

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإنسانية
شعبة العلوم الإسلامية



محاضرات في مقياس نظرية الحق

من إعداد:

د/ داودي مخلوف

لطلبة السنة الثانية شريعة ليسانس L.M.D

السنة الجامعية:

1438/1439هـ الموافقة لـ 2017/2018م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ وعلى آله وصحبه، وبعد:

يعبر القانون كعلم وكظاهرة عن مجموعة قواعد السلوك العامة ذات الطابع الملزم، والتي أنيط بها تنظيم الروابط والعلاقات الكائنة في المجتمع من أجل إقامة النظام وتأمين الاستقرار، وإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة. وهو إذ يرسم طريق الوصول إلى هذه الغايات فإن قواعده لا بد أن تحدّد لكل فرد مركزه القانوني، وما يتطلبه هذا المركز من تكاليف وواجبات على أحد أطراف العلاقة، في مقابل هذه التكاليف والواجبات تقرير حقوق للطرف الآخر.

من هنا، انبثقت الحقوق عن القواعد القانونية، فالحق هو سلطة أو قدرة يعطيها القانون لشخص معين يكون بمقتضاها في مركز ممتاز، ويفرض على الكافة احترامه. فلا يجوز لأحد النيل من هذه المركز من خلال سلوك كل من ما من شأنه الحد من هذه السلطة التي تقررت لصاحب الحق أو تفويضها. وبذلك تظهر الصلة الوثيقة بين القانون والحق؛ فالقاعدة القانونية هي التي تقرّر الحقوق وترسم حدودها، وتفرض الضمانات اللازمة التي تكفل حمايتها.

ورغم هذه الصلة الوثيقة بين القانون والحق إلا أنه يوجد فوارق بينهما في المفهوم والمدلول والمضمون، وهذا ما أدّى بالفقهاء الفرنسيين؛ لتفادي الخلط بين القانون والحق على إطلاق تعبير (DROIT SUBJECTIF) على الحقوق الشخصية، وإطلاق تعبير (DROIT OBJECTIF) على القانون.

وسنحاول في هذه المحاضرات التعرّف على موضوعات نظرية الحق التي تعتبر من أهم النظريات القانونية لما يشكّله الحق من هبة ومكانة في الفكر القانوني، وفق آخر التعديلات التي طرأت على القوانين الجزائرية وعلى وجه الخصوص القانون المدني.

ولقد قسّمت هذه الموضوعات على النحو التالي:

المحاضرة الأولى: التعريف بالحق

المحاضرة الثانية: أنواع الحقوق

المحاضرة الثالثة: تقسيم الحقوق المالية (الحقوق العينية)

المحاضرة الرابعة: تقسيم الحقوق المالية (الحقوق الشخصية)

المحاضرة الخامسة: تقسيم الحقوق المالية (الحقوق الذهنية أو المعنوية)

المحاضرة السادسة: أركان الحق (أشخاص الحق)

المحاضرة السابعة: أركان الحق (محل الحق)

المحاضرة الثامنة: أركان الحق (مصدر الحق)

المحاضرة التاسعة : استعمال الحق وحمائته

المحاضرة العاشرة: إثبات الحق

المحاضرة الحادية عشرة: انتقال الحق وانقضاءه

المحاضرة الأولى: التعريف بالحق

قبل أن نتعرض لتعريف الحق، كان لزاما أن نثبت فكرة الحق ، فهذه القضية شغلت عقول الفلاسفة والمفكرين، واختلفوا إزاءها اختلافا كبيرا، والذي يهم الدراسة من زوايا الاختلاف هو اختلافهم حول فكرة الحق، فلم تكن فكرة الحقوق التي ينشئها القانون محلا لإجماع الفقه الوضعي، بل عارضها بعض فقهاء القانون كالفقيه الفرنسي ليون ديجي Léon Duguit ، إلا أن محاولاته في إنكار فكرة الحق لم تفلح في هدمها والنيل من هيبتها، بل صارت فكرة الحق اليوم من الحقائق المسلّم بها في عالم القانون.

وبناء على ما سبق نخصّص المبحث الأول إلى الاتجاهات الفلسفية إزاء فكرة الحق، وفي المبحث الثاني نتناول تعريف الحق وبيان مدلوله عند الفقهاء الذين اختلفوا بشأن طبيعته، وذهبوا في تعريفه مذاهب شتى.

المبحث الأول : الاتجاهات الفلسفية إزاء فكرة الحق

المطلب الأول:الاتجاه المنكر لفكرة الحق

يمكن حصر الاتجاه المنكر لفكرة الحق في نظريتين:

الفرع الأول:نظرية ليون ديجي Léon Duguit

لقد أنكر الفقيه الفرنسي ليون ديجي Léon Duguit فكرة وجود الحق، ونقطة الانطلاق لديه لإنكاره هي رفض فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان باعتبارها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة، دخيلة على عالم القانون، ولا تسندها المشاهدة ولا التجربة، كما أنها فكرة عديمة الجدوى من الناحية الفنية.

ففي رأيه أنه مادام أن قوام الحق قدرة أو سلطة إرادية لصاحبه على إرادة الشخص الملزم به؛ الأمر الذي يستتبع القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الإرادات الإنسانية تتمكن بمقتضاه الإرادات العليا من التسلط على الإرادات الدنيا. وهذا التدرج بين الإرادات الذي تفرضه فكرة الحق، لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يثبته. بل أن هذا الواقع ينقضه ؛ إذ

لا يشاهد في المجتمع إلا وجود إرادات فردية متساوية في جوهرها، مما يتمتع على القانون الوضعي إقامة التدرج بينها، ولا يقوى على ذلك إلا قوة سماوية تهيمن على البشر.¹ واستبدل ديجي بفكرة الحق فكرة المركز القانوني situation juridique ، وملخصها أن المجتمع لا يعرف سوى القاعدة القانونية التي تحكم سلوك الأشخاص، وقد تضع أحدهم في مركز إيجابي مستفيد وآخر في مركز سلبي يلتزم القيام بعمل أو الامتناع عنه ، مثل الدائن والمدين والمالك وغير المالك ،..²

الفرع الثاني: نظرية كلسن Kelsen :théorie kelsénienne

لقد وضع الفقيه كلسن Kelsen نظرية أطلق عليها "النظرية الخالصة (الصافية) للقانون، La Théorie pure du droit التي تقوم على أساس وحدة النظام القانوني في ندرج هرمي، بمعنى أن القواعد القانونية لا تقف كلها في نفس المستوى، بل أن بعضها يعلو على بعض في الدرجة. وفي هذا البناء الهرمي الواحد، لا يوجد أي مكان لغير القواعد القانونية أو الالتزامات القانونية، وبالتالي لا يوجد أي مكان لما يسمى حقوق الأفراد الخاصة، كحق الملكية، وحق الدائن على مدينه،..فما يسمى "بالحق" لا يعدو أن يكون التزاما على عاتق شخص معين بعدم التعرض لهذا الحق المدعى به.³

ويضيف كلسن Kelsen في سبيل تأكيد رفضه لفكرة الحق، أن هذه الفكرة تعتمد أساسا على نظرية القانون الطبيعي التي تقول بوجود حقوق الإنسان سابقة على كل نظام قانوني. فإذا رفضت هذه النظرية باعتبارها نظرية ميتافيزيقية غير علمية، أصبح من اللازم القول بأن ما يسمى بالحقوق ليس سوى الوجه الآخر للالتزامات القانونية، بل هي مطابقة لهذه الالتزامات ذاتها.

¹ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1969م، ص404،405.

² سليمان بوزياب، مبادئ القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ/2003م، ص40.

³ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1974م، ص19.

فالقانون هو مجموعة قواعد أو التزامات بعضها عام وبعضها خاص. ويستمد فيها الأدين قيمته من الأعلى منه، في تدرج هرمي واحد يمثل النظام القانوني، الذي تعتبر الدولة تشخيصاً له، فلا توجد قواعد قانونية من ناحية، وحقوق خاصة من ناحية أخرى، بل توجد فقط قواعد قانونية متدرجة في القيمة، فالنظام القانوني هو نظام واحد لا ازدواج فيه.¹

المطلب الثاني : الإبقاء على فكرة وجود الحق

لم يلق الاتجاه القائل بإنكار فكرة الحق رواجاً في الفكر القانوني ، بل وتعرض إلى انتقادات شديدة من قبل الفقه القانوني:

1- أن هذا المذهب أعدم المبادرة الفردية وألغى شخصية الفرد التي لا يمكن تجاهلها وقيد حريته التي جعلها مجرد مركز قانوني خاضع لتقلبات القاعدة القانونية ويوسع ويضيق حسب ما يقتضيه التضامن الاجتماعي، كما أن الحق في مفهوم هذا لم يعد يطلق على معناه الخاص بحيث يكون امتداداً لشخصية الفرد، وإنما أصبح وظيفة اجتماعية، وبالتالي يكون هذا المذهب قد جابه تطرف المذهب الفردي الذي يمجّد الحقوق إلى حد التقديس بتطرف مثله.

2- إن قول ديجي بأن فكرة الحق لا تقوم إلا إذا كان هناك تدرج في إرادات الأشخاص. ولكن هذا التدرج الذي تفترضه فكرة الحق غير موجود، إذ لا يشاهد من الناحية العملية إلا وجود إرادات متساوية ، ويترتب على ذلك في نظره فقدان فكرة الحق باعتبارها فكرة غير علمية ، وبالتالي فهي دخيلة على عالم القانون.

فقد أوجب عن هذه الحجة بأنها حجة تنطوي على مبالغة مرفوضة، فليس من قائل بأن من ينشأ له الحق من الحقوق في مواجهة أحد الأشخاص وفي ظل من حماية القانون، يصبح -لذلك وإلى الأبد- في مركز أعلى من مركز من يتحمل بهذا الحق. كل ما في الأمر أن صاحب الحق إنما يتمتع -في مواجهة الطرف الآخر- بالحماية القانونية لحقه. التي قد تكون لهذا الطرف الآخر

¹ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 20.

في مواجهة الأول لو أنه هو الذي كان صاحباً للحق.¹

3- أما القول بأن فكرة الحقوق فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة، دخيلة على عالم القانون، ولا تسندها المشاهدة ولا التجربة. فهو قول غير مقبول، ذلك أن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك إلى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع.²

وعلى الرغم من هذا الهجوم الكبير على فكرة الحق من أجل إنكارها، فالفكرة بقيت صامدة سواء لدى العامة أو في فكر فقهاء القانون، إلا أنهم اختلفوا حول تعريف الحق وبيان المقصود به، وظهرت نتيجة ذلك نظريات عدة التي تناوّلها في المبحث التالي.

المبحث الثاني : تعريف الحق عند فقهاء القانون:

لقد ظهرت اتجاهات فقهية عديدة في تعريفه، و مرد ذلك لكثرة الحقوق وتشعبها، بالإضافة إلى اختلاف الروايات التي ينظر منها إلى الحق، الأمر الذي صعب معه إيجاد تعريف جامع متفق عليه في الفكر القانوني، ويمكن حصر هذه الاتجاهات الفقهية في أربع اتجاهات التي تناوّلها في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فنتناول علاقة الحق ببعض المصطلحات المتشابهة.

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية في تعريف الحق

الفرع الأول: الاتجاهات التقليدية

أولاً: الاتجاه الشخصي (النظرية الإرادية)

1- تعريف الحق وفق منظور الاتجاه الشخصي :

يتزعم هذا المذهب الفقيهان الألمانيان سافيني "Savigny" وفيندشايد "windscheid" إذ يعرف أصحاب هذه النظرية "الحق" من خلال النظر إلى صاحبه، فالحق: "قدرة أو سلطة إرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم".³

¹ محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط.ت، ص13.

² حسن كبيرة، مرجع سابق، ص406.

³ المرجع نفسه ، ص411.

يلاحظ من التعريف أن جوهر الحق وفقا لهذا المذهب هو القدرة الإرادية التي يخولها القانون لصاحب الحق ، و لا حدود لهذه القدرة الإرادية في استعمال الحق أو التصرف فيه إلا الحدود التي ترسمها القواعد القانونية.

ولذلك يتصل هذا الاتجاه بهذا التعريف للحق بالمذهب الفردي الذي يغالي بتمجيد الإرادة إلى حد التقديس، وما يتفرع عليه من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني حرية الإرادة في إنشاء الحقوق وفي تحديد آثارها.

2- الانتقادات الموجهة للاتجاه الشخصي:

لقد تعرض المذهب الشخصي لانتقادات كثيرة، من أهمها:

أ- إن ربط الحق بالإرادة أمر لا يستقيم على إطلاقه، فهناك حقوق تنقرر لبعض الأشخاص دون التوقف على إرادتهم وحتى من دون علمهم بها، مثل الحقوق التي تنقرر لعديمي الإرادة كالجنون أو الصبي غير المميز، فهؤلاء لا إرادة لهم ومع ذلك يقرر لهم القانون حقوقا، كما أن الوارث والموصى له والغائب يكسبون حقوقا دون علم إرادتهم وتدخلها فيها.¹ وعليه لو كانت الإرادة هي جوهر الحق ما وجد هذا الاعتراف بالحقوق هؤلاء. وبالتالي لا وجه للقول بأن الحق لا يمكن تصوره دون إرادة صاحبه.

ب- أن هذا المذهب في تعريفه للحق يتنافى مع الاعتراف بالحقوق للأشخاص الاعتبارية ؛ إذ من العسير التسليم لها بإرادة حقيقية كالأشخاص الطبيعية تكون مناطا لما يتثبت لهم من حقوق.²

ثانيا: الاتجاه الموضوعي (نظرية المصلحة)

1- تعريف الحق وفق منظور الاتجاه الموضوعي (نظرية المصلحة) :

لقد نحى الفقيه الألماني " اهرنج " منحى مختلفا عن نظرية المذهب الشخصي، حيث نظر إلى

¹ نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون- نظرية الحق-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م، ص25.

² حسن كيرة، مرجع سابق، ص412.

الحق من خلال موضوعه والغرض منه، دون شخص صاحبه، ويرى الحق بأنه: "مصلحة يحميها القانون".¹ فالحق في نظره يتكون من عنصرين: أحدهما عنصر موضوعي والآخر عنصر شكلي

- عنصر موضوعي: ويقصد به الغاية أو المصلحة التي تعود دائما على صاحب الحق.
- عنصر شكلي: ويتمثل في الحماية القانونية للحق التي تجسدها الدعوى القضائية التي من خلالها يستطيع صاحب الحق الدفاع عن حقه.

ولقد تبني الفقيه عبد الرزاق السنهوري هذا المذهب في تعريفه للحق حيث عرفه بأنه: "مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون".² إلا أنه خالف التعريف السابق بأن قصر المصلحة على المصلحة المادية في حين أن المصلحة عند اهرنج قد تكون مالية إذا كان الحق ماليا (كعقار أو منقول) وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالي (كالحق في الحرية، التأليف).

2- الانتقادات الموجهة للاتجاه الموضوعي (نظرية المصلحة) :

لقد تعرض هذا الاتجاه كسابقه إلى انتقادات كثيرة :

أ- يعاب على هذه النظرية أنها تخلط بين الحق في ذاته وبين المصلحة أو الغاية المرجوة منه، ولا يمكن أن يعرف الشيء بالغاية أو المصلحة التي يحققها.

ب- أنها تعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق، بينما هي ليست كذلك دائما. فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح، فليس العكس بصحيح ؛ إذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق، ومثال ذلك فرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية لحماية للصناعات الوطنية ، فالملاحظ أن أصحاب هذه الصناعات له مصلحة في فرض هذه الرسوم؛ لأنها تحمى من المنافسة، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطى لهم الحق في فرض تلك الرسوم.³

ج- أنه يجعل من الحماية القانونية عنصرا في الحق، وهو أمر لا يمكن التسليم به ؛ ذلك أن الحماية القانونية هي كنتيجة لحق قائم فعلا، فتعتبر لاحقة عليه.

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص18.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، ط1، (ج9/1).

³ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص414.

د- أن الاعتداد بالحماية القانونية في تعريف الحق قد يؤدي إلى الاستبداد والتحكم؛ إذ تصبح الحقوق تحت رحمة المشرّع إن شاء منحها وإن شاء قيدها أو ألغها.¹

ثالثا: المذهب المختلط:

لقد حاول هذا المذهب الجمع بين النظريتين السابقتين من خلال التوفيق بين العنصرين السابقين "الإرادة والمصلحة" لكن وقع الخلاف في أي من العنصرين يطغى على الآخر مع اتفاقهم على ضرورة الجمع بينهما ليتحقق وضع تعريف للحق.

فمن غلب دور الإرادة على دور المصلحة عرف الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية، يعترف بها القانون ويحميها، لشخص من الأشخاص، في سبيل تحقيق مصلحة معينة".²
ومن غلب دور المصلحة على دور الإرادة عرف الحق بأنه "مصلحة شخص أو مجموعة أشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها والدفاع عنها".³
ولقد تعرض هذا المذهب لمجموع الانتقادات التي وجهت للنظريتين السابقتين.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة

صاحب هذه النظرية هو الفقيه البلجيكي دابان "Dabin" ولقد تأثر بنظريته أغلب فقهاء القانون ، فالحق حسب هذه النظرية: "هو ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها له بوسائل قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به ، بصفته مالكا له أو مستحقا له في ذمة الغير".⁴

يلاحظ أن جوهر الحق عند "دابان" Dabin يتمثل في أربعة عناصر: عنصران داخلان في تكوين الحق ، هما الاستتار والتسلط، وهما محلان اهتمامه في تعريفه للحق ،⁵ وعنصران

¹ علي سيد حسن، المدخل إلى علم القانون- نظرية الحق-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1989م، ص23.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص28.

³ المرجع نفسه، الموضوع نفسه

⁴ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ط.ت، ص171.

⁵ ياسين محمد يحيى، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط6، 1990، ص17.

مساعدان أو خارجان عن تكوين الحق ، هما لزوم احترام الحق من طرف الغير، والحماية القانونية لهذا الحق.

العنصر الأول: الاستثثار(الاختصاص، الإسناد) appartenance: ويقصد به أن تكون القيم التي يمثلها الحق - على اختلاف أنواعها- ثابتة لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الإنفراد، بحيث يمكن لهذا الشخص-على حد تعبير دابان" بأن يقول: "أن هذا مالي أو هذه القيمة لي".¹ وبمعنى مرادف اختصاص شخص دون سائر الناس وعلى سبيل الانفراد بمال معين أو قيمة معينة.

العنصر الثاني: التسلط maitrise: هو نتيجة طبيعية للاستثثار، ومعناه قدرة صاحب الحق على التصرف في الشيء موضوع الحق بحرية ضمن الحدود التي ترسمها القواعد القانونية.

العنصر الثالث: لزوم احترام الحق من طرف الغير: ذلك أن الحق وإن كان ميزة لصاحبه، إلا أنه يقتضي في الوقت ذاته أجبار الكافة -طواعية أو قسرا - على احترام استثثار وتسلط صاحب الحق على حقه ، ودفع كل اعتداء يقع عليه بحول دون هذا الاستثثار والتسلط.

العنصر الرابع: الحماية القانونية: إن الحماية القانونية لازمة لاكتمال الحق؛ إذ لا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته عن طريق الدعوى القضائية التي لا يمكن إقامتها إلا للدفاع عن حق موجود ومعترف به قانونا.²

المطلب الثاني: علاقة الحق ببعض المفاهيم المشابهة

الفرع الأول: علاقة الحق بالقانون

إذا كان القانون Droit objectif هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع بأحكام ملزمة، فإنه يقيم النظام ويحقق الاستقرار من خلال إقامة التوازن بين مصالح الأفراد المتشابكة والمتعارضة، ويتم ذلك عن طريق تحديد المركز القانوني لكل فرد وما يتضمنه

¹ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص22.

² توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص173.

ذلك المركز من حقوق وواجبات. فالمالك يقرّر له القانون حق الملكية على ملكه ويفرض على الآخرين احترام حقه ، ويكفل له حمايته، ويحوّل القانون الدائن سلطة اقتضاء عمل معيّن من المدين.¹

من هنا تظهر الصلة الوثيقة بين القانون Droit objectif و الحق Droit subjectif في أن الحقوق لا توجد ولا تحترم إلا في ظل القانون ، فالقاعدة القانونية هي التي تقرّر الحقوق وترسم حدودها وتفرض ضماناتها، وهي التي تضع بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على نحو معين في علاقاته مع الغير.²

الفرع الثاني: علاقة الحق بالحرية Droit – Liberté :

ذهب البعض إلى أن الحريات العامة تعتبر حقوقاً بمعنى الكلمة بجامع عنصر الاستثارة؛ فمثلاً حرية الاعتقاد ، حرية الاجتماع، وحرية التعاقد، فهذه الحريات العامة وغيرها تعطي للأفراد سلطات معينة يسبغ عليها القانون حمايته من أي اعتداء، من هنا، شاع الخلط بينهما إلى درجة أن بعض الفقهاء درج على استخدام كلمتي الحق والحرية كمترادفتين، لكن واقع الأمر أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لوجود فروق كبيرة بينهما نلخصها فيما يلي:³

1- أن الحق يفترض وجود روابط قانونية فتفاوت بشأنه مراكز الأفراد، في حين أن الحرية على عكس من ذلك لا تفترض وجود روابط قانونية بحيث تتفاوت بشأنها مراكز الأفراد ، بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز؛ أي: يتساوى حيالها جميع الأشخاص.

2- ذهب جانب من الفقه أن فكرة التعسف ترد في شأن استعمال الحقوق دون استعمال الحريات. ومثال ذلك حرية الاعتقاد والتملك وحرية التعاقد.. فإذا ترتّب على ممارسة هذه الحريات ضرر للغير، فإن المسؤولية لا تقوم على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل

¹ محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون-القاعدة القانونية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م، ص8.

² توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص4، 5.

³ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص431، علي سيد حسن، مرجع سابق، ص37.

على أساس أحكام المسؤولية المدنية، فالحرريات لا تخوّل لصاحبها الاستئثار بأي قيمة وإنما تثبت للناس كافة.

3- أن الحرية تمثّل إباحة أصلية، ومطلقة للجميع، أما الحقوق فقاصرة على أشخاص معينين.

المحاضرة الثانية: أنواع الحقوق

تنقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية ، وهذه الأخيرة بدورها تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة ، والحقوق الخاصة تنقسم بدورها إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية، وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية والحقوق الذهنية أو المعنوية. وسنتناول أنواع هذه الحقوق -نظرا لكثرتها وتشعبها- في عدة محاضرات.

المبحث الأول: الحقوق السياسية Droits politiques

المطلب الأول: مفهوم الحقوق السياسية Droits politiques:

الفرع الأول: تعريف الحقوق السياسية

تعتبر من أهم الحقوق لتضمن العديد من الدساتير لها ، ولذلك تسمى أيضا "بالحقوق الدستورية" ، كما نصت عليها كثير من الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ، مثل المادة واحد وعشرون(21)¹ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م، والمادة ستة وعشرون(26)² من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 وعلى

¹ نص المادة: " لكل شخص الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارهم اختيارا حرا.

-لكل شخص نفس الحق لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد.

-إن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة ، ويعبر عن هذا الإرادة بانتخابات نزيهة ودورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت".

² نص المادة: " يكون لكل مواطن ، دون أي وجه تمييز :

-المشاركة في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يُختارون بحرية،

-أن يُنتخب ويُنتخب ، في انتخابات نزيهة تجري دوريا باقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين بالتصويت السري ،تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين،

-أن تتاح له الفرصة على قدم المساواة مع الآخرين في تقلد المناصب العامة".

مستوى عالمنا العربي فقد أشارت المادة (4/24)¹ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان إلى بعض هذه الحقوق.

وقد عرّفت بأهما: " تلك الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره مواطنا في دولة معينة، وتحويل له المساهمة في حكم الدولة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية ، و حق التصويت في الانتخابات العامة".²

الفرع الثاني: مميزات الحقوق السياسية

من خلال التعريف تظهر السمات العامة للحقوق السياسية التي تتمثل فيما يلي³:

1- أن هذه الحقوق لا تثبت إلا للمواطنين فقط دون الأجانب، كما أن المواطنين لكي تثبت لهم هذه الحقوق يشترط توفرهم على بعض الشروط الخاصة، كاشتراط بلوغ سن معينة ، كحق الانتخاب لا يثبت إلا لمن بلغ سن الثامنة عشر 18 . ومتمتعاً بكافة حقوقه المدنية السياسية.

2- أن هذه الحقوق أقرب إلى أن تكون واجبات من كونها حقوقاً، حيث تتجه كثير من التشريعات إلى فرض الانتخاب إجبارياً على المواطنين.

حيث يفرض القانون على المواطن أن يقوم بها وإلا تعرض إلى العقوبة. [بعض القوانين تفرض غرامة مالية على من لم يتم بواجب الانتخاب].

3- أن دراسة هذه الحقوق تدخل في نطاق دراسة القانون العام وعلى وجه الخصوص القانون الدستوري؛ إذ هو الذي يتكفل بتحديد هذه الحقوق في نصوصه ، ويبين كيفية ممارستها.

¹ نص المادة: "لكل مواطن الحق في: ترشيح نفسه أو اختيار من يمثله بطريقة حرة ونزيهة وعلى قدم المساواة بين جميع المواطنين بحيث تضمن التعبير الحر عن إرادة المواطن".

² محمود جمال الدين زكي، مقدمة في الدراسات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص265.

³ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص40، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص42، 43.

4- أن هذه الحقوق تتميز بطابعها غير المالي ، لذلك فهي خارجة عن نطاق دائرة التعامل ، فلا يجوز التنازل عنها للغير سواء كان بمقابل أو بدون مقابل، أو التصرف فيها، أو اكتسابها بالتقادم، أو انتقالها بالميراث.

المبحث الثاني: الحقوق غير السياسية (الحقوق المدنية) Droits civils

هي كل ماعدا الحقوق السياسية وتسمى بالحقوق المدنية **Droits civils** وهي التي تنشأ بين الأفراد في علاقة بعضهم ببعض أو بين الأفراد بالدولة أو إحدى مؤسساتها باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص. وتنقسم إلى:

(أ) حقوق عامة،

(ب) وحقوق خاصة.

المطلب الأول: الحقوق العامة Droits publics

أولاً: تعريفها: هي الحقوق المتعلقة بالشخص، وتثبت له بحكم كونه إنسانا ، و قد أطلق على هذه الحقوق بعض الإطلاقات مثل حقوق الإنسان ، أو الحقوق الطبيعية¹ ، الحقوق الشخصية، ..ولذلك هذه الحقوق تتسم بالعمومية؛ أي: أنه يتعين كفالتها لكل الأفراد دون تمييز بينهم بسبب الجنسية ، أو الجنس، أو الدين، أو العرق،.. والاعتراف بهذه هو محل اتفاق بين جميع الدول وقد تجسد ذلك في المواثيق الدولية والإعلانات المتعلقة بحقوق الإنسان كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

ثانياً: أنواع الحقوق العامة

نظرا لكثرة هذه الحقوق فقد حاول الفقهاء حصرها وجمعها في طوائف ثلاثة تمثل كل طائفة مظهرا من مظاهر الشخصية، وبعدها من أبعاد الإنسان، وهي الآتي:²

¹ يطلقها عليها فلاسفة القانون الطبيعي.

² فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق- نشر LES EDITIONS INTERNATIONNALES ، د.ط، الجزائر، 1998م، ص 12-14، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 44 وما بعدها، حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 429 وما بعدها.

1- الطائفة الأولى: وتضم الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان المادي للإنسان، مثل حق الشخص في الحياة، وفي سلامة جسمه وأعضائه..

2- الطائفة الثانية: وتضم الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان الأدبي ، أو المعنوي كالحق في المحافظة على شرفه وعلى سمعته ، و الحق في الاسم لضمان تميزه عن غيره، والحق في السرية أي احترام خصوصياته الجسمية والأخلاقية ونشاطاته التي يريد إخفائها على الناس. وكحق الشخص علي ما يتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوي أو الذهني أو " حق المؤلف " .

3- الطائفة الثالثة: وتضم الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية، كالحق في التنقل ، والحق في العمل ، و الحق في الزواج، وحرية التعاقد، وحرية المسكن وحرمة وحرية الإقامة وحرية المراسلات،..

ثالثا: خصائص الحقوق العامة:¹

1- عدم قابلية الحقوق العامة للتقادم المسقط ولا التقادم المكسب، فهذه الحقوق لا تسقط عن صاحبها مهما طال مدة عدم استعمالها لها، فمثال ذلك أن الحق في الاسم لا يسقط بعدم استعماله مهما طال الزمن، وكالتأليف باسم مستعار فله الحق أن يعلن عن اسمه الحقيقي في أي وقت مهما طال الزمن ، ومن جانب آخر فإذا استعمل شخص اسم غيره فإنه فلا يكسبه بالتقادم مهما طال المدة.

2- أنها حقوق مطلقة، أي أنه يمكن الاحتجاج بها ضد الكافة لا في علاقة شخص معين بالذات فحق الفرد فيها يقابله واجب سلبى عام باحترام حق الفرد وعدم الاعتداء عليه.

3- أنها حقوق مفروضة؛ أي: أنها حقوق وفي نفس الوقت واجبات حيث لا يجوز للفرد التزول عنها أو التصرف فيها ، فهي تخرج عن دائرة التعامل. فكل عمل يتزل به الإنسان

¹ ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص94، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص59 وما بعدها، فريدة محمدي، مرجع سابق، ص14-16، حسن كبيرة، مرجع سابق، ص436 وما بعدها.

عن حق من حقوق الشخصية يعتبر باطلاً وعدم الأثر لمخالفته للنظام العام. مثال ذلك أنه لا يجوز للمريض أن يتفق مع الطبيب لإزهاق روحه للتخلص من الـأم المرض الذي لا يرجى برؤه. كما لا يجوز إجباره على الانتقاص من جسمه كإجباره على بيع كليته.

4- أنها حقوق غير مالية ، فالحقوق العامة لا تقوم بمال ، فهي لبست حقوقاً مالية؛ أي: أنها لا تعتبر أموالاً ، فهي لا تقوم بالنقود لذلك تخرج عن دائرة التعامل ولا يصح التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف، كما أنها غير قابلة للحجز عليها نظراً لتلازمها مع الشخصية ، فهي لصيقة بها . ولكن الاعتداء على أي حق من هذه الحقوق الشخصية ينشأ حقاً مستقلاً للمعتدى عليه وهو الحق في التعويض.

5- الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل بالإرث، نظراً لارتباط هذه الحقوق بالشخص ، فهي تنقضي بمجرد وفاته وانقضاء شخصيته، وبالتالي لا تنتقل إلى الورثة. ويترتب على ذلك أن الورثة لا يستطيعون مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق لاتصالها بشخص المتوفى ولكن يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصياً. ويستثنى أيضاً أنه يمكن للورثة استخلاف مورثهم في بعض سلطات حقه المعنوي مثل حق المؤلف.

المطلب الثاني : الحقوق الخاصة

الحقوق الخاصة هي " الحقوق التي تقررها للشخص فروع القانون الخاص (كالقانون المدني، أو القانون التجاري، أو قانون الأحوال الشخصية)".¹ وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية.

أولاً: حقوق الأسرة

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة،² والأسرة هي مجموعة

¹ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 43.

² فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 17.

من الأفراد الذين تربط بينهم رابطة القرابة سواء أكانت هذه القرابة بسبب النسب أو بسبب الزواج (المصاهرة).

وتختلف هذه الحقوق بحسب المركز الذي يحتله الشخص في الأسرة، فللوالد حق الطاعة والتأديب والاحترام، وللولد الحق في الانتساب لأبيه وحق النفقة،.. وللزوج على زوجته حق الطاعة والإقامة معه، ولها عليه حق النفقة، وحسن العشرة،..

ومن سمات العامة لهذه الحقوق أنها ليست حقوق مالية بحسب طبيعتها أو أصلها فأساسها الروابط العائلية دون سواها، ولهذا يعبر عنها بالحقوق غير المالية؛ لأنها لا تقوم بالمال وبالتالي فهي خارجة من دائرة التعامل فلا يجوز بيعها أو شرائها أو استغلالها أو التنازل عنها.¹

ويلاحظ أيضا أن هذه الحقوق في الغالب لا تثبت لأصحابها لتحقيق مصالح شخصية ولكنها تسعى لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة، فحق الأب في التأديب مقرر لمصلحة الأبناء. كما يلاحظ أيضا أنها قد تقترن بتكاليف معينة كحق النفقة الزوجة على زوجها ، وحق نفقة الأب على أبنائه الصغار.²

ثانيا: الحقوق المالية Droits pécuniaires

هي الحقوق التي تنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد وتسمى بالحقوق المالية؛ لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال.³ وبالتالي الاعتبار الأساسي بالنسبة لهذه الحقوق هو الجانب المادي والاقتصادي ويترتب على ذلك قابلية هذه الحقوق للتعامل ، وانتقالها إلى الورثة كقاعدة عامة.

والحقوق المالية تنص عليها وتقررها وتحميها قواعد القانون المدني بصفة أساسية كما تخضع كثيرا منها لحماية قواعد القانون الجنائي.

¹ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص44.

² فريدة محمدي، مرجع سابق، ص18.

³ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص182.

ويدخل في مجال دراسة الحقوق المالية: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية والحقوق
الذهنية أو الأدبية وستعرض لها بالتفصيل في المحاضرات التالية.

المحاضرة الثالثة: تقسيم الحقوق المالية (الحقوق العينية)

الحقوق المالية Droits pécuniaires كما أسلفنا القول هي الحقوق التي يُقوّم فيها موضوع الحق بالنقود، وهي قوام المعاملات. وهي تنقسم إلى حقوق عينية موضوعها شيء مادي كحق الملكية، وحقوق شخصية وموضوعها عمل أو الامتناع عن عمل، وحقوق معنوية كحق المؤلف.

المبحث الأول: الحقوق العينية: Les droits réels

المطلب الأول: مفهوم الحق العيني

الفرع الأول: تعريفه

يعرّف الحق العيني بأنه: "سلطة مباشرة على شيء مادي معيّن بالذات تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه تحت حماية القانون".¹ وسميت بالحقوق العينية؛ لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي.

الفرع الثاني: عناصر الحق العيني

من خلال التعريف يتضح أن الحق العيني يتكون من ثلاثة عناصر:

1- الشخص صاحب الحق.

2- الشيء محل الحق، وهو الشيء المادي المعين بالذات.

3- السلطة على مضمون الحق، وهي سلطة مباشرة يقرها القانون تخول لصاحب الحق الإفادة من هذا الشيء المادي مباشرة ودون توقف على إرادة أحد غيره.² وتتفاوت هذه السلطة باختلاف الحقوق العينية، فآتم ما تكون هذه السلطة إذا كنا بصدد حق الملكية الذي يخول لصاحبه سلطة التصرف على الشيء واستعماله واستغلاله.

¹ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص41.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص62،63.

المطلب الثاني: أنواع الحقوق العينية

تنقسم الحقوق العينية إلى قسمين:

-الحقوق العينية الأصلية: Les Droits réels principaux

-الحقوق العينية التبعية: Les Droits réels accessoires

الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية: Les Droits réels principaux

هي تلك الحقوق العينية المستقلة التي لا تتبع حقا آخرا أو تستند في وجودها إليه، فهي مقصودة لذاتها لما تمكن لأصحابها من المزايا المالية على الأشياء المادية. وتنحصر في الاستعمال والاستغلال والتصرف.¹ ونظرا لأهمية هذه الحقوق فقد أفرد لها القانون المدني الجزائري الكتاب الثالث.

وتنقسم الحقوق العينية الأصلية إلى حق الملكية والحقوق المتجزئة عن الملكية.

أولا: حق الملكية: Le Droit de propriété

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها، حيث تجتمع فيه سلطات استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه. ولقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 674 على أن: (الملكية هي حق المتمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة).

يلاحظ من خلال النظر إلى هذا النص أن المشرع الجزائري حصر السلطات التي يخولها حق الملكية في سلطي الانتفاع والتصرف وأغفل سلطة الاستعمال، خلافا لمعظم التشريعات التي ميزت قوانينها بين السلطات الثلاث، ومرد ذلك في نظر البعض لتأثره بنص المادة 544 من القانون المدني الفرنسي التي اقتصر على ذكر سلطتين فقط، وقد يكون المشرع الجزائري قد اكتفى بلفظ (الانتفاع) للدلالة على سلطي (الاستعمال والاستغلال) لتقاربهما في المعنى، فكلاهما استعمال للشيء، فإذا استعمل المالك للشيء بنفسه سمي هذا استعمالا، وإذا استعمله

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 440.

بواسطة غيره في مقابل أجر سمي هذا استغلالاً¹، إلا أن الملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مدلول سلطة الاستعمال منفكا عن مدلول سلطة الانتفاع في كثير من المواد اللاحقة وعلى سبيل المثال المادتين 690 و691 من القانون المدني.

وتتمثل السلطات التي يخولها حق الملكية، فيما يلي:²

1-الاستعمال L'usage: هو الإفادة المباشرة من الشيء بغير الحصول على ثماره، فاستعمال المنزل يكون بسكنائه، واستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال الأراضي الزراعية يكون بزراعتها،..

2-الاستغلال La jouissance: وهو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء، أي الإفادة من الشيء بطريقة غير مباشرة عن طريق الحصول على ثماره دون المساس بأصل الشيء مثل تأجير سكنه.

3-التصرف La disposition: فللمالك الحق في التصرف المادي والقانوني في منافع الشيء وفي رقبته، فالتصرف المادي يعني القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى القضاء على عين الشيء عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو تغيير شكله أو تحويله إلى شيء آخر كشق طريق في أرض زراعية، أو هدم بناء، أو تحويل الدقيق إلى خبز،..

أما التصرف القانوني فيكون بنقل الملكية، أو بتقرير حق عيني على الشيء سواء أكان حقا عينيا أصليا (كالانتفاع والارتفاق)، أو تبعيا (كالرهن).

¹ فاضلي يوسف، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2011، ص260.

² فريدة محمدي، مرجع سابق، ص19، حسن كبيرة، مرجع سابق، ص51،52، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص64-66.

خصائص حق الملكية:¹

1. حق الملكية جامع (Total): يقصد به تخويل صاحبه جميع السلطات والمزايا التي يمكن

الحصول عليها من الشيء. فللمالك استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه. وهو ما

عبرت عنه المادة 675 مدني: "مالك الشيء يملك ما يعد من عناصره الجوهرية..".

2. حق مانع (Droit Exclusif): ويقصد بذلك أن حق الملكية مقصور على صاحبه، فلا

يجوز لأحد أن يتدخل في سلطاته على الشيء ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني أو

حكم قانوني يقرر غير ذلك، كأن يترتب عليه حق الارتفاق.

3. حق دائم (Droit Perpétuel): حق الملكية يدوم بدوام الشيء. وخاصية الدوام هي التي

تميز حق الملكية عن كثير من الحقوق المالية الأخرى تعطي له هذه المعاني:

- أن حق الملكية بطبيعته غير مؤقت، فلا ينقضي ولكنه ينتقل بالميراث أو الوصية. وقد يحتتم

القانون التوقيت لبعض الحقوق، كحق الارتفاق قد يحدد بمدة معينة.

- عدم انتهاء حق الملكية بترك استعمال الشيء.

- عدم اقتران الملكية بأجل.²

القيود الواردة على حق الملكية:

الملكية ليست حقا مطلقا فقد ترد على هذا الحق قيود كثيرة يمكن حصرها في نوعين من

القيود: قيود قانونية، وقيود إرادية.

1. القيود القانونية: قد يفرض القانون قيودا على حق الملكية بقصد تحقيق المصلحة العامة ،

كما قد يقررها للمصلحة الخاصة وهذا ما قضت به المادة 690 مدني: (يجب على

المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة

بالمصلحة العامة ، أو المصلحة الخاصة،..)

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط. ت، ج 8/528

وما بعدها).

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد ، مرجع سابق، ج 8/534 وما بعدها).

ومثال القيود الواردة على حق الملكية بقصد المصلحة العامة نزع الملكية للمنفعة العامة م
677مديني.

ومثال القيود القانونية الواردة على حق الملكية بقصد المصلحة الخاصة ما قضت به المادة
1/691مديني: (ويجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار).

2. القيود الإرادية: هذه القيود تقر بإرادة الأشخاص كشرط المنع من التصرف في
الملك. وقد مثل بعض الفقه لذلك كأن يهب شخص ماله إلى آخر ويشترط عليه أن
يدفع إيرادا معيناً لشخص آخر لمدة معينة، وكاشتراط البائع على المشتري عدم
التصرف في المبيع حتى يفى ما عليه من الثمن كاملاً،..

ثانياً: الحقوق المتجزئة (المتفرعة) عن حق الملكية:

هذه الحقوق تقتطع بعض السلطات الملكية من المالك لحساب الغير ، ولقد حدد القانون المدني
الجزائري هذه الحقوق فيما يلي: حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكن، وحق الارتفاق.

1- حق الانتفاع Le droit d'usufruit¹:

تعريف حق الانتفاع:

تنص المادة 844مديني: "يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى
القانون".

لم يورد التقنين المدني الجزائري تعريفاً لحق الانتفاع.

وقد عرّف في الفقه القانوني بأنه: "هو حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال
شيء مملوك للغير دون التصرف فيه ، إذ تظل سلطة التصرف في يد المالك، لأن مازال محتفظاً
بملكية الرقبة".² وحق الانتفاع يرد على الأموال العقارية وهذا هو الغالب وقد يرد على

¹ المعيار الفاصل بين الإيجار وحق الانتفاع يكمن في طبيعة كل منهما: أن الإيجار يعبر عن علاقة حق شخصي ، أما حق
الانتفاع فيعبر عن علاقة حق عيني أصلي. فتنبه!

² حسن كبيرة، مرجع سابق، ص442، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص56.

الأموال المنقولة كالمركبات والمواشي والآلات ، كما قد يرد على الأموال غير مادية كحق المؤلف وحق المخترع.

يشمل حق الانتفاع حق الاستعمال والاستغلال وهذان العنصران اللذان يتكون منهما حق الانتفاع.

أحكام الانتفاع:

وتتعلق بحق الانتفاع أحكام منها:

- أ- ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع¹ أو بانقضاء الأجل المعين له.(م852)مدني، كما ينتهي بهلاك الشيء م(853)مدني، أو ينتهي بعدم استعماله لمدة خمسة عشرة 15 سنة م854مدني
- ب- يكون المنتفع ملزم بالمحافظة على الشيء ورده لصاحبه عند نهاية الانتفاع.م849مدني.
- ج- يلتزم المنتفع بصيانة الشيء، وتحمل المصاريف الواجب إنفاقها على مقتضى العادة.²
- م848مدني.

د- للمنتفع حق استغلال الشيء محل الحق؛ أي: يقوم بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء م846مدني دون منتجات الشيء التي تكون للمالك وليس للمنتفع؛ لأن استخراج المنتجات ينقص من أصل الشيء ، فمثلا الانتفاع بالماشية يرد على الألبان والصوف والنتاج ، ويعوض ما نقص من الأصل بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة. م851مدني.

2- حق الاستعمال وحق السكن Droit d'usage et de l'habitation :

¹ ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين، إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن وهذا ما جاءت بها م852مدني.

² أشارت نفس المادة أن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ من خطأ المنتفع تكون على عاتق المالك.

تنص المادة 855 مدني: (نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق).

يتضح من نص المادة أن حق الاستعمال يخول صاحبه استعمال الشيء الذي هو ملك للغير لنفسه ولأسرته فيما أعد هذا الشيء دون استغلاله كما هو الحال في الانتفاع. وهذا الحق يرد على عقار أو منقول. مثلاً إذا تقرر حق الاستعمال لشخص على أرض زراعية فله أن يزرعها بنفسه ويستحق مقدار ثمارها ما يسد حاجته وحاجة أسرته ، دون أن يكون له حق تأجيرها، وهذا يدل على أن حق الاستعمال هو أضيق نطاقاً من نطاق حق الانتفاع الذي يخول لصاحبه استغلال الشيء.

أما حق السكن هو عبارة عن حق الاستعمال الوارد على العقارات المبنية المملوكة للغير ، وحق السكن يقتصر على السكن فقط دون أن يكون له حق تأجيره للغير أو التصرف فيه.¹

3- حق الارتفاق: Le droit de servitude:

تعريفه:

عرّفته المادة 867 مدني بأنه: (حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر..). يتضح من نص المادة أن حق الارتفاق ينشأ علاقة بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين ، يكون من مقتضيات هذه العلاقة تحميل أحد العقارين تكليف أو عبء عميني استثنائي يحد من منفعة العقار المرتفق به لمصلحة عقار آخر ، أما العقار الذي تقرر له هذا الحق لمصلحته فيسمى العقار المرتفق. مثل حق الارتفاق بالمرور الذي تقرر لمصلحة العقار المحبوس عن الطريق العام على العقارات المجاورة والمحاذية للطريق العام.

شروط الارتفاق:

يفترض الارتفاق شروطاً، وهي:

¹ فريدة محمدي، مرجع سابق، ص28.

أ- أن يوجد عقاران ، يتحمل أحد العقارين عبئا ويسمى المرتفق به، والآخر يكون في مصلحته الارتفاق ويسمى بالعقار المرتفق.

ب- أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

ج- أن يكون التكليف على العقار وليس على شخص المالك ، فالارتفاق تكليف وعبء على العقار ، فلا يجوز أن يكون حق الارتفاق التزاما شخصيا مفروضا على مالك العقار المرتفق به.

د- يجب أن يكون حق الارتفاق مرصدا لمصلحة العقار وليس لمصلحة مالكة، كحق المجرى والصرف والري فهذه الحقوق مقررة لخدمة العقار، أما لو كانت الخدمة لمصلحة الشخص لم تكن بصدد حق ارتفاق مثل التزه أو الصيد في أرض الغير.

انتهاء حق الارتفاق:

ينتهي حق الارتفاق بالأسباب التي أشارت إليها المواد 878-881 مدني، وهي :

أ- انقضاء الأجل المحدد له م(878) مدني

ب- هلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً (878) مدني

ج- اجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد. (878) مدني [اختلال شرط من شروط الارتفاق].

د- كما ينتهي حق الارتفاق كذلك بالتقادم المسقط لعدم استعماله مدة عشر (10) سنوات ، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين (33) سنة إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع للعائلة. م879 مدني

هـ- ينقضي حق الارتفاق إذا فقد حق الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو بقيت له فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به. م881 مدني

و- ينتهي حق الارتفاق في حالة حصول تغير في طبيعة الأشياء يمنع فيها استعمال حق الارتفاق. م880 مدني

الفرع الثاني: الحقوق العينية التبعية: Les Droits réels accessoires

أولاً: تعريف الحقوق العينية التبعية: هي تلك الحقوق التي تقررت لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصي؛ أي: بحق دائنية ضمانا خاصا¹. ولذلك سميت "بالتأمينات العينية". Suretés réelles

فالحقوق العينية التبعية إذن تقوم بدور الضمان الخاص لحق الدائن وبالتالي فهي ليست حقوق مستقلة كالحقوق الأصلية ولا هي مقصودة لذاتها وإنما رصدت لضمان الوفاء بحقوق الدائنين.

ثانياً: أنواع الحقوق العينية التبعية:

أورد المشرع الجزائري أنواعا لهذه الحقوق في الكتاب الرابع بعنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية من القانون المدني وهذه الحقوق هي الرهن الرسمي، وحق التخصيص، والرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

1- الرهن الرسمي: L'Hypothèque:

عرّفته المادة 882 مدني: "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

لقد انتقد هذا التعريف بأنه كان على المشرع أن يعرف الرهن باعتباره حقا؛ إذ الحق هو الغاية، والعقد هو وسيلة نشوء هذا الحق. لذلك يستحسن تعريف الرهن الرسمي بأنه: "حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام، ويمكن الدائن المرتهن من تتبع العقار في أي يد لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين التاليين له"².

يمكن استخلاص من نص المادة أحكام الرهن الرسمي:

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص445.

² فريدة محمدي، مرجع سابق، ص33.

-أن حق الرهن الرسمي ينشأ بعقد بين الدائن الذي يسعى من خلاله ضمان حقه والمدين(الراهن).

-أن العقد الذي ينشأ به الرهن ، لا بد أن يكون عقدا رسميا.م883مدني.

-يجب أن يرد الرهن على عقار كقاعدة عامة م1/886مدني، إلا أنه استثناء قد يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات التي يمكن شهرها كالسفن .

-أن الرهن الرسمي حق عيني تبعي في وجوده لحق آخر قائم بين الدائن والمدين، فإنما نشأ الرهن الرسمي لضمان الوفاء بذلك الحق. ويترتب على صفة التبعية ارتباط الرهن الرسمي في صحته وبطلانه بالالتزام الأصلي. 893مدني.

-الرهن الرسمي لا ينقل حيازة العقار المرهون أو ملكيته إلى الدائن المرهّن بل تبقى في يد المالك.

-أن الرهن الرسمي يمنح الأفضلية للدائن المرهّن في استثناء حقه من ثمن العقار على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرهّنين التاليين له في المرتبة، وتحدد الرتبة بالقيود. م 882 مدني.

- أن حق الرهن الرسمي يخول لصاحبه حق التتبع ، فإذا تصرف الراهن في العقار المرهون وانتقلت ملكيته إلى المتصرف إليه، فالدائن المرهّن يباشر حقه في مواجهة هذا الشخص.

-أن حق الدائن المرهّن يرد على القيمة النقدية للعقار المرهون.

2-الرهن الحيازي: Gage au nantissement:

عرّفته المادة 948 مدني:"الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون..".

يتضح من خلال المادة ما يلي:

-أن الرهن الحيازي حق عيني ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن والمدين لا يشترط فيه الرسمية.

- أن الرهن الحيازي قد يرد على عقار أو على منقول 949مديني، وهو بهذا يختلف عن الرهن الرسمي.

- الرهن الحيازي يقضي بانتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان.م951مديني ، وهو بهذا يختلف عن الرهن الرسمي التي تبقى فيه الحيازة للراهن. - ولما كانت حيازة الشيء المرهون تنتقل إلى المرتهن ويبقى عنده إلى حين استيفاء حقه فإنه يجب عليه أن يحافظ عليه ويقوم بصيانته وتترتب عليه المسؤولية عن هلاك الشيء المرهون في حالة نتج الهلاك عن تقصيره.م955مديني.

- للمرتهن إدارة الشيء المرهون واستثماره ويكون الانتفاع بالشيء لحساب الراهن ، وما يكسبه المرتهن(الدائن) من صافي الربح ومن استثمار الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن(مبلغ الدين) وما يبقى يعود للراهن باعتباره مالك الشيء.م956مديني.

- أن الرهن الحيازي يمنح الأفضلية للدائن المرتهن في استيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة.وتحدد الرتبة في الرهن العقاري بالقيود م966 مديني، وفي الرهن الوارد على منقول بثبوت تاريخ عقد الرهن.م969مديني.

- يخول الرهن الحيازي الدائن المرتهن حق التتبع الشيء المرهون تحت يد الغير لاستيفاء دينه.م948مديني.

3- حق التخصيص(حق الاختصاص): Le droit d'affectation

لم يتطرق القانون لتعريفه ولكن يمكن الاستعانة بالتعريفات الفقهية، حيث عرفه البعض بأنه: " حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادرا بالزام المدين بالدين ، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون ".¹

¹ إبراهيم نبيل سعد، مرجع سابق، ص80.

من خلال النظر إلى التعريف ونص المادتين 940 و941 مدي تتضح بعض الأحكام المتعلقة بهذا الحق فمن ذلك:

- أنه حق عيني لا يرد على عقار أو عقارات مملوكة للمدين ، م940 كما يعطي للدائن ميزتي التقدم والتبوع وهو بهذا يتفق مع الرهن الرسمي.

- أن مصدر حق التخصيص حكم من رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو العقارات بناء على عريضة يتقدم بها طالب التخصيص. م941 مدي وهو بهذا يختلف عن الرهن الرسمي الذي مصدره العقد.

4- حقوق الامتياز: Les Privilèges:

عرّفت المادة 1/982 حق الامتياز بأنه: "أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته".

من خلال التعريف القانوني تتضح لنا بعض الأحكام المتعلقة بحق الامتياز:

- أنه أولوية وعلى ذلك أن جوهر حق الامتياز هو الأفضلية التي ترصد للدائن.

- أن هذه الأولوية التي يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينة في الدين المضمون ومصدره، مثل صفة امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة، والامتياز المقرر للأجراء ضمنا لحقوقهم من قبل رب المال.

- أن مصدر حق الامتياز هو النص القانوني.

وتنقسم الامتيازات إلى ثلاثة أنواع:

أ- الامتيازات العامة وهي التي تقع على جميع أموال المدين من منقول وعقار م984 مدي. مثالها: امتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر، والامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن 6 أشهر الأخيرة م993 مدي.

ب- الامتيازات الخاصة بالمنقول، وهي التي تقع على منقول معين بالذات، ومن الامتيازات الواردة على منقول امتياز صاحب الفندق على المنقولات المملوكة للتريل ضمنا للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة التريل. م986 مدني

ج- الامتيازات الخاصة الواردة على عقار، وهي الامتيازات التي تقع على عقار معين من عقارات المدين كامتياز بائع العقار على العقار المبيع م999 مدني ، و كامتياز المقاولين والمهندسين الذين قاموا بتشديد البناء ضمنا لحقهم م1000 مدني. وهذا النوع من الامتيازات الخاصة تتميز بأنها حقوق عينية تمنح لصاحبها حق التقدم على ثمن المال الذي تقررت عليه ، ومرتبة التقدم يحددها القانون.

المحاضرة الرابعة: تقسيم الحقوق المالية (الحقوق الشخصية)

المبحث الثاني: الحقوق الشخصية Les droits personnels

المطلب الأول: مفهوم الحق الشخصي (الالتزام)

الفرع الأول: تعريف الحق الشخصي (الالتزام)

الحق الشخصي هو "سلطة قانونية يختص بها شخص ، تخوله اقتضاء أداء معين (عمل أو امتناع عن عمل¹) من شخص آخر".²

من هذا التعريف يتضح أن الحق الشخصي هو سلطة؛ أي: قدرة أو إمكانية أو استئثار يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء عمل معين، أو الامتناع عنه تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن. والاستئثار في هذه الحالة لا ينصب على شيء معين كما هو الشأن في الحق العيني، ولكنه استئثار بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة بل عن طريق الشخص المدين.

فالحق الشخصي (الالتزام) له بعدان قد ينظر إلى الحق الشخصي من جانب الدائن (صاحب الحق) ويسمى "حق الدائنية"؛ أي: ما للدائن من حق قبل المدين، وقد ينظر إلى الحق الشخصي من جانب المدين، ويسمى هنا "بالالتزام"؛ أي: التزام المدين بأداء معين قبل الدائن.³

الفرع الثاني: أركان الحق الشخصي :

للحق الشخصي أركاناً ثلاثة: طرفا الحق ، ومحل الحق ، والحماية القانونية:

أولاً: طرفا الحق، وهما الدائن صاحب الحق ، والمدين وهو الملتزم به.

¹ جرى الفقهاء في فرنسا وبعض الفقهاء في مصر من خلال تأثرهم بالمادة 1101 مدني فرنسي والتي نقل مضمونها القانون المدني الجزائري حرفيا في المادة 54 مدني على القول بأن موضوع الحق الشخصي أو الالتزام قد يكون (إعطاء شيء) ويقصدون بذلك نقل الملكية أو حق عيني آخر، إلا أن هذا القول اعتبره البعض غير دقيق؛ لأن القانون هو الذي يعطي الشيء فنقل الملكية إنما يتم بحكم القانون ، أما التزام المدين في هذه الحالة فهو القيام بعمل معين لكي يحدث القانون أثره بإعطاء الشيء.

² علي سيد حسن ، مرجع سابق، ص66.

³ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص83.

ثانياً: محل الحق الشخصي ، وهو إعطاء شيء أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل. وعليه يمكن تقسيم الحق الشخصي باعتبار المحل إلى ما يلي:¹

1- الالتزام بعمل **obligation de faire** : وهو التزام بتعهد فيه المدين بقيام بعمل إيجابي، كالتزام مقاول ببناء منزل شخص معين لمقتضى عقد المقاوله، أو التزام ممثل بالعمل في مسرح معين بموجب اتفاق يبرمه مع مدير المسرح. أو التزام رياضي باللعب في فريق معين بموجب اتفاق يبرمه مع رئيس النادي.

2- الالتزام بالامتناع عن عمل **obligation de ne pas faire** : وهو في هذه الحالة يكون التزام المدين التزاماً سلبياً. [فمضمون هذا الالتزام عدم اتيان المدين لعمل معين يمكن القيام به قانوناً] مثل التزام التاجر بعدم منافسة من باع له المحل التجاري، والالتزام الجار بعدم تعليه البناء إلى حد معين.

3- الالتزام بإعطاء شيء **obligation de donner**:

هو الالتزام بالقيام بكل ما هو لازم لإعطاء الشيء محل الالتزام ، كالقيام بكل ما هو لازم لنقل الملكية كالتزام المشتري بدفع الثمن ، فمحل الالتزام في هذه الحالة هو نقل ملكية شيء منقول وهو مبلغ من النقود. وقبل تنفيذ هذا الالتزام يكون للبائع حق شخصي قبل الملتزم به وهو المشتري. ولكن إذا ما نفذ الملتزم التزامه ينقضي الحق الشخصي الذي كان للبائع ويصبح مالكا للمبلغ المدفوع. وينسحب هذا المثال كذلك على التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر.

ثالثاً: الحماية القانونية للحق الشخصي ، وتمثل هذه الحماية في العادة في تلك الدعوى التي يستطيع عن طريقها الوصول إلى اقتضاء الحق جبراً على المدين إذا لم يتم بالتنفيذ باختياره.

¹ ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص60، توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص195-197، نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص83، 84.

المطلب الثاني: مصادر الحقوق الشخصية:

تتعدد الحقوق الشخصية بتعدد مصادرها وذلك على خلاف الحقوق العينية التي حددها القانون على سبيل الحصر ونظم أحكام كل منها، بينما لم يفعل الشيء نفسه مع الحقوق الشخصية واكتفى بشأنها ببيان مصادرها ، حيث خصص الباب الأول من الكتاب الثاني لمصادر الالتزام أو الحقوق الشخصية والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: العقد:

يعرفه الفقه القانوني بأنه: " توافق إرادتين أو أكثر وتطابقهما تطابقاً تاماً في لحظة زمنية معينة قصد إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر القانوني إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، أو هو باختصار، توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية".¹ ولقد تعرضت له المادة 54 مدني بالتعريف: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).

ثانياً: الإرادة المنفردة :

الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء حق شخصي كما في حالة الوعد بجائزة.

ثالثاً: العمل غير المشروع (الفعل الضار):

العمل غير المشروع (الفعل الضار) ينشأ حقاً شخصياً على أساس أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض. م124 مدني. أي أنه ينشأ للمضرور حق في التعويض. شخص يصدم بسيارته أحد المارة نتيجة الإفراط في السرعة.

رابعاً: الإثراء بلا سبب (الفعل النافع): م141 مدني

هو فعل يقوم به شخص يفتقر بسببه، فيعود منه نفع على شخص آخر يثري منه دون سبب قانوني يبرر هذا الإثراء.

¹ دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2004م، ص10.

ففي هذه الحالة كل شخص أثرى بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة.

مثال: أن يبني بأدواته وماله في أرض غيره معتقدا أنها ملكه، فيلزم مالك الأرض برد قيمة الإثراء لصاحب البناء .

خامسا: القانون:

هناك التزامات تنشأ مباشرة عن طريق القانون، مثال التزام الأب بالنفقة على أبنائه. أو الفضالة فيرد رب العمل إلى الفضولي ما أنفقه.

المطلب الثالث: الفروق بين الحق العيني والحق الشخصي:

على الرغم من محاولات التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي من قبل النظرية الشخصية التي قال بها الفقيه الفرنسي بلانيول¹ والنظرية الموضوعية² والتي من أنصارها سالي Salleiles وجينسار Ginossar ولومبير Lambert، إلا أنه توجد فروق بينهما:³

1- الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر في حين الحقوق الشخصية متعددة، فلأفراد إنشاء ماشاؤوا من الحقوق الشخصية في حدود عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

¹ تستند هذه النظرية إلى فكرة الرابطة القانونية بين الأشخاص في الحق العيني كما هو الشأن في الحق الشخصي: فإذا كان الحق الشخصي رابطة بين الدائن والمدين وأنه يتحلل إلى ثلاثة عناصر: الدائن (صاحب الحق) والمدين ومحل الحق وهو العمل أو الامتناع عن العمل الذي يجب على المدين القيام به، فإن الحق العيني يتحلل إلى ثلاثة عناصر: صاحب الحق، ومحل الحق وهو الشيء، والمدين وهذا العنصر الأخير هم كافة الناس عدا صاحب الحق إذ يلتزمون التزام سلمي باحترام هذا الحق والامتناع عن الحيلولة بينه وبين صاحبه. فكلما الحقين يعبر عن رابطة قانونية تقوم بين الأشخاص. ينظر: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 86، 87. بتصرف

² تقوم النظرية على أساس النظر إلى أن الحقوق المالية جميعها -سواء منها الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية -تعتبر عنصر من عناصر الذمة المالية. فالحق الشخصي لا ينظر إليه على أنه رابطة بين شخصين، بل على أنه عنصر مالي يتجرد عن شخص الدائن وعن شخص المدين وهو بهذا الاعتبار يتقرب من الحق العيني.

³ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 199-202، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 65، فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 43، 44، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 95، 96.

2- أن محل الحق الشخصي هو القيام بعمل معين أو الامتناع عنه، أما الحق العيني فيرد على شيء مادي منقولاً كان أو عقاراً.

3- أن الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء، أما الحق الشخصي فلما كان محله عمل المدين أو امتناعه عنه لذلك لا يصل الدائن إلى حقه إلا عن طريق المدين وتنفيذه التزامه.

4- الحق الشخصي حق مؤقت؛ لأنه لا يجوز تأييد الالتزامات، بينما الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء، فالأصل فيه أن يبقى ما بقي الشيء؛ أي: دائم ما لم يقرر القانون توقيته كما هو الشأن في حق الانتفاع، وحق الاستعمال أو السكنى، أو انقضاء الحقوق العينية التبعية بانقضاء الالتزام.

5- الحق الشخصي يسقط بالتقادم بينما الحق العيني لا يسقط بالتقادم.

6- أن الحق الشخصي هو حق نسبي، حيث لا يلتزم به سوى هذا المدين، في حين توصف الحقوق العينية بأنها مطلقة، حيث تنتج آثارها في مواجهة كافة، ويمكن الاحتجاج بها عليهم.

7- الحق العيني يخول صاحبه ميزة، أو حق الأفضلية وكذلك يخوله ميزة، أو حق التتبع، وهذا بخلاف الحق الشخصي.

المحاضرة الخامسة: تقسيم الحقوق المالية (الحقوق الذهنية أو المعنوية)

المبحث الثالث: الحقوق الذهنية أو المعنوية

بفعل التطور الحاصل في الدراسات القانونية ظهرت طائفة جديدة من الحقوق بجانب الحقوق العينية والحقوق الشخصية وتسمى هذه الحقوق بالحقوق الذهنية أو المعنوية لأنها ترد على شيء غير مادي (نتاج فكري وذهني) ، فمحلها أشياء معنوية غير محسوسة كالإنتاج الفني والأدبي وبراءات الاختراع والنماذج الصناعية ،.. وهي بهذا تختلف عن الحقوق العينية التي محلها أشياء، وعن الحقوق الشخصية التي محلها رابطة بين شخصين. وتتكون هذه الحقوق من عنصرين: عنصر أدبي ويتمثل حق الشخص في أبوة أفكاره ، وعنصر مالي ويتمثل في الاستغلال المالي. وفيما يلي أتطرق إلى أنواع الحقوق الذهنية المشمولة بالحماية المدنية والجنائية وهي حقوق الملكية الصناعية وحقوق الملكية الأدبية والفنية.

المطلب الأول: حقوق الملكية الصناعية:

يرد حق الملكية الصناعية على منقول معنوي يتمثل فيما يلي:

أولاً: براءة الاختراع: **Brevet d'invention**

لقد عرف الاختراع المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة الثانية (02/2) من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع الصادر في 19 جويلية 2003 بأنه: "فكرة المخترع تسمح عملياً بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية". أما براءة الاختراع فقد عرفها المشرع في الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر السالف الذكر المتعلق ببراءات الاختراع بأنها: "وثيقة تسلم لحماية الاختراع". وتمنح هذه الوثيقة من طرف المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية طبقاً لأحكام المواد 3-6 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع التي تضمنت الشروط الواجب توافرها، والإجراءات الواجب إتباعها للحصول على براءة الاختراع.

ثانيا: الرسوم والنماذج الصناعية : Dessins et Modèles

عرّفت الرسم المادة الأولى(1) من الأمر 66-86 المؤرخ 28 ابريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية بأنه: " كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية."

يلاحظ أن الرسم الذي عنته المادة هو الرسم الذي له قابلية على الاستغلال الصناعي، أو ذاك الذي يدخل في الصناعات التقليدية. ومن الأمثلة على الرسوم في الصناعات التقليدية الزرابي.

كما عرفت نفس المادة النموذج بأنه: " كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي".

ومن الأمثلة على النماذج الصناعية الأثاث المترلي، هياكل السيارات،..

ثالثا: العلامة التجارية والصناعية: Marque de commerce , Marque de fabrique

عرف المشرع الجزائري العلامة في المادة الثانية(2) من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات التجارية¹ على أنها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيحتها، أو الألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلّها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع أو خدمات غيره".²

يتضح من خلال النص أن العلامة هي كل رمز(قابل للتمثيل الخطي) يستخدمها الشخص الطبيعي أو المعنوي لتمييز صناعته أو خدمته عن غيره وقد يتم ذلك إما بالكلمات أو الأحرف أو بالأرقام أو بالرسوم..

¹ هذا الأمر ألغى الأمر السابق 57/66.

² المادة (2) من الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424هـ الموافق لـ 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات ، الجريدة الرسمية العدد(44)، الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2003، ص23.

رابعا: الاسم التجاري: Nom Commercial

هو الاسم الذي يتخذه التاجر¹ للدلالة على محله التجاري (Fonds de commerce) لتمييزه عن غيره من المحلات المماثلة له. وهو واجب قانونا؛ لأن القانون يلزم كل تاجر أن يتخذ اسما يميز محله عن غيره من المحلات²، لاعتبارات تتعلق بالنظام العام وتنظيم المنافسة بين التجار، وهو قابل للتصرف باعتباره حقا من حقوق الملكية الصناعية.

المطلب الثاني: حق الملكية الأدبية و الفنية:

الملكية الأدبية و الفنية هي الحق الذي يكسبه المؤلف على المصنف أو على إنتاجه الفكري سواء أكان فنا أو أدبيا.

أولا: أركان حق الملكية الأدبية والفنية

تمثل هذه الأركان في المؤلف ، والمصنف.

1- المؤلف L'auteur

المؤلف هو "من ينتج إنتاجا ذهنيا أيا كان نوعه ، وأيا كانت طريقة التعبير عنه، أو أيا كانت الأهمية التي تعطى لهذا الإنتاج أو الغرض منه، طالما كان على قدر من الابتكار".³ أما التعريف القانوني للمؤلف فقد عرفته المادة 12 من الأمر 05/03 على أنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي أبدع المصنف الأدبي أو الفني". وبالتالي يعتبر الكاتب والرسام، والملحن، وغيرهم مؤلفين.

كما قرّرت الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشر (1/13) من الأمر 05/03 أنه "يعتبر مالك حقوق المؤلف - ما لم يثبت خلاف ذلك- الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصرع بالمصنف

¹ بالنسبة للشخص يتخذ اسمه الشخصي أو لقبه العائلي. بالنسبة للمؤسسة أو الشركة فتكوين اسمها التجاري يخضع لشكلها ، إذا كانت الشركة ذات مسؤولية محدودة فقد تحمل اسم احد الشركاء أو بحسب الغرض.

² المادة (78) من الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم . من القانون التجاري

³ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص204.

باسمه، أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور، أو يقدم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

2- المصنف L'œuvre

ينصرف تعريف المصنف في الفقه القانوني إلى " كل إنتاج ذهني أيا كان مظهر التعبير عنه، سواء كان ذلك بالكتابة، أو الرسم، والتصوير، أو الصوت أو الحركات، أو بغير ذلك من وسائل التعبير".¹

ولقد بينت المادة 4 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أمثلة للمصنفات التي تحظى بالحماية القانونية، منها المصنفات الأدبية المكتوبة، وكل مصنفات المسرح، والمصنفات السينمائية..

ثانياً: طبيعة حق التأليف:

ثار خلاف فقهي حول طبيعة حق المؤلف ، وظهرت عدة نظريات:

1- نظرية حق الملكية:

أتجه جانب من الفقه والقضاء في البداية إلى اعتبار أن الحق الذهني يعتبر نوعاً من الملكية، وذلك على اعتبار أن هذا الحق يعطي لصاحبه سلطات معينة على شيء معنوي ، وهو نتاجه الفكري ولذلك سميت "بالملكية الأدبية أو الفنية". والخلاف بين الملكية العادية والملكية الأدبية- ينحصر في نظرهم- في طبيعة الشيء الذي يرد عليه كل منهما. ففي الملكية العادية يرد حق الملكية على شيء مادي، أما في الملكية الأدبية أو الفنية الحق يرد على شيء غير مادي.² ويضيف أنصار هذه النظرية أن الحقوق الذهنية والحقوق الملكية الفكرية هي حقوق ملكية بها نفس خصائص حق الملكية ، من حيث إمكانية التصرف فيها والاحتجاج بها على الكافة.

¹ المرجع نفسه، ص 204.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 99.

يسود هذا الرأي في البلاد ذات الأنظمة الأنجلوأمريكية التي ترى حق المؤلف ذو طبيعة مالية بحتة؛ أي: أنه قابل للاستغلال الاقتصادي، فهذه الأنظمة لا تعترف للمؤلف بفكرة الحق المعنوي كفكرة عامة.¹

ولقد اعترض كثير من الفقهاء على تشبيه الحقوق الذهنية بحقوق الملكية؛ لأن معنى ذلك هو اعتبارها حقوقا مالية، مع أنهم يلاحظون أن الحقوق الذهنية تتضمن عنصرا معنويا يتصل اتصالا وثيقا بشخصية المؤلف. ويمثل أصحاب هذا الاتجاه بمثال حين يتنازل المؤلف عن كل حقوقه المالية لمصنّفه، فإنه يظل محتفظا مع ذلك بحقه الأدبي عليه بما يسمح له بأن يوقف نشره، في حين أن التنازل عن حق ملكية عادية لكان هذا التنازل نهائيا وشاملا.²

2- نظرية الوحدة (الشخصية):

أصحاب هذه النظرية يعتبرون الحق الذهني حق شخصي، ويعتبر القانون الألماني أكثر القوانين صبغة في إطلاق الحق الشخصي على حق المؤلف. وينطلق أصحاب هذا الاتجاه من النظر إلى محل الحقوق الذهنية وهذا المحل يتمثل في الفكرة والإبداع الذي يرتبط بشخصية المؤلف ارتباطا وثيقا لا ينفصل عنه. أما الجانب الاقتصادي المتعلق باستغلال هذا الحق تجاريا (في صورة قالب مادي كالكتاب) فهو ليس إلا استعمالا للحق الذي لا يؤثر بحال من الأحوال على الطبيعة المعنوية وبالتالي الشخصية له.³ ويترتب على هذه النظرية أن الحماية المرصدة لهذا الحق ترقى إلى مستوى الحماية التي يقررها القانون للشخص نفسه في شأن حماية كيانه المادي والأدبي. كما أنه لا يجوز التنازل عنه أو التصرف فيه.

¹ محمد علي النجار، حقوق المؤلف في ضوء الثورة المعلوماتية الحديثة، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، مصر، ط2014م، ص106.

² محمد علي النجار، مرجع سابق، ص107.

³ المرجع نفسه، ص109.

3- نظرية حقوق الملكية الفكرية:

تقوم هذه النظرية على أساس أن حق المؤلف لا يمكن اعتباره حقاً شخصياً، كما أنه ليس حق ملكية عادية، وإنما هو حق جديد يقوم على التفرقة بين المادة والفكر في إطار حق الملكية. وبالتالي انتهى الفقه إلى وجود طائفة من الحقوق أطلق عليها "الحقوق الفكرية" محلها ليس شيئاً مادياً وإنما "الأفكار".

4- نظرية الازدواج:

الاتجاه السائد في الفقه هو أن حق المؤلف من نوع خاص له طبيعة مزدوجة ، وينطوي على جانبين: جانب معنوي أو أدبي، وجانب مادي أو مالي.¹

الجانب المادي أو المالي: فقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 27 من الأمر 05/03 ويتمثل هذا الحق في استفادة صاحبه من إيراد مالي عن طريق استغلاله، وهذا الحق قابل للتصرف وينتقل إلى الورثة فيستثرون به لمدة 50 سنة تسري ابتداء من مطلع السنة المدنية التي وفاة مورثهم المؤلف.²

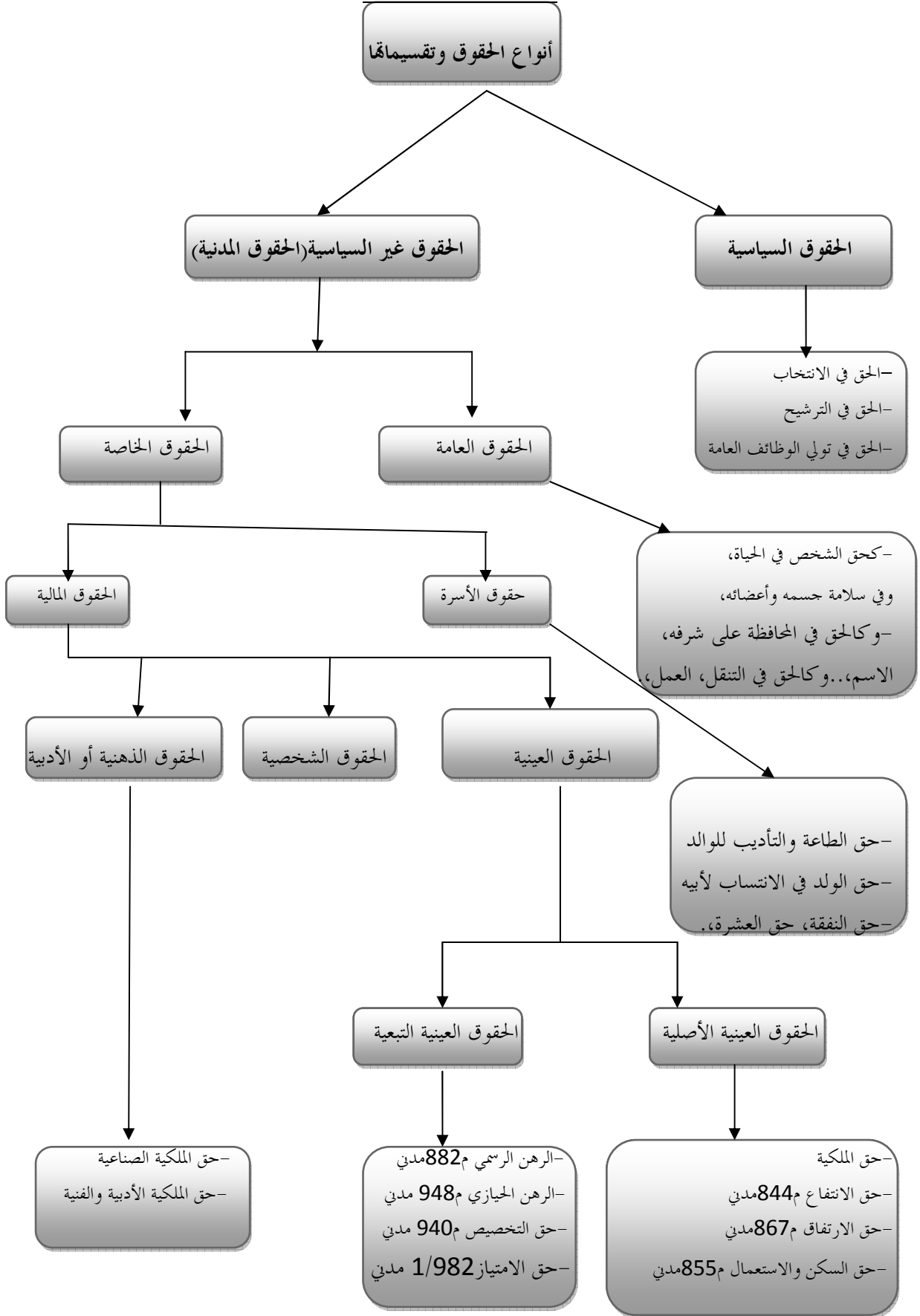
الجانب الأدبي:

هذا الحق الأدبي تضمنته المادة 22 من الأمر 05/03 ، وهو حق متصل بشخصية صاحبه (فكره) فيمنح هذا الحق الأدبي المؤلف الحق في تقدير نشره من عدمه أو تعديله أو سحبه من التداول، وهذا الحق الأدبي يظل قائماً للمؤلف وينتقل إلى الورثة.

¹ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 207.

² المادة (54) من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

مخطط بياني لأنواع الحقوق



المحاضرة السادسة: أركان الحق (أشخاص الحق)

الكلام عن أركان الحق يقتضي أن نتكلم عن أشخاص الحق، ثم عن موضوع (محل) الحق ، ثم عن مصدر الحق.

المبحث الأول: أشخاص الحق

الشخص في المفهوم القانوني هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية؛ وهذه الأخيرة يقصد بها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.¹ والشخصية القانونية في الأصل لا تثبت إلا للإنسان وهو ما يطلق عليه الشخص الطبيعي، ومع ذلك فقد تثبت هذه الشخصية لمجموعة من الأشخاص أو الأموال مثل الشركات والجمعيات والمؤسسات وهو ما يطلق عليها بالأشخاص الاعتبارية أو المعنوية.

المطلب الأول : الشخص الطبيعي *La personne physique*

الفرع الأول: بداية الشخصية ونهايتها

أولاً: بداية الشخصية: نصت الفقرة الأولى من المادة 25 مدني على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته " .

من خلال نص المادة يتضح شرطان لبدا الشخصية وهما:

الشرط الأول: تمام الولادة، ويقصد به خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالا تاما.

الشرط الثاني: تحقق الحياة عن تمام الولادة ولو للحظة قليلة ويكون عبر ظهور المظاهر الدالة على الحياة كالصراخ والحركة والتنفس،..

وتثبت واقعة الميلاد بالسجلات المعدّة بشهادة الميلاد، أو بأي طريقة حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية.م26مدني

¹ علي سيد حسن، مرجع سابق، ص100.

أما مركز الحمل(الجنين) فإنه وإن كان الأصل هو ابتداء شخصية الإنسان بولادته حيا إلا أن القانون خرج عن هذا الأصل واعترف للجنين قبل ولادته ببعض الحقوق ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة25مديني:"على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

فيثبت له النسب م43أسرة¹، والحق في الميراث م128أسرة، والحق في الوصية 187أسرة ، والحق في الإفادة من الهبة 209أسرة.

لكن اكتساب الشخصية القانونية غير باآة وغير مستقرة لاكتساب الحقوق؛ لتوقف استقرارها على ولادته حيا، أما إذا ولد ميتا لم تتقرر له هذه الحقوق، فتقسم التركة كأن لم يكن موجودا. أما باقي الحقوق كالهبة والوصية فتعود إلى أصحابها أو ورثتهم.

ثانيا: نهاية الشخصية الطبيعية:

تنتهي الشخصية الطبيعية بالوفاة الطبيعية أو بالوفاة الحكيمة.

1-الوفاة الطبيعية:

تنتهي الشخصية القانونية بالموت وتثبت واقعة الموت كواقعة الميلاد بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن إثباتها بكافة الطرق الأخرى حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية وهذا ما تضمنته المادة 26مديني.

2-الموت الحكي:

هو موت تقرره المحكمة في أحوال معينة. ويسبق الحكم بالفقدان أولا ثم يليه الحكم بالوفاة.

أ-الحكم بالفقدان:

¹ ثبوت النسب الزواج الشرعي، أو إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، أقل مدة الحمل 6م(42أسرة

أسباب ثبوت النسب م40أسرة:(يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول ويجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية في إثبات النسب)

-**تعريف المفقود:** تعرفه المادة 109 أسرة: "الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من مماته. ولا يعتبر الشخص مفقودا إلا بعد صدور الحكم بالفقدان".

وبناء على ذلك فإن المفقود يختلف عن الغائب ، فالغائب هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون معلومة وقد يكون له موطن معلوم (في الخارج) وقد لا يكون له.

فإذا صدر حكم بفقدانه أخذ حكم المفقود وفقا لما نصت عليه المادة 110 أسرة: "ولا يصدر الحكم إلا بمرور سنة من الغياب".

-**حالات اعتبار الشخص مفقودا والآثار التي تترتب على الحكم بالفقدان:**

إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حيا فبالنسبة لأمواله فلا تقسم بين الورثة، أما زوجته فتبقى في عصمته إلا أن تطلب التطلاق (يكون من القاضي). ولقد ذكرت المادة 53 أسرة الحالات التي يجيز لها طلب التطلاق:

الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

الغيبه بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة).

ب- الحكم بالوفاة:

-**حالات الحكم بالوفاة:**

يحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة 114 أسرة، ويتعين التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: الحالة التي يغلب فيها الهلاك، كحالة الحرب والكوارث والزلازل، حريق، ..

القاضي يحكم بالموت بعد مرور 4 سنوات من غياب الشخص.

الحالة الثانية: الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك: كالمسافر ، الذاهب للدراسة في الخارج ، وفي هذه الحالات يكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة المطلوبة على أن لا تقل المدة عن 4 سنوات م.113أسرة.

-الآثار المترتبة على الحكم بالوفاة:

-بالنسبة لأمواله:توزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة.

-بالنسبة للزوجة:فإنها تعدد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويجوز لها التزوج بغيره. وفي حالة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته فقد نصت المادة 115بقولها:"لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها..".

أما بالنسبة للزوجة فلم يضع لها القانون حكما، الأصل أنه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فتعود زوجته إليه وتعتبر الرابطة الزوجية كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتا.

وفي حالة زواجها بعد الحكم فعند الملكية فينظر إذا لم يتم الدخول بها حتى ولو عقد عليها فهي لزوجها الأول(المفقود)، وإن دخل بها الثاني فإنها فانت على المفقود بدخوله بها.¹ وفي رواية لأحمد فإنه يخير المفقود بين أخذ صداق المثل وبين زوجته وهو قول للشافعية. وقول آخر للشافعية هي زوجة الثاني لارتفاع نكاح الأول بناء على نفوذ الحكم ظاهرا وباطنا.²

الفرع الثاني: مميزات الشخصية الطبيعية

تتمتع شخصية الإنسان بمميزات تميزه عن غيره، ونستعرض هذه المميزات فيما يلي.

¹ الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بالخطاب الرعييني ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ/ 1992م،(ج4/157).

² النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، د.ط.ت، (ج18/160).

أولاً: الاسم Le nom:

1-تعريفه:

يعتبر من أهم سمات الشخصية ومميزاتها التي تميزه عن غيره ولقد أوجب القانون أن يكون لكل شخص لقب و اسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده.م1/28مديني.وبناء على ذلك فإنه يلزم إلى جانب اسم الشخص نفسه Prénom أن يوجد له لقب وهو اسم الأسرة Nom de famille ou patronymique.

وقد توجد إلى جانب اسم الشخص المسجل في مصلحة الحالة المدنية أنواع أخرى كاسم الشهرة Le surnom، والاسم المستعار Pseudonyme الذي يستخدم غالباً في النشاط الأدبي والفكري، والاسم التجاري وهو الاسم الذي يمارس به تجارته. وهذه الأنواع من الأسماء يحميها القانون بقدر حمايته للاسم المدني.

2-كيفية اكتساب الاسم المدني:

أ-كيفية اكتساب الاسم العائلي:

يكتسب الاسم العائلي بأحد الطرق التالية:

-النسب: وهو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم، فينسب الولد إلى أبيه ويأخذ لقبه إذا كان الزواج شرعياً،م41 أسرة، ويسجل ميلاده خلال الأجل القانوني وهو خمسة أيام بواسطة التصريح بالولادة م1/61 من قانون الحالة المدنية، وأوكل القانون مهمة التصريح إلى والد الطفل أو أمه ، أو الأطباء والقابلات، أو أي شخص حضر واقعة الولادة.م1/62 من قانون الحالة المدنية، وفي حالة إذا لم يُعلن عن الولادة في الأجل القانوني فإنه يتمتع ضابط الحالة المدنية عن تسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية إلا بموجب صدور حكم قضائي.م2/61 قانون الحالة المدنية.

كما أشارت الفقرة الثالثة من المادة 442عقوبات إلى تجريم عدم التصريح بالولادة.

أما بعد وفاة الزوج أو الطلاق فينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال عشرة أشهر.م43 أسرة

وكذلك يثبت بالإقرار؛ أي: بإقرار البنوة لمجهول النسب ولم تمّ هذا الإقرار خلال مرض الموت.م44 أسرة

وكذلك يثبت النسب بالبيّنة(الشهادة) التي تخضع لسلطة القاضي في تقديرها م40أسرة
كما فتحت الفقرة الثانية من المادة 40 أسرة باب الجواز للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

-الزوجية: جرت العادة في الدول الغربية على أن تحمل الزوجة لقب زوجها بجانب لقبها العائلي ولها الاختيار بينهما.

-القانون: يقوم ضابط الحالة المدنية باختيار اسم للقيط وللشخص المولود من أبوين مجهولين أو للذين ليس لهم اسم شخصي ويتم ذلك بمنحه عدة أسماء على أن يعتبر آخرها اسمها العائلي م64/الفقرة الأخيرة من قانون الحالة المدنية.

ب- كيفية اكتساب الاسم الشخصي Prénom

أوجبت المادة 64 من قانون الحالة المدنية على الأبوين أو المصّرّح في حالة عدم وجودهما عن ولادته أن يوضع للابن اسما من الأسماء الجزائرية، وقد وضعت الدولة قائمة للأسماء في سجل خاص.

3-مميزات الاسم: يمتاز الاسم بما يلي:¹

- عدم قابليته للتعامل: هذه الميزة تجعل الاسم غير قابل للتصرف فيه كأن يبيعه أو يرهنه أو يتنازل عنه؛ لأنه ليس من حقوق الملكية.

- غير خاضع لنظام التقادم المكسب والمسقط؛ أي: أن عدم استعمال الاسم لفترة معينة لا يعني أنه يرد عليه تقادم، كما أن انتقال الغير اسما ليس له لفترة معينة لا يكسبه حقا بالتقادم على هذا الاسم.

¹ فتحي عبد الرحيم، أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2001م، ص82.

-غير قابل للحجز عليه: طالما أن الاسم ليس من الحقوق المالية، وبالتالي لا يمكن الحجز عليه .

4-الحماية القانونية للاسم:

يحظى الاسم بمختلف أنواعه (الاسم المدني أو الشهرة أو الاسم المستعار أو الاسم التجاري) بحماية قانونية التي تنصب على إحدى صورتين من الاعتداء:

-إما بانتحال اسم شخص دون حق؛ أي: أن يسمى الغير باسم شخص معين .

-أما الصورة الأخرى للاعتداء فتتمثل في شكل منازعة غير مبررة، وتمثل في أمرين:

- إما الاعتراض على التسمي بهذا الاسم،

- وإما إشاعة عدم أحقيته في الاسم بين الناس.

وتتمثل الحماية القانونية للاسم في حق الشخص في المطالبة بوقف الاعتداء والمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر في حالة تعرض اسمه إلى انتحال الغير حيث نصت المادة 48مدني:"لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض، عما يكون قد لحقه من ضرر".

وإلى جانب هذا النص تنص المادة 1/249 من قانون العقوبات:"كل من انتحل اسم الغير في ظروف أدت إلى قيد حكم في صحيفة السوابق القضائية لهذا الغير أو كان من الجائز أن تؤدي إلى ذلك، يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات دون الإخلال باتخاذ الإجراءات ضده بشأن جنائية تزوير إذا اقتضى الحال ذلك".

5-الطبيعة القانونية للاسم:¹

اختلف الفقه الوضعي في تحديد الطبيعة القانونية للاسم: فريق يرى أنه واجب يقرّه القانون بحجة أنه ليس للإفراد الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب إرادتهم .

¹توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص221،222، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص163، عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص555، فريدة محمدي، مرجع سابق، ص67،68.

وذهب فريق إلى أن اتخاذ الشخص لاسم معين ما هو إلا مجرد نظام إداري للبوليس المدني اقتضته مصلحة الدولة، ورغم أن هذا الرأي له مزية تفسير الخاصة الإجبارية لحمل الاسم في علاقة الفرد بالسلطة العامة لكنه ليس كافيا في تحديد طبيعة الاسم؛ لأن الشخص نفسه له مصلحة ذاتية في أن يكون متميّزا عن غيره من بين أفراد المجتمع.

في حين ذهب فريق آخر أنه حق ملكية على شيء معنوي وهذا الموقف تبناه القضاء الفرنسي. وذهب رأي آخر أن الاسم حق من حقوق الأسرة، ويؤخذ على هذا الرأي أن الاسم يظل حقا للشخص ولو لم يكن له أسرة كاللقيط، وهناك من يرى أن الاسم ذو طبيعة مزدوجة فهو حق وواجب؛ إذ من واجب كل شخص أن يكون له اسم يميّزه عن غيره، وبعد أن يكتسبه فإن للشخص حقا على اسمه ينبغي احترامه. وهذا الاتجاه هو الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 28 مدني؛ إذ أوجب على كل شخص أن يكون له اسم ولقب.

ثانيا: الحالة L'état

يقصد بالحالة مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات.¹

فارتباط الشخص بالدولة يحدد حالته السياسية؛ أي: الجنسية، كما أن الشخص ينتمي إلى أسرة معينة يحدد حالته العائلية، وارتباطه بعقيدة ما يحدد حالته الدينية.

1- الحالة السياسية:

الحالة السياسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانوني ولذلك هناك تفرقة بين الأجانب والوطنيين من حيث الحقوق والواجبات.

تحدد الحالة السياسية للشخص بتحديد جنسيته؛ أي: انتمائه إلى دولة معينة، عبر حمله لجنسيتها.

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص151.

بالنسبة للجزائر فقد تضمن قانون الجنسية¹ نوعين من الجنسية ، الجنسية الأصلية ، والجنسية المكتسبة.

أ- الجنسية الأصلية:

تمنح الجنسية الأصلية في الجزائر على أساسين:

-أساس الدم: تتحدد جنسية الشخص بجنسية والديه أو بأحدهما إذ تنص المادة 6 من قانون الجنسية: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".²

-أساس الميلاد على أرض الإقليم: يعتبر المولود تابعا لجنسية البلد الذي ولد فيه وهذا ما يسمى بحق الإقليم الذي هو رابطة تربط الشخص بإقليم معين فتمنح الجنسية لهذا الاعتبار وهذا ما تضمنته المادة 7 من قانون الجنسية التي منحت الجنسية الأصلية على أساس الإقليم في حالتين:

الحالة الأولى: "الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين" إلا أن المشرع وضع استثناء على هذه القاعدة حيث يفقد فيها الشخص الجنسية الجزائرية بأثر رجعي إذا ثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.

الحالة الثانية: الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها.

¹ الأمر رقم 86/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1416هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005م المعدل والمتم الأمر رقم

86/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390هـ الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970

² عدلت بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث حررت هذه المادة في ظل الأمر رقم 70-86 المؤرخ

1970/12/15. (يعتبر بالجنسية الجزائرية بالنسب:

-الولد من أب جزائري

-الولد من أم جزائرية والأب مجهول

-الولد المولود من أم جزائرية والأب عديم الجنسية... مضمون التعديل المادة 06 فأصبح الولد المولود من أم جزائرية يعد جزائريا بغض النظر عما إذا كان والده مجهولا أم لا وبغض النظر عما إذا كان والده عديم الجنسية أم لا.

ب- الجنسية المكتسبة:

هي الجنسية التي يكتسبها الشخص بعد الميلاد، إما نتيجة زواج مختلط، أو عن طريق التجنس.

- الزواج المختلط:

أفادت المادة 09 مكرر من قانون الجنسية إنه يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج بجائري أو جزائرية ويكون ذلك بموجب مرسوم ، متى توفرت الشروط الآتية:
- أن يكون الزواج قانونيا، وقائما فعليا منذ ثلاث(3)سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.

-الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.

-التمتع بحسن السيرة والسلوك.

-إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

-اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق التجنس:

أفادت المادة 10 من قانون الجنسية بأنه يمكن للأجنبي البالغ لسن الرشد والمقيم بالجزائر منذ سبعة(7) سنوات على الأقل، إذا توفرت فيه الشروط المذكورة في المادة من إمكانية تقديم طلب التجنيس بالجنسية الجزائرية إلى وزير العدل الذي له حق الرفض ضمن الشروط التي نصت عليها المادة 26 وما بعدها.

تنص: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

-الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين.غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا ثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.

إن الولد حديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك .

-الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها".¹

إذا ثبتت الجنسية منذ الميلاد فتكون جنسية الشخص جنسية أصلية، أما إذا اكتسبها بعد الميلاد فتكون مكتسبة، وإذا كان للشخص عدة جنسيات ففي حالة النزاع يطبق القاضي الجنسية الفعلية وفقا للمادة 1/22 مدني التي تنص: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية وجنسية دولة أخرى أو عدة دول. 2/22 مدني.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة 3/22 مدني.

2-الحالة الدينية:

الأصل أنه لا تأثير للحالة الدينية على صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وهذا الأصل مطبق في الدول العلمانية.

لكن في الجزائر "الإسلام دين الدولة" م. 2 من الدستور، ويترتب على ذلك مثلا في نطاق الأحوال الشخصية عدم التوارث بين ملتين مختلفتين، وعدم تزوج المسلمة من غير المسلم.

3-الحالة العائلية:

ويقصد بالحالة العائلية العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة، وقد تكون هذه الرابطة ناشئة عن نسبه وتسمى قرابة النسب، وقد تكون ناشئة عن علاقة زوجية وتسمى قرابة المصاهرة.

¹ عدلت بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث حررت هذه المادة في ظل الأمر رقم 70-86 المؤرخ 1970/12/15. مضمون التعديل: تم تعديل المادة 07 التي تتناول الحالات التي يعتبر فيها المولود بالجزائر جزائريا بإلغاء الحالة الثانية والتي تتضمن حالة المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر وأضيفت بموجب التعديل حالة أخرى وهي حالة الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها.

أنواع القرابة:

1- قرابة النسب: حيث تنص المادة 32 مدني: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد".

وعلى ذلك تكون القرابة إما قرابة مباشرة (قرابة الخط المستقيم)¹ وهي التي تربط الأصول بالفروع؛ أي: التي تربط الجد أو الجدة بأولادهم أو أحفادهم. م1/33 مدني. مثال ذلك الصلة بين الابن والأب أو بين الحفيد والجد.

وتحسب درجة القرابة المباشرة وفقا للمادة 34 مدني على أساس اعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل، مع عدم احتساب الأصل؛ أي: عند الحساب يجب إسقاط الأصل دائما، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة.

مثال توضيحي: القرابة بين الابن وأبيه 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 (جدته)، إذ يحسب ابن الابن والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ولا يحسب الجد أو (الجدة) باعتباره الأصل.

وإما قرابة الحواشي وهي: القرابة التي تربط بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر . م 2/33 مدني .

أما كيفية حساب درجة قرابة الحواشي فوفقا للمادة 34 مدني تحتسب درجة قرابة الحواشي بأن تعد الدرجات صعودا من الفرع إلى الأصل المشترك ثم نزولا من هذا الأصل المشترك إلى الفرع الآخر مع اعتبار كل فرع درجة فيما عدا الأصل المشترك.

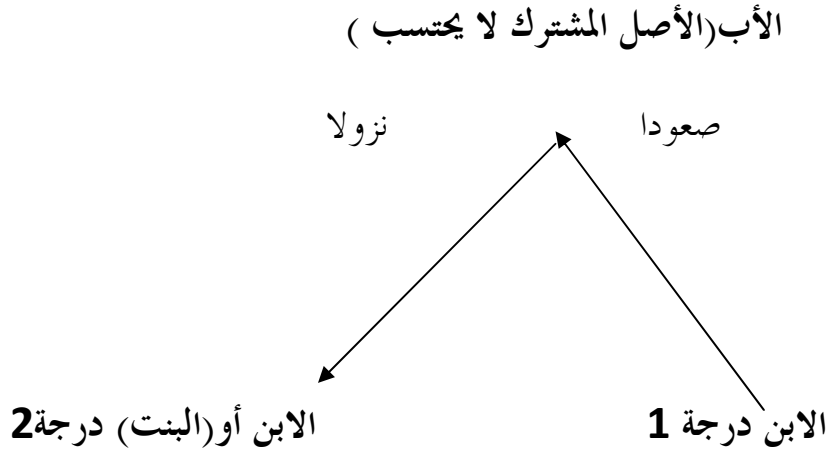
¹ سميت بذلك لأنها تربط بين أشخاص يتسلسلون أحدهم عن الآخر فيكون الخط الذي يربط بينهم خطا مستقيما.

فيعتبر الأخ في الدرجة الثانية من القرابة لأخيه أو لأخته؛ حيث يحسب الأخ درجة، ولما كان الأب هو الأصل المشترك فلا يحسب درجة، ثم من الأب إلى الأخ أو (الأخت) تحتسب درجة، فتكون قرابة الخ لأخيه أو أخته من الدرجة الثانية.

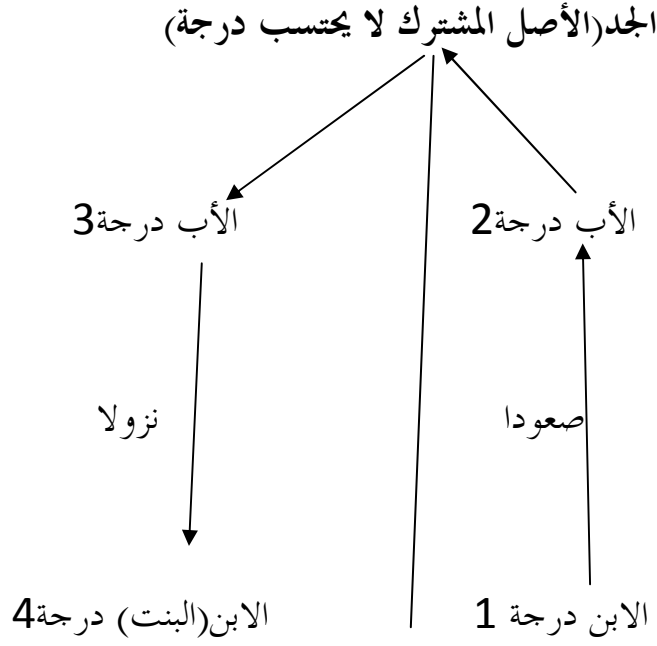
ويعتبر ابن العم قريب من الدرجة الرابعة لابن عمه أو لابنة عمه، حيث يحسب الشخص درجة ، و أبيه درجة ثانية، ثم لا يحسب الجد لكونه هو الأصل المشترك، ويحسب العم درجة ثالثة، ثم ابن العم درجة رابعة.

أمثلة بيانية:

مثال: قرابة الأخ لأخيه أو أخته.



مثال: قرابة ابن العم بابن عمه أو ابنة عمه



فقرابة ابن العم بابن عمه أو ابنة عمه هي قرابة حواشي من الدرجة الرابعة.

2- قرابة المصاهرة: هي القرابة التي تنشأ بالزواج بين كل من الزوجين وأ أسرة الزوج الآخر ويقضي القانون في المادة 35 مدي بأن يحتفظ فيها كل قريب بدرجة قرابته للزوج الآخر،

وعلى ذلك فإن أب الزوج يعتبر قريبا بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة. لأنه قريب بالنسب لابنه (زوجها) من الدرجة الأولى.

و شقيقة الزوجة قريبة بالمصاهرة من الدرجة الثانية بالنسبة للزوج. لأنها قريبة بالنسب للزوجة من الدرجة الثانية .

وشقيق الزوجة قريب الزوج من الدرجة الثانية؛ لأن شقيق الزوجة قريب لها قرابة نسب من الدرجة الثانية وهكذا.

يلاحظ أن قرابة المصاهرة لا تقوم إلا بين الزوج نفسه وعائلة الزوج الآخر، فلا تقوم بين أفراد عائلة الزوج وأفراد عائلة الزوج الآخر. وعلى ذلك فأخو الزوج لا تربطه أي قرابة بأخي الزوجة.

آثار القرابة:

لقد رتب القانون آثارا قانونية متعددة عن القرابة ، وتتمثل أهم الآثار فيما يلي:

1- من حيث التعويضات المدنية: للأقارب الحق في مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الموروث الذي لحقه بمورثهم.

2- من حيث ثبوت الحقوق باعتباره عضوا في الأسرة ، فمثلا يترتب على ثبوت البنوة حق الطاعة والتأديب، كما تنشأ القرابة حقوق مالية كحق الإرث وحق النفقة.

3- من حيث الولاية: يتولى الأصل ولاية الفرع إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها.

4- من حيث الزواج: يستند القانون على درجة القرابة في تحديد موانع الزواج.

5- رد الخبزاء م133 إجراءات مدنية وإدارية ، رد سماع الشهود 153 إجراءات مدنية وإدارية

6- من حيث رد القاضي في النظر في الدعوى إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة. م241 إجراءات مدنية وإدارية .

6- من حيث الدعوى الجزائية: السرقة بين الأقارب (بالنسب أو الحواشي أو المصاهرة) إلى غاية الدرجة الرابعة تمتنع النيابة العامة عن تحريك الدعوى إلا بناء على شكوى مقدمة من الشخص المضروب. م369 عقوبات

ثالثا: الأهلية La Capacité:

للشخص أهليتان، أهلية وجوب وتتقرر له بمجرد ولادته، وأهلية أداء وتتقرر له لاحقا عبر مراحل.

1- أهلية الوجود: Capacité jouissance

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتثبت للشخص منذ ولادته إلى غاية وفاته. وحفاظا على حقوق الحمل فقد تقررت له هذه الأهلية قبل ولادته، و لكنها ذات نطاق محدود؛¹ أي: ناقصة وغير مستقرة²، وبالتالي تقررت هذه الأهلية دون النظر إلى عامل السن أو الإدراك أو التمييز.³

2- أهلية الأداء: Capacité d'exercice

عرّفت بأنها: " صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه".⁴

تمرّ أهلية الأداء بعدة مراحل، كما تتأثر بحالة الشخص الصحية، وبناء على ما سبق نتعرض لمراحل الأهلية ثم للعوارض ثم للموانع ثم للنيابة القانونية التي يخضع لها فاقدوا الأهلية أو ناقصوها.

أ- مراحل الأهلية:

مرحلة انعدام الأهلية (مرحلة الصبي غير المميز): تبدأ من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز 13 سنة⁵ وفي القانون المصري إلى 7 سنوات.

¹ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 227.

² من جانب اكتساب الحقوق: الإرث، الوصية، الهبة، بشرط ولادته حيا أما بالنسبة لتحمل الجنين الالتزامات القاعدة تمنع ذلك لكن ذهب بعض الفقه إلى أنه تجب عليه الالتزامات التي تستوجبها إدارة أعماله.

³ فتشبت للصبي غير المميز والمجنون.

⁴ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 228.

⁵ عدلت بموجب قانون رقم 10/05 ففي ظل الأمر 75-58: "يعتبر الصبي غير مميز من لم يبلغ 16 سنة".

فالصبي دون الثالثة عشر لا يعد أهلاً لمباشرة أي تصرف حتى ولو كان نافعا له نفعا محضا م42مديني. فكل العقود التي يبرمها تكون باطلة بطلانا مطلقا ولا تصححها الإجازة.¹

مرحلة نقص الأهلية: يعتبر ناقص الأهلية كل من بلغ ثلاث عشرة سنة ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة كاملة). م43مديني

ونستطيع أن نميز بين ثلاثة أنواع التصرفات القانونية التي يباشرها ناقص الأهلية:

- يستطيع مباشرة التصرفات النافعة له² نفعا محضا كقبول الهبة والوصية.

- يتمتع عليه مباشرة التصرفات الضارة به ضررا محضا³ كهبة أمواله أو إبراء مدين له من الدين، وتقع هذه التصرفات باطلة حتى ولو أجازها الولي.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية.

ويزول حق التمسك بالإبطال بالإجازة الصريحة (الولي أو المحكمة) أو الضمنية. م100مديني، كما تقضي المادة 101مديني بأن الحق في طلب الإبطال يسقط بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات⁴ من يوم زوال نقص الأهلية.

كمال الأهلية: وهي مرحلة بلوغ سن الرشد (19 سنة) وتكون كل تصرفاته معتد بها قانونا شريطة أن تتمتع بقواه العقلية أي أن لا يكون مصاب بعارض من عوارض الأهلية. م40مديني

ب- عوارض الأهلية:

قد يكون الشخص كامل الأهلية ببلوغه 19 سنة إلا أنه يطرأ عليه عارض من العوارض

¹ بالنسبة للهبة لا يستطيع قبولها لأنه فاقد التمييز مع ملاحظة أن قانون الأسرة قال بصحة الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ويقبلها عنه وليه.

² لأن هذه التصرفات تسبب الاعتناء لمن يباشرها دون مقابل.

³ لأن هذه التصرفات تسبب الافتقار لمن يباشرها دون مقابل

⁴ كانت هذه المدة في ظل الأمر 75-58 عشر (10) سنوات.

التي تؤثر في التمييز بالفقد أو الانتقاص منه. من خلال موقف القانون الجزائري من العوارض يمكن التمييز بين نوعين من العوارض.

النوع الأول: عوارض معدمة للأهلية: و تتمثل في الجنون والعتة.

تعريف الجنون: "هو زوال العقل واختلاله وبمنع الأفعال والأقوال أن تجري على نهج مستقيم".¹
مرض يصيب العقل فيفقدده ويعدم التمييز.

تعريف العتة: "هو اختلال في العقل -دون أن يبلغ مرتبة الجنون- بحيث يختلط كلامه فيشبه مرّة كلام العقلاء ومرّة كلام المجانين".²

وعرّف أيضا: "هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدييره فاسدا".³

حكم تصرفات المجنون والمعتوه:

لقد سوى القانون بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبر كل منهما فاقدا للتمييز (في حكم الصبي غير المميز أي من لم يبلغ 13 سنة) م42مدني.

أما بالنسبة لتصرفات المجنون والمعتوه فقد ميّز القانون الجزائري بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: في الفترة السابقة على الحكم بالحجر، فالأصل أن تصرفاتهم صحيحة إذا لم تكن حالة الجنون أو العتة شائعة وظاهرة بين الناس وقت التعاقد ولم يكن الطرف الآخر عالما بها. وهذا من باب المحافظة على استقرار المعاملات.

المرحلة الثانية: في الفترة التالية بعد الحكم بالحجر¹ يعامل المجنون والمعتوه معاملة الصبي غير

¹ على حيدر، درر الحكام شرح مجلّة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 1432هـ/2003م، (ج2/655).

² محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، د.ط.ت، (ج1/360).

³ المادة: (945) من مجلّة الأحكام العدلية.

المميز(فاقد الأهلية) فتكون تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا.م107 قانون أسرة،² و يكون الحكم بالحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو النيابة العامة.م102 قانون أسرة.

النوع الثاني:عوارض منقصة للأهلية:

هذه العوارض منقصة للأهلية ولكن لا تعدمها، وتتمثل هذه العوارض في السفه والغفلة:

تعريف السفه: "خفة تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإسرافه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل".³

فالسفه حالة مرضية قائمة في النفس تجعل الشخص ينفق ماله في غير مواضعه على غير مقتضى الشرع والعقل.

تعريف الغفلة: حالة قائمة في النفس تجعل الشخص لا يحسن التدبير فلا يميز بين الربح والخسارة من التصرفات وتجعله ينخدع بسهولة ويغبن في معاملاته.

حكم تصرفات السفه وذي الغفلة:

سوى القانون بين السفه وذي الغفلة في الحكم واعتبر كل منهما في حكم الصبي المميز.م43مدي

أما بالنسبة للتصرفات الصادرة منهما فإن القانون قد فرق في الحكم بين مرحلتين:

المرحلة الأولى:قبل توقيع الحجر فتصرفاتهما في الأصل تكون صحيحة؛ لأن السفه والغفلة لا

¹ لم تبين المادة 107 من قانون الأسرة تاريخ سريان البطلان ، هل يكون من تاريخ تسجيل طلب الحجر، أو من تاريخ الحكم بالحجر ، أو من تاريخ إعلان الحكم للغير وهو ما يستفاد من المادة 106 من القانون نفسه التي أوجبت نشر الحكم للغير.

² هذه المادة 107أسرة يتناقض مضمونها مع أحكام المادة 85 من القانون نفسه حيث تنص المادة 85:"تعتبر تصرفات الجنون ، والمعته والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه".فهذه المادة بالإضافة إلى الصياغة المعيبة (التكرار)، فإنها جاءت مطلقة دون أن تقيد حالة الجنون أو العته بالظهور وعلم الطرف الآخر.

³ محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، مرجع سابق، (ج2/274).

يعدمان الإدراك والتمييز إلا إذا كان المتعاقد مع السفه أو ذي الغفلة عالما بحالة مستغلا لحالة الغفلة أو السفه القائمة به فتكون قابلة للإبطال.

المرحلة الثانية: في الفترة اللاحقة بعد توقيع الحجر: تأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات ناقص الأهلية بسبب صغر السن (الصبي المميز).

ج- موانع الأهلية:

قد يكون الشخص كامل الأهلية إلا أن تحول موانع بين وبين مباشرة تصرفاته القانونية وتتمثل أهم هذه الموانع فيما يلي:

- **الغيبه:** تعتبر الغيبه مانع مادي يعوق الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه.

- **الحكم بعقوبة جنائية:** قد تقترن العقوبة الجنائية بعقوبة تبعية أو تكميلية كما قضت بذلك المادة 9 مكرر¹ من قانون العقوبات² بأن كل من حكم عليه بعقوبة جنائية لا يجوز له ممارسة حقوقه المالية مدة تنفيذ العقوبة. ولا تتم إدارة أمواله إلا طبقا للإجراءات المقررة في الحجر القضائي.

كما قد تقترن العقوبة الجنائية بجرمانه من حق أو أكثر من بعض الحقوق المدنية أو السياسية التي وردت في المادة 9 مكرر³ من قانون العقوبات.

- **الحكم بشهر الإفلاس:** يترتب على ذلك تولى وكيل التفلسه إدارة أمواله. م. 244 تجاري

- **المانع الجسماني:** كان يصاب بعاهتين على الأقل من الصم والبكم والعمى وتعذر بسبب هذين العاهتين التعبير عن إرادته كانت تصرفاته التي تعينها المحكمة موقوفة على حضور المساعد القضائي. م. 80 مدني.

¹ أضيفت بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006. (ج.ر، رقم: 84، ص 12.

² الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

³ أضيفت بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006. (ج.ر، رقم: 84، ص 12.

د- النيابة القانونية:

أشارت المادة 44 مدني إلى خضوع فاقد الأهلية أو ناقصيها بحسب الأحوال إلى أحكام الولاية ، أو الوصاية، أو القوامة .

الولاية: تثبت الولاية الأصلية للأب وللأم بعد وفاته على أولاده القصر في أموالهم .م 87 أسرة¹

الوصاية: يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم أو كانت له ولكنها لاتصلح لتولي أموره.م 92 أسرة

المقدم أو القيم في عرف الشريعة:

حسب المادة 99 أسرة فإن المقدم هو الشخص الذي تقوم المحكمة بتعيينه في حالة عدم وجود الولي أو الوصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

رابعا: الموطن Le domicile

1-تعريف الموطن: يقصد بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقته مع غيره من الأشخاص، بحيث يُعتبر فيه موجودا على الدوام ولم تغيب عنه بصفة مؤقتة.²

أو المكان الذي يعتبر القانون أن الشخص موجود فيه. وتكمن أهمية الموطن في المخاطبات القانونية للشخص من خلال تبليغه الأوراق القضائية كصحيفة الدعوى، والإندار والتنبيه..

2- كيفية تحديد الموطن:

هناك اتجاه تبنى "التصوير الحكمي" في تحديد الموطن، فيعتبر هذا الاتجاه أن الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه. وهذا الاتجاه تبناه القانون الفرنسي

¹ يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه ، بيع المنقولات ذات الأهمية ، الاستثمار بلاقراض ، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة ، إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة عند بلوغه سن الرشد م 88 أسرة

² حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 538.

بموجب المادة م102 من القانون المدني الفرنسي ، وهناك اتجاه يحدد الموطن على أساس من الإقامة الفعلية للشخص، ولذلك يسمى "الاتجاه الواقعي"¹ وهذا الأخير تبناه القانون الجزائري من خلال نص المادة 36مديني التي عرّفت الموطن : "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن.

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

من خلال هذا التعريف يتبين أن للموطن عنصرين: عنصر مادي وهو الإقامة الفعلية، والعنصر الآخر معنوي وهو الاستقرار والتعود على الإقامة.²

3-أنواع الموطن:

أ-المواطن العام **Le domicile général**: هو الموطن الذي يعتد به القانون بالنسبة لنشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام ،³ وينقسم الموطن العام إلى:

-الموطن العادي: "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن". م1/36مديني

-الموطن الإلزامي(القانوني): يكون الموطن إلزاميا بقوة القانون مثل تحديد موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب بموطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. م1/38مديني.

ب-الموطن الخاص **le domicile spécial**: قد يوجد للشخص بجانب موطنه العام موطن خاص هو المقر الذي يتخذه الشخص للممارسة نشاط معين، مثال: الحرفي موطنه الخاص المكان الذي يمارس فيه حرفته، ..م37مديني

ج-الموطن الاختياري:يجوز للشخص اختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين. م1/39مديني.

¹ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص176،177.

² المرجع نفسه، ص177،178.

³ حسن كيرة، مرجع سابق، ص539.

ومثاله: كما إذا اختار شخص موطنا له مكتب أحد المحامين لكي يعلن فيه كل ما يتعلق بما قد يثار من منازعات حول عقد أبرمه مع آخر.

خامسا : الذمة المالية Le Patrimoine

1-تعريفها: "هي مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما يتحمل به من التزامات مالية".¹

2-أهمية الذمة المالية:

أ-تكمّن أهمية افتراض الذمة المالية في تلقي الحقوق ونحمل الالتزامات، من هذا يتبين إن الذمة المالية تتكون من عنصرين:

- الحقوق المالية، أو الأموال وهذا هو العنصر أو الجانب الايجابي في الذمة

-الالتزامات المالية أو الديون وهذا هو العنصر أو الجانب السلبي للذمة.²

ب-كما تتمثل أهمية الذمة المالية في توفير للدائنين حق ضمان عام droit de gage général على جميع أموال المدين الضامنة لجميع ديونه، وهذا ما قرّره المشرع في المادة 1/188مديني: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء بدينه" زيادة لهذا الضمان العام يكون الدائنون لهم حق الأفضلية بمقتضى رهن أو حق تخصيص أو حق امتياز.م 2/188 مديني.

وحق الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف بأمواله في الفترة ما بين نشوء الديون وحلول أجل الوفاء به وعليه فقد أعطى المشرع للدائنين وسائل قانونية لحماية ضمانهم العام وذلك باللجوء إلى إحدى هذه الدعاوى:³

-الدعوى غير المباشرة Action indirecte : إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية في مواجهة الغير، فيستطيع الدائن حلول محل المدين في المطالبة باعتباره نائبا عنه، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ، ويكون ضمانا لجميع دائنيه .م 189مديني

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص480، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص163.

² نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص166.

³ فريدة محمدي، مرجع سابق، ص98.

-الدعوى الصورية Action en simulation: وهذه الدعوى يرفعها الدائن في حالة قيام المدين بتصرف صوري، وله إذا كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، م198مديني، مثاله: (بيع يخفي هبة مستترة)

-الدعوى البولصية Action Paulienne: مضمون هذه الدعوى هو عدم نفاذ تصرف قام به المدين إذا كان هذا التصرف قد انتقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره ، فيكون هذا التصرف الذي قام به المدين غير نافذ في مواجهة الدائن ، إذا كان المدين قام به غشا أو إضراراً بحقوق الدائن. م191مديني و م192مديني.

3-انتقال الذمة المالية بالوفاة:

مادام أن الذمة المالية تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الإيجابي بالجانب السلبي، فإن هذا الارتباط يبقى قائماً بعد وفاة الشخص ، فتنقل ذمته المالية إلى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء.¹

المطلب الثاني: الشخص المعنوي Personne morale:

يعرف القانون نوعين من الأشخاص، الأشخاص الطبيعيين، الذين يتمتعون منذ ولادتهم بالشخصية القانونية التي تمكنهم من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات؛ لأداء الدور المنوط بهم في المجتمع، أما الأشخاص المعنوية Les personnes morales فهذا النوع كان مثار جدل بين فقهاء في الاعتراف به وتحديد طبيعته.

الفرع الأول: في التعريف بالشخصية المعنوية والأسباب الداعية إليها :

أولاً: تعريف الشخصية المعنوية: " مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرمي إلى تحقيق غرض معين ، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض".²

ثانياً: الأسباب الداعية إليها:

لم تعرف الشخصية القانونية إلا للشخص الطبيعي التي تجعله أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 492.

² توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 263.

الالتزامات، وبما أن الإنسان له عمر محدود لا يستطيع تحقيق كل الأغراض استدعت الضرورة في المجتمع من أجل دوام مرافقه وتيسير مصالحه واستمراره إلى منح الشخصية القانونية لأشخاص أخرى، فجاد الفكر الإنساني " بنظرية الشخصية المعنوية" ومقتضاها منح القانون الشخصية القانونية إلى جانب الشخص الطبيعي إلى نوعين من التجمعات، مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون كيان ذاتي مستقل عن الأفراد الذين يساهمون في نشاطه حيث أطلق على هذا الكيان اصطلاح "الشخصية المعنوية أو الاعتبارية"¹ حتى ييسر سبيل التعامل القانوني مع الأشخاص المعنوية ذات الوجود الكبير والأهمية الكبرى في الحياة الاجتماعية والاقتصادية من حيث ضبط عملها في دائرة قانونية محددة ومن حيث مواجهته بالمسؤوليات وتحمل الالتزامات بإرادته المستقلة ويكتسب الحقوق لحسابه الخاص.

الفرع الثاني: مقومات الشخص المعنوي²

من خلال التعريف يمكن الوقوف على مجموعة من العناصر والمقومات الأساسية الواجب توفرها لقيام الشخص المعنوي.

أولاً:العنصر الموضوعي:

يتمثل هذا العنصر في اتجاه إرادة الأفراد إلى إنشاء الشخص المعنوي، فالشركات لا تنشأ إلا بعقد كما جاء في نص المادة 416 من القانون المدني والأمر نفسه بالنسبة إلى الجمعية إذ تنشأ بمقتضى اتفاق وفق نص المادة 6 من قانون الجمعيات.

ثانياً:العنصر المادي:

يتمثل في مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بحسب نوع الشخص المعنوي المراد إنشائه. ففي مجموع الموال كالمؤسسات لا بد من توافر المال، أما في جمعيات الأشخاص فيلزم بجانب توفر الأشخاص توفر المال كما في الشركة إذ يحدد المشرع حداً أدنى لراسمائها.

ثالثاً:العنصر المعنوي

يجب أن يكون غرض الشخص المعنوي يهدف إلى تحقيق مصلحة المجموعة سواء كانت هدفاً عاماً يحقق بذلك المصلحة العامة أو خاصاً بجماعة معينة مصلحة الشركاء في الشركة

¹المصطلح الذي تبناه المشرع الجزائري هو مصطلح "الشخصية الاعتبارية" من خلال قانون المدني .

² فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 110-112،

ولابد من تحديد الغرض مالياً أو غير مالياً إضافة على شرط المشروعية وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

رابعاً: العنصر الشكلي

هذا العنصر ضروري في تكوين بعض الأشخاص المعنوية خاصة منها ما يتطلب منها القانون الرسمية و الشهر أو يلزم الحصول على ترخيص خاص لاكتساب الشخصية المعنوية ومثال ذلك الشركة اشترط القانون أن يكون عقدها مكتوباً في شكل رسمي وغلا كانت باطلة وفقاً للمادة 418 من القانون المدني والمادة 545 من القانون التجاري إضافة إلى الشهر وفقاً لإجراءات العقد في السجل التجاري تبعا لأحكام المادة 417 مدني .

ملاحظة: يجب أن يسبق توفر هذه العناصر ما يسمى "الاعتراف العام" ومقتضاه تدخل المشرع لإنشائها وإعطائها الصبغة القانونية ككيان قانوني ومحدد .

الفرع الثالث: النظريات المختلفة في ماهية الشخص المعنوي

اختلف الفقه في ماهية الشخص المعنوي والمبرر من وجوده، ومدى أهميته، وتوزعت آراؤهم إلى مذاهب شتى .

أولاً: مذاهب الرافضين لفكرة الشخص الاعتباري (المذهب الواقعي) Positiviste:

يذهب جانب من الفقه إلى إنكار فكرة الشخصية المعنوية من أساسها، وانه لا ضرورة لابتداعها وافتراضها . فهم لا يعرفون إلا الشخصية المتمتعة بالوجود الواقعي، أما الافتراض والمجاز فلا وزن له عندهم.

وبالتالي التجأ بعض الفقهاء إلى بدائل عن فكرة الشخصية المعنوية فمن ذلك تبني فريق على رأسهم الفقيه الألماني "إهرنج" فكرة الملكية المشتركة *Propriété collective* لكن هذه الفكرة جوبهت بنقد شديد كونها لا تعطي الحلول لكل المشكلات المعترضة و أنها قاصرة فإذا سلمنا بصلاحياتها في مجال مجموعات الأموال، فإننا لا نجد لها وجهة في مجال أشخاص القانون العام التي ليس من أغراضها المال .

ثانياً: المذاهب المؤيدة لوجود الشخص الاعتباري: رغم أن غالبية الفقه متفق اليوم على الاعتراف بالشخص المعنوي بالوجود إلا أنه لا يتفق أبداً حول النظرة إلى الشخص المعنوي و الأسس التي يقوم عليها هذا الشخص و تكييفه له فعبر على ذلك من خلال ثلاث نظريات

هي:

1- نظرية التصور القانوني *Théorie de la biction légal* (الافتراض) (المجاز) (الحيلة القانونية):

لقد تبني هذه النظرية مجموعة من الفقهاء على رأسهم ديجي Duguit وجيزه Jéze و ساقيني الذين اعتبروا الشخصية المعنوية بصورة عامة مجرد وهم، وافتراض قانوني *Fiction juridique* وأن الإنسان هو الشخصية الوحيدة التي يمكن الاعتراف بها. فهو الوحيد الذي تتوفر فيه الإرادة والإدراك الذين يؤهلانه لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وعليه فإن إسباغ المشرع لمجموعة من الأشخاص أو الأموال صفة الشخصية المعنوية فإنما يفعل ذلك على سبيل الافتراض ويدخل في باب الحيل القانونية حتى تتمكن هذه الكائنات الافتراضية من أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ومن النتائج التي تترتب على ذلك:

- لا يمكن إنشاء شخص معنوي إلا بترخيص صريح أو ضمني من القانون.
- أن أهلية الشخص المعنوي يحددها القانون بشكل لا يجوز التوسع في تأويله.

نقد هذه النظرية:

أن هذه النظرية قد أهملت اليوم وقد نقدها فقهاء القانون الألماني نقدا شديدا، فليس صحيحا أن الشخص لا يكون شخصا في نظر القانون إلا إذا كان قادر على التفكير والإرادة فالجنون والصبي غير المميز مع أنهما معدوما التفكير والإرادة يعتبر كل منهما شخصا حقيقيا. والواقع الصحيح أن الشخص المعنوي يستمد شخصيته من ضرورة وجوده قبل أن يعترف به القانون ، فهو ضرورة اجتماعية لا يستطيع القانون إلا أن يسلم به.¹

2- نظرية الملكية المشتركة *Théorie de la propriété collective*:

بعد أن هجرت النظرية الأولى القائمة على أن الشخص المعنوي هو فرض قانوني قامت نظرية مضادة إلى الأولى ترى أن الشخص المعنوي ضربا من ضروب الملكية المشتركة *Propriété collective*، ويعتبر بلانيول Planiol أبرز القائلين بهذه النظرية. لكن هذه النظرية جوهت أيضا بنقد شديد كونها لا تعطي الحلول لكل المشكلات المعترضة و أنها قاصرة ،

¹ زهدي يكن، كتاب القانون الإداري، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.ط.ت، ص49.

حيث تركز الشخص المعنوي في المال الذي يملكه مع أن المال وسيلة لتحقيق الغرض الذي يسعى إليه الشخص المعنوي. فإذا سلمنا بصلاحياتها في مجال مجموعات الأموال، فإننا لا نجد لها وجهة في مجال أشخاص القانون العام التي ليس من أغراضها المال كالدولة مثلا.¹

3-: نظرية الشخصية الحقيقية Théorie de personnalité Réale : يرى أصحاب هذه النظرية وعلى رأسهم "جيرك" Giercke و"هوريو" Haurio "أنّ الشخص المعنوي ليس شخصا مجازيا أو وهما من صنع المشرع بل هو حقيقة واقعية فرضت نفسها على المشرع الذي لا يملك إلا الاعتراف بها.

ومن نتائج الأخذ بهذه النظرية:

- أن الشخص المعنوي يقوم ذاتيا وأن الدولة ليس لها إلا الاعتراف به.
- ليس للدولة السلطة في تحديد نشاطه أو تعيين أغراضه أو حلّه أو إنهاء شخصيته بل يقتصر دورها عند حد المراقبة حفاظا على النظام العام.

نقد هذه النظرية:

مما يعاب على هذه النظرية المغالاة في تشبيه الشخص المعنوي بالشخص الحقيقي ، فليس من الضرورة حتى نثبت الشخصية للشخص المعنوي أن نجعله كالشخص الطبيعي من كل الوجوه.² ويكفي أنه في واقع الحال أصبح الشخص المعنوي حقيقة قانونية Reality Juridique ليس في حاجة إلى إثبات.

الفرع الرابع: أنواع الأشخاص المعنوية

ذكرت المادة 49 من القانون المدني الجزائري رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم للأمر 75-58 الأشخاص المعنوية الاعتبارية في القانون الجزائري هي:

.. الدولة، الولاية، البلدية:

.. المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

.. الشركات المدنية³ والتجارية.

¹ زهدي يكن ، مرجع سابق، ص50.

² المرجع نفسه، ص52.

³ تكون الشركات مدنية إذا كان موضوعها مدنيا مثل الاستغلال الزراعي او تربية الحيوانات

.. الجمعيات والمؤسسات والوقف.

.. كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

يتضح من نص المادة أن هذا العدد الذي ذكره المشرع لا يفيد الحصر .

يستخلص من المادة 49مديني أن الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية على نوعين:

أشخاص اعتبارية عامة و أشخاص اعتبارية خاصة.

أولاً-أشخاص اعتبارية(معنوية)عامة:

أما الأشخاص المعنوية العامة فهي التي ينظمها القانون العام وتحكمها قواعده وهي التي ذكرها المشرع في المادة 49 (الدولة ، البلدية الولاية ، المؤسسات العامة) ويستنتج من هذا التصنيف أن المشرع يميز بين نوعين من الأشخاص المعنوية العامة: الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية، الأشخاص المعنوية المرفقية(المصلحية):

1-الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية: Personnes territoriales

وتتمثل في الدولة والجماعات الإقليمية المحلية(البلدية،الولاية)في القانون الجزائري ؛وهي أشخاص معنوية يتحدد اختصاصها على أساس إقليمي، بحيث تمارس اختصاصها في نطاق جغرافي محدد سواء كان ذلك شاملاً لكامل التراب الوطني كما هو الحال بالنسبة للدولة،أو جزء من هذا التراب كما هو الحال بالنسبة للجماعات المحلية(البلدية،الولاية).

أ-الدولة:وهي أهم الأشخاص المعنوية العامة على الإطلاق ولهذا قدمها القانون الجزائري بالذكر في نص المادة 49 في القانون المدني .

والدولة تعتبر الشخص الوحيد التي تملك صلاحية تحديد الاختصاص لنفسها ودون قيد في حين تستمد الأشخاص الأخرى هذا الاختصاص من الدولة ذاتها.فهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس الرقابة عليها.والدولة باعتبارها شخص معنوي عام تشمل سلطات الدولة الثلاث : السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ، باعتبارها شخص معنوي واحد . إلا أن هذه الوحدة في شخصية الدولة لم تكن أمراً مسلماً به فقد اختلف الفقه في شأنها . فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة للدولة يقتصر على مجال معين من نشاط الدولة وهو الحقوق المادية والتصرفات التي تندرج في القانون الخاص أما بالنسبة لتصرفات الدولة التي تحمل طابع السلطة وامتيازاتها ، فهي لا تتمتع في شأنها

بالشخصية المعنوية ، فما هي إلا اختصاصات يمارسها الموظفون في نطاق القوانين واللوائح.¹ ولعل الدافع وراء تبني هذا الرأي الخشية من تعسف الدولة وجورها على الحريات العامة إذا ما اعتبرت تصرفات الدولة حقاً من حقوقها ، بينما ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن للدولة شخصية مزدوجة ، فهي تعتبر شخصاً معنوياً خاصاً بالنسبة للتصرفات المالية التي ينطبق عليها القانون الخاص. كما تعتبر شخصاً معنوياً عاماً بالنسبة لتصرفات السلطة العامة وهنا تخضع تصرفاتها لأحكام القانون العام . إلا أن هذه الآراء لم تلبث أن انتهت ، وأصبح الرأي السائد فقهاً وقضاً أن شخصية الدولة وحدة لا تتجزأ وهي تغطي جميع تصرفاتها وأعمالها الخاصة منها أو التي تتسم بطابع السلطة العامة.²

ب-الأشخاص المعنوية العامة المحلية :

تتميز الأشخاص المعنوية العامة المحلية بأن اختصاصها الإداري محصور في مكان أو إقليم محدد من أقاليم الدولة.³ مثال ذلك (البلدية،الولاية)

2-الأشخاص المعنوية المرفقية(المصلحية): هي أشخاص معنوية عامة تنشأ لإدارة مرافق

عامة، ولذلك فالأصل فيها أن عمالها موظفون عموميون، وأموالها أموال عامة، وقراراتها قرارات إدارية، يحكمها القانون الإداري.⁴ وتتمثل هذه الأشخاص المعنوية في المؤسسات العمومية التي تعتبر أسلوباً من أساليب تسيير المرافق العامة، ومن أمثلتها الجامعات، المستشفيات العمومية،...

ثانياً: أشخاص اعتبارية (معنوية) خاصة:

يضم هذا النوع الأشخاص المعنوية الخاصة التي ينظم القانون الخاص بفرعيه القانون المدني والقانون التجاري كافة شؤونها . وتنقسم إلى قسمين جماعات الأشخاص ، وجماعات الأموال:

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط2012م، ص101،100.

² المرجع نفسه، ص101.

³ المرجع نفسه، ص102.

⁴ ماجد راغب الحلوي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط1996م، ص441.

1- **جماعات الأشخاص:** وهي تتكون من مجموع أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين

، وهي تشمل الشركات *les Sociétés* والجمعيات *Les associations*.

أ- الشركة: "جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم".¹

أو هي: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالإسهام في مشروع اقتصادي وذلك بتقديم

حصة من المال أو العمل ويقتسمون ما قد ينشأ على المشروع من ربح أو خسارة".²

ب- الجمعية: تنشأ من اتفاق مجموعة من الأشخاص على تحقيق هدف غير مادي وقد يكون

هدفا خيريا أو ثقافيا أو علميا أو رياضيا. ومعيار عدم السعي إلى الكسب المادي يفرقها عن

الشركة.

2- مجموعات الأموال:

تقوم مجموعات الأموال على أساس تخصيص مال معين لغرض معلوم، وهي تتخذ

إحدى صورتين: المؤسسات الخاصة *Les fondations*، والوقف.

أ- المؤسسات الخاصة *Les fondations*: تنشأ هذه المؤسسات بتخصيص أحد الأشخاص

لمجموعة من الأموال أو لمدة غير معينة، لتحقيق عمل ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر، أو

على وجه العموم لتحقيق غير الربح المالي.³

ب- **الوقف:**

الوقف نظام انفراد به الفقه الإسلامي، وفيما يلي نستعرض تعريفه لدى فقهاء المذاهب.

- عرفه الحنفية: "حبس العَيْن على ملك الواقف والتَّصَدُّق بالمنفعة".⁴

- وعرفه المالكية: "الوقف مصدرًا إعطاء منفعة شيء مدّة وجوده لازما بقاؤه في ملك مُعْطِيه

ولو تقديرا".⁵

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 634.

² فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 106.

³ المرجع نفسه، ص 108.

⁴ ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، دار الفكر، بيروت، لبنان،

ط 2، 1412 هـ / 1992 م، (ج 4/337).

⁵ الخطاب، مرجع سابق، (ج 6/18).

-وعرّفه الشافعية: "حبس مال يُمكن الانتفاع به مع بقاء عيِّنه بقطع التّصرّف في رَقَبَتِهِ على مَصْرَفٍ مباحٍ موجود".¹

-وعرّفه الحنابلة: "تَحْبِيسِ الأَصْلِ، وَتَسْبِيلِ الثَّمَرَةِ".²

هناك قدر متفق عليه بين جميع تعريفات المذاهب الفقهية هو أن الوقف نظام يقوم على أساس منع التصرف في الأصل ، مما يضمن ديمومته في يد واحدة، وتسهيل منفعته في وجوه الخير، وبالتالي يعتبر قيمة استثمارية ذات طابع تبرعي موجهة في الرعاية الاجتماعية.

أما التعريف القانوني فقد عرّفه المشرع الجزائري بثلاث تعريفات :-**فالتعريف الأول** ورد في قانون الأسرة في نص المادة **213**: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

-**أما التعريف الثاني** فقد ورد في نص المادة **31** من القانون رقم **25/90** المؤرخ في **18** نوفمبر سنة **1990** المتعلق بالتوجيه العقاري³: "الأملك الوقفيه هي الأملك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما ، تنتفع بها جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

-**والتعريف الثالث** ورد في قانون الأوقاف رقم **91-10** في نص مادته **3**: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

يلاحظ أن هذه التعريفات أجمعت على أن الوقف يقوم على خاصيتين أساسيتين ، خاصة التأييد أي لا بد أن يكون الوقف على وجه التأييد، والخاصية الأخرى هو ووجوب توفر نية التصديق التي قيدها المشرع في التعريف الوارد في قانون الأسرة بالمنفعة ، وليس بالعين الموقوفة التي تظل في ملكية الواقف.

¹ الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ / 1994م، (ج3/522).

² ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، د.ط، 1388هـ/1968م، (ج6/3).

³ الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة الأحد أول جمادى الأولى عام 1411هـ الموافق لـ 18 نوفمبر 1990م

ثالثا: الفرق بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة

تظهر فروق كثيرة بين الأشخاص المعنوية في القانون العام والأشخاص المعنوية في القانون الخاص على عدة مستويات، جراء استعمال معايير شتى تبناها الفقه للتمييز بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة من أهمها:

1. **النشأة:** إنشاء الأشخاص المعنوية تكون بمبادرة حرة من الأفراد الذين يمكن لهم تكوين جمعيات أو تأسيس شركات وفق مقتضيات القانون.

أما الأشخاص المعنوية العامة فلا بد من تدخل السلطات العامة في إنشائها وفق الترتيبات التي يقتضيها القانون.

2. **الهدف:** يلجأ البعض في استبيان الفروق إلى النظر في الغرض من إنشاء الشخص المعنوي، فإن كان الهدف تحقيق المصلحة العامة كان من أشخاص القانون العام، أما إذا كان يهدف إلى تحقيق غرض خاص، فهو من أشخاص القانون الخاص.

3. **الأهلية:** يتمتع الشخص المعنوي العام بحقوق أوسع من الأشخاص المعنوية الخاصة، وفي الوقت نفسه يخضع لقيود أشد وواجبات أثقل منها.

كما أنه ينفرد عنها بتمتعته بوسائل قانونية لتحقيق مهامه، وتتمثل في مظاهر السلطة العامة مثل حق نزع الملكية، التنفيذ المباشر، إصدار القرارات، فرض الضرائب،...

الفرع الخامس: مميزات الشخص الاعتباري

ولقد ذكرت بعضا منها المادة 50 مدني

أولا: الأهلية

1- أهلية الوجوب:

طالما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فإنه لا بد كذلك أن يتمتع بأهلية الوجوب إلا أنه نظرا لاختلاف الشخصية الطبيعية عن الاعتبارية فتكون حقوقه والتزاماته تختلف عن حقوق والتزامات الشخص الطبيعي، فلا تثبت للشخص الاعتباري الحقوق والتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان، مثل حقوق الأسرة كما لا تثبت له الحقوق الشخصية التي تهدف حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسد، م50

مدني، كما أنه لا يرث باستثناء الدولة التي تؤول إلى خزيتها العمومية أموال من لا وارث له
180 أسرة.¹

2- أهلية الأداء:

هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه ، وبما أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والإرادة وهو ما يفتقده الشخص الاعتباري ولهذا كان من اللازم أن يقوم عنه أشخاص طبيعيون بمباشرة نشاطه القانوني ويعملون لحسابه، إذ القانون يعتبر الإرادة التي يعبر عنها ممثل الشخص المعنوي والأعمال التي يقوم بها بمثابة إرادة وعمل الشخص الاعتباري. م50 مدني كرئيس الدولة وكالوالي.

ثانيا: الاسم

للشخص المعنوي اسم يميزه عن غيره، ويتعين أن يختار المؤسسون الاسم عند إنشائه، وينص عليه في السند المنشئ. ويستمد الاسم عادة من اسم الشركاء أو احدهم أو من الغرض الذي أنشأ لأجله مثل شركة الألبان ومشتقاتها ، وقد اسم الشخص الاعتباري اسما تجاريا وهذا الأخير يصح التعامل فيه والتزول عنه لأن له قيمة مالية كما هو الحال في الشركات التجارية، بخلاف الحال بالنسبة للجمعيات أو المؤسسات التي لا تهدف إلى الربح فيعد حقها على اسمها حق أدبي لا يجوز التعامل فيه.²

ثالثا: الموطن

ستمتع الشخص الاعتباري بموطن مستقل يختلف عن مواطن أعضائه ويتحدد هذا الموطن بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ، ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسي ، وليس حتما أن يكون مركز الاستغلال ولقد نصت المادة 1/547 تجاري : (يكون موطن الشركة في مركز الشركة).³

¹ يجوز أن يوصى له بوصية، كذلك تثبت له الحقوق الشخصية المتعلقة بالكيان الأدبي، فيكون له الحق في سمعته وحمائته وتثبت له أهلية التقاضي.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص204، 205.

³ قد يكون للشخص الاعتباري فروع في أماكن مختلفة فانه تبعاً لذلك قد يتعدد الموطن بقدر تعدد الفروع فمركز إدارة الفرع يعد موطناً لهذا الفرع. ولقد نصت المادة 4/39 إجراءات مدنية وإدارية: "في الدعاوى المرفوعة ضد شركة أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها إحدى مؤسساتها".

رابعاً: الحالة

ليس للشخص الاعتباري حالة مدنية لاستحالة تصور ان تكون له أسرة، كما أن ليس له دين ولذلك فالمقصود بالحالة الحالة السياسية التي تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الفعلي ومن ثم يخضع لنظامه القانوني.

خامساً: الذمة المالية

ذمته المالية مستقلة عن ذمة مؤسسية وأعضائه، ومن ثم لا يجوز لدائني أعضائه أو مؤسسيه التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص المعنوي، ولا يجوز لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ على أموال مؤسسيه أو أعضائه.

سادساً: مسؤولية الشخص الاعتباري

تثار مسؤولية الشخص الاعتباري عندما يترتب على تصرفات وأعمال ممثله أو نائبه ضرراً بلحق بالغير.

فالنسبة للمسؤولية المدنية، فالشخص الاعتباري يكون مسئولاً عن عمل ممثله إذا كان الضرر الذي لحقه بالغير بسبب قيامه بالنشاط لحساب الشخص الاعتباري. ويكون مسئولاً مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

أما بخصوص المسؤولية الجنائية، فإذا كان لا يمكن تصور تطبيق العقوبات الواقعة على البدن فإنه من الممكن أن تطبق عليه العقوبات التي تتلائم مع طبيعته كالمصادرة وإيقاع الغرامات المالية والحل،..

الفرع السادس: أسباب انقضاء الشخصية المعنوية:

أولاً: بالنسبة للدولة: تنقضي شخصية الدولة بفنائها، ويحدث ذلك إذا فقدت ركناً من أركانها التي تقوم عليها (الإقليم، الشعب، السلطة السياسية). ومثال ذلك أن تفتت الدولة إلى عدة دول، أو تندمج في دولة أخرى، أو يهلك شعبها، أو تنعدم فيها السلطة السياسية نتيجة الفوضى العارمة.¹

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 127.

ثانيا: بالنسبة الأشخاص المعنوية العامة المحلية (الولاية، البلدية): تنقضي بذات الأداة التي نشأت بها، كأن يصدر قانون من السلطة التي أنشأتها أو أعلى منها بإلغائها.¹

ثالثا: بالنسبة للمؤسسات العامة تنقضي شخصيتها القانونية بذات الأداة التي نشأت بها، كأن يصدر قانون من السلطة التي أنشأتها يقضي بإلغائها أو إدماجها في مؤسسة أخرى.

رابعا: بالنسبة للشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة، تنقضي شخصيتها القانونية بالأسباب التالية:

1. زوال مجموعة الأموال أو الأفراد
2. تحقيق الغرض من إنشائه
3. استحالة تحقيق الغرض
4. عدم مشروعية الغرض
5. انتهاء الأجل
6. الحل، وقد يكون حلا قضائيا، أو حلا إداريا.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص128.

المحاضرة السابعة: أركان الحق (محل الحق)

المبحث الثاني: محل الحق *Objet du droit*

يختلف محل الحق باختلاف أنواع الحق، فمحل الحق¹ قد يكون عملا كما هو الحال بخصوص الحق الشخصي، كما أن محل الحق قد يرد على شيء مادي كما هو الحال بخصوص الحق العيني، أو يرد على شيء معنوي كما هو الحال بخصوص الحق الذهني.

المطلب الأول: محل الحق الشخصي

محل الحق الشخصي هو الالتزام بالقيام بالعمل ويتضمن هذا الالتزام القيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن، كقيام المقاول بإقامة بناء لمصلحة الدائن، وقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددًا كالالتزام الناقل بتسليم البضاعة في المكان والزمان المحددين. أما في الالتزام ببذل عناية كالالتزام الطيب. أو الالتزام بالامتناع عن العمل كعقد البيع مثلا فإنه يفرض التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع، أو الالتزام بإعطاء شيء.

الفرع الأول: شروط أعمال محل الشخصي

يشترط في العمل لكي يكون محلا للحق الشخصي مايلي:

1- يجب أن يكون ممكنا: ويقصد بالإمكان أن يكون المحل ليس مستحيلا وفقا للقاعدة "لا التزام بمستحيل". والاستحالة على نوعين: استحالة مطلقة (موضوعية) وهي تلك الاستحالة المادية أو القانونية التي تحول دون نشوء الالتزام وتؤدي إلى بطلان العقد بالنسبة لكافة الناس م **93** مدني كالالتزام ببيع شيء قد هلك أو كالالتزام المحامي بالاستئناف رغم فوات الميعاد. أما الاستحالة النسبية أو الشخصية فهي الاستحالة التي تجعل الالتزام مستحيلا على المدين ممكنا للغير. فهذه الاستحالة لا تحول دون قيام الالتزام ويكون المدين مسئولوا عن عدم تنفيذ التزامه. كالالتزام شخص ببناء جدارية فنية رغم أنه يجهل أصول هذا الفن.

¹ يختلف محل الحق (*L'objet*) عن مضمون الحق (*Le contenu*) فمضمون الحق هو السلطات التي يمنحها الحق لصاحبه مثال: مضمون حق الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، بينما الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق فتنبه! ينظر: حسن كيرة، مرجع سابق، ص 661.

2- يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين:

يجب أن يكون المحل محددًا أو قابلاً للتحديد على الأقل طبقاً للمادة 94 مدني وإلا وقع باطلاً . ويتحدد معنى هذا الشرط بحسب طبيعة الأداء الذي يلتزم به المدين فمثلاً إذا كان الالتزام هو القيام بعمل كتعهد مقاول ببناء منزل فإن يجب تعيين أوصاف ذلك المنزل ، وفي التزام بالامتناع عن العمل كالتزام المدين بعدم المنافسة فيجب أن يعين موضوع المنافسة. وإذا كان الشيء مثلياً وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره فمثلاً أن يذكر البائع في البيع أن المبيع هو قمح من نوع كذا وأن مقداره قنطار. وإذا كان الشيء معيناً بالذات (الأشياء القيمة) وجب تحديد ذاتية الشيء وصفاً دقيقاً تنتفي معه الجهالة كبيع منزل أو أرض أو سيارة.

3- أن يكون المحل مشروعاً؛ أي: غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا وقع باطلاً م97. كتوريد مخدرات.

المطلب الثاني: محل الحق العيني

تمهيد: الفرق بين الشيء والمال

المال Le Bien يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية، أيًا كان نوعه، وأيًّا كان محله شيئاً أو عملاً ، وبذلك يعتبر مالا الحق العيني والحق الذهني في وجهه المالي وحق الدائنية.¹ أمّا "الشيء" هو كل ما لا يعد شخصاً ، يكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان سواء أكان هذا الكائن مادياً يدرك بالحس ، أو معنوياً لا يدرك إلا بالتصور.² وإذا دخل في دائرة التعامل فإن يصبح محلاً للعلاقات القانونية ويتخذ وصف المال.

يمكن تقسيم الأشياء محل الحق العيني وفق اعتبارات مختلفة:

الفرع الأول: تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها

تنقسم بهذا الاعتبار إلى عقارات ومنقولات:

أولاً: العقارات

تنقسم العقارات إلى عقار بالطبيعة Immeuble par nature وعقار بالتخصيص

¹ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص663.

² المرجع نفسه، ص662.

. Immeuble par destination

1-العقار بالطبيعة Immeuble par nature:عرفته المادة 1/683 مدني : "هو كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف".ومثاله:الأراضي والمباني والنباتات المتأصلة في الأرض،...

2-العقار بالتخصيص Immeuble par destination : فهو منقول في الأصل ولكنه خصص لخدمة عقار أو استغلاله ، م2/683مدني. كالمواشي والآلات والمفروشات من المنقولات التي خصصت لخدمة العقار.

شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص:م2/683مدني¹

-أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد .

-يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار واستغلاله.

والهدف من اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص إلى ضمان استغلال العقارات استغلالا جيدا ، فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن العقار، ويلحق العقار بالتخصيص العقار الطبيعي من حيث الأحكام الخاصة التي تسري عليه.

ملاحظة:

إن اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص حكم لا يتعلق بالنظام العام؛ إذ هو مقرر لمصلحة مالك العقار وبالتالي يجوز التنازل عن هذه الحماية ، كما يمكن للمالك إزالة صفة العقار بالتخصيص.

ثانيا: المنقولات

المنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف.وينقسم إلى:

1-منقول بطبيعته meuble par nature: قد تكون المنقولات مادية كالحوانات والبضائع وقد تكون معنوية كالاسم التجاري وحق التأليف

2-منقول بحسب المآل meuble par anticipation: هو عقار بالطبيعة ولكنه آيل إلى منقول مثل الأشجار المراد قطعها أو المباني المراد هدمها.

¹ نص الفقرة الثانية من المادة: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعبر عقار بالتخصيص".

ثالثاً: أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

1- من حيث الملكية:

ملكية العقار لا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة العقارية بينما في المنقولات فإنها تنتقل بمجرد العقد إذا كان معيناً بالذات، أما المعين بنوعه (المثلثات) بعد الإفراز.

2- من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء:

أن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على عقارات كالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الارتفاق وحق السكن.

3- من حيث التصرفات الواردة على الأشياء

كل التصرفات الواردة على العقار تقتضي الشكلية 324 مكرر 1 مدني، أما التصرفات الواردة على المنقولات فهي في الأصل تصرفات رضائية.

4- من حيث الشفعة¹:

فإن الشفعة قاصرة على العقارات دون المنقولات.

5- من حيث الحيازة:

قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات، أما العقارات فتكتسب بالتقادم.

6- من حيث الاختصاص القضائي

يكون النظر في الدعاوى العقارية من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، بينما في المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقعة في دائرتها موطن المدعي عليه؛ لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول.

¹ تعريف الشفعة: "رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في حالة بيع العقار المتصل به ملكه في الأحوال والشروط المنصوص عليها قانوناً". وهي تتأسس على وقاية الشفيع من ضرر محتمل من شريك أو جار؛ فهي إذن متصلة بشخص الشفيع وهو حر في أن يأخذ أو لا يأخذ بما فهذا متروك لمحض تقديره.

الفرع الثاني: تقسيم الأشياء من حيث تعيينها وطريقة استعمالها

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

أولاً: الأشياء المثلية والأشياء القِيَمِيَّة

1- تعريف الأشياء المثلية **choses ou biens fungibles**:

عرفتها المادة 686 مدني: (الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد ، أو المقياس ، أو الكيل ، أو الوزن). وعرفت مجلة الأحكام العدلية المثلي بأنه: "ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به"¹.

2- تعريف الأشياء القِيَمِيَّة **choses ou biens non fungibles** : هي التي تتفاوت آحادها

تفاوتا يعتد به ، فلا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء لعدم وجود نظائر لها من جنسها كالسيارات والعقارات.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية القيمي بأنه: "ما لا يوجد له مثل في السوق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة"².

3- أهمية هذا التقسيم:³

أ- من حيث انتقال الملكية:

تنتقل ملكية المنقول القيمي بمجرد انعقاد العقد حيث يكون معيناً بالذات ، وإذا كان المنقول مَثَلِيًّا فإن ملكيته لا تنتقل إلا بعد الإفراز.

ب- من حيث الوفاء: إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً، فيلزم الوفاء بذات الشيء القيمي المتفق عليه.

¹ المادة (145) من مجلة الأحكام العدلية.

² المادة (146) من مجلة الأحكام العدلية.

³ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص242.

أما إذا كان محل الالتزام مثليا ، فإن الوفاء يتم إذا قدم المدين أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار .

ج- من حيث استحالة التنفيذ : إذا الشيء معينا بالذات وهلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه برئت ذمته من الالتزام.

أما إذا هلك الشيء المثلي فلا تبرئ ذمة المدين بل لا بد أن يقدم مثله لأن المثليات لا تهلك فهي تقوم مقام بعضها.

د- من حيث إجراء المقاصة:

تتحقق المقاصة في المثليات و لا تتحقق في القيميات؛ لأنها لا تقع إلا بين دينين موضوع كل منهما شيء مثلي متحد في النوع والجودة ، ولو اختلف سبب الدينين. م297مدني

ثانيا: الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك

1- الأشياء القابلة للاستهلاك (choses consommables)

تنص المادة 685 مدني على ما يلي: "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها.

ويعتبر قابلا للاستهلاك كل شيء يكون جزءا من المحل التجاري وهو معد للبيع".

يتضح من نص المادة أن الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها فيما

أعدت له، يمكن أن يكون استهلاكها على صورتين:

- الاستهلاك المادي يؤدي في حالة الانتفاع بالشيء إلى القضاء على مادة الشيء كأكل الطعام.

- أما الاستهلاك القانوني فيتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دون أن يؤدي إلى هلاكه ماديا كإنفاق النقود.¹

2- الأشياء غير القابلة للاستهلاك

¹ عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص744، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص240.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك وتنفذ، مثل المنازل والكتب والسيارات والملابس،..

3- أهمية تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك:

تكمن أهمية هذا التقسيم فيما يلي:

- أن بعض الحقوق لا تترتب إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك من أول استعمال لها، كحق الانتفاع، والاستعمال والسكنى، والارتفاق.

- أن بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال الأول، وهي العقود التي تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء تسلمه بعد استعماله، مثل الإيجار.¹ فالمستأجر يستعمل شيئاً مملوكاً للغير على أن يردّه لصاحبه بعد مدة معينة.

الفرع الثالث: تقسيم الأشياء من حيث قابلية التعامل فيها

الأصل في الأشياء هو جواز التملك والتعامل فيها إلا أن المادة 682 مدي تناولت -استثناء- الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها، فنصت على أن: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية". يستخلص من هذا النص أن الأشياء تخرج عن التعامل بحسب طبيعتها، أو بحكم القانون.

أولاً: الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها:

هي الأشياء التي لا تقبل الاستئثار أو التملك لعدم إمكان حيازتها في مجموعها، ولأن انتفاع البعض بها لا يؤدي إلى حرمان البعض الآخر منها، كالهواء وأشعة الشمس، ومياه البحار والنهار،..²

ثانياً: الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون:

¹ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 286.

² علي حسن سيد، مرجع سابق، ص 243.

وهي أشياء يمكن حيازتها والاستئثار بها، ولكن القانون يحرم التعامل فيها لاعتبارات عدة يمكن إرجاعها إلى أحد سببين:

1- أن يكون من شأن التعامل فيها الإخلال بالنظام العام والآداب العامة، مثال ذلك: حيازة الأسلحة بدون ترخيص، المخدرات،..

2- أن يكون الشيء مخصص للمنفعة العامة، كالعقارات والمنقولات المملوكة للدولة، أو للأشخاص الاعتبارية العامة،.. م688مديني؛ إذ هذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالتقادم. م689مديني.

المحاضرة الثامنة: أركان الحق (مصدر الحق)

المبحث الثالث: مصدر الحق

الحق ينشأ إما عن واقعة قانونية *Fait juridique*، وإما عن تصرف قانوني *Acte juridique*.

المطلب الأول: الواقعة القانونية

أولاً: تعريف الواقعة القانونية:

يقصد بالواقعة القانونية كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثراً معيناً، سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أو تعديله أو نقله أو زواله.¹

ثانياً: أنواع الوقائع

1- الوقائع الطبيعية:

هي الوقائع التي تحدث دون تدخل الإنسان في حدوثها كالظواهر الطبيعية ، و كواقعة الميلاد التي يترتب عليها أثر قانوني هو ثبوت كافة الحقوق للشخص باعتباره عضواً في الأسرة. أو الحوادث الفجائية كالزلازل والفيضانات فقد يترتب عليها إعفاء المدين من التزامه لاستحالة الوفاء.

2- الوقائع التي من فعل الإنسان أو الأعمال المادية:

الواقعة قد تكون من فعل الإنسان ويرتب عليها القانون آثار معينة ، وهي الأعمال المادية التي تصدر من الإنسان فيرتب عليها القانون آثاره بصرف النظر عن نية من صدرت منه ، أي سواء قصدت نتائجها أم لم تقصد فالعبرة بالفعل المادي . وهذه الوقائع هي الأخرى قد تكون مصدراً للحقوق العينية أو الحقوق الشخصية.

ومن بين هذه الأعمال المادية التي يرتب القانون عليها أثره، ما يلي:

أ- الفعل الضار:

لقد وضع المشرع في هذا الشأن القاعدة العامة التي تقتضي أن "كل خطأ سبب ضرراً يلتزم

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 254.

من ارتكبه بالتعويض "م 124 مدني. وهذا ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية وهي تقوم على ثلاثة أركان خطأ، وضرر، ورابطة سببية بين الخطأ والضرر.

ب-الفعل النافع:

وهو فعل يصدر من الشخص إما أن يؤدي إلى إثراء ذمة الغير أو إلى إثراء ذمته ويرتب عليها القانون أثره. فالفعل الذي يؤدي إلى إثراء ذمة الغير يطلق عليه الإثراء بلا سبب والمقصود منه إثراء شخص على حساب شخص آخر دون أن يكون هناك سبب لإثراء المثري. ولقد نص القانون المدني في المادة 141 على ما يلي: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها مايررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

فالقانون يرتب على هذا العمل المادي آثار قانونية وهي وجوب أن يعرض المثري المفتقر بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء.

ولقد وضع المشرع إلى جانب هذه القاعدة العامة صورتين تطبيقيتين:

الصورة الأولى (الفضالة): وهي أن يتولى شخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك. م 150 مدني وتعتبر الفضالة تطبيقاً خاصاً للإثراء بلا سبب بجامع العمل لحساب الغير لكن مع وجود فرق جوهري، إذ الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير وهو قاصد لذلك، بينما لا يلزم في الإثراء بلا سبب أن يقصد المفتقر تحقيق عمل لحساب الغير.

الصورة الثانية (دفع غير المستحق): ومثاله قيام شخص بالوفاء لشخص آخر ظاناً أنه مدين له ثم تبين غير ذلك، فإنه يجب عليه رد ما ليس مستحق له. م 1/143 مدني

ج-الحيازة: هي وضع اليد على عقار أو منقول ويرتب القانون على هذا العمل المادي آثار تتمثل في حماية حيازة العقار بدعوى الحيازة، وحماية حيازة المنقول بحسن النية التي يترتب عليها كسب ملكية المنقول.

أما اكتساب ملكية العقار فلا تترتب على حيازته وحدها فلا بد من حصول التقادم المتطلب لكسب ملكية العقار.

فإذا كان الحائز حسن النية وكان له سند صحيح اكتسب ملكية العقار بالتقادم القصير (10) سنوات، م828مديني، أما إذا كان سيء النية أو لم يكن بيده سند صحيح¹ فلا يكتسب الملكية إلا بعد مرور (15) سنة. م827مديني

المطلب الثاني: التصرف القانوني

الفرع الأول : تعريفه وأنواعه

أولاً: تعريفه: "هو أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق من الحقوق أو نقله أو تعديله أو إنهائه"²، وعلى هذا فإن الإرادة تلعب دوراً مركزياً في التصرف القانوني وهذا هو جوهر التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية .

ثانياً: أنواعه³

1- التصرف القانوني قد يكون من جانبين ولا بد فيه من تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين مثل عقد البيع، وقد يكون التصرف القانون من جانب واحد وهو التصرف الذي يكفي فيه لقيام إرادة واحدة مثل الوصية و الوعد بالجائزة والهبة

2- التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة

التصرف المنشئ *acte constitutif* هو التصرف الذي ينشئ الحق ابتداءً أو ينقل حقاً موجوداً، كعقد الزواج ينشئ حقوقاً بين الزوجين، ومثال التصرف القانوني الناقل كعقد البيع حيث ينقل ملكية مال معين.

¹ نصت الفقرة الأخيرة من المادة (828) مديني: "والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند".

² توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص305.

³ حسن كبيرة، مرجع سابق، ص697 وما بعدها.

أما التصرف القانوني الكاشف أو المقرر *acte déclaratif* هو التصرف الذي يقتصر أثره على إقراره بطريقة رسمية ، أو الكشف عن حق أو مركز قانوني كان موجودا من قبل .مثل عقد الصلح فهو لا يكسب الحق ولكنه يقرر حقا كان موجودا من قبل.

3-التصرفات بين الأحياء *acte entre vifs* كالبيع، والهبة والتصرفات مضافة إلى ما بعد الوفاة *acte à cause de mort* كالوصية.

4-التصرفات بمعاوضة كالبيع والتصرفات التبرعية كعقد الهبة.

الفرع الثاني: شروط التصرفات القانونية وآثارها

أولا: شروط التصرف القانوني:

1-الشروط الموضوعية:

الإرادة تلعب دورا مركزيا في وجود التصرف القانوني ، ويتم التعبير عن الإرادة بالكتابة وباللفظ أو الإشارة ، وقد يكون التعبير ضمنيا *مديا* 60 كما يجب أن تكون إرادة الشخص إرادة سليمة صادرة عن ذي أهلية وأن تكون خالية من التي تشوب الإرادة كالتدليس والإكراه والغلط، والاستغلال.

2-الشروط الشكلية:

هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة ولا يعتد بها إلا إذا تمت في شكل معين أوجبه القانون ومثال ذلك مانصت عليه المادة 324 مكرر *مديا* 1 "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ،...".

ثانيا: آثار التصرف القانوني:¹

يحكم آثار التصرفات القانونية مبدآن، هما: أن العقد شريعة المتعاقدين ، ومبدأ نسبية العقد.

¹ فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 145، 146.

1- مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين وهو نصت عليه المادة 106 مدني ومقتضاه أنه متى كان التصرف القانوني مستوفيا للشروط الشكلية والموضوعية لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر.

2- مبدأ نسبية العقد

يقضي هذا المبدأ بأنه لا يمكن للغير أن يكتسب حقا أو أن يتحمل التزاما من عقد لم يكن طرفا فيه، وقد رصد هذا المبدأ لحماية الغير عن العقد.

وتنتقل آثار العقد إلى الخلف العام وهو الوارث أو الموصى له بجزء شائع من التركة إن لم يمنع القانون أو الاتفاق أو تحول طبيعة العقد دون ذلك. وتنتقل الخلف العام الحقوق دون الالتزامات التي تتحملها التركة دون الورثة تطبيقا لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين.

أما الخلف الخاص وهو كل من يخلف الشخص في مال معين كالمشتري فتنقل إليه الحقوق الناتجة عن عقد أبرمه سلفه متى كانت من مستلزمات الحق الذي انتقل إليه.

أما الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف فلا تلزم الخلف إلا إذا كانت متصلة بالحق الذي انتقل إليه وكانت من مستلزماته بشرط أن يكون الخلف الخاص عالما بها.

المحاضرة التاسعة: استعمال الحق و حمايته

المبحث الأول: استعمال الحق

قد يستعمل الشخص حقه في الإطار الذي رسمه القانون ، إلا أن هذا الاستعمال مقيد بعدم الإضرار بالغير ، من هنا ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق *Abus du droit* .

المطلب الأول: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد كانت الشريعة الإسلامية لها السبق في تبيان فكرة التعسف في استعمال الحق واستوائها على أصولها في التشريع الإسلامي، وفي فقهه؛ ذلك أن أصول هذه النظرية ومعاييرها قد استنبطت من النصوص التشريعية - كتابا وسنة- في موضوعات شتى، فكذا استخلصت باعتبارها مفاهيم كلية من جزئيات تطبيقية في الواقع العملي من الفقه الإسلامي.¹

لقد سبق الفقهاء المسلمون القوانين الغربية وتوسعوا في مضمونها فلم يعد الأمر لتنهض هذه النظرية مقتصرًا على صورة تعمد الإضرار بالغير بل اعتبروا الفعل تعسفيا إذا لزم من استعمال الحق ضررا أشد أو مفسدة تربو على المصلحة . وهذا ما يوضحه الشاطبي (ت: 790هـ) بقوله : "ولا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها ، أو تزيد عنها"². ومن أهم التطبيقات الفقهية لهذه النظرية مضار الجوار.

أما في الفقه الوضعي فلقد كان الاتجاه السائد في ظل المذهب الفردي هو رفض نظرية التعسف في استعمال الحق انطلاقا من اعتقادهم أن استعمال الحق مطلق من كل قيد ، وأن لصاحب الحق مطلق الحرية في هذا الاستعمال مادام لا يتجاوز حدود حقه، فلا يجوز مراقبته

¹ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1408هـ/1988م، ص7.

² الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/1997م، (ج5/179).

ولا مسائلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر للغير. ولقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا الاتجاه في بداية القرن 19 الميلادي ومن بينهم بلانيول.

لكن نتيجة للتطورات التي شهدتها المجتمعات الرأسمالية على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي وظهور المذهب الاشتراكي لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق تأييدا لدى الفقه الحديث والتشريعات الحديثة.

المطلب الثاني: حالات التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري وجزاؤه

الفرع الأول: حالات التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري

تبني القانون الجزائري هذه النظرية من خلال نص المادة 41 الملغاة من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني ، ثم نصّ عليها في المادة 124 مكرر التي أضيفت بموجب قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 م .

ولقد تضمنت هذه المادة حالات التعسف في استعمال الحق، حيث نصت: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

-إذا كان الغرض من الحصول على فائدة غير مشروعة".

بناء على ذلك نتعرض لحالات التعسف في استعمال الحق بنوع من التفصيل:

الحالة الأولى: الإضرار بالغير

يعد استعمال الحق تعسفيا إذا وقع بقصد الإضرار بالغير ، ويقع على عاتق المضرور عبئ إثبات توافر قصد الإضرار بالغير.

ومن الأمثلة: يعد متعسفا المالك الذي يقيم مدخنة في سطح منزله في مواجهة نافذة جاره.

أو بناء جدار يحجب ضوء الشمس ودخول الريح عن جاره.

في هذه الحالة أخذ المشرع بالمعيار الشخصي في التعسف في استعمال الحق، أما في الحالتين الآتيتين فقد أخذ بالمعيار الموضوعي

الحالة الثانية:عدم التناسب بين فائدة صاحب الحق وبين الضرر اللاحق بالغير

يكون صاحب الحق متعسفا في استعماله إذا كان يتغني الحصول على فائدة قليلة لا تتناسب على الإطلاق ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال.

ولقد طبق المشرع هذه الحالة في المادة 691 مدني: (يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حق على حد يضر بملك الجار،...)

مثاله: كأن يهدم مالك حائطا دون عذر قوي إذا كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

الحالة الثالثة:قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة

يعد الشخص متعسفا في استعمال الحق إذا كان يقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة .

قيام شخص في استعمال منزله لنشاطات غير مشروعة كبيع المخدرات وممارسة الدعارة

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق

جزاء التعسف في استعمال الحق قد يكون جزاء وقائيا، وذلك إذا ظهر التعسف في استعمال الحق ، فيمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه. أما في حالة حدوث التعسف في استعمال الحق فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور، كما قد يلزم كذلك بإزالة الضرر ذاته إذا كان في الإمكان.

المطلب الثالث: أساس التعسف في استعمال الحق¹

الاتجاه الأول:

ولقد تبين هذا الاتجاه الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان حيث يعتبر التعسف في استعمال الحق تطبيقاً من تطبيقات الخطأ التقصيري، وبالتالي إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية بالتقصيرية إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض. وهذا الاتجاه تبناه المشرع الجزائري بدليل تنظيمها في المادة 124 مكرر.

الاتجاه الثاني:

هذا الاتجاه لم يخرج التعسف في استعمال الحق كلياً من نطاق المسؤولية التقصيرية وإنما أبقاه داخل هذا النطاق، واعتبر التعسف خطأً ذا طبيعة خاصة أي أنه خطأ مرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية.

الاتجاه الثالث:

يذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى إبعاد التعسف من نطاق المسؤولية التقصيرية إذ أن نطاق التعسف أوسع من ذلك وارتباطه بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، وترتقن هذه الحماية بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها. بحيث تظل حماية القانون مبسطة أو مرفوعة عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها. فالفقه الفرنسي نفسه انتهى إلى أن التعسف لا يقوم على أساس الخطأ، بل يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالجار ولو لم يكن مخطئاً.

¹ حسن كيرة، مرجع سابق، ص 716 وما بعدها، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 287، 288، فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 155، 156.

المبحث الثاني: حماية الحق

لا يكفي إقرار القانون للحق ، بل لابد أن يكون لصاحب الحق طرق قانونية تمكنه من حماية حقه. كما يجب على صاحب الحق إثبات حقه حتى يقضى له به.

المطلب الأول: علاقة الحق بالدعوى

تعد الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق وركنا من أركانه، وتمثل هذه الحماية في الجزء الذي يوقعه القانون على كل معتمد على الحق . كما تعتبر الدعوى أهم وسيلة لحماية الحق ، إذ لا يمكن للشخص اقتضاء حقه بنفسه.

أولا: التفرقة بين الحق والدعوى

نتيجة لتطور مفهوم الدعوى واستقلاليته عن الحق فقد ظهرت كثير من الفروق، منها:¹

1- قد يسقط بالتقادم الحق في رفع الدعوى بينما يبقى الحق قائما، فقد يتصور وجود حق دون دعوى كالاتزام الطبيعي فهو حق يقره القانون ليس لصاحبه دعوى للمطالبة له.

2- قد تكون الدعوى ملكا لغير صاحب الحق كالولي أو الوصي الذي يباشر الدعوى لمصلحة من هو تحت رعايته.

3- قد توجد دعوى دون حق كدعاوى الحيازة التي تحمي واضع اليد على العقار دون النظر إلى ما إذا كان هذا الشخص صاحب حق أم لا.

4- تنشأ الدعوى نتيجة نزاع بين الخصوم حول حق ، بينما مصدر الحق هو إما الواقعة القانونية وإما التصرف القانوني.

¹ فريدة محمدي، مرجع سابق، ص159.

ثانيا: شروط قبول الدعوى:¹

- 1- يجب أن يكون رافع الدعوى أهلا للتقاضي
- 2- أن يكون رافع الدعوى مصلحة في رفعها، ويراد بالمصلحة المصلحة القانونية التي يقرها القانون.
- 3- يجب أن لا يكون قد سبق صدور حكم في موضوع الدعوى ذاتها وهذا تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المقضي به.
- 4- يجب أن ترفع الدعوى في المواعيد القانونية.
- 5- يجب أن لا يكون قد تم الصلح بين الخصوم بصدد الدعوى المرفوعة.
- 6- أن لا تكون قد انقضت بالأجل المسقط.

ثالثا: أنواع الحماية القانونية للحق

قد تكون الحماية القانونية المقررة للحق حماية مدنية و قد تكون حماية جنائية وقد تكون مدنية جنائية في آن واحد. فالاعتداء على بعض الحقوق لا يعد اعتداء فقط على صاحب الحق بل هو اعتداء على المجتمع ككل ، فالاعتداء على هذه الحقوق جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات كالسرقة والقتل. وقد تكون الحماية القانونية الممنوحة لصاحب الحق في صورة دفع يدفع به صاحب الحق طلب رافع الدعوى.

رابعا: وسائل حماية الحقوق المدنية

في حماية الحقوق المالية يفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

¹ ينظر إلى المادتين (13) و(67) من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 2008/02/25م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .و المادة 40 من القانون المدني .

1- بالنسبة للحقوق العينية:

وسيلة الحماية في هذا الصدد هي الدعوى العينية ، والدعاوى العينية واردة على سبيل الحصر، وهي

دعوى الاستحقاق لحماية الملكية ، والدعاوى الخاصة بحماية حق الارتفاق، أو حق الانتفاع، أو حق الاستعمال والسكن، ودعوى الرهن وهي تحمي أصحاب الحقوق العينية التبعية ، إضافة إلى ذلك هناك دعاوى الحيازة التي تحمي حيازة حق عيني عقاري.¹

2- بالنسبة للحقوق الشخصية:

الدعوى الشخصية هي التي ترمي إلى حماية حق شخصي ، وهذه الدعاوى تتعدد بتعدد الحقوق الشخصية.

فللدائن وهو صاحب الحق الشخصي، أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه، والتنفيذ إما أن يتم عينا، إذا كان ذلك في الإمكان ، فإذا تعذر ذلك فللدائن أن يطالب بالتعويض.²

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص296، علي حسن سيد، مرجع سابق، ص265.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص296.

المحاضرة العاشرة: إثبات الحق

المبحث الأول مفهوم الإثبات

المطلب الأول: تعريفه وبيان أهميته

الفرع الأول: تعريفه

الإثبات في معناه القانوني تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية

متنازع عليها بين الخصوم.¹

و عرّف-أيضا- بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها".²

يتبين من هذين التعريفين ، أن الإثبات المقصود بالدراسة هو الإثبات القضائي، كما أن الإثبات ينصب على صحة الواقعة القانونية مصدر هذا الحق. كما يجب أن يكون الإثبات بالطرق التي يحددها القانون.³

الفرع الثاني: أهمية الإثبات:

1-الإثبات له أهمية بالغة في العلاقات القانونية ؛ لأن الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده.⁴

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-الإثبات في المواد المدنية والتجارية-، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2009، ص6.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام-آثار الالتزام)، مرجع سابق، (ج2/13،14).

³ المرجع نفسه، ص6،7.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص7.

2- الإثبات عنصر مهم في استقرار الحياة البشرية عموماً ، وعلى وجه الخصوص مرفق القضاء حيث تصان في نطاقه الحقوق.

3- يعتبر الإثبات الوسيلة الأساسية للحصول على الحقوق وإلزام الآخرين بالواجبات.¹

المطلب الثاني: المذاهب المختلفة في الإثبات²

أولاً: مذهب الإثبات المطلق أو الحر *système de la prévue moral ou libre* : وفيه لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات ، إنما يكون الخصوم أحراراً في اختيار الأدلة ، و يكون دور القاضي فيه إيجابياً ، حيث يملك سلطة تقديرية واسعة في التحري عن الوقائع ، و استجماع الأدلة وتوجيه الخصوم وتسيير الدعوى.

ولكن يعاب على هذا المذهب أن لا يحقق الثقة و الاستقرار في الأحكام لاختلاف تقدير النظر من قاض إلى آخر.

وقد أخذ بهذا المذهب القانون الألماني، والقانون السويسري، والقانون الإنجليزي الأمريكي. وتأخذ به جميع التشريعات في المواد الجنائية؛ لأن طبيعة هذه المواد لا تقبل تحديد طرق معينة للإثبات.

ثانياً: مذهب الإثبات المقيد أو القانوني *système de la preuve légal*: يكون دور القاضي فيه سلبياً ؛ بحيث يكتفي بحدود الإطار الذي رسمه المشرع في الإثبات ، فيلتزم بالطرق المحددة قانوناً للإثبات. وإن كان له دور فيقتصر على تقدير ما يقدمه الخصوم من الأدلة التي حددها القانون.

¹ مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط.ت، ص9.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام-آثار الالتزام)، مرجع سابق، (ج2/28 وما بعدها). محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص277، علي حسن سيد، مرجع سابق، ص306، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص8 وما بعدها.

ثالثاً: مذهب الإثبات المختلط *Système Mixte Transactionnel*

يأخذ هذا المذهب بالإثبات المطلق في المسائل الجنائية، أما في المسائل المدنية فيأخذ بالإثبات المقيد ، فلا يسمح بها إلا بطرق محددة من الإثبات تضيق وتتسع بحسب الظروف والملايسات. أما موقف القانون الجزائري فقد أخذ بنظام الإثبات المختلط وهذا من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.¹

المطلب الثالث: عبء الإثبات

القاعدة العامة: يقع عبء الإثبات -ابتداءً - على عاتق من يدّعي خلاف الثابت أصلاً، أو الثابت فعلاً، أو الثابت حكماً.²

أولاً: الوضع الثابت أصلاً:

لا بد من افتراض شرعية الأوضاع والمراكز القانونية القائمة ، حتى تستقر الحقوق.

هناك حالات كثيرة يعتبرها القانون فيها وضعاً معيناً هو الأصل، فمن كان متمسكاً به لا يقع عليه عبء الإثبات، بل يقع على من يدّعي خلاف ذلك ، مثال: ما جاءت بها المادة 78 مديني التي تنص على أن " لكل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

وكذلك ما نصت عليه المادة 323 مديني جزائري: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه".

¹ فمثلاً: المواد 73، 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطت للقاضي سلطة مطلقة في تقدير وسائل الإقناع في حين أن القانون قيد طرائق الحكم في مجموعة من النصوص على سبيل المثال نجد الإثبات بالشهادة من القانون المدني في المادة 324 مكرر 2: توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء.

وفي الجانب الإجرائي مثلاً نصت المواد 88-99 من قانون الإجراءات الجزائية على سماع الشهود.

² محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 290، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 33-36.

يتضح من نص هذه المادة أن عبء الإثبات يقع على المدعي، وليس المقصود بالمدعي الخصم الذي يفتتح إجراءات رفع الدعوى، وإنما يقصد به كل من ادعى أمرا خلاف الوضع الثابت أصلا.

فمثلا في الحقوق الشخصية إذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ معين اقترضه منه، كان على رافع الدعوى أن يثبت حقه في ذمة المدين المدعى عليه، وهذا الأخير إذا ادعى أمام القاضي أنه وفي بهذا الدين كان عليه أن يثبت ذلك ، لأنه يدعي ذلك ، ومن ثم يقع عليه عبء الإثبات. وهكذا فإن عبء الإثبات يتنقل من شخص إلى آخر حتى يتعذر الإثبات، ويخسر الدعوى من تعذر عليه الإثبات.

ثانيا: الوضع الثابت فعلا:

هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية . ومثال ذلك: إذا اثبت المدعي انشغال ذمة المدعى عليه بموجب عقد قرض ، كان ذلك وضعاً ثابتاً فعلاً، فيتحمل المدعى عليه عبء إثبات ما يدفع به من انقضاء الالتزام(المديونية) كإثبات واقعة الوفاء .

ثالثا: الوضع الثابت ظاهرا:

الأصل بالنسبة للحقوق العينية هو وجوب احترام الوضع الثابت ظاهرا ، فحائز الحق العيني يعتبر بحسب الظاهر صاحبه. والأصل بقاء الوضع المكتسب وعلى من يدعي زواله إثبات الواقعة التي أدت إليه. فحائز الأرض مثلا يعتبر بحسب الظاهر هو المالك لهذه الأرض ، فإذا ادعى شخص ملكيته هذه الأرض، فإنه يكون مدّعيًا خلاف الظاهر ومن ثم يقع عليه عبء الإثبات.

رابعا: الوضع الثابت حكما:

قد ينص القانون على قرائن قانونية ترفع عبء الإثبات عن المكلف به وفقا لتلك القواعد بحيث ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 499 مدني: "الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

المبحث الثاني: محل الإثبات وطرقه

المطلب الأول: محل الإثبات

محل الإثبات هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا للحق المدعى به. والواقعة القانونية التي ينبغي على الخصوم إثباتها؛ أي محل الإثبات تنصرف إلى الوقائع المادية *Faits matériels* والتصرفات القانونية *actes juridiques*. وتكمن أهمية التفرقة بين هذين النوعين من حيث الإثبات في أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. أما التصرفات القانونية فالأصل هو إثباتها بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف عن 100.000 دينار ، أو كان غير محدد القيمة. واستثناء يجوز إثباتها بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز هذا المبلغ. م333 مدني

والواقعة التي هي محل الإثبات يشترط فيه شروط معينة ، وهي:¹

1- يجب أن تكون الواقعة محل نزاع *Conteste*

2- يجب أن تكون الواقعة محددة *déterminé*:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام-آثار الالتزام)، مرجع سابق، (ج2/57 وما بعدها)، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص288، فريدة محمدي، مرجع سابق، ص166-168،¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص25 وما بعدها

يجب أن تكون الواقعة محددة سواء كانت إيجابية أو سلبية ، فمثلا من يدعي ملكية عين ، فعليه إقامة الدليل على واقعة معينة كانت سببا للملكيته، كميراث.وقد تكون الواقعة سلبية ويمكن إثباتها كأن يدفع المدعي عليه دعوى المسؤولية بعدم وقوع الفعل غير المشروع منه بإقامة الدليل على أنه كان موجودا في مكان آخر.

3- يجب أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات *concluant*: ويقصد بهذا الشرط أن يكون من شأن الواقعة المراد إثباتها التأثير في الفصل في الدعوى ، بأن تكون مقنعة للقاضي ولو في أحد عناصرها.

كمن يطلب اكتساب ملكية عين بالتقادم مدعيا حيازته لها، وهو عالم بملكية غيره لها ، فهذه الواقعة متصلة بالدعوى ، ولكنها غير منتجة للإثبات.

4- يجب أن تكون جائزة القبول *Admissible*: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة، والاستحالة ترجع إلى أحد الأمرين: إما استحالة التصديق عقلا كمجهول النسب يدعي بنوته على من لا يكبره في السن ، وإما استحالة الإثبات لاعتبارات قانونية كشخص يطالب آخر برد غير مستحق ، ويثبت أنه لم يكن مدينا بما دفعه للمدعى عليه.أو حظر وقائع معينة تتصل بحماية النظام العام والآداب العامة كإثبات دين قمار.

المطلب الثاني: طرق الإثبات *Moyens de preuve*

تحدث القانون الجزائري على طرق الإثبات كأدلة لإثبات الحق في خمسة فصول من الباب السابع المعنون "بإثبات الالتزام" من القانون المدني، وهي:

أولا: الكتابة *L'écrit*

الإثبات بالكتابة من أقوى طرق الإثبات، تناولها المشرع الجزائري في المواد 323-332 من القانون المدني، وهي على نوعين:

1- الكتابة الرسمية: عرّفت المادة 324 مدني الورقة الرسمية: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ماتّم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه".

والورقة الرسمية حجة على الكافة ، العاقدين وغيرهم ، وتبقى هذه الحجية قائمة ما لم يطعن فيها بالتزوير.م324مكرر 5 ، و م324مكرر6.

2- الكتابة العرفية: هي التي تصدر من ذوي الشأن ويثبت فيها واقعة معيّنة وموقّعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه.

إذن الورقة العرفية هي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي.

والأوراق العرفية نوعان:

أ-أوراق عرفية معدّة للإثبات؛ أي: أعدّها ذوو الشأن مقدما دليلا على تصرف قانوني معيّن، وهذا النوع يعترف له بحجية في الإثبات.

ب-أوراق عرفية غير معدّة للإثبات؛ أي: لم يقصد بتحريها أن تكون دليلا على تصرف قانوني معيّن.

وهذا النوع ليست له حجية النوع الأول في الإثبات ، ومع ذلك يعطيها القانون قوة في الإثبات

تتفاوت بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات كدفاتر التجار، والرسائل المتزلية،..¹

ثانيا: البيّنة (شهادة الشهود) Témoignage

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص66.

يقصد بالبيّنة أو شهادة الشهود ، الأقوال التي يدلي بها الأشخاص في ساحات القضاء بشأن إثبات أو نفي واقعة قانونية أيا كان نوعها.¹ ولقد تناول المشرع الجزائري الإثبات بالبيّنة(شهادة الشهود) في المواد333-336 من القانون المدني.

ويؤخذ بالشهادة في إثبات الوقائع المادية دون قيد. أما بالنسبة للتصرفات القانونية فيخضع نظام الإثبات بشروط:

الشرط الأول: مع استثناء المواد التجارية التي يجوز فيها الإثبات بالبيّنة(شهادة الشهود)عموما، فإنه لا يجوز الإثبات بالبيّنة(شهادة الشهود) في المواد المدنية إلا إذا كان التصرف القانوني لا تزيد قيمته عما حددته المادة333مدني (100.000دينار جزائري) ما لم يوجد نص قانوني يخالف ذلك.

الشرط الثاني:عدم جواز الإثبات بالبيّنة(شهادة الشهود) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون الدليل الكتابي334مدني، إلا أن المشرع قد أورد بعض الاستثناءات تضمنتها المادة336مدني، يجوز فيها الإثبات فيها بشهادة الشهود ، وهي:

-إذا وجد مانع مادي² أو أدبي³ يحول دون الحصول على الدليل الكتابي،

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

ثالثا: القرائن présomptions :

¹ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، د.ط.ت، ص343.

² تعتبر الوديعة الاضطرارية أظهر تطبيق له، وهي التي يقوم بها المودع في أثناء الحوادث الفجائية، أو الكوارث العامة أو الاضطرابات السياسية لجعل الشيء المودع في مأمن.

³ أكثر ما ترجع الموانع الأدبية -وفقا لأحكام القضاء- إلى أمور ثلاثة:

1-الزوجية والقرابة.2-علاقة الخدمة.3-العرف المنيع في بعض المهن.للمزيد ينظر، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص156.

القرينة هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني.¹ وتنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: القرينة القانونية: هي التي ينص عليها القانون ، وقد تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، وقد تكون قطعية لا يجوز إثبات عكسها.²

ومن أمثلة القرينة القانونية البسيطة ما قرره القانون من أن "الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك" م499 مدني.

ومن أمثلتها كذلك ما تنص عليها المادة 1/98 مدني من أن " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل غير ذلك".

ومن أمثلة القرينة القاطعة التي لا يمكن إثبات عكسها قرينة الحقيقة القضائية (قوة الشيء المقضي به)، فالحكم القضائي الصادر في نزاع معين والذي حاز قوة الشيء المقضي به باستنفاد طرق الطعن فإنه يصبح قرينة على صحة الوقائع التي فصل فيها ، ولا يقبل أي دليل ينقض هذه القرينة. م338 مدني

النوع الثاني: القرينة القضائية: هي كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، ويجوز دائماً إثبات عكسها.³

ومن أمثلة للقرائن القضائية: أن يعتبر القاضي صلة القرابة بين البائع والمشتري قرينة قضائية على صورية عقد البيع.

رابعا: حجية الأمر المقضي به **Le jugement passe en force de chose jugée**

¹ فريدة محمدي، مرجع سابق، ص173.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام-آثار الالتزام)، مرجع سابق، (ج2/91).

³ إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص344.

الحكم القضائي الفاصل في موضوع الدعوى بصفة نهائية ، يجوز حجية الأمر المقضي به ، فيمكن الاحتجاج به أمام الكافة، واستخدامه كدليل للإثبات في مواجهة دعوى قضائية جديدة لحسم نزاع متصل بالنزاع الذي فصل فيه نهائيا طالما لم يتغير خصوم الدعوى ومحلها وسببها. م338 مدني

خامسا: الإقرار L'aveu

هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، م341 مدني، وهو حجة قاطعة على المقر، م 342 مدني وهذا هو الإقرار القضائي L'aveu judiciaire .

وقد يقع الإقرار خارج القضاء، أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه، وهذا هو الإقرار غير القضائي L'aveu extra judiciaire وهو خاضع لتقدير القاضي.

سادسا: اليمين Le serment :

اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق قوله.¹ فاليمين أن يحلف أحد المتخاصمين في الدعوى على صدق قوله، متّخذا الله شاهدا على ذلك. ولقد خص القانون المدني الجزائري اليمين بالمواد 343-346.

وتنقسم إلى نوعين:

1-اليمين الحاسمة: عندما يعجز الشخص عن إقامة الدليل على دعواه ، فيجوز أن يوجّه اليمين إلى الخصم، فإن حلف هذا الأخير خسر من وجّه اليمين دعواه، وإن نكل (امتنع عن أن

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام-آثار الالتزام)، مرجع سابق،(ج2/514).

بجلف)، ثبت حقّ من وجّه اليمين. وهذا المعنى تضمنته المادة 1/343 مدني: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجّه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر".

2-اليمين المتممة: هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصوم لاستكمال اقتناعه بالأدلة ، وهذه اليمين نصت عليها المادة 348 مدني : "للقاضي أن يوجّه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمة في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به. ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل".

وهذه اليمين على عكس اليمين الحاسمة لا تحسم النزاع ؛ لأن القاضي غير مقيد بنتيجتها، فله أن يقضي بموجبها، كما أن له أن يرفض الأخذ بها.¹

سابعا: المعاينة Constations:

وهي عندما ترى المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على أحد طلب الخصوم الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته وفحص حالته ، حتى تتمكن من تكوين اعتقاد صحيح عن حقيقة المنازعة وكيفية استخلاص الحكم فيها.² ولقد أشارت إلى هذا الإجراء المادة 146 إجراءات مدنية وإدارية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات،.."

ثامنا: الخبرة

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص291.

² طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1433هـ/2012م، (ج1/68).

يجوز للقاضي في المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب نقاط فنية والتي لا يستطيع الإلمام بها الرجوع إلى الخبراء.¹ ولقد نظم المشرع الجزائري نظام الاستعانة بالخبراء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخصّهم بالمواد 125-145 .

¹ المرجع نفسه، (ج1/55).

المحاضرة الحادي عشرة: انتقال الحق وانقضائه

المبحث الأول: انتقال الحق

يقصد بانتقال الحق أن يحل شخص جديد محل الدائن مع بقاء الحق نفسه دون تغيير، والأصل أن جميع الحقوق قابلة للانتقال؛ أي: قابلة للتعامل فيها ويستثنى من ذلك الحقوق المتصلة بالشخصية ؛ لأنها مرتبطة بالشخص وتنقضي بوفاته.¹

المطلب الأول: انتقال الحق العيني:

طرق انتقال الحق من الكثرة بمكان بحيث لا يمكن حصرها، فقد يتم انتقال الحق العيني على سبيل العوض والمبادلة كما هو الحال في عقود المعاوضات كالبيع والمقايضة. وقد يتم انتقاله بغير عوض كما هو الشأن في عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف. كما قد ينتقل الحق العيني بالميراث.

المطلب الثاني: انتقال الحق الشخصي:

ينتقل الحق الشخصي من السلف إلى الخلف العام عن طريق الوصية أو الميراث . كما ينتقل فيما بين الأحياء عن طريقة حوالة الحق.

أولاً: تعريف الحوالة:

"اتفاق به الدائن ينقل ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه".² ويسمى الدائن الأصلي بالحيل، والدائن الجديد بالمحال له، والمدين بالمحال عليه. ولقد نصت المادة 239 مدني: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

¹ فريدة محمدي، مرجع سابق، ص180.

² أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، د.ط، 2005، ص389.

وحالة الحق قد تتم في مقابل عوض وهو الغالب من الأحوال فتأخذ حكم البيع ، وقد تتم بدون مقابل فتأخذ حكم الهبة.

ثانيا: شروط انعقاد ونفاذ الحوالة:

يشترط في الحقوق الشخصية لكي ترد عليها حوالة الحق أن تكون قابلة للحجز عليها.

م240 مدني

وتتم حوالة الحق برضاء المحيل والمحال له فقط دون الحاجة إلى رضاء المحال عليه م 240 مدني، إلا أنها لا تنفذ في مواجهة المدين إلا بقبوله الحوالة أو أخبر بها، كما أنها لا تنفذ في مواجهة الغير(كمحال له ثان) إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ.م 241 مدني

المبحث الثاني:انقضاء الحق

سأقتصر على انقضاء الحقوق المالية التي تختلف أسباب انقضائها بحسب ما إذا كانت حقوق عينية أو حقوق شخصية، وتفصيل ذلك فيما يلي :

المطلب الأول: انقضاء الحقوق العينية:

تختلف طرائق انقضاء هذه الحقوق بحسب ما إذا كنا بصدد حق عيني أصلي ، أم حق عيني تبعي.

الفرع الأول:انقضاء الحقوق العينية الأصلية:

تنقضي الحقوق العينية الأصلية- كقاعدة عامة -بأحد الطرق التالية:

أولاً: هلاك الشيء محل الحق .

ثانيا:عدم الاستعمال : تنقضي الحقوق العينية الأصلية المتفرّعة عن الملكية بترك استعمالها مدة طويلة حددها المشرع. فمثلا حق الانتفاع ينتهي بعدم استعماله لمدة خمسة عشرة 15 سنة م(854)مدني.وينتهي أيضا حق الانتفاع بموت المنتفع أو بانقضاء الأجل المعين له. م(852)مدني، كما ينتهي بهلاك الشيء م(853)مدني.

وحق الارتفاق ينقضي بعدم استعماله لمدة عشر(10) سنوات م879مدي وبانقضاء الأجل المحدد له م(878) مدي و بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً(878) مدي وكذلك في حالة اجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد م(878) مدي، كما ينتهي إذا فقد العقار المرتفق كل منفعة أو إذا لم تبق له إلا فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به. م881مدي

الفرع الثاني: انقضاء الحقوق العينية التبعية:

الحقوق العينية التبعية بحكم وظيفتها كحقوق تبعية لحق شخصي لتضمن الوفاء به ، بحيث تدور معه وجوداً وعدمًا ، وهو ما يعني أن هذه الحقوق ليست لها أسباباً خاصة للسقوط، وإنما تسقط بسقوط الحق الذي نشأت لضمانه.¹ كالرهن مثلاً الذي ينشأ ضماناً لدين معين ينقضي بانقضاء هذا الدين ونفس الأمر ينسحب على حق الاختصاص والامتياز.

المطلب الثاني: انقضاء الحقوق الشخصية (حق الدائنية):

تنقضي الحقوق الشخصية أو الالتزامات بعدة أسباب موزعة على ثلاث طوائف جامعة وهي: الوفاء، أو ما يعادل الوفاء أو دون وفاء.

أولاً: الوفاء

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، ويقصد به قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عينياً (التنفيذ العيني للالتزام)، وإذا لم يقيم المدين بهذا الوفاء اختياراً، فللدائن أن يجبره على ذلك مادامت شروط التنفيذ العيني متوافرة. وإذا تعذر ذلك لا يبقى للدائن إلا طريق التعويض محل التنفيذ العيني.²

ثانياً: ما يعادل الوفاء

قد ينقضي الحق (الالتزام) بما يقوم مقام الوفاء ، والطرق التي تقوم مقام الوفاء هي:

¹ علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 323.

² محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 318.

1- الوفاء بمقابل:

ويتحقق هذا الطريق إذا قبل الدائن من مدينه عند الوفاء ، مقابلا آخر غير ما اتفقا عليه بداءة.¹

ولقد نصت المادة على هذا الطريق(طريق الاعتياض) المادة 285مديني:"إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء".
مثال: كأن يلتزم شخص نحو آخر بإعطائه مبلغا من النقود ثم قبل الدائن عند الوفاء أن يأخذ بدل النقود سيارة.

2- التجديد:

هو اتفاق قصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له في عنصر من عناصره.² هذا العنصر قد يكون متعلقا بمحل الالتزام (الدين) كما لو كان المدين ملتزما بالقيام بعمل معين، ثم اتفق على أن يستبدل به مبلغا من النقود، أو متعلقا بطرفي الالتزام كأن يتفق الدائن مع المدين على أن يقوم بالوفاء شخص ثالث، أو يكون متعلقا بسبب الالتزام كما لو اتفق المالك مع المستأجر على أن يستبقي الأجرة العالقة بذمته على سبيل القرض.
ويترتب على هذا التجديد ، إذا استوفى الشرائط التي حددها القانون "انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه"م.1/291مديني

3- الإنابة:

هي عمل قانون، بموجبه يلتزم شخص أجنبي عن الدين ، بوفاء دين المدين لدائنه، وذلك باتفاق الثلاثة؛ المدين(المنيب)، والدائن(المناب إليه)، والأجنبي(المناب). ويترتب على الإنابة انقضاء الالتزام.³

¹ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص316.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص403.

³ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص316.

تنص المادة 294 مدني: "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

و لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير".

4- المقاصة La compensation:

هي طريق من طرق انقضاء الالتزام. حين يصبح المدين دائنا لدائنه، فينقضي الدينين بقدر الأقل منهما ، ليتعين على المدين بالجزء الباقي أن يفى به بالطريق العادي. كأن يكون (زيد) دائنا ل(عمرو) بمبلغ 10.000 دج، ثم يصبح الثاني(عمرو) دائنا للأول (زيد) بمبلغ 7000 دج، فينقضي الدينين مقاصة بقدر الأقل منهما ، فلا يبقى على عمرو لزيد سوى 3000 دج .

ويشترط لوقوع المقاصة شروطا نصت عليها المادة 297 مدني وهي كالاتي:

أ- أن يكون هناك تقابل بين الدينين ، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت وبذات الصفة.

ب- أن يكون هناك تماثل بين الدينين في المحل(بأن كل من الدينين نقودا أو مثليات متحدة النوع).

ج- أن يكون الدينان خاليين من النزاع ومستحي الأداء.

د- أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء

هـ- أن يكون الدينان قابلين للحجز.م 299 مدني

5- اتحاد الذمة:

ويتحقق هذا الطريق ، "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة"م 304 مدني، كما في حالة الميراث إذا كان المدين وارثا للدائن ، و توفي هذا الأخير ، إذ يصبح المدين دائنا لنفسه ، فينقضي الدين باجتماع الصفتين فيه.

ثالثا: انقضاء الحق دون الوفاء

ينقضي الحق (الالتزام) دون الوفاء به بالطرق التالية:

1-الإبراء:

تصرف قانوني بمقتضاه يترل الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل.¹
والإبراء يتم في القانون المدني الجزائري بالإرادة المنفردة ، ويتم بمجرد وصوله إلى علم المدين،
وفي حالة رفض المدين له يصبح باطلا.م305

2-استحالة التنفيذ:

ينقضي الحق (الالتزام) إذا استحال على المدين تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه.م307مديني
كالقوة القاهرة والحادث الفجائي

3-التقادم المسقط prescription extinctive :

ينقضي الحق الشخصي بالتقادم المسقط prescription extinctive ، ويتحقق هذا التقادم
من حيث الأصل².ممرور خمس عشرة(15)سنة من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء
ويقعد الدائن عن المطالبة به -مع إمكان المطالبة- .م308مديني

﴿ثمنت بعون الله تعالى وتوفيقه﴾

¹ علي حسن سيد، مرجع سابق، ص337.

² هناك حالات خرج فيها المشرع الجزائري عن هذا الأصل، من ذلك ما تنص عليه المادة 309مديني: "يتقادم بخمس(5) سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني،...".

قائمة المصادر والمراجع

1. ابن عابدين، محمد أمين ، رد المختار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، دار الفكر، بيروت، لبنان،د.ط.ت.
2. ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة،د.ط، 1388هـ/1968م.
3. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، د.ط.ت.
4. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، د.ط، 2005م.
5. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ط.ت.
6. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1969م.
7. الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ / 1992م.
8. الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ / 1994م.
9. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د.ط.ت.
10. زهدي يكن، كتاب القانون الإداري، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.ط.ت.
11. سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ/2003م.
12. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1974م.

13. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الغرناطي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ / 1997م.
ط2، 1412هـ / 1992م.
14. طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1433هـ/2012م.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط.ت.
16. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، د.ت.
17. عبد المنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للحق-، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، د.ط، 1962.
18. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلّة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 1432هـ/2003م.
19. علي سيد حسن، المدخل إلى علم القانون-نظرية الحق-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1989م.
20. فاضلي يوسف، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2011م.
21. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1408هـ/1988م.
22. فتحي عبد الرحيم، أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2001م.

23. فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق- نشر LES EDITIONS INTERNATIONNALES، د.ط، 1998م، الجزائر.
24. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط1996م.
25. محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، د.ط.ت.
26. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون-القاعدة القانونية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م.
27. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط2012م.
28. محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط.ت.
29. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-الإثبات في المواد المدنية والتجارية-، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2009م.
30. محمد علي النجار، حقوق المؤلف في ضوء الثورة المعلوماتية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط2014م.
31. محمود جمال الدين زكي، مقدمة في الدراسات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م.
32. مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط.ت.
33. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون-نظرية الحق-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م.

34. النوي، محيي الدين يحيى بن شرف النوي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، د.ط.ت.

35. ياسين محمد يحيى، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1990م.