



جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# محاضرات المدخل للعلوم القانونية

## نظريّة الحق

مقدمة لطلبة السنة أولى حقوق.



إعداد الدكتورة:

■ موساوي فاطمة

السنة الجامعية: 2023/2022



المسيلة في: ٢١ ماي ٢٠٢٣

الرقم ١٧٨/ك ح س/ ٢٠٢٣

## مستخرج فردي من محضر مداولات المجلس العلمي للكلية

في يوم: 2023/04/13 (الثالث عشر من أبريل ألفان وثلاثة وعشرون) اجتمع أعضاء المجلس العلمي للكلية

في دورته العادية لمناقشة اعتماد المطبوعات

و بناءاً على التقارير الإيجابية للخبراء :

د/ بوقرة العمرية (جامعة المسيلة).

د/ بوعكة كاملة (جامعة المسيلة).

بحضور مطبوعة الدكتور: موساوي فاطمة / قسم: الحقوق / المعونة بـ "محاضرات المدخل للعلوم القانونية-نظيرية الحق -"

تم اعتماد المطبوعة المذكورة أعلاه والمصادقة عليها من طرف المجلس العلمي.

رئيس المجلس العلمي.



الأستاذ الدكتور: والي عبد الله  
أستاذ القانون العام  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

خلية التعليم عن بعد

الدولة الوطنية للعلوم  
Institut National des Sciences et Techniques



رقم: 662 / 2023

## إشهاد بنشر مقرر دراسي على المدى

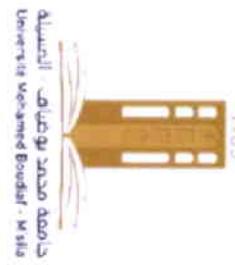
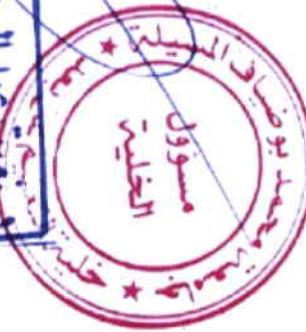
يشهد السيد مسؤول خلية التعليم عن بعد بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة بأن الأستاذ(ة): فاطمة موساوي قام (ت) بنشر دروس للمقرر الدراسي: مطبوعة محاضرات في نظرية الحق لفائدة طلبة السنة: الأولى لليسانس ، تخصص: جذع مشترك حقوق على أرضية التعليم عن بعد Moodle ، وفق المعايير التقنية والليداغوجية المعتمدة للتدریس عن بعد .  
مسؤول الخلية:

المسيلة في: 31/05/2023 04:10:10 ص



أصدرت هذه الشهادة بطلب من المعنى لاستعمالها في خود ما يسمى به القانون.

د.عبد الرحيم



جامعة محمد بوضياف - المسيلة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# مطبوعة بيداغوجية في: نظريه الحق

مقدمة لطلبة السنة أولى حقوق

إعداد الدكتورة:

\* موساوي فاطمة

السنة الجامعية: 2023/2022

# محاضرات في نظرية الحق

نتناول في هذه المطبوعة المحاضرات الآتية:

- المحاضرة الأولى: مفهوم الحق.
- المحاضرة الثانية: أنواع الحق.
- المحاضرة الثالثة: مصادر الحق.
- المحاضرة الرابعة: حماية الحق.
- المحاضرة الخامسة: إثبات الحق.
- المحاضرة السادسة: انقضاء الحق.

## مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله على كل نعمة وفضل، يخلق ما يشاء ويختار، رفع الناس بعضهم فوق بعض درجات لبليوهم، فهذا غني وذاك فقير، خلق الشر وقدره، وخلق الخير وقدره، وما لأحد في الأمور تدبير، فمن أراد الهدى رزق في سبيله التسخير، ومن اختار الصلاة وجد في طرقها التيسير

يغلب عامة على طبع الإنسان الأنانية وحب الذات وهو في الوقت ذاته كائن اجتماعي لا غنى له عن الحياة في المجتمع، لكونه يعجز بمفرده عن الوفاء بمختلف حاجاته وإشباع رغباته، ولذلك لا يعيش بمعزز عن أقرانه ، وقد ترتب عن هذه التناقضات في طبيعة الإنسان التصادم بين المصالح وتفشي الفوضى واحتلال التوازن وانتشار شريعة الغاب، وبالتالي أصبحت الغلبة للأقوى، حيث يملك الكل فعل ما يشاء ولا يملك أحد فعل ما يشاء

وحيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبد.<sup>1</sup>

وهنا توصل الإنسان إلى حقيقة أن الحياة في جماعة تتطلب تنظيم سلوك أفرادها وعلاقتهم عن طريق وضع قواعد تبيّن لكل واحد ما له من حق وما عليه من واجب ، لذا ظهرت الحاجة إلى القانون للحد من حريات الأفراد وإزالة ما فيها من تعارض، وللتوفيق بين مصالحهم، وذلك بعد أن استشعر الأفراد الحاجة إلى قواعد تنظم تصارع المصالح بينهم ، وهو ما لا يمكن تجنبه إلا عن طريق فرض سلوك معين يلتزم به الكافة، مما يحقق النظام والاستقرار في المعاملات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حسن كيرة ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ط1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974 ، ص 1.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط676 ، 1976 ، ص ص 14-15.

المحاضرة الأولى

مفهوم الحق

## المحاضرة الأولى : مفهوم الحق

إن فكرة الحق أو وجوده لم تكن محل إجماع بين الفقهاء قديماً لاسيما الحق الشخصي، حيث وصل البعض منهم إلى إنكار فكرة وجود الحق كلياً، باعتباره مجرد فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة، دخيلة على عالم القانون، ولا تؤيدها المشاهدة ولا التجربة، ومن هؤلاء الفقهاء "دوجي" Duguit الفرنسي، الذي قال بأنه لا وجود للحقوق الطبيعية التي تكون للإنسان باعتباره إنساناً منذ وجوده وقبل قيام المجتمع، بل إن فكرة الحق بمجملها فارغة المضمون ولا معنى لها<sup>1</sup> فالحقوق الطبيعية غير موجودة؛ لأن الإنسان إذا كان منعزلاً أي وحيداً، فلن تكون له حقوق إلا إذا كان معه شخص آخر على الأقل، ومن ثم فإن الحق لابد له من جماعة، يكون البعض أصحاب حقوق الآخرين ملتزمون بها، أما إذا انفرد الشخص فلا يتصور وجود حق؛ لأنه لا يوجد من يلتزم به تجاهه.

كما فكرة الحق فارغة المضمون؛ لأن مقتضى إعطاء صاحب الحق سلطة أمر غيره يعني أن إرادته أسمى من إرادة غيره من الملتزمين بالحقوق التي له، وهذا يعني بدلاله المفهوم أن إراد الغير ناقصة، فإذا فلنا بهذا يعني أننا نقول بدرج الإرادات، إرادة عليا آمرة، وإرادة دنيا خاضعة. وهذا كله غير سليم، لأن جميع إرادات البشر متساوية ولا توجد إرادة أعلى من إرادة، أي أن عدم وجود التدرج في الإرادات يؤدي إلى عدم وجود الحق.

وتأسيساً على ما سبق، وضع Duguit نظريته الموسومة بـ"المركز القانوني"، التي مفادها أن المجتمع لا يعرف إلا القاعدة القانونية، وأن هذه الأخيرة هي التي تضع البعض في مركز إيجابي، والبعض الآخر في مركز سلبي، فصاحب المركز السلبي هو من يكون ملزماً

<sup>1</sup> انظر في هذا المعنى، رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.ت، ص 7-8 إدريس العلوي العبداوي، أصول القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، مطبع قدموس الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 1972، ص 21.

بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وصاحب المركز الإيجابي هو من يستفيد من التزام الطرف الآخر، فيكون للطرفين بمقتضى ما قررته القاعدة القانونية مركزين قانونيين أحدهما إيجابي والآخر سلبيا، وليس حقا والتزما متقابلين.<sup>1</sup>

غير أن فكرة الحق رغم الهجوم الشرس عليها فإنها خرجت منتصرة؛ ذلك أن أفكار منكريها لا تستند إلى حجج قوية<sup>2</sup>، فإنكارهم للحقوق الطبيعية سابقة على قيام المجتمع مردود ويمكن دحضه بسهولة، فالإنسان، منعزلا أو في جماعة، يتمتع بقدرات جسمانية وفكرية، وله حاجيات تلزم لحفظ نفسه والتطوير تلك القدرات، فيستأثر وبالتالي ببعض الأموال، بل وبعض الحقوق المتأتية من طبيعته الذاتية؛ فله الحق في الحياة والحركة... بما يفرض على الغير احترام تلك الحقوق، ومن ثم تكون فكرة الحق هذه سابقة على فكرة الحق بالمعنى القانوني، كما هي سابقة على القاعدة القانونية، والعدل كفيل باحترام تلك الحقوق دونما النظر إلى القانون.

أما بخصوص تدرج الإرادات، فهو من الغلو؛ لأن إرادات الأشخاص في المجتمع متساوية، كما هي إراداتنا الدائن أي صاحب الحق والمدين متساويان، فالحق له قيمة معينة يتعين على الغير احترامها، ولا علاقة للإرادة، من حيث السمو أو الانتهاص، بهذا الشأن. وحتى فكرة المركز القانوني منتقدة، لأنه يستوي الأمر عند القول إن هناك حقا لشخص معين، أو إن هناك قاعدة قانونية تحمي مركزا معينا. ضف إلى ذلك، أن ما كان ينفيه من

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 9-8 إدريس العلوi العبدالاوي، المرجع السابق، ص 20. وانظر لأكثر تفاصيل في المنكري لفكرة الحق: رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص 9-12 إدريس العلوi العبدالاوي، المرجع السابق، ص 22-25.

<sup>2</sup> -- انظر في هذه الردود: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 13-18. إدريس العلوi العبدالاوي، المرجع السابق، ص 25-427 شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص 15-12.

إنكار سمو وانتقاد الإرادة، قد وقع فيه، لأن القول بأن القاعدة القانونية تضع أحدا في مركز إيجابي والآخر في مركز سلبي يعني أن هناك مركز أسمى من مركز، فلهذا أنكره في الحق ولم ينكره في المركز القانوني؟

### المبحث الأول: التعريف بالحق

إذا كان تعريف الحق يعطينا نظرة عامة عليه فإن أول خطوة نقوم بها هي تعريفه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية. ولما كان تعريفه بهذا الشكل لا يوصلنا إلى معرفة كنه الحق وجوهره بوضوح، لزم علينا أن نوضحه ونشرحه من خلال تمييزه عن المصطلحات التي تشتبه به، وهو ما سندرسه في مطلبين منفصلين على التوالي.

#### المطلب الأول: تعريف الحق

من الطبيعي أن يكون لكل مصطلح تعريفاً لغوياً وآخر اصطلاحياً فالتعريف اللغوي مبني غالباً على الشكل، وقد يدخله شيء من الموضوع، بينما التعريف الاصطلاحي، فيهتم أكثر بالجانب الموضوعي للشيء محل التعريف.

والحق كمصطلح لا يخرج عن هذا الأمر، لذا أردنا أن نوضح تعريفه اللغوي في فرع أول، ثم تعريفه الإصطلاحي في فرع ثان.

#### الفرع الأول : تعريف الحق لغة

للحق معان متعددة في اللغة، فهو اسم من أسماء الله تعالى، وهو كما قال الراغب: ((أصل الحق: المطابقة والموافقة كطاقة رجل الباب في حقه لدورانه على الاستقامة))<sup>1</sup>. والحق

<sup>1</sup> - عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهامات التعريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، 1410 هـ-1990، ص 143، محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 25، ص 166.

نقىض الباطل. ونقول: حق الشيء يحق حقاً أي وجب وجوباً. وتقول: يحق عليك أن تفعل كذا<sup>1</sup>: يسوغ، وهو حقيق بكذا: جدير، وأنا حقيق على كذا: حريص. وحقيقة علي ذلك: واجب<sup>2</sup>. والحق: الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره<sup>3</sup>. والحق: العدل، والموت، والملك بكسر الميم، والمال، والصدق...الخ.<sup>4</sup>

من خلال هذا العرض لمعنى الحق، فإننا نجد له دلالتين مختلفتين<sup>5</sup> وفق منظور الموضوع الذي نحن بصدده:

الأول، الوجوب والثبوت، فنقول: حق الأمر أي وجب وثبت وصدق وصح، وهذا نقىض الباطل الذي لا يثبت ولا يصح.

والثاني، الإثبات والإيجاب، وهو المصدر المتعدي لـ: حق. أي أثبتت أو أحق، فصار الشيء عنده لا شك فيه أي صيره حقاً وأوجبه وأثبتته.

وما يتربّ عن هذا في الاستعمال تراه مثلاً في الوجوب والثبوت: من حق فلان أن يفعل كذا أو أن يملك كذا، أي أن هذه الحقوق ثابتة له. وفي الإثبات والإيجاب، أن نقول: هذا المال حق فلان، أو لفلان حق على فلان عليه أن يؤديه.

<sup>1</sup> - الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت.م، ج 3، ص 6.

<sup>2</sup> - مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ص 187.

<sup>3</sup> - علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص 79.

<sup>4</sup> - الزبيدي، المرجع السابق، ج 25، ص 166-167.

<sup>5</sup> - انظر: أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، 1423 هـ - 2003، ص 15-10.

#### الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحا

بخصوص التعريف الاصطلاحي للحق فقد ثار الخلاف بين الشرح حوله ولا يزالون، ويمكن أن نستعرض في ذلك أربعة اتجاهات:

##### أولاً: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق (نظريّة الإرادة)

المذهب الشخصي هو أقدم مذهب في تعريف الحق، وقد ساد في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، يتزعم هذا المذهب الفقيهان الالمانيان ويند شايد وسافيني وجيرك.<sup>1</sup> ويتسم هذا المذهب بالنزعـة الذاتـية أو الشـخصـية، إذ تـقـوم هـذـه النـظـريـة عـلـى أـسـاس فـلـسـفـة "هـيـجل" "Hegel" التي تعتبر أن الإرادة هي جوهر الحق، إذ يرى "سافيني" Savigny أن الحق هو سلطة للإرادة الفردية يحميها النظام القانوني<sup>2</sup>. ويتربـت عـلـى ذـلـك حـسـبـه، أـنـه لا يـتـصـور أـنـ يـثـبـت حق لـلـشـخـص عـلـى نـفـسـه، إـلـا كـان لـه أـنـ يـتـصـرـف فـي نـفـسـه ذاتـها، فـيـعـتـبـر الـانـتـهـار مـثـلاـ يـثـبـت حق لـلـشـخـص عـلـى نـفـسـه، إـلـا كـان لـه أـنـ يـتـصـرـف فـي نـفـسـه ذاتـها، فـيـعـتـبـر الـانـتـهـار مـثـلاـ

أـمـرـاـ مـشـرـوـعاـ<sup>3</sup>. ويـقـول "فينـشـينـد" windscheid أن هذه الإرادة لا تكون بـمـعـزـل عـنـ القـانـونـ فـهـوـ من يـقـرـهـا وـيـرـسـمـ حدـودـهـا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية أ الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، الطبعة الثانية، دار هومة، 2014 ، ص 10

<sup>2</sup> انظر في ذلك: محمد حسن قاسم، محمد السيد الفقي، أساسيات في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص142؛ وحسن كبيرة، المرجع السابق، ص 431، فقرة 227 إدريس العلوى العبدلاوى، المرجع السابق، ص30؛ محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص12، محمد رفت الصباغي، محاضرات في المبادئ العامة في القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 2004-2005، ص 191.

<sup>3</sup> انظر: شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص17.

<sup>4</sup>– V: Jean DABIN, Le droit subjectif, préface de Christian Atias, Dalloz, Paris, 2008, p57. (Reproduction de l'édition de 1952).

فالعبرة في تعريف الحق حسب هذا المذهب هي بالتركيز على على شخص صاحب الحق لذا يعرفونه أنه : " قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص تمكنه من القيام بعمل معين" ، أي أن للحق عنصرين هما:

- عدم إمكان وجود الحق بدون وجود شخص ذي إرادة يستحقه ويباشره.
- و عدم وجود الحق إلا إذا أراد الشخص في حدود القانون.

وقد انتقدت هذه النظرية بسبب أنها تربط الحق بالإرادة، و بأنه إذا كان الحق سلطة إرادية، وجب أن لا يكون لعديمي الأهلية حقوق، وهذا غير صحيح، فلعديم الأهلية حقوق مثل كامل الأهلية مع فروق طفيفة، كما يمكن أن تثبت للشخص حقوق دون علمه، كما في بعض حالات الميراث والوصية اللذان يثبتان للوارث والوصي له دون إرادة من جانبهما، بمجرد وفاة المورث أو الموصي، كذلك إذا كانت الإرادة مناط الحق، وجب اعتبار الوصي مالكا لذمة عديم الأهلية، لأنه هو من يمكنه القيام بأعمال إرادية، وهذا أيضا غير صحيح.

كذلك الحق في الحياة الذي يثبت للشخص بمجرد ميلاده دون تدخل إرادته في ذلك، كذلك حق المضرور في مطالبة مسبب الضرر بالتعويض عما ألحقه به من ضرر، الذي يثبت له بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية ، دون أن يكون لإرادته دخل في ثبوته، إضافة إلى حقوق أخرى كحق الأب في تأديب ابنه الذي يثبت له ولا يستطيع التنازل عنه.<sup>1</sup>

فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، أما استعمال هذا الحق فلا يكون إلا بالإرادة<sup>2</sup>، فالصغير غير المميز قد يصبح مالكا لعقاراً أو منقول رغم عدم توافر الإرادة لديه،

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 13

<sup>2</sup> محمد فريدة زواوي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبوعية ، وحدة الرغائية ، الجزائر ، 1998 ، ص 5

لكنه لا يستطيع التصرف فيه ، ببيعه، أو تأجيره أو هبته ، لكونه عديم الإدراك والتمييز ، لذا وجب أن يتم التصرف عن طريق ممثله القانوني ، من ولی أو وصي.

بالإضافة أن تعريف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يحول دون الإعتراف بنشوء الحق للشخص المعنوي كالشركة والجمعية ، أي أنه ينكر وجود الشخص المعنوي.

فالذهب الشخصي يبين كيفية استعمال الحق دون أن يعرفه ، كما يتعارض تعريفه للحق باعتبار ه قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين مع المنطق إذ من غير المنطقي أن نعرف شيئاً ما بما ينتج عن وجوده.

### ثانياً: الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق (نظريّة المصلحة)

ويترعّمها الفقيه الألماني "إهرنجز" hering في كتابه "روح القانون" ، إذ يرى أصحاب هذا المذهب أن العبرة في تعريف الحق ليست بالنظر إلى إرادة الشخص صاحب الحق، بل هي بالنظر إلى موضوع الحق وغايته التي تتحقق من مباشرته، أي أن هذا المذهب يرى أن المصلحة هي العنصر الجوهرى في الحق وليس الإرادة، فقالوا إن الحق : "مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون" ، لذلك سمي هذا المذهب بالمذهب الموضوعي.

وفقاً لهذا التعريف الحق يقوم على عنصرين، موضوعي وشكلي، يكمن العنصر الموضوعي في الفائدة أو المنفعة ، والفائدة هي المصلحة المادية أو المعنوية التي يتحققها الحق لصاحبها، إذ قد تكون الفائدة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها مادية تقدر بـ مبلغ من المال، عندما يكون الحق مالياً، وتكون الفائدة التي يسعى الشخص إلى الوصول إليها معنوية لا تقدر بالنقود، عندما يكون الحق غير مالي.

أما العنصر الشكلي فهو الحماية القانونية للمصلحة والتي تكون عن طريق الدعوى القضائية.

كما يقوم التعريف الموضوعي للحق على وجوب التفرقة بين ثبوت الحق واستعماله، فالحق يثبت لصاحب المصلحة التي قصد القانون حمايتها ولو استعمله بواسطة شخص آخر، أي أن الإرادة ليست شرطاً لوجود الحق، بل هي شرط لاحق على هذا الوجود يلزم تحقّقها لدى مستعمل الحق إذا ما أراد استعماله<sup>1</sup>.

واعترض على هذه النظريّة على أساس الخلط بين جوهر الحق والهدف منه ، فهي لم تعرف الحق بل كشفت عن الهدف المنشود من ورائه وهو المصلحة، فهي تعرف الحق بغايته ، فالصلحة (إشباعها) هي الغرض الذي يرمي إليه صاحب الحق وليس الحق ذاته، فإذا قلت: "حق ملكي على شيء" ، ليس هو ذاته قوله: "إشباع مصلحتي من هذا الشيء" ، حق الملكية هو الذي يكفل إشباع المصلحة، فلا يصح مثلاً تعريف الجامعه بأنها تنفيذ النشاء، ولا تعريف القضاء بأنه العدل.

كما أن الأخذ بهذا التعريف أن كل مصلحة تقوم على حق ليس صحيحاً، فالصلحة ليست المعيار لوجود الحق، إذ قد توجد المصلحة ويختلف الحق، إذ أن هناك مصالح لا ترقى إلى مرتبة الحق<sup>2</sup>، فالناجر مثلاً له مصلحة في أن لا ينافسه أحد في تجارتة غيره، ولكن القانون لا يقر له حقاً يحمي تلك المصلحة إذا ارتضى هذا الغير منافسته، لأن المشرع يقدر أن صالح الجماعة يقتضي ترك المنافسة الحرة للناس جميعاً.

كذلك، المصلحة هي حكم الشخص على الشيء بأنه مفيد، فهي إذن أمر نفسي ذاتي يختلف من شخص لآخر، وهذا يؤدي إلى أنه لا يمكن حماية الحق قانونياً ما لم يعتبر مفيداً لشخص ما، مما يصعب تنسيق القواعد القانونية.

<sup>1</sup> عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، 1951، ص 13.

<sup>2</sup> أحمد سلامة بدر، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، (مقدمة القانون المدني أو نظرية الحق)، 1969، ص 129

وما يؤخذ على التعريف الموضوعي للحق العجز عن تفسير الواقع القانوني الذي يسلم بإمكانية ثبوت الحق لشخص معين في حين تكون الإفادة مما يمثله من مصلحة لشخص آخر، بالإضافة إلى العجز عن تقديم تعريف دقيق للحق يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية.

#### ثالثا: الاتجاه المختلط في تعريف الحق

أمام الإننقادات الموجهة للمذهب الموضوعي وكذلك المذهب الشخصي بشأن تحديد مفهوم الحق، ظهر تيار ثالث هو المذهب المختلط الذي حاول أن ينهج طريقة وسطاً بين الاتجاهين السابقين، إذ جمع بين كل من عنصري المصلحة والإرادة، فالحق في مفهوم أنصار هذا المذهب هو سلطة أو قدرة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقاً لمصلحة مشروعة يعترف بها ويحميها، ومع ذلك تبقى الاتجاهات مختلفة داخل هذا المذهب بخصوص العناصر التي يقوم عليها مفهوم الحق.

افترق أنصار هذا المذهب في تقدير أهمية كل عنصر بالنسبة إلى العنصر الآخر، فذهب بعض أنصار المذهب المختلط إلى تغليب عنصر المصلحة على عنصر الإرادة، إذ ذهب الفقيه "ميشو" Michoud إلى إعطاء الأولوية للمصلحة، فعرف الحق على أنه: ((مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص، يحميها القانون، حين يعترف لإرادة ما بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها))<sup>1</sup>، فتحت لواء المصلحة تتحرك الإرادة بشكل إيجابي، لتنلعب دورها المزدوج في إنشاء الحق أو الدفاع عنه عند الاعتداء عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>– ((Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenté et de la défendre)).

<sup>2</sup>– V: Jean DABIN, op. cit, p73.

أما البعض الآخر غالب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة، فـ"جيلينيك" Jellinek جعل الإرادة أعلى من المصلحة، فعرف الحق بأنه: ((قدرة إرادية يعترف بها القانون ويحميها، وتجد محلها في مال أو مصلحة))<sup>1</sup>، وقد مال بعض الفقهاء العرب إلى تغليب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة في تعريفهم للحق، حين رأوا أن الحق سلطة أو قدرة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقاً لمصلحة مشروعة يعترف لها بها ويحميها<sup>2</sup>.

أما "سالي" Saleilles فلا يجعل الإرادة تابعة للمصلحة بل يجعلها مستقلة عنها، فتكون لصاحب الحق سلطة شخصية، وعليه فالحق عنده هو: ((سلطة موضوعة في خدمة مصالح ذات طابع اجتماعي، تمارسها إرادة مستقلة))<sup>3</sup> وإذا كان قد وجهت انتقادات معينة للاتجاه الشخصي وكذلك الموضوعي، فإن الاتجاه المختلط في الواقع لم يتقاد هذه الانتقادات بل جمع بينها<sup>4</sup>.

### رابعاً: الاتجاه الحديث

هذا الاتجاه مبني على أساس الاستئثار أو الاختصاص، وهو منسوب إلى الفقيه البلجيكي "جون دابان" Jean DABIN الذي حاول تفادي تعريف الحق من زاوية الإرادة أو المصلحة أو يجمع بينهما، حيث قام بتحليل فكرة الحق وإبراز العناصر المكونة والمميزة له، وتوصل إلى أن جوهر الحق يتمثل في أربعة عناصر، عناصر رئيسيان في تكوين الحق وهما

<sup>1</sup> – le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère (3) social, et exercé par une volonté autonome)). V: Jean DABIN, Ibid, p76. (4) «la puissance de volonté humaine reconnue et protégée par l'ordre juridique, et qui a pour object un bien ou intérêt). V: Jean DABIN, Ibid, p74.

<sup>2</sup> جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون ، 1971 ، ص 275

<sup>3</sup> – V: Jean DABIN, Ibid.

<sup>4</sup> – شكري سرور، المرجع السابق ، ص 21.

الإستئثار والتسلط، وعناصر مساعدان في تكوين الحق بما حجية الحق في مواجهة الغير والحماية القانونية، فعرف الحق بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاه الحق في التصرف متسليطاً على مال معترف له بصفته مالكاً أو مستحقاً له".

و عرفه حسن كبيرة: ( تلك الرابطة القانونية التي بمقتضها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر )<sup>1</sup>

كما حاول الدكتور محمد شكري<sup>2</sup> أن يعرف الحق من خلال جوهره وقوامه مثله مثل الدكتور حسن كيرة، وهو الاستئثار بما يمثله من قيم، وليس من زاوية شخص صاحبه أو الهدف منه، أي أن تكون القيم التي يمثلها الحق بأنواعها، ثابتة لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد، بحيث يمكن لهذا الشخص أن يقول بأن "هذا المال أو هذه القيمة له" كما قال "دابان"<sup>3</sup>. فالرابطه بين هذه الأموال وذوي الشأن في رابطة استئثار أو تملك، سواء كان ذلك الاستئثار مباشرة، أي أن صاحب الحق يصل إلى ما يمثله هذا الأخير من قيمة دون وساطة شخص آخر، وهذا في الحقوق العينية، أم كان الاستئثار غير مباشر، لا يتأتى إلا بتدخل شخص آخر، وذلك في الحقوق الشخصية.

كذلك يستوي أن تتمثل هذه القيمة في أشياء مادية خارجية، كالعقارات أو المنشآت، أو في أشياء معنوية غير منفصلة عن شخص صاحب الحق، كنتاج فكريه. وأيضا يمكن أن يرد الاستئثار على قيم مما لا يمكن تقديره بمال، وذلك في حقوق الشخصية، كالحق في الحياة.

<sup>1</sup> - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 441.

<sup>2</sup> - شكري سرور، المرجع السابق ، ص 21-24.

<sup>3</sup>— Jean DABIN, *Ibid*, pp 80–81.

وعليه فتعريف الحق عنده أنه: ((مركز قانوني، يخول من ينفرد به - في حدود القانون- أن يستأثر بمصلحة ما، إما بالحصول عليها مباشرة من التسلط على شيء، أو باقتضائها من يكون في مركز المكلف بترتيبها))<sup>1</sup>

على أن عبد الحي حجازي يعرف الحق من خلال أسس معينة يقوم عليها هي<sup>2</sup>:

- شخص معين هو صاحب الحق.

- شخص عليه واجب قانوني.

- مصلحة هي محل الحق.

- قاعدة قانونية باعتبار القانون هو المصدر المثالي للحق، وليس مصدره المادي أو الواقعي.

- سلطة يمنحها القانون للشخص يستطيع بها أن يعمل التحقيق مصلحته.

ومن خلال هذه العناصر عرف الحق بأنه: ((سلطة قانونية، مستمدة من علاقة شخصية، تخول لشخص أن يطالب شخصا آخر أو عدة أشخاص بتحقيق مصلحة ما طوعا أو كرها))<sup>3</sup>

والأرجح التعريف الأول على الثاني، لأن هذا الأخير لا يقرر عنصر الاستئثار الذي يميز الحق بما يقرب منه، كما أن القول بأن الحق مستمد من علاقة شخصية، قول غير دقيق؛ لأنه ليس دوما مستمدًا من علاقة شخصية، لكن هذا لا يعني أننا نسلم به، لأنه عرف الحق من خلال عنصرين فقط يمثلان جوهر الحق، وهما عنصر الاستئثار وعنصر التسلط. بناء على هذا النقد، كان لابد من إيجاد تعريف أشمل من تعريف الدكتور شكري وفاء الدكتور عبد المنعم فرج الصدة وعرف الحق من خلال العناصر الأربع المتمثلة في:

<sup>1</sup> - عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، د.د.م، 1950-1951، ص 15.

<sup>2</sup> - شكري سرور، المرجع السابق ، ص 38.

<sup>3</sup> - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 15.

- الاستئثار

- التسلط

- وجوب احترام الناس لهذا الحق، واستطاعة صاحبه اقتضاء هذا الاحترام

- الحماية القانونية.

ومن ثم كان تعريفه للحق كما يلي: ((هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية)).

فهذا التعريف لم يقتصر على إظهار جوهر الحق بل تدعى به إلى ذكر مقتضياته والغاية منه. ووافقه في ذلك البدراوي حين عرف الحق تعريفا مختصرا وشاملا بقوله: ((الحق اختصاص أو استئثار شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون)).

**المطلب الثاني: تمييز الحق عما يشتبه به**

يشتبه الحق كمصطلح قانوني بعده مصطلحات قانونية أخرى، أهمها: المصلحة، السلطة، المكنته، الحرية، والرخصة.

### الفرع الأول: الحق والمصلحة

المصلحة في الغرض العملي من الحق وليس الحق ذاته، فكل حق ينطوي على مصلحة، ولكن ليست كل مصلحة توجد ضمن حق، إذ هناك ما يسمى بالمصالح المشروعة التي يحميها القانون دون أن يعطي صاحب المصلحة الوسيلة لتحقيق هذه الحماية عندما لا تقوم الدولة به<sup>1</sup>، مثل القمار والرهان الرياضي، فهو محمي قانونا، ولكن لا يجوز للأفراد أن يتلقوا على المقامرة أو الرهان منفردين!

---

<sup>1</sup> - عبد الحي حجازي، المرجع السابق ، ص 15

#### الفرع الثاني : الحق والسلطة

كل حق لا بد أن ينطوي على سلطة، ولكن قد توجد سلطة دون حق، كسلطة الوصي أو النائب. كما أن الحق يقابلها واجب على شخص آخر، أما السلطة فلا يقابلها واجب، بل قد يوجد واجب على عاتق صاحب السلطة، فتكون السلطة حينها وسيلة لتنفيذ هذا الواجب، كسلطة الأب على ولده، فهي تخلق واجب الرعاية والإنفاق على الأب تجاه ولده. إضافة إلى أن السلطة تستوجب الإرادة لمباشرتها، بينما يمكن أن اكتساب الحق دون وجود الإرادة عند صاحبها مثل عديم الأهلية، حيث يباشر السلطات التي تنشأ عن هذا الحق وليه أو وصيه.

#### الفرع الثالث: الحق والمكنته

المكنته<sup>1</sup> هي الميزة التي ينطوي عليها الحق وليس الحق ذاته، ففي حق الملكية يكون للملك مكنته الانتفاع مباشرة بالشيء المملوك له، وفي الحق الشخصي يكون للدائن مكنته مطالبة المدين بالدين. كما أن الحق ذو طابع مستقل، حيث ينشأ من العلاقة القانونية، ثم يستقل بعد ذلك عنها، فعقد البيع مثلاً ينشئ للمشتري حقاً عينياً هو حق الملكية، ولكنه بمجرد أن ينشأ هذا الحق يصبح له وجوده المستقل عن عقد البيع، أما المكنته فتشمل الحق وتبقى ما بقي الحق، فهي تابعة له في الوجود والانقضاء وليس مستقلة

#### الفرع الرابع: الحق والحرية

الحرية لا تحوي فكرة الاستثنار أو الانفراد، فالحريات يتمتع بها الكافة على قدم المساواة، وتفترض وجودهم جميعاً في المركز نفسه بالنسبة لها، كحرية العقيدة، وحرية الزواج، وحرية السير في الطرق العامة... الخ. فالحرية هي سلطة الشخص في أن يتصرف حسب تقديره

<sup>1</sup> - المكنته بفتح الميم وكسر الكاف (مكنته)، أو بضم الميم وتسكين الكاف (مكنته).

الشخصي، ولذلك فحلها أو موضوعها غير محدد أو غير واضح، فهي مجرد أوضاع عامة

غير منضبطة ولا واضحة المعالم<sup>1</sup>

#### الفرع الخامس : الحق والرخصة

قد يترك القانون للشخص أحياناً خياراً محدوداً بين عدة بدائل محددة، بقصد إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، ففي هذه الحالة نقول إن هذا الشخص يتمتع برقاقة، إذن فالرخصة هي نوع من القدرة القانونية على الاختيار، ومثال ذلك الشفعة في بيع العقار، حيث سمح القانون لبعض الأشخاص الحلول محل مشتري العقار وأخذ المبيع بالشفعة، أو تركه للمشتري.

وتتشابه الرخصة مع الحق في أن كليهما يستند إلى القانون في وجوده، ولكن تختلف عن الحق في أن مجالها يكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية وليس في مرحلة آثار هذه المراكز.

<sup>1</sup> - شكري سرور، المرجع السابق، ص24.

**المحاضرة الثانية**

**أنواع الحق**

## المحاضرة الثانية: أنواع الحق

الحق فكرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين. وللحق أنواع وتقسيمات فهو يختلف بإختلاف موضوعه ومضمونه وأطرافه ، وقد إختلف تقسيمات الحق من فقيه إلى آخر فمنها حقوق سياسية ومدنية وحقوق عامة وخاصة وحقوق عائلية ومالية وحقوق شخصية وأدبية ومعنوية.

### المبحث الأول : تقسيم الحقوق إلى سياسية وحقوق مدنية.

هذا التقسيم قائم على التفرقة بين الحقوق التي يتمتع بها الفرد بإعتباره عضوا في المجتمع الإنساني الكبير ذلك المجتمع اللامحدود الذي يشمل العالم كله بكافة دوله أيا كانت أنظمة الحكم فيها ، تلك الحقوق التي تسمى حقوق الإنسان إذ يتمتع بها كل إنسان في أية دولة بغض النظر عن جنسيته حتى ولو كان عديم الجنسية ، فنفرق بينها وبين نوع آخر من الحقوق التي يتمتع بها الإنسان في وطنه أي في مجتمع سياسي محدود في دولته بإعتباره عضو في الشعب الذي يعتبر أحد عناصر الدولة الأساسية فالجنسية رابطة سياسية تربط الفرد بدولته التي يحمل جنسيتها وينتمي إلى شعبها ولهذا فإن له حقوقا بمقتضاه يمكنه أن يساهم في سياسة دولته.

ومن هذا فإن الحقوق السياسية في كل دولة تكون قاصرة على المواطنين دون الأجانب ، أما الحقوق المدنية أو الإنسانية فيتمتع بها المواطنين والأجانب على السواء كقاعدة عامة فالجنسية هي معيار التمييز بين من يثبت لهم حقوق سياسية ومن لا يثبت لهم تلك الحقوق.<sup>1</sup>

### المطلب الأول : الحقوق السياسية.

<sup>1</sup> - إسحاق إبراهيم منصور : نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، الطبعة السابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004 ، الجزائر ، ص 283.

وهي الحقوق التي يتمتع بها المواطن دون الأجنبي وأهمها.

• حق الإنتخاب :

وهو أن يكون للمواطن في سن معينة أن يدللي بصوته في اختيار أحد المرشحين ،ويكون لرأيه الفردي أثره في اختيار من يتولى سلطة عامة بالنيابة عن أفراد المجتمع السياسي الذي يعيش فيه.

• حق الترشيح :

وهو أن يكون للمواطن الحق أن يرشح نفسه ليتولى سلطة عامة في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته إنتماء سياسياً وذلك يكون دائماً متوقفاً على توافر شروط معينة يحددها القانون.

• حق تولي الوظائف العامة :

وهو أن يكون للمواطن متى إستوفى الشروط التي تحددها قوانين الدولة أن يتولى أية وظيفة عامة في مراقب الدولة سواء كان ذلك التعيين يتم عن طريق المسابقة أو الإختبار

• حق الحماية في الخارج :

وهذا يعني أن كل دولة تحمي الحقوق الإنسانية لكل إنسان يعيش على ترابها سواء كان مواطناً أو أجنبياً وذلك في داخل حدودها وإقليمها ، وتلتزم الدولة أيضاً بحماية مواطنيها حتى لو كانوا خارج إقليمها فيمكن لكل مواطن أن يلجأ إلى سفارة دولته أو قنصليتها في دولة أجنبية طالباً الحماية أو المعاونة في حالة تعرضه لخطر ، وهذا الحق لا يشارك المواطنين فيه أي إنسان من جنسية أخرى

وهذه الحقوق السياسية تقابلها واجبات أو إلتزامات سياسية تكون واجبة وملزمة للمواطنين

دون الأجانب وهي :

• واجب الولاء :

يلتزم المواطن بواجب الولاء لدولته ويخلص هذا الواجب في العمل دائماً على المحافظة على أمن الدولة الداخلي والخارجي، ولهذا يعتبر المواطن خائناً ومرتكب لجريمة الخيانة العظمى ويعاقب بالإعدام إذا قام بعمل من شأنه المساس بأمن الدولة أو أفشى أسرارها العسكرية أو الإقتصادية أو أضر بأمنها القومي، في حين أن الأجنبي لو ارتكب نفس الأفعال يعتبر جاسوساً لأن الأجنبي ليس ملزماً بواجب الولاء لأي دولة أخرى غير دولته ويعاقب بنفس العقوبة أو أقل منها.

• **واجب أداء الخدمة الوطنية :**

إذ يلتزم كل مواطن في سن معينة بالخدمة العسكرية لفترة يحددها القانون.

• **تلبية نداء الدفاع عن الوطن :**

في حالة الحرب والتهديد بالحرب يلتزم المواطنون بحمل السلاح للدفاع عن الوطن خلافاً للخدمة الوطنية.

**المطلب الثاني : الحقوق المدنية.**

الحقوق المدنية يتمتع بها الإنسان بإعتباره فرداً في المجتمع ويستوي في ذلك الوطني والأجنبي ومن لا جنسية له، أو هي كافة الحقوق التي تثبت لكل فرد بإعتباره إنساناً بعد إستبعاد الحقوق السياسية، ولهذا يطلق عليها الحقوق المدنية أو الحقوق الطبيعية لأنها تثبت لكل شخص طبيعي بغض النظر عن جنسيته، ويطلق عليها البعض حقوق شخصية لأنها تثبت للشخصية الإنسانية وتتصل بالشخصية القانونية للفرد بكل ما يخصه من مميزات الشخص الطبيعي.

### المبحث الثاني : تقسيم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة و خاصة.

بوجه عام الحقوق المدنية بعضها يثبت لكافه الناس على قدم المساواة مثل حق الحياة و حق سلامه الجسم وغيرها ولذلك تنص الدساتير عادة على إقرار تلك الحقوق و تنص قوانين العقوبات على تجريم و عقاب أي إعتداء عليها لعامة الناس فحق التقاضي و حق المساواة أمام القانون مكفولان للناس عامة ، فالقتل مثلاً إعتداء على حق الحياة و عقوبته واحدة أيها كان المجنى عليه وطنياً أو أجنبياً ، صغيراً أو كبيراً ، غنياً أو فقيراً ، ذكراً أو أنثى ، فالقانون يحمي أفراد الجنس البشري كافة.

غير أن هناك بعض الحقوق وإن كانت يمكن أن تثبت للناس عامة ، لكنها تختلف من حيث مداها و مضمونها وأثرها القانوني ومن شخص إلى آخر ، ولهذا يطلق عليها الحقوق الخاصة مثل حق الإرث فهو يثبت للأزواج و الفروع والأصول والأقارب فقط من أسرة المتوفي ، وبالتالي لا يثبت لغيرهم من عامة الأفراد ، وكذلك حق الزوج على زوجته في طاعته فهو حق خاص لا يشاركه فيه أخوه أو أبوه مثلاً وبالتالي لا يثبت لغيره من الأفراد ومن أنواع الحقوق العامة والخاصة ما يلي<sup>1</sup> :

#### المطلب الأول : الحقوق العامة أو الملتصقة بالشخصية أو حقوق الشخصية .

وهي الحقوق المتعلقة بالشخص ، و تثبت له بمجرد وجوده باعتباره إنساناً ، تسمى أيضاً حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية ، ومن بين هذه الحقوق حق الشخص في سلامه جسمه ، و سلامه كيانه الأدبي أو المعنوي و حق الشخص في حرمة الحياة الخاصة ، كما تشمل الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية مثل حق التنقل من جهة لأخرى و من دولة لدولة و حق حرمة المسكن

<sup>1</sup> - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 287.

وحق صيانة الأسرار الشخصية في الخطابات والبرقيات والإتصالات الهاتفية وحق الفرد في حماية أمواله العقارية والمنقوله سواء المادية أو الذهنية من الإعتداء عليها. ومعيار التفرقة بينها وبين الحقوق الخاصة هو أن الحقوق العامة تثبت لكافه الناس على قدم المساواة.

**الفرع الأول: حق الشخص في سلامه جسمه:** وهو أساس مبدأ حرمة الجسد، الذي يعاقب على كل مامن شأنه إلحاد الأذى بجسم الشخص، كأفعال الجرح والضرب وأعمال العنف العمدية والتعذيب.

إذ لا يجوز للغير الإعتداء على جسم الشخص، فلا يجوز لأحد أن يتعدى على آخر بالقتل أو الجرح وما شابه ذلك، ولا عوقب جنائياً ومدنياً.

### **المطلب الثاني : الحقوق الخاصة.**

ويقصد بها جانب من الحقوق المدنية تقررها وتحميها نصوص القانون الخاص بفروعه، فهي قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد ولكنها تختلف من فرد إلى آخر بحسب الحالة الشخصية أو الحالة المدنية فمعيار التفرقة بينها وبين الحقوق العامة، هو أن الحقوق الخاصة وإن كانت فرعاً من الحقوق المدنية كالحقوق العامة، إلا أنها تختلفها من حيث أنها تثبت للأفراد بأقدار متفاوتة بحسب أحوالهم الشخصية والمدنية فهي ليست متساوية لجميع الأفراد بالطبع.

ولعل سبب اختلاف الحقوق الخاصة من فرد إلى آخر يكمن في أنها تقوم أحياناً على أسس عائلية كروابط القرابة أو المعاشرة بين العائلات وأحياناً تقوم على أساس الذمة المالية لكل فرد على حده في العائلة الواحدة، فهي تتميز عن الحقوق العامة بصفة معينة هي صفة

الخصوصية ، فالحقوق التي يكون أساسها روابط أسرية أو علاقات الزواج والمصاهرة يطلق عليها الحقوق العائلية.

أما الحقوق التي يكون أساسها الذمة المالية إيجاباً أو سلباً يطلق عليها الحقوق المالية.

**المبحث الثالث : تقسيم الحقوق الخاصة إلى حقوق عائلية ومالية.**

**المطلب الأول : الحقوق العائلية.**

يطلق عليها أيضاً حقوق الأسرة وينص عليها عادة القانون الخاص في أحد فروعه فهي مزايا أو قدرات أو سلطات تقرها وتحميها قواعد قانون الأحوال الشخصية على أساس الروابط العائلية مثل صلات القرابة المباشرة وقرابة الحواشي وصلات الزواج والمصاهرة ومثال ذلك حق الإرث وأساسه صلات القرابة والمصاهرة أو الزواج ، وحق تأديب الزوج لزوجته وحق طاعتها له وحقها في إنفاق الزوج عليها وأساسها رابطة الزواج ، وحق الأب في تأديب إبنه وحق الإبن على أبيه في تربيته وأساسها صلة القرابة المباشرة أي صلة الفرع بأصله أو صلة الأصل بفرعه وحق حمل إسم العائلة وحقوق الولاية والوصاية والقوامة وغيرها ، وهذه الحقوق الأسرية أو العائلية ليست حقوقاً مالية بحسب طبيعتها أو أصلها فأساسها الروابط العائلية.<sup>1</sup>

ولذلك يعبر عنها بالحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال وبذلك فهي خارجة عن دائرة التعامل فلا يجوز بيعها أو شراؤها أو إستغلالها أو إستثمارها أو التنازل عنها لشخص آخر بمقابل أو حتى دون مقابل ، وإن أدت إلى إكتساب أو الإلتزام بحقوق مالية فلا يغير من طبيعتها فهي ثابتة على أصلها أي بإعتبارها حقوق غير مالية وهو أثر من أثارها وليس تعديلاً في طبيعتها القانونية ولا في وصفها القانوني.

<sup>1</sup> - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 289.

**المطلب الثاني : الحقوق المالية.**

ويطلق عليها الأموال لأنها تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال والحقوق المالية تتصـلـ إليها وتحميـها قوـاعدـ القانونـ المـدنـيـ بـصـفـةـ أـسـاسـيـةـ وكـثـيرـاـ ماـ تـحـمـيـهاـ قـوـاعدـ القانونـ الجنـائـيـ.

**المبحث الرابع : تقسيم الحقوق المالية إلى عينية وشخصية ومعنىـةـ.**

لـلـحقـوقـ المـالـيـةـ قـدـراتـ وـمـزاـياـ تـحـقـقـهاـ قـوـاعدـ القـانـونـ الـخـاصـ وـذـكـرـنـاـ مـنـ قـبـلـ أـنـهـ يـعـبـرـ عـنـهـ بـالـأـمـوـالـ لـأـنـهـ تـقـوـمـ بـالـنـقـدـ وـتـدـخـلـ فـيـ دـائـرـةـ التـعـاـلـ وـمـحـلـهـ الـأـشـيـاءـ وـالـأـعـمـالـ وـيمـكـنـ تـقـسـيمـهـ إـلـىـ :

**المطلب الأول : الحقوق العينية.**

هي قـدـراتـ أوـ إـمـكـانـيـاتـ أوـ مـزاـياـ أوـ سـلـطـاتـ مـبـاـشـرـةـ يـقـرـرـهـ القـانـونـ لـشـخـصـ معـيـنـ عـلـىـ شـيـءـ مـحـدـدـ بـذـاتـهـ فـيـسـتـطـيـعـ صـاحـبـ الـحـقـ بـمـاـ لـهـ مـنـ قـدـرـةـ عـلـىـ الشـيـءـ أـنـ يـسـتـعـمـلـ حـقـهـ القـانـونـيـ عـلـىـ ذـلـكـ الشـيـءـ بـذـاتـهـ وـسـاطـةـ شـخـصـ آـخـرـ لـأـنـ سـلـطـتـهـ مـبـاـشـرـةـ ،ـوـلـتـفـرـقـةـ بـيـنـ الـحـقـوقـ الـتـيـ تـكـوـنـ لـلـشـخـصـ عـلـىـ شـيـءـ لـهـ سـلـطـةـ مـبـاـشـرـةـ عـلـىـ الشـيـءـ وـبـيـنـ الـحـقـوقـ الـشـخـصـيـةـ الـتـيـ تـكـوـنـ لـلـشـخـصـ معـيـنـ عـلـىـ شـيـءـ مـحـدـدـ بـذـاتـهـ وـلـكـنـ سـلـطـتـهـ عـلـىـ الشـيـءـ تـكـوـنـ غـيرـ مـبـاـشـرـةـ أـيـ لـابـدـ مـنـ توـسيـطـ شـخـصـ آـخـرـ هـوـ الـمـدـيـنـ أـوـ الـمـلـتـمـ بـالـحـقـ حـتـىـ يـسـتـطـيـعـ صـاحـبـ الـحـقـ مـبـاـشـرـةـ قـدـرـتـهـ عـلـىـ ذـلـكـ الشـيـءـ وـتـقـسـمـ الـحـقـوقـ الـعـيـنـيـةـ الـمـبـاـشـرـةـ إـلـىـ :

**الفرع الأول : الحقوق العينية الأصلية.**

الـحـقـوقـ الـعـيـنـيـةـ الـأـصـلـيـةـ لـهـ وـجـودـ مـسـتـقـلـ فـهـيـ لـاـ تـتـعـلـقـ بـأـيـ حـقـ آـخـرـ وـلـاـ يـرـتـبـ وـجـودـهـ أـوـ قـيـامـهـ بـوـجـودـ أـوـ قـيـامـ أـيـ حـقـ غـيرـهـ وـأـهـمـ الـحـقـوقـ الـعـيـنـيـةـ هـيـ :

• حق الملكية :

هو أوسع الحقوق العينية الأصلية من حيث مداه وآثاره لأن الشخص صاحب حق الملكية سواء كان شخصاً طبيعياً أو إعتبرياً يتمتع بصور ثلاثة هي حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف.

• حق الإنفاق :

هو حق عيني يقع على شيء إستعماله مملوك للغير سواء كان عقاراً أو منقولاً يخول لصاحبه إستعمال ذلك الشيء أو إستغلاله لمدة محددة وينتهي هذا الحق بموت المنتفع حتماً أو بانتهاء مدته أو بهلاك الشيء محل الإنفاق.<sup>1</sup>

- ويلتزم المنتفع برد الشيء إلى صاحبه مالك الرقبة في نهاية مدة الإنفاق به على أن يكون حالة صالحة للإنفاق به.

- ويكتسب حق الإنفاق بالتعاقد وبالشفعة وبمقتضى القانون وبالوصيحة حسب المواد من 844 إلى 854 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>

- يختلف عن حق الإستئجار لأنه عيني بينما الإيجار حق شخصي والعلاقة للمنتفع بالعين محل الحق علاقة مباشرة بينما علاقة المستأجر بالعين المؤجر غير مباشرة حيث يتوسطها المؤجر دائماً.

• حق الإرتفاق : وهو الحق الذي يتقرر قانوناً وترتبط بناءً عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة أو الإرتفاق.

<sup>1</sup> - محمدي فريدة - زواوي - : المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبوعة ، 1998 ، الجزائر ص 25.

<sup>2</sup> - المادة 844 من القانون المدني.

### الفرع الثاني : الحقوق العينية التبعية.

وهي تلك الحقوق العينية التي لا تقوم إلا تبعاً لحق آخر أي مرتب بحق آخر غيرها فلا يتصور قيامها مستقلة كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية ،كما يمكن أن نقول أن الحق العيني التبعي هو حق عيني لشخص معين على شيء محدد وتكون بموجبه قدرة لذلك الشخص على ذلك الشيء مباشرة دون وساطة شخص آخر غير أن ذلك الحق العيني التبعي لا يقوم ولا يكون ولا يترتب إلا تابعاً لحق آخر هو دائماً حق شخصي متبع ،ومن أهم الحقوق العينية التبعية ما يلي :

#### • حق الرهن :

ينصب حق الرهن مباشرة على شيء ،أي يكون محله شيئاً ويكون الرهن دائماً ضماناً للوفاء بحق شخصي ،وحق الرهن يقوم في الرهن الحياني ويجوز أيضاً في الرهن الرسمي للعقارات أن يترتب حق الرهن ضماناً لدين يعتبر من الحقوق الشخصية.

#### المطلب الثاني : الحقوق الشخصية.

الحق الشخصي هو قدرة أو إمكانية مقررة قانوناً لشخص على شخص آخر يكون ملتزماً بالقيام بعمل أو الإمتاع عن عمل ،والإمكانية التي يتمتع بها صاحب الحق في كافة الحقوق الشخصية هي القدرة المباشرة على الشخص الملزם بالحق لـإجباره على نوع من العمل أو لـإجباره على إعطاء شيء ،وحتى لو كان محل الحق إعطاء شيء أو كان محله القيام بعمل وكان ذلك العمل هو الوفاء بدين ففي مثل هذه الحالات لا تكون لصاحب الحق علاقة مباشرة بالشيء محل الحق بل يكون إتصاله بالشيء عن طريق شخص آخر هو المدين ،وكلقاعدة عامة فإن علاقة الدائن بالشيء في كل حق شخصي تكون غير مباشرة وأن قدرته على الشيء أو سلطته عليه تكون غير مباشرة أيضاً ،وهذا هو الفرق بين القوقي الشخصية

وبين الحقوق العينية ، حيث تكون فيها إمكانية الدائن على الشيء مباشرة في إستعماله أو إستغلاله أو التصرف فيه دون وسيط ، ويمكن أن نستنتج قاعدة أخرى مفادها أن الحق الشخصي للطرف الموجب يقابله دائما إلتزام شخصي على الطرف السالب.

ولهذا تكون العلاقة دائما في الحقوق الشخصية قائمة بين شخصيتين قانونيتين سواء كانت أشخاصا طبيعية أو إعتبارية عكس العلاقة في الحقوق العينية فهي تقوم دائما بين شخصية قانونية وشيء .

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي يكون محلها القيام بعمل أن يكون للمشتري الحق في إسلام المبيع و مقابل ذلك الحق إلتزام البائع بتسليم ذلك الشيء المبيع.

أما الحق الشخصي الذي يكون محله الإمتاع عن عمل فمثلاه أن يلتزم أحد الرياضيين بعدم القيام بمباريات لحساب أي نادي رياضي خلاف النادي المتعاقد معه على ذلك.

أما الحق الشخصي الذي يكون محله إعطاء شيء هو حق المضرور في أن يدفع إليه التعويض المناسب من مرتكب الفعل الضار .

ويمكن أن نستخلص الفوارق التالية بين الحق الشخصي والعيني :

• من حيث الأطراف :

طيف الحق شخصان هما الدائن والمدين ، أما الحق العيني فله طرف إيجابي هو صاحب الحق أما الطرف السلبي فهو شيء وليس شخصا .

• من حيث المضمون :

الدائن في الحق الشخصي له سلطة أي قدرة على شخص آخر فيجبره على أداء عمل أو الإمتاع عن أداء عمل معين أو على إعطاء شيء وحتى لو قام الملتم بـإعطاء الشيء لصاحب الحق يصبح له سلطة على الشيء ولكنها غير مباشرة لولا تدخل المدين بالدرجة

الأولى لما تحققت قدرته أو تمكنه من الشيء محل الحق بالدرجة الثانية ،فالفارق أن الدائن في الحق العيني له سلطة مباشرة على الشيء دون تدخل من الغير.

• من حيث الآثار القانونية :

أولاً: الحق العيني يخول صاحبه ميزتين هما حق التتبع وحق الأفضلية أو الأولوية.

1/ حق التتبع :

أن الحق العيني على الشيء محل الحق العيني يستطيع أن يتبع ذلك الشيء في أية يد أخرى فيسترد من أي حائز آخر بمقتضى سلطته على الشيء محل الحق العيني ومثال ذلك مالك السيارة يستطيع أن يستردتها ممن سرقها وممن إشتراها أو إرتهنها من ذلك السارق .

2/ حق الأفضلية :

يكون حق الأفضلية أو الأولوية في الحقوق العينية وبموجبه يكون صاحب هذا الحق مفضلاً وتكون له الأسبقية أو الأولوية في إستيفاء حقه قبل غيره من الدائنين ،ومثال ذلك الدائن المرتهن لعقار أو منقول يكون له الحق في إستيفاء دينه عند بيع الشيء محل الرهن وما تبقى من ثمن المرهون يكون لغيره من الدائنين .<sup>1</sup>

أما الحقوق الشخصية فلا يتمتع صاحبها بأي هاتين الميزتين بل يكون له أن يطلب حق إختصاص من المحكمة عند التنفيذ يخضع للنصوص القانونية التي تحدد دوره فيما بين حقوق الإمتياز عند التنفيذ.

ثانياً/ التنازل عن الحق الشخصي كحق الدائنية

مثلاً فلا يجوز التنازل عنه برضاء المتنازل عن الحق والمتنازل له عنه بل لابد من موافقة المدين أيضاً أو إبلاغه بذلك في حالة الحق المدني كقاعدة عامة في المواد المدنية لتسري

<sup>1</sup> - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ،ص 296.

الحالة على المدين ،أما التنازل عن الحق العيني فلا تلزم فيه موافقة طرف ثالث بل يكفي برضاء المتنازل له وصاحب الحق دون غيرهما.

ثالثاً: التقادم قد يؤدي أحياناً لإنقاص الحق العيني كما هو الحال في الحيازة المكسبة للملكية ،فالتقادم لا يؤدي إلى زوال الحق العيني أو إنقضائه ،أما الحق الشخصي فهو لا يكتسب بالتقادم أبداً بل على العكس فإنه يتقادم بمضي 15 عاماً في حق الدائن حسب نص المادة 308 من القانون المدني.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث : الحقوق المعنوية.

وهو قدرة يقرها وتحميها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الغني أياً كان نوعه فيكون له الإحتفاظ بنسبة ذلك الإنتاج إليه دائمًا وتحتكر المنفعة المالية التي تنتج من إستغلاله.

أما حقوق المخترعين في المجالات التقنية ك أصحاب الأسماء التجارية فهي حقوق أدبية ولكنها تدرس في القانون التجاري ،والحقوق المعنوية تقترب من حق الملكية ولكنها لا تنصب على ماديات ،بمعنى أن محل الحق المعنوي لا يكون شيئاً مادياً ملمساً ،إنما هو شيء معنوي يمكن تصوره فقط ،لذلك نقول بأن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي وله طابع مالي في نفس الوقت ، فهو يخول لصاحب حق إستغلاله حق إستثمار إنتاجه الفكري بل والتصرف فيه بالبيع غير أن التصرف قاصر على الشق الإستغلي من الحق دون الشق الأدبي.

وقد قال جانب من الفقهاء بأن الحق المعنوي يعتبر حقاً عيناً كحق الملكية ومن المعلوم أن حق الملكية يكون محله عقاراً أو منقولاً على السواء ويكون قابلاً للتصرف ،وقال البعض بأنه حق الشخصية ومحله المنقول غير المادي والحق المعنوي يعتبر مقولاً معنواً

<sup>1</sup> - المادة 308 من القانون المدني.

ولطن الحقوق الشخصية غير قابلة للتعامل فيها ،ويرى جانب آخر أن الحق المعنوي من نوع خاص فهو ليس حقا عينيا يقع على عقار أو منقول مادي وهو أيضا ليس حقا شخصيا لأن محله ليس أداء عمل ولا الإمتاع عن عمل شخصي. الراجح في الفقه أنه حق له طبيعة قانونية خاصة ويستند هذا الرأي إلى أن التشريعات تنص على اعتباره كذلك ويصدر عادة قانون خاص يتضمن أحكام الحقوق الشخصية المعنوية مستقلا عن الحقوق العينية والشخصية

التي ينص عليها عادة القانون المدني.<sup>1</sup>

وكما هو معروف الحق هو لمزية أو القدرة أو السلطة التي يقرها القانون ويحميها ، وأنواع الحقوق تختلف بإختلاف موضوعه ومضمونه وأطرافه ، وما يهمنا هو الحقوق المدنية التي تنشأ بين الأفراد في علاقة بعضهم البعض أو بين الأفراد والدولة أو إحدى مؤسساتها بإعتبارها شخصا معنويا وبذلك تقسم الحقوق إلى حقوق سياسية ومدنية وحقوق عامة وخاصة وحقوق عائلية ومالية وحقوق شخصية وأدبية ومحنة

<sup>1</sup> - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ،ص 298.

**المحاضرة الثالثة**

**مصادر الحق**

### المحاضرة الثالثة : مصادر الحق

لقد ظهرت ثلاثة اتجاهات حاول كل منها وضع تعريف للحق وان كان كل اتجاه قد ركز في تعريفه على جانب معين من جوانب الحق،

أولاً: الاتجاه الشخصي الذي ينظر إليه من ناحية صاحبه

ثانياً: الاتجاه الموضوعي وينظر إليه من ناحية الغاية منه

ثالثاً: الاتجاه المختلط ويجمع في تعريف الحق بين عنصري الإرادة والمصلحة

وكل الاتجاهات لم تسلم من النقد ولا شك أن لهذا الحق مصادر ويقصد بمصدر الحق الواقعة المنشئة له وهي كل أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً فالقانون وان كان هو المصدر غير المباشر لجميع الحقوق إلا انه لا يتدخل مباشرة لترتيب الحقوق والالتزامات إنما يتدخل بعد حدوث واقعة معينة تكون سبباً مباشراً للحق او الالتزام والواقع على هذا النحو يرتب عليها اما نشوء حق او التزام جديد او انقضاء حق او التزام او انتقال حق او التزام ، فما هي هذه الواقع المنشئة للحقوق؟ .

#### المبحث الأول: الواقع القانونية<sup>1</sup>

وهو كل حدث مادي أو كل فعل مادي يترتب عن وجوده أثر قانوني معين ، وهو اكتساب شخص لحق. . . والواقع القانونية قد تكون من عمل الطبيعة أو من عمل الإنسان (الأعمال المادية)

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظريّة القانون، نظريّة الحق)، ص 128، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2006.

### المطلب الأول: الواقع الطبيعية<sup>1</sup>

وهي حوادث تطرأ بفعل الطبيعة دون أن تكون لإرادة الإنسان دخل فيها ، فتكون سببا في اكتساب الحق الذي ينشأ مباشرة بوقوع حادث من الأحداث الطبيعية كالميلاد والوفاة. فالميلاد: يترتب على قيامه نشوء حقوق قانونية ، كالاسم العائلي . ثبوت النسب وأهلية الوجود.

الوفاة : حادث مادي يترتب عليه قيام حقوق وراثة المتوفى.

### المطلب الثاني: الواقع التي هي من عمل الإنسان (الأعمال المادية).<sup>2</sup>

وهي كل عمل أو فعل يقوم به الإنسان يحدث آثارا قانونية يترتب عليها حقوق، بصرف النظر عما إذا كان قد أراد نشوء حقه أم لم يرده. .. وهذه الأعمال منها الفعل النافع والفعل الضار.

#### الفرع الأول: الفعل النافع<sup>3</sup>

وهو فعل يصدر من شخص الذي قد يؤدي إلى إثراء ذمة الغير أو إثراء ذمته ، ويرتب عليه القانون آثار ، وهذا الفعل الذي يؤدي إثراء ذمة الغير يسمى (الإثراء بلا سبب) والمقصود به إثراء الشخص على حساب شخص آخر دون أن يكون هناك سبب إثراء المثري، أي هو العمل على الاعتناء بذمة الغير بدون سبب قانوني (المادة 141 ق م) وله صورتان:

<sup>1</sup> - اسحاق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص308-309، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكnon، الجزائر، 2007.

<sup>2</sup> - مصطفى الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق)، ص619، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

<sup>3</sup> - اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 318، 319.

**أ/ الدفع غير المستحق :**

وهو أن يدفع شخص لشخص آخر أموالاً بدون سبب قانوني معتقداً بأنه مدين لهذا الشخص.

**ب/ الفضاللة :**

وهو قيام شخص بعمل لحساب شخص آخر بدون سبب قانوني كقيام شخص بإصلاح جدار جاره الذي آل إلى السقوط. .. ويشترط في الفضولي أن يقوم بعمل عاجل لحساب الغير وأن لا يكون ملزماً بل متطوعاً.

**الفرع الثاني: الفعل الضار<sup>1</sup>**

نصت المادة 124 من ق م (كل عمل أياً كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه التعويض )... فالفعل الضار إذن : هو كل فعل يقوم به الإنسان ويترتب عليه أضرار لآخرين فيترتب عليه تعويض المصابين بالضرر ، وقد تكون مصدر حق بالنسبة لهؤلاء. .. ويشترط فيه:

- أن يكون هناك خطأ (الإخلال بالالتزام القانوني)
- أن يكون هناك ضرراً (إلحاق الضرر بالغير)
- أن يكون هناك علاقة سببية بين الضرر والخطأ ، أي أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول ، والضرر الذي أصاب المضرور أياً كان نوعه ومقداره.

الحيازة : وهي وضع اليد على العقار أو المنقول ويرتبط القانون على هذا العمل آثار هي حماية وحيازة العقاري ، وتقترب حيازة العقار بمدة معينة تعرف بمدة التقادم ، فإن كان الحائز

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 219.

حسن النية وله سند صحيح اكتسب ملكية العقار بالقادم القصير وهو 10 سنوات ، وإن كان

الحائز سيئ النية ، ولم يكن له سند صحيح فلا يكتسب الملكية إلا بعد مرور 15 سنة

**المبحث الثاني : التصرف القانوني**

**المطلب الأول: تعريفه وأنواعه**

**الفرع الأول: تعريفه<sup>1</sup>**

**• التصرف القانوني كمصدر للحق :**

وهو توجيه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني معين ، فهو إذن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني معين. . . وحتى يعتد القانون بهذا التصرف يجب أن يصدر عن إرادة سليمة خالية من أي عيب.

وجوهر التفرقة بين الواقع القانونية والتصرف القانوني : فالواقع القانونية قد تتوفر فيها النية ، لكن القانون يرتب الآثار ولا يعتد بها(النية). بينما التصرف القانوني يعتمد على النية ويعتد بها القانون.

**الفرع الثاني: أنواعه<sup>2</sup>**

أنواع التصرف القانوني : تتعدد التصرفات القانونية ببعد موضوعاتها ومن أهمها :

**• التصرف القانوني الصادر عن جانبين بتطابق إرادتهما كالبيع والإيجار . . . أو الصادر عن إرادة واحدة كالوصية . والهبة.**

**• التصرف القانوني المنشئ للحق كالزواج الذي ينشأ حقوق بين الزوجين لم تكن موجودة من قبل.**

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق،ص 129.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه،ص 131،132.

- أو يكون ناقلاً للحق (حيث ينقل الحق من شخص . السلف . إلى شخص آخر. الخلف..)
- التصرفات الناقلة للحق العيني كعقد البيع وعقد الإيجار . ..
- التصرف القانوني الكاشف أو المقرر للحق كالقسمة ، وهذا التصرف ليس منشأ للحق بل كاشفاً ومقرراً له ، فما هو إلا تعديل لعلاقة قانونية كانت قائمة. ..
- التصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الوفاة حيث لا تنفذ إلا بعد وفاة المتصرف ، فهي تصرفات مضافة إلى ما بعد الوفاة كالوصية.

### المطلب الثاني: شروط وآثار التصرف القانوني

#### الفرع الأول: شروط التصرف القانوني<sup>1</sup>

لكي يوجد التصرف القانوني وينتج آثار يجب أن تتوفر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية

أ/ **الشروط الموضوعية** : تلعب الإرادة دوراً فعالاً في وجود التصرف القانوني لذا وجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته ، ويظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد ويتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة وتكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية وخلالية من أي عيب وهي الغلط . التدليس . الإكراه والاستغلال. كما يشترط أن يكون محل التصرف ممكناً أي موجوداً فعلاً ومعيناً إن كان حقاً عيناً ، وأن يكون الحق مشروعاً.

ب/ **الشروط الشكلية** : هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرع ، أي اشترط تحريرها بالشكل الذي أورده القانون وذلك لحماية المتعاقدين. .. وتختلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بطلاناً مطلقاً (المادة 324 ق م) . ..

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 625، 626.

كما يأمر القانون بإخضاع بعض القوانين إلى شكل رسمي كتحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.

#### الفرع الثاني: آثار التصرف القانوني

متى تتوفر الشروط الشكلية والموضوعية للمتعاقدين لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين (نصت المادة 106 ق م على: أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ).

كما لا يمكن للغير اكتساب حق أو تحمل التزام عن عقد لم يبرمه. وأثار العقد تنتقل إلى الخلف العام لطفي العقد إذا لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك تنتقل الحقوق إلى الخلف العام دون الالتزامات التي تتحملها التركة دون الورثة لمبدأ ( لا تتركه إلا بعد سداد الدين) الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف لا تلزم الخلف إلا إذا كانت متصلة بالحق الذي انتقل إليه ، وإذا كان الخلف خاص يجب أن يكون عالما بها.

وفي الأخير نستنتج أن للحق مصادر تتمثل في الواقع القانونية وهي قسمان وقائع طبيعية أو وقائع مادية بفعل الإنسان قد تكون أفعال ضارة مما يكسب الغير حقوقا أو قد تكون أشباه عقود أو اعمال نافعة ولكنها خالية من الارادة أما التصرفات القانونية فيعبر عنها بالمصادر الارادية للحقوق والالتزامات حيث تتجه الارادة الحرة إلى إنشائهما وهي بدورها قسمان تصرفات تبادلية وتصرفات قانونية بإرادة منفردة.

# المحاضرة الرابعة

## حماية الحق

### المحاضرة الرابعة : حماية الحق

تعتبر الحماية القانونية للحق عنصراً مهماً له، ففي حالة وجود تجاوز على الحق يضمن القانون لصاحب الوسائل القانونية الكفيلة بدفع التعرض الصادر من الغير، وهي الدعوى أو الدفع أمام القضاء، ومن البديهي أن كل حق يقابلها واجب بعدم الاعتداء عليه ولا فرق بين أنواع الحقوق من حيث الحماية، وعلى ذلك فإن الشخص لا يستطيع أن يمارس السلطات التي تمنح له إلا إذا أقر له القانون بذلك، وقد يتعرض الحق للإنكار من جانب من يطالب فيه فيضطر صاحبه إلى الدفاع عن حقه، وقد يرفض المدين أداء الحق الذي للدائن بذاته طوعاً أو قد يتعرض هذا الحق للاعتداء عليه من جانب الغير، عندئذ يكون الحق في حاجة إلى الحماية القانونية.

إن أمر حماية الحق وتيسير حصول صاحبة عليه ينطوي بالسلطة القضائية والتي يطرح أمامها النزاع الذي يثير حول الحق ليفصل فيه القاضي بحكم، كما ينقضي الحق ويزول. ويقصد به فقد السيطرة عليه، أو بوفاة المالك أو بعض الحالات التي حددها القانون، ولكن في النهاية تنتهي بعض الحقوق وفقاً لطبيعة الأشياء محل الحق أو لما قرره القانون لذلك.

وعليه وفي إطار هذا المبحث تطرق إلى وسائل حماية الحق بوجه عام والوسائل المستعملة في ذلك المطلب الأول، ثم تناولت وسائل حماية الحقوق بشكل خاص وهذا في المطلب الثاني.

## المطلب الأول : وسائل حماية الحق بوجه عام

بما أن الدعوى القضائية هي الوسيلة لحماية الحق بحيث لا تكون له قيمة إذا تجرد من دعوى تحميه، وأن هذه الأخيرة لا توجد إلا به، فقد ذهب الفقه التقليدي إلى اعتبار الدعوى هي الأداة التي تحميه، فالحق الموضوعي كحق الملكية، أو الحق في جبر الضرر، أو حق الدائنية، يبقى هادئاً إلى أن يعتدي عليه فينشط ويأخذ صورة الدعوى من أجل الحصول على تقرير الحق أو حمايته، الواقع أن الارتباط وثيق للغاية بين الحق الموضوعي والدعوى التي تحميه، إلا أن ذلك لا يعني أنهما شيء واحد، فهما مختلفان من حيث السبب والموضوع.

فسبب الحق هو الواقعة القانونية المنشأة له كالعقد أو الإرادة المنفردة، أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب، أما سبب الدعوى فهو الاعتداء على الحق، أو هو النزاع بين الخصوم، وموضوع الحق هو المنفعة التي يخولها القانون لصاحب الحق، أما موضوع الدعوى فهو الحصول على قرار من المحكمة بما يدعيه ممارسها أو بدحض هذا الإدعاء.

فإذا استعمل الشخص حقه في الحدود المنصوص عليها في القانون ووفقاً لما هو وارد فإن هذا الشخص يحظى بالحماية المقررة له من قبل القانون، وينجح لصاحبه حمايته بكل الوسائل المقررة لذلك من حبس الشيء واللجوء إلى القضاء، حيث تعتبر الدعوى الوسيلة القانونية القضائية الأساسية للوصول إلى حماية الحق.

وعليه أتطرق إلى الدعوى القضائية في الفرع الأول، ثم أتناول بعد ذلك الدفوع في الفرع الثاني.

## الفرع الأول: الدعوى القضائية وشرط رفعها

الدعوى هي وسيلة حماية الحق، والتي يرجع إليها المدعي التحرير القضاء للحصول على تقرير حقه أو حمايته، والدعوى التي يحركها الشخص للدفاع عن حقه، إما دعوى مدنية أو جزائية، ومن خلال هذا الفرع تطرقت إلى الدعوى المدنية أولاً، ثم تناولت الدعوى الجزائية ثانياً.

### أولاً/ الدعوى المدنية:

يلجأ من تعرض حقه للاعتداء إلى القضاء بواسطة الدعوى المدنية عارضا قضيته أمام القاضي المدني لأجل دفع هذا الاعتداء، فما المقصود بالدعوى المدنية، وما شروطها؟

#### 1/ تعريف الدعوى المدنية:

الدعوى المدنية هي " مطالبة المضرور بتعويض ما أصابه من ضرر شخصي بفعل الغير عن طريق القضاء<sup>1</sup>" كما تعرف كذلك بأنها هي الوسيلة الفنية أو الإجرائية التي يطرح بها النزاع على القضاء.<sup>2</sup>

أي أن الدعوى المدنية تهدف للمطالبة باستعادة الحق أو حمايته، وتعتبر الوسيلة المشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق واللجوء إلى القضاء طالبا منه تقرير حق له أو منع اعتداء عليه في مواجهة من ينكر أو يعتدي عليه، باعتبارها السلطة المخولة لشخص للحصول على حماية حقه عن طريق تطبيق القانون، إما الاعتراف بحق متنازع عليه، أو الحكم على الخصم و مباشرة إجراءات التنفيذ، وإما الحصول على تدابير تحفظية أو مؤقتة،

<sup>1</sup> - نقلًا عن شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 637.

<sup>2</sup> - عبد القادر الغار، المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون النظرية العامة للحق، دار الثقافة، عمان الاردن، 2006، ص 217.

ويرفع صاحب الحق دعواه أمام المحاكم المدنية وتختلف هذه الأخيرة باختلاف نوع الحق المراد

حمايته إن كان عينياً أو شخصياً.<sup>1</sup>

## 2/ شروط الدعوى القضائية:

إذا كان حق رفع الدعوى مكفولاً للناس كافة إلا أن المشرع قيده بشروط معينة لذلك يجب على القاضي البحث في مدى توافرها قبل الخوض في موضوعها، ويتربّ عن تخلفها التصريح بعدم قبول الدعوى شكلاً، ولا يعد ذلك فصلاً في موضوع النزاع، وقد أوردها المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على "لا يجوز لأي شخص تقاضي ما لم تكن له الصفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا

اشترطه القانون.<sup>2</sup>

وعليه فكل مدعى ملزم بإثبات صفتة ومصلحته في رفع دعوى ويتأتى ذلك بإرفاقه للوثائق والمستندات، وكذا الأدلة الكافية التي تثبت وجود الحق المطالب به وعلاقته بالمدعى عليه.

### أ/ الصفة:

يقصد بالصفة صلاحية الشخص المباشرة إجراءات التقاضي، أي تلك العلاقة أو الرابطة القائمة بين أطراف الدعوى وموضوعها، إذ تمثل الصفة فيها في الشخص صاحب الحق الذي له مصلحة قانونية مباشرة في رفع الدعوى القضائية لحماية هذا الحق، ولكل من

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 637.

<sup>2</sup> - راجع المادة 13 من قانون رقم: 09-08، المؤرخ في 23/04/2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر في 23/04/2008.

الخلف أو الدائن الذي يستعمل الدعوى الغير المباشرة الصفة، على شرط أن تكون الدعوى قابلة للانتقال بالنسبة للخلف.<sup>1</sup>

تعتبر الصفة المركز القانوني للشخص الذي يمنح له الحق في المطالبة بحق معين، إذ أن المدعى يكون في مركز المعتمد عليه إذ يجب عليه أيضا أن يتمتع بصفة التقاضي، أي بالسند القانوني الذي يمنحه القدرة على الادعاء، وأما خصم المدعى عليه فيعتبر في مركز المعتمد، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أغلب الفقهاء يشترطون توفر الصفة في المدعى والمدعى عليه على حد سواء ومؤكدين على أن الدعوى يجب أن ترفع من ذي صفة على ذي صفة، وهذا ما نصت عليه المادة سالفه الذكر، وقد يمنح القانون شخصا آخر غير صاحب الحق أو نائبه الحق بمطالبة المدين بالدين، كما لو كان للمدعى مصلحة شخصية في رفع الدعوى، مثال ذلك الدائن الذي يستعمل حقوقه مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.<sup>2</sup>

#### ب/ المصلحة:

حتى تقبل الدعوى يجب أن تكون المصلحة المحتاج بها ذات أهمية، خاصة إذا تعلق الأمر بمصلحة معنوية، وهكذا إذا استجاب قاضي الدرجة الأولى لكل طلبات المدعى، فإن هذا الأخير لا يمكنه استعمال طريق من طرق الطعن لانعدام المصلحة، وقد تكون بعض الأحكام غير قابلة للطعن لانفائه المصلحة وعدم وقوع ضرر.<sup>3</sup>

وهي الفائدة المشروعة التي يرمي المدعى إلى تحقيقها بالاتجاه إلى القضاء، فيقصد بها الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى، والا اعتبرت مجرد دعوى كيدية والأصل أن تكون المصلحة قائمة وحالية حتى تقبل الدعوى، والاستثناء هو قبول المصلحة الاحتمالية في

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق ، ص 640

<sup>2</sup> - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة ثالثة، موفر للنشر الجزائري، 2012، ص 69.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 639.

أحوال معينة فقط، كما يشترط في المصلحة أن تكون قانونية بمعنى أن يتم فعلاً هذا الاعتداء،

كما يجب أن تكون المصلحة مشروعة ولا تخاف النظام العام والأداب العامة.<sup>1</sup>

### ثانياً/ الدعوى الجزائية :

الأصل أن ترفع الدعوى الجنائية أمام المحاكم المدنية باعتبارها ترمي لحماية حق مدنى أي حق خاص، لكن قد يحصل اعتداء أساسه المسئولية الجنائية، أي في الحالة التي لا يقتصر فيها الاعتداء على صاحب الحق وحده، بل يتعداه ليمس أمن المجتمع واستقراره، كما بالنسبة للاعتداء على حق الشخص في السلامة الجسدية واغتصاب الأموال، ففي هذه الحالة يكون للنيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع أن تتولى تحريك الدعوى العمومية وهدفها حماية المصلحة العامة للمجتمع، عن طريق تعقب المعتادين وتوقع العقاب عليهم زجراً لهم ورداً على الغيرهم، سواء تعلقت بالأشخاص أو الأموال، أو مسّت حقوق عينية أو شخصية أو ذهنية.<sup>2</sup>

### 1/ تعريف الدعوى الجزائية:

تعرف الدعوى الجنائية بأنها هي "الدعوى التي تقام أمام المحكمة باعتبار ألم موضوعها هو أحد الأفعال المعقاب عليها حسب قانون العقوبات وتخضع قواعد السير فيها وتنظيمها القانون الإجراءات الجزائية".<sup>3</sup>

أي أنها الدعوى المرفوعة أمام القضاء الجنائي بغرض الحصول على تعويض عن الأضرار التي تسببت فيها الجريمة، وهي تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية أو الجنائية، من حيث الإجراءات المتبعة بشأنها ومن حيث مصيرها، حيث تخضع الدعوى الجزائية لقانون الإجراءات الجزائية وليس لقانون الإجراءات المدنية، أي اختصاص القضاء، وذلك لأن هذه

<sup>1</sup> - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> - إبراهيم نبيل سعد، محمد حسن قاسم ، مرجع سابق، ص 259.

<sup>3</sup> - نгла عن حميد بن شنيري، مرجع سابق، ص 176.

الدعوى تهدف إلى حماية الصالح العام، ولكن هذا لا يمنع من لحقه ضررا من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيا بحقوقه وذلك لإصلاح ما أصابه من ضرر ويكون ذلك عن طريق هذه الدعوى.<sup>1</sup>

## 2/ شروط تحريك الدعوى الجزائية:

لكي تكون للمحاكم الجزائية سلطة الاختصاص بالفصل في الدعوى المدنية المرفوعة تبعا لها يجب أن يكون هناك دعوى جزائية مرفوعة بشأن وقائع وأفعال يجرمها القانون ويعاقب على اقترافها.

إذا انعدم الركن الشرعي للجريمة فإن الدعوى المدنية التبعية لا تنشأ أصلا وفق ما تقتضيه الفقرة 4 من المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على ما يلي " تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية مادامت ناجمة عن الواقع موضوع الدعوى الجزائية".<sup>2</sup>

يعتبر الضرر جسمنيا ما لحق بالمتضرر من عجز بدني أو تعطيل عن العمل، كما يمكن أن يكون الضرر معنويا أو ماديا، وعليه فان الدعوى العمومية لكي تكون مقبولة أمام القضاء الجزائري يجب أن تتوافر على الشروط التالية:

- أن تكون هناك جريمة قد وقعت فعلا وأن يكون الضرر الذي لحقه ناشئا عن الجريمة التي اختص القضاء الجنائي بالنظر في دعواها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حميد بن شنيري، نفس المرجع ، ص 176.

<sup>2</sup> - راجع المادة 4/3 من الأمر رقم: 69-73 المؤرخ في 16/09/1969 ، يتضمن تتميم وتعديل الأمر رقم: 155-66 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 80، الصادر في 19/09/1969.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 479.

- أن تثبت نسبتها إلى المتهم والذي يكون قد أصاب المدعي من الضرر مباشر بسبب الفعل الإجرامي الذي أرتكبه المتهم.
- ضرورة تحريك الدعوى العمومية من قبل المجنى عليه، وفي الغالب وحسب ما جرى عليه العرف يتم تقديم شكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام السيد قاضي التحقيق، مكتوبة ومؤقعة ومؤرخة وتتضمن عرضا مختصرا عن الواقع.<sup>1</sup>
- أن يكون التعويض المطلوب مبنيا على ذات الفعل المرفوعة به الدعوى، فإذا حكم ببراءة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه تحكم المحكمة الجزائية بعدم اختصاصها في الفصل في الدعوى المدنية ذلك أن سبب حصول الضرر في معرض الحال هو الجريمة المسندة للجاني.<sup>2</sup>

### 3/ الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى أمام القضاء الجزائري:

تكون الدعوى المدنية في هذه الحالة مرتبطة بالدعوى الجزائية، حيث يمنح القانون للطرف الذي لحقه ضرر الحق في اللجوء إلى القضاء الجزائري للفصل في الدعوى المدنية وهذا لعدة أسباب أهمها:

- يتميز القضاء الجزائري بالسرعة في مباشرة إجراءات الفصل في الدعوى من القضاء المدني
- يعتبر قاضي القضايا الجزائية أكثر إحاطة بظروف نشوء الضرر بسبب تحقيقه المعمق في الفعل الإجرامي في ذاته، فيسهل عليه تقدير التعويض المدني بما يتلائم مع ما وقع من خطأ من الفاعل وما أصاب المدعي من ضرر.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نادية بوراس، دور الضحية في تحريك الدعوى العمومية عن طريق الإدعاء المدني، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، العدد 05، 2015، ص 54.

<sup>2</sup> - صورية نوادر، آثار رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائري - دراسة مقارنة - مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، المجلد 24، العدد 02، 2018، ص 72.

<sup>3</sup> - نادية بوراس، مرجع سابق، ص 60.

ويترتب عن هذا الارتباط عدة نتائج أهمها

- وقف المحكمة المدنية في النظر إلى دعوى التعويض المطروحة أمامها بمجرد أن تحرك النيابة العامة الدعوى العمومية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية.
- استئناف المحكمة المدنية لمباشرة إجراءات الفصل والحكم في الدعوى المدنية المطروحة أمامها بعد صدور حكم نهائي يكون قد فصل في الدعوى الجزائية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الدفوع

يقصد بالدفوع بصفة عامة هي السبل أو الوسائل الدفاعية التي يجوز للخصم المدعى أو المدعى عليه أو الخصم المدخل في الخصم اللجوء إليها للرد على ادعاءات خصمه ليتقادى الحكم عليه وفق طلب خصمه، وفي مجال الإجراءات المدنية يقصد بالدفوع الإمكانات التي يمكن أن يلجأ إليها طرف الدعوى طاعنا بمقتضاها في سلامية إجراء الخصومة دون المساس بأصل الحق.<sup>2</sup>

#### أولا/ الدفوع الموضوعية:

توجه إلى ذات الحق المدعى به بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، ويرمي بهذا إلى رفض طلبات المدعى كلها أو بعضها، كأن ينكر وجود الحق أو يزعم سقوطه أو انقضاؤه، ولقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية بنصها "الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم، ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق ، ص 318.

<sup>2</sup> - فريحة حسن، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكnon الجزائر، 2010 ، ص 45.

<sup>3</sup> - راجع المادة 48 من قانون رقم: 09-08، مرجع سابق.

ثانياً/ الدفوع الشكلية:

طبقاً لنص المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية بنصها" فالدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضاءها أو وقفها"<sup>1</sup> وهذا النوع من الدفوع لا يمس بأصل الحق وإنما الغرض منه تأجيل الفصل في الموضوع الغاية استيفاء الشكل الصحيح، فقد نصت المادة 50 من نفس القانون على أنه يجب إثارة دفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع.<sup>2</sup> وإذا لم يتطرق الدافع للدفوع الشكلية وأبد دفاعه مباشرة في الموضوع فيعد ذلك تنازل ضمني عن إبداء الدفع في الشكل، ويعد تسلیماً بصحة الشكل، إلا أن هناك استثناءات عن هذه القاعدة إذا كان الشكل يتعلق بالنظام العام، ومن بين الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام الدفوع المتعلقة بانتقاء الصفة والمصلحة، الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص النوعي.<sup>3</sup>

ثالثاً/ الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول هو وسيلة يتمسّك بها الخصم لبيان انتقاء شروط قبول الدعوى، ونصت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي" الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لأنعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع ".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - راجع المادة 49 من قانون رقم: 08-09، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع المادة 50 من قانون رقم: 08-09، نفس المرجع.

<sup>3</sup> - فريحة حسن، مرجع سابق ، ص 46.

<sup>4</sup> - راجع المادة 67 من قانون رقم: 08-09، المرجع السابق.

يستفاد من هذا النص أن رفض كل ما يقدمه المدعي من طلبات من طرف المدعي عليه وعدم قبولها من جهة، ومن جهة ثانية لفت انتباه القاضي بعدم النظر في موضوع القضية.

كما يمكن للخصوم تقديم دفوع شكلية في أي مرحلة كانت فيها الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من القانون المذكور أعلاه، حيث نصت على ما يلي " ويمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أي مرحلة حتى ولو بعد تقديم الدفوع من الموضوع".<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : وسائل حماية الحقوق بوجه خاص

تختلف الحماية التي يقررها القانون باختلاف نوع الحق المراد حمايته، من حيث موضوعها عن الحقوق، فهناك وسائل خاصة بالحقوق الملازمة للشخصية، تثبت للإنسان الحقوق التي تكفل سلامته كيانه المادي كحقه في الحياة مثلاً، حيث يستطيع الشخص الدفاع عن كيانه المادي وينع الآخرين على المساس به أو الاعتداء عليه، كما يخطر الاعتداء على الإنسان بالتعذيب أو الجرح أو ما شابه ذلك، ويترتب على اعتداء الغير على حق الشخص في سلامته كيانه المادي نوعان من المسئولية والتي تم التطرق إليهما سلفاً.

وهناك وسائل خاصة بالحقوق الشخصية والعينية، فالدعوى العينية تستعمل لحماية جميع الحقوق العينية، سواء كانت أصلية حق الملكية أو الحقوق التي تتعلق بحق الملكية مثل، حق الانتفاع أو حق الاستعمال وكانت حقوق عينية تبعية لحق الرهن، وحق الارتفاق، والدعوى العينية لها جانبان، قد يكون استعمالها إيجابياً إذا كان يرمي إلى المطالبة بحق عيني، ويكون استعمالها سلبياً عندما تكون تهدف إلى دفع كل مطالبة بحق غير ثابت لعدم وجوده، ووسائل خاصة بالحقوق المعنوية كالحق في الشرف والسرية، وهذه الحقوق تكفل له احترام

<sup>1</sup> - راجع المادة 68 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

سمعته وشرفه واعتباره وكرامته من التعدي والإيذاء من طرف الغير وهي مشمولة بالحماية القانونية.

وعليه ومن خلال هذا المطلب تطرق إلى وسائل حماية الحقوق الملزمة للشخصية في الفرع الأول، ثم تناولت بعد ذلك حماية الحقوق الشخصية والعينية في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: وسائل حماية الحقوق الملزمة للشخصية

إن الاعتداء على الحقوق الملزمة للشخصية توجب المسائلة القانونية للمعتدي، وتعد الحماية القانونية للحق عنصراً مهماً له، ففي حالة الاعتداء على الحق يضمن القانون لصاحبه الوسائل القانونية الكفيلة بدفع التعرض الصادر من الغير، وهي الدعوى أمام القضاء للدفاع عن حقه، ومن بين هذه الوسائل، دعوى وقف الاعتداء أولاً، دعوى المسؤولية المدنية ثانياً.

#### أولاً/ دعوى وقف الاعتداء:

للشخص المعتدى عليه في حق من حقوقه الشخصية يتيح له القانون أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بوقف هذا الاعتداء، وفي هذا الشأن تنص المادة 47 من القانون المدني على ما يأتي "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملزمة الشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض بما يكون قد لحقه من ضرر"<sup>1</sup>، أي أن لكل شخص تعرض لمثل هذا النوع من الاعتداء اللجوء إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء.

ومن الحقوق الشخصية نذكر تلك الحماية التي قررها القانون لصاحب الحق، ومثال ذلك دفع الاعتداء ضد من اغتصب اسمه واستعمل اسمه بدون مبرر، أو نازعه في استعمال اسمه بغير وجه حق، فتحقق الحماية القانونية للحق عن طريق اللجوء إلى القضاء واستصدار

<sup>1</sup> - راجع المادة 47 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

الحكم به، وذلك عن طريق رفع دعوة قضائية من طرف صاحب الحق أمام المحكمة المختصة

إذ لا يمكن لأي شخص أن ينتزع حقه بيده فلا حق بدون دعوى قضائية تحميه.<sup>1</sup>

### ثانيا/ دعوى المسؤولية المدنية:

إن الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية لا يخول صاحبها رفع دعوى قضائية موضوعها وقف هذا الاعتداء فحسب، بل تقام في الكثير من الأحيان المسؤولية التقصيرية للمعتدي بناء على نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري القائمة على الخطأ التي تنص على ما يأتي " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".<sup>2</sup>

ففي أغلب الأحيان تكون الاعتداءات أخطاء بمفهوم الخطأ في المسؤولية للضدية مصدر ضرر مادي أو معنوي، وفي كثير من الأحيان تكون علاقة السببية بين الخطأ والضرر واضحة غير معترض عليها.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: حماية الحقوق الشخصية والعينية

وهي الدعاوى التي يتتناول موضوعها الحقين معا، الحق العيني والحق الشخصي، وعادة ما يكون نطاق تطبيقها هي العقود الواردة على نقل ملكية أشياء، بحيث ينبع عنها حق عيني على الشيء وحق شخصي ناشئ عن العقد، فتعتبر دعوى مختلطة تلك التي تهدف إلى تنفيذ عقد قائم على حق عيني، كدعوى المشتري على البائع بتسليم المبيع تنفيذا لعقد البيع المسجل. فهي دعوى تستند إلى حق الملكية الذي آل إليه نتيجة العقد، وأيضا إلى الالتزام بالتسليم ويعادل حق شخصي الذي رتبه العقد على عاتق البائع، فحق الملكية هو حق عيني بينما

<sup>1</sup> - أحمد سي على، مرجع سابق، ص 303.

<sup>2</sup> - راجع المادة 124 من الأمر رقم: 58-75، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 649.

الالتزام بالتسليم يقابله حق شخصي أيضاً، تعتبر الدعوى مختلطة تلك التي تهدف إلى إبطال العقد السابق أو فسخه كدعوى البائع على المشتري بفسخ العقد ورد المبيع، فالحق في الفسخ حق شخصي بينما استرداد ملكية المبيع هو حق عيني.

وعليه ومن خلال هذا الفرع تطرقت، إلى حماية الحقوق الشخصي أولاً، ثم تناولت حماية الحقوق العينية ثانياً.

### أولاً/ حماية الحقوق الشخصية:

من الديهي أن كل حق يقابله واجب عام بعدم الاعتداء عليه، فإنه إلى جانب ذلك يوجد في حق الشخص واجب خاص يقع على عاتق المدين بعدم الاعتداء على حق الدائن، ومن ثم كانت حماية الحق الشخصي مشمولة من ناحية المدين أولاً، ومن ناحية الغير ثانياً.

#### 1/ من ناحية المدين:

الأصل أن ينفذ المدين التزامه بصورة اختيارية، وهو ما يعرف بالتنفيذ اختياري، ولكن إذا امتنع عن ذلك استطاع الدائن، صيانة حقه، وذلك أن يجبره على تنفيذ عين ما التزم به وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري، ويشترط في هذه الحالة أن يكون التنفيذ العيني ممكناً وغير مرهقاً للمدين، وعلى ذلك إذا أصبح هذا التنفيذ غير ممكن بفعل المدين أو مرهقاً له، بشرط ألا يلحق الدائن ضرراً جسيماً من جراء العدول عن التنفيذ العيني، مالم يكن هناك مناص للدائن من أن يقنع بالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض.<sup>1</sup>

#### 2/ من ناحية الغير:

إذا اعتدى الغير على حق الدائن كان اعتداؤه هذا، في نظر القانون خطأً لأنه إخلال بالواجب العام الملقي على عاتق كافة الناس باحترام حق الدائن وعدم التعرض عليه، فإذا لحق

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 651.

الدائن ضرر من جراء هذا الاعتداء عليه كان له أن يطالب الغير المعتدي بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، ومثال ذلك تحريض صاحب عمل العامل الذي يعمل لدى آخر منافس له على ترك العمل لديه ليعمل لدى الأول.<sup>1</sup>

### ثانياً / حماية الحقوق العينية:

إن حماية الحق العيني باعتباره استئثاراً مباشراً يقره القانون الشخص معين يخوله التسلط على شيء مادي معين بالذات، يتم في الإطار الذي وضعه له القانون عبر ثلاثة أنواع من الدعوى القضائية والتي بواسطتها يحظى بالحماية المقررة وهي: الدعوى العينية، دعوى الحيازة، الدعوى الشخصية.

#### 1/ الدعوى العينية:

تكون الدعوى عينية إذا كان المقصود منها حماية حق عيني، أي إذا كان المدعي يدعى حقاً عيناً ويريد حماية هذا الحق، ومثال ذلك دعوى الاستحقاق والدعوى العينية تستعمل الحماية جميع الحقوق العينية، سواء كانت أصلية كحق الملكية أو الحقوق التي تتعلق بحق الملكية مثل: حق الانتفاع أو حق الاستعمال وكانت حقوق عينية تبعية لحق الرهن، وحق الارتفاق. والدعوى العينية لها جانبان، قد يكون استعمالها إيجابياً إذا كان يرمي إلى المطالبة بحق عيني، ويكون استعمالها سلبياً عندما تكون تهدف إلى دفع كل مطالبة بحق غير ثابت لعدم وجوده.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، نفس المرجع ، ص 651.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيري، مرجع سابق، ص 178.

## 2/ دعوى الحيازة :

الحيازة هي السيطرة الفعلية لشخص على شيء ما أي أن يكون هذا الشيء تحت سيطرة الحائز الفعلية، وله أن يستعمل هذا الحق عيني باعتباره مالكا للشيء أو صاحب الحق العيني عليه ولها عنصرين:

### أ/ عنصر مادي :

يتمثل في سلطة مباشرة للأعمال المادية التي يقوم بها عادة من له الحق على الشيء كالسكن في المنزل أو زراعة الأرض، وجنى ثمارها، بمعنى أن هذا العنصر يتحقق من خلال ممارسة الحائز لأعمال مباشرة على الشيء، فيكون في نظر الغير مثل المالك الظاهر الذي يبسط سيطرة مادية على الشيء دون عرقلة أو نزاع من الغير، وبالتالي فان هذا العنصر أساسي لا تقوم الحيازة من دونه، ولا يستقيم عند غيابه العنصر الآخر أي العنصر المعنوي.<sup>1</sup>

### ب/ عنصر معنوي :

ويتمثل في نية الحائز في استعمال الحق العيني لحسابه الخاص بصفته مالك الشيء وفي حالة انتقاء هذا العنصر المعنوي تكون أمام مجرد حيازة مادية أي بناءا على سند قانوني يقدمه صاحب الحق إلى شخص ما لحيازة الشيء موضوع الحيازة ويلتزم هذا الأخير برد الشيء إلى مالكه فيما بعد مثل : عقد الإيجار والرهن الحيزي، بمعنى ينبغي في هذا العنصر توافر إرادة حقيقة للحائز في الارتفاع بالشيء، وبالتالي إذا توافرا العنصرين فإن الحيازة تكون قانونية وحقيقية ولذلك يحميها القانون عن طريق الدعوى القضائية المناسبة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - العربي بن قسمية، نظام الرهن الحيزي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004، ص 47.

<sup>2</sup> - فريحة حسن، مرجع سابق، ص 192.

### 3/ الدعوى الشخصية:

تكون الدعوى شخصية إذا كانت تهدف إلى حماية حق شخصي، أي إذا كان المدعي يستند في طلبه إلى حق شخصي ويطلب من القاضي تقديره أو حمايته، ومثال الدعوى الشخصية دعوى الدائن على المدين عند عدم الوفاء بالتزاماته، أو دعوى المؤجر على المستأجر بمطالبه أجرة الإيجار، فإذا تعذر ذلك فإنه لا يكون للدائن إلا أن يطالب بالتعويض وهذا التعويض يشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم التنفيذ، أي أنه وفي الغالب تهدف الدعوى الشخصية إلى الحصول على المال.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 260.

# المحاضرة الخامسة

## إثبات الحق

### المحاضرة الخامسة : إثبات الحق

لا يمكن الادعاء بحق ما ، أمام القضاء إلا إذا كان هناك أدلة إثبات وقرائن من شأنها أن تؤثر في مسار الدعوى أمام القضاء ، فالداعي ملزم قانونا بتقديم جميع ما يثبت ادعاءه أمام القضاء المختص ، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الإثباتات مكتوبة أو عن طريق الإقرار .

#### المبحث الأول: طرق الإثبات

##### • الإثبات بالكتابة بوجه عام :

أصبحت الكتابة في العصر الحديث أهم طرق إثبات التصرفات القانونية ، لأنها ذات قوة مطلقة في الإثبات ، ولما توفره من ضمانات لإثبات الحق عند المنازعه فيه . وقد أمر القرآن الكريم الناس بالإشهاد على معاملاتهم صونا لها ، وكانت أطول آية تخص الكتابة ، وهي الآية 282 من سورة البقرة . وإن الأدلة الكتابية قد تكون رسمية وقد تكون عرفية ، وقد وجدت للاحتفاظ بالالتزامات والحقوق التي تتضمنها للاعتماد عليها عند المنازعه ، لاسيما إذا كانت سندات هامة كالعقود أو المخالفات . كما أن موضوع الإثبات بالكتابة في الوقت الحاضر ، لم يعد يعني فقط الكتابة التي تتم على الورق ، وإنما أصبح يعني الكتابة الإلكترونية أيضا ، بفعل انتشار أنظمة المعلومات والاتصالات ، حيث اعتبر القانون الجزائري الإثبات بالكتابة الإلكترونية بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على ضوء تعديله في سنة 2005 كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها .

**أولاً: التمييز بين الكتابة كطريق للإثبات والكتابة كركن شكلي في العقد:**

قد يشترط القانون الكتابة الإثبات التصرف لا لانعقاده، كما إذا كانت قيمة التصرف تزيد على 100 ألف دينار جزائري وهو ما نصت عليه المادة 333 من القانون المدني. وقد يتطلب القانون شكلا معينا في بعض التصرفات القانونية، كالكتابة الرسمية في عقد بيع العقار، وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، ففي هذه الحالة تكون الكتابة الرسمية ركنا شكليا في انعقاد التصرف، يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا.<sup>1</sup> وقد يستوفي العقد ركن الشكلية ولكنه لا ينتج آثاره القانونية إلا بالشهر، كتسجيله بالمحافظة العقارية بالنسبة للتصرفات الناقلة الملكية العقارية طبقاً للمادة 793 من القانون المدني.

**ثانياً: أنواع المحررات أو الأوراق:**

تنقسم المحررات أو الأوراق التي تستخدم كأدلة للإثبات إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية. فالأوراق الرسمية هي التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وتعتبر دليلا كتابيا كاملا. أما الأوراق العرفية، فهي التي تصدر من الأفراد، وتنقسم إلى نوعين: أوراق معدة للإثبات وأوراق غير معدة للإثبات، مثل دفاتر التجار والرسائل والبرقيات.

**ثالثاً: التفرقة بين الورقة الرسمية والورقة العرفية:**

يظهر الاختلاف بينهما من الأوجه التالية:

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الغثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، دار هومة ، 2008/2009 ، ص 43.

1/ من حيث الشكل:

يشترط في الورقة الرسمية أن تحرر من طرف موظف عام أو ضابط عمومي مختص أو شخص مكلف بخدمة عامة وفقا للأوضاع المقررة قانونيا. أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع المدين إذا كانت معدة للإثبات، أما إذا لم تكن معدة للإثبات فلا ضرورة حتى للتوقيع.

2/ من حيث الحجية في الإثبات:

كل من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجية على الكافة من حيث صدورها من موقعها، ولكن الورقة الرسمية لا تسقط حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أما الورقة العرفية فيكفي إنكار الخط أو التوقيع لكي تفقد حجيتها مؤقتا. ومن حيث صحة ما ورد فيها، فإن الورقة الرسمية حجة إلى حين الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أو الضابط العمومي أنه علمه بنفسه. أما صحة ما قرره نقاً عن الغير، فيجوز دحضه بإثبات العكس. وبالنسبة للورقة العرفية يجوز دحض صحة ما ورد فيها جمِيعاً بإثبات العكس، إلا تاريخها فلا يكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخها ثابتا.<sup>1</sup>

3/ من حيث القوة في التنفيذ:

إن بعض الأوراق الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة تنفيذاً جبراً دون حاجة إلى حكم، كالعقود التوثيقية المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة المحررة من طرف الموقّع طبقاً للمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بشرط أن تمهّر بالصيغة التنفيذية طبقاً للمادة 601. أما الورقة العرفية فليس لها قوة تنفيذية، بل يجب على الدائن الحصول

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنّهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، في إثبات الالتزام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ص 109.

على حكم ضد الدائن قابلاً للتنفيذ، والحكم هو الذي ينفذ، فيما عدا الشيكات والسفاتح التي تعد من السندات التنفيذية بمقتضى المادة 600ق إم إ.

**رابعاً: الكتابة الإلكترونية:**

نص عليها المشرع الجزائري لأول مرة عند التعديل الذي أجري على القانون المدني في سنة 2005 بالقانون رقم 05-01، حيث استحدث به المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1، تطرق فيما إلى شروط وحجية الكتابة التي تتم في الشكل الإلكتروني، إلا أنه لم يورد تعريفاً خاصاً بالكتابة الإلكترونية أو بالمحركات الإلكترونية، إنما أورد معنى واسع للكتابة في المادة 323، يشمل جميع أشكال الكتابة المتوفرة أو التي يمكن أن تستحدث مستقبلاً، بما فيها الكتابة الإلكترونية. وصورة الكتابة الإلكترونية تكون بوضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها كبيانات إلكترونية على أقراص مضغوطة أو مغناطيسية أو ضوئية بصفة دائمة، أو لفترة التي يريدها الشخص في قواعد بيانات أجهزة الكمبيوتر، وما أن يتم تخزين المعلومات الرقمية، حتى يصبح بإمكان أي شخص لديه جهاز كمبيوتر وفتح دخول أن يسترجعها.

**1/ التمييز بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية:**

يظهر الاختلاف بينهما من عدة أوجه، أهمها:

أ/ أن الكتابة العادية تمثل في كيان مادي ملموس، لذلك يكفي الاطلاع عليها للتمكن من قراءتها بالعين المجردة، أما الكتابة الإلكترونية فتكون مسجلة على دعامة مغناطيسية، ولا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسوب الآلي أو طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحة بالحاسوب.

ب/ أن الكتابة على الورق تميز بصفة الدوام والثبات، لأنها بطبعتها ليست قابلة للمحو وإعادة الكتابة بنفس السهولة التي يمكن أن تكون عليها الكتابة الإلكترونية، ويسهل كشف أي تلاعب

أو تزوير فيها. أما الكتابة الإلكترونية فهي خلاف ذلك قابلة للتعديل والمحو والتلف دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، خاصة إذا قام بذلك خبير متخصص في المعلوماتية، كما قد يحصل ذلك بسبب خلل في الجهاز المستعمل.

## 2/ شروط قبول المحرر الإلكتروني كدليل إثبات:

هما شرطين نصت عليهما المادة 323 مكرر 1 ق. مدنى

أ/ إمكانية تحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني:

أي وجوب تحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني بصورة قاطعة بحيث يمكن نسبة ذلك المحرر إليه. ويتم تحديده عادة عن طريق التوقيع الإلكتروني، الذي هو عبارة عن أرقام أو رمز سري أو شفرة خاصة بالموقع أو إمضاء بطريقة إلكترونية.<sup>1</sup>

ب/ أن يكون المحرر الإلكتروني معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته:

ذلك أن الكتابة الإلكترونية تتميز بأنها تنتقل بين أطراف المعاملة الإلكترونية عبر فضاء إلكتروني مفتوح ومتاح للجميع، مما يعرضها للمخاطر أثناء انتقالها من المرسل إلى المرسل إليه، كإمكانية تعرضها للتلف أو الأعمال القرصنة والتعديل في مضمونها. وإن حفظ الكتابة الإلكترونية يتم من خلال تدوينها على دعامة إلكترونية تسمح بتنبيتها وبقائها مدة من الزمن يمكن من خلالها الرجوع إليها واسترجاعها لاستخدامها في الإثبات أو في غيره، كحفظها في ذاكرة الكمبيوتر نفسه أو في أقراص م מגفنة بأنواعها الصلبة والمرننة وكذلك الأقراص الضوئية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 272 و 273.

<sup>2</sup> - محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الإلكترونية في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 3. 211

### 3/ حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات:

جعلت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري للكتابة الإلكترونية نفس القيمة في الإثبات التي تكون للكتابة التقليدية بالنسبة للمعاملات المدنية والتجارية، متى استوفت الشرطين السالفين الذكر.

#### • الأوراق الرسمية :

عرفت المادة 324 من القانون المدني الجزائري الورقة الرسمية بما يلي: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاء من ذوي شأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصاته "

#### أولا: شروط الأوراق الرسمية

حددت المادة 324 من القانون المدني الشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية بثلاث شروط هي:

1/ صدور الورقة من موظف عام أو ضابط عمومي أو من شخص مكلف بخدمة عامة: على أنه لا يشترط أن تكون مكتوبة بخط يده، بل يكفي أن تكون الورقة صادرة باسمه وأن يوقعها بنفسه. ويثبت فيها نوعين من البيانات: النوع الأول منها هي ما تم على يديه، أي ما يثبته في الورقة الرسمية من وقائع تكون وقعت بحضوره تحت نظره وبمشهد منه، كإثبات حضور ذوي شأن، وما قام به كل منهم أمامه، كقيام المشتري مثلا بتسليم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق، وحضور الشهود أمامه والتحقق من أسمائهم وتوقيعاتهم، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية، وغير ذلك من الواقع التي تمت بحضوره وبمشاهدته<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثباتات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية 2009، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 128.

والنوع الثاني منها هي ما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات في شأن التصرف القانوني الذي كان موضوع الورقة الرسمية دون أن يتحقق من صحتها، كواقعة إقرار المشتري بقبض الثمن خارج مكتب الموثق، أو معاينة المستأجر المحل المؤجر. ويتربى على التمييز بين هذين النوعين البيانات أهمية كبيرة من حيث حجية الورقة الرسمية، إذ يكون النوع الأول من البيانات حجية مطلقة إلى حين الطعن بالتزوير، فيما يجوز النوع الثاني من البيانات دحض صحتها بإثبات العكس دون حاجة إلى سلوك طرق الطعن بالتزوير.

والمقصود بالموظف العام هو كل شخص تعينه الدولة ليقوم بعمل من أعمالها طبقاً للمادة 4 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، التي حصرت مفهوم الموظف في "كل عون معين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري". مما يجعل مفهوم الموظف ينطبق على كل عون يمارس مهامه بإحدى المؤسسات والإدارات العمومية.

والموظفون العموميون الذين يقومون بكتابة الأوراق الرسمية متتنوعون ولكل منهم اختصاص بالنسبة إلى نوع معين من هذه الأوراق. فقد يكون الموظف العمومي يشغل وظيفة إدارية بإحدى الإدارات المركزية أو غير مركزية للدولة أو بالجماعات الإقليمية كالبلديات، أو أية مؤسسة عمومية، أو كتاب الضبط بالمحاكم بالنسبة لمحاضر الجلسات التي يقومون بتحريرها، والقضاة بالنسبة للأحكام التي الصادرة عنهم.<sup>1</sup>

أما الضباط العموميون فنقصد بهم الموظفون على نحو ما نص عليه القانون المتضمن تنظيم مهنة الموثق السنة 2006، والذين يتولون تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة. كما يقصد بالضباط

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 116.

العمومي المحضرين القضائيين طبقاً للقانون المنظم المهمة المحضر القضائي لسنة 2006 أيضاً الذين يتولون تبليغ أوراق المرافعات والأحكام وتنفيذ الأحكام والسنادات الرسمية وتحرير ما يلزم ذلك من محاضر. ويتمتع بصفة ضابط عمومي أيضاً في القانون الجزائري محافظ البيع بالمزاد العلني بموجب المادة 5 من القانون المنظم لمهمة محافظ البيع بالمزاد العلني لسنة 1996، والمترجم. الترجمان الرسمي - طبقاً للقانون المنظم لمهمة المترجم الرسمي لسنة 1995.

أما الأشخاص المكلفوون بخدمة عامة فمن أمثلتهم الخبراء بالنسبة لتقارير الخبرات التي يعودونها نتيجة انتدابهم من الجهات القضائية لإجراء خبرة في مجال معين.

2/ أن يكون صدور الورقة داخلاً في حدود سلطة اختصاص الموظف أو الضابط العمومي: أي لابد أن تكون له أيضاً ولاية أو سلطة تحرير الورقة أو المحرر من حيث الموضوع ومن حيث الزمان ومن حيث المكان. فمن حيث الاختصاص الموضوعي يختص كل موظف عام أو ضابط عمومي بتحرير نوع معين من الأوراق الرسمية، كالقاضي بالنسبة للأحكام التي يصدرها، وضباط الحالة المدنية بالنسبة لوثائق الحالة المدنية التي يحررونها، والموثق بالنسبة للعقود المدنية، والمحضر القضائي بالنسبة لمحاضر التبليغ.

ومن حيث الاختصاص الزماني يجب أن يصدر الموظف أو الضابط العمومي الورقة أثناء ولاليته، فلا يكون قد عزل أو نقل إلى وظيفة أخرى أو أوقف عن ممارسة مهامه. أما من حيث الاختصاص المكاني فيجب أن تصدر الورقة في دائرة اختصاصه الإقليمي، فالمحضر القضائي مثلاً لا يجوز له قانوناً تحرير محضر معاينة بشأن محل كائن خارج دائرة اختصاص المجلس القضائي الكائن مكتبه به.

### 3/ مراعاة الأشكال القانونية في تحرير الورقة:

يقرر القانون لكل نوع من المحررات قواعد وأوضاع معينة يتعين احترامها عند تحريرها حتى تثبت لها صفة الرسمية. فالأحكام القضائية التي يصدرها القضاة على مستوى المحاكم مثلا، أوجبت المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تضمن مجموعة من البيانات كبيان الجهة القضائية التي أصدرته وبيان أسماء وألقاب القضاة الذين تداولوا في القضية وتاريخ النطق به باسم ولقب أمين الضبط الذي حضر الجلسة وأسماء وألقاب الخصوم وغيرها من البيانات.

وبالنسبة للعقود التي يحررها المؤثرون، فإنه طبقاً لنص المادة 29 من قانون التوثيق لسنة 2006 دون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن تتضمن مجموعة من البيانات كاسم ولقب الموثق ومكتبه، باسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وتوقيعهم، وتحديد موضوع العقد، وتاريخ ومكان إبرام العقد وغيرها من البيانات. كما يجب أن تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية طبقاً للمادة 26 من قانون التوثيق.

#### ثانياً: جزاء الإخلال بشروط صحة الورقة الرسمية:

يتربى على تخلف أحد الشروط الثلاثة السابقة في الورقة بأن لا تثبت لها صفة الرسمية أي لا تعتبر ورقة رسمية، وإنما تصبح لها قيمة الورقة العرفية إذا كان موقعاً عليها من قبل الأطراف على نحو ما قررته المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني. كما لو صدرت من موظف عام أو ضابط عمومي غير مختص، أو تم تحريرها دون مراعاة الأوضاع القانونية التي قررها القانون. على أن زوال الرسمية عنها لا يعني أنها فقدت كل قيمتها، وإنما تكون

لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات إذا كانت تحمل توقيع ذو شأن، لأن التوقيع هو الشرط الوحيد في الورقة العرفية.

على أنه إذا كان التصرف شكلياً مما يتطلب القانون الرسمية فيه كعقد بيع العقار أو الرهن الرسمي، فهنا تعتبر الرسمية ركناً في العقد ويفيد تخلفها إلى بطلانه، ولا يصبح للورقة الرسمية الباطلة قيمة ما.<sup>1</sup>

### ثالثاً: حجية الورقة الرسمية في الإثبات:

إذا توافرت في الورقة الشروط الثلاثة المتقدمة اكتسبت صفة الرسمية، وأصبحت لها ذاتية في الإثبات. فلا يطلب من يثبت صحتها، ولا يكون هناك حاجة إلى الإقرار بها، وإنما يكون على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها عن طريق الادعاء بالتزوير.

#### 1/ حجية الورقة الرسمية من حيث الأشخاص:

يتبيّن من نصوص المواد 324 مكرر 5 و 324 مكررة و 324 مكرر 7 من القانون المدني أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها، أي فيما بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم والغير. فلا تقتصر حجية الورقة الرسمية على أطرافها فقط، بل إنها حجة بالنسبة للكافة بما فيهم ورثة المتعاقدين والغير، ولا يمكن دحض ما جاء فيها إلا بإثبات التزوير بالطرق القانونية.<sup>2</sup>

#### 2/ حجية البيانات المدونة في الورقة الرسمية:

<sup>1</sup> - بکوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، طبعة ثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 111.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 123.

تتضمن الورقة الرسمية نوعين من البيانات: النوع الأول منها يتضمن بيانات وقعت من الموظف العام أو الضابط العمومي نفسه في حدود مهامه و اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، والنوع الثاني منها يتضمن بيانات وقعت من ذوي الشأن في غيبة الموظف العام أو الضابط العمومي واقتصر دوره على تدوينها تحت مسؤوليتهم بناء على تصريحاتهم. ويتربى على هذه التفرقة أن النوع الأول من البيانات لا يجوز دحضاً حجيتها إلا بإثبات تزويرها، أما النوع الثاني منها فيجوز إثبات عكسها بالطرق العادلة للإثبات من غير حاجة إلى الادعاء بالتزوير.

وعليه يتعين التفرقة فيما يتعلق بحجية هادين النوعين من البيانات المدونة في الورقة الرسمية كما يلي:

**أ/ حجية البيانات الصادرة من الموظف العام أو الضابط العمومي أو ما قام به ذوو الشأن أمامه:** يشمل هذه البيانات نوعين من الواقع: نوع يقوم الموظف العام أو الضابط العمومي بتدوينه في حدود مهامه، كتاريix الورقة وتأكده من شخصية المتعاقدين وحضور الشاهدين أمامه وتوقيعهم على العقد وتوقيع ذوي الشأن وتأكده من رضائهما وتوقيع الموثق. ونوع ثانٍ يشمل ما قام به ذوو الشأن أمامه، كإقرار الأطراف بالتراصي عن التصرف بالشروط المدونة في العقد ودفع الثمن أمام الموثق. فكل هذه البيانات تثبت لها صفة الرسمية وتكون حجة على الناس كافة فلا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

**ب/ حجية البيانات الصادرة من ذوي الشأن:**

قد يقوم ذوو الشأن باتفاقات بعيداً عن الموظف العام أو الموثق ويأتون إليه يشهادونه على هذه الاتفاقيات ليدونها في محرر. فهذه من البيانات التي تصدر من ذوي الشأن دون أن

يكون باستطاعة الموظف أو الموثق أن يتحقق من صحتها، وبتدوينها على مسؤوليتهم ولا تلحقها الرسمية.

لذلك يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية، دون حاجة إلى سلوك طرق الطعن بالتزوير. كما في حالة ما إذا أقر المؤجر أنه قبض الأجرة من المستأجر أو أقر المدين بمديونيته للدائن بمبلغ معين، فإن واقعة تسلیم مبلغ الأجرة أو تسلیم المبلغ محل الدين لم يقعا بحضور الموثق، وإنما نقلها من ذوي الشأن على مسؤوليتهم، لذلك يجوز نقضها بطرق الإثبات

العادية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير.<sup>1</sup>

#### • الأوراق العرفية :

يقصد بها الأوراق التي تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة. وهي على نوعان: أوراق عرفية معدة للإثبات، أي أعدها ذوو الشأن سلفا لتكون دليلا على تصرف قانوني معين وإثبات ما قد يثير من منازعات حول مضمونها، وأوراق عرفية غير معدة للإثبات، أي لم يقصد بتحريرها أن تكون دليلا على تصرف قانوني معين، كدفاتر التجار والرسائل.

#### أولاً: الأوراق العرفية المعدة للإثبات:

نصت عليها المادة 327 من القانون المدني، وهي كل ورقة أو محرر يصدر عن ذوو الشأن أنفسهم دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي ويحمل توقيع من يحتج به عليه، من دون أن يشترط القانون لا يتطلب شكل معين فيها، وإنما يشترط فيها فقط الكتابة والتوقيع

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53 و 54.

### 1/ شروط الورقة العرفية:

لا يشترط في الورقة العرفية المعدة للإثبات لكي تكون دليلاً كاملاً في الإثبات إلا توافر شرطين هما الكتابة والتوقيع.

#### أ/ الكتابة:

فيجب أن تتضمن الورقة العرفية كتابة تدل على واقعة معينة يراد إثباتها، ولكن لا يشترط في الكتابة أن تكون في شكل معين أو بلغة معينة، سواء تولى تحرير الورقة أحد ذوي الشأن أنفسهم أو شخص آخر، وأي لغة كانت، بخط الدائن أو المدين أو بخط كاتب عمومي أو شخص آخر، وسواء كانت الكتابة بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو بجهاز الكمبيوتر، وقد تكون في شكل استمارة معدة مسبقاً يكتفي المتعاقدون بملء فراغها. فيما لا يشترط في الورقة العرفية أن تتضمن مجموعة من البيانات كما هو الأمر بالنسبة للورقة الرسمية، وإن كان يستحسن ذكر فيها بعض البيانات كذكر المبلغ بالأرقام والحراف وتاريخ تحرير الورقة لما له من أهمية بين المتعاقدين، لأنه قد تتغير حالة أحدهم بفقدان أهليته أو نقصانها بعد أن كان متمنعاً بها وقت التعاقد، وتحصل المنازعات بشأنها وقت لاحق من الطرف الآخر.

على أنه قد يتطلب القانون في بعضها بيانات معينة، كما هو الشأن بالنسبة للشيك الذي تشرط المادة 472 من القانون التجاري أن يحتوي على بيانات معينة، والسفتحة طبقاً للمادة 390 من القانون التجاري.<sup>1</sup>

#### ب/ التوقيع:

هو الشرط الجوهري في المحرر العرفي، لأنه هو أساس نسبة المحرر إلى الموقع. والتوقيع في القانون الجزائري قد يتم بالإمضاء أو ببصمة الإصبع طبقاً للمادة 327 مدني

<sup>1</sup> - بکوش يحيى، المرجع السابق، ص 127 إلى 129.

التي لم تتضمن التوقيع بالختم، مما يجعل المحررات الموقعة بالختم في القانون الجزائري لا تلزم صاحبها اللهم إلا إذا اعترف بها أو أثبتت المحتج بها أنها صادرة من خصمه.

والتوقيع المطلوب هو توقيع من تعتبر الورقة دليلاً ضده. فإذا كان التصرف المثبت في الورقة من قبيل العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع يجب أن يكون التوقيع صادراً من الطرفين معاً.

أما في العقود الملزمة الجانب واحد، كالوديعة والالتزام بدين، فيكفي توقيع الملتزم فقط، أي توقيع المودع عنده بالنسبة لعقد الوديعة، والمدين بقدر من المال بالنسبة لالتزام بدين.

كما جعلت المادة 327 من القانون المدني الجزائري أيضاً العقد العرفي المحرر بخط يد المدين دليلاً كاملاً ضده، ما لم ينكر صراحة الكتابة بخطه عليها.

أما التوقيع على بياض، أي حالة قيام الشخص بالتوقيع مقدماً على ورقة بيضاء ثم يسلّمها لشخص آخر اليعق ملؤها فيما بعد، مثل أن يوقع شخص شيكاً على بياض لمصلحة شخص آخر ويعهد إليه أن يضع عليه قيمة الشيك بمقدار ما اتفق عليه، فإن التوقيع على بياض صحيح وتكون للورقة الحجية متى صدرت عن علم واختيار، لأن حجية الورقة العرفية تستمد من التوقيع لا من الكتابة، ما لم يثبت أن من يؤمن على هذا التوقيع قد وضع في الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقّع، حيث يعد من الناحية الجزائية حينئذ مرتكباً لجنة خيانة الأمانة لورقة موقعة على بياض طبقاً للمادة 381 من قانون العقوبات الجزائري.

## 2/ حجية الورقة العرفية في الإثبات:

للحجية العرفية حجية من ثلاثة نواحي: من حيث صدورها منمن وقعه أو من حيث مصدرها، ومن حيث قوّة البيانات المدونة فيها، ومن حيث التاريخ الذي تحمله.

## أ/ حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها:

يستخلص من نص المادة 327 من القانون المدني أن الورقة العرفية تعتبر حجة على من صدرت منه، سواء بالنسبة لمن كتبها أو وقعها أو وضع عليها بصمة إصبعه، متى اعترف بها أو لم ينكرها صراحة، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار، إلا أن يطعن بالتزوير. أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة العرفية أو خطه عليها، فإنها تفقد حجيتها مؤقتا، ويقع على المحتاج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع، وله في ذلك أن يطلب إجراء تحقيق الخطوط إما بمراجعة مستندات أو سماع شهود أو خبرة إذا لزم الأمر طبقا للإجراءات المقررة في المادة 165 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وإذا أثبت التحقيق أنه هو من وقعها صارت كالورقة الرسمية، ولا يجوز له الطعن فيها بعد ذلك إلا بالتزوير.

وإذا أحتاج بالورقة العرفية في مواجهة الورثة أو الخلف، فلا يطلب منهم الإنكار، وإنما يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق لتزول عن الورقة حجيتها مؤقتا. وحينئذ يتبعن على المتمسك بها اللجوء إلى طلب إجراء تحقيق عن طرق مضاهاة الخطوط طبقا للإجراءات المقررة في المادة 165 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أيضا.<sup>1</sup>

أما الورقة العرفية المصادق على توقيعاتها من طرف موظف عام أو ضابط عمومي، كأن يحرر الأطراف الورقة العرفية ويتوجهوا بعد ذلك إلى موظف البلدية ويوقعوا أمامه عليها ويطلبون منه التصديق من قبله على توقيعهم عليها بعد أن يدلليا بأوراقهما الثبوتية، فيشهد الموظف المذكور على توقيعاتها ويضع ختم المصلحة التي ينتمي إليها ويوقع هو أيضا

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 66 إلى 68.

بإشهاده على ذلك، فإنه في هذه الحالة، يكسب هذا التصديق التوقيع صفة الرسمية، ويتعين على من ينكر نسبة التوقيع إليه أن يسلك طريق الطعن بالتزوير.

**ب/ حجية الورقة العرفية من حيث قوة البيانات المدونة فيها:**

إذا ثبت صدور الورقة العرفية من الشخص المنسوبة إليه، فإنها تكون حجة من حيث صحة الواقع الواردة فيها، وتصلح كدليل إثبات كامل بالنسبة لجميع التصرفات والواقع باستثناء الحالات التي يتطلب القانون طريقة خاصة لإثباتها، كالتصرفات التي يشترط القانون الرسمية لإثباتها. وتكون الورقة العرفية المعترض بها، أو تثبت صحتها، حجة بما دون فيها على المتعاقدين على الناس كافة أيضا، فيما عدا التاريخ، فهو لا يكون حجة على الغير إلا

إذا كان ثابتا.<sup>1</sup>

أما إذا ادعى من يتمسّك بها ضده بحصول تغيير مادي في مضمونها، بالإضافة أو الحذف، فعليه في هذه الحالة أن يطعن بالتزوير لإثبات حصول المساس بسلامتها المادية

**ج/ حجية الورقة العرفية من حيث التاريخ:**

نصت على هذه الحجية المادة 328 القانون المدني الجزائري بأن لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله، أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء. على خلاف حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة للأطراف المتعاقدة، حيث يعتبر مثل البيانات المدونة فيها.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 89.

### ثانياً: الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات:

هي تلك الأوراق العرفية التي لا تعد مقدماً للإثبات، ولا تكون عادة موقعاً عليها من ذوي الشأن، ومع ذلك يعطيها القانون بعض الحجية في الإثبات. وقد نص القانون على أربع أنواع من هذه المحررات وهي: الرسائل والبرقيات، الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.

#### 1/ الرسائل والبرقيات:

نصت المادة 329 من القانون المدني على حجيتها دون تعريفها. والمقصود بالرسالة كل خطاب مكتوب يرسل من شخص إلى آخر، بشأن المعاملات أو التعهادات الجارية بينهما أو بشأن أية مسألة أخرى تهم الطرفين.<sup>1</sup>

وقد نصت على حجيتها الفقرة الأولى من المادة 329، بأن تكون للرسائل الموقعة عليها قيمة الأوراق العرفية، وتكون حجة على المرسل بصحة ما تضمنته من بيانات ما لم ينكر من وقعتها توقيعه عليها. أما إذا لم تكن موقعة من المرسل ولكنها مكتوبة بخطه، فإنها تصلح مبدأ ثبوت بالكتاب.

أما البرقيات، فقد جعل لها المشرع الجزائري طبقاً للفقرة الثانية من المادة 329 من القانون المدني قيمة الورقة العرفية في الإثبات إذا وجد أصلها في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسليها، وتعتبر البرقية مطابقة الأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. أما إذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس.

---

<sup>1</sup> - عباس العبوسي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الثالثة 2011، ص 165.

## 2/ الدفاتر التجارية:

يلزم القانون التجاري الجزائري في المواد 9 و10 منه، كل تاجر بمسك دفاتر تجارية معينة، تنظيمًا لحساباتهم وتدعيما للإثبات، وهي دفتر اليومية ودفتر الجرد. وطبقاً للمادتين 330 من القانون المدني و13 من القانون التجاري يمكن أن تكون الدفاتر التجارية حجة على التاجر، وقد تكون حجة له.

بالنسبة لحجية الدفاتر التجارية على التاجر، يجوز للخصم أن يتمسک بما ورد فيها ضد صاحبها التاجر الإثبات التصرف القانوني مدنياً كان أو تجاريًا، وسواء كانت هذه الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة، لأنها تعتبر بمثابة إقرار مكتوب صادر منه، رغم أنها غير موقعة منه. على أنه يبقى للمحكمة السلطة التقديرية في أن تأخذ بها أو لا، إذ يكون الدليل المستخلص منها في مستوى القرائن فقط.

وبالنسبة لحجية الدفاتر التجارية لصالح التاجر، فإنه يجوز للتاجر أن يحتج بدفاتره لتكون حجة له في حالتين: حالة ما إذا كانت الدعوى القائمة بين تاجرين بالنسبة للأعمال التجارية طبقاً للمادة 13 من القانون التجاري، على أن يبقى القاضي يتمتع بحرية كاملة في الأخذ بهذا الدليل أو عدم الأخذ به. وحالة ما إذا كانت الدعوى القائمة بين تاجر وغير تاجر طبقاً للمادة 330 من القانون المدني إذا كان الأمر متعلق ببضائع وردها التاجر لزبائنه غير التاجر إذا كانت قيمتها مما يجوز إثبات التصرف فيه بشهادة الشهود، حيث تكون للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أو استكمال الدليل المستخلص منها بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88.

### 3/ الدفاتر والأوراق المنزلية:

لم ير تعريفاً خاصاً بها في القانون الجزائري. والمقصود بها هي الكتابات الخاصة التي اعتاد الأشخاص على تدوين فيها شؤونهم الخاصة، المالية منها والمنزلية كإيراداتهم ومصاريفهم ومعاملاتهم، ومن أمثلتها دفاتر الحسابات والمذكرات. وقد نص المشرع على حجيتها في المادة 331 منه بأن لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتتين: إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً، لأن هذا التدوين يعتبر بمثابة إقراراً منه، أو إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته. أما بالنسبة لحجيتها لصالح أصحابها، فهي كقاعدة عامة لا تكون حجة ل أصحابها في الإثبات، ولكن يمكن أن تكون قرينة قضائية يستفيد منها أصحابها، كالطبيب الذي يدون زيارات مرضاه في دفتر خاص يمسكه، حيث يجوز له أن يستند إلى هذا الدفتر في مطالبة مرضاه بمقابل أتعابه ولو بما يجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود، لأن تقاليد مهنته وعلاقته بمرضاه تعتبر مانعاً أديباً من أخذ كتابة منهم عن كل زيارة.<sup>1</sup>

### 4/ التأشير على سند الدين بما يفيد براء ذمة المدين:

نصت على هذه الحالة المادة 332 من القانون المدني التي تميز بين حالة وجود سند الدين في حيازة الدائن، حيث يعد التأشير ببراءة ذمة المدين على سند في حيازة الدائن قرينة على الوفاء. وحالة وجود سند الدين أو مخالصته في حيازة المدين، حيث يعد تأشير الدائن على السند في يد المدين قرينة على الوفاء أيضاً إذا كان هذا التأشير مكتوب بخط الدائن نفسه.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 110.

• شهادة الشهود :

نص المشرع الجزائري على أحكامها الموضوعية في المواد من 333 إلى 337 من القانون المدني، أما أحكامها الإجرائية فقد وردت في المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. والشهادة كوسيلة إثبات على خلاف الكتابة، لا يجوز اللجوء إليها لإثبات أي نوع من التصرفات القانونية، وإنما حدد المشرع الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، كما أن من مميزاتها أنها ذات حجة مقنعة وليس ملزمة، لأن تقدير قيمتها يخضع لسلطة القاضي. كما أنها ذات حجة غير قاطعة، لأن ما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، وذلك بعكس الإقرار واليمين.

فقد حددت المواد 333 و335 و336 من القانون المدني الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، بأن أجازت كقاعدة عامة الإثبات بشهادة الشهود في الواقع المادي، والتصرفات التجارية، والتصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري. واستثناء أجازت في حالات معينة، الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتاب، وهذه الحالات الاستثنائية هي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتاب، وحالة وجود مانع مادي أو معنوي حال دون الحصول على دليل كتابي، وحالة فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي. أولاً: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة أصلا: بينت المادة 333 من القانون المدني الجزائري الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أصلا وهي: الواقع المادي، والتصرفات التجارية، والتصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري، وتكون للشهادة فيها قوة إثبات مطلقة.

### 1/ الوقائع المادية:

يجوز إثباتها بكافة الطرق بما فيها الشهادة، سواء كانت وقائع طبيعية لا دخل للإنسان فيها، كالزلزال والفيضان والولادة والوفاة، أو كانت أ عمالة مادية من فعل الإنسان، كال فعل الضار الذي يكون سبب نشوء الحق في التعويض، والأعمال المادية مثل الاستيلاء وعيوب الإرادة، كالغلط والتدليس.

### 2/ التصرفات التجارية:

الأصل فيها هو حرية الإثبات، فيجوز إثبات التصرف التجاري بكافة الطرق بما في ذلك شهادة الشهود، أيا كانت قيم هذا التصرف، لما تفرضه التجارة من سرعة في التعامل وما تقوم عليه من ثقة متبادلة بين التجار. إلا أنه يوجد استثناء على هذا المبدأ، حيث تستلزم الكتابة لإثبات بعض التصرفات التجارية، كالشيك والسفترة، فيما تستلزم الكتابة الرسمية لبعض التصرفات التجارية، كبيع المحل التجاري.<sup>1</sup>

### 3/ التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100 ألف دينار جزائري:

وهي الحالة المستخلصة من نص المادة 333 من القانون المدني أيضا، إذ يجوز إثبات التصرفات المدنية التي تكون قيمتها تساوي أو تقل عن مبلغ مائة ألف دينار جزائري بشهادة الشهود. أما إذا كان يتجاوز هذا المبلغ أو كان غير محدد القيمة، فيجب إثباته بالكتابة كقاعدة عامة. ولا يجوز الإثبات بشهادة الشهود طبقاً للمادة 334 من القانون المدني ولو لم تزد القيمة عن مائة ألف دينار جزائري إذا كان المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 125 إلى 128.

كما أن هناك حالات يشترط فيها القانون الكتابة بنص خاص لإثبات بعض التصرفات القانونية ولو لم تزد قيمتها عن مبلغ مائة ألف دينار جزائري، كالوصية التي تثبت بعقد توثيقي يحرره المؤوث بمقتضى المادة 191 من قانون الأسرة.

ثانيا: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة استثناء :

هذه الحالات ثلاثة (3) نصت عليها المادتين 335 و 336 من القانون المدني، وأجاز فيها المشرع الإثبات بالشهادة استثناء لاعتبارات معينة

1/ حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة:

نصت عليها المادة 335 من القانون المدني. والمقصود بمبدأ الثبوت بالكتابة أو بداية الثبوت بالكتابة كما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة، هو كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال. ويشترط لتطبيق هذه الحالة توافر الشروط الثلاثة التالية:

أ/ وجود ورقة مكتوبة:

أي أن تكون هناك ورقة مكتوبة مما لا يعتبرها القانون بليلا كالمذكرات الشخصية والمراسلات والرسائل المتبادلة بين الأشخاص والمذكرات القضائية.

ب/ صدور الورقة من الخصم أو من يمثله:

أي صادرة من الخصم الذي يحتاج بها عليه شخصيا أو من ينوب عنه نيابة قانونية كالوكيل والولي، أو نيابة اتفاقية كمحامي متى صدرت من النائب في حدود نيابته.

ج/ أن تجعل هذه الورقة التصرف المدعى به قريب الاحتمال:

أي مرجع الحصول، كالرسالة التي يرسلها شخص إلى آخر يشير فيها إلى دين عليه، دون أن يحدد فيها مقداره.

فإذا تحققت الشروط الثلاثة السالفة الذكر جاز إثبات التصرف القانوني بالشهادة، حتى ولو كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري أو كان المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة، على أنه لا يعتد بهذه القاعدة في التصرفات التي تكون فيها الكتابة الرسمية شرطاً للانعقاد وليس للإثبات، كالتصرفات الواردة على العقار. كما لا يعني هذا أن القاضي يرخص من تلقاء نفسه باستكمال الدليل بالشهادة، وإنما يتعين على صاحب المصلحة من أطراف الدعوى أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة أمام محكمة الموضوع وطلب من القاضي استكمال الدليل بالشهادة أمام محكمة الموضوع وليس لأول مرة أمام المحكمة العليا، حيث يبقى مع ذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في أن يقبل الإثبات بالشهادة أو يرفض.

## 2/ حالة وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي:

نصت عليها المادة 336 من القانون المدني، التي بمقتضاها أن الشخص قد يجد نفسه في ظروف خارجة عن إرادته أو تكون لديه من الاعتبارات المعنوية ما تمنعه من الحصول على دليل كتابي لإثبات تصرف قانوني يشترط القانون بشأنه الكتابة لإثباته. لذلك يجيز المشرع إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل الكتابي إذا اعترضه مانع حال دون حصوله على الكتابة على أن تقدير وجود هذا المانع يبقى يخضع إلى قاضي الموضوع، كما يجب أن يتم التمسك به أمام قاضي الموضوع وليس لأول مرة أمام المحكمة العليا. ويستثنى من تطبيق هذه الحالة التصرفات التي تكون فيها الكتابة الرسمية شرطاً للانعقاد، كالصرفات الواردة على العقار.

والمانع الذي يمنع من الحصول على الدليل الكتابي قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً. فالمانع المادي يرجع إلى الظروف الخارجية أو المادية التي عاصرت إبرام التصرف القانوني، كالصرفات القانونية التي تتم في أثناء الأضطرابات الطبيعية أو السياسية كالزلازل والحروب.

أما المانع الأدبي فيرجع إلى ظروف نفسية واعتبارات أدبية أو معنوية حالت دون أن يمكن الشخص من الحصول على الدليل الكتابي في الوقت الذي تم فيه التصرف القانوني، كقيام علاقة قرابة بين الأصول والفرع كصلة الأبن بأبيه، وعلاقة الزوجية.<sup>1</sup>

### 3/ حالة فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 336 من القانون المدني أيضاً التي بمقتضاها أن الشخص قد يكون سبق له الحصول على دليل كتابي كامل مستوفٍ لجميع شروطه وقت إنشاء التصرف القانوني الذي أبرمه مع خصمه، إلا أنه فيما بعد فقده بسبب أجنبي لا يد له فيه.

في هذه الحالة يجيز المشرع إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل الكتابي إذا توافرت شروطها، ويرخص القاضي أن يقبل الإثبات بشهادة الشهود، سواء كان تصرف قانوني مدني تجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري أو لإثبات ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي، بشرط توافر الشرطين الآتيين:

#### أ/ إثبات سبق وجود سند كتابي:

أي أن يقيم الدليل على أنه كان لديه دليلاً كتابياً كاملاً مستوفياً لجميع الشروط القانونية. وسبق وجود السند يعد واقعة مادية لا تصرفها قانونياً، لذلك يجوز إثباته بكل طرق الإثبات.

#### ب/ إثبات فقدان هذا السند بسبب أجنبي:

أي لم يكن له يد فيه، وهي واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق. والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو حادث مفاجئ كالحرائق، وقد يكون بفعل الغير كما لو كان خصمه سرقه

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 140 إلى 141.

منه. أما إذا كان الشخص نفسه قد تسبب في فقدانه لأن يكون مرقه غلطا فلا يستعيد من هذه الحالة.<sup>1</sup>

**ثالثاً: حجية الإثبات بشهادة الشهود:**

شهادة الشهود ذات حجة مقنعة وليس ملزمة، ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقديرها، وهو في ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا. إذ يبحث القاضي أولاً فيما إذا كان الإثبات بالشهادة في الحالات التي يجيزها القانون مستساغاً أم لا، ثم ينظر بعد ذلك فيما إذا كانت الواقع المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في الإثبات، وله أيضاً سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادتهم كافية في إثبات الواقع.

• **اليمين :**

اليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يدعوه الحالف أو عدم صحة ما يدعوه الخصم الآخر. فهي عمل مدني وعمل ديني أيضاً، بما أن الحالف يستشهد الله ويستنزل عقابه. واليمين التي تعنينا في هذا الموضوع هي اليمين القضائية التي تؤدي أمام القضاء عند انعدام الدليل أو عدم كفايته، التي نصت عليها المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني. واليمين القضائية تقسم إلى نوعين: اليمين الحاسمة واليمين المتممة.

**أولاً: اليمين الحاسمة:**

هي اليمين التي يوجهها أحد الخصمين إلى خصمه بقصد حسم النزاع عندما يعوزه الدليل على ادعائه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعوه، نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 343 إلى 347 من القانون المدني، وهي طريق غير عادي للإثبات، وسميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع، فإذا حلفها الخصم الموجهة إليه حكم له وإذا نكل عنها حكم عليه،

<sup>1</sup> - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 262.

وله ردها على خصمها، الذي إذا حلفها حكم له كذلك، وإذا نكل عنها حكم عليه، ولا ترد مرة ثانية. ويجوز للخصم طلب توجيهها طبقاً الفقرة 2 من المادة 344 من القانون المدني أمام المحكمة الابتدائية وأمام جهة الاستئناف ما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى.

### 1/ توجيه اليمين الحاسمة ونطاقها:

طبقاً للفقرة الأولى من المادة 343 من القانون المدني، فإن الأطراف المتخاصمة وحدها هي التي تملك حق توجيه اليمين الحاسمة، ولا يجوز للقاضي توجيهها من تلقاء نفسه. ونظراً لما يترتب عليها من نتائج، بما أنه يترتب على أداء اليمين أن يخسر من وجهها دعواه، فإنه يجب أن تتوافر فيمن يوجه اليمين أهلية التصرف في الحق موضوع اليمين وقت الحلف، لذلك لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة من القاصر إلا بشأن الأعمال القانونية التي تجوز له مباشرتها، ولا يجوز للوصي أو وكيل الغائب توجيهها في عمل من الأعمال التصرف التي لا يستطيع القيام بها إلا بإذن من المحكمة، ولا يجوز للوكيل أن يوجهها باسم موكله إلا إذا وكل في توجيهها وكالة خاصة.

ويجب أن توجه اليمين الحاسمة إلى الخصوم المعنيين بالنزاع شخصياً، لأن أداء اليمين يتصل بشخص من توجه إليه ولا يجوز فيه التوكيل، فلا يجوز توجيهها إلى الوكلاء، كما يراعى في من توجه إليه اليمين نفس القواعد الخاصة بالأهلية. على أن هذا الحق ليس على إطلاقه، إذ للقاضي رقابة عليه، ويجوز له طبقاً للفقرة الأولى من المادة 343 من القانون المدني منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعرضاً في ذلك، كما لو اتضح له أن القصد من توجيه اليمين هو إحراج من وجهت إليه باستغلال ما قد يتعرض من حرج بسبب تدینه

مثلاً.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 307 وما يليها.

أما عن نطاق تطبيق اليمين الحاسمة، فإنه يجوز توجيهها في أي نزاع مدني شأنها في ذلك شأن الإقرار، سواء كان موضوعها واقعة مادية، أو تصرفًا قانونيًا. وأيا كانت قيمة التصرف، ولو كانت قيمته تفوق مائة ألف دينار جزائري. كما يجوز توجيه اليمين الحاسمة في شأن ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة، أو لنقض قرينة قانونية، كقرينة اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة دليلا على الوفاء بالأقساط الأخرى. غير أنه لا يجوز توجيهها في الواقع المخالف للنظام العام كالفوائد الربوية الاتفاقية، والتصرفات القانونية التي يشترط فيها القانون لانعقادها ركن الشكلية، كبيع العقار، أو يشترط بنص خاص الكتابة الرسمية لإثباتها، ولا فيما يخالف ما هو مدون بمحرر رسمي أو كدليل على عدم صحة بيانات رسمية وردت في ورقة رسمية، لأن الطعن فيها يكون بالادعاء بالتزوير فقط، والمسائل المتصلة بحالة الأشخاص،

### كإثباتات الزواج والنسب

#### 2/ آثار توجيه اليمين الحاسمة:

نميز في هذا الشأن بين الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة بالنسبة من وجه اليمين، والآثار المترتبة بالنسبة لمن وجهت إليه اليمين.

##### أ/ الآثار بالنسبة لمن وجه اليمين:

طبقاً للمادة 345 من القانون المدني لا يجوز لمن وجه اليمين الرجوع عنها بعد قبول الخصم الآخر حلف اليمين، سواء كان قبوله صريحاً أو ضمنياً بحضور في المحدد للحلف. والحالة الوحيدة التي يجوز فيها الرجوع عن توجيه اليمين استثناءً، هي إذا كان من وجهها ناقص الأهلية، أو كان قد دفعه إلى هذا التوجيه غلط في الواقع أو تدليس أو إكراه، أي كانت

إرادته معيبة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - بکوش يحيى، المرجع السابق، ص 316.

**ب/ الآثار بالنسبة لمن وجهت إليه اليمين:**

لا يستطيع من وجهت إليه اليمين أن يرفضها، وإنما يكون له أن يحلف اليمين أو ينكح عنها أو يردها على خصمه. لذلك نعرض لتلك الفروض كما يلي:

- **حلف اليمين:** إذا قام من وجهت إليه اليمين بحلفها، فإنها تحسم النزاع في الواقعية التي انصبت عليها اليمين. ويكون لأداء اليمين حجية ملزمة للقاضي وللخصوم، بأن يصدر القاضي حكمه لصالح الحالف.

- **النکول عن اليمين:** إذا نكل من وجهت إليه اليمين، أي رفض أن يحلف اليمين الموجهة إليه من خصمه، سواء كان ذلك صراحة أو ضمنياً يستفاد من سلوكه، كحالة امتناعه عن الحضور إلى الجلسة المحددة لتأدية اليمين بدون عذر، خسر دعواه، أي يحكم عليه بما طلبه خصمه طبقاً للمادة 347 من القانون المدني.

- **رد اليمين:** طبقاً للفقرة الثانية من المادة 343 من القانون المدني يجوز لمن وجهت إليه اليمين إذا لم يحلفها أو ينكح عنها أن يردها على من وجهها له. وعلى هذا الأخير أن يسلك أحد الطريقين: إما أن يحلف ويكسب دعواه، وإما أن يرفض تأدية اليمين فيخسر دعواه، ولا يستطيع أن يردها على خصمه مرة ثانية.<sup>1</sup>

**3/ حجية اليمين الحاسمة:**

إن حجية اليمين الحاسمة حجية قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معاً، فمتنى تم تأدية اليمين الحاسمة أو النکول عنها أصبحت حجة ملزمة للقاضي ويتبعه الحكم بها في صالح من أدتها أو في غير صالح من نكل عنها. كما أن توجيهها يسقط حق طالبها من الاستناد إلى أي دليل آخر.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 235.

### ثانياً: اليمين المتممة:

نص عليها المشرع في المادة 348 من القانون المدني، وهي على عكس اليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين، ليستكمل بها الدليل الناقص المقدم، لذلك فهي لا توجه إلا إذا كان هناك دليل ناقص، ولا توجه في الدعوى التي تكون خالية من أي دليل. وهي شأنها كاليمين الحاسمة يجوز توجيهها في أي نزاع مدني أو تجاري، إلا أنه لا يجوز توجيهها في التصرفات التي تكون فيها الكتابة الرسمية شرطاً للانعقاد، كالتصرفات الواردة على العقار والهبة، لأن الكتابة الرسمية تعتبر هنا ركناً لوجود التصرف ولا وجود له بدونها. كما ولا يجوز توجيهها في التصرفات القانونية التي يشترط فيها المشرع بنص خاص الكتابة الرسمية لإثباتها، حتى ولو وجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة.

#### 1/ التمييز بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة:

يتبيّن هذا الاختلاف بينهما من عدة جوانب، أهمها:

- أن اليمين المتممة يوجهها القاضي وحده، فهو وحده من يملك سلطة توجيهها، وهو الذي يختار الخصم الذي يوجهها إليه، ولا يتقيّد في ذلك بطلب الخصوم. أما اليمين الحاسمة فيوجهها الخصم تحت رقابة القاضي.
- أنه يجوز للقاضي الرجوع عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يقبلها الخصم الآخر، فيما أنه لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر.
- أن اليمين المتممة ليست ذات حجية قاطعة فلا يتقيّد بموجبها القاضي سواء حلفها الخصم أو نكل، فيما أن اليمين الحاسمة حجيتها قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معاً.

- أن اليمين المتممة لا يجوز ردها على الخصم الآخر، فيما أن اليمين الحاسمة يجوز ردها.

## 2/ شروط توجيه اليمين المتممة:

هما شرطين نصت عليهما المادة 348 من القانون المدني:

أ/ أن لا يكون في الدعوى دليل كامل:

لأنه لو كان فيها دليل كامل، لما كان هناك حاجة لليمين المتممة.

ب/ أن يكون بالدعوى بداية ثبوت قانوني:

أي ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، بل يجب أن يكون في الدعوى بداية ثبوت بالكتابة أو بغير الكتابة كالشهادة أو القرآن على حسب الأحوال. فإذا كانت الواقعة جائزة الإثبات بالشهادة والقرآن، كما لو كانت قيمتها لا تزيد عن مائة ألف دينار جزائري، فالدليل الناقص يمكن أن يكون شهادة أو قرائن. أما إذا كانت الواقعة مما يتطلب القانون الكتابة لإثباتها، كما لو تعلقت الأمر بتصرف قانوني مدني تزيد قيمته عن مائة ألف دينار جزائري، فالدليل الناقص يجب أن يكون بداية ثبوت بالكتابة طبقاً للمادة 335 من القانون المدني، إلا في الحالات الاستثنائية التي تجوز فيها الشهادة، كما إذا كان هناك مانع مادي أو معنوي حال

دون الحصول على الدليل الكتابي طبقاً للمادة 336 من القانون المدني.<sup>1</sup>

## 3/ آثار توجيه اليمين المتممة:

يتربى على توجيه اليمين المتممة الآثار التالية: أـ عدم جواز رد اليمين: إذ يجب على الخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين إما حلفها أو الامتناع عن تأديتها، ولا يجوز له ردها على الخصم الآخر. بـ عدم تقيد القاضي بهذه اليمين: فسواء حلفها من وجهت إليه أو امتنع

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 260.

عن أدائها، فإن القاضي غير ملزم بنتيجتها. فله أن يأخذ بها ويقضى بموجبها أو لا يأخذ بها إذا ظهرت له أدلة جديدة تكمل الأدلة الناقصة. ج عدم تقيد الخصوم بهذه اليمين: إذ يستطيع خصم الحالف أن ينقض دلالة اليمين ويثبت كذبها بإثبات العكس شأن أي دليل في الدعوى. كما لا تكون جهة الاستئناف مقيدة بها إذا ما قضى به قاضي المحكمة.<sup>1</sup>

#### ٤/ حجية اليمين المتممة:

ليست لليمين المتممة حجية قاطعة وإنما يجوز للطرف الآخر إثبات كذبها بعد أن أدائها من وجهت إليها شأنها في ذلك شأن أي دليل آخر في الدعوى. كما لا يكون القاضي ملزم بنتيجتها كاليمين الحاسمة، وإنما له أن يأخذ بها أو لا يأخذ بها، وله سلطة مطلقة في تقدير نتيجتها.

#### • الإقرار:

الإقرار طريق غير عادي للإثبات، يعفي من إثبات الحق، وهو نوعان: إقرار قضائي وهو الذي يصدر أمام القضاء أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوع الإقرار. وإقرار غير قضائي وهو الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء في دعوى أخرى لا يتعلق بموضوعه. وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار القضائي في المادتين 341 و342 من القانون المدني، وعرفته المادة 341 من القانون المدني بأنه "هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة". فيما لم ينص على الإقرار الغير قضائي.

<sup>1</sup> - بکوش يحيى، المرجع السابق، ص 335.

**أولاً: شروط الإقرار القضائي:**

هي ثلاثة شروط نصت عليها المادة 341 من القانون المدني:

**1/ أن يكون الإقرار صادرا من الخصم:**

سواء صدر منه شخصياً أو من نائب عنه له حق الإقرار بمقتضى توكيلاً خاص طبقاً  
للمادة 534 من القانون المدني أو صادر عن محامي طبقاً لقانون المحاماة.

**2/ أن يصدر الإقرار أمام القضاء:**

أي أمام أية جهة قضائية أياً كانت درجتها أو نوعها، سواء كان قد تم شفوياً في الجلسة  
أو أثناء التحقيق أو كان كتابياً مقدماً في شكل مذكرات مقدمة للقاضي، فيما لا يعتبر الإقرار  
 الصادر أمام الخبير المنتدب في الدعوى إقراراً قضائياً لأنّه لا يتمتع بصفة القضاء وتقرير  
 الخبرة غير ملزم للقضاء.

**3/ صدور الإقرار أثناء السير في الدعوى:**

أي أن يصدر الإقرار في الدعوى الجارية أمام القضاء التي يكون موضوعها التصرف  
المتنازع عليه.<sup>1</sup>

**ثانياً: نطاق تطبيق الإقرار وحياته:**

يقبل الإقرار كقاعدة عامة لإثبات جميع الواقع والتصرفات القانونية حتى التي تزيد  
قيمتها على مائة ألف دينار جزائري أو كان المطلوب إثباته يخالف ما هو ثابت بالكتابة على  
أنه لا يقبل الإقرار عندما يتطلب القانون شكلاً معيناً لصحة انعقاد التصرف، كالرسمية في  
بيع العقار ولا في التصرفات المخالفة للنظام العام كالفوائد الربوية الاتفاقيّة.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 226.

أما عن حجية الإقرار القضائي، فيتبين من المادة 342 من القانون المدني أنه حجة قاطعة على المقر فلا يجوز إثبات عكسها، ويتعين على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، ولا يجوز للمقر الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه وقع نتيجة غلط في الواقع أو تدليس أو إكراه أو كان ناقص الأهلية وذلك بالطرق القانونية. كما أنه كقاعدة عامة غير قابل للتجزئة، بما أن المقر لا يستطيع أن يأخذ منه ما هو في صالحه ويترك ما ليس في صالحه، ما لم يقم على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الواقع الأخرى.

• القرائن:

نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 337 إلى 340 من القانون المدني، وهي نوعان: قرائن قضائية وقرائن قانونية.

**أولاً: القرائن القضائية:**

نص عليها المشرع في المادة 340 من القانون المدني، وهي القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي، يستتبعها من ظروف القضية وملابساتها، وليس هناك حسرا للأمثلة على القرائن القضائية، ومثالها استنباط صورية التصرف بين أب وابنه من واقعة قرابة الأبوة كما إذا ادعى الابن مثلاً بأنه اشتري من أبيه في قيد حياته، والحالة أنه كان صغيراً ولا دخل له وناظمه في هذا الشراء باقي من لهم حق في المال المباع، بأن ذلك البيع صوري فقط

**1/ الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية:**

طبقاً للمادة 340 من القانون المدني، فإن المشرع جعلها في نفس مرتبة الشهادة من حيث القوة في الإثبات، لذلك لا يجوز الإثبات بها إلا في الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة، الأصلية منها والاستثنائية. فيما لا يجوز قبول القرائن القضائية في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، ولا في إثبات التصرفات القانونية التي يستلزم القانون

الكتابة في إثباتها، وكذلك التصرفات التي تكون فيها الكتابة الرسمية شرطاً للانعقاد كالتصرفات الواردة على العقار.<sup>1</sup>

## 2/ حجية القرينة القضائية في الإثبات:

إن حجية القرينة القضائية في الإثبات كحجية الشهادة، فهي ذات دلالة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس، ولا يجوز الإثبات بها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة.

ثانياً: القرائن القانونية:

نصت عليها المادة 337 من القانون المدني، وهي القرائن التي نص عليها القانون ووسيلة يهدف بها المشرع إلى إثبات واقعة غير معلومة، ولم يقم أي دليل على ثبوتها، بالاستناد إلى أمور أخرى ثابتة، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 499 من القانون المدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة. ويقسم الفقه القرائن القانونية إلى نوعان: قرائن قانونية بسيطة أو غير قاطعة وهي التي يمكن إثبات عكس دلالتها، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 499 من القانون المدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على دفع الأقساط السابقة. وقرائن قانونية قاطعة وهي التي لا يجوز إثبات عكس دلالتها، ومن أمثلتها قرينة قوة الشيء المضي فيه التي نصت عليها المادة 338 من القانون المدني.<sup>2</sup>

### • المعاينة والخبرة :

نصت عليها المواد من 125 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارهما من وسائل الإثبات في المواد المدنية، ومن إجراءات التحقيق أيضاً التي يجوز للقاضي اللجوء إليها قبل الفصل في الدعوى

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 207 إلى 210.

<sup>2</sup> - محمد زهور، المرجع السابق، ص 84.

### أولاً: المعاينة

هي وسيلة إثبات مباشرة في المسائل المادية ولها أهمية كبيرة للوقوف على حقيقة النزاع، نصت عليها المواد من 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويقصد بها انتقال المحكمة بنفسها لمحل النزاع لمشاهدته والتحقق من صحة أوصافه، وقد يكون محلها أشياء أو أشخاص أو أماكن.

#### 1/ نطاق المعاينة:

يشمل نطاق المعاينة الأشياء والأشخاص، وقد تكون الأشياء عقارات أو منقولات. فبالنسبة للمسائل العقارية، قد تقوم المنازعة على موقع العقار أو مشتملاته وحدوده أو على حقوق الارتفاق المقررة له أو عليه. وبالنسبة لإجراء المعاينة على الأشخاص كأن تجري المحكمة المعاينة بنفسها على المدعي لترى مبلغ التشويه الذي أصاب وجه أو جسمه لإثبات الضرر الذي حدث نتيجة خطأ المدعي عليه. وسواء تعلق الأمر بمعاينة أشياء أو أشخاص، وكانت المعاينة متعلقة بمسائل فنية، فإن المادة 147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجيز للمحكمة أن تنتدب خبيرا ليحل محلها في إتمام المعاينة في المسائل الفنية.

#### 2/ سلطة المحكمة في إجراء المعاينة:

يتبيّن من الفقرة الأولى من المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن للمحكمة السلطة التقديرية الكاملة في اتخاذ القرار بإجراء المعاينة أو الانتقال إلى محل النزاع المعاينته بنفسها، سواء كان الخصوم أو أحدهم قد تقدم بطلب إجراء المعاينة أو لم يتقدم أي واحد منهم بالطلب. والأصل في المعاينة أنها تتم أمام القاضي بالمحكمة، لكن قد يتطلب الأمر الانتقال إلى مكان ما من أجل معاينة وقائع معينة، مثل الانتقال إلى مكان تواجد البناء

للاطلاع على حالتها إن كانت في وضعية انهيار أو تهدم، أو الانتقال إلى عين المكان للتأكد من صحة المعاينات التي أجريت من طرف الخبر.

### 3/ حجية المعاينة في الإثبات:

تعد المعاينة وسيلة إثبات مباشرة، وهي كالخبرة ذات حجية غير ملزمة للقاضي، على أنه في حالة عدم الأخذ بها يتعين عليه تسبيب حكمه بالرفض كأي دليل مقنع غير ملزم.<sup>1</sup>

ثانياً: الخبرة القضائية هي إجراء تحققي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة، بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أموراً علمية أو فنية مما لا تستطيع المحكمة الإلمام بها.<sup>2</sup>

ومن هؤلاء الأطباء المتخصصون كالطبيب الشرعي، والخبراء المحاسبون والخبر العقاري.

وهي تقتصر فقط على المسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي الإلمام بجوانبها، دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاصه، ويفترض فيها أن يكون يعلم بها، وقد نصت عليها المواد 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

### 1/ مجال الخبرة القضائية في المواد المدنية:

حددت المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجال الخبرة في الواقع المادي التقني والعلمية المحسنة، وعلى ذلك يخرج عن مجالها المسائل القانونية، لأن القاضي يفترض فيه العلم بالقانون والالتزام بتطبيقه. والواقع المادي التقني أو العلمية التي يمكن أن تكون موضوع خبرة قضائية غير محسنة في ميدان معين بذاته، كالطب الشرعي والطب النفسي والعقلاني والخصصات البيولوجية والمحاسبية. وفي مجال المنازعات العقارية قد تكون

<sup>1</sup> - مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني- دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2011 ، ص 87.

<sup>2</sup> - عباس العبوسي، المرجع السابق، ص 325.

الخبرة عقارية، إذا تعلقت بقسمة عقار مملوك على الشيوع، وفي مجال شؤون الأسرة، قد تكون خبرة عقلية لأن موضوع الدعوى طلب الحجر على شخص لإثبات الحالة العقلية للشخص المطلوب الحجر عليه.

## 2/ حجية تقرير الخبرة في المواد المدنية:

إن رأي الخبير طبقاً للمادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو رأي استشاري غير ملزم للقاضي. فله أن تأخذ بتقرير الخبرة كله أو بجزء منه، كما له أن يستبعده. غير أنه عند استبعاد نتائج الخبرة يتبعن عليه بيان الأسباب ذلك.

### المبحث الثاني: عباء الإثبات

تعد مسألة الإثبات في القانون من المسائل المهمة، بحيث أن المدعي يلزم بتقديم الأدلة والحجج حول موضوع دعواه لتأكيد مزاعمه، وقد نص القانون المدني في المادة 323 منه على ذلك بقوله "البينة على من ادعى".

### المطلب الأول: عباء الإثبات في المواد المدنية

يلزم المدعي بإثبات دعواه واقامة الدليل على ذلك كقاعدة عامة، فمن يطالب غيره بحق عليه إثبات ذلك، فالإثبات يقع على خلاف الظاهر، وهذا ما نصت عليه المادة 323 ق م " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه"<sup>1</sup>، فمن خلال ذلك يلزم المدعي بإقامة الحجة على وجود الواقعة القانونية المنشئة للحق سواء كانت واقعة مادية أو تصرفاً وذلك بالطرق والكيفية التي يحددها القانون.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: عباء الإثبات في المواد الجنائية.

<sup>1</sup> - فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 165.

<sup>2</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 334.

يختلف عبء الإثبات في المواد المدنية عنه في المواد الجنائية، حيث انه في الجانب الجنائي كقاعدة عامة يقول ذلك للنيابة العامة باعتبارها مدعيا، وكذلك استارا لما يعرف "بقرنية البراءة"<sup>1</sup>، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته، بحيث أن النيابة العامة ملزمة بإثبات عكسها.<sup>2</sup> إضافة لذلك فإن الخصومة الجنائية لا تقييد بوسيلة إثبات واحدة، بل يمكن اللجوء إلى وسائل عديدة اعتبارا بمبدأ حرية الإثبات الذي يرتبط هو الآخر بمبدأ الاقتضاء الشخصي الذي يتأتى من خلال تقدير قاضي الحكم لوسائل الإثبات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص على هذه القاعدة المادة 45 من الدستور الجزائري.

<sup>2</sup> - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 77.

# المحاضرة السادسة

## انقضاض الحق

### المحاضرة السادسة : انقضاء الحق

تنقضي الحقوق وتزول بوفاة صاحب الحق أو فقد السيطرة عليه، حيث ينتقل حق الملكية بعده إلى ورثته أو الموصى إليه، ويسقط أيضاً بعدم الاستعمال إذا افترت الملكية بحيازة الغير وتوفرت لهذا الغير شروط التقادم المكتسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتقادم لأن حق الملكية يكتسب بالتقادم ولا يسقط بالتقادم، كما أن حق الملكية يسقط أيضاً إذا تم التصرف فيه مثل البيع أو التنازل عنه كالهبة، كما أنه يسقط أيضاً بالتخلي عنه، ويقصد به من الناحية القانونية.

وعليه ومن خلال هذا المبحث تناولت انقضاء الحقوق العينية في المطلب الأول، ثم تطرقت لانقضاء الحقوق الشخصية المطلب الثاني.

#### المطلب الأول : انقضاء الحقوق العينية

الحقوق العينية وكما هو معلوم مذكورة في القانون المدني على سبيل الحصر، إما أن تكون حقوقاً أصلية أو حقوقاً عينية تبعية، والحقوق الأصلية هي الملكية وما يتفرع عنها من انتفاع وارتفاقات، وحقوق عينية تبعية وما يتفرع عنها.

وعليه ومن خلال هذا المطلب تناولت انقضاء الحقوق العينية الأصلية في الفرع الأول، ثم تطرقت بعدها إلى انقضاء الحقوق العينية التبعية في الفرع الثاني. الفرع الأول: انقضاء الحقوق العينية الأصلية.

هناك حالات تنقضي بها الحقوق العينية الأصلية، فحق الملكية ينتهي بوفاة المالك أو بالطرق التي حددها القانون، أما الحقوق المترتبة عنها فتنتهي بحسب طبيعة كل شيء، وعليه تناولت انقضاء الحقوق العينية الأصلية أولاً، ثم انقضاء الحقوق المترتبة عن حق الملكية ثانياً.

### أولاً/ انقضاء حق الملكية:

يعد حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقاً، وكما هو معروف فإن حق الملكية يخول لصاحبها سلطة كاملة على الشيء ويتميز بأنه حق دائم، والمقصود بذلك أنه حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة إلى الشخص المالك، والحق الجامع والمانع ولا يسقط بعدم الاستعمال إلا أنه يسقط بوفاة المالك حيث ينتقل حق الملكية بعده إلى ورثته أو الموصى إليه ويسقط أيضاً بعدم الاستعمال إذا اقترنت الملكية بحيازة الغير وتواترت لهذا الغير شروط التقادم المكتسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتقادم لأن حق الملكية يكتسب بالتقادم ولا يسقط بالتقادم كما أن حق الملكية يسقط أيضاً إذا تم التصرف فيه مثل البيع أو التنازل عنه كالهبة كما أنه يسقط أيضاً بالتخلي عنه.<sup>1</sup>

### ثانياً/ انقضاء الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:

#### 1/ انقضاء حق الانتفاع:

ينقضي حق الانتفاع بوفاة المنتفع أو بانقضاء المدة أو بهلاك الشيء المنتفع مثل حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وهذه الحقوق جمِيعاً تتضمنها تهلاك الشيء الذي يقع عليه الحق، فإذا كان الشخص حق الملكية على سيارة واحتراقت السيارة فإن هذا يؤدي إلى انقضاء الحق.<sup>2</sup> حيث نصت المادة 853 من القانون المدني على ما يلي "ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من شيء هالك إلى ما قد يقابل قيمته...<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 765.

<sup>2</sup> - حميد بن شنيري، مرجع سابق، ص 183.

<sup>3</sup> - راجع المادة 853 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

### أ/ حلول الأجل وموت المنتفع:

إن حلول الأجل أي انتهاء مدة الاستغلال مثلاً يؤدي إلى زوال الحق كما لو تصورنا أننا أمام حق الانتفاع من عقار متمثل في استغلال أرض فلاحية خلال مدة فانتهاء المدة يؤدي بالضرورة إلى زوال الحق في الانتفاع من الأرض وانقضاؤه، حيث نصت المادة 852 من القانون المدني على مايلي "ينتهي حق الانتفاع بانتهاء الأجل المعين، فإن لم يعن أجل

عد مقرراً لحياة المنتفع،...<sup>1</sup>

### ب/ عدم الاستعمال:

إن عدم استعمال الحق مدة زمنية قد يؤدي إلى زواله وهذا بترك المنتفع حقه دون استعمال مدة زمنية معينة، غير أن حق الملكية مستثنى من هذه القاعدة لأنه حق دائم لا يسقط بالتقادم بعدم الاستعمال<sup>2</sup>. حيث نصت المادة 854 من القانون المدني "ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر (15) سنة".<sup>3</sup>

### 2- انتهاء حق الارتفاق:

ينتهي حق الارتفاق للأسباب التي حددت في نص المادة 878 من القانون المدني حيث نصت على ما يلي "تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - راجع المادة 852 من الأمر رقم: 75-58، نفس المرجع.

<sup>2</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 484.

<sup>3</sup> - راجع المادة 854 من الأمر رقم: 75-58، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - راجع المادة 878 من الأمر رقم: 75-58، مرجع سابق.

ومنه نستنتج أنه إذا تقرر حق الارتفاق على عقار لمدة خمس سنوات فإنه بانتهاء المدة ينتهي الارتفاق، كما حددت كل الحالات التي قد ينتهي بها، كما ينقضي الارتفاق بهلاك العقار المرتفق كلياً، وكذلك ينقضي باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق، وكذلك ينقضي بفقد المنفعة المرجوة للعقار المرتفق.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: انقضاء الحقوق العينية التبعية

تنقضي الحقوق العينية التبعية بانقضاء الالتزام الشخصي الذي تضمنه، كما أنها تنقضي بعدم تجديد الرهن وينقضي الرهن كذلك بنزول المرتهن على الرهن، وينقضي بانتقال المال المرهون إلى الراهن وينقضي كذلك بهلاك العقار المرهون أو تطهيره. وعليه تناولت انقضاء الرهن الرسمي أولاً، انقضاء حق الاختصاص ثانياً، انقضاء الرهن الحيازي ثالثاً، انقضاء حق الامتياز رابعاً.

#### أولاً / انقضاء الرهن الرسمي:

ينشأ الرهن الرسمي ضماناً لدين معين ولا يسقط إلا بسقوط هذا الدين وهذا ما نصت عليه المادة 933 من القانون المدني على ما يلي "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته".<sup>2</sup>

وتضيف المادة 934 على أنه إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 770.

<sup>2</sup> - راجع المادة 933 من الأمر رقم: 58-75، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - راجع المادة 934 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

فمن خلال هاذين النصين يتبين أن الرهن الرسمي ينقضى بانقضاء سبب إنشائه دون المساس بالحقوق التي اكتسبا الغير حسن النى، أما تطهير تخليص العقار المرهون يقصد به تحريره من القيود التي تثقله، سواء تعلق الأمر بنوعيه أو بحق التخصيص، أو بحقوق الامتياز العقارية الخاصة، وهو نوعين تطهير اختياري وتطهير بحكم القانون.

**ثانياً/ انقضاء حق الاختصاص:**

أما حق التخصيص فينقضى بنفس الأسباب التي ينقضى بها الرهن الرسمي، وهذا عملاً بنص المادة 947 من القانون المدني والتي نصت على ما يلى " تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة.<sup>1</sup>

وبناءً عليه فإن حق التخصيص ينقضى بتمام إجراءات التطهير، وبيع العقار بيعاً جبرياً بالمخالفة العلنية، وبنزول الدائن عن حق التخصيص، وبإتحاد الذمة في العقار وبهلاك العقار.<sup>2</sup>

**ثالثاً/ انقضاء الرهن الحيازي:**

أما الرهن الحيازي فينقضى بانقضاء الدين حيث تنص المادة 964 من القانون المدني على أنه "ينقضى حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي

<sup>1</sup> - راجع المادة 947 من الأمر رقم: 75-58، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص776.

انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة مابين انقضاء الحق وعودته".<sup>1</sup>

يستشف من هذا النص أن الرهن الحياني ينقضى ويزول بانقضاء الدين الأصلي المضمون بالرهن، كون عقد الرهن تبعي نشأ لضمان حق أصلي، وبصفة آلية إذا زال الدين زال معه الرهن، غير أن عودة الرهن لا تضر بالغير حسن النية الذي اكسب حقوقا في الفترة مابين نشوء الرهن وانقضاء.

#### رابعا/ انقضاء حق الامتياز:

وبخصوص حقوق الامتياز فقد نصت المادة 988 من القانون المدني على أنه "ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحياة، ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".<sup>2</sup>

وبناءا على نص هذه المادة ينقضى حق الامتياز على العقار بما ينقضى به كذلك حق الرهن الرسمي، أي بالتطهير، والبيع الجبري، وبنزول الدائن عن حق امتيازه، وهلاك الشيء محل الحق، واتحاد الذمة، أما في المنقول فينقضى بما ينقضى به الرهن الحياني، ومن ثم فحق الامتياز ينقضى ويزول في الحالات المذكورة.<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني : انقضاء الحقوق الشخصية

الحقوق الشخصية جميعها حقوق مؤقتة بطبعتها، ذلك أنها تتشاء علاقات بين الأفراد وتجعل بعضهم ملتزما في مواجهة البعض الآخر ، ولا يمكن أن يكون هذا أبداً وإنما يعتبر

<sup>1</sup> - راجع المادة 964 من الأمر رقم: 75-58، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - راجع المادة 988 من الأمر رقم: 75-58، نفس المرجع.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص777.

خطر يمس حرية الملتم وتنقضي الحقوق الشخصية أي الالتزامات بعدة أسباب قسمها القانون إلى ثلاثة طوائف.

وعليه تناولت انقضاء الحقوق الشخصية بالوفاء في الفرع الأول، ثم طرقت إلى الانقضاء بما يعادل الوفاء في الفرع الثاني، وفي الأخير عالجت الانقضاء دون الوفاء في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: الانقضاء بالوفاء

الوفاء هو الحالة الطبيعية لانقضاء الحق الشخصي، وهو تنفيذ المدين ما التزم به عينا تجاه الدائن، ويشترط في بعض الالتزامات كالالتزام بالقيام بعمل أن يتم الوفاء من المدين نفسه إذ شخصه هو محل اعتبار، وفيما عدا هذا الاستثناء يجوز أن يكون الموفي شخصا آخر غير المدين وينقضي الحق إذا وفي غير المدين وللموفي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية أي دعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، وذلك بتوفير الشروط لرفع هذه الدعاوى، ويمكن الرجوع على المدين بدعوى الحلول حسب الحالات التي نصت عليها المادة 261 من القانون المدني وهي الخاصة بالحلول القانوني وزيادة علة هذه الحالات يمكن للموفي الرجوع على المدين بدعوى الحلول إذا تم الاتفاق بينهما على ذلك، ويسمى هذا بالحلول الاتفاقية.<sup>1</sup>

ولكي ينقضي الدين بالوفاء يجب أن يشمل محل الوفاء ما كان مستحقا أصلا في ذمة المدين، أي عين ما التزم به، فلا يمكن أن يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي، وقد نصت المادة 1/277 من القانون المدني على ما يلي: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي الحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 282.

<sup>2</sup> - راجع المادة 1/277 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

وهو ما يطلق عليه عدم تجزئة الوفاء، غير أنه يجوز ذلك إذا كان محل اتفاق بين الطرفين، كما لا يجوز للمدين إجبار الدائن على قول شيء غير الذي تم الاتفاق عليه.

### الفرع الثاني: الانقضاء بما يعادل الوفاء

قد ينقضى الحق ولكن ليس بالطرق الطبيعية وهي طريقة الوفاء، وإنما ينقضى عن طرق انقضاء الحق بما يعادل الوفاء، أي أن المدين يستوفي حقه ولكن بطرق أخرى وهي، الوفاء بالمقابل أولاً، التجديد ثانياً، الإنابة ثالثاً، والمقاصة رابعاً، واتحاد الذمة خامساً.

#### أولاً/ الوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل نظمه المشرع الجزائري في الفصل الثاني تحت عنوان انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، حيث تم تعريفه في المادة 285 كما يلي "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابل استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء".<sup>1</sup>

والشائع في هذه الحالة هي أن يكون المدين ملتزم بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن إعادته فيقبل الدائن منه في استفاء حقه نقل ملكية عقار أو منقول وفاء لهذا الالتزام، ولا مانع من أن يكون نقل ملكية شيء هو الالتزام الأصلي ويرضى الدائن بدلاً منه مبلغاً من النقود.<sup>2</sup>

#### ثانياً/ التجديد:

التجديد هو عبارة عن تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق بين ذوي الشأن على وضع نهاية الحق قديم وإنشاء حق جديد، بحيث حددت المادة 287 من القانون المدني على ما يأتي: يتحدد الالتزام:

<sup>1</sup> - راجع المادة 285 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 786.

- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره ،
- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مكان المدين الأصلي على أن تبرأ دمة المدين الأصلي دون حاجة الرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد،
- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد".<sup>1</sup>  
وإضافة على نص المادة سالفه الذكر نصت المادة 01/291 من القانون المدني بقولها"  
يترب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه".<sup>2</sup>  
أي أن هذا الاتفاق يحل بموجبه التزام جديد محل الالتزام القديم، فينقضى الحق القديم ونشأ محل حق جديد محله، وللحصول التجديد يجب أن يكون الالتزام القديم والجديد مرتبان إذ لا ينقضى الالتزام الأصلي إلا إذا حل محله الجديد ولا ينشأ الجديد إلا بانقضاء الأصلي كما قد يتم التجديد بتغيير سبب الدين فيكون سبب الحق القديم مثلاً عقد بيع ويصبح بالتجديد عقد قرض، وقد يتم التجديد بتغيير الدائن أو المدين حسب الحالات المذكورة أعلاه.

### ثالثاً/ الإنابة:

الإنابة هي تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق على انقضاء حق قديم وإنشاء حق جديد يحل محله، حيث تنص المادة 294 من القانون المدني على ما يلي " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتماً مديونية سابقة بين المدين والغير".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - راجع المادة 287 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع المادة 1/291 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

<sup>3</sup> - راجع المادة 294 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

وبناءً عليه يتم استبدال حق جديد بالحق الأصلي ويكون ذلك بتغير الدين أو المدين أو الدائن وتغير التجديد طريقاً من طرق انقضاء الحق ومصدراً من مصادر إنسانية في أن واحد ويشرط لوقوعه ثلاثة شروط:

- وجود التزام قديم أولاً حتى ينشأ بعد ذلك التزام جديد ليحل محله.
- إنشاء التزام جديد، حيث أن جوهر فكرة التجديد هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد ليحل محله.
- نية التجديد حيث القاعدة أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يقف عليه صراحة أو أن يتخلص بوضوح من الظروف، وهي عمل قانوني به يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه.<sup>1</sup>

#### رابعاً / المقاصلة:

هي اجتماع صفتى المدينين والدائن في كل طرفى الالتزام، وهناك المقاصلة القانونية والاتفاقية أو القضائية، ويشترط في القانونية أن يكون الدين دين نفس الشخصين وواردين على نقود أو مثيليات متحدة النوع وخالين من النزاع، ويتربى على إجراء المقاصلة انقضاء حق الدائن للقدر الذي تمت به، وإذا لم تتوافر الشروط السابقة يجوز أن تقع المقاصلة باتفاق الطرفين عندما تختلف المقاصلة القانونية لأن يسمح صاحب الحق المستحق الأداء بإجراء المقاصلة مع صاحب الحق المؤجر، ولا يجوز إجراء المقاصلة الاختيارية إلا باختيار الطرفين أما المقاصلة القضائية فيستطيع المدعي عليه في حق المتنازع فيه إذا كان دائننا للمدعي بمبلغ معين أن يطلب من القاضي إجراء المقاصلة والقاضي سلطة تقديرية في ذلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 790.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 796.

### خامساً/ إتحاد الذمة:

إتحاد الذمة هي أن يجتمع في نفس الشخص صفة الدائن والمدين كأن يرث المدين الدائن ويشترط أن يكون وارثه الوحيد وتكون المقاصلة بمقدار ما يرثه عند تعدد الوراث، فإذا كان يرث الربع تجري المقاصلة في حدود الربع، ويبقى مدينا بقدر ثلاثة أرباع وقد يحدث اتحاد الذمة عن طريق الوصية وذلك في حالة ما إذا أوصى الدائن للمدين بما له في ذمته فينقضى حق الدائن في حدود الثالث وإذا كانت الوصية أكثر من الثالث ولم يقر الورثة الزيادة فإن اتحاد الذمة يزول بالقدر الذي لم يقره الورثة ولا ينقضى الدين إلا في حدود الثالث، لأن الوصية لا تتجاوز الثالث شرعاً في حال ما إذا اجتمعت في يد شخص واحد صفتين تكون أمام حالة إتحاد الذمة.<sup>1</sup>

ومثال ذلك أن يكون الشخص مدينا لمورثه وبعد الوفاة انتقلت حقوق المورث إليه ويتربت عن ذلك أن الشخص صار دائنا لنفسه، وهذا وما نصت عليه المادة 304 من القانون المدني "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي أتحد في الذمة".<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: الانقضاء دون الوفاء

قد ينقضي الحق ولكن ليس بالطرق الطبيعية ولا بالطرف المذكورة أعلاه، وإنما ينقضى عن طريق انقضاء الحق بما يعادل الوفاء، أي أن المدين يستوفي حقه ولكن بطرق أخرى فينقضى الحق الشخصي دون وفاء في حالة الإبراء أولاً، أو في حالة استحالة التنفيذ ثانياً، أو سقوطه بالتقادم ثالثاً.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 215.

<sup>2</sup> - راجع المادة 1/304 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

## أولاً/ الإبراء:

الإبراء نظمه المشرع الجزائري في المادتين 305 و306 من القانون المدني، حيث نصت المادة 305 على أنه: "ينقضى الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلًا إذا رفضه المدين".<sup>1</sup>

أما المادة 306 نصت على ما يأتي" تسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.<sup>2</sup>

ويكون الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويشترط فيه أن يكون الدائن أهلاً للتبرع لأنه تصرف بدون عوارض ويمكن للمدين رد الإبراء لذلك هناك من يرى أن الإبراء هو اتفاق بين المدين والدائن ولا يكون له أي أثر إذا رده المدين، فمن من خلال هذا النص نستنتج أنه قد لا ينفذ المدين الالتزام الذي عليه، وبالتالي لا يؤدي حق الغير ومع ذلك يسقط الالتزام وينقضى معه الحق، لأن يقوم الدائن إرادياً وهو مختاراً بإبراء ذمة المدين من الالتزام الذي عليه، وهذا موقوف على موافقة المدين فإذا رفضه عد باطلًا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - راجع المادة 305 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع المادة 306 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

<sup>3</sup> - بن ددوش نصراة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران ، 2010/2011 ، ص 16.

ثانياً/ استحالة التنفيذ:

إن استحالة التنفيذ واستحالة الوفاء فقد نظمه المشرع بموجب أحكام المادة 307 من القانون المدني بقولها: " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه السبب أجنبي عن إرادته ".<sup>1</sup>

وعليه ينقضى الحق إذا استحال المدين تنفيذه وكانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو فعل الدائن، وليس على المدين التعويض إذا كان فعل الدائن أو الغير هو السبب الوحيد الذي أدى إلى الضرر أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى المدين نفسه فهو ملزم بالتعويض، ومعنى استحالة التنفيذ وجود قوة قاهرة حالت دون تنفيذ المدين لدینه ففي مثل هذه الحالة ينقضى الحق.<sup>2</sup>

ثالثاً/ الانقضاء بالتقادم:

وينقضى الحق الشخصي دون وفاء أيضا بالتقادم، وهذا بحسب نص المادة 308 من القانون المدني والتي نصت على ما يلي " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية ".<sup>3</sup> فالقاعدة العامة هي ما تم النص عليها في المادة سالفه الذكر، أما الاستثناءات على هذه القاعدة هو ما نصت عليه المواد من 309 إلى 322 والتي عالجت معظم الحالات التي تؤدي إلى الانقضاء بالتقادم.

<sup>1</sup> - راجع المادة 307 من الأمر رقم: 58-75، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 291.

<sup>3</sup> - راجع نص المادة 308 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

# قائمة المراجع

قائمة المراجع:

المصادر:

1- القانون المدني.

2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية

3- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

الكتب:

1- أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، 1423هـ / 2003م.

2- إدريس العلوى العبدالواى، أصول القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، مطابع قدموس الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 1972.

3- إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الجزائر.

4- اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكnon، الجزائر، 2007

5- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت.م، ج 3.

6- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.ت.

7- شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990.

- 8- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، د.د.م، 1950-1951.
- 9- عبد الرءوف المناوي، التوقيف على مهام التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، 1410 هـ-1990.
- 10- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة ثالثة، موفر للنشر الجزائري، 2012.
- 11- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون النظرية العامة للحق، دار الثقافة، عمان الاردن، 2006.
- 12- علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004.
- 13- فريحة حسن، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكnoon الجزائر، 2010.
- 14- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2006.
- 15- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 25.
- 16- محمد حسن قاسم، محمد السيد الفقى، أساسيات في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 17- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

18- محمد رفعت الصباغي، محاضرات في المبادئ العامة في القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 2004-2005.

19- محمدي فريدة زواوي - : المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبوعية ،1998 ،الجزائر

20- مصطفى الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق)، منشورات الحabi الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

21- نادية بوراس، دور الضحية في تحريك الدعوى العمومية عن طريق الإدعاء المدني، مجلة البحث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، العدد 05، 2015.

22- يحيى بکوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي ، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ، 1981.

**الرسائل الجامعية :**

1- العربي بن قسمية، نظام الرهن الحياني الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير ، فرع عود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر ،2004.

2- صورية نواصر ، آثار رفع الدعوى المدنية امام القضاء الجزائري -دراسة مقارنة-، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، المجلد 24، العدد 02، 2018.

3- بن ددوش نضرة، انقضاءات الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، 2010/2011.