

وزارة التعلم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



محاضرات في مقياس

مدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق -

موجهة إلى طلبة السنة أولى جذع مشترك تخصص قانون

من إعداد الدكتور:

وهاب حمزة

أستاذ محاضر أ

سلسلة المحاضرات المقررة على طلبة السنة الأولى حقوق السداسي الأول

.2020/2019

**مقدمة:**

عندما تناولنا النظرية العامة للقانون ذكرنا بأن القانون والحق متلازمان؛ لأن كل منها يتصل بالآخر اتصالاً وثيقاً، فالقانون يقر الحقوق للأفراد و يعترف لهم بمراكزهم القانونية فنقول هذا مالك وهذا مستأجر... الخ. وتبعاً لذلك تخولهم تلك المراكز القانونية إمتيازات وسلطات في مواجهة الغير (الآخرين) فالحقوق لا تنشأ إلا بقوانين، فإذا قلنا أن زيدا من الناس يتمتع بحق الانتخاب يتبادر إلى أذهاننا سؤال مفاده من أقر له بهذا الحق وجعله في هذا المركز القانوني (منتخب)؟، والجواب هو طبعاً القاعدة القانونية التي حددت الشروط الواجب توافرها في كل من يحق له أن يكون منتخب ويمارس هذا الحق كضرورة توفره على سن معين وتمتعه بالحقوق المدنية، والتسجيل في قوائم الانتخابات... الخ.

فالقانون والحق بينهما علاقة تلازم، القوانين توضع أساساً لإنشاء الحقوق ورعايتها والمحافظة عليها وعندما يعترف القانون بحق معين لشخص معين فإنه يعطيه سلطة لإستعمال هذا الحق واستغلاله والتصرف فيه في حدود ما يقره القانون ومن ثمة فالحق لا يوجد ولا يحترم إلا في ظل القانون، فهما متلازمان ومرتبطان ولا يتصور وجود أحدهما منفصلاً عن الآخر.

إن دراسة نظرية الحق تقتضي تحديد مفهوم الحق في المذاهب الفقهية المختلفة وبيان أنواع الحقوق ثم نتطرق إلى أركان الحق وهي أشخاص الحق، محل الحق، مصادر الحق وإثبات الحق وزوال الحق. ثم نتناول الحماية القانونية للحق.

## الباب الأول

### التعريف بالحق وأنواعه

#### تقسيم:

نتناول في هذا الباب بداية الى فكرة الحق وانكاره في بداية الدراسة، وبعدها الى تعريف الحق ، وأنواع الحقوق المختلفة وذلك في فصلين متتاليين، نخصص الأول لعرض التعاريف المختلفة للحق والثاني لبيان أنواع الحقوق المختلفة.

### الفصل الاول

#### وجود فكرة الحق

إن المبتدئ في دراسة للقانون لا يتصور أن فكرة الحق الشخصي<sup>1</sup> le droit Subjectif ذلك المركز القانوني الذي يشعر به صاحبه، ويدرك مظاهره من انواع النشاطات المختلفة التي تصدر منه أو من جانب الغير من حوله، لم تكن في بدايتها بهذا التصور، لأن بعض الفقه هاجم هذه الفكرة - الحق - إلى حد انكار وجود ما يسمى بالحق كلية، بإعتبارها مجرد فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة، دخيلة على عالم القانون، ولا يمكن اخضاعها للمشاهدة أو التجربة.<sup>2</sup>

#### أولاً: انكار وجود فكرة الحق - نظرية دوجي:

ولقد كان الفقيه دوجي Duguit من اشد انصار هذا الاتجاه، لأنه يعتمد في تفكيره على منهج علمي لا يسلم إلا بما يستنتجه من المشاهدة وتؤيده التجربة، أو بما يعرف بالمنهج العلمي التجريبي، ومن هذا فكان يكن عداء شديد لأنصار المذهب الفردي وأنصار مدرسة القانون الطبيعي، الذين يثبتون للإنسان حقوق مطلقة تثبت له بصورة آلية منذ ولادته بحكم الطبيعة نفسها، لا تحتاج في نشأتها لقانون<sup>3</sup>. وعلى هذا فإن دوجي يرفض أي

1 - يجدر التنويه بان المقصود بهذا الاصطلاح في هذا الموضوع هو الحق الذي يثبت للشخص ( بصرف النظر عن موضوعه )

2 - شكري محمد سرور، النظرية العامة للحق، دار الفكر، القاهرة، 1974، ص 10.

3 - وأن تدخل هذا القانون فليس الا لوضع الحدود بين حقوق الأفراد في علاقتهم ببعضهم البعض. راجع في تفاصيل فكر هذه المدرسة:

Roubier ( p ), théorie générale du droit, 2éd 1951, p 135

تفسير لأصول القانون على أساس غير واقعي وتجريبي، فهو لا يعتمد على تفسيرات الميتافيزيقية، فعنده أن الفكرة غير واضحة غامضة ينقصها الوضوح والتحديد<sup>1</sup>.

وهذا المنطق في رفض هذه الفكرة لدى دوجي بتأثره بفكر أوجست كونت، الذي قال - في تبيان عدم وجود ما يسمى بالحق- عبارته المشهورة<sup>2</sup>: « لا أحد يملك من حق سوى حق أداء ما عليه من الواجب ». وهكذا حرص دوجي - بدوره - في تعريفه لأبرر الحقوق وأكثرها أهمية في الحياة العملية وهو حق الملكية، على أن يستعمل لفظة الواجب أو الالتزام، فالملكية - عنده - هي<sup>3</sup> « واجب أو التزام ... كل حائز ثروة، بأن يستعمل ما يحوزه في الحفاظ على التكافل الاجتماعي وتنميته . ». وعلى نفس النسق يعرف كل من الحق الشخصي بأنه<sup>4</sup>: « التزام يفرض على من يتحمل به أن ينهج سلوكا مغايرا للسلوك المجازي قانونا. » .

فعندى دوجي أن الحق يجب أن يكون له طرفين هما صاحب الحق ومن يتحمل به ( ومن عليه الحق ) أي المكلف بواجب احترام هذا الحق، سواء من قبل فرد أو المجتمع في حد ذاته، ولا يكون كذلك إلا في إطار وجود قواعد قانونية وليس في جود حقوق تعطى للشخص من قبل الطبيعة فهذه لديه عبارة عن خرافة<sup>5</sup>.

### ثانياً: مناقشة حجج منكري وجود الحق

غير ان هذه الحجج لا تقدرح - في الواقع - في وجود فكرة الحق ذاتها وانما تدحض - حقيقة - ما يدعيه خطأ بعض أنصار المذهب الفردي من تأسيس القانون نفسه على الحق، أو من وجود حقوق لا تستند إلى القانون لسبقها في نشأتها عليه، بحسبانها تتولد من الطبيعة الإنسانية نفسها، حين أن الحقوق - في الواقع- لا تنشأ بذاتها<sup>6</sup>، أو تخلق من العدم<sup>7</sup>، وإنما لا توجد إلا في الحدود التي يرسمها القانون، وما تخوله من ميزات لأصحابها انما يكون محدودا بمصالح المجتمع<sup>8</sup>.

1 - فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016، ص 256

2 - Duguit, les transformations générales du droit prive, 1912, p 13.

3 - Carbonnier (j), droit civil, 1971, p 148.

4 - محمد شكري سرور، نظرية الحق، ص 11.

5 - فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص 257.

6 - أحمد سلامة، نظرية الحق في القانون المدني، 1960، ص 13-16.

7 - حمدي عبد الرحمان، الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975/1976، ص 12.

8 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 12

ولقد ذهبوا بالقول بأن القانون قد يعجز عن إنشاء الحقوق للأفراد في المجتمع، ما دام أن قوام الحق قدرة أو سلطة إرادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المحتمل بعبي الواجب المقابل لهذا الحق، أي أن الحق يفترض إخضاع إرادة إنسانية هي إرادة فرد من الأفراد لإرادة إنسانية أخرى هي إرادة صاحب الحق. وبهذا يمكن القول أنه توجد نوع من التدرج في لمرتبة بين الإرادات الإنسانية تتمكن بمقتضاه الإرادات العليا من التسلط على الإرادات الدنيا وإخضاعها لأمرها، وهذا المنطق في تدرج الإرادات لا يمكن التسليم به في الواقع فجميع الإرادات متساوية بين الافراد.<sup>1</sup>

وهكذا - على قدر تصور دوجي للحق - ينتهي إلى نفي وجود الحق، فالقانون الوضعي يعرف أنظمة قانونية<sup>2</sup> كنظام الملكية ونظام الالتزام، فكلاهما يتكون من مجموع القواعد التي يضعها القانون لتنظيم هذين النظامين، ولكن لا مكان فيه لما يسمى "حق" الملكية ولا "حق" الدائنين، باعتبار الحق سلطة إرادية للمالك على الغير كافة، أو سلطة إرادية للدائن على المدين.

أما ما يسمى بالحق فليس في نظر ديجي إلا مركز قانونياً<sup>3</sup>، وتفسير ذلك أن المجتمع لا يعرف شيئاً آخر سوى القاعدة القانونية، والجميع سواء في الخضوع لها، فإذا طبقت القاعدة القانونية على الفرد لتضبط سلوكهم وتنظم روابطهم، وجد الفرد نفسه ملزماً بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل، الأمر الذي يؤدي من ناحية أخرى وفي نفس الوقت إلى استفادة آخرين من هذا الامتناع أو من ذلك العمل.

هكذا تنشأ من أوامر القانون مراكز قانونية بعضها سلمي وبعضها إيجابي، فالمكلف من جانب القانون بعمل أو امتناع يوجد في مركز سلمي، والمستفيد من هذا التكليف يكون في مركز إيجابي ولكن هذا لا يعني أن على الأول التزاماً وأن للثاني حقاً، لأن فكرة الحق والالتزام تفترض إمكان الانتقاص من إرادة المكلف بالالتزام من إرادة صاحب الحق، وهو ما يراه "دوجي" أمراً غير حقيقي، إذ الواقع كما قال أن الإرادات الإنسانية متساوية.

وهكذا يستغني دوجي عن فكرة الحق والواجب بفكرة وجود الفرد في مركز قانوني إيجابي أو سلمي، مركز ناشئ من تطبيق القواعد القانونية، تلك القواعد التي يستوي الأفراد في الخضوع لها.

ويمكن ضحده هذه الحجة وما تنطوي عليه من مبالغة، فليس من قائل بأن ينشأ له حق من الحقوق من الحقوق في مواجهة أحد الأفراد وفي ظل من حماية القانون، يصبح - لذلك وإلى الأبد- في مركز أعلى من مركز

<sup>1</sup> - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> - institutions juridiques

<sup>3</sup> - situation juridique

من يتحمل بهذا الحق، كل ما في الأمر أن صاحب الحق إنما يتمتع - في مواجهة الطرف الآخر - بالحماية القانونية لحقه.<sup>1</sup>

تلك الحماية التي كان يمكن أن تكون لهذا الطرف الآخر في مواجهة الأول لو أنه هو الذي كان صاحب للحق. بما يعني أن القانون - وهو يعترف بالحقوق للأفراد لا يجري بين إراداتهم ذلك النوع المزعوم من التمييز فليس ذلك - في الواقع - لأن ارادة هذه الأخير هي بنفسها التي تفرض هذا الإلزام، لأن هناك واقعة سابقة على العلاقة بين هذين الطرفين هي التي تفرضه على احدهما: فالمدعى لديه - على سبيل المثال - إن كان يلتزم برد الوديعة لصاحب الحق فيها، فلأنه سبق أن تسلمها منه، ومرتكب الفعل الضار حين يلتزم بدفع التعويض لصاحب الحق فيه (المضروب)، فلن خطأه هو الذي أحدث الضرر الذي كان سببا في هذا الالتزام.<sup>2</sup>

ولا محل - فضلا عن ما تقدم - في تغلب الروح الفردية - الأناانية - لأصحاب الحقوق على الصالح العام للمجتمع، فليس هناك في الوقت الحاضر من حق مطلق، وإنما تتحدد حقوق كل فرد بحقوق الآخرين وبمصلحة المجتمع، ولقد أصبح صاحب الحق يتعرض للمساءلة إذا تعسف في استعمال حقه، ولو إلتزم الحدود الموضوعية لهذا الحق، بل أن أبرز الحقوق التي كثيرا ما وصفت بأنها حقوق مطلقة، وهو حق الملكية، لم تعد كذلك في الوقت الحاضر، الذي أصبح يعرف نظم نزع ملكية الأفراد وتأميمها للصالح العام<sup>3</sup>، ووفقا للتطور الكبير الحاصل في العالم أصبح تعداد الحق الشخصي في تزايد وما يضمن لأصحابه من سلطات، وفي نفس الوقت يقابله تعداد من الالتزامات المفروضة على أصحاب هذه الحقوق<sup>4</sup>.

وهكذا فإن الهجوم على فكرة الحق الشخصي ( لم يفلح في النيل من الهيبة التي يحظى بها، سواء لدى العامة أو في نظر رجال القانون)<sup>5</sup>، واستخدم المؤيدون لهذه الفكرة - بدورهم - عبارات مناقضة تماما لما استخدمه منكروها، فالحق الشخصي عند ريبير هو سلطة مخرولة للفرد، ويرى فيه حقيقة قائمة تستخلص من ابسط قواعد القانون الطبيعي بدهاءة وهي عدم المساواة بين سائر البشر ( ومن ينكر هذه السلطة إنما يتجاهل - في الواقع - أن هناك حكمة الهية وراء سلطان بعض الأفراد على بعضهم الآخر )<sup>6</sup>، بل أن الفقه لم يتردد في وصف الحق الشخصي بأنه ( جوهر القانون ) نفسه، أو كما عبر عنه آخرون أنه الفكرة الرئيسية التي تقف من وراء النظم القانونية الخاصة في الوقت الحاضر.

## الفصل الثاني

1 - راجع أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 16-20.

2 - للمزيد من التفاصيل في حجج الدفاع عن وجود فكرة الحق الشخصي، راجع أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 16-20.

3 - راجع محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 13.

4 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 13.

5 أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 20

6 - أحمد سلامة، نفس المرجع السابق، ص 21.

## التعريف بالحق

**أولاً: الحق في اللغة :** يعني الثبوت والوجوب، والمر الثابت، والحق ضد الباطل. كما جاء في قوله تعالى: " وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ"<sup>1</sup>. كما يعني الحق اليقين كما جاء في قوله تعالى: " فَوَرَبَّ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ إِنَّهُ لَحَقٌّ مِثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنْطِفُونَ"<sup>2</sup>، له معان كثيرة ، قال سبحانه " لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ"<sup>3</sup>.

والحق من أسماء الله الحسنى ، قال تعالى " ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ"<sup>4</sup> ، ومعناه المستحق للعبادة ، الثابت الذى لا يزول ، والمتحقق وجوده أزلاً وأبداً ، واجب الوجود لذاته ، ولا وجود إلا به ، قال تعالى : " وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ"<sup>5</sup> .

## ثانياً: الحق في القانون:

وإذا كانت الغالبية العظمى من الفقهاء تسلم بفكرة الحق باعتبارها فكرة لازمة من الناحية الاجتماعية ومن ناحية الصياغة القانونية جميعاً، إلا أن الاجماع لم ينعقد بينهم على وضع تعريف للحق، والواقع أن وضع تعريف علمي للحق يحدد ماهيته ويكشف عن جوهره حتى يتخذ أساساً لدراسته، ليس بالأمر اليسير، وقد استغل ديجي صعوبة تعريف الحق وعدم الاتفاق على هذا التعريف وجعلها سبباً يضاف إلى اسباب التي قدمها لإنكار هذه الفكرة.

على أن صعوبة التعريف بالحق لا يجوز أن تؤدي إلى رفضه فمن الأمور المسلمة أن التعريف بكثير من الأفكار- خصوصاً في ميدان العلوم الاجتماعية- هو من أشق الأمور وأصعبها، كما أن هناك العديد من الأمور التي يصعب وضع تعريف لها، ومع ذلك لم يقل أحد بإنكار وجودها.

ولتعريف الحق فقد اختلفت آراء الفقهاء كثيراً حول تعريفه، وبيان مدلوله ، وتحديد ماهيته ، ظهرت مذاهب واتجاهات في تعريه، ولم ينعقد الإجماع بينهم على وضع تعريف للحق؛<sup>6</sup> حيث ركز بعضهم اهتمامه على شخص

1 - سور البقرة الآية 42.

2 - سورة الذارية الآية 23

3 - سورة ياسين الآية 7.

4 - سورة الانعام الآية 62.

5 - سورة المؤمنون الآية 71.

6 - جلال محمد إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، الجزء 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966، ص 7.

صاحب الحق ، فوجد في إرادة هذا الشخص العنصر الجوهرى فى الحق ، ومنهم من اهتم بمحل الحق أو موضوعه ، واتجه فريق ثالث اتجاهاً وسطاً ، جمع فيه بين المذهب الشخصى والمذهب الموضوعى ، ثم ظهر اتجاه جديد فى تعريف الحق نادى به الفقيه البلجيكى دابان ؛ حيث ركز اهتمامه على عنصرى الاستثثار والتسلط فى تعريفه للحق.<sup>1</sup>

### ثالثاً: المذهب الشخصى فى تعريف الحق " الإرادة"<sup>2</sup>

#### 1- مضمون النظرية:

يتزعم هذا المذهب سافيني وفينشيد، فيقال له الاتجاه الشخصى، بالنظر إلى أنه يواجه الحق من زاوية صاحبه، فيعرفه سافيني لذلك بأنه<sup>3</sup>: « قدرة أو سلطة ارادية تثبت للشخص من القانون ». حين يعترف بها القانون لفرد فإنما يكفل له بذلك « نطاقا تسود فيه إرادته مستقلة عن أية إرادة أخرى »<sup>4</sup>.

ولما كان الحق - على هذا النحو - هو نطاق الإرادة الحرة السيدة، فقد فرع سافيني على ذلك عدم تصور ثبوت حق للشخص على نفسه، وإلا كان لهذا الشخص - بموجب ما لإرادته من سيادة - أن يتصرف فى نفسه ذاتها، فيغدو الانتحار على هذا النحو أمراً مشروعاً<sup>5</sup>.

غير أن هذه الإرادة - كما بينه فينشيد - لا تتسيد مجردة وبمعزل عن قواعد القانون، وإنما فى الحقيقة على أساس من هذا الأخير الذى يقرها ويرسم لها حدودها<sup>6</sup>، وإن كان تدخل القانون - على هذا النحو - لا يقلل - عنده من سلطان إرادة صاحب الحق، التى تظل مع ذلك تتسلط على الشئ نفسه محل الحق من ناحية، كما تسود من ناحية أخرى على إرادة غيره من الأفراد فى المجتمع، فالمالك - على سبيل المثال - له حرية التصرف فيما يملك، والدائن له أن يقتضى حقه من المدين أو يتنازل عنه، وهو ما يعنى أن إرادة صاحب الحق تكون - بالدرجة الأولى - هي الحاسمة فى إنشاء الحقوق أو تعديلها أو زوالها، كما تظهر سيادة الإرادة واضحة كذلك عند مباشرة

1 - عمر السيد احمد عبد الله ، النظرية العامة للحق ، 2004 ، ص 16 ؛ ياسين محمد يحيى ، النظرية العامة للحق، 1990 ، ص 17.

2 - وهي تعنى بالفرنسية:

La doctrine de la volonté

3 - راجع دابان، المرجع السابق، ص 223.

4 - راجع محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 16.

5 - راجع محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 16. عمار بوضياف ، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها فى القانون الجزائرى، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع - الجزائر، 2017، ص 15.

6 - مشار اليه عند دابان، المرجع السابق، ص 57.

صاحب الحق لحقه، ما دام أن القاعدة القانونية إنما تفرض - في الواقع - لمصلحة صاحب الحق، سلوكاً معيناً ( عملاً أو امتناعاً ) يتعين على فرد محدد أو على جميع الأفراد القيام به، وتترك لصاحب الحق الحرية المطلقة في أن يفيد مما تكلفه له هذه القاعدة من وسائل أو لا يفيد، فتعدو إرادة صاحب الحق - على هذا النحو - هي الحاسمة كذلك في وضع القاعدة القانونية موضع التنفيذ.<sup>1</sup>

## 2- النقد الذي وجه لهذه النظرية:

أ- هذا التعريف يتطلب وجود الإرادة لدى من يكتسب حقاً، حيث أن القانون يقر الحقوق لغير ذوي الإرادة هي جوهر الحق لما جاز الاعتراف لهؤلاء بأي حقوق.

وقد رد أنصار المذهب الشخصي على هذا النقد قائلين: أن القانون يعوض انعدام الإرادة عند هؤلاء بواسطة نائبهم القانوني أي الولي أو الوصي أو القيم عليهم.

وهذا الرد غير مقنع، لأن أنصار المذهب قد خلطوا بين ثبوت الحق واستعماله، فالحق يثبت للمجنون أو الصبي غير المميز ولكنه يستعمل عن طريق النائب القانوني.

ولو كان وجود الإرادة هو الأساس في ثبوت الحق، لوجب أن يثبت هذا الحق للنائب القانوني، لأنه صاحب الإرادة التي يعتد بها، ولوجب القول أيضاً بأنه لا تثبت لعديم الإرادة حقوق ما لم يكن له نائب قانوني وذلك ما لم يقل به أحد.

ومن هذا يتبين لنا أن ثبوت الحق لإنسان لا يلزم له توافر ومن هنا جاز أن تثبت الحقوق جميعاً للمجنون والطفل، إذا ما مباشرة الحق واستعماله استعمالاً قانونياً فذلك يقتضي الإرادة حتماً، وهنا فقط تقوم إرادة النائب محل إرادة عديم الأهلية، بل أن استعمال الحق استعمالاً مادياً والتمتع بمزاياه قد لا يقتضي الإرادة، فالصبي يستعمل حقه في الملكية عندما يسكن منزله، والمجنون يمارس حقه في الحرية عندما يتنزه... فمثل تلك العمال قد يأتيها الصبي أو المجنون، وهي تعد استعمالاً لحقه، مع أنه لا توجد بالنسبة لهم إرادة قانونية.

ب- ومن ناحية أخرى فإن الحق قد يثبت للشخص دون إرادة صاحبه بل وبدون علمه، فالحق في الإرث والحق في الوصية لا يثبتان بإرادة صاحبهما بل بمجرد موت المورث أو الوصي،

<sup>1</sup>- إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية - القسم الثاني - النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 12-13.

والغائب قد يكتسب حقوقاً دون علمه، بل أن من الحقوق ما يثبت للشخص دون تدخل من إرادته، حتى ولو لم يردها الشخص، مثل حقوق الأباء أو العكس وهكذا ... .

ت- وفضلاً عن ذلك فإن المذهب الشخصي في تعريف الحق قد يجعل من العسير الاعتراف بالحقوق للأشخاص الاعتبارية، إذ أنه قد يصعب القول بأن لهذه الأشخاص إرادة الأشخاص الطبيعيين.

ث- كذلك إن استعمال مصطلح القدرة، أو السلطة، أو المكنة، الذي يستعمله جانب كبير من الشراح في تعريفهم للحق<sup>1</sup>، لا يصادف قبولاً عند الفقه، لأنه صاحب الحق وفق هذه النظرية يشعر بإمكانية استعمال أو مباشرة حقه، حين أن القانون قد يسلبه تلك القدرة أو يحد منها، كما في حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية حيث لا يمكنه - طوال مدة السجن - أن يباشر أعمال الإدارة الخاصة بأمواله وأملكه كما يمتنع عليه مباشرة أعمال التصرف في هذه الأموال إلا بإذن من المحكمة، مع أن هذا الشخص هو صاحب الحق في أمواله.

ولهذا كله كان من الصعب القول بأن الحق هو قدرة إرادية، فهو يوجد بدون وجود هذه الإرادة حتماً، وإن استلزمت الإرادة لمباشرة الحق واستعماله استعمالاً قانونياً كما رأينا، وبذلك لا نرى في الاتجاه الشخصي في تعريف الحق ما يقنع بالانحياز إليه واتباعه.

#### رابعاً: المذهب الموضوعي " المصلحة:

#### 1- مضمون النظرية:

أما الاتجاه الثاني في تعريف الحق - يتزعمه الفقيه الألماني - اهرنج<sup>2</sup> - فيقال له الاتجاه الموضوعي، بالنظر إلى أنه يواجه الحق من زاوية موضوعية أو الغرض منه، فيعرفه لذلك بأنه: « مصلحة يحميها القانون ». ويركز اهرنج على هذه المصلحة، ويمليها على تلك الإرادة التي يبدأ منها انصار الاتجاه الشخصي تعريفهم للحق، ما دام أن الحقوق - عنده - ليست تتقرر " لمجرد تحقيق فكرة الإرادة المجردة، وإنما - على العكس - ما هي إلا وسيلة لضمان مصالح الحياة، والعون على حاجاتها، وتحقيق أهدافها"<sup>3</sup>.

1 - جميل الشراوي، دروس في اصول القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966، ص 19. عبد الودود يحي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 246. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، 1953، 313.

2 - شرح اهرنج مذهبه في كتابه روح القانون الروماني، الجزء الرابع، بند رقم 71، ص 236. ومن الفقه العربي الذي يؤيد هذا الاتجاه، عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938، ص 267.

3- إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 16.

غير أن تلك المصلحة ليست تكفي مع ذلك لتعريف الحق، وإن شكلت العنصر الجوهرى أو الأساسى فى الحق، ما دام أنها ليست تعدو - فى ذاتها - أن تكون منفردة ( حالة واقع )، إذا لم يحم القانون بحمايتها كان من السهل على أى شخص - دون جزاء - أن ينال منها أو يغير فيها، وهكذا ينبغي أن يضمن القانون لصاحب المصلحة انتفاعه بها؛ فتعدو الحقوق - على هذا النحو - مصالح يحميها القانون وتدخل الدعوى عنصراً شكلياً من عناصر تكوين الحق، يمكن أن يمارسها صاحب المصلحة ضد من يحاول الاعتداء عليها.<sup>1</sup>

ومع ذلك، فإن اهرنج لا ينكر دور الإرادة كلية، وإنما يسلم بهذا الدور فى تحديد الغايات التى يريد صاحب الحق الوصول إليها من استعمال هذا الأخير، والحاجات التى يريد اشباعها، حتى لا يكون القانون قد تدخل بشكل محدد وحاسم فى تحديد الطريقة التى ينبغي أن يستخدم بها هذا الحق، كما أن إرادة صاحب الحق هى سيدة التمسك به والدفاع عنه ضد من يعتدي عليه، أو يتنازل عنه والتخلص من هذه الحماية، لكن دور الإرادة - فى كل هذه الامور - ليس يعدو أن يكون دوراً ثانوياً بجانب ما يكفله الحق لصاحبه من نفع ( فقد يتصور ان يفيد شخص من حق ليس له، أما أن يثبت لشخص حق دون أن يقيد منه فليس يمكن تصوره )<sup>2</sup>

ويرجع الفضل إلى اهرنج فى التمييز بين وجود الحق واستعمال الحق<sup>3</sup> فإذا لزمّت الإرادة لاستعمال الحق الا أنها ليست لازمة لوجوده، ومن ثم كان صاحب الحق هو صاحب المصلحة التى قصد القانون حمايتها، وليس من يستعمل الحق استعمالاً قانونياً بالنيابة عنه.<sup>4</sup>

## 2- النقد النظرية:

أ- يلاحظ على المذهب الموضوعى أنه يخلط بين جوهر الحق ذاته والهدف منه، فالمصلحة ليست فى الواقع جوهر الحق وإنما هى غايته، ومن غير الدقيق - بداهة- تعريف الشيء بالهدف أو الغرض منه.<sup>5</sup> هذا إلى أن الربط بين الحق، والمصلحة أو المنفعة، إنما يتناقض - فى الواقع - والمسلّمات التالية:

1 - دابان، المرجع السابق، ص 65.  
 2 - دابان، المرجع نفسه، ص 66. محمد شكري سرور، المرجع سابق، ص 19.  
 3 - وبذلك يستطيع المجنون والصبي غير المميز أن يكون لهما حقوق بالرغم من انعدام القدرة الإرادية عندهما.  
 4- عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2004 ص134.  
 5 - توفيق حسن فرج، المدخل العلوم القانونية، نظرية الحق، دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 1960 ص 446.

- إن هناك من المصالح ما لا يمكن أن يرقى إلى مستوى الحقوق، ما دام أنها لا تخول صاحبها مزية الاستئثار التي يختص بها الحق، فلو أن مالكا لقطعة ارض فضاء تواجه عدة منازل، يشترط على مشتريها ألا يبني عليها إلا في حدود ارتفاع معين، كانت للجيران بهذا المالك مصلحة ظاهرة في تقييد المشتري بالشرط، ومع ذلك فإن هذه المصلحة لا ترقى إلى مستوى الحق، فلا يكون لهم مطالبة المشتري بالتقيد بهذا الحد، ولا يمتنع بهذا الحق إلا المشتري، بناء على العقد المبرم بينهم وبين المشتري.<sup>1</sup>

- أن الحق في ذاته قد يثبت للشخص، حين أن الانتفاع به قد يكون لشخص آخر، كالمالك يمكن أن يرتب حق انتفاع على الشيء، طيلة مدة معينة، لشخص آخر وبالمقابلة فإن شخصا ما قد ينتفع بالشيء عملا، ولا يؤدي ذلك إلى ثبوت أي حق له عليه، كالسارق والمغتصب.<sup>2</sup>

ب- وما يلاحظ على المذهب الموضوعي أنه يخلط بين جوهر الحق ذاته والهدف منه، فالمصلحة ليست في الواقع جوهر الحق وإنما هي غايته، ومن غير الدقيق - بدهاءة- تعريف الشيء بالهدف أو الغرض منه.<sup>3</sup>

هذا إلى أن الربط بين الحق، والمصلحة أو المنفعة، إنما يتناقض - في الواقع - والمسلمات التالية:<sup>4</sup>

- أن هناك من المصالح ما لا يمكن أن يرقى إلى مستوى الحقوق، ما دام أنها لا تخول صاحبها مزية الاستئثار التي يختص بها الحق، فلو أن مالكا لقطعة ارض فضاء تواجه عدة منازل، يشترط على مشتريها ألا يبني عليها إلا في حدود ارتفاع معين، كانت للجيران بهذا المالك مصلحة ظاهرة في تقييد المشتري بالشرط، ومع ذلك فإن هذه المصلحة لا ترقى إلى مستوى الحق، فلا يكون لهم مطالبة المشتري بالتقيد بهذا الحد، ولا يمتنع بهذا الحق إلا المشتري، بناء على العقد المبرم بينهم وبين المشتري.<sup>5</sup>

1 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 446.

2 - حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الخامسة، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، مصر، 1974، ص 436. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 443.

3 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 446.

4 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 17.

5 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 446.

- أن الحق في ذاته قد يثبت للشخص، حين أن الانتفاع به قد يكون لشخص آخر، كالمالك يمكن أن يرتب حق انتفاع على الشيء، طيلة مدة معينة، لشخص آخر وبالمقابلة فإن شخصا ما قد ينتفع بالشيء عملاً، ولا يؤدي ذلك إلى ثبوت أي حق له عليه، كالسارق والمغتصب.<sup>1</sup>

#### خامساً: المذهب المختلط :

1- **مضمون النظرية:** وبناء على النقد الذي وجه للنظريات السابقة - الشخصية و الموضوعية - حاول بعض الشراح تجنب ذلك واحتكام إلى الوسط وجمع بين النظريتين، فشكّلوا ما يعرف بالاتجاه المختلط في تعريف الحق.

ونقطة البداية عند انصار هذا الاتجاه، هي ضرورة الجمع في تعريف الحق بين كل من عنصري المصلحة و الإرادة، لكنهم تفرقوا - بعد ذلك - عند تقديرهم لأهمية كل عنصر بالنسبة للعنصر الآخر:<sup>2</sup>

وحمل لواء هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي دابان DABIN ، ويعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه: " ميزة يقرها القانون لشخص ما ، ويحميها بالطرق القانونية ، وهذه الميزة تخول له التصرف متسلطاً على مال معترف له بالاستثثار به ، بصفته مالكاً أو مستحقاً له "<sup>3</sup>

فالبعض - أمثال الفقيه ميشو<sup>4</sup> - يعطي الأولوية للمصلحة، ومن ثم يعرف الحق بأنه<sup>5</sup>: « مصلحة شخص أو مجموعة أشخاص، يحميها القانون، حين يعترف لإرادة ما بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها ». لكن للإرادة هي الأخرى أهميتها عنده، فليس يقتصر دورها - كما يدعي انصار الاتجاه الموضوعي - على مجرد احتلال النطاق الذي يتركه القانون لها في تحديد طريقة الانتفاع بالحقوق ». وإنما - تحت لواء المصلحة - تتحرك الإرادة بشكل إيجابي، لتلعب دورها المزدوج سواء في إنشاء الحق أو الدفاع عنه عند الاعتداء عليه، وإن كان لا يهم - بعد ذلك - أن تكون الإرادة المتمثلة للمصلحة هي إرادة ذات الشخص صاحبها، وإنما يمكن أن تكون إرادة

1 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 436. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 443.

2- محمد حسين منصور، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر، 2009، ص 14- 15.

3 - حيث عرف دابان الحق بأنه:

Le droit subjectif est la prérogative concédées a une personne par le droit objectif par des voies de droit, de disposer en maitre d'un lien qui est reconnu lui appartenir , soit comme sien , soit comme du .

4 - عن تفاصيل فكر ميشو راجع دابان، مرجع سابق، ص 73.

5 - دابان، المرجع السابق، ص 73.

شخص آخر، مادام أنه - لاعتبارات اجتماعية أو علمية - يسلم القانون لهذه الإرادة بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة<sup>1</sup>.

ويرفض سالي هذا الدور التبعية الذي ينسبه ميشو للإرادة، ويرى - على الأقل - ضرورة وصف هذه الإرادة بالاستقلال إشارة إلى أن الأمر يتعلق بسلطة شخصية لصاحب الحق، والا فإنه مع هذا الدور التبعية تغدو حماية المصالح المعترف بها قانوناً للأفراد مهمة السلطة البوليسية في الدولة بما يعني نفي فكرة الحق الشخصي من أساسها، فإذا ما كان ذلك، بدا من الأولى عند سالي إبراز فكرة السلطة في تعريف الحق، فهي خير ما يكشف عن خاصية هذا الأخير بحسبانه، أمراً حياً متحركاً، لا مجرد قوة ساكنة<sup>2</sup>. وهكذا ينهي سالي إلى تعريف الحق بأنه<sup>3</sup>: «سلطة موضوعة في خدمة مصالح ذات طابع اجتماعي، تمارسها إرادة مستقلة» .

أما جيلينيك فقد أعلى الإرادة على المصلحة، ومن ثم يعرف الحق بأنه<sup>4</sup>: «قدرة إرادية يعترف بها القانون وبجميعها، وتجد محلها في مال أو مصلحة» .

## 2- النقد الذي وجهه للنظرية:

نظراً للجمع الذي جمعه انصار هذا الاتجاه بين الإرادة والمصلحة، فقد انتقد الفقهاء بمجموع النقد الذي وجه إلى كل من المذهبين السابقين، فالحق لا يفترض بالضرورة قدرة إرادية لدى صاحبه كما قلنا، ثم أن المصلحة ليست هي جوهر الحق بل هي الغاية منه كما اسلفنا.

وبهذا يتضح أن المشكلة تظل دون حل، ويتعين تبعا لذلك بحثها من أساسها، بالنظر إلى جوهر الحق نفسه، استقلالاً عن المصلحة التي تقوم الإرادة على خدمتها، وعن الإرادة حتى ولو كانت هذه الإرادة في خدمة المصلحة، وهذا ما نراه فيما اتجه إليه الفقه الحديث.

## أ- النظرية الحديثة في تعريف الحق:

1- مشار إليه عند دابا مرجع سابق، ص 74. نقلا عن اهرنج  
2- ويكتفي سالي بهذا الاصطلاح "السلطة" ويرفض أو يضيف إليه وصف ارادية الذي ينعته به انصار الاتجاه الشخصي، فالحق عنده "سلطة ليس الا"، مادام من الثابت أن هذه السلطة قد تثبت لشخص ويستخدمها شخص آخر، راجع دابان، مرجع سابق، ص 76.  
3- لمراجعة المزيد من التفاصيل في فكر سالي، راجع دابان، المرجع السابق، ص 76.  
4- لمزيد من تفاصيل فكر جيلينيك، راجع دابان، مرجع سابق، ص 76.

من بديهي أن يكون الاتجاه الشخصي في تعريف الحق هدفا لنقد أنصار الاتجاه الموضوعي والعكس بالعكس، كما أن من شأن الاتجاه المختلط أن يجمع - في الواقع - بين ما وجه إلى هذين الاتجاهين من انتقادات.

والتعريف الدقيق للحق هو الذي يبدأ - في اعتقادنا - من زاوية جوهر الحق وقوامه، لا ذلك الذي يتخذ من أمور أخرى، كشخص صاحب الحق أو الهدف من هذا الأخير بداية له، كما أنه الذي يتحاشى - في نفس الوقت - أن يدخل فيه ما لا يعتبر - في الواقع من عناصره، وذلك على التفصيل التالي:<sup>1</sup>

### ب- جوهر الحق هو الاستئثار بما يمثله من قيم:

فجوهر الحق هو - في الواقع - الاستئثار بما يمثله من قيم<sup>2</sup>، ويقصد بالاستئثار في هذا الصدد، أن تكون القيم التي يمثلها الحق - على اختلاف أنواعها - ثابتة لشخص (أو اشخاص معينين)، على سبيل الانفراد، بحيث يمكن لهذا الشخص - على حد تعبير دابان - أن يقول بأن (هذا المال أو هذه القيمة له)<sup>3</sup>. وهكذا ننظر إلى الحق من زاوية جوهره، وليس من زاوية شخص صاحب الحق أو الهدف منه. " فأصحاب الشأن يكون لهم على القيم أو الأموال حقوق، لا لأن بإمكانهم الانتفاع بها أو لأن لإرادتهم القدرة على مباشرتها، وإنما بحسبان هذه الأموال - من زاوية ما - هي أموالهم، تربطها بهم رابطة استئثار أو تملك<sup>4</sup>.

غير أنه يستوي - بعد ذلك - أن يكون هذا الاستئثار مباشراً، بمعنى أن الشخص صاحب الحق يصل إلى ما يمثله هذا الأخير من قيمة دون وساطة شخص آخر، وهو ما يصدق على ما يسمى في الاصطلاح بالحقوق العينية، بحسبانها سلطة مباشرة لشخص علي شبيئ (كمالك يستأثر بمزايا الشيء الذي يملكه، ويباشر عليه من السلطات ما يخوله القانون لمثله)، أو أن يكون استئثار غير مباشر، لا يتأتى إلا بتدخل شخص آخر، وهو ما يصدق على ما يقال له في الاصطلاح بالحقوق الشخصية، التي تقوم على وجود رابطة قانونية بين شخصين، أحدهما صاحب الحق (الدائن)، والآخر هو من يتحمل به (المدين)، والتي بموجبها يكون الثاني ملتزماً في مواجهة الأول أما بإعطاء شبيئ، أو بالقيام بعمل، أو بإمتناع عن عمل.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- نيبيل إبراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 136.

<sup>2</sup> - ويشكل هذا الاستئثار احد الاصطلاح الذي يعرف به دابان الحق، حيث يرى هذا الأخير استئثار وتسلط.

<sup>3</sup> - دابان، المرجع السابق، ص 81.

<sup>4</sup> - دابان، نفس المرجع السابق، ص 84.

<sup>5</sup>- محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص 17.

كما يستوي أيضا أن تمثل القيم - موضوع هذا الاستثثار - في أشياء مادية خارجية، كالعقارات أو المنقولات، أو في أشياء معنوية غير منفصلة عن شخص صاحب الحق، كنتاج فكره أو ذهنه.

كما يكون الاستثثار على قيم مما لا يمكن تقديره بمال، حين يطلق على هذا النوع من الحقوق اصطلاح حقوق الشخصية، كالحق في الحياة وسلامة الجسم.<sup>1</sup>

غير أن التركيز على هذا الاستثثار لا يجوز - في اعتقادنا - وعلى عكس ما يراه دابان - أن يصل بنا إلى حد القول بأن محل الحق ليس يقتصر على المنافع وإنما يتمثل في واجبات أو وظائف، بمقولة أن من شأن بعض هذه الواجبات أو الوظائف أن تخول أصحابها حق الاستثثار بالاختصاص بها ومباشرتها بحرية تقريبا<sup>2</sup>، فالواجب هو - في الواقع - الوجه المقابل للحق، وليس يستوى دائما الشيء وما يقابلها، كما أن الاختصاص المنفرد بأداء الواجب ليس من شأنه - في تقديرنا - أن يحول بذاته هذا الواجب إلى حق.

ولن تعد للحقوق من قيمة عملية لأصحابها أن اقتصر محلها على أداء الوظائف أو النهوض بالواجبات والأعباء، هذا إذا صرفنا النظر عما هو مسلم به من أن كل حق يقابله واجب عام يقع على عاتق جميع الأفراد في المجتمع ويقصى بضرورة احترامهم لهذا الحق وعدم الاعتداء عليه<sup>3</sup>.

وقد يقابله - فضلا عن ذلك - واجب يقع على عاتق شخص معين (أو اشخاص معينين)، يلتزم تجاه صاحب الحق بأداء ما يمثله هذا الأخير من قيمة، وهكذا يصعب - في الواقع - مع التوسع الذي أعطاه دابان لفكرة الاستثثار - تحديد فكرة الحق، وتنوّه بالتالي معالم هذا الأخير.

### ت - الاستثثار هو الذي يميز بين الحق وما قد يقترب من نظم:

وفكرة الاستثثار - على التحديد السابق - هي التي تميز بين الحق وما قد تقترب به من نظم، كالحرية، والرخصة، والسلطة.

### سادساً: الحق والحرية:

1- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 24.

2- ويمثل لذلك دابان بما ينفرد به الآباء والأمهات من حق في السلطة الأبوية على ابنائهم، وبوظيفة رئيس الدولة التي ينفرد بها شخص واحد، ويستثثار بها، راجع دابان، مرجع سابق، ص 84.

3- عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص 247.

فلما كان الحق يحول صاحبه مزية الاستئثار بما يمثله من قيمة، فإنه يضع صاحبه - في الواقع - في مركز ممتاز عن غيره من الناس، وبذلك يختلف الحق - بالمعنى الدقيق - عن الحريات، تلك التي لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد، وإنما ينتفع بها الكافة على قدم المساواة، وتفترض وجودهم جميعاً في نفس المركز بالنسبة لها، كحرية الزواج، أو حرية المعتقد، أو حرية التنقل والسير ... الخ.<sup>1</sup>

صحيح أن كل حق يحول صاحبه سلطة التصرف بحرية في الشيء موضوعه، وأن هذه الحرية هي التي تظهر سلطان صاحب الحق على الشيء موضوع هذا الحق.<sup>2</sup> وصحيح أيضاً أن ممارسة الفرد لبعض حرياته قد يترتب عليه في النهاية نشأة حق له ( كحرية التعاقد تؤدي إلى نشأة حق الملكية )، ولكن ليس معنى ذلك أن نسوي - مع بعض الشراح - بين الحريات والحقوق بالمعنى الدقيق مجرد أن هذه الحريات تكفل لصاحبها " القدرة على عمل معين وحماية القانون لهذه القدرة"<sup>3</sup>، وهما عنصران الحق عند هؤلاء الشراح<sup>4</sup> هذا فضلاً عن أن ما استندوا إليه من حجج في هذا الشأن مما يصعب في تقديرنا تفنيده.

فقد قالوا - من ناحية - بأن الاستئثار موجود كذلك في الحريات العامة، كحرية الاعتقاد مثلاً، ما دام أن كل شخص " له حياته وحرية اعتقاده الخاصة لا يستطيع أحد أن ينازعه فيها"<sup>5</sup>، وإذا كان هذا الشخص لا يستأثر وحده بحرية الاعتقاد بأكملها، فكذلك ليس مجزم للقول بثبوت حق الملكية لشخص ما إن يستأثر وحده بملكية الأراضي الزراعية كلها.

كما قالوا - من ناحية أخرى - بأن المساواة التي تجعل حجة تبقى صفة الحق عن الحريات العامة، ومن المتصور أن يتحقق بالنسبة لحق لا نزاع في صفته، كحق الملكية.<sup>6</sup> ويمثلون لذلك بفرض ما لو التزمت الدولة بمنح جميع الأفراد في المجتمع على السواء منازل للسكنى، ويتساءلون عما إذا كانت صفة الحق عندئذ سوف تزول عن ملكية المنزل.

فأما الحجة الأولى، فلم يقل أحد بأن الاستئثار، مميز الحق، لا بد أن ينفرد به شخص واحد وعلى الحق بأكملها، بمعنى أننا لا نكون مثلاً بصدد حق دائني هالاً إذا كان الشخص يداين وحده جميع الأفراد في المجتمع، أو

1- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 131.

2 - هذا ما اسماه دابان بالسلط، ويجعل منه العنصر الثاني من عناصر تكوين الحق إلى جانب الاستئثار.. راجع دابان، مرجع سابق، ص 87.

3 - جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، ص 191.

4 - جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 191.

5 - جميل الشرقاوي، دروس في اصول القانون، نظرية الحق، ص 29.

6 - جميل الشرقاوي، دروس في اصول القانون، مرجع سابق، ص 30.

بصدد حق رهن رسمي إلا إذا كان الشخص ينفرد بملكية كل الأشياء عقارات أو منقولات ... الخ، فالحق - عملاً - يثبت العديد من الأفراد، ولا يخل ذلك - بالقول - بأن كل منهم يستأثر بالقيم التي يمثلها هذا الحق، مادام أن هذا الأخير لا يثبت لجميع الأفراد في المجتمع في وقت واحد وعلى قدم المساواة.

وأما عن الحجة الثانية، فإنها تنطوي - في تقديرنا - على خلط بين حرية التملك وحق الملكية، فالمساواة التي يدعى انصار هذا الاتجاه وجودها في حق الملكية إنما توجد - في الواقع - في حرية التملك، وقد سبق أن اشرنا إلى أن استعمال الفرد لحرية قد يترتب عليه في بعض الأحيان نشوء حق له. هذا فضلاً عن أن المثال المضروب في هذا الصدد - فضلاً عن نظريته - غير منتج في التدليل على ما يريد انصار هذا الاتجاه الوصول اليه، فلن تزول صفة الحق عن الملكية المنزل في هذا المثال، لأن الدولة سوف يستحيل عليها أن تفي بالتزاماتها هذا قبل جميع الافراد على قدم المساواة في كل شيء. وهذه المساواة الكاملة هي جوهر الحرية، أما لو وصلنا في التعميم النظري الى افتراض أن تقوم الدولة بتملك كل فرد من لحظة مولده، ودون ما قيد ولا شرط، منزلاً له ذات المواصفات في كل شيء، وله ذات القيمة لمنازل الآخرين ( بفرض ثبات القيم الاقتصادية للأشياء وهو أمر مستحيل )، فإننا من تتردد - عندئذ في تأكيد زوال صفة الحق عن هذه الملكية، أن صح حتى تسميتها كذلك.

ان الحرية ليست - في الواقع - سوى " مكنة معترفاً بها للشخص في ان يفعل ما يروق له، او هي سلطة ذلك الشخص في ان يتصرف حسب تقديره الشخصي"<sup>1</sup>، ومن ثم فإنها تتميز عن الحق، بالمعنى الدقيق - بعدم تحديد أو وضوح محلها أو موضوعها<sup>2</sup>، فهي - في الحقيقة - مجرد أوضاع عامة غير منضبطة ولا واضحة المعالم، ومن ثم فليس يتصور أن يسأل الشخص بمقولة أنه اساء استعمال حرته<sup>3</sup>، حين تتمثل الحقوق - على العكس - في قيم محددة، يعترف بها القانون لأصحابها بغية تحقيق أهداف محددة، ولذلك يكون من المتصور أن يسأل صاحب الحق ليس فقط إذا هو خرج على حدود حقه، وإنما إذا حاد عن الهدف المحدد لهذا الحق، حين يقال إذ ذاك أنه تعسف في استعمال هذا الخير.<sup>4</sup>

هذه الأوضاع العامة ( الحريات ) يعيش فيها جميع الأفراد في المجتمع على قدم المساواة<sup>5</sup>، وليس ما يمنع من أن يستعمل أكثر من فرد واحد ما تخوله هذه الأوضاع من مكنات، في آن واحد، دون أن يقع التعارض فيما

1 - شكري سرور، المرجع سابق، ص 26.

2 - حمودي الجليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ص 61.

3 - نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، 1977، ص 212.

4- عبد القادر الفار ، مرجع سابق، ص 131.

5 - فدوى المساواة لا يمكن أن تقوم الحرية. شكري سرور، المرجع نفسه، ص 27.

بينها، حين يتمثل الحق في ميزة ينفرد بها صاحبه، وتفرض على جميع الغيار ليس فقط أن يمتنعوا عن إعاقة صاحب الحق في استخدامه لحقه، وإنما أيضا عن مشاركتهم له في هذا الاستخدام. لذلك لا تنشأ الحقوق إلا عن مصادر تركز إلى قاعدة قانونية تقرها وتبين شروطها<sup>1</sup>، أما الحريات فليست في حاجة إلى نصوص تشريعية تقرها، وإنما تستند إلى المبادئ العامة ( التي تعلوا على القواعد القانونية المحددة )، تملئها الفطرة، ويزكيها المنطق السليم بحسبانها من الأمور اللصيقة بالطبيعة الإنسانية نفسها<sup>2</sup>.

وهكذا لم يجد كاييتان مفرا - حين خلط بين الحق والحرية<sup>3</sup>، في اطار محاولته لتصنيف الحقوق العينية ضمن طائفة الحريات، من أن يميز بين نوعين من الحريات: الحريات العامة التي تثبت للجميع، ويمكنهم ممارستها جميعا في آن واحد، والحريات الخاصة التي تكفل لأصحابها ميزة ينفردون بها على وجه الخصوص<sup>4</sup>، واقتنع بإمكانية تصنيف الحقوق العينية ضمن النوع الثاني من الحريات، ولم يصل إلى حد وضعها ضمن قائمة الحريات التي تثبت للجميع<sup>5</sup>، كما كان جوسران دقيقا حين نبه إلى ان اصطلاح الحقوق لا يصح أن يطلق على هذه الحريات إلا من قبيل التجوز في التعبير<sup>6</sup>.

### سابعاً: الحق والرخصة

اشرنا إلى أن الحريات هي أوضاع عامة غير منضبطة، يتمتع الفرد في ظلها بنوع من الاختيار غير المحدد، ومن ثم فإن نتائج ممارسة هذا الاختيار لا يمكن معرفتها مقدما، فحرية التعاقد، على سبيل قد يستخدمها، الفرد أو لا يستخدمها، وإذا استخدمها فليس يعرف مقدما أي نوع من العقود سيبرمه، وحين يختار نوعا معيناً من هذه العقود فليس يعرف على أي محل سينصب هذا العقد ... الخ.

غير أن القانون يترك للفرد في بعض الأحيان خيارا محددا بين بدائل محددة، وذلك أما بقصد إنشاء مركز قانوني جديد أو التعديل في مركز قانوني قائم، حين يقال في هذه الحالة أن هذا الشخص يتمتع برخصة، فالرخصة إذن هي نوع من القدرة القانونية على الاختيار<sup>7</sup>.

1 - فالملكية حق، قد ينشأ أما عن العقد أو الاستيلاء، أو الالتصاق، ... الخ. وهذه جميعها مصادر يقرها القانون ويحدد بها مصادر التملك.

2 - نعمان جمعة، المرجع السابق، ص 210.

3 - نعمة جمعة، المرجع السابق، ص 310.

4 - شكري سرور، المرجع السابق، ص 28.

5 - عمر السيد احمد عبد الله، النظرية العامة للحق، منة المعارف الاسكندرية، مصر، 2004، ص 22.

6 - شكري سرور، المرجع السابق، ص 28.

7 - نعمان جمعة، المرجع السابق، ص 313.

ويمكن أن تمثل لهذه الرخص في مجال انشاء المراكز القانونية، بما يتركه القانون الفرنسي لأولياء النفس من خيار في الموافقة على زواج أولادهم القصر أو رفض هذا الزواج، وما يتركه القانون المدني الجزائري لأشخاص محددين على سبيل الحصر من خيار - عند بيع عقار معين - بين الحلول محل مشتري هذا العقار في علاقته بالبائع واخذ المبيع بالشفعة، أو ترك هذا الأخير للمشتري<sup>1</sup>، وكذلك الخيار المتروك للموصى له بين قبول الوصية أو رفضها، كما يمكن أن تمثل لها في مجال تعديل المراكز القانونية القائمة، بما يتركه القانون المدني المصري للشريك في المال الشائع من خيار بين البقاء في الملكية على هذا النحو أو طلب القسمة وتعديل مركزه من مالك مغ غيره إلى مالك منفرد لمال مفرز.

غير أنه - حتى نكون بصدد ما يسمى بالرخص، يلزم كما قلنا أن يكون القانون هو المصدر المباشر في منح هذا الخيار، لذلك يخرج من اطار الرخص بالمعنى الدقيق ما قد يترك لأحد المتعاقدين عند تنظيم هذين الأخيرين لآثار العقد وطرائق تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه - من خيار بين بدائل معينة - ومثاله ما يقال له في اصطلاح الالتزام التخييري، وكذلك الالتزام البدلي، حين ينصب العقد في الحالة الولى على عدة محال ( منزل وسيارة مثلا )، ليكون للمدين أن يختار الوفاء بواحد منهما وتبرأ ذمته في مواجهة الدائن، وحين ينصب العقد في الحالة الثانية على محل واحد ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أوفى بدلا منه شيئا آخر، ما دام أن مكنة الوفاء بالدليل قد صار الاتفاق عليها مقدما عند التعاقد.

وتقترب الرخصة من الحق، من حيث كونها - مثله - تستند في وجودها الى القانون، ومن حيث ما تتمتع به - مثله - من تحديد، ما دام أن ممارسة كل منها تخضع لشروط وقيود وضعها القانون.

لكنها تختلف عنه من حيث أن مجالها يكون في مرحلة انشاء المراكز القانونية وليس في مرحلة أثر هذه المراكز<sup>2</sup>، ولذلك فإن ممارسة الشخص للرخصة المتروكة له بحكم القانون، قد يؤدي في النهاية إلى نشأة حق بالمعنى الدقيق، مثال ذلك يختار الموصى له قبول الوصية، أو يختار الشفيع الحلول محل المشتري واخذ المبيع بالشفعة؛ إذ في الحالتين يصير الشخص صاحب ملكية على الموصى به أو العقار المبيع.

<sup>1</sup> . المادة 797 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - نعمان جمعة، المرجع السابق، ص 313-314.

## ثامناً: الحق والسلطة:

وأخيراً، قد يكون لشخص ما - قانوناً - مكنة إدارة شئون غيره، شخصية كانت هذه الشؤون أو مالية، حين يقال لهذه المكنة في الاصطلاح السلطة، ومثالها سلطة الأب على ابنائه، وسلطة الوصي أو الوصي في إدارة شئون القاصر، وسلطة القيم في إدارة شئون المجنون وسلطة الرئيس الإداري في مراقبة رؤسائه، وسلطة الوكيل في أداء أموال موكله، ... الخ.<sup>1</sup>

غير أن القانون لا يحول للشخص أن يتدخل في شئون غيره إلا إذا كانت هناك ضرورة تستدعي مثل هذا التدخل، هي - في الحقيقة - رعاية مصلحة هذا الأخير، فسلطة الوصي أو الوصي أو القيم إنما تتقرر لمصلحة القاصر أو المجنون لعجز كل منهما - قانوناً - عن إدارة شئونه الخاصة، وسلطة الموظف الإداري في المرفق الذي يعمل به إنما تتقرر لمصلحة هذا المرفق بما يعود في النهاية بالنفع العام.

فصاحب الحق يسعى - مباشرة حقه - إلى تحقيق صالحه الخاص، ولا يتعدى في مباشرته لهذا الحق دائرة شئونه الخاصة، شخصية كانت أو مالية، حين تتقرر السلطة - على العكس - لا لمصلحة من يستخدمها وإنما لمصلحة الغير، خاصة كانت هذه المصلحة ( حين تتقرر السلطة في إطار القانون الخاص )<sup>2</sup> أو عامة ( حين تتقرر السلطة في إطار القانون العام )<sup>3</sup>

ثم إن الحق - بعد كل ذلك - ميزة يستأثر بها صاحبه، حين تتمثل السلطة في عبيء أو واجب، ومن ثم فنحن لا نوافق على تعريف روبييه للسلطة بأنها " ميزة " أو " مصدر لتميز صاحبها وانتفاعه "، اللهم إلا إذا فهمنا التمييز بمعنى الانفراد بما تخوله السلطة من مكنات، لكن هذا الانفراد ليس يتقرر - أساساً - ليكون مصدراً لانتفاع صاحبه به، وإن عاد عليه منه نفع في بعض الأحيان وبشكل غير مباشر.

فسلطة الأب على أولاده مثلاً تتمثل في أعباء أو واجبات وليست مصدراً لانتفاع الأب، وسلطة الموظف الإداري تتمثل في واجبات أو أعباء تتقرر للنفع العام وإن عاد منها عليه نفع شخصي بشكل غير مباشر يتمثل فيما يتقاضاه من مرتب، وهكذا فإنه بينما يسهل على صاحب الحق أن يتنازل عما يخوله له الحق من ميزة أو

<sup>1</sup>-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 27.

<sup>2</sup>- كسلطة الوكيل خاصة غير المأجور، في إدارة أموال موكله.

<sup>3</sup> - كسلطة الموظف الإداري في إدارة شئون المرفق الذي يعمل به. لذلك يرى ربيير أن الموظف الإداري الذي ينحرف بالسلطة عن هدفها لا يرتكب مجرد عمل تعسفي، وإنما يرتكب عملاً غير مشروع، يتعين إبطاله. شكري محمد سرور، المرجع السابق، ص 22.

نفع، لا يجوز للاب- مثلا - أن يتنازل عن سلطته في ادارة شؤون أولاده، لأنه في الواقع مكلف بهذه السلطة على سبيل الواجب.

### يجب أن يكون هذا الاستثناء على أساس من القانون:

على أن الحقوق لا يتصور وجودها بدهاء إلا على أساس من الاعتراف القانوني بها، ومن ثم فإننا نعني بالاستثناء هنا، ذلك الاختصاص أو الانفراد بتحصيل القيم في ظل الإرادة الشارعة، وإلا كانت الغلبة للاقوى، وسادة الفوضى في المجتمع، حين ينصب الفرد من نفسه صاحبا لحق يتميز به على غيره من الأفراد لا لشيء الا لأنه استطاع بمنطق القوة أن ينفرد دوهم بالاستثناء به.

### تاسعاً: التعريف المقترح للحق:

وفي ضوء كل ما تقدم، يمكن تعريف الحق بأنه: «مركز قانوني، يخول من ينفرد به - في حدود القانون - أن يستأثر بمصلحة ما، إما بالحصول عليها مباشرة من التسلط على شيء، أو بإقتضائها عند من يكون في مركز المكلف بتزقيتها» .

وليلاحظ في هذا التعريف: أننا قد عبرنا عن الحق بـ: «المركز القانوني» ، تجنباً لما وجهناه من نقد إلى كل من تعبير القدرة ( أو السلطة أو المكنة )، والرابطة القانونية، وأنه قد تركز - أساساً - على جوهر الحق وهو الاستثناء، كما أنه لم يدخل فيه ما لا يعتبر من عناصر الحق بالمعنى الدقيق، كالدعوى القضائية، وإذا كنا قد اضعفنا وصف ( القانوني ) إلى المركز، فليس ذلك إلا إشارة لما سبق أن أكدناه من ضرورة أن يكون الاستثناء ( جوهر الحق ) في ظل من الإرادة الشارعة<sup>1</sup>.

1 - بهذا الشكل تخرج من دائرة الحق بالمعنى الصحيح، ما يمكن ان نسميه بالاستثناء الفعلي، أو المادي، كاستثناء السارق، بشيء فهذا نوع من الاستثناء لا يحميه القانون، وبالتالي لا يكون صاحبه في المركز القانوني لصاحب الحق، ومن ثم نعتقد أننا - بهذا الشكل - لا نختلف كثيراً مع رأي بعض الشراح، الذين يعرفون:

أولاً: - مع دابان - بين الحماية القانونية للحق ووسيلة هذه الحماية وهي الدعوى، ويرون في هذه الحماية، بمعنى " اقرار استثناء صاحب الحق، عنصراً في الحق دون الدعوى، ومثلاً: توفيق حسن فرج، المدخل العلوم القانونية، 1960، ص 35-37.

## الفصل الثالث

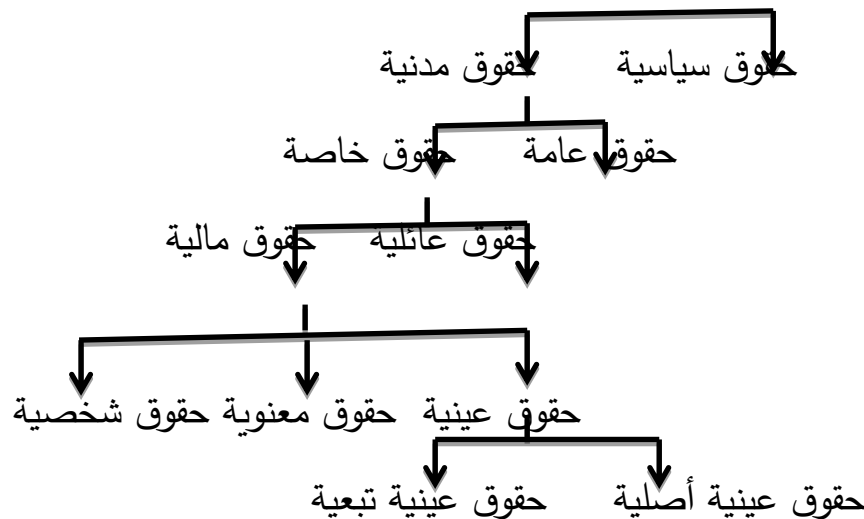
### أنواع الحقوق<sup>1</sup>

بديهى أنه لا يمكن إجراء تعداد أو حصر للحقوق، لأنها تتعدد وتتطور بتطور المجتمعات و المدنيات، إنما الذي يمكن هو إجراء تصنيف لهذه الحقوق.

وفي هذا الصدد فإنه يمكن - في الواقع - تصور تصنيفات مختلفة، باختلاف الزاوية التي ينظر إلى الحق منها. والتصور السائد في الفقه هو تصنيف الحقوق بوجه عام إلى: حقوق سياسية، وحقوق مدنية، وهذه الأخيرة أما حقوق عامة أو حقوق خاصة، وهذه الأخيرة أما حقوق أسرة أو حقوق مالية؛ وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية.

ولما كانت الدراسة التفصيلية لهذه الأنواع من الحقوق تتصل بأكثر من فرع من فروع القانون ، إلا أننا نعرض لها بإيجاز وفقاً لما تقتضيه الدراسة ، مع التركيز بشيء من التفصيل فيما يتعلق بالحقوق المالية لما تمثله من أهمية كبيرة في الواقع العملي من وجهة نظر القانون المدنى.

### لمخطط في ف



<sup>1</sup> - لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن انظر : عبد المنعم البدرأوى ، المدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق " ، دار الكتاب العربي ، 1962 ، ص 451 . جلال على العدوى ، ا.د رمضان أبو السعود ، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997 ، ص 161 . محمد شكرى سرور ، النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربي ، ص 39.

## المبحث الأول : الحقوق السياسية

***Droit politique***

## ماهية الحقوق السياسية:

ويقصد بالحقوق السياسية: تلك الحقوق التي تثبت للفرد بحكم كونه مواطناً في دولة معينة، لتخول له حق المشاركة في حكم هذه للدولة.

ومن أمثلة هذه الحقوق: حق التصويت في الانتخابات العامة طبقاً للمادة 62 من الدستور الجزائري، لكل من يبلغ سن 18 عشر سنة ( وان بدا هذا الحق أقرب في استعماله إلى أن يكون واجبا وطنيا يتعين على المواطن أن يقوم به وإلا تعرض للعقوبة )، وكذلك حق المواطن في ترشيح نفسه للمجالس الشعبي الوطني طبقاً للمادة 03 من القانون العضوي للانتخابات 16 - 10، لكل من بلغ سن 25 سنة وكان جزائرياً ، وأثبت أداءه أو إعفاءه من الخدمة الوطنية (المادة 92 من القانون العضوي لنظام الانتخابات 16-10) ، حق تقلد الوظائف العامة (حسب أحكام المادة 63 من الدستور الجزائري).

## السمات الخاصة للحقوق السياسية:

- لا تثبت الحقوق السياسية إلا للمواطنين فقط دون الأجانب،<sup>1</sup> وحتى بالنسبة للمواطنين فقد لا تثبت لهم جميعاً ، بل إنما تثبت فقط لمن تتوافر فيه منهم بعض الشروط الخاصة كاشتراط بلوغ سن معينة ، فعوض مجلس الشعبي الوطني يجب ألا يقل سنه يوم انتخابه عن خمس وعشرون 25 سنة ميلادية كاملة ، ولا يثبت حق الانتخاب إلا لمن بلغ الثامنة عشرة.
- هذا النوع من الحقوق مما يتكفل بتحديدده وبيان كيفية ممارسته، كل من القانون الإداري والقانون الدستوري، ومن ثم فإن دراسة هذه الحقوق مما يدخل في نطاق دراسة القانون العام.<sup>2</sup>
- أن الحقوق السياسية أقرب إلى الواجب الوطني منه إلى الحق ، حيث يفرض القانون على المواطن أن يقوم به وإلا تعرض للعقوبة.<sup>3</sup>

1 - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص 370.

2 - محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 40.

3 - جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 19.

## المبحث الثاني : الحقوق المدنية

*Droits civils*

## التعريف بها وأنواعها:

وهي ما عدا تلك الحقوق السياسية، والتي تثبت للفرد بحكم كونه انساناً، تحقيقاً لصالحه الخاص. حتى يمكنه أن يعيش في الجماعة على وجه يكفل خيره وتقدمه، ولأن هذه الحقوق مما تقتضيه طبيعة العيش في جماعة، فإنها تثبت لكل من الوطني والأجنبي على السواء، وبديهي أن مثل هذه الحقوق مما يقع تحت حصر<sup>1</sup>. ومن أمثلة هذه الحقوق، الحق في الحياة وحرية التعاقد. وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى نوعين: الحقوق العامة والحقوق الخاصة. نتعرض إلى كل منها في مطلب مستقل.

## المطلب الأول : الحقوق العامة

*Droits publics*

## أولاً : ماهية الحقوق العامة:

ويقصد بالحقوق العامة، ذلك الحد الأدنى من الحقوق، الذي يتعين كفالاته للفرد بحكم كونه انساناً، حتى يمكنه أن يشترك بنشاط في المجتمع، وأن يحيا حياة آمنة كريمة. ويقصد بعمومية هذه الحقوق، أنها - على التحديد السابق - إنما تلزم لجميع الأفراد في المجتمع، دون تمييز بينهم بسبب جنسية، أو جنس، أو دين، ... الخ. هي الحقوق التي تتقرر للشخص بصفته إنساناً، ولذلك يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية.<sup>2</sup>

ويعتبر القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق؛ ومقررة في كل قوانين الدول والاتفاقيات والإعلانات الدولية والزمّت الدول للمحافظة عليها، وعدم النيل منها.<sup>3</sup> وهي متعددة كثيرة نذكر منها:

1 - حمدي عبد الرحمن؛ ميرفت ربيع عبد العال، نظرية الحق " مقدمة القانون المدني الحقوق والمراكز القانونية، مطبعة الاسراء، 1975، ص 48؛ احمد عبد الحميد عشوش؛ سعيد فهمي الصادق، مبادئ القانون، بدون بلد النشر، 2001، ص 270؛ سهر منتصر، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، 1986، ص 220، عمر السيد أحمد عبد الله، مرجع سابق، ص 57.

2 - وهذا المصطلح يعني بالفرنسية:

## Droit de la personnalité

3 - حيث نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " لكل فرد التمتع بهذه الحقوق والحريات، بصرف النظر عن الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الاجتماعي أو الوطن أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر ودون أي تفرقة بين الرجال والنساء". ا.د عبد المنعم البدرأوى، مرجع سابق، ص 654؛ احمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، ص 21؛ محمد عبد الوهاب خفاجي، مبادئ القانون، 1994، ص 102.

- الحق في الحياة الثابت بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادة 03
- الحق في الحماية الثابت بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادة 07
- الحق في التقاضي الثابت بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادة 13
- حرية التنقل الثابت بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادة 18
- حقوق الفرد في سلامة كيانه المادى " جسده " ، فلا يجوز الاعتداء على حياة الإنسان أو على جسمه ، وقد كفل القانون المدنى وقانون العقوبات الوسائل والجزاءات التى تكفل لكل إنسان الدفاع عن كيانه المادى .<sup>1</sup>
- حق الشخص فى حماية كيانه الأدبى أو المعنوي " كالشرف والاعتبار والخصوصية والفكر والعقيدة والعمل والانتقال والاسم والصورة والإنتاج الذهني".<sup>2</sup>
- ولا يقتصر الامر على ذلك فقط ، بل تشمل أيضاً كافة الحقوق التى تمكن الشخص من مزاوله نشاطه المدنى داخل الجماعة مثل الحريات الشخصية كحرية التنقل والتملك وحرمة المسكن ، وحرية الإقامة، والتنقل، والعمل، والزواج ، وغيرها من الحريات.<sup>3</sup>

ثانياً : خصائص الحقوق العامة " الحقوق اللصيقة بالشخصية: "

وتتميز هذه الحقوق بخصائص وميزات لا نجدها فى غيرها من الحقوق:

**1- عدم قابلية الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية للسقوط أو الاكتساب**

**بالتقادم:**

فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ، فحق الإنسان على اسمه لا يسقط بعدم الاستعمال ، كما أن مرور فترة من الزمن لا يكسب الشخص حقاً من هذه الحقوق قبل الغير، فهي حقوق لا ترد عليها أحكام التقادم من مسقط أو مكسب<sup>4</sup> .

1 - محمد نصر الدين منصور ، المدخل للقانون " النظرية العامة فى الحقوق " ، ج 1 ، مطبعة الرسالة ، الشرقية، 2000، ص 383. احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق، ص 270.

2 - حمدي عبد الرحمن ؛ ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق، ص 49.

3 - احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق، ص 271.

4 - عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 57. ا.د محمد على عمران ، فيصل زكى عبد الواحد ، مبادئ العلوم القانونية ، ص 821 ؛ مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية، 1978، 872.

ومن أمثلة ذلك، إن الانتاج الذهني كالمؤلف فإذا كان منسوباً لغير مؤلفه الحقيقي لمدة طويلة، فإن ذلك لا يكسب الغير حقاً على المؤلف الذي لا يخصه بالفعل.<sup>1</sup>

## 2- عدم قابلية الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية للتنازل عنها أو التصرف

فيها:

فهى حقوق غير مالية لا يجوز التصرف فيها ولا تنازل عنها ، فهى تخرج عن دائرة التعامل.<sup>2</sup>

وإذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، إلا أنه خروجاً على ذلك ، يجوز التعامل فى مثل هذه الحقوق ، مادامت محققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ومن أمثلة ذلك ، ترخيص الشخص فى استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبي ، أو أذن الشخص لكاتب أو روائي فى اطلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته ، أو أذن الشخص فى استعمال اسمه كاسم تجارى.<sup>3</sup>

## 3- الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية حقوق غير مالية

الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تقوم بمال ، فهى حقوق غير مالية ، ولكن الاعتداء على هذه الحقوق ينشئ للمعتدى عليه حقاً فى التعويض ، وينشأ الحق فى التعويض سواء أكان الضرر الناشئ عن الاعتداء مادياً أو أدبياً ؛ لأن التعويض يشمل الضرر الأدبي.<sup>4</sup>

## 4- الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل بالإرث:

ترتبط الحقوق العامة بالإنسان ، بحيث تنقضي بموته ، وانقضاء شخصيته ، فلا تنتقل من بعد موته بالميراث إلى ورثته،<sup>5</sup> فالورثة لا يستطيعون مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق ويستثنى من ذلك ، إذا كان الحق فى التعويض أساساً الضرر المعنوي الذى أصاب الشخص فى حريته أو شرفه أو سمعته.<sup>6</sup>

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ب د ط، سنة 2008، ص 71.

2 - رمضان أبو السعود ، المدخل إلى القانون ، الدار الجامعية ، 1986 ، ص 693.

3 - عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 37.

4 - ياسين محمد يحيى ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1990 ، ص 94. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 151- 152.

5 - عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 73.

6 - حيث تنص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة» .

## المطلب الثاني

### الحقوق الخاصة

إذا كانت الحقوق العامة مكفولة للشخص بالنظر إلى آدميته، فيتمتع بها بغض النظر عن حالته السياسية، ودون تمييز بينه وبين شخص آخر: فالحقوق الخاصة لا تثبت إلا بالنظر إلى مركزه في العاملات المالية، أو المركز الأسري للشخص. فهي حقوق لا تثبت إلا لمن توفرت لديه أسباب خاصة لكسبها سواء كانت مقومة بمال أو غير قابلة للتقويم كحق الملكية وحق الشخص في أن يطلق زوجته.<sup>1</sup> ومصادر هذه الحقوق يرجع إلى فروع القانون الخاص مثل القانون المدني، القانون التجاري، قانون الأسرة، وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية.

### أولاً : حقوق الأسرة

حقوق الأسرة أو الحقوق العائلية كما يطلق عليها أحياناً، هي سلطات يثبتها القانون للشخص بحكم كونه عنصراً في الأسرة، بغرض مباشرة نشاطه من خلال التمتع بجملة من الحقوق والالتزام بأداء واجبات مقابلة، داخل أسرته، والأسرة هي مجموعة من الأشخاص تربطهم علاقة النسب أو قرابة الدم أو المصاهرة أو الزواج، ومن أمثلة حقوق الأسرة حق الزوج على زوجته بالطاعة، والوالد على ولده بالتأديب، وحق الأولاد على والديهم بالرعاية والإنفاق، وحق الأقارب في الميراث.

### خصائص حقوق الأسرة:

- 1- يغلب على حقوق الأسرة أنها حقوق غير مالية أي أن لها طابع أدبي يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمع بين أفراد الأسرة، والقليل منها هو حقوق مالية كالحق في النفقة والحق في الإرث.<sup>2</sup>
- 2- تتميز حقوق الأسرة بأن لها طابع خاص ؛ حيث أنها لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحة شخصية لهم ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة باعتبارها الخلية الأساسية للبنيان

1 - جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 26.

2- والحقوق الأسرة في مجملها نظمها المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة ومن أمثلة هذه الحقوق حق النفقة الشرعية المقرر للزوجة والذي يقع على عاتق زوجها؛ -حق العدل في حالة الزواج أكثر من زوجة واحدة؛ -حق الزوجة في زيارة أهلها واستضافتهم.؛ -حق الزوجة في التصرف في أموالها. انظر المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

الاجتماعي ، فلأب مصلحة أدبية في تربية أبنائه ، وحقه في تأديبهم لم يتقرر لمصلحته الشخصية ، بل لمصلحة الأبناء أنفسهم.<sup>1</sup>

### ثانياً : الحقوق المالية:

وهي الحقوق التي يكون محلها قابلاً للتقويم بالنقود ، وسميت بالحقوق المالية لأنها تنتج غالباً عن المعاملات المالية بين الأفراد، فموضوع الحق فيها يقوم بالمال، وقد ترد هذه الحقوق على شيء معين فتسمى حقاً عينياً ومثاله حق الملكية الذي يكون محله عقاراً معيناً ، كما قد ترد هذه الحقوق كذلك على القيام بعمل أو امتناع عن عمل يلتزم به أحد أطراف العلاقة القانونية في مواجهة الآخر ، فينشأ ما يسمى بالحق الشخصي، وقد ترد هذه الحقوق على نتائج ذهن الإنسان وفكره ، وهذه الأخيرة تسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية.<sup>2</sup>

وسنقوم بتقسيم الدراسة في مجال الحقوق المالية إلى ثلاثة فروع ، حيث نتعرض في الفرع الأول إلى الحقوق العينية ، ثم نتعرض في الفرع الثاني إلى الحقوق الشخصية ، أما الفرع الثالث فنخصصه للحقوق الذهنية أو المعنوية.

### الفرع الأول : الحقوق العينية

#### *Les droits réels*

#### 1- تعريف الحق العيني:

الحق العيني هو سلطة مباشرة- أو استثنائية- لشخص على شيء مادي يستطيع بمقتضاها صاحب الحق من استعمال حقه مباشرة ، دون حاجة إلى تدخل شخص آخر بين صاحب الحق والشئ محل الحق.

"فمالك المنزل مثلاً يستطيع أن يستعمله لنفسه ، كما يستطيع أن يستغله بتأجيريه، كما يستطيع أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة، أو أن يرهنه دون تدخل شخص آخر"<sup>3</sup>

فالحق العيني هو سلطة لشخص على شيء مادي معين بالذات تخول له الاستئثار به لتحقيق مصلحة

مشروعة.<sup>4</sup>

1 - احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 14 ؛ د . عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 78.

2-عمار بوضياف، مرجع سابق، 154.

3 - جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 33.

4-نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص 142-143.

**2- عناصر الحق العيني وخصائصه:** من خلال التعريف المذكور أعلاه يمكننا أن

نستخلص عناصر الحق العيني والتي تكون في عنصرين أساسيين هما:

أ- وجود شيء يرد عليه الحق ويشترط في الشيء أن يكون ماديا محسوسا أي أن لا يكون محل الحق العيني عملا كما هو الحال في الحق الشخصي ولا شيئا معنويا كما هو الحال في الحق المعنوي، كما يشترط أن يكون محددًا ومعينا فممارسة الحق على شيء تستلزم وبالضرورة معرفة هذا الشيء سواء كان عقارا أو منقولاً.

ب- ممارسة الشخص لسلطاته على الشيء المعين بذاته سواء أكانت سلطات واسعة وتامة أو محددة ومقيدة، فالعبرة في تمكن صاحب الحق من مباشرة سلطاته مباشرة دون تدخل من شخص آخر.

- أما من حيث خصائص الحق العيني فإننا يمكن أن نذكر:

أ- أن الحق العيني يتمتع به صاحبه تجاه الكافة أي أن صاحب الحق العيني له أن يحتج قبل الكافة باستثنائه بمحل الحق وأن يلزم الغير بعدم التعرض له.

ب- أن الحق العيني يخول لصاحبه حق التتبع فصاحب الحق العيني له حق تتبع الدين الوارد على الشيء وحق الأفضلية والأولوية في استيفائه على حساب الدائنين العاديين.<sup>1</sup>

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين: حقوق عينية أصلية وهي تقوم مستقلة بذاتها وليست ضمناً لحق آخر وحقوق عينية تبعية لا تنشأ مستقلة وإنما تستند إلى حق شخصي "علاقة دائنية بين شخصين" وتقوم ضمناً للوفاء به.

**أولاً: الحقوق العينية الأصلية: *les droits réels principaux***

هي حق مقصود بذاته، حيث تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله و استغلاله والتصرف فيه، وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها وفقاً لنوع الحق العيني الأصلي.

فإذا تجمعت هذه السلطات معاً في يد صاحب الحق، يسمى الحق "حق ملكية"، وإذا ما ضاق نطاق الاستئثار، فنكون أمام سلطات متفرعة عن حق الملكية لا أكثر.<sup>2</sup> وهي حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-عمار بوضيف، مرجع سابق، ص161-162.

<sup>2</sup>-محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص83.

<sup>3</sup>- عمر السيد أحمد عبد الله، مرجع سابق، ص85.

## 1- حق الملكية le droit de propriété سلطات المالك:

يعتبر حق الملكية من أقوى و أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها ، حيث أنه يخول صاحبه سلطات استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه " .

وقد عرفته المادة 674 من القانون المدني مضمونه بأنه: « الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل استعمالاً تحرمه القوانين » .

ولكن ما هو المقصود بكل من الاستعمال والاستغلال والتصرف ؟

أما عن حق الاستعمال فهو الإستفادة من الشيء مباشرة والحصول على ما يمكن أن يؤديه من منافع، فيما عدا الحصول على ثماره ، فإذا كان الشيء الذي يرد عليه حق الملكية منزلاً كان استعماله سكنياً ، وإذا كان أرضاً زراعية، فإن استعمالها يتحقق عن طريق زراعتها ، وإذا كانت سيارة ، فإن استعمالها يكون بقيادتها.<sup>1</sup>

أما عن حق الاستغلال فهو الإستفادة من الشيء بطريقة غير مباشرة عن طريق الحصول على ثماره أو منافع، دون المساس بجوهر الشيء، فإذا كان الشيء الذي يرد عليه حق الملكية منزلاً ، فإن استغلاله يكون عن طريق تأجييره والحصول على ثمار ما يتولد عن الشيء دون المساس بأصل الشيء نفسه.<sup>2</sup>

والثمار هي ما يتولد دورياً عن الشيء من ثمار طبيعية كالصوف الناتج من الأغنام أو ثمار اصطناعية كالمحاصيل الزراعية التي تستلزم جهد الإنسان أو ثمار قانونية كبديل الإيجار الناتج عن تأجير الشيء.<sup>3</sup>

أما عن حق التصرف، فهو حق استخدام الشيء استخداماً يستنفده كلاً أو بعضاً، فقد يكون التصرف مادياً أو قانونياً ، فالأول يعنى القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى المساس بالشيء المملوك عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو تغيير شكله أو تحويله إلى شيء آخر ، كشق طريق في أرض زراعية ، أو هدم بناء قائم أو تحويل الدقيق إلى خبز أو القمح إلى دقيق<sup>4</sup>

1-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص164.

2 - محمد على عمران ، فيصل زكي عبد الواحد ، مبادئ العلوم القانونية ، المرجع السابق، ص 129.

3-نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص143.

4 - احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 29 ؛ عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق، ص 87 ، محمد شكرى سرور ، مرجع سابق، ص

أما الثاني : يعنى تنازل المالك عن ملكيته للغير أو بتقرير حق عيني على الشيء سواء كان حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً.<sup>1</sup>

وفي كل الأحوال يجوز للمالك أن ينقل حق الاستعمال والاستغلال للغير مع بقاءه مالكا للشيء غير أنه لا يظل كذلك إذا نقل حق التصرف فيه إلى الغير.

### الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

يتفرع عن حق الملكية بعض الحقوق العينية الأصلية تمنح صاحبها بعض سلطات "الملكية التامة" دون الأخرى، فيبقى المالك صاحب حق التصرف دون سواه، بينما تتوزع سلطة الاستغلال لأشخاص آخرين يكون لهم بمقتضاه حقوق عينية على الشيء وهذه الحقوق هي:

#### 1- حق الانتفاع

وهو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية، تناوله المشرع الجزائري في المادة 844 من القانون المدني، حيث يخول لصاحبه استعمال الشيء واستغلاله فقط دون التصرف فيه ، إذ يبقى للمالك سلطة التصرف في أصل الشيء ، ويطلق عليه في هذه الحالة " مالك الرقبة " .<sup>2</sup> ويكون لمدة محددة، ويكتسب بالتعاقد، بالشفعة أو بالوصية.

ويتضح مما سبق ، أن للمنتفع أن يستعمل الشيء محل الحق فيما أعد له بطبيعته ، فإذا كان منزلاً سكنه ، وإذا كانت أرضاً زرعها.<sup>3</sup>

هذا ، وينقضي حق الانتفاع بوفاة صاحبه ، وبإنهاء المدة المحددة له، ولو كان المنتفع لا يزال حياً ، كما أنه ينتهي بهلاك الشيء الذي يرد عليه ، وبعدم الاستعمال مدة 15 سنة " سقوط الحق بالتقادم" ، وبترك المنتفع حقه.<sup>4</sup>

#### 2- حق الاستعمال وحق السكنى

حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر للشخص على ملك الغير ويخوله استعمال الشيء فيما أعد له هذا الشيء دون استغلاله أو التصرف فيه ، فإذا تقرر لشخص حق الاستعمال على ارض زراعية مثلاً كان له أن

1 - حسام كامل الأهواني ، مقدمة القانون المدني " نظرية الحق " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 ، ص 78.

2 - احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 277.

3- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 53.

4 - محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٥٧

يزرعها بنفسه ، بحيث لا يمكن تأجيرها للغير، ومن ثم فهو أضيق نطاقاً من حق الانتفاع الذي يعطى صاحبه  
مكنة استعمال واستغلال الشيء.<sup>1</sup>

أما حق السكنى فهو حق يخول صاحبه حق استعمال عين مملوكة للغير على نحو معين هو السكن ، بحيث  
يمنع على الشخص أن يستعمل المنزل لأي غرض آخر غير السكن فيه، فليس له أن يفتح فيه متجراً مثلاً أو أن  
يستغل هذا المنزل بتأجيره إلى الغير.<sup>2</sup>

### 3- حق المحكر

هو الحق الذي يخول لصاحبه البناء أو الغراس في أرض مقابل أجرة المثل لمدة أقصاها 30 سنة، فهو صورة  
للإيجار طويل الأمد الذي يهدف إلى إعمار العقار أو الأرض خشية التلف من جراء عدم الاستغلال ، مثل عقود  
امتياز الفلاحي.

ويتملك المحتكر ما يحدثه على الأرض من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً ، ولقد أجاز القانون إنهاء المحكر  
بقرار من وزير المختص أو والي الولاية، إذا اقتضت المصلحة ذلك.<sup>3</sup>

### 4- حقوق الارتفاق

وقد عرفته المادة 867 من القانون المدني بأنه: « حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص  
آخر » .

ويسمى العقار المثقل بحق الارتفاق بالعقار الخادم والعقار الذي تقرر الحق لمصلحته بالعقار المخدوم.<sup>4</sup> مثل  
حق الارتفاق بالمرور الذي يتقرر لمصلحة العقار المحبوس عن الطريق العام على العقارات المجاورة المتصلة بهذا الطريق  
بما يمكن مالك العقار المحبوس من الوصول الى الطريق العام.<sup>5</sup>

وحتى نكون بصدد ارتفاق لا بد من توافر أربعة شروط أساسية هي:

1- أن يوجد عقاران احدهما يسمى العقار الخادم وهو الذي يتقرر التكليف عليه والآخر

هو العقار المخدوم المقرر له الارتفاق.<sup>1</sup>

1 - محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 57.

2 - عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 87.

3 - جلال على العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، نظرية الحق، المرجع سابق، ص 190.

4 - د. محمد على عمران ، د. فيصل زكى عبد الواحد ، مبادئ العلوم القانونية ، المرجع السابق، ص 133.

5- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق ، ص 58.

2- أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، حيث لا يرد حق الارتفاق إلا على ملك الغير.

3- أن يكون التكليف على العقار لا على الشخص المالك.

4- أن تكون المنفعة لخدمة العقار وليس لخدمة مالكة.

وتتميز حقوق الارتفاق بأنها غير مؤقتة ، فهي كقاعدة عامة تبقى ما بقى العقار الخادم والعقار المخدم.<sup>2</sup> ويكتسب بالتعاقد وبالميراث. وينتهي بهلاك العقار، وبالجمع بينهما، أو بعدم استعمال لمدة 10 سنوات أو بأجل محدد.

### ثانياً : الحقوق العينية التبعية: *le droits réels accessoires*

تنشأ الحقوق العينية التبعية لضمان الوفاء بحق من الحقوق الشخصية (حق الدائنية) فالحق العيني التبعية لا ينشأ مستقلاً عن الحق الشخصي بل تابعا له ولا ينشأ، إلا ضمناً للوفاء بدين معين وتسمى الحقوق العينية التبعية بالتأمينات أو الضمانات مثل حق الرهن وهو ينشأ بناء على اتفاق بين دائن ومدين إذ يقوم هذا الأخير بوضع شيء تحت تصرف الدائن كرهن لضمان ما عليه من دين فيصبح للدائن حقا على ذلك الشيء يسمى الحق العيني التبعية وقد يكون هذا الرهن رسمياً أو حيازياً.<sup>3</sup>

#### 1- الرهن الرسمي

وقد عرفته المادة 882 من القانون المدني بأنه: «عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفتاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون» .

ويتضح من هذا التعريف أن الرهن الرسمي ينشأ بمقتضى اتفاق بين الدائن والمدين بناء على عقد رسمي لصالح الدائن ، وضمناً للوفاء بدينه ، حقاً عينياً على عقار ، فلا يرد تبعاً لذلك على منقول ، دون حاجة لتخلي الراهن عن حيازة العقار المثقل بالضمان ، وهو يمنح الدائن بعض السلطات على العقار المرهون ، يستوفي بمقتضاها الدين من ثمنه ؛ حيث يكون له سلطة التتبع أي أن يقوم باستيفاء حقه في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 89.

2 - حسام كامل الأهواني ، مرجع سابق، ص 289.

3 - محمد علي عمران ، فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق، ص 134

، وكذلك سلطة التقدم بمقتضاه يتقدم الدائن على الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار.<sup>1</sup>

والرهن الرسمي لا يترتب عليه انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن فالراهن يظل محتفظاً بحيازة العقار المرهون رهنًا رسمياً والانتفاع به كما يشاء ، فيقبض غلته ويتصرف فيها ، كما أن ملكية العقار باقية له ويستطيع التصرف فيه وترتيب حقوق عينية عليه ؛ بشرط عدم الاضرار بحق الدائن المرتهن ، الذي يكون له عند عدم الوفاء بالدين أن يتتبع العقار في أي يد يكون وأن ينفذ عليه.<sup>2</sup>

ويشترط لقيام الرهن الرسمي الشروط التالية:

- أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون.
- أن يكون الراهن أهلا للتصرف.
- أن يكون العقار المرهون مما يجوز بيعه في المزاد العلني.
- أن يكون معيناً معيناً دقيقاً (مساحته وحدود وطبيعة استعماله).

### ثانياً : الرهن الحيازي

عرفته المادة 948 من القانون المدني على أنه: « ... عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه... » .

ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في أنه لا يقتصر على العقار بل يجوز أن يكون محله منقولاً أو عقاراً، كما أن الرهن الحيازي مقارنة بالرهن الرسمي ، يخول الدائن المرتهن سلطة حيازة الشيء المرهون وحبسه أي الامتناع عن رده إلى حين استيفاء الدين ، وعليه واجب إدارته واستغلاله والحفاظة عليه ورده عند انتهاء الرهن،<sup>3</sup> وفيما عدا هذه الاختلافات يشترط في محل الرهن الحيازي ما يشترط في محل الرهن الرسمي ، أي أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً ومملوكاً للراهن.<sup>4</sup>

1 - نعمان محمد خليل جمعة ، المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق، ص 354.

2 - حمدي عبد الرحمن ؛ ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 104.

3 - حسام الأهواني ، مرجع سابق ، ص 657 ؛ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص 207.

4 - سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 333.

## ثالثاً : حق الاختصاص

هو حق عيني تبعي ينشأ بأمر من القاضي لفائدة الدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين على على عقار أو أكثر من عقارات هذا الأخير، كضمان للوفاء بدين عليه لفائدة شخص آخر فيصبح الدائن مخصص له هذا العقار كضمان للوفاء بدينه والفرق بينه وبين الرهن الرسمي هو أن التخصيص يتم بناء على أمر تصدره المحكمة للدائن الذي صدر لفائدته حكم نهائي يقر بحقه على دين معين.<sup>1</sup> في حين أن الرهن الرسمي يتم بناء على اتفاق (عقد) بين الدائن والمدين، فحق التخصيص هو من الحقوق العينية التبعية وقد تناوله المشرع في المادة 937 مدني، ويتقرر لفائدة الدائن الذي بيده حكم قضائي نهائي (قابل للتنفيذ)، ويتم بيع العقار محل التخصيص في المزاد العلني.

وحق الاختصاص يتفق مع الرهن الرسمي في أثره ، ولكنه يختلف عنه من حيث نشوؤه ، في أنه لا يتقرر باتفاق بين الطرفين ، بل يتقرر بناء على . حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين.<sup>2</sup>

## رابعاً : حق الامتياز

وقد عرفته المادة 982 مدني بأنه: «أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة لصفته» . وتنقسم حقوق الإمتياز إلى عامة وخاصة.

و يعرفه الفقه بأنه " سلطة يقرها القانون للدائن مراعاة لصفة حقه تحوله أن يستوفي هذا الحق من مال معين أو من مجموع أموال مدينه بالأولوية على سائر الدائنين.<sup>3</sup>

ويتضح من هذا التعريف ، أن الامتياز لا يتقرر إلا بناء على نص القانون ، وإذا لم يوجد نص يقرر الامتياز ، فإنه يمتنع على القاضي أن يعطى صفة الامتياز لدين معين مهما كانت طبيعته ، كذلك لا ينشأ الامتياز بناء على الاتفاق ، فحقوق الامتياز من النظام العام ، ولا يملك المدين باتفاقه مع الدائن أن يسبغ على دين هذا الأخير صفة الامتياز بغير نص في القانون.<sup>4</sup>

1 - لمزيد من التفاصيل حول تعريف حق الاختصاص انظر : ا.د محمد كامل مرسي ، التأمينات الشخصية والعينية ، ط 2، 1930، ص 418 ؛ ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، 275 ؛ ا.د محمد علي إمام ، مرجع سابق، ص 414 ؛ ا.د حسام الأهواني ، مرجع سابق ، ص 711 ؛ ا.د محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، 179 ؛ ا.د طلبة وهبة خطاب ، مرجع سابق ، ص 297.

2 - انظر : ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 275.

3 - انظر : ا.د محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص 281 ؛ ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 68.

4 - انظر : ا.د محمد علي إمام ، مرجع سابق ، ص 563.

هذا وتنقسم حقوق الامتياز إلى ثلاثة أنواع حسب الشيء الذي تقع عليه:

الامتيازات العامة ، وتقع على جميع أموال المدين سواء كانت عقارات أو منقولات، وهذا ما جاء في المادة 984 مدني على أن: «ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار.....» .

والامتياز هو وصف لبعض الديون خصها المشرع بهذه الصفة حتى يتم سدادها بالأولوية والامتياز على غيرها من الديون فنقول مثلا هذا دين ممتاز وهذا دين عادي والفرق بينهما أن الدين الممتاز له حق الأولوية في تسديد قبل الدين العادي وقد نصت المادة 993 من القانون المدني على الديون التي تحمل صفة الامتياز العام وهي:

- 1- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين وأسرته من مأكولات ومشروباته.
- 2- النفقة الواجبة على المدين لأقاربه (الزوجة، الأبناء، الوالدين).
- 3- الأجور المستحقة للعمال والخدم والكتاب.
- 4- إمتياز مؤجر العقار على منقولات المستأجر الموجودة بالعين المؤجرة.
- 5- امتياز صاحب الحقوق الفندق على الأجرة المستحقة على النزيل ويرد الامتياز على الأمتعة الخاصة بالنزيل.

### حقوق الامتياز الخاصة:

وهي تقع على عقارات أو منقولات مملوكة للمدين وقد بينت المادة 2/984 من القانون المدني أن حقوق الامتياز الخاصة تكون مقصورة على منقول أو عقار معين. ومثلها:

- 1- المصاريف القضائية تعتبر كديون على من خسر الدعوى القضائية.
- 2 - الضرائب والرسوم المستحقة للخزينة العمومية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - انظر : ا.د عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 124 .

## الفرع الثاني

## الحقوق الشخصية

***Droit personnels***

## أولاً : تعريف الحق الشخصي ( حق الدائنية )

ويعرف بأنه رابطة قانونية بين شخصين، أحدهما يسمى الدائن والآخر يسمى المدين ويمقتضى هذه الرابطة يلزم الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كحق المؤجر على المستأجر، وحق البائع على المشتري وحق المشتري على البائع، وحق العامل على رب العمل وحق رب العمل على العامل (القيام بالعمل) أما الامتناع عن عمل فيتمثل في عدم القيام بأي نشاط بناء على الاتفاق كالتزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل جديد قريب من المحل التجاري الذي قام ببيعه والتزام المعني بعدم الغناء لفائدة شركة أخرى غير التي اتفق معها...الخ.<sup>1</sup>

والحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر فهي متعددة، وتنشأ سواء عن طريق التعاقد (الدائن والمدين) و(العامل ورب العمل) أو تنشأ عن الفعل الضار كمن يصدم بسيارته شخص في الشارع فيصيبه بأضرار يصبح مدينا له بالتعويض لجبر ما أصابه من الضرر...الخ.

وإذا كان الحق العيني يتمثل في سلطة من شخص على شيء فإن الحق الشخصي يتمثل في سلطة من شخص على شخص آخر ولهذا سمي بالحق الشخصي.

## ثانياً : أنواع الحقوق الشخصية:

تتنوع الحقوق الشخصية بتنوع الأداء الذي يلتزم به المدين تجاه الدائن ، فهو قد يكون التزام بعمل ، أو التزاماً بامتناع عن عمل ، أو التزام باعطاء ، وسوف نتعرض لكل حالة من هذه الحالات فيما يلي :

**1- الالتزام بعمل : obligation de faire**

وهو الالتزام الذي يتعهد فيه المدين بأن يقوم بعمل إيجابي لمصلحة الدائن ، كالتزام المقاول ببناء منزل لشخص معين ، والتزام الممثل بالتمثيل في رواية معينة بمقتضى اتفاق بينه وبين مدير المسرح ، والتزام المطرب بالغناء ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، والتزام المحامي بالدفاع في قضية معينة.<sup>2</sup>

1 - انظر : عبد الودود يحيى ، نعمان جمعة ، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970. ص 231.

2 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 31 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 25 ؛ ا.د عبد المنعم البدر اوى ، مرجع سابق، ص 488 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د . سعيد فهمي صادق ، مرجع سابق ، ص 284 ؛ ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد

## 2- الالتزام بالامتناع عن عمل obligation de ne pas faire

وهو الالتزام الذى يتعهد فيه المدين بالامتناع عن فعل شىء كان له أن يقوم به لولا تعهده بالامتناع عنه .  
مثال ذلك ، امتناع الممثل عن التمثيل لدى صاحب مسرح آخر ، إذا كان هناك اتفاق بينه وبين صاحب المسرح  
الذى يقوم بالتمثيل فيه يمنع من ذلك ، وكالالتزام العامل بعدم العمل لدى صاحب عمل آخر ، والالتزام بائع المحل  
التجارى بعدم فتح محل آخر فى مكان قريب من المحل الذى باعه.<sup>1</sup>

## 3- الالتزام باعطاء obligation de donner

والمقصود باعطاء شىء هنا ليس تسليم شىء وإنما المقصود هو الالتزام بنقل أو تقرير حق عيني ، كالتزام  
البائع بنقل ملكية الشىء المبيع إلى المشتري ، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة ، فمحل الالتزام فى هذه الحالة هو نقل  
ملكية شىء ما إلى الدائن ، ومتى انتقلت الملكية انقضت الحق الشخصى، ليحل محله حق عيني هو حق الملكية.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### الحقوق الذهنية

#### *Le droit intellectuels*

الحقوق الذهنية هى سلطات يقرها القانون لشخص على شىء معنوى غير محسوس هو نتاج فكره وخياله ،  
فيكون لصاحب الحق الذهني الاستثناء بما يرد عليه حقه ، بحيث ينسب إليه وحده ، ويكون له احتكار استغلاله  
مالياً وتنوع الحقوق الذهنية ، فيتعلق بعضها بالملكية الصناعية أو الملكية الأدبية والفنية ، وحق المؤلف يعنى كل  
إنتاج ذهني أياً كان نوعه ووسيلة التعبير عنه.<sup>3</sup>

الواحد ، مرجع سابق ، ص 136 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 67 ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 60 ؛ د. نعمان جمعة ،  
مرجع سابق ، ص 336 ؛ ا.د عمر السيد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 136.

<sup>1</sup> - انظر : ا.د عمر السيد عبد الله ، مرجع سابق ، ص 137 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 32 ؛ ا.د عبد المنعم البدر اوى ، مرجع  
سابق ، ص 488 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمي صادق ، مرجع سابق ، ص 284 ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد  
الواحد ، مرجع سابق ، ص 136 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 67 ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 60 ؛ د. نعمان جمعة ،  
مرجع سابق ، ص 336 ؛ ا.د. حسام الاهوانى ، مرجع سابق ، ص 292.

<sup>2</sup> - ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمي صادق ، مرجع سابق ، ص 285. د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 61.

<sup>3</sup> - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 40 ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مبادئ القانون ، ط4، منشأة المعارف  
الاسكندرية، 1994، ص 248.

وهذه الحقوق يحميها الدستور والقوانين وقد نص الدستور في المادة 44 (حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة، حقوق المؤلف يحميها القانون) فالدستور يقر بهذا الحق كحق معنوي للمؤلف.

وقد نصت المادة 21 من القانون 05/03 (يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على الذي أبدعا) فالحق المعنوي يتولد عنه لصاحبه حق أدبي يتمثل في:

- سلطة النشر أو عدم نشر مؤلفه.

- حقه في ان ينسب إليه مؤلفه.

- حقه في تعديل مضمونه مؤلفه.

- حقه من سحبه من التداول.

وله أيضا جانب مادي: بحيث يصبح من حق المؤلف استغلال إنتاجه الفكري (كأن يسمح بتحويل قصة كتابه إلى شريط سنمائي مقابل مبلغ معين يستفيد منه المؤلف).

## الباب الثاني

## أركان الحق

## تمهيد وتقسيم:

تبين من تعريف الحق أنه مصلحة معينة تثبت لشخص يحميها القانون وعلى هذا فإن أركان الحق هي صاحب الحق (أشخاص الحق) ومحل الحق (مضمونة) والحماية القانونية.

ومن هذا التعريف يتضح أن أركان الحق ثلاثة:

**الركن الأول :** شخص الحق " صاحب الحق " أى الشخص الذى يتمتع بهذا الحق ويستأثر به ، وقد يكون شخصاً طبعياً وقد يكون من الأشخاص المعنوية.

**الركن الثانى :** موضوع الحق أو محله : ويقصد بذلك ما يرد عليه الاستئثار فمحل الحق العيني هو شىء معين بالذات ، بينما يرد الحق الشخصى على عمل المدين ، سواء كان العمل إيجابياً ، أو كان العمل سلبياً ، يتمثل فى التزام المدين بالامتناع عن عمل معين.<sup>1</sup>

**الركن الثالث :** الحماية القانونية للحق : ويقصد بذلك ما يقرره القانون لصاحب الحق من وسائل لحماية حقه.<sup>2</sup>

وفى ضوء ما تقدم نقسم موضوع هذا الباب إلى فصلين:

**الفصل الأول :** أشخاص الحق

**الفصل الثانى :** محل الحق وحمايته

1 - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 58.

2 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 87.

## الفصل الأول

### أشخاص الحق

لا يمكن أن يكون صاحب الحق غير الشخص.

والشخص في الاستعمال العادي للفظ مقصود به الإنسان (الأدمي)، أما الشخص في نظر القانون هو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهو يشمل الإنسان ويقال له الشخص الطبيعي كما يشمل جماعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال (جمعية شركة، مؤسسة... الخ) يعترف لها القانون بالشخصية القانونية، فتصبح شخصا اعتباريا أو معنويا ولا يشترط لثبوت وصف الشخص لكائن معين أن يكون قادرا لكسب كل الحقوق و الإلتزام بجميع الوجبات يكفي لإعتباره شخصا قانونيا حتى ولو اكتسب حق واحد.<sup>1</sup>

ولهذا فنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض في الأول إلى الشخص الطبيعي وفي الثاني للشخص الاعتباري

## المبحث الأول

### الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان وهو الذي يتمتع بالشخصية القانونية، بغض النظر عما يمكن أن يكتسبه من حقوق أو يلزم به من واجبات ولا يشترط لثبوت الشخصية القانونية، أن تتوافر للإنسان القدرة الإرادية (الأهلية) لكسب حق أو التحمل بواجب، لأن الشخصية القانونية تثبت للطفل الغير مميز (أقل من 13 سنة) والمجنون رغم أنهما فاقدان الإرادة لإنعدام التمييز لديها.

<sup>1</sup> - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 59 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 248 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 314 ؛ ا.د حسام كامل الأهواني ، مرجع سابق ، ص 29 ؛ ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 269 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 90 ، ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 138 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 146 ؛ د . جلال العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، المدخل إلى القانون ، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1986، ص 59.

## المطلب الأول

### مدة الشخصية القانونية

إن حياة كل شخص طبيعي لها بداية ونهاية ؛ وكذلك الشخصية القانونية لها بداية ونهاية ، ولهذا ينبغي أن نبدأ بتحديد متى تبدأ الشخصية القانونية للإنسان ، ثم نعرض لتحديد متى تنتهي هذه الشخصية.<sup>1</sup>

ومن هذا المنطلق ، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : بداية الشخصية القانونية

الفرع الثاني : نهاية الشخصية القانونية

### الفرع الأول

#### بداية الشخصية القانونية

حيث تنص المادة ٢٩ مدني على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته ، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون. "

وسنعالج بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادة الجنين حياً ، ثم نتناول مركز الجنين " الحمل المستكن "

#### أولاً : بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادة الجنين حياً

طبقاً للمادة 25 من القانون المدني: « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته » .

وتتحقق ولادة الإنسان بإنفصاله تماما عن أمه، ولا يكفي خروج جزء منه ولو كان أكثره وينبغي أن يولد حيا ويتحقق ذلك بعلامات مميزة كالحركة، أو البكاء والصراخ، والتنفس، وقد نصت المادة 134 من قانون الأسرة: « لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة للحياة » .

فإذا تمت ولادة المولود حياً تثبت له الشخصية القانونية ، ولا يهم بعد ذلك مدى قابليته للحياة ، فإذا مات المولود بعد فترة وجيزة من ولادته ، فلا يؤثر ذلك على الشخصية القانونية له.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - انظر : د. جلال العدوي ، د. رمضان أبو السعود ، المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص 61.

ويشترط لإثبات الولادة بتسجيلها بسجلات الحالة المدنية طبقا للمادة 26 من القانون المدني.<sup>2</sup>

### ثانياً : مركز الجنين " الحمل المستكن "

إذا كان الأصل أن الإنسان لا تثبت له الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته حياً ، إلا أن المشرع اجاز استثناء أن يكون للجنين شخصية قانونية ناقصة ؛ وقد نصت المادة 2/25 من القانون المدني: « أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا » .

وعلى هذا فإن الجنين تثبت له بعض الحقوق دون البعض الآخر فيثبت له حق النسب لأبيه وحق الإرث في الأصول والأقارب وحقه في أن يوصي له طبقا للمادة 187 من قانون الأسرة: « تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأمت يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنين » .

وإذا نظرنا إلى الحقوق التي يعترف بها القانون للحمل المستكن ، سنجد أنها الحقوق التي لا يحتاج فيها إلى

قبول.<sup>3</sup>

أما الحقوق التي يحتاج اكتسابها إلى قبول ، فلا يكون الجنين صالحاً لاكتسابها ، وعلى هذا لا تصح الهبة له ؛

لأن الهبة عقد لا ينعقد إلا بالقبول.<sup>4</sup>

1 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 540 ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 61 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ،ص 250 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ،ص 315 ؛ ا.د حسام كامل الأهواني ، مرجع سابق ،ص 70 ؛ ا.د حمدى عبد ، الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ،ص 271 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 198 .د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ،ص 139 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع .سابق ،ص 148 ؛ د .جلال العدوى ، د .رمضان أبو السعود ،المدخل الى القانون، مرجع سابق ،ص 60.

2 - تنص المادة 26 من القانون المدني الجزائري بقولها : " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأي طريقة حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية". وبالرجوع إلى قواعد الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية نجد أن نص المادة 63 منة تنص على أن يثبت الميلاد في سجلات رسمية يحدد فيها ساعة الولادة و مكانها وجنس المولود واسم ولقب الأب والأم ومهنتها وأعمارها وذلك في الخمس(05) أيام التالية للولادة.

3 - انظر : ا.د حسام كامل الأهواني ، مرجع سابق ،ص 72 ؛ ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 104 ؛ ا.د عبد المنعم .البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 543 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 148.

4 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 544 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ،ص 251 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ،ص 317 ؛ ا.د حسام كامل الأهواني ، مرجع سابق ،ص 73 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق ،ص 105 ، ا.د محمد على عمران .؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ،ص 140 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ،ص 149.

## الفرع الثاني

## نهایة الشخصية القانونية

تنتهى شخصية الإنسان بموته ؛ وقد يكون الموت حقيقياً وقد يكون اعتبارياً أو حكماًياً.

## أولاً : الموت الحقيقي

وهي الموت المحقق والقطعي فهو واقعة يثبت من خلالها نهایة الشخص الطبيعي فإن تحققت انتقلت تركة المتوفى إلى ورثته، والوفاة كالميلاد تماما واقعة يمكن إثباتها بجميع الطرق والوسائل ولقد نصت المادة 26 من القانون المدني على أنه "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك" كما أوجبت المادة 79 من قانون الحالة المدنية ضرورة التحرير بالوفيات خلال 24 ساعة من وقت حدوثها ولا يتم الدفن حسب نص المادة 78 من ذات القانون دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية بعد إطلاعها على شهادة معدة من طبيب أو ضابط شرطة قضائية ويبين في عقد الوفاة اليوم والساعة واسم ولقب المتوفى وتاريخ ومكان ولادته ومسكنه.

كما لا تنقضي بالوفاة حقوق والتزامات الإنسان فالحقوق المالية الثابتة له تنتقل إلى الورثة باعتبارها تركة،<sup>1</sup> أما الالتزامات فتمتد بعد الوفاة وتحصل من وعاء التركة تطبيقاً لمبدأ أنه "لا تركة إلا بعد سداد الديون" حسب نص المادة 180 من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

## ثانياً: أحكام الغائب

الغائب هو من هجر موطنه أو محل إقامته راضياً أو مرغماً ولو كانت حياته محققة وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون إرادته لشؤونه بنفسه أو بوكيل مما تسبب في تعطل مصالح غيره ومصالحه، لمدة سنة، فالغائب لا يعد مفقوداً ولا أثر على شخصيته القانونية<sup>3</sup>

1 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 547 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ،ص 251 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ،ص 318 ؛ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق ،ص 107 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ،ص 152.

2- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 88. احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 63 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ،ص 253 ؛ ا.د حسام كامل الأهواني ، مرجع سابق ،ص 81 ؛ ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ،ص 271 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ،ص 153 ؛ د . جلال العدوى ، د . أبو السعود ، المدخل الى القانون، مرجع سابق ،ص 63 ؛ د .. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ،ص 174 ..

3- المادة 110 من قانون الأسرة التي تنص على انه: « الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود » .

## ومن هذا المفهوم نستخلص النتائج التالية ونلخصها كالتالي:-

- لا يعتبر الشخص غائبا الا بموجب حكم قضائي صادر عن محكمة الاختصاص التي يلجأ اليها المتضرر من الغياب، ويكون في الغالب الزوجة التي يمكن لها أن ترفع دعوى الحكم بغياب زوجها، بعد مرور سنة من غيابه.

- قد يصدر الحكم بالغياب فقط أو يصدر معه تعيين قيم يتولى مباشرة حقوق والتزاماته وتسيير شؤونه خلال فترة غيابه.

## ومن هذا يترتب اثار قانونية كالتالي:-

أ- تتولى الزوجة شؤون الأبناء محل الزوج عند غيابه.

ب- يجوز رفع دعوى قضائية تتعلق بنفقة الزوجة الغائب عنها زوجها غيبة تتجاوز السنة للمطالبة بحقها في النفقة الغذائية لها ولأبنائها القصر، وذلك من مال زوجها الغائب باعتبار أن النفقة واجبة للزوجة<sup>1</sup> وللأبناء<sup>2</sup> على الزوج.

وإذا كان الزوج الغائب مال نقدي أو غلال مثلا في يد الزوجة فإن المحكمة تحكم لها بأخذ المفروض من المال الذي في يدها.

أما إذا ترك عقارات فإن المحكمة تحكم لها بالنفقة التي تأخذ من الإيجار، ولا تباع هذه العقارات.

- يجوز للزوجة الغائب زوجها لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة ان ترفع دعوى قضائية تطلب فيها التطليق.

## في حالة عودة الزوج:

- إذا انقضت عدتها وتزوجت ورجع الزوج فهنا زواجها الثاني صحيح. أما إذا لم تنقضي العدة وتزوجت فزواجها باطل يفسخ.

1 - تنص المادة 74 من قانون الاسرة على أنه: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه مع مراعاة احكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.»

2 - تنص المادة 75 من قانون الاسرة على انه: «تجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال: فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والانات الى الدخول، وتستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب..»

**ثالثاً : احكام المفقود"**

المفقود هو الشخص الذى غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره ، فلا يعرف حياته أو مماته ، كمن يخرج للسياحة وتنقطع أخباره مدة طويلة أو كمن يفقد فى معركة حربية أو زلزال أو فيضان.

الغائب هو من هجر موطنه أو محل إقامته راضياً أو مرغماً ولو كانت حياته محققة وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون إرادته لشؤونه بنفسه أو بوكيل مما تسبب في تعطل مصالح غيره ومصالحه، فالغائب لا يعد مفقوداً ولا أثر على شخصيته القانونية.<sup>1</sup>

حيث تنص المادة 31 من القانون المدنى على أنه " تجرى على المفقود والغائب الأحكام المقررة فى التشريع العادى."

وطبقاً لهذا النص ، فإن القانون يفرق بين المفقود والغائب ، وذلك على خلاف أحكام الشريعة الإسلامية " المذهب الحنفى " ؛ حيث لا فرق عندهم بين الغائب والمفقود.<sup>2</sup>

وسوف نعرض أولاً لشروط اعتبار المفقود ميتاً ، ثم نعرض لأثر الحكم بموته.

**1- شروط اعتبار المفقود ميتاً:**

تختلف شروط اعتبار المفقود ميتاً باختلاف الحالات التى فُقد فيها ، حيث لم يترك المشرع امر المفقود معلقاً إلى اجل غير معلوم ، وإنما حدد فترة زمنية معينة يحكم بعدها بموته ، وهنا فرق المشرع بين نوعين:

**النوع الأول : حالة الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك**

إذا كان الشخص قد فقد فى ظروف يغلب فيه الهلاك ، كمن يفقد فى حالة الحرب أو كارثة كزلزال أو فيضان أو من يفقد نتيجة وجوده فى منزل قد أحترق أو هدم ؛ أو وجوده فى منطقة تعرضت للغزو أو لحرب أهلية .

<sup>1</sup>-إسماعيل عبد النبي شاهين- مرجع سابق- ص 131- 132.

<sup>2</sup> - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 64 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 254 ؛ ا.د حسام كامل الأهواى ، مرجع سابق ، ص 82 ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 277 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 154 ؛ د . جلال العدوى ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 174 .

في مثل هذه الأحوال ، يحكم القاضى باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده .<sup>1</sup> أما إذا كان المفقود من رجال القوات المسلحة ، وفقد أثناء العمليات الحربية ، فإن وزير الدفاع هو الذى يختص بإصدار القرار بموته بعد مضي أربع سنوات على فقده ، على أن يحل قرار وزير الدفاع محل الحكم القضائي .<sup>2</sup>

### النوع الثانى : حالة الفقد فى ظروف يرحى فيها السلامة

إذا كان الشخص قد فقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، كما لو انقطعت أخبار مسافر طلباً للعلم أو بغرض السياحة ، ففى هذه الحالة لم يحدد المشرع المدة التى تحكم بعدها المحكمة بعدها بموت المفقود ، وإنما ترك امر تقدير هذه المدة إلى القاضى ، وذلك بعد التحري عن وجوده على قيد الحياة أو وفاته بجميع الطرق الممكنة . وفى جميع الأحوال ، لا يجوز أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات ، باعتبار أن هذه المدة تُعد حداً أدنى ليس للقضاء أن ينزل عنه ، وإن كان له أن يزيد عليه.<sup>3</sup>

### 2- أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً

بالنسبة للآثار المترتبة على الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، أو القرار الصادر من وزير الدفاع باعتباره ميتاً ، فإنه يفرق بين ثلاثة فروض :

#### الفرض الأول : مركز المفقود قبل الحكم بموته

يعتبر المفقود حياً بالنسبة للأحكام التى تضره ، ويعتبر ميتاً بالنسبة للأحكام التى تنفعه وتضره بغيره.<sup>4</sup>

#### - النتائج المترتبة على اعتبار المفقود حياً بشأن الأحكام التى تضره وتنفع غيره

1 - تنص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري التى تنص على أنه: «يجوز الحكم بموت المفقود فى الحروب والحالات الاستثنائية بمضى أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التى تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضى فى تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات .»

2 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 552 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 251 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 319 ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص 79 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 117 .

3 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 552 ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 65 ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 408 ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص 84 ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 280 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 154 .

4 - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 65

فلا تورث أموال المفقود ، وتظل زوجته على ذمته ، ولا تستطيع الزواج بغيره ، ولكن للزوجة إذا غاب عنها زوجها بلا عذر مقبول أكثر من سنة ، وكانت تتضرر من ذلك ، أن تطلب من القاضى تطليقها طبقاً لنص المادة 53 من قانون الأسرة، ولو كان لهذا الزوج مال تستطيع الإنفاق منه.<sup>1</sup>

#### - النتائج المترتبة على اعتبار المفقود ميتاً بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره

أن المفقود لا يرث غيره أثناء مدة فقده ، أى فى المدة من تاريخ فقده حتى تاريخ الحكم بموته ، بحيث لا يرث المفقود من مورثه الذى مات بعد الفقد ، كل ما فى الأمر ، وعلى سبيل الاحتياط ، بأن يوقف للمفقود من التركة بقدر نصيبه الذى يستحقه لو كان حياً.

وبالتالى ، لا يرث المفقود طالما أن حياته غير مؤكدة ، ولا يستحق ورثته " ورثة المفقود " هذا النصيب ؛ لأن مناط الميراث هو تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث.<sup>2</sup>

#### الفرض الثانى : مركز المفقود بعد الحكم بموته

فإذا حكم القاضى بموت المفقود ، هنا تنتهى حياة المفقود ، ويرتب هذا الحكم آثاره من تاريخ صدوره.

#### - اعتبار المفقود ميتاً منذ صدور الحكم بالنسبة للرابطة الزوجية:

حيث تعدد زوجة عدة الوفاة وهى أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت صدور الحكم بموته ، وتستطيع أن تتزوج بغيره بعد انتهاء العدة. طبقاً لنص المادة 112 من قانون الأسرة.<sup>3</sup>

#### - اعتبار المفقود ميتاً منذ صدور الحكم بالنسبة لماله:

حيث توزع تركته على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ، ولا يرث من مات منهم فى الفترة بين تاريخ الفقد وتاريخ الحكم ؛ لأن الوارث يجب أن يكون على قيد الحياة وقت وفاة المورث.<sup>4</sup>

1 - انظر : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 155 ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 65 ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 408 ؛ د . جلال العدوى ؛ د . رمضان أبو السعود ، المدخل الى القانون ، مرجع سابق ، ص 66 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 180 .

2 - نظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 320 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 155 ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 66 ؛ د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 409 .

3 - المادة 112 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.»

4 - انظر : ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 255.

### الفرض الثالث : مركز المفقود الذى تتضح حياته بعد الحكم بموته

إذا ظهر المفقود بعد صدور الحكم القضائي بموته ، اعتبر هذا الحكم أو القرار كأن لم يكن ومن ثم تزول بأثر رجعى الآثار التى كانت قد ترتبت عليه ، ولهذا يسترد المفقود ما كان له من أموال أو ما كان يرثه من أموال ، كما تعود إليه زوجته.<sup>1</sup>

#### بالنسبة لأموال المفقود:

إذا تحققت حياة المفقود بعد الحكم بموته ، فيحق له أن يسترد ما بقى قائماً من أمواله تحت أيدي هؤلاء الورثة ، أما ما استهلكه هؤلاء من هذه الأموال ،<sup>2</sup> فإنهم لا يسألون عنه ؛ حيث إن وجود هذه الأموال فى يد من وزعت عليه كان يستند إلى حكم القضاء ، أو قرار بموت المفقود.<sup>3</sup>

#### بالنسبة لزوجته:

إذا كانت الزوجة لم تتزوج ، فإنه لا مشكلة ، حيث تعود الزوجة إلى زوجها بمجرد ظهوره حياً ، أما إذا كانت قد تزوجت بغيره ، فإن المشرع يفرق بين ما إذا كان الزوج قد دخل بالزوجة أو لم يدخل بها. فإذا لم يدخل بها ، فإن الزوجة تعود إلى زوجها العائد ، ويعتبر عقد الزواج الثانى مفسوخاً ، أما إذا كان قد دخل بها ، فإنها تبقى للزوج الثانى ، ما لم يكن هذا الأخير سيء النية أى كان على علم بحياة الزوج الأول عند زواجه منها ، هنا يعتبر الزواج باطلاً ، وتعود الزوجة إلى زوجها الأول ، كما يعتبر الزوج الثانى سيء النية أيضاً ، إذا كان قد عقد عليها فى عدة وفاة الزوج الأول.<sup>4</sup>

1 - انظر : ا.د جلال العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، المدخل الى القانون، مرجع سابق ،ص 67.

2 - المادة 115 من قانون الأسرة التى تنص على أنه: « لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها. »

3 - انظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ،ص 321.

4 - انظر : ا.د حسام الأهوانى ، مرجع سابق ،ص 87.. احمد سي علي، المرجع السابق، ص 75.

## المطلب الثاني

### خصائص الشخصية الطبيعية

تتناول دراسة خصائص الشخصية كل ما يميز شخص عن الآخر ، ويتميز الشخص عن الآخر بحالته وباسمه وبموطنه ، فلكل شخص اسم يسمح بتمييزه عن غيره ، ولكل شخص موطن يمكن العثور عليه فيه لمخاطبته فيما يتعلق بشئونه القانونية ، ولكل شخص حالة تسمح بتمييزه عن غيره ، كما أن لكل شخص أهلية مباشر بمقتضاها حقوقه والتزاماته.<sup>1</sup>

وسوف ندرس في هذا المطلب خصائص الشخصية على النحو التالي:

الفرع الأول : الإسم

الفرع الثاني : الموطن

الفرع الثالث : الحالة

الفرع الرابع : الأهلية

<sup>1</sup> - انظر : ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 127.

## الفرع الأول

### الاسم

#### أولاً : الحق في الاسم

لا شك أن الاسم من مميزات الشخصية ، فهو الذى يميز كل شخص عن غيره من الناس ، ويتكون الاسم عادة من عنصرين : الاسم الشخصى ، وهو الذى يميز الشخص عن بقية أفراد أسرته ، واللقب وهو اسم العائلة ، وهو الذى يميز الشخص عن غيره ويحدد انتمائه إلى أسرة معينة.<sup>1</sup>

وهذا هو ما نصت عليه المادة 28 مدنى على أنه: " يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده." كما يجب أن تكون الأسماء الجزائرية وقد تكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين.

#### ثانياً : الطبيعة القانونية للاسم

ثار جدل فى الفقه حول الطبيعة القانونية للحق فى الاسم ، فذهب رأى إلى أن الحق فى الاسم من حقوق الأسرة، ولكن يؤخذ على هذا الراى ، أنه يشترط لكى يكون للشخص اسم أن ينتمى إلى أسرة ، فقد يكون الشخص مجهول الأبوين ومع ذلك ، فإنه له اسم معين .<sup>2</sup>

كما يمتاز الاسم بأنه شائع بين الناس جميعاً ، فمن تسمى باسم محمد مثلاً ، لا يجوز أن يمنع غيره من التسمي بهذا الاسم ، كما أن اللقب وهو اسم الأسرة ، فهو شائع بين جميع أفراد الأسرة ؛ وهذا على خلاف حق الملكية الذى يمتاز بأنه حق مقصور على صاحبه ، يستطيع أن يمنع غيره من استعماله.<sup>3</sup>

1 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 556 ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 149 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 257 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 325 د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 419 ؛ د . مصطفى محمد الجمال ، د . عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون، الطبعة الاولى، دار الجامعية، بيروت، 1978، ص 437 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 128 ؛ د. رمضان أبو السعود ، نظرية الحق، مرجع سابق ، ص 300 .

2 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 555 ؛ ا.د شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، 1949، دار النشر للجامعات المصرية ، ص 39 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 203.

3 - نظر : د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 204 ؛ ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 555.

ويذهب رأى آخر إلى أن الحق فى الاسم حق ملكية ، ولكن هذا الرأى لم يلق قبولاً لدى الفقه ، على أساس أنه إذا كان لصاحب الاسم حق عليه ، فإن هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ويسرى عليه نفس خصائص هذا النوع من الحقوق ، ويترب على ذلك النتائج الآتية:<sup>1</sup>

- بطلان التصرفات القانونية التى ينزل بمقتضاها الشخص عن حقه فى اسمه لمصلحة شخص آخر.
- حق الإنسان على اسمه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط ، ولذلك فإنتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقاً عليه ، مهما طال مدة انتحاله واستعماله إياه.
- عدم جواز الحجز على حق الإنسان على اسمه.

### ثالثاً : الحماية القانونية للاسم

لما كان الحق فى الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فإن القانون يحميه كما يحمى الشخصية ، فلا يجوز الاعتداء على حق الشخص على اسمه ، كما لو انتحل الغير اسمه ، أو نازعه فى استعماله ، ويتقرر للمعتدى عليه الحق فى مطالبة المعتدى بالكف عن الاعتداء ، فضلاً عن حقه فى التعويض عما لحقه من أضرار مادية أو أدبية ناشئة عن الاعتداء.<sup>2</sup> وقد وردت هذه الأحكام فى المادة 48 مدنى ، حيث نصت على أنه " لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بدون مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه ، أن يطالب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر."

وإذا حدث أن تطابقت الأسماء بين شخصين تطابقاً كاملاً على سبيل المصادفة ، فلا نكون بصدد اعتداء على حق الإنسان على اسمه ، إذ لكل شخص حرية اختيار الاسم الذى يراه ، ولكن نكون بصدد اعتداء أو انتحال ،

1 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 556 ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 78 ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 156 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 258 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 326.

2 - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 78 ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 156 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 258 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 326 ؛ د . جلال العدوى ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 69 ؛ د . مصطفى محمد الجمال ، د . عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 439 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 136 ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 302.

إذا كان استعمال الاسم القصد منه إيهام الغير بأنه الشخص الآخر ، فهنا يتقرر للمعتدى عليه الحق في وقف الاعتداء باعتباره انتحالاً للاسم.<sup>1</sup>

### رابعاً : أنواع الحق في الاسم

#### 1- الاسم الشخصي واسم الشهرة

الاسم الحقيقي هو الاسم الذى يطلق علي الشخص عند ولادته، ولقد أوجب قانون الأحوال المدنية ذكر اسم المولود واسم أبيه ضمن البيانات الواجبة الإبلاغ عن واقعة الميلاد.

ولا يوجد في القانون الجزائري ضابطاً للأسماء ، فكل شخص له الحق في تسمية المولود بأي اسم بشرط أن يكون الاسم من الأسماء الجزائرية.<sup>2</sup>

أما اسم الشهرة هو اسم مخالف للاسم الحقيقي للشخص يطلقه عليه الجمهور فيشتهر به أمام الناس. وعادة يكون اسم الشهرة مشتقاً من صفة جسمانية أو ذهنية في الشخص أو من مهنته الأصلية.<sup>3</sup>

ويتمتع اسم الشهرة عند ذبوعه بنفس الحماية التي كفلها القانون للاسم الحقيقي ، فيصبح حقاً لصاحبه، وله أن يطالب بوقف الاعتداء إذا ما نازعه الغير في اسم الشهرة بلا مبرر ، وكذلك المطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر مادية أو أدبية ناشئة عن الاعتداء.<sup>4</sup>

ولا يمكن تغييره ولا تصحيحه إلا لأسباب جدية وبعد إتباع إجراءات المنصوص عليها قانوناً، لما في إطلاق ذلك من مخاطر على النظام العام.<sup>5</sup>

1 - نظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 330 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 206 ؛ ا.د . جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 143.

2 - انظر : ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 259 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 131 ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 301؛ د . محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 142.

3 - انظر : د . نعمان خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص 428.

4 - انظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد ؛ فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 327 ؛ د . جلال العدوي ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 70 . ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 136 ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 303.

5 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 138 . عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 41-42.

ولذلك ، يجوز لصاحب الاسم الحقيقي أن يغيره بعد استيفاء الإجراءات التي نص عليها القانون ، لضمان جدية التغيير ، وإعلانه للجمهور ، حفاظاً على مصلحة المجتمع ، وتجنباً لما يلحق الغير من ضرر نتيجة تغيير الاسم.<sup>1</sup>

## 2- الاسم المستعار

وهو الاسم الذي يطلقه الشخص على نفسه رغبة منه في إخفاء شخصيته ، ككاتب جديد يريد أن يعرفه الجمهور؛ أو أن تظهر فنان جديد ويصطنع اسماً فنياً جديداً لها ليطلقه على نفسه بقصد أن يلفت نظر الجماهير لتحقيق الشهرة في المجال الفني،<sup>2</sup> أو يجد المغنى أو الممثل أن اسمه صعب النطق أو غير موسيقى أو أنه اسم شائع ، فيختار اسماً سهلاً أو متميزاً أو سهل الحفظ ، لكي يظهر به على الجمهور ويساعده على الشهرة.<sup>3</sup>

ويتمتع الاسم المستعار بذات الحماية القانونية إذا اشتهر به الشخص ؛ بحيث يصبح متعلقاً بشخصيته، ويكون شأنه في ذلك شأن الاسم الحقيقي.<sup>4</sup>

## 3- الاسم التجاري

هو الاسم الذي يتخذه شخص أو شركة أو أية مؤسسة تجارية لكي يتميز به المحل أو المنشأة ، ارتبط اسم الشخص بمنتج تجاري مشهور يصبح هذا الاسم عنصر من ذلك المنتج كقولنا (حمود بوعلام) أو (بيار كاردان) وفي هذه الحالة يجوز أن يتصرف الشخص في اسمه والتنازل عنه بإعتباره علامة تجارية.<sup>5</sup>

والحق على الاسم التجاري يختلف عن حق الشخص على اسمه ، إذ أن الحق على الاسم التجاري حق مالي أي له صفة مالية ، ولهذا يصح التصرف فيه بالتنازل عنه إلى الغير شريطة ألا يكون هذا التصرف مستقلاً عن

1 - لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 79 ؛ ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 156 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د .نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 259 ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 302.

2 - انظر : د .محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 143.

3 - انظر : د .نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 428.

4 - انظر : د .ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 208.

5 - انظر : ا.د جلال علي العدوى ، د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 70

المحل التجاري ، ويجوز للمتصرف إليه أن يستخدم في هذه الحالة الاسم التجاري المتصرف فيه كعلامة مميزة للمحل التجاري المتصرف فيه.<sup>1</sup>

ولا يجوز الاعتداء على الاسم التجاري وللمعتدى عليه أن يدفع هذا الاعتداء وله أن يطالب المعتدى سواء كان هذا الاعتداء بانتحال هذا الاسم التجاري أو بطريقة أخرى بوقف الاعتداء وبتعويضه عما أصابه من ضرر.

### الفرع الثالث

#### الموطن

#### Le domicile

#### أولاً : تعريف الموطن

يقصد بالموطن في القانون المدني مقر سكن الشخص الذي يعتدي به القانون فيما يتعلق بنشاطاته وعلاقاته القانونية مع غيره من الأشخاص وذلك بغرض تيسير الاتصال به ، ويعتبر موجوداً فيه بصفة دائمة ، حتى ولو تغيب عنه فترة مؤقتة.<sup>2</sup>

وفي هذا المعنى يختلف الموطن عن محل الإقامة : فالموطن هو الذى يقيم فيه الشخص إقامة دائمة ومستقرة ولو تخلل ذلك فترات غياب مؤقتة.

وأما محل الإقامة فهو المكان الذى يقيم فيه الشخص ولو كان ذلك بصفة مؤقتة كالإقامة في فندق أثناء رحلة سياحية أو غير ذلك.<sup>3</sup>

وهذا هو ما نصت عليه المادة 36 من القانون المدني المصرى على أن "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود المسكن يقوم محل الإقامة العادي قيام الموطن."

والغالب أن يكون لكل شخص موطن، وقد يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وقد يكون الشخص بلا موطن ، ويتعدد موطن الشخص إذا كانت له إقامة ثابتة ومستقرة في أكثر من مكان . ومثال على ذلك ، من يكون له أكثر من زوجة فيتعدد موطنه بتعدد زوجاته ، ولا يكون للشخص موطن إذا لم تكن له إقامة ثابتة

1 - انظر : ا.د محمد على عمران ، ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 152 ؛ ا.د جلال على العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 70.

2 - انظر : د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 337. ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 330

3 - انظر : ا.د محمد على عمران ، د . فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 158.

ومستقرة في مكان ما ، كما هو الشأن بالنسبة للبدو الرحل ، الذين يستقرون في مكان بعينه ، ويعتد في هذه الحالة بمكان وجود الشخص.<sup>1</sup> إلا أن المشرع الجزائري لم يقرر قاعدة عامة في هذا الصدد ، حيث نصت المادة 15-3 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه " ... فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له."

### ثانياً : أهمية الموطن

يعد الموطن من أهم عناصر الشخصية القانونية ، فإذا كانت الحالة المدنية تحدد مركز الشخص بالنسبة إلى الأسرة والدولة ، وإذا كان الاسم كأحد عناصر الشخصية يسمح بالتعرف على الفرد وتمييزه عن غيره ، فإن الموطن يمكن من العثور على مقر الشخص ومكانه ، ويترتب على ذلك ، فوائد قانونية عدة ، أهمها:

#### 1- تحديد الاختصاص القضائي:

تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار " وبذلك للموطن أهمية بالغة في تحديد توزيع الاختصاص الإقليمي بين الجهات القضائية.

#### 2- مكان تلقي التبليغات القانونية و الأوراق القضائية:

فكل الأوراق القضائية المطلوب إعلانها للشخص كالإندرات، والتنبيه والإعلان يجب أن توجه للشخص في موطنه.

#### 3- تحديد مكان الوفاء بالالتزام:

بالنسبة للالتزام الذي يتعلق بشيء معين بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

#### 4- الموطن أساس تحديد الاختصاص في مسائل التنازع بين القوانين الوطنية والأجنبية.<sup>2</sup>

#### 5- شهر الإفلاس:

<sup>1</sup> - نظر : ا.د محمد على عمران ، د . فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 158.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 345.

أن شهر إفلاس التاجر الذى يتوقف عن سداد ديونه هو من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن التاجر المفلس ، وكذلك الحال ، فإن شهر الإعسار بالنسبة إلى غير التجار هو من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدين المعسر.

### ثالثاً : كيفية تحديد الموطن

من غير المنطقي أن يتحدد موطن الشخص على أساس المكان الذى يتواجد فيه ، فقد يكون وجود الشخص فى مكان معين وجوداً عابراً أو مصادفة ، وقد يصعب فى كثير من الأحيان التوصل إلى معرفة هذا المكان ، وليس فى ذلك صالح الشخص نفسه ولا صالح من يريد التعامل معه ، وباستبعاد هذا المكان ، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين يمكن التعويل عليهما كموطن للشخص.<sup>1</sup>

**الفرض الأول " التصوير الحكمي "** : إما أن ينظر إلى المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى لأعمال الشخص ومصالحه " كمكان المكتب بالنسبة للمحامى والمحل التجاري بالنسبة للتاجر ، والمصنع بالنسبة لصاحبه " .

**الفرض الثانى " التصوير الواقعي "** : ويتحدد فيه الموطن على أساس الإقامة الفعلية للشخص.

وهذا التصوير الأخير " الواقعي " هو الذى أخذ به المشرع المصرى ، حيث نصت المادة 36 مدنى على أن " الموطن كل جزائري هو المحل الذى يوجد فيه سكنه الرئيسى ، وعند وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن."

ووفقاً لهذا التصوير يتكون الموطن من عنصرين : العنصر الأول هو الإقامة الفعلية ؛ أى السكن فلا يعتبر موطناً للشخص المكان الذى يتردد عليه لزيارة قريب مثلاً أو صديق ، مادام أنه يعود بعد ذلك إلى منزله هو ، كما أنه لا يعد موطناً للشخص المنزل الذى يجرى تجهيزه للسكنى ، لأن الشخص لا يمكن أن يقيم فيه إقامة فعلية.<sup>2</sup>

1 - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 81 ؛ ا.د عبد المنعم البداروى ، مرجع سابق ، ص 593 ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص 100 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د . سعيد فهمي صادق ، مرجع سابق ، ص 331 ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 160 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 146 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 176 ؛ ا.د جلال العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 76 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 214.

2 - انظر : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 177 ؛ ا.د جلال العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 77.

والعنصر الثاني هو الاعتياد ؛ وهذا الاعتياد يتطلب أن تكون الإقامة مستقرة غير عرضية أو مؤقتة ، ولكنه لا يتطلب الإقامة مدة معينة أو اتصالها دون انقطاع ، ولهذا لا يعد المكان الذي يقيم فيه الشخص أثناء السفر أو مدة المصيف موطناً له ، لأن إقامته فيه هي إقامة عرضية مؤقتة .<sup>1</sup>

#### رابعاً : أنواع الموطن

ينقسم الموطن إلى نوعين هما الموطن العام والموطن الخاص ، وينقسم الموطن العام إلى نوعين ، الموطن العام الإرادي والموطن العام القانوني أو الإلزامي ، أما الموطن الخاص فهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع وهم ، الموطن التجاري أو الحرثي أو ما يسمى بموطن الأعمال ، وموطن القاصر المأذون ومن في حكمه ، والموطن المختار ، وسوف نعرض لهذه الأنواع جميعاً بشيء من التفصيل.<sup>2</sup>

#### حالات الموطن العام:

هو المكان الذي يختاره الإنسان بإرادته ويقوم فيه بصفة مستقر ودائمة وغير منقطعة لفترات طويلة وقد نصت المادة 36 من القانون المدني: « موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود المسكن يقوم محل الإقامة العادي قيام الموطن » .

وهذا هو الموطن العام الإرادي لأنه قائم على عناصر:

أ- الاختيار.

ب- الإقامة الفعلية.

ج- نية الاستقرار.

وقد يكون الموطن العام قانوني وإلزامي أي أن القانون هو الذي يحدده مثل موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب فاعتبر القانون إن موطن المذكورين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً سواء كان وصياً (وهو من يعينه ولي القاصر لرعاية شؤون ابنه بعد وفاة الولي) أو مقدماً أو قيماً (وهو الشخص الذي يرعى شؤون فاقد الأهلية وتعيينه المحكمة).

مع ملاحظة إن المشرع لا يعترف بأكثر من موطن قانوني عام واحد لكل شخص وهذا ما نصت عليه المادة 36 الفقرة 2 (لا يجوز أن يكون لشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت فإذا كان لشخص مثلاً سكينين

<sup>1</sup> - نظر : ا.د جلال العدوي ، د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 77

<sup>2</sup> - انظر : د .محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ،ص 149.

واحد صيفي والآخر لبقيبة السنة فالعبرة دائما بالموطن الرئيسي وهو الذي يقضي فيه الشخص أطول فترة من السنة بغض النظر عن السكن الظرفي المؤقت وهذا مستدلا عليه من خلال ما أورده المشرع في المادة 36 الفقرة الأولى (مواطن كل جزائري هم المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي ...) وهذا يعني مباشرة استبعاد السكن الثانوي من اعتباره موطن قانونيا)

الخلاصة إن المواطن العام إما يكون موطن إرادي أو موطن إلزامي.

### حالات المواطن الخاص:

للمواطن الخاص ، في القانون المدني الجزائري ، ثلاثة أنواع هي :

- موطن الأعمال أو الموطن التجاري والحرفي
- موطن القاصر المأذون له بالإدارة ومن في حكمه
- الموطن المختار

وسوف نتعرض إلى هذه الحالات بشيء من التفصيل:

**مواطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي:** تنص المادة 37 مدني على أنه " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة. "

وعلى ذلك ، فقد جعل القانون المدني المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة للأعمال المتعلقة بتلك التجارة أو الحرفة ، ويترتب على ذلك ، أن التاجر و الحرفي لهما إضافة إلى موطنهما العام وهو محل إقامتهما موطن خاص يتمثل في المكان الذي يباشر فيه كل منهما تجارته وحرفته . وموطن الأعمال بالنسبة إلى التاجر أو الحرفي هو موطن خاص فقط بالنسبة للمعاملات القانونية المتعلقة بتجارته أو بحرفته ، أما بالنسبة إلى بقية شئون هذا الشخص ، فيبقى الموطن في شأنها موطنه العادي وهو محل إقامته المعتادة.<sup>1</sup>

**مواطن القاصر المأذون له بالإدارة ومن في حكمه** يجعل القانون موطن القاصر ومصلحته هو موطن من ينوب عنه قانوناً، ومن يستطيع إدارة شئونه بدلاً منه.<sup>2</sup>

1 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 83 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 217؛ د. مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 445 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 161.

2 - انظر : ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 181

ولما كان القانون يميز للقاصر ، إذا بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية مباشرة بعض الأعمال القانونية ، ويكون القاصر بالنسبة لهذه الأعمال كما لو كان كامل الأهلية ، رغم أنه يظل ناقص الأهلية فى كافة أعماله الأخرى عدا الإدارة.

وهذا هو ما نصت عليه المادة 38 من القانون المدنى على أنه " ... يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة إلى للتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها."

وإذا كان هذا النص لم يذكر سوى القاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه ، إلا أن هذا النص يمتد إلى القاصر الذى لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ، بالنسبة للأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها ، بحيث يكون له موطن خاص بهذه الأعمال هو المكان الذى يقيم فيه عادة ، وذلك بجانب موطنه العام القانونى وهو موطن نائبه القانونى.<sup>1</sup> طبقاً للمادة 38 من القانون المدنى.

وخالصة ما سبق ، أن القاصر المأذون له بالإدارة ومن فى حكمه من المحجور عليهم يتمتع كل منهما بموطنين ، موطن عام ، يتحدد بشكل الزامى ، وهو موطن من ينوب عنه قانوناً ، وموطن خاص ، يتحدد بشكل اختيارى ، حيث يحدد القاصر أو من فى حكمه موطنه الخاص بالإدارة المأذون له بها سواء فى محل إقامته أو محل صناعته أو تجارته محل الإذن بالإدارة.<sup>2</sup>

### الموطن المختار:

وهو المكان الذى يتخذه الشخص من أجل تنفيذ عمل قانونى معين ، وبالتالى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك ، إجراءات التنفيذ الجبرى ، وهذا الأمر يسهل كثيراً الإجراءات والمعاملات القانونية ، وخاصة فى مجال التجارة ، ولا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة.<sup>3</sup> وهذا ما جاء فى نص المادة 39 من القانون المدنى التى تنص على أنه: "يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانونى معين.

يجب اثبات الموطن كتابة.

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانونى يعد موطناً بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة".

1 - انظر : ا.د جلال العدوى ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 79.

2 - انظر : د . محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص 151

3 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 163.

ومن أمثلة ذلك ، أن يقوم الشخص باختيار مكتب محام موطن مختار له ، وهذا ما يحدث عندما يريد الشخص إجراء عمل قانوني معين كبيع عقار أو كتابة عقد أو رفع دعوى.<sup>1</sup>

وينحصر الموطن المختار في شأن العمل القانوني المعين ، فلا يعتد به في عمل قانوني آخر ، فمكتب المحامي الذي تحدد كموطن مختار بالنسبة لعمل قانوني معين ، لا يكون موطناً مختاراً بالنسبة لعمل قانوني آخر ، حتى ولو كان مهمة الدفاع مسندة إلى المحامي نفسه.<sup>2</sup>

والأصل أن يكون اتخاذ موطن مختار بالنسبة لتنفيذ عمل قانوني معين أمراً جوازياً للشخص ، فيجوز أن يكون موطنه العام هو الموطن بالنسبة لتنفيذ هذا العمل ، وقد اشترط المشرع إثبات الموطن المختار بالكتابة منعاً من إثارة الشك حول وجوده.<sup>3</sup>

ويجب على الشخص الذي اتخذ من مكتب محام موطناً مختاراً له ، أن يبرم معه عقداً يحدد الأعمال المسندة إليه وهذا يقتضى إبرام توكيل نيابة عنه سواء كان توكيلاً عاماً أو توكيلاً خاصاً.<sup>4</sup>

### الفرع الثالث

#### الحالة

يقصد بها مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيه، من خلال تحديد مجموعة الحقوق المقررة له والالتزامات المقررة عليه، وذلك فكل شخص يتصف بصفة معينة نتاج انتماءه إلى دولة معينة ، وهو ما يعرف بالحالة السياسية وانتماءه إلى أسرة ينتج عنه تحديد حالته العائلية وفي بعض الأحيان يقرر القانون آثار معينة على الانتماء الديني تعرف بالحالة الدينية.<sup>5</sup>

1 - انظر : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 219

2 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 85.

3 - انظر : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 220 ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 345.

4 - انظر : د. محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 154.

5 - انظر : ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 287 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 322 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 69 ؛ ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 270 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 165. ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 146 ؛ ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 196 ؛ د. محمد نصر رفاعي ، مرجع سابق ، ص 176 ؛ د. جلال العدوي ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 70. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 175.

## أولاً : الحالة السياسية

يقصد بها مركز الشخص من حيث انتسابه إلى دولة معينة فالشخص ينتمي لدولة ما ويرتبط بها كأحد مواطنيها برابطة الولاء والتبعية وتلك الرابطة تسمى بالجنسية، وهي معيار التمييز بين الوطنيين والأجانب فالوطني هو من يتمتع بها والأجنبي هو من لا يتمتع بها ، و في ذلك أهمية قصوى من حيث تحديد الحقوق والواجبات المقررة لفائدة كل طرف، فالأصل أن الأجانب محرومون من بعض الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون كحق الترشيح للانتخابات.<sup>1</sup>

وهذه الجنسية إما أن تكون جنسية أصلية ، وإما أن تكون جنسية مكتسبة:

1- الجنسية الأصلية : وهي الجنسية التي تثبت للشخص وفقاً لأحد أساسين أو وفقاً لهذين الأساسين معاً :  
فأما الأساس الأول فهو رابطة الدم التي تستمد من ولادة الشخص من أصل يتمتع بجنسية الدولة مثل ميلاد الشخص لأب جزائري ، فيأخذ الابن جنسية أبيه ، وهذا ما نصت عليه المادة 06 من قانون الجنسية (يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية) وهذه هي الجنسية الأصلية المقررة بحق الدم والنسب.  
وأما الأساس الثاني فهو رابطة الإقليم<sup>2</sup> التي تتحقق بولادة الشخص على إقليم الدولة ؛ ولا تثبت الجنسية على هذا الأساس الا في الحالات التي نصت عليها المادة 7 من قانون الجنسية التي نصت على أنه: (يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر):

- من أبوين مجهولين.
- الولد الحديث الولادة الذي يعثر عليه في الجزائر.
- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون معرفة جنسيتها.

1 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 69 ، ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 260 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 322 ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 146 ؛ ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 169 ؛ د . محمد نصر رفاعي ، مرجع سابق ، ص 176 ؛ د . جلال العدوي ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 72.

2 - انظر : ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 146 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 69 ، ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 260 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 322 ؛ ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 196 ؛ د . محمد نصر رفاعي ، مرجع سابق ، ص 176.

2- الجنسية المكتسبة: يكتسب الفرد الأجنبي المتزوج من جزائرية تحمل الجنسية الجزائرية وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة المتزوجة من جزائري ولكن لا يتم ذلك إلا وفقا لشروط حددها القانون في المادة 09 من قانون الجنسية وهي:

- 1- أن يكون الزواج قائما منذ 3 سنوات من تقديم طلب التجنس.
- 2- الإقامة المعتادة في الجزائر لمدة عامين على الأقل.
- 3- التمتع بحسن السيرة السلوك.
- 3- التجنس: يمكن للأجنبي أن يصبح حاملا للجنسية الجزائرية ويتخلى عن جنسيته الأصلية إذا ما توفرت فيه الشروط المحددة في المادة 10 من قانون الجنسية<sup>(1)</sup> وهي:

- 1- أن يقيم في الجزائر 7 سنوات على الأقل.
- 2- أن يكون مقيما بالجزائر وقت التوقيع على مرسوم التجنس.
- 3- أن يكون بالغ سن الرشد.
- 4- أن تكون سيرته حسنة.
- 5- أن يثبت موارد عيشه ورزقه.
- 6- أن يكون سليم العقل والجسم.
- 7- أن يثبت اندماجه في المجتمع.

فإذا توفرت للأجنبي او الأجنبية الشروط السابقة يحصل على الجنسية الجزائرية عن طريق الاكتساب.

ويترتب على اكتساب الشخص جنسية دولة معينة عدة آثار من أهمها اكتسابه صفة المواطن وما يستتبع ذلك من تمتعه بالحقوق السياسية وما يقع عليه من واجب أداء الخدمة العسكرية ؛ فهذه الحقوق والواجبات لا تثبت إلا لمن له صفة المواطن.<sup>1</sup>

ثانياً : الحالة العائلية " القرابة"

يقصد بالحالة العائلية تحديد مركز الشخص من حيث انتمائه إلى اسرة معينة.

<sup>1</sup> - انظر : ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 146

والقرابة بوجه عام هي الصلة التي تربط بين شخصين ويرتب عليها القانون أثراً<sup>1</sup>. هذه الصلة قد تكون هي صلة الدم وهي التي تسمى قرابة النسب ، كما قد تكون صلة المصاهرة وهي التي تسمى قرابة المصاهرة. وبذلك يكون لدينا نوعان من القرابة: قرابة النسب وقرابة المصاهرة.<sup>2</sup>

### أولاً : قرابة النسب

1- وهي الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك واحد سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم . كالأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا كالأخوة وأبناء الأعمام والأب والجد وأن على .

وقرابة النسب تنقسم إلى قسمين : قرابة مباشرة وقرابة غير مباشرة " وتعرف بقرابة الحواشي.<sup>3</sup>

### 1- القرابة المباشرة :

هي الصلة التي تجمع بين الأصل والفرع ، أو هي القرابة المنحصرة في عمود النسب ، ومثال ذلك الصلة بين الابن والأب أو بين الحفيد والجد ، وقد تكون هذه القرابة صاعدة أو نازلة ، وتكون صاعدة إذا كانت بين الابن وأبيه أو بين ابن الابن والجد وإن علا ، وتكون نازلة ، حين تنزل من الأب إلى الابن أو من الجد إلى ابن الابن.<sup>4</sup> وقد سميت هذه القرابة بقرابة الخط المستقيم ؛ لأنها تربط بين أشخاص يتسلسلون أحدهم عن الآخر فيكون الخط الذي يربط بينهم خطأ مستقيماً.<sup>5</sup>

وتحسب درجة القرابة المباشرة على عمود النسب طبقاً لما حددته المادة 34 من القانون المدني التي أكدت أنه: يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل.

1 - انظر : ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 416.

2 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 168 ؛ ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 416.

3 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 168.

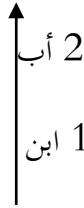
4 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 578 ؛ ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 147 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 72 ، ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 264 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 324 ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 306 ؛ ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 170 ؛ د . جلال العدوي ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 72 ؛ د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 417 ؛ د . مصطفى محمد الجمال ، د . عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 435 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 193.

5- انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 166 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 70 ؛ ا.د احمد . عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 322. انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 169

ومثال ذلك، فإن القرابة بين الابن وأبيه مثلاً هي قرابة من الدرجة الأولى ؛ لأن الابن فرع ؛ وهذه درجة ،  
 وخروج الأب باعتباره الأصل ، فلا يحتسب .

ويعتبر ابن الابن في الدرجة الثانية من القرابة لجدته أو لجدته ؛ لأن ابن الابن فرع ، فيعتبر درجة ، والأب أو  
 الأم فرع ، فيعتبر درجة ثانية ، والجد أو الجدة أصل فلا يحتسب .

جد (أصل لا يحسب)



(صعوداً من الفرع إلى الأصل)

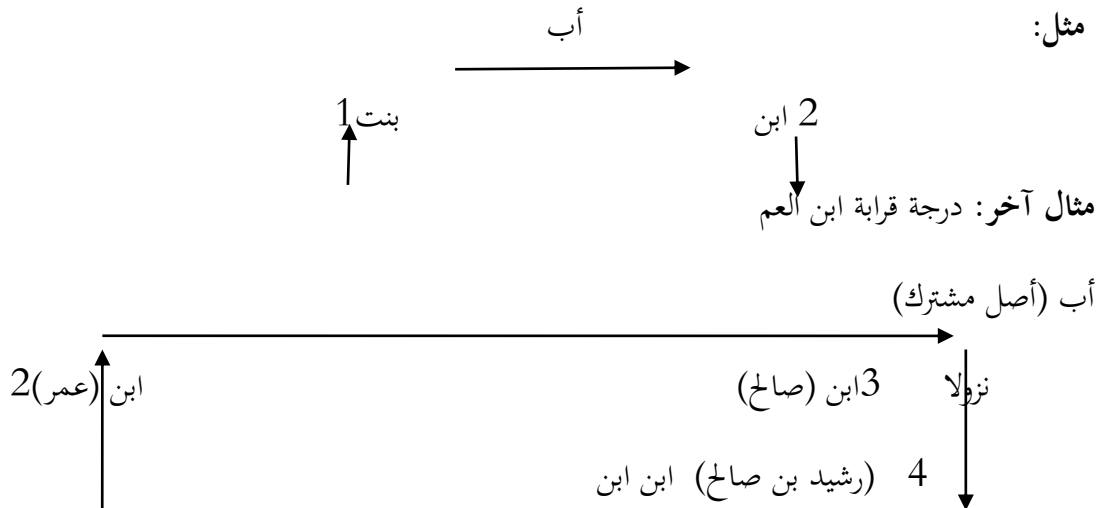
فالابن هو قريب لجدته قرابة مباشرة من الدرجة الثانية.

- قرابة الحواشي : وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرع للآخر، مثل  
 قرابة الأخ لأخته فلهم أصل مشترك واحد وهو الأب دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر.

- درجة قرابة الحواشي تحسب صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه للفرع الآخر وكل فرع فيما عدا  
 الأصل المشترك يعتبر درجة.

فالأخ مثلاً يعتبر قريباً من الدرجة الثانية لأخته لأن الأصل المشترك بينهما هو (الأب)

مثل:



ابن ابن (السعيد بن عمر) 1 صعوداً

## ثانياً : قرابة المصاهرة

وهي القرابة التي تقوم نتيجة الزواج وتقوم بين الزوجين وأقارب الزوج الآخر وقد نصت المادة 35 من القانون المدني: (يعتبر أقارب أحد الزوجين من نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر).

وهكذا يصبح والد الزوج قريباً للزوجة من الدرجة الأولى وأخت الزوجة تعتبر قريبة للزوج قرابة مصاهرة بالنسبة للزوج من الدرجة الثانية ولكن أخ الزوج لا يعتبر قريباً لأخت الزوجة بل قريباً للزوجة بنفس درجة قرابته لأخيه الزوج.

## الفرع الثالث:

## أهمية القرابة

أن للقرابة في مجال القانون آثاراً هامة نذكر بعضها فيما يلي:

**أولاً :** يترتب على القرابة ثبوت حقوق للشخص باعتباره عضواً في أسرة ، فمثلاً يترتب على ثبوت البنوة حق الطاعة للأب على أبنه ، وحق التأديب ، ويكون للابن على ابيه حق الإنفاق وحق التربية وما يستلزمه من رعاية وتوجيه ، ولكن إلى جانب حقوق الأسرة السابقة ، تنشئ القرابة حقوقاً مالية أخرى ، هي الحق في الإرث والحق في النفقة.

## ثانياً : أن درجة القرابة لها تأثير على بعض الأحكام القانونية نورد أمثلة لها

- حيث تنص المادة 798 من القانون المدني على عدم جواز الأخذ بالشفعة ، "إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية."

2- كما تنص المادة 241 فقرة من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: " يجوز رد قاضي الحكم، ومساعد القاضي في الحالات الآتية: 1- ،... ، 2- إذا وجدت قرابة مصاهرة بينه وبين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم، حتى الدرجة الرابعة. ... ".

- كما تنص المادة 133 فقرة من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه: " لا يقبل الرد الا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر. "

## ثالثاً : الحالة الدينية

جاء في نص المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه لكل شخص حق في حرية الفكر والضمير والدين، كما منعت المادة 02 من نفس الإعلان التمييز بين الجنسين بالنظر إلى الرأي السياسي أو اللغة أو الدين وقد كرس المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 38 من الدستور بقوله الحريات الأساسية للإنسان مضمونة كما جاء في نص المادة 42 منه أن ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون.<sup>1</sup>

فالأصل أنه لا تأثير للحالة الدينية على صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق أو في تحمل الالتزامات غير أنه واستثناء من هذه القاعدة فرض القانون الجزائري حالة دينية معينة للتمتع بحق معين فنص المادة 87 من الدستور تفرض على المترشح لمنصب رئيس الجمهورية أن يكون يدين بالإسلام .

أما نص المادة 118 من قانون الأسرة فرضت على الكافل أن يكون مسلماً كما منعت المادة 31 من نفس القانون زواج الجزائرية المسلمة من غير المسلم. ولا يرث الكافر ( غير المسلم ) من المسلم.

## الفرع الرابع

## الأهلية

يقصد بالأهلية في اللغة القدرة أو الصلاحية وتعرف اصطلاحاً بأنها صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات،<sup>2</sup> وقدرة الإنسان على أن يباشر الأعمال القانونية المتعلقة بهذه الحقوق.<sup>3</sup> فمن خلال هذا التعريف يمكننا القول بأن الأهلية نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء

أولاً : تحديد معنى الأهلية بنوعيها

أهلية الوجوب *capacité jouissance*

ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات<sup>4</sup>، وتثبت أهلية الوجوب للجميع بصرف النظر عن السن أو الإدراك أو التمييز، فهي تتقرر لعديم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون؛<sup>1</sup> لأن مناط

1 - انظر : ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 82 ؛ ا.د جلال على العدوي ، د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 74 . ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 74 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص 267.

2 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 606.

3-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 172.

4 - انظر : ا.د السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج 1 ، ص 95 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 87 ؛ د . محمد مرسى ، شرح القانون المصري ، ط 4 ، ص 354 ؛ ا.د احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، ص 39.

أهلية الوجوب هو الحياة ، وتظل أهلية الوجوب ملازمة للشخص ، طالما بقى على قيد الحياة ، ولا تزول عنه إلا بالوفاة ، فالإنسان بمجرد ولادته تثبت له الحقوق والالتزامات عليه ، ولكنه لا يستطيع أن يباشر الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه ؛ فهو غير أهل لمباشرة هذه الأعمال ، وتلك القدرة على مباشرة الأعمال القانونية هي التي تسمى في الاصطلاح " أهلية الأداء ".<sup>2</sup>

### أهلية الأداء **capacité d'exercice**

هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون ، ومعنى ذلك أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية وبالتالي ، فهي لا تثبت لكل إنسان بمجرد ميلاده ، أي بمجرد ثبوت الشخصية القانونية له ، وإنما تثبت للإنسان الذي تتوفر لديه ملكات التمييز والإدراك ، فأهلية الأداء قد تكون معدومة ، وذلك منذ ميلاد الشخص حتى بلوغه سبع سنوات ، وقد تكون أهلية الأداء كاملة ببلوغ الشخص إحدى وعشرين عاماً ، وحينئذ يكون كامل الإدراك والتمييز ، وقد تكون أهلية الأداء ناقصة ، وهي تكون كذلك إذا بلغ الشخص سبع سنوات حتى قبل بلوغه إحدى وعشرين عاماً ، وحينئذ يكون ناقص الإدراك والتمييز.

### ثانياً : التفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء

إذا كانت أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزام ، ومع ذلك يجب التفرقة بين الحقوق السياسية والحقوق المدنية ، فأما بالنسبة إلى الحقوق السياسية ، فإن القانون هو الذي يحدد أهلية الشخص بالنسبة إلى كل حق من هذه الحقوق ، فيبين القانون مثلاً الشروط اللازمة لتولى الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح.

ومن ذلك ما ينص عليه القانون من أن الجزائريين البالغين من العمر 18 سنة يكون لهم حق انتخاب.

وأما بالنسبة للحقوق غير السياسية ، فالأصل أنها تثبت بالنسبة للكافة فيما عدا الحالات التي يحد فيها القانون من هذه الأهلية ومن أمثلة القيود التي تحد من أهلية الوجوب ما يأتي:

- ما تنص عليه المادة 402 مدني بأنه " لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين، ولا

للمحاميين ولا الموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشترتوا بانفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق

1 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 185

2 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 606.

المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلاً".

- ومن ذلك أيضاً ما تقرره أحكام الشريعة الغراء من أن القاتل لا يصلح أن يمتلك بطريق الميراث من تركة مورثه."

وأما بالنسبة لأهلية الأداء ، فإنها لا تثبت إلا لمن بلغ درجة معينة من النضج تسمح له بالتمييز بين ما يضر وما ينفع.

ومادام أن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية فإنها ترتبط بإرادته ، ولا بد أن يتحدد نطاقها بالأعمال الإرادية لا بالأعمال المادية. والسبب في ذلك هو أن الآثار القانونية ترتبط بالتصرف القانوني تبعاً لنشاط الإرادة ، فالإرادة هي التي تهدف إلى إحداث الأثر القانوني وأما بالنسبة للأعمال المادية التي يرتب عليها القانون آثاراً ، فإن هذه الآثار يرتبها القانون بغض النظر عن انصراف الإرادة إلى إحداثها أو عدم انصرافها.<sup>1</sup>

ولما كانت القدرة على التمييز تتدرج عند الإنسان تبعاً لسنة وما يصيبه من عوارض ، فإن أهلية الأداء تتدرج هي الأخرى من الانعدام إلى النقصان إلى الكمال.<sup>2</sup> لذلك فإننا سنتعرض لما يأتي:

- مراحل أهلية الأداء
- عوارض الأهلية

## الفرع الخامس

### مراحل أهلية الأداء

اعتد القانون بسن الشخص كميّار لتحديد مدى أهلية الأداء المقررة له ، طالما أن قدرة الشخص على التمييز والإدراك تتدرج بحسب سنه ، فقد ربط القانون بين مدى خطورة التصرف من ناحية وسن المتصرف من ناحية أخرى<sup>3</sup>. وفي هذا الصدد ، فقد فرق المشرع بين بين ثلاثة مراحل من عمر الإنسان:

1 - انظر : ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 165

2 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 89 .

3 - نظر : ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 448 .

المرحلة الأولى : انعدام أهلية الصبي غير المميز : وتبدأ هذه المرحلة بميلاد الإنسان حياً وتنتهى ببلوغه السابعة من عمره.

المرحلة الثانية : وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي السابعة من عمره حتى بلوغ سن الرشد.

المرحلة الثالثة : وتستمر هذه المرحلة من وقت اكتمال الإنسان سن الرشد ببلوغه إحدى وعشرين عاماً لحين وفاته.

وسوف ندرس بالتفصيل لحكم القانون للتصرفات التي يجريها الشخص خلال مراحل حياته.

### أولاً : الصبي غير المميز " عديم الأهلية"

حيث نصت المادة 42 مدني على أنه " 1- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

2- يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة."

ويتضح من هذا النص ، أن المشرع لا يرى في الإنسان أنه أصبح مجرد مميز إلا إذا وصل لهذه السن ، أما قبلها فيكون الشخص فاقد التمييز ، وبالتالي فاقد لأهلية الأداء.<sup>1</sup>

أحكام تصرفات الصبي غير المميز في هذه المرحلة يكون الصبي عديم التمييز أي عديم الأهلية ، له أهلية وجوب كاملة وليست له أهلية أداء مطلقاً ، وبناء عليه لا يستطيع هذا الصبي أن يقوم بأى عمل من الأعمال القانونية بنفسه ، وأى تصرف يجريه يقع باطلاً بطلائعاً مطلقاً ، وهذا هو ما نصت عليه المادة 82 من قانون الاسرة التي تنص على أنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطله.

واحتراماً لرغبة الطفل الذي لم يبلغ ثلاث عشر سنة في إبرام التصرفات القانونية ، فقد قرر المشرع أن يتولى نيابة عنه في مباشرة تصرفاته الممثل القانوني له وهو الولي أو الوصي ، حيث يثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه طبقاً لما هو وارد في نص المادة 81 من قانون الاسرة التي تنص على أنه : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

<sup>1</sup> - انظر : ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 186.

ويختلف الحكم ، إذا كان التصرف القانوني لا يستلزم تعبيراً إرادياً من جانب الصبي غير المميز ، فتترتب آثاره القانونية ، ويتمثل ذلك في التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة ، كما في الوصية ، التي يكفي فيها إرادة الموصي والتي ينتقل بمقتضاها المال الموصى به إلى الموصى له مصرحاً على وصيته دون حاجة إلى القبول من جانب الموصى له ، لذلك تصح الوصية للصبي غير المميز.<sup>1</sup>

### ثانياً : الصبي المميز " ناقص الأهلية "

حيث نصت المادة 43 مدني على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون."

ويعد الصبي في هذه المرحلة ناقص الإدراك لصغر سنه نسبياً ، لذا يسمى بناقص الأهلية لتوافر قدر من الأهلية لديه يختلف سعة وضيقاً أيضاً بحسب تقدمه في السن ، ولكنه لا يصل إلى مرحلة الكمال ، فهو ليس معدوم الأهلية ، وليس أيضاً بكاملها ، ولكنه يتمتع ببعضها فقط.<sup>2</sup>

أحكام تصرفات الصبي المميز تنص على حكم تصرفات الصبي المميز المادة 83 من قانون الأسرة بقولها كل: "من لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة ( 42 ) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على اجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع المر للقضاء."

وعلى ذلك ، فإنه يتوقف تحديد مدى صحة التصرف القانوني الذي يجريه الصبي المميز على ما إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً له ، أو ضارة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر ، وسنميز بين الأنواع الثلاثة من التصرفات القانونية التي يجريها الصبي المميز في هذه المرحلة.<sup>3</sup>

### 1- التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً : وتقع صحيحة

حيث يعتبر الصبي المميز بالنسبة لها شأن الإنسان بالغ سن الرشد أي يعتبر كامل الأهلية ، فتثبت له أهلية الأداء اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً له ؛ فتقع جميع تصرفاته صحيحة ؛ لأنها تزيد من

1 - ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 197 ؛ ا.د .مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 452.

2 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 200.

3 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 93.

حقوق الشخص أو تنقص من التزاماته ، دون مقابل يعطيه ، أو هو التصرف الذى يثرى من يباشره دون أن يدفع مقابلاً لذلك.

ومن أمثلة هذا النوع من التصرفات : قبول الهبة ، وقبول الوصية ، وقبول الاشتراط الوارد لمصلحته فى عقد التأمين لمصلحته بدون مقابل ، وقبول الإبراء من دين فى ذمته.<sup>1</sup>

## 2- التصرفات القانونية الضارة ضرراً محضاً : وتقع باطلة بطلاناً مطلقاً حيث يعتبر الصبي

المميز بالنسبة لها شأن عديم التمييز أو عديم الأهلية ، وبالتالي فحكم هذه التصرفات أنها تقع باطلة بطلاناً مطلقاً ، ولا أثر لها قانوناً ، بل أنه لا يملك وليه أو وصية إجازة هذه التصرفات ولا حتى القاصر نفسه لا يملك أن يجيز هذه التصرفات ولو بعد بلوغه سن الرشد.<sup>2</sup>

ومن أمثلة هذه التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أن يقوم الصبي المميز بهبة مال له فى أحد البنوك لأحد الأشخاص أو إبراء مدينه من الدين ، فهى تقع باطلة بطلاناً مطلقاً.

## 3- التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر : وتقع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر.

يكون التصرف القانونى دائراً بين النفع والضرر ، إذا كان من شأنه حصول الشخص على مقابل نظير افتقاره مع انتفاء نية التبرع ؛ لأنه يؤدى إلى انقاص حق من الذمة مقابل زيادة التزام فى ذمته ، ومثال هذه التصرفات البيع الذى بمقتضاه ينقل البائع ملكية المبيع ويحصل مقابل ذلك على الثمن الذى يؤديه المشتري ، ومثال ذلك أيضاً المؤجر الذى يعطى للمستأجر منفعة الشيء مقابل الحصول على الأجرة ، فكل هذه التصرفات تحتمل الكسب و تحتمل الخسارة ، فلا ينفذ التصرف إذا ابرمه القاصر إلا إذا وجده القاصر تصرفاً مكسباً له و أجازة<sup>3</sup>

مع الوضع فى الاعتبار ، أن الصبي المميز لا يعد عديم الأهلية بالنسبة لهذه التصرفات ، وإنما يعد ناقص الأهلية ، وبالتالي لا يجوز له أن يباشرها ، ومع ذلك إذا باشر أياً منها ، فلا يعد التصرف الصادر منه باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وإنما يعد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحته ، حيث تنتج هذه التصرفات آثارها ، وإن أمكن بعد ذلك

1 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 616.

2 - انظر : د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 311 .

3 - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 93.

المطالبة بإبطالها، بناء على من له مصلحة في هذا البطلان ، وصاحب المصلحة قد يكون هذا الصبي المميز نفسه بعد .بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه.<sup>1</sup>

وقد أجاز القانون للصبي المميز مباشرة تصرفات معينة على سبيل الاستثناء ، حيث يقرر للصبي المميز أهلية أداء كاملة ، وخاصة بالنسبة للتصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر ، خروجاً على القاعدة الواردة في المادة 83 من قانون الاسرة الجزائري، كما يلي:-

- 1- للقاصر الحق في التصرف فيما يعطى إليه من أموال بغرض النفقة ، ويقع هذا التصرف صحيحاً ، وتحدد مسؤولية القاصر في هذه الحالة بقدر ما أعطى إليه من أموال بقصد النفقة ، ويكون للقاصر الذي لم يبلغ سنه 19 سنة أهلية أداء كاملة بالنسبة لهذه التصرفات.
- 2- وللقاصر أيضاً الذي بلغ الثامنة عشر أن يتجر إذا أذنته المحكمة في ذلك وتقع تصرفاته التي يبرمها في حدود هذا الإذن صحيحة.
- 3- ما تنص عليه المادة 15 من قانون العمل 90-11 التي تنص على أنه " يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشر أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله أجراً أو غيره ، فمتى بلغ القاصر السادسة عشر من عمره ، فإنه يكون أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله الخاص ، وتكون له في هذه الحدود أهلية أداء كاملة ، وتقع تصرفاته صحيحة.<sup>2</sup>
- 4- يمكن أن يكون شريك في شركة التوصية البسيطة، ولكن عبارة عن شريك موصي، وبالأخص عندما يكون والده في شركة تضامن ويكون اتفاق بين الشركاء على أن وفاة احدهم لا تنحل الشركة بل ترجع إلى ورثته، وفي هذه الحالة كانوا قصر، فيدخلوا شركاء ولكن شركاء موصين، بقدر حصة والدهم وتتحول الشركة الى شركة توصية بسيطة.<sup>3</sup>

### ثالثاً : البالغ الرشيد " كامل الأهلية"

حيث تنص المادة 40 من القانون المدني على أن " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يجبر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

1 - انظر : د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 312.

2 - د. مرمرية سناء، محاضرات في قانون العمل، جامعة أم البواقي، 202/2019، ص 55.

3 - المادة 562 مكرر قانون تجاري جزائري. وراجع محاضرات د. مرمرية سناء، محاضرات في مقياس قانون الشركات، جامعة أم البواقي، 2020/2019، ص 49.

وسن الرشد تسعة عشر ( 19 ) سنة كاملة."

وتطبيقاً لهذا النص ، فإذا بلغ القاصر تسعة عشر سنة، فإنه يكون بالغاً رشيداً ، ويجوز له أن يباشر كافة التصرفات القانونية في أمواله شريطة أن يكون متمتعاً بقواه العقلية.

أما إذا كان مصاباً بعارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته ، فالولى أو الوصى أن يطلب من المحكمة الولاية عليه حتى يزول هذا العارض ولو تجاوز سنه إحدى وعشرين سنة.<sup>1</sup>

## الفرع السادس

### عوارض الأهلية

رغم بلوغ الشخص سن الرشد وهو تسعة عشر سنة كاملة، فقد يلحقه عارض من عوارض الأهلية فتفقدته التمييز ، فيصبح عديم الأهلية ، وذلك في حالة الجنون والعته ، أو تؤثر على حسن إدراكه وتديره للأمور ، فيصبح ناقص الأهلية ، وذلك في حالة السفه والغفلة.<sup>2</sup> وسنعرض فيما يلي لعوارض الأهلية:

#### 1- الجنون والعته

الجنون هو مرض يصيب عقل الشخص فيعده التمييز ، ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون المطبق والجنون المتقطع ، فالأول هو الجنون المستمر الذى لا تتخلله فترات إفاقة ، وفي هذه الحالة تكون تصرفات المجنون كلها باطلة بطلاناً مطلقاً ، وأما الجنون المتقطع الذى تتخلله فترات إفاقة ، ويعتبر فقهاء الشريعة الاسلامية أن ما يصدر من المجنون من تصرفات في فترات الافاقة يكون صحيحاً ، وتبطل في أوقات الجنون ، ولكن القانون الجزائري لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع واعتبر تصرفات المجنون والمعته كلها باطلة متى صدرت بعد الحجر عليه.<sup>3</sup>

أما العته هو خلل يصيب عقل الشخص ، فيجعله قليل الفهم ، مضطرب التفكير، فاسد التدبير.

1 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 100 ، د . ياسين يحيى ، مرجع سابق ، ص 240.

2 - انظر : ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، دروس في مبادئ القانون ، ص 284 ؛ ا.د عبد المنعم البدروى ، مرجع سابق ، ص 630 . ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 341 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 241 ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 340 ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 320 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 240 ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 169 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 191.

3 - انظر : ا.د عبد المنعم البدروى ، مرجع سابق ، ص 630؛ احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 101 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 284 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 241.

وقد سوى المشرع بين المجنون والمعتوه من حيث أهلية الأداء ، فاعتبر كل منهما معدوم الأهلية لانعدام التمييز.<sup>1</sup> وقد نصت المادة 1/42 مدني بقولها " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون."

### حكم تصرفات المجنون والمعتوه

تنص المادة 107 من قانون الأسرة على أنه: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها."

ومن هذا النص يتبين أن المشرع يقيم تفرقة في شأن تصرفات المجنون والمعتوه أساسها وقت الحكم بالحجر الصادر من المحكمة وذلك لإعلام الكافة وإمكان الاحتجاج عليهم بانعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بحيث تعتبر كل تصرفاته التي تقع بعد هذا الحكم باطلة شأنها في ذلك شأن تصرفات الصبي غير المميز ، أو إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة، ولا نعتد بحسن نية المتصرف مع المجنون أو المعتوه، إذا كانت ظاهرة أو حكم عليه بالحجر.<sup>2</sup>

ومن هذا المنطلق ، يجب التفرقة بين تصرفات المجنون والمعتوه التي تصدر بعد الحكم بالحجر والتي تصدر قبل ذلك.

### أولاً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه بعد الحجر :

إذا كانت تصرفات المجنون أو المعتوه صادرة بعد صدور الحكم بالحجر، فإنها تقع باطلة بطلائناً مطلقاً- استناداً لنص المادة 82 من قانون الأسرة - سواء كانت حالة الجنون أو العته شائعة أم غير شائعة وقت التعاقد وسواء كان المتعاقد الآخر على بينة من هذه الحالة أم كان يجهلها أي سواء كان حسن النية أو سيء النية بل حتى ولو كانت التصرفات نافعة نفعاً محضاً.<sup>3</sup>

1 - انظر : ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 284 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 241 ؛ ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 169 ؛ احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 102 .

2 - انظر : د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 322 .

3 - انظر : د . محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 163 .

فقد أقام المشرع قرينة قانونية قاطعة بعد الحكم الحجر بانعدام إرادة المجنون وعلى علم الغير بذلك ، فلا يستطيع المتعاقد مع المجنون أو المعتوه الاحتجاج بحسن نيته مادام كان يستطيع العلم من هذا التسجيل بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه.<sup>1</sup>

**ثانياً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل الحكم بالحجر:** إذا كانت تصرفات المجنون أو المعتوه صادرة قبل صدور الحكم الحجر : فإنها تكون صحيحة ، إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها ، ويستهدف المشرع من ذلك الحفاظ على استقرار التعامل ، حتى لا يفاجأ العاقد بحسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه ولم يكن في مقدوره أن يعلم به ، ولكن إذا انتفى حسن النية بأن كانت حالة الجنون شائعة ومعروفة للناس ، أو لم تكن شائعة ولكن الغير كان يعلم بها ، فإن المتعاقد مع المجنون في هذه الحالة لا يكون في حاجة إلى حماية ، ولذلك يعتبر التصرف باطلاً ، كالتصرف الذى يصدر بعد تسجيل قرار الحجر.<sup>2</sup>

## 2-السفه والغفلة:

السفه هو التبذير فى انفاق المال على خلاف ما يقضى به العقل والشرع ، كمن يدمن المقامرة أو يبالغ فى التبرع.<sup>3</sup> أما ذو الغفلة هو إنسان طيب القلب إلى حد الغفلة ، بحيث يتولد عن طيبة قلبه الزائد أن يغبن فى معاملاته المالية ، فلا يقدر على التمييز بين الرباح والخاسر<sup>4</sup> .

وقد سوى القانون بين السفه وذو الغفلة ، فاعتبر كلا منهما ناقص الأهلية ، كالصبي المميز . وهذا هو ما نصت عليه المادة 43 مدنى بقولها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون."

## حكم تصرفات السفه وذو الغفلة

وطبقاً لنص المادة 43 من القانونى المدنى التي اعتبر السفه وذو الغفلة ناقص الاهلية، فإنها تأخذ نفس حكم القاصر المميز من ثلاثة عشر سنة الى قبل بلوغه تسعة عشر سنة. فننظر الى تصرفاته القانونية فإذا كانت ضارة

1 - انظر : د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 323.

2 - انظر : احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 103 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د .نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 285 ؛ د .ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ،ص 243 ؛ د .محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ،ص 161 ؛ د . مصطفى محمد الجمال ؛ د .عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ،ص 457.

3 - انظر : احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 104 ؛ د .ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ،ص 244.

4 - انظر : د .محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ،ص 165.

فباطلة، أما اذا كانت نافعة فتعتبر صحيحة، أما إذا كانت بين النفع والضرر فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي، فإن قبله أو اجازته أصبح تصرفاً قانونياً صحيحاً وإذا رفضه الولي أو الوصي فإنه يبطل.

وقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً لأحكام المادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء).

ولكن التمسك ببطلان لا يكون الا اذا كان التصرف بعد حكم الحجر على الشخص السفهيه أو ذي الغفلة طبقاً لنص المادة 107 من قانون الاسرة. أما قبل صدور الحكم بالحجر فلا يمكن أن نحتج على الغير الحسن النية الذي تعامل مع الشخص ونقصد بالتحديد اذا كان التصرف دائر بين النفع والضرر، أما إذا كانت ضارة ويظهر سفه الشخص أو غفلته فهنا يمكن ابطال التصرف لسوء نية الغير.

## الفرع السابع

### موانع الأهلية

قد يكتمل لدى الشخص البالغ الرشيد الإدراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية ، ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون مباشرته للتصرفات القانونية بنفسه ، وإنما يلزم حتى تعد تصرفاته صحيحة ، أن يقوم شخص آخر نيابة عنه في إبرام هذه التصرفات.<sup>1</sup>

وهذا المانع قد يكون طبيعياً كإصابة الشخص بعاهة أو عجز جسماني ، وقد يكون المانع قانونياً كالحكم على الشخص بعقوبة جنائية ، كما قد يكون المانع مادياً بغياب الشخص.

### أولاً : المانع الطبيعي: " العاهة المزدوجة"

نصت المادة 80 من القانون المدني الجزائري على أنه:

<sup>1</sup> - انظر : ا.د عبد الودود يحيى ، د . نعمان جمعة ، دروس في مبادئ القانون ، ص 287 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د.؛ سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 344 ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 278. ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د . ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 344. ؛ د . رمضان أبو السعود مرجع سابق ، ص 330 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 247، ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 172 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص 195.

1 " - إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أو أبكم وتعدر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته."

2- "ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة."

فإذا كان الشخص أصم أبكم أو أبكم أعمى أو أعمى أصم فإن اجتماع العاهتين يحول دون قيامه بالتصرفات القانونية فالقانون يحميه خشية من وقوعه ضحية للآخرين الذين يتصرف معهم لهذا يقرر القانون تعيين مساعدا له يتولى معاونته في إجراء التصرفات القانونية المختلفة كإبرام العقود. وكل من اجتمعت به العاهتين من العاهات المذكورة يعتبر تصرفه قابل للإبطال إذا لم يحضره المساعد المعين لمعاونته طبقاً للمادة 80 من القانون المدني.<sup>1</sup>

فإذا تقررت المساعدة القضائية بالنسبة لتصرف معين ، فلا يجوز أن يستقل بإجراء هذا التصرف الشخص الذي تقررت مساعدته ، بحيث إذا صدر منه بغير معاونته المساعد ، كان هذا التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل قرار المساعدة.<sup>2</sup>

### ب - المانع القانوني : الحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة 9 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 حالة الحجر القضائي."

وقد نصت المادة 78 من القانون المدني على أنه: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

1 - انظر : د. محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 169 ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 287 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 345 ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 248 ؛ ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص 346 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 249 ، ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 173 ؛ ا.د محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص 196 ؛ د. محمد نصر رفاعي ، مرجع سابق ، ص 176.

2 - انظر : د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 333.

عند الحكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من إدارة اشغاله الخاصة بأمواله واملاكه مدة سجنه ويعين المحكوم عليه قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة ، ويلاحظ أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله ، كما لا يجوز له مباشرة أعمال التصرف إلا بأذن من المحكمة ، فليس للمحكوم عليه أن يتولى إدارة أمواله ، طالما بقي تنفيذ العقوبة مستمراً ، وإنما يتولى ذلك بدلاً منه قيم يختاره المحكوم عليه بإذن من المحكمة ، فإذا لم يختار المحكوم عليه قيماً يقوم نيابة عنه بإدارة أمواله ، عينت له المحكمة قيماً بناء على طلب النيابة العامة أو ذوى الشأن ، ويظل هذا المانع قائماً ببقاء سببه.<sup>1</sup>

مع الوضع في الاعتبار ، أن المعول عليه في وجود هذا المانع هو الحكم بعقوبة جنائية ، بحيث إذا حكم على الشخص بعقوبة المخالفة ، فلا يوجد هذا المانع .

### ج - المانع المادى : الغيبة

تنص المادة 111 من قانون الأسرة على أن: تقييم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الاحوال الآتية متى كان قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه:

**أولاً :** إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته.

**ثانياً :** إذا لم يكن له محل اقامة أو موطن معلوم أو كان له محل اقامة أو موطن معلوم خارج الجزائر، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في ادارتها.

وواضح من هذا النص ، أن فقدان أو الغياب مانعاً مادياً يمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضي وجود شخص ينوب عن المفقود أو الغائب في إدارة شؤونه لكي لا تتعطل مصالحهما أو مصالح غيرهما.

هذا ويراعى أن الغيبة مانع مؤقت تنتهي بزوال سببها ، حيث تنتهي حالة فقدان أو الغياب بعودة المفقود أو الغائب أو بثبوت وفاته أو بالحكم باعتباره ميتاً إذا كان مفقوداً.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - انظر : ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 175 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 346 ؛ د .محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 168 ؛ ا.د ، جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق 257 .

<sup>2</sup> - انظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 346 ؛ د .محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 173 ؛ ا.د جلال العدوي ؛ د .رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص 100 .

## المبحث الثاني

## الشخص الاعتباري

*La personne morale*

## أولاً : المقصود بالشخص الاعتباري

الشخصية الاعتبارية هي الشخصية القانونية التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين ، والتي ترمى إلى تحقيق هدف معين أو هي مجموعة من الأشخاص " كالشركات والجمعيات أو الأموال " كالأوقاف والمؤسسات ، ترمى إلى تحقيق غرض معين ، وتمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض.<sup>1</sup>

فمثلاً ، إذا اتفق مجموعة من الأشخاص على تكوين شركة ، فإن هذه الشركة تظهر إلى الوجود في شكل كائن مستقل عن الأشخاص المكونين لها ، أو الأشخاص الذين قدموا أموالها ، بمعنى أن هذه الشركة تكون لها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لهؤلاء الأشخاص ، كما يكون لها اسم خاص بها ، وموطن مستقل ، وأهلية مستقلة ، وغير ذلك من خصائص الشخصية القانونية وتستقل بذلك عن الشخصية القانونية للأشخاص المكونين لها.<sup>2</sup>

## ثانياً : أهمية فكرة الشخص الاعتباري

الأصل أن الإنسان وحدة بصفته كائناً بشرياً ، يتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنه من أن يكون طرفاً من أطراف الحق . والإنسان يعد شخصاً طبيعياً ، ولكن تبين منذ الأزل أن الإنسان ، كشخص طبيعي ، عاجز بمفرده عن تحقيق أهدافه وغاياته ، ومن ثم كان لابد من أن يظهر إلى جانب الإنسان مجموعة من الأشخاص أو الأموال من أجل تحقيق تلك الأهداف والغايات.<sup>3</sup>

وهكذا ، وبحكم الضرورات العملية ولتحقيق فائدة بني البشر ، ظهر إلى جانب الإنسان كشخص قانوني أشخاص قانونية أخرى ، تتمتع بكيان مستقل عن كيان الأفراد ، أطلق عليه : الشخص الاعتباري.<sup>4</sup>

1 - نظر : ا.د جلال العدوي ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 115 ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 348

2 - انظر : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 304

3 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 982 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 112

4 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 271.

وفي دراستنا للأشخاص الاعتبارية ، سوف نبدأ في مطلب أول بدراسة وجود الشخص الاعتباري ، ثم نعرض في مطلب ثانٍ لخصائص الشخص الاعتباري.

## المطلب الأول

### وجود الشخص الاعتباري

#### أولاً: الطبيعة القانونية للشخص المعنوي:

كان للاعتراف بالشخص الاعتباري أو المعنوي بالشخصية القانونية إلى جانب الشخص الطبيعي الأثر البالغ على آراء الفقهاء بمدى اعترافهم بهذه الشخصية فانقسموا من حيث ذلك إلى ثلاث اتجاهات فقهية أساسية بين من يرى أنه حقيقة واقعية يجب التعامل معها و بين من يرفضها.

#### 1- نظرية الشخصية الافتراضية:

تقوم هذه النظرية على فكرة مفادها أن الإنسان هو محور القانون، وأن القانون يعترف أحياناً لغير الإنسان بالشخصية وذلك بالنسبة لجماعات الأشخاص و الأموال التي تهدف إلى تحقيق مصالح جماعية، فحتى يثبت لها صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات يضع المشرع حيلة بحتة وافترض قانوني محض من خلال تشبيه هذه الجماعات بالإنسان، فإرادة المشرع هي التي تصنع الشخصية الاعتبارية تحقيقاً لغرض اجتماعي أو اقتصادي، فالشخص المعنوي لا وجود له وما هو إلا تحايل ومجاز وافترض يخالف الواقع لا يتحقق إلا بتدخل المشرع، فهذه النظرية لا تنكر وجود الشخص المعنوي بل تعتبره مجرد افتراض وحيلة مصطنعة على أيدي المشرع.

وقد أنتقدت هذه النظرية خصوصاً وأن مبادئها تمس بالدولة أساساً باعتبارها شخصاً معنوياً، كما أنها تعرقل حرية تكوين الجماعات بالرغم من فائدتها ومشروعيتها أغراضها.<sup>1</sup>

#### 2- نظرية الشخصية الحقيقية:

تقوم هذه النظرية على فكرة أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ليست افتراضاً من صنع المشرع بل هي حقيقية واقعية لها وجود مستقل في شخصية الأعضاء المكونين لها، فالمشرع لا يخلق الشخص المعنوي بل يقتصر دوره على الإقرار بوجوده كما يفعل مع الأشخاص الطبيعيين.

وقد وجهت لهذه النظرية انتقادات لاذعة لأنها تبالغ في تقدير الشخص المعنوي بل وتقيّد دور المشرع في

<sup>1</sup>-محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص 441 .

مجال الاعتراف فقط بالشخص المعنوي وتعدم دوره في إنشاء وتنظيم نشاطه.<sup>1</sup>

### 3- نظرية إنكار الشخصية المعنوية:

ذهب بعض من الفقه إلى إنكار الشخصية المعنوية تماماً باعتبار أنها مجرد حيلة قانونية ولأنه لا يمكن أن تكون هناك شخصية معنوية مستقلة عن الشخصية الطبيعية وقدموا في سبيل استدلال ذلك نظريتين هما:

أ- **نظرية الملكية المشتركة:** أي أن الأموال المجتمعة والتي خصصت للشخص المعنوي تعتبر مملوكة ملكية مشتركة للأفراد فلا يجوز التصرف فيها بصفة منفردة وتخضع في ملكيتها لقواعد تختلف عن قواعد المال الشائع.

ت- **نظرية تخصيص الذمة:** أي أن الشخص المعنوي مجرد ذمة مالية بدون وبغير صاحب، فهي ذمة مالية غير شخصية قائمة بذاتها تستمد وجودها من الغرض الذي خصصت له.<sup>2</sup>

#### ثانياً: بداية الشخصية الاعتبارية

يرتكز وجود الشخص الاعتباري على توافر عنصرين أحدهما موضوعي والآخر شكلي.

أما **العنصر الموضوعي** فيتمثل في وجود مجموعة من الأشخاص أو الأموال لتحقيق غرض معين وهذه المجموعة من الأشخاص قد تأخذ شكل شركة مدنية أو تجارية أو جمعية أو مؤسسة ، مثال ذلك إنشاء شركة تجارية لإنتاج السماد مثلاً أو إنشاء جمعية خيرية لتحفيظ القرآن الكريم أو إنشاء مؤسسة لإدارة مستشفى ، ويشترط في الغرض الذي تسعى إليه هذه المجموعة أن يكون ممكناً ومشروعاً ، وقد يكون هذا الغرض عاماً أو خاصاً، كما قد يكون مالياً أو سياسياً أو اجتماعياً ولكن يشترط إلا يكون الغرض فردياً خاص بفرد واحد لأن هذا يتنافى مع طبيعة الشخص الاعتباري.<sup>3</sup>

أما **العنصر الشكلي** اللازم لوجود الشخص الاعتباري هو اعتراف الدولة به ، وقد يكون هذا الاعتراف عاماً أو خاصاً ، ويكون الاعتراف عاماً إذا كان القانون يحدد شروطاً معينة لثبوت الشخصية القانونية للشخص الاعتباري ، بحيث إذا توافرت ينشأ الشخص الاعتباري بقوة القانون ، دون حاجة إلى تدخل من سلطات الدولة لإصدار قرار خاص بمنحها هذه الشخصية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>-حسن حرب اللصامة، دراسات في المدخل للعلوم القانونية، دار الخليج للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2014. ، ص 191.

<sup>2</sup>-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 104، 105.

<sup>3</sup>- انظر : ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 508 ؛ ا.د جلال العدوي ، د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 116 .

<sup>4</sup>- انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 694. ا.د جلال العدوي ، د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 117.

ويكون الاعتراف خاصاً إذا كان قيام الشخص الاعتباري يستلزم صدور ترخيصاً خاصاً من جانب إحدى السلطات العامة ، نذكر من ذلك على سبيل المثال ، إنشاء الجمعيات قد يتوقف على قرار الوالي.<sup>1</sup>

### ثالثاً : نهاية الشخصية الاعتبارية

تنتهي الشخصية الاعتبارية بأحد الأسباب الآتية:

- انتهاء الأجل : ينتهي الشخص الاعتباري بانتهاء الأجل المحدد له في سند إنشائه.
- تحقق الغرض أو استحالته : ينتهي الشخص الاعتباري بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله أو إذا ثبت استحالة تحقيق هذا الغرض.<sup>2</sup>
- الحل : تنتهي الشخصية الاعتبارية قبل موعدها عن طريق الحل أو سحب الاعتراف بها ، وهذا الحل قد يكون اختيارياً باتفاق أعضائه ، وقد يكون إجبارياً أى بحكم قضائي ، وذلك متى خالف الشخص الاعتباري القانون أو النظام العام أو الآداب ، أو إذا وجد مسوغ خطير يبرر ذلك.<sup>3</sup> ويتعين تصفية أموال الشخص الاعتباري وتوزيع ما تبقى من أمواله ، إذا تحقق سبب من أسباب انتهائه ، وقد يترتب على ذلك بقاء الشخص الاعتباري بالقدر اللازم لأعمال التصفية ، على أن يوزع ما تبقى من أموال الشخص الاعتباري وفقاً للتحديد الوارد في سند إنشائه ، مع مراعاة القيود التي نص عليها القانون فيما يتعلق بتوجيه هذه الأموال المتبقية كما هو الشأن في الجمعيات ؛ حيث لا يجوز أن تؤول هذه الأموال إلى أعضاء الجمعية أو إلى ورثتهم أو أسرهم ، بل إلى غرض آخر من أغراض الجمعية.<sup>4</sup>

رابعاً: أهم ما يميز الأشخاص المعنوية العامة والخاصة:

### 1- من حيث الحقوق:

هدف الأشخاص المعنوية العامة تحقيق النفع العام أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهدفها تحقيق نفع خاص فالشخص المعنوي العام يقدم خدمة عامة للجمهور مثل مرافق التعليم المختلفة أو المستشفيات بينما الشخص المعنوي الخاص يهدف إلى تحقيق منفعة خاصة مثل الشركات التجارية.

1 - نظر : ا.د جلال العدوي ، د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 117.

2 - انظر : د. مرامرية سناء، محاضرات الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 25.

3 - انظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د .سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ،ص 366.

4 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 696 ؛ ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 118. ا.د أحمد عبد الحميد عشوش ؛ د .سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ،ص 366. ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع .سابق ،ص 275.

**2- من حيث المنشأة:**

إذا كانت الدولة هي التي أنشأت الشخص المعنوي العام فهو شخص معنوي عام وإذا كان المنشئ هو الخواص فالشخص يعتبر خاص.

**3- إمتيازات السلطة العامة:**

يعتبر الشخص المعنوي عاما إذا كان يتمتع بإمتيازات السلطة العامة كسلطة نزع الملكية للمنفعة العامة وهو أمر متاح فقط للأشخاص المعنوية العامة أما الأشخاص المعنوية الخاصة ليس من حقها استخدام إمتيازات السلطة العامة فهي مثل الأفراد العاديين ليس لهم هذا الإمتياز.

**المطلب الثاني****خصائص الشخص الاعتباري**

يترتب على الاعتراف لجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بالشخصية القانونية ، أن تكون في نظر القانون لها شخصية قانونية متميزة عن شخصية الأعضاء المكونة لها وتصبح بالتالي صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وأهلاً لمباشرة التصرفات القانونية<sup>1</sup> ، وأهم حقوق الشخص الاعتباري وخصائصه هي الآتية:

**1- اسم الشخص الاعتباري**

يتمتع الشخص الاعتباري ، على غرار الشخص الطبيعي ، باسم يتميز به ، وهو مستمد غالباً من الغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري من أجله.<sup>2</sup>

فمثلاً ، تتخذ شركات الأموال اسماً لها يستمد من الغرض الذي ترمى إليه هذه الشركات ، وكذلك الشأن بالنسبة لاسم الجمعيات والمؤسسات ، حيث يتم وضعه بناء على الغرض الذي أنشأت من أجله ، بينما يكون اسم شركات الأشخاص عبارة عن اسم أحد الشركاء المؤسسين مع إضافة عبارة وشركاه لتمييز اسم الشخص المعنوي واستقلاله عن شخصية الأشخاص المكونين له.<sup>3</sup>

1 - نظر : مرامية سناء، محاضرات في الشركات التجارية، ص 26. مرامية سناء، اندماج الشركات، رسالة دكتوراه، جامعة عنابة، 2019، ص 56.

2 - انظر: د. رمضان أبو السعود ، مرجع .سابق، ص 355 ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق، ص 224

3 - انظر : د .مرامية سناء، محاضرات في الشركات، ص 26.

ويضفى المشرع الحماية القانونية على اسم الشخص الاعتباري ، كما هو مقرر بالنسبة للشخص الطبيعي ، حيث يجوز لممثليه طلب وقف الاعتداء على اسمه ، ولو لم يصب بضرر ناتج عن الاعتداء ، فضلاً عن الحق في التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الاعتداء على اسمه.<sup>1</sup>

مع الوضع في الاعتبار ، أن الحق في الاسم بالنسبة للشخص الطبيعي يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ومن ثم فلا يجوز التصرف فيه ، بينما الاسم بالنسبة للشخص الاعتباري أو المعنوي يعد من الحقوق المالية ، ومن ثم يجوز التصرف فيه بالبيع مثلاً باعتباره من أحد السمات المميزة للمحل التجاري ، وهذا يقتصر على الشركات التجارية ، أما أسماء الجمعيات والمؤسسات ، فإن الحق في الاسم بالنسبة لها يظل من قبيل الحقوق اللصيقة بالشخصية ، لأنها أنشئت في الأصل بغرض لا يهدف إلى تحقيق الربح ، ومن ثم فلا يجوز لها أن تتصرف في أسمائها للغير.<sup>2</sup>

## 2- موطن الشخص الاعتباري

تنص المادة 4/50 من القانون المدني الجزائري على أن موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . أما بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر ، فيعتبر مركز إدارتها في نظر القانون الداخلي في الجزائر ، المكان الذي يوجد فيه الإدارة المحلية للشركة.

وعلى ذلك ، فإن للشخص الاعتباري موطن خاص به مستقل عن موطن الشركاء أو المساهمين ، ويتحدد موطن الشخص الاعتباري بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشركة ، ويقصد بمركز الإدارة " المركز الرئيسي للشركة " ، وإذا تعددت فروع الشخص الاعتباري ، اعتبر موطناً له المكان الذي يوجد فيه كل فرع بالنسبة لما يتعلق بهذا الفرع من أوجه نشاط مختلفة.<sup>3</sup>

ومن أهم آثار الموطن تعيين المحاكم المختصة محلياً للنظر في الدعاوى التي ترفع على الشخص الاعتباري، إذ من خلاله نعرف ما هي المحكمة التي تنظر في النزاعات التي يكون فيها الشخص الإعتباري طرفاً.

- فموطن الولاية هو مركز الولاية (المدينة التي توجد فيها).

1 - انظر : مرامرية سناء، نفس المرجع، ص 31.

2 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 998. ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 130.

3 - نظر : ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 179 ؛ د .رمضان أبوالسعود ، مرجع سابق ، ص 361 ؛ ا.د جلال علي العدوي ؛ د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 120. ؛ د.ياسين محمد .بيحي ، مرجع سابق ، ص 328

- موطن الشركة هو مركزها وحيث توجد إدارتها ومقرها الرئيسي.

### 3- الذمة المالية للشخص الاعتباري

طبقاً للمادة 2/50 لما كان الشخص الاعتباري يتمتع بكيان مستقل واسم خاص به ، فإن له ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له ، أو الأشخاص القائمين على إدارته ، ولا يجوز لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على هؤلاء الأشخاص ومطالبتهم بسداد ديون الشخص الاعتباري من أموالهم الخاصة ، كما أنه يتمتع على دائني الشخص الاعتباري مطالبة الأشخاص المكونين له بالديون المستحقة عليهم فيما لا يتعلق بنشاط الشخص الاعتباري.<sup>1</sup> ولكن هناك استثناء على هذا المبدأ فيما يتعلق بشركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي ، إذ يسأل الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة ، إذا لم تكف أموال الشركة لسداد هذه الديون ، حيث يعتبر الشركاء بمثابة ضامين لهذه الديون ، وتكون الشركة هي المدين الأصليين.<sup>2</sup>

### 4- حق التقاضي

يتمتع الشخص الاعتباري بحق التقاضي ، ويمكن هذا الحق للشخص الاعتباري من المتول أمام القضاء باسمه الشخصي وبشكل مستقل عن أعضائه ، فللشخص الاعتباري أن يقاضي وأن يتقاضى ، وترفع الدعاوى منه أو عليه باسم من يمثله قانوناً.<sup>3</sup>

### 5- أهلية الشخص الاعتباري

يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية وجوب وأهلية أداء ؛ حيث إنه يعتبر أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة " أهلية الوجوب " ، ويمكن له من جهة ثانية مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه " أهلية أداء " ، ولكن لا تثبت الأهلية بنوعها للشخص الاعتباري في حدود الغرض الذي أنشئ من أجله ، فلا يجوز مثلاً لشركة غرضها بيع السيارات وتأجيرها أن تقوم ببيع العقارات وتأجيرها ؛ ولا يجوز لجمعية دينية أن تقوم بأعمال تجارية تجني من ورائها أرباحاً ؛ لأن هذا العمل لا يدخل في حدود الغرض الذي أنشئ من أجله.<sup>4</sup> مع الوضع في الاعتبار ، أنه ليس هناك ما يمنح الشخص الاعتباري من القيام ببعض الأعمال التي لا تدخل بصفة أساسية في حدود الغرض الذي أنشئ من أجله متى كانت مرتبطة به أو من مستلزماته ، وترتيباً على ذلك ، لا يجوز للشركة أن ترفض بناء مستشفى لعمالها ؛ لأن هذا العمل يتعارض مع مبدأ التخصيص الذي أنشئ من أجله.

1 - انظر : مرامرية سناء، محاضرات في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 45.

2 - انظر : مرامرية سناء، نفس المرجع، ص 46.

3 - نظر : ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق، ص 187.

4 - انظر : ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق، ص 187.

## الفصل الثاني

### محل الحق

قد يكون محل الحق المالى شيئاً من الأشياء ، وقد يكون عملاً يقوم به المدين ، ولحماية الحق وسائل هي الدعوى ، ولا يتحقق لصاحب الحق حمايته إلا إذا لم يكن متعسفاً في استخدامه ، فالتعسف في استعمال الحق يترتب عليه مطالبة المتعسف بالتعويض.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى اربعة مباحث ، حيث نتعرض في المبحث الاول الى الاشياء التي تخرج من طبيعة التعامل. أما في المبحث الثاني إلى تقسيم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها ثم في الثالث إلى تقسيم الأشياء من حيث ثباتها.

### المبحث الأول

#### الاشياء التي تخرج من طبيعة التعامل

المقصود بالشيء هو كل ماله كيان مستقل عن الشخص صاحب الحق سواء كان شيئاً مادياً كالأرض والحيوان أو كان شيئاً معنوياً كأفكار المؤلف والمخترع.  
ماهي الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للحق؟.

تنص المادة 682 من القانون المدني على أن: «كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية. والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية» .

واستناداً للمادة السابقة تقسم الأشياء إلى: غير قابلة للتعامل وقابلة للتعامل.

#### أولاً: الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها:

وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها دون بقية الأفراد، فهي أشياء يشترك فيها الناس كافة ويستفيدون منها كأشعة الشمس والهواء وماء البحر، وهذا لأن الأشياء المذكورة لا تسمح بطبيعتها أن تكون محلاً لحق خاص.

لكن استثناء إذا استولى شخص على مقدار محدود من هذه الأشياء المذكورة تحت ظروف تهيئة خاصة فإنه في هذه الحالة يصبح هذا القدر المحدود من هذه الأشياء محلاً لحق مالي، فإذا قام شخص بغط الهواء ( الأكسجين ) في انابيب خاصة يصبح مالكا لها ويمكنه أن يتصرف فيها.

وكذلك الأمر بالنسبة لماء البحر الذي قد يؤخذ منه كميات محدودة وتهيأ في زجاجات لتستخدم لغرض التداوي.

**الخلاصة:** أن الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كقاعدة عامة لا تصلح لأن تكون محلاً للحق إلا إذا تم تهيئتها تحت ظروف خاصة غير متاحة لكل الأفراد.

### ثانياً: الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون:

وهي الأشياء التي لا يجيز القانون للأفراد التعامل بها أو حيازتها، فلا تكون محلاً للحقوق المالية، وذلك في حالتين:

**الأولى:** حين يخرج القانون الشيء من التعامل مراعاة للظرف الذي خصص له هذا الشيء، ويتعلق الأمر هنا بكل الأموال العامة، وهي الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ( الولاية، البلدية، ... الخ ).

تنص المادة 689 مديني على أنه: « لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم » ، بمعنى أن كل أموال الدولة لا يجوز للأفراد أن يتعاملوا بها لأن هذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة.

**الثانية:** هناك بعض الأشياء التي تخرج عن التعامل ليس لأنها أموال عامة إنما القانون هو الذي يحضر التعامل فيها مثل: الأسلحة والمخدرات وكل ما يمنع القانون تداوله بين الأفراد، والحكمة من ذلك هو المحافظة على النظام العام والأمن في المجتمع.

مع ذلك فإن هذه الأشياء يمكن أن يستعملها الأفراد بصفة استثنائية وفي حدود ضيقة كالترخيص بحمل سلاح ناري أو السماح باستخدام المخدرات والاستفادة منها بغرض صناعة الأدوية، التي تستخدم في معالجة بعض الأمراض العصبية ... الخ.

## المبحث الثاني

### تقسيم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى أشياء مثلية وأخرى قيمة ، كما تنقسم من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك.

### المطلب الأول

#### الأشياء المثلية والأشياء القيمة

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى مثلية وقيمة فما هو المقصود بهذا التقسيم ، وما هي الآثار التي تترتب عليه.

#### أولاً : المقصود بالأشياء المثلية والأشياء القيمة

الأشياء المثلية هي التي لا تتفاوت إحداها عن الأخرى تفاوتاً يعتد به ويكون لها نظائر في السوق ويقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء ( هذه مثل هذه )، وهي أشياء تجري العادة على تعيينها في التعامل بالعدد كالنقود أو القياس كالقماش من نوع معين، أو الكيل كالحبوب.<sup>1</sup>

أما الأشياء القيمة: فهي الأشياء التي تتفاوت إحداها عن الأخرى تفاوتاً يعتد به، ولذلك لا يقوم بعضها مقام البعض الآخر عند الوفاء، كالأراضي والمنازل والحيوانات. وتقوم التفرقة بين النوعين السابقين على أساس معيار مادي، فالمثلي هو ما يوجد مثله بدون تفاوت يعتد به، والقيمي هو ما لا يوجد له مثل أو يوجد مع التفاوت في القيمة.

#### ثانياً : الآثار التي تترتب على هذا التقسيم وأهميته

#### 1- من حيث الوفاء:

يلزم الوفاء بذات الشيء القيمي المتفق عليه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا قدم الشيء ذاته. أما إذا كان الشيء مثلياً ، فإن المدين يستطيع أن يبرئ ذمته ، إذا قدم أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار.

<sup>1</sup> - انظر : د . محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 214.

**2- من حيث الهلاك:**

إذا هلك الشيء المثلي لا تبرىء ذمة المدين إلا إذا قدم مثله ، حيث أن المثليات لا تهلك ، وذلك لوجود مثل الشيء الذى هلك ، أما إذا هلك الشيء القيمي الذي التزم المدين بتسليمه بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أنقضى بذلك التزامه لاستحالة تنفيذه.<sup>1</sup>

**6- من حيث انتقال الملكية:**

تنتقل ملكية المنقول القيمي ، حيث يكون معيناً بالذات بمجرد التعاقد<sup>2</sup> ، أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع أي شيء مثلي كمقدار من القمح فان الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز.<sup>3</sup>

**المطلب الثاني****الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك**

تنقسم الأشياء من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك فما هو المقصود بهذا التقسيم ، وما هي أهميته.

**أولا : أساس تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك**

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها العادى أعدت له ، فهي لا تحتل أكثر من استعمال واحد فتستهلك بهذا الاستعمال ويمكن أن يكون استهلاكها على صورتين : الاستهلاك المادي الذي يكون بالقضاء على مادة الشيء كالأكل الطعام أو حرق الوقود والاستهلاك القانوني، كالتقود التي يتمثل استعمالها في إنفاقها.<sup>4</sup>

1 - انظر : ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص 545.

2 - حيث تنص المادة 165 من القانون المدنى الجزائري على أن " الإلتزام بنقل الملكية، أو أى حق عيني من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات بملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهار العقاري."

3 - المادة 166 من القانون المدنى التي تنص على أنه: " إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شىء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشىء".

4 - انظر : ا.د عبد المنعم البدروى ، مرجع سابق ، ص 744.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تهلك بمجرد استعمال واحد لها ، حتى ولو ترتب على استعمالها نقصان قيمتها ، ومثالها الأرض والمنازل والسيارات والملابس والمفروشات والآلات والكتب.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث

#### تقسيم الأشياء من حيث ثباتها

يقسم القانون المدني الأشياء إلى عقار ومنقول ، ولقد أخذ المشرع بمعيار الثبات كفصل للتفرقة بين العقار والمنقول . حيث نصت المادة 683 مدني جزائري على أنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك فهو منقول. "

يتضح من هذا النص ، أن العقار بطبيعته هو كل شيء ثابت لا يمكن نقله دون تلف ، أما المنقول بطبيعته فهو كل شيء يمكن نقله دون تلف.

وقد يعتبر القانون بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ؛ وهذا هو ما نصت عليه المادة 2/683 مدني بقولها " ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ".<sup>2</sup> وندرس في المطلب الأول العقار وأنواعه ثم في المطلب الثاني المنقول وأنواعه.

### المطلب الأول

#### العقارات

### Les immeubles

قد يكون العقار عقاراً بطبيعته ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص

#### أولاً : العقار بطبيعته

هو كل شيء له صفة الاستقرار في مكان معين ، بحيث لا يمكن نقله منه ، دون أن يتعرض للتلف،<sup>1</sup> عند نقله من مكانه الأصلي .<sup>2</sup> فإذا كان الشيء مما يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يتعرض للتلف ، فإنه لا يعد

1 - انظر : د . محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 195.

2 - انظر : د . حسين النوري ، مبادئ في القانون ، مكتبة عين شمس ، 1975 ، ص 61.

عقاراً بطبيعته عربات النوم التي تقطر سيارات الركوب ، حيث يمكن تحريكها دون تلف أو كسر ودون أن تتغير معالمها<sup>3</sup> وكذلك المباني الخشبية المصممة بحيث تحتمل الحل وإعادة التركيب .والخيام المثبتة في الأرض كخيام البدو والجوالة والمصطفين والتي يمكن نقلها من مكانها دون تلف تعتبر من المنقولات لا من العقارات ، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر عقاراً ، ولو كانت معدة لمدة قصيرة مثل المعارض.<sup>4</sup> ويمكن تقسيم العقارات بطبيعتها إلى ثلاثة أشياء:

## 1- الأراضي

تعتبر الأراضي بجميع أنواعها عقارات بطبيعتها ، سواء أكانت أراضي زراعية أم صحراوية أو معدة للبناء وسواء وجدت في المدن أو القرى ،وبغض النظر عن قيمتها.<sup>5</sup> وإذا كانت الأرض عقاراً ، فإن ما يوجد في باطنها يعد عقاراً كذلك ، حيث تعد المناجم والمحاجر عقارات بطبيعتها طالما أنها متصلة بالأرض اتصال قرار ، ولكن ما يستخرج منها من معادن أو خامات أو أحجار يعتبر من المنقولات بمجرد فصله عنه .<sup>6</sup> ولا تعد الكنوز أو الآثار المدفونة في باطن الأرض عقارات ؛ حيث تحتفظ بصفاتها كمنقولات ، إذ أن هذه الأشياء لها ذاتية مستقلة ، فهي لا تتصل بالأرض اتصال قرار ، ومن ثم فهي تعتبر من المنقولات.<sup>7</sup>

## 2- المباني

تعتبر المباني أيًا كان طبيعتها وأيًا كان الغرض منها عقارات بطبيعتها إذا اتصلت بالأرض اتصال قرار ، وهي تشمل دور السكن والمخازن والمصانع وأيضاً المنشآت الثابتة فوق الأرض أو تحتها كالحزانات والقناطر والجسور والانفاق والآبار وغيرها . وبصرف النظر عن طول مدة هذا الاستقرار ، كالمباني التي تقام مدة المعرض ثم تزول

1 - نظر : د .مصطفى محمد الجمال ؛ د .عبد الحميد محمد الجمال : النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، 1987، ص 381.

2 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 138.

3 - انظر : ا.د نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 536.

4 - انظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ،ص 374.

5 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص 138 ؛ د .مصطفى أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 381 ؛ ا.د .حسام الدين الأهواني ، مرجع سابق ،ص 230.

انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 299.

6 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 299.

7 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 754 .

بزواله<sup>1</sup>، ويعتبر من المبنى كافة الأجزاء المكونة له ولو كان في الإمكان فصلها ، طالما أنها .متصلة بهذا البناء ،  
مثل الشبائيك والابواب والمصاعد.<sup>2</sup>

### 3- النباتات

يدخل في وصف العقار بطبيعته النباتات المتصلة بالأرض بحيث لا يجوز نقلها من مكانها دون تلف ،  
فالأشجار والمزروعات المتصلة بالأرض والمحاصيل والثمار الموجودة على فروعها والمتصلة جذورها بالأرض تعتبر من  
العقارات.<sup>3</sup> أما إذا انفصلت عنها مثل الأشجار بعد قطعها ، والحاصلات والثمار بعد جنيها ، فقدت صفتها  
كعقار وأصبحت منقولاً ، بغض النظر عن الكيفية التي تم بها هذا الانفصال سواء كان بفعل الإنسان أو الطبيعة  
، كما إذا سقطت بفعل الرياح أو الهواء أو الزلازل.<sup>4</sup>

ولا تعد عقاراً النباتات التي توضع في القصارى أو الأوعية حتى ولو وضعت هذه الأوعية في الأرض ودفنت  
فيها ، طالما أنها ليست مثبتة في الأرض.<sup>5</sup>

ولا يؤثر في ذلك ، قصر مدة بقاء النباتات في الأرض ، فهي عقار طال الزمن أو قصر ، فلا يهم بعد ذلك  
صغر النبات أو كبره ، أو الغرض من زراعته ، أو شخص الزارع مالكاً كان للأرض ام منتفعاً أم محتكراً لها أم  
مستأجراً.<sup>6</sup>

### ثانيا : العقارات بالتخصيص *immeuble par destination*

قد يكون الشيء منقولاً بطبيعته يرصده صاحبه لخدمة عقار مملوك له ، عندئذ يسمى هذا المنقول عقاراً  
بالتخصيص ، ولقد عرفت الفقرة الثانية من نص المادة 683 من القانون المدني العقار بالتخصيص بأنه " المنقول  
الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار واستغلاله."

وبالتالي ، فإن العقار بالتخصيص هو في الأصل منقول ، يعتبره القانون بمثابة عقار ، حيث يرصد لخدمة  
العقار واستغلاله ومثال ذلك آلة زراعية يخصصها مالكاها لخدمة أرض زراعية أو لخدمة مصنعه.<sup>7</sup>

1 - انظر : د. حسين النورى ، مرجع سابق ، ص\*2.

2 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 139.

3 - انظر : ا.د حسام الأهواني ، مرجع سابق ، ص 340.

4 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 301 ؛ د .محمد نصر الدين منصور ، مرجع سابق ، ص 359.

5 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 754 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 301.

6 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 139.

7 - انظر : د .مصطفى محمد الجمال ؛ د .عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 381.

## شروط إعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص

حتى يكتسب المنقول وصف العقار بالتخصيص يجب أن تتوفر له عدة شروط نجملها فيما يلي:

## 1- اتحاد ملكية العقار والمنقول

يجب أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، فلا يثبت وصف العقار بالتخصيص للدابة أو السيارة المخصصة لخدمة الأرض أو المصنع ، طالما أنها مملوكة لمستأجر هذه الأرض أو المصنع ، وليست لمالك هذا أو ذاك.<sup>1</sup> وكذلك لا يكسب وصف العقار بالتخصيص المنقولات التي يضعها مالك العقار فيه إذا كانت مملوكة للغير . فإذا استأجر مالك العقار محرثاً ليرصده لخدمة عقاره ، فإن ذلك المحراث لا يكسب وصف

العقار بالتخصيص لانتهاء شرط اتحاد المالك.<sup>2</sup>

والحكمة من ذلك ، أن المشرع اراد باعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص أن تلحق هذه المنقولات بالعقارات عند التنفيذ على العقار أو التصرف فيه ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول المخصص لخدمته أو استغلاله.<sup>3</sup>

## 2- تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله

لا يكفي ، لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ، اتحاد مالك العقار والمنقول ، وإنما يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله . ويتفرع عن هذا الشرط ما يأتي:

## أ- أن يكون التخصيص بواسطة مالك العقار

يجب أن يتم التخصيص بإرادة المالك ، ويفترض ذلك أن إرادة المالك هي التي اتجهت إلى ربط المنقول بالعقار.<sup>4</sup> فإذا ما تصورنا أن شخصاً استأجر من آخر أرضاً زراعية ثم استأجر منه من بعد دابة وخصصها لخدمة الأرض المذكورة ، فإنها لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، رغم وحدة المالك ، لصدور التخصيص من المستأجر وليس من المالك.<sup>5</sup>

1 - انظر : د . مصطفى محمد الجمال ؛ د . عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 382.

2 - انظر : ا.د حسام الأهواني ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤ ؛ د . ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 377.

3 - انظر : د . عبد الودود يحيى ، نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص 320 ؛ د . نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص 537.

4 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 141.

5 - انظر : د . مصطفى محمد الجمال ؛ د . عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 382.

## ب- أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله لا لتحقيق مصالح المالك الشخصية

يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله ، فإذا كان الأمر يتعلق بمنقول مخصص لخدمة صاحب العقار شخصياً ، فإنه لا يعتبر عقاراً بالتخصيص ، وتطبيقاً لذلك ، لا يعتبر الأثاث الذى يضعه مالك العقار لاستعماله الشخصى عقاراً بالتخصيص ، فالأثاث تم وضعه لخدمة مصالح المالك الشخصية واستعماله لا لخدمة العقار واستغلاله.<sup>1</sup> أما إذا اعد المالك البناء لكى يكون فندقاً ، فإن المنقولات " الأثاث " التى توضع فيه تحقق خدمة العقار ذاته واستغلاله ، وتصبح بالتالى عقارات بالتخصيص.<sup>2</sup>

### المطلب الثانى

#### المنقولات *les meubles*

تنقسم المنقولات إلى منقولات بطبيعتها ومنقولات بحسب المآل

#### أولاً : المنقول بطبيعته

هو كل شىء مستقر ويمكن نقله من مكانه دون أن يصيبه تلف . مثل الحيوانات والسيارات والسفن والطائرات ، وكذلك الكتب والبضائع والمأكولات ، ويعد من المنقولات أيضاً ، الأشياء المعنوية مثل المصنفات والاختراعات والعلامات التجارية.<sup>3</sup>

#### ثانياً : المنقول بحسب المآل *meuble par anticipation*

المنقولات بحسب المآل هى أشياء بحسب طبيعتها العقارات ولكنها ستفقد صفتها كعقار فى وقت قريب بمجرد انفصاله عن الأرض وستصبح من المنقولات بحسب ما سيؤول إليه.

مثال ذلك الأشجار المعدة للقطع والمباني المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للحصاد، فبالرغم من أن هذه الأشياء تعتبر من العقارات إلا أنها ستتحول إلى منقولات بحسب المآل.<sup>4</sup>

1 - انظر : ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ، ص 761.

2 - انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 142.

3 - انظر : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص 375.

4 - ا.د ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص 380.

## شروط المنقول بحسب المال:

## يلزم شرطان لاعتبار العقار بمثابة منقول بحسب المال:

1- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار الشيء منقولاً بحسب المال ، فلا تكفى النية أو الرغبة أو الإرادة غير الواضحة ، حيث يلزم أن يكون القصد الحقيقي هو فصل الشيء عن الأرض ، فمثلاً من يبيع لشخص بناء مع الاحتفاظ بملكية الأرض ، فإن ذلك لا يعنى أن هذا المنزل سيتحول إلى أنقاض ، فقد يكون الغرض من ذلك هو فصل ملكية الرقبة عن ملكية المنفعة ، ولكن يعتبر المنزل في المثال السابق منقولاً بحسب المال ، إذا كان الاتفاق واضحاً في أن شراء المنزل لهدمه والحصول على انقاضه.

2- أن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع في وقت قريب ، فمثلاً من يبيع أنقاض منزل للعثور على منزل آخر أو على أن يتم التسليم بعد بناء مسكن آخر في ظرف خمس سنوات ، ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر المنزل منقولاً بحسب المال ، وقرب الوقت أو بعده مسألة تقديرية متروكة لقاضى الموضوع يحسمها بحسب ظروف الواقع.<sup>1</sup>

## ثالثاً : أهمية تقسيم الاشياء إلى عقارات ومنقولات

هناك مجموعة من النتائج تترتب على تقسيم الاشياء إلى عقارات ومنقولات ، نذكر منها على سبيل المثال:<sup>2</sup>

1- إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات، كالرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وحق الارتفاق وحق السكنى ، هذه الحقوق لا يمكن أن ترد على المنقول.

2- تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد وملكية المعين بنوعه بالإفراز، أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا إذا تم شهرها عن طريق التسجيل.

3- الشفعة ترد على عقار دون منقول، وهي رخصة تجيز للشريك أو الجار الحلول محل مشتري العقار.

1 - انظر : ا.د جلال العدوى ، د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ،ص 186 ؛ ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص 266 .  
2 - انظر : ا.د محمد شكرى سرور، نفس مرجع سابق ،ص 267 . ؛ ا.د عبد المنعم البدرأوى ، مرجع سابق ،ص 773 ؛ ا.د جلال العدوى ، د . رمضان أبو السعود ، مرجع . سابق ،ص 187 .

- 4- قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات، أما العقارات فتكتسب بالتقادم التي تتحدد بحسب الأصل بخمسة عشر عاماً.
- 5- يكون النظر في الدعاوى العقارية من اختصاص المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار، بينما في المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ؛ لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول

### المبحث الرابع

#### العمل كمحل الحق

محل الالتزام قد يكون شيئاً مادي متمثل في عقار أو منقول أو اي شيئ منقوي فإنه يمكن أن يكون ذلك محل الحق القيام بعمل أو الانتفاع من عمل.

فحق رب العمل على العامل ( عامل عادي أو مقاول ) هو أن يقوم هذا الأخير بالعمل المتفق عليه لفائدة رب العمل خلال المدة الزمنية المتفق عليها.

وقد يكون محل الحق امتناع عن عمل كالاتفاق الحاصل بين صاحب مطبعة ونشر ومؤلف على عدم قيام هذا الأخير بنشر كتبه الا من خلال دار لنشر المتفق معها.

وهكذا سواء كان العمل ايجابياً أو سلبياً ( إمتناع عن عمل ) فإنه يصلح أن يكون محلاً للحق.<sup>1</sup>

#### - شروط محل الحق:

حتى تكون الاشياء والأعمال محلاً للحق لا بد أن تتوافر لها شروط محددة وهي:

أولاً: أن يكون العمل محل الحق ممكناً.

يقصد بهذا الشرط أن يكون في استطاعة المدين أو من يقع عليه الالتزام بتنفيذ العمل محل الحق تنفيذه، فإذا كان ذلك مستحيلاً أي أن العمل غير قابل للتنفيذ سقط الالتزام وانقضى معه محل الحق، وذلك استناداً إلى نص المادة 93 من القانون المدني التي جاء فيها، إذ كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته... كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.<sup>2</sup>

والاستحالة في هذا المجال نوعان:

<sup>1</sup>-إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 286.

<sup>2</sup>-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 122.

- **مطلقة:** أي أن الاستحالة تكون بالنسبة لجميع الأشخاص وهي استحالة تجعل من محل الحق معدوماً، والاستحالة المطلقة قد تكون طبيعية كتعهد شخص بالصعود إلى الشمس، أو استحالة مطلقة قانونية كتعهد الحامي بالطعن في قرار بات و نهائي.

- **نسبية:** وهي الاستحالة التي تقوم في حق بعض الأشخاص دون غيرهم فهي لا تمنع من قيام الالتزام، فالالتزام أحدهم برسم لوحة فنية وهو أمر مستحيل عليه لا يعني بالضرورة استحالته على الكل، فالعمل ممكن لأنه غير مستحيل وللدائن حق المطالبة للوفاء به وعلى المدين التعويض لعدم استطاعته الوفاء بالعمل الذي التزم به.<sup>1</sup>

**ثانياً: أن يكون العمل مشروعاً.**

لا يقوم الالتزام إذا كان محله غير مشروع بأن يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، فإذا التزم شخص بأداء عمل غير مشروع كارتكاب جريمة مثلاً فإن التزامه يقع باطلاً، فالالتزامات بأداء عمل أو أكثر يجب أن يصب في كنف المشروعية. المادة 97 من القانون المدني.<sup>2</sup>

**ثالثاً: أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعين.**

نص المادة 94 من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً."

فلا يكفي لنشوء الالتزام والحق أن يكون الالتزام ممكناً ومشروعاً بل لابد أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين فإذا تعهد شخص ببناء مسكن وجب عليه تحديد نوعه ومكانه ومواصفاته وسعته وشكله... إلخ.

وإذا تعهد بتسليم شيء وجب تحديد نوعه هل هو من المثليات أم من القيميات هل هو عقار أم منقول هل هو مادي أو معنوي... إلخ.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 287.

<sup>2</sup>- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 228.

<sup>3</sup>- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 122.

## الفصل الثالث

### الحماية القانونية للحق

تعتبر الحماية القانونية لصاحب الحق في استعمال حقه وفقاً لطبيعة الحق مسألة ضرورية لأنه لا قيمة لحق لا يحميه القانون، و يمنع الآخرين من التعرض لصاحب الحق في استعمال حقه، وقد جاء في المادة 674 من القانون المدني " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء شرط أن لا تستعمل استعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة". لهذا فإنه مبدئياً لكل صاحب حق أن يستغل حقه و يستعمله و يتصرف فيه، لكن بشرط أن لا يتجاوز ما يقرره له القانون من سلطات على ذلك الحق و إلا اعتبر متعسفاً في استخدامه، و على ذلك فإننا سنتناول في هذا السياق الكلام عن التعسف في استعمال الحق، و الحماية القانونية للحق باعتبار المسألة الأولى حماية للمجتمع و الثانية حماية لصاحب الحق.

### المبحث الأول

#### التعسف في استعمال الحق

##### أولاً: مضمون فكرة التعسف في استعمال الحق

فقد أهتم المشرع الجزائري في القانون المدني بنظرية التعسف في استعمال الحق ؛ حيث نصت المادة 124 مكرر منه على يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:-

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

قوام فكرة التعسف في الحق أنه لا يجوز للشخص أن يستعمل حقه بصفة مطلقة بدون ضوابط ولا حدود لأن في ذلك إضرار بصالح المجتمع، وعلى ذلك أخذت التشريعات الحديثة بوضع جملة من الضوابط تحول دون الاستعمال المفرط للحق إلى حد يلحق الأذى و الضرر بالآخرين أي بالصالح العام.

وقد نبذ المشرع الجزائري استعمال الحق بصفة تعسفية، وهذا ما أقره في المادة 690 من القانون المدني التي أكد فيها أنه " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة به ...".

### ثانياً: حالات تطبيق التعسف في استعمال الحق

وقد وضع المشرع المعايير التي من خلالها يعتبر استعمال الشخص لهذا استعمالاً تعسفياً و أورد تلك المعايير ضمن المادة 124 مكرر من القانون المدني " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

**الحالة الأولى: إذ وقع بقصد الإضرار بالغير.** مثل من يبني حائط مرتفع لحجب الضوء على جاره، أو يزرع اشجار تحجب الضوء عن جاره.<sup>1</sup>

ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات توافر قصد الإضرار بالغير ، وله أن يستعين بجميع طرق الإثبات ، ولا يكفي إثبات تصور احتمال وقوع الضرر للغير ، نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه ، بل يجب إثبات قصد الإضرار بالغير.<sup>2</sup>

ويعتبر القضاء انعدام المصلحة لدى صاحب الحق ، قرينه على أنه لا يقصد من استعماله لهذا الحق سوى الإضرار بالغير.<sup>3</sup>

**الحالة الثانية: انعدام التناسب :** إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير. إذا كان صاحب الحق يريد منفعة شخصية له، ومصلحته جد ضئيلة مع ما سوف يصيب الغير.

ومن مثال ذلك ، حالة ما إذا قام الشخص ببناء فيلا على أرض يملكها وأثناء البناء تعد بحسن نية على جزء ضئيل من أرض جاره يبلغ مترين ، فإن تمسك الجار بضرورة هدم البناء كان متعسفاً في استعمال حقه ؛ لأن الإضرار الناجمة عن هدم فيلا ضخمة لا تتناسب على الإطلاق مع المزايا التي ستعود على صاحب الأرض باسترداده المساحة اليسيرة التي تعدت عليها السيدة ، ويجوز للمحكمة أن تجبر صاحب الأرض على قبول

1 - انظر : ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 206 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 343

2 - انظر : ا.د احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 153 ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د . سعيد فهمي صادق ، مرجع سابق ، ص 390.

3 - انظر : د . محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 261 ؛ ا.د محمد علي عمران ؛ ا.د فيصل زكي عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص 206.

التعويض من هذه السيدة عن قيمة الجزء المشغول في أرضه تعويضاً عادلاً ، مما يستتبع معه رفض إصراره على هدم الفيلا.<sup>1</sup>

ويلاحظ على هذا المعيار أنه موضوعي لا شخصي ، يتعلق بتفاهة المنفعة وجسامة الضرر ، وهو ما تقدره المحاكم حسب ظروف وملابسات كل حالة.<sup>2</sup>

### الحالة الثالثة: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

يعد الشخص متعسفاً في استعمال حقه ، لو كان يقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة ، كرب العمل الذي يقوم بفصل عامل بسبب مذهبه السياسي أو عقيدته الدينية أو بسبب إنضمامه ، أو رفض إنضمامه ، إلى نقابة معينة.<sup>3</sup>

وكذلك قيام شخص بإدارة مسكنه كمنزل للدعارة أو لتناول المخدرات ، وكذا مالك المنزل الذي يصدر ضوضاء من شقته لإقلاق راحة المستأجر بقصد حملهم على ترك منزله ، وكمن يقيم أعمدة خرسانية عالية في أرضه المجاورة للمطار ، بقصد حمل شركة الطيران على شراء أرضه بسعر مرتفع ، وكذلك المالك الذي يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته للسكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون.<sup>4</sup>

## المبحث الثاني

### الحماية القانونية للحق

إذا اكتسب الشخص حقاً بالطرق المشروعة وفقاً للشروط التي سبق تناولها فإن حقه يصبح جدير بالحماية التي تخوله استعمال حقه وفقاً لما يقضي به القانون، والحماية القانونية هي من أركان الحق الذي لا يقوم إلا إذا تركزت له الحماية اللازمة طالما أن الإنسان يستعمل حقه في حدود ما يقره القانون، وقد سبق أن ذكرنا بأن الحق هو مصلحة مشروعة يعترف بها القانون ويحميها، والحماية لا تتقرر إلا لمن اكتسب حقاً بالطرق المشروعة فإذا تصورنا مثلاً: أن شخصاً قد سرق شيئاً معيناً ثم سرق منه فإن السارق لا يمكنه أن يطلب حماية الشيء المسروق،

1 - نظر : ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص 583 ، د .محمد عبد الوهاب خفاجي ، مرجع سابق ، ص 363

2 - انظر : ا.د جلال على العدوى ؛ د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 290 ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 345.

3 - انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 346.

4 - انظر : ا.د جلال على العدوى ؛ د .رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 291.

بينما الأمر يختلف لو أن الشيء المسروق سرق من مالكه، فالقانون اعطاه الحق في الحماية القانونية لحقه مكرسا ذلك عبر العديد من الطرق التي تحمي الحق، من خلال اللجوء إلى القضاء.

### أولاً: الدعوى المدنية:

وقد أورد المشرع الجزائري ضمن المادة 47 من القانون المدني التي جاء فيها أنه: « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحق به من ضرر » .

وطلب صاحب الحق في الحماية يوجه إلى القضاء المدني عن طريق الدعوى المدنية، فإذا تأكد القضاء بأن حق " المدعي " وهو صاحب الحق قد وقع عليه فعلا اعتداء من " المدعى عليه " في هذه الحالة يمكن للمدعي باسترجاع حقه وبالتعويض عن الضرر، فإذا قام شخص ببيع ملك غيره فإن المحكمة ستحكم ببطلان ذلك البيع.

تعتبر الدعوى المدنية الوسيلة القانونية المقررة لحماية الحقوق الشخصية والعينية ويتم تحريكها طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتخذ هذه الدعوى عدة صور باختلاف نوع الحق، فالاعتداء على الحق لا يكون له من الخطورة على صاحب الحق ولا على الجماعة بما يفرض النظر في موضوعه أمام المحاكم المدنية، فينظر في موضوع الدعوى قاضي مدني أو عقاري أو تجاري، أو عمالي أو شخصي وذلك حسب نوع الحق المعتدى عليه.<sup>1</sup>

ونذكر على سبيل المثال بعض من أنواع الحقوق والإجراءات الخاصة بحماية كل منها:

- إذا كان الاعتداء يستهدف حق الملكية والحقوق العينية المتعلقة بالأموال العقارية فالدعوى يتم النظر فيها من قبل القاضي العقاري أمام القسم العقاري المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- إذا كان محل الدعوى حماية حق الدائنية فالدعوى مآلها القسم المدني.

- إذا كان الحق المشاع عليه بين فئة التجار فإن الدعوى يكون مآل اختصاص النظر فيها القسم التجاري. المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- إذا كان موضوع الدعوى أحد الحقوق المتعلقة بمسائل الزواج والنفقة والميراث والحضانة فإن قاضي شؤون الأسرة على مستوى قسم شؤون الأسرة هو من يفصل في موضوع الدعوى. المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup>-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص136.

- إذا كان موضوع الدعوى حقا من حقوق تشريع العمل كإثبات عقد العمل والحق النقابي، حق الإضراب، حق التقاعد... فإن القسم الاجتماعي هو المختص بالفصل في موضوع الدعوى. المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### ثانياً: الدعوى الجزائية

تكون الدعوى الجزائية بمثابة الوسيلة الأساسية لحماية الحق المهدد أو الحق الذي وقع عليه الاعتداء، إذا كان الاعتداء يستهدف الحق وصاحب الحق نفسه وحق الحماية ككل، فهي هذه الحالة يوصف الاعتداء بالجريمة كما هو الشأن بالنسبة للاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، كالحق في الحياة (جريمة القتل) الحق في السلامة الجسدية (جرائم الاعتداء)، فتكون بذلك الدعوى الكفيلة بحماية الحق جزائية وتتولى النيابة العامة كأصل توجيه إجراءات الدعوى وفق قانون الإجراءات الجزائية باعتبارها ممثلة المجتمع أما المحاكم الجزائية فهذه الدعوى تهدف إلى حماية الصالح العام وتهدف إلى عقاب المعتدين، كما تسمح لمن وقع عليه الضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوقه المدنية لجبر ما أصابه من ضرر.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 244.

## الفصل الرابع

### مصادر الحق

المقصود بالمصدر هو السبب أو الواقعة التي أنشأت الحق , مصادر الحق متعددة هي :

- 1- القانون
- 2- العقد بالإرادة المشتركة
- 3- الإرادة المنفردة ( الوعد بجائزة )
- 4- الفعل الضار ( العمل المستحق للتعويض )
- 5- الإثراء بلا سبب الفضالة وأداء غير المستحق الفعل النافع وعلى ذلك فان الشخص قد يكتسب

الحق استناد لواحد المصادر السابقة سواء تمثلت في القانون أو الواقعة القانونية

### أولاً: القانون كمصدر للحق

القانون بصفة عامة (سواء فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص) هي المصدر مباشر لبعض الحقوق مثل حق الزوجة في الإنفاق عليها من زوجها وهذا قرره القانون طبقاً للمادة 74 من القانون الأسرة التي تنص على أنه: «تجب نفقة الزوجة على زوجها ...» ، وأيضاً حق الأولاد في النفقة فقد قرره القانون على الأب طبقاً للمادة 75 من القانون الأسرة التي تنص على أنه: «تجب نفقة الولد على الأب» ، وهكذا فالقانون هو الذي أنشأ حق الزوجة والأولاد في الإنفاق عليهم، لهذا نقول أن القانون هو مصدر مباشر لحقهما في النفقة، وكحق الموظف أو العامل في التقاعد بعد سنين محددة من العمل يقره القانون مباشرة. وحق الخزينة العمومية في اقتطاع الضرائب والرسوم من التجار يقره القانون مباشرة.

كما يعتبر القانون مصدراً غير مباشر لبقية الحقوق انطلاقاً من مبدأ فحواه أن القانون لا يتعرف ولا يقر إلا بالحقوق الناشئة عن روابط قانونية صحيحة، أي التي لا تخالف القانون مثلاً: القانون يعطي الحق للدائن في استرجاع حقه من المدين إذا كان حقه على هذا الدين نشأ بموجب عقد قرض طبقاً للمادة 450 من القانون المدني التي تناولت تنظيم القرض الاستهلاكي لكن في نفس الوقت القانون لا يعترف بعلاقة أثمرت دين قمار، فالدائن هنا لا يمكنه أن يسترد دينه، لأنه نشأ عن علاقة لا يقرها القانون بل ويمنعها أصلاً طبقاً للمادة 612 من القانون المدني، التي جاء فيها " يحظر القمار والرهان...."

ومن ذلك يتضح إن القانون قد يكون مصدرا مباشرا للحق وقد يكون مصدرا غير مباشر لبقية الحقوق إذا اقر العلاقة التي نشأ عنها الحق (عقد القرض مثلا)، مع ملاحظة أن المشرع قد صنف القانون كمصدر أول للحقوق والالتزامات في المادة 53 من القانون المدني.

### التصرف القانوني والواقعة القانونية:

قبل التطرق إلى بقية مصادر الحق نذكر بأن الفقهاء قد وضعوا تلك المصادر تحت تصنيفين رئيسيين هما التصرفات القانونية والوقائع القانونية

#### 1- ما المقصود بالتصرفات القانونية:

هي اتجاه إرادة الإنسان بوعي وإدراك إلى إحداث اثر قانوني معين، متمثل في إنشاء حق من الحقوق، مثلا المشتري يقدم بإرادته على إبرام عقد الشراء لأنه يريد أن يكون صاحب حق على المبيع. ويمكن أن يكون التصرف المنشئ للحق قائم على إرادة المتصرف فقط دون إرادة المتصرف له، مثل الوصية فهي تصرف قانوني يقدم عليه شخص منشئا به حقا للموصى له ( فلا تتدخل هنا إرادة الموصى له) عكس الحال في التصرفات التي تقوم بناء على إرادتين (البائع والمشتري مثلا) وتحت عنوان التصرفات القانونية يندرج العقد بالإرادة المشتركة أو بالإرادة المنفردة.

#### 2- ما المقصود بالوقائع القانونية:

قد ينشأ الحق ليس استنادا للقانون مباشرة كما أسلفنا، ولا إلى العقد بالإرادة المشتركة أو المنفردة، بل إلى الواقعة القانونية، وهي عبارة عن أحداث معينة يقرها القانون إذا حدثت يترتب عليها القانون نشوء الحق، فتصير هي مصدره.

والواقعة المادية قد تكون ضارة كما رأينا، فيكون بذلك الفعل الضار هو المصدر الحق، وقد يكون الفعل المادي الذي يقوم به الشخص فعلا نافعا، يقوم به الشخص فيستفيد من منه شخص آخر فنقول إن هذا الشخص قد اثري بدون سبب سواء نتيجة للعمل الفضولي أو أداء غير المستحق، وقد أورد المشرع في المادة 141 من القانون المدني التي تنص على أنه: «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 استفاد من العمل ...» .

وعلى ذلك يكون الفعل المادي مصدرا للحق سواء كان فعلا أو نافعا

**ثانياً: العقد بالارادة المشتركة كمصدر للحق:**

يعرف العقد من الناحية اللغوية بأنه: «الربط بين أطراف الشيء»، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني التي تنص على أنه: «العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص لآخرين تجاه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما» .

ويصنف العقد ضمن التصرفات القانونية، ويتم بالتقاء إرادتين كما هو الشأن في عقد البيع وعقد الإيجار، بموجبه ينشأ حق للبائع على الثمن وحق للمشتري على المبيع، وعقد الإيجار ينشئ حقاً للمؤجر على بدلات الإيجار وحق للمستأجر في استعمال العين المؤجرة.

وهكذا سواء كان العقد عقد معاوضة أي كل واحد يأخذ مقابل ما أعطى، أو عقد تبرعي كعقد الهبة، الذي هو تملك بلا عوض كما جاء في المادة 202 من قانون الأسرة، فالمالك ينقل جزء من ماله لشخص آخر وهو الموهوب له دون أن يكون الطرف الآخر ملزم بأي تعويض، وهذا سمي عقود الهبات، وقد يكون التبرع مصنف ضمن عقود التفضل مثل عقد القرض 450 مدني وعقد العارية، إذ فيها لا يتخلى المالك عن حقه بصفة مطلقة بل يتجلى عنه بصفة مؤقتة ثم يرد إليه وهذا عكس عقد الهبة التي يتخلى فيها المالك عن حقه بصفة دائمة.

والعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، والعقد من أهم مصادر الحق وأكثرها شيوعاً ويقوم أساساً على توافر 03 ثلاث أركان هي: التراضي أو الرضا والمحل والسبب.

**1- التراضي أو الرضا.**

المقصود بالتراضي توفيق الإرادتين على إحداث الأثر القانوني، والإرادة عمل باطني يحدث داخل النفس ولا يستدل عليه إلا بأخذ الظواهر المحسوسة فلا بد من التعبير عنه صراحة أو ضمناً.<sup>1</sup>

كما يقصد به كذلك اتجاه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني وأن يحدث التطابق في التقاء الإرادات المتعاقدة، و أن يصدر التعبير عن الإرادة سليماً حتى ينتج أثره القانوني.<sup>2</sup>

و التعبير عن الإرادة في شكل صريح قد يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعروفة أو باتخاذ سلوك لا يدع مجالاً للشك في دلالة على التراضي كتوقيف السيارة المخصصة للأجرة في موقف سيارات الأجرة.

<sup>1</sup>-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 150 . .

<sup>2</sup>-عمار بوضيف، مرجع سابق، ص 172.

ويكون ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذته المتعاقدان لا يكشف عن إرادة معينة ولكن تفسيره يؤدي إلى استنباطها كتصرف الشخص في سيارة معروضة عليه للبيع بما يدل على قبوله.

ويشترط في التراضي أن يكون التعبير صادراً عن شخص مميز أي غير عديم الأهلية وأن لا تكون إرادته معيبة بعيوب الرضا كالإرادة والغلط والتدليس كما يشترط أن يتطابق الإيجاب مع القبول أي العرض الصادر من شخص معين إلى آخر بغرض إبرام عقد ما، مع قبول العرض من الشخص الثاني بغرض نشوء العقد.<sup>1</sup>

## 2- المحل.

لا يكفي لقيام العقد توفر الرضا بل يشترط أن يكون له محل يقوم عليه وهو ما تتعدد عليه الإرادة، وقد يكون أداء العمل أو الامتناع عن العمل فتكون أمام حق شخصي، وكما سبق وأن وضحنا في محل الالتزام فإن هذا الأخير يشترط أن يكون ممكناً لا مستحيلاً، ومعيناً أو قابلاً للتعين، ومشروعاً غير مناف ولا مخالف للنظام العام، فلا أثر لعقد محله التزام أحدهم بإحياء شخص ميت أو بتوريد المخدرات أو ببيع محصول زراعي فالمحل هنا إما مستحيل أو غير مشروع أو غير محدد ويقع باطلاً العقد إذا كان محله كذلك.

## 3- السبب.

السبب هو الغاية التي يسعى كل طرف في العقد للوصول إليها، والغاية تختلف من عقد لآخر تبعاً لاختلاف الباعث على التعاقد بين الأشخاص فالباعث على التعاقد يقوم على عنصر ذاتي، فالباعث في عقد البيع يختلف عنه في عقد الإيجار، ويشترط عموماً أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام تطبيقاً كما أقرته المحكمة العليا بموجب تطبيقها لنص المادة 97 من القانون المدني بالقول "من المقرر قانوناً أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً وكل قضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون".

فعقد الإيجار لمنزل بغرض استغلاله في الدعارة لا يرقى لأن يكون محل مناقشة القضاة ولا لاعتماده كوثيقة نظراً لبطلانه بطلاناً مطلقاً، وقد افترض المشرع سلامة السبب في الرابطة العقدية من خلال ما جاء في المادة 98 من القانون المدني "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 150 .

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 176 , 177.

## ثالثاً: التصرف بالإدارة المنفردة

التصرف القانوني الإفرادي ( بإرادة منفردة ) هو عمل قانوني معتد به وينتج أثره بإرادة واحدة سواء لإنشاء الحق كالوعد بالجائزة، والوصية، أو يؤدي لإنقضاء الحق كالإبراء طبقاً للمادة 305 من القانون المدني.

ويعرف الوعد بالجائزة بأنه تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الواعد الذي يعلن للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل معين.

وقد نصت المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: « من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها » .

لكن حتى الإرادة المنفردة هي المنشئة للحق فإنه ينبغي توفر الشروط التالية:-

1- يجب أن توجد لدى الواعد إرادة بآته وعازمه تتجه لإحداث أثر قانوني هو أن الواعد يلزم نفسه بالجائزة ويعطيها لمن قام بالعمل المطلوب، وهذا يتضح في الاعلان عن الوعد، إذ من خلاله نعرف هل هو وعد بات أم مجرد نوع من الإشهار لترويج البضاعة مثلاً:

- تاجر يعلن عن تقديم جائزة لمن يكشف عيباً في بضاعته.

- أو يعلن جائزة لمن يجد بضاعة أحسن من بضاعته

فإذا كان الأمر على النحو السابق فإن القصد منه هو الترويج للبضاعة لا أقل ولا أكثر.

أما إذا أعلن شخص عن جائزة لمن يكشف دواء يقي من بآه معين، أو لمن يقوم بإنجاز بحث حول مسألة معينة، فإن النية والقصد هنا تتجه فعلاً لمنح الجائزة لمن اكتشف الدواء أو قام بالبحث، فالمسألة لا علاقة لها بالترويج.

2- أن يكون الإعلان موجه للجمهور ( لعامة الناس ) وليس لشخص محدد سلفاً، ويعتبر الإعلان عن الجائزة عاماً حتى وإن وجه لفئة معينة من أفراد المجتمع كالأطباء والمهندسين.

3- يجب أن يحدد الإعلان طبيعة الجائزة، هل هي عينية ( سكن مثلاً )، أو مالية ( مبلغ من النقود ).

## رابعاً: الفعل الضار أو العمل المستحق للتعويض:

قد يكون الفعل الذي يصدر عن شخص معين ويتضرر منه شخص آخر سبباً لنشوء حق المضرور يتمثل في التعويض عن الضرر وهذا طبقاً للمادة 124 من القانون المدني، التي تنص على أنه: «كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض» .

وسواء كان الفعل الضار قولاً أو عملاً فإنه ينشئ للمضرور حقا في التعويض، ويكون الإنسان مسؤولاً عن الأضرار التي تصدر منه شخصياً طبقاً للمادة 124 من القانون المدني أو تصدر عن غيره مثل:-

- 1- أبنائه القصر للمادة 134 مدني
- 2- أو من عماله طبقاً للمادة 136 مدني
- 3- أو من الحيوانات التي توجد تحت سيطرته طبقاً للمادة 139 من القانون المدني
- 4- أو من الأشياء غير الحية ( الآلات والمباني ) طبقاً للمادة 138 و 140 مدني.

وباختصار الفعل الضار يعتبر مصدراً للحق الذي ينشأ للمضرور من الشخص الذي تسبب في الخطأ.

## خامساً: الفعل النافع ( الإثراء بلا سبب )

وهو من المصادر المستقلة التي أوردها المشرع الجزائري تحت عنوان شبه العقود، ومضمون الفعل النافع هو أن يقوم شخص بعمل نافع من تلقاء نفسه ودون أن يطلب منه ذلك، فيستفيد من عمله شخص آخر، وبمناسبة ذلك العمل تغتني ذمة شخص وتفتقر ذمة شخص آخر، فنقول في هذه الحالة أن الشخص الذي استفاد من العمل قد أثري على حساب غيره بلا سبب، فيصبح الشخص الذي قام بالعمل النافع مستحقاً تعويضاً عما انفقه، وقد اورد المشرع الجزائري الإثراء بلا سبب في المادة 141 من قانون المدني على أنه: «كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شئ له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من شئ أو عمل.»

والمشرع الجزائري أورد مثالين لحالة الإثراء بلا سبب:

- 1- تتمثل في دفع غير المستحق وقد أورد ذلك في المادة 143 مدني التي تنص على أنه: «كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده.»

2- أما الصورة الثانية فتتمثل في العمل الفضولي، وقد جاء في المادة 150 من القانون المدني على أن: «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك». لهذا فإن الشخص استفاد من عمل الفضولي ينشأ في ذمته التزام برد النفقات الضرورية التي بذلها الفضولي واستفاد بها رب العمل طبقاً للمادة 157 مدني.

مع ملاحظة أن الصورتين اللتين أوردتهما المشرع الجزائري ما هي الا على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، لهذا نقدم أمثلة أخرى عن الاثراء بلا سبب:

- شخص اشترى سيارة قديمة فقام بإصلاح بعض أجزائها، وادخل عليها تحسينات لم تكن موجودة فيها أو غير بعض قطع محركها بأخرى جديدة، وقبل كتابة السيارة باسمه تم التراجع من طرف البائع لأي سبب كان، هنا ينبغي على المالك الأصلي أن يرد المبالغ التي انفقها المشتري على السيارة لأن القول بخلاف ذلك يدخلنا في حالة الإثراء بلا سبب.

- أو مثلاً شخص استأجر منزلاً للإقامة فيه مع أسرته، وقبل أن يدخله قام ببذل أموال من اجل طلاء جدرانها وعندما انتهى من ذلك قرر صاحب السكن وهو المؤجر فسخ عقد الإيجار، في هذه الحالة يصبح المؤجر ملزماً بإعادة المبالغ المالية التي انفقها المستأجر لطلاء المنزل.

والخلاصة: أن مصادر الحق متعددة وهي تتمثل في المصدر الأساسي وهو القانون الذي هو مصدر مباشر لبعض الحقوق ومصدراً غير مباشر لكل الحقوق ثم تأتي الوقائع المادية القانونية والتصرفات القانونية.

## الفصل الخامس:

### إثبات الحق وإنقضاؤه.

نتناول في هذا الفصل الأحكام الخاصة بإثبات الحق سواء المتعلق منها بأنظمة طرقه ووسائله، بالإضافة إلى لآليات انقضاء الحق.

#### المبحث الأول:

##### إثبات الحق

للإثبات أهمية بالغة في حل النزاعات المتعلقة بالحقوق فكل من يدعي حقا عليه إثباته ومسائل إثبات الحق محددة قانونا كما أن إجراءات مباشرته منظمة تفاديا لتنازع الحقوق بشكل عشوائي.

#### المطلب الأول:

##### تعريف الإثبات وأنظمتها.

للإثبات تعريف واضح ومتفق عليه، كما أنه يتنوع بتنوع الأنظمة المتعددة في الإثبات.

#### الفرع الأول:

##### تعريف الإثبات وأهميته

إثبات الحق هو إقامة الدليل على وجوده، أو بمعنى آخر هو الوسيلة التي تستعمل لإقناع القاضي بحقيقة الواقعة مصدر الحق.<sup>1</sup>

كما يمكن تعريفه بأنه إثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي أنشأ الحق، أي إقامة الدليل على وجوده، بمعنى إقامة الدليل أمام القضاء على مصدر الحق الذي يدعيه الشخص.<sup>2</sup>

- وتظهر أهمية الإثبات في حماية الحق من خلال المبدأ القائل بأنه "يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له" ذلك أن صاحب الحق إن لم يستطع أم يقدم الدليل على وجود حقه وثباته عندما ينازعه أحد فيه كان حقه

<sup>1</sup> -عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 217 .

<sup>2</sup> -إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 337.

والعدم سواء من الناحية العلمية فالحق مجرد من دليله لا قيمة له.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني:

### أنظمة الإثبات ومبادئه.

يخضع إثبات الحق إلى قواعد وأحكام نظم الإثبات وذلك حسب النظام المعمول به قانونا من المشرع وأنظمة الإثبات 03 ثلاثة تشترك في مجموعة من المبادئ الأساسية وتختلف في طرق الإثبات.

أولاً: أنظمة الإثبات: تتعدد مذاهب التنظيم القانوني للإثبات إلى 03 ثلاثة وهي:

1- نظام أو مذهب الإثبات الحر: وهو نظام إثبات يقوم على مبدأ الحرية وعدم تقييد الأفراد بوسيلة معينه قانونا للإثبات، مع ترك سلطة واسعة للقضاء من أجل اتخاذ ما يراه مناسباً حسب كل دعوى وما يعرض فيها من أدلة، وما يعاب على هذا النظام هو عدم تجانس أدلة الإثبات ولو كانت الوقائع نفسها فالقاضي حسب سلطته الواسعة له أن يأخذ بدليل ما يقتنع به وله أن يرفض نفس الدليل ولا يقتنع به في مسألة مشابهة، فمنح السلطة المطلقة للقاضي يهدد مبدأ نزاهة القضاة.<sup>2</sup>

2- نظام أو مذهب الإثبات المقيد: على ضوء عيوب النظام السابق ظهر نظام ومذهب مغاير تماماً، فالقاضي وفق هذا النظام يلتزم بالحياد التام واتخاذ موقف سلمي من الإثبات، فالأدلة منظمة ومحددة ومرتبطة من حيث قيمتها قانوناً، فالقاضي لا سلطة تقديرية له، وقد جاء هذا المذهب لتعزيز ضمانات المتقاضين وإستقرار مسائل الإثبات والحفاظ على تجانسها، غير أن ما يعاب عليه هو أنه يفترض على القاضي أن ينطق وفق ما قضى به الدليل ولو كان عكس قناعته.<sup>3</sup>

3- نظام أو منصب الإثبات المختلط: قام هذا المذهب من خلال الجمع بين مزايا النظامين السابقين وتفادي عيوبها وقد اصطلح عليه المذهب أو النظام المختلط، فالقاضي وكأصل يجب عليه أن يكون حيادياً من مسائل الإثبات في بعض الحالات، بينما يكون ملزماً بلعب الدور الإيجابي وإكمال سلطته في تقدير الدليل في حالات أخرى، ففي الحالات التي يكون الإثبات فيها

<sup>1</sup>-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 217 .

<sup>2</sup>-عمار بوضيف، مرجع سابق، ص 194، 195.

<sup>3</sup>-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 219 .

بالكتابة فالقاضي يكون مقيدا وإذا أن الإثبات بالشهادة فله ان يعمل حرته وسلطته في تقدير

### الدليل . 1

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري فما يمكن قوله بأنه تأثر أكثر بنظام الإثبات المقيد أو الجامد من خلاله إلمامه لوسائل الإثبات وحصرها وبيان أحكامها في نصوص القانون المدني والتجاري والأسرة وإلى غير ذلك من فروع القانون، مع محاولة المزج بين النظام المقيد والحر في بعض الأحيان خصوصا منها في الجانب التجاري حفاظا منه على مميزات هذا المجال الذي يتميز أكثر بالسرعة والمرونة والثقة وأحكام العرف التجاري.

### ثانياً: المبادئ الأساسية في الإثبات.

تخضع النظرية العامة للإثبات إلى مجموعة من المبادئ الأساسية نوجزها فيما يلي:

1- **حياد القاضي:** إذا كان صاحب الحق ملزما بإثبات حقه وإقامة الدليل عليه وفق الوسائل التي يحددها القانون والتي لا يملك مناقشتها، فالقاضي وكنتيجه لذلك ملزم بعدم التدخل نظرا لأنه مقيد الإدارة، فلا يملك إجبار الخصوم على إحضار وسائل إثبات تصرفاتهم، فيكتفي بدور المتلقي مع حقه في اتخاذ الإجراء التي يحددها مناسبة من أجل استكمال الأدلة وتقديرها، كالأمر بإجراء الخبرة وينتج عن ذلك أن القاضي ليس له أن يحكم بعلمه الشخصي بل لما يثبت له من الأدلة في الدعوى .<sup>2</sup>

2- **مبدأ المجابهة بالدليل:** يقصد به أن كل دليل يقدم في الدعوى من قبل أحد الخصوم يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته وإبداء الرأي بشأنه فإذا سمح القاضي لأحدهم بإبداء الشهادة فعليه أن يسمح للطرف الآخر بنفس الشيء وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 من القانون المدني.<sup>3</sup>

3- **حق الخصم في الإثبات:** وهو مبدأ ناتج عن حياد القاضي، فإذا كان دوره يتمثل في الفصل في النزاع بناء على ما يتقدم به الأطراف من دلائل إثبات وفق نص القانون، فللخصوم حق تقديم الدليل أمام القاضي.<sup>4</sup>

4- **الأصل براءة الذمة:** الأصل أن ذمة كل شخص تعتبر بريئة وغير مشغولة بأي التزام تجاه شخص آخر وكل من يدعي عكس ذلك عليه إقامة الدليل وإثبات ذلك أمام القضاء.

<sup>1</sup>-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 220 .

<sup>2</sup>-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 202.

<sup>3</sup>-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 220 .

<sup>4</sup>-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 203.

5- **البينة على من ادعى واليمين على من أنكر:** إذا لم يستطع من أراد إثبات عدم براءة الآخر، فله أن يوجه له اليمين حولها.<sup>1</sup>

6- **عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:** على القاضي وفي إطار التزامه بالحياد في الخصومة أن لا يفرض على احد الخصوم تقديم دليل إثبات ضد نفسه، غير ذلك لا يتعارض مع مبدأ أن للخصم الحق في أن يستمد دليلا مما قدمه خصمه طواعية من أدلة.

7- **مبدأ عدم جواز الشخص بأن يصطنع لنفسه دليلا:** إذا كان الاصل في الإثبات التقييد بما هو مقرر قانونا من وسائل الإثبات، فإنه لايسمح للشخص أن يصطنع أو يضع لنفسه دليلا، يلتزم بما أقره النص القانوني فإذا فرض عليه الرسمية وجب التقييد بها، وإذا أفرض عليه الشهادة وجب عليه العمل بها.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني:

#### طرق الإثبات.

تنص القوانين المتعلقة بالإثبات على طرق الإثبات ووسائل وقد حصرها وحددها المشرع الجزائري في الكتابة / الشهود / القرائن / الإقرار / اليمين، وسنحاول باختصار ذكرها تاليا:

الفرع الأول: الكتابة.

جاء في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو آية علامات أو رموز ذات معني معلوم.."

تعد الكتابة من أهم وسائل الإثبات نظرا لأن الحق المتنازع بشأنه قد صار موثقا أو مكتوبا وله مصدر ورقي، وكما انها لا تتير أي خلاف طالما أشارت العبارات الواردة في الوثيقة بوضوح إلى الحق المتنازع بشأنه<sup>3</sup>، والكتابة في القانون نوعان رسمية وعرفية.

**أولاً: الكتابة الرسمية (العقود الرسمية) :** العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطة أو

<sup>1</sup> -عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 221 .

<sup>2</sup> -عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 203 ، 204.

<sup>3</sup> -عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 207.

## اختصاصه 1.

إذن فالعقد الرسمي هو ما يصدر عن الموثق باعتباره ضابطا عمومي مكلف قانونا بإبرام العقود المدنية والتجارية، كما يعد كذلك السند الرسمي الصادر عن شخص يمارس مهام إدارية ويمكنه القانون من إعداد السندات الإدارية الرسمية، ويكون العقد الرسمي واجبا لحفظ الحقوق وإثباتها إذا ما انصب التصرف على العقارات ( البيع / الهبة / الإيجار / الرهن ) وكذلك بالنسبة للعقود المؤسسة للشركات التجارية... إلخ، ويعتبر ما ورد في مضمون العقد حجة يلتزم القاضي بالأخذ بها إلى غاية إثبات التزوير كما يعد حجة على أطرافه وورثتهم ويعد نافذا على كامل التراب الوطني.<sup>2</sup>

ثانياً: الكتابة العرفية ( السند العرفي): يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه 3 ، ولا يشترط في السند العرفي أن يكون مكتوبا بطريقة معينة وبأسلوب معين أو لدي كاتب معين، بل للأفراد حرية إعداد هذا السند ويعتبر السند العرفي حجة على الغير من كان له تاريخ ثابت.

كما تعتبر الرسائل الموقع عليها من حيث درجة الإثبات بمثابة حجة السند العرفي وكذلك الحال للبرقيات المرسلة إذا كانت تحمل توقيع مرسلها. كما تعتبر الدفاتر التجارية حجة بين التجار فيما بينهم شريطة أن يتم مسكها بصورة منتظمة.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني:

## الشهادة ( البينة).

عرف الفقه في فرنسا الشهادة بأنها إعلان أو تصريح يقدمه شخص حول وقائع معينة عرفها بنفسه شخصيا، وعرفها الفقه العربي تعريفا أدق مفاده أن الشهادة عبارة عن إخبار الإنسان في مجلس القاضي بحق لشخص على آخر، ومن حيث أن الشهادة خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب فالشاهد يحلف قبل أدائه على أن قوله صحيح هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القاضي يأخذ بصدق الشاهد كأصل لأن لا مصلحة له في

1- المادة 324 القانون المدني الجزائري.

2- المادة 324 مكرر القانون المدني الجزائري

3- قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1987/12/07.

4-المواد 330/329/328 القانون المدني الجزائري.

الانحياز لأي من أطراف الخصومة.<sup>1</sup>

والشهادة في نظام الإثبات الجزائري لا تصلح في كل الأحوال فالرجوع إلى نص المادة 333 من القانون المدني نجدها تحدد سقفًا ماليًا لقبول الإثبات بالشهادة بحيث جاء فيها " في غير الموارد التجارية إذ كان التصرف القانوني يزيد قيمة عن 100.000 دينار أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " إذن فالشهادة تكون لإثبات الحق الوارد على التصرف الذي تساوى قيمته أو تقل عن 100.000 دج.

### الفرع الثالث:

#### القرائن.

القرنية هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، فهي أدلة قائمة على الاستنتاج الذي قد يكون مطابقًا للحقيقة وقد لا يكون كذلك ولهذا يباح فيها إثبات العكس ما لم يوجد نص يقض بغير ذلك.<sup>2</sup>

و الإثبات بالقرائن في التشريع الجزائري يخضع لأحكام المادة 340 من القانون المدني فهي أمر لا يجوز في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالنية.

### الفرع الرابع:

#### الإقرار.

الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ( المادة /341 القانون المدني) ، و يعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر ولذلك يقال بأن الإقرار سيد الأدلة ويشترط لصحة القرار أن:

(1) أن يصدر عن ذي أهلية فإذا كان الشخص بالغًا وعاقلاً صح إقراره وإن كان صغيرًا أو مجنونًا أو معتوهاً أو سفيهاً فلا يصح الإقرار.

(2) يشترط في الإقرار ألا يكذب ظاهر الحال فلا يصح أن يقر شخص عمره 20 سنة بينوه آخر عمره 30 سنة.

(3) الإقرار تصرف من جهة المقر فقط وبارادته فلا يعترف بقبول أو برفض المقر له.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-عباس الصراف، جورج حزيون، مرجع سابق، ص245.

<sup>2</sup>-نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص238.

<sup>3</sup>-عباس الصراف، جورج حزيون، مرجع سابق، ص256.

## الفرع الخامس:

### اليمين

عندما يستنفد المدعي جميع طرق الإثبات السابقة، فإنه يضطر إلى الاحتكام إلى ذمة خصمه، فيوجه له اليمين بالصيغة التي يراها مناسبة وذلك لحسم النزاع، وهي ما تعرف باليمين الحاسمة، فإذا حلفها الخصم انتهت الدعوى بخسارة المدعي، أما إذا نكل عن اليمين فقد رجحها المدعي وللخصم ان يرددها على الذي وجهها له فإذا حلفها هذا خسر الخصم الدعوى أما إذا نكل عن اليمين فقد ربح الخصم الدعوى.<sup>1</sup>

وقد أجاز المشرع الجزائري لكل من الخصمين في الدعوى أن يوجه أحدهما للآخر اليمين الحاسمة وفق نص المادة 343 من القانون المدني.

أما اليمين المتممة ففي تلك التي يقوم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم لكي يستنبط من حلفه اليمين أو نكاله قرينه على صحة أو عدم صحة إدعائه.<sup>2</sup>

و قد أجاز المشرع الجزائري للقاضي ذلك بناء على نص المادة 348 من القانون المدني.

### المبحث الثاني

#### انقضاء الحق.

سبق البيان عند تقسيم الحقوق أنها تنفرع إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية. وسنخرج من مجال دراستنا فيها تعلق بالانقضاء الحقوق السياسية لأنها حقوق غير مالية ونحن نركز أساساً على الحقوق المالية.

وتختلف أسباب انقضاء الحقوق المالية حسب طبيعة الحق. وطالما قسمناها إلى عينية وأخرى شخصية. سنتناول فيها يلي حالات وأسباب انقضاء الحقوق العينية والحقوق الشخصية في المبحثين التاليين.

#### المطلب الأول:

##### انقضاء الحقوق العينية .

هناك حالات عديدة ينقضي بها الحق العيني منها:

<sup>1</sup>-عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 230 .

<sup>2</sup>-حسن حرب اللصاصمة ، مرجع سابق، ص 218.

## الفرع الأول:

### هلاك محل الحق

سبق التوضيح أنه يدخل تحت الحقوق العينية الأصلية حق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكني وحق الارتفاق أما حقوق التبعية فهي الأخرى تصم تقسيمات فرعية فيدخل تحتها الرهون بكل أنواعها كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

وهذه الحقوق جميعا تنقضي بهلاك الشيء الذي يقع عليه الحق. فإذا تخدم المنزل الذي يرد عليه حق الملكية أو حق السكني أو حق الانتفاع فإن هذا يؤدي إلى انقضاء الحق.

## الفرع الثاني:

### عدم الاستعمال ( التقادم المسقط).

إن عدم استعمال الحق مدة زمنية معينة قد يؤدي إلى زواله. فإذا ترك المنتفع مثلا حقه دون استعمال مدة زمنية معينة حددت بـ 15 سنة، فإن حقه يزول، مع الإشارة أن هذا الزوال لا علاقة له بحق الملكية فهو مستثنى من القاعدة لأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال.

ورجوعا للمادة 308 من القانون المدني نجد أنها نصت على أن: يتقادم الالتزام بالانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص...."

## الفرع الثالث :

### حلول الأجل.

إن حلول الأجل يؤدي إلى زوال الحق كما لو تصورنا أننا أمام حق الانتفاع من عقار خلال مدة فانتهاه المدة يؤدي بالضرورة إلى زوال الحق في الانتفاع وانقضاؤه.

## المطلب الثاني:

### انقضاء الحقوق الشخصية.

تتميز الحقوق الشخصية عن الحقوق العينية أنها قابلة للحصر كما بينا ذلك وإن كانت هي الأخرى حقوق ذات طابع مالي.

وطبعا للقواعد المقررة في القانون المدني الجزائري فإن حالات انقضاء الحقوق الشخصية كثيرة نستعرض أهمها:

### الفرع الأول :

#### الوفاء.

يقصد بالوفاء التنفيذي الطبيعي للالتزام ويتمثل في لجوء المعني اختياريا وإراديا بالوفاء بالدين الذي عليه أو محل محله صاحب المصلحة. ولا ينبغي أن يفهم من الدين هنا قيمة من المال بل قد يتعلق الأمر بأداء عمل المهم أننا أمام التزام قابل لأن يقوم بمال. لذلك جاءت المادة 258 من القانون المدني صريحة بقولها: "يصح الوفاء من المدين أو نائبه أو أي شخص ممن له مصلحة في الوفاء" وجاءت المادة تحت عنوان انقضاء الحق.

### الفرع الثاني

#### الإبراء.

قد لا ينفذ الالتزام الذي عليه، وبالتالي لا يؤدي حق الغير ومع ذلك يسقط الالتزام وينقضي معه الحق، ويتجلى ذلك في صورة لجوء الدائن إراديا واختياريا إلى إبراء ذمة المدين من الالتزام الذي عليه واشترطت المادة 305 من القانون المدني لِنفاذ الإبراء أن يحظى بموافقة المدين فإن رفضه عد باطلا. وتسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.

### الفرع الثالث

#### استحالة التنفيذ:

إن الحديث عن استحالة التنفيذ يفرض بالضرورة وجود قوة قاهرة. ففي مثل هذه الحالة ينقضي الحق، لذلك جاءت المادة 307 من القانون المدني صريحة بالقول: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"

### الفرع الرابع

#### التحديد.

وهو عبارة عن تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق بين ذوي الشأن على وضع نهاية لحق قديم وإنشاء حق جديد. وبينت المادة 287 من القانون المدني طرق أو حالات التجديد كما يلي:

أ- تغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره.

ب- تغيير الدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يحل هذا الأخير محل المدين وتبرأ ذمة المدين.

ج- تغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد.

### الفرع الخامس

#### المقاصة.

نكون أمام حالة مقاصة قانونية إذا أصبح المدين دائناً لدائنه فيترتب على تقابل الدينين انقضاءهما بقدر الأقل منها فلو فرضنا أن:

أن أ " دائن ب مبلغ 5000 دج ل " ب " ثم اشترى " أ " من " ب " منقولا بقيمة 15000 دج

فصار (أ) في وضعية دائن ومدين

وصار (ب) في وضعية دائن ومدين

ويترتب على وجود هذه العلاقة انقضاء العلاقة انقضاء الدين بقدر الأقل منهما وهو 5000 دج في المثال الذي ضربناه. فيكون هذا محل مقاصة من قيمة المنقول المباع ليصبح في النهاية أ مدينا بمبلغ 10000 دج

وقد وردت أحكام المقاصة في المواد من 297 إلى 303 من القانون المدني

### الفرع السادس

#### اتخاذ الذمة.

نكون أمام وضعية اتخاذ الذمة إذا اجتمعت في الشخص الواحد صفة الدائن والمدين ومثال ذلك أم يكون الشخص مدينا لمورثه وبعد الوفاة انتقلت حقوق المورث إليه ويترتب عن ذلك أن الشخص صار دائناً لنفسه ولما كان الشخص لا يستطيع أن يطالب نفسه فإن الدين ينقضي.

ولقد ورد النص على هذه الحالة في المادة 304 من القانون المدني والتي جاء فيها: " إذا اجتمع في شخص

واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة"

انتهى وبالتوفيق

## قائمة المصادر والمراجع:

## أولاً: قائمة المصادر:

- القران الكريم
- الدستور الجزائري لسنة 2016
- القانون المدني الجزائري
- القانون التجاري الجزائري
- قانون الاسرة

## ثانياً: قائمة المراجع بالعربية

- أحمد سلامة، نظرية الحق في القانون المدني، 1960.
- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ب د ط، سنة 2008.
- احمد عبد الحميد عشوش ، د . سعيد فهمي الصادق، مبادئ القانون، بدون بلد النشر، 2001.
- إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 1960.
- جلال على العدوى ، رمضان أبو السعود ، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997.
- جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، الجزء 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966.
- جميل الشرفاوي، دروس في اصول القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966.
- حسام كامل الأهواني ، مقدمة القانون المدني " نظرية الحق " ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1973 .
- حسن حرب اللصاصمة، دراسات في المدخل للعلوم القانونية، دار الخليج للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2014.

- حسن كبيرة، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الخامسة، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، مصر، 1974.
- حمدي عبد الرحمان، الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976/1975.
- حمدي عبد الرحمان؛ ميرفت ربيع عبد العال، نظرية الحق " مقدمة القانون المدني الحقوق والمراكز القانونية، مطبعة الاسراء ، 1975.
- رمضان أبو السعود ، المدخل إلى القانون ، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1986 .
- رمضان أبو السعود ، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997
- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، 1953.
- سهير منتصر ، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، 1986
- شكري محمد سرور، النظرية العامة للحق، دار الفكر، القاهرة، 1974.
- عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938.
- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2004.
- عبد المنعم البدرأوى، المدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، دار الكتاب العربي، 1962 .
- عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- عبد الودود يحيى ، نعمان جمعة ، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- عمار بوضياف ، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- عمر السيد احمد عبد الله ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004 .
- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016.
- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
- محمد عبد الوهاب خفاجي ، مبادئ القانون ، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1994.
- محمد كامل مرسى ، التأمينات الشخصية والعينية ، ط 2، 1930.

- محمد نصر الدين منصور ، المدخل للقانون " النظرية العامة في الحقوق " ، ج 1 ، مطبعة الرسالة ، الشرقية، 2000.
  - مصطفى محمد الجمال ، عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون، الطبعة الأولى، دار الجامعية، بيروت، 1987.
  - نبيل إبراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013.
  - نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، 1977.
  - ياسين محمد يحيى ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1990 .
- رسائل الدكتوراه:

- عدنان حمودي الجليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1974.

#### محاضرات ومقالات:

- مرامرية سناء، محاضرات في قانون العمل، جامعة أم البواقي، 202/2019.
- مرامرية سناء، محاضرات في مقياس قانون الشركات، جامعة أم البواقي، 2020/2019.

#### احكام المحاكم:

- قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1987/12/07.

#### ثانياً: قائمة المراجع الاجنبية:

- Carbonnier ( j ), droit civil, 1971.
- Duguit, les transformations générales du droit prive, 1912.
- Roubier ( p ), théorie générale du droit, 2éd 1951, p 135

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
02	الباب الأول: التعريف بالحق و أنواعه
02	الفصل الأول: وجود فكرة الحق
07	الفصل الثاني: التعريف بالحق
23	الفصل الثالث: أنواع الحقوق
24	المبحث الأول: الحقوق السياسية
25	المبحث الثاني: الحقوق المدنية
25	المطلب الأول: الحقوق العامة
28	المطلب الثاني: الحقوق الخاصة
29	الفرع الأول: الحقوق العينية أولاً: الحقوق العينية الأصلية ثانياً: الحقوق العينية التبعية
38	الفرع الثاني: الحقوق الشخصية
39	الفرع الثالث: الحقوق الذهنية ( المعنوية )
41	الباب الثاني: أركان الحق
42	الفصل الأول: أشخاص الحق
42	المبحث الأول: الشخص الطبيعي
43	المطلب الأول: مدة الشخصية القانونية
43	الفرع الأول: بداية الشخصية القانونية
45	الفرع الثاني: نهاية الشخصية القانونية
51	المطلب الثاني: خصائص الشخصية الطبيعية
81	المبحث الثاني: الشخص الاعتباري
82	المطلب الأول: وجود الشخص الاعتباري
85	المطلب الثاني: خصائص الشخص الاعتباري
88	الفصل الثاني: محل الحق
89	المبحث الأول: الاشياء التي تخرج من طبيعة التعامل

90	المبحث الثاني: تقسيم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها
90	المطلب الأول: الأشياء المثلية والأشياء القيمية
91	المطلب الثاني: الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك
92	المبحث الثالث: تقسيم الأشياء من حيث ثباتها
93	المطلب الأول: العقارات
96	المطلب الثاني: المنقولات
99	المبحث الرابع: العمل كمحل الحق
101	الفصل الثالث: الحماية القانونية للحق
101	المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق
103	المبحث الثاني: الحماية القانونية للحق
106	الفصل الرابع: مصادر الحق
112	الفصل الخامس: اثبات الحق وانقضاءه
112	المبحث الأول: اثبات الحق
112	المطلب الأول: تعريف الاثبات وأنظمتها
115	المطلب الثاني: طرق الاثبات
119	المبحث الثاني: انقضاء الحق
119	المطلب الأول: انقضاء الحقوق العينية
120	المطلب الثاني: انقضاء الحقوق الشخصية
123	الخاتمة
124	قائمة المراجع
	الفهرس