

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur  
et de la Recherche Scientifique  
Université Amar Telidji - Laghouat



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة عمار تليجي - الأغواط

المجلس العلمي

رقم المحضر: 2024/ 06

مستخرج من محضر المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية

بتاريخ 12 من شهر ديسمبر 2024 ، صادق المجلس العلمي لكلية  
الحقوق والعلوم السياسية على اعتماد كتاب يداغوجي من طرف الدكتور: بن  
قويدر الطاهر أستاذ محاضر قسم "أ" من قسم الحقوق بعنوان: "النظرية  
العامة للحق"، (يتضمن محاضرات موجهة لطلبة السنة الاولى ليسانس جندع  
مشترك السداسي الثاني)، 2024-2025.

رئيس المجلس العلمي  
الحقوق والعلوم السياسية  
امضاء: أ.د. بن الزوين  
المجلس العلمي  
جامعة عمار تليجي - الأغواط

0550 02 79 50 030 321 378

@elalmaia15@gmail.com @elalmaia55@gmail.com

@elalmaia @elalmaia51 @elalmaia55 elalmaia

UV 09 Ilot4 BA 2-2 N°296 Nouvelle Vulle Ali Mendjeli - Constantine

E.U.R.L DADOUA ELALMAIA



اللمعية  
للنشر والإشهار

قسنطينة في 12/01/2025

## شهادة نشر

يشهد السيد/ نبيل دادوة مدير دار الألمعية للنشر والتوزيع بأن الدار نشرت الكتاب التالي

مواصفاته للسيد(ة)/ الدكتور(ة): بن قويدر الطاهر

العنوان: كتاب بيداغوجي يتضمن محاضرات في مادة النظرية العامة للحق

موجهة لطلبة السنة أولى جذع مشترك ليسانس حقوق، للسداسي الثاني

مصادقة المجلس العلمي:

بتاريخ 2024/12/12 تمت المصادقة على اعتماد الكتاب كمرجع من طرف المجلس العلمي

لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الأغواط.

محضر تحت رقم 2024/06

الموصفات التقنية

الحجم: 25/18 سم.

عدد الصفحات: 211 صفحة.

الرقم الدولي (ردمك): 978-9947-50-235-8

الايداع القانوني: 2024. الطبعة الاولى: 2024

الإمضاء والختم





الدكتور بن قويدر الطاهر  
أستاذ محاضر  
جامعة عمار ثليجي بالآغواط

# كتاب بيداغوجي

يتضمن محاضرات في مادة

## (النظرية العامة للحق)

موجه لطلبة السنة الأولى جذع مشترك ليسانس حقوق



الطبعة الثانية

2025/2024

المعنية  
للنشر والاشهار

الدكتور بن قويدر الطاهر

كتاب بيداغوجي يتضمن محاضرات في مادة (النظرية العامة للحق)

المعنية  
للنشر والاشهار

تشكل مادة المدخل لدراسة القانون أو مدخل العلوم القانونية نافذة يطل من خلالها طلبة السنة الأولى حقوق على القانون، حيث تُعرّف هؤلاء بالمبادئ والمفاهيم الأساسية التي ستمكّنهم من دراسة هذا العلم وفهمه، وعلم القانون مثل غيره من العلوم يحتاج إلى التمهيد لدراسته ولولاه لكان من الصعب فهم القضايا والموضوعات التفصيلية التي يمكن دراستها ضمن هذا العلم، لذلك تبدو أهمية مادة المدخل لدراسة القانون أو المدخل للعلوم القانونية كونها مادة مشتركة بين كل المواد التي ندرّسها في كليات الحقوق لذلك يجب على من يدرسها أن يكون له إطلاع بكل تلك العلوم الأخرى، ومما يزيد من أهمية هذه المادة بالإضافة إلى كونها مشتركة بين كل المواد التي تدرّس في كليات الحقوق فهي تعتبر مدخلا لباقي مواد ووحدات المسالك والتخصصات الأخرى؛ إذ تدرّس لطلبة القانون الخاص والقانون العام والاقتصاد.

وبدراستنا لمدخل العلوم القانونية تتضح الصورة جلياً أنّ القانون يتولّى تنظيم سلوك الناس في المجتمع حتى يستتب الأمن والنظام فيه، ويسير نحو التقدم والرفق، وهو يضطلع بهذا الدور عن طريق تقرير حقوق الأشخاص وفرض واجبات على آخرين، وبذلك يتغلّب على مشكلة التعارض بين المصالح في المجتمع، ويضمن القدر الملائم من السلوك المستقيم في الجماعة.

الدكتور بن قويدر الطاهر

المعنية  
للنشر والاشهار

elalmaia15@gmail.com

0550 02 79 50



f YouTube

2024



917899475023581>

# كتاب يداغوجي

يتضمن محاضرات في مادة

(النظرية العامة للحق)

موجه لطلبة السنة الأولى جذع مشترك ليسانس حقوق

الدكتور بن قويدر الطاهر

أستاذ محاضر

جامعة عمار ثليجي - الأغواط-

الطبعة الأولى

2024

الكتاب: محاضرات في مادة النظرية العامة للحق سنة أولى  
جذع مشترك لسانس حقوق.

المؤلف: الدكتور بن قويدر الطاهر

الناشر: دار الألمعية للنشر والتوزيع.

ردمك: 978-9947-50-235-8

الإيداع القانوني: ديسمبر 2024

الطبعة: الأولى 2024

الحجم: 25/18 سم

عدد الصفحات: 211

تم تحكيم الكتاب علميا من طرف محكمين  
وتمت المصادقة عليه من طرف الهيئة  
العلمية بقسم الحقوق والعلوم السياسية:  
رقم 2024/06 بتاريخ: 2024/12/12

جميع الحقوق محفوظة



9 789947 502358 >

[elalmaia15@gmail.com](mailto:elalmaia15@gmail.com)

(+213) 0550 02 79 50

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مقدمة:

تشكّل مادّة المدخل لدراسة القانون أو مدخل العلوم القانونية نافذة يطلّ من خلالها طلبة السنة الأولى حقوق على القانون، حيث تُعرّف هؤلاء بالمبادئ والمفاهيم الأساسية التي ستمكّنهم من دراسة هذا العلم وفهمه، وعلم القانون مثل غيره من العلوم يحتاج إلى التمهيد لدراسته ولولاه لكان من الصعب فهم القضايا والموضوعات التفصيلية التي يمكن دراستها ضمن هذا العلم، لذلك تبدو أهمية مادّة المدخل لدراسة القانون أو المدخل للعلوم القانونية كونها مادة مشتركة بين كل المواد التي ندرّسها في كليّات الحقوق لذلك يجب على من يدرسها أن يكون له إطلاع بكلّ تلك العلوم الأخرى، ومّا يزيد من أهمية هذه المادة بالإضافة إلى كونها مشتركة بين كلّ المواد التي تدرّس في كليّات الحقوق فهي تعتبر مدخلا لباقي مواد ووحدات المسالك والتخصّصات الأخرى؛ إذ تدرّس لطلبة القانون الخاص والقانون العام والاقتصاد.

وبدراستنا لمدخل العلوم القانونية تتّضح الصورة جليّاً أنّ القانون يتولّى تنظيم سلوك الناس في المجتمع حتّى يستتبّ الأمن والنّظام فيه، ويسير نحو التّقدّم والرفق، وهو يضطلع بهذا الدور عن طريق تقرير حقوق الأشخاص وفرض واجبات على آخرين، وبذلك يتغلّب على مشكلة التعارض بين المصالح في المجتمع، ويضمن القدر الملائم من السلوك المستقيم في الجماعة.

ولكن الملاحظ أنّ الدّراسة لمادّة المدخل للعلوم القانونية لا تقف عند نظرية القانون فحسب، أين يتعرّف الطّالب على مفهوم القانون باعتباره مجموعة من القواعد تنظّم سلوك الأفراد في المجتمع على وجه الإلزام، إنّما تتعدّى الدّراسة لتشمل نظرية الحقّ، وهي الدّراسة الشاملة لمجال البحث في مضمون القاعدة القانونية التي تنشئ مجالات متعددة لامتياز الأشخاص بحيث تحدّد لهم ما يكتسبونه من حقوق وما يتحمّلونه من التزامات، أي مجال استشارتهم بسلطات معيّنة حدّدها القانون وأقرها للأشخاص لتحقيق مصالحهم، وهذا ما يؤكّد أنّ الحقّ لا ينشأ في الواقع إلّا في إطار قواعد قانونية تفرض على الغير واجب احترامه، طالما رُجّح هذا الحقّ لمصلحة فرد معيّن، لذلك لا نجد مصدراً للحقوق إلّا في القانون، لأنّه لا جدوى من وجود قانون لم ينشئ حقوقاً للأشخاص من خلال تقرير مراكز قانونية لأصحابها،

ثم يفرض قيوداً على الغير مقابل ذلك، ومن هنا تتضح الصلة الوثيقة والوطيدة بين القانون والحق، بحيث تُقرّر القواعد القانونية الحقوق وترسم لها الحدود وتوفّر لها الحماية القانونية.

فالعلاقة وثيقة إذن بين القانون والحقّ، فلا وجود لحقّ لا يقرّه القانون، ثمّ إنّ صاحب الحقّ لا يستطيع الاستفادة منه والتمتّع به على وجه الاستثناء والاستقرار إلّا إذا توافرت له الحماية القانونية اللازمة، وبعبارة أخرى فالقانون ينشئ الحقّ ويحميه، ولكن ليس معنى ذلك أنّ القانون مطلق اليد بشأن تقرير الحقوق، ولكنّه مقيّد بغاية العدل التي يسعى إلى تحقيقها آخذاً في الاعتبار واقع المجتمع الذي ينظّمه.

إنّ الدّارس لنظرية الحقّ يجب عليه معالجته لهذا الموضوع بتحديد مفهوم هذا المصطلح المسمّى بالحقّ، ولا شكّ أنّ التعريف بالحق يقضي إلى جانب تحديد مفهومه، كفكرة قانونية بيان أنواعه وتقسيماته المختلفة، فإذا اتّضحت صورة الحقّ على هذا الوجه، لا بدّ أن تنتقل إلى تحليله وبيان عناصره، وهذا يستلزم البحث في صاحب الحقّ، وهو الشخص، سواء كان شخصاً طبيعياً وهو الإنسان، أو شخصاً معنوياً كالشركة والجمعية وغيرها من الأشخاص المعنوية، ثمّ البحث في محلّ الحقّ، وهذا إمّا أن يكون شيئاً أو عملاً، فإذا ما تبينّت معالم الحقّ وعناصره المكوّنة له، أي اتّضح الحقّ في ذاته، وجب تتبّعه في مسار حياته منذ نشأته حتى انقضاءه.

وبناء على ذلك سنحاول من خلال هذا الكتاب الذي يتضمّن محاضرات مقدّمة لطلبتنا الأعزّاء الولوج إلى موضوع نظرية الحق بتقسيمه إلى خمسة فصول كما يلي:

**الفصل التمهيدي: مفهوم الحقّ وتقسيماته.**

**الفصل الأوّل: أركان الحقّ.**

**الفصل الثاني: مصادر الحق واستعماله.**

**الفصل الثالث: حماية الحق وإثباته.**

**الفصل الرابع: انتقال الحق وانقضاءه.**

## الفصل التمهيدي: مفهوم الحقّ وتقسيماته.

من بين الموضوعات التي احتدم الخلاف حولها، موضوع الحقّ، ووضع تعريف له، ووصل الخلاف إلى إنكار الفقيه الفرنسي "ديجي" وجود فكرة الحقّ بحدّ ذاتها، مستندا إلى صعوبة وضع تعريف للحقّ ونادي بنظريته عن المركز القانوني بدلا عن الحقّ، كما حاول البعض إنكار فكرة الحقّ من الوجهة التاريخية، زاعمين بأنّها فكرة حديثة مصطنعة لم تعرف في الشرائع القديمة ولا سيما القانون الرّوماني، ومن المنكرين أيضا لفكرة الحقّ الأستاذ "كلسن".<sup>(1)</sup>

وإذا كان تعريف الحقّ يعطينا نظرة عامّة عليه فإنّ أوّل خطوة نقوم بها هي تعريفه من الناحيتين اللّغوية الاصطلاحية، ولما كان تعريفه بهذا الشكل لا يوصلنا إلى معرفة الحقّ وجوهره بوضوح، لزم علينا أن نوضّحه ونشرحه وذلك من خلال تمييزه عن المصطلحات والمفاهيم التي تشبهه.

لذلك سنحاول في هذا الفصل التطرّق إلى مفهوم الحقّ، وذلك من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره من المفاهيم في المبحث الأوّل، ثم نستعرض تقسيماته في المبحث الثاني.

---

<sup>1</sup> - يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحقّ)، كومييت للتوزيع، ط1، القاهرة، مصر، 1997، ص164.

## المبحث الأول: مفهوم الحقّ.

سنقوم في هذا المبحث بتعريف الحقّ لغةً واصطلاحاً، ثمّ نميّزه عن غيره من المفاهيم، وذلك من خلال المطالبين التاليين:

### المطلب الأول: تعريف الحقّ.

من المتعارف عليه أنّه لشرح أيّ مصطلح لا بدّ من تعريفه لغويّاً واصطلاحيّاً، فالتعريف اللّغوي يبيّن غالباً على الشّكل مع شيء من الموضوع، بينما التعريف الاصطلاحيّ نجد أنّ جوهر اهتمامه هو الجانب الموضوعي للشيء محلّ التعريف.

والحقّ كمصطلح لا يخرج عن هذا الأمر، لذا سنحاول تعريفه اللّغوي في الفرع الأوّل، ثمّ نعرّفه اصطلاحاً في الفرع الثّاني.

### الفرع الأوّل: تعريف الحقّ لغةً.

يمكن تصنيف معاني لفظ "الحق" في اللّغة في حقلين دلاليين، ترجع إليهما معظم إطلاقاته، يمكن استنباطهما من مثل كلام أبي البقاء الكفوي الذي نصّه: (الحقّ: حقّ الشيء وجب وثبت، وحقّقْتُ الشيء أي أثبُتُهُ، ومعنى "لقد حقّ القول" ثبت الحكم وسبق العلم، وتحقّقْتُهُ أي تيقنْتُهُ وجعلته ثابتاً لازماً.... وهو أحقُّ بماله أي لا حقّ لغيره فيه بل هو مختصّ به بغير شريك، والأيمُّ أحقُّ بنفسها من وليّها أي هما مشتركان لكن حقّها آكد)، ومن مثل نصّ الفيروز آبادي: (الحقُّ من أسماء الله تعالى، أو من صفاته، والقرآن، وضدّ الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصّدق، والموت، والحزم، وواحد الحقوق....، وحقيقة الأمر....، والحاقة النازلة الثابتة، والقيامه تحقّق، أو تحقّق لكلّ قوم عملهم.... وحقّ الشيء أوجبه كأحقّه وحقّقه.... وحقّ الأمر يحقُّ ويحقُّ حقّه بالفتح وجب ووقع بلا شكّ).<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - أحمد محمود الخولي، نظريّة الحقّ بين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (من نظريات الفقه الإسلامي)، دار السّلام للطباعة والنّشر والتّوزيع والترجمة، ط1، القاهرة، مصر، 2003، صص(9-10).

الحقّ جمع حقوق ضدّ الباطل، ويقال: حقّ، حقّاً وحقّةً الأمر: ثبت ووجب/وحقّاً الأمر: أثبتّه وأوجبه/وحقّاً عليه أن يفعل كذا: وجب عليه، يقال: "حقّ لك أن تفعل كذا وحققت أن تفعل كذا" أي كان فعله حقيقةً بك وكنت حقيقةً بفعله.

ويقال حقّه: أكّده/أوجبه، ويقال: أحقّ الأمر: أي أوجبه وصيّره حقّاً لا يُشكّ فيه، ويقال: "أحقّ عليه القضاء" إذا أوجبه، وتحقّق الخبر أي ثبت، واستحقّه أي استوجبه واستأهله.

من خلال هذا العرض لمعاني الحقّ، فإنّنا نجد له دالتين مختلفتين وفق منظور الموضوع الذي نحن بصددّه:<sup>(1)</sup>

**الأوّل: الوجوب والثبوت**، فنقول: حقّ الأمر أي وجب وثبت وصدق وصحّ، وهذا نقيض الباطل الذي لا يثبت ولا يصحّ.

**والثاني: الإثبات والإيجاب**، وهو المصدر المتعدّي للحقّ، أي أثبت وأحقّ، فصار الشيء عنده لا شكّ فيه أي صيّره حقّاً وأوجبه وأثبتّه.

وما يترتّب عن هذا في الاستعمال تراه مثلاً في: الوجوب والثبوت: من حقّ فلان أن يفعل كذا أو أن يملك كذا، أي أنّ هذه الحقوق ثابتة له، وفي الإثبات والإيجاب أن نقول: هذا المال حقّ فلان، أي لفلان حقّ على فلان عليه أن يؤدّيه.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: تعريف الحقّ اصطلاحاً.

بخصوص التعريف الاصطلاحي نجد أنّ الشّراح لم يتّفقوا على وضع تعريف واحد للحقّ، وإنّما تباينت آراؤهم واختلفت مناهجهم، ومع ذلك يمكن ردّ أهمّ المذاهب التي قيل بها في هذا الشأن إلى ثلاثة: الأوّل نظر إلى الحقّ من خلال صاحبه فعرفه بأنّه: "قدرة إرادية"، ولذا سمي بالمذهب الشّخصي، والثاني نظر بعين الاعتبار إلى موضوع الحقّ فعرفه بأنّه: "مصلحة يحميها القانون"، ولهذا سمّي بالمذهب الموضوعي، أمّا الثالث فهو المذهب المختلط الذي جمع

<sup>1</sup> - أسماء كياري، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى جندع مشترك، كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)، جامعة الجليلي ليايس بسيدي بلعباس، 2024/2023، ص 08.

<sup>2</sup> - فاطمة موساوي، محاضرات المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة مسيلة، 2023/2022، ص 07.

بين المذهبين السابقين في تعريف الحق، وهناك النظرية الحديثة وتسمى بنظرية الاستثارة والتسلط والتي تذهب إلى أنّ الحق يتضمن فكري الاستثارة والتسلط، أي استثارة شخص بقيمة معينة طبقاً للقانون، وهذه القيمة إما أن تكون أدبية أو معنوية، ولا يكون ذلك الاستثارة حقاً إلا إذا تمتع بالحماية القانونية.

### أولاً: المذهب الشخصي في تعريف الحق (نظرية الإرادة).

يتزعم هذا المذهب الفقيهان الألمانيان "سافيني" و"ونشيد"، وهم من كبار الفقهاء الألمان، فيرى سافيني أن الحق هو: «السلطة التي يختص بها الشخص، والمجال الذي تسود فيه إرادته»، فعنصر السلطة والإرادة هما جوهر الحق عنده، ويربط سافيني بين الحق والحرية حينما يقرر أنّ الحق وليد الحرية للصيقة بشخص الإنسان، نشأ بسببها ومن أجلها وأنّ جدوى القانون وقيمتها الخلقية إنما تكمن في المحافظة على مظاهر هذه الحرية، لا في فرض الأوامر والنواهي بالقسر والإجبار، وبهذا يقترب مذهبه من مذهب "كانت" الذي يرى أنّ الحرية هي القانون الوحيد التابع من الإنسان، وأنّ وظيفة القانون يجب أن تقتصر على المحافظة على هذه الحرية وتمكين الأفراد من التمتع بها.<sup>(1)</sup>

وبالتالي فأصحاب هذه النظرية يعرفون "الحق" من خلال النظر إلى صاحبه، فالحق عندهم هو: "القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم".<sup>(2)</sup>

يلاحظ من التعريف أنّ جوهر الحق وفقاً لهذا المذهب هو القدرة الإرادية التي يخولها القانون لصاحب الحق، ولا حدود لهذه القدرة الإرادية في استعمال الحق أو التصرف فيه إلا الحدود التي رسمها القانون، لذلك نجد أنّ هذا الاتجاه يتصل في تعريفه للحق بالمذهب الفردي الذي يغالي بتمجيد الإرادة إلى حدّ التقديس.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، المدخل إلى علم القانون "نظرية الحق"، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الكتاب الثاني، د.ط، القاهرة، مصر، 1989، ص ص(17-18).

<sup>2</sup> - حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، مصر، 1969، ص 411.

وعلى الرغم من حجة القائلين بهذا المذهب، إلا أنه تعرّض للنقد الشديد من أغلبية الفقه، فقد أخذ عليه أولاً تعارضه الظاهر مع ما هو مقرّر في معظم الشرائع من ثبوت الحقّ للشخص ولو كان معدوم الإرادة كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للمجنون والصبي غير المميّز، ولقد تنبأ "ونشيد" نفسه بهذا الاعتراض، وفي سبيل دفعه قرّر أنّ المقصود بالإرادة هنا إرادة المشرّع لا إرادة صاحب الحقّ، لأنّ القانون يعيّن لمثل هؤلاء الأشخاص نائبا يجري التصرفات بدلا عنهم، ويغطّي بذلك انعدام الإرادة لديهم.

إلا أنّ الفقه لم يقتنع بهذا التبرير الذي ينطوي على تناقض بين:

فاذا كانت الإرادة المعتبرة هي إرادة المشرّع، وكانت إرادة صاحب الحقّ ليس لها أيّ أثر في اكتساب الحقّ، فلما لا يكون الأمر كذلك في جميع الأحوال، بل وحتى لو سلّمنا جدلا بأنّ إرادة النائب، كالوليّ والوصيّ والقيّم، تحلّ محلّ إرادة عديم الأهلية أو ناقصها في اكتساب الحقّ لوجب أن ترتّب على هذا التصرّو نتائج المنطقية، ونقول بثبوت الحقّ، في هذه الحالة للنائب لا لمعدوم الأهلية، وبأنّ عديم الإرادة الذي لا يكون له نائب قانوني لا يكون أهلا لاكتساب الحقوق، وهي نتائج لم يأخذ بها أيّ تشريع وضعي ولا يمكن القول بها.<sup>(1)</sup>

من ناحية أخرى، إذا كانت الإرادة هي جوهر الحقّ كما يدّعي أنصار هذا المذهب فكيف يمكن أن نفسّر على ضوء هذا التصرّو ما هو مسلّم به من ثبوت الحقوق للأشخاص المعنويّة المؤسسات والشركات والجمعيات، رغم أنّها لا تتمتع بإرادة حقيقية كالأشخاص الطبيعيين، وفضلا عن ذلك، فالشخص قد يكتسب الحقّ دون علمه، كالغائب أو المستفيد من اشتراط لمصلحة الغير (كعقد التأمين مثلا) دون أن يكون عالما بوجود هذا الاشتراط، بل أنّ الشخص قد يكتسب الحقّ رغم إرادته، كما هو الشأن بالنسبة لحقّ الإرث الذي يثبت لصاحبه بمجرد وفاة المورث.<sup>(2)</sup>

وفي الأخير نشير أنّ هذا المذهب خلط بين ثبوت الحقّ في ذاته وبين ممارسته أو استعماله، فإكتساب الحقّ نفسه لا يتوقّف على الإرادة، ومن هنا جاز أن تثبت جميع الحقوق

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 20.

للشخص ولو كان عديم الأهلية، أو دون علمه، أو حتى رغم إرادته، أمّا مباشرة الحقّ ووضعه موضع التنفيذ فهذا يستلزم وجود الإرادة، بل أنّ الإرادة لا تلزم لاستعمال الحقّ في جميع الأحوال، فإذا كانت مباشرة الحقّ تتمّ بتصرّف قانوني كالبيع والوصيّة والهبة مثلاً كان تدخل الإرادة لازماً، أمّا إذا كانت ممارسة الحقّ تتمّ بعمل ماديّ كسكنى دار أو ركوب سيارة، فلا يشترط توافر الإرادة، فالصّبي غير المميّز يستعمل حقّه في الملكية بسكنى منزله الذي ورثه مثلاً. والخلاصة أنّ هذا المذهب إنّما يقوم على خلط واضح بين نشأة الحقّ واستعماله، ولذا فقد رفضه أغلبية الفقه.

## ثانياً: المذهب الموضوعي في تعريف الحقّ (نظرية الإرادة).

نادى بهذا المذهب الفقيه الألماني "إهرنج" الذي أنكر دور الإرادة في وجود الحقّ، وينظر أنصار هذا المذهب إلى الحق من خلال موضوعه، لذلك عرّفوا الحقّ بأنّه: "مصلحة يحميها القانون" ووفقاً لهذه النظرية يقوم تعريف الحقّ على عنصرين هما:

● **عنصر جوهري:** يتصل بالغاية العمليّة من الحقّ وهي المنفعة أو الفائدة التي يحوّلها الحقّ وهي ما يسمّى بعنصر المصلحة.

● **عنصر شكلي:** يتصل بالحماية أي حماية هذا الغرض بالذات فلكلّ حقّ "مصلحة" لا بدّ له من عنصر الحماية حتّى يكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها، وهذا العنصر هو الدّعى، والمصلحة قد تكون ماديّة مثل حقّ الملكية أو مصلحة معنويّة كالحرّيّة والشرف.<sup>(1)</sup>

والملاحظ أنّ هذه النظرية رغم إنكارها لفكرة قيام الحقّ على الإرادة، إلّا أنّها هي الأخرى تعرّضت للانتقادات، وأوّل نقد وجه لها كونها تعتبر المصلحة معيار لوجود الحقّ، بينما هي ليست كذلك دائماً، والنقد الآخر الموجه لها هو أنّها تجعل من الحماية القانونية أو الدّعى عنصراً من عناصر الحقّ رغم أنّ الحماية تالية لوجود الحقّ ونشأته، وأخيراً أخذ على تعريفها للحقّ بأنّ هناك مصالح لا ترقى إلى مرتبة الحقوق، ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون الحقّ ثابتاً

<sup>1</sup> - يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية "نظرية القانون، نظرية الحق"، دراسة مقارنة، كوميت للتوزيع، د.ط، القاهرة، مصر، 1997، ص 166.

لشخص من الأشخاص في الوقت الذي تكون فيه الإفادة ممّا يمثّله من مصلحة لشخص آخر غيره، ممّا يدلّ على أنّ الحقّ ليس هو المصلحة وإلّا ثبت الحقّ لهذا الشخص الأخير دون الشخص الأول.<sup>(1)</sup>

ثالثاً: المذهب المختلط في تعريف الحقّ (الجمع بين الإرادة والمصلحة).

حاول بعض الشراح أن يجمعوا بين المذهبين السابقين في تعريف الحقّ، ذلك أنّهم نظروا إلى الحقّ نظرة شخصية من خلال صاحبه فوجدوا فيه عنصر الإرادة، ونظروا إليه من خلال موضوعه فرأوا فيه عنصر المصلحة، فجمعوا بين هذين العنصرين في تعريفه، ولذا سمي مذهبهم بالمذهب المختلط، ورغم أن أنصار هذا المذهب اتّفقوا على ضرورة الجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة، إلّا أنّهم اختلفوا في مسألة تقدير أهميّة كلّ عنصر بالنسبة للعنصر الآخر.<sup>(2)</sup> فاللذين غلبوا دور الإرادة على دور المصلحة عرّفوا الحقّ بأنّه: "قدرة أو سلطة إرادية، يعترف بها القانون ويحميها، لشخص من الأشخاص، في سبيل تحقيق مصلحة معيّنة"، ومن غلبوا دور المصلحة على دور الإرادة عرّفوا الحقّ بأنّه: "مصلحة شخص أو مجموعة أشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها والدّفاع عنها".<sup>(3)</sup>

ونظراً لأنّ هذا المذهب لا يمثّل اتجاهًا مستقلاً في تعريف الحقّ، وإنّما قام على أنقاض المذهبين السابقين، فقد تلقّى نفس الانتقادات التي وجّهت إليهما، فالحقّ لا يمكن أن يكون قدرة للإرادة بما أنّه قد يوجد بدونها، ولا يمكن أن يكون مصلحة لأنّ المصلحة هي هدفه وغايته، ومتى كان الأمر كذلك فإنّ من المحال أن يكون بعضاً من القدرة وبعضاً من المصلحة.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 434.

<sup>2</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص ص (24-25).

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون-نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 01، بيروت، لبنان، 2010، ص 28.

<sup>4</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 25.

بعدها استعرضنا أهم المدارس الفقهية في تعريف الحق، يتضح من خلال هذه الدراسة قصور هذه المذاهب وعجزها عن إعطاء تعريف لفكرة الحق، وقبل التصدي لمحاولة وضع تعريف، يتعين علينا أن نلقي بعض الضوء على جانب من الآراء الفقهية الأخرى التي قيل بها في هذا الشأن، لعلّ هذا يقربنا من بلوغ الهدف وييسّر مهمتنا في هذا السبيل، وأول هذه الآراء هو ذلك الذي ذهب إلى تعريف الحق بأنه: «الصّلة التي تربط بين طرفين وتقوم على مصلحة مشروعة».

ولقد أخذ على هذا التعريف أنّه وإن كان يبرز العلاقة التي توجد بين الدائن والمدين في الحقّ الشّخصي أو حقّ الدّائنية، حيث لا يستطيع الدّائن الوصول إلى محلّ حقّه إلّا بتدخّل المدين، إلّا أنّ هذه العلاقة يظلّ قوامها السّيطرة الّتي لصاحب الحقّ، والّتي تحوّلته مطالبة المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومن ناحية أخرى، فإنّ هذا التعريف لا يصدق على الحقّ العيني باعتباره سلطة مباشرة لشخص على شيء ماديّ معيّن بالذّات، لأنّ تلك الصّلة أو العلاقة مفقودة بالنّسبة لهذا النوع من الحقوق، إذ لا يوجد في الحقّ العيني سوى طرف واحد وهو صاحب الحقّ، دون أن يقابله طرف آخر يتحمّل بالتزام معين، أو يدخل معه في علاقة ما.<sup>(1)</sup>

وفي سبيل دفع هذا الاعتراض قيل أنّ الحقّ العيني تتوافر بالنّسبة له تلك الرّابطة شأنه في ذلك شأن الحقّ الشّخصي سواء بسواء، غاية ما في الأمر أنّ الرّابطة في الحقّ العيني تقوم بين صاحب الحقّ من ناحية، والنّاس كافة من ناحية أخرى، إذ يلتزم الكافّة باحترام هذا الحقّ والامتناع عن الاعتداء عليه، غير أنّ هذه الصّلة الّتي يقال بوجودها بين صاحب الحقّ العيني وبين النّاس كافّة صلة واهية، لا تظهر جوهر هذا الحقّ، الّذي قوامه سلطة مباشرة لشخص على شيء ما، يستطيع بمقتضاها أن يستأثر بجميع مزايا حقّه دون تدخّل أو وساطة أيّ شخص آخر، ولتفادي هذا النقد ذهب رأي آخر في الفقه إلى أنّ الرّوابط القانونية ليست مقصورة على الأشخاص، وإنّما تنشأ أيضا بين الأشخاص والأشياء، ذلك أنّ هذه الرّوابط ليست جميعا من نوع واحد: فهناك أولا روابط الاقتضاء، وهذه لا تنشأ إلّا بين الأشخاص

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، نفس المرجع، ص 26.

كما هو الشأن بالنسبة للحق الشخصي أو حق الدائنية، وهناك ثانيا روابط التسلط وهذه لا تنشأ بين الأشخاص، وإنما تنشأ بين الأشخاص والأشياء، كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه وإن كان وجود الحق يفترض بالضرورة وجود هذه الرابطة القانونية، إلا أنها لا تكف بمفردها للدلالة على ماهيته، بل يلزم توافر عنصر آخر هو استئثار صاحب الحق بما تحوله له تلك الرابطة من اقتضاء أو تسلط، ونظرا لأن الحق يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة للآخرين، وينتهي من ذلك إلى تعريف الحق بأنه: «الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار - التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر»، ونحن من جانبنا لا نقرّ تعريف الحق بأنه الرابطة القانونية، أي كان الوصف الذي يعطى لها، ذلك أن الرابطة القانونية ليست هي ذات الحق، بل هي الأمر الذي ينظمه القانون بإقرار حقوق لبعض الأفراد تقابلها واجبات على البعض الآخر، أمّا عن عنصر الاستئثار فإننا نعتقد أنه أصدق تعبير للدلالة على ماهية الحق وذاتيته متى أسبغ القانون عليه حمايته، فالاستئثار والحماية القانونية هما، في الواقع مناط وجود الحق.<sup>(1)</sup>

#### رابعا: المذهب الحديث في تعريف الحق.

ينسب هذا المذهب إلى الفقيه البلجيكي "دابان" **Dabain** الذي عرّف الحق بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ما وتحميها طرق قانونية، وبمقتضاها يتصرف الشخص في مال أقرّ القانون استئثاره به وتسلطه عليه بصفته مالكا له أو مستحقا له في ذمة الغير"، وقد استمدّ دابان هذا التعريف من خصائص الحق أو عناصره الأساسية وهي: الاستئثار، والتسلط، واحترام الغير للحق والحماية القانونية.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص (27-28).

<sup>2</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 167.

## 1- الاستئثار:

ويقصد به أن تكون القيم التي يمثلها الحق على اختلاف أنواعها ثابتة لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد، بحيث يمكن لهذا الشخص على حدّ تعبير دابان بأن يقول: "أنّ هذا مالي أو هذه القيمة لي".<sup>(1)</sup>، أي اختصاص شخص بمال معين. فكلّ حق يفترض اختصاص شخص بمال معيّن أو قيمة معيّنة، والاستئثار يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوافر لديه الإرادة المعتبرة قانوناً، كما أنّ الاستئثار يرد على الأشياء المادية كالعقار والمنقول، كما يرد على القيم اللّصيقة بالشّخصية كحياة الإنسان وسلامة بدنه، بل أنّه يرد على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به للغير لصاحب الحق.<sup>(2)</sup>

ويؤثّر عنصر الاستئثار على أطراف الحق بحيث لا يرتبط الحق بالإرادة وهو قد يتوفّر في شخص طبيعي أو معنوي، كما أنّ فاقدي الأهلية والقصر يتمتّعون هم أيضاً بهذا العنصر، و يشمل عنصر الاستئثار القيمة المالية أو المعنوية كحق المؤلف والحقوق المجاورة أو الكيان المادي أو المعنوي للشّخص كالحق في سلامة جسم الشّخص وصيانة كرامته وشرفه.<sup>(3)</sup>

## 2- التسلّط:

وهو النّتيجة الطّبيعية للاستئثار، ويقصد به سلطة صاحب الحق على ماله، بمعنى أدقّ السلطة في التصرف الحرّ في الشّيء محلّ الحق، فالّتسلّط لا يختلط إذن باستعمال الحق، فاستعمال الحق يتضمّن سلطة إيجابية تترجم في مجرّد دور للإرادة، أمّا سلطة التصرف فهي رخصة في التصرف في الشّيء محلّ الحق من جانب صاحبه بصفته سيداً عليه.

على ذلك فسلطة التصرف ليست فقط حرّية التصرف وإتّماً أيضاً حرّية الاختيار بين العمل والامتناع المحض، وهكذا يكون الاختيار بين أشكال متنوّعة من العمل، وقد يصل الأمر إلى التصرف في الشّيء أو في الحقّ الذي يتضمّنه، كلّ هذا مشروط بمراعاة الحدود التي رسمها القانون، وبصفة خاصّة طبيعة الشّيء الخاضع له، لذلك نجد أنّ التصرف في الأشياء الماديّة

<sup>1</sup> - محمد شكري سرور، النّظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، د.ط، القاهرة، مصر، د.ذ.س، ص22.

<sup>2</sup> - يحيى قاسم علي، نفس المرجع السابق، ص167.

<sup>3</sup> - أمال علّال، محاضرات في مقياس: "نظرية الحق"، موجهة لطلبة السنة الأولى، السّداسي الثاني: كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2020/2019، ص19.

يكون تصرفاً تاماً بينما يكون في الحقوق اللصيقة بالشخصية تصرفاً نسبياً، لكن من المهم أن نشير إلى أن التسلّط لا يستلزم القيام فعلاً بأعمال التصرف، وعلى ذلك إذا حال حائل أيّاً كان دون الإمكانية المادية للتصرف فإنّ التسلّط يبقى مع ذلك طالما بقيت الإمكانية المعنوية للتصرف.<sup>(1)</sup>

فإذا كان الاستثثار والتسلّط يميّزان الحقّ بالنظر إلى صاحبه فإنّه يجب تكملة التعريف بالنظر إلى الحقّ من زاوية الغير، هذا هو شرط الغيرية (*La Condition d'altérité*)، فالحقّ لا يوجد إلّا بالنظر إلى الأشخاص الآخرين.

وعلى ذلك فإنّه يجب أن يضاف إلى علاقة الاستثثار التي لصاحب الحقّ على محله علاقة أخرى هي علاقة صاحب الحق بالغير، ف نطاق الاستثثار والتسلّط يعتبر نطاقاً قاصراً على صاحب الحقّ، فيجب أن يضاف إليه الاحتجاج بالحقّ على الغير، حيث هذا الاحتجاج على الغير يترجم في الواقع بفكرتين أساسيتين عدم الاعتداء (*inviolabilité*)، والاقتضاء (*exigibilité*)، فعدم الاعتداء على الحقّ يفرض على الغير، كما أنّ صاحب الحقّ يستطيع أن يقتضى احترام حقه.<sup>(2)</sup>

### 3- احترام الغير للحقّ:

يضيف دابان عنصر ثالث هو احترام الغير للحقّ، ويقصد بالغير هنا، كافة الأشخاص في المجتمع، يلتزمون في الامتناع عن كلّ ما من شأنه المساس باستثثار صاحب الحقّ وتسلّطه عليه، ولصاحب الحقّ دائماً أن يطالب باحترامه وعدم الاعتداء عليه، وهذا ما يسميه دابان بمكنة الاقتضاء.<sup>(3)</sup>

ويمسّ هذا العنصر كافة أنواع الحقوق بما فيها العينية والشخصية والذهنية، مع الإشارة إلى أنّه في الحقوق الشخصية يقع على عاتق المدين التزام بواجب محدّد، يتمثّل في احترام حقّ الدائن ويترتّب عن هذا العنصر الآثار التالية:<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون "نظرية الحقّ"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص30.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص31.

<sup>3</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص167.

<sup>4</sup> - أمال علّال، مرجع سابق، ص21.

- إلزام الغير باحترام استئثار وتسليط صاحب الحق.
- امتناع الغير عن القيام بأي عمل يمسّ أو يلحق الضرر بصاحب الحق.
- قدرة صاحب الحق على إلزام الغير جبراً بجبر وإصلاح الضرر الناجم عن المساس بعنصر الاستئثار والتسلط.

#### 4- الحماية القانونية:

إنّ العناصر الثلاث التي ذكرناها آنفا لا تكف بذاتها لقيام الحق أو نشأته، إنّما يلزم فضلا عن ذلك، أن يسبغ القانون عليه حمايته، عن طريق تقرير الجزاء الذي يوقع على كلّ من تسوّل له نفسه إهدار الحق، فلاستئثار الذي لا يستند إلى القانون ولا يتمتع بحمايته لا يعطي صاحبه مركزا ممتازا بالنسبة للآخرين، ولا يمكن بالتالي أن يولّد حقاً، لأنّه يكون حينئذ مجرد حالة واقعية يمكن النيل منها وإهدارها في أيّ وقت، دون أن يستطيع من يوجد فيها الدّفاع عن مركزه ودرأ الاعتداء عنه، فلا قيام ولا وجود للحقّ إذن بالإضافة إلى العناصر الأخرى إلا بتوافر عنصر الحماية القانونية.<sup>(1)</sup>

الحماية القانونية هي العنصر الأخير من عناصر الحقّ، حيث يرى دابان أنّ الحقّ لا يوجد في نطاق القانون الوضعي إلا بتوافر هذه الحماية، وذلك بأن يخوّل صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضي احترام الغير لحقه، فالشّخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بيده، بل لا بدّ من تدخّل السّلطة العامّة.<sup>(2)</sup>

ويقصد بالحماية القانونية وجود سلطة عامّة تحمي الحقّ، وهذه السّلطة مشخّصة في الدّولة والتي لها القدرة على وضع نظام قانوني يضمن الحقوق المعترف بها للأفراد، وحماية هذه الحقوق تكون عن طريق وسائل قانونية من بينها الدّعوى القضائية التي تعدّ أهمّ وسائل حماية الحقّ، غير أنّه يجب عدم الخلط بين الحقّ والدّعوى، فهذه الأخيرة ما هي إلا مجرد أداة أو وسيلة لحماية الحقّ وليست حقّ في حدّ ذاته، كما أنّ الدّعوى عنصر تابع للحقّ ولو أنّها قد تصل إلى حدّ الحق في صورة حقّ التّقاضي المضمون من طرف القانون.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 30-31.

<sup>2</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 168.

غير أنّ الحقّ في الدّعى القضائية قد يتوافر في شخص لا يكون له أصلاً حقّاً بالمعنى الدّقيق للمصطلح أي التملّك، مثال ذلك: دعاوى الحيازة التي تحمي الحيازة حتى وإن لم يكن لرافع الدّعى أي حقّ لكون القانون يضمني الحماية على واقعة مادية معيّنة متى توافرت شروطها إعمالاً لما تملّيه مصلحة المجتمع.<sup>(1)</sup>

ورغم أنّ نظرية دابان لاقت قبولاً كبيراً من الفقهاء ورغم ما احتوته من عناصر إيجابية لتعريف الحقّ إلّا أنّها لم تسلم من النّقد، حيث وجهت لها بعض الانتقادات نوجزها كما يلي:

- لوحظ أنّ تعريف دابان للحقّ يتجاهل بعض تطبيقات حقّ الدّائنية حيث أنّ عنصر المطالبة بالدّين قد يصبح في بعض الأحيان عنصر أساسي في الحقّ وإلّا فقد حقّ الدّائنية معناه والجدوى من وجوده.

- ربط وجود الحقّ بالعناصر الأربعة التي ذكرها دابان ليست مسلّمة بل هي محلّ نقاش: فعنصر الاستثثار مثلاً قد لا يكون بالضرورة متوافراً في كافّة الحقوق، فالبعض منها يكتفي فقط بالاستعمال أو الاستغلال أو الانتفاع، كذلك عنصر التسلّط والذي قد لا يكون متوفّراً في الحقوق اللّصيقة بشخصية الإنسان أو حقّ الدائنية، وأمّا بالنسبة لعنصر احترام الغير للحقّ فهو في الواقع أثر من آثار اكتساب الحقّ.

وفيما يخصّ عنصر الحماية فهناك وقائع مادّية لا تعدّ حقوق بآتم معنى الكلمة كالحيازة، لكن رغم ذلك تتمتع بالحماية القانونية لأسباب تملّيتها المصلحة العامّة للمجتمع. وفي الأخير نشير أنّ الفقه الحديث يتّجه إلى مسايرة نظرية "دابان"، بل لقد تأثّر الشّراح العرب المعاصرين ممّن كتبوا في المدخل إلى علم القانون بتعريف "دابان"، ومن جانبنا نرى أنّ تعريف دابان أقرب التعريفات دلالة على جوهر الحقّ، وقد أخذت به عملياً الكثير من القوانين الحديثة.

<sup>1</sup> - أمال علّال، مرجع سابق، ص 21.

## المطلب الثاني: تمييز الحقّ عن بعض المفاهيم المشابهة.

يتشابه الحقّ كمصطلح قانوني بعدّة مصطلحات قانونية أخرى أهمّها: الحريات العامّة، المصلحة، السّلطة، الرّخصة وسنحاول في هذا المطلب تمييز الحق عن هذه المفاهيم، وذلك من خلال الفروع التالية:

### الفرع الأوّل: تمييز الحقّ عن القانون.

إذا كان القانون "**Droit objectif**" هو مجموعة القواعد التي تنظّم الرّوابط الاجتماعية في المجتمع بأحكام ملزمة، فإنّه يقيم النّظام ويحقّق الاستقرار من خلال إقامة التّوازن بين مصالح الأفراد المتشابكة والمتعارضة، ويتمّ ذلك عن طريق تحديد المركز القانوني لكلّ فرد وما يتضمّن ذلك المركز من حقوق وواجبات، فالمالك يقرّر له القانون حقّ الملكية على ملكه ويفرض على الآخرين احترام حقّه، ويكفل له حمايته، ويحوّل القانون للدّائن سلطة اقتضاء عمل معيّن من المدين.<sup>(1)</sup>

وبالتّالي يعتبر القانون والحقّ صفتان متلازمتان أو مترابطتان، فالقانون ينشئ الحقّ ويقرّره ويؤكّده ويبيّن حدوده بالقوّة إذا لزم الأمر، لذلك يمكن القول بأنّ الحقّ هو ثمرة القانون ونتيجته، وكذلك يقال أنّ القانون والحقّ وجهان لعملة واحدة، فلا يتصوّر وجود أحدهما منفصلاً عن الآخر.<sup>(2)</sup>، فالقاعدة القانونية هي التي تقرّر الحقوق وترسم حدودها وتفرض ضماناتها، وهي التي تضع بين يدي الشّخص سلطة تمكّنه من أن يعمل على نحو معيّن في علاقاته مع الغير.

---

<sup>1</sup> - محمّد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010م، ص08.

<sup>2</sup> - فريدة سقلاب، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحقّ)، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، السّداسي الثاني، كليّة الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2022-2023، ص05.

## الفرع الثاني: تمييز الحق عن الحريات العامة.

الحقّ هو كلّ ما يثبت للشخص على سبيل التّخصيص والإفراد، كحقّ الشّخص في ملكيّة عين من الأعيان أو حقّه في اقتضاء دين من الدّيون أو حقّه في تطبيق زوجته، أمّا الحرّية يعترف بها القانون للنّاس كافّة، وينطبق ذلك على كلّ الحريّات العامّة التي يكفلها الدّستور كحرّية الاعتقاد وحرّية التنقّل وحرّية المسكن وحرّية التعبير وحرّية الرّأي وغيرها من الحريّات العامّة.<sup>(1)</sup>

يتّضح من ذلك أنّ الحرّية تختلف عن الحقّ في عدّة أوجه منها:

1- يرد الحقّ على أمر محدّد أو قابل للتّحديد، أمّا الحرّية مجرد إباحة للشّخص في أن يمارس كلّ نشاط لم يمنعه القانون منه.

2- للحقّ صفة الخصوصية أمّا الحرّية فلها صفة العموميّة، فالحرّية لا تعرف فكرة الاستثارة أو الاقتضاء، أي كلّ الأشخاص في نفس المركز القانوني من حيث التمتع بما يتضمّنه من سلطات، فالحرّية أشبه بطريق عامّ بينما الحقّ أشبه بالطريق الخاصّ.

3- تستند الحرّية إلى المبادئ العامّة أمّا الحقّ فيرتبط بوجود واقعة معيّنة تؤدّي إلى تطبيق قاعدة قانونية.

4- ترتبط نشأة الحقّ بوجود واقعة قانونية تؤدّي إلى تطبيق قاعدة قانونية، أمّا الحرّية فتستند إلى المبادئ العامّة، ومن ثمّ فهي موجودة حتّى ولو لم توجد وقائع أو قواعد محدّدة.

ولقد أدرك المشرّع المصري أيضاً هذه التّفرة بين الحقوق والحريّات العامّة حين قرّر في المادّة الخامسة من المشروع التّمهيدي للقانون المدني أنّ: «الحقوق المدنية نوعان: حقوق محدّدة يكسبها الشّخص ويختصّ بها دون غيره، ورخص قانونية أو حقوق عامّة يعترف بها القانون للنّاس كافّة»، ولكن هذا النّص حذف في لجنة المراجعة باعتباره أدخل في عمل الفقه منه في عمل المشرّع.

<sup>1</sup> - ليلي بن حليمة، محاضرات في مقياس: مدخل للعلوم القانونية، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق جذع مشترك، قسم: الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة محمّد بوضياف المسيلة، 2022/2021، ص46.

وينبغي على التفرقة بين الحق والحرية نتيجة هامة تتعلق بنطاق تطبيق نظرية عدم جواز التعسف في استعمال الحق، فالحرّيات العامة بحسبانها مكّنات عامّة غير واضحة المعالم لا يمكن مساءلة أحد بحجّة أنّه قد أساء استعمالها، في حين أنّ الحقوق باعتبارها قيم محدّدة يمنحها القانون للأفراد من أجل تحقيق أهداف معيّنة يمكن مساءلة أصحابها ليس فقط إذا تجاوزوا الحدود الموضوعيّة لحقوقهم، بل وأيضا إذا انحرفوا في استعمالها عن الغرض الذي تقرّرت من أجله.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: تمييز الحق عن المصلحة.

المصلحة هي الغرض العملي من الحق وليست الحق ذاته، فكلّ حق ينطوي على مصلحة، ولكن ليست كلّ مصلحة توجد ضمن حق، إذ هناك ما يسمّى بالمصالح المشروعة التي يحميها القانون دون أن يعطي صاحب المصلحة الوسيلة لتحقيق هذه الحماية عندما لا تقوم الدولة به، مثل القمار والرّهان الرّياضي، فهو محميّ قانونا، ولكن لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على المقامرة أو الرّهان منفردين.<sup>(2)</sup>

### الفرع الرابع: تمييز الحق عن الواجب.

سبق أن أشرنا إلى أنّ القواعد القانونية في تنظيمها للسلوك الاجتماعي إنّما تقرّ حقوقا لبعض الأفراد تقابلها واجبات على البعض الآخر، وهذا يعني، في الواقع أنّ كلّ حق يقابله بالضرورة واجب يقع على عاتق الكافة ويفرض عليهم احترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه، فالحق والواجب فكرتان متلازمتان، بل هما في الحقيقة وجهان لعملة واحدة، فحق الملكية مثلا يمنح صاحبه مكّنات ثلاث هي: الاستعمال والاستغلال والتصرّف، وبديهي أنّ المالك لن يستطيع التمتع بحقه ومباشرة هذه السلطات إلا إذا التزم الكافة باحترام هذا الحق وعدم إعاقة صاحبه عن استعماله، وكذلك الشأن بالنسبة للحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية إذ يلتزم الكافة باحترامها، فمن يحرض عاملا على عدم الوفاء بالتزامه بالعمل خلال المدة المتفق عليها، يصبح مطالب بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيب ربّ العمل من جرّاء هذا التحريض، فكلّ

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 39.

<sup>2</sup> - أسماء كياري، مرجع سابق، ص 15.

حق أيًا كانت طبيعته، يفترض بالضرورة وجود واجب عام على عاتق الكافة، فيما عدا صاحبه باحترام هذا الحق<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الخامس: تمييز الحق عن السلطة.

كلّ حق لا بدّ أن ينطوي على سلطة، ولكن قد توجد سلطة دون حق، كسلطة الوصي أو النائب، كما أنّ الحقّ يقابله واجب على شخص آخر، أمّا 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 أنّ السلطة تستوجب الإرادة لمباشرتها، بينما يمكن اكتساب الحقّ دون وجود الإرادة عند صاحبها مثل: عديم الأهلية، حيث يباشر السلطات التي تنشأ عن هذا الحقّ وليّه أو وصيّيه<sup>(2)</sup>.

---

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> - أسماء كياري، مرجع سابق، ص 15.

## المبحث الثاني: تقسيمات الحق.

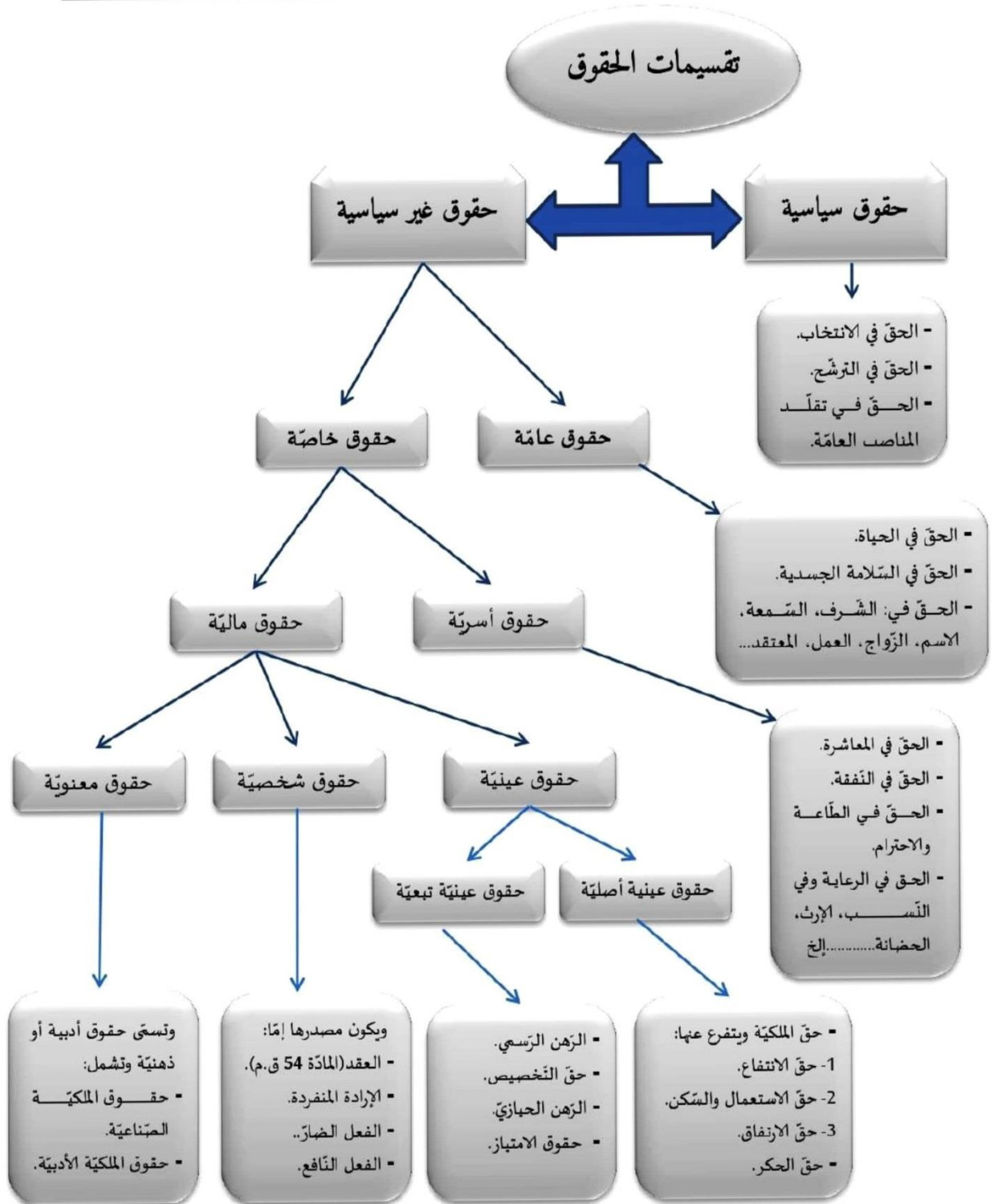
كما هو معلوم لدى الشراح ورجال القانون فإنّ الحقوق ليست جميعا من صنف واحد، بل تتعدّد أنواعها وتختلف صورها وتباين أغراضها، لذا فإنّ دراسة أنواع الحقوق لا يمكن أن تتمّ إلّا عن طريق تقسيمها إلى عدّة طوائف، بحيث ندرج تحت كل طائفة مجموعة من الحقوق التي يتقاسمها قاسم مشترك واحد، كوحدة الطّبيعة أو وحدة الهدف، وقد بذلت في هذا الشأن عدّة محاولات، فاختلّفت الأنظار اختلافا بيّنا، ومردّ ذلك يرجع في الواقع إلى أنّ الحقوق يمكن تقسيمها عدّة تقسيمات تبعا للزاوية التي ينظر إليها منها، وعلى ذلك فإنّه يمكن القول بأنّ هناك تقسيمين رئيسيين يسودان فقه القانون الخاصّ.

ففرّق من الشراح نظر إلى نوع المصلحة التي تهدف الحقوق إلى إشباعها، فقاموا بتقسيمها إلى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية، وهو التّقسيم الذي سنعتمده في دراستنا لهذا المبحث، أمّا الفريق الثاني من الشراح فنجدّه نظر بعين الاعتبار إلى نوع القيمة التي تحوّلها الحقوق لأصحابها، فقسّم الحقوق إلى مالية وغير مالية.<sup>(1)</sup>

وانطلاقا من التّقسيم الذي اعتمدناه في هذا المبحث فإنّ الحقوق السّياسية هي التي تمنح للفرد باعتباره عضوا في جماعة سياسية معيّنة تشمل: الحقّ في الانتخاب، الحقّ في التّرشّح، الحقّ في تولّي الوظائف العامّة، أمّا الحقوق غير السّياسية فهي التي تمنح للفرد بقصد تمكينه من مزاوله نشاطه والتمتّع بحريّاته، لهذا فهي تشمل عدّة طوائف كالحقوق العامّة أو الشخصية وكذا الحقوق الخاصّة التي تشمل حقوق الأسرة والحقوق الماليّة بما فيها المختلطة، والتي سنوضحها من خلال المخطط التالي:

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 42.

## مخطط بياني لتقسيمات الحقوق



## المطلب الأول: الحقوق السياسية.

هي الحقوق التي يقرّها القانون للشخص بوصفه منتميا إلى بلد معيّن، حتى يتمكّن من الاشتراك والإسهام في حكم البلاد وإدارتها، كحقّ الانتخاب وحقّ الترشّح أو حقّ تولّي الوظائف العامّة، وهذه الحقوق لا تمنح للأجانب، كما أنّها ليست سوى وظائف سياسية أي أنّها حقوق لها وظيفة اجتماعية تتمثّل في حماية المصالح السياسيّة للجماعة، ولممارسة الحقوق السياسيّة شروط خاصّة يقرّها الدّستور وقوانين الدّولة.

وبالتّالي فهي مقصورة عادة على المواطنين لأنّ إرادة وتوجيه شؤون الدّولة مسألة خطيرة لا يسمح بالاشتراك فيها إلّا للمتمتعين بجنسيّة الدّولة ولا تثبت للأجانب، كما أنّها حقوق تخالطها واجبات وينظر إليها أنّها تكاليف ووظائف سياسية وليست حقوقا فقط، وأهمّ تلك الواجبات:<sup>(1)</sup>

- واجب الولاء: يلتزم المواطن بواجب الولاء لدولته، وتلخص هذا الواجب في العمل دائما على المحافظة على أمن الدولة الخارجي والداخلي والاتجاه دائما إلى رفع المستوى الاجتماعي.

- واجب أداء الخدمة الوطنيّة.

- تلبية نداء الدّفاع عن الوطن.

ومن أهمّ مميّزات الحقوق السياسيّة إنّها غير مالية، ويترتّب عن ذلك أنّه لا يمكن التصرّف فيها أو الحجز عليها، وعدم سقوطها بالتّقدم، كما أنّها لا تنتقل إلى الورثة، لكن كونها غير مالية لا يمنع من الحصول على التعويض في حالة الاعتداء عليها، كما أنّها تخصّ المواطنين دون الأجانب، ولا تثبت إلّا لمن توافرت فيه الشّروط القانونيّة، كأن تشترط بلوغ من سنّ معيّنة، الجنسيّة الأصليّة، عدم الحكم عليه في جرائم مخلة بالشرف... إلخ، كما أنّ الحقوق السياسيّة ليست لازمة لحياة الفرد إذ يمكنه العيش بدونها.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - فتحي مجيدي، محاضرات في مقياس: "مدخل العلوم القانونيّة"، قسم الحقوق، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2008-2009، صص (219-220).

<sup>2</sup> - لويزة نجّار، محاضرات في مقياس: "نظرية الحقّ"، موجهة لطلبة السّنة الأولى جذع مشترك، قسم العلوم القانونيّة والإداريّة، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة 08 ماي 1945 -قلمة-، 2023/2024، ص12.

## ➤ حق الانتخاب.

يعدّ حقّ الانتخاب من أهمّ الحقوق السياسية ويثبت للمواطن في سنّ معيّنة بحيث يكون عنده الحقّ أن يركّي بصوته أو يختار أحد المرشّحين لعضويّة المجلس الشّعبي الوطني أو مجلس الأُمّة أو المجلس الشّعبي الولائي أو المجلس الشّعبي البلدي، أو الإدلاء بصوته لانتخاب رئيس الجمهورية أو الاستفتاء على الدّستور وما إلى ذلك من أوجه ممارسة السّلطة، حيث تنصّ المادة 56 على: «لكل مواطن تتوفّر فيه الشّروط القانونية الحقّ في أن ينتخب وأن يُنتخب.».

## ➤ حق الترشّح.

حسب المادة 56 من دستور 2020 السالفة الذكر، فإنّه من حقّ أيّ مواطن ينتمي للدولة برابطة جنسيّتها أن يرشّح نفسه ليتولّى المناصب السيّاسية والإدارية التي تكون سبيلا للمشاركة في السّلطة وإدارة شؤون البلاد من خلال تقلّد تلك المناصب التي يتمّ شغلها عن طريق الترشّح والانتخاب أو الاختيار حسب معايير الاستحقاق أو الكفاءة واستيفاء الشّروط اللازمة.

## ➤ الحقّ في تقلّد الوظائف العامّة.

تنصّ المادة 67 من دستور 2020 على: «يتساوى جميع المواطنين في تقلّد المهام والوظائف في الدّولة باستثناء المهام والوظائف ذات الصّلة بالسيّادة والأمن الوطنيين.

## يحدّد القانون شروط تطبيق هذا الحكم.»

وبالتّالي فمن حقّ أيّ مواطن ينتمي للدولة أن يتولّى وظيفة عامّة داخل الدّولة متى تحقّقت فيه الشروط المطلوبة لشغلها، وهذه المناصب يمكن أن يتمّ اختيار من يتولّاها عن طريق المسابقة أو الاختيار أو عن طريق التعيين المباشر حسب الحالة.

## المطلب الثاني: الحقوق غير السياسية.

الحقوق غير السياسية هي التي تهدف إلى حماية الأفراد ومصالحهم، ولهذا يطلق عليها الحقوق المدنية، أو الحقوق الطبيعية أو حقوق الشخصية لأنها تثبت لشخصية الإنسان على إطلاقها وترتبط بنشأة شخصيته القانونية التي تميزه كشخص طبيعي مخاطب بالقاعدة القانونية، ونجد من القانونيين من يطلق عليها حقوق الإنسان أو الحقوق العامة التي تثبت لكل بني البشر، وتتكوّن من حقوق عامة وحقوق خاصة.

### الفرع الأول: الحقوق العامة.

هي الحقوق المتعلقة بالشخص، وتثبت له بحكم كونه إنسانا، وقد أطلق على هذه الحقوق بعض التسميات مثل حقوق الإنسان، أو الحقوق الطبيعية، الحقوق الشخصية، ولذلك هذه الحقوق تتسم بالعمومية؛ أي أنّه يتعيّن كفالتها لكلّ الأفراد دون تمييز بينهم بسبب الجنسية، أو الجنس، أو الدين، أو العرق، والاعتراف بها هو محلّ اتّفاق بين جميع الدّول، وقد تجسّد ذلك في المواثيق الدّولية والإعلانات المتعلقة بحقوق الإنسان كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

وقد اتفق غالبية الفقه على اعتبار الطوائف الثلاث الآتية من الحقوق العامة أو الشخصية.<sup>(1)</sup>

### أوّلا: الطائفة الأولى تتعلّق بالمقوّمات المادّية للإنسان:

يدخل ضمن هذه الطائفة الحقّ في الحياة، والحقّ في سلامة الجسم، ومن ثمّ يكون لكلّ شخص الحقّ في حماية كيانه المادّي من أيّ اعتداء يقع عليه، وقد تكفّل القانون بحماية هذه المقوّمات، حيث تنص المادة 39 من الدّستور الجزائري على: «تضمن الدّولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

يحظر أيّ عنف بدني أو معنوي، أو أيّ مساس بالكرامة.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص ص(48 وما يليها).

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر.<sup>(1)</sup>، ففرض عقوبة جنائية على من يرتكب جريمة القتل أو الجرح أو الضرب وما إلى ذلك من صور الاعتداء على جسم الإنسان،

وبناء على ذلك لا يمكن للطبيب إجراء عملية جراحية للمريض دون الحصول على إذنه أو إذن ذويه، إلا إذا استحال عليه ذلك لوجود ضرورة عاجلة لا تحتمل التأخير، كما ينبغي عليه أيضا أن الشخص لا يجبر على الخضوع لفحص طبي أو علاج إلا في الحالات التي يوجب القانون فيها ذلك للوقاية من بعض الأمراض.

### ثانياً: الطائفة الثانية تتعلق بالمقومات المعنوية للإنسان.

إذا كان للإنسان كيانه المادي، فله كذلك كيانه المعنوي، كالشرف، والأسرار والأفكار وما يميزه عن غيره، ولذا كان من اللازم أن تثبت له من الحقوق ما يكفل له حماية هذه المقومات ودرأ أي اعتداء قد يقع عليها، حيث تنص المادة 47 من دستور 2020 على: «لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه.

لكل شخص الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت. لا مساس بالحقوق المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية إلا بأمر معلل من السلطة القضائية.

حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي.

### يعاقب القانون على كل انتهاك لهذه الحقوق.

فللشخص حق في الشرف يحول له أن يطلب وقف أي اعتداء يقع على سمعته واعتباره، مع التعويض عما قد يلحقه من أضرار جراء ذلك، بل أن القانون يعتبر الاعتداء على الشرف جريمة جنائية إذا توافرت شروط معينة، كما هو الشأن بالنسبة لجرائم السب والقذف، والبلاغ الكاذب، وللشخص كذلك الحق في السرية، أي الحق في عدم إعلان كل ما يحرص

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020، ص 12.

على إخفائه عن الناس من أسرار حياته الخاصة، ولذلك يمتنع على الغير أن يفشي أسرار شخص دون إذنه، سيما إذا كانت هذه الأسرار قد وصلت إلى علمه بحكم وظيفته كالطبيب والمحامي أو بحكم صلة القرابة كالزوج، وذلك باستثناء الحالات التي يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك، بل نجد أنّ القانون فرض عقوبة جنائية على أصحاب المهن الذين يقومون بإفشاء الأسرار التي أوتمنوا عليها.

ومن الحقوق التي تتعلّق بالكيان الأدبي للإنسان أيضا تلك التي تهدف إلى حماية مميزات شخصيته، كالحق في الاسم الذي يكفل للفرد تمييز ذاته عن غيره، والحق في الصورة الذي يحوّل للفرد منع الغير من عرض أو نشر صورته دون إذنه، إلّا في الأحوال التي يجيز القانون فيها ذلك، كما لو تمّ النشر بمناسبة حوادث وقعت علنا.

### ثالثاً: الطائفة الثالثة الحقوق المتعلقة بالحريات الشخصية.

فهذه الحريات بجميع مظاهرها تعتبر من حقوق الشخصية، إذ أنّها قد تقرّرت بغية تمكين الفرد من مزاولة نشاطه وتنمية شخصيته، ومن أمثلتها: حرية إبداء الرأي، وحرية العقيدة، وحرية التنقل، وحرية التملك، وحرية الزواج، وحرية العمل، حيث نجد أنّ نص على هذه الحريات في المواد: 37، 49، 50، 51، 52، 60، 61، 66، ..... إلخ.

وفي الأخير نشير أنّه لما كانت هذه الحقوق تعتبر من مقومات الشخصية بجميع مظاهرها المادية المعنوية، فإنّها تلازم الشخص منذ مولده إلى حين وفاته، بل إنّ القانون قد يعمن في حماية هذه الحقوق فيعترف لها ببعض الآثار بعد الوفاة ومن ذلك حظر انتهاك حرمة الموتى، ومن هنا فإنّ طبيعة هذه الحقوق ذاتها تنأى بها عن أن تكون محلاً للتقويم بالنقد أو عنصراً من عناصر الذمة المالية، ويترتب على ذلك إخراج هذه الحقوق من دائرة التعامل، فلا تكون محلاً للتصرف، ولا تنتقل إلى الورثة، ولا يرد عليها التّقدم، فتلك إذن خصائصها الثلاث.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: الحقوق الخاصة.

يقصد بالحقوق الخاصة تلك الميزات أو السلطات التي يخولها القانون لشخص دون أن يكون لبقية الأفراد نفس الحقّ وذاته، وهذه الحقوق تقرّها قواعد القانون الخاصّ، وتختلف من

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص (50-51).

شخص لآخر بحسب حالة كل فرد على حدى، ومعيّار التّفرة بينها وبين الحقوق العامّة أو الحرّيات العامّة هو أنّ هذه الأخيرة تثبت لكلّ الأفراد على قدر المساواة وتقرّرها قواعد القانون العام، في حين أنّ الحقوق الخاصّة لا تثبت لكلّ الأفراد على قدر المساواة فهي تختلف من فرد إلى آخر حسب حالته المدنيّة والشخصيّة وتقرّرها قواعد القانون الخاصّ، ويرجع سبب اختلافها من فرد إلى آخر أنّها تقوم وتنشأ على أساس الرّوابط الأسريّة والقرابة والمصاهرة أو تنشأ على أساس الذمّة الماليّة للفرد وتصرفاته القانونيّة وما إلى ذلك، لذلك يطلق على طائفة منها الحقوق الأسريّة أو العائليّة، وبعضها يطلق عليه حقوقاً ماليّة كلّما تعلّقت بشيء من الذمّة الماليّة للفرد، وسنحاول من خلال هذا الفرع شرح أنواع الحقوق الخاصّة والتي تشمل الحقوق الأسريّة والحقوق الماليّة.

### أولاً: الحقوق الأسريّة.

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بوصفه عضواً في أسرة معيّنة، وتعطي له السّلطات في مواجهة عضو آخر فيها تربطه به رابطة قرابة أو زواج، ومثلها حقوق الأب على أبنائه، وحقوق الآباء على الأبناء، وحقوق الرّوج على زوجته، وحقوق الزّوجة على زوجها. وإذا كانت أغلب الحقوق التي تنبثق عن الرّواج والقرابة هي حقوق أدبيّة فلا شك أنّ بعض تلك الحقوق هي حقوق ماليّة كحق الزّوجة في التّفقة، الحقّ في الإرث إلّا أنّ الصّفّة العامّة لحقوق الأسرة أنّها حقوق غير ماليّة، ولهذا فإنّها تخرج عن دائرة التعامل، فلا يصحّ نقلها إلى الغير بالتّنازل أو التصرف فيها، كما أنّ هذه الحقوق تخضع لقوانين الأحوال الشخصيّة.<sup>(1)</sup> كما تشمل الحقّ في المعاشرة والحقّ في الطّاعة والاحترام، والحقّ في الرّعاية وفي النّسب، الحضانة..... إلخ.

### ثانياً: الحقوق الماليّة.

قلنا فيما سبق أنّ الحقوق الماليّة هي التي يمكن تقويم محلّها بالنّقود، وإذا انصبّ الحقّ المالي على شيء مادي سمي حقّاً عينيّاً، وذلك مثل حقّ الملكيّة الذي يقع مثلاً على سيّارة أو منزلاً، وقد يرد الحقّ المالي على عمل أو امتناع عن عمل يقوم به شخص لحساب صاحب

<sup>1</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 171.

الحق، وعندئذ يسمى الحق حقًا شخصيًا، وعلى ذلك فإن الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية أو أدبية، سنتناولها بإيجاز.

## 1- الحقوق العينية:

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات، تمكنه من القيام بأعمال معينة على هذا الشيء تحقيقًا لمصلحة معينة، ومثاله: حق الملكية، وحق الارتفاق، وحق الرهن. وتتميز الحقوق العينية بأنها تقع على شيء مادي، كسيارة أو منزل، وبأنها تمنح صاحبها سلطة مباشرة على الشيء، بحيث يستطيع أن يستفيد منه دون تدخل الغير، فالذي يملك سيارة مثلاً يستطيع أن يستخدمها في تنقلاته، أو يؤجرها للغير مقابل مبلغ معين أو يبيعها أو يرهنها أو يهبها، وذلك كله دون اقتضاء تدخل الغير لقيامه بهذه الأفعال والتصرفات<sup>(1)</sup>، وبهذا فالحق العيني هو سلطة مباشرة يقرها القانون لصاحب الحق على شيء مادي معين سواء كان منقولاً أو عقاراً، وعناصر الحق العيني ثلاثة هي:

أ- الشخص صاحب الحق.

ب- الشيء موضوع الحق.

ويجب أن يكون شيئاً مادياً معيناً بذاته، ولا يكف أن يكون محدداً بنوعه أو بصفته أو بمقداره.

ج- السلطة مضمون الحق:

وتختلف هذه السلطة باختلاف الحقوق العينية، ففي حق الملكية هي سلطة تامة للمالك لأنه بموجبها يستعمل ويستغل ويتصرف في الشيء موضوع الحق في حدود القانون، وهذه السلطة تقل وتتفاوت في الحقوق العينية الأخرى، والسلطة التي يقرها الحق العيني يجب أن يقرها القانون، فهي ليست سلطة واقعية كما هو الحال لسلطة السارق على الشيء المسروق فلا يعترف بها القانون، وهي سلطة مباشرة تثبت لصاحب الحق على الشيء دون واسطة شخص آخر<sup>(2)</sup>، ومن خصائص الحق العيني أنه مطلق أي أن جميع الناس يلتزمون بعدم

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، "المدخل للعلوم القانونية"، د.د.ن، ط1، القاهرة، مصر، د.ذ.س، ص207.

<sup>2</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص223.

التعرض لصاحبه عند مباشرته باعتبار واجب مقابل له، كما أنّ هذا الحقّ دائم ما بقي ذلك الشيء موضوع الحقّ فهو حقّ دائم ما عدا حقّ الانتفاع وحقّ الاستعمال، كونهما حقوق مؤقتة تنتهي بانتهاء الأجل المحدّد لها، فإذا لم يعبّر لها أجل فتنتهي بوفاء المنتفع، وهذا ما أشارت إليه المادتين: 852 و 857 من القانون المدني الجزائري، كما أنّ لصاحبه أن يتنازل عنه بإرادته وحده دون أن يتوقّف ذلك على إرادة غيره، وله حقّ التّبع تحت يد أيّ شخص كان وله حقّ الأولويّة والتقدّم على مزاحميه من الاستفادة من الشيء موضوع الحقّ.

ويمكننا في هذا الشّأن أن نقسّم الحقوق العينيّة إلى حقوق عينيّة أصلية وحقوق عينيّة تبعيّة نفصلها كما يلي:

### 1-1-1- حقوق عينيّة أصلية:

وهي التي تنشأ لذاتها غير تابعة لحقّ آخر، فيقصد بها تمكين صاحب الحقّ من الحصول على المزايا الماليّة للأشياء المادّية، وقد حدّد المشرّع الجزائري هذه الحقوق في الموادّ من: 674 إلى غاية المادة 881 من القانون المدني الجزائري، وقد وردت على سبيل الحصر وهي: "حقّ الملكية وما يتفرّع عنها من حقوق كحقّ الانتفاع وحقّ الاستعمال وحقّ السّكن"، بالإضافة إلى حقّ الحكر.

### 1-1-1- حقّ الملكية:

حق الملكية نصّ عليه المشرّع الجزائري في الباب الأوّل من الكتاب الثالث من القانون المدني في المواد من: 674 إلى غاية المادة 843 منه، كما نصّ على طرق اكتسابها في المواد من: 773 إلى 843 سواء بالاستيلاء أو بالتركة أو بالوصيّة أو بالاتصاق بالعقار أو بالعقد سواء بالشراء أو الهبة أو غيرها، أو تكتسب بالشفعة أو الحيازة، وحسب المادة 674 فالملكيّة هي حقّ التمتع والتصرّف في الأشياء بشرط ألا تستعمل استعمالاً تحرّمه القوانين، ويعتبر حقّ الملكية من أوسع الحقوق العينيّة الأصليّة نطاقاً لأنّ صاحبه يتمتع بالسلطات الثلاث التي يخوّلها له هذا الحقّ، وهي سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف، ومثال ذلك: مالك الشيء المنقول أو العقار فيمكنه استعماله لما هو مخصّص له أو يستغلّه عن طريق إيجاره مثلاً أو يتصرّف فيه بالبيع أو الهبة أو الوصية أو الوقف حسب حالة الشيء المملوك عقاراً كان أو منقولاً.

ومن خصائص حق الملكية أنه جامع مانع ودائم ولا يسقط بعدم الاستعمال.<sup>(1)</sup>

### ➤ حق الملكية حقّ جامع:

حقّ جامع أي يخوّل لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء، فللمالك أن يستعمل الشيء ويستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريده، والسلطات التي يخوّلها حقّ الملكية هي حقّ الاستعمال، الاستغلال والتصرف.

### ➤ حقّ الملكية حقّ مانع:

حقّ الملكية حقّ مقصور على صاحبه، ويكون مقيدا في ذلك بما يكون للغير من حقّ التمتع ببعض المزايا بموجب الاتفاق أو القانون، كما أنّ هناك حالات يجيز فيها القانون للغير استعمال الشيء ومنها مثلا للملاك المجاورين حقّ استعمال المصرف فيما تحتاجه أراضيهم لريّها، ويجب على المالك الامتناع عن التدخل في ملكه متى كان ذلك مضرّ بالغير وإلاّ اعتبر متعسّفا في استعمال حقّه، كالمالك الذي يقوم ببناء حائط يحجب به النور عن جاره.

### ➤ حقّ الملكية حقّ دائم:

أي أنّ هذا الحقّ يدوم بدوام الشيء، فيبقى دائما بدوام الشيء في ملك صاحبه، بينما الحقوق الأخرى ليست لها صفة الدوام، فحق الملكية لا ينقضي ولكنه ينتقل بالميراث أو بالوصية وقد يحتم القانون التوقيت لبعض الحقوق فحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع، أو ينقضي بانقضاء أجله قبل الوفاة، وحق الارتفاق قد يحدّد بمدة معينة، كما ينقضي أيضا بأسباب معينة كعدم الاستعمال مثلا.

### ➤ حقّ الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال:

إذا كان حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فإن حق الارتفاق وحق الانتفاع وحق السكن تنتهي بعدم الاستعمال.

في الأخير نشير أن هذا الحقّ ليس على إطلاقه بل هناك قيود عليه قانونية كانت أو إرادية، فقد يفرض القانون قيودا على حقّ الملكية بقصد تحقيق المصلحة العامة، كما يقرّها

---

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرّغاية، الجزائر، 2000، ص ص(19-20).

للمصلحة الخاصة وقد نصّت المادة 690 من القانون المدني على: "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلّقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة...."

كما أنّ هناك قيود إرادية تقرّ بإرادة الأشخاص وبمشيئتهم، كشرط المنع من التصرف في الملك، ويجب أن يكون هذا الشرط محدّد بمدة معيّنة وأن يكون مشروعاً، وقد يتقرّر لمصلحة المالك أو المشترط، كما يمكن أن يتقرّر لمصلحة الغير، ومن أمثلة ذلك: أن يشترط الموصي على الموصى له عدم التصرف في المال الموصى به حتى بلوغ سنّ معيّنة، وكذلك اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى يتمّ الوفاء بالثمن كاملاً.<sup>(1)</sup>

### 1-1-2- حق الانتفاع:

تنصّ المادة 844 من المدني الجزائري على: "يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتّقديم أو بمقتضى القانون.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكين."

فحقّ الانتفاع هو حقّ عيني أصلي مقرّر لشخص على شيء مملوك للغير، ويحوّله استعمال هذا الشيء، واستغلاله دون التصرف فيه، فحقّ الانتفاع يتضمّن عنصرين من عناصر حق الملكية هما: الاستعمال والاستغلال، أمّا عنصر التصرف، فيبقى لمالك الشيء، وعندئذ يسمّى مالك الرقبة، فالشخص الذي يتقرّر له حقّ انتفاع على قطعة أرض زراعية يكون له زراعة هذه الأرض أو تأجيرها للغير مقابل مبلغ معيّن يتقاضاه، والذي يكون له حقّ انتفاع على سيّارة يكون من حقّه استعمالها بركوبها وحقّ تأجيرها للغير بمقابل أو استعمالها لنقل الركاب مقابل أجرة، لكن ليس للمنتفع في هذين المثالين أن يبيع أو يرهن الأرض أو السيّارة؛ لأنّ ذلك من قبيل التصرف في الشيء، وهذا ليس من سلطة المنتفع وإنّما من سلطة مالك الرقبة، وينشأ حقّ الانتفاع بمقتضى العقد، كما يمكن أن يكون مصدره الشفعة أو الوصية أو التّقديم، ومن خصائص حقّ الانتفاع أنّه مؤقّت بطبيعته، ينتهي بانتهاء المدة المحدّدة له، وينتهي

<sup>1</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 225.

حتمًا بوفاة المنتفع كما ينتهي بهلاك الشيء أو ينتهي كذلك بعدم استعماله لمدة خمسة عشرة (15) سنة، حتى لو حدثت هذه الوفاة قبل مضي المدة المحددة للانتفاع<sup>(1)</sup>، فإذا منح المالك حق انتفاع على أرضه لشخص آخر لمدة 04 سنوات، ولكن بعد سنتين توفي المنتفع، فإن حق الانتفاع ينقضي رغم عدم انتهاء المدة المحددة، فلا ينتقل إلى الورثة؛ ولذلك يقال بأن حق الانتفاع حق عمري أي ينتهي بانتهاء عمر المنتفع.

ويتميز حق الانتفاع عن حق المستأجر لأن الأول يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء محل الانتفاع يستطيع بمقتضاها أن يستفيد من هذا الشيء باستعماله واستغلاله؛ وذلك دون اقتضاء تدخل من المالك، فكل ما يلتزم به المالك هو ترك المنتفع يمارس سلطاته على الشيء، وهو واجب سلمي، ولا يلتزم بتمكين المنتفع من الانتفاع بالعين. وعلى العكس من ذلك فإن حق المستأجر حق شخصي، أي لا يعطي المستأجر سلطة مباشرة على العين المؤجرة، وإنما لابد من تدخل المؤجر لكي يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين.<sup>(2)</sup>

### 1-1-3 حق الاستعمال وحق السكن:

حق الاستعمال وحق السكن نصت عليهما المواد من: 855 إلى 857 من القانون المدني، حيث تنص المادة 855 من القانون المدني الجزائري على: "نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقرّها السند المنشئ للحق".

وبالتالي فحق الاستعمال يقتصر على تخويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك للغير، وذلك فيما أعد له هذا الشيء، ومن ثم فهو أضيق نطاقا من حق الانتفاع الذي يمنح صاحبه فضلا عن ذلك سلطة الاستغلال، وإذا ورد حق الاستعمال على عين معدة للسكن سمي عندئذ بحق السكنى، وهو لا يخول صاحبه سوى سكنى هذه العين فقط، بحيث لا يستطيع أن يستعملها بأي وجه آخر، كما لا يستطيع استغلالها بتأجيرها للغير مثلا، وبالتالي فالحقين يتفقان في أنهما لا يجيزان لصاحبهما سوى استعمال الشيء بالقدر الذي يحتاجه هو

<sup>1</sup> - أنظر المواد من: 852 إلى 854 مدني جزائري.

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص (210-211).

وأُسْرته لخاصّة أنفسهم وهو ما يعني عدم جواز التّزول عنهما للغير إلّا بناء على شرط صريح أو مبرّر قويّ، كما يتّحدان أيضا في أنّهما يكسبان وينقضيان بنفس الأسباب التي يكسب أو ينقضي بها حق الانتفاع.<sup>(1)</sup>

وحقّ الاستعمال يرد على عقّار أو منقول، فمثلا إذا تقرّر حقّ الاستعمال لشخص على أرض زراعية فله أن يزرعها بنفسه، ويستحقّ مقدار ثمارها ما يسدّ حاجته وحاجة أسرته، دون أن يكون له حقّ تأجيرها، وهذا يدلّ على أنّ حقّ الاستعمال هو أضيق نطاقا من نطاق حقّ الانتفاع الذي يحوّل لصاحبه استغلال الشّيء، أمّا حقّ السكن فيقتصر على السكن فقط دون أن يكون له حقّ تأجيره للغير أو التصرف فيه، هو عبارة عن حقّ الاستعمال الوارد على العقارات المبنية المملوكة للغير.

#### 1-1-4- حقّ الارتفاق:

حقّ الارتفاق نصّت عليه المواد من: 867 إلى 881 من القانون المدني، حيث تنصّ المادّة 867 على: "الارتفاق حقّ يجعل حدّا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتّب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصّص له هذا المال".

انطلاقا من نصّ المادّة السالفة الذكر يتّضح أنّ حقّ الارتفاق يفترض وجود عقّارين مملوكين لشخصين مختلفين، بحيث يتقرّر على أحد هذين العقّارين، ويسمّى العقّار الخادم أو المرتفق به حقّ لصالح العقّار الآخر، الذي يسمّى بالعقّار المخدم أو المرتفق، ومن أمثلة ذلك حقّ المرور الذي يتقرّر على ملك الجار لصالح الأرض المحبوسة عن الطريق العام، وحقّ المطلّ الذي يبيح فتح المطلّات على ملك الجار للإطلال منها، ويختلف حقّ الارتفاق عن حقّي الانتفاع والاستعمال في أنّ هذين الأخيرين يردان على العقار والمنقول على السواء، بينما لا يرد حقّ الارتفاق إلّا على عقّار، غير أنّ هذا لا يعن أنّه حقّ مؤبّد، فهو وإن كان يبقى ما بقي العقّاران، ولا ينقضي بتغيّر مالك هذا العقّار أو ذاك.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 58-59.

<sup>2</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 60.

وبالتالي يتّضح ممّا سبق أنّ هناك شروطاً لحقّ الارتفاق نوجزها كما يلي:

- أن يوجد عقّاران، يتحمل أحد العقّارين عبئاً ويسمى العقّار الخادم أو المرتفق به، والآخر يكون في مصلحته الارتفاق ويسمى بالعقّار المخدم أو المرتفق
- أن يكون العقّاران مملوكين لشخصين مختلفين.
- أن يكون التّكليف على العقّار وليس على شخص المالك، فالارتفاق تكليف وعبء على العقّار، فلا يجوز أن يكون حقّ الارتفاق التزاماً شخصياً مفروضاً على مالك العقّار المرتفق به.

➤ يجب أن يكون حقّ الاتفاق مرصّد لمصلحة العقّار وليس لمصلحة مالكه، كحقّ المجرى والصّرف والرّي، فهذه الحقوق مقرّرة لخدمة العقّار، أمّا لو كانت الخدمة لمصلحة الشخص فلا نكون بصدد حقّ ارتفاق مثل: التنزّه أو الصّيد في أرض الغير.

وفي الأخير نشير أن هناك حالات ينقضي فيها حقّ الارتفاق، فمن الجائز توقيته بأجل معيّن ينتهي بانتهائه، كما يزول هذا الحقّ أيضاً بهلاك أحد العقّارين هلاكاً تامّاً، أو باجتماعهما في يد مالك واحد، كذلك ينقضي هذا الحقّ بالتقادم المسقط في حال عدم استعماله لمُدّة عشرة (10) سنوات، أو لعدم استعماله لمُدّة ثلاث وثلاثين (33) سنة إذا كان الارتفاق مقرّراً لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، أو إذا حصل تغيّر في وضع الأشياء أين تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحقّ، أو إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقّار المخدم أو المرتفق، أو لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقّار الخادم أو المرتفق به.<sup>(1)</sup>

### 1-1-5- حقّ الحكر:

نشأ نظام الحكر في كنف الشريعة الإسلامية بقصد استغلال أعيان الوقف الخرية، التي لا يكف ريعها لتعميرها، ولا يتسوّى استبدالها، فكانت الأرض تؤجّر بأجرة المثل لمن يستطيع تعميرها ببناء أو غراس على أن يتملّك المحتكر ما أقامه، ويكون له أن يتصرّف فيه على استقلال أو مقترناً بحقه في الحكر، ثم امتدّ العمل بهذا النّظام إلى الأعيان غير الموقوفة،

<sup>1</sup> - هذا ما أشارت إليه المواد من: 878 إلى 880 من القانون المدني الجزائري.

ونظراً لأنّ حقّ الحكر يتقرّر، في العادة، لمُدّة طويلة ، الأمر الذي يؤدّي إلى حبس الأموال عن التّداول<sup>(1)</sup>، والملاحظ أنّ هذا الحقّ لم ينصّ عليه المشرّع الجزائري في القانون المدني مثلما فعل المشرّع المصري، ولكن تناوله في القانون 01/07 المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 وفي مادة وحيدة، وهي المادة 26 مكرّر 02 منه، والتي جاء نصّها كالآتي: "يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء، الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصّص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمُدّة معيّنة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدّد في العقد مقابل حقّه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدّة العقد، مع مراعاة أحكام المادّة 25 من القانون رقم 10/91 المؤرّخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أفريل سنة 1991 والمذكور أعلاه".<sup>(2)</sup>

وبالرّجوع إلى نصّ المادة 26 مكرّر 02 من القانون 01/07 السّالف الذّكر، نجد أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد مدّة معيّنة لعقد الحكر، لورود عبارة لمُدّة معيّنة، وترك تحديد المدّة لأطراف العلاقة القانونيّة وهو المحتكر أو المستثمر وناظر الوقف على عكس ما ذهبت إليه تشريعات عربية أخرى إذ جعلت من شروط صحّة عقد الحكر أن يكون لمُدّة معلومة وبأجرة معلومة كما هو الحال في التشريع المدني المصري.

فعقد الحكر ينشئ للمحتكر (المستثمر) حقّاً عينيّاً عقاريّاً على الأرض الموقوفة العاطلة، إذ يحوّل له هذا الحقّ الانتفاع بالأرض، شريطة أن تكون الأعمال التي يجريها في الملك الوقفي من شأنها أن تؤدّي إلى تحسينه، فله أن يقيم على الأرض الموقوفة بناءً أو غراساً، وله أن يحدث فيها تصليحات وأن يغيّر فيها دون أن ينقص من قيمتها، وأمّا ما يستحدثه المستثمر من غرس أو بناء، فإنّه يلحق بالوقف بعد انتهاء عقد الحكر، وذلك طبقاً للمادّة 25 من القانون

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 59

<sup>2</sup> - المادّة 26 مكرّر 02 مستحدثة بموجب القانون 01-07 مؤرّخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، يعدّل ويتمّ القانون رقم 91-10 المؤرّخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أفريل سنة 1991 والمتعلّق بالأوقاف.

91-10<sup>(1)</sup>، إذ جاء فيها أن: "كلّ تغيير يحدث بناءً كان أو غرساً، يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان ذلك التغيير".

## 1-2- حقوق عينية تبعية:

للدائن حقّ شخصي طبقاً للقواعد العامة هو حقّ الضمان العام على أموال مدينه، ويوصف هذا الحقّ بأنه عامّ لأنّه، من ناحية، لا يرد على مال معيّن بالذات، وإنّما على جميع أموال المدين، أي على ذمّته المالية، ومن ناحية أخرى، لأنّه لا يتقرّر لدائن معيّن، وإنّما لجميع دائني المدين على قدم المساواة، أيّا كان تاريخ نشوء حقوقهم.

ولا يخفى أنّ هذا الضمان لا يكف وحده لتأمين الدائن ضدّ مخاطر ضياع حقّه كلياً أو جزئياً وذلك لعدّة أسباب هي:

أولاً: لأنّه لا يغلّ يد المدين عن التصرف في أمواله، بل تبقى له حرّية التصرف فيها إلى وقت توقيع الحجز عليها وقد يعتمد المدين على تهريب أمواله، حتّى لا يجد الدائن ما ينقذ عليه بحقه عند حلول أجل الدّين، وبذلك يضيع على الدائن كلّ حقّه.

ثانياً: لأنّه إذا تعدّد الدّائنون وكان المدين معسراً أي لا تكف أمواله للوفاء بكل ديونه فإنّ جميع الدّائنين يشتركون في اقتسام هذه الأموال قسمة غرماء، بحيث توزّع عليهم كلّ بنسبة حقّه إلى مجموع الديون، فيتعرّض الدّائن بذلك لضياع جزء من حقّه.

ولتفادي هذه المخاطر، فإنّ الدّائن الحريص لا يتكتف بما له من ضمان عام على أموال مدينه، بل يسعى إلى الحصول على حقّ عيني تبقي يضمن له استيفاء كامل حقّه، حتّى ولو صار المدين معدماً أو معسراً، ذلك أنّ الحقّ العيني التبقي يخوّل صاحبه سلطة مباشرة على الشيء الذي يرد عليه، بحيث يستطيع أن يتتبّعه وينقذ عليه بحقه تحت أي يد كان، كما يخوّله أيضاً اقتضاء حقّه من حصيلة بيع هذا الشيء بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الذين لهم حقوق عينية تبعية تالية لحقه في المرتبة، وهذه ما تسمى بميزة الأولوية أو الأفضلية.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - كريمة فردي، "عقد الحكر كآلية لتفعيل تثمير العقارات الوقفية العاطلة"، مجلّة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلّد 12، عدد 01، جامعة محمّد خيضر بسكرة، الجزائر، مارس 2020، ص 428.

<sup>2</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص (61-62).

ومّا تقدّم يتبيّن أنّ الحقوق العينية التّبعيّة قد تقرّرت لتأمين الدّائن ضدّ مخاطر الضمان العامّ، وقد تناول المشرّع الجزائري الحقوق العينية التّبعيّة أو كما سمّاها بالتأمينات العينية في الكتاب الرابع، في المواد من: 882 إلى 1003 من القانون المدني، وهي: الرّهن الرّسمي، حقّ التّخصيص، الرّهن الحيازي، حقوق الامتياز، وستناولها على هذا الترتيب الذي جاء به المشرّع.

### 1-2-1 الرّهن الرّسمي:

يعتبر الرّهن الرّسمي من الحقوق العينية التّبعيّة، تناوله المشرّع في الباب الأوّل من الكتاب الرابع في المواد من: 882 إلى 936، وهو عقد بين المدين الرّاهن والدّائن المرهّن، بمقتضاه يخصّص الأوّل للثاني عقّارا له كضمان للوفاء بالدّين، وهو عقد شكلي رسمي يقوم المؤثّق بإفراغه في ورقة رسميّة ويتمّ تسجيله لدى المصالح المختصّة، ولا يتخلّى فيه المدين الرّاهن عن ملكيّته للعقّار ولا عن حيازته له، وقد عرّفته المادّة 882 من القانون المدني بقولها: " الرّهن الرّسمي عقد يكسب به الدّائن حقّا عينيّا، على عقّار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدّم على الدّائنين التّالين له في المرتبة في استيفاء حقّه من ثمن ذلك العقّار في أيّ يدٍ كان."

يتّضح من نصّ المادّة 882 أعلاه أنّ الرّهن الرّسمي لا ينعقد إلّا بورقة رسميّة، ولا يردّ إلّا على عقّار مما يصحّ التّعامل فيه وأن يكون معيّنا بالدّات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه<sup>(1)</sup>، ولا يشترط أن يكون العقّار مملوكا للمدين، فقد يقدم شخص آخر، يقال له الكفيل العيني، عقّارا يملكه لضمان الوفاء بدين المدين، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الرّاهن مالكا للعقّار المرهون وأهلا للتصرّف فيه.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - تنصّ المادّة 886 من القانون المدني الجزائري على:

"لا يجوز أن ينعقد الرّهن إلّا على عقّار ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك.

ويجب أن يكون العقّار المرهون ممّا يصحّ التّعامل فيه وبيعه بالمراد العلني، وأن يكون معيّنا بالدّات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يردّ هذا التعيين إمّا في عقد الرّهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرّهن باطلاً."

<sup>2</sup> - هذا ما أشارت إليه المادّة 884 من القانون المدني الجزائري.

وخلافا للرهن الحيازي، لا يقتضي الرهن الرسمي انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، بل يبقى العقار في حيازة الراهن، ويستطيع التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات القانونية، كأن يبيعه أو يهبه للغير، أو يرتب عليه حقا عينيا آخر، غير أنّ هذه التصرفات لا تنفذ في حق الدائن المرتهن متى كانت تالية لقيود الرهن في السجلات المعدة لذلك بمصلحة المحافظة العقارية الكائن في دائرتها العقار المرهون، ولذلك فإن الدائن الحريص لا يتوانى عن إجراء هذا القيد بمجرد إبرام الرهن، لكي يحصّن نفسه ضدّ مثل هذه التصرفات، ويتمكّن من الاحتجاج بحقه في مواجهة الغير.<sup>(1)</sup>

وينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته، كما ينقضي حق الرهن الرسمي نهائيا إذا تمت إجراءات التطهير، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار، وإذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

## 1-2-2 حق التخصيص:

حق التخصيص من الحقوق العينية التبعية تناوله المشرع في الباب الثاني من الكتاب الرابع في المواد من: 937 إلى 947، حيث تنص المادة 937 فقرة 01 على: "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينة ضامانا لأصل الدين والمصاريف".

بالرجوع لنص المادة 937 فقرة 01 أعلاه يتبيّن أنّ حق التخصيص هو حقّ عينيّ تبعيّ يتقرّر بأمر من القضاء، حيث يجوز حسب المادة لكلّ من بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى، يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل متى كان حسن النية على حقّ اختصاص بعقارات مدينه ضامانا لأصل الدين والمصاريف.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 63.

وبالتالي فحق الاختصاص هو حق عيني تبقي ينشأ على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني<sup>1</sup>، ويحصل عليه الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ بمقتضى أمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار. ويتميز حق الاختصاص بالأمر الآتية:<sup>(2)</sup>

- 1- أنه ينشأ بأمر القاضي، فليس مصدره العقد كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي.
- 2- يشترط لتقريره أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ يلزم المدين بشيء معين.
- 3- يشبه حق الرهن الرسمي في أنه لا يرد إلا على عقار أو عقارات، وأنه لا يؤدي إلى نقل حيازة العقار إلى الدائن، وإنما تبقى بيد المدين، كما أنه يمنح الدائن نفس الحقوق التي يمنحها له الرهن الرسمي.
- 4- كما أنه يمنح الدائن ميزتي الأولوية، والتبعية، ومادام حق الاختصاص يرد على العقارات فقط، فإنه يجب قيده حتى يحتج به على الغير.

### 1-2-3 الرهن الحيازي:

يعتبر الرهن الحيازي من الحقوق العينية التبعية تناوله المشرع في الباب الثالث من الكتاب الرابع في المواد من: 948 إلى 981، حيث عرفته المادة 848 كما يلي: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

من نص المادة أعلاه يتضح أن الرهن الحيازي ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن والمدين، وهذا العقد عقد رضائي لا يشترط فيه أي شكلية وإنما يتم بمجرد التراضي بين الطرفين مع توافر الشروط اللازمة قانونا، والرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول، وتقرير الرهن الحيازي على المال المرهون وإن كان يلقي على عاتق المدين الراهن بعدة التزامات إلا أنه لا يمس بحق ملكيته على

<sup>1</sup> - أنظر المادة 940 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص (118-219).

هذا الشيء، فيجوز له أن يباشر من سلطات المالك ما لا يتعارض مع حقوق الدائن المرتهن، فيجوز له أن يتصرف في المال المرهون تصرفاً قانونياً بنقل ملكية الشيء المرهون أو ترتيب حق عيني عليه مادام التصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن بأن يكون بعد نفاذ الرهن في مواجهة الغير، وعلى ذلك فله أن يبيعه، وفي هذه الحالة ينتقل المال محملاً بالرهن الحيازي، أو أن يرهنه رهنًا رسميًا أو رهنًا حيازياً آخر تالياً في المرتبة للرهن الأول، وفي جميع الأحوال فإن الدائن المرتهن لن يقلقه شيئاً، طالما أن حقه نافذ، فإنه يستطيع أن يحبس الشيء لحين استيفاء حقه، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.<sup>(1)</sup>

وعلى ذلك فإن الرهن الحيازي يقتضى أن تنتقل الحيازة سواء إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يتفق عليه المتعاقدان، خلافاً للرهن الرسمي حيث يبقى العقار المرهون في حيازة مالكة، ويترتب على انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أن يلتزم هذا الأخير بحفظه وصيانته، وما يحصل عليه الدائن من صافي الربح وكل ما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ويجب، ولنفاذ الرهن الحيازي والاحتجاج به في مواجهة الغير كالدائنين الآخرين ومن تنتقل إليهم ملكية المال المرهون أو من يتقرر لهم حق عيني عليه أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان، وإذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً وجب تقييده في الشهر العقاري، وإذا كان محل الرهن منقولاً وجب تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ.<sup>(2)</sup>

وفي الأخير وانطلاقاً مما سبق يتضح أن الرهن الحيازي يتميز بالخصائص التالية:<sup>(3)</sup>

**1- الرهن الحيازي ينشأ عن عقد، كالرهن الرسمي، ولكن لا يشترط في هذا العقد الرسمية التي تشترط في العقد المنشئ للرهن الرسمي.**

<sup>1</sup> - بيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص (79-80).

<sup>2</sup> - فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون "نظرية القانون، نظرية الحق"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2014، ص 287.

- أنظر أيضاً المواد: (951، 955، 956، 969) من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص (217-218).

2- حقّ الرّهن الحيازي يرد على العقّار كما يرد على المنقول.

3- الرّهن الحيازي يؤدّي لانتقال حيازة الشيء المرهون من المدين الرّاهن إلى الدّائن المرتّهن، حيث يلتزم هذا الأخير بصيانة الشيء، وله أن يستعمله ويستثمره، على أنّ يخصم صافي عائد الاستثمار من الدّين وفوائده.

4- يمنح حقّ الرّهن الحيازي الميزتين اللّتين تمنحهما كافّة الحقوق العينيّة التّبعيّة، وهما التّتبّع والأفضليّة، وعلاوة على ذلك فإنّ الدّائن من حقّه حبس هذا الشيء لديه حتى يستوفي حقّه كاملاً، ولكن يجب في حالة ما إذا كان المال المرهون عقّاراً أن يقوم الدّائن بقيد حق الرّهن بالشّهر العقّاري حتّى يستطيع الاحتجاج به في مواجهة الغير.

#### 1-2-4 حقوق الامتياز:

حقوق الامتياز من الحقوق العينيّة التّبعيّة، تناولها المشرّع في الباب الرّابع من الكتاب الرّابع، في المواد: من 982 إلى 1003 من القانون المدني الجزائري، حيث عرّفته المادّة 982 من نفس القانون بقولها: "الامتياز أولوية يقرّها القانون لحقّ معيّن مراعاة منه لصفته.

ولا يكون للدّين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني."

من نصّ المادّة 982 أعلاه يتّضح أنّ حقّ الامتياز لا يتقرّر إلا بنصّ قانوني، والقانون حينما يقرّر امتيازاً لحقّ شخصي يرى أنّ هذا الحقّ جدير بالرّعاية فيقرّر له أولوية على الحقوق الشّخصية الأخرى.<sup>(1)</sup>، وقد تردّ حقوق الامتياز على الحقوق العامّة أي على جميع أموال المدين سواء كانت منقولات أو عقّارات، وقد تردّ على حقوق خاصّة أي تكون مقصورة على عقّار أو منقول معيّن.<sup>(2)</sup>

فالمشرّع الجزائري أبرز في هذا التعريف جوهر حقّ الامتياز وهو الأفضليّة التي يمنحها للدّائن، كما أنّه يبيّن أنّ هذه الأولوية يقرّها القانون أي أنّ مصدر حقّ الامتياز هو القانون على خلاف الحقوق العينيّة التّبعيّة الأخرى، وهذه الأولوية التي يقرّها القانون تكون مراعاة لصفة معيّنة في الحقّ المضمون، وتقرير المشرّع لهذه الأولوية بالنظر لصفة في الحقّ تملّيحاً أحيانا

<sup>1</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 181.

<sup>2</sup> - أنظر المادّة 984 من القانون المدني الجزائري.

المصلحة العامة مثل: امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة وأحيانا أخرى لاعتبارات اجتماعية كما هو الشأن بالنسبة للامتياز المقرّر للأجراء ضمانا لحقوقهم قبل ربّ العمل، كما قد يراعي المشرّع مساهمة الدائن في إدخال المال في ذمة المدين، فيقرّر اعتبارا لذلك حق امتياز كامتياز بائع العقار، وبصفة عامة فلكلّ حق امتياز حكمة تبرّره.<sup>(1)</sup>

ويمكن تقسيم الامتيازات إلى ثلاثة أنواع نوجزها كما يلي:

**أ- الامتيازات العامة:** حسب المادة 984 من القانون المدني فحقوق الامتيازات العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار، ومن أمثلتها: المبالغ المستحقة للخدم، والكتب والعمّال وكلّ أجير آخر، وكذا المبالغ المستحقة عمّا تمّ توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في سنة (06) أشهر الأخيرة، والامتياز المقرّر على الديون المتعلقة بالنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة (06) الأخيرة المادة.<sup>(2)</sup>

**ب- الامتيازات الخاصة بالمنقول:** وهي التي تقع على منقول معين بالذات، ومن الامتيازات الواردة على المنقول، المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجره الإقامة والمؤونة وكلّ ما صرف لحسابه، فيكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل إلى الفندق أو ملحقاته، فهي ضمانا للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل.<sup>(3)</sup>

**ج- الامتيازات الخاصة الواردة على عقار:** وهي الامتيازات التي تقع على عقار معيّن من عقارات المدين، ومن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار امتياز بائع العقار على العقار المبيع، وكذا امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها على هذه البنايات أو المنشآت، وذلك ضمانا لحقّهم بقدر ما يكون من زيادة في قيمة

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د.ط، الجزائر، 2000، ص37.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين: 984 و 993 من القانون المدني.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 996 من القانون المدني الجزائري.

العقار وقت بيعه بسبب الأشغال التي قاموا بها، على أن يقيد هذا الامتياز الذي تكون مرتبته من وقت القيد.<sup>(1)</sup>

## 2-الحقوق الشخصية:

يعرّف الحقّ الشخصي بأنّه: "السلطة النّاجمة عن العلاقة القانونية والمقرّرة لشخص تجاه شخص آخر، تخوّل للأوّل وهو الدّائن أن يجبر الثّاني وهو المدين أن يعطيه شيئاً، أو أن يقوم له بعمل، أو أن يمتنع عن عمل أو أداء خدمة"، كحقوق المشتري تجاه البائع، وهو حقّ شخصي على البائع يتعلّق بتسليم المبيع، وحقّ الموكل على المحامي القيام بعمل وهو الدّفاع عن موكله، وحقّ التّاجر على زميله الذي يتعهّد بألاً يفتح محلاً تجارياً بالقرب منه فهو امتناع عن القيام بعمل.

والحقّ الشخصي يسمّى حقّاً إذا نظرنا إليه من جانب الدّائن، أمّا إذا نظرنا إليه من جانب المدين فإنّه يسمّى ديناً أو التزاماً، فالحقّ الشخصي والالتزام وجهان لعملة واحدة، ويظهر الحقّ الشخصي في ذمّة الدّائن كعنصر إيجابي، ويقابله التزام يظهر في ذمّة المدين كعنصر سلبي، ومن ثمّ تجتمع في الحقّ الشخصي عناصر ثلاثة هي صاحب الحق وهو الدّائن ومن عليه الحق وهو المدين، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين.<sup>(2)</sup>

وبالتّالي

## 2-1-أركان الحقّ الشخصي:

للحقّ الشخصي ثلاثة أركان هي: طرفا الحقّ (الدائن والمدين)، ومحلّ الحقّ، والحماية القانونية له، نوجزها كما يلي:

**2-1-1 طرفا الحق:** وهما: الدّائن صاحب الحق، والمدين الملتزم بأداء الحق للدّائن.

**2-1-2 محلّ الحق:** إنّ موضوع أو محلّ الحقّ إمّا أن يكون إعطاء شيء، وإمّا أن يكون التزام المدين بالقيام بعمل إيجابي، أو التزام المدين بالقيام بعمل سلبي.

<sup>1</sup> - أنظر المادّتين : 999 و1000 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص ص(172-173).

أ- الالتزام بإعطاء (obligation de donner): الالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل حق

عيني على عقار أو منقول، أو الالتزام بإنشاء هذا الحق ابتداءً، ومثال ذلك: التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشيء المبيع أو الموهوب إلى المشتري أو الموهوب له، وقد يلتزم مالك عقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر، أو يلتزم بدفع مبلغ من النقود كالتزام المشتري بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام من تسبب بخطئه في الإضرار بالغير بتعويض المضرور نقداً، فالالتزام هذا محلّ نقل ملكية منقول، هو مبلغ من النقود إلى الدائن بائعاً كان أو مؤجراً أو مضروراً.<sup>(1)</sup>

وبالتالي فإذا كان العمل الذي يطلب من المدين أدائه يرمي إلى نقل أو إنشاء حق عيني لمصلحة الدائن سمي هذا التزام بإعطاء شيء.<sup>(2)</sup>

ب- الالتزام بعمل: الالتزام بعمل هو التزام إيجابي، ومن أمثله: قيام المقاول ببناء معيّن كمنزل أو مدرسة أو أي منشأة أخرى، أو التزام الممثل بالعمل في مسرح معيّن.

ت- الالتزام بالامتناع عن عمل: هو التزام سلبي كالتزام التاجر بعدم المنافسة لمن باع له المحلّ التجاري، وكذلك التزام الجار بعدم تعليته البناء إلى حدّ معيّن.

2-1-3 الحماية القانونية الحق: وتتمثل هذه الحماية في العادة في تلك الدّعى التي يستطيع الدائن اللجوء إليها والتي عن طريقها يمكنه الوصول إلى القضاء لاقتضاء حقه جبراً على المدين إذا لم يقم بالتنفيذ طواعية.

## 2-2- مصادر الحق الشخصي:

يتعدّد الحقّ الشخصي بتعدّد مصدره وذلك عكس الحقوق العينية التي حدّدها القانون على سبيل الحصر منظّماً أحكام كل منها، فقد يكون الحقّ الشخصي مصدره العقد، أو الإرادة المتفرّدة كالوعد بالجائزة، أو الفعل الضار فيلتزم محدث الضرر بتعويض ما أحدثه من ضرر للغير أو الإثراء بلا سبب كالتزام المدين الذي أثرى، برّد ما أثرى به بغير سبب، أو القانون كالالتزام بالتّفقة أو الفضالة فيردّ ربّ العمل إلى الفضولي ما أنفقه.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 40.

## 2-2-1- العقد كمصدر للحق الشخصي:

العقد أو الاتفاق هو أن تتجه إرادتان إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، ومعيّار التفرقة بين المجاملة والعقد هو القصد وهو مسألة موضوعيّة<sup>(1)</sup>، وقد نصّت المادة 54 من القانون المدني الجزائري على تعريف العقد بأنّه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخريّن بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

ومجال العقد هو القانون الخاص دون القانون العام، بل والرأي السائد قصر وصف العقد على دائرة المعاملات.

## 2-2-2- الإرادة المنفردة كمصدر للحق الشخصي (VOLONTE UNILATERALE):

تكفي الإرادة المنفردة (*L'acte juridique unilatéral*) لإنشاء حقّ عيني، كما في الوصيّة أو للتزول عنه كإنشاء الوقف، كما تكفي للإقرار والإجازة والإعذار فكلّها تصرّفات قانونية تتمّ بالإرادة المنفردة وقد تكون الإرادة المنفردة وسيلة لإنهاء بعض العقود كما في الوكالة والوديعة والعارية، أما بخصوص إنشاء الحقّ الشخصي فقد اعتبر القانون الجزائري والمصري أنّ الإرادة المنفردة للمدين تكفي مصدرا للالتزام في حالات محدودة منصوص عليها في القانون، أي أنّها مصدر استثنائي إلى جانب المصدر العام وهو العقد، وهذا هو الاتجاه الحديث في الفقه والتّشريع المقارن كما في القانون الألماني والسويسري والبولوني والإيطالي، وثمة مذهب ألماني يجعل الإرادة المنفردة وحدها مصدر كلّ التزام إرادي وحجّته في ذلك أنّ هذا هو مقتضى سلطان الإرادة لأنّه إذا كانت إرادة المدين ملزمة له عند اقتراحها بإرادة الدائن فإن قوّتها الملزمة لا بدّ أن تكون قد توافرت لها من قبل هذا الاقتران، أمّا رضاء الدائن فليس إلّا مجرد انضمام، غير أنّ المدرسة الفرنسية التقليدية فقها وقضاء ترفض التّسليم أصلا بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوجيز في نظريّة الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون الجزائري)، المؤسّسة الوطنية للكتاب، د.ط، الجزائر، 1983، ص 13.

ومن تطبيقات الإرادة المفردة كمصدر للحق في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، نذكر منها إنشاء الوقف والوصية والإيجاب الملزم (المادة 93 مدني مصري وتقابل المادة 63 مدني جزائري) والمؤسسة الخاصة في القانون المصري (المادة 01/71 مدني مصري)، وتطهير الحائز للعقار المرهون رهناً رسمياً ( المادة 1066 مدني مصري، وتقابلها المادة 916 مدني جزائري)، والوعد بجائزة الموجه للجمهور الذي نصت عليه المادة 115 من القانون المدني الجزائري وهي مطابقة للمادة 162 من القانون المدني المصري، وهو الوعد بالجائزة لمن يقوم بأداء خدمة معينة للواعد ولو كان من قام بأداء الخدمة لا يعلم بهذا الوعد، مما تستبعد معه فكرة القبول الضمني، ومثله الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء ضائع أو لمن يفوز بمسابقة.<sup>(1)</sup>

## 2-2-3- الفعل الضارّ (العمل غير المشروع) كمصدر للحق:

العمل غير المشروع أو المستحق التعويض تناوله المشرع في الفصل الثالث من الباب الأول "مصادر الالتزام" من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود"، في المواد من: 124 وما يليها، حيث تنص المادة 124 من القانون المدني علي: "كلّ فعل أيّاً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وبالتالي ينشئ العمل غير المشروع حقاً شخصياً على أساس أنّ كلّ خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، أي أنّه ينشئ للمتضرر حقاً في التعويض، فمثلاً الشخص الذي يقوم بصدم شخص من المارة بسيارته نتيجة الإفراط في السرعة، ويؤدي ذلك إلى ضرر لهذا الشخص، فيكون حينها ملزماً لهذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.

## 2-2-4- الإثراء بلا سبب كمصدر للحق:

الإثراء بلا سبب تناوله المشرع في القسم الأول من الفصل الرابع "شبه العقود" من الباب الأول "مصادر الالتزام"، في المادتين: 141 و142، حيث عرّفته المادة 142 أنّه: "كلّ من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"، أي أنّ كلّ

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص (131-132).

شخص أثرى بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به، وذلك بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة.<sup>(1)</sup>

إذن المقصود بالإثراء هو كل منفعة "profit" مادية أو معنوية يمكن تقييمها بمال تدخل في ذمة المثري إما في شكل الحصول على كسب أو تجنّب خسارة، وله عدّة صور فقد يكون الإثراء إيجابياً أو سلبياً، الإيجابي هو زيادة العنصر الإيجابي في ذمة المثري، والسّلي هو انقاص العنصر السّلي في ذمة المثري، مثل الإثراء الإيجابي أن يحصل المثري على مال غيره بدون حقّ بحسن نية كالبناء في أرض الغير، ومثل الإثراء السّلي كمن وثّق بدين على آخر فهنا إثراء سّلي لهذا الأخير .

وقد يكون الإثراء مادياً كقيمة مالية أو منفعة مادية، وقد يكون الإثراء معنوياً كحصول محام على حكم بالبراءة لمتهّم أو شفاء طبيب لمريض أو تدريس معلّم لتلميذ فيستحقّ التعويض عنه طالما يمكن تقديره مالياً، وبعبارة أخرى كل ما يستحقّ عليه أجر، وقد يكون الإثراء مباشراً أو غير مباشر، والإثراء المباشر هو انتقال المنفعة من ذمة إلى أخرى بفعل المفتقر أو المثري مباشرة، ويكون بفعل المفتقر كالوفاء بدين على المثري ويكون بفعل المثري كسكنائه في منزل المفتقر، وقد يكون الإثراء غير مباشر أي أن يتم بتدخل شخص أجنبي كما لو بنى مقاول (الأجنبي) منزلاً لشخص (المثري) بأدوات مملوكة لآخر (المفتقر)، وقد يكون تدخل الأجنبي بفعل مادّي كالمثال المتقدّم، أو بتصرّف قانوني كما إذا اتّفق مشتري السيارة مع ميكانيكي على إصلاحها فقام بإصلاحها فعلاً ثم فسخ البيع، فبائع السيارة يكون مثرياً على حساب الميكانيكي بتدخل المشتري الذي عهد إلى الميكانيكي بإصلاحها، والإثراء هنا هو زيادة قيمة السيارة نتيجة لهذا الإصلاح.<sup>(2)</sup>

## 2-2-5- القانون كمصدر للحق الشخصي:

نصّت المادّة 53 من القانون المدني الجزائري على: "تسري على الالتزامات النّاجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النّصوص القانونية التي قرّتها".

<sup>1</sup> - هذا ما أشارت إليه المادّة 141 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - محمّد حسنين، مرجع سابق، ص 218.

وبالتالي فالقانون هو مصدر الحقوق جميعا، وهو بهذا المعنى المصدر غير المباشر للالتزامات سواء كانت مصدرها المباشر هو التصرف القانوني أو الفعل، لكن القانون قد يكون مصدرا مباشرا لبعض الالتزامات كالاتزام بالنفقة بين الأقارب أو التزامات الجوار ومثلها الالتزامات عن الحائط المشترك وهذا ما نصّت عليه المادة 704 من القانون المدني الجزائري، وكذا الالتزامات الناشئة عن الشيوع المنصوص عليها في المادة 713 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

والالتزامات التي مصدرها القانون قليلة ومبعثرة في شتى فروع القانون الخاص، فنجدها في القانون المدني بشقيه الأحوال الشخصية والعينية، كالاتزام بالنفقة والتزامات الأسرة الأخرى فيما بين الزوجين والأصول والفروع والتزامات الوصي والتزامات الجوار، وتجدها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية حيث يحمل المشرع من خسر الدعوى مصاريف دعواه، ونجدها كذلك في القانون العام، كالاتزام بدفع الضرائب للدولة.

### 3- الحقوق المعنوية أو الذهنية:

وهي التي تسمى بالملكية الأدبية والفنية والصناعية، فالحق المعنوي أو الذهني هو قدرة يقرها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الفني أيّا كان نوعه ويحميه، ويكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك الإنتاج إليه دائما ويحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله، وتُعرف الحقوق المعنوية أو الفكرية بأنّها: "سلطات يقرّها القانون لشخص على شيء معنوي هو نتاج ذهنه وتفكيره وخياله"، مثل: حق المؤلف على أفكاره التي يتضمنها كتاب معيّن وحق المخترع في اختراعه، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية<sup>1</sup>، ويتجسّد هذا النوع من الحقوق في المنجزات العقلية التي تمنح لصاحبها حقّين أولهما حقّ أدبي يتجسّد في حقّ الشخص في نسبة إنتاجه الفكري إليه وهو حقّ لصيق بشخصية المبدع وهو من الحقوق غير قابلة للتقويم بالمال ولا التصرف فيها ولا الحجز عليها، والحقّ الثّاني هو حقّ الشخص المبدع في الاستفادة من إنتاجه الفكري مادّيا ويعرّف بأنّه: "حقّ استثمار مؤقت باستغلال ثمرة هذا

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص222.

الإنتاج والاستفادة منه مادياً".<sup>(1)</sup>، لذلك نجد أنّ هناك جانب من الفقه يسمّيها بالحقوق المختلطة أو المزدوجة كونها تجمع بين الجانب المادي المالي والجانب المعنوي الفكري.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة الحقوق الفكرية، فمنهم من أدرجها ضمن الحقوق الشخصية مع العديد من الانتقادات، غير أنّه مع التطوّر المتسارع للحياة في مجال الإبداع الفكري والصنّاعي أصبحت هذه الحقوق تشكّل نوعاً ثالثاً من الحقوق المالية بالإضافة إلى الحقوق الشخصية والحقوق العينية، ويرى جانب من الفقه أنّه من الصّعب تحديد طبيعة الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية كونها تشبه حقوق الشخصية بسبب طابعها غير المادي، وفي نفس الوقت تشبه الحقوق العينية كونها قابلة للاحتجاج بها على الكافّة، وعليه فلا مانع من اعتبار تلك الحقوق من قبيل حقوق الملكية لأنّ الأشياء المادّية والمعنوية على السواء تصلح أن تكون محلاً للحقّ.

ولقد قرّر المشرّع لهذه الحقوق حماية مدنية وجنائية، وفيما يلي سنستعرض نوعاً الحقوق المعنوية أو الذهنية وهما: حقّ الملكية الصنّاعية وحقّ الملكية الفنّية والأدبيّة.

### 3-1- حقّ الملكية الصنّاعية:

تنتمي حقوق الملكية الصنّاعية والتّجارية إلى طائفة الحقوق المعنوية أو حقوق الملكية الفكرية، وهي عبارة عن حقوق استثنائية ماليّة معنويّة مؤقتة يقرّها القانون فتعطي لأصحابها حق الاستثثار مؤقتاً باستغلال إبداعاتهم الفكرية، كما تعتبر من أهمّ الحقوق التي توليها التشريعات الحديثة أهميّة كبيرة، لما لها من آثار إيجابية على تقدّم الدّول وانخراطهم في السّعي العالمي للتّطوير التّكنولوجي والإبداعي في كلّ المجالات.

نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف هذه الحقوق كغيره من التشريعات، ولكنّ الفقه حاول إعطاء تعريف لها، فهناك من عرّفها بأنّها: "الحقوق التي ترد على مبتكرات جديدة كالاختراعات ونماذج المعرفة ومخطّطات التصميمات للدّوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها والتصميمات والنماذج الصناعية أو على شارات مميزة تستخدم في

<sup>1</sup> - جلول محده، محاضرات في مادة المدخل للعلوم القانونية، "نظريّة الحقّ"، الجزء الأوّل، قسم: الحقوق، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشّهد حمّة لخضر الوادي، الجزائر، 2022/2023، ص25.

تميز المنتجات كالعلامة التجارية والمؤشرات الجغرافية، أو في تمييز المنشآت التجارية ، وتمكن صاحبها من الاستئثار باستغلال ابتكاره أو علامته التجارية أو اسمه التجاري في مواجهة الكافة وفقا للأحكام المنظمة لذلك قانونا."

في حين هناك من عرفها أنها: "الحقوق التي تهدف إلى أن توفر لرجل الصناعة سلطة استثنائية على عملائه، وذلك عن طريق انفراده ببيع منتجات من نوع معين أو في شكل معين."

وتشمل حقوق الملكية الصناعية كل من: براءة الاختراع، العلامات التجارية، الرسوم والنماذج الصناعية، تسميات المنشأ، التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة.

### 3-1-1- براءة الاختراع (Brevet d'invention):

عرّف المشرّع الجزائري الاختراع على أنه: "فكرة لمخترع، تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدّد في مجال التّقنية"، وأضاف أنّ براءة الاختراع هي وثيقة تسلّم من المعهد الوطني الجزائري للملكيّة الصناعية لحماية الاختراع.<sup>(1)</sup>، وبالتالي فهي شهادة رسميّة تمنح للمخترع عن كلّ ابتكار جديد قابل للاستغلال الصّناعي سواء تمثّل هذا الابتكار في اختراع جديد أو في طريقة جديدة مستحدثة، فهذه الشّهادة التي تمنح للمخترع تمكّنه من استغلال اختراعه ماليّاً، ويستثمر به دون غيره ويحتجّ به في مواجهة كافّة النّاس، ويمكن لصاحب براءة الاختراع أن يتصرّف فيه سواء بعوض أو بدون عوض، سواء كلياً أو جزئياً.<sup>(2)</sup>

وشروط منح شهادة براءة الاختراع تناولها القانون 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع وهي:<sup>(3)</sup>

- ✓ أن يكون هناك اختراع وليس مجرد اكتشافات علميّة، فالاختراع يتعلّق بإيجاد شيء جديد بتدخّل التّقنية، وهو قد يكون منتج أو كطريقة صنع، أو كليهما معا.
- ✓ أن يكون الاختراع جديداً، أي لم يكن مدرجا في حالة التّقنية.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 02 من الأمر 03-07 المؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلّق براءة الاختراع، ج.ر، عدد 44، مؤرّخة في 23 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 23 يوليو 2003 م، ص 27.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص ص(47-48).

<sup>3</sup> - أنظر المواد: من 03 إلى 08 من الأمر 03-07، مرجع سابق.

✓ أن ينطوي الاختراع على نشاط ابتكاري، ومعنى ذلك أنه لم يكن التوصل إليه بديهياً لرجل المهنة العادي المطلع على حالة التقنية الصناعية السابقة لموضوع الاختراع، وأن يكون الاختراع قابل للتطبيق الصناعي.<sup>(1)</sup>

وقد وضع المشرع الجزائري لبراءة الاختراع حماية جزائية بموجب الأمر 03-07 من كل تعدي في مفهوم المادة 56، حيث اعتبر كل عمل متعمد يرتكب حسب مفهومها تقليدا واعتبره جنحة، وعاقب عليه بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000) دج إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كما عاقب بنفس العقوبة التي يعاقب بها المقلد كل من يتعمد إخفاء شيء مقلد أو إخفاء عدة أشياء مقلدة أو بيعها أو عرضها للبيع أو إدخالها إلى التراب الوطني.<sup>(2)</sup>

كما قرر المشرع الجزائرية حماية مدنية لبراءة الاختراع، فبموجب المادة 124 من قانون المدني الجزائري يمكن لصاحب البراءة المطالبة بوقف الاعتداء، فضلا عن ذلك يمكن المطالبة بالتعويض.

### 3-1-2- العلامات التجارية:

تعتبر العلامة التجارية عنصر من عناصر الملكية الصناعية، فهي وسيلة للدلالة على المنتجات والسلع الموضوعة عليها وضمان للمنتج في آن واحد، كما أنها تمنع اختلاط منتجات تحمل علامة معينة بمنتجات مماثلة تحمل علامة أخرى، كما تعمل على تكوين الثقة في منتجات بعينها عندما تحمل علامة موثوق بها، وللحيلولة من ظهور سلع متشابهة تم الاتجاه إلى وضع العلامة التجارية للتعريف بمنتجاتهم والسعي إلى الإتيان في الصنع وذلك للحفاظ على الاستمرار والجودة، العلامة التجارية التي نراها اليوم على السلع أو التي تستعمل في عروض

<sup>1</sup> - لويذة نجار، مرجع سابق، ص 31.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين : 61، 62 من الأمر 03-07، مرجع سابق.

الخدمات، يرجع أصلها إلى المدى البعيد، وأصبحت اليوم مفتاحا لنجاح أو فشل المعاملات في السوق وهي تختلف عن باقي عناصر الملكية الصناعية، كما أنّ لها أنواع مختلفة.<sup>(1)</sup>

وقد عرّف المشرّع الجزائري العلامات بموجب المادة 02 من الأمر 03-06<sup>(2)</sup>، حيث نصّت على: "يقصد في مفهوم هذا الأمر بما يأتي:

1) العلامات: كلّ الرّموز القابلة للتّمثيل الخطّي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، و الرّسومات أو الصّور والأشكال المميّزة للسلع أو توضيبها، الألوان بمفردها أو مركّبة، التي تستعمل كلّها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع خدمات غيره،".

وبالتّالي تعتبر العلامة التّجاريّة كلّ رمز أو تمثيل خطّي أو إشارة يستخدمها شخص لتمييز صناعته أو خدمته عن غيرها، وقد يتمّ ذلك إمّا بالكلمات أو الحروف أو الأرقام أو الرّسومات أو الصّور أو النقوش البارزة أو أيّة علامة أخرى إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال لصالح شخص طبيعي أو معنوي عن منتجات الغير، ويجب أن تكون العلامة جديدة ومميّزة ومشروعة، ومسجّلة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وبهذا ينشأ الحقّ عليها ويستأثر به مالكيها.

### 3-1-3- الرّسوم والنماذج الصناعيّة (Dessins et Modèles).

لا يمكن التّقليل من أهميّة الرّسوم والنماذج الصناعيّة التي يجب وضعها ضمن إطارها القانوني الذي يتناسب وأهميّتها الاقتصادية خاصّة في مجال تطوير المؤسّسة الصناعيّة أو الاقتصاديّة وذلك نظرا لكونها تلعب دورا كبيرا في قطاعات عديدة في مجال الصناعة والتّجارة، فلها أهميّة كبيرة في الحصول على العملاء من خلال جذبهم عن طريق الأشكال أو الرسوم الصناعيّة فهيكّل سيّارة "رونو" مثلا التابعة لمؤسّسة "رونو" للسيّارات يختلف عن نموذج سيّارة

<sup>1</sup> - بيل ونوغي، علاء الدين يوسف، "شروط منح العلامة التّجارية وفق التشريع الجزائري"، مجلّة آفاق للعلوم، مجلّد 04، عدد 02، جامعة زّيّان عاشور الجلفة، 2019/03/01، ص 137.

<sup>2</sup> - الأمر 03-06 مؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلّق بالعلامات، ج.ر، عدد 44، مؤرّحة في 23 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 23 يوليو 2003 م، ص

"بيجو" التابعة لمؤسسة "بيجو" للسيارات، كذلك الأمر بالنسبة لزجاجة المشروبات الخاصة بمشروب "كوكاك ولا" تختلف عن زجاجة مشروبات "بيبسي كولا"، والأمثلة عن ذلك عديدة. ولقد عرّف المشرّع الجزائري الرّسم والنّموذج الصّناعي بموجب المادة الأولى فقرة 01 من الأمر 66-86 المتعلّق بالرّسوم والنّماذج<sup>(1)</sup> على ما يلي: «يعتبر رسماً كلّ تركيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاصّ بالصّناعة التقليدية، ويعتبر نموذجاً كلّ شكل قابل للتّشكيل ومركّب بألوان أو بدونها أو كلّ شيء صناعي أو خاصّ بالصّناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النّماذج المشابهة له بشكله الخارجي».

فالرّسم هو كلّ ترتيب للخطوط بألوان خاصّة أو بدونها فتكون خاصة بصاحبها ومميّزة لصناعته، أمّا النّموذج فهو كلّ شكل مجسّم يجعل الشّيء مميّزاً وصالحاً للاستعمال الصّناعي، ولصاحب الرّسم أو النّموذج الحقّ في استغلاله، ويقوم المعهد الجزائري للتوحيد الصّناعي والملكية الصّناعية بتسجيل الرّسوم والنّماذج ونشرها، وفقاً لما نصّت عليه المادة 03/08 من قانونه الأساسيّ<sup>(2)</sup>، استلام وفحص طلبات إيداع الرّسوم والنّماذج وتسجيلها ونشرها.<sup>(3)</sup>

وفي الأخير نشير أنّ هناك فرق بين العلامة التجاريّة والرّسم أو النّموذج الصّناعي، فالعلامة التجاريّة تعتبر شيء زائد مضاف على المنتجات أو البضائع أو الخدمات لبيان مصدرها، ولا أثر لها على طبيعة المنتجات أو البضائع أو الخدمات، بينما الرّسم والنّموذج الصّناعي جزء لا يتجزّأ من المنتجات أو البضائع نفسها، ومن ثمّ يصبح فصلهما عن بعضهما البعض أمر غير مقبول<sup>(4)</sup>، كما أنّ العلامة التجاريّة مرحلة تأتي بعد الإنتاج، عكس الرّسوم

<sup>1</sup> - الأمر 66-86 مؤرّخ في 07 محرم عام 1386 الموافق 28 أبريل سنة 1966 يتعلّق بالرّسوم والنّماذج، ج.ر، عدد 40، مؤرّخة في 12 محرم عام 1386.

<sup>2</sup> - أمر رقم 62-73 مؤرّخ في 25 شوال 1393 الموافق 21 نوفمبر سنة 1973، يتضمّن إحداث المعهد الجزائري للتوحيد الصّناعي والملكية الصّناعيّة، ج.ر، عدد 95، مؤرّخة يوم الثلاثاء 02 ذو القعدة عام 1393 الموافق 27 نوفمبر 1973.

<sup>3</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 48.

<sup>4</sup> - محمد حسني عبّاس، "الملكية الصّناعيّة والمحلّ التجاري"، دار النّهضة العربيّة، د.ط، القاهرة، مصر، 1971، ص 227.

والتّماذج الصّناعية الّتي تنشأ في مرحلة تكون سابقة على الإنتاج، وهي تهدف إلى جلب العملاء.

### 3-1-4- تسميات المنشأ:

تعدّ تسمية المنشأ من ضمن البيانات المميّزة في الميدان الصّناعي والتّجاري والفلاحي، فهي تعبّر عن رسالة معيّنة شأنها شأن العلامات التّجارية، إذا علم المستهلك أن المنتج قد تمّ إنتاجه في مكان جغرافي معيّن وأنّه يتميّز بخصائص لا توجد إلّا في ذلك المكان، فاستعمال تسمية المنشأ من قبل المنتجين لتشخيص منتجاتهم ومنحها شهرة وطنية أو دولية هي عملية قديمة جدّاً، ارتبطت بالظواهر الاقتصادية الخاصّة بالإنتاج والتّجارة، وبالتالي فهي تكتسي أهمية بالغة من خلال ما تؤدّيه من وظائف، إذ تحقّق غايات لكل من المنتج والمستهلك على حدّ السّواء، ولها آثار هامّة من النّاحية الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، فهي تميّز المنتجات المتعدّدة وتشخصها، حيث يتمكّن المستهلك بكلّ سهولة من التعرّف على ما يريد شراءه، كما تحدّد مصدر المنتجات ممّا يؤدّي إلى زرع الثّقة في نفس المستهلك بصفات المنتجات، حيث تعبّر عن نوعية وجودة المنتج المرتبط أساساً بمكان جغرافي معيّن.<sup>(1)</sup>

وفيما يخصّ المشرّع الجزائري نجده نظم تسمية المنشأ بموجب الأمر رقم: 65-76 المتعلّق بتسميات المنشأ<sup>(2)</sup>، والذي عرّفها في مادّته الأولى بقولها: "تعني «تسمية المنشأ» الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء منطقة، أو ناحية أو مكان مسمّى ومن شأنه أن يعيّن منتجا ناشئاً فيه، وتكون جودة هذا المنتج أو مميّزاته منسوبة حصراً أو أساساً لبيئة جغرافية تشتمل على العوامل الطّبيعية والبشرية."

فمن خلال هذا التعريف يتّضح لنا أنّ المشرّع الجزائري بيّن العلاقة اللصيقة بين المنتجات والأرض، فجودة بعض المنتجات مرتبطة بالمكان الجغرافي الذي يسمح بإنتاجها، إذ تستمدّ خصائصها الّتي تميّزها عن مثيلاتها من الظروف الجغرافية مثل: التّربة والشّمس والمناخ

<sup>1</sup> - فضيلة يسعد، "الطّبيعة القانونية لتسمية المنشأ"، مجلّة العلوم الإنسانية، مجلّد 32، عدد 03، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، ديسمبر 2021، ص 438.

<sup>2</sup> - أمر رقم 65-76 مؤرّخ في 18 رجب عام 1396 هـ الموافق 16 يوليو سنة 1976، يتعلّق بتسميات المنشأ، ج.ر، عدد 59، مؤرخة في 25 رجب عام 1396 الموافق 23 يوليو سنة 1976

وتقاليد الصناعة في إقليم معين<sup>(1)</sup>، ومن الأمثلة على تسمية المنشأ نجد: تسمية "ماء جرجرة" المتواجد بمنطقة القبائل وهو محدّد كون الماء المعدني متواجد بالمنطقة نفسها، أو تسمية "ماء الميلق" المتواجد بالأغواط مثلاً.

وفي الأخير نشير أنّ تسميات المنشأ تحدث بناء على طلب عدّة جهات، كالوزارة المختصة وذلك بالاتفاق مع الوزارات المعنية، أو بناء على كلّ مؤسسة منشأة قانوناً، كلّ شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط مُنتج في المساحة الجغرافية المقصودة.<sup>(2)</sup>

### 3-1-5- التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

نظراً لسعي الجزائر للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، أصبح من الضروري حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، لذلك نجد أنّ المشرّع الجزائري تدخل لحماية هذا النوع من المبتكرات الفكرية بنصوص خاصة نظراً لاستحالة تطبيق نظام براءة الاختراع عليها، بسبب عدم توافرها في كثير من الأحيان على شرط النشاط الاختراعي.<sup>(3)</sup>

يعرّف علماء الإلكترونيات التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على أنّها إلكترونيات مصغّرة تعمل بأشبه الموصلات، تركّب في دائرة يطلق عليها الدائرة المتكاملة أو المدججة والتي تأخذ شكل البلورة الصغيرة المصنوعة من مادّة السليكون تسمّى رقاقة، وتوضع هذه الدوائر على صندوق أو معدن بواسطة مثبتات خارجية وتنقسم هذه الدوائر إلى نوعين: دائرة متكاملة خطيّة لها وظيفة نقل الشّحنات الإلكترونيّة، ودائرة متكاملة رقمية لها وظيفة تشغيل وتخزين المعلومات في النّظم الرّقمية كالحواسيب، تعتمد هذه الدوائر على نظام التّرميز العشري أو الثّماني، وتقوم هذه الدوائر بمهام البرمجة، كعمل الذاكرة الثّابتة (ROM) في الحاسوب.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - عبّاس حلمي المنزلاوي، "الملكية الصناعية"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1983، ص25.

<sup>2</sup> - أنظر المادّة 02 من الأمر 65-76، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - ناصر موسى، "الحماية الجزائرية للتّصاميم الشّكلية للدوائر المتكاملة في التّشريع الجزائري"، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السياسيّة، مجلّد 08، عدد 01، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2022/06/03، ص319.

<sup>4</sup> - سهيلة ذكاري، "حماية تصاميم الدوائر المتكاملة بين قانون حماية المؤلّف وقانون الملكية الصناعيّة"، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه في القانون، تخصّص: القانون الخاص، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر العاصمة، 2011، ص02.

كما يعرفها البعض على أنّها: "مجموعة من الأسلاك التي تتجمّع في وحدة صغيرة أو في مؤلّفات تندمج فيها".<sup>(1)</sup>

والمشرّع الجزائري بدوره سمّاها التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة، ونظمها بموجب الأمر 03-08<sup>(2)</sup>، حيث عرّفها في المادّة 02 منه بقولها: "يقصد في مفهوم هذا الأمر بما يأتي:

- الدّائرة المتكاملة: منتج في شكله التّهائي أو في شكله الانتقالي يكون أحد عناصره على الأقل عنصراً نشيطاً وكل الارتباطات أو جزءاً منها هي جزء متكامل من جسم و/أو سطح لقطعة من مادّة، ويكون مخصّصاً لأداء وظيفة إلكترونية.
- التصميم الشكلي، نظير الطبوغرافيا: كلّ ترتيب ثلاثي الأبعاد، مهما كانت الصّيغة التي يظهر فيها، لعناصر يكون أحدها على الأقل عنصراً نشيطاً ولكلّ وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعدّ لدائرة متكاملة بغرض التّصنيع".

ومن هنا يتّضح أنّ التصميم هو عبارة عن نموذج تمهيدي لعملية صنع الدّارة المتكاملة، والذي يوضّح لنا مختلف العناصر الإلكترونية المختلفة، وكيفية الإيصال فيما بينها.<sup>(3)</sup>، وقد عرّف الأستاذ عطية عبد الحليم صقر التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة أنّها: "إدماج عدد كبير من الوظائف الكهربائية بأسلوب معيّن في مكون صغير، يكون الغرض منه أداء وظيفة إلكترونية، وعادة ما تستخدم هذه الدّوائر في صناعة السّاعات والأجهزة الكهرو منزلية".<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - نعيم مغيب، "براءة الاختراع" (الملكية الصّناعية والتّجارية)، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، لبنان، 2009، ص101.

<sup>2</sup> - الأمر 03-08 مؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلّق بحماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة، ج.ر، عدد 44، مؤرّخة في: 23 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 23 يوليو سنة 2003، ص35.

<sup>3</sup> - ناصر موسى، مرجع سابق، ص321.

<sup>4</sup> - عطية عبد الحليم صقر، "وقف الجانب المالي من الحقوق الذهنية (حقوق الملكية الفكرية)"، بحث مقدّم للمؤتمر الثّاني للأوقاف في 13-15 شوال 1427، جامعة أمّ القرى بمكّة المكرمة، السّعودية، ص25.

### 3-2- حق الملكية الفنية والأدبية:

هي الحق الذي يكسبه المؤلف على المصنف أو على إنتاجه الفكري سواء كان فنيا أو أدبيا وسنحاول التعرض في هذا الموضوع لأركان هذا الحق، بالتعريف بالمؤلف والمصنف، ثم نتناول الطبيعة القانونية لحق المؤلف، وقد يقترب من الحق العيني أحيانا ومن الحقوق الملازمة للشخصية في أحيان أخرى وفقا لطبيعته القانونية.<sup>(1)</sup>

### 3-2-1- أركان حق الملكية الفنية والأدبية:

هناك ركنان لحق الملكية الفنية والأدبية هما: المؤلف كطرف للحق، ومحل الحق وهو المصنف.

#### أ- المؤلف (L'auteur):

يعرف المؤلف أنه: "من ينتج إنتاجا ذهنيا أيًا كان نوعه، وأيّا كانت طريقة التعبير عنه، أو أيّا كانت الأهمية التي تعطى لهذا الإنتاج أو الغرض منه، طالما كان على قدر من الابتكار."<sup>(2)</sup>، والمؤلف عرّفه المشرع الجزائري بموجب المادة 12 من الأمر 03-05 بقولها: "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه.

يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر"<sup>(3)</sup>، وبالتالي فالمؤلف هو كل شخص ينجز أو يبتكر عملا ذهنيا، وقد يكون العمل الذهني أو الابتكار عملا أدبيا يعبر عنه بالكلمات، أو عملا فنيا يخاطب به الجمهور فقد يكون رسما أو عمل مسرحي أو تصوير أو غير ذلك، والملاحظ من نص المادة 12 أعلاه أنّ المشرع أضفى صفة المؤلف على كل من يقوم بعمل إبداعي واعتبر الإبداع شرط جوهري في المؤلف، كما أن التأليف لم يقتصر حسب المادة 12 على الشخص الطبيعي بل الشخص المعنوي أيضا في مفهوم هذا الأمر، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية منها، كما تضيف المادة

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، صص (50-51).

<sup>2</sup> - مخلوف داودي، محاضرات في مقياس نظرية الحق، موجهة لطلبة السنة الثانية شريعة ليسانس LMD، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، الجزائر، 2017-2018، ص 40.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 19 يوليو 2003 م، يتعلق بحقوق المؤلف والقوق المجاورة، ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 23 يوليو سنة 2003 م.

**13** من نفس القانون أنّه يعدّ مؤلفاً لمصنّف معيّن كل شخص طبيعي أو معنوي يذكر اسمه على المصنّف أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور، أو يقدّم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المنصوص عليه في المادة **131** من هذا الأمر.

وتضيف نفس المادة أنّه إذا نشر المصنّف بدون اسم مؤلفه، فإنّ الشخص الذي يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور يعدّ ممثلاً لمالك الحقوق، ما لم يثبت خلاف ذلك، وإذا نشر المصنّف المجهول الهوية دون الإشارة إلى هويّة من يضعه في متناول الجمهور، فإنّ ممارسة الحقوق يتولّاها الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلى أن يتمّ التعرّف على هويّة مالك الحقوق.<sup>(1)</sup>

إلا أنّه طبقاً لنصّ المادة **03** من هذا الأمر رفق **03-05** السالف الذّكر فإنّه لكلّ صاحب إبداع أصلي لمصنّف أدبي أو فنيّ تمنح له الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر، كما تمنح الحماية مهما يكف نوع المصنّف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته، بمجرد إبداع المصنّف سواء كان المصنّف مثبتاً أولاً بأية وسيلة تسمح بإبلاغه للجمهور.

#### ب- المؤلف أو المصنّف (L'œuvre):

يمكن تعريف المصنّف في الفقه القانوني على أنّه: "كلّ إنتاج ذهني أيّاً كان مظهر التعبير عنه، سواءً كان ذلك بالكتابة، أو الرّسم، والتّصوير، أو الصّوت أو الحركات، أو بغير ذلك من وسائل التعبير".<sup>(2)</sup>

وبالرجوع إلى المشرّع الجزائري نجد ذكر مجموعة من المصنّفات على سبيل المثال لا الحصر بموجب المادّتين: **04** و **05** من الأمر **03-05**، تخضع للحماية بمجرد توفّر شرط الابتكار فيها، وحسب هذه الموادّ نجده قسّمها إلى نوعين: المصنّفات الأدبية والعلمية، والمصنّفات الفنيّة والموسيقية.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 13 من الأمر 03-05، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - مخلوف داودي، مرجع سابق، ص 41.

## ب1- المصنّفات الأدبية والعلمية:

### • المصنّفات الأدبية:

وهي المصنّفات التي يعبر عنها بالكلمات أيا كان محتواها، سواء كانت كتابة أو شفوية، أمّا المكتوبة فقد نصّت عليها المادة 04 من الأمر 03-05، وتشمل: المحاولات الأدبية، والبحوث العلمية والتقنية، والروايات والقصص، والقصائد الشعرية، وبرامج الحاسوب والمصنّفات الشفوية مثل: المحاضرات والخطب والمواعظ وباقي المصنّفات التي تماثلها.

أمّا المصنّفات الشفهية هي كلّ مصنّف موجه للجمهور في شكل شفوي للتأثير فيهم وهي غير مدوّنة بالكتابة ولا يجوز نشرها إلّا بإذن من مؤلفها، يتطلّب الإنتاج الشفهي مثل الكتابي جهدا ذهنيا ويظهر الإبداع إمّا في التركيب أي الإخراج أو في التعبير، و تطبق الأحكام القانونية الخاصة بحقوق المؤلّف على المحاضرات والخطب والمصنّفات الأخرى التي تماثلها حسب المادة 39 من الأمر 03-05، والمشرّع الجزائري لم يميّز على غرار نظيره الفرنسي بين المحاضرات والخطب الملقاة من قبل مواطن عادي أو من طرف رجل سياسي، فالخطاب الذي يلقيه أي مسؤول سياسي أمام الجمهور لا يصبح ملك للجميع والمنطق هنا يقضي بحفظ حقوق المعني بالأمر، وبهذا تحمي المرافعات التي يلقيها محام نتيجة عمله الشخصي.<sup>(1)</sup> والمصنّفات الشفوية حسب المادة 04 من الأمر 03-05 تشمل: المحاضرات والخطب في المصنّف المحمي، وفي المواعظ وباقي المصنّفات التي تماثلها.

### • المصنّفات العلمية:

يقصد بالمصنّفات العلمية المصنّفات التي تحمل أفكار ذات طابع علمي، وتشمل كل من مصنّفات العلوم الدّقيقة، الطّبية، الطّبيعية، التّقنية، الخرائط الجغرافية، وحتى المصنّفات الأدبية ذات الطّابع العلمي وبصفة عامة كلّ المصنّفات المتعلّقة بالعلوم، وكذا الابتكارات و الاكتشافات العلمية والبحوث والمشاريع العلمية تعتبر من المصنّفات العلمية المتمتعة بحماية حقوق المؤلّف مهما كانت أصالة التّجربة والفكرة المقدّمة.

<sup>1</sup> - صالح فرحة زراوي، الكامل في القانون التجاري الجزائري: "الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصّناعية والتّجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية"، د.ط، ابن خلدون للنشر والتّوزيع، وهران، الجزائر، 2003، صص(422-423).

## ب2- المصنّفات الفنية والموسيقية:

إنّ المصنّفات الفنية هي تلك المصنّفات التي تخاطب الحسّ الجمالي عند الجمهور مثل ما جاءت به المادة 04 من الأمر 03-05 السّالفة الذّكر، كالرّسم والرّسم الزّيتي والنّحت والنّقش والطّباعة الحجرية وفنّ الزّراي والمصنّفات التّصويرية والهندسة المعمارية، أمّا المصنّفات الموسيقية فهي أي مصنّف فنيّ يضمّ كل أنواع التّأليف بين الأصوات "التّأليف الموسيقي" سواء كان مصحوب بالكلمات أم لاء، وقد تناولتها نفس المادة في فقرتها "و" وهي: المصنّفات الموسيقية المغناة والصّامتة والفقرة "ب" وهي: المصنّفات الدرامية الموسيقية والإيقاعية..... إلخ.<sup>(1)</sup>

### 3-2-2- طبيعة حقّ المؤلّف:

ظهرت عدّة نظريات في مسألة طبيعة حقّ المؤلّف، منها نظرية حق الملكية والنّظرية الشخصية أو نظرية الوحدة، وكذا نظرية حقوق الملكية الفكرية، إلّا أنّ الاتجاه السّائد في الفقه رجّح فكرة الازدواجية هو أنّ حقّ المؤلّف من نوع خاصّ ذو طبيعة مزدوجة، وينطوي على جانبين: جانب معنوي أو أدبي، وجانب مادي أو مالي.

#### أ- الحقّ المالي للمؤلّف:

للمؤلّف حقّ مالي على مصنّفه، فله التصرف فيه خلال حياته واستغلاله في إطار القانون (الأمر 03-05)، بكلّ الأشكال لأجل الحصول على عائدات مالية، كما يمكنه دون سواه السماح للغير بذلك في إطار أحكام هذا الأمر، كأن يسمح للغير باستنساخ المصنّف بأيّ وسيلة كانت، أو وضع أصل المصنّف السّمعي البصري أو نسخ منه رهن التّداول بين الجمهور بواسطة التّأجير، أو إبلاغ المصنّف إلى الجمهور عن طريق التّمثيل أو الأداء العلنيين، أو غيرها من الأعمال المنصوص عليها في هذا الأمر<sup>(2)</sup>، وهو حق قابل للتنازل عنه، بمعنى أنّ المؤلّف يمكنه التنازل عن حقوقه لصالح ورثته وهو حق استثنائي، حيث أنّه هو الوحيد الذي يستغلّ مصنّفه كل استغلال يخضع لترخيصه، وكما للمؤلّف حقّ في استغلال حقوقه المادية

<sup>1</sup> - أنظر المادة الفقرات: "ب، هـ، و" من المادة 04 من الأمر 03-05، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 27 من الأمر 03-05، مرجع سابق.

بنفسه، له أيضا أن يتصرّف في حقوقه المالية واستغلال حقوقه المادية كونها قابلة للتنازل بين الأحياء بمقابل أو بدون مقابل، وقد تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة بسبب الوفاة طبقا للنص المادة 61 من الأمر 03-05.

والحقوق المادية للمؤلف تحظى بالحماية القانونية لفائدته وفائدة ذوي حقوقه مدّة خمسون (50) سنة تحسب من بداية السنة المدنية التي تلي تاريخ وفاته، وإذا كنا بصدد مصنف مشترك فإن مدّة الحماية السالفة الذكر يبدأ حسابها من نهاية السنة المدنية التي يتوفى فيها آخر الباقين على قيد الحياة من المشاركين، وإذا لم يكن للمتوفى من أحد المشاركين في المصنف أي ورثة فإن حصّته في التأليف المشترك يبقى تسييرها من صلاحية الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لفائدة البقية المشاركين في المصنف.<sup>(1)</sup>

أمّا إذا كنّا بصدد مصنف جماعي فإن مدّة الحماية الممنوحة للحقوق تكون خمسون (50) سنة تحسب ابتداءً من نهاية السنة المدنية التي نشر فيها المصنف طبقا للقانون لأوّل مرّة، وإذا لم ينشر المصنف خلال هذه المدة (50 سنة) من تاريخ إنجازها، حينها تحسب مدّة الحماية بداية من نهاية السنة المدنية التي وضع فيها المصنف للتداول بين الجمهور، أو من نهاية السنة المدنية التي تمّ فيها الإنجاز في حال عدم تداول المصنف خلال 50 سنة من إنجازها.<sup>(2)</sup>

## ب- الحقّ المالي للمؤلف:

يتمتع المؤلف إلى جانب الحقوق المادية بحقوق معنوية على المصنف الذي أبدعه، وتكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلّي عنها، فيتمتع المؤلف بحق الكشف عن مصنّفه الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار، ويمكنه تحويل هذا الحق للغير، وهو حق متّصل بشخصية صاحبه باعتباره نتاج فكره، فيمنح هذا الحق الأدبي للمؤلف الحق في تقدير نشره من عدمه أو تعديله أو سحبه من التداول، وهذا الحقّ الأدبي يظل قائما للمؤلف وينتقل إلى الورثة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر المادتين: 54 و 54 من الأمر 03-05، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - هذا ما أشارت إليه المادة 56 من الأمر 03-05، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر المواد: من 21 إلى 24 من الأمر 03-05، مرجع سابق.

فللحقّ الأدبي قيمة وأثر مالي كبير يصعب معه تصوّر وجود الحق المالي للمؤلف بمعزل  
عن الحق الأدبي، بحيث يصبح المصنّف عديم الفائدة إذا لم يمارس المؤلّف الصّلاحيات الأدبية  
المقرّرة له.

## الفصل الأول: أركان الحقّ.

ذكرنا فيما سبق أن الحق هو استئثار شخص بميزة معينة استثنائاً يحميه القانون، ويظهر من هذا التعريف أنّ الحقّ يفترض أولاً شخصاً معيناً يثبت له الاستئثار؛ ومن ثمّ التسلّط والاقتضاء، وعلى ذلك فالرّكن الأوّل في الحقّ هو الأشخاص أصحاب الحقوق، ثم إنّ الاستئثار ينصب على قيم أو أشياء معيّنة هي محلّ الحقّ، ومحلّ الحقّ إمّا أن يكون شيئاً كما في الحقوق العينية، وإمّا أن يكون عملاً أو امتناع عن عمل كما في الحقّ الشّخصي؛ وبالتالي فالأشياء أو الأعمال هي الرّكن الثّاني في الحقّ.

وبهذا يتحدّد موضوع دراستنا في هذا الفصل بمسألتين هما: أشخاص الحقّ، ومحلّ الحقّ، سنتناولهما من خلال المبحثين التّاليين:

### المبحث الأوّل: الأشخاص أصحاب الحقّ.

إنّ الحقّ لا يمكن تصوّره إلّا منسوباً إلى شخص من الأشخاص، كما أنّ الواجب الذي يقابل الحقّ لابدّ وأن يقع هو الآخر على عائق شخص من الأشخاص، فالحقّ يفترض إذن وجود الأشخاص من ناحيته الإيجابية والسّلبية، وللشخص معنى اصطلاحى في نطاق القانون، إذ يقصد به من يتمتّع بالشّخصية القانونية، أي من يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات، والشّخصية القانونية لا تثبت في الأصل إلّا للإنسان وهو ما يطلق عليه الشّخص الطبيعي، ومع ذلك فقد تثبت هذه الشّخصية لمجموعات من الأشخاص أو الأموال مثل الشّركات والجمعيات والمؤسّسات، وهو ما يطلق عليها الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية، حيث أنّ القانون قدّر أنّ لهذه التجمّعات قيمة اجتماعية واقتصادية يلزم معها الاعتراف لها بالصّلاحية لاكتساب الحقوق والتحمّل بالواجبات.

وعلى ذلك يجب أن نتعرّص لكلا النوعين من الأشخاص، أي الشخص الطبيعي

والشخص

الاعتباري وذلك باعتبارهما أصحاب الحقوق في المجتمع.

## المطلب الأول: الشخص الطبيعي.

إذا كانت الشخصية القانونية تلازم الإنسان منذ مولده إلى غاية وفاته، فإنه يتحتم علينا أن نتطرق في البداية لبداية الشخصية وانتهاءها، ثم إلى مميزات هذه الشخصية.

### الفرع الأول: بداية الشخصية ونهايتها.

القاعدة أنّ شخصية الإنسان تبدأ بولادته وتنقضي بوفاته، غير أنّ هذه القاعدة يرد عليها استثناء، فقد تبدأ شخصية الإنسان في حدود معينة قبل ولادته كما هو الشأن بالنسبة للجنين؛ وقد تنتهي قبل موته الفعلي، كما هو الحال بالنسبة للمفقود، وسنقوم فيما يلي بتفصيل ذلك، لتتطرق أولاً لبداية الشخصية، ثم لانقضائها.

### أولاً: بداية الشخصية القانونية.

تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري على:

"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته.

على أنّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً".<sup>(1)</sup>

من نص المادة 01/25 يتضح أنّ شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً ولو مات

بعد

لحظات من ولادته، ويقصد بتمام الولادة خروج المولود كلّ وانفصاله عن أم انفصلاً تاماً وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد بن حنبل<sup>(2)</sup>، ويمكن التعرف على حياة المولود من بعض المظاهر كالصّراخ والحركة والتنفس، أمّا إذا ولد ميتاً فلا تثبت له الشخصية القانونية، وتثبت واقعة الولادة في السجلات الرسمية المعدّة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحّة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأيّة طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - عدلت المادة 25 بالقانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، (المعدل والمتّم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975)، والمتضمّن القانون المدني، ج.ر، عدد 44، مؤرّخة في: 26 يونيو 2005 م، ص 20.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 144.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 26 من القانون المدني الجزائري.

وبالتالي فإنّ الجنين قبل انفصاله عن أمّه يعتبر جزءا منها، لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة ومع ذلك يعترف القانون للجنين ببعض الحقوق في مرحلة الحمل حفاظا على مصالحه، ويكون ذلك معلقا على شرط ولادته حيا، فله الحقّ شرعا في ثبوت نسبه من أبيه، ويرث أقاربه إذا ماتوا وهو في بطن أمّه، ويستحقّ الوصية ولو مات الموصي قبل ولادته، وتثبت تلك الحقوق للجنين إذا ولد حيا، وذلك بأثر رجعي، فيعتبر وارثا من يوم وفاة مورثه لا من يوم ولادته، أمّا إذا ولد ميتا فتزول عنه الشخصية القانونية بأثر رجعي، وبهذا لا يكون له أيّ حق من تلك الحقوق<sup>(1)</sup>، وقد أشارت إلى ذلك المادة: 02/25 من القانون المدني الجزائري بقولها: "على أنّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

ثانياً: نهاية الشخصية القانونية.

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة الطبيعية أو الوفاة الحكمية وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

#### 1- انتهاء الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية:

تنصّ المادة 26 من القانون المدني الجزائري على: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك.

وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية".

وبالتالي حسب المادة 26 أعلاه، تثبت واقعة الولادة أو الوفاة بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن إثبات واقعة الوفاة بكافة الطرق الأخرى، طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية، ويمكن أن يستدلّ على الوفاة بالمظاهر المادية الدالة عليها كانهدام الحركة وانقطاع التنفّس وتوقف القلب عن الخفقان.

ويتربّط على الوفاة أن تعتدّ الزوجة عدّة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيّام تبدأ من تاريخ الوفاة، وبعد انقضاءها يمكنها الزواج من غيره، كما يترتب على الوفاة انقضاء الشخصية القانونية، فتنتقل حقوق المتوفى المالية إلى ورثته وذلك بعد سداد ما عليه من ديون وفقا لقاعدة

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص 19.

"لا تركة إلا بعد سداد الديون"، وهناك من يرى أنّ الشّخصية القانونية للمتوفّي تستمر بعد وفاته بصفة افتراضية وذلك إلى حين سداد ديونه، وافترض ذلك أمر غير مقبول ومخالف للطّبيعة، وهذه حيلة اصطنعها الذين حاولوا إبقاء أموال المتوفّي على ذمّته حتّى يتمّ سداد الدّيون، ولا أوافق هذا القول، فالتركة تنتقل إلى الورثة ولكن لا تخلص لهم إلى حين سداد الديون، فالشّخصية القانونية لا يمكن أن تستمرّ بعد الوفاة.

ويلاحظ أنّ انتهاء الشّخصية القانونية بالوفاة ينتج عنه أيضا أنّه لا يمكن للشّخص التعبير عن إرادته إذ لا تبقى الإرادة قائمة ولا تستمرّ بعد الوفاة، لكن استثناءً تظلّ الشّروط التي اشترطها المتوفّي أحيانا قائمة ويعمل بها، كما في حالة تقرير الواقف لبعض الشّروط المنظّمة للوقف، فيعمل بها حتّى بعد وفاته.<sup>(1)</sup>

ولقد نصّت المادّة 16 من قانون الأوقاف على ما يلي<sup>(2)</sup>:

«يجوز للقاضي أن يلغي أيّ شرط من الشّروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللّزوم، أو ضارّا بمحلّ الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه».

## 2- انتهاء الشّخصية القانونيّة بالموت الحكمي:

تنتهي الشّخصية القانونية بالموت الحكمي وهو ليس موتًا فعليًا ولكنّه موت تقرّره المحكمة في أحوال معيّنة، ويسبق الحكم بالفقدان أولاً ثم يليه الحكم بالوفاة، لهذا سنتطرّق لهما تباعاً مع تبين الآثار المترتبة على كل منهما.

### 2-1- الحكم بالفقدان:

#### 2-1-1- التمييز بين المفقود والغائب:

بداية يجب أن نفرّق بين المفقود والغائب، إذ يصدر بصدد كلّ منهما الحكم بالفقدان، فالمفقود وفقاً لما نصّت عليه المادّة 109 من قانون الأسرة هو الشّخص الذي انقطعت أخباره بحيث لا يعرف مكانه وغير حاضر في محلّ إقامته أي ليس له موطن معلوم،

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 59.

<sup>2</sup> - القانون 91-10 مؤرّخ في 12 شّوال عام 1411 الموافق 27 أفريل سنة 1991 يتعلّق بالأوقاف، ج.ر، عدد 21، مؤرّخة في 23 شّوال عام 1411 هـ الموافق 08 مايو سنة 1991، ص 691.

ولا يعتبر مفقودًا إلا بموجب صدور حكم يقرّر ذلك بناءً على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة، ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة من الغياب، أمّا الغائب فقد عرّفته المادة 110، وهو الشّخص الذي يغيب عن موطنه أو محلّ إقامته ولكن حياته تكون معلومة، وقد يكون محلّ إقامته بالخارج معلومًا أو غير معلوم، وحسب المادة هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرّجوع إلى محلّ إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه وتسبّب غيابه في ضرر للغير، فيأخذ في هذه الحالة حكم المفقود.<sup>(1)</sup>

## 2-1-2- الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان:

بالنسبة للآثار التي تترتب على الحكم بالفقدان متعدّدة، أهمّها المتعلقة بأموال المفقود والمتعلّقة بالزّوجة.

### أ- بالنسبة لأموال المفقود:

تنصّ المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على: "لا يورث المفقود ولا تقسّم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيًّا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها"، حسب هذه المادة فإنّه مادام لم يصدر حكم بموت المفقود فإنّه يحتمل أن يكون حيًّا، وبالتالي لا يورث ولا تقسّم أمواله على ورثته في مرحلة الفقدان إلى غاية صدور الحكم بموته، وإذا رجع بعد غيابه فإنّ بإمكانه استرجاع ما تبقى من أمواله عينا أو قيمتها إذا تمّ بيعها<sup>(2)</sup>، والمفقود الأصل أنّه لا يرث أحدا ممّن مات من أقاربه لاحتمال موته، ومع ذلك وعلى سبيل الاحتياط يوقف للمفقود نصيبه من التّركة التي خلفها مورثه الذي كان

<sup>1</sup> - أنظر المادتين: 109 و 110 و 114 من القانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمّن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان عام 1404 م الموافق 12 يونيو سنة 1984 م.

<sup>2</sup> - المادة 115 من القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان 1404 هـ الموافق 12 يونيو 1984 م، المعدّل والمتّم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، والموافق بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأوّل عام 1426 الموافق 04 مايو 2005، ج.ر عدد 43، مؤرخة في 22 يونيو 2005.

يستحقّه لو كان حيّاً، وكذلك يحفظ ما أوصى به له <sup>(1)</sup>، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 111 من قانون الأسرة.<sup>(2)</sup>

ب- بالنسبة لزوج المفقود:

تنصّ المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري على: "لزوج المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون."، كما تنصّ الفقرة 05 من المادة 53 من نفس القانون على: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب التالية:.....5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة."

انطلاقاً من نصّ المادتين يتّضح أنّ المفقود أو الغائب يعتبر من منظور القانون حيّاً، وبالتالي فالزوجة تبقى على ذمّة زوجها لأنّه حيّاً، إلا أنّ لها حسب المادة 112 الحقّ في أن تطلب التّطليق في حال الهجر في المضجع فوق أربعة (04) أشهر، أو غاب الزوج عن بيت الزوجية بعد مضي سنة بدون أيّ عذر ولا الالتزام بالنفقة.<sup>(3)</sup>

## 2-2- الحكم بالوفاة:

سنحاول التطرّق هنا لحالات الحكم بموت المفقود ثمّ للآثار المترتبة عن الحكم بموت المفقود، وفي الأخير سيتمّ التعرّض لحالة ظهور المفقود حيّاً بعد صدور الحكم بوفاته.

### 2-2-1 الحالات التي يحكم فيها بموت المفقود:

من غير المعقول أن يستمرّ وضع المفقود معلّقاً هكذا لا يعرف أهو حيّ أم ميّت؛ لذلك نجد أنّ القانون قرّر أنّه يحكم بموت المفقود بعد فترة من فقده حتّى تسوّى المسائل الخاصّة به والمدة التي يصدر بعدها الحكم بالوفاة تكون بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص،

<sup>1</sup> - عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون، النّظرية العامّة للحقّ)، دار الثقافة للنشر والتّوزيع، د.ط، عمّان، الأردن، 2008، ص158.

<sup>2</sup> - تنصّ المادة 11 من القانون 84-11 على: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعيّن في حكمه مقدّماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلّم ما يستحقّه من ميراث أو تبرّع، مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون".

<sup>3</sup> - أنظر الفقرتين 03 و05 من المادة 53 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

وهي على فرضين: الأولى يغلب على المفقود الهلاك، والثانية لا يغلب فيها هلاك المفقود، ويحكم القاضي بوفاة المفقود بناءً على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.<sup>(1)</sup>

#### أ- الحالة التي يغلب فيها الهلاك:

إذا كان المفقود قد فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، كما إذا كان قد خرج في حرب أو فقد أثناء فيضانات أو زلازل، هنا يحكم القاضي بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات على الفقد بعد التحري<sup>(2)</sup>، ونبغي على القاضي أن يتحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة الحقيقة أي معرفة ما إذا كان حيًّا أو ميتًا قبل أن يحكم بوفاته، ويذهب البعض إلى القول أنَّ حكم القاضي بموت المفقود إذا كان قائماً على أدلة قوية تصلح لإثبات الوفاة وفاة حقيقة وليست حكمية، وكان الحكم بالوفاة حكماً مقررًا لا منشأً، فتكون الوفاة من وقت ثبوتها لا من وقت الحكم، بخلاف ما إذا كان حكم القاضي بموت المفقود قائماً على مجرد أمارات لا تصلح لأن تكون حجة في إثبات الوفاة فإنَّ الموت يكون حكمياً ويكون الحكم الذي قضى به حكماً منشأً.<sup>(3)</sup>

#### ب- الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك:

هذه الحالة تتحقق عندما لا يغلب فيها الهلاك كالمسافر للخارج أو كالذي يذهب للدراسة أو العمل في الخارج، ولم ترد عنه أخبار فهي حالات لا يغلب فيها احتمال هلاك الشخص، فقد يكون غير مكان إقامته مثلاً، ففي هذه الحالة يكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدّة المطلوبة التي يتم بعدها الحكم بالموت، ويجب في جميع الأحوال ألا تقلّ المدّة عن أربعة (04) سنوات<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر المادة 114 من القانون 84-11، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 113 من القانون 84-11، نفس المرجع.

<sup>3</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 193.

<sup>4</sup> - تنصّ المادة 113 من القانون 84-11 على: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوّض الأمر إلى القاضي في تقدير المدّة بعد مضي أربع سنوات".

## 2-2-2 الآثار المترتبة على الحكم بموت المفقود:

### أ- بالنسبة لأمواله:

تنص المادة 127 من القانون 84-11 على: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة، أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، كما تنص المادة 128 من نفس القانون على: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيًا أو حملًا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث."

وبالتالي حسب المادتين فإنه بتحقق الوفاة سواء حقيقة أو حكما بصدور حكم المحكمة بموت المفقود، فإن أموال تركة الميت توزع بين الورثة من تاريخ الموت الحقيقي أو من تاريخ الحكم بموت المفقود، وبالتالي الحكم يعتبر بمثابة تاريخ الموت الحقيقي، لأن من توفي من الورثة قبل تاريخ الحكم بالموت لا يمكنه أن يرث لأنه من شروط استحقاق الإرث حسب المادة 28 أن يكون الوارث حيًا وقت موت المورث.<sup>(1)</sup>

### ب- بالنسبة لزوجته:

بمجرد صدور الحكم بموت المفقود تترتب حقوق وواجبات للزوجه، فيجب أن تعتد هذه الأخيرة عدة الوفاة مع حقها في النفقة مع احترام الشروط المنصوص عليها في المادة 61 من نفس القانون<sup>(2)</sup>، وعدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة، كما يجوز للزوجة بعد فوات هذه المدة من العدة أن تتزوج بغيره.

## 2-2-3 ظهور المفقود حيًا بعد صدور الحكم بوفاته:

إن ظهور المحكوم عليه بالموت حيًا بعد صدور الحكم بوفاته تترتب عليه آثار قانونية مهمة بالنسبة لأمواله وزوجته نوحزها كما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر المادتين 127 و128 من القانون 84-11، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين 59 و61 من القانون 84-11، مرجع سابق.

## أ- بالنسبة لأمواله:

في حالة رجوع المفقود حيًّا بعد صدور الحكم بوفاته، فله الحقُّ في استرجاع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها<sup>1</sup>، أما ما استهلكوه أو تصرفوا فيه، فليس له حقُّ فيه، ولا يستطيع مطالبتهم بتعويض منه لأنَّهم تملَّكوه بحكم القاضي، وكذلك له حقُّ نصيبه من الإرث الذي كان قد ردَّ إلى ورثة مورثه بعد الحكم بموته، وكذلك المال الذي كان قد أوصى له به وردَّ إلى ورثة الموصي بعد الحكم بموته، ولكن مع مراعاة أنَّه لا يستطيع أن يأخذ من هذه إلا ما بقي في أيدي هؤلاء.<sup>2</sup>

## ب- بالنسبة لزوجته:

في حالة رجوع المفقود حيًّا بعد صدور الحكم بوفاته، فبالنسبة للزوجة فلم يضع لها القانون حكماً، والأصل أنَّه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فتعود زوجته إليه وتعتبر الرابطة الزوجية كأن لم تنحلِّ بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتاً، ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم، ففي هذه الحالة إذا لم يدخل بها الزوج الثاني فإنَّها تكون للزوج الأول، أما إذا دخل بها وكان حسن النية بأن لا يعلم بحياة المفقود، وقد وقع زواجه صحيحاً بعد انقضاء عدَّة الوفاة فإنَّها تكون للزوج الثاني، وإذا تخلف أحد هذين الشرطين بأن كان الزوج الثاني سيِّء النية أو أنَّه كان حسن النية لكن لم تكن عدَّة الوفاة قد احترمت كانت الزوجة للزوج الأول.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني: مميَّزات الشخص الشخص الطبيعي.

يتميَّز الشخص عن غيره بعدَّة مميَّزات أو خصائص تميَّزه عن غيره سواء في داخل الدولة أو خارجها، ويحدِّد الفقهاء هذه المميَّزات بأمر ثلاثي هي: الاسم، والموطن، والحالة التي تحدِّد مركزه بالنسبة إلى الدولة و إلى الأسرة وفي بعض الأحيان بالنسبة إلى المدن، ويضيف البعض الأهلية والذمة المالية، ونحن بدورنا سنحاول التعرُّض لمختلف مميَّزات الشخصية القانونية

<sup>1</sup> - هذا ما أكَّدته المادة 115 من القانون 84-11 في فقرتها الثانية (02)، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 254.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 150.

للشخص الطبيعي من خلال التطرق لكل من: الاسم والحالة والأهلية والموطن، وأخيرا الذمة المالية.

### أولاً: الاسم:

لكل شخص إسم يعرف به ويميّزه عن غيره، فيكون لكل شخص لقب إسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده من بعده، ويجب أن تكون الأسماء جزائية وقد تكون خلاف لذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين<sup>(1)</sup>، من خلال عبارة "يجب أن يكون" يتأكد أنّ هذه القاعدة آمرة يجب الامتثال لمضمونها، فالمشرع من خلالها أوجب ضرورة أن يكون لكل شخص طبيعي إسم ولقب يميزه عن غيره، والقانون قرّر حماية للاسم بنفس الحماية التي قرّرها للحقوق اللصيقة بالشخصية، وكلّ اعتداء على الاسم عن طريق استعماله بلا مبرر أو انتحاله ييجز لصاحبه طلب وقفه أي وقف الاعتداء على اسمه مع التعويض عمّا لحقه من ضرر<sup>(2)</sup>، وهناك أنواع أخرى للاسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة، وحمايتها تكون بقدر حماية الاسم المدني من ذلك، نذكرها بإيجاز ثمّ نتطرق إلى.

### ✓ إسم الشهرة والاسم المستعار:

اسم الشهرة هو الاسم الذي يشتهر به الشخص بين الناس أي تجري العادة على إطلاقه عليه في الوسط الذي يعيش فيه، أمّا الاسم المستعار فهو الاسم الذي يطلقه الشخص على نفسه خلافاً لاسمه الحقيقي، ويحدث هذا إمّا بغرض أن يتخفى الشخص وراء الاسم المستعار، كما إذا احترف فناً معيناً وكانت تقاليد أسرته لا تقبل ذلك، وإمّا بغرض المساعدة على الشهرة في مجال معين، كالأدب والفرق بأن كان اسمه الحقيقي صعباً أو شائعاً، فيطلق على نفسه اسماً سهلاً ومميّزاً، وكلّ من اسم الشهرة والاسم المستعار يعتبران كالاسم الحقيقي من حيث حقّ الشخص عليهما، لأنهما يميّزان الفرد عن غيره من الناس؛ ولذلك فإن الحماية القانونية للاسم الحقيقي تتقرّر لهما أيضاً.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 195.

<sup>3</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 257.

## ✓ الاسم التجاري:

هو الذي يستخدمه التاجر ويمارس تحته تجارته، ويكون مميزاً لمحلّه التجاري عن غيره من المحلات، ويختلف حقّ التاجر على هذا الاسم في طبيعته عن حقّ الشخص على اسمه فهو حقّ مالي، ولذلك يجوز التصرف فيه باعتباره عنصراً من عناصر محلّ التجاري، ومقتضى هذا الاعتبار أنّه لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن محلّ التجاري، بل يكون هذا التصرف داخلاً في نطاق التصرف في محلّ التجاري ذاته، وإذا حصل أن كان الاسم التجاري هو ذاته الاسم الخاص لصاحب المحلّ وجب على المتصرف إليه أن يضيف كلمة خلف أو خلفاء.<sup>(1)</sup>

### 1- الاسم المدني:

يقصد بالاسم المدني، الاسم الحقيقي للشخص الذي قيّد به عند ولادته في سجلّ المواليد، والذي يرد في شهادة الميلاد، ويتكوّن الاسم المدني عادة من اسم الشخص ولقبه.

### 1-1- كيفية اكتساب الاسم العائلي:

**1-1-1- اكتساب الاسم العائلي بالنسب:** وهو الطّريق الطّبيعي لاكتساب الاسم فينسب الولد إلى أبيه إذا كان الزّواج شرعيّاً، أمّا بعد وفاة الزّوج أو الطّلاق فينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر، وكذلك يثبت النسب بالإقرار أي بإقرار البنوة لمجهول النسب ولو تمّ ذلك الإقرار في مرض الموت.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص 27.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق ص ص (64-65).

## 1-1-2- اكتساب الاسم العائلي بالقانون:

تتولى الإدارة منح اللقب في حالتين هما: (1)

### أ- الأشخاص معلومو النسب الذين لا يحملون لقباً:

حدّد المشرّع الجزائري بمقتضى الأمر رقم: 66-307 المتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية<sup>(2)</sup>، وكذلك الأمر رقم: 76-07 المتضمن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الأشخاص الذين لا يحملون لقباً عائلياً<sup>(3)</sup>، الإجراءات الواجب إتباعها من قبل الأشخاص الذين لا يحملون لقباً عائلياً قصد حصولهم على لقب عائلي.

### ب- الأشخاص مجهولو النسب:

عالج المشرّع الجزائري هذه الحالة بموجب المادة 64 فقرة 04 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية<sup>(4)</sup>، التي تنصّ على أنّه: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللّقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرّح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتّخذ آخرها كلقب عائلي".

## 1-1-3- اكتساب الاسم العائلي عن طريق الزواج:

جرت العادة في الدّول الغربية على أن تحمل الزّوجة لقب زوجها طبقاً لقاعدة عرفية، ولا تفقد لقبها العائلي، فيكون لها اسمان ولها الاختيار بينهما، إذ حمل الزّوجة للقب زوجها لا يعدّ من الواجبات الزّوجية، ولقد جرى العرف على أن تفقد الزّوجة لقب زوجها بالطلاق، وأن تظلّ المرأة الأرملة محتفظة باسم زوجها إذا لم تتزوّج بعد وفاته.<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص ص(28-29).

<sup>2</sup> - الأمر 66-307 مؤرّخ في 28 جمادى الثانية عام 1386 الموافق 14 أكتوبر 1966، يتضمن شروط تأسيس الحالة المدنية، ج.ر، عدد 91، مؤرخة في 01 رجب عام 1386 هـ الموافق 25 أكتوبر 1966.

<sup>3</sup> - الأمر 76-07 مؤرّخ في 20 صفر عام 1396 الموافق 20 فبراير سنة 1976، يتضمن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الأشخاص الذين لا يحملون لقباً عائلياً، ج.ر، عدد 19، مؤرخة في 04 ربيع الأول عام 1396 الموافق 05 مارس 1976.

<sup>4</sup> - الأمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، يتعلّق بالحالة المدنية، ج.ر، عدد 21، مؤرخة في 21 ذو الحجة عام 1389 الموافق 27 فبراير سنة 1970.

<sup>5</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 65.

## 1-2- كيفية اكتساب الاسم الشخصي (Prénom):

حسب المادة 64 الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية في فقراتها الثلاث

إنّ الأب أو الأم هما المخوّل لهما اختيار أسماء أبنائهم، و في حالة عدم وجودهما فالمصرّح يقوم بذلك، على أن تكون الأسماء جزائرية، وقد لا تكون كذلك في حالة يكون للأطفال مولودين من أبوين معتنقين لديانة غير الديانة الإسلامية فيمكنهم استعمال أسماء غير إسلامية، كما تمنع الأسماء غير المستعملة كما جرت العادة أي المدونة في القائمة لدى ضابط الحالة المدنية.<sup>(1)</sup> ويمكن لأي شخص تغيير اسمه إذا وجد سبب أو مصلحة مشروعة، وذلك بموجب حكم رئيس المحكمة بناءً على طلب وكيل الدولة المرفوع إليه التماس من المعني أو الممثل الشرعي بالنسبة للقاصر.<sup>(2)</sup>

## 2- مميزات الاسم:

- ✓ للاسم مجموعة من الخصائص تميّزه عن غيره من الأنظمة تتمثّل فيما يلي:<sup>(3)</sup>
- ✓ **عدم القابلية للتصرف:** لا يقبل الاسم بطبيعته أن يكون محلاً للتصرّف فيه، فهو خارج دائرة التعامل.
- ✓ **عدم الخضوع للتقادم:** لا ينقضي حقّ الشخص على اسمه مهما طالبت مدّة عدم الاستعمال (التقادم المسقط)، كما لا يمكن للشخص أن يكتسب اسماً معيّناً بالاستعمال الهادئ المستمرّ لمدّة معينة (التقادم المكسب).
- ✓ **عدم جواز تغيير الاسم أو تصحيحه بغير اتباع إجراءات معينة:** أي أنّ القانون يستلزم إجراءات معيّنة لتغيير الاسم المدني، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً.

## 3- الحماية المقرّرة للاسم.

يحظى الاسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان بحماية قانونية أعطائها له المشرّع، وتكون هذه الحماية على كافة أنواعه دون تمييز سواء كان الاسم مدني أو مستعار أو اسم شهرة، فكلّ من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرّر وكل من انتحل اسمه له المطالبة

<sup>1</sup> - أنظر المادة 64 الفقرات : 1-2-3 من الأمر 70-20، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين : 56 و 57 من نفس الأمر.

<sup>3</sup> - سليمة بلال، مرجع سابق، ص 104.

بوقف الاعتداء مع إمكانية المطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر من جراء هذا الاعتداء، كما يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، دون الإخلال باتخاذ إجراءات المتابعة ضده بشأن جنائية التزوير إذا اقتضى الحال ذلك، وذلك بالنسبة لكل من انتحل اسم الغير، في ظروف أدت إلى قيد حكم في صحيفة السوابق القضائية لهذا الغير أو كان من الجائز أن تؤدي إلى ذلك.<sup>(1)</sup>

#### 4- الطبيعة القانونية للاسم:

اختلفت الآراء في تحديد الطبيعة القانونية للاسم، فهناك من يرى أنه واجب، إذ ليس للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم، وذهب رأي إلى أن اتخاذ الشخص لاسم معين ما هو إلا مجرد نظام إداري، نظام للبوليس المدني (Une institution de police civile)، فالاسم نظام إداري اقتضته مصلحة الدولة، وذلك لعدم الخلط بين الأفراد، فليس للشخص حق على اسمه، بل هو التزام أو واجب يقع عليه، ولكن الحقيقة هي أن الاسم ليس مجرد التزام، فهو حق يحميه القانون.

كما ذهب رأي آخر إلى القول بأن الاسم حق، فهو حق ملكية على شيء معنوي، وهناك من يرى أن الاسم حق وواجب في نفس الوقت، فهو ذو طبيعة مزدوجة إذ من واجب كل شخص أن يكون له اسم يميزه عن غيره، وبعد أن يكتسبه لا يستطيع تغييره إلا باتباع إجراءات خاصة، وذهب رأي آخر إلى أن الاسم حق من حقوق الأسرة، وانتقد هذا الرأي على أساس أن اللقيط ومجهول الأبوين يتمتعان بالاسم رغم أنهم لا ينتمون إلى أسرة. وأرى أن هذا الرأي الأخير جدير بالاعتبار، إذ أن منح اللقيط ومجهول الأبوين اسماً رغم عدم انتمائهم إلى أسرة ما هو إلا استثناء، إذ الغالب أن اسم الشخص ينتج عن انتمائه إلى أسرة معينة، وهو إلى جانب هذا حق من حقوق الشخصية.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر المادة 48 من القانون المدني الجزائري، والمادة 249 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص ص(67-68).

## ثانيًا: الحالة.

ويقصد بالحالة مجموعة الصفات التي يتّصف بها الشخص فتحدّد مركزه القانوني وتؤثّر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات، وعلى ذلك فإنّ كلّ إنسان يتّصف بصفة معيّنة تحدّد انتماءه إلى دولة معيّنة، وهذه هي الحالة السياسية أي الجنسية كما أنّ الإنسان ينتمي داخل الدّولة إلى أسرة أو عائلة معيّنة وهذه تسمى بالحالة العائلية، وفي بعض الأحيان يرتّب القانون آثار معيّنة على انتماء الشخص إلى دين أو عقيدة معينة وهو ما يسمّى بالحالة الدّينية.<sup>(1)</sup>

### 1- الحالة السياسية:

وتحدّد الحالة السياسية للشّخص بتحديد جنسيته، أي انتمائه إلى دولة معيّنة، وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشّخص وواجباته ونشاطه القانوني، ولذلك فهناك تفرقة بين الوطنيين والأجانب في كلّ الدّول من حيث نطاق ما يتمتّع به كلّ من الوطنيين والأجانب من حقوق وواجبات.

ويحدّد القانون في كلّ دولة الشّروط الواجب توافرها لكي تثبت جنسيّتها عليه، والجنسية ينظّمها القانون الجزائري (قانون الجنسية)، فهناك الجنسية الأصلية وهي التي تثبت للشّخص بمجرد ميلاده برابطتين هما:<sup>(2)</sup>

✓ **رابطة الدم:** وفق هذا المعيار تمنح الجنسية لكل من يولد لأب حامل لجنسية الدّولة حتّى ولو كان مكان الولادة خارج إقليم الدّولة (أي في دولة أجنبية).

✓ **رابطة الإقليم:** تمنح الجنسية على أساس هذا المعيار لكل شخص يولد على إقليم الدّولة مهما كانت جنسية والده، ونشير هنا أن غالبية الدّول تأخذ بالمعيارين في آن واحد فقط مع تقديم أحدهما وجعله أصلاً عاماً والآخر استثناءً، إذ هناك من الدّول من تعتمد على معيار رابطة الدم كأصل عام ورابطة الإقليم كاستثناء، وهناك دول أخرى عكس ذلك، إذ تأخذ برابطة الإقليم كأصل

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 151.

<sup>2</sup> - ليلى بن حليمة، مرجع سابق، ص 83.

عام ورابطة الدم كاستثناء، والمشرع الجزائري يأخذ بالأساس الأول كأصل عام،  
ويكمله بالأساس الثاني.<sup>(1)</sup>

كما أنّ هناك الجنسية المكتسبة أو بالتجنس، وتكون تالية على ميلاده بناءً على طلب من الشخص وموافقة الدولة، وتكتسب إما بسبب الزواج، وتكون بالزواج من مواطن جزائري سواء زواج أجنبي مع جزائرية أو أجنبية مع جزائري وذلك وفقاً لمجموعة من الشروط وهذا ما أشارت إليه المادة 09 مكرر من قانون الجنسية، أو تكتسب بسبب الإقامة لمدة معينة (07 سنوات) مع توافر بعض الشروط وهو ما يستفاد من نص المادة 10 من نفس القانون، وهناك حالات أخرى كالأجنبي الذي قدّم خدمات استثنائية للجزائر أو المصاب بعاقة أو مرض جزاء عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها، أو الأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر، وهذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون الجنسية.<sup>(2)</sup>

## 2- الحالة العائلية:

يقصد بالحالة العائلية أو المدنية، مركز الشخص في أسرة معينة بوصفه عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل (قرابة النسب)، وقد تربطه بأعضاء أسرة أخرى رابطة من قرابة المصاهرة (علاقة الزوجية).<sup>(3)</sup>، وعلى سنتطرق لأنواع القرابة وأهميتها.

### 2-1- أنواع القرابة: القرابة نوعان: قرابة نسب وقرابة مصاهرة.

#### 2-1-1- قرابة النسب:

نصت عليها المادة 32 من القانون المدني بقولها: «تتكوّن أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كلّ من يجمعهم أصل واحد.»، ومن هذا النص يتضح فالقرابة تكون إما مباشرة أو غير مباشرة (قرابة حواشي).

<sup>1</sup> - أسماء كياري، مرجع سابق، ص 61.

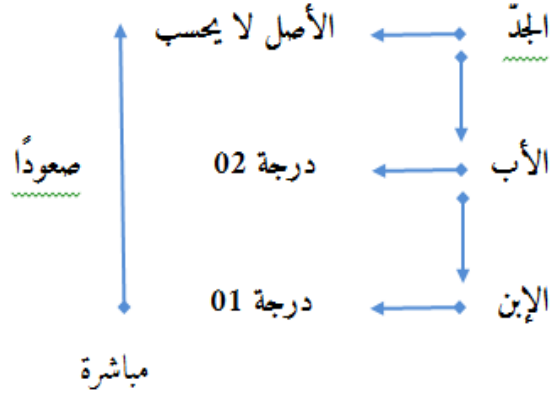
<sup>2</sup> - أنظر المواد: 09-10-11 من الأمر 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، (يعدل ويتمم الأمر 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970)، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 م.

<sup>3</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 201.

## أ- القرابة المباشرة:

نصّت عليها المادة 33 في فقرتها الأولى (01) بقولها: «القرابة المباشرة هي الصّلة ما بين الأصول والفروع.»، وبالتالي هي العلاقة التي تربط الجدّ أو الجدّة بأولادهم أو أحفادهم مثلاً، فالقرابة المباشرة تحسب باعتبار كل فرع درجة صعوداً فحساب درجة الحفيد بجده تكون كالتالي: (1)

القرابة المباشرة هي التي تربط بين الأصول والفروع أي التي تربط الجدّ بأبنائه وأحفاده مثلاً، أو قرابة الشخص لأبوه أو لجده وإن علا، وقرابته لابنه وابن ابنه وإن نزل، وكذلك قرابته لأمّه وأبوأمّه.



## ب- القرابة غير المباشرة (قرابة الحواشي):

هي التي تربط بين أشخاص يجمعهما أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر<sup>(2)</sup>، كالقرابة بين الأخ وأخيه والولد وعمّه وخاله، وتحسب درجة الحواشي بحسب الدّرجات صعوداً من الفرع للأصل ثم نزولاً إلى الفرع الآخر، وكلّ فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك، فالأخ يعتبر من الدّرجة الثانية بالنسبة لأخيه لأنّ الأصل المشترك بينهما هو الأب، وكلّ منهما يعدّ درجة بالنسبة إلى الأصل المشترك الذي هو الأب، فالجموع درجتان وهكذا، وقد سميت هذه القرابة بالقرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي لأنّ الأقارب فيها لا ينحدرون بعضهم عن بعض على خط مستقيم، وإنّما هم يوزّعون على عمودين مستقلّين للنسب يلتقيان معاً عند الأصل المشترك.<sup>(3)</sup>

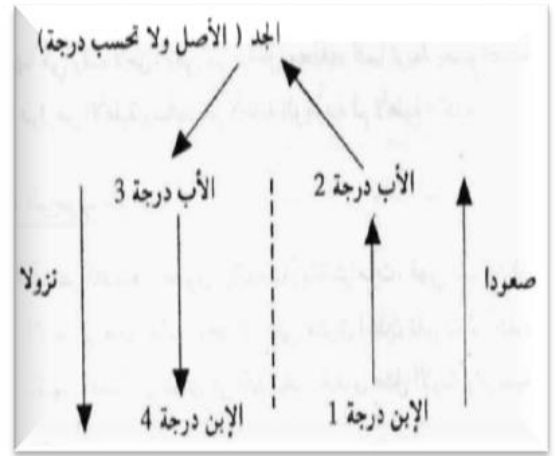
<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 71.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 33 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 201.

أما حساب درجة قرابة الحواشي فيكون كالتالي: (لنأخذ قرابة ابن العم بابين عمّه).<sup>(1)</sup>

كيفية حساب درجة القرابة نصّت عليه المادة 34 في فقرتها 02 من القانون المدني بقولها: «وعند ترتيب درجة الحواشي تعدّ الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكلّ فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة.»



## 2-1-2- قرابة المصاهرة:

نصّت عليها المادة 35 من القانون المدني بقولها: «يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.»، وبالتالي فهي قرابة تنشأ نتيجة الزواج، ويحتفظ فيها كلّ قريب بدرجة قرابته للزوج الآخر، فأخت الزوجة من الدرجة الثانية مصاهرة بالنسبة للزوج.<sup>(2)</sup>

## 2-2- أهمية القرابة: تتجلى أهمية القرابة من عدّة جوانب نوجزها كما يلي:<sup>(3)</sup>

✓ من حيث الإرث: يترتب عن القرابة أنّ الأقارب يتوارثون فيما بينهم، بخلاف قرابة المصاهرة.

✓ من حيث التعويضات المدنية: يستطيع الأقارب مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الموروث الذي ألحقه بمورثهم، أو الضرر الشخصي الذي أصابهم نتيجة وفاة مورثهم.

✓ من حيث الولاية: يتولّى الأصل ولاية الفرع إذا كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها.

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص72.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي) مرجع سابق، ص72.

<sup>3</sup> - أنظر فتحي مجيدي، ص ص(237-238)، مرجع سابق.

وانظر أيضاً فريدة محمدي (زواوي)، ص ص(73-74)، مرجع سابق.

✓ **من حيث النفقة:** يكون الأصول ملزمين بالنفقة على الفروع كما أنّ الزوج ملزم بالنفقة على الزوجة إذا توافرت أسباب النفقة.

✓ **من حيث ردّ القاضي:** يجوز طلب ردّ القاضي في أيّ مرحلة من مراحل الدّعى إذا كانت له قرابة بأحد الخصوم، هذا ما أكّده المادة 02/201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

✓ **السّركة بين الأقارب حتّى الدرجة الرابعة لا تحرك النيابة الدّعى حتّى يقدم الضّحية الشّكوى.**

### 3- الحالة الدّينية:

الأصل أنّ انتماء الشّخص لدين دون آخر لا يؤثر في شخصيّته القانونية، أي فيما يتمتّع به من حقوق وما يتحمّله من التزامات، والذي يحدّد نطاق شخصيّته من حيث حالته هو مركزه في الأسرة أو مركزه في الدولة<sup>(1)</sup>، وقد نصّ الدّستور الجزائري في مادّته الثانية (02) على: «الإسلام دين الدولة»، وبالتالي يترتب على كون الشّخص مسلمًا خضوعه لأحكام الشّريعة الإسلامية من حيث الحقوق والواجبات، وفي تعاملاته بين المسلمين ومع غير المسلمين. **ثالثًا: الأهليّة.**

الأهليّة لغة هي **الصّلاحية**: يقال فلان أهل لعمل كذا إذا كان صالحًا للقيام به، وفي اصطلاح الأصوليين صلاحية الشّخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشّخص صالحًا لأنّ تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره وصالحًا لأنّ يلتزم بهذه الحقوق على وجه يعتدّ به شرعًا، والأهلية عند فقهاء القانون الوضعي هي صلاحية الشّخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وينصرف اصطلاح الأهلية تارةً إلى ما يسمّى بأهلية الوجوب وتارةً أخرى إلى ما يسمّى بأهليّة الأداء وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنّه إذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصوّر البحث في أهلية الأداء.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص 228.

<sup>2</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 203.

وسنحاول بدورنا التطرق للأهليتين: الأولى أهلية الوجوب يكتسبها بمجرد ميلاده، أما الثانية أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق، وهي تمرّ بمراحل معيّنة، كما تستوجب عدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية وستعرض لأهلية الوجوب ثم لأهلية الأداء، ثم لعوارض وموانع الأهلية.

## 1- أهلية الوجوب:

هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته، وحفاظا على حقوق الجنين تقررت له أهلية وجوب قبل ولادته، ولكنها ناقصة، وتتمثل في اكتساب الحقوق مثل: الإرث والوصية والهبة، ويقبلها عنه وليه، وبالولادة تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة فهي مرتبطة بالشخصية القانونية وحرمان الأشخاص من أهلية الوجوب يعني حرمانهم من الشخصية القانونية.

غير أنّ المشرّع قيّد أهلية بعض الأشخاص في حالات معيّنة، فتكون لهم أهلية وجوب ناقصة في اكتساب بعض الأموال، مثال ذلك ما نصّت عليه المادة 402 من القانون المدني التي منعت القضاة والمحامين من وكتاب الضبط والموثّقين من شراء الحقوق محلّ النزاع، إذا كان النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم وإذا تمّ البيع في مثل هذه الحالة، كان باطلاً بطلاناً مطلقاً فأهلية وجوب الأشخاص المذكورين في هذه المادة أهلية ناقصة بالنسبة للتصرّفات المنصوص عليها في المادة فقط، أما بالنسبة للتصرّفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة، ويعتبر الحدّ أو التقييد من أهلية وجوب بعض الأشخاص في حالات معيّنة، أمراً استثنائياً، لا ينال من المبدأ العام الذي يقرّر ارتباط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية.<sup>(1)</sup>

## 2- أهلية الأداء.

يقصد بها صلاحية الشخص الطبيعي لمباشرة واتخاذ التصرّفات القانونية التي تؤدّي إلى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، كإبرام العقود كالبيع والإيجار والهبة والوكالة والمقاوله... الخ، وذلك النوع من الأهلية مرتبط بمستوى إدراك وتمييز الشخص الطبيعي، وبالتالي لا

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص ص(75-76).

تتوافر أهلية الأداء إلا بتوافر إرادة مدركة واعية لما سوف يقدر عليه الشخص الطبيعي من تصرفات.

وتنقسم التصرفات القانونية التي يبرمها الأشخاص الطبيعيين من حيث مدى نفعها لصاحبها إلى: تصرفات نافعة نفعاً محضاً وهي التصرفات التي تؤدي إلى غنى صاحبها وثرائه دون مقاب، وبالتالي فهي تزيد من حقوقه أو تنقص من التزاماته دون أن يتحمل هو بأي شيء في المقابل، وأخرى ضارة ضرراً محضاً وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار صاحبها دون مقاب، وبالتالي فهي تزيد من التزاماته وأعبائه دون أن يكتسب هو أي حقوق، وثالثة تصرفات دائرة بين النفع والضرر وهي التصرفات التي تؤدي إلى اغتناء صاحبها نتيجة لاكتسابه بعض الحقوق، وفي ذات الوقت تؤدي إلى افتقاره نتيجة تحمله لبعض الالتزامات مقابل تلك الحقوق المكتسبة.<sup>(1)</sup>

وتتمر أهلية الأداء بعدة مراحل، كما أنها ترتبط وتتأثر بحالة الشخص الصحية فتفترض في الشخص السليم الإرادة، كما ترتبط وتتأثر بمرض الشخص فقد يسلبه إياها، وإرادة الشخص إما أن تكون منعدمة أو ناقصة، أو كاملة.<sup>(2)</sup>

## 2-1- انعدام الأهلية:

تبدأ هذه المرحلة من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز، وبميلاد الطفل تثبت له أهلية الوجوب أو الشخصية القانونية، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الإدراك والتمييز، والصغير دون الثالثة عشرة لا يعدّ أهلاً لمباشرة أي تصرف حتى ولو كان نافعا له نفعاً محضاً، وهذا ما نصّت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

وعليه تكون جميع تصرفات عديم التمييز باطلة بطلائاً مطلقاً، ولا تصححها إجازة سواء تعلّق

الأمر بعقود التبرّع أو العقود الدائرة بين النفع والضرر، ومثال لعقود التبرّع أو عقود الاعتناء: أن يهب عديم التمييز مالاً من أمواله إلى الغير، فإنّ هذا التصرف لا يعتدّ به بل يقع باطلاً لأنّه

<sup>1</sup> - هشام طه محمود سليم، المدخل في دراسة العلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، في ضوء أحكام القانون المدني البحريني، د.ذ.د.ن، د.ط، البحرين، 1435 هـ/2014 م، ص 86.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 76.

تصرف ضارّ ضرراً محضاً بمصالح عدم التمييز، ومثال لعقود الاعتناء: أن يقبل عدم التمييز هبة معروضة عليه، فرغم أنّ هذا التصرف نافع له نفعاً محضاً فإنّه يقع باطلاً، لأنّ قبول الهبة يتطلب توافر الإدراك والذي هو منعدم لدى عدم التمييز.<sup>(1)</sup>

## 2-2- مرحلة نقص الأهلية (الصبي المميز):

تبدأ هذه المرحلة من بلوغ الشخص سنّ التمييز وهو الثالثة عشر سنة و سنّ التمييز نصّت عليه المادة 42 في فقرتها الثانية (02) من القانون المدني الجزائري، فيصبح الصبي مميّزاً وتكون له أهلية أداء ناقصة لأنّه يفترض في هذه المرحلة أنّه لم تتوافر له أسباب التمييز كاملة، والقاعدة العامة في شأن تصرفات ناقص الأهلية تتوقّف على نوعها في الحكم على تصرف الشخص في هذه المرحلة، فإذا كانت تصرفات نافعة نفعاً محضاً، فهي صحيحة، وعلى العكس من ذلك إذا كانت ضارةً ضرراً محضاً، فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً، أمّا بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنّها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي طبقاً لنصّ المادة 83 من تقنين الأسرة الجزائري.<sup>(2)</sup> أي أنّ تصرفاته قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف صراحة أو ضمناً بعد بلوغه سنّ الرشد، كما أنّ حق الإبطال يسقط بالتّقدم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية، كما أنّه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد.<sup>(3)</sup>

## 2-3- كمال الأهلية (بلوغ سنّ الرشد):

تكتمل أهلية الشخص الطبيعي ببلوغه سن 19 سنة كاملة، وتكون كلّ تصرفاته صحيحة، وهذا ما نصّت عليه المادة 40 من القانون المدني بقولها: «كلّ شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

<sup>1</sup> - سليمة بلال، مرجع سابق، ص ص(90-91).

<sup>2</sup> - نصّ المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على: "من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقّف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

<sup>3</sup> - أنظر المادتين 100 و 101 من القانون المدني الجزائري.

وسنّ الرّشد تسعة عشر (19) سنة كاملة»، وعليه وحسب نصّ هذه المادّة، يعتبر كلّ شخص بلغ سنّ 19 سنة كاملة، كامل الأهلية لإدارة أمواله والتّصرّف فيها كما يشاء، وهذا إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو بمانع من موانعها، وهذا ما سنتناوله لاحقًا.

### 3- عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية هي أمور تعتري الإنسان بعد بلوغه سنّ الرّشد، وهي إمّا أن تصيب منه العقل فتفقده التّمييز، وهذا هو شأن الجنون والعتة، وإمّا أن تفسد لديه التّدير، فتتقص من تمييزه، وهذا هو حال السّفه والغفلة، وقد تعرّض شخصيّة الفرد لهذه العوارض قبل بلوغه سنّ الرّشد، فيؤدّي ذلك إلى الحكم باستمرار الولاية والوصاية عليه، وقد تصيب هذه العوارض الفرد بعد بلوغه سنّ الرّشد فتؤدّي إلى إعدام أهليّته وإنقاصها، فهذه العوارض تتمثّل إذن في نوعين هما: نوع يعدم الأهلية كلية وهو الجنون والعتة، وآخر ينتقص منها فحسب وهو السّفه والغفلة.<sup>(1)</sup>

### 3-1- الجنون والعتة:

الجنون آفة تصيب الإنسان في عقله فتفقده التّمييز، أمّا العتة خلل يصيب العقل فيجعل الإنسان قليل الفهم مختلط الكلام، وهو يتميّز عن الجنون بكونه غير مصحوب بنوبات هيجان، ويفرّق فقهاء الشّريعة الإسلامية بين الجنون المطبق والجنون المتقطّع، فالأوّل هو الذي لا يفيق منه صاحبه أبدًا ويؤدّي إلى فقدان الأهلية على وجه مستمرّ، أمّا الثّاني فهو الذي تتخلّله فترات إفاقة يتمتّع خلالها الشّخص بأهلية كاملة، كما يرى هذا الفقه أيضًا ضرورة التّفرة بين المعتوه غير المميّز والمعتوه المميّز، بحيث يأخذ الأوّل حكم المجنون جنونا مطبقا، ويعطى للثّاني حكم الصّبي المميّز.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - عبد السّلام علي المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون، الجامعة المفتوحة للنّشر والتّوزيع، الطّبعة الثّانية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 69.

<sup>2</sup> - علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 167.

وحسنا فعل المشرّع عندما لم يفرّق بين الجنون المطبق والجنون المتقطّع، كون مسألة إثبات ذلك صعب.<sup>(1)</sup>

أمّا عن حكم التصرّفات التي تصدر من المجنون أو المعتوه فحكمها حكم الصبي غير المميّز، وقد تكفّلت ببيانها المادة 107 من قانون الأسرة، فيقع باطلاً تصرّف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرّف بعد تسجيل قرار الحجر، أمّا إذا صدر التصرّف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلّا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.<sup>(2)</sup>

### 3-2- السّفه والغفلة:

السّفه هو من يدرّ المال وينفقه على غير مقتضى العقل والشرع، أمّا ذو الغفلة فهو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرّفات الرّابحة، فيغبّن في معاملاته لسلامة نيّته وطيبة قلبه، ويعتبر السّفه وذو الغفلة حكمهما حكم ناقص الأهلية.<sup>(3)</sup>

تنصّ المادة 10 من القانون المدني الجزائري على: «كلّ من بلغ سنّ التّمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد، وكلّ من بلغ سنّ الرّشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرّره القانون.»<sup>(4)</sup>، كما تنصّ المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري على: «تعتبر تصرّفات المحجور عليه بعد

الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما.»

استناداً لنصّ المادّتين 43 من القانون المدني و107 من قانون الأسرة، نجد أن المشرّع الجزائري اعتبر السّفه وذو الغفلة في حكم الصّبي المميّز، ولكن يجب التّفريق بين حالتين للحكم على تصرّفات السّفه وذو الغفلة هما:

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 80.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

أنظر كذلك، علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 167.

<sup>3</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص 286.

<sup>4</sup> - المادة 43 معدّلة بالقانون 05-10، مرجع سابق.

✓ **قبل توقيع الحجر:** في الفترة السابقة على تسجيل طلب الحجر تعتبر جميع تصرفاتهما صحيحة، إلا إذا كانت التصرفات نتيجة استغلال (أي المتعاقد يعلم بحالة السفه) من الطرف الآخر أو تواطؤ (بين السفه والمتعاقد)، فإنها تأخذ حكم التصرفات المبرمة بعد تسجيل طلب الحجر (باطلة أو قابلة للإبطال).

✓ **بعد توقيع الحجر:** تأخذ تصرفات السفه وذي الغفلة حكم تصرفات ناقص الأهلية (غير المميز) وهذا ما شرحناه سابقاً في مراحل الأهلية، فإذا كانت ضارة لهما ضرراً محضاً تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، وإذا كانت نافعة نفعاً محضاً كانت صحيحة، أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال، ذلك لأنّ السفه والغفلة ليستا أمراض تصيب العقل بصفة علنية، ولا تذهب بالإدراك كالجنون والعتة، لهذا لا يمكن التسوية بينهما.

#### 4- موانع الأهلية:

قد يكتمل للشخص سنّ 19 سنة ويكون مميزاً ومدرّكاً للتمكّن من مباشرة تصرفاته القانونية، ومع ذلك يقوم مانع يحول دون مباشرته للتصرفات القانونية بنفسه، وإمّا يلزم لصحتها أن يقوم بها شخص آخر نيابة عنه، وهذا المانع قد يكون طبيعياً كإصابته بعاهة أو عجز جسماني، وقد يكون هذا المانع قانونياً كالحكم على الشخص بعقوبة سالبة للحرية، كما قد يكون هذا المانع مادياً بغياب الشخص.

✓ **الغيبه:** تعتبر الغيبه من الموانع التي تمنع الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، والغائب كما قلنا سابقاً هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محلّ إقامته ولكن حياته تكون معلومة، وقد يكون محلّ إقامته بالخارج معلوماً أو غير معلوم، وهو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محلّ إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه وتسبب غيابه في ضرر للغير<sup>(1)</sup>، وبمرور سنة يعيّن له وكيل إذ لم يترك وكيلاً أو مقدّماً من الأقارب أو من

<sup>1</sup> - هذا ما أشارت إليه المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الغير<sup>(1)</sup>، وتنتهي مهمته إما بعودة الغائب حيًا أو ميتًا طبيعيًا أو حكمًا بصدور الحكم الذي يثبت وفاته.

✓ **العاهة الجسمانية:** قد يصاب الإنسان بعاهة جسمانية لا تؤثر على تمييزه، وإنما على قدرته على مباشرة التصرفات القانونية، نظرًا لصعوبة إلمامه بما حوله من أمور ووقائع، وهذه العاهة قد تكون الصمم أو البكم أو العمى، وقد تكون عجزًا جسمنًا شديدًا، كالشلل في لسانه، ففي هذه الحالات قرّر القانون أنّه يجوز للمحكمة أن تعيّن له مساعد يعاونه في إبرام التصرفات القانونية.<sup>(2)</sup>

✓ **الحكم بعقوبة جنائية:** يمنع المحكوم عليه بعقوبة جنائية (كالإعدام، أو السجن المؤبد أو المؤقت من 05 سنوات إلى 20 سنة) من مباشرة حقوقه المالية، ففي حالة الحكم الشخص بعقوبة جنائية، يجب على المحكمة أن تأمر بالحجر القانوني عليه، والذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية وقت تنفيذ العقوبة الأصلية، وتبقى مسألة إدارة أمواله بالتّابع الإجراءات المقرّرة في حالة الحجر.<sup>(3)</sup>، أيضا في حالة توقف التاجر عن دفع ديونه والحكم عليه بشهر إفلاسه، يتوقّف المدين عن إدارة أمواله أو التّصرّف فيها، فيعيّن إجباريًا وكيل تفليسة لتصفية أموال المدين المفلس، فيتولّى وكيل التفليسة إدارة أموال المدين ويمارس جميع حقوق ودعاوى المدين المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدّة التفليسة.<sup>(4)</sup>

## 5- النيابة الشرعية أو القانونية:

تنصّ المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري على: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السنّ، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونًا ولي، أو وصي أو مقدّم طبقا لأحكام هذا القانون.»، والولاية إما أن تكون أصلية وهي التي تثبت للأب أو الأم بعد وفاة

<sup>1</sup> - أنظر المادة 11 من نفس القانون، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 288.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 09 مكرّر من قانون العقوبات الجزائري، أضيفت بالقانون 06-23 المؤرّخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر، عدد 84، ص 12.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 244 الفقرة 01 من القانون التجاري الجزائري.

الأب، وإمّا غير أصليّة كولاية الوصي كما في حالة الوصي الذي يختاره الأب، وقد يعيّن القاضي نائباً، كما في حالة المقدم، والولاية تكون ولاية عن النفس وتتعلّق بالتربية والحضانة والزّواج، وقد تكون ولاية على المال تتعلّق بالمحافظة على مال القاصر وإدارته.<sup>(1)</sup>

كما أنّه طبقاً لنصّ المادة 44 من القانون المدني، ففي حالة بلوغ الشّخص سنّ 19 سنة ولم تكن له أهلية أو انعدمت، فإنّ المشرّع تدخّل وأوجب على ضرورة تعيين ولي أو وصي أو قيّم.<sup>(2)</sup>

### 5-1- الولي:

بالرجوع إلى نص المادة: 87 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّ الولاية تثبت للأب على أولاده القصر ووصيّيه، والولاية هنا على مال الصغير و إذا انعدم الولي أو الوصي انتقلت الولاية إلى الأم، والولاية هنا هي التصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص، وتنتهي الولاية بعجز الولي أو عدم قدرته على أداء الولاية أو موته أو الحجر عليه أو بلوغ الصبي سنّ الرّشد.

### 5-2- الوصي:

هو كلّ من تمنح له الولاية على مال الصّغير غير وليّه الشرعي ويسمّى بالوصي المختار لأنّ الأب هو الذي يختاره، ويشترط بأن يكون بالغاً مسلماً أميناً، و سلطات الوصي هي نفسها سلطات الولي وتنتهي بنفس انتهاء سلطات الولي.

### 5-3- المقدم أو القيّم:

حسب المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري فإنّ المقدم هو الذي تعيّن المحكمة في حالة عدم وجود الولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، كالمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة.

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص ص(84-85).

<sup>2</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 239.

## رابعاً: الموطن.

إلى جانب الاسم كوسيلة لتعيين الشخص، وتمييزه عن غيره من أفراد المجتمع، يعتبر الموطن عاملاً مساعداً في هذا التعيين، على أساس أن الموطن هو ذلك المكان الذي يفترض وجود الشخص فيه على الدوام، ولو تغيب عنه في بعض الأحيان، كما من شأنه أن ييسر سبيل الوصول إلى هذا الشخص، ويعتبر ذلك عاملاً في تعيينه، والهدف من تحديد موطن معيّن لكل شخص هو تسهيل اتصال الغير به، فلكل إنسان أوجه نشاط قانونية وقضائية متعددة، فالشخص يجري المعاملات ويرمّ التصرفات مع غيره من الأشخاص، وقد يريد الغير الاتصال به بشأن هذه العلاقات، كإعلانه مثلاً بأوراق الدعاوى التي قد تقام منه أو عليه، أو مطالبته بالوفاء بما عليه من التزامات، أو التنفيذ الجبري على أمواله، ولذلك كان لابدّ كقاعدة عامة من تحديد موطن معيّن لكل شخص، حتّى يتسنى مخاطبته فيه بشأن العلاقات التي يدخل فيها مع غيره من الأفراد، فالموطن إذن هو المقرّ القانوني للشخص فيما يتعلّق بنشاطه ومعاملاته مع الغير، بحيث يعتبر موجوداً فيه على الدوام، ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة.<sup>(1)</sup>

وفيما يلي، سنتطرّق لأهمية الموطن، ثمّ لكيفية تحديده ثمّ عرض مختلف أنواعه.

### 1- أهمية الموطن: لتحديد موطن الشخص أهمية تبرز في نواحي متعددة أهمّها:<sup>(2)</sup>

#### 1-1- في المرافعات:

الأوراق القضائية بصفة عامّة، كالإنذار والتّنبية يتمّ إعلانها بتسليمها إلى المعلن إليه، أو في موطنه وذلك عن طريق محضر، وإذا سلّمت في موطن الشخص المعلنه إليه، يعتبر أنّه قد تسلّمها حتّى لو كان غائبا، لأن موطن الشخص هو المكان الذي يفترض تواجده فيه عادة.

#### 1-2- الوفاء بالالتزامات:

طبقاً للقاعدة التي تقضي بأنّ "الدائن يسعى إلى المدين"، فالوفاء بالالتزامات يكون في موطن المدين ما لم يكن محلّها شيئاً معيّناً بالذات، فإذا كان محلّها من المثليات كالنقد، يكون الوفاء بها في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، وفي هذا الصّدّد

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 126.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 89.

تنصّ المادّة 282 فقرة 02 من القانون المدني على: «أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسّسته إذا كان الالتزام متعلّقاً بهذه المؤسسة.».

### 1-3- الاختصاص المحلي للقضاء:

يتحدّد غالباً الاختصاص في النّظر في الدّعى بالمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدّعى عليه، كما في الدّعاوى المتعلّقة بالحقوق الشّخصية كالنفقة ودعاوى الطّلاق... إلخ، وللإختصاص في النّظر في الدّعى أهميّة قصوى، إذ قد يرفض القاضي النظر في الدّعى إذا لم تكن من اختصاص المحكمة التي رفعت أمامها.

### 1-4- شهر الإفلاس:

ترفع دعوى طلب الحكم بالإفلاس على المدين التّاجر إلى المحكمة التي يوجد فيها موطن المدين التّاجر.

### 2- كيفة تحديد الموطن:

لم تنتهج القوانين طريقاً واحداً في تحديد الموطن، وإنّما سلكت في ذلك سبيلين مختلفين: الأوّل يعرف بمذهب التّصوير الحكمي، والثاني يعرف بمذهب التّصوير الواقعي، ولتقدير كل من هذين المذهبين يتعيّن علينا أن نعرضهما بإيجاز كما يلي:

### 2-1- التّصوير الحكمي للموطن (المذهب الحكمي):

لا يقيم المذهب الحكمي فكرة الموطن على أساس واقعي يستند إلى محل الإقامة الفعلية، وإنّما ينأى به عن هذا المفهوم ويحدّده تحديداً حكماً يغلب فيه عنصر الافتراض على عنصر الواقع، فالموطن في عرف هذا المذهب هو المكان الذي يزاول فيه الشّخص نشاطه الرئيسي (يوجد فيه المقرّ الرئيسي لأعمال الشّخص ومصالحه) وليس المكان الذي يقيم فيه الشّخص عادة، ويقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه، بغضّ النّظر عمّا إذا كان يقيم فعلاً في هذا المكان أم لا، وعلى ذلك فموطن صاحب المصنع هو المكان الذي يوجد فيه مصنعه، وموطن التّاجر هو المكان الذي يوجد فيه متجره، ولو كان كلّ منهما يقيم في مكان آخر، بل ولو كان لا يطرق محلّ عمله إلّا نادراً بأن كان يديره من جهة بعيدة عن طريق (التّليفون أو

اللاسلكي مثلاً)، وإذا تعدّدت أفرع الأعمال، كما لو كان الشّخص يملك شركة لها أكثر من فرع، فإن موطنه يتحدّد بمقرّ المركز الرئيسي لهذه الشركة.<sup>(1)</sup>

ويتربّط على ذلك "وحدة الموطن" أي أنّ الشّخص لا يمكن أن يكون له أكثر من موطن في الوقت نفسه، وهذا ما تبناه المشرّع الجزائري في التعديل الأخير بموجب المادة 36 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المتضمّن تعديل القانون المدني، فالموطن منوط بالمركز الرئيسي للأعمال، فحتّى لو كان للشخص عدّة مراكز للأعمال فلا يكون المركز الرئيسي إلّا واحدًا منها، كما يتربّط على ذلك أيضًا "ضرورة الموطن" أي أنّه لا بدّ لكلّ شخص من موطن، فإن لم يكن له موطن خاصّ به فله موطن آبائه، وهذا في الحقيقة أمر مبالغ فيه، فكيف تحدّد موطن البدو الرّحل بهذا المنظور؟.<sup>(2)</sup>

## 2-2- التصوير الواقعي للموطن:

المذهب الواقعي لا يقيم الموطن على أساس افتراضي بحث كما فعل المذهب السابق، بل يغلب عامل الواقع على عامل الافتراض، ويحدّد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشّخص عادة (النظرة الواقعية).<sup>(3)</sup>، وهذا الاتجاه الذي تبناه المشرّع الجزائري كأصل عام، ويتربّط على هذا ما يلي:<sup>(4)</sup>

✓ أنّه يمكن أن لا يكون لبعض الأشخاص موطن كالبدو والرّحل الذين لا يستقرّون في مكان معيّن.

✓ أنّه يمكن أن يكون الشّخص مقيم في أكثر من مكان فلا يوجد ما يمنع من تعدّد الموطن، فيكون له أكثر من موطن واحد كموطن الزوج في حالة تعدّد الزوجات مثلاً. وقد انقسمت التشريعات حيال هاتين الطريقتين، فأخذت التشريعات القديمة عدا القانون المدني الإيطالي الحديث بطريقة التصوير الحكمي كالتشريع الفرنسي (في المادة 102

1- علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 128.

2- أسماء كياري، مرجع سابق، ص 64.

3- علي سيّد حسن مرجع سابق، ص 128.

4- فريدة محمدي، مرجع سابق، ص ص (91-92).

وانظر كذلك، أسماء كياري، مرجع سابق، ص 64.

ق.م)، والتّشريع الإيطالي القديم (في المادّة 16 ق.م)، وأخذت التّشريعات الأخرى بالتّصوير الواقعي للموطن، كالقانون الرّوماني، والقانون الألماني (في المادّة 07 ق.م)، والقانون المصري (في المادّة 04 ق.م)، والقانون الجزائري (في المادّة 01/36 من القانون المدني)<sup>(1)</sup>.

على أنّ المشرّع الجزائري لما جعل موطن الشّخص هو المكان الذي يوجد فيه سكناه الرّئيسي، وفي حالة عدم وجوده يقوم محل الإقامة العادي محلّ الموطن، قيّد التّصوير الواقعي للموطن، الذي يميز تعدّد الموطن، فنصّ في المادّة 36 من القانون المدني في فقرتها الثانية (02) على: «ولا يجوز أن يكون للشّخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت»، وهذا في الحقيقة مأخوذ من التّصور الحكمي للموطن، كما أنّه لم ينصّ على حالة عدم وجود الموطن (لا مقرّ السّكنى الرّئيسي ولا محلّ الإقامة)، مثل البدو الرّحل، فيعود تقدير ذلك إلى قاضي الموضوع.<sup>(2)</sup>

### 3- أنواع الموطن:

ينقسم موطن الشّخص إلى موطن عام وموطن خاص، نشرحهما بإيجاز كما يلي:

### 3-1- الموطن العام:

هو المكان الذي يقيم فيه الشّخص، وعادة في الأصل يترك تحديد هذا المكان لاختيار الشّخص وإرادته ويسمّى الموطن الذي يختار على الأساس بالموطن الاختياري أو الإرادي، ولكن هذا لا يكون إلا بالنّسبة لكاملية الأهلية، وهم البالغون سنّ الرّشد دون أن يحجز عليهم لصغرهم أو لجنونهم أو لسفه، وعلى ذلك ففي الحال التي يكون فيها الشّخص غير كامل الأهلية فإنّ القانون هو الذي يحدّد موطن الشّخص، لذلك سمّي بالموطن القانوني أو الإلزامي.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - تنصّ المادّة 36 من القانون في فقرتها الأولى (01) على: "موطن كلّ جزائري هو المحلّ الذي يوجد فيه سكناه الرّئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محلّ الإقامة العادي مقام الموطن".

<sup>2</sup> - أسماء كباري، مرجع سابق، ص ص (64-65).

<sup>3</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 198.

## أ- الموطن العام القانوني أو الإلزامي:

تنصّ المادة 38 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على: «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً»، يستفاد من نصّ هذه المادة أنّ المشرّع قد جعل موطن الأحداث والقصر، وناقصي وعديمي الأهلية والمحجور عليهم والأشخاص الذين يكونون في حكم المفقود والغائب، هو موطن من ينوب عنهم (سواء كان ولي أو وصي أو قيم.... إلخ)، إذ حدّد القانون موطن للشخص حتى ولو لم يكن الشخص مقيماً في ذلك المكان فعلاً.<sup>(1)</sup>

## ب- الموطن العام الاختياري (الإرادي):

نصّت عليه المادة 36 من القانون المدني الجزائري، وسمي بالموطن الاختياري كون إقامة الشخص في مكان معيّن ترجع إلى إرادته في اختياره، وهذا حتى نميّزه عن الموطن الإلزامي الذي يحدّده القانون لبعض الأشخاص كالقصر ومن في حكمهم، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً. والموطن العام الإرادي هو المكان الذي يختاره الشخص ليقيم فيه، وسمي موطناً عامّاً لأنّ الشخص يباشر فيه جميع تصرّفاته المدنيّة وكلّ حقوقه، ويحدّد قانوناً على أساس الإقامة الفعلية التي تتحدّد بالمكان الذي يوجد فيه سكن الشخص، وعند عدم وجود سكن يحلّ محله مكان الإقامة العادي، ويشترط في الإقامة أن تكون إقامة مستقرّة، ولا يقصد بذلك أن تكون مستمرّة بدون انقطاع، وإنّما يشترط تحقّق الاعتياد ولو تخلّلتها فترات غيبة متفاوتة، ولا تعتبر إقامة فعلية مجرّد تواجد شخص في مكان معيّن لفترة محدودة كالنّزول في الفندق مثلاً.<sup>(2)</sup>

## 3-2- الموطن الخاص:

قد يوجد للشخص إلى جانب موطنه العامّ، موطن خاصّ ببعض أعماله ببعض أعماله وعلاقاته القانونيّة، وللموطن الخاصّ ثلاثة أنواع نتناولها تباعاً كما يلي:

<sup>1</sup> - أحمد سي علي، "مدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للحقّ وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية)، دار هومة، د.ط، الجزائر، 2013، ص 99.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 93.

## أ- الموطن التجاري أو الحرفي (موطن الأعمال):

نصّ المشرّع على هذا النوع في المادة 37 بقولها: «يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة».

من هذا يتبيّن أن المقصود بموطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة معيّنة؛ وبناءً على ذلك فإنّ صاحب محلّ البقالة أو محلّ بيع الملابس أو صاحب ورشة تصليح السيارات أو الصيدلي أو المحامي أو الطيّب، كلّ منهم يكون مقرّ عمله هذا موطنًا خاصًا بالنسبة للأعمال القانونية المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة، بحيث يخاطب فيه بالنسبة لما يتعلّق بهذه الأعمال.

على أنّه يلاحظ هنا أمران: أولهما، أنّ هذا الموطن يخصّ فقط من يمارس حرفة أو تجارة، كما في الأمثلة السابقة، ولا يوجد بالنسبة لغيره، فمثلاً الموظّفون أو العمّال لا يكون مكان عملهم موطنًا خاصًا فيما يتعلّق بوظيفتهم أو عملهم، وثانيهما، أنّ الموطن الخاصّ لصاحب الحرفة أو التجارة لا يعني عدم وجود موطن عامّ له، فالموطنان يوجدان معًا، الموطن العام لشؤونه عمومًا، والخاص يقتصر على شئون الحرفة أو التجارة.<sup>(1)</sup>

## ب- موطن القاصر المأذون له بمباشرة بعض الأعمال:

من المعروف أنّ الشخص لا يبلغ سنّ الرّشد طبقًا للقانون الجزائري إلّا إذا بلغ تسعة (19) سنة، وبالتالي فإنّه قبل بلوغه هذه السنّ يعتبر قاصرًا، ويتولّى الوليّ أو الوصيّ التّيابة عنه في مباشرة أعماله القانونية كما أشرنا إليه سابقًا، ولكنّ القانون أجاز الإذن للقاصر الذي يبلغ ثمانية عشرة سنة بمباشرة الأعمال الخاصّة بإدارة الأموال التي تسلّم له متى بلغ هذه السنّ وهذا ما أشارت إليه المادّة 38 الفقرة 02 منها من القانون المدني بقولها: «غير أنّه يكون للقاصر المرشّد موطن خاص بالنسبة للتصرّفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها»<sup>(2)</sup>، وقد اعتبر القانون أنّ المكان الذي يقيم فيه عادةً القاصر البالغ من العمر 18 سنة موطنًا له بالنسبة لهذه

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص 273.

<sup>2</sup> - المادّة 38 معدّلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، عدد 44 ص 21.

الأعمال، وهو موطن خاصّ لأنّه يعتدّ به فقط بالنسبة لأعماله المتعلقة بإدارة أمواله التي تسلمها بعد بلوغه هذا السنّ، أمّا موطنه العام، فهو كما بيّنا سابقاً المكان الذي يقيم فيه من ينوب عنه (وليّه أو وصيّّه)، وهو يعتبر موطناً إلزامياً بالنسبة له، كما بيّناه سابقاً وهذا ما نصّت عليه المادّة 38 الفقرة 01 منها من القانون المدني بقولها: «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً».

### ت- الموطن المختار:

الأصل أنّ القانون هو الذي يتكفّل بتحديد الموطن، ولكنّ المشرّع أورد استثناءً على هذا الأصل حين أجاز للشخص أن يتخذ موطناً آخر غير موطنه العامّ بالنسبة لعمل معيّن أو مجموعة معيّنة من الأعمال، ويحدث هذا في الغالب، بأن يختار الشخص مكتب محاميه كموطن له في شأن تنفيذ عقد أو أي عمل قانوني آخر، فيعتبر مكتب المحامي، عندئذ موطناً مختاراً له، يخاطب فيه بكلّ الأمور التي تتعلّق بهذا العمل<sup>(1)</sup>، وقد نصت على ذلك المادّة 39 من القانون المدني بقولها: «بجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين.

يجب إثبات اختيار الموطن كتابة.

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعدّ موطناً بالنسبة إلى كلّ ما يتعلّق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحةً هذا الموطن على تصرفات معيّنة.<sup>(2)</sup>».

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى ما يتعلّق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلّا إذا اشترط صراحةً قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى، وتحديد الموطن المختار يرجع إلى محض إرادة صاحبه ودون توقّف على رضا يصدر من شخص آخر، ولكن يجب إثباته بالكتابة في جميع الأحوال، كما أنّ القاعدة في هذا الشأن أنّ الشخص لا يلزم بأن يتخذ له موطناً مختاراً بصدد عمل قانوني معيّن وإنما تترك له الحرّية في ذلك.<sup>(3)</sup>، طبقاً لنصّ المادّة 39 أعلاه إلّا أنّه في بعض الحالات يلزم القانون

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 137.

<sup>2</sup> - المادّة 39 معدّلة بموجب القانون رقم 05-10، مرجع سابق، ص 21.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 161.

الشخص بأن يتخذ له موطنًا مختارًا في مكان معلوم بصدد عمل قانوني معيّن، ومن بين هذه الحالات الحالة المنصوص عليها في المادة 941 فقرة 02 منها من القانون المدني حول البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدائن المرفوعة أمام المحكمة بقصد أخذ تخصيص على عقارات المدين بقولها: «اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة.»،

فوفقا لهذا النصّ الموطن المختار يجب أن يكون في نطاق دائرة اختصاص المحكمة، وكذلك ما نصّت عليه المادة 01/38 و 02/93 من المرسوم رقم: 63-76 المتضمّن تأسيس السّجل العقاري الصّادر في 1976/03/25.<sup>(1)</sup>

#### خامسًا: الذمّة الماليّة.

سنحاول في هذه الجزئية التطرّق إلى تعريف الذمّة المالية، ثمّ إلى تبيان أهميّتها.

#### 1- تعريف الذمّة الماليّة:

يقصد بالذمّة المالية مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات، فهي تعتبر بمثابة وعاء افتراضي تودع به حقوق الشخص المالية، فيستبعد من نطاقها وفقا لهذا التصرّو الحقوق غير المالية كالحقوق السياسية والأسرية والحقوق اللّصيقة بالشّخصية، وتتكوّن الذمّة المالية وفقا لهذا التصرّو من جانبين: أحدهما يسمّى **بالجانب الإيجابي**، والآخر يسمّى **بالجانب السلبي**.

أمّا **الجانب الإيجابي**: فيمثّل الحقوق التي يعتبر الشخص دائنًا بها، أي الحقوق التي تكون للشخص لا عليه، وتسمّى الحقوق التي تتمثّل في الجانب الإيجابي (بالأصول)، **الجانب السلبي**: يمثّل الحقوق التي يعتبر الشخص مدينًا بها لا دائنًا، فتحتوي الالتزامات التي تكون على الشخص للآخرين وتسمّى الحقوق التي يمثلها هذا الجانب (بالديون)، على ذلك يمكن أن نعرف ما إذا كان الشخص في حالة يسار أم إعسار بناءً على مقارنة الأصول بالديون، فإذا

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص ص(95-96).

زادت أصوله عن ديونه كان الشخص موسراً بلغة القانون، أمّا إذا زادت ديونه عن أصوله، كان الشخص معسراً بلغة القانون، أي أنّه مدين للآخرين.<sup>(1)</sup>

## 2-أهمية الدّمة المالية:

تتجلى أهمية الدّمة المالية في عنصرين أساسيين هما: حقّ الضمان العام، ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدّيون<sup>(2)</sup>، وهذا سنقوم بشرحه بإيجاز كما يلي:

### 2-1-حقّ الضمان العام:

تنصّ المادّة 188 من القانون المدني الجزائري على: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجود حقّ أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإنّ جميع الدّائنين متساوون تجاه هذا الضّمان.»، وبالتالي تبدو أهمية الدّمة المالية في ارتباطها بفكرة الضّمان العامّ للدّائنين، حيث أنّ حقّ الضّمان العامّ للدّائنين يتمثّل في أنّ كلّ أموال المدين في دّمته المالية ضامنة للوفاء بديونه، سواءً أكانت تلك الأموال حالة أم مستقبلية، أي موجودة وقت نشوء الدّين أم أنّها ستدخل الدّمة المالية للمدين كأموال مستقبلية أي ستستحقّ له بعد نشوء الدّين، ويلاحظ أنّ حقّ الضّمان لا يمنع المدين من التّصرّف في أمواله كيفما شاء في الفترة ما بين نشوء الدّين وحلول أجل الوفاء به، ويكون للدّائن حقّ اللّجوء إلى إحدى الدّعوى التّالية لحماية حقّه وهي: الدّعوى غير المباشرة، والدّعوى الصّورية، والدّعوى البوليصة.<sup>(3)</sup>

### 2-2-قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدّيون:

تعتبر الدّمة المالية بمثابة وحدة واحدة، يرتبط فيها الجانب الإيجابي بالسّلب، وعلى ذلك فإنّها تنتقل بوفاة الشخص إلى الورثة، بجانبها معاً الإيجابي والسّلب، مع ملاحظة هامّة أنّ الدّيون التي على المورث للغير يجب أن توفّى من أموال تركته أولاً قبل أن يوزّع الميراث على

<sup>1</sup> - مروة عبد السلام أبو العلا الطحان، المدخل للعلوم القانونية: "نظرية الحق"، د.ذ دار النّشر، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2021-2022، ص61.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص97.

أنظر كذلك، مروة عبد السلام أبو العلا الطحان، نفس المرجع السّابق، ص62.

<sup>3</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، صص(97-98).

الورثة، لكن تسدّد ديونه في حدود تلك التركة فقط، أي أنّه لا يجوز أن يلتزم الورثة بسداد ديون المورث من أموالهم الخاصّة، إذا ما نفدت تركته، ولم تكن كافية للوفاء بكلّ ديونه، كلّ ما هنالك أنّه من الممكن أن يختار الورثة إرضاء الله وترحمًا لمورثهم سداد ديونه من أموالهم الخاصّة، لكن لا يوجد ما يلزمهم بذلك وفقًا للقانون.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: الشخص الاعتباري أو المعنوي.

إن الشخصية القانونية التي سبق وأن عرّفناها بأنّها الصّلاحية لاكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات لا تقتصر فقط على الشخص الطبيعي (الإنسان)، وإمّا يمكن أن تمنح هذه الشخصية قانونًا لكيان معيّن، أي لمجموعة أموال وأشخاص اتّحدوا في صورة كيان يمثلهم، ويقوم بالتصرّفات القانونية بغرض تحقيق هدف معيّن، وقد اعترف القانون لمجموعات الأشخاص أو الأموال بالشخصية القانونية حتّى تتمكّن من تحقيق الأهداف التي لا يمكن للإنسان بمفرده تحقيقها، وعلى هذا ويمكن تعريف الشخص الاعتباري بأنّه "مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تقدم على تحقيق غرض معيّن، ويمنحها القانون الشخصية القانونية لتحقيق ذلك".<sup>(2)</sup>

وللحديث عن الشخص الاعتباري يجدر بنا التطرّق إلى طبيعة الشخص الاعتباري، وبدأ الشخصية الاعتبارية ونهايتها، وخصائصه وأنواعه.

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية للشخص المعنوي.

ثار جدال فقهي كبير بين الفقهاء حول فكرة تحديد الطبيعة القانونية للأشخاص المعنويّة أو الاعتبارية، ولن نستطيع في نطاق هذه الدّراسة المحدودة أن نتبّع كلّ النظريات التي قيلت في هذا الشأن، ولذا سنكتفى بعرض الاتجاهات الثلاثة الرئيسيّة، فنتكلّم بشيء من الإيجاز عن الرأي المنكر للشخصية المعنوية، ثمّ عن نظرية الافتراض القانوني، ثمّ عن نظرية الشخصية الحقيقية.

<sup>1</sup> - مروّة عبد السّلام أبو العلا الطحان، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 214.

## أولاً: النظريات المنكرة لفكرة الشخصية المعنوية.

ذهب جانب من الفقه إلى أنّ الشّخصية لا يمكن أن تثبت لغير الإنسان، ولذلك لا يجوز إضفاء هذا الوصف على ما اصطلح بتسميته بالأشخاص المعنوية، سيما وأنّ هناك من النّظم القانونية ما يغني عن اللّجوء إلى هذا التحايل الذي يخالف الحقيقة والمنطق، ويحقّق نفس الأغراض المبتغاة من فكرة الشّخصية الاعتبارية، ومن أهم هذه النّظريات اثنتان هما: نظرية ذمة التّخصيص، ونظرية الملكية المشتركة أو الجماعية.<sup>(1)</sup>

### 1- نظرية ذمة التّخصيص:

قال بهذه النّظرية الفقيه الألماني "برانز"، فهو يرى أن مجرد تخصيص مجموعة معيّنة من الأموال لغرض معلوم يجعل لها ذمة مستقلة عن ذمم الأشخاص الدّاخلين في تكوينها، ويدّعي أنّ فكرة ذمة التّخصيص هذه تغني عن اللّجوء إلى الاصطناع من غير مقتضى، لأنّها تضيي على الجمعية أو الشّركة أو المؤسّسة ذمة مالية، دون ما حاجة إلى خلع وصف الشّخصية عليها، لأنّ هذا الوصف لا يمكن أن يثبت لغير الإنسان.

وتعرّضت هذه الفكرة إلى نقد كبير إذ أنّه يمكن وجود ذمة مالية دون شخص طبيعي أي وجود أموال بدون دائن لها وهو صاحبها، ويمكن أن تنشأ التزامات بغير مدين لها وهذا أمر بعيد عن الواقع وغير منطقي لكنّه أدّى إلى وجود شخص قانوني تنسب إليه هذه الأموال وهو شخص اعتباري.<sup>(2)</sup>

### 2- ونظرية الملكية المشتركة أو الجماعية:

يرى أصحاب هذه النّظرية أنّ الإنسان هو وحده الشّخص الحقيقي في نظر القانون، وأنّ إعطاء الشّخصية لغيره من التّكوينات الاجتماعية مجرد افتراض لا جدوى منه، وقد أخذ بهذه النّظرية في فرنسا "بلانيول"، والذي قام باستبدال فكرة الشّخص الاعتباري بفكرة الملكية المشتركة، أي الملكية التي تنتمي إلى مجموعة من النّاس ويكون أصحاب الحقّ هم أعضاء هذه المجموعة، أمّا اعتبار المجموعة كائناً قائماً بذاته مستقلاً عن أعضاء المجموعة المكوّنين لها فهو

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 207.

<sup>2</sup> - أمال علّال، مرجع سابق، ص 62.

عند "بلانيول" تجريد لا أساس له من الحقيقة، وعيب هذه النظرية أنّها تنظر إلى المال باعتباره الشيء الرئيسي في فكرة الشخص الاعتباري، وهذا ليس بحق إذ أنّ الأمر الرئيسي الذي دعا لوجود أو نشوء الشخص الاعتباري ليس هو المال، بل هو الغرض الذي يراد تحقيقه من وراءه، ناهيك عن وجود الأشخاص الاعتبارية يعتبر المال فيها عنصرًا ثانويًا كالنوادي والتّقابات والجمعيات العلمية والدينية... إلخ، وحتى لو أخذنا بفكرة الملكية المشتركة بدلاً من فكرة الشخصية الاعتبارية، فإنّ الفكرة الأولى نفسها غامضة وغير واقعية، كما أنّه لا يتصوّر إمكانية مساءلة البديل الذي تدعوا إليه نظرية الملكية المشتركة، باعتباره ليس شخصًا قانونيًا.<sup>(1)</sup>

ثانيًا: نظرية الافتراض القانوني.

يرى أصحاب المذهب الفردي وعلى رأسهم الفقيه "سافيني" أنّ الشخص الطبيعي هو وحده الذي يصلح أن يكون طرفًا في الحقّ لأنّه هو الوحيد الذي له وجود حقيقي، ويملك إرادة يعتدّ بها القانون، ويرجع ذلك حسبهم لاعتبار الحق عندهم سلطة إرادية، ويرون أنّ الشخص المعنوي ليس له وجود حقيقي وليست له إرادة بطبيعته، ولكن المشرّع يستطيع إذا رأى فائدة اجتماعية من إنشائه أن يخلقه خلقًا، ويفترض له الشخصية القانونية.<sup>(2)</sup>

ثالثًا: نظرية الشخصية الحقيقية.

اتّجه جمهور الفقه الحديث إلى دحض نظرية الافتراض القانوني التقليدي واستبدلوا نظرية معاكسة بها، تنظر إلى الشخص الاعتباري إلى أنّه حقيقة واقعة، وعلى الرّغم من أنّ أنصار هذه النظرية اتّفقوا على الصّفة الحقيقة للشخص الاعتباري إلّا أنّهم اختلفوا في سبيل تأكيد هذه الصّفة، واتّبعت مذاهب شتى، تسعى جميعها إلى إقامة الشخصية الاعتبارية على أساس موضوعي بعيدًا عن المعيار الشكلي المطلق الذي تأخذ به نظرية الافتراض وهو ارتباط الشخص الاعتباري بإرادة المشرّع.

وفي ضوء ذلك الخلاف بين أنصار نظرية الحقيقة، برزت آراء مغالية في تصوير الشخص الاعتباري، فذهب البعض إلى القول بأنّ الشخص الاعتباري ليس فقط حقيقة من

<sup>1</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 217.

<sup>2</sup> - جلول محدّ، مرجع سابق، ص 41.

التّاحية القانونية، بل هو أيضاً حقيقة بيولوجية وفيزيقية، بل لقد ذهب أحدهم إلى القول بأنّ من بين الأشخاص الاعتبارية من يمكن تحديد ذكوره أو أنوثته، والنتيجة الرئيسية التي تسعى النظرة الحقيقية للوصول إليها هي الاعتراف بوجود الشّخصية الاعتبارية بتوافر عناصرها دون أن يتوقّف ذلك على إرادة المشرّع، أي يريدون التّأكيد على أنّ المشرّع لا يخلق الشّخصية الاعتبارية من العدم وإنّما يكشف وجودها.<sup>(1)</sup>

**الفرع الثّاني: بداية الشّخصية الاعتبارية ونهايتها.**

**أولاً: بداية الشّخصية الاعتبارية.**

لا يدخل الكائن الاجتماعي في نطاق الحياة القانونية ولا يكتسب الشخصية القانونية إلّا باعتراف المشرّع به، سواء كان اعترافاً عاماً أو اعترافاً خاصاً، وهذا الاعتراف يشكّل الوسيلة التي يتحقّق عن طريقها المشرّع من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الاجتماعي، وذلك بالتحقّق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه، وقد تبنّى المشرّع طريقتي الاعتراف العام والاعتراف الخاص، فما هو المقصود بكلّ منهما؟.<sup>(2)</sup>

### **1- الاعتراف العام:**

ومقتضى الاعتراف العام أن يضع المشرّع مسبقاً شروطاً عامة، إذا توافرت مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه المجموعة الشّخصية الاعتبارية بقوة القانون، دون حاجة إلى إذن خاص من جانب المشرّع بصدد كل جماعة أو مجموعة منها على حدّ.<sup>(3)</sup>

فنشأ الشّخصية القانونية للشّخص الاعتباري من تاريخ صدور النصّ القانوني الذي أسّس لوجوده، وبالنسبة للدولة تبدأ شخصيتها الاعتبارية من يوم اكتمال عناصرها الأربعة: الشعب، الإقليم، سلطة ذات سيادة، الاعتراف الدّولي بها، أمّا بالنسبة للولاية والبلدية باعتبارهما أشخاصاً معنوية إقليمية فمن تاريخ صدور قانون إنشائها الذي يحدّد اسمها

<sup>1</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 216.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 200.

<sup>3</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 218.

وشخصيّتها القانونية ومجالها الجغرافي، وبالتّسبة للجمعيّات فمن تاريخ قرار اعتمادها، والشّركات والمؤسّسات الخاصّة فمن تاريخ صدور قانونها التّأسيسي، الذي يسجّل في سجلّات التّوثيق وينشر ويشهّر عن طريق الصّحف اليومية حتّى يعلم الجمهور بوجودها.<sup>(1)</sup>

## 2- الاعتراف الخاصّ:

الاعتراف الخاصّ يتطلّب لاكتساب الشّخصية الاعتبارية صدور إذن أو ترخيص خاصّ بذلك لكلّ جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال على حدى.<sup>(2)</sup> وهذا النّوع من الاعتراف يمكّن المشرّع من مواجهة ما قد يجدّ في المستقبل من مجموعات أشخاص أو مجموعات أموال لا تدخل في أحد الأشكال التي حدّدها القانون على سبيل الحصر، وتقتضي الضّرورة والمصلحة الاعتراف لها بالشّخصية القانونية.<sup>(3)</sup>

## ثانيًا: نهاية الشّخصية الاعتبارية.

ينقضي الشّخص المعنوي أو الاعتباري بأسباب متعدّدة نوجزها كما يلي:

### 1- تنقضي الشّخصية القانونية للشّخص الاعتباري العامّ باختلاف أنواعه كما يلي:<sup>(4)</sup>

- نزول الشّخصية القانونية للدّولة بزوال أحد أركانها الثلاثة المتمثلة في الشّعب والإقليم والسلطة.
- نزول الولاية بصدر قانون إلغائها أو إدماجها في ولاية أخرى.
- تنقضي الشّخصية القانونية للبلدية بموجب قرار ولائي إذا كان إقليمها في حدود تراب ولاية واحدة، أمّا إذا كان إقليمها تتقاسمه ولايتان متجاورتان أو أكثر، فإنّ انقضاءها يكون بموجب قرار من وزير الدّاخلية، فتدمج البلدية التي تمّ إلغاؤها إلى وحدة إدارية أخرى بموجب قانون الإلغاء والإدماج من طرف السلطة المختصّة بتأسيسها.
- تنقضي الشّخصية القانونية للمؤسّسات العامّة بإلغائها أو بإدماجها في مؤسّسة عامّة أخرى بموجب قانون تصدره السلطة المختصّة بتأسيسها.

<sup>1</sup> - جلول محدّده، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> - يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 218.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 201.

<sup>4</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص ص (144-145).

## 2-تنقضي الشخصية القانونية للشخص الاعتباري الخاصّ بالأسباب التالية:<sup>(1)</sup>

- حلول أجل انقضائها المحدّد في قانون إنشائها.
- تنتهي بتحقيق الغرض من إنشائها، أو أصبح الغرض مستحيل تحقيقه.
- تنتهي الشركة باتّفاق الشركاء على حلّها.
- كما تنتهي بإشهار إفلاسها.
- كما تنتهي بصدور حكم قضائي يقضي بحلّ الشخص الاعتباري
- صدور قانون بإلغائها من السّلطة التي أصدرت قانون إنشائها.

### الفرع الثالث: خصائص الشخص الاعتباري.

للشخص الاعتباري خصائص تميّزه عن غيره، كما هو الحال في الشخص الطبيعي، فالشخص الاعتباري أيضاً له أهلية واسم وموطن وحالة وذمة مالية، سندرسها على النحو التالي:

#### أولاً: أهلية الشخص الاعتباري.

للشخص الاعتباري أهلية وجوب وأهلية أداء كاملة بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية يباشرها بواسطة نائب يمثله ويعبّر عن إرادته، فإذا كان للشخص الاعتباري أهلية وجوب فهي تختلف اختلافاً كلياً عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي، فهو لا يمرّ بمرحلتين عدم التمييز والتمييز، كما أنّه لا تطرأ عليه عوارض الأهلية كالإنسان، وبما أنّ أهلية الأداء كمبدأ عام تقوم على الإرادة، وباعتبار أنّ الشخص الاعتباري ليس له هذه الصفة التي تمكّنه من مباشرة الحقوق وتحمل الالتزامات، فإنّ ممثله من الأشخاص الطبيعية هو الذي يعبّر عن إرادته ومباشرة الأعمال القانونية باسمه.

#### 1-أهلية الوجوب:

طالما أنّ الشخص الاعتباري يتمتّع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي، فإنّه لا بدّ أن يتمتّع كذلك بأهلية وجوب، أي صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل بالالتزامات،

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص 47.

أنظر أيضاً، ليلي بن حليمة، مرجع سابق، ص 97.

ونلاحظ في هذا الصدد أنّ الشخص الاعتباري لا يمكن أن يتساوى مع الشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق والالتزامات له أو عليه؛ لأنّه يختلف عن الشخص الطبيعي وهو الإنسان في طبيعته وتكوينه وغرضه؛ وبالتالي فإنّ هذا الاختلاف يؤدّي لاختلاف مدى الحقوق التي تثبت له أو الالتزامات التي يتحمّلها، وعلى ذلك فإنّ الشخص الطبيعي لا تثبت له الحقوق التي تثبت للإنسان بصفته إنساناً كحقوق الأسرة؛ لأنّها ناشئة عن الزواج أو الطلاق أو القرابة، وحقوق الإرث، والتّفقة، والتّسبب، وما إلى ذلك لا يكتسبها الشخص الاعتباري، وذلك لتنافيها مع طبيعته، ولا يثبت للشخص الاعتباري حقّ السّكنى لأنّ هذا الحقّ لا يكون إلّا للشخص الطبيعي<sup>(1)</sup>، كما أنّه لا يرث، باستثناء الدّولة إذ تؤوّل إليها أموال من لا وارث له أو التي تخلّى عنها الورثة، وهذا ما نصّت عليه المادة 180 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري بقولها: «إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصة آلت التّركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامّة.»

ولكن يجوز أن يوصى بوصيّة للشخص الاعتباري، أمّا الحقوق الشّخصية المتعلّقة بالكيان الأدبي، فإنّها تثبت للشخص المعنوي، فيكون له الحقّ في سمعته واسمه وحمايته، وتثبت له كذلك أهليّة التّقاضي، وبصفة عامّة فإنّ أهلية وجوب الشخص الاعتباري يحكمها مبدأ التّخصيص "Princip de la spécialité"، فالشخص الطبيعي صالح لاكتساب الحقوق والتحمّل دون تحديد أو تقييد بشرط عدم مخالفة النّظام العام والآداب العامّة، بينما الشخص المعنوي باعتبار أنّه وجد لتحقيق غرض معيّن فإنّ نشاطه ينحصر في الحدود التي يقتضيها الهدف أو الغرض الذي وجد من أجله، فلا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات إلّا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض أو الهدف.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص (297-298).

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص (115-116).

## 2-أهلية الأداء:

نظراً لارتباط أهلية الأداء بالإدراك والتمييز، فلا يمكن الاعتراف للشخص الاعتباري بتلك الأهلية، ومن ثم فإنَّ الضرورة تفرض قيام شخص طبيعي بمباشرة التصرفات القانونية نيابةً عن الشخص الاعتباري وحسابه، وهو ما يقوم به مدير الشركة أو رئيس مجلس إدارتها.<sup>(1)</sup> لكن يجب ألا يفهم من عدم إمكانية الشخص المعنوي القيام بعمله إلا بواسطة ممثله انعدام الأهلية لديه، إذ القانون يعتبر الإرادة التي يعبر عنها ممثل الشخص المعنوي والأعمال التي يقوم بها، بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوي، وقد يتولّى تمثيل نشاط الشخص المعنوي، فرد أو شخص، كرئيس الدولة مثلاً أو الوالي... إلخ، كما قد تتولاه هيئة كالمجالس المحلية والجمعيات العمومية، وعلى هذا يعدّ الشخص المعنوي مسؤولاً مسؤولية شخصية عن أعمال هذا النائب، ويلاحظ أنه وفقاً لمبدأ التخصيص فإنَّ أهلية أداء الشخص المعنوي تنحصر في حدود الغرض المخصّص له والذي نشأ من أجله.<sup>(2)</sup>

### ثانياً: إسم الشخص الاعتباري.

لكل شخص اعتباري اسم يميّزه عن بقية الأشخاص الاعتبارية، يتوجّب ذكره في القانون الأساسي للشخص الاعتباري، وعادةً ما يتم اختيار هذا الاسم من الغرض الذي أنشأ من أجله فمثلاً: الجمعية التي تهدف لحماية المستهلك تسمّى جمعية حماية المستهلكين، كذلك يكون اسم بعض الشركات الخاصة بكتابة اسم أحد الشركاء وتضاف له وشركاؤه، ويلاحظ أن الاسم التجاري في الشركات التجارية له قيمة مالية، ويمكن التصرف فيه في إطار التصرف في المحلّ التجاري، أمّا الأشخاص الاعتبارية الأخرى فحقّها على الاسم حقّ معنوي لا يمكن التصرف فيه، والقانون يحمي اسم الشخص الاعتباري كما يحمي إسم الشخص الطبيعي، فيكون للشخص الاعتباري المطالبة قضائياً بوقف الاعتداء والتعويض عن الضرر.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - هشام طه محمود سليم، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 116.

<sup>3</sup> - نجار لويّزة، مرجع سابق، ص 56.

### ثالثاً: موطن الشخص الاعتباري.

من المهمّ والضّروري أن يكون للشخص الاعتباري موطن، حيث تنصّ المادة 50 في فقرتها الثالثة 03 من القانون المدني الجزائري على: «موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها»، كما نصّت على ذلك المادة 547 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأولى (01) بقولها: «يكون موطن الشركة في مركز الشركة»، وبالتالي فإنّ موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، أمّا بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر، فحسب المادة 50 السّالفة الذّكر يعتبر مركزها في نظر القانون الدّاخل في الجزائر.<sup>(1)</sup>

وبهذا فإنّه يجب تعيين وتحديد موطن الشخص الاعتباري حتى يمكن مخاطبته وتبليغه مختلف الخطابات، ومن ثمّ فهو يتمتّع بموطن خاصّ به ومستقلّ عن موطن الأشخاص المكوّنين له، وتظهر أهميّة الموطن كذلك بالنسبة للشخص الاعتباري وذلك من النّاحية القانونية من حيث تحديد الاختصاص القضائي.<sup>(2)</sup>

### رابعاً: حالة الشخص الاعتباري.

بديهي أنّه ليس للشخص الاعتباري حالة مدنية لاستحالة أن يكون له أسرة، كما أنّه ليس له دين، لذلك فإنّ حالة الشخص الاعتباري مقصورة على حالته من نّاحية الجنسية، أي انتسابه إلى دولة معيّنة، وتأخذ الدّول عادة في منح جنسيّتها للأشخاص الاعتبارية بأحد المعيارين التّاليين:<sup>(3)</sup>

#### 1- معيار مكان التأسيس:

وبموجب هذا المعيار تمنح الدّولة جنسيّتها لكلّ شخص معنوي يتمّ تأسيسه بها وفقاً لقانونها.

<sup>1</sup> - تنصّ الفقرة الرابعة (04) من المادة 50 من القانون التجاري على: "الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الدّاخل في الجزائر".

<sup>2</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص 49.

<sup>3</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 220.

## 2- معيار المركز الرئيسي للإدارة:

ومفاده أن تمنح للشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد بها مركز إدارته الرئيسي، وإن كان القضاء في معظم الدول التي تأخذ بهذا الأساس يشترط أن يكون هذا المركز جدياً وليس صورياً.<sup>(1)</sup>

ولقد اعتبر بعض الفقهاء أن الجنسية بالنسبة للشركة أهم من الجنسية للشخص الطبيعي ذلك لأنه إذا كان من الممكن وجود شخص عديم الجنسية، فمن غير المتصور وجود شركة بدون جنسية، فمن الضروري أن تكون لها جنسية، والاتجاه الغالب في معظم التشريعات هو إعطاء الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي.

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لجنسية الشخص المعنوي، ولكن يمكن أن يستخلص من المادة 50 الفقرة 04 منها من القانون المدني الجزائري أنه تخضع كل شركة تمارس نشاط في الجزائر إلى القانون الداخلي، أي تكون لهذه الشركة الجنسية الجزائرية بمجرد ممارستها لنشاط في الجزائر ويطبق عليها القانون الجزائري<sup>(2)</sup>، إذ نصت المادة 04/50 على ما يلي: «الشركات التي يكون مركزها في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر».

### خامساً: الذمة المالية للشخص الاعتباري.

متى نشأ الشخص الاعتباري تكون له ذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية للأعضاء المكونين له، وتضم هذه الذمة ما للشخص من حقوق مالية أو عليه من التزامات مالية، ويترتب على وجود ذمة مستقلة للشخص الاعتباري أن دائني الأفراد المكونين للشخص الاعتباري لا يستطيعون مطالبة الشخص الاعتباري بهذه الديون الخاصة بالأفراد، كما أن دائني الشخص الاعتباري نفسه لا يستطيعون كقاعدة عامة أن يطالبوا الأفراد المكونين له بديونهم لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص المعنوي، فلا تعدّ ضماناً، واستقلال الذمة المالية

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 238.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 118.

للشخص الاعتباري يعتبر عاملاً هاماً في تمكينه من الاستمرار في نشاطه من أجل تحقيق الغرض الذي قام من أجله.<sup>(1)</sup>

كما نشير أيضاً أنّ إعلان إفلاس الشركة مستقلّ أيضاً عن إعلان إفلاس الشركاء أو المؤسسين، وتخضع أرباح الشركة لضرائب مستقلة عن الضرائب التي يخضع لها الشركاء، باستثناء شركة التضامن إذ لا يوجد فيها فرق بين المال الخاص للشريك والمال المملوك للشركة، إذ يسأل الشركاء فيها عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، أمّا فيما عدا هذا الاستثناء فإنّ أصول الشخص المعنوي هو الضمان الوحيد لخصومه الدائنين<sup>(2)</sup>.

#### سادساً: مسؤولية الشخص الاعتباري.

إنّ طبيعة الشخص المعنوي الخاصة والتي جعلته لا يستطيع القيام بالتصرّفات القانونية بنفسه بل بواسطة نائبه أو ممثله، تثير أيضاً مسألة تحديد مسؤولية الشخص المعنوي عندما يترتب على هذه التصرّفات أو عن أعمال ممثله أو نائبه ضرراً يلحق الغير، فبخصوص المسؤولية المدنية فالشخص الاعتباري يكون مسؤولاً عن عمل ممثله ما دام هذا الأخير يكون قد سبّب ضرراً للغير نتيجة للنشاط الذي يقوم به لحساب الشخص الاعتباري، ويكون مسؤولاً مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أمّا فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية فإنّه إذا كان من المستحيل تطبيق العقوبات الجسمانية على الأشخاص المعنوية (ليس لها أجساد تحبس ولا أعناق تشنق) فإنه من الممكن أن تطبق عليها العقوبات التي تتلاءم مع طبيعتها، كالمصادرة والغرامة المالية والحل... إلخ.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 300.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، رجع سابق، ص 119.

<sup>3</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، نفس الرجوع، ص 119.

## المبحث الثاني: محلّ الحقّ.

بعد أن انتهينا من الكلام عن الركن الأول للحقّ، نتناول فيما يلي ركنه الثاني وهو محلّ الحقّ ومحلّ الحقّ هو موضوعه، فإذا كان للحقّ صاحب هو الشخص فله كذلك محلّ، ومحلّ الحقّ يختلف عن مضمون الحق فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التي يعطيها الحقّ ويحوّلها لصاحبه بينما محلّ الحقّ هو ما يرد أو يقع عليه الحقّ بمضمونه هذا من شيء أو عمل، فمثلاً مضمون حقّ الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرّف، بينما يعتبر الشيء الذي تنصبّ عليه هذه السلطات هو محلّ هذا الحقّ، ومحلّ الحقّ قد يكون عملاً، كما هو الحال بخصوص الحقّ الشخصي كما أنّ محلّ الحقّ قد يرد على شيء ماديّ كما هو الحال بخصوص الحقّ العيني، أو شيء معنوي كما هو الحال بخصوص الحقّ الذهني.<sup>(1)</sup> وبهذا يختلف المحلّ من الحقّ الشخصي إلى الحقّ العيني.

وعلى ذلك سنتطرّق في هذا المبحث إلى الأعمال كمحلّ للحقوق الشخصية، ثمّ للأشياء كمحلّ للحقوق العينية.

### المطلب الأول: الأعمال كمحلّ للحقوق الشخصية.

تعتبر الأعمال محلاً للحقّ الشخصي سواءً كانت هذه الأعمال تأخذ الجانب الإيجابي أو السلبي ويتجلى موضوع الحقّ في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويشترط في هذا المحلّ عدّة شروط هي: أن يكون موجوداً أو ممكناً، أن يكون معيّناً أو قابلاً للتعيين، أن يكون قابلاً للتعامل فيه.

### الفرع الأول: صور الأعمال كمحلّ للحقّ الشخصي.

كما أشرنا سابقاً قد يكون العمل محلّ الحقّ الشخصي إيجابياً (القيام بعمل)، أو سلبياً (الامتناع عن عمل)، نشرحهما كما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 235.

وانظر كذلك، علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 242.

## أولاً: الالتزام بعطاء شيء.

فالحقّ الشخصي الذي يكون موضوعه إعطاء شيء معيّن مثل الحقّ في الجائزة للموعدود، والحقّ في الهبة والحقّ في التبرّع، فهذا حقّ يقابله التزام في جانب الطرف المانع فالالتزام بالإعطاء هو مضمون ذلك الحق (محلّه)، ومن هذا نستخلص أن محلّ الحقّ يكون شيئاً دائماً في الحقوق الشخصية التي يكون مضمونها الالتزام بإعطاء شيء.<sup>(1)</sup>

## ثانياً: القيام بعمل.

يتضمّن هذا الالتزام القيام بعمل إيجابيّ لمصلحة الدائن، مثل قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وقيام هذا الأخير بدفع الثمن، وقيام المقاول بإقامة بناء لمصلحة الدائن أي ربّ للعمل، وقيام الناقل بنقل شيء أو شخص إلى جهة معينة، والالتزام المؤجّر بتسليم العين المؤجّرة إلى المستأجر، والالتزام هذا الأخير بدفع الأجرة، والالتزام المقرض بأن يدفع مبلغ القرض إلى المقرض.

ويكون الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محدّداً، فيكون المدين ملزماً بتحقيق نتيجة معيّنة كالناقل مثلاً، فانه ملتزم بتسليم البضاعة في المكان وفي الزّمان المحدّدين، ويعتبر محلاً بالتزامه إذا لم يحقّق هذه النتيجة، ولا يعفى من المسؤولية إلّا إذا أثبت أن قوّة القاهرة حالت دون تحقيق النتيجة، أمّا في الالتزام ببذل عناية يكون المدين ملزماً باستعمال أفضل الوسائل الممكنة من الحيلة والجهد، فلا يكون ضامناً لتحقيق نتيجة فالطبيب لا يكون ملزماً بشفاء المريض، ولكن يلتزم بعمل ما في وسعه لتحقيق الغرض ولا يكون المدين في الالتزام ببذل عناية مسؤولاً عن عدم تحقيق النتيجة إلّا إذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة لذلك.<sup>(2)</sup>

## ثالثاً: الالتزام بالامتناع عن عمل:

إنّ معظم العقود تتناول الالتزام بالامتناع عن عمل، كعقد البيع مثلاً فإنّه يفرض التزام البائع بعدم التعرّض للمشتري في المبيع، وعقد الإيجار يتضمّن التزام المؤجّر بعدم التعرّض للمستأجر في العين المؤجّرة، وبائع المحلّ التجاري يلتزم بعدم فتح محلّ تجاري يمارس فيه نفس

<sup>1</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 247.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 121-122.

التجارة في نفس المنطقة التي يقع فيها المحلّ الذي باعه للمشتري، حتّى لا يضرّ بالمشتري، أي أنّ البائع ملزم بعدم المنافسة كما أنّه يمتنع على العامل إفشاء الأسرار التي يطّلع عليها بمناسبة العمل.

ويمكن أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام الرئيسي في العقد، ويرى بعض الشّراح أنّ عقد الصّلاح هو أحسن مثال على ذلك إذ أنّ محلّ الالتزام الرئيسي فيه هو النّزول عن الحقّ في الدّعوى، أي أنّ التزام كلّ من الطّرفين بعدم الالتجاء إلى القضاء أمر ضروري لاعتبار الوضع المتنازع عليه قد زال.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: شروط الأعمال كمحلّ للحقّ الشخصي.

يشترط القانون في العمل الذي يكون محلاً لالتزام المدين أو محلّ حقّ الدائن أن يكون ممكناً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً.

### أولاً: أن يكون العمل محلّ الحقّ الشخصي ممكناً.

يشترط أن يكون المحل ممكناً غير مستحيل في ذاته وهذا ما أشارت إليه المادة 93 من القانون المدني جزائري، والاستحالة المطلقة أي بالنسبة للكافة وتقابل الاستحالة النسبية التي تكون بالنسبة للمدين، ويجب أن تكون الاستحالة المطلقة قائمة وقت إنشاء العقد، ويستوي بعد ذلك أن تكون الاستحالة قانونية أو طبيعية، أمّا الاستحالة اللاحقة لانعقاد العقد فجزاؤها الانقضاء أو الفسخ لا البطلان، ومثل الاستحالة المطلقة الطّبيعية تعهّد طبيب بعلاج شخص ثمّ تبين أنّه قد مات، ومثل الاستحالة النسبية التزام شخص بعمل فتي لا يقدر عليه، ومثل الاستحالة القانونية تعهّد محام برفع استئناف ثمّ تبين أنّه قد فات ميعاد الطّعن بالاستئناف، أمّا إذا أهمل المحامي ففات الميعاد فهنا استحالة لاحقة لا تمنع من قيام الالتزام بل بالعكس الالتزام قائم ولكن بما أنّ التّنفيذ العيني قد أصبح مستحيلاً فيكون المحامي مسؤولاً عن التّعويض.

أمّا المقصود بالمحلّ الموجود هو الوجود في الحال أو في المستقبل، إذ يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (**Objet Futur**)، وهو كثير الوقوع في الحياة العملية ولا سيما في العقود، مثال ذلك المحصولات المستقبلية أو نتاج ماشية أو بيع صاحب المصنع المقدار معين من

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 122.

مصنوعاته قبل أن يبدأ في صنعها، ويقضي بهذا الرأي القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري في نصّ المادة 92 من القانون المدني، أمّا الشريعة الإسلامية فلا تعتبر التعامل صحيحًا كقاعدة عامّة إلّا إذا ورد على شيء موجود في الحال، وحكم الفقه الإسلامي أن بيع المعدم باطل.<sup>(1)</sup>

ففي القانون المدني يجوز أن يكون المحل شيئًا مستقبلاً كقاعدة عامّة والاستثناء هو تحريم بعض التصرفات في الشيء المستقبلي كبطان رهن الشيء المستقبلي رهنا رسميًا أو حيازياً (المواد 886 و 948 و 966 مدني جزائري)، أو هبة المال المستقبلي أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه وكلّ أنواع التعامل في تركة مستقبلة محرّم (المادة 92/2 مدني جزائري) إلّا ما أجازاه القانون بنصّ صريح كالوصية وقسمة المورث.

### ثانيًا: أن يكون العمل محلّ الحقّ معيّنًا أو قابلاً للتعيين.

يشترط أن يكون العمل أو الامتناع معيّنًا أو محدّدًا، فإذا التزم مقاول ببناء عمارة، يجب أن تكون العمارة محدّدة بأوصاف كافية، كعدد الطوابق وعدد الشقق ونوعية البناء ومساحته، ويكفي أن يكون العمل قابلاً للتّحديد إذا كانت الظروف تمكّن من هذا التّحديد، فمثلاً التزم صاحب العمارة بدفع الثمن للمقال ويمكن تحديده على أساس تكلفة الوحدة، بالإضافة لربح المقاول، وإذا كان محلّ الحقّ الشّخصي هو نقل أو إنشاء حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيّنًا أو قابلاً للتّعيين، كالبائع الذي يلتزم بنقل ملكيّة منزل أو قطعة أرض إلى المشتري، ففي هذا المثال يجب تعيين المنزل أو قطعة الأرض بالأوصاف التي تمنع من اختلاطهما بغيرهما، كالموقع والمساحة والحدود وغير ذلك من الأوصاف، ولا يشترط التّعيين صراحة ما دام أنّ هناك من الظروف ما يساعد على تعيين الشيء، فإذا التزم منتج بتوريد كمية من الأغذية اللازمة لمدرسة أو مستشفى، ولم يعبّر المقدار في العقد، فإن محلّ الالتزام يكون قابلاً للتّعيين، إذ سيحدّد مقدار ما يورده على أساس ما تحتاجه المدرسة أو المستشفى.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص (63-64).

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، ص 306.

ثالثاً: أن يكون العمل محلّ الحقّ معيّناً أو قابلاً للتعيين.

يجب أن يكون المحلّ مشروعاً ويقصد به أن يكون جائزاً قانوناً، أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة (المادة 93 من القانون المدني الجزائري)، ففي الالتزام بإعطاء يجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحقّ ممّا يجوز التعامل فيه على التحوّل السابق بيانه، وإذا كان الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل فإنّه يجب أن يكون العمل أو الامتناع غير مخالف للنظام العام أو للآداب، فإذا كان مخالفاً وقع الالتزام باطلاً، كالالتزام بشخص بقتل آخر أو إتلاف أمواله مقابل مبلغ من النقود، أو التزام شخص بالاستمرار في علاقة غير شرعية بامرأة، وكاتفاق شخص مع طبيب على الامتناع عن تقديم المساعدة الطبيّة لمريض حتّى يموت، أو الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بالامتناع عن مزاوله مهنة معيّنة امتناعاً مطلقاً.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: الأشياء كمحلّ للحقوق العينية.

بداية يجب التفرقة بين الشيء والمال، إذ كثيراً ما يقع الخلط بينهما، فالمال " Le Bien " هو كلّ حقّ مالي سواء كان حقّاً شخصياً أو عينياً أو ذهنياً، وبالتالي فهناك أموال لا تعتبر أشياء، أمّا الشيء فهو الكائن في حيّز ما من الطّبيعة إذا دخل في دائرة التعامل فإنّه يصبح محلاً للعلاقات القانونية ويتّخذ وصف المال، ولهذا فهناك أشياء لا يمكن اعتبارها أموالاً كالأشياء غير القابلة للتعامل فيها (كالهواء والضّوء وماء البحر)، وأشياء أخرى تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون<sup>(2)</sup>، وفي هذا الصدد تنص المادة 02/682 من القانون المدني على ما يلي: «والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأمّا الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية».

ووفي هذا الصّدّد سنحاول تقسيم الأشياء محلّ الحقّ العيني من حيث طبيعتها، ومن حيث قابليتها للتعامل فيها، ومن حيث طريقة استعمالها.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 248.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي، مرجع سابق، ص (123-124).

## الفرع الأول: تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها.

يقسّم القانون المدني الأشياء إلى عقار ومنقول، ولقد أخذ المشرّع بمعيار الثّبات كفصل للتّفارقة بين العقار والمنقول<sup>(1)</sup>، وفي ذلك نصّت المادّة 683 من القانون المدني الجزائري كما يلي: «كل شيء مستقرّ بحيّزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار، وكلّ ما عدا ذلك فهو منقول، غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقّار يملكه رصداً على خدمة هذا العقّار أو استغلاله يعتبر عقّاراً بالتّخصيص».

بالرجوع لنصّ المادّة 683 أعلاه يتّضح أنّ هناك نوعان هما: العقّار بطبيعته، والعقّار بالتّخصيص.

### أولاً: العقّار بطبيعته.

حسب المادّة 683 أعلاه فالعقّار بطبيعته هو كلّ شيء ثابت بحيّزه مستقرّ فيه لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، ومن هذا النوع الأراضي الزراعية، وما فوقها من بناء وما يكون في جوفها من مناجم وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدّة فيها.

- الأراضي: فالأرض بطبيعتها ثابتة، لها خاصية الاستقرار بمكانها، مدلول الأرض يشمل الأراضي الزراعية، والصّحراوية، والجبلية، والمعدّة للبناء وأيضاً مفهوم الأرض يشمل ما يقوم عليها من الأبنية الثّابتة كالفيلات والعمارات مادامت مستقرة بحيّزها وثابتة فيه.

- الأشجار والنباتات: الأشجار والنباتات المتّصلة بالأرض اتّصالاً ثابتاً ومستقرّة بمكانها فيها بواسطة جذورها المتعمّقة في التّربة الأرضية، تأخذ حكم العقارات بطبيعتها، أيّاً كان نوعها وأيّاً كانت قيمتها.<sup>(2)</sup>

### ثانياً: العقّار بالتّخصيص.

وفقاً لنصّ المادّة 683 السّالفة الذّكر فإنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقّار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقّار أو استغلاله يعتبر عقّاراً بالتّخصيص، فالعقّار بالتّخصيص هو

<sup>1</sup> - ليلي بن حليمة، مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 250.

شيء منقول بطبيعته لأنه يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف، لكنه أخذ صفة العقار لأنه خصص لخدمة عقار معين واستغلاله، ومن أمثلته الماشية والآلات التي تخصص للأراضي الزراعية والسيارات التي تخصص لخدمة المصنع ومفروشات الفنادق وسياراتها التي تستخدم في نقل زبائنهم، حيث لا يمكن استغلال العقار على الوجه الأمثل بدونها.

ووفقا لنص المادة 683 السالفة الذكر يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص الشروط التالية:<sup>(1)</sup>

- أن يكون الشيء منقولاً بطبيعته أي يمكن نقله دون تلف، فلا يعد ذلك الأبواب والنوافذ لاتصالها بالعقار.
- أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد فالمنقولات المستأجرة والموضوعة لخدمة العقار لا تعد عقاراً بالتخصيص.
- أن يوضع المنقول خدمة للعقار فعلياً وأن يحقق حسن استغلال العقار للسيارة المخصصة لنقل صاحب المصنع لا تعد عقاراً بالتخصيص لأنها لا تخدم العقار نهائياً.

ثانياً: المنقول.

حسب المادة 683 من القانون المدني فإنه إذا كان العقار هو كل شيء مستقر وثابت بجزءه ولا يمكن نقله منه دون تلف فإن كل ما دون ذلك من الأشياء هو منقول، فكل ما يخرج عن دائرة العقار هو منقول، فالعقار يتميز بالثبات وعدم إمكانية النقل دون تلف، أما المنقول فيتمتع بخاصية إمكانية نقله من مكان لآخر دون تلف، كالسيارات والحيوانات، والثمار والمزروعات متى انفصلت عن الأرض، والمنقولات نوعان:<sup>(2)</sup>

### 1-منقولات حسب الطبيعة:

أي الأشياء التي ليست لها صفة الاستقرار والثبات في حيز معين، فيمكن نقلها دون تلف كالبضائع والملابس والسيارات

<sup>1</sup> - ليلي بن حليمة مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، "النظرية العامة للحق وتطبيقها في القانون الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، ط02، الجزائر، 2017، ص ص(129-130).

## 2-منقولات حسب المآل:

في الأصل أنّ هذا النوع هو عقّار بطبيعته أي أنّ له اتّصال بالأرض ولكنّه يعتبر منقولاً بحسب ما سيصير عليه مستقبلاً، فالخشب لصيق بالشّجرة فهو عقّار في مرحلة أولى، ويعدّ منقولاً حسب المآل لأنّ بالإمكان قطعه وتحويله إلى أثاث وبالتالي يأخذ حكمه حكم المنقول.

**الفرع الثّاني: تقسيم الأشياء من حيث قابليتها للتّعامل فيها.**

نصّت عليها الفقرة 02 من المادّة 682 من القانون المدني الجزائري بقولها: «كلّ شيء غير خارج عن التّعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج من التّعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأمّا الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.»

يتّضح من النصّ أنّه وإن كان الأصل في الأشياء هو قابليتها للتّعامل فيها إلّا أنّ هذه القاعدة ليست على إطلاقها، إذ أنّ من الأشياء ما يخرج عن دائرة التّعامل ولا يصلح بالتّالي لأن يكون محلاً للحقوق المالية، كما يتّضح أيضاً أنّ الأشياء الخارجة عن التّعامل نوعان:<sup>(1)</sup>

### 1-أشياء تخرج عن التّعامل بحكم طبيعتها:

وهي الأشياء التي لا تقبل الاستئثار أو التملّك لعدم إمكان حيازتها في مجموعها، ولأنّ انتفاع البعض بها لا يؤدّي إلى حرمان البعض الآخر منها، كالهواء، وأشعة الشّمس، ومياه البحار والأنهار، إمّا يلاحظ مع ذلك، أنّه إذا أمكن فصل جزء من هذه الأشياء وحيازته فإنّه يصبح مملوكاً لحائزه، فيدخل بالتّالي في دائرة التّعامل، ومثال ذلك أن يستأثر شخص بكميّة من مياه النّهر في إناء، أو أن يقوم بضغط جزء من الهواء في إطار أو وعاء.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص ص(243-244)

## 2- أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون:

وهي أشياء لا تستعصى على الحياة والاستثمار، ولكن القانون يحرم التعامل فيها لاعتبارات أخرى يمكن ردها إلى أحد سببين:

أ- أن يكون من شأن التعامل في الشيء الإخلال بالنظام العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>، ومن ذلك الأسلحة غير المرخصة والنقود المزيفة والمخدّرات والأفلام الجنسيّة.

ب- أن يكون الشيء مخصّصاً للمنفعة العامة: كالعقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، إذ أنّ هذه الأشياء لا يجوز القانون التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتّقدم<sup>(2)</sup>، ولما كان تحريم التعامل في هذه الأشياء يتمّ دائماً بحكم القانون، فإنّ القانون نفسه هو الذي يحدّد نطاق هذا التحريم، فهو يجوز مثلاً بيع الموادّ المخدّرة لأغراض العلاج الطّبي، كما يجوز أيضاً التّرخيص باستعمال بعض الأموال العامّة طالما أنّ هذا الاستعمال لا يتنافى مع تخصيصها للنّفع العامّ، ومن أمثلة ذلك إباحة الصّيد في البحيرات، وتأجير المقاصف في المصالح الحكومية.

### الفرع الثالث: تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها.

تقسّم الأشياء بالنّظر إلى طريقة استعمالها إلى: (الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك، الأشياء المثلية والأشياء القيميّة، الثّمار والمنتجات)، نشرحها تباعاً كما يلي:

أولاً: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك.

نصّ عليها المادّة 685 من القانون المدني الجزائري بقولها: «الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدّت له، في استهلاكها أو إنفاقها. ويعتبر قابلاً للاستهلاك كلّ شيء يكون جزءاً من المحل التجاري وهو معدّ للبيع...».

<sup>1</sup> - أنظر المادة 96 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - أنظر المادّتين: 688-689 من القانون المدني الجزائري.

من نصّ المادة 685 أعلاه يتضح أنّ الأشياء من حيث قابليتها للاستهلاك المتكرّر من عدمه تنقسم إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له.

### 1- الأشياء القابلة للاستهلاك.

هي التي لا تقبل الاستعمال المتكرّر، وقد أشارت إليها المادة 685 من القانون المدني في فقرتها الأولى (01) بقولها: «الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها، بحسب ما أعدّت له، في استهلاكها أو إنفاقها.»، ويظهر من هذه القاعدة أن للاستهلاك صورتين: (1) استهلاك مادّي، واستهلاك قانوني.

#### أ- الاستهلاك المادّي:

ويتحقّق الاستهلاك المادّي بإفناء الشّيء بمجرد استعماله، كأكل الطّعام واستهلاك الوقود.

#### ب- الاستهلاك القانوني:

يتحقّق الاستهلاك القانوني بذهاب الشّيء عن صاحبه وخروجه من حوزته، كإنفاق النّقود وبيع السّلع، وعلى ذلك ويعتبر قابلاً للاستهلاك كلّ شيء يكون جزءاً من المحل التجاري وهو معدّ للبيع. (2)

### 2- الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

الأشياء غير القابلة للاستهلاك هي تلك التي لا تهلك بمجرد استعمالها لأوّل مرّة، وإنّما تكون قابلة للاستعمال المتكرّر، ولو أدّى ذلك إلى نقصان قيمتها أو متانتها، ومن أمثلتها المنازل والأثاث والسيّارات والملابس، والأصل أن طبيعة الشّيء هي التي تحدّد ما إذا كان قابلاً للاستهلاك أم غير قابل له، ومع ذلك فإنّ إرادة ذوي الشّأن هي المرجع الأوّل في هذا التّحديد، فالنّقود والثّمار تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك بطبيعتها، ولكنّها إذا أعيرت لكي تعرض في معرض ثمّ تردّ إلى صاحبها تكون غير قابلة للاستهلاك. (3)

1- علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 256.

2- أنظر الفقرة الثانية (02) من المادة 685 من القانون التجاري.

3- علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 257.

ثانياً: تقسيم الأشياء من حيث تعيينها (الأشياء المثلية والأشياء القيمة).

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى أشياء مثلية وأشياء قيمة، نشرحها بإيجاز كما يلي:

### 1- الأشياء المثلية:

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدّر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس أو الكيل، أو الوزن.<sup>(1)</sup>، وهذه الأشياء تُسمّى أيضاً أشياء معيّنة بالنوع؛ لأنّه يكفي في تعيينها أن يذكر نوعها، وعدد الوحدات التي تقدّر على أساسها، وذلك كعشرين أردب من القمح أو عشرة أقلام أو خمسة أمتار من القماش أو رطلين من اللبن، وذلك بحسب ما إذا كان الشئ يقدر في التعامل بين الناس بالكيل أو العدد أو المقاس أو الوزن، والملاحظ في الأشياء المثلية أنّ أحادها لا تتفاوت تفاوتاً يعتدّ به.<sup>(2)</sup>

### 2- الأشياء القيمة.

الأشياء القيمة تسمى أيضاً بالأشياء المعينة بالذات، فهي أشياء تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتدّ به، ولذلك لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، كمنزل أو أرض أو حيوان، فهذه الأشياء كلّها تتعيّن بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. فإذا التزم شخص بتسليم منزل فإنّ الوفاء لا يصحّ عن طريق تسليم منزل آخر حتّى ولو كان مشابهاً للمنزل الأوّل، أو أعلى منه قيمة، وإذا كانت طبيعة الأشياء من حيث تفاوتها أو تماثلها تلعب دوراً أساسياً في تعيين الصّفة المثلية أو القيمة للأشياء، ومع ذلك فإنّ إرادة الأفراد قد تسبغ على شئ مثلي بطبيعته الصّفة القيمة أو العكس، فمثلاً نسخة من كتاب معيّن تعتبر بطبيعتها شئ مثلي، ومع ذلك فإنّ التّوقيع عليها من المؤلّف يجعل منها شئ قيمى أو شئ معيّن الذات كما أنّ قطعة أرض معيّنة بالذات تعتبر شئ قيمى، فإذا ما تمّ تقسيمها إلى قطع متساوية ومتماثلة فإنّه يجعلها شئ مثلي أو معيّن بالنوع.

<sup>1</sup> - المادة 686 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص322.

### ثالثاً: الأشياء المثمرة والأشياء غير المثمرة.

تكون الأشياء مثمرة إذا كانت تنتج عنها ثمار، والثمار هي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية ومتجددة، ولا يؤدي فصلها عن الشيء إلى الإنقاص من قيمته، والثمار إما أن تكون طبيعية تتولد عن الشيء تلقائياً دون تدخل الإنسان، ويكون ذلك بفضل الطبيعة كالأعشاب، وإما أن تكون صناعية أو مستحدثة بتدخل الإنسان لاستخراجها من الشيء كالمحصولات الزراعية، كما قد تكون الثمار مدنية وهي المبالغ النقدية المستحقة مقابل الاستغلال أو الانتفاع بالشيء مثل الأجر وفوائد رؤوس الأموال.

وإلى جانب الثمار توجد المنتجات وهي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية وغير متجددة، ويؤدي فصلها إلى الإنقاص من أصل الشيء كالمعادن والأشجار، فاستخراج المعادن أو قطع الأشجار ينقص من قبية الأرض، وبالتالي فالأشياء غير المثمرة هي تلك التي لا يتولد عنها الثمار.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 133.



## الفصل الثّاني: مصادر الحقّ واستعماله.

ينشأ الحقّ عن مصادر عديدة تتمثّل في الوقائع القانونية التي تنقسم إلى وقائع طبيعية (غير اختيارية)، ووقائع من فعل الإنسان (الوقائع المادية أو الإرادية)، تعدّ كذلك مصدرا للحقّ التّصرّفات القانونية التي تتضمّن كلّ من العقد والإرادة المنفردة)، وعلى هذا فإنّ هذا لاستعماله في إطار القانون، لهذا سنحاول في هذا الفصل الحديث عن مصادر الحقّ بنوعيتها، وكذا حدود استعمال الحقّ وذلك بالتطرّق لنظرية عدم جواز التعسّف في استعمال الحقّ، وذلك من خلال المبحثين التّاليين:

### المبحث الأوّل: مصادر الحقّ.

لئن كان من المسلّم به في الوقت الحاضر أنّ القانون هو مصدر الحقوق، بحيث لا يمكن أن يقوم حقّ إلّا بالاستناد إلى القانون والتمتّع بحمايته، إلّا أنّ هذا لا يعني أنّ القانون ينشئ الحقوق من العدم، أو أن قواعده تكفي بذاتها لتوليد الحقوق، ذلك أنّ القواعد القانونية لا تنشئ الحقوق إلّا إذا توافرت شروط تطبيقها، أي إذا وقع الأمر أو الفعل الذي يستثير تطبيق النصوص القانونية وإنتاجها لآثارها، والمصادر المنشئة للحقوق كثيرة ومتعدّدة، وهي تختلف باختلاف أنواع الحقوق، ومحلّ دراستها التّفصيلية في النّظرية العامّة للالتزامات، وفي أسباب كسب الملكيةّ والحقوق العينية الأخرى، ومع ذلك فإنّ هذه المصادر على تعدّدها يمكن ردها جميعا إلى مصدرين رئيسيين هما:<sup>(1)</sup>

- الواقعة القانونية.

- التّصرّف القانوني.

### المطلب الأوّل: الواقعة القانونية كمصدر للحقّ.

تعرّف الواقعة القانونية بأنّها: "كلّ عمل مادي يقع بفعل الطّبيعة أو بفعل الإنسان، ويترتّب عليها الأثر القانوني، بإنشاء حقّ أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، أو هي حدث يطرأ فيترتّب عليه تغيير في المراكز القانونية السّابقة على وقوعه، إمّا بنشأة حقوق لم تكن موجودة

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 271.

من قبل كوقوع حادث سير لشخص، ممّا يترتب عليه حقّه في التعويض لمن حدثت له الإصابة، أو تعديل حقوق قائمة، مثل حوالة الحق، فيحدث تعديل في علاقة الدائن بالمدين، حيث يحلّ الدائن الجديد (المحال له) محلّ الدائن القديم (المحيل) في علاقته بالمدين، أو بإنهاء أو زوال حقوق كانت موجودة، مثل: سقوط الدين (الحق) بالتقادم، وعليه فالوقائع القانونية قد تكون من عمل الطّبيعة أو من عمل الإنسان (الأعمال المادّية).

### الفرع الأول: الوقائع الطّبيعية.

هي الوقائع التي تحدث بفعل الطّبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، كالظواهر الطّبيعية التي يترتب عليها حلول أجل الدين، كما قد يترتب عليها إعفاء المدين من التزامه لاستحالة الوفاء كما في حالة الحوادث الفجائية مثلاً، ويعتبر من الوقائع الطّبيعية كلّ ما هو من فعل الجماد أو النبات أو الحيوان فنتاج المواشي ينشئ حقوقاً مملوكة، وكذلك الفيضان قد يحدث طمياً يضيف جزءاً فيتملكه صاحب الأرض التي أضيف لها هذا الجزء الجديد نتيجة التصاقه بأرضه، ويلحق الوقائع الطّبيعية الوقائع التي تتصل بالإنسان كواقعة الميلاد، إذ بها تبدأ الشّخصية القانونية، وبها يثبت النّسب، وكذلك واقعة الوفاة، إذ بتحققها يثبت حقّ الورثة في الميراث، وليس للإنسان دخل في الحقوق الناشئة عن هذه الوقائع، لذا يقال بأنّ القانون هو مصدر هذه الحقوق «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص التي أنشأتها» كالميراث فإنّه يترتب على واقعة الوفاة فيمكن القول بأنّ القانون هو مصدر هذا الحق.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: الوقائع التي من فعل الإنسان (الأعمال المادّية).

وهي كل فعل أو عمل يقوم به الإنسان يحدث وآثاراً قانونية وتترتب عنها حقوق مثل: الاعتداء على شخص، فهو يترتب أثر ينشأ عنه حقّ للمعتدى عليه، وهذا الفعل أو العمل إمّا أن يكون صادراً عن إرادته أو عن خطأ منه، فالشّخص الذي يشتري عقاراً اتّجهت إرادته مباشرة إلى حقّ المملّكية، أمّا الشّخص الذي يضرب شخصاً آخر فلم تتّجه إرادته إلى

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص (135-136).

إعطائه حقّ التعويض بل إلى إحداث ضرر، وعليه فإنّ هذه الإرادة إمّا أن تتّجه إلى فعل ضارّ أو نافع إلّا أنّه في كلّ الأحوال تترتّب عنها حقوقاً.<sup>(1)</sup>

**أولاً: الفعل الضارّ.**

من الوقائع التي من فعل الإنسان الفعل الضارّ الذي ينشئ التزاماً بالتعويض وبمعنى آخر حقّاً لشخص، فالشخص الذي يصيب بسيارته أحد المارّة في الطّريق يلتزم بتعويض المصاب عن الضرر المادّي والأدبي الذي أحدثته تلك الإصابة، وتطبيقاً لذلك تنصّ المادة 124 من القانون المدني الجزائري على: «كلّ فعل أيّا كان يرتكبه الشخص بخطئه، يسبّب ضرراً للغير يلزم من كان سبّاً في حدوثه بالتعويض»<sup>(2)</sup>، وهنا يترتّب على الفعل نشوء الالتزام بالتعويض رغم أنّ من ارتكب الخطأ لم تنصرف إرادته، وهو يرتكب الخطأ إلى دفع تعويض للمصاب، وحتى لو تصوّرنا أنّ مرتكب الفعل الضارّ قد أتاه عمداً فإنّ من غير المعقول أن يكون قصده من تعمد الإضرار هو التزامه بدفع التعويض للمضرور.<sup>(3)</sup> كما يمكن أن يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالغير في إطار المسؤولية التقصيرية، فيلزم المكلف بالرقابة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه من كان تحت رقابته بالغير، كما يسأل المتبوع عن عمل التابع الضار للغير متى وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ويسأل أيضاً حارس الأشياء عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء التي تحت حراسته، ونفس الشيء بالنسبة المالك للبناء عند تهمّد البناء وسبب ضرراً للغير، وكذا بالنسبة لحارس الحيوان.<sup>(4)</sup>

ومنه فيشترط في الفعل الضار حتى يترتب عنه الحقّ في التعويض تحقّق أركان المسؤولية التقصيرية وهي:

- أن يكون هناك خطأ.

- أن يكون هناك ضرر.

<sup>1</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 255.

<sup>2</sup> - المادة 124 من القانون المدني معدّلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، عدد 44، ص 23.

<sup>3</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص (327-328).

<sup>4</sup> - أنظر المواد : 134-136-138-139-140 من القانون المدني الجزائري.

- أن تكون هناك علاقة سببية بين الضرر و الخطأ.

## ثانيًا: الفعل النافع.

يقصد بالفعل النافع كمصدر للحق واقعة مادية يترتب عليها ثراء شخص دون سبب مشروع على حساب شخص آخر هو من صدرت عنه الواقعة المادية، مما يترتب مسؤولية من أثرى دون سبب عن تعويض من افتقر عما لحقه من خسارة في حدود ما دخل في ذمة الأول من ثراء، وبالتالي فإذا كان الفعل الضار هو سبب قيام مسؤولية من تسبب فيه، فمن ناحية أخرى فإن الفعل النافع هو سبب قيام مسؤولية من طاله النفع عن تعويض من تسبب في هذا النفع تطبيقاً لقاعدة أن (الغنم بالغرم).<sup>(1)</sup>

وقد نصّ المشرّع الجزائري على الفعل النافع في الفصل الرابع من الباب الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود)، وسماه بشبه العقود في المواد: من 141 إلى المادة 159 من القانون المدني، والأفعال النافعة التي تضمنّها هي: الإثراء بلا سبب، دفع غير المستحق، الفضالة، بالإضافة إلى هذه الأفعال النافعة، هناك أيضًا الحيازة التي نصّ عليها المشرع في المواد: من 808 إلى 843 من القانون المدني.

### 1- الإثراء بلا سبب:

نصّ المشرّع على الإثراء بلا سبب في المواد: 141-142، حيث تنصّ المادة 41 منه على: «كلّ من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبرّرها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء...». وبالتالي فمن قام بفعل بحسن نية، أدّى إلى إثراء ذمة شخص معيّن على حساب ذمة شخص آخر (مفتقر) بلا سبب قانوني يسوغ هذا الإثراء أو هذا الافتقار، نشأ له قبل المثري حقّ بأن يدفع له قيمة ما استفاد، ومثال ذلك أن يقوم شخص ببناء سور على أرضه ولكن بمواد ليست ملكًا له، فيشترى على حساب مالك المواد، فيكون لصاحب المواد حقّ المطالبة بقيمتها.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - هشام طه محمود سليم، مرجع سابق، ص 134.

<sup>2</sup> - أمال علّال، مرجع سابق، ص 87.

## 2- دفع غير المستحق:

نصّ المشرّع على دفع غير المستحقّ في القسم الثّاني من الفصل الرّابع (شبه العقود)، في المواد: من 143 إلى 149 من القانون المدني الجزائري، حيث تنصّ المادّة 143 على: «كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده. غير أنّه لا محلّ للردّ إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنّه غير ملزم بما دفعه، إلّا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء.»

وبالتّالي فدفع غير المستحق كمصدر للحقّ وهو أن يدفع شخص لشخص آخر أموالاً بدون سبب قانوني، معتقداً بأنّه مدين لهذا الشخص، فكلّ من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له، كأن يكون قد وقي له من قبل باعتباره مدينًا له وكرّر الوفاء معتقداً أنّه مازال مدينًا به اتّجاهه فيجبّ على من استلمه رده، غير أنّه حسب المادّة لا محلّ للردّ إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنّه غير ملزم بما دفعه، إلّا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء.

## 3- الفضالة:

نصّ المشرّع الجزائري على الفضالة ضمن شبه العقود في القسم الثالث من الفصل الرابع، في المواد من: 150 إلى 159 من القانون المدني، حيث عرّفها المادّة 150 بقولها: «الفضالة هي أن يتولّى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزمًا بذلك»، وبالتّالي فالفضالة تكون حينما يتولّى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزمًا بذلك.

ومن أمثلتها قيام أحد الجيران تفضلاً منه بإجراء التّرميمات اللازمة والضرورية لإنقاذ منزل جاره المسافر من الانهيار، فذلك التّصرّف من الجارّ الفضولي ترتّب عليه ثراء جاره المسافر دون سبب قانوني، وبنفس القدر فقد افتقر هذا الجار الفضولي نتيجة لإنفاقه مصروفات التّرميم، وبالتّالي يمنحه القانون الحقّ في مطالبة جاره عند عودته بتعويض عمّا خسره من أموال بقدر ثراء هذا الجار المسافر على حسابه.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - هشام محمود طه سليم مرجع سابق، ص 134.

وتعتبر الفضالة تطبيقاً خاصاً للإثراء بلا سبب، لأنّ الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير، ولكن يبقى الفرق بينهما جوهري، إذ الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير وهو قاصد ذلك، بينما لا يلزم في الإثراء بلا سبب أن يقصد المفتقر تحقيق عمل لحساب الغير.<sup>(1)</sup>

#### 4- الحيازة:

الحيازة نصّ عليها المشرّع الجزائري في القسم السادس من الفصل الثاني (طرق اكتساب الملكية) من الباب الأوّل (حقّ الملكية) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية)، في المواد من: 808 إلى 843.

والحيازة في اصطلاح القانون تعني امتلاك الشيء عن طريق وضع اليد أو الاستيلاء عليه بهدف استعماله للمنفعة الخاصة، وأحياناً تكون الحيازة شرعية إذا تمت بالطرق القانونية، وبإعمال المبادئ الواردة في القانون المدني والمتعلّقة بالتّقديم المكسب وبالأخصّ في المادة 827، فكلّ شخص يثبت حيازته لأرض حيازة قانونية وصحيحة، يستطيع طلب الحصول ملكيّة هذه الأرض عن طريق التّقديم المكسب، وهو ما يؤدّي إلى ضبط الوعاء العقاري للأمالك الخاصة.<sup>(2)</sup>

وفي نظر القانون الجزائري فإنّ كلّ من حاز منقولاً أو عقّاراً أو حقّاً عينيّاً منقولاً كان أو عقّاراً دون أن يكون مالِكاً له أو خاصّاً به أصبح مالِكاً بشرط إن تستمرّ حيازته للعقّار أو المنقول أو الحقّ العينيّ لمُدّة خمسة عشرة (15) سنة وبدون انقطاع، وتكون مدّة التّقديم المكسب عشر (10) سنوات إذا وقعت الحيازة على عقّار أو على حقّ عينيّ عقاري وكان الحائز حسن النية وقت تلقّي الحقّ ومستندة في ذات لوقت إلى سند صحيح، والسند الصّحيح هو تصرّف يصدر عن شخص ليس مالِكاً للشيء ولا صاحباً للحقّ المراد كسبه بالتّقديم، ويجب القيام بشهر هذا السند.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص138.

<sup>2</sup> - نورالدين زبدة، "ضوابط الحيازة العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلّد 07، العدد 01، الجزائر، مارس 2022، ص1517.

<sup>3</sup> - أنظر المواد : 827-828 من القانون المدني الجزائري.

وقد نصّ المشرّع الجزائري على شروط صحّة الحيازة وهي: شرط الهدوء، والعلنية والوضوح، وكذا الاستمرارية.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: التصرف القانوني كمصدر للحقّ.

التصرف القانوني هو اتّجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً لها، ومن هذا التعريف يتّضح أنّه في حالة التصرف القانوني يرتّب القانون أثراً معيّناً استجابة للإرادة التي اتّجهت إليه، فمثلاً في عقد البيع يرتّب القانون عليه التزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري، ومن ناحية أخرى التزام المشتري بدفع الثمن، والقانون عندما يفعل ذلك إنّما يفعله تلبيةً لإرادة كلّ من البائع والمشتري، فقد انصرفت نيّته إلى دفع الثمن مقابل انتقال ملكيّة المبيع، وهذه النوايا التي عبّر عنها البائع والمشتري بالإيجاب والقبول هي التي أدّت إلى أن يرتّب القانون هذا الأثر، وكذلك في عقد الإيجار فإنّ المستأجر والمؤجّر قد أرادا أن ينتفع المستأجر بالعين المؤجرة مقابل دفع الأجرة للمؤجّر، فما كان من القانون إلّا أن أنشأ التزاماً على عاتق المؤجّر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والتزاماً على المستأجر بدفع الأجرة، وذلك نزولاً على رغبة ذوي الشأن.<sup>(2)</sup>

ومن هنا يتّضح الفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، فقد رأينا أنّ القانون يرتّب الأثر على الواقعة القانونية بمجرد حدوثها دون النظر لما إذا كان الأفراد الذين صدرت منهم الوقائع قد أرادوا ترتيب هذا الأثر أم لا أمّا في التصرف القانوني فإنّه لا يرتّب هذا الأثر إلّا إعمالاً لاتّجاه الإرادة إليه فهو يرتّب هذا الأثر احتراماً لإرادة المتصرف، وعلى هذا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى أنواع التصرف القانوني، ثمّ إلى شروطه وآثاره.

### الفرع الأول: أنواع التصرف القانوني.

تتعدّد التصرفات القانونية بتنوّع موضوعها، فهناك التصرف القانوني المنشئ والكاشف أو المقرّر للحق، والتصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الوفاة، وسنركّز على التصرف الصّادر من جانبين (العقد)، والتصرف الصّادر من جانب واحد (الإرادة المنفردة)، وتعتبر هذا

<sup>1</sup> - أنظر المادة 808 الفقرة 02 منها، والمادّة 827 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص 329.

التصرّفات من مصادر الحقّ نصّ عليها المشرّع الجزائري في الباب الأوّل (مصادر الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) من القانون المدني.

### أوّلاً: العقد كمصدر للحقّ.

العقد نصّ عليه المشرّع الجزائري في الفصل الثاني من الباب الأوّل من الكتاب الثاني، في المواد من: 54 إلى 123، وقد عرّفته المادة 54 من القانون المدني بقولها: «العقد اتّفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.»

فالعقد هو كلّ اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها، وإذا كان العقد عبارة عن توافق أو اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر فهذا يعني أنّ إرادة أطراف العقد هي صاحبة السّلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد الآثار التي تترتب عليه.<sup>(1)</sup>

وبالتّالي فالعقد لا بدّ فيه من توافر إرادتين على الأقل، وأن تتّجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني، أي لا يمكن جبر المدين على تنفيذ التزامه إذا لم يقم به اختيارياً، وإلاّ كنّا أمام ما يسمّى بأعمال الجحالات، كمن يدعو شخصاً لحضور وليمة فيقبل بذلك، فهنا صاحب الوليمة هنا ليس له إجبار المدعو على الحضور كما ليس له مطالبته بالتّعويض إذا لم يحضر.<sup>(2)</sup>

وإذا كانت العقود لا حصر لها فيمكن تقسيمها إلى طوائف، فتقوم فكرة تقسيم العقود تارة إلى عقود مسمّاة وعقود غير مسمّى، كما تقسم على أساس تكوين العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، وتارة تقوم على أساس الآثار المترتبة على العقد فتقسم إلى عقود ملزمة لجانِب واحد وعقود ملزمة لجانِبين، وإلى عقود معاوضة أو عقود تبرّعات، وتارة أخرى بالنظر إلى إمكانية تحديد مدى الالتزام عقود محدّدة وعقود احتمالية، ومن حيث النّظر إلى المدة إلى عقود فورية وممتدّة، ومن حيث موقف الطّرفين تنقسم إلى عقود مساومة وعقود

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: "مصادر الالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزء الأوّل، الجزائر، 1994، ص ص(17-18).

<sup>2</sup> - أمال علّال مرجع سابق، ص 90.

إذعان، من حيث موضوعها إلى مدنية وتجارية، ومن حيث استقلالها إلى وعده إلى عقود أصلية وتبعية، وأخيراً تقسم من حيث اقتصارها على عقد واحد أو أنّها مزيج من جملة عقود إلى بسيطة.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: الإرادة المنفردة.

الالتزام بالإرادة المنفردة نصّ عليها المشرع الجزائري في الفصل الثاني مكرر من الباب الأول من الكتاب الثاني، في المادتين: 123 مكرر و123 مكرر 01، وطبقاً لهاتين المادتين يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول، فمن وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها، وإذا لم يعين الواعد أجلاً لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.<sup>(2)</sup>

وبالتالي فالإرادة المنفردة هي عمل قانوني من جانب واحد، يلتزم فيه شخص بإرادته وحدها دون أن تقتن بإرادة شخص آخر، وتطبيقات التصرف بإرادة منفردة في التشريع محصورة، منها الوصية، التي يعبر فيها الموصي عن إرادته في نقل حق إلى الموصى له بعد وفاته، أو الوعد بجائزة أشرنا إليه سابقاً أعلاه، والتصرف من جانب واحد أي بإرادة منفردة يختلف عن التصرف الملزم لجانب واحد، فهذا الأخير ينشأ بتوافق إرادتين ولكن تنصرف الآثار فيه إلى جانب واحد أي أنّ الالتزامات تكون على عاتق طرف واحد دون الآخر، مثل عقد الوديعة دون أجر، أمّا التصرف بإرادة منفردة يعني أنّ إنشاء الالتزام (الحق) ينشأ مستنداً إلى إرادة الملتزم وحدها مثل الوصية.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام: (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، الجزائر، 1983، ص14.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين: 123 مكرر و123 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - ليلى بن حليمة، مرجع سابق، صص(117-118).

## الفرع الثاني: شروط التصرف القانوني وآثاره.

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، وعلى ذلك فإن الإرادة تلعب دوراً جوهرياً في التصرف القانوني بعكس الحال في الواقعة القانونية، كما أن التصرفات القانونية إما أن تكون من جانب واحد كالإقرار والوصية، إذ يكفي لتمام التصرف اتجاه إرادة شخص واحد نحو إحداث الأثر القانوني، وقد تكون بالتقاء إرادتين كما هو الشأن بالنسبة للعقود كالبيع والإيجار، وعلى خلاف الواقعة القانونية، فإن للتصرفات القانونية نظرية عامة تبين الشروط اللازم توافرها في الإرادة والأثر القانوني الذي يترتب على ذلك<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك سنتطرق إلى شروط الترف القانوني ثم إلى آثاره.

### أولاً: شروط التصرف القانوني.

على خلاف الواقعة القانونية، فإن للتصرفات القانونية نظرية عامة تبين الشروط اللازم توافرها في الإرادة والأثر القانوني الذي يترتب على ذلك، ولما كانت الإرادة هي قوام التصرف القانوني، إذ هي تنشئة، كما تحدّد الآثار التي يترتبها فإنه يلزم أن تتوافر فيها الشروط التالية:

#### ❖ الشروط الموضوعية:

تلعب الإرادة دوراً فعالاً في وجود التصرف القانوني، لذا تقتضي الشروط الموضوعية أن يعبر المتعاقد عن إرادته، وأن يظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد من تصرفه، كما يجب أن تكون إرادة الشخص إرادة سليمة صادرة من ذي أهلية، وبالنسبة للأهلية فالأمر يختلف باختلاف التصرف، ففي التبرعات مثلاً يشترط في المتبرع أن يكون أهلاً للتبرع أي أن يكون الشخص كامل الأهلية، وغير مصاب بعارض من عوارض الأهلية ذلك لأن التبرعات تصرفات ضارة ضرراً محضاً بالمتبرع، مثلاً الهبة، أما إذا كان التصرف يدور بين النفع والضّرر كعقد البيع مثلاً، فالتصرف يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، ويكون باطلاً إذا كان صادراً من عديم الأهلية<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 263.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 145.

ولا يكف وجود الإرادة وأن تكون صادرة من ذي أهلية، بل لا بد أن تكون هذه الأخيرة خالية من العيوب التي يمكن أن تعترها.

### 1-التعبير عن الإرادة:

التعبير كقاعدة عامة لا يخضع لشكل ما، وفي ذلك تقول المادة 60 من القانون المدني الجزائري، أن «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً»، وهذا هو أيضاً الحكم في القانون المصري، والفرنسي، فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً.

والإرادة التي تعينها هي الإرادة التي تتجه جادة غير هازلة ولا مجاملة وعن وعي وإدراك كاملين إلى أحداث أثر قانوني، وفوق ذلك فإنه يجب التعبير عنها بإبرازها إلى العالم الخارجي، وبالرجوع إلى القواعد العامة للتعبير وحسب المادة 60 من القانون المدني نجد أن هناك تعبير صريح وتعبير ضمني، وقد يكون السكوت في بعض الحالات الاستثنائية تعبيراً سنشرحها بإيجاز كما يلي:<sup>(1)</sup>

#### 1-1-التعبير الصريح: (Expresse).

هو ما يفيد القصد منه حسب المتعارف عليه بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ موقف معين، كعرض بضاعة في متجر وعليها ثمنها، أو وقوف سيارة أجرة في الموقف المعد لذلك.

#### 1-2-التعبير الضمني: (Tacite).

هو ما يفيد المقصود منه بطريق الاستنتاج كاستمرار المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار فإنه قرينة على إيجابه بتجديد الإيجار، وقد يتطلب القانون التعبير صراحة عن الإرادة في بعض التصرفات كما هو الحال في التضامن، حيث يقضي القانون بأن التضامن لا

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص ص(24-25).

يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نصّ في القانون، وهذا ما أشارت إليه المادّة 217 من القانون المدني الجزائري.

### 1-3- السكوت كتعبير عن الإرادة: (Silence).

يجب التفرقة بين السكوت والتعبير الضمني الذي هو عمل إيجابي تستفاد منه إرادة العاقد، أمّا السكوت فعدم ومن ثمّ فلا إيجاب ولا قبول من مجرد السكوت أو كما يقول فقها الشريعة الإسلامية ولا ينسب لساكت قول، غير أنّه في مجال القبول وإن كانت القاعدة أنّ السكوت لا يحمل على القبول وهذا هو ما جرت عليه أحكام القضاء في فرنسا ومصر وأخذت به التشريعات الحديثة، إلّا أنّه توجد استثناءً ملاسبات تحيط بالسكوت (silence circonstancié)، فيرى القاضي من اقتران السكوت بها ما يفيد التعبير عن القبول ما لم يستبعد الطرفان السكوت كتعبير عن القبول باتفاقهما على ذلك.

وقد نصّ المشرّع الجزائري على ثلاث حالات للسكوت الملابس وقد سار عليها أيضًا القضاء الفرنسي، وهذه الحالات نصّت عليها المادّة 68 من القانون المدني الجزائري وهي:

**1-** إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدلّ على أنّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحًا بالقبول، فإنّ العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب، مثال ذلك عدم اعتراض العميل على بيان الحساب الجاري المرسل إليه من البنك، فسكوت العميل قبول.

**2-** إذا كان بين الطرفين تعامل سابق وصدر عن أحدهما إيجاب جديد كان السكوت عن الردّ عليه بمثابة القبول، كتاجر التجزئة الذي يطلب من عميله تاجر الجملة سلعة كعادته، فسكوت تاجر الجملة قبول له.

**3-** إذا كان الإيجاب نافعًا محضًا للمعروض عليه، فسكوت الموهوب له قبول. وهذه الحالات الثلاث ليست إلّا أمثلة، وللقاضي أن يستخلص القبول من أي سكوت ملابس بظروف تدلّ على القبول.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 25.

## 2- خلو الإرادة من العيوب:

التعبير عن الإرادة ليس كافيا وحده لصحة التصرف بل يجب أن تكون إرادة الشخص المعبر إرادة سليمة صادرة من ذي أهلية، ويجب كذلك أن تكون هذه الأخيرة خالية من العيوب التي قد تلحقها، كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، نشرحها بإيجاز كما يلي:

### أ- الغلط: (L'erreur)

يمكن تعريف الغلط بأنه "وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد"، فالغلط الذي يعيب الرضا هو ما يعيب الإرادة وقت تكوين العقد.<sup>(1)</sup>

الغلط كعيب من عيوب الإرادة تناوله المشرع في المادة 81 وما يليها من القانون المدني الجزائري، حيث حسبها يجوز إبطال العقد لغلط جوهري وقت إبرام العقد، ويكون الغلط جوهري ذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث لو لم يقع التعاقد في هذا الغلط لما أبرم هذا العقد، ويعتبر الغلط جوهري على الأخص إذا وقع في صفة الشيء التي يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك، وإذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، ويكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 83 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك.

إلا أنه لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط، وليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية حماية لحقوق الغير حسنوا النية، ويبقى من وقع في الغلط بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.<sup>(2)</sup>

### ب- التدليس: (Le Dol)

التدليس نوع من الغش يصاحب تكوين العقد، وهو: "إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة لاستعمال الحيلة"، فالتدليس يؤدي حتماً إلى الغلط بحيث يمكن

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 43.

<sup>2</sup> - أنظر المواد : من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري.

القول بعدم جدوى نظرية التدليس اكتفاءً بنظرية الغلط والتدليس يعيب الإرادة في جعل العقد قابلاً للإبطال، كما أنه نتيجة حيلة، والحيلة خطأ يستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، والتدليس خطأ عمدي يشترط لتحقيقه: (- استعمال طرق احتيالية - وأن تحمل على التعاقد - وأن تكون صادرة من المتعاقد الآخر أو على الأقل يكون متصلاً بها)<sup>(1)</sup>، ومن أمثلة التدليس في العقود البائع الذي يريد بيع منزله بأكبر ثمن ممكن فيقدم إلى المشتري مستندات مزورة تثبت أن المنزل يدرّ إيراداً كبيراً ليخدعه ويجعله يقدم على شرائه بناءً على هذه الفكرة الكاذبة.

والتدليس كعيب من عيوب الإرادة تناوله المشرع الجزائري في المادتين: 86، 87 وطبقاً لهما فإنه يمكن إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين أو نائبه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدّلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، أما إذا صدر التدليس من طرف آخر من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدّلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس.<sup>(2)</sup>

### 3- الإكراه: (La Violence)

الإكراه هو: "ضغط بقصد الوصول إلى غرض مشروع يتعرض له التعاقد فيؤلّد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد"<sup>(3)</sup>، كمن يهدّد شخصاً بأنه سيضربه أو أنه سيخطف ابنه لكي يدفعه إلى أن يهبه مالاً أو يبيعه شيئاً.

وقد تناول المشرع الجزائري الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في المادتين: 88 و 89، استناداً لهما فإذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. يجوز للمكروه إبطال العقد لهذا الإكراه، وتعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال توحى للطرف الذي يدّعيها (المكروه) أنّ خطراً جسيماً محدقاً يهدّده هو أي حالاً وليس

<sup>1</sup> - محمد حسنين، نفس المرجع السابق، ص (46-47).

<sup>2</sup> - أنظر المادتين: 86-87 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 49.

مستقبلاً، أو أحد أقاربه في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال، وفي تقدير الإكراه يجب مراعاة جنس الطرف المكره، وسنّه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه.

وإذا وقع الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره المطالبة بإبطال العقد إلا إذا أثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه.<sup>(1)</sup> أمّا إذا كان الإكراه مشروعاً، والذي تستعمل فيه وسائل مشروعة، كأن يكره القاضي أو من له شوكة شخصاً على بيع ملكه وفاءً لدين عليه، فهذا الإكراه لا يضرّ العقد، فيبقى صحيحاً نافذاً.<sup>(2)</sup>

#### 4- الاستغلال:

يعرّف الاستغلال على أنّه: "عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يلتزم به نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر لحالة الضعف التاجمة عن الطيش والهوى الجامح الذي وقع فيه."<sup>(3)</sup>

وقد تناول المشرّع الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 من القانون المدني، حيث بيّنت هذه المادة شروط الاستغلال فإذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد، أي تفاوت بين ما قدّمه الطرف الغائب والطرف المغبون من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد لو لم يستغل المتعاقد الآخر فيه طيشاً بيناً (تسرّع في اتّخاذ القرارات، وسوء تقدير الأمور) أو هوىً جامحاً (ضعف نفسي لدى كالتعلّق بشخص ما)، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، إمّا أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد (المغبون)، ويجب أن ترفع الدّعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة، كم يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى (يتجنّب) الطرف الآخر (الغائب) دعوى الإبطال، إذا

<sup>1</sup> - أنظر المادّتين: 89-90 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - أمال علال، مرجع سابق، ص 95.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 64.

عرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن كتكملة الثمن مثلاً، وبمقتضى المادة 90 السالفة الذكر تسري في بعض العقود أحكام الغبن المنصوص عليها في القانون المدني.<sup>(1)</sup>

إضافة إلى ما سبق بيانه وشرحه أعلاه، يجب أن يكون المحلّ الذي يرد عليه التصرف القانوني ممكنًا أي غير مستحيل، ومعينًا حسب طبيعته أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كما يجب أن يكون الهدف من إبرام التصرف القانوني مشروعاً، أي أنّ السبب من وراء إنشاء التصرف غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.<sup>(2)</sup>

### ❖ الشروط الشكلية:

استثناءً من مبدأ الرضائية قد يتطلب القانون، في بعض الأحيان إفراغ التصرف في شكل معين يحدده القانون تحت طائلة بطلان التصرف أي أنّ الشكلية بمثابة ركن، كما هو الشأن في العقود الرسمية كعقد الرهن الرسمي وهبة العقار، بحيث إذا تخلف هذا الشكل كان العقد باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر، وقد يتطلب القانون الشكلية فقط وليست ركنًا، لهذا هناك شروط شكلية للإثبات وشروط شكلية للإثبات.

### أ- شروط شكلية للانعقاد:

كما سبق وأن ذكرنا، قد يستلزم القانون أن تفرغ إرادة الأطراف (أطراف العقد) في شكل معين، فيكون الشكل أحد أركان هذا التصرف القانوني أو وسيلة لإثباته، كعقد الهبة الوارد على عقار وهو ما أشارت إليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك عقد الشركة الذي نصّت عليه صراحةً المادة 418 من القانون المدني، وعقد الإيجار الذي نصّت عليه المادة 467 مكرّر الجديدة من القانون المدني، وكذا الرهن الرسمي المنصوص عيه في المادة 883 من نفس القانون، وقد لا تكف هذه

الشكلية لترتيب كافة الآثار، بل يجب اتباع إجراءات معينة لذلك، مثل شهر العقارات، إذ لا تنتقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري بمجرد البيع في شكل رسمي، بل لا بدّ من شهره في المحافظة العقارية، فعدم الشهر لا يترتب عليه بطلان العقد، بل يترتب عليه فقط عدم

<sup>1</sup> - أنظر المادتين: 90-91 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - راجع في ذلك المواد من: 92 إلى 95، والمادتين: 97-98 من القانون المدني الجزائري.

انتقال الملكية، خلاف الشكلية كركن في التصرف التي يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا.<sup>(1)</sup>

## ب- شروط شكلية للإثبات.

تختلف الشكلية كركن في التصرف القانوني باعتبارها للانعقاد عن الشكلية باعتبارها لإثبات التصرف القانوني عند النزاع فيه، حيث تكون وسيلة أو طريقاً للإثبات، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 333 من القانون المدني الجزائري بقولها: «في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.»<sup>(2)</sup> أولاً: آثار التصرف القانوني.

يحكم آثار التصرفات القانونية مبدآن وهما: مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ نسبية العقد، وفيما يلي سنتطرق لهما بنوع من الإيجاز.<sup>(3)</sup>

### 1- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

الأصل أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدث آثار التصرف القانوني، فمتى تم الاتفاق، وتوافرت الشروط الشكلية والشروط الموضوعية المطلوبة في التصرف فإنه لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر، وهذا ما أشارت إليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون.»

ويرجع في تفسير العقد وتحديد الآثار الناشئة عنه إلى إرادة المتعاقدين، فهي التي تحدّد نطاق التصرف القانوني عموماً، ويلاحظ أن هناك استثناء يقرره القانون، إذ يمنح للقاضي سلطة تعديل العقد كما هو الحال في الشرط الجزائي ونظرة الميسرة، أو عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة وتهدف هذه الاستثناءات إلى تحقيق نوع من العدالة.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 295.

<sup>2</sup> - المادة 333 من القانون المدني الجزائري معدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2002، ج.ر، عدد 44، ص 25.

<sup>3</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، مرجع سابق، ص ص (145-146).

## 2- مبدأ نسبية العقد:

يقضي هذا المبدأ بأنّه لا يمكن للغير أن يكتسب حقاً أو أن يحتّم بالتزام من عقد لم يشارك في إبرامه، فمن البديهي أنّ آثار العقد تنصرف إلى أطرافه سواء أبرموا العقد بأنفسهم أو بواسطة نائب عنهم، وتنتقل آثار هذا العقد إلى خلفهم العام إن لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أن تحول طبيعة العقد دون ذلك، والخلف العام هو الوارث أو الموصى له بجزء شائع من التركة، أي الموصى له بالثلث أو الربع أو الخمس مثلاً دون تحديد، وتنتقل للخلف العام الحقوق دون الالتزامات التي تتحملها التركة دون الورثة تطبيقاً لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين.

أمّا الخلف الخاص فهو كلّ من يخلف الشخص في مال معيّن كالمشتري أو الموصى له بعين معيّنة، فتنتقل إليه الحقوق الشخصية الناتجة عن عقد أبرمه سلفه كانت من مستلزمات الحقّ الذي انتقل إليه أي مكّلة له، أمّا الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف، فلا تلزم الخلف إلا إذا كانت متّصلة بالحق الذي انتقل إليه وكانت من مستلزماته، ويشترط أن يكون الخلف الخاصّ عالماً بها، ويبقى مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي عن العقد، فلا يمكن للعقد أن يلزم الغير وإن كان من الممكن أن يكسبه حقاً كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

## المبحث الثاني: استعمال الحق

كلّ حق يخوّل صاحبه سلطات معيّنة هي التي تكون مضمون هذا الحق، والقانون وهو ينظّم الحقوق المختلفة يحدّد ما يمنحه كحقّ لصاحبه من سلطات وميزات، والشخص إذا استعمل حقّه بممارسة تلك السلطات والانتفاع بهذه الميزات التي يقرّها القانون يكون قد سلك سلوكاً في حدود حقّه، أمّا إذا تجاوز هذه السلطات فإنّه يكون قد تجاوز حدود حقّه، فالمالك مثلاً يمنحه القانون بمقتضى حقّ ملكيّته سلطات استعمال واستغلال والتصرّف في ملكه، وبالتالي فالذي يملك قطعة أرض مثلاً، من حقّه البناء عليها، فإذا بنى المالك في حدود ملكه كان في حدود حقّه، ولكن إذا هو بنى على جزء من أرض الجار كان متجاوزاً لحدود حقّه، وصاحب حق الانتفاع يحوّل القانون سلطات استعمال الشيء واستغلاله دون التصرّف فيه، فإذا هو باع الشيء محلّ حق الانتفاع يكون قد تجاوز حدود حقّه واعتدى على حقّ مالك الرقبة، ومن له حق استعمال شيء معيّن له سلطات استعمال هذا الشيء بنفسه وأسرته ولكن ليس له أن يؤجّره للغير فإن فعل ذلك كان متجاوزاً لحدود حقّه.<sup>(1)</sup>

ولكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقّه في الحدود التي رسمها له القانون، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرراً الغير مثال ذلك المالك الذي يبني جداراً في ملكه ولكنّه يرتفع بالجدار ارتفاعاً شاهقاً، فبمجرّد الإضرار يجاره ومنع الضوء والهواء عنه، يعدّ تعسفاً في استعمال حقّ ملكيّته دون أن يجاوز حدود هذا الحقّ بحال من الأحوال، وبهذا يتضح الفرق بين الخروج عن حدود الحق والتعسف في استعمال الحق، وعلى هذا سنتطرّق لنظرية التعسف في استعمال الحق.

### المطلب الأوّل: تطوّر نظرية التعسف في استعمال الحق وتأصيلها.

سنتطرّق في هذا المطلب إلى تطوّر نظرية التعسف في استعمال الحق ثمّ إلى تأصيل من خلال الفرعين التاليين:

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 341.

## الفرع الأول: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق.

إن كانت نظرية التعسف في استعمال الحق، قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامّة في العصر الحديث، فلا يعني ذلك أنّها نظرة جديدة، بل هي قديمة وتمتدّ جذورها إلى الماضي البعيد، حيث كانت الشريعة الإسلامية السّابقة لذلك، كما عرفه الرّومان وانتقلت إلى القانون الفرنسي، ثم ظهرت في الأخير مقنّنة في القوانين الحديثة.

### أولاً: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

عُرفت نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي منذ القدم، وفي فقهه كذلك، وبدى ذلك واضحاً من خلال ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية واجتهاد الفقهاء والأصوليين فلحقها ما لحقها من تطوّر حتّى احتلت مكانتها الحالية في الفقه الإسلامي، بسبب حرص فقهاء الفقه الإسلامي على احترام مبدأ التوازن بين الحقوق، وعدم الإخلال بها عند استعمالها مستعينين في ذلك بما ورد من كتاب الله وسنة رسوله وفقه صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>(1)</sup>، وقد جاء في كتابه العزيز الحكيم ما ينهى عن التعسف في استعمال الحق في قوله تعالى: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ.»<sup>(2)</sup>، فقد حرّمت هذه الآية ظلم الزوج لزوجته، فإن أراد الطلاق فليطلقها بإحسان دون ظلم وتعسف في استعمال حقّ العصمة الذي منحه الله سبحانه وتعالى، فالتعسف يكون في حقّ مشروع بذاته ولكن نتيجته تكون غير مشروعة، فيصبح استعمال الحق منافياً لمقاصد الشريعة المتمثّل في تحقيق المصالح ودرء المفاسد.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - فاطمة الزهراء قلواز، محاضرات في: "نظرية التعسف في استعمال الحق" أُلقيت على طلبة السنة الثّانية ماستر، تخصّص، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة حسبية بن بوعلی الشلف، الجزائر، 2023/2022، ص32.

<sup>2</sup> - الآية 232 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق ص33.

ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف في استعمال الحق عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير، بل اعتبرت الفعل تعسفا كلما تخلّفت المصلحة لدى صاحب الحق وتجاوز الحدود المألوفة المتعارف عليها وأهم تطبيقات ذلك مضارّ الجوار فلا يتحمّل الجار ما جاوز الحدّ المألوف من مضار الجار.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني.

إذا كان القانون الرومان لم يعرف نظرية إساءة استعمال الحق، كما هو الآن في القانون الحديث، فإنّه في الواقع لم يخلوا من وسائل محاربة إساءة استعمال الحق في حالات معيّنة وكان أوّل من بدت فيه الحاجة إلى تحقق حدة القانون في استعمال ذلك هو حق الملكية، فكان يعتبر المالك الذي يقوم بعمل في ملكه و يسبّب بذلك أضرار في ملك جاره يكون حينها مسؤولاً عن ذلك إذا كان قاصداً من فعله الإضرار بالغير<sup>(2)</sup>، فالرومان كانوا يقرّون أنّ من استعمل حقّه لم يكن في وضع ظلم وبالمقابل وضعوا حدود لهذا الحق، من خلال عدة عبارات منها: "صاحب سوء النية لا يستحقّ الحماية، والغلوّ في الحقّ غلوّ في الظلم، كما أنّ الفقيه الروماني كابوس يقول: "ليس المتعدي من يستعمل حقّه"، ويقول ويولس: "لا يأتي عملاً ضاراً إلّا من يعمل بدون حقّ"، وورد أيضاً أنّ "من استعمل حقّه فما ظلم."<sup>(3)</sup>

ورغم أنّه لا يوجد في نصوص القانون الروماني القديم نصوصاً صريحة تقرّ بنظرية التعسف في استعمال الحق لأنّه قام على نظرية الحقّ المطلق، إلّا أنّه وردت في القانون الروماني بعض التطبيقات التي يقيد فيها الحقّ بمنع الإضرار قامت على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة، ممّا يعتره البعض صورة ضيقة لفكرة التعسف، إلّا أنّه أكثر من كونها تطبيقاً حقيقياً لنظرية التعسف في استعمال الحق كاملة المعايير مدعّمة بالأصول.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - فتحي مجيدي مرجع سابق، ص 259.

<sup>2</sup> - محمود جلال حمزة "العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1986، ص 90.

<sup>3</sup> - فاطمة الزهراء قلواز، نفس المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup> - فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص ص(36-37).

### ثالثاً: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي.

في البداية (القرن 19) سار الفقه الفرنسي إلى ما سار إلى المذهب الفردي الذي ينكر فكرة التعسف في استعمال الحق، ويرى أنّ استعمال الشخص لحقه كالمالك يجب أن يكون مطلقاً دون قيد، فمن يعمل في حدود حقه لا يسأل مهما كان الضرر الذي يصيب الغير، تطبيقاً لقاعدة أنّ لا ينسب للشخص وهو يستعمل حقه أيّ خطأ، وكان الفقيه بلانيول يعارض نظرية التعسف في استعمال الحق بشدة ويرى أنّها تتناقض مع مضمون الحق إذ متى كان للشخص حقّ فلا يتصور أن يتعسف فيه، ما عدا صورة واحدة يؤمن بها أنصار هذا المذهب هي أنّ عدم مجاوزة حدود الحق لا تدخل في نطاق التعسف في استعمال الحق، وإنّما تدخل في نطاق الخطأ الذي يستوجب التعويض.<sup>(1)</sup>

وما فتأت هذه الفكرة أن أصبحت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين وجرّت بها أقلامهم، كما عرفت في مجال القضاء، ولعلّهم كانوا يستوحون في ذلك في مبادئ العدالة فطبّقوها على أشدّ الحقوق إطلاقاً، وهو حق الملكية، ولكن لم يعرف القانون الفرنسي القسّم نظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة، لأنّه احتفظ بالنزعة الفردية، وإن ظهرت فكرة التعسف في نصوص تتعلّق بتنظيم العلاقات الجوارية، وظهرت فكرة تقييد حق الملكية بصورة أوسع فتجاوزت فكرة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار، ليصبح ممنوعاً في حالة انتفاء المصلحة أو المنفعة الجديّة التي تعود على صاحبه.<sup>(2)</sup>

وتطوّرت فيما بعد نظرية التعسف في استعمال الحق ولقيت تأييداً لدى الفقه والقضاء الفرنسيين عموماً، وبعد أن كان القضاء الفرنسي يشترط توافر الخطأ العمدي من طرف المتعسف أي أن يكون قد قصد الإضرار بالغير، فتطوّر وأصبح يعتبر الفعل تعسفياً كلّما ترتّب عليه ضرراً أصاب الغير، ولم تتوفّر لصاحب الحقّ مصلحة من استعماله.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة محمدي، مرجع سابق، ص (150-151).

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، ط 04، بيروت، لبنان، 1988، ص (299-300).

<sup>3</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 151.

## الفرع الثاني: تأصيل فكرة التعسف في استعمال الحق (أساسها).

بعدما توضّح لنا التفرقة بين تجاوز حدود الحق والتعسف في استعمال الحق على كما شرحناه سابقاً، نجد أنّ الفقه اختلف في مسألة تأصيل التعسف في استعمال الحق، وفي ذلك ظهرت عدّة اتجاهات نشرحها كما يلي:<sup>(1)</sup>

### أولاً: التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري.

يرى هذا الاتجاه أنّ الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إلّا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، والتعويض هنا، كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، ويجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً، كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور عن الجار، ويمتاز هذا الاتجاه بالوضوح، وبما يحقّقه من وحدة أحكام المسؤولية الناشئة عن ممارسة الرخص وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق، وبما ييسره من تحديد لمعيار التعسف بالاكْتفاء برّدّه إلى معيار الخطأ التقصيري وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي.

### ثانياً: التعسف في استعمال الحق نوعاً مميزاً.

يرى جانب آخر من الفقه التعسف يعتبر نوعاً متميّزاً من الخطأ أو خطأ ذو طبيعة خاصّة يستقلّ من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي، إذ هو خطأ يرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي، ويشير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي، فهو إذن خطأ خاص أو خطأ اجتماعي، يتحقّق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية ويذهب الأستاذ الدكتور حسن كيره وبعد دراسة مستفيضة للآراء والمذاهب السابقة ولمواقف الشرائع المختلفة من هذه النظرية إلى أنّ فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثّله من قيمة معيّنة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معيّنة، إذ بذلك ترهّن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها، ذلك أنّ الحقوق بما تخوّل من سلطات استثنائية معيّنة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض، وبما يؤدّي إليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض لا

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 287

يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة، وهو ما يرهنها بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون.<sup>(1)</sup>

ثالثاً: ارتباط التعسف بفكرة الحق واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية.

ويتلخص هذا الاتجاه في أن فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، وترتفع هذه الحماية بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها، فالتعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أحلّ بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق، وهو ما يفصل بين التعسف والخطأ، ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدأً عاماً ونظرية أساسية ملازمة وداخلية في النظرية العامة للحق.

يترتب على ذلك أن فكرة التعسف تجاوزت فكرة المسؤولية في اقتصارها على رفع الضرر الواقع والتعويض عنه، فتحقق كذلك فكرة التوقي من الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً، وعلى هذا النحو تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري.

نصّ المشرع الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في ظلّ القانون القديم تحت الفصل الثاني المتعلق بالأشخاص الطبيعيين في نصّ المادة 41 الملغاة، وقد تعرّض المشرع للنقد لصياغة هذه المادة من الجانب الشكلي والموضوعي، فمن حيث الجانب الشكلي، تتمثل الانتقادات الشكلية في المكان الذي وضعت فيه المادة ما يفيد أن هذه النظرية لا تسري على الأشخاص الاعتبارية، مخالفاً بذلك التشريعات العربية الأخرى التي وضعت النص في الباب

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، "النظرية العامة للحق"، دار الجامعة الجديدة، د. ط، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 493.

<sup>2</sup> - نبيل براهيم سعد، مرجع سابق، ص 288.

التمهيدي للقانون المدني، منها: التشريع، و المصري، والبناني، وبموجب تعديل القانون المدني في 2005 غير موضع النص ووضعه ضمن نطاق المسؤولية تحت عنوان الفعل المستحق التعويض بنص المادة 124 مكرر، وهو دمج مؤسس لعدم قبول فكرة التعسف على أنها فعل ما دام استعمال الحق فيه يدخل في نطاق المشروعية، إلا أن مآلاته هي التي تكون غير مقبولة أو ضارة وفق قاعدة "النظر في مآلات الأشياء".<sup>(1)</sup>

وعلى هذا سنحاول من خلال هذا المطلب شرح المعايير التي اعتمدها المشرع لاعتبار الشخص متعسفا وذلك بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وكذا الجزاءات المترتبة على ذلك.

### الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق.

تبني المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال المادة 124 مكرر (جديدة)<sup>(2)</sup> وطبقا لهذه المادة يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في حالات التالية نصت عليها كما يلي: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
  - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
  - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.»
- ويستخلص من نص هذه المادة أن معيار التعسف الذي اعتمده المشرع، إما أن يكون معياراً شخصياً حسب الفقرة الأولى منها، أو معياراً موضوعياً وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من نفس المادة.

### أولاً: المعيار الشخصي (استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير).

وجه عدم مشروعية استعمال الحق في هذه الحالة واضح، فالقانون قرّر الحقوق للأشخاص بغرض تحقيق مصلحة معينة، فمن البديهي أن يكون استعمالها بغرض الإضرار أمراً

<sup>1</sup> - فاطمة الزهراء قلواز، مرجع سابق، ص ص(40-41).

<sup>2</sup> - المادة 124 مكرر أضيفت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44، ص 23.

غير مشروع، ومتى كان لدى الشخص، وهو يستعمل حقّه، نيّة الإضرار بالغير، فإنّه يكون متعسفًا في استعمال حقّه حتّى ولو كان يرمي في نفس الوقت لتحقيق منفعة خاصّة له طالما أنّ القصد الغالب والذي دفعه أساسًا لهذا الاستعمال هو الإضرار بالغير، فمعيار التعسف هنا هو "معيار شخصي" يقتضي الكشف عن نيّة صاحب الحقّ وهو يستعمل حقّه، ولما كانت النيّة أمرًا نفسيًا داخليًا فإنّه يستدلّ عليها بظواهر خارجية، ومن القرائن التي تساعد على تبين هذه النيّة هو انعدام مصلحة صاحب الحقّ عند استعمال حقّه أو تفاهة هذه المصلحة إلى حدّ كبير، ومن أمثلة التعسف في استعمال الحقّ، طبقًا لهذه الحالة، الجار الذي يغرس أشجارًا أو يبنى حائطًا على حدود ملكه وليس له من غرض سوى حجب النور والهواء عن جاره أو ربّ العمل الذي يفصل عاملاً لمجرد الانتقام منه أو من يتقدّم بشكوى ضدّ موظّف عامّ لمجرد تشويه سمعته.<sup>(1)</sup>

## ثانيًا: المعيار الموضوعي:

اعتمد المشرّع المعيار الموضوعي في المادة 124 مكرّر في الفقرتين 01 و 02 نشرحهما

كما يلي:

### 1- إذا كان استعمال الحقّ يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ففي هذه الحالة يعتبر الشخص متعسفًا حتّى لو كانت له مصلحة في استعمال حقّه على وجه معيّن، وذلك بالنظر إلى أنّ هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير إذ تكون الفائدة قليلة بالنسبة للضرر، كمن يغرس أشجارًا عالية لتوفير نوع من الرطوبة، ويحجب بذلك النور عن جاره، ويمنعه من استعمال شرفته استعمالاً مألوفًا، فيكون متعسفًا في استعمال حقّه لأنّ المصلحة التي يسعى إليها وهي الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير وهو عدم استعمال الشرفة وفي نفس السياق تنصّ المادة 02/708 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قانوني إن كان هذا يضرّ الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.»، فهذه الصّورة تقوم

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 343.

على أساس عدم التوازن بين المصالح المتضاربة لصاحب الحق والغير، فكلما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الذي يصيب الغير، اعتبر متعسفًا في استعمال حقه ولو لم يكن عدم التوازن نتيجة قصد الإضرار بالغير.<sup>(1)</sup>

## 2- إذا كان الغرض من استعمال الحق الحصول على فائدة غير مشروعة.

إذا كان القانون يمنح الأشخاص حقوقًا فإنه ينبغي من وراء ذلك تمكينهم من إشباع المصالح المشروعة، أي التي يقرها، فإذا سلك صاحب الحق باستعمال حقه مسلًا يريد به تحقيق مصلحة غير مشروعة فإن تصرفه يندرج دون شك تحت صور التعسف في استعمال الحق، ويحدث هذا عادة في الأحوال التي يريد فيها الأفراد تحقيق هدف معين لإشباع رغبة شريفة، ولكنهم لا يستطيعون الإقدام عليها مباشرة، بل يتخذون من استعمال حقوقهم سبيلًا ملتويًا للوصول إليها، ومثال على ما سبق رب العمل الذي يفصل العامل بسبب انضمامه لنقابة العمال، فرب العمل لا يستطيع أن يمنعه صراحة وبطريقة مباشرة من الانضمام للنقابة، ولكن يتم ذلك بطريق غير مباشر بفصله حتى يكون عبرة لغيره من العمال فلا ينضمون للنقابة، وكذلك الجهة الإدارية التي تفصل موظفًا لأنه ينتقدها ويكشف أخفاها، فهي لا تستطيع منعه مباشرة وبطريقة سافرة من هذا النقد ولكنها تتوصل إلى ذلك عن طريق فصله.<sup>(2)</sup>

## 3- الضرر الفاحش:

رغم أن المشرع لم ينص على الضرر الفاحش في المادة 124 مكرر إلا أنه يمكن إضافته إلى المعايير السابقة، ولقد نص عليه المشرع الجزائري في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة، ويمكن اعتباره تطبيقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر استعمال الحق تعسفًا إذا ألحق بالغير ضررًا فاحشًا، ومن تطبيقاته نصت عليه المادة 691 بقولها: «يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص (153-154).

<sup>2</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 345.

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحدّ المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كلّ منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصّصت له»، ومن تطبيقاته أيضًا ما جاءت به المادّة 705 من نفس القانون بقولها: «للمالك إذا كانت له مصلحة جدّية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررًا بليغًا، وعليه أن يتحمّل وحده نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلّى وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرًا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئًا من متانته.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحًا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشّركاء أن يعيد بناء الحائط كلّهُ على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظلّ الحائط المدد في غير الجزء المعلّى مشتركًا دون أن يكون الجار الذي أحدث التعلية حقّ في التعويض.».

#### الفرع الثّاني: الجزاء المترتّب على التعسّف في استعمال الحقّ.

إنّ جزاء التعسّف في استعمال الحقّ قد يكون جزاءً وقائيًا إذا ظهر التعسّف في استعمال الحقّ بصفة واضحة قبل تمامه، إذ يمكن منع صاحب الحقّ من الاستعمال التعسّفي لحقّه، أمّا في حالة حدوث التعسّف فعلاً فإنّه يحكم على المتعسّف بالتعويض لصالح المضرور، كما قد يلزم كذلك بإزالة الضّرر ذاته كلّما كان ذلك ممكنًا<sup>(1)</sup>، ولكن وجوب التعويض لا ينفي بقية الإجراءات التي يستطيع المتضرّر بمقتضاها أن يمنع حصول الضّرر قبل وقوعه أو يوقف هذا الضّرر الذي سببه صاحب الحقّ وذلك إذا أمكن اتّخاذ أيّ إجراء من إجراءات التنفيذ العيني لمنع صاحب الحقّ من ممارسة حقّه بصورة غير مشروعة.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 155.

<sup>2</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص ص(72-73).

## الفصل الثالث: حماية الحق وإثباته.

لا تعتبر الحماية عنصراً من عناصر الحق، ولكن لا يكف إقرار القانون للحق دون أن تكون للشخص طرق تمكّنه من حماية حقه، كما يجب على صاحب الحق، إثبات حقه حتى يقضى له به، وفيما يلي سنتعرّض لحماية الحق، ثم لإثبات الحق، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

### المبحث الأول: حماية الحق.

ذكرنا من قبل أن حماية الحق ضرورة لكي يستطيع الشخص أن يستعمل حقه ويستفيد منه بصورة مستقرّة، وفي العصور القديمة كانت القوّة تنشئ الحقّ وتحميه، أي كان الشخص نفسه هو الذي يتولّى حماية حقه بوسائله الخاصة، ولكن في العصر الحديث تكفّلت الدولة بحماية حقه عن طريق طلب ذلك من القضاء بوسيلة تسمّى الدّعى، فإذا كنت تملك منزلاً مثلاً ونازعك آخر في ملكيتك، فإنّك تستطيع رفع دعوى ضده أمام القضاء الذي يحكم لك بملكية المنزل بعد أن تثبت حقاك<sup>1</sup>، بالطرق القانونية المتاحة كما سنراه في المبحث الثاني. وحماية الحقوق قد تكون بالطريق المدني، وقد تكون بالطريق الجنائي، فالطريق المدني يسلكه من اعتدى على حقّ خاصّ له كما إذا كان لك حق شخصي في مواجهة شخص آخر كدين بمبلغ مائة جنيه ولم يدفع لك المدين هذا المبلغ في الميعاد المتفق عليه، فعندئذ تستطيع أن تطلب من القضاء المدني الحكم بإلزام هذا الشخص بدفع الدّين، وبحصولك على هذا الحكم في مواجهته تتمكّن من توقيع الحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلني وتستوفى من ثمنها المبلغ المذكور.

أما الطريق الجنائي فهو يستخدم إذا كان الاعتداء على الحق يمثّل في نفس الوقت اعتداءً على المجتمع، كالسرقة والضرب أو الجرح، ففي هذه الحالات يعتبر الاعتداء واقعاً على حق ملكية لشخص معين أو على حقه في سلامة جسمه، وهو في نفس الوقت يعدّ اعتداءً على المجتمع ككلّ، لأنّه يخلّ بالأمن والنّظام فيه، وهنا يتم ردّ هذا الاعتداء بالوسيلتين: المدنية

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص352.

والجنائية، فالتبابة العامة تتولّى مباشرة الدّعى الجنائية ضدّ المتّهم بالسرقة أو الضّرب بغرض توقيع عقوبة جنائية عليه، لأنّه اعتدى على أمن المجتمع، وفي نفس الوقت يستطيع الجني عليه أن يطالب بتطبيق جزاء مدني، كالحكم بردّ الشّيء المسروق أو التّعويض عن الضّرر الناشئ عن الضّرب أو الجرح، ويستطيع المدّعي بالحقّ المدني أن يرفع دعواه أمام القضاء المدني أو أمام القضاء الجنائي بالتّبعة للدّعى الجنائية.<sup>(1)</sup> وسنحاول في هذا المبحث التطرّق مفهوم الدّعى القضائية من خلال تعريفها وشروطها، ثمّ إلى تقسيمات الدّعاوى المدنيّة.

### المطلب الأول: مفهوم الدّعى القضائية.

سنقوم في هذا المطلب بالتطرّق إلى تعريف الدّعى ثمّ إلى شروطها.

#### الفرع الأول: تعريف الدّعى.

الدّعى القضائية هي الآلية القانونية والوسيلة التي تمكن صاحب الحق من حماية حقّه أمام الجهة القضائية المختصة، وتعرّف بأنّها: "القدرة الإرادية التي يتكوّن منها الحق"، وتعتبر الدّعى من الحقوق العامة المرتبطة بالشخصية التي لا يجوز التنازل عنها، وهي من الحقوق الموضوعية وما الدّعى إلّا حقّاً إجرائياً لاقتضاء الحق وتحقيق المصلحة، فالحقّ الموضوعي غايته مصلحة، ولا يوجد حقّ دون دعوى تحميه، والدّعى هي وسيلة حماية الحقوق يلجأ إليها المدّعي لتحريكها أمام أجهزة القضاء للحصول على تقرير حقّه أو حمايته.<sup>(2)</sup>

#### الفرع الثاني: شروط الدّعى.

سنتطرّق في هذا الفرع إلى شروط قبول الدّعى، ثمّ إلى شروط صحّة إجراءاتها.

#### أولاً: شروط قبول الدّعى.

شروط قبول الدّعى نصّت عليها المادّة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وهي: الصّفة والمصلحة.

<sup>1</sup> - سعيد سليمان جبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، (352-353).

<sup>2</sup> - حلول محدّده، مرجع سابق، ص 57.

## 1- الصّفة:

يقصد بالصّفة العلاقة التي تربط أطراف الدّعى بموضوعها، ولا تقبل الدّعى شكلاً إلاّ إذا توقّرت على شرط الصّفة في جميع أطراف الدّعى، إذ لا دعوى إلاّ إذا كانت من ذي صفة على ذي صفة، فلا تقبل الدّعى إلاّ إذا كان المدّعي يدّعي حقاً أو مركزاً قانونياً لنفسه، ويكون جزاء الدّعى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير أو ضمان احترام القانون هو عدم القبول حتى لو كانت لدى المدّعي مصلحة في ذلك، فالدّعى ليست وسيلة يمكن استعمالها من أيّ شخص لإسعاد الشرعية التي تمّ المساس بها، وإنّما هي كقاعدة عامة من احتكار الأشخاص الذين يثيرون الإخلال بحق ذاتي لهم، غير أنّه استثناء على القاعدة الأصلية، قد يجيز القانون لشخص أو هيئة أن يحل محل صاحب الصفة في الدّعى، ويحصل ذلك في حالة الدّعى غير المباشرة ودعاوى النّقابات والجمعيات ودعوى النّيابة العامة.<sup>(1)</sup>

## 2- المصلحة:

إن المصلحة هي الفائدة أو المنفعة المشروعة التي يجنيها المدّعي أو يرمي إلى تحقيقها من التجائه إلى القضاء، فالأصل أنّ الشخص إذا اعتدي على حقّه تحقّقت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء، وهو أيضاً يبتغي منفعة من هذا الالتجاء، فالمصلحة إذن هي الباعث على رفع الدّعى، وهي من ناحية أخرى، الغاية المقصودة منه<sup>(2)</sup>، وهي مناط الدّعى (l'action L'intérêt est la mesure de)، بحيث "لا دعوى بغير مصلحة" (pas d'intérêt, Pas d'action)، وهي ليست شرطاً لقبول الدّعى فقط بل هي شرطاً أيضاً لقبول أيّ طلب أو دفع أو طعن في حكم (فلا يجوز لغير الوارث أن يرفع دعوى قسمة تركة لعدم توافر المصلحة لديه، ولا يجوز الدّفع بإحالة الدّعى للارتباط إلى محكمة أخرى إذا كانت الدّعى مرفوعة إلى محكمة غير مختصة، ولا يجوز الطّعن في حكم من محكوم له إذا كان قد سبق الحكم له بكافّة طلباته وذلك لانتفاء المصلحة)، ويشترط في المصلحة أن تكون (قائمة أو محتملة، وأن تكون قانونية).

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص ص (76-77).

<sup>2</sup> - أحمد أبو الوفا، "المرافعات المدنية والتّجارية"، منشأة المعارف للطباعة والنّشر، ط12، الإسكندرية، مصر، 1980، ص105.

وإذا كانت المصلحة منعدمة حكم القاضي بعدم قبول الدعوى عكس الصّفة التي نصّت المادة 13 على أن يثير القاضي انعدامها من تلقاء نفسه، فإنّه وبالنسبة للمصلحة، لم تنصّ هذه المادّة على جواز إثارة انعدامها من طرف القاضي من تلقاء نفسه، فهل يعني هذا السّكوت أنّ القاضي لا يجوز له أن يثير انعدام المصلحة من تلقاء نفسه؟.

إنّ الإجابة على هذا السّؤال نجده في المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنصّ على أنّه يجب على القاضي أن يثير تلقائياً الدّفع بعدم القبول إذا كان من النّظام العام لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطّعن أو عند غياب طرق الطّعن، فطبقاً لهذا النصّ القانوني، ولما كانت المصلحة من النّظام العام بدليل استعمال المشرّع في المادة 13 لعبارة الوجوب، فإنّ انعدامها يثيره القاضي من تلقاء نفسه.<sup>(1)</sup>

## ثانياً: شروط صحّة إجراءات الدعوى.<sup>(2)</sup>

يشترط لصحة إجراءات الدّعى ما يلي:

### 1- أهلية التّقاضي:

نعني بأهلية التّقاضي أن يكون المتقاضي مخوّلاً لرفع الدّعاوى أمام القضاء، أي أن يكون راشداً وعاقلاً، وغير ممنوع من التّقاضي بسبب عقوبة جزائية سابقة.

### 2- أن لا يوجد مانع قانوني لسماع الدعوى:

قد يكون المنع شكلي كشرط الميعاد الذي يجب أن ترفع ضمن آجاله الدّعى، فإذا فات الميعاد كانت الدعوى غير مقبولة، وقد يكون المنع موضوعياً كسبق الفصل في موضوع الدّعى، فيمنع قبولها من جديد لسبق الفصل فيها، إلّا إذا كانت الخصومة الجديدة تتضمّن أدلة واقعية لم يسبق تقديمها في الدّعى الأولى.

<sup>1</sup> - عبد العزيز مقفولجي، "شروط قبول الدّعى، مجلّة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلّد 03، العدد 02، كليّة الحقوق والعلوم السّياسية جامعة البليدة 02، الجزائر، 2013/06/01، ص ص (119-120).

<sup>2</sup> - حلول محدّده، مرجع سابق، ص 58.

## المطلب الثاني: أنواع الدّعاوى القضائية.

تختلف الدّعاوى القضائية باختلاف المصلحة التي ترمي لحمايتها من جهة وباختلاف أطرافها من جهة أخرى، فنجد الدّعاوى المدنية والدّعاوى الجزائية والدّعاوى الإدارية.

### الفرع الأول: الدّعاوى المدنية.

هي الدّعاوى التي ترفع أمام القضاء المدني لحماية الحقوق المدنية المالية أو غير المالية، ويكون أساسها المسؤولية المدنية لإلزام المسؤول بجبر الضّرر بالمصالح الخاصّة للمضرور، ويكون ذلك بناءً على طلب المضرور، فإذا كان مصدر الحقّ القانون تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية أمّا إذا كان مصدر الحق هو العقد فتقوم على أساس المسؤولية العقدية.<sup>(1)</sup>

نظّمت التشريعات الحديثة ومن بينها القانون الجزائري كيفية مباشرة الدّعاوى المدنيّة، فجعلتها من اختصاص القضاء المدني كلّما كان محلّ المطالبة هو التعويض عن الفعل الضّار وتخضع لقانون الاجراءات المدنية والإدارية حسب القانون الجزائري، وذلك احتراماً للقواعد العامة في الاختصاص القضائي، وتقوم المسؤولية المدنية في حال تحققت شروطها الثلاث وهي:<sup>(2)</sup> الخطأ والضّرر والعلاقة السببية بينهما، أي بين الخطأ والضّرر.

#### ❖ الخطأ:

هو أساس المسؤولية، وقد يكون عملاً عمدياً أو عن إهمال، وقد يكون عملاً إيجابياً أو سلبياً، والخطأ هو انحراف في سلوك الشخص عن السلوك المعتاد مع إدراكه لهذا الانحراف، وللخطأ ركنان: خطأ مادّي هو الانحراف أو التّعدي، وركن معنوي هو الإدراك.

#### ❖ الضّرر:

لا مسؤولية بغير ضرر، إذ لا دعاوى بغير مصلحة، والضّرر هو ما يصيب الشخص في حقّ من حقوقه أو مصلحة مشروعة، وهو إمّا مادّي كمن يصيب المضرور في جسمه أو ماله، أو أدبي كمن يصيبه في سمعته أو شرفه أو كرامته أو عاطفته أو شعوره أو إحساسه.

<sup>1</sup> - جلول محدّدة، مرجع سابق، ص 58.

<sup>2</sup> - محمّد حسنين، مرجع سابق، ص 150 وما يليها.

## ❖ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

السببية ركن مستقل ويتطلب قضاء النقص أن يكون الحكم متضمنًا قيام تلك العلاقة، ويمكن القول بتوافر السببية كلما أمكن الجزم بأنه لولا الخطأ لما وقع الضرر، إلا أنها تثور الصعوبة في حالة تعدد الأسباب وحالة الضرر غير المباشر، فهناك نظريات يتم الاعتماد عليها، كنظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج أو الفعال.

وفي الأخير نشير أن الدعوى المدنية تنقسم من حيث طبيعة الحق إلى دعوى عينية ودعوى شخصية ودعوى مختلطة.

وتكون الدعوى عينية إذا كانت مستندة إلى حق عيني، والدعوى العينية واردة على سبيل الحصر وهي: دعوى الاستحقاق لحماية حق الملكية، والدعوى الخاصة بحماية حق الارتفاق، وحق الانتفاع، أو حق الاستعمال والسكن، ودعوى الزهن وهي تحمي أصحاب الحقوق العينية التبعية، كما أن هناك دعاوى الحياة التي تحمي حياة حق عيني عقاري، وتكون الدعوى شخصية إذا كانت ترمي إلى حماية حق شخصي، وهذه الدعوى تتعدد بتعدد الحقوق الشخصية، أما الدعوى المختلطة فهي تلك الدعوى التي تستند إلى حق عيني وحق شخصي في نفس الوقت.<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني: الدعوى الجزائية (العمومية).

نصّ المشرع الجزائري على الدعوى العمومية في المادة الأولى (01) مكرّر من قانون الاجراءات الجزائية<sup>(2)</sup>، حيث نصّت على: «الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها وياشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون. كما يجوز أيضًا للطرف المضرور أن يحرك هذه الدعوى طبقًا للشروط المحددة في هذا القانون»

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص 161.

<sup>2</sup> - المادة الأولى (01) مكرّر أضيفت بالقانون 17-07 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438، الموافق 27 مارس 2017، (يعدّل ويتّم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966، والمتضمّن قانون الاجراءات الجزائية)، ج.ر، عدد 20 مؤرخة في أول رجب عام 1438 الموافق 29 مارس سنة 2017 م، ص 06.

وبالتالي تختص النيابة العامة كأصل عام بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها، وكاستثناء قد يسمح لغير النيابة العامة بمباشرتها، كالموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون، والطرف المضرور.

ويمكن تعريف الدعوى الجزائية (العمومية) بأنها: الطلب الموجه من الدولة بواسطة جهازها المختص، والمتمثل في النيابة العامة إلى المحكمة، من أجل محاكمة المتهم الذي ارتكب الجريمة، فهي وسيلة الدولة في اقتضاء حق المجتمع في العقاب بواسطة القضاء عن طريق جهاز الاتهام للتحقيق في ارتكاب الجريمة وتقرير مسؤولية مرتكبها وإنزال العقاب أو التدبير الاحترازي به.<sup>(1)</sup>، والدعوى الجزائية لا يمكن التصالح فيها أو التنازل عنها إلا في حدود المسؤولية المدنية الناتجة عنها، عكس الدعوى المدنية التي تقبل الصلح والتنازل عنها لأتم من حق المضرور.

وقد تستمد الحماية للحق من القانون الجنائي والمدني معاً، كما في حالة تحقق جريمة السرقة، فإذا قرّر القانون الجنائي مجازاة السارق عن تلك الجريمة فإنه في الوقت ذاته يحمي حق الملكية، وعليه يُسأل السارق عن جريمة السرقة جنائياً كما يُسأل مدنياً عن الأضرار التي لحقت بالجنح عليه، فما قام به السارق من اعتداء ترتبت في ذمته مسؤوليتان: جنائية ومدنية معاً، موضوع الأولى جزاء جنائي والثاني تعويض مدني، وتقام ضده دعويان: دعوى جنائية باسم المجتمع ترفعها النيابة العامة مطالبة بحق المجتمع في توقيع الجزاء الجنائي، والأخرى دعوى مدنية يرفعها المضرور باسمه مطالبا بتعويض الضرر الذي أصابه.<sup>(2)</sup>، إلا أنه يجب وقف السير في الدعوى المدنية إلى حين الفصل نهائياً في الدعوى العمومية إذا كانت قد حرّكت.<sup>(3)</sup>

وفي الأخير نشير أنّ الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة كغيرها من الدعاوى تنقضي بأسباب الانقضاء العامة والخاصة، فتنتضي بوفاة المتهم وبالتقادم والعفو الشامل

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص78.

<sup>2</sup> - سامية لموشية، دروس في مادة: "المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للحق"، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق نظام ل.م.د، السداسي الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر -الوادي-، 2022/2021، ص51.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 04 من قانون الاجراءات الجزائية، مرجع سابق.

وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه.<sup>(1)</sup>، كما تنقضي الدّعى العمومية بسحب الشّكوى أو بالمصالحة أو بالوساطة.

### الفرع الثالث: الدّعى الإداري.

الدّعى الإداري وسيلة قانونية يرفعها المدّعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة يطلب من القاضي الفصل في نزاع إداري، موضوعه عمل قانوني أو مادي، وهناك من يعرفها أنّها المكنة التي يخوّلها القانون للشخص في اللّجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستتها تصرّفات وأعمال الإدارة وأضرّت به.<sup>(2)</sup>، وتتطلب كغيرها من الدّعاوى الشّروط المعروفة وهي: الصّفة والأهلية والمصلحة.

إذن فالدّعى هي وسيلة قانونية يتولّى رفعها شخص المدّعي أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة يطلب من خلالها من القاضي الفصل في النزاع الإداري وهي الوسيلة القانونية المقرّرة للأفراد للمطالبة بالحماية القضائية لحقوقهم ومراكزهم القانونية في مواجهة سلطات الإدارة العامّة، وكما هو معلوم تنشأ هذه الدّعى بين خصمين غير متكافئين، حيث تحتلّ الإدارة العامّة عادة مركز المدّعى عليه متسلّحة بامتيازات السّلطة العامّة، وفي ظلّ التعديلات الجديدة التي طرأت على قانون الإجراءات المدنية والإدارية أضحيّ حتما مسايرة التّغييرات الجديدة والجدرية في المنازعات الإدارية.<sup>(3)</sup>

نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالتقسيم الرّباعي للدّعاوى، فإضافة إلى الدّعاوى المتعلّقة بالموضوع (الإلغاء، القضاء الكامل، التّفسير وفحص المشروعية)، هناك دعويين لا يتعرّض القاضي فيهما للموضوع ولا تمسّ الدّعى فيهما بأصل الحقّ هما: الدّعى الاستعجالية ودعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وقد حدّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدّعاوى

<sup>1</sup> - هذا ما أشارت إليه المادّة 06 من قانون الاجراءات الجزائية، المعدّلة بموجب القانون 15-02 المؤرّخ في 2015/07/23.

<sup>2</sup> - محمّد الصغير بعلي، "الوسيط في المنازعات الإدارية"، دار العلوم للنشر والتّوزيع، د.ط، عتّابة، الجزائر، 2009، ص127.

<sup>3</sup> - بوبكر بوسام، محاضرات في المنازعات الإدارية (الدّعاوى الإدارية)، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص: قانون عام، السّداسي السّداس، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة زّيان عاشور الجافة، الجزائر، 2023/2022، ص01.

الإدارية في المادة 801 بالنسبة للمحاكم الإدارية، وفي المادة 901 بالنسبة لمجلس الدولة، وهذا التحديد يشكل الحد الأدنى والقانوني، وقد أدى هذا التعداد والتسمية الواضحة للدعوى إلى إيجابيات تسهيل عمل المتقاضي والقاضي الإداري.<sup>(1)</sup>

والملاحظ أنّ هناك تغييرات شهدتها قانون الاجراءات المدنية الإدارية مساهمة للمستجدات الجديدة، فبعد أن كان التنظيم القضائي الإداري يتشكل من هيئتين تفصلان في المسائل الإدارية هما: المحكمة الإدارية ومجلس الدولة أضاف هيئة قضائية جديدة سمّاها بالمحكمة الإدارية للاستئناف وذلك بموجب المادة 08 من القانون رقم 22-07 المؤرخ في 05 ماي 2022 المتعلق بالتقسيم القضائي، تقع مقرّات هاته المحاكم الاستئنافية الجهوية في كل من: الجزائر-وهران-قسنطينة-ورقلة-تمراست-بشار، وهي بذلك درجة ثانية للتقاضي في المواد الإدارية، أين يعاد النظر في القضية مرّة أخرى من حيث الوقائع والقانون خلال الآجال الاستئنافية، لتخفيف العبء على مجلس الدولة و ليهتم أساسا بقضاء النقض.

وبإنشاء محاكم إدارية للاستئناف ومنحها اختصاص الفصل في الطعون بالاستئناف المرفوعة ضد الأحكام والأوامر الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الإدارية بالإضافة إلى تحويل اختصاص الفصل ابتدائيا في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية التي تكون طرفاً فيها السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية للمحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر، يكون قد ردّ الاعتبار لمجلس الدولة للاضطلاع بوظيفته الدستورية، وفي هذا ينبغي تسجيل ملاحظة إيجابية في صالح التعديل الجديد يكون في المؤسس الدستوري قد خطى خطوات عملاقة من أجل حلّ إشكالية تغيير الطّبيعة القانونية لمجلس الدولة التي استغرقت ما يزيد عن العقدين من الزمن.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - بوبكر بوسام، مرجع سابق، ص 03.

<sup>2</sup> - الفاسي فاطمة الزهراء، المحاكم الإدارية للاستئناف في الجزائر (الأسس والآثار)، مجلّة الدّراسات القانونية المقارنة، المجلّد 09، العدد 01، جامعة حسية بن بوعلي الشلف، 11/06/2023، ص 319.

## المبحث الثاني: إثبات الحق.

الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساساً لحق مدعى به. إن قواعد الإثبات تحتل أهمية خاصة، إذ أنّ الحقّ وهو موضوع التقاضي يتجرّد من كل قيمة إذا لم يقيم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه، وقد قيل بحقّ "أنّ الحق مجرّداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء"، وبالرغم من أنّ الإثبات ليس عنصراً من عناصر الحقّ وإنما أمر خارج عنه حيث أنّ الحق ينشأ من مصادره طبقاً للقانون بصرف النظر عن وسيلة إثباته.

كما تتّضح أهمية الإثبات في كونه يحقّق الصّالح العامّ حيث أنّه يهدف إلى تحقيق غايات عملية هي الفصل في المنازعات وحماية الحقوق، فالإثبات يعتبر الأداة الضرورية التي يعوّل عليها القاضي في التحقّق من الوقائع القانونية، والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة عن تلك الوقائع، وبذلك أضحي الإثبات ركن ركين في كل تنظيم قضائي بات من الضروري أن ينظّم المشرّع قواعده ويفصل أحكامه.<sup>(1)</sup>

وسنحاول في هذا المبحث الحديث بإيجاز عن المذاهب المختلفة في الإثبات ومحلّه، ثم نتطرّق إلى عبء الإثبات وطرقه، من خلال المطلبين التّاليين:

**المطلب الأوّل: المذاهب المختلفة في الإثبات ومحلّه.**

لتوضيح ما يتعلّق بهذا الموضوع، سنتناول بالدراسة المذاهب المختلفة في الإثبات من خلال الفرع الأوّل، وبعدها سنقوم بإبراز محلّ الإثبات في الفرع الثاني.

**الفرع الأوّل: المذاهب المختلفة في الإثبات.**

الواقع أنّ هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم، فالقانون يبيّن طرق الإثبات ويحدّد قيمة كلّ منها، والخصوم يقدمون أدلّة الإثبات، والقاضي يطبّق القواعد التي يقرّها القانون في ذلك، ويمكن للموازنة ما بين اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل أن

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم، سعد مرجع سابق، ص (265-266).

نتصوّر قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات، هي المذهب الحرّ أو المطلق في الإثبات، المذهب القانوني أو المقيّد، المذهب المختلط.

### أولاً: مذهب الإثبات الحرّ أو المطلق.

بمقتضى هذا المذهب يكون للأفراد مطلق الحرّية في تقديم ما لديهم من أدلّة لإثبات حقوقهم، كما تكون للقاضي سلطة مطلقة في تقدير قيمة هذه الأدلّة، فيستطيع أن يأخذ بها أو أن يرفضها وفقاً لمدى اقتناعه بها وفضلاً عن ذلك، فإنّ هذا المذهب يخوّل القاضي أن يحكم بعلمه الشّخصي بوقائع النزاع المطروح عليه، كما يجيز له أيضاً أن يسعى بنفسه لاستكمال الأدلّة وأن يتحرّى الحقيقة بكافّة الوسائل.

والواقع أنّ عيوب هذا المذهب ترجّح مزاياه، لأنّه وإن كان يعطي للقاضي سلطة مطلقة في تحرّي الحقيقة ممّا يكفل مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية إلى أبعد الحدود، إلّا أنّه يجعل الخصوم تحت رحمة القاضي، وقد يكون هذا الأخير غير نزيه ممّا يؤدّي إلى ضياع حقوق الأفراد ومن ناحية أخرى، فإنّ اختلاف التّقدير من قاض إلى آخر من شأنه أن يجعل الخصوم غير مطمئنّين على مراكزهم في الدّعوى وذلك لعدم تقنّتهم من أنّ القاضي سيقنّع بما لديهم من أدلّة، مهما كانت قوّتها، الأمر الذي يتنافى مع ما توجبه المصلحة من ضرورة توفير الثّقة والاستقرار للمعاملات.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: مذهب الإثبات القانوني أو المقيّد.

قد يفرض المشرّع للإثبات طرقاً محدّدة، فلا يستطيع المتقاضى إقامة الدّليل على حقّه بغير الوسيلة التي حدّدها القانون، كما يكون القاضي كذلك ملزماً بهذه الطّرق، فهذا المذهب يقيّد القاضي إلى أبعد الحدود ويحقّق الانسجام في تقدير القضاة ممّا يترتّب عليه استقرار المعاملات، إلّا أنّه يؤخذ على هذا النّظام أنّ الحقيقة القضائية لا تتفق أحياناً مع الحقيقة الفعلية أو الواقعية لأنّ القاضي والمتقاضين ملزمون بطرق محدّدة فلا يمكن إقامة الدّليل على أمر واضح بغير الطّرق التي حدّدها القانون.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 309.

<sup>2</sup> - فتحي مجيدي مرجع سابق، ص 263.

### ثالثاً: مذهب الإثبات المختلط:

يأخذ هذا المذهب بالإثبات المقيّد في مسائل معيّنة كالمسائل المدنية التي يتطلّب المشرّع إثباتها بالكتابة، أمّا في المسائل المدنية التي لا تشترط الكتابة لإثباتها فإثباتها يكون مطلقاً إذ للقاضي تقدير شهادة الشهود أو القرائن القضائية وفقاً لاقتناعه الشخصي، أمّا المسائل التجارية فيأخذ فيها بنظام الإثبات المطلق (2) نظراً لما تنظم هذه المسائل من سرعة في التعامل، إذ يصعب إقامة الدليل عليها كتابةً، فلا يمكن تقييدها بأدلة معيّنة، وتأخذ معظم التشريعات ومن بينها المشرّع الجزائري بالمذهب المختلط (1)، وفي هذا المذهب المختلط يكون للقاضي موقف وسط، إذ قد يكون له مطلق الحرية في المسائل المدنية، فيستطيع من تلقاء نفسه الأمر بإجراء تحقيق في الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بالبيّنة مثلاً، كما أنّ له أن يوجّه اليمين المتّمة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه أيضاً، ويكون دور القاضي مقيّداً وسلياً كلّما قيده القانون بأدلة معيّنة، كوجوب الاعتداد بالدليل الكتابي مثلاً (2).

### الفرع الثاني: محلّ في الإثبات.

سنتناول في هذا الفرع الواقعة القانونية باعتبارها محلاً للإثبات، ثمّ نبين الشّروط الواجب توافرها فيها.

### أولاً: الواقعة القانونية محلّ الإثبات.

إن الإثبات لا يرد على الحق في ذاته، وإنّما يرد على مصدره، أي على الواقعة القانونية أو التّصرّف القانوني المنشئ للحقّ، فإذا كان الحقّ قد نشأ عن واقعة طبيعية، كالوفاة مثلاً، وجب على من يدّعي إثبات هذه الواقعة، وإذا كان قد نشأ عن واقعة مادية، كالفعل الضار أو الفعل النّافع، تعيّن على من يدّعي إثبات هذه الواقعة أو تلك، وكذلك الشّأن بالنّسبة للتّصرّف القانوني، إذ يلتزم من يدّعي ثبوت حقّ له من تصرّف قانوني معيّن بأن يقيم الدليل على قيام هذا التّصرّف، وهكذا ترى أن الإثبات إنّما ينصبّ على مصدر الحق، بحيث اذا استطاع المدّعي أن يثبت هذا المصدر، فإنّه يكون بذلك قد أثبت وجود الحقّ المطالب به.

<sup>1</sup> - هذا ما تؤكده المادتين: 333 من القانون المدني، و30 من القانون التجاري الجزائري.

<sup>2</sup> - فريدة محمدي (زواوي)، مرجع سابق، ص164.

وتقسيم مصادر الحق إلى وقائع وتصرفات له أهمية بالغة في الإثبات ذلك أنّ الوقائع القانونية يمكن إثباتها بكافة الطرق، وهذا بعكس الحال بالنسبة للتصرف القانوني، إذ لا يجوز ثباته كأصل عام إلا بالكتابة، ولا يستثنى من هذا الأصل سوى المعاملات التجارية والتصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن حد معين.<sup>(1)</sup>

### أولاً: شروط الواقعة القانونية محلّ الإثبات.

كما رأينا سابقاً فإنّ محلّ الإثبات هو الواقعة القانونية، لكن ليس كلّ الوقائع القانونية تصلح لأن تكون محلّاً للإثبات، ويرجع ذلك إلى أنّ الإثبات يتمّ في ساحة القضاء، وهذا يتطلب أن يتوافر في الواقعة المراد إثباتها شروطاً محدّدة تمنع من تكدّس القضايا وتساعد على سرعة الفصل في المنازعات، هذه الشروط بعضها منصوص عليه قانوناً والبعض الآخر تقتضيه الطبيعة القضائية للإثبات وتتلخّص هذه الشروط فيما يلي:

1- أن تكون الواقعة محدّدة تحديداً: كافياً حتّى يمكن التّحقّق من أنّ الدّليل الذي

سيقدم يتعلّق بها لا غيرها، فالواقعة المجهولة غير قابلة للإثبات.

2- أن تكون الواقعة ممكنة: حتّى يمكن إثباتها، فالمستحيل لا يصحّ عقلاً إثباته ولا يجوز

السّماح به حرصاً على وقت المحكمة.

3- أن تكون الواقعة متنازعا فيها: لأنّه إن لم تكن الواقعة محلّ نزاع فليس هناك ما يدعو

إلى رفعها إلى القضاء وبالتالي لا تكون هناك حاجة لإثباتها.

4- أن تكون الواقعة متعلّقة بالدّعى: وذلك حرصاً على عدم إضاعة وقت القضاء فيما

لا جدوى من وراء إثباته.

5- أن تكون الواقعة منتجة في الدّعى: بمعنى أن يكون من شأنها إذا ثبتت أن تصل

إلى إقناع القاضي بأحقّيّة ما يدّعى به، أو تؤدّي إلى قيام الحقّ أو الأثر القانوني المدّعى

به، فإن لم تكن للواقعة ثمة تأثير في إقناع القاضي، فلا تصلح أن تكون محلّاً للإثبات

ولو تعلّقت بموضوع الدّعى.

<sup>1</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص 311.

**6- يجب أن تكون الواقعة جائرة الإثبات قانوناً:** أي لا يكون ممنوع إثباتها قانوناً، وهذا المنع قد يكون لأسباب تتعلق بالنظام العام والآداب أو لأسباب تتعلق بالصياغة الفنية، كالقرائن القانونية القاطعة والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب.

### **المطلب الثاني: عبء الإثبات وطرقه.**

سنحاول من خلال هذا المبحث الحديث عن عبء الثبات، وكذا مختلف طرق الإثبات المتاحة لأطراف الخصومة لثبات حقوقهم.

### **الفرع الأول: عبء الإثبات.**

القاعدة العامة في الإثبات والتي هي المبدأ القانوني المستقر عليه في النظم القضائية، أنّ عبء الإثبات يقع على عاتق المدّعي، وهذا ما أشارت إليه المادة: **1315** من القانون المدني الفرنسي القديم، وكذلك المادة الأولى (**01**) من قانون الإثبات في جمهورية مصر العربية، وبنفس الصيغة ورد النص على هذا المبدأ القانوني في المادة: **323** من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على أنّه: «على الدّائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلّص منه.»، وقبل ذلك بكثير، قال الرّسول صلّى الله عليه وسلّم في حديثه الشّريف: «البينة على من ادّعى، واليمين على من أنكر.»، فالأصل هو براءة ذمّة المدين إلى أن يثبت الدّائن عكس ذلك، ومن هنا كان على المدّعي في الدّعى أن يقدّم الدّليل على وجود الدّين، أو الحقّ المطالب به، وعلى المدّعى عليه أن يثبت خلاف ذلك، وإذا قدّم المدّعى عليه دفْعاً جديداً أقوى فإنّه يصبح ملزماً بتقديم الدّليل على وجود الواقعة التي يدفع بها، فإذا تمكّن من إثبات ما يعكس أدلّة المدّعي ينتقل عبء الإثبات من جديد إلى المدّعي، وهكذا تتغيّر إلزامية الإثبات من المدّعي إلى المدّعى عليه، ومن المدّعى عليه إلى المدّعي من جديد.

فمثلاً إذا رفع المدّعي دعوى مدنية للمطالبة بدين معتمداً في ذلك على ورقة عرقية، ولكن المدّعى عليه في جلسة لاحقة يتمكّن من تقديم سند رسمي يثبت به براءة ذمّته، فإنّ المدّعى عليه في هذه القضية تحمّل عبء الإثبات في براءة ذمّته، ويقع على عاتق المدّعي من جديد إثبات أنّ الورقة الرسمية المستظهر بها تتعلق بدين آخر مثلاً، أو أنّه يطعن بالتزوير في هذه الورقة الرسمية من أجل استبعادها أو إلغائها، وبالتالي عدم الاعتماد عليها كدليل إثبات في

الدعوى.<sup>(1)</sup>، وبالتالي فإنّ ادّعاء الحقّ من غير إثباته يصبح هو والعدم سواء، فعلى من يدّعي حقًا في ذمّة الغير عليه أن يثبت مصدر هذا الحقّ وسنده، فيما لو كان عقدًا أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع، أو فعلاً نافعًا أو واقعةً طبيعّية، وقد تناول المشرّع الجزائري أحكام الإثبات في المواد: من 323 إلى 350 من القانون المدني.

## الفرع الثاني: طرق الثبات.

تنصّ التشريعات عادة على طرق الإثبات ووسائله، وفي بعض الحالات تحدّد الأدلّة التي يجب تقديمها للقضاء في دعاوى معيّنة، وبالتالي تعتبر وحدها جائزة القبول دون غيرها، وقد نظم المشرّع الجزائري طرق الإثبات في المواد من: 323 إلى 350 من القانون المدني، والمواد من: 70 إلى 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتمثّل هذه الطرق أساسًا في: (الكتابة، شهادة الشهود (البيّنات)، القرائن القانونية، الإقرار (الاعتراف)، اليمين، المعاينة، تقارير الخبراء.)، ونظيف وسيلة أخرى مهمّة وهي: حجّية الشّيء المقضي به.

### أولاً: الكتابة.

ليس من شكّ في أنّ الكتابة قد أصبحت في العصر الحالي من أهم وسائل الإثبات، وذلك نظرًا لما تتميز به من الوضوح وعدم التعرّض للنسيان، ويبدو ذلك جليًا من نصّ المادة 333 من قانون المدني الجزائري التي استلزمت وجود دليل كتابي لإثبات التصرّفات القانونية، ولم تستثن من هذا الحكم سوى التصرّفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على 100.000 دج، فضلًا عن المعاملات التجارية التي أجاز المشرّع إثباتها بكافة الطّرق (المادة 30 من القانون التجاري)، ناظرًا بعين الاعتبار إلى طابع السرعة الذي يهيمن على إنجاز هذه المعاملات<sup>(2)</sup>، وعلى هذا فهناك نوعين من الكتابة (التقليدية) هما: الكتابة الرسمية والكتابة العرفية، كما أنّه نظرًا للتطوّر التكنولوجي ظهرت الكتابة الإلكترونية، نشرحهم تباعًا كما يلي:

<sup>1</sup> - بشير بلعيد، "القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية"، دار البعث، د.ط، قسنطينة، الجزائر، السّداسي الأول 2000، ص ص(30-31).

<sup>2</sup> - أنظر في ذلك، علي سيّد حسن، مرجع سابق، ص.

## 1- الكتابة الرسمية:

وهي محرّر يثبت فيه موظّف عامّ أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو تلقّاء من ذوي الشّان، ويجب أن يكون الشّخص محرّر الورقة مختصّا بتحريرها سواء من حيث طبيعتها أو من حيث مضمونها، فالأحكام القضائية مثلاً يختصّ بتحريرها كاتب الضبط، وقد نصّت المادة 324 من القانون المدني على ما يلي: «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقّاء من ذوي الشّان وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»، وتكون الورقة الرسمية دليلاً قاطعاً على ما ورد فيها ويعدّ كذلك تاريخها تاريخاً ثابتاً، لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير، وهذا ما تضمّنته المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني، وتعتبر الورقة الرسمية سنداً تنفيذياً إذا كانت مهمورة بالصيغة التنفيذية، فتمكن صاحبها من التنفيذ بحقه مباشرة دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك.<sup>(1)</sup>

## 2- الكتابة العرفية:

إنّ المحرّرات العرفية كانت تحتلّ الصدارة في الإثبات قبل صدور قانون التوثيق في الجزائر وتراجع دورها بعد صدوره وانتشار الكتابة الرسمية، ويطلق على المحرّرات العرفية أيضاً السّنندات العادية وهي أوراق تصدر من الأفراد دون حضور موظّف عامّ أو ضابط عمومي رسمي، ولا تخضع لأيّ شكل من الأشكال أو شرط من الشّروط كالمحرّر الرسمي، ويتمّ تحريرها بمعرفة أطرافها حسب العرف ولذلك سميت عرفية، كما أنّها لا تحيط بها الضمانات التي تحيط بالمحرّرات الرسمية، وهي على نوعين: محرّرات معدّة للإثبات وهي معدّة مسبقاً من أطرافها لتكون أدلة إثبات فيما قد يثور بينهم من نزاع، ومحرّرات غير معدّة للإثبات أي لم يقصد أطرافها حين تمّ تحريرها استعمالها في الإثبات، ويمكن استخدامها لغرض الإثبات، وستعرض لكليهما تباعاً.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي) مرجع سابق، ص ص(169-170).

<sup>2</sup> - يوسف زروق، "حجبة وسائل الإثبات الحديثة"، رسالة دكتوراه، تخصّص القانون الخاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص 48.

## أ- المحرّرات العرفية المعدة للإثبات:

وهي التي أعدّها ذوو الشّأن سلفاً لغرض أن تكون أداة إثبات، نصّت على هذا النوع من المحرّرات المادة 327 من القانون المدني، ومفادها أنّه حتّى يعتدّ بالورقة العرفية كدليل إثبات يشترط فيها شرطين: الشّروط الأوّل هو الكتابة التي تدلّ على الواقعة المراد إثباتها، سواء كانت الكتابة بالعربية أو بلغة أخرى، بخطّ الدّائن والمدين، أو بخطّ كاتب عمومي أو أي شخص آخر م غير الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 324 من القانون المدني، ولا يشترط فيها بيانات معيّنة كما هو معمول به في الورقة الرسميّة، وإن كان على سبيل الاحتياط الحرص على استكمالها ومراعاة الدّقة في تحريرها، باستثناء ما ورد في نصّ خاصّ، كما هو الشّأن بالنسبة للأوراق التجاريّة كالشيك الذي تشترط فيه المادّة 472 من القانون التجاري أن يحتوي على بيانات معيّنة.

أمّا الشّروط الثّاني فهو التّوقيع على المحرّر العرفي الذي يجسّد رضا أطرافه ويمنح المحرّر قوّة الإثبات من خلال نسبة المحرّر إلى الموقع، فهو شرط أساسي لصحّة الورقة العرفيّة، ويكون التّوقيع بالإمضاء أو البصمة أو التّوقيع الإلكتروني، وهذا ما نصّت عليه المادّة 327 من القانون المدني على أن يكون التّوقيع ممّن تعتبر الورقة العرفية دليلاً ضدّه، فإذا كان العقد ملزماً لجانبيين يجب أن يكون التّوقيع صادراً من الطرفين معاً، أمّا في العقود الملزمة لجانب واحد فيكفي التّوقيع من طرف الطّرف الثّاني، مع الإشارة أنّ المادّة 327 أعلاه اعتبرت العقد العرفي المحرّر بخطّ يد المدين دليلاً كاملاً ضدّه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه.

## ب- المحرّرات العرفية غير المعدة للإثبات:

توجد أوراق أو محرّرات عرقية غير معدّة للإثبات كالرسائل والبرقيات والدّفاتر التجاريّة، والدّفاتر والأوراق المنزلية، والتّأشيرات ببراءة ذمّة المدين، ويقرّر القانون لهذه الأوراق قوّة معيّنة في الثبات وهذا ما سنشرحه كما يلي<sup>1</sup>

- الرسائل والبرقيات: تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرّر العرفي، وتكون حجة على المرسل بما دوّن فيها، إلّا إذ أثبت عكس ذلك، أمّا إذا انكر المرسل توقيعه فعلى من

<sup>1</sup> - فريدة محمدي (زواوي) مرجع سابق، ص ص(170-171).

يتمسك بها إثبات صدورها من المرسل فعلا وتكون الرسائل ملك المرسل إليه، فله الاستفادة منها، إلا إذا كانت تتضمن سرًا ومهنيًا يمنع القانون إفشائه، وللغير الاستفادة بما دون في الرسائل، وله أن يحتج بها بشرط ألا يكون قد حصل عليها بطريق غير مشروع، وتكون للبرقيات حجية الورقة العرفية متى كان الأصل المودع في مكتب الإرسال موقعًا عليه من المرسل، وهنا ما تضمنته المادة 329 من القانون مدني.

- **الدفاتر التجارية:** يلزم التجار بإمسك دفاتر تجارية ليسجلوا كل ما يتعلق بأعمالهم التجارية، ومن هذه الدفاتر: دفتر اليومية، ودفتر الجرد السنوي، ولا تكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها ولكنها تكون حجة عليه، وفي هذا الصدد نصت المادة 330 القانون المدني على: «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبيّنة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه»

- **الدفاتر والأوراق المنزلية:** قد يحدث أن يسجل الأشخاص مذكراتهم في دفاتر أو أوراق متفرقة، ولا تكون لهاته الدفاتر والأوراق حجة لصاحبها ذلك لأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلًا لنفسه ولكنها يمكن أن تكون حجة عليه، وتنص المادة 331 من القانون المدني على: «لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفي دينًا،  
- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقًا لمصلحته»

### 3- الكتابة الإلكترونية:

عرّفها المشرّع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني على أنّها: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها»، وهو نفس المعنى الذي جاءت به المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الواسع للكتابة تاركًا المجال مفتوحًا لكلّ الدّعامات دون حصرها، كما أنّه لم يقيّد طرق إرسال هذه الكتابة والتي قد تكون بالنقل الماديّ للأوراق أو النقل الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت.

كما عرّفت المادة 02 من القانون رقم 15-04 المؤرّخ في: 2015/02/01 التوقيع الإلكتروني الموصوف على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيًا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"، يتم إنشاؤه من خلال جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المتمثلة في رموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، يستعملها الموقع لحسابه أو لحساب شخص طبيعي أو المعنوي الذي يمثله، إذن يمكن القول أنّ حجية التوقيع الإلكتروني مقيدة بشروط حتى تثبت حجته، نصّت 07 من القانون 15-04، أهمّها أن ينشأ التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة التصديق الإلكتروني موصوفة، وأن يرتبط بالموقع دون سواه، مع إمكانية تحديد هوية الموقع، وأن يكون مصمّمًا بواسطة وسائل تحت التحكم الحصري للموقع وأن يكون مرتبطًا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذا التوقيع.

وعليه فمتى انعقد العقد الإلكتروني وفق الشّروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني وأحكام القانون 15-04 المؤرّخ في: 2015/02/01، ربّ آثاره القانونية بين طرفيه، واكتسب حجية في الإثبات، لأنّ المشرّع الجزائري جعل من الكتابة

الإلكترونية نفس القيمة في الإثبات التي تكون للكتابة التقليدية، وهذا طبقاً لنصّ المادة 323 مكرر 01 أعلاه.<sup>(1)</sup>

ثانياً: شهادة الشهود (البينات):

يقصد بشهادة الشهود، الأقوال التي يدلي بها الأشخاص في ساحات القضاء بشأن إثبات أو نفي واقعة قانونية أيّاً كان نوعها، ولهذا نقول بأنّ الشهود نوعان: شهود إثبات وشهود نفي، وللمحكمة أن تستمع إلى الشهود دائماً سواء كانوا للنفي أو للإثبات لكي تتجلى الحقيقة، ولكنّ الشهادات أيّ البينات أيّاً كان نوعها وأيّاً كان الأشخاص الذين يؤدّون الشهادة لا تكون ملزمة للقاضي بل تخضع لتقديره، فله أن يقبل شهادة واحد من الشهود كدليل إثبات أو نفي يقتنع به ويرفض شهادتين متضاربتين في نفس الدّعى ونفس الموضوع.

ثالثاً: القرائن القانونية.

القرينة هي استنتاج أمر مجهول من أمر معلوم وعندما يقوم القانون نفسه بهذا الاستنتاج تسمّى القرينة قانونية، أمّا إذا قام القاضي نفسه بهذا الاستنتاج تسمّى القرينة قرينة قضائية، والقرينة القانونية قد تكون بسيطة أي يجوز إثبات عكسها، ومثالها ما سبق أن قلناه بشأن الوفاء بالأجرة، فوفاء المستأجر بالقسط الأخير من الأجرة يعتبر قرينة على وفائه بما سبق من أقساط، ولكن المؤجّر يستطيع رغم ذلك إثبات عكس هذه القرينة بإقامة الدليل على أنّ الأقساط السابقة لم تدفع، وقد تكون القرينة القانونية قاطعة، أي لا يجوز إثبات عكسها، ومثال ذلك قوّة الأمر المقضي به، فإذا ثار نزاع بشأن حق معيّن أمام القضاء، وأصدر القضاء حكماً نهائياً في هذا النزاع، فإنّ هذا الحكم يكون قرينة على صحّة ما قضى به، وهذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس فلا يستطيع أحد أن يناقش من جديد ما قضى به الحكم.

أما القرينة القضائية فإنّها تخضع لتقدير القاضي، أي أن القاضي هو الذي يقدّر ما إذا كان أمر معلوم يدل على أمر مجهول أو لا، وذلك حسب ظروف الدّعى، وله هذه

<sup>1</sup> - حكيمة كحيل محاضرات في: "طرق الإثبات والتّفيذ"، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصّص: قانو خاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، 2021/2022، ص ص(من 30 وما يليها).

السُّلطة في الحالات التي يكون له فيها حُرّية تقدير الدّليل، وهي حالات الإثبات بالبينة، أمّا في الحالات الأخرى فلا يستطيع ذلك.<sup>(1)</sup>

### رابعاً: اليمين. (Le Serment)

اليمين حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها، تؤدّي من الخصم الذي وجّهت إليه بالصّفة التي تقرّها المحكمة، وردّ اليمين هو طلب الخصم الذي وجّهت إليه بردها إلى خصمه ليحلفها هو بالصّفة التي تقرّها المحكمة، والنّكول هو امتناع الخصم الذي وجّهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه دون أن يردها على خصمه في الأحوال التي لا يجوز فيها الردّ، واليمين كأحد طرق الإثبات، يؤخذ بها في ظلّ ضمانه من الذمّة والعقيدة الدّينية، واليمين نظاماً من أنظمة العدالة أراد به المشرّع أن يخفّف من مساوئ تقييد الدّليل.<sup>(2)</sup>، وتنقسم اليمين إلى نوعين: يمين حاسمة ويمين متمّمة نشرهما كما يلي:

#### 1- اليمين الحاسمة: (Le Serment décisoire)

هي اليمين التي يوجّهها أحد الخصم إلى الآخر يتحكّم فيها لضميره، وغالباً ما يلجأ الشّخص إلى الإثبات باليمين الحاسمة عندما ييأس من جميع طرق الإثبات الأخرى، ويجوز لمن وجّهت إليه اليمين الحاسمة ردها إلى خصمه، إذ تنصّ المادّة 343 من القانون المدني على ما يلي: «ويجوز لكلّ من الخصمين أن يوجّه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنّه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسف في ذلك.

ولمن وجّهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، غير أنّه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه» وإذا حلف الخصم اليمين فيخسر من وجّهها الدّعوى نهائياً، ولا يجوز له إثبات كذب اليمين، وكذلك إذا ردّت اليمين إلى الخصم ونكل عنها خسر دعواه، وهذا ما نصّت

<sup>1</sup> - سعيد سليما نجبر، محمّد سامي عبد الصّادق، مرجع سابق، ص (350-351).

<sup>2</sup> - يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 240.

عليه المادّة 347 من القانون المدني بقولها: «وكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه.»<sup>(1)</sup>

خامساً: حجّة الشّيء المقضي به.

الحكم التّ نهائي الفاصل في موضوع الدّعى يعتبر عنواناً للحقيقة والعدالة في نفس الوقت، ولذلك تكون له

حجيّته في مواجهة الكافة أي بالنسبة لأطراف الخصومة ولغيرهم من النّاس، ولهذا يعبر عن الحكم التّ نهائي في الدّعى بأنّه حجّة قضائية وأنّ له قوة الشّيء المقضي، لذلك يعتبر الحكم التّ نهائي سبباً من أسباب انقضاء الدّعى، بل هو السّبب الطّبيعي والعادي لانتهاء الدّعى، فهو خاتمة مراحل الدّعى وهو الذي يحسم المنازعات القضائية أيّا كان نوعها، وبصدور الحكم التّ نهائي لا يجوز إعادة رفع النزاع إلى أيّ جهة قضائية أخرى طالما لم يتغيّر أطراف الدّعى ومحلّها وسببها، ويمكن الاحتجاج بالحكم القضائي التّ نهائي كدليل على صحّة ما جاء فيه واستخدام هذا الحكم كدليل للإثبات في دعوى قضائية أخرى لحسم نزاع يتّصل بالنزاع الذي فصل فيه نهائياً.<sup>(2)</sup>

#### سادساً: الإقرار (الاعتراف).

الإقرار بواقعة معيّنة من طرف أحد الخصوم وأثناء سير الدّعى، يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات التي لها الحجّة الكاملة لصالح من صدر في مصلحته الإقرار، وضدّ المقرّ الذي صدر عنه هذا الإقرار، ما لم يثبت أنّ هذا الإقرار معيب بأحد عيوب الرضا كالإكراه والتّدليس، كما أنّ الواقعة المقرّ بها ملزمة للقاضي المعروض عليه النزاع ولا يجوز له تجاهل هذا الإقرار، حتى ولو لم يتنبه إليه أطراف النزاع.

ولقد عرّف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الإقرار بأنّه: "الإقرار هو اعتراف شخص بحقّ عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحقّ في ذمّته أو لم يقصد"، أمّا المشرّع الجزائري فقد عرّفه بموجب المادّة 341 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "الإقرار هو اعتراف

<sup>1</sup> - فريدة محمدي، مرجع سابق، ص (176-177).

<sup>2</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 266.

الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدّعى المتعلقة بها الواقعة"، ومن خلال النص السابق نستخلص الشروط الأساسية للإقرار وهي:<sup>(1)</sup>

- اعتراف لأحد الخصوم.
- أن يكون الاعتراف أمام القضاء.
- أن يكون الاعتراف أثناء السير في الدّعى.
- أن يكون الاعتراف حول الواقعة موضوع الدّعى.
- الإقرار هو اعتراف الأحد الخصوم.

طبقاً لأحكام المادة: 341 من القانون المدني فإنّ الإقرار الذي له أهمية في سير الدّعى، يجب أن يكون صادرًا من أحد الخصوم أطراف الدّعى، سواءً كان هذا الخصم مدّعياً أو مدّعى عليه، ومن ثمّ فإنّه لا يعتبر إقراراً شهادة شاهد أو تصريح الشريك أو الضامن، أو الأخ أو الصهر، فإذا صرح شريك المدين بصحة وجود الدين فإنّه لا يعتبر إقراراً لكون هذا الاعتراف لم يكن صادرًا عن خصم في الدّعى.

### سابعاً: المعاينة.

المعاينة نصّت عليها المواد: من 146 إلى 149 من قانون الاجراءات الإدارية والمدنية، فيجوز للقاضي تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراءات المعاينة<sup>(2)</sup>، يقصد بالمعاينة الانتقال إلى مكان النزاع لمشاهدته على الطّبيعة بقصد التوصل إلى معرفة الحقيقة والفصل في الدّعى على ضوء نتيجة المعاينة، وقد تنتقل المحكمة بمهيّتها القضائية لإجراء المعاينة إذا كانت هناك مبررات وذلك لاستجلاء الملابس الغامضة في موضوع النزاع، وللمعاينة أثر بالغ في استظهار الحقائق، وقد تضمّن قانون الإجراءات المدنية الجزائي النص على أنّه يجوز لقاضي المحكمة أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصوم بالانتقال للمعاينة. وأنه يجوز للقاضي أن يستصحب من يختاره من أهل الخبرة للاستعانة به عند إجراء المعاينة

<sup>1</sup> - بشير بلعيد، مرجع سابق، ص ص(61-62).

<sup>2</sup> - أنظر المادة 146 من قانون الاجراءات الإدارية والمدنية.

والاسترشاد بخبرته الفنيّة في موضوع النزاع، كما أجاز المشرّع للقاضي أثناء إجراء المعاينة أن يسمع الشّهود الذين يرى لزومًا لسماع شهاداتهم بعين المكان وهذا ما أشارت إليه المادة 148 من نفس القانون، ويجب أن يحزّر محضر بالمعاينة ويوقعه القاضي وأمين الضبط، وتثبت فيه إجراءات المعاينة وما يثبت منها، على أن يودع هذا نسخة من المحضر لدى أمانة الضبط ليودع في ملف الدّعى، كما يمكن للخصوم الحصول على نسخة منه.<sup>(1)</sup>

**ثامنًا: تقارير الخبراء.**

تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة ماديّة تقنية أو علمية محضّة، فهي تساعد القاضي<sup>(2)</sup>، كثيرًا ما يلجأ القضاة إلى الاستعانة بأهل الخبرة من أطباء أو مهندسين أو فنيين، لإجراء الفحص والبحث والتحليل في الدّعاوى التي تثار فيها مشاكل تقنية مثل مضاهاة الخطوط عند الادّعاء بتزوير المحرّرات وتكون لتقارير أولئك الخبراء أهميّة قانونية كقرائن أو أدلّة في الإثبات القضائي، وقد نظّم المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد الاستعانة بالخبراء أمام المحاكم وأجاز للقاضي أن يستعين بخبير أو بعدد من الخبراء لإجراء أعمال الخبرة في الدّعى المطروحة عليه، سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصوم، وللقاضي أن يختار هؤلاء الخبراء من بين المقيّدين بجدول الخبراء بالمجلس القضائي أو من غيرهم بشرط أن يخلفوا اليمين القانونية، ويلتزم الخبراء بتقديم تقاريرهم عن المهام التي كلفوا بها من قبل المحكمة في الآجال التي يحدّدها لهم القاضي الذي أُنْتُدِبَهم، ويجوز للقاضي مناقشتهم في المحكمة لاستجلاء ما كان غامضًا في تلك التّقارير.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر المادة 149 من نفس القانون.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 125 من نفس القانون.

<sup>3</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق، ص 267.

## الفصل الرابع: انتقال الحق وانقضاؤه.

إن جميع الحقوق سواء كانت شخصية أو عينية فإنها تنتقل من السلف إلى الخلف بحسب طبيعتها ما عدا الحقوق اللصيقة بالشخصية كما أشرنا سابقاً، وقد يكون الانتقال إرادي بتصرف صاحب الحق في حقه، كما قد يكون انتقالها قانوني إذ أنّ وفاة الشخص تؤدي إلى انتقال حقوقه إلى ورثته، كما لا يمكن أن تبقى الحقوق مدى الحياة فلا بد لها من الانقضاء، فتتقضي الحقوق حتماً بالوفاة، كما تنقضي الحقوق الشخصية والعينية بطرق متعددة ومختلفة باختلاف نوع الحق.

وفيما يلي سنحاول بإيجاز الحديث عن انتقال الحق في المبحث الأول، وانقضاء الحق في المبحث الثاني.

### المبحث الأول: انتقال الحق

يقصد بانتقال الحق أن يحلّ شخص جديد محل الدائن مع بقاء الحق نفسه دون تغيير، والأصل أنّ جميع الحقوق قابلة للانتقال، أي قابلة للتعامل فيها، ويستثنى من ذلك الحقوق المتصلة بالشخصية فقد سبق القول بأنّها مرتبطة بالشخص وتنقضي بوفاة، وسنحاول في هذا المبحث التعرّض بإيجاز لانتقال الحق العيني وانتقال الحق الشخصي.

#### المطلب الأول: انتقال الحقوق العينية.

تنتقل الحقوق العينية بين الأشخاص بإحدى الطريقتين، إمّا أثناء حياتهم، وإمّا بعد موتهم بالشروط المقررة قانوناً.<sup>(1)</sup>

#### الفرع الأول: انتقال الحقوق العينية بين الأحياء.

ينتقل الحق العيني بين الأشخاص الأحياء بطرق متعددة، فقد يتم الانتقال بدون عوض كما في عقد الهبة، وقد يتم انتقالها بعوض كما هو الحال في عقد البيع والمقايضة، وينتقل الحق العيني كذلك عن طريق الشفعة، حيث تعتبر هذه الأخيرة بمثابة آلية لنقل الحق من البائع إلى الشفيع الذي يجب عليه إعلان رغبته في نقل الحق العيني إليه، إضافة إلى هذا، ينتقل

<sup>1</sup> - فريدة سقلاب، مرجع سابق، ص ص(89-90).

الحقّ العيني بين الأحياء عن طريق واقعة مادية، مثلما هو الحال بالنسبة لواقعة الاستيلاء وواقعة الالتصاق بالعقار وأيضاً واقعة الحيازة والتقادم المكسب.

أمّا فيما يخصّ الحقوق العينية التبعية فمثلها مثل الحقوق العينية الأصلية نصّت على قابليتها للانتقال المادة 910 من القانون المدني، فيمكن حسب هذه المادة انتقال الحق المترتب عن الرهن الرسمي لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار<sup>(1)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة للرهن الحيازي منقولاً كان أو عقاراً، تكون قابلة للانتقال من صاحب الحقّ العيني التبعية إلى شخص آخر محلّ محله في اكتساب الحقّ.

### الفرع الثاني: انتقال الحقوق العينية بعد الموت.

تنتقل الحقوق العينية بعد الموت إمّا بالوصية أو بالميراث.

#### أولاً: انتقال الحقوق العينية بالوصية.

ينتقل الحقّ العيني في حالة الوصية إمّا في شكل حق ملكية، أي محلّ الموصى له محلّ الموصي كمالك للشيء محلّ الوصية، وإمّا في شكل حق انتفاع للشيء محلّ الوصية، وهنا تنتهي الوصية بوفاة الموصى له، ويمكن للموصي الرجوع في وصيته صراحةً أو ضمناً كأن يقوم بتصرف يستنتج منه تراجع الموصي عن وصيته، والوصي هي تملك يكون بعد الموت بطريق التبرّع وتكون في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يجب إجازته من الورثة.<sup>(2)</sup>

#### ثانياً: انتقال الحقوق العينية بالميراث.

يعتبر الميراث وسيلة من وسائل انتقال الحقوق العينية المملوكة للمورث إلى ورثته بعد وفاته، كلّ حسب نصيبه الشرعي، وقد نظم المشرّع الجزائري قواعد الميراث في المواد: من 126 إلى 183 من قانون الأسرة الجزائري، ومن أسباب الميراث القرابة والزّوجية ولا يستحقّ الإرث إلاّ بموت المورث حقيقة أو حكماً باعتباره ميتاً بحكم المحكمة<sup>(3)</sup>، على النّحو الذي شرحناه سالفاً.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 910 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين : 184-185 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر المادتين: 126-127 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

## المطلب الثاني: انتقال الحقوق الشخصية.

نظّمها المشرّع الجزائري في المواد: من 239 إلى 250 من القانون المدني الجزائري، وحوالة الحق هي عقد بين الدائن السابق ويسمّى المحيل (Le Cédant) والدائن الجديد ويسمّى المحال له (Le Cessionnaire)، ينقل بموجبه حقّه الشخصي قبل المدين ويسمّى المحال عليه أي محلّ محله في اقتضاء حقّه من المحال عليه، وقد تكون الحوالة بعوض المالك وقد تكون تبرّعا، وحينئذ تطبّق عليها أحكام عقد الهبة سواءً من حيث الشّكل أو الموضوع، والحوالة باعتبارها عقد فيتطلّب فيها توافر أركان العقد وهي: الرّضاء والمحلّ والسبب، فالرّضاء يجب أن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الرّضاء، وهي الغلط والتّدليس والإكراه والاستغلال، وأن يكون صادرا من لديه أهلية التّعاقّد وإذا كانت الحوالة تبرّعا فيجب توافر أهلية التبرّع لدى المحيل وحينئذ يجب إفراغها في الشّكل الرسمي بوصفها هبة، وأن يكون السبب مشروعاً ومحلّ الحوالة هو الحق المحال ويشمل أي حق شخصي سواءً كان مؤجّلاً أو مشروطاً أو احتمالياً أو متنازعا فيه<sup>(1)</sup>، ولا يستثنى من ذلك إلّا ما نصّ القانون على عدم جواز حوالته أو ما اتّفق المتعاقدين عدم جوازها، أو طبيعته الالتزام لا تسمح بذلك، كما لا تجوز حوالة الحق إلّا إذا كان الحقّ قابلاً للحجز<sup>(2)</sup>

وبالتّالي فلا يمكن الاحتجاج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلّا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي والملاحظ هنا حسب رجال القانون فن كلمة رضي بها تعني الإعلام فقط فتقوم الحوالة بعلم المدين ولو رفضها، غير أنّ قبول المدين للحوالة لا يجعلها نافذة قبل الغير إلّا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ، كما يجوز للدائن المحال له ولو قبل إعلان المدين بالحوالة أو قبولها القيام بللّ الاجراءات التّحفظية ليحافظ على حقّه الذي انتقل له بموجب عقد الحوالة.<sup>(3)</sup>

وفي الأخير نشير إلى أهم آثار حوالة الحقّ وهي: أنّ الحقّ ينتقل من المحيل إلى المحال له من وقت انعقاد الحوالة فيمتنع على المحيل التصرّف في الحق المحال له بموجب عقد الحوالة أو

<sup>1</sup> - محمد حسنين مرجع سابق، ص 331-332

<sup>2</sup> - هذا ما أشارت إليه المادّتين: 239-240 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر المادّتين: 241-242 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

قبضه، ويكون المحال له اتخذ جميع الإجراءات التحفظية كقطع التّقدم وقيد الرهن، ويقصد بصفاته أن يكون مثلاً ديناً تجارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي، ويقصد بتوابعه ما حلّ من فوائد حينها تستحقّ الفوائد أو أقساطه، ويقصد بضماناته أن يكون الحقّ مكفوفاً بكفالة أو مضموناً بتأمين عيني كحقّ امتياز أو رهن، وإذا كان مضموناً برهن عقاري وجب التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي في السّجل العقاري لشهرها حتّى يمكن الاحتجاج على الغير بانتقال هذا التأمين العيني العقاري، أشارت إليه المادة 243 من القانون المدني الجزائري وكذلك المادتان: 950 و 02/904 بشأن تحويل الحق المضمون برهن عقاري، وتعتبر من توابع الحق أيضاً الأوراق المثبتة له كند الدّين والدّعاوي التي تحميه كدعوى الفسخ.

أما قيوده فهي الدّفوع التي للمدين قبل دائئه الأصلي كالدّفيع بالفسخ أو البطلان أو الانقضاء، وإذا قبل المدين الحوالة عدّ قبوله تنازلاً عن الدّفيع بالمقاصة. (1)

وفيما يخصّ التزام المحيل بالضمان فيجب التّفريق بين الحوالة، فإذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل أي الدّائن إلّا وجود الحقّ المحال به وقت الحوالة، ما لم يكن هناك اتّفاق يقضي بغير ذلك، أمّا إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يضمن المحيل وجود الحق، كما لا يضمن المحيل يسار المدين إلّا إذا وجد اتّفاق خاصّ بهذا النّوع من الضمان، وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الآلي يسار المدين وقت الحوالة ما لم يتمّ الاتّفاق على غير ذلك. (2)

<sup>1</sup> - محمّد حسنين، مرجع سابق ص335.

<sup>2</sup> - أنظر المادّتين: 244-245 من نفس القانون، مرجع سابق.

## المبحث الثاني: انقضاء الحق

تنقضي الحقوق وتزول مهما طال مدتها، وتتعدد أسباب انقضاء الحقوق وتختلف حسب نوع الحق عينياً كان أم شخصياً، وعلى هذا سنحاول دراسة انقضاء الحقوق العينية، وكذا انقضاء الحقوق الشخصية وذلك من خلال المطلبين التاليين:

### المطلب الأول: انقضاء الحقوق العينية.

كما رأينا سابقاً فإن الحقوق العينية تنقسم إلى: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، لهذا سنحاول تناول أسباب انقضاء كل منهما تباعاً، من خلال الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: كيفية انقضاء الحقوق العينية الأصلية.

الحقوق العينية الأصلية هي: حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها كحق الانتفاع وحق الارتفاق.

##### أولاً: انقضاء حق الملكية.

وكما هو معروف فإن حق الملكية يخوّل لصاحبه سلطة كاملة على الشيء ويتميّز بأنه حقّ جامع ومانع ولا يسقط بعدم الاستعمال، إلّا أنّه يسقط بوفاة المالك حيث ينتقل حق الملكية بعده إلى ورثته أو الموصى له، ويسقط أيضاً بعدم الاستعمال إذا اقترنت الملكية بحيازة الغير وتوافرت لهذا الغير شروط التّقدم المكسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتّقدم لأنّ حقّ الملكية يكتسب بالتّقدم ولا يسقط بالتّقدم، كما أنّ حق الملكية يسقط أيضاً إذا تمّ التّصرّف فيه مثل البيع أو التنازل عنه كالهبة كما أنه يسقط أيضاً بالتخلّي عنه. <sup>(1)</sup>

##### ثانياً: انقضاء حق الانتفاع.

حسب المادة 852 من القانون المدني الجزائري فإن حقّ الانتفاع ينقضي بانقضاء الأجل المحدّد له، أو بموت المنتفع حتّى ولو قبل الأجل المحدّد، كما ينتهي بهلاك الشيء المنتفع به كما ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال لمدة خمسة عشرة (15) سنة. <sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - فتحي مجيدي، مرجع سابق ص 271.

<sup>2</sup> - أنظر المادتين: من 852 إلى 854 من القانون المدني الجزائري مرجع سابق.

## ثانياً: انقضاء حق الارتفاق.

إنّ من أسباب انقضاء حق الارتفاق، انقضاء الأجل المحدّد له، أو وبهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تامّاً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد كأن يشتريهما شخصاً فيصبح مالك لكليهما، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين، ينقضي حق الارتفاق بعدم استعماله لمدة عشر (10) سنوات، كما ينتهي أيضاً بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين (33) سنة إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الارتفاق بالتّقدم، كما ينقضي حق الارتفاق إذا تغيّر وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق، ينقضي أيضاً إذا فقد الارتفاق كلّ منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: كيفية انقضاء الحقوق العينية التّبعية.

كما رأينا سابقاً فإن الحقوق العينية التّبعية تشمل: (الرّهن الرّسمي وحقّ التّخصيص والرّهن الحيازي وحق الامتياز)، وتنقضي الحقوق العينية التّبعية بانقضاء الالتزام الشّخصي الذي تضمنه، كما أنّها تنقضي بعدم تجديد الرّهن، ينقضي الرّهن كذلك بنزول المرتهن على الرّهن، وينقضي بانتقال المال المرهون إلى الرّاهن، وينقضي كذلك بهلاك العقار المرهون أو تطهيره. وعلى هذا سنتناول في هذا الفرع كيفية انقضاء هاته الحقوق تبعاً للتّرتيب الذي جاء به المشرّع كما يلي:

### أولاً: كيفية انقضاء الرّهن الرّسمي.

ينقضي حقّ الرّهن الرّسمي بانقضاء الدّين المضمون ويعود ممه إذا زال السّبب الذي انقضى به

الدّين، دون إحلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته، كما ينقضي نهائياً الرّهن الرّسمي إذا تمّ تطهيره، حتّى ولو زالت لأيّ سبب من الأسباب ملكيّة الحائز الذي طهر العقار، كما تنقضي حقوق الرّهن على العقار إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبريّاً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو

<sup>1</sup> - أنظر المواد : من 878 إلى 881 من القانون المدني، مرجع سابق.

الحارس الذي سلّم إليه العقار عند التخلية وذلك عندما يتمّ إيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو عند دفعه للدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.<sup>(1)</sup>، أو بهلاك العقار الرهو كما رأينا سابقاً.

من خلال ما سبق يمكن القول أن الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء سبب إنشائه دون المساس بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية، أمّا تطهير العقار المرتهن فيقصد به تحريره من القيود التي تثقله، وهو نوعين: تطهير اختياري وتطهير بحكم القانون.<sup>(2)</sup>

### ثانياً: كيفية انقضاء حقّ التخصيص.

يسري على حقّ التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي سواء في الحقوق أو القيد أو التجديد أو الشطب وعدم التجزئة وكذا من حيث الآثار والانقضاء<sup>(3)</sup>، وبالتالي فهو ينقضي بنفس الطّرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي، وبالتالي ينقضي حقّ التخصيص ينقضي بتطهيره، وبيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني بمجرد إيداع الثمن، أو بنزول الدائن عن حقّ التخصيص، وباتحاد الذمّة في العقار بهلاك العقار.

### ثالثاً: كيفية انقضاء الرهن الحيازي.

ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته، كما ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:<sup>(4)</sup>

- إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق، على أنّه يجوز أن يحصل التنازل ضمناً بتخلّي الدائن باختياره عن الشّيء المرهون أو من موافقته على التصرّف فيه دون تحقّظ، غير أنّه إذا كان الشّيء مثقلاً بحقّ تقرّر لمصلحة الغير، فإنّ تنازل الدائن لا ينفذ في حقّ هذا الغير إلّا برضائه،

- إذا اجتمع حقّ الرهن الحيازي مع حقّ الملكية في يد شخص واحد.

<sup>1</sup> - أنظر المواد: 33-34 و36 من نفس القانون، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - فاطمة موساوي، مرجع سابق، ص109.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 947 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - أنظر المادتين: 964-965 من القانون المدني، نفس المرجع.

- إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون.

### المطلب الثاني: انقضاء الحق الشخصي.

الالتزام أو الحق الشخصي مؤقت، وإلا كان قيداً مؤبداً على حرية المدين، وهو ينقضي

عدة بالوفاء أي تنفيذه، وقد ينقضي بما يعادل الوفاء ويشمل:<sup>(1)</sup>

- الوفاء بمقابل ويسمى في القانون اللبناني بالوفاء بأداء العوض.
  - التجديد وهو إنشاء التزام جديد محلّ محلّ الالتزام القديم الذي ينقضي.
  - المقاصة وهي انقضاء الدين لوجود حقّ مقابل له للمدين في ذمة الدائن.
  - اتحاد الذمة وهو انقضاء الدين باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد.
- وقد ينقضي الالتزام دون ما وفاء، ويشمل:

- الإبراء أي نزول الدائن عن حقه.
  - استحالة التنفيذ أو استحالة الوفاء لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.
  - التقادم المسقط أو المبرئ فينقضي الالتزام بمرور فترة معينة من الزمن.
- والمشرع الجزائري تناول حالات وأسباب انقضاء الحق الشخصي (الالتزام) في الباب الخامس في المواد: من: 258 إلى 322 والمتضمنة في:

### الفرع الأول: انقضاء الحق بالوفاء.

المقصود باستيفاء الحق ذاته التنفيذ العيني، أي قيام الملتزم بأداء الحق إلى صاحبه، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الحق وانتهائه، وذلك عن طريق استيفائه ذاته، أي عن طريق وفاء المدين لما التزم به، كما لو قام المقترض بردّ المال إلى المقرض فينقضي حق هذا الأخير، وانتهى التزام المقترض بالوفاء. وقد عالج المشرع الجزائري أحكام الوفاء في المواد من 258 إلى 284 من القانون المدني.

<sup>1</sup> - حدّ حسنين، مرجع سابق، ص 341.

## أولاً: طرفا الوفاء:

### 1- الموفي:

استناداً لنص المادة 258 من القانون المدني، الموفي قد يكون المدين نفسه أو نائبه أو شخص آخر له مصلحة في هذا الوفاء (كالكفيل وحائز العقار المرهون)، فيكون الوفاء صحيحاً سواء تم من المدين نفسه أو من طرف نائبه، أو تم من طرف الغير، بيد أنه قد لا يصح الوفاء من غير المدين نفسه، وذلك إذا كان الالتزام بعمل، واتفق الأطراف عند العقد بأن يكون الوفاء من قبل المدين، أو اقتضت طبيعة الدين أن يكون الوفاء من المدين لا من غيره، إلا إذا أجاز الدائن ذلك، وهذا هو مقتضى نص المادة 169 من القانون المدني.

وإذا تعدد الدائنون في دين واحد، جاز للمدين أن يوفي بالدين كاملاً لأي منهم بشرط أن يكونوا متضامين فيما بينهم، وألا يمانع أحدهم في ذلك، كذلك إذا تعدد المدينون، وكانوا متضامين فيما بينهم، وقام أحدهم بالوفاء بالدين، برئت ذمة باقي المدينين تجاه الدائن أو الدائنين.<sup>(1)</sup>

### 2- الموفى له:

الموفى له هو الدائن أو نائبه أو خلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالحال إليه. وإذا كان الأصل أن الدائن لا يقتضي الدين بنفسه، بل يوفيه المدين، فإنه قد يسمح للدائن في الالتزام بعمل أن يقتضي الدين بنفسه بأن يستأذن القاضي ليرخص له بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين شرط أن يكون ممكناً، وهذا تطبيقاً لنص المادة 170 من القانون المدني، كما يجوز طبقاً لنص المادة 219 من القانون المدني لأحد الدائنين المتضامين أن يطالب المدين بكامل الدين، فتبرأ ذمته قبل جميع الدائنين، غير أنه إذا برئت ذمة المدين تجاه أحد الدائنين المتضامين لسبب غير الوفاء، كالتقادم مثلاً، فإنه يبرأ تجاه باقي الدائنين إلا بقدر حصّة الدائن، وهذا ما نصت عليه المادة 220 من القانون المدني.

كما يجوز طبقاً لنص المادة 219 من القانون المدني لأحد الدائنين المتضامين أن يطالب المدين بكامل الدين، فتبرأ ذمته قبل جميع الدائنين، غير أنه إذا برئت ذمة المدين تجاه

<sup>1</sup> - أمال علال، مرجع سابق، ص 106.

أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء، كالتقادم مثلاً، فإنه يبرأ تجاه باقي الدائنين إلا بقدر حصّة الدائن، وهذا ما نصت عليه المادة 220 من القانون المدني<sup>(1)</sup>، فإذا كان (أ) مدينًا لكل من (ب) و(ج) و(د) بمبلغ إجمالي قدره 01 مليون دينار، وكان دين (ب) تجاه (أ) قدره 200 ألف دينار، ومّرت مدة التقادم المقررة قانوناً على هذا الدين، فإنّ (أ) يبقى مدينًا لـ (ج) و(د)، بمبلغ قدره 800 ألف دينار.<sup>(2)</sup>

### 3- محلّ الوفاء:

وجب الوفاء بمحل الالتزام أي بالمحل ذاته لا بشيء آخر وبه كله لا ببعضه، وإذا كان محل الوفاء محدّدًا في العقد فلا صعوبة، إنّما تثور الصعوبة إذا كانت تعوزه الدقة في التحديد وحينئذ تطبق القواعد العامة وهي أن العقد يلزم بما ورد فيه وما هو من مستلزماته قانونًا أو عرفًا أو عدالة حسب طبيعة الالتزام، فإذا كان التزامًا بعمل وجب أن تحدّده على ضوء ما إذا كان التزامًا يبذل عناية أو بتحقيق نتيجة، وإذا كان التزامًا بإعطاء شيء قيمّي، فلا يكون الوفاء إلا بهذا الشيء لا بغيره ولو كان من جنسه ولو كان أكبر قيمة منه (المادة 276 مدني جزائري)، وإذا كان التزامًا بإعطاء شيء مثلي التزم المدين بتقديمه من الصنف المتوسط الجودة إلا إذا كانت جودته محددة في العقد (المادة 64 مدني جزائري)، وإذا كان نقودًا فلا يصح الوفاء بأوراق تجارية أو مالية بدون رضا الدائن ولا يلتزم المدين إلا بعددها ولو تدهورت قيمتها عن وقت التعاقد (المادة 95 مدني جزائري).

ويجب الوفاء بكل المستحق فليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي إلا بالاتفاق على ذلك أو بنص القانون، وإذا كان الدين متنازعًا في جزء منه وقبل الدائن استيفاء الجزء المعترف به فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء (المادة 277 مدني جزائري)، والقاعدة هي عدم تجزئة الوفاء ولو كان الدين بطبيعته قابلاً للتجزئة.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - أنظر المواد : 170-219-220 من القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أمال علّال، مرجع سابق، ص 107.

<sup>3</sup> - محمّد حسنين، مرجع سابق، ص 346.

## الفرع الثاني: انقضاء الحق بما يعادل الوفاء.

طبقا للمواد 285 إلى 304 من القانون المدني ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بالطرق التالية وهي: الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة و اتحاد الذمة.

### أولاً: انقضاء الحق بالوفاء بمقابل.

الوفاء بمقابل نصّت عليه المادّتين: 285 و 286 من القانون المدني الجزائري، حيث بالرجوع إلى نص المادة 285 فإنّه إذا قبل الدائن استيفاء حقّه مقابلًا كان كالوفاء بالشّيء المستحقّ وتبرأ ذمّة المدين بهذا النوع من الأداء<sup>(1)</sup>، أي موافقة الدائن على استيفاء شيء بديل كمقابل للشّيء المستحق أصلاً من المدين، وهذا يؤدي إلى انقضاء الحق الشّخصي بتقديم الشيء البديل، ونضرب مثالا عن ذلك كأن يقوم المدين بصفته بائعاً بعرض شيء كملكية قطعة أرض فلاحية بدلاً عن نقل ملكية المنزل المتفق عليه في عقد البيع ويقبل المشتري ذلك، فتبرأ ذمّة المدين اتّجاه الدائن بتقديم قطعة الأرض.

وعلى اعتبار الوفاء بمقابل تصرّفًا فتسري عليه أحكام البيع خصوصًا، وجوب توافر الأهلية بالنسبة للدائن والمدين، وضمان الاستحقاق، وكذا ضمان العيوب الخفية في حال قدّم المدين ملكية شيء مقابل الدين الذي في ذمّته اتّجاه دائنه، كما يسري على الوفاء بمقابل باعتباره وفاءً لدين ينقضي به حق الدائن فتسري عليه أحكام الوفاء فيما يخصّ جهة الدّفع وانقضاء التّأمينات.<sup>(2)</sup>

### ثانيًا: انقضاء الحقّ بالتّجديد والإنابة.

عالج المشرع الجزائري التّجديد والإنابة في المواد: من 287 إلى 296، ويمكن تعريف التّجديد بأنّه اتفاق على استبدال دين جديد بدين قديم فيترتب عليه انقضاء دين وإنشاء آخر، ويكون الدين الجديد مغايرًا للدين القديم، إمّا في محله أو سببه أو أحد أشخاصه، وبالتالي تتضح شروط التّجديد في إحلال التزام جديد مكان التزام قديم، ع المغايرة بينهما في بعض العناصر دون بعض، وقد يكون مصدر الالتزام القديم العقد أو غيره كالفعل النّافع أو الفعل

<sup>1</sup> - أنظر المادة 285 من القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - هذا ما أشارت إليه المادة 286 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الضّار أو نص القانون أمّا مصدر الالتزام الجديد فهو دائماً عقد التّجديد، الذي يتطلّب توافر أركانه وهي التراضي وسلامة الرضا من العيوب (الغلط-الإكراه-التدليس الاستغلال)، وصدوره من أشخاص تتوافر فيهم الأهلية القانونية، مع توافر نية التّجديد.<sup>(1)</sup>

وحسب المادة 287 من القانون المدني يتجدّد الالتزام بأحد الطرق التالية:

- بتغيير الدّين إذا اتّفق الطّرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره.

- بتغيير المدين إذا اتّفق الدّائن مع الغير أي طرف ثالث على أن يكون هذا الأخير مديناً مكان المدين الأصلي، على أن تبرأ ذمّة المدين الأصلي ودون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدّائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

- بتغيير الدّائن إذا اتّفق الدّائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدّائن الجديد.<sup>(2)</sup>

يتّضح من نصّ المادة 287 أعلاه أنّ التّجديد يقصد به اتفاق الدّائن مع المدين على إحلال التزاماً جديداً محل الالتزام القديم، ويتم ذلك إمّا بتغيير محل الالتزام القديم أو بتغيير مصدره أو بتغيير شخص المدين أو شخص الدّائن.<sup>(3)</sup>

❖ التّجديد بتغيير محل أو مصدر الالتزام الأصلي: ومثال التجديد بتغيير محل الالتزام كأن يتّفق الدّائن مع المدين على أن يلتزم المدين ببيع خاتم من الذهب بدلاً من التزامه بإعداد لوحة فنية للدّائن، ففي تلك الحالة تحوّل محلّ الالتزام من التزام بعمل إلى التزام بإعطاء، بتجديد العقد نفسه، أمّا مثال تجديد العقد بتغيير مصدر الالتزام الأصلي: كأن يتّفق الدّائن البائع مع المدين المشتري لسيّارة أن يستبقي ما دفعه هذا الأخير من ثمن السيّارة على اعتباره قرضاً، ففي تلك الحالة تحوّل مصدر التزام المشتري بدفع مبلغ مالي من عقد البيع إلى عقد القرض.

<sup>1</sup> - محمّد حسنين، مرجع سابق، ص 356.

<sup>2</sup> - المادّة 287 من القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - هشام طه محمود سليم، مرجع سابق، ص 156.

❖ **التجديد بتغيير شخص المدين:** ومثال ذلك حسب المادة 287 أعلاه أن يختار الدائن شخصاً آخر من الغير يتفق معه على تسديد دين مدينه ولو بدون علمه فتبرأ ذمة المدين الأصلي لأن الوفاء من الغير جائز، أو أن يقدم المدين شخصاً يحل محله كمدين جديد للدائن الأصلي ورضي به هذا الأخير.

❖ **التجديد بتغيير شخص الدائن:** ويكون ذلك باتفاق المدين والدائن وشخص ثالث من الغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد، ومثال ذلك أن يتفق الدائن مع المدين وطرف من الغير على أن يقوم المدين بالوفاء بالدين إلى هذا الطرف الثالث باعتباره الدائن الجديد في العقد.

والتجديد في كل الحالات لا يفترض بل يجب أن يتم بالاتفاق عليه صراحة أو ضمناً باستخلاصه من ظروف الحال، ويتربّب على تجديد الالتزام انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء مكانه التزاماً جديداً.<sup>(1)</sup>، وعلى هذا ومما سبق يتضح أنّه لقيام تجديد الالتزام وجوب توافر مجموعة من الشروط الخاصّة، إضافة إلى الشروط العامة التي يتطلّبها أيّ تصرف وهي:<sup>(2)</sup>

1- الاتفاق على إحلال التزام جديد محل التزام قديم مع المغايرة بينهما في بعض العناصر (بتغيير الدين في محله أو مصدره، تغيير شخص الدائن، تغيير شخص المدين).

2- أن يكون الالتزام الجديد والقديم خاليان من أسباب البطلان، أي صحيحان.

3- توافر نية التجديد سواءً صراحةً أو استخلاصها ضمناً من ظروف الحال.

4- أن يكون الالتزامان القديم والجديد مرتبطان: إذ لا ينقضي الالتزام الأصلي إلا إذا حل محله الجديد، ولا ينشأ الجديد إلا بانقضاء الأصلي.

كان هذا بالنسبة للتجديد، أمّا التّياغة فتناولها المشرّع في المواد: من 294 إلى 296، والإجابة تتمّ إذا قدّم المدين شخص آخر من الغير أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين ورضي الدائن بهذا الشخص الأجنبي، والإجابة لا تتطلّب لا تتطلّب حتماً أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المدين والغير<sup>(3)</sup>، إذن الإجابة تتطلّب ثلاثة أشخاص المدين ويسمى المنيب،

<sup>1</sup> - أنظر المادتين: 289-291 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - أنظر المواد: من 287 إلى 289، والمادة 291 من القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - هذا ما أشارت إليه المادة 294 من القانون المدني الجزائري.

والدائن يسمّى المناب لديه، والشخص الثالث ويسمّى المناب<sup>(1)</sup>، إذن الإنابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه، والإنابة الكاملة تتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب، وهي تتضمن تحديدًا بتغيير المدين، وقد تتضمن في نفس الوقت تحديدًا بتغيير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب، أما الإنابة الناقصة لا يرى فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينه (المنيب) بل يقل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضًا عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب، لأنّ التّجديد لا يفترض في الإنابة.<sup>(2)</sup>

### ثالثًا: انقضاء الحقّ بالمقاصة.

المقاصة تناولها المشرع الجزائري في المواد من: 297 إلى 303، حيث للمدين حقّ المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحقّ له بجاهه ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع الدينين نقودًا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منهما ثابتًا وخاليًا من النزاع ومستحقّ الأداء صالح للمطالبة به قضاءً.

وبالتالي فالمقاصة تعتبر طريقة من طرق انقضاء الحقوق الشخصية تفترض أنّ المدين أصبح دائنًا لدائنه، أي يوجد شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر، فإذا كان موضوع كل من الدينين المتقابلين نقودًا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كلّ منهما خاليًا من النزاع مستحقّ الأداء صالحًا للمطالبة به قضاءً، انقضى الدينان بقدر الأقلّ منهما) مادة 297 قانون مدني)، فإذا كُنتُ دائنًا لك بمبلغ ألفي جنيه، ثمّ اشتريت منك سيارة بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه، فأصبحت بذلك مدينًا لك بثمانها، فإنّ الدينين (أو الحقّين الشخصيين) ينقضيان في حدود الأقلّ منهما، أي في حدود ألفي جنيه ويبقى لك في ذمتي ألف جنيه فقط، أمّا إذا لم تتوافر شروط المقاصة على الوجه السابق فإنّ الدينين لا ينقضيان بقوة القانون، فلا تكون المقاصة قانونية، وإنّما يقتضي الأمر تدخّل القضاء فنكون بصدد مقاصة قضائية.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 360.

<sup>2</sup> - نبيل براهيم سعد مرجع سابق، ص 301.

<sup>3</sup> - سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 357.

## رابعاً: انقضاء الحق باتّحاد الذمّة.

تناول المشرّع الجزائري اتّحاد الذمّة في مادّة وحيدة هي المادة 304 من القانون المدني، حيث إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمّة وإذا زال السبب الذي أدّى لاتّحاد الذمّة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتّحاد الذمّة كأن لم يكن.<sup>(1)</sup>

وبالتالي يتحقّق اتّحاد الذمّة عندما تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد، حيث ينقضي الدين عندئذ بالقدر الذي اتحدت فيه الذمّة، والحالة الوحيدة التي يصدق عليها ذلك حالة الميراث، فلو فرضنا مثلاً أنّ الشخص كان مدينًا لمورثه بمبلغ ألف جنيه، فإنّه يترتّب على انتقال التركة بأكملها إليه أن يصبح باعتباره خلفاً عامّاً لمورثه، دائناً لنفسه، ولما كان من غير المتصوّر أن يطالب الشخص نفسه، فإنّ الدين ينقضي أمّا إذا كان نصيب الوارث في هذا الفرض هو نصف التركة فإنّ الدين ينقضي باتّحاد الذمّة في حدود النصف، ويكون لبقية الورثة أن يرجعوا عليه بالنصف الباقي.<sup>(2)</sup>

## الفرع الثالث: انقضاء الحق دون وفاء به.

قد ينقضي الحق دون وفاء إمّا بالإبراء، أو استحالة الوفاء أو التنفيذ، أو التّقادم المسقط أو المبرئ، والمشرّع الجزائري تناول انقضاء الالتزام دون الوفاء به في المواد: من 305 إلى 322.

## أولاً: انقضاء الالتزام بالإبراء.

ينقضي حق الدائن الشّخصي إذا تنازل عنه للمدين ومتى وصل هذا التّصرّف (التنازل) إلى علم المدين، فالإبراء تصرّف قانوني اختياري بالإرادة المنفردة للدائن يفيد تنازله

<sup>1</sup> - المادّة 304 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - علي سيّد حسن، مرجع سابق ص ص(336-337).

عن حقّه الذي له في ذمّة مدينه إلّا أنّ المدين يمكنه أن يرفض هذا الإبراء الصّادر من الدائن فيصبح باطلاً، ويبقى الحقّ الشّخصي للدائن قائماً كما هو.<sup>(1)</sup>

ويرى الأستاذ محمّد حسنين أنّ الإبراء تصرّف قانوني،، يجب أن يكون بقصد التبرّع، فالصلح مع المدين المفلس ينطوي على نزول الدّائنين عن جزء من حقوقهم لا يعتبر إبراء بالمعنى القانوني لأنّه لا يتمّ بقصد التبرّع، ولو أنّه بدون مقابل.<sup>(2)</sup>

### ثانياً: انقضاء الحق لاستحالة التنفيذ أو الوفاء.

تناول المشرّع الجزائري استحالة الوفاء كسبب لانقضاء الالتزام في المادّة 307 من القانون المدني، حيث حسب هذه المادّة فإنّ الالتزام إذا أثبت المدين أنّ تنفيذه أصبح مستحيلاً غير ممكن لسبب أجنبي خارج عن إرادته فإنّ الالتزام ينقضي.<sup>(3)</sup>، والاستحالة إمّا مادية أي فعلية كهلاك محلّ الالتزام أو فقده إذا كان قيمياً، ويجب أن يكون الهلاك كلياً، فإذا كان جزئياً التزم المدين بأن يسلم إلى الدّائن ما بقي من الشيء، أمّا إذا كان محلّ الالتزام مثلياً فالقاعدة أنّ المثليات لا تهلك لأنّ بعضها يحلّ محلّ بعض عند الوفاء، والاستحالة قد تكون قانونية كنزع ملكية العقار من يد بائعه للمنفعة العامّة أو تحريم القانون لصنع السلعة محلّ الالتزام، وتقدير الاستحالة المادية مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض أو المجلس الأعلى، انقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ شرطان هما:<sup>(4)</sup>

- الشرط الأوّل: أن يكون تنفيذ الالتزام قد صار مستحيلاً استحالة تامة ودائمة والمقصود هو الاستحالة التي تطرأ بعد أن ينشأ الالتزام .
- الشرط الثاني: أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فإنّ الالتزام لا ينقضي وإمّا ينقذ عن طريق التعويض.

<sup>1</sup> - أنظر المادّة 305 من القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر محمّد حسنين، مرجع سابق، 367.

<sup>3</sup> - أنظر المادّة 307 ن القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - أنظر محمّد حسنين، مرجع سابق، ص 369.

ومتى توافر هذان الشرطان انقضى الالتزام فتبرأ ذمة المدين لأنّ التنفيذ العيني صار مستحيلاً ولأنّّه لا يمكن مساءلة المدين إلا عن خطئه.

### ثالثاً: انقضاء الحق بالتقادم المسقط (المبرّئ).

يقصد بالتقادم مرور مدّة زمنية معينة في القانون بنص خاص، ينقضي بها الحق إذا لم يقم صاحبه بالمطالبة به عن طريق القضاء، فإن سكت الدائن عن المطالبة بحقه خلال هذه الفترة المحددة بنص قانوني، فإنّ حقّ الدائن ينقضي، ولا يعود بإمكانه إلزام المدين بالوفاء، وقد نصّ التقنين المدني الجزائري على نوعين من التقادم: التقادم المسقط والتقادم المكسب، فالأول يكون في الحقوق الشخصية، كما يشمل الحقوق العينية والحقوق الذّهنية أيضاً، ولا يعتدّ فيه بحسن النية أو سوءها، أمّا التقادم المكسب فيكون في الحقوق العينية فقط دون الحقوق الشخصية، ويعتدّ فيه بحسن النية، حيث يملك الحائز حسن النية الحق في مدّة أقصر من الحائز سيّء النية.

والتقادم العموم إنّما تقرّر للحفاظ على استقرار المعاملات وتصفية المراكز القانونية القديمة، حتّى لا تبقى النزاعات قائمة، ولا يرهق الدائن المدين بالمطالبة بالدّين لتعدّد عرفة وه الح في النزاع القائم، ولزيادة احتمال ضياع السّنندات الخاصّة بتلك الحقوق مع مرور الزّمن، خصوصاً فيما لو كان المدين قد وفّى فعلاً بدينه، فلا يعقل أن يبقى المدين محتفظاً بتلك السّنندات أو بوصول مخالصة الدّين إلى ما لا نهاية هو أو ورثته.<sup>(1)</sup>

وقد تناول المشرّع الجزائري التقادم كسبب لانقضاء الحق في المواد: من 308 إلى 322 من القانون المدني.

فيسقط الحقّ الشّخصي إذا لم تتمّ المطالبة به خلال مدّة معيّنة من تاريخ استحقاقه، فالقاعدة العامة حسب المادة 308 من القانون المدني أنّ الحق يتقادم بانقضاء خمسة عشر (15) سنة، ما عدا الحالات التي ورد فيها نصّ خاص في القانون كحيازة العقّار لاكتسابه

<sup>1</sup> - أنظر أسماء كيارى، مرجع سابق، ص ص(143-144).

بحسن نيّة وتقادم الحقوق الميراثية، وفيما عدا الاستثناءات التي وضع لها المشرّع آجالاً خاصّة  
للاقتضاء حدّدها في المواد من 309 إلى 312 من نفس القانون.<sup>(1)</sup>

\*\*\*\*\* تمّ بحمد الله تعالى \*\*\*\*\*

---

<sup>1</sup> - راجع المواد: من 308 إلى 312 ن القانون المدني مرجع سابق.  
راجع أيضاً المواد: 828-829 من نفس القانون.

## خاتمة:

وفي الأخير وفي ختام كتابنا هذا نتمنى أن نكون قد وفقنا في إيصال مضمون مقرر "النظرية العامة للحق" لطلبتنا الأعزاء طلبة السنة الأولى ليسانس حقوق ل.م.د، ونظرًا لأهمية هذا المقياس خصوصًا أنه أهم المواد بالنسبة للطلبة في بداية دراسة القانون على اعتباره القاعدة والأساس الذي ينبنى عليه فهم كل القوانين سواء الخاصة أو العامة، لذلك حاولنا شرحه بنوع من التفصيل والتبسيط في الأسلوب المعتمد في ذلك، لتسهيل فهمه.

هذا المقياس الذي يدرّ في السداسي الثاني، يتضمّن أربع محاور أساسية بالإضافة إلى المحور التمهيدي، المحور التمهيدي خصّصناه لمفهوم الحقّ وتقسيماته، فخصّصنا في مسألة تعريفه وتمييزه عن غيره من المفاهيم، كما قمنا بعرض مختلف تقسيمات الحقوق (الحقوق السياسية، الحقوق غير السياسية، الحقوق العامة، الحقوق الخاصة)، أمّا الفصل الأول خصّصناه لأركان الحقّ، فتناولنا فيه من خلال بحثين أركان الحق أي الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، ثم إلى محلّ الحق حيث كان حديثنا فيه عن الحقوق الشخصية والحقوق العينية كمحال للحق.

وفي الفصل الثاني حاولنا الخوض في موضوع مصادر الحق واستعماله، حيث عرضنا أهم مصدرين هما: الواقعة القانونية والتصرّف القانوني كمصدرين للحقّ ثم تناولنا موضوع استعمال الحق من خلال شرح نظرية التعسف مبرزين تطوّرها وتأصيلها، ومكانها في القانون الجزائري، وفي الفصل الثالث كان حديثنا عن حماية الحقّ وإثباته، فتناولنا فيه الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق، إلى كيفية إثبات هذا الحق أمام القضاء وذلك بعرض مختلف المذاهب في الإثبات، وكذا محل الإثبات، وعبء الإثبات وطرقه المختلفة، ليبقى لنا في ختام هذا الكتاب بالفصل الأخير الذي خصّصناه لانتقال الحق بمختلف أنواعه الشخصية والعينية، ثمّ لانقضاء الحق سواء بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو بدون وفاء وذلك بنوع من التفصيل.

هذا وقد تم بحمد الله وعونه الانتهاء من هذا الكتاب، على أمل أن نكون موفّقين في هذا العمل وأن يكون مرجعًا مفيدًا للطلبة والباحثين، فإن أصبنا في ما بذلناه من جهد فذاك توفيق من الله، وإن أخطأنا فيكفينا نيل أجر المجتهد.



## قائمة المصادر والمراجع

### 1- النصوص الرسمية:

أ- القوانين والأوامر والمراسيم:

#### • القوانين:

- القانون المدني الجزائري.
- القانون التجاري الجزائري.
- قانون العقوبات الجزائري.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- القانون 90-22 المؤرخ في 18/08/1990 المتعلق بالسجل التجاري، ج.ر، عدد 36، بتاريخ 22 أوت 1990.
- القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان 1404 هـ الموافق 12 يونيو 1984 م، المعدّل والمتّم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، الموافق بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق 04 مايو 2005، ج.ر عدد 43، مؤرخة في 22 يونيو 2005 .
- القانون 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، ج.ر، عدد 21، مؤرخة في 23 شوال عام 1411 هـ الموافق 08 مايو سنة 1991، ص 691.
- القانون 01-07 مؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، يعدّل ويتم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف.

- القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، (المعدل والمتّم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975)، والمتضمّن القانون المدني، ج.ر، عدد 44، مؤرّخة في: 26 يونيو 2005 م.

- القانون 17-07 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438، الموافق 27 مارس 2017، (يعدّل ويتّم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966، والمتضمّن قانون الاجراءات الجزائية)، ج.ر، عدد 20 مؤرّخة في أوّل رجب عام 1438 الموافق 29 مارس سنة 2017 م.

#### • الأوامر:

- الأمر 66-86 مؤرخ في 07 محرم عام 1386 الموافق 28 أبريل سنة 1966 يتعلق بالرّسوم والنماذج، ج.ر، عدد 40، مؤرّخة في 12 محرم عام 1386.

- الأمر 66-307 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1386 الموافق 14 أكتوبر 1966، يتضمّن شروط تأسيس الحالة المدنية، ج.ر، عدد 91، مؤرّخة في 01 رجب عام 1386 هـ الموافق 25 أكتوبر 1966.

- الأمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، يتعلّق بالحالة المدنية، ج.ر، عدد 21، مؤرّخة في 21 ذو الحجة عام 1389 الموافق 27 فبراير سنة 1970.

- الأمر رقم 73-62 مؤرخ في 25 شوال 1393 الموافق 21 نوفمبر سنة 1973، يتضمّن إحداث المعهد الجزائري للتّوحيد الصّناعي والملكية الصّناعية، ج.ر، عدد 95، مؤرّخة يوم الثلاثاء 02 ذو القعدة عام 1393 الموافق 27 نوفمبر 1973.

- الأمر 76-07 مؤرخ في 20 صفر عام 1396 الموافق 20 فبراير سنة 1976، يتضمّن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الأشخاص الذين لا يحملون لقباً عائلياً، ج.ر، عدد 19، مؤرّخة في 04 ربيع الأول عام 1396 الموافق 05 مارس 1976.

- الأمر رقم 65-76 مؤرخ في 18 رجب عام 1396 هـ الموافق 16 يوليو سنة 1976، يتعلق بتسميات المنشأ، ج.ر، عدد 59، مؤرخة في 25 رجب عام 1396 الموافق 23 يوليو سنة 1976.
- الأمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 19 يوليو 2003 م، يتعلق بحقوق المؤلف والقوق المجاورة، ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 23 يوليو سنة 2003 م.
- الأمر 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 23 يوليو 2003 م، ص
- الأمر 03-08 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج.ر، عدد 44، مؤرخة في: 23 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 23 يوليو سنة 2003، ص35.
- الأمر 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر، عدد 44، مؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 23 يوليو 2003 م.
- الأمر 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، (يعدل ويتم الأمر 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970)، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 م.

#### ● المراسيم:

- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

## 2- الكتب:

- أحمد سي علي، "مدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للحقّ وتطبيقاتها في القوانين الجزائية)، دار هومة، د.ط، الجزائر، 2013.
- أحمد محمود الخولي، نظرية الحقّ بين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (من نظريات الفقه الإسلامي)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، القاهرة، مصر، 2003.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، مصر، 1969.
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010م.
- محمد حسني عباس، "الملكية الصناعية والحلّ التجاري"، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، مصر، 1971.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، الجزائر، 1983.
- محمد شكري سرور، النظرية العامة للحقّ، دار الفكر العربي، د.ط، القاهرة، مصر، د.ذ.س.
- علي سيّد حسن، المدخل إلى علم القانون "نظرية الحقّ"، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الكتاب الثاني، د.ط، القاهرة، مصر، 1989.
- فريدة محمدي (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحقّ"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د.ط، الجزائر، 2000.
- سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، "المدخل للعلوم القانونية"، د.ذ.د.ن، ط1، القاهرة، مصر، د.ذ.س.
- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون "نظرية الحقّ"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010.
- نعيم مغبغب، "براءة الاختراع" (الملكية الصناعية والتجارية)، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، لبنان، 2009.

- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون "نظرية القانون، نظرية الحق"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2014.
- محمود جلال حمزة "العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1986.
- عباس حلمي المنزلاوي، "الملكية الصناعية"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1983.
- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون، النظرية العامة للحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط، عمان، الأردن، 2008.
- صالح فرحة زراوي، الكامل في القانون التجاري الجزائري: "الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية"، د.ط، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2003.
- هشام طه محمود سليم، المدخل في دراسة العلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، في ضوء أحكام القانون المدني البحريني، د.ذ.د.ن، د.ط، البحرين، 1435هـ/2014م.
- عبد السلام علي المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون، الجامعة المفتوحة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، 1998.
- مروة عبد السلام أبو العلا الطحان، المدخل للعلوم القانونية: "نظرية الحق"، د.ذ دار النشر، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2021-2022.
- عمّار بوضياف، "النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، ط02، الجزائر، 2017.
- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: "مصادر الالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزء الأول، الجزائر، 1994.
- فتحي الدريني، "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي"، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، ط04، بيروت، لبنان، 1988.

- رمضان أبو السَّعود، "النَّظريَّة العامَّة للحقِّ"، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2005.
- أحمد أبو الوفا، "المرافعات المدنية والتَّجارية"، منشأة المعارف للطباعة والنَّشر، ط12، الإسكندرية، مصر، 1980.
- بشير بلعيد، "القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية"، دار البعث، د.ط، قسنطينة، الجزائر، السِّداسي الأوَّل 2000.
- محمَّد الصغير بعلي، "الوسيط في المنازعات الإداريَّة"، دار العلوم للنَّشر والتَّوزيع، د.ط، عنَّابة، الجزائر، 2009.
- يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونيَّة (نظريَّة القانون، نظريَّة الحقِّ)، كوميث للتوزيع، ط1، القاهرة، مصر، 1997.

### 3-محاضرات:

- أمال علَّال، محاضرات في مقياس: "نظريَّة الحقِّ"، موجهة لطلبة السنة الأولى، السِّداسي الثاني: كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2020/2019.
- أسماء كياري، المدخل للعلوم القانونيَّة "نظريَّة الحقِّ"، محاضرات موجهة لطلبة السَّنة الأولى جذع مشترك، كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسية (19 مارس 1962)، جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس، 2024/2023.
- بوبكر بوسام، محاضرات في المنازعات الإداريَّة (الدَّعاوى الإداريَّة)، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص: قانون عام، السِّداسي السِّداس، كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسية، جامعة زيان عاشور الجافة، الجزائر، 2023/2022.
- جلول محده، محاضرات في مادة المدخل للعلوم القانونيَّة، "نظريَّة الحقِّ"، الجزء الأوَّل، قسم: الحقوق، كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسية، جامعة الشَّهيد حمَّة لخضر الوادي، الجزائر، 2023/2022.

- حكيمة كحيل محاضرات في: "طرق الإثبات والتّنفيد"، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصّص: قانو خاص، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، 2022/2021.
- لويّزة نجّار، محاضرات في مقياس: "نظرية الحقّ"، موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك، قسم العلوم القانونية والإدارية، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة 08 ماي 1945 -قائمة-، 2024/2023.
- مخلوف داودي، محاضرات في مقياس نظرية الحقّ، موجهة لطلبة السنة الثانية شريعة ليسانس LMD ، كليّة العلوم الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، الجزائر، 2018-2017.
- ليلي بن حليلة، محاضرات في مقياس: مدخل للعلوم القانونية، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق جذع مشترك، قسم: الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة محمّد بوضياف المسيلة، 2022/2021.
- سامية لموشية، دروس في مادة: "المدخل للعلوم القانونية: التّظرية العامّة للحقّ"، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق نظام ل.م.د، السّداسي الثّاني، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة الشّهيد حمة لخضر -الوادي-، 2022/2021.
- فاطمة موساوي، محاضرات المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحقّ"، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، قسم: الحقوق، جامعة مسيلة، 2023/2022.
- فاطمة الزهراء قلاوز، محاضرات في: "نظرية التعسف في استعمال الحقّ" أُلقيت على طلبة السنة الثّانية ماستر، تخصّص، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، قسم القانون الخاص، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، 2023/2022.
- فتحي مجيدي، محاضرات في مقياس: "مدخل العلوم القانونيّة"، قسم الحقوق، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة زيّان عاشور بالخلفة، 2009-2008.

- فريدة سقلاب، محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، السداسي الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2022-2023.

#### 4- رسائل الدكتوراه:

- سهيلة دكاري، "حماية تصاميم الدوائر المتكاملة بين قانون حماية المؤلف وقانون الملكية الصناعية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر العاصمة، 2011.
- يوسف زروق، "حجية وسائل الإثبات الحديثة"، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012-2013.

#### 5- المقالات:

- كريمة فردي، "عقد الحكر كآلية لتفعيل تمييز العقارات الوقفية العاطلة"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلد 12، عدد 01، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، مارس 2020.
- نبيل ونوغي، علاء الدين يوسف، "شروط منح العلامة التجارية وفق التشريع الجزائري"، مجلة آفاق للعلوم، مجلد 04، عدد 02، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019/03/01.
- فضيلة يسعد، "الطبيعة القانونية لتسمية المنشأ"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 32، عدد 03، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، ديسمبر 2021.
- ناصر موسى، "الحماية الجزائية للتصاميم الشلكية للدوائر المتكاملة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 08، عدد 01، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2022/06/03.
- نورالدين زبدة، "ضوابط الحياة العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 01 جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مارس 2022.

- عبد العزيز مقفولجي، "شروط قبول الدّعى، مجلّة البحوث والدّراسات القانونية والسياسية، المجلّد 03، العدد 02، كليّة الحقوق والعلوم السّياسية جامعة البليدة 02، الجزائر، 2013/06/01.

- الفاسي فاطمة الزّهاء، المحاكم الإدارية للاستئناف في الجزائر (الأسس والآثار)، مجلّة الدّراسات القانونية المقارنة، المجلّد 09، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر، 2023/06/11.

## 6-المدخلات:

- عطية عبد الحليم صقر، "وقف الجانب المالي من الحقوق الذهنية (حقوق الملكية الفكرية)"، بحث مقدّم للمؤتمر الثّاني للأوقاف في 13-15 شوال 1427، جامعة أمّ القرى بمكّة المكرّمة، السّعودية، 2006.



## فهرس المحتويات

|         |                                                      |
|---------|------------------------------------------------------|
| 1.....  | مقدمة:                                               |
| 3.....  | الفصل التمهيدى: مفهوم الحقّ وتقسيماته.               |
| 4.....  | المبحث الأول: مفهوم الحقّ.                           |
| 4.....  | المطلب الأول: تعريف الحقّ.                           |
| 4.....  | الفرع الأول: تعريف الحقّ لغةً.                       |
| 5.....  | الفرع الثانى: تعريف الحقّ اصطلاحاً.                  |
| 16..... | المطلب الثانى: تمييز الحقّ عن بعض المفاهيم المشابهة. |
| 16..... | الفرع الأول: تمييز الحقّ عن القانون.                 |
| 17..... | الفرع الثانى: تمييز الحقّ عن الحرّيات العامة.        |
| 18..... | الفرع الثالث: تمييز الحقّ عن المصلحة.                |
| 18..... | الفرع الرابع: تمييز الحقّ عن الواجب.                 |
| 19..... | الفرع الخامس: تمييز الحقّ عن السّلطة.                |
| 20..... | المبحث الثانى: تقسيمات الحقّ.                        |
| 22..... | المطلب الأول: الحقوق السّياسية.                      |
| 25..... | المطلب الثانى: الحقوق غير السّياسية.                 |
| 25..... | الفرع الأول: الحقوق العامة.                          |
| 27..... | الفرع الثانى: الحقوق الخاصّة.                        |

|          |                                                            |
|----------|------------------------------------------------------------|
| 64.....  | الفصل الأول: أركان الحقّ.                                  |
| 64.....  | المبحث الأول: الأشخاص أصحاب الحقّ.                         |
| 65.....  | المطلب الأول: الشخص الطبيعي.                               |
| 65.....  | الفرع الأول: بداية الشّخصيّة ونهايتها.                     |
| 72.....  | الفرع الثاني: مميّزات الشّخص الطبيعي.                      |
| 100..... | المطلب الثاني: الشخص الاعتباري أو المعنوي.                 |
| 100..... | الفرع الأول: الطبيعة القانونية للشخص المعنوي.              |
| 103..... | الفرع الثاني: بداية الشّخصية الاعتبارية ونهايتها.          |
| 105..... | الفرع الثالث: خصائص الشخص الاعتباري.                       |
| 111..... | المبحث الثاني: محلّ الحقّ.                                 |
| 111..... | المطلب الأول: الأعمال كمحلّ للحقوق الشّخصيّة.              |
| 111..... | الفرع الأول: صور الأعمال كمحلّ للحقّ الشخصي.               |
| 113..... | الفرع الثاني: شروط الأعمال كمحلّ للحقّ الشخصي.             |
| 115..... | المطلب الثاني: الأشياء كمحلّ للحقوق العينيّة.              |
| 116..... | الفرع الأول: تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها.                 |
| 118..... | الفرع الثاني: تقسيم الأشياء من حيث قابليتها للتّعامل فيها. |
| 119..... | الفرع الثالث: تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها.        |
| 124..... | الفصل الثاني: مصادر الحقّ واستعماله.                       |

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| المبحث الأول: مصادر الحقّ.                                       | 124 |
| المطلب الأول: الواقعة القانونية كمصدر للحقّ.                     | 124 |
| الفرع الأول: الوقائع الطبيعيّة.                                  | 125 |
| الفرع الثاني: الوقائع التي من فعل الإنسان (الأعمال الماديّة).    | 125 |
| المطلب الثاني: التصرف القانوني كمصدر للحقّ.                      | 130 |
| الفرع الأول: أنواع التصرف القانوني.                              | 130 |
| الفرع الثاني: شروط التصرف القانوني وآثاره.                       | 133 |
| المبحث الثاني: استعمال الحقّ.                                    | 142 |
| المطلب الأول: تطور نظرية التعسف في استعمال الحقّ وتأصيلها.       | 143 |
| الفرع الأول: تطور نظرية التعسف في استعمال الحقّ.                 | 143 |
| الفرع الثاني: تأصيل فكرة التعسف في استعمال الحقّ (أساسها).       | 146 |
| المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري. | 148 |
| الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحقّ.                     | 148 |
| الفرع الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحقّ.        | 151 |
| الفصل الثالث: حماية الحقّ وإثباته.                               | 152 |
| المبحث الأول: حماية الحقّ.                                       | 152 |
| المطلب الأول: مفهوم الدّعوى القضائية.                            | 153 |
| الفرع الأول: تعريف الدّعوى.                                      | 153 |

|     |                                                    |
|-----|----------------------------------------------------|
| 154 | الفرع الثاني: شروط الدّعى.                         |
| 156 | المطلب الثاني: أنواع الدّعاوى القضائية.            |
| 156 | الفرع الأوّل: الدّعى المدنية.                      |
| 158 | الفرع الثاني: الدّعى الجزائية (العموميّة).         |
| 159 | الفرع الثالث: الدّعى الإدارية.                     |
| 161 | المبحث الثاني: إثبات الحقّ.                        |
| 162 | المطلب الأوّل: المذاهب المختلفة في الإثبات ومحلّه. |
| 162 | الفرع الأوّل: المذاهب المختلفة في الإثبات.         |
| 164 | الفرع الثاني: محلّ في الإثبات.                     |
| 165 | المطلب الثاني: عبء الإثبات وطرقه.                  |
| 165 | الفرع الأوّل: عبء الإثبات.                         |
| 166 | الفرع الثاني: طرق الثبات.                          |
| 176 | الفصل الرابع: انتقال الحق وانقضاءه.                |
| 176 | المبحث الأوّل: انتقال الحقّ.                       |
| 177 | المطلب الأوّل: انتقال الحقوق العينية.              |
| 177 | الفرع الأوّل: انتقال الحقوق العينية بين الأحياء.   |
| 177 | الفرع الثاني: انتقال الحقوق العينية بعد الموت.     |
| 178 | المطلب الثاني: انتقال الحقوق الشخصية.              |

|     |                                                   |
|-----|---------------------------------------------------|
| 180 | المبحث الثاني: انقضاء الحق                        |
| 180 | المطلب الأول: انقضاء الحقوق العينية               |
| 180 | الفرع الأول: كيفية انقضاء الحقوق العينية الأصلية  |
| 181 | الفرع الثاني: كيفية انقضاء الحقوق العينية التبعية |
| 183 | المطلب الثاني: انقضاء الحق الشخصي                 |
| 184 | الفرع الأول: انقضاء الحق بالوفاء                  |
| 186 | الفرع الثاني: انقضاء الحق بما يعادل الوفاء        |
| 191 | الفرع الثالث: انقضاء الحق دون وفاء به             |
| 194 | خاتمة:                                            |
| 196 | قائمة المراجع                                     |