



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



محاضرات السداسي الثاني في مقياس

المدخل للعلوم القانونية

(نظرية الحق)

قدمت لطلبة السنة الأولى جذع مشترك حقوق

نظام : ل.م.د.

إعداد و إشراف الدكتور: لغلام عزوز

الموسم الجامعي
2023/2022

مقدمة:

القانون عبارة عن مجموعة قواعد تنظم وتحكم سلوك الأشخاص في المجتمع على وجه الإلزام وتكون مقترنة بجزاء بقصد فرض احترام الناس لها، والسلوك الذي يهتم القانون بتنظيمه يتمثل في العلاقات القانونية بين أفراد المجتمع ببعضهم البعض، أو بينهم وبين الدولة، وتنتج عن هذا العلاقات القانونية حقوقا للبعض تقابلها واجبات تقع على البعض الآخر، ويتولى القانون تنظيم هذه الحقوق والواجبات، وفيما يلي أتعرض أولا لإنكار فكرة الحق ثم تعريف الحق.

إن الحق أو الحقوق من الأمور المسلم بها التي يجب أن يتمتع بها كل إنسان على وجه هذه الأرض، و لا يحق لأي أحد إلغاؤها أو انتقاصها أو منازعة شخص آخر فيها دون وجه مشروع ، و قد عملت المواثيق الدولية أو الهيئات الرسمية على وضع تشريعات لضمان الحقوق على اختلافها، و هي تلك الحقوق التي يولد بها الفرد أي أنها حقوق فطرية ، و التي تمثل الحق في الحياة ، و الحق في الحرية وغيرها من الحقوق الكثيرة التي تولد مع الإنسان لكونه إنسانا و هي حقوق ثابتة.

المبحث الأول: ماهية الحق وأنواعه

إذا كانت الغالبية العظمى من الفقهاء تسلم بفكرة الحق باعتبارها فكرة لازمة من الناحية القانونية والاجتماعية، إلا أن الإجماع لم ينعقد بينهم على وضع تعريف للحق، وقد ظهرت في هذا الصدد مجموعة من النظريات تلخصت في ثلاثة اتجاهات أو مذاهب هي: **الاتجاه الشخصي و الاتجاه الموضوعي و الاتجاه المختلط**، و سوف نتطرق لكل منها و مدى تعريفها للحق و ذلك تبعا لما يلي:

المطلب الأول: تعريف الحق

الفرع الأول: المذهب (الاتجاه) الشخصي

أو ما يسمى بنظرية الإرادة تعتد هذه النظرية بشخص صاحب الحق وما هو متاح له من سلطات إرادية، وبالتالي فهي تعرف الحق على انه: **"سلطة أو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم"** إذن فمن وجهة نظر أصحاب هذه النظرية فالحق هو سلطة إرادية مقررة قانونا لشخص معين، فحق الملكية هو السلطة الإرادية للشخص في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه¹.

رائد هذه النظرية هو الفقيه الألماني "سافيني" وعليه الانتقاد الموجه لهذه النظرية:

¹ - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 98

- تركيز هذه النظرية الحق على إنه أساس السلطة الإرادية يترتب عليه عدم ثبوت الحقوق للأشخاص عديمي الإرادة كالمجنون أو المعتوه وبهذا يتعارض مع القاعدة التي تقضي بأهلية عديم الإرادة في اكتساب الحق باعتباره شخصا طبيعيا.
- أخلطت هذه النظرية بين جوهر الحق واستعماله فالحق يثبت للشخص حتى ولو لم يباشر صاحبه السلطات المخولة له، بل إن الحق ينشأ لصاحبه حتى ولو لم يعلم به كما لو كان الشخص جاهلا بحقه في الإرث أو الوصية¹.

الفرع الثاني: المذهب (الاتجاه) الموضوعي

يسمى بنظرية المصلحة، لم يركز أصحاب هذا الاتجاه على الشخص صاحب الحق بل على موضوع الحق لذلك عرفوا بأصحاب الاتجاه الموضوعي، ووفقا لذلك فان: " الحق هو مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون لذاتها " ويترتب على ذلك ما يأتي:

- أن العبرة هي من الغرض الذي تسعى من أجله إرادة الشخص وهي المنفعة أو المصلحة التي ستتحقق وليس الإرادة في حد ذاتها.
- أن المنفعة أو المصلحة هي جوهر الحق وأن الإرادة إنما تكون في خدمة هذه المصلحة التي قد تكون مادية أو معنوية كالحرية مثلا.
- ثبوت مصلحة يحميها القانون فالمصلحة لا تصبح حقا إلا إذا كان القانون يعتد بها ويتولى حمايتها عن طريق دعوى قضائية.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 281

- رائد هذه النظرية هو الفقيه الألماني: "إهرينج" والذي عرف الحق بأنه: "مصلحة يحميها القانون" وبذلك فإن الحق يتحقق من شقين¹:
- الأول: موضوعي: يتمثل في المصلحة أو المنفعة.
- الثاني: شكلي: يتمثل في حماية القانون لتلك المصلحة عن طريق الدعوى القضائية.
- الانتقاد الموجه لهذه النظرية:
- تم انتقادها لأنها اعتبرت المصلحة والمنفعة هي جوهر الحق في حين هي الغاية من الحق وليست جوهره.
- اعتبرت أن الحماية المقررة للحق هي شرط لوجوده في حين هي وسيلة لحمايته.
- وكل من المصلحة والدعوى عنصران خارجان عن جوهر الحق.
- فالمصلحة أو الغاية ليست دائما حقا فكثير من المصالح لا ترقى لدرجة الحقوق.
- مثال:** الرسوم الجمركية التي تفرضها الدولة على الواردات الأجنبية من أجل حماية الإنتاج المحلي ويستفيد منها المنتجون الوطنيون لكن لا تصل إلى حقهم في المطالبة بفرضها.
- وكذلك الشأن بالنسبة للدعوى التي تحمي الحق فهي تأتي في مرحلة تالية لنشوء الحق وليست سابقة له أو مرادفة له. فليس من المنطقي اعتبارها شرطا أو سببا في وجود هذا الحق.

¹ - نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى العلوم القانونية، القاعدة القانونية (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص5

وأمام هذه الانتقادات لم يصل كل من الاتجاه الشخصي والموضوعي إلى تعريف كامل وشامل للحق مما أدى إلى ظهور اتجاه آخر هو الاتجاه المختلط¹.

الفرع الثالث: الاتجاه المختلط في تعريف الحق " الجمع بين الإرادة و المصلحة "

جمع أنصار هذا المذهب في تعريفهم للحق بين عنصري الإرادة والمصلحة فقالوا بأن الحق يثبت حين تتقرر مصلحة لشخص يباشر بشأنها سلطاته الإرادية. وقد وجهت لهذه النظرية أو هذا الاتجاه مجموع الانتقادات السابقة الموجهة لأصحاب الاتجاه الشخصي والموضوعي.

الفرع الرابع: الاتجاه الحديث (نظرية أو اتجاه دابان)

لم تفلح الاتجاهات السابقة في تحديد تعريف يبين جوهر الحق مما أدى إلى ظهور اتجاه حديث على يد الفقيه البلجيكي "دابان" الذي قال بأن تعريف الحق يقوم على أساس تحليله إلى عنصري الاستثناء (الاختصاص) و التسلط فقال : " الحق استثناء بقيمة معينة يمنحه القانون و يحميه".

ويعتبر هذا التعريف هو الأنسب فقد جعل من الاستثناء والذي هو الاختصاص والانفراد بموضوع الحق دون الكافة أي الانفراد بمركز دون الغير من الناس، والاستثناء قد يكون لشخص أو أشخاص معينين وهو يشمل الأموال والقيم والأشياء المادية، فالدائن ينفرد وحده دون غيره بمطالبة المدين بحقه كما ينفرد المالك بحق التصرف والاستعمال والاستغلال لما يملك.

أما التسلط فهو نتيجة حتمية للاستثناء أو الاختصاص ويقصد به سلطة صاحب الحق على ماله.

¹ - عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص48

و يجب اقتران التسلط والاستثناء بالحماية والمتمثلة في الدعوى القضائية التي تحمي الحق وهذه الدعوى هي من اجل الحماية وليس من اجل الوجود (وجود الحق كما دعي إليها أنصار الاتجاه الموضوعي) بل تعتبر أثارا ناتجة عن وجود الحق ذاته. إذن: خلاصة القول في موضوع تعريف الحق أن جانبا كبير من الفقه العربي والفرنسي اعتنق نظرية "دابان" في تعريف الحق و الذي هو: "عبارة عن استثناء (اختصاص) شخص بشيء ما استثناء يحميه القانون".

المطلب الثاني: تمييز الحق عن غيره من الأنظمة الأخرى

إن فكرة الاستثناء هي التي تميز بين الحق وما قد تقترب به من نظم كالحرية والرخصة والسلطة.

الفرع الأول: الحق والحرية

يختلف الحق عن الحرية في أن الحق يخول صاحبه مزية الاستثناء به بحيث يكون صاحبه في مركز ممتاز عن غيره من الناس بالنسبة للشيء موضوع الحق، بينما الحرية لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد، وإنما يتمتع بها كافة على حد سواء ويفترض فيهم وجودهم في نفس المركز بالنسبة لها، كحرية الزواج وحرية العقيدة وحرية السير في الطريق العام¹.

فالحرية تتميز بعدم وضوح موضوعها أو محلها، فلا يتصور القول بأن الشخص أساء استعمال حريته في حين يمكن القول أن الشخص أساء استعمال حقه وتعسف فيه.

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق نظرية القانون، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005،

الفرع الثاني: الحق والرخصة

أشرنا إلى أن الحريات هي أوضاع عامة غير منضبطة يتمتع الفرد فيها بنوع من الاختيار وبالتالي لا يمكن معرفة نتائج هذا الاختيار مسبقا فحرية التعاقد قد يستعملها الفرد أو لا يستعملها وإذا استعملها فلا يعرف مسبقا أي نوع من العقود سيبرمه وحين يختار نوعا من هذه العقود فهو لا يعرف أي محل سينصب هذا العقد.

غير أن القانون قد ترك في بعض الأحيان خيارا محددًا بين بدائل محددة وذلك إما بإنشاء مركز قانوني جديد أو التعديل فيه عندها يقال بان الشخص يتمتع برخصة. فالرخصة إذا هي نوع من القدرة القانونية على الاختيار. ومثال ذلك أن القانون يترك الخيار للموصي له بين قبول الوصية أو رفضها¹.

فالرخصة تقع بين مرحلة وسطى بين الحرية والحق كقولنا حرية التملك وحق التملك فالأولى حرية والثانية حق وبينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك وتلك هي الرخصة.

مثال: لو أن شخصا رأى بيتا أعجبه ورغب في شرائه فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كانت له حرية التملك لهذا البيت أو غيره. إذن هذه حرية وبعد أن يصدر منه قبول بشراء البيت صارت له ملكية هذا البيت وأصبح حقا لكنه قبل القبول وبعد الإيجاب كان في منزلة وسطى بين الحرية والحق لهذا البيت وأصبح بإرادته وحده أن يصبح مالكا وتلك هي الرخصة.

وبعبارة أخرى فالرخصة تمثل تقدما من الشخص نحو الوصول إلى الحق بعد أن تجاوز مرحلة الحرية.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص92

الفرع الثالث: الحق والسلطة

قد يكون لشخص ما قانونا إمكانية إدارة شؤون غيره وهو ما يصطلح عليها بالسلطة ومثاله: سلطة الأب على أبنائه وسلطة الوصي في إدارة شؤون القاصر وسلطة الوكيل في إدارة شؤون موكله فيبدو لنا وكأنه يقترب من مركز صاحب الحق ومع ذلك فهناك فوارق هامة بين الحق والسلطة¹.

صاحب الحق يباشر حقه لتحقيق مصالحه الخاصة ولا يجوز له أن يتعدى ذلك في حين تنقرر السلطة لا لمصلحة من يستخدمها وإنما لمصلحة الغير.

- كما أن الحق ميزة يستأثر بها صاحبه في حين تتمثل السلطة في عبء أو واجب فسلطة الأب على أولاده أو زوجته تتمثل في أعباء وواجبات وليست مصدرا لانتفاع الأب أو الزوج.

- كما أن صاحب الحق يكون له من السهل أن يتنازل عن حقوقه أما صاحب السلطة لا يجوز له التنازل عن سلطته فالأب لا يتنازل على سلطته في إدارة شؤون أولاده لأنه مكلف بها على سبيل الواجب.

الفرع الرابع: الحق والقانون

يرتبط الحق بالقانون أشد الارتباط مع أنهما متميزان من ناحية المدلول والمفهوم والمضمون.

فالقانون ينشئ الحق أو يقرره و يبين حدوده ويحميه بالقوة إذا لزم الأمر، ويقال أن الحق والقانون وجهان لعملة واحدة ولا يتصور وجود أحدهما منفصلا عن الآخر².

¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 53

² - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في نظرية الحق، الجزء 5، الطبعة 4، دار هومة، الجزائر، ص 19

وتستخدم كلمة Droit للتعبير عن الحق و القانون معا في اللغة الفرنسية فيقال Droit Civil عن القانون المدني و Droit D'auteur عن حقوق المؤلف و لتفادي الخلط بين كلمة قانون وحق في اللغة الفرنسية استعملت كلمة Droit Objectif كتعبير عن القانون ومصطلح Droit Subjectif كتعبير عن الحق.

أما في اللغة الانجليزية فيميزون بين الحق والقانون فيعبرون عن الحق بكلمة Right وعن القانون بكلمة Law.

المطلب الثالث: أنواع الحقوق

تعددت تقسيمات الحقوق بتعدد وجهات النظر و الزوايا التي ينظر منها إلى هذه الحقوق أو المعيار المتخذ في التقسيم، ومن بين الاتجاهات السائدة تلك التي اعتمدت على مدى توافر أو تخلف القيمة المالية في الحق و ما يترتب عليها من آثار وعلى هذا الأساس نجد أن الحقوق تقسم إلى¹:

أولا :حقوق غير مالية، ثانيا : حقوق مالية، ثالثا : حقوق ذهنية.

الفرع الأول: الحقوق غير المالية

هي الحقوق التي لا يمكن تقويمها بالمال. فهي ذات قيمة معنوية وبالتالي لا تدخل في دائرة التعامل بالأموال ويطلق عليها أيضا بالحقوق اللصيقة بالشخصية كالحقوق السياسية وحقوق الأسرة.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 97

غير انه يمكن لهذه الحقوق أن تتبّع بأثر مالي في حالة الاعتداء عليها فينشئ عن ذلك تعويض لجبر الضرر (مادة 124 من القانون المدني)¹.

الفرع الثاني: الحقوق السياسية

هي سلطات تقررها فروع القانون العام (القانون الدستوري و القانون الإداري) لبعض الأشخاص لتمكينهم من القيام بالمشاركة في إدارة شؤون المجتمع السياسية. إذن هي حقوق مقررة لأفراد الجماعة السياسية دون سواهم من الأشخاص كحق الانتخاب وحق الترشح وحق تولي المناصب العامة والوظائف العامة في الدولة، وحق الحماية في الخارج.

- تتميز الحقوق السياسية عن غيرها من الحقوق بأنها مقررة لفئة محدودة من المواطنين مع توفر بعض الشروط أهمها الجنسية والسن والأهلية، والغرض منها تمكين أصحابها للمساهمة في إدارة شؤون الحكم في بلادهم.

لا يتمتع بها الأجانب لأنها تخص المواطنين إلا أن هناك استثناء فقد تلجأ الدولة إلى التعاقد مع بعض الأجانب لتولي مناصب حساسة كالتعليم في الجامعات أو إدارة شركات وطنية للاستفادة من خبراتهم. كما أن بعض الدول تسمح للأجانب بالترشح بعد توفر مجموعة من الشروط.

هذه الحقوق غير قابلة للتصرف ولا للتنازل وهي غير مقدرة بمال ولا تتقادم ولا تورث.

¹ - المادة 124: كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 سبتمبر 2005 يعدل ويتم الأمر 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44، المؤرخة في 26 سبتمبر 2005.

الفرع الثالث: الحقوق المدنية (غير السياسية)

هي تلك الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بصفته فردا وإنسانا وعضوا في المجتمع الإنساني بكل دولة وأيا كانت أنظمة الحكم فيها ويطلق عليها بحقوق الإنسان فهي مقررة لحماية كيان الإنسان كالحق في الحياة والحرية والعقيدة...، وتسمى بالحقوق الطبيعية فهي تثبت لكل شخص طبيعي أيا كانت جنسيته وتسمى أيضا بالحقوق الشخصية، وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

الفرع الرابع: الحقوق العامة

تسمى أيضا بحقوق الشخصية *Droit de la personnalité* وسميت بالحقوق العامة لأنها تخضع لأحكام القانون العام، نظرا لتعلقها بحق المجتمع (السيادة) وهي حقوق تثبت لكل الناس، أجانب ومواطنين ترمي إلى حماية الكيان المادي و المعنوي و الأدبي للإنسان نص عليها القانون المدني في المادة 47 وهي تنقسم إلى ثلاثة وظائف¹:

أولا: حقوق تتعلق بالكيان المادي للشخص: نص عليها الدستور في مواد 39 وما بعدها، فالدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان من أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بكرامته ونصت المادة 39 منه على معاقبة القانون لكل مخالفة لهذه الحقوق وكل من يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية، النص على الحقوق جاء في الدستور الجديد² 2020 في الباب الثاني ابتداء من المواد 34 إلى 77.

¹ - المادة 47: لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، من نفس القانون

² - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ج.ج، عدد 82 الصادرة في : 2020/12/30.

ثانيا: حقوق تتعلق بالكيان الأدبي والمعنوي

نص عليها الدستور في المادة 47 منه على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه وكذا سرية المراسلات والاتصالات الخاصة".
وتحظى كذلك بحماية قانون العقوبات الذي يعاقب على القذف والسب.

ثالثا: حقوق تتعلق بمزاويلته لنشاطه

هي الحريات الشخصية كحرية التنقل والعمل وحرية التعاقد، الزواج ونص الدستور على حماية المسكن، المادة 48 منه وعدم انتهاك حرمة، ولا تفتيش إلا بمقتضى القانون ويكون مكتوب وصادر من سلطة قضائية مختصة، كذلك الحق في الدخول للتراب الوطني والتنقل فيه وحماية أمواله وممتلكاته¹.

الفرع الخامس: الحقوق الخاصة

الحقوق الخاصة هي الحقوق المدنية التي تحميها فروع القانون الخاص لذلك سميت بالحقوق الخاصة وهي حقوق يكفلها القانون للأفراد وهي تختلف من شخص إلى آخر حسب الحالة الشخصية أو المدنية لكل فرد، والفرق بين الحقوق العامة والخاصة أن الأولى مكفولة لكل الأفراد أما الخاصة فإنها تثبت للأفراد كل حسب حالته الشخصية والمدنية وهي تتفاوت من شخص لآخر

1- المادة 47: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن.

فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه.

ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة.

من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر

2020، نفس المصدر

إذن: الأفراد متساوون في الحقوق العامة ومتفاوتون في الحقوق الخاصة.

ويرجع سبب الاختلاف لكونها تقوم على روابط عائلية كالقربة والمصاهرة وأحيانا على أساس الذمة المالية.

- يطلق على الحقوق التي يكون أساسها روابط الأسرة بالحقوق العائلية

- يطلق على الحقوق التي يكون أساسها الذمة المالية بالحقوق المالية

و سنتطرق لكليهما حسب الآتي¹:

أولا- الحقوق العائلية (الأسرية):

تثبت هذه الحقوق للشخص باعتباره عضوا في الأسرة وهي تختلف باختلاف

مركز الشخص ووضعه في الأسرة. و ينص عليها قانون الأسرة ويحميها.

ويرجع أساس هذه الحقوق إلى الروابط العائلية كالزواج والمصاهرة والنسب والقربة

كحقوق الزوج على زوجته والعكس صحيح كحق الطاعة والنفقة، حق الإرث وحق الأب

في تربية أبنائه و الإنفاق عليهم... الخ، وتتميز هذه الحقوق بعدم قابلية تقويمها بالمال

لأنها تقوم على روابط وأسس أسرية كحق الطاعة والرعاية وهي غير قابلة للتنازل أو

التصرف فيها لشخص آخر بمقابل أو بدون مقابل ولا يجوز بيعها أو شراؤها.

إن منع التصرف فيها وحمايتها لا يخص صاحبها فقط بل يخص الصالح العام لذلك

تعاقب القوانين الشروع في الانتحار أو القتل الرحيم وهو القتل برضى المجني عليه،

وقد تؤدي الحقوق العائلية إلى اكتساب حقوق مالية إلا أن ذلك لا يغير من طبيعتها

والاعتداء عليها يترتب عليه حقوق مالية مثل التعويض.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 63

ثانيا/أ: الحقوق المالية

يطلق عليه لفظ "الأموال" لأنه تحقق لصاحبها أموالا ومصالحا يمكن تقييمها بالمال فموضوع الحق فيها يمكن تقييمه بالمال عكس الحقوق السياسية كما أنها تهدف للحصول على مصلحة مادية وهي بذلك تقبل التصرف فيها والتنازل عنها ويمكن الحجز عليها، وسنتطرق لها في النوع الثاني الخاص بالحقوق المالية وذلك تبعا لما يلي:

ثانيا/ب: الحقوق المالية:

كما سبق تعريفها يكون موضوع الحق فيها قابلا للتقويم بالمال، و يكون محلها الأشياء و الأعمال و الهدف منها الحصول على فائدة و هي قابلة للتعامل فيها كالتصرف و التنازل و الاستعمال، و تنقسم إلى ثلاثة أقسام: الحقوق العينية و الحقوق الشخصية و الحقوق المعنوية¹.

1) الحقوق العينية

الحق العيني هو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء مادي معين تسمح لصاحبها استعمال ذلك الحق بدون وساطة فالصلة تكون مباشرة بين صاحب الحق ومحل ذلك الحق، ويقوم الحق العيني على رابطة التسلط لإرادة صاحبه على الحق الذي يملكه فمالك المنزل يستطيع أن يسكنه أو يبيعه أو يؤجره دون وساطة شخص آخر.

يعرف الحق العيني بأنه سلطة قانونية معترف بها للشخص صاحبه تنصب مباشرة على شيء معين، و مثاله النموذجي حق الملكية و يثبت الحق العيني لصاحبه في

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 63

مواجهة كافة Opposable a tous و هذا هو المقصود بالطابع المطلق لهذا النوع من الحقوق كما سيأتي¹

وتنقسم الحقوق العينية إلى نوعين:

- حقوق عينية أصلية les droits réels principaux

- حقوق عينية تبعية les droits réels accessoires

أ- **الحقوق العينية الأصلية:** هي حقوق أصلية لا تستند في وجودها إلى حق آخر (أي مستقلة) فهي مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية وهذا الاستثناء يتسع ليشمل كل السلطات من استعمال واستغلال وتصرف كما هو الشأن بالنسبة لحق الملكية وقد يضيق استعمال هذه السلطات فتكون بصدد حقوق أخرى متفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والارتفاق².

- **حق الملكية: Le droit de propriété:**

حق الملكية هو أقوى الحقوق العينية الأصلية و قد كان يوصف في القانون الفرنسي بأنه حق مطلق أي يمارس بدون قيود، و لا شك أن هذه الفكرة لم يعد لها اليوم من وجود إلا على سبيل ما تحمله من رمز قوة هذا الحق، فحق الملكية بما له من وظيفة اجتماعية تستهدف في النهاية خير الجماعة كلها يجد في القوانين و التنظيمات كغيره من الحقوق العديد من القيود كتلك التي تنص عليها مثلا تنظيمات العمران بالنسبة لمن يريد إقامة بناء على قطعة أرض يملكها، بل أكثر من ذلك يجوز للإدارة نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل³.

- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، ط 4، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2019، ص 37.

²- نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 47

³- عبد المجيد زعلاني، نفس المرجع، ص 38.

كذلك هو اشمَل الحقوق العينية مضمونا فهو يخول لصاحبه سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا ثلاثة سلطات هي:

- حق استعمال الشيء المملوك له.

- حق استغلال ذلك الشيء أي استثماره.

- حق التصرف فيه بكافة طرق التصرف. كالبيع، الهبة ...

وقد عرفته المادة 674 من القانون المدني بقولها: "حق الملكية هو حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة".

له خصائص فهو حق جامع وحق مانع و حق دائم إلا انه ليس حق مطلقا.

* حق جامع - Total : إذ يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء، فللمالك أن يستعمل الشيء و يستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريده.

* حق مانع - Droit Exclusif : حق الملكية حق مقصور على صاحبه، و يمكنه من الاستئثار بمزايا ملكه، و يكون مقيدا في ذلك بما يكون للغير من حق التمتع ببعض المزايا بموجب الإنفاق أو القانون، فقد يخول المالك شخصا آخر حق الانتفاع بالشيء، أو يرتب له عليه حق ارتفاق، كما أن هناك حالات يجيز فيها القانون للغير استعمال الشيء و منها مثلا للملاك المجاورين حق استعمال المصرف فيما تحتاجه أراضيهم لريها، و كذلك إذا كانت الأرض محبوسة عن الطريق العام أو لا يصلها به ممر كاف، فلصاحبها حق المرور على الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه و استعمالها على الوجه المألوف¹.

¹ - محمدي فريدة (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، CEDOC ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، ص ص، 20.

* حق دائم: حق الملكية يدوم بدوام الشيء، أي يبقى دائما بدوام الشيء في ملك صاحبه، بينما الحقوق الأخرى ليست لها صفة الدوام.

فحق الملكية لا ينقضي و لكنه ينتقل بالميراث أو بالوصية و قد يحتم القانون التوقيت لبعض الحقوق، فحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع، أو ينقضي بانقضاء أجله قبل الوفاة، و حق الارتفاق قد يحدد بمدة معينة، كما ينقضي أيضا بأسباب معينة كعدم الاستعمال¹

- **الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:** تتميز الحقوق المتفرعة عن حق الملكية بمحدودية سلطات المالك إذ تنتقل بعض سلطات المالك لحساب شخص آخر غير المالك وتتمثل هذه الحقوق المتفرعة في حق الانتفاع، حق الاستعمال وحق السكن، حق الارتفاق.

- **المقصود بحق الانتفاع:** هو حق يخول للمنتفع استعمال شيء مملوك للغير سواء كان عقارا أو منقولا ويضم سلطتي الاستغلال و الاستعمال للشيء محل الانتفاع دون سلطة التصرف التي تبقى بيد المالك الذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة.

- حق الانتفاع هو حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المحدد وعلى المنتفع طول مدة انتفاعه أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الشيء.

- فيعتبر المستأجر لمسكن منتفعا بالعين المؤجرة ويبقى المالك (المؤجر) مالكا للرقبة ويبيده سلطة التصرف ونص عليه المشرع في المواد 844 إلى 854 من القانون المدني ويكتسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة أو بمقتضى القانون أو الوصية.

¹ - محمدي فريدة (زووي)، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مرجع سابق.

- المقصود بحق الاستعمال و حق السكن: يخول حق الاستعمال لصاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره و يختلف عن حق الانتفاع في انه لا يخوله سلطة استغلاله.

فلا يجوز لصاحب الاستعمال الذي يستعمل سيارة مملوكة للغير أن يستغلها ويؤجرها للغير أو يتصرف فيه. وحق السكن يكون مقتصرًا على محل عيني معد للسكن فقط دون أوجه الاستعمال و الاستغلال الأخرى المواد 855-857 من القانون المدني¹.

- **حق الارتفاق:** عرفته المادة 867 القانون المدني الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر

إذن هو ذلك الحق الذي يتقرر قانونًا وتترتب عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء الارتفاق أي أحد العقارين يخدم العقار الآخر كحق المرور حيث يكون لصاحب العقار المرتفق أن يمر على العقار المرتفق به، إذن فنحن بصدد عقارين مملوكين لشخصين مختلفين، عقار خادم وعقار مخدوم².

ويتميز بأنه حق عيني عقاري لا يرد إلا على عقار لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر إذن فهو يرتبط بالعقار وليس بمالك العقار ويظل هذا الحق قائمًا ما لم يوجد اتفاق على إنشاء الارتفاق لمدة معينة أو ينتهي بعدم الاستعمال نصت عليه المواد 867 إلى 881 من القانون المدني.

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص64

² - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ط6، القاهرة، 1987، ص83

ب- الحقوق العينية التبعية

ويقصد بها تلك الحقوق التي لا تقوم إلا تبعا لحق آخر أي مرتبطة بحق آخر غيرها فهي لا توجد مستقلة بذاتها مثل الحقوق العينية الأصلية، هذه الحقوق تعتبر ضمانات عينية لوفاء الديون، إذ تخول للدائن سلطة تتبع الشيء الضامن الذي ترد عليه، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية لذا سميت بالتأمينات العينية أو الضمانات و من أهم هذه الحقوق ما حدده المشرع فيما يلي:

- الرهن الرسمي

- الرهن الحيازي

- حق التخصيص

- حق الامتياز

أ - الرهن الرسمي: نصت عليه المواد من 882 إلى 936 من القانون المدني وعرفته المادة 882 بقولها: الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد كان، إذن ينصب حقه الرهن الرسمي مباشرة على شيء أن يكون محله شيء ويكون الرهن دائما ضمانا للوفاء بحق شخصي¹.

الحق الشخصي هو الدين

من خلال التعريف نستنتج ما يلي:

- ينشأ الرهن الرسمي عن عقد رسمي (عند الموثق) بين الدائن المرتهن وبين الراهن .
- الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص73

- يجب أن يكون العقار المرهون مما يصلح التعامل فيه وبيعه في المزاد العلني
- تظل حيازة العقار بين يدي الراهن (المدين) فلا تنتقل إلى الدائن المرتهن.
- يخول الرهن الرسمي للدائن المرتهن أولوية وفاء دينه.
- ومن خصائص الرهن الرسمي:** أنه حق عيني - حق عيني ينشأ تبعاً لحق أصلي ضامن له - حق عيني تبقي لا يرد إلا على عقار - حق عيني تبقي تبقى الحيازة فيه بيد المالك - حق عيني تبقي يمنح صاحبه حق التتبع و حق الأفضلية.
- **الرهن الحيازي:** ينشأ عن عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره. أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حقا عينياً يخوله حسب الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين له في المرتبة اقتضاء حق من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون. نظمه المشرع في المواد 948 إلى 981 من القانون المدني¹.
- لا يشترط أن يتم عقد الرهن الحيازي أمام موثق بمقتضى عقد رسمي عكس الرهن الرسمي.
- يرد الرهن الحيازي على عقار أو منقول عكس الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار.
- يتم وضع الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن عكس الرهن الرسمي الذي يبقى العقار المرهون في حيازة مالكه.
- يترتب على انتقال الحيازة للدائن أن يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون وصيانته وفي حالة استفادته من استعمال الشيء المرهون يخصم ذلك من مبلغ الدين الإجمالي.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 79

- لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير يجب أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الغير الذي اختاره المتعاقدان.
- إذا كان الرهن الحيازي عقارا يجب تقييده في الشهر العقاري أما إذا كان منقولاً وجب أن يكون المحرر المثبت (الوثيقة) له تاريخ ثابت.
- ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون كما ينقضي بالأسباب المذكورة في المادة 965 من القانون المدني كتنازل الدائن المرتهن أو هلاك الشيء المرهون، أو اجتماع حق الملكية والرهن الحيازي في يد شخص واحد¹.
- حق التخصيص:** هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن حسب النية على عقار أو أكثر من عقارات المدين يثبت له ذلك بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بالدين ضماناً لأصل الدين و المصاريف، نصت عليه المادة 937 من القانون المدني.
- لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة.
- إذا حق التخصيص هو حق عيني تبعي يتقرر بأمر على عريضة (حكم قضائي).
- يثبت حق التخصيص بمقتضى حكم قضائي.
- يترتب على حق التخصيص نفس الحقوق التي يترتبها الرهن الرسمي.
- حقوق الامتياز:** نصت المادة 982 على أن الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفة ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني.
- إذا ينشأ حق الامتياز بنص القانون وليس بحكم قضائي ويتقرر لصفة خاصة في الدائن.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص63

- يخول الامتياز لصاحبه حق التقدم و الأولوية على باقي الدائنين.
 - يحدد القانون مرتبة الامتياز أي الدين الأولى بالوفاء كحق النفقة مثلا.
 - يكون حق الامتياز **عاما** يرد على جميع أموال المدين سواء كانت عقارات أم منقولات ، كما هو الشأن بالنسبة للمبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب ورسوم والمبالغ المستحقة للعمال و الأجراء...الخ
 قد يكون حق الامتياز **خاصا** يرد على مال معين بالذات سواء كان عقار أم منقول، من حقوق الامتياز الواقعة على منقول المبالغ المستحقة للخرينة والمصاريف القضائية...
 لمزيد من الشرح بخصوص حقوق الامتياز راجع المواد من 982 إلى 1001 من القانون المدني.

ونشير إلى أن هناك نصوص لحق الامتياز واردة في القانون التجاري وقانون العمل.

2- الحقوق الشخصية (حقوق الدائنة): الحق الشخصي هو سلطة تثبت لشخص معين (الدائن) في اقتضاء أداء معين قد يكون قيام بعمل أو إعطاء شيء أو الامتناع عن عمل من شخص آخر هو (المدين).

يتجلى الحق الشخصي في وجهين واحد ايجابي والأخر سلبي¹.

الوجه الايجابي: يتمثل في انه يقر حقا للدائن بموجبه يتم الحصول على أداء معين أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهذا ما يسمى بالحق الشخصي أو حق الدائنة.
 وكمثال على الأداء أو العمل الايجابي التزام المقرض برد مبلغ القرض، أو كحق المشتري للعقار في اقتضاء نقل الملكية له من بائعه فالحق الشخصي هنا محله عمل

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص55

إيجابي هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية إلى المشتري عن طريق المساهمة في إجراءات التسجيل.

الوجه السلبي: يتمثل في انه يقرر التزاما على عاتق المدين القيام بهذا الأداء أو العمل أو الامتناع عنه و من أمثلة العمل السلبي أي الامتناع عن عمل كالتزام لاعب كرة القدم بعدم اللعب في فريق آخر غير الفريق الذي تعاقد معه أو التزام بائع المحل التجاري تجاه المشتري بعدم منافسته بفتح محل مشابه له في نفس المكان خلال مدة معينة.

بالنسبة للأداء الذي يقوم به المدين يجب أن تتوفر فيه صفة المالية أي يكون بالإمكان تقدير هذا العمل أو الأداء بالمال حتى يمكن اعتباره حقا شخصيا.

أ- مصادر الحق الشخصي (حق الدائنة): تتمثل هذه المصادر في العقد والإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب القانون¹.

- العقد: وهو توافق إرادتين أو أكثر لإحداث اثر قانوني معين يتمثل بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

والمقتضى العقد ينشئ الأفراد ما شاءوا من الحقوق والالتزامات شرط عدم مخالفتها للنظام العام.

- الإرادة المنفردة: جاء في المادة 123 من القانون المدني "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير"²

" ويسري على هذا التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول."

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 58

² - مصدر سبق ذكره

إذا فالإرادة المنفردة قادرة على إنشاء عقد شخصي وذلك في حالة الوعد بجائزة تطبيقاً لنص المادة 123 مكرر 1 فإذا وجه شخص إلى جمهور خطاباً يعدهم بجائزة مقابل القيام بعمل معين التزم بإرادته المنفردة بإعطاء الجائزة لمن يقوم بهذا الفعل أو العمل.

- **الفعل المستحق للتعويض:** وذلك تطبيقاً لنص المادة 124 من القانون المدني كل فعل ضار يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب به ضرراً للغير يلزم من كان في حدوثه بالتعويض.

- **الإثراء بلا سبب:** "كل من نال بحسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها مبرر يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء، طبقاً لنص المادة 141 من القانون المدني

-**القانون:** من بين الالتزامات التي ينشئها القانون مباشرة إلزام الجوار المادة 690 ق.م والالتزام بالنفقة بين الأقارب المواد 36 و 39 و 87 من قانون الأسرة¹.

ب- **الفرق بين الحق الشخصي والحق العيني:** الحق العيني يعطي لصاحبه استثنائاً أو سلطة قانونية على شيء من الأشياء المادية فيتمتع بالمزايا التي يعينها القانون، أما الحق الشخصي أو حق الدائنة فيعطي لصاحبه سلطة اقتضاء الدائن لحقه الذي يتوقف على تنفيذ المدين لالتزام سواء القيام بعمل أو إعطاء شيء أو الامتناع عن القيام بعمل ما متفق عليه حسب الرابطة القانونية القائمة بينهما.

فالحق الشخصي يقوم على ثلاثة عناصر:

- صاحب الحق: (الدائن) الطرف الايجابي.

¹ - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ع.15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

- الملتزم بالحق: (المدين) الطرف السلبي.
 - محل الحق: وهو العمل أو الامتناع عن العمل الملزم به من الطرف السلبي
 - أما الحق العيني فلا يحتوي إلا على عنصرين:
 - صاحب الحق.
 - الشيء محل الحق.
- ومع ذلك فقد ظهرت محاولات لتقريب الحق الشخصي من الحق العيني من جهة وتقريب الحق العيني من الحق الشخصي.
- **تقريب الحق العيني من الحق الشخصي (الاتجاه الشخصي):** اتجه جانب من الفقه إلى محاولة التقريب بين الحق العيني والشخصي رغم أوجه الاختلاف القائمة بينهما وعلى رأس هؤلاء الفقيه الفرنسي "بلانيول" ويطلق على هذا المذهب بالمذهب الشخصي، فقال كما أن الحق الشخصي يحتوي في مضمونه على¹:
 - طرف ايجابي (الدائن).
 - طرف سلبي (المدين).
 - المحل (ما يلتزم به الطرف السلبي).
- وكذلك الحق العيني نفس الشيء.
- فإذا كان الطرف السلبي في العقد الشخصي معيناً بوضوح وهو المدين فإنه في الحق العيني يشمل كافة الناس وأن مضمون التزامهم يكون سلباً أي بالامتناع عن التعرض للطرف الايجابي (المالك - المنتفع - المستعمل) ومن هذا المنظور فلا اختلاف بين الحق العيني والشخصي.

¹- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص72

فإذا كان محل الالتزام في الحق الشخصي محددًا وهو إلزام القيام أو عدم القيام بشيء أو القيام أو الامتناع عن القيام بعمل فإنه في الحق العيني إلزام سلبي يتمثل في عدم التعرض للطرف الايجابي في ممارسة حقه.

- **تقريب الحق الشخصي من الحق العيني (الاتجاه المادي):** يتزعم هذا الاتجاه الفقيهان "سالي" و "لامبير" وأساس وحدة الحقين عندهما منظور إليه من زاوية القيمة المالية للأداء الذي يلتزم به المدين وإذا كان الحق الشخصي مثله مثل الحق العيني يمثل عنصرا من عناصر الذمة المالية (أي تستطيع تقويمه بالمال) فيستطيع صاحب الحق أن يتصرف فيه أو يهبه أو يرهن هذا الحق فما الداعي إلى التمييز بينهما ومادام الحق الشخصي هو حق على مال الشخص وليس على الشخص نفسه مثله مثل الحق العيني الذي يمثل سلطة على الشيء أو المال.

وان كان كل من النظريتين لم تسلم من النقد فإن ما هو مستقر عليه هو التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي¹.

ج- **التفرقة بين الحق الشخصي والعيني:** تبرز نتائج التفرقة من عدة جوانب:

- من حيث الأطراف: في الحق الشخصي يوجد طرفان هما الدائن و المدين أما في الحق العيني فيوجد طرف واحد وهو صاحب الحق أما الطرف السلبي فهو شيء و ليس شخص.

- من حيث المضمون أو المحل: في الحق الشخصي توجد سلطة مباشرة من شخص على شخص آخر محلها أداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين أو إعطاء شيء معين.

¹ - شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهاد

القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة الجزائر، 2010، ص101

أما في الحق العيني السلطة تكون مباشرة من الدائن على الشيء محل الإلزام.

- من حيث المدة:

الحق الشخصي حق مؤقت.

الحق العيني حق دائم و طويل المدة و يبقى ما بقي إلا ما استثناه القانون و حدد مدته (عقد الإيجار).

- من حيث الآثار¹:

- الحق العيني يخول لصاحبه ميزتين هما حق التتبع و حق الأولوية (الأفضلية).

- حق التتبع مثلا أن صاحب الحق العيني يستطيع تتبع حقه في أي يد كان فيسترده

من أي حائز كمالك السيارة يستطيع أن يستردها من من سرقها

- أما الأفضلية أو الأولوية فتكون له ميزة الأولوية في استيفاء حقه قبل الدائنين الآخرين

فصاحب الرهن الرسمي أو الحيازي يتقدم على باقي الدائنين.

- الحق الشخصي لا يعرف هاتين الميزتين فالجميع متساوون في الترتيب.

- التنازل:

في الحق الشخصي لا يجوز التنازل فحق الدائنة لا يجوز التنازل فيه برضا المتنازل

عن الحق و المتنازل له عنه بل لابد من رضا المدين أيضا أو إبلاغه بذلك كما هو

الشأن في حوالة الحق (يقصد بها تحويل الحق من شخص لآخر).

مثال : X دائن و Y مدين و X مدين في نفس الوقت لـ P فيجوز تحويل الدين من Y

إلى P مباشرة بموافقة هذا الأخير و إعلانه عن ذلك إذا فلا يجوز لـ X أن يتنازل لـ

Y عن الدين إلا بموافقة P

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 54

أما التنازل في الحق العيني لا تلزم فيه موافقة طرف ثالث بل يكفي رضا المتنازل له وصاحب الحق.

- التقادم:

- الحق الشخصي (الدين) لا يكسب بالتقادم بل يتقادم بعد 15 سنة إذا لم يطالب به صاحبه المادة 308 ق.م.

- أما الحق العيني فقد يكتسب بالتقادم كما هو الحال في الحيازة المكسبة لحق الملكية مادة 827 و 828 من ق.م، فالتقادم لا يؤدي إلى زوال الحق العيني وانقضائه¹.

د- الحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية:

أصبح تقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية لا يستوعب ما ظهر في العصر الحديث من حقوق أخرى لم تكن ذات شأن فيما مضى وهذا النوع من الحقوق هو حقوق المؤلف وحقوق المجاورة والاختراعات الصناعية والتي تسمى في مجملها بحقوق الملكية الفكرية وهي نوع ثالث من الحقوق المالية فهي حقوق ترد على نتاج الذهن والفكر.

للحق الذهني جانب:

أحدهما أدبي أو معنوي والآخر مالي فهو حق ذو طبيعة مزدوجة

فالجانب المعنوي أو الأدبي فيه لصيق بالشخص فهو يستأثر به وينسب إليه دون غيره باعتباره امتداد لشخصيته وهو قابل للتصرف فيه ولا يمكن الحجز عليه.

أما الجانب المالي فيتمثل في الاستفادة مالياً من نتاج ذهنه إذا فهو حق مالي يقبل التقويم بالنقود وينتقل من شخص لآخر بالتصرف فيه.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 68

هذا النوع من الحقوق لا يقبل أن يكون حقا شخصيا (دين) لأنه لا يقوم على إلزام شخص معين بإعطاء أو بعمل أو الامتناع عن عمل ولا هو حق عيني لأنه لا يرد على شيء مادي فهو يرد على موضوع غير مادي.

أولا - أنواع الحقوق الذهنية:

تتفرع الملكية الفكرية إلى ملكية أدبية وفنية وملكية صناعية.

1/ يتمثل حق المؤلف والحقوق المجاورة فيما يتوصل إليه أصحاب الحقوق الذهنية من إبداع أدبي وفني في جميع المجالات ويطلق على صاحب الإبداع أو الابتكار الأدبي والفني بالمؤلف.

2/ يتمثل حق المخترع فيما يتوصل إليه المخترع من ابتكارات جديدة كبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات المميزة والبيانات التجارية والاسم والعنوان التجاري.

ثانيا: المؤلف والمصنفات المحمية

1- **المصنف L'ouvre**: تمنح الحماية مهما كان نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته بمجرد إبداع المصنف وسواء كان مثبتا أم لا بأي وسيلة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور.

وبالنسبة لأنواع المصنفات فقد نصت عليها المادة (04) الرابعة من التشريع رقم 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة¹ ومنها:

- المصنفات الأدبية المكتوبة.

¹ - الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2005، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ع.44، الصادرة في 3 يونيو 2005.

- كل مصنفات المسرح والمصنفات الدراسية.

- الرسوم البيانية والخرائط.

2- المؤلف L' auteur:

يعتبر مؤلف مصنف أدبي و/أو فني في هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه ويمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر اعتبار أن صاحب المؤلف يكون فردا طبيعيا أو مجموعة من الأفراد وقد يكون شخص معنويا... إذا هناك:

- المصنف الصادر من مؤلف واحد.

- المصنف الجماعي أو المصنف المشترك.

3- الحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف: يتميز الحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف بأنه:

لا يجوز التصرف فيه - انه حق مؤبد - قابل للانتقال وغير قابل للتخلي.

و بالنسبة لمضمون حق المؤلف نصت عليه المادة 22 من ق 05/03 ومنه: حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه - الحق في نشره و حقه في سحبه.

و يعتبر الحق المعنوي للمؤلف عن العلاقة الوثيقة القائمة بين المصنف و مؤلفه، و من ثم فإن هذا الحق يخول للمؤلف سلطات متعددة منها سلطة تقرير نشر المصنف أو رفضه في حياته أو لورثته بعد وفاته و نسبته إليه و إدخال تعديلات على مصنفه و سحبه من التداول إن لزم الأمر و معارضة الاعتداء عليه أو انتحاله من قبل الغير حفاظا على سمعته أو شهرته الأدبية أو العلمية أو الفكرية¹

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 49.

4- الحق المالي للمؤلف:

أما الحق المالي فيعتبر عن العلاقة المالية الموجودة بين المؤلف و مصنفه من ثم فإن هذا الحق كغيره من الحقوق المالية يخول المؤلف استثمار نتاجه الفكري و استغلاله و التصرف فيه و جني الأرباح التي تنتج عن ذلك، و يتم استغلال المصنفات خاصة بإعادة نشرها و ترجمتها و تكييفها¹

كما يتميز بما يلي:

حق قابل للتصرف - غير قابل للحجز عليه - حق مؤقت - قابل للانتقال إلى الورثة.
أما مضمون الحق المالي فقد نصت عليه المادة 27 من نفس القانون وتمثل في الوسائل والطرق التي يتم بها استغلال المصنف

5- معيار الحقوق الذهنية أو الأدبية:

يعتبر عنصر الابتكار هو العنصر الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف، ولا يقصد بالابتكار اختراع آراء أو أفكار غير معروفة إنما المقصود به أن يتميز الإنتاج الفكري أو الأدبي بطابع معين يبرز شخصية صاحبه.
لمزيد من الشرح راجع نص المادة المذكورة أعلاه.

ثالثا: الملكية الصناعية

أما الملكية الصناعية فتتضمن حقوقا من طبيعة مختلفة و من بينها:
- براءة الاختراع والتي تمنح للمخترعين جراء اختراعاتهم وهي محمية قانونيا.
- الرسوم والنماذج الصناعية.
- العلامات كالعلامة التجارية مثلا.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 49.

- البيانات التجارية والاسم والعنوان التجاري.
- التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.
- تسميات المنشأ

المبحث الثاني: أركان الحق

تتمثل في ثلاثة أركان هي¹:

الركن الأول: الشخص صاحب الحق.

الركن الثاني: محل الحق أو موضوعه أو ما يرد عليه الحق.

الركن الثالث: السبب المنشئ للحق.

المطلب الأول: الأشخاص Les personnes

يقصد بالأشخاص أطراف الحق وهو الشخص أو الإنسان صاحب الحق ويمكن تسميته بالطرف الموجب. الطرف الآخر الملتزم بالحق أو المدين به، والشخص قانونا هو من يكون صالحا لان يصير صاحب حق وان يتحمل بالالتزام ويحيا حياة قانونية وهو ما يطلق عليه بالشخصية القانونية أي صلاحيات الإنسان لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

ولم تعد الشخصية القانونية في وقتنا مقتصرة على الإنسان وحده بل تعدى مدلولها ليشمل الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية عامة كانت أم خاصة (الدولة/ الولاية/ البلدية/ الشركات...) إذن فالشخصية القانونية إما أن تكون شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا.

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 51

الفرع الأول: الشخص الطبيعي la personne physique

يقصد به الإنسان أي الكائن البشري وهو يتمتع بشخصية قانونية طيلة مدة حياته تبدأ من الولادة وتنتهي بالوفاة.

أولاً: بدأ الشخصية القانونية ونهايتها

تنص المادة 25 الفقرة الأولى من القانون المدني على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، و تنتهي بموته"، و يتفق هذا النص مع الرأي الغالب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، و الذي يقضي بأن الشخصية تثبت للوليد بولادته حيا ولادة تامة، على عكس رأي الإمام أبي حنيفة الذي يكتفي بخروج معظمه حيا، و هكذا فإن الشخصية القانونية تثبت للإنسان وفقا للقانون الجزائري، عند لحظة تمام ولادته حيا، و لا يهم أن يموت بعد ذلك و لو بلحظات.

أما القانون المدني الفرنسي فإنه يضيف شرطا آخر مقتضاه أن يكون الإنسان حيا و قابلا للحياة (Vivant et viable) أي أن الأجهزة الضرورية تكون لديه بكيفية تسمح له بالحياة مستقبلا. و يستخلص من المرجع المذكور أن المشرع الفرنسي بهذا الموقف، فضل عدم الأخذ في الاعتبار لحياة قصيرة جدا و التي لا يمكن في رأيه أن تستمر. و رغم تقدم الطب إلا أن إثبات القابلية للحياة من عدمه بالنسبة للوليد أمر صعب بالإضافة إلى أن الإيمان الديني لا يقبل مثل هذه الفكرة، و لذلك فإن المشرع الجزائري باكتفائه بشرط تمام ولادة الإنسان حيا قد اختار الحل السليم في رأينا¹

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 119.

إن تبدأ الشخصية القانونية في القانون الجزائري بتمام ولادة المولود حيا وهو موقف الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الثلاثة : مالك و الشافعي وابن حنبل أما أبو حنيفة يكتفي بالقول بخروج معظمه حيا.

أما إذا ولد ميتا فلا تثبت له الشخصية القانونية ويشترط لإثبات الولادة تسجيلها بسجلات الحالة المدنية وفق الإجراءات القانونية حسب نص م26 من القانون المدني والمادة 06 من قانون الحالة المدنية¹ ويمكن إثبات قابلية الحياة بكل وسائل الإثبات.

1- المركز القانوني للجنين: للجنين شخصية قانونية محدودة ذلك أن القانون يعترف له ببعض الحقوق طبقا لنص المادة 25 ق م "يتمتع الجنين بالحقوق المدنية شرط ميلاده حيا".

هذه الحقوق تتمثل في ثبوت نسبه من أبيه، يرث أقاربه إذا ماتوا. يستحق الوصية في حالة موت الموصي قبل ولادته هذه الحقوق تثبت له دون أن يصدر منه قبول.

أما الحقوق الأخرى التي تتطلب القبول كالهبة فلا تثبت له، كذلك عدم تحمله للالتزامات وحسب المادة 187 من قانون الأسرة تصح الوصية للجنين في بطن أمه شرط ميلاده حيا وإن كان توأم فيستحقانها بالتساوي.

2- انتهاء الشخصية القانونية: تنتهي بموت الإنسان أي بهلاكه وتثبت واقعة الوفاة بالسجلات الخاصة لهذا الغرض إلا انه ليست لها حجية مطلقة إذ يمكن إثبات ما يخالفها.

¹ - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014، ج.ر.ع49، الصادرة في 14 غشت 2014

لا تقسم تركة الهالك بين الورثة إلا بعد سداد ديونه وتنفيذ الوصية في حدود الثلث 3/1 مادة 185 من قانون الأسرة، وخلال الفترة الممتدة بين واقعة الوفاة وتسديد الديون وتنفيذ الوصية تمتد الشخصية القانونية حكما للهالك أي يعتبر حيا حتى تسديد ديونه.

أ-الانتهاء الحكمي أو التقديري للشخصية القانونية: الانتهاء الحكمي هو ما يحكم به القاضي في حالة الشخص المفقود أو الغائب وحسب المادة 31 من ق المدني يسري على المفقود والغائب أحكام قانون الأسرة.

الغائب: هو الشخص الذي تنقطع إقامته ولكن حياته تكون محققة ولا شك فيها كالمسجون لمدة 20 سنة والمهاجر إلى دولة أخرى.

يعين للغائب قيم بقرار قضائي يتولى مباشرة حقوقه والتزاماته طيلة فترة غيابه لان الشخصية القانونية قائمة ولم تنته بعد.

الغائب وفقا لنص المادة 110، هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة نائبه مدة سنة، على أن يتسبب غيابه هذا في ضرر للغير، ففي هذه الحالة يعتبر كالمفقود. طبقا لهذا التعريف فإن تحقق الغياب بمقتضى توافر عدة شروط و أولها عدم رجوع الشخص إلى محل إقامته لمدة سنة لظروف قاهرة منعه من ذلك. فإذا لم يكن هناك من يدير شؤون هذا الشخص، و هو الشرط الثاني لتحقق الغياب أي عدم وجود نائب ينوب عن الغائب في إدارة شؤونه التي لا يستطيع حتما إدارتها بنفسه بحكم غيابه، و تسبب غيابه في ضرر للغير، و هو الشرط الثالث فإنه يعتبر في حكم المفقود¹

¹ - عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق، ص 125.

المفقود: عرفته المادة 109 من قانون الأسرة "هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

المادة 111 من ق الأسرة أجازت للقاضي تعيين قسم للمفقود.

المادة 112 من ق الأسرة لزوج الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق.

- يعتبر المفقود ميتا بناء على حكم قضائي بعد 04 سنوات من تاريخ فقدته أو من تاريخ صدور قرار من وزير الدفاع في حالة المفقود في العمليات العسكرية - وفي الحالة التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي لتقرير المدة، المادة 113 من ق.

الأسرة

- توزع تركة المفقود بعد صدور الحكم القاضي بموته المادة 115 وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا فان أمواله ترد إليه ويسترجع ما بقي عينيا من أملاكه ونصيبه في التركة أما ما تم التصرف فيه من أملاكه فانه يخسره ولا يسترده¹.

أما بالنسبة لزوجته فتكون له إن لم تتزوج بغيره، أما إذا تزوجت بغيره بعد انقضاء عدتها وكان الزوج الجديد قد دخل بها وكان لا يعلم بحياة المفقود فتظل زوجة للزوج الجديد- وتعود لزوجها إذا كانت قد ادخل بها أثناء عدتها أو كان الزوج الجديد يعلم بحياة المفقود.

ب- الخصائص المميزة للشخصية القانونية: يقصد بها ما يتميز به كل شخص عن غيره من أفراد المجتمع و تتمثل في: الاسم - حالة الشخص - الأهلية - الذمة المالية - الموطن.

¹ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 84

- الاسم المدني: منعا لاختلاط الأشخاص بعضهم ببعض اوجب القانون على الجميع أن يطلقوا على أنفسهم اسما ولقبا.

الاسم prénom: وهو ما يسمى به الشخص فيعنيه تعيينا خاص.

اللقب Nom: هو اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص، و لقب الشخص يلحق بأبناؤه بحكم القانون، ونصت عليه المادة 1/28 من القانون المدني¹.

لا يلحق لقب الزوج بالزوجة في أغلب البلاد العربية فلا يلزم القانون بذلك، أما في البلدان الأوروبية فيلحق لقب الزوج بالزوجة بنص القانون أو العرف.

وفي الجزائر جرى العمل على ذلك فيلحق لقب الزوج بالزوجة.

وبالنسبة للطبيعة القانونية للاسم العائلي فهو واجب تفرضه الدولة حرصا لتدعم أركان الأمن المدني واستقرار المعاملات ومنعا للخلط بين الأفراد. وهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية لتمييز الشخص عن غيره من الناس.

إذا فالاسم العائلي هو نظام إداري فواجب على الإنسان أن يحمل اسما معيناً ولا يغيره إلا بإتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في هذا الشأن.

والاسم هو حق للشخص، ولا يجوز التعامل فيه لأنه لا يدخل في الذمة المالية للشخص فلا يباع ولا يتقادم إلا أنه إذا كان اسما مدنيا وتجاريا في نفس الوقت - إذن فلا يجوز التصرف فيه لأنه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

ولقد نص المشرع في المادة 48 من ق. م، على حماية الاسم العائلي وذلك في حالة انتحاله من طرف الغير.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجا سابق، ص83

إذا فخلاصة القول أن التكييف القانوني الصحيح لطبيعة الاسم العائلي (اللقب) انه نظام إداري اقتضته مصلحة الدولة.

ج- الاسم أو الاسم الشخصي: بالإضافة إلى اللقب الذي يتميز به الشخص اوجب القانون أن يكون له اسم خاص به يميزه عن غيره ممن يحملون نفس اللقب ويتم اختيار الاسم الشخصي للمولود من قبل والده، وطبقا لنص المادة 2/28 يجب أن تكون الأسماء جزائية ويمكن أن يرد الاسم مركبا من عدة أسماء.

ينطبق على الاسم نفس أحكام اللقب في مسألة التغيير والحماية و الخصائص والتصحيح، ومن ذلك م 29 ق.م و المادة 56 من ق. الحالة المدنية المقصود بخصائص الاسم واللقب:

عدم القابلية للتصرف:

بما أنه شخصي ولصيق بالشخصية فهو مجرد من القيمة المالية ولا يجوز التصرف فيه إلا إذا كان عنصرا من عناصر المحل التجاري (الاسم التجاري)¹.

عدم القابلية للتقادم:

إن انتحال شخص اسما لشخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما تقادمت المدة كما انه لا يترتب على عدم استعمال الشخص لاسمه فقدانه إلا إذا كان الاسم تجاريا فيجوز اكتسابه وتقادمه.

د- اسم الشهرة والاسم المستعار: بجانب الاسم واللقب المسجل في سجلات الحالة المدنية فقد يطلق على الشخص اسم شهرة أو اسم مستعار.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 89

اسم الشهرة: قد يوجد اسم الشهرة surnom لشخص يشتهر به بين الناس و يكون معروفا به و هو عادة لا يخضع إطلاقا لتنظيم معين .

الاسم المستعار: وهو الاسم الذي يختاره الشخص لنفسه ليتميز به في نشاط معين كالنشاط الأدبي والفني وهو اسم مضاف للاسم الأصلي.

ويتمتع كل من الاسم المستعار واسم الشهرة بنفس الحماية التي يتمتع بها الاسم الشخصي خصوصا في حالة الاعتداء عليه وانتحاله.

والاسم المستعار والشهرة له صفة فردية مقصورة على صاحبه ولا يكتسبه أولاده.

ثانيا: حالة الشخص

يقصد بالحالة المدنية للشخص من حيث علاقته بأسرته وعلاقته بدولته واعتناقه لدين معين وهي من العناصر الشخصية التي لا تقبل التجزئة ولا يجوز التصرف فيها أو فقدانها بالتقادم.

1- الروابط العائلية أو الأسرية: هو ما يسمى بالقرابة طبقا لنص م 32 ق.م وتنشأ القرابة إما عن طريق الدم أو النسب أو المصاهرة أو الزواج¹.

بالنسبة لقرابة الدم تنقسم إلى قرابة مباشرة وقرابة الحواشي

القرابة المباشرة حسب م 1/33 ق.م وهي صلة الأصول والفروع في عمود النسب وتحسب درجة القرابة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل، فالابن بالنسبة

لأبيه في الدرجة الأولى والحفيد بالنسبة لجدّه في الدرجة الثانية.

أما قرابة الحواشي: طبقا لنص م 2/33 ق.م فهي بين الإخوة و أبناء الأعمام

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 91

أما بالنسبة لقربة المصاهرة في القربة الناشئة عن الزواج وهي الصلة التي تربط احد الزوجين بأسرة الزوج الأخر، فأب الزوج يعتبر قريبا للزوجة قرابة مباشرة في الدرجة الأولى عن طريق المصاهرة.

- لا تقوم قرابة المصاهرة إلا بين الزوج نفسه وأسرة الزوج الأخر.

- لا تقوم بين أفراد أسرة أحد الزوجين وأفراد أسرة الزوج الأخر.

- ترتب هذه القربات على اختلاف أنواعها أثارا قانونية مختلفة حسب نص م 35 من ق.م مثلا المصاهرة حق الزوج في طاعة زوجته، القربة المباشرة حق الابن في لقب أبيه والحق في الميراث¹.

2- حالة الشخص وانتماؤه إلى دولة معينة: انتماء الشخص لدولة معينة يسمى بالجنسية La nationalité وتثبت الجنسية الأصلية إما بحق الدم أو الإقليم أو هما معا.

يقصد بحق الدم أن الابن يحمل جنسية أبيه سواء ولد في الموطن أو خارجه.

ويقصد بحق الإقليم أن الجنسية تثبت لكل من يولد على ذلك الإقليم بغض النظر عن جنسية أبيه وذلك بناء على قوانين كل دولة.

وتثبت الجنسية بالحقين معا في حالة اعتراض القانون بالجنسية لمن يولد على إقليم الدولة من أم وطنية و أب يحمل جنسية أخرى أو أب عديم الجنسية، والجنسية هي معيار لتمييز المواطنين و الأجانب في الدولة.

وبمقتضى رابطة الجنسية يتم الاعتراف بالحقوق والواجبات للشخص المتمتع بها في تلك الدولة كما يتمتع بحماية دولته في الداخل والخارج، نصت المادة 10 من قانون

¹ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص75

الجنسية¹ على إمكانية تجنس أي شخص وبذلك تصبح له نفس الحقوق والواجبات ويمكن للجنسية أن يفقدها صاحبها أو يجردها منها بمقتضى حكم قضائي. أما حالة الشخص بالنسبة للدين فتظهر من خلال تطبيق قانون الأحوال الشخصية على الزواج والطلاق والميراث (هذا في الدول الإسلامية) العربية، أما في الدول الأوروبية فليس للدين أثر في حياة الشخص القانونية. بل يطبق مبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون.

ثالثا: الأهلية

تعتبر الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان إذ تثبت ما يتمتع به من حقوق وما يتحمله من التزامات. وبالتالي صلاحية الشخص لان يكون محلا للحق والالتزام وصلاحيته لإجراء التصرفات القانونية وبالتالي فهي تقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء نص القانون المدني على الأهلية في المواد من 40-42-43-44 م و 78-79-80 من القانون المدني.

نصت م 40 على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة.....

تعتبر الأهلية من النظام العام وليس لأحد أن يتنازل عليها ولا تتغير أحكامها طبقا لنص المادة 48 ق.م و الأصل أن تتوفر أهلية الأداء ، عند كل شخص والاستثناء هو

¹ - الأمر 01-05 المؤرخ في المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج.ر.ع 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

نقصها فحسب م 78 من ق.م: كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بنص القانون.

1- أهلية الوجوب: capacité de jouissance

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أي صلاحية الشخص أن يكون طرفاً في الحق سواء كان طرفاً إيجابياً أو سلبياً.

وتختلط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية فإذا كانت الثانية كاملة كانت الأولى كاملة أي إذا كانت الشخصية القانونية كاملة كانت أهلية الوجوب كاملة. وإذا كانت ناقصة أو قد انتهت فإن الأهلية تنقص أو تنتهي.

مراحل أهلية الوجوب: تمر بمرحلتين:

- تثبت أهلية الوجوب للجنين نسبياً كحقه في النسب و الإرث والوصية شرط مولده حياً م 2/25 ق.م

- بعد الولادة يكون للشخص شخصية قانونية كاملة وبالتالي أهلية وجوب كاملة. إذا فالطفل أهلية وجوب كاملة يمارسها وليه أو الوصي.

كما أن أهلية الوجوب تختلف من شخص لآخر بحسب اختلاف الحالة العائلية أو السياسية أو الدينية وبالتالي تختلف الحقوق والواجبات¹.

2- أهلية الأداء: capacité d'exercice

هي صلاحية الشخص للتعبير بنفسه ولحسابه عن إرادة منتجة للآثار القانونية وهي تختلف من شخص لآخر باختلافهم في درجة التمييز والإدراك سواء بسبب السن أو ما

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 101

قد يعتري الأهلية من عوارض تنقصها أو تعدمها أو ما قد يطرأ عليها من موانع تمنع مباشرة الأهلية¹.

يعتبر مجال أهلية الأداء هو إبرام التصرفات القانونية سواء كانت تبادلية كالبيع أو الإيجار أو تصرفات بإرادة منفردة كالهبة، الوصية، التبوع...

أما الأعمال المادية أي التصرفات المادية سواء كانت مقصودة أو غير مقصودة أو بالإهمال أي سواء أراد الشخص أم لم يرد أن تحقق آثارها فهي بناء على نص القانون لا الإرادة الشخصية فالقتل العمدى أو الخطأ يلزم الفاعل بالتعويض على أساس مخالفة القانون لا على أساس الإرادة.

وأهلية الأداء لا تثبت كاملة بالنسبة لجميع الأشخاص بل قد تكون ناقصة عند البعض ومنعدمة عند البعض الآخر و ذلك كالاتي:

- فهي منعدمة عند الصبي غير المميز أو المجنون طبقا للمواد 82 و 85 ق. الأسرة
 - هي ناقصة بالنسبة للصبي المميز م 83 ق. الأسرة والسفيه وذو الغفلة م 85 ق.أ
 - في حالة اختلال أهلية الأداء أو نقصها يقوم نظام الولاية م 81 ق الأسرة.
- أما كامل الأهلية أي من بلغ سن الرشد وكان سليم الإدراك فله أن يقوم بكل التصرفات القانونية حسب م 40 ق.م و م 86 ق. الأسرة.

أما عديم الأهلية فتصرفاته باطلة م 82 ق. الأسرة وهو من فقد التمييز لصغر في السن أو جنون أو علة ويعتبر غير مميز من لم يبلغ سن 13 سنة.

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 101.

3- الآثار القانونية للأهلية: تقضي المادة 79 من القانون المدني بأن¹ " تسري على القصر، و المحجوز عليهم و غيرهم من عديمي الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية "

حيث أن الشخص غير المميز من لم يبلغ 13 سنة والمجنون كلاهما عديم الأهلية فلا يباشران حقوقهما و إلا كانت باطلة بطلانا مطلقا و إنما يباشرها عليهم نيابة القيم أو الولي أو الوصي.

أما الشخص المميز من 13 إلى 19 سنة والمعتوه فكلاهما ناقص الأهلية و تصرفاتهما تخضع للأحكام التالية :

- التصرفات المالية النافعة نفعا محضا مثل التبرع وقبول الهبة والوصية تعتبر صحيحة.

- التصرفات الضارة ضررا محضا كالتبرع والهبة والوصية الصادرة منه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر إلا إذا أقر بها الولي أو القيم أو أقرتها المحكمة المختصة بالأحوال الشخصية أو أقرها القاصر بعد بلوغه 19 سنة.

- يجوز لناقص الأهلية أن يتصرف فيما يجنيه من عمله أو تجارته الخاصة خلاف أمواله المتعلقة بالولاية أو الوصاية.

4- عوارض الأهلية: إذا بلغ الإنسان سن الرشد يمنحه القانون أهلية الأداء كاملة طول حياته إلا إذا طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية أثر فيها.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 178.

وعوارض الأهلية هي عوارض تصيب الشخص البالغ سن الرشد فإما أن تعدمها أو تنقص منها.

وتنقسم عوارض الأهلية حسب طبيعتها إلى¹:

- عوارض تصيب العقل : كالجنون و العته م 42 ق.م و أخرى تلتحق بتدبيره كالسفه والغفلة.

- عوارض تؤثر في صلاحية الشخص لمباشرته للتصرفات القانونية كالعقوبة الجنائية التبعية (الحجر).

* بالنسبة للجنون والعته: جاء في م 42 ق.م "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

- **الجنون** : هو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على الإدراك على تمييز العمل النافع من العمل الضار.

- **العته**: هو حالة تعتري عقل الإنسان فتفقده القدرة على التمييز إلا أنه لا يفقده عقله تماما كالمجنون.

ولقد ساوى القانون في الإحكام المترتبة على كل من المجنون والمعتوه.

أما بالنسبة للغفلة والسفه فقد نصت المادة 43 من ق.م على ما يلي: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

السفيه: هو حالة تصيب الشخص تدفع به إلى إنفاق ماله دون تدبر فيعمل على تبذيره دون ما يقتضي العقل و الشرع.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 76

أما الغفلة: يقصد بها وقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب نيته أو طيبة قلبه وكثيرا ما يخطئ إذا تصرف.

وقد سبقت الإشارة إلى الأحكام المتعلقة بالسفيه والمغفل بخصوص تصرفاتهم القانونية ومدى صحتها وبطلانها.

5- الآثار القانونية لعوارض الأهلية: طبقا لنص م 101 من ق الأسرة فانه إذا قام عارض من عوارض الأهلية على من بلغ سن الرشد فانه يتم الحجر عليه¹.

ويكون الحجر حماية لحقوق الشخص ولا يكون ذلك إلا بموجب حكم قضائي بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وبالتالي يتم تعيين ولي أو وصي أو قيم يتولى تسيير شؤون المحجور عليه.

6- موانع الأهلية: كما سبق وقلنا فان كل شخص أهل لمباشرة كافة التصرفات القانونية إذا لم يوجد عارض يصيب أهليته.

ومع ذلك فقد توجد موانع إلى جانب العوارض السابقة ذكرها تحول بين كمال أهليته وحقه في مباشرة التصرفات القانونية و هي ثلاثة موانع:

أ- المانع المادي: وهو غياب الشخص بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية بشكل طبيعي مثل ما ذكرناه بخصوص الغائب و المفقود.

ب- المانع الطبيعي : قد يصاب الشخص بعاهتين كأن يكون أصم و أكم . أعمى واصم أو أعمى وأبكم مما يتعذر عليه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً بحيث يجوز للمحكمة أن تعين له وصياً قضائياً يحل محله م 80 ق.م.

¹ - محمد صيري السعدي، مرجع نفسه.

أما إذا كان الشخص مصابا بعاهة واحدة فان الوصاية القضائية لا تتقرر له إلا إذا كان مصابا بعاهات أخرى غير المحددة في القانون¹.

ونفس الأمر إذا كان مصابا بعاهتين إلا انه يستطيع التعبير عن إرادته سواء وحده أو بمساعدة خبير تعينه المحكمة إذن لا تعين له الوصاية القانونية.

ج- المانع القانوني: حسب م 78 ق.م كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون و يتقرر ذلك في حالة الحكم عليه بعقوبة جنائية فلا يجوز له تولي شؤونه خلال حبسه.

وطالما ظل الحكم مستمرا في التطبيق تعين له المحكمة قيما ينوبه في إدارة أمواله.

رابعا: الذمة المالية

هي مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما عليه من الالتزامات المالية في الحاضر والمستقبل. ولقد اقر المشرع الجزائري الذمة المالية للشخص وجعلها ملازمة للشخصية فلكل شخص ذمة مالية ولا يوجد شخص بدون ذمة مالية.

كما لا يمكن أن يكون للشخص أكثر من ذمة مالية عكس بعض التشريعات الأجنبية مثل التشريع الألماني الذي اقر عدم ربط الذمة المالية بشخصية الإنسان.

- خصائص الذمة المالية:

- لكل شخص ذمة مالية - وهي تشمل حقوق الشخص والتزاماته الحاضرة والمستقبلية
- كما أنها تتكون من شق ايجابي وهي الحقوق (ما له) و شق سلبي وهي الالتزامات (ما عليه) وبواسطتها يمكن معرفة حالة الشخص (يسره أو إعساره)

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص113

و تتجلى أهمية فكرة الذمة المالية في أنها تحدد مدى حقوق الدائنين على أموال مدينهم فهي حق الضمان العام للدائنين على مدينهم كما أنها تبرز القاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون"

خامسا: المواطن

الموطن يقسم إلى نوعين رئيسيين:

الموطن العام: ويسمى المواطن الإرادي.

الموطن الخاص: يعترف به القانون في بعض الحالات الخاصة¹.

للموطن أهمية كبيرة نظرا لدوره الكبير في مجالات القانون

- ففي مجال الاختصاص الإقليمي والمسائل الإجرائية تكون المحكمة المختصة هي التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه.

كما انه يتم إبلاغ و إعلان الشخص بمختلف الوثائق الإجرائية في موطن المعني، ما لم يكن ممكنا تسليمها له شخصيا كما قد يحدد مكانا للوفاء بالالتزام (في القانون. المدني) كما قد يكون المواطن أساسيا في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الدولي.

1- المواطن العام أو الإرادي: بعد تعديل نص م 36 من ق. م أصبح نصها كالاتي: موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن في نفس الوقت.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 86

إن فهم أن الموطن العام أو الإرادي يتم تحديده بناء على عوامل مادية ومعنوية تخضع لإرادة الشخص إلا أن هناك حالات استثنائية من هذا المبدأ العام اتبع فيها تحديد الموطن حكماً سواء فرضه القانون (الموطن الإلزامي) أو سمح به (الموطن المختار)

2- الموطن الإلزامي: خرج المشرع عن المادة 36 التي تنص على القاعدة العامة وهي الموطن الإرادي وجعل الموطن يتحدد بصفة إلزامية بالنسبة لبعض الأشخاص أو بسبب ممارسة بعض الأعمال.

3- موطن التبعية الإلزامي : هناك بعض الأشخاص لا يستطيعون ممارسة نشاطهم بأنفسهم سواء لموانع قانونية أو مادية (المحجور، الغائب، القاصر، المجنون...) هؤلاء يخاطبون قانوناً في أشخاص نائبهم لذلك رتب عليهم القانون حكماً خاصاً بهم مقتضاه جعل موطن هؤلاء الأشخاص يتحدد إلزاماً بالمكان الذي يتحدد فيه موطن من ينوب عنهم قانوناً طبقاً لنص م 1/38 ق.م أي موطن الولي أو الوصي أو القيم

4- الموطن الخاص بالأعمال : حسب م 37 ق.م يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً به بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة.

أي فضلاً عن موطنه الإرادي فإن له موطناً قانونياً خاصاً يلزمه به القانون بسبب تجارة أو حرفة ولا يعتد بهذا الموطن إلا بالنسبة للعلاقات القانونية التي تنشأ عن إرادة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة¹.

مثال: موطن الأعمال للمحامي هو مكان مزاولته لنشاطه (المكتب)

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 81

أما مكان إقامته فهو موطن فهو موطن إرادي طبقا للقاعدة العامة فقد يكون مقر سكناه في منطقة ما ومكتبه في منطقة أخرى.

5- الموطن المختار أو الإتفاقي: قد لا يستجيب كل من الموطن الإرادي (القاعدة العامة) والموطن الخاص (الاستثناء) لبعض الحاجات العملية لذلك يسمح القانون باختيار موطن خاص في بعض الحالات طبقا لنص م 39 ق.م، و يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين.

وقد لا تكون في الغالب لهذا الموطن أي علاقة بمكان إقامة الشخص ولا مكان مزاوله نشاطه بل يتم الاتفاق عليه واختياره بين شخصين يرغبان في التعاقد من اجل تقريب المسافة بينهما.

ويجب الاتفاق عليه كتابيا ،وعادة ما يكون في التصرفات التي تأخذ الطابع الدولي. حيث نصت م 39 ق.م: " يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين. - يجب إثبات اختيار الموطن كتابة"¹.

وقد يتم الاتفاق على انه في حالة أي فراغ فان الاختصاص يرجع للمحكمة التي وقعت في نطاقها إبرام الاتفاق وهذا يعتبر خروقا على القاعدة العامة التي تقول بأن الاختصاص يرجع إلى محكمة موطن المدعى عليه (الاختصاص المحلي) كما يمكن للمدعي أن يرفع الدعوى في محكمة موطن المدعى عليه إذا لم يتم الاتفاق على أن محكمة موطن إبرام التصرف هي المختصة.

- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26
¹سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

الفرع الثاني: الشخص المعنوي

يعتبر الشخص الاعتباري أو المعنوي طرفا في الحق فثبت له الشخصية القانونية كما هو الشأن بالنسبة للشخص الطبيعي.

وقد نصت المادة 50 ق.م على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان فيكون له ذمة مالية وأهلية وموطن ويكون له نائب يعبر عن إرادته ويكون له حق التقاضي وبالتالي يكون له اسم وحالة وأهلية وموطن وذمة مالية... الخ.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشخص المعنوي في المواد من 49 إلى 52 ق.م

أولاً: معنى الشخص الاعتباري: يحمل المعنى الاعتباري أن هذا الشخص ليس له كيان مادي ملموس بل يتصور في الذهن وجوده و يمكنه القيام بأعمال و مشروعات لا يستطيع الإنسان بمفرده القيام بها. ومن التعاريف التي قيلت في الشخص الاعتباري:

- انه مجموعة من الأشخاص أو الأموال.

- يتمتع الشخص الاعتباري بشخصية قانونية مستقلة عن المجموعات المكونة له بناء على نص القانون.

- يقوم الشخص الاعتباري من اجل القيام بمشروع أو هدف اجتماعي يتحدد ذلك في قانون إنشائه.

- و قد عرف الدكتور عبد المجيد زعلاني الشخص الاعتباري على أنه : " مجموعة من الأشخاص يضمهم تكوين واحد لتحقيق هدف معين، أو مجموعة من الأموال مرصودة لغاية معينة يضيف عليها القانون الشخصية القانونية¹ ".

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 197.

و بهذا ينشأ في النظام القانوني شخص جديد، ينظر إليه القانون على أنه وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين الذين يتكون من مجموعهم، أو يساهمون في نشاطه أو يفيدون منه... الخ. و من المعلوم في الواقع أن الأشخاص الاعتبارية قد نشأت و احتضنها القانون بالاعتراف لها بالشخصية القانونية لتحقيق العديد من الأغراض و التي يمكن أن تتحقق خاصة بفضل قوة الجماعة بالنسبة للفرد فكرا و جهدا و الموقوت عمره

و من أبرز مظاهر ذلك أن يتجسد الشخص الاعتباري في مؤسسة من شأنها أن تضمن بعملها القانون كشخص متمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأشخاص المكونين له أغراضا جماعية بطبيعتها كالأمن و الاستقرار. و يعكس هذا الوضع في المقدمة مؤسسة الدولة و على مستويات أقل الهيئات المحلية المعترف لها بالشخصية القانونية¹

ثانيا : وجود الشخصية القانونية للشخص الاعتباري : بادئ ذي بدء لابد من ملاحظة أن وجود الشخص الاعتباري في الواقع و أيضا بصفة رسمية خاصة بالاعتراف به في القانون كانت قد سبقته فترة طويلة من المخاض العسير و لم تكن الولادة التي تلتها لأقل عسرا فمن المعلوم أن نظرية الشخص الاعتباري كانت قبل ذلك قد أثارت جدلا فقهيًا، ربما لم تثره أية نظرية أخرى في القانون، كما أن موقف القانون الوضعي منها كان مترددا هنا و هناك، و هكذا لم يتحقق مسار الاتجاه العام، نحو الاعتراف الصريح بالشخص الاعتباري إلا حديثا جدا. لكن مهما يكن من أمر هذا التطور الطويل المدى فإن ما يلاحظ في نهاية المطاف هو أن قانونا الوضعي قد حقق طفرة معتبرة باعترافه

¹ - عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق ، ص 198.

لهذا الكائن الجديد في عالم القانون بالشخصية القانونية ناظرا إليه كصاحب حق مواز للشخص الطبيعي له نفس الخصائص و المميزات ، إلا ما كان من طبيعة هذا الأخير¹

ثالثا: الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري: تتجلى الطبيعة القانونية في ثلاثة نظريات:

نظرية الافتراض القانوني، نظرية الشخصية الحقيقية، نظرية الملكية المشتركة

1 - نظرية الافتراض (سافيني): مؤداها أن الشخص الطبيعي وحده من يصلح أن يكون طرفا في الحق ولكن المشرع متى رأى مصلحة في منح الشخص الاعتباري الشخصية القانونية فإنه يخلق هذه الشخصية فهي افتراض قانوني محض وبالتالي يستطيع الشخص الاعتباري الدخول في المجتمع كطرف يتحمل الحقوق والالتزامات.

- تم انتقاد هذه النظرية على أساس أن الشخص الاعتباري وجد قبل المشرع نفسه فكيف لهذا الأخير أن يفترض وجود شيء سابق له².

2- نظرية الشخصية الحقيقية: أنصارها من الفقه الألماني ومؤداها أن الشخصية الاعتبارية ليست وهما أو افتراضا وأن وجودها مرتبط بإرادة المشرع متى شاء أوجدها ومنحها الشخصية القانونية، بل هي حقيقة واقعية، تفرض نفسها على المشرع بمجرد تكوينها و ليس من اعتراف المشرع أو القانون بها.

3- نظرية الملكية المشتركة: (الفقيه بلانيول)

ومؤداها أن الأموال التي ينشئها الشخص الاعتباري هي مملوكة ملكية مشتركة للأفراد الذين خصصت تلك الأموال لمنفعتهم، إلا أن هذه الملكية المشتركة من نوع خاص فلا

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 199

² - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 36

يجوز لأي منهم التصرف فيها بإرادته المنفردة وهذا الاتجاه ينكر فكرة الشخص الاعتباري¹.

رابعاً: تكوين الشخصية الاعتبارية

جاء في مضمون المادة 51 ق.م أن القانون يعين الشروط الواجب توافرها لتأسيس مختلف الأشخاص المعنوية وان وجود أي شخص معنوي يتوقف على توافر مجموعة من الشروط أهمها:

- **توافر مجموعة من الأشخاص أو الأموال:** أي أفراد و أشياء فمثلاً:

البلدية هي: سكانها وممتلكات البلدية.

الشركة هي: الشركاء المساهمون و رأسمالها.

الجمعية هي: أعضاؤها وممتلكاتها .

- **الغرض (الهدف) المشروع:** أي أن الشخص المعنوي لا وجود له من الناحية

القانونية ما لم يكن هناك نشاط مشروع من وراء إنشائه و لا يخالف النظام العام

والقانون السائد في الدولة.

- **التنظيم:** وهو أن الشخص المعنوي يقوم على إقامة وتعيين الهيئات و الأجهزة التي

تمثل المؤسسة و تعبر عن إرادتها.

مثال: الشركة تؤسس مجلس إدارة و تعين مدير و القانون الأساسي الذي يحكمها

(مدني أو تجاري)

¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص41

- الاعتراف : يشترط لوجود الشخص الاعتباري- بغض النظر عن الدولة - الاعتراف بوجوده من طرف السلطات المختصة و بموجب الوسيلة القانونية اللازمة (الشهر أو الإعلان في الجريدة الرسمية)

خامسا: أنواع الشخصية الاعتبارية المعترف لها بالشخصية القانونية للوقوف على مختلف أنواع الأشخاص الاعتبارية المعترف لها بالشخصية القانونية، لابد من إخضاع هذه الأشخاص إلى عملية تصنيف، و في هذا الصدد يلاحظ أن الفقه يميز تميزا تقليديا بين صنفين رئيسيين من الأشخاص الاعتبارية، تبعا لتمييزه بين القانون العام، و القانون الخاص، فيعتبر أشخاصا اعتبارية عامة تلك التي تتبع القانون العام و أشخاصا اعتبارية خاصة تلك التي تخضع لأحكام القانون الخاص¹

و من بين الصعوبات التي تقف أمام هذا التصنيف، أن تقسيم القانون ذاته إلى عام و خاص لم يعد مقبولا بالشكل الذي كان عليه في الماضي. يضاف إلى ذلك صعوبة مرجعها النظام القانوني للشخص الاعتباري ذاته، و الذي لم يعد يتحدد كلية في إطار القانون العام أو القانون الخاص (على فرض قبول هذا التقسيم الرئيسي للقانون) فهناك أشخاص اعتبارية مبدئيا تعتبر عامة، لكن تخضع لبعض قواعد القانون الخاص. كما أن هناك أشخاص توجد في منطقة وسطى بحيث يصعب أن تصنف ضمن أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص (مثلا المنظمة الوطنية للمحامين و ما في حكمها من المنظمات التي تهتم بنشاط يمارس في إطار مهنة حرة، رغم أن مهمتها تبدو من طبيعة القانون الخاص إلا أنها تمارس بتفويض من الدولة، سلطة تأديبية على أعضائها)²

¹ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق، مرجع سابق ، ص ص 204-205.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 205.

1) الأشخاص الاعتبارية العامة Personnes morales publiques

تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة الدولة و الولاية و البلدية، و التي تسمى كذلك بالأشخاص الإقليمية، و يعترف لها القانون تقليديا بالشخصية القانونية¹. كما تشمل أيضا المؤسسات العامة و الدواوين². و هي مجموعة المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال من وجهة نظر ماليتها و تسييرها، و مثالها المستشفيات، الجامعات ...الخ. و يعترف بالشخصية القانونية لهذه المؤسسات أيضا بطريق الاعتراف العام طبقا للمادة 49 ق.مدني بعد تعديلها كما أسلفنا و ليس كما كان الأمر سابقا أي قبل التعديل " ضمن الشروط التي يقرها القانون ".

2) الأشخاص الاعتبارية الخاصة Personnes morales privées

الأشخاص الاعتبارية الخاصة هي أيضا بدورها نوعان رئيسيان من الأشخاص.

أ- يتمثل النوع الأول في **مجموعات الأشخاص**، و هي تتكون من جملة أشخاص يستهدفون تحقيق غرض معين و تصنف بدورها إلى أنواع بحسب ما إذا كانت تستهدف الربح أم لا.

و هكذا يأتي في مقدمة مجموعات الأشخاص، الشركات المدنية و التجارية و التي تخضع في تنظيمها للقانونين المدني و التجاري. و تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا من حيث المبدأ (م 417 ق.مدني)، فهنا نكون أيضا بصدد الاعتراف العام، و هذا حتى قبل التعديل المشار إليه سابقا و الذي يؤكد هذا الاتجاه بصفة صريحة و عامة³

¹ - و قد ذكرها القانون المدني صراحة في المادة 49 منه.

² - و التي يطلق عليها فقه القانون الإداري تعبير المؤسسات المرفقية.

³ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 206.

أم الجمعيات فتكون الصنف الرئيسي الثاني في مجموعات الأشخاص و قد نظمها المشرع بقانون الجمعيات الصادر بمقتضى القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 يناير سنة 2012 المتعلق بالجمعيات. و طبقا لهذا القانون يخضع تأسيس الجمعية إلى تصريح تأسيسي يودع لدى الإدارة المختصة و إلى تسليم وصل تسجيل ذي قيمة اعتماد من طرف هذه الأخيرة بعد التأكد من مطابقة الجمعية لأحكام هذا القانون.

و كان الأمر أكثر تعقيدا في ظل القانون رقم 31/90 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات الملغى إذ بمقتضاه لا يمكن أن يكون للجمعية وجود قانوني إلا بعد أن يرخص لها من الإدارة بطرق الاعتماد¹. و مع ذلك يجب أن نفرق بين الاعتماد الضروري للوجود القانوني للجمعية و الاعتراف لها بالشخصية القانونية و الذي يأتي بعد ذلك تطبيقا للمادة 49 في صيغتها الجديدة بصفة آلية.

ب - و يدخل أيضا في صنف الأشخاص الاعتبارية الخاصة، مجموعات الأموال التي تعني تخصيص مال لهدف غير الربح المالي (كالبر مثلا). و أبرز مثال لها الوقف، و هو طبقا لأحكام المادة 3 من القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالوقف²: " حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير"، و تنص المادة 5 من نفس القانون على أن " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، و يتمتع بالشخصية القانونية" و هو ما أكدته المادة 49 من القانون المدني صراحة بالنسبة للوقف مما يعني أن مجموعات الأموال الأخرى تبقى خاضعة لنظام الاعتراف الخاص³

¹ - و هو ما يمكن أن يدل على أننا هنا بصدد الاعتراف الخاص: Agrément – Autorisation

² - المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 مايو 2001 و أنظر أيضا المواد من 213 إلى 220 من قانون الأسرة.

³ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 207.

1- خصائص الشخصية الاعتبارية: حسب ما جاء في نص المادة 50 ق.م يكون

للشخص الاعتباري ما يلي¹:

- ذمة مالية مستقلة

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها (الخاصة) أو التي قررها القانون (الأشخاص المعنوية العامة).

- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.

بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر (أي مكان مزاوله النشاط).

- وجود نائب يعبر عن إرادتها - كما أن له حق التقاضي.

- إذن يمكن القول انه بمجرد توافر أركان ومقومات وجود الشخص المعنوي يتم تزويده بالشخصية القانونية، مما يخوله القدرة على اكتساب الحقوق (إيجابي) كحق الملكية، قبول الهبات... الخ

تحمل الالتزامات (جانبا سلبيا) مثل التعويض وأداء الديون... الخ

ويترتب على اكتساب الشخص المعنوي للشخصية القانونية ما يلي :

2- الأهلية : سواء كانت أهلية أداء أم وجوب إلا أن نطاقها أضيق من أهلية الشخص

الطبيعي فلا يتمتع الشخص المعنوي بما يتمتع به الشخص الطبيعي كالحقوق الأسرية مثلا الزواج، الطلاق²..

كما أنها (الأهلية) مقيدة بما تحدده أداة إنشائه (الشخص المعنوي) كالعقد أو القرار المنشئ.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 59

² - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 87

- وللشخص المعنوي عقد التملك وعقد التقاضي والتعاقد مع ضرورة التقيد بالاختصاص الإقليمي والموضوعي.

ولما كانت أهلية الأداء مرتبطة بالتمييز و الإرادة كان لابد من تعيين نائب للشخص المعنوي يعبر عن تلك الإرادة (الرئيس، الوالي، رئيس البلدية، رئيس الجامعة، رئيس الجمعية...) وبالتالي فهو المؤهل قانونا للتصرف نيابة عن الشخص المعنوي.

3- الاستقلالية : بوجود الشخص المعنوي يصبح مستقلا من الناحية المالية والإدارية.

-الاستقلالية المالية تكمن في استقلالية ذمته المالية عن ذمم الأشخاص المكونين له. فالذمة المالية للبلدية مستقلة عن الولاية والدولة.

-الاستقلال الإداري (الأجهزة) لابد من إحداث أجهزة داخل الشخص المعنوي من اجل عمل واستمرار الشخص الاعتباري.

مثال : البلدية فيها مجلس بلدي ورئيس بلدية

الجامعة فيها رئيس ومجلس علمي ومجلس إدارة ...

4- الموطن: لابد من تحديد موطن للشخص الاعتباري لما له من أهمية في تحديد

الاختصاص القضائي في حالة وجود نزاع و هو ما يتمثل في مكان وجوده أو مركزه أو مقره.

فموطن الولاية هو مركز الولاية به وموطن الشركة هو مركزها (مقرها)¹.

5- الاسم: يكون للشخص الاعتباري اسم يميزه عن غيره وهو حق محمي قانونا أو قد

يكون اسما تجاريا له قيمة و يجوز التصرف فيه و التنازل عليه.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص79

خامسا: حالة الشخص الاعتباري

يعتبر تحديد جنسية الشخص الاعتباري (الحالة السياسية) هاما لمعرفة القانون الذي يحكمه و غالبا ما يأخذ الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي نشأ منها.

- **نهاية الشخص الاعتباري:** إن مصير الشخص الاعتباري شأنه شأن الشخص الطبيعي إلى الزوال بغض النظر عن الأسباب والظروف و مآل الحقوق والالتزامات. و نبدأ بملاحظة أن للشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي بداية سواء بحكم القانون (الأشخاص الاعتبارية المذكورة في القانون المدني) أو بالاعتراف كما سبق، كما ينتهي طبيعيا (مثلا بانتهاء الغرض من وجوده أو بانتهاء مدته) أو بوسائل جبرية (كحل جمعية لعدم احترام القانون)¹

1- الأسباب: تنتهي الأشخاص المعنوية عموما لأسباب شتى:

- انتهاء الأجل: إذا كان وجودها محدود زمنيا أي مؤقت

- تحقيق الغرض الذي أنشأت من اجله.

- الحل و الإلغاء:

* الحل الاتفاقي : كحل الجمعيات أو الأحزاب، الشركات

* الحل الإداري: بقرار من الجهة الإدارية المختصة كحل مؤسسة بلدية بقرار بلدي

أو حل جمعية وطنية بقرار وزاري لمخالفتها للقانون.

* الحل القضائي : ويكون بموجب رفع دعوى قضائية أمام الجهة المختصة .

* الحل بتدخل المشرع أو القانون : كحالة إلغاء بلدية أو ولاية في إطار إعادة التقسيم

الإقليمي للبلاد (بقانون من البرلمان).

¹ - عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق، ص 210.

2- الآثار : الأصل أن تبقى الشخصية القانونية للشخص المعنوي بعد نهايته بالقدر الكافي للتصفية حيث تسدد ديونه وتحول باقي حقوقه إلى الجهة التي يقررها سند إنشائه (العقد، القرار) أو وفقا لما تقضي به إجراءات الحل أو طبقا للقانون وفي هذه الحالة تسمى بالشخصية القانونية الحكمية إلى غاية انتهاء إجراءات التصفية فهنا تنعدم وتزول الشخصية القانونية بصفة نهائية.

المطلب الثاني: محل الحق (موضوع الحق)

محل الحق هو الموضوع الذي ينصب عليه الحق وقد يكون إما: شيئا أو عملا من الأعمال.

الفرع الأول: الأشياء

يمكن تقسيم الأشياء بناء على عدة معايير:

أولاً: من حيث التملك

هناك الأشياء القابلة للتملك و الأشياء الغير قابلة للتملك، و لقد جاء في نص المادة 682 ق.م ما يلي: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية".

و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.

1- الأشياء القابلة للتملك: القاعدة العامة في الأشياء هو جواز تملكها و التعامل فيها الأراضي، البنائات، السيارات وبالتالي فإنها تكون من قبل¹:

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص93

- الأشياء المباحة: وهي التي لا مالك لها كالحیوانات غیر الألیفة مادامت طلیقة (الأسماك فی البحر).

- الأشياء المملوكة: حیث یمكن نقل ملكیة شیء من شخص لأخر (ثمار, منزل).

2- الأشياء غیر القابلة للتمك وهي:

- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم طبیعتها: وهي التي لا یمكن لأحد أن یستأثر بملكها كالشمس, القمر, الماء, الهواء... لان الانتفاع بها للناس, ولكن رغم ذلك فإذا تم الاستئثار بمقادیر محدودة منها كالماء مثلاً فإنه یجوز تملكها.

- الأشياء التي تخرج عن التعامل بها بحكم القانون: كالأموال العامة, وأموال الوقف حسب م 689 ق.م: المال العام غیر قابل للتمك والحجز والتقادم¹.

أ- من حیث تعینها: وتقسّم للأشياء القیمة والأشياء المثلیة.

- الأشياء المثلیة: عرفتها م 686 ق.م و هي التي یقوم بعضها محل بعض عند الوفاء و تقدر الأشياء المثلیة بالمقدار و المقیاس أو الكیل أو الوزن, مثال: 5 لتر من العسل بقنطار من القمح.

والمال المثلی هو الذي یوجد له مثل أو نظیر فی السوق.

- الأشياء القیمة: هي غیر المتماثلة و غیر المتشابهة مثل التحف و الآثار

ب- من حیث ثباتها (العقار والمنقول): جاء فی نص م 683 ق.م: " كل شیء مستقر بحیزه وثابت فیة ولا یمكن نقله دون تلفه فهو عقار, وكل ما عدا ذلك فهو منقول".

إذا المشرع استند إلى معیار الثبات وعدم إمكان نقلها دون تلف

¹ - محمد صبری السعدي, مرجع سابق, ص 93

- العقار و ينقسم إلى:

العقار بطبيعته: كل شيء مستقر و ثابت كالأرض، البنائيات، الشجر ..

العقار بالتخصيص: وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه لخدمة ذلك العقار أو استغلاله كالألات (الجرار) و المواشي المخصصة لخدمة الأرض، و يشترط في المنقول لكي يعتبر عقارا شرطان:

- يجب أن يكون مالك العقار و المنقول شخصا واحدا (اتحاد الملكية).

- أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار ولو لمدة مؤقتة.

- **المنقول:** وهو كل ما يمكن نقله دون تلف و ينقسم إلى:

المنقول بطبيعته: المنقولات بالطبيعة *Meubles par nature* هي الأشياء القابلة للحركة و النقل من مكان إلى آخر دون تلف، و سواء كان النقل ذاتيا أو بقوة أجنبية¹. و كذلك هو كل ما يمكن نقله دون تلف شرط ألا يكون مخصصا لخدمة عقار (عقار بالتخصيص).

المنقول بحسب المأل: وهو عقار بطبيعته و لكنه ينفصل عن مكانه و يصبح منقولا مثل الفواكه و المباني المعدة للهدم.

و يطبق على المنقول بحسب المأل النظام القانوني للمنقولات.

أهمية التفرقة بين العقار والمنقول:

- الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول (الشفعة رخصة أو حق يجيز للشريك أو الشفيع أن يحل محل المشتري للعقار).

- دعاوي الحيازة (وضع اليد) هي مقررة لحماية حائز العقار وليس لحائز المنقول.

¹ - عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق، ص 61.

- تنتقل الملكية والحقوق العينية في المنقولات بمجرد إبرام العقد أما في العقارات فيجب شهرها عن طريق التسجيل.

- حق الارتفاق والاختصاص والرهن الرسمي لا ترد إلا على العقار.

- يقسم المال إلى استهلاكي و استعمالي :

المال الاستهلاكي : هو المال الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه.

قد يكون الاستهلاك حقيقيا باستهلاك المال عينا كالطعام.

وقد يكون الاستهلاك حكما كالنقود حيث يعتبر خروجها لقضاء الحاجات استهلاكاً لها.

إن المال الاستهلاكي هو الذي يتم الانتفاع به مرة واحدة غير قابلة للتكرار.

وبالتالي المال الاستهلاكي لا يقبل أن ترد عليه عقود الاستعمال دون الاستهلاك لأنها

تهدف إلى تملك المنفعة دون العين. لأنه يستحيل الانتفاع بها دون هلاكها

(استهلاكها).

- الأشياء القابلة للاستهلاك Choses consommables هي التي ينحصر استعمالها

بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها و الاستهلاك يكون مبدئياً، مادياً يفنى فيه

الشيء بالاستعمال الأول، و قد يكون قانونياً كما في إنفاق النقود الذي يعتبر استهلاكاً

بالنسبة لصاحبها المتخلي عنها مقابلة منفعة أو بدونها¹.

المال الاستعمالي: وهو المال الذي يتحقق به الانتفاع مراراً مع بقاء عينه (أصله)

كالأثاث مثلاً. وان هو تلف أو تغيرت طبيعته فإننا نقول أن قيمته قد قلت ولا نقول انه

تم استهلاكه.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص ص، 61، 62.

الفرع الثاني: الأعمال

إلى جانب الأشياء فقد تكون الأعمال محلا وموضوعا للحق. فقد تكون عملا يقوم به أو الامتناع عن عمل.

الشروط الواجب توافرها في العمل حتى يكون محلا للحق.

نص القانون على أن يكون محل الالتزام ممكنا و معينا و مشروعاً

أولاً: شرط الإمكان

- يجب أن يكون محل الحق الشخصي (الدين) ممكنا وفي حالة الإلزام بعمل إن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب من القاضي ترخيصاً لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين متى كان التنفيذ ممكنا م 170 ق.م

- يجبر المدين على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكنا (التنفيذ العيني)، حيث جاء في المادة 164 ق.م: " يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينياً، متى كان ذلك ممكناً¹."

وإذا كان الاتفاق على أن العمل يقوم به المدين جاز للدائن أن يرفض الوفاء (التنفيذ) من غير المدين م 169 ق.م

- ويجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً أو محققاً غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة يكون باطلاً ولو برضاه م 92 ق.م

ومعنى الإمكان ألا يكون محل الحق غير مستحيل ولا يمكن كتنفيذ الالتزام إذا كانت هناك استحالة مطلقة

¹ - القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

أما الاستحالة النسبية فإنها لا تمنع من تنفيذ الالتزام فإذا تم الاتفاق مع شخص ليصلح السيارة و لم يتمكن من ذلك جاز له الاستعانة بشخص آخر و لو على نفقته.

ثانيا: شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين

أي يجب أن يكون العمل محل الحق الشخصي معيناً فعلاً أو قابلاً للتعيين، فإن تم الاتفاق مع مقاول لإنجاز بناء دون تحديد مواصفاته يعتبر باطلا لانعدام المحل أما إذا تم الاتفاق مع المقاول لإنجاز بناء وكانت القوانين تحدد شروط البناء من حيث المواصفات كان المحل صحيحاً.

ثالثا: مشروعية التعاقد

يشترط في المحل أن يكون مشروعاً لأنه يعتبر الالتزام باطلاً إذا كان محله غير مشروع ومخالفاً للنظام العام كالاتفاق على قتل شخص. وكذلك الأمر إذا كان سبب الالتزام غير مشروع ومخالفاً للنظام العام فإن العقد يكون باطلاً م 97 ق.م مثال: إيجار محل للدعارة¹.

المبحث الثالث: آثار الحق

(الاستعمال , الحماية , الإثبات)

المطلب الأول: استعمال الحق

إن استعمال الحق من قبل صاحبه في حدود ما يقرره القانون يعد حقا مشروعاً لصاحبه، ولكن إذا تم استعماله فيما يسبب ضرراً للغير فإن ذلك يعد تعسفاً في استعمال الحق وسوف نتطرق إلى ذلك تبعا لما يلي:

¹ - شوقي بناسي، رجع سابق، ص 88

الفرع الأول: مضمون استعمال الحق

إن مضمون كل حق يتمثل في السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه فمضمون حق الملكية مثلا يكون في سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف. فمالك منزل معين له الحق في السلطات الآتية:

الاستعمال: بالتالي يتخذه مسكنا له.

الاستغلال: يمكنه أن يؤجره بمقابل.

التصرف: يمكن أن يبيعه أو يهبه.

فإذا تجاوز صاحب الحق هذه السلطات الثلاثة يصبح متعسفا في استعمال حقه حسب م 674 ق.م / م 676 ق.م¹ (راجع نص المادتين).

المادة 674 ق.م: الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمال تحرمه القوانين و الأنظمة.

المادة 676 ق.م : لمالك الشيء الحق في كل ثماره , منتجاته , ملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك.

الفرع الثاني: مصادر الحق Sources des droits subjectifs

تعد مسألة مصادر الحقوق جوهرية في الحياة القانونية، إذ يتعلق الأمر بالأحداث و الظروف التي يرتب القانون عليها نشوء الحقوق لأصحابها. و مصادر الحقوق رغم تعددها و تنوعها تصنف عموما في طائفتين كبيرتين هما: الوقائع القانونية و التصرفات القانونية².

¹ - راجع نص المادتين من القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 83.

أولاً- الواقعة القانونية: هي كل فعل أو عمل أو حدث مادي يرتب عليه القانون أثراً قانونياً معيناً بمجرد وجوده في ذاته و بغض النظر عن وجود إرادة صاحبه (كواقعة الميلاد أو الوفاة أو حادث مرور...)، و الوقائع القانونية نوعان:

(1) **الوقائع الطبيعية (غير الاختيارية):** و هي التي لا دخل لإرادة الإنسان فيها، كواقعة الميلاد، الوفاة، فيضان، زلزال، حادث مرور...الخ.

يعرف الواقع حدوث العديد من الوقائع التي لا ترتبط بإرادة المعنيين بهذه الوقائع فيطلق عليها الوقائع الطبيعية، و هي تسمية لا تخلوا أحيانا من غموض، كما يلاحظ أيضا أن الوقائع القانونية الخارجة عن إرادة الإنسان هي أحيانا ليست كذلك بشكل مطلق فالموت واقعة قانونية غير إرادية و لكنه يمكن أن يحدث بسبب الانتحار بل حتى الميلاد لا يخلو من طابع إرادي.

و الوقائع اللاإرادية هي إما أحداث كتلك التي تعرفها حياة الإنسان كالميلاد و ما يترتب عنه من حقوق كالحق في اكتساب الشخصية القانونية و الوفاة و ما يترتب عنه من حق الإرث، أو تلك التي تحدث دون أن تكون متوقعة و قابلة لدفعها كالزلازل و البراكين، و الصواعق و الغرق و الحروب فتؤثر على الإنسان كأن تعفيه مثلا من مسؤوليته عن عدم وفائه بالتزاماته.

كما تحدث الوقائع القانونية اللاإرادية بفعل مرور الزمن الذي يؤدي إلى اكتساب الحقوق أو سقوطها فنكون بصدد (التقادم المكسب و التقادم المسقط)¹

(2) **الوقائع المادية (الاختيارية):** و هي التي تحدث بإرادة الإنسان و يرتب عليها القانون أثراً بمجرد وقوعها (كالفعل الضار العمدي أو غير العمدي)، فيلزمه بالتعويض

¹ - عبد المجيد زعلاتي ، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

م 124 ق.م : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض¹ ".

إن بعض الوقائع تحدث أحيانا إراديا كالجرم المدني و الحيازة، و لكنها تظل مع ذلك متميزة تماما عن التصرفات أو الأعمال القانونية و لا تختلط بها.

ففي التصرف القانوني يراد التصرف و نتائجه في حين لا يصح القول بإرادة النتائج القانونية المترتبة عن واقعة ما و لو كانت هذه إرادية.

و الوقائع الإرادية إما أن تكون غير مشروعة و إما أن تكون مشروعة و ترتب السلوكيات الإرادية غير المشروعة المسؤولية المدنية لمن أتاها. و هذه المسؤولية إما أن تقوم على فعل شخصي و هذا هو المبدأ العام. و إما أن تأخذ طابعا موضوعيا و تؤسس على الخطر، أو مسؤولية عن فعل الشيء و يسودها نفس الاتجاه الموضوعي.

أما الوقائع الإرادية المشروعة أو الأفعال النافعة فهي كثيرة و أبرز نماذجها الفضالة و دفع غير المستحق و الإثراء بلا سبب و الحيازة²

ثانيا- التصرف القانوني: و هو اتجاه إرادة الفرد لإحداث اثر قانوني معين، كعقد البيع أو الزواج و يشترط فيه توفر النية و هي استهداف غاية ما يترتب عليها تحقيق آثار قانونية يعتد بها القانون و هذا هو جوهر الاختلاف بين الواقعة القانونية و التصرف القانوني (للعقد أركان : الرضا- المحل- السبب):

1) أنواع التصرف القانوني: تتعدد أنواع التصرفات بتعدد موضوعاتها، و سنتطرق إلى أهمها فيما يلي:

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

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

أ- التصرفات الناشئة عن إرادتين: أي وجود إرادتين و تطابقهما و اتجاههما لإحداث أثر قانوني معين كعقد البيع، الإيجار.

ب- التصرفات الناشئة عن إرادة واحدة : كالوصية و الوعد بالجائزة.

- قد يكون التصرف القانوني منشأ للحق كالزواج، حق النفقة.

- قد يكون التصرف القانوني ناشئاً للحق كالقسمة مثلاً.

- قد يكون التصرف ناقلاً للحق، مثل البيع أو الهبة.

- قد يكون التصرف مضافاً إلى ما بعد الوفاة كالوصية.

و أهم شيء في التصرفات القانونية، أنها تقوم على نظرية سلطات الإرادة، فيكفي وجود الإرادة التي تلزم صاحبها في حدود ما ألتزم به.

كالفعل الضار أو غير المشروع م 124 ق.المدني، و المادة 125 ق.م ، الفعل السلبي أو ما يسمى بالامتناع (مثلاً: امتناع الأم عن إرضاع رضيعها).

- كذلك مسؤولية متولي الرقابة (م 134 ق.م)، مسؤولية حارس الآلة (م 138 ق.م)، مسؤولية المتبوع عن عمل تابعيه (م 136 ق.م)، مسؤولية حارس الحيوان (م 139 ق.م)، مسؤولية صاحب البناء (م 140 ق.م)، مسؤولية المنتج (م 140 مكرر ق.م)، و كذلك ما يسمى أشباه العقود.

أ- الإثراء بلا سبب : جاء في نص المادة 141 ق.م: " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء¹ ".

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

ب- الدفع غير المستحق: حيث جاء في المادة 143 ق.م: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده.

غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء¹.

ج- الفضالة (المادة 150 - 159 ق.م)، و هي تولى شخص عن قصد القيام بفعل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك (قيام شخص بإصلاح جدار جاره أو قيامه بقطف ثمار ناضجة في غياب جاره خوفا من فسادها).

الفرع الثالث : التعسف في استعمال الحق

ليس لأي شخص أن يستعمل حقه بصفة مطلقة إذ يجب أن يستعمله في نطاق وحدود القانون وفقا للقيود الواردة عليه.

فمالك العقار إذا قام بالبناء فيه وتجاوز حدود ملكيته ودخل في حدود ملكية جاره فقد يكون تعسف في حق البناء.

أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق: يقصد بالتعسف في استعمال الحق، استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع و لكن نتائجه أو أغراضه غير مقبولة².

و مثال ذلك المالك الذي يبني جدارا في حدود ملكه و لكن يرتفع به قصد منع الضوء و الهواء على جاره فاستعمال الحق هنا تعسفي لما يشوبه من عيب في غرضه و قد عرفت هذه الفكرة منذ القديم حيث عرفها القانون الروماني كما عرفت بوضوح أكثر الشريعة الإسلامية و استقرت لدى الفقه الحديث و في جل التشريعات و منها

¹ - نفس المرجع.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 109.

القانون الجزائري الذي كرسها في صورة نظرية عامة تضمنتها المادة 124 مكرر من القانون المدني.

ثانيا: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

أخذ الفقه الإسلامي بهذه النظرية في عدة تطبيقات كما سنرى:

1- الأدلة الشرعية لهذه النظرية: حرمت الشريعة الإسلامية استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير وذلك في الأدلة الشرعية المتمثلة في القرآن والسنة.

أ- أدلة القرآن الكريم: وردت عدة آيات تنص على الضرر بالغير في استعمال الحق فمنها ما ورد في الوصية و الطلاق الرجعي و الرضاعة مثال : كأن يطلق الرجل زوجته فإذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها بقصد الإضرار بها و عدم زواجها من غيره أو إساءة معاملتها . قال تعالى: (و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا...) سورة البقرة 231، فالرجعة بقصد الإضرار حرام ولو تثبت نية الإضرار بالمرأة ورفعت دعوى قضائية أمر الزوج بطلاقها فان لم يفعل طلقها القاضي منه ليرفع الضرر عن الزوجة.

وكذلك الأمر بالنسبة للوصية إذا كان الغرض منها الإضرار بالورثة، والزواج المحلل.. الخ

ب- أدلة السنة النبوية : وردت عدة أحاديث في هذا الشأن ومنها قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وهذا دليل على تحريم جميع أنواع الضرر وهذا الحديث يعتبر قاعدة عامة تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق¹.

2- معايير التعسف في استعمال الحق: يكون استعمال الحق تعسفا في هذه الحالات:

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص123

أ- **ثبوت (بمحض) قصد الإضرار:** ذهب الفقهاء إلى أن شرح حديث (لا ضرر ولا ضرار) المراد به إلحاق الضرر بغير حق، فالشخص باستعماله لحقه لا يرجو من ذلك أية منفعة ويشترط في ذلك شرطان:

- أن يكون القصد من استعمال الحق إلحاق الضرر بالغير.

- لا يوجد قصد آخر من الاستعمال خلاف الإضرار بالغير.

ولما كان القصد بالإضرار من الأمور الخفية التي يصعب إثباتها فيمكن الاستدلال بكل الأدلة المسموحة قانوناً.

ب- **ترتب ضرر أعظم من المصلحة:** فيعتبر تعسفاً كلما كانت المصلحة المرجوة أقل من الضرر الذي يترتب عن ذلك و الذي قد يصيب الغير وبالتالي يمنع صاحب الحق في هذه الحالة من استعماله.

مثال : إجبار التجار على التسعيرة المحددة وعدم المغالاة حفاظاً على المصلحة العامة وبالتالي تقييد المصلحة الخاصة للتجار كذلك عدم الاحتكار ومنعه.

ج- **استعمال الحق في غير ما شرع من أجله:** فالحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق مصالح العباد لا لاستغلالها لغرض غير مشروع.

مثال: اتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها.

كذلك إذا خالفت المصلحة المراد تحقيقها ما يقره القانون تكون غير مشروعة و يكون استعمال الحق تعسفياً، و مثال ذلك فصل عامل أو موظف لمنعه من ممارسة حقوق أو حريات أقرها له القانون كممارسة حرية النشاط النقابي و حرية الانتماء السياسي

مثلاً¹

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 111.

د- استعمال الحق على وجه غير معتاد وغير مألوف: ذهب جانب من الفقه إلى استعمال شخص لحقه على وجه غير معتاد محرم، كتصرفه في ملكيته تصرفاً من شأنه الإضرار بالغير، كاستعمال حريق في أرضه في يوم عاصف فتنقل النار للحقول المجاورة¹.

هـ- ترتب الضرر الفاحش: وذلك عند ترتب الضرر الفاحش مقارنة بالفائدة المرجوة من استعمال الحق، فالقاعدة الشرعية تقول درء المفسد أولى من جلب المكاسب

3- مجال تطبيق النظرية: يتسع مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي فهي تشمل جميع الحقوق العامة والخاصة وتطبق على أصحاب السلطات كسلطة الزوج والقاضي لذلك أنشأت ولاية المظالم للحد من تعسف الولاية. كذلك التعسف يمكن أن يحدث بالنسبة لحقوق الله تعالى، التي شرعها للنفع العام فالواجب انه إذا فرض الله على عباده تكاليفاً فيؤدونها حسب وسعهم وطاقتهم دون تكلفة لذلك فقد أسقطت الطهارة بالماء إذا توفر سبب للتيمم.

4- جزاء التعسف في استعمال الحق في الشرع.

أ- الجزاء الدنيوي : قد يكون جزاء عينياً وهو إبطال التصرف المتعسف فيه أو حرمان صاحب الحق من استعمال حقه متى كان متعسفاً فيه و بالتالي تعويض المضرور.

ب- التعزير شرعاً: و هو التأنيب على الذنوب والمعاصي من قبل الحاكم ويكون باللوم والتنبيه أو النفي.

ج- الجزاء الأخروي: قد يفلت المتعسف في استعمال حقه من الجزاء الدنيوي لكن الجزاء الأخروي لا مقر منه

¹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 131

ثالثا: التعسف في استعمال الحق في التشريع والقضاء

أخذ القانون الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق كما طبقها القضاء

1- التشريع: أخذ القانون المدني الجزائري بهذه النظرية حيث جاء في المادة 690 " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات وعليه مراعاة الأحكام الآتية"

و حسب نص م 41 ق.م يعتبر استعمال حق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.
- إذن مما سبق يتبين أن حالات التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري يتمثل فيما يلي:

- تمحض قصد الإضرار بالغير كرفع أشجار عالية بقصد حجب الضوء أو اللجوء إلى الدعاوى الكيدية التي الغرض منها التشهير.
- تقاها المنفعة وجسامة الضرر.
- عدم مشروعية المصلحة مثل فصل عامل لانتمائه إلى حزب معين وبالتالي تترتب عليها المسؤولية والتعويض.

2- القضاء: طبقت المحكمة العليا من خلال قراراتها المتعددة مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق¹.

¹ - أنظر محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ص 190 و 191

المطلب الثاني: حماية الحق

إذا استعمل الشخص حقه في الحدود التي نص عليها القانون فإنه يحظى بحماية القانون له إذ يخول له هذا الأخير حماية حقه بوسائل مختلفة كالدفاع الشرعي والدفع بعدم التنفيذ وحبس الشيء حتى يوفي المدين بالتزامه طبقا لنص المادة 200 من ق.م. ومهما يكن فإن أكبر ضمانات و حماية للحق يبقى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحق من خلال رفع دعوى قضائية سواء كانت : مدنية أو جنائية أو إدارية كما سوف نبينه حسب الآتي:

الفرع الأول: الدعوى المدنية

نصت م 47 من ق.م على ما يلي: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"¹.

ويترتب على الدعاوي المدنية صدور حكم إما ببطلان التصرف أو التعويض عن الضرر الناجم.

أولاً: البطلان

حينما يكون التصرف القانوني (عقد، وصية، هبة.. مخالفًا للقانون يمكن لصاحب الحق اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة (القضاء المدني) طالبا منها إلغاءه نظرا لبطلانه المطلق أو النسبي.

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

1- مثال البطلان النسبي: المادة 86 من القانون المدني "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذ تثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

2- مثال البطلان المطلق: حسب نص م 97 ق.م " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا "

ثانيا: التعويض

إذا ترتب عن الواقعة أو التصرف القانوني ضرر يستطيع صاحب الحق المطالبة بالتعويض طبقا لنص م 124 ق.م.

الفرع الثاني: الدعوى الجنائية

ينص قانون العقوبات على جزاءات وعقوبات عديدة يوقعها القاضي الجنائي بموجب الدعوى العمومية على كل مساس أو اعتداء على الحقوق سواء تعلقت بالأشخاص أو الأموال أو مست حقوق عينية أو شخصية

أولا: الأشخاص

جرم قانون العقوبات¹ في المواد من 254 إلى 435 مجموعة من التعديات الواقعة على الأشخاص مثل : القتل، الاعتداء على الأعراض ...ونص على العقوبات المقابلة لها مثل الإعدام و السجن و الحبس والغرامة.

¹ - الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.53، المعدل والمتمم

ثانيا: الأموال

نصت المواد من 350 إلى 386 من ق. العقوبات على العديد من العقوبات المترتبة على الدعوى العمومية جراء الاعتداء على الأموال مثل السرقة، خيانة الأمانة، الاعتداء على الملكية العقارية و وضع مقابلا لها العقوبات المناسبة لها.

ثالثا: الحقوق الذهنية

جاء في المادة 153 من الأمر رقم 03-05 المتعلقة بالحقوق الذهنية وحقوق المؤلف أنه يعاقب مرتكب جنحة تقليد مصنف بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من خمسمائة ألف دينار إلى مليون دينار جزائري.

الفرع الثالث: الدعوى الإدارية

جاء في الدستور أن القضاء ينظر في الطعون في قرارات السلطة الإدارية فالقانون الجزائري يسمح لصاحب الحق بالطعن في القرارات الإدارية أمام الهيئات القضائية الإدارية وتكون:

- أمام المحاكم الإدارية طبقا لما جاء في ق. الإجراءات المدنية والإدارية.
- أمام مجلس الدولة بموجب المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلقة بمجلس الدولة¹.

فتشمل هذه الدعاوى في دعوى الإلغاء ودعوى التعويض.

قبل الانتقال للنقطة الموالية أود الإشارة إلى أن المادة 41 من ق.م المشار إليها سابقا ألغيت بموجب القانون 05/10 المعدل والمتمم للقانون المدني تم إدراجها تحت المادة

¹ - القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ع 23، المعدل والمتمم قانون عضوي رقم 18-02 مؤرخ في 4 مارس 2018

124 مكرر ضمن فصل العمل المستحق للتعويض والمسؤولية عن الأفعال الشخصية وتم تغيير نصها كالآتي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ".

المطلب الثالث: إثبات الحق

لكي يستطيع صاحب الحق ممارسة السلطات التي يخولها له هذا الحق، يفترض أن أحدا لا ينازعه في هذه السلطات¹.

الفرع الأول: ماهية الإثبات

أولاً: تعريف الإثبات

هو إقامة الدليل أمام القضاء بإحدى الطرق التي حددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها احد طرفي الخصومة و ينكرها الطرف الآخر . نظرا لما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية

ثانياً: خصائص الإثبات القضائي

- يكون الإثبات القضائي بتقديم الدليل أمام القضاء عكس الإثبات العلمي
- يتقيد هذا الإثبات بطرق معينة يحددها القانون إذ يبين كيفية تقديمها ومدى تقيد الخصوم والقاضي بها.
- الحقيقة القضائية واجبة الاحترام ولا يجوز الانحراف عنها لأنها تحوز حجية الشيء (الأمر) المقضي فيه.
- الإثبات القضائي لا ينصب على الحق المتنازع فيه و إنما ينصب على الواقعة القانونية التي تنشئ هذا الحق.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابقن ص 99.

- هناك عدة مذاهب قيلت في الإثبات كالمذهب الحر أو المطلق والمذهب المقيد والمذهب المختلط ولمن أراد التفصيل عليه بالرجوع إليها إلا أنها لا تدخل في نطاق أسئلة الامتحان.

الفرع الثاني: دور الخصوم في الإثبات

يعتبر الإثبات حق وعبئاً في وقت واحد.

أولاً: الحق في الإثبات

يقصد به أن الخصم الذي عرض النزاع أمام القضاء له الحق في إثبات الواقعة المتنازع حولها وذلك بتقديم الدليل أمام القاضي الذي يسمح للخصم بممارسة هذا الحق، وبالتالي يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القاضي بالطرق التي بينها القانون كما يحق للخصم الآخر مناقشة وتفنيد أدلة خصمه.

ذلك انه إذا كان المدعى أن يقيم الدليل على صحة دعواه للطرف الآخر الحق في تفنيد ذلك وإثبات العكس وهذا يسمى بمبدأ "المجابهة بالدليل" وهو ما نصت عليه م 323 ق.م: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"¹.

يقوم حق الخصم في الإثبات والمناقشة للأدلة التي تقوم في الدعوى على قاعدتين أساسيتين:

- لا يجوز لأي شخص أن يصطنع دليلاً لنفسه: فالقاعدة هي أن الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه (مثال: اعتراف بدين محرر بخط المدين)، وبالتالي لا يجوز أن يكون دليل المدعى (الطرف الذي رفع الدعوى) على

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

صحة دعواه بمجرد أقواله و ادعاءاته أو ورقة صادرة منه حسب م 330 ق.م :
" لا يجوز لمن يريد استخلاص دليل نفسه ...".

واستثناء على هذه القاعدة سمح المشرع للشخص بان يصطنع دليلا لنفسه وذلك في المعاملات التجارية مثل : الدفاتر التجارية التي يحوزها التاجر يجوز له تقديمها كدليل لبراءته من ادعاءات غيره مثلا.

- لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه : أي أن لكل شخص أن يحتفظ بأوراقه الخاصة وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه، مثال: نسخة من الاعتراف بالدين¹.

وإن كانت هذه القاعدة تجد ما يبررها من الناحية القانونية إلا أنها لا تجد ما يبررها من الناحية الأخلاقية فقول الصدق التزام أخلاقي.

واستثناء على هذه القاعدة يمكن إلزام الخصم بتقديم أي محرر في الحالات التالية:
- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه.

- إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه في حالة ما إذا كان مثبتا لحقوقهما المتبادلة.

- إذا سبق وان استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

ثانيا: عبء الإثبات

حسب المادة 323 السابقة الذكر جاء فيها: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" ومن ذلك نفهم أن عبء الإثبات يقع على المدين وبالتالي فالقاء عبء الإثبات على أحد الخصمين معناه إما الحكم عليه أو الحكم لخصمه، كما انه

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص115

يجعل أحد الخصمين في موقف أفضل في حالة ما إذا عجز الخصم الآخر عن تقديم الدليل.

ثالثاً: طرق الإثبات: هناك مجموعتين

1- الطرق المباشرة: وهي التي تنصب دلالتها على الواقعة المراد إثباتها، وهي الكتابة والشهود إذا انصبت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها سواء كانت واقعة قانونية أو تصرف قانوني.

2- الطرق غير المباشرة: وهي التي لا تنصب دلالتها على الواقعة المراد إثباتها ولكن تستخلص عن طريق الاستنباط وهي القرائن والإقرار واليمين، وهي غير مباشرة لأن دلالتها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وإنما تستخلص عن طريق الاستنباط.

ولقد حدد المشرع (القانون المدني) طرق الإثبات على وجه التحديد وهي:

الإثبات بالكتابة - وبالشهود - والقرائن - والإقرار - اليمين.

أ- الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي و القانون:

- مشروعية الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي:

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت، و ذلك قول الله تعالى: > يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ¹. و يدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيا كان نوعه، لأن الالتزام ليس إلا ديناً في ذمة الملتزم

¹ - قران كريم ، سورة البقرة، الآية 282.

للملتزم له، فيدخل تحت لفظ الدين القرض و الرهن و البيع بئمن مؤجل و التعهد بعمل و غير ذلك.

أما التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته و استوفى حقوقه كمن يشتري شيئاً من آخر و يتسلمه و يسلمه الثمن في الحال، و مثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات¹

و قد روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: لما فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يؤدي و إما أن يقاد" فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه فقال: يا رسول الله، أكتب لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكتبوا لأبي شاه².

- **وجه الاستدلال:** أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالكتابة في الأحكام، و الأمر بالكتابة يدل على أنها للحفظ و التذكر و الاعتماد عليها عند الحاجة، و قد كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاباً في الأحكام و الزكاة و الديات لعمر و ابن حزم، فصار في الدين شرعاً ثابتاً و عملاً مستفيضاً و تلقته الأمة بالقبول. كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " ما حق امرئ مسلم و به شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصية مكتوبة عنده"³.

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، دار الكتاب العربي بيروت، سنة 2018، ص 56¹.

²- البخاري، صحيح البخاري، ص 1247.

³- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، ج 2، ص 422.

- وجه الاستدلال: لو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة وصيته فائدة

- مشروعية الإثبات بالكتابة في القانون:

تعتبر الكتابة أهم وسيلة في الإثبات و قد نص القانون المدني صراحة على الكتابة كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية، و تكون هذه الكتابة في صورة محرر رسمي Acte authentique أو محرر عرفي Acte sous-seing privé ففيما يخص المحرر الرسمي تنص المادة 324 من القانون المدني على أن الورقة الرسمية هي التي يثبت بها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه، و مثال هذه الأوراق العقود الرسمية التي تتم أمام الموثق و تمتاز الورقة الرسمية بكونها مدعمة بقرينة الرسمية مما يخولها حجية خاصة في الإثبات فتعتبر حجة ما لم يطعن فيها بالتزوير¹

و الإثبات بالكتابة هي إقرار عن واقعة مادية أو تصرف قانوني ولها حجية مطلقة في الإثبات وينقسم الدليل الكتابي إلى نوعين:

1 - الكتابة في الورقة الرسمية: يعطي الضابط العمومي أو الموظف الصفة الرسمية للورقة أو العقد ، فيشترط في المحرر الرسمي أن يكون محررا من قبل الموثق كما نصت عليه المادة 324 من ق.م.

2 - الكتابة في الورقة العرفية : و يقوم بتحريرها المعني بالأمر دون أن يحررها موظف عام مختص بتحريرها.

¹ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 102.

و هي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف عام، و لابد من توقيع ذوي الشأن عليها سواء كان ذلك بأنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهم¹

طبقا لنص المادة 327 ق.م : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو من وضع بصمة أصبعه عليه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."

و نصت م 328 : " أن للعقد العرفي صحة على الغير من تاريخ تحريره إذ لابد أن يكون له تاريخ ثابت من يوم تسجيله أو ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام..."

ويمكن القول أن الورقة العرفية حجية نسبية في الإثبات على من وقع ما لم ينكر ما جاء فيها مما هو منسوب له من توقيع أو إمضاء أو ختم.

وهذه الحجية ليست مطلقة حيث يجوز للمتمسك بها (الورقة العرفية) أن يثبت صدورها ممن أنكرها.

3 - الاستثناءات على الكتابة: توجد هناك عدة استثناءات على مبدأ الكتابة فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية و التي تمكن من إثبات التصرف عن طريق الشهود. و لا يعني ذلك إثبات وجود التصرف، بل يمكن فقط من عدم رفض ادعاءات المدعي في حالة غياب الكتابة، و يسمح له بإثبات التصرف موضوع حقه بطريقة أخرى غير الكتابة.

(أ) - الميدان التجاري: المعاملات التجارية تقوم على السرعة و تتم غالبا عن طريق المراسلة حيث تكون الكتابة هنا بمثابة حاجز، كما أن المعاملات التجارية باعتبارها

¹ - محمدي فريدة (زواوي)، مرجع سابق، ص 170.

قائمة كذلك على الائتمان تتم في العادة شفاهة و تكون الكتابة هنا كذلك غير ملائمة، على الرغم أن هذا لم يعد صحيحا في الواقع حيث يتم تحرير عقود في غالب الأحيان. **ب)- التصرفات التي يقل مبلغها عن 100.000 دج:** يبرر المبلغ المنخفض للمعاملة هذا الاستثناء، فلا يمكن إجبار الأفراد على الكتابة في كل الحالات (لاسيما فيما يتعلق بمشتريات الحياة اليومية)، تحسبا لنزاع محتمل.

ج)- وجود بداية للإثبات بالكتابة: حيث ستبين وجود وثيقة مكتوبة وجود تصرف، غير أنها لا تعتبر تصرفا مكتوبا بسبب غياب عنصر من عناصر أساسية (توقيع الأطراف مثلا)، و يمكن أن يتعلق الأمر بأية وثيقة مكتوبة هي التصرف ذاته مثل: ورقة منزلية، رسالة، أو فاتورة أو وصل صندوق.

د)- عندما يتعذر الحصول عليها ماديا: كما يستبعد المشرع اشتراط الكتابة عندما يتعذر الحصول عليها ماديا أو معنويا، فهناك مانع أدبي بين الأقارب و بين الأشخاص الذين يرتبطون بروابط خاصة مثل: الطبيب و مريضه، أو المحامي و زبونه. **ه)- في حالة التدليس أو التزوير:** و أخير تستبعد الكتابة في حالة التدليس أو التزوير¹.

ب- الشهادة: شهادة الشهود أو البينة يقصد بها إخبار أمام القضاء بحصول واقعة صدرت عن غيره و يترتب عليه حق ليس له، وبهذا المعنى فهي تحمل الصدق والكذب أي قد تكون لإثبات أو نفي واقعة قانونية أو تصرف قانوني، وللشهادة شروط نص عليها القانون كحلف اليمين وحسب علمه الشخصي وليس السمعي.

¹ - عبد المجيد زعلاني، الوجيز في القانون الجزائري، دراسة فقهية، مرجع سابق، ص 94.

وتعتبر الشهادة الطريق الأصل لإثبات التصرفات القانونية التي لا يوجب القانون إثباتها بالكتابة وحسب م 333 ق م، مثال التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن 100.00 د.ج، ورغم أهمية الشهادة إلا أن القاضي حر في الأخذ بها من عدمه.

ج- القرائن:

القرينة: هي استنباط أمر أو واقعة غير ثابتة متنازع حولها من أمر ثابت فهي دليل إثبات تعفي من تقرر لصالحه من عبء الإثبات.

نظمها المشرع في المواد من 337 إلى 340 ق.م. وقد تكون قانونية أو قضائية.

-القرينة القانونية: هي قرائن ينص عليها القانون بصفة عامة و مجردة، و قد تكون قرائن بسيطة أي غير قاطعة، كما قد تكون قرائن قاطعة، أي لا يقبل إثبات عكسها¹.
و كذلك هي ما يستنبطه المشرع بطريقة مجردة و موضوعية مما يغلب وقوعه في المعاملات و بحسب الظاهر على انه الحقيقة.

مثال م 61 ق.م في مسألة اثر التعبير عن الإرادة في أنه ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه إذ يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، والأصل أن القرائن القانونية ليست مطلقة إذ يمكن إثبات عكس ذلك بكل طرق الإثبات.

وإذا كانت القرائن القانونية قاطعة فانه لا يجوز إثبات عكس ذلك إلا بالطرق غير العادية كالإقرار واليمين وبالتالي لا يصح لها مبرر للتمسك بها.

- القرينة القضائية: ما يستنبطه القاضي خلال سير الدعوى المعروضة عليه و بالتالي فهي أدلة حقيقية للإثبات فهي مستنبطة بواسطة العمل القضائي المختص

¹ - محمدي فريدة (زواوي)، مرجع سابق ، ص 173.

بالحكم في النزاع، وقد جاء في نص م 340 ق.م : " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"¹.

إن فالقرينة القضائية لها قوة الإثبات التي تساوي قوة البينة أي شهادة الشهود. أما بالنسبة لحجية الشيء المقتضى به حسب م 338 وهو الحكم الذي يكون قطعياً ويفصل في النزاع شكلاً أو موضوعاً ولا يجوز الطعن فيه أو استئنافه مرة أخرى وبالتالي يمكن أن يحتج به كدليل على صحة ما جاء فيه واستخدامه كدليل للإثبات في دعوى أخرى لحسم نزاع يتصل بالنزاع الذي تم الفصل فيه شرط أن يكون الخصوم أنفسهم (دعوى الحيازة والملكية).

أما إذا كان الحكم غير قطعي أي لا يجوز لقوة الشيء المقتضى فيه كأن يصدر حكم بتعيين خبير أو إحالة الدعوى إلى التحقيق فإن هذه الأحكام لا تجوز لقوة الشيء المقتضى فيه وقابلة للطعن فيها.

د- الإقرار:

الإقرار في الفقه و القانون : الإقرار سيد الأدلة و أقواها لإثبات الدعوى و أبلغ البيانات، و يدخل في جميع أبواب العلم من العبادات و المعاملات و الجنائيات و غيرها، حتى أنه يدخل في الإيمان و هو التصديق فلا يتحقق إلا مع الإقرار حتى قال بعض العلماء: *إن الإقرار ركن من الإيمان*

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

* الإقرار في الفقه :

تعريف الإقرار

لغة: هو الاعتراف و الإثبات، و الإقرار إثبات الشيء إما باللسان و إما بالقلب أو بهما جميعا.

اصطلاحا: إخبار بحق الآخر لا إثبات عليه، و هو خبر يتردد بين الصدق و الكذب. مشروعية الإقرار في الفقه:

- من القرآن الكريم: قال تعالى: >> يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ <<¹، فقد أمر الله تعالى العبد بأن شهد على نفسه بالحق و سمي الإقرار على نفسه شهادة كما تسمى الشهادة على الغير إقرارا.

- من السنة: روى مالك في الموطأ عن شهاب أنه أخبروه أنه رجلا اعترف على نفسه بالفاحشة في عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم و شهد على نفسه أربع مرات، فأمر به عليه الصلاة و السلام فرجم، قال ابن شهاب : فمن أجل ذلك يؤخذ لرجل باعترافه على نفسه.

و للإقرار شروط واجبة في المقر: كأن يكون عاقلا بالغا، فلا يصح إقرار المجنون و المعتوه، و يشترط في المقر له أن يكون أهلا للاستحقاق و ألا يكذب المقر إقراره و يلزم أن يكون الإقرار عند الإمام.

* الإقرار القضائي: هو ذلك الإقرار الذي يتم أمام المحكمة، حيث ينهي الدعوى و يتعين على القاضي اعتبار ما تم الإقرار به صحيحا و لا يمكن الرجوع في الإقرار،

¹ - قرآن كريم، سورة النساء ، الآية 135.

و مثال ذلك أن يعترف شخص بالمبلغ المالي للذي يدعي بأنه دائن له به. و يستمد هذا الإقرار قوته من كون الشخص يعتبر حراً أمام المحكمة و لا يعترف تحت أي ضغط كان، كما يستمدها كذلك من كون الشخص سيحرم نفسه من حقه، و إذا اعترف بأنه مدين لن يكون معقولاً استخلاص كل النتائج المترتبة عن ذلك. و قد جاء في المادة 341 ق.م : الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

إذن فالإقرار هو اعتراف شخص بواقعة يدعيها شخص آخر وبالتالي فهو يعترف بوجوب حق في ذمته لشخص آخر، وهو عمل قانوني فيه تعبير عن الإرادة بقصد إحداث أثر قانوني وهو تنازل المقر عن حقه لصالح خصمه المدعي بهذا الحق، وبالتالي فيشترط فيه كل من يتعلق بالأهلية من سن قانونية وسلامتها من العيوب والعوارض (السفه، التدليس، الإكراه) لأن فيها حجية قاطعة على المقر ولا يجوز الرجوع أو العدول عنها.

هـ - اليمين: ويقصد بها قيام شخص طبيعي بأداء القسم، أي يحلف بالله العظيم أن يقول الحق ولا شيء غير الحق وإلا تعتبر شهادته باطلة قانوناً، ويلجأ لليمين في حالة ما إذا افتقر المدعي إلى الأدلة على صحة ما يدعيه (صاحب الحق يوجه اليمين لخصمه) وإذا أعرض الخصم عن حلف اليمين فإنه يترتب على ذلك ثبوت الحق في ذمته أما إذا حلف فإن ذلك يكون دليلاً على براءته وهذا يسمى باليمين الحاسمة، م 347 ق.م : " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه¹ ".

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

وتوجد اليمين المتممة وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد أطراف النزاع لاستكمال قناعته.

و يجب تمييز اليمين الحاسمة Serment décisoire ذات الحجة القاطعة بين الطرفين عن اليمين التي يمكن أن يوجهها القاضي تلقائيا إلى أي الخصمين قصد الحصول على عنصر اقتناع إضافي في الدعوى و التي يطلق عليها اليمين المتممة Serment supplétoire و التي ليس لها أكثر من حجية الشهادة.

كما أن اليمين نصت عليها المواد 343 و ما يليها من القانون المدني، و تتمثل اليمين في كونها عملا دينيا و مدنيا معا، يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صحة تأكيداتة حول حقيقة واقعة معينة، أو على إنجاز ما وعد به و يستتزل عقابه إذا حنث.¹

المطلب الثالث: انقضاء الحق

تختلف أسباب انقضاء الحق وتتعدد بتعدد أنواع الحقوق تبعا لخصائصها ومميزاتها فهناك أسباب لانقضاء الحقوق العينية الأصلية والتبعية وهناك أسباب لانقضاء الحق الشخصي.

الفرع الأول: انقضاء الحق العيني

تختلف أسباب انقضاء الحقوق العينية باختلاف نوعها وطبيعتها فهناك الحقوق العينية الأصلية وهناك الحقوق العينية التبعية، و جاء في المادة 677 ق.م: " لا يجوز حرمان أي احد من ملكيته إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون"،

¹ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون ، ص 104.

غير أن للإدارة الحق في نزع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل إذا وقع خلاف.

أولاً: انقضاء الحقوق العينية الأصلية

1- حق الملكية: القاعدة العامة أن هذا الحق يزول لعدة اعتبارات تتعلق بالمالك كوفاته فتنتقل الملكية للورثة، أو بالشيء المملوك كهلاكه أو التصرف فيه أو نزع ملكيته أو بتأميمه.

2- حق الانتفاع: ينتهي بوفاة المنتفع كما جاء في نص المادة 852 ق.م : " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، و هو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين. و إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم، أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، بشرط أن يدفعوا أجره إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن"¹.

أو هلاك الشيء م 853 ق.م: " ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من شيء الهالك إلى ما قد يقابل قيمته، و إذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك، فلا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله و لكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع إلى المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه. و في هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848"². حيث ورد في الفقرة الثانية من المادة 848 مايلي : " أما التكاليف غير المعتادة و الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، فإنها تكون على

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

² - نفس المرجع.

المالك و يلتزم بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك. و إذا كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع¹.

أو انقضاء أجل الانتفاع 852 أو بعدم الاستعمال مدة 25 سنة كاملة م 854 ق.م.

3- حق الارتفاق: حسب م 878 ق.م حالات انقضائه هي:

- انتهاء أجل الارتفاق، أو هلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد.

كذلك بعدم الاستعمال 10 سنوات. أو بالتقادم م 879 ق.م و م 880 ق.م

ثانياً: انقضاء الحقوق العينية التبعية

حسب م 988 ق.م "ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينتهي بها حق الرهن الرسمي و الحيازي"، و حسب م 933 و 934 ق.م فان "الرهن الرسمي و الحيازي ينقضي بانتهاء الدين المضمون".

الفرع الثاني: انقضاء الحق الشخصي

نص الفهم في المواد 258 إلى 322 على حالات انقضاء الحق الشخصي إما

بالوفاء أو ما يعادل الوفاء أو بدون وفاء

أولاً: انقضاء الحق الشخصي بالوفاء

الوفاء هو تنفيذ المدين ما التزم به عيناً، و بذلك ينقضي حق الدائن، و يشترط في بعض الالتزامات كالاتزام بالقيام بعمل أن يتم الوفاء من المدين نفسه إذ شخصه يكون محل اعتبار، و لكن فيما عدا هذا الاستثناء يجوز أن يكون الموفي شخصاً آخر غير المدين، و ينقضي الحق إذا قام الغير بوفاء الالتزام محل المدين، و يكون للموفي في

¹ - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، و هي إما دعوى الوكالة، أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب وفقا لتوافر الشروط المطلوبة لرفع هذه الدعاوي¹ و ينتهي الحق أصلا باستيفائه بذاته و يزول بمجرد قيام الطرف السلبي بتنفيذ التزامه وحسب م 258 فان "الوفاء يصح من المدين أو نائبه أو أي شخص له مصلحة في الوفاء".

وحتى يصح الوفاء لابد على الموفي أن يكون مالكا للشيء الذي وفى به وبالمقابل يكون الوفاء للدائن أو من ينوبه أو من له مصلحة².

ويشترط في محل الوفاء ما نصت عليه المواد 276 و 277 ق.م، كأن ينصب الوفاء على الشيء المتفق عليه أو مساويا له في القيمة وأن يكون الوفاء كاملا، وبالنسبة لمدة الوفاء (الزمن) حسب م 281 ق.م فالوفاء يتم فور ترتيب الالتزام في ذمة المدين وللقاضي منح مدة سنة في حالة اعمار المدين، أما بالنسبة لمكان الوفاء حسب م 282 فإذا كان المكان محددًا وجب الالتزام به أو حسب ما نص عليه الاتفاق والعقد.

ثانيا: الانقضاء بما يعادل الوفاء

جاء في المواد 285 إلى 304 على حالات انقضاء الحق (الالتزام) لما يعادل الوفاء به على النحو التالي:

الوفاء بالمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة.

1- **الوفاء بمقابل:** يكون في حالة قبول المدين استيفاء حق شيء آخر عوض ما تم الاتفاق عليه كأصل للوفاء ولا بد من موافقة الطرفين.

¹ - محمدي فريدة (زاوي)، مرجع سابق، ص 194.

² - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 136

يتم الوفاء بمقابل إذا قدم المدين شيء آخر غير ما كان ملزم بأدائه مثال ذلك تقديم شيئاً آخر بدلاً من مبلغ من النقود، و يشترط لصحة هذا الوفاء أن يقبله الدائن، فلا يمكن فرضه على الدائن إذ تنص المادة 285 على : " إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"¹

2- التجديد: ويكون ذلك بتغيير أحد طرفي الالتزام (الدائن أو المدين) أو المحل (الدين) حسب م 287 ق.م الفقرة الأولى " بتجديد الالتزام - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره" و كذلك الفقرة الثانية من نفس المادة " بتغيير المدين إذا اتفق الدائن و الغير على أن يكون هذا الأخير مديناً مكان المدين الأصلي، على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد"²

إذن إذا تم استبدال الدين الأصلي بدين آخر فإن محل الدين الأول ينقضي وإذا تم الاتفاق على استبدال أحد طرفي الالتزام بطرف آخر (الغير) فإن الطرف المستبدل ينقضي الدين في ذمته ويكون الطرف الجديد هو الدائن أو المدين الجديد

3- الإنابة (التفويض): حسب م 294 ق.م "إذا حصل المدين على رضا الدائن شخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين".

4- المقاصة:

هي اجتماع صفتي المدين و الدائن في كل من طرفي الالتزام، و ينقضي الدينان يقدر الأقل منهما، كأن يكون (أ) دائن ل (ب) بمبلغ 4000 دج، و يكون (ب) أيضاً

¹ - محمدي فريدة (زواوي)، مرجع سابق، ص 195.

² - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، مرجع سابق.

دائنا ل (أ) بمبلغ 3000 دج فينقضي الدين بقدر 3000 دج و قد تكون المقاصة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، و يشترط لقيام المقاصة القانونية أن يكون الدينان بين نفس الشخصين و أن يكون الدينان واردين على نقود أو مثليات متحدة النوع، و لا يهم أن يكون مصدرها العقد أو الفعل الضار. و يشترط أن يكون الدينان خاليين من النزاع و مستحقي الأداء، فلا تجوز المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط وافق لم يتحقق بعد أو مقترنا بأجل لم يحل بعد، و يشترط أن يكون الدينان صالحين للمطالبة قضائيا. فإذا كان أحد الدينين التزاما طبيعيا، فلا تجوز المقاصة بينه و بين التزام المدين، و يشترط أيضا ضرورة التمسك بالمقاصة¹، فلا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه، و يلاحظ أنه حتى لو توافرت جميع شروط المقاصة فلا يمكن إعمالها في حالات معينة نصت عليها المادة 299 مدني.

حسب م 297 ق.م ومضمونها أنه "قد يكون الدائن مدينا في نفس الوقت للمدين الذي يكون هو الآخر دائنا للدائن في نفس الوقت أي (دائن ومدين) كلا الطرفين في نفس الوقت وقد يكون موضوعها نقودا أو شيء مثلي" (راجع الصفحة 221 نظرية الحق لمحمد الصغير بعلي).

5- اتحاد الذمة: حسب م 304 ق.م " إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة".
ينقضي الحق عندما يجتمع في نفس الشخص صفة الدائن و المدين، مثال ذلك أن يرث المدين الدائن فلا يتصور أن يطالب المدين نفسه، و لكن يشترط في ذلك يكون المدين هو الوارث الوحيد، أما إذا وارث مع غيره و ورث بقدر الربع فقط اتحدت ذمته

¹ - هذا ما تضمنته المادة 300 مدني.

مع ذمة المورث في حدود ربع الدين فقط، و يبقى مدينا بقدر ثلاثة الأرباع الأخرى، و قد يحدث إتحاد الذمة بالوصية و ذلك في حالة ما إذا أوصى الدائن للمدين بما له في ذمته فينقضي حق الدائن في حدود الثلث، و إذا كانت الوصية بأكثر من الثلث و لم يقر الورثة الزيادة فان إتحاد الذمة يزول بالقدر الذي لم يقره الورثة و لا ينقضي الدين إلا في حدود الثلث المقرر للوصية شرعا. و يترتب على هذا زوال إتحاد الذمة فيما زاد عن ثلث الدين بأثر رجعي¹

ثالثا: الانقضاء بعدم الوفاء

يكون ذلك في حالة الإبراء واستحالة الوفاء والتقادم المسقط.

- 1- الإبراء: حسب م 305 ق.م "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين".
 - 2- استحالة الوفاء: حسب م 307 ق.م "ويكون في حالة ما إذا اثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".
- وبالتالي لا بد من توفر مجموعة من الشروط لصحة استحالة الوفاء.
- استحالة الوفاء:

- لسبب قانوني: (صدور قانون يؤمم الأرض المبيعة أو قرار إداري بنزع ملكيتها).
- أو لسبب طبيعي ومادي زلزال يهدم العقار المبيع (محل البيع).
- أن يكون السبب أجنبي أي لا دخل لإرادة المدين ولا دخل له فيها بل تكون عن قوة قاهرة أو من جراء الدين نفسه أو الغير.

¹ - محمدي فريدة (زواوي)، مرجع سابق، ص 197.

- التقادم المسقط: أي أن القانون نص على سقوط الحق الشخصي إذا لم يطالب به صاحبه خلال مدة معينة من تاريخ استحقاقه (الدين).

وتختلف مدة التقادم المسقط باختلاف نوع الحقوق رغم أن المشرع وضع قاعدة عامة ونص على مدد خاصة ببعض الحقوق.

و يبدأ حساب مدة التقادم من اليوم التالي لليوم الذي يصير فيه الدين مستحق الأداء¹، إذ تنص المادة 314 مدني على مايلي: " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات و لا يحسب اليوم الأول، و تكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها".

جاء في المادة 308 ق.م " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الحالات الاستثنائية" التالية: الاستثناءات: نص القانون المدني في م من 309 إلى 312 على مدد أخرى أقل من 15 سنة وتتعلق ب :

- الأجور والمعاشات (5 سنوات).
- الضرائب والرسوم المستحقة للدولة (4 سنوات).
- حقوق أصحاب المهن الحرة (2 سنوات).
- حقوق التجار والصناع والعمال (1 سنة واحدة).
- كما انه يمكن أن يصدر قانون خاص بمجال معين يرفع مدة التقادم المسقط ويقللها عن القاعدة العامة أي 15 سنة.

¹ - محمدي فريدة (زواوي)، مرجع سابق ، ص 200.

قائمة الصادر والمراجع

1- المصادر:

- القرآن الكريم

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ج.ج، عدد 82 الصادرة في : 2020/12/30.

- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ع.15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ع.23، المعدل والمتمم قانون عضوي رقم 18-02 مؤرخ في 4 مارس 2018

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 سبتمبر 2005 يعدل ويتم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44، المؤرخة في 26 سبتمبر 2005.

- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

- الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.53، المعدل والمتمم
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014، ج.ر.ع.49، الصادرة في 14 غشت 2014
- الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2005، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ع.44، الصادرة في 3 يونيو 2005.
- الأمر 05-01 المؤرخ في المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج.ر.ع.15، الصادرة في 27 فبراير 2005.
- 2- المراجع:
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، ج2
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ط6، القاهرة، 1987.
- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهاد القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، 2010.

- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق، الطبعة الرابعة، دار هومة للطبع و النشر و التوزيع، الجزائر، 2019.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، دار الكتاب العربي بيروت، سنة 2018.
- عمار بوضياف، النظرية العامة للحقوق تطبيقاتها في القانون الجزائري، ط5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق نظرية القانون، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في نظرية الحق، الجزء 5، الطبعة 4، دار هومة، الجزائر.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- محمدي فريدة (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق، CEDOC معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر.
- نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى العلوم القانونية، القاعدة القانونية (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

الفهرس

2	مقدمة:
3	المبحث الأول: ماهية الحق وأنواعه
3	المطلب الأول: تعريف الحق
4-3	الفرع الأول: المذهب (الاتجاه) الشخصي
6-4	الفرع الثاني: المذهب (الاتجاه) الموضوعي
6	الفرع الثالث: الاتجاه المختلط " الجمع بين الارادة و المصلحة "
7-6	الفرع الرابع: الاتجاه الحديث (نظرية أو اتجاه دابان)
7	المطلب الثاني: تمييز الحق عن غير من الانظمة الأخرى
7	الفرع الأول: الحق والحرية
8	الفرع الثاني: الحق والرخصة
9	الفرع الثالث: الحق والسلطة
10-9	الفرع الرابع: الحق والقانون
10	المطلب الثالث: أنواع الحقوق
11-10	الفرع الأول: الحقوق غير المالية
11	الفرع الثاني: الحقوق السياسية
12	الفرع الثالث: الحقوق المدنية (غير السياسية)
13-12	الفرع الرابع: الحقوق العامة
33-13	الفرع الخامس: الحقوق الخاصة
33	المبحث الثاني: أركان الحق

- 33 Les personnes **المطلب الأول: الاشخاص**
- 51-34 :la personne physique **الفرع الأول: الشخص الطبيعي**
- 62-52 **الفرع الثاني: الشخص المعنوي**
- 62 **المطلب الثاني: محل الحق (موضوع الحق)**
- 65-62 **الفرع الأول: الاشياء**
- 67-66 **الفرع الثاني: الأعمال**
- 67 **المبحث الثالث: آثار الحق**
- 67 **المطلب الأول: استعمال الحق**
- 68 **الفرع الأول: مضمون استعمال الحق**
- 72-68 **الفرع الثاني : مصادر الحق**
- 76-72 **الفرع الثالث : التعسف في استعمال الحق**
- 77 **المطلب الثاني : حماية الحق**
- 77 **الفرع الأول: الدعوى المدنية**
- 79-78 **الفرع الثاني: الدعوى الجنائية**
- 80-79 **الفرع الثالث: الدعوى الجنائية**
- 80 **المطلب الثالث: اثبات الحق**
- 80 **الفرع الأول: ماهية الاثبات**
- 92-81 **الفرع الثاني: دور الخصوم في الاثبات**
- 92 **المطلب الثالث: انقضاء الحق**
- 94-92 **الفرع الأول: انقضاء الحق العيني**
- 99-94 **الفرع الثاني: انقضاء الحق الشخصي**