الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث العلمي
والعلاقات الخارجية
المجلس العلمي

Ministry of Higher Education and Scientific Research
Faculty of Law and Political Science
V/D of post-graduation and research Scientific and external relations
Scientific Council

الرقم: 180/م.ع/2026 الشلف في : .....
31 ماي 2026

مستخرج من محضر المجلس العلمي العادي للكلية

رقم: 03 بتاريخ: 03 ماي 2026

المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية المنعقد في الثالث من شهر ماي من عام ألفين و ستة وعشرون على الساعة التاسعة صباحا بقاعة الاجتماعات للكلية، تحت رئاسة السيد(ة) الدكتور:طرايش عبد الغني بصفته (ها) رئيس (ة) المجلس العلمي للكلية.

وبعد الإطلاع على التقارير الإيجابية للجنة الخبراء المشكلة من السادة:

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء
د. زهيرة عبوب	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشلف
د. فاطمة الزهراء بوجلال	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشلف
د. أسماء بن ويراد	أستاذ محاضر (أ)	المركز الجامعي علي كافي – تندوف –

صادق المجلس العلمي على اعتماد المطبوعة المقدمة من طرف الدكتورة: فاطمة الزهراء قلواز أستاذ محاضر "أ" بعنوان:" مطبوعة أعمال موجهة في مقياس المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للحق – " الموجهة لطلبة السنة الأولى.

رئيس المجلس العلمي
كلية الحقوق و العلوم السياسية
رئيس المجلس العلمي
د: طرايش عبد الغني

المجلس العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
كلية الحقوق و العلوم السياسية

Scanné avec CamScanner

جامـعة حسيبة بن بوعلي –الشلف–
كلية الحـقوق والعـلوم السياسية
شعبة الحـقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان

أعمال موجهة في مقياس المدخل للعلوم القانونية
-النظرية العامة للحق-

موجهة لطلبة السنة أولى ليسانس جذع مشرك حقوق

إعداد الدكتورة/ قلوازفاطمة الزهراء

السنة الجامعية: 2025–2026

ملخص عام للمقياس:

المدخل العام لنظرية الحق يتطلب معرفة الحق من حيث نشأته وتطوره عبر التاريخ، من خلال بحث أهم النظريات التي تناولته بالدراسة، بدءا بالفقه الرافض لنظرية الحق وصولا لمفهوم حديث للحق حدد كل عناصره، إلى جانب تحديد مصادره وطرق إثباته وحمايته حال التعدي عليه.

فطالب السنة الأولى حقوق؛ يحتاج لدراسة عامة ومفصلة لفصول ومباحث نظرية الحق، حتى يتمكن من فهم ودراسة مقاييس السنة الثانية، لاسيما نظرية الالتزام موضوع دراسة القانون المدني للسنة الثانية؛ والتي تنطلق أساسا من معرفة الحق الشخصي الذي تتجاذبه جهتين؛ فإذا نظرنا إليه من جهة الدائن فهو حق شخصي؛ وإذا نظرنا إليه من جهة المدين فهو التزام؛ وهو المصطلح الذي اشتهر باستعماله بالنظر لكون الدين محمول وليس مطلوب.

وترتيبا لما تم ذكره، سيتم تقديم محاضرة خاصة بالسداسي الذي يشمل نظرية الحق باعتبارها من أهم النظريات في الدراسات القانونية بأسلوب سهل سلس يناسب فئة الطلبة الموجه لهم هذا المقياس(طلبة السنة الأولى جذع مشترك).

وتشتمل هذه الدراسة على خمسة مباحث، وهي كالتالي: شمل المبحث الأول مفاهيم أوليه عن الحق، فيما خصص المبحث الثاني لبحث أنواع الحقوق وتقسيماتها، بينما خصص المبحث الثالث لدراسة أركان الحق، أما المبحث الرابع فخصص لدراسة محل الحق ومصدره، فيما خصص آخر مبحث لتناول إثبات الحق وحمايته.

.

مقدمة

مقدمة:

تشمل دراسة نظرية الحق المبادئ القانونية الأساسية للدراسات القانونية كأصل عام والقانون المدني بشكل خاص باعتباره الشريعة العامة لجميع القوانين حيث تبين نظرية الالتزام في القانون المدني ما للفرد وما عليه من حقوق وواجبات؛ وتبين له حدودها وكيفية ممارستها، فبتقرير الحقوق وفرض الواجبات هو غاية القانون.

فالقانون يحكم الروابط بين الإفراد وبين مالهم وما عليهم ويرجح بين مصالحهم المتضاربة مصلحة أحد الطرفين على الآخر، وبهذا فهو يقرر لمن رجحت مصلحته حقا في مواجهة الطرف الآخر الذي يقع عليه واجب الاحترام لهذا الحكم القانوني وعدم الإخلال به، فالحق إذن ينشأ لمن رجحت مصلحته بمنحه مركزا ممتازا دون غيره ويفرض على الغير احترام هذا المركز.

وما تجب الإشارة إليه أن هناك صلة وثيقة بين الحق والقانون، حيث أن القانون يبين ما لصاحب الحق من مزايا وسلطات ويبين حدودها وينهى الغير أن يسلكوا سلوكا يعيق صاحب الحق من ممارسة سلطاته، فالحقوق إذن لا توجد ولا تحترم إلاّ في ظل القانون، حيث أن تقرير الحق وفرض الواجب المقابل له وسيلة القانون في تنظيم علاقات الأفراد في أي مجتمع؛ عن ريق رسم نطاق لكل فرد فلا يتعداه، وبهذا تترتب حقوق الأفراد مع بعضهم البعض، فيتحمل بعضهم واجبات تفرض عليهم احترام حقوق الغير، حيث أن لكل حق واجب يقابله، وقد قيل أن كلاّ من الحق والواجب وجهان لعملة واحدة[1]، فالقاعدة التي تقرر أن للمالك حق التصرف في ملكه؛ وفق ما يعرف بحق الملكية، هي نفسها تفرض واجبا عاما على الكافة باحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه بأي شكل من الأشكال.

[1]–محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، دار هومة، الجزائر، 2011، ط02، ج.02، ص.06

ومنه فنظرية الحق؛ هو ما يجب الوقوف عندها وتقديمها بأسلوب سهل مبسط بما يناسب الطلبة الموجه لهم هذا المقياس(طلبة سنة أولى ليسانس جذع مشترك).

ويشتمل هذا المقياس على ستة محاور أساسية، تتمثل في فيما يلي:

- **المحور الأول:** مفهوم الحق
- **المحور الثاني:** تقسيمات الحق
- **المحور الثالث:** أركان الحق
- **المحور الرابع:** محل الحق
- **المحور الخامس:** مصادر الحق
- **المحور السادس:** الحماية القانونية للحق

المحور الأول- مفهوم الحق

قبل الوصول لمفهوم الحق، تجب الإشارة إلى أن هناك اتجاه فقهي قد أنكر وجود الحق؛ بسبب صعوبة استيعاب حقيقة الحق وقتها، فرفض هذا الاتجاه فكرة الحق وأبرزهم الفقيه دوجي(Duguit) الذي رفض فكرة الحق الذي ينشئه القانون وبحسب رأيه أن الحق ما هو إلاّ سيطرة إرادة فرد صاحب الحق على إرادة الفرد الملزم به، فحسب رأيه أن الشخص الذي يرتكب جريمة لا يعاقب على أساس مساسه بحق غيره، وإنمّا يعاقب لأنه خالف قاعدة قانونية من قانون العقوبات فيكون في مركز قانوني معين؛ مركز السارق، أو مركز القاتل، غير أنه لا يمكن لصعوبة معرفة شيء ما أن تؤدي لإنكار وجوده[1].

أمّا بالنسبة للاتجاه الذي اعترف بالحق كمفهوم قانوني، فقد انقسم إلى اتجاهين، اتجاه فقهي كلاسيكي عرف أنصاره الحق وفقا لوجهة نظرهم للحق فمنهم من نظرة فردية، ومنهم من نظر أيه نظرة جماعية، ومنهم من حاول الجمع بين المفهومين، والاتجاه الثاني هو اتجاه فقهي حديث، وانقسم بدوره إلى عدة آراء.

المطلب الأول- تعريف الحق[2] عند أنصار الفقه الكلاسيكي:

يعد مصطلح الحق من أكثر المصطلحات القانونية صعوبة في تحديد تعريف جامع مانع له، حيث اختلف الفقه بشأنه اختلافا كبيرا، فمنهم من نظر إليه من جهة صاحبه وهو الاتجاه الشخصي (الفرع الأول)، ومنهم من نظر إليه من جهة

---

[1]-جلال العدوي ورمضان أبو السعود، المدخل لدراسة القانون(نظرية الحق)، مصر، 1997، ص.22.

[2]- وقد وردت عدة معاني للحق في معاجم اللغة العربية نذكر منها ما يلي:

"الحق اسم من أسمائه تعالى، والشيء الحق، أي الثابت حقيقة، ويستعمل في الصدق والصواب أيضًا، يقال: قول حق وصواب، والحق: في اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وفي اصطلاح أهل المعاني: هو الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب، باعتبار اشتمالها على ذلك، ويقابله الباطل"[2].

و"الحَقُّ: نَقِيْضُ الباطِلِ، والحَقَّةُ: مِثْلُه، هذه حَقَّتي: أي حَقِّي. وحَقَّ الشَّيْءُ: وَجَبَ، يَحُقُّ ويَحِقُّ، وهو حَقِيْقٌ ومَحْقُوقٌ. وبَلَغَتُ حَقِيْقَةَ الأمْرِ: أي يَقِيْنَ شَأْنِه. والحَقِيْقَةُ: الرّايَةُ. والحُرْمَةُ أيضاً، من قَوْلهم: حامِي الحَقِيقَةِ. وأَحَقَّ الرَّجُلُ: قال حَقّاً؛ أو ادَّعى حَقّاً فَوَجَبَ له، من قَوْلِه عزَّ وجلَّ: "لِيُحِقَّ الحَقَّ"[2].

وعرف أيضا: "الحقُّ نقيض الباطل. وحقَّ الشيْء يَحِقُّ حَقّاً أي وَجَبَ وُجُوباً. وتقول: يُحِقُّ عليكَ أنّ تفعَلَ كذا، وأنتَ حقيقٌ على أن تفعَلَه. وحَقيقٌ فَعيلٌ في موضع مفعول، ومعناه مَحقوق كما تقول: واجب. وكلُّ مفعُول رُدَّ إلى فعيل فمذكره ومؤنثه بغير الهاء، وتقول للمرأة: أنتِ حقيقةٌ لذلك، وأنتِ محقوقة أن تفعلي ذلك"[2].

موضوعه أو الغرض منه (الفرع الثاني)، ومنهم من جمع بين الاتجاهين وهو الاتجاه المختلط (الفرع الثالث).

الفرع الأول-الاتجاه الشخصي: ساد هذا الاتجاه في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر يعد الفقيهان سافني (Savigny) وجيرك (Gierke) من أبرز فقهاء المذهب الشخصي، فهم ينظرون للحق من منظر شخصي أيصاحب الحق وعرفه كما يلي:"سلطة أو قدرة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون تمكنه من القيام بعمل معين"، هذا الاتجاه يجعل من الحق صفة تلحق صاحبه فسمي بهذا الاسم[1].

يتضح من خلال هذا التعريف أن للحق عنصرين[2]:

يتمثل الأول في الترابط بين وجود الحق والشخص صاحب إرادة حرة تمكنه من مباشرة هذا الحق، فالإرادة هي أساس إنشاء الحقوق أو تعديلها أو زوالها، حيث أنه لا يمكن للقانون وحده أن يفرض حقوقا على الإنسان.

أمّا الثاني فيتمثل في دور القانون في تحديد وتنظيم علاقات الأفراد في مجال محدد تعمل فيه إرادة الفرد فيوجد الحق.

وترتيبا لما تم ذكره يتضح أن القدرة الإرادية لصاحب الحق تتعلق بما يخوله له القانون من سلطات على محل ينصب عليه حق معين، فيمنحه كامل الحرية في استعمال هذا الحق من دون أي قيد أو شرط، وذلك في حدود ما يسمح به القانون، وكل هذا يتوافق مع ما جاء به مبدأ سلطان الإرادة الذي نشأ في ظل سيادة المذهب الفردي الذي يقدس ويمجد الحرية الفردية.

---

[1]-محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.10

[2]-محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.11.

وقد وجهت له عدة انتقادات بسبب ربطهم الحق بالإرادة، إذ قد يثبت الحق للفرد دون أن يكون له إرادة كالمجنون، الصبي غير المميز، والجنين، فقد ثبت للفرد حقوقا دون علمه بها الغائب والوارث الذي ينشأ له دون تدخله في ثبوتها وكذلك الموصي له.

فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، وإنما استعمال هذا الحق هو الذي يتطلب تدخل الإرادة، فالصبي غير المميز لا يستعمل حقوقه إلاّ عن طريق نائبه (الولي أو الوصي).

إلى جانب إمكانية ثبوت الحق دون علم صاحبه كحالة الغائب والمفقود قبل صدور حكم الموت الحكمي بشأنهما، فتثبت لهما حقوق لم يكونا على علم بها[1].

وعليه فما جاء به أنصار هذا الرأي هو تبيان كيفية استعمال الحق دون تعريفه، فالقدرة تنشأ عن وجود الحق وتعبر عن مضمونه، كما انتقد كذلك على أن بعض الحقوق تنشأ لصاحبها دون أن تكون لإرادته دور في نشأتها الحقوق التي مصدرها المسؤولية التقصيرية. إلى جانب ثبوت الحق للشخص الاعتباري حيث يصعب القول أن هذه الشخصية تمتلك إرادة حقيقية، مما يعني أن تعريف الحق بمفهوم هذا الاتجاه يؤدي لإنكار وجود كيان قانوني يطلق عليه الشخص الاعتباري[2].

وبهذا يكون أنصار هذا الاتجاه قد أخلطوا بين نشأة الحق ومباشرته، فالحق يثبت لصاحبه دون أن يرتبط ذلك بوجود قدرة إرادية من جانب صاحبه إذ يكفي توافر السبب الذي يتطلبه القانون لنشأة هذا الحق، ولكن استعمال هذا الحق لا يتطلب إرادة لصاحبها، ثم إن استعمال عبارة سلطة أو قدرة يفيد أنه على الشخص أن يكون

---

[1]–محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.13.

[2]–محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.13.

دائما قادرا على مباشرة حقوقه؛ لكن قد ينزع القانون من الشخص هذه القدرة أو يحد له منهن كحالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية[1].

الفرع الثاني– الاتجاه الموضوعي: يتزعمه الفقه اهرنج (Ihering) في مؤلفه روح القانون، فأنصار هذا الاتجاه ينظرون لموضوع الحق وغاياته ويعرف الحق كما يلي: "مصلحة يحميها القانون".

هذا التعريف يفيد أن غاية كل حق هي تحقيق مصلحة معينة لصاحبها فعلى سبيل المثال حق ملكية قطعة أرض يحقق لصاحبها مصلحة جني محاصيلها وحق الدائن في إلزام المدين بدفع مبلغ معين من النقود على سبيل الوفاء بالدين يشبع مصلحته في الحصول على هذا المبلغ[2].

ويترتب على اعتماد هذا التعريف عند أنصار هذا الاتجاه على سببين:

يتمثل الأول في قيام الحق على عنصرين موضوعي وشكلي، يتمثل العنصر الموضوعي في الفائدة والمنفعة المرجوة من الحق والتي يشترط أن تكون مادية تقدر بمبلغ من المال عندما يكون الحق ماليا، كحالة نقل الملكية، وقد تكون مصلحة معنوية كمصلحة الفرد في احترام حياته الخاصة، من شرف وسمعة، أما العنصر الشكلي فيتمثل في الحماية القانونية للمصلحة المرجوة باعتبارها جوهر الحق وتتمثل في الحماية القانونية التي تمكن صاحب المصلحة من حماية حقه ممن يحاول الاعتداء عليه، وبهذا فإن اجتماع المصلحة والحماية القانونية لها هو ما يكوّن الحق[3].

أمّا السبب الثاني، فيتمثل في ضرورة الفصل بين ثبوت الحق واستعماله بخلاف ما هو عليه الحال في المذهب الشخصي، فرق أنصار هذا الاتجاه بشكل

---

[1]– محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.15.

[2]– محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.17.

[3]– محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.17.

واضح بين نشأة الحق واستعماله، فالحق يثبت لصاحب المصلحة التي قصد القانون حمايتها، ولو تم استعمالها بواسطة شخص آخر، أين تصبح الإرادة شرطا لاحقا لدى مستعمل الحق إن أراد استعماله، فمادامت هذه المصلحة هي جوهر الحق وليست الإرادة، الحق يتقرر لصاحبه بوجود هذه المصلحة دون افتراض القدرة الإرادية له[1].

وقد انتقد هذا الاتجاه لتعريفه الحق من جانب غايته، حيث أخلط بين الحق والغاية منه، حيث أن الحق ما هو إلا وسيلة يستعملها صاحب الحق لتحقيق مصلحة وهذا ما يستتبع بالضرورة أن يكون الحق شيئا آخر غير الغاية منه، أي يجب البحث عن حقيقة الحق وليس في الهدف المرجو منه. إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معيارا لوجود الحق، بينما الأمر غير ذلك، فالحق هو من ينشأ المصلحة وليس العكس، مثلا فرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للإنتاج المحلي يختلف عن تحقيق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات (تحد من المنافسة) ولكن لا تعطهم الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم، كما أن المصلحة حق شخصي وذاتي يختلف من شخص لآخر بحسب هدف كل شخص من الشيء فأنصار هذا الاتجاه لم يعرفوا الحق وإنما عرفوا الهدف منه وما يترتب عليه من حماية قانونية، وانتقد كذلك باعتباره الحماية القانونية عنصرا من الحق وهي غير ذلك.

كما أن اعتبار الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق لا يقوم إلاّ به ليس صحيحا، فالدعوى ليست إلا وسيلة من صنع التشريعات للدفاع عن حق موجود، بما يحمله ذلك من معنى التسليم بوجود الحق أولا، ثم تلحقه الدعوى.

[1]–محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.18.

الفرع الثالث– الاتجاه المختلط: أهم ما يميز أنصار هذا الاتجاه أنهم لم يأتوا بجديد بشأن تعريف الحق حيث جمعوا بين ما جاء به أنصار الاتجاهين الشخصي والموضوعي، وعرفوا الحق كما يلي:"سلطة إرادية وهو في حد ذاته مصلحة يحميها القانون"، فهم ينظرون إلى الحق، من خلال صاحبه والهدف المرجو منه معا وبالتالي فقد تعرضوا للنقد نفسه الذي وجه للاتجاهين السابقين، فالحق لا يتطلب وجود قدرة لدى صاحبه، وليس منفعة أو مصلحة تعود على صاحبها في الوقت نفسه[1].

المطلب الثاني–مفهوم الحق عند أنصار الفقه الحديث:

بالنظر للانتقادات التي وجهت لأنصار الفقه الكلاسيكي لمفهوم الحق ظهر اتجاه حديث عرف الحق بمفهوم مغاير لهم، ومن أنصاره الفقيه دبان (Daban) وقد عرفه كما يلي:"استئثار يثبت للشخص على قيمة معينة على سبيل التخصص والانفراد يقره القانون".

يبين هذا التعريف العناصر التي يتكون منها الحق، وهي الاستئثار والتسلط وأن يلتزم الكافة باحترامه.

فالحق بهذا المفهوم هو استئثار وتسلط، والاستئثار يمثل جوهر الحق، فهو حقيقة نفسية لدى الإنسان منذ طفولته تعني الإنفراد بموضوع الحق دون الكافة؛ وقد يختص به شخص واحد أو عدة أشخاص، كما يشمل الأموال والقيم اللصيقة بالشخصين الطبيعي والاعتباري، كما يشمل الأشياء المادية وغير المادية.

أمّا التسلط فهو نتيجة ملازمة للاستئثار؛ ويقصد به سلطة صاحب الحق على ماله كمن كان مالكا لعقار فله حق الإنفراد بممارسة السلطات الثلاثة المخولة

[1]–فاضلي إدريس، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.02، الجزائر 2016، ص.265.

لصاحب الملكية، وكذلك ثبوت القيمة المالية للشخص يتطلب التسلط عليه من طرف مالكه، وإضافة لعنصري الاستئثار والتسلط كمقومان أساسيان للحق؛ تم إضافة عنصري احترام هذا الحق من طرف الكافة، وحمايته قانونيا عن طريق الدعوى[1].

أمّا عن النقد الموجه لهذه النظرية، فقد اعتبر بعض الفقه أن كلمة التسلط والاقتضاء كلمة واحدة وتعني العلاقة بين المالك صاحب الحق والشيء، أو بين المالك والغير، ومنهم من اعتبر تعريف دابان يتفق مع حق الملكية أكثر من الحقوق الأخرى، وبالرغم ممن النقد الموجه له، إلا أن هذا التعريف من أحسن التعريفات وأنسبها لمعنى الحق في العصر الحديث لأنه استبعد فكرة الإرادة والمصلحة وتم استبدالهما بالاستئثار والتسلط[2].

ولتحديد الحق تحديدا دقيقا وجب تبين عناصره وهي كالتالي:

- **الشيء الثابت:** يتمثل في العين، المنفعة، الدين وهو ما يثبت في ذمة صاحب الشيء محل الحق.
- **من يثبت له الحق:** قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا.
- **من يثبت عليه الحق:** يقصد به الغير قد يكون شخصا، أو شيئا معينا.
- **مشروعية الحق:** قد يكون بحكم الشرع أو بحكم القانون.
- **الاختصاص:** لا وجود لفكرة الحق إلاّ بوجود الاختصاص إذ به يكون الشيء الثابت مقصورا على الشخص بذاته ممنوعا عن غيره، فالاختصاص يجب أن يكون مقررا شرعا أو قانونا.

[1]–فاضلي إدريس، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، المرجع السابق، ص.266

[2]–فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص.267

ترتيبا لما سبق يتضح أن الحق في الفقه والتشريع الوضعي يتسم بعدم الثبات فهو في تغيير مستمر بحسب ما تتطلبه ظروف الحال لأنه يخضع لإرادة الأفراد ويظهر ذلك جليا من خلال التطور التاريخي لمفهوم الحق بداية من نكران وجوده إلى انقسام الفقه بشأنه كل حسب وجهة نظره للحق فردية كانت أم جماعية.

ويؤكد جانب آخر من الفقه، أنّ الحق يمتاز بخاصية الاستئثار والانفراد بموضوع الحق دون الكافة، كما يجب أنّ يقّره القانون ليكون حالة قانونية ويضيف أنّ الاختصاص جنس في التعريف يشمل كل حق وهو الاستئثار[1].

وبناء على ما سبق ذكره يتضح أن الحق في مفهوم الفقه والتشريع الوضعي يتسم بعدم الثبات فهو في تغير مستمر بحسب ما تتطلبه ظروف الحال لأنه يخضع لإرادة الأفراد؛ ويظهر ذلك جليا من خلال التطور التاريخي لمفهوم الحق، وفق هذا التصور بداية من نكران وجوده إلى انقسام الفقه في تعريفه والاعتراف به كل بحسب وجهة نظره للحق فردية كانت أم جماعية.

المطلب الثالث– مفهوم الحق عند فقهاء الفقه الإسلامي:

يتحدد مفهوم الحق عند هذا الفقه بناء على ما جاء به الكتاب والسنة النبوية لأن الفرد في التشريع الإسلامي مكلف بعبادة الله أكثر من كونه صاحب حق فالتكليف هو أساس الشريعة الإسلامية؛ واستعمالاته كثيرة ومتنوعة وقد ورد في عدة آيات منها الآية رقم 71 من سورة المؤمنين، التي جاء نصها كما يلي: **"وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُم بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَن ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ"**

والآية رقم 29 من سورة الزخرف التي جاء نصها كما يلي: **"بَلْ مَتَّعْتُ هَؤُلَاءِ وَآبَاءَ هُمْ حَتَّىٰ جَاءَ هُمُ الْحَقُّ وَرَسُولٌ مُّبِينٌ."**

[1]– فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط.03، مؤسسة الرسالة، لبنان 1984، ص.58.

وقد استعمل فقهاء الفقه الإسلامي لفظ "الحق" كثيرا، في مواضع مختلفة وفي معان عديدة متمايزة ذات دلالات مختلفة –على الرغم من انتظامها في معنى عام يجمعها، هو الثبوت والوجود– ومع كثرة استعمالهم إياه لم يعن أكثرهم ببيان حدوده في مواضع استعمالاته المختلفة، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي، ودلالاته عليه، ووفائه بجميع استعمالاته في اللغة والعلوم، حيث يستعملون كلمة "الحق" مصدرا، ويطلقونها على الوجود في الأعيان مطلقا، وعلى الوجود الدائم، وعلى مطابقة الحكم، وما يشتمل على الحكم للواقع ومطابقة الواقع له[1].

ويستعمل "الحق" استعمال اسم الفاعل والصفة المشبهة، ويطلق عندئذ على الواجب الوجود لذاته، وعلى كل موجود خارجي، وعلى الحكم المطابق للواقع وعلى الأقوال والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على الحكم[2]. وفق ما سيتم بيانه:

وعرف بعض الفقه الإسلامي الحق كما يلي: "هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره اليقين، ضد الباطل الحظ والنصيب، المال، والمِلْكُ..."، كما يطلقون الحق على ما يشمل المِلك سواء كان نقدا أم منقولا، أم عقارا، أم دينا، أم منفعة، أم أمرا آخر كالحقوق المجردة، وهي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية، تجعل ما تثبت له قادرا على تحصيل ما تعلقت به، كحق الانتفاع، وحق التملك، والخيارات ... وغير ذلك من الحقوق الاعتبارية، وليست هذه هي كل إطلاقات الحق عند فقهاء الفقه الإسلامي، بل

---

[1]– الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، المرجع السابق، ج.40، ص.354.

[2]– محمد عميم الإحسان المجددي الركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، باكستان، 1986، ط.01، ص.80.

تارة يريدون منه الحق المجرد فقط، وتارة يريدون منه الحق المرافق العقار، كحق الشرب، وحق السيل، وأكثر ما يستعمل في مقابلة الملك والمال[1].

وعرف أيضا كما يلي: "هو اختصاص ثابت شرعا لتحقيق مصلحة، يقتضي سلطة أو تكليفا"، وبين صاحب التعريف أن الاختصاص هو جوهر الحق وميزته، وقولنا: ثابت شرعا: إشارة إلى أن مصدر الحق هو الشرع فحيث أقره الشارع ثبت. وتحقيق المصلحة هي ثمرة الحق وغايته. وأما موضوعه: فهو ما يقتضيه من سلطة أو تكليف[2].

ففقهاء الفقه الإسلامي أقروا الحق الفردي ونسقوا بينه وبين حق الجماعة لأن أساسه الشرائع وهو منحة إلهية تعطى للفرد وفق ما يقضي به الصالح العام الذي يحوي في باطنه حق الفرد معا

بناء على ما تم بيانه، فالحق في مفهوم الفقه الإسلامي منحة من الله تعالى وليس طبيعة موجودة في الإنسان كما هو الحال في القوانين الوضعية؛ فهو ذو مفهوم مزدوج.

ملاحظة: قد اتفق فقهاء الفقه الإسلامي مع فقهاء الفقه الغربي على كون الحق استئثار وسلطة لتحقيق مصلحة على أن مفهوم المصلحة يختلف بينهما في كونها مرتبطة بالدنيا، ودنيوية فقط بمفهوم الفقه والتشريع الوضعي.

---

[1]– للتوسع أكثر يراجع: محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، المرجع السابق، ص.337.

[2]– الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، ج.40، ص.360.

المطلب الرابع– تميز الحق من بعض المصطلحات القانونية المشابه له:

بعد ما تم معرفة الحق في ظل الاتجاهات الفقهية المتعددة، وجب بحث تميزه عن بعض المصطلحات القانونية التي تشتبه به، وتتمثل في تميز الحق عن الحرية(الفرع الأول)، وتميز الحق عن الرخصة(الفرع الثاني)، ثم بحث الحق والسلطة(الفرع الثالث)، وأخيرا بحث تميز الحق عن القانون(الفرع الرابع).

الفرع الأول– تميز الحق عن الحرية:

المعروف عن الحرية أنها عامة كفلها الدستور للجميع، ومنها ضمان الدستور لحرية التنقل، وحرية الحياة الخاصة، وحرية الرأّي وحرة التملك، فهي تستند إلى مبادئ عامة، أمّا الحق فهو يستند إلى قاعدة قانونية وينشأ لشخص معين بذاته منحه إياه القانون فهو يرد على محل محدد أو قابل للتحديد، ولا يجوز الخروج عن الغاية التي من أجلها منح الحق مع إمكانية مساءلة صاحب الحق في حال خروجه عن حدود حقه، وحتى في حال عدم خروجه عن حدود حقه(التعسف).

أمّا الحرية فلا ترد على محل محدود بطبيعته؛ مثلا حرية الرأي، التنقل وهدفها غير واضح (الشخص المتمتع بالحرية لا يكون مطالبا بالتباع سلوك معين ومحددا).

وإذا كان الحق ثابت للشخص يقابله دائما التزام على عاتق غيره، أمّا الحرية فلا يقابلها أي التزام، ويتميز الحق عن الحرية كذلك في كون أساس الحق واقعة قانونية يستند إلى قاعدة قانونية في نشأته، بينما تستند الحرية إلى مبادئ عامة، كما أن الحق ينشأ لشخص معين حدده القانون، أمّا الحرية فتخص العامة من الناس يستفيد منها المجتمع كافة، يحث يتكفل الدستور بحمايتها، ومنها ضمان الدستور لحرية التنقل

وحرية الحياة الخاصة، وحرية الرأي وحرية التملك[1]. أمّا الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود محمية يحميها القانون[2]، فيما يرى جانب آخر من الفقه أن الحرية تمثل إباحة أصلية ومطلقة للجميع، أما الحق فهو قاصر على فئة معينة، ومثال ذلك التملك رخصة عامة للجميع، أما الملكية فهي حق خاص فالقانون يكفل الحرية للجميع فإذا تملك شخص منزلا أو سيارة نقول أنه اكتسب حق ملكية ذلك الشيء فينتقل من مجال الحرية العامة إلى الحق وبهذا تصبح له مصلحة معينة مرسومة الحدود[3].

الفرع الثاني- الحق والرخصة: عرف بعض الفقه الرخصة؛ بأنها ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي، مع الاقتصار على موضع الحاجة فيه، مثل قصر الصلاة والفطر في رمضان مع السفر؛ لأن الأصل في الرخصة التخفيف ورفع الحرج[4]. وهناك من عرفها كما يلي: "الرخصة هي وسيلة قانونية يستطيع بواسطتها الشخص أن يحدث آثارا قانونية"[5].

واعتبر البعض مصطلح الرخصة مصطلحا غامضا[6]، وهو ما أدى لاختلاف الفقه بشأنها، بين من أخلط بينها وبين الحرية، وهذا يتوافق مع ما جاء به الفقه

---

[1]- إبراهيم إسحاق منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية الجزائر، ص.207.

[2]- المرجع والموضع نفسه.

[3]- أحمد عد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، ص.710.

[4]- محمد إسلام مدكور، نظرية الحق (المدخل للفقه الإسلامي)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005، الهامش رقم 02، ص.13.

[5]- خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، المرجع السابق ص.346.

[6]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم (دراسة مقارنة بين معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، المرجع السابق، ص.ص.178-181.

الإسلامي باعتبار الرخصة حرية عامة[1]. فيما اعتبر جانب آخر من الفقه الرخصة حقا بمعناه الدقيق؛ يخول صاحبه ميزة قانونية خاصة، أمّا اتجاه آخر، فقد أعطى مفهوما خاصا للرخصة يميزها عن الحق بمفهومه الدقيق والحرية العامة، أهم ما يميزها عدم خضوعها للتقادم بالنظر لما تقدمه لصاحبها من حاجات دائمة ومتجددة[2].

إلاّ أنّ ما يبدو، من خلال ما تم عرضه بشأن الرخصة، يتضح عدم اتفاق الفقه الوضعي على حقيقتها بعد، إذ هناك من اعتبرها حقا، فيما اعتبرها جانب آخر من الفقه حرية من الحريات العامة، واعتبرها رأي ثالث خيارا من الخيارات القانونية.

الفرع الثالث– الحق والسلطة: قد يقر القانون لشخص سلطة إدارة شؤون مثل الولي، الوصي القيم فيحول له القانون ترب سلطة ما يجعله يقترب من صاحب مركز الحق، إلاّ أن ذلك لا يحجب الفوارق التي تفصل الحق عن السلطة.

فالحق يهدف لتحقيق مصلحة خاصة للسلطة المشار إليها تقرر رعاية مصالح الغير، فالحق ميزة يختص بها صاحب، أمّا السلطة فهي واجب حيث لا يكون لصاحبها التنازل عنها مثل الحق.

الفرع الرابع– الحق والقانون: القانون هو من يكفل احترام الحق وهما وجهان لعملة واحدة فلا يتصور وجود أحدهما منفصلا عن الآخر، فالحق يرتبط بالقانون أشد ارتباط، بالرغم من تميزهما من حيث المفهوم والمضمون والمدلول معا، فالقانون

---

[1]– للتوسع أكثر يراجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ج.01، ص.09.

[2]– إلاّ أنّ ما يبدو أن حتى هذا الاتجاه قد اخلط بين الرخصة والحرية، ثم أن كل المراكز القانونية التي تتميز بالحاجات الأساسية للفرد لا تخضع للتقادم وليس الرخص فقط، للتوسع أكثر يراجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل المرجع السابق، ص.182.

ينشئ الحق، أو يقره ويبين حدوده ويحميه، فكلمة Droit تستخدم للتعبير عن القانون وعن الحق معا في اللغة الفرنسية، حيث أن Droit civil تعبر عن القانون المدني و Droit d'auteur تعبر عن حقوق المؤلف، ولتفادي الخلط بين المعنيين في هذه اللغة؛ استعملت Droit objective للتعبير عن القانون، وكلمة Droit subjectif للتعبير عن الحق.

أمّا في التشريعات الانجلوسكسونية، فيعبرون عن الحق بـ Rihgt وعن القانون بـ Law فيما لا يقوم أي إشكال في التشريعات العربية عن هذا الخلط[1].

[1]–فاضلي إدريس، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.02، الجزائر، 2016، ص.269

المحور الثاني: أنواع الحق

تنقسم الحقوق إلى حقوق مدنية وتشمل الحقوق الشخصية والحقوق الخاصة وحقوق سياسية تخص المواطن فقط يرتبط بها مع دولته وتشمل حق الانتخاب وحق الترشح، وحق تولي المناصب العامة، وتعتبر بعض الحقوق واجبات أكثر منها حقوق؛ كحق الانتخاب وتتعلق هذه الحقوق بالقانون العام باعتبار الدول طرفا فيه (المطلب الأول)، ثم بحث الحق العيني (المطلب الثاني)، وبعدها الحق الشخصي (المطلب الثالث)، وأخيرا (الحق المعنوي).

المطلب الأول- الحقوق المدنية:

وتشمل الحقوق الشخصية وهي الحقوق العامة التي تخص كل شخص بغض النظر عن جنسه وأصله (الفرع الأول)، والحقوق الخاصة وتتمثل في الحقوق المتعلقة بالمعاملات المالية (الفرع الثاني)

الفرع الأول-الحقوق الشخصية(الحقوق العامة): وهي الحقوق اللصيقة بالشخصية ترتبط بالشخص تثبت له بمجرد ولادته باعتباره إنسان، وقد أطلق عليه اسم الحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان، نذكر منها حق الشخص في سلامة جسمه (أولا)، و حق الشخص في احترام كيانه الأدبي (ثانيا)، وحق الشخص في حرمة حياته الخاصة (ثالثا)، ومميزات الحقوق الشخصية (رابعا).

أولا- حق الشخص في سلامة جسمه: فلا يجوز الاعتداء على جسمه بالتعدي عليه من الآخر بالضرب أو الجرح أو القتل، إذ لا يجوز حتى للطبيب إجراء عملية جراحية للمريض تعرض حياته للخطر إلاّ بموافقته، إلاّ في حالة الضرورة لما تتطلبه العملية من سرعة في ذلك، ويستمر حق الشخص على جسمه حتى بعد الوفاة، إلاّ أنّ حق الشخص على نفسه لا يمتد للّمساس بحق المجتمع؛ كتغيير الشخص لجنسه.

ثانيا- حق الشخص في احترام كيانه الأدبي: ويشمل عدم الاعتداء على شرفه وسمعته بالسب والقذف، ويعد اعتداء على كيان الشخص الأدبي كل ما يدعو للحط من قيمة الإنسان وتعرضه للاحتقار والمساس بسمعته، حيث يتولى القانون العقوبات حماية لهذا الحق وتقرير تعويض للمضرور حسب نص المادة 47 من القانون المدني، ويشمل السلامة المعنوية كذلك الحق في اسم يميزه عن غيره ويعاقب كل من انتحل اسمه، وله الحق كذلك في هيئته وصورته، إلى جانب حقه في ابتكاراته وإلاّ طالب بالتعويض.

ثالثا- حق الشخص في حرمة حياته الخاصة: وتشمل حرية اختيار الشخص لنمط حياته الخاصة، وسرية مراسلاته وأسراره الخاصة، حيث يعاقب كل شخص يفشي بسوء نية أسرار غيره دون إذن ويكفل القانون العقاب الجنائي لمن يفشي الأسرار الخاصة من الأطباء والمحامين.

رابعا- مميزات الحقوق الشخصية: تتميز هذه الحقوق بما يلي:

- حقوق عامة تثبت لكل شخص ليس لمحل الحق فيها كيان خارجي مستقل عن صاحبه، حيث يرى البعض أنها ليست حقوق لأنها تثبت للعامة بينما الحق يفترض استئثار صاحبه به، إلاّ أنه لا يمكن نزع صفة الحق عن هذه الحقوق لأن محل الحق فيها عنصر من العناصر المكونة للشخص أو نشاطه كالجسم والاسم فصاحب الحق هو الشخصية البشرية والعناصر المكونة لها ككل حيث يعتبر كل عنصر على حدة محلا مستقلا لها ويمكن تميزه عنها.

- ترتبط هذه الحقوق بالإنسان ممّا يجردها من طابعه المالي فتعتبر حقوقا غير مالية، وإن كان البعض ينكر تقسيم الحقوق إلى مالية وغير مالية لأن جميع الحقوق مالية في الأصل، فحق الإنسان في نسبه من الحقوق الشخصية لكن يترتب عليه حقوق مالية كحق النفقة والميراث، وكذلك حق التاجر أو الطبيب في عدم المساس

بسمعته حق معنوي ومرتبط بما يلحقه من ضرر مادي يترتب عن الاعتداء على أي حق من حقوقه الشخصية حق مستقل وهو الحق في التعويض ولكن تجرد الإشارة إلى أن الجانب المالي لهذه الحقوق وإن كان ملموسا إلاّ أنّه ثانوي ويبقى ذا الطابع غير مالي هو المميز لها عموما إذ لا يمكن للشخص التصرف فيها ولا بالتنازل عنها كما أنها غير قابلة للحجز عليها.

– يترتب على ارتباط هذه الحقوق ارتباطها بالشخص وانقضائها بوفاته فهي لا تنتقل إلى الورثة، ولكنهم يطالبون بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصيا باعتبارهم أصحاب حقوق خاصة.

–حقوق لا يلحقها التقادم فمهما استعمل الشخص اسم غيره فلا يكتسبه بالتقادم ولا تسقط عن صاحبها مهما طالت المدة.

الفرع الثاني– الحقوق الخاصة: وهي الحقوق التي ترتبط بالعلاقات التي يحكمها القانون الخاص منها ما يثبت للشخص باعتباره عضوا في الأسرة فتسمى بحقوق الأسرة (أولا)، ومنها ما يعرف بالحق العيني (ثانيا)، والحق الشخصي(ثالثا).

أولا– الحقوق الأسرية: وهي التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في الأسرة سواء كان بسبب الزواج أو النسب فللزوجين على بعضهما البعض المعاشرة بالمعروف وللزوجة حق النفقة والوالد حق الطاعة والاحترام، والولد حق الرعاية والنفقة وإلحاق نسبه بأبيه، وهي في الوقت نفسه عبارة عن واجبات.

هذه الحقوق عادة لا تثبت لأصحابها لتحقيق مصالح شخصية ولكنها تهدف لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة، وقد تقترن هذه الحقوق بتكاليف مالية كحق النفقة ولكن تبقى غايتها تكوين أسرة وليس تحقيق الربح؛ فالزواج ليس عملية تجارية، ولا يجوز التعامل بالتصرف فيها أو التنازل عنها ولا تنتقل بالوفاة للخلف إلاّ

أنه ينشأ عن الانتماء لأسرة حقوق مالية كحق الإرث وهو من الحقوق المالية يخضع في نظامه للتعامل والانتقال.

المطلب الثاني- الحقوق العينية:

وهي الحقوق التي ترد على شيء مادي يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة لتدخل شخص آخر ليمكنه من استعمال حقه، فلا يحتاج هذا الحق لوسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق ويطلق عليها هذا الاسم لأنها تتعلق بالعين أو الشيء المادي وهي نوعان حقوق عينية أصلية (الفرع الأول)، وحقوق عينية تبعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول- **الحقوق العينية الأصلية:** وهي حقوق عينية تقوم بذاتها دون حاجة لوجود حق آخر تتبعه تمكن صاحبها من الحصول على المزايا المالية للأشياء المادية (العين)، وتشمل حق الملكية (أولا)، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية (ثانيا).

أولا- حق الملكية: وهو من أهم الحقوق العينية يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء، وهو حق جامع مانع وحق دائم لا يسقط بعدم استعماله، ويقصد بحق جامع أنه يخول صاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء فللمالك أن يستعمل الشيء ويستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريده ويقصد بحق مانع أي أنه مقصور على صاحبه فقط بما يمكنه الاستئثار بمزايا ملكه وحده فقط، وهو سلطة مباشرة على الشيء معين بالذات يمكنه من أن يستأثر بالحصول على منافع هذا الشيء وفق ما يقضي به القانون[1]، وقد حددت المادة

[1]- السعيد جعفور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ج.02، ص.100.

802 من القانون المدني مضمون حق الملكية، مما يجعلها أهم الحقوق العينية وأوسعها من حيث السلطات التي تمنحها لصاحبها[1].

وتتمثل السلطات التي يخولها حق الملكية في حق الاستعمال والاستغلال[2] والتصرف، يقصد بحق الاستعمال هو استخدام الشيء فيما يعد له باستثناء الثمار كالسكن، أمّا الاستغلال فيتمثل في القيام بالأعمال اللازمة للحصول على الثمار، فاستخدام دار للسكن هو استعمالها، أما تأجيرها فهو استغلالها، أمّا حق التصرف فيقصد به التصرف المادي والقانوني في منافع الشيء وفي رقبته وهذا حق خاص بالمالك[3].

ومن أهم طرق اكتساب الملكية ما يلي:

- الاستيلاء والتركة وفق لنص المادتين 773 و774 على التوالي من القانون المدني.
- الوصية حسب المواد التالية: 775- 777 من القانون المدني.
- الالتصاق حسب المواد من 778-791 من القانون المدني.
- العقد
- الشفعة من خلال نص المواد التالية: 794-807 من القانون المدني
- الحيازة من خلال المواد التالية: 808-843 من القانون المدني.

ويشمل نطاق حق الملكية الشيء ذاته حسب نص المادة 675 من القانون المدني، وما يتفرع عن الشيء حسب نص المادة 676 من القانون المدني ويتعلق

---

[1]- السعيد جعفور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ج.02، ص.101

[2]- ويتميز الاستعمال عن الاستغلال، بأن المالك في حالة الاستغلال يحصل على منافع الشيء بنفسه دون أي واسطة بخلاف الاستغلال الذي يمكن المالك من استغلال الشيء سواء بطريق مباشر بالحصول على نتائج ماشيته أو أرضه الزراعية، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق تأجير أرضه، للتوسع أكثر يراجع: السعيد جعفور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.105.

[3]- محمد السعدي الرشدي، موجز المدخل لدراسة القانون الأردني، الأردن، 1991، ط.01، ص.109

الأمر بثمار الشيء، إلى جانب ما فوق الأرض وما تحتها حسب نص المادة 675 من القانون نفسه، وأكدته المادة 782 بقولها: كل ما على الأرض أو تحتها من غرس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته يكون مملوكا له. غير أن هذه القرينة بسيطة يمكن أن يثبت عكسها وفقا لما ورد بنص المادة نفسها فقرة 02.

وتتمثل خصائص حق الملكية في كونها حق جامع مانع، دائم ومؤبد، وهو حق مطلق[1]، وقد يرد على حق الملكية قيود قانونية تتمثل عادة في نزع الملكية للمنفعة العامة حسب مص المواد التالية: 677، 678، 679، 690، 691 من القانون المدني، إلى جانب القيود الاتفاقية وفق ما يعرف بالشرط المانع من التصرف[2].

ثانيا- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: تتمثل الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في حق الانتفاع وحق السكنى وحق الارتفاق، وحق الحكر

حق الانتفاع تناوله المشرع بنص المادة 844 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة والتقادم أو بمقتضى القانون يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به لاحقا لأشخاص غير موجودين وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكين".

وصاحب حق الانتفاع يملك حق الاستغلال والاستعمال فقط دون رقبة الشيء، لأنه متفرع عن حق الملكية، ويتميز بأنه حق مؤقت بطبيعته[3]؛ وقد يرد على عقار كما يرد على منقول، كما يرد على الأشياء المادية قابلة للاستهلاك أم

---

[1]- للتوسع أكثر يراجع: سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.ص.111-115.

[2]- للتوسع أكثر يراجع: سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص.ص.119-120.

[3]- عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص.148.

غير ذلك، فيما يرى البعض امتداده للأشياء المعنوية[1]، فيما يرى جانب أخر أن حق الانتفاع هو حق عيني لا يرد إلا على الأشياء المادية التي تقتضي حتما الحيازة[2].

وما تجب الإشارة إليه أنه يجب على المنتفع المحافظة على الشيء المنتفع به وأن يتحمل التكاليف والنفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ببذل عناية الشخص العادي حسب ما ورد بنص المواد من 846-849.

وفي الحالة التي يكون فيها حق الانتفاع منقولا فإن نص المادة 851 من القانون المدني تشترط ضرورة جرد المنقول وتقديم كفالة من قبل المنتفع من جهة أخرى تحت طائلة بيع المنقول واستعمال ثمن بيعه لشراء سندات عامة؛ فيتحصل المنتفع بموجب حقه في الانتفاع على أرباح هذه السندات، كم أنه يمكن تنظيم حقوق والتزامات المنتفع من خلال السند الذي ينشأ حق الانتفاع حسب نص المادة 845 من القانون المدني[3].

ينتهي حق الانتفاع بانتهاء المدة المذكورة في التصرف القانوني الذي انشأ بمقتضاه حسب ما ورد بنص المادة 852 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي:" ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقرر لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين...."

أمّا حق الارتفاق فقد تناوله المشرع بنص المادة 867 كما يلي:" حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

---

[1]- عليوان راضيا، حق الانتفاع العيني العقاري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، الجزائر، 2002، ص.11.

[2] -Ch Larroumet, droit civil, les bien, p.8.

[3]- علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص.93.

وعرفه الفقه كما يلي: " ...سلطات تخول صاحبها أن يستعمل عقارا مملوكا لغيره لاستعماله استعمالا جزئيا، كحق المطل وحق المرور وحق المسيل"[1]. فيما يراه البعض بأنه عبء على عقار يحد من الانتفاع بهذا العقار، فيما يره العض بأنه حق يسمح لصاحبه من الانتفاع بعقار يملكه غيره[2].

وبالنظر لما تم بيانه، يتضح أن حق الارتفاق ينشأ من عقارين مملوكين لشخصين مختلفين، ويستوي في ذلك إن كانت إحدى الملكيتين خاصة، والأخرى على الشيوع، وقد يكون بين ملكيتين شائعتين[3].

ولا يمكن قيام حق الارتفاق في الحالة التي يوجد فيها عقارين منفصلين يمتلكهما شخص واحد بخلاف حالة حق التخصيص من المالك الأصلي حسب نص المادة 869 من القانون المدني، وكذلك في حال وجود الملكية لشخص واحد وحق الانتفاع لشخص آخر[4].

وينعدم حق الارتفاق كذلك في الحالة الملكية المشتركة في العقارات المبنية حسب ما ورد بنص المادة 743 من القانون المدني وما بعدها.

يرتب الارتفاق على أحد العقارين وهو العقار المرتفق به عبء أو تكليف، كحق المرور أو حق المطل...الخ، ويكون هذا العبء بمثابة قيد على سلطات مالك العقار المرتفق به إذ يتوجب عليه تحمل فعل غيره من مرور أو مجرى ماء على ملكيته، وقد يصل هذا القيد إلى لمنع مالك العقار المرتفق به من البناء مما ينقص من الانتفاع به[5].

---

[1]– عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة، 2006، ص.141، الهامش رقم 02.

[2]– بالحاج العربي، حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، العدد 04، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1996، ص.670.

[3]– علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.98.

[4]– علي فيلالي، المرجع والموضع نفسه.

[5]– علي فيلالي، المرجع نفسه، ص.99

كم يترتب على الارتفاق كذلك خدمت العقار وليس خدمت مالك العقار فالغرض منه تحقيق منفعة عينية للعقار تزيد من فائدته وليس لصاحب العقار[1].

أمّا حق السكن فتناوله المشرع بنص المادة 855 من القانون المدني وما بعدها، فيما عرفه عض الفقه كما يلي: " الحق الذي يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ويخول صاحبه استعمال الشيء لنفسه وأسرته، وإذا كان استعمال الشيء لا يكون إلا للسكنى"[2]، فيما يفرق بعض الفقه بين حق الاستعمال وحق السكنى، فيرى أن حق الاستعمال يول صاحبه سلطة استعمال الشيء الذي يرد عليه، أما حق السكن فهو الاستعمال بطريق السكن حيث يرتبط بالعقارات المبنية[3].

إلاّ أن ما يبدو أن حق السكنى وحق الاستعمال يمثلان وجهين لشيء واحد حيث أن صلاحية الاستعمال هي نفسها صلاحية السكن، إلاّ أن العبرة تكون بصلاحية السكن إذا كان محل الحق معدا للسكن؛ وبالتالي لا يمكن استعماله إلا للسكن، وفي حال كون محل الحق شيء آخر كسيارة، أو أرض فلاحيه، فتكون العبرة بحق الاستعمال ركوب السيارة، أو زرع الأرض الفلاحية بحسب محل الحق المراد استعماله[4].

فيما يرى جانب آخر من الفقه أن الرأي الوارد أعلاه لا يصح لأن كل من حقي الانتفاع والاستعمال حقين مستقلين عن بعضهما البعض[5].

وترتيبا لما سبق، يتم استخلاص صلاحيات حق السكن، فهو يول صاحبه حق استعمال الشيء ماديا في حدود ما يحتاجه وأسرته، ويشمل الأراضي الزراعية

---

[1]– علي فيلالي، المرجع والموضع نفسه.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، نظرية الحق، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.35.

[3]– محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، ص.60.

[4]– محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، ص.61. وتوفيق حسن فرج، مدخل علوم قانونية، ص.496

[5]– للتوسع أكثر يراجع: علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، الهامش رقم 04، ص.95.

على سبيل المثال جني ثمارها الطبيعية أو الصناعية بقدر احتياجات الشص وأسرته، مع مراعاة الشروط المقررة في السند المنشئ لحق الاستعمال والسكن إن وجدت حسب ما ورد بنص المادة 855 من القانون المدني.

أمّا عن خصائصه، فهو حق عيني متفرع عن حق الملكية يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء، وهو حق مؤقت كحق الانتفاع؛ فينتهي بانقضاء أجله أو هلاك الشيء، أو بالتقادم، حسب نص المادة 857 من القانون المدني.

أمّا حق الحكر، لم يتناوله المشرع نص قانون مثل باقي الحقوق الأخرى على خلاف بعض التشريعات العربية التي أوردته ضمن الحقوق العينية الأصلية[1]، وهو نظام يشبه الإيجار مصدره الفقه الإسلامي يتعلق بأعيان الوقف التي لم تكن غلتها لتعميرها وإصلاحها[2].

يتمثل الغرض من حق الحكر هو تسليم أرض ما بحاجة إلى إصلاح لشخص يتولى إصلاحها وتعميرها عن طريق البناء أو الغرس، يخول هذا الحق صاحبه الانتفاع الأرض مقابل دفع أجرة المثل؛ يسمى المحتكر[3].

وحق الحكر حق غير دائم ينتهي بانتهاء المدة المحددة لانتفاع بالعقار المخصص للحكر، وبهذا فهو يتفق مع حق الاستعمال وحق السكنى؛ إلا أنه يختلف عنهم بكونه لا يتعلق بشخص المحتكر حيث يجوز للمحتكر التصرف فيه ولإمكانية التنفيذ عليه من طرف الدائنين[4].

ومن مميزات حق الحكر أنه لا يرد إلاّ على العقارات، خاصة العقارات الموقوفة، وأن يكون مقابل إيجار غير ثابت لا يجوز أقل من أجرة المثل، وهو حق

---

[1]– نص المادة 999 من القانون المدني المصري، والمادة 1249 من القانون المدني الأردني

[2]– محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 2011، ط.01، ص.140.

[3]– المرجع والموضع نفسه.

[4]– محسن البيه، شرح القانون المدني المصري، نظرية الحق، ج.01، ص.92.

مؤقت ينقضي بحلول الأجل، وبانقضاء المدة القصوى، أو بالتقادم، وخلافا لحقي السكن والاستعمال والانتفاع لا ينقضي بموت المحتكر بل ينتقل لورثته، أما إذا كان الموت قبل بدء عملية الحق من غرس أو بناء ولو قبل حلول أجل الحكر فالأصل أنه ينتهي ما لم يطلب جميع الورثة بقائه[1].

تتطلب نشأة حق الحكر جملة من الشروط نذكرها فيما يلي[2]:

- أن تكون هناك ضرورة ملحة تدعو لنشأته، كحاجة الأرض للاستصلاح أو تعمير وانعدام المورد المالي المخصص لذلك فيتم حكرها لشخص مقتدر.

- أن ينشأ الحكم بالحكر بإذن المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المراد حكرها.

- أن يتم الحكم بعقد رسمي يتم شهره وفقا لأحكام الشهر العقاري؛ وفقا لنص المادة 41 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.

- يتحدد نطاق الحكر بمدة زمنية محددة لا تفوت 60 سنة.

الفرع الثاني- الحقوق العينية التبعية: تناولها المشرع في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، وعليه فهذا النوع من الحقوق يخصص لضمان الوفاء بالالتزامات، لذا أطلق عليها بالتأمينات العينية أو الضمانات؛ وهي تخصيص مال معين لضمان الوفاء بدين ينشأ بعضها عن طريق العقد سواء رسمي أو رياضي، وقد ينشأ بناء على حكم أو نص قانوني ويترتب على بعضها نقل الحيازة، ويجب أن يتم شهر هذه الحقوق إذا وردت على عقار[3].

---

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص.143.

[2]- المرجع نفسه، ص.142.

[3]- علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.117.

فهذا النوع من الضمان يعد من الضمانات الخاصة التي يطلبها الدائن في بعض الأحيان لضمان استيفاء حقه من المدين في حالة عجز الضمان العام للمدين أو في حالة مزاحمة الدائنين الآخرين له في الضمان العام، وبهذا ففي حالة عدم تمكن المدين من الوفاء بالتزامه وقت التنفيذ يكون للدائن صاحب التأمين العيني حق الأولوية على باقي الدائنين في تتبع المال المخصص له في أي يد كان والتنفيذ عليه[1]، وتتمثل الحقوق العينية فيما يلي:الرهن الرسمي (أولا)، ثم الرهن الحيازي (ثانيا)، وبعدها حق التخصيص (ثالثا)، وأخيرا حق الامتياز(رابعا).

أولا- الرهن الرسمي: تناوله المشرع في الباب الأول من الكتاب الرابع بعنوان "الحقوق العينية التبعية" بنص المادة 882 من القانون المدني، التي جاء نصها كما يلي: "الرهن الرسمي هو عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

وتضيف المادة 886 أن هذا الرهن لا يرد إلاّ على العقار والتي جاء نصها كما يلي: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ويجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن، أو في عقد رسمي الحق، وإلا كان الرهن باطلا".

وقد أطلق عليه المشرع عقد إلاّ أنّه حق؛ والعقد هو من ينشأ الحق ضمانا للوفاء بالالتزام يمكن الدائن المرتهن من تتبع العقار في أي يد كان لاستفاء حقه بالأفضلية على باقي الدائنين، وإن كان لا يرد إلاّ على العقار فهو يرد استثناء

[1]- علي فيلالي، المرجع نفسه، ص.118.

على بعض المنقولات التي يمكن شهرها كالسفينة والطائرة، فالدائن المرتهن يملك حق متابعة العقار المرتهن في أي يد كان؛ إلاّ أن حقه يكون على القيمة النقدية للعقار وليس على العقار نفسه.

ثانيا– الرهن الحيازي: هو حق عيني تبعي ينشأ بموجب عقد يخول الدائن المرتهن سلطة مباشرة على مال يحبسه في يده أو في يد الغير ليستوفي حقه منه قبل باقي الدائنين العاديين والمرتهنين التابعين لهفي أي يد كان وهو يرد على العقار والمنقول معا حسب ما ورد بنص المادة 948 من القانون المدني كما يلي: "الرهن الحيازي هو عقد يلتزم فيه شخص، ضمانًا لدين عليه أو على غيره بتسليم شيء إلى الدائن أو إلى شخص آخر، على أن يحبس هذا الشيء إلى أن يستوفي الدائن دينه." ، أهم ما يميز هذا النوع من الرهن هو انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه الطرفان حسب ما ورد بنص المادة 951 من القانون المدني يخول هذا النوع من الرهن المرتهن حبس الشيء المرهون إلى وقت استيفاء حقه حسب نص المادة 962 من القانون المدني فيقوم الدائن المرتهن برد الشيء المرهون إذا استوفى حقه من المدين حسب نص المادة 959 من القانون المدني.

وما تجب الإشارة إليه أن الدائن المرتهن ملزما بالحفاظ على الشيء المرتهن وصيانته والعناية به حيث يسأل عن هلاكه إذا قصر في الحفاظ عليه، كما يملك إدارة الشيء المرهون واستثماره، حسب نص المادة 955 من القانون المدني.

أمّا ما يكسبه الدائن المرتهن من ريع واستثمار الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن، وما يبقى يعود للراهن باعتباره المالك حسب نص المادة 956 من القانون المدني إلى جانب حقه في الأولوية على باقي الدائنين العاديين والتابعين له في القيد في استفاء حقه حسب نص المادة 969 من القانون المدني

ثالثا- حق التخصيص: هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو مجموعة من العقارات التابعة للمدين بمقتضى حكم واجب التنفيذ يتقرر من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار بناء على عريضة يتقد بها طالب التخصيص يلزم المدين بالدين ويخول الدائن التقدم على باقي الدائنين العادين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد كان وهو حق يرد على العقارات دون المنقولات المملوكة للمدين حسب نص المادة 940 من القانون المدني.

رابعا- حق الامتياز: يمنح هذا الحق صاحبه الأولوية في استيفاء حقه على باقي الدائنين يقّرها القانون حسب نص المادة 982 من القانون المدني حيث ترتبط الأولوية التي يقّرها القانون لصاحب هذا الحق مراعاة لصفة معينة في الحق المضمون، أحيانا تكون المصلحة العامة مثل امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة، وأحيانا لاعتبارات أخرى، كحق الامتياز المقرر للأجراء ضمانا لحقوقهم قبل رب العمل، كما يراعي المشرع مساهمة الدائن في إدخال المال في ذمة المدين، وقد يرد حق الامتياز على جميع أموال المدين وتسمى بحقوق الامتياز العامة حسب نص المادة 984 من القانون المدني كامتياز الأجرة المستحقة للخدم والنفقة المستحقة للأقارب عن 6 أشهر حسب نص المادة 993 من القانون المدني، وبهذا فلكل حق امتياز يحكمه حكم يبرره

فحقوق الامتياز العامة تخول صاحب حق الامتياز استيفاء حقه بالأولوية من أموال المدين وقد التنفيذ عقارات كانت أم منقولات.

أمّا حقوق الامتيازات الخاصة فمنها الواردة على منقول؛ امتياز الفندق على المنقولات المملوكة للنزيل عن أجرة الإقامة، أمّا القائمة على عقار كامتياز بائع العقار على العقار المبيع حسب نص المادة 999 من القانون المدني، إلى جانب

امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين الذين قاموا بتشيّيد البناء حسب نص المادة 1000 من القانون المدني.

المطلب الثالث– الحق الشخصي:

هو سلطة يقّرها القانون لشخص الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين يلزمه بأداء عمل أو الامتناع عن عمل بهدف تحقيق مصلحة مشروعة للدائن تسمى حق شخصي إذا نظر إليه من جهة الدائن، ويسمى المدين إذا نظر إليه من جهة المدين، وهو يختلف عن الحق العيني في كون صاحبه لا يمكنه استيفاء حقه إلاّ بتدخل المدين، فرّب العمل لا يستطيع أن يقتضي حقه إلاّ بتدخل المدين، وتتمثل أركان الحق الشخصي فيما يلي:

طرفا الحق وهما الدائن صاحب الحق والمدين الملزم به، ومحل الحق وهو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل

ويتعدد الحق الشخصي بتعدد مصادره، قد يكون مصدره العقد، أو الإرادة المنفردة كالوعد بالجائزة، أو الفعل النافع، أو الفعل الضار.

وبالرغم من محاولة بعض الفقه التقريب بين الحق الشخصي والحق العيني إلاّ أن هناك فوارق بينهما تتمثل قيما يلي:

– محل الحق الشخصي هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء أمّا الحق العيني فيرد على شيء مادي منقولا كان أم عقار.

– الحق الشخصي هو استئثار غير مباشر بالشيء فلا يمكن صاحبه الحصول على مزاياه إلاّ بتدخل المدين حسب ما ورد بنص المادة 241 من القانون المدني أمّا الحق العيني فهو استئثار مباشر بالشيء يمكن صاحب الحق من الحصول على المزايا التي يمنحها له دون وساطة، فإذا كان حق الملكية فلصاحبه حق استعماله

واستغلاله والتصرف فيه، وإذا كان حق انتفاع له استغلال الشيء واستعماله دون واسطة.

– الحق الشخصي ليس محصور وللأفراد أن ينشئوا ما شاءوا منها بشرط عدم النظام العام والمبادئ العامة، أمّا الحق العيني فهو وارد على سبيل الحصر.

– الحق الشخصي حق مؤقت فلا يمكن أن يبقى قائما إلى الأبد ولا يمكن أنّ يبقى الشخص مدينا به للدائن طول حياته بينما الحق العيني كحق الملكية فهو حق أبدي.

– الحق الشخصي لا يكتسب بالتقادم لأن موضوعه هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهو غير قابل للحيازة وبالتالي لا يمكن اكتسابه بالتقادم ولكنه يسقط بالتقادم؛ بينما الحق العيني يمكن اكتسابه بالتقادم ولا يسقط بالتقادم.

– الحق الشخص يخول صاحبه في الضمان العام لمدينه وهو ضمان لا يخول للدائن أي ميزة على بقية الدائنين، بينما الحق العيني يعطي صاحبه حق الأفضلية والتتبع في أي يد كان.

ملاحظة: توجد حالة تُقرّب بين الحق الشخصي والحق العيني تتمثل في حق الإيجار؛ فالمستأجر إلى جانب حقه الشخصي له حق عيني إذ يمكنه استغلال واستعمال العين المؤجرة مباشرة دون أن يمكنه المؤجر من ذلك، وهو خاص بالإيجارات المطولة الحالة موجودة في التشريع الفرنسي.

أمّا المشرع الجزائري فلا يعرف هذا النوع من الإيجارات حيث يبقى عقد الإيجار حقا شخصيا لكنه يمتاز ببعض خصائص الحق العيني؛ ومنها حماية المستأجر بدعاوى الحيازة حسب ما ورد بنص المادة 487 من القانون المدني.

المطلب الرابع- الحقوق المعنوية:

ظهر هذا النوع من الحقوق تبعا للتطورات التي لحقت المجتمعات في كل المجالات، خاصة المجال الصناعي والأدبي والثورة التكنولوجية، وهي ترد على النشاط الفكري لصاحب الحق نفسه.

فهي الصورة الفكرية التي تفتقت عن الملكية الراسخة في نفس العالم أو الأديب، أو غيره مما يكون قد أبدعه ولا يسبقه إليه أحد[1].

وهي حقوق غير مادية تثبت لشخص عليها، بحيث تخوله حق الاستغلال والاستئثار، وتمنع الغير من ذلك، ومن هذه الحقوق: حق التأليف – براءة الاختراع- والاسم التجاري[2].

والحق المعنوي معنى واسع يفيد كل الحقوق غير المادية، فهو يطلق على كل حق لا يتعلق بحق مادي، ولا شيء من منافعه، وقد سميت بذلك بسبب أن الاختصاص الذي قضي به الشارع لصاحبه أمر تقديري لا يخص عين مادية ولا يسري ضمن منفعة متقومة، فهو حق يرد على قيمة من القيم[3].

للإشارة، فهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفا في القديم، بل هو وليد التطور العلمي والثقافي والاقتصادي والصناعي، فهو سلطة لشخص على شيء غير مادي فمن يمتلك هذه السلطة يحتفظ بثمرة جهده الفكري وانتاجه الذهني، ويحتكر المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه[4].

---

[1]- زاهر فؤاد محمد أبو السباع، الحقوق المعنوية، ماليتها وحق الزكاة فيها- دراسة فقهية مقارنة-، المجلد الخامس ، العدد خمسة وثلاثون، حولية كليات الدراسات الإسلامية للبنات، مصر، ص.178.

[2]- زاهر فؤاد محمد أبو السباع، المرجع والموضع نفسه.

[3]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات زين الحلبي، لبنان، ج.08، ص.276.

[4]- مصطفى أحمد الزرقا، نظرية الالتزام العامة، دار الفكر، لبنان، ص.3821.

فهي الحقوق التي لا تدرك بالحس، وإنمّا بالفكر لأجل ذلك سميت بالحقوق الذهنية وتشمل حق المؤلف وهو ما اصطلح على تسميته بحق الملكية الأدبية والفنية، وحقوق الاختراع ما أطلق عليها بالملكية الصناعية فهي أشياء معنوية غير محسوسة من إنتاج وإبداع فكري[1].

فحقوق الملكية الصناعية تشمل الجانب المالي في استغلال اختراعه، أمّا الجانب الأدبي فيشمل حقه في احتكار استغلال الاختراع فهي تحمي براءة الاختراع والرسم والنماذج والعلامة التجارية، فالملكية الصناعية ترد على منقول معنوي محله ابتكارات جديدة.

أمّا الرسوم والنماذج الصناعية فهي كل ترتيب للخطوط بألوان خاصة أو بدونها تكون خاصة بصاحبها وميزة لصناعته، أمّا النموذج فهو على شكل مجسم يجعل الشيء مميزا وصالحا لاستعمال الصناعي، ولصاحبه الحق في استغلاله وله أن يتصرف فيه.

أمّا العلامة التجارية والصناعية فهي كل رمز أو إشارة يستخدمها الشخص لتمييز صناعة أو خدمة عن غيرها، إمّا بالكلمات أو بالحروف أو الأرقام أو الرسوم، وهي علامات مصنع، أسماء عائلية، تسميات خاصة رموز ترتيبات ألوان نقوش.

الاسم التجاري: هو اسم يتخذه التاجر للدلالة على منشآته التجارية أو الصناعية لتميزها عن غيرها، وهو عنصر من عناصر المحل التجاري

[1]– فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون، نظرية القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص.297.

العنوان التجاري: هو ما يوضع على لافتة المحل التجاري، وقد يستعمل كعنوان تجاري، وهو جزء من المحل التجاري فلا يجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجاري.

الملكية الأدبية والفنية: وهي الحق الذي يكسبه المؤلف على مصنفه، أو إنتاجه الفكري.

وما تجب الإشارة إليه، ظهور نوع أخر من الحقوق اصطلح على تسميتها بحق العدول عن العقد، وقد عرف كما يلي: "حق من نوع خاص يؤهل صاحبه الرجوع عن العقد الذي أبرمه؛ سواء تم تنفيذه، أم لم يتم، خلال مدة معينة، حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهو من النظام العام"[1].

وقد اختلف الفقه أيضا، بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعدول في حد ذاته فمنهم من اعتبره مكنة قانونية، ومنهم من قال بأنه مجرد رخصة، ومنهم من جعله حقا عينيا، أو حقا شخصيا، ويبدو أن العدول عن العقد، يعتبر حقا، ولكنه حق من نوع خاص، تتوفر فيه كل عناصر الحق، ما عدا "الشيء الثابت".

وقد أثبت الواقع إضافة حقوق جديدة، بسبب التطور الذي لحق مجالات الحياة على غرار الحقوق الذهنية التي اختلف الفقه بشأن طبيعتها القانونية، ثم اعترف بطبيعتها المزدوجة؛ واعتبرها حقا من نوع خاص يستجيب لجانبها المعنوي وجانبها المادي[2].

اختلف الفقه أيضا، بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعدول في حد ذاته فمنهم من اعتبره مكنة قانونية، ومنهم من قال بأنه مجرد رخصة، ومنهم من جعله حقا

[1]–قلواز فاطمة الزهراء، العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة الشلف، الجزائر، 2022، ص.401.

[2]–قلواز فاطمة الزهراء، العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة الشلف، الجزائر 2022، ص.402.

عينيا، أو حقا ويبدو أن العدول عن العقد، يعتبر حقا، ولكنه حق من نوع خاص تتوفر فيه كل عناصر الحق، ما عدا "الشيء الثابت"، وقد أثبت الواقع إضافة حقوق جديدة، بسبب التطور الذي لحق مجالات الحياة، على غرار الحقوق الذهنية التي اختلف الفقه بشأن طبيعتها القانونية، ثم اعترف بطبيعتها المزدوجة؛ واعتبرها حقا من نوع خاص يستجيب لجانبها المعنوي وجانبها المادي، وهذا ما ينه المشرع في تعديله الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش نص المادة 02/19 التي جاء نصها كما يلي: "... العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون سبب".

المحور الثالث– أركان الحق

يتطلب وجود الحق عناصر أساسية يقوم عليها تتمثل في الشخص الطبيعي (المطلب الأول)، والشخص الاعتباري (المطلب الثاني)

المطلب الأول- الشخص الطبيعي:

الأصل في الشخصية القانونية أنها تمنح للشخص الطبيعي منذ ولادته حيا حتى وفاته، وتشمل هذه الدراسة نطاق الشخص الطبيعي (الفرع الأول)، ومميزات الشخص الطبيعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول- نطاق الشخص الطبيعي:

يتحدد نطاق الشخص الطبيعي ببداية الشخصية القانونية (أولا)، وانتهاء الشخصية القانونية (ثانيا)

أولا- بداية الشخصية القانونية: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، حسب ما ورد بنص المادة 01/25 من القانون المدني، ويقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ويشترط لاكتساب هذه الشخصية الولادة الحية للجنين، ويتم التعرف على حياة المولود بعدة مظاهر منها الصراخ، الحركة والتنفس ما يعني أن من مات في بطن أمه لا تثبت له الشخصية القانونية، كما تثبت الشخصية القانونية للمولود ولو مات بعد لحظات من ميلاده وتكون له أهلية وجوب حسب ما ورد بنص المادة 02/25 من القانون المدني.

وما تجب الإشارة له أن الجنين يثبت له الحق في الميراث حسب ما ورد بنص المادة 128 من قانون الأسرة فإذا كان الحمل هو الوارث الواحد توقف له كل التركة، أمّا إذا كان معه ورثة يوقف له نصيب حق ذكر حسب ما ورد بنص المادة 173 من قانون الأسرة، مع إمكانية الأخذ بعين الاعتبار ما وصل إليه العلم من تطور في تحديد جنس الجنين.

وبولادة الجنين حيا يكون له الحق في ثبوت النسب لأبيه إلى جانب الحقوق الملازمة للشخصية، ويثبت له الحق في الهبة بحسب ما ورد بنص المادة 202 من قانون الأسرة كما له أيضا الحق في الوصية وتقسم بين المولودين بالتساوي بحسب نص المادة 187 من قانون الأسرة.

ثانيا- انتهاء الشخصية القانونية: تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة طبيعية كانت أم حكمية، الوفاة الطبيعية تثبت بالسجّلات المعدة لذلك، أو بحسب ما ورد بنص المادة 26 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك. وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي نص عليها قانون الحالة المدني"، كما يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات الأخرى باعتبارها واقعة مادية، فتنقضي على إثرها الشخصية القانونية فتنتقل الحقوق المالية للمتوفى للورثة، وذلك بعد سداد ما عليه من ديون، وفق قاعدة "لا تركة إلا بسداد الديون" ويترتب على الوفاة كذلك أن تعتد الزوجة عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام تبدأ من تاريخ الوفاة.

أمّا الموت الحكمي لم تتضمن نصوص القانون المدني نصوصا تنظم حالة الموت الحكمي، إلا أن نص المادة 31 أحالت الأمر لقانون الأسرة، وهو موت تقره المحكمة في أحوال معينة يعتبر فيها الشخص المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من موته في حكم الميت بناء على حكم قضائي، لأن مقتضيات الحياة قد تتطلب إنهاء الشخصية القانونية للفرد بالرغم من عدم التأكد من وفاته فتنتهي شخصيته حكما لا حقيقة حتى لا يترك أمر حياته معلقا على دون معرفة مصير أمواله والمراكز القانونية لبعض أفراد عائلته؛ خاصة زوجته لاسيما في حال كان احتمال وفاته غالبا على احتمال حياته[1].

[1]- محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.322.

بناء على ما سبق يطرح التساؤل التالي: من هو الغائب والمفقود، وما الفرق بينهما؟

- **الشخص الغائب:** هو من تكون حياته معلومة، ولكن لا يعرف له إقامة أو موطن معلوم، أو كان له موطن وإقامة معلومة خارج الوطن واستحال عليه مباشرة شؤون حياته سواء بنفسه أم بوكيل ينوب عنه لمدة سنة على الأقل حسب ما ورد بنص المادة 110 من قانون الأسرة بعد مرور سنة من الغياب، فالشخص الغائب هو شخص غير حاضر في محل إقامته بسبب ظروف قاهرة منعته من الرجوع لمحل إقامته أو إدارة شونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة وتسبب غيابه في إلحاق ضرر بالغير[1].

- **الشخص المفقود:** تناولته المادة 109 من قانون الأسرة؛ وهو الشخص الذي لا تعرف حياته من مماته أي انقطعت أخباره فلا يستطاع الجزم بما إذا كان حيا أو ميتا، وبهذا يظهر أن الفقد هو الجهل بحياة شخص أو موته وليس مجرد الجهل بمكان تواجده؛ ولا يعتبر مفقودا إلاّ بصدور حكم.

- **الفرق بين الغياب والفقد:** يظهر الفرق بين الصفتين واضحا من خلال ما جاءت المادتين 109 و110 على التوالي.

ففكرة الغياب أوسع من فكرة الفقد؛ فكل مفقود غائب والعكس غير صحيح، فالغائب قد يكون مفقود؛ وقد لا يكون مفقودا[2]، فالغائب يكون مفقودا إذا انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من موته، ويكون غير مفقود إذا كانت حياته مؤكدة ولكنه مجهول الإقامة والموطن، أو كانت جهته إقامته معلومة ولكنه غائب عن موطنه الأصلي فتعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه حتى بالنيابة عنه[3].

---

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص.323.

[2]- محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص.324

[3]- محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.324

لا أثر للغياب في إنهاء شخصية الغائب مادامت حياته مؤكدة، إلا أن غيابه قد يمنعه من مباشرة مصالحه، أو عرقلة مصالحه أو مصالح أشخاص آخرين بسبب ارتباطهم به، لذا سمح لمن له مصلحة في طلب تعين وكيلا يدير شؤونه أثناء غيابه[1].

- **مكانة المفقود في التشريع الجزائري:** سيتم بحث مركز المفقود بعد الحكم بالفقد وقبل الحكم بموته، ويطلب معرفة متى يكون الشخص أن تتوافر جملة من الشروط هي كالتالي:

أن يكون الشخص غائبا وفقا لما ورد بنص المادة 110 من قانون الأسرة خلال سنة كاملة، وأن لا يعلم حياة الغائب من موته، فيجب أن يكون أخبار الغائب قد انقطعت بحيث لا يعرف لم يعد يعرف هل حي هو أم ميت، بخلاف ما إذا ثبت التأكد من وفاته فلا يعتبر مفقودا. وأن تمضي سنة على انقطاع كل أخباره على اعتبار أن مضي هذه المدة المذكورة في نص المادة 110 من القانون الأسرة المتعلقة بالغائب لأن المشرع أغفل ذكر مهلة خاصة للحكم بالفقد حيث يجب المطالبة بإصدار حكم بالفقد لشخص ما بعد ما يثبت انقطاع أخباره بكافة الطرق المتاحة باعتباره واقعة مادية، وأن يصدر حكم باعتبار من انقطعت أخباره مفقودا، لأن انقطاع أخبار الشخص لا يجعل الغائب مفقودا قبل صدور حكم قضائي وفق ما ورد بنص المادة 109 من قانون الأسرة التي تقضي أن الغائب لا يعتبر مفقودا إلا بحكم، وعليه؛ فإن وصف المفقود بحسب نص هذه المادة لا يصدق إلا بحكم، وهذا يعني أن الغائب لا يعد مفقودة ابتداء من تاريخ انقطاع أخباره، بل ابتداء من وقت صدور الحم القضائي باعتباره مفقودا بأثر فوري يعمل به من تاريخ صدوره[2].

وترتب على صدور الحكم بالفقدان أن الشخص مازال حيا النسبة لأمواله وزوجته طالما لم يصدر الحكم بالوفاة، فلا تقسم أمواله، وإن كان لزوجته أن تطلب

---

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص.325.

[2]- محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.327.

الطلاق فلا تطلبه على أساس الفقد بل على أساس نص المادة 53 من قانون الأسرة، وفيها الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة بسبب الضرر الذي لحقها وبهذا يعد المفقود حيا في فترة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته إلى أن يصدر حكما بوفاته.

ويضيف جانب من الفقه المالكي بأحقيته في الميراث من غيره لأن حياته هي الأصل الثابت قبل الحكم بوفاته بحسب ما ورد بنص المادة 111 من قانون الأسرة، وبهذا فلا يعتبر المفقود ميتا إلاّ من تاريخ الحكم بالوفاة وليس الحكم بالفقدان.

وبالنسبة لزوجته فتبقى على ذمته باعتباره حيا إلاّ أنّه يكون لها الحق في طلب التطليق حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة.

أمّا بالنسبة لمركز المفقود بعد الحكم بالوفاة حسب ما ورد بنص المادة 113 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي: يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع السنوات[1].

فمن خلال نص هذه المادة تفرق بين الظروف التي يبلغ فيها الهلاك، والفقد في الظروف التي تغلب فيها السلامة فتختلف حالات المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص، فيحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة في ذلك أو النيابة العامة بحسب نص المادة 114 من قانون الأسرة ونميز في ذلك بين حالتين:

– الحالة الأولى التي يغلب فيها الهلاك كحالة الحرب، والحالات الاستثنائية كزلازل أو الحريق، أو سقوط طائرة، أو غرق سفينة أو انتشار وباء معين أو كمن يخرج من بيته

[1]– يبدو أن واضعي نص هذه المادة قد اعتمدوا على مذهب أحمد ابن حنبل، فيحين فإن المذهب الحنفي فلا يقضي بموت المفقود إلا بعد انقراض آخر أقرانه في السن في بلده، فإذا تعذر ذلك حكم القاضي بموته بعد مضي 90 عاما، وفي هذه الفترة يعين قيم يرعى مصالحه وحقوقه وتبقى زوجته على ذمته ولا تقسم أمواله، للتوسع أكثر يراجع محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.333.

لقضاء حاجة ولم يعد، وغيرها من الحالات التي يغلب فيها الهلاك، فإذا ثبت أن الشخص فقد في مثل هذه الظروف يحكم القاضي بالموت بعد مرور 4 سنوات من غياب الشخص وانقطاع أخباره و الاستعلام في السفارات الأجنبية وأجهزة الأمن وأقارب المفقود وأهله في الظروف يغلب فيها الهلاك دون الوصول لأي نتيجة يقينية، شريطة أن يقدم طلب بذلك من قبل أحد الورثة أو من لهم مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة.

– الحالة الثانية وهي التي لا يغلب عليها الهلاك كالمسافر، ومن يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار، بحيث لا يستطيع الجزم بكونه حيا أم ميتا، ففي هذه حالات لا يغلب احتمال هلاك الشخص لأجل ذلك يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد المدة المطلوبة التي بعدها يحكم بالموت، وفي جميع الأحوال أنّ لا تقل عن 4 سنوات حسب ما ورد بنص المادة 113 من قانون الأسرة شريطة توفر الشرطين التاليين:

– مرور أربع سنوات على صدور الحكم بالفقد، وهي المدة ذاتها المطلوبة في الحالات التي يغلب فيها الهلاك، وهذا أمرا بديهيا في ظروف التي يغلب فيها السلامة إذ كان يفترض مرور أربع سنوات في حالات الهلاك.

– يترك الأمر للقاضي لإجراء التحريات اللازمة بكافة الطرق الممكنة للتأكد من حياة أو موت الشخص المفقود، تماشيا مع ما ورد بنص المادة 92 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها ما يلي: "... وإذا ارتأت المحكمة أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز لها أن تقرر كل تدبير للتحقق التكميلي ولاسيما التحقيق الإداري حول ظروف الفقدان".

وبهذا فالمشرع منح القاضي سلطة تقديرية واسعة لإصدار حكم بموت المفقود بعد مدة تزيد عن الأربع سنوات بعد التحري عنه بكافة الطرق الممكنة للوصول لمعرفة ما إذا كان المفقود حيا أم ميتا.

وفي كلا حالتي الوفاة، يجب أن يقدم للمحكمة طلب استصدار حكم الوفاة بناء على ما ورد بنص المادة 91 من قانون الحالة المدنية كما يلي: يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة للأجانب، فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية.

للإشارة، يمكن لأهل المفقود أن يثبتوا الموت الحقيقي للمفقود وفقا للقواعد العامة في الإثبات، وبهذا يترتب على الموت آثار الموت الطبيعي لا الحكمي.

- **الآثار المترتبة عن صدور الحكم باعتبار المفقود ميتا:** يترتب على صدور الحكم باعتبار المفقود ميتا ما يترتب على الموت الحقيقي من آثار، وبالتالي يعتبر المفقود في حكم الميت، فتنتهي شخصيته القانونية، ويعامل معاملة الميت حقيقة، حيث أن المشرع اعتبر أن مرور المدة المحدد بنص المادة 114 من قانون الأسرة، وتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية من الأمر 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، ومفقودي زلزال مايو 2003 دون أن يظهر المفقود أو تعرف أخباره، قرينة على ترجيح فرضية الموت على فرضية الحياة، ويعتبر المفقود ميتا من تاريخ صدور حكم موته لا من تاريخ صدور الحكم بفقده؛ ومقتضى ذلك أن الأثر المنشئ للحكم بموت المفقود أن الأصل في الإنسان بقاءه حيا حتى يقوم الدليل على موته الحقيقي أو الحكمي، وبانعدام هذا الدليل اعتبر الإنسان مازال حيا بالرغم من صدور الحكم بفقده، لأجل ذلك فإن الحكم الصادر باعتباره ميتا يكون حكما منشئا للموت الحكمي لا كاشفا له أو مقررا، ممّا يستتبع اعتبار المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم، أما قبل ذلك قبل صدور الحكم بالفقد وصدور الحكم بالموت يبقى المفقود حيا يرزق[1].

[1]- يبدو أن واضعي نص هذه المادة قد اعتمدوا على مذهب أحمد ابن حنبل، فيحين فإن المذهب الحنفي فلا يقضي بموت المفقود إلا بعد انقراض آخر أقرانه في السن في بلده، فإذا تعذر ذلك حكم القاضي بموته بعد مضي 90 عاما، وفي هذه

فبصدور الحكم بالوفاة، يطبق نص المادة 127 من قانون الأسرة التي جاء نصها كما يلي: " لا يستحق الإرث إلا بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

وبهذا يعتبر المفقود ميتا فتؤول أمواله إلى التركة بعد الحكم بالوفاة ميتا؛ فتوزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة، ويدخل في تركة الميت حكما كل ما كان قد آل إليه قبل الحكم بفقده وقبل الحكم بموته من أموال سواء عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة، إذ تعتبر هذه الأموال ملكا خاصا له، لذا فإن هذه الأموال لا ترد إلى تركة مورثه، أو تركة الموصي، أو إلى الواهب، إذا حكم باعتباره ميتا بعد ثبوت حقه في كل من الإرث أو الوصية أو الهبة[1].

فمن مات من الورثة قبل صدور الحكم لا يرث منه لأنه يشترط الاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت المورث حسب نص المادة 128 من قانون الأسرة.

أمّا بالنسبة للزوجة، فيترتب على كون المفقود متزوجا وعلى صدور حكم يعتبره ميتا انحلال الرابطة الزوجية، وفقا لما ورد بنص المادة 59 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي: تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهو نص الذي يتضح من خلاله المساواة بين زوجة المتوفى حقيقة، والمتوفى حكميا من ناحيتين:

– اعتداد الزوجة المفقود عدة الوفاة كزوجة الميت حقيقة

–مدة العدة في الحالتين هي فوات أربعة أشهر وعشرة أيام، ويجوز لها بعد ذلك أن تتزوج غيره بعد انقضاء العدة.

الفترة يعين قيم يرعى مصالحه وحقوقه وتبقى زوجته على ذمته ولا تقسم أمواله، للتوسع أكثر يراجع محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.340.

[1]– يراجع محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.341.

وما تجب الإشارة إليه اختلاف التاريخ الذي يبدأ منه سريان احتساب عدة الوفاة، فبالنسبة إلى المتوفى عنها زوجها حقيقة يبدأ احتساب مدة العدة من تاريخ الوفاة تطبيقا لقوله تعالى: "**وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** "[1].

أمّا بالنسبة لزوجة المفقود فتحسب مدتها من تاريخ صدور الحكم بفقد زوجها وليس من تاريخ صدور الحكم بموته، والذي يبدي تعارض بين نص المادة 59 من قانون الأسرة، وباق النصوص التي تعتبر المفقود حيا قبل الحكم بالموت، ما يوجب على زوجة المفقود أن لا تتزوج ثانية قبل صدور الحكم الذي يعتبر زوجها مفقود ميتا، وتعتد بعد صدور الحكم بموته، وبهذا فبمجرد صدور حكم بموت زوجها المفقود الذي يصدر في مدة لا تقل عن أربع سنوات من تاريخ فقده، تكون عدة الزوجة قد انتهت فيحق لها أن تتزوج من غيره إثر صدور الحكم مباشرة[2].

وترتيبا لما تم بيانه، فإن حكم نص المادة 59 من قانون الأسرة التي تقضي باحتساب عدة وفاة زوجة المفقود من تاريخ الفقد وليس من تاريخ الحكم بموته فهو أمر منطقي لا يتناقض مع أحكام نصوص بعض مواد قانون الأسرة الأخرى التي تعتبر المفقود حيا قبل الحكم إلا ظاهريا، وذلك أنه حكم يتمشى مع الحكمة من عدة الوفاة، وهي الحرص على عدم اختلاط الأنساب، وبهذا فمضي مدة أربع سنوات على فقد زوجها كفيل بأن يؤكد يقينا إذا كانت الزوجة حاملا أم لا[3].

– **ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته:** صدور الحكم باعتبار المفقود ميتا لا يعني حكما جازما قاطعا، فقد يظهر المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته، فيترتب على ذلك

---

[1]– سورة البقرة، الآية 234.

[2]– محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.343.

[3]– محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.343.

سقوط الحكم بالوفاة الحكمية وزوال آثارها، فاليقين يرفع الشك، والحقيقة تلغي الفرض القائم على الاحتمال، واسترداد الشخص لشخصيته القانونية وكأنه لم يفقدها قط، وقد نصت المادة 94 من قانون الحالة المدنية على هذا المعنى كما يلي: "إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الدولة أو كل معنى إبطال الحكم".

فالأصل والمنطق في مثل هاته الحالة استرجاع قيمة ما تبقى من ممتلكاته عينا أو يسترجع قيمة ما بيع منها حسب نص مادتين 115 و 118 من قانون الأسرة، ولا يسترد الأموال التي تصرف فيها الورثة بطريق آخر غير البيع كالهبة والوصية، كما لا يسترد قيمة ما تم استهلاكه من طرف ورثته، لأن يد الورثة كانت يد شرعية على المال الذي تصرفوا فيه بغير البيع، وبهذا لا يمكنه مطالبتهم به إلا إذا ثبت سوء النية في ذلك كأن يكونوا على علم بحياة المفقود حين الحكم بوفاته الحكمية، فيمكنه الرجوع عليهم بقيمة هذا المال.

وبهذا، فلا يمكن للمفقود بعد ظهوره حيا مطالبتهم بتعويضه من قيمة هذا المال الذي تبرعوا به أو استهلكوه، ولا يحق له كذلك الرجوع على من تصرفوا فيه قبل ظهوره حيا.

أمّا بالنسبة للزوجة فلم يضع لها المشرع حكما، وبهذا يجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 حيث جاء نصها كما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، هذا يعني أن أي أمر أو مسألة قانونية لا توجد لها نص مباشر في قانون الأسرة، فإنه يتم الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية. ونميز في هذا الموضع بين حالتين:

– حالة عدم زواج الزوجة ثانية: ففي هذه الحالة لا يثار أي إشكال، حيث تعتبر الرابطة الزوجية مستمرة وكأنها لم تنحل يوما بسبب أن الحكم الصادر يعتبر أن زوجها

ميت موت حكمي، فتعود أليه دون حاجة لعقد جديد؛ إذا لم تكن قد طلقت منه بسبب غياب الزوج وفقا لما ورد بنص المادتين 53 و112 من قانون الأسرة.

– حالة زواج الزوج ثانية: في مثل هذه الحالة ميز فقهاء الفقه الإسلامي بين فرضيتين:

في حالة إذا لم يدخل بها الزوج الثاني، يفسخ العقد الثاني وتعود لزوجها الأول لعدم ترتب أي آثار على الزواج الثاني بعدم وقوع الزواج بعد، وكذلك في الحالة التي يتم العقد عليها قبل انقضاء عدتها فيكون الزواج الثاني غير صحيح فتعود لزوجها الأول؛ وإن كانت هذه الحالة غير ممكن تصورها في التشريع الجزائري لأن الزوج المفقود كان يعتبر حيا قبل صدور الحكم بموته ومن ثم لا يمكن للزوج الزواج ثانية بغيره ولكن فور صدور هذا الحكم تكون عدتها من زوجها الأول قد انقضت وبالتالي لا يمكن تصور هذه الحالة في التشريع الجزائري لأن مدة أربع سنوات تكون كافية لانتهاء فترة العدة، أو في الحالة التي تم الدخول ولكنه كان شيء النية؛ فيكون زواجه مردودا ليه وزواجه غير صحيح وتعود لزوجها الأول[1].

وهكذا يكون قد أجمع فقهاء الفقه الإسلامي على أنه إذا ظهر المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة فهي لزوجها الأول؛ لأن الزواج الثاني صحيح في ظاهره لا في الباطن فإذا ظهر المفقود كان الزواج الثاني باطلا، ولكنهم اختلفوا في مسألة عودة المفقود بعد الدخول بزوجته من الزوج الثاني فحسب الفقه المالكي تسقط عصمة الزوج الأول بدخول الزوج الثاني بها.

أمّا الحالة الثانية فتشمل عدم عودة الزوجة لزوجها الأول عند زواجها من الزوج الثاني وتضل على عصمة الزوج الثاني بتوفر الشرطان التاليان: إذا كان الزوج الثاني حسن النية؛ ويكون قد دخل بها.

[1]– محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.350.

الفرع الثالث– مميزات الشخص الطبيعي: يكتسب الشخص الطبيعي الشخصية القانونية بمجرد ولادته حيا وتثبت له مميزاتها كحالته العائلية، ومن المميزات التي تثبت للشخص الطبيعي نذكر ما يلي: الاسم (أولا)، النسب(ثانيا)، والأهلية (ثالثا) والحالة (رابعا)، والموطن (خامسا)، وأخيرا الذمة المالية(سادسا).

أولا– الاسم: هو الوسيلة التي يتم بها التمييز بين شخص وغيره، وله معنيان؛ معنى ضيق يقصد به الاسم الشخصي ومعنى الثاني يقصد به الاسم العائلي بحسب ما ورد بنص المادة 01/02 من القانون المدني.

وللاسم أنواع أخرى يقرها القانون ويحميها إذا استعملت بصفة مستمرة ولها الحماية نفسها التي يتلقها الاسم المدني، ومن ذلك اسم الشهرة، الاسم المستعار الاسم التجاري.

اسم الشهرة هو اشتهار الشخص باسم آخر بين الناس يطلق عليه من طرف الغير وهو جدير بالحماية.

أمّا الاسم المستعار فيطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق غرض معين كإخفاء شخصه في مناسبة معينة، وقد يكون الغرض سياسيا كتسمية رجال المقاومة؛ وهو محمي قانونا كذلك. أمّا الاسم التجاري يتخذه التاجر اسما له لممارسة تجارته ويكون مميزا لمحله التجاري، وعنصرا من عناصره، وهو حق قابل للتصرف فيه بحسب نص المادة 78 من القانون التجاري، أهم ما يميزه عن الاسم المدني أن له صفة مالية لذا يصبح التصرف فيه والتنازل عنه كما يكتسب بالتقادم.

وما تجب الإشارة إليه أن للاسم ميزتين أساسيتين وهما: عدم قابليته للتصرف فيه أو التنازل عنه فهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وعدم خضوعه للتقادم كما أن انتحال شخص اسم غيره لا يكسبه الحق فيه بالتقادم.

أمّا فيما يتعلق بحماية الاسم، فإنه يحظى بحماية قانونية تطبق على مختلف أنواعه دون تمييز سواء كان الاسم مدني، مستعار أم اسم شهرة، إذ عادة ما تتمثل

حماية الاسم في حق صاحبه في المطالبة بوقف الاعتداء والمطالبة بالتعويض عما لحقه بحسب نص المادة 48 من القانون المدني والتي جاء نصها كما يلي: "الأشخاص الاعتبارية (أو المعنوية) هي: الدولة، الولاية، البلدية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات الوقف، وكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية" ونص المادة 249 من قانون العقوبات.

أمّا بالنسبة للطبيعة القانونية للاسم فقد اختلف الفقه بشأن ذلك، فهناك من يرى أنه ليس للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم، فيما ذهب رأي آخر إلى أن اتخاذ شخص لاسم معين ما هو إلاّ نظام إداري اقتضته مصلحة الدولة، وذلك لعدم الخلط بين الأفراد فليس للفرد حق على اسمه، بل هو التزام وواجب يقع عليه والحقيقة أن الاسم حق يحميه القانون.

وهناك من يرى أن الاسم حق وواجب في الوقت نفسه، فهو ذو طبيعة مزدوجة، فيما اعتبره آخر من حقوق الأسرة إلاّ أنه انتقد على أن اللقيط ومجهول الأبوين لهما اسم رغم عدم الانتماء لأسرة.

ثانيا- النسب: هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم؛ فينتسب الولد لوالده بالزواج الشرعي، كما ينتسب بالإقرار ولو في مرض الموت، وبالقانون حيث يختار ضابط الحالة المدنية اسم اللقيط والمولود من شخصين مجهولين، أو ممن ليس لهم اسم يتم ذلك بمنحه عدة أسماء على أن يعتبر آخرها اسمه العائلي حسب ما ورد بنص المادة 04/64 من قانون الحالة المدنية، والزوجية جرت العادة أن تحمل الزوجة لقب زوجها طبقا لقاعدة عرفية دون فقد لقبها العائلي؛ فيكون لها اسمان ولو أن شرعا تحتفظ المرأة المتزوجة باسمها العائلي.

وقد بينت المادة 01/64 من قانون الحالة المدنية بأن يختار للمولود اسم من طرف والديه، أو من طرف من يبلغ عن ولادته شريطة أن يكون الاسم جزائريا باستثناء

المولودين من أبوين غير مسلمين إذ يجوز لهما اتخاذ أسماء غير جزائرية. ويجوز للشخص أن يغير اسمه ولقبه وفقا لإجراءات معينة شريطة أن تكون له مصلحة في ذلك.

ثالثا– الأهلية: تعد الأهلية من المقومات الأساسية للشخصية القانونية، وهي ميزة كل إنسان حي، وهي تختلف من شخص لآخر كما يلعب المحيط الذي ينشأ فيه الشخص دورا كبيرا في ذلك، وقد خصصت لتحديد قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة، وللعقل أهمية كبيرة في تحديد مجال الأهلية؛ وهي ترتبط بدرجة إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة، تناولها المشرع بالمادة من 40 إلى 44 من القانون المدني، وقد نصت المادة 78 من القانون المدني على ما يلي: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقد لها بحكم القانون".

وللفرد أهليتين يكتسب الأولى بمجرد الميلاد وهي أهلية وجوب، ويكتسب الثانية في وقت لاحق.

– **أهلية الوجوب:** صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، وهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته حيا، وحفاظا على حقوق الجنين تقررت له أهلية وجوب ناقصة تتمثل في اكتساب الحقوق، الإرث، الوصية، والهبة يقبلها عنه وليه، وبالولادة تثبت له أهلية الوجوب كاملة وهي ترتبط بالشخصية القانونية حيث أن حرمان الشخص من أهلية الوجوب هي حرمانه من الشخصية القانونية

– **أهلية الأداء:** هي صلاحية الشخص وقدرته على ممارسة حقوقه بنفسه والالتزام بالالتزامات المالية بنفسه، فهي مظهر لقدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه وهي من النظام العام، وهي تمر بعدة مراحل وتتأثر بالحالة الصحية للشخص فتتدرج من انعدام التميز إلى نقصه، إلى كماله، حسب ما ورد بنص المادة 40 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

*- **انعدام الأهلية:** تبدأ هذه المرحلة بالميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز، فالصغير دون 13 سنة لا يكون أهلا لمباشرة أي تصرف حتى لو كان نافعا له نفعا محضا بحسب ما ورد بنص المادة 42 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "أن الشخص الذي لا يملك أهلية مباشرة حقوقه المدنية هو من كان فاقد التمييز لصغر سنه أو لكونه مصاباً بالجنون أو العته، ويُعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشرة من عمره".

فالأصل أن كل العقود باطلة ولا تصححها الإجازة، فلا يمكنه قبول الهبة إلاّ أن نص المادة 107 من قانون الأسرة على أن الهبة تصح للحمل بشرط أن يولد حيا ويقبلها عنه وليه؛ لأن القبول شرط من شروط الهبة.

*- **نقص الأهلية:** وهي مرحلة وسطى بين انعدام الأهلية وكمالها، فلا تكون فيها الأهلية منعدمة تماما، ولا تكون كاملة تماما، وقد وصفت التشريعات الشخص في هذه المرحلة بالشخص المميز.

تناولتها المادة 43 من القانون المدني والتي جاء نصها كما يلي: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، ويتعلق الأمر بالصبي المميز أين يسمح له بممارسة التصرفات التي تكون نافعة له نفعا محضا، وتمنع عنه التصرفات التي تضر به ضررا محضا كالهبة والإقرار، وإبراء مدين له من الدين.

أمّا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، بحسب ما ورد بنص المادة 100 من القانون المدني على أن حق الإبطال يزول بالإجازة والتي جاء فيها ما يلي: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي يتم فيه العقد"، وما ورد بنص المادة 101 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "يسقط حق إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب... ".

فيما نصت المادة 83 من قانون الأسرة أن تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، والتي جاء نصها كما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

*- **كمال الأهلية:** تكتمل أهلية الشخص ببلوغه سن الرشد، وقد نصت عليها المادة 40 من القانون المدني، حيث أن للعقل دور كبير في تحديد مجال الأهلية باعتباره أساس التمييز والإرادة، وقد جاء نصها كما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

- **عوارض الأهلية:** بالرغم من اكتمال أهلية الشخص، إلاّ أنه قد يعترضه عوارض معدمة لأهليته أو منقصة

لها، وهي كالتالي:

*- **العوارض المعدمة للأهلية:** يعد الجنون والعته من العوارض المعدمة للأهلية، فالجنون هو مرض يصيب الشخص فيفقده عقله ويعدم تمييزه، فلا يعتد بأقواله وأفعاله، والجنون نوعان مطبق، ومتقطع، ولم يفرق المشرع بينها في الحكم.

أمّا العته، فهو آفة تصيب العقل كذلك فيصير صاحبه مختلط العقل؛ فيشبه كلامه بعض كلام العقلاء وبعض كلام المجانين، وأهم ما يميز بينهما حسب رأي فقهاء الشريعة الإسلامية أن المجنون يصاحبه اضطراب وهيجان، والمعتوه يلازمه الهدوء[1].

[1]- فتلاوي سهيل حسن، نظرية الحق، المكتب المصري للتوزيع، مصر، 2002، ص.103.

وقد بينت المادة 107 من قانون الأسرة حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم بالحجر وبعده، إذ تعتبر تصرفاتهما قبل الحجر صحيحة ككامل الأهلية إذا كانت حالتهما غير شائعة وقت التعاقد، أمّا إذا كانت الحالة شائعة وقت التعاقد، أو كان من يتعاقد معهما على بينة بحالتهما فإن تصرفاتهما تكون باطلة بطلانا مطلقا رغم صدرها قبل تسجيل الحجر.

أمّا بعد الحجر الذي يتم بناء على طلب أحد الأقارب؛ أو ممن له مصلحة في ذلك؛ أو من النيابة العامة، فتكون تصرفات كل من المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا بعد الحجر عليهما.

*- **العوارض المنقصة للأهلية:** وهي العوارض التي لا تصيب الإنسان في عقله وإنما تصيب الشخص كامل الأهلية في نفسه فتضعف بعض ملكاتها.

والسفه هو خفة في تعترض الإنسان فتحمله على العمل بخلاف العقل والشرع، حيث تكون تصرفاته خارجة عن المألوف، فيقوم بتبذير أمواله.

أمّا ذو الغفلة، فهو كامل العقل وطيب القلب إلى حد الغفلة، ويستدل عليه في إقباله على التصرفات دون اهتداء إلى الربح منها، أو قبول الغبن الفاحش دون إدراك (لا يهتدي لأسباب الربح والخسارة كما يهتدي غيره، فهو ينخدع بسهولة) وقد يكون راشد ويؤثر عليه مرض الموت حسب نص المادة 408 من القانون المدني.

أمّا عن حكم تصرفاتهم، قبل الحجر عليهم تكون تصرفاتهم صحيحة، وقابلة للإبطال لمصلحتهم، وما يمكن ملاحظته أن قانون الأسرة بنص المادة 107 سوى بين تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه، كما أنه أغفل ذي الغفلة، أمّا بعد الحجر عليهم فتأخذ تصرفاهم حكم تصرفات ناقصي الأهلية بسبب صغر السن.

- **النيابة الشرعية:** النيابة الشرعية هي نظام قانوني وشرعي يهدف إلى حماية مصالح القاصر (غير البالغ سن الرشد) أو ناقص الأهلية (الذي لديه عيب يمنع من أداء وظائفه القانونية)، يقوم هذا النظام على أن يحل شخص آخر محل القاصر أو

ناقص الأهلية في ممارسة حقوقه وإدارة أمواله وصرفها بالشكل الذي يحقق مصالحه، وقد نظمها المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة من المادة 81 إلى المادة 100 منه، وأعطى لهذه الحماية ثلاث صور، هي الولاية الوصاية، والتقديم وهي أحكام عرفها الفقه الإسلامي قبل أن يأخذ أحكامها قانون الأسرة.

وقد عرفها بعض الفقه كما يلي: "قيام شخص مخصوص مقام شخص آخر تعلقت به أساب مخصوصة ليباشر عنه تصرفات مخصوصة"[1].

وتتمثل صور النيابة الشرعية فيما يلي:

-**الولاية:** هي نيابة قانونية شرعية يقصد بها السلطة التي تمكن صاحبها من ممارسة التصرفات القانونية في حق من ينوب عنه بهدف حماية أموال فاقدي الأهلية أو ناقصها[2]، تناولها المشرع بنص المادة 87 من قانون الأسرة التي جاء نصها كما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

- **الوصاية:** يقصد بها أن يأخذ شخص عهد على نفسه بهدف القيام بشؤون ومصالح شخص آخر يكون صغيرا أو قاصرا، وهي نيابة شرعية غير مباشرة لاعتمادها على الولاية، لأن الوالي هو من يعين الوصي[3]، تناولها المشرع بنص المادة 92 من قانون الأسرة جاء فيها ما يلي: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهلتها لذلك بطرق قانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من قانون الأسرة".

---

[1]- خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات البغدادي، الجزائر، ص.16.

[2]- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة، الأردن، 2012، ط.01، ص.ص4-5.

[3]- بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية، (في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية)، مطبعة المنار، الجزائر، 2011، ص.29.

– **التقديم:** تناوله المشرع بنص المادة 99 من قانون الأسرة كما يلي: " المقدم هو من تعينه المحكمة في حال عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب احد أقاربه، أو من له مصلحة، أو من النيابة العامة"، فيتعلق بيمن يعينه القاضي لتولي شؤون قاصري ومعدومي الأهلية، وفق قاعدة الولي ولي من لا ولي له، وبهذا فهي كذلك نيابة شرعية غير مباشرة[1].

وما تجب الإشارة إليه، أنه يشترط في النائب أن تتوفر فيه جملة من الشروط تتمثل أساسا في الإسلام، العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة، وحسن التصرف، وقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية سلطات متولي النيابة الشرعية.

ملاحظة: يُلحظ التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني في حكم تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر، إذ يعتبرها قانون الأسرة غير صحيحة وموقوفة على إجازة الولي، فقانون الأسرة لا يعرف التصرفات القابلة للإبطال.

– **موانع الأهلية:** إلى جانب عوارض الأهلية السابق ذكرها، هناك موانع تمنع الفرد من ممارسة تصرفاته القانونية بنفسه؛ وإنما قد يحتاج إلى نائب يمثله.

قد يكون الشخص كامل الأهلية لكن ومع ذلك قد توجد موانع تحول دون قدرته على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو تحول دون قدرته على مباشرته لها منفردا، فيتدخل القانون ليقرر ضرورة تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يساعده في ذلك، ومن هذه الموانع : العاهة المزدوجة، الغيبة، الحكم بعقوبة جنائية.

– **العاهة المزدوجة:** وهي أن يجتمع في شخص عاهتين من العاهات الثلاث، الصم والبكم والعمى، وتشمل إذا كان الشخص أصمّ أبكم، أو أعمى أبكم أو أعمى أصم وتعذر عليه، بسبب ذلك، التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً، يعاونه على التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.

---

[1]– محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة، الأردن، 2012، ط.01، ص.ص4-5.

للإشارة، فإن العاهة المزدوجة لا تأثير لها على أهلية المصاب وتميزه، فمتى كان بالغا فهو يتميز بكل قواه العقلية سليم الإرادة فيكون قادرا على ممارسة تصرفاته القانونية بنفسه، غير أنه في بعض الحالات من شأن هذه العاهة أن تجعل من الشخص بالرغم من سلامة عقله ورجاحة عقلها بحاجة إلى حماية خاصة لحفظ مصالحه، وفق ما أقرته التشريعات بالمساعدة القضائية، حيث يمكن للقاضي أن يعين له مساعدا قضائيا يساعده في إتمام تصرفاته القانونية لجعله مبصرا بحقيقة الأمور المحيطة به، وفقا لما تناولته المادة 80 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

ويتضح من نص هذه المادة الشروط الواجب توافرها للاستفادة من المساعدة القضائية، وهي أن تجتمع فيه العاهتين، وتعذر التعبير عن الإرادة بسبب هذه العاهة، فالقدرة على التعبير عن الإرادة مع تواجد العاهتين يغني عن الاستفادة من المساعدة القضائية، كمن يتلقى تعليما خاصا يمّكنه من العبير عن إرادته أين تنتفي حالة الخوف على مصالحه وأمواله، فيقدم للمحكمة هو أو أحد من له مصلحة في ذلك طلب تعيين مساعد قضائي شريطة أن تكون التصرفات التي تحتاج للمساعدة القضائية تخص صاحبها فقد، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي[1].

وبهذا يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات، التي تقررت المساعدة القضائية عليها، متى صدر عن الشخص، الذي تقررت مساعدته قضائياً، بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة.

[1]– محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، مصر، ص.349

- **المانع القانوني:** ويتمثل في الحكم بعقوبة جزائية استنادا إلى نص المادتين 06 و07 من قانون العقوبات، وشهر الإفلاس في مجال القانون التجاري، فلا يجوز لمن حكم عليه بعقوبة جنائية أن يتولى بنفسه إدارة أمواله والتصرف فيها مدة اعتقاله حيث يسلب منه القانونّ أهلية التعاقد كعقوبة تبعية للعقوبة الأصلية (السجن) فتكون كل تصرفاته في فترة سجنه باطلة بطلانا مطلق بسبب الحجر القانوني الذي لحقه بهذه العقوبة وفقا ملا ورد بنص المادة 09 مكرر من قانون العقوبات التي جاء فيها ما يلي: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية إثناء تنفيذ العقوبات الأصلية، وينوب عنه في إبرامها وليه أو وصيه أو مقدم تعينه المحكمة[1].

- **المانع المادي:** يشمل الشخص الغائب وهو كامل الأهلية سليم الإرادة وبالرغم من ذلك لا يمكنه أن يدير شؤونه بنفسه، لأجل ذلك وحتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس المرتبطة به؛ سمحت الضرورة أن بتخصيص وكيل خاص يسير له أموره ويدير له شؤونه.

رابعا- الحالة: هي مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات، وبهذا فكل إنسان يتصف بصفة معينة تحدد انتمائه لدولة معينة؛ وهي حالته السياسية، وانتماء الفرد داخل دولته لأسرة معينة؛ وهي الحالة العائلية، فيما يترتب في بعض الأحيان آثار قانونية على انتماء الشخص لدين أو عقيدة معينة.

فالحالة السياسية تتمثل في ارتباط الفرد بدولته وانتمائه لها ويكون ذلك عن طريق الجنسية تمنح له عن طريق الدم، أو الإقليم بحسب نص المادتين 06 و07 من قانون الجنسية على التوالي، تكون جنسية أصلية إذا ثبتت له منذ الميلاد، وتعد مكتسبة

[1]- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، مصر، ص.593.

إذا ثبتت له بعد الميلاد، وإذا امتلك الفرد عدة جنسيات تطبق عليه الجنسية الفعلية حسب نص المادة 01/22 من قانون الجنسية.

وقد لا يكون للشخص أي جنسية، كما في حالة إسقاط جنسيته الأصلية وعدم تمكنه من اكتساب جنسية أخرى.

تخول الجنسية صاحبها الحق في تولي كل الوظائف، والترشح للانتخابات وتملك العقارات دون قيد، كما تلزمه بأداء وظائف معينة.

- **الحالة العائلية:** وهي العلاقة التي تربط الفرد بعائلته، قد تكون ناشئة عن النسب وتكون إما مباشرة وهي التي تقوم على بين الأشخاص على الدم وأصل مشترك حيث يرتبط من خلالها الأصول بالفروع كقرابة الشخص بأبيه وجده وهي تقوم على تسلسل عمودي حسب ما ورد بنص المادة 01/33 من القانون المدني ويحتسب كل فرع درجة صعودا، جاء فيها ما يلي: "القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع".

أمّا غير المباشرة وهي قرابة الحواشي فتتمثل في الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل واحد دون تسلسل عمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر ولكن يجمعهم أصل مشترك وهو الأب والحال نفسه في قرابة الشخص مع عمه أو عمته أو أبناء عمه وعماته أو أخواله فإن كان لهم أصل مشترك يجمعهم إلا أنه ليس أحدهم فرعا للآخر، تناولته المادة 02/33 من قانون الأسرة كما يلي: "وفي قرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر".

وقد بين المشرع من خلال نصوص القانون المدني كيفية احتساب درجات القرابة لما له من أهمية في بعض الأحوال في تعيين الحقوق، فبالنسبة للقرابة المباشرة يعد كل فرع درجة عند الصعود للأصل دون احتساب هذا الأصل، وعلى ذلك يعد الابن في الدرجة الأولى من القرابة بالنسبة لأبيه وأمه لأن الابن درجة والأب والأم أصل فلا يحتسب، حسب ما ورد بنص المادة 01/34 جاء فيها ما يلي: "يراعى في

ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل".

أمّا بالنسبة لقرابة الحواشي، فإن الدرجات تعد صعودا من الفرع إلى الأصل ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عادا الأصل يعد درجة، فيعتبر الأخ في الدرجة الثانية لأخيه إذ هو درجة باعتباره فرعا للأب الذي هو أصلا لا تحتسب درجته وأخيه درجة، بحسب ما ورد بنص المادة 02/34 جاء فيها ما يلي: "وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك درجة ".

أمّا بالنسبة لقرابة المصاهرة، فتنشأ بالزواج بين كل من الزوجين وأسرة الزوج الآخر، ويقضي القانون أن أحد أقارب الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر وعلى ذلك فأب الزوج يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة وشقيق الزوجة قريب للزوج من الدرجة الثانية وهكذا.

ملاحظة: قرابة المصاهرة لا تقوم إلاّ بين الزوج نفسه وعائلة الزوج الآخر فلا تقوم بين أفراد عائلة الزوج وأفرد عائلة الزوج الآخر، ولا ذلك فأخو الزوج لا تربطه أي قرابة بأخي الزوجة، وأم الزوجة لا تربطها قرابة ما بأبي الزوج.

آثار القرابة: يترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية بحسب مركزه في الأسرة قبل باقي أعضائها، وبهذا يتولد عن القرابة حقوق للآباء على الأبناء والعكس والحال نفسه بالنسبة للزوج وزوجته كما يترتب على القرابة كذلك حقوق مالية مختلفة كالنفقات والتوارث بين الأقارب، كما تعتبر القرابة مانعا من موانع الزواج.

ومن آثار القرابة كذلك، حالة القاضي الذي يمنعه القانون من نظر الدعوى والفصل فيها إذا ربطته بأحد الخصوم القرابة إلى الدرجة الرابعة لأحد الخصوم.

- **الحالة الدينية:** تتعلق بارتباط الشخص بدينه كالمسلم ويترتب على ذلك لا توارث بين أهل ملتين مختلفتين.

خامسا- الموطن: يعد من السمّات الهامة للشخصية القانونية الموطن الذي يمكّن من العثور على مقر الشخص ومكانه، وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، حسب ما بينته المادة 36 من القانون المدني حيث جاء فيها ما يلي: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود كنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".

وللموطن عنصرين:

*- **الإقامة الفعلية:** أي الإقامة الحقيقية في مكان معين وليس مجرد افتراض، فالإقامة عنصر أساسي في تحديد، والقاعدة أن المكان لا يعتبر موطن للشخص مهما تركزت في مصالحه إلاّ إذا كان يقم فيه.

*- **الاستقرار:** وهو العثور على الإقامة بصفة الاعتياد ولو تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة، فعنصر الاستقرار في المكان حتى يعتد به كمواطن يسن الفرق بين الموطن ومحل السكن مثال ذلك ذهاب الشخص للمصيف مدة معينة لا يعد موطنا له.

ويترتب على التصور الواقعي للموطن ما يلي:

إمكانية وجود شخص بلا موطن كالبدو الرحل، وإمكانه تعدد الموطن كزواج الشخص بأكثر من واحدة وإمكانية تغيير الموطن من مكان إلى مكان آخر، ومن أنواعها ما يلي:

*- **الموطن العام:** هو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة إلى كل شؤون الشخص ونشاطه بوجه عام، وهو الذي يحدد الإقامة المعتادة بشكل اعتيادي بالنسبة لكاملي الأهلية.

*- **الموطن الاختياري:** وهو خاص بالأشخاص القادرين على القيام بتصرفاتهم القانونية.

*- **الموطن الإلزامي أو القانوني:** وهو الموطن الذي يتدخل القانون لتحديده بالنسبة لبعض الأشخاص دون اختيار من جانبهم للمكان المعتبر موطن ولا يمكنهم تصرفاتهم القانونية بأنفسهم.

وإلى جانب الموطن العام موطن خاص ببعض أعماله وعلاقاته القانونية وللموطن الخاص ثلاثة أنواع، وهي كالتالي:

*- **الموطن التجاري:** يكون للشخص الذي يحترفه تجارة أو صناعة معينة موطنان، موطن عام، وموطن خاص، وموطن خاص بأعمال تجارته يتمثل في المكان الذي يمارس فيه تجارته بحسب ما ورد بنص المادة 37 من القانون المدني، جاء فيها ما يلي: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إل المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

*- **موطن القاصر:** يخص القاصر المأذون له بالتجارة بحسب ما ورد بنص المادة 01/38 من القانون المدني جاء نصها كما يلي: "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوننا".

*- **الموطن المختار:** يمكن للفرد اختيار مكانا معينا كموطن له ينفذ فيه عملا قانونيا بحسب ما ورد بنص المادة 39 من القانون المدني، جاء فيها ما يلي: "يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين

يجب إثبات اختيار الموطن كتابة

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطنا بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة".

يتم اختيار هذا الموطن عن طريق الاتفاق أو بالإرادة المنفردة كمن يختار موطنا بالقرب من الأرض التي اشترها، ويختص كذلك الدائن الذي يسعى لتجنب مشاق وتكاليف إجراءات التنفيذ في مواجهة مدينه الذي يقيم في مدينة تبعد عنه أو حالة تكليف محامي فيختار مكتب هذا المحامي موطنا له بالنسبة لتصرف معين كما يشترط أن يكون الموطن المختار في نطاق دائرة اختصاص المحكمة.

وتتمثل أهمية الموطن في تمكين العثور على مقر الشخص وتحديد مكانه القانوني بالنسبة لمن يريد التعامل معه، ووصول الأوراق القضائية إلى الشخص والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرة اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه وشهر الإفلاس.

سادسا- الذمة المالية: هي مجموع حقوق الشخص والتزاماته وهي وعاء افتراضه منحه القانون لكل شخص لتلقي حقوقه والتزاماته، وتمثل الحقوق الإيجابي من الذمة المالية وتشمل الحقوق المالية فقط، أمّا الالتزامات فتمثل الجانب الإيجابي من الذمة المالية وتشمل الحقوق المالية فقط، أمّا الالتزامات فتمثل الجانب السلبي للشخص.

- **أهمية الذمة المالية:** تتمثل أهمية الذمة المالية في عنصرين أساسيين، هما الضمان العام، وقاعدة "لا تركة إلاّ بسداد الديون"، فالضمان العام يفيد أن جميع أموال المدين ضامنة بديونه حسب نص المادة 188 من القانون المدني ويشمل أموال المدين الحاضرة والموجودة في ذمته وقت حلول ميعاد الوفاء، وإذا لم تكف للوفاء بالديون تقسم قسمة غرماء بين الدائنين العاديين، يتقدم الدائنون أصحاب الأفضلية كحق الرهن، وحق الامتياز قبل الدائنين العاديين، التي جاء نصها كما يلي: " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

وما تجب الإشارة إليه أن الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله كيفما شاء في الفترة بين نشوء الدين وحلول أجل الوفاء به، ومن جهة أخرى يمكن

للدائن اللجوء لإحدى الدعوتين لحماية حقه، تتمثل الأولى في الدعوى غير المباشرة يستعملها الدائن إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية في مواجهة الغير، بحيث تسمح للدائن الحلول محله بحسب ما ورد بنص المادة 188 السابق ذكرها و189 من القانون المدني، التي جاء نصها كما يلي: "لكل دائن، ولو لم يحل أجل دينه، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخصه أو غير قابل للحجز".

أمّا الدعوى الصورية، فهي الدعوى التي يرفعها الدائن في حال قيام المدين بالتصرف الصوري وللدائن إثبات الصورية، كما له أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كان بيعا يخفي هبة مستترة حسب نص المادة 198 من القانون المدني التي جاء نصها كما يلي: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

فيما تتمثل الدعوى البوليصة عدم نفاذ تصرف معسر قام به المدين، أو زاد من عسره فيكون هذا التصرف غير نافذ في مواجهة الدائن إذا كان المدين قد قام به غشا منه أو إضرارا بحقوق الدائن، فلا ينفذ التصرف في مواجهة المدين ويعتبر الحق وكأنه لم يخرج من ذمته حسب ما ورد بنص المادة 191 و192 من القانون المدني على التوالي: "لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه لمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام."

والمادة 192: "إذا كان التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، أو كان التصرف تبرعاً، فيكفي لإثبات الضرر أن يترتب عليه عسر المدين، ولو لم يكن المدين معسراً وقت صدور التصرف."

أمّا بالنسبة لقاعدة لا تركة إلاّ بسداد الديون تتمثل في أن الجانب الإيجابي لذمة المورث ضامن للجانب السلبي لها، فلا تخلص ملكية الورثة على العناصر الإيجابية من التركة إلاّ بعد خصم الديون منها.

- **الطبيعة القانونية للذمة المالية:** يتنازع إشكال تحديد الطبيعة القانونية للذمة المالية نظريتان هما:

*-**النظرية الكلاسيكية للذمة المالية:** يربط أنصار هذه النظرية بين الذمة المالية والشخصية القانونية، فيرون أن الذمة هي الجانب المالي للشخصية القانونية فيترتب عنها ما يلي:

تثبت الذمة المالية لكل شخص بمجرد ميلاده لارتباطها بالشخصية القانونية فتكون للمفلس وللمولود رغم عدم وجود حقوق للأول والتزامات للثاني.

عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة، فلا يمكن للشخص تجزئة ذمته المالية وعدم قابليتها للتصرف فيها، أو النزول عنها، فهي وعاء افتراضي يشمل الحقوق والالتزامات معا فيمكن التصرف في عناصرها فرادى دون أن يثر ذلك في كيان هذا المجموع بإنقاص عناصر من الذمة المالية أو إضافة عناصر لها دون أن ينال هذا الأمر من مجموعها.

وقد انتقدت هذه النظرية بشدة لربطها بين الذمة المالية والشخصية القانونية بشكل يصعب الفصل بينهما، كما يترتب على الذمة الآثار المترتبة على الشخصية بينما الواقع مخالف لذلك إذ يمكن تجزئة الذمة المالية، وأن يخصص مال معين لالتزامات معينة، فيكون للشخص أكثر من ذمة مالية كالشريك في الشركة المساهمة تكون ذمته المالية مستقلة عن ذمته الخاصة.

ولا يكون الوارث مسؤولا عن ديون الشركة، بل تضل للموروث عن ديون التركة بل تظل الذمة المالية للموروث بعناصرها الإيجابية والسلبية باعتبارها لا تنتهي بالوفاة. لأنها ليست هي الشخصية القانونية.

أمّا النظرية الحديثة (نظرية التخصيص)، حيث يفصلون بين الذمة المالية والشخصية القانونية ويرون أن الذمة المالية هي تخصيص أموال معينة للوفاء بالتزامات معينة، وما الشخصية القانونية إلاّ حيلة لمخالفة الواقع للاعتراف بمجموعة من الأشخاص والأموال بذمة مالية مستقلة ويترتب على ذلك ما يلي:

يمكن أن توجد ذمة مالية بدون وجود شخص، كما في حالة وجود مجموع من المال لتحقيق غرض معين، كما قد يوجد أشخاص بدون ذمة مالية.

أمّا عن قابلية الذمة المالية للتجزئة، فقد تتعدد الذمة المالية للشخص الواحد بتخصيص كل واحد من عناصرها لغرض معين، عنصر للاستغلال التجاري عنصر للنشاط الصناعي، مع قابلية الذمة المالية للتصرف والتنازل عنها.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنه توجد ذمة بدون شخص طبيعي أو اعتباري، إلاّ أنها تبقى مطابقة للواقع وتسمح بتحقيق نتائج مرغوب فيها، وتحفز التطور الاقتصادي

للإشارة فقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الشخصية، فلا يمكن أن توجد ذمة مالية بدون شخص معين، ولا يمكن القول أن المحل التجاري تطبيق لنظرية التخصيص باعتباره مجموعا قانونيا لأنه في الحقيقة لا يعتبر كذلك، وفي حالة التصرف فيه تنتقل العناصر الإيجابية إلى من انصرف إليه. كما أن مسؤولية القاصر لا تتجاوز حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته، بينما يضل قاصرا بالنسبة للأموال غير المأذون له بالتصرف فيها؛ فله ذمتان منفصلتان تكون الأولى خاصة بأموال المأذون له بالتصرف فيها، والثانية خاصة بالأموال التي يجوز له التصرف فيها.

المطلب الثاني– الشخص الاعتباري:

إلى جانب الشخص الطبيعي، تمنح الشخصية القانونية للشخص الاعتباري وهو مجموعة من الأموال، أو مجموعة من الأشخاص، أو مجموعة من الأشخاص والأموال

تسمى الشخص الاعتباري، مما يستدعي بحث حقيقته (الفرع الأول)، ثم بحث أنواع الشخص الاعتباري (الفرع الثاني).

الفرع الأول- حقيقة الشخص الاعتباري: الأصل في الشخصية القانونية تفترض شخصا طبيعيا أو اعتباريا كطرف للحق، ولكن يختلف بين الطبيعي والاعتباري فالأول يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده، وقد تثبت له بعض المميزات قبل ميلاده، أمّا الاعتباري فهو مجموعة من الأموال أو مجموعة من الأشخاص يجتمعون للقيام بنشاط معين لأغراض مختلفة، وهذا الغرض هو الذي يحدد مميزاته وخصائصه وقد اعترفت له التشريعات بالقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات في حدود الغرض الذي أنشأ من أجله، وهي لا تبدأ إلاّ بعد الاعتراف بها من طرف السلطة المختصة بإنشائها، وتنتهي بانتهاء الأجل المحدد لها، كما تنتهي تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، أو إذا أصبح مستحيل تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، أو عن طريق سحب الاعتراف منها.

الفرع الثاني-أنواع الشخص الاعتباري: ينقسم الشخص الاعتباري إلى نوعين شخص اعتباري عام(أولا)، وشخص اعتباري خاص(ثانيا).

أولا- شخص اعتباري عام: يتميز هذا النوع بالسيادة وخصائص السلطة العامة حسب ما ورد بنص المادة 49 من القانون المدني، فالدولة شخصية اعتبارية تنشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب وإقليم وسيادة وتكتسب الولاية الشخصية الاعتبارية بحسب ما ورد بنص المادة الأولى من قانون الولاية، والحال نفسه بالنسبة للبلدية يمثلها رئيس البلدية، وإلى جانب الأشخاص الاعتبارية الإقليمية يوجد أشخاص اعتبارية المؤسساتية (المرفقية).

ثانيا- شخص اعتباري خاص: يتعلق بما يقوم به الأفراد بإنشائها سواء لغرض خاص بهم أو لغرض لصالح النفع العام، وهي نوعان مجموعة أشخاص، ومجموعة أموال.

مجموعة الأشخاص تقوم على اجتماع مجموعة أشخاص طبيعية أو اعتبارية، وتنقسم حسب الغرض الذي منها إلى شركات تسعى لتحقيق ربح مادي أو إلى جمعيات خيرية لتحقيق أغراض أخرى غير مادية، فالشركة قد تكون مادية إذا كان موضوعها مدنيا؛ كالاستغلال الزراعي وتربية الحيوانات، ويحدد غرضها في عقد تكوينها.

أمّا مجموعة الأموال فهي تخصيص مجموعة أموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام، أو أعمال من أعمال البر والإحسان، إمّا في شكل مؤسسة خاصة أو في شل وقف تتميز هذه المجموعة أن العنصر المالي هو الأساسي فيها.

- **عناصر تكوين الشخص الاعتباري الخاص:** لتكوين الشخص الاعتباري ضرورة توافر عدة شروط تتمثل في العنصر الشكلي، والعنصر الموضوعي.

بالنسبة للشروط الشكلية يتعلق الأمر باشتراط الرسمية في نشأة هذا الشخص الاعتباري أو ضرورة الحصول على ترخيص لاكتساب الشخصية الاعتبارية، وقد اشترط المشرع في المادة 418 من القانون المدني، والمادة 01/549 من القانون التجاري ضرورة كتابة عقد الشركة في شكل رسمي وإلاّ باطلة، كما يتطلب إشهار الشركات التجارية حتى تكتسب الشخصية الاعتبارية أمّا الشركات المدنية فشهروها ضروري للاحتجاج بها على الغير بحسب نص المادة 1/417 من القانون المدني كما نصت المادة الأوقاف على ضرورة شهر الوقف.

أمّا يتمثل في اتجاه إرادة الشخص الاعتباري فلا تنشأ الشركات؛ إلاّ بعقد يحسب نص المادة 416 من القانون التجاري والحال نفسه بالنسبة للجمعية لا تنشأ إلاّ باتفاق، والوقف الذي يتم باتجاه الإرادة إلى وقف مال معين شريطة أن يملك الواقف أهلية المتبرع.

- **مميزات الشخص الاعتباري:** للشخص الاعتباري مميزات مثله مثل الشخص الطبيعي، وإن كانت تختلف عما هو عليه الحال بالنسبة للشخص الطبيعي كل حسب

خصوصيته، إذ له أهلية وجوب وأهلية أداء، ترتبط الأولى بالشخصية القانونية للشخص الاعتباري أي صلاحيته لاكتساب حقوق وتحمل التزامات بخلاف ما يخص الشخص الطبيعي بالحقوق والتزامات الخاصة بطبيعة الإنسان كحقوق الأسرة فأهلية الوجوب للشخص الاعتباري يحكمها مبدأ التخصيص، أمّا أهلية الأداء فلا يمكن للشخص الاعتباري ممارسة تصرفاته إلاّ عن طريق ممثله لا يعطي كونه عديم أهلية الأداء لأن أهليته ترتبط بحدود الغرض الذي أنشأ من أجله، كما له اسم يميزه عن غيره، فقد يكون اسم الشركاء، أو أحدهم أو اسم منبثقا من غرض الشخص الاعتباري، فإذا كان يمارس التجارة فيمكن أن يتخذ اسما تجاريا، كما له موطن يتمتع به مستقل عن موطن أعضائه وموطنه وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، كما له حالة سياسة دون الحالة العائلية؛ والسائد هي من تحدد حالة الدولة، كما له ذمّة المالية مستقلة عن الذمة المالية للأفراد المكونين، وبهذا لا يكون لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على الأموال الخاصة للأعضاء المسيرين له.

المحور الرابع–محل الحق

الحق هو استئثار بشيء أو قيمة ما، وأن ما يرد عليه الاستئثار هو ما سماه الفقه موضوع الحق أو محل الحق، ففي حالة الحق العيني يقع الاستئثار مباشرة على الشيء محل الحق، وفي حالة الحق الشخصي محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ففي هذه الحالة الشيء محل الحق هو محل غير مباشر، ويتمثل محل الحق في التقسيمات التالية: من حيث تعيين الأشياء واستعمالها(المطلب الأول)، ومن حيث تقسيم الأشياء من حيث ثباتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول– تنقسم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها:

ففي هذه الحالة تنقسم الأشياء إلى أشياء مثلية وأخرى قيمية (الفرع الأول) كما تنقسم من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك، وأخرى غير قابلة للاستهلاك (الفرع الثاني).

الفرع الأول– الأشياء المثلية والأشياء القيمية: تنقسم الأشياء إلى أشياء مثلية تقوم بعضها مكان بعض، وتتمثل في الأشياء التي تعين بنوعها (أولا)، فيما تتمثل الأشياء القيّمية في الأشياء التي تعين بذاتها فلا يمكن أن تقوم محل بعضها البعض(ثانيا).

أولا– الأشياء المثلية: هي الأشياء التي تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بها وهي من الأشياء التي تعين بالنوع لتوافر نظائر لها من جنسها أي لها مثيل لا يختلف عنها اختلافا يعتد به، وتقدر بالعدد كالتفاح من نوع معين، أو بالمقاس كالأقمشة من نوع معين، أو بالكيل كالقمح من نوع معين، أو بالوزن كالقطن وهذا ما يفيد أن التزام شخص بتقديم قنطارا من القمح من نوع معين، فإنه يستطيع الوفاء بأي قنطار من القمح من النوع نفسه الذي التزم به

ثانيا- الأشياء القيمية: وهي الأشياء المعينة بذاتها، وبهذا فهي تتفاوت أحادها تفاوتا يعتد به، فلا يقوم مقام بعضه البعض في الوفاء كمنزل، أرض، حيوان فهذه الأشياء كلها تتعين بذاتها، فلا يمكن تقدرها بالعدد أو المقاس أو الكيل، أو الوزن فالتزام شخص بتسليم سيارة، لا يصح وفاءه إلاّ بتسليم السيارة نفسها المذكورة في العقد ولا يصح الوفاء عن طريق تسليم سيارة أخرى حتى ولو كانت مشابهة لها.

وتظهر التفرقة ما بين فيما يلي:

- **من حيث الهلاك:** فإذا هلك الشيء المثلي لا تبرأ ذمة المدين به وعليه أن يرد مثله، في حالة الشيء القيمي كالسيارة مثلا وهلكت ستبرأ ذمة المدين بها لاستحالة التنفيذ ولكنه يقدم تعويض مقابل ذلك.

- **من حيث انتقال الملكية:** تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات بمجرد إبرام العقد، أما الشيء المعين بالنوع فلا تنتقل الملكية فيه إلاّ بالفرز.

- **من حيث الوفاء:** في حالة الأشياء القيمية لا يقع الوفاء إلاّ بذات الشيء، أمّا إن كان مثليا فلا تبرأ ذمة المدين

الفرع الثاني- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير قابلة للاستهلاك:

تنقسم الأشياء من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك (أولا) وأشياء غير قابلة للاستهلاك (ثانيا).

أولا- الأشياء القابلة للاستهلاك: هي الأشياء التي تستهلك بمجرد استعمالها للغرض الذي أعدت من أجله، فهي لا تحتمل أكثر من استعمال واحد، وقد يكون الاستعمال حكميا كاستعمال النقود، وحالة ما أعد في المتاجر للبيع يعد قابلا للاستهلاك حكميا.

ثانيا- الأشياء غير قابلة للاستهلاك: وهي تلك التي لا تهلك من أول استعمال لها حتى ولو أدى ذلك للانتقاص من قيمة الشيء أو هلاك بمضي الزمن كالملابس، والآثاث والسيارات.

وتتمثل أهمية التفرقة ين النوعين في أن بعض الحقوق لا تقع إلاّ على الأشياء غير قابلة للاستهلاك من أول استعمال كحق الانتفاع، وحق السكن، وحق الارتفاق، وبعض العقود لا ترد إلا على الأشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال الأول، ففي هذه العقود يلزم أحد الأطراف برد الشيء الذي تسلمه بعد استعماله؛ كالإيجار وعارية الاستعمال.

المطلب الثاني- تقسيم الأشياء من حيث ثباتها:

ينقسم هذا النوع من الأشياء إلى عقارات (الفرع الأول) ومنقولات (الفرع الثاني)، وقد أخذت التشريعات بمعيار الثبات كفيصل لتفرقة بينهما.

الفرع الأول- العقار: يعتبر العقار من الأشياء الثابتة التي لا يمكن نقلها من مكانها دون تلف، مما يتطلب تعريفها (أولا)، ثم تحديد أنواعها (ثانيا).

أولا- تعريف العقار: هو كل شيء مستقر ثابت في مكانه لا يمكن نقله دون تلف وما عاد ذلك فهو منقول، فلأرض عقار لأنه لا يمكن نقلها، والمباني عقار، والأشجار التي تمتد جذورها في الأرض طالما لا يمكن نقلها دون تلف بخلاف مزهرية الزهور والمباني الخشبية المصممة حيث تحتمل الحل وإعادة التركيب، وتنقسم العقارات إلى نوعين عقارات بطبيعتها (01)، وعقارات بالتخصيص (02).

01- العقارات بطبيعتها: ورد معنى العقار في المادة 01/683 كما يلي:" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف" ، فالعقار هو شيء متصل اتصالا قارا بالأرض بحيث يستحيل نقله لمكان آخر دون تلف.

وتشمل العقارات بطبيعتها ما يلي:

الأراضي بجميع أنواعها سواء كانت زراعية، صحراوية، أو معدة للبناء، سهولا أم هضابا، فينصرف مفهوم الأرض إلى سطحها وما وجد عليها وإلى ما يوجد بداخلها كالحجارة والرمل والوديان والينابيع، والمياه والبحيرات، طالما هي متصلة بالأرض، لكن ما يستخرج منها يعد منقولا، فلا تعد الكنوز أو الآثار المدفونة في باطن الأرض عقارات إذ تحتفظ بصفتها كمنقولات لأنها لا تتصل بالأرض اتصالا قارا[1].

أمّا المباني أي كانت طبيعتها وأيا كان الغرض منها تعتبر عقارات بطبيعتها إذا اتصلت اتصالا قارا بالأرض وهي تشمل دور السكن، المخازن، والمصانع والمنشآت الثابتة فوق الأرض أو تحتها كالخزانات والقناطر والأنفاق والآبار وخزانات المياه والسدود والطرقات وغيرها[2].

وتشمل المباني كذلك المواد المستعملة في عملية البناء، كالحديد والخشب والحجارة أو المواد الطبيعية أو المصنعة؛ سواء كانت مصنعة في المكان نفسه، أم في مكان آخر؛ كحالة المباني الجاهزة، والمطاحن الهوائية المثبتة على الأرض شريطة أن تكون ثابتة ومستقرة في الأرض اتصالا قارا[3].

أمّا إذا أمكن نقلها بصفتها من مكان لآخر، كالأكشاك، والخيم، والبيوت الخشبية التي توضع على الأرض فلا تعد عقارات لأن العبرة بالارتباط بالأرض[4].

---

[1]– محمدي فريدة، مدخل العلوم القانونية، نظرية الحق، ص.126.

[2]– علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، بدون طبعة، ص.348.

[3]– علي فيلالي، المرجع نفسه، ص.349.

[4]– المرجع نفسه، ص.349.

وتشمل أيضا المقالع وما تشمله من حجارة وجبس، والمناجم وما تشمله من مواد طبيعية معدنية وغير معدنية، ومواد هيدروكربونية صلبة كانت أم سائلة وغازية، وإن كانت هذه الجزئيات تعد جزء من الأرض، إلاّ أن المشرع خصها بقوانين خاصة[1].

النباتات وتشمل تلك التي لا يمكن نقلها من مكانها دون تلف كالأشجار والمزروعات ما دامت متصلة بالأرض سواء كانت صغيرة أم كبيرة، أما إذا انفصلت عنها بالقطع، والثمار بعد جنيها، فتفقد صفة العقار، أما النباتات المغروسة في الأصص لا تعد عقارات[2].

02- العقار بالتخصيص: تحتاج العقارات لاستغلالها مهما كان نوعها لتجهيزات متعددة تتمثل في منقولات مختلفة، قد تكون أثاثا أو مفروشات، أو آلات صناعية أو حيوانات، فالفندق يحتاج لمفروشات، والأرض الفلاحية تحتاج لآلات الحرث، وبهذا تكون هذه المنقولات بمثابة عقارات النظر لحاجة العقار لها، ويشمل حالة المنقول بطبيعته يرصده صاحبه لخدمة عقار مملوك له، فيعامله القانون معاملة العقارات عند توافر شروط معينة، وهي أن يكون كل من المنقول والعقار مملوكين للشخص نفسه، وأن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله، كوضع مواشي ومنقولات لخدمتها واستغلالها فتصبح هذه المنقولات بطبيعتها عقارا بالتخصيص، أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار أو استغلاله، وليس لخدمة صاحب العقار نفسه، أي أن يستعمل حصريا لخدمة العقار كالخيل الذي يركبه صاحب الأرض ومواشي إنتاج الألبان التي يستغلها لا تعد عقارا بالتخصيص[3]، والحال نفسه في حال استعمال

---

[1]- المرجع نفسه، ص.349.

[2]- نبيل ابراهيم سعد، مدخل إلى علم القانون(نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ط.01، ص.245.

[3]- المرجع نفسه، ص.244.

صاحب الفندق لسيارته لإسعاف أحد النزلاء، فإن هذا الاستعمال العرضي لا يضف على المنقول صفة عقار بالتخصيص ويحتفظ بطبيعة الأصلية[1].

وبانتهاء التخصيص يرجع المنقول لطبيعته الأصلية، وقد يكون ذلك بإرادة المالك؛ كتصرفه في المنقول لفائدة الغير، أو ينتهي التخصيص إذا أصبح المنقول لا يؤدي الغرض الذي وضع من أجله في العقار، كان يحول الفندق لمكاتب إدارية فتصبح تلك المفروشات لا تؤدي الغرض المنتظر منها[2].

الفرع الثاني- المنقولات: تناولته المادة 683 بأنه الشيء الذي لا تتوفر فيه شروط العقار، ويشمل المنقول بطبيعته (أولا) والمنقول بحسب المآل (ثانيا).

أولا- المنقول بطبيعته: لم يعرف المشرع المنقول بطريقة مباشرة وإنما اعتبر كل شيء يخرج من نطاق العقار فهو منقول، وبهذا يكون المنقول كل شيء يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يصيبه تلف كالسيارات والحيوانات، والسفن والطائرات والكتب والبضائع، كما يعد من المنقولات الأشياء المعنوية مثل المصنفات والاختراعات والعلامات التجارية[3].

ويعد من المنقولات أيضا كل الأشياء القابلة للتحرك حتى مع خضوعها لإجراء أو نظام القيد على غرار العقارات؛ كالسيارات والدرجات النارية، والجرار والرافعات، كما تعتبر السفن والعمارات البحرية، والطائرات أموالا منقولة[4]، في حين يسري عليها نظام قانوني قريب من النظام القانوني الذي يسري على العقارات، فقد

---

[1]- علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.355.

[2]- علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.349.

[3]- نبيل ابراهيم سعد، مدخل إلى علم القانون(نظرية الحق)، المرجع السابق، ص.243.

[4]- وفقا لما ورد نص المادة 56 من الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري المتمم والمعدل سنة 2010. والمادة 29 من القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 جوان المتعلق بالطيران سنة 1998.

تكون هذه الطائرات أو السفن قابلة للرهن دون الحيازة مثل العقارات، وتحمل اسم يميزها عن غيرها وتتمتع بجنسية، ويتم التعامل فيها موجب عقد رسمي[1].

وبهذا فتعريف المنقول ينصرف إلى كل الأشياء التي يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، ويستوي في ذلك أن يكون سبب الحركة داخلي كحركة الحيوان، أو نقل شيء ما من مكان لآخر بقوة خارجية بواسطة الإنسان نفسه، أو أي آلة، ولا ينفي عن الشيء المنقول صفته وضعه في مكان ما بصفة دائمة كحالة البيوت الجاهزة التي توضع على الأرض بصفة دائمة[2].

ثانيا- المنقول بحسب المآل: قد نكون بصدد منقول بحسب المآل، فهي أشياء بطبيعتها عقارات ولكنها ستفقد خاصيتها كعقار في وقت قريب بمجرد انفصالها عن الأرض فتصبح منقولات، كالأشجار المعدة للقطع والمباني المعدة للهدم والمحاصيل المعدة للحصاد.

ويشترط للحصول على المنقول بحسب المآل شرطان أساسيان، وهما أن تتجه إرادة المتعاقدين لاعتبار الشيء منقولا بحسب المآل، فلا تكفي الرغبة والنية فيلزم تواجد القصد، وأن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع في وقت قريب، فمثلا من يبيع أنقاض منزل للعثور على منزل آخر أو على أن يتم التسليم بعد بناء مسكن آخر في ظرف خمس سنوات، ففي هذه الحالة لا يعتبر المنزل منقول بحسب المآل، وبعد وقرب المدة مسألة تقديرية[3].

---

[1]- وفقا لنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

[2]- علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.359.

[3]- نبيل ابراهيم سعد، مدخل إلى علم القانون(نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ط.01 ص.244.

المحور الخامس- مصادر الحق

الأصل أن القانون هو مصدر كل الحقوق، فهو المصدر العام البعيد لجميع الحقوق، فهو من يقرر الأسباب التي تنشأ الحق، أما المصدر المباشر للحقوق الذي ترتب عليه مباشرة وجود حق لشخص معين، فيتمثل في الواقعة القانونية وهي من صنع الإنسان يترتب عليها نشوء حق لشخص معين أو تحمله بالتزام (المطلب الأول)، والتصرف القانوني الذي يقوم على اتجاه إرادة الفرد لإحداث أثار قانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول- الواقعة القانونية:

يقصد بها تلك الأسباب التي تنشأ الحق، أو تكشف عن وجوده، قد تكون من الطبيعة أو من فعل الإنسان، ويتحدد مفهومها بالفعل أو الحدث المادي فيرتب عليه القانون أثرا قانونيا؛ كنشوء أو تعديل أو انقضاء حق من الحقوق أو التزام من الالتزامات، ومن هذه الوقائع نجد واقعة الميلاد، وواقعة الوفاة، وتشمل الوقائع الطبيعية (الفرع الأول)، والوقائع التي تقع بفعل الإنسان (الفرع الثاني).

الفرع الأول- الوقائع الطبيعية: تتمثل في تلك الوقائع التي تحدث دون أن يكون للإنسان يد فيها؛ وتؤدي لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، كالولادة وما يترتب عليها من آثار قانونية مثل حق المولود في الحياة وحقه في حمل اسم العائلة وغيره من الحقوق المرتبطة بواقعة الولادة، والوفاة وما يترتب عليها من انتهاء للشخصية القانونية للمتوفى وتصفية تركته وانتقال الإرث للورثة، الزلازل، البراكين وغيرها نزول الصواعق من السماء[1].

وبالنسبة لمرور الزمن قد يترتب عليه أن يكتسب الشخص حقا عن طريق التملك بالتقادم، وأن مرور الزمن على القاصر يجعله راشد فيكون أهلا لمباشرة، كما

[1]- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون، (نظرية القانون، ونظرية الحق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ط.02، ص.375.

تمثل الظروف الجوية من براكين وفيضانات قوة قاهرة تعفي المدين من تحمل التزامه[1].

الفرع الثاني- الوقائع التي من فعل الإنسان: هي أعمال مادية من صنع الإنسان حتى بدون قصد؛ حيث لا ينظر لنية من صدر منه الفعل، بل للفعل في حد ذاته، فيترتب عليها آثار قانونية، ومن أبرز الوقائع المادية من فعل الإنسان نجد؛ الفعل الضار(أولا)، والفعل النافع (ثانيا).

أولا- الفعل الضار: قد يصدر من الإنسان سواء عمدا أم بغير عمد، أو بالإهمال فينشأ في ذمة من وقع منه التزاما بتعويض المضرور، كما من يتلف مال الغير وفقا لما ورد بنص المادة 124 من القانوني المدني حيث ورد فيها؛ كل من سبب ضررا للغير يكون ملزما بالتعويض بتحميله مسؤولية ذلك، كمن يتلف مال الغير، ويشمل كل تعدي على الغير؛ سواء كان ذلك ماديا كالجرح والضرب، أو معنويا كالتعدي على الشرف أو العرض، أو في السمعة[2].

ثانيا- الفعل النافع: ويعرف بالإثراء بلا سبب، وهو أن يثري شخص على حساب الآخر بدون سبب الإثراء؛ هو مبدأ قانوني يشير إلى أن أي زيادة في ذمة شخص مالية دون سبب قانوني، يجب أن يتم تعويض الشخص الذي لحق به ضرر من هذا الإثراء، كما يجب أن يكون أن الشخص الذي أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني ملزمًا بتعويض الشخص الآخر عن الخسارة التي لحقت به، حسب ما ورد بنص المادة 141 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بالتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء ومن تطبيقات

[1]- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للحق، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2022، ط.01، ص.372.

[2]- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للحق، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2022، ط.01، ص.373.

الإثراء بلا سبب الدفع غير المستحق حسب ما ورد بنص المادة 143 من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده... "، كمن دفع شيئا وظن أنه ما زال واجب عليه، ودفعه مرة ثانية؛ ليتبين أنه قد سبق له دفعه، فعلى من استلمه أن يرد ما استلمه بغير حق، والحالة الثانية تتمثل في الفضالة حسب ما ورد بنص المادة 150 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك".

المطلب الثاني- التصرف القانوني:

يقصد به اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، سواء بالكشف عن وجود الحق أو إنشاءه، أو تعديله وإنهائه، فالإرادة هي أساسه، ويشمل التصرفات ثنائية الأطراف؛ تتمثل في العقد باعتباره أهم التصرفات القانونية(الفرع الأول) والتصرفات الانفرادية الالتزام بالإرادة المنفردة (الفرع الثاني).

الفرع الأول- العقد[1]: هو من التصرفات الإرادية التي تقوم على الرضا بين طرفي العقد، حيث يتمتع الطرفان بكامل الحرية في تحديد نطاق ومضمون العقد بما لا يخالف القانون، حسب ما ورد بنص المادة 106 من القانون المدني والتي جاء فيها ما

[1]- العقد في معناه الاصطلاحي حسب رأي فقهاء الفقه الإسلامي معنيين: عام وخاص، فالمعنى العام هو كل التزام شرعي سواء ناشئ بإرادة الطرفين كعقود المعاوضات، أو بإرادة منفردة كعقود التبرعات، كما يدخل في معنى العقد العهد والحلف على اعتبار أن الحالف والمتعهد قد الزما نفسهما بذلك، وبهذا فبعض الفقه يطلق لفظ العقد على كل تصرف يتم بين طرفين بل كل ما لتزم به الفرد يعد عقدا حتى ولو كان من طرف واحد، ودليلهم في ذلك قوله تعالى" **يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود**" الآية الأولى من سورة المائدة

- أمّا المعنى الخاص للعقد فيعرفه بعض الفقه كما يلي: "ما يتم بين إرادتين أو طرفين متقابلين (إيجاب وقبول) وهو المعنى المتعارف عليه عند أغلب الفقهاء، وهو التعريف الذي يوافق ما يعرف عند الفقه والتشريع الوضعي، للتوسع أكثر يراجع: نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 2001، ص.14.

يلي: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون". وقد عرفه المشرع بنص المادة 54 من القانون المدني كما يلي:" العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو بفعل أو عدم فعل شيء ما". بهذا المفهوم العقد هو أهم وسيلة من وسائل التبادل الاقتصادي يهدف لإحداث أثار قانونية، ففي البيع مثلا تتجه إرادة البائع لالتزامه بنقل الملكية للمشتري، وتتجه إرادة المشتري لإعطاء الثمن للبائع والحال نفسه في جميع العقود كل حسب المصلحة المرجوة منه[1].

وللعقد عدة أنواع، فقد يكون عقد ملزم لجانب واحد حسب ما ورد بنص المادة 56 من القانون المدني، والعقد الملزم لجانبين حسب ما ورد بنص المادة 55 من القانون نفسه.

والعقد المحدد حيث يعلم كل متعاقد ما له وما عليه وقت إبرام العقد نصت عليه المادة 01/57 من القانون المدني، والعقد الاحتمالي تناولته المادة 02/57 من القانون نفسه، وهو ما يعرف بعقود الغرر في الفقه الإسلامي حيث لا يعرف المتعاقدين فيه ما لهم وما عليهم وقت إبرام العقد بل يقوم على الغرر.

ومن أقسامه كذلك عقد المعاوضة تناولته المادة 58 من القانون المدني يقوم على أن كل المتعاقدين يحصل على عوض مقابل ما التزم به، وعقد التبرع هو عقد مقابل لعقد المعاوضة، حيث يقوم على أن أحد الأطراف يقوم بمنح شيء ما للطرف الآخر دون أن يحصل على مقابل، كعقد العارية بدون أجر، وعقد الهبة.

ومنه كذلك العقد الرضائي والعقد الشكلي، ينعقد الأول بمجرد توافق الطرفين دون حاجة لأي إجراء شكلي أو صيغة معينة تناولته المادة 59 من القانون المدني، وتؤكده أحكام المادة 60 من القانون المدني، أما الثاني فهو من العقود التي اشترط

[1]– علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ط.03، ص.51.

المشرع فيها شكلية رسمية خاصة هي التصرفات التي ترد على العقار، حيث نص عليها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي نصت على وجوب الرسمية تحت طائلة بطلان، ومن بين هذه العقود عقد البيع الذي يعد من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، ومن العقود التي تتطلب شكلية لانعقادها كل العقود الواردة على العقار، وعقد الشركة حسب ما ورد بنص المادة 418 من القانون المدني.

ما تجب الإشارة إليه أن أنواع وأقسام العقود تتعد وتتنوع حسب احتياجات ومتطلبات المجتمع لها، فعلى سبيل المثال لا الحصر؛ ظهور عقود من نوع خاص تتعلق بعقود الترقية العقارية كعقد حفظ الحق، وعقد بيع على التصاميم[1].

الفرع الثاني- الإرادة المنفردة: التصرف بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني يصدر عن شخص واحد بهدف إحداث أثر قانوني دون الحاجة إلى إرادة أخرى تتوافق معه[2]، يتميز هذا التصرف بكونه قانونياً، أي أنه يخضع للقواعد القانونية ويحقق آثاراً قانونية معينة، استحدثه المشرع بنص المادة 123 مكرر في تعديله للقانون المدني سنة 2005، جاء نصها كما يلي: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير، ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري العقد من أحكام باستثناء أحكام القبول". ومن أمثلة هذه التصرفات الانفرادية الوعد بالجائزة، الوصية، ومن تصرفات الإرادة المنفردة كذلك إجازة العقد القابل للإبطال، ومنها كذلك إقرار نسب طفل من الأب أو الأم[3].

---

[1]- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، المرجع السابق، ص.72 وما بعدها.

[2]- فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، والاقتصادية، المجلد 28، العدد 01، 2012، ص.136.

[3]- فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، والاقتصادية، المجلد 28، العدد 01، 2012، ص.139.

وترتيبا ما تم بيانه، ولما كانت الإرادة هي أساس التصرف القانوني، فهي تنشئه وتحدد الآثار المترتبة عنه، فهي إذن تتمتع بالسلطان في إنشاء الحقوق ونقلها وانقضائها وفق ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، شريطة أن تكون حرة صادرة من ذي أهلية وغير معيبة، وأن يكون الدافع لذلك مشروعا[1].

وما تجب الإشارة إليه، أن أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تتمثل في كون التصرفات القانونية تتطلب وجود إرادة حرة ونزيهة، كما أن الإثبات يكون بكل طرق الإثبات في الوقائع القانونية بخلاف التصرف القانوني الذي يخضع لقواعد تحكمه تختلف حسب كل حالة.

[1]– للتوسع أكثر يراجع: السنهوري النظرية العامة للعقد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ج.01. وعبد القادر عرعاري، نظرية العقد، دار الآمان، المغرب، 2014، ط.04.

المحور السادس- حماية الحق وإثباته

إذا تم التعدي عليها من قبل الغير في حدود ما يسمح به القانون (المطلب الأول) ولا تتحقق حماية الحق دون تدخل من صاحبه بإثبات أحقيه لهذا الحق دون غيره بكافة الطرق التي منحها له القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول- حماية الحق:

الدعوى القضائية هي إجراء قانوني يتخذه شخص (المدعي) لطلب حماية حقه أو مصلحته من خلال المحكمة. تتضمن الدعوى القضائية عادةً نزاعًا بين طرفين، حيث يطالب المدعي المدعى عليه بتعويض أو تنفيذ إجراء معين.

ويستطيع الفرد ممارسة السلطات التي يمنحها له القانون والإفادة بما يترتب عن حقه في ذلك شريطة أن يكون ذلك داخل نطاق المشروعية حتى يمكنه الاستفادة من الحماية التي أقرها له القانون في حالة ما تعرض له الغير ضد حقه.

حيث أن إقرار القانون للحق لا يكف، بل يجب حمايته من الاعتداء عليه وعادة ما يتم ذلك عن طريق الدعوى القضائية، بالرغم من إمكانية حماية بعض الحقوق دون اللّجوء للدعوى، كوسائل الدفاع الشرعي المنصوص عليها بالمادة 126 من القانون المدني، والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس إذ يلجأ إليهما صاحب الحق بهدف حماية حقه في حال امتناع الطرف الآخر من تنفيذ التزامه إلاّ أن الأصل العام أن الدعوى القضائية هي الوسيلة الفعّالة حماية الحق، وسيتم بحث شروط الدعوى (الفرع الأول)، ثم بحث أنواع الدعوى القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول- شروط قبول الدعوى القضائية: لقد زود المشرع صاحب الحق بجملة من الطرق القانونية التي تمكنه من الدفاع عن حقه، وتتمثل أساسا في الدعوى أو الدفع أمام القضاء، وتعتبر الدعوى أهم وسيلة من وسائل حماية الحق وهي تختلف باختلاف الحق الذي يقع عليه الاعتداء، وتتمثل شروط صحة الدعوى القضائية تتضمن عدة عناصر أساسية لضمان إمكانية قبولها وتداولها أمام

المحاكم، تشمل هذه الشروط وجود حق مدعى به، وعدم الفصل فيه سابقاً، وصحة الأهلية لدى المدعي، ووجود مصلحة مشروعة له، وعدم وجود صلح بين الخصوم، ووجود صفة لدى المدعي، إلى جانب وجود حق مدعى به الذي يجب أن يكون مشروعًا ويثبت بالأدلة والبراهين.

وجود صفة لدى المدعي: يجب أن يكون لدى المدعي الصفة القانونية التي تسمح له برفع الدعوى بشأن الموضوع، إلى جانب صحة الأهلية لدى المدعي إذ يتمتع بالأهلية القانونية التي تمكنه من رفع الدعوى، وأن ترفع الدعوى في الميعاد المحدد خلال المدة التي حددها القانون، وإلا فإنه يتم رفضها، مع وجود مصلحة قانونية مشروعة لدى المدعي في رفع الدعوى، ويجب أن تكون الدعوى جدية ومسندة بالأدلة ووقائع تثبت صحتها، وأن لا تكون مجرد ادعاءات غير مدعومة.

الفرع الثاني- أنواع الدعوى القضائية: تتمثل الدعاوى القضائية في عدة أنواع من الدعاوى نذكر منها الدعاوى المدنية (أولا)، والدعاوى، والدعاوى الجزائية (ثانيا) والدعوى الإدارية (ثالثا).

أولا- الدعاوى المدنية: وتشمل دعوى الحقوق الشخصية تتعلق بالحقوق المالية أو غير المالية بين الأفراد، ودعوى الحقوق العينية وتشمل تتعلق بالحقوق المتعلقة بالأموال والعقارات، والدعاوى التجارية تتعلق بالمنازعات التجارية بين التجار أو الشركات. الدعوى القضائية هي طلب أحد حقه من الآخر قولا أو كتابة بحضور القاضي حال المنازعة بلفظ يدل على جرم بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه، ويرى البعض أنها حق يخول للشخص اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في عند المساس بحق من الحقوق أو مصلحة من مصالحه

المشروعة[1]، وهي تمر ثلاث مراحل تتمثل في المطالبة القضائية، ثم مرحلة المرافعة، وأخيرا مرحلة إصدار الحكم القضائي.

وإكمالا لما سبق، فإن الدعوى تفتتح بعريضة وهي وثيقة مكتوبة وجوبا وفقا للنص القانوني تكون موقعة من طرف المدعي أو من ينوب عنه أو محاميه توضع أمام أمانة المحكمة التي رفعت على مستوى دائرة اختصاصها الدعوى القضائية في حدود المواعيد والآجال المحددة في المادة 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التوالي، هذا فيما يتعلق بالشروط الشكلية لقبول الدعوى.

أمّا بالنسبة للشروط الموضوعية، فتتطلب ما يلي:

- شرط الصفة، فالدعوى لا تقبل إلا من طرف الشخص الذي يدعي لنفسه حقا أو مركزا قانونيا وفقا لما تناولته المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- شرط المصلحة، هي من أهم شروط رفع الدعوى، حيث يجب أن يكون للمدعي مصلحة مشروعة في مباشرة دعواه، ويشترط فيها أن تكون قائمة أو محتملة الوقوع وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما المصلحة المحتملة فتتعلق بضرر محتمل الوقوع، وأن تكون شخصية ومباشرة.

- شرط الأهلية، لما لها من دور أساسي في تحريك الدعوى أمام المحكمة تناولها المشرع بنص المادة 40- 45 على التوالي وحددها في المادة 40 ب19 سنة كاملة.

ثانيا- الدعاوى الجزائية: وتشمل الدعوى جنائية تتعلق بالجرائم التي يعاقب عليها القانون الجزائري، ودعوى الجنح تتعلق بالجنح التي يعاقب عليها القانون الجزائري.

توجد مجموعة من القواعد الإجرائية بهدف وضع قواعد قانون العقوبات موضع التنفيذ، فقانون الإجراءات الجزائية يبين كيفية سير الدعوى العمومية تبدأ من مرحلة التحقيقات الأولية التي تقوم بها الشرطة القضائية، ثم المحاكمة إضافة إلى طرق

[1]- محمد ابراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص.38.)

الطعن في الأحكام والقرارات الجزائية مع مراعاة سبل استيفائها جميع طرق الطعن وصولا لتنفيذها.

للإشارة فقد أدى طول الإجراءات إلى تكديس القضايا وبطء تسييرها، ممّا دفع بالمشرع إلى لإيجاد حلول عملية تخفف من الضغط على القضاء الجزائي وتسريع وتيرة الإجراءات بتعديله لقانون الإجراءات الجزائية موجب الأمر رقم 02/15 حيث جاء بما يلي: الوساطة، والمثول الفوري، والأمر الجزائي.

وقد تناول الوساطة بنص المادة 02 من الأمر رقم 02/15 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بأنها آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاقية ين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى بهدف إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية...إلخ، فهي آلية بديلة للمتابعة الجزائية في القضايا قليلة الخطورة كحالة المخالفات وبعض الجنح البسيطة التي لا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة، التي حددها المشرع في نص المادة 02/37 مكرر من الأمر رقم 02/15 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

أمّا فيما يتعلق المثول الفوري، فتناولته المادة 339 مكرر من الأمر رقم 02/15 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، بأن اللجوء إليه يكون في حالة الجنح الملتبس بها، وإذا لم تكن القضية تتطلب إجراء تحقيق قضائي إتباع إجراءات المثول الفوري، فهو إذن يتعلق بالجرائم التي تكون فيها أدلة الاتهام واضحة وتتعلق وقائعها الخطورة النسيبة لمساسها بالأفراد، أو الممتلكات، أو النظام العام[1].

[1]– قرفي إدريس، قرفي ياسين، البدائل الإجرائية للدعوى الجزائية في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي المجلد 12، العدد 01، جامعة محمد خيضر، الجزائر، 2020، ص.285.

أمّا الأمر الجزائي، عرفه بعض الفقه كما يلي: أمر قضائي يفصل في الدعوى الجزائية دون أن تسبقه محاكمة قضائية وفقا للقواعد العامة شريطة عدم الإخلال بالميعاد الذي يحدده القانون[1].

فهو إجراء يهدف من خلاله المشرع لتبسيط إجراءات الفصل في الدعوى دون مراعاة تطبيق القواعد المقررة في المحاكمات الجزائية المعتادة[2]. ويطبق في الجرائم البسيطة التي حددها المشرع في الجنح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس لمدة تساوي أو تقل عن سنتين حس ما ورد بنص المادة 380 مكرر من الأمر رقم 02/15 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

ثالثا- الدعاوى الإدارية: وفيها دعوى الإلغاء وتتعلق بالطعن في القرارات الإداري، ودعوى التعويض تتعلق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن القرارات أو العقود الإدارية.

الدعوى الإدارية هي الطريقة التي يلجأ إليها الفرد لحماية حقوقه، ويحسم النزاع بينه وبين الإدارة، وبهذا فإن إجراءات تنظيم التقاضي أمام هذا القضاء له أهمية كبيرة في حماية الفرد وإنصافه بالبحث في مشروعية أعمال الإدارة.

وبهذا سنبحث سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإدارية، وهي من أبرز المراحل التي تبرز فيها خصوصية الدعوى الإدارية بالنظر للسلطات الواسعة والدور الإيجابي الذي يقوم به مقارنة بسلطات القاضي المدني، فعلى الرغم من اقتصار مهمته في الدعوى الإدارية على التحقق من مشروعية القرار المطعون فيه[3] فإن

---

[1]- مأموم محمد سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ط.02 ص.334.

[2]- قرفي إدريس، قرفي ياسين، البدائل الإجرائية للدعوى الجزائية في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي المجلد 12، العدد 01، جامعة محمد خيضر، الجزائر، 2020، ص.288.

[3]- اسماعيل ابراهيم البدوي، القضاء الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2015، ط.01، ص.712.

المحكمة هي من تملك الدعوى في هذه المرحلة فهي من تأمر بالسير فيها وتحدد إجراءاتها، إلى جانب ارتباطها بالقانون العام، ومن نتائج ذلك أن الخصوم هم من يحرصون على تقديم طلباتهم ودفوعهم ماداموا يعلمون أن المحكمة تقوم من خلال أوراقهم ومستنداتهم، بتحديد الإجراء التالي في كل مرحلة، كما أن القاضي هو من يملك الدعوى وليس الخصوم، وبهذا لا يعرفه هذا القضاء نظام إبطال الدعوى[1].

إن المدعى في هذه الدعوى يسعى للحصول على حكم يحقق به الطلب الذي أبداه في العريضة يحدد فيها نطاق دعواه وطلباته، حيث تبدأ إجراءات التقاضي بعريضة الدعوى وتكيف الخصوم بالحضور وتبدأ إجراءاتها من خلال طلبات الخصوم وتقديم أدلتهم حتى يصل الأمر لصدور الحكم.

والطلب وهو إدعاء المدعي بحق له لدى المدعى عليه وهو ركن الدعوى الذي تنعقد به الخصومة، حيث يترتب على تقديمه للمحكمة أن تلتزم بالتحقق والفصل فيه

فبعد تأكد المحكمة من صحة عريضة الدعوى، وكل ما هو ضروري لقيام الخصومة يتم التأكد من شروط إقامة الدعوى الإدارية، من توافر المهل اللازمة لذلك، ووجود القرار الإداري والتظلم، إلى جانب توافر الصفة والمصلحة.

كما أن التكييف الحقيقي لطلبات الخصوم هو من الأمور الداخلة في اختصاص المحكمة بما لها من سيطرة على طلبات الخصوم في الدعوى[2].

وما تجب الإشارة إليه، أن القاضي الإداري ملزما بالموازنة في الآجال التي يمنحها للطرفين لإبداء أوجه دفاعهما، مع مراعاة ظروف الطرفين، لأنه يفصل بين خصمين

---

[1]– حسن عبد المنعم عناية، وعامر الديري، الموسوعة العلمية في إجراءات رفع الدعوى، الدعوى الإدارية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة النشر، ص.428.

[2]– جورجي شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ط.05، ص.623.

غير متماثلين، واحد يتمتع بسلطات السلطة العامة والآخر طرفا ضعيفا في الدعوى[1].

وبهذا فأهم دور للقاضي الإداري، هو تحقيق التوازن بين طرفي الدعوى دون انحياز ضد الإدارة.

أمّا عن الدور الاستيفائي للقاضي الإداري فيتمثل فيما للمحكمة الإدارية من حق استكمال الأوراق والملفات التي لم تستكمل بعد؛ إلى جانب طلب الإيضاحات اللازمة من ذوي الشأن[2].

وترتيبا لما تم بيانه، يتضح أن للقاضي الإداري سلطات واسعة في إدارة الدعوى أكثر مما هو عليه الحال عند القاضي المدني، وسند ذلك طبيعة الدعوى الإدارية.

المطلب الثاني- إثبات الحق:

تولى المشرع تحديد حقوق وواجبات الأشخاص بنصوص قانونية واضحة، إلاّ أن الطبيعة البشرية تسعى دائما للمزيد والتطلع لملك الغير بالتعدي على حقوق الغير أو التقصير في أداء واجباتها طواعية، ممّا يلزم صاحب الحق باللجوء للمحاكم لاقتضاء حقه، ولا يتم له ذلك إلاّ إذا تمكّن من إثبات حقه على الشيء محل النزاع ولتحديد مسألة إثبات الحق يتطلب الأمر معرفة معنى إثبات الحق (الفرع الأول) وبعدها بحث طرق إثبات الحق (الفرع الثاني)

الفرع الأول- مفهوم إثبات الحق: يقصد بإثبات الحق هو أن يقيم المدعي بالحق الدليل أمام القاضي على أنه فعلا هو صاحب الحق المعتدى عليه، وقد يلتزم القاضي

---

[1]- علوة فتح الباب، وأحمد علوة فتح الباب، دليل المحامي في دعوى الإلغاء والتعويض عن القرار الإداري، النقابة العامة للمحامين، مصر، 2012، 572.

[2]- على الزيدان، ومحمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، المصدر الفني للإصدارات القانونية مصر، بدون سنة النشر، ج.02، ص.384.

بهذا الدليل وقد لا يلتزم به، وقد يفرض القانون على الأفراد تقديم دليل معين، وقد يترك الحرية للقاضي في التحري في ذلك، وحتّى ينال حماية القانون لاسيما عندما يكون النزاع جديّا حول الحق، فالإثبات يكون ضروريا وإلاّ كان الإدعاء في غياب أيّ دليل مجرد مزاعم لا أساس لها من الصحّة، فإذا أقام الشخص الدليل على حقّه اعترف له القانون بأنه صاحب الحقّ، ويكون ذلك مكرسا بموجب حكم قضائي ينفذ بواسطة الوسائل القانونية، ووفقا للقواعد الإجرائية السارية.

فالقانون هو من يقرر الحقوق ويحميها ويحدّد وسائل حمايتها من الاعتداء عليه، واستردادها في حالات غصبها لا يكون إلاّ عن طريق الالتجاء للقضاء بواسطة الدعاوي، ذلك أنّ القاضي هو حامي الحقوق جميعا.

وما تجب الإشارة إليه أن الفقه قد اختلف بشأن إثبات الحق على ثلاث اتجاهات؛ تتمثل في مذهب الإثبات المطلق ويكون القاضي وفقا لهذا المذهب سلطة واسعة في تحري عن الوقائع التي تعرض عليه فيكون له دور فعال في تسيير الدعوى وجمع الأدّلة التي يقوم هو بالبحث عنها، ممّا قد يؤدي إلى الإضرار بالمتقاضين لما يتعرضوا له من مفاجئات نتيجة اختلاف تقدير القضاء من قاض لآخر، كما يمس بالثقة في نظام الإثبات.

أمّا المذهب المقيد للإثبات، فيتم من خلاله المشرع بفرض طرق محددة للإثبات يلتزم بها كل من المتقاضين والقاضي معا، فترتب عن استقرار المعاملات إلاّ أن ما يعاب عليه الحقيقة القضائية لا تتفق أحيانا مع الواقع.

وبين المذهب المطلق والمذهب المقيد، يوجد مذهب مختلط يأخذ بالإثبات المقيد في مسائل معينة، ويأخذ بالإثبات المطلق في أخرى، فهو يشترط الكتابة في الإثبات في بعض المسائل المدنية، والتي لا يشترط فيها الكتابة يمكن إثباتها بباقي الطرق الأخرى كشهادة الشهود والقرائن القضائية، أمّا المسائل التجارية فيأخذ فيها بالمذهب

المطلق في الإثبات لما تتصف فيه من سرعة في التعامل، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[1].

وقد قسمت هذه القواعد إلى قواعد موضوعية تناولها المشرع في نصوص القانون المدني، وأخرى شكلية تناولها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي تنظمه للإثبات منح القاضي سلطات واسعة في تقدير الأدلة بقبولها أو رفضها[2].

الفرع الثاني- طرق الإثبات: يعد الإثبات وسلية قانونية أقرها المشرع لكل من صدر منه إدعاء سواء كان مدعي أم مدعي عليه أو من الغير ينظم للخصومة القضائية، وقد أخذ المشرع بالمذهب المختلط في الإثبات، فقيد الإثبات في بعض المسائل بطرق معينة عادة ما تكون في الوقائع القانونية، وأعطى الحرية في الإثبات في مسائل أخرى عادة ما تكون من الوقائع المادية وهي التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات

والقانون يرسم لكل فرد حدود حريته ونشاطه الطبيعيين، فيبين حقوق كل شخص وواجباته، فإذا التزم كل شخص حدوده أدى ما عليه وراعى حق غيره، خلصت الحقوق لأصحابها وانعدمت أسباب النزاع بين الناس، غير أنه لما كان الإنسان مطبوعا على الأثرة ميالا إلى الاستزادة بما له والتخلص مما عليه ولو بدون حق كان ذلك مثارا للمنازعات بين الأفراد.

وفي البدء كان فض تلك المنازعات متروكا إلى القوة الفردية، ثم استقر في أذهان الناس وجوب النزول في ذلك على حكم القانون، ولما بلغ المجتمع من التقادم أن ظهرت فيه سلطة تضطلع بتطبيق القانون، امتنع على صاحب الحق عند المنازعة

---

[1]- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء الجزائري، المجلد 04، العدد 13، مجلة آفاق العلوم الجزائر، 2018، ص.61.

[2]- عمر بن سعيد، المرجع والموضع نفسه.

فيه أن يقضي به لنفسه وأصبح واجبا عليه أن يلجأ في شانه إلى القضاء يلتمس فض النزاع وفقا للقانون و تمكينه من الاستمتاع بحقه، مستندا في ذلك إلى الإثبات.

فالدليل إذا هو قوام حياة الحق، فالحق الذي ينكر على صاحبه ولا يقام عليه دليله القضائي هو والعدم سواء، ومن ثم تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية، بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا.

وبناء عليه، عرف الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق متنازع فيه له اثر قانوني بالطرق التي حددها القانون لإثبات ذلك الحق، لذلك يتميز الإثبات القانوني بالخصائص التالية:

- تقديم الدليل أمام القضاء لإثبات وجود الحق المتنازع فيه.
- أن الإثبات لا يتم إلا بالطرق التي حددها القانون كالكتابة والإقرار اليمين والقرائن
- أن هذا الإثبات لا يكون مقيدا إلا بشان الوقائع ذات الأثر القانوني.

وتشمل نظرية الإثبات فضلا عن الميادين الجزائية والإدارية، الميادين المدنية والتجارية، تناولها المشرع الجزائري بالباب السادس من الكتاب الأول المتضمن العقود والالتزامات من القانون المدني المواد من 323 إلى 350 منه، والقاضي يقدر بكل حرية وموضوعية قيمة الأدلة المقدمة أمامه؛ آخذا بعين الاعتبار عناصر القضية وكل طرف عليه إثبات الوقائع التي يدعها[1] وفق نص المادة 323 من القانون المدني ويمكن تقسيم طرق الإثبات في التقنين المدني الجزائري الكتابة (أولا)، ثم اليمين (ثانيا)، والقرائن (ثالثا)، شهادة الشهود (رابعا)، ثم الخبرة (خامسا).

[1]- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005، ط.01 ص.08

أولا- الكتابة: أن الدليل الكتابي يعتبر وسيلة هامة في مجال الإثبات؛ لأن التصرف الذي يكون محل الكتابة يكون مؤكدا، وثابتا، على عكس الشهادة التي يمكن أن تزول بمر الزمن[1].

والإثبات بالكتابة هو استخدام المستندات المكتوبة لإثبات حقيقة أو واقعة معينة أمام القضاء أو في أي سياق قانوني؛ يشمل ذلك العقود، والرسائل والمستندات الرسمية، والشهادات، وغيرها من الأدلة الكتابية التي تدعم أو تثبت ادعاءً ما[2].

وتعد الكتابة في القانون المدني الجزائري أهم طريقة من طرق الإثبات حيث أنّ المشرّع الجزائري تناول مسألة الكتابة كدليل للكتابة في الباب السادس المتعلّق بإثبات الالتزام، من الكتاب المعنون بـ: "الالتزامات والعقود" وذلك من المواد 323 إلى 332 من التقنين المدني الجزائري، ولقد تناولها في ثلاث مواضيع، الكتابة الرسمية (01)، والكتابة الإلكترونية (02)، والكتابة العرفية (03).

01- الكتابة الرسمية على الدعامة الورقية: بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري وبالتحديد في نصّ المادة 324 منه، نجدها تعرّف العقد الرسمي على أنه : "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه"، ولا سيما في المعاملات التي تقع على العقار حسب نص المادة 324 مكرر/01 التي جاء فيها ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو محلات تجارية .... وتعتبر الشكلية ركناً للانعقاد ويجب أن تدفع الثمن بين يدي الموثق".

---

[1]- ميدي أحمد، المرجع والموضع نفسه.

[2]- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.10

وما تجب الإشارة إليه أن المشرع اشترط أن تصدر هذه الورقة من الرسمية من طرف الموظف العام، أو من ضابط عمومي، أو من شخص مكلف بخدمة عامة[1].

وفي الجزائر يعتبر الموثق ضابطا عموميا حسب نص المادة 05 من القانون رقم 88/27 المتعلق بالتوثيق الصادر في 1988[2].

02- الكتابة الرسمية على الدعامة الإلكترونية: لقد جاء اعتراف المشرّع الجزائري متأخرا عن التشريعات العربية والأوروبية فيما يتعلق بالتغيرات التي مسّت الدليل الكتابي، والذي كان يرتكز على الدعامة الورقية فقط، ليتحوّل الأمر إلى الأخذ بالعامة الإلكترونية الناتجة عن الثورة التقنية التي أفرزت العديد من الوسائل والدّعامات غير الورقية، حيث فرضت نفسها في المعاملات المالية العالمية أين أصبحت الدول تقاس بمدى امتلاكها للمعلومة[3].

وقد نصّ المشرّع الجزائري على الكتابة الإلكترونية إضافة المادة 323 مكرر وكذلك المادة 323 مكرر 1 من القانون رقم 01/05 المعدّل للقانون المدني الجزائري حيث نصت المادة 323 مكرر على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

---

[1]- وقد عرفت محكمة النقض المصرية الموظف العام بأنه كل من يتعهد إليه بنصيب من السلطة يزاولها في أداء العمل الذي أنيط بأدائه. يراجع: سلمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية- عالم الكتاب-، ج.01، مصر، ص 144.

[2]- للتوسع أكثر يراجع: ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص.17-09.

[3]- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.09

فالمشرع لم يعرف الكتابة الإلكترونية مثل باقي التشريعات الأخرى لكنه عرف الوثيقة الإلكترونية بنص المادة 01/02 من المرسوم التنفيذي رقم 142/16[1] الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا بأنها مجموعة تتألف من محتوى وبينة منطقية وسيمات العرض، تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني، وعرف الوثيقة الموقعة الإلكترونية بأنها وثيقة إلكترونية مرفقة أو متصلة منطقيا بتوقيع إلكتروني.

وقد اعترف بها طريقة غير مباشرة في القانون 02/05 الصادر في 06 فبراير 2005، المعدّل والمتمم للقانون التجاري، حيث أجاز إمكانية التقديم المادي للسفتجة للوفاء بأيّ وسيلة تبال الكترونية حسب نصّ المادة 414 من القانون التجاري، كما أجاز ذلك بالنسبة للشيك حيث يمكنه تقديمه للوفاء بأيّ وسيلة تبادل إلكترونية يحددها التشريع والتنظيم المعمول بهما، كما نصّ على بطاقات طاقات السحب الإلكترونية وكذلك بطاقات الدّفع الالكترونية في المواد 543 مكرر 23، و543 مكرر 24.

03- الكتابة العرفية: تُعرّف الكتابة العرفية بأنها محررات صادرة عن الأفراد وليس عن موظف عام، موقعة ممّن صدرت منه بإمضائه أو ختمه أو بصمته أو تلك التي صدرت عن موظف عام، ولكنه غير مختص بتحرير تلك الورقة نوعيا أو إقليميا، ولا تخضع لأيّ شكل من الأشكال أو شرط من الشروط كالمحرر الرسمي ويتمّ تحريرها بمعرفة أطرافها حسب العرف، ولذلك سميت عرفية، كما أنها لا تحيط بها الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية، وقد تناولتها المادة 327 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 142/16 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، المؤرخ في 05 ماي 2016 ج.ر، العدد 28، الجزائر، 2016.

إليه من خط وإمضاء، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع يشترط في الورقة العرفية التوقيع فقط، ما يفيد أن الورقة الرسمية الباطلة المتضمنة توقيعات الأطراف يعطها قيمة الورقة العرفية شريطة أن لا تكون الرسمية شرطا شكليا لانعقاد التصرف، كما في عقد الشركة والتصرفات الواردة على العقار[1].

وأضافت المادة 328 ما يلي: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلاّ منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء".

ثانيا- اليمين: اليمين هي إحدى وسائل الإثبات المهمة في القانون، تستخدم لإثبات صحة دعوى أو نفيها، ويقصد باليمين القسم الذي يؤديه الشخص للاعتراف أو عدم الاعتراف بواقعة ما، يُطلب من الشخص أن يحلف بالله أو يمين على صدق ما يدعيه أو ما ينكره. هناك أنواع مختلفة من اليمين، مثل اليمين الحاسمة واليمين المتممة.

فاليمين الحاسمة توجه من طرف الخصم للخصم الآخر، بينما اليمين المتممة توجه من المحكمة إلى المدعي، وينقسم اليمين إلى يمين حاسمة (01) ويمين متممة (02).

[1]- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.51.

01- اليمين الحاسمة: يقصد باليمين الحاسمة اليمين التي يوجهها المدعي للمدعى عليه أمام القضاء عندما يعجز عن إثبات حقّه الذي يدعيه فيطلب منه أداء اليمين.

وتعتبر اليمين الحاسمة من أدلّة الإثبات المعفية من الإثبات عندما يفتقر الخصم إلى دليل لإثبات ما يدعيه، فهي بالتالي لها حجية مطلقة في الإثبات وتؤدي إلى حسم النزاع، فهي من الأدلة الاحتياطية التي يلجأ إليها الخصم إذا لم يكن له دليل آخر للإثبات [1].

ولقد نصّت المادة **343** من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز لكلّ من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، غير أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك، ولمن وجهت إليه أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

من خلال نص المادة يتضح أنّ اليمين الحاسمة تقوم على ثلاثة عناصر: وهي الحلف، النكول، والرّد.

02- اليمين المتممة: تُعرّف اليمين المتممة بأنها اليمين التي يوجهها القاضي بصفة تلقائية إلى أحد الخصمين عندما يقدم هذا الأخير دليل غير كاف في دعواه يلجأ إليها القاضي ليتمم الدليل الناقص باليمين المتممة ليستكمل بذلك اقتناعه حول مسألة متنازع فيها بقيت غامضة، وهي من الدلائل المكملة لأدلة موجودة من قبل قد يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري[2].

---

[1]- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص.73.

[2]- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص.73.

وهذا ما نصّت عليه المادة 01/348 من التقنين المدني الجزائري كما يلي: **"للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أيّ من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى، أو في ما يحكم به".**

يتضح من خلال التعريف أن الغرض من توجيه اليمين المتممة هو استكمال اقتناع القاضي ليحكم في موضوع الدعوى، أو في قيمة ما يحكم به، كما يتضح أنّ للقاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه، ولا يجوز كذلك للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين أن يردها على الخصم الآخر.

وما تجب الإشارة إليه، أن القاضي لا يتقيد بهذه اليمين، حيث يقوم بتوجيهها من تلقاء نفسه لأيّ من الخصمين، وفي أيّة حال كانت عليها الدعوى، وهو غير ملزم كذلك بعد توجيه اليمين أن يقضي لصالح الخصم الذي حلف، وقد يتغير اقتناع القاضي لوقوفه على أدلة جديدة ليعيد النظر في تقدير الأدلة الموجودة بعد الحلف وقبل الحكم.

ثالثا–القرائن: القرائن دليل إثبات غير مباشر يسمح للقاضي من الاستنباط من واقعة معلومة واقعة أخرى مجهولة، لكن مع ضرورة أن تكون هناك علاقة منطقية بين الواقعتين، أما عن حجيتها القانونية وسلطة تقديرها فالأمر يختلف النظر إلى اعتبار ما إذا كانت قرينة قانونية فالقاضي ليس له الحرية في تقديرها ،بحيث أن القانون هو الذي يحدد طريقة استنتاجها

وتنقسم القرائن إلى قرائن قانونية، وقرائن قضائية، فالقرينة القانونية هي القرينة التي أقرها المشرع كأدلة إثبات تصرف قانوني، تعفي من تقررت لصالحه من عبء الإثبات، وهي من الأدلة الأصلية التي تقوم بذاتها في الإثبات دون الحاجة لدليل مكمل لها مثل ما هو الحال في القرائن القضائية وشهادة الشهود[1].

[1]– عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص.73.

وقد تناولها المشرع في الفصل الثالث من الباب الرابع للقانون المدني من المادة 337 – 340 حيث جاء في نص المادة 337 ما يلي: "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

أمّا القرينة القضائية من صنع القاضي وترك له المشرع أمر استخلاصها فهو حر في اختيار أيّ واقعة من الوقائع الثابتة أمامه كي يستنبط منها دليلا على الواقعة المجهولة المراد إثباتها، وهي من الدلائل المكملة لأدلة موجودة من قبل قد يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري[1].

والإقرار القضائي هو أحد سبل الأدلة المقبولة حتى في الحالات التي تتطلب دليل كتابي، فهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في نصّ المادة 341 من التقنين المدني الجزائري على أنّ : "**الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة**"، ونصّت كذلك المادة 342 من ذات القانون أنّ: "**الإقرار حجة قاطعة على المقر.**

ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلاّ إذا على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

وحتى يعتبر الإقرار القضائي صحيحا ونافذا لابدّ أن يتوفر على مجموعة من الشروط الخاصة به والتي تمّ استنباطها من خلال تعريفه:

– صدور الإقرار من الخصم.

[1]– عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص.73.

- صدور الإقرار أمام القضاء.

- صدور الإقرار أثناء سير الدعوى.

رابعا- شهادة الشهود: نظم المشرع أحكام الشهادة، فأحاطها بمجموعة من الضمانات بين فيها القواعد الموضوعية التي تقوم عليها في القانون المدني والتي تقوم على أساس نصاب التصرف القانوني حسب نص المادة 333 من القانون المدني.

ويقصد بشهادة الشهود الإدلاء أمام هيئة قضائية بكل ما وقع تحت سمع شخص وبصره بما يرتب عليه القانون أثرا، فالشهادة إخبار وبالتالي فهي تتمل الصدق أو الكذب، مع ترجيح احتمال الصدق فيها أكثر على احتمال الكذب، لأنه لا مصلحة للشاهد في الكذب، وهي من الدلائل المكملة لأدلة موجودة من قبل قد يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري[1].

وقد جعل المشرع الجزائري شهادة الشهود في المرتبة الثانية بعد الكتابة تناولها في الفصل الثاني من الباب السادس تحت عنوان: "الإثبات بالشهود"، من المواد **333** إلى المادة **336** من التقنين المدني الجزائري، حيث جاء في نص المادة 333 ما يلي: "... وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد عن هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري".

[1]- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص.73.

خامسا- الخبرة: قد يدعي الخصوم أحيانا أمرا أو يقدموا دليل يحتاج إلى تمحيص وتدقيق كي يزن القاضي قوته الثبوتية ويحكم في نطقه بالحكم، وبهذا فالخبرة القضائية هي استشارة فنية يعهد به القاضي إلى الشخص الخبير في مجال معين لإبداء رأيه فيه وإعداد تقرير فني لا يمكن للقاضي التحقق منه وحده[1].

وللإشارة فهي ليست إجبارية للقاضي، بل يرجع إليها من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم في إطار البحث عن الدليل، وقد يستغني عنها إذا تبين له عدم جدواها، أو إذا وجد أن ما قدم في الدعوى من أدلة يكفي لبناء عقيدته[2].

فالخبرة هي وسيلة من وسائل الإثبات في القانون، حيث يستعين القاضي بخبير متخصص في مجال معين لتقديم رأي فني أو علمي حول مسألة معينة في القضية، و تُعتبر الخبرة ذات أهمية خاصة في القضايا التي تتطلب خبرة فنية لا يمتلكها القاضي، مثل الأمور الطبية، الهندسية، أو المحاسبية.

فهي إحدى وسائل الإثبات التي يلجأ إليها القاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم، فيعين خبيرا أو عددا من الخبراء متخصصين في مجال معين كالطب والهندسة والمحاسبة والعقار والتوثيق يستعين بهم، ويختارهم من بين الخبراء المقيدين بجول الخبراء بالمجلس القضائي، أو غيرهم من الخبراء غير المقيدين بشرط أدائهم اليمين القانونية، وذلك لإجراء الفحص والبحث والتحليل في الجوانب الفنية المتعلقة بالدعاوي التي تثار فيها مشاكل تقنية، فهي أدلة قوية في القضايا القانونية، ولكنها ليست ملزمة للقاضي.

---

[1]- فايد رمضان، أحكام الإثبات في المعاملات في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الآفاق العلمية، الشارقة 2022، ص.289.

[2]- زيد محمود العاقيلية، حجية تقرير الخبرة أمام القاضي المدني، المجلد 09، العدد 02، مجلة المعارف، الجزائر 2024، ص.114.

وللقاضي سلطة تقديرية في قبول أو رفض تقرير الخبرة، وله أن يأخذ به كلياً أو جزئياً، أو أن يطلب خبرة إضافية

حسب ما ورد بنص المادة 77 من قانون الإدارية المدنية القانون على ما يلي:" **يمكن للقاضي ولسبب مشروع قبل مباشرة الدعوة، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناء على طلب كل ذي مصلحة إقامة الدليل، والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع**".

ويتم ندب الخبير بموجب حكم تحضيري يتضمن مجموعة من البيانات الواردة بنص المادتين 128 و129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما حددت المادة 125 من القانون ذاته نطاق الخبرة في المواد المدنية والإدارية في الوقائع المدنية التقنية والعلمية المحضة، وبهذا فهي تتناول الواقع المادية فقط.

وقد نصت المادة 130 من القانون ذاته على ما يلي: "**يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الآمر بالخبرة، تودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية**".

قائمة المراجع

- **أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري**، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج.03.
- **أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المصري**، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج.10.
- **محمد سعيد جعفور**، مدخل العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، دار هومة الجزائر، 2011، ط.02، ج.02.
- **جلال العدوي ورمضان أبو السعود**، المدخل لدراسة القانون(نظرية الحق) مصر 1997.
- **فاضلي إدريس**، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.02، الجزائر، 2016.
- **قلواز فاطمة الزهراء**، العدول عن العقد في القانون الوضعي والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة الشلف، الجزائر، 2022.
- **فتلاوي سهيل حسن**، نظرية الحق، المكتب المصري للتوزيع، مصر، 2002
- خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات البغدادي، الجزائر.
- **محمد صبري الجندي**، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة، الأردن، 2012، ط.01.
- **بلقاسم شتوان**، النيابة الشرعية، (في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية) مطبعة المنار، الجزائر، 2011.
- **محمد صبري الجندي**، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة، الأردن، 2012، ط.01.
- **محمد حسين منصور**، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، مصر.
- **محمدي فريدة**، مدخل العلوم القانونية، نظرية الحق.

- **نبيل ابراهيم سعد**، مدخل إلى علم القانون(نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2010، ط.01.

- **فاضلي إدريس**، المدخل إلى القانون، (نظرية القانون، ونظرية الحق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ط.02.

- **عصمت عبد المجيد بكر**، النظرية العامة للحق، دار الوفاء للطباعة والنشر مصر، 2022، ط.01.

- **نايف محمد العجمي**، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير جامعة القاهرة، مصر، 2001.

- **علي فيلالي**، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر، 2013 ط.03.

- **فواز صالح**، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، والاقتصادية، المجلد 28، العدد 01، 2012.

- **أحمد عبد الرزاق السنهوري**، النظرية العامة للعقد، منشورات زين الحقوقية لبنان ج.01.

- **عبد القادر عرعاري**، نظرية العقد، دار الآمان، المغرب، 2014، ط.04.

- **زين صلاح الدين**، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار الثقافة، الأردن، 2004 ط.01.

- **فتحي الدريني**، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط.03، مؤسسة الرسالة لبنان 1984.

- **فتحي الدريني**، المناهج الأصولية فيفي الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي مؤسسة الرسالة، لبنان،1997، ط.03.

- **سليمان مرقس**، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، 1998، ج.02، ط.04.

- **شوقي بناسي**، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، ط.01، دار الخلدونية الجزائر، 2010.
- **عبد العزيز المرسي حمود**، الحماية المدنية الخاصة لرضا المستهلك في عقود البيع التي تتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص 2005.
- **عبد الحميد فودة**، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996.
- **عبد الحي حجازي**، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة عين الشمس، العدد الأول، السنة الأولى، جانفي، 1955.
- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- **عبد المجيد زعلاني**، مدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، دار هومة، الجزائر 2003.
- **عبد الودود محمد السريتي**، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
- **إبراهيم إسحاق منصور**، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر.
- **أحمد فراج حسين**، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- **أحمد دغيش**، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.
- **محمد إسلام مدكور**، نظرية الحق (المدخل للفقه الإسلامي)، دار الكتاب الحديث مصر، 2005.
- **محمد صغير بعلي**، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون والحق)، دار العلوم الجزائر، 2006.
- **علي فيلالي**، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

- **عبد القادر الفار**، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة، 2006.
- **بالحاج العربي**، حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، العدد 04، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1996.
- **نبيل إبراهيم سعد**، نظرية الحق، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- **محمد حسين منصور**، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر.
- **محمد عميم الإحسان المجددي الركتي**، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية باكستان، 1986، ط.01.
- **محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي**، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة.
- الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد مجلة البحوث الإسلامية، ج.40.
- **محمد إسلام مدكور**، نظرية الحق (المدخل للفقه الإسلامي)، دار الكتاب الحديث مصر، 2005.
- **خليل جلال**، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد.
- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، العقد غير اللازم (دراسة مقارنة بين معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية).
- **أحمد عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ج.01 .
- **أحمد عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات زين الحلبي، لبنان، ج.08.
- **اسماعيل ابراهيم البدوي**، القضاء الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2015 ط.01.

- **حسن عبد المنعم عناية، وعامر الديري**، الموسوعة العلمية في إجراءات رفع الدعوى، الدعوى الإدارية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة النشر.

- **جورجي شفيق ساري**، قواعد وأحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر 2003، ط.05.

- **علوة فتح الباب، وأحمد علوة فتح الباب**، دليل المحامي في دعوى الإلغاء والتعويض عن القرار الإداري، النقابة العامة للمحامين، مصر، 2012.

- **على الزيدان، ومحمد السيد**، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، المصدر الفني للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة النشر، ج.02.

- **زاهر فؤاد محمد أبو السباع**، الحقوق المعنوية، ماليتها وحق الزكاة فيها- دراسة فقهية مقارنة-، المجلد الخامس، العدد خمسة وثلاثون، حولية كليات الدراسات الإسلامية للبنات، مصر.

- **مصطفى أحمد الزرقا**، نظرية الالتزام العامة، دار الفكر، لبنان.

- **محمد ابراهيم البدارين**، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة، الأردن، 2007.

- **ميدي أحمد**، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة الجزائر، 2005، ط.01

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة:	01
المحور الأول– مفهوم الحق	03
المطلب الأول: تعريف الحق عند أنصار الفقه الكلاسيكي	04
الفرع الأول: الاتجاه الشخصي	05
الفرع الثاني: الاتجاه الموضوعي	07
الفرع الثالث: الاتجاه المختلط	09
المطلب الثاني: مفهوم الحق عند أنصار الفقه الحديث	09
المطلب الثالث: مفهوم الحق عند فقهاء الفقه الإسلامي	11
المطلب الرابع: تميز الحق من بعض المصطلحات القانونية المشابه له	14
الفرع الأول: تميز الحق عن الحرية	14
الفرع الثاني: الحق والحرية	14
الفرع الثالث: الحق والرخصة	15
الفرع الرابع: الحق والسلطة	16
الفرع الخامس: الحق والقانون	16
المحور الثاني– أنواع الحق	19
المطلب الأول: الحقوق المدنية	19
الفرع الأول: الحقوق الشخصية(الحقوق العامة)	19
أولا: حق الشخص في سلامة جسمه	19
ثانيا: حق الشخص في احترام كيانه الأدبي	20

ثالثا: حق الشخص في حرمة حياته الخاصة	**22**
رابعا: مميزات الحقوق الشخصية	**22**
الفرع الثاني: الحقوق الخاصة	**21**
أولا: الحقوق الأسرية	**21**
المطلب الثاني: الحقوق العينية	**22**
الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية	**22**
أولا–**الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:**	**24**
الفرع الثاني: الحقوق العينية التبعية	**29**
أولا: الرهن الرسمي	**30**
ثانيا: الرهن الحيازي	**31**
ثالثا: حق التخصيص	**32**
رابعا: حق الامتياز	**32**
الفرع الثالث: الحق الشخصي	**33**
الفرع الرابع: الحقوق المعنوية	**35**
المحور الثالث– أركان الحق	**40**
المطلب الأول: الشخص الطبيعي	**40**
الفرع الأول: نطاق الشخص الطبيعي	**40**
أولا: بداية الشخصية القانونية	**40**

ثانيا: انتهاء الشخصية القانونية	**41**
01- الشخص الغائب:	**42**
02- الشخص المفقود:	**42**
03- الفرق بين الغياب والفقد:	**42**
04- مكانة المفقود في التشريع الجزائري:	**43**
05- الآثار المترتبة عن صدور الحكم باعتبار المفقود ميتا:	**46**
06- ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته:	**48**
الفرع الثاني: مميزات الشخص الطبيعي	**50**
أولا: الاسم	**51**
ثانيا: النسب	52
ثالثا: الأهلية	**53**
01- **أهلية الوجوب:**	**53**
02- **أهلية الأداء:**	**53**
***- انعدام الأهلية:**	**54**
***- نقص الأهلية:**	**54**
***- كمال الأهلية:**	**55**
- عوارض الأهلية:	**55**
***- العوارض المعدمة للأهلية:**	**55**

*- العوارض المنقصة للأهلية:	56
- موانع الأهلية:	58
- العاهة المزدوجة:	58
- المانع القانوني:	59
- المانع المادي:	59
رابعا: الحالة	60
01- الحالة العائلية:	61
02-الحالة الدينية	63
خامسا: الموطن:	63
*- الإقامة الفعلية:	63
*- الاستقرار:	63
*- الموطن العام:	63
*- الموطن الاختياري:	64
*- الموطن الإلزامي أو القانوني:	64
*- الموطن التجاري:	64
*- موطن القاصر:	64
*- الموطن المختار:	64

سادسا: الذمة المالية	65
01- أهمية الذمة المالية	65
02- الطبيعة القانونية للذمة المالية:	67
03-النظرية الكلاسيكية للذمة المالية:	67
المطلب الثاني: الشخص الاعتباري	68
الفرع الأول: حقيقة الشخص الاعتباري	69
الفرع الثاني: أنواع الشخص الاعتباري	69
أولا: شخص اعتباري عام	69
ثانيا: شخص اعتباري خاص	69
ثالثا: عناصر تكوين الشخص الاعتباري الخاص	70
رابعا: مميزات الشخص الاعتباري	70
المحور الرابع- محل الحق	73
المطلب الأول: تنقسم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها	73
الفرع الأول: الأشياء المثلية والأشياء القيمية	73
أولا: الأشياء المثلية	73
ثانيا: الأشياء القيمية	74
الفرع الثاني: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير قابلة للاستهلاك:	74
أولا: الأشياء القابلة للاستهلاك	74
ثانيا: الأشياء غير قابلة للاستهلاك	74
المطلب الثاني: تقسيم الأشياء من حيث ثباتها	75
الفرع الأول: العقار	75

أولا: العقارات بطبيعته	76
ثانيا: العقارات بالتخصيص	77
الفرع الثاني: المنقولات	78
أولا: المنقول بطبيعته	78
ثانيا: المنقول بحسب المآل	79
المحور الخامس- مصادر الحق	81
المطلب الأول- الواقعة القانونية:	81
الفرع الأول- الوقائع الطبيعية:	81
الفرع الثاني- الوقائع التي من فعل الإنسان:	82
أولا- الفعل الضار:	82
ثانيا- الفعل النافع:	82
المطلب الثاني- التصرف القانوني:	83
الفرع الأول- العقد	83
الفرع الثاني- الإرادة المنفردة	85
المحور السادس- حماية الحق وإثباته	88
المطلب الأول- حماية الحق:	88
الفرع الأول- شروط قبول الدعوى القضائية:	88
الفرع الثاني- أنواع الدعوى القضائية:	79
01-الدعاوى المدنية	89
02-الدعاوى الجزائية	90
03- الدعاوى الإدارية	92

المطلب الثاني- إثبات الحق:	94
الفرع الأول- مفهوم إثبات الحق:	94
الفرع الثاني- طرق الإثبات:	96
أولا- الكتابة:	98
01- الكتابة الرسمية على الدعامة الورقية	98
02- الكتابة الإلكترونية على الدعامة الإلكترونية	99
03- الكتابة العرفية:	100
ثانيا- اليمين:	101
01- اليمين الحاسمة:	102
02- اليمين المتممة:	102
03- القرائن:	103
رابعا- شهادة الشهود:	105
خامسا- الخبرة	106
قائمة المراجع	109
الفهرس	115