

محاضرات المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق

مقدمة لطلبة السنة أولى حقوق -



إعداد الدكتورة:

■ موساوي فاطمة

السنة الجامعية: 2023/2022

المسيلة في: 21 ماي 2023

الرقم 478/ك.ح.ع س/2023

مستخرج فردي من محضر مداوالات المجلس العلمي للكلية

في يوم: 2023/04/13 (الثالث عشر من أفريل ألفان وثلاثة و عشرون) اجتمع أعضاء المجلس العلمي للكلية

في دورته العادية لمناقشة اعتماد المطبوعات

و بناء على التقارير الايجابية للخبراء :

د/ بوقرة العمري (جامعة المسيلة).

د/ بوعكة كاملة (جامعة المسيلة).

بخصوص مطبوعة الدكتور: موساوي فاطمة / قسم: الحقوق / المعنونة بـ " محاضرات المدخل للعلوم القانونية-نظرية

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 والعلوم السياسية
جامعة محمد بوضياف - المسيلة



الوحدة الوطنية للتعليم العالي عن بعد
La cellule nationale de l'enseignement supérieur à distance

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف- المسيلة

خلية التعليم عن بعد



رقم: 662 / 2023

أشهاد بنشر مقدر دراسي على الخط

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 ليسانس ، تخصص : جذع مشترك حقوق على أرضية التعليم عن بعد Moodle , وفق المعايير التقنية والبيداغوجية المعتمدة للتدريس عن بعد .

مسؤول الخلية :



المسيلة في: 10:04 2023/05/31 ص



د. زويت عبد الرحيم

أصدرت هذه الشهادة بطلب من المعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون.

جامعة محمد بوضياف - المسيلة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مطبوعة بيداغوجية في: نظرية 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: انواع 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 لیبلوهم، فهذا غني وذاك فقير، خلق الشر وقدره، وخلق الخير وقدره، وما لأحد في الأمور تدبير، فمن أراد الهدى رزق في سبيله التسخير، ومن اختار الضلالة 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 بمعزل عن أقرانه، وقد ترتب عن هذه التناقضات في طبيعة الإنسان التصادم بين المصالح وتغشي الفوضى واختلال 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.¹

وهنا توصل الإنسان إلى حقيقة أن الحياة في جماعة تتطلب تنظيم سلوك أفرادها وعلاقاتهم عن طريق وضع قواعد تبين 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 كافة، مما يحقق النظام والاستقرار في المعاملات.²

¹ - حسن كيرة، المدخل إلى العوم القانونية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص 1.

² - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط1976، ص 14-15.

المحاضرة الأولى

مفهوم الحق

المحاضرة الأولى : مفهوم الحق

إن فكرة الحق أو وجوده لم تكن محل إجماع بين الفقهاء قديما لاسيما الحق الشخصي، حيث وصل البعض منهم إلى إنكار فكرة وجود الحق كلية، 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 إنسانا منذ وجوده وقبل قيام المجتمع، بل إن فكرة الحق بمجملها فارغة المضمون ولا معنى لها¹ فالحقوق الطبيعية غير موجودة؛ لأن الإنسان إذا كان منعزلا أي وحيدا، فلن تكون له حقوق إلا إذا كان معه شخص آخر على الأقل، ومن ثم فإن الحق لا بد له من جماعة، يكون البعض أصحاب حقوق والآخرين 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 بدلالة المفهوم أن إراد الغير ناقصة، فإذا فلنا بهذا فهذا يعني أننا نقول بتدرج 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.

وتأسيسا 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 ملزما

¹ -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 العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، مطابع 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 قرره القاعدة القانونية مركزين قانونيين أحدهما إيجابي والآخر سلبي، وليس حقا والتزما متقابلين¹.

غير أن فكرة الحق رغم الهجوم الشرس عليها فإنها خرجت منتصرة؛ ذلك أن أفكار منكريها لا تستند إلى حجج قوية²، 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 بالتالي 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 إرادتا الدائن أي صاحب الحق والمدين متساويتان، فالحق له قيمة معينة يتعين على الغير احترامها، ولا علاقة للإرادة، من حيث السمو أو الانتقاص، 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

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 8-9) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 20. وانظر لأكثر تفاصيل في المنكرين لفكرة الحق: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 9-12 إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 22-25.

² -- انظر في هذه الردود: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 13-18. إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 25-427 شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص 12-15.

إنكار سمو وانتقاص 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 تعريفا لغويا وآخر اصطلاحيا فالتعريف اللغوي مبني غالبا 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))¹. والحق

¹ - عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، 1410 هـ-1990، ص 143، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج25، ص 166.

نقيض الباطل. ونقول: حق الشيء يحق حقا أي وجب وجوبا. ونقول: يحق عليك أن تفعل كذا¹: يسوغ، وهو حقيق بكذا: جدير، وأنا حقيق على كذا: حريص. وحقيق علي ذلك: واجب². والحق: الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره³. والحق: العدل، والموت، والملك بكسر الميم، والمال، والصدق... الخ.⁴

من خلال هذا العرض لمعاني الحق، فإننا نجد له دالتين مختلفتين⁵ وفق منظور الموضوع الذي نحن بصدد:

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

والثاني، الإثبات والإيجاب، وهو المصدر المتعدي ل: حق. أي أثبت أو أحق، فصار الشيء عنده لا شك فيه أي صيره حقا وأوجبه وأثبتته.

وما يترتب عن هذا في الاستعمال تراه مثلا 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.

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

² - مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ص 187.

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

⁴ - الزبيدي، المرجع السابق، ج 25، ص 166-167.

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

الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحا

بخصوص التعريف الاصطلاحي للحق فقد ثار الخلاف بين الشراح حوله ولا يزالون،

ويمكن أن نستعرض في ذلك أربعة اتجاهات:

أولاً: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق (نظرية الإرادة)

المذهب الشخصي هو أقدم مذهب في تعريف الحق، وقد ساد في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، يتزعم هذا المذهب الفقيهان الألمانيان ويند شايد وسافيني وجيرك.¹ ويتسم هذا المذهب بالنزعة الذاتية أو الشخصية، إذ تقوم هذه النظرية على أساس فلسفة "هيجل" Hegel التي تعتبر أن الإرادة هي جوهر الحق، إذ يرى "سافيني" Savigny أن الحق هو سلطة للإرادة الفردية يحميها النظام القانوني². ويترتب على ذلك حسبه، أنه لا يتصور أن يثبت حق للشخص على نفسه، وإلا كان له أن يتصرف في نفسه ذاتها، فيعتبر الانتحار مثلاً أمراً مشروعاً³. ويقول "فينشيد" windscheid أن هذه الإرادة لا تكون بمعزل عن القانون فهو من يقرها ويرسم حدودها⁴.

¹ محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية أ الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، الطبعة الثانية، دار هومة، 2014، ص 10.

² - انظر في ذلك: محمد حسن قاسم، محمد السيد الفقي، أساسيات في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص142؛ وحسن كيرة، المرجع السابق، ص 431، فقرة 227 إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص30؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص12، محمد رفعت الصباحي، محاضرات في المبادئ العامة في القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 2004-2005، ص 191.

³ - انظر: شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص17.

⁴ - 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 والموصى 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 بناء 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.¹

فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، أما استعمال هذا الحق فلا يكون إلا بالإرادة²، فالصغير غير المميز قد يصبح مالكا لعقار أو منقول رغم عدم توافر الإرادة لديه،

¹ محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص13

² محمدي فريدة زواوي ، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرعاية ، الجزائر، 1998، ص 5.

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

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

فالمذهب 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 (نظرية المصلحة)

ويتزعمها الفقيه الألماني "إهرنج" 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 الجوهر في الحق وليس الإرادة، فقالوا إن الحق : "مصلحة مادية
أوأدبية يحميها القانون"، لذلك سمي هذا المذهب بالمذهب الموضوعي.

وفقا لهذا التعريف الحق يقوم على عنصرين، موضوعي وشكلي، يكمن العنصر
الموضوعي في الفائدة أو المنفعة، والفائدة هي المصلحة المادية أو المعنوية التي يحققها الحق
لصاحبه، إذ قد تكون الفائدة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها مادية تقدر بمبلغ من المال،
عندما يكون الحق ماليا، 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 شرطا لوجود الحق، بل هي شرط لاحق على هذا الوجود يلزم تحققها لدى مستعمل الحق إذا ما أراد استعماله¹.

واعترض على هذه النظرية 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 ، فالمصلحة (إشباعها) هي الغرض الذي يرمي إليه صاحب الحق وليست الحق ذاته، فإذا قلت: "حق ملكيتي على شيء"، ليس هو ذاته قلتي: "إشباع مصلحتي من هذا الشيء"، حق الملكية هو الذي يكفل إشباع المصلحة، فلا يصح مثلا تعريف الجامعة بأنها تثقيف النشء، ولا تعريف القضاء بأنه العدل.

كما أن الأخذ بهذا التعريف أن كل مصلحة تقوم على حق ليس صحيحا، فالمصلحة ليست المعيار لوجود الحق، إذ قد توجد المصلحة ويتخلف الحق، إذ أن هناك مصالح لا ترقى إلى مرتبة الحق²، فالتاجر مثلا له مصلحة في أن لا ينافس أحد في تجارته غيره، ولكن القانون لا يقرر له حقا يحمي تلك المصلحة إذا ارتضى هذا الغير منافسته، لأن المشرع يقدر أن صالح الجماعة يقتضي ترك المنافسة الحرة للناس جميعا.

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 قانونيا ما لم يعتبر مفيدا لشخص ما، مما يصعب تنسيق القواعد القانونية.

¹ عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، 1951، ص 13.

² 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 الإنتقادات الموجهة للمذهب الموضوعي وكذلك المذهب الشخصي بشأن تحديد مفهوم الحق، ظهر تيار ثالث هو المذهب المختلط الذي حاول أن ينهج طريقا وسطا 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 تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف بها ويحميها، ومع ذلك تبقى الإتجاهات 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))¹، فتحت لواء المصلحة تتحرك الإرادة بشكل إيجابي، لتلعب دورها المزدوج في إنشاء الحق أو الدفاع عنه عند الاعتداء عليه².

¹ - ((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)).

² - V: Jean DABIN, op. cit, p73.

أما البعض الآخر غلب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة، ف"جيلينيك" Jellinek جعل الإرادة أعلى من المصلحة، فعرف الحق بأنه: ((قدرة إرادية يعترف بها القانون ويحميها، وتجد محلها في مال أو مصلحة))¹، 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 له بها ويحميها².

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))³ وإذا كان قد وجه انتقادات معينة للاتجاه الشخصي وكذلك الموضوعي، فإن الاتجاه المختلط في الواقع لم يتفاد هذه الانتقادات بل جمع بينها⁴.

رابعاً: الاتجاه الحديث

هذا الاتجاه مبني على أساس الاستئثار أو الاختصاص، وهو منسوب إلى الفقيه البلجيكي "جون دابان" Jean DABIN الذي حاول تقادي 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، عنصران رئيسيان في تكوين الحق وهما

¹ – 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 objet un bien ou intérêt). V: Jean DABIN, Ibid, p74.

² جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون ، 1971 ، ص 275.

³ – V: Jean DABIN, Ibid.

⁴ – شكري سرور، المرجع السابق ، ص 21.

الإستثناء والتسلط، وعنصران مساعدان في تكوين الحق هما حجية الحق في مواجهة الغير والحماية القانونية، فعرف الحق بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له".

و عرفه حسن كيرة: (تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر)¹

كما حاول الدكتور محمد شكري² أن يعرف الحق من خلال جوهره وقوامه مثله مثل الدكتور حسن كيرة، وهو الاستثناء 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"³. فالرابطة بين هذه الأموال وذوي الشأن في رابطة استثناء أو تملك، سواء كان ذلك الاستثناء مباشرة، أي أن صاحب الحق يصل إلى ما يمثله هذا الأخير من قيمة دون وساطة شخص آخر، وهذا في الحقوق العينية، أم كان الاستثناء غير مباشر، لا يتأتى إلا بتدخل شخص آخر، وذلك في الحقوق الشخصية.

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

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 441.

² - شكري سرور، المرجع السابق، ص 21-24.

³ - 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 باقتضاءها ممن يكون في مركز المكلف بترتيبها))¹

على أن عبد الحي حجازي يعرف الحق من خلال أسس معينة يقوم عليها هي²:

- 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 لمصلحته.
- ومن خلال هذه العناصر عرف الحق بأنه: ((سلطة قانونية، مستمدة من علاقة شخصية، تخول لشخص أن يطالب شخصا آخر أو عدة أش خاص بتحقيق مصلحة ما طوعا أو كرها))³

و الأرجح التعريف الأول على الثاني، لأن هذا الأخير لا يقرر عنصر الاستئثار الذي يميز الحق عما يقترب منه، كما أن القول بأن الحق مستمد من علاقة شخصية، قول غير دقيق؛ لأنه ليس دوما مستمدا 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 الأربعة المتمثلة في:

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

² - شكري سرور، المرجع السابق، ص 38.

³ - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 15.

- الاستثناء

- 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 تعدى به إلى ذكر مقتضياته والغاية منه. ووافقه في ذلك البدراوي حين عرف الحق تعريفا مختصرا وشاملا بقوله: ((الحق اختصاص أو استثناء شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون)).

المطلب الثاني: تمييز الحق عما يشته به

يشته الحق كمصطلح قانوني بعدة مصطلحات قانونية أخرى، أهمها: المصلحة، السلطة، المكنة، الحرية، والرخصة.

الفرع الأول: الحق والمصلحة

المصلحة في الغرض العملي من الحق وليست 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 به¹، مثل القمار والرهان الرياضي، فهو محمي قانونا، ولكن لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على المقامرة أو الرهان منفردين!

¹ - 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 يقابله 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 والمكنة

المكنة¹ هي الميزة التي ينطوي عليها الحق وليست الحق ذاته، ففي حق الملكية يكون للمالك مكنة الانتفاع مباشرة بالشيء المملوك له، وفي الحق الشخصي يكون للدائن مكنة مطالبة المدين بالدين. كما أن الحق ذو طابع مستقل، حيث ينشأ من العلاقة القانونية، ثم يستقل بعد ذلك عنها، فعقد البيع مثلا ينشئ للمشتري حقا عينيا هو حق الملكية، ولكنه بمجرد أن ينشأ هذا الحق يصبح له وجوده المستقل عن عقد البيع، أما المكنة فتنشأ من الحق وتبقى ما بقي الحق، فهي تابعة له في الوجود والانقضاء وليست مستقلة

الفرع الرابع: الحق والحرية

الحرية لا تحوي فكرة الاستثناء أو الانفراد، فالحرية يتمتع بها كافة على قدم المساواة، وتفترض وجودهم جميعا في المركز نفسه بالنسبة لها، كرية العقيدة، وحرية الزواج، وحرية السير في الطرق العامة.. الخ. فالحرية هي سلطة الشخص في أن يتصرف حسب تقديره

¹ - المكنة بفتح الميم وكسر الكاف (مكنة)، أو بضم الميم وتسكين الكاف (مكنة).

الشخصي، ولذلك فحلها أو موضوعها غير محدد أو غير واضح، فهي مجرد أوضاع عامة غير منضبطة ولا واضحة المعالم¹

الفرع الخامس : الحق والرخصة

قد يترك القانون للشخص أحيانا خيارا محددا بين عدة بدائل محددة، بقصد إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، ففي هذه الحالة نقول إن هذا الشخص يتمتع برخصة، 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.

¹ - شكري سرور، المرجع السابق، ص24.

المحاضرة الثانية

انواع الحق

المحاضرة الثانية: انواع الحق

الحق فكرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين. ولحق أنواع وتقسيمات فهو يختلف باختلاف موضوعه ومضمونه وأطرافه ،وقد اختلفت 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 ،نفرد 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 بمقتضاها 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 المواطنون والأجانب على السواء كقاعدة عامة ،فالجنسية هي معيار التمييز بين من يثبت لهم حقوق سياسية ومن لا يثبت لهم تلك الحقوق.¹

المطلب الأول : الحقوق السياسية.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور : نظريتا 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 الانتخاب :

وهو أن يكون للمواطن في سن معينة أن يدلي بصوته في إختيار أحد المرشحين ،ويكون لرأيه الفردي أثره في إختيار 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 سياسيا وذلك يكون دائما متوقفا 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 مرافق 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 مواطنا أو أجنبيا وذلك في داخل حدودها وإقليمها ، وتلتزم الدولة أيضا بحماية مواطنيها حتى لو كانوا خارج إقليمها فيمكن لكل مواطن أن يلجأ إلى سفارة دولته أو قنصليتها في دولة أجنبية طالبا الحماية أو المعاونة في حالة تعرضه لخطر ،وهذا الحق لا يشارك المواطنين فيه أي إنسان من جنسية أخرى

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

دون الأجانب وهي :

• واجب الولاء :

يلتزم المواطن بواجب الولاء لدولته ويتلخص هذا الواجب في العمل دائما على المحافظة على أمن الدولة الداخلي والخارجي ،ولهذا يعتبر المواطن خائنا 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 جاسوسا لأن الأجنبي ليس ملزما 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 خلافا للخدمة الوطنية.

المطلب الثاني : الحقوق المدنية.

الحقوق المدنية يتمتع بها الإنسان بإعتباره فردا في المجتمع ويستوي في ذلك الوطني والأجنبي ومن لا جنسية له ،أو هي كافة الحقوق التي تثبت لكل فرد بإعتباره إنسانا 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 بكافة الخصائص المميزة للشخص الطبيعي.

المبحث الثاني : تقسيم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وخاصة.

بوجه عام الحقوق المدنية بعضها يثبت لكافة الناس على قدم المساواة مثل حق الحياة وحق سلامة الجسم وغيرها ولذلك تنص الدساتير عادة على إقرار تلك الحقوق وتنص قوانين العقوبات على تجريم وعقاب أي إعتداء عليها لعامة الناس فحق التقاضي وحق المساواة أمام القانون مكفولان للناس عامة ،فالقتل مثلا إعتداء على حق الحياة وعقوبته واحدة أيا كان المجني عليه وطنيا أو أجنبيا ،صغيرا أو كبيرا ،غنيا أو فقيرا ،ذكرا 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 ومضمونها وأثرها القانوني ومن شخص إلى آخر ،ولهذا يطلق عليها الحقوق الخاصة مثل حق الإرث فهو يثبت للأزواج والفروع 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 مثلا وبالتالي لا يثبت لغيره من الأفراد ومن أنواع الحقوق العامة والخاصة ما يلي¹ :

المطلب الأول : الحقوق العامة أوالملتصقة بالشخصيةأو حقوق الشخصية .

وهي الحقوق المتعلقة بالشخص، وتثبت له بمجرد وجوده باعتباره إنسانا، تسمى أيضا حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية، ومن بين هذه الحقوق حق الشخص في سلامة جسمه، وسلامة كيانه الأدبي أو المعنوي وحق الشخص في حرمة الحياة الخاصة، كما تشمل الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية مثل حق التنقل من جهة لأخرى ومن دولة لدولة وحق حرمة المسكن

¹ - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ،ص 287.

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

الفرع الأول: حق الشخص في سلامة جسمه: وهو أساس مبدأ حرمة الجسد، الذي يعاقب على كل مامن شأنه إلحاق 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 وماشابه ذلك، وإلا عوقب جنائيا ومدنيا.

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 فرعا من الحقوق المدنية كالحقوق العامة، إلا أنها تخالفها من حيث أنها تثبت للأفراد بأقدار متفاوتة بحسب أحوالهم الشخصية والمدنية فهي ليست متساوية لجميع الأفراد بالطبع.

ولعل سبب إختلاف الحقوق الخاصة من فرد إلى آخر يكمن في أنها تقوم أحيانا على أسس عائلية كروابط القرابة أو المصاهرة بين العائلات وأحيانا 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 إيجابا أو سلبا يطلق عليها الحقوق المالية.

المبحث الثالث : تقسيم الحقوق الخاصة إلى حقوق عائلية ومالية.

المطلب الأول : الحقوق العائلية.

يطلق عليها أيضا حقوق الأسرة وينص عليها عادة القانون الخاص في أحد فروعها 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 ابنه 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 حقوقا مالية بحسب طبيعتها أو أصلها فأساسها الروابط العائلية.¹ 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 تعديلا في طبيعتها القانونية ولا في وصفها القانوني.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ،ص 289.

المطلب الثاني : الحقوق المالية.

ويطلق عليها الأموال لأنها تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال والحقوق المالية تنص عليها وتقررها وتحميها قواعد القانون المدني بصفة أساسية وكثيرا ما تحميها قواعد القانون الجنائي.

المبحث الرابع : تقسيم الحقوق المالية إلى عينية وشخصية ومعنوية.

للحقوق المالية قدرات ومزايا تحققها قواعد القانون الخاص وذكرنا من قبل أنها يعبر عنها بالأموال لأنها تقوم بالنقد وتدخل في دائرة التعامل ومحلها الأشياء والأعمال ويمكن تقسيمها إلى :

المطلب الأول : الحقوق العينية.

هي قدرات أو إمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته فيستطيع صاحب الحق بما له من قدرة على الشيء أن يستعمل حقه القانوني على ذلك الشيء بدون وساطة شخص آخر لأن سلطته مباشرة ،وللتفرقة بين الحقوق التي تكون للشخص على شيء له سلطة مباشرة عليه وبين الحقوق الشخصية التي تكون لشخص معين على شيء محدد بذاته ولكن سلطته على الشيء تكون غير مباشرة أي لابد من توسط شخص آخر هو المدين أو الملتزم بالحق حتى يستطيع صاحب الحق مباشرة قدرته على ذلك الشيء وتقسم الحقوق العينية المباشرة إلى :

الفرع الأول : الحقوق العينية الأصلية.

الحقوق العينية الأصلية لها وجود مستقل فهي لا تتعلق بأي حق آخر ولا يرتبط وجودها أو قيامها بوجود أو قيام أي حق غيرها وأهم الحقوق العينية هي :

• حق الملكية :

هو أوسع الحقوق العينية الأصلية من حيث مداه وآثاره لأن الشخص صاحب حق الملكية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا يتمتع بصور ثلاث هي حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف.

• حق الإنتفاع :

هو حق عيني يقع على شيء إستعمالي مملوك للغير سواء كان عقارا أو منقولا يخول لصاحبه إستعمال ذلك الشيء أو إستغلاله لمدة محددة وينتهي هذا الحق بموت المنتفع حتما أو بإنتهاء مدته أو بهلاك الشيء محل الإنتفاع.¹

- ويلتزم المنتفع برد الشيء إلى صاحبه مالك الرقبة في نهاية مدة الإنتفاع به على أن يكون بحالة صالحة للإنتفاع به.

-ويكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبمقتضى القانون وبالوصيعة حسب المواد من 844 إلى 854 من القانون المدني الجزائري²

- 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 دائما.

• حق الإرتفاق : وهو الحق الذي يقرر قانونا وتترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة أو الإرتفاق.

¹ - محمدي فريدة -زواوي- : المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،1998 ،الجزائر ،ص 25.

² - المادة 844 من القانون المدني.

الفرع الثاني : الحقوق العينية التبعية.

وهي تلك الحقوق العينية التي لا تقوم إلا تبعا لحق آخر أي مرتبط بحق آخر غيرها فلا يتصور قيامها مستقلة كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية ، كما يمكن أن نقول أن الحق العيني التبعية 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 التبعية لا يقوم ولا يكون ولا يترتب إلا تابعا لحق آخر هو دائما حق شخصي متبوع ، ومن أهم الحقوق العينية التبعية ما يلي :

• حق الرهن :

ينصب حق الرهن مباشرة على شيء ، أي يكون محله شيئا ويكون الرهن دائما ضمانا للوفاء بحق شخصي ، وحق الرهن يقوم في الرهن الحيازي ويجوز أيضا في الرهن الرسمي للعقارات أن يترتب حق الرهن ضمانا لدين يعتبر من الحقوق الشخصية.

المطلب الثاني : الحقوق الشخصية.

الحق الشخصي هو قدرة أو إمكانية مقرر قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ، والإمكانية التي يتمتع بها صاحب الحق في كافة الحقوق الشخصية هي القدرة المباشرة على الشخص الملتزم بالحق لإجباره على نوع من العمل أو إجباره 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 ، وكقاعدة عامة فإن علاقة الدائن بالشيء في كل حق شخصي تكون غير مباشرة وأن قدرته على الشيء أو سلطته عليه تكون غير مباشرة أيضا ، وهذا هو الفرق بين القوق 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 إلزام شخصي على الطرف السالب.

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

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي يكون محلها القيام بعمل أن يكون للمشتري الحق في إستلام المبيع ويقابل ذلك الحق إلزام البائع بتسليم ذلك الشيء المبيع.

أما الحق الشخصي الذي يكون محله الإمتناع عن عمل فمثاله 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 :

طرفي 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 الإمتناع عن أداء عمل معين أو على إعطاء شيء وحتى لو قام الملتزم بإعطاء 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 يتتبع ذلك الشيء في أية يد أخرى فيسترده من أي حائز آخر بمقتضى سلطته على الشيء محل الحق العيني ومثال ذلك مالك السيارة يستطيع أن يستردها ممن سرقها وممن إشتراها أو إرتنها 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 .¹

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 حوالة الحق المدني كقاعدة عامة في المواد المدنية لتسري

¹ - إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ،ص 296.

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

ثالثا: التقادم قد يؤدي أحيانا لإكتساب الحق العيني كما هو الحال في الحياة المكسبة للملكية ،فالتقادم لا يؤدي إلى زوال الحق العيني أو إنقضائه ،أما الحق الشخصي فهو لا يكتسب بالتقادم أبدا بل على العكس فإنه يتقادم بمضي 15 عاما في حق الدائن حسب نص المادة 308 من القانون المدني.¹

المطلب الثالث : الحقوق المعنوية.

وهو قدرة يقرها ويحميها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الفني أيا كان نوعه فيكون له الإحتفاظ بنسبة ذلك الإنتاج إليه دائما ويحتكر المنفعة المالية التي تنتج من إستغلاله.

أما حقوق المخترعين في المجالات التقنية كأصحاب 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 شيئا ماديا ملموسا ،إنما هو شيء معنوي يمكن تصويره فقط ،لذلك نقول بأن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي وله طابع مالي في نفس الوقت ،فهو يخول لصاحبه حق إستغلال وإستثمار إنتاجه الفكري بل والتصرف فيه بالبيع غير أن التصرف قاصر على الشق الإستغلالي من الحق دون الشق الأدبي.

وقد قال جانب من الفقهاء بأن الحق المعنوي يعتبر حقا عينيا كحق الملكية ومن المعلوم أن حق الملكية يكون محله عقارا أو منقولا على السواء ويكون قابلا للتصرف ،وقال البعض بأنه حق الشخصية ومحله المنقول غير المادي والحق المعنوي يعتبر مقولا معنويا

¹ - 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 شخصا لأن محله ليس أداء عمل ولا الإمتناع عن عمل شخصي. الراجح في الفقه أنه حق له طبيعة قانونية خاصة ويستند هذا الرأي إلى أن التشريعات تنص على إعتباره كذلك ويصدر عادة قانون خاص يتضمن أحكام الحقوق الشخصية المعنوية مستقلا عن الحقوق العينية والشخصية التي ينص عليها عادة القانون المدني.¹

وكما هو معروف الحق هو لمزية أو القدرة أو السلطة التي يقرها القانون ويحميها ، وأنواع الحقوق تختلف باختلاف 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 ومعنوية

¹ - 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 أنه لا يتدخل مباشرة لترتيب الحقوق والالتزامات إنما يتدخل

بعد حدوث واقعة معينة تكون سبباً مباشراً للحق أو الالتزام والوقائع على هذا النحو يترتب

عليها إما نشوء حق أو التزام جديد أو انقضاء حق أو التزام أو انتقال حق أو التزام ، فما هي

هذه الوقائع المنشئة للحقوق؟ .

المبحث الأول: الوقائع القانونية¹

وهو كل حدث مادي أو كل فعل مادي يترتب عن وجوده أثر قانوني معين ، وهو

اكتساب شخص لحق.. .. والوقائع القانونية قد تكون من عمل الطبيعة أو من عمل الإنسان

(الأعمال المادية)

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، ص 128، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2006.

المطلب الأول: الوقائع الطبيعية¹

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 وراثية المتوفى .

المطلب الثاني: الوقائع التي هي من عمل الإنسان (الأعمال المادية).²

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 يردده. ..
وهذه الأعمال منها الفعل النافع والفعل الضار .

الفرع الأول: الفعل النافع³

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:

¹ - اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص 308-309، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

² - مصطفى الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق)، ص 619، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

³ - اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 318، 319.

أ/ الدفع غير المستحق :

وهو أن يدفع شخص لشخص آخر أموالا بدون سبب قانوني معتقدا بأنه مدين لهذا الشخص.

ب/ الفضالة :

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 ملزما بل متطوعا.

الفرع الثاني: الفعل الضار¹

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

- أن يكون هناك خطأ (الإخلال بالالتزام القانوني)
- أن يكون هناك ضررا (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 أيا كان نوعه ومقداره.

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

¹ - مصطفى الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 219.

حسن النية وله سند صحيح اكتسب ملكية العقار بالتقادم 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 الاول: تعريفه وأنواعه

الفرع الاول: تعريفه¹

• 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 الوقائع القانونية والتصرف القانوني : فالوقائع القانونية قد تتوفر فيها النية ، لكن القانون يرتب الآثار ولا يعتد بها (النية). بينما التصرف القانوني يعتمد على النية ويعتد بها القانون.

الفرع الثاني: أنواعه²

أنواع التصرف القانوني : تتعدد التصرفات القانونية بتعدد 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.

¹ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 129.

² - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص 131، 132.

- أو يكون ناقلا 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 كاشفا ومقررا 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 القانوني¹

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

شكلية

أ/ **الشروط الموضوعية** : تلعب الإرادة دورا فعالا 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 وخالية من أي عيب وهي الغلط - التدليس - الإكراه والاستغلال. كما يشترط أن يكون محل التصرف ممكنا أي موجودا فعلا ومعينا إن كان حقا عينيا ، 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. .. وتخلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا (المادة 324 ق م). ..

¹ - مصطفى الجمال، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 625، 626.

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

الفرع الثاني: آثار التصرف القانوني

متى توفرت 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 يقرها القانون).

كما لا يمكن للغير اكتساب حق أو تحمل التزام عن عقد لم يبرمه.

وآثار العقد تنتقل إلى الخلف العام لطرفي العقد إذا لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك تنتقل الحقوق إلى الخلف العام دون الالتزامات التي تتحملها الشركة 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 الوقائع القانونية وهي قسمان وقائع طبيعية أو وقائع مادية بفعل الإنسان قد تكون أفعال ضارة مما يكسب الغير حقوقا أو قد تكون أشباه عقود أو أعمال نافعة ولكنها خالية من الإرادة أما التصرفات القانونية فيعبر عنها بالمصادر الإرادية للحقوق والالتزامات حيث تتجه الإرادة الحرة الى إنشائها وهي بدورها قسمان تصرفات تبادلية وتصرفات قانونية بإرادة منفردة.

المحاضرة الرابعة

حماية الحق

المحاضرة الرابعة : حماية الحق

تعتبر الحماية القانونية للحق عنصرا مهما له، ففي حالة وجود تجاوز على الحق يضمن القانون لصاحبه الوسائل القانونية الكفيلة بدفع التعرض الصادر من الغير، وهي الدعوى أو الدفع أمام القضاء، ومن البديهي أن كل حق يقابله 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 بذمته طوعية أو قد يتعرض هذا الحق للاعتداء عليه من جانب الغير، عندئذ يكون الحق في حاجة إلى الحماية القانونية.

إن أمر حماية الحق وتيسير حصول صاحبه عليه يناط بالسلطة القضائية والتي يطرح أمامها النزاع الذي يثور 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 وفقا لطبيعة الأشياء محل الحق أو لما قرره القانون لذلك.

وعليه وفي إطار هذا المبحث تطرقت 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 هادئا إلى أن يعتدي عليه فينشط ويأخذ صورة الدعوى من أجل الحصول على تقرير الحق أو حمايته، والواقع 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 ووفقا لما هو وارد فإن هذا الشخص يحضى بالحماية المقررة له من قبل القانون، ويمنح 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 التحريك 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"¹ كما تعرف كذلك بأنها هي الوسيلة الفنية أو الإجرائية التي يطرح بها النزاع على القضاء.²

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 ومباشرة إجراءات التنفيذ، وإما الحصول على تدابير تحفظية أو مؤقتة،

¹ - نقلا عن شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 637.

² - عبد القادر الفار، 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 عينيا أو شخصيا.¹

2/ شروط الدعوى القضائية:

إذا كان حق رفع الدعوى مكفولا للناس كافة إلا أن المشرع قيده بشروط معينة لذلك يجب على القاضي البحث في مدى توافرها قبل الخوض في موضوعها، ويترتب عن تخلفها التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا، ولا يعد ذلك فصلا في موضوع النزاع، وقد أوردها المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا اشترطه القانون.²

وعليه فكل مدعي ملزم بإثبات صفته 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 بإجراءات التقاضي، أي تلك العلاقة أو الرابطة القائمة بين أطراف الدعوى وموضوعها، إذ تتمثل الصفة فيها في الشخص صاحب الحق الذي له مصلحة قانونية مباشرة في رفع الدعوى القضائية لحماية هذا الحق، ولكل من

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 637.

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

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

تعتبر الصفة المركز القانوني للشخص الذي يمنح له الحق في المطالبة بحق معين، إذ أن المدعي يكون في مركز المعتدى عليه إذ يجب عليه أيضا أن يتمتع بصفة التقاضي، أي بالسند القانوني الذي يمنحه القدرة على الادعاء، وأما خصمه المدعى عليه فيعتبر في مركز المعتدي، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أغلب الفقهاء يشترطون توفر الصفة في المدعي 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 للمدعي مصلحة شخصية في رفع الدعوى، مثال ذلك الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.²

ب/ المصلحة:

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

وهي الفائدة المشروعة التي يرمى المدعي إلى تحقيقها بالالتجاء 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

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 640

² - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة ثالثة، موفر للنشر الجزائر، 2012، ص 69.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 639.

أحوال معينة فقط، كما يشترط في المصلحة أن تكون قانونية بمعنى أن يتم فعلا هذا الاعتداء، كما يجب أن تكون المصلحة مشروعة ولا تخاف النظام العام والآداب العامة.¹

ثانيا/ الدعوى الجزائية :

الأصل أن ترفع الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية باعتبارها ترمي لحماية حق مدني أي حق خاص، لكن قد يحصل اعتداء أساسه المسؤولية 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 زجرا لهم وردعا الغيرهم، سواء تعلق بالاشخاص أو الأموال، أو مست حقوق عينية أو شخصية أو ذهنية.²

1/ تعريف الدعوى الجزائية:

تعرف الدعوى الجزائية بأنها هي " الدعوى التي تقام أمام المحكمة باعتبار أم موضوعها هو أحد الأفعال المعاقب عليها حسب قانون العقوبات وتخضع قواعد السير فيها وتنظيمها القانون الإجراءات الجزائية".³

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

¹ - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 66.

² - إبراهيم نبيل سعد، محمد حسن قاسم ، مرجع سابق، ص 259.

³ - نقلا عن حميد بن شنييتي، 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.¹

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.

فإذا 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 الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".²

يعتبر الضرر جسمانيا ما لحق بالمتضرر من عجز بدني أو تعطيل عن العمل، كما يمكن أن يكون الضرر معنويا أو ماديا، وعليه فإن الدعوى العمومية لكي تكون مقبولة أمام القضاء الجزائي 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.³

¹ - حميد بن شنيقي، نفس المرجع ، ص 176.

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

³ - 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 ارتكبه المتهم.

- ضرورة تحريك الدعوى العمومية من قبل المجني عليه، وفي الغالب وحسب ما جرى عليه العرف يتم تقديم شكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام السيد قاضي التحقيق، مكتوبة وموقعة ومؤرخة وتتضمن عرضا مختصرا عن الوقائع.¹

- 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.²

3/ الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى أمام القضاء الجزائي:

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

- يتميز القضاء الجزائي 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.³

¹ - 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.

² - صورية نواصر، آثار رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي - دراسة مقارنة - مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، المجلد 24، العدد 02، 2018، ص 72.

³ - 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.¹

الفرع الثاني: الدفع

يقصد بالدفع بصفة عامة هي السبل أو الوسائل الدفاعية التي يجوز للخصم المدعي أو المدعي عليه أو الخصم المدخل في الخصام اللجوء إليها للرد على ادعاءات خصمه ليتقاضي الحكم عليه وفق طلب خصمه، وفي مجال الإجراءات المدنية يقصد بالدفع الإمكانيات التي يمكن أن يلجأ إليها طرف الدعوى طاعنا بمقتضاها في سلامة إجراء الخصومة دون المساس بأصل الحق.²

أولا/ الدفع الموضوعية:

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

¹ - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 318.

² - فريجة حسن، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2010، ص 45.

³ - راجع المادة 48 من قانون رقم: 08-09، مرجع سابق.

ثانيا/ الدفوع الشكلية:

طبقا لنص المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية بنصها " فالدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضاءها أو وقفها"¹

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.²

وإذا لم يتطرق الدافع للدفوع الشكلية وأبد دفاعه مباشرة في الموضوع فيعد ذلك تنازل ضمنى عن إبداء الدفع في الشكل، ويعد تسليما 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.³

ثالثا/ الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول هو وسيلة يتمسك بها الخصم لبيان انتفاء 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 لانعدام الحق في التقاضي، كانهدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع ".⁴

¹ - راجع المادة 49 من قانون رقم: 08-09، مرجع سابق.

² - راجع المادة 50 من قانون رقم: 08-09، نفس المرجع.

³ - فريجة حسن، مرجع سابق، ص 46.

⁴ - راجع المادة 67 من قانون رقم: 08-09، المرجع السابق.

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

كما يمكن للخصوم تقديم دفعات 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 الدفع من الموضوع".¹

المطلب الثاني : وسائل حماية الحقوق بوجه خاص

تختلف الحماية التي يقرها القانون باختلاف نوع الحق المراد حمايته، من حيث موضوعها عن الحقوق، فهناك وسائل خاصة بالحقوق الملازمة للشخصية، تثبت للإنسان الحقوق التي تكفل سلامة كيانه المادي كحقه في الحياة مثلا، حيث يستطيع الشخص الدفاع عن كيانه المادي ويمنع 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 سلامة كيانه المادي نوعان من المسؤولية والتي تم التطرق إليهما سلفا.

وهناك وسائل خاصة بالحقوق الشخصية والعينية، فالدعوى العينية تستعمل لحماية جميع الحقوق العينية، سواء كانت أصلية كحق الملكية أو الحقوق التي تتعلق بحق الملكية مثل، حق الانتفاع أو حق الاستعمال وكانت حقوق عينية تبعية كحق الرهن، وحق الارتفاق، والدعوى العينية لها جانبان، قد يكون استعمالها إيجابيا إذا كان يرمي إلى المطالبة بحق عيني، ويكون استعمالها سلبيا 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

¹ - راجع المادة 68 من الأمر رقم: 75-58، مرجع سابق.

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

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

الفرع الأول: وسائل حماية الحقوق الملازمة للشخصية

إن الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية توجب المسائلة القانونية للمعتدي، وتعد الحماية القانونية للحق عنصرا مهما 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 أولا، دعوى المسؤولية المدنية ثانيا.

أولا/ 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 الملازمة للشخصه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"¹، 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، فتتحقق الحماية القانونية للحق عن طريق اللجوء إلى القضاء واستصدار

¹ - راجع المادة 47 من الأمر رقم: 75-58، 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.¹

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".²

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

الفرع الثاني: حماية الحقوق الشخصية والعينية

وهي الدعاوى التي يتناول موضوعها الحقين معا، الحق العيني والحق الشخصي، وعادة ما يكون نطاق تطبيقها هي العقود الواردة على نقل ملكية أشياء، بحيث ينبثق 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 ويقابله حق شخصي الذي رتبته العقد على عاتق البائع، فحق الملكية هو حق عيني بينما

¹ - أحمد سي على، مرجع سابق، ص 303.

² - راجع المادة 124 من الأمر رقم: 58-75، المرجع السابق.

³ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 649.

الالتزام بالتسليم يقابله حق شخصي أيضا، 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 أولا، ثم تناولت حماية الحقوق العينية ثانيا.

أولا/ حماية الحقوق الشخصية:

من البديهي 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 أولا، ومن ناحية الغير ثانيا.

1/ من ناحية المدين:

الأصل أن ينفذ المدين التزامه بصورة اختيارية، وهو ما يعرف بالتنفيذ الاختياري، 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 ممكنا وغير مرهقا للمدين، وعلى ذلك إذا أصبح هذا التنفيذ غير ممكن بفعل المدين أو مرهقا له، بشرط ألا يلحق الدائن ضررا جسيما من جراء العدول عن التنفيذ العيني، مالم يكن هناك مناص للدائن من أن يقنع بالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض.¹

2/ من ناحية الغير:

إذا اعتدى الغير على حق الدائن كان اعتدائه هذا، في نظر القانون خطأ لأنه إخلال بالواجب العام الملقى على عاتق كافة الناس باحترام حق الدائن وعدم التعرض غليه، فإذا لحق

¹ - 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.¹

ثانيا / حماية الحقوق العينية:

إن حماية الحق العيني باعتباره استثنائا مباشرا يقره القانون الشخص معين يخوله التسلط على شيء مادي معين بالذات، يتم في الإطار الذي وضعه له القانون عبر ثلاثة أنواع من الدعاوى القضائية والتي بواسطتها يحضى 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 يدعي حقا عينيا 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 كحق الرهن، وحق الارتفاق. والدعوى العينية لها جانبان، قد يكون استعمالها إيجابيا إذا كان يرمي إلى المطالبة بحق عيني، ويكون استعمالها سلبيا عندما تكون تهدف إلى دفع كل مطالبة بحق غير ثابت لعدم وجوده.²

¹ - شوقي بناسي، نفس المرجع ، ص 651.

² - حميد بن شنيقي، مرجع سابق، ص 178.

2/ دعاوى 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 الأعمال المادية التي يقوم بها عادة من له الحق على الشيء كالسكن في المنزل أو زراعة الأرض، وجني 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، وبالنتيجة فإن هذا العنصر أساسي لا تقوم الحيازة من دونه، ولا يستقيم عند غيابه العنصر الآخر أي العنصر المعنوي.¹

ب/ عنصر معنوي :

ويتمثل في نية الحائز في استعمال الحق العيني لحسابه الخاص بصفته مالك الشيء وفي حالة انتفاء هذا العنصر المعنوي نكون 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 مالكة فيما بعد مثل : عقد الإيجار والرهن الحيازي، بمعنى ينبغي في هذا العنصر توافر إرادة حقيقية للحائز في الارتفاع بالشيء، وبالنتيجة إذا توافرا العنصرين فإن الحيازة تكون قانونية وحقيقية ولذلك يحميها القانون عن طريق الدعوى القضائية المناسبة.²

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

² - فريجة 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 وبطلب من القاضي تقديره أو حمايته، ومثال الدعوى الشخصية دعوى الدائن على المدين عند عدم الوفاء بالتزاماته، أو دعوى المؤجر على المستأجر بمطالبة أجرة الإيجار، فإذا تعذر ذلك فإنه لا يكون للدائن إلا أن يطالب بالتعويض وهذا التعويض يشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم التنفيذ، أي أنه وفي الغالب تهدف الدعوى الشخصية إلى الحصول على المال.¹

¹ - 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، فالمدعي 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 المنازعة 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 بالتزامات والحقوق التي تتضمنها للاعتماد عليها عند المنازعة، لاسيما إذا كانت سندات هامة كالعقود أو المخالصات. 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 التأكد 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 للإثبات 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 شكلاً معيناً 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 ركناً شكلياً في انعقاد التصرف، يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلاً.¹

وقد يستوفي العقد ركن الشكلي ولكن لا ينتج آثاره القانونية إلا بالشهر، كتسجيله بالمحافظة العقارية بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية العقارية طبقاً للمادة 793 من القانون المدني.

ثانياً: أنواع المحررات أو الأوراق:

تنقسم المحررات أو الأوراق التي تستخدم كأداة للإثبات إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية. فالأوراق الرسمية هي التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وتعتبر دليلاً كتابياً كاملاً. 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:

¹ - محمد صبري السعدي، الغثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار هومة، 2009/2008، 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 صدورهما 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 نقلا عن الغير، فيجوز دحضه بإثبات العكس. وبالنسبة للورقة العرفية يجوز دحض صحة ما ورد فيها جميعا بإثبات العكس، إلا تاريخها فلا يكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخا ثابتا.¹

3/ من حيث القوة في التنفيذ:

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

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، في إثبات الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 109.

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

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 و323 مكرر 1، تطرق فيهما إلى شروط وحجية الكتابة التي تتم في الشكل الإلكتروني، إلا أنه لم يورد تعريفاً خاصاً بالكتابة الإلكترونية أو بالمحررات الإلكترونية، إنما أورد معنى واسع للكتابة في المادة 323، يشمل جميع أشكال الكتابة المتاحة 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 للفترة التي يريدها الشخص في قواعد بيانات أجهزة الكمبيوتر، وما أن يتم تخزين المعلومات الرقمية، حتى يصبح بإمكان أي شخص لديه جهاز كمبيوتر ومفتاح دخول أن يسترجعها.

1/ التمييز بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية:

يظهر الاختلاف بينهما من عدة أوجه، أهمها:

أ/ أن الكتابة العادية تتمثل 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 الملحقة بالحاسوب.

ب/ أن الكتابة على الورق تتميز بصفة الدوام والثبات، لأنها بطبيعتها 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. مدني

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.¹

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 بتثبيتها وبقائها مدة من الزمن يمكن من خلالها الرجوع إليها واسترجاعها لاستخدامها في الإثبات أو في غيره، كحفظها في ذاكرة الكمبيوتر نفسه أو في أقراص ممغنطة بأنواعها الصلبة والمرنة وكذلك الأقراص الضوئية.²

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 272 و 273.

² - محمد محمد سادات، حجة المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 211. 3.

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 تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته "

أولاً: 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 يثبت في الورقة الرسمية من وقائع تكون وقعت بحضوره تحت نظره وبمشهد منه، كإثبات حضور ذوي الشأن، وما قام به كل منهم أمامه، كقيام المشتري مثلاً بتسليم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق، وحضور الشهود أمامه والتحقق من أسمائهم وتوقيعاتهم، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية، وغير ذلك من الوقائع التي تمت بحضوره وبمشارهته¹.

¹ - عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات 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. ويترتب على التمييز بين هذين النوعين البيانات أهمية كبيرة من حيث حجية الورقة الرسمية، إذ يكون للنوع 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 طبقا 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 متنوعون 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 كبلديات، أو أية مؤسسة عمومية، أو كتاب الضبط بالمحاكم بالنسبة لمحاضر الجلسات التي يقومون بتحريرها، والقضاة بالنسبة للأحكام التي صادرة عنهم.¹

أما الضباط العموميون فنقصد بهم الموثقون 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 بالضابط

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 116.

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

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

2/ أن يكون صدور الورقة داخلا في حدود سلطة واختصاص الموظف أو الضابط العمومي:

أي لابد أن تكون له أيضا 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 ولايته، 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 مثلا لا يجوز له قانونا 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 واسم ولقب أمين الضبط الذي حضر الجلسة وأسماء وألقاب الخصوم وغيرها من البيانات.

وبالنسبة للعقود التي يحررها الموثقون، فإنه طبقا لنص المادة 29 من قانون التوثيق لسنة 2006 ودون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن تتضمن مجموعة من البيانات كاسم ولقب الموثق ومكتبه، واسم 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 طبقا للمادة 26 من قانون التوثيق.

ثانيا: جزاء الإخلال بشروط صحة الورقة الرسمية:

يترتب 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 موقعا عليها من قبل الأطراف على نحو ما قرره 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 ذوو الشأن، لأن التوقيع هو الشرط الوحيد في الورقة العرفية.

على أنه إذا كان التصرف شكليا مما يتطلب القانون الرسمية فيه كعقد بيع العقار أو الرهن الرسمي، فهنا تعتبر الرسمية ركنا في العقد ويؤدي تخلفها إلى بطلانه، ولا يصبح للورقة الرسمية الباطلة قيمة ما.¹

ثالثا: حجية الورقة الرسمية في الإثبات:

إذا توافرت في الورقة الشروط الثلاثة المتقدمة اكتسبت صفة الرسمية، وأصبحت لها ذاتية في الإثبات. فلا يطلب ممن يحتج بها أن 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:

يتبين 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.²

2/ حجية البيانات المدونة في الورقة الرسمية:

¹ - بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، طبعة ثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 111.

² - 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 مهمته واختصاصه 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. ويترتب على هذه التفرقة أن النوع الأول من البيانات لا يجوز دحض حجيتها إلا بإثبات تزويرها، أما النوع الثاني منها فيجوز إثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات من غير حاجة إلى الادعاء بالتزوير.

وعليه يتعين التفرقة فيما يتعلق بحجية هاذين 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 الوقائع: نوع يقوم الموظف العام أو الضابط العمومي بتدوينه في حدود مهمته، كتاريخ الورقة وتأكيده من شخصية المتعاقدين وحضور الشاهدين أمامه وتوقيعهم على العقد وتوقيع ذوي الشأن وتأكيده من رضائهما وتوقيع الموثق. ونوع ثاني يشمل ما قام به ذوو الشأن أمامه، كإقرار الأطراف بالتراضي 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 بعيدا عن الموظف العام أو الموثق ويأتون إليه يشهدونه على هذه الاتفاقات 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 تسليم مبلغ الأجرة أو تسليم 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.¹

• 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 ولإثبات ما قد يثور 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

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53 و 54.

1/ شروط الورقة العرفية:

لا يشترط في الورقة العرفية المعدة للإثبات لكي تكون دليلا كاملا 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 مسبقا 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 والحروف وتاريخ تحرير الورقة لما له من أهمية بين المتعاقدين، لأنه قد تتغير حالة أحدهم بفقدان أهليته أو نقصانها بعد أن كان متمتعا بها وقت التعاقد، وتحصل المنازعة بشأنها وقت التعاقد في وقت لاحق من الطرف الآخر.

على أنه قد يتطلب القانون في بعضها بيانات معينة، كما هو الشأن بالنسبة للشيك الذي تشترط المادة 472 من القانون التجاري أن يحتوي على بيانات معينة، والسفتجة طبقا للمادة 390 من القانون التجاري.¹

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 طبقا للمادة 327 مدني

¹ - بكوش يحي، 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 أثبت المحتج بها أنها صادرة من خصمه.

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

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 للالتزام بدين. كما جعلت المادة 327 من القانون المدني الجزائري أيضا العقد العرفي المحرر بخط يد المدين دليلا كاملا ضده، ما لم ينكر صراحة الكتابة بخطه عليها.

أما التوقيع على بياض، أي حالة قيام الشخص بالتوقيع مقدما على ورقة بياض ثم يسلمها لشخص آخر يقع ملؤها فيما بعد، مثل أن يوقع شخص شيكا 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 يؤتمن على هذا التوقيع قد وضع في الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع، حيث يعد من الناحية الجزائية حينئذ مرتكبا لجنحة خيانة الأمانة لورقة موقعة على بياض

طبقا للمادة 381 من قانون العقوبات الجزائري.

2/ حجية الورقة العرفية في الإثبات:

للورقة العرفية حجية من ثلاثة نواحي: من حيث صدورها ممن وقعها أو من حيث مصدرها، ومن حيث قوة 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 مؤقتاً، ويقع على المحتج 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 طبقاً 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 أحتج بالورقة العرفية في مواجهة الورثة أو الخلف، فلا يطلب منهم الإنكار، وإنما يكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق لتزول عن الورقة حجيتها مؤقتاً. وحينئذ يتعين على المتمسك بها اللجوء إلى طلب إجراء تحقيق عن طرق مضاهاة الخطوط طبقاً للإجراءات المقررة في المادة 165 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أيضاً.¹

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 يدليا بأوراقهما الثبوتية، فيشهد الموظف المذكور على توقيعاتهما ويضع ختم المصلحة التي ينتمي إليها ويوقع هو أيضاً

¹ - 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 الوقائع الواردة فيها، وتصلح كدليل إثبات كامل بالنسبة لجميع التصرفات والوقائع باستثناء الحالات التي يتطلب القانون طريقا خاصا لإثباتها، كالتصرفات التي يشترط القانون الرسمية لإثباتها. وتكون الورقة العرفية المعترف 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.¹

أما إذا ادعى من يتمسك 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.

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 89.

ثانيا: الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات:

هي تلك الأوراق العرفية التي لا تعد مقدما للإثبات، ولا تكون عادة موقعا 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 التعهدات الجارية بينهما أو بشأن أية مسألة أخرى تهم الطرفين.¹

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

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

¹ - عباس العبودي، 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، تنظيماً لحساباتهم وتدعيماً 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.

فبالنسبة لحجية الدفاتر التجارية على التاجر، يجوز للخصم أن يتمسك بما ورد فيها ضد صاحبها التاجر لإثبات التصرف القانوني مدنياً كان أو تجارياً، 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 لزمائه غير التجار 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.¹

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88.

3/ الدفاتر والأوراق المنزلية:

لم ير تعريفا خاصا 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 الآتيتين: 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 صاحبها، فهي كقاعدة عامة لا تكون حجة لصاحبها في الإثبات، ولكن يمكن أن تكون قرينة قضائية يستفيد منها صاحبها، 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 أدبياً من أخذ كتابة منهم عن كل زيارة.¹

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 حياة الدائن، حيث يعد التأشير ببراءة ذمة المدين على سند في حياة الدائن قرينة على الوفاء. وحالة وجود سند الدين أو مخالصة في حياة المدين، حيث يعد تأشير الدائن على السند في يد المدين قرينة على الوفاء أيضاً إذا كان هذا التأشير مكتوب بخط الدائن نفسه.

¹ - 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 وليست 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 الوقائع المادية، 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 بالكتابة، وهذه الحالات الاستثنائية هي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، 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 أصلاً: بينت المادة 333 من القانون المدني الجزائري الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أصلاً وهي: الوقائع المادية، 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، كالزلازل والفيضانات والولادة والوفاة، أو كانت أعمالا مادية من فعل الإنسان، كالفعل 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، أي 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 والسفتجة، فيما تستلزم الكتابة الرسمية لبعض التصرفات التجارية، كبيع المحل التجاري.¹

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 طبقا للمادة 334 من القانون المدني ولو لم تزد القيمة عن مائة ألف دينار جزائري إذا كان المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

¹ - 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 الموثق بمقتضى المادة 191 من قانون الأسرة.

ثانيا: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة استثناء :

هذه الحالات ثلاث(3) نصت عليها المادتين 335 و336 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 كاملا كالمذكرات الشخصية والمراسلات والرسائل المتبادلة بين الأشخاص والمذكرات القضائية.

ب/ صدور الورقة من الخصم أو ممن يمثله:

أي صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه شخصا أو ممن ينوب عنه نيابة قانونية كالوكيل والولي، أو نيابة اتفاقية كمحاميه متى صدرت من النائب في حدود نيابته.

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

أي مرجح 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 شرطا 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 شرطا للانعقاد، كالتصرفات الواردة على العقار.

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

أما المانع الأدبي فيرجع إلى ظروف نفسية واعتبارات أدبية أو معنوية حالت دون أن يتمكن الشخص من الحصول على الدليل الكتابي في الوقت الذي تم فيه التصرف القانوني، كقيام علاقة قرابة بين الأصول والفروع كصلة الابن بأبيه، وعلاقة الزوجية.¹

3/ حالة فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 336 من القانون المدني أيضا التي بمقتضاها أن الشخص قد يكون سبق له الحصول على دليل كتابي كامل مستوفي 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 للقاضي 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 دليلا كتابيا كاملا مستوفيا لجميع الشروط القانونية. وسبق وجود السند يعد واقعة مادية لا تصرفا قانونيا، لذلك يجوز إثباته بكافة 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 كالحريق، وقد يكون بفعل الغير كما لو كان خصمه سرقة

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 140 إلى 141.

منه. أما إذا كان الشخص نفسه قد تسبب في فقدانه كأن يكون مزقه غلطا فلا يستفيد من هذه الحالة.¹

ثالثا: حجية الإثبات بشهادة الشهود:

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

• اليمين :

اليمين هي إشهد الله تعالى على صدق ما يدعيه الحالف أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر. فهي عمل مدني وعمل ديني أيضا، بما أن الحالف يستشهد الله ويستنزل عقابه. واليمين التي تعيننا 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 تنقسم إلى نوعين: اليمين الحاسمة واليمين المتممة.

أولا: اليمين الحاسمة:

هي اليمين التي يوجهها أحد الخصمين إلى خصمه بقصد حسم النزاع عندما يعوزه الدليل على ادعائه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، 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،

¹ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 262.

وله ردها على خصمه، الذي إذا حلفها حكم له كذلك، وإذا نكل عنها حكم عليه، ولا ترد مرة ثانية. ويجوز للخصم طلب توجيهها طبقا للفقرة 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:

طبقا 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. ونظرا 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 شخصا، 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 طبقا للفقرة الأولى من المادة 343 من القانون المدني منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك، كما لو اتضح له أن القصد من توجيه اليمين هو إحراج من وجهت إليه باستغلال ما قد يتعرض من حرج بسبب تدينه مثلا.¹

¹ - 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 تصرفا قانونيا. 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 الوقائع المخالفة 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، كإثبات الزواج والنسب

2/ آثار توجيه اليمين الحاسمة:

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

أ/ الآثار بالنسبة لمن وجه اليمين:

طبقا للمادة 345 من القانون المدني لا يجوز لمن وجه اليمين الرجوع عنها بعد قبول الخصم الآخر حلف اليمين، سواء كان قبوله صريحا أو ضمنيا بحضور في المحدد للحلف. والحالة الوحيدة التي يجوز فيها الرجوع عن توجيه اليمين استثناء، هي إذا كان من وجهها ناقص الأهلية، أو كان قد دفعه إلى هذا التوجيه غلط في الوقائع أو تدليس أو إكراه، أي كانت إرادته معيبة.¹

¹ - بكوش يحي، 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 ينكل عنها أو يردّها على خصمه. لذلك نعرض لتلك الفروض كما يلي:

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

- النكول عن اليمين: إذا نكل من وجهت إليه اليمين، أي رفض أن يحلف اليمين الموجهة إليه من خصمه، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً 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 ينكل عنها أن يردّها على من وجهها له. وعلى هذا الأخير أن يسلك أحد الطريقتين: إما أن يحلف ويكسب دعواه، وإما أن يرفض تأدية اليمين فيخسر دعواه، ولا يستطيع أن يردّها على خصمه مرة ثانية.¹

3/ حجية اليمين الحاسمة:

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

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 235.

ثانيا: 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 شرطا للانعقاد، كالتصرفات الواردة على العقار والهبة، لأن الكتابة الرسمية تعتبر هنا ركنا 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:

يتبين 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 يتقيد 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 يتقيد بموجبها القاضي سواء حلفها الخصم أو نكل، فيما أن اليمين الحاسمة حجيتها قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معا.

- 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 القرائن على حسب الأحوال. فإذا كانت الواقعة جائزة الإثبات بالشهادة والقرائن، 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.¹

3/ آثار توجيه اليمين المتممة:

يترتب على توجيه اليمين المتممة الآثار التالية: أ_ 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. ب عدم تقيد القاضي بهذه اليمين: فسواء حلفها من وجهة إليه أو امتنع

¹ - محمد صبري السعودي، المرجع السابق، ص 260.

عن أدائها، فإن القاضي غير ملزم بنتيجتها. فله أن يأخذ بها ويقضي بموجبها أو ألا 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.¹

4/ حجية اليمين المتممة:

ليست لليمين المتممة حجية قاطعة وإنما يجوز للطرف الآخر إثبات كذبها بعد أن أدائها من وجهت إليه 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.

¹ - بكوش يحي، المرجع السابق، ص 335.

أولاً: شروط الإقرار القضائي:

هي ثلاث شروط نصت عليها المادة 341 من القانون المدني:

1/ أن يكون الإقرار صادراً من الخصم:

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

2/ أن يصدر الإقرار أمام القضاء:

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

3/ صدور الإقرار أثناء السير في الدعوى:

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

ثانياً: نطاق تطبيق الإقرار وحجيته:

يقبل الإقرار كقاعدة عامة لإثبات جميع الوقائع 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 كالقوائد الربوية الاتفاقية.

¹ - 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 أثبت أنه وقع نتيجة غلط في الوقائع 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 يقيم على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع 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، يستنبطها من ظروف القضية وملابساتها، وليس هناك حصراً للأمثلة على القرائن القضائية، ومثالها استنباط صورية التصرف بين أب وابنه من واقعة قرابة الأبوة كما إذا ادعى الابن مثلاً بأنه اشترى من أبيه في قيد حياته، والحالة أنه كان صغيراً ولا دخل له ونازعه في هذا الشراء باقي من لهم حق في المال المبيع، 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 شرطا للانعقاد كالتصرفات الواردة على العقار.¹

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. **ثانيا: 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 يقدّم 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 المقضي فيه التي نصت عليها المادة 338 من القانون المدني.²

• **المعاينة والخبرة :**

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

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 207 إلى 210.

² - 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 وجهه أو جسمه لإثبات الضرر الذي حدث نتيجة خطأ المدعى 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 خبيراً ليحل محلها في إتمام المعاينة في المسائل الفنية.

2/ سلطة المحكمة في إجراء المعاينة:

يتبين 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 البناية

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

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 كأى دليل مقنع غير ملزم.¹ ثانيا: الخبرة: الخبرة القضائية هي إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة، بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية مما لا تستطيع المحكمة الإلمام بها.² ومن هؤلاء الأطباء المتخصصون كالطبيب الشرعي، والخبراء المحاسبون والخبير 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 الوقائع المادية التقنية والعلمية المحضة، وعلى ذلك يخرج عن مجالها المسائل القانونية، لأن القاضي يفترض فيه العلم بالقانون والالتزام بتطبيقه. والوقائع المادية التقنية أو العلمية التي يمكن أن تكون موضوع خبرة قضائية غير محصورة في ميدان معين بذاته، كالطب الشرعي والطب النفساني والعقلي والتخصصات البيولوجية والمحاسبية. ففي مجال المنازعات العقارية قد تكون

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

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 325.

الخبرة عقارية، إذا تعلق بقبسة 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 طبقا 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 يتعين عليه بيان الأسباب ذلك.

المبحث الثاني: عبء 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: عبء الإثبات في المواد المدنية

يلزم المدعي بإثبات دعواه وإقامة 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"¹، فمن خلال ذلك يلزم المدعي بإقامة الحجة على وجود الواقعة القانونية المنشئة للحق سواء كانت واقعة مادية أو تصرفا وذلك بالطرق والكيفية التي يحددها القانون.²

المطلب الثاني: عبء الإثبات في المواد الجنائية.

¹ - فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 165.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 334.

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

¹ - تنص على هذه القاعدة المادة 45 من الدستور الجزائري.

² - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 77.

³ - المرجع نفسه، ص 77.

المحاضرة السادسة

انقضاء الحق

المحاضرة السادسة : انقضاء الحق

تنقضي الحقوق وتزول ب وفاة صاحب الحق أو فقد السيطرة عليه، حيث ينتقل حق الملكية بعده إلى ورثته أو الموصى إليه، ويسقط أيضا بعدم الاستعمال إذا اقترنت الملكية بحيازة الغير وتوافرت لهذا الغير شروط التقادم المكسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتقادم لأن حق الملكية يكتسب بالتقادم ولا يسقط بالتقادم، كما أن حق الملكية يسقط أيضا إذا تم التصرف فيه مثل البيع أو التنازل عنه كالهبة، كما أنه يسقط أيضا 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 حقوقا أصلية أو حقوقا 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 المتفرعة عنها فتنتهي بحسب طبيعة كل شيء، وعليه تناولت انقضاء الحقوق العينية الأصلية أولا، ثم انقضاء الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ثانيا.

أولاً/ انقضاء حق الملكية:

يعد حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقاً، وكما هو معروف فإن حق الملكية يخول لصاحبه 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 بحياسة الغير وتوافرت لهذا الغير شروط التقادم المكسب 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 عنه¹.

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 جميعاً تنقضي بهلاك الشيء الذي يقع عليه الحق، فإذا كان الشخص حق الملكية على سيارة واحتترقت السيارة فإن هذا يؤدي إلى انقضاء الحق². 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..."³

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 765.

² - حميد بن شنيقي، مرجع سابق، ص 183.

³ - راجع المادة 853 من الأمر رقم: 75-58، مرجع سابق.

أ/ حلول الأجل وموت المنتفع:

إن حلول الأجل أي انتهاء مدة الاستغلال مثلا يؤدي إلى زوال الحق كما لو تصورنا أننا أمام حق الانتفاع من عقار متمثل في استغلال أرض فلاحية خلال مدة فانتهاه 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 مقررا لحياة المنتفع،...¹

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 الاستعمال². حيث نصت المادة 854 من القانون المدني " ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر (15) سنة".³

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 هلاكا تاما أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين".⁴

¹ - راجع المادة 852 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

² - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 484.

³ - راجع المادة 854 من الأمر رقم: 58-75، المرجع السابق.

⁴ - راجع المادة 878 من الأمر رقم: 58-75، 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 كليا، وكذلك ينقضي باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق، وكذلك ينقضي بفقد المنفعة المرجوة للعقار المرتفق.¹

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 أولا، انقضاء حق الاختصاص ثانيا، انقضاء الرهن الحيازي ثالثا، انقضاء حق الامتياز رابعا.

أولا / انقضاء الرهن الرسمي:

ينشأ الرهن الرسمي ضمانا 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.²

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

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 770.

² - راجع المادة 933 من الأمر رقم: 75-58، المرجع السابق.

³ - راجع المادة 934 من الأمر رقم: 75-58، نفس المرجع.

فمن خلال هاذين النصين يتبين أن الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء سبب إنشائه دون المساس بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية، 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.

ثانيا/ انقضاء حق الاختصاص:

أما حق التخصيص فينقضي بنفس الأسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي، وهذا عملا بنص المادة 947 من القانون المدني والتي نصت على ما يلي " 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 بالقيود وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة.¹

وبناء عليه فإن حق التخصيص ينقضي بتمام إجراءات التطهير، وبيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلني، وبنزول الدائن عن حق التخصيص، وبإتحاد الذمة في العقار وبهلاك العقار.²

ثالثا/ انقضاء الرهن الحيازي:

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

¹ - راجع المادة 947 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

² - 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".¹

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

رابعاً/ انقضاء حق الامتياز:

وبخصوص حقوق الامتياز فقد نصت المادة 988 من القانون المدني على أنه "ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".²

وبناء على نص هذه المادة ينقضي حق الامتياز على العقار بما ينقضي به كذلك حق الرهن الرسمي، أي بالتطهير، والبيع الجبري، وبزول الدائن عن حق امتياز، وهلاك الشيء محل الحق، واتحاد الذمة، أما في المنقول فينقضي بما ينقضي به الرهن الحيازي، ومن ثم فحق الامتياز ينقضي ويزول في الحالات المذكورة.³

المطلب الثاني : انقضاء الحقوق الشخصية

الحقوق الشخصية جميعها حقوق مؤقتة بطبيعتها، ذلك أنها تنشئ علاقات بين الأفراد وتجعل بعضهم ملتزماً في مواجهة البعض الآخر، ولا يمكن أن يكون هذا أبدياً وإلا فإنه يعتبر

¹ - راجع المادة 964 من الأمر رقم: 58-75، المرجع السابق.

² - راجع المادة 988 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

³ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 777.

خطر يمس حرية الملتزم وتنقضي الحقوق الشخصية أي الالتزامات بعدة أسباب قسمها القانون إلى ثلاث طوائف.

وعليه تناولت انقضاء الحقوق الشخصية بالوفاء في الفرع الأول، ثم تطرقت 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 كالاتزام 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 بتوفر 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 الاتفاقي.¹

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 الحق ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".²

¹ - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 282.

² - 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 ينقضي الحق ولكن ليس بالطرق الطبيعية وهي طريقة الوفاء، وإنما ينقضي 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 مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء".¹

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.²

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 يتجدد الالتزام:

¹ - راجع المادة 285 من الأمر رقم: 75-58، نفس المرجع.

² - 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 مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة 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".¹
وإضافة على نص المادة سالفه الذكر نصت المادة 01/291 من القانون المدني بقولها "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه".²

أي أن هذا الاتفاق يحل بموجبه التزام جديد محل الالتزام القديم، فينقضي الحق القديم ونشأ محل حق جديد محله، ولحصول التجديد يجب أن يكون الالتزامان القديم والجديد مرتبطان إذ لا ينقضي 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 أنفاً.

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".³

¹ - راجع المادة 287 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

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

³ - راجع المادة 294 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

وبناء عليه يتم استبدال حق جديد بالحق الأصلي ويكون ذلك بتغير الدين أو المدين أو الدائن وتغير التجديد طريقا من طرق انقضاء الحق ومصدرا من مصادر إنشائية في آن واحد ويشترط لوقوعه ثلاثة شروط:

- وجود التزام قديم أولا 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.¹

رابعا / المقاصة:

هي اجتماع صفتي المدين والدائن في كل طرفي الالتزام، وهناك المقاصة القانونية والاتفاقية أو القضائية، ويشترط في القانونية أن يكون الدينان دين نفس الشخصين وواردين على نقود أو مثليات متحدة النوع وخاليين من النزاع، ويترتب على إجراء المقاصة انقضاء حق الدائن للقدر الذي تمت به، وإذا لم تتوافر الشروط السابقة يجوز أن تقع المقاصة باتفاق الطرفين عندما تتخلف المقاصة القانونية كأن يسمح صاحب الحق المستحق الأداء بإجراء المقاصة مع صاحب الحق المؤجر، ولا يجوز إجراء المقاصة الاختيارية إلا باختيار الطرفين أما المقاصة القضائية فيستطيع المدعي عليه في حق المتنازع فيه إذا كان دائنا للمدعي بمبلغ معين أن يطلب من القاضي إجراء المقاصة والقاضي سلطة تقديرية في ذلك.²

¹ - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 790.

² - شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 796.

خامسا/ إتحاد الذمة:

إتحاد الذمة هي أن يجتمع في نفس الشخص صفة الدائن والمدين كأن يرث المدين الدائن ويشترط أن يكون وارثه الوحيد وتكون المقاصة بمقدار ما يرثه عند تعدد الوراث، فإذا كان يرث الربع تجري المقاصة 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 فينقضي حق الدائن في حدود الثلث وإذا كانت الوصية أكثر من الثلث ولم يقر الورثة الزيادة فإن اتحاد الذمة يزول بالقدر الذي لم يقره الورثة ولا ينقضي الدين إلا في حدود الثلث، لان الوصية لا تتجاوز الثلث شرعا ففي حال ما إذا اجتمعت في يد شخص واحد صفتين نكون أمام حالة إتحاد الذمة.¹

ومثال ذلك أن يكون الشخص مدينا لمورثه وبعد الوفاة انتقلت حقوق المورث إليه ويترتب 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 أتحدت فيه الذمة".²

الفرع الثالث: الانقضاء دون الوفاء

قد ينقضي الحق ولكن ليس بالطرق الطبيعية ولا بالطرف المذكورة أنفا، وإنما ينقضي عن طريق انقضاء الحق بما يعادل الوفاء، أي أن المدين يستوفي حقه ولكن بطرق أخرى فينقضي الحق الشخصي دون وفاء في حالة الإبراء أولا، أو في حالة استحالة التنفيذ ثانيا، أو سقوطه بالتقادم ثالثا.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 215.

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

أولا/ الإبراء :

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

أما المادة 306 نصت على ما يأتي " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدان".²

ويكون الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويشترط فيه أن يكون الدائن أهلا 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 وينقضي معه الحق، كأن يقوم الدائن إراديا وهو مختارا بإبراء ذمة المدين من الالتزام الذي عليه، وهذا موقوف على موافقة المدين فإذا رفضه عد باطلا.³

¹ - راجع المادة 305 من الأمر رقم: 58-75، مرجع سابق.

² - راجع المادة 306 من الأمر رقم: 58-75، نفس المرجع.

³ - بن ددوش نصر، 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.

ثانيا/ استحالة التنفيذ:

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

وعليه ينقضي 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 القاهرة حالت دون تنفيذ المدين لدينه ففي مثل هذه الحالة ينقضي الحق.²

ثالثا/ الانقضاء بالتقادم:

وينقضي 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".³

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.

¹ - راجع المادة 307 من الأمر رقم: 75-58، المرجع السابق.

² - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 291.

³ - راجع نص المادة 308 من الأمر رقم: 75-58، 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 العلوي العبدلاوي، 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- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية،

الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 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 الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات 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 الجزائر، 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- فريجة حسن، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون 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، ج25.
- 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 الصباحي، 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 المطبعية، 1998، الجزائر

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

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

22- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، والفقهاء الإسلاميين، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.

الرسائل الجامعية :

1- العربي بن قسّمية، نظام الرهن الحيازي 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، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، 2010/2011.