق العيني لا يخول لصاحبه سلطة مباشرة على محل الحق، وإنما يخول له سلطة غير مباشرة عليه، ذلك أن الدائن لا يمكنه الإفادة بالقيمة المالية التي يمثلها حقه إلا بتدخل ووساطة شخص المدين أي الملتزم، وعليه يتبين أن الاستثناء في هذا النوع من الحقوق استثناء غير مباشر.³

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 191.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 554.

³ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 52.

■ **نسبية الحق الشخصي:** إن أهم ما يتميز به الحق الشخصي أنه نسبي بخلاف الحق العيني الذي هو حق مطلق، وتتفر نسبية الحق الشخصي لارتباطه بشخص معين بالذات هو المدين دون غيره من الناس، ولكن مع هذا يجذر الذكر أن جانباً من الفقه يقر بأن فكرة الاحتجاج بالحق الشخصي في مواجهة الكافة موجودة سابقاً في الحق الشخصي في تعريف الفقيه DABIN الذي يرى أن الحق الشخصي ينشئ إلى جانب الواجب الخاص واجباً عاماً يلقي على عاتق الكافة باحترام حق صاحب الحق وعدم التعرض له.

■ **عدم قابلية الحقوق الشخصية للحصر:** تتعدد صور الحق الشخصي وتتنوع ولا يمكن حصرها، إذ يمكن لأي عمل أو امتناع عن عمل أن يكون موضوعاً للحق الشخصي، وعليه يمكن للأشخاص أن ينشئوا ما يريدون من الحقوق الشخصية، ولا يحدهم عن ذلك إلا مقتضيات النظام العام والأداء العامة متى كان الأداء المتفق عليه فيها ممكناً، ومعينا أو قابلاً للتعيين.

■ **حقوق مؤقتة:** أن أهم ما يميز الحق الشخصي أنه مؤقت، فالإلتزام المدين اتجاه الدائن لا يمكن أن يكون مؤبداً لما في ذلك من مصادرة لحريته الشخصية، وهو أمر لا يسمح به القانون لكونه يحمل بين طياته فكر الاسترقاق التي زالت منذ أمد بعيد.

الفرع الثاني: أنواع الحقوق الشخصية

تتعدد الحقوق الشخصية وتتنوع، وهي لا ترد تحت حصر، ولكن مع ذلك يمكن تصنيفها إلى أنواع محددة بحسب وجهة نظر الباحث إليها التي تشمل طبيعة المحل، الهدف المبتغى منه أو المصدر المنشئ له.

أولاً- تقسيم الحقوق الشخصية بالنظر إلى محلها:

تصنف الحقوق الشخصية بالنظر إلى محلها والذي يكمن في الأداء الذي يلتزم المدين به في القيام بعمل، الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء.

فأما الإلتزام بالقيام بعمل وهو ما يطلق عليه الإلتزام الإيجابي فهو يتضمن قيام المدين بعمل إيجابي لمصلحة الدائن كالإلتزام بالطبيب بعلاج المريض، الإلتزام المقاول ببناء منزل لشخص بموجب عقد المقاول، والإلتزام الناقل بنقل بضاعة معينة من مكان لآخر.

■ **الإلتزام بالامتناع عن القيام بعمل:** يطلق عليه الإلتزام السلبي، وهو يتضمن منع المدين القيام بعمل كان له في الأصل القيام به، ومثاله الإلتزام بممثل فرقة مسرحية بعدم التمثيل مع فرقة أخرى طول مدة تعاقدته مع الفرقة الأولى.

■ **الإلتزام بإعطاء شيء:** يتجه جانب من الفقه إلى أن محل الحق الشخصي قد يكون إعطاء شيء ويراد به ترتيب حق عيني أو نقل حق عيني على شيء ومثاله الإلتزام البائع بنقل ملكية

الشيء المبيع من ذمته إلى ذمة المشتري ، فحق مشتري العقار في إقتضاء نقل الملكية إليه من بائعه -وهو حق شخصي- ليس محله العقار المبيع، بل محله عمل إيجابي هو قيام البائع بنقل الملكية إلى المشتري عن طريق المساهمة في إجراءات القيد.¹ بهذا يلاحظ ان هذه الصورة تتميز عن سابقتها وهي الالتزام بالقيام بعمل، كون أن هذا الأخير لا يترتب على تنفيذه نقل الملكية ، أو أي حق عيني آخر من شخص لآخر.² هذا ويرى غالبية الفقه أن الالتزام بإعطاء شيء لا وجود له لا اعتبار أن القانون هو الذي يعطي الشيء دون أن يكون للمدين دخل في ذلك، فهو لا يخرج عن كونه التزام بعمل معين.³ ويبرز ذلك إذا كانت طبيعة الشيء المبيع الذي يتعلق به الالتزام منقولا معينا بذاته تنتقل فيه ملكية المبيع بمجرد إبرام العقد، وهي عملية تتم بقوة القانون دون حاجة إلى عمل يصدر من المدين استنادا لنص المادة 165 من التقنين المدني.

ثانيا- تقسيم الحق الشخصي بالنظر إلى الهدف المبتغى منه:

يقسم الحق الشخصي بالنظر إلى الهدف المبتغى منه إلى إلتزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة.

فالالتزام ببذل عناية أو ما يعرف بالالتزام بوسيلة هو التزام المدين باستعمال أفضل الوسائل الممكنة وإتخاذ أكبر قدر ممكن من الحيطة والحذر عند تنفيذ إلتزامه مع بذله العناية اللازمة للوصول إلى نتيجة معينة دون أن يضمن تحقيق هذه النتيجة، ومثاله التزام الطبيب بعلاج المريض، والتزام المحامي اتجاه موكله ببذل العناية اللازمة لكسب الدعوى.

أما الإلتزام بتحقيق نتيجة فيقصد به تعهد المدين اتجاه الدائن بتحقيق نتيجة معينة كالتزام الناقل بنقل المسافرين إلى الوجهة المحددة في الوقت المحدد آما سالما.

ثالثا- تقسيم الحق الشخصي بالنظر إلى مصادره:

سبق الذكر أن الحق الشخصي لم يرد تحت حصر، فهو يتنوع بتنوع الأعمال التي تكون محلا له، ولهذا السبب لم يتمكن المشرع من حصره، واكتفى ببيان المصادر المنشئة له والتي تشمل العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون.

المبحث الثالث: الحقوق المختلطة

تعد الحقوق المختلطة أو ما تعرف بالحقوق الذهنية من الحقوق التي أفرزتها الحياة المعاصرة في أواخر القرن الثامن عشر، نتيجة للتطور الذي شهده مجال العلوم والآداب والفنون،

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 591.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 128.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 199.

وعرفت بالحقوق المختلطة لأنها ذات طبيعة مزدوجة إذ أنها تشمل جانبيين أحدهما مالي والآخر غير مالي.

عرفت هذه الحقوق بتسمية الحقوق الذهنية لأنها تتعلق بالنشاط الفكري أو الذهني بحيث يكون محلها شيء معنوي، وسميت كذلك بسبب الانتقادات التي وجهت لمصطلح حقوق الملكية الأدبية و الفنية أو الصناعية، والتي ترجع أساسا إلى ورود الحق العيني على الأشياء المادية، خاصة أنها لا تمنح صاحبها السلطات التي يمنحها له حق الملكية الذي يتمتع بصفة الدوام والاستمرار بخلاف الحقوق المعنوية التي تعد حقوقا محددة بمدة زمنية معينة¹. لأهميتها سيتم التعرض لتعريفها (المطلب الأول)، ولأنواعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحقوق الذهنية

لقد تعددت التعاريف الفقهية الرامية إلى تحديد المقصود بالحقوق الذهنية، واستند البعض في ذلك إلى عنصرين أولهما محل الحق وثانيهما الصلاحيات التي يتمتع بها صاحب الحق الذهني. ومن التعاريف المقترحة تلك التي تعتبره حقوق ترد على أشياء معنوية غير محسوسة من نتاج الذهن والفكر تخول لصاحبها أبوة هذا النتاج ونسبته إليه وحده مع منحه احتكار إستغلاله استغلالا ماليا يكفل له الحصول على ثمراته.

هذا وعرفه جانب آخر بالنظر الى الباطن الذي يصدر عنه (الفكر أو الذهن) واعتبره كل ما ينتج عن الفكر البشري بقدر من الابتكار تبرز فيه شخصية صاحبه.²

ينقسم هذا النوع من الحقوق إلى قسمين الأول يعرف بحقوق الملكية الأدبية والفنية، في حين يعرف الثاني بحقوق الملكية الصناعية والتجارية.

المطلب الثاني: أنواع الحقوق الذهنية

تصنف الحقوق الذهنية إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية (الفرع الأول)، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق الملكية الأدبية والفنية.

حقوق الملكية الأدبية والفنية هي منجزات عقلية تمنح لصاحبها حقوق تعرف بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وسميت بحقوق الملكية الأدبية والفنية لأنها تتصل اتصالا وثيقا بميدان العلم والفن والأدب، بحيث يندرج ضمنها كل عمل ذهني يقوم به كاتب أو ملحن أو ممثل أو رسام أو مصور... إلخ.³

¹ - جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص.49.

² - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص.121.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.228.

لأهمية هذا النوع من الحقوق فقد خصه المشرع الجزائري بالأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.¹

تنقسم هذه الحقوق إلى طائفتين هما حقوق المؤلف (أولا) من جهة والحقوق المجاورة من جهة أخرى (ثانيا)، ولأهمية حقوق المؤلف سيتم التعرض لها بنوع من التفصيل.

أولا- حقوق المؤلف:

إن لحق المؤلف معنى واسع، فهو لا يقتصر على من يبسط أفكاره في الكتب فحسب، بل يتعداه ليشمل مختلف صور النشاط الذهني كالرسم، الممثل، الموسيقي، المصور، المغني....إلخ. لقد عالج المشرع الجزائري حقوق المؤلف بموجب الأمر 03-05 محددا نطاق حمايته ومضمونه في نصوص متفرقة، وهو ما سيتم التعرض له.

1- نطاق حماية حق المؤلف:

يتحدد نطاق حماية حقوق المؤلف بالنظر إلى شقين أحدهما شخصي يتمثل في المؤلف الذي ابتدع المصنف، وثانيهما موضوعي يتمثل في المصنف ذاته.

أ- المؤلف:

يعد المؤلف صاحب المؤلف أو المصنف، وهو كل من أنتج إنتاجا ذهنيا أو فكريا أيا كان نوعه، أهميته، الغرض منه أو طريقة التعبير عنه، طالما أنه كان يتضمن قدرا من الإبتكار.² ونظرا لأن التأليف يتطلب قدرات ذهنية ومواهب فنية، فإن المشرع خص صفة المؤلف بالشخص الطبيعي كأصل عام، ولكن منح الشخص المعنوي هذه الصفة في حالات محددة قانونا،³ والتي من بينها حالة نشر مصنف جماعي تحت إسمه بعد إنجازه تحت إشرافه وبمبادرة منه.

ب- المصنف أو المؤلف:

يعد مصنفا كل إنتاج ذهني يشمل القانون بحماية حق المؤلف، أو هو كل ما أنتجه العقل البشري وذلك بغض النظر عن نوعه، أهميته، طريقة التعبير عنه، والتي يستوي أن تكون مكتوبة، مرسومة، مصورة، صوتا، أو حركات أو غيرها من وسائل التعبير.

تتعدد المصنفات المحمية، وتختلف وهي لا ترد تحت حصر لذلك اختلف الفقه في تقسيمها، بحيث صنفها البعض بالنظر لنوعها إلى مصنفات علمية، مصنفات أدبية، مصنفات فنية، مصنفات

¹ -أمر 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع.44، صادرة بتاريخ 23 يوليو سنة 2003.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.112.

³ - لتفاصيل أكثر، يراجع، بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص.251؛ فاضلي ادريس، المدخل إلى الملكية الفكرية (الملكية الأدبية والفنية والصناعية)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص.75-76.

موسيقية، في حين صنفها البعض بالنظر إلى عدد مؤلفيها إلى مصنفات فردية، مصنفات جماعية وأخرى مشتركة، هذا وصنفها البعض الآخر إلى مصنفات أصلية وأخرى مشتقة من الأصل، في حين صنفها المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-03 إلى مصنفات أدبية، مصنفات فنية،¹ مصنفات التراث التقليدي، مصنفات وطنية.²

رغم تعدد أنواع المصنفات، إلا أن حماية القانون تشملها طالما توفر عنصر الابتكار والإبداع فيها، ذلك أنه يعد شرطاً موضوعياً لها ومناطق الحماية التي منحها المشرع للمصنف، ويراد به الطابع الإبداعي الذي يصعب الأصالة على المصنف ويتيح إمكانية تمييزه عن غيره من المصنفات التي يندرج ضمن ذات نوعها، كما وأنه يسمح بإبراز شخصية مؤلفه، سواء تم ذلك في مضمون الفكرة أو في جوهرها أو حتى في الطريقة التي اتبعت لعرضها.³

2- مضمون حق المؤلف:

يراد بمضمون حق المؤلف السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه، وهي تختلف وفق التركيبية الإزدواجية، فمنها ما يتعلق بالجانب المعنوي والذي يترتب عنها حق معنوي، ومنها ما ينجم عن جانبها المالي، والذي يترتب عنه حق مادي، وهو ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 1/21 من الأمر 05-03 والتي تخول المؤلف التمتع على المصنف الذي أبدعه بحقوق معنوية وأخرى مادية، ولا ريب أن لكل جانب من هذه الجوانب خصائص تميزه.

أ- الجانب المعنوي لحق المؤلف:

إن تحديد الجانب المعنوي لحق المؤلف يقتضي التعرض للسلطات التي يخولها هذا الجانب للمؤلف، والخصائص التي يتميز بها.

■ **مضمون الحق المعنوي:** يمنح الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه سلطات عديدة تتمثل هذه الأخيرة في:

✓ **سلطة تقرر نشر المؤلف لمصنفه من عدمه:** نظراً للارتباط الوثيق الموجود بين المؤلف والمؤلف ولا اعتبار هذا الأخير ثمرة نتاج فكره وانعكاس لشخصيته، فقد منح المشرع بموجب المادة 22 من الأمر 05-03 للمؤلف سلطة تقدير ملائمة نشر مصنفه للجمهور والكشف عنه من عدمه، وله ترتباً على ذلك تحديد وقت نشره وكذا طريقة نشره، هذا ما لم يمنح صلاحية مباشرة ذلك لغيره وفق الطرق المحددة قانوناً، على أنه وبعد وفاته تمنح سلطة تقرير نشر المصنف لورثته، مالم يترك وصية خاصة بذلك.⁴

¹ - المادة 04 من الأمر 05-03.

² - المادة 08 من الأمر 05-03.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 142.

⁴ - المادة 2/22 من الأمر 05-03.

✓ **سلطة المؤلف في نسبة مصنفه له وحده:** يقرر للمؤلف بمقتضى أبوته الفكرية على مصنفه نسبة هذا الأخير له، سواء تم ذلك بإسمه الحقيقي أو باسم مستعار يختاره لنفسه، وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن للغير نسبة مصنف شخص آخر له، وإلا شكل ذلك إعتداء على حق المؤلف الحقيقي.

✓ **حق المؤلف في تعديل مصنفه:** تجسيدا لضرورة احترام سلامة نتاج الفكر، فإن للمؤلف الاعتراض على أي تعديل أو تغيير أو حذف أو تدخل يجري على مؤلفه ويترتب عليه المساس بسمعته أو شرفه أو مصالحه المشروعة، وترتبيا لذلك فإن للمؤلف وحده أو لمن أذن له الاستئثار بإجراء تعديلات على مضمون مؤلفه لجعله يتماشى والتطورات العلمية سواء تم ذلك من خلال حذف أو إضافة بعض الأفكار له.

✓ **حق المؤلف في السحب والتوبة:** خول المشرع بمقتضى نص المادة 24 من الأمر 03-05 للمؤلف الرجوع عن نشر مصنفه بمباشرة لحقه في السحب وحقه في التوبة، أو مايعرف بحقه في الندم¹.

ويراد بحق الندم أو التوبة وقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور، متى تبين له أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته، أما حق السحب فيراد به فسخ العقد وسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور.

مما تقدم، يلاحظ أن حق الندم حسب جانب من الفقه يعد تراجعا مؤقتا عن نشر المصنف لغرض إجراء تعديلات عليه، وهو بذلك يختلف عن حق السحب الذي يعد تراجعا نهائيا من المؤلف عن نشر مصنفه²، في حين ترى الغالبية من الفقه أن حق السحب يشمل المصنف بعد عملية النشر، في حين أن حق الندم يراد به رجوع المؤلف عن رأيه في الكشف قبل عملية تداول المصنف وأثناء صنع الدعامة³.

■ **خصائص الجانب الأدبي لحق المؤلف:** يعتبر الجانب الأدبي لحق المؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وعلى ذلك فهو يتميز بالخصائص التالية:

- ✓ عدم القابلية للتصرف فيه بحيث أن كل تصرف مخالف لذلك يقع باطلا وعديم الأثر.
- ✓ عدم إمكانية الحجز عليه كأصل عام إلا إذا كان المصنف منشورا قبل وفاة المؤلف، لأن الحجز ينصب في هذه الحالة على حق الاستغلال المالي.

¹ - فرحة زراوي صالح، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2006، ص.470.

² - A. Lucas et H-J Lucas et A.Lucas –shloetter, traité de la propriété littéraire et artistique, litec, 4^{ème} éd, 2021, n° 522 , p.462.

³ - I. Dameslay, le droit de repentir, rev de l'ouest, 1997-2, p.163.

✓ عدم خضوعه للتقادم.

✓ انتقال الحق الأدبي للورثة: رغم أن الحقوق للصيقة بالشخصية كما سبق الذكر لا تنتقل بعد الوفاة إلى الورثة، إلا أنه استثناء ينتقل الجانب الأدبي لحق المؤلف للورثة وهو ما يتيح لهم اتخاذ كل الإجراءات اللازمة للحفاظ على تراث مورثهم من جهة، ورقابة استمرار نشر المصنف كما تركه مورثهم عند الوفاة من جهة أخرى، إضافة إلى دفع أي إعتداء يرد على الحق الأدبي للمورث على المصنف.

ب- الجانب المادي لحق المؤلف:

إن تحديد الجانب المادي لحق المؤلف يقتضي التعرض للسلطات التي يخولها هذا الجانب للمؤلف، والخصائص التي يتميز بها.

■ **مضمون الجانب المادي لحق المؤلف:** يخول الجانب المالي لحق المؤلف لصاحبه احتكار استغلال مصنفه ماليا بأي شكل من الأشكال، ويتحقق ذلك من خلال:

✓ نقل المؤلف لمصنفه إلى الجمهور إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة: ويكون النقل مباشرا من خلال ما يعرف بحق الأداء العلني، والذي يتم فيه عرض المؤلف لمصنفه إلى الجمهور مباشرة، في حين يكون النقل بطريقة غير مباشرة من خلال استخدام وسائل مادية مختلفة لعرض المؤلف لمصنفه على الجمهور، بحيث يكون تنفيذ المصنف وعرضه غير متزامنين.

✓ مباشرة المؤلف لاستغلال المصنف ماليا بنفسه أو عن طريق نزوله عنه لغيره بمقتضى عقد النشر، ويستوي أن يتقرر النزول بمقابل أو بدون مقابل.

■ **خصائص الجانب المالي لحق المؤلف:** يعد حق المؤلف في جانبه المادي حقا ماليا، وعليه فهو يتميز كأصل عام بجميع الخصائص التي تتميز بها الحقوق المالية والمتمثلة في:

✓ قابلية الجانب المادي لحق المؤلف للتصرف فيه.

✓ انتقاله إلى الخلف العام بالوفاة، بنقل حق الاستغلال المالي إلى الورثة بعد وفاة المورث.

✓ عدم قابلية الجانب المالي لحق المؤلف للحجز عليه: إذا كانت القاعدة العامة أن الحق المالي يقبل الحجز عليه، إلا أنه وخروجا عنها لا يمكن الحجز على الجانب المالي لحق المؤلف طالما أن المؤلف لم يقرر نشر مصنفه بعد، أما إذا نشره فيجوز الحجز عليه.

✓ حق مؤقت: يتميز الجانب المالي لحق المؤلف بالتأقيت، بحيث يكون للمؤلف طيلة حياته استغلال مصنفه ماليا، وينتقل حقه هذا بعد وفاته إلى الورثة مدة 50 سنة، وبمضي هذا الاجل ينقضي هذا الحق، بحيث يصبح ملكا للجمهور، كون أنه يسقط في المال العام، ويدخل في التراث الفكري.

ثانيا- الحقوق المجاورة لحقوق المؤلف:

الحقوق المجاورة لحقوق المؤلف هي حقوق تجاوز حق المؤلف وتلاصقه،¹ تثبت لأشخاص يقومون بوضع المصنفات الأدبية والفنية موضع التنفيذ، ذلك أن الدور الإبداعي للمؤلفين لا يكتمل إلا بمساعدة أصحاب الحقوق المجاورة الذين يقومون بإيصالها إلى الجمهور بأساليبهم الخاصة.²

عالج المشرع الجزائري أصحاب الحقوق المجاورة بموجب نص المادة 107 من الأمر 05-03 وبالرجوع لها يتبين أن المستفيدين من هذه الحقوق هم فناني الأداء،³ ومنتجو التسجيلات السمعية⁴ أو السمعية البصرية⁵ وهيئات البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري.⁶

الفرع الثاني: حقوق الملكية الصناعية والتجارية

يقصد بالملكية الصناعية مختلف الحقوق التي تكون ثمرة النشاط الإبداعي الخلاق للفرد في مجال الصناعة والتجارة.

وقد عرفها جانب من الفقه بأنها حقوق استئثار صناعي تخول صاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد أو استغلال علامة مميزة.⁷

يمكن تصنيف العناصر التي تندرج في مجال الملكية الصناعية إلى صنفين وذلك بالنظر إلى موضوعها، ذلك أن بعضها يتعلق بابتكارات جديدة (أولا) وبعضها يستخدم لتمييز المنتجات أو الخدمات وهو ما يعرف بالشارات المميزة (ثانيا)، وسيتم التركيز على هذه المسائل لأهميتها.

أولا- الابتكارات الجديدة:

تصنف الابتكارات الجديدة إلى صنفين أحدهما ذو قيمة نفعية ويطلق عليها المبتكرات الموضوعية¹، والأخرى ذات قيمة جمالية ويطلق عليها المبتكرات الشكلية².

¹ - بوراوي أحمد، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة باتنة 1، 2015، ص.44.

² - فتيحة حسين جيهان، حماية الملكية الفكرية عبر الأعمار الصناعية، ط1، منشورات صادر الحقوقية، 2006، ص.62.

³ - حسب المادة 108 من الأمر 05-03 فإن فناني الأداء هم كل فنان يؤدي أعمال فنية أو عازف كالممثل والمغني والموسيقي والراقص أو أي شخص آخر يمارس التمثيل أو الغناء أو الإرشاد أو العزف أو التلاوة أو يقوم بأي شكل من الأشكال بأدوار مصنفات فكرية أو مصنفات من التراث الثقافي التقليدي.

⁴ - عرفت المادة 113 من الأمر 05-03 منتجو التسجيلات السمعية أو السمعية البصرية واعتبرتهم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتولون تحت مسؤوليتهم التثبيت الأولي للأصوات المنبعثة من تنفيذ أداء مصنف أدبي أو فني أو مصنف من التراث الثقافي.

⁵ - عرفت المادة 115 من الأمر 05-03 منتجو التسجيلات السمعية البصرية بأنهم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتولون تحت مسؤوليتهم التثبيت الأولي بصورة مركبة مصحوبة بأصوات أو غير مصحوبة بها تعطي رؤيتها إنطباعا بالحياة أو الحركة.

⁶ - عرف المشرع هيئات البث السمعي أو السمعي البصري بموجب المادة 117 بأنها الكيان الذي يثبت بأي أسلوب من أساليب النقل اللاسلكي إشارات تحمل أصوات أو يوزعها بواسطة سلك أو ليف بصري أو كابل آخر بغرض استقبال برامج تثبت إلى الجمهور.

⁷ - فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص.181.

1- المبتكرات الموضوعية:

تعد المبتكرات الموضوعية مبتكرات جديدة ذلت قيمة نفعية، ذلك أنها تنطوي على ابتكار منتجات معينة ينتفع بها المجتمع، وتغير من ظروف حياته الاجتماعية والاقتصادية وهي نوعين براءة الاختراع والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

■ **براءة الاختراع:** يراد ببراءة الاختراع الشهادة التي تمنح للمخترع نظير اختراعه، والتي تتيح له حق احتكار هذا الاختراع ماديا لمدة محددة وبشروط معينة.¹ تمنح براءة الاختراع عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي، سواء كان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية معروفة، وهي لا تمنح إلا إذا توفرت شروطها المحددة قانونا،² والتي عالجها المشرع الجزائري بموجب الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع.³ تتيح الشهادة التي تمنح للمخترع تمكينه من استغلال اختراعه ماليا والاستئثار به دون غيره، والاحتجاج به في مواجهة كافة الناس.⁴

■ **التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة:** تعد التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة أو ما تعرف بالرسومات الطوبوغرافية ابتكار حديث نسبيا، وهي من أهم الابتكارات التي شهدتها القرن العشرين، وهي من المبتكرات الجديدة النفعية التي ترد على ابتكار في الموضوع، وتنطوي على صناعة منتجات معينة أو استعمال طرق صناعية مبتكرة من الناحية الموضوعية.⁵ التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة هي عبارة عن منتج نهائي أو وسيط يتضمن عناصر يكون على الأقل أحدها نشيطا لا خاملا، وتكون هذه العناصر في مجموعها بالإضافة إلى بعض الوصلات كيانا ووجودا مستقلا يسمح بتحقيق وظيفة إلكترونية معينة. لأهمية هذا من النوع الابتكارات عمد المشرع الجزائري إلى تنظيمها بموجب الأمر 03-08⁶ والذي نظم مختلف أحكامها مبينا تعريفها محددًا شروطها.⁷

¹ - سمير جميل الفتلاوي، المجمع السابق، ص.35.
² - يستلزم لحصول الاختراع على البراءة توفر شروط تتمثل في وجود الاختراع، الجدة، قابلية الاختراع للتطبيق الصناعي، احترام النظام العام والآداب العامة. لتفاصيل أكثر يراجع، نائل المحسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص.113 وما يليها.
³ - أمر 03-07 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر، ع. 44، صادرة بتاريخ 32 يوليو سنة 2003.
⁴ - محمد فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.48.
⁵ - بوبكر نبيه، مفهوم التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وفقا للتشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، والسياسية، مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى الفارس، المدية، ع.4، مارس 2018، ص.162.
⁶ - المادة 2 من الأمر 03-08 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج.ر، ع.44، صادرة بتاريخ 23 يوليو سنة 2003.
⁷ - يشترط المشرع بموجب المادة 03 من الأمر 03-08 لتوفير الحماية القانونية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة أن يكون التصميم جديدا، أصليا ويكون كذلك إذا كان ثمرة مجهود فكري لمبتكره، ولم يكن متداولًا لدى مبتكري التصاميم الشكلية وصانعي الدوائر المتكاملة.

2-الابتكارات الشكلية:

الابتكارات الشكلية هي ابتكارات ذات قيمة جمالية فنية عاجها المشرع بموجب الأمر 66-86¹ وخصها بإصطلاح الرسوم والنماذج الصناعية ولأهميتهما يتم التعرض لهما تباعاً.

■ **الرسم:** يعرف الرسم بأنه كل تركيب للخطوط يمنح السلعة طابعاً مميزاً عن مثيلاتها ملونا كان أو غير ملون لاستخدامه في الإنتاج الصناعي، وذلك بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة لتنفيذه، يدوية، آلية أو كيميائية، وقد تعرض المشرع الجزائري له بموجب الأمر 66-86.

يساهم الرسم في تمييز السلعة عن مثيلاتها من خلال الخطوط التي توضع على سطحها، والتي قد تتخذ مظهر منظر طبيعي، حيواني، أو أي شيء آخر سواء كان المظهر حقيقياً، خيالياً، طريفاً ملونا أو لا ، وهو ما يبرز مثلاً في السجادة، الزرابي... تتوقف حماية الرسم على إتمام إجراءات الإيداع والتسجيل والنشر إضافة لتوافر الشروط الموضوعية المقررة لها منها الجودة والابتكار، قابلية الإستغلال الصناعي، عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.²

■ **النموذج الصناعي:** النموذج الصناعي هو كل شكل مجسم للسلعة يعطيها طابعاً مميزاً جَمِلاً لاستخدامه في الإنتاج الصناعي.³

يساعد النموذج الصناعي في تمييز السلعة عن غيرها بالرجوع لشكلها أو مظهرها الخارجي، وهو ما يتضح جلياً في الهيكل الخارجي للسيارات، زجاجات العطور... يشترط لحماية النموذج توفر ذات الشروط السالف ذكرها بالنسبة للرسم.

ثانياً-الشارات المميزة:

تعد الشارات المميزة وسيلة لتمييز المنتجات أو المنشآت عن مثيلاتها، وتستخدم العلامة لتمييز المنتجات، في حين يستخدم الاسم التجاري لتمييز المنشآت.

■ **العلامة:** العلامة هي كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.⁴

¹ - أمر رقم 66-86 مؤرخ في 7 محرم عام 1386 الموافق 28 أبريل سنة 1966، يتعلق بالرسم والنماذج، المعدل والمتمم، ج.ر، صادرة بتاريخ 12 محرم 1386.

² - علي نديم الحمصي، الملكية الصناعية والتجارية، دراسة مقارنة، مجدالمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص.269.

³ - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985، ص.188.

⁴ - صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص.254؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.189.

ومنه يمكن القول أن العلامة هي سمة مميزة يستعملها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة لتمييز سلعته أو منتجاته أو خدماته عن غيرها من مثيلاتها المنافسة لها.

لأهمية العلامة فقد عالجها المشرع الجزائري وبين أحكامها بموجب الأمر 06-03 وحدد شروطها الشكلية المتمثلة في إيداع الطلب، التسجيل والنشر وكذا شروطها الموضوعية المتمثلة في الصفة المميزة للعلامة، الجودة، المشروعية.

■ **الاسم التجاري:** يستخدم الاسم التجاري لتمييز المنشآت التجارية عن ممثليها، هو إشارة مميزة يتم من خلالها تمييز محل تجاري عن غيره من المحلات التجارية الأخرى المشابهة، واستعماله وجوبي على التاجر.¹

يعد الاسم التجاري عنصرا من عناصر الذمة المالية وهو قابل للتداول. ويجدر الإشارة أن هناك إختلاف بين الاسم التجاري والعنوان التجاري، ذلك أن الأول يستعمله التاجر عند ممارسته لنشاطه التجاري، ويتيح له تمييز محله عن غيره من المحلات المماثلة، في حين أن الثاني ينصرف لتسمية التاجر أو الشركة، وهو يتخذ لتمييزه عن غيره.²

¹- لتفاصيل أكثر يراجع، حواش فتيحة، حماية العلامة ائتجارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد السادس، العدد 1، مارس 2021، ص.504 وما يليها؛ طارق بوتيرة، العلامة التجارية ومتطلبات حمايتها، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع.06، جوان 2019، ص.59. وما يليها.

Geam pierre Helfer , Jacques Orsoni, Marketing, Vuibert, 6eme, Paris, 2000, p.223..

²- المادة 78 من التقنين التجاري.

الباب الثاني

أركان الحق ومصادره

الباب الثاني: أركان الحق ومصادره

إنطلاقاً من تعريف الحق، يتضح أن له ركنين، ويراد بالركن الأمور التي لا بد من توافرها ليقوم الحق أو يوجد بحيث يترتب على وجوده الوجود وعلى انعدامه العدم، ويشمل الركنين حسب تعريف الحق بأنه استثناء بقيمة معينة يقره القانون لشخص معين، كل من أشخاص الحق، وهم من يثبت لهم الاستثناء وركن آخر هو محل الحق أي ما يرد عليه الاستثناء، هذا وقد أضاف البعض لأركان الحق مصدره أي السبب المنشئ له على أساس أن الحق لن يوجد إلا عن طريق مصدر ينشئه، وهو أمر غير متفق عليه، ذلك أن المصدر يسبق الحق في وجوده، كما أن الحق إذا نشأ انفصل عن مصدره، وعليه سيتم التطرق لأركان الحق (الفصل الأول)، ولمصادر الحق (الفصل الثاني).

الفصل الأول: أركان الحق

لقد سبق الذكر أن غالبية الفقه تتفق على وجود مصدرين للحق هما أشخاص الحق أي من يثبت له الاستثناء ومحل الحق أي ما يرد عليه الاستثناء ولأهميتهما سيتم التطرق لهما على التتابع بحيث يتم التعرض لأشخاص الحق (المبحث الأول)، ولمحل الحق (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أشخاص الحق

يعد شخص الحق أحد أهم أركان الحق، بل هو عموده الفقري، فمن غير المتوقع وجود حق من فراغ، فلا بد أن يكون لكل حق صاحب¹، وشخص الحق هو من يثبت له الحق، أي من يثبت له الاستثناء أو تتقرر له سلطة الاقتضاء، وهو يبرز في شتى أنواع الحقوق، غير أنه يختلف من حق لآخر، بحيث يقتصر على شخص واحد في كلا من الحقين العيني والمعنوي، ويطلق عليه في هذه الحالة الطرف الإيجابي للحق، في حين أنه يشمل في الحق الشخصي طرفين اثنين هما صاحب الحق، والملتزم بموضوع الحق.

هذا ويجدر الذكر أن لفظ الشخص ينصرف في حقل العلوم الاجتماعية والطبيعية للدلالة على الإنسان، أي الكائن البشري أو الفرد، ذلك أنه لا يمكن ربط فكرة الشخصية بفكرة أخرى غير فكرة الأدمية، أما في المجال القانوني فيراد بالشخص كل من يتمتع بالشخصية القانونية، أي كل كائن تثبت له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات²، ذلك أن الشخصية القانونية يراد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، أو هي: "القابلية لأن يكون الشخص صاحب حق أو محمل بالالتزامات".

¹ - أحمد علي عبد الله، الشخصية القانونية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط2، الخرطوم، 2016، ص.25.
² - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص.209؛ إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المهنية، دار المعارف، القاهرة، 1980، ص.29.

إن هذه الصلاحية لا تقتصر على الأشخاص الطبيعية بل تتعداها لتشمل فئة جديدة أفرزتها الضرورات العملية يطلق عليها الأشخاص الاعتبارية، ومرد هذا القيمة الاجتماعية التي تعد مناط الشخصية القانونية، والتي يترتب عليها اعتبار كل كائن يلعب دورا فعالا في تحقيق غاية القانون أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

ولئن كان الفقه القانوني منذ القرن 18 يتحدث عن وجود هذين الشخصين، إلا أن الفقه الحديث يسعى إلى إضافة شخص جديد للحق أفرزته الثورة الصناعية الرابعة، وهو أنظمة الذكاء الاصطناعي ذي التعلم العميق.

إن أهمية موضوع أشخاص الحق يقتضي التعرض له بالتطرق لكل من الشخص الطبيعي (المطلب الأول)، والشخص الاعتباري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشخص الطبيعي

يقتضي التعرض للشخص الطبيعي باعتباره شخصا للحق أو صاحبا له التعرض لوجوده القانوني من حيث تحديد المدى الزمني للشخصية القانونية وخصائصها من جهة (الفرع الأول)، والتعرض لقدرته على إكتساب الحقوق مباشرة التصرفات القانونية من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المدى الزمني للشخصية القانونية الانسانية وخصائصها

يتم في هذا النطاق التعرض للمدى الزمني للشخصية القانونية بتحديد بدايتها ونهايتها (أولا)، على أن يتم بعدها التعرض لخصائصها (ثانيا).

أولا- بداية الشخصية القانونية الانسانية ونهايتها:

يقتضي تحديد الشخصية القانونية للإنسان التعرض لبدايتها (1) ثم لنهايتها (2).

1- بداية الشخصية القانونية للإنسان:

يتمتع الإنسان باعتباره كائن صالح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات بالشخصية القانونية، وتتقرر له هذه الأخيرة كأصل عام منذ ولادته ولا تنتهي إلا بوفاته، إلا أنه واستثناء من الأصل العام تقتضي بعض الاعتبارات بدء الشخصية القانونية للإنسان قبل الولادة وانقضائها دون التيقن والتأكد من الموت الحقيقي.

أ- القاعدة العامة في بداية الشخصية القانونية اليقينية للإنسان:

يقر المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات ثبوت الشخصية القانونية للإنسان بمجرد ولادته حيا، وهو ما أكدت عليه المادة 25 من التقنين المدني.

بهذا يلاحظ أن المشرع الجزائري يشترط لثبوت الشخصية القانونية للإنسان تحقق شرطين؛ أولهما تمام الولادة، وثانيهما تحقق الحياة عند تمام الولادة.

- **تمام الولادة:** يراد بهذا الشرط خروج الجنين وانفصاله عن أمه انفصالا تاما، بحيث لا يكفي لثبوت الشخصية القانونية له خروج جزء منه دون الآخر ولو كان الجزء الأكبر.
- **تحقق الحياة عند الولادة:** لا يشترط لثبوت الشخصية القانونية تحقق الشرط الأول فحسب، بل لابد من تحقق الحياة فعلا عند تمام الانفصال ولو لم يستجمع عند الولادة كافة المقومات العضوية له، أي الأعضاء الأساسية للبقاء على قيد الحياة، ذلك أن المشرع الجزائري¹، وبخلاف المشرع الفرنسي لم يستلزم لثبوت الشخصية القانونية شرط القابلية للحياة VIABLE.

هذا ويجدر الإشارة أن التحقق من حياة المولود يتم من خلال الاستهداء بمجموعة من العلامات الظاهرة، وذلك حسب ما تقرره المادة 134 من تقنين الأسرة والتي تعتبر المولود حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة، ومن هذه العلامات الصراخ، الحركة، التنفس، البكاء...، على أنه وفي حال ما لم تتحقق أي من هذه العلامات، فإنه يتم الاستهداء بأهل الخبرة. نظرا لأن الميلاد واقعة مادية، فإنه يتم اثباتها بمختلف الطرق بما فيها شهادة الشهود، بيد أنه ولأهمية الآثار القانونية المترتبة عليها فقد حدد المشرع الجزائري في المادة 26 من التقنين المدني طرقا خاصة للإثبات، بحيث فرض قيد المواليد في سجلات رسمية معدة لذلك يشرف عليها ويمسكها مصالح الحالة المدنية، وتعد هذه السجلات وسيلة للإثبات، غير أنه ومع ذلك فهي لا تحوز القوة المطلقة في الإثبات، إذ يجوز في حالة عدم وجودها أو عدم صحة البيانات الواردة بها الإثبات بأية طريقة أخرى.

ب- وضع خاص في بداية الشخصية القانونية:

لقد أورد المشرع الجزائري فقرة ثانية في نص المادة 25 من التقنين المدني، وقرر فيها تمتع الجنين متى ولد حيا بالحقوق التي يحددها له القانون، ولهذا السبب اختلف الفقه بخصوص تمتع الجنين بالشخصية القانونية من عدمه، وقد وردت في ذلك العديد من الآاء الفقهية وتباينت بخصوص مركز أو وضع الجنين (الحمل المستكن)؛ بحيث يرى جانب من الفقه منح الجنين شخصية قانونية محدودة وناقصة²، بسبب عدم ثبوت كل الحقوق له وقصورها على طائفة دون سواها، في حين يرى جانب آخر أن للجنين قبل الولادة وخروجا عن الأصل العام شخصية قانونية ولكنها غير ثابتة لتوقف استقرارها على شرط ولادته حيا³.

¹ - تبنى المشرع الجزائري في تحديد لحظة الحياة مذهب الائمة الثلاث (مالك الشافعي والحنبلي)، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 134 من تقنين الأسرة والمادة 25 من التقنين المدني، وهو بذلك يخالف رأي المذهب الحنفي.

² - اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص.218.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.188.



هذا و يرى جانب آخر أن للجنين منذ تكوينه وقبل ولادته شخصية قانونية احتمالية، تثبت وتصبح يقينية مؤكدة بتمام ولادته حيا¹، في حين يرى جانب آخر أن المشرع خص الجنين بوضع استثنائي لا يراد به منحه الشخصية القانونية وهو ما يستشف من العبارة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 25 من التقنين المدني، والتي تستهل بعبارة على أن الجنين، وهي عبارة لا يراد بها تطبيق المبدأ العام على وضع الجنين، وافترض هذا يقتضي صياغة نص المادة كما يلي : غير أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية بشرط أن يولد حيا، وعليه فإنه وحسب هذا الاتجاه الفقهي يتقرر للجنين وضع خاص ينجم عنه تمتعه بالحقوق التي نشأت له قبل الولادة.

رغم التعارض الفقهي الوارد بشأن تعبير الفقرة الثانية من المادة 25 من التقنين المدني في شقه المتعلق بتمتع الجنين بالشخصية القانونية من عدمه، إلا أن الإشكال لا يثور حينما يتعلق الأمر بالحقوق التي يتمتع بها متى ولد حيا، والتي تشمل كل من:

- **الحق في ثبوت النسب:** من المقرر قانونا أن الجنين إذا ولد حيا ثبت نسبه لأبيه، متى توفرت الشروط الأخرى المتعلقة بشرعية الزواج وقانونيته، مع إمكانية الاتصال، وعدم نفي الزوج له بالطرق المشروعة قانونا، على أن يكون الطفل قد ولد ما بين أدنى فترة الحمل وهي ستة أشهر وأقصاها وهي عشرة أشهر.
- **الحق في الارث:** إن من الحقوق التي يعترف بها القانون للجنين الحق في الارث، وهو ما يتضح من نص المادة 128 من تقنين الأسرة التي تحدد شروط استحقاق الارث، والتي يندرج ضمنها ضرورة أن يكون الحمل حيا وقت افتتاح التركة، وينجم عن ذلك حسب المادة 173 من ذات التقنين وقف أكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، على أن يوقف الكل إذا كان يحجبهم حجب حرمان، ولا تقسم التركة إلى أن تضع المرأة مولودها.
- **الحق في الوصية :** يؤكد المشرع الجزائري في المادة 187 من تقنين الأسرة أن للجنين الحق في الوصية متى ولد حيا، فإن ولد تواءم استحقاقها بالتساوي ولو اختلف الجنس، على أنه وفي حالة ما إذا ولد ميتا رجع المال الوصي به الى ورثة الموصي، وقسم بينهم كل حسب نصيبه، أما اذا ولد الموصى له حيا ثم توفي دخل المال في تركته وزرع بين ورثته.
- **الحق في الهبة:** يخول المشرع الجزائري للجنين الحق في الهبة بشرط أن يولد حيا، ولكن مع هذا يجدر الذكر أن هذا الحق يثير اشكالا بسبب اندراجه ضمن الحقوق التي تحتاج الى قبول من طرف مكتسبها، وفقا لنص المادة 206 من تقنين الاسرة والتي تستلزم لانعقاد الهبة تلاقي ارادتي الواهب والموهوب له، وهو في هذه الحالة جنين أي حمل مستكن غير

¹ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 288.



قابل للتعبير عن ارادته، لذلك يرى جانب من الفقه عدم إمكانية الاعتراق بالحق في الهبة للجنين، في حين يرى جانب آخر تمتعه بها بسبب إمكانية قبول الوصي عنه للهبة.

2- نهاية الشخصية القانونية للإنسان:

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان حسب المادة 25 من التقنين المدني بموته، والذي قد يكون حقيقيا (أ)، وقد يكون حكما (ب).

أ- نهاية الشخصية القانونية للإنسان بالموت الحقيقي:

يقتضي التعرض لنهاية الشخصية القانونية للإنسان لبيان لحظة نهايتها والآثار المترتبة عليها.

■ **لحظة نهاية الشخصية القانونية للإنسان:** يعد الموت النهاية العادية للشخصية القانونية للإنسان، والمراد بالموت في هذه الحالة الموت الحقيقي الذي يثبت على وجه اليقين والتأكيد والذي يعرف بالموت الطبيعي.

رغم أهمية الآثار المترتبة على الوفاة في شتى المجالات بما فيها المجال القانوني، إلا أن المشرع الجزائري، وبخلاف المشرع الفرنسي² لم يحدد لحظة الوفاة، وترك ذلك لأهل الاختصاص، وظهر في ذلك اتجاهين؛ أحدهما يستند في تحديدها إلى توقف القلب عن العمل والرئتان عن التنفس، في حين يستند الثاني وهو الأكثر صوابا إلى عمل الدماغ، فيعتبر الإنسان ميتا إذا توقف جذع الدماغ عن العمل.

هذا ويتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد المعيار الذي يتم على أساسه تجاوز مشكلة موت المعية، بل اكتفى بالنص على حرمان كل منهم من تركة الآخر وافترض وفاته في ذات اللحظة.

نظرا لما للوفاة من أهمية بالغة في المجال القانوني، فقد عني بها المشرع الجزائري وقرر بمقتضى المادة 26 من التقنين المدني اثباتها في السجلات المعدة لذلك، بحيث يتم تدوين واقعة الوفاة في تلك السجلات وفقا لنص المادة 79 من قانون الحالة المدنية³، بعد اتباع مجموعة من المراحل بدءا بمعاينة الوفاة إلى التصريح بها لضابط الحالة المدنية.

إذ وبخصوص المعاينة، يلاحظ أن المشرع الجزائري استلزم بمقتضى المادة 78 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية معاينة الموت من طرف طبيب يحضر على إثر ذلك شهادة الوفاة، على أنه وفي حالة الوفاة الطبيعية الناجمة عن جريمة فإنه لا يمكن دفن الجثة إلا بعد مباشرة إجراءات التحقيق من طرف ضابط الشرطة القضائية، ليتم على إثر ذلك الترخيص بالدفن.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 294.

² - حدد المشرع الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم 96-1014 الصادر في 2 ديسمبر 1996 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية المعايير التي يتم من خلالها تحديد لحظة الوفاة، وتشمل كل من غياب الوعي، توقف المخ عن أداء وظيفته وعدم وجود أي رد فعل عصبي. مأخوذ من، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 311.

³ - الأمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم، ج. ر. ع. 21، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 1970.



بعد معاينة الوفاة ينبغي التصريح بها لدى ضابط الحالة المدنية التابع لبلدية مكان الوفاة، ويتم ذلك من طرف أقارب المتوفي، الأشخاص اللذين حصلت الوفاة عندهم، أو أي شخص لديه معلومات المتوفي، وذلك خلال أربعة وعشرين ساعة من الوقت الذي حصلت فيه كأصل عام، ليقوم على إثر ذلك بتسجيلها في السجلات المعدة لذلك، وتحرير شهادة الوفاة المتعلقة بها.

هذا ويجدر الذكر أن الوفاة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، بحيث لا يكون للقيد في السجلات المعدة لذلك ولا لشهادة الوفاة حجية مطلقة في الإثبات، ومنه يمكن لكل ذي مصلحة في حالة عدم صحة البيانات الواردة بهما، أو في حالة عدم وجود هذه السجلات إثبات عكس ما ورد بهما من خلال تقديمه لدليل آخر من أدلة الإثبات.

■ **الآثار المترتبة على الوفاة الحقيقية:** يترتب على وفاة الإنسان زوال الشخصية القانونية له، وانتهاء صلاحيته لأن يكون صاحب حق أو محملا بواجب، وهو الأمر الذي يستلزم تحديد الآثار المترتبة على الوفاة الحقيقية، وذلك من خلال التمييز بين الحقوق غير المالية والحقوق المالية.

✓ **أثر الوفاة الحقيقية على الحقوق غير المالية:** يترتب على وفاة الإنسان زوال الحقوق غير المالية، وعدم انتقالها بالميراث إلى ورثته.¹

✓ **أثر الوفاة الحقيقية على الحقوق المالية:** ينبغي في هذا المجال التمييز بين نوعين من الحقوق المالية، وهي الحقوق التي ترتبط بشخصية صاحبها، بحيث يكون فيها الشخص محل اعتبار شخصي كحق الانتفاع، الاستعمال، السكن، والالتزام بالقيام بعمل معين يتطلب التمتع بموهبة خاصة، فهذه الحقوق والالتزامات تنقضي بوفاة صاحبها وانتهاء شخصيته ولا تنتقل بالوفاة إلى الورثة.

أما الحقوق والالتزامات المالية التي لا ترتبط بشخصية صاحبها، كحق الملكية، والالتزام بتسديد مبلغ من المال على سبيل الوفاء بالدين فلا تنقضي بوفاة صاحبها بل تظل قائمة، وقد اختلف الفقه بشأن سداد هذا النوع من الحقوق، فظهر في ذلك اتجاهين؛ اتجاه ينادي بامتداد شخصية الميت امتداد اعتباريا على سبيل الاستثناء إلى غاية سداد ديونه، ومفاد هذا الرأي احتفاظ الميت بشخصيته نتيجة لوجود ديون ووصايا متعلقة بتركته وتظل هذه الشخصية قائمة إلى غاية أن تسدد ديونه وتنفذ وصابه، وهذا كله بغية حماية دائني التركة من متابعة ورثة المتوفي من جهة، وحماية الورثة ذاتهم من الالتزام بديون مورثهم، إذا زادت على حقوق التركة من جهة أخرى.²

¹ - يراجع في ذلك، هذه المطبوعة ص. 29.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 310.



أما الاتجاه الثاني وهو الراجح فقها فيرى أن الشخصية القانونية للإنسان تنتهي بوفاة وتنتقل التركة إلى الورثة مثقلة بالديون، إلا أنها لا تقسم عليهم وفقا لنص المادة 180 من تقنين الأسرة إلا بعد تحصيل مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، دفع الديون الثابتة في ذمة المتوفي، وسداد الوصايا.

لا شك أن منطلق هذا الاتجاه الفقهي يكمن في تكريس حماية دائني المورث من جهة، كما يحقق من جهة أخرى حماية الورثة من حيث عدم التزامهم بدفع الديون التي كانت على مورثهم إلا في حدود ما آل اليهم من أموال، فلا يسأل بذلك الوارث شخصا عن ديون المتوفي، بل تنحصر مسؤوليته فيما تلقاه من أموال مورثه.

ب- نهاية الشخصية القانونية للإنسان بالموت الحكمي:

إذا كانت الشخصية القانونية للإنسان تنتهي بالوفاة الطبيعية كأصل عام وهي وفاة يقينية مؤكدة، فإنها تنتهي كذلك بالوفاة الحكيمة وهي وفاة غير يقينية وغير مؤكدة تخص المفقود وتتم بموجب حكم قضائي.

لأهمية هذا الموضوع وارتباطه بالمفقود من جهة، وبالحكم القضائي من جهة أخرى فإنه ينبغي التعرض للمقصود بالمفقود، ولمركزه بعد صدور الحكم القضائي بالفقدان وكذا الموت .

■ **مفهوم المفقود:** ينبغي لتحديد مفهوم المفقود التعرض لتعريفه من جهة والشروط الواجب توفرها لاعتبار الشخص مفقودا من جهة أخرى.

✓ **المقصود بالمفقود:** يعرف المفقود بأنه الشخص الذي يغيب غيبة طويلة منقطعة فلا يعرف حياته من وفاته،¹ ، أو هو شخص اختفى ولم يظهر منذ وقت ما فانقطعت أخباره وأصبح مكان وجوده مجهولا ولا تعرف حياته من وفاته.

لقد تعرض المشرع الجزائري في المادة 109 من تقنين الأسرة للمفقود واعتبره الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعد مفقودا إلا بحكم.

انطلاقا من التعاريف السابقة، يلاحظ أنها تستند في تحديد المقصود بالمفقود على الغائب، والذي يراد به ذلك الشخص الذي تكون حياته معلومة، لكن ليس له محل إقامة أو موطن معروف، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج البلاد، ولكنه غائب عن موطنه الأصلي وتعدر عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو بواسطة غيره مدة سنة على الأقل، وترتب على ذلك تعطل مصالحه ومصالح غيره.

¹ - جميل الشراقي، المرجع السابق، ص. 74.

هذا وقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 110 من تقنين الأسرة واعتبره الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير.

بهذا يلاحظ أن هناك اختلافا بين الغائب والمفقود، بحيث تكون حياة الغائب محققة في حين تكون حياة المفقود غير محققة لغلبة الهلاك عليها، وعليه فكرة الغياب أوسع نطاقا من فكرة الفقدان، بحيث أن كل مفقود يعد غائبا، ولكن ليس كل غائب يعد مفقودا.¹

استنادا لما تقدم، لا يؤثر الغياب على شخصية صاحبه طالما أن حياته كانت مؤكدة، ولكنه بسبب إمكانية تعرض مصالح الغائب للخطر خول المشرع الجزائري لذوي الشأن تقديم طلب إلى المحكمة لتعيين وكيل لإدارة شؤونه خلال فترة غيابه، على أن تعمل المحكمة على تثبيت الوكيل في حالة ما إذا كان الغائب قد حدده قبل غيابه.

رغم الفرق الواضح بين كل من المفقود والغائب ساوى المشرع بينهما في نص المادة 110 من تقنين الأسرة حينما اعتبر الغائب كالمفقود، وقد اختلف الفقه بهذا الشأن، إذ بينما يرى جانب من الفقه² سلامة ما أخذ به المشرع في معالجته لهذه الأوضاع عن طريق الموت الحكمي، وضرورة عدم استمرارية شخصية كل منهما إلى ما لا نهاية، يرى جانب آخر³ عدم إمكانية معاملة الغائب بذات معاملة المفقود، وذلك بسبب التيقن من حياة الأول، واحتمالية الهلاك بالنسبة للثاني. وأن تحقيق الحماية للغائب يكمن في تعيين وكيل يتولى إدارة شؤونه دون مساواته بالمفقود، وتجاوز الوضع يكون من خلال حذف العبارة التي أثارت الإشكال والتي قضت باعتبار الغائب كالمفقود، مع إضافة فقرة جديدة يمنح فيها للقاضي سلطة تثبيت الوكيل الذي تركه الغائب أو تعيين وكيل في حالة ما إذا لم يحدد الغائب وكيل قبل غيابه.⁴

✓ **شروط اعتبار الشخص مفقودا:** ينبغي لاعتبار الشخص مفقودا تحقق أربعة شروط، تكمن هذه الأخيرة في: الغياب، عدم التيقن من حياة الغائب، إنقضاء أجل السنة على انقطاع الأخبار، وصدور الحكم باعتبار من انقطعت أخباره مفقودا.

❖ **غياب الشخص:** لقد سبق الذكر أن المشرع الجزائري اعتبر في المادة 109 من تقنين الأسرة المفقود غائبا، وعليه يعد شرط الغياب أول ما ينبغي تحقيقه، ويعد غائبا الشخص الذي لا يكون له محل إقامة أو موطن معروف، أو يكون له موطن أو محل إقامة معلوم

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.320.

² - علي فيلال، المرجع السابق، ص.198.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.325.

⁴ - نفس المرجع، ص.325.

خارج البلاد ويستحيل عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل ينوب عنه مما ينجر عنه تعطل مصالحه ومصالح غيره.

❖ **عدم اليقين من حياة الغائب:** ينبغي لاعتبار الشخص مفقودا انقطاع أخباره وعدم معرفة حياته من وفاته.

❖ **انقضاء أجل سنة على الأقل من انقطاع أخبار الغائب:** لم يحدد المشرع الجزائري في تقنين الأسرة المدة التي ينبغي مضيها لإصدار حكم بفقدان الشخص، إلا أنه وبالرجوع لنص المادة 109 منه، والتي اعتبرت المفقود هو الغائب، فإنه يمكن تحديد المدة بالرجوع لنص المادة 110 من ذات التقنين والتي عرفت الغائب واستلزمت عدم قدرته على إدارة أموره بنفسه أو بواسطة مدة سنة على الأقل، ومنه بربط هاتين المادتين ينبغي مدة سنة على الأقل من انقطاع أخبار الغائب لاعتباره مفقودا متى توفرت الشروط المتبقية.

❖ **صدور حكم الفقدان:** ينبغي لاعتبار الغائب مفقودا صدور حكم قضائي يعتبره كذلك، فغياب الشخص وانقطاع أخباره غير كاف لاعتباره مفقودا.

هذا والجدير بالذكر أن صدور حكم الفقدان يكون بناء على طلب من ورثة المعني بالأمر، النيابة العامة، وكل شخص له مصلحة في ذلك،¹ وبما أن انقطاع أخبار المعني بالأمر واقعة مادية، فيكون بإمكانهم اثباتها بكافة طرق الإثبات، ويترتب على التحقق من ذلك إصدار القاضي حكما بالفقدان، ويعد الشخص على إثره مفقودا منذ ذلك التاريخ، لا من تاريخ انقطاع أخباره المحدد في الحكم القضائي، ذلك أن حكم الفقدان حكم منشئ لحالة جديدة لا مقرر أو كاشف.

✓ **مركز المفقود بعد صدور الحكم القضائي بالفقدان وكذا الموت:**

✓ **الآثار المترتبة بعد صدور حكم الفقدان:** إن صدور حكم الفقدان لا يؤثر على الشخصية القانونية للمفقود، التي تظل قائمة طيلة الفترة الممتدة من صدور حكم الفقدان إلى غاية صدور حكم الوفاة، ومنه يظل المفقود بعد صدور حكم الفقدان حيا، ويبرز هذا بصورة جلية وواضحة بالنسبة للآثار المترتبة سواء في معاملاته المالية، أو في علاقته مع زوجته وأولاده.

• **أثر صدور حكم الفقدان على المعاملات المالية للمفقود:** يتم تحديد هذه الآثار بالرجوع

إلى أحكام تقنين الأسرة الذي يعتبر المفقود حيا، وهو ما ينجر عنه:

• **احتفاظه بأمواله، فلا تقسم تركته على ورثته بل يظل مالكا لها، وذلك وفقا لأحكام المادة 115 من ذات التقنين، غير أنه وبسبب عدم قدرته على مباشرة أمواله بنفسه، فإن المحكمة**

¹ - المادة 114 من الأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

وبناء على طلب الورثة، النيابة العامة، ذوي المصلحة، تعيين مقدم أو قيم لإدارة أموالهفي حكم الفقد.

● احتفاظه بصفته كوارث وحصوله على نصيبه من الإرث في تركة مورثه الذي توفي بعد صدور الحكم بفقده، وقبل صدور الحكم بموته، وذلك انطلاقا من نص المادة 133 من تقنين الأسرة..

● جواز الإيصاء والهبة له من الغير، ولكن نظرا لأن الهبة تستلزم قبول الموهوب لهفإن المشرع ورغبة منه في تجاوز الاشكال اعتد في المادة 111 من تقنين الأسرة بالقبول الصادر من المقدم المعين من القاضي في حكم الفقدان وخول له استلام ما يستحقه المفقود من تبرع.

هذا عن حقوقه، أما بالنسبة لالتزاماته، فنظرا لأنه ما يزال على قيد الحياة، فتظل هذه الأخيرة ملقاة على عاتقه ويكون من ثم ملزما بـ:

● أداء النفقة المقررة عليه لصالح زوجته وأولاده.

● الالتزامات الناشئة عن إدارة أمواله وتسييرها، ويتوجب على المقدم الذي تعينه المحكمة وفقا لنص المادة 111 من تقنين الأسرة تنفيذ الالتزامات الناشئة.

✓ الآثار المترتبة على صدور حكم الفقد بالنسبة لزوجته: يندرج ضمن الآثار المترتبة على صدور حكم الفقدان بالنسبة لزوجته بقاء زوجته في عصمته، ولا يكون لها إلا طلب التطليق وفقا لنص المادتين 53 و 112 من تقنين الأسرة، ولا يكون مرد التطليق الفقدان، بل الضرر اللاحق بالزوجة جراء غياب الزوج عنها بدون عذر.

● مركز المفقود بعد صدور الحكم بموته: نظرا لمعاملة المفقود بعد صدور حكم الفقدان معاملة الشخص الذي ما يزال على قيد الحياة، وبسبب الآثار التي تترتب خلال هذه المرحلة، وما تسببه هذه الأخيرة من أضرار فإنه لا بد من وضع حل نهائي لوضعية المفقود يتمثل في صدور الحكم بموته بعد مضي مدة من الزمن لتترب آثار أخرى غير تلك التي كانت محققة وقت صدور حكم الفقدان، هذا وقد يطرح أمر عودته حيا بعد صدور حكم وفاته.

● وقت صدور الحكم بموت المفقود: يختلف الوقت الذي ينبغي مراعاته لصدور الحكم بموت المفقود، وذلك حسب الحالة التي تم فيها الفقدان، وما إذا كانت تندرج ضمن الحالات العادية أو الحالات الخطرة.

- **حالات الفقدان العادية:** يقصد بالحالات العادية الحالات التي يغلب فيها سلامة المفقود وترجح حياته على وفاته نظرا للظروف التي فقد فيها ويندرج ضمن هذه الحالات انقطاع أخبار الشخص الذي سافر طلبا للعلم أو لممارسة التجارة أو السياحة أو العمل وعدم عودته.

عالج المشرع الجزائري هذه الحالات بمقتضى المادة 113 من تقنين الأسرة، فحول لورثة المفقود أو من له مصلحة طلب إصدار الحكم بوفاته واستلزم لذلك تحقق شرطين هما:

- مضي مدة أربعة سنوات بعد صدور حكم الفقدان، وتعد هذه المدة الحد الأدنى الذي لا يمكن للقضاء النزول عنه.

- مضي مدة مناسبة بعد مرور السنوات الأربع السابقة، على أن يظل تحديد المدة الجديدة خاضعا لتقدير القضاء الذي يتوجب عليه في ذلك مراعاة الظروف والملابسات التي اختفى المفقود فيها، ويكون الغرض من إضافة هذه المدة تمكين القضاء من إجراء التحريات اللازمة للتحقق من وفاة المفقود.

- **حالات الفقدان الخطرة:** يراد بحالات الفقدان الخطرة اختفاء الشخص في ظل ظروف يغلب عليها الهلاك، بحيث يتم ترجيح وفاته على حياته، ومن ذلك مثلا فقدان الشخص في الحروب الاستثنائية، الكوارث الطبيعية من زلازل، براكين، فيضانات وحرائق، انتشار وباء بالمنطقة التي تواجد بها...إلخ.

إن فقدان الشخص في مثل هذه الحالات يخول للورثة، ولكل ذي مصلحة أو للنيابة العامة تقديم طلب الحصول على حكم بالوفاة، ويكون للقاضي إصدار هذا الحكم إذا ما انقضت أربع سنوات من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، طالما اتضح له أن التحريات التي قامت بها الجهات المختصة خلال هذه المدة ظلت بدون جدوى¹.

ولئن كان هذا الأصل العام بالنسبة لفقدان الشخص في الحالات الخطرة الوارد ذكرها في أحكام تقنين الأسرة، فإنه يجدر الذكر أن هناك استثناء يرد عليها ورد في كل من الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فضانات 10 نوفمبر 2001، والقانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003.

وبالرجوع لأحكامهما وتحديدا المادة 2 من كل منهما يلاحظ أن اعتبار المفقود ميتا يستلزم تحقق شروط تتمثل في:

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 200.

- ثبوت وجود الشخص في أي مكان من وقوع الحادث الفيضان بالنسبة للأمر 02-03 والزلازل بالنسبة لقانون 03-06.

- عدم ظهور أي أثر للشخص.

- عدم العثور على جثة الشخص بعد إجراءات البحث والتحري عنها بجميع الطرق القانونية.
- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، وقد حددت مدة لتسليم المحضر إلى ذوي الحقوق أو لكل ذي مصلحة بأربعة (4) أشهر من تاريخ وقوع الفيضانات بالنسبة للأمر 02-03 وثمانية (8) أشهر من تاريخ وقوع الزلازل بالنسبة للقانون 03-06.

- إصدار القاضي حكما بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة، ذوي المصلحة، النيابة العامة في أجل لا يتعدى شهرا واحدا من تاريخ رفع الدعوى أمامه، ويكون ذلك الحكم ابتدائيا نهائيا لا يقبل الطعن فيه إلا بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهر واحد .

✓ **الآثار المترتبة بعد صدور الحكم بالوفاة:** ينجم عن صدور الحكم بوفاة المفقود إنقضاء شخصيته القانونية، ويتقرر ذلك من تاريخ صدور الحكم القضائي الذي يعد منشأ للموت لا كاشفا عنه أو مقرر له، والأكد أن صدور الحكم بالوفاة يؤدي إلى آثار متعددة يبرز بعضها في إطار علاقته بزوجته، ويبرز البعض الآخر في إطار معاملاته المالية.
فأما تلك الآثار المترتبة على علاقته بزوجته فتتمثل في منح الزوجة التي أصبحت أرملة إمكانية الزواج من جديد بعد إنقضاء عدة وفاة زوجها المقررة بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بالفقد حسب ما ورد بالمادة 59 من تقنين الأسرة.
أما الآثار المترتبة عن معاملاته المالية فتتمثل في توزيع تركته على ورثته، كل بحسب نصيبه من الارث المقرر له شرعا، وذلك حسب ما يستشف من المادتين 115 و127 من تقنين الأسرة.

• **حكم ظهور المفقود حيا بالنسبة إلى أمواله:** قد يحدث وأن يظهر المفقود بعد صدور الحكم بموته، وهو الأمر الذي يثير إشكالات متعددة سيما وأن عودته هذه تؤدي إلى سقوط الحكم بموته وزوال مختلف آثاره حسب المادة 94 من تقنين الحالة المدنية مع ما يستتبعه من استرداده لشخصيته القانونية بأثر رجعي، وكأنه لم يفقدها في يوم من الأيام.
وبسبب ما تثيره عودته من إشكالات تبرز على مستوى الآثار المقررة بالنسبة إلى زوجته وعلى أمواله، سيتم التعرض لها.

✓ **الآثار المترتبة على عودة المفقود حيا بالنسبة لزوجته:** نظرا لعدم معالجة المشرع الجزائري لمسألة الآثار المترتبة على عودة المفقود حيا بالنسبة إلى زوجته في أحكام تقنين

الأسرة، فإنه ينبغي إعمال نص المادة 222 من ذات التقنين، والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص في هذا القانون، وبالرجوع إليها يلاحظ ضرورة التمييز بين حالتين؛

• **عدم زواج الأرملة بعد صدور الحكم بالوفاة:** تعد في هذه الحالة الرابطة الزوجية مستمرة وكأنها لم تنحل بسبب صدور الحكم بوفاة المفقود، وتعود من ثم الزوجة إلى زوجها دون حاجة إلى عقد جديد، ما لم تكن قد انفصلت عنه من خلال استخدام حقها في المطالبة بالتطليق وفقا لنص المادتين 53 و112 من تقنين الأسرة.

• **تزوج الزوجة ثانية بعد صدور الحكم بالوفاة:** يقتضي الأمر التفرقة بين فرضين تعود في أولهما للزوج الأول، ولا يتقرر لها ذلك في الفرض الثاني.

الفرض الأول: تعود الزوجة لزوجها الأول وذلك في حالتين:

- عدم دخول الزوج الثاني بها رغم عقده عليها: يترتب على هذه الحالة فسخ عقد الزواج الثاني لعدم ترتيبه لأثاره القانونية.

- سوء نية الزوج الثاني الذي تزوج ودخل بها رغم علمه المسبق أو استطاعته العلم بحياة زوجها الأول وقت العقد وقبل الدخول بها: يتقرر في هذه الحالة بطلان الزواج الثاني ومعاقبته بنقيض قصده لا اعتباره زانيا بها ويفضل من ثم الزوج الأول عليه.

الفرض الثاني: عدم عودة الزوجة إلى زوجها الأول:

يترتب في هذا الفرض صحة الزواج الثاني، وتحقق ذلك يتطلب توفر شرطين اثنين هما:

- دخول الزوج الثاني بها.

- حسن نية الزوج الثاني حين زواجه بها بأن لم يكن يعلم أو لم يكن في استطاعته العلم بحياة زوجها السابق .

✓ **آثار عودة المفقود حيا بالنسبة لأمواله:** يترتب على ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته كأصل عام استرداد أمواله التي تم توزيعها على ورثته، واسترداد النصيب الذي كان مستحقا له بالميراث والوصية والذي آل بعد صدور الحكم بوفاته إلى ورثة المورث أو الموصي، غير أنه وخروجا عن الأصل العام فرق المشرع الجزائي في المادة 115 من تقنين الأسرة بين الأموال التي يمكن استردادها وتلك التي لا يمكن استردادها.

• **الأموال القابلة للاسترداد:** يندرج ضمن الأموال القابلة للاسترداد:

الأموال التي كانت قائمة في أيدي ورثته وهو ما يستدل من عبارة ما بقي عينا من أمواله.

- قيمة الأموال التي تصرف ورثته فيها بالبيع وهو ما يستشف من عبارة قيمة ما بيع منها، وفي هذا يرى جانب من الفقه¹ ضرورة إلحاق المقايضة بالبيع انطلاقاً من من نص المادة 415 من التقنين المدني التي تقتضي تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة.

- النصيب المستحق له بالإرث أو الوصية وفقاً لأحكام المادة 115 من تقنين الأسرة.

• **الأموال غير القابلة للإسترداد:** إن مفهوم المخالفة لنص المادة 115 من تقنين الأسرة

يؤدي إلى استبعاد بعض الأموال من نطلق الاسترداد ويندرج ضمنها:

- قيمة الأموال التي تم التصرف فيها من الورثة بطريق التبرع كالهبة، الوصية، ذلك أن المشرع ذكر صراحة في المادة السالفة الذكر امكانية استرداد الاموال المتصرف فيها بطريق البيع.

- قيمة الأموال التي استهلكها الورثة.

هذا والجدير بالذكر أن عدم قدرة المفقود على استرداد الأموال السالف ذكرها مقترنا بحسن نية الورثة، وعدم علمهم بحياة المفقود وقت صدور حكم الوفاة، غير أنه إذا ثبت سوء نية الورثة بأن كانوا على علم بعدم وفاة المفقود فإن ذلك يخول له حق الرجوع عليهم بقيمة تلك الأموال.

ثانياً- مميزات الشخص الطبيعي:

يتميز الشخص الطبيعي بمجموعة من المميزات التي تميزه عن غيره من أفراد المجتمع وتشمل هذه المميزات كل من الاسم، الحالة، والموطن، فالشخص لا يتم تفريده بتسميته فحسب (1)، بل يجب تمييزه كذلك في المجتمع الذي يعيش فيه عن طريق حالته (2)، هذا ويعرف الشخص من حيث مكان وجوده عن طريق تحديد موطنه (3)، ومن حيث تحديد ذمته المالية (4).

1- الاسم:

إن أهمية الاسم باعتباره أحد مميزات الشخص، يستلزم التعرض لمفهومه، خصائصه، الطبيعة القانونية له، وأخيراً بيان الحماية القانونية المقررة له.

أ - مفهوم الاسم :

يعد الاسم العلامة المميزة للتعرف على الانسان، وعليه يقتضي تمييز الشخص تمتعه باسم مدني (حقيقي)، أو بأسماء أخرى كاسم الشهرة، الاسم المستعار، والاسم التجاري.

■ **الاسم المدني:** الاسم هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره، وللإسم معنيان، معنى ضيق ويقصد به الإسم الشخصي Prénom، والمعنى الثاني واسع يقصد به اللقب أو الاسم العائلي.

¹ - إبراهيم أبو النجا. مأخوذ من محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.345.

لأهمية الاسم عمد المشرع إلى تنظيمه، فخصه بنص المادة 28 من التقنين المدني التي قضت: "يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده." استنادا لنص هذه المادة يلاحظ أن الاسم يتكون من عنصرين هما اللقب من جهة والاسم الشخصي من جهة أخرى.

■ **اللقب: Non de famille:** يقصد به إسم العائلة التي ينتمي إليها الشخص. وهو الإسم الذي يشترك فيه أفراد الأسرة الواحدة، وعليه يلحق لقب الشخص أولاده دون زوجته التي تحتفظ بلقبها العائلي عملا بأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك على عكس ما هو معروف في الدول الغربية.

نظرا لأن لقب الشخص يلحق أولاده، فيتبين أن النسب هو الطريق الطبيعي لاكتساب اللقب، إذ ينسب الولد لأبيه حسب نص المادة 40 من تقنين الأسرة متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، ولم ينفه الزوج بالطرق المشروعة، هذا وينبغي أن يولد الطفل ما بين أدنى فترة الحمل المحددة بستة أشهر (6 أشهر) وأقصاها المحددة بعشرة أشهر (10 أشهر)¹، ونظرا لأهمية مسألة النسب في اكتساب اللقب، فإن المشرع أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثباته².

وإذا كان والد الشخص مجهولا، فإن الولد يكتسب لقب أمه ذلك أن نسب الولد من الأم يثبت بالولادة. هذا وينبغي الذكر أن المشرع خول في حالة جهالة الوالدين لضابط الحالة المدنية صلاحية منح اللقب للأطفال مجهولي النسب وكذا اللقطاء بحيث يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي³.

■ **الإسم الشخصي:** هو الاسم الذي يضاف إلى اللقب لكي يعين الشخص بدقة ضمن أفراد عائلته، وبمقتضى نص المادة 28 فإن الشخص الواحد يمكن أن يكون له أكثر من اسم واحد.

للإشارة فإن المادة 64 من الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية خولت للأب أو للأم صلاحية اختيار أسماء أبنائهم، وفي حالة عدم وجودهما يمارس المصريح هذه العملية. هذا وقد وضعت ذات المادة قيودا على هذا الاختيار بحيث استلزمت أن تكون الأسماء جزائرية، إلا إذا كان

¹ - تنص المادة 42 من ق.أ.: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها (10) أشهر."

² - تنص المادة 2/40 من ق.أ.: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

³ - تنص المادة 64 من الأمر 20-70 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم، ج.ر، ع. 21، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 1970: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي."

الولد مولودا من أبوين غير مسلمين، هذا ومنع القانون الأسماء الشاذة أي غير المخصصة في الإستعمال والعادة.

إلى جانب الاسم الذي قُيد به الانسان في سجل المواليد وهو ما يعرف بالاسم الحقيقي يوجد أسماء أخرى كاسم الشهرة، الاسم المستعار والاسم التجاري.

✓ **إسم الشهرة:** اسم الشهرة هو الاسم الذي يشتهر به الشخص، وللإشارة فإن هذا الاسم يطلقه الجمهور على الشخص.

✓ **الاسم المستعار:** هو الاسم الذي يطلقه الشخص على نفسه لإخفاء هويته الحقيقية، ومن ذلك أسماء الحرب التي يطلقها الثوار على أنفسهم، إذ قد كان الراحل محمد إبراهيم بوخروبة يحمل اسم هوارى بومدين.

✓ **الاسم التجاري:** هو اسم يختاره الشخص في إطار نشاطه التجاري، وهو علامة مميزة للنشاط التجاري، وعنصر من عناصر المحل التجاري تثبت له صفة مالية، وهذا ما يميزه عن الاسم المدني (الاسم الحقيقي) الذي يعتبر لصيقا بالشخصية، ولذلك يعتبر الاسم التجاري حق مالي يمكن التصرف فيه والتنازل عنه إلى الغير كما يصح أن يكتسب بالتقادم كل ذلك خلافا للإسم المدني.

ب- خصائص الإسم¹:

باعتبار الإسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإنه يتميز بخصائص وتتمثل :

✓ حقوق غير مالية، فهي لا تقوم بالنفود، كما أنها تخرج من دائرة التعامل.

✓ عدم قابلية الإسم للتصرف فيه أو النزول عنه.

✓ عدم خضوع الإسم لنظام التقادم، فانتحال شخص لاسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه

مهما طالت مدة انتحاله واستعماله له، هذا ولا يسقط حق الشخص في اسمه بسبب عدم استعماله له مهما طالت مدة ذلك.

ج- الطبيعة القانونية للإسم:

تعددت النظريات الفقهية الرامية إلى تحديد الطبيعة القانونية للإسم، وقد استندت كل نظرية إلى حجج لتبرير موقفها، وعلى هذا الأساس سيتم التعرض لذلك.

■ **الاسم نظام إداري:** يرى بعض الفقه أن الاسم مجرد نظام إداري اقتضته مصلحة الدولة منعا للخلط بين الأفراد، وعلى هذا الأساس فالاسم واجب على الفرد.

¹ - لتفاصيل أكثر، يراجع هذه المطبوعة، ص.20 وما يليها.

يستند هذا الرأي إلى الغرض من الاسم والمتمثل في تعيين كل فرد على حده، فضمن الأمن المدني واستقرار المعاملات في المجتمع يقتضي أن يحمل كل شخص اسماً معيناً وأن يتسمى به في جميع علاقاته لا يغيره إلا باتباع إجراءات القانون.

✓ **الإسم حق:** يكيف بعض الفقه الاسم على أنه حق، ويستند في ذلك إلى حجة مفادها أن استعمال الاسم هو استعمال خاص وقاصر على صاحبه، وهو مزود بحماية قانونية، بحيث يحق لصاحب الاسم المطالبة بوقف الاعتداء على حقه، هذا ويحق للشخص استعمال اسمه للتعريف بنفسه في شتى معاملاته المدنية والتجارية وكذا عند التوقيع على المحررات.

✓ **الاسم حق ملكية:** يرى بعض الفقه أن الاسم هو حق ملكية، غير أن هذا التكييف منتقد، ذلك أن حق الملكية لا يرد إلا على الأشياء المادية من جهة، كما أنه يخول للمالك حق التصرف من جهة أخرى، في حين أن الحق في الإسم يفتقر إلى أهم سمات حق الملكية، فهو لا يكتسب بالتقادم، وهو غير قابل للتصرف فيه، كما وأنه خارج عن دائرة التعامل.

✓ **الاسم حق وواجب في نفس الوقت:** يرى جانب من الفقه أن الحق ذو طبيعة مزدوجة، إذ من واجب كل شخص أن يكون له إسم يميزه عن غيره، وبعد أن يكتسبه لا يستطيع تغييره إلا باتباع إجراءات خاصة.

✓ **الاسم حق من الحقوق الأسرية:** يرى جانب من الفقه أن الاسم حق من الحقوق الأسرية، ذلك أن الشخص لا يمكنه حمل إسم معين إلا إذا كان ينتمي لتلك العائلة، خاصة وأنه سبق الذكر أن الاسم بمعناه الواسع والمتمثل في اللقب يكتسب عن طريق النسب، غير أن هذا الرأي انتقد نظراً لأن كل من اللقيط وكذا مجهول الأبوين يتمتعان بالإسم رغم أنهم لا ينتمون إلى أسرة معينة، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الحجة التي على أساسها ينتقد هذا الاتجاه لا يمكن التعويل عليها، ذلك أنها تعد محض استثناء، فالغالب أن الشخص يحمل اسم العائلة التي ينتمي إليها، ووضع اللقيط ومجهول النسب استثناء لا غير .

✓ **الاسم حق من حقوق الشخصية:** يرى الفقه الحديث أن الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهي تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفته إنساناً ، وهي مقررّة للحفاظ على الذات الأدمية، وتنصب على عناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة.

د- الحماية القانونية للإسم:

يحظى الاسم بحماية قانونية، وتطبق هذه الأخيرة على مختلف أنواع الاسم دون تمييز سواء كان الاسم مدني، اسم شهرة أو اسماً مستعاراً. هذا وتشمل الحماية القانونية للاسم كل من الحماية المدنية والحماية الجزائية.

■ **الحماية المدنية :** تبرز من خلال تمكين صاحب الاسم المستعمل من قبل الغير بدون وجه حق من رفع دعوى قضائية لطلب وقف التعدي مع تعويضه عما لحقه من ضرر جراء ذلك التعدي.

وعليه اذا انتحل شخص دون حق اسم شخص آخر أو نازع صاحبه فيه كان لصاحب الاسم أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر، وانتحال الاسم هو أن يتسمى شخص باسم شخص آخر دون أن يكون له هذا الاسم في الأصل. والمنازعة في الاسم هي أن يدعي شخص انتفاء حق شخص آخر في أن يتسمى باسم معين. وفي هذا تنص المادة 48 من التقنين المدني: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر."

■ **الحماية الجزائية:** قصد حماية حق الشخص في الاسم، عمد المشرع إلى تجريم مجموعة من الأفعال ومعاقبة مرتكبيها وتشمل هذه الأفعال:

✓ تقليد أو تزوير أو تزيف الشهادات بغرض إثبات شخصية. (المادة 222 من تقنين العقوبات).

✓ استعمال الشخص الشهادات المزورة. (المادة 222 من تقنين العقوبات).

✓ انتحال الشخص لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير حق. (المادة 247 من تقنين العقوبات).

✓ حصول الشخص على صحيفة السوابق القضائية باسم الغير وذلك بانتحاله أسماء كاذبة. (المادة 248 من تقنين العقوبات).

✓ انتحال اسم الغير في ظروف أدت إلى قيد الحكم في صحيفة السوابق القضائية لذلك الغير (المادة 249 من تقنين العقوبات).

2- الحالة :

الحالة بصفة عامة هي الوضعية القانونية أو المركز القانوني للشخص. ويقصد بها مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص في تحديد مركزه القانوني، وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات. وتتراوح الحالة بين حالة سياسية، حالة دينية، وأخرى عائلية. بهذا يتضح أن حالة الشخص المدنية هي وضعه القانوني من حيث إنتمائه إلى دولة معينة (أ)، ومن حيث إنتمائه إلى أسرة معينة (ب) ومن حيث اعتناقه دينا معيناً (ج).



أ- الحالة السياسية أو الحالة العامة أو ما يعبر عنها بالجنسية:

الجنسية رابطة سياسية وقانونية بين الشخص والدولة.
من خلال هذا التعريف يتضح أن الجنسية تتكون من عناصر ثلاث وهي الدولة، الشخص، وجود رابطة سياسية وقانونية بين الشخص والدولة .
تبرز أهمية الجنسية في مجالات متعددة إذ على أساسها:

- ✓ يتحدد عنصر الشعب في الدولة.

- ✓ يتم التمييز بين المواطن والأجنبي. ولهذا التمييز أهمية كبرى من حيث تحديد الحقوق والواجبات، إذ تقتصر الحقوق السياسية على المواطن دون الأجنبي، كما تفرض بعض الواجبات على المواطن دون الأجنبي كواجب الخدمة العسكرية. ويتمتع الأجنبي دون المواطن ببعض الحقوق منها حق اللجوء السياسي.

- ✓ تعد ضابط إسناد يتم من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية ذي العنصر الأجنبي بالنسبة للدول اللاتينية، وتشريعات الدول العربية بما فيها المشرع الجزائري وهو الأمر الذي يستشف من المواد 10 إلى 16 من التقنين المدني.

- ✓ تعد ضابطا لبيان الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات ذي العنصر الأجنبي وذلك استنادا للمادتين 41 و 42 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

- ✓ يقرر القانون جرائم يعاقب عليها المواطن دون الأجنبي وهي جريمة الخيانة (المادة 61-62 من تقنين العقوبات)، في حين أن هناك جرائم لا ترتكب إلا من الأجنبي كجريمة التجسس (المادة 64 من تقنين العقوبات).

تتعدد أنواع الجنسية (أ1)، كما قد تزول عن الفرد إما بطريقة إرادية، أو بطريقة لا إرادية (أ2)، هذا وقد تتعدد جنسيات الفرد مما يثير إشكالية تنازع الجنسيات (أ3)

■ **أنواع الجنسية:** الجنسية نوعان جنسية أصلية وجنسية مكتسبة.

❖ **الجنسية الأصلية :** هي الجنسية التي تكون معاصرة للحظة الميلاد، فهي تثبت للشخص منذ ولادته، بمعنى أن الشخص يولد وهو حاملا لتلك الجنسية. لذا يطلق عليها بعض الفقه جنسية الميلاد.

هناك معيارين تثبت بموجبهما الجنسية الأصلية وهما حق الدم وحق الإقليم.

تختلف تشريعات الدول في تبني المعيار الذي تبني عليه جنسيتها، فقد تأخذ بهما معا على قدم المساواة، وقد تعول على أحدهما دون الآخر، كما قد تأخذ بهما معا ولكن تفضل بينهما بأن تجعل أحدهما الأصل العام والآخر استثناء..



• **حق الدم:** يعني حق الدم ثبوت الجنسية عن طريق النسب العائلي. لغة تسمى الجنسية التي تلحق الشخص بجنسية النسب، ويسمى حق الدولة في فرض الجنسية على الشخص بحق الدم. وتختلف الدول في تحديد النسب الذي تعتد به، فقد تستلزم للحصول على جنسيتها الولادة لأبوين يحملان جنسيتها، وقد تعاملهما على قدم المساواة، وقد تأخذ بنسب الأب كأصل عام وبنسب الأم إن تخلف نسب الأب فوتطلق علالإعتداد بالنسب من الأب بحق الدم من الدرجة الأولى، وبنسب الأم بحق الدم من الدرجة الثانية، وقد كان هذا معمولاً به في التشريع الجزائري بموجب قانون 70-86¹، ولكن تغير الوضع بموجب الأمر 05-01² الذي ساوى فيه المشرع الجزائري بين الجنسين (الأب والأم) في منح الجنسية، وهو ما تؤكد المادة 06 من هذا الأمر.

• **حق الإقليم:** تثبت الجنسية استناداً لهذا الأساس بالنسبة لمن ولد فوق إقليم الدولة، وتسمى الجنسية التي تثبت للشخص بناء على هذا الأساس بجنسية الإقليم، ويسمى حق الدولة في فرض جنسيتها على المولود بجنسية الإقليم.

تختلف تشريعات الدول في تنظيمها لهذا الأساس، بحيث تعول عليه بعض التشريعات دون قيد، في حين تضبطه تشريعات دول أخرى بقيود، قد تكون توطن الأسرة في إقليمها، وقد تكون إنتماء الأم لجنسيتها مع تمتع الأب الذي ولد هو الآخر في هذا الإقليم بجنسية دولة أخرى .

■ **موقف المشرع الجزائري من الأساسين:** أخذ المشرع الجزائري بالأساسين معا ولكنه فاضل بينهما، بحيث أستند إلى أساس الدم كأصل عام، وإلى الإقليم كاستثناء، وهذا ما يستنتج من نصي المادتين 6 و7 من تقنين الجنسية، بحيث نصت المادة 6 من تقنين الجنسية الجزائري: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية."

كما نصت 7 من ذات التقنين: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

✓ الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين: غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائرياً قط إذا ثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقاً لقانون جنسية أحدهما. إن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولوداً فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.

¹ - أمر 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، معدل ومتمم، ج.ر، ع.105، صادرة بتاريخ 18 ديسمبر سنة 1970.

² - الأمر 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، ع.15، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.



✓ الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها".

بالرجوع إلى نص المادة 6 يلاحظ أنه يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية كل شخص ولد من أبوين جزائريين أو كان أحدهما وقت ميلاده جزائريا سواء أكان أبوه جزائريا وأمه أجنبية، أو كانت أمه جزائرية وأبوه أجنبيا. وعليه العبرة بالجنسية الجزائرية لأحد الوالدين دون تفضيل لأحدهما عن الآخر.

هذا عن المادة 6، أما المادة 7 فيتبين من خلالها أن المشرع اعتبر أن التمتع بالجنسية الجزائرية بسبب الميلاد في الجزائر حالة استثنائية، لا يعتد بها إلا بالنسبة للشخص المولود في الجزائر فعلا أو حكما حسب كل ما إذا كان مجهول النسب (مجهول الأبوين)، لقيط، مولود من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده مع تعذر اثبات جنسيتها.

❖ **الجنسية المكتسبة:** الجنسية التي يحصل عليها الشخص في تاريخ لاحق على الميلاد، لذا يطلق عليها الجنسية اللاحقة أو الجنسية الطارئة، تتعدد أسباب اكتساب الجنسية وتتراوح بين اكتساب الجنسية بفضل القانون، الزواج المختلط، التجنس، الإسترداد والرد، تغيير السيادة على الإقليم.

أما عن موقف المشرع الجزائري فيلاحظ أنه يحصر بموجب الأمر 05-01 إكتساب الجنسية الجزائرية في الحالات الواردة بالمواد من 9 مكرر إلى 14، وتشمل إكتسابها بالزواج المختلط (المادة 9 مكرر)، التجنس (المادة 10 حددت القاعدة العامة والمادة 11 أوردت الاستثناء)، والاسترداد (المادة 14).

✓ **زوال الجنسية:** قد تجد ظروف في حياة الفرد تؤدي إلى زوال الجنسية عنه، غير أن الأمر لا يقف عند حد الجنسية الأصلية وحدها، بل أنه يشمل أيضا الجنسية المكتسبة، فإكتساب الشخص لجنسية جديدة يعبر في ذاته عن امكانية تغيير الشخص لجنسيته السابقة، سواء كانت هذه الجنسية السابقة جنسية أصلية أو مكتسبة.

تختلف التشريعات في تحديد الأسباب التي تؤدي إلى زوال الجنسية عن الشخص، وذلك بحسب ظروف كل دولة وأوضاعها الخاصة، وقد تعرض المشرع عند التطرق لزوال الجنسية الجزائرية في تعديله لتقنين الجنسية لحالات زوال الجنسية الجزائرية والتي تشمل السحب (المادة 13) الفقد (المادة 18) والتجريد (المادة 22).

✓ **تنازع الجنسيات:** ينجم عن اختلاف أسس الجنسية بين الدول ظهور مسألة تنازع الجنسيات، وهذا التنازع قد يكون تنازعا ايجابيا، كما قد يكون تنازعا سلبيا.



فأما التنازع الإيجابي أو ما يعرف بتعدد الجنسيات فيقصد به تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت. أما التنازع السلبي أو ما يعرف بانعدام الجنسية فيقصد به عدم تمتع الفرد بجنسية أية دولة.

لقد تعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة في نص المادة 22 من التقنين المدني، وقرر تطبيق الجنسية الحقيقية وكان يقصد تطبيق الجنسية الفعلية في حال ما إذا تعددت جنسيات الشخص ولم يكن من بينها جنسية دولة القاضي، أما إذا كان من بين الجنسيات المتزاحمة جنسية دولة القاضي، فإنه يجب الاعتماد عليها دون غيرها.

أما في حالة انعدام الجنسية فيطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

ب- الحالة العائلية:

تعد الأسرة النواة الأساسية للمجتمع، لذلك فقد عمد المشرع إلى حمايتها دستوريا¹، كما وخصها بالمادة 2 من تقنين الأسرة التي نصت على: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة."

استنادا لهذا النص، يتضح أن الأسرة الواحدة تستند في تكوينها إلى العلاقة التي تربط أعضائها بعضهم ببعض، إذ قد يرتبط أعضاء الأسرة الواحدة برابطة النسب وهذا ما يسمى بقرابة النسب، كما قد يرتبطوا برابطة الزواج أو المصاهرة، وللقرابة بنوعيتها أهمية بالغة تبرز في مجالات مختلفة.

■ **قرابة النسب:** القرابة التي تجمع بين ذوي القربى في أصل مشترك سواء كان هذا الأصل ذكرا أو أنثى. وفي هذا تنص المادة 32 من التقنين المدني: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد."

استنادا لهذه المادة، يتبين أن قرابة النسب تكون إما قرابة مباشرة وإما قرابة حواشي.

❖ **القرابة المباشرة:** هي الصلة بين الأصول والفروع في عمود النسب وإن علا الأصل. وهو ما تطرق له المشرع الجزائري في المادة 1/33 من التقنين المدني.

تشكل القرابة المباشرة العلاقة التي تربط الجد أو الجدة بأولادهم وأحفادهم مثلا.

تحسب القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل، لكن لا يدخل الأصل ذاته في حساب الدرجة². فالابن بالنسبة لأبيه في الدرجة الأولى، والحفيد بالنسبة لجده في الدرجة الثانية.

¹ - تنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 20-422، "تحظى الأسرة بحماية الدولة".

² - تنص المادة 34 ق.م.ج: "يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل."

❖ **قاربة الحواشي:** القاربة التي تربط بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم

فرعا للآخر، -وهو الأمر الذي ورد ذكره في المادة 2/33 من التقنين المدني-، ومن ذلك

مثلا القاربة بين الإخوة لاشتراكهم في أصل واحد -هو الأب ، ومثالة القاربة بين أبناء

الأعمام لاشتراكهم في أصل واحد- الجد -، إلا أن كل واحد منهم ليس فرعا عن الآخر.

تحتسب درجة قاربة الحواشي بأن تعد الدرجات صعودا للأصل المشترك ثم نزولا من هذا الأصل

للفرع الآخر دون أن يدخل الأصل المشترك في الحساب، وهو ما تعرضت له المادة 34 من التقنين

المدني.

على هذا الأساس، يعد الأخ في الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه، ويعد ابن الاخ في الدرجة

الثالثة بالنسبة إلى عمه، ويعد ابن العم في الدرجة الرابعة بالنسبة لابن عمه.

✓ **قاربة المصاهرة (القاربة السببية):** هي قاربة تنشأ نتيجة الزواج، ويحتفظ فيها كل قريب

بدرجة قرابته للزوج الآخر .

يعتبر بموجب المادة 35 من التقنين المدني أقارب أحد الزوجين في نفس القاربة والدرجة

بالنسبة إلى الزوج الآخر، ومنه فإن درجة قاربة أحد الزوجين مع أحد أفراد عائلته هي نفس درجة

قاربة الزوج الثاني مع هذا الفرد، فدرجة قاربة أخ الزوج مثلا هي الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه،

وهي نفس الدرجة لزوجته والعكس صحيح.

✓ **أهمية القاربة:** يرتب القانون آثارا متعددة على القاربة.

• **من حيث الزواج:** يعتمد القانون على درجة القاربة في تحديد موانع الزواج، والتي تكون

موانع مؤبدة ومن ذلك ما ورد النص عليه في المادتين 25 و26 من تقنين الأسرة بحيث

يعد من موانع الزواج الأبدية زواج الشخص بأصوله أو فروعه و فروع والديه وأصولهم

والعمات والخالات وأصول زوجته وفروع زوجته المدخول بها وزوجة أصله وزوجة

فرعه.

أما المحرمات المؤقتة فيقصد بها النساء اللاتي يمنع الجمع بينهما مؤقتا، فإن زال السبب

زال التحريم كأن تحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق، وتشمل المحرمات المؤقتة الجمع بين

الأختين أو بين الزوجة وعمتها أو خالتها.

• **من حيث الولاية:** يتولى الأصل ولاية الفرع إذا كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها،

وفي هذا تنص المادة 87 من تقنين الأسرة: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته

تحل الأم محله قانونا

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. "

• **من حيث النسب:** النسب في اللغة القرابة أو الالتحاق.

أما في الاصطلاح فهو العلاقة التي تربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه. وتبرز أهمية القرابة في النسب بجلاء ذلك أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، وفقاً لما تقرره المادة 41 من تقنين الأسرة.

• **من حيث الحضانة:** يراعى في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة درجة القرابة وذلك كله مع مراعاة مصلحة المحضون.

وفي هذا تنص المادة 64 من تقنين الأسرة: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك."

• **من حيث النفقة:** يكون الأصول ملزمين بالنفقة على الفروع، ويلزم الفروع كذلك بالنفقة على الأصول، كما أن الزوج ملزم بالنفقة على زوجته.

كل هذا تؤكدّه نصوص تقنين الأسرة، بحيث نصت المادة 74 منه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون." كما نصت المادة 75 من ذات القانون: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب."

هذا ونصت المادة 77 من القانون ذاته: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث."

• **من حيث الإرث:** يتوارث الأقارب فيما بينهم، سواء كانت القرابة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك بخلاف قرابة المصاهرة التي لا يترتب عليها الحق في الميراث.

• **من حيث الشفعة:** الشفعة رخصة تمكن الشخص من الحلول محل المشتري، ولا تجوز الشفعة استناداً لنص المادة 798 من التقنين المدني إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة. وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

- **من حيث رد القاضي:** استنادا لنص المادة 241 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية¹ يجوز رد القاضي إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم، حتى الدرجة الرابعة.
- **من حيث رد الخبراء:** وفقا لنص المادة 133 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية يتم رد الخبير إذا وجدت بينه وبين أحد الخصوم قرابة مباشرة أو غير مباشرة حتى الدرجة الرابعة.
- **من حيث سماع شهادة أحد الأقارب:** حسب نص المادة 153 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.
- لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا.
- لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.
- غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.
- **من حيث عدم اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقة:** وفقا لنص المادة 369 من تقنين العقوبات² لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى يقدمها المضرور، وإذا تنازل هذا الأخير عن شكواه يتم وضع حد لهذه الإجراءات.

ج - الحالة الدينية:

يترتب على الحالة الدينية بعض الحقوق والواجبات بالنظر إلى دين الشخص. ولالإشارة فإن للدين أثر في الأحوال الشخصية بحيث تختلف حقوق وواجبات المسلم عن غير المسلم فيما يتعلق بالزواج والطلاق وما يتفرع عنهما، ويبرز هذا الاختلاف في الدول الإسلامية كالجزائر والتي يعد فيها الإسلام دين الدولة³.

على هذا الأساس فإن للمواطن المسلم في مجال الأحوال الشخصية حقوق وعليه واجبات مصدرها الشريعة الإسلامية، ففي مجال الزواج يجوز للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة من

¹ - قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، معدل ومتمم، ع.21، صادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

² - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، ج.ر، ع.49 صادرة بتاريخ 11 يونيو سنة 1966.

³ - تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 442-20: "الإسلام دين الدولة."

الكتابيات (اللاتي يؤمن بما أنزل من كتب على رسل الله سبحانه وتعالى)¹ في حين تمنع الزوجة المسلمة من الزواج بغير المسلم²، وفي مجال الميراث واستنادا لنص المادة 222 من تقنين الأسرة التي تستوجب عند عدم ورود نص في تقنين الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية³، يعد اختلاف الديانة مانعا من موانع الإرث⁴، بحيث لا توارث بين المسلم وغير المسلم، أما غير المسلمين فيتوارث بعضهم بعض.

3-الموطن:

يعد الموطن أحد المميزات الأساسية للشخص. لذلك سيتم التعرض له بالتطرق لتعريفه (أ)، أهميته (ب)، وكذا أنواعه (ج).

أ- تعريف الموطن:

الموطن هو المقر القانوني لشخص معين أو هو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة لعلاقات الشخص ونشاطه القانوني، أو هو المكان الذي يعتبر القانون أن الشخص موجود فيه.

ب- أهمية الموطن:

- يكتسي الموطن أهمية بالغة، وتبرز هذه الأهمية في العديد من المسائل القانونية منها:
- **تحديد المحكمة المختصة:** كأصل عام يعد موطن المدعى عليه ضابطا لتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع، وهو ما قرره المادة 37 من تقنين الاجراءات المدنية والإدارية، وينعقد الاختصاص في حال تعدد المدعى عليهم للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، وذلك استنادا لما نصت عليه المادة 38 من ذات التقنين.
- **تبليغ العقود القضائية وغير القضائية والسندات التنفيذية:** يتم اعلان العقود القضائية وغير القضائية والسندات التنفيذية بتسليمها للمعني بالأمر شخصيا، وعند استحالة التبليغ الرسمي للشخص المطلوب تبليغه، فإن التبليغ يتم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار، وذلك استنادا لما تقضي به المادة 410 من تقنين الاجراءات المدنية والإدارية.
- **مكان الوفاء بالالتزامات:** يتم الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها أشياء محددة بالنوع (مثلثات) بالمكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، وذلك ما قرره المادة

¹ - قال الله تعالى : " وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ " وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ. " المائدة 5

² - تنص المادة 30 من الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005 : " يحرم من النساء مؤقتا:

- زواج المسلمة مع غير المسلم."

³ - تنص المادة 222ق.أ: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

⁴ - قال رسول الله ﷺ: " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم."

2/282 من التقنين المدني، هذا وقد قضت المادة 2/498 من ذات التقنين أن دفع بدل الإيجار يتم في موطن المستأجر ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

■ **مكان إبرام عقد الزواج:** يختص بإبرام عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالب الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج. وذلك وفقا لما تقضي به المادة 1/71 من الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية.

❖ **القانون المختص بحكم بعض منازعات العلاقات الخاصة الدولية:** أسند المشرع الجزائري في بعض صور تنازع القوانين الاختصاص لضابط الموطن، وهو ما يبرز جليا في مجال الالتزامات التعاقدية الذي ينعقد فيها الاختصاص عملا بالمادة 18 من التقنين المدني عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون المختص لقانون الموطن المشترك.

هذا وتمنح المادة 19 من ذات التقنين الاختصاص بالنسبة لشكل التصرفات القانونية لعدة ضوابط على سبيل الاختيار منها قانون الموطن المشترك .

كما ويتقرر الاختصاص التشريعي بالنسبة لعديمي الجنسية لقانون المادة 22 من التقنين ذاته بالنسبة لعديمي الجنسية

ج- أنواع الموطن:

ينقسم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص. ولأهميتهما سيتم التطرق لهما تباعا.

■ **الموطن العام:** هو المكان الذي يعتد به بالنسبة لكل شؤون الشخص وأعماله، وقد يكون هذا الموطن إختياريا وهذا هو الأصل العام، كما قد يكون الزاميا وهو الاستثناء.

❖ **الموطن العام الإرادي (الاختياري):** يقصد به المكان الذي يختاره الشخص ليقوم فيه، وهو يقوم على ركنين؛ ركن مادي يتمثل في الإقامة الفعلية، وآخر معنوي قوامه اتجاه نية الشخص إلى الاستقرار بمكان معين، ولا يقصد بالاستقرار استمرار الإقامة بدون انقطاع، بل استمرارها بما يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة بين فينة وأخرى.

❖ **الموطن العام الإلزامي (القانوني):** يراد به الموطن الذي يفرضه القانون على الشخص بحيث لا يكون لإرادته أي دور في اختياره، وسمي بالموطن الإلزامي ذلك أن القانون يحدده جبرا للأشخاص، ويسمى بالموطن القانوني لأنه لا يتقرر إلا بناء على نص قانوني.

اعتبر المشرع الموطن القانوني استثناء من الأصل العام، فخص به أشخاصا معينين بالذات لصفات توافرت فيهم، وهو الأمر الذي يستشف من المادة 38 / 1 من التقنين المدني والتي نصت: "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا."

استنادا لهذه المادة، يلاحظ أنه وبسبب عدم قدرة القاصر والمحجور عليه والغائب والمفقود من مباشرة نشاطهم القانوني اعتد القانون بموطن من ينوب عنهم، وعلى هذا الأساس يتحدد:

✓ موطن القاصر بموطن وليه¹ أو وصيه² أو القيم عليه³. (المادة 81 من تقنين الأسرة).

✓ موطن المفقود والغائب بموطن المقدم. (المادة 111 من تقنين الأسرة).

✓ موطن المحجور عليه بسبب أحد العوارض المعدمة أو العوارض المنقصة⁴ بموطن الولي أو الوصي أو المقدم. (المادة 81 والمادة 104 من تقنين الأسرة).

❖ **الموطن الخاص:** قد يوجد للشخص إلى جانب موطنه العام، موطن خاص ببعض أعماله ونشاطاته، بحيث لا يعتد به إلا بالنسبة لتلك الأعمال وتلك النشاطات وحدها. يتخذ الموطن الخاص صورا ثلاث، وتشمل الموطن التجاري، موطن القاصر المأذون له، الموطن المختار.

✓ **الموطن التجاري أو الحرفي أو موطن الأعمال:** يقصد به المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة معينة، ولا يعتد بهذا الموطن الخاص إلا بالنسبة لشؤون التجارة أو الحرفة أو المهنة، أما بالنسبة لشؤون الشخص الأخرى، فالعبرة تكون بموطنه العام الذي يتحدد بمحل إقامته المعتاد، وفي هذا تنص المادة 37 من التقنين المدني على أن يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة.

على هذا الأساس يكون للشخص الذي يمارس تجارة أو حرفة معينة موطنان، موطن خاص بأعمال تجارته أو حرفته ويتحدد بالمكان الذي يمارس فيه تلك التجارة أو الحرفة، وموطن عام يخاطب فيه بالنسبة لباقي الأعمال القانونية، ويتحدد بمحل إقامته المعتاد.

✓ **موطن القاصر:** الأصل أن القاصر لا يباشر أعماله بنفسه، بل يباشرها بواسطة من ينوب عنه قانونا، وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع في المادة 1/38 من التقنين المدني أن موطن القاصر يتحدد بموطن من ينوب عنه قانونا.

¹ - الولاية سلطة يخولها القانون لشخص يباشر بمقتضاها تصرفات باسم ولحساب الغير عديم الأهلية أو ناقصها. وتثبت الولاية للأب وللأم بعد وفاته، أما في حالة غيابه أو حصول مانع له فتحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. يراجع في ذلك المادة 87 من تقنين الأسرة.

² - حسب نص المادة 92 من تقنين الأسرة الوصي من يعينه الأب أو الجد للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو إذا ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، ويكون للقاضي في حال تعدد الأوصياء اختيار الأصلح منهم.

³ - استنادا لنص المادة 99 من تقنين الأسرة المقدم أو ما يسميه الفقه الإسلامي القيم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها.

⁴ - يراجع، هذه المطبوعة، ص 113 وما يليها.

ولئن كانت هذه هي القاعدة العامة، إلا أن الملاحظ أن المشرع أورد عليها استثناء يخص القاصر المرشد،¹ بحيث جعل لهذا الأخير موطن خاص يتحدد بشكل اختياري بالنسبة للتصرفات التي يعتبره أهلاً لمباشرتها. وهو الحكم الذي قرره المادة 2/38 من التقنين المدني. على هذا الأساس يكون للقاصر المرشد موطنان، موطن عام ويتحدد بموطن نائبه ويخص هذا الموطن الأعمال القانونية التي يعتبر قاصراً بالنسبة لها، وموطن خاص به بالنسبة للأعمال القانونية التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها.

✓ **الموطن المختار:** يراد به المكان الذي يختاره الشخص لمباشرة عمل قانوني معين، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 39 من التقنين المدني، وللإشارة فإن ذلك الاختيار ينبغي أن يكون ثابتاً بالكتابة، ومثال الموطن المختار اتخاذ شخص من مكتب محاميه موطناً مختاراً له بالنسبة لعمل قانوني معين كبيع عقار أو إجارته وبالنسبة لأمر التقاضي بشأنه.

4- الذمة المالية.

يقتضي تحديد الذمة المالية بين المقصود منها، عناصرها، خصائصها، أهميتها، والطبيعة القانونية لها.

أ- تعريف الذمة المالية:

تعرف بأنها: "مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية في الحال والمستقبل".² أو هي: "ما للشخص من حقوق وما عليه من ديون تقدر بالنقود في الحال والمستقبل منظوراً إليها كلها كمجموع قانوني".

يتبين أن الذمة المالية وعاء افتراضي زود به القانون كل شخص ليتلقى حقوقه والتزاماته ذات القيمة المالية، وهي تتكون من الحقوق المالية التي يكتسبها الشخص والتي تتضمن الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية في جانبها المالي، كما يندرج ضمنها الالتزامات المالية التي يتحملها تجاه غيره. وبهذا يلاحظ أن الذمة المالية للشخص تقتصر على الحقوق والواجبات ذات الطابع المالي، في حين يخرج من نطاقها الحقوق السياسية وحقوق الشخصية وحقوق الأسرة، الحقوق الذهنية في جانبها الأدبي، ومع هذا يندرج ضمنها التعويضات النقدية التي تمنح للشخص جراء تعدي الغير على حقوقه الشخصية كالتعدي على الحق في الاسم مثلاً.

¹ - يراجع هذه المطبوعة، ص. 111.

² - رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص. 232.

هذا وينبغي التنويه إلى أن الذمة المالية تضم الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية، وهي تتميز بحركية مستمرة، إذ يتغير مضمونها بصفة دائمة، وهي بحسب التصرفات تزداد يسرا أو عسرا.

ب- عناصر الذمة المالية:

سبق الذكر أن الذمة المالية وعاء افتراضي زود به القانون كل شخص لتلقي حقوقه والتزاماته ذات القيمة المالية، ولهذا الوعاء شقين أو جانبين:

- **وعاء أو جانب إيجابي (الأصول):** ويتمثل في الحقوق المالية التي تكون للشخص على غيره من المدنيين.
- **وعاء أو جانب سلبي (الخصوم):** ويتمثل في الالتزامات المالية التي يتحملها الشخص نحو غيره من الدائنين.

يوجد ارتباط وثيق بين الجانبين حيث تكون الحقوق التي يكتسبها الشخص ضامنة للوفاء بديونه، فإذا كانت ديون الشخص تفوق حقوقه فإن ذمته المالية تكون معسرة، أما إذا كانت حقوقه تفوق ديونه فذمته المالية تكون آنذاك موسرة، وعليه تقاس درجة يسار الشخص أو اعساره بصافي رصيده من الأصول في وقت معلوم، فإذا زادت أصوله على خصومه كان موسرا، أما إذا تحقق العكس بحيث زادت خصومه على أصوله كان معسرا.¹

ج- خصائص الذمة المالية: تتميز الذمة المالية بخصائص:

✓ لا يدخل في نطاقها إلا الحقوق والالتزامات المالية، أي التي يمكن تقويمها بالنقود، ويستوي في ذلك الحقوق العينية والشخصية والذهنية في جانبها المالي، في حين يخرج من نطاقها الحقوق غير المالية وكافة الالتزامات غير المالية كواجب الخدمة الوطنية وواجب الولاء للوطن.

✓ أهم ما تتميز به الذمة المالية أنه ينظر إليها كمجموعة قانونية مجردة ومتميزة عن العناصر التي تدخل في نطاقها عناصر الذمة، وهي الحقوق والالتزامات المالية تفقد ذاتيتها فيها، وتسمو هي فوق تلك العناصر بحيث يكون لها كيان وذاتية مستقلة عنها، أي أنها وعاء يستقبل الحقوق والالتزامات ولا يختلط بها.

✓ تتميز الذمة المالية أيضا بأنها مجموعة تضم بين عناصرها الحقوق والالتزامات المالية التي تكون للشخص في الحال والمستقبل، فهي لا تشمل الحقوق والالتزامات الحاضرة

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.730.

فحسب، بل المستقبلية كذلك، ويترتب على النظر إلى الذمة المالية باعتبارها تضم الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية أن لكل شخص ذمة مالية. ✓ تحدد الذمة المالية حالة إعسار الشخص ويسره.

د- أهمية الذمة المالية:

تتمثل أهمية الذمة المالية في توفير الضمان العام للدائنين، ومفاد هذه الفكرة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وفي هذا تنص المادة 188 من التقنين المدني: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان."

استنادا لنص هذه المادة، يشمل الضمان العام أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، فأموال المدين هي الضمان المشترك لجميع دائنيه القديم منهم والجديد وهو متساوون جميعا في هذا الضمان المشترك، فإذا لم تكف أمواله للوفاء بكل ديونه قسمت تلك الأموال عليهم قسمة غرماء، أي بنسبة حقوقهم.

إن تطبيق ما سلف ذكره، يستلزم عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، بمعنى التأمينات العينية أو ما تعرف بالحقوق العينية التبعية، وعليه فإن الدائنين الذين لهم حق أفضلية بمقتضى رهن أو حق تخصيص أو حق امتياز فإنهم يستوفون حقهم قبل الدائنين العاديين، بحيث يكون لهم ضمان خاص زيادة على حقهم في الضمان العام. ولذلك فإن الدائن الحريص لا يكتفي بالضمان العام، بل يطلب ضمانا خاصا على مال أو عين معينة بالذات من أموال مدينه بترتيب حق عيني تبعي كرهن رسمي أو حيازي على هذه العين المرهونة يخوله حق التتبع والأفضلية عليها أو على ثمنها تحت أي يد يكون، أي ولو تصرف فيها الراهن للغير.

نظرا لأن الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله كيفما شاء في الفترة الممتدة ما بين نشوء الدين وحلول أجل الوفاء به، يكون للدائن اللجوء إلى إحدى الدعاوى التالية لحماية حقه، وهي إما الدعوى غير المباشرة، أو دعوى الصورية أو الدعوى البوليصية.

■ الدعوى غير المباشرة: بمقتضى هذه الدعوى إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية

في مواجهة الغير كان لدائنه الحلول محله، بحيث ينوب عنه في استعمال تلك الحقوق للمحافظة عليها ليتوصل بذلك إلى المحافظة على الضمان العام الذي له على أموال مدينه، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا ثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أنه يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، وكل فائدة

تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في الضمان العام ويستفيد منها سائر الدائنين. وقد عالج المشرع الجزائري أحكام هذه الدعوى في المادة 189 من التقنين المدني.

■ **الدعوى الصورية:** دعوى يرفعها الدائن في حالة قيام المدين بتصرف صوري، يهدف من خلالها إلى دفع غش المدين الذي حاول إخراج بعض أمواله من الضمان العام من خلال إبرام تصرفات صورية، لاستبقاء المال الذي لم يخرج إلا ظاهرا. يستطيع للدائن رفع هذه الدعوى بغض النظر عن إفسار مدينه، لأن الهدف منها هو إظهار حقيقة معينة تتمثل لافي كذب مدينه.¹

يتعين على الدائن الذي يتمسك بالصورية إثبات ذلك، والتمسك بالعقد الصوري الذي يخفى العقد الحقيقي، كأن يتعلق الأمر ببيع يخفي هبة مستترة. وهذا ما نصت عليه المادة 198 من التقنين المدني.

■ **الدعوى البوليصة:** دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بالدائن، التي تنقص من حقوقه أو تزيد في التزاماته، وترتب إفساره أو الزيادة في إفساره، كبيعه لعقار بثمان تافه. إن خطورة هذا التصرف تجعله غير نافذ في مواجهة الدائن وهو ما قرره المادة 191 من التقنين المدني، إذا كان قد قام بها المدين غشا منه أو إضراراً بحقوق الدائن، ويترتب على ذلك أن يعود الحق المتصرف فيه إلى ذمة المدين ليكون في جملة الأموال التي يتكون منها الضمان العام للدائنين.

هـ - الطبيعة القانونية للذمة المالية:

برز في تحديد الطبيعة القانونية للذمة المالية نظريتان إحداهما تقليدية، والأخرى حديثة .

■ **النظرية التقليدية أو النظرية الشخصية:** يتزعم هذه النظرية الفقيهان الفرنسيان Aubry et Rau، وعرفت باسم النظرية الشخصية لأنها تسعى للربط بين الذمة المالية والشخصية القانونية، وهي تعتبر الذمة المالية المظهر المالي للشخصية القانونية، أي أنها الشخصية القانونية منظور إليها في جانبها المالي، ومن نتائج هذا التصور:

✓ تثبت الذمة المالية لكل شخص، فلا يوجد شخص بلا ذمة، كما لا توجد ذمة مالية بلا شخص، ذلك أن الذمة المالية مرتبطة بالشخصية القانونية، وعليه تستند كل ذمة مالية إلى شخص قانوني، سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً، وعليه إذا لم يكن الشخص موجوداً فإنه لا توجد ذمة مالية.

¹ - شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2010، ص.197.

✓ عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة والتعدد، إذ ونظرا لأن الذمة المالية هي الشخصية في جانبها المالي، وطالما أن الشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد، فإن الذمة المالية هي الأخرى واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد، وعليه لا يملك الشخص القول بتعدد ذمته المالية نتيجة قيامه بفصل بعض عناصرها وإخضاعها لنظام خاص، بحيث تظل الذمة المالية كلا لا يتجزأ.

✓ عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها أو النزول عنها: تعد الذمة المالية وعاء افتراضي يشمل الحقوق والالتزامات معا، وعلى هذا الأساس لا يجوز للشخص أن يتصرف في ذمته المالية ككل وإن كان له أن يتصرف في عناصرها فرادى دون أن يؤثر ذلك في كيان هذا المجموع أي في الذمة المالية، وذلك بإنقاص عناصر من الذمة أو إضافة عناصر لها دون أن ينال ذلك من وجود الذمة كمجموع قانوني، ذلك أنه واستنادا لما يعبر عنه الفقهاء بالحلول، فإن الحقوق يحل بعضها محل بعض، بمعنى يحل ما أضيف حولا عينيا محل ما خصم منها.

انتقدت هذه النظرية لربطها بين الذمة المالية والشخصية القانونية، حيث أنها أضفت على الأولى خصائص الثانية، في حين أنه إذا كانت الذمة المالية تلازم فعلا الشخصية فإن هذا لا يؤدي بالضرورة إلى إعطاء الذمة المالية خصائص الشخصية القانونية، لا سيما وأنه يمكن تجزئة الذمة المالية وتخصيص مال معين لالتزامات معينة، بحيث يكون للشخص أكثر من ذمة.

■ **النظرية الحديثة أو نظرية التخصيص أو ما يعبر عنها بالنظرية الواقعية:** تزعم هذه

النظرية كل من الفقيه الألماني Brins، وبعض الفقهاء الفرنسيين على رأسهم الفقيه الفرنسي Salleille. ووفقا لهم تعد الذمة المالية مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين، ومنه سميت هذه النظرية بنظرية التخصيص، ووفقا لهما لا يرتبط وجود الذمة المالية بوجود الشخصية القانونية، إذ يتصور وجودها دون أن تستند لشخص معين.¹

إن هدف التصور الذي جاءت به هذه النظرية الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري، لقصور الشخصية القانونية في نظرهم على الشخص الطبيعي، ففكرة الشخصية الاعتبارية مجرد خيال مخالف للواقع، و حيلة قانونية ترمي إلى اصطناع شخص افتراضي لتنسب إليه هذه الذمة المالية، وهو أمر يمكن تجاوزه دون منح مجموعة الأشخاص والأموال الشخصية القانونية، وذلك باعتبار أن تلك الحقوق والالتزامات تكون ذمة مالية مستقلة يجمع بين عناصرها وحدة الغرض الذي خصصت له دون أن تستند في وجودها لشخص معين.

¹ - شوقي بناسني، المرجع السابق، ص. 186.

يترتب على الأخذ بهذه النظرية النتائج التالية:

❖ **وجود ذمة مالية دون شخص:** لا تقتضي الذمة المالية وجود شخص، فطالما أن الذمة المالية هي مجموعة حقوق وواجبات خصصت لغرض معين، ولا اعتبار أنه لا يكون لوجود الشخص القانوني أي دور في تكوين المجموعة، فإنه حينئذ يمكن أن توجد ذمة بدون شخص.

❖ **إمكانية وجود شخص دون ذمة:** إن اعتبار الذمة المالية مجموع من الحقوق والالتزامات المخصصة لغرض معين، فهذا يعني إمكانية وجود شخص ليست له حقوق، وليست عليه التزامات، أي شخص دون ذمة مالية.

❖ **قابلية الذمة المالية للتجزئة:** نظرا لأن الذمة المالية مجموعة من الحقوق والواجبات التي نشأت لتحقيق غرض معين، فإنها تتعدد بتعدد الأغراض التي تتجمع من أجلها الحقوق والواجبات، وعلى هذا الأساس فإنه قد تتعدد الذم المالية للشخص الواحد، بتخصيص كل واحد من عناصرها لغرض معين، إذ قد يكون للشخص ذمة مالية للاستغلال التجاري وأخرى للزراعي، وثالثة للصناعي، وتكون كل منها مستقلة عن الأخرى ولا تدخل في ضمان الذمة الأخرى. ويبرز هذا كذلك في حالة الترشيد لممارسة التجارة، بحيث يكون للقاصر المرشد أهلية أداء كاملة بالنسبة للأموال التي يكتسبها من ممارسة التجارة المأذون له بها، في حين يظل ناقص الأهلية بالنسبة لأمواله الأخرى، وعليه يكون له ذمتان ماليتان، ذمة مالية خاصة بما يكتسبه من تجارته، وذمة تحوي ما عدا ذلك من أمواله الأخرى. ويتحقق الأمر كذلك عند شراء شخص عقارا مرهونا أي سبق للبائع رهنه للغير، بحيث لا يسأل المشتري الذي اكتسب ملكية العقار وهو ما يعرف بحائز العقار عن الدين الذي عقد الرهن لضمانه إلا في حدود العين التي اشتراها دون بقية أمواله، ومقتضى هذا وجود ذمتين ماليتين لمشتري العين المرهونة ذمة خاصة قاصرة على العين المرهونة، وذمة عامة تشمل بقية أمواله.

❖ **قابلية الذمة المالية للتصرف فيها والنزول عنها:** تعد الذمة المالية منفصلة ومستقلة تماما عن الشخصية القانونية، وهي على هذا الأساس مجموعة حقوق وواجبات موجودة فعلا، وليس مجرد احتمال، وبهذا فهي تكون قابلة للنزول والانتقال.

انتقدت هذه النظرية بسبب أنه لا يمكن أن توجد ذمة دون شخص طبيعي أو معنوي، ذلك أن الذمة المالية تلازم الشخصية لكونها الوعاء الافتراضي الذي يضم ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات طابع مالي.

الفرع الثاني: الأهلية القانونية

الأهلية لغة تعني الصلاحية، وعلية القول بأن الشخص أهل لعمل ما يعني صلاحيته لهذا العمل.

ولئن كان هذا هو التعريف اللغوي للأهلية، فإن التعريف القانوني لها ينصرف للمعنى ذاته، فهي صلاحية يعترف بها القانون للشخص، لكن قد ينصرف معنى الصلاحية إلى مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وهو ما يعرف بأهلية الوجوب¹، وقد ينصرف معناها إلى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو ترتب عليه الواجبات وهو ما يعرف بأهلية الأداء.

وأحكام الأهلية تؤثر في حياة الشخص القانونية تأثيرا كبيرا، وعليه فإنه ليس لأحد أن ينزل عن أهليته أو أن يعدل في أحكامها، ذلك أنها من النظام العام، وهو ما أشارت له المادة 45 من التقنين المدني الجزائري.

استنادا لما تقدم يتضح أن الأهلية نوعان؛ أهلية وجوب وأهلية أداء.

أولا- أهلية الوجوب²:

يقتضي تحديد أهلية الوجوب بيان المقصود بها (1)، مناطها (2).

1- تعريف أهلية الوجوب:

يراد بها مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهي ترتبط ارتباطا وثيقا بالشخصية القانونية³، حيث أن لكل شخصية قانونية أهلية وجوب، وكل أهلية وجوب تقتضي لا محالة وجود شخصية قانونية، غير أن الشخصية القانونية تبدأ من يوم ولادة الإنسان حيا في حين تثبت أهلية الوجوب للفرد من يوم اكتسابه للشخصية القانونية.

وتكمن العبرة من أهلية الوجوب في مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات (أي بالنظر إلى أنواعها)، في حين أن الشخصية القانونية تتمثل في صلاحية الكائن لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات بغض النظر عن نوع تلك الحقوق أو الواجبات.

وعليه فإن الإنسان – بغض النظر عن حالته السياسية (مواطن أو أجنبي)، الدينية (مسلم أو غير مسلم أو بدون معتقد)، العائلية (ذكر أو أنثى) وبغض النظر عن لونه (أسود أو أبيض)- يتمتع بالشخصية القانونية لكونه كائن صالح مبدئيا لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، أما أهلية الوجوب فقد تختلف باختلاف بعض الصفات، ويبرز هذا الاختلاف على مستوى الحقوق

¹ - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص.209.

² - تمثل أهلية الوجوب الوجه السلبي للأهلية القانونية بحيث أنها تقتصر على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات دون تدخل إرادي من الشخص، ذلك أن الوجه الإيجابي يتمثل في المساهمة الإيجابية في إنشاء الحقوق وتحمل الالتزامات.

³ - الشخصية القانونية فهي صلاحية الكائن لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.

السياسية وكذا الحقوق المدنية، فالوطني دون الأجنبي يتمتع بجنسية الدولة ويحظى بممارسة الحقوق السياسية، وبهذا يتضح أن الأجنبي ليس له أهلية وجوب بالنسبة لبعض الحقوق السياسية، كحق الانتخاب.

استنادا لما تقدم، يستنتج أن الإنسان وبمجرد ولادته يتمتع بأهلية وجوب كاملة باستثناء ما منعه منه القانون بنص خاص. فالمشرع في حالات معينة يقيد أهلية بعض الأشخاص، ويبرز ذلك على مستوى الحقوق المدنية وكذا الحقوق السياسية، ففي مجال الحقوق المدنية يعد من موانع الإرث وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحيل إليها المادة 222 من تقنين الأسرة اختلاف الدين، كما تقرر المادة 135 من تقنين الأسرة موانع أخرى وتشمل كل من قاتل المورث عمدا وعدوانا، شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى إعدامه وذلك طبقا للقاعدة الشرعية التي تقول من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

ولئن كانت هذه القيود وردت في تقنين الأسرة، فإن هناك قيودا وردت في التقنين المدني وتشمل منع عمال القضاء والمحامين والموثقين وكتاب الضبط من شراء الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها¹، منع المحامين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها².

هذا ويلاحظ أن أهلية الوجوب السياسية تنقيد بالجنسية- بحيث تثبت هذه الأخيرة للمواطن دون الأجنبي-، وعلى أساسها يكون للمواطن حق الانتخاب، حق الترشح لمنصب سياسي، تحمل واجب الخدمة العسكرية، واجب الدفاع عن الوطن.

وإلى جانب الجنسية فهي تنقيد بالسن، إذ يحظر مثلا الترشح لمنصب رئيس الجمهورية لمن لم يبلغ 40 سنة كاملة³، هذا وتنقيد بإدانة الشخص في بعض الجرائم حتى يرد له اعتباره طبقا لنظام رد الاعتبار.

بهذا يبدو أن هناك فرق بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية و يكمن هذا الفرق في أن الشخص الطبيعي الذي يمتلك شخصية قانونية كاملة يمكن أن لا يمتلك أهلية وجوب كاملة، إذ ترد على هذه الأهلية قيود ومن ذلك الأجنبي الذي لا يحق له اكتساب بعض الحقوق رغم أن له شخصية قانونية كاملة.

¹- يراجع في ذلك نص المادة 402 من ق.م.ج.

²- يراجع في ذلك نص المادة 403 من ق.م.ج.

³- يراجع في ذلك نص المادة 87 من د.ج.

2- مناط أهلية الوجوب:

مناط أهلية الوجوب هو الحياة، إذ أنها تثبت لكل شخص بمجرد ولادته حيا وتنتهي بوفاته¹، وعلية فإن أهلية الوجوب مكفولة للجميع بغض النظر عن السن، الإدراك، التمييز، ومن ثم يتمتع الصبي غير المميز، والمجنون بأهلية الوجوب.

بهذا يمكن القول أن الإنسان بمجرد ولادته تثبت له الحقوق والالتزامات عليه، لكنه لا يستطيع أن يباشر التصرفات القانونية بنفسه، ذلك أن مثل هذا الأمر يستلزم توفر أهلية الأداء لديه.

ثانيا- أهلية الأداء:

تعرف بأنها صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، أي قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية. كما تعرف بأنها قدرة الشخص على التعبير عن إرادته بنفسه تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه وذمته.

لأهمية أهلية الأداء سيتم التعرض لها بالتطرق لمناطقها، مجالها، مراحل تدرجها.

1- مناط أهلية الأداء:

مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، وبذلك تختلف عن أهلية الوجوب التي مناطها الشخصية القانونية، فإذا ولد الشخص تمتع بأهلية الوجوب كاملة، ولكنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بوجود الإدراك وبقدر ما يوجد لديه منه حتى إذا اكتمل ادراكه اكتملت له أهلية الأداء

2- مجال أهلية الأداء:

يقتصر مجال أهلية الأداء على التصرفات القانونية دون الأعمال المادية²، والمراد بالتصرفات القانونية الأعمال القانونية التي تنشأ بإرادة الشخص، بحيث تتجه إرادة الشخص فيها لإحداث أثر قانوني معين ويستوي في هذه التصرفات القانونية أن تنشأ بإرادة واحدة كالوصية، الوعد بالجائزة، أو بتبادل إرادتين أو أكثر كالبيع، الإيجار... وتنقسم التصرفات القانونية إلى ثلاث أنواع:

- **التصرفات النافعة نفعا محضاً:** وهي تلك التي تسبب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه للطرف الآخر، بمعنى آخر هي التصرفات التي تكسب صاحبها حقوقاً دون أن تحمله التزامات³، كقبول الوصية، الهبة غير المشروطة.

¹ - يراجع هذه المطبوعة، ص. 73 وما يليها.

² - الأعمال المادية هي الأعمال التي تصدر من الشخص، فيجعل القانون من وقوعها ذاته كافياً لنشأة الحق، ويرتب عليها آثار معينة، وذلك دون نظر إلى إرادة محدثها، سواء أراد الإنسان هذه النتيجة أو لم يردّها، وللإشارة فإن هذه الأعمال قد تكون أعمالاً نافعة، كما قد تكون أعمالاً ضارة. ومثال الأعمال النافعة الأثر بلا سبب والذي يعرف بأنه إثراء يترتب عليه افتقار دون سبب قانوني يترتب عليه هذا الإثراء أو هذا الافتقار، ويكون فيه المثري ملزم بتعويض المفقّر. ومثال الأعمال الضارة التزام المسؤول وهو من صدم غيره بسيارته بتعويض المضرور، عما أصابه من ضرر.

³ - تسمى أهلية الأداء هذه بأهلية الاغتناء

■ **التصرفات الضارة ضررا محضا:** وهي تلك التي تسبب افتقار من يباشرها دون مقابل، بمعنى آخر هي التصرفات التي تحمل صاحبها التزامات دون أن تكسبه حقوقا¹ كالإيضاء، الهبة، سقوط حق في ذمة الغير دون مقابل.

■ **التصرفات الدائرة بين النفع والضرر،** وهي تلك التي لا يترتب لمن يباشرها اغتناء محضا، ولا افتقارا محضا، بمعنى آخر هي التصرفات التي تكسب الشخص حقوقا وتحمله لإلتزامات في ذات الوقت كالبيع والإيجار.

3- مراحل تدرج أهلية الأداء:

تمر أهلية الإنسان عبر مختلف مراحل حياته بمراحل متعددة، وهي تتراوح ما بين الإنعدام، النقصان، الكمال.

■ **مرحلة انعدام الأهلية:** وتشمل هذه المرحلة الصبي غير المميز، وهي تبدأ من الولادة إلى ما دون سن التمييز التي حددها المشرع الجزائري في المادة 42/ 2 من التقنين المدني ب 13 سنة.

خلال هذه المرحلة يثبت للصبي غير المميز أهلية وجوب كاملة، ذلك أن هذه الأخيرة مناطها الحياة، غير أنه لا يتمتع بأهلية الأداء كون أن ضابطها الإدراك والتمييز، وهو ما لم يتحقق لديه بعد، وعلى هذا الأساس يلاحظ أن القانون يحظر على الصبي غير المميز إبرام التصرفات القانونية، بحيث يكون كل تصرف قانوني يبرمه ولو كان نافعا نفعا محضا له باطلا بطلانا مطلقا، وهذا البطلان من النظام العام

ونظرا لعدم قدرة الصبي غير المميز على إبرام التصرفات القانونية، فقد خول القانون لمن يتولى أموره قانونا – الولي وفي حالة غيابه الوصي وفي حالة غيابه المقدم² - أن يقوم مقامه في مباشرة ما تدعو إليه الحاجة من التصرفات القانونية المختلفة.

■ **مرحلة نقص الأهلية: الصبي المميز:** يقتضي الأمر تحديد نقص الأهلية، وبعدها حكم تصرفاته، وللاستثناءات التي قررها المشرع في مجال نقصان الأهلية .

❖ **تحديد المقصود بنقص الأهلية:** لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 42/ 2 من التقنين المدني سن التمييز ب 13 سنة ، هذا ونص في المادة 43 من ذات التقنين : "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

¹ - تسمى الأهلية في هذه الحالة بأهلية الافتقار.

² - تنص المادة 81 من ق. أ: "من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون."

استنادا لنصي المادتين 2/42 و 43 من التقنين المدني تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي الثالث عشر سنة من عمره (13 سنة) وتمتد إلى ما دون بلوغه سن الرشد المقررة قانونا بتسعة عشرة سنة ميلادية كاملة (19 سنة).

يعد الصبي في هذه المرحلة ناقص التمييز فهو لذلك ناقص الأهلية لأن التمييز هو مناط الأهلية ومعيارها.

❖ **حكم تصرفات ناقص الأهلية:** بالرجوع إلى نص المادة 83 من تقنين الأسرة¹ المحال إليها بمقتضى المادة 79 من التقنين المدني،² فإن التصرفات التي يأتيها الصبي المميز تنحصر في ثلاث حالات وتشمل :

✓ **التصرفات النافعة نفعا محضا:** تقع هذه التصرفات صحيحة، أي أنها نافذة وترتب آثارها على الفور دون حاجة إلى إجازة من أحد.

✓ **التصرفات الضارة ضررا محضا:** يمنع عليه مباشرة مثل هذه التصرفات، فإن أتاها فإنها تعد باطلة بطلانا مطلقا. ونظرا لأن البطلان هو زوال أثر العقد فإن التصرفات التي يأتيها ناقص الأهلية والضارة ضررا محضا تعد كأن لم تكن.

هذا ويترتب على البطلان المطلق آثار متعددة بحيث تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لا يزول بالإجازة، يجوز لكل ذي مصلحة إثارته، وهو من النظام العام.

✓ **التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** استنادا لنص المادة 83 من تقنين الأسرة، فإن مثل هذه التصرفات تتوقف على إجازة الولي أو الوصي.

الملاحظ أن المشرع الجزائي في المادة 83 من تقنين الأسرة تبني فكرة العقد الموقوف الذي هو نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، والذي على أساسه يكون العقد صحيحا إلا أن تنفيذه يتوقف على إجازة الولي أو الوصي، وعليه التصرف الذي يأتيه القاصر المميز والدائر بين النفع والضرر يكون موقوفا على إجازة الولي أو الوصي، وهو بذلك لا يترتب أي أثر إلا إذا لحقته الإجازة، ومتى لحقته الإجازة رتب آثاره من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ إجازته.

ولئن كان تقنين الأسرة تبني فكرة العقد الموقوف، إلا أن التقنين المدني قرر حلا آخر فجعل العقد قابلا للإبطال، والعقد القابل للإبطال عقد صحيح منتجا لآثاره ما لم يتقرر بطلانه، وهو على هذا النحو مهدد بالزوال، وعليه إذا تمسك ناقص الأهلية بإبطال العقد فسيقرر إبطاله بأثر رجعي، أما إذا أجازته سواء كانت الإجازة صريحة أو ضمنية فإن التهديد بالإبطال يزول.

¹ - تنص م 83 ق.أ: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر..."

² - تنص المادة 79 ق.م: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة."

ولناقص الأهلية حق التمسك بالإبطال خلال أجل خمس سنوات من يوم زوال السبب أي من يوم زوال نقص الأهلية، وذلك استنادا لنص المادة 101 من التقنين المدني. بسبب هذا التناقض فإنه ينبغي على المشرع التدخل لتوحيد الحل الوارد في كل من التقنين المدني وتقنين الأسرة، فيما يتعلق بحكم تصرفات الصبي المميز أي ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.

✓ **ترشيده القاصر:** استثناء من الأصل العام يمكن ترشيده القاصر المميز في بعض الحالات، بحيث يصبح كامل الأهلية، وقد وردت هذه الحالات في كل من تقنين الأسرة، التقنين المدني، والتقنين التجاري.

❖ الحالات الواردة في تقنين الأسرة:

✓ **استنادا لنص المادة 7 من ق.أ:** تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. وفقا لهذه المادة يمكن للقاضي متى تحققت المصلحة والضرورة وتأكدت لديه قدرة الطرفين على الزواج أن يرخص بذلك قبل بلوغ سن الزواج المحدد بتسعة عشرة سنة، وبمقتضى هذا الترخيص يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات، بحيث يكون لكل منهما أن يباشر بنفسه ولحسابه الدعاوى القضائية للمطالبة بالحقوق والواجبات المترتبة على عقد الزواج، كالمطالبة بمسكن الزوجية، النفقة، الطلاق...

✓ **استنادا لنص المادة 84 من ق.أ:** " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك"

انطلاقا من هذه المادة يتضح أن للقاضي أن يمنح للقاصر المميز - ويبدأ سن التمييز من 13 سنة - رخصة يصبح بموجبها هذا الأخير أهلا للتصرف بنفسه ولحسابه في أمواله كلها أو بعضها حسب مضمون الإذن، وتكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة، ضارة، دائرة بين النفع والضرر، ويتخذ القاضي قرار الإذن بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، كولي القاصر، الوصي عليه أو النيابة العامة، كما ويكون له حق الرجوع في الإذن عند وجود مبرر لذلك.

❖ الحالات الواردة في التقنين التجاري:

تنص المادة 5 من التقنين التجاري: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية:

✓ إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.

✓ ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري." وفقا لهذه المادة يجوز للقاصر المرشد ذكرًا كان أو أنثى- ممارسة التجارة بنفسه ولحسابه متى تحققت شروط محددة وتشمل:

- 1- بلوغ القاصر المرشد 18 سنة كاملة.
- 2- الحصول على الإذن الكتابي (لا بد أن يكون الإذن مكتوبا) المسبق (سابقا لبداية ممارسته النشاط التجاري) لمزاولة التجارة، وقد خول القانون التجاري صلاحية منح الإذن لكل من الأب، وفي حالة عدم وجوده بسبب وفاته أو غيابه، أو سقوط السلطة الأبوية عنه، أو إستحالة مباشرتها، يتم الحصول على الإذن من الأم، على أن وفي حالة عدم وجود الأب والأم يتم الحصول على الإذن من مجلس العائلة، وعند الحصول على الإذن الكتابي يشترط القانون التجاري أن يكون مصدقا عليه من طرف المحكمة، وذلك حتى تكون له قيمة قانونية لطلب التسجيل في السجل التجاري، ونظرا لعدم وجود مجلس العائلة في الجزائر فإنه وفي غياب الأب والأم يتم منح الإذن من القاضي، لأن هذا الأخير ولي من لا ولي له.
- 3- تقديم الإذن المسبق دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.

متى تحققت الشروط آنفة الذكر يكتسب القاصر المرشد صفة التاجر، بحيث يكون أهلا بالنسبة لكل التصرفات التي يقوم بها في إطار نشاطه التجاري، ويكون عليه احترام حدود الإذن الممنوح له لمزاولة التجارة – لأن الإذن قد يكون عاما وقد يكون خاصا-، ومتى خرج عن حدود ذلك الإذن عاد إلى حالته الطبيعية قاصر مميز بمعنى ناقص الأهلية.

لئن كان هذا مضمون المادة 5 من التقنين التجاري، فإن المادة 6 من ذات التقنين تقضي: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم. غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر وعديمي الأهلية".

استنادا لما تقدم، يتبين أنه متى اكتسب القاصر المرشد الأهلية القانونية لمزاولة التجارة كان له وفقا للمادة 6 أن يرتب التزاما أو رهنا على أمواله العقارية، غير أن التصرف فيها عن طريق التنازل عنها بالبيع أو الهبة سواء كان اختياريا أو جبريا لا يصح إلا باتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة ببيع أموال القصر وعديمي الأهلية، بمعنى أنه فيما يخص هذه التصرفات يعتبر

قاصرا وليس كامل الأهلية رغم أنه حائز على ترخيص بمزاولة التجارة لأن هذه التصرفات تدخل ضمن التصرفات الضارة ضررا محضا.

❖ الحالات الواردة في التقنين المدني:

تنص المادة 38 من التقنين المدني: "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها."

خروجا عن القاعدة العامة الواردة بالمادة 1/38 من التقنين المدني والتي تقضي بأن موطن القاصر هو موطن من ينوب عنه قانونا، جعل المشرع للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها، وعليه القاصر المرشد لمزاولة النشاط التجاري يكون له موطن خاص يعتد به بالنسبة للمسائل المتعلقة بنشاطه التجاري.

ج- مرحلة كمال الأهلية:

يقتضي الأمر تحديد المقصود بكمال الأهلية، وحكم تصرفاته .

■ **تحديد مرحلة كمال الأهلية:** تنص المادة 40 من التقنين المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد

متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية."

وقد ورد الحكم ذاته في المادة 86 من تقنين الأسرة التي قضت: "من بلغ سن الرشد ولم

يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية طبقا للمادة 40 من القانون المدني."

استنادا لهاتين المادتين يعد كاملا للأهلية من بلغ سن الرشد المحدد بتسعة عشر سنة كاملة

(19) متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه. وعليه إذا بلغ الشخص سن الرشد لكن لم يكن متمتعا

بقواه العقلية لجنون أو عته استمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه، هذا وقد ترى المحكمة أن

الشخص ورغم تمتعه بقواه العقلية إلا أنه لا يحسن التصرف والتدبير في ماله لسفه أو غفلة فتقضي

باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

■ **حكم تصرفات كامل الأهلية:** تكون كل التصرفات الصادرة من كامل الأهلية صحيحة سواء

كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر، ما لم يكن قد أصيب بعارض من

عوارض الأهلية، أو بمانع من موانعها .

❖ **عوارض الأهلية:** عوارض تصيب الانسان في عقله أو في تدبيره فتفسده، وتسمى الأولى

أي العوارض التي تصيبه في عقله العوارض المعدمة ويندرج ضمنها الجنون والعته، أما

العوارض التي تصيبه في تدبيره فهي عوارض منقصة وتشمل كل من السفه والغفلة.

● **العوارض المعدمة:** حددت المادة 42 من التقنين المدني حالتين تعدمان التمييز وتشمل هاتين الحالتين كل من الجنون والعتة، وفي هذا نصت المادة أنفة الذكر : "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عتته، أو جنون". بهذا يتبين أن المشرع يعتبر الجنون والعتة سببين لفقدان التمييز شأنهما في ذلك شأن الصبي غير المميز الذي هو دون الثالثة عشر. ولأهميتهما ستتم معالجتهم تباعا.

✓ **الجنون:** مرض يصيب العقل فيؤدي إلى زواله، والجنون إما يكون مطبقا يصيب الشخص فلا يفيق منه أبدا، وإما يكون متقطعا يصيب الشخص ويفيق منه، بحيث تتخلله فترات صحوه وفترات جنون. والملاحظ أن المشرع الجزائري على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية لم يفرق بين الحالتين، وأعطاهما حكما واحدا فاعتبر أن تصرفات المجنون تقع باطلا بطلانا مطلقا إذا صدرت بعد صدور الحكم بالحجر عليه، دون تفرقة بين التصرفات التي صدرت منه في حالة الجنون وتلك التي صدرت منه في حالة الإفاقة .

✓ **العتة:** خلل يعتري العقل دون أن يصل إلى درجة الجنون، فيجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام، فاسد التدبير، لكن دون أن تصدر منه تصرفات ضارة بالغير كالضرب والشتم. وعليه المعتبره كالمجنون لأن العتة خلل يصيب العقل، ولكنه يخالف الجنون في أن صاحبه لا يكون في حالة هيجان. ومن ثم فإن العتة يعد جنونا هادئا.

■ **حكم تصرفات المجنون والمعتوه:** نظرا لأن مسألة تحديد حكم تصرفات المجنون والمعتوه تستلزم التفرقة بين صدور التصرف منهما قبل صدور حكم الحجر وبعده، فإنه ينبغي وقبل بيان حكم تصرفاتهما، التعرض للحديث عن إجراء الحجر .

❖ **إجراء الحجر:** الحجر معناه شرعا منع التصرف القولي، وسبب الحجر ضعف في تقدير المحجور عليه، يجعل من تصرفاته القولية غير نافذة.

هذا عن المعنى الشرعي، أما في الاصطلاح القانوني فالحجر هو الوضعية القانونية التي يوضع بها الأشخاص الذين تنعدم أهليتهم بسبب الجنون أو العتة،¹ ويتم الحجر بمقتضى حكم قضائي،² و بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة،³ ولا يتم الحجر إلا بعد استناد القاضي على الأدلة المقدمة من شهادات طبية، كما وله الاستعانة بخبرة طبية لإثبات أسباب الحجر،⁴ هذا ويتوجب عليه تمكين الشخص المراد الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه وتعيين

¹ - إلى جانب كل من المجنون والمعتوه، فإن إجراء الحجر يمس السفه كذلك. يراجع في ذلك المادة 101 من ق. أ.

² - يراجع في ذلك المادة 103 من ق. أ.

³ - يراجع في ذلك المادة 102 من ق. أ.

⁴ - يراجع في ذلك المادة 103 من ق. أ.

مساعد له إن كان في ذلك مصلحة له،¹ وبعد أن تثبت حالة الجنون أو العته يصدر القاضي حكماً بالحجر على المعني بالأمر، ويعين للمحجور عليه مقدم يتولى رعاية شؤونته، وهذا طبعاً ما لم يكن له ولي أو وصي.²

لأهمية حكم الحجر في إعلام الغير بالوضعية القانونية للمحجور عليه، فإن حكم الحجر يكون محلاً للنشر، وهو قابل لكل طرق الطعن.³

ولئن كان الحجر لا يثبت إلا بحكم قضائي، فهو كذلك لا يرفع إلا بناء على حكم، وعليه فإنه وفي حالة زوال أسباب الحجر كشفاء المحجور عليه من حالة الجنون يرفع إجراء الحجر بموجب حكم قضائي بناء على طلب من المعني بالأمر.⁴

- **بيان حكم تصرفات المجنون والمعتوه:** ميزت المادة 107 من تقنين الأسرة بين حالتين: وهما تصرفات المجنون والمعتوه قبل صدور الحكم بالحجر وتصرفهما بعد صدور الحكم بالحجر. - **حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل صدور الحكم بالحجر عليهما:** ترد على هذه المسألة قاعدة واستثناء.

القاعدة العامة: قبل صدور الحكم بالحجر تكون تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة، وتعد صحيحة كون أن الشخص الراشد الذي لم يحجر عليه يتمتع قانوناً بأهلية كاملة، ويكون الغير المتعاقد معه حسن النية لا يعلم حالة الجنون أو العته التي تعتريه.

الاستثناء: تكون تصرفات المجنون والمعتوه قبل صدور الحكم بالحجر باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت حالة الجنون والعته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد معه على علم بها.

- **حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد صدور الحكم بالحجر عليهما:** تكون تصرفاتهما باطلة بطلاناً مطلقاً، ولا حاجة لإثبات حالة الجنون أو العته، بل يكفي أن يكون التصرف المتنازع فيه قد تم بعد حكم الحجر.

• **العوارض المنقصة:** يندرج ضمن العوارض المنقصة كل من السفه، الغفلة.

ينبغي الإشارة أن المادة 43 من التقنين المدني أدرجت السفه وذا الغفلة ضمن العوارض المنقصة شأنهما في ذلك شأن الصبي المميز أي ناقص الأهلية، وذلك بخلاف المادة 85 من تقنين الأسرة التي أدرجت حاله السفه ضمن العوارض المعدمة واعتبرته شأنه شأن الصبي غير المميز،⁵ المجنون، المعتوه، وهي غير صائبة، ذلك أنه لا يمكن التسوية بين السفه وبين الجنون

¹- يراجع في ذلك المادة 105 من ق. أ.

²- يراجع في ذلك المادة 99 من ق. أ.

³- يراجع في ذلك المادة 106 من ق. أ.

⁴- يراجع في ذلك المادة 108 من ق. أ.

⁵- تنص المادة 85 ق. أ: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه."

والعته، ذلك أن الجنون والعتة أمراض تصيب العقل، في حين أن السفه لا يصيب الشخص في عقله، بل في تدبيره. هذا وقد أغفل المشرع الجزائري النص في تقنين الأسرة على ذا الغفلة، ولهذا فإنه ينبغي تعديل أحكام قانون الأسرة.

✓ **السفه:** هو تبذير المال على غير مقتضى العقل والشرع، أو خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل في ماله والتصرف فيه بخلاف العقل والشرع. والسفه لا يمس التمييز بل يمس التدبير لأن السفه شخص كامل العقل لكنه فاسد التدبير. وعليه يعرف السفه بأنه شخص مغلوب بهواه يتصرف بخلاف ما يمليه العقل والشرع مع تمتعه بقواه العقلية حقيقة وفعلا، والسفه هو الشخص الذي يعمل على تبذير ماله والإسراف في النفقة.

للإشارة فإن السفه لا يعد ناقص الأهلية إلا بعد صدور حكم الحجر عليه، هذا ويتم الحجر بموجب حكم قضائي بناء على طلب من أحد أقاربه، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك، ويعين القاضي بموجب الحكم بالحجر مقدما يتولى شؤونه، ما لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي، كما وأنه يجب نشر الحكم بالحجر لإعلام الغير، لأن الحجر لا يسري في حق هذا الأخير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به.

✓ **الغفلة:** سذاجة لا يعرف صاحبها ما ينفعه وما يضره فيغبين في المعاملات، أو هي سذاجة تجعل الشخص يخدع في معاملاته بسهولة فيغبين لسلامة قلبه. وعليه يعرف ذا الغفلة بأنه شخص لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة فيغبين لسلامة قلبه. وذا الغفلة شأنه شأن السفه كامل الأهلية لكنه فاسد التدبير، وعلى هذا الأساس فهو يعامل معاملة السفه من حيث الحجر عليه وتعيين مقدم يتولى شؤونه.

• **حكم تصرفات السفه وذا الغفلة:** تأخذ تصرفات المحجور عليه لسفه أو غفلة حكم تصرفات ناقص الأهلية أي الصبي المميز وهو ما يستشف من نص المادة 43 من التقنين المدني، ومع أن المشرع أخضع السفه لإجراء الحجر، إلا أنه لم يميز بين التصرفات التي تصدر عنه قبل الحجر وتلك التي تصدر بعده.

هذا ويلاحظ من خلال استقراء المادتين 101 و 107 من تقنين الأسرة أن المشرع كما سبق الذكر أدرج السفه ضمن العوارض المعذمة، فاستلزم الحجر على من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفه، وكذا على من طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده، كما واعتبر التصرفات الصادرة من المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحجر إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

استنادا لهاتين المادتين تكون تصرفات المحجور عليه لسفه باطلة بعد صدور الحكم بالحجر، وصحيحة قبل صدور الحكم بالحجر ما لم تكن أسباب الحجر ظاهرة.

وبسبب التناقض الموجود بين الأحكام الواردة في التقنين المدني وتلك الواردة في تقنين الأسرة، فإنه ينبغي على المشرع التدخل لإزالة هذا التباين، وتنظيم حكم تصرفات السفية وذي الغفلة بالتفرقة بين التصرفات الصادرة قبل صدور حكم الحجر وتلك الصادرة بعده.

وفي هذا يرى الفقه أن تصرفات السفية وذي الغفلة قبل صدور حكم بالحجر تكون كأصل عام صحيحة لاكتمال إرادتهما، إلا أنه واستثناء تكون قابلة للإبطال إذا كانت مشوبة بالاستغلال، ويتحقق ذلك إذا كان المتعاقد مع السفية أو ذي الغفلة يعلم بحالته ويعتمد الاغتناء مغتتما حالة السفية أو ذي الغفلة، فيحصل على مزايا لا تتعادل مع التزاماته.

هذا عن حكم تصرفاتهما قبل صدور الحكم بالحجر، أما عن حكم تصرفاتهما بعد الحجر فهي تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز، فإذا كانت ضارة بهما ضررا محضا تكون باطلة بطلانا مطلقا، وإذا كانت نافعة نفعا محضا كانت صحيحة، وإذا كانت دائرة بين النفع والضرر فإنها وفقا لتقنين الأسرة متوقفة على إجازة الولي أو الوصي. ووفقا للتقنين المدني فتكون قابلة للإبطال.

■ **موانع الأهلية:** تعد موانع الأهلية كعوارضها لأنها تصيب الشخص الذي بلغ سن الرشد وتؤثر على أهلية الأداء لديه، ولكن رغم ذلك فهما يختلفان في سبب كل منهما، إذ بينما تستند عوارض الأهلية على تمييز الشخص فتؤثر عليه بدرجات متفاوتة بحيث تعدمه أو تنقص منه فيصير الشخص عديم الأهلية أوناقصها، فإن موانع الأهلية يكون مردها القانون، ومن ثم فإن موانع الأهلية ليس لها علاقة بتمييز الفرد بحيث يكون هذا الأخير متمتعا بكامل قواه العقلية.

بهذا يمكن القول أن عوارض الأهلية مردها التمييز والإدراك، أما موانع الأهلية فمردها القانون، إذ قد يكون الشخص كامل الأهلية، وأهل لمباشرة تصرفاته القانونية، إلا أنه يصاب بموانع من موانع الأهلية، وعلى ذلك الأساس يمنع من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه.

هذا و تتأرجح موانع الأهلية بين موانع مادية*، موانع طبيعية** وأخرى قانونية***.

❖ **الموانع المادية:** لقد سبق التعرض عند نهاية الشخصية القانونية لمسألة المفقود والغائب واتضح أنه استنادا لنص المادة 111 من قانون الأسرة يلتزم القاضي عند الحكم بالفقد بأن يعين في الحكم ذاته مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، وتسلم ما يستحقه هذا الأخير من ميراث أو تبرع.

وعليه يعد كل من الغياب، الفقد مانعان ماديان يمنع بموجبهما الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضي وجود شخص ينوب عنه في إدارة شؤونه وذلك حتى لا تتعطل مصالحهما أو مصالح غيرهما.

❖ **الموانع الطبيعية: (العاهة المزدوجة):** استنادا لنص المادة 80 من التقنين المدني فإن الشخص الذي تجتمع فيه عاهتين بحيث يكون (أصم أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم) ويتعذر عليه مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه والتعبير عن إرادته، يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات القانونية التي يجريها، ويكون مترجما عن إرادته، وسبب تعيين المساعد الخشية على ذي العاهتين من سوء أو صعوبة التعبير عن إرادته بسبب اجتماع العاهتين لديه، وعليه فإن ذي العاهتين شخص كامل الأهلية وسليم الإرادة، إلا أنه قد يكون في وضع يجعله عاجزا عن تفهم ظروف التصرف الذي يجريه وعن التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً.

تقتصر مهمة المساعد على معاونة ذي العاهتين دون القيام بالتصرفات القانونية بنفسه، والسبب في ذلك أن المساعد لا يعد نائباً لذي العاهتين، إذ يقتصر دوره على حضور التصرفات التي يقدم عليها المعني بالمساعدة لتمكينه من التعبير عن إرادته بطريقة يفهمها الغير، كما ويساعده على فهم إرادة الغير فهما صحيحاً.

هذا وقد قرر المشرع في الفقرة 2 من ذات المادة أنه إذا تقررت المساعدة القضائية بالنسبة لتصرف معين، فلا يجوز أن يستقل بإجراء هذا التصرف الشخص الذي تقررت مساعدته، بحيث إذا صدر منه التصرف بغير معاونة المساعد، كان ذلك التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل قرار المساعدة.

بهذا ينبغي التمييز في حكم تصرفات ذي العاهتين قبل وبعد تسجيل قرار المحكمة بتعيين المساعد، بحيث تكون تصرفاته قبل تسجيل قرار المحكمة بتعيين المساعد صحيحة إلا إذا كان المتعاقد معه سيء النية بأن كان يعلم عند إبرام التصرف بسبق طلب المساعدة القضائية. هذا عن حكم تصرفاته قبل تسجيل قرار المحكمة بتعيين المساعد، أما التصرفات اللاحقة لذلك القرار فإنها تقع قابلة للإبطال لمصلحة ذي العاهتين وحده.

● **المانع القانوني:** يشمل المانع القانوني كل من الحكم بعقوبة جنائية، والحكم بشهر الإفلاس ✓ **المحكوم عليه بعقوبة جنائية:** استناداً لنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات يعتبر الحجر القانوني على المحكوم عليه بعقوبة جنائية عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الأصلية، وبمقتضاه يحرم المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، بحيث يتولى قيم يختاره المحكوم عليه إدارة هذه الأموال، فإن لم يقم هذا الأخير بتعيينه تولت المحكمة ذلك¹.

¹ - تنص المادة 99 من ق.أ : "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة." كأصل عام يتولى المحكوم عليه اختيار المقدم لتقرره المحكمة بعد ذلك، على أنه وفي حالة عدم تعيينه من طرف الجاني تولت المحكمة صلاحية تعيينه.

✓ **الحكم بشهر الإفلاس:** يترتب على توقف التاجر عن دفع ديونه الحكم بشهر إفلاسه، وهو الأمر الذي يؤدي إلى غل يده عن إدارة أمواله طيلة مدة التفليسة وتعيين وكيل متصرف قضائي لإدارتها، وهو الأمر الذي قرره المادة 1/244 من التقنين التجاري¹، وللإشارة فإن كل تصرف يصدر من المفلس بعد الحكم بشهر إفلاسه يكون غير نافذ في مواجهة جماعة الدائنين.

المطلب الثاني: الشخص الاعتباري

إن عدم قدرة الإنسان على النهوض لوحده بكافة متطلبات الحياة في المجتمع بسبب أن عمره موقوت، و جهده محدود أدى إلى ظهور ما يعرف بالشخص الاعتباري، ذلك أن هنالك بعض المشاريع التي تتطلب رؤوس أموال طائلة، في حين يستلزم البعض الآخر منها تظافر جهود العديد من الأشخاص.

ولاريب أن الشخص الاعتباري ظهر منذ أمد بعيد لتحقيق ما عجز الفرد عن تحقيقه، سيما بعد أن أكد الفكر القانوني عدم وجود تلازم بين الشخصية القانونية والصفة الإنسانية، بحيث أصبحت الشخصية القانونية ترتبط ارتباطا وثيقا بوجود كائن متميز عن كيان الأشخاص اللذين يتكون منهم، وعن شخصية الأشخاص الذين قاموا بتخصيص تلك الأموال، له قيمة إجتماعية معينة تؤهله لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات.²

ولأهمية الشخص الاعتباري سيتم التعرض له، بتحديد مفهومه (الفرع الأول)، انقضاءه ومسؤوليته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشخص الاعتباري

يتطلب بيان مفهوم الشخص الاعتباري تحديد تعريفه وأنواعه وعناصر تكوينه (أولا)، مميزاته (ثانيا)، والطبيعة القانونية له (ثالثا).

أولا- تعريف الشخص الاعتباري، أنواعه، وعناصر تكوينه.

سيتم تحديد المقصود بالشخص الاعتباري (1)، وبعدها تحديد أنواعه (2)، وعناصر تكوينه (3).

1- تعريف الشخص الاعتباري:

يعرف الفقه الشخص الاعتباري أو المعنوي بأنه: " مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضا مشتركا، أو مجموعة من الأموال ترصد لمدة زمنية محددة لتحقيق غرض معين." ويعرفه

¹ - تنص المادة 1/244 ق.ت.ج: " يترتب بحكم القانون على الحكم بشهر الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، ومادام في حالة إفلاس. ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة."

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 211.

جانب آخر¹ بأنه: " مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتحد من أجل تحقيق غرض معين ومعتبر لها بالشخصية القانونية . " هذا ويعرفه جانب آخر بأنه: " مجموعة من الأموال أو جماعة من الأشخاص يتحدون للقيام بنشاطات مشتركة ولأغراض مختلفة، وقد اعترف له القانون بالقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. "

أو هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال ترمي إلى تحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض.²

وقد عرفه جانب آخر³ بأنه: "مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال، تتكاثف وتتعاون أو ترصد لتحقيق غرض وهدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية. " وعليه فهو مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال تتكاثف وتتعاون لمدة زمنية محددة لتحقيق هدف وغرض معين، بحيث تكون هذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال مصلحة جماعية مشتركة مستقلة عن المصالح الذاتية والفردية لأفراد الجماعة.⁴

استنادا لما تقدم، يتبين أن مدلول الشخص الاعتباري ينصرف إلى مجموعة الأشخاص أو الأموال التي تسعى لتحقيق غرض معين، والتي تثبت لها الشخصية القانونية، وهو ما قرره المشرع الجزائري في نص المادة 49 من التقنين المدني .

2- أنواع الأشخاص الاعتبارية:

ذكر المشرع الجزائري في المادة 49 من التقنين المدني الجزائري أنواع الأشخاص المعنوية المعروفة في النظام القانوني الجزائري والمتمثلة في كل من: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية. يستنتج من العبارة الأخيرة أن المشرع الجزائري أورد في هذا النص الأشخاص المعنوية على سبيل المثال لا الحصر.

كما يلاحظ أن الأشخاص الاعتبارية تنقسم إلى أشخاص اعتبارية عامة، وأشخاص اعتبارية خاصة.

أ- الأشخاص الاعتبارية العامة:

ينقسم الشخص الاعتباري العام إلى شخص اعتباري عام إقليمي، وشخص اعتباري عام مرفقي أو مصلحي .

¹ - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 318.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 212.

³ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم، الحجار، عنابة، 2004، ص. 33.

⁴ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط2، جسر للنشر، 2007، ص. 141؛ إبراهيم إسحاق منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 236؛ عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1979، ص. 99.

■ **الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية:** تستند الأشخاص الاعتبارية العامة على الاختصاص الإقليمي،¹ ولذلك فهي تمارس اختصاصاتها وصلاحياتها في حيز جغرافي معين من الدولة.

يندرج ضمن الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية كل من الدولة، الولاية، والبلدية.

❖ **الدولة:** تعتبر الدولة أهم الأشخاص الاعتبارية العامة، وهي الأصل الذي تنفرع عنه الأشخاص الإقليمية العامة الأخرى، وعلى ذلك فهي شخص معنوي إقليمي فريد من نوعه، ينحصر نطاق اختصاصها في إقليم معين،² وتمارس سلطاتها على كافة أرجاء الدولة، وهي كيان سياسي وقانوني منظم يتمثل في مجموعة من الأفراد الذين يقيمون على أرض محددة ويخضعون لتنظيم سياسي وقانوني واجتماعي تفرضه سلطة عليا تتمتع بحق استخدام السلطة، ويعرفها البعض بأنها مجموعة من الأفراد يقيمون بصفة دائمة على إقليم معين وتسيطر عليهم هيئة حاكمة ذات سيادة.

❖ **الولاية:** تعد الولاية ثاني جماعة إقليمية بعد الدولة، حددها المؤسس الدستوري بموجب المادة 17/1³ وعرفها المشرع بمقتضى قانون 12-07⁴ بأنها الجماعة الإقليمية للدولة. وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

تمارس الولاية اختصاصها المنصوص عليه قانونا في حدود حيز جغرافي محدد من إقليم الدولة.

❖ **البلدية:** تعد البلدية الشخص المعنوي العام الإقليمي الذي يمارس مهامه وصلاحياته القانونية في حيز جغرافي محدد، وهي تعد القاعدة الإقليمية اللامركزية، وأحد الركائز القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية.

أكد المؤسس الدستوري ذلك بمقتضى المادة 17 من التعديل الدستوري، كما ونظم المشرع أحكام البلدية بمقتضى قانون 11-10⁵ وعرفها في المادة الأولى منه بأنها: "الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب القانون."

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص.36.

² - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبعة معدلة ومنقحة وفقا لأحدث التشريعات والقرارات القضائية، جسر للنشر والتوزيع، ط2، 2007، ص.149.

³ - مرسوم رئاسي رقم 20-442، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري.

⁴ - قانون رقم 12-07 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر، ع.12، صادرة بتاريخ 29 فبراير سنة 2012.

⁵ - قانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر، ع.37، صادرة بتاريخ 03 يوليو سنة 2011.



■ **الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية أو المصلحية:** تستند الأشخاص الاعتبارية المرفقية أو المصلحية في وجودها على الاختصاص المرفقي، وعليه يحدد اختصاص هذه الأشخاص على أساس فني مصلحي، موضوعي يتمثل في مباشرتها لنشاط معين، وبذلك تنفقد الأشخاص العامة المرفقية بالغرض الذي أنشئت لأجله، ولا يمكنها أن تمارس اختصاصا غير الذي أنشئت لأجله، فغرض الجامعة يكمن في التعليم العالي والبحث العلمي ولا يمكنها ممارسة نشاط آخر، وغرض المؤسسات الاستثنائية العامة تقديم العلاج... إلخ.

تنقسم الأشخاص المعنوية المصلحية إلى قسمين وطنية تحدثها الدولة وتشرف على تسييرها ويتجاوز نشاطها حدود مقر إقليم الدولة، ومحلية تنشأ بقرار أو مداولة من الجماعات المحلية،¹ تمارس في إقليم محدد².

ب- الأشخاص الاعتبارية الخاصة:

تصنف الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى صنفين يتمثل الصنف الأول في تجمع الأشخاص، ويتمثل الصنف الثاني في تجمع الأموال.

■ **مجموعة الأشخاص:** تقوم على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، وتنقسم بحسب الغرض منها إلى شركات وهي تسعى إلى تحقيق ربح مادي، وجمعيات وهي ما تسعى لتحقيق أغراض أخرى غير الربح المادي، كالبر أو الثقافة... إلخ.

❖ **الشركات:** تعد الشركة حسب المادة 416 من التقنين المدني الجزائري عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك.

وللإشارة، فإن الشركة قد تكون مدنية وقد تكون تجارية، وتكون مدنية إذا كان موضوعها مدنيا، كتربية الحيوانات، هذا ما لم تتخذ هذه الشركة أحد الأشكال التجارية. فهي إن اتخذت شكل شركة تجارية اعتبرت شركة تجارية بحسب الشكل. وتكتسب الشركة المدنية الشخصية القانونية بالنسبة للشركاء بمجرد تكوينها، غير أنها لا تكون حجة على الغير إلا بعد استفتاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون وهذا ما قرره المادة 417 من التقنين المدني.

¹ - خول المشرع بموجب المادة 146 من قانون 07-12 للمجلس الشعبي الولائي إنشاء مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية، هذا وأشارت المادة 153 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية إلى المكنة المخولة لها لإنشاء مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها.

² - براهيمي سهام، براهيمي فائزة، الأساس القانوني للتنظيم الإداري في ظل التشريع الجزائري- الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، مجلة القانون والعلوم السياسية، جانفي 2018، ص. 34.



هذا عن الشركة المدنية عموماً، أما بخصوص الشركات التجارية فيلاحظ أن المادة 544 من التقنين التجاري تعتبر أن طابع الشركة يحدد إما بشكلها أو بموضوعها، وتعد الشركة تجارية بحسب موضوعها إذا احترفت عملاً تجارياً وفقاً لنصوص القانون التجاري، وتكون تجارية بحسب الشكل مهما كان الموضوع إذا اتخذت شكلاً من أشكال الشركات التجارية كشركة التضامن أو شركات التوصية (البسيطة، الأسهم)، أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، أو شركات المساهمة، شركة المساهمة البسيطة.

ولئن كانت الشركة المدنية تتمتع بالشخصية القانونية بمجرد تكوينها، إلا أن الشركات التجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وذلك وفقاً لما ورد في المادة 549 من التقنين التجاري.

والشركات التجارية أنواع فهناك شركات الأشخاص وهناك شركات الأموال، ولكل منها أحكامها.

فأما شركات الأشخاص فهي الشركات التي تؤسس بين أشخاص يعرف عادة بعضهم البعض، وذلك لأن شخص الشريك يكون محل اعتبار، وتكمن العبرة في هذا النوع من الشركات في شخصية الشركاء وليس بالأموال التي يساهمون بها في الشركة، زيادة على ذلك فإن الغير يتعامل مع الشركة على أساس السمعة والثقة التي يتمتع بها الشركاء.

يندرج ضمن شركات الأشخاص شركة التضامن وفي هذا النوع من الشركات يكون الشركاء مسؤولين مسؤولية تضامنية مشتركة وغير محدودة عن ديون الشركة، كما أنهم يكتسبون صفة التاجر، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 551 من التقنين التجاري.

إلى جانب شركة التضامن، تندرج شركة التوصية البسيطة ضمن شركات الأشخاص، وفي هذا النوع من الشركات يوجد نوعين من الشركاء شركاء متضامنون وشركاء موصون، فأما الشركاء المتضامنون فهم مسؤولون مسؤولية غير محدودة عن ديون الشركة، أما الشركاء الموصون فهم مسؤولون مسؤولية محدودة وتتحدد مسؤوليتهم عن ديون الشركة بما قدموه من حصص في رأس مال الشركة.

هذا عن شركات الأشخاص، أما بشأن شركات الأموال فهي شركات تقوم على الاعتبار المالي، بحيث يتعامل الغير مع هذه الشركات بالنظر إلى أموالها.

ما يميز هذا النوع من الشركات مسؤولية الشريك التي تكون محدودة بمقدار حصته في رأس مال الشركة. ويندرج ضمن هذه الشركات شركة المساهمة التي تتكون من شركاء يسمون المساهمين يسهم كل منهم بتقديم حصة من رأس مال الشركة تسمى بالسهم، وتكون أسهم الشركاء

قابلة للتداول، إضافة إلى أن مسؤولية الشركاء تكون مسؤولية محدودة، إذ لا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر ما يملك كل منهم من أسهم.

وقد أستاذت المشرع بموجب القانون 09-22 نوعا جديدا من شركة المساهمة يعرف بشركة المساهمة البسيطة وهي مؤسسة تستند لفكرة إبداعية تسعى لطرح منتجات جديدة أو خدمات مبتكرة، تتميز بانخفاض تكاليفها عند الانطلاق مقابل أرباحها السريعة، في ظل قابليتها السريعة للنمو، والقدرة على التوسع باعتمادها على التكنولوجيا الحديثة والمتطورة¹.

حصر المشرع الجزائري اللجوء لهذه الشركة على الشركات الحاصلة على علامة مؤسسة ناشئة فقط، واعتبرها شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا في حدود الحصص المقدمة من طرفهم. كما وخول إمكانية تأسيسها من شخص واحد أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، وأطلق عليها في حالة ما إذا ضمت شخصا واحدا فقط تسمية شركة مساهمة بسيطة ذات الشخص الوحيد.

إلى جانب شركات الأشخاص وشركات الأموال يوجد شركات مختلطة: وسميت كذلك لأنها تجمع بين خصائص شركات الأشخاص وخصائص شركات الأموال. وتعد الشركة ذات المسؤولية المحدودة أفضل مثال على ذلك لأن لها نظاما مخضرا أي مختلطا يجمع بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.

❖ **الجمعيات:** هي جماعات مؤلفة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ذات تنظيم مستمر، لمدة معينة وهي لا تسعى لتحقيق الربح المادي، فقد يكون الغرض منها خيري، ثقافي، أو رياضي.

✓ **مجموعات الأموال:** الأشخاص الاعتبارية التي تنشأ نتيجة تجمع أو تخصيص أموال لغرض معين هي المؤسسات من جهة، والوقف من جهة ثانية.

❖ **المؤسسات:** تنشأ المؤسسة بتخصيص أحد الأشخاص مالا لمدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأي عمل من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون قصد تحقيق ربح مادي.

❖ **الوقف:** الوقف نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وهو حبس العين عن التملك.

تولى المشرع تنظيمه بموجب المواد 213 إلى 220 من تقنين الأسرة، وكذا القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.

¹ - عبد الحميد أمين، سامية حساين، تدابير دعم المؤسسات الناشئة والابتكار في الجزائر: قراءة في أحكام المرسوم التنفيذي 20-254، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، مج 05، ع. 02، جامعة منتوري، قسنطينة، 2020، ص. 10.

عرف المشرع الوقف في المادة 213 من تقنين الأسرة بأنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق، في حين عرفته المادة 3 من قانون الأوقاف بأنه حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.

والوقف نوعان وقف عام ووقف خاص. فأما الوقف العام فهو الوقف الذي يتم فيه حبس العين لجهات خيرية، أما الوقف الخاص، فهو الذي يتم فيه حبس العين لمصلحة عقب الواقف من الذكور أو الاناث أو على أشخاص معينين على أن يؤول بعدها إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم، بمعنى أن المستفيدين من الوقف هم أشخاص معينون كأولاد الواقف أو حفدته أو من نزل عنهم، أو أشخاص آخرون ويستوي في ذلك أن يكون من أقارب الواقف أو أصدقائه أو جيرانه أو غيرهم، على أن تؤول تلك المنفعة انتهاء أي بعد وفاة الأشخاص المعنيين إلى الجهة التي عينها الواقف كأن تكون مسجدا أو جمعية خيرية...

هذا وقد قرر المشرع الجزائري بموجب المادة 05 من قانون 91-10 عدم تملك الأشخاص الطبيعية والاعتبارية للوقف واقفين كانوا أو موقوف عليهم، ومنح له الشخصية القانونية وأتاح للدولة السهر على احترام إدارة الوقف وتنفيذه.

3- عناصر تكوين الشخص المعنوي:

يقتضي تكوين الشخص المعنوي توافر عناصر معينة، وهي المقومات الأساسية التي يقوم عليها، ويترتب على تخلفها عدم قيام الشخصية المعنوية، وتتمثل هذه العناصر :

■ **العنصر المادي:** يقصد به توافر مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال أو مجموعة من الأشخاص والأموال وذلك وفقا لنوع الشخص المعنوي المراد إنشاءه، ويعد المال في مجموعات الأموال العنصر الأساسي الذي يقوم عليه الشخص المعنوي، ولذلك لا بد من توافره وكفايته لتحقيق الغرض المقصود من وجوده، وهو ما يتضح بالنسبة للمؤسسة والوقف لاندرجاهما ضمن مجموعة الأموال، ومنه لا يشترط لقيام هذا النوع اجتماع عدد من الأشخاص، إذ يمكن لشخص واحد تكوينه طالما أنه يرصد لذلك مجموعة من الأموال، وذلك بخلاف مجموعة الأشخاص التي يعتبر العنصر الشخصي أساسها قل عدد الأشخاص أو كثر طالما أنهم انتظموا في مجموعة وكونوا شخصا مستقلا ومتميزا عنهم.

هذا وقد يتطلب وجود الشخص المعنوي اجتماع مجموعة من الأشخاص ومجموعة من الأموال معا لتحقيق هدفه.

■ **العنصر الموضوعي:** يعد العنصر الموضوعي أحد العناصر الأساسية لقيام الشخص المعنوي، ويكمن أساسا في النشاط الذي يمارسه الشخص المعنوي بغرض تحقيق هدفه،

ولأهميته ينبغي أن يتم تحديده بصفة مسبقة على قيام الشخص المعنوي، ويكون مشتركا ومستقلا عن الهدف الشخصي للأعضاء المكونين للجماعة، كما أنه يتحدد على ضوء مصلحة المجموعة وليس بالنظر إلى مصالح أعضائها، هذا وينبغي للموضوع الذي يباشر لتحقيق الهدف المحدد أن يكون معيناً، ممكناً، مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة¹، مستمراً غير عرضي، يتطلب تحقيقه مدة من الزمن.

هذا ويختلف الهدف المبتغى تحقيقه باختلاف نوع الشخص المعنوي المراد إنشائه، فقد يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، كما قد يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة كت تحقيق مصلحة الشركاء في الشركة.²

■ **العنصر المعنوي:** يكمن قوام العنصر المعنوي في اتجاه إرادة الأشخاص المكونين للشخص المعنوي إلى إنشائه وفقاً للإجراءات والقوانين المنظمة لنوعه وطبيعته، فلإرادة دور فعال في تكوين الشخص المعنوي الخاص، فالشركات لا تنشأ إلا بعقد وهو ما تقرر في المادة 416 من التقنين المدني

وعلى الرغم من أن الشركة تنشأ بمقتضى عقد، إلا أنه يجب الذكر أن هناك شركات وإن كانت لا تؤسس إلا بعد اتفاق المؤسسين على جميع شؤونها، إلا أن المشرع نظم أحكامها بمقتضى نصوص قانونية أمرة، وهذا ما جعلها تقترب من فكرة التنظيم أكثر من العقد، ومن ذلك شركات المساهمة التي حدد المشرع كل ما يتعلق بتأسيسها، إدارتها، مراقبتها، وتعديل رأسمالها ومراقبتها، تحويلها وحلها.

هذا وينبغي الذكر أن الجمعية هي الأخرى لا تنشأ إلا باتجاه إرادة مجموعة من الأشخاص إلى إنشاء الجمعية بمقتضى اتفاق³، ويتحقق الأمر ذاته بالنسبة للوقف الذي تتجه فيه إرادة الواقف إلى حبس العين عن التملك.

■ **العنصر الشكلي:** يقتضي ظهور الشخص المعنوي للوجود اتباع شكيلات متعددة، تختلف باختلاف الشخص المعنوي المراد إنشائه، بحيث يتطلب القانون في بعض الحالات الرسمية ولا يكفي بها في حالات أخرى بحيث يستلزم الشهر، فمثلاً يشترط المشرع في الشركة المدنية الكتابة ويتطلب إفراغ عقدها في قالب شكلي وإلا كانت باطلة حسب المادة 418 من التقنين المدني .

¹ - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص.102؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص.161.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.282.

³ - المادة 4 وما يليها من القانون 12-06 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع02، صادرة بتاريخ 15 يناير 2012.

إن المشرع وإن استلزم بمقتضى المادة آنفة الذكر الكتابة لانعقاد الشركة، إلا أنه لم يحدد نوع الكتابة المطلوبة وما إذا كانت رسمية أم عرفية، غير أنه وبالرجوع للمادة 324 مكرر 1 في فقرتها الثانية يلاحظ أنه اعتبر الشركة تنعقد بورقة رسمية كما استلزم أن تكون كل التعديلات الواردة بها في الشكل ذاته، وعليه الكتابة المطلوبة منذ تعديل أحكام التقنين المدني سنة 1988 هي الكتابة الرسمية .

هذا عن الشركة المدنية، أما بالنسبة للشركة التجارية فقد استلزمت المادة 545-1 من التقنين التجاري إثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

الظاهر أن المشرع في المادة التجارية اشترط الكتابة للاثبات، ولكنه في الحقيقة استلزمها لانعقاد وللاثبات أمام القضاء، وعليه يترتب على تخلف الكتابة الرسمية سواء بالنسبة للشركات المدنية أو التجارية البطلان المطلق.

غير أن المشرع لم يكتف بالنسبة للشركات التجارية بالكتابة، وإنما تطلب لتمتعها بالشخصية المعنوية الشهر أي قيدها في السجل التجاري وهو ما حدده في نص المادة 1/549 من التقنين التجاري ، وقد اعتبره بذلك شرط صحة فلا يمكن التمسك بالشركة التجارية ولا بالشخصية المعنوية من دونه، فهي تتقرر به إذ يكون له أثر منشئ، وهو الأمر الذي لا يتقرر بالنسبة للشركات المدنية التي يكون لها وجود منذ تكوينها وإفراغها في قالب رسمي على النحو السابق بيانه، ولا يكون للشهر إلا وظيفة الاحتجاج والنفاذ بها في مواجهة الغير، فلا يحتج بها على الغير إلا بعد استثناء اجراءات الشهر وفقا لما نصت عليه المادة 417-1 من التقنين المدني.

هذا ويجدر الذكر أن المشرع يتطلب لمنح مجموعة الأشخاص أو مجموعة الأموال أو مجموعة الأشخاص والأموال الشخصية المعنوية والسماح لها بالولوج في مجال الحياة القانونية الاعتراف بها، وكما يكون الاعتراف عاما فإنه قد يكون خاصا.

يعد الاعتراف بمثابة إقرار القانون بوجود الشخص المعنوي، وهو الوسيلة التي يتحقق بواسطتها المشرع من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الاجتماعي بالتحقق من هدفه وقدرته ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه.

فأما الاعتراف العام فيتحقق عندما يضع المشرع بصفة مسبقة شروطا عامة، يترتب على توفرها اكتساب مجموعة الأشخاص أو الأموال أو هما معا الشخصية القانونية، دونما حاجة إلى الحصول على ترخيص خاص أو إذن خاص من طرفه¹، ويعد الاعتراف العام الأصل العام، ويشمل حسب المادة 49 من التقنين المدني في مجال القانون العام: الدولة، الولاية، البلدية،

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 408.

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، في حين يشمل في مجال القانون الخاص كل من: الشركات مدنية كانت أو تجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف.

أما الاعتراف الخاص فيعد الطريق الثاني لاكتساب الشخصية الاعتبارية، وهو استثناء من القاعدة العامة التي تقرر الاعتراف العام، ويتقرر بالنسبة للحالات التي لا تندرج ضمن الصور المحددة قانونا في المادة 49 من التقنين المدني، والتي قد توجد في المستقبل، وتتطلب المصلحة إسباغ الشخصية الاعتبارية عليها بناء على ترخيص أو إذن خاص، وهو ما قرره المشرع في المادة آفة الذكر حينما ذكر... وكل مجموعة يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية. ومن ذلك الجمعيات ذات الصبغة الوطنية والجمعيات المشتركة بين الولايات والتي لا بد لها من ترخيص من وزير الداخلية، وكذلك الجمعيات الأجنبية التي يكون مقرها في الخارج، أو مقرها في الجزائر وتسير كلياً أو جزئياً من طرف أجنبى فإنها تخضع لترخيص وزير الخارجية.¹

ثانيا-مميزات الشخص الاعتباري:

يتميز الشخص المعنوي شأن الشخص الطبيعي بخصائص حددتها المادة 50 من التقنين المدني والتي قضت: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون. يكون لها خصوصاً:

- ✓ ذمة مالية.
- ✓ أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.
- ✓ موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها....
- ✓ نائب يعبر عن إراداتها.
- ✓ حق التقاضي.

استناداً لهذه المادة يلاحظ أن مميزات الشخص الاعتباري متعددة منها ما يتعلق بتعيينه ويندرج ضمنها الاسم، الموطن والحالة، ومنها ما يرتبط بذمته المالية، ومنها ما يخص أهليته.

1-الاسم:

يعد الاسم أحد الوسائل القانونية لتعيين ذات الشخص المعنوي، وهو علامة خارجية تبرز شخصيته وتسمح بتحديدته وتمييزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية الأخرى.² لأهميته فقد استلزم المشرع لزوم تحديده عند تكوينه في سند إنشائه أي القانون الأساسي له والذي يكون عقد تأسيس الشركة أو الجمعية أو النص الذي استحدث الشخص المعنوي العام، وهو ما

¹ - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.114.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.415؛ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.80.

يستشف من مختلف النصوص القانونية المنظمة للأشخاص الاعتبارية على إختلاف أنواعها، ومن ذلك المادة 9 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية¹، و المادة 6 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية²، والمادة 546 من التقنين التجاري على: "يحدد شكل الشركة... واسمها... في قانونها الأساسي."

تختلف تسمية الشخص المعنوي عن الشخص الطبيعي، فهي تقتصر على ذكر إسمه، وهو أمر يختلف بحسب نوع الشخص المعنوي، وغالبا ما يكون الاسم مركبا من طبيعة الشخص المعنوي مضافا له إسم خاص به، ومن أمثلة ذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة الإقليمية ولاية سيدي بلعباس، بلدية سيدي بلعباس، وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة المرفقية المؤسسة الاستشفائية الجامعية حساني عبد القادر، ومن أمثلة الجمعيات جمعية كافل اليتيم، ومن أمثلة الشركات شركة أمازون.

هذا ويجدر الذكر أن للشركاء في الشركات التجارية اختيار إسم الشركة، ولهم الحرية في اختياره مع مراعاتهم لمقتضيات النظام العام وحسن الآداب مع تفادي حالات التشابه، وأن يكون للاسم علاقة بغرضه³. إلا إذا فرض القانون اسما معينا، وهو ما يتضح في شركة التضامن والتي يتكون فيها اسم الشركة من أسماء جميع الشركاء أو إسم أحدهم متبوعا بعبارة وشركاؤه⁴ مثلا (حمزة وشركاؤه)، والأمر ذاته بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة⁵ وشركة المساهمة⁶ والتي يكون إسم الشركة فيهما مسبوqa أو متبوعا بكلمة تدل عليها حسب شكلها ورأسمالها مثلا شركة ذات مسؤولية محدودة أو الأحرف الأولى منها ش.ذ.م.م مع بيان رأسمالها.

إن لاسم الشخص الاعتباري أهمية بالغة، إن من خلاليها يشار مختلف التصرفات القانونية التي تربطه بغيره، كما أنه يتيح له المثل أمام القضاء باسمه الشخصي وبشكل مستقل عن أعضائه، فللشخص الاعتباري أن يرفع دعوى على الغير، كما يمكن أن يرفع عليه الغير دعوى، ويمارس هذا الحق عن طريق شخص طبيعي أو ما يعرف بالممثل القانوني، لتتصرف آثار هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة⁷.

¹ - تنص المادة 09 من قانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية: "لولاية إسم..."

² - تنص المادة 06 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية: "البلدية إسم..."

³ - يتقرر هذا الأمر بالنسبة لشركات الأموال، والتي تتخذ إسمها من الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه.

⁴ - المادة 552 من التقنين التجاري الجزائي.

⁵ - المادة 564 من التقنين التجاري.

⁶ - المادة 593 من التقنين التجاري.

⁷ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.422.

لأهمية الاسم يضيف عليه المشرع حماية قانونية شأنه شأن الشخص الطبيعي، حيث يجوز لممثله طلب وقف الاعتداء على اسمه، ولو لم يصب بضرر نتيجة ذلك الاعتداء، فضلا عن الحق في التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الاعتداء على اسمه¹.

هذا وينبغي الذكر، أن الحق في الاسم بالنسبة للأشخاص الطبيعية يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه، وذلك بخلاف الاسم التجاري الذي يتخذه الشخص الاعتباري المتمثل في الشركات التجارية لممارسة النشاط التجاري، والذي يعد أحد العناصر المالية للشركة وهذا الأمر يقتصر عليها ولا يشمل الجمعيات والمؤسسات التي لا تهدف لتحقيق غرض مالي، والتي يعد الاسم بالنسبة لها حقا أدبيا من حقوق الشخصية لايجوز التعامل فيه².

2- الموطن:

يتمتع الشخص المعنوي بموطن خاص به ومستقل عن موطن الأشخاص المكونين له³، ويتم فيه مخاطبته بشأن كل ما يتعلق بنشاطه⁴. ولأهميته ورد ذكره في المادة 50 من التقنين المدني، كما أكدت عليه العديد من النصوص القانونية الأخرى⁵، كل حسب الشخص المعنوي.

يتحدد موطن الشخص الاعتباري بالمكان الذي يوجد فيه مقره أو مركزه الرئيسي وهو عادة ما يتحدد في نظامه الأساسي، ويراد بمركز الإدارة الرئيسي مركز نشاطه القانوني الإداري والمالي، والذي لا يشترط فيه أن يكون متطابقا مع مركز الاستغلال أي مركز ممارسته لنشاطه⁶.

يتحدد الموطن بالنسبة للجمعية بالمكان الذي يوجد فيه المقر الإداري لها ويكون بالنسبة للولاية مركز الولاية (Chef-lieu)⁷ وبالنسبة للبلدية المقر الإداري لها، وبالنسبة للشركات التجارية مركز إدارتها الرئيسي⁸.

وإذا كان للشخص المعنوي فروع في أماكن مختلفة، فإن موطنه لا يتحدد بمكان وجود المركز الرئيسي، بل يتعدد بتعدد الفروع ليكون مكان وجود الفرع موطنًا بالنسبة لأعمال هذا الفرع، وذلك استنادا للقاعدة التي وضعها القضاء الفرنسي والمعروفة بقاعدة المراكز الثانوية أو قاعدة المحطات الرئيسية⁹. واستنادا لما تقدم إذا كان مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي موجودا بالخارج وله نشاط بالجزائر، فإن موطنه يتحدد في نظر القانون الوطني بالجزائر وفقا لما قضت به المادة 50 من التقنين المدني.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 219.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 416.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 220.

⁴ - يراجع، هذه المطبوعة، ص. 97.

⁵ - من ذلك المادة 547 من التقنين التجاري.

⁶ - غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2014، ص. 300.

⁷ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري- النشاط الإداري، المرجع السابق، ص. 42.

⁸ - المادة 547 من التقنين التجاري.

⁹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 331.

3- الجنسية:

يقصد بها حالة الشخص الاعتباري الحالة السياسية، كون أن هذا الأخير لا يمكن أن تكون له حالة عائلية، ويراد بالحالة السياسية للشخص الاعتباري تلك الرابطة السياسية والقانونية التي تربط بينه وبين الدولة بما يترتب عليه من حقوق والتزامات متقابلة، وتكمن أهمية الحديث عن جنسية الشخص الاعتباري في تحديد القانون الذي يحكمه وينظمه¹.

تتعدد معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري وتختلف باختلاف تشريعات الدول، وهي تتراوح بين معايير مؤسسة على الاعتبار الموضوعي (معيار مكان تأسيس الشخص المعنوي، معيار مكان ممارسة النشاط أو الاستغلال، معيار مقر الإدارة الرئيسي) وأخرى مؤسسة على الاعتبار الشخصي (معيار جنسية الأعضاء المكونين للشخص المعنوي، معيار الرقابة)، وقد عول المشرع الجزائري كأصل عام ووفقا لما تقرره النصوص القانونية العامة - وبخلاف ما تقرره في الاتفاقيات الدولية² - على معيار مركز الإدارة الرئيسي وهو ما يستشف من المادة 10 من التقنين المدني، على أن يستثنى من ذلك حالة ممارسة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية لنشاطاتها في الجزائر بما يخضعها للقانون الجزائري، وهو ما أشارت له المادة 10-4 من ذات التقنين وكذا المادة 547-2 من التقنين التجاري.

4- الذمة المالية:

يتمتع الشخص الاعتباري بمجرد إنشائه واكتسابه الشخصية القانونية بذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه تشمل ما له وما عليه من حقوق مالية في الحال أو في المستقبل³، وتعد الضمان العام لدائنيه، فديون الشخص الاعتباري تضمنها حقوقه، وعليه لا يكون لدائني الشخص الاعتباري مثلا الرجوع على الذمة المالية للأشخاص المكونين له، كما لا يجوز لدائني الأشخاص المكونين له الرجوع على الذمة المالية له⁴ فدائنو الشخص الاعتباري يعدون بالنسبة للأشخاص المكونين له من الغير، كما يعتبر دائنو الأشخاص المكونين له من الغير بالنسبة للشخص الاعتباري.

ونظرا أن لكل قاعدة استثناء، فالاستثناء المقرر في هذه الحالة يخص شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي، بحيث يسأل الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة في أموالهم

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 168.

² - يلاحظ بالرجوع الى بعض الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر وغيرها من أن المعيار المعول عليه لتحديد تبعية الشخص المعنوي لأحدى الدولتين يتقرر فضلا عن معيار مقر المركز الرئيسي للشخص المعنوي على معيار مكان التأسيس وهو ما يستشف من الاتفاقية الجزائرية البلجيكية للكمبوجية المبرمة بالجزائر في 24-04-1991، والاتفاقية الجزائرية الإيطالية المبرمة بالجزائر في 28-06-1994، والاتفاق الجزائرية الرومانية المبرم بتاريخ 28-06-1994، المتعلقة بالحماية المتبادلة للاستثمارات، هذا وتستند الاتفاقية الجزائرية المالية المبرمة ببيامكو المتعلقة بالاستثمار في 11-06-1996 على معيار مكان التأسيس . يراجع في ذلك، الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2002، ص 108.

³ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 296.

⁴ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 80؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 222.

الخاصة، إذا لم تكف أموال الشركة لسداد هذه الديون، وهو ما يبرز بالنسبة لشركة التضامن¹، وللشركاء المتضامنون في شركة التوصية البسيطة.

هذا ويجدر الإشارة أن الذمة المالية للشخص المعنوي تنتهي بانتهاء الشخص المعنوي وفقدانه الشخصية القانونية، بما يترتب عليه تصفية أموال الشخص المعنوي وتقسيم الباقي على الشركاء إن كان شركة ، على أنه وفي حال ما إذا كان الشخص المعنوي جمعية أو مؤسسة فإن أمواله تصفى وفقا لما قرر في سند إنشائه، وفي حال خلو سند الانشاء من بيان كيفية التصرف في هذه الأموال، يتم تحويلها إلى جمعية مماثلة لها في الأهداف².

5- أهلية الشخص الاعتباري:

يتميز الشخص الاعتباري بكل من أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

أ- أهلية الوجوب:

إن تمتع الشخص المعنوي بالشخصية القانونية يترتب عليه تمتعه بأهلية الوجوب التي تؤهله لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ويختلف نطاق هذه الأهلية عن تلك التي تثبت للشخص الطبيعي فتكون أضيق نطاق منها وذلك بسبب الاختلاف الواضح بينهما في التكوين والغرض، وهو ما يستشف من المادة 50 من التقنين المدني، والتي تنحصر للشخص الاعتباري التمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الانسان، فلا تثبت له حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم. كما لا تكون له الحقوق الأسرية، كالحق في الزواج والنسب والطلاق والارث، وإن كان المشرع قرر في المادة 180 من تقنين الأسرة أيلولة التركة للدولة بالنسبة للأموال التي لا وارث لها أو تلك التي تولى عنها الورثة.

بهذا يلاحظ أن أهلية وجوب الشخص الاعتباري يحكمها مبدأ التخصيص، ونظرا لأن الشخص الاعتباري وجد لتحقيق غرض معين، فإن نشاطه ينحصر في الحدود التي يقتضيها الهدف الذي وجد من أجله، بحيث لا يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الهدف.

ب- أهلية الأداء:

سبق تحديد المقصود بأهلية الأداء وبأن مناطها الادراك والتمييز، ونظرا لأن الشخص المعنوي مجرد كيان معنوي، ليس له تمييز أو إرادة فكان لا بد من وجود أشخاص طبيعية يمثلونه في مباشرة التصرفات القانونية باسمه ولحسابه، وهو ما قرره المشرع الجزائي في المادة 50 من التقنين المدني أن يكون له نائب يعبر عن إرادته. وعليه يباشر الشخص الاعتباري شؤونه

¹ - المادة 551 من التقنين التجاري.

² - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 296.

بواسطة شخص يدعى النائب، يقوم مقام الشخص الاعتباري بحيث يعمل باسم الأصل ولحسابه ويعبر في التصرفات القانونية عن إرادة الشخص المعنوي.

إن النائب عادة ما يكون رئيسه أو مديره، ويشمل الوالي بالنسبة للولاية، رئيس البلدية بالنسبة للبلدية، مدير الشركة بالنسبة للشركة، أما بالنسبة للجمعية فهو رئيسها.¹ هذا ويلاحظ أن مبدأ تخصص الشخص الاعتباري وكما يترتب عليه الحد من أهلية الوجوب لديه، فيترتب عليه كذلك الحد من أهلية أدائه.

ثالثا- الطبيعة القانونية للشخص المعنوي:

أثارت فكرة الشخصية الاعتبارية جدلا فقهيًا واسعًا حول جوهر وحقيقة وجود الشخص المعنوي، وتباينت الآراء الفقهية بين مؤيد لوجوده ومنكر له، وبرزت على إثر ذلك ثلاث نظريات أساسية تعرف الأولى بنظرية الافتراض القانوني، في حين يعبر عن الثانية بنظرية الشخصية الاعتبارية، أما الثالثة فيطلق عليها نظرية التصور البديل.

1- نظرية الافتراض القانوني:

عرفت هذه النظرية في المرحلة الأولى من وجودها بالنظرية الرومانية بسبب تبني شراح القانون الروماني لها، غير أنه وبسبب انتشارها لدى فقهاء القانون في العصر الحديث من أمثال الفقيه سافيني (savigny)، كابتان، بونوار، وليون دوجي، فقد عرفت بنظرية المجاز أو الافتراض القانوني .

حسب أنصار هذه النظرية فإن فكرة الشخصية المعنوية لا تعدو أن تكون محض وهم وخيال لا أساس له في الواقع²، وفي هذا يستشهد بالعبارة التي ذكرها كل من الفقيهين دوجي وجيز لم يسبق لي أن تناولت الغذاء مع شخص معنوي..

وعليه تعد الشخصية المعنوية مجرد حيلة قانونية ابتدعها المشرع للاعتراف لمجموعة من الأشخاص أو الأموال أو هما معا بالشخصية القانونية ليكون لها القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات حتى تتمكن من أداء وظيفتها شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية³. وهو أمر يتقرر بالاعتماد على فكرة الشخصية المعنوية ولو على سبيل الافتراض.

استند أنصار هذه النظرية لتبرير موقفهم على فكرة الحق التي تعد من وجهة نظرهم قدرة أو سلطة إرادية يقرها القانون ويحميها.

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.166.

² - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص.154.

³ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 1986، ص.ص. 92-93.

من منطلق تعريفهم هذا يلاحظ أن صاحب الحق هو شخص له إرادة حقيقية، وهو ما لا يتوافر إلا للشخص الطبيعي (الإنسان) باعتباره الوحيد الذي له القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات¹، فهو الذي تثبت له الشخصية القانونية بحكم طبيعته الإنسانية.

انتقدت هذه النظرية لعدم اتفاق منطقها والواقع، ذلك أن الافتراض عدم والعدم لا يولد شخصا ولا ينشئ حقا، كما يتضح عدم وجاهة هذه النظرية بسبب عدم إمكانية إعمال فكرة الشخصية المعنوية بالنسبة للدولة، فلو تم التسليم بإنشاء الدولة للأشخاص المعنوية افتراضا، فمن الذي يوجد الشخصية المعنوية للدولة، ومنه يتضح أن هذه النظرية خلطت بين مفهوم الشخصية في مجال العلوم القانونية ومفهومها في مجال العلوم الاجتماعية والإنسانية الأخرى².

2-نظرية الشخصية الحقيقية:

تسود هذه النظرية وتترجع الفقه والتشريع الحديثين، حسب أنصارها فإن الشخصية المعنوية ليست مجرد فكرة افتراضية أو مجازية³، وإنما هي شخصية حقيقية وواقعية، ولو اختلفت في تكوينها عن الشخص الطبيعي، ذلك أن مصطلح الشخص في نظر القانون ينصرف للدلالة على كل من تتوفر له قيمة إجتماعية تجعله صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات⁴، ويتمتع بالشخصية القانونية إذا توفرت العناصر المكونة له⁵.

إن اتفاق أنصار هذه النظرية على جوهر الفكرة، لا يعني اتفاقهم حول الأساس الذي يتم الاستناد عليه لتبريرها، فقد تبنى كل منهم أساسا مغايرا لتبرير موقفه، ولعل أهم ما استند إليه في هذا المجال نظرية المصلحة الجماعية، نظرية العضوية، ونظرية الحقيقة الاجتماعية، نظرية الإرادة.

■ **نظرية المصلحة الجماعية:** يتزعم الفقيه الفرنسي Michoud هذه النظرية، ويؤسسها من منطلق تصوره لفكرة الحق التي يعتبرها مصلحة مادية أو أدبية يقرها القانون ويحميها⁶، بحيث يتمتع كل من له مصلحة يقرها القانون بالشخصية القانونية، ويعد صاحب حق، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا⁷.

■ **النظرية العضوية:** يتخذ أنصار هذه النظرية من التكوين العضوي سندا لتبرير منح الشخصية القانونية للشخص الاعتباري، إذ بينما يتكون الشخص الطبيعي من الناحية العضوية من

¹ - إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف، القاهرة، 1980، ص.38.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.144.

³ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.102.

⁴ - عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص.256.

⁵ - براهيم سهايم، براهيم فائزة، الأساس القانوني للتنظيم الإداري في ظل التشريع الجزائري - الشخصية المعنوية أو الاعتبارية،

مجلة القانون والعلوم السياسية، ع.4، 2018، ص.30.

⁶ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص.209.

⁷ - محمد حسنسن، المرجع السابق، ص.175.

مجموعة خلايا تبعث فيه الحياة والنشاط، وتمكنه من ممارسة وظيفته ونشاطه، فإن الشخص المعنوي هو الآخر يتكون من خلايا شأنه شأن الشخص الطبيعي، وهم الأشخاص المكونين له والمكلفين بإدارته وتسييره، فهؤلاء الأشخاص باعتبارهم أعضاء وأجهزة في هذه الأجساد الاجتماعية فإنهم يؤدون ذات الدور الذي تؤديه الأعضاء والأجهزة المختلفة في عملية الإرادة الإنسانية، باعتبار أن للشخص المعنوي جمعية عامة تحدد أهدافه ورغباته ومجلس إدارة يفكر ويخطط من خلاله ويصدر التوصيات لتحقيق أهدافه، ومديره هو المجلس لإدارته والمنفذ لمختلف التوصيات والمخططات وهو الذي يضعها موضع التنفيذ بغية تحقيق أهدافه¹.

تعرضت النظرية العضوية لانتقادات لاذعة لما تحمله من تصور خيالي ومقابلة لا أساس لها من الصحة².

■ **نظرية الحقيقة الاجتماعية :** يستند أنصار هذا الاتجاه لتبرير الشخصية القانونية للشخص المعنوي على فكرة العلاقات الاجتماعية التي تنشأ بين الأشخاص وتتطلب الاعتراف بوجودهم.

إن مرد منح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في نظرهم لا يعود لكونه إنساناً من لحم ودم، بل لأنه كائن اجتماعي له علاقات مع مختلف أشخاص المجتمع وله مصالح خاصة يتميز بها عن مصالح غيره، وعليه الشخص في نظر القانون كل كائن اجتماعي له علاقات مع الغير ، وله مصالح خاصة ومستقلة به بغض النظر عن طبيعته وتكوينه، وهذا المفهوم لا يقتصر على الإنسان بل يتعداه ليشمل الشخص المعنوي الذي هو حقيقة اجتماعية واقعية يتمتع بالشخصية القانونية شأنه في ذلك شأن الإنسان³.

■ **نظرية الإرادة:** يستند أنصار هذا الاتجاه الفقهي على الإرادة كسند لتبرير فكرة الشخصية المعنوية، ذلك أن الشخص المعنوي يتكون من مجموعة إرادات مكونة له، ويكون من نتيجة ذلك الاجتماع وجود إرادة جديدة مختلفة ومستقلة عن الأشخاص المكونين له.

تكمن سهام النقد التي وجهت لهذه النظرية في قصورها عن تأصيل فكرة الشخصية القانونية لمجموعة الأموال التي يلعب فيها الاعتبار المالي دوراً كبيراً.

3- نظرية التصور البديل:

طرحَت نظرية التصور البديل من طرف معارضي فكرة الشخصية المعنوية الذين حاولوا تقديم حلول بديلة للفكرة السالفة الذكر خارج إطار النظرية الافتراضية والنظرية الحقيقية، ورغم

¹ - إبراهيم علي صالح، المرجع السابق، ص.46.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.145.

³ - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص.256.

اتفاقهم على جوهر هذه الفكرة إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذي تبنى عليه، فظهرت في ذلك عدة نظريات أهمها نظرية الملكية المشتركة.

تزعم نظرية الملكية المشتركة الفقيه الألماني إهرنج والفقيه الفرنسي بلانيول، وقد جعل أنصار هذه النظرية الشخصية القانونية حكرا على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي الذي لا يمكن اصطناع شخصية معنوية له ولا اعتباره صاحب حق، ذلك أنه وراء كل مجموعة أموال يوجد أفراد حقيقيون يملكونها ملكية جماعية مشتركة، وهم أصحاب الحق ولا داع لاصطناع شخص وهمي لا وجود له لمنحه هذه الأموال المشتركة¹.

تعرضت هذه النظرية للنقد لقصورها على تبرير عدم منح الشخصية المعنوية لمجموعة الأموال دون مجموعة الأشخاص التي تعرف رواجاً كبيراً وانتشاراً واسعاً في المجتمع. كما وأن تطبيقها ينجر عنه الرجوع بالفكر القانوني إلى الوراء، ذلك أن فكرة الملكية المشتركة سابقة في ذبوعها على فكرة الشخصية المعنوية².

الفرع الثاني: انقضاء الشخص الاعتباري والمسؤولية المترتبة عليه.

يقتضي تحديد الأمر بيان نهاية الشخص الاعتباري (أولاً)، والمسؤولية المترتبة عنه (ثانياً).

أولاً- نهاية الشخص الاعتباري:

يتخذ مصير الشخص الاعتباري ذات مصير الشخص الطبيعي، فهو يزول وينقضي بغض النظر عن الأسباب، ومنه تنتهي الشخصية الاعتبارية بأحد الأسباب الآتية:

✓ انتهاء الأجل المحدد له في سند انشائه.

✓ تحقق الغرض أو استحالة: ينتهي الشخص الاعتباري بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله أو إذا ثبت استحالة تحقيق هذا الغرض.

الحل: تنتهي الشخصية الاعتبارية قبل موعدها عن طريق الحل أو سحب الاعتراف بها، وهذا الحل قد يكون اختيارياً باتفاق أعضائهم سواء تم ذلك باجماعهم أو باتفاق الأغلبية المحددة قانوناً أو في النظام الأساسي للشخص الاعتباري، هذا وقد يكون الحل إجبارياً ويأخذ صوراً متعددة فقد يكون حلاً قانونياً بتدخل المشرع، وقد يكون حلاً إدارياً لصدور قرار من الجهة الإدارية المختصة كحل مؤسسة بلدية بقرار بلدي³، وقد يكون الحل قضائي لصدور حكم قضائي من السلطة القضائية يقضي بحل الشخص الاعتباري لمخالفته القانون أو النظام العام أو الآداب، أو لتحقيق سبب خطير يبرر ذلك⁴.

¹ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 153.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 147.

³ - محمد الصغير بعللي، المرجع السابق، ص. 43.

⁴ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 82.

يترتب على انقضاء الشخص الاعتباري إنقضاء شخصيته القانونية، وقد يكون الانقضاء كاملاً مما ينجم عنه تصفية حقوق الشخص الاعتباري والتزاماته، وفي هذه الحالة تظل الشخصية قائمة بالقدر اللازم لإتمام عملية التصفية، على أنه وفي حال ما إذا تترتب على التصفية بقاء بعض أموال الشخص الاعتباري فإنها توزع وفق ما هو مقرر في سند إنشائه أو قرار الحل، أو ما نص عليه القانون، بحيث توزع الأموال المتبقية عندما يتعلق الأمر بأشخاص اعتبارية تسعى لتحقيق الربح على الشركاء أو الأعضاء، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي لا تستهدف تحقيق الربح، فيؤول ما بقي من أموال بعد التصفية لشخص معنوي آخر وفقاً لما يقضي به نظامها الأساسي أو قرار الحل أو حكم القانون. مع مراعاة القيود التي نص عليها القانون فيما يتعلق بتوجيه هذه الأموال المتبقية كما هو الشأن في الجمعيات، حيث لا يجوز أن تؤول هذه الأموال إلى أعضاء الجمعية أو ورثتهم، بل إلى غرض آخر من أغراض الجمعية.

أما إذا كان الغرض من انتهاء الشخص الاعتباري إدماجه في آخر أو ضمه إليه، فهنا يحل الشخص الاعتباري الناشئ عن الاندماج محل الشخص المنتهي ويخلفه في حقوقه والتزاماته.¹

ثانياً- مسؤولية الشخص الاعتباري

تثير طبيعة الشخص المعنوي الخاصة والتي جعلته غير قادر على القيام بالتصرفات القانونية بنفسه، بل بواسطة نائبه، مسألة تحديد مسؤوليته وذلك عندما يترتب على تلك التصرفات ضرراً يلحق بالغير. ومسؤولية الشخص الاعتباري قد تكون مسؤولية مدنية وقد تكون مسؤولية جزائية.

فبخصوص المسؤولية المدنية فلا شك أنها تكون إما عقدية وإما تقصيرية.

وتتقرر المسؤولية العقدية للشخص الاعتباري نتيجة تصرفات ممثله التي يقوم بها نيابة عنه وفي حدود نيابته.

أما المسؤولية التقصيرية له فيكون أساسها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، بحيث يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى صدر عنه أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها أو بمناسبة.

هذا عن المسؤولية المدنية، أما بخصوص المسؤولية الجزائية: فيلاحظ أن موضوع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي أثار جدلاً فقهيًا صاخباً، وقد انعكس هذا الجدل على مستوى التشريعات بما فيها المشرع الجزائري، الذي مر بمحطات عديدة فمن الرافض الكلي إلى الإقرار الجزئي إلى التكريس الفعلي لمساءلة الشخص الاعتباري، وهو الأمر الذي تحقق بموجب تعديله لقانون العقوبات رقم 04-15، والذي تم فيه الكتاب الأول بباب أول مكرر وورد هذا الأخير تحت

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 414.

عنوان العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية، وقد تضمن هذا الباب المواد من 18 مكرر إلى 18 مكرر 1 وقد جاءت تلك العقوبات متناسبة مع الشخص الاعتباري تتراوح بين الغرامة المالية، الحل، الغلق، الاقصاء من الصفقات العمومية، المنع من مزاوله النشاط، المصادرة، نشر وتعليق حكم الادانة...

وقد تدخل المشرع بعدها بمقتضى قانون 23-06 لضيف المادة 18 مكرر 2 و المادة 18 مكرر 3.

هذا ونصت المادة 51 مكرر من القانون رقم 15-04 على أنه باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المرتكبة لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين.

المبحث الثاني : محل الحق

إن لكل حق محل، إذ لا يتصور وجود حق بدونه، وإن تقرر ذلك فهو وضع مؤقت، بحيث قد لا يكون المحل موجودا ولكنه يوجد في المستقبل، وإلا ترتب على ذلك زوال الحق.

إن محل الحق هو ما يرد أو يقع أو ينصب عليه الحق، ويكون محل الحق شيء مادي في الحقوق العينية، و يكون أداء معين في الحقوق الشخصية، في حين يكون شيئا معنويا في الحقوق الذهنية، وهو يختلف اختلافا واضحا عن مضمونه الذي يراد به السلطات التي يمنحها ويحولها الحق لصاحبه، والتي تختلف كما سبق التحديد من حق لآخر ، فمحل الحق هو ما يمارس عليه المضمون.¹

فمضمون حق الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، في حين أن الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق.²

ونظرا لأن محل الحق يكون شيئا (مادي أو معنوي) في الحقوق العينية والحقوق الذهنية، ويكون أداء أو عملا في الحقوق الشخصية فإنه سيتم الاستناد لهذا التقسيم عند تحديد محل الحق، بحيث يتم التعرض بداية للأشياء باعتبارها محلا للحق العيني (المطلب الأول)، وبعدها للأعمال باعتبارها محلا للحق الشخصي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأشياء كمحل للحق العيني.

يتطلب الوقوف على الأشياء التعرض لمدلولها وتمييزها عن المال (الفرع الأول)، وتقسيماتها (الفرع الثاني).

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص.215.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.825.

الفرع الأول: مدلول الشيء وتمييزه عن المال

يقصد بالشيء كل ماله كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن الانسان وله حيز خاص به، سواء كان ذلك الكيان ماديا يدرك بالحس "كالأرض، السيارة، الحيوان، النبات والآلات... ويمثل هذا موضوع الحق العيني، أو معنويا لا يقبل الإدراك بالحس بل بالفكر والتصور كأفكار المخترعين والمؤلفين "حقوق التأليف، الحق في العلامة التجارية، الحق في الإسم التجاري..." ويمثل هذا موضوع الحق الذهني.¹

يترتب على اللبس الموجود بين الشيء والمال ضرورة الوقوف على معنى كل منهما، إذ بينما ينصرف معنى الشيء للدلالة على المحل الذي يرد عليه الحق المالي، أي ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التي تخول صاحبها التسلط أو تلك التي تمنحه الاقتضاء، في حين ينصرف معنى المال للدلالة على الحقوق ذات القيمة المالية أي التي تقدر بالنقد أيا كان نوعها (حق شخصي، حق عيني، الجانب المالي للحق الذهني) وأيا كان محلها شيئا أو عملا.²

يبرز إختلاف المال عن الشيء بشكل جلي وواضح في الحالات التي يوجد فيها الحق دون أن يرد على شيء، ومن ذلك الحقوق الشخصية التي يكون محلها عمل يلتزم به المدين تجاه الدائن، كما يبرز عندما يكون الشيء الواحد محلا لحقوق مالية متعددة ، كأن يرتبط بالعقار الواحد (والعقار هو شيء) العديد من الحقوق المالية، فيكون لمالكه عليه حق ملكية الرقبة، ويكون للمنتفع حق الانتفاع، ويكون في الوقت ذاته مرهونا، فيكون للدائن المرتهن حقوق عليه. وفي هذه الحالة يكون الشيء واحد، غير أن الحقوق المالية المرتبطة به متعددة.

الفرع الثاني: تقسيمات الأشياء

تتعدد المعايير التي يتم على أساسها تقسيم الأشياء وتتنوع وذلك حسب الزاوية التي ينظر منها إلى الشيء، بحيث يمكن أن يتم الاستناد إلى قابليتها للتعامل فيها من عدمه (أولا)، قابليتها للاستهلاك من عدمه (ثانيا)، ومن تماثل وتفاوت أحادها (ثالثا)، ومن حيث ثباتها من عدمه (رابعا).

أولا- تقسيم الأشياء بالنظر إلى قابلية التعامل فيها من عدمه:

إن الشيء المادي لا يصلح أن يكون محلا للحق المالي وهو بالتحديد الحق العيني إلا إذا كان من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل بالمال، ومنه الأشياء التي تخرج من دائرة التعامل المالي، والتي لا يصح التعامل فيها لا تصلح لأن تكون محلا للحق المالي، وهو ما نصت عليه المادة 682 من التقنين المدني، والتي اعتبرت كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.465.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.257.

لا يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها، في حين أن الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.¹

إستناداً لهذه المادة، يلاحظ أن خروج الشيء من دائرة التعامل يرجع إما إلى طبيعته وإما إلى حكم القانون، فأما الأولى فترجع عدم إمكانية التعامل فيها لطبيعتها التي لا تقبل الاستئثار بها من أي أحد لاشتراك جميع الناس في الانتفاع بها، ومن ذلك مثلاً الهواء، مياه البحر، أشعة الشمس، ضوء القمر...

يقصد بعدم قابلية التعامل في هذا النوع من الأشياء عدم إمكانية التعامل في مجموع الشيء، بمعنى الهواء كله، أو البحر كله، لكن متى أمكن فصل جزء من هذا الشيء عن المجموع أي عن أصله والاستئثار به، فإن هذا الجزء يصبح مملوك ملكية فردية، ويصير بذلك من الأشياء التي تقبل التعامل فيها، وينشأ لمن أحرزه حق عليه، ومثال ذلك ضغط الهواء في أنبوبة، أو وضع كمية من ماء البحر في إناء.

أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، فهي أشياء تسمح لطبيعتها التعامل فيها، ويمكن للفرد حيازتها والاستئثار بها، إلا أن القانون يمنع ذلك، بحيث لا يجيز أن تكون محلاً للحقوق المالية، لأسباب متعددة منها تخصيصها للمنفعة العامة، أو لأن التعامل فيها يترتب عليه الأضرار بالصالح العام والمساس بالنظام العام.²

وشأن الأشياء المخصصة للمنفعة العامة الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التي قرر المشرع عدم إمكانية التصرف فيها، الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم³ (الطرق، الموانئ، المساجد، المدارس العامة، الجامعات، مباني الإدارات العامة...).

هذه الأشياء لا يجوز بنص المادة 689 من التقنين المدني التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا تملكها بالتقادم ، طالما ظلت مخصصة للمنفعة العامة، ولكن مع ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكانية الترخيص باستعمالها، طالما أن ذلك الترخيص لا يتعارض مع المنفعة العامة، ومن ذلك مثلاً، تأجير أكشاك الاستحمام على شواطئ البحر، أو أكشاك لبيع الصحف والكتب في الميادين العامة.

هذا ويجدر الإشارة أنه إذا زالت عن هذه الأشياء صفة الأشياء العامة، رجعت إلى أصلها من الأشياء القابلة للتعامل فيها، وتزول عنها تلك الصفة بإنهاء الغرض الذي خصصت لأجله، أو بموجب قانون أو مرسوم.

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 827.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 467.

³ - المادة 689 من التقنين المدني الجزائري.

أما الأشياء التي يمنع القانون من التعامل فيها بسبب الخشية من إضرارها بالصالح العام فمثالها المخدرات، والتي لا يجوز التعامل فيها كأصل عام، ما لم يكن ذلك قد قرر لدواع طبية أو علمية.¹

ثانيا- تقسيم الأشياء بالنظر إلى قابليتها للاستهلاك من عدمه:

تنقسم الأشياء بالنظر إلى قابليتها للاستهلاك من عدمه إلى أشياء تقبل الاستهلاك وأخرى لا تقبله، وهو ما سيتم توضيحه بالتعرض لمدلولها وأساس التفرقة (1)، وبعدها لأهمية التفرقة (2).

1- مدلول الأشياء بالنظر إلى قابليتها للاستهلاك وأساس التفرقة:

تنقسم الأشياء وفقا لهذا المعيار إلى أشياء غير قابلة للاستهلاك، وأخرى قابلة للاستهلاك. فأما الأولى فهي أشياء تقبل الاستعمال المتكرر، بحيث لا تهلك لمجرد استعمالها لأول مرة، وإن كان ذلك لا ينفي أن تكرر استعمالها يؤدي إلى الانقاص من منفعتها ومثالها السيارات، المنازل. أما الثانية فهي التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها، وتكون النتيجة الحتمية المترتبة على استعمالها استهلاكها.²

والاستهلاك نوعان، فقد يكون ماديا أو حقيقيا، وقد يكون قانونيا أو حكما، فأما الاستهلاك المادي فهو استهلاك حقيقي إذ يترتب عليه فناء الشيء بمجرد استعماله كالمواد الغذائية التي تفتى بأكلها والمشروبات التي تفتى بشربها، وللإشارة فإن المواد الغذائية من الأشياء التي تقبل الاستهلاك بطبيعتها لأن الغرض الذي أعدت له بحسب طبيعتها هو تناولها. هذا ويكون الاستهلاك ماديا حينما يتم التغيير في ذاتية وصورة الشيء كالمنسوجات التي يتم تحويلها إلى ملابس.³

هذا عن الاستهلاك المادي، أما الاستهلاك القانوني (الحكمي)، فهو استهلاك يستند إلى حكم القانون، ويتقرر حينما يتم التصرف في الشيء بطريقة قانونية إلى الغير، ومن ذلك النقود التي يقرر القانون استهلاكها بإنفاقها ونقل ملكيتها إلى الغير، فالغرض الذي قرر له بحسب طبيعتها هو إنفاقها.

استنادا لما تقدم يلاحظ أن أساس التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك يرجع إلى طبيعة الشيء، فتحديد مدى كون الشيء قابل أو غير قابل للاستهلاك يتحدد بالنظر للاستعمال العادي الذي أعد له الشيء وفقا لطبيعته.

لكن مع هذا فإن لإرادة الأفراد دور في تغيير وصف الشيء بحيث يمكنها أن تجعل الشيء القابل للاستهلاك غير قابل له ويتقرر ذلك عند تخصيصها الشيء لاستعمال غير الذي أعد له

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 259.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 843.

³ - شفيق شحاته، محاضرات في النظرية العامة للحق أقيت على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق 1948-1949، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، د.س.ن، ص. 158.

حسب طبيعته فإعادة النقود لعرضها في معرض وإعادتها بعد ذلك يترتب عليه إدراجها ضمن فئة الأشياء غير القابلة للاستهلاك بخلاف ما تقرره طبيعتها.¹

هذا وقد تقرر الإرادة خلاف ذلك بأن تجعل الشيء غير القابل للاستهلاك قابلاً له، ومن ذلك الملابس التي وإن غير قابلة للاستهلاك بحسب طبيعتها، إلا أنها تصبح قابلة للاستهلاك إذا أعدت بغرض بيعها.²

2- أهمية التفرقة:

تبرز أهمية التفرقة بين الأشياء غير القابلة للاستهلاك والأشياء القابلة للاستهلاك في نواح عديدة تكمن في:

✓ قصور بعض الحقوق العينية على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وأخرى على الأشياء القابلة للاستهلاك، ومثال الأولى حق الاستعمال وحق السكنى، حق الارتفاق، وذلك لأنها حقوق تقتضي بقاء الأشياء التي ترد عليها من جهة، كما تلزم من جهة أخرى المستعمل عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه إلى مالكه،³ ومثال الثانية شبه حق الانتفاع الذي يرد على شيء قابل للاستهلاك.⁴

✓ قصور بعض العقود على الأشياء غير القابلة للاستهلاك ومثاله عقد الإيجار وعقد عارية الاستعمال، لاعتبارها عقود تلزم المتعاقد (المستأجر، المستعير) برد الشيء الذي تسلمه عينا بعد إنقضاء المدة المحددة له.

ثالثاً- تقسيم الأشياء بالنظر إلى تفاوت وتمائل أحادها الأشياء المثلية والقيمية:

تنقسم الأشياء بالنظر إلى تفاوت وتمائل أحادها إلى أشياء مثلية وأخرى قيمية، وهو ما سيتم التعرض له بالتطرق إلى معيار التفرقة ومدلول كل منهما (1)، وبعدها لأهمية التفرقة (2).

1- أساس التفرقة ومدلول الأشياء:

تقوم التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية على طبيعة الشيء من حيث تماثل أو تفاوت أحاده، بحيث تندرج ضمن الأولى المثليات، في حين تندرج ضمن الثانية القيميات. والأشياء المثلية أو ما تعرف بالمثليات أو الأشياء المعينة بالنوع هي الأشياء التي لها مثال لا يختلف عنها اختلافاً يعتد به، ويعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها الأشياء التي لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، بل تتساوى أفرادها في القيمة، فتعين بجنسها، ونظراً لتماثل أو تشابه أحادها

¹ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص. 159.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 500.

³ - نفس المرجع، ص. 501.

⁴ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص. 159.

إلى حد عدم وجود فروق بينها يعتد بها فإن تقديرها في التعامل لا يتم بالذات بل بالقدر سواء بالعدد كالنفود أو المقاس كالقماش أو الكيل كالحبوب من نوع معين أو الوزن كالقطن، السكر.¹

ونظرا لعدم تفاوت آحاد المثليات في القيمة تفاوتاً يعتد به ولأن بعضها يقوم مقام بعض في الوفاء فإنه بإمكان الشخص تسليم مقدار أي نوع من القمح الذي يكون من نفس النوع، فمثلاً إذا التزم شخص بتسليم عشرين طناً من القمح من نوع معين، فله أن يسلم أي عشرين طناً من النوع المتفق عليه.

أما الأشياء القيمة فهي أشياء تعين بذاتها، بحيث تتفاوت أحدهما تفاوتاً يعتد به، ويكون الشيء قيمياً إذا لم يكن يوجد نظير له، ولذلك لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، ومثالها المنازل، الأراضي، الحيوانات، اللوحة المرسومة من طرف فنان مشهور أو نسخة الكتاب الذي نفذ من السوق.²

وعليه إذا التزم شخص بتسليم أي من الأشياء السالف ذكرها في الأمثلة فلا يمكن له إلا تسليم ذلك الشيء دون سواه.

وللإشارة فإن الأشياء المعينة بالذات حتى لو كان لها نظير كالسيارات، إلا أنها تختلف عن بعضها بحيث يكون اختيار أحدها دون الآخر محل خلاف، بحيث تتعين كل منها بصفة فيها تخالف صفة الأخرى و تعطي لكل منها ملامح خاصة وقيمة ذاتية، ومن ثم تتفاوت أحدها في القيمة تفاوتاً يعتد به بحيث لا يكفي أن يحل بعض هذه الأشياء محل بعض في علاقة قانونية معينة دون أن يتغير مضمون هذه العلاقة.³

إذا كانت طبيعة الشيء هي أساس التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة، إلا أنه ينبغي الذكر أن لإرادة الأفراد دور كبير في هذا المجال، إذ يمكن للإرادة أن تضيف على الشيء المثلي بطبيعته الصفة القيمة أو العكس، ليكون المعيار في هذه الحالة شخصياً، وعليه إذا أعار شخص كتابه لآخر ليرده إليه بذاته، فالكتاب شيء مثلي بطبيعته إلا أنه مع ذلك يصبح من الأشياء القيمة بحسب ما اتجهت إليه إرادة الأطراف. هذا وتعد قطعة الأرض من الأشياء القيمة بطبيعتها إلا أنها تصبح شيئاً مثلياً بحسب إرادة الأفراد إذا تم تقسيمها إلى قطع متساوية بقصد بيعها.⁴

2- أهمية التفرقة:

للتفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة أهمية كبيرة تبرز من نواح متعددة منها:

¹ - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص.236.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.262.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.503.

⁴ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص.161.

الوفاء: يتم الوفاء في الأشياء المثلية وتبرأ ذمة المدين بتقديمه لشيء من الصنف الذي التزم به وبالمقدار المحدد في العقد، وذلك بخلاف الأشياء القيمة التي لا يتم الوفاء فيها إلا بتقديم ذات الشيء المتفق عليه.

وعليه إذا التزم شخص بتسليم منزلا لا يصح الوفاء إلا بتسليمه بذاته، في حين إذا التزم بتسليم كتاب فإنه يمكنه اقتناء أي كتاب متفق عليه.

وقت انتقال الملكية: تنتقل الملكية في الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد، مالم يكن الشيء المتفق عليه عقارا إذ لا تنتقل ملكية هذا الأخير إلا بالكتابة والقيود في المحافظة العقارية، أما الأشياء المعينة بالنوع فتنتقل الملكية فيها بالفرز.¹

المقاصة: تتقرر المقاصة بين دينين متقابلين موضوع كل منها شيء مثلي، مع شرط الاتحاد في النوع والجودة، بحيث لا يرد عقد القرض إلا على الأشياء المثلية التي يكون بإمكان المقترض رد مثيلاتها إلى المقرض، وذلك خلافا للأشياء القيمة التي لا تتقرر المقاصة بشأنها، لأنها تستلزم من المعني إعطاء نفس الشيء دون غيره من الأشياء.²

الهلاك: يترتب على هلاك الأشياء القيمة قبل التسليم بقوة قاهرة لا يد للمدين فيها تبرئة ذمته لاستحالة التنفيذ، على خلاف من ذلك لا يترتب على هلاك الأشياء المثلية إبراء ذمة المدين، بحيث يظل ملتزما ولو كان الهلاك لقوة قاهرة، وبذلك ينبغي عليه تسليم مثل الشيء، ذلك أن المثليات لها نظائرها في السوق فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.³

رابعا- تقسم الأشياء بالنظر إلى ثباتها من عدمه الأشياء الثابتة والأشياء المنقولة:

يقسم الأشياء بالنظر إلى ثباتها من عدمه إلى عقارات ومنقولات، وهو ما يتم تحديده ببيان أساس التفرقة ومدلول المصطلحات (1)، وبعدها لأهمية التفرقة بينهما (2).

1- أساس التفرقة ومدلول المصطلحات:

يستند تقسيم الأشياء إلى ثابتة (عقارات) ومتحركة (منقولات) على اعتبار طبيعته فطرته طبيعة الأشياء من حيث ثباتها وقابليتها للاستقرار في حيز معين من عدمه، فإن كان الشيء ثابتا غير قابل للحركة اعتبر عقارا، وإلا فهو منقول.

استند المشرع الجزائري على هذا الأساس لتحديد المقصود بالعقار في المادة 683 من التقنين المدني فاعتبره كل شيء ثابت في حيزه يتصل به اتصال قرار لا يمكن فصله عنه إلا باتلافه.

¹ - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 228.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 505.

³ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص. 162.

بهذا يلاحظ أن المشرع الجزائري عرف العقار دون المنقول، ولكن مع هذا يفهم ضمناً أن هذا الأخير هو كل شيء غير ثابت في حيزه ولا يتصل به اتصال قرار ويمكن فصله عنه ونقله من مكان لآخر دون إتلافه، ويستوي أن يكون مصدر قدرته على الانتقال مرده قدرته الطبيعية على الحركة (الحيوانات) أو قوة خارجية عنه (الجماد كالسيارات، السفن الطائرات، الأثاث...). إذا كان الأصل في تقسيم الأشياء إلى ثابتة ومتحركة يرجع إلى اختلاف الطبيعة المادية للأشياء ومدى ثباتها في حيزها من عدمه، إلا أنه يجدر الذكر أن المشرع لم يلتزم بهذا المعيار المادي في كافة الأحوال، بل أورد عليه استثناءات بأن أضفى وصف العقار على شيء يعد منقولاً بطبيعته (أ)، كما أضفى وصف المنقول على شيء يعد عقاراً بحسب طبيعته (ب)، وذلك متى توفرت شروط محددة.

أ- أنواع العقارات:

تتعدد أنواع العقارات وتتحدد إما وفقاً لطبيعتها أو حسب ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، ومنه يوجد نوعين من العقارات؛ عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص.

■ **العقارات بطبيعتها:** يتحدد هذا النوع من العقارات استناداً للمعيار الطبيعي السالف الذكر، بحيث يعد عقاراً كل شيء مستقر في حيزه وثابت فيه بحيث لا يمكن نقله إلا بإتلافه. هذا ويمكن القول أن العقارات بطبيعتها هي الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى جوهرها موقع ثابت غير متنقل.

على هذا الأساس يتضح أن العقارات حتى تندرج ضمن هذه الطائفة لابد من توفر شرطين اثنين فيها هما:

- ✓ الاستقرار: ينبغي أن يكون الشيء المادي مستقراً في مكانه.
- ✓ عدم إمكانية النقل: لابد أن يكون الشيء المادي غير قابل للنقل من مكان إلى آخر إلا بإتلافه.

يندرج ضمن العقارات بطبيعتها:

- ✓ الأراضي: يندرج ضمنها الأراضي بغض النظر عن نوعها (سواء كانت أراضي زراعية أو مخصصة للبناء) قيمتها كما أنها تشمل سطح الأرض وباطنها طالما كانت متصل بالأرض اتصال قرار، أما الكنوز والتحف الأثرية التي يعثر عليها في باطن الأرض فلا تكيف على أنها عقارات، بل هي منقولات إذا ما انتزعت من الأرض وانفصلت عنها، لأنها لا تعتبر جزءاً من الأرض، وإن وجدت في باطن الأرض فهي لا تتصل بها اتصال قرار.¹

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 220.

✓ المباني الثابتة: تشمل كل ما يقام على الأرض أو في جوفها متى كانت ثابتة فيها لا يمكن نقلها إلا بإتلافها، وتعتبر مبان ثابتة كل المبان أيا كان الغرض الذي خصصت له (السكن، العلاج، التعليم، التجارة...) وأيا كانت قيمتها سواء وجدت فوق الأرض أو تحتها، وبغض النظر عن القائم ببنائها (مالكها أو شخص آخر كالمنتفع)، ومنه تعد الآبار والأنفاق والأنابيب الممتدة داخل الأرض كأنابيب مجاري المياه مندرجة في هذا الإطار.¹

✓ النباتات: تعد النباتات عقارات بطبيعتها إذا كانت متصلة بالأرض اتصال قرار بحيث لا يمكن فصلها عنها إلا بإتلافها، ويظهر ذلك من خلال امتداد جذورها، فمتى كانت جذورها متصلة بها كانت عقارا، ومثالها الأشجار، المزروعات المتصلة بالأرض، المحاصيل. بهذا تعد النباتات الموجودة في أصص منقولات لأنها غير متصلة بالأرض اتصال قرار، ويمكن نقلها من مكان لآخر دون إتلافها كنباتات الزينة.²

■ **العقارات بالتخصيص:** إذا كان المعيار الطبيعي هو الأساس الذي يعول عليه للفرقة بين العقار والمنقول، إلا أن هناك نوعا آخر من العقارات يعرف بالعقارات بالتخصيص، وهو لا يعد عقارا في حقيقته، بل يعد كذلك حكما ذلك أنه منقول في الأصل، إلا أنه اتخذ صفة العقار لأن صاحبه رصده لخدمة العقار واستغلاله.

يتضح أن فكرة العقار بالتخصيص فكرة من قبيل الافتراض القانوني، وهي ترمي إلى تطبيق أحكام العقار على المنقول الموجه لخدمته واستغلاله، بغية عدم فصله عن العقار الذي ألحق به، بحيث يكون مصيرهما واحدا فلا يتعطل الانتفاع به، وهذا للمحافظة على قيمة العقار ذاته وتحقيق مصلحة المالك.³

لا شك أن إضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول تقتضي تحقق شروط معينة تتمثل

في:

- **اكتساب الشيء صفة المنقول بطبيعته:** يقتضي إضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول أن يكون هذا الأخير شيئا غير مستقر في حيزه يمكن نقله من مكان إلى آخر دون إتلافه.⁴

- **تخصيص المنقول لعقار بطبيعته :** ينبغي لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص تخصيصه لخدمة عقار بطبيعته (الأراضي، المباني..)، فلا يكون العقار المخصص للخدمة هو الآخر عقارا بالتخصيص.⁵

¹ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص.167.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص.832.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.482.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص.221.

⁵ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص.171.

- **ملكية المنقول لصاحب العقار:** ينبغي لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أن يكون كل من العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، وتكمن الحكمة من هذا الشرط في ضمان تطبيق أحكام العقار على المنقول وربط مصير المنقول به، بحيث لا ينفصل عنه، وبهذا لا تعد عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستأجر العقار أو للمنتفع به حتى لو رصدت لخدمة العقار واستغلاله، كما لا يعد عقارا بالتخصيص المنقولات التي يستخدمها المالك دون أن تكون مملوكة له كالمنقولات المستأجرة من طرفه.¹

- **تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله:** إضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول تقتضي أن يتحقق التخصيص فعلا بوضع المالك للمنقول في عقار بطبيعته لخدمته² (كالمقاعد التي توضع في المدرسة أو المسارح) أو استغلاله أي استغلال العقار استغلالا اقتصاديا سواء تعلق الأمر بالاستغلال الزراعي (الآلات الزراعية، الأسمدة، البذور) الصناعي (آلات المصانع والساترات المخصصة لنقل العمال)، المدني (المفروشات التي توضع في شقة مخصصة للإيجار). بهذا يتضح أن اتجاه نية مالك المنقول لوضع المنقول لخدمة العقار غير كافية لوحدها لاعتباره عقارا بالتخصيص هذا من جهة، ومن جهة أخرى ينبغي أن يكون الغرض من هذا الوضع تحقيق الهدف السالف الذكر وهو خدمة العقار أولا استغلاله لا خدمة المالك أو تحقيق مصلحة شخصية له، وعليه الأحصنة التي يرببها المالك لركوبها لاتعد عقارات بالتخصيص، وبالمثل لاتعد كذلك المواشي التي يرببها لبيعها.³

على أنه وفي حال تداخل الأمرين معا واستعمال المنقول لخدمة العقار وتوفير خدمة شخصية للمالك، ينبغي الاعتداد بالوضع الغالب، وعليه إذا كان لمالك المصنع سيارة وخصصها كأصل عام لنقل العمال، واستخدمها في بعض تنقلاته الشخصية فهي تعد عقارا بالتخصيص. هذا ويشترط أن يكون التخصيص بإرادة مالك العقار أو نائبه، فإن تم تخصيصه من غير ماله أو من ينوب عنه، فلا يكتسب وصف العقار بالتخصيص ولو كان مملوكا لصاحب العقار.⁴ ينبغي إلى جانب ما تقدم استمرارية التخصيص، ينبغي أن يكون التخصيص مستمرا، ولو بصفة غير دائمة، المهم ألا يكون عرضيا، وعليه إذا تم فصل المنقول بصفة مؤقتة عن العقار بسبب إعارته مثلا، فإنه سيظل محتفظا بصفته كعقار بالتخصيص.

¹ - نبيل إبراهيم يعد، المرجع السابق، ص. 265.

² - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص. 170.

³ - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص. 222.

⁴ - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 837.

ب- أنواع المنقولات :

تتعدد أنواع المنقولات وتختلف، ويتم تحديدها كأصل عام بالرجوع إلى المعيار الطبيعي، غير أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل إذ تعتبر بعض الأشياء منقولات بحكم القانون وهي كل من المنقولات بالمال والمنقولات المعنوية. وعليه يوجد المنقولات الحقيقية، والمنقولات الحكيمة.

■ **المنقول بطبيعته:** إذا كان المشرع الجزائري عرف العقار بمقتضى المادة 683 من التقنين المدني، إلا أنه لم يتطرق لمعنى المنقول بطبيعته، وعليه يمكن تعريف هذا الأخير حسب ما سبق بأنه كل شيء غير مستقر في حيزه، يمكن نقله من مكان لآخر دون إتلافه، سواء كانت قابلية الشيء للانتقال راجعة إلى القدرة الطبيعية له (الحيوانات)، أو قوة خارجية التي يندرج ضمنها الجماد كالسيارات.¹

■ **المنقولات الحكيمة:** يندرج ضمن المنقولات الحكيمة المنقولات بحسب المال والمنقولات المعنوية.

❖ **المنقول بحسب المال:** المنقول بحسب المال عقار بطبيعته، إلا أنها تأخذ حكما وافترضا وصف المنقولات بالنظر لما سيؤول إليه بعد فترة قصيرة من الزمن، وبذلك هو منقول إفتراضي لا اعتباره كذلك من طرف المشرع²، والغرض من ذلك التوصل إلى تطبيق أحكام المنقول عليه للتخفيف من قيود التصرف في العقار.³

مثال المنقول بحسب المال الأشجار المعدة للقطع، المحاصيل الزراعية المعدة للجني، المعادن والأحجار المعدة للاستخراج، المباني المعدة للهدم أي المبيعة أنقضاء، فهذه الأشياء وإن كانت من قبيل العقارات بطبيعتها إلا أنها تصبح منقولا بالمال بحسب ما ستؤول إليه.

ينبغي لا اعتبار الشيء منقولا بحسب المال توافر شرطين هما:

- إنصراف إرادة المتعاقدين إلى اعتبار الشيء منقولا بحسب ما سيؤول إليه بعد انفصاله عن أصله، بحيث يكون الهدف الرئيسي لإرادة الأطراف الحصول على الشيء بعد فصله وتحويله إلى منقول.⁴

- أن يكون مصير الشيء المحقق للعقارات المتعاقد عليها هو الانفصال والتحول في القريب إلى منقولات بالطبيعة: يعد شرط تحقق الانفصال وقرب مواعده هو الضابط بين المنقول بالمال

¹ - شفيق شحاته، المرجع السابق، ص.163.

² - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص.222.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.266.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.496.

والعقار، وإهمال هذا الشرط يترتب عليه تسهيل الأمر للتهرب من أحكام النظام القانوني الخاص بالعقارات وما يحتويه ذلك النظام من حماية للعقارات.¹

يجدر الذكر أن تحديد ما إذا كان الانفصال وشيكا من عدمه يخضع لظروف كل حالة على حدى، ويرجع أمر تقدير ذلك لقاضي الموضوع.

❖ **المنقولات المعنوية:** الأصل أن المنقولات المعنوية لاتعد من العقارات ولا من المنقولات، ولكن القانون اعتبرها في حكم المنقولات، ويندرج ضمن هذه الأشياء أفكار المفكرين، المخترعات، الاسم التجاري، العلامة التجارية التي تعد محلا لحق الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية، وقد نظمها المشرع الجزائري بموجب نصوص خاصة حسب ما أشارت له المادة 687 من التقنين المدني.²

2- أهمية التفرقة:

تبرز أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات بالنسبة للنظام القانوني الذي تخضع له كل منهما، وذلك نتيجة للفرق الطبيعي بينهما وكذا الأهمية الاقتصادية لكل واحد منهما.

- **انعقاد العقد:** تعتبر العقود التي محلها عقار عقود شكلية بحيث ينبغي إفراغها في قالب رسمي بمعنى تحريرها من طرف ضابط عمومي مختص بذلك وهو ما أكدت عليه المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني،³ بحيث يترتب على مخالفة ذلك بطلان العقد بطلانا مطلقا، في حين تكون العقود التي محلها منقولا رضائية كأصل عام يكفي لانعقادها تطابق الارادتين.

- **انتقال الملكية:** يقتضي انتقال الملكية في العقود الواردة على عقار الشهر في المحافظة العقارية، وعليه لا يرتب العقد الذي يكون محل عقار أثره سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر، ويلعب هذا الأخير دورا هاما يكمن في اعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار، وقد تطور نظام الشهر تطورا ملحوظا، بحيث انتقل من نظام الشهر الشخصي والذي يستند على أسماء الأشخاص الذين صدر التصرف منهم، إلى نظام الشهر العيني الذي يستند في تحديد التصرفات الواردة على العقار إلى العقار ذاته.⁴

هذا وتنتقل الملكية في المنقولات المعينة بالذات بمجرد العقد، في حين تنتقل في المنقولات المعينة بالنوع بالفرز.

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 841.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 492.

³ - بن قردي أمين، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 07، ع01، س. 2022، ص. 138.

⁴ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 87-93.

- **قصور بعض الحقوق العينية على العقارات:** لقد سبق الذكر عند دراسة موضوع الحقوق العينية أن هناك بعضا من هذه الحقوق لا ترد إلا على العقار سواء كانت حقوق عينية أصلية ومنها حق السكن، حق الارتفاق، أو حقوق عينية تبعية كحق الرهن الرسمي، وحق التخصيص.¹

- **قصور حق الشفعة على العقار:**² يترتب على خاصية الثبات والاستقرار التي تتمتع بها العقارات تجاورها، ونظرا لأن الجوار يعد من أسباب تقرير الشفعة، فلا ريب أن هذا النظام يطبق على العقارات دون المنقولات.

- **التكييف القانوني للحقوق الواردة على العقار:** الحقوق الواردة على العقار نوعان حقوق شخصية وحقوق عينية ويطلق على الأولى متى وردت على عقار اسم الحقوق الشخصية العقارية ومثالها تأجير العقار، في حين يطلق على الثانية اسم الحقوق العينية العقارية كحق ملكية واردة على عقار، وللإشارة فإن الحقوق العينية العقارية تعد أموالا عقارية وفقا لنص المادة 684 من التقنين المدني، وما عداها تعد أموالا منقولة.

لاريب أن هذا التكييف القانوني يؤثر على تسمية الدعوى المرفوعة، كما ينعكس على الجهة القضائية التي يؤول إليها صلاحية النظر في النزاع.

- **حماية دعاوى الحيازة العقار دون المنقول:** يحمي القانون الحيازة الواردة على العقار بذاتها بموجب دعاوى الحيازة والتي هي دعوى استرداد الحيازة³، دعوى منع التعرض⁴ ودعوى وقف الأعمال الجديدة⁵، وهذه الدعاوى مقررّة لحماية حائز العقار دون المنقول.⁶ أما في المنقول فقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز تربط بين الحائز والحق، بحيث لا يمكن الفصل بينهما، ومنه لا توجد دعاوى حيازة بالنسبة للمنقول.

- **إختلاف أحكام الحيازة في المنقول عنها في العقار:** نظرا لتعذر شهر التصرفات الواردة على المنقول كأصل عام⁷ أوجد المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات قاعدة الحيازة في

¹ - يراجع هذه المطبوعة، ص33 وما يليها.

² - محمد الصغير بعللي، المرجع السابق، ص.176.

³ - يقصد بدعوى استرداد الحيازة الدعوى التي يرفعها كل حائز لعقار أو حق عيني عقاري فقد حيازته مطالباً برد هذه الحيازة من الغير الذي انتزعها وسلبها منه بالقوة والغصب. صدوقي المهدي، شراطي خيرة، غريبي محمد، دعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، ع.2019، 05، ص.20.

⁴ - يقصد بدعوى منع التعرض هي الدعوى التي يرفعها حائز العقار أو الحق العيني ضد الغير الذي تعرض له في حيازته طالبا فيها منع التعرض وإزالة مظاهره. لتفاصيل أكثر يراجع، براحلية زوبير، التنظيم القانوني لدعوى الحيازة والملكية وخصوصية التمييز بينهما، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع. الثالث عشر، جويلية 2018، ص.259 وما يليها.

⁵ - يقصد بدعوى وقف الأعمال الجديدة الدعوى التي يتمسك فيها المدعى بحيازته القانونية التي تهددها أعمال جديدة يقوم بها المدعى عليه من شأنها إن تمت أن تمس حيازته، طالبا الحكم بوقف هذه الأعمال. لتفاصيل أكثر يراجع، جيلالي عبد الحق، النظام الإجرائي لدعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، ع.03، جمادى الأولى 1438هـ - يناير 2017، ص.141 وما يليها.

⁶ محمد الصغير بعللي، المرجع السابق، ص.176.

⁷ - يقتضي انتقال الملكية بالنسبة لبعض المنقولات إجراءات خاصة كالسفة والطائرات.

المنقول سند الملكية وذلك لحماية الغير الذي يتعامل فيه، وعليه فإن حيازة المنقول بحسن نية تعد سندا للحائز في إثبات حقه وهو ما قرره المادة 835 من التقنين المدني.

على خلاف من ذلك لا تعد الحيازة سببا كافيا لاكتساب ملكية العقار أو الحق العيني، بل لابد أن تستمر الحيازة مدة معينة تتحدد هذه الأخيرة بحسب ما إذا كان الحائز حسن أو سيء النية، فإن كان حسن النية كانت المدة 10 سنوات، وإن كان سيء النية كانت المدة 15 سنة، وهو ما قرره المشرع الجزائري بموجب المادة 828 من التقنين المدني.¹

- **الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات:** ينعقد الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى العقارية للجهة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تواجد العقار استنادا لنص المادة 1/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين ينعقد الاختصاص القضائي للنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنقول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

- **إجراءات التنفيذ الجبري:** تختلف إجراءات التنفيذ الواردة على العقار عن تلك الواردة على المنقول، بحيث تكون معقدة في الأول وتحتاج إلى زمن طويل، وتخضع لتدابير خاصة، وذلك بخلاف الثانية، وسبب ذلك اهتمام المشرع بالعقار أكثر منه بالنسبة للمنقولات للأهمية الاقتصادية التي كان يتمتع بها العقار، ولكن يجدر الذكر أن هذه المكانة قد تراجعت مؤخرا إذ يوجد بعض المنقولات التي تفوق قيمتها العقار، ومع هذا لاتزال نظرة المشرع ثابتة لم تتغير في هذا الشأن.

المطلب الثاني: الأعمال

يعد العمل محلا للحق الشخصي، ذلك أن المدين في هذا النوع من الحقوق يلتزم بأداء معين لمصلحة الدائن، وقد يكون العمل الذي يلتزم به عملا إيجابيا، وتعد هذه الصورة الغالبة وفيها يلتزم المدين بعمل إيجابي.

هذا وقد يكون العمل سلبيا وهو ما يعرف بالامتناع ، وفيه تقيد حرية المدين بالنسبة للأعمال التي كانت في الأصل مباحة له طبقا للقواعد العامة، إذ أنه واستنادا للمركز الخاص الذي أوجده لنفسه بعمل تم بإرادته تقييد حريته بالنسبة للعمل. ومثاله بيع شخص محله التجاري الذي كان يملكه مع تعهده بالامتناع عن فتح محل مشابه له في نفس الحي الذي كان به محله الأول.

في هذه الحالة يكون قد تنازل عن حقه في جزء من نشاطه الذي يكفله له القانون، ويعد امتناعه عن فتح المحل المشابه الموضوع الذي ينصب عليه حق المشتري.

¹ - فراحي كوثر، الحيازة وأثرها في كسب الملكية العقارية بالتقادم في القانون الجزائري، القانون العقاري والبيئة، ع.01، 2018، ص.65.

الملاحظ أن المشرع يضع على عاتق المتعهد بالامتناع عن العمل قيوداً يهدف من خلالها إلى حماية الشخصية القانونية وحرية الإنسان، إذ ينبغي في المثال السالف الذكر تأقيت الامتناع عن فتح أي محل تجاري مع تحديد النطاق المكاني الذي يجب فيه ذلك.¹

هذا وقد يكون العمل الذي يلتزم المدين إعطاء شيء، ويبرز ذلك من خلال الالتزام بإنشاء حق عيني أو نقله كاللزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري.

وإن كانت هذه الأمور سبق التعرض لها، فالجدير بالذكر أن ما ينصب عليه الاهتمام في هذا المجال شروط العمل باعتباره محلاً للحق الشخصي، إذ ينبغي أن يتوافر في العمل حتى يكون محلاً للحق الشخصي توفر شروط معينة تتمثل في الإمكان، التعيين أو القابلية للتعيين، المشروعية. وهو ما سيلي بيانه.

الفرع الأول: شرط الإمكان

ينبغي أن يكون محل الحق الشخصي ممكناً، ويراد بشرط الإمكان ألا يكون العمل مستحيلاً في ذاته،² فمتى كان كذلك لم ينشأ الالتزام، ذلك أن القاعدة تقضي بأن لا إلزام بمستحيل. والاستحالة نوعان؛ استحالة مطلقة وأخرى نسبية.

فأما الاستحالة المطلقة فيراد بها عدم إمكانية القيام بالعمل بالنسبة للناس كافة لا الملتزم وحده، وهذه الاستحالة وحدها التي تحول دون قيام الالتزام، وتؤدي إلى بطلان العقد شريطة أن تكون قائمة وقت التعهد بالالتزام.³

والاستحالة المطلقة التي تحول دون قيام الالتزام قد تكون استحالة مادية كتعهد شخص ببيع شيء تبين أنه هلك قبل العقد، وتعهد الطبيب بإجراء عملية جراحية للمريض تبين أن مات قبل التعهد بالتدخل الجراحي.

هذا وقد تكون الاستحالة المطلقة قانونية كتعهد المحامي بالطعن بالاستئناف في حكم مضي ميعاد الاستئناف فيه.

هذا عن الاستحالة المطلقة، أما الاستحالة النسبية أو الشخصية فهي استحالة تقوم بالنسبة للمدين وحده دون غيره من الناس بسبب قدرة غيره على القيام بالعمل الذي يعجز هو عن القيام به. إن هذا النوع من الاستحالة لا تحول دون نشوء الالتزام، لأن العمل ممكن في ذاته ويصلح محلاً للحق الشخصي، ويكون للدائن مطالبة المدين بالقيام بالعمل الذي التزم به، فإن لم يكن باستطاعته ذلك اعتبر مسؤولاً أمام الدائن والتزم بتعويضه عن عدم قدرته على التنفيذ.⁴

¹ - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 230.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 846.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 269.

⁴ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص. 178.

هذا ويجدر الذكر أن العمل الذي يلتزم المدين به يكون ممكنا ولو كان مضمونه إعطاء شيء سيوجد في المستقبل، ومنه فإن عدم وجود الشيء وقت نشوء الالتزام لا ينفي إمكان العمل طالما أن الشيء سيوجد في المستقبل، ومن ذلك بيع المحصول الزراعي قبل حصاده، بيع المنزل وهو ما يزال بصدد الانشاء، وهذا كله مع مراعاة الحالات التي يحضر فيها المشرع التعامل في الأشياء المستقبلية كما هو مقرر بموجب المادة 92 من التقنين المدني التي تحرم التعامل في تركة إنسان حي ولو كان ذلك برضاه.¹

الفرع الثاني : التعيين أو القابلية للتعيين

يشترط في العمل الذي يكون محلا للحق الشخصي أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، بمعنى أن يكون العمل واضح الحدود والمعالم يمكن تعيين طريقة تنفيذه.² ومنه فإن العمل إذا لم يكن معينا ، فإنه ينبغي على الأقل لصحة نشوء الالتزام أن تتوافر العناصر اللازمة لامكانية التعيين.³

ويتحدد معنى هذا الشرط بحسب طبيعة الأداء الذي التزم المدين به، وما إذا كان التزاما بعمل أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء.

فإذا كان الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل فإنه ينبغي أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، ومنه إذا تعهد مقول ببناء منزل معين وجب تعيين شكله ومواصفاته من حيث كيفية البناء، عدد الطوابق...إلخ. وإذا لم تذكر هذه المواصفات في العقد، فيكفي أن يكون قابل للتعيين بأن يتضمن العناصر اللازمة للتعيين البناء وهو ما يتم استخلاصه من ظروف وملابسات التعاقد، كما في حال الاتفاق على بناء مدرسة تتسع لعدد معين من المقاعد وتستقبل عددا معينا من التلاميذ، أو بناء مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة وتستقبل عددا محددا من المرضى، فإذا لم يتضمن العقد الأسس التي تمكن من تعيين المحل، تعذر نشوء الالتزام وكانا لالتزاما باطلا.

هذا عن التزام المدين القيام بعمل، أما في حال التزامه بالامتناع عن القيام بعمل فإنه ينبغي عليه تعيين موضوع الامتناع وتحديد مداه وإلا كان العقد باطلا. فالتزامه بعدم المنافسة، يتوجب عليه تعيين موضوع عدم المنافسة والنطاق الجغرافي والزمني لها .

أما إذا كان مضمون العمل الذي يلتزم المدين به إعطاء شيء فيجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين وفي هذه الحالة ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الشيء معينا بالذات (قيما)، أو معينا بالنوع (مثليا)، فإذا اندرج في الصنف الأول فينبغي أن يتم تعيين ذاتية الشيء من خلال

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.507.

² - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص.231.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.508.

وصفه وصفا يؤدي إلى التعرف عليه وتمييزه عن غيره، أي يتم تعيينه تعيينا كافيا نافيا للجهالة المؤدية إلى النزاعة، فبيع قطعة أرضية يستلزم تحديد موقعها، مساحتها، حدودها.¹

أما إذا كان يندرج في الصنف الثاني فلا ينبغي فيه التعيين بالذات، بل يكفي تعيين جنسه، نوعه ومقداره، فإن كان قمحا مثلا فيعين نوعه (قمح من النوع الصيني)، ومقداره (طن)، أما درجة جودته فلا يلزم الاتفاق عليها، لأن المدين يلتزم في هذه الحالة وعند عدم إمكانية تحديد درجة الجودة من العرف أو من أي ظرف آخر بتسليم شيء من صنف متوسط.²

الفرع الثالث: المشروعية

ينبغي أن يتوافر في العمل ليصلح محلا للحق الشخصي المشروعية، بحيث لا يكون في ذاته أو بحسب الغاية المقصودة منه مخالفا للنظام العام والآداب العامة،³ فإن كان غير ذلك لم ينشأ الالتزام كتعهد شخص ببيع كمية من المخدرات، أو دفع مبلغ من المال لإمرأة بقصد استمرار علاقة غير مشروعة تجمع بينهما، أو إتلاف مال الغير مقابل مبلغ من النقود، أو اتفاق الطبيب مع شخص على عدم تقديم المساعدة الطبية لمريض حتى يتم وضع حد لحياته.

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، 848.

² - المادة 2/94 من التقنين المدني الجزائري.

³ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 231.

الفصل الثاني : مصادر الحق

إن انصراف معنى الحق إلى القوة التي تقرر وجوده، يعني أن مصدره القانون، وذلك انطلاقاً من تعريف الحق بأنه سلطة يمنحها القانون، ومنه يتضح أن القانون هو مصدر جميع الحقوق، ولا وجود لها إلا بأمره، فهو الذي يقرر الأسباب المنشئة لها.¹ ولكن مع هذا يعد القانون مصدراً بعيداً للحق أي مصدراً غير مباشراً له،² بحيث لا يتدخل مباشرة لترتيب حق من الحقوق، بل يستند في ذلك إلى وقائع أو أحداث معينة تعد المصدر المباشر أو القريب له.

ومنه يراد بالمصدر المباشر للحق السبب أو الحادث الذي يرتب القانون على وقوعه إنشاء الحق للشخص، والقانون في تقريره لهذه الحوادث قد يعتد بإرادة الأشخاص الذين يتقرر الحق لهم وعليهم، وقد لا يعتد بها، وعليه ينقسم المصدر المباشر للحق إلى قسمين هما: الواقعة القانونية (fait juridique) والتصرف القانوني (Acte juridique).

المبحث الأول: الوقائع القانونية

يقصد بالواقعة القانونية كل فعل أو حدث أو عمل مادي يرتب القانون على حدوثه أثراً قانونياً معيناً، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة صاحبه،³ وفي حال توفرها يستوي اتجاهها أو عدم اتجاهها لإحداث هذا الأثر. بهذا يعد جوهر الواقعة القانونية عمل مادي، إذ حتى لو تدخلت الإرادة في إحداثها فإن القانون هو الذي يحدث آثارها.

الوقائع القانونية بالمعنى السالف الذكر نوعان رئيسيان؛ وقائع طبيعية (المطلب الأول)

ووقائع إختيارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوقائع الطبيعية

يفضل استخدام مصطلح الوقائع غير الاختيارية للدلالة عليها، ذلك أنها عبارة عن وقائع أو أحداث تتم دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، ويرتب عليها القانون آثاراً قانونية⁴، سواء تمثلت هذه الآثار في اكتساب الحقوق أو انقضاءها⁵ يتقرر ذلك سواء بالنسبة للحقوق الشخصية أو الحقوق العينية.

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 241.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 230؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص. 240.

³ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - محدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 135.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 281.

استنادا للتعريف فإن هذه الوقائع قد تتصل بالإنسان دون أن يكون له دخل في حدوثها، كواقعة الميلاد التي يترتب عليها بداية الشخصية القانونية للمولود وما ينتج عنها من اكتسابه لحقوق معينة كالنسب، وواقعة الوفاة التي يترتب على حدوثها انتقال أموال المتوفي إلى ورثته. من هذه الوقائع ما يحدث بفعل الجماد أو النبات أو الحيوان، فنتاج المواشي ينشئ حقوقا لمالكها أو لراعيها.

هذا وتؤثر الظواهر الطبيعية في الحقوق، إذ قد تحدث الفيضانات طميا يضيف جزء إلى الأرض فيملكه صاحب الأرض عن طريق الالتصاق. ويشكل الزلزال قوة قاهرة تعفي المدين من التزامه، وتؤدي إلى إنقضاءه.

المطلب الثاني: الوقائع التي تحدث بفعل الإنسان

الوقائع التي تحدث بفعل الإنسان أو ماتعرف بالوقائع الإنسانية، الوقائع الاختيارية أو الأعمال المادية هي الوقائع التي تصدر بفعل الإنسان ويرتب القانون على مجرد وجودها المادي آثار قانونية معينة بغض النظر عن نية من صدر عنه الفعل وسواء اتجهت إرادته أو لم تتجه إلى إحداث تلك الآثار، ذلك أن العبرة بالفعل المادي الذي حدث، بغض النظر عن إرادة محدثه، لأن القانون فيما يرتبه من حقوق والتزامات عن هذه الأفعال لا يهتم بالإرادة، بل بذات الفعل، فيرتب عليه الأثر القانوني ولو لم تقصد الإرادة إحداث هذا الأثر فعلا.¹

إن هذه الوقائع قد تكون مصدرا للحقوق الشخصية أو للحقوق العينية، ومن الوقائع التي تنشأ فيها الحقوق بمقتضى أفعال الأشخاص الفعل الضار والفعل النافع، وتندرج هاتين الواقعتين الماديتين ضمن مصادر الحق الشخصي، في حين يوجد إلى جانبهما وقائع أخرى يترتب القانون عليها نشوء الحق وتكون مصادر للحق العيني. وعليه سيتم التعرض للوقائع كمصدر للحق الشخصي (الفرع الأول)، وللوقائع كمصدر للحق العيني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوقائع كمصدر للحق الشخصي

يندرج ضمنها الفعل الضار والفعل النافع.

أولا- الفعل الضار:

تعرض المشرع الجزائري للفعل الضار تحت مسمى العمل المستحق للتعويض، وهو ما سمي تقليديا بالمسؤولية التقصيرية وهي التي تترتب جراء الإخلال بالتزام قانوني عام مفاده الحيطة والتبصر وعدم الإضرار بالغير، وقد خصها المشرع بالمواد من 124 إلى المادة 140 مكرر من التقنين المدني.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 278.

بالرجوع لهذه المواد يلاحظ أن المسؤولية التقصيرية تتم إما بفعل الشخص (المسؤولية عن الفعل الشخصي)، أو بفعل الغير (المسؤولية عن فعل الغير)، أو بفعل الشيء (المسؤولية الناشئة عن الأشياء).

1- فعل الشخص ذاته وتسمى المسؤولية عن الفعل الشخصي وهو ما تعرض له المشرع في المادة 124 من التقنين المدني، وبالرجوع لها يلاحظ أنه أسسها على الخطأ الواجب الإثبات واشترط لقيامها توفر أركان ثلاث هي: الخطأ، الضرر بنوعيه المادي والمعنوي، وعلاقة السببية.

2- فعل الغير وتسمى المسؤولية عن فعل الغير والتي يندرج ضمنها كل من:

✓ مسؤولية متولي الرقابة (المادة 134) وأسسها على الخطأ المفترض افتراضا يقبل اثبات العكس.

✓ مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه (المادة 136-137)، وأسسها على الخطأ المفترض في جانب المتبوع افتراضا لا يقبل إثبات العكس.

3- فعل الشيء تسمى المسؤولية الشيئية أي المسؤولية الناشئة عن الأشياء وقد تعرض المشرع لها في المواد 138 إلى المادة 140 مكرر من التقنين المدني. وتطرق فيها.

للمسؤولية عن الأشياء غير الحية (المادة 138 والمادة 140)، بحيث تعرضت المادة 138 للقاعدة العامة وتطرقت للمسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية وأسستها على الخطأ المفترض الذي لا يدحض إلا بالسبب الأجنبي، وتتجه المحكمة العليا إلى أن مسؤولية حارس الشيء تقوم بعيدا عن الخطأ وهي مسؤولية من نوع خاص ذات أساس موضوعي تقوم كلما تسبب شيء موجود تحت الحراسة في ضرر للغير،¹ ويعفى من المسؤولية الحارس إذا أثبت أن الضرر حدث بسبب أجنبي.

في حين عالجت المادة 140 المسؤولية عن الحريق في الفقرة الأولى منها وأسسها على الخطأ الواجب الإثبات في جانب الحارس أو الأشخاص الذين يسأل عنهم الحارس².

في حين خص الفقرة الثانية بالمسؤولية الناشئة عن تدهم البناء التي أسسها على الخطأ المفترض في جانب الحارس والخطأ المفترض ذو شقين ؛ أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر

¹- قرار غير منشور صادر بتاريخ 22-10-2008 بين (ب.م) ضد (د.م) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف 424333. يراجع جوابي فلة، قراءة في مسؤولية حارس الشيء على ضوء القضاء الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، ع. 02، 2022، ص. 359.

²- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 59.

غير قابل لإثبات العكس إلا إذا تحقق السبب الأجنبي،¹ وإن كان البعض يرى أن مسؤولية تهد البناء تنسجم أكثر مع نظام المسؤولية الموضوعية.

المسؤولية عن الأشياء الحية أي مسؤولية حارس الحيوان (المادة 139) وأسسها على خطأ الحارس المفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، ولا طريق للمسؤول حتى ينفي المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

هذا وقد أضاف المشرع بموجب تعديله لأحكام التقنين المدني سنة 2005 المادة 140 مكرر التي تخص مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، واعتبرها مسؤولية موضوعية تقوم على الضرر الذي لحق المضرور لا الخطأ.²

ثانيا- الفعل النافع:

يراد بالفعل النافع كل فعل يقوم به شخص ويترتب عليه خسارة تصيبه يقابلها نفع أو فائدة لشخص آخر، فينشئ القانون لمن قام بالفعل حقا في مواجهة المنتفع أو المستفيد.³ تعرض المشرع الجزائري لهذا الموضوع في الفصل الرابع الذي ورد بعنوان شبه العقود،⁴ وقسمه بدوره إلى ثلاث أقسام الأول بعنوان الإثراء بلا سبب، الثاني الدفع غير المستحق، والثالث الفضالة، وقد اعتقد البعض أن موضوع الفضالة يعد مصدرا مستقلا بذاته وذلك بسبب التقسيم الشكلي الذي تبناه المشرع الجزائري، والحقيقة خلاف ذلك لأن الدفع غير المستحق والفضالة ما هما إلا تطبيقين من تطبيقات الإثراء بلا سبب الذي يعد القاعدة العامة، وعلى هذا الأساس سيتم التعرض للإثراء بلا سبب في القاعدة العامة، وبعدها لتطبيقه.

1- الإثراء بلا سبب:

واقعة قانونية يتم بمقتضاها إثراء مة شخص على حساب ذمة شخص آخر دون سبب مشروع. وعليه فإن كل شخص أغتنن أو أثريت ذمته المالية على حساب ذمة غيره دون سبب عليه رد ما اغتنى به.⁵ مثاله قيام المستأجر بترميمات في العين المؤجرة كان على المؤجر القيام بها أصلا.

¹ - لتفاصيل أكثر يراجع، تيزي عبد القادر، مطبوعة خاصة بمحاضرات في القانون المدني "الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الالتزام"، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2019-2020، ص.40.

² - لتفاصيل أكثر حول المسؤولية الموضوعية، يراجع، تيزي عبد القادر، المرجع السابق، ص 43-53، كودي فاطمة زهرة، محاضرات في مقياس نظرية الالتزام، دراسة في ضوء القانون المدني والقضاء الجزائري، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ليسانس-شعبة الشريعة، السنة الدراسية 2021-2022، ص.62 وما يليها.

³ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص.232.

⁴ - تعد هذه التسمية خاطئة ومهجورة ينبغي إعادة النظر فيها. يراجع، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990، ص.232.

⁵ - الشرفات فيصل، الطبيعة القانونية للإثراء بلا سبب، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، ع.02، السنة 2022، ص.354، ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص.675.

لقد عالج المشرع الجزائري أحكام الإثراء بلا سبب في المادتين 141 و 142 من التقنين المدني، وبالرجوع لنص المادة 141 يتضح أن الإثراء بلا سبب يقتضي توفر أركان تتمثل في: إثراء المدين، افتقار الدائن، إنعدام السبب القانوني للإثراء، وحسن نية المثرى وهو شرط أضافه المشرع الجزائري بخلاف المشرع المصري.

يترتب على توفر الشروط السالف ذكرها تعويض المثرى للمفتقر بحيث يكون التعويض بقدر ما أثرى به، أي بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء.¹ وعليه في المثال السابق يكون المؤجر قد أثرى بلا سبب على حساب المستأجر الذي افتقر ويتعين عليه رد المصروفات للمستأجر .

2- التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء بلا سبب:

يندرج ضمن التطبيقات التشريعية للإثراء بلا سبب كل من الدفع غير المستحق والفضالة.

أ- دفع غير المستحق:

تعرض المشرع الجزائري لأحكام دفع غير المستحق مباشرة بعد الإثراء بلا سبب في المواد 143- 149 من التقنين المدني، لاعتباره تطبيقاً من تطبيقاته.

يقصد به قيام شخص بأداء ليس واجبا عليه، أو هو تسلم شخص شيئاً على أنه مستحق له ولكنه ليس كذلك في الحقيقة، ومثاله قيام شخص يظن أنه مدين بالوفاء بما يظنه ديناً في ذمته إلى شخص غير دائن له، أو قيام المدين الحقيقي بالوفاء بدين عليه إلى دائن غير دائنه الحقيقي، وفي هذه الحالتين يلاحظ أن من تلقى المبلغ على سبيل الوفاء (وهو غير الدائن في الحالة الأولى، والدائن غير الحقيقي في الحالة الثانية) قد تلقى ما ليس مستحقاً له، ولذلك فهو ملزم برد ما تسلمه دون حق.²

ويشترط في الدفع غير المستحق :

- **حصول الوفاء:** ينبغي قيام المدين بالوفاء، أي كانت صورته عقار، نقود عمل، وذلك لعموم العبارة الواردة بالمادة 143 من التقنين المدني .

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 239.

² - إن استرداد ما دفع من غير حق يقتضي التفرقة بين ما إذا كان الموفى له حسن النية أو سيئها، فإذا كان حسن النية فإنه يلتزم برد ما دفع له نقوداً أو أشياء مثلية.

أما إذا كان المدفوع عقار أو منقولاً معيناً بالذات فإنه يلتزم برد العين إذا وجدت أما إذا كانت قد هلكت أو تلفت أو ضاعت فلا يكون مسؤولاً عن الرد ما لم يكن ذلك قد وقع بسبب خطأ منه. أما إذا خرجت العين من يد من دفع له إلى يد أخرى فلا يلتزم إلا بدفع الثمن الذي تلقاه من المشتري إلى الموفى .

أما إذا كان الموفى له سيئ النية وكان المدفوع له نقوداً أو أشياء مثلية فوجب عليه رد قيمتها وكذا الفوائد والأرباح التي جناها من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية، أما إذا كان المدفوع له عيناً معينة بالذات فإنه يكون ملزم بردها مادامت قائمة ورد ثمارها المتولدة عنها من يوم الوفاء ، ولا يجوز له استرداد المصروفات التي أنفقها على العين إلا في حدود ما يجوز للحائز سيئ النية من استرداد.

وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت على يديه فإنه يكون مسؤولاً ولو حدث ذلك بقوة قاهرة، ما لم يثبت أنها هالكة ولو بقيت تحت يد مستحقها.

وإذا حدث وأن تصرف الموفى له سيئ النية في العين فإنه يكون ملزماً برد العين لصاحبها أو قيمتها إذا استحال ردها .

ويشترط أن لا يقصد الموفى بغير حق من وفائه التبرع، لأنه لو قصد ذلك لاعتبر تصرفه هبه، ولما كان بإمكانه استرداد ما دفعه، ما لم يكن ناقص أهلية أو مكره على الوفاء.

■ **الوفاء بدين غير مستحق:** يعبر عن ذلك بإنعدام سبب الوفاء وقد تم النص على ذلك في المادة 144 من التقنين المدني، ويتحقق ذلك:

إذا كان الدين غير موجود أصلاً كأن يقوم شخص بتعويض آخر عن ضرر يظن أنه المسؤول عنه ثم يتبين أنه ليس المسؤول عنه.

إذا كان الدين قد وجد أصلاً و لكن زال سببه، ومثاله دفع الثمن في عقد قضي بفسخه أو إبطاله. هذا وقد يزول سبب الدين إذا انقضى بالمقاصة أو الإبراء أو التجديد.¹

■ **- اعتقاد الموفى بوجوب قيامه بهذا الوفاء:** يشترط لأعمال الدفع غير المستحق أن لا يكون الشخص الذي قام بالوفاء عالماً بأنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص أهلية أو يكون قد أكره على ذلك الوفاء .

ب- الفضالة:

يراد بالفضالة قيام شخص عن قصد بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك.² أو هي قيام شخص (يسمى الفضولي) عن قصد بعمل مادي أو قانوني لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك قانوناً ولا اتفاقاً ولا قضاءً، ومنه الفضالة عمل إنساني إثاري يقصد به الشخص مساعدة شخص آخر قد يكون غائباً بعيداً وقد يكون غير قادر.³ ومثاله قيام جار بإصلاح جدار آيل للسقوط بمنزل جاره الغائب، أو قيام الفضولي بقطف ثمار ناضجة من بستان جاره المسافر أو حصاد زرع، خشية فساد، وفي هذين المثالين يلتزم رب العمل (الجار الذي تم العمل لصالحه) بتعويض الفضولي عما أنفق من مال وما تكبده من خسارة بسبب قيامه بهذا العمل. يجدر الإشارة أن قيام الفضالة يتطلب تحقق:

■ **الركن المادي:** تولي الفضولي القيام بعمل لحساب الغير، وقد عبر المشرع عن هذا الشرط بعبارة تولي شخص .. القيام بشأن لحساب الغير، ولفظ شأن الوارد في المادة قد يكون شأنًا واحداً وقد يكون شؤوناً عديدة ويدخل في نطاقها العمل بنوعيه المادي والقانوني،⁴ ولكن يستثنى منه بعض الأعمال التي تخرج عن نطاق الفضالة كشراءه لعقار يرى فيه ربحاً لرب العمل .

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 250.

² - المادة 264 من التقنين المدني الجزائري.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 264.

⁴ - لتفاصيل أكثر، نفس المرجع، ص. 266-267.

■ **الركن المعنوي:** إنصراف نية الفضولي للعمل لحساب الغير، وعليه يشترط في الفضالة قيام الفضولي بالعمل لمصلحة الغير لا لمصلحة نفسه، وللإشارة فإن الفضالة تظل قائمة إذا قام الفضولي بالعمل لمصلحته ولمصلحة الغير في الوقت ذاته بشرط أن يكون هناك ارتباط بين الشأئين بحيث لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر، وهو ما قرره المادة 151 من التقنين المدني.

■ **الركن القانوني:** عدم التزام الفضولي بالعمل لحساب الغير لا قانونا ولا اتفاقا ولا قضاء، كما يشترط ألا يكون منهيا عنه، ومنه لا ينبغي في الفضولي أن يكون ملزما بالقيام بعمل لحساب الغير بمقتضى عقد وكالة أو بمقتضى نص القانون (كأن يكون وليا أو وصيا على رب العمل) أو بمقتضى حكم القضاء الذي قضى بتعيينه حارسا.

الفرع الثاني: الوقائع أو الأعمال المادية كمصدر للحق العيني

يندرج ضمن الأعمال المادية التي تكون سببا لكسب الحق العيني، واقعة الاستلاء، الالتصاق وواقعة الحيازة.
أولا- واقعة الاستلاء:

تعرف كذلك بواقعة الأشغال وهي وضع شخص يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، بما يترتب عليه منح القانون لواضع اليد حق ملكية على المنقول الذي استولى عليه. وفي هذا الشأن نص المشرع الجزائري في المادة 773 من التقنين المدني أن الأموال الشاغرة والأموال التي لا وارث لها تعد ملكا للدولة.

ثانيا- واقعة الالتصاق:

تعد واقعة الالتصاق أو اللاحاق التي تتم بفعل الانسان لا الطبيعة¹ سببا لكسب الحق العيني، ويقصد بها إندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين اندماجا ماديا، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، بما يؤدي إلى اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي التصق به، ومثالها قيام شخص بالبناء أو الغراس في أرض الغير بمواد من عنده ، بما يؤدي إلى تملك صاحب الأرض للبناء على أن يدفع لمن قام بالبناء تعويضا يختلف مقداره بحسب ما إذا كان الذي قام بالبناء حسن أو سيئ النية.²

¹ - قد تنقرر واقعة الالتصاق بفعل الطبيعة وتندرج ضمن الوقائع الطبيعية التي لا دخل لإرادة الانسان فيها، ومثالها زيادة مساحة الأرض بفعل تراكم الطمي الذي يجلبه النهر بحيث تصبح الزيادة ملكا لصاحب الأرض، وتؤول ملكية ما زاد في الأراضي المجاورة بفعل الطمي الذي يترسب على حواف الأنهار والوديان إلى ملاكها وهذاما نصت عليه المادة 778 من التقنين المدني.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 858.

ثالثا- واقعة الحيازة:

يبرز ذلك عندما يضع شخص يده على شيء مملوك لغيره بنية تملكه، فيكتسبه بمضي مدة زمنية محددة بـ 15 سنة حسب المادة 827 من التقنين المدني، أو 10 سنوات (المادة 828 من التقنين المدني) إذا كان الشخص حسن النية وتعلق الأمر بعقار أو حق عيني، أما المنقول الذي يتلقاه الحائز بحسن نية ممن يعتقد أنه مالك له وكانت حيازته مستندة إلى سبب صحيح، فإنه يكون مالكا له فوراً استناداً للقاعدة المعروفة بالحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية. (المادة 835 من التقنين المدني).¹

هذا ويجدر الذكر أن المشرع الجزائري منح لمالك المنقول الذي سرق منه أو فقده أن يسترده من حائزه ولو كان هذا الحائز حسن النية، وذلك خلال أجل ثلاث سنوات من وقت ضياعه أو سرقته استناداً لنص المادة 836 من التقنين المدني.

المبحث الثاني: التصرفات القانونية

يقصد بالتصرف القانوني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأخير إنشاء الحق، تعديله أو نقله، أو إنهائه.²

بهذا يعد التصرف القانوني عمل إرادي محض تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وتعتبر الإرادة جوهره وهي المعيار الفاصل للتفرقة بينه وبين الوقائع القانونية، ولا يمكن وجود التصرف القانوني بدونها، وذلك بخلاف الواقعة القانونية التي قد توجد فيها الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للواقعة الاختيارية، وقد لا توجد فيها كما هو الشأن بالنسبة للواقعة الطبيعية.³

المطلب الأول: أنواع التصرف القانوني

تتعدد أنواع التصرفات القانونية وتتنوع تنوعاً كبيراً وتختلف باختلاف الزاوية التي يتم النظر منها إليها، فهي إما تنقسم بالنظر إلى توفر الإرادة في طرفية أو أحدهما إلى تصرف ملزم لجانبين أو تصرف ملزم لجانب واحد، تفاوت أثر التصرف القانوني في الحقوق، أو من حيث مدى حصول أطرافها على عوض من عدمه (تصرف بعوض وتصرف تبرع)، أو من حيث الوقت التي يرتب فيه التصرف أثره.

الفرع الأول: التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين

التصرف القانوني بإرادة منفردة أو ما يعرف بالتصرف من جانب واحد هو التصرف الذي يكفي لقيامه وجود إرادة شخص واحد، بحيث تتجه هذه الإرادة لإحداث الأثر القانوني، ومثاله في

¹- علال أمال، محاضرات في مقياس نظرية الحق لطلبة السنة الأولى، السداسي الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2019-2020، ص.88.

²- جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص.249.

³- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.284.

القانون الخاص الوصية التي تنعقد بإرادة الموصي وحده، الوقف، الوعد بالجائزة الذي يوجهه شخص لمن يقوم بعمل معين من الجمهور، وإجازة العقد القابل للإبطال. ومثاله في القانون العام القرار الإداري.

أما التصرف من جانبين أو ما يعرف بالعقد فهو الذي يتطلب انعقاده توافق إرادتين أو أكثر لإحداث الأثر القانوني، كعقد البيع، الإيجار، القرض.

الفرع الثاني: تصرفات المنشئة والناقلة والتصرفات الكاشفة

يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانوني في الحقوق، فقد يكون هذا الأثر إنشاء الحق، وقد يكون أثره نقل الحق، كما قد يكون الكشف عنه، وعليه التصرف القانوني إما يكون منشئاً أو ناقلاً أو كاشفاً.

فالتصرفات المنشئة هي التصرفات التي تنشئ الحق ابتداءً، أي التي توجد حقاً جديداً أصلاً ومثاله عقد الرهن، العقد المنشئ لحق الارتفاق، عقد الزواج الذي ينشئ لكلا الزوجين حقوقاً لم تكن موجودة من قبل.

أما التصرفات الناقلة فهي التي تنتقل حقاً قائماً أصلاً من صاحبه الأصلي إلى شخص آخر يعتبر صاحبه الجديد، فالحق في مثل هذا النوع من التصرف يكون موجود عند شخص يسمى السلف ويتم نقله إلى شخص آخر يدعى الخلف، ومثاله عقد البيع.¹

هذاتعرف التصرفات الكاشفة أو المقررة بأنها التصرفات التي يقتصر أثرها على الكشف عن حق أو مركز قانوني كان موجود سلفاً دون أن تكسب الشخص حقاً لم يكن موجوداً له من قبل، أو هي التصرفات التي تطلق لحق سابق كامل مفعوليته بتحريره مما كان يحيطه من غموض أو يعترضه من عقبات ومثاله، القسمة التي تفرز لكل صاحب حق نصيبه المادي من الشيء، عقد الصلح، فالصلح لا ينقل حقاً من أحد المتصالحين للآخر، بل يخول لكل طرف من الأطراف التنازل عن جزء من ادعائه مقابل اعتراف الآخر بحقه.²

الفرع الثالث: تصرفات التبرع وتصرفات المعاوضة

تصرف التبرع هو التصرف الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على عوض مقابل ما أداه، فيمنح فيه المتصرف دون مقابل كالوصية، عقد الهبة.

هذا ويجدر التنويه أنه في مجال عقود التبرع يميز الفقه بين عقود الهبة وعقود التفضيل بحيث أنه في الهبات يتخلى المتبرع عن ملكية ماله لفائدة المتبرع له دون مقابل، وهو ما تعرض له

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص. 873.

² - عبد المجيد ز علاني، المرجع السابق، ص. 64.

المشرع الجزائري في المادة 202 من تقنين الأسرة حينما تعرض للهبة باعتبارها تمليك بلا عوض.

أما في عقود التفضيل فيقدم المتبرع خدمة أو منفعة لشخص المتبرع له دون الحصول على مقابل، فالمتبرع يؤدي فائدة دون أن يتخلّى عن ملكية ماله، ومثاله العارية التي يتبرع فيها المعير بمنفعة العين دون أن ينزل عن ملكيتها، الوكالة والوديعة دون أجر، بحيث يتبرع فيهما الوكيل أو المودع عنده بعمله لا بماله.¹

أما تصرف المعاوضة فهو التصرف الذي يحصل فيه كل متعاقد على مقابل لما يعطيه ومثاله عقد البيع فالبائع لا يفتقر لأنه يتحصل على الثمن الذي يعوض قيمة المبيع، والمشتري لا يفتقر لأنه يتحصل على الشيء المبيع مقابل الثمن الذي دفعه. تعرض المشرع الجزائري لتصرف المعاوضة بموجب المادة 58 من التقنين المدني.

يتجه الفقه في عقود المعاوضة إلى التمييز بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية، بحيث يكون العقد محددا حينما يحدد فيه كلا المتعاقدين وقت التعاقد المقدار الذي يعطيه ويأخذه ومثالها عقد البيع فكل من المبيع والثمن محددين وقت إبرام العقد، بحيث يعلم البائع ما سوف يعطيه للمشتري وما سيحصل عليه من هذا الأخير والأمر ذاته، بالنسبة للمشتري. تعرض المشرع الجزائري للعقد المحدد في المادى 57 من التقنين المدني، ولكن مع هذا يلاحظ أنه استلزم ليكون العقد محددا أن يكون المقدار معادلا للذي يأخذه، في حين لا يشترط ذلك لأن العبرة هي بالعدالة التبادلية لا التعادل المالي للالتزامات.

على خلاف من ذلك يكون العقد احتماليا أو ما يعرف بعقد الغرر حينما لا يعرف كلا المتعاقدين أو أحدهما وقت انعقاد العقد المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه لأن ذلك المقدار يكون متوقفا على حادث مستقبلي في محقق الوقوع أو تاريخ وقوعه غير محقق. هذا وقد يتعلق الاحتمال بوجود الأداء ذاته كما هو الحال في عقد التأمين كما قد يتعلق بمال مقدار الأداء وهو الفرض الذي يتحقق عندما يكون ثمن بيع العقار إيرادا يؤديه المشتري للبائع مدى حياة هذا الأخير.²

الفرع الرابع: التصرفات التي تتم بين الأحياء والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

يرجع أساس هذا التصنيف إلى الوقت الذي يعتد به ليرتب التصرف القانوني أثره، إذ بينما يرتب التصرف بين الأحياء أثره وينفذ حال حياة أطرافه دون أن يتم تعليقها على موت أحدهم كالبيع والإيجار، يرتب التصرف المضاف إلى ما بعد الموت أثره بعد وفاة المتصرف ومنه

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 287.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 243.

التصرف المضاف إلى ما بعد الموت هو تصرف لا ينتج أثره إلا بموت صاحبه، بحيث يكون نفاذه معلقا على ذلك، ومثاله الوصية التي لا ترتب أثرها في نقل الحق الموصى به إلى الموصى له إلا بعد موت الموصي.¹ ولا ريب أن تخلف الركن أو شرط الصحة يترتب عليه القانون جزاء مختلفا.

المطلب الثاني: أركان التصرف القانوني وشروط صحته.

يقتضي قيام التصرف القانوني الصحيح المنتج لآثاره القانونية كأصل عام توفر أركان موضوعية، غير أنه ومع ذلك قد يتطلب القانون في التصرفات الشكلية إفراغ التصرف القانوني في قالب شكلي، فتكون الشكلية في هذه الحالة ركنا لانعقاد التصرف، وبدونها لا يقوم له مقام. وعليه تتمثل أركان التصرف القانوني في أركان موضوعية وأخرى شكلية. هذا ويجدر الذكر أنه إلى جانب أركان التصرف القانوني هذه، يوجد شروط محددة تعد ضرورية لصحته.

الفرع الأول : أركان التصرف القانوني.

يشترط لقيام التصرف القانوني صحيحي تحقق جملة من الأركان بعضها موضوعي والآخر شكلي.

أولا- الأركان الموضوعية:

تتمثل الأركان الموضوعية لانعقاد التصرف القانوني في الإرادة، المحل والسبب ولأهميتها سيم التعرض لها.

1- الإرادة :

تعد الإرادة جوهر التصرف القانوني وقوامه، فهو لا يوجد إلا إذا وجدت الإرادة واتجهت إلى إحداث أثر قانوني معين.

إن الإرادة باعتبارها أساس التصرف القانوني أمر لا غنى عنه، ووجودها ضروري في مختلف أنواع التصرفات القانونية سواء كانت تصرفات بإرادة منفردة أو تصرفات من طرفين أو أكثر (العقد)، كل ما هنالك أنه ينبغي في الأولى صدور الإرادة من شخص واحد وهو الموصي في الوصية مثلا، في حين ينبغي في الثانية صدور الإرادة من الطرفين أو الأطراف معا إذا كان يشمل أكثر من طرفين، ويعبر عن هذا الأمر بتوافق أو تطابق الإرادتين الذي يشكل ركن التراضي في العقد.

يجدر الذكر أن الإرادة التي هي محل دراسة هي الإرادة التي تصدر من شخص مؤهل قانونا من جهة ويرغب في إحداث آثار قانونية معينة من جهة أخرى، والشخص المؤهل قانونا

¹ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 248.

هو الشخص الذي تكون له شخصية قانونية¹ والمتمتع بأهلية الأداء،² و بحيث اذا انعدمت الإرادة إنعدم التصرف القانوني، وهو ما يتقرر في حالة إبرام التصرف تحت تأثير التنويم المغناطيسي، أو من طرف عديم الأهلية.³

هذا وينبغي في الإرادة اتجاه نية المتصرف الى ترتيب آثار قانونية معينة، وهو ما تحققه الإرادة الجدية والفعلية، وعليه لا يعتد القانون بالإرادة الهازلة، ولا الصورية، ولا المقترنة بتحفظات ذهنية، ولا تلك التي تنطوي على عمل من أعمال المجاملة،⁴ التي لا يقصد صاحبها من وراءها إلزام نفسه.

كما وينبغي أن تكون الإرادة عاقلة وحررة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة التي سيتم دراستها في مجال شروط صحة التصرف القانوني.

إن وجود الإرادة حسب التصور السالف الذكر غير كاف، فهي كعمل نفسي داخلي لا يكون لها أي قيمة إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي، بأن يخرجها المتصرف من النطاق النفسي الذي لا يحكمه القانون، الى النطاق الخارجي الذي يحكمه القانون،⁵ فالإرادة لا ينبغي أن تظل حبيسة النفس البشرية، لا يعلمها إلا صاحبها، وإنما لابد من الإفصاح والاعلان عنها، فالقانون لا يعتد بالإرادة الباطنة بل بالإرادة الظاهرة .

والملاحظ أن التعبير عن الإرادة يتم إما بصفة صريحة وإما بصفة ضمنية، ويكون صريحا إذا قصد صاحبها الإفصاح عنها وإحاطة الغير علما بها بطريقة مباشرة، سواء تم ذلك لفظا - وهو الكلام الذي يتفوه به الشخص مباشرة بمعنى وجها لوجه أو عن طريق أداة لنقل اللفظ كالهاتف مثلا، أو عن طريق رسول-⁶، كتابة - سواء كانت كتابة تقليدية بمعنى كتابة ورقية أو حديثة بمعنى الكترونية- إشارة متداولة عرفا- هز الرأس عموديا للدلالة على الموافقة أو أفقيا للدلالة على الرفض- أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالة على مقصود صاحبه- كعرض التاجر لبضاعته على الجمهور مع بيان أثمانها-⁷.

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا عبر عنها صاحبها بطريقة غير مباشرة، أي بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس في الكشف عنها.

¹- يراجع هذه المطبوعة، ص.73.

²- يراجع هذه المطبوعة، ص.108.

³- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.290.

⁴- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.250.

⁵- جميل الشراوي، المرجع السابق، ص.251.

⁶- علي فيلاي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، ط2، الجزائر، 2005، ص.81.

⁷- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004، ص.59.

والأصل أنه لا فرق من حيث الأثر القانوني بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة، ما لم يوجد نص في القانون¹ أو اتفاق بين الأطراف على أن يكون التعبير عنها صريحا.² الجدير بالذكر أن السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة، فهو لا يعتبر تعبيراً ضمنياً عنها، ذلك أن التعبير الضمني وضع إيجابياً، بخلاف السكوت الذي هو وضع سلبي، ومع هذا فقد اعتد المشرع الجزائي في أحوال استثنائية بالسكوت الملابس، الذي تحيط به بعض العوامل والظروف التي من شأنها أن تدل على وجود شيء ما، وهو ما تقرر في المادة 68 من التقنين المدني، التي اعتبرت السكوت قبولاً إذا وجد تعامل سابق بين الأطراف في التصرفات القانونية من جانبين، أو إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري تقضي بذلك.

2- المحل:

إن التعبير عن الإرادة ينصب على موضوع معين يسمى المحل، وهو الركن الثاني للتصرف القانوني وبدونه لا يقوم لهذا الأخير مقام، ومحل التصرف هو الذي تتخذ عليه الإرادة، و يقصد به العملية القانونية التي تتجه إليها الإرادة، ففي عقد البيع وهو تصرف قانوني من طرفين لا ينعقد العقد بدون الشيء المبيع، كما لا يقوم عقد الإيجار بدون الشيء المؤجر،³ وعليه يلاحظ أن محل التصرف القانوني ينبغي أن يكون موجوداً ممكناً غير مستحيل في ذاته، معيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.⁴

3- السبب:

يعد السبب الركن الثالث في التصرف القانوني، وعليه ينبغي أن يكون لكل تصرف قانوني سبب، ذلك أنه الغاية أو الغرض الذي يسعى من أبرم التصرف القانوني إلى تحقيقه، ويطلق على الغرض إذا كان مباشراً أو قريباً بسبب الالتزام، في حين يطلق عليه سبب التصرف إذا كان بعيداً أي غير مباشر، ويعرف في هذه الحالة بالبائع الدافع إلى التصرف، وهو شخصي يختلف من شخص لآخر. فمثلاً البائع الذي ينقل ملكية الشيء المبيع للمشتري قد يرغب في الحصول على الثمن من أجل استثماره في مشروع تجاري أو من أجل إنفاقه على شيء آخر.

ولا شك أن وجود التصرف يقتضي أن يكون هذا البائع مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة،⁵ وعليه إذا كان البائع مخالفاً للنظام العام كان التصرف باطلاً، ومثال ذلك أن

¹ - من ذلك ما قضت به المادة 505 من ق.م، المادة 935 ق.م.

² - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.82.

³ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.255.

⁴ - عبد المجيد ز علاني، المرجع السابق، ص.67.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.256؛ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص.234.

يتعهد شخص لآخر بدفع مبلغ من المال مقابل ارتكاب جريمة، ويطبق الأمر ذاته إذا كان الباعث مخالفا للأداب العامة كما إذا تبرع شخص لامرأة لحملها على معاشرته معاشرة غير مشروعة.¹

ثانيا- ركن الشكلية:

تعد الشكلية ركنا من أركان إنعقاد بعض التصرفات القانونية، ذلك أن الأصل في التصرفات الرضائية، بحيث تكون الإرادة كافية بذاتها لانعقاد التصرف، إلا أنه وفي بعض الأحوال يتطلب المشرع إفراغها في قالب شكلي، بحيث لا ينعقد التصرف القانوني إلا إذا أفرغ في ورقة رسمية وذلك بتحريرها من طرف موظف عام مختص بذلك،² ومثاله التصرفات القانونية التي يكون محلها عقار استنادا للمادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني.

وفي هذا الإطار ينبغي التفرقة بين الكتابة باعتبارها ركنا لانعقاد التصرف بحيث يترتب على تخلفها البطلان المطلق، وبين الكتابة المتطلبة للإثبات والتي ينشأ التصرف صحيحا بدونها، غير أن إثباتها يقتضي الكتابة وهو ما قرره المشرع الجزائي في المادة 333 من التقنين المدني بالنسبة للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج.

الفرع الثاني: شروط صحة التصرف القانوني

يستلزم لصحة التصرف القانوني توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، والملاحظ أن هذين الشرطين يرتبطان ارتباطا وثيقا بالإرادة، فوجود الإرادة غير كاف لانعقاد التصرف القانوني، بل لابد من صدورهما من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة، وأن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب .

وبشأن الأهلية فقد سبق الذكر أن صحة التصرف القانوني يقتضي صدور الإرادة عن شخص ذي أهلية،³ وإلى جانب ذلك ينبغي أنه تكون الإرادة سليمة غير معيبة بعيب من العيوب والمتمثلة في الغلط، التدليس، الاكراه والاستغلال. ولا ريب أن وجود أحد هذه العيوب لا يعدم الإرادة، وإنما يعيبها، ومنه فهي موجودة ولكنها غير سليمة.⁴ وتشمل عيوب الإرادة الغلط، التدليس، الاكراه، والاستغلال.

أولا -الغلط:

وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويحمله على تصور غير الواقع.⁵ وللاعتداد بالغلط لابد أن يكون هو الدافع إلى التصرف، وأن يكون جوهريا بحيث بلغ حدا

¹ - عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.132.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.258.

³ - يراجع هذه المطبوعة، ص.165.

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.56.

⁵ - عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام، دار الكتاب الحديث، مصر، طبعة 1990، ص.130.

حدا من الجسامة لولاه لما أبرم التصرف القانوني، ويكون كذلك إذا وقع في صفة جوهرية في الشيء¹ أو في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التصرف، يستثنى من ذلك الغلط في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو الشخص، و الغلط في قيمة الشيء، وكذا الغلط في الأرقام أو الحساب فكلها لا تعيب الإرادة،² ولا تؤثر في إبطال التصرف القانوني الذي يتم تصحيحه تحقيقا لاستقرار المعاملات، على أنه لا يمكن لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

ثانيا: -التدليس:

يراد به التضليل باستعمال طرق احتيالية لايقاع شخص في غلط يدفعه إلى إبرام التصرف القانوني. وعليه التدليس هو غلط مستثار – مدبر- يقع فيه الشخص نتيجة الحيل التي يستخدمها شخص آخر.³

ينبغي للاعتداد بالتدليس استعمال طرق احتيالية تولد الغلط في ذهن المتعاقد فتخفي الحقيقة عنه، وذلك بهدف التأثير على إرادة المتصرف دفعه إلى إبرام التصرف، ويقوم هذا العمل من جانب المدلس على عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي، فأما العنصر المادي فيتمثل في الوسائل المختلفة التي تستعمل للتضليل سواء كانت حيل، كذب يتعدى المألوف بين الناس،⁴ كتماننا أو هو ما يعرف بالسكوت التدليسي⁵. أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية التضليل وخداع المدلس عليه.

هذا ويشترط أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التصرف، ويتحقق ذلك إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المدلس قد بلغت قدرا من الجسامة لولاهما ما أقدم المدلس عليه على التصرف، كما ينبغي صدور التدليس عن المتصرف الآخر أو نائبه، لأنه متى صدر عن الغير ظل عديم الأثر، ما لم يكن المستفيد من التدليس عالما به، أو من المفروض حتما أن يعلم.⁶

ثالثا- الإكراه:

ضغط يقع على الشخص فتتأثر به إرادته ويولد في نفسه رهبة تدفعه إلى إبرام تصرف لا يرغب فيه،⁸ وفي الحقيقة ليست وسائل الإكراه هي التي تعيب الإرادة، بل الرهبة أو الخوف الذي

¹ - كمن يشتري تحفة على أنها أثرية ، ويتبين خلاف ذلك.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.104.

³ - علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.124.

⁴ - يتم التدليس عن طريق الكذب حينما مثلا يتم الإدلاء ببيانات كاذبة يعلم المدلس أهميتها بالنسبة للمدلي عليه.

⁵ - علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.129.

⁶ - علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.139.

⁷ - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.113.

⁸ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.254.

تحدثه هذه الوسائل في نفس الشخص فتدفعه إلى إبرام التصرف. وعليه يختلف هذا الإكراه عن الإكراه المادي الذي يعدم الإرادة، والذي يظهر حين يمسك شخص بيد آخر ويدفعه على التوقيع . إن الإكراه الذي يعيب الإرادة هو الإكراه الذي يؤدي إلى إجراء التصرف تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتصرف في نفس المتصرف الآخر دون وجه حق فتدفعه إلى إبرام التصرف، ويراد بالرهبة البيئة الخشية أو الخوف من الأذى والذي يحمله على إجراء تصرف لم يرغب في إجراء أصلا، ويرز ذلك في حالة ما إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس، الجسم، الشرف، المال، على أنه ينبغي لتقدير الإكراه مراعاة الشخص الذي وقع عليه، سنه، حالته الصحية، الاجتماعية ومختلف الظروف التي قد تؤثر في جسامته الإكراه.

الملاحظ أن المشرع الجزائري في نص المادة 88 من التقنين المدني قصر معنى الشخص الذي يخشى عليه بالمعني بالأمر أو أحد أقاربه دون أن يحدد درجة القرابة التي ينبغي التعويل عليها، وذلك بخلاف المشرع المصري الذي استخدم مصطلح الغير وهو مصطلح يحمل أكثر من معنى إذ يراد به القريب وغير القريب، ذلك أن الشخص قد يكون غير قريب ولكن له معزة خاصة لدى المعني بالأمر. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك موقف المشرع الفرنسي ولكنه مع ذلك لم يعين الأقارب بخلاف المشرع الفرنسي الذي حصرهم في كل من الزوج، الزوجة، الفروع والأصول.

إن الحديث عن الرهبة يقتضي الإشارة إلى أن المعيار المعول عليه لتحقيقها شخصي لتفاوت الأشخاص في تصورهم للأخطار التي تهددهم، فالرجل أقل خشية من المرأة والمتقف لا يخشى ذات الأخطار الذي يخشاها الجاهل، والأکید أن الرهبة تتولد في نفس الشخص سواء كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة أو غير مشروعة، طالما انها ترمي إلى تحقيق غرض غير مشروع.¹ هذا وينبغي أن تكون الرهبة الدافع إلى التصرف، وعليه يقتضي الإكراه أن تكون الخشية التي تولدت في نفس المتصرف هي التي دفعته إلى إبرام التصرف، كما يتعين اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر، ومنه ينبغي لوجود الإكراه سوء نية المكره بصور الإكراه، وعليه لا يكون الإكراه الصادر من الغير دافعا لإبطال التصرف القانوني مالم يكن المكره يعلم به علما حقيقيا أو حكما وهو ما أكدت عليه المادة 89 من التقنين المدني.

¹ - علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 141.

رابعاً- الإستغلال:

يتحقق الاستغلال الذي يعيب الإرادة عند عدم تعادل الالتزامات التي حصل عليها المتصرف مع ما حصل عليه المتصرف له من فائدة. ومنه فهو يتقرر عند استغلال أحد أطراف التصرف القانوني لحالة الضعف الذي يوجد فيها المتصرف الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير.¹

يقوم الاستغلال حسب نص المادة 90 من التقنين المدني على عنصرين؛ أحدهما مادي والآخر معنوي، فأما العنصر المادي فيبرز في التفاوت الصارخ وعدم التعادل بين ما يأخذه المتصرف وما يعطيه للمتصرف إليه،² ويتقرر ذلك حينما يكون التعادل فادحا سواء وقع في مقدار الفائدة التي حصل عليها الطرف المستغل بالنسبة إلى ما تحمله من التزامات مرهقة، أو في ما تحمله من التزامات التي لا تكون متماثلة البتة مع التزامات الطرف المستغل. وتحديد عدم التعادل يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.³

أما العنصر الثاني فهو عنصر نفسي يتمثل في استغلال أحد أطراف التصرف القانوني للطيش البين أو الهوى الجامح الذي يكون في المتصرف الآخر لإبرام تصرف يترتب عليه عدم التعادل في الأداءات المتقابلة. ويراد بالطيش البين عدم الخبرة بالأمر والاستهانة بعواقبها، أي الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر وعدم الاكتراث بالعواقب، في حين يراد بالهوى الجامح الشعور العنيف أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص فتتال من سلامة القرارات التي يتخذها.

إن تحقق الطيش البين والهوى الجامح غير كافيان بذاتهما، بلا لابد أنه يتم استغلال هذا الضعف لحمل المتصرف على إبرام التصرف.⁴

الفرع الثالث: جزاء تخلف الركن أو اختلال الشرط

يترتب على تخلف الركن جزاء يختلف عن ذلك المقرر في حال اختلال الشرط ، إذ بينما يتقرر في الحالة الأولى الخاصة بتخلف أحد أركان إنعقاد التصرف القانوني والمتمثلة في الإرادة، المحل والسبب بالنسبة للتصرفات الرضائية، وركن الشكلية بالنسبة للتصرفات الشكلية البطلان المطلق، يتقرر في حالة إختلال الشرط قابلية التصرف القانوني للإبطال لمن تقرر الإبطال لمصلحته، وهو الأمر الذي يكون بسبب إبرام التصرف القانوني من قبل صبي مميز وكان

¹- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.113.

²- عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.137.

³- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.68.

⁴- علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.141؛ عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.138.

التصرف من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، أو بسبب إبرام التصرف القانوني من شخص شاب إرادته عيباً من عيوب الإرادة السالفة الذكر وهي الغلط، التدليس، الإكراه والإستغلال. لا ريب أن التصرف القابل للإبطال تصرف موجود منتج لآثاره التي قصدت الإرادة إليها، ولكن يكون قابلاً للإبطال لمصلحة من قرر الإبطال لصالحه وهو ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة.

الباب الثالث

حماية الحق وانقضاؤه

الباب الثالث: حماية الحق وانقضاؤه

يتطلب الحق لا محاله توفير الحماية القانونية له، ذلك أن الافادة منه لا تتحقق إلا إذا كفل القانون لصاحبه مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق استثنائه بالقيمة محل الحق وتمكينه منها ودفع كل اعتداء يقع من الغير على ذلك الاستثناء، غير أن القانون لا يضيفي الحماية على الحق ولا يعتمد إلى حماية صاحبه إلا إذا أقام الدليل على أنه صاحبا له وأن الغير قد اعتدى على الحق المقرر له قانونا، كما يتعين عليه تأكيد استعماله لحقه استعمالا مشروعاً غير متعسف فيه، ذلك أن القانون لا يحمي حقوق الأشخاص إلا إذا اتفقت مصلحتهم مع المصلحة العامة للجماعة .

هذا والجدير بالذكر أن الحماية القانونية للحق تنقرر طالما أنه ما يزال قائما، بحيث يترتب على انقضاؤه زوال عنصر الحماية القانونية.

ولهذا سيتم التعرض لكل من حماية الحق (الفصل الأول)، وإنقضاء الحق (الفصل الثاني).

الفصل الأول: حماية الحق

لا ريب أن تنظيم الحقوق التي يعالجها القانون لا يكتمل إلا ببيان وسائل حمايتها، ونظرا لأن المجتمعات الحديثة تأبى كأصل عام تولي الشخص بنفسه رد ما يقع على حقه من اعتداء، فليس أمام صاحب الحق لاسترجاع حقه إلا اللجوء إلى القضاء طالبا تقرير الحق له، ومنع الاعتداء عليه، في مواجهة من ينكره أو يتعدى عليه.

لهذا يضع القانون لصاحب الحق من الوسائل ما يمكنه من الوصول إلى حماية حقه إذا ما أنكره الغير عليه أو اعتدى عليه.

بيد أن إضفاء القانون الحماية للحق يستلزم إقامة الدليل عليه من طرف صاحبه أمام القضاء، وتحديد استعماله لحقه استعمالا مشروعاً غير منطوي على تعسف، لأن الاستعمال غير المشروع للحق يؤدي إلى كف القانون عن حمايته.

إن بيان كل هذا يتطلب التعرض للدعوى القضائية باعتبارها آلية لحماية الحق (المبحث الأول)، وبعدها لإثبات الحق (المبحث الثاني)، وبعدها للتعسف في استعمال الحق (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الدعوى القضائية آلية رئيسية لحماية الحق

تعد الدعوى القضائية الوسيلة القانونية الرئيسية لحماية الحق ولأهميتها سيتم التعرض لها من خلال التطرق لتعريفها (المطلب الأول)، وأنواعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الدعوى القضائية

ترتبط الدعوى القضائية ارتباطاً وثيقاً بالحق وهي تعد عنصراً أساسياً في تحقيقه لهدفه¹، وهي أكبر ضماناً لحمايته² ذلك أن هذا الأخير لا تكون له أي قيمة إذا ما تجرد من دعوى تحميه، خاصة وأن كل حق إلا ويقابله واجب يتمثل في عدم الاعتداء عليه.

هذا ويجدر الذكر أن الدعوى وإن كانت تدعم الحق إلا أنها ليست عنصراً فيه حسب ما يعتقد البعض³ بل هي من آثاره وهي تأتي في مرحلة لاحقة لوجوده⁴.

وعليه تعد الدعوى القضائية الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الشخص للمطالبة بحقه أمام القضاء، ذلك أنه لا يمكن للشخص أن يأخذ حقه بيده وإلا اختل الأمن وسادت شريعة الغاب.

هذا وتعد الدعوى القضائية آلية قانونية قررت لحماية الحق من المنازعة فيه أو الاعتداء عليه في مواجهة من ينكره أو يعتدي عليه. أو هي الوسيلة القانونية التي يتوجه بها الشخص إلى القضاء لتقرير حق له أو حمايته ومنع الاعتداء عليه⁵.

المطلب الثاني: أنواع الدعوى القضائية.

تتعدد أنواع الدعوى القضائية التي يرفعها الشخص للدفاع عن حقه، وذلك حسب طبيعة الحق المعتبر عليه، ولعل أهمها الدعوى المدنية، الدعوى الجزائية، والدعوى الإدارية.

الفرع الأول: الدعوى المدنية.

الدعوى المدنية هي الدعوى التي يرفعها الشخص أمام القضاء المدني إذا حدث إعتداء على حق من حقوقه الخاصة أو المالية، وذلك بهدف حمايته له⁶.

بهذا يتضح أن الدعوى المدنية هي وسيلة لحماية الحقوق المدنية، يتم رفعها باتباع الإجراءات الواردة في قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم في شقه الخاص بالإجراءات المدنية.

لاريب أن هدف الدعوى يتمثل في تكريس احترام حق أو مصلحة مشروعة للمدعي أو المدعى عليه، بحيث لا يمكن تصوّر الدعوى إلا في إطار علاقة متساوية بين طرفي النزاع، مما يخول للمدعي اللجوء إلى الجهات القضائية للفصل في موضوع طلبه، في حين يخول للمدعى عليه

¹ - خليل جريح، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، 1980، ص. 161.

² - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 192.

³ - يراجع هذه المطبوعة، ص. 08.

⁴ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 340.

⁵ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 513.

⁶ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 119.

مناقشة مزاعم خصمه وإثبات عدم تأسيسها من حيث الوقائع والقانون¹. ولأهمية الدعوى المدنية ينبغي تحديد شروط قبولها، وتقسيماتها.

أولاً- شروط قبول الدعوى:

تعرض المشرع الجزائري في المادة 13 من ق.إ.ج م إ لشروط قبول الدعوى التي تتجلى في كل من الصفة والمصلحة²، وأحال عنصر الإذن إلى تدخل القضاء فيما لو اشترطه القانون، في حين اعتبر الأهلية التي كانت شرطاً في ظل القانون الملغى مسألة موضوعية وشرط لمباشرة إجراءاتها وأدرجها ضمن الدفع بالبطلان.³

1-الصفة:

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وهي تقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي.⁴ فتسمح بتحديد الشخص الذي له حق إقامة الدعوى، ليترتب على رفعها من غيره عدم قبولها.⁵

تعد الصفة المظهر الخاص للمصلحة وهي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، وعلى هذا الأساس لا بدّ أن ترفع الدعوى من ذي صفة وعلى ذي صفة بحيث لا تقبل إلا إذا كان المدعي يدعي حقاً أو مركزاً قانونياً لنفسه. ومنه إذا اعتدى شخص على عقار يملكه آخر، وقاضاه هذا الأخير، فإن لكلالهما، إذ تقوم صفة المدعي على عنصر التملك، في حين تقوم صفة المدعى عليه على عنصر التعدي.⁶

إن الصفة باعتبارها شرطاً لقبول الدعوى قد تكون مباشرة وقد تكون غير مباشرة، ويتم تحديد ذلك بالرجوع إلى علاقة أطراف الدعوى بموضوعها، فإذا كانت مباشرة ألحق ذلك الوصف بالصفة وعدت هي الأخرى مباشرة أو ما يطلق عليها الصفة العادية، أما إذا كانت غير مباشرة اعتبرت الصفة غير مباشرة أو ما يعرف بالصفة غير العادية، ويتضح هذا الأمر عندما يمنح القانون لشخص أو هيئة أن تحل محل صاحب الصفة العادية الأصلية في الدعوى،⁷ ويتجسد ذلك كلما تعلق بالدعوى غير المباشرة، الدعاوى التي تباشرها النقابات والجمعيات للمطالبة بحق لها

¹ - عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص. 51 وما يليها.

² - لقد كان قانون الإجراءات المدنية الملغى يضيف إلى هذين الشرطين شرط الأهلية، إلا أنه وبسبب إمكانية تغييرها خلال سريان الخصومة القضائية لم تعد شرطاً لقبول الدعوى، بل أضحت شرطاً لممارستها أي لصحة الخصومة.

³ - بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، الجزائر، طبعة ثانية مزيّدة، 2009، ص.33.

⁴ - نفس المرجع، ص.34.

⁵ - مفقولي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع.2013، ص.114.

⁶ - سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى، 2006، ص.09

⁷ - مودع محمد أمين، زواوي آمال، شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، ع.02، أكتوبر 2018، ص.142.

باعتبارها شخصا معنويا يقوم بالدفاع عن المصالح المشتركة التي أنشأت النقابة أو الجمعية لحمايته، ومن ذلك الدعاوى التي يرفعها اتحاد المحامين ضد من انتحل صفة المحامي.

2- المصلحة:

تعدّ المصلحة مناط الدعوى، وهي الضابط القانوني لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها، وعليه فهي تعد شرطاً أساسياً لرفعها وذلك استناداً للقاعدة المشهورة "لا دعوى بدون مصلحة"،¹ ويراد بها الفائدة العملية مادية كانت أو معنوية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له قضائياً على طلباته كلها أو بعضها.

لقيام المصلحة ينبغي توفر شروط معينة، إذ لا بد أن تكون شرعية قانونية بمعنى تستند على القانون، بحيث يتوجب على المدعي أن يعول في دعواه على حق معترف به قانوناً، فالمراكز القانونية المخالفة للنظام العام والآداب العامة لا تستفيد من حماية القانون.

هذا وينبغي أن تكون المصلحة شخصية بحيث يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يقوم مقامه كالوصي، وعليه لا يمكن رفع الدعوى إذا كانت مصالح الغير قد تضررت ما عدا في حالة التمثيل التي تقدر فيها المصلحة نسبة لمن يتم تمثيله.

ينبغي أن تكون مباشرة، بمعنى مرتبطة بالحق المعتدى عليه ذاته، فلا يمكن لشركة المطالبة ببطلان شركة منافسة إلا إذا كان الضرر الذي لحقها من هذه المنافسة ناتج عن سبب البطلان نفسه. هذا ولا بد أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة، وتكون قائمة متى كان الحق المطالب بحمايته قد تم الاعتداء عليه فعلاً، أما المصلحة المحتملة فهي التي تستند إلى ضرر أو اعتداء محتمل الوقوع، والمصلحة المحتملة التي يقرها القانون في المادة 13 من ق.إ.م.إ هي التي يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل بحيث يرفع الشخص الدعوى قبل الاعتداء على حقه وهو ما يبرز في دعاوى الحيازة القضائية والقضاء الاستعجالي.²

3- الإذن:

نص المشرع الجزائري في المادة 13 / 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الإذن كشرط من شروط قبول الدعوى، وعلى رافع الدعوى التحقق قبل رفع دعواه من استيفاء ذلك أن المشرع منح القاضي سلطة إثارته من تلقاء نفسه.

والإذن هو الرخصة التي نص القانون في بعض الحالات على وجوب الحصول عليها بحيث لو تقدم المدعي بدعواه دون الحصول عليه حكم بعدم قبول دعواه.³

¹ - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.38.

² - عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، طبعة ثانية منقحة، 2009، ص. 61.

³ - مقولجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص.120.

ومثاله الرخصة المنصوص عليها في المادة 7 من تقنين الأسرة والمتعلقة بزواج القاصر، والاذن المنصوص عليه في المادة 5 من التقنين التجاري لترشيد القاصر لممارسة التجارة. هذا ويجدر الذكر أن المشرع وإن كان قد أورد شروط قبول الدعوى في المادة 13 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يشر فيها إلى كافة هذه الشروط والتي هي موجودة في نصوص متفرقة، وتشمل كل من شرط رفع الدعوى في الميعاد القانوني المحدد لها، عدم سبق صدور حكم في موضوع الدعوى، شهر العريضة لدى المحافظة العقارية إذا تعلق الدعوى بعقار أو حق عيني عقاري، عدم اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاع (عدم اتفاق الأطراف على التحكيم، عدم وجود صلح بين الخصوم بشأن موضوع النزاع، عدم حل النزاع عن طريق الوساطة).¹

ثانيا- تقسيمات الدعوى:

تتعدد الدعاوى ويمكن تقسيمها بالنظر إلى طبيعة الحق المدعى به أو بالنظر إلى محل الحق.

1- تقسيم الدعوى بالنظر إلى طبيعة الحق المدعى به:

تنقسم الدعاوى بالنظر إلى طبيعة الحق المطالب به إلى دعاوى عينية، دعاوى شخصية، ودعاوى مختلطة.

فالدعوى العينية هي الدعوى التي تتعلق بحق عيني، أو هي كل دعوى تهدف إلى تأكيد أو إنكار حق عيني، وتأتي في مقدمتها دعوى الملكية والدعاوى الرامية إلى حماية الحقوق المتفرعة عن الملكية كالدعاوى المتعلقة بالارتفاق وكذا الدعوى المتعلقة بحق عيني تبقي كالرهن.² يجدر الذكر أن الدعاوى العينية واردة على سبيل الحصر، وذلك نتيجة لحصر المشرع للحقوق العينية.

هذا عن الدعوى العينية أما الدعوى الشخصية فهي تلك التي تستند إلى حق شخصي وتهدف إلى تقريره بوجه المدين به أو إلزامه بإيفاء.³

إن صعوبة حصر الحقوق الشخصية ينعكس على الدعاوى التي ترفع حماية لها، إذ يصعب حصر هذه الأخيرة، وذلك نتيجة لكثرة الروابط القانونية بين الناس وتنوعها وتشعبها.

إذا كان هذا هو المقصود بالدعوى الشخصية، فإن الدعوى المختلطة هي التي تستند إلى حقين أحدهما شخصي والآخر عيني في الوقت ذاته، بحيث يكون للحكم في ثبوت الحق الشخصي أثر في حل النزاع القائم على الحق العيني.⁴

¹ - لتفاصيل أكثر يراجع، نفس المرجع، ص. 122 وما يليها.

² - عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم، الجزائر، 2022، ص. 71.

³ - خليل جريج، المرجع السابق، ص. 166.

⁴ - خليل جريج، المرجع السابق، ص. 168.

يندرج ضمن هذا النوع من الدعاوى:

- ✓ الدعاوى الرامية إلى تنفيذ تصرف قانوني منشئ أو ناقل لحق عيني عقاري مع إنشاء حق للدائن، ومن ذلك الدعوى التي يرفعها مشتري عقار بعقد مسجل على البائع لإلزامه بالتسليم.
- ✓ دعوى المطالبة بإبطال أو فسخ تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني عقاري واسترداد الثمن محل التصرف كدعوى استرداد العقار لعدم تسديد الثمن.

2- تقسيم الدعاوى بالنظر إلى محل الحق:

تقسم الدعاوى استناداً لهذا الأساس إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة، وتكون الدعوى عقارية إذا كان محلها عقار وتكون منقولة إذا كان محلها منقول.

هذا وتجدر الإشارة أن الدعوى إذا كان محلها عقار فتقسم بالنظر إلى طبيعة الحق إلى دعاوى عينية عقارية ودعاوى شخصية عقارية، كما تقسم الدعاوى المنقولة إلى دعاوى شخصية منقولة ودعاوى عينية منقولة. وبخصوص هذا النوع الأخير من الدعاوى يلاحظ أنه غالباً ما يصطدم بمبدأ الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية، وعليه فإن معظمها تنحصر في الدعاوى الشخصية.

الملاحظ أن الدعاوى العينية العقارية هي الأخرى يمكن تقسيمها إلى دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية، فأما دعاوى الملكية فهي دعاوى تحمي صاحب حق عيني عقاري ويتمسك فيها المدعي بأنه مالك لعقار أو صاحب حق عيني عليه، ليطلب تقرير حقه في مواجهة من ينازعه أو يعتدي عليه، كدعوى تثبيت الملكية، وتقرير حق الارتفاق.

أما دعاوى الحيازة فهي دعاوى يتمسك فيها المدعي بمركز واقعي له وهو سيطرته الفعلية على عقار، وعليه فهي تهدف أساساً إلى حماية الحائز الذي يتصرف كأنه مالك حق عيني في حين لا يكون مالكا فعلاً.¹

تقسم دعاوى الحيازة إلى ثلاثة أصناف: دعوى الاسترداد، دعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة.²

بمقتضى دعاوى الحيازة يكون لحائز العقار متى كانت حيازته مستوفية للشروط القانونية للحيازة أن يدفع اعتداء الغير على حيازته، دون حاجة إلى إثبات حق عيني يستند إليه في تلك الحيازة، لأن المشرع يحمي الحيازة في ذاتها، وذلك رغبة منه في المحافظة على الأمن والاستقرار والنظام، ومنه لا يكون للمدعى عليه في هذه الدعاوى دفعها استناداً إلى حق يدعيه على العقار، لكنه يمكن لمن ينكر على الحائز حقه رفع دعوى بأصل الحق الذي يدعيه.³

¹ - عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص. 56.

² - لتفاصيل أكثر يراجع، عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص. 77.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 516.

الفرع الثاني: الدعوى الإدارية

تعددت التعاريف الرامية إلى تحديد المقصود بالدعوى الإدارية ولكن يمكن اعتبارها حق الشخص الطبيعي والمعنوي ، ووسيلته النظامية للجوء إلى القضاء الإداري في المنازعة التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، للمطالبة بالاعتراف بحق أو حمايته نتيجة الإضرار من قبل الإدارة لإزالة الضرر أو التعويض عنه، في نطاق إجراءات قانونية خاصة لا تخضع لقواعد الإجراءات المدنية إلا فيما لم يرد فيه نص قانوني لا يتعارض مع طبيعتها.¹

الفرع الثالث: الدعوى العمومية

تختلف الحماية القانونية المقررة للحق بحسب ما إذا كان الحق المعتبر عليه يشكل فعلاً من الأفعال المجرمة قانوناً من عدمه، فإذا كان يندرج ضمن الصنف الأول، بحيث يشكل جريمة معاقب عليها في ظل قانون العقوبات والقوانين المكملّة له ويمس المجتمع كله كانت وسيلة حمايته الدعوى العمومية أو الدعوى الجزائية أو الدعوى العامة والتي تعرف بأنها مطالبة الجماعة بواسطة النيابة العامة من القضاء الجنائي تطبيق القانون وتوقيع العقوبة على مرتكب الجريمة.² ومنه تحرك هذه الدعوى من طرف النيابة العامة ممثلة للجماعة دون ما حاجة إلى شكوى من المجني عليه، ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية.³

تعتبر هذه الدعوى من أهم وسائل حماية المجتمع من كل ما قد يؤثر على كيانه وإستقراره، وهي ترمي إلى الحفاظ على طمأنينة أفراد في النفس والمال والعرض، بل هي الوسيلة الحضارية التي من خلالها يمكن للمجتمع أن يقتص من المتهم من أجل تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص⁴، ذلك أنها تهدف إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات، بتوقيع عقوبة أو تدبير أمن على كل مخالف للنصوص التجريبية الواردة في قانون العقوبات والقوانين المكملّة له،

هذا ويجدر الذكر أنه قد يترتب على إرتكاب الجريمة إلحاق الأذى بالمجني عليه، فينشأ له حق المطالبة بالتعويض، وإذا كانت الدعوى المدنية هي وسيلة المطالبة في هذه الحالة كأصل عام، إلا أن المشرع خول له الحصول على حقه عن طريق الدعوى المدنية التبعية.⁵

¹ - خلادي توفيق، الدعوى الإدارية مميزاتها وأنواعها (دراسة تحليلية)، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، المجلد 06، ع.01، جوان 2022، ص.81.

² - سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الشهاب، باتنة، 1986، ص.32.

³ - عبد الله أو هابيبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومه، الجزائر، الطبعة السادسة، 2006، ص.45؛ عثمانية كوسر، تحول النيابة العامة عن الدعوى الجزائية وأثره في حماية حقوق الإنسان -دراسة مقارنة-، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 08، العدد 01، 2013، ص.240.

⁴ - عطار فاضل، دليلة مباركي، الدعوى العمومية بين السرعة والفعالية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 10، ع.02، 2023، ص.206.

⁵ - عبد الله أو هابيبية، المرجع السابق، ص.142.

المبحث الثاني: إثبات الحق.

يقصد بالإثبات في الاصطلاح القانوني إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية¹، أو هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق متنازع فيه أو على حدوث واقعة قانونية بصفة عامة مهما كان أثر ثبوت هذه الواقعة².

إن الأهمية العملية البالغة للإثبات دفعت التشريعات إلى تنظيمه ووضع قواعد قانونية خاصة به، بيان عبء الإثبات، ومحلّه، إلى جانب تحديد الوسائل التي يمكن للقاضي الاستعانة بها للوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات، وهذا كله حتى يتمكن من تحقيق العدالة. والواقع أن النظم القانونية للإثبات لا تتخذ صورة واحدة، إذ تختلف التشريعات في تنظيم الإثبات إلى ثلاث مذاهب.

لهذا كله سيتم بداية التعرض إلى مذاهب الإثبات المختلفة (المطلب الأول)، وبعدها للأحكام القانونية المنظمة للإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المذاهب المختلفة للإثبات.

تتعدد مذاهب الإثبات وتتراوح بين ثلاث: مذهب الإثبات الحر (الفرع الأول)، مذهب الإثبات المقيد (الفرع الثاني)، ومذهب الإثبات المختلط (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مذهب الإثبات الحر.

يعرف بمذهب الإثبات المطلق، يرمي هذا المذهب إلى إطلاق حرية المتقاضين في تقديم الأدلة، كما يمنح للقاضي دورا إيجابيا في تسيير الدعوى وتكوين الأدلة، إذ يخول له سلطة مطلقة في تحري الوقائع التي تعرض عليه والبحث عن عناصر اقتناعه، بحيث يكون قادراً على الاستناد إلى أي وسيلة تحقق له هذا الاقتناع من استجواب الخصوم، استعمال الحيل لانتزاع الحقيقة من أفتوالهم أو واقع مسلكهم، سماع الشهود، كما يمكن له التحقق بنفسه من الوقائع ليفصل في النزاع وفقا لعقيدته التي كوّنها من كل ذلك أو طبقا لما يعلمه عن الموضوع علماً شخصياً، أو لما يعهده في كل من الخصوم من صدق وأمانة من عدمه³.

يمتاز نظام الإثبات الحر بأنه يزيد فرص وصول القاضي إلى الحقيقة الواقعية، ومطابقة الحقيقة القضائية لها، الأمر الذي يفسح السبيل أمامه إلى تحقيق العدالة، استقرار المعاملات وثباتها بين الخصوم، خاصة أنه يطبق القانون وله وحده الضمانات القانونية⁴.

¹ - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج1، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، عبد الخالق ثروت، القاهرة، 1971، ص. 11.

² - جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، عبد الخالق ثروت، القاهرة، 1983، ص. 4.

³ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 59.

⁴ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 15.

رغم وجاهته، إلا أنه تعرض لانتقادات لاذعة، فإطلاق حرية القاضي يسلب المتقاضين الاطمئنان إلى ما يكون لديهم من أدلة على حقوقهم، بحيث يظلون تحت رحمة القاضي الذي تكون له سلطة مطلقة في تقدير الأدلة التي يتقدمون بها، وهو ما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات سيما وأن مسألة التقدير تختلف من قاض لآخر، وعليه فإن خط العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقي إذ تبتعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية كلما اتضح تحكم القاضي وجوره في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمتها¹.

الفرع الثاني: مذهب الإثبات المقيد.

يعرف هذا المذهب بنظام الإثبات القانوني أو المحدد، وفي ظله يحدد القانون طرق الإثبات تحديداً دقيقاً، بحيث تكون محصورة ومحددة سلفاً، كما تكون قيمة الأدلة محددة، بحيث لا يستطيع الأفراد إثبات حقوقهم إلا بتلك الطرق،² ولا يمكن للقاضي الخروج على ما حُدد له ولا إعطاء أي دليل قيمة أكثر من تلك التي يقررها له القانون³.

الملاحظ أن هذا المذهب يجعل دور القاضي سلبياً في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة بحيث تقتصر مهمته على الحكم بما يرتبه القانون على ما يقدمه الخصوم من أدلة قانونية، دون أن يكون له إمكانية تكملة النقص الوارد في أدلة الخصوم ولا الحكم بعلمه الشخصي⁴.

على هذا الأساس يتضح أن هذا النظام يمنع التحكم والتعسف في حل المنازعات، يحقق الثقة والاستقرار في المعاملات ويبعث الطمأنينة والأمن القانوني في نفوس المتقاضين، بحيث يكون لكل طرف عرض الدليل الذي يراه مناسباً دون تدخل القاضي، وذلك وفقاً لما حدده المشرع سلفاً فيما يخص كل دليل وحجيته الثبوتية.

رغم مزايا هذا النظام إلا أنه لم يسلم من الانتقادات بحيث يصبح القاضي مجرد آلة تطبق أحكام الإثبات التي وضعها المشرع دون العمل على تقييمها، ومن ثم فهو يبعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فقد يكون الحق بحانب أحد الخصوم ويكون القاضي مقتنعاً بذلك، ولكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم توفر الدليل الذي يفرضه القانون⁵.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص. 28.

² - راشد بن حمد البلوشي، ص. 29.

³ - بن فريد محمد، الدليل الجنائي الرقمي وحجيته أمام القاضي الجزائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، الجزائر، ع2014، ص. 287.

⁴ - F. Jacques et autre, Droit civil, les obligations, 8ème éd., Sirey, Paris, 2013, p.11.

⁵ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 19.

الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط.

يعرف كذلك بنظام الإثبات التوفيقى، يقف هذا المذهب موقفا وسطا بين النظامين السابقين، بحيث يجمع بين محاسنهما ويستبعد مساوئهما.

يقوم هذا المبدأ على الأخذ بمبدأ حياد القاضي ومبدأ حصر الأدلة وترتيبها، مع تعيين قوة بعضها في الإثبات، بما يترتب عليه تحقيق الثبات والاستقرار في المعاملات، كما أنه وبغية التخفيف من مساوئ الإثبات المقيد خول هذا المذهب القاضي في بعض الأحيان جمع الأدلة لمعرفة ما يريد من وقائع خلال استجواب الخصوم، تعيين أهل الخبرة، الاستدلال بشهادة الشهود، توجيه الخصوم واستكمال الأدلة الناقصة واستيضاح ما أبهم من الوقائع.¹

بهذا يتضح أنه وفي ظل هذا المذهب يكون دور القاضي وسط بين الإيجابية والسلبية، فهو لم يترك المبادرة الكاملة له، كما لم يجعل للخصوم سلطانا مطلقا على سير الدعوى،² بحيث تبلغ سلطة القاضي حدها الأقصى في المسائل الجنائية ويكون له أن يتلمس وسائل الإقناع من أي دليل مقدم إليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة، في حين يكون في المسائل المدنية مقيدا بما يقيد القانون من أدلة حينما يتطلب المشرع الإثبات بالكتابة، ويكون مطلق الحرية عندما لا يشترط الكتابة بحيث يكون له تقدير شهادة الشهود، وعند اختلاف الشهود يكون له تغليب شهادة القلة على شهادة الكثرة، كما يكون له توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه وكذا الأمر بإجراء تحقيق في الأمور التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بالبينة.³ أما في المسائل التجارية فيكون الإثبات حراً كأصل عام وذلك لما تقتضيه هذه المسائل من سرعة في التعامل من جهة، ولصعوبة إقامة الدليل عليها كتابة من جهة أخرى، هذا طبعاً ما لم يقرر المشرع خلاف ذلك بنص خاص، وهو ما يبرز بشكل جلي وواضح حينما يتعلق الأمر باستلزام الكتابة في المسائل المتعلقة بالبيع الواردة على المحلات التجارية وعقود الإيجار التجارية، وكذا بالنسبة للشركات التجارية، والتي تعد الكتابة فيها ركناً أساسياً لا غنى عنه.

إن مزايا هذا النظام دفعت العديد من التشريعات إلى الأخذ به، وهو ما يتجلى في موقف المشرع الجزائري الذي حذى حذو نظيره المصري.⁴

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزودة بأحكام القضاء، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009، ص.10.

² - حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، 1975-1976، ص.283.

³ - محمد فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.11؛ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، 1991، ص. 11 .

المطلب الثاني: الأحكام القانونية المنظمة للإثبات

يقتضي هذا المبحث الوقوف على كل من محل الإثبات (الفرع الأول)، عبء الإثبات (الفرع الثاني)، وبعدها لطرق الإثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: محل الإثبات

يعتبر محل الإثبات السبب المنشئ للأثر القانوني المدعى به، سواء كان ذلك الأثر وجود الحق، زواله أو إلحاق وصف به، وينصب محل الإثبات على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدرا للحق أو الالتزام المدعى به، دون هذا الحق أو ذلك الالتزام، فمن يدعي أن لديه ديناً لدى آخر عليه إثبات مصدر الدين أي الواقعة التي أنشأته سواء كان عقداً، إرادة منفردة، أو فعلاً غير مشروع، إثراء بلا سبب.

ومنه يقتصر محل الحق على الواقعة القانونية وتتنحصر مهمة الخصم فيها على إقامة الدليل على وجود أو صحة واقعة معينة دون إثبات الأثر القانوني المترتب عليه، والذي لا يكون للخصم أي شأن به، لارتباطه بمهمة القاضي الذي يطبق القانون على الواقعة ليستخلص أثرها القانوني.

ينصرف مدلول الواقعة القانونية باعتبارها محلاً للإثبات لمعناها الواسع، ويقصد بها كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية ويرتب عليه القانون أثراً إما إنشاء حق جديد أو تعديله أو إنقضاء الحق القائم، والواقعة القانونية تكون إما واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً.¹

ونظراً لوجود اختلاف بينهما فقد اختلفت طرق الإثبات في كل منهما، بحيث يجوز إثبات الوقائع المادية بكافة طرق الإثبات،² لأنها غالباً ما تقع دون سبق توقعها أو الاعتداد بها مع مراعاة ما يستلزمه القانون من اللجوء للكتابة في بعض الحالات لاعتبارات معينة خشية نسيانها أو لارتباطها بأمور تنظيمية وشأن ذلك واقعتا الميلاد والوفاة واللذان تثبتان في سجلات معينة، ومع ذلك لا يمكن اعتبار ما ورد في سجلات الميلاد والوفاة السبيل الوحيد لإثباتهما، لامكانية الاستعانة بأية وسيلة أخرى لتحقيق ذلك.

هذا ويتم إثبات التصرف القانوني كأصل عام بالكتابة نظراً لأنها تحتاج في وجودها إلى إرادة الشخص، ولا يجوز فيها اللجوء للبيئة والقرائن إلا استثناءاً إذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تتجاوز 100.000 دج.

¹ عبد الودود يحي، دروس في قانون الإثبات، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص.09.

² محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.166 الغوتي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانون الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001، ص.11.

بهذا يلاحظ أن الواقعة القانونية هي محل الإثبات، فلا يكون محله القانون، فإثبات هذا الأخير من صميم عمل القاضي لعلمه به وواجبه في تطبيقه على ما يثبت لديه من وقائع،¹ ولئن كانت هذه هي القاعدة العامة، إلا أن تطبيقها يثير بعض الإشكالات بالنسبة للقانون الأجنبي.² إن الواقعة باعتبارها محلا للإثبات ينبغي أن تتوفر فيها شروط معينة تحول دون منع تراكمها في ساحات القضاء، وتساهم في سرعة الفصل في المنازعات، وتتحدد هذه الشروط إما وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أو وفقا لطبيعة الأشياء وتتمثل:

✓ أن تكون الواقعة محددة تحديدا كافيا نافيا للجهالة، وذلك للتحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها دون غيرها، ومنه لا يمكن إثبات واقعة مجهولة، فالإثبات اقناع، والاقناع لا يرد على أمر مبهم أو ليست له حدود³. وللإشارة فإن الواقعة المحددة المراد اثباتها إما أن تكون إيجابية أي أمرا وجوديا كإثبات حصول التعاقد أو إثبات حصول الوفاء بالدين أو أن تكون سلبية أي نفيا لأمر وجودي كنفى التقصير في الالتزام بعلاج مريض أو نفى الإخلال بالالتزام عدم التمثيل في حفلة معينة، ويتم إثبات الوقائع السلبية بإثبات نقيضها، أي بواسطة واقعة إيجابية منافية لها.⁴

✓ أن تكون الواقعة ممكنة، بمعنى متصورة الوقوع عقلا كادعاء شخص النسب من آخر يكبره سنا، وعليه الوقائع المستحيلة لا يمكن اثباتها، ولا يجوز السماح بها حرصا على وقت المحكمة.

✓ أن تكون الواقعة متنازعا فيها، فإن لم تكن محل نزاع فليس هناك ما يدعو إلى رفعها للقضاء ولا يكون ثمة حاجة لإثباتها.

✓ أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى، بمعنى متصلة بالحق المدعى به اتصالا وثيقا، فلا تكون منفصلة الصلة عنه، والا فلا داع لإثباتها.⁵

✓ أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى فيكون من شأنها إذا ثبتت الوصول إلى إقناع القاضي بأحقية ما يدعى به، وعليه فإن الواقعة التي لا تؤثر في إقناع القاضي لا تصلح لأن تكون محلا للإثبات ولو تعلقت بموضوع الدعوى.⁶

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 522.

² - الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، د.ط، 2001، ص. 14.

³ - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاتها في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج1، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة، 1981، ص. 64.

⁴ - محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص. 35.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص. 61.

⁶ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 302.

✓ أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً، بمعنى غير ممنوع اثباتها سواء كان سبب المنع تعلقها بالنظام العام (منع دين القمار) أو ارتباطها بالصياغة الفنية كالقرائن القانونية القاطعة ، والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب من الأحوال.

الفرع الثاني: عبء الإثبات

يكتسي تحديد من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم أهمية بالغة من الناحية العملية، ذلك أن تكليف أحد الخصوم بالإثبات يجعل من الخصم الآخر في مركز أفضل، بحيث سيكون بإمكانه كسب الدعوى ولو اتخذ موقفاً سلبياً دون أي مجهود يذكر، وذلك إذا ما عجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على ما يدعيه، لذلك فقد سعت التشريعات جاهدة إلى وضع قاعدة عامة في توزيع عبء الإثبات مفادها أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 323 من التقنين المدني والتي تضع على عاتق الدائن إثبات الالتزام، في حين تخول المدعي إثبات التخلّص منه.

يعدّ هذا النص تطبيقياً لمبدأ عام يسري في مختلف أنواع الروابط القانونية، وهو المبدأ الذي يقضي بأن البيئة على من ادعى خلاف الظاهر. ويراد بالمدعي في الإثبات بالمدعي بالواقعة محل الإثبات لا المدعي في الدعوى والذي يقصد به من بدأ إجراءات رفع الدعوى، ومنه المدعي في الإثبات قد يكون هو المدعي أو المدعى عليه في الدعوى، إذ قد يصبح المدعى عليه مدعياً في حالة ما إذا أقام دفعا في وجه خصمه، بحيث يتوجب عليه في هذه الحالة الجديدة إقامة الدليل على صحة دفعه¹.

ومنه يكون الشخص مدعياً بواقعة في الإثبات إذا كان يدّعي خلاف الثابت أو الظاهر أصلاً - أي ما كان حسب طبيعة الشيء- أو عرضاً - أي إذا ظهر دليل أقيم عليه خلاف الظاهر في الأصل-².

إن علة المبدأ في الحقوق الشخصية تكمن في قاعدة أن الأصل في الإنسان براءة الذمة من أي التزام، وإذا ادعى شخص ديناً له في ذمة الغير، فإنه يكون قد ادعى خلاف الثابت أصلاً، ويكون عليه إقامة الدليل على ما يدعيه بإثبات العقد أو الفعل الضار الذي يعد مصدراً لهذا الدين، أما من يتمسك ببراءة الذمة فإنه يتمسك بالوضع الثابت أصلاً، ومن ثم فهو لا يكلف بأي إثبات³.

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 28.

² - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص. 72.

³ - بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص. 61.

وإذا نجح الدائن في إثبات الدين بأن أثبت العقد أو الفعل الضار أنتفى الوضع الثابت أصلاً، وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضاً فإذا ادعى المدين براءة ذمته فإنه يكون مدعياً خلاف الوضع الثابت عرضاً وعليه إثبات هذه البراءة.

هذا عن الحقوق الشخصية، أما بالنسبة للحقوق العينية فالأصل هو احترام الوضع الثابت ظاهراً، بحيث توجد السلطة وضعا ظاهراً لمن يباشرها أي لصاحب الحق العيني حتى يقوم الدليل على العكس، فمثلاً تعد الملكية ملكاً لصاحبها، ويكون له على الشيء جميع السلطات من استعمال، استغلال وتصرف وهو الظاهر أصلاً، ومن يدعي خلاف ذلك أي بأن له حق رهن أو حق ارتفاق أو أي حق آخر من الحقوق العينية، فهو يدعي خلاف الأصل والظاهر ويقع عليه عبء الإثبات.

من كل ما تقدم يتبين أنّ عبء الإثبات يقع على المدعي فإذا نجح في إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر في الخصومة الذي يمكنه هو الآخر أن ينفي ادعاءات خصمه فيرد الإثبات إليه، وهكذا يلاحظ أن عبء الإثبات ينتقل بين طرفي الخصومة ويظل الأمر كذلك إلى غاية أن يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر دعواه.¹

ولا شك أنّ التزام القضاء بتطبيق القاعدة السابقة في توزيع عبء الإثبات وإجبار المكلف بتقديم دليل كامل على ما ادعاه قبل أن يطلب إلى خصمه ما يؤيد وجهته من أدلة سيحول دون حصول الشخص على حقه، وعليه يسعى القضاء وفي حالات إلى التخفيف من غلواء ذلك، فلا يطبق قواعد التوزيع بدقة، ويبرز ذلك عندما يفترض القانون ثبوت واقعة معينة من واقعة أخرى سهلة الإثبات فيقوم المدعي بإثبات الثانية بدلاً من الأولى ليترتب على ثبوتها ثبوت الواقعة الأخرى، ويتم نقل عبء الإثبات بالنسبة للواقعة الأصلية على عاتق المدعي عليه.²

بهذا يتبين أن المشرع أوجد القرائن القانونية ليعفي المدعي من الإثبات مؤقتاً، وذلك في الحالات التي يصعب فيها إقامة الدليل على ما يدعيه، غير أنه وعند اعتماده على هذا الافتراض لم يجعله قاطعاً في كثير من الأحوال بل منح للمدعي عليه إثبات مخالفة الوضع الثابت فرضاً. ويطلق على الافتراض القانوني القابل لإثبات العكس تسمية القرائن القانونية البسيطة.

الفرع الثالث: طرق الإثبات

يقصد بطرق الإثبات الوسائل التي يلجأ إليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها، وهي في التقنين المدني الجزائري خمسة أوردها المشرع في الباب السادس الوارد بعنوان إثبات الالتزام من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود، وتشمل كل من الكتابة، شهادة الشهود، القرائن، الإقرار، واليمين. وفيما يلي تحديدها.

¹ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص. 27.

² - جميل الشركاوي، المرجع السابق، ص. 263.

أولاً- الإثبات بالكتابة:

تعد الكتابة وسيلة الإثبات التي يتطلبها القانون أساساً بالنسبة للتصرفات القانونية، ذلك أن هذه الأخيرة هي التي تسمح طبيعتها بتهيئة دليل إثباتها مقدماً، ولا ريب أن أداة اثبات التصرف القانوني هي الورقة أو المحرر المدون فيه ما تم الاتفاق عليه، والذي يعد دليلاً مكتوباً معداً للإثبات.

الجدير بالذكر أن المشرع توجه بموجب قانون 05-10 المعدل والمتمم لأحكام التقنين المدني نحو التوسع في مفهوم الكتابة لتشمل إلى جانب الكتابة على الدعامة الورقية، الكتابة على الدعامة الإلكترونية.

تتعدد أنواع المحررات المعدة للإثبات فهي إما أن تكون محررات رسمية (1)، وإما تكون محررات عرفية (2).

1-المحررات الرسمية :

يقصد بالمحررات الرسمية الأوراق التي يتم تحريرها من طرف شخص ذي صفة رسمية (موظف عام ، ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة)، في حدود سلطته واختصاصه مع مراعاته للأشكال القانونية.¹

تتعدد المحررات الرسمية ويمكن حصرها في ثلاث أنواع:

■ **الأوراق الرسمية الإدارية:** يندرج ضمنها كل ما يصدر عن الموظفين العموميين أصحاب الصلاحية والاختصاص في الإدارات المركزية وغير المركزية، وكذا العقود المتعلقة بالحالة المدنية، والمحررات الصادرة عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو ذات الطابع العلمي.

■ **المحررات الرسمية القضائية وشبه القضائية:** يندرج ضمنها الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية إلى جانب محاضر الجلسات وكذا المحاضر المحررة من طرف المحضرين القضائيين كمحاضر التبليغ.²

■ **العقود التوثيقية** ويندرج ضمنها الأوراق المحررة من طرف الموثقين.³

نظم المشرع الجزائري المحررات الرسمية بمقتضى المادة 324 من التقنين المدني وما يليها، بيد أنه استخدم لفظ العقد بدلاً من الورقة الرسمية، وهو في هذا منتقد لأن مصطلح العقد ينصرف للدلالة على التصرف القانوني، وهو بذلك مصطلح قاصر يشمل الاتفاق الذي يتم بين

¹ -عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.34.

² - الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.36.

³ - خريط محمد ، محاضرات في مقياس طرق الإثبات والتنفيذ، ص.20.

المتعاقدين لإحداث أثر قانوني معين، نقله، تغييره أو انقضاءه، في حين أن مصطلح الورقة عام وشامل للتصرفات القانونية بكل أنواعها أي سواء كانت منفردة أو تقتضي توافق إرادتين، ومنه يلاحظ أنه خلط بين التصرف القانوني (العقد) وأداة إثباته (المحرر)¹.

إن إضفاء صفة الرسمية على المحررات يستلزم تحقق شروط معينة (أ)، حتى تنظر لها حجتها في الإثبات (ب).

أ- شروط الاعتراف بالمحررات الرسمية

بالرجوع الى المادة 324 من التقنين المدني يتضح أنه ينبغي لإضفاء صفة الرسمية على المحرر توفر شروط ثلاث تشمل كل من:

■ صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة: ينبغي

لاعتبار المحرر رسميا أن يصدر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وشتان بين هذه المصطلحات فالموظف العام هو كل من تعينه الدولة لمباشرة عمل من أعمالها، أو هو كل عون يمارس مهامه بإحدى المؤسسات والادارات العمومية، وتتوافر هذه الصفة في كل من يباشر وظيفة بإحدى الإدارات المركزية للدولة كالموظفين المعيّنين بالوزارات أو بإحدى الإدارات غير المركزية كالولاية والموظفين المعيّنين بالمديريات الولائية التابعة للوزارات أو الجماعات الإقليمية كبلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كالمستشفيات العامة أو الطابع العلمي كالجامعات أو أي مؤسسة عمومية حكومية. هذا ويندرج ضمنهم القضاة بالنسبة للأحكام التي يصدرونها.

أما الضباط العموميون فيندرج ضمنهم كل من المحضرين القضائيين والموثقين ومحافظو البيع بالمزاد العلني والمترجمين الرسميين.

أما الشخص المكلف بخدمة عامة فهو كل شخص مكلف بعمل رسمي من غير الموظف شأن الخبير في مجال معين بالنسبة للتقرير الذي يحرره بخصوص المهمة التي انتدب لها.² إن إضفاء صفة الرسمية على المحرر لا يستلزم تحريره بخط يد الأشخاص المنوط لهم ذلك، والسابق الإشارة لهم، بل يكفي صدور المحرر باسمه وتوقيعه عليه بنفسه.³

■ مراعاة الأشخاص المناط لهم تدوين المحرر الرسمي الاختصاص الممنوح لهم: ينبغي

لاعتبار المحرر رسميا احترام من خولت له صلاحية تحريره الاختصاص المقرر له من الناحية النوعية، الإقليمية، والزمانية، بحيث يكون المحرر مندرجا في مجال عمله،

¹ - محدي فريدة زواوي، المرجع السابق، هامش ص. 169.

² - عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص. 35.

³ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 40.

فالمعلوم أن كل موظف أو ضابط عمومي إلا ويكون مختصا بتحرير نوع معين من الأوراق الرسمية إذ بينما يختص القاضي بإصدار الأحكام القضائية يختص كاتب الضبط بتحرير محاضر الجلسات، في حين يكون ضابط الحالة المدنية مختصا بتحرير وثائق الحالة المدنية.

هذا وينبغي أن يكون المحرر مدرجا ضمن الاختصاص الاقليمي التي يمارس وظائفه في حدوده، بمعنى أن تصدر الورقة في دائرة الاختصاص الاقليمي التي يسمح له القانون بها، فلا يخرج عليه،¹ إذ لا يمكن لمدير جامعة سيدي بلعباس تحرير وثائق تخص جامعة مستغانم، ونفس الأمر بالنسبة لباقي الأشخاص المنوط لهم صلاحية تحرير الأوراق الرسمية. أما بالنسبة للاختصاص الزمني، فالمراد به أن تحرر الورقة خلال المدة الزمنية المسموح له فيها ممارسة هذه الوظيفة، وعليه ينبغي تحرير الأوراق بعد تعيينه ومباشرة العمل لا قبل ذلك ولا بعده.

كما وينبغي إلى جانب هذا ألا يتوافر في الأشخاص الذين يؤول إليهم صلاحية تحرير الأوراق الرسمية مانع قانوني يحول دون ذلك.

■ **مراعاة الأشكال القانونية عند تحرير الورقة:** من المعلوم أن القانون يحدد الأشكال التي ينبغي توافرها في كل محرر، وعليه يتوجب على المعني بتحريره موظفا كان أو ضابطا عموميا الالتزام بها، حتى يثبت للمحرر الصفة الرسمية، ومن أمثلة الأوضاع التي قررها القانون ما نصت عليه المادة 324 مكرر 2 من التقنين المدني.

ب- حجية المحررات الرسمية في الإثبات:

يترتب على تحقق الشروط السالف ذكرها في المحرر الرسمي اعتباره حجة بذاته دون حاجة إلى الإقرار به، ولا يتطلب ممن يتمسك به إقامة الدليل على صحته، ولا يكون أمام الخصم الذي ينازع فيه إلا الطعن بالتزوير،² وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 5 من التقنين المدني. إلى جانب ما تقدم، ينبغي الإشارة إلى أن الورقة الرسمية لا تثبت لها حجيتها عند وجود عيوب مادية بها كالكشط، المحور والتحشير، إذ يجوز للمحكمة في هذه الحالة إسقاط قيمة المحرر في الإثبات ونقضه.³

والمعلوم أن هذه الحجية لا تثبت إلا للبيانات التي أثبتتها الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة، وهي تلك البيانات التي وقعت من الأطراف في حضوره بحيث

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 53.

² - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص. 41.

³ - جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص. 52.

كان بإمكانه معاينتها أو سماعها كإقرار الأطراف بالتراضي، أما البيانات التي صدرت من ذوي الشأن خارج مجلس العقد وحررها ضابط عمومي أو موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة تحت مسؤوليته دون قدرة منه على التحري عن صحتها فلا تلحقها صفة الرسمية ويمكن اثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون اتباع طريق الطعن بالتزوير شأن ما كان مقرر بالنسبة للبيانات الأولى.¹

2- المحررات العرفية :

يقصد بالمحررات العرفية السندات التي تحرر من أطراف عاديين، بحيث لا يتدخل في تحريرها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وتكون موقعة من ذوي الشأن أنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهم.²

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف المحرر العرفي،³ وذلك بخلاف ما قرره بالنسبة للمحررات الرسمية، غير أنه يمكن بالرجوع لتعريف هذا الأخير استنباط المقصود بالمحرر العرفي واعتباره: كل ما يتم تحريره من غير الأشخاص المذكورة في نص المادة 324 من التقنين المدني، أو التي تحرر من طرفهم ولكن خارج حدود سلطاتهم واختصاصهم.

تنقسم المحررات العرفية إلى نوعين؛ محررات عرفية معدة للإثبات (أ) ، وأخرى غير معدة للإثبات (ب).

أ- المحررات العرفية المعدة للإثبات:

المحررات العرفية المعدة للإثبات عبارة عن مستندات مكتوبة تشمل توقيع من صدرت عنه دون أن تتوافر فيها شروط المستند الرسمي، وقد عرفت هذه المستندات تطورا ملحوظا بظهور الثورة الصناعية الثالثة، بحيث برز للوجود ما يعرف بالمحررات العرفية الالكترونية والتي يراد بها كل كتابة متفق عليها ومحررة بين طرفين أو أكثر بوسيلة الكترونية وموقع عليها بالتوقيع الالكتروني،⁴ ودون أن تتوافر فيها شروط المحررات الرسمية.

سمي هذا النوع بالمحررات العرفية المعدة للإثبات ذلك أن الأشخاص غالبا ما يعدونها تحوطا لوقوع أي نزاع في المستقبل لتكون وسيلة اثبات، ومن تعريفها يتضح أنه ينبغي توفر شرطين لاعتبار المحرر العرفي معد للإثبات وهما الكتابة ولا يهم الشكل الذي وردت به بخط

¹ - بكوش يحي، المرجع السابق، ص.115.

² - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص.75.

³ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.44.

⁴ - عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، ماهيتها، اثباتها، وسائل حمايتها والقانون الواجب التطبيق عليها في كل من الأردن ومصر وإمارة دبي، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص.136.

اليده، الآلة الرافقة، الحاسوب. وإلى جانبها ينبغي توفر الشرط الثاني وهو التوقيع، إذ يعد شرطاً مهماً وبواسطته ينسب ما هو مدون في المحرر لموقعه.¹

الملاحظ أن هذين الشرطين عرفاً تطوراً ملحوظاً بعد انتشار استخدام الوسائل الإلكترونية، ليتم الانتقال إلى الحديث عن الكتابة على الدعامة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه التطورات بدءاً من تعديله لأحكام القانون المدني بموجب الأمر 05—10 مروراً بالعديد من المحطات إلى غاية وصوله إلى إصدار قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين،² والذي أكد فيه على مبدأ المعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني.

إذا كانت المحررات الرسمية تعد سند تنفيذياً، فإن المحررات العرفية لا تعد كذلك، ذلك أنها من عمل المتعاقدين المحض، وعلى من يرغب في الحصول على الصيغة التنفيذية اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بما تتضمنه الورقة العرفية.

لكن مع هذا يجدر الذكر أن المحرر العرفي يعد حجة بما يتضمنه متى لم يتم إنكاره ممن وقع، وعليه يكون الشخص في المحرر العرفي أمام موقفين، إما الاعتراف بصورها منه ويكون المحرر في هذه الحالة حجة من المقر به وتثبت له سلامته المادية، وإما ينكر ما تضمنته ويدعي عدم توقيعه عليه من طرفه، فلا يكون حجة عليه على أن يكون للدائن في هذه الحالة إثبات عكس ذلك عن طريق الإجراءات الخاصة بمظاهرة الخطوط.³

وإذا كانت هذه حجية المحررات العرفية بين الأطراف، فإنه ينبغي الذكر أن المحرر العرفي لا يكون حجة في مواجهة الغير إلا من تاريخ إثباته ابتداء من يوم تسجيله أو ثبوت مضمونه أو التأشير عليه من ضابط عام مختص أو من تاريخ أحد الذين لهم على العقد إمضاء أو خط.⁴

ب- المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

يوجد إلى جانب المحررات العرفية المعدة للإثبات أوراق أخرى غير مهيأة للإثبات، وميزة هذا النوع من الأوراق أنها إما لا تحمل توقيع ذوي الشأن وإما تكتفي بإيراد معلومات متفرقة حول النزاع، ذلك أنها لم تكن مهيأة مسبقاً من الأطراف لاستخدامها كدليل في الإثبات، وعلى هذا الأساس فإن هذه الأوراق توفر ضمانات أقل من تلك التي توفرها المحررات المعدة للإثبات، فهي

¹ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص. 33.

² - قانون 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج. 06، صادرة بتاريخ فبراير سنة 2015.

³ - الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص. 48.

⁴ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 208.

لا تسمح للقاضي استخلاص نتيجة حاسمة ونهائية في موضوع النزاع الذي يفصل فيه، بل يستند إليها بصفة عرضية لتأييد قناعة المحكمة.¹

تعرض المشرع الجزائري لهذا النوع من الأوراق ضمن أحكام التقنين المدني وخصها بالمواد من 329 إلى 332 منه وتشمل كل من الرسائل والبرقيات، الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق المنزلية، التأشيرات ببراءة ذمة المدين.

■ **الرسائل والبرقيات:** نظم المشرع الجزائري الرسائل والبرقيات ضمن أحكام المادة 329 من التقنين المدني محددا فيها حجتها في الاثبات دون إيراد تعريف لها تاركا مهمة التعريف للفقهاء باعتبار أن ذلك هو المجال الخصب له.

❖ **الرسالة:** يعرف الفقه الرسالة بأنها خطاب مكتوب يرسله شخص لآخر لغرض من الأغراض، أو هي خطاب مكتوب يهدف إلى بيان العلاقة التي تربط بين شخصين أو أكثر بشأن معاملاتهم وتعهداتهم الجارية أو بشأن أي مسألة أخرى تهمهم، ويتم تبادلها بين الطرفين يدا بيد، كما قد يتم الاستعانة برسول لإيصالها، وفي الغالب يتم إرسالها من خلال إدارة البريد،² على أنه في ظل التطورات التكنولوجية يمكن لاستعانة بالوسائل الحديثة لإرسالها.

تعرض المشرع الجزائري لحجية الرسائل في الاثبات في المادة 329 من التقنين المدني ومنح لها حجية المحررات العرفية متى توفرت فيها شروطها من كتابة وتوقيع، ومنه تعد الرسالة حجة على المرسل متى كانت مذيلة بتوقيعه، إلى أن يثبت العكس بالطرق المقررة قانونا للإثبات.³ هذا ويجدر الإشارة أن المساواة في الحجية بين الرسائل والمحررات العرفية يستلزم خضوعها لذات ما تخضع له الورقة العرفية من قيود، ذلك أنه وفي حالة تخلف شروط المحرر العرفي فيمكن اعتبار الرسالة بداية ثبوت بالكتابة.⁴

لاشك أن حق استخدام الرسالة يتقرر للمرسل إليه متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك، غير أن حقه هذا مقيد بعدم المساس بحق المرسل من خلال إفشاء أسرارته، ولاربيب أن حق استخدام الرسالة يمتد إلى الغير كذلك شريطة أن يكون له مصلحة مشروعة في ذلك وألا يكون قد توصل إليها بطريق غير مشروع كسرقتها مثلا أو تسلمها غلطا فمتى تحقق ذلك امتنع عليه التمسك بها أمام القضاء.⁵

¹ - بكوش يحي، المرجع السابق، ص.152.

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 165 مأخوذ من خريطة، المرجع السابق، ص.33.

³ - مجدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص.170.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص.72؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.127.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.260.

❖ **البرقية:** لقد منح المشرع الجزائري للبرقية بموجب المادة 2/329 من التقنين المدني قيمة المحرر العرفي متى كان أصلها المحفوظ بمكتب التصدير موقعها عليه من طرف مرسلها، هذا وافترض المشرع مطابقة البرقية لأصلها لانعدام مصلحة موظف مكتب التلغراف في تغيير مضمون البرقية عن أصلها، هذا ما لم يرق الدليل على خلاف ذلك.

هذا والجدير بالذكر أن البرقية قد تفقد صحتها في الإثبات متى تم اعدام أصلها بسبب تعرضها للتلف أو فقدان ، أو بسبب انعدام المدة المقررة لحفظها، وفي هذه الحالات لا يمكن الاستناد إليها إلا على سبيل الاستئناس.¹

■ **الدفاتر التجارية:** يعد مسك الدفاتر التجارية التزاما يقع على عاتق التجار، ويقصد بها سجلات يقيد فيها التاجر عملياته التجارية صادراته ووارداته حقوقه والتزاماته بطريق يكفل له تحديد المركز المالي له، وهي على هذا الأساس لها دور هام من الناحيتين الاقتصادية والقانونية .

تتعدد الدفاتر التجارية فهناك دفاتر تجارية إجبارية وتشمل كل من دفتر اليومية ودفتر الجرد والميزانية ، ودفاتر اختيارية كدفتر الأستاذ، دفتر الصندوق، دفتر المسودة، دفتر المخزن... الخ.

نظرا لما للدفاتر التجارية من أهمية بالغة عمد المشرع الجزائري إلى بيان حجيتها في الإثبات سواء استخدمت لمصلحة التاجر أو في غير مصلحته متى توفر فيها شروط معينة. فبالنسبة لحجية الدفاتر التجارية المقررة لمصلحة التاجر:

القاعدة العامة أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه وب نفسه، غير أنه وخروجا عن هذه القاعدة العامة أجاز المشرع الجزائري للتاجر استعمال الدفاتر التجارية لصالحه، غير أنه فرق في حجتها بحسب ما إذا كان خصمه تاجرا من عدمه.

بحيث إذا كان الأمر يتعلق بالاحتجاج بالدفاتر التجارية بين تاجرين فهنا يلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز بموجب المادة 13 من التقنين التجاري للتاجر استخدام دفاتره التجارية كدليل إثبات كامل لمصلحته متى توفرت الشروط المحددة في هذه المادة والمتمثلة في:

أن يكون خصمه تاجرا، أن تكون العملية المتنازع بشأنها تجارية (الموضوع، الشكل التبعية)، أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة ، بحيث إذا لم تكن كذلك فإن ذلك دليلا على سوء نية صاحبها ولا يكون لها بذلك حجية في الإثبات ، ولا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه منها تجزئة ما ورد بها فيأخذ ما يحقق له مصلحته، ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه.²

¹ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.58.

² - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.121.

أما إذا كان الخصم الذي يراد الاحتجاج بالدفاتر التجارية عليه غير تاجر ، فإنه وحسب المادة 330 / 1 من التقنين المدني لا يمكن كأصل عام للتاجر الاحتجاج بدفاتره التجارية على هذا الشخص، وذلك حماية لهذا الطرف الضعيف، غير أنه واستثناء من الأصل العام فإن دفاتر التاجر تكون حجة على غير التاجر إذا توفرت الشروط التالية :

✓ إذا كان محل الالتزام عبارة عن عقد توريد بمعنى بضائع وردها التاجر إلى مدينه الذي لا يتمتع بصفة التاجر.

✓ ألا تزيد قيمة التصرف القانوني عن 100.000 دج وهو النصاب المقرر للإثبات بالبينة وفقا لما تنص عليه المادة 333 من التقنين المدني.

✓ تكملة الدليل باليمين المتممة.¹

استنادا لما تقدم ، يتضح أنه يمكن للتاجر الاستناد إلى دفاتره التجارية لتكون حجة على غير التاجر، ولكنه يبقى في هذا الاستثناء خاضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يكون له كامل الحرية في الاعتداد أو عدم الاعتداد بها، سواء كانت دفاتره التجارية منتظمة أو غير منتظمة، على أنه وفي حال قرر القاضي الاعتداد بها تعين عليه تكمله هذا الدليل من خلال توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه لأي من الخصمين.²

هذا عن حجية الدفاتر التجارية المقررة لمصلحة التاجر، أما عن حجية الدفاتر التجارية المقررة ضد مصلحته، فالأصل أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، ولكن خروجاً عن ذلك فإن المشرع خول للخصم – تاجرا او غير تاجر- المتعامل مع التاجر التمسك بالدفاتر التجارية للتاجر لإثبات التصرف القانوني الذي يربط بينهما بغض النظر عما إذا كان النزاع مدنيا أو تجاريا وسواء كانت الدفاتر التجارية منتظمة أو غير منتظمة، ذلك أن التاجر هو من كتبها بخطه أو لأنها تمت تحت إشرافه وتحت رقابته ومن ثم فهي ورغم أنها غير موقعة، إلا أنها تعد اقراراً صادراً منه معترف من خلاله بحقيقة عملية، وعلى هذا تطبق عليه أحكام الاقرار، فإذا كانت دفاتره التجارية منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل منها لنفسه تجزئة ما ورد بها فيأخذ ما يفيد ويستبعد ما يضره، وذلك استنادا إلى مبدأ عدم جواز تجزئة الاقرار، غير أنه إذا كانت دفاتره التجارية غير منتظمة كان للقاضي تقرير قيمتها دونما تقيد بقاعدة عدم جواز تجزئة الاقرار، وهذا كله جزاء لسوء نية صاحب الدفتر.³

¹ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.61.

² - توفيق حسين فرج، المرجع السابق، ص.134

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.96.

ما يجدر الإشارة إليه أن الأخذ بالدفاتر التجارية يعد أمر جوازي للقاضي فله الأخذ به أو تركه.¹

■ **الدفاتر والأوراق المنزلية:** يندرج ضمن هذا النوع المذكرات والدفاتر الخاصة التي تكون لدى بعض الأشخاص وتتضمن بيانات تتعلق بحقوقهم والتزاماتهم، ذلك أن بعض الأشخاص يعمدون إلى تسجيل مذكراتهم في دفاتر أو أوراق متفرقة، والأصل أن هذه الدفاتر والأوراق لا تكون حجة لصاحبها لأنه لا يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه، وذلك وفقاً لأحكام المادة 331 من التقنين المدني، إلا أنه ومع ذلك يستثنى من الأصل العام حالتين وهما؛ إذا ذكر الشخص صراحة في أوراقه أنه استوفى ديناً فإن هذا يعد بمثابة إقرار صادر منه، وكذا حالة ما إذا كتب الدائن في دفاتره أو أوراقه المنزلية بأنه كتب ما هو وارد في المستند ليحل محل السند لمصلحة من ذكر اسمه فيها.²

يجدر الإشارة أن دلالة هاتين الحالتين ليست كدلالة الكتابة الكاملة، إذ يجوز اثبات ما يخالف دلالة هذه الأوراق بكل وسائل الإثبات بما في ذلك القرائن والبيئة.³

■ **التأشير ببراءة ذمة المدين:** نظم المشرع الجزائري التأشير ببراءة ذمة المدين بموجب أحكام المادة 332 من التقنين المدني وفرق فيها بين حالتين؛ حالة وجود سند الدين في حيازة الدائن، وحالة وجود سند الدين في حيازة المدين.

إذ وبخصوص الحالة الأولى فيبرز عندما يقوم الدائن بالتأشير أمام المدين على ظهر أو هامش السند المثبت للدين للدلالة على وفاء المدين كلياً أو جزئياً مع احتفاظه بالسند المثبت، إذ وفي مثل هذه الحالة يعتبر التأشير حجة على الدائن.

يعد تأشير الدائن على سند الدين مع احتفاظه بحيازته قرينة على وفاء المدين به كلياً أو جزئياً، غير أنه ينبغي لتحقيق ذلك توفر شرطين هما:

❖ **تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين على السند ذاته:** ينبغي قيام الدائن بالتأشير على السند ذاته بغض النظر عن مكان التأشير الذي قد يكون على الظهر، الهامش أو أسفل السند، ويعد التأشير حجة على الدائن ولو لم يقع عليه، وسواء تم التأشير بخط يده أو خط غيره طالما أنه تمت بإملاءه أو موافقته.⁴ ومنه لا يعتد بالتأشير الموجود في صورة السند أو في ورقة مستقلة عنه.

¹ - عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص. 63.

² - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص. 63.

³ - جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص. 76.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 295.

❖ **بقاء السند في حيابة الدائن :** يقتضي الاعتداد بالتأشير الموجود على السند بقاء هذا الأخير

في حوزة الدائن، فإن خرج ولو لفترة وجيزة، كان على الدائن اثبات نفي هذه الحجية. هذا عن حالة التأشير على سند الدين الموجود في حيابة الدائن، أما عن التأشير على سند الدين الموجود بحوزة المدين، فينبغي الإشارة أن الدائن قد يؤشر على نسخة أصلية من السند موجودة بحوزة المدين، أو على مخالصة سابقة ببراءة ذمة المدين، فإنه ينبغي للاعتداد بالتأشير الموجود على السند توافر شرطين هما كتابة التأشير بخط الدائن، وبقاء النسخة الأصلية المؤشر عليها بالبراءة في حيابة المدين أو تحت يد شخص يحتفظ بها لحسابه كالوكيل أو المودع لديه.¹

ثانيا- شهادة الشهود:

البيئة أو ما تعرف بشهادة الشهود هي إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره، ويترتب عليها حق الغير². أو هي قيام شخص من غير أطراف الخصومة بالإخبار أمام القضاء بواقعة تصلح محلا للإثبات صدرت من غيره، ويترتب عليها حق لشخص معين³.

إن الاعتداد بشهادة الشهود يستلزم إدلاء الشاهد بما يعرفه عن الواقعة المراد إثباتها بما أدركه بحواسه إداركا مباشرا، فيخبر بما وقع من الغير تحت سمعه أو بصره.

وعليه لا يندرج ضمن الشهادة بمعناها القانوني ما يعرف بشهادة السماع وهي الشهادة غير المباشرة التي يشهد فيها الشخص بما سمع عن الغير، وإن كان بإمكان القضاء الاستهداء بها باعتبارها قرينة في الحالات التي يجوز فيها ذلك.⁴

لأهمية الشهادة تطرق لها المشرع الجزائري ونظم أحكامها في المواد 150-163 من القسم العاشر المعنون بسماع الشهود من الفصل الثاني المعنون بإجراءات التحقيق من الباب الثالث المعنون وسائل الدفاع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين خصص المواد 333 إلى 336 من القانون المدني للتعرض لأحكامها الموضوعية.

بالرجوع لأحكام هذا الأخير، يلاحظ أن المشرع الجزائري حدد الحالات التي يتم فيها الاعتداد بشهادة الشهود كقاعدة عامة (1) وكذا الاستثناءات الواردة عليها (2).

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.97.

² - عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.98.

³ - نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص.120.

⁴ - جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص.120.

1- القاعدة العامة:

حدد المشرع الجزائري ثلاث حالات يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل، وتشمل كل من الوقائع المادية، التصرفات التجارية، التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000 دج.

■ **الوقائع المادية:** نظرا لطبيعة الوقائع المادية، طبيعية كانت أو بفعل الانسان التي لا تسمح بإعداد محدد لإثباتها يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود.¹

■ **التصرفات التجارية:** نظرا لما تتميز به البيئة التجارية من سرعة وائتمان قرر المشرع إعمال مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية كأصل عام، وهو ما جسده صراحة في المادة 30 من التقنين التجاري، واستبعدا من حكم المادة 333 من التقنين المدني.

وإذا كان الأصل العام مبدأ حرية الاثبات، فإنه وخروجا عنه يتطلب المشرع الكتابة في بعض المواد التجارية إما لأن هذه المسائل لا توجد إلا كتابة شأن الأوراق التجارية وإما لتنبيه المتعاملين إلى خطورة التصرفات التي يقدمون عليها كعقد الشركة الذي لا بد أن يفرغ في شكل كتابي. هذا ويجوز للتجار الاتفاق فيما بينهم على اللجوء الى الكتابة لإثبات معاملاتهم، ولا شك أن مثل هذا الاتفاق صحيح.

هذا والجدير بالذكر أن الأعمال التجارية المختلطة يجوز فيها لغير التاجر الاستناد لشهادة الشهود واتباع القواعد التجارية في الاثبات في مواجهة من كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه، أما التاجر فيتعين عليه في الإثبات إتباع القواعد المدنية، فلا يجوز له إذا كانت قيمة التصرف القانوني تتجاوز 100.000 دج الاثبات بغير الكتابة.²

■ **التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000 دج:** استنادا لنص المادة 333 من التقنين المدني، فإن التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دج يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك كما هو الشأن بالنسبة لعقد الكفالة وعقد الصلح.

2- الحالات التي يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود استثناء:

لقد أجاز المشرع الجزائري وخروجا عن الأصل العام الذي يقتضي الاثبات بالكتابة في ما يفوق قيمته 100.000 دينار جزائري، الاستعانة استثناء بشهادة الشهود في بعض الحالات كدليل اثبات ويندرج ضمن هذا الحالات:

¹ - جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص. 123.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ص. 140.

وجود مبدأ الثبوت بالكتابة (أ)، وجود ما نع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي (ب)، فقدان الدائن للسند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه (ج).

أ- مبدأ الثبوت بالكتابة:

أجاز المشرع الجزائي الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وذلك متى وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، ويتقرر هذا الأخير عند صدور كتابة من الخصم ويكون من شأنها جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، بحيث ينشأ عن ذلك وجود دليل ناقص يكون بإمكان قاضي الموضوع الاستناد إليه في الإثبات، ومن ذلك الخطاب الذي يكتبه المدين للدائن مشيراً إلى وجود دين في ذمته دونما تحديد لمقداره، في هذه الحالة يشكل الخطاب مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للدين، ويجوز للمدعي أن يثبت بالبيئة مقدار الدين وشروطه.

بهذا يلاحظ أن مبدأ الثبوت بالكتابة يقتضي للأخذ به توفر شروط ثلاثة وهي: وجود الكتابة، صدور الكتابة من الخصم، جعل الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

✓ وجود ورقة مكتوبة: يستلزم وجود مبدأ الثبوت بالكتابة وجود كتابة، وللإشارة فإنه لا يلزم

أي شكل خاص فيها، فلا يشترط أن تكون موقعة، ولكن ينبغي لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترفا بوجودها ممن تنسب إليه.¹

✓ صدور الكتابة من الخصم: يستوي أن تصدر الكتابة من الخصم شخصياً أو من نائبه

القانوني أو الاتفاقي شريطة عدم تجاوز حدود النيابة، وتكون كذلك إذا كانت بخطه أو بخط من يمثله، ومع هذا يجدر الذكر أن هناك بعض الأوراق ورغم أنها غير مكتوبة بخطه ولا بخط ممثله ولا موقعا عليها منه ولا ممن يمثله إلا أنها تعد صادرة من الشخص، ومن ذلك محاضر التحقيق ومحاضر الجلسات، فهذه أوراق رسمية وما يرد فيها يعد صادراً من المعني بالأمر، وعليه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال.²

هذا ويجدر الذكر أن الورقة لا تعد مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا لم يتم إنكارها ممن يتمسك بها عليه.

✓ أن يرد في الورقة ما يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، لأنها إذا تضمنت نفياً

قاطعاً للواقعة المدعاة فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.

¹ - بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 223.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص. 147.

إن توفر الشروط السالف ذكرها يؤدي إلى قيام مبدأ الثبوت بالكتابة ويجوز للقاضي أن يكمله بشهادة الشهود.

ب- المانع من الحصول على دليل كتابي:

لقد أتاح القانون كلما وجدت ظروف خاصة حالت دون الحصول على الدليل الكتابي الاستعانة بشهادة الشهود لإثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن المبلغ المحدد في المادة 333 من التقنين المدني، وكذا إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي، وحتى في الحالات التي يقتضي فيها القانون الكتابة للإثبات، ما عدا التصرفات التي تعد الكتابة فيها ركنا للانعقاد، والتي يترتب على تخلفها البطلان المطلق.

يقصد بالمانع من الحصول على الكتابة المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة مقصورة على شخص المتعاقد أو الظروف التي يتم فيها العقد، وللإشارة فإن هذا المانع قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا.

■ **المانع المادي:** يندرج ضمن المانع المادي الظروف المادية التي تحيط بإنشاء التصرف القانوني وتحول دون حصول ذوي الشأن على متسع من الوقت لإعداد الدليل الكتابي، ومن ذلك مثلا إنشاء تصرف قانوني أثناء الحوادث المفاجئة كالحريق أو الفيضان.¹ إن تحقق هذه الظروف ومساهمتها في الاستناد إلى شهادة الشهود لإثبات التصرف يظل خاضعا لقاضي الموضوع، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الظروف التي تم فيها التصرف تعد مانعا من الحصول على الدليل الكتابي أم لا.

■ **المانع الأدبي:** يندرج ضمن المانع الأدبي الظروف النفسية التي كانت تربط بين الطرفين وقت التعاقد ولم تكن تسمح من الناحية الأدبية لأحدهما أن يطلب كتابة من المتعاقد الآخر، ومن أمثلة ذلك التصرف القانوني الذي يبرم بين أشخاص لهم صلة قرابة بينهم كعلاقة الأخوة بينهم أو الآباء مع أبنائهم أو الأزواج بينهم أو في علاقتهم بأصهارهم.² إن تحقق هذه الظروف ومدى اعتبارها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابي أمر خاضع لتقدير القضاء ولا رقابة عليه من المحكمة العليا متى عمل على تسبب تقديره.

ج- فقد السند الكتابي:

لقد أجاز المشرع للدائن حين فقده للسند الكتابي الاستعانة بشهادة الشهود لإثبات التصرفات القانونية، ووسع من ذلك النطاق ليشمل إلى جانب الحالات السالف ذكرها الإثبات بوجود مانع

¹ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.73.

² - بكوش يحي، المرجع السابق، ص.234.

يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، حالة التصرفات الشكلية التي تعد الكتابة ركنا فيها، وذلك لأن مرد ذلك راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، غير أن أعمال هذا الاستثناء يقتضي تحقق شرطين أولهما سبق وجود سند كتابي، ويتوجب على المدعي في هذه الحالة إثبات سبق وجود دليل كتابي كامل مستوف لكل الشروط القانونية لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة.

وثانيهما فقد السند بسبب أجنبي، إذ يتوجب على المدعي إلى جانب إثبات تحقق الشرط الأول، إثبات فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه، ويستوي في السبب الأجنبي أن يكون ناشئا عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان أو ناشئا عن فعل الغير كتسليم المدعي السند إلى القضاء أو إلى محاميه في قضية معينة وضاع منه. هذا وقد يفقد بسبب المدعى عليه الذي يقوم بإختلاس المستند أو انتزاعه من المدعي بالحيلة أو بالقوة.

إن إستعانة المدعي في هذه الحالة بشهادة الشهود يقتضي منه إثبات الحادث المؤدي إلى فقدان السند وذلك بإثباته لواقعتين اثنتين هما الحادث المؤدي إلى الفقد وواقعة الفقد، ويكون ذلك سهلا ميسورا لأنهما واقعتين ماديتين يجوز إثباتهما بجميع طرق الإثبات.¹

ثالثا- القرائن وحجية الشيء المقضي به:

سيتم التطرق في هذا الشق لكل من القرائن وحجية الشيء المقضي فيه .

1- القرائن:

يعد الإثبات بالقرائن إثبات غير مباشر يعول عليه عند غياب الأدلة المباشرة،² ويعد اثباتا غير مباشر لأنه ينصب على واقعة أخرى مجاورة ومتصلة بموضوع النزاع يترتب على ثبوتها ترجيح ثبوت الواقعة محل النزاع.³

وعليه القرينة أحد وسائل الإثبات التي يستنبط فيها المشرع أو القاضي من واقعة ثابتة ثبوت واقعة أخرى، أو هي النتائج التي يستخلصها المشرع أو القاضي من واقعة أو وقائع معلومة ثابتة لسحبها على واقعة أخرى غير موجودة أو متنازع فيها يصعب أو يستحيل إثباتها. أو هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول.

ويعد هذا الدور من عمل القضاء في الصورة العادية، غير أن المشرع قد يتدخل في بعض الأحيان للقيام بذلك بالنسبة لبعض الوقائع، وعليه القرائن نوعان؛ إحداهما قضائية (أ) والأخرى قانونية (ب).

¹- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.161.

²- يحي سامية، حجية القرائن القضائية في الإثبات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مجلد 57، العدد2، السنة 2020، ص.248.

³- عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.124.

أ- القرائن القضائية:

تعد قرائن يستنبطها القاضي مما يعرض عليه من وقائع الدعوى المطروحة أمامه، فيصل منها بطريق الاستنباط إلى الاقتناع بصحة وقائع أخرى.¹

لأهمية القرائن القضائية تعرض لها المشرع الجزائري في المادة 340 من التقنين المدني، وخول للقاضي صلاحية استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، غير أنه قيده في اللجوء إليها بالحالات التي لا يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة،² ومن أمثلة ذلك استخلاص القاضي صورية التصرف من واقعة القرابة التي تربط المتصرف بالمتصرف إليه.

إن القاضي حر في تقدير القرائن القضائية التي يعول عليها، إذ يمكن له اختيار واقعة من الوقائع الثابتة أمامه ليستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المدعاة، كما أنه يكون حر في تكوين اعتقاده، إذ قد يقتنع بقرينة واحدة، ولا يقتنع بقرائن أخرى يعتبرها ضعيفة.

هذا ويكون للقاضي ترجيح قرينة على أخرى دون أن يكون ملزماً ببيان أسباب هذا الترجيح، طالما أنه لم يخرج بها عما يؤديه إليه مدلولها، كما أن له تجزئة القرينة القضائية والأخذ بها في واقعة دون الوقائع الأخرى، على أن خطئه في تقييم القرينة أو الدليل المستند إليه لا يشكل مسألة قانونية، فهو من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لتقدير المحكمة العليا.³

نظراً لأن الاستنباط من القرائن إستدلال يقوم على الظن والترجيح يلاحظ أن القانون جعل دلالة القرائن القضائية ضعيف لا يمكن اعتبارها وسيلة اثبات إلا حينما يتعذر أو لا يلزم تطلب دليل أقوى كالكتابة،⁴ ولم يجز الاثبات بها إلا حيث يجوز الاثبات بالبينة.

ب- القرينة القانونية:

تعد القرينة القانونية عكس القرينة القضائية، ذلك أن مصدرها التشريع ، وفيها يقوم المشرع باستنباط أو افتراض أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، بحيث يترتب على ثبوت الواقعة الأولى ثبوت الواقعة الثانية المجهولة، وفي هذه العملية الاستنباطية لا يكون للقاضي ولا للخصوم أي دور.

إن الاستنباط الذي يقوم به المشرع يفرض على القاضي، بحيث يلزمه الأخذ بدلالة القرينة فلا يكون مخيراً في ذلك.⁵

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 531.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 385.

³ - يحي بكوش، المرجع السابق، ص. 200.

⁴ - محمد الصغير بعل، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 210.

⁵ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص. 75.

لقد حدد المشرع القرائن القانونية على سبيل الحصر، وفرق فيها بين نوعين؛ قرائن بسيطة وأخرى قاطعة.

الأصل في القرائن القانونية أنها بسيطة، بحيث أنها لا تعفي نهائياً من الإثبات، بل تنقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إلى عاتق شخص آخر، بحيث يجوز نقض دلالتها بإثبات عكسها دون أن يحتاج الأمر لنص خاص في ذلك،¹ وهو ما قرره المشرع الجزائري في المادة 337 من التقنين المدني، ومن أمثلة هذا النوع من القرائن ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 61 من التقنين المدني والتي اعتبر فيها أن وصول التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه، يعد قرينة على العلم به، مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك.

بمقتضى هذا النص يكفي المكلف بعبء إثبات علم من وجه إليه التعبير عن الإرادة إثبات وصول التعبير إلى الشخص المحدد، وهي واقعة يسهل إثباتها مقارنة بالواقعة الأصلية وهي العلم بالتعبير، فمتى فعل ذلك قامت لصالحه قرينة تعفيه من إثبات الواقعة الأصلية، على أنه يكون للموجه إليه التعبير عن الإرادة دحض هذه القرينة بإثبات عدم علمه بهذا التعبير رغم وصوله إليه وله إثبات ذلك بمختلف طرق الإثبات.

هذا عن النوع الأول من القرائن القانونية، أما النوع الثاني فهي قرائن لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس، ومثالها قرينة الحقيقة القضائية التي يعبر عنها بقوة الأمر المقضي به، فالحكم القضائي الفاصل في نزاع معين والمستنفذ لطرق الطعن يصبح قرينة على صحة القضاء الوارد به، ولا يمكن بعد ذلك لمن يكون سارياً في مواجهته الحكم أن يثبت مخالفته للحقيقة.²

يجدر الذكر أن غالبية الفقه ترفض هذه التفرقة وتعتبر أن القرائن القانونية لا يمكن إلا أن تكون بسيطة، وعليه حسبهم لا تعد الافتراضات القاطعة قرائن، كما أنها لا تعد وسيلة للإثبات، وإنما هي قواعد موضوعية تقوم على قرائن، أي أنها أحكام تفرض على الناس في صورة قواعد واجبة الاتباع في مسألة معينة، ويجد هذا تبريره في أن القرينة القانونية باعتبارها دليل إثبات فإنها تكون حتماً قابلة لإثبات العكس، وهو ما لا يتحقق فيها ذلك أنها لا تقبل إثبات العكس.

هذا هو الأمر الذي أدى بهذا الاتجاه الفقهي إلى إنكار صفة القرينة القانونية القاطعة عن حجية الشيء المقضي فيه، واعتبارها قاعدة موضوعية شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية الواردة في المادة 40 من التقنين المدني المحددة لسن الرشد بتسعة عشرة سنة كاملة، والتي أقام فيها المشرع هذا التحديد على الغالب الراجح من الأحوال، فجعل بلوغ هذه السن قرينة على تمام أهلية الإنسان الذي يبلغ عند هذا السن قدراً من النضج يسمح له بمباشرة التصرفات القانونية، ولم

¹ - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 173.

² - عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص. 131.

يجز إثبات عكس ما ورد في هذه القاعدة، بحيث لا يجوز إثبات أن الشخص الذي لم يبلغ هذه السن راشد ولو ظهر بالفعل نضجه وقدرته على إبرام التصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن.

بهذا يلاحظ أن هناك شبهة بين القاعدة الموضوعية وبين القرينة القانونية، إذ كلاهما يقومان على فكرة الغالب الراجح رغم اختلافهما في عدم ظهور فكرة القرينة في القاعدة الموضوعية بصورة واضحة لبقاءها فيها بمنزلة الدافع لها، وهو ما لا يتجسد في القرينة القانونية والتي تكون موضوع النص وتظهر فيها الواقعتان اللتان تجتمعان فيها وهي الواقعة الثابتة التي تبنى عليها القرينة والواقعة الأخرى المستنبطة فيها، بحيث يكون قصد المشرع من النص على القرينة نقل عبء الإثبات من الواقعة الثابتة الصعبة إلى الواقعة الأولى سهلة الإثبات.

بهذا يتضح أن كل افتراض لا يجيز القانون إثبات عكسه بأي وسيلة يعد قاعدة موضوعية، لا قرينة حقيقية، لأن القرينة قاعدة إثبات يهدف المشرع فيها إلى تسهيل الإثبات بالنسبة لمن تقرر لصالحه بنقلها من واقعة صعبة إلى واقعة أخرى سهلة دون أن يكون لذلك أي أثر على ما للخصم من حق في دحض هذه القرينة.

والأصل في الدليل قبول إثبات العكس، فمتى اتضح أن المشرع حضر نقض القرينة فهذا يعني أنه انتقل بها من مجال قواعد الإثبات إلى مجال القواعد الموضوعية، وقيامه بهذا يوضح رغبته في عدم الوصول للحقيقة بقدر حرصه على الحكم الذي ينص عليه.¹

2- حجية الشيء المقضي به:

يراد بحجية الشيء المقضي به منع عمال القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي سبق الفصل فيه، وعلى هذا الأساس لا يكون لمن كان طرفاً في النزاع الذي فصل فيه الحكم رفع دعوى جديدة متى اتحد الأطراف، وكان لها ذات المحل والسبب، إلا عن طريق الطعن فيه بالطرق وفي المواعيد التي حددها القانون.²

لأهمية هذا تعرض له المشرع الجزائري في المادة 338 من التقنين المدني، وذلك لرغبته في تمكين القضاء من أداء مهمته بوضع حد للخصومة في وجه من يخسر الدعوى، إضافة إلى سعيه لتوفير الثقة للأحكام القضائية ومنحها هيبتها مع سعيه لتجنب صدور أحكام قضائية متناقضة. هذا ويجدر الذكر أن حجية الأمر المقضي فيه تختلف عن قوة الأمر المقضي فيه، ذلك أن هذه الأخيرة لا تثبت إلا للأحكام النهائية التي استنفذت طرق الطعن العادية، بخلاف حجية الأمر المقضي التي تثبت لكل حكم ولو كان ابتدائياً وفيها يمنع على الخصوم إعادة عرض النزاع من جديد أمام القضاء بدعوى مبتدأة، وإلا كانت هذه الأخيرة غير مقبولة.

¹ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 148.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 187.

إن التعرض لموضوع حجية الشيء المقضي فيه تقتضي التعرض لنطاق هذه الحجية (أ) ولحجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية (ب).
أ- نطاق حجية الشيء المقضي فيه:

يتطلب تحديد نطاق حجية الشيء المقضي فيه بيان الأحكام التي تحوز هذه الحجية وشروط الدفع بها.

- **الأحكام التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه:** تثبت حجية الشيء المقضي فيه للأحكام القضائية القطعية الفاصلة في موضوع النزاع أوفي الدفوع الشكاية أو الموضوعية، والصادرة عن جهة قضائية مختصة.¹
- **شروط الدفع بحجية الشيء المقضي به:** يقتضي الدفع بحجية الشيء المقضي فيه توفر شروط معينة يتم استخلاصها بالرجوع إلى المادة 338 من التقنين المدني وتتمثل هذه الشروط في كل من :

❖ **وحدة الخصوم:** ينبغي للدفع بحجية الشيء المقضي فيه أن يكون أطراف الدعوى الجديدة هم الخصوم الذين كانوا أطرافا في الدعوى السابقة، والعبرة في تحقق هذا الشرط بصفة الخصم لا بشخصه.

هذا والجدير بالذكر أن حجية الحكم لا تقتصر على الخصوم فحسب، بل تمتد لتشمل الخلف سواء كان عاما أو خاصا على أنه ينبغي بالنسبة لهذا الأخير تعلق الحكم بالعين التي انتقلت إليه، وأن تكون الدعوى التي صدر الحكم بخصوصها قد رفعت وتم تسجيلها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص.

كما تمتد الحجية لتشمل الدائنين العاديين ، وذلك متى كان الحكم قد صدر ضد مدينهم، ما عدا الحالة التي يصدر فيها الحكم بسبب تواطئ المدين مع خصمه بغية المساس بحقوق دائنيه.

❖ **وحدة المحل:** يشترط للدفع بحجية الشيء المقضي فيه أن يكون محل الدعوى الجديدة أي موضوعها ذاته محل الدعوى التي سبق الفصل فيها. والعبرة في وحدة المحل هي بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم، وعليه إذا اختلفت الطلبات في الدعويين فإن وحدة المحل لا تتحقق حتى ولو كانت الدعويين متعلقين بشيء واحد.

وتقرير وجود الاتحاد من عدمه أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع على ضوء مقارنة ما تقدم في الدعوى الجديدة من طلبات بما تضمنه الحكم السابق من قضاء.²

¹ - لتفاصيل أكثر، جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص.150.
² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.212.

❖ **وحدة السبب:** يتطلب الدفع بحجية الشيء المقضي فيه وحدة السبب بأن تكون الدعوى الجديدة مستندة لنفس الأساس القانوني الذي استندت إليه الدعوى السابقة.¹

ب- حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية:

عالج المشرع الجزائري مسألة حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية بمقتضى المادة 339 من التقنين المدني، فغلب الحكم الجنائي على الحكم المدني، وعمل على منع صدور حكم مدني مناقض لحكم جنائي بأن جعل لهذا الأخير حجية أمام المحاكم المدنية.

يعود سبب منح المشرع الحجية للأحكام الجنائية وتغليبها على الأحكام المدنية ارتباطها بحريات الأفراد وسلامتهم وتعلقها بالنظام العام، وعلى هذا الأساس أنه لا يعقل أن يجعل القاضي الجنائي على المتهم بالعقوبة المقررة لثبوت ارتكاب الجريمة ليرفض بعدها القاضي المدني دعوى التعويض على أساس براءة المتهم من الفعل المنسوب إليه.²

يقتضي إعمال حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية تعلق الحكمين بالوقائع ذاتها، بأن يفصل القاضي المدني في ذات الوقائع التي فصل فيها القاضي الجزائي، على أن يكون الفصل في تلك الوقائع ضرورياً للفصل في الدعوى الجنائية.

يترتب على تغليب الحكم الجنائي أمام المدنية النتائج التالية:

✓ وقف الدعوى المدنية إلى غاية الفصل في الدعوى الجنائية استناداً لقاعدة الجنائي يوقف المدني الوارد ذكرها في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

إن إعمال هذه القاعدة يقتضي أن يكون الفعل الذي تتعلق به الدعويين واحداً، كما ينبغي تحقق سبق رفع الدعوى الجنائية عن المدنية أو تزامنها معها.

✓ إلزام المحاكم المدنية بالحكم الجنائي : يتوجب على المحاكم المدنية أن تلتزم بتطابق الحكم الصادر عنها مع الحكم الصادر عن المحاكم الجنائية.

رابعاً- الإقرار:

الإقرار هو اعتراف شخص المقر بواقعة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية على عاتقه مع قصده أن تعتبر الواقعة ثابتة في حقه. أو هو اعتراف شخص بأمر مدعى عليه به رغبة منه في إثبات هذا الأمر في ذمته وإعفاء الطرف الآخر من اثباته.³

والإقرار نوعان أحدهما قضائي (1)، والآخر غير قضائي (2).

¹ - جميل الشوقاوي، المرجع السابق، ص.160.

² - عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص.150.

³ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.479.

1- الإقرار القضائي:

يقتضي بيان الإقرار القضائي التطرق لتعريفه مع بيان شروطه(أ)، ليتم بعدها تحديده آثاره

(ب).

أ- تعريف الإقرار القضائي وتحديد شروطه

الإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يتم أثناء قيام الخصومة، والذي يتوقف عليه حل النزاع كلياً أو جزئياً، وقد تعرض له المشرع الجزائري في المادة 341 من التقنين المدني واعتبره إقراراً الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

يتطلب الاعتداد بالإقرار القضائي أن يصدر عن المقر الذي ينبغي أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف في الشيء المتنازع فيه، وهو يصدر إما من الخصم في الدعوى شخصياً أو من وكيله على أن اختيار هذا الطريق يستلزم أن تكون الوكالة خاصة وفقاً لما تقتضي به المادة 574 من التقنين المدني، ووفقاً للقرار الصادر عن المحكمة العليا¹، بحيث يترتب على عدم توضيح القاضي لنوع الوكالة الممنوحة للنائب بغرض الإقرار نقض الحكم الصادر عنه لقصور في التسيب². هذا وينبغي أن يكون المقر ذا صفة في الدعوى التي أقر فيها.

ينبغي أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها عليه، وعليه لا بد أن يكون الإقرار قد صدر في القضية ذاتها المتعلقة بالحق المقر به .

كما ويتطلب الاعتداد به أن يصدر أمام القضاء : إن الاعتداد بالإقرار القضائي يقتضي صدوره أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع، ومنه لا يندرج ضمن هذا النوع الإقرار الذي يصدر أمام النيابة العامة ولا الصادر أمام الجهات الإدارية ويطبق الأمر ذاته بشأن الإقرار الصادر أمام الخبير³. وللاعتداد به لا بد من وروده في ورقة مقدمة من الخصم المقر بحيث تكون مودعة بملف الدعوى، على أنه وفي حال الإدلاء به شفاهة فإنه لا بد من إثباته في محضر الجلسة. هذا ويشترط في هذا النوع من الإقرار أن يصدر أثناء السير في الدعوى المتعلقة بموضوعه: لقد قررت المادة 341 من التقنين المدني هذا واستلزمت أن يتم الإقرار أثناء السير في

¹ - قرار رقم 0880246 الصادر بتاريخ 18-09-2014 عن المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2014، ص.159: "يتم الإقرار أمام القضاء، نيابة عن الغير، بموجب وكالة خاصة."

² - بكوش يحي، المرجع السابق، ص.271.

³ - أكدت المحكمة العليا في عديد القرارات الصادرة عنها عدم إضفاء الطبيعة القضائية على الإقرار الصادر أمام الخبير، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 7-12-1988، والذي ورد به: "لا يجوز للقضاة الأخذ بإقرار أحد الأطراف الذي تم أمام الخبير" المجلة القضائية، 1990، ص.38

كما وقررت ذات الأمر في القرار رقم 296003 الصادر بتاريخ 22-06-2005، مجلة المحكمة العليا، 2005، ص.75 والذي قررت فيه "لا تعد الأقوال المدلى بها أمام الخبير إقراراً قضائياً."

الدعوى المتعلقة بموضوع الاعتراف، ويستوي أن يتم في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وعليه لا يعد قضائيا الإقرار الذي يصدر في دعوى سابقة بشأن القضية المنظورة، وهو ما قرره المحكمة العليا بتاريخ 13-11-1996 والتي اعتبرت الإقرار الصادر عن الخصم أثناء مرافعة سابقة، ولو أمام نفس الجهة القضائية إقرار غير قضائي¹.

ب- الآثار المترتبة على الإقرار القضائي:

يترتب على الإقرار القضائي بالنحو السالف ذكره آثار متعددة وتتمثل:

■ **الحجة القاطعة للإقرار القضائي:** يعد هذا الأخير حجة قاطعة على المقر وهو دليل قاطع على الواقعة التي أقر بها، وهو ما تقرر بموجب المادة 342 من التقنين المدني، ومنه يتعين على القاضي الأخذ به في القضية التي صدر بشأنها دون أن يكون له أية سلطة في تقديره²، إلا إذا كان المقر به (محل الإقرار) غير مشروع، أو حقا لا يجوز النزول عنه أو مما يمنع القانون الإقرار به.

ونظرا لأن الإقرار اعتراف من الخصم أمام القضاء، فإن أثره يشمل المقر والخلف العام، فيتم الاحتجاج عليهم بما تضمنه الإقرار دون أن يمتد ذلك للغير³.

■ **عدم جواز العدول عن الإقرار:** لا يجوز للمقر التخلص من الإقرار بإثبات عدم صحته كأصل عام، وهو ما يستفاد من مصطلح أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولكن ولاعتبار أن الإقرار عمل قانوني يشترط فيه ما يشترط في العمل القانوني بما يترتب عليه من جزاء البطلان أو القابلية للإبطال، فإن للمقر باعتباره مدعيا التمسك بقابليته للإبطال على أن يثبت السبب الذي يتيح له التخلص منه، والذي غالبا ما يكون وقوعه في غلط في الواقع⁴.

■ **عدم جواز تجزئه الإقرار:** انطلاقا من المادة 342/2 من التقنين المدني فإن الإقرار لا يقبل التجزئة كأصل عام، فلا يمكن أن يؤخذ منه بالضرر للمقر ويترك الصالح له، فإما يؤخذ به كاملا أو يستبعد كاملا، ولكن يرد على هذا الأمر استثناء يتقرر إذا انصب الإقرار على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم وجود الوقائع الأخرى.

إن تحديد هذا الأمر يقتضي التفرقة بين أنواع الإقرار والتي تشمل كل من الإقرار البسيط، الإقرار الموصوف، والإقرار المركب. فأما الإقرار البسيط فلا يتم البحث في تجزئته لاعتباره اعتراف من المدعى عليه بما يدعيه المدعي دونما تعديل فيه سواء كان المدعى به محل الإقرار

¹- القرار رقم 144603 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13-11-1996، المجلة القضائية، 1996، ص.49.

²- القرار رقم 40402 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17-06-1987، المجلة القضائية 1990، ص.130.

³- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.528.

⁴- نفس المرجع، ص.531.

واقعة واحدة أو أكثر من واقعة. ومثاله أن يدعي شخص بأنه أقرض آخر مبلغا من المال، ويعترف المدعى عليه بذلك .

أما النوع الثاني (الإقرار الموصوف) فهو إقرار المقر بواقعة مدعى بها ولكنه يضيف إليها وصفا أو قيذا معاصرا لنشئها، ينجر عنه التعديل في آثارها. كأن يطالب الدائن بدين حال الأجل، فيقر المدعي عليه بالدين مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط.

ونظرا لوجود تعارض بين مصلحة المدعي في تجزئة الإقرار على المقر ليأخذ بالاعتراف بالواقعة الأصلية ويستبعد الاعتراف بالوصف، ومصلحة المدعى عليه التي تتضرر من هذه التجزئة، فإنه لا يجوز للمقر له تجزئة الإقرار.¹

أما الثالث وهو الإقرار المركب فيتحقق عند الإقرار بالواقعة المدعى بها مضافا إليها واقعة أخرى لاحقة تترتب عليها نتائج تؤثر في نتائج الواقعة الأولى، وينبغي فيه أن يتم الإقرار بالواقعتين الأصلية والمضافة معا. ومثاله أن يصرح المدعي في دعواه أنه أقرض المدعى عليه مبلغا من المال، ويقر هذا الأخير بذلك غير أنه يشير في الوقت ذاته بأنه وفى الدين كاملا أو وفى جزء منه. ولتعارض مصلحة الطرفين فإن هذا النوع من الإقرار لا يتم تجزئته كأصل عام، مع استثناء الحالات المتعلقة باستقلالية الواقعة المضافة عن الواقعة الأصلية.²

2- الإقرار غير القضائي:

الإقرار غير القضائي هو الإقرار الذي يصدر خارج الجهات القضائية، أو يصدر أمام الجهات القضائية ولكن في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها. ومثال الحالة الأولى الإقرار الحاصل أمام الخبير أو الموثق، ومثال الحالة الثانية الإقرار الحاصل أثناء المرافعة الجزائية والذي لا يعد إلا إقرارا عاديا بالنسبة للمرافعة المدنية، وذات الأمر بالنسبة للإقرار الواقع في الدعوى الاستعجالية والذي لا يصلح إلا إقرارا غير قضائي في الدعوى القائمة في الموضوع.³

خامسا- اليمين القانونية

اليمين هي إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر، ولأهميتها تعرض لها المشرع الجزائري في المادة 343 من التقنين المدني وما يليها، وبالرجوع لهذه الأحكام يلاحظ أن المشرع الجزائري عالج اليمين القضائية دون اليمين غير القضائية، وعليه اليمين نوعان، فأما

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.253.

² - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.538.

³ - بكوش يحيى، المرجع السابق، ص.277.

الأولى فتؤدى أمام الجهات القضائية، وأما الثانية فتؤدى خارج الجهات القضائية، وهي نادرة الوقوع.

والمعلوم أن هذا النوع يتفق الطرفان على أحكامه، ويخضع الاتفاق الخاص به للقواعد العامة المتعلقة بالعقود، والتي تقضي أن الاتفاق يثبت كتابة إذا تجاوزت قيمته 100.000 دينار جزائري، ويثبت بسائر الطرق إذا لم يبلغ النصاب القانوني المحدد سابقا، ولاريب أن تأدية هذا النوع من اليمين يرتب كل آثار اليمين القضائية، وإذا اضطر الطرفان بعد ذلك للجوء إلى القضاء فلا يكون ذلك إلا لإثبات حصول اليمين أو النكول عنها .

أما اليمين القضائية فقد تعرض لها المشرع الجزائري بالتفصيل وبين أحكامها وأنواعها، والتي تشمل اليمين الحاسمة (1) واليمين المتممة (2) وهو ما سيتم تحديده.

1- اليمين الحاسمة:

يطلق عليها هذا اللفظ بسبب النتيجة المترتبة عليها والمتمثلة في حسم النزاع، وهي ليست طريقا عاديا للإثبات، بحيث لا يمكن اللجوء لها إلا بعد استنفاد طرق الإثبات الأخرى، وعدم وجود دليل آخر يحسم به النزاع.¹

تعد هذه اليمين ملكا للخصم يوجهها إلى خصمه عند إنكاره للواقعة المدعاة عليه بها ومن خلالها يحتكم الخصم إلى ضمير خصمه عند ما يعوزه كل دليل آخر لحسم النزاع،² ورغم أنها ملك للخصم إلا أنه لا يوجهها مباشرة لخصمه، بل عليه فعل ذلك من خلال المحكمة التي يقدم لها طلبا بذلك.

إن الاعتداد باليمين الحاسمة يتطلب أن تتوفر شروط متعددة بحيث ينبغي أن يكون كل من الطرفين (من موجه اليمين ومن وجهت له) يتمتع بأهلية التصرف في الحق موضوع الحلف، ومنه لا يجوز للنائب توجيه اليمين باسم الأصيل إلا فيما يدخل في حدود ولايته، وفيما يكون له فيه وكالة خاصة استنادا لنص المادة 547 من التقنين المدني. كما ينبغي أن يكون من وجهت له اليمين ذي صفة في الدعوى.

أما بشأن موضوع اليمين وهي تلك الواقعة التي يدعيها المدعي وينكرها المدعى عليه فينبغي أن تكون واقعة شخصية (متعلقة بشخص من وجهت إليه) ومنتجة في الدعوى وحاسمة في النزاع.³

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص.76.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.533.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.271.

إن أهمية هذا النوع من اليمين في تمكين القاضي من الفصل في النزاع يتيح له الاستجابة لطلب الخصم في توجيهها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وأمام أي جهة قضائية طالما لم يصدر بشأنها حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، غير أنه لا يجوز توجيهها أمام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون، هذا ما لم يتم نقض الحكم والتعرض له من طرفها باعتبارها محكمة موضوع.

إن تحقق الشروط السالف ذكرها يؤدي إلى اعتبار اليمين الحاسمة حجة قاصرة على من وجهها وعلى من وجهت إليه، بحيث أن أثرها لا يتعدى إلى غيرهما من الخصوم، ومنه لا يجوز لغير من وجهت إليه أن ينازع فيها أو يعترض على توجيهها.¹

يترتب على توجيه اليمين بالنسبة لمن وجهها:

- ✓ سقوط حقه في الأدلة الأخرى التي يمكن أن يثبت بها موضوع اليمين.
 - ✓ ارتباط موجه اليمين بما يترتب على موقف خصمه منها، وهي الحلف، الرد أو النكول.
- هذا وترتب اليمين بالنسبة لمن وجهت إليه بتأديتها بالصيغة التي وجهت إليه حتى يقضى بترك المدعى له ورفض دعوى من وجهها ولا يكون بإمكانه تجزئة الصيغة التي وجهت إليه وتأدية اليمين على بعضها دون البعض الآخر.
- يكن أثر توجيه اليمين بالنسبة لمن وجهت إليه في ثلاث مسائل وتشمل تأديتها، ردها، النكول عن أدائها.

وعليه إذا قام من وجهت إليه بتأديتها بالطريقة التي وجهت إليه كانت حجة ملزمة للقاضي ما لم يثبت كذب اليمين بحكم جنائي، أما إذا ردها على من وجهها له، فكان له ذلك متى كانت الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الطرفين، ومتعلقة بشخص كل منهما، وكان من ردت عليه في مركز من وجهت إليه ولا يكون له ردها بعد ذلك، بل عليه آداؤها وإلا اعتبر رافضا.

إن تطبيق هذا الحكم يقتضي أن يكون الرد قد وقع على ذات اليمين التي تم توجيهها، بحيث إذا وردت على واقعة أخرى غير الواقعة موضوع اليمين الأولى فإن ذلك يعد تعديلا لتلك الواقعة، ولا يعد أداء اليمين فيها ردا بل يمينا جديدة يجوز ردها.

هذا ويجدر الذكر أن من وجهت له اليمين يمكنه النكول عن أدائها، وينجم عن ذلك خسارته لدعواه والحكم لمصلحة من وجه اليمين.²

¹ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.92.

² - جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص.190.

2- اليمين المتممة:

إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة في تقصي الحقيقة من الخصمين (مدعي أو مدعى عليه)¹، والغالب أن يوجهها للخصم الذي يراه أجدر بالثقة، أو لذلك الذي قدم ما يجعل دعواه قريبة التصديق، وذلك رغبة منه في استكمال الدليل الناقص في الدعوى، ويكون له السلطة التقديرية في تقدير نتيحتها، وسميت باليمين المتممة لأن الغرض منها توجيه القاضي لها عند عدم كفاية الأدلة المقدمة في الدعوى.

بناء على هذا التعريف، يلاحظ أن اليمين المتممة ملك للقاضي يوجهها من تلقاء نفسه، ولا يجوز بذلك لأحد الخصمين أن يوجهها إلى خصمه الآخر،² فكل ما في الأمر أنه يكون بإمكان الخصوم اقتراح توجيهها ويكون القاضي حر في ذلك، هذا ويتطلب توجيهها عدم وجود دليل كامل في الدعوى، لأنه متى تقرر ذلك كانت الدعوى ثابتة ولا يكون هناك محل لتكملة الأدلة الواردة بها باليمين المتممة.

يترتب على اليمين المتممة نتائج متعددة أهمها:

- ✓ جواز توجيهها في أمر غير حاسم في الدعوى.
- ✓ عدم إمكانية ردها ممن وجهت إليه إلى خصمه الآخر لاعتبار أن القاضي من يتولى توجيهها لتكملة قناعته بمبدأ الثبوت الموجود في الدعوى.
- ✓ قدرة القاضي على العدول عنها بعد توجيهها متى وجدت أدلة كافية تغنيه عن اللجوء لها.
- ✓ عدم تمتع اليمين المتممة بالحجية القاطعة، بحيث يجوز للخصم إثبات كذبها من خلال الطعن في الحكم الصادر بناء عليها.
- ✓ تمتع القاضي بالسلطة التقديرية الواسعة في الاعتداد بها من عدمه، فهي لا تعد حجة ملزمة له، ولا يتوجب عليه الحكم على خصمه الذي نكل عنها، بل يمكنه بعد رفض هذا الأخير تأديتها توجيهها للخصم الآخر.³

المبحث الثالث: استعمال الحق

يترتب على نشوء الحق منح صاحبه استعماله في الحدود المقررة له قانوناً ، ويراد باستعمال الحق إفادة صاحب الحق بمضمونه من خلال مباشرة السلطات والمكنات التي يخولها له القانون، والتي تختلف بدورها تبعاً لاختلاف كل حق⁴.

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص.76.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.385.

³ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.94.

⁴ - يراجع هذه المطبوعة، ص.34.

فمثلا يخول مضمون حق الملكية للمالك سلطات ثلاث تتمثل في كل من الاستعمال، الاستغلال، التصرف، في حين يتمثل مضمون حق الدائنية في منح الدائن القدرة على إقتضاء الدين من المدين في الأجل المحدد له.¹

هذا ويتعين على صاحب الحق عدم تجاوز الحدود المقرر قانونا بما ينجم عنه الإضرار بالغير، وإلا كان متعسفا في ذلك الاستعمال. لأهمية التعسف في استعمال الحق سيتم التطرق له ببيان مفهومه من جهة (المطلب الأول)، وأساسه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق

ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق بعد أفول نجم المذهب الفردي ورواج أحكام المذهب الاجتماعي مما ساهم في تطور استعمال الحق، إذ بينما كان الحق في ظل المذهب الفردي² مطلقا من كل قيد، أضحى في ظل المذهب الاجتماعي مقيدا بضوابط محددة تختلف باختلاف نوع كل حق، وتسعى في مجملها إلى تحقيق مصلحة الجماعة، فالحق وفق هذه النظرية ذي وظيفة إجتماعية، ولهذا فإن استعماله يتقيد بحدود هذه الوظيفة، خاصة وأن القانون يضيف حمايته على الحق في حدود تلك الوظيفة، فمتى انحرف صاحب الحق بحقه عن وظيفته الاجتماعية توقف القانون عن حمايته، وتعرض للجزاء المناسب باعتباره متعسفا في استعمال حقه.

إن الوقوف على مفهوم التعسف في استعمال الحق يستلزم بيان تعريفه ومعايير (الفرع الأول)، وبعدها لنطاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق ومعايير.

يقصد بالتعسف في استعمال الحق، أو ما يطلق عليه الاستعمال غير المشروع للحق،³ استعمال صاحب الحق لحقه في الحدود المقررة له قانونا، بما يترتب عليه الإضرار بالغير. أو هو عدم إقرار القانون للاستعمال الذي يباشره صاحب الحق لما يسببه من ضرر للغير، رغم أنه لم يتجاوز في ذلك الاستعمال الحدود المرسومة له قانونا.

وفي هذا يختلف التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة حدود الحق أو الخروج عنها، فهذا الأخير يراد به تجاوز أو خروج صاحب الحق عن الحدود المقررة له قانونا والتعدي على مضمون حقه كما يحدده له القانون، بما يجعل منه متعديا على حق الغير، ويكون بالنتيجة ملزما بتعويض من أصابه ضرر جراء خطئه. فتشديد شخص لمبنى يقع جزء منه في أرضه والجزء الآخر في

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص. 180.

² - يرى أنصار المذهب الفردي أن لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال ومباشرة السلطات التي يخولها له القانون، وهو لا يخضع في ذلك لأية رقابة، بحيث لا يجوز مسائلته إذا نجم عن ذلك الاستعمال ضرر للغير.

³ - حسب المصطلح الذي تبناه القانون المدني المصري.

أرض جاره، يجعله مستعملا لحقه في الجزء الأول بما يتماشى والسلطات التي يخولها له القانون على ملكه، في حين يجعله في الجزء الثاني متعديا لتشبيده البناء على أرض الغير مما يستوجب منه جبر الضرر الذي لحق الغير بتعويضه.

لقد عالج المشرع الجزائي نظرية التعسف في استعمال الحق بموجب المادة 124 مكرر من التقنين المدني المضافة بموجب الأمر 10-05، وبالرجوع لها يلاحظ أنه لم يضع معيارا عاما لتحديد ما يندرج ضمنها، بل حدد لها صورا ثلاث تشمل:

■ **قصد الإضرار بالغير:** يعد قصد الإضرار بالغير من أبرز صور التعسف في استعمال الحق، ويستند المشرع في تحديده على معيار شخصي ذاتي يرجع فيه إلى نية صاحب الحق التي يهدف من ورائها استعمال حقه بما يترتب عليه إلحاق الأذى بالغير، ومثالها تعلية المالك لحائط منزله قصد حجب الضوء عن منزل جاره.

يشترط للتمسك بهذه الصورة اثبات المتضرر:

✓ **إضرار المتعسف به جراء استعمال حقه:** يقتضي هذا الشرط حصول التعدي من طرف صاحب الحق عند استعماله لحقه في الحدود المقررة له بما يترتب عليه إلحاق الأذى بالغير.

✓ **قصد أو نية الإضرار :** يعد هذا العنصر جوهر التعسف في استعمال الحق بحيث لا بد أن يكون الغرض من استعمال صاحب الحق لحقه نية الإضرار بالغير، ويتقرر ذلك حتى لو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل صاحبه لمنفعة عارضة لم يكن يقصدها أصلا¹، فمن يغرس أشجارا عالية كثيفة في أرضه لحجب الضوء عن جاره يعد متعسفا في استعمال حقه، ولو تبين أن تلك الأشجار عادت فيما بعد بالنفع على الأرض.

هذا وتستخلص نية الإضرار بالغير من تفاهة المنفعة التي يحققها العمل لصاحب الحق، أو انعدام المنفعة التي تعود عليه.

وعليه إذا لحق الغير ضررا جراء استعمال صاحب الحق لحقه، ولم يتوافر لديه دليل لإثبات قصد الإضرار²، فإن له الاستعانة بانعدام مصلحة مستعمل الحق كقرينة مادية.

بهذا تعد ذاتية هذا المعيار سببا أساسيا لانتقاده، إذ ونظرا لأن النية من الأمور النفسية الباطنية التي لا يمكن الكشف عنها بسهولة، فقد جرى القضاء على الاستعانة بالقرائن لاستخلاصها كالجوء إلى إنعدام المصلحة كقرينة على تمخض قصد الإضرار بالغير.³

¹ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص.340.

² - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.153.

³ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص.184.

■ **عدم تناسب المصلحة المحققة مع الضرر اللاحق بالغير:** يعد عدم التوازن بين المصلحة التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعماله لحقه، والضرر اللاحق بالغير أحد صور التعسف في استعمال الحق، بحيث كلما كانت الفائدة التي يسعى صاحب الحق إلى تحصيلها قليلة مقارنة بالضرر الذي يتكبده الغير من وراء ذلك الاستعمال اعتبر صاحب الحق متعسفا، ولو لم يكن يقصد الإضرار بالغير.

الملاحظ أن المعيار المستند إليه في هذه الصورة لتحديد التعسف مادي موضوعي يقوم على المقارنة بين الضرر الذي لحق الغير والمصلحة التي تعود على صاحب الحق، لا إلى نية صاحب الحق في الإضرار بغيره كما في الصورة الأولى.¹

لعل من تطبيقات هذا المعيار ما قرره المشرع الجزائري في المادة 2/708 من التقنين المدني والتي قضى فيها بعدم أحقية مالك الحائط في هدمه مختارا دون عذر قانوني، إذا كان الهدم يضر بالجار الذي يستند ملكه بالحائط.

■ **عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق:** يعد متعسفا في استعمال الحق الشخص الذي يسعى من وراء ذلك الاستعمال إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولا يراد بها المصلحة التي تخالف أحكام القانون فحسب، بل يقصد بها أيضا المصلحة التي يتعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب العامة.

من الأمثلة التطبيقية لهذه الصورة استعمال المالك لمنزله لأغراض تتجافى والقانون، وكذا فصل رب العمل للعامل بسبب انضمامه إلى نقابة عمالية.

إذا كان المعيار الذي تستند عليه هذه الصورة مادي في أساسه، إلا أنه يستدل عليه بناحية شخصية إذ كثيرا ما تكون النية العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد اختلف الفقه حول مجال إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، ومدى شمولها لكل أنواع الحقوق أم قصورها على فئة دون الأخرى.

إذ بينما يتجه غالبية الفقه إلى حصر تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق بمعناها الدقيق دون امتدادها للرخص والحريات العامة، ذلك أن الأولى استثنائ يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو إقتضاء أداء معين من شخص آخر، في حين أن الثانية تثبت للكافة ولا تخول لصاحبها الاستثنائ والافراد بأي قيمة، ولذلك فإن أحكام المسؤولية المدنية تكون كفيفة بضبط انحراف سلوك الشخص الناجم عن استعماله

¹ - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.153؛ نبيل إبراهيم يعد، المرجع السابق، ص.342.

لرخصة أو حرية معينة بالزامه بالتعويض لا اعتباره مخطئا دونما حاجة لإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق.¹

هذا ويرى جانب آخر أن النظرية تمتد لتشمل إلى جانب الحقوق بمعناها الدقيق، الرخص والحقوق العامة (الحريات) لعدم وجود سند في القانون يتيح هذه التفرقة، فالمشرع حينما اشترط لمشروعية استعمال الحق عدم تعسف صاحب الحق في ذلك الاستعمال لم يفرق بين الحقوق الخاصة التي تثبت لشخص دون غيره والحقوق العامة التي يعترف بها للناس كافة.

وقد أخذ القضاء يسير نحو هذا الاتجاه بأن طبق نظرية التعسف على حق اللجوء إلى القضاء وهو من الحقوق التي تثبت للكافة، ذلك أنه لا يمكن لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما قرر له أو استعماله استعمالا كيديا للإضرار بالغير، وإلا كان للمضروب مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب إساءة استعمال الحق المقرر له.

هذا واختلف الفقه حول مدى إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق التقديرية أو المطلقة²، إذ بينما يخرجها جانب من الفقه من نطاق هذه النظرية، ويرفض وصف استعمالها بالتعسف يرى جانب آخر أنها حقوق كغيرها، وبذلك فهي تقع داخل نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، ذلك أن الأحكام المنظمة لمسألة التعسف في استعمال الحق عامة تنصرف لكل من يستعمل حقا من الحقوق دونما تحديد أو تخصيص لنوع معين من الحقوق.³

المطلب الثاني: أساس التعسف في استعمال الحق والجزاء المقرر له.

بعد الوقوف على مفهوم التعسف في استعمال الحق، ينبغي التطرق لأساسه (الفرع الأول) والجزاء المقرر له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس التعسف في استعمال الحق

يقتضي التعرض لأساس التعسف في استعمال الحق التطرق للاتجاهات الفقهية الواردة في هذا المجال (أولا)، وبعدها لموقف المشرع الجزائي من ذلك (ثانيا).

أولا- الاتجاهات الفقهية المقررة لأساس التعسف في استعمال الحق:

لقد اختلف الفقه في تحديد أساس التعسف في استعمال الحق، وبرز في ذلك اتجاهين أحدهما تقليدي ويعتبر أنصاره أن نظرية التعسف تقع داخل دائرة المسؤولية التقصيرية وتعد صورة من صور الخطأ التقصيري (1)، في حين يرى أنصار الاتجاه الحديث أن التعسف يقع خارج دائرة المسؤولية التقصيرية ويشكل نظرية مستقلة قائمة بذاتها (2).

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 326.

² - يقصد بالحقوق التقديرية الحقوق التي يترك استعمالها لتقدير صاحبها.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 548؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 326.

1- الاتجاه التقليدي:

يرى الاتجاه التقليدي أن التعسف في استعمال الحق يقع داخل المسؤولية التقصيرية، ويعد صورة من صور الخطأ التقصيري، وقد انقسم أنصار هذا الاتجاه فيما بينهم إلى ثلاث أحدهما يعتبر التعسف في استعمال الحق ما هو إلا خروج عن الحق، في حين يرى ثانيهما أنه مساو للخطأ التقصيري، ويرى الفريق الثالث أنه خطأ متميز ذي طبيعة خاصة.

فأما الفريق الأول فيتزعمه الفقيه (بلانيول)، ويعتبر أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا تجاوز صاحب الحق لحدود الحق المقررة قانوناً له بما يجعل عملاً غير مشروع (دون حق)، وقد قال في معرض تبريره لموقفه: " ينتهي الحق حين يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون هناك استعمال تعسفي لحق ما، لسبب غير قابل للدحض ذلك أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في الوقت ذاته متفقاً مع القانون ومخالفاً له".

وقد انتقدت هذه النظرية لما فيها من خلط واضح بين نظرية التعسف في استعمال الحق وتجاوز حدود الحق.

ظهر الفريق الثاني على أنقاض ما نادى به الفريق الأول واعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيري ناجم عن انحراف في السلوك المألوف للرجل العادي، وهو خطأ موجب للتعويض. وقد تعرضت هذه النظرية هي الأخرى للنقد لاختلاف التعسف في استعمال الحق عن الخطأ، إذ بينما يتحدد التعسف بتخلف غاية الحق أو مناقضتها، يتحقق الخطأ بالانحراف في السلوك المألوف للرجل العادي، إضافة إلى إقامة التعسف في استعمال الحق مسؤولية صاحب الحق داخل نطاق المشروعية بخلاف الخطأ الذي يقيمها خارج نطاق المشروعية.

لهذا اتجه جانب آخر على رأسهم الفقيه (جوسران) إلى اعتبار التعسف وإن كان مرده المسؤولية التقصيرية، إلا أن الخطأ فيه متميز ذي طبيعة خاصة مستقل عن الخطأ التقصيري العادي، لأنه مرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية، فإذا كان الخطأ العادي خطأ شخصي معياره الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإنه في مجال التعسف خطأ إجتماعي معياره الانحراف عن روح الحق وغايته الاجتماعية، وهو بذلك ينطوي على استعمال الحق ضد مصلحة المجتمع.¹

رغم الطرح الذي قدمه أنصار هذا الاتجاه إلا أنه انتقد لابتداعه نوع متميز للخطأ للدلالة على التعسف، في حين أنه لا ينبغي الابتعاد عن فكرة الخطأ والبحث خارج دائرة المسؤولية التقصيرية عن أساس التعسف في استعمال الحق.

¹ - شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، مجلد 46، ع. 03، 2009، ص. 192.

2- الاتجاه الحديث:

لقد كان للانتقادات السالفة دور بارز في ظهور الاتجاه الحديث¹ الذي اعتبر التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة قائمة بذاتها، غير أنه وكنظيره التقليدي لم يستقر أنصاره على أساس واحد بحيث استند الفقيه (سالي، دابان، ريبير) على مخالفة القواعد الأخلاقية لتحديد أساس التعسف، وذلك لا اعتبار فكرة التعسف مبدأ عاماً ينتمي إلى مبادئ النظام العام والآداب العامة، وهو يبرز عند الإخلال بالمشروعية الأخلاقية لا المشروعية القانونية، وعليه أساس التعسف حسبهم هو اللاأخلاقية في استعمال الحق. وعليه فقد انتقد هذا الطرح لطمسه معالم الحدود بين القانون والأخلاق، كما أنه حصر إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق على الصورة المتعلقة بنية الإضرار بالغير.

لذلك فقد اتجه الفقيه (كامبيون) إلى ربط التعسف في استعمال الحق بالمبادئ الاجتماعية، ووفقاً لها يكون الشخص متعسفاً إذا استعمل حقه بصورة غير إجتماعية أي بصورة تتعارض ومبادئ المجتمع.

بهذا يلاحظ أن هذا الاتجاه يستند على غاية الحق في تحديد التعسف، بحيث أوجب على صاحب الحق استعمال حقه بما يتماشى والغاية المقررة له قانوناً، وإلا عد متعسفاً، ورغم النظرة التي عول عليها هذا الاتجاه لتحديد أساس التعسف في استعمال الحق، إلا أنه انتقد لغوائه في وصف غاية الحق الاجتماعية.

نتيجة لذلك فقد اتجه جانب آخر من الفقه إلى ربط التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاته وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، فالحقوق بمعناها المحدد سلفاً لا يمكن أن تكون مقررة باعتبارها غاية في ذاتها، وإنما وسيلة لإدراك غاية معينة، وتظل حماية القانون مقررة لها بحسب مدى مطابقة استعمالها لغايتها أو مناقضتها لها، والتعسف يتقرر لا محال عند إنحراف صاحب الحق في استعماله عن الغاية المبتغاة منه، خاصة وأن التعسف في استعمال الحق مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية التقصيرية، ولا يمكن حلها إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره، وبهذا فإن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق، وهي تثير مشكلة أولية سابقة على المسؤولية التقصيرية.

ثانياً- موقف المشرع الجزائري من أساس التعسف في استعمال الحق

لقد عمد المشرع الجزائري بموجب قانون 10-05 إعادة تنظيم موضوع التعسف في استعمال الحق شكلاً ومضموناً، بحيث عمل من الناحية الشكلية على إدراجها ضمن الفصل

¹- من رواد هذا الاتجاه سالي، ريبير، ديموج، دابان، كورتيل، كامبيون. يراجع في، شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 10-05 المعدل للقانون المدني، المرجع السابق، ص.193.

المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية، بحيث خصها بالمادة 124 مكرر من التقنين المدني، وذلك بعد أن كان يعالجها في المادة 41 من ذات التقنين ضمن الأحكام الخاصة بالأهلية، أما من حيث المضمون فقد قام باستبدال العبارة التي كانت واردة في المادة 41 من يعتبر استعمال الحق تعسفياً إلى يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ.

استناداً لهذه التعديلات يكون المشرع الجزائري اعتنق موقف أغلبية الفقه الفرنسي والمصري، بأن اعتبر التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، معياره الخطأ، أي الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهذا الانحراف يتحدد في ثلاث حالات واردة على سبيل المثال وتشمل قصد الإضرار بالغير، عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي لحق بالغير، وعدم مشروعية المصلحة المقصودة تحقيقاً من استعمال الحق.¹

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق

الجزاء هو الأثر الذي يترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون، وتتعدد صورته وهو في مجال التعسف في استعمال الحق إما جزاء وقائي يمنع الاستعمال التعسفي للحق ويحول دون وقوع الضرر أصلاً، ويبرز هذا الجزاء إذا ما ظهر التعسف فسي استعمال الحق بصورة واضحة قبل تمامه.

وقد يكون جزاء علاجياً يترتب بعد وقوع التعسف فعلاً، ويتمثل في تعويض المتضرر من طرف المتعسف جراء ما ألحقه به من أضرار.

¹- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 10-05 المعدل للقانون المدني، المرجع السابق، ص. 217.

الفصل الثاني: إنقضاء الحق

تختلف طرق إنقضاء الحق وتتعدد بتعدد أنواع الحق، وما يهمنا في هذا المقام بيان إنقضاء الحقوق المالية ممثلة في كل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية، ذلك أن القاعدة في الحقوق غير المالية أنها دائمة لا تقبل الإنقضاء لخصائصها ومميزاتها، وإن كان انقضاءها غير مستبعد ، أذ قد يفقد الشخص حقه في الحياة بتنفيذ حكم الإعدام عليه، وقد يحظر على الشخص ممارسة الحقوق السياسية لصدور حكم جنائي يقضي بذلك، وقد تسقط حق الشخص في مباشرة الولاية أو الوصاية بالحجر عليه.

ونظرا لحصر دراسة إنقضاء الحق في الحقوق المالية، فسيتم التعرض لانقضاء الحقوق العينية (المبحث الأول)، وانقضاء الحقوق الشخصية (المبحث الثاني)، وبعدها لانقضاء الجانب المالي للحقوق المختلطة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: إنقضاء الحقوق العينية

تنقسم الحقوق العينية كما سبق الذكر إلى حقوق عينية أصلية وأخرى تبعية، وتختلف طرق انقضاء كل منهما وعليه سيتم الطرق لإنقضاء الحقوق العينية الأصلية (المطلب الأول)، وبعدها لإنقضاء الحقوق العينية التبعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إنقضاء الحقوق العينية الأصلية.

تتعدد الحقوق العينية الأصلية، فإلى جانب حق الملكية يوجد حقوق أخرى تتفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع، وحق الاستعمال والسكنى وحق الارتفاق، وتبعا لتعدد هذه الحقوق تتعدد طرق انقضاءها، وهو ما سيتم تحديده بالتطرق لانقضاء حق الملكية (الفرع الأول)، وبعدها لانقضاء الحقوق المتفرعة عن حق الملكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء حق الملكية

انطلاق من خصائص حق الملكية، خاصة منها خاصية الديمومة وعدم السقوط بعدم الاستعمال يلاحظ أن سبب انقضاء حق الملكية تشمل هلاك الشيء محل حق الملكية. ومنه لا يؤدي عدم الاستعمال إلى إنقضاء الحق العيني، فهمها طالت مدة عدم الاستعمال لا ينقضي هذا الحق، ولكن إذا اقترن عدم الاستعمال بحيازة الغير له وفقا للضوابط المقررة قانونا، فإن ذلك يؤدي إلى كسب الغير وهو واضح لهذا الحق.

الفرع الثاني: انقضاء الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

سبق الذكر أن حق الملكية يخول لصاحبه وهو المالك سلطات ثلاث، ولكن قد تقتطع بعض من هذا السلطات لحساب شخص آخر غير المالك بما يؤدي إلى ظهور حقوق متفرعة عن حق الملكية، ولاريب أن هذا الأخيرة كما تقرر له الوجود، فسيقرر لها الانقضاء إذ لكل بداية نهاية، ونظرا لتمائل أسباب انقضاء حق الانتفاع مع حق الاستعمال والسكنى سيتم منه التطرق لانقضاء حق الانتفاع (أولا)، وبعدها لانقضاء حق الارتفاق (ثانيا).

أولا- انقضاء حق الانتفاع:

عالج المشرع الجزائري أسباب انقضاء حق الانتفاع في المواد من 852 إلى 854 من التقنين المدني، والحقيقة أن هاتين المادتين عالجتا أسباب الانقضاء الخاصة، دون العامة لكفاية القواعد العامة في شأن هذه الأخيرة.

تشمل أسباب انقضاء حق الانتفاع الخاصة في:

■ **إنقضاء الأجل المحدد له:** ينقضي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المحدد في التصرف

القانوني الذي رتبه سواء كان ذلك التصرف اتفاقا بين المالك والمنتفع أو كان وصية وهو ما نصت عليه المادة 852 من القانون المدني. وبالرجوع لها يتبين أن حق الانتفاع ينقضي بانقضاء الأجل المحدد في السند المنشئ للحق.

■ **موت المنتفع:** ينقضي حق الانتفاع بموت المنتفع حسب نص المادة 852 من التقنين

المدني، ويستوي أن يكون الانتفاع حدد بأجل أو لم يحدد، فإذا كان محددا بأجل معين فإنه ينقضي بموت المنتفع رغم عدم انقضاء الأجل المحدد في السند المنشئ له.

أما إذا كان غير محدد بأجل معين، فإنه يعد مقرا طيلة حياة المنتفع ولا ينقضي إلا بوفاته، لذلك يعد حق الانتفاع حق عمري ينقضي ب وفاة صاحبه ولا ينتقل بوفاته إلى ورثته،¹ وسبب هذا شخص المنتفع الذي يعد محل اعتبار.

هذا ويجدر الذكر أن حق الانتفاع كما يتقرر لشخص واحد، فإنه قد يتقرر لعدة أشخاص، وفي هذه الحالة يطرح التساؤل بخصوص انقضاءه الذي يجب فيه التفرقة بين ما إذا كان حق الانتفاع مقرا لعدة أشخاص معاً أو على سبيل التعاقب، فهو وإن كان سينتهي في الحاليتين بوفاتهم جميعا، إلا أنه سيعتبر عليه بالنسبة للحالة الأولى انقضاء حق الانتفاع ب وفاة أحدهم بالنسبة له دون سواه، بحيث يظل قائما بالنسبة للآخرين ولا ينقضي إلا بوفاتهم، في حين أنه ينتقل في الحالة الثانية من منتفع لآخر حسب الترتيب الوارد ولا ينقضي كذلك إلا بوفاتهم جميعاً.

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص.30.

■ **هلاك الشيء محل الانتفاع:** ينقضي حق الانتفاع حسب المادة 853 من التقنين المدني بهلاك الشيء المنتفع به نتيجة قوة قاهرة لانعدام محل الحق وانعدام الحق ذاته بالتبعية له، ويستوي في الهلاك أن يكون ماديا (كتهدم البناء) أو قانونيا (نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة).

إذا كان حق الانتفاع ينقضي بهلاك الشيء إذا كان محله عقارا أو منقولا، فإنه ينقضي إذا كان محله شيئا قابلا للاستهلاك، وتم استهلاكه برد الشيء أو قيمته عند إنتهاء شبه حق الانتفاع. هذا وتشير المادة أن هلاك الشيء إذا كان بسبب خطأ المنتفع أو خطأ مالك الرقبة، فيجبر المخطئ على إعادة الشيء إلى أصله، ليعود الانتفاع من جديد، على أن هلاك الشيء الراجع إلى خطأ الغير يؤدي إلى انتفاع حق الانتفاع لمبلغ التعويض الذي يلزم هذا الأخير بدفعه باعتباره مرتكب الخطأ.¹

■ **عدم الاستعمال:** ينقضي حق الانتفاع بعدم استعمال الشيء المنتفع به مدة خمسة عشر سنة، وذلك وفقا لما تقضي به المادة 854 من القانون المدني. ومنه ينقضي حق الانتفاع حسب هذا النص بالتقادم المسقط ليعود إلى مالك الرقبة.

■ **سوء استعمال المنتفع للشيء المنتفع به:** يترتب على استعمال المنتفع للشيء المنتفع به استعمالا غير مشروع أو مخالفا لطبيعته إنهاء حق الانتفاع، وذلك حسب ما تقرره المادة 847 من التقنين المدني.

هذا عن أسباب الانقضاء الخاصة المحددة في المواد الواردة في شق حق الانتفاع، أما أسباب الانقضاء العامة التي تحدد بالرجوع للقواعد العامة فتشمل:

■ **اجتماع صفتي المالك والمنتفع في شخص واحد (اتحاد الذمة):** يترتب على اتحاد الذمة باجتماع صفتي المالك والمنتفع في يد شخص واحد انقضاء حق الانتفاع، وذلك لاجتماع السلطات الثلاثة لحق الملكية بيد شخص واحد، ويستوي في ذلك أن يكون مصدر الاجتماع بيعا أو هبة أو إرثا.

■ **نزول المنتفع:** ينقضي حق الانتفاع بنزول المنتفع عن ممارسته لهذا الحق، سواء تم ذلك بإرادته المنفردة، أو بتوافق إرادته مع إرادة مالك الرقبة، ففي كلتا الحالتين ينقضي حق الانتفاع، وتعود ملكية العين إلى مالك الرقبة كاملة.²

■ **التملك بالتقادم:** ينقضي حق الانتفاع بتملكه بالتقادم، وعليه إذا وضع شخص يده على حق الانتفاع فإنه يكسبه، ويترتب على ذلك فقدان المنتفع الأصلي لحقه.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 283.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 409.

ثانياً- إنقضاء حق الارتفاق

عالج المشرع الجزائري أسباب انقضاء حق الارتفاق في المواد من 878 إلى 881 من التقنين المدني، وهي في الحقيقة أسباب خاصة يوجد إلى جانبها أسباب عامة ترجع إلى القواعد العامة.

تشمل أسباب انقضاء حق الارتفاق الخاصة:

- **إنقضاء الأجل:** تنقضي حقوق الارتفاق حسب نص المادة 878 من التقنين المدني بانقضاء الأجل المدد في السند المنشئ له.
 - **هلاك أحد العقارين:** أشارت المادة 878 السالف الإشارة لها إلى سبب آخر لانقضاء حق الارتفاق ويكمن في هلاك أحد العقارين، فطالما أن حق الارتفاق يرد على عقار لفائدة عقار آخر، فلا شك أن هلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً يؤدي إلى إنقضاء حق الارتفاق لزوال محله.
 - **اتحاد الذمة:** عالجت المادة 878 من التقنين المدني حالة اتحاد الذمة باعتبارها أحد أسباب انقضاء حق الارتفاق، وعليه اجتماع العقار المرتفق والعقار المرتفق به في يد مالك واحد (سواء كان مالك أحد العقارين أو شخص من الغير اشترى العقارين) يؤدي إلى انقضاء حق الارتفاق، إذ لا يتصور أن يكون للشخص ارتفاق على ملكه.
 - **عدم الاستعمال:** استناداً لنص المادة 879 من التقنين المدني ينقضي حق الارتفاق بعدم استعماله لمدة 10 سنوات، أو بمدة 33 سنة إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع للعائلة.
 - **استحالة الاستعمال:** تعرضت المادة 880 من التقنين المدني لهذه الحالة، وعليه يترتب على استحالة استعمال الارتفاق استحالة مطلقة بسبب تغير طارئ يتعلق بوضع الأشياء (العقار المرتفق، العقار المرتفق به) بإنقضاء حق الارتفاق.
 - **عدم جدوى الارتفاق أو فقد منفعته:** انطلاقاً من المادة 881 من التقنين المدني إذا زالت المنفعة التي تقرر الارتفاق لتحقيقها جاز لمالك العقار المرتفق به المطالبة بانقضاء الارتفاق كله أو بعضه حسب الظروف. ويطبق الأمر ذاته إذا أصبحت الفائدة المراد تحقيقها ضئيلة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.¹
- هذا وتشمل أسباب الانقضاء العامة في تحقق الشرط الفاسخ بأن يكون حق الارتفاق معلقاً على شرط فاسخ، وتحقق الشرط.²

¹- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 324.

²- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 431.

هذا وينقضي بنزول صاحب الحق عن حقه سواء كان نزولا صريحا أو ضمنيا.

المطلب الثاني: انقضاء الحقوق العينية التبعية.

تتعدد الحقوق العينية التبعية وتشمل حق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي، حق التخصيص وحقوق الامتياز، ولما كانت هذه الحقوق تستند في وجودها لحق شخصي فالأكيد أن انقضاءها يرتبط به، ومع ذلك فإن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى انقضاءها بصورة مستقلة عن الحق الشخصي ومنه يمكن القول أن أسباب إنقضاء هذه الحقوق تعود إلى صورتين إحداها أصلية (الفرع الأول)، والأخرى تبعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء الحقوق العينية التبعية بصورة أصلية

يراد بانقضاء الحقوق العينية التبعية بصورة رسمية إنقضاءها مع بقاء الدين المضمون الذي تقرررت ضمانا للوفاء به، فقد يحصل وأن ينقضي الحق العيني التبعية ويظل الحق الشخصي قائما، وعليه سيتم التعرض لأسباب إنقضاء الحقوق العينية التبعية بصورة أصلية بالتعرض لكل من الحقوق العينية التبعية.

أولا- إنقضاء حق الرهن بصورة أصلية:

يعد الرهن أحد الحقوق العينية التبعية، وهو إما رهن رسمي وإما رهن حيازي، ولهذا سيتم الاستناد لهذا التقسيم لبيان أسباب انقضاء كل منهما.

1- انقضاء الرهن الرسمي:

تتعدد طرق انقضاء الرهن الرسمي وتتراوح بين أسباب خاصة ذكرت في معرض التطرق للرهن الرسمي، وأخرى عامة يتم تحديدها بالرجوع للقواعد العامة.

فأما أسباب الانقضاء الخاصة فتشمل صورتين هما تطهير العقار المرهون، وبيعه بالمزاد العلني.

■ تطهير العقار المرهون: تعرض المشرع الجزائري لتطهير العقار المرهون في المادة

934 من التقنين المدني ويراد بها تخلص العقار المرهون وتحريره من الحقوق المقيدة

التي تثقله،

ويكون التطهير اختياريا عندما يعرض يقبل الدائنين المرتهنيين المقيدون للرهن راحة أو

ضمنا عرض الحائر المتمثل في منحهم مبلغا تقديريا يعبر عن قيمة العقار، ليتم تخلصه من الدين المضمون بالرهن.

■ بيع العقار بالمزاد العلني: خول المشرع الجزائري بموجب المادة 936 من التقنين المدني

للدائن المرتهنيين في حالة عجز الراهن الوفاء بالدين المضمون طرح العقار المرهون للبيع

بالمزاد العلني من خلال مباشرة إجراءات نزع الملكية، فمتى تقرر ذلك ورسا المزاد

وشهر حكم مرسى المزاد تطهر العقار من الرهن الذي يثقله بحكم القانون .

هذا عن أسباب الانقضاء الخاصة، أما أسباب الانقضاء العامة التي تتم طبقاً للقواعد العامة فتشمل كل من النزول عن الرهن، اتحاد الذمة، هلاك العقار.

■ **النزول عن الرهن:** إذا قام الدائن المرتهن بالتنازل عن الرهن دون الدين المضمون، انقضى الرهن بصفة أصلية وظل الدين المضمون به قائماً، وهو ما يترتب عليه تحول الدائن من دائن مرتهن إلى دائن عادي.

■ **اتحاد الذمة:** يتقرر اتحاد الذمة باجتماع صفتا الدائن المرتهن والمالك في شخص واحد، ويتحقق ذلك عندما تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بالبيع الجبري أو الاختياري، أو عن طريق الإرث أو الوصية، ففي هذه الحالة يصبح الدائن المرتهن مالكا للعقار المرهون، فينقضي الرهن الرسمي ويبقى الدين قائماً.

■ **هلاك العقار المرهون كلية:** يترتب على الهلاك الكلي للعقار المرهون انقضاء الرهن بصورة أصلية لزوال محله، ويجدر الإشارة في هذا المجال إلى أحكام المادتين 899 و 900 من التقنين المدني اللتان تميزان بين سبب الهلاك، وما إذا كان راجعاً إلى خطأ الراهن أو لسبب أجنبي، فإذا كان مرده خطأ الراهن، كان للدائن المرتهن حق الخيار بين استفاء حقه فوراً وبين الحصول على تأمين كاف يحل محل العقار المرهون، أما إذا كان الهلاك لسبب أجنبي فيكون الراهن مخيراً بين تقديم تأمين كاف وبين الوفاء بالدين فوراً. هذا وأشارت المادة 900 من التقنين المدني في حالة اختيار تقديم أو الحصول على تأمين كاف انتقال الرهن بمرتبته إلى ما حل محل العقار المرهون.

2- إنقضاء الرهن الحيازي:

ينقضي الرهن الحيازي بصورة أصلية حسب المادة 965 من التقنين المدني بـ 3 صور ثلاث تشمل كل من:

- ✓ نزول الدائن المرتهن عن الرهن.
- ✓ اتحاد الذمة: اجتماع صفتا الدائن المرتهن والمالك في يد شخص واحد.
- ✓ هلاك الشيء محل الرهن أو انقضاء الحق المرهون.
- ✓ هذا وينقضي الرهن الحيازي بالبيع الجبري وبفسخ الرهن الحيازي.

ثانياً- إنقضاء حق التخصيص وحقوق الامتياز بصورة أصلية :

يندرج ضمن الحقوق العينية التبعية كل من حق التخصيص وحقوق الامتياز، وهذه الأخيرة تنقضي هي الأخرى بصورة أصلية، وعليه سيتم التعرض لانقضاء حق التخصيص بصورة أصلية (1)، وانقضاء حقوق الامتياز بصورة أصلية (2).

1- إنقضاء حق التخصيص بصورة أصلية:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 947 من التقنين المدني أن حق التخصيص يسري عليه ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بإنقضائه. استنادا لهذه المادة ينقضي حق التخصيص بتمام إجراءات التطهير، بيع العقار بيعا بالمزاد العلني، نزول الدائن عن حق التخصيص، إتحاد الذمة، هلاك العقار.

2- انقضاء حقوق الامتياز بصورة أصلية:

استناد للمادة 988 من التقنين المدني ينقضي حق الامتياز بذات الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون بنص خلاف ذلك.

بناء على ذلك تتمثل أسباب إنقضاء حقوق الامتياز التي ترد على عقار بذات الطرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي وتتمثل هذه الطرق في التطهير، البيع الجبري وهي أسباب خاصة، أما الأسباب العامة فتشمل كل من نزول الدائن عن حق الامتياز، هلاك الشيء محل الامتياز، اتحاد الذمة.

أما حق الامتياز الوارد على منقول فينقضي بذات الأسباب التي ينقضي بها الرهن الحيازي الوارد على منقول، وتشمل كل من نزول الدائن عن حق امتياز، اتحاد الذمة، هلاك الشيء محل الامتياز، البيع الجبري.

الفرع الثاني: انقضاء الحقوق العينية التبعية بصورة تبعية

إذا كانت الحقوق العينية التبعية قررت ضمانا للوفاء بحق شخصي، فالأكيد أنها تنقضي بانقضاء الدين المضمون، فمتى انقضى هذا الأخير لم يعد هناك مبرر لبقائها، إذ تنقضي بصورة تبعية لانقضائه، وهو ما أشارت له المادة 933 من التقنين المدني بالنسبة للرهن الرسمي، والمادة 964 من التقنين ذاته بالنسبة للرهن الحيازي، ويطبق الأمر ذاته بالنسبة لكل من حق التخصيص وحقوق الامتياز نظرا لأنهما ينقضيان بذات الطرق التي ينقضي بها الرهن بنوعيه.

استنادا لهذا، يترتب على انقضاء الدين المضمون لأي سبب من الأسباب انقضاء الحقوق العينية التبعية، وتتمثل أسباب انقضاء الدين في كل من الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم.

المبحث الثاني: إنقضاء الحقوق الشخصية.

إن الحقوق الشخصية جميعها حقوق مؤقتة بطبيعتها، ذلك أنها تنشئ علاقات بين الأفراد تجعل بعضهم ملتزما في مواجهة البعض الآخر، ولا يمكن لهذا الالتزام أن يكون أبديا وإلا فإنه يعد قيداً خطيراً يمس حرية الملتزم.¹

ولاربيب أن طرق إنقضاء الحق الشخصي متعددة، فقد يتم ذلك بالوفاء (المطلب الأول) أو بما يعادل الوفاء (المطلب الثاني)، كما قد ينقضي بدون وفاء (المطلب الثالث) وقد تعرض المشرع الجزائري لهذه الطرق في المواد من 258-322 من التقنين المدني.

المطلب الأول: إنقضاء الحق بالوفاء

يعد إنقضاء الحق الشخصي بالوفاء النهاية الطبيعية له، فهو يحقق لصاحب الحق ما كان يهدف إليه من مصلحة ويخلص المدين من التزامه أيا كان محله، سواء تعلق الأمر بدفع مبلغ من النقود، تسليم شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

يتم الوفاء بقيام الملتزم بالوفاء بالأداء الذي يقع على عاتقه،² فقيام المقرض برد مبلغ القرض إلى المقرض يؤدي إلى إنقضاء القرض.

لأهمية هذا الطريق كسبب من أسباب الانقضاء عالج المشرع الجزائري في المواد من 258 إلى 284 من التقنين المدني، مبينا طرفا الوفاء ومحل الوفاء.

الفرع الأول: طرفا الوفاء.

يشمل طرفا الوفاء الموفي و الموفى له فأما الموفي فهو الشخص الذي يقوم بالوفاء ويكون الموفي إما المدين أو نائبه أو شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل مثلا (المادة 258 من التقنين المدني).

هذا ويصح الوفاء ممن ليست له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن رفض ذلك في حالة اعتراض المدين وإبلاغه للدائن بذلك (المادة 258/2 من التقنين المدني).

ويستثنى مما سبق ذكره حالة الالتزام بالقيام بعمل الذي يتفق فيه الأطراف عند العقد بأن الوفاء يتم من طرف المدين وحده وكذا الحالة التي تقتضي فيها طبيعة الدين أن يتم الوفاء من المدين وحده، ففي هاتين الحالتين يجوز للدائن رفض الوفاء من غير المدين حسب ما تقتضي به المادة 169 من التقنين المدني، ومن ذلك مثلا الحالة التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار شخصي.

¹ - عبد الودود يحي، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص.151.

² - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص.285.

الجدير بالذكر أنه في حالة قيام الغير بالوفاء بالالتزام يكون له باعتباره الموفي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية والتي يندرج ضمنها إما دعوى الوكالة، دعوى الفضالة، أو دعوى الإثراء بلا سبب وفقا للشروط المطلوبة لرفع هذه الدعاوى.¹ كما يمكنه الرجوع عليه بدعوى الحلول الاتفاقي أو القانوني، ويستثنى من ذلك حصول الوفاء بغير إرادة المدين، الذي يخول له منع رجوع الموفي بما وفاه عنه، متى أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء (المادة 2/259 من التقنين المدني).

المعلوم أنه إذا كان الموفي هو الغير فإنه يحل محل الدائن، ويكون له الرجوع على المدين بحق الدائن بما لهذا الحق من خصائص وتوابع، ويكون للمدين التمسك في مواجهة الموفي بكافة الدفوع التي كان بإمكانه التمسك بها في مواجهة الدائن.

ويلاحظ أنه يجوز للمدين الذي حصل الوفاء دون إرادته أن يمنع رجوع الموفي عليه بما وفاه عنه كلا أو جزءا، متى أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء حسب ما نصت عليه المادة 259 من التقنين المدني، ومن ذلك أن يكون التصرف الذي أنشأ الدين تصرف باطل لعدم مشروعية سببه.

هذا عن الموفي أما الموفى له فقد يكون الدائن نفسه أو نائبه أو خلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالمحال إليه.

والأصل أن الدائن لا يقتضي الدين بنفسه، بل يوفيه المدين، ما عدا حالة الالتزام بعمل التي يسمح فيها للدائن خلاف الأصل بإقتضاء الدين بنفسه عن طريق طلب ترخيص من القاضي لتنفيذ الالتزام على نفقه المدين متى كان ذلك ممكنا (المادة 170 من التقنين المدني).

إن الموفى له قد يكون شخصا واحدا وقد يكونوا عدة أشخاص، وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز لأحد الدائنين المتضامنين مطالبة المدين بالدين كاملا، ومتى وفاه برأت ذمته تجاه جميع الدائنين، على أنه في حالة ما إذا برأت ذمته اتجاه أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء كتقادم دين الدائن مثلا، برأت ذمته اتجاه ذلك الدائن دون غيره من الدائنين الآخرين حسب ما تقتضي به المادة 220 من التقنين المدني.

الفرع الثاني: محل الوفاء

ينصرف الوفاء إلى تنفيذ الالتزام أيا كان محله، سواء كان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

والأصل أن يتم الوفاء بالشيء ذاته لا بشي آخر، وعليه ينبغي على المدين تنفيذ عين ما التزم به، متى كان ذلك ممكنا، ويجدر الذكر أنه إذا كان محل الحق شيئا معيناً بذاته في العقد، فإنه

¹ - مجدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.194.

لا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبول شيء غيره ولو كان ذلك الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى.

هذا ويتوجب على المدين كأصل عام الوفاء بكل ما التزم به، ولا يجوز له إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه استنادا لنص المادة 277 من التقنين المدني، إلا ما اتفق عليه بين الأطراف أو قرر بنص وفق المادة 664 / 1 من التقنين المدني التي تتيح للكفلاء غير المتضامنين الدفع بالتقسيم، وإلزام الدائن بقبول الوفاء الجزئي.¹

هذا ويتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (المادة 1/281 من التقنين المدني)، ومثال الاتفاق أن يكون الالتزام مضافا إلى أجل، ومثال النص مهلة الوفاء التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ حسب ما تقضي به المادة 2/ 281 من التقنين المدني.

المطلب الثاني: إنقضاء الحق بما يعادل الوفاء.

إن الحق الشخصي كما ينقضي بالوفاء، فإنه قد ينقضي بطرق أخرى تعادل الوفاء، ويندرج ضمنها، الوفاء بمقابل (المادتين 285-286 من التقنين المدني)، التجديد والإنابة (المواد 287-296 من التقنين المدني)، المقاصة (المواد 297 إلى 303 من التقنين المدني، وإتحاد الذمة (المادة 304 من التقنين المدني).

الفرع الأول: الوفاء بمقابل

يراد بالوفاء بمقابل تقديم المدين للدائن شيئا آخر غير الذي كان ملزما بأدائه له، وهو أمر لا يمكن مباشرته إلا إذا وافق الدائن عليه، وهو ما قرره المادة 285 من التقنين المدني. ومثال ذلك استيفاء الدائن مبلغا من النقود بدلا من ملكية عقار.

يجدر الإشارة أنه ورغم أن المدين لم يوف بما التزم به عينا، إلا أن التزامه ينقضي وينقضي بالنتيجة حق الدائن، لحلول العوض (العقار في المثال السابق) الذي قام المدين بالوفاء به محل ما كان مستحقا عليه أصلا (مبلغ النقود).

الجدير بالذكر أن الوفاء بمقابل يمثل عند أغلبية الفقهاء عملية قانونية مركبة من التجديد والبيع والوفاء، وعليه تتضمن القواعد المنظمة له كذلك مزيجا من أحكام التجديد والبيع والوفاء،² فهو يخضع حسب المادة 286 من التقنين المدني لأحكام عقد البيع باعتباره ناقلا للملكية خاصة فيما يتعلق بأهلية الطرفين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، كما يخضع لأحكام الوفاء باعتباره يقضي الدين، خاصة فيما يتعلق بتحديد جهة الدفع وانقضاء التأمينات.³

¹ - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 195.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 333.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 786.

الفرع الثاني: التجديد والإنابة

لقد عالج المشرع الجزائري التجديد والإنابة في القسم الثاني من الفصل الثاني الوارد تحت عنوان إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وعلة الربط بينهما ترجع إلى إنطواء الغنابة على تجديد في بعض صورها. وعليه سيتم اتباع الأمر ذاته بحيث يتم التعرض للتجديد (أولاً)، وللإنابة (ثانياً).

أولاً- التجديد:

التجديد عبارة عن اتفاق صاحب الحق والملزم به على استبدال حق قديم بحق جديد محله، بما يترتب عليه إنقضاء الحق القديم وإنشاء حق جديد يختلف عنه إما في محله أو سببه أو أحد أشخاصه،¹ أو هو اتفاق يترتب عليه استبدال حق جديد بالحق الأصلي، بحيث ينقضي الحق القديم وينشأ حق جديد، ويكون ذلك إما بتغيير المحل أو المصدر المنشئ للحق، أو بتغيير الدائن أو المدين² وقد عالج المشرع الجزائري بموجب المواد 287 إلى 293 من التقنين المدني.

يتم التجديد حسب نص المادة 287 من التقنين المدني بإحدى الصور الثلاث:

- **تغيير الدين،** وذلك عند اتفاق الطرفين على استبدال الإلتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في المحل أو المصدر (سبب الدين)، ويتغير الدين بتغيير المصدر كاستبدال سبب الحق القديم المتمثل في عقد البيع بسبب جديد هو عقد القرض، في حين يتغير الدين بتغيير المحل عند اتفاق المدين على القيام بالعمل لدى الدائن، بدلا من دفعه مبلغ من النقود له.
- **تغيير المدين،** وذلك عند اتفاق الدائن مع الغير على أن يكون هذا الأخير مدينا بدلا عن المدين الأصلي شريطة أن تبرأ ذمة المدين الأصلي، وهو أمر لا يحتاج إلى الحصول على رضا المدين، لأن الدائن حر في اختيار مدينه، هذا ويتقرر ذات الأمر في حالة ما إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.
- **تغيير الدائن،** وذلك في حالة اتفاق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد.³

يقتضي لترتيب التجديد لآثاره توافر شروط هي:

✓ **خلو الإلتزام القديم والالتزام الجديد من أسباب البطلان** حسب ما تنص عليه المادة 288 من التقنين المدني.

✓ **وضوح نية التجديد،** نظرا لأن التجديد لا يفترض فإنه ينبغي أن يتم الاتفاق عليه صراحة أو يتم استخلاصه بوضوح من الظروف حسب ما تنص عليه المادة 289 من التقنين المدني.

¹ - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص.285.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.390.

³ - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص.285.

✓ مغايرة الالتزام الجديد للالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة كتغيير محل الدين أو مصدره، أو إضافة شرط أو إلغاءه، أو تغيير الدائن، أو تغيير المدين.¹

ثانيا- الإنابة:

الإنابة عمل قانوني يتحقق عندما يتفق المدين الأصلي (المنيب) مع الشخص الأجنبي (المناب) عن العلاقة الأصلية المنعقدة بين المنيب (المدين الأصلي) والدائن (المناب لديه) على أن يقوم هذا المناب (الشخص الأجنبي) بأداء الدين الذي في ذمة المنيب للمناب لديه متى رضي هذا الأخير بذلك. وقد نظم المشرع الجزائري الإنابة في المواد من 294 إلى 296 من التقنين المدني. الغالب في الإنابة وجود مديونية سابقة بين المدين والأجنبي، وبسببها يرتضي المناب الإنابة ليقضي عن طريقها دينه اتجاه المنيب،² على أنه لا يشترط في الإنابة دائما تحقق هذا الشرط وذلك حسب ما تقضي به المادة 2/294 من التقنين المدني، فقد لا يكون المناب مدينا للمنيب، ومع ذلك يرتضي الإنابة بقصد التبرع بقيمة الدين المنيب، أو بقصد إقراضه على أن يطالبه بها من بعد. الجدير بالذكر أن الإنابة نوعان؛ إنابة كاملة وأخرى ناقصة.

فأما الإنابة الكاملة فتتضمن استبدال الشخص الأجنبي (المناب) بالمدين الأصلي (المنيب)، وتتضمن تجديدا بتغيير المدين، كما أنها قد تتضمن في ذات الوقت تجديدا بتغيير الدائن، وذلك في حالة ما إذا وجدت علاقة مديونية سابقة بين المنيب والمناب.³

ويشترط لوجود الإنابة الكاملة توافر شروط التجديد سابقة الذكر، إضافة إلى يسار المناب وقت الإنابة، بحيث إذا ثبت إعساره وقت الإنابة فلا تبرأ ذمة المدين (المنيب) اتجاه الدائن، أما إذا أعسر المناب بعد الإنابة، تحمل الدائن تبعه ذلك الإعسار، ولا يجوز الرجوع على المدين أي المنيب، ما لم يكن اتفق معه على غير ذلك في عقد الإنابة، وهو ما نصت عليه المادة 295 من التقنين المدني.

أما الإنابة الناقصة، فلا يبرئ فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينه (المنيب)، بل يقبل المناب كمدين آخر، وهو الأمر الذي يتيح وجود مدينين بدلا من مدين واحد،⁴ وعليه في هذا النوع من الإنابة يظل المدين الأصلي ملتزما إلى جانب المناب (الشخص الأجنبي) ويكون للمناب لديه مطالبة أي منهما بالدين الذي له على المدين الأصلي حسب ما قرره المادة 295 من التقنين المدني.

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 134.

² - رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة، د.س.ن، ص. 503.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 334.

⁴ - نفس المرجع، ص. 334.

الفرع الثالث: المقاصة

تعد المقاصة طريقة ينقضي بها الحق إذا صار الدائن بحق شخصي مدينا في نفس الوقت لمدينه،¹ أو هي طريقة ينقضي بها دينين متقابلين في ذمة شخصين مختلفين كل منهما دائن ومدين للآخر في الوقت ذاته، بحيث ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما،² وعليه إذا كان أ دائن لـ ب بمبلغ 100.000 دج، وكان ب دائن له أيضا بمبلغ 50.000 دج، فإن الدين ينقضي بهذا القدر ولا يبقى لـ ب اتجاه أ إلا نصف الثمن.

لقد عالج المشرع الجزائري المقاصة في المواد من 297 إلى 303 من التقنين المدني، وتظهر من خلال هذه المواد الأهمية العملية للمقاصة في تسيير وضمان الوفاء بالالتزام، فهي من جهة تحول دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر، كما تعد من جهة أخرى وسيلة ضمان فعالة، تجنب طرفيها مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر فيما اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه.³

تتعدد أنواع المقاصة وتتراوح بين مقاصة قانونية، وأخرى قضائية، وثالثة اتفاقية أو اختيارية. ويشترط لقيام المقاصة القانونية تحقق شروط تتمثل في:

- **ثبوت الدينين وعدم المنازعة فيهما:** ينبغي أن يكون كل طرف دائنا للطرف الآخر ومدينا له في الوقت ذاته بشكل محقق لا شك في ثبوته، وأن يكون الدين محددًا في مقداره، ولا نزاع حوله لا من حيث جودته ولا من حيث مقداره، وإلا امتنع إجراء المقاصة، على أن النزاع الذي يمنع المقاصة يجب أن يكون جدياً، بمعنى رفعت في شأنه دعوى تمس أصله.
- **حلول أجل الدينين:** ينبغي أن يكون الدينان مستحقاً الأداء وهو ما يتقرر بحلول أجل الوفاء بهما، فلا تجوز المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو مقترناً بأجل لم يحل بعد، ما لم يكن أجل الدين قد سقط وأصبح حال الأداء، على أن يستثنى من ذلك تأخر الأجل نتيجة للمهلة التي منحها القاضي أو أحد الدائنين للآخر حسب ما نصت عليه المادة 2/297 من التقنين المدني.
- **إتحاد محل الدينين:** ينبغي أن يكون موضوع الدينين واحداً وهو ما يتحقق بإتحاد صنفهما إذا كانا من النقود بحيث يكون كل منهما بذات العملة مثلاً الدينار الجزائري، فلا تصح المقاصة بين دينين أحدهما بالأورو والآخر بالدينار الجزائري، على أنه إذا كان محل

¹ - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص. 285.

² - محدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص. 196.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 335.

الدينين مثليات فينغي اتحادهما في النوع والجودة،¹ وذلك طبعاً بغض النظر عن مصدرهما عقداً كان أو فعلاً ضاراً.

■ **صلاحية الدينان للمطالبة القضائية:** ينبغي أن يكون الدينان صالحين للمقاصة القضائية،

بحيث لا يكون أحدهما التزاماً طبيعياً، ولا من الديون التي لا تقبل المقاصة الوارد ذكرها في المادة في 299 من التقنين المدني والتي هي ثلاثة؛ حالة مطالبة المالك برد الدين الذي هو محل مقاصة الذي نزع من يده دون وجه حق، وذلك لأن هذا الدين متنازع فيه من جهة ومن شروط المقاصة خلو الديون من النزاع، ولأنه ليس تحت تصرف المدين وقت إجراء المقاصة، ولا يستطيع استيفاءه إلا بإسترداده.

حالة إيداع أحد الدينين لدى الغير أو إعارته له لأجل استعماله مدة معينة، على أن يقوم المودع لديه أو المستعير رده إلى صاحبه.

حالة عدم قابلية أحد الدينين محل المقاصة للحجز، كأن يكون من أموال الدولة مثلاً حسب المادة 689 من التقنين المدني.

■ **تمسك صاحب المصلحة بالمقاصة:** نظراً لأن المقاصة لا تعد من النظام العام، فإنه لا

يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه، بل على من له مصلحة فيها التمسك بها،² ولا ريب أن هذا الأخير هو المدين في كل من الدينين، ولكنه ليس الوحيد الذي له حق التمسك بها، بحيث يحق للكفيل التمسك بها بين الدين الذي هو لمكفوله وبين الدين الذي هو للدائن اتجاه المدين المكفول إذا ما طالب الدائن الكفيل بالدين، إذ يطلبها من كفيل المدين تبرأ ذمة المدين المكفول وتبرأ بالتبعية ذمة الكفيل. هذا ويصح للمدين المتضامن التمسك بالمقاصة التي جرت بين الدائن وأحد المدينين المتضامين، على أن يكون تمسكه بها بقدر حصته فقط طبقاً لنص المادة 225 من التقنين المدني.

■ **عدم إضرار المقاصة بحقوق الغير:** ينبغي أن لا يسبب التمسك بالمقاصة الإضرار

بالحقوق التي كسبها الغير، وذلك حسب ما تقضي به المادة 302 من التقنين المدني، وقد أورد المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة وفي المادة الموالية لها تطبيقاتاً لهذه الحالة. يترتب على تخلف أحد شروط المقاصة القانونية أعمال المقاصة الاتفاقية التي تتم بإرادة أحدهما أو بإرادتهما معاً، وذلك حسب ما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحد الطرفين

¹ - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص. 286؛ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 221.

² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 335.

أو هما معا¹، فلو كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا، يمكن إجراء المقاصة إذا أراد من كان دينه مؤجلا إجراءها، لأن هذا الأجل مقرر لمصلحته.

أما المقاصة القضائية فهي تلك المقاصة التي يحكم بها القاضي بناء على سلطته التقديرية لتخلف شرط الخلو من النزاع باعتباره أحد الشروط اللازمة للمقاصة القانونية. وعليه إذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه، فتقدم المدعى عليه بطلب عارض ادعى فيه بحق ينازعه خصمه في وجوده أو مقداره، فإن المقاصة القانونية لا تقع لأن أحد الدينين متنازع فيه، ويكون للقاضي في هذه الحالة الفصل في النزاع.

الفرع الرابع: اتحاد الذمة

يعد اتحاد الذمة مانعا يحول دون المطالبة بالدين، ويتحقق عند اجتماع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد، بما يترتب عليه استحالة المطالبة بالدين وانقضاءه بالمقدار الذي اتحدت فيه ذمتهما². وسبب إنقضاء الحق في هذه الحالة عدم قدرة الشخص الذي اتحدت فيه الذمة على مطالبة نفسه بالدين. ومثال ذلك الحالة التي يرث فيها الدائن المدين أو يرث المدين باعتباره الوارث الوحيد دائنه، بحيث ينقل إليه النصيب المقرر له شرعا وقانونا من التركة، فإذا كان الدين ومقدار التركة متساويان انقضى الدين. أما إذا كان مقدار التركة الذي آل إليه أقل من الدين انقضى الحق بمقدار ما انتقل إليه من تركة، وظل مدينا بالجزء المتبقي.

الجدير بالذكر أنه إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة للمعنيين بالأمر، بحيث يعد اتحاد الذمة كأن لم يكن، ومثاله عودة المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته بما يترتب عليه من عودة الدين للوجود بملحقاته. يجدر الإشارة أن لزوال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة أثر رجعي، فإذا زال عاد الدين للوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا³.

المطلب الثالث: إنقضاء الحق دون الوفاء به

هناك أسباب تؤدي لإنقضاء الحق دون أن يوفي المدين به، عالجه المشرع الجزائري في المواد من 305 إلى 322 من التقنين المدني، ويندرج ضمنها الإبراء (المادتين 305 و306 من التقنين المدني)، إستحالة التنفيذ، (المادة 307 من التقنين المدني)، التقادم المسقط المواد 308 إلى 322 من التقنين المدني).

¹ - قادري عبد المجيد، دور المقاصة في إنقضاء الالتزام، التواصل في العلوم القانونية والاجتماعية، ع. 28 جوان 2011، ص. 3 وما يليها.

² - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المرجع السابق، ص. 286.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 336.

الفرع الأول: الإبراء

يراد بالإبراء نزول الدائن بإرادته المنفردة، وباختياره، عن حقه قبل المدين دون حصوله على مقابل ذلك.

يعد الإبراء تصرف قانوني بإرادة منفردة وهي إرادة الدائن وحده، ويكفي لكي يتم أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين، دون حاجة إلى قبول منه، ولا اعتبار أن الدائن لا يمكنه فرض الإبراء على المدين، فإنه يجوز لهذا الأخير لأسباب يراها جديرة رفضه، كأن يرى أن في الإبراء مساس بكرامته، وبهذا يقع الإبراء باطلا.

الإبراء تصرف قانوني تبرعي: يعد الإبراء تصرفا تبرعيا محضا من جانب الدائن، فهو يصدر عنه اختيارا دون الحصول على عوض مقابل نزوله عن حقه.

يقتضي الإبراء توفر شروط معينة حددتها المادة 306 من التقنين المدني التي قضت بتطبيق الأحكام الموضوعية الواردة بشأن التبرع على الإبراء، دون الشروط الشكلية، إذ لا يشترط في وجوده شكل خاص.

بهذا يتضح أن الإبراء لا يتطلب شكلا خاصا فهو تصرف رضائي يتم بإرادة الدائن دون حاجة إلى إفراغ إرادته في شكل خاص، ويظل الأمر كذلك ولو كان الإلتزام محل الإبراء يشترط لقيامه شكل خاص، سواء كان ذلك الشكل مفروضا بحكم القانون أو باتفاق المتعاقدين.

هذا ويشترط في الإبراء توفر الشروط الموضوعية المتطلبة في التصرفات التبرعية، إذ ينبغي:

✓ توفر أهلية التبرع في الدائن فنظرا لأن الإبراء تبرع فلا بد أن تسري عليه الأحكام الموضوعية للتبرعات.

✓ خلو إرادة الدائن من عيوب الإرادة، خاصة الإكراه، إذ لا بد أن يقوم الدائن بإبراء مدينه اختيارا لا مكرها ولا جاهلا بذلك، كما ينبغي أن يتم ذلك بإرادته المنفردة، فلا يشترط لحصوله اتفاق الدائن والمدين.

✓ إعلام الدائن المدين به، بمعنى وصول الإبراء إلى علم المدين.¹

يرتب على وصول الإبراء إلى علم المدين، عدم قدرة الدائن على العدول عنه، وهو ما ينجر عنه انقضاء الإلتزام وسقوط جميع ملحقاته وتوابعه وضمائنه، ذلك أن سقوط الأصل يؤدي إلى سقوط الفرع، وهو ما قرره المادة 305 من التقنين المدني، على أنه يترتب على رفض المدين الإبراء رده، ولا يكون بالإمكان بعد ذلك إرغامه لأنه لا يمكن إجباره على قبول تبرع لا يرغب به.

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، ص. 222.

الفرع الثاني: إستحالة التنفيذ

تتقرر إستحالة التنفيذ إذا أصبح الوفاء بالدين مستحيلا على المدين بسبب أجنبي لا يد له فيه وهو ما قرره المادة 307 من التقنين المدني.

استنادا لهذه المادة يلاحظ أن انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ يتطلب توفر شرطين:

■ **استحالة تنفيذ الالتزام:** ينقضي الالتزام باستحالة التنفيذ إذا طرأت هذه الاستحالة بعد نشأته، وجعلت تنفيذه مستحيلا استحالة مطلقة، فاستحالة التنفيذ لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام إلا إذا كانت الاستحالة مطلقة وتامة.

■ **ارتباط استحالة التنفيذ بالسبب الأجنبي:** يجب أن يكون مرد استحالة التنفيذ سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وتدرج ضمن السبب الأجنبي القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل الغير أو فعل الدائن، فاستحالة التنفيذ التي يكون سببها خطأ المدين لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام، ولا تبرئ ذمة المدين الذي يظل ضامنا للالتزام بطريق التعويض.

يترتب على تحقق الشرطين سالف الذكر انقضاء الالتزام، وسقوط حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ، وتنقضي معه كافة التأمينات العينية التي دأبت ضمانا للوفاء به.

الفرع الثالث: التقادم المسقط

يقصد بالتقادم المسقط مضي المدة الزمنية التي حددها القانون للدائن لمطالبة المدين بالدين دون مباشرة الدائن لحقه. أو هو عدم مطالبة الدائن المدين بالوفاء بالدين رغم مضي المدة الزمنية التي خولها له القانون للقيام بذلك.¹ نظم المشرع الجزائي أحكامه في المواد 308 إلى 322 من التقنين المدني.

تختلف هذه المدة حسب طبيعة كل حق، بحيث أنها تختلف من حق لآخر، وتتحدد كقاعدة عامة بالنسبة للتقادم الطويل أو العادي بخمسة عشرة سنة حسب نص المادة 308 من التقنين المدني، غير أنها قد تقل عن ذلك إذا وجد نص خاص يقضي بغير ذلك،² بحيث يتقادم الحق بمدة أقصر من تلك المقررة للتقادم العادي ومثاله التقادم الخمسي بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة، والديون المتأخرة والأجور والمعاشات حسب نص المادة 309 من التقنين المدني، هذا وتتقادم حقوق الصيادلة والأطباء والمحامين والمهندسين والسماسرة، والخبراء، ووكلاء التفليسة، والأساتذة والمعلمين بمضي سنتين أي بالتقادم الثنائي حسب المادة 310 من التقنين المدني.

هذا وتتقادم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حسب نص المادة 311 من التقنين المدني. كما تتقادم بسنة واحدة أي التقادم الحولي حقوق التجار والصناع عن الأشياء التي

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 337.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 391.

وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر ثمن الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، المبالغ المستحقة للعمال والأجراء مقابل عملهم حسب نص المادة 312 من التقنين المدني.

الجدير بالذكر أن مدة التقادم تحسب بالأيام لا الساعات، ولا يحتسب فيها اليوم الأول وهو اليوم الذي يكون فيه الدين مستحق الأداء، على أن مدة التقادم تنتضي بإنقضاء اليوم الأخير وذلك طبقاً لنصي المادتين 314 و315 من التقنين المدني. ويترتب على مضي الأجل وعدم مطالبة الدائن بالدين تحول الالتزام من التزام قانوني إلى التزام طبيعي.

هذا وينبغي الإشارة أن الدين المعلق على شرط واقف أو المضاف إلى أجل لا تبدأ حساب مدة التقادم فيه إلا بتحقق الشرط أو حلول الأجل.

لا ريب أن التقادم قد يتعرض للوقف، كما قد يرد عليه الإنقطاع.

فأما وقف التقادم فيراد به تعطيل أو عدم سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع تعذر معه على الدائن المطالبة بحقه خلال تلك الفترة، على أن يعود التقادم إلى السريان مرة أخرى مع احتساب الفترة السابقة التي مرت متى زال المانع. وعليه يؤدي وقف التقادم إلى عدم إمكانية إتمام آجال التقادم بحيث يوقف أجله ولا يبدأ إلا بمضي سببه الذي قد يعود إلى أسباب خارجية (كحرب مثلاً)، أو موانع أدبية (علاقة الزوجية التي تربط الطرفين)، ويترتب عليه عدم حساب مدة التقادم عند تحقق أحد هذه الأسباب، واستبعاد الفترة التي توقف التقادم أثناءها، وبمضيها يبدأ حساب الأجل بإضافة المدة المتبقية على المدة السابقة.

أما انقطاع التقادم فيقصد به زوال وإلغاء التقادم الذي سرى من أصله وإعادة احتساب مدة التقادم من جديد من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع، ويتقرر ذلك حسب ما نص عليه المادتين 317 و318 من التقنين المدني في حالة قيام الدائن بإجراء المطالبة القضائية بالدين، مهما كان شكل الدعوى، بل ورفعت أمام محكمة غير مختصة، ويقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم كل إجراء مماثل كتقدم الدائن بطلب الدخول في تغطية المدين، فعند تقديم الدائن لطلبه أمام المحكمة للدخول في تغطية المدين ينقطع التقادم، كما وينقطع التقادم بتقدم الدائن للإشتراف في توزيع ما نتج عن التنفيذ على أموال المدين، وبكل عمل صادر من الدائن للتمسك بحقه في دعوى من الدعاوى.

هذا وينقطع التقادم بطريق التنبيه الموجه إلى المدين للوفاء بدينه، فحصول الدائن على سند تنفيذي يخول له التنفيذ على المدين.

ينقطع التقادم أيضاً بإصدار المدين بالحجز على أمواله والتنفيذ عليها بالطريق الجبري.

هذا إذا كان انقطاع مدة التقادم حسب ما سبق ذكره يؤدي إلى حساب مدة جديدة مماثلة للمدة السابقة، فإن هذا الأمر لا يحدث في حالتين؛ وهما الإقرار بالدين، وصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، إذ يجعل الإقرار في الحالة الأولى مدة التقادم 15 سنة، ولو كانت مدة التقادم الأصلية تقل عن ذلك بكثير، هذا ويجعل صدور الحكم النهائي مدة التقادم 15 سنة أيضاً، مالم تكن الإلتزامات المحكوم بها دورية و متجددة ومستحقة بعد صدور الحكم¹، إذ تتقادم هذه الأخيرة بمضي خمس سنوات استناداً لنص المادة 309 من التقنين المدني.

المبحث الثالث: إنقضاء الجانب المالي للحقوق المختلطة

يقسم الحقوق المختلطة إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية، وهي حقوق ذات طابع مزدوج تشمل جانباً أدبياً وجانباً مالياً، وسيتم التعرض لانقضاء الجانب الأخير بالتعرض لكل من حقوق المؤلف وبراءة الاختراع باعتبارها أحد حقوق الملكية الصناعية والتجارية.

يعد الجانب المالي لحق المؤلف حق مؤقت، فهو ينقضي بانقضاء مدة معينة يصبح بعدها هذا الحق جزءاً من الثروة الفكرية العامة فيتملكه المجتمع ولا تعود له صفة الحق الخاص. وفي هذا قرر المشرع الجزائري أن الحقوق المادية تحظى بالحماية طيلة حياة المؤلف، وتحدد بعد وفاته لفائدة ورثته بمدة خمسين سنة حسب ما نصت عليه المادة 60 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

تتعدد حقوق الملكية الصناعية والتجارية، وهي الأخرى تتميز بالتأقيت في جانبها المادي الذي ينقضي بانقضاء مدة معينة محددة لصاحب براءة الاختراع، إذ ينقضي حقه في إستغلال احتكار البراءة لمدة عشرين سنة حسب ما يقضي به الأمر 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع.

¹ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 393.

الخاتمة

الخاتمة

يتضح من الدراسة الماثلة، أن النظرية العامة للحق تعد من أهم النظريات التي تدرس للطلاب في مجال العلوم القانونية، فهي البوابة الأساسية والانطلاقة الرئيسة له في حقل الدراسات القانونية، ففيها يتعلم أبجديات القانون وبها يخطوا خطواته الأولى والرصينة في هذا العلم المترامي الأطراف، إذ لا يمكن لأي دارس للقانون أن يلج إلى الجزئيات دون أن يتطرق للأسس القائمة عليه، ومنه تعد هذه النظرية وبحق أساس مدخل العلوم القانونية.

إن فكرة الحق وبالرغم من بساطتها، وتداولها بين العام والخاص، الكبير والصغير، إلا أنها تحمل في طياتها معنا دقيقا، اختلف فيه الفقهاء وتضاربت فيه الآراء وتعددت الكتابات، ليتضح عمق معناه وأصاله فكره.

بالرغم من تعدد مفاهيم الحق ، يمكن القول أنه الشيء الثابت الذي لا يمكن إنكاره، والذي يترتب عليه التزامات جمة، فلا يوجد حق دون واجب، ولا يوجد واجب دون حق.

هذا والملاحظ أن الحق كفكرة قد يلتبس معناه مع غيره من المصطلحات الذائعة في المجال القانوني كالحرية، والرخصة والسلطة، والواجب، خاصة، بل وقد تستخدم هذه المصطلحات كمرادف للحق رغم الاختلاف القائم بينهما من نواحي عديدة وهو ما تم إمطة اللجام عنه في هذه المطبوعة.

إن فهم معنى الحق وتمييزه عن ما يلتبس به يساهم في تعزيز التفاهم والاحترام المتبادل بين الأشخاص، ويؤكد الوعي الدقيق والرقي الشامل لأفراد المجتمع.

إن عمق فكرة الحق ينم عن تعدد الحقوق التي يتمتع بها الشخص والتي تتراوح بين حقوق مالية وأخرى غير مالية، بل ويبرز من خلال ظهور حقوق ذات طبيعة مختلطة تجمع بين الجانبين المادي وغير المادي وهي حقوق فرضها الواقع العملي، وأقرتها التشريعات على المستويين الدولي والداخلي.

هذا والجدير بالذكر أن الحق أيا ما كان نوعه، يتقرر لشخص معين ويرد على محل معين، وهو ما يندرج ضمن أركان الحق، كما أن هناك أوضاع قانونية يترتب عليها نشوء الحق وتعد مصدرا لوجوده.

الجدير بالذكر أن فعالية الحق لا تتقرر إلا بإضفاء الحماية القانونية له، ولا تتأكد هذه الأخيرة إلا بوجود قانون رادع يضمن للأشخاص حقوقهم ويصون حرياتهم ويحدد التزاماتهم، في ظل عدم انحرافهم عن استعماله، أي استعمال كل منهم لحقه استعمالا مشروعاً، حسب ما تكفله القوانين والأنظمة، فعدم التعسف في استعمال الحق هو القيد الرئيسي الذي فرضه القانون على كل

من يستعمل حقا معينا. ولاشك أن الحماية القانونية هذه ترافق الحق من وجوده إلى غاية انقضاءه،
وللإشارة فإن طرق الانقضاء تتعدد وتختلف باختلاف نوع الحق.
وفي الأخير نتمنى أن تكون هذه المطبوعة مرجعا قيما يستفيد منه كل باحث ودارس للعلوم
القانونية.

تم بحمد الله وعونه

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر

1- المراسيم الرئاسية

1. مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1422 الموافق 30 سبتمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع.82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020.

2-القوانين

1. قانون 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، ع.06، صادرة بتاريخ فبراير سنة 2015.
2. قانون رقم 07-12 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر، ع.12، صادرة بتاريخ 29 فبراير سنة 2012.
3. قانون 06-12 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع.02، صادرة بتاريخ 15 يناير 2012.
4. قانون رقم 10-11 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر، ع.37، صادرة بتاريخ 03 يوليو سنة 2011.
5. قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، معدل ومتمم، ج.ر، ع.21، صادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

3- الأوامر

1. الأمر 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005 .

2. الأمر 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر، ع.15، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.
3. الأمر 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، ع.44، صادرة بتاريخ 23 يوليو سنة 2003.
4. الأمر 03-07 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر، ع.44، صادرة بتاريخ 32 يوليو سنة 2003.
5. الأمر 03-08 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج.ر، ع.44، صادرة بتاريخ 23 يوليو سنة 2003.
6. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر، ع.78، السنة الثانية عشرة، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975.
7. الأمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم، ج.ر، ع.21، صادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 1970.
8. الأمر رقم 22-86 مؤرخ في 7 محرم عام 1386 الموافق 28 أبريل سنة 1966، يتعلق بالرسم والنماذج، المعدل والمتمم، ج.ر، صادرة بتاريخ 12 محرم 1386.

ثانيا- قائمة المراجع

أ- باللغة العربية

1- الكتب

1. إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
2. إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف، القاهرة، 1980.
3. الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، د.ط، 2001.
4. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

5. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط3، 1988.
6. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
7. حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للحقوق القانونية، ج2، مقدمة للقانون المدني، 1998-1999.
8. حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، 1975-1976.
9. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
10. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
11. سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الشهاب، باتنة، 1986.
12. سليمان مرقس، أصول الاثبات وإجراءات اتفهي المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج1، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة، 1981.
13. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
14. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومه، الجزائر، 2011.
15. علي سيد حسين، المدخل إلى علم القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، 1989.
16. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط2، جسور للنشر، 2007.
17. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم، الحجار، عنابة، 2004.
18. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985.
19. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009، ص.10.
20. محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

21. محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
22. إبراهيم إسحاق منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
23. إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المهنية، دار المعارف، القاهرة، 1980.
24. أحمد علي عبد الله، الشخصية القانونية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط2، الخرطوم، 2016.
25. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 1986.
26. اسحاق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
27. الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2002.
28. الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانون الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001.
29. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغداددي، الجزائر، طبعة ثانية مزيده، 2009.
30. بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
31. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
32. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004.
33. جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، عبد الخالق ثروت، القاهرة، 1983.

34. جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
35. حسن كيره، المدخل إلى القانون، وبخاصة القانون اللبناني والمصري، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، طبعة مكررة، مكتبة مكاي، بيروت، 1977.
36. خليل جريح، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، 1980.
37. سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج1، الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى، 2006.
38. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج1، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، عبد الخالق ثروت، القاهرة، 1971..
39. شفيق شحاته، محاضرات في النظرية العامة للحق أُلقيت على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق 1948-1949، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، د.س.ن.
40. شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، د.س.ن.
41. -شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2010.
42. عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، ماهيتها، اثباتها، وسائل حمايتها والقانون الواجب التطبيق عليها في كل من الأردن ومصر وإمارة دبي، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009.
43. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1998.
44. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969.
45. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، طبعة ثانية منقحة، 2009.
46. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

47. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984.
48. عبد الله أو هايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومه، الجزائر، الطبعة السادسة، 2006.
49. عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
50. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، دار الكتاب الحديث، مصر، طبعة 1990.
51. عبد الودود يحي، دروس في قانون الإثبات، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن..
52. لي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990.
53. علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد -، موفم للنشر، ط2، الجزائر، 2005.
54. علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
55. علي نديم الحمصي، الملكية الصناعية والتجارية، دراسة مقارنة، مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 2010.
56. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبعة معدلة ومنقحة وفقا لأحدث التشريعات والقرارات القضائية، جسور للنشر والتوزيع، ط2، 2007.
57. عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1979.
58. عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم، الجزائر، 2022.
59. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2014.
60. فاضلي ادريس، المدخل إلى الملكية الفكرية (الملكية الأدبية والفنية والصناعية)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
61. فتيحة حسين جيهان، حماية الملكية الفكرية عبر الأقمار الصناعية، ط1، منشورات صادر الحقوقية، 2006.
62. فرحة زراوي صالح، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2006.
63. محمد جمال الدين زكي، مقدمة للدراسات القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
64. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية - نظرية الحق، ج2، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2009.

65. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
66. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
67. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
68. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
69. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
70. محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، 1991.
71. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1، الوجيز في نظرية القانون، ط19، دار هومة، الجزائر، 1999.
72. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011.
73. محمدي فريدة -زواوي-، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق-، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
74. مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 6، 2013.
75. نائل المحسن، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
76. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص. 17.
77. نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2009.
78. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، مزار الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2011.

2- الأطروحات

1. بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.
2. بوراوي أحمد، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة باتنة 1، 2015.

3- المطبوعات

1. تيزي عبد القادر، مطبوعة خاصة بمحاضرات في القانون المدني "الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الإلتزام"، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2019-2020.
2. سمير شيهاني، دروس في نظرية الحق لطلبة السنة الأولى، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2014-2015.
3. علال أمال، محاضرات في مقياس نظرية الحق لطلبة السنة الأولى، السداسي الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2019-2020.

4- المقالات

1. براحلية زوبير، التنظيم القانوني لدعوى الحيازة والملكية وخصوصية التمييز بينهما، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع. الثالث عشر، جويلية 2018.
2. بوبكر نبيه، مفهوم التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وفقا للتشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي الفارس، المدينة، ع.4، مارس 2018.
3. آيت شعلال نبيل، ضمانات حق الترشح -دراسة مقارنة-، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، المجلد 02، العدد 01، 2020.

4. براهيم سهايم، براهيم فائزة، الأساس القانوني للتنظيم الإداري في ظل التشريع الجزائري - الشخصية المعنوية أو الاعتبارية-، مجلة القانون والعلوم السياسية، ع.4، 2018.
5. براهيم سهايم، براهيم فائزة، الأساس القانوني للتنظيم الإداري في ظل التشريع الجزائري- الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، مجلة القانون والعلوم السياسية، جانفي 2018.
6. بن بو عبد الله وردة، حدود ممارسة الحقوق السياسية (بين الحماية والتجريم)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع11، جوان 2017.
7. بن فريد محمد، الدليل الجنائي الرقمي وحجتيه أمام القاضي الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، الجزائر، ع2014.
8. بن قردى أمين، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 07، ع01، س.2022.
9. بن مداني عيشة، بن غربي أحمد حمزة، طرق قسمة الملكية الشائعة، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، العدد رقم 06، يناير 2021.
10. جواي فلة، قراءة في مسؤولية حارس الشيء على ضوء القضاء الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، ع.02، 2022.
11. جيلالي عبد الحق، النظام الإجرائي لدعوى الحيازة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، ع.03، جمادى الأولى 1438هـ - يناير 2017.
12. حواش فتيحة، حماية العلامة اتلتجارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد السادس، العدد 1، مارس 2021.
13. خلافي توفيق، الدعوى الإدارية مميزاتها وأنواعها (دراسة تحليلية)، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد 06، ع.01، جوان 2022.
14. شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، مجلد 46، ع.03، 2009.
15. صدوقي المهدي، شراطي خيرة، غربي محمد، دعوى الحيازة في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، ع.2019، 05.

16. طارق بوتيرة، العلامة التجارية ومتطلبات حمايتها، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع.06، جوان 2019.
17. عبد الحميد لمين، سامية حساين، تدابير دعم المؤسسات الناشئة والابتكار في الجزائر: قراءة في أحكام المرسوم التنفيذي 20-254، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، مج 05، ع.02، جامعة منتوري، قسنطينة، 2020.
18. عثمانية كوسر، تحول النيابة العامة عن الدعوى الجزائية وأثره في حماية حقوق الإنسان —دراسة مقارنة—، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 08، العدد 01، 2013.
19. عطار فاضل، دليلة مباركي، الدعوى العمومية بين السرعة والفعالية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 10، ع.02، 2023.
20. فراحي كوثر، الحيازة وأثرها في كسب الملكية العقارية بالتقادم في القانون الجزائري، القانون العقاري والبيئة، ع.01، 2018.
21. كودي فاطمة زهرة، محاضرات في مقياس نظرية الالتزام، دراسة في ضوء القانون المدني والقضاء الجزائري، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ليسانس- شعبة الشريعة-، السنة الدراسية 2021-2022.
22. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
23. مودع محمد أمين، زواوي آمال، شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، ع.02، أكتوبر 2018.
24. سامية، حجية القرائن القضائية في الإثبات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، مجلد 57، العدد 2، السنة 2020.
- ب- باللغة الأجنبية:**

1. Dameslay, le droit de repentir, rev de l'ouest, N2, 1997.
2. F. Jacques et autre, Droit civil, les obligations, 8ème éd., Sirey, Paris, 2013.
3. Geam pierre Helfer , Jacques Orsoni, Marketing, Vuibert, 6eme, Paris, 2000.

الفهرس

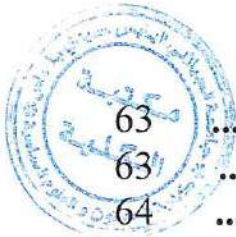


الفهرس

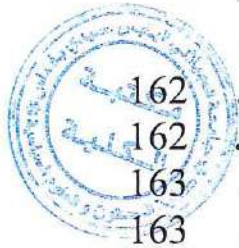
1	مقدمة
	الباب الأول: مفهوم الحق
5	الفصل الأول : الحق بين الانكار والوجود
5	المبحث الأول: الإتجاه المنكر لوجود فكرة الحق
5	المطلب الأول: منطق كلسن عن الحق
6	المطلب الثاني: منطق ديجي في إنكار فكرة الحق
	المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لوجود فكرة الحق وتمييز الحق عن غيره من
8	المصطلحات المشابهة
8	المطلب الأول: النظريات المقترحة في تعريف الحق
9	الفرع الأول: النظريات التقليدية
8	أولاً- تعريف الحق من منظور المذهب الشخصي
10	ثانياً- تعريف الحق من منظور المذهب الموضوعي
12	ثالثاً- تعريف الحق من منظور (وفق) المذهب المختلط
13	الفرع الثاني: النظرية الحديثة في تعريف الحق
13	أولاً- تعريف الحق حسب الفقيه دابان
13	ثانياً- عناصر الحق حسب تعريف دابان
13	1- ألعناصر الرئيسية في تعريف الحق حسب الفقيه دابان
15	2- العباصر المساعدة لتعريف الحق
16	المطلب الثاني: تمييز الحق عن غيره من النظم القانونية المشابهة له
16	الفرع الأول: تمييز الحق عن الحرية
17	الفرع الثاني: تمييز الحق عن الرخصة
18	الفرع الثالث: تمييز الحق عن السلطة
19	الفرع الرابع: تمييز الحق عن الواجب
20	الفصل الثاني: أنواع الحقوق
20	المبحث الأول: الحقوق غير المالية
20	المطلب الأول: حقوق الشخصية
20	الفرع الأول: أنواع حقوق الشخصية
20	أولاً- الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للإنسان
21	1- حماية الكيان المادي للإنسان في مواجهة الغير
22	2- نطاق الكيان المادي للإنسان في مواجهة صاحبه نفسه
22	ثانياً- الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان المعنوي للإنسان
23	1- الحق في الشرف والاعتبار
23	2- الحق في احترام الحياة الخاصة
23	3- الحق في الصورة
24	4- الحق في الصوت
24	5- الحق في المسكن
24	6- الحق في السرية



25	ثالثا- الحقوق المتعلقة بمزاولة النشاط.....
25	الفرع الثاني: خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية.....
27	المطلب الثاني: حقوق الأسرة.....
27	الفرع الأول: تعريف حقوق الأسرة.....
28	الفرع الثاني: مميزات حقوق الأسرة.....
29	المطلب الثالث: الحقوق السياسية.....
29	الفرع الأول: تعريف الحقوق السياسية.....
30	الفرع الثاني: مميزات الحقوق السياسية.....
31	المبحث الثاني: الحقوق المالية.....
32	المطلب الأول: الحقوق العينية.....
33	الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية.....
34	أولاً حق الملكية.....
34	1- مفهوم حق الملكية.....
39	2- القيود الواردة على حق الملكية.....
41	ثانيا- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.....
41	1- حق الانتفاع.....
43	2- حق الاستعمال والسكنى.....
45	3- حق الارتفاق.....
48	الفرع الثاني: الحقوق العينية التبعية.....
49	أولاً- حق الرهن.....
49	1- الرهن الرسمي.....
52	2- الرهن الحيازي.....
54	ثانيا- حق التخصيص.....
54	1- تعريف حق التخصيص ومميزاته.....
55	2- شروط حق التخصيص.....
56	ثالثا- حقوق الامتياز.....
56	1- أنواع حقوق الامتياز.....
58	2- خصائص حقوق الامتياز.....
58	المطلب الثاني: الحقوق الشخصية.....
59	الفرع الأول: تعريف الحق الشخصي وخصائصه.....
59	أولاً: تعريف الحق الشخصي.....
59	ثانيا: خصائص الحق الشخصي.....
60	الفرع الثاني: أنواع الحقوق الشخصية.....
60	أولاً- تقسيم الحقوق الشخصية بالنظر إلى محلها.....
61	ثانيا- تقسيم الحق الشخصي بالنظر إلى الهدف المبتغى منه.....
61	ثالثا- تقسيم الحق الشخصي بالنظر إلى مصادره.....
61	المبحث الثالث: الحقوق المختلطة.....
62	المطلب الأول: تعريف الحقوق الذهنية.....
62	المطلب الثاني: أنواع الحقوق الذهنية.....
62	الفرع الأول: حقوق الملكية الأدبية والفنية.....



63	أولاً- حقوق المؤلف.....
63	1- نطاق حماية حق المؤلف.....
64	2- مضمون حق المؤلف.....
67	ثانياً- الحقوق المجاورة لحقوق المؤلف.....
67	الفرع الثاني: حقوق الملكية الصناعية والتجارية.....
67	أولاً- الابتكارات الجديدة.....
68	1- المبتكرات الموضوعية.....
69	2- الابتكارات الشكلية.....
69	ثانياً- الشارات المميزة.....
72	الباب الثاني: أركان الحق ومصادره.....
72	الفصل الأول: أركان الحق.....
72	المبحث الأول: أشخاص الحق.....
73	المطلب الأول: الشخص الطبيعي.....
73	الفرع الأول: المدى الزمني للشخصية القانونية الانسانية وخصائصها.....
73	أولاً- بداية الشخصية القانونية الانسانية ونهايتها.....
73	1- بداية الشخصية القانونية للإنسان.....
76	2- نهاية الشخصية القانونية للإنسان.....
85	ثانياً- مميزات الشخص الطبيعي.....
85	1- الاسم.....
89	2- الحالة.....
97	3- الموطن.....
100	4- الذمة المالية.....
106	الفرع الثاني: الأهلية القانونية.....
106	أولاً- أهلية الوجوب.....
106	1- تعريف أهلية الوجوب.....
108	2- مناط أهلية الوجوب.....
108	ثانياً- أهلية الأداء.....
108	1- مناط أهلية الأداء.....
108	2- مجال أهلية الأداء.....
119	المطلب الثاني: الشخص الاعتباري.....
119	الفرع الأول: مفهوم الشخص الاعتباري.....
119	أولاً- تعريف الشخص الاعتباري، أنواعه، وعناصر تكوينه.....
119	1- تعريف الشخص الاعتباري.....
120	2- أنواع الأشخاص الاعتبارية.....
125	3- عناصر تكوين الشخص المعنوي.....
128	ثانياً- مميزات الشخص الاعتباري.....
128	1- الاسم.....
130	2- الموطن.....
131	3- الجنسية.....
131	4- الذمة المالية.....



162	المطلب الأول: أنواع التصرف القانوني
162	الفرع الأول: التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين
163	الفرع الثاني: تصرفات المنشئة والناقلة والتصرفات الكاشفة
163	الفرع الثالث: تصرفات التبرع وتصرفات المعاوضة
163	الفرع الرابع: التصرفات التي تتم بين الأحياء والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت
164	المطلب الثاني: أركان التصرف القانوني وشروط صحته
165	الفرع الأول: أركان التصرف القانوني
165	أولا- الأركان الموضوعية
165	1- الإرادة
167	2- المحل
167	3- السبب
168	ثانيا- ركن الشكلية
168	الفرع الثاني: شروط صحة التصرف القانوني
168	أولا- الغلط
169	ثانيا- التدليس
169	ثالثا- الإكراه
171	رابعا- الإستغلال
171	الفرع الثالث: جزاء تخلف الركن أو اختلال الشرط
174	الباب الثالث: حماية الحق وانقضاؤه
174	الفصل الأول: حماية الحق
174	المبحث الأول: الدعوى القضائية آلية رئيسية لحماية الحق
175	المطلب الأول: تعريف الدعوى القضائية
175	المطلب الثاني: أنواع الدعوى القضائية
175	الفرع الأول: الدعوى المدنية
176	أولا- شروط قبول الدعوى
176	1- الصفة
177	2- المصلحة
177	3- الإذن
178	ثانيا- تقسيمات الدعوى
178	1- تقسيم الدعوى بالنظر إلى طبيعة الحق المدعى به
179	2- تقسيم الدعوى بالنظر إلى محل الحق
180	الفرع الثاني: الدعوى الإدارية
180	الفرع الثالث: الدعوى العمومية
181	المبحث الثاني: إثبات الحق
181	المطلب الأول: المذاهب المختلفة للإثبات
181	الفرع الأول: مذهب الإثبات الحر
182	الفرع الثاني: مذهب الإثبات المقيد
183	الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط
184	المطلب الثاني: الأحكام القانونية المنظمة للإثبات



184	الفرع الأول: محل الإثبات
186	الفرع الثاني: عبء الإثبات
187	الفرع الثالث: طرق الإثبات
188	أولا- الإثبات بالكتابة
188	1- المحررات الرسمية
191	2- المحررات العرفية
197	ثانيا- شهادة الشهود
198	1- القاعدة العامة
198	2- الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناء
201	ثالثا- القرائن وحجية الشيء المقضي به
201	1- القرائن
204	2- حجية الشيء المقضي به
206	رابعا- الإقرار
207	1- الإقرار القضائي
209	2- الإقرار غير القضائي
209	خامسا- اليمين القانونية
210	1- اليمين الحاسمة
212	2- اليمين المتممة
212	المبحث الثالث: استعمال الحق
213	المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق
213	الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق ومعايير
215	الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
216	المطلب الثاني: أساس التعسف في استعمال الحق والجزاء المقرر له
216	الفرع الأول: أساس التعسف في استعمال الحق
216	أولا- الاتجاهات الفقهية المقررة لأساس التعسف في استعمال الحق
217	1- الاتجاه التقليدي
218	2- الاتجاه الحديث
218	ثانيا- موقف المشرع الجزائري من أساس التعسف في استعمال الحق
219	الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق
220	الفصل الثاني: إنقضاء الحق
220	المبحث الأول: إنقضاء الحقوق العينية
220	المطلب الأول: إنقضاء الحقوق العينية الأصلية
220	الفرع الأول: إنقضاء حق الملكية
220	الفرع الثاني: إنقضاء الحقوق المتفرعة عن حق الملكية
221	أولا- إنقضاء حق الانتفاع
222	ثانيا- إنقضاء حق الارتفاق
223	المطلب الثاني: إنقضاء الحقوق العينية التبعية
224	الفرع الأول: إنقضاء الحقوق العينية التبعية بصورة أصلية
224	أولا: إنقضاء حق الرهن بصورة أصلية
224	1- إنقضاء الرهن الرسمي



225	2- إنقضاء الرهن الحيازي.....
225	ثانيا- إنقضاء حق التخصيص وحقوق الامتياز بصورة أصلية.....
225	1- إنقضاء حق التخصيص بصورة أصلية.....
226	2- إنقضاء حقوق الامتياز بصورة أصلية.....
226	الفرع الثاني: إنقضاء الحقوق العينية التبعية بصورة تبعية.....
226	المبحث الثاني: إنقضاء الحقوق الشخصية.....
227	المطلب الأول: إنقضاء الحق بالوفاء.....
227	الفرع الأول: طرفا الوفاء.....
228	الفرع الثاني: محل الوفاء.....
229	المطلب الثاني: إنقضاء الحق بما يعادل الوفاء.....
229	الفرع الأول: الوفاء بمقابل.....
229	الفرع الثاني: التجديد والإنابة.....
229	أولا- التجديد.....
230	ثانيا- الإنابة.....
231	الفرع الثالث: المقاصة.....
234	الفرع الرابع: اتحاد الذمة.....
234	المطلب الثالث: إنقضاء الحق دون الوفاء به.....
234	الفرع الأول: الإبراء.....
235	الفرع الثاني: استحالة التنفيذ.....
236	الفرع الثالث: التقادم المسقط.....
237	المبحث الثالث: إنقضاء الجانب المالي للحقوق المختلطة.....
240	الخاتمة.....
243	قائمة المصادر والمراجع.....
254	الفهرس.....