



جامعة عمار ثليجي - الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# محاضرات في: مقياس نظرية الحق

أُقيت في السداسي الثاني

على طلبة السنة أولى جنع مشترك حقوق

من إعداد الدكتور:

شويرب جيلالي

السنة الجامعية: 2020/2019

جامعة عمارة ثليجي - الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# محاضرات في: مقياس نظرية الحق

أُقيمت في السداسي الثاني

على طلبة السنة أولى جذع مشترك حقوق

من إعداد الدكتور:

شويرب جيلالي

السنة الجامعية: 2020/2019

## مقدمة

إنَّ دراسة المدخل للعلوم القانونيَّة تنفرِّع إلى فرعين: نظريَّة القانون وقد تمَّت دراستها في السِّداسي الأول، ونظريَّة الحقِّ وستتمَّ دراستها إن شاء الله في السِّداسي الثاني.

وقد مرَّ معنا أنَّ النَّظريتين متلازمتان، فلا وجود لأحدهما دون الأخرى فعلاقتهما ببعضها البعض وطيدة، فلا نكاد نذكر الأولى إلا وتتبادر إلى الدَّهن الثانية، فإذا كان القانون كما سبق ذكره في نظرية القانون أنَّه ينظم الروابط الاجتماعيَّة بين الأفراد، يحدِّد ما يكون لكلِّ فرد وما يجب عليه في علاقته مع غيره من الأفراد، وبعبارة أخرى يُقيِّم هذا التنظيم على أساس بيان ما يتمتع به كلُّ شخص من حقوق وما عليه من واجبات.

ومن هنا تبدو العلاقة بين الحقِّ والقانون، فالقانون وهو يهدف إلى التوفيق بين مصالح الأفراد، إنَّما يُحقِّق ذلك عن طريق بيان ما لكلِّ شخص من حقوق وما عليه من واجبات، وعلى ذلك القانون والحقُّ يُكْمَلُ كلُّ منهما الآخر.

فمن جهة القانون هو الذي يقرُّ الحقوق ويرسِّم حدودها ويفرض احترامها ومن جهة أخرى لا أثر للقانون إلا بفضل ما يخوِّله للأفراد من حقوق تُنظِّمُ بها علاقاتهم، فالقانون والحقُّ وجهان لعملة واحدة.

وعليه سوف نقوم بدراسة النَّظريَّة العامَّة للحقِّ التي تقتضي منَّا بداية ماهيَّة الحقِّ ثمَّ أركان الحقِّ ثمَّ مصادر الحقِّ، على تتناول حماية الحقِّ وإثباته واستعماله في الفصل الرابع، ثمَّ إنقضاء الحقِّ في الفصل الخامس والأخير.

**الفصل الأول:**

**ماهية الحق**

إذا كان الحق دائماً ينشأ أو يتقرر بموجب قانون، بل لا تكون للحق قيمة إلا إذا مدّ القانون حمايته لذلك الحقّ وعندئذ يكتسب الحقّ احترامه بالالتزام الآخرين به كنتيجة للنصّ القانوني الذي يحمي الحقّ لأنّ النصّ القانوني ملزم بطبيعته نظراً للجزاء الذي يترتب على مخالفته، وبناء على هذه الروابط القويّة التي تربط الحقّ بالقانون يمكن القول بأنّ الحقّ هو ثمرة القانون، وكذلك الحقّ والقانون كما سبق ذكره هما وجهان لعملة واحدة.

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى التعريف بالحق (مبحث أول)، ثم نتناول تمييزه عما يشابهه من الأنظمة (مبحث ثانٍ)، ثم نستعرض أنواعه (مبحث ثالث).

### المبحث الأول: التعريف بالحقّ:

لعلّ المبتدئ في دراسة القانون لا يتصور أنّ فكرة الحقّ الشخصي ذلك المركز القانوني الذي يشعر به، ويدرك مظاهره من أنواع النشاطات المختلفة التي تصدر منه أو من جانب الغير من حوله ممّا تكون محلاً للشكّ، ومع ذلك لاقت هذه الفكرة من الهجوم ما وصل إلى حدّ إنكار وجود ما يسمى بالحقّ كلياً<sup>1</sup> (مطلب أول)، وهناك اتجاه آخر عرّف الحقّ بتعريفات عديدة (مطلب ثانٍ).

### المطلب الأول: الاتجاه المنكر لفكرة الحقّ:

يُعدّ الفقيه ديغي (1828-1859) من أشدّ خصوم فكرة الحقّ بحجّة أنّها فكرة فلسفية ولا فائدة منها ويحكمه في تفكيره منهاج علمي لا يُسلم إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيّد التجربة، وينطلق من عداً شديد لفكر فلاسفة المذهب الفرديّ وأنصار مدرسة القانون الطبيعي الذي يسلمون للإنسان بحقوق مطلقة تثبت له منطقياً منذ ولادته بحكم الطبيعة نفسها، أي لا تحتاج في نشأتها لقانون، ويرى ديغي في هذا الشأن أنّ فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان أي الحقوق الملازمة للشخص هي مجرد خيال وليست حقيقة، وإعتبرها مجرد فكرة فلسفية ميتافيزيقية<sup>2</sup>.

ولعلّ هذا الفقيه قد تأثر في هذا الهجوم بفكر أوجست كونت (1798-1857) الذي قال في التذليل على عدم وجود ما يسمى بالحقّ عبارته المشهورة: "لا أحد يملك من حق سوى حق أداء ما عليه من واجب"<sup>3</sup>، فهو يعلي من شأن الجماعة ويجعلها في مركز إسمي من مركز

1 فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016، ص 256، 257.

2 علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 19.

3 محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004/2005، ص 11.

الأفراد<sup>1</sup>، ذلك أنّ إرادات البشر متساوية فلا توجد إرادة تعلو على إرادة أخرى، وإذا نعدم هذا التدرج في الإرادات انعدمت فكرة الحق من أصلها.

وفي مقابل إنكار الفقيه ديجي لفكرة الحق ناد بنظريته المركز القانوني (فرع أول)، إلا أنّ هذا الرأي تعرّض للنقد (فرع ثان).

### الفرع الأول: الحقّ مركز قانوني ديجي؛

حسب رأي الفقيه ديجي فإنّ المجال القانوني لا يعرف سوى القواعد القانونية، حيث ترى أنّ من ترتب عليه القواعد القانونية تكليفاً كالإلزام بعمل أو الإمتناع عن عمل يكون في مركز قانوني سلبيّ، وعلى ذلك فقد تُحوّل له القاعدة القانونيّة الإستفادة من هذا الإلتزام ويكون في مركز قانوني إيجابي، وينتهي إلى أنّه ليس هناك ما يسمى بالحقوق التي تكون للشخص ولا الواجبات التي تكون عليه، وإنّما هناك مراكز قانونيّة يتواجد بها الفرد، وقد يكون في مركز قانوني سلبيّ أو في مركز قانوني إيجابي، أي لا يجوز انتقاص إرادة فرد على آخر لأنّ كلّ الإرادات يجب أن تكون متساوية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لنظرية ديجي؛

وجّه الفقه إنتقادات شديدة لنظرية ديجي من بينها:

1- إنّ رفض ديجي ما يسمى بالحقوق الطبيعيّة للإنسان التي توصف بأنّها تنشأ مع ولادة الفرد حسب تصوير مذهب القانون الطبيعي، هذه الحجّة لا تقدر في الواقع بوجود فكرة الحقّ ذاتها، وإنّما تدحض حقيقة ما يدعيه خطأ بعض أنصار المذهب الفرديّ على تأسيس القانون نفسه على الحقّ، أو من وجود حقوق لا تستند إلى القانون لسبقها في نشأته بحسبانها تتولد من الطبيعة نفسها<sup>3</sup>.

2- نظرية ديجي لا تفرّق بين المركز القانوني وفكرة الحقّ إلاّ من حيث اللفظ، فإذا كانت القاعدة القانونية تحمي مركزاً معيناً تضع شخصاً في مركز إيجابي وتضع الآخر في مركز سلبي

1 الصديق شياط، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019، ص 03.

2 حميد بن شنيّتي، مدخل للقانون، نظرية الحق، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 01، الطبعة الرابعة، 2014/2015، ص 258.

3 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 257.

فصاحب المركز الإيجابي له الإستثناء بقيمة معينة طبقاً للقانون وهذا هو جوهر فكرة الحق، وصاحب المركز السلبي عليه واجب احترام تلك القيمة<sup>1</sup>.

3- لقد بنى دييجي نقده لفكرة الحق على مقدمة غير صحيحة، وهي علو إرادة صاحب الحق على إرادات الآخرين، وهذا تعريف خاطئ للحقّ لم يقل به أحد، حتى أصحاب مذهب الإرادة فالحقّ عند معتقيه يخول صاحبه الإستثناء بقيمة معينة على الغير احترامها وليس هناك انتقاص من إرادة أحد، كما أنّ نشوء حقّ من الحقوق في مواجهة أحد الأفراد وفي ظل حماية القانون لا يبقى إلى الأبد في مركز أعلى من مركز من يتحمّل هذا الحقّ، كل ما في الأمر أنّ صاحب الحقّ إنّما يتمتع في مواجهة الطرف الآخر بالحماية القانونية لحقه، تلك الحماية التي كان يمكن أن تكون لهذا الطرف الآخر في مواجهة الأول لو أنّه هو الذي كان صاحباً للحقّ، بما يعني أنّ القانون هو من يعترف بالحقوق للأفراد، ولا يجري بين إراداتهم ذلك النوع المزعوم من التمييز.

والنتيجة أنّ دييجي يأخذ بفكرة الحقّ بطريق غير مباشر نتيجة قوله أنّ المراكز الإيجابية أو السلبية، يعني العودة لفكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب والالتزام، أو الرجوع إلى التقابل التقليدي بين الطرف الإيجابي للحقّ والطرف السلبيّ له، ويصبح الخلاف بين الرأيين المخالف والموافق للحقّ هو خلاف شكليّ أي المفاضلة بين إصلاح المركز القانونيّ الإيجابي وبين إصلاح الحقّ للدلالة على الفكرة، والجوهر بقي في منأى عن هذا الخلاف لأنّ المركز يعطى لصاحبه كلّ الامتيازات والسلطات التي يعطيها الحقّ ذاته<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة الحق:

يختلف الفقهاء كثيراً في تعريف الحقّ ومرجع الخلاف هو تباين وجهات النّظر لإيجاد تعريف جامع مانع للحقّ، فنظر إليه كل اتجاه من زاوية غير التي نظر منها غيره، فنظر البعض إلى الحقّ نظرة شخصية فركّز على صاحبه، ولذا سُمي مذهبهم بالمذهب الشخصي أو نظرية الإرادة (فرع أول)، ونظر إليه آخر نظرة موضوعيّة فاهتمّ بموضوعه والغرض منه، فأطلق عليه المذهب الموضوعيّ أو نظرية المصلحة (فرع ثان)، واتجه فريق ثالث اتجاهاً وسطياً جامعاً بين

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 12.

2 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 04.

الاتجاهين السابقين، لذا سُميَ بالمذهب المختلط أي نظريتنا الإرادة والمصلحة معًا (فرع ثالث)، وعرفه فريق رابع كاشفًا الخصائص المميّزة له محاولًا تفاذي ما وجه من نقد إلى المذاهب الثلاثة السابق، وهما ميزتيّ الإستثناء والتسلط (فرع رابع).

### الفرع الأول: نظرية الإرادة:

يتزعم هذا الاتجاه الفقيهان الألمانيان سافيني وقينشد، ونظر هؤلاء اللذين يمثلون أنصار المذهب الفرديّ أو الشخصيّ إلى الحقّ من زاوية صاحبه فقط واعتبروا إرادته هي العنصر الجوهريّ الذي يميّزه عن غيره (أولاً)، إلّا أنّ هذه النظرية تعرّضت للنقد (ثانياً).

### أولاً: مضمون هذه النظرية:

الحقّ عندهما هو سلطة أو قدرة إرادية بموجبها يتسلط الشخص على أعمال الغير في حدود القانون<sup>1</sup>، فطبقاً لهذا التعريف أنّ القانون هو الذي يقرّ بالقدرة والسلطة الإرادية لصاحب الحقّ على محلّ الحقّ فيرسم لها حدوداً تعمل في نطاقه، دون أن يقلل من سلطات صاحب الحقّ على محلّ الحقّ وقبل الغير مادام ذلك في حدود القانون<sup>2</sup>، فالقاعدة القانونية في تنظيمها لعلاقات الأفراد في المجتمع ترسم لكلّ فرد حدوده معينة تعمل إرادته في نطاقها، مستقلة عن أية إرادة أخرى التي تعمل بدورها في نطاق آخر محدّد لها، وما دامت تعمل في حدود هذا النطاق فلها مطلق الحرية في اتّخاذ ما تراه مناسباً لها من تصرف على المحل الذي يرد عليه الحقّ، فإرادة الشخص حاسمة في إنشاء الحقوق أو تعديلها أو زوالها، ما دامت هذه الإرادة يحميها القانون<sup>3</sup>.

### ثانياً: نقد هذه النظرية:

وجهت لهذه النظرية عدّة انتقادات ومن أهمها<sup>4</sup>:

1- أنّها ربطت بين نشوء الحقّ للشخص وإرادته عندما جعلته قدرة إرادية، في حين يمكن وجود الحقّ رغم انعدام الإرادة كحقّ المجنون وحقّ الصبّي غير المميّز والجنين، ومع ذلك فإنّه من الثابت أنّهم يكسبون حقوقاً كحقّ الإرث، وحقّ النسب، وحقّ الجنسية...إلخ.

1 إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 1999، ص 209.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995، ص 32.

3 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 263، 264.

4 عبدالناصر توفيق العطار، مدخل لدارسة القانون، بدون ناشر، الجزء الأول، 1997، ص 417.

2- إمكان وجود الحقّ دون تدخل الإرادة رغم وجودها كحقّ الوارث في الميراث، وحقّ المُوصَى له الذي قد يُوصَى له دون علمه بالوصيّة إلّا وقت وفاة المُوصي.

3- من المسلّم به أنّ الشخص المعنويّ كالشخص الطبيعيّ تثبت له الحقوق، على الرغم من أنّه ليس لديه إرادة حقيقية، وإنّما هي إرادة ممثّله الشخص الطبيعيّ.

4- تخلّطُ النّظرية بين جوهر الحقّ وإستعماله، فالحقّ يثبت للشخص حتّى ولو لم يباشر صاحبه السلطة المُخوّلة له، إذ أنّه من المعروف والمتفق عليه أنّ القدرة الإرادة المعبر عنها قانوناً بأهلية الأداء واجبة لمباشرة الحقوق أي التمسك بها وليست شرطاً لاكتسابها أي أنّ الحقّ قد يوجد دون تدخل الإرادة ولكنّ إستعماله ومباشرته هو الذي يحتاج إلى وجود الإرادة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المذهب الموضوعي (نظرية المصلحة):

تعتمد هذه النّظرية في تعريف الحقّ على المصلحة (أولاً)، غير أنّها تخلّط بين جوهر الحقّ وغايته، ممّا جعل الفقه يرفضها ويهجّرها كسابقتها (ثانياً).

### أولاً: مضمون النّظرية:

تزعّم هذا الاتجاه الفقيه الألماني إيهرنج والحقّ عنده مصلحة يحميها القانون<sup>2</sup>، وهو بذلك أهمل كلية الإرادة في تعريف الحقّ وركّز على موضوع الحقّ والغاية منه، إذن استبعد هذا الفقيه الشخص كعنصر يعرف على أساسه الحقّ وانحاز إلى موضوع الحقّ ليجعل منه النقطة الأساسية في التعريف الذي يُعطى للحقّ، فالمصلحة أو المنفعة أو المزايا التي يتحصل عليها الشخص هي الغرض العملي من الحقّ، وطالما أنّ الحقّ يثبت لذوي الإرادة وعديموها، فلا يمكن أن تكون الإرادة جوهر الحقّ بل المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها هي التي تصبح جوهره.

ويتضح من هذا التعريف أنّ الحقّ يتكون من عنصرين<sup>3</sup>:

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 24.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، بدون ناشر، الطبعة السادسة، 1987، ص 566.

3 حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 160.

- 1- **العنصر الموضوعي:** وهو يتصل بالغاية العملية من الحق فهو من الناحية الموضوعية قيمة مالية أو أدبية أما من الناحية الشخصية فهو يمثل مصلحة لصاحبه، هذه المصلحة قد تكون مالية وقد تكون معنوية لمصلحة الإنسان في حماية شرفه وحرية وروابطه الأسرية.
- 2- **العنصر الشكلي:** الحماية القانونية المتمثلة في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه<sup>1</sup>.

### ثانياً: انتقاد النظرية:

- 1- أنه عرّف الحق بهدفه أو غايته ولم يُعرّفه بماهيته حيث لا يُعرّف الحق بالمصلحة لأنها الغاية منه.
- 2- إذا كان لكل حق مصلحة، فليس كلّ مصلحة تقضي إلى الحق، فقد يكون للشخص مصلحة في مسألة ما دون أن يكون له حق، ومثاله شخص يسكن بجانب أرض شاسعة فقد يكون من مصلحته ألا يقام عليها بناء فهي مصلحة لا ترقى إلى درجة الحق<sup>2</sup>.
- 3- كلّ من المصلحة والدعوى أمران خارجان عن الحق، فالأولى هي هدفه وهي سابقة على وجوده والثانية وسيلة لحمايته وهي لاحقة لوجوده فلا يمكن تعريف الحق بهدفه ولا بوسيلة حمايته<sup>3</sup>.
- 4- إنّ المصلحة أمر شخصي يختلف من شخص لآخر، فالمصلحة التي يحصل عليها شخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص لآخر بحسب هدف كلّ واحد من ذلك الشيء، فإذا طبقنا هذه النظرية، فالحماية تختلف باختلاف فائدة كلّ شخص الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تنسيق القواعد القانونية وتوحيدها<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: الاتجاه المختلط (نظرياً الإرادة والمصلحة معاً):

ذهب اتجاه ثالث أطلق عليه المذهب المختلط إلى الجمع بين التعريفين السابقين فقال الإرادة والمصلحة معاً (أولاً)، غير أنّ هذا الرأي بدوره قد تعرض للانتقاد (ثانياً).

---

1 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص 178.  
2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 263.  
3 حورية كميح، المدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2013/2014، ص 05.  
4 شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص 29.

### أولاً: مضمون النظرية:

يزوج أنصار هذا الاتجاه بين المذهبين الشخصي والموضوعي، ويقوم على تقادي الانتقادات الموجهة لهما، وينظر أصحابه إلى الحق من زاويتين، صاحب الحق وموضوعه، لهذا جاؤوا بتعريفين للحق:

- الأول: غلب الإرادة على المصلحة، فعرف الحق على أنه: "قدرة إرادة أو سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يعترف بها القانون".

- الثاني: غلب المصلحة على الإرادة فعرف الحق على أنه: "مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص محمية قانوناً بواسطة القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها والدفاع عنها"<sup>1</sup>.

### ثانياً: انتقاد النظرية:

بما أن تعريف المذهب المختلط للحق جمع بين الإرادة والمصلحة ولم يفعل غير ذلك، فقد وُجّه له نفس ما وُجّه للتعريفين السابقين من انتقاد، من حيث أنهما لم يُعرّفا الحق ذاته ولم يبيّنا جوهره، فالحق ليس الإرادة ولا المصلحة، كما أنه ليس هو الإرادة والمصلحة معاً<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع: نظرية الاستثناء والتسلط:

لقد ساعدت الانتقادات الموجهة للتعريف السابقة على ظهور تعريف جديد للحق (أولاً) إلا أنه لم يسلم هو أيضاً من الانتقادات (ثانياً).

### أولاً: مضمون النظرية:

نتيجة للانتقادات الموجهة للتعريفات السابقة ركز الفقه الحديث الذي يتزعمه البلجيكي دابان، والذي يركز في نظريته على فعل الاستثناء والتسلط بحيث يشكلان معاً مرتكزات الحق، فعرفه بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ما، تخول له الاستثناء ويحمها بطرق قانونية وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطاً على مال معترف له به بصفته مالكا أو مستحقاً له"، والعناصر الأساسية المستخلصة من هذا التعريف تتمثل في عنصرين مرتبطين هما عنصر

1 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 267.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 27.

الإستثناء وعنصر التسلط<sup>1</sup>، كما يعتين على الغير احترام الحق، ولصاحبه عند الحاجة أن يستجد بالحماية القانونية وهو ما نتناوله فيما يلي:

### 1 - الإستثناء:

والمقصود به الإختصاص أي الانفراد بموضوع الحقّ دون الكافة أي الانفراد بمركز ممتاز دون الغير من الناس، والإستثناء قد يكون لشخص أو أشخاص معينين، كما يشمل الأموال والقيمّ اللّصيقة بالشّخص الطّبيعي والمعنوي ويشمل الأشياء المادّية، وغير المادّية... إلخ، فالدائن ينفرد وحده دون غيره بمطالبة المدين بحقّ له، كما ينفرد المالك بحقّ التصرف والإستعمال والإستغلال لما يملك، وهي سلطة يعترف بها القانون ويحميها<sup>2</sup>.

ومن ثمّ فالحقّ يمكن أن يثبت للشّخص بغضّ النّظر عن توفر الإرادة أو عدمها فيثبت للصّغير والمجنون والغائب<sup>3</sup>.

### 2 - التسلط:

هو ملازم للإستثناء، وهو جانبه الآخر إذ يتمثل في سلطات الشّخص على الشّيء محل الإستثناء، ويراد بالتسلط حرية تصرف الشّخص في الشّيء وإستعماله وإستغلاله على النّحو الذي يرغب فيه، ويختلف مضمون التسلط باختلاف طبيعة الأشياء محلّ الإستثناء، فقد يكون التسلط كاملاً مثل حقّ الملكية، وقد يكون التسلط نسبياً مثل حقّ الدائنية، وقد يكون محدوداً جداً مثل الحقوق المسماة والحقوق اللّصيقة بالشخصية كالحقّ في الإسم<sup>4</sup>.

### 3 - نفاذ الحقّ:

إذا كان الإستثناء والتسلط يميّزان الحقّ بالنّظر إلى صاحبه فإنّه يجب تكملة التعريف بالنظر إلى الحق من زاوية الغير، فالحقّ لا يوجد إلّا بالنّظر إلى الآخرين وعليه يجب أن يضاف إلى عنصر الإستثناء وعنصر التسلط، عنصراً آخر، ويتمثل في الاحتجاج بالحق على الغير، هذا الاحتجاج على الغير يترجم في الواقع بأمران هما عدم الإعتداء والاقتضاء فعدم

1 فاطمة الزهراء جدو، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2018، ص 13.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 266.

3 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 163.

4 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 163.

الإعتداء على الحق يعني تجريم تعدي الغير على هذا الحق، وأمّا المقصود بالاقضاء هو الحق في مطالبة الغير باحترام هذا الحق<sup>1</sup>.

#### 4 - الحماية:

تعتبر الحماية القانونية عنصراً مكملاً للحق، طالما أنّ الحقّ الذي يستفيد من ضمان الدولة لا يعني في الحقيقة شيئاً، وإذا كان الحقّ يعني انفراد الشخص بقيمة معينة وذلك في مواجهة الغير، فلا بد من تزويد هذا الحقّ بالحماية القانونية التي تمكّن صاحب الحقّ أن يتمسك بحقه في مواجهة الغير، فيطالب به ويمنع كلّ تعدّد عليه وذلك باللجوء إلى القضاء والاستعانة بالقوة العمومية<sup>2</sup>.

#### ثانياً: انتقاد النظرية:

رغم إيجابية الفقيه دابان وأفضليته عمّا سبقه من التعريفات، إلاّ أنّه أُنتقد أيضاً حيث أنّ فكرة التسلط لا تتطوي عليها كلّ أنواع الحقوق، فإذا كان حقّ الملكية يجعل المالك ينفرد بالشيء المملوك وله السلطة الكاملة عليه، فإنّ الأمر ليس كذلك في حقوق الدائنية حيث ليس للدائن إلاّ أن يطالب المدين بالوفاء بالدين فقط أو التنفيذ على أمواله إن اقتضى الأمر ذلك، وهذا ما يسميه بالتسلط غير المباشر أو رابطة الاقضاء، بالإضافة إلى أنّه قد تتعارض فكرة الاستئثار والتسلط مع طبيعة بعض الحقوق لاسيما الحقوق الشخصية حيث لا يجوز للإنسان أن يتعامل في اسمه ولا في شرفه ولا في جسمه<sup>3</sup>.

1 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 268.

2 حورية كميح، المرجع السابق، ص 07.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 31.

**المبحث الثاني: تمييز الحقّ عمّا يشابهه من الأنظمة المتقاربة:**

بعد وضع تعريف للحقّ، فإنّه يجب التمييز بينه وبين ما يشابهه من الأنظمة الأخرى، كالحريّة (مطلب أول)، والدّعوى (مطلب ثان)، والرّخصة (مطلب ثالث)، والسلطة (مطلب رابع).

**المطلب الأوّل: الحقّ والحريّة:**

إنّ الحريّة ليست في الواقع سوى مكنة معترف بها للشخص في أن يفعل ما يروق له، أو هي سلطة ذلك الشخص في أن يتصرف حسب تقريره الشّخصي، ومن ثم فإنّها تتميز عن الحقّ بالمعنى الدقيق بعدم تحديد أو وضوح محلّها أو موضوعها، وهي بذلك تختلف عن الحقّ في عدّة جوانب منها:<sup>1</sup>

**الفرع الأوّل: من حيث الاستثناء:**

لمّا كان الحقّ يخوّل لصاحبه مزيّة الاستثناء بما يمثله من قيمة فإنّه يضع صاحبه في الواقع في مركز ممتاز عن غيره من النّاس، وبذلك يختلف الحقّ بالمعنى الدقيق عن الحريات التي لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد، وإنّما يتمتّع بها الكافة على قَدَم المساواة، وتفترض وجودهم جميعاً في نفس المركز بالنسبة لها، كحريّة الزّواج، أو حريّة العقيدة، أو حريّة السّير في الطرق العامة... إلخ.

**الفرع الثاني: من حيث الدّرجة:**

إذا كان الحقّ يخوّل لصاحبه سلطة التّصرف بحريّة في الشّيء موضوع الحقّ، وأنّ هذه الحريّة هي التي تظهر سلطان صاحب الحقّ على الشّيء موضوع الحقّ كما أنّ ممارسة الفرد لبعض حريّاته قد يترتّب عليها في النّهاية نشأة حقّ له، كحريّة التعاقد التي تؤدي إلى نشأة حقّ الملكيّة، لكن ليس معنى ذلك أن نُسوّي بين الحريات والحقوق بالمعنى الدقيق فالحريّات العامة لا ترقى إلى درجة الحقوق.

**الفرع الثالث: من حيث النّطاق:**

الحرية لها جانبان سلبي وإيجابي، فحريّة التعاقد تخوّل للشّخص إمّا التعاقد أو الإمتناع عن التعاقد، أمّا الحقّ فليس له إلاّ الجانب الإيجابي فقط وهو اختصاص صاحبه بشيء معين أو

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 24-27.

قيمة معينة، كما أنّ الفرق بين الحريات والحقوق في هذا الشأن كالفارق بين الطريق العام والطريق الخاص، فالأول لا يكون خاصاً بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون إستثناء، أمّا الثاني يكون خاصاً بشخص معين يختص به إختصاصاً حاجزاً لغيره من الناس<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: من حيث الوجود والتقييد:

ترتبط نشأة الحقّ بوجود واقعة قانونية تؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية، فالحقّ مقيد بقواعد قانونية لا يستطيع الشخص أن يتحداها، أمّا الحرية فإنّها تستند إلى المبادئ العامة ومن ثم فهي موجودة ولو لم توجد وقائع أو قواعد محددة، ولا تنقيد بالحريات كأصل إلا في أضيق الحدود كالنظام العام والآداب العامة وإن قيدت سرى على الكافة<sup>2</sup>.

#### المطلب الثاني: الحقّ والدعوى:

اختلفت الآراء في تحديد العلاقة بين الحقّ والدعوى ويمكن حصرها فيما يلي:<sup>3</sup>

#### الفرع الأول: ارتباط الحقّ بالدعوى:

يرى هذا الاتجاه أنّ الدعوى هي الحقّ وهي عنصر من عناصره الجوهرية ومقوماته الداخلية.

أخذ على هذا الاتجاه إعتباره الدعوى عنصراً في الحقّ، إذ أنّ الدعوى وسيلة اخترعها القانون لحماية الحقّ، والقانون لا يحمي إلا الحقوق التي يعترف بها لذلك تأتي في مرحلة تالية لثبوت الحقّ ومن ثمّ فهي لا تدخل في عناصر تكوينه فهي ليست عنصراً للحقّ وإن كانت من مقتضياته.

#### الفرع الثاني: قيام علاقة تبعية بين الحقّ والدعوى:

على خلاف الرأى السابق، جنح أصحاب هذا الرأى إلى أنّ الدعوى ليست عنصراً لازماً من عناصر وجود الحقّ، بل أثر من آثار ثبوته لصاحبه، ومفادُ هذا القول أنّ هناك تبعيةً بين الحقّ والدعوى التي تحميه، بشكل لا يُنصّرُ معه إمكانُ نشوءِ حقٍّ إلا مُفترناً بدعوى تؤكدُه وتحميه.

1 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 277.

2 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 167.

3 الصديق شيايط، المرجع السابق، ص 07، 08.

وَأُنْفِدَ هذا الرَّأْيُ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ يَوْجَدُ حَقٌّ لَا تَحْمِيهِ دَعْوَى مِثْلَ الْإِلْتِزَامِ الطَّبِيعِيِّ حَيْثُ لَا يَجْبُرُ الدَّائِنُ الْمَدِينِ عَلَى الْوَفَاءِ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْبَعْضُ يَرَى عَدَمَ صَوَابِ هَذَا الْإِعْتِرَاضِ لِأَنَّ الْإِلْتِزَامَ الطَّبِيعِيَّ لَا يَقَابِلُهُ حَقٌّ بِالْمَعْنَى الْقَانُونِيَّةِ، وَمَنْ ثَمَّ فَهُوَ لَيْسَ جَدِيرًا بِحِمَايَتِهِ عَنْ طَرِيقِ الدَّعْوَى، فَالْمَدِينُ يَكُونُ مُلْتَزِمًا لِلتَّزَامٍ طَّبِيعِيًّا وَلَيْسَ التَّزَامًا قَانُونِيًّا يُمْكِنُ إِجْبَارُهُ عَلَى تَنْفِيذِهِ.

### الفرع الثالث: استقلال الدعوى عن الحق:

يَرَى الْفَقْهَ الْحَدِيثَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْغَالِبُ أَنَّ الدَّعْوَى تَتَّبَعُ حَقًّا مَعِينًا تُلَازِمُهُ وَتَنْقُضِيهِ بِانْقِضَائِهِ فَإِنَّهَا مَعَ ذَلِكَ تَعْتَبَرُ حَقًّا قَائِمًا بِذَاتِهِ هُوَ الْحَقُّ فِي الدَّعْوَى يَقُومُ إِلَى جَانِبِ الْحَقِّ وَتَحْوُلُ صَاحِبَهَا الْقِيَامَ بِأَعْمَالِ قَضَائِيَّةٍ مَعِينَةٍ تَحْقِيقًا لِمَصْلُحَةٍ لَهُ يَحْمِيهَا الْقَانُونُ، وَفَقًّا لِهَذَا الرَّأْيِ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ دَعْوَى بَدُونِ حَقٍّ، كَمَا يُمْكِنُ أَنْ يَوْجَدَ حَقٌّ بَدُونِ دَعْوَى.

### أولاً: دعوى بدون حق:

وَمِثَالُهُ مَا يَقْرُرُهُ الْقَانُونُ لَوَاضِعِ الْيَدِ عَلَى مَالِكِ الْغَيْرِ مِنْ دَعَاوِي لِحِمَايَةِ حَيَاتِهِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَدِدْ إِلَى حَقٍّ فِي دَعْوَاهُ، وَهَذَا مَا يَمْنَعُ الْغَيْرَ مِنَ التَّعَرُّضِ لَهُ فِي حَيَاتِهِ أَوْ الْإِعْتِدَادِ عَلَى هَذِهِ الْحَيَازَةِ إِلَى أَنْ يَقُومَ الْمَالِكُ الْحَقِيقِيُّ بِإِثْبَاتِ مَلَكَتِهِ (المادة 817 من التقنين المدني الجزائري وما بعدها).

### ثانياً: حق بدون دعوى:

وَمِثَالُهُ وُجُودُ حَقٍّ دُونَ أَنْ يَكُونَ لِصَاحِبِهِ إِمْكَانِيَّةُ إِجْبَارِ الْغَيْرِ عَلَى تَنْفِيذِهِ وَاحْتِرَامِهِ، وَذَلِكَ إِمَّا لِأَنَّ الْقَانُونَ نَفْسَهُ لَا يَجْبُرُ إِجْبَارَ الْغَيْرِ عَلَى تَنْفِيذِ حَقِّهِ مِثْلَ الْإِلْتِزَامِ الطَّبِيعِيِّ، أَوْ أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ نَفْسَهُ لَا يَسْتَطِيعُ قَانُونًا إِثْبَاتَ حَقِّهِ، مِثْلَ الدَّائِنِ بِمَبْلَغٍ يَزِيدُ عَنْ مِئَةِ أَلْفِ دِينَارٍ جَزَائِرِيٍّ، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْكِتَابَةِ.

وَقَدْ أَخَذَ الْمَشْرَعُ الْجَزَائِرِيَّ بِمَبْدَأِ اسْتِقْلَالِ الدَّعْوَى عَنِ الْحَقِّ فِي نَصِّ الْمَادَّةِ (684) مِنْ التَّقْنِينِ الْمَدْنِيِّ الْجَزَائِرِيِّ، فَرَأَى الدَّعْوَى تَارَةً حَقًّا مَالِيًّا عَقَارِيًّا، وَرَأَى فِيهَا تَارَةً أُخْرَى حَقًّا مَالِيًّا مَنْقُولًا، حَيْثُ تَنْصُ عَلَى أَنَّهُ: "يَعْتَبَرُ مَالًا عَقَارِيًّا كُلُّ حَقٍّ عَيْنِيٍّ يَقَعُ عَلَى عَقَارٍ، بِمَا فِي ذَلِكَ حَقُّ الْمَلَكَتِيَّةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ دَعْوَى تَتَعَلَّقُ بِحَقٍّ عَيْنِيٍّ عَلَى عَقَارٍ"<sup>1</sup>.

1 محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، دار هوميه، الطبعة الأولى، 2011، ص 48-50.

**المطلب الثالث: الحق والرخصة:**

يمكن تعريف الرخصة بأنها ما يترك للفرد في بعض الأحيان من خيارٍ محددٍ بين بدائلٍ محدّدة، وذلك بقصد إنشاء مراكز قانونية جديدة أو التعديل في مركز قانوني قائم، فالرخصة نوع من القدرة القانونية على الاختيار، ومثال الرخص في مجال إنشاء المراكز القانونية ما تنص عليه المادة (794) من التقنين المدني الجزائري فيما يخصّ الشفعة والتي تجيز الخيار لشخص معين يُسمّى شفيعاً، إمّا الحلول محلّ المشتري فيما اشتراه من عقار، أو تركّ العقار للمشتري، كما يمكن أن نمثّل لها في مجال تعديل المراكز القانونية القائمة بما يتركه القانون المدني الجزائري للشريك في المال الشائع من خيار بين البقاء في الملكية على هذا النحو أو طلب القسمة وتعديل مركزه من مالكٍ مع غيره إلى مالكٍ منفردٍ لمالٍ مفرز<sup>1</sup>، وهذا ما أكدته المادة (1/722) من التقنين المدني الجزائري.

وتقترب الرخصة من الحق من حيث كونها مثله تستند في وجودها إلى القانون، ومن حيث ما تتمتع به من تحديد ما دام أنّ ممارسة كل منهما تخضع لشروطٍ وقيودٍ وضعها القانون لكنّها تختلف عنه من حيث أنّ مجالها يكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية وليس في مرحلة آثار هذه المراكز، ولذلك فإنّ ممارسة الشخص للرخصة المتروكة له بحكم القانون قد يؤدي في النهاية إلى نشأة حقّ له بالمعنى الدقيق، فمثلاً إذا إختار الوصى له قبول الوصية نشأ حق له في الوصية<sup>2</sup>.

**المطلب الرابع: الحق والسلطة:**

السلطة هي تقرير القانون لشخصٍ سلطة إدارة شؤون غيره كسلطة الولي أو الوصي في إدارة شؤون الولد القاصر، وسلطة القيم في إدارة شؤون عديم الأهلية، وسلطة الرئيس في مراقبة مرؤوسيه، ففي هذه الأمثلة يخول القانون الولي والقيم والرئيس الإداري سلطة ما تجعله يقترب من مركز صاحب الحق، إلا أنّ ذلك لا يحجب الفوارق التي تفصل السلطة عن الحق من حيث:

- أولاً: السلطة لا يخولها القانون لشخص ما لإدارة شؤون غيره إلا إذا كانت هناك ضرورة تستدعي مثل هذا التدخل وهي رعاية مصالح الغير نظراً لعجزه عن إدارة شؤونه الخاصة.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 39.

2 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 09.

- ثانيًا: السّطة المشار لها في الأمثلة السابقة فتقرّر رعاية لمصالح الغير، أمّا صاحب الحقّ فإنّه يباشر حقّه سعيًا إلى تحقيق مصالحه الخاصّة دون أن يتعدّى ذلك.
- ثالثًا: السّطة واجبًا على عاتق المُكلّف بها، أمّا الحقّ فهو ميزة يختصّ بها صاحب الحقّ، وعليه فإنّه لا يمكن اعتبار السّطة مصدرًا للإنتفاع المباشر، ولا يجوز لمن له السّطة أن يتنازل عن سلطته مثل عدم جواز نزول الأب عن سلطته في إدارة شؤون أولاده القصر، أمّا الحقّ فيمكن لصاحب الحقّ الإنتفاع بما يُدره عليه إستعمال حقّه، ويمكن كذلك لصاحب الحقّ التنازل عمّا يخوله إياه حقّه من منافع<sup>1</sup>.

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 45.

### المبحث الثالث: أنواع الحق:

من البديهيّ أنّه لا يمكن إجراء تعدّد أو حصر للحقوق، تلك التي تتعدّد وتتطوّر بتطوّر المجتمعات والمدنيّات، وفي هذا الصّدّد يمكن تصوّر تصنيفات مختلفة باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الحق منها، والتصوّر السائد في الفقه هو تصنيف الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسيّة وحقوق مدنيّة، وهذه الأخيرة إمّا حقوق عامة أو حقوق خاصّة، وهذه الأخيرة إمّا حقوق أسرة أو حقوق مالية.

غير أنّه نظرًا لتداخل بعضها البعض فإنّنا نكتفي بعرض الذي أخذ به الفقه التقليدي، والذي يميّز بين الحقوق غير المالية (مطلب أول)، والحقوق الماليّة (مطلب ثان).

#### المطلب الأول: الحقوق غير الماليّة:

هناك مجموعة من الحقوق التي لا تُقوّم بالمال لأنها قيمة معنوية، ومن ثم فهي لا تدخل في دائرة التّعامل، غير أنّ ما يمكن الإشارة إليه أنّ بعض الحقوق غير الماليّة يستتبع آثارًا مالية كحقّ البنوة يُستتبع بالإرث، وحقّ الطلاق يُستتبع بالنّفقة، وكذلك الإعتداء على الحقوق المالية ينشأ عنها حقّ مالي بالتعويض كجبر الضّرر الناتج عن التعدي.

وتشمل الحقوق غير الماليّة في الواقع عدّة أنواع من الحقوق الطّبيعيّة الثابتة لكلّ إنسان لمجرد أنّه إنسان، وهي الحقوق التي يطلق عليها الحقوق اللّصيقة بالشّخصيّة أو الحقوق الملازمة لشخصيّة الإنسان (فرع أول)، كما يشمل الحقوق السياسيّة (فرع ثان) وحقوق الأسرة (فرع ثالث).

#### الفرع الأول: الحقوق اللّصيقة بالشّخصيّة (الحقوق الشّخصيّة):

وهي الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد وجوده وتحفظ له مقومات هذا الوجود وتمكنه من الإفادة من نشاطه بحكم كونه إنسان<sup>1</sup>، كما يمكن تعريفها بأنّها حقوق تثبت للإنسان بصفته كذلك، وقد أقرّها القانون وحماها لورودها على قيم لازمة لوجود الإنسان وإستمراره في المجتمع وتهدف إلى حماية الكيان الماديّ (سلامة الجسد) والكيان الأدبيّ للإنسان<sup>2</sup>.

1 فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص 12.  
2 حمدي عبد الرحمن وأثور عبدالله، مدخل القانون ونظرية الحق، مكتبة عين شمس 44، شارع قصر العيني، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 165.

وقد قننتُ التشريعات الحديثة بعض هذه الحقوق في دساتيرها وقوانينها المختلفة، وقد نصّ القانون الجزائريّ مثلاً في الدّستور الصادر في سنة 2016 في مواده من (32) إلى (73) على الحقوق اللصيقة بالشخصية.

ومن خلال التعريف السابق للحقوق الشخصية نتعرّض لأنوعها ومميزاتها فيما يلي:

### أولاً: أنواع الحقوق الشخصية:

من بين هذه الحقوق حقّ الشخص في سلامة جسده وسلامة كيانه الأدبيّ أو المعنويّ، وحقّ الشخص في حرمة حياته الخاصة، كما تشمل الحقوق العامّة أيضاً الحقوق المتعلقة بحريّة نشاط الشخصية.

#### 1- حقّ الشخص في سلامة جسمه (الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان الماديّ للإنسان):

وهي مجموعة الحقوق التي تكفلُ الإنسان حماية شخصيّته في مظهرها الماديّ، أي حماية بدنه من كلّ إعتداء سواء من النّاحية المدنيّة أو الجنائيّة، وهذا طبقاً لمبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان ويأتي على رأس هذه الحقوق الحقّ في الحياة والحقّ في سلامة البدن ولا يقتصر أمر هذه الحماية في مواجهة النّاس فحسب بل يمتد إلى حماية الإنسان من تصرفات نفسه، وبعبارة أخرى تسري هذه الحماية في مواجهة النّاس، وفي مواجهة الشخص لنفسه<sup>1</sup>.

فلا يجوز للطبيب مثلاً إجراء عملية جراحية تعرض حياة المريض للخطر إلّا بموافقة هذا المريض أو ذويه، ولا يجوز للشخص المساس من كيانه الجسدي لأنّ القانون يحمي الشخص ذاته من ذلك كقتل النفس، أو استئصال عضو فيه خطر على الجسم، أو تغيير الجنس.

#### 2- حقّ الشخص في احترام كيانه الأدبيّ أو المعنويّ:

يتمتع الفرد بحماية القانون بالنسبة لكلّ ما يمس كيانه الأدبي كمشاعره وشرفه واسمه وأفكاره، ويمنع قانون عقوبات بعض صور الإعتداء على هذه الحقوق منها جرائم القذف والسب والتشهير، كما يكفل القانون المدنيّ بعض الحماية لهذه الحقوق وهو ما أوردهه مثلاً المادة (47)

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 69.

من التّقنين المدنيّ الجزائري، كما أنّ الدّستور الصادر في 07 مارس 2016 يتضمن بعض هذه الحماية كذلك في مواده من (32) إلى (73)<sup>1</sup>.

### 3- حقّ الشّخص في حرمة حياته الخاصّة:

ويشمل ذلك في إختيار الشّخص لنمط الحياة التي يريدها، ويشمل كذلك حقّ الشّخص في الاحتفاظ بأسراره الشّخصيّة والعائليّة والعاطفيّة وسريّة المراسلات المادة (46) من دستور 2016، ويعاقب كل شخص يفشي بسوء نية أسرار الغير بدون إذن منه، ويكفل حماية السريّة بالعقاب جنائياً على اللّين يفشون السّرّ المهنيّ أو الوظيفيّ المادة (301) من قانون العقوبات الجزائريّ<sup>2</sup>.

### 4- الحقوق المتعلّقة بالنشاط الحرّ للشّخص:

وهي حقوق تتعلّق بنشاط الشّخص مثل حرّيّة التنّقل وحرّيّة التّفكير وحرّيّة العقيدة وحرّيّة العمل وحرّيّة الاجتماع وحرّيّة الزّواج، وبصفة عامة هي عبارة عن حرّيّة الشّخص في التصرف وفقاً لمشيئته في الحدود المسموح بها قانوناً<sup>3</sup>.

### ثانياً: مميزات الحقوق الشّخصيّة:

تمتاز الحقوق الشّخصيّة بجملة من الخصائص من بينها ما يلي:

- 1- حقوق الشّخصيّة غير مالية لأنّ هذه الحقوق لا تقوم بالمال، ذلك أنّها تستهدف تحقيق وحماية مصالح وقيم معنويّة تسمو على الماديات، فلا يمكن القول أنّ حقّ الإنسان في الحياة أو في سلامة جسده، أو في صيانة شرفه يساوي مبلغاً من النقود مهما كبر، غير أنّ الإعتداء على أي حقّ من هذه الحقوق يترتب عنه تعويض مالي من حقّ المعتدي عليه، وهذا ما أكدته المادتين (47) و(48) من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup>.

1 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 427.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 14.

3 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 277.

4 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 1996، ص 456.

2- حقوق عامة تثبت لكل شخص أي أن الحقوق الشخصية هي حقوق يتمتع بها الجميع بغض النظر عن اختلافهم لأي سبب من الأسباب، فهي حقوق يتساوى فيها جميع الأشخاص دون أن يكون لشخص معين الإستثناء بها على وجه التّحديد<sup>1</sup>.

3- إنّها حقوق لا تورث لأنّها لصيقة بشخص صاحبها منذ الولادة إلى الوفاة، أمّا الحقوق الماليّة التي تنشأ عنها فهي وحدها التي يمكن أن تنتقل إلى الورثة، كالتّعويض عن الضرر الأدبي، ونفس الأمر يقال بالنسبة للحق المعنوي للمؤلف، فالحق في احترام إثمه وصفته ومصنّفه كلّها تنتقل للورثة<sup>2</sup>.

4- إنّها حقوق لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو التنازل عنها حال الحياة سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل، وهذا ما أكدته المادة (46) من التّقنين المدنيّ الجزائريّ، لكون هذه الحقوق قيمة معنوية وليست قيمة إقتصادية، غير أنّ هذا المنع الذي في الجسم يكون مباحاً متى توافر شرطان هما:

- ألا يترتب على هذا التصرف تعريض الحياة للخطر أو إصابة الجسم بعجز شديد أو دائم.

- أن يكون الباعث على التصرف مشروعاً أي قائماً على إعتبارات جدية تحقّق أغراضاً نافعة، كإنقاذ حياة المتصرّف إليه.

أمّا بعد الوفاة فيجوز للشخص أن يوصي بالتصرّف في بعض أجزائه سواء لجسم يكون في حاجة ماسة إليه، أو لأحد المستشفيات أو المعاهد الطبية لإجراء تشريح جنثه لتطوير البحث العلمي والطبي<sup>3</sup>.

5- إنّها حقوق لا يجوز سقوطها أو اكتسابها بالتّقاد، أي لا يفقد الشخص حقوقه غير الماليّة بالتّقاد المسقط، كما لا يجوز له اكتسابها بالتّقاد المكسب<sup>4</sup>.

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 77.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، 104.

3 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 13.

4 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 53.

6- وتتميز الحقوق الشخصية بأن لها حماية قانونية بأنها تُفرضُ على الغير بصفة عامة واجب الإمتناع عن المساس كالإمتناع عن إيذاء جسم الإنسان أو المساس بشرفه، ويكفل القانون حمايتها بواسطة وقف الإعتداء والتعويض عن الأضرار التي تصيب المعتدى عليه، وهذا ما أكدته المواد (291) من قانون العقوبات الجزائري وما بعدها، والمادة (47) مدنيّ جزائري<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الحقوق السياسيّة:

ويقصد بالحقوق السياسيّة، تلك الحقوق التي تثبت للفرد بحكم كونه مواطناً في دولة معينة تخوله حقّ المشاركة في حكم هذه الدولة، وإقامة النظام السياسيّة للجماعة وتعتبر الجنسية كرابطة سياسية تربط الفرد بدولته، هي المعيار للتمييز بين من تثبت لهم حقوق سياسيّة، ومن لا تثبت لهم تلك الحقوق<sup>2</sup>.

والحقوق السياسيّة التي تثبت لحامل جنسية دولة ما، هي متنوعة، كما أنّها تتميز بخصائص وهو ما سنتناوله فيما يلي:

### أولاً: أنواع الحقوق السياسيّة:

لا يكفي أن يكون الفرد من مواطني دولة معينة، حتى يتمتع بالحقوق السياسيّة فيها، حيث تتباين الشروط اللازم توافرها في رعية الدولة حتى تحقّ له مباشرة الحقوق السياسيّة على تفصيل بينها، إنّما يبقى التمتع بجنسية الدولة هو من حيث الأصل الشرط الذي لا غنى عنه في التمتع بأي حقّ من الحقوق السياسيّة، ومن وراء ذلك الشرط توجد لمباشرة كل حقّ من هذه الحقوق شروط أخرى تتباين سعة وضيّقاً، إذ ليست الشروط الواجب توافرها في أي نوع من أنواع الحقوق السياسيّة متطابقة بل أنّ الشروط الواجب توافرها في النوع الواحد تختلف، وهو ما سنوضحه فيما يلي:<sup>3</sup>

### 1 - حقّ الانتخاب:

متى بلغ المواطن سنّاً معينة، يحقّ له أن يدلي بصوته في إختيار أحد المرشحين لرئاسة الجمهوريّة أو لعضويّة المجلس الشعبيّ الوطنيّ أو المجالس البلديّة أو الولائيّة.

1 حمدي عبدالرحمن وأنور عبدالله، المرجع السابق، ص 165.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 40.

3 عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعيين للطباعة، مصر، 2007، ص 41.

## 2- حقّ الترشح:

يكون للمواطن الذي تتوفر فيه الشّروط المحدّدة قانونًا، أن يُرشح نفسه ليتولّى سلطة عامة في الدّولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

## 3- حقّ تولّي الوظائف العامّة:

يقصد منها أنّه يحقّ للمواطن متى استوفى الشّروط التي تحدّدها قوانين دولته، أن يتولّى أيّ وظيفة في مرافق الدّولة ومؤسساتها سواء كان عن طريق المسابقة أو عن طريق التّعيين<sup>1</sup>.

## 4- حقّ الحماية في الخارج:

فالدّولة يقع على عاتقها واجب حماية رعاياها في الخارج أينما كانوا ويحقّ لكلّ مواطن يحمل جنسيّة دولة ما أن يطلب من هذه الأخيرة الحماية أو المعاونة في حالة تعرضه للخطر أو لأيّ مشكل، وذلك باللّجوء إلى سفارة دولته أو قنصليتها<sup>2</sup>.

## ثانيًا: خصائص الحقوق السياسيّة:

تتميّز الحقوق السياسيّة بجملة من الخصائص من بينها:

1- الحقوق السياسيّة غير مالية أي لا يمكن تقويمها بالمال، ويقع باطلاً كلّ تصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل، ولا يجوز اكتسابها أو سقوطها بالتقادم، كما أنّها لا تنتقل بالموت إلى الورثة<sup>3</sup>.

2- تقتصر الحقوق السياسيّة على الوطنيين دون الأجانب أي تمنح لأبناء الدّولة اللّذين يحملون جنسيّتها مع شروط أخرى يحددها القانون، أي لا يساوي المواطنون في التّمتع بالحقوق السياسيّة على قدم المساواة بل يثبت لمن تتوافر فيهم الشروط القانونيّة<sup>4</sup>.

3- القانون الدّستوري عادة يتولّى تنظيم هذه الحقوق وتشرح باقي التّشريعات كيفيّة ممارستها<sup>5</sup>.

1 محسن عبدالحميد إبراهيم النبيه، المرجع السابق، ص 68.

2 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 235.

3 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 281.

4 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 184.

5 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 275.

4- الحقوق السياسيّة مقررة للشخص والوطن معاً، فالحق السياسي ليس مجرد ميزة إن شاء الفرد يباشرها وإن شاء أحجم عنها بل هو واجب عليه في الوقت ذاته، فإذا كان الدّفاع عن الوطن واجب على المواطن، فإنّ في ذات الوقت حق وشرف له<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: حقوق الأسرة:

هي الحقوق التي تثبت للشخص بإعتباره عضواً في أسرة معينة، والأسرة هي جماعة الناس التي تربطهم صلة قرابة أو نسب أو مصاهرة، وقد نصت بعض نصوص قانون الأسرة على هذه الحقوق، وهي تختلف باختلاف موقع الفرد داخل الأسرة، ومثال ذلك أنّ للزوج حقوق على زوجته في طاعتها له، ولها عليه حسن المعاملة والنّفقة، وللابن على والديه حسن تربيته ورعايته والإنفاق عليه ولهما عليه واجب الطّاعة<sup>2</sup>.

وتتميّز حقوق الأسرة بخصائص يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- أنّ حقوق الأسرة ليست حقوق مالية بحسب طبيعتها أو أصلها فأساسها الروابط الأسرية دون سواها، فهي إذاً لا تقوم بالمال، بل هي خارجة من دائرة التعامل فلا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها حال الحياة أو بعد الموت، كما أنّها لا تسقط بالتقادم المكسب أو المسقط، ولا يجوز الحجر عليها<sup>3</sup>.

2- أنّها حقوق مطلقة بمعنى واجب احترامها يقع على الكافة وينظمها المشرّع بقواعد آمرة لتعلقها بكيان المجتمع وهو الأسرة، فمثلاً حقّ الأب على ابنه في توجيهه وتأديبه وتعليمه يقابله واجب سلبي عام على كافة النّاس يلزمهم باحترام هذا الحقّ وبالامتناع عن كل ما من شأنه أن يعتبر تدخلاً من جانبهم فيه.

3- تتميّز هذه الحقوق بطابعها الخاص بها لأنّها مقررة لمصلحة الأشخاص الخاضعين لها ولمصلحة الأسرة كلّها بوجه عام، فأصحابها لا يملكونها لأنفسهم، أي أنّها تمنح لأفراد الأسرة من أجل تحقيق مصلحتهم معاً، لذا فهي تتّصف بأنّها حقّ وواجب في الوقت نفسه،

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 87.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه الصادق المهدي، المبادئ العامة للقانون، مكتبة عين شمس 44 شارع قصر العيني، القاهرة، 2001/2000، ص 220.

3 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 238.

فإذا كان الأب يملك الحق في تأديب ابنه، فإن عليه واجب التأديب أيضاً، وذلك لمصلحة الولد والأسرة كلها<sup>1</sup>.

4- إن الإعتداء على حقوق الأسرة قد يترتب تعويضات مالية تتمثل في مبلغ التعويض الذي يمكن أن ينتقل إلى الورثة، وهذا لا يغير من طبيعتها، لأن طبيعتها ثابتة على أصلها، أما إذا ترتبت كسباً مالياً عليها فيعتبر أثراً من آثارها وليس تعديلاً في طبيعتها القانونية ولا في وصفها القانوني<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الحقوق المالية:

الحقوق المالية ويعبر عنها كذلك بالأموال، لأن محلها يكون دائماً قابلاً للتقويم بالنقد، كما تسمى أيضاً بحقوق الذمة المالية، لأنها تكون الجانب الإيجابي لها، والهدف منها الحصول على فائدة أو منفعة مالية، لذا فهي تقبل التعامل فيها بين الأشخاص فيستطيع صاحب الحق التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات كالبيع والرهن والإيجار... إلخ.

ويمكن الحجز عليها من قبل الدائنين لأخذ حقوقهم منها، وهي تضم ثلاثة أنواع من الحقوق هي<sup>3</sup>: الحقوق العينية (فرع أول)، والحقوق الشخصية أو حق الدائنية (فرع ثان)، والحقوق الذهنية (فرع ثالث).

### الفرع الأول: الحقوق العينية:

الحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالإستئثار بقيمة مالية فيه، ويكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشيء دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه، لأن هذا الحق ينصب مباشرة على الشيء فلا يوجد ثمة وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق<sup>4</sup>، وعناصر الحق العيني ثلاثة هي: <sup>5</sup>

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 581.

2 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 290.

3 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 431.

4 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 18.

5 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 15، 16.

1- صاحب الحق: ويكون إما شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

2- الشيء موضوع الحق أو محل الحق: ويجب أن يكون معيناً بذاته ولا يكفي تعيينه بنوعه أو مقداره أو صفته.

3- السلطة مضمون الحق: وهي السلطة التي تكون لصاحب الحق على حقه ويجب أن يُقرّها القانون أي أن تكون لصاحب الحق سلطة قانونية، وهي تختلف باختلاف الحق.

وتنقسم الحقوق العينية إلى نوعين من الحقوق، وهي الحقوق العينية الأصلية (أولاً)، والحقوق العينية التبعية (ثانياً).

### أولاً: الحقوق العينية الأصلية:

إنّ الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبّعه، والحقّ العينيّ الأصليّ يُخوّل لصاحبه الحصول على المزايا والمنافع الماليّة للشيء المادي محلّ الحقّ، أي يخوّل له سلطة الإستئثار بالقيمة الإقتصادية للشيء، وهذا الإستئثار قد يتّسع ليشمل كافة السلطات المتصورة وهي إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه<sup>1</sup>، فإذا اجتمعت سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف في يد شخص واحد سُمي بالمالك، وسُمي الحقّ بحقّ الملكية، أمّا إذا توزعت هذه السلطات على أكثر من شخص انبثقت عن حق الملكية حقوق أخرى وهي حقّ الانتفاع وحقّ الإستعمال، وحقّ السكن وحقّ الارتفاق<sup>2</sup>.

### 1 - حق الملكية:

عرّفت المادة (674) من القانون المدنيّ الجزائريّ الملكية بأنّها: "حقّ التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالاً تحرّمه القوانين والأنظمة"، ويتبيّن من هذا التعريف أنّ المشرّع عرّف حقّ الملكية من حيث مضمونه أي الصّلاحيات التي يخوّلها لصاحبه من جهة، ومن حيث طبيعته كونه حقّاً مُقيداً لا مطلقاً عند إستعماله من جهة أخرى، ويعتبر حقّ الملكية أوسع الحقوق الماليّة من حيث الصّلاحيات التي يخوّلها لصاحبه (المالك) على الشيء محلّ الحقّ فله أن يتمتّع بالشيء أي إستعماله وإستغلاله وله أن يتصرف فيه علماً علاقة المالك

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 80.

2 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 288.

بالشيء هي علاقة تسلط ويرد حق الملكية باعتباره حقً عينياً على الأشياء دون غيرها، ويستوي في ذلك أن تكون الأشياء عقارات أو منقولات<sup>1</sup>.

ويُحوّل حق الملكية لصاحبه صلاحيات، كما أنّه يتميّز بخصائص، وهذا ما نتناوله فيما يلي:

#### أ- صلاحيات حق الملكية:

يُحوّل حق الملكية لصاحبه ثلاث صلاحيات تتمثل في حق الإستعمال وحق الإستغلال، وحق التصرف:<sup>2</sup>

#### أ 1- صلاحية الإستعمال:

ويقصد بالإستعمال الإستفادة من الشيء بطريقة مباشرة، فيما عدا الحصول على ثماره ودون المساس بجوهر الشيء، ويتمثل إستعمال الشيء في إستخدامه فيما عدا له عن طريق الأعمال المادية دون الأعمال القانونية، فإذا كان الشيء الذي يرد عليه هذا الحق منزلاً فإستعماله يكون بسكناه، وإن كانت سيارة فإستعمالها يكون بقيادتها، والثوب باللباس، والكتاب للقراءة...إلخ.

#### أ 2- صلاحية الإستغلال:

يرد بصلاحية الإستغلال استثمار الشيء أي الحصول على ثماره بطريقة مباشرة، كأن يقوم المالك بزرع أرضه، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق التصرفات القانونية كأن يقوم المالك بتأجير هذه الأرض الزراعيّة والحصول على مقابل الإيجار.

#### أ 3- صلاحية التصرف:

ويتمّ التصرف في الشيء بطريقتين: إمّا بالتصرف الماديّ، ويكون بأيّ عمل يؤدي إلى المساس بجوهر الشيء فيحدث به تغييراً محسوساً كتهديم البناء فيصبح أنقاضاً، وإمّا بالتصرف القانونيّ بنقل سلطات المالك كلّها إلى الغير بطريق البيع أو الهبة، وقد يكون استنفاذ الحق جزئياً وذلك بتقرير حقّ عيني آخر على الشيء كحقّ الرهن<sup>3</sup>.

1 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 79-83.

2 حورية كميح، المرجع السابق، ص 12.

3 حمدي عبد الرحمن وأنور طلبية، المرجع السابق، ص 183، 184.

**ب - خصائص حق الملكية:**

يمتاز حق الملكية بخصائص عديدة منها خصائص مشتركة بين سائر الحقوق العينية كوروده على شيء ماديّ معيّن، وتخويله ميزتي التّبع والتّقدم، ومنها خصائص ينفرد بها دون غيرها من الحقوق العينية الأخرى، وهي أنّ حق الملكية حقّ جامع مانع ودائم<sup>1</sup>.

**ب 1 - حق الملكية حقّ جامع:**

يعتبر حق الملكية حقًا جامعًا لأنّه ينطوي على كلّ السلطات التي يمكن للشخص أن يمتلكها على شيء ما فيخول حقّ الملكية لصاحبه سلطة الإستعمال والإستغلال والتّصرف، هذه المزايا لا توجد في حقّ آخر سواء أكان حقًا عينيًا أو شخصيًا<sup>2</sup>.

**ب 2 - حق الملكية حقّ مانع:**

يعني هذا أنّ المالك يستأثر بجميع مزايا حقّ الملكية دون غيره، فلا يشاركه أحد في ملكيته وإن لم يلحقه ضرر من هذه المشاركة، هذا هو الأصل وترد عليه بعض الإستثناءات، إذ يرى البعض أنّه ليس الحقّ الوحيد الذي يمتاز بهذه الخاصية بل أنّ أيّ حقّ كان مقصورًا على صاحبه، فمثلاً صاحب الإنتفاع لا يشاركه أحد في سلطتي الإستعمال والإستغلال وصاحب الإستعمال لا يشاركه أحد في سلطة الإستعمال، ولكنّ يمكن القول أنّ هذه الخاصية هي أكثر وضوحًا في حقّ الملكية منه في الحقوق العينية الأخرى<sup>3</sup>.

**ب 3 - الملكية حقّ دائم ومؤبّد:**

الملكية غير مؤقتة بمدة معينة وهي تبقى طالما أنّ الشيء ما زال قائمًا ولا تسقط بالتّقدم ولا بعدم الإستعمال، وبظل الشيء محملاً بحقّ الملكية رغم تغيّر الأشخاص المالكين له طالما أنّ الشيء لم يهلك<sup>4</sup>.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، 2007، ص 491-509.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 119.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 20.

4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 87.

## 2- الحقوق المنفردة عن حق الملكية:

هي حقوق تخوّل صاحبها بعض مزايا حق الملكية بالنسبة للشيء المملوك للغير، ولذلك فهي توصف بأنها حقوق منفردة عن حق الملكية، وهذه الحقوق هي حق الإنتفاع، وحق الإستعمال، وحق السكنى، وحق الارتفاق.

### أ- حق الإنتفاع:

هو حق عيني أصلي يخوّل صاحبه سلطة إستعمال الشيء المملوك للغير وإستغلاله، فإذا كان الشيء الذي يرد عليه حق الإنتفاع منزلاً كان لصاحب الحق أن يستعمله أي يسكنه، أو أن يمنح سلطة إستعماله للغير في مقابل أجره، فحق الإنتفاع إذن يمنح صاحبه ميزتين من المزايا التي يعطيها حق الملكية هما الإستعمال والإستغلال، أما سلطة التصرف في الشيء فتبقى للمالك الذي يقال له في هذه الحالة مالك الرقبة<sup>1</sup>.

ويُكتسب حق الإنتفاع عن طريق العقد، كما يجوز أن يُكتسب بالشفعة أو التّقديم أو بمقتضى القانون بالوصية المادة (844) مدني جزائري، وحق الإنتفاع حق مؤقت بطبيعته، بخلاف المنتفع حتى قبل إنتهاء المدّة المحددة المادة (852) مدني جزائري، كما ينتهي حق الإنتفاع بهلاك الشيء الذي يرد عليه الحق المادة (853) مدني جزائري، وبعد إستعماله مدّة خمس عشر سنة المادة (854) مدني جزائري<sup>2</sup>.

### ب- حق الإستعمال وحق السكنى:

حق الإستعمال هو حق عيني أصلي يخوّل صاحبه سلطة إستعمال الشيء المملوك للغير، فيما أعد له هذا الشيء، فإذا كان الشيء أرضاً زراعية فإن حق الإستعمال يخوّل صاحبه زراعة هذه الأرض، وإذا كان الشيء الذي يرد عليه الحق سيارة، كان لصاحب الحق أن يركبها، ولكن ليس لصاحب الحق أن يتنازل عن إستعماله للغير، أي أن هذا الحق لا يخوّل لصاحبه سوى إستعمال دون إستغلاله أو التصرف فيه.

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 93، 94.

2 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 192.

أمّا حقّ السكنى فهو حقّ عينيّ أصليّ يتفرّع عن حقّ الإستعمال، بل هو نوع من أنواع الإستعمال فإذا كان الإستعمال أوسع نطاقاً، فحقّ السكنى نطاقه ضيق لأنّه يخوّل صاحبه إستعمال الشيء على نحو معيّن هو السكن للشخص وأسرته، فهو يرتبط بالعقارات المبنية ولا يجوز لصاحب هذا الحقّ إستعمال العقار في غير السكن، فلا يجوز إستغلاله أو التصرّف فيه<sup>1</sup>. وكلّ من حقّ الإستعمال وحقّ السكنى يكتسب وينقضي بنفس الأسباب التي يكتسب بها أو ينقضي بها حقّ الإنتفاع، كما أنّهما كحقّ الإنتفاع حقّان مؤقتان ينقضيان بموت صاحبهما، أو إنقضاء مدّتها أو بهلاك الشيء الذي يرد عليه هذا الحقّ.

وكلّ من حقّ الإستعمال وحقّ السكنى يوصف بأنّه حقّ شخصيّ، فلا يجوز التنازل عنه للغير إلّا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي المادة (856) مدني جزائري، ولكن هذا لا يعني أنّ صاحب الحقّ لا يستطيع أن يستعمل الشيء إلّا لحاجته الشخصية فقط، فالقانون يجيز له أن يستعمل الشيء بالقدر الذي يحتاج إليه صاحب الحقّ هو وأفراد أسرته المادة (855) مدني جزائري<sup>2</sup>.

### ج- حقّ الارتفاق؛

هي حقوق تحدّد من منفعة عقّار لمصلحة عقّار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، وقد عرّفته المادة (867) مدني جزائري بأنّه: "الارتفاق حقّ يجعل حدّاً لمنفعة عقّار لفائدة آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال، إذا كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال"، والعقار المقرر عليه الارتفاق يسمى بالعقار الخادم، والعقار المقرر الارتفاق لمصلحته يسمى بالعقار المخدم، ومثاله الحقّ الذي لصاحب عقار غير متّصل بالطريق العام، في أن يمر في العقّار المجاور الذي يوصله إلى الطريق العام فيشترط أن يكون العقّاران مملوكين لشخصين مختلفين، فإذا كان العقّاران مملوكين لشخص واحد فلا يقوم حقّ الارتفاق، كما أنّ الارتفاق لا يكون إلّا على عقار لمصلحة عقار آخر، وهذا ما يفرق بينه وبين حقّ الإنتفاع إذ أنّ الإنتفاع يتقرّر لصالح شخص معيّن كما أنّه يرد على العقّار والمنقول<sup>3</sup>.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 57، 58.

2 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 296، 297.

3 حمدي عبد الرحمن وأنور عبدالله، المرجع السابق، ص 175.

والإرتفاق مادام مقرراً لصالح عقّار لا لصالح شخص معيّن فإنّه لا ينقضي بتغيير المالك بل يظلّ قائماً لصالح العقّار رغم تغيير ملاّكه، ولكنّ ينقضي حقّ الارتفاق قبل ذلك إذا كان هناك إتفاق على إنّهائه بعد مدّة معينة، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق فإنّ حقّ الارتفاق يبقى ما بقي العقّاران، وينقضي بعد استعماله لمدّة طويلة، وكذلك إذا وجد إتفاق أو انتهت الحاجة إليه<sup>1</sup>.

### ثانياً: الحقوق العينية التبعية:

إلى جانب الحقوق العينية الأصلية التي توجد مستقلة لتمكّن صاحبها من الحصول على المنفعة التي تقررها، يوجد نوع آخر من الحقوق العينية لا تنشأ مستقلة وإنما تستند في وجودها إلى حقّ آخر وهذه الحقوق العينية التبعية، وهذه الحقوق تتنوع بحسب مصدرها.

### 1 - المقصود بالحقوق العينية التبعية:

وهي حقوق عينية لأنّها تحقق لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء، وهي تبعية لأنّها تكون تابعة للحقّ الشخصي لكن تضمن الوفاء به، فإذا إنقضى الحقّ الشخصي إنقضى تبعاً لذلك الحقّ العينيّ التابع.

والحقوق العينية التبعية جاءت كوسيلة تمكّن الدائن أو صاحب الحقّ الشخصي أن يكون في مأمن من خطر تصرف المدين في أمواله كلّها أو بعضها أو تهريبها إضراراً بالدائن أو خطر تعاقد المدين مع دائنين جدد يزلحمون الدائنين القدامى في اقتضاء حقوقهم من أمواله بحيث تصبح هذه الأخيرة غير كافية للوفاء بجميع ديونه، أي أنّ الدائن معرض لعدم إستفاء حقّه كلّه أو بعضه، نتيجة تصرفات المدين التي تنقص من حقوق أو تزيد من التزامه والتي يترتّب عليها أن تصبح أموال المدين غير كافية للوفاء بما عليه من ديون<sup>2</sup>.

ولحماية الدائن من الأضرار التي يمكن أن تترتّب على تصرفات المدين السابقة، جاء القانون بعدّة وسائل من أهمّها الحقوق العينية التبعية التي تخوّله سلطة تتبّع المال الذي يرد عليه الحقّ في أيّ يد ينتقل إليها لينفذ عليه ويستوفي حقّه من ثمنه، حتّى ولو كان المدين قد تصرف

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 14.

2 فاطمة الزهراء جدو، المرجع السابق، ص 49.

في هذا المال ونقل ملكيته إلى شخص آخر<sup>1</sup>، كما تخول الحقوق العينية التبعية الدائن في أن يستوفي حقه بالأولوية وبالتقدم على غيره من الدائنين، فتؤمنه بذلك من خطر مزاحمة بقية الدائنين له سواء أكانوا دائنين عاديين، أم كانت لهم حقوق عينية تبعية، ولكنها تالية لحقه في المرتبة<sup>2</sup>.

ولقد نظم المشرع الجزائري الحقوق العينية التبعية وأوردها في القانون المدني الجزائري تحت الكتاب الرابع تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية من المادة (882) إلى المادة (1001).

## 2- أنواع الحقوق العينية التبعية:

تتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى ثلاثة أنواع: حقوق مصدرها الارتفاق، وحقوق مصدرها القضاء، وأخرى مصدرها القانون، ونبيتها فيما يلي:

### أ- الرهن الرسمي:

عرفت المادة (882) من القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي بقولها: "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالبيين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"، يتضح من هذا النص أن الرهن الرسمي هو حق عيني تبعية ينشأ بعقد بين الدائن الذي يريد بالرهن ضمان حقه، والمدين المرهن الذي يكون في الغالب من الأحوال هو المالك للعقار الذي ينشأ عليه الرهن، ولكن المرهن قد يكون شخصا آخر غير المدين، ويقصد أن ينشئ رهنا على عقار يملكه ضمانا لدين آخر يقال له في هذه الحالة الكفيل العيني<sup>3</sup>.

والعقد الذي ينشأ به الرهن لابد أن يكون عقدا رسميا، أي يجب لانعقاده توثيقه بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ويكون هذا العقد بين الدائن المرتهن الذي يريد بالرهن ضمان حقه والمدين المرهن (كما سبق ذكره)، والرهن الرسمي لا يقع إلا على العقارات، أي أن يكون محله شيئا ثابتا

1 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995/1996، ص 203.

2 عبد المنعم فرج الصده، المبادئ العامة في القانون، دار الإتحاد العربي، 1991، ص 199 - 201.

3 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 196 - 198.

لا يمكن نقله من مكان دون تلف كالأراضي والمباني، ولا يتطلب نقل المال المرهون إلى يد الدائن المرتهن بل تحت يد الرّاهن<sup>1</sup>.

ولأنّ الدائن المرتهن يمكنه في حالة عدم إستفاء دينه من المدين الراهن التنفيذ على العقار المرهون وأخذ حقه من ثمنه بالأفضلية أو التّقدم على غيره من الدائنين التّاليين له في مرتبة القيد كما له أن يتتبع العقار في حالة خروجه من يد مالكة المدين الراهن، أي أنّ سلطتنا التّقدم والتّتبّع اللتان يخولهما حقّ الرّهن يحتج بهما في مواجهة الغير، فإنّه لا بد من شهر القيد في السجلات المعدّة لشهر التّصرفات العقارية، وبواسطته تحدد مرتبة الدائنين لدى التّنفيد على العقار المرهون المادة (904) مدنيّ جزائريّ، ويكون بذلك شهر الرّهن نافذاً في حقّ الغير<sup>2</sup>.

فإذا تمّ قيد الرّهن على هذا النّحو كان للدائن المرتهن أن يتقدم على غيره من الدائنين العاديين وكذلك على أصحاب الحقوق العينية التبعية التالية له في القيد في إستفاء حقه من العقار المرهون المادة (907) مدنيّ جزائريّ، كما يكون له أن يتتبع العقار وينفذ عليه تحت من انتقلت إليه ملكيته، بشرط أن يكون قد قيد الرّهن قبل إنتقال الملكية<sup>3</sup>.

#### ب - حقّ التّخصيص:

لم يضع المشرّع الجزائريّ تعريفاً لحقّ التّخصيص كما جاء في القانون المدنيّ الجزائريّ، أو حقّ الإحتصاص كما جاء في القانون المدنيّ المصريّ، وإنّما ذكر أنّه حقّ عينيّ تبعيّ يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التّنفيد صادر بالزام المدين بالدين ويخول للدائن بموجبه حقّ التّقدم والتّتبّع، أي أنّ الدائن بموجب هذا الحكم يمكنه إستفاء دينه من المقابل التّقدي لهذا العقار أو العقارات في أيّ يد يكون، ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التّركة، وهذا ما أكدته المادة (937) مدنيّ جزائريّ<sup>4</sup>.

ويشبه حقّ التّخصيص الرّهن الرّسمي في أنّه حقّ عينيّ تبعيّ لا يقع إلّا على العقارات التي تبقى في حياة صاحبها ويخول الدائن حقّ التّقدم والتّتبّع في إستفاء دينه، أي لهما نفس

1 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 436.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 62.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص

4 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 244.

الآثار فتكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص ذات الحقوق التي للدائن الذي يقرر له حق الرهن الرسمي من التقدم على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التاليين له في المرتبة<sup>1</sup>.

وحق التخصيص لا يختلف على الرهن الرسمي إلا من حيث أن الرهن الرسمي يقوم بموجب عقد بين المدين الراهن والدائن المرتهن يفرغ في الشكل الرسمي المطلوب، أما حق التخصيص فإنه ينشأ بأمر من القاضي بناء على طلب الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ المادة (937) مدني جزائري<sup>2</sup>.

### ج- الرهن الحيازي؛

هو حق عيني تبعية ينشأ للدائن بمقتضى عقد على منقول أو عقار ضماناً للوفاء بالدين، وهو يخول الدائن حبس الشيء المرهون لحين استقاء الدين، كما يخوله ميزتي التقدم والتبعية، كحق الرهن الرسمي، وحق الإختصاص المادة (948) مدني جزائري.

والعقد الذي ينشأ به الرهن الحيازي لا يشترط أن يكون عقداً رسمياً، فيكفي لنشوئه اتفاق المرتهن والراهن دون الحاجة إلى أن يتم هذا في الاتفاق في الشكل الرسمي.

ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي، في أن الأول يرد على عقار ويسمى الرهن العقاري، ويرد كذلك على المنقول ويسمى رهن المنقول في حين أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار، كما أن الرهن الحيازي يقتضي انتقال الشيء من المدين إلى الدائن، بخلاف الرهن الرسمي الذي تبقى فيه الحيازة للمدين الراهن<sup>3</sup>.

كما أن الرهن الحيازي الوارد على منقول يقتضي انتقال الشيء المرهون إلى المرتهن أو من ينوب عنه، ويشترط لنفاذه في مواجهة الغير إلى جانب انتقال الحيازة للدائن، وأن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً يحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن، وهذا ما أكدته المادة (969) مدني جزائري، أما إذا كان

1 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 312.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 124.

3 محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، 2006، ص 111، 112.

الرهن الحيازي يرد على العقار فإنه يشترط لفاذه قبل الغير بالإضافة إلى تسليم العقار المرهون إلى الدائن قيد عقد الرهن العقاري، كما هو الشأن في الرهن الرسمي وحق التخصيص<sup>1</sup>.

وللمرتهن كذلك إدارة الشيء المرهون باستثماره، ويكون الانتفاع بالشيء المرهون لحساب الزاين، وما يكسبه المرتهن (الدائن) من صافي الربح ومن استثمار الشيء من المبلغ المضمون بالزاهن (أي يخصم مبلغ من الدين)، وما يبقى يعود للزاهن باعتباره هو مالك الشيء، وهذا ما نصت عليه المادة (956) مدني جزائري، ويمكن للزاهن عند حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون أن يتصرف في هذا الأخير، أي أنه لا يتقيد حق الزاهن في التصرف فيه على الرغم من رهنه، ولكن يمكن للدائن المرتهن أن يمتنع عن تسليم الشيء المتصرف إليه حتى يقضي دينه<sup>2</sup>.

#### د - حقوق الامتياز:

حقوق الامتياز هي أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، وهذا ما أكدته المادة (1/982) مدني جزائري، بمعنى أنها حقوق تخول صاحبها إستقاء حقه من ثمن أموال المدين كلها أو بعضها، وبذلك بالأسبقية على جميع الدائنين، فالأصل أن جميع الدائنين متساويين في إستقاء حقوقهم من أموال المدين، ولكن وجود حق امتياز لأحدهم يجعله مفضلاً ويمكنه من إستقاء حقه أولاً ثم يأتي بعد ذلك بقية الدائنين<sup>3</sup>.

كما يتبين أن هذه الأولوية يقرها القانون، أي أن مصدر حق الامتياز هو القانون على خلاف الحقوق العينية التبعية الأخرى.

والقانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقضي طبيعتها أن تكون ممتازة حسب المادة (2/982) مدني جزائري، ولإعتبارات تتعلق بالدين نفسه، تملها إعتبارات مختلفة إما إنسانية (كالامتياز المقرر لأجور العمال)، أو إعتبارات العدالة (كالامتياز المقرر على الشيء المبيع لإستقاء ثمنه بالأولوية منه)، أو لإعتبارات المصلحة العامة (كامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة والضرائب)، وترد حقوق الامتياز على كل من العقارات والمنقولات وهي نوعان:<sup>4</sup>

1 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 287.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 141.

3 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 64، 65.

4 رمضان أبو السعود وهام أحمد محمود، المرجع السابق، ص 206.

– حقوق امتياز عامة؛

وترد على جميع أموال المدين منقولات وعقارات مثل امتياز أجرة العامل، والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقربائه... إلخ، وهذا ما أكدته المادة (993) مدني جزائري، فتخول الدائن مزية الأولوية، ولا تخوله مزية التتبع لأنها لا ترد على مال محدد<sup>1</sup>.

– حقوق امتياز خاصة؛

وترد على مال معين بالذات عقار أو منقول، كامتياز بائع العقار ضماناً لحقه في الثمن، وهذا ما نصت عليه المادة (999) مدني جزائري، وكذا امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد البناء، وهذا ما أكدته المادة (1000) مدني جزائري، وحقوق الامتياز الخاصة تخول الدائن حق التقدم وحق التتبع<sup>2</sup>.

الفرع الثاني: الحقوق الشخصية (حق الدائنية)؛

تسمى الحقوق الشخصية أيضاً بحقوق الدائنية ذلك أنه إذا نظر إلى هذه الحقوق من زاوية الحق (الدائن) سُميت حق الدائنية، لأن هذا الوصف يطلق على اعتبار أن صاحب هذا الحق دائن لشخص آخر بأداء معين، وتقتضي دراسة الحق الشخصي تعريفه (أولاً)، ثم التمييز بينه وبين الحق العيني (ثانياً)، وأخيراً نستعرض المحاولات الفقهية للتقريب بين الحقين (ثالثاً).

أولاً: تعريف الحق الشخصي؛

يعرف الفقه الحق الشخصي على أنه رابطة قانونية بين شخصية تخول لأحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل، وهناك من يعرفه بأنه رابطة قانونية بين شخصين معينين بمقتضاها يحق لأحدهما أن يلزم الآخر بأن يؤدي له عملاً أو أن يمتنع لصالحه عن عمل، وأشار التعريف الأول إلى حق الدائن في مطالبة المدين، وأشار التعريف الثاني إلى حق أحدهما في إلزام الطرف الآخر كأن يكون هناك تفاوت بين الحاليتين<sup>3</sup>.

فالحق الشخصي إذن هو سلطة يقرها القانون لشخص يسمى دائناً قبل آخر يسمى مديناً تمكّنه من إلزامه بأداء عمل أو الإمتناع عنه تحقيقاً لمصلحة مشروعة للدائن، أو هو رابطة بين

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 16.

2 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 204.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 133.

طرفين إذا نُظِرَ إليها من ناحية الدائن سميت حقاً، وهو الشقُّ الإيجابي للعلاقة القانونية بحقِّ الدائنية، وإذا نظر إليها من زاوية المدين سميت التزاماً، وهو الشقُّ السلبي للحقِّ الشخصي<sup>1</sup>.

ويعتبر بعض الفقهاء أنَّ إعطاء شيء يدخل ضمن القيام بعمل، ومصطلح الحقِّ الشخصي أكثر استعمالاً من حقِّ الدائنية، لكونه استمدَّ تسميته من العلاقة القائمة بين الأشخاص وأنَّ تنفيذ هذا الحقِّ إنّما يتمُّ من طرف شخص غير صاحب الحقِّ<sup>2</sup>.

وتبيّن من خلال التعريف للحقِّ الشخصي أنَّ له أركاناً يقوم عليها، كما أنَّ الحقوق الشخصية تتنوع بتنوع الأداء الذي يلتزم به المدين للقيام به، ويوجد كذلك أكثر من مصدر للحقِّ الشخصي.

### 1- أركان الحقِّ الشخصي:

الحقِّ الشخصي يقوم على أركان تتمثل فيما يلي:<sup>3</sup>

#### أ- طرفا الحق:

طرفا الحقّ هما الدائن والمدين، ويتعدّد أطراف الحقّ فيكون بعدد أكثر من دائن أو مدين في ذات العلاقة، ويشترط القانون الأهلية بالنسبة للأطراف وأن تكون إرادة الأطراف سليمة غير مشوبة بأيّ عيبٍ من عيوب الإرادة كالغلط أو التّدليس أو الإكراه أو الاستغلال<sup>4</sup>.

#### ب- محلُّ الحق:

يتمثّل محلُّ الحقِّ الشخصي في العمل الذي يقوم به المدين، وقد يكون هذا العمل إيجابياً أو سلبياً، أي التزامه بأداء عمل معيّن أو الامتناع عن عمل محدّد أو إعطاء شيء، ويشترط أن يكون المحلُّ مشروعاً ومعيناً أو قابلاً للتعيين.

#### ج- سبب الحق:

أي السبب الذي من أجله إلتمز الشخص، ويشترط أن يكون موجوداً ومشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 192

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 290.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 39، 40.

4 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 112.

#### د - الشَّكْل الرَّسْمِيّ:

إضافة للأركان السابقة، وهي شروط عامة لجميع الحقوق إلا أن هذا الركن الرابع والمتمثل في الشَّكْل الرَّسْمِيّ خاص بعقود معيّنة مثل عقد الشركة، رهن العقار، الهبة... إلخ<sup>1</sup>.

#### 2- أنواع الحقوق الشَّخْصِيَّة:

إذا كانت الحقوق العينيّة قد وردت على سبيل الحصر، حسب الرأي الراجح فقهاً، فإنّ الحقوق الشَّخْصِيَّة باتفاق الفقهاء لا يمكن حصرها، فهي تتنوّع بتنوّع الأداء الذي يلتزم به المدين، هذا الأداء الذي هو محلّ الحقّ الشَّخْصِيّ (كما سبق ذكره)، يكون دائماً عملاً يقوم به المدين، فقد يكون إيجابياً فيسمّى القيام بعمل، وقد يكون سلبياً فيسمّى الإمتناع عن عمل، لكنّ بعض الفقهاء يضيفون إلى هذه القسمة الثنائية قسماً ثالثاً اصطلاحاً عليه تسميته إعطاء شيء، وقد ذكر المشرّع الجزائريّ هذه الأنواع الثلاثة بصورة عرضية عند تعريفه للعقد في المادة (54) مدنيّ جزائريّ بأنّه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>2</sup>.

#### أ - الإلتزام بإعطاء شيء:

يعرّف الفقه الإلتزام بإعطاء شيء بأنّه الإلتزام بنقل أو إنشاء حقّ عينيّ على شيء عقار كان أو منقول، وسواء تمّ ذلك بمقابل أو دون مقابل، كالإلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، والإلتزام المشتري بدفع الثمن للبائع، فمحلّ الإلتزام في هذه الحالة هو نقل ملكية شيء ما إلى الدائن، ومتى انتقلت الملكية إنقضى الحقّ، ليحلّ محلّه حقّ عينيّ وهو حقّ الملكية وقد نظّم المشرّع هذا الإلتزام بالمواد (165) إلى (167) مدنيّ جزائريّ<sup>3</sup>.

#### ب - الإلتزام بفعل:

استعمل المشرّع تارة تعبير الإلتزام بفعل، وتارة أخرى الإلتزام بعمل، علماً أنّ المعنى واحد وهو الإلتزام الشَّخْص بالقيام بعمل ماديّ أو قانونيّ لفائدة شخص آخر، ومثاله الإلتزام العامل بعمل لدى

1 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 324.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 151.

3 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 67.

صاحب العمل، والتزام المقاول ببناء منزل، وقد نظم المشرع هذا الالتزام بالمواد من (168) إلى (172) مدني جزائري<sup>1</sup>.

### ج- الالتزام بعدم فعل شيء ما؛

يستعمل المشرع أحياناً تعبير التزام بعدم فعل شيء ما، وأحياناً أخرى الالتزام بالإمتناع، في حين أنه يقصد نفس المعنى، ويراد بالالتزام بعدم فعل شيء ما، منع المدين من القيام بعمل سواء كان عملاً قانونياً، كمنع المستأجر من التنازل عن حقه في الإيجار دون موافقة المؤجر المادة (505) مدني جزائري، أو عملاً قانونياً كمنع المستأجر من إحداث تغيير بالعين المؤجرة بدون إذن مكتوب من المؤجر المادة (492) مدني جزائري<sup>2</sup>.

### 3- مصادر الحق الشخصي؛

تتمثل مصادر الحق الشخصي فيما يلي:<sup>3</sup>

#### أ- العقد

هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يتمثل هذا الأثر بمنع أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وبمقتضى العقد ينشئ الأفراد ما يشاؤون من حقوق والتزامات بشرط عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

#### ب- الإرادة المنفردة؛

حيث تنص المادة (123 مكرر) مدني جزائري بأنه: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة ما لم يلزم الغير.

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

فالإرادة قادرة على إنشاء حق شخصي في حالة الوعد بجائزة معينة لأي شخص قام بعمل معين لصالحه كأن يجد شيئاً ضاع منه، وهذا ما يُسمّى بالوعد بجائزة موجه للجمهور، فالوعد

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 111.

2 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 245، 246.

3 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 613 - 630.

هنا قد ألزم نفسه بإرادته المنفردة وأنشأ في الوقت نفسه حقاً في الحصول على الجائزة للشخص الذي سوف يقوم بالعمل المطلوب للحصول على هذه الجائزة المادة (123 مكرر1) مدنيّ جزائريّ.

#### ج- الفعل المُستحقُّ للتَّعويض:

وقد نصّت عليه المادة (124) مدنيّ جزائريّ بأنّه: "كلُّ فعلٍ أيّاً كان يرتكبه الشَّخص بخطئه ويسبّب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتَّعويض".

#### د- الإثراء بلا سبب:

وهو حقٌّ شخصيٌّ مصدره الفعل النافع ونصت عليه المادة (141) مدنيّ جزائريّ بأنّه: "كل من نال بحسن 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".

#### هـ- القانون:

إذ أنّ هناك من الحقوق الشَّخصية ما تُنشئه قواعد القانون مباشرة كحقّ الأولاد في أن ينفق عليهم أبوهم المادة (75) قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

#### ثانياً: التمييز بين الحقّ العينيّ والحقّ الشَّخصيّ:

سار الاتجاه الحديث من الفقه إلى التفرقة بين الحقّ العينيّ والحقّ الشَّخصيّ، وهذا ما إتبعه المشرع الجزائريّ، حيث حرص على إبراز تقسيم الحقوق عينية وحقوق شخصية، وتوجد أوجه للتفرقة بين الحقّ العينيّ والحقّ الشَّخصيّ أهمّها:<sup>2</sup>

1- إنّ الحقوق العينية وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز للأفراد يُنشئوا حقوقاً عينية أصلية كانت أو حقوقاً عينية تبعية غير تلك التي سبق ذكرها، فالقانون هو الذي يُنشئ الحقوق العينية ويحدّد السلطات التي يخولها لأصحابها تحديداً واضحاً، نظراً لأنّه يحتج بها على الغير هذا بخلاف الحقوق الشَّخصية، فقد أقرّ المشرع للإرادة سلطاناً في هذا الشأن، بمعنى أنّه أجاز للأفراد أن تنشئ إرادة الإنسان متى تشاء لذا فهي متعددة ومتنوعة غير واردة على

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 206 - 208.

2 علي نجيدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، 2001/2000، ص 97.

سبيل الحصر، فهي متعددة بتعدد صور النشاط الذي يباشره الشخص، والعلّة في ذلك أنّ الحقوق العينية متعلّقة بالنظام العام ولا مجال لسلطان الإرادة فيها<sup>1</sup>.

2- الحقّ العينيّ يخوّل لصاحبه إستثنائاً مباشراً بشيء معين بحيث يتمكّن صاحبه من الحصول على المزايا التي يخوّلها الحقّ مباشرة دون وساطة، ذلك على خلاف الحقّ الشخصيّ فباعتبار تولّده على رابطة اقتضاء، فإنّ اقتضاء الدائن لحقه يتوقّف على تنفيذ المدين لإلتزامه، أي هو إستثنائ غير مباشر، فلا يمكن لصاحب الحقّ الحصول على حقه إلاّ بتدخل أو بواسطة المدين<sup>2</sup>.

3- يتميّز الحقّ العينيّ عن الحقّ الشخصيّ في أنّ الحقّ العينيّ يجوز التنازل عنه بالإرادة المنفردة لصاحب الحقّ، وذلك لأنّه عبارة عن إستثنائ مباشرة من صاحب الحق على الشيء محلّ الحقّ، فيحقّ له أن يتنازل عن تلك السلطة دون توقف ذلك على إرادة شخص غيره كما في تخليّ المالك عن المنقول، أمّا الحقّ الشخصيّ فإنّ التنازل عنه يتطلّب موافقة المدين على الإبراء الصّادر من الدائن أو على الأقلّ علمه به وعدم رفضه له، وعلّة ذلك أنّ إبراء المدين دون موافقته قد يكون فيه مساس بكرامته<sup>3</sup>.

4- الحقّ العينيّ دائم بينما الحقّ الشخصيّ مؤقت، لأنّ الحقّ العينيّ بإعتباره إستثنائ مباشرة بشيء، فالأصل فيه أنّه يبقى ما بقي الشيء أي أنّه دائم، ومع ذلك قد يقرّر القانون توقيفه لظرف أو آخر، مثل حقّ الإنتفاع وحقّ الإستعمال وحقّ السكّنى وكلّ الحقوق العينية لتبعيتها للحقوق الشخصيّة التي تنشأ ضماناً للوفاء بها، أمّا الحقوق الشخصيّة وهي واردة على أداء عمل إيجابي أو سلبيّ بما تتضمنه من حدّ لحرية المدين فلا بد أن يكون مؤقتة لأنّ القانون لا يسمح بالحد من حرية الشخص إلى الأبد<sup>4</sup>.

5- يخوّل الحقّ العينيّ دون الحقّ الشخصيّة ميزة الأفضليّة وكذا ميزة التتبع، لأنّ الحقّ العينيّ عبارة عن سلّطة مباشرة لصاحبه على شيء معين بالذات، بينما الحقّ الشخصيّ يكون

1 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 47، 48.

2 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 179.

3 رمضان أبو السعود وهام محمد محمود، المرجع السابق، ص 210، 211.

4 الصديق شياطين، المرجع السابق، ص 24.

الدائنون متساوين فيما بينهم في إستفَاء حقوقهم من أموال المدين لأنَّ حقَّهم لا يرتكز على مال معيّن للمدين، وإنَّما هو وارد عن عمل أو إمتناع عن عمل يلتزم به المدين ولا توجد أفضليّة لدائن على سائر الدائنين، بل جميع أموال المدين ضامنه للوفاء بديونه المادة (188) مدنيّ جزائريّ، وبذلك يتزاحمون في اقتسام أموال المدين قسمة غرماء بالنسبة لديونهم، فلا يوجد لأيّ دائن منهم ضامن خاص، كما يتصور التتبع بالنسبة للعمل وحتى ولو كان موضوعه أداءً شيءٍ من الأشياء، إذ يكون هذا الشيءُ بعيداً عن أيّ سلطان مباشر للدائن<sup>1</sup>.

6- الحيّزة وما يترتب عليها من تقادم مكسب لا يتصور إلاّ بالنسبة للحقوق العينيّة باعتبارها واردة على أشياء مادية، بينما الحقوق الشّخصيّة لا يتصور فيها هذا لأنّ موضوعها القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل<sup>2</sup>.

7- الحقّ العينيّ حقّ مطلق والحقّ الشّخصيّ هو حقّ نسبيّ، فالحقّ العينيّ يحتج به وينتج آثاره في مواجهة الكافة (أي واجب عام على الكافة احترامه والإمتناع عن التعرّض لصاحبه)، بينما الحقّ الشّخصيّ نسبيّ لا يحتج به في أيّ مواجهة شخص أو أشخاص معينين، وهو قول غير صحيح حسب البعض لأنّه ناتج عن الخط الذي وقعت فيه النّظرية التقليدية في عدم التفرقة بين النفاذ والإلزاميّة، إذ تنظر إلى الحقّ العينيّ من حيث نفاذه، ويكون نافذاً بالنسبة للجميع، وتنظر إلى الحقّ الشّخصيّ من حيث الزاميّته، فهو مُلزمٌ لطرفيه فقط، والحقيقة أنّ الحقّ سواء كان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً نافذاً في مواجهة الغير ويجب على الجميع احترامه<sup>3</sup>.

### ثالثاً: التقريب بين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ؛

رغم الفوارق المذكورة أعلاه بين الحقيّين الشّخصيّ والعينيّ إلاّ أنّ بعض الفقهاء حاولوا التقريب بين الحقيّين، ففريق يقرب الحقّ العينيّ من الشّخصيّ بمعنى أنّه يعتبر الحقوق الماليّة جميعها روابط بين أشخاص وهؤلاء هم أنصار المذهب الشّخصيّ، وفريق يقرب الحقّ الشّخصيّ

1 محمد سكري سرور، المرجع السابق، ص 68.

2 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 333.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 43، 44.

من الحق العينيّ بمعنى أنّه يجعل الأهميّة في الحقّ الشّخصيّ لقيّمته الماليّة وليست لأطرافه، وهؤلاء هم أنصار المذهب المادي.

### 1 - المذهب الشّخصيّ؛

وقد حاول أنصار هذا المذهب تقريب الحقّ العينيّ بالحقّ الشّخصيّ، إلّا أنّه تعرّض للنّقْد.

#### أ - مضمون المذهب؛

يرى أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول أنّ الحقّ العينيّ شأنه في ذلك شأن الحقّ الشّخصيّ ليس سوى روابط بين الأفراد، الحقّ الشّخصيّ رابطة بين الدائن والمدين محلّها القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، والحقّ العينيّ أيضاً رابطة بين صاحب الحقّ والكافة يجب عليهم احترامه، إذن فالحقّ العينيّ مثله مثل الحقّ الشّخصيّ له ثلاثة عناصر تتمثل في صاحب الحقّ باعتباره الطرف الإيجابي والكافة باعتبارهم الطرف السلبيّ، والعنصر الثالث يتمثل في الإلتزام السلبيّ بعدم الاعتداد على صاحب الحقّ.

ويرى أنصار هذا المذهب أنّ الفروق الموجود بين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ هي ثانويّة، حيث أنّ المدين في الحقّ العينيّ غير واضح بل يشمل الكافة ما عدا صاحب الحقّ ولا يظهر إلّا عند الإعتداء على الحقّ، أي أنّ المدين يظهر إذا حدث إعتداء على الحقّ، فحينئذٍ يتحدّد المدين ويبدو أنّه قد أخلّ بالالتزام سابقٍ واقع عليه، أمّا المدين في الحقّ الشّخصيّ فواضح، وموضوع الحقّ العينيّ دائماً يكون عملاً سلبياً بالإمتناع عن التعرّض لصاحب الحقّ، أمّا في الحقّ الشّخصيّ فقد يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل، وينتهي أنصار هذا إلى أنّ الحقّ العينيّ كالحقّ الشّخصيّ علاقة دائن ومدين<sup>1</sup>.

#### ب - نقد هذا المذهب؛

تعرّضت هذه النظريّة إلى إنتقادات من أهمّها:<sup>2</sup>

- إنطلاق بلانيول من تعريف للحقّ العينيّ لم يقل به أحد، فالحقّ العينيّ ليس رابطة بين الشّخصين والشّيء، بل هو في الفقه التّقليديّ سلطة مباشرة لشخصٍ معيّن على شيءٍ معيّن،

1 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 293، 294.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 160 - 162.

أما الحق الشخصي فهو سلطة اقتضاء ومطالبة وليست سلطة على شيء، ومحلُّ القيام بعملٍ أو الإمتناع عن عملٍ.

- إنَّ قياس الرابطة التي تربط صاحب الحق العيني بالناس كافة على الرابطة التي تربط بين المدين والدائن في الحق الشخصي قياس مع الفارق من عدّة أوجه أهمّها أنّ الدائن في الحق الشخصي لا يمكنه الحصول على حقه إلا بتدخل المدين، بينما صاحب الحق العيني يحصل على ذلك مباشرة دون تدخل أحد.

- كما أنّ الحجّة القائلة بوجود طرف سلبيّ في كلّ الحق العيني باطلة لكون الحق الشخصي يرتب التزامين أحدهما خاص على عاتق المدين، وآخر عام على كافة الناس، واللذين يتعيّن عليهم احترام الحق، أمّا الحق العيني فلا يرتب إلا التزاماً واحداً وهو الإلتزام العام.

كما أنّ الإلتزام الخاصّ الذي يتمييز به الحق الشخصي يعتبر عنصراً من عناصره، فلا يوجد الحق الشخصي من دون وجود المدين، أمّا الإلتزام العام سواء كان في الحق الشخصي أو الحق العيني والمتمثل في احترام كافة الناس، فإنّه لا يوجد إلا بعد استثناء كلاً الحقيين الشخصي والعيني لعناصره، فهو أثر للحق وليس عنصراً من عناصره، وعليه فالمدين عنصر من عناصر الحق الشخصي، في حين لا وجود للمدين في الحق العيني<sup>1</sup>.

- الحق الشخصي يشكل عنصراً من عناصر الدّمة الماليّة لأطراف العلاقة القانونيّة، ويكون عنصراً إيجابياً في الدّمة الماليّة للدائن، وعنصراً سلبياً في الدّمة الماليّة للمدين، وعليه لا يتصوّر قيام الحق الشخصي دون الإلتزام الخاصّ، أمّا الإلتزام العامّ باحترام الحق العيني فلا يُشكّل عنصراً من عناصر الدّمة الماليّة<sup>2</sup>.

## 2- المذهب الماديّ؛

ويُسمّى أنصار هذا المذهب بالماديّ أو بالمذهب الموضوعيّ، وحاول تقريب الحق الشخصي من الحق العيني، إلا أنّ هذا المذهب بدوره تعرّض للنقد.

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 177.

2 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 472.

## أ- مضمون المذهب:

تبنى هذه النظرية في فرنسا الفقيهان سالي ولامبير، وهي عكس الرأي السابق إذ يقرّبون بين الحق الشخصي والحق العيني، وذهب هذا الاتجاه إلى أن المهم في الحق الشخصي هو القيمة المالية للأداء الذي يلتزم به المدين، أي أن العبرة وفقاً لرأيهم بالقيمة المالية للحق وليست بأطرافه، وعلى ذلك فالحق الشخصي كالحق العيني قيمة مالية، فهو عنصر من عناصر الذمة المالية يستطيع صاحبها أن يتصرف فيها بالبيع والهبة أو الرهن أو بأي تصرف قانوني كان، وبناء عليه فإن الحق الشخصي لا يمثل رابطة بين شخصين، بل رابطة بين ذمتين ماليتين مما يجعله قريباً من الحق العيني، إن لم نقل مندمجاً فيه<sup>1</sup>.

## ب- نقد هذا المذهب:

لم تسلم نظرية الموضوعيين من انتقادات الفقهاء ومن أهم ما يأخذ عليها ما يلي:

- لا يمكن على الإطلاق تجاهل أطراف الحق الشخصي لأن الغرض الأول للقانون هو تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، وأن الأشياء لا وجود لها في القانون إلا باعتبارها محلاً لحق يمتلكه الشخص، وأن الأشخاص تسيطر على الأموال، وأنه لا وجود للذمة المالية دون شخصية قانونية.
- إن قول أنصار المذهب الموضوعي بأن العبرة في الحق الشخصي هي بقيمته المالية وليست بأطرافه قول مبالغ فيه، لأن شخصية المدين قد يكون في بعض الحالات محل اعتبار أي أن قيمة الحق الشخصي تُسنمّد من الطرف السلبي في الحق والتمثلة في المدين، لأن هناك من أنواع الالتزام بعمل غير يمكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين مثل التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية، أو التزام فنان برسم لوحة معينة، ففي هذه الحالات لا يمكن القول أن العبرة في الحق الشخصي بقيمته وليست بأطرافه لأن شخصية الطبيب والفنان وهما المدين ذات أهمية بالنسبة للطرف الآخر وهو الدائن في العلاقة القانونية<sup>2</sup>.

- هناك فارق جوهري ما بين الحق الشخصي والحق العيني إذا نظرنا إليهما معاً من حيث موضوعهما، فالدائن في الحق الشخصي له سلطة غير مباشرة على الحق، ولا يستعمل هذه

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 70.

2 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 225، 226.

السلطة إلا بواسطة المدين، بينما المدين في الحق العينيّ يستعمل سلطة مباشرة على موضوع الحقّ دون وسيط بينهما<sup>1</sup>.

ونتج عن الإنتقادات التي وجهت سواء للمذهب الشّخصيّ أو المذهب الماديّ إستبقاء الفروق بين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ، وقد أخذ المشرّع الجزائريّ ببعض حلول المذهب الماديّ من ذلك على سبيل المثال حوالة الحقّ (المواد من 239 إلى 250 مدنيّ جزائريّ)، حوالة الدّين (المواد من 251 إلى 257 مدنيّ جزائريّ)، كما أخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للحقّ الشّخصيّ.

### الفرع الثالث: الحقوق الدّهنيّة:

لقد ظهرت هذه الطائفة الجديدة من الحقوق تبعاً للتطورات التي عرفتتها المجتمعات في مختلف الميادين لاسيما مجالات الآداب والفنون والعلوم والصناعة والتكنولوجيا... إلخ، وإذا كان الحقّ الشّخصيّ يرد على أداء أو نشاط الغير (المدين)<sup>2</sup>، فإنّ الحقّ الدّهنيّ يرد على النّشاط الفكريّ لصاحب الحقّ + نفسه، وإذا كان الحقّ العينيّ يرد على شيء ماديّ (عقار أو منقول)، فإنّ محلّ الحقّ الدّهنيّ المتمثّل في الشيء الذي ينتج عن النّشاط الفكريّ هو شيء معنويّ، وعليه فإنّ الحقوق الدّهنيّة أو المعنويّة لا تندرج ضمن الحقوق الشّخصيّة، ولا ضمن الحقوق العينيّة وهي نوع ثالث من الحقوق الماليّة.

### أولاً: تعريف الحقوق الدّهنيّة:

إذا كانت الحقوق الدّهنيّة متحدّة من حيث محلّها لأنّها ترد على أشياء غير ماديّة، إلا أنّ هذه الأشياء التي تمثّل محلّ الحقوق الدّهنيّة متفاوتة وغير متجانسة مما يصعب من تعريف الحقّ الدّهنيّ<sup>3</sup>، ومن بين هذه التعاريف الفقهيّة المقترحة، أنّ الحقوق الدّهنيّة هي سلطات يقرها القانون لشخص على شيء معنويّ غير محسوس هو نتاج فكره وخياله، فيكون لصاحب الحقّ الدّهنيّ الإستتار بما يرد عليه حقّه، بحيث ينسب إليه وحده، ويكون له إحتكار إستغلاله ماليّاً<sup>4</sup>، وهناك من يعرفها على أنّها سلطة لشخص على شيء غير ماديّ هو ثمرة فكره أو خياله أو

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 178.

2 نشاط الغير في الحقّ الشّخصي قد يكون نشاطاً مادياً أو معنوياً (القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل).

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 138.

4 الصديق شيايط، المرجع السابق، ص 27.

نشاطه كحق المؤلف في مؤلفاته وحق الفنان في مبدكراته الفنية وحق المخترع في مخترعاته الصناعية<sup>1</sup>.

ويلاحظ على هذه الإقتراحات الفقهية أنها تستند إلى عنصرين أحدهما أدبي أو معنوي والآخر مالي، فهو حق ذو طبيعة مزدوجة، فالجانب الأدبي أو المعنوي فيه لصيق بالشخص، إذ يستأثر بنتاجه الذهني، بحيث ينسب إليه دون غيره باعتباره إمتداد لشخصيته، إذ يُعْتَبَرُ من الحقوق الشخصية فلا يقبل التصرف فيه أو الحجز عليه، أمّا الجانب المالي فيتمثل في الإفادة المالية من نتاج ذهنه وهو حق مالي يقبل التقويم بالتقود والتصرف فيه وينتقل من شخص إلى آخر<sup>2</sup>.

### ثانياً: أنواع الحقوق الذهنية:

تتفرع الملكية الفكرية إلى ملكية أدبية وفنية، وملكية صناعية.

#### 1 - الملكية الأدبية والفنية:

ويعبر عنها كذلك بحقوق المؤلف وهي الحقوق التي ترد على كل إنتاج ذهني مبتكر سواء في مجال العلوم أو الآداب أو الفنون بشرط أن يكون هذا الإنتاج قد خرج من كوامن النفس والفكر إلى حيز التعبير الخارجي.

والجزائر يرجع إهتمامها بهذا الموضوع إلى سنة 1973، حيث صدر الأمر 73-14 المتعلق بحق المؤلف المؤرخ في 03 أبريل 1973، ثم ألغي بموجب الأمر 97-10 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، واليوم هو منظم بموجب الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، كما أنّ الجزائر انضمت إلى عدة إتفاقيات دولية بخصوص هذا الموضوع.

وحق المؤلف هو سلطة إستثمار لشخص على نتاج فكره أيّاً كانت هذه الصورة، وتخول صاحبها نسبة الإنتاج إليه والإستثمار بقيمته المالية.

1 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 214.

2 حمدي عبد الرحمن وأنور عبدالله، المرجع السابق، ص 179.

وعموماً فإنَّ القصد بحقوق المؤلف مجموعة المزايا الأدبية والمالية التي تثبت للعالم أو الكاتب أو الفنان على مُصنّفه<sup>1</sup>، وعليه نتناول نطاق حماية حقّ المؤلف، ومضمون حقّ المؤلف.

#### أ- نطاق حماية حقّ المؤلف:

تنص المادة (03) من الأمر 03-05 على أنّه: "يمنح كل صاحب إبداع أصليّ أو فنيّ الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر، تمنح الحماية مهما يكن المصنّف ونمط تعبيره ودرجة إستحقاقه ووجهته، بمجرد إبلاغ المصنّف سواء أكان المصنّف مثبتاً أم بأية دعامة تسمح بإبلاغه للجمهور".

ويستشفّ من نص هذه المادة أنّ عناصر الحماية المكفولة بواسطة قانون حقّ المؤلف تتمثّل في المصنّف، والمؤلف والإبداع.

#### أ 1- المصنّف:

يقصدُ بالمصنّف كلّ إنتاج ذهنيّ أيّاً كانت طريقة التعبير عنه، كتابة أو صوتاً أو رسماً أو تصويراً أو أية طريقة أخرى يظهر بها الإنتاج إلى الوجود وأيّاً كانت درجة إستحقاقه أو قيمته الأدبية أو الفنية وأيّاً كان ماله<sup>2</sup>، وهذا ما نصّت عليه المادة الثالثة من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وقام المشرّع من خلال أحكام الأمر 03-05 بتصنيف مختلف المصنّفات ومنها:

- المصنّفات الأدبية والفنية وهذا ما جاءت به المادة (04) من الأمر 03-05 ومن بينها (المصنّفات الأدبية بما فيها المكتوبة وغير المكتوبة من بحوث وروايات وقصص وقصائد وبرامج الحاسوب وخطب ومواعظ ومحاضرات، مصنّفات المسرح، مصنّفات السينما، مصنّفات الفنون التشكيلية... إلخ).

- مصنّفات التراث الثقافي التقليدي المادة (05) من الأمر 03-05 وتشمل (مصنّفات الموسيقى الكلاسيكية التقليدية، مصنّفات الفنون الشعبية... إلخ).

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 201.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 141.

- المصنّفات الوطنيّة وعرفها المشرّع بموجب الفقرة الأخيرة من المادة (08) من الأمر 03-05-05 بأنّها: "التي انقضت مدّة حماية حقوقها الماديّة لفائدة مؤلفيها وذوي الحقوق...".

ويلاحظ أنّ القانون لم يذكر هذه المصنّفات على سبيل الحصر، وإنّما كأمثلة لما تشمله الحماية من مصنّفات، فكلّ مصنّف يتميّز بالإبتكار (كما سيوضّح لاحقاً) يدخل تحت هذا الإصطلاح أيّاً كانت طريقة التعبير عنه، أي أن يكون بالكتابة أو الصّوت أو الرّسم أو التّصوير أو الحركة<sup>1</sup>.

## أ 2- المؤلّف؛

يعتبر المؤلّف بموجب المادة (12) من الأمر 03-05-05 بأنّه: "يعتبر مؤلّف مصنّف أدبيّ أو فنيّ في مفهوم هذا الأمر الشّخص الطبيعيّ الذي أبدعه..."، فالمقصود إذن بالمؤلّف هو كلّ من يُنتج إنتاجاً ذهنيّاً أيّاً كان نوعه أو أهميته أو طريقة التعبير عنه<sup>2</sup>.

وتتعدّد طرق التعبير عن الإنتاج الفكريّ فقد يكون التعبير بالكتابة أو القول أو الصّوت أو الرّسم أو التّصوير أو النّحت، ولكنّ الشّروط الأساسيّة أن يتمّ التعبير فعلاً عن الإنتاج الذهنيّ، أي أن يخرج إلى حيّز الوجود، فالأفكار الكامنة في النّفس بغير التعبير عنها لا تستحقّ حماية القانون<sup>3</sup>.

وينصرف مدلول المؤلّف للشّخص الذي أنشأ أو صنّع نتاجاً ذهنيّاً وذلك عن طريق إبداعاته الفكريّة أو الصوتيّة أو اليدويّة، ولكون التّأليف يقتضي قدرات ذهنيّة وموهب فنيّة فإنّ صفة المؤلّف تقتصر عادة على الشّخص الطبيعيّ أي الإنسان، وهذا ما أكّدته الفقرة الأولى من المادة (12) من الأمر 03-05-05 على أنّه: "يعتبر مؤلّف مصنّف أدبيّ أو فنيّ في مفهوم هذا الأمر الشّخص الطبيعيّ الذي أبدعه".

غير أنّ المشرّع يمنح أيضاً صفة المؤلّف للشّخص المعنويّ في بعض الحالات المحددة قانوناً، وهذا ما أكّدته الفقرة الثانية من المادة (12) من الأمر 03-05-05، ومن بين هذه الحالات

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2002، ص 236.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 236.

3 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 180.

التي يحددها القانون، نجد ما نصت عليه المادة (19) من الأمر 03-05 والمتعلقة بمصنّف جماعيّ تمّ إنجازه تحت إشراف شخص معنويّ وبمبادرة منه ونشر تحت إثمه.

كما أنّ الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلّف والحقوق المجاورة، قد حدد صاحب الحق فقرر بموجب المادة (1/13) من الأمر السالف الذكر أنّ مالك حقوق المؤلّف هو الشّخص الطّبيعيّ أو المعنويّ الذي يُصرّح بإسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور أو يقدّم تصريحاً بإسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلّف والحقوق المجاورة المنصوص عليها في المادة (13) من هذا الأمر، إلّا إذا أقام الدليل على العكس، وأضافت المادة (2/13) من الأمر 03-05 أنّه إذا تمّ نشر المصنّف دون اسم مؤلّفه فإنّ الشّخص الذي يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور، أي الناشر، يعتبر كقرينة بسيطة، ممثلاً لمالك الحقوق ما لم يثبت خلاف ذلك.

وحسب المادة (03/13) من ذات الأمر أنّه إذا نشر المصنّف بدون اسم مؤلّفه (مجهول الهوية) ودون الإشارة إلى هويّة الناشر، فإنّ ممارسة الحقوق يتولّاها الممثلّ الشرعي، وهو الديوان الوطني لحقوق المؤلّف والحقوق المجاورة، وهذا إلى غاية التعرّف على هويّة مالك الحقوق<sup>1</sup>، إذا كان هذا الأمر بالنسبة إلى المصنّف الذي يتمّ إنجازه من طرف مؤلّف واحد، أمّا في حالة المصنّف المشترك أو المصنّف الجماعيّ أي حالة تعدّد الأشخاص الذين قاموا بالعمل الذهنيّ والفكريّ فقد نظمتها المادتين (15) و(18) من الأمر 03-05.

#### أ 1/2 - المصنّف المشترك؛

هو الذي يشترك في وضعه وإنتاجه أكثر من شخص إذ يشارك في إعداده أكثر من مؤلّف ويكون من الطبيعيّ أن يُسنَد الحقّ الأدبيّ إليهم جميعاً ويكون لهم ما لصاحب الحقّ من حماية<sup>2</sup>.

#### أ 2/2 - المصنّف الجماعيّ؛

وهو المصنّف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعيّ أو معنويّ يتكفّل بنشره تحت إدارته وبإسمه، ويندمج عمل هؤلاء الأشخاص في الهدف العام الذي قصد إليه الشّخص الطّبيعيّ أو المعنويّ، بحيث لا يمكن فصل عمل الأشخاص وتمييز كلّ واحد على

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 232.

2 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 215.

حدة، ويكون الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه في ابتكار هذا المصنف أي أن دوره ينحصر في توجيه الابتكار، يكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف<sup>1</sup>.

### أ 3- الإبداع؛

تتشرط المادة الثالثة من الأمر 03-05 للاستفادة من الحماية المقررة لحقوق المؤلف أن يكون المصنف إبداعاً وأصيلاً، ويعتبر الابتكار هو العنصر الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف، والمقصود بالابتكار أن يتميز الإنتاج الفكري أو الطابع الأدبي بطابع معين يبرز شخصية صاحبه سواء في مضمون الفكرة أو جوهرها أو مجرد الطريقة التي إتبعها لعرض الفكرة أو التعبير عنها، ولا يشترط في الابتكار اختراع أفكار وآراء غير معروفة بل يكفي وجود جهد فكري يبرز شخصية المؤلف، فالقاعدة الأساسية التي تحكم سائر المصنفات الذهنية الجديرة بحماية حق المؤلف هو انطباعها بروح الإبداع دون أي اعتبار لقيمتها كبيرة كانت أم صغيرة، جمالياً أم نفعياً.

والمصنف ينصرف إلى كل نتاج أيًا كانت طريقة التعبير عنه (بطريقة الكتابة أو الصوت أو الرسم... إلخ)، فإذا توفّر عنصر الابتكار على النحو السابق، اعتبر صاحب هذا المصنف مؤلفاً، وأصبح يتمتع بالحماية القانونية عن طريق الاعتراف له على إنتاجه بحق أدبي أو معنوي، وبحق مالي له<sup>2</sup>.

### ب - مضمون حق المؤلف؛

اختلف الفقه والقضاء في تحديد طبيعة حق المؤلف، فظهرت ثلاث نظريات في هذا الشأن، أمّا الأولى فتري أن حق المؤلف من حقوق الملكية وتعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة، والنظرية الثانية ترى بأن حق المؤلف من الحقوق الشخصية، وبدورها تعرضت أيضاً لانتقادات، والرأي الفقهي السائد وهي النظرية الثالثة حيث ترى أن حق المؤلف ذو طبيعة مُردّجة، فلا يغلب حق على آخر، وسنوضح هذين الجانبين الأدبي والمالي<sup>3</sup>:

1 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 91.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 301.

3 عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 327.

ب 1 - الحق الأدبي أو المعنوي؛

يعبر عن الصلة الوثيقة التي تربط صاحب الحق الذهني بمحلّ الحق، فالإنتاج الذهني هو ترجمة لشخصية صاحبه، فهو جزء منه، وعلى ضوء هذه العلاقة المتميزة كان من الضروري الاعتراف لصاحب الحق بأبوة النتاج الذهني.

ب 1/1 - سلطات الحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف؛

يتضمن الحق الأدبي للمؤلف من الناحية الأدبية عدّة سلطات تمكّنه من حماية شخصيته التي يعبر عنها إنتاجه الذهني، ولذلك يتضمن الحق الأدبي عدّة سلطات ترمي جميعها إلى تمكين المؤلف من حماية شخصيته التي تجلّت في نتاج فكره وهذه السلطات نصّت عليها المادة (22) من القانون 03-05 وهي:

- حق المؤلف في نسبة المصنّف إليه.
- حق المؤلف في تقرير الكشف عن مصنّفه ونشره.
- حق المؤلف في دفع الإعتداء عن مصنّفه.
- حق المؤلف في سحب مصنّفه أو الحق في التوجيه<sup>1</sup>.

ب 2/1 - خصائص الحق الأدبي للمؤلف؛

يمتاز الحق الأدبي للمؤلف باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية بمجموعة من الخصائص تشترك إلى حدّ كبير مع الخصائص العامة للحقوق اللصيقة بالشخصية، وقد عبّرت عن هذه الخصائص المادة (02/21) من الأمر 03-05 وهي:

- عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه.
- الحق الأدبي لا يسقط بالتقادم أو بعدم الإستعمال مهما طالّت المدّة.
- الحق الأدبي لا يجوز الحجز عليه.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 83 - 90.

إضافة لهذه الخصائص هناك خاصية تُميّز الحقَّ المعنويَّ للمؤلف وهي قابليته للانتقال إلى الورثة، ويعدّ هذا خروجًا على قاعدة الحقوق الملازمة للشخصية التي تنقضي بوفاة صاحبها، ولكنَّ انتقال الحقِّ المعنويَّ للورثة مقيدٌ باحترام وصية المؤلف إن وجدت (مثل منع نشره أو بتعيين موعد له)، وكذا مراعاة مقتضيات الصالح العام<sup>1</sup>.

## ب 2- الحقُّ الماليّ؛

يقصد بالحقِّ الماديِّ للمؤلف مجموعة الامتيازات التي يخولها القانون للمؤلف لإستغلال مصنّفه للحصول على عائد ماليّ منه، وهذا ما عبّرت عنه المادة (1/27) من الأمر 03-05 بكلِّ وضوح على أنّه: "يحقُّ للمؤلف إستغلال مصنّفه بأيّ شكل من أشكال الإستغلال للحصول على عائد ماليّ منه"، وهو بهذا المفهوم يعبر عن الصلّة الماليّة القائمة بين المؤلف صاحب الحقِّ الفكريّ، وبين مصنّفه أو عمله الإبداعيّ أو العلميّ أو الفنيّ، ومن هنا كان الحقُّ الماديُّ بإعتباره حقّ إحتكار إستغلال إنتاج ذهنيّ، حقًا من الحقوق الماليّة، إلى جانب الحقوق العينيّة والحقوق الشخصيّة، ولقد نظم المشرّع الجزائريّ هذا الحق من المواد (27) إلى (32) من الأمر 03-05<sup>2</sup>.

## ب 1/2 - سلطات الحقِّ الماليّ للمؤلف؛

يقصدُ بها أوجه الإستغلال التي يباشرها المؤلف للإستفادة من ثمرة جهده الذهنيّ للحصول على عائد ماليّ وهي:

- إستنساخ المصنّف بأيّ وسيلةٍ، وهو عمل نسخ للمصنّف لتكون في متناول الجمهور، وهذا ما أكّدته المادة (2/27) من الأمر 03-05، ويكون استنساخ المصنّف بواسطة المصنّف نفسه وبواسطة مؤسسة نشر بمختلف الوسائل (النشر المطبوعيّ، التسجيل الصوتي... إلخ)<sup>3</sup>.

1 حسام الدين كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 320.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 207.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 146.

- إبلاغ المَنصَّف للجمهور، وهي تشملُ كلَّ الحالات المنصوص عليها في الفقرات الثَّانِيَّة إلى الثَّامِنَة من المادة (27) من ذات الأمر، فقد يكون عن طريق التَّمثُّل أو الأداء العلنيين، أو عن طريق البثِّ السَّمعيِّ أو السَّمعيِّ البصريِّ أو إذاعياً، أو البثُّ اللاسلكيِّ... إلخ<sup>1</sup>.
- تحويل المصنَّف بمعنى الترخيص بإنجاز مُصنَّفَاتٍ مُشتَقَّةٍ كالتَّرجمة والإقتباس، وهذا ما أكَّدته المادة (9/27) من الأمر 03-05<sup>2</sup>.

### ب 2/2 - خصائصُ الحقِّ الماليِّ للمؤلِّف:

- لَمَّا كان الحقُّ الماليُّ للمؤلِّف من الحقوق الماليَّة، فإنَّه يخضع لما تخضعُ له هذه الحقوق من قواعد قانونيَّة، إلَّا أنَّ هناك إختلافًا في بعض الجزئيات وهذه الخصائصُ هي:<sup>3</sup>
- أنَّه حقٌّ قابلٌ للتصرُّفِ فيه، وهذا ما نصَّت عليه المادة (61) من الأمر 03-05.
- عدمُ قابليَّته للحجز عليه.
- أنَّه حقٌّ مؤقَّت، أي أنَّ المؤلِّف يستفيد من حماية حقوقه الماديَّة طوال حياته في حين يستفيد ذوي حقوق (ورثته) من هذه الحماية القانونيَّة مدَّة خمسين (50) سنة، من مطلع السنة المدنيَّة التي تلي وفاته، وهذا ما أكَّدته المادة (54) من الأمر 03-05.
- أنَّه قابلٌ لِلإنتقال إلى الورثة<sup>4</sup>.

1 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 300.

2 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 344

3 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 243 - 245.

4 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 299، 300.

**الفصل الثاني:**

**أركان الحق**

سبق أن رأينا في تعريف الحق أنه عبارة عن سلطة يُقرها القانون لشخص يكون له بمقتضاها أن يستأثر بإجراء عمل ما أو أن يُلزم آخر بأداء عملٍ تحقيقاً لمصلحةٍ مشروعَةٍ.

ومن هذا التعريف يتبين أن للحق ركنين أساسيين، أولهما هو صاحب الحق، أي الشخص الذي يتمتع بهذا الحق، والثاني هو موضوع الحق أو محله<sup>1</sup>.

وهناك البعض من يضيف ركنًا ثالثًا وهو سبب الحق أي الواقعة التي يقرها القانون، أي نسبة محل الحق إلى صاحب الحق، إلا أنها وإن كانت مصدرًا للحق أو سببًا في نشوئه إلا أنها ليست داخلية في تكوينه<sup>2</sup>، وعليه نخصصها بفصلٍ مستقل.

ونخصص هذا الفصل لتناول صاحب الحق (مبحث أول)، ومحل الحق (مبحث ثان).

### المبحث الأول: صاحب الحق:

صاحب الحق أي الشخص الذي يتمتع بهذا الحق، والشخص لغة هو الانسان أو الفرد، أما الشخص في الاصطلاح القانوني هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية، والشخصية القانونية هي الصلاحية لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وعلى ذلك يكون الشخص هو الناحية القانونية، وأيضا هو كل من تتوافر فيه أهلية إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات.

والأصل في الشخص أن يكون إنساناً وهو ما يسمى بالشخص الطبيعي، إلا أن الشخصية القانونية بهذا المعنى السابق ليست بني البشر فقط، فقد أدت الحاجة الاقتصادية والاجتماعية إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لجماعات من الأشخاص أو الأموال تسعى لتحقيق أغراض معينة كالشركات والجمعيات والمؤسسات، ويطلق عليها بالأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص المعنوية<sup>3</sup>.

ولهذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول سنبين فيه الشخص الطبيعي، والمطلب الثاني سنبين فيه الشخص الاعتباري.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 144.

2 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 247.

3 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 159، 160.

### المطلب الأول: الشَّخص الطبيعيّ:

يُقصدُ بالشَّخص الطبيعيّ الإنسان أي الكائن البشريّ، وتقضي دراسة الشَّخص الطبيعيّ الإحاطة بمجموعة من العناصر الهامّة له وتشمل معرفة بداية الشَّخصيّة القانونيّة للإنسان ونهايتها، والأهليّة مادام أنّ لكلّ شخصيّة قانونيّة أهليّة، وأخيراً معرفة العلاقات التي تميّز الشَّخص الطبيعيّ عن غيره.

### الفرع الأول: بدأ الشَّخصيّة القانونيّة ونهايتها:

تثبت الشَّخصيّة القانونيّة للشَّخص الطبيعيّ بولادته حيّاً (أولاً)، وتنتهي بوفاته (ثانياً).

### أولاً: بداية الشَّخصيّة القانونيّة:

تبدأ الشَّخصيّة القانونيّة لدى الشَّخص الطبيعيّ بولادته وهذا هو المبدأ، غير أنّ المشرّع لم يتجاهل الجنين.

### 1- المبدأ (الولادة):

نحدد في البداية المقصود بالولادة التي تبدأ بها الشَّخصيّة القانونيّة ثم نتناول وسائل إثباتها.

### أ- مفهوم الولادة:

جاء في نص المادة (25) مدنيّ جزائريّ أنّ بداية الشَّخصيّة القانونيّة للإنسان تكون بتمام ولادته حيّاً أي بانفصاله عن أمه حيّاً، وعليه فإنّ شرطين يجبُ تحققهما لبداية الشَّخصيّة القانونيّة للإنسان وهما:

الشَّرطُ الأوّل: تمامُ الولادة أي انفصال المولود عن والدته كاملاً، فإذا انفصل جزئياً فلا تثبتُ له الشَّخصيّة القانونيّة.

الشَّرطُ الثَّاني: تحقُّق الحياة أي أن يكون لحظة انفصاله عن أمه حيّاً، ومن العلامات الدّالة على ولادته حيّاً الصراخُ، البكاءُ، الحركةُ، التَّنَفُّسُ، وإلّا فيمكن الإستعانة بالأطباء ذوي الاختصاص للتثبت من ذلك، أي يكفي أن يكون المولود قد انفصل حيّاً بغضِّ النَّظر عمّا إذا كان قابلاً للحياة أو غير قابل لها<sup>1</sup>.

1 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 322.

ب - إثبات الميلاد:

الميلاد هو واقعة مادية يجوز مبدئيًا إثباته بكل الوسائل، غير أنه باعتبار أهمية الآثار القانونية المترتبة عليها (واقعة الميلاد) حدد المشرع في المادة (26) مدني جزائري طرفًا خاصة للإثبات، بحيث يتم إثبات واقعة الولادة بالسجلات الرسمية المخصصة لها، غير أنه يجوز لكل ذي مصلحة إثبات الولادة بالطرق الأخرى حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية إن لم تكن مسجلة أو تبين عدم صحة ما أُدرج بالسجلات<sup>1</sup>.

2 - المركز القانوني للجنين:

كقاعدة عامة الشخصية القانونية لا تثبت إلا بتمام الولادة حيًا ولكن القانون لإعتبارات متعددة يعترف للحمل ببعض الحقوق التي يعترف له بشخصيته ناقصة<sup>2</sup>.

وتنص المادة (2/25) مدني جزائري: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيًا"، إذا رجعنا إلى أحكام القانون الجزائري نجد أن الجنين يكتسب الحقوق وهي معلقة على شرط ولادته حيًا، فله حقه في ثبوت نسبه لأبيه المادة (43) قانون أسرة، وحقه في الإرث المادة (128) قانون أسرة، وحقه في الوصية المادة (187) قانون أسرة، وحقه في جنسية أبيه المادة (06) قانون جنسية، والحق في الاستفادة مما يشترط لصالحه، كالاشرط لمصلحة الغير كأن يكون مستفيدًا من عقد تأمين، وحقه في الهبة المادة (209) قانون أسرة، وبالتالي يتبين مما تقدم أن للجنين حقوقًا يكتسبها دون الحاجة إلى قبول، وتثبت له وهي النسب والإرث والوصية والجنسية والاستفادة من الاشرط، بخلاف الهبة التي يشترط فيها قبول يصدره وليه الشرعي، وهي معلقة على شرط ولادة الجنين حيًا<sup>3</sup>.

وهناك حقوق، وإن لم ينص عليها القانون صراحة تثبت للجنين كحقه في الحياة وعدم التعرض له، ولذلك حرّم الإجهاض.

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 657، 658.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 266.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 229، 230.

ويتضح من الأحكام السابقة أنَّ المشرع الجزائري مَنَحَ للجنين شخصية قانونية محدودة تؤهله لإكتساب الحقوق النافعة نفعًا بحثًا له، وهذه الشخصية المحدودة لا تتأكد إلا بتمام الولادة، لذلك تُعتبر شخصية الجنين معلقةً على هذا الشرط<sup>1</sup>.

### ثانيًا: انتهاء الشخصية القانونية:

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان (الشخص الطبيعي) بموته، غير أنَّ القانون يعتبر المفقود أيضًا ميتًا، فيكون موته حكميًا.

#### 1 - الموت الطبيعي:

يقصد بموت الإنسان وفاته أي هلاكه، وجاء في نص المادة (1/25) من القانون المدني الجزائري أنَّ الشخصية القانونية للإنسان تنقضي بوفاته، والمقصود بالموت الحقيقي الذي يثبت على وجه اليقين والتأكيد، وهو الذي يطلق عليه الموت الطبيعي تمييزًا على ما كان يُسمى الموت المدني والذي كان يتعلّق بالشخصية القانونية للإنسان فقط، رغم بقائه على قيد الحياة، فلم يكن يتمتع الرقيق بالشخصية القانونية بالرغم من كونهم بشرًا<sup>2</sup>.

ويكون الموت في لغة القانون قاصرًا على الشخص القانوني الذي يصبح بسبب هلاكه غير صالح لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات فتنتهي شخصيته<sup>3</sup>.

والوفاة باعتبارها واقعة مادية يمكن أن تثبت بجميع طرق الإثبات غير أنَّ هناك صعوبة خاصة فيما يتعلّق بتحديد تاريخ الوفاة في حالة موت العديد من الأشخاص في آن واحد، وتظهر أهمية تحديد الوفاة خصوصًا إذا كانت هناك بينهم قرابة تؤدي إلى إرث بينهم<sup>4</sup>، ومعمول أنَّ مواعن الإرث إذا مات إثنين ولم يُعلم أيُّهما مات أولاً فلا إستحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا، بخلاف المشرع الفرنسي الذي وضع عدّة قرائن لمعرفة الأسبق في الوفاة في المادة (720) مدني فرنسي وما بعدها<sup>5</sup>.

1 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 188.

2 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 77.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 193

4 حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 352.

5 حسام الدين كامل الأهواني، نفس المرجع، ص 79

وتثبت واقعة الوفاة في السجلات المُعدَّة لذلك وفقاً لقانون الحالة المدنيَّة، وما يوجب على ذوي الشأن التَّبليغ عَنِ الوفاة خِلالَ أربع وعشرين ساعة ابتداءً من الوقت الذي حصلت فيه الوفاة.

غير أنَّ هذه السجلات ليست لها حُجِّيَّة مُطلَقة، فالوفاة شأنها شأن أيِّ واقعة ماديَّة يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وبالتالي فإنَّه يجوز لكلِّ من له مصلحة أن يثبت عكس ما هو وارد في هذه السجلات<sup>1</sup>.

وإذا كانت الشَّخصيَّة القانونيَّة للإنسان تنتهي بالوفاة، فإنَّ هناك من الفقهاء من يرى امتداد هذه الشَّخصيَّة فيما يتعلَّق بذمته الماليَّة امتداداً إفتراضياً إلي حين سداد الديون إعمالاً لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون، وكذا بعد تنفيذ الوصيَّة.

ولعلَّ هذا الإفتراض إنَّما جاء لحماية دائني المتوفى من أن توزَّع التَّركة على الورثة قبل استقفاء ديونهم مما قد يضطرُّهم للرجوع على الورثة أنفسهم، وهو حماية للورثة أنفسهم حتَّى لا يلتزموا شخصياً عن ديون مورثهم.

وانتقد هذا الرأى على أساس أنَّه من غير المتصوَّر بقاء شخصيَّة الإنسان بعد وفاته ولذلك فإنَّ تركته تنتقل بعد وفاته مباشرة إلى ورثته مثقلة بالديون، وبعد الوفاء بها وأداء الوصيَّة يؤول ما تبقى من الأموال إليهم كل حسب نصيبه المفروض شرعاً<sup>2</sup>.

## 2- الموت الحكمي؛

إذا كانت القاعدة العامَّة أنَّ الشَّخصيَّة القانونيَّة تنتهي بالموت الحقيقي بعد التثبيت من الموت يقيناً، فإنَّه في بعض الأحوال يصعب معرفة ما إذا كان الشخص قد مات يقيناً أم لا، فالشَّخص المفقود يمكن أن تنتهي أيضاً شخصيَّته القانونيَّة عن طريق الموت الحكمي أو التقديري ويكون الشخص ميتاً قانوناً نظراً لظروف معينة أو وضع ما، في حين أنَّ الواقع قد يختلف عن ذلك فقد يكون الشَّخص حياً يرزق، والغاية من إصدار القاضي للموت الحكمي للشخص المفقود هو المحافظة على مصالح الشَّخص ذاته ومصالح غيره التي قد تتضرر من

1 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 135.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 152، 153.

عدم ظهور الشَّخص، فقد تسقط حقوق الشخص بالتَّقدم كما يستحيل استثناء دائنيه حقوقهم... إلخ<sup>1</sup>.

وعليه سنتناول مفهوم المفقود، وإجراءات تقرير الموت الحكمي، فحالة ظهور المفقود بعد تقرير موته.

#### أ- مفهوم المفقود:

المفقودُ هو شخص غاب عن محلِّ إقامته وانقطعت أخباره فلا يُعَلَّم مكانه ولا يعرف إن كان حيًّا أو ميتًّا، كمن يفقد في حرب أو زلزال أو طوفان، ولا يمكن اعتبار الشَّخص مفقودًا إلاَّ بعد أن يصدر القاضي حكمًا بالفقد، وهذا ما أكدته المادة (109) من قانون الأسرة، ويميز المشرِّع وكذا الفقه بين حالتي الغياب والفقد استنادًا إلى ظهور وعدم ظهور كل منهما، حيث جاء في المادة (110) من قانون الأسرة أنَّ الغائب هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محلِّ إقامته وكانت حياته معلومة ولكن ظروف قاهرة منعت من الرجوع إلى موطنه أو محلِّ إقامته، ويترتَّب على هذا الغياب استحالة إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل عنه (أي الغياب ليس المادي فقط) لمدة سنة وتسبب في إلحاق الضرر بالغير، فالغيبه لا تنهي الشخصية القانونية.

وعليه فإنَّ الاختلاف بين المفقود والغائب، في أنَّ المفقود يختفي في ظروف استثنائية وخطيرة فيرجح موته على حياته، أمَّا الغائب فإنَّه يختفي في ظروف عادية ومن ثم ترجح حياته، في كلتا الحالتين الفقد والغياب يسبِّب ضرر للغير<sup>2</sup>.

وعلى ذلك فكل مفقود غائب، ولكن لا يعتبر كلَّ غائب مفقود، والذي يهنا الآن هو المفقود الذي يجوز الحكم بإعتباره ميتًّا وبالتالي تنتهي شخصيته القانونية حتى ولو كان في الواقع حيًّا<sup>3</sup>.

#### ب- إجراءات تقدير الموت الحكمي:

ينقرَّر الموت الحكمي للشَّخص المفقود عبر مرحلتين منفصلتين هما مرحلة تقرير حالة الفقد، ثمَّ مرحلة تقرير موت المفقود.

1 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 37.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 60.

3 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 254.

### ب 1 - الحكمُ بفقدان الشخص؛

في هذه المرحلة يعتبر المفقود حياً طبقاً للمادة (133) قانون الأسرة وتُحرّك الدعوى القضائية من كل شخص له مصلحة في ذلك المادة (114) قانون الأسرة، كأن يكون الوارث الإجمالي للشخص المفقود أو أحد دائنيه لاسيما الدائن العادي أو النيابة العامة، وإذا تقرر حكم الفقد يعين القاضي مقدم عن المفقود في ذات الحكم ويكون مقدماً لتسيير أموال المفقود، وإستلام ما يكون إستحققه المفقود من الميراث أو التبرع المادة (111) قانون الأسرة، وتبقى زوجته في ذمته إلا إذا رغبت في الانفصال، فلها طلب التطلق المادة (112) قانون الأسرة، ويحكم لها القاضي به بسبب الغيبة لمدة سنة دون عذر ولا نفقة، تطبيقاً للفقرة الخامسة من المادة (53) قانون الأسرة<sup>1</sup>.

### ب 2 - الحكمُ بموت المفقود؛

في هذه المرحلة يحكم القاضي (كما سبقت الإشارة) بناء على من له مصلحة، وهذه المرحلة الثانية للحكم بالفقد التي تعدّ إجراءً مؤقتاً، ومن ثم لايد من حكم نهائي لوضعية المفقود، وهذا بعد إنقضاء فترة زمنية، حيث نصت المادة (113) قانون الأسرة على أنه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات من التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي لتقدير المدّة المناسبة بعد مضي أربعة سنوات"، ويتبين من هذا النص أنّ المشرع لم يترك أمر المفقود متعلقاً إلى أجل غير معلوم، وإنما عدد مدّة زمنية يحكم بعدها بموته وهنا فرّق المشرع بين موت المفقود في حالات الخطر، وموت المفقود في الحالات العادية<sup>2</sup>.

### ب 1/2 - موت المفقود في حالات الخطر (حالة الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك)؛

المقصود بحالات الخطر أو الحالات الإستثنائية هي تلك الحالات التي يرجح فيها موت المفقود نظراً للظروف التي إختلفت فيها كمن يفقد في حالة الحرب أو كارثة كزلزال أو فيضان أو حادث طائرة... إلخ، ويعتبر الفقد في هذه الظروف قرينة على وفاة المفقود متى مضت مدّة معينة على فقده، هذه المدّة هي أربع سنوات من تاريخ الفقد وبعد التحريات التي قامت بها

1 حمدي بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 353، 354.

2 حورية كميح، المرجع السابق، ص 22.

الجهات المختصة خلال هذه المدّة ولم تثبت حياته، وعلى القاضي أن يأخذ بتلك القرينة، ويصدر القاضي حكمه بموت المفقود بطلب من ورثته أو من له مصلحة في ذلك<sup>1</sup>.

ويمكن في حالات إستثنائية تقليص الأجل وإختصار الإجراءات من قبل المشرع، وهذه الحالات أحكامها خاصّة كما أنّها مؤقتة كالأحكام الإستثنائية الخاصة بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، حيث صدر الأمر 03-02 المؤرخ في 25/02/2002 والمتضمن الأحكام الخاصة على المفقودين في هذه الفيضانات<sup>2</sup>، والذي يقضي في مادته الثانية: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001:

- يصرّح متوفي بموجب حكم كلّ شخص تثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية... وسلم هذا المحضر لذوي الحقوق، أو لكلّ شخص له مصلحة في أجل لا يتعدّى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة...

- يصدر الحكم بالوفاة بناء على طلب أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدّى شهراً واحداً ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه"<sup>3</sup>.

#### ب 2/2- موت المفقود في الحالات العادية (حالة الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك):

يراد بها الحالات التي يفقد فيها الشّخص أثناء سفر عادي للتجارة أو للسياحة أو للعلم وقد فوضت المادة (113) قانون الأسرة الأمر في هذه الحالة للقاضي ليحكم بإعتبار المفقود ميّتاً بعد مضي المدّة التي يقدر كفايتها، مع العلم أنّها تبدأ بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، ولم يحدّد القانون مدّة معينة يصدر الحكم بعد مرورها بل ترك الأمر للقاضي، ولا يصدر القاضي حكمه إلا بعد التحري بكل الطرق الممكنة عن وجوده على قيد الحياة أو وفاته ويصدر الحكم

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 216.

2 عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 69 - 99.

3 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 337، 338.

بالفقد أو الموت بناء على طلب الورثة أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة، ويصبح تاريخ صدور الحكم هو تاريخ الوفاة<sup>1</sup>.

ويعتبر الحكم بموت المفقود حكماً منشئاً لا كاشفاً، وعليه يكون تاريخ صدور الحكم هو تاريخ الوفاة، ويتفرع على ذلك أنّ أموال المفقود تعتبر من تلك اللحظة تركة تقسم على المستحقين منهم للإرث في هذا الوقت، وتصبح زوجته أرملة من تاريخ صدور الحكم، ولها أن تتزوج غيره بعد إنقضاء أجل العدة<sup>2</sup>.

أمّا بالنسبة لمال الغير، فإذا كان المفقود من باب الإحتياط يوقف له في مرحلة الحكم بالفقد من التركة بقدر نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً، وكذلك يحفظ ما أوصى له به، وعليه فإنّ الحكم بموت المفقود، فإنّه في هذه الحالة يعتبر المفقود ميتاً من تاريخ الفقد، وليس من تاريخ صدور الحكم، ويتفرع على ذلك أن ما أوقف له من نصيب في الإرث يُرد إلى من كان يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، كما تُرد الوصية بدورها إلى ورثة الموصى<sup>3</sup>.

### ج- حالة ظهور المفقود:

إذا ظهر المفقود بعد صدور الحكم القضائي بموته، أعتبر هذا الحكم أو القرار كأن لم يكن، لأنّ موت الشخص هو موت حكمي وليس بموت حقيقي، ومن ثم تزول بأثر رجعي الآثار التي رتبها الموت الحكمي، فيحقّ للمفقود أن يسترد ما بقي من أمواله عيئاً أو قيمة ما بيع منها، وله أن يسترد نصيبه من الإرث أو الوصية من التركات التي تمّ إفتتاحها بعد صدور الحكم بموته، غير أنّ ما استهلكه الورثة من أموال أو تصرف فيها للغير، فإنّهم لا يسألون عنها إذا تصرفوا فيها بحسن نية لأن وجود هذه الأموال في يد من وزعت عليه كأن يستند إلى حكم القضاء أو قرار بموت المفقود.

أمّا زوجته فتعود له إذا كانت لم تتزوج بعد أو تزوجت، ولم يدخل بها زوجها الجديد<sup>4</sup>.

1 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 84.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 201.

3 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 150.

4 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 309، 310.

### الفرع الثاني: الأهلية القانونية:

إنَّ لفظ الأهلية يعني في اللغة القدرة أو الصلاحية، أمَّا في الإصطلاح القانوني فلها معنيان، فإذا إستخدمنا هذا اللفظ في مجال كسب الحقوق أو تحمل الإلتزامات كان المقصود به يسمى أهلية الوجوب، أمَّا إذا إستخدم هذا اللفظ في مجال إبرام التصرفات القانونية فإنَّه يقصد به ما يسمى أهلية الأداء<sup>1</sup>.

وعليه سنتناول كلاً من أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ثم عوارض الأهلية، ثم موانع الأهلية.

### أولاً: أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

الأهلية نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وهذا ما نوضّحه فيما يلي:

#### 1 - أهلية الوجوب:

يقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب حقاً وأن يتحمّل التزاماً، وأهلية الوجوب تدور وجوداً وعدمًا مع الحياة نفسها، وعلى ذلك فالشخص منذ ميلاده حتى وفاته يوجد لديه أهلية وجوب كاملة أي أنّه قابل وبصرف النظر عن سنّه أو ملكاته العقلية لأن يكتسب حقاً وأن يتحمل التزاماً، ولا يرد عليها قيود إلا ما ورد النص عليه في القانون، مثل ما تنص عليه قوانين بعض الدول من حرمان الأجانب من أهلية الوجوب بالنسبة لحق الملكية العقارية<sup>2</sup>.

وبما أنّ المشرّع أقرّ للجنين بعض الحقوق رغم أنّه لا زال حملاً مستكناً، فإنّ له أهلية وجوب ناقصة لأن الحقوق التي تنقرر للجنين في هذه الفترة تقتصر على تلك التي لا تحتاج إلى قبوله لها كثبوت نسبه إلى أبيه وكسب حقه عن طريق الميراث والوصية<sup>3</sup>.

وقد تختلط الشخصية القانونية بأهلية الوجوب لكونهما تثبتان للشخص بولادته حياً ومتعلقتين باكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، أي أنّ هناك ارتباطاً وثيقاً بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب، إلا أنّهما يفترقان فيما عدا ذلك، الأمر الذي يرتب تمييزاً بينهما.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 183.

2 عبد الودود ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 274.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 75.

ويترتب على هذا التمييز أنّ الشخصية القانونية تكون دائماً سابقة في وجودها على أهلية الوجوب التي تكون أمراً لاحقاً للشخصية، فلا يمكن الحديث عن أهلية الوجوب إلا إذا كانت هناك شخصية قانونية، كما أنّ الشخصية القانونية باعتبارها الكائن الصالح لاكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات، فهي إمّا موجودة هذه الشخصية أو منعدمة<sup>1</sup>، أمّا أهلية الوجوب فهي مرتبكة بمدى صلاحية هذا الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل بعض الواجبات، فمثلاً الحقوق السياسية لا تثبت إلا للوطنيين دون الأجانب، كما نجد تقييد أهلية الوجوب لبعض الحقوق المدنية في حالات إستثنائية مثل الحرمان من الإرث من قتل مورثه عمداً<sup>2</sup>.

فحرمان هؤلاء الأشخاص المشار إليهم من بعض الحقوق أو إعفائهم في بعض الواجبات لا يؤثر في ثبوت الشخصية القانونية الكاملة لهم، وإنّما يقيد أو ينقص من أهلية وجوبهم<sup>3</sup>.

## 2- أهلية الأداء؛

ونستعرض فيها المقصود بأهلية الأداء، ثم مراحل تدرجها.

### أ- تعريف أهلية الأداء؛

وهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به القانون كأهلية الشخص في أن يبيع أو يؤجر أو يهب ماله، ويجب عدم الخلط بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فهذه الأخيرة تعني صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن يترتب عليه له حقوقاً وتحمله التزامات، وأهلية الأداء تفترض ابتداء وجود أهلية وجوب، ولكن لا يشترط لمن له أهلية وجوب أن تكون له أهلية أداء كالصبي، والمجنون فتكون أهلية الأداء لديهم معدومة<sup>4</sup>.

وإذا كانت أهلية الأداء مرتبطة بقدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية، فإنّ إرادة الشخص يجب أن ترتبط بالإدراك والتمييز، وعند انعدام ذلك كما في حالة الصبي غير المميز والمجنون فإنّ أهلية الأداء حينئذٍ منعدمة، والقانون لا يمنع إجراء تصرفات لصالح الشخص الذي

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 205.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 325، 326.

3 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 745 - 748.

4 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 207.

لا يتمتع بأهلية الأداء، فقد أوجد المشرع إجراء آخر أي نظاماً اقتضته ظروف الحال، فما دام الشخص غير صالح بأن يباشر التصرف القانوني بنفسه فكان لزاماً أن يقوم بدلاً منه شخص آخر، وهذا هو نظام الولاية على المال وبمقتضاه يحدد القانون شخصاً معيناً يتولى عن معدوم الأهلية وناقصها شؤونه المالية ومباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه ومثل هذه التصرفات إبرام عقد بيع لمصلحة القاصر أو عقد إيجار أو عقد رهن... إلخ.<sup>1</sup>

فالولاية تعني سلطة تمنح لشخص معين في أن يقوم بالتصرفات القانونية لا لحساب نفسه، بل لحساب شخص آخر ونيابة عنه، بخلاف أهلية الأداء التي تعني صلاحية الشخص أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية والتي من شأنها أن ترتب له الحقوق أو تحمله للإلتزامات.<sup>2</sup>

وتتميز أهلية الأداء أيضاً عن نظام عدم قابلية المال للتصرف فيه، ففي بعض الأحيان يكون مال معين غير قابل للتصرف فيه قانوناً مثل الأموال العامة والأموال التي يلحقها شرط المنع من التصرف، ولا يجب الخلط بين إنتفاء أهلية الأداء وبين المنع من التصرف ففي حالة إنتفاء أهلية الأداء يكون الشخص نفسه غير صالح للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه وهذا الشخص ذاته يوصف بأنه منعدم أو ناقص الأهلية، أمّا في حالة المنع من التصرف، فإنّ المال نفسه غير قابل للتصرف فيه، فهذا الوصف يلحق بالمال نفسه ويجعل التصرف فيه ممنوعاً وليس الشخص.<sup>3</sup>

### ب- مناط أهلية الأداء:

مناط أهلية الأداء هي قدرة الشخص على إجراء التصرف القانوني والذي هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونية، وهذه القدرة ترتبط بالإدراك والتمييز ويترتب عليه أنّ الأهلية تدور وجوداً وعُدماً مع الإدراك والتمييز، فمن يتوافر لديه الإدراك والتمييز توافرت لديه أهلية الأداء، ومن نقص إدراكه وتمييزه نقصت أهليته ومن إنعدم الإدراك لديه انعدمت أهلية الأداء لديه<sup>4</sup>، ولا يكتمل التمييز عند الشخص دفعة واحدة بل ينمو تدريجياً مع نمو الإنسان، فتتدرج الأهلية بتدرج السن

1 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 386.

2 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 275.

3 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 146.

4 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 574.

من عدم إلى الكامل، وفي هذا الصدد فرّق المشرع بين مراحل أربعة من مراحل حياة الإنسان وهي:<sup>1</sup>

#### - المرحلة الأولى: مرحلة الحمل المستكن:

مرحلة الحمل المستكن وليس للجنين فيها إلا أهلية وجوب ناقصة، أمّا أهلية الأداء فإنّها منعدمة للجنين لأنّه لا إرادة له ولا تمييز.<sup>2</sup>

#### - المرحلة الثانية: مرحلة الصبي غير المميّز:

تتعدم في هذه المرحلة أهلية الأداء تمامًا لدى الشخص، وتبدأ هذه المرحلة من ولادة الشخص حيًا إلى بلوغه ما دون الثالثة عشر سنة من عمره، وهذا ما أكدته المادة (18) مدني جزائري، ويسمى بالصبي عديم التمييز ويقصد بالتمييز قدرة الشخص على التمييز بين الخير والشر أو بين الفعل الحسن والقبيح، وتكون للشخص في هذه المرحلة أهلية وجوب كاملة.<sup>3</sup>

أمّا عن التصرفات التي يقوم بها الشخص تعتبر باطلة بطلانًا مطلقًا سواء كانت نافعة له نفعًا محضًا مثل ذلك يتبرع الغير له وقبوله الهبة<sup>4</sup>، أو كانت ضارة ضررًا محضًا كالالتبرع والوصية والهبة الصادر منه للغير، أو الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والإيجار ففيهما تقديم شيء وأخذ مقابله المادة (82) قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المادة (1/42) مدني جزائري حيث قضت أنّه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن..."، ويتولى وليه أو وصيه القيام بهذه التصرفات ما دام ليست له أهلية أداء.<sup>5</sup>

#### - المرحلة الثالثة: مرحلة الصبي المميّز:

تكون في هذه المرحلة أهلية الأداء لدى الشخص ناقصة، ويدعى الشخص بالقاصر المميّز، وهو كل شخص بلغ سن الثالثة عشر ولم يبلغ سن الرشد، وهي 19 سنة ميلادية كاملة في القانون الجزائري.

1 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 378 - 380.

2 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 761.

3 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 522 - 526.

4 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 245.

5 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 331.

وفي هذه المرحلة يكون للصبي المميّز الحق في إجراء التصرفات النافعة نفعًا محضًا، وهي التي تكسبه حقًا ولا تحمله إلتزامًا فتعتبر صحيحة المادة (1/83) قانون الأسرة، مثل قبول الهبة والوصية، أمّا إذا كانت التصرفات ضارة ضررًا محضًا، وهي التي تفقد ذمته المالية، أي لا تكسبه حقًا وتحمله إلتزامًا فهي باطلة بطلانًا مطلقًا، ولو أجازها الولي أو الوصي المادة (2/83) قانون الأسرة، أمّا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي التي تكسبه حقًا وترتب عليه إلتزامًا في الوقت نفسه كالبيع والشراء، والإيجار وغيرها، فالتشريع الجزائري له حكمان مختلفان فهي تصرفات قابلة للإبطال حسب المادة (101) مدني جزائري<sup>1</sup>، وهي فكرة مستمدة من قانون نابليون وهي في نفس الوقت متوقفة على الإجازة حسب المادة (83) قانون الأسرة<sup>2</sup>، وهي فكرة مستمدة من الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>، ولتجاوز هذا التناقض بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة يرى البعض أنّ بطلان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر هو الحل الأقرب للصواب<sup>4</sup>.

وخروجًا على القاعدة العامة يمكن أن يرشّد القاصر المميز فيصير كامل الأهلية بالنسبة لتصرفات معينة، فيقوم بالتصرف في أمواله كليًا أو جزئيًا وذلك بإذن من القاضي وبناء على طلب ممن له مصلحة، وهذا ما أكدته المادة (84) قانون الأسرة<sup>5</sup>، أي تصبح تصرفات القاصر المرشّد على غرار الشخص الراشد صحيحة بغض النظر عن طبيعتها ضارة أو نافعة أو دائرة بين النفع والضرر، ويتخذ الإذن القاضي بناء على طلب من له مصلحة كأن يكون ولي القاصر أو الوصي عليه أو النيابة العامة، وله كذلك الحق في الرجوع عن الإذن عند وجود مبرر لذلك، علمًا أنّ سن التمييز حسب المادة (2/42) مدني جزائري هي ثلاث عشرة سنة، أي أنّ سن

1 تقضي المادة (101) مدني جزائري بأنّ الحق في طلب الإبطال يسقط بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات من يوم زوال نقص الأهلية.

2 تنص المادة (83) قانون أسرة على اعتبار تصرفات ناقس الأهلية موقوفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 338.

4 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 213.

5 حورية كميح، المرجع السابق، ص 33.

الترشيد هو سن التمييز حسب المادة (84) قانون الأسرة التي تنص على أن: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز..."<sup>1</sup>.

#### - المرحلة الرابعة: مرحلة بلوغ سن الرشد:

تتمثل هذه المرحلة في بلوغ الشخص سن 19 سنة ميلادية كاملة فإذا بلغ ذلك إكتملت لديه أهلية الأداء بشرط أن يكون متمعًا بقواه العقلية وغير محجور عليه، وهذا ما أكدته المادة (40) مدني جزائري على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة".

وعليه فإنَّ الشخص إذا بلغ هذه السن يكون له أن يجري جميع التصرفات القانونية النافعة نفعًا محضًا والضارة ضررًا محضًا والدائرة بين النفع والضرر ما لم يقع عيب من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال أو عارض من عوارض الأهلية، أو بمانع من موانعها<sup>2</sup>.

#### ثانيًا: عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية هي أمور تعتري الشخص ويكون من شأنها أن تؤثر في إدراكه وتمييزه، وقد يكون ذلك التأثير من شأنه أن يعدم الإدراك والتمييز، وقد يكون من شأنه أن يُضعف تلك القدرات لديه أي أنه يصبح ناقص الإدراك والتمييز، فهذه العوارض تصيب الإنسان في عقله وإدراكه وتدبيره، وهذه العوارض نوعين: عوارض تصيب الإنسان في عقله فتعدم لديه الإدراك والتمييز وهي الجنون والعتة وعوارض تصيب الإنسان في تدبيره وهي الصفة والغفلة.

#### 1 - عوارض تصيب الإنسان في عقله:

وهي عوارض تعدم التمييز والإدراك لأنها تقضي على قدرة الشخص الإرادية وتتمثل في الجنون والعتة، ثم نبيّن حكم تصرفاتهما.

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 342.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 78.

أ- المجنون:

داء يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل فهو يجعل الشخص فاقد التمييز، وبالتالي فاقد الإرادة معدوم الأهلية<sup>1</sup>، أي أنّ الجنون هو مرض يصيب عقل الإنسان من جهة وينجر عليه فقدان التمييز من جهة أخرى، وهذه الحالة تتفاوت من شخص لآخر وقد تكون مستمرة أو متقطعة، والذي يقدر حالة الجنون باعتبارها حالة نفسية المختصون في هذا المجال<sup>2</sup>.

ب- المعتوه:

هو خلل يصيب العقل فيؤدي إلى إختلاط الكلام وفساد التدبير أو هو نقصان العقل من غير جنون، ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون والعته، فالجنون اضطراب وهيجان، أمّا العته فيلازمه الهدوء<sup>3</sup>.

ج- حكم تصرفات المجنون والمعتوه:

إعتبر المشرع الجزائري كلاً من العارضين (الجنون والعته) اللذين يصيبان الشخص في عقله يعدمان لديه التمييز والإدراك، فجعلهما سواء من حيث أهلية الأداء فإعتبر كلاً منهما معدوم الأهلية، وهذا ما أكدته المادة (1/42) مدني جزائري بأنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"، وعليه فإنّ التصرفات القانونية الصادرة من المجنون أو المعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً سواء كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر<sup>4</sup>.

وجاء في نص المادة (107) قانون الأسرة أنّه: "تعتبر تصرفات المحجور عليهم بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة فاشية وقت صدورها"، وبمقتضى هذا النص أنّ حكم تصرفات المجنون والمعتوه تتميز بمرحلتين<sup>5</sup>:

- الأولى: التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر وتكون فيها تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة ومشهورة لدى عامة الناس، ولو لم يكن

1 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 281.

2 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 529.

3 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 284.

4 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 345 - 350.

5 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 205.

المتعاقد معه عالمًا بذلك بغض النظر عن سوء أو حسن النية، ويتعيّن على من يتمسك بإبطال التصرف إثبات أن سبب الحجر من جنون أو عته ظاهرًا ومتفشيًا وقت تمام هذا التصرف<sup>1</sup>.

- الثانية: التصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر عليها، وفيها تكون تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانًا مطلقًا، سواء كان المتعاقد عالمًا أو ليس لديه علم<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري عند تناوله لحكم تصرفات المجنون والمعتوه جاءت موزعة بين القانون المدني وقانون الأسرة، شأنها شأن أحكام التصرفات المالية، لذلك كان هناك تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة من جهة، كما يوجد تناقض في نصوص قانون الأسرة، ويتجلى ذلك في أنّ المادة (1/42) قانون مدني تسوي بين تصرفات كل من الصبي غير المميز وكل من المجنون والمعتوه بأن اعتبرتهم جميعًا في حكم عديمي الأهلية، بخلاف نص المادة (107) قانون الأسرة التي ميّزت بين تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليهما، وتصرفاتهما بعد ذلك (كما سبق ذكره) وحسب ما إذا كانت حالة الجنون والعته ظاهرة وفاشية أم أنّها كانت غير ذلك، الأمر الذي يجعل النصين (2/42) مدني، و(107) من قانون أسرة غير منسجمين.

كما أنّ المادة (85) من قانون الأسرة، جاءت صياغتها بالعربية تجعل تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة غير نافذة، بينما جاءت الصياغة بالفرنسية جعلت تصرفاتهما باطلة دون أن يرتبط ذلك بالحجر عليهما، مما يجعل المادة (85) قانون أسرة تتعارض مع المادة (107) قانون أسرة<sup>3</sup>، وفي كل الأحوال فإنّه يستوجب على المشرع التدخل لتوحيد الأحكام الخاصة بتصرفات المجنون والمعتوه.

## 2- عوارض تصيب الإنسان في تديره:

وهي العوارض التي تنقص الأهلية ولكنها لا تعدمها فهي خلافًا للعوارض المعدمة التي تصيب الإنسان في إدراكه وتمييزه، إنّما هي تصيبه في ملكاته النفسية أي سلامة تديره وحسن تديره، وتتمثل في السُّفهُ والغفلة، ثم نبين تصرفات السفه وذي الغفلة.

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 249.

2 حورية كميح، المرجع السابق، ص 34.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 352 - 354.

أ- السفية:

هو خفة تعتري الإنسان فتبعته على إتلاف المال على خلاف مقتضى العقل والشرع، ويستدل على السفه من كيفية إنفاق المال على ضوء التجارب الإجتماعية وما يتعارف عليه الناس في حياتهم وهي تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق كالمقامرة أو المبالغة في التبرع<sup>1</sup>.

ب- ذو الغفلة:

تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإرادة والتقدير ويترتب عليها ألا يهتدي الشخص إلى النافع من التصرفات فيغبن في معاملاته<sup>2</sup>، أو هو من يغبن في معاملاته بسهولة، ولا يميّز فيها بين الربح والخسارة، حيث تتغلب عليه الطيبة المفرطة إلى حدّ السذاجة<sup>3</sup>.

ج- حكم تصرفات كل من السفية وذي الغفلة:

وفقاً لما جاء في المادة (43) من القانون المدني الجزائري، فإنّ السفه والغفلة لا يعدمان التمييز ولكن ينقصانه، ولهذا فالقانون يسوي بين السفية وذي الغفلة والصبي المميّز، في أنّ التمييز لدى هؤلاء لا يندم وإنما تصبح الأهلية لديهم ناقصة، والحجر يتم على السفية أو ذي الغفلة بموجب حكم قضائي بطلب من أقاربه أو من النيابة العامة أو من له مصلحة في ذلك، ويعيّن القاضي بموجب الحكم بالحجر مقدماً يتولى شؤون السفية وذي الغفلة.

ولبيان أحكام تصرفات كل من السفية وذي الغفلة ينبغي التمييز بين تصرفاتهما المبرمة قبل تسجيل قرار الحجر عليهما وتلك المبرمة بعد ذلك، وهذا ما لم يفعله المشرع الجزائري سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة<sup>4</sup>.

- الأولى: التصرفات السابقة لتسجيل الحجر على السفية وذي الغفلة تعتبر صحيحة خلال هذه الفترة أيّ كان نوع هذه التصرفات نافعة أو ضارة، أو دائرة بين النفع والضرر، إلا إذا كانت حصلت بطريق الاستغلال من جانب المتعاقد مع السفية أو ذي الغفلة، وإمّا قيام التواطؤ بينه

1 محمد نصر الدين وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 280.

2 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 166.

3 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 224.

4 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 569.

وبين السفية أو ذي الغفلة على تمكينه من التهرب من آثار الحجر المرتقب، فإن ذلك من شأنه أن يبطل العقد<sup>1</sup>.

- **الثانية:** التصرفات اللاحقة لتسجيل الحجر عليهما، فيرى البعض أنها تأخذ حكم تصرفات القاصر المميز (كما سبق ذكره)، وهناك من يرى أن التصرفات التي يباشرها السفية وذي الغفلة بعد الحجر تكون كلها باطلة سواء أكانت نافعة أو ضارة به<sup>2</sup>.

ونخلص إلى أن المشرع الجزائري لم يوضّح حكم تصرفات السفية وذي الغفلة وهو ما يجعل أحكام القانون المدني متعارضة مع أحكام قانون الأسرة، بل أن هذه الأخيرة متناقضة فيما بينها الأمر الذي يستوجب تدخل المشرع لكي يكون هناك انسجام بين المواد (43) مدني جزائري، و(85) قانون الأسرة، و(107) قانون الأسرة، لتوضيح حكم تصرفات السفية وذي الغفلة<sup>3</sup>.

### ثالثاً: موانع الأهلية:

يقصد بموانع الأهلية قيام ظروف طبيعية أو قانونية أو مادية تحد من قدرة الإنسان على إبرام التصرفات القانونية على الرغم من أنه كامل الإدارة والتمييز، فقد تكتمل الأهلية بكامل التمييز، أي بلوغه سن الرشد وتمتعه بكل قواه العقلية، ولكن يقوم بالشخص مانع يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية أو من الاستغلال بمباشرتها، وتتمثل في موانع الأهلية إما إصابة الشخص بعاهة، أو محكوم عليه بجناية أو الغيبة<sup>4</sup>.

#### 1 - المانع الطبيعي (العاهات الجسمية):

تنص المادة (80) مدني جزائري على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعدّر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعد قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته... ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عيّن من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 35.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 225.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 361.

4 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 591.

فطبقاً لهذا النص، فإنه إذا اجتمعت في الشخص على الأقل عاهتان من العاهات الثلاث المذكورة، وهي الصمم، والبكم، والعمى، وتعدّر عليه بسببها التعبير عن إرادته تعبيراً واضحاً يفهمه الغير منه، أو يصعب عليه هو فهم ما عبر عنه غيره، تعيّن له المحكمة مساعداً قضائياً يعاونه في إجراء التصرفات القانونية المقررة<sup>1</sup>، إمّا بطلب منه أو من كل ذي مصلحة، وهذا المساعد لا يعتبر نائباً عن الشخص المصاب بعاهة مزدوجة (ذوي العاهتين)، إنّما مساعد له يمكنه من التعبير عن إرادته ليفهمها الغير، ونقل إرادة الغير إليه وإفهامها إياه، فالإرادة التي يتم التصرف بها هي إرادة المستفيد من المساعدة وليس إرادة المساعد القضائي، لأنّ أهلية المصاب بالعاهة الجسمانية (العاهة المزدوجة) ليس ناقصة بل هو راشد، كامل التمييز، متمتع بكامل قواه العقلية، فهو كامل الأهلية، وإنّما ينحصر أثر هذه العاهات في قدرة الشخص على التعبير عن إرادته فقط، وإظهارها على حقيقتها، لذا تقدم له المساعدة للتعبير عن إرادته بطريقة واضحة يفهمها الغير، ومساعدته على الفهم الصحيح للإرادة المعبر عنها من قبل الغير<sup>2</sup>.

فالمساعد القضائي على العكس من الولي أو الوصي أو القيم ليس بمثابة نائب قضائي ينفرد بالتصرفات قائماً فيه مقام الأصيل وإنّما هو معاون مشترك لذوي العاهة، ينحصر للتصرفات لمساعدته في التعبير عن الإرادة، ومساعدته كذلك في نقل إرادة الغير إليه<sup>3</sup>.

وعليه فإنّ التصرفات التي تقررت فيها المساعدة القضائية لا يستطيع أن يبرمها الشخص المصاب بالعاهة الجسمانية منفرداً بغير المساعدة، وإلا كانت قابلة للإبطال لمصلحته، كما لا يجوز للمساعد أن يقوم بها منفرداً أيضاً، وإلا كان تصرفه غير نافذ في حق ذوي العاهتين، هذا إذا كان التصرف بعد تسجيل طلب المساعدة المقدمة من القضاء، أمّا قبل ذلك فإنّ التصرفات التي أجراها ذو العاهتين صحيحة، لأنّ (كما سبق ذكره) الشخص المصاب بالعاهة الجسمانية يعدّ راشداً كامل التمييز متمتعاً بكامل قواه العقلية ما ينقصه هو القدرة على التعبير الواضح وإفهام الغير بما يريد أو فهمه هو ما عبر عنه الغير<sup>4</sup>.

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 367 - 370.

2 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 394، 395.

3 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 197.

4 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 84.

## 2- المانع القانوني (المحكوم عليه بعقوبة جنائية)؛

تنص المادة (09) مكرر من قانون العقوبات على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية... تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في الحجر القضائي".

يتضح من هذا النص أنَّ للحكم بعقوبة جنائية أثرًا بالنسبة إلى المحكوم عليه نفسه، وأثر آخر بالنسبة إلى تصرفاته، أي يعتبر الحجر القانوني ضد المحكوم عليه بمثابة عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الأصلية تسلط عليه بقوة القانون، أي أنَّ الحجر لا يرجع إلى مسألة التمييز أو الإرادة فهما لا يتأثران بإصدار العقوبة، وإنما يرجع إلى إرادة المشرع في فرضه كعقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية<sup>1</sup>، فيصبح المحكوم عليه جنائياً عديم الأهلية، ويمتنع من إدارة أمواله أو التصرف فيها أثناء مدة تنفيذ العقوبة، وتكون التصرفات التي يقوم بها الشخص المحجور عليه قانوناً أثناء مدة تنفيذ العقوبة باطلة بطلاناً مطلقاً، ويعين مقدم لإدارة أموال المحكوم عليه يختاره بنفسه بشرط أن تصادق عليه المحكمة التي يقع في دائرة موطنه، أو تقوم هذه الأخير بتعيينه بطلب من النيابة العامة.

ويزوال المانع سواء بتنفيذ العقوبة أو بالإفراج على المحكوم عليه (انتهاء العقوبة الأصلية) فإنَّه يسترد أهليته كاملة، وبعدها يستطيع التصرف في ماله بنفسه<sup>2</sup>.

أمَّا الحالات التي يكون فيها الحجر إختيارياً، فإنَّ المشرع أشار فقط في المادة (09) مكرر من قانون العقوبات السالفة الذكر، للحجر الوجوبي (الإلزامي) والذي يكون في حالة الحكم بعقوبة جنائية أي أنَّ الحجر الإختياري لم تتم الإشارة إليه من قبل المشرع الجزائري<sup>3</sup>.

## 3- المانع المادي؛

يكون بالنسبة للغائب والمفقود واللذين سبقا تعريفهما، وذكرنا بشأنهما أنَّهما حالتين يجب إثباتهما بحكم قضائي، فكل من الغائب والمفقود شخص كامل الأهلية قبل الحكم بفقده، ولكن

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 253.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 326.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 369.

الضرورة قضت بأن تعينه المحكمة مقدماً عنه، وعرفت المادة (99) قانون الأسرة المقدم بأنه: "من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة العامة".

والمقدم هو من أقارب المفقود أو غيرهم يتولى تسيير أموال هذا الأخير، ويستلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع، المادة (111) قانون الأسرة.

ويظهر مما تقدم أنّ الحكم بفقد الشخص يعني في نفس الوقت الحجر عليه قضائياً، فيصبح المفقود فاقد الأهلية وينوب عنه مقدماً حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح غيره، وينتهي المانع (للغائب والمفقود) بزوال سببه، أي بعودة الغائب والمفقود، أو بموتهما الفعلي أو الحكمي<sup>1</sup>.

#### الفرع الثالث: مميزات الشخص الطبيعي:

تتميز الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بعدة خصائص هي الاسم والحالة والموطن والذمة المالية، ونتناول فيما يلي هذه الخصائص:<sup>2</sup>

#### أولاً: الاسم:

لا شك أنّ الاسم من مميزات الشخصية، فهو الذي يميّز كل شخص عن غيره من الناس، وللإسم معنيان، فقد يراد بالإسم معناه الضيق أي اسم الفرد دون لقبه العائلي، وقد يراد به معناه الواسع فيشمل اسم الفرد ولقبه أي اسم العائلة<sup>3</sup>، وهذا ما بيّنته المادة (1/28) قانون مدني على أنه: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده"، يستفاد من نص هذه المادة أنّ الاسم يتكون من عنصرين هما:<sup>4</sup>

- اللقب ويقصد به اسم العائلة التي ينتمي إليها الشخص، وهذا الأخير يشترك في محله أفراد الأسرة جميعاً دون تمييز.

1 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 171.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 208.

3 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 221.

4 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 546.

- إسم الشخص والإسم الخاص بكل فرد والذي يضاف إلى اللقب لكي يعين الشخص بدقة ضمن أفراد عائلته<sup>1</sup>، ويمكن للشخص الواحد أن يكون له أكثر من إسم واحد، أي أن الإسم الشخصي للفرد قد يتكوّن من إسمين فأكثر، وهذا ما أكدته المادة السالفة الذكر، وتستعمل بعض الدول العربية في المشرق الأسماء الثلاثية، وهي عبارة عن الإسم الشخصي يضاف إليه إسم الأب والجد<sup>2</sup>.

وتثبت مهمة إختيار الإسم للأب أو الأم ولهما الخيار في ذلك، أمّا في حالة عدم وجود الوالدين يختار الإسم من قبل المصرّح عن الولادة المادة (1/64) من قانون الحالة المدنية، ونصت ذات المادة في الفقرتين الثانية والثالثة على قيدين في حرية إختيار الأسماء من قبل الآباء أو من يقوم مقامهما ويتمثل القيد الأول في إشرط أن يكون الإسم جزائرياً ويعفى من ذلك الأطفال المولدون من أبوين معتنقين غير الديانة الإسلامية، والقيد الثاني ألا تكون الأسماء غير مخصصة في الإستعمال أو العادة، بمعنى أي ألا يكون الإسم مثيراً للسخرية أو متعارضاً مع الآداب العامة أو شاذاً أو مثير للشعور العام الديني أو الوطني<sup>3</sup>.

### 1 - إكتساب وتغيير اللقب:

#### أ - إكتساب اللقب:

ينكسب اللقب عن طريق النسب أو الزواج أو بقرار إداري أو حكم قضائي.

#### أ 1 - إكتساب اللقب عن طريق النسب:

يكسب الولد لقب أبيه المادة (1/28) قانوني مدني، وينسب الولد للأب البيولوجي، سواء أكان الزواج صحيحاً أو غير صحيح، أو كانت العلاقة بين أبويه مشروعة أو غير مشروعة، أي أنّ الولد ينسب لأبيه البيولوجي بغض النظر على طبيعة العلاقة التي تربط أبوية، المادتين (40) و(44) قانون الأسرة، وعليه فالشخص يكتسب اللقب عن طريق النسب بقوة القانون

1 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 100.

2 عبد الودود ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 257.

3 الصديق شيايط، المرجع السابق، ص 84.

والمشرع الجزائري يجيز إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة المادة (2/40) قانون الأسرة، وإذا كان الأب مجهولاً، فإنه يكتسب لقب أمه ما لم تكن هي أيضاً مجهولة النسب<sup>1</sup>.

#### أ 2- اكتساب اللقب عن طريق الزواج؛

جرى العمل على أنّ الزوجة تستعمل لقب زوجها، والحقيقة أنّ الزوجة لا تتخلى على لقبها الأصلي، بل يضاف إليه لقب زوجها، ولها أن تكتفي بلقبها الأصلي في مختلف التصرفات التي تقوم بها، ويسقط عنها لقب زوجها بالطلاق<sup>2</sup>.

#### أ 3- اكتساب اللقب بقرار إداري؛

تتولى الإدارة منح اللقب إذا تعلق الأمر بالطفل اللقيط أو مولود من أبوين مجهولين، ففي هاتين الحالتين يقوم ضابط الحالة المدنية بمنح الطفل عدّة أسماء على أن يعتبر آخرها لقبه، وهذا ما قضت به المادة (4/64) من قانون الحالة المدنية<sup>3</sup>.

#### أ 4- اكتساب اللقب بحكم قضائي؛

يمكن للشخص الذي كفل قانوناً في إطار الكفالة ولدًا قاصرًا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي (الكافل)، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم 71-157 المؤرخ في 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب، المعدّل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992<sup>4</sup>.

#### ب - تغيير اللقب؛

إنّ طلبات تغيير اللقب تختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بأولاد مولودين في الجزائر من أبوين مجهولين، أو وبالغين سن الرشد، أو بولد مجهول النسب من الأب لحمل لقب الكفيل، وبما أنّ الحالة الأخيرة تم ذكرها في حالات اكتساب اللقب، فإننا نكتفي بالحالتين الأولى والثانية لإيضاحهما بإيجاز:

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 240.

2 حورية كميح، المرجع السابق، ص 29.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 65.

4 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 361.

**ب 1 - تغيير اللقب للأولاد المولودين في الجزائر من أبوين مجهولين:**

يمكن للولد مجهول الأبوين إذا كان إثمه ولقبه مستمد من أصل أجنبي أو تسمية أجنبية أن يطلب تغيير اللقب وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون، وهذا ما أكدته المادة الأولى من الأمر 06-69 المؤرخ في 30/01/1969.

**ب 2 - تغيير اللقب بالنسبة للبالغين سن الرشد:**

يجب تقديم طلب لتغيير اللقب إلى وزير العدل الذي يجوز له تغييره بموجب مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية، وهذا بعد إجراء تحقيق وعدم وجود اعتراضات ممن يعنيه الأمر أو ممن له مصلحة، وتم النص على هذه الإجراءات في المرسوم 71-157.<sup>1</sup>

**2 - أنواع الاسم:**

قد لا يعين الشخص باسمه على النحو الذي سبق شرحه فحسب، بل يعرف كذلك بتسميات أخرى وهي اسم الشهرة، والاسم المستعار، والاسم التجاري.

**أ - اسم الشهرة:**

اسم الشهرة هو الاسم الذي يشتهر به الشخص، فالجمهور هو الذي يطلقه على الشخص حيث يشقه الناس غالباً من صفقات معينة تبرز بصفة خاصة في هذا الشخص، فإذا شاع الاسم واشتهر به الشخص، أصبح حقاً له<sup>2</sup>، وهذا الاسم يقتصر على المعنى دون غيره، أي أن اسم الشهرة له صفة الفردية بمعنى لا ينتقل إلى فروع الشخص ولا يكتسبونه بالنسب<sup>3</sup>.

**ب - الاسم المستعار:**

ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق غرض معين، ويختلف الغرض من استعمال الاسم المستعار من شخص لآخر، فقد يلجأ إليه لإخفاء الشخصية في مناسبة معينة لغرض سياسي كتسمية رجال المقاومة، ويراد بها إخفاء إسمائهم الحقيقية، وقد يكون الغرض من التسمية هو للتمييز به في مجال معين من نشاطه كالنشاط الأدبي والفني<sup>4</sup>.

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 257، 258.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 160.

3 حسام الذي كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 93.

4 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 246.

فالإسم المستعار يشتهر له أصحابه بين الناس فيطغى في كثير من الأحيان على إسمائهم الحقيقية حتى لا يكاد يعرفون إلا بها، والشخص حر في إختيار الإسم غير أنه يجب على الشخص عند إختياره للإسم المستعار احترام إسم الغير<sup>1</sup>.

والإسم المستعار شأنه شأن إسم الشهرة يقتصر على صاحبه فلا ينتقل إلى الفروع بالنسب، ويتمتع بالحماية القانونية لأنه يميّز صاحب الإسم عن غيره من الأشخاص، فيكون له أن يوقف أي إعتداء على هذا الإسم، كما أنّ إستعمال إسم الشهرة أو الإسم المستعار لا يؤدي إلى زوال الإسم الحقيقي<sup>2</sup>.

ويختلف إسم الشهرة عن الإسم المستعار في أنّ إسم الشهرة يطلقه الجمهور على الشخص، بخلاف الإسم المستعار الذي يطلقه الشخص على نفسه، كما أنّ إطلاق إسم الشهرة لا يخضع لأي قيود، بينما الإسم المستعار مقيد على احترام الغير، كما أنّ إسم الشهرة يستوعب كل شخصية الشخص ويغطي كل جوانب حياته ونشاطه فهو يشتهر به مع الإسم الحقيقي في هذا الأمر، أمّا الإسم المستعار فهو يقتصر فقط على وجه معين من أوجه النشاط الذي يمارسه الشخص<sup>3</sup>.

### ج- الإسم التجاري:

الإسم التجاري هو إسم يختاره الشخص في إطار نشاطه التجاري، فالإسم التجاري هو علامة مميّز للنشاط التجاري وليس لشخص التاجر، ويعتبر الإسم التجاري عنصرًا من عناصر المحل التجاري، فله قيمة مالية ويجوز التصرف فيه، وهذا الإسم يتمتع بالحماية القانونية فلا يجوز للغير أن يعتدي عليه<sup>4</sup>.

### 3- الطبيعة القانونية للإسم:

ثار جدل فقهي حول الطبيعة القانونية للإسم إلى ثلاثة آراء وهي:<sup>5</sup>

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 231.

2 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 259.

3 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 333.

4 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 364.

5 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 264.

أ- الاسم كواجب على الفرد (نظرية نظام الأمن المدني):

يرى أنصار هذه النظرية أنّ الاسم واجب فرضه المشرع بنص قانوني على الأشخاص بغية التمييز بينهم، فهو نظام من أنظمة الأمن المدني غرضه إدارة حسنة وأمن حسن ضماناً لاستقرار المعاملات في المجتمع، فمن الأمن الحسن أن يكون لكل شخص اسم حتى يمكن تحميله الواجبات كالضرائب، الخدمة العسكرية، وهكذا فإنّ الاسم هو رقم تسجيل فقط يمنح عند الميلاد<sup>1</sup>. يأخذ على هذه النظرية أنّها تتجاهل الحق في الاسم، وهذا الأمر مخالف للواقع لأنّ هناك سلطات للشخص على إثمه من جهة كحقه في استعمال إثمه وحقه في الاعتراض على إنتحال إثمه، ومن جهة أخرى نجد كل شخص لديه شعور أنّ له حقاً على إثمه، في حين لا نجد هذا الشعور عنده إذا اعتبرنا الاسم مجرد رقم تسجيل يعرف به في الأمور الإدارية<sup>2</sup>.

ب- الاسم كحق للفرد:

يرى أنصار هذه النظرية أنّ الاسم حقاً لكنهم اختلفوا في تكييف الحق، فذهب القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه إلى إعتبره حق ملكية، في حين إعتبره الفقه المعاصر حقاً من الحقوق الملازمة للشخصية<sup>3</sup>.

ب 1 - الاسم كمحل للملكية:

رأى بعض الفقه أنّ للشخص حق ملكية على إثمه، ولكن أخذ على هذا الرأي أنّه يتعارض مع خصائص حق الملكية، فالشيء محل الملكية لا يكون إلا مادياً، والاسم شيء معنوي، وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلة في الذمة المالية ويترتب عليه أنّه محلاً للتقادم المكسب والمسقط، وإعتبر محلّه دخلاً في دائرة التعامل، بينما الاسم من الحقوق المالية الخارجة عن الذمة المالية، فلا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمنع التعامل والتصرف فيه أو التنازل عنه، كما أنّ حق الملكية مقصور على صاحبه ويستطيع أن يمنع غيره من استعماله، أمّا الاسم فلا يمكن به الشخص أو أن يمنع غيره من التسمي به<sup>4</sup>.

1 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 167، 168.

2 حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 548.

3 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 370 - 375.

4 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 97.

## ب 2- الاسم كحق من الحقوق الملازمة للشخصية:

أتجه الفقه عموماً إلى تصنيف الحق في الاسم في زمرة الحقوق غير المالية وبصورة أدق من الحقوق الملازمة للشخصية، ولذلك فلا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه، كما أمَّ الاسم واللقب باعتبارهما من مميزات الشخصية لهما أيضاً جانب عائلي إذ أنَّ اللقب يقيّد في تحديد الشخص إلى أسرة معينة، ويسمح الاسم بتعيين الفرد، ويمنعه من الإختلاط بغيره من أفراد المجتمع<sup>1</sup>.

وما يعاب على هذا التكييف إغفاله على اعتبار الاسم واجب يفرضه القانون على الأشخاص ضمناً لإستقرار المجتمع، وقصوره على النظر على أنَّ الاسم حقاً فقط<sup>2</sup>.

## ج- النظرية المزدوجة:

ذهب الفقه الحديث، وجل التشريعات المعاصرة إلى اعتبار أنَّ الاسم واجب قانوني والحكمة من ذلك هي إستتباب الأمن، ومنع الخلط بين الأشخاص في المجتمع وإستقرار المعاملات فهو من هذه الزاوية نظام من أنظمة الأمن المدني، فالمادة (1/28) من قانون الحالة المدنية توجب أن يكون لكل شخص اسم ولقب، أي أنَّ من مصلحة الدولة أن تفرض على كل شخص اسماً.

ومن جهة أخرى الاسم كحق من حقوق الشخصية وهي مصلحة شخصية للفرد، وفي هذا الإطار نصّت المادة (48) قانون الحالة المدنية: "لكل من نازعه الغير في إستعمال إثمه دون مبرر، ومن إنتحل الغير اسمه أن يطلب وقف الإعتداء والتعويض عمّا يكون قد لحقه من ضرر"<sup>3</sup>.

## 4- خصائص الاسم وحمايته القانونية:

يتميّز الاسم بجملة من الخصائص، كما أنَّ له حماية يقررها القانون.

### أ- خصائص الاسم:

يجمع الاسم باعتبار طبيعته المزدوجة بين خصائص الواجب وخصائص حقوق الشخصية.

1 محمد نصر الدين وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 251.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 216.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 245.

### أ 1 - خصائص الاسم باعتباره واجباً قانونياً:

إنَّ من النتائج المترتبة على اعتبار الاسم واجباً أن يكون لكل شخص اسم فذاك إلزام تفرضه الدولة، كما أنَّ الاسم يتميَّز بالثبات والاستقرار أي أنه لا يجوز تغيير الاسم بمحض إرادة الشخص، بل يتعيَّن عليه استعمال اللَّقب والاسم الممنوحين له والمثبتين في الحالة المدنية، وعليه فأبي شخص يرغب في تغيير اسمه عليه إثبات مصلحة مشروعة أي أن تكون هناك أسباب جدية تدفع المعني لطلب تغيير اسمه أو يغيّر اسمه تبعاً لتغير حالة المعني (مثل حالة مجهول النسب الذي يحصل على إقرار بالبنوة أو أثبت المعني نسبه في وقت لاحق)، حيث لجأت كل التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الجزائري إلى تنظيم مسألة تغيير الأسماء وتعديلها وفقاً لإجراءات صارمة<sup>1</sup>.

### أ 2 - خصائص الاسم باعتباره حقاً من الحقوق الملازمة للشخصية:

كقاعدة عامة تثبت للاسم جميع الخصائص التي تتميز بها الحقوق اللصيقة بالشخصية، وأبرز هذه الخصائص هي:<sup>2</sup>

- عدم قابلية الاسم للتصرف: فلا يجوز للشخص أن يتنازل للغير عن إثمه ولا يتصرف فيه، نظراً لأنَّ الاسم من الوسائل التي تميَّز الشخص عن غيره من الأفراد فإنَّ الاسم يعتبر لصيقاً بالشخص بذاته، وبالتالي فإنَّه يخرج عن دائرة التعامل.

- عدم قابلية الاسم للتقادم المسقط والتقادم المكسب: فعدم استعمال الشخص لإسمه مدّة معينة لا يترتب عليها سقوط حقه في استعمال الاسم، وكذلك إنتحال الغير لإسم الشخص مدّة معينة لا يترتب عليه اكتساب الحق في ذلك الاسم بالتقادم<sup>3</sup>.

### ب - الحماية القانونية للاسم:

لمّا كان اسم الإنسان من الحقوق اللصيقة بشخصيته فإنَّه يخضع لما تقضي به المادة (47) قانون مدني من أن: "لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف الإعتداء والتعويض عمّا يكون قد لحقه من ضرر".

1 حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 555.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 313.

3 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 195، 196.

وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة (48) قانون مدني أن: "لكل من نازعه الغير في استعمال إثمه دون مبرر ومن إنتحل الغير إثمه، أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

فالإعتداء على الاسم يكون إماً بمنازعة صاحبه في استعماله بدون مبرر، أو إنتحال الغير له دون وجه حق، وفي الحالتين يكون لصاحب الاسم، ولو لم يلحقه ضرر من ذلك أن يطلب وقف المنازعة أو الإنتحال، وله أيضاً المطالبة بالتعويض عن الضرر من المعتدى عن حصول ضرر مادي أو أدبي نتيجة الإعتداء على الاسم<sup>1</sup>.

### ثانياً: الحالة:

سبق أن ذكرنا أن الشخصية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، ولكن هذه الحقوق والإلتزامات ليست واحدة بالنسبة لجميع الأفراد، بل قد تضيق وتتسع وفقاً للمركز القانوني الذي يشغله الفرد في المجتمع الذي يعيش فيه، أو بعبارة أخرى وفقاً ووفقاً لحالته<sup>2</sup>، فحالة الشخص إذن هي صفة تلحق به فتتأثر بها مجموعة الحقوق والواجبات المقررة له أو عليه، وحقوق الشخص وواجباته تتأثر بعدة عوامل، منها صلته بالدولة التي يعيش فيها وهذا ما يسمى بالحالة السياسية والشخص بالنسبة لهذه الحالة إماً أن يكون من الوطنيين، وإماً أن يكون من الأجانب، ولذلك يعبر عن هذا العامل بعامل الجنسية ومنها صلة الشخص بالأسرة التي ينتمي إليها، وهذا ما يعبر عنه بالحالة العائلية، وأحياناً تتأثر حقوق الشخص بدينه<sup>3</sup>.

### 1 - الحالة السياسية: (الجنسية):

#### أ- تعريف الجنسية وأهميتها:

يقصد بالجنسية الرابطة القانونية التي تربط بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها وبموجبها يصبح هذا الفرد من رعايا هذه الدولة، مكوناً مع غيره ممن يتمتعون بهذه الصفة لشعبها، لذلك

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 161.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 222.

3 حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 365.

تعتبر الجنسية مسألة بالغة الأهمية للدولة لأنَّ عن طريقها يحدد الشعب الذي هو أحد عناصر قيام كيان الدولة<sup>1</sup>.

وتبعية الشخص لدولة معينة يؤثر تأثيرًا بالغ الأهمية على مركزه القانوني من حيث تحديد الحقوق والواجبات التي يمكن أن تكون له أو عليه في علاقاته بوطنه، فليس يستوي في سائر الدول الوطني مع الأجنبي في التمتع بالحقوق أو التحمل بالواجبات<sup>2</sup>.

فهناك من الحقوق ما لا يتمتع بها إلا الوطني، وهي الحقوق التي تتعلق بإدارة شؤون الدولة أو ما أُصطلح على تسميتها بالحقوق السياسية كالحق في الترشح لرئاسة الدولة أو للمجالس النيابية...إلخ، كما تفرض بعض الواجبات على الوطني دون الأجنبي منها واجب الخدمة الوطنية، واجب الدفاع الوطني...إلخ، كما أنَّ هناك بعض الجرائم لا تقوم إلا من جانب المواطن كجريمة خيانة الأمانة<sup>3</sup>.

وقد يتمتع الأجنبي دون المواطن ببعض الحقوق منها حق اللجوء السياسي، وقد يخضع الأجنبي دون المواطن لتنظيم خاص مثل الإقامة في التراب الوطني، وهناك من الجرائم ما لا تثبت إلا للأجنبي منها جريمة التجسس<sup>4</sup>.

#### ب- أنواع الجنسية:

تنقسم الجنسية في القانون الجزائري إلى قسمين، جنسية أصلية، وجنسية مكتسبة.

#### ب 1 - الجنسية الأصلية:

الجنسية الأصلية هي تلك الجنسية التي تثبت للشخص وقت ميلاده فهي الجنسية التي يكتسبها الشخص تلقائيًا من يوم ميلاده بغض النظر عن رغبته أو عدم رغبته فيها، وتسمى أيضًا جنسية الأصل أو الجنسية المفروضة أو جنسية الميلاد وهي تتحدد بناء على أحد أساسين، إمَّا أساس شخصي يسمى رابطة أو حق الدم، أو على أساس مادي يسمى رابطة

1 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 539.

2 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 226.

3 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 219.

4 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص ص 387 - 389.

أو حق الإقليم أي إمّا على أساس النسب أو على أساس محل الميلاد<sup>1</sup>.

### ب 1/1 - رابطة الدم (حقّ الدم)؛

تثبت للفرد الجنسية الاصلية الجزائرية إستنادًا إلى رابطة البنوة، فتلحق بالفرد جنسية أبوه أو أمه أو كليهما، فالفرد وفقًا لهذا الأساس يكتسب الجنسية بحكم صلة الدم أو النسب، حتى ولو وقع الميلاد خارج إقليم الجزائر، وهذا ما أكدته المادة (06) من قانون الجنسية الجزائري<sup>2</sup>.

### ب 2/1 - رابطة الإقليم (حق الإقليم)؛

تثبت الجنسية الأصلية الجزائرية للفرد على أساس الإقليم أي للمولود في الجزائر، وهي حالة إستثنائية لا يعتد لها إلا للشخص المولود في الجزائر فعلاً أو حكماً، حيث أنّ الولد حديث الولادة الذي عثر عليه بالجزائر أنّه مولود في الجزائر، وهذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، والمشرع الجزائري حسب ما جاء المادة (07) من قانون الجنسية يعتبر المولود بالجزائر يتمتع بالجنسية الأصلية الجزائرية في حالتين هما حالة الولد المولود بالجزائر مجهول النسب من أبويه، وهو ما يعبر عنه باللقيط مجهول الأبوين، وحالة الولد المولود بالجزائر من أب مجهول وأم جزائرية مسماة في شهادة ميلاد دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها، وعليه فإنّ القانون أخذ برابطة الدم كقاعدة عامة كأساس لإكتساب الجنسية الأصلية الجزائرية، وإستثناءً أخذ برابطة الإقليم<sup>3</sup>.

### ب 2 - الجنسية المكتسبة؛

هي التي يكتسبها الشخص في تاريخ لاحق لميلاده إمّا بطريق الزواج أو بطريق التجنس<sup>4</sup>.

- بالنسبة للزواج: فإنّه بالرجوع إلى نص المادة (09) مكرر من قانون الجنسية فإنّه يمكن للزواج أن يؤثر على جنسية الزوج أو الزوجة عند توافر شروط قانونية معينة أقرتها هذه المادة، بالإضافة إلى إعلان الزواج أو الزوجة رغبته في إكتساب الجنسية الجزائرية.

1 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 154.

2 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 185.

3 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 51.

4 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 272.

- بالنسبة للتجنس: وقد حدد المشرع كيفية التجنس والشروط الواجب توافرها في من يرغب إكتساب الجنسية في المادة (10) من قانون الجنسية، أو في الحالات الإستثنائية المحددة في المادة (11) من هذا القانون، منها تقديم خدمات إستثنائية للجزائر من قبل أجنبي، علماً وأتّه يعفى في هذه الحالة من شروط التجنس<sup>1</sup>.

وتمنح الجنسية بموجب مرسوم رئاسي على أن تكون قابلة للسحب في حالة توافر أمرين هما: عدم توافر الشروط القانونية المطلوبة للحصول على الجنسية، وإستعمال وسائل الغش من أجل الحصول على الجنسية، وهذا ما أكدته المادة (13) من قانون الجنسية<sup>2</sup>.

ونشير في الأخير أنّ الجنسية قد تكون محل فقدان أو تجريد، وحالات فقدان الجنسية هي حالة تجنس مواطن بجنسية أجنبية، وهذا ما أكدته المادة (18) من قانون الجنسية، أمّا التجريد فيكون بحكم قضائي، وذلك في بعض الحالات الخاصة، حسب ما هو منصوص عليه في المادة (22) قانون الجنسية<sup>3</sup>.

## 2- الحالة العائلية (القرابة)؛

### أ- تعريف القرابة وأهميتها؛

الحالة العائلية هي الصفة التي تحدد مركز الشخص بالنسبة للأسرة التي ينتمي إليها، والأسرة هنا ليس معناها الضيق الذي ينحصر في الزوج والزوجة والأولاد وإنما هو معناها الواسع، بإعتبارها كمجموعة من الأشخاص الذين تربط بينهم قرابة، وفي هذا المعنى تنص المادة (32) قانون مدني بأنه: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه ويعتبر من ذوي القرى كل من يجمعهم أصل واحد"، وتضيف المادة (35) أن: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر"<sup>4</sup>.

يتضح من هذين النصين أنّ الأسرة الواحد تستند في تكوينها إلى العلاقة التي تربط أعضائها بعضهم ببعض، فقد يرتبط أعضاء الأسرة الواحدة برابطة النسب، وهذا ما يسمى بقرابة

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 262.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 254.

3 حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 374.

4 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 315.

النسب ومنها علاقة الأب بابنه، والأخ بأخيه والجد بأحفاده... إلخ، وقد يرتبطوا برابطة الزواج أو المصاهرة ومنها علاقة الزوج بأم الزوجة، وعلاقة الزوجة بوالد زوجها... إلخ<sup>1</sup>.

وغنى عن البيان أنّ الحالة العائلية للشخص إنّما تؤثر في مركزه القانوني تجاه أسرته وتحدد ما له من حقوق وما عليه من واجبات تجاه أفراد هذه الأسرة، كما أنّ مركز الإنسان يترتب عليه نتائج قانونية هامة.

وعليه نتناول نوعي القرابة المنصوص عليها في المادتين (32) و(35) سابقتي الذكر، وهما قرابة النسب، وقرابة المصاهرة، ثم آثار القرابة.

### ب - قرابة النسب:

قرابة النسب أو قرابة الدم كما يطلق عليها في بعض الأحيان هي الصلة بين الشخص ومن يجمعهم به أصل مشترك سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم، وهي تنقسم بدورها إلى نوعين:

#### ب 1 - القرابة المباشرة:

تقوم هذه القرابة على الصلة ما بين الأصول والفروع، المادة (33) مدني جزائري، والأصل هو كل من نزل منه الفرع كالأب والجد وإن علو، والفرع هو ما ينحدر عن الأصل كالابن وابن الابن وإن نزلوا، وهكذا تجمع القرابة المباشرة بين كل من يربطهم من الأشخاص عمود النسب<sup>2</sup>، ويحسب كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل، فإذا كان الجد هو الأصل فإنّ الأب يكون في الدرجة الأولى، ويكون الابن في الدرجة الثانية في حين يكون الحفيد في الدرجة الثالثة، وهذا ما أكدته المادة (34) من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>.

#### ب 2 - قرابة الحواشي:

وهي التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك وإن كانوا لا يقعون على عمود النسب لأنّ أحدهم ليس فرعاً للآخر، فالأقرباء قرابة الحواشي لا ينحدر بعضهم من بعض، وإنّما

1 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 224.

2 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 158، 159.

3 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 141.

يتميّزون بوجود أصل مشترك بينهم، ومثال ذلك: قرابة الأخ لأخيه، فليس أحدهما فرعاً للآخر وإن جمعهما أصل مشترك، وكذلك قرابة الأعمام والعمات وفروعهم، فالأصل المشترك بينهم هو الجد لأب أو الجدّة لأب، المادة (2/33) مدني جزائري<sup>1</sup>.

أمّا درجة قرابة الحواشي تحسب بجمع عدد الدرجات التي تتوسط ما بين الشخص وأصله صعوداً مع عدد الدرجات التي تتوسط ما بين الأصل والقريب الآخر المراد معرفة درجة قرابته نزولاً مع عدم حساب الأصل سواء في الصعود إليه أو في النزول معه المادة (34) مدني جزائري<sup>2</sup>.

فمثلاً درجة القرابة بين الشخص وعمه، وبما أنّ الأصل بين الشخص وعمه هو الجد فتحسب درجة القرابة كما يلي:

- صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك، أي من الشخص إلى الجد: من الشخص إلى أبيه ثم من الأب إلى الجد، درجتان علماً وأن الأصل لا يعد درجة.

- نزولاً من الأصل إلى الفرع الآخر، أي من الجد إلى العم، تحسب درجة واحدة علماً وأن الأصل لا يحسب درجة<sup>3</sup>.

وعند الجمع درجات الصعود من الفرع إلى الأصل مع درجات النزول من الأصل إلى الفرع الآخر تصبح ثلاث درجات، أي الشخص يعتبر في الدرجة الثالثة من حيث القرابة إلى عمه ويكون الشخص من الدرجة الرابعة بالنسبة لابن عمه<sup>4</sup>.

### ج- قرابة المصاهرة (الزواج):

هي تلك القرابة التي تنشأ عند قيام الرابطة الزوجية، وهي على العموم القرابة ما بين الزوج والزوجة وأقارب الزوج الآخر، أي أنّ كل من الزوجين يدخل بالزواج في أسرة الزوج الآخر ويحتل مكانه، بحيث يكون قريباً لكل أقاربه وبنفس الدرجة، وفي هذا المعنى تقضي المادة (35) مدني جزائري: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر"، ومثاله

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 24.

2 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 223.

3 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 239 - 241.

4 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 257.

يعتبر أب الزوجة قريباً للزوج من الدرجة الأولى عن طريق المصاهرة ويعتبر ابن عم الزوج قريباً للزوجة في الدرجة الرابعة عن طريق المصاهرة<sup>1</sup>.

على أن يلاحظ أنّ قرابة المصاهرة مقصورة على أحد الزوجين وأقارب الزوج، أمّا أقارب أي من الزوجين فلا يعتبرون أقارب لأقرباء الزوج الآخر، إذا كان شقيق الزوج مثلاً يعتبر قريباً من الدرجة الثانية للزوجة، إلاّ أنّه لا قرابة بينه وبين شقيق الزوجة<sup>2</sup>.

#### د - آثار القرابة:

يرتب القانون آثار متعددة عن القرابة من بينها:

- تختلف الحقوق التي تثبت للشخص والواجبات التي تقع عليه تبعاً لإختلاف مركزه في أسرته فإن كان زوجاً كان له على زوجته طاعته، وكان عليه تجاهها واجب الإنفاق، وإن كان ولداً كان له على والده حق التوجيه والتأديب، وإن كان ولداً كان له على والديه رعايته وحسن تربيته، وهذه الحقوق ما إصطلح على تسميتها بحقوق الأسرة<sup>3</sup>.

- إذا مات الشخص كانت درجة قرابته إلى بعض الأشخاص هي المرجع في تحديد مدى أحقيتهم في الإرث من التركة في تحديد أنصبتهم في ذلك الإرث<sup>4</sup>.

إضافة إلى نشوء حقوق وواجبات عائلية فيما يتعلق بالنفقة وهي واجبة على الأبوين وكذا الأولاد فتتص المادة (77) من قانون الأسرة على أنّه: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج، ودرجة القرابة في الإرث"، أي أنّ القرابة تنشئ حقوقاً مالية بين الأقارب مثل الميراث والنفقة<sup>5</sup>.

- القرابة هي أساس الولاية حيث أناط المشرع الجزائري الولاية على الأولاد القصر بالأب ومن بعد وفاته بالأم، المادة (87) قانون الأسرة<sup>6</sup>.

1 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 128.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 171.

3 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 316.

4 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 426.

5 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 266.

6 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 226.

- كذلك فإنَّ درجة القرابة هي المرجع في تحديد موانع الزواج حيث تحرّم الشريعة الإسلامية هذا الزواج بين بعض الأشخاص الذين تجمعهم درجة معينة من القرابة، ويستوي في هذا قرابة النسب وقرابة المصاهرة وقرابة الرضاع<sup>1</sup>.
- والقرابة قد تكون سبباً في إسقاط بعض الحقوق مثل الحق في الشفعة حيث تمنع الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، وهذا ما أكدته المادة (798) مدنيّ جزائريّ<sup>2</sup>.
- والقرابة تعتبر سبباً من أسباب رد القضاة متى وجدت قرابة أو مصاهرة بين القاضي أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة المادة (2/241) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن رد الخبير وفقاً للمادة (2/133) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا كان سبب الرد مبنياً على سبب قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة لغاية الدرجة الرابعة<sup>3</sup>.
- كما لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق ولا يجوز كذلك قبول شهادة الأخوات وأبناء عمومة الخصوم، ومع ذلك فالأشخاص السابق ذكرهم باستثناء الأبناء يجوز استدعائهم للشهادة في دعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق، وهذا ما أكدته المادة (153) قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup>.
- القرابة سبب للإعفاء من عقوبة السرقة، وفي هذا الشأن تنص المادة (368) قانون العقوبات على أنه: "لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيينين فيما بعد ولا تخول إلاّ الحق في التعويض المدني: الأصول إضراراً بأولادهم أو غيرهم من الفروع، الفروع إضراراً بأصولهم، أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر"<sup>5</sup>.

1 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 73.

2 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 161.

3 حورية كميح، المرجع السابق، ص 26.

4 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 54، 55.

5 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 297، 298.

### 3- الحالة الدينية:

وما يميّز الشخص أيضًا عن الآخرين إنتمائه إلى دين معين، ومع أنّ الدين لا يعتبر في الكثير من الدول من مميزات الشخصية في الوقت الحاضر، حيث نجد دور الحالة الدينية من الناحية العملية في الجزائر يكاد يكون منعدمًا، لاسيما في ضوء بعض المبادئ التي أقرها الدستور منها حرية المعتقد والمساواة بين الأفراد أمام القانون دون التفتات إلى اختلاف دياناتهم، ويترتب على هذه المساواة عدم الاعتداد بديانة الشخص في تحديد حالته هذا من جهة، ومبدأ فصل الدين عن الدولة من جهة ثانية الذي نادى به الثورة الفرنسية وكرستها في قوانينها لاسيما القانون المدني، والذي كان له الأثر الكبير على القانون المدني المصري الذي استند إليه المشرع عند وضعه للقانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

وإن كان الأصل أنّ المراكز القانونية للأشخاص لا تتأثر بالحالة الدينية، لكن إستثناء من هذا الأصل فإنّ للدين أثر واضحًا خاصة مركز الشخص في مجال الأحوال الشخصية، ومن الأمثلة على ذلك منع زواج المسلمة من غير مسلم، كما لا توارث بين المسلم وغير المسلم، ويحظر التبني... إلخ<sup>2</sup>.

كما أنّ من مظاهر اختلاف المراكز القانونية بين مواطني الدولة بسبب اختلاف معتقداتهم الترشح إلى منصب رئيس الجمهورية، ولإختلاف الدين أثر على الاسم وهو ما يتجلى في نص المادة (28) مدني جزائري، والتي تشترط أن تكون الأسماء جزائرية بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين مسلمين، وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين<sup>3</sup>.

### ثالثًا: الموطن:

إنّ منطق الحياة في المجتمع، يقتضي بالضرورة دخول الشخص في علاقات قانونية مع غيره من الأفراد، وأمثال هذه العلاقات تستلزم حتمًا تحديد مكان معين يمكن أن يخاطب الشخص فيه، سواء وجد في هذا المكان بالفعل أو لم يوجد، إذ ليس من المعقول أن تلزم كل من يريد

1 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 259.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيح صادق المهدي، المرجع السابق، ص 273.

3 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 432 - 434.

إتخاذ إجراء قانوني في مواجهة أحد الأشخاص أن يتعقب هذا الشخص أو يبحث عن محل وجوده، هذا المكان الذي يمكن قانوناً مخاطبة الشخص فيه سواء وجد فيه بالفعل أم لم يوجد ما يسمى بالموطن<sup>1</sup>.

ويكتسي المواطن بإعتباره أحد مميزات الشخصية القانونية أهمية بالغة، فإذا كان الاسم يسمح بتمييز الشخص عن غيره من الأشخاص، وكان الحالة تسمح بتحديد مركزه بالنسبة للدولة والأسرة والدين أحياناً (كما سبق ذكره)، فإنّ المواطن يسمح بتحديد مكانه.

### 1 - أهمية تحديد الوطن:

يعتبر تحديد مكان وجود الشخص أمر ضرورياً وبالغ الأهمية بالنسبة لبعض المسائل القانونية منها:

أ- تحديد المحكمة المختصة: حيث تنص المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعي عليه..."، وتنص المادة (38) من نفس القانون: "في حالة تعدد موطن المدعي عليهم، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم".

ب- يتم تسليم الأوراق القضائية كالإنذار والتنبيه كقاعدة عامة للشخص المعني بالأمر وفي حالة استحالة التبليغ الرسمي شخصياً للمطلوب تبليغه ترك له في موطنه مع الأشخاص الذين حددهم القانون، وهذا ما أكدته المادة (410) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>.

ج- مكان الوفاء بالالتزامات: وطبقاً للقاعدة التي تقضي بأنّ الدائن يسعى إلى المدين، حيث أنّ المكان الذي يوجد فيه المواطن المدين وقت الوفاء هو مكان الوفاء بالالتزامات، وهذا ما أكدته المادة (2/282) من القانون المدني الجزائري، كما أنّ دفع بدل الإيجار يكون في موطن المستأجر إلا إذا وجد إتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك، وهذا ما أكدته المادة (2/498) مدني جزائري<sup>3</sup>.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 175.

2 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 256.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 89.

د- يتحدد القانون الواجب التطبيق في بعض حالات تنازع قوانين بعض الدول على حكم علاقة ذات عنصر أجنبي على أساس الموطن، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (18) قانون مدني حيث تنص على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"<sup>1</sup>.

## 2- كيفية تحديد الموطن:

اختلف الفقهاء والتشريعات في تحديد المقصود بالموطن فمنهم من يأخذ بما يسمى بالموطن الحكمي ومنهم من يأخذ بما يسمى بالموطن الواقعي.

### أ- المذهب الحكمي للموطن:

ونتطرق فيه لمضمون هذا التصوير، والنتائج المترتبة على هذا التصوير.

#### أ 1- مضمون التصوير الحكمي للموطن:

وفقاً لهذا المذهب فإنه يفترض وجود الشخص في مكان معين دون أن يأخذ في الاعتبار مدى حقيقة الإقامة الدائمة في هذا المكان، فالعبرة ليست بالإقامة الفعلية والمستمرة للشخص بهذا المكان، وإنما بما يمثله ذلك المكان بالنسبة لمصالح الشخص، أي أن أنصار هذا المذهب يقيمون رابطاً افتراضياً لا يقبل إثبات العكس بين الشخص ومكان معين يتحدد عادةً إما بالمركز الرئيسي لأعماله وهو المكان الذي تتركز فيه جميع أعماله ومصالحه ولو لم يقيم فيه بصورة معتادة، أو يكون موطن الشخص المكان الذي فيه وليه أو وصيه بالنسبة للشخص الذي لا يختار مركزاً لأعماله بعد بلوغه سن الرشد، أي الموطن الذي ينتسب إليه بحكم القانون منذ ولادته<sup>2</sup>.

#### أ 2- نتائج التصوير الحكمي للموطن:

ويترتب على التصوير الحكمي للموطن بعض النتائج أهمها:<sup>3</sup>

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 304.

2 حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 375.

3 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 178، 179.

- لا يكون الشخص إلا موطن واحد، لأنه في حالة تعدد الأماكن التي ينشط بها فيبقى أن مكان نشاطه الرئيسي واحد.

- ضرورة أن يكون لكل شخص موطن، فحتى الشخص الذي لا يمارس مهنة معينة، فإنَّ تحديد موطنه يكون بموطن وليه أو وصيه<sup>1</sup>.

### ب- المذهب الواقعي للموطن:

#### ب 1 - مضمون التصوير الواقعي للموطن:

ويعتد هذا المذهب بمقر الإقامة العادية للشخص، فهو لا يقيم فكرة الموطن على أساس علاقة حكومية، بل يقيّمها على أساس حقيقة الإقامة والاستقرار، أي أنّ هذا المذهب يبيّن تحديد الموطن على أساس مادي هو الإقامة الفعلية المعتادة للشخص في مكان معين، فهو يربط بين الموطن كفكرة قانونية، والإقامة كفكرة واقعية ملموسة<sup>2</sup>.

- أنّ الشخص قد لا يكون له موطن، إذا لم يكن له محل إقامة معتاد، ومن قبيل ذلك البدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان معين، وإعتادوا على التنقل بصفة مستمرة<sup>3</sup>.

- أنّه قد يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، وذلك إذا تعددت الأماكن التي يقيم فيها الشخص على وجه الإعتياد، ومثال ذلك الرجل المتزوج بأكثر من امرأة، فيقيم في أكثر من إقامة بصورة معتادة مستقرة<sup>4</sup>.

أمّا موقف المشرع الجزائري من هذين التصويرين فيمكن إستخلاصه من المادة (36) قانون مدني، والتي تنص: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

1 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 202.

2 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 561.

3 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 261..

4 رمضان أبو السعود وهمام محمود محمد، المرجع السابق، ص 249.

ومن الواضح أنّ المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة قد أخذ بالتصوير الواقعي للموطن، حيث لم يربط تحديده بالمركز الرئيسي للأعمال أو بمحل الميلاد كما فعل القانون الفرنسي، بل ربطه بالإقامة الفعلية للشخص من خلال سكنه بصورة رئيسية في مكان ما، وفي غياب ذلك يحل محله مكان الإقامة العادي، أمّا الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر فقد أخذ بنتيجة من نتائج التصوير الحكمي وهي عدم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن في نفس الوقت، وأمام هذا التناقض يتوجب على المشرع التدخل لتعديل نص المادة (36) من القانون المدني<sup>1</sup>.

### 3- أنواع الموطن:

يقسم الفقه الموطن بحسب إعتباره المقر القانوني لنشاط إلى نوعين هما: موطن عام، وهو المكان الذي يعتد به القانون لكافة نشاط الشخص، وموطن خاص، وهو المكان الذي يعتد به القانون لبعض نشاط الشخص، وقد سار المشرع على هذا التقسيم، عند تنظيمه لأحكام الموطن في المواد (36) إلى (39) مدني جزائري.

#### أ- الموطن العام:

يقصد بالموطن العام المقر القانوني للشخص الذي يعتد به في جميع أنشطته دون تمييز وأياً كانت طبيعة علاقاته المترتبة على ذلك سواء أكانت تتعلق بحياته الخاصة أو حياته العائلية أو المهنية أو ممتلكاته وغيرها، وأياً كانت الغاية من ذلك تحديد المحكمة المختصة أو تحديد مكان تبليغ الشخص الأوراق القانونية...إلخ.

والأصل أنّ الشخص يختار موطنه بنفسه وفقاً للشروط التي يحددها القانون، إلا أنّه في بعض الأحيان قد يلزم القانون بعض الأشخاص باتخاذ موطن معين<sup>2</sup>.

#### أ 1- الموطن العام الاختياري (الإرادي):

وهو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة لكافة شؤون الشخص ونشاطه على وجه العموم ويختاره الشخص بإرادته وفقاً للشروط التي حددها القانون.

1 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 115 - 117.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 329.

ولأنّ المشرع الجزائري أخذ صراحة بفكرة التصوير الواقعي للموطن كقاعدة عامة من خلال الفقرة الأولى من المادة (36) مدني جزائري التي تنص على أنّ: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يحل محلها مكان الإقامة العادي"<sup>1</sup>.

يتضح من هذا النص أنّ هناك عنصرين يحدد على أساسهما الموطن العام:<sup>2</sup>

- **العنصر الأول:** فالقانون يعتبر الإقامة العنصر الرئيسي في تحديد الموطن حيث يكون محل إقامة الشخص.

- **العنصر الثاني:** الإعتياد والإستقرار في الإقامة، ولعل هذا العنصر الذي يميّز بين الموطن بمعناه القانوني ومحل الإقامة، وهو المكان الذي يحل فيه الشخص بصفة مؤقتة (كالإقامة للإصطياف مدّة مؤقتة)، وفكرة الإستقرار في الإقامة لا تتلائم دائماً مع إستمرار هذه الإقامة مدّة معينة أو إتصالها دون إنقطاع، وإنّما إستمرارها على وجه يتحقق معه شرط الإعتياد ولو تلتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة.<sup>3</sup>

وعلى هذا فإنّ الإستقرار في مكان يستلزم توافر النية لدى الشخص بالإستقرار فيه حتى يمكن أن يعتبر موطناً، فيجب أن يكون هناك إستقرار مع نية الإستيطان، وتقدير عنصر الإستقرار ونية الإستيطان اللّازم توافرها في الموطن من الأمور الواقعية التي يستقل تقديرها لقاضي الموضوع.<sup>4</sup>

## أ 2- الموطن العام الإجباري (القانوني):

جاء في نص المادة (1/38) من القانون المدني أنّ القاصر والمحجور عليه لسبب عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة والغائب والمفقود، لا يختارون موطنهم بل القانون هو الذي يحدد موطنهم، ويسري على هذا الحكم أيضاً في حق القاصر المرشّد لأي سبب كان بإستثناء التصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها (كما سبق الإشارة)، ويعد الموطن القانوني لهؤلاء هو موطنهم العام، وأمّا إختيار المشرع لموطن النائب القانوني كموطن للمناب عنه هو

1 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 93.

2 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 809 - 812.

3 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 115.

4 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 178.

أمر مبرر ومنطقي طالما أن مخاطبة المناب عنه أو مطالبته القضائية تكون من خلال شخص النائب<sup>1</sup>، والذي يكون بالنسبة للقاصر هو موطن وليه أو وصيه، وموطن المحجور عليه هو موطن القيم عليه (المقدم)، وموطن الغائب والمفقود هو موطن الوكيل عنهما أو المقدم الذي يعينه القاضي عندما يحكم بإثبات فقدان<sup>2</sup>.

وباعتبار أن أساس تقرير الموطن الإلزامي هو وجود مانع من موانع الأهلية أو عوارضها، فإنّه يزول سببه أي ببلوغ سن الرشد للقاصر، أو تمام العقل والإدراك وحسن التقدير للمجنون والمعتهو والسفيه وذي الغفلة أو ظهور المفقود أو رجوع الغائب، وعندئذ يتحدد موطن هؤلاء طبقاً للأصل بمحل إقامته المعتادة<sup>3</sup>.

#### ب - الموطن الخاص:

قد يوجد الشخص إلى جانب موطنه العام، موطن خاص ببعض أعماله وعلاقاته القانونية، وللموطن الخاص ثلاثة أنواع هي:

#### ب 1 - الموطن التجاري أو الحرفي (موطن الأعمال):

وهو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالاً تجارية أو أعمالاً خاصة بحرفة معينة، وقد نصت المادة (37) قانون مدني أنه: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة إلى المعاملات التجارية المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة"، ويتضح من هذا النص أن المشرع قد قصد التيسير على من يتعامل مع التاجر أو الحرفي فاعتبر مقر التجارة أو الحرفة موطنًا خاصًا بالنسبة لكل ما يتعلق بها، ويلاحظ أن هذا الخروج على الأصل محدود بالحكمة التي من أجلها تم إقرار موطن الأعمال، وبالتالي فيما عدا التجارة أو الحرفة يجب الاعتماد بالموطن العام، كما أن هذا الموطن يقتصر على من يمارس حرفة أو تجارة ولا يمتد إلى غيرهم من طوائف العمال والموظفين ممن لا يتحقق بالنسبة لنشاطهم وصف التجارة أو الحرفة<sup>4</sup>.

1 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 265.

2 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 118.

3 رمضان أبو السعود وهام محمد محمود، المرجع السابق، ص 251.

4 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 342.

### ب 2- موطن القاصر المرشد:

عرفنا أنّ القانون يجعل موطن القاصر ولمصلحته هو موطن من ينوب عنه ومن يستطيع إدارة شؤونه بدلاً عنه، غير أنّه لما كان القانون يجيز للقاصر المرشد بمباشرة بعض الأعمال القانونية، ليعتبر كاملاً الأهلية بشأنها، كان من الطبيعي أن تتضمن المادة (1/38) مدني جزائري الأصل العام في تحديد موطن القاصر، وإستثناء من هذا الأصل نصت المادة (2/38) على أنّه: "غير أنّه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها"، فكأن للقاصر المرشد موطنان موطن عام يتحدد بشكل إلزامي وهو موطن من ينوب عنه، وموطن خاص يتحدد بشكل إختياري، وبالنسبة للأعمال التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها دون غيرها، وهو المكان الذي يقيم فيه القاصر عادة<sup>1</sup>، وعليه فإنّ الموطن العام للقاصر هو موطن نائبه، وموطنه الخاص يكون محل إقامته المعتاد بحسب الأصل أو يكون المكان الذي يباشر فيه تجارة إذا كان مأذون له في ذلك، أو يكون المكان الذي يختاره لتنفيذ عمل معين هو أهل لمباشرته<sup>2</sup>.

### ب 3- الموطن المختار:

يقصد به المكان الذي يختاره الشخص بنفسه لمباشرة عمل قانوني معين، المادة (1/39) قانون مدني، ويترك تحديده إلى محض إرادة صاحبه كإختيار الشخص مكتب محاميه موطناً مختاراً بالنسبة لإجراءات الدعوى الموكل عنه فيها، والأصل أنّ الموطن المختار لا يكون إتخاذه إجبارياً ولكن القانون قد يلزم الشخص أحياناً بإتخاذ موطن مختار في مكان معين، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (722) قانون إجراءات مدنية وإدارية التي توجب على الدائن الذي يريد مباشرة إجراءات التنفيذ على عقارات أو على حقوق عينية عقارية إختيار موطن في دائرة إختصاص المحكمة التي يوجد فيها العقار أو الحقوق العينية العقارية إذا كان يقيم خارج دائرة إختصاص هذه المحكمة<sup>3</sup>.

1 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 569

2 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 239.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 264.

ونظرًا لأنَّ الموطن المختار إستثناء من القاعدة العامة التي تجعل موطن الشخص محل إقامته المعتاد<sup>1</sup>، وتناديًا للنزاع والمحافظة على إستقرار المعاملات أوجب القانون أن يكون إختيار الموطن مثبتًا بالكتابة<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته المادة (2/39) مدني جزائري.

وإذا عيّن الشخص بنفسه موطنًا مختارًا لتنفيذ عمل معين، فإنَّ هذا الموطن هو الذي يعتد به بالنسبة لجميع الإجراءات المتعلقة بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، وكافة الإجراءات القانونية والتبليغات، وهذا ما أكدته المادة (3/39) مدني جزائري، أي أنَّ الموطن المختار يقتصر على الموضوع الذي أختير من أجله، أمّا فيما عدا ذلك فيجب الإلتزام بالموطن العام<sup>3</sup>.

### رابعًا: الدّمة الماليّة:

إنَّ دراسة الدّمة المالية يتطلب تعريفها، وتحديد طبيعتها القانونية.

#### 1 - تعريف الدّمة المالية:

يعرّف الفقهاء الدّمة المالية بأنّها مجموع ما يكون للشخص من الحقوق وما يكون عليه من الإلتزامات المالية في الحاضر أو في المستقبل<sup>4</sup>، ويظهر من هذا التعريف أنَّ الدّمة المالية لا تشمل الحقوق والإلتزامات المتعلقة بالشخص إلّا ما كانت منها قيمة مالية، فهي بهذا تتكون من عنصرين، عنصر إيجابي يشمل الحقوق، وعنصر سلبي يشمل الإلتزامات، فإذا زاد العنصر الإيجابي على العنصر السلبي كان صاحب الدّمة موسرًا، وإذا زاد العنصر السلبي على العنصر الإيجابي كان صاحب الدّمة في حالة إفسار أو إفلاس<sup>5</sup>.

ويدخل العنصر الإيجابي للدّمة الحقوق المالية بجميع أنواعها، فيشمل هذا الجانب من الدّمة الحقوق العينية كحق الملكية وحق الإنتفاع وحق الرهن، والحقوق الشخصية المقررة

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 270.

2 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 124.

3 حمدي الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 205.

4 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 475.

5 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 253.

للشخص قبل مدينه، كما يشمل الجانب المالي من الحقوق المعنوية، أي حق الشخص في استغلال فكرته أو إختراعه فيما يعود عليه بالريح<sup>1</sup>.

أمّا العنصر السلبي للذمة فيشمل الإلتزامات التي تقابل الحقوق الشخصية، كما يشمل التكاليف العينية التي يقررها الشخص على أمواله للغير، ويسمى هذا الجانب من الذمة عنصر الديون<sup>2</sup>.

#### أ- الذمة المالية؛ مجموعة حقوق والتزامات مالية؛

إنّ الذمة المالية للشخص تقتصر على الحقوق والواجبات ذات الطابع المالي دون الحقوق والواجبات الأخرى ذات القيمة المعنوية، فالحقوق التي لا تقوم بالمال كالحقوق الشخصية، وحقوق الأسرة وحقوق المؤلف من جانبه الأدبي تخرج من نطاق الذمة المالية، غير أنّه إذا تم الإعتداء على حق من هذه الحقوق غير المالية فإنّه يتولّد إلتزامًا ماليًا بالتعويض يدخل ذمة المعتدي كعنصر سلبي، ويدخل ذمة المعتدى عليه كعنصر إيجابي<sup>3</sup>.

ويلاحظ أنّ هذا العنصر لا يشمل الواجب العام الذي يلزم الكافة باحترام حقوق الغير، سواء كانت حقوق عينية أم كانت حقوقًا شخصية، أي أنّها لا تقوم بمال لذلك فلا تعد من العناصر السلبية للذمة المالية، وتخرج من هذه الواجبات من نطاق الذمة على الرغم من أنّ ما يترتب على مخالفتها من الحكم بالتعويض، يعد عنصرًا من العناصر السلبية لهذه الذمة<sup>4</sup>.

ولا تقتصر الذمة المالية على الحقوق والواجبات الموجودة في الحال، ولكنها تتضمن أيضًا تلك التي تنشأ مستقبلاً إلى حين وفاة الشخص، فهي أشبه ما تكون بإناء يحتوي على الحقوق والديون، وبالرغم من التعديلات التي تحدث في مكوناتها، فإنّ الذمة المالية تبقى وتحتفظ بصفتها، كما يبقى الوعاء بعد نفاذ ما به، فيمكن للشخص أن يكتسب حقوق ويتحمل إلتزامات في أي وقت ما دام حيًا، وأهلاً لأن يتعلق به هذا النوع من الحقوق والإلتزامات<sup>5</sup>.

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 218.

2 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص ص 379، 380.

3 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 499، 500.

4 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 226.

5 محسن عبد الله عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 285.

**ب - الذمة المالية: مجموعة قانونية:**

تعتبر الذمة المالية مجموعة مجردة لأنها مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها، وهي بذلك مجموعة قانونية قائمة بذاتها، لا يرتبط وجودها بوجود حقوق والتزامات معينة، لأن هذه الحقوق والتزامات تفقد ذاتيتها ولا تظهر إلا كقيم إيجابية أو سلبية، فلا تتأثر الذمة المالية بما يطرأ على هذه الحقوق والتزامات من تغيير أو زيادة أو نقص، بل قد تزول كل هذه الحقوق والتزامات ومع ذلك تظل الذمة المالية موجودة، لأنها كما سبق ذكره، هي أشبه بالوعاء الفارغ الذي يبقى ولا يختفي، ليدخل فيه ما يستجد للشخص من حقوق والتزامات<sup>1</sup>، إضافة إلى أن الذمة المالية تجمع في نفس الوقت حقوق وديون، أي أنها تتضمن أصول وخصوم ولا ينفصل أحد هذين العنصرين عن الآخر، ومن هنا فإنّ الذمة كمجموعة قانونية تتميز عن المجموعات الواقعية التي تتمثل في مجموعات من الأشياء أو الحقوق، دون أن تتضمن جانب الخصوم الذي يقابل هذه الحقوق.

أي أنّ الحقوق والواجبات المكوّنة للذمة المالية يرتبط بعضها البعض ارتباطاً وثيقاً فتكون الحقوق ضامنة للوفاء بالواجبات<sup>2</sup>.

**2 - الطبيعة القانونية للذمة المالية:**

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للذمة المالية، حيث توجد في هذا الشأن نظريتان متباينتان هما: النظرية الشخصية، ونظرية التخصيص، وكان للمشرع الجزائري موقف من ذلك.

**أ - النظرية الشخصية للذمة المالية:**

قام بوضع هذه النظرية الفقيهان الفرنسيان المعروفان أوبري ورو في القرن التاسع عشر ميلادي اللذين ذهبا إلى القول أنّ الذمة المالية ليست سوى الصلاحية لاكتساب الحقوق ونشأة الالتزامات حيث تندمج فكرة الذمة المالية في فكرة الشخصية القانونية، فلم تعد الذمة المالية إلا مظهر من مظاهر الشخصية إذ نظر إليها من الجانب المالي<sup>3</sup>.

1 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 231، 232.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 267، 268.

3 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 36.

فإذا كانت الشخصية القانونية تعرّف بأنه صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، فإنّ الذمة المالية هي صلاحية الشّخص لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات المالية، والأخذ بهذا الرأي رتب نتائج، إلّا أنّه تعرّض إلى نقد<sup>1</sup>.

### أ 1 - النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الشخصية للذمة المالية؛

أدى الربط بين الشخصية القانونية والذمة المالية إلى نتائج من بينها:<sup>2</sup>

- لا تثبت الذمة المالية إلا للشخص: إذا كانت الذمة المالية هي الشخصية في جانبها المالي، فمن البديهي أن تستند كل ذمة مالية إلى شخص قانونية سواء أكان طبيعياً أو اعتبارياً، لأنّه وحده صاحب الصلاحية لإكتساب الحق والتحمل بالإلتزام، ولا يتصور أن يكون لغير الأشخاص ذمة مالية<sup>3</sup>.

- لكل شخص ذمة مالية: بإعتبار أنّ الذمة المالية هي المظهر المالي للشخصية بغض النظر عن محتواها من الحقوق والإلتزامات الحالية والمستقبلية، ومن ثم فإنّ كل شخص قادر على إكتساب مثل هذه الحقوق والإلتزامات، فإنّ الذمة تثبت للجميع بغض النظر عمّا إذا كان لديه فعلاً حقوق أو عليه إلتزامات<sup>4</sup>.

- لكل شخص ذمة مالية واحدة: فما دامت الذمة هي المظهر المالي للشخصية، وما دامت الشخصية واحدة، فالذمة بدورها واحدة لا تتعدد، ولا تقبل التقسيم والتجزئة<sup>5</sup>.

- الذمة مالية مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها: سبق الإشارة إلى أنّ الذمة المالية كالوعاء (مجموعة احتمالية)، قد تكون بها حقوق وواجبات، وقد تكون خالية من أي منهما، وما دامت الذمة المالية على هذا النحو فهي ليست قابلة للتصرف فيها أو التنازل عنها، بل يقتصر التصرف في العناصر المكونة لها، ولا تنتقل الذمة المالية للمتوفى لورثته بل تنتقل إليهم الحقوق بعد تصفية التركة<sup>6</sup>.

1 فريد محمدي، المرجع السابق، ص 98 - 103.

2 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 251 - 254.

3 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 60.

4 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 333.

5 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 380.

6 حورية كميح، المرجع السابق، ص 31.

أ 2- نقد النظرية الشخصية:

تعرّضت النظرية الشخصية إلى إنتقادات من أهمها:

- عاب الفقه على هذه النظرية مغالاتها في الربط بين الذمة المالية والشخصية القانونية مما جعل بعض من الفقهاء يقول ما دامت الذمة المالية والشخصية القانونية شيئاً واحداً، ففيما إذن كان إصطلاح الذمة المالية وما فائدته وليس له مدلول جديد.

والفرق بينهما واضح فالشخصية القانونية هي الصلاحية لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات بينما الذمة المالية هي مجموع الحقوق والإلتزامات المالية<sup>1</sup>.

- حصرت هذه النظرية نطاق الذمة المالية في الحقوق المالية، بينما تغاضت وأغفلت الحقوق غير المالية بدون مبرر، رغم أنّ الحقوق غير المالية لها آثار مالية، ويبدو صعوبة الفصل بينهما، فالكل يندرج ضمن حقوق الشخص<sup>2</sup>.

- إنّ القول بوحدة الذمة المالية يعتبر عرقلة حقيقة لتطور العلاقات القانونية، لأنّ الشخص قد يتعدد نشاطه ويعتبر كل نشاط مستقل عن الآخر فيخصص جزء من أمواله للنشاط التجاري والجزء الآخر للنشاط الزراعي، أو أن يكون بمقدرة التاجر تخصيص مجموعة معينة من أمواله لحياته التجارية، في حين يحتفظ بجزء آخر من أمواله لحماية لأسرته من مخاطر الإفلاس، ويكون في هذه الحالة للغير الذي يتعامل معه حق في الضمان على ذمته التي كانت مخصصة لحياته التجارية، دون أن يمتد ذلك لباقي أمواله، أي ليس هناك ما يمنع أن يكون للشخص الواحد في هذه الحالات أكثر من ذمة مالية، وهذا التصور لا يستقيم مع القول بوحدة الذمة المالية<sup>3</sup>.

- القول بأنّ الذمة المالية ترتبط بالشخصية يؤدي إلى إنقضاء الذمة بوفاة الشخص وهذه النتيجة لا تتسق مع تفسير القاعدة الشرعية ألا تركة إلا بعد سداد الديون، فإذا كانت القاعدة أن الذمة المالية تنتهي بموت صاحبها، ولكن قد يؤدي هذا إلى الإضرار بدائني المتوفي نتيجة إنتقال

1 حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 500 - 502.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 183.

3 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 500.

أموال التركة إلى الورثة، ولذلك يقال بأن تركة المتوفي تبقى على ذمته حكماً إلى أن تسدد ديونه، والقول ببقاء ذمة المتوفي حكماً يسمح ببقاء الحقوق والالتزامات التي كانت تشغلها إلى أن تُسَدَّدَ الديون ثم يؤول ما تبقى بعد ذلك من أموال إلى الورثة<sup>1</sup>.

### ب - نظرية ذمة التخصيص؛

تنسب هذه النظرية للفقهاء الألمانى برنز، ومن أنصارها في فرنسا الفقيه سالي، ويرى أنصار هذه النظرية أن الذي يجمع بين العناصر المكونة للذمة، ليس بثبوتها لشخص معين، وإنما هو تخصيصها لغرض معين، ولهذا سُميت نظرية التخصيص، وإنطلاقاً من هذا التصور عرفت الذمة المالية هي مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والواجبات، أنشئت لتخصص لغرض معين ذي قيمة مالية<sup>2</sup>.

وإنطلاقاً من هذا التعريف فإنه يمكن القول بأنه كلما وجدت حقوق والتزامات يجمعها غرض واحد نكون بصدد ذمة مالية من دون الحاجة إلى شخص قانوني، فإذا رصد شخص مالا معيناً من أمواله بقصد تحقيق غرض معين نشأت له بذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمته الأصلية، ومن ثم لا يكون لدائني إحدى هاتين الذمتين أي ضمان على الذمة الأخرى، وبهذا تتعدد الذم تبعاً لتخصيص أموال الشخص لأغراض مختلفة ومتنوعة، وعليه فإن الذمة المالية لا ترتبط بالشخصية، وإنما تنفصل عنها، كما أن أنصار هذه النظرية يقصرون الشخصية القانونية على الشخص الطبيعي فقط<sup>3</sup>، وترتب على الأخذ بنظرية التخصيص نتائج، كما أنها لم تسلم من النقد.

### ب 1 - النتائج المترتبة على الأخذ بنظرية التخصيص؛

من النتائج المترتبة على هذه النظرية ما يلي: <sup>4</sup>

- أنه لا ترابط بين الذمة المالية والشخصية القانونية: أي يمكن تصور وجود ذمة مالية دون حاجة إلى شخص تستند إليه، وذلك بمجرد تخصيص مجموعة من الأموال.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 273.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 210.

3 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 234.

4 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 256 - 258.

- أنَّ الذمة المالية قد تتعدد: وذلك بتعدد الأغراض والأهداف التي تجمعت الأموال من أجل تحقيقها وبالتالي تخضع لقواعد غير التي تخضع لها ذمة الشخص، كأن يكون للشخص إلى جانب ذمته العامة ذم أخرى (ذمة تجارية وأخرى زراعية... إلخ).
- إمكانية إنتقال الذمة بما أنَّ الذمة المالية عبارة عن مجموعة حقوق والتزامات وليست مستندة إلى الشخص، فإنَّه يجوز إنتقالها بين الأحياء بالتصرّف فيها والنزول عنها<sup>1</sup>.

### ب 2- نقد نظرية ذمة التخصيص:

تعرّضت هذه النظرية لانتقادات من أهمها: <sup>2</sup>

- تصورها وجود ذمة مالية دون شخص تستند إليه مع أنَّ الذمة المالية ملازمة للشخصية القانونية لأنَّ الشخص وحده القادر على إكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.
- تفقد النظرية جزء كبير من أهميتها متى أخذ المشرع صراحة بنظرية الشخص الاعتباري، وأغلب التشريعات الحديثة تأخذ بنظرية الشخص الاعتباري.
- إنَّ الذمة المالية كوعاء لا تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة فعلاً فقط، وإنَّما تمتد أيضاً إلى الحقوق والالتزامات المستقبلية أو الاحتمالية، الأمر الذي يترتب عليه عدم قبول فكرة وجود شخص دون ذمة مالية.
- القول بتعدد الذم للشخص الواحد يؤدي إلى صعوبة في التعامل كما يسهل التحايل<sup>3</sup>.

### ج- موقف المشرع الجزائري:

يتبيّن من الأحكام السارية المفعول أنَّ المشرع الجزائري لم ينحز إلى إحدى النظريتين فنجدّه مثلاً في نص المادة (50) قانون مدني ربط بين الذمة المالية والشخصية القانونية الاعتبارية بأن جعلها ملازمة لها، وبذلك يكون قد أخذ بالنظرية الشخصية، كما أخذ بنظرية التخصيص مثل ما جاء في نص المادة (37) قانون أسرة حينما أجاز للزوجين الإتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة

1 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 255.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 101.

3 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 347.

الزوجية وتحديد النسب التي تعود لكل منهما، فيكون لهما بالإضافة إلى الذمة المالية المستقلة لكل منهما ذمة مشتركة بينهما<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: الشَّخْصُ الإِعتباريُّ؛

إذا كان الإنسان يتمتع في عصرنا بالشخصية القانونية التي تؤهله لأن يكون طرفاً موجِّباً أو سالباً من أطراف الحق، فإنَّ الشخصية القانونية لا تثبت للإنسان وحده، بل هناك إلى جانب الإنسان كشخص طبيعي، شخص آخر يطلق عليه اسم الشخص الاعتباري أو المعنوي أو الحكمي<sup>2</sup>، وعليه سنتعرَّض إلى مفهوم الشخصية المعنوية، ثم نستعرض طبيعتها القانونية، ثم خصائص الشخصية المعنوية.

### أولاً: مفهوم الشخصية المعنوية؛

يتمحور مفهوم الشخص الاعتباري حول ثلاثة نقاط أساسية، وهي تعريفه، ثم عناصر تكوينه، واستعراض أنواعه.

### 1 - تعريف الشخص الاعتباري؛

الشخص الاعتباري أو المعنوي هو جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين يخلع القانون عليها الشخصية فتكون شخصاً مستقلاً و متميزاً عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها، كالدولة، والجمعية، والشركة، والمؤسسة<sup>3</sup>، وعليه فإنَّ مدلول الشخص الاعتباري ينصرف إلى مجموعة الأشخاص والأموال يجمعها غرض وتثبت لها الشخصية المعنوية، وهذا هو المعنى الذي أشار إليه المشرع بعد ذكره لمختلف الأشخاص المعنوية، حيث نصت المادة (49) مجني جزائري في فقرتها الأخيرة على: "...كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

إنَّ الاعتراف بالشخصية القانونية لمثل هذه الجماعات والمجموعات يجعل لها كياناً مستقلاً وذمة مالية منفصلة عن ذمة الأشخاص الطبيعيين المكونين لها<sup>4</sup>.

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 272.

2 حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 395.

3 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 255.

4 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 160.

## 2- عناصر الشخصية الاعتبارية:

يتبين مما سبق أنّ وجود الشخص الاعتباري مرهون بتوفير عنصرين أحدهما موضوعي (وجود مجموعة من المقومات)، والآخر عنصر شكلي (الإعتراف الصادر من السلطة المختصة في الدول)<sup>1</sup>.

### أ- العنصر الموضوعي:

يتطلب وجود الشخص الاعتباري من الناحية الواقعية توافر مقومات أساسية تتمثل في:<sup>2</sup>

#### أ 1- وجود مجموع معين من الأشخاص أو الأموال:

يعتبر وجود جماعة أشخاص أو مجموعة أموال من المسائل الجوهرية لإيجاد الشخص الاعتباري، كأن ينشأ نتيجة إرادة شخصين أو أكثر كما هو الحال في الشركات والجمعيات، أو ينشأ بإرادة شخص واحد كما هو الحال في المؤسسات والأوقاف<sup>3</sup>.

#### أ 2- وجود غرض مشترك:

يقتضي إنشاء الشخص الاعتباري أن يكون لجماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال هدف مشترك يهم جميع الأعضاء المكونين لها، ومستقل عن الهدف الشخصي للأعضاء المكونين للجماعة، على أن يكون الغرض من وجود جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال غرضاً ممكنًا ومشروع، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون غرضاً مستمرًا وليس عارضًا، ولا يقصد بذلك دئمًا ومؤبدًا، وإنما يقصد به أن يكون قد أنشئ لمدة كافية لتحقيق أغراضه<sup>4</sup>.

#### أ 3- وجود تنظيم يضمن حسن سير العمل:

يجب أن يكون هناك تنظيم يضمن حسن سير العمل ويكفل مباشرة الشخص الاعتباري لنشاطه، أي يجب وجود إرادة منظمة تعمل على تحقيق أغراض الشخص المعنوي، على أن تكون هذه الإرادة مستقلة عن إرادة الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري، فالتنظيم القانوني

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 402 - 405.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 286.

3 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 263.

4 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 226.

للمجموعة هو الذي يمنح إرادة للشخص الاعتباري، ومن خلال هذا التنظيم يكون للشخص الاعتباري ممثلون وأجهزة تعبر عن إرادته<sup>1</sup>.

### ب - العنصر الشكلي:

إذا توافرت المقومات السابق ذكرها تحقق الوجود الواقعي للشخص الاعتباري غير أن ذلك غير كاف لإنشاء الشخص الاعتباري، فلا بد له من إعراف الدولة بالشخصية القانونية، وهي نوعان فقد يقع في صورة إعراف عام أو في صورة إعراف خاص<sup>2</sup>.

### ب 1 - الإعراف العام:

يكون الإعراف العام بقيام المشرع مسبقاً بتحديد الشروط الواجب توافرها لتكوين الشخص الاعتباري، دون ضرورة لإذن أو ترخيص لاحق من السلطة العامة المختصة في الدولة، فإذا توفرت الشروط المتطلبه قانوناً في مجموعة الأموال أو جماعة الأشخاص اكتسبت الشخصية القانونية تلقائياً وبقوة القانون، ويطلق كذلك على هذه الصورة طريقة التنظيم القانوني<sup>3</sup>.

### ب 2 - الإعراف الخاص:

ويقصد به صدور ترخيص أو إذن خاص من المشرع يمنح المشرع بمقتضاه الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة، أي أن إعراف المشرع بقيام الشخصية المعنوية يكون في كل حالة على حدة، ويمثل هذا النوع من الإعراف عكس الإعراف العام إعرافاً مباشراً فردياً، ويترتب عليه نشوء الشخصية الاعتبارية من تاريخ صدور القرار من إحدى سلطات الدولة، وليس من تاريخ تكوينها، ويطلق على هذه الصورة كذلك باسم نظام الإذن أو الترخيص<sup>4</sup>.

### ب 3 - موقف المشرع الجزائري من صور الإعراف:

تناول المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة (49) من القانون المدني والتي تنص على أن: "الأشخاص الاعتبارية حي: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 283

2 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 262.

3 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 287.

4 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 443.

الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون الشخصية القانونية". يستفاد من هذا النص أنّ الأصل العام في القانون الجزائري هو الاعتراف العام، ويشمل كل شخص من أشخاص أو أموال لم يرد ذكرها في المادة (49) مدني جزائري، والتي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية<sup>1</sup>.

### 3- أنواع الشخص الاعتباري؛

بخلاف الفقه التقليدي الذي يقسم الأشخاص الاعتبارية بحسب طبيعة القانون الذي يسري عليها إلى قسمين هما: أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص<sup>2</sup>، فإنّ الفقه الحديث اعتمد صنف جديد من الأشخاص الاعتبارية يخضع بالنسبة إلى بعض المسائل إلى القانون العام، وبالنسبة للبعض الآخر إلى القانون الخاص<sup>3</sup>.

#### أ- الأشخاص الاعتبارية العامة؛

لقد حصرت المادة (49) من القانون المدني الأشخاص الاعتبارية العامة التي تخضع إلى القانون العام وهي الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ولقد وضع الفقه الإداري تقسيمًا فرعيًا لهذه الأشخاص حيث يميّز بين الأشخاص الاعتبارية الإقليمية من جهة، وبين الأشخاص الاعتبارية المرفقية من جهة أخرى<sup>4</sup>.

#### أ 1- الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية؛

يقصد بالأشخاص الاعتبارية الإقليمية تلك التي يمتد إختصاصها إلى جزء من الإقليم بحيث تتولى كافة المرافق الموجودة بهذا الجزء من التراب وهي الدولة والولاية والبلدية.

- **الدولة:** وتأتي كما هو واضح في نص المادة (49) قانون مدني على رأس الأشخاص المعنوية جميعًا، وتنشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب وإقليم وسلطة ذات سيادة معترف بها من قبل المجتمع الدولي، وتكون هذه السلطة التي تهيمن على جميع مصالح الأمة<sup>5</sup>.

1 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 157.

2 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 654، 655.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 287.

4 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 443.

5 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 233.

- **الولاية:** وهي ثاني الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية، وهي عبارة عن منطقة جغرافية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتمارس مهامًا محددة في القانون، ويديرها الوالي، نكتسب الولاية الشخصية المعنوية بصفة تلقائية بقوة القانون وتنتهي كما نشأت بموجب قانون<sup>1</sup>.

- **البلدية:** تعتبر البلدية النموذج الثاني من الجماعات المحلية، وتتمتع بشخصية مستقلة، فهي ليست فرعًا من الحكومة المركزية، ولا من الولاية، وعلى غرار الولاية تعد البلدية هيئة إدارية تتولى شؤون ومصالح المواطنين المختلفة على مستوى إقليمها سواء أمنية، إجتماعية، إقتصادية، تعليمية، صحية وغيرها، إضافة للشخصية القانونية فإن البلدية تتمتع أيضًا بإستقلالية مالية ويمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي في علاقاتها المختلفة مع المواطنين والسلطات الأخرى كالدولة والولاية، وتنشأ بموجب قانون وبصفة تلقائية وبقوة القانونية وتنتهي بموجب قانون<sup>2</sup>.

## أ 2- الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية:

وتسمى أيضًا بالأشخاص الاعتبارية العامة المصلحية أو المؤسسات فإذا كان إختصاص الأشخاص الاعتبارية الإقليمية مقيدًا بحدود الإقليم، فإن إختصاص الأشخاص الاعتبارية المرفقية يتحدد بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرفق أو مرافق محددة، أي تتولى نشاطًا معينًا أو تشرف على مرفق معين في كل الإقليم وجزء منه<sup>3</sup>، وتسمى هذه الأشخاص بالهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، ويلاحظ أن هناك نوعين من الأشخاص المرفقية (المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) وهي:

- **النوع الأول:** مؤسسات وطنية وهي التي تحدثها الدولة وتشرف على تسييرها، ولها نشاط يمتد إلى كافة إقليم الدولة.

- **النوع الثاني:** مؤسسات محلية (إقليمية) وهي التي تنشأ بموجب قرار أو مداولة الهيئات البلدية أو الولائية<sup>4</sup>.

1 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 239، 240.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 104.

3 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 672.

4 عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 151.

**ب - الأشخاص الاعتبارية الخاصة؛**

تصنّف الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى صنفين يتمثل الصنف الأول في تجمع الأشخاص، ويتمثل الصنف الثاني في تجمع الأموال<sup>1</sup>.

**ب 1 - الأشخاص الاعتبارية؛ تجمع الأشخاص؛**

قد تؤسس مجموعة الأشخاص من أجل غاية تجارية واقتصادية فيؤسسون شركات، وقد تجمعهم غاية أخرى غير الربح فيشكلون جمعيات<sup>2</sup>.

**ب 1/1 - الشركات؛**

وهي تجمع أشخاص قصد المساهمة في نشاط مشترك من أجل تحقيق أرباح أو فوائد اقتصادية، وبحسب طبيعة النشاط الذي تقوم به الشركة أو شكلها وهي إمّا شركات مدنية أو تجارية<sup>3</sup>.

**ب 1/1/1 - الشركات التجارية؛**

وتخضع لأحكام القانون التجاري كشركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة أو شركة المساهمة وغيرها، والفقهاء يصنّف الشركات التجارية إلى ثلاثة أصناف وهي: <sup>4</sup>

- **شركات الأشخاص:** والعبرة فيها بشخصية الشركات وليس بالأموال التي يساهمون بها في الشركة.

- **شركات الأموال:** والعبرة فيها بالمساهمات المالية بغض النظر عن شخصية الشركاء، فالجانب المالي هو قوام شركات الأموال.

- **الشركات المختلطة:** وهي التي تجمع بين خصائص شركات الأشخاص كأن تكون حصص الشركاء اسمية وغير قابلة للتنازل، وتأخذ كذلك بأحكام شركة الأموال كأن تكون مسؤولية بعض الشركاء محدودة بمقدار حصصهم.

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 703.

2 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 301.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 447.

4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 292 - 295.

ب 2/1/1 - الشركات المدنية؛

إضافة إلى النوع السابق والمتمثل في الشركات التجارية فإنه يوجد نوع آخر وهو الشركات المدنية وتعتبر الشركة المدنية إذا كان هدفها ممارسة أعمال مدنية، ولم تتخذ من حيث شكلها أحد أشكال الشركات التجارية المشار إليها سابقاً وبعبارة أخرى هي التي تقوم بأعمال لا تدخل ضمن الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، وهي الشركات التي لا تستهدف الربح ولا تمارس نشاطاً تجارياً<sup>1</sup>، ومثال هذه الشركات المدنية نجد التعاونيات العقارية والتعاونيات الحرفية وتربية الحيوانات وغيرهم<sup>2</sup>.

وتنشأ الشركة سواء تجارية أو مدنية بتوافر أركانها الموضوعية والشكلية وتكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها، ثم تشهر للاحتجاج بها على الغير<sup>3</sup>.

وتتقضي الشركات بعدة أسباب متعلق بكل الشركات والبعض الآخر متعلق ببعضها فقط من بينها انقضاء الميعاد المحدد لها، أو بإنهاء العمل الذي قامت من أجله، أو موت أحد الشركاء، أو بهلاك جميع أموالها أو جزء كبير منه، أو بإنسحاب أو إفلاس أو موت أو انعدام أحد الشركاء، وبانقضاء الشركة تنتهي شخصيتها القانونية وتبقى بالقدر اللازم لتصفيتها لغاية إنتهاء هذه التصفية<sup>4</sup>.

ب 2/1 - الجمعيات؛

الجمعية هي إتفاقية خاضعة للقوانين المعمول بها يجتمع في إطارها الأشخاص (طبيعيين أو المعنويين) على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محدودة هدفها تحقيق غرض غير مريح سواء كان هذا الهدف مهنيًا أو إجتماعيًا أو علميًا أو دينيًا أو تربويًا أو ثقافيًا أو رياضيًا<sup>5</sup>.

ويظهر بأن الغرض غير المريح هو ما يميّز الجمعية عن الشركة، وتصنّف الجمعيات على الضوء السلطة المختصة بتسليم وصل التسجيل لجمعيات وطنية، وهي التي تنشط على

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 235، 236.

2 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 360.

3 حورية كميح، المرجع السابق، ص 41.

4 فريدة محمدي، المرجع السابق، 107.

5 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 304.

المستوى الوطني، والموافقة تكون من وزير الداخلية، أمّا الجمعيات التي تنشط على المستوى المحلي (الولائي أو البلدي)، فالموافقة تكون من الوالي<sup>1</sup>.

وتمنح الشخصية المعنوية للجمعية عن طريق إجراء الاعتراف الخاص المتمثل في تسليمها وصل تسجيل من قبل السلطة المختصة وذلك بعد التأكد من استقائها الشروط القانونية لإنشاء الجمعية، وبعد هذه المراقبة السابقة يتعيّن على الجمعية للاحتجاج بوجودها أمام الغير أن تقوم بإجراءات الشهر<sup>2</sup>.

تتقضي الجمعية وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية بالأسباب العام لإنقضاء الشخص الاعتباري كإنتهاء الأجل المحدد لها، أو استنفاد الغرض منها، أو استحالة تحقيقه، أو عن طريق حلها إمّا إراديًا (إختياريًا) من طرف أعضاء الجمعية أو مندوبهم، أو يكون الحل قضائيًا (إجباريًا)<sup>3</sup>.

#### ب 2 - الأشخاص الاعتبارية: تجمع أموال؛

الأشخاص الاعتبارية التي تنشأ نتيجة تجمع أو تخصيص أموال لغرض معين هي المؤسسات من جهة، والوقف من جهة ثانية.

#### ب 1/2 - المؤسسات؛

المؤسسة الخاصة هي شخص معنوي ينشأ بتخصيص مال مدة غير معنية لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية، أو لأي عمل آخر من أعمال البرّ والرعاية الإجتماعية والنفع العام دون قصد الربح المادي<sup>4</sup>.

ومن هذا التعريف يتبيّن أنّه يجب أن يتوافر شروط لقيام المؤسسة:

- أنّ المؤسسة هي مجموعة الأموال، وبهذا تختلف المؤسسة عن الشركة والجمعية التي تتكون من جماعة من الأشخاص، فالمؤسسة تقوم على المال الذي خصصه أحد الأشخاص لغرض معين<sup>5</sup>.

1 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 79.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 343.

3 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 397.

4 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 278.

5 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 363.

- أن الغرض الذي رصد المال لتحقيقه، وهذا الغرض يجب أن يكون ذا صفة إنسانية أو علمية أو دينية أو فنية أو رياضية أو أن يكون عملاً من أعمال البر والنفع العام دون قصد إلى أي ربح مادي، وبهذا تختلف المؤسسة عن الشركة وتتفق مع الجمعية في الغرض الذي يجب ألا يكون السعي إلى تحقيق ربح مادي، وتختلف المؤسسة عن الجمعية في الغرض الذي يكون دائماً عامًا للمؤسسات، بينما الجمعية قد يكون عام، وقد يكون خاص كأن يكون غرض الجمعية تحقيق المصالح الشخصية لأعضائها<sup>1</sup>.

- أن المؤسسة يجب أن تنشأ لمدة غير معينة، فلا يمكن تحديدها بأجل معين، ولعلّ تقرير ذلك بسبب تخصيصها لتحقيق غرض خيري أو مصالح عامة وليس خاصة، الأمر الذي لا يتناسب مع فكرة التأسيس<sup>2</sup>.

والمؤسسات تشترك مع الجمعيات من حيث اكتساب الشخصية القانونية التي تكون عن طريق الإعراف الخاص<sup>3</sup>.

#### ب 2/2 - الوقف؛

عرفته المادة (213) من قانون الأسرة بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"، ونصت المادة (03) من قانون الأوقاف على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، يستفاد من هذين النصين أن للوقف في التشريع الجزائري ثلاثة خصائص هي التأييد، وإسقاط الملكية على العين الموقوفة، ونية التصدق، والوقف نوعان<sup>4</sup>:

- **الوقف الخاص:** إذا كان الموقوف عليهم المال أشخاص معينون، كأن يكون أولاد أو أحفاد الواقف، تؤول منفعة المال بعد وفاتهم إلى الجهة التي عينها الواقف كأن تكون مساجد أو مدارس قرآنية، المادة (06) من قانون الأوقاف<sup>5</sup>.

1 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 273.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 502.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 302.

4 محمد كنانة، الوقف في التشريع الجزائري، دار الهدى، 2006، ص 11.

5 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 109.

- **الوقف العام:** حيث يحبس المال منذ البداية أي منذ إنشاء الوقف على الجهة الخيرية المعينة في سند الإنشاء، المادة (06) من قانون الأوقاف<sup>1</sup>.

ويضيف البعض نوع آخر من الوقف، وهو الوقف المشترك الذي يجمع بين الوقف العام والوقف الخاص كأن يتم وقف العقار مناصفة بين ذرية الواقف وعلى جهة خيرية، ولم يشر المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الوقف<sup>2</sup>.

### ج- الأشخاص الاعتبارية ذات الطبيعة المختلطة:

وهي الأشخاص القانونية التي تخضع من حيث نشأتها وتنظيمها إلى القانون العام، بينما يحكم القانون الخاص علاقاتها مع الغير لذلك أطلق عليها الأشخاص المعنوية ذات الطبيعة المختلطة، ومن بينها نجد الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والهيئة العمومية ذات تسيير خاص، ومراكز البحث والتنمية، والمنظمات المهنية<sup>3</sup>.

### ج 1 - الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

وتقوم هذه الهيئة بنشاط تجاري أو صناعي مثل عمليات بيع المنتجات، وعمليات التصنيع وغيرها، والغرض من مباشرة نشاط تجاري من قبل هذه الهيئات العمومية ليس تحقيق الأرباح مثل ما هو الأمر بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية أي الشركات التجارية، وإنما تسعى إلى تحقيق منفعة عامة أي خدمة عامة، لذلك تنشأ الهيئات العمومية بموجب التنظيم مثل هذه الأشخاص الاعتبارية العامة، وفي هذا الجانب تلتحق بالقانون العام، بينما تخضع في علاقاتها مع الغير للقانون الخاص وتكتسب الشخصية المعنوية بموجب النص الذي أنشأها، وتنتهي بنفس الطريقة.

### ج 2 - الهيئة العمومية ذات تسيير خاص:

منها الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء (CNAS)، والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء (CASNOS) وغيرها، وتسمى بأجهزة الضمان

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 244.

2 محمد كنانة، المرجع السابق، ص 14، 15.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 306.

الاجتماعي وتنشأ بموجب التنظيم، أمّا علاقاتها مع الغير، فتعتبر بمثابة شخص من أشخاص القانون الخاص<sup>1</sup>.

### ج 3 - مراكز البحث والتنمية؛

تشبه مراكز البحث والتنمية الهيئات العمومية من حيث طرق إنشائها وتمويلها، إذ تنشأ بموجب التنظيم وتمولّ بأموال عمومية، وتكون قريبة أيضاً من الجمعيات والتعاونيات من حيث عرضها<sup>2</sup>.

### ج 4 - المنظمات المهنية؛

هي تنظيم طائفي ينشئه القانون على المستوى الوطني يجمع وجوباً أعضاء المعن الحرّة، وهي تنظيم أشخاص القانون الخاص كالمحامين، والموثقين، وغيره، إلّا أنّها تتولّى تسيير مرفق عام، إضافة إلى أن نشأت هذه التنظيمات المهنية يكون بموجب القانون أو التنظيم، ومن أمثلة هذه التنظيمات الغرفة الوطنية للموثقين، منظمة المحامين... إلخ<sup>3</sup>.

### ثانياً: الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري؛

أثار منح الشخصية القانونية لشخص غير الإنسان، وليس له أي وجود مادي جدلاً واسعاً بين الفقهاء، فمنهم من أنكر فكرة الشخصية المعنوية، وذهب اتجاه إلى اعتبار الشخص المعنوي هو مجرد افتراض قانوني يخالف الواقع والحقيقة، ويذهب رأي ثالث يرى أنّ الشخص الاعتباري حقيقة واقعة<sup>4</sup>.

### 1 - إنكار فكرة الشخصية المعنوية؛

هناك جانب من الفقه ذهب إلى القول بأنّ الشخصية المعنوية لا تثبت لغير الشخص الطبيعي، وأمّا فكرة الشخصية المعنوية فإنّها فكرة مجازية واقعية، ويمكن الإستعاضة بإحدى الوسيلتين هما: فكرة الحق دون صاحب (ذمة التخصيص)، أو فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة<sup>5</sup>.

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 42.

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 309.

3 نفس المرجع، ص 310.

4 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 622 - 634.

5 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 350.

### أ- نظرية التخصيص:

ويذهب أنصار هذه الفكرة إلى القول بأنه لا يشترط وجوب إسناد الذمة المالية إلى شخص سواء أكان هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً، بل يكفي تخصيص مجموع من المال لتحقيق غرض معين لتحقيق المقصود بالشخصية المعنوية، فهذا التخصيص يؤدي إلى ما ينبغي من قيام الشخصية المعنوية (الإعتبارية)، ومن ثم فإنّ هذه النظرية لا تقسم الأشخاص إلى طبيعية وإعتبارية بل إلى ذم فردية، وذم تخصيص<sup>1</sup>.

ويعيب على هذه النظرية أنّها لا تسند الذمة إلى شخص فلا يمكن تصوّر أموال بلا مالك معين، ولا يمكن تصوّر ذمة مالية لا تستند إلى شخص، وفضلاً عن ذلك فإنّ أهمية الأموال تتضاءل بالنسبة إلى الأشخاص المعنوية كالدولة والجمعيات<sup>2</sup>.

### ب- نظرية الملكية الجماعية أو المشتركة:

وقوام هذه النظرية أنّ المال يكون مملوكاً ملكية فردية، أو ملكية مشتركة، والشخصية المعنوية إنّما تثبت لمجموعة الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون الشخصية القانونية، ومن ثم فإنّ فكرة الشخصية المعنوية عند أصحاب هذه النظرية هي فكرة زائفة وخيالية ومحض مجاز، وأنّها يجب أن تزول ليحل محلها مجموعة من الأموال مملوكة للأشخاص الطبيعيين تكون مملوكة لهم ملكية مشتركة أو جماعية وهي تختلف عن ملكية كل فرد لأمواله الخاصة، لأنّه بالنسبة للأموال المملوكة ملكية جماعية لا يستطيع أن يستأثر بها كل فرد من الجماعة ويتصرف فيها<sup>3</sup>.

ويعيب على هذه النظرية أنّها تعود إلى فكرة الملكية الجماعية أو الملكية المشتركة، وهي فكرة أو نظام قديم لم يعد له وجود في المجتمعات الحديثة، فضلاً عن ذلك فإنّ هذه النظرية يركز أنصارها على المال وحده كمقوم أساسي للشخص المعنوي، في حين أنّه لا يعتبر كذلك في كثير من الحالات، كما هو الحال بالنسبة إلى الدولة بما لها من حقوق السلطة العامة، وما تسعى إليه من أغراض غير مادية، وأخيراً فإنّ الملكية المشتركة لا تستند إلى كل فرد من

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 260، 261.

2 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 350.

3 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 419 - 421.

الأفراد، وإنما تستند إليهم جمعياً كمجموع من الأشخاص، وهذه في نهاية الأمر فكرة الشخصية الاعتبارية<sup>1</sup>.

### 2- الشخصية المعنوية افتراض ومجاز لا حقيقة؛

وقوام هذه النظرية أنّ الشخصية الاعتبارية مع وجودها إلا أنّها افتراض وخيال، وهي محض مجاز، وباعتبارها كذلك فإنّ الدولة هي التي يمكن لها فقط أن تمنحها أو تمنعها من الشخصية، ولقد تعرّضت هذه الفكرة في نهاية القرن التاسع عشر لنقد شديد، فقيل أنّها باعتبارها مجاز لا حقيقة، فلا يمكن التوسع فيها في الوقت الذي يتعيّن فيه التوسع في منح الشخصية الاعتبارية بما يؤدي ذلك إلى إنشاء كيانات جديدة تساهم بدور فعال في الحياة الإقتصادية، كما أنّ الشخص الاعتباري لا يسأل جنائياً أو مدنياً لأنّه لا إرادة له طبقاً لهذه النظرية<sup>2</sup>.

### 3- الشخصية المعنوية ليست افتراض ولكنها حقيقة؛

الشخص الاعتباري حسب هذه النظرية، ليس مجرد وهم وافتراض لا يقوم إلا بإرادة المشرع، أي هو حقيقة واقعية تفرض نفسها على المشرع نفسه وتعتبر موجودة من تلقاء ذاتها دون أن تنتظر منه الإعراف بوجودها، وليس هناك إختلاف بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي، فكلاهما حقيقي وواقعي لا افتراضي، غير أنّ الشخص الطبيعي شخص له كيان ملموس ومنظور، أمّا الشخص الاعتباري فهو شخص غير مجسّم، فهو من قبيل الحقائق المعنوية لا المادية<sup>3</sup>.

غير أنّ هذه النظرية بدورها تعرّضت لانتقادات من أهمها مبالغتها في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي بالنسبة لوجوده، وبالنسبة لسلطان المشرع عليه في حين أنّه من المتفق بشأنه في جميع الدول أنّ المشرع يستطيع أن يقيّد أهلية بعض الأشخاص الاعتبارية، ولا يملك ذلك بالنسبة للشخص الطبيعي، من الإنتقادات الموجهة لها أيضاً أنّ هذه النظرية أنّه ليس صحيح أن توجد الشخصية المعنوية بغض النظر عن إعراف المشرع، ولا شك أنّ المصلحة العامة لا تقر هذا المنطق، إذ يلزم أن يكون للمشرع دور أساسي في إنشاء الشخص الاعتباري وفي تنظيم نشاطه<sup>4</sup>.

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 733 - 735.

2 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 252 - 254.

3 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 341.

4 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 229.

## ثالثاً: خصائص الشخصية الاعتبارية:

إذا نشأ الشخص الاعتباري واكتسب الشخصية القانونية فإنه يصبح صالحاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، إلا أن الشخصية القانونية التي تثبت للشخص الاعتباري لا يمكن أن تتساوى مع الشخصية القانونية التي تثبت للشخص الطبيعي، وقد نصت المادة (1/50) قانون مدني بقولها: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون"<sup>1</sup>.

فهناك حقوق تلازم صفة الإنسان، فما يترتب للشخص من حقوق، وما يفرض عليه من واجبات باعتبارها فرد في أسرة لا يمكن أن يتقرر للشخص الاعتباري، كذلك تتقيد حرية الشخص الاعتباري بمبدأ التخصيص، فلا يستطيع أن يكتسب من الحقوق إلا ما هو لازم لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله، كما لا يستطيع أن يباشر نشاطاً لا يتفق وهذا الغرض، في حين الشخص الطبيعي يستطيع أن يكتسب من الحقوق ما يشاء وأن يلتزم بأي التزام، أن يوجه نشاطه أي وجهة تديرها، ولا يقيد حريته في هذا سوى أن يكون نشاطه مشروعاً، وفيما عدا هذه الفروق فإن الشخص الاعتباري يتمتع بعناصر الشخصية القانونية وهي الاسم والموطن والحالة والذمة المالية والأهلية<sup>2</sup>.

## 1 - اسم الشخص الاعتباري:

الاسم ميزة من مميزات الشخصية عموماً، وبالنسبة للشخص الاعتباري له اسم يُسمى به، وكثيراً ما يستمد اسم الشخص الاعتباري من الغرض الذي يسعى إليه الشخص الاعتباري، ومع ذلك فكثيراً ما يحدث بالنسبة إلى الشركات وخاصة شركات الأشخاص أن يؤخذ اسم فرد من الأعضاء المؤسسين له ويتخذ الشخص المعنوي من اسم الفرد هذا اسماً له شريطة أن يوجد ما يدل على نسبة النشاط إلى هذا الشخص المعنوي لا إلى الشخص الطبيعي، وقد يتخذ الشخص المعنوي لنفسه اسماً تجارياً، ويكون الاسم عندئذ سمة من سمات الشخصية ومحوراً يمارس التجارة تحت مظلته، وعندئذ يكون له قيمة مالية ويجوز التعامل فيه إلا أن التعامل لا يكون مستقلاً عن المحل التجاري، هذا بالنسبة للشركات، أما بالنسبة للجمعيات فحقها على اسمها حق أدبي لا يجوز التعامل فيه<sup>3</sup>.

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 453.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 289.

3 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 343.

ويستفيد اسم الشخص الاعتباري على غرار اسم الشخص الطبيعي من الحماية القانونية بطرق مختلفة، ومن بينها طلب وقف الاعتداء على الاسم، والتعويض عن الضرر إذا لحقه<sup>1</sup>.

### 2- موطن الشخص الاعتباري:

للشخص الاعتباري موطن مستقل وهو يختلف عن موطن أعضائه، وقد نصت المادة (3/50) قانون مدني على أن موطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، أما بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ويكون لها نشاط في الجزائر فيعتبر مركزها القانون الداخلي في الجزائري المادة (4/50) مدني جزائري.

إذن فموطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركزه الرئيسي أي مركز الهيئة التي تتولى إدارته، باستثناء الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج والتي تمارس نشاطاً في الجزائر، فيعتبر مركزها في الجزائر<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي يكون لها فروع تباشر نشاطها في عدة أماكن، فيجوز أن يكون المكان الذي يوجد فيه الفرع موطنًا خاصًا لكل الأعمال المتعلقة بهذا الفرع، وذلك تيسيرًا للمتعاملين<sup>3</sup>.

### 3- حالة الشخص الاعتباري:

سبق أن بيّنا أن حالة الشخص الطبيعي تحدد بعاملين هما الأسرة والجنسية، وبديهي أن حالة الشخص الاعتباري تحدد بعامل الجنسية فقط.

وتحديد جنسية الشخص الاعتباري هام في معرفة القانون الذي يحكمه، وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة والرابعة من المادة (10) قانون مدني، نجد أن الأصل في تحديد جنسية الشخص الاعتباري هو الدولة التي يتخذ فيها هذا الشخص مركز إدارته الرئيسي والفعلي، فمتى اتخذ الشخص الاعتباري بلدًا معينًا مركزًا لإدارته تثبت له جنسية هذا البلد، ويخضع نظامه القانوني،

1 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 302.

2 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 268.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 117.

وإستثناء من الأصل المذكور إذ باشر الشخص الإعتباري الأجنبي نشاطه في الجزائر، فإنّه يخضع للقانون الجزائري، ولو كان مركز إدارته في الخارج<sup>1</sup>.

#### 4 - ذمة الشخص الإعتباري؛

للشخص الإعتباري ذمة مالية متمثلة في ما له من حقوق وما عليه من واجبات اتجاه الغير، وهي مستقلة عن ذمم الأعضاء المكونين له، وتعد الذمة المالية للشخص الإعتباري الضمان العام لدائنيه، فلا يجوز تبعاً لذلك لدائن الشخص المعنوي أن ينفذ على أموال أحد أعضائه، ومع ذلك فإنّه يرد على القاعدة أحياناً بعض الإستثناءات، ففي شركة الأشخاص مثل شركة التضامن يسأل المتضامن في أمواله الخاصة عن ديون الشركة، ومن ثم فإنّ الأموال الخاصة بالشركاء تُعد ضماناً إضافية إلى جانب أموال الشركة للوفاء بدون دائنيها<sup>2</sup>.

#### 5 - أهلية الشخص الإعتباري؛

للشخص الإعتباري بإعتباره يتمتع بالشخصية القانونية أهلية وجوب، وأهلية أداء.

أ - أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل إلتزامات، فتكون له، ولكن بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعته، وحسب الغرض الذي أنشئ من أجله، وهذا عملاً بمبدأ تخصيص الشخص المعنوي، فإذا أنشئت مثلاً مقاوله لتشديد المنازل والعمارات فحقوقها وإلتزاماتها مقيّدة بهذا النشاط<sup>3</sup>.

ب - أهلية الأداء: وهي قدرة الشخص لكي يباشر بنفسه التصرفات القانونية، فإنّ للشخص المعنوي أهلية أداء كاملة بالنسبة لسائر التصرفات التي ترتب في ذمته الحقوق والإلتزامات، ولمّا كان الشخص المعنوي لا يمكنه مباشرة هذه التصرفات بنفسه، فإنّه يباشرها عن طريق نائب عنه، والنيابة هنا مصدرها القانون الذي يحدد مداها حسب طبيعة الشخص المعنوي ونشاطه وتصرفاته<sup>4</sup>.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 314، 315.

2 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 246.

3 حورية كميح، المرجع السابق، ص 75.

4 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 271.

### المبحث الثاني: محلُّ الحق:

إذا كان لابد للحق من شخص يثبت له، فإنَّه لابد له أيضًا من محل يرد عليه، ويقصد بمحل الحق موضوعه الذي تركز عليه السلطات والمكنات التي يخولها الحق لصاحبه، والتي تشكل مضمون الحق، ففارق إذاً بين محل الحق ومضمونه، فإذا كان محل الحق هو القيمة التي تثبت لصاحب الحق، أي ما يقع عليه الحق، فإنَّ مضمون الحق هو السلطات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه بالنسبة إلى هذه القيمة<sup>1</sup>، وهو يختلف من حق لآخر، فمثلاً مضمون حق الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطات الإستعمال والإستغلال والتصرف، بينما محله هو الشيء المادي المعين بالذات التي ترد عليه هذه السلطات، أو مضمون حق المؤلف (صاحب الحق الذهني) الذي يكون في سلطة الإستغلال المالي لمؤلفه بالإضافة إلى حقوقه الأدبية عليه، بينما محله هو الشيء المعنوي الذي ترد عليه سلطات المؤلف، وأنَّ مضمون الحق الشخصي هو سلطة صاحب الحق الشخصي في اقتضاء حقه من المدين جبراً إذا لم يقم به إختياراً، وهذه السلطة إنَّما ترد على الأداء الواجب على المدين عملاً كان أو إمتناعاً عن عمل، وهذا يعتبر محل الحق<sup>2</sup>.

إذن فمحل الحق إمَّا أن يكون شيئاً (مادياً أو معنوياً) وذلك في الحقوق العينية والحقوق والذهنية، وإمَّا أن يكون عملاً (إيجابياً أو سلبياً) يقتضيه صاحب الحق (الدائن) من شخص آخر (المدين) وذلك في الحقوق الشخصية وجميع الحقوق غير المالية.

ومن ثم نقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين نتناول الأشياء في (مطلب أول)، والأعمال في (مطلب ثان)<sup>3</sup>.

#### المطلب الأول: الأشياء:

ونتناول في هذا المطلب تعريف الشيء وتمييزه عن المال، ثم نتطرق لتقسيمات الأشياء.

#### الفرع الأول: تعريف الشيء وتمييزه عن المال:

الشيء هو كل ما له كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن الإنسان، سواء كان هذا الكيان مادياً أو معنوياً والشيء المادي هو كل ما يمكن إدراكه بالحس وقابل للسيطرة عليه وحيازته بهذه

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 256.

2 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 703.

3 حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 411.

الحاسة مثل (النبات، الجماد، الحيوان وغيرهم)، أمّا الشيء المعنوي فهو كل ما يمكن إدراكه بالتصور كحق الاختراع وحق التأليف<sup>1</sup>.

والشيء يختلف عن المال الذي هو الحق ذو القيمة أي الحق الذي يقدر بالنقود سواء كان الحق عينياً أو شخصياً أو معنوياً، أمّا الشيء فهو المحل الذي يقع عليه هذا الحق المالي، ففكرة المال أوسع من فكرة الشيء<sup>2</sup>، ومن ثمّ فليس هناك تلازم بين المال (أي الحقّ المالي) والشيء، فقد يوجد حق مالي دون شيء يرد عليه كالحق الشخصي الذي محله القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، فهو حق مالي رغم أنّه ليس شيئاً من الأشياء، وقد نكون بصدد شيء دون أن نكون أمام مال وذلك عندما لا يقوم على الشيء حق لشخص ما، فمثلاً الأشياء المباحة التي لا مالك لها (الحيوانات الطليقة كالأسمك في البحر، والطيور)، هي مجرد أشياء لا أموال، لأنّه لم يرد عليها حق لأحد، وقد يتعدد الشيء الواحد ويكون محلاً لأكثر من مال واحد كقطعة أرض (شيء) يستبقي مالكة الرقبة لنفسه، ويعطي حق الانتفاع لشخص آخر ويرتب عليها رهناً لثالث، ويقرر عليها إرتفاقاً لرابع<sup>3</sup>، والمشرّع الجزائري قد أخذ بالترقية بين الشيء ومال، وتفاذي الخلط بينهما فنصّ أولاً (682) قانون مدني على الأشياء، ثم بيّن أنواعها في المواد (683 و685 و686) قانون مدني، ثم ذكر الأموال في المادة (684) قانون مدني.

وبالرجوع إلى المادة (1/682) قانون مدني التي تنص على أنّه: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، ومعنى هذا النص أنّ الأشياء الخارجة عن التعامل لا تصبح محلاً للحقوق العينية، وخروج الشيء عن التعامل قد يكون بحكم طبيعته، وقد يكون بمقتضى القانون<sup>4</sup>.

#### - الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها؛

هي تلك التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها، فالحق يفترض الإستئثار والتسلط، فإذا تعذّر ذلك بسبب طبيعة الشيء إمتنع ورود الحق عليه، ومن قبيل الأشياء التي تحول طبيعتها دون

1 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 353.

2 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 310.

3 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 257.

4 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 283.

التعامل فيها الشمس والهواء ومياه البحار... إلخ، فكلها أشياء تتعدّر على الحيابة الفردية، ولكن إذا تمكّن أحد الأشخاص الإستهواذ على قدر محدود من الأشياء إليها (كمية من ماء البحر لتحويله إلى الملح) أمكن أن يكون هذا القدر محللاً للحق<sup>1</sup>.

#### - الأشياء الخارجة عن التعامل بمقتضى القانون:

فهي الأشياء التي لا تستعصى بحكم طبيعتها على الحيابة الفردية، وبالتالي تقبل التعامل فيها وتداولها ولكن القانون يمنع التعامل فيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة كالمخدرات والأموال العامة وأموال الوقف، والتي لا يجيز القانون أن تكون محللاً للحقوق المالية<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: تقسيمات الأشياء:

للفقهاء تقسيمات عديدة للأشياء، إلّا أننا في هذه الدراسة نقتصر على ما جاء به المشرع الجزائري، وهي ثلاثة تقسيمات للأشياء، وتتمثل في، الأشياء العقارية والأشياء المنقولة المادة (683) قانون مدني، والأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير قابلة للإستهلاك (المادة 685) قانون مدني، والأشياء المثلية والأشياء القيمية المادة (686) مدني جزائري<sup>3</sup>.

#### أولاً: العقارات والمنقولات:

أهم تقسيمات الأشياء وأقدمها هو تقسيمها إلى أشياء ثابتة (عقارية)، وأشياء منقولة، وقد نصت المادة (683) قانون مدني على أنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص"<sup>4</sup>.

يستفاد من هذا النص أنّ المشرع من خلال الفقرة الأولى عرّف العقار تعريفاً مباشراً، في حين عرّف المنقول تعريفاً غير مباشراً، ثم في الفقرة الثانية إستدرك على تعريف العقار فأضاف إليه نوعاً من الأشياء التي هي في حقيقتها منقول، لكن إعتبرها عقاراً إذا توافرت شروط معينة،

1 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 479.

2 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 172، 173.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 476.

4 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 124.

وسمّاها عقارات بالتخصيص تمييزاً لها عن العقارات بالطبيعة التي ذكرها في الفقرة الأولى، وهكذا يمكن القول أنّ العقارات نوعان: عقارات بالطبيعة، وعقارات بالتخصيص، وكل ما عدا ذلك من أشياء فهو منقول<sup>1</sup>.

### 1 - العقارات:

هناك نوعان من العقارات نصّ عليها القانون المدني (كما سبق ذكره)، وهما العقارات بطبيعتها، والعقارات بالتخصيص.

#### أ - العقارات بطبيعتها:

عرّفت المادة (1/683) قانون مدني العقارات بالطبيعة بقولها: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف"، ومؤدّي هذا التعريف أنّ الشيء المادي يعتبر عقاراً بالطبيعة إذا كان من جهة متصفاً بالإستقرار، وكان من جهة أخرى من المستحيل نقله دون أن يلحقه تلف<sup>2</sup>، ومن بين العقارات بطبيعتها ما يلي: <sup>3</sup>

#### أ 1 - الأراضي:

أيّاً كان نوعها (فلاحية أو صناعية، جبلية أو صحراوية... إلخ)، وينصرف مدلول الأرض إلى سطحها وما وجد عليه من مباني وأشجار وغيرها من جهة، وإلى ما في جوفها من الأجزاء المكونة لها كالحجارة والتراب والمعادن... إلخ، غير أنّ الأجزاء المنتزعة من الأرض أو المفصولة عنها لا تعد من العقارات، إنّما تعد من المنقولات مثل الأحجار التي إقتطعت من المحاجر، والأترية التي انتزعت من الأراضي، والمعادن التي إستخرجت من المناجم، لأنّه بإقتطاعها أو نزعها أو إستخراجها فقدت صفة الثبات والإستقرار التي هي مناط إعتبار الشيء عقاراً بالطبيعة<sup>4</sup>.

وأما الأشياء الموجودة داخل الأرض بصفة عرضية كالكنوز المدفونة في الأرض فلا تعتبر جزءاً من الأرض، بل تحتفظ بذاتها وهيئتها، ومن ثم بطبيعتها (في عداد الأشياء المنقولة)<sup>5</sup>.

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 849.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 524.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 348 - 350.

4 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 287.

5 محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص 318، 319.

### أ 2- المباني؛

يؤخذ المباني بالمعنى الواسع فلا يقصد به فقط المنازل والمخازن بل يقصد به بصفة عامة كل شيء يكون مثبت في الأرض بحيث لا يمكن نقله أو نزعه منها دون تلف، فهي تعتبر من العقارات بطبيعتها ما دامت متصلة في الأرض سواء أقيمت على سطح الأرض كالمخازن والمعامل والمسكن أو في باطنها كالأبار والأنفاق<sup>1</sup>.

### أ 3- النباتات؛

ويقصد بها كل أنواع النباتات، وما دامت هذه النباتات المختلفة متصلة بالأرض عن طريق جذورها فتعتبر عقارات بطبيعتها بغض النظر على قيمتها، أو أنها كانت دائمة كأشجار الغابات أو مؤقتة كنباتات المشاتل، وبغض النظر عن حجمها كبيرة أو صغيرة، أما النباتات التي ليست جذورها متصلة اتصالاً مباشراً بالأرض (أي غير مثبتة بالأرض) فلا تعد عقارات بطبيعتها مثل النباتات المغروسة داخل وعاء، ومن ثم كانت في نظر القانون من المنقولات<sup>2</sup>.

### ب - العقار بالتخصيص؛

نصت المادة (2/683) قانون مدني: "غير أن المنقول الذي يضعه لصاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

ومن هذا النص يتبين أن العقار بالتخصيص هو في الأصل منقول ولكن خلع عليه صفة العقار هو تخصيصه لخدمة العقار أو إستغلاله، ومن أمثله المواشي، والآلات التي تخصص لخدمة الأرض، والآلات التي تخصص لخدمة المصنع ومفروشات الفنادق<sup>3</sup>.

### ب 1 - شروط العقار بالتخصيص؛

ويشترط لكي يعتبر المنقول عقاراً بالتخصص أن يتوفر<sup>4</sup>:

1 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 338، 339.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 484.

3 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 353.

4 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 288، 289.

- الأول: أن يكون المنقول أو العقار لمالك واحد: يجب أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة لمستأجر الأرض الزراعية ويخصصها لخدمة أو إستغلال هذه الأرض، كما أنه إذا إستعمل مالك العقار في إستغلاله أدوات مملوكة للغير فإنها لا تصير بهذا الإستعمال عقارات بالتخصيص<sup>1</sup>.

- الثاني: أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو إستغلاله: يجب أن يرصد المنقول لمنفعة العقار ومن أمثلة ذلك الآلات الزراعية والمواشي التي تخصص لخدمة العقار، والمفروشات وأدوات المائدة المخصصة لإستغلال الفندق والسيارات المعدّة لنقل منتجات المصنع.

ويجب أن يكون مخصصاً لخدمة العقار لا لخدمة المالك كالسيارة التي يخصصها صاحب المعمل لتنقلاته الخاصة فلا تعتبر عقارا بالتخصيص<sup>2</sup>.

ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضرورياً، بل يكفي أن يكون هذا التخصيص فائدة للعقار، كما لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة، بل يصبح أن يكون مؤقتاً لفترة من الزمن<sup>3</sup>.

## ب 2 - حكم العقار بالتخصيص:

يهدف المشرع من إعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص إلى ضمان إستغلال العقارات إستغلالاً حسناً لذلك يترتب على إعتبار منقول ما عقار بالتخصيص ما يلي:

- بالنسبة للحجز: لا يمكن الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار الذي لحق به، ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية<sup>4</sup>.

- بالنسبة للتنفيذ: التنفيذ على العقار يشمل أيضاً التنفيذ على العقار بالتخصيص<sup>5</sup>.

1 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص ص 262، 263.

2 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 489.

3 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 296.

4 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 333.

5 حسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 530..

- بالنسبة للحماية التي يقرها القانون: يجوز التنازل عن الحماية التي يقرها القانون عن العقار بالتخصيص لأنَّ حكمه لا يتعلق بالنظام العام بل مقرر لمصلحة مالك العقار، فيجوز له أن يترك دائنه يحجز على المنقول منفصلاً عن العقار الذي ألحق به، وفي هذه الحالة يباع المنقول كما يستطيع المالك بإرادته أن يزيل عن المنقول صفة العقار بالتخصيص، وذلك بإنهاء هذا التخصيص<sup>1</sup>.

## 2- المنقولات:

بعد أن عرّف المشرّع العقار بطبيعته في المادة (1/683) قانون مدني بطريقة مباشرة أو صريحة فإنّها عرّفت المنقول بطريقة غير مباشرة حين رأته في كل ما لا يعتبر عقاراً،<sup>2</sup> فالمنقول هو كل شيء لا يكون مستقراً بحيزه ثابت فيه، وهو ما يعرف بالمنقول بطبيعته، وهو الأصل، فإنّه الإستثناء من هذا قد يعتبر الشيء منقولاً، لا بحسب طبيعته، وإنما بحكم القانون، وهو الأمر الذي ينطبق على المنقولات بحسب المآل والمنقولات المعنوية<sup>3</sup>.

### أ- المنقولات بالطبيعة:

قدمنا أنّ المشرّع لم يعرّف المنقول بصورة مباشرة، وإنما عرّفها عرضاً عن طريق الإستبعاد، وطالما أنّ المشرع يعتبر كل شيء ثابت مستقر بحيزه لا يمكن نقله دون تلف عقار، يكون بالمقابل المنقول هو كل شيء قابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف سواء كان الشيء يقدر على الإنتقال من مكانه بقوته الذاتية كالحوانات، أو بقوة خارجية كالجمادات، وتدخل في ذلك كل الأشياء المادية التي لا تعتبر عقاراً بطبيعتها أو عقاراً بالتخصيص<sup>4</sup>.

### ب- المنقول بحسب المآل:

هو بحسب طبيعته عقار غير أنّه أعتبر قانوناً منقولاً بالنظر إلى المصير الذي سيؤول إليه عن قريب، أي أنّه يعتبر منقولاً بالنظر إلى ما سينتهي إليه، ومثال المنقول بحسب المآل المبنى

1 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 125.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 265.

3 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 714.

4 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 853، 854.

المعد للهدم، المحصول الزراعي قبل الجني، المعادن قبل إستخراجها، الشجر المعد للقطع... إلخ<sup>1</sup>.

### ب 1 - شروط ثبوت صفة المنقول بحسب المآل؛

يشترط لإعتباره كذلك شرطين هما:

- **الأول:** أن تكون إرادة الأطراف واضحة لا لبس فيها قد إتجهت إلى فصل الشيء عن الأرض، أي أنّ إرادة المتعاقدين تتجه إلى النظر للشيء على إعتبار مصيره المحتوم هو الانفصال عن أصله الثابت، بحيث يفقد طبيعته العقارية ليصير منقولاً، سواء كان الانفصال بفعل الطبيعة (المحصولات الزراعية) أو بفعل المتعاقدين (هدم منزل)<sup>2</sup>.

- **الثاني:** أن يكون العقار معداً بالفعل للانفصال في مستقبل قريب، أي يجب أن يكون الانفصال عن العقار محققاً ووثيك الوقوع (في المدى القريب)<sup>3</sup>.

### ب 2 - الآثار المترتبة على ثبوت صفة المنقول بحسب المآل؛

الآثر الأساسي الذي يترتب على ثبوت صفة المنقول بحسب المآل هو أنّ العقار يعامل معاملة المنقول وتسري عليه أحكامه، وتتفرع على هذا مجموعة من الآثار الفرعية:<sup>4</sup>

- تنتقل ملكية المنقول بحسب المآل (وهو عقار بطبيعته) طبقاً لقواعد نقل ملكية المنقول، فلا يلزم تسجيل العقد الناقل للملكية، غير أنّ هذا الحكم قاصر على العلاقة بين المتعاقدين ولا يسري في مواجهة الغير<sup>5</sup>.

- لا يستطيع من يشتري منقولاً بحسب المآل أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة، حيث تخصص هذه الدعاوى لحائز العقار<sup>6</sup>.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 322.

2 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 295، 296.

3 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 222.

4 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 339.

5 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 491.

6 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 517.

- يكون النزاع الذي دور حول المنقول بحسب المآل من إختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه (المدني)، على خلاف العقار الذي يؤول فيه الإختصاص للمحكمة التي يوجد فيها العقار<sup>1</sup>.

- يتبع في الحجز والتنفيذ على المنقول بحسب المآل إجراءات الحجز والتنفيذ على المنقول حتى ولو لم يكن إنفصال بعد عن الأرض، وهي إجراءات أسهل وأسرع من تلك الخاصة بالحجز والتنفيذ على العقار<sup>2</sup>.

### ج- المنقولات المعنوية:

إذا كان الفارق بين المنقولات والعقارات بطبيعتها من حيث إمكان نقلها دون تلف أو عدم إمكان ذلك، فإنّ الأشياء غير المادية التي لا تقع تحت الحس، كالأفكار والإبتكار والمخترعات، لا تدخل بحسب طبيعتها لا في المنقولات ولا في العقارات لأنّ قابلية النقل أو عدمه لا تظهر إلا بالنسبة للأشياء المادية المحسوسة<sup>3</sup>، ومع ذلك يذهب الفقه الحديث إلى اعتبار الأشياء المعنوية منقولات حكمية، أي بحكم القانون لا بطبيعة الأشياء، لأنّ المشرع في المادة (682) قانون مدني، قد اعتبر كل شيء غير خارج عن التعامل فيه بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق الماليّة، ثم عرّف في المادة (1/683) قانون مدني الأشياء العقارية واعتبر كل ما عادها منقولات، وبما أنّ الأشياء المعنوية لا يصدق عليه وصف العقار، فهي إذاً منقولات، ذلك أنّ القاعدة كل ما عدا العقار يعتبر منقولاً<sup>4</sup>.

### د- أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات:

تظهر أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات فيما يلي:

- من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء: إنّ بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات كالرهن الرسمي، وحق الإختصاص، وحق السكنى وحق الارتفاق<sup>5</sup>.

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 543.

2 الصديق شياط، المرجع السابق، ص 84.

3 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 818.

4 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 855.

5 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 238.

- من حيث انتقال الملكية: تنتقل بمجرد العقد ملكية المنقول بالذات، أو بالإفراز (منقول المعين بالنوع)، كما أنّ هناك من المنقولات ما استلزم لها المشرع إجراءات خاصة بنقل الملكية، كالسفينة، والطائرة، أمّا ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة العقارية<sup>1</sup>.
- من حيث الحيابة: الحيابة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح تكون سنداً للحائز في إثبات ملكيته (الحيابة سند الملكية)، أمّا حيابة العقار فحتى يمكن تملكه لابد من التقادم المكسب<sup>2</sup>.
- من حيث الشفعة: الشفة لا تكون إلا على العقار سواء كان سببها الجوار (علمًا وأنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بها في المادة 795 مدني)، أو الشيوع المادة (795) مدني جزائري<sup>3</sup>.
- من حيث الإختصاص القضائي: يكون الإختصاص القضائي في المنقول للمحكمة التي يقع فيها موطن المدعى عليه، لأنّه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول، أمّا المحكمة المختصة بالنظر إلى العقار، فهي المحكمة التي يقع في دائرتها موقع هذا العقار<sup>4</sup>.
- إجراءات التنفيذ الجبري: أبسط في المنقول منها في العقار، فالحجر على العقار يخضع لتدابير خاصة، إذ يشترط لتوقيعه إتباع إجراءات معينة مع توافر شروط خاصة<sup>5</sup>.
- التصرفات: التصرفات الواردة على المنقول هي في الأصل تصرفات رضائية، أمّا التصرفات الواردة على العقار يجب أن تُحرَّرَ في شكل رسمي، أي يجب تحريرها من طرف ضابط عمومي مختص، فهي عقود شكلية<sup>6</sup>.

### ثانياً: الأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة للإستهلاك:

تنقسم الأشياء من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للإستهلاك وأشياء غير قابلة للإستهلاك، وعليه سنتناول المقصود بهذه الأشياء، وفيما تتجلى أهميتها.

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 45.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 364.

3 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 492.

4 حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 419.

5 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 300.

6 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 126.

1 - المقصود بالأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة للإستهلاك؛

أ- الأشياء القابلة للإستهلاك؛

تنص المادة (1/685) قانون مدني على أن: "الأشياء القابلة للإستهلاك التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدته له في إستهلاكها وإنفاقها".

يتضح من نص هذه المادة أن الشيء يعتبر قابلاً للإستهلاك إذا انحصر استعماله في الغرض الذي أُعدَّ من أجله فقط، بحيث لا يقبل استعمالاً متكرراً بالنظر إلى أنه يفنى أو تتغير صورته في أول استعمال له، أي لا يمكن استعماله مرة ثانية، ويتضح أن المشرع يسوي بين صورتَي الهلاك، والمتمثلتين في:<sup>1</sup>

أ 1- الهلاك المادي؛

إمّا بالقضاء على مادة الشيء، فمثلاً المأكولات أُعدت من أجل الأكل، فبمجرد استعمالها لهذا الغرض الذي أُعدت من أجله تهلك، وتصبح غير موجودة، أو يكون الهلاك المادي بتغيير صورة الشيء كتحويل الدقيق إلى خبز.

أ 2- الهلاك القانوني؛

فهو إستهلاك يستند إلى حكم القانون، كما هو الحال في تقرير أن النقود تستهلك بإنفاقها<sup>2</sup>.

ب- الأشياء غير القابلة للإستهلاك؛

وهي التي لا يترتب على استعمالها لأول مرة هلاكها، فهي قابلة للإستعمال المتكرر دون أن تفنى وإن كان قد يترتب على تكرار الإستعمال الإنقاص من قيمتها، مثل السيارات، والكتب، والمنازل، والآلات وغيرها<sup>3</sup>.

وإذا كان الأصل أن هذا التقسيم يستند إلى معيار موضوعي من طبيعة الأشياء نفسها ومن أنها تُستهلك بمجرد استعمالها فإن لإرادة الأفراد أن تتدخل في تصنيف الشيء، وذلك بتحديد الغرض الذي يعد له، فإن للأفراد أن يجعلوا منها صالحة للإستعمال المتكرر، فمثلاً الفواكه قابلة

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 336.

2 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 278.

3 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 270.

للاستهلاك بطبيعتها لكنها تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعدت للعرض في معرض على أن ترد لصاحبها<sup>1</sup>.

## 2- التمييز بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك؛

تتمثل هذه الأهمية في عدة نتائج منها:

- هناك بعض العقود لا يتصور أن ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك، أي لا تستهلك بمجرد الإستعمال وهذه العقود التي تخول أحد المتعاقدين الانتفاع بشيء مدة معينة ثم رده بعد ذلك، مثل الإيجار والعارية، فالمستأجر والمستعير كل منهما يستعمل شيئاً مملوكاً للغير على أن يردّه لصاحبه بعد مدة معينة<sup>2</sup>.

- لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك أن تكون محلاً لطائفة من الحقوق العينية، وهي الحقوق التي تخول صاحبها استعمال الشيء دون التصرف فيها، ومن هذه الحقوق، حق الانتفاع الذي يخول المنتفع استعمال الشيء دون التصرف فيه، مع الإلتزام برده عند انتهاء حق الانتفاع<sup>3</sup>.

## ثالثاً: الأشياء المثلية والأشياء القيمة؛

تنقسم الأشياء باعتبار التماثل وعدمه إلى أشياء مثلية وأشياء قيمة، وسنتطرق إلى المقصود بها، فيما تتمثل أهمية هذا التقسيم.

### 1 - المقصود بالأشياء المثلية والأشياء القيمة؛

#### أ- الأشياء المثلية؛

تنص المادة (686) قانون مدني على أنّ: "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن".

فالأشياء المثلية هي التي تحدد بنوعها وليس بذاتها، فهي الأشياء التي لها نظائر مماثلة في السوق فلا يوجد اختلاف أو تفاوت بين إحداها في السوق، ولذلك يقوم بعضها مقام البعض

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 551.

2 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 845.

3 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 283.

عند الوفاء، أو بعبارة أخرى يكتفي لتعيينها تحديدها بقدرها الذي يكون بالعدد كالتقود، أو المقاس كالأقمشة، أو الكيل كالفحم، أو الوزن كالفاكهة<sup>1</sup>.

### ب- الأشياء القيمية:

الأشياء القيمية أو القيميات فهي أشياء متفاوتة في أمور عدّة وتختلف عن بعضها البعض ويتم تحديدها عن طريق مميزاتها أو المواصفات الخاصة بها، وتسمى القيميات أيضًا بالأشياء المعينة بالذات، لذا لا يقوم بعضها مقام البعض عن الوفاء لعدم وجود مثل لها من جنسها في السوق، كمنزل معين وحيوان معين<sup>2</sup>.

وتقسيم الأشياء إلى مثلي وقيمي إنّما يرجع إلى طبيعة هذه الأشياء نفسها، ومع ذلك يجوز أن تقسم هذه الأشياء على أساس إرادة الأشخاص (معيار ذو طابع شخصي)، بمعنى أنّ هذه الإرادة تصبغ على الشيء المثلي الصفة القيمية أو العكس<sup>3</sup>.

### 2- أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية:

يترتب على تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية عدّة نتائج، من بينها:

- **تبعة الهلاك:** إذا هلك بفعل قوة قاهرة الشيء المثلي الذي التزم المدين بتسليمه للدائن، فإنّ ذمة المدين لا تبرأ، ويجب تسليم شيء مماثل من النوع ذاته، لذلك يقال أنّ المثليات لا تهلك، أمّا إذا هلك الشيء القيمي قبل تسليمه إنقضى التزام المدين لإستحالة التنفيذ<sup>4</sup>.
- **من حيث انتقال الملكية:** لا تنتقل ملكية الشيء المثلي إلاّ بإفرازه وصيرورته معينة بالذات، أمّا ملكية الشيء القيمي فإنّها تنتقل بمجرد التعاقد<sup>5</sup>.
- **من حيث الوفاء:** إذا كان الشيء مثلياً، فإنّ المدين تبرأ دّمته إذا أوفى بشيء مماثل له في النوع والمقادير ودرجة الجودة، أمّا الشيء القيمي، فلا يتم الوفاء إلاّ بذات الشيء المتفق عليه<sup>6</sup>.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 325.

2 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 313.

3 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 295.

4 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 240.

5 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 360.

6 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 254.

- من حيث المقاصة: لا تقع المقاصة القانونية باعتبارها إحدى طرق الوفاء إلاّ بدينين متقابلين محل كل منهما إعطاء نقود أو مثليات متحدّة في النوع والجودة، ولا يمكن أن تقع بين أشياء قيمية أو بين شيء قيمية وآخر مثلي<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: الأعمال:

عرفنا أنّ العمل يعد محلاً للحقوق الشخصية، وبينا أنّ هذا العمل الذي يلتزم المدين القيام به لفائدة الدائن، قد يكون إيجابياً كالالتزام العامل بالقيام بعمل، وقد يكون سلبياً كالالتزام البائع بعدم التعرّض للمشتري، وقد يتخذ العمل صورة إعطاء شيء أي نقل أو إنشاء حق عيني على شيء، وإذا كان البعض يرى في الصورة الأخيرة (الالتزام بإعطاء شيء) ما هي في الحقيقة إلاّ القيام بعمل إيجابي، وعلى ذلك، فإنّ العمل في جميع صورته إمّا أن يكون إيجابياً وإمّا أن يكون سلبياً<sup>2</sup>. ولكي يصلح العمل كمحل الشخصية يجب توافر ثلاثة شروط نتناولها فيما يلي: الإمكان (فرع أول)، التعيين (فرع ثان)، المشروعية (فرع ثالث).

### الفرع الأول: الإمكان:

يجب أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكناً، ويقصد بهذا الشرط ألاّ يكون العمل مستحيلًا في ذاته، وقد نصت المادة (93) قانون مدني بقولها: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

والإستحالة التي تمنع قيام الإلتزام هي الإستحالة المطلقة، التي تقوم بالنسبة لجميع الأشخاص لأنّ هذه تجعل محل الإلتزام معدوماً، ومثالها أن يتعهد محامي برفع إستئناف عن حكم بعد فوات ميعاد الإستئناف، أو أن يتعهد طبيب بعلاج مريض تبين أنّه قد مات قبل العقد<sup>3</sup>. وأمّا الإستحالة النسبية وهي التي تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر، فلا تمنع قيام الإلتزام، ومثالها تعهد شخص برسم صورة وهو يجهل الرسم، أو تعهد شخص ليس طبيبياً بعلاج مريض، في مثل هذه الحالات لا تمنع الإستحالة من قيام الإلتزام، لأنّ العمل وإن

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 305.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 562 - 566.

3 عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 365.

كان مستحيلًا بالنسبة للمتعاقد، إلا أنه ليس مستحيلًا بالنسبة لغيره، ولذلك ينشأ الإلتزام صحيحًا، ويجب على المدين أن يعوّض الدائن عن الضرر الذي يحدث بسبب عدم التنفيذ<sup>1</sup>.

وإذا كان محلّ الحقّ هو نقل حق عيني، كما يحدث في عقد البيع، فإنّ الشيء الذي يرد عليه الحق العيني يجب أن يكون موجودًا أو قابلاً للوجود، وإلاّ فإنّ الحق لن ينشأ، كما لو تعهد شخص بنقل ملكية سفينة كانت غرقت قبل العقد، ولكن لا يشترط دائماً أن يكون الشيء محلّ الحق العيني المراد نقله موجودًا، بل يكفي أن يكون قابلاً للوجود، كما لو باع تاجر كمية مما سينتجه مصنع هذا الإتفاق يعتبر صحيحًا لأنّ المنتجات ممكن وجودها في المستقبل<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التّعيين؛

يشترط كذلك أن يكون العمل محلّ الحقّ الشّخصيّ معيّنًا أو قابلاً للتّعيين، فإذا كان محلّ الحقّ الشّخصي عملاً يؤدّيه المدين، سواء أكان إيجابيًا أو سلبيًا وجب أن يكون معيّنًا، فمثلاً إذا تعهد مقاول بإقامة مبنى وجب في الإتفاق تحديد مواصفات هذا المبنى (عدد طوابقه، طريقة بناءه... إلخ)، أو على الأقل قابلاً للتّعيين بإستخلاص هذه المواصفات من ظروف التعاقد وملاساته، كأن يكون من المعروف عند التعاقد أنّ الغرض من المبنى هو إعداده ليكون مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة وحين يكون مضمون العمل إعطاء شيء فإنّه يجب إذا كان هذا الشيء قيمياً أن يتحدد بذاتيته، أمّا إذا كان الشيء مثلياً فيكفي تحديده بنوعه ومقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن إستخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد إلترزم المدين بأن يسلم الدائن شيئاً من صنف متوسط<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: المشروعية؛

وأخيراً يشترط أن يكون العمل محلّ الحقّ الشّخصي مشروعاً، ويعتبر العمل مشروعاً إذا كان لا يخالف النظام العام أو الآداب أو مخالفاً للقواعد القانونية الآمرة فيبطل على سبيل المثال تعهد شخص بتوريد كمية من المخدرات، أو ارتكاب جريمة معينة<sup>4</sup>.

1 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 427.

2 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 329.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 541.

4 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 275.

## **الفصل الثالث:**

### **مصادر الحق**

يستند الحق في وجوده إلى القانون، فالقانون يعتبر المصدر غير المباشر لكل الحقوق، أمّا المصادر المباشرة للحق والتي يعتمد عليها القانون في ترتيبه للحقوق فهي عبارة عن أحداث وأعمال معينة يرتب القانون عليها وجود الحق.

وتعد هذه الأحداث والوقائع والأعمال مصادر الحق بالمعنى الدقيق، فهي المصادر المباشرة التي تولده، ولا يقتصر دوره على هذه المصادر المباشرة على إنشاء الحق، بل هي تعد أيضاً وسائل انتقاله وتغييره وإنهائه<sup>1</sup>.

وتتمثل المصادر المباشرة للحق بالمعنى السابق في طائفتين أساسيتين هما: الوقائع القانونية (مبحث أول)، والتصرفات القانونية (مبحث ثان).

#### **المبحث الأول: الوقائع القانونية:**

الواقعة القانونية هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً معيناً، ورأينا أنّ هذا الأثر قد يكون نشوء الحق، أو إنقضاؤه، أو نقله، وعلى ذلك فالواقعة القانونية ليست مصدراً للحق فقط، وإنما قد تكون سبباً في إنقضائه أو نقله<sup>2</sup>.

والوقائع القانونية تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، ولذلك فهي تنقسم إلى وقائع طبيعية (مطلب أول)، ووقائع من فعل الإنسان أو إختيارية (مطلب ثان).

#### **المطلب الأوّل: الوقائع الطبيعية:**

هي الوقائع التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان أي دخل فيها، وهذا النوع من الوقائع يشمل الظواهر الطبيعية كمرور الزمن، فقد يترتب عليه إنقضاء ميعاد قانوني، وتشمل الحوادث العارضة كحدوث زلزال أو انفجار آلة مصنع، فقد يكون الأول قوة قاهرة ويكون الثاني حادثاً مفاجئاً، وكلاهما يعفي المدين من التزامه لإستحالة التنفيذ، وبالتالي ينقضي الإلتزام<sup>3</sup>.

1 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 344.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 135.

3 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 307.

كذلك يعتبر من الوقائع الطبيعية ما هو من فعل الجماد والنبات أو الحيوان، فالجوار بالنسبة للجماد (العقار) ينشئ التزامات بين ملاك العقارات المتجاورة، ونضوج الثمر قد يترتب عليه إنتهاء الإيجار أو إستحقاق الأجرة، ونتاج المواشي قد ينشئ حقوقاً لمالكها أو لراعيها<sup>1</sup>. وتشمل الظواهر الطبيعية التي تكون متصلة بالإنسان دون أن يكون السبب في وقوعها، كالموت الذي يترتب عليه القانون نشوء حق الورثة في الميراث، والميلاد الذي تبدأ به الشخصية القانونية والقرابة التي تترتب عليها كحقوق مختلفة كالنفقة، والقصر يؤثر على أهلية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الوقائع التي من فعل الإنسان؛

الوقائع التي هي من فعل الإنسان، وهي الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان ويرتب عليها القانون أثرًا معينًا، ولكن يجب ملاحظة أنه إذا كانت هذه الوقائع إرادية إلا أن القانون لا يأخذ في إعتباره هذه الإرادة لترتيب الآثار القانونية، فالقانون يترتب هذه الآثار حتى لو لم يكن يقصد الشخص ترتيبها على عمله المادي الإرادي، ومثل هذه الوقائع تصلح هي الأخرى أن تكون مصدرًا للحق، وقد عدد المشرع من بين مصادر الحق الشخصي (حق الدائنية) واقعتين ماديتين من فعل الإنسان، بإعتبارهما من أهم مصادر الإلتزام وجعلهما محل عناية، وهما الفعل النافع والفعل الضار<sup>3</sup>، وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: الفعل الضار؛

جاء في نص المادة (124) قانون مدني أنه: "كل فعلٍ أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض"، فالقاعدة العامة التي جاء بها نص هذه المادة أن كل من ارتكب خطأ، يلتزم بتعويض الضحية عمًا لحقه من أضرار بسبب هذا الخطأ، وعلى ذلك فإن حق الضحية في التعويض يترتب على الفعل الضار ذاته رغم أن مرتكب الفعل لم يكن يقصد هذا الأثر الذي رتبته القانون، وهو إلزامه بالتعويض<sup>4</sup>.

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 870.

2 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 499.

3 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 364.

4 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 357.

والحق في التعويض ينشأ سواء أكان الفعل المرتكب تمّ عن عمد أو غير عمد، أو نتيجة إهمال أي دون قصد الإضرار، وهذا ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية، والتي تقوم عموماً على ثلاث أركان وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الفعل النافع:

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (141) قانون مدني على أن: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء".

يستفاد من هذا النوع أن المشرع نظم الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب، وحدد شروط لقيام من أثرى على حساب الغير برد هذا الإثراء وهي: إثراء الشخص (المدين)، إفتقار شخص آخر (الدائن)، ورابطة السببية بين الإثراء والإفتقار، وانعدام السبب المشروع للإفتقار<sup>2</sup>.

إلى جانب القاعدة العامة، وضع المشرع الأحكام التفصيلية لواقعتين كتطبيقات للإثراء بلا سبب، وهي الدفع غير المستحق المواد (143 - 149) قانون مدني، والفضالة المواد (150 - 159) قانون مدني، ويقصد بالأول قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه دون أن تكون له نية الوفاء على غيره، وبترتب عليه إلزام في ذمة الموفى له بأن يزيد ما تلقاه دون حق إلى الموفى، ويقصد بالثاني هي أن يتولى شخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك<sup>3</sup>.

1 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 258.

2 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 318.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 137 - 139.

### المبحث الثاني: التصرف القانوني (الأعمال القانونية):

هي أعمال الإرادة المحضة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني، حيث تعتمد في وجودها وفي آثارها على إرادة المتعاقدين، وهي إمّا تصرفات صادرة من جانبيين أي عقود تتم بتوافق إرادتين كالبيع والإيجار والوكالة، أو تصرفات صادرة من جانب واحد، أي تصرفات إنفرادية تتعدّد بإرادة واحدة كالوصية، والأمر الجوهري في هذه التصرفات أنّ قوامها الإرادة وأنّ آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون، فهذه الآثار تقع لأنّ الإرادة إتجهت إليها<sup>1</sup>، وبعبارة أخرى أنّ العمل القانوني هو إخضاع إرادة شخص بقصد إحداث أثر قانوني أي بقصد إدخال تعديلات على التنظيم القانوني القائم، فقد تكون بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة<sup>2</sup>.

#### المطلب الأول: أنواع التصرفات القانونية:

للتصرف القانوني أنواع كثيرة تختلف بحسب الزاوية التي يُنظر إليه من خلالها، ومن بينها ما يقسم من حيث تكوينه إلى تصرف صادر من جانب واحد، وتصرف صادر من جانبيين، ومن حيث أثره إلى تصرف منشئ وتصرف كاشف، ومن حيث الوقت الذي يترتب فيه أثره إلى تصرف بين الأحياء وتصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ومن حيث حصول المتصرف على مقابل لما يعطيه إلى تصرف بعوض وتصرف تبرعي<sup>3</sup>، وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

#### الفرع الأول: تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبيين:

يكون التصرف القانوني من جانبيين إذا نشأ بإرادتي طرفيه وينشئ هذا التصرف الإلتزامات متبادلة على عاتق كل طرف من أطرافه، ومثال ذلك عقد البيع، عقد الإيجار، عقد العمل...إلخ.

أمّا عن التصرف القانوني من جانب واحد فإنّه ينشأ بإرادة واحدة منفردة دون أن تلاقها إرادة أخرى مثل الوصية، الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور<sup>4</sup>.

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 308، 309.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 375.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 554.

4 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 518، 519.

### الفرع الثاني: التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة:

التصرف المنشئ هو الذي ينشئ الحق ابتداءً أو ينقل الحق القائم من شخص إلى آخر، ومثال التصرف المنشئ ابتداءً عقد الزواج إذ أنه يولد فور إبرامه آثاره بين أطرافه وينشأ لكل منهما حقوق قبل الآخر، ومثال التصرف الناقل عقد البيع، أو عقد الهبة إذ أن كلاهما ينقل حقاً قائماً من مالكة إلى آخر<sup>1</sup>.

وأما عن التصرفات الكاشفة فإنها لا تنشئ ابتداءً حقاً من الحقوق ولكنها تكشف فقط عن وجوده ومثالها عقد القسمة وعقد الصلح، فكلاهما لا ينشئ حقاً بل يكشف عن حق كان قائماً من قبل<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: التصرف فيما بين الأحياء والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

التصرف فيما بين الأحياء هو التصرف الذي يترتب آثاره وينفذ حال حياة صاحبه أو أطرافه، ولا يعلّق نفاذه على موته أو موتهم، ومن أمثلة تصرفات فيما بين الأحياء عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الهبة<sup>3</sup>.

أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فهو التصرف الذي لا ينتج آثاره، ويعلّق نفاذه على موت صاحبه، والمثال التقليدي على ذلك الوصية، فهي لا تترتب أثرها في نقل الحق الموصى به إلى الموصي له إلا بعد موت الموصي<sup>4</sup>.

### الفرع الرابع: التصرف بعوض والتصرف التبرعي:

يكون التصرف بعوض إذا كان يأخذ فيه المتصرف مقابلاً لما يعطيه كالبيع، ففي عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويلتزم المشتري بالوفاء بالثمن.

أما التصرف التبرعي فهو التصرف الذي يعطي فيه المتصرف دون أن يأخذ مقابلاً على ذلك مثل الهبة والوصية<sup>5</sup>.

1 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 366.

2 حسن كيرة، المرجع السابق، ص ص 744، 745.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 560.

4 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 365.

5 محمد نصر الدين وفيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 367.

### المطلب الثاني: شروط التصرف القانوني:

لكي يوجد التصرف القانوني، وينتج آثاره يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي، وفيما يلي نتعرض للشروط الموضوعية (فرع أول)، ثم للشروط الشكلية (فرع ثان).

#### الفرع الأول: الشروط الموضوعية:

وهي الشروط الموضوعية اللازمة لوجود التصرف القانوني وتسمى أيضاً بالأركان وهي ثلاثة الإرادة والمحل والسبب، فإذا تخلف أحد هذه الشروط أعتبر التصرف باطلاً أي غير موجود<sup>1</sup>.

تلعب الإرادة دوراً فعالاً في وجود التصرف القانوني، وهي اتجاه في النفس لإحداث أثر قانوني معين، وقد تكفي إرادة واحدة لإنشاء التصرف القانوني كما في الوصية، وقد يتطلب التصرف توافق إرادتين كما في البيع والإيجار، ولكي تحدث الإرادة أثرها يجب أن تكون موجودة قانوناً بأن تكون صادرة عن ذي أهلية، وخالية من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال)، ويجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ككسب حق أو نقله أو إنقضائه، وأخيراً يجب أن يصدر تعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة، وقد يكون التعبير ضمناً<sup>2</sup>.

والإرادة عادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني ما، هذا الأثر يكون في الغالب إنشاء حق، أو التزام أو إنقضائهما، والحق أو الالتزام لا بد له من محل، وهذا المحل الذي تتعقد عليه الإرادة يشترط أن يكون ممكناً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً<sup>3</sup>.

كما يجب أن يكون التصرف يهدف إلى غاية مشروعة، فيجب أن يكون سبب التصرف مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة<sup>4</sup>.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 133.

2 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 876، 877.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 144.

4 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 342.

### الفرع الثاني: الشروط الشكلية:

الأصل في إبرام التصرفات القانونية هو مبدأ الرضائية، أي يكفي رضا الطرفين لقيام التصرف، إلا أنه استثناء من الأصل يستلزم القانون أن تفرغ الإرادة في شكل معين لإنعقاد التصرف القانوني، أي يجب لتكوين الشكلية توافر الإرادة مع الشكل الذي يرسمه القانون مقدمًا لإفراغ الإرادة فيه، وإذا تخلف أحدهما كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>1</sup>.

والشكلية التي يشترطها القانون فهي مختلفة، فقد تكون كتابة رسمية، كعقد الرهن الرسمي المادة (1/883) مدني جزائري، وعقد الشركة المادة (1/545) قانون تجاري.

وقد تكون الكتابة عرفية كعقد الشركة المدنية المادة (418) قانون مدني، وعقد الإيجار المادة (467) مكرر من القانون المدني<sup>2</sup>.

---

1 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 387.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 565، 566.

## **الفصل الرابع:**

### **حماية الحق وإثباته واستعماله**

عرفنا أنّ الحق بأنّه إستثنائى يحميه القانون، ذلك يدعونا إلى القول أنّ إقرار القانون لهذا الإستثنائى يعد ركناً جوهرياً لقيام الحق، أي لا وجود للحق ما لم يعترف به القانون، والمجتمع الحديث لا يسمح للشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه، بحيث يقوم بنفسه برد الإعتداء عن حقه، فإنّ القانون وفرّ لصاحب الحق وسائل حماية حقه<sup>1</sup>.

غير أنّ القانون حتى يضيفى حمايته على الحق، يجب على صاحبه أن يقيم الدليل أمام القضاء على أمرين، أولهما أنّه صاحب الحق فإذا ادعى الغير خلاف ذلك وجب على صاحب الحق إثبات حقه، وثانيهما أنّه إستعمل الحق في حدود ونطاق هذا الحق كما توضحه وترسمه القواعد القانونية التي قررتها، وإن خرج عن هذه الحدود أو خرق هذا النطاق يكون تعسفاً في إستعمال حقه، وعلى هذا ستكون دراستنا في هذا الفصل، لثلاثة مباحث، نتناول وسائل حماية الحق في (مبحث أول)، وإثبات الحق في (مبحث ثان)، والتعسف في إستعمال الحق في (مبحث ثالث).

#### المبحث الأول: وسائل حماية الحق:

قد يرفض المدين أداء حق الدائن طواعية أو يتعرّض هذا الحق للإعتداء عليه من جانب الغير عندئذ يكون الحق في الحاجة إلى الحماية القانونية، كما يكون صاحب الحق في حاجة إلى ما يبسر له سبيل التغلب على ممانعة وإقتضاء هذا الحق.

والمجتمعات المعاصرة على خلاف المجتمعات البدائية ترفض أن يتولى الشخص الدفاع عن حقه بنفسه، فإنّه يناط حماية الحق وتيسير حصول صاحب الحق عليه بالسلطة القضائية التي يطرح أمامها النزاع الذي يثور حول الحق، ليفصل فيه القاضي بقرار يقال له في الإصطلاح الحكم، والدعوى هي الوسيلة الفنية والإجرائية التي يطرح بها النزاع على القضاء<sup>2</sup>.

ويشترط لرفع الدعوى القضائية ولكن تكون قابلة للفصل من قبل القاضي بشرطين: هما المصلحة والصفة المادة (1/13) قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1 رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المرجع السابق، ص 284.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 305.

وتعتبر الدعوى الوسيلة القانونية القضائية الأساسية للوصول إلى حماية الحق، ومع ذلك هناك وسيلة أخرى تمكن صاحب الحق من حمايته عبر القضاء، وهي وسيلة الدفع، وهي ما يجيب الشخص لحماية حقه، فقد يبدأ خصمه برفع دعوى إلى القضاء، ويعمل صاحب الحق على دفع هذه الدعوى بإبراز حقه<sup>1</sup>.

وعليه فإنَّ وسيلة حماية الحق هي إمكانية المطالبة به عن طريق القضاء، وهي إمَّا تكون دعوى مدنية (مطلب أول)، أو دعوى جزائية (مطلب ثان).

### المطلب الأول: الدعوى المدنية:

يرفع صاحب الحق دعواه المدنية أمام المحاكم المدنية وبيأشرها طبقاً للنصوص القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم الفصل فيها أمام المحاكم والقيام بإجراءات التنفيذ إن أمكن أو الطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف أو التماس إعادة النظر أو بالطعن أمام المحكمة العليا<sup>2</sup>.

ومما لا شكَّ فيه أنَّ نوع الحماية ووسيلتها تختلف إلى حدِّ بعيد تبعاً لنوع الحق المعتمد عليه، إمَّا أن نكون أمام حقَّ عينيًّا (فرع أول)، أو حقَّ شخصيًّا (فرع ثان).

### الفرع الأول: الحق العيني:

قلنا سابقاً أنَّ الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات تخوِّله استعماله واستغلاله والتصرف فيه أو بعض هذه السلطات.

ودعوى الحق العيني التي يرفعها صاحب الحق تسمى بالدعوى العينية، وقد أوردها المشرع على سبيل الحصر، وهي دعوى الإستحقاق لحماية حق الملكية، والدعاوى الخاصة بحماية حق الارتفاق، أو حق الإنتفاع، أو حق الإستعمال وحق السكنى، ودعوى الرهن وهي تحمي أصحاب الحقوق العينية التبعية، كما أنَّ هناك دعاوى الحيازة التي تحمي حيازة حق عيني عقاري<sup>3</sup>.

1 حورية كميح، المرجع السابق، ص 48.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 404.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 161.

وتختلف الدعاوى العينية باختلاف موضوعها بحسب الأحوال، فإذا كان إغتصاب الغير مال شخص بغير حق، فإنَّ الشخص (المالك)، يرفع دعوى لإسترداد الملكية، وإن كان الشخص غير مالك للعقار ولكن يحوزه حيازة قانونية، أي مستوفية للشروط القانونية للحيازة، وقام الغير بالإعتداء على حيازته، كان له ان يدفع هذا الإعتداء عن طريق دعوى الحيازة<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: الحق الشخصي:

إذا كان الحق الشخصي هو رابطة بين طرفين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل أو أن يعطي شيء للطرف الآخر وهو الدائن، وحماية هذا الحق يكون في صورة دعوى يرفعها صاحب الحق على المدين يطالبه فيها إمَّا بالتنفيذ العيني، وإمَّا بالتنفيذ بطريق التعويض<sup>2</sup>.

#### - التنفيذ العيني:

التنفيذ العيني هو جبر المدين على تنفيذ ما التزم به، وهو الأصل فلا يتحول عنه إلا إذا كان مستحيلًا أو كان يسبب إرهابًا كبيرًا للمدين في الوقت الذي لا يتحول عنه ضررًا جسيمًا بالدائن، وهناك من الوسائل القانونية ما هو كفيل بجبر المدين على التنفيذ العيني ممكنًا، ومن ذلك الحكم بغرامة تهديدية<sup>3</sup>.

#### - التعويض:

التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض هو الذي يحصل فيه الدائن، ليس على ذات الحق الذي له، وإنما على مقابل لهذا الحق يعوضه عمًا فاته سبب عدم تنفيذ الإلتزام تنفيذًا عينيًا<sup>4</sup>.

والتعويض نوعان: تعويض عن عدم الوفاء وهو الذي يعرض الدائن عمًا فاته بسبب عدم تنفيذ الإلتزام كله أو بعضه، وتعويض عن تأخير في الوفاء، وهو الذي يعرض الدائن عمًا أصابه من ضرر بسبب التأخير في الوفاء<sup>5</sup>.

1 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 453

2 حورية كميح، المرجع السابق، ص 48، 49.

3 محمد رفعت الاصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص ص 489 - 491.

4 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 511.

5 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 459.

### المطلب الثاني: الدعوى الجنائية:

وهي الدعوى التي تقام أمام المحكمة باعتبار أنّ موضوعها هو أحد الأفعال المعاقب عليها حسب قانون العقوبات، وتخضع قواعد السير فيها وتنظيمها لقانون الإجراءات الجزائي<sup>1</sup>.

لأنّ الإعتداء على بعض الحقوق لا يعدّ إعتداء على صاحب الحق وحده بل إعتداءً على المجتمع ككل، والدعوى تخضع لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون، والأصل العام أنّ ممارسة ومباشرة تحريك الدعوى العمومية تكون من طرف النيابة العامة بصفتها ممثلة للمجتمع وهدفها حماية المصلحة العامة للمجتمع عن طريق تعقّب المعتدين وتوقيع العقاب عليهم زجرًا لهم وردعًا لغيرهم، ممن تسوّّل لهم أنفسهم الإعتداء على هذه المصلحة<sup>2</sup>.

وتحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لا يمنع المضرور من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيًا بحقوقه المدنية للمطالبة بالتعويض عن طريق الدعوى المدنية<sup>3</sup>.

1 حميد بين شنيّتي، المرجع السابق، ص 452.

2 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 404.

3 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ص 549 – 552.

### المبحث الثاني: إثبات الحق:

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بإحدى الطرق التي حددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الآخر، نظرًا لما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية.

وللإثبات أهمية بالغة في العلاقات القانونية لأنَّ الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، فالإثبات هو الذي يبعث الحياة في الحقوق، ذلك أنَّ الحق إذا كان من الناحية النظرية مستقلًا عن إثباته، فإنَّه في الحياة العملية يستوي حق لا وجود له، وحق لا دليل عليه<sup>1</sup>.  
وللإحاطة بموضوع إثبات الحق ولو بصورة مختصرة، نتعرض لمحل وعبء الإثبات، ثم نتطرق لطرق الإثبات.

#### المطلب الأول: محل وعبء الإثبات:

هناك ثلاث مسائل ترتبط بالإثبات هي: محل الإثبات، وعبء الإثبات، وطرق الإثبات، وهي تتعلق بثلاثة أسئلة دقيقة: على ماذا ينصب الإثبات؟ وعلى من يقع عبء الإثبات؟ وما هي طرق الإثبات الممكن اللجوء إليها؟<sup>2</sup>، ونظرًا لتوسع المسألة الثالثة، سنتناولها في مطلب مستقل، ونكتفي في هذا المطلب بتناول المسألة الأولى والثانية.

#### الفرع الأول: محل الإثبات:

إنَّ محل الإثبات هو مصدر الحق، وليس الحق ذاته سواء كان ماليًا أو غير مالي أو عينياً، أي أنَّ الإثبات لا يرد على الحق ذاته، وإنما على الواقعة القانونية التي ترتب عليها هذا الحق، سواء كانت تصرفاً قانونياً كالعقد، أو واقعة مادية كالفعل الضار، فإنَّ إستطاع المدعي أن يثبت هذه الواقعة القانونية، فإنَّه يكون بذلك قد أثبت وجود الحق المطالب به<sup>3</sup>.

والوقائع القانونية التي تعتبر مصدرًا للحقوق إمَّا أن تكون وقائع مادية أو تصرفات قانونية (كما سبق القول)، والوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية كالوفاة التي يترتب عليها إنتقال حقوق

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 599.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 662.

3 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 335.

المتوفي إلى الورثة، كما تشمل الأفعال التي تصدر عن الإنسان كارتكاب جريمة، حيث يترتب على ذلك نشوء حق للمضرور في مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض<sup>1</sup>.

وأما التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وهو إما أن يصدر من جانبيين كما في البيع والإيجار، أو يصدر من جانب واحد كما في الوصية<sup>2</sup>.

وتقسيم الوقائع إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية له أهمية في الإثبات، فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه التصرفات تأبى أن يتطلب المشرع بشأنها دليلاً معيناً، وعلى عكس ذلك التصرفات القانونية، وبما أن الإرادة هي التي تتحكم في وجودها وفي تحديد آثارها، ولذلك نجد أن المشرع يتطلب أساساً الكتابة لإثباتها، ولا يسمح بشهادة الشهود إلا إذا لم تتجاوز قيمة التصرف القانوني حداً معيناً<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: عبء الإثبات:

نصت المادة (323) قانون مدني بأنه: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه"، وهذا يعني أن الإثبات من مهمة الخصوم في الدعوى، ولتحديد من وقع عليه عبء الإثبات أهمية كبرى من الناحية العملية، فكثير من الأفراد يخسرون دعواهم رغم كونهم أصحاب الحقوق لا لشيء إلا لأنهم يعجزون عن إقامة الدليل<sup>4</sup>.

والقاعدة العامة في هذا الصدد أن الإثبات على المدعي، ولا يقصد بالمدعي من يرفع الدعوى، وإنما قد يكون رافع الدعوى أو من رفعت الدعوى عليه، أي أن عبء الإثبات يتوزع على الخصوم سواء كان مدعيًا أصيلاً أو مدعيًا بطريق الدفع من موقع المدعي عليه<sup>5</sup>.

فمن يدعي أمراً محل نزاع عليه أن يقيم الدليل والحجة أمام القضاء على صحة ادعائه، عملاً بقاعدة أن المدعي يقع عليه إثبات ما يدعيه، فإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالب فيها بمبلغ معين إقترضه منه، كان على رافع الدعوى أن يثبت حقه في ذمة المدين المدعي

1 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 391.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 337.

3 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 284.

4 حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 440.

5 حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المرجع السابق، ص 513.

عليه، فإذا جاء المدين أمام القاضي وادعى أنه قام بالوفاء بهذا الدين فإنه يكون عليه أن يثبت ذلك أي يقع عليه عبء الإثبات، وعلى العموم فإن عبء الإثبات يكون على عاتق الدائن أو على المدين بحسب من يدعي واقعة قانونية بحق من الحقوق أو بالتخلص من نتائج الواقعة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: وسائل الإثبات:

حدد المشرع طرق الإثبات أو الأدلة التي ينبغي تقديمها للإثبات، وهذه الأدلة أو الطرق هي الكتابة، الشهادة، القرائن، اليمين، وهي الطرق التي نظمها المشرع بالمواد من (223) إلى (350) قانون مدني<sup>2</sup>، إضافة إلى المعاينة والخبرة<sup>3</sup>.

### أولاً: الكتابة:

تعد الكتابة أقوى طرق الإثبات، إذ أنها تصلح لإثبات جميع الوقائع أيًا كانت طبيعتها، وأيًا كانت قيمة الحق المراد إثباته، وقد بيّن القانون الحالات التي يتوجب فيها الكتابة من ناحية، وأنواع المحررات المكتوبة وحجتها في الإثبات من ناحية أخرى، وينقسم الدليل الكتابي إلى قسمين<sup>4</sup>:

### 1 - السندات الرسمية:

وهي الورقة الرسمية التي يثبت فيها الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه المادة (324) قانون مدني.

حتى تكون الورقة رسمية يجب أن تتوافر شروط ثلاثة، فيجب أن يقوم بتحريرها موظف عام أو مكلف بأداء خدمة، وأن يكون هذا الموظف مختص بتحريرها، وأن يراعي أخيراً في تحريره لها ما نصّ عليه القانون من إجراءات، فإذا استوفى المحرر (الورقة) هذه الشروط اكتسب صفة الرسمية وكانت له ذاتيته في الإثبات، وأصبح حجة على الكافة، ولا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير المادة (324 مكرر 05) قانون مدني<sup>5</sup>.

1 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص 390، 391.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 668.

3 حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 442.

4 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 205.

5 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 903.

## 2- السندات العرفية؛

وهي كل ورقة يحررها ويوقع عليها الأفراد دون تدخل من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة، فلا يشترط في المحرر العرفي إلا أنه مكتوب، ولا يهم شكل الكتابة سواء كانت مثلاً بخط اليد أو الحاسوب، بالعربية أو بلغة أجنبية.

ويشترط كذلك في المحرر العرفي توقيع صاحب الشأن أو بصمة الإبهام (المادة 327 قانون مدني)، وتفقّد الورقة العرفية حجتها بين طرفيها إن أنكر التوقيع من تنسب إليه، وقضى له بذلك<sup>1</sup>.

والأصل أن تعد الأوراق العرفية لتكون دليلاً في الإثبات، ومع ذلك فمن الأوراق ما لم تعد مقدماً لتكون دليلاً في الإثبات، ومع ذلك يمكن للقاضي أن يعتمد عليها كأدلة عارضة للإثبات وقد تكون موقعة من ذوي الشأن كالرسائل والبرقيات، وقد لا تكون موقعة منهم مثل الدفاتر المنزلية والتجارية وغيرها<sup>2</sup>.

ونشير إلى أنّ المشرّع قد اضاف في تعديل 2005 نوعاً آخر من الكتابة، وهي الكتابة في الشكل الإلكتروني، وهذا ما أكدته المادة (323) مكرر 1 من القانون المدني التي تنص على أنّ: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وأضافت المادة (327) قانون مدني في فقرتها الثانية بأنّه: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 232 مكرر 1 أعلاه".

يتضح من المادتين السابقتين أنّ المشرّع الجزائري اضاف نوعاً ثالثاً من الكتابة وهي التي تكون في الشكل الإلكتروني، إضافة إلى السندات الرسمية والمحركات العرفية، حيث أنّ المادة 323 مكرر 1 السالفة الذكر جعلت الكتابة في الشكل الإلكتروني مثلها مثل الكتابة على الورثة إذا توافرت شروط هي:

- التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

- وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 358.

2 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 170.

واضافت المادة (327) قانون مدني أنه يمكن الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إذا توافرت الشروط السالف ذكرها، والتي وردت في المادة (323) مكرر 1 قانون مدني.

### ثانياً: الشهادة:

شهادة الشهود أو البنية هي إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره، ويترتب عليها حق لغيره ويجب أن تكون الشهادة مباشرة بأن يخبر الشاهد بما وقع تحت سمعه أو بصره، وشهادة الشهود دليل قوته محدود في الإثبات إذ لا يثبت به إلا الوقائع المادية كالفعل الضار والتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على حد معين، المادة (333) قانون مدني.

ولكن البيّنة (الشهادة) أيّاً كان نوعها وأياً كان الأشخاص الذين يؤدون الشهادة لا تكون ملزمة للقاضي بل تخضع لتقديره، أي أنّها دليل مقنع للقاضي وليس ملزماً له، فقد يرفض جميع أقوال الشهود إن لم يطمئن إليها، وقد يجرى أقوال الشاهد فلا يأخذ إلا ببعضها<sup>1</sup>.

### ثالثاً: القرائن:

القرائن طريقة من طرق الاستدلال الغير مباشر، وهي عبارة عن استنباط واقعة متنازع عليها من واقعة أخرى ثابتة، فتكون الواقعة الثانية قرينة على الأولى<sup>2</sup>، أو هي استنباط أمر مجهول من خلال أمر معلوم، فهي استخلاص القاضي لأمر معين من خلال ظروف النزاع وحيثياته<sup>3</sup>، والقرائن نوعان:

#### 1 - القرائن القانونية:

يلجأ إليها المشرع في حالة يكون فيها عبء الإثبات بالنسبة لواقعة معينة صعباً مما يجعل المدعي يعجز عن الإثبات، فيفرض المشرع بنص في القانون ثبوت هذا الأمر بمجرد توافر بعض الظروف المعينة الكافية لاستنباطه منها، ومثل ذلك ما قرره المادة (449) قانون مدني، من أنّ الوفاء بأقساط الأجرة اللاحقة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، ذلك أنّه من الصعب على المستأجر الإثبات إذا طالّت مدة الإيجار، خاصة إذا كانت قيمة الإيجار زهيدة<sup>4</sup>.

1 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 343.

2 محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 374.

3 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 444.

4 حورية كميح، المرجع السابق، ص 51.

## 2- القرائن القضائية:

يستخلصها القاضي من وقائع وأمارات معلومة ومعروضة عليه، يقوم بالكشف عنها وتحديد علاقاتها بالواقعة موضوع النزاع، فيقضي بثبوت هذا الأمر من ثبوت هذه الواقعة ومثاله أن يجد القاضي واقعة قرابة تربط بين البائع (المدين)، والمتصرف إليه، فيستخلص منها حقيقة ما يدعيه الدائن من صورية هذا التصرف<sup>1</sup>.

## رابعاً: الإقرار:

الإقرار هو إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة (المادة 341 قانون مدني)، والإقرار بهذا المعنى يكون حجة على المقرّ، كما أنه لا يتجزأ، فلا يستطيع من يتمسك بالإقرار أن يأخذ منه ما يفيدته ويترك ما يضره (المادة 342 قانون مدني)، ولا يكون للإقرار هذه الحجية إلا إذا كان قضائياً أي صادر في مجلس القضاء بناء على طلب أحد الخصوم أو تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها، وعليه فإنّ الإقرار الغير قضائي كالإقرار أمام شهود، أو الاعتراف على جهاز تسجيل وغيرها، فإنّه يخضع لتقدير القاضي<sup>2</sup>.

## خامساً: اليمين:

اليمين هي طريقة من الطرق غير العادية للإثبات يحتكم فيها موجه اليمين إلى نمة الطرف الآخر اعتماداً على صفاء نفسه ونقاء دينه، واليمين تكون حاسمة أو متممة<sup>3</sup>:

### 1 - اليمين المتممة:

وهي التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم لكي يستكمل بها الأدلة الأخرى، ويشترط في هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل (دليل ناقص في القضية)، وألا تكون خالية من الدليل (المادة 2/348 قانون مدني)، وهي غير حاسمة للنزاع لصالح من يحلفها أو ينكل عنها، لأنّها تخضع للسلطة المطلقة للقاضي<sup>4</sup>.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 299.

2 عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 530.

3 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 211.

4 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 397.

## 2- اليمين الحاسمة:

وهي التي يوجهها الخصم إلى الخصم الآخر إذا عجز عن تقديم الدليل المطلوب ليسمح بها النزاع، وهي حاسمة للنزاع، فإذا أنكر (رفض) من وجهت إليه اليمين حكم عليه (حكم ضده)، وإن أدّى اليمين (حلف) حكم له (لصالحه)<sup>1</sup>.

## سادساً: المعاينة:

المعاينة من أهم الأدلة التي توصل إلى معرفة الحقيقة، وتتم بانتقال المحكمة أو إنتداب أحد قضاتها لمعاينة المتنازع فيه، ويكون ذلك إمّا بناء على طلب أحد الخصوم، وإمّا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا رأت ضرورة لذلك<sup>2</sup>.

## سابعاً: الخبرة:

الخبرة نوع من المعاينة تتم بواسطة شخص من أهل الخبرة، وذلك إذا كان الحكم في النزاع يتطلب نوعاً من المعرفة لا يلم به القاضي، كالتب والهندسة، في هذه الحالة تحكم المحكمة بنذب خبير أو أكثر للاستعانة بهم، ورأي هؤلاء الخبراء غير ملزم للمحكمة ولا يتقيد به القاضي بالضرورة<sup>3</sup>.

1 سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 906.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 350.

3 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 275.

### المبحث الثالث: استعمال الحق:

قدّمنا في أكثر من موضع أنّ الحق في معناه الضيق هو إستثناء بقيمة معينة يقوّه القانون لشخص معين، فإذا ما إستعمل شخص حقاً من حقوقه في إطار القانون، وفي حدود الغاية التي من أجلها تقرر إستعمال هذا الحق، كان هذا الإستعمال مشروعاً، وأمّا إذا تجاوز حدود حقه واعتدى على حق من حقوق الغير كان الإستعمال غير مشروع، وهنا يكون صاحب الحق قد خرج في إستعماله لحقه عن نطاقه وليس هذا تعسفاً في إستعمال الحق، بل تجاوزاً له، فمثلاً حق الإنقاع يخوّل صاحبه إستعمال الشيء الذي يرد علي الحق وإستغلاله، فإذا جاوز المنتفع هذه الحقوق، بأن تصرف في الشيء مثلاً، فإنّه يكون قد جاوز الحد الذي يخوّل له حقه، أي أنّ صاحب الحق إذا تجاوز وهو يستعمل مضمون هذا الحق يكون قد خرج عن حدود حقه، علماً وأنّ لكل حق مضمون يتمثل في السلطات التي يخوّلها هذا الحق لصاحبه<sup>1</sup>.

ولكن إذا كان الشخص يستعمل حقه داخل حدود هذا الحق ولا يتجاوزها، ويتسبب في أضرار للآخرين نتيجة هذا الإستعمال، فهل يكون الشخص مسؤولاً عن إستعمال هذا الحق أو تعسفه فيه؟.

وعليه سنتناول في هذا المبحث معنى التعسف في إستعمال الحق (مطلب أول)، ثم معايير التعسف (مطلب ثان).

### المطلب الأول: معنى التعسف في إستعمال الحق:

ظهرت نظرية التعسف في إستعمال الحق لمحاولة التوفيق بين المذهب الفردي الذي يطلق حقوق الأفراد إلى اللامعقول، أي أنّ هذا المذهب ينطوي على مغالاة شديدة في تقديسه للفرد وسعيه وراء تحقيق مصلحته ولو ترتب على ذلك الإضرار بصالح العام، والمذهب الإشتراكي الذي غالى في الوجهة العكسية، أي أنكر فكرة الحق تماماً وإعتبره مجرد وظيفة إجتماعية لا تخوّل صاحبها امتيازاً وإنّما تفرض عليه التزاماً<sup>2</sup>.

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 611.

2 حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 374.

وفكرة التعسف في استعمال الحق ليست فكرة حديثة ولكنها تمتد إلى القانون الروماني كما عرفت الشريعة الإسلامية، ولكنها إختفت تحت تأثير المبادئ الفردية في أعقاب الثورة الفرنسية ثم عادت إلى الظهور ثانية تحت تأثير المبادئ الاشتراكية، فظهرت أولاً في أحكام القضاء أواخر القرن الماضي، وما لبثت أن إنتصر لها كثير من الفقهاء فاستقرت في الفقه والقضاء وأدى إلى الأخذ بها في كثير من التشريعات الحديثة، كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون السوفيياتي<sup>1</sup>.

وقد أقرّ المشرع المصري فكرة التعسف في استعمال الحق، وأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في تقنينه لها وقد حذت حذوه معظم التشريعات العربية، ومنها بطبيعة الحال القانون المدني الجزائري، حيث نصّت المادة (04) من القانون المدني المصري على أنه: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك الضرر".

ونصّت المادة (05) من نفس القانون على أنه: "يكون استعمال الحق مشروعاً في الأحوال الآتية:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة".

وتبيّن من هذه النصوص ومن المكان الذي وردت فيه أنّ الشارع جعل من نظرية التعسف نظرية عامة إختار لها مكان الصدارة في التقنين المدني كي يكون مبدأ عاماً يسري بالنسبة للجميع، سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، بل ويسري في جميع نواحي القانون<sup>2</sup>.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 362.

2 علي نجيدة، المرجع السابق، ص 379 - 380.

وقد راع المشرع في تحديده لهذه الضوابط المعيار العام في الخطأ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي، ومن ثمَّ فإنَّ الإنحراف عن هذا السلوك في استعمال الحق لا يعتبر تعسفاً إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاثة التي عدتها المادة الخامسة السالفة الذكر<sup>1</sup>.

أمَّا المشرع الجزائري فإنَّه نصَّ في المادة (124) مكرر قانون مدني على أنَّه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق لاسيما 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 مشروعة".

إنَّ أهم ما يلاحظ على ما جاء به المشرع الجزائري أنَّه من حيث الشكل لم يتم وضع النص من الباب التمهيدي أسوة بالقانون المصري، ومن حيث الموضوع لم ينص على الأصل كما فعل المشرع المصري في نص المادة الرابعة قانون مدني السالفة الذكر، ولكن المشرع الجزائري اقتصر على إيراد الاستثناءات.

كما أنَّ المادة (124) مكرر قانون مدني المنظمة للتعسف في استعمال الحق أصبحت تحت إطار المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يحسم في مسألة تأصيل التعسف في استعمال الحق، حيث اعتبره شكلاً ومضموناً ما هو إلا صورة الخطأ التقصيري<sup>2</sup>، وحسب البعض أنَّ هذا الأمر يؤدي بقول أنَّ المشرع ألغى بطريقة غير مباشرة فكرة التعسف في استعمال الحق وجعل منها مرادفة لفكرة الخروج عن الخطأ، إذ اعتبر التعسف مثله مثل أي خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

#### **المطلب الثاني: المعايير المعتمدة لتحديد التعسف في استعمال الحق:**

بالرجوع إلى نص المادة (124) مكرر قانون مدني، نجد أنَّ المشرع الجزائري اعتنق الرأي الغالب في الفقه الفرنسي والمصري، بمعنى أنَّ التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري،

1 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 319.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 707، 708.

3 حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 450.

ومعياره هو معيار الخطأ أي الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهذا الانحراف حسب المادة (124) مكرر قانون مدني، يعتد به في ثلاثة حالات وهي: قصد الإضرار بالغير، عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير، وعدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق.

#### الحالة الأولى: قصد الإضرار بالغير:

حيث يعد استعمال الحق غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، فإذا توفر لدى الشخص هذا القصد اعتبر استعماله للحق استعمالاً تعسفياً، حتى ولو تحققت له منفعة عارضة لم يكن يقصدها أصلاً، كان يغرس شخص أشجار على أرضه بقصد حجب الضوء عن جاره، فيعد متعسفاً في استعمال حقه حتى ولو ظهر فيما بعد أنّ هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع، ما دام أنّ هذا النفع لم يكن مقصوداً وإنّما تحقق بصورة عرضية إذا كان القصد الوحيد من غرسها هو الإضرار بالجار<sup>1</sup>.

وواضح هنا أنّ المشرع يعتمد معياراً ذاتياً أو شخصياً بحثاً، بمعنى ينظر أساساً إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإذا كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر به غيره دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أية فائدة كان متعسفاً في هذا الاستعمال<sup>2</sup>.

#### الحالة الثانية: عدم تناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يجيق بالغير:

ويتحقق ذلك إذا كانت المنفعة التي يحصل عليها صاحب الحق ضئيلة جداً إذا ما قورنت بالضرر الذي يعود على الغير من ذلك الاستعمال، ومعيار التعسف في هذه الحالة معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى الشخص صاحب الحق وما قصده من استعماله لحقه، وإنّما ينحصر المعيار في الموازنة بين المصلحة التي يقصدها صاحب الحق، وقد طبق المشرع الجزائري ذلك في حالات عديدة منها أنّ المالك الذي يهدم حائطه مما لا شكّ فيه أنّه يستعمل ملكه إلا أنّ هذا الاستعمال يعد رغم ذلك تعسفياً وغير مشروع إذا كان ما يصيب جاره من ضرر يرجح كثيراً على ما يعود على المالك من نفع المادة (2/708) قانون مدني<sup>3</sup>.

1 حسن كيرة، المرجع السابق، ص 773.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 312.

3 على نجيدة، المرجع السابق، ص 378، 379.

**الحالة الثالثة: عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق:**

قد لا يبتغي صاحب الحق الإضرار بالغير، وقد لا تكون المصلحة التي يرمى إليها تافهة، ومع ذلك فإنه يكون متعسفًا في استعمال هذا الحق إذا كانت المصلحة التي يرمى إليها غير مشروعة، أي مصالح يقرها ويحميها القانون، أمّا إذا أراد الشخص باستعماله حقه الوصول إلى منافع يحرّمها القانون، فإنّ هذا الإستعمال يعتبر تعسفيًا لعدم مشروعيته، أي أنّ المصلحة تكون غير مشروعة، إذا كان تحقيقها يخالف حكمًا من أحكام القانون، ويتصل هذا الوصف ليمتد أيضًا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب<sup>1</sup>.

---

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 632.

**الفصل الخامس:**

**إنقضاء الحق**

سبق وأنّ وضحنا في تقسيم الحقوق أنّ الحقوق تنقسم إلى حقوق غير مالية وحقوق مالية، والقاعدة في الحقوق غير المالية أنّها دائمة لا تقبل الإنقضاء، فالمشرع أخرجها من دائرة التعامل، ومن نطاق التقويم بالنقود والحجر عليها وانتقالها إلى الورثة بالميراث، ومع ذلك فإنّ إنقضاءها ليس بالأمر المستبعد، ففي الحقوق السياسية يؤدي علي سبيل المثال الحكم على الشخص بعقوبة جنائية إلى حرمانه (أي فقد حقه) من الترشح لعضوية المجالس النيابية وتولي الوظائف العامة، وفي الحقوق الملازمة للشخصية قد يفقد الشخص حقه في الحياة وفي سلامة جسمه بتنفيذ حكم الإعدام، وفي حقوق الأسرة، على سبيل المثال يسقط الحق في ممارسة الوصاية بعزل الوصي بقرار من المحكمة<sup>1</sup>.

أمّا الحقوق المالية (وهي التي تكون محل دراستنا)، فإنّ طرق إنقضائها تختلف وتتعدد باختلاف نوعيّها الحق العيني (مبحث أول)، الحق الشخصي (مبحث ثان).

#### المبحث الأول: إنقضاء الحق العيني:

تختلف طرائق إنقضاء الحقوق العينية بحيث ما إذا كنّا بصدد حق عيني أصلي (مطلب أول)، أو حق عيني تبعي (مطلب ثان).

#### المطلب الأول: إنقضاء الحقوق العينية الأصلية:

الحقوق العينية الأصلية تنقضي جميعاً بهلاك الشيء الذي يرد عليه الحق، فهلاك العقار يؤدي إلى إنقضاء حق الملكية، فالملكية لا تتصور إلّا واردة على شيء معين، والحقوق المتفرغة عن الملكية (حقوق انتفاع أو حقوق ارتفاق)، فإنّها تنقضي بحكم طبيعتها بإنقضاء حق الملكية ذاته لهلاك محله<sup>2</sup>.

كذلك تنقضي الحقوق العينية الأصلية المتفرغة عن الملكية بترك استعمالها مدّة حددها القانون، فإذا ترك المنتفع مثلاً حقه دون استعمال مدّة 15 سنة فإنّ هذا الحق ينقضي (المادة 854 قانون مدني)، أمّا حق الملكية فيستثنى من هذه القاعدة لأنّ من خصائص حق الملكية (كما سبق أن وضحنا) أنّه حق دائم لا يسقط بعدم الإستعمال وإن كان هذا الدوام لا يتنافى مع

1 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 192.

2 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 308.

إمكان إكتساب الملكية بالتقادم المكسب، فإذا وضع الغير يده على الشيء محل الملكية، وتركه ولم يستعمله المالك مدة طويلة، فإنَّ الغير يكتسب ملكية الشيء إذا مضت المدة التي حددها القانون من بدء وضع يده على الشيء، وهذا لا يعني أنَّ حق المالك سقط بعدم الإستعمال، وإنَّما يغلب القانون حق واضع اليد على حق المالك الأصلي الذي لم يحاول دفع الإعتداء عن ملكيته طوال هذه المدة<sup>1</sup>.

#### المطلب الثاني: انقضاء الحقوق العينية التبعية:

سبق أن أوضحنا أنَّ الحقوق العينية التبعية وردت على سبيل الحصر وهي حق الرهن الحيازي، حق الرهن الرسمي، وحق الإختصاص، وحق الامتياز، وهذه الحقوق العينية التبعية دائماً تنشأ ضمناً لحق شخصي وتكون تابعة لهذا الحق في وجوده وإنقضائه، فهي لا تقوم مستقلة بذاتها، أي أنَّ هذه الحقوق تنقضي بهلاك الشيء محل الحق الشخصي، كما تنقضي الحقوق بإنقضاء الحق الشخصي الذي قامت به لضمان الوفاء له، فمثلاً حق الرهن الذي ينشأ لضمان دين معين ينقضي حق الرهن بإنقضاء الدين، حيث تنص المادة (988) قانون مدني على أنَّه: "ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة..."، وبالرجوع على المادتين (933) و(934) نجد أنَّ الرهن الرسمي والرهن الحيازي ينقضي بإنتهاء الدين المضمون<sup>2</sup>.

1 عبد الودود يحي ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 365.

2 محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 216.

### المبحث الثاني: انقضاء الحقوق الشخصية:

سبق أن أوضحنا أن الحق له صلة قوية بالالتزام، فالحق والالتزام وجهات رابطة قانونية واحدة تسمى بالحق الشخصي إذا نظرنا إليهما من زاوية الدائن، وتسمى بالالتزام (رابطة المديونية) إذا نظرنا إليها من زاوية المدين.

#### المطلب الأول: الانقضاء بالوفاء:

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الحق الشخصي (الالتزام)، لأنه يحقق لصاحب الحق ما كان يهدف إليه من مصلحة ويخلص المدين من التزامه أيًا كان محله أي سواء تعلق الأمر بدفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل<sup>1</sup>، والأصل أن يكون تنفيذ الالتزام عينياً، أي أن يقوم المدين بتنفيذ ذات ما التزم به في مواجهة الدائن إذا كان ممكن<sup>2</sup>، ويمكن للدائن إذا لم يقم المدين بهذا الوفاء إختياراً أن يجبره على ذلك ما دامت شروط التنفيذ العيني متوافرة، وإلا فلا يبقى إلا الإكتفاء بالحصول على مقابل (أي تعويض) ليحل محل هذا التنفيذ العيني، وقد تعرّض القانون المدني لمسألة التنفيذ العيني بالمواد من (164) إلى (175)، وتناول الوفاء بالالتزام كسبب لانقضاء الالتزام بالمواد (258 إلى (296)<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني: الانقضاء بما يعادل الوفاء:

إذا كان الحق الشخصي ينقضي بالوفاء أي بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، فإنه ينقضي كذلك بما يعادل الوفاء، وذلك بالطرق التالية: الوفاء بمقابل (فرع أول)، التجديد والإنابة (فرع ثان)، المقاصة (فرع ثالث)، واتحاد الذمة (فرع رابع).

#### الفرع الأول: الوفاء بمقابل:

ويقصد به أن يقبل الدائن من مدينه عند الوفاء مقابلاً آخر غير ما اتفق عليه في البداية، فينقضي الدين بهذا المقابل ليقال عندئذ أن المدين قد أوفى بطريق الإعتياض، وهذا ما أكدته المادة (285) قانون مدني التي تنص على أنه: "إذا قبل الدائن في إستفاء حقه مقابلاً إستعاض به عن الشيء المستحق، قام هذا مقام الوفاء"<sup>4</sup>.

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 779.

2 عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 452.

3 حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 445.

4 فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 408.

### الفرع الثاني: التجديد والإنابة:

عالج المشرع التجديد والإنابة في فصل واحد من المواد (287) إلى (296) قانون مدني كسببين لانقضاء الحقوق الشخصية.

#### أولاً: التجديد:

ينقضي الحق بتجديده من خلال تغيير أحد عناصره وهما: الطرفين (الدائن، المدين)، أو المحل (الدين)، وفي هذا الشأن تقضي المادة (287) قانون مدني على أنه:

"يتجدد الإلتزام:

- بتغيير الدين إذا إتفق الطرفان على إستبدال الإلتزام الأصلي بالإلتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره.

- بتغيير المدين إذا إتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينًا مكان المدين الأصلي، على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

- بتغيير الدائن إذا إتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد".

يتضح من هذا النص أنّ الإلتزام ينقضي بإنشاء إلتزام جديد يحل محله، ويختلف عنه إمّا في محله أو مصدره أو أحد طرفيه، فيترتب على هذا التجديد إذا إستوفى الشروط التي يحددها القانون، ويترتب على التجديد إنقضاء الإلتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء إلتزام جديد مكانه المادة (291) قانون مدني<sup>1</sup>.

#### ثانياً: الإنابة:

والإنابة عمل قانوني بموجبه يلتزم شخص أجنبي عن الدين بوفاء دين مدينه لدائنه (المادة 294 قانون مدني)، وتكون باتفاق المدين (المنيب)، والأجنبي (المناب)، والدائن (المناب لديه)، ويترتب على هذه الإنابة إنقضاء الدين إذا كان مضمون الإتفاق عليها أن تبرأ ذمة المدين ليتحمل الأجنبي الدين عنه، وهو ما يقال له بالإنابة الكاملة، أمّا إذا لم يتضمن الإتفاق هذا

1 إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 356، 357.

المعنى، يقال لها الإنابة الناقصة، وفي هذه الحالة لا تقضي الدين لأنَّ الأجنبي فيها يتحمل الدين إلى جانب المدين وليس بدلاً عنه<sup>1</sup>.

#### الفرع الثالث: المقاصة:

تنص المادة (297) قانون مدني على أنه: "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة النوع والجودة، وكان كل منها ثابتاً وخالياً من النزاع ومستحق الأداء وصالحاً للمطالبة به قضاء، ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

يتبين من هذا النص أنه يشترط لوقوع المقاصة أن يكون هناك تقابل بين الدينين، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت وبذات الصفة، وأن يكون هناك تماثل بين الدينين في المحل (بأن يكون كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في الجودة والنوع)، وأن يكون كلاً من الدينين ثابتاً وخالياً من أي نزاع، مستحقي الأداء صالحين للمطالبة بهما قضاء، قابلين للحجز، فإذا استوفت هذه الشروط أصبحت المقاصة طريقاً لانقضاء الإلتزام<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: اتحاد الذمة:

اتحاد الذمة يؤدي على إنقضاء الحق إذا صار صاحب الحق هو المدين بالالإلتزام الذي يقابله، فتجتمع في شخصيه صفة الدائن والمدين في نفس الوقت المادة (304) قانون مدني، وما دام أنه من غير المقبول أن يطالب الشخص نفسه، فإنَّ الحق ينقضي لانعدام المصلحة المباشرة، أي اتحاد الذمة، ويكون بذلك تنفيذ الإلتزام مستحيلاً من الناحية العملية<sup>3</sup>.

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 319.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 648، 649.

3 فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 197.

### المطلب الثالث: انقضاء الالتزام دون الوفاء به:

ذكر المشرع في المواد من (305) إلى (322) قانون مدني، أسباباً ثلاثة لانقضاء الحقوق الشخصية دون الوفاء بالالتزامات، وهي الإبراء (فرع أول)، واستحالة التنفيذ (فرع ثان)، والتقادم (فرع ثالث).

#### الفرع الأول: الإبراء:

الإبراء عمل قانوني من جانب الدائن يتنازل به عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو يتصرف في الحق على سبيل التبرع، أي أنّ الإبراء عمل تبرعي، فيشترط فيه أن يكون لدى الدائن أهلية التبرع بالدين، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين دون حاجة إلى قبوله، ولكنه يرتد برده، وفي هذا الشأن تنص المادة (305) قانون مدني على أنّ: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه إختيارياً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين"<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: استحالة التنفيذ:

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي عن إرادته (المادة (307) قانون مدني، والسبب الأجنبي الذي يستطيع أن يدفع به المدين يتمثل في القوة القاهرة، الحادث الفجائي، وخطأ الدائن وخطأ الغير المادة (128) قانون مدني)<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: التقادم:

تنص المادة (309) قانون مدني على أنّه: "يقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشر سنة فما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص وفيما عدا الإستثناءات الآتية"، يتضح من هذا النص أنّ الإلتزام ينقضي بالتقادم المسقط بمضي خمسة عشر سنة على تاريخ إستحقاقها تحسب هذه المدة بالتقويم الميلادي وتبدأ من اليوم التالي لإستحقاق تلك الحقوق وتنتهي بإكتمال خمس عشرة سنة كاملة، ويستثنى من ذلك الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون، وفيما الحالات التي تلي المادة (308) قانون مدني، وهي الحالات التي ذكرتها المواد من (309) إلى (313) قانون مدني<sup>3</sup>.

1 محمد رفعت الصباحي ونزيه صادق المهدي، المرجع السابق، ص 537، 538.

2 حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 285.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 802 - 804.

- وعليه فإنّ مدّة التقادم المسقط هي خمس عشر سنة إلاّ إذا نصّ القانون على مدة أقصر من ذلك، ومن بين الحالات التي لا يطبق عليها الأصل العام (15 سنة) نجد ما يلي:
- يتقادم بخمس سنوات الحقوق الدورية المتجددة ولو أقرّها المدين كأجرة المباني والديون المتأخّرة والمرتبات والأجور والمعاشات (المادة 309 قانون مدني).
  - يتقادم بمرور سنة حقوق التجار والصناع وحقوق أصحاب الفنادق وغيرهم (المادة 312 قانون مدني)<sup>1</sup>.

---

1 حميد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 458.

قائمة المراجع

- 1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 1999.
- 2- حسام الدين كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، 1972.
- 3- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 4- حمدي عبد الرحمن، أنور عبدالله، مدخل القانون ونظرية الحق، مكتبة عين شمس 44، شارع قصر العيني، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 5- حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2014.
- 6- حميد بن شنياتي، مدخل للقانون، نظرية الحق، ملية الحقوق، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 01، الطبعة الرابعة، 2014/2015.
- 7- حورية كميح، المدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2013/2014.
- 8- رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995/1996.
- 9- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، بدون ناشر، الطبعة السادسة، 1987.
- 10- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
- 11- الصديق شياط، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، 2007.

- 13- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، دار هومه، 2007.
- 14- عبد المنعم فرج الصده، المبادئ العامة في القانون، دار الإتحاد العربي، 1991.
- 15- عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، الجزء الأول، 1997.
- 16- عبد الودود يحي ونعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2002.
- 17- عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعيين للطباعة، مصر، 2007.
- 18- علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 19- علي نجيدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الطبعة الثالثة، بدون ناشر، 2000/2001.
- 20- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 21- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016.
- 22- فاطمة الزهراء جدو، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2018.
- 23- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- 24- محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995.
- 25- محمد رفعت الصباحي ونزيه الصادق المهدي، المبادئ العامة للقانون، مكتبة عين شمس 44 شارع قصر العيني، القاهرة، 2000/2001.
- 26- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، دار هومه، الطبعة الأولى، 2011.
- 27- محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004/2005.
- 28- محمد نصر الدين منصور وفيصل ذكي عبد الواحد، المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، بدون سنة نشر.

الفهرس

1 ..... مقدمة

**الفصل الأول: ماهية الحق**

3 ..... المبحث الأول: التعريف بالحقّ

3 ..... المطلب الأول: الاتجاه المنكر لفكرة الحقّ

4 ..... الفرع الأول: الحقّ مركز قانونيّ ديجي

4 ..... الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لنظرية ديجي

5 ..... المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة الحقّ

6 ..... الفرع الأول: نظرية الإرادة

6 ..... أولاً: مضمون هذه النظرية

6 ..... ثانياً: نقد هذه النظرية

7 ..... الفرع الثاني: المذهب الموضوعي (نظرية المصلحة)

7 ..... أولاً: مضمون النظرية

8 ..... ثانياً: انتقاد النظرية

8 ..... الفرع الثالث: الاتجاه المختلط (نظريتا الإرادة والمصلحة معاً)

9 ..... أولاً: مضمون النظرية

9 ..... ثانياً: انتقاد النظرية

9 ..... الفرع الرابع: نظرية الاستتار والتسلط

9 ..... أولاً: مضمون النظرية

10 ..... 1- الاستتار

10	2- التسلط .....
10	3- نفاذ الحقّ .....
11	4- الحماية .....
11	ثانياً: انتقاد النظرية .....
12	المبحث الثاني: تمييز الحقّ عمّا يشابهه من الأنظمة المتقاربة .....
12	المطلب الأول: الحقّ والحرية .....
12	الفرع الأول: من حيث الاستثناء .....
12	الفرع الثاني: من حيث الدرجة .....
12	الفرع الثالث: من حيث النطاق .....
13	الفرع الرابع: من حيث الوجود والتقييد .....
13	المطلب الثاني: الحقّ والدعوى .....
13	الفرع الأول: ارتباط الحقّ بالدعوى .....
13	الفرع الثاني: قيام علاقة تبعية بين الحق والدعوى .....
14	الفرع الثالث: استقلال الدعوى عن الحق .....
14	أولاً: دعوى بدون حقّ .....
14	ثانياً: حقّ بدون دعوى .....
15	المطلب الثالث: الحقّ والرخصة .....
15	المطلب الرابع: الحقّ والسلطة .....
17	المبحث الثالث: أنواع الحقّ .....
17	المطلب الأول: الحقوق غير المالية .....
17	الفرع الأول: الحقوق اللصيقة بالشخصية (الحقوق الشخصية) .....
18	أولاً: أنواع الحقوق الشخصية .....

- 1- حقّ الشّخص في سلامة جسمه ..... 18
- 2- حقّ الشّخص في احترام كيانه الأدبيّ أو المعنويّ ..... 18
- 3- حقّ الشّخص في حرمة حياته الخاصّة ..... 19
- 4- الحقوق المتعلّقة بالنشاط الحرّ للشّخص ..... 19
- ثانياً: مميزات الحقوق الشّخصيّة ..... 19
- الفرع الثاني: الحقوق السياسيّة ..... 21
- أولاً: أنواع الحقوق السياسيّة ..... 21
- 1- حقّ الانتخاب ..... 21
- 2- حقّ الترشح ..... 22
- 3- حقّ تولّي الوظائف العامّة ..... 22
- 4- حقّ الحماية في الخارج ..... 22
- ثانياً: خصائص الحقوق السياسيّة ..... 22
- الفرع الثالث: حقوق الأسرة ..... 23
- المطلب الثاني: الحقوق الماليّة ..... 24
- الفرع الأوّل: الحقوق العينية ..... 24
- أولاً: الحقوق العينية الأصليّة ..... 25
- 1- حق الملكية ..... 25
- أ- صلاحيات حقّ الملكيّة ..... 26
- أ 1- صلاحيّة الإستعمال ..... 26
- أ 2- صلاحيّة الإستغلال ..... 26
- أ 3- صلاحيّة التصرّف ..... 26
- ب- خصائص حقّ الملكيّة ..... 27

27	ب 1- حق الملكية حق جامع.....
27	ب 2- حق الملكية حق مانع.....
27	ب 3- الملكية حق دائم ومؤبد.....
28	2- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.....
28	أ- حق الإنتفاع.....
28	ب- حق الإستعمال وحق السكنى.....
29	ج- حق الارتفاق.....
30	ثانياً: الحقوق العينية التبعية.....
30	1- المقصود بالحقوق العينية التبعية.....
31	2- أنواع الحقوق العينية التبعية.....
31	أ- الرهن الرسمي.....
32	ب- حق التخصيص.....
33	ج- الرهن الحيازي.....
34	د- حقوق الامتياز.....
35	- حقوق امتياز عامة.....
35	- حقوق امتياز خاصة.....
35	الفرع الثاني: الحقوق الشخصية (حق الدائنية).....
35	أولاً: تعريف الحق الشخصي.....
36	1- أركان الحق الشخصي.....
36	أ- طرفا الحق.....
36	ب- محل الحق.....
36	ج- سبب الحق.....

- 37 ..... د- الشَّكْل الرَّسْمِيّ
- 37 ..... 2- أنواع الحقوق الشَّخصِيَّة
- 37 ..... أ- الإلتزام بإعطاء شيءٍ
- 37 ..... ب- الإلتزام بفعل
- 38 ..... ج- الإلتزام بعدم فعل شيء ما
- 38 ..... 3- مصادر الحقِّ الشَّخصِيّ
- 38 ..... أ- العقد
- 38 ..... ب- الإرادة المنفردة
- 39 ..... ج- الفعل المُستَحِقُّ للتَّعْوِيضِ
- 39 ..... د- الإثراء بلا سبب
- 39 ..... هـ- القانون
- 39 ..... ثانيًا: التمييز بين الحقِّ العينيِّ والحقِّ الشَّخصِيّ
- 41 ..... ثالثًا: التَّقريب بين الحقِّ العينيِّ والحقِّ الشَّخصِيّ
- 42 ..... 1- المذهب الشَّخصِيّ
- 42 ..... أ- مضمون المذهب
- 42 ..... ب- نقد هذا المذهب
- 43 ..... 2- المذهب الماديّ
- 44 ..... أ- مضمون المذهب
- 44 ..... ب- نقد هذا المذهب
- 45 ..... الفرع الثالث: الحُقُوقُ الذَّهْنِيَّةُ
- 45 ..... أولاً: تعريفُ الحقوقِ الذَّهْنِيَّةِ
- 46 ..... ثانيًا: أنواع الحقوقِ الذَّهْنِيَّةِ

46	1- الملكية الأدبية والفنية .....
47	أ- نطاق حماية حق المؤلف .....
47	أ 1- المصنّف .....
48	أ 2- المؤلف .....
49	أ 1/2- المصنّف المشترك .....
49	أ 2/2- المصنّف الجماعي .....
50	أ 3- الإبداع .....
50	ب- مضمون حق المؤلف .....
51	ب 1- الحق الأدبي أو المعنوي .....
51	ب 1/1- سلطات الحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف .....
51	ب 2/1- خصائص الحق الأدبي للمؤلف .....
52	ب 2- الحق المالي .....
52	ب 1/2- سلطات الحق المالي للمؤلف .....
53	ب 2/2- خصائص الحق المالي للمؤلف .....

## الفصل الثاني: أركان الحق

55	المبحث الأول: صاحب الحق .....
56	المطلب الأول: الشخص الطبيعي .....
56	الفرع الأول: بدأ الشخصية القانونية ونهايتها .....
56	أولاً: بداية الشخصية القانونية .....
56	1- المبدأ (الولادة) .....
56	أ- مفهوم الولادة .....
57	ب- إثبات الميلاد .....

- 57 ..... 2- المركز القانوني للجنين
- 58 ..... ثانيًا: إنتهاء الشّخصية القانونيّة
- 58 ..... 1- الموت الطّبيعيّ
- 59 ..... 2- الموت الحكميّ
- 60 ..... أ- مفهوم المفقود
- 60 ..... ب- إجراءات تقدير الموت الحكميّ
- 61 ..... ب 1- الحكمُ بفقدان الشّخص
- 61 ..... ب 2- الحكمُ بموت المفقود
- ب 1/2- موت المفقود في حالات الخطر (حالة الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك) ..... 61
- ب 2/2- موتُ المفقود في الحالات العادية (حالة الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك) ..... 62
- ج- حالةُ ظهور المفقود ..... 63
- الفرع الثاني: الأهلية القانونية ..... 64
- أولًا: أهليةُ الوجوبِ وأهليةُ الأداء ..... 64
- 1- أهليةُ الوجوبِ ..... 64
- 2- أهليةُ الأداء ..... 65
- أ- تعريف أهليةِ الأداء ..... 65
- ب- مناط أهليةِ الأداء ..... 66
- المرحلة الأولى: مرحلة الحمل المستكن ..... 67
- المرحلة الثانية: مرحلة الصبي غير المميّز ..... 67
- المرحلة الثالثة: مرحلة الصبي المميّز ..... 67

- 69 ..... - المرحلة الرابعة: مرحلة بلوغ سن الرشد
- 69 ..... ثانيًا: عوارض الأهلية
- 69 ..... 1- عوارض تصيب الإنسان في عقله
- 70 ..... أ- المجنون
- 70 ..... ب- المعتوه
- 70 ..... ج- حكم تصرفات المجنون والمعتوه
- 71 ..... 2- عوارض تصيب الإنسان في تدبيره
- 72 ..... أ- السفية
- 72 ..... ب- ذو الغفلة
- 72 ..... ج- حكم تصرفات كل من السفية وذو الغفلة
- 73 ..... ثالثًا: موانع الأهلية
- 73 ..... 1- المانع الطبيعي (العاهات الجسمانية)
- 75 ..... 2- المانع القانوني (المحكوم عليه بعقوبة جنائية)
- 75 ..... 3- المانع المادي
- 76 ..... الفرع الثالث: مميزات الشخص الطبيعي
- 76 ..... أولاً: الاسم
- 77 ..... 1- اكتساب وتغيير اللقب
- 77 ..... أ- اكتساب اللقب
- 77 ..... 1- أ- اكتساب اللقب عن طريق النسب
- 78 ..... 2- أ- اكتساب اللقب عن طريق الزواج
- 78 ..... 3- أ- اكتساب اللقب بقرار إداري
- 78 ..... 4- أ- اكتساب اللقب بحكم قضائي

- 78 ..... ب- تغيير اللقب
- 79 ..... ب 1- تغيير اللقب للأولاد المولودين في الجزائر من أبوين مجهولين
- 79 ..... ب 2- تغيير اللقب بالنسبة للبالغين سن الرشد
- 79 ..... 2- أنواع الإسم
- 79 ..... أ- إسم الشهرة
- 79 ..... ب- الإسم المستعار
- 80 ..... ج- الإسم التجاري
- 80 ..... 3- الطبيعة القانونية للإسم
- 81 ..... أ- الإسم كواجب على الفرد (نظرية نظام الأمن المدني)
- 81 ..... ب- الإسم كحق للفرد
- 81 ..... ب 1- الإسم كمحل للملكية
- 82 ..... ب 2- الإسم كحق من الحقوق الملازمة للشخصية
- 82 ..... ج- النظرية المزدوجة
- 82 ..... 4- خصائص الإسم وحمائته القانونية
- 82 ..... أ- خصائص الإسم
- 83 ..... أ 1- خصائص الإسم بإعتباره واجباً قانونياً
- 83 ..... أ 2- خصائص الإسم بإعتباره حقاً من الحقوق الملازمة للشخصية
- 83 ..... ب- الحماية القانونية للإسم
- 84 ..... ثانيًا: الحالة
- 84 ..... 1- الحالة السياسية (الجنسية)
- 84 ..... أ- تعريف الجنسية وأهميتها
- 85 ..... ب- أنواع الجنسية

- ب 1- الجنسية الأصلية ..... 85
- ب 1/1- رابطة الدّم (حقّ الدّم) ..... 86
- ب 2/1- رابطة الإقليم (حقّ الإقليم) ..... 86
- ب 2- الجنسية المكتسبة ..... 86
- 2- الحالة العائلية (القرابة) ..... 87
- أ- تعريف القرابة وأهميتها ..... 87
- ب- قرابة النسب ..... 88
- ب 1- القرابة المباشرة ..... 88
- ب 2- قرابة الحواشي ..... 88
- ج- قرابة المصاهرة (الزواج) ..... 89
- د- آثار القرابة ..... 90
- 3- الحالة الدينية ..... 92
- ثالثاً: المواطن ..... 92
- 1- أهمية تحديد المواطن ..... 93
- 2- كيفية تحديد المواطن ..... 94
- أ- المذهب الحكمي للموطن ..... 94
- أ 1- مضمون التصوير الحكمي للموطن ..... 94
- أ 2- نتائج التصوير الحكمي للموطن ..... 94
- ب- المذهب الواقعي للموطن ..... 95
- ب 1- مضمون التصوير الواقعي للموطن ..... 95
- 3- أنواع المواطن ..... 96
- أ- المواطن العام ..... 96

- 96 ..... أ 1- المواطن العام الإختياري (الإرادي)
- 97 ..... أ 2- المواطن العام الإجباري (القانوني)
- 98 ..... ب- المواطن الخاص
- 98 ..... ب 1- المواطن التجاري أو الحرفي (مواطن الأعمال)
- 99 ..... ب 2- مواطن القاصر المرشد
- 99 ..... ب 3- المواطن المختار
- 100..... رابعاً: الذمة المالية
- 100..... 1- تعريف الذمة المالية
- 101..... أ- الذمة المالية مجموعة حقوق والتزامات مالية
- 102..... ب- الذمة المالية مجموعة قانونية
- 102..... 2- الطبيعة القانونية للذمة المالية
- 102..... أ- النظرية الشخصية للذمة المالية
- 103..... أ 1- النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الشخصية للذمة المالية
- 104..... أ 2- نقد النظرية الشخصية
- 105..... ب- نظرية ذمة التخصيص
- 105..... ب 1- النتائج المترتبة على الأخذ بنظرية التخصيص
- 106..... ب 2- نقد نظرية ذمة التخصيص
- 106..... ج- موقف المشرع الجزائري
- 107..... المطلب الثاني: الشخص الاعتباري
- 107..... أولاً: مفهوم الشخصية المعنوية
- 107..... 1- تعريف الشخص الاعتباري
- 108..... 2- عناصر الشخصية الاعتباري

- أ- العنصر الموضوعي ..... 108
- أ 1- وجود مجموع معين من الأشخاص أو الأموال ..... 108
- أ 2- وجود غرض مشترك ..... 108
- أ 3- وجود تنظيم يضمن حسن سير العمل ..... 108
- ب- العنصر الشكلي ..... 109
- ب 1- الاعتراف العام ..... 109
- ب 2- الاعتراف الخاص ..... 109
- ب 3- موقف المشرع الجزائري من صور الاعتراف ..... 109
- 3- أنواع الشخص الاعتباري ..... 110
- أ- الأشخاص الاعتبارية العامة ..... 110
- أ 1- الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية ..... 110
- أ 2- الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية ..... 111
- ب- الأشخاص الاعتبارية الخاصة ..... 112
- ب 1- الأشخاص الاعتبارية تجمع الأشخاص ..... 112
- ب 1/1- الشركات ..... 112
- ب 1/1/1- الشركات التجارية ..... 112
- ب 2/1/1- الشركات المدنية ..... 113
- ب 2/1- الجمعيات ..... 113
- ب 2- الأشخاص الاعتبارية تجمع أموال ..... 114
- ب 1/2- المؤسسات ..... 114
- ب 2/2- الوقف ..... 115
- ج- الأشخاص الاعتبارية ذات الطبيعة المختلطة ..... 116

- ج 1- الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ..... 116
- ج 2- الهيئة العمومية ذات تسيير خاص ..... 116
- ج 3- مراكز البحث والتنمية ..... 117
- ج 4- المنظمات المهنية ..... 117
- ثانياً: الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري ..... 117
- 1- إنكار فكرة الشخصية المعنوية ..... 117
- أ- نظرية التخصيص ..... 118
- ب- نظرية الملكية الجماعية أو المشتركة ..... 118
- 2- الشخصية المعنوية افتراض ومجاز لا حقيقة ..... 119
- 3- الشخصية المعنوية ليست افتراض ولكنها حقيقة ..... 119
- ثالثاً: خصائص الشخصية الاعتبارية ..... 120
- 1- إسم الشخص الاعتباري ..... 120
- 2- موطن الشخص الاعتباري ..... 121
- 3- حالة الشخص الاعتباري ..... 121
- 4- ذمة الشخص الاعتباري ..... 122
- 5- أهلية الشخص الاعتباري ..... 122
- المبحث الثاني: محل الحق ..... 123
- المطلب الأول: الأشياء ..... 123
- الفرع الأول: تعريف الشيء وتمييزه عن المال ..... 123
- الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها ..... 124
- الأشياء الخارجة عن التعامل بمقتضى القانون ..... 125
- الفرع الثاني: تقسيمات الأشياء ..... 125

125.....	أولاً: العقارات والمنقولات
126.....	1- العقارات
126.....	أ- العقارات بطبيعتها
126.....	أ 1- الأراضي
127.....	أ 2- المباني
127.....	أ 3- النباتات
127.....	ب- العقار بالتخصيص
127.....	ب 1- شروط العقار بالتخصيص
128.....	ب 2- حكم العقار بالتخصيص
129.....	2- المنقولات
129.....	أ- المنقولات بالطبيعة
129.....	ب- المنقول بحسب المآل
130.....	ب 1- شروط ثبوت صفة المنقول بحسب المآل
130.....	ب 2- الآثار المترتبة على ثبوت صفة المنقول بحسب المآل
131.....	ج- المنقولات المعنوية
131.....	د- أهمية تقسيم الأشياء إلى عقاراتٍ ومنقولاتٍ
132.....	ثانياً: الأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة للإستهلاك
133.....	1- المقصود بالأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة للإستهلاك
133.....	أ- الأشياء القابلة للإستهلاك
133.....	أ 1- الهلاك المادي
133.....	أ 2- الهلاك القانوني
133.....	ب- الأشياء غير القابلة للإستهلاك

134.....	2- التمييز بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك
134.....	ثالثاً: الأشياء المثلية والأشياء القيمة
134.....	1- المقصودُ بالأشياء المثلية والأشياء القيمة
134.....	أ- الأشياء المثلية
135.....	ب- الأشياء القيمة
135.....	2- أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة
136.....	المطلب الثاني: الأعمال
136.....	الفرع الأول: الإمكان
137.....	الفرع الثاني: التّعيين
137.....	الفرع الثالث: المشروعية

### الفصل الثالث: مصادر الحق

139.....	المبحث الأول: الوقائع القانونية
139.....	المطلب الأول: الوقائع الطبيعية
140.....	المطلب الثاني: الوقائع التي من فعل الإنسان
140.....	الفرع الأول: الفعل الضار
141.....	الفرع الثاني: الفعل النافع
142.....	المبحث الثاني: التصرف القانوني (الأعمال القانونية)
142.....	المطلب الأول: أنواع التصرفات القانونية
142.....	الفرع الأول: تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين
143.....	الفرع الثاني: التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة
143.....	الفرع الثالث: التصرف فيما بين الأحياء والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت
143.....	الفرع الرابع: التصرف بعوض والتصرف التبرعي

المطلب الثاني: شروط التصرف القانوني ..... 144

الفرع الأول: الشروط الموضوعية ..... 144

الفرع الثاني: الشروط الشكلية ..... 145

## الفصل الرابع: حماية الحق وإثباته وإستعماله

المبحث الأول: وسائل حماية الحق ..... 147

المطلب الأول: الدعوى المدنية ..... 148

الفرع الأول: الحق العيني ..... 148

الفرع الثاني: الحق الشخصي ..... 149

- التنفيذ العيني ..... 149

- التعويض ..... 149

المطلب الثاني: الدعوى الجنائية ..... 150

المبحث الثاني: إثبات الحق ..... 151

المطلب الأول: محل وعبء الإثبات ..... 151

الفرع الأول: محل الإثبات ..... 151

الفرع الثاني: عبء الإثبات ..... 152

المطلب الثاني: وسائل الإثبات ..... 153

أولاً: الكتابة ..... 153

1- السندات الرسمية ..... 153

2- السندات العرفية ..... 154

ثانياً: الشهادة ..... 155

ثالثاً: القرائن ..... 155

1- القرائن القانونية ..... 155

156.....	2- القرائن القضائية
156.....	رابعاً: الإقرار
156.....	خامساً: اليمين
156.....	1- اليمين المتممة
157.....	2- اليمين الحاسمة
157.....	سادساً: المعاينة
157.....	سابعاً: الخبرة
158.....	المبحث الثالث: استعمال الحق
158.....	المطلب الأول: معنى التعسف في استعمال الحق
160.....	المطلب الثاني: المعايير المعتمدة لتحديد التعسف في استعمال الحق
161.....	الحالة الأولى: قصد الإضرار بالغير
161.....	الحالة الثانية: عدم تناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحيق بالغير
162.....	الحالة الثالثة: عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

## الفصل الخامس: إنقضاء الحق

164.....	المبحث الأول: إنقضاء الحق العيني
164.....	المطلب الأول: إنقضاء الحقوق العينية الأصلية
165.....	المطلب الثاني: إنقضاء الحقوق العينية التبعية
166.....	المبحث الثاني: إنقضاء الحقوق الشخصية
166.....	المطلب الأول: الإنقضاء بالوفاء
166.....	المطلب الثاني: الإنقضاء بما يعادل الوفاء
166.....	الفرع الأول: الوفاء بمقابل
167.....	الفرع الثاني: التجديد والإنابة

167.....	أولاً: التجديد
167.....	ثانياً: الإنابة
168.....	الفرع الثالث: المقاصة
168.....	الفرع الرابع: إتحاد الذمة
169.....	المطلب الثالث: إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به
169.....	الفرع الأول: الإبراء
169.....	الفرع الثاني: إستحالة التنفيذ
169.....	الفرع الثالث: التقادم
171.....	قائمة المراجع
173.....	الفهرس