

جامعة ألكلى محمد اوحاج بالبورقة

# دررس فى نظرية الحق لطلبة السنة الأولى

د. سمير شهبانى

أسناد محاض بكليته الحقوق  
والعلوم السباسبته

2018 -2017

## مقدمة:

إذا كانت نظرية القانون تتعلق بتنظيم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وهذا هو أساس القانون، فهو يحمي الفرد بقواعد أمره وأخرى ناهية بموجب العلاقة القانونية التي تربط الشخص المراد حمايته بالشخص الآخر؛ فإن نظرية الحق تتعلق بالسلطات التي تمنح للأفراد لتحقيق مصالحهم.

ومتى وجد أشخاص في رقعة ما، نشأت علاقات بينهم، وترتب عن هذه العلاقات نشوء حقوق وواجبات على الأفراد تجاه بعضهم البعض باختلاف أنواعها، وكان لكل منهم أن يتمتع بتلك الحقوق دون مزاحمة أو تهديد من الآخرين، وإن حصل أي إخلال بحق من حقوقه كان له بموجب ما منحه القانون أن يفرض على الآخرين احترام هذا الحق.

من خلال هذا الطرح أردنا أن نقدم بين أيدي طلبتنا دروساً في نظرية الحق بشكل مختصر ومفيد، نبدأ فيها بتحديد مفهوم الحق من خلال تعريفه وتمييزه عن المفاهيم القريبة منه، وتبيان أنواعه. ثم دراسة الأشخاص التي لها أن تتمتع بالحق، وعلى أي شيء ينصب هذا الحق، ثم مصادره.

تبقى مسألة إثبات الحق وحمايته وانتهائه، وكون أغلبها يدرّس في السنوات المقبلة في مقياسي المرافعات وطرق الإثبات، عرجنا عليها بشكل أكثر إيجازاً.

ومن ثم جاء تقسيمنا لهذه الدروس في أربعة فصول:

### الفصل الأول: مفهوم الحق

ونتطرق فيه بالدراسة إلى التعريف بالحق لذاته، وتعريفه بالنظر إلى غيره، أي تمييزه عما يشته به، ثم تبيان أنواعه وفقا للتقسيمات الفقهية.

### الفصل الثاني: أركان الحق

وهما أشخاص ومحل الحق؛ ونعني بأشخاص الحق، الشخص الطبيعي وهو الإنسان، والشخص المعنوي أو الاعتباري؛ فبين بداية هذا الشخص أو نشوءه، والخصائص التي تميزه، ومقوماته... الخ

بينما محل الحق، هو الموضوع الذي ترد عليه السلطات المخولة لصاحب الحق؛ الذي قد يكون من الأشياء، كالعقارات والمنقولات... أو من الأعمال.

### الفصل الثالث: مصادر الحق وحمايته

أما مصادره فهي الأسباب المباشرة أساسا، التي أدت إلى نشوء الحق لصاحبه؛ والتي تكون إما عملا ماديا وإما تصرفا قانونيا.

ولصاحب الحق أن يستعمل كافة الوسائل القانونية الممنوحة له من أجل حماية هذا الحق أمام القضاء، وله أن يقيم الحجة على وجود حقه، وأن يستعمله في الحدود التي رسمها له القانون دون تعسف.

### الفصل الرابع: انقضاء الحق

لا تبقى الحقوق قائمة – كأصل عام – إلى الأبد، بل لابد أن تنقضي كما نشأت؛ فقد تنقضي بانتهاء مدتها أو بهلاكها، أو استيفائها، كما قد تنتهي حتى دون الوفاء بها.

## الفصل الأول: مفهوم الحق

إن فكرة الحق أو وجوده لم تكن محل إجماع بين الفقهاء قديما لاسيما الحق الشخصي، حيث وصل البعض منهم إلى إنكار فكرة وجود الحق كلية، باعتباره مجرد فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة، دخيلة على عالم القانون، ولا تؤيدها المشاهدة ولا التجربة، ومن هؤلاء الفقهاء "دوجي" Duguit الفرنسي، الذي قال بأنه لا وجود للحقوق الطبيعية التي تكون للإنسان باعتباره إنسانا منذ وجوده وقبل قيام المجتمع، بل إن فكرة الحق بمجملها فارغة المضمون ولا معنى لها<sup>(1)</sup>.

فالحقوق الطبيعية غير موجودة؛ لأن الإنسان إذا كان منعزلا أي وحيدا، فلن تكون له حقوق إلا إذا كان معه شخص آخر على الأقل، ومن ثم فإن الحق لا بد له من جماعة، يكون البعض أصحاب حقوق والآخرين ملتزمون بها، أما إذا انفرد الشخص فلا يتصور وجود حق؛ لأنه لا يوجد من يلتزم به تجاهه.

كما فكرة الحق فارغة المضمون؛ لأن مقتضى إعطاء صاحب الحق سلطة أمر غيره يعني أن إرادته أسى من إرادة غيره من الملتزمين بالحقوق التي له، وهذا يعني بدلالة المفهوم أن إراد الغير ناقصة، فإذا فلنا بهذا فهذا يعني أننا نقول بتدرج الإرادات، إرادة عليا أمر، وإرادة دنيا خاضعة. وهذا كله غير سليم؛ لأن جميع إرادات البشر متساوية ولا توجد إرادة أعلى

---

(1) - انظر في هذا المعنى، رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.ت، ص 7-8؛ إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، مطابع قدموس الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 1972، ص 21.

من إرادة، أي أن عدم وجود التدرج في الإيرادات يؤدي إلى عدم وجود الحق.

وتأسيسا على ما سبق، وضع Duguit نظريته الموسومة بـ "المركز القانوني"، التي مفادها أن المجتمع لا يعرف إلا القاعدة القانونية، وأن هذه الأخيرة هي التي تضع البعض في مركز إيجابي، والبعض الآخر في مركز سلبي؛ فصاحب المركز السلبي هو من يكون ملزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وصاحب المركز الإيجابي هو من يستفيد من التزام الطرف الآخر، فيكون للطرفين بمقتضى ما قرره القاعدة القانونية مركزين قانونيين أحدهما إيجابي والآخر سلبي، وليس حقا والتزاما متقابلين<sup>(1)</sup>.

غير أن فكرة الحق رغم الهجوم الشرس عليها فإنها خرجت منتصرة؛ ذلك أن أفكار منكريها لا تستند إلى حجج قوية<sup>(2)</sup>، فإنكارهم للحقوق الطبيعية سابقة على قيام المجتمع مردود ويمكن دحضه بسهولة؛ فالإنسان، منعزلا أو في جماعة، يتمتع بقدرات جسمانية وفكرية، وله حاجيات تلزم لحفظ نفسه ولتطوير تلك القدرات، فيستأثر بالتالي ببعض الأموال، بل وبعض الحقوق المتتالية من طبيعته الذاتية؛ فله الحق في الحياة والحركة... بما يفرض على الغير احترام تلك الحقوق، ومن ثم تكون فكرة الحق هذه سابقة على فكرة الحق بالمعنى القانوني، كما هي سابقة

---

(1) - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص8-9؛ إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص20.

وانظر لأكثر تفاصيل في المتكرين لفكرة الحق: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص9-12؛ إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص22-25.

(2) - انظر في هذه الردود: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص13-18؛ إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص25-27؛ شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص12-15.

على القاعدة القانونية، والعدل كفيل باحترام تلك الحقوق دونما النظر إلى القانون.

أما بخصوص تدرج الإرادات، فهو من الغلو؛ لأن إرادات الأشخاص في المجتمع متساوية، كما هي إرادتا الدائن أي صاحب الحق والمدين متساويتان، فالحق له قيمة معينة يتعين على الغير احترامها، ولا علاقة للإرادة، من حيث السمو أو الانتقاص، بهذا الشأن.

وحتى فكرة المركز القانوني متقدمة؛ لأنه يستوي الأمر عند القول إن هناك حقاً لشخص معين، أو إن هناك قاعدة قانونية تحمي مركزاً معيناً. ضف إلى ذلك، أن ما كان ينفيه من إنكار سمو وانتقاص الإرادة، قد وقع فيه؛ لأن القول بأن القاعدة القانونية تضع أحداً في مركز إيجابي والآخر في مركز سلبي يعني أن هناك مركز أسوأ من مركز، فلمذا أنكره في الحق ولم ينكره في المركز القانوني؟

في المقابل هناك من غالى في نظرية الحق فاعطى الحقوق لكل الأشياء، فليس الإنسان وحده من يكون صاحب حق، مثل ديموج René Demogue، حيث يكون الحيوان والجماد والميت أصحاب حقوق كلما كان أحد الثلاثة مركزاً مصلحاً، وهذا مرجعه إلى أن المصلحة هي مناط الشخصية<sup>(1)</sup>.

بل هناك من الفقهاء المعاصرين من قال بهذا الرأي، حيث ذكر الدكتور محمد سلام مذكور<sup>(2)</sup>، بأن الحيوانات صالحة لاكتساب الحقوق

---

(1) - انظر في ذلك: عبد الحي مجازي، مذكرات في نظرية الحق، د.د.م، 1950-1951، ص380 وما بعدها.

Xavier Labbé, Condition juridique du corps humain: Avant la naissance et après la mort, septentrien, presses universitaires, France, 2012, pp168-169

(2) - المدخل للفقهاء الإسلاميين، دار الكتاب الحديث، الطبعة 2، القاهرة، 1966، ص442، 443.

دون أن تتحمل بالالتزامات، واستدل بما ورد عن الإمام مالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف، من أن البهائم تكون نفقتها واجبة على مالكةا ديانة وقضاء، وأن لأي شخص أن يرفع دعوى على مالكةا إذا رآه قد أهملها، حتى يأمره القاضي بالإنفاق عليها والإحسان إليها، وإذا لم ينفذ أمر القاضي، كان للقاضي أن يبيعها عليه جبرا، واستدل أيضا بقوله تعالى: «الَّذِي يُبَشِّرُ اللَّهَ عِبَادَهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَىٰ»، من الآية 6 من سورة هود. وبحديث النبي 4 عن عبد الله بن عمر ب، قال: «دَخَلَتْ امْرَأَةٌ النَّارَ فِي هَرَّةٍ رَبَطَتْهَا، فَلَمْ تُطْعَمْهَا، وَلَمْ تَدَعْهَا تَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الْأَرْضِ»<sup>(1)</sup>. وقد ذهب إلى حد القول بأن للحيوانات أهلية وجوب اعتبارية.

لكن الصحيح أنه قد تتقرر منفعة للحيوان، كإيراد الإنفاق عليه، وقد يعد القانون الوسائل الكفيلة بإيصال هذا الإيراد، لكن هذا لا يعني بالضرورة أنه أصبح صاحب حق، فالمصلحة هنا للإنسان أكثر مما هي للحيوان، فإن كان العكس، فكيف نوفق بين الحق في إيراد الإنفاق على الحيوان وبين عدم وجود أي حق له في الحياة؟ هذا من جهة، ومن جهة ثانية كيف نوفق بين عدم صلاحية الحيوان للالتزام وبين صلاحيته لأن يكون صاحب حق؟ وعلى هذا فلا يخرج الحيوان على كونه معدا لمنفعة الإنسان لقوله تعالى: «وَإِن يَأْتِيَنَّكُمْ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا مِنْ دَابَّةٍ ءَهُوَ عَلَىٰ جَمْعِهِمْ إِذَا يَشَاءُ قَدِيرٌ» ﴿١٥﴾ الْمَاصِبُكُمْ مِنْ، الآية 29 من سورة البقرة، وقوله: «أَذَلِكَ الَّذِي

(1) - البخاري، المرجع السابق، ج2، ص834، حديث رقم2236، ج3، ص1205، حديث رقم3140، ص1284، حديث رقم3295؛ مسلم، المرجع السابق، ج4، ص1760، حديث رقم2242.

يُبَشِّرُ اللَّهُ عِبَادَهُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَىٰ وَمَن  
يَقْتَرِفْ حَسَنَةً نَّزِدْ لَهُ فِيهَا حَسَنًا إِنَّهُ، الآية 20 من سورة لقمان.

## المبحث الأول: التعريف بالحق

إذا كان تعريف الحق يعطينا نظرة عامة عليه فإن أول خطوة نقوم بها هي تعريفه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية. ولما كان تعريفه بهذا الشكل لا يوصلنا إلى معرفة كنه الحق وجوهره بوضوح، لزم علينا أن نوضحه ونشرحه من خلال تمييزه عن المصطلحات التي تشتبه به، وهو ما سندرسه في مطلبين منفصلين على التوالي.

### المطلب الأول: تعريف الحق

من الطبيعي أن يكون لكل مصطلح تعريفا لغويا وآخر اصطلاحيا؛ فالتعريف اللغوي مبني غالبا على الشكل، وقد يدخله شيء من الموضوع، بينما التعريف الاصطلاحي، فهتم أكثر بالجانب الموضوعي للشيء محل التعريف.

والحق كمصطلح لا يخرج عن هذا الأمر؛ لذا أردنا أن نوضح تعريفه اللغوي في فرع أول، ثم تعريفه، أو بالأحرى تعريفاته الاصطلاحية في فرع ثانٍ.

### الفرع الأول: تعريف الحق لغة

للحق معان متعددة في اللغة؛ فهو اسم من أسماء الله تعالى، وهو كما قال الراغب: ((أصلُ الحَقِّ: المُطابَقَةُ والمُوافَقَةُ كَمُطابَقَةِ رِجْلِ البابِ في حُقِّهِ لِدَوْرانِهِ على الاستِقَامَةِ))<sup>(1)</sup>. والحقُّ نقيض الباطل. ونقول: حقَّ

---

1 - عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، 1410هـ-1990، ص143، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج25، ص166.

الشيء يَحِقُّ حَقًّا أَي وَجَبَ وُجُوبًا. وتقول: يَحِقُّ عَلَيْكَ أَنْ تَفْعَلَ كَذَا<sup>(1)</sup>: يسوغ، وهو حقيق بكذا: جدير، وأنا حقيقُّ على كذا: حريص. وحقيق علي ذلك: واجب<sup>(2)</sup>. والحق: الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره<sup>(3)</sup>. والحق: العدل، والموت، والمَلِكُ بكسر الميم، والمال، والصدق... الخ<sup>(4)</sup>.

من خلال هذا العرض لمعاني الحق، فإننا نجد له داللتين مختلفتين<sup>(5)</sup> وفق منظور الموضوع الذي نحن بصدده:

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

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

وما يترتب عن هذا في الاستعمال نراه مثلا في الوجوب والثبوت: من حق فلان أن يفعل كذا أو أن يملك كذا، أي أن هذه الحقوق ثابتة له. وفي الإثبات والإيجاب، أن نقول: هذا المال حق فلان، أو لفلان حق على فلان عليه أن يؤديه.

---

1 - الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي الخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت.م، ج3، ص6.

2 - مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ص187.

3 - علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص79.

4 - الزبيدي، المرجع السابق، ج25، ص166-167.

5 - انظر: أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، 1423 هـ- 2003، ص10-15.

## الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحاً

بخصوص التعريف الاصطلاحي للحق فقد ثار الخلاف بين الشراح حوله ولا يزالون، ويمكن أن نستعرض في ذلك أربعة اتجاهات:

### أولاً: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق (نظرية الإرادة)

تقوم هذه النظرية على أساس فلسفة "هيجل" "Hegel" التي تعتبر أن الإرادة هي جوهر الحق. وزعيم هذه النظرية هو "سافيني" Savigny، حيث يرى أن الحق هو سلطة للإرادة الفردية يحميها النظام القانوني<sup>(1)</sup>. ويترتب على ذلك حسبه، أنه لا يتصور أن يثبت حق للشخص على نفسه، وإلا كان له أن يتصرف في نفسه ذاتها، فيعتبر الانتحار مثلاً أمراً مشروعاً<sup>(2)</sup>. ويقول "فينشيد" windscheid، وهو أحد زعماء هذه النظرية، إن هذه الإرادة لا تكون بمعزل عن القانون فهو من يقرها ويرسم حدودها<sup>(3)</sup>.

وقد أُعترضَ على هذه النظرية بأنه إذا كان الحق سلطة إرادية، وجب أن لا يكون لعديمي الأهلية حقوق، وهذا غير صحيح، فلعديم الأهلية

---

(1) - انظر في ذلك: عبد الحي مجازي، المرجع السابق، ص11؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص431، فقرة 227؛ إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص30؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص12؛ محمد حسن قاسم، محمد السيد الفقي، أساسيات في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص142؛ محمد رفعت الصباحي، محاضرات في المبادئ العامة في القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 2004-2005، ص191.

(2) - انظر: شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990، ص17.

(3) V: Jean DABIN, Le droit subjectif, préface de Christian Atias, Dalloz, Paris, 2008, p57. (Reproduction de l'édition de 1952).

انظر كذلك: حسن كيرة، المرجع السابق، ص432، فقرة 227، هامش رقم 1؛ شكري سرور، المرجع السابق، ص17.

حقوق مثل كامل الأهلية مع فروق طفيفة، كما يمكن أن تثبت للشخص حقوق دون علمه، كما في بعض حالات الميراث<sup>(1)</sup>.

كذلك إذا كانت الإرادة مناط الحق، وجب اعتبار الوصي مالكا لذمة عديم الأهلية؛ لأنه هو من يمكنه القيام بأعمال إرادية، وهذا أيضا غير صحيح، فحقوق عديمي الأهلية تنصرف إلى ذمتهم لا إلى ذمة الوصي<sup>(2)</sup>.

### **ثانيا: الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق (نظرية المصلحة)**

ويتزعمها الفقيه الألماني "إهرنج" Ihering، الذي ذهب إلى أن المصلحة هي العنصر الجوهرى في الحق وليس الإرادة. وعليه فالحق عنده هو مصلحة يحميها القانون « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés »<sup>(3)</sup>.

واعترض على هذه النظرية على أساس أن المصلحة (إشباعها) هي الغرض الذي يرمى إليه صاحب الحق وليست الحق ذاته، فإذا قلت: "حق ملكيتي على شيء"، ليس هو ذاته قولي: "إشباع مصلحتي من هذا الشيء"، فحق الملكية هو الذي يكفل إشباع المصلحة.

كذلك، المصلحة هي حكم الشخص على الشيء بأنه مفيد، فهي إذن أمر نفسي ذاتي يختلف من شخص لآخر، وهذا يؤدي إلى أنه لا يمكن حماية الحق قانونيا ما لم يعتبر مفيدا لشخص ما، مما يُصعّب تنسيق القواعد القانونية.

---

(1) V: Jean DABIN, op. cit, p65.

عبد الحى مجازي، المرجع السابق، ص 11-12.

(2) عبد الحى مجازي، المرجع السابق، ص 12.

(3) V: Jean DABIN, ibid.

### ثالثاً: الاتجاه المختلف في تعريف الحق

حاول بعض الشراح أن يnehجوا طريقاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، فجمعوا بين كل من عنصري المصلحة والإرادة، ولكنهم افرقوا بعد ذلك في تقدير أهمية كل عنصر بالنسبة إلى العنصر الآخر. فذهب الفقيه "ميشو" Michoud إلى إعطاء الأولوية للمصلحة، فعرف الحق على أنه: ((مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص، يحميها القانون، حين يعترف لإرادة ما بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها))<sup>(1)</sup>. فتحت لواء المصلحة تتحرك الإرادة بشكل إيجابي، لتلعب دورها المزدوج في إنشاء الحق أو الدفاع عنه عند الاعتداء عليه<sup>(2)</sup>.

أما "سالي" Saleilles فلا يجعل الإرادة تابعة للمصلحة بل يجعلها مستقلة عنها، فتكون لصاحب الحق سلطة شخصية، وعليه فالحق عنده هو: ((سلطة موضوعة في خدمة مصالح ذات طابع اجتماعي، تمارسها إرادة مستقلة))<sup>(3)</sup>.

---

(1) ((Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenté et de la défendre)).

V: Jean DABIN, op. cit, p73.

(2) V: Jean DABIN, Ibid.

(3) «le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome».

V: Jean DABIN, Ibid, p76.

أما "جيلينيك" Jellinek فقد جعل الإرادة أعلى من المصلحة، فعرف الحق بأنه: ((قدرة إرادية يعترف بها القانون ويحميها، وتجد محلها في مال أو مصلحة))<sup>(1)</sup>.

وإذا كان قد وجهت انتقادات معينة للاتجاه الشخصي وكذلك الموضوعي، فإن الاتجاه المختلط في الواقع لم يتفادَ هذه الانتقادات بل جمع بينها<sup>(2)</sup>؛ لذا سنحاول أن نعرف الحق من وجهة نظر مغايرة.

### **رابعاً: الاتجاه الحديث**

هذا الاتجاه مبني على أساس الاستئثار أو الاختصاص، وهو منسوب إلى الفقيه البلجيكي "جون دابان" Jean DABIN، فهو كما قال الدكتور حسن كيرة: ((تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر))<sup>(3)</sup>.

وحاول الدكتور محمد شكري<sup>(4)</sup> أن يعرف الحق من خلال جوهره وقوامه مثله مثل الدكتور حسن كيرة، وهو الاستئثار بما يمثله من قيم، وليس من زاوية شخص صاحبه أو الهدف منه، أي أن تكون القيم التي يمثّلها الحق بأنواعها، ثابتة لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد، بحيث يمكن لهذا الشخص أن يقول بأن "هذا المال أو هذه

---

(1) «la puissance de volonté humaine reconnue et protégée par lordre juridique, et qui a pour objet un bien ou intérêt».

V: Jean DABIN, Ibid, p74.

(2) - شكري سرور، المرجع السابق، ص21.

(3) - حسن كيرة، المرجع السابق، ص441.

(4) - شكري سرور، المرجع السابق، ص21-24.

القيمة له" كما قال "دابان"<sup>(1)</sup>. فالرابطة بين هذه الأموال وذوي الشأن هي رابطة استئثار أو تملك، سواء كان ذلك الاستئثار مباشرا، أي أن صاحب الحق يصل إلى ما يمثله هذا الأخير من قيمة دون وساطة شخص آخر، وهذا في الحقوق العينية؛ أم كان الاستئثار غير مباشر، لا يتأتى إلا بتدخل شخص آخر، وذلك في الحقوق الشخصية.

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

وعليه فتعريف الحق عنده أنه: ((مركز قانوني، يخول من ينفرد به - في حدود القانون- أن يستأثر بمصلحة ما، إما بالحصول عليها مباشرة من التسلط على شيء، أو باقتضاءها ممن يكون في مركز المكلف بترتيبها))<sup>(2)</sup>.

على أن عبد الحي حجازي يعرف الحق من خلال أسس معينة يقوم عليها هي<sup>(3)</sup>:

- شخص معين هو صاحب الحق.
- شخص عليه واجب قانوني.
- مصلحة هي محل الحق.
- قاعدة قانونية باعتبار القانون هو المصدر المثالي للحق، وليس مصدره المادي أو الواقعي.

---

(1) Jean DABIN, op. cit, pp 80-81.

(2) - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص15.

(3) - شكري سرور، المرجع السابق، ص38.

- سلطة يمنحها القانون للشخص يستطيع بها أن يعمل لتحقيق مصلحته.

ومن خلال هذه العناصر عرف الحق بأنه: ((سلطة قانونية، مستمدة من علاقة شخصية، تخول لشخص أن يطالب شخصا آخر أو عدة أشخاص خاص بتحقيق مصلحة ما طوعا أو كرها))<sup>(1)</sup>.

ونحن نرجح التعريف الأول على الثاني؛ لأن هذا الأخير لا يقرّر عنصر الاستئثار الذي يميز الحق عما يقترب منه، كما أن القول بأن الحق مستمد من علاقة شخصية، قول غير دقيق؛ لأنه ليس دوماً مستمداً من علاقة شخصية، لكن هذا لا يعني أننا نسلم به؛ لأنه عرّف الحق من خلال عنصرين فقط يمثلان جوهر الحق، وهما عنصر الاستئثار وعنصر التسلط.

بناءً على هذا النقد، كان لا بد من إيجاد تعريف أشمل من تعريف الدكتور شكري؛ فجاء الدكتور عبد المنعم فرج الصدة وعرّف الحق من خلال العناصر الأربعة المتمثلة في: الاستئثار- التسلط- وجوب احترام الناس لهذا الحق، واستطاعة صاحبه اقتضاء هذا الاحترام - الحماية القانونية.

ومن ثمّ كان تعريفه للحق كما يلي: ((هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية)).

فهذا التعريف لم يقتصر على إظهار جوهر الحق بل تعدى به إلى ذكر مقتضياته والغاية منه. ووافقته في ذلك البدراري حين عرّف الحق تعريفاً

---

(1) - عبد الحى مجازي، المرجع السابق، ص15.

مختصراً وشاملاً بقوله: ((الحق اختصاصٌ أو استثناءٌ شخصٍ بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون)).

## **المطلب الثاني: تمييز الحق عما يشته به**

يشته الحق كمصطلح قانوني بعدة مصطلحات قانونية أخرى، أهمها: المصلحة، السلطة، المكنة، الحرية، والرخصة. وقد أفردنا في هذا المطلب لكل مصطلح فرعاً مستقلاً، لتمييزه عن مصطلح الحق.

### **الفرع الأول: الحق والمصلحة**

المصلحة هي الغرض العملي من الحق وليست الحق ذاته، فكل حق ينطوي على مصلحة، ولكن ليست كل مصلحة توجد ضمن حق، إذ هناك ما يسمى بالمصالح المشروعة التي يحميها القانون دون أن يعطي صاحب المصلحة الوسيلة لتحقيق هذه الحماية عندما لا تقوم الدولة به<sup>(1)</sup>، مثل القمار والرهان الرياضي، فهو محمي قانوناً، ولكن لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على المقامرة أو الرهان منفردين!

### **الفرع الثاني: الحق والسلطة**

كل حق لا بد أن ينطوي على سلطة، ولكن قد توجد سلطة دون حق، كسلطة الوصي أو النائب. كما أن الحق يقابله واجب على شخص آخر، أما السلطة فلا يقابلها واجب، بل قد يوجد واجب على عاتق صاحب السلطة، فتكون السلطة حينها وسيلة لتنفيذ هذا الواجب، كسلطة الأب على ولده، فهي تخلق واجب الرعاية والإنفاق على الأب تجاه ولده. إضافة إلى أن السلطة تستوجب الإرادة لمباشرتها، بينما يمكن أن

---

(1) - عبد الحى مجازي، المرجع السابق، ص15.

اكتساب الحق دون وجود الإرادة عند صاحبها مثل عديم الأهلية، حيث يباشر السلطات التي تنشأ عن هذا الحق وليه أو وصيه.

### **الفرع الثالث: الحق والمكنة**

المكنة<sup>(1)</sup> هي الميزة التي ينطوي عليها الحق وليست الحق ذاته، ففي حق الملكية يكون للمالك مكنة الانتفاع مباشرة بالشيء المملوك له، وفي الحق الشخصي يكون للدائن مكنة مطالبة المدين بالدين. كما أن الحق ذو طابع مستقل، حيث ينشأ من العلاقة القانونية، ثم يستقل بعد ذلك عنها، فعقد البيع مثلاً ينشئ للمشتري حقا عينيا هو حق الملكية، ولكنه بمجرد أن ينشأ هذا الحق يصبح له وجوده المستقل عن عقد البيع، أما المكنة فتنشأ من الحق وتبقى ما بقي الحق، فهي تابعة له في الوجود والانقضاء وليست مستقلة عنه.

### **الفرع الرابع: الحق والحرية**

الحرية لا تحوي فكرة الاستثناء أو الانفراد، فالحرية يتمتع بها الكافة على قدم المساواة، وتفترض وجودهم جميعاً في المركز نفسه بالنسبة لها، كحرية العقيدة، وحرية الزواج، وحرية السير في الطرق العامة... الخ. فالحرية هي سلطة الشخص في أن يتصرف حسب تقديره الشخصي، ولذلك فمحلها أو موضوعها غير محدد أو غير واضح، فهي مجرد أوضاع عامة غير منضبطة ولا واضحة المعالم<sup>(2)</sup>.

---

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

(2) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 24.

## الفرع الخامس: الحق والرخصة

قد يترك القانون للشخص أحيانا خيارا محددًا بين عدة بدائل محددة، بقصد إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، ففي هذه الحالة نقول إن هذا الشخص يتمتع برخصة، إذن فالرخصة هي نوع من القدرة القانونية على الاختيار، ومثال ذلك الشفعة في بيع العقار، حيث سمح القانون لبعض الأشخاص الحلول محل مشتري العقار وأخذ المبيع بالشفعة، أو تركه للمشتري.

وتتشابه الرخصة مع الحق في أن كليهما يستند إلى القانون في وجوده، ولكن تختلف عن الحق في أن مجالها يكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية وليس في مرحلة آثار هذه المراكز.

## المبحث الثاني: أنواع الحقوق

من الطبيعي أنه لا يمكن حصر أو تعداد الحقوق، خاصة وأنها تتطور وتتعدد بتطور المجتمعات، ولهذا لا يمكننا سوى إجراء تصنيف لهذه الحقوق. وحتى التصنيفات نجدها تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إلى الحق منها. والتصور السائد في الفقه هو تصنيف الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسية وأخرى مدنية، وهذه الأخيرة إما حقوق عامة وإما حقوق خاصة، والحقوق الخاصة بدورها تنقسم إلى حقوق أسرة وحقوق مالية.

ونظرا لأن القيمة المالية للحق هي التي تخلع عليه أهميته العملية، وهي التي تثير إشكالات قانونية أكثر من غيرها، ذلك أنها تدخل في الذمة المالية وما يستتبعها من إمكان التعامل بشأنها والتخلي عنها، وقابليتها للانتقال إلى الورثة، وأن ماعدا هذه الحقوق يتميز بأنه لا يقوم بالمال، جعلنا تصنيف الحقوق إلى حقوق غير مالية، وحقوق مالية.

غير أن "دابان" ينتقد هذا التصنيف على أساس أنه لا يتعلق بالحق نفسه أكثر مما يتعلق بما يمثله الحق من قيمة، وفضل أن يكون تقسيم الحقوق إما بحسب طبيعة محل الشيء محل الحق فتنقسم بذلك إلى: حقوق شخصية، حقوق عينية، وحقوق ذهنية. وإما بحسب طبيعة شخص صاحبها فتكون: حقوقا فردية أو جماعية أو طائفية. وإما بحسب غايتها، فتكون: حقوقا تقرر لغاية خاصة، وحقوقا وظيفية.

### المطلب الأول: الحقوق غير المالية

يمكن تقسيم الحقوق غير المالية إلى قسمين رئيسيين: حقوق سياسية وأخرى مدنية، وحقوق عامة وأخرى خاصة، ولو أن هذه الأخيرة متفرعة عن الحقوق المدنية، ولكن بسبب أهميتها جعلناها في فرع مستقل عن الحقوق المدنية.

## **الفرع الأول: الحقوق السياسية والحقوق المدنية**

تقابل الحقوق السياسية الحقوق المدنية: فالأولى تتعلق بارتباط الشخص بوطنه، أما الثانية فتتعلق بكون الشخص فردا في مجتمع معين، له مركز قانوني معين بالنظر إلى غيره من الأفراد، وبكونه إنسانا يتمتع بما يتمتع به أمثاله من البشر.

### **أولا: الحقوق السياسية**

وهي الحقوق التي تثبت للفرد بحكم كونه مواطنا في دولة معينة، فتخوله حق المشاركة في الحكم بأي شكل من الأشكال، ومن أمثلة هذه الحقوق: حق التصويت في الانتخابات العامة، وذلك إذا بلغ الشخص سن 18 سنة ومسجلا في القائمة الانتخابية للبلدية، مع الإشارة إلى أنه لا يسجل في هذه القائمة من كان فاقدا للأهلية وفق ما يقرره القانون، أو حكم عليه بعقوبة جنائية ولم يرد له الاعتبار، أو حكم عليه بسبب جنحة بعقوبة تكميلية تحرمه من ممارسة حق الانتخاب والترشح لمدة معينة، أو تم إشهار إفلاسه ولم يرد له الاعتبار، أو من تم الحجز عليه قضائيا، أو حجر عليه لو يرفع عنه (المواد من 3 إلى 5 من القانون العضوي 10-16 المتعلق بنظام الانتخابات)، وحق المواطن في ترشيح نفسه للمجالس النيابية، وحقه في تولي الوظائف العامة في الدولة، حق تكوين حزب سياسي كما هو مقرر في الدستور (المادة 52)، بحيث يجب أن يكون قد بلغ سن 25 سنة وله جنسية جزائرية ولا يكون حائزا على جنسية أخرى وأن لا يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف... الخ.

وهذا النوع من الحقوق يتكفل بتحديدته وكيفية ممارسته كل من القانون الإداري والقانون الدستوري، وبالتالي فدراسة هذه الحقوق يدخل في نطاق القانون العام<sup>(1)</sup>.

خصائص الحقوق السياسية:

- إن هذه الحقوق ليس ذات طابع مالي.
- إن هذه الحقوق نظراً للغاية التي تقررت من أجلها، تختص بالمواطنين دون الأجانب.
- إن هذه الحقوق لا تعتبر ميزات أو مصالح للمواطنين بل هي وظائف سياسية أي ينظر إليها على أنها تكاليف وليست حقوقاً.

### **ثانياً: الحقوق المدنية**

الحقوق المدنية هي ما عدا ذلك من الحقوق السياسية، وهي الحقوق التي تثبت للفرد بحكم كونه إنساناً تحقيقاً لمصالحه العام، وهذا حتى يمكنه العيش في الجماعة، وعلى هذا فهي تثبت لكل الأشخاص مواطنين أم أجانب، وهي غير واردة على سبيل الحصر، ولكن يمكننا تصنيفها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

الفرع الثاني: الحقوق العامة والحقوق الخاصة

### **أولاً: الحقوق العامة**

وهي ذلك الحد الأدنى من الحقوق الذي يتعين كفالاته للفرد بحكم كونه إنساناً حتى يمكنه المشاركة في نشاط المجتمع، وأن يحيا حياة آمنة وكريمة.

---

(1) - انظر: شكري سرور، المرجع السابق، ص 40.

وهناك العديد من الفقهاء ممن أطلق اصطلاح "الحقوق العامة" على أنها مرادف "الحقوق الطبيعية" أو "الحقوق الشخصية"، أو "الحريات أو الرخص العامة"، أمثال السنهوري وأبو ستيت وعبد الفتاح عبد الباقي، ومحمد سامي مدكور، وسليمان مرقس وعبد المنعم بدراوي... غير أن هذا غير دقيق؛ لأنه يعتبر تسوية بين الجنس وأحد أفرادها، إذ هذه الأنواع من الحقوق تعتبر صوراً مختلفة يجمعها قاسم مشترك، فهي تهدف جميعاً إلى حماية الشخصية الإنسانية، وتندرج لذلك كلها في إطار عام يقال له "الحقوق العامة".

وهذه الحقوق العامة إذا كانت مما يكفل للفرد حماية عناصر شخصيته في مظاهرها المختلفة، مادية كسلامة بدنه، أو معنوية كسمعته، وحماية مميزات شخصيته كاسمه، فإنه يطلق عليها اصطلاح "حقوق شخصية"، وهو لا يرادف تعبير "حقوق الشخص" الذي يعني تعلق الحق بشخص معين، وهو من العمومية بحيث يشمل جميع الحقوق (قول دابان). وهي مما يتقرر في نطاق القانون الخاص، أي ما يتقرر للفرد في مواجهة أقرانه بغرض حماية هذه الحقوق الأساسية من اعتداءات الآخرين.

والحقوق الشخصية في القانون الروماني لم تكن طائفة قائمة بذاتها، ومع ذلك كانت ترفع بشأنها دعوى يقصد بها حماية الشخصية بصفة عامة، أي الكيان الروحي والجسدي للإنسان، تسمى دعوى الاعتداء "iniuriam actio"، أما حديثاً، فالملاحظ أنه كلما تقدمت المدنية كلما زاد احترام شخصية الإنسان وخصائصها الجوهرية، وهذا ما أدى إلى الاعتراف بعدد كبير من حقوق الشخصية، فقد ذهب مثلاً القانون الأرجنتيني والقانون النمساوي إلى النص بأن: ((كل إنسان له حقوق طبيعية، تنشأ من مجرد كونه إنساناً))، على أن القانون الفرنسي لم

يتكلم في حقوق الشخصية، رغم أنه وليد الثورة الفرنسية ومبادئ إعلان حقوق الإنسان.

ومن الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان المعنوي للشخصية:

1- الحق في احترام الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية: كل شخص له حياته الخاصة وتنشأ الصعوبة هنا في تحديد هذه المنطقة الخاصة وأن المشرع لم يعرفها لذلك فإن مهمة هذا التحديد تقع على عاتق القضاء ليحدد ما يعتبر من الحياة وما لا يعتبر كذلك.

2- الحق في الصورة: أقره القضاء في فرنسا منذ زمن طويل<sup>(1)</sup>، والمشرع الفرنسي لم ينص عليه صراحة وإنما نص على احترام الحياة الخاصة. وذلك في نص المادة 9 من التقنين المدني الذي أدرج ضمنه بموجب القانون رقم 643-70 المؤرخ في 17 جويلية 1970<sup>(2)</sup>. وتحديد الأساس للحق في الصورة أكثر صعوبة منه في الحق في احترام الحياة الخاصة. وهناك حالات يستقل الحق في الصورة عن الحق في احترام الحياة الخاصة. وفي هذه الحدود يتجه الفقه إلى اعتباره حقا خاصا ومستقلا عن الحقوق الشخصية.

---

(1) - قرر القضاء حماية الحق في الصورة في القضية الشهيرة للمثلة "راشيل" Rachel، حيث تم تصوير (رسم) هذه المثلة وهي على فراش الموت، ونسخت على قماش ثم بيعت، فرفعت شقيقات المثلة دعوى أمام محكمة "السين" على أساس انتهاك الحق في الصورة، وصدر الحكم بتاريخ 16 جوان 1858. انظر:

Laurent Jourdaa, Les contentieux de l'image: étude de jurisprudence comparée, Thèse pour le Doctorat mention Droit public, université de Toulon, France, P.39.

(2) «Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé».

Un jugement du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence déclare que le droit à l'image a un caractère moral et patrimonial et que le droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel et se transmet aux héritiers (Trib. grande Instance Aix-en-Provence, 24 nov. 1988, J.C.P. 1989. II. 21329, note Henderycksen. (Revue trimestrielle de droit civil 1990, Chroniques p. 126

3- الحق في احترام الصوت: القضاء الحديث في فرنسا أكد الحماية للصوت باعتباره أحد مقومات الشخصية<sup>(1)</sup>، أي أن كل شخص له الحق في منع كل تقليد لصوته في الحالات التي يؤدي فيها ذلك إلى الخلط بين الأشخاص، أو أن يسبب ذلك له ضرراً آخر، وهذا تطبيق لقواعد المسؤولية المدنية دون قيد أو شرط، ويشترط في كل هذه الحالات أن يكون هناك ضرر ولا يكون هناك تصريح بذلك.

والصوت يرتبط بالصورة، خصوصاً في المجال السمائي؛ ولهذا قال "Monique SERNA" بأن الصوت هو صورة صائتة "la voix est une image sonore"<sup>(2)</sup>.

4- الحق في حرمة المسكن: هذا الحق من الحقوق للصيقة بالشخصية، وهذا وجه آخر لحماية الحياة الخاصة والتي تجري أساساً في المسكن. وقد قرر القانون حماية مدنية، وكذلك حماية جنائية، ضد الاعتداء على حرمة المسكن، وهذه الحماية تمتد لكل شخص، ولها حدود معينة.

---

(1) «La voix constitue l'un des attributs de la personnalité et peut bénéficier de la protection instituée par l'art. 9 c. civ., dans la mesure où une voix caractéristique peut être rattachée à une personne identifiable». Pau, 22 janv. 2001: *BICC* 15 avr. 2002, n° 396; *D.* 2002. *Somm.* 2375, *obs.* A. Lepage.

(2)- Laurent Jourdaa, *op. cit.*, P.267.

5- الحق في السرية: علاوة على الحق في حرمة الحياة الخاصة، يوجد الحق في السرية، الذي له عدة تطبيقات متنوعة، أهمها السرية المهنية، كالتبيب وسرية المراسلات بأنواعها، أو الهاتف أو البرق. وفي هذه الصدد نشير إلى الخطر الذي يمكن أن تمثله النظم المعلوماتية الحديثة.

6- الحق في الشرف: كل شخص له الحق في الشرف والحق في احترام كرامته وسمعته، وهذا الحق كفل المشرع له الحماية سواءً على نطاق القانون المدني أو على نطاق القانون الجنائي.

أما إذا كانت الحقوق مما يتقرر في نطاق القانون العام، أي في مواجهة الدولة، قصد حماية هذه الحقوق من تحكم سلطاتها العامة واستبدالها، أطلق عليها اصطلاح "حقوق الإنسان". وإذا كانت هذه الحقوق العامة مما يستند إلى المبادئ العامة التي تعلق على المبادئ القانونية المحددة، أي مما يستخلصه العقل وحده لاتفاقه مع المنطق السليم، باعتبار هذه الحقوق ملازمة للطبيعة الإنسانية، أطلق عليها اسم "الحقوق الطبيعية" أو "الحريات العامة"، كحرية الزواج، وحرية التعبير عن الرأي، وحرية التعاقد... والملاحظ على هذا النوع من الحقوق أنه يكاد يتطابق مع مضمون ما يطلق عليه اسم "حقوق الشخصية" أو "حقوق الإنسان"، ومع ذلك يختلفان، إذ قد تكون هناك حقوق طبيعية لا يمكن اعتبارها حقوقاً شخصية، وذلك لما لها من اعتبار مالي مثل حق الملكية.

وتجدر الإشارة إلى أن معظم الحقوق العامة لا يصدق عليها في الواقع وصف الحق بالمعنى الدقيق، وذلك لافتقارها إلى عنصر الاستثناء، حيث إن جميع الأفراد في المجتمع يشتركون فيها، ولا يؤدي ثبوتها للشخص إلى وضعه في مركز متميز عن غيره من الناس، فهي في معظمها من قبيل الحريات أو الرخص العامة.

## ثانياً: الحقوق الخاصة

وهي الحقوق التي تقررها للشخص فروع القانون الخاص، كالقانون المدني، والقانون التجاري، وقانون الأحوال الشخصية... وهذا متى توافر بمقتضى هذه القوانين سبب لاكتسابها، وهي تنقسم إلى حقوق أسرة وحقوق مالية.

**حقوق الأسرة:** ويقصد بها تلك الحقوق التي تثبت للفرد بصفته عضواً في أسرة معينة. والأسرة هي جماعة من الناس تربطهم صلة القرابة من نسب أو مصاهرة، وما تتميز به هذه الحقوق هو أن الغرض منها ليس تحقيق صالح الخاضع لها نفسه، بل وصالح الأسرة ككل. ولهذا في استعمال هذه الحقوق من طرف الشخص الذي تثبت له إنما يقترب من أن يكون تكليفاً يتعين عليه القيام به، فنجد مثلاً أن الأب له حق الطاعة على أولاده، وهو أمر أقرب إلى الواجب، وللزوجة والأولاد في المقابل حق الإنفاق عليهم وحمايتهم... الخ.

**أنواع القرابة:** هناك نوعان من القرابة، قرابة مباشرة وقرابة حواشي، وقد نص عليهما المشرع الجزائري في المادتين 33، 34 من التقنين المدني<sup>(1)</sup>.

---

(1) - نصت المادة 33 من التقنين المدني على أن: «القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.

وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر». وهذا يعني أن القرابة إما أن تكون مباشرة والتي تنحصر في قرابة الأصول والفروع، وإما أن تكون قرابة غير مباشرة، وهي التي تنحصر في الحواشي، غير أن هناك نصاً ورد في القانون الأساسي للوظيفة العامة الصادر بموجب الأمر 03-06، المؤرخ في 15 يوليو 2006 (ج.ر عدد 46 صادر بتاريخ 16 يوليو 2006)، وهو نص المادة 212 المطلة 5، ذكر أن للموظف الحق في الغياب عن العمل لمدة ثلاثة أيام تكون مدفوعة الأجر إذا توفي: "أحد الفروع أو الأصول أو الحواشي المباشرة للموظف أو زوجته". مما

الجد (0)

الأب (1)

الابن (1)

أ- القرابة المباشرة: وهي قرابة الأصول والفروع المنحصرة على عمود النسب، كقرابة الأب مع ابنه وابن ابنه

جعل البعض يفهم بأن هناك حواشي قرابتهم مباشرة وآخرون قرابتهم غير مباشرة، كما فسر الأصول والفروع وفق هواه؛ حيث ورد في مراسلة من المديرية العامة للتوظيف العمومي بتاريخ: 22 جويلية 2009 تحمل رقم 6399، ما يتعلق بتفسير نص المادة 212، وفسر الإداري (!) النص بما يأتي: «يشرفني أن أنهي إلى علمكم أن المقصود بالفروع هم الأبناء أما الأصول فهم الأب، الأم، الجد والجددة، أما بخصوص الحواشي المباشرة فهم الإخوة والأخوات».

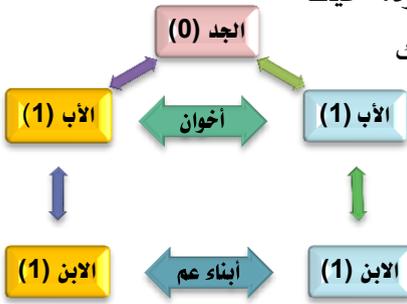
وهذا التفسير غير سليم من عدة وجوه: أولها أنه فسر الفروع بأنهم الأبناء، وهذا لم يقل به أحد، إذ من المعلوم فقهاً - قانونياً وإسلامياً-، وقضاءً بأن فروع الشخص هم: أولاده وأولاد البنين وإن نزلوا. والثاني أنه فسر الأصول بأنهم: الأب والأم، والجد والجددة، في حين أن أصول الشخص هم: الأب والجد وإن علا، والأم والجددة.

أما الثالث فهو تفسيره للحواشي المباشرة بأنهم: الأخ والأخت، في حين أنه لا يوجد حواشي مباشرة وحواشي غير مباشرة، فقرابة الحواشي هي التي تسمى قرابة غير مباشرة؛ ذلك أنه يجمعهم أصل واحد هم يحيطون به (حواشي له)، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر. ومعلوم أن الحواشي هم: الإخوة وأبنائهم وإن نزلوا، والأعمام وإن علوا، وأبنائهم وإن نزلوا. وهذا الأمر يعرفه من له علم بقواعد الميراث.

رابعاً: أن قراءة النص في حد ذاتها خاطئة؛ فالنص وردت فيه عبارة "المباشرة"، وهذه العبارة -مع عدم صحتها- لا تنصرف وفق النص المذكور إلى الحواشي فقط؛ لأن المشرع لم يفصل بينها وبين عبارة "الفروع والأصول" حتى نقرنها بالحواشي فقط، فلو جاءت على النحو الآتي: "وفاة أحد الفروع أو الأصول، أو الحواشي المباشرة للموظف أو وزجه"، لصرفناها إلى الحواشي، لكن عدم وجود فاصلة بينها تجعلها تشمل كلا من الفروع والأصول والحواشي؛ فيكون المقصود: الفروع المباشرة، والأصول المباشرة، والحواشي المباشرة للميت وزوج أو زوجة الميت. وإذا فسرنا التفسير الضيق لكلمة "مباشرة"، فإننا نقول بأن الفروع المباشرة هم الأبناء والبنات فقط، والأصول المباشرة هو الأب والأم فقط. أما الجد والجددة فليسا أصليين مباشرين إذ يفصل بينهما الأب والأم. في حين الحواشي يستحيل أن نصفها بأنها مباشرة لأنها دائماً غير مباشرة؛ فالأخ جسر القرابة بينه وبين الأخ الآخر هو الأب والأم، والعم جسر القرابة بينه وبين ابن الأخ الأب والجد، ولهذا جاء نص المادة 34 من التقنين المدني ليوضح كيفية حساب درجة القرابة؛ فيكون الأخ قريباً لأخيه من الدرجة الثانية، والشخص قريباً لعمه من الدرجة الثالثة، لكنها تبقى دوماً قرابة غير مباشرة.

أو العكس. وهي قرابة عمودية، فإذا أردنا حساب درجة قرابة فرع معين بأصله فإننا نحسب هذا الفرع درجة ثم من يعلوه إلى أن نصل إلى الأصل فلا نحسبه درجة<sup>(1)</sup>.

ب- قرابة الحواشي: وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، كالإخوة، حيث تربطهم قرابة حواشٍ، والأصل المشترك



بينهم هو الأب. وهي قرابة صاعدة ونازلة<sup>(2)</sup>، فتحسب درجة قرابة الحواشي بجمع عدد الدرجات التي بين الشخص المراد معرفة درجة قرابته

والأصل صعوداً على عدد الدرجات التي بين الأصل المشترك والشخص الآخر المراد معرفة درجة قرابته نزولاً. فتكون هنا مثلاً قرابة ابن العم بابن عمه هي قرابة حواشي من الدرجة الرابعة<sup>(4)</sup>.

وطريقة حساب درجة قرابة الحواشي هذه كانت متبعة عند الرومان، ثم أخذها عنهم القانون الفرنسي، ثم القانون الإيطالي، وأخذها كذلك القانون المصري<sup>(3)</sup>، والجزائري في نص المادة 34 من التقنين المدني. أما في الفقه الإسلامي وكذا في القانون الكنسي<sup>(4)</sup>، فقرابة الحواشي فيهما تحسب من جهة واحدة فقط دون حساب الجهة الثانية، وعلى هذا يكون ابنا العم في المثال السابق قريبان قرابة حواشي من الدرجة الثانية.

(1) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 170.

(2) - عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص 118.

(3) - عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص 119.

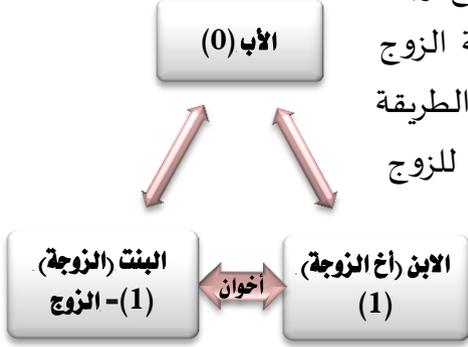
(4) - عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص 119 - 120.

وبالنسبة للزواج هناك قرابة الزواج وقرابة المصاهرة، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 35 من التقنين المدني.

أ- قرابة الزواج: وتكون بين الزوج وزوجه.

ب- قرابة المصاهرة: وتكون بين الزوج وأقارب الزوج الآخر، وتكون إما

قرابة عمودية كقرابة الزوج لأصول وفروع زوجه (قرابة مباشرة)، وإما قرابة حواشي كقرابة الزوج لإخوة الزوج الآخر، وتحسب بنفس الطريقة سابقاً<sup>(1)</sup>. فأب الزوج قريب قرابة مباشرة للزوج الآخر من الدرجة الأولى والجد من الدرجة الثانية. أما أخ الزوجة فهو قريب من زوج أخته قرابة حواشي من



الدرجة الثانية (2)، ذلك أن درجة قرابة أقارب الزوج من الزوجة هي نفس درجة قرابة هؤلاء الأقارب من هذا الزوج، والعكس صحيح. فالأخ قريب من أخته قرابة حواشي من الدرجة

الثانية، فتكون قرابته بزوج أخته أيضا من الدرجة الثانية.



وتنظيم حقوق الأسرة مما يدخل في إطار القانون

المدني، بينما يتكفل بتنظيمه في الجزائر

قانون الأسرة، وكذلك الأمر في أغلب الدول العربية. وتتميز حقوق الأسرة بأنها مما لا يتقوم بمال، وبالتالي فهي تخرج عن دائرة التعامل، فلا يجوز

(1) - عبد الحي حمادي، مذكرات في نظرية الحق، ص 121.

التنازل عنها أو التصرف فيها، كما أنها لا تقبل الانتقال إلى الورثة، مثلها مثل الحقوق السياسية والحقوق العامة.

## **المطلب الثاني: الحقوق المالية**

الحقوق المالية هي ذلك النوع من الحقوق الذي يرد على محل مما يمكن تقويمه بالنقود، ويطلق عليها أحيانا " حقوق الذمة المالية"، وبسبب طابعها المالي فهي تدخل في دائرة التعامل، عكس حقوق الشخصية، فيمكن التصرف فيها، ويمكن أن تنتقل إلى الورثة، ويمكن النزول عنها، ويمكن أن تسقط بالتقادم.

لكن هذا لا يكفي للفرقة بين الحقوق المالية وغيرها من الحقوق التي لا يمكن تقويمها بالمال؛ لأن هناك تداخلا بينها في الكثير من الأحيان؛ فإذا كانت الحقوق غير المالية في ذاتها لا يمكن تقويمها بالمال، فإن الاعتداء عليها يرتب آثار مالية، كالحق في التعويض عن الضرر الناجم عن الاعتداء على سلامة الجسم. وكذلك استعمال الحريات العامة، كحرية التعاقد، يؤدي إلى نشوء حقوق مالية في مواجهة المتعاقد الآخر. يضاف إلى ذلك أن هناك من الحقوق غير المالية بطبيعتها ما يستتبع آثار مالية، مثل حقوق الزوجية، من إنفاق وغيره.

في المقابل هناك من الحقوق المالية ما يخضع لبعض أحكام الحقوق غير المالية، كعدم قابلية أجر العامل للحجز عليه رغم أن له صفة مالية. إضافة إلى أن هناك من الحقوق ما يشتمل على عناصر غير مالية إلى جانب عناصر مالية، كحق المؤلف.

ولكن مع هذا يجب أن يبقى هناك تفريق بين الحقوق المالية وغيرها من الحقوق التي لا تقوم بالمال، وإلا كان هناك خطر جسيم باعتبار أن الحقوق المالية تدخل في نطاق الضمان العام للدائنين، فإذا لم نفرق بين

هذه الحقوق أمكن للدائن أن ينفذ على جسم المدين مثلا، بحيث يبيعه استيفاء لدينه أو يسترقه.

وتنقسم الحقوق المالية إلى نوعين هما: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية، ويضيف الفقه إليها نوعا ثالثا يسمى الحقوق المختلطة، وهي الحقوق الذهنية.

## الفرع الأول: الحقوق العينية

أولا: تعريف الحق العيني

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات<sup>(1)</sup>، بمقتضاها يستطيع الشخص أن يستخلص أو يستأثر الفوائد والمصالح الاقتصادية لهذا الشيء<sup>(2)</sup>. والمقصود بالسلطة المباشرة أن لصاحب هذا الحق أن يتحصل على القيمة المالية التي يمثلها من الشيء مباشرة ودون حاجة إلى وساطة شخص آخر، إذ نجد صاحب الحق والعين موضوع الحق فقط؛ ولهذا سمي بالحق العيني<sup>(3)</sup>.

ولكن هل توجد السلطة المباشرة في جميع الحقوق العينية؟

إذا كان حق الملكية وحق الانتفاع وحق السكنى ينطوي على سلطة مباشرة لصاحب الحق على الشيء محل الحق، فإن ذلك لا يوجد مثلا في حق الارتفاق أو في حقوق الضمان العينية، ذلك أن مضمون حق الارتفاق، أي الوسيلة التي أعدها القانون لكي يتمكن بها صاحب العقار

---

(1) - السنهوري، الوسيط، ج1، ص1، 115، فقرة 2، جميل الشراوي، المرجع السابق، ص3، فقرة 1؛ إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص65.  
(2) - السنهوري، الوسيط، ج8، ص182، فقرة 95.  
(3) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص66.

المخدوم من إشباع مصلحته، لا ينطوي على سلطة مباشرة على الشيء، بل ينطوي على التزام صاحب العقار الخادم بالامتناع عن كل ما يعوق تحقيق مصلحة صاحب العقار المخدوم، والشيء نفسه بالنسبة للالتزام بعدم التعلي. كذلك في حق الرهن الرسمي، فالدائن المرتهن ولو أنه يستعمل حقه مباشرة على الشيء دون حاجة إلى معاونه المدين، فإن الدولة يكون لها دخل، إذ يجب على الدائن أن يلجأ إلى الدولة لتحقيق له حقه، وذلك بأن يرفع دعوى نزع الملكية ضد المدين أو الغير حائز العقار، فهو حق أولوية في استيفاء الدين، ولو تغاضينا عن تدخل الدولة، واعتبرنا بهذا الوصف الرهن الرسمي حقا عينيا لاعتبرنا أيضا حق الدائن على أموال مدينه الحاضرة والمستقبله حقا عينيا، وهذا غير صحيح. ولكن مع ذلك فحق الرهن الرسمي هو حق عيني، إذ ليس المميز العام الوحيد للحق العيني هو انطواؤه على سلطة مباشرة.

ويصف البعض الحق العيني بأنه يسري في مواجهة الكافة، أي أنه حق مطلق، بمعنى أن بإمكان صاحبه أن يحتج به في مواجهة هؤلاء الكافة<sup>(1)</sup>، لكن يرد على هذا أنه إذا كان المقصود بذلك أن الحق العيني مما يجب على الكافة احترامه، فإن صفة الإطلاق لا تكون من خصوصيات الحق العيني، فجميع الحقوق في الواقع مما يجب على الكافة احترامها<sup>(2)</sup>.

أما إذا كان عنصر الإطلاق خارجيا، ولا علاقة له بمضمون الحق، حيث يتوقف على حماية مضمون الحق، فهو عنصر إجرائي بواسطته يستطيع صاحب الحق أن يمنع الآخرين من أن يكون لهم أي سلطة على

---

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 69.

(2) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 47.

الشيء، وله أن يحتج بحقه على كل من يوجد بالنسبة إلى هذا الشيء في مركز قانوني (كالمشتري) أو واقعي (كالمغتصب)، وتزداد أهمية هذا العنصر كلما زاد عدد الأشخاص الذين يقع عليهم واجب الامتناع عن التعرض لصاحب الحق.

ففي حق الملكية يتأتى عنصر الإطلاق بوجود إعلام الكافة بذلك، وهذا لا يتم إلا عن طريق إجراءات الشهر بالنسبة للعقار، وكذلك يتم بما يسمى بحق التتبع فيما يخص الانتفاع، فيطالب الغير بتمكينه من مباشرة سلطته المباشرة على الشيء محل حق الانتفاع، وعلى الخصوص تسليم ذلك الشيء، أو الشروع في نزع ملكية الشيء المرهون بمقتضى القانون فيما يخص حق الرهن الرسمي.

والحق العيني يجب أن يكون معيناً بالذات، إذ لا يمكن ممارسة السلطة المباشرة على شيء غير محدد، كمن يشتري حصة شخص في ملكية شائعة قبل تقسيمها، أو من يشتري عدداً من الخراف في قطيع قبل فرزها، قبل الفرز لا يكون للمشتري حق عيني على الشيء، بل يكون له حق شخصي فقط، بحيث يلزمه بالقيام بعملية الفرز، فإن لم يقم المالك بذلك كان للمشتري أن يحصل على شيء مماثل من السوق على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، ودون استئذانه في حالة الاستعجال. وفوق ذلك يرد الحق العيني على شيء مادي، أي له وجود حسي، يستطيع الإنسان أن يدركه بحواسه لا بفكره وخياله<sup>(1)</sup>.

هذا وقد يرد الحق العيني على شيء غير موجود في الحال، ولكنه سيوجد في المستقبل، أي أنه معلق على شرط، أو مضاف إلى أجل، كمن

---

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 67.

يوصي بملكية عقار معين إلى شخص ما، فهو حق عيني، ولا نقول عنه بأنه حق شخصي يتحول إلى حق عيني بوفاء الموصي.

ونشير إلى أن السلطة التي يتضمنها الحق العيني لا بد أن تكون سلطة قانونية لا فعلية فقط، كالسلطة التي يمارسها المقتصب على الذي اغتصبه؛ لأن هذه الأخيرة لا يعترف بها القانون ولا يحميها. وفوق هذا يجب أن تكون السلطة الممنوحة للشخص مباشرة كما أسلفنا؛ لأنه لو كانت للشخص سلطة قانونية على الشيء، ولكنه لا يمارسها مباشرة بنفسه بل بتدخل من شخص آخر، فإنه يصبح له حقا شخصيا لا حقا عينيا، مثل الحق الذي يمارسه المستأجر لعقار معين<sup>(1)</sup>.

### **ثانيا: تقسيمات الحقوق العينية**

تنقسم الحقوق العينية إلى نوعين هما: الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية.

1- الحقوق العينية الأصلية: وهي الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة عن أي حق آخر، ومقصودة بذاتها، وهي تنقسم بدورها وفقا لمضمونها وما تخوّله لصاحبها من سلطات إلى نوعين:

أ- حق الملكية: تعرف الملكية على أنها ذلك الحق العيني الذي يخول صاحبه من السلطات ما يمكنه من الحصول على جميع منافع الشيء، وذلك باستعماله واستغلاله والتصرف فيه. فإذا كان ذلك لشخص واحد سميت بالملكية المفردة، وإن اجتمع على الشيء الواحد أكثر من حق ملكية سميت بالملكية الشائعة.

أ-1- مكنتات حق الملكية:

---

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 68.

أ- 1-1- الاستعمال: ويقصد به الحصول على منافع الشيء، دون ثماره، وذلك باستعماله بحسب طبيعته، مع الإبقاء على جوهره، مثل ركوب السيارة، سكن منزل... وقلنا "دون ثماره" حتى نميز بين الاستعمال والاستغلال، وقلنا "مع الإبقاء على جوهره" حتى نميز بين الاستعمال والتصرف.

أ-1-2- الاستغلال: وهو القيام بالأعمال التي تؤدي إلى الحصول على ثمار الشيء (أي ما يغله الشيء بشكل دوري)، دون المساس بأصل الشيء، كأجرة المنزل، أما إن كانت تنقص من أصل الشيء كالمعادن المستخرجة من المنجم أو الحجارة من المحجرة، فإنها تعد حاصلات أو منتجات.

والثمار نوعان: مادية، وتكون إما طبيعية كنتاج المواشي، وإما مستحدثة، تنتج عن الشيء بتدخل الإنسان، كالمحاصيل الزراعية. ومدنية، وهي ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من الشيء، كأجرة المنزل أو السيارة... الخ.

أ-1-3- التصرف: ويكون التصرف إما ماديا، أي يلحق مادة الشيء المملوك، وذلك بإجراء تغيير أو تعديل فيها أو حتى إعدامها كلية، وهذه السلطة لا تثبت إلا للمالك الشيء، وإما قانونيا، أي القيام بالأعمال القانونية التي تنهي حق المالك كلية كالهبة، أو تقييد ما له من سلطات على ما يملك، كالرهن<sup>(1)</sup>.

أ-2- خصائص حق الملكية:

---

(1) - الطعن رقم 2054 لسنة 62 جلسة 04/02/1999 س 50 ع 1 ص 187.

أ-2-1- حق جامع<sup>(1)</sup>: هذا بالنظر إلى أنه يخول صاحبه كل ما يمكن تصوره على الشيء من سلطات من استعمال واستغلال وتصرف. ويبقى هذا الوصف ولو تقيدت سلطات المالك أو حرم من بعضها مؤقتا، كمن يرتب حق انتفاع لغيره، فيخرج من سلطاته الاستعمال والاستغلال، وتبقى لديه ملكية الرقبة. فهذا الحق مؤقت بطبيعته، وعند انتهائه يسترد المالك بقوة القانون سلطتي الاستعمال والاستغلال. (هذا الحق مجمع عليه من طرف شراح القانون).

أ-2-2- حق مانع<sup>(2)</sup>: أي أن مزاياه مما يستأثر بها صاحب الحق وحده لا يشاركه فيها غيره، فيكون للمالك أن يمنع الغير من استعمال ملكه ولو لم يقع عليه ضرر من ذلك.

أ-2-3- حق مطلق<sup>(3)</sup>: أي يخول صاحبه كل ما يمكن تصوره من سلطات (هذا تكرر لوصف الملكية بأنها حق جامع)، أو أنه يمكن صاحبه من الاحتجاج به على الكافة (وهذا أيضا فيه نظر، فهو بإطلاقه ليس من

---

(1) - الطعن رقم 944 لسنة 47 جلسة 29/01/1980 س 31 ع 1 ص 360 ق 72.

Req. 13 février 1834. DP 34. 1. 218, S. 34. 1. 205; Civ. 3e, 31 octobre 2012. D. 2013. 53, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout, JCP 2012. II. 1400, note F.-X. Testu, LPA 16 janv. 2013, P. 11, note F.-X. Agostini, RDC 2013. 584, obs. R. Lbhaber, RTD civ. 2013. 142, obs. W. Dross.

V: H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence civil, tome 1, introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions, 13 édition, Dalloz, Paris, 2015, p.p. 403- 405.

(2) - الطعن رقم 944 لسنة 47 جلسة 29/01/1980 س 31 ع 1 ص 360 ق 72.

Civ. Ire, 10 mars 1999: Bull. D. 1999. 319, concl. Sainte-Rose, note Agostini; Somm. 247, obs. Durrande; Somm. 281, obs. Tournafond; JCP 1999. II. 10078, note P. Y. Gautier; I. 175, n° 2, obs. Périnet-Marquet; JCP E 1999. 819, note Serna; RTD civ. 1999. 859, obs. Zenati, Defrénois 1999. 897, chron. Caron.

V: H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, op. cit. p.p. 423- 424.

Req. 3 août 1915, Coquerel c/ Clément-Bayard, DP 1917. 1. 79.

V: V: H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, op. cit. p. 420.

(3)- Req. 3 août 1915, Coquerel c/ Clément-Bayard, DP 1917. 1. 79.

V: H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, op. cit. p. 420.

خصوصيات حق الملكية فقط). ولهذا فإن غالبية الشراح يقصدون بالإطلاق أن للمالك حرية مطلقة في الانتفاع بما يملك على النحو الذي يريد.

أ-2-4- حق دائم<sup>(1)</sup>: ذلك أنه ولو تغير المالك، فإن حق الملكية يبقى ما بقي الشيء ولا يزول إلا بهلاكه، ولهذا لا يمكن توقيت الملكية بمدة معينة تنقضي بعدها نهائياً دون أن تثبت لشخص ما، كما لا يزول حق المالك إذا تخلى عن الشيء بنية النزول عن ملكيته، ما لم يكتسب هذه الملكية شخص آخر. وحق الملكية حق دائم لأنه ليس كالحقوق العينية الأصلية الأخرى، بحيث لا يسقط بعدم الاستعمال<sup>(2)</sup>. على أن صفة الدوام هذه محل نظر.

ب- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: أي الحقوق التي تخول صاحبها جزءاً من سلطات المالك، وبالتالي يختلف شخص صاحبها عن شخص المالك، وهي:

ب-1- حق الانتفاع: وهو الحق الذي يخول صاحبه من سلطات المالك، سلطتي استعمال الشيء واستغلاله، دون سلطة التصرف فيه. ويتميز هذا الحق بأنه مؤقت، بحيث ينتهي بوفاة صاحبه في كل الحالات، وإذا حددت له مدة فإنه ينتهي بانتهائها ولو كان المنتفع لا يزال حياً، كما ينتهي بهلاك الشيء أو بعدم استعماله لمدة 15 سنة (المواد 852-854 ق.م).

---

(1)- Req. 12 juill. 1905. DP 1907. 1. 141, obs. Potier; S. 1907. 1. 273, note Wahl.

V: H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, op. cit. p. 415.

V. Aussi: Civ. 3e, 22 juin 1983: Gaz. Pal. 1983. 2. Pan. 309, note Piedelièvre 9 juill. 2003: Bull. civ. III, n° 156; JCP 2004. I. 125, n° 4, obs. Périnet-Marquet; Defrénois 2004. 816, obs. Atias.

(2) - الطعن رقم 944 لسنة 47 جلسة 29/01/1980 س 31 ع 1 ص 360 ق 72.

ويجب على المنتفع تجاه المالك أن يبذل عناية الرجل العادي في الحفاظ على الشيء المنتفع به، وأن يستعمله بحالته التي تسلمه بها، وبحسب ما أعد له.

ب-2- حق الاستعمال وحق السكنى: فحق الاستعمال هو الحق الذي يخول لصاحبه سلطة استعمال الشيء المملوك للغير، فيما أعد له بالقدر الذي يحتاج إليه هو وأسرته. كركوب السيارة أو زراعة الأرض، فهو أضيق نطاقاً من حق الانتفاع. أما حق السكنى فهو الحق الذي يخول لصاحبه أن يستعمل بناء مملوكاً لغيره لسكنه هو وأسرته، وتعتبر السكنى نوعاً من حق الاستعمال. وهما حقان لا يجوز التنازل عنهما إلا بموجب شرط صريح أو مبرر قوي (المادة 856 ق.م).

ب-3- حق الارتفاق: وهو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، فهو تكليف يقع على عقار، يقال له العقار الخادم أو المرتفق به، لمصلحة عقار غيره مملوك لشخص آخر، يقال له العقار المخدوم أو المرتفق، ومثال ذلك حق المطل على ملك الجار، أو حق المرور في أرض الجار الذي تطل أرضه على هذا الطريق وصولاً إليه، وكذلك حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل.

وحق الارتفاق يبقى ما بقي العقاران الخادم والمخدوم، حتى ولو تغير شخص مالك كل منهما. على أنه ينتهي بانقضاء الأجل المعين، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكاً كلياً، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد، وكذلك بالتقادم المسقط بعدم استعماله لمدة 10 سنوات أو بـ 33 سنة إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكذلك بتغير وضع الأشياء (المادة 878 و1/879 ق.م).

ب-4- حق الحكر: هو حق يخول صاحبه الانتفاع بالأرض الموقوفة التي يتقرر عليها، عن طريق البناء عليها أو الغراس فيها، ليمتلك ما أحدثه من بناء أو غراس، مقابل أجرة دورية، ويكون لمدة لا تزيد عن 60 سنة، ولا ينقضي بموت المحتكر وقبل حلول الأجل، إذا كان قد بنى أو غرس. وهذا الحق لم ينص عليه المشرع الجزائري في التقنين المدني، لكنه نص عليه في قانون الأوقاف 91-10، في المادة 26 مكرر 2.

2- الحقوق العينية التبعية: وهي تلك الحقوق التي لا تنشأ مستقلة بذاتها، كما لا تكون مقصودة لذاتها، وإنما تنشأ تابعة لحق آخر، هو حق شخصي، ويكون مقصودا منها ضمان الوفاء بهذا الحق. والحقوق العينية التبعية وسائل قانونية هامة لتأمين حقوق الدائنين، وكثيرا ما يطلق عليها التأمينات العينية، فالدائن في الواقع لا يكون مطمئنا إلى أنه عند حلول أجل الوفاء بالدين، سوف يحصل على كامل حقه، رغم أن له أن يجبر المدين على الوفاء بالدين إذا لم يتم الوفاء اختيارا، فتكون جميع أمواله - المدين- الحاضرة والمستقبلة ضامنة للوفاء بديونه، لكن هذا الضمان عام ومقرر لجميع الدائنين، كما أن للمدين أن يتصرف في أمواله قبل حلول أجل الوفاء، فإذا حل الأجل تكون هذه الأموال قد خرجت من ذمته المالية، ولا يمكن التنفيذ عليها. ولهذا كانت التأمينات العينية لها من الأهمية ما جعلها مرغوبة من طرف الأشخاص، فهي تحقق لهم الحماية المؤكدة، فتكون لهم ميزة التبع وميزة الأولوية<sup>(1)</sup>.

---

(1) - يرى العديد من الشراح بأن حق الأولوية خاص بالحقوق العينية الأصلية دون التبعية، وهذا غير سليم، إذ لا فرق بينها إلا في أن حق الأولوية في الحقوق العينية الأصلية أكثر ظهورا وقوة، حيث يمكن صاحبه من الاستئثار بالشيء ويعد مزاحمة الغير إبعادا كليا، في حين يكون في الحقوق العينية التبعية في أفضلية تمنح لصاحب الحق دون أن تصل إلى الاستئثار. انظر في ذلك: إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 71-72.

وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى ثلاثة أنواع هي:

أ- حق الرهن: وهو نوعان:

أ-1- الرهن الرسمي (المواد 882-933 ق.م): وهو حق عيني تبعي ينشأ عن عقد رسمي، يخول للدائن - على عقار مخصص للوفاء بالدين - أن يتقدم على الدائنين العاديين، وكذلك الدائنين التاليين له في المرتبة، في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان. فيكون للدائن المرتهن ميزتي التتبع والأولوية، شرط أن يكون قد كتب عقد الرهن كتابة رسمية وتم قيده في المحافظة العقارية، وذلك بالتأشير على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون.

أ-2- الرهن الحيازي (المواد 948-965 ق.م): وهو حق عيني تبعي ينشأ للدائن بمقتضى عقد، على منقول أو عقار، ليخوله حسب الشيء المرهون إلى حين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد كان.

وهنا تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن عادة أو من ينوب عنه، كما أنه لا تشترط فيه الرسمية للانعقاد (إلا إذا وقع على عقار)، كما قد يرد على كل من المنقول والعقار.

ب- حق التخصيص (المواد 937-947 ق.م): وهو حق عيني تبعي يترتب بأمر من القاضي للدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين، على عقار أو أكثر، وهو لا يختلف عن الرهن الرسمي إلا في مصدر ترتيبه.

حقوق الامتياز (المواد 982-1001 ق.م): وهي أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، فيوصف الحق في هذه الحالة بأنه حق ممتاز، ويكون لمن تقرر له أن يستوفي هذا الحق بالأولوية على جميع

الدائنين، وهي حقوق استثنائية لا تتقرر إلا بنص، ولا اعتبارات إنسانية، وهي إما حقوق امتياز عامة ترد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات، مثل الامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه، وإما حقوق امتياز خاصة تقع على مال معين للمدين عقارا كان أو منقولا، كالامتياز المقرر للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة، أو امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل.

ونذكر ترتيب بعض هذه الحقوق باختصار كالتالي: (انظر المواد 990 وما بعدها ق.م.)

- المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين.
- المبالغ التي استحققت للخزينة العامة من ضرائب ورسوم.
- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم.
- أجره الخدم والعمال وغيرهم لـ 12 شهر الأخيرة، ومبالغ توريد المأكل والملبس لـ 6 أشهر الأخيرة، ونفقة الأقارب لـ 6 أشهر الأخيرة، وتستوفي عند الاجتماع بحسب النسبة.
- المبالغ المترتبة عن البذر والسماذ وغيره من المواد، والمبالغ المترتبة عن عمال الزراعة والحصاد... الخ.

#### جدول مقارنة بين الحقوق العينية التبعية

حق الامتياز	الرهن الحيازي	الرهن الرسمي	نوع الحق
يتقرر بنص القانون حماية	يتقرر بمقتضى عقد عرفي بين الدائن	يتقرر بمقتضى عقد رسمي يتم بين	مصدر الحق

<p>لبعض الدائنين لأهمية ديونهم</p>	<p>والمدين أو أي شخص آخر.</p>	<p>الدائن والمدين أو أي شخص آخر. وحق التخصيص لا يختلف عنه إلا في أن مصدره هو القضاء.</p>	
<p>قد يرد على مال معين من أموال المدين وهو حق الامتياز الخاص، وقد يشمل كل أمواله وهو حق الامتياز العام.</p>	<p>يرد على العقار والمنقول.</p>	<p>لا يرد إلا العقار.</p>	<p>محل الحق</p>
<p>حق الامتياز الخاص يخول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع. حق الامتياز العام يحول صاحبه ميزة التقدم فقط لأنه غير محصور في</p>	<p>يخول صاحبه ميزتي التقدم على غيره من الدائنين والتتبع</p>	<p>يخول صاحبه ميزتي التقدم على غيره من الدائنين والتتبع.</p>	<p>التقدم والتتبع</p>

مال معين.			
لا ينقل	ينقل حيازة المال المرهون من المدين إلى الدائن وينتهي بخروج حيازة المال من الدائن.	لا ينقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن.	نقل الحيازة

## الفرع الثاني: الحقوق الشخصية

### أولاً: تعريف الحق الشخصي

يعرف الحق الشخصي على أنه رابطة قانونية بين شخصين، تخول أحدهما، وهو الدائن، أن يجبر الآخر، وهو المدين، على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل<sup>(1)</sup>، أي أنه سلطة تمنح للشخص القدرة على اقتضاء أداء معين من عند شخص آخر، لهذا يسمى "حق الدائنية" أو "رابطة اقتضاء"<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: خصائص الحق الشخصي

من خلال التعريف الذي أوردناه للحق الشخصي، فإن له خصائص تتمثل في الآتي:

1- أنه رابطة بين طرفين: أحدهما الدائن، والآخر المدين؛ فإذا نظرنا

(1) - السنهوري، الوسيط، ج1، ص1، ج1، ص115، فقرة 2؛ ج8، ص182، فقرة 95؛ حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص467، فقرة 239.

(2) انظر في المعنى: حسن كبيرة، المرجع نفسه، ص467، فقرة 239؛ جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول: حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص3، فقرة 1.

إلى هذه الرابطة من ناحية الدائن سميت حقا، أما إذا نظرنا إليها من ناحية المدين سميت التزاما. وعليه فإن صاحب الحق الشخصي لا يستطيع أن يقتضي حقه إلا بواسطة شخص آخر هو في الأصل المدين، عكس الحق العيني. كما أن الحق الشخصي ليس إلا حقا نسبيا، لا يلتزم به سوى هذا المدين، بينما الحقوق العينية حقوق مطلقة تنتج آثارها في مواجهة الكافة، ويمكن الاحتجاج بها عليهم.

وفي الحق الشخصي قد يتعدد الدائنون كما قد يتعدد المدينون، وهنا لا يحق لكل دائن أن يستوفي إلا قدر حقه، كما لا يلتزم كل مدين إلا بقدر حصته. إلا إذا كان هناك تضامن بين أطراف هذه الرابطة القانونية إما في جانبها الإيجابي فيكون لكل دائن أن يستوفي الدين كله نيابة عن بقية الدائنين، أو في جانبها السلبي، فيكون من حق الدائن أن يطالب المدين بالدين كله.

والأصل في هذه الرابطة أن تكون محققة في وجودها ومرتبطة لالتزامات (حقوق) حالة، ولكن يمكن أن تكون غير محققة في وجودها أو في بقائها، بأن يكون الالتزام معلقا على شرط، أو مضافا إلى أجل.

2- محل هذه الرابطة عمل أو امتناع، يلتزم به المدين في مواجهة الدائن، كالتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض (عمل)، أو التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في ملكية المبيع (امتناع عن عمل). وهناك من الفقه من يزيد نوعا ثالثا لمحل هذه الرابطة، هو الالتزام بإعطاء شيء، أي نقل أو إنشاء حق عيني على عقار أو منقول، وانتقد هذا الرأي على أساس أن الالتزام بإعطاء شيء هو التزام بعمل. لكن في الحقيقة هذا لا ينطبق إلا في حالة كون محل الالتزام عقارا أو شيئا معيننا بالنوع، أما إذا كان شيئا معيننا بالذات فإن الالتزام بإعطاء يختلف عن الالتزام بعمل؛

لأن الحق العيني على المنقول المعين بالذات ينشأ أو ينتقل في لحظة نشوء الالتزام، فلا تظهر فكرة العمل من جانب المدين.

وترتبا على هذا العنصر (محل الرابطة) لا يتصور أن يخول الحق الشخصي صاحبه ميزة التبع؛ لأنه لا يرد على شيء مادي، كالحق العيني. كما لا يخول صاحبه ميزة الأفضلية أو الأولوية، حتى ولو كان تاريخ نشأة الحق أسبق من تواريخ نشوء حقوق الدائنين الآخرين؛ لأن هذا الحق لا يرتكز على مال معين للمدين يخوله الاستثناء بما يكفله هذا المال من ضمان، فالدائنون بحق الشخصي متساوون فيما بينهم في استيفاء حقوقهم من أموال المدين، فيقتسمونها قسمة غراما.

وتتميز هذه الرابطة أيضا بأنها مؤقتة؛ لأن من شأن بقاء الالتزام في ذمة المدين طيلة حياته أن يعتبر من قبيل المصادرة لحرته الشخصية، وفي هذه الخاصة يقترب الحق الشخصي من الحقوق العينية التبعية.

تختلف نظرة الشرائع إلى الالتزام (الحق)، فالشرائع اللاتينية تعطي أهمية لطرفي الرابطة، أما الشرائع الجرمانية فتعطي الأهمية لمحل هذه الرابطة. والأولى هي ما يدعى بالمذهب الشخصي في النظر إلى الالتزام، والثانية هي النظرية المادية.

### **ثالثا: محاولة التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي**

هذه التفرقة موجودة من عهد القانون الروماني، وقد حاول البعض هدم هذه التفرقة بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي (بلانيول)، واعتبار جميع الحقوق حقوقا شخصية؛ لأن الحق العيني في نظرهم لا يعدو أن يكون رابطة قانونية بين طرفين، دائن ومدين، كل ما في الأمر أن الطرف الأخير في الحق العيني هم الناس كافة عدا صاحب الحق، فهم يلتزمون التزاما سلبيا محضا هو الامتناع عن الاعتداء على صاحب الحق

أو عن كل ما من شأنه أن يعكّر حيازته الهادئة له. وفي المقابل حاول البعض الآخر تقريب الحق الشخصي من الحق العيني (سالي)، واعتبروا جميع الحقوق هي حقوق عينية؛ لأنّ الهام في الحقّ الشخصي هو قيمته المالية، وليس طرفيه، فيدخل بالتالي في الذمة المالية وترد عليه سائر التصرفات التي يمكن أن ترد على الحق العيني. لكن هذه المحاولات باءت بالفشل.

وقد حاول "جينوسار" الخروج بنظرية تختلف عن النظريتين الأوليتين وذلك بإعطاء مفهوم مغاير للملكية، فقال بأنه لا يوجد ما يسمى بالحق العيني، وأن الحقوق المالية جميعها إما حقوق ملكية أو حقوق شخصية، وأن هذه الأخيرة لا تعدو أن تكون نوعاً من أنواع الملكية، وأن ما يسمى بحق الملكية العيني ليس سوى مجرد ملكية لأشياء مادية، وأن الحقوق العينية الأصلية والتبعية لا تعدو أن تكون طائفة خاصة من الديون والالتزامات. وتطبق قواعد الملكية لتحديد نطاق سيادة الدائن على دينه.

وعلى العموم يمكن أن نفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية من خلال العناصر التالية:

1- تتميز الحقوق العينية بأنها واردة على سبيل الحصر بينما الحقوق الشخصية فهي متعددة ومتنوعة.

2- الحق العيني يتركز في شيء معين بالذات، إذ أنه يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء أما الحق الشخصي فمحلّه عمل المدين أو امتناعه عن عمل لذلك لا يصل الدائن إلى حقه إلا عن طريق تدخل المدين وتنفيذه التزامه.

3- حيث أن الحق العيني يخول صاحبه إلى سلطة مباشرة على الشيء، فالأصل فيه أن يبقى ما بقي الشيء أي أنه دائم، ذلك ما لم يقرر القانون توقيته لظرف أو آخر.

4- وحيث أن الحقوق العينية واردة على أشياء مادية، فإنه يتصور حيازتها وبالتالي اكتسابها بالتقادم، في حين أن موضوع الحق الشخصي هو أمر معنوي هو عمل أو الامتناع عن عمل فلا يتصور حيازتها واكتسابها بالتقادم.

5- وحيث أن الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء ويمكنه من الحصول على المزايا التي يخولها هذا الحق دون توقف على أحد فإنه بالتالي يمكنه النزول عنه بإرادته المنفردة ودون توقف على رغبة شخص آخر.

6- الحق العيني يخول صاحبه ميزة أو حق الأفضلية وكذلك يخول صاحبه ميزة أو حق التتبع وهذا بخلاف الحق الشخصي.

#### جدول مقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي

الموضوع	الحق العيني	الحق الشخصي
من حيث الأطراف	لا يوجد إلا طرف واحد هو صاحب الحق، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء الذي يرد عليه هذا الحق.	يوجد طرفان، أحدهما صاحب الحق (الدائن)، والآخر الملتزم (المدين).
من حيث المحل	هو سلطة لشخص على شيء معين بالذات.	هو سلطة مقررة على شخص آخر محلها القيام بعمل /

الامتناع عن عمل / إعطاء شيء		
الحق الشخصي هو أساساً حق مؤقت لأنه يقيد من حرية المدين، فلا يجوز أن يكون الحق الشخصي لفترة طويلة.	يكون الحق العيني حقاً دائماً أو طويل المدة، مثال حق الملكية هو حق مؤبد وإن كانت هناك بعض الحقوق العينية لفترات مؤقتة ولكنها لفترات طويلة أي أنها تقيد حرية المدين مدة طويلة.	من حيث المدة
أصحاب الحق الشخصي لا يتقدم أحد منهم على الآخر، فتتم قسمة مال المدين بينهم قسمة غرماء، أي كل واحد يأخذ حصته بمقدار دينه الذي له على المدين.	يخول صاحبه ميزتين: (1) التبعية، ويقصد به تتبع الشيء الذي ينصب عليه الحق، واللاحق به لاسترجاعه في أي يد يكون (استثناء: إذا كان الشيء منقولاً مادياً وحازه بطريق حسن النية، تنتقل الملكية في هذا المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكية وهذا استثناء على القاعدة العامة). (2) التقدم، ومؤداه أن صاحب الحق العيني يتقدم على غيره من الدائنين العاديين للحصول على حقه.	من حيث الأثار

## الفرع الثالث: الحقوق الذهنية ( الحقوق المختلطة)

### أولاً: المؤلف والمصنف

1- المؤلف: هو كل من ينتج إنتاجاً ذهنياً أياً كان نوعه وأياً كانت طريقة التعبير عنه أو أهميته وأياً كان الغرض منه طالما كان على قدر من الابتكار وقد عرّف القانون المؤلف بالتالي: ((بأنه الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه سواء كان بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى)).

ويجب ألا نخلط بين نشوء الحق وبين استعماله، فالحق يثبت بمجرد الابتكار ولا يتوقف قيامه على نشره. فالحق يوجد ولو لم ينشر، لذلك فإنه ينتقل بالميراث.

2- المصنف: المصنف هو كل إنتاج ذهني أياً كان مظهر التعبير عنه سواءً ذلك بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الصوت أو الحركات أو غير ذلك من وسائل التعبير، وتشمل الحماية القانونية المصنف في مضمونه ومحتوياته وعنوانه.

1-2- المصنف المشترك: هو الذي يسهم في إنتاج مادته أكثر من شخص... هذا الاشتراك قد يكون مختلطاً على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك وقد يكون عكس ذلك.

الفرض الأول: يثبت لجميع من اشتركوا في تأليف المصنف الحق الأدبي أو الفني بالتساوي فيما بينهم، ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا وقع اعتداء على حق المؤلف فإن لكل المشتركين في التأليف الحق في رفع الدعاوي للدفاع عن حقوقهم.

الفرض الثاني: وهو الخاص بالحالة التي يمكن فصل دور كل مؤلف عن دور غيره من المشتركين في المصنف.

2-2- المصنف الجماعي: هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه وعلى نفقته، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كلٍّ من المشتركين وتميزه على حده. وعلى ذلك يشترط ليكون المصنف جماعي ما يلي:

أ- تضامن جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما.  
ب- أن يكون وضع هذا المصنف بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره ويتم العمل تحت إدارته واسمه ويشمل ذلك بطبيعة الحال تمويل العمل.

ت- أن يندمج عمل المشتركين في المصنف في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي.

صفة الابتكار: يقصد بالابتكار بصفة عامة كل مجهود ذهني يقوم به المؤلف وتتجلى فيه شخصيته. وعلى ذلك فليس من الضروري واللازم أن تكون الأفكار والآراء التي يضمها قد ابتدعت لأول مرة، أو أن تكون الموضوعات التي تعرض لها غير معروفة أو غير مطروقة من قبل.

إن هذا الحق يعطي لصاحبه سلطات معينة على شيء معنوي وهو نتاجه الذهني والفكري، لذلك سميت بالملكية الأدبية أو الفنية والخلاف ينحصر بين الملكية العادية والملكية الأدبية في طبيعة الشيء الذي ترد عليه كل منهما، لكن الرأي كان محل انتقادات كثيرة من جانب الفقه الغالب.

أول هذه الانتقادات: أن اعتبار الحقوق الذهنية من قبيل الملكية يخرج الملكية عن معناها الفني التقليدي، باعتبار أن الملكية لا ترد إلا على الأشياء المادية.

كما أننا لو أمعنا النظر سنجد أن الحقوق الذهنية تختلف اختلافا جوهرياً عن حق الملكية بالمعنى الفني. فإن الاتجاه الفقهي السائد الآن يرى أن حق المؤلف ليس حق ملكية وإنما هو حق من نوع خاص ذو طبيعة مزدوجة وينطوي على جانبين هما: جانب معنوي أو أدبي، وجانب مادي.

### **ثانياً: الحق الأدبي**

يعتبر الحق الأدبي من أهم ما يميز حق المؤلف، بل هذا الجانب الذي أعطى لحق المؤلف طابعه الخاص.

1- السلطات التي يخولها الحق الأدبي: تدور هذه السلطات حول تأكيد حق المؤلف، والحق الأدبي يبرر الصلة الوثيقة بين الإنتاج الذهني وبين شخص مبدعه ومفكره أو بين المصنف وبين مؤلفه.

أولاً: للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه من عدمه. في هذه السلطة يتجلى الجانب الأدبي لحق المؤلف، بل ويمكن أن يؤثر على الجانب المالي لهذا الحق.. لذلك قرر القانون احتراماً لهذا الحق الأدبي أن للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه أو عدمه.

ثانياً: حق المؤلف في نسب المصنف إليه وحده، حيث أن الإنتاج الذهني أو الفكري يعد انعكاساً لشخصية المؤلف، فإن ذلك يكشف عن الصلة الوثيقة بين الإنتاج الذهني وبين شخص مفكره أو بين المصنف وبين مؤلفه، فللمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه المصنف وفي أن يدفع أي اعتداء عن هذا الحق. هذا الحق يعطي للمؤلف الحرية المطلقة في تقرير نشر مصنفه باسمه أو بدون اسم مطلقاً أو باسم مستعار.

ثالثاً: للمؤلف وحده سلطة إدخال تعديل أو تحوير في مصنفه. هذا أمر مرتبط تماماً بما سبق ويعتبر امتداداً له، ويتم تداول المصنف بعنوانه الأصلي أو ترجمته المطابقة له.. ولا يجوز تعديل هذا العنوان أو تغييره إلى بموافقة كتابية من المؤلف أو ممن يخلفه.

رابعاً: للمؤلف حق سحب مصنفه من التداول ولو بعد نشره. يذهب المشرع في حماية الحق الأدبي للمؤلف باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية إلى أبعد حد متصور، بالسماح للمؤلف بسحب المصنف من التداول بعد نشره إذا طرأت أسباب خطيرة، وذلك بأن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه، برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي. ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت حقوق الاستغلال المالي إليه تعويضاً عادلاً يدفع خلال أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم.

2- خصائص الحق الأدبي للمؤلف: أهم ما يتميز به الحق الأدبي للمؤلف أنه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وأنه حق غير مالي.

1-2- الحق الأدبي من الحقوق اللصيقة بالشخصية: الأصل أن الحقوق اللصيقة بالشخصية تثبت لشخص لا تغييره، لذلك فإنها تنقضي بوفاة صاحبها ولا تنتقل بالميراث إلى الورثة، واستثناء من هذا الأصل قرر المشرع انتقال الحق الأدبي إلى ورثته بعد الوفاة. والحكمة من ذلك هي بسط الحماية للحق الأدبي للمؤلف حتى بعد وفاته، واحترام إرادته في تقرير مصير حقه على مصنفه بعد وفاته، لكن القانون في تنظيمه لذلك حاول أن يوفق بين الصالح الخاص والعام مقررًا ما يأتي: ((فإن لم يوص المؤلف بشيء فإن سلطة الورثة في منع نشر المصنف مقيدة بالصالح العام)).

2-2- الحق الأدبي للمؤلف حق غير مالي: يعتبر الحق الأدبي للمؤلف من الحقوق للصيقة بالشخصية وبالتالي فإنه يعتبر من الحقوق غير المالية ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

- (1) أنه لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه.
- (2) أنه لا يجوز الحجز على هذا الحق.
- (3) أنه لا يسقط بالتقادم أو بعدم الاستعمال مهما طال الزمن.

3- خصائص الحق المالي للمؤلف: إن الحق المالي للمؤلف يعبر على الجانب المادي من حق المؤلف ويتسم هذا الحق بعدة خصائص نجملها فيما يلي:

1-3- الحق المالي قابل للتصرف والتنازل عنه: الحق المالي يقبل التصرف فيه بكافة أنواع التصرف ويشترط أن يكون مكتوباً والكتابة شرط للانعقاد. ويجب أن يتضمن هذا التصرف تعيين محله "مكانه" تعييناً نافياً للجهالة.

2-3- الحق المالي للمؤلف عنصر من عناصر الذمة المالية: يعتبر الحق المالي للمؤلف عنصر من عناصر الذمة المالية بصفة خاصة بعد استغلاله مالياً.

3-3- انتقال الحق المالي إلى الورثة وتوقيته: يعتبر الحق المالي للمؤلف عنصراً من عناصر الذمة المالية، لذلك ينتقل إلى الورثة بعد الوفاة، لكن هذا الحق خلاف الحق الأدبي، موقوت بمدّة معينة ينقضي بعدها هذا الحق ويصبح جزءاً من الثروة الفكرية العامة<sup>(1)</sup>.

---

(1) - انظر: شكوي سرور، المرجع السابق، ص 101.

وقد نص المشرع على انقضاء حقوق الاستغلال المالي بمضي خمسين سنة على وفاة المؤلف بالنسبة للورثة، لكن إذا كان المصنف مشتركاً فإن مدة الخمسين سنة تحسب من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من المشتركين. (انظر المواد 54-60 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة).

أما القانون المصري فقد جعل حالات خاصة بالنسبة للمصنفات الأجنبية، فيسقط حق المؤلف في استغلالها عن طريق ترجمتها إلى اللغة الإنجليزية بمضي خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم هو بالترجمة أو بإذن للغيرها، وفي هذا القيد الزمني تغليب للصالح العام واستثنى المشرع المصري دائماً مصنفات الحاسب الآلي وجعلها عشرين عاماً.

أما بخصوص حق الاختراع فقد جعل المشرع الجزائري مدته 20 سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب (المادة 9 من الأمر 03-07 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع).

## الفصل الثاني: أركان الحق

ينقسم الحق من حيث أركانه إلى قسمين هما: أشخاص الحق، حيث يكون الشخص الذي يكتسب الحق إما شخصا طبيعيا وهو الإنسان، وإما شخصا معنويا أو اعتباريا. ومحل الحق الذي هو الشيء أو العمل الذي يرد عليه الاختصاص في الحق.

### المبحث الأول: أشخاص الحق

استعمل مصطلح الشخصية لأول مرة في عصر الإمبراطورية الرومانية السفلى، حيث كانت هذه الكلمة تعني القناع الذي يضعه الممثل عند أدائه لدوره في مسرح التمثيل، وبعد ذلك أصبحت تطلق على الأفراد العاديين، ذلك أن كل فرد يؤدي دورا معيناً في الحياة القانونية<sup>(1)</sup>.

وفي القديم، على عكس ما هو عليه الحال اليوم، لم يكن عدد كبير من الناس يعتبرون أشخاصاً قانونيين، فالرقيق لم تكن له شخصية، فهو مملوك لسيده يفعل به ما يشاء، وحتى الأحرار لم يكن كلهم يتمتعون بالشخصية القانونية، فكل من يعيش تحت سلطة رب العائلة ليست له شخصية قانونية أو أن له شخصية ناقصة، والأجانب أيضاً في القوانين القديمة مجردون من هذه الشخصية، ولكن من أجل المصلحة التجارية، خصهم المشرع بنوع من الحماية. كما كان هناك نظام يدعى بنظام الموت المدني، الذي يطبق على المحكوم عليه بالسجن المؤبد، حيث بمقتضاه يجرد من شخصيته القانونية، ويتم حل زواجه، وتوزع تركته على الورثة

---

(1)- (H), (L) et (J) MAZEAUD, Leçons de droit civil. Tomme 1, 2ème Edition, PARIS, Montchrestien, 1959, p460.

كما لو مات ميتة طبيعية، وهو لا يزال على قيد الحياة. ولم يبلغ هذا النظام في فرنسا إلا عام 1854 بموجب قانون 1854/05/31<sup>(1)</sup>.

والشخصية القانونية لها عدة تعريفات؛ منها تعريف الإخوة مازو بأنها: ((صلاحيه الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. وأن المشرع قد منحها من جهة للأشخاص الطبيعيين، كما منحها من جهة أخرى للأشخاص المعنوية))<sup>(2)</sup>، وعرف آخرون الشخصية بأنها: ((صفة يقررها القانون ويكون بمقتضاها لمن يتقرر له أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات))<sup>(3)</sup>.

### **المطلب الأول: الشخص الطبيعي (الإنسان)**

إذا كان الإنسان يحظى باعتراف القانون، فإن هذا الاعتراف له بداية كما له نهاية، وهذا يعود إلى طبيعة الإنسان، ولهذا سيكون حديثنا أولاً عن وقت اعتراف القانون بهذه الشخصية ووقت انقضائها بالنسبة إليه.

---

(1)- (H), (L) et (J) MAZEAUD, op. cit, pp 461-462.

(2)- (H), (L) et (J) MAZEAUD, ibid, p457.

La loi 1854-05-31, Bulletin des lois 11e S., B. 180, n° 1534

Article 1 : La mort civile est abolie.

Article 5: Les effets de la mort civile cessent, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers .

L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent.

3- إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص181.  
وفي ذات المنحى: محمد سامي مذكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، دون مكان الطبع، 1957، ص39.

Marcela Iacub, Penser les droits de la naissance, Presses universitaires de France, 2002, p95

كذلك، وحتى يتميز الإنسان كشخص قانوني عن غيره، لابد من وجود خصائص له. وهذا ما ندرسه كنقطة ثانية.

(الدستور البوليفي يعطي الشخصية القانونية للطبيعة)

## الفرع الأول: بداية الشخصية القانونية ونهايتها

### أولاً: بداية الشخصية القانونية

بمقتضى نص المادة 25 من التقنين المدني الجزائري: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً...». فهذا نص صريح على أن الشخصية القانونية لا تبدأ إلا من لحظة الولادة الكاملة للطفل حياً، فإذا ولد ميتاً فلا تكون له الشخصية القانونية.

وعليه يجب توافر شرطين لثبوت الشخصية القانونية: الشرط الأول، الميلاد الفعلي، ويقصد به تمام الولادة بخروج كل جسم المولود وانفصاله بشكل كامل عن جسم أمه<sup>(1)</sup>، فإن إذا خرج بعضه ثم مات، لم تثبت له الشخصية القانونية. وهذا ما هو عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، من أن الجنين لا تثبت له الشخصية القانونية، ولا يكتسب الحقوق، من ميراث ووصية وغيرهما إلا بانفصاله الكامل عن بطن أمه<sup>(2)</sup>.

---

1- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص88؛ المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، الحق، وفقاً للقانون الكويتي - دراسة مقارنة-، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1970م، ص385، 386؛ حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1988م، ص435؛ محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000م، ص66-67.

2- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1997م، ج3، ص39؛ موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي، الإقناع

أما الشرط الثاني فهو تحقق الحياة عند الميلاد، وهو أن يكون المولود حيا لحظة انفصاله عن جسم أمه، فلا تثبت الشخصية القانونية لمن انفصل ميتا أو مات قبل انفصاله الكامل عن جسم الأم، ولو كان حيا عند بدء الانفصال أو أثناءه<sup>(1)</sup>.

ويزيد القانون الفرنسي شرطا آخر إلى هذين الشرطين، وهو أن يولد الجنين قابلا للحياة<sup>(2)</sup>. ومعنى القابلية للحياة أن يولد الجنين مستكملا لأعضائه اللازمة للحياة السليمة<sup>(3)</sup>. وقد حددت تعليمة وزارة الصحة الفرنسية المؤرخة في 1993/07/22، أن علامات القابلية للحياة إتمام الجنين 22 وعشرين أسبوعا، وأن لا يقل وزنه عن 500 غرام!<sup>(4)</sup>.

## **ثانيا: نهاية الشخصية القانونية**

### **1- نهاية الشخصية بالموت الحقيقي**

وفقا لنص المادة 25 ق.م تنتهي شخصية الإنسان بوفاته، والوفاة واقعة مادية مثل الميلاد يمكن إثباتها بجميع الطرق. ويرى بعض الشراح

---

في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج3، ص109؛ علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م، ج12، ص400؛ عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلوة، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، السعودية، 1417هـ-1997م، ج09، ص181.

1- حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص435.

2- Art. 318 : "Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable".

3- (H), (L) et (J) Mazeaud, op. cit. p. 463; Catherine Philippe, La viabilité de l'enfant nouveau-né, Recueil Dalloz, 1996, Chroniques, p29.

- محمد سامي مذكور، المرجع السابق، ص41.

4-V: Catherine Philippe, op. cit, p29.

عملا بمبدأ "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، أن الشخصية القانونية للشخص تستمر بعد وفاته إلى حين تصفية التركة وسداد ما عليه من ديون، وهذا حتى يتوقى الدائنون مشقة متابعة الورثة كلا على حدة، وحماية للورثة من الالتزام بديون مورثهم في ذممهم الشخصية إذا زادت على حقوق التركة<sup>(1)</sup>.

## 2- نهاية الشخصية بالموت الحكمي (حالة المفقود)

تعريف المفقود: هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره بحيث لا تعرف حياته من مماته. ونميز في هذا الصدد بين حالتين:

حالة المفقود الذي يغلب عليه الهلاك: كما إذا فقد في زلزال أو فيضان وفي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه.

وفي القانون المصري في حالة ما إذا فقد الشخص على إثر غرق سفينة أو سقوط طائرة أو أثناء العمليات الحربية، إذا كان من أفراد القوات المسلحة، يعتبر المفقود ميتاً بحكم القانون بعد مضي سنة واحدة من تاريخ فقدانه.

على أن المشرع الجزائري كذلك خص المفقودين في فيضانات الجزائر 10 نوفمبر 2001 وكذا زلزال 21 ماي 2003، وضحا المأساة الوطنية، بأحكام خاصة، بموجب الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 2002/02/25 المتعلق

---

(1) - انظر: شكري سرور، المرجع السابق، ص152.

بفيضانات 2001<sup>(1)</sup>، حيث جاء في نص المادة 02 منه أن الضبطية القضائية تعد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث. ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى أربعة (4) أشهر من تاريخ وقوع الحادث. ويصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة. ويفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. أما القانون رقم 06-03 المؤرخ في 2003/06/14 المتعلق بزلزال 2003<sup>(2)</sup>، فقد جاء في نص المادة 02 منه أن الضبطية القضائية تعد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني في أجل لا يتعدى ثمانية (8) أشهر من تاريخ وقوع الحادث.

أما بخصوص ضحايا المأساة الوطنية، فقد صدر بشأنهم الأمر 06-01، وحدد إجراءات اعتبار المفقود متوفيا في المواد من 27 إلى 36<sup>(3)</sup>

حالة المفقود في غير الظروف السابقة: كما إذا سافر مثلاً للسياحة أو لطلب العلم ثم انقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته، ففي هذه الحالة حيث لا يغلب عليه الهلاك، يفوض أمر المدة التي يحكم بموته

---

(1) الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 28 فبراير 2002م، الصفحة 26.

(2) القانون رقم 06-03، المؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية عدد 37، المؤرخة في 15 يونيو 2003، الصفحة 9.

(3) الأمر رقم 01-06 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، جريدة عدد 11، مؤرخة في 28 فبراير 2006، الصفحة 3. وفي جميع هذه الحالات لا بد من صدور حكم قضائي بالوفاة.

بعدها إلى القاضي، وبديهي أنه لا ينبغي أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات.

**أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً:** يترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتاً أن توزع تركته على من كان موجوداً من ورثته وقت الحكم، وتعد زوجته عدة الوفاة بعد صدور الحكم، وإن مات أحد من ورثته قبل تاريخ صدور الحكم أو صدور القرار لا يرث منه. فيكون بذلك حكم القاضي أو القرار باعتبار المفقود ميتاً، حكماً منشئاً لهذا الموت الاعتباري وليس كاشفاً له.

**ظهور حياة المفقود:** سبق أن رأينا أن الحكم بموت المفقود هو حكم اعتباري لا حقيقي. على ذلك فإنه ينبغي أن يسقط هذا الحكم هو وآثاره إذا عاد الشخص أو ظهرت حياته، ولكن ذلك مشروط بعدم الإضرار بحقوق الغير. وتتبع ذلك بالنسبة إلى زوجته وبالنسبة لأمواله.

**بالنسبة إلى زوجته:** اتفقت التشريعات العربية حول مسألة عودة المفقود حياً أو ظهور حياته دون أن تكون زوجته قد تزوجت، حيث تعود إليه وتعتبر الرابطة مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتاً، لكنهم اختلفوا فيما لو تزوجت رجلاً آخر وتمتع أو دخل بها؛ فنص المشرعون: المصري والكويتي والإماراتي على أن الزوجة تكون للزوج الأول إذا كان الثاني عالماً بحياته، أو أنه تزوجها أثناء عدتها، أما إذا دخل بها وكان حسن النية بأنه لا يعلم بحياة المفقود وقع زواج الثاني صحيحاً بعد عدة الوفاة وتكون لزوجها الثاني<sup>(1)</sup>.

بينما نص المشرعون الأردني والعماني والفلسطيني والسوداني

---

1 - نص المادة 8 من قانون الأحوال الشخصية المصري، و148 كويتي، و239 إماراتي.

والموريتاني، بأن الزوجة تكون للزوج الثاني إذا دخل بها، فإن لم يدخل بها فهي للأول<sup>(1)</sup>. بينما يرى المشرع اليمني في نص المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية بأن الزوجة تبقى في عصمة الزوج الأول.

**بالنسبة للأموال:** إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فالأصل أن له استرداد أمواله التي وزعت على ورثته، واسترداد النصيب الذي كان مستحقاً له من أرض أو وصية، والذي ارتد بعد الحكم باعتباره ميتاً إلى ورثة المورث أو الموصي، ولكن خروجاً عن هذا الأصل قرر المشرع أنه يسترد ما بقي من هذه الأموال أو قيمة ما بيع منها ( المادة 115 ق.أ).

---

1 - نص المادة 179 أردني، 197 عماني، 179 فلسطيني، 266 سوداني، 107 موريتاني.

أما فقهاء الشريعة فأقولهم هي كالاتي:

الحنفية لهم قولان: الأول أن الزوجة تكون من حق الزوج الأول إذا لم تكن قد تزوجت، والقول الثاني أنها تكون للزوج الأول دون الثاني.

المالكية: يفرقون بين ما إذا تزوجت بعده أم لا؛ فإن لم تتزوج فالمشهور عندهم أنها تبقى على عصمته. أما إن تزوجت ففي المسألة قولان للإمام مالك: الأول إذا رجع الزوج قبل الدخول بالزوجة فهو أحق بها، ويفرق بينها وبين الزوج الثاني، وإن عاد بعد الدخول فالزوج الثاني أحق بها.

أما القول الثاني، أن المرأة تكون للزوج الثاني سواء دخل بها أم لا.

وهذا ما جاء في المدونة الكبرى، وفي الموطأ.

الشافعية: للشافعي قولان، قوله القديم وقوله الجديد؛ ففي قوله القديم وجهان على العموم، أولهما أن عقد الزوج الأول باطل وعقد الثاني صحيح، وثانيهما عكس الأول، على تفصيل في الوجهين. أما في قوله الجديد فالزوجة من حق الزوج الأول وزوج الثاني باطل.

الحنابلة: أيضا يفرقون بين دخول الزوج الثاني بالمرأة وعدمه؛ فإن لم يكن قد دخل بها ففي ذلك روايتان: الأولى أن الزوجة تكون للزوج الأول ما لم يدخل بها، وهي الصحيح عندهم، والثانية أنه يخير.

أما إن دخل بها الثاني، كان الزوج الأول بالخيار بين أخذ زوجته وبين تركها وقبض صداقتها.

ومن الحنابلة من جعل الخيار للمرأة، فإن شاءت اختارت الأول وإن شاءت اختارت الثاني، وفي هذه الحالة ترد لمن لم تحتره ما أخذت منه.

## الفرع الثاني: خصائص الشخصية القانونية

### أولاً: الاسم

من أهم سمات الشخصية ومميزاتها هو التسمي باسم معين وذلك ليميزه عن غيره من الناس لذلك نعرض لما يلي:

#### 1- تعريف الاسم وأهميته:

أوجب القانون أن يكون لكل فرد اسم، وأن لقب الفرد يلحق أولاده (المادة 28 ق.م)، بينما لقب الزوج لا يلحق بالزوجة خلافاً لما هو متبع في البلاد الغربية حيث أن الزوجة عندنا تحتفظ بلقبها.

يمكن تغيير اسم الشخص بتقديم طلب بذلك إلى وكيل الجمهورية - إذا كانت هناك مصلحة مشروعة- الذي يحيله على رئيس المحكمة ليصدر حكماً بذلك بعد إجراء تحقيق (المادة 57 من ق. الحالة المدنية). أما تغيير اللقب، فإنه بمقتضى المرسوم رقم 157-71 المؤرخ في 03/06/1971 يجب تقديم طلب تغيير اللقب إلى وزير العدل، الذي يقوم بدوره بتكليف النائب العام للدائرة القضائية لمكان ولادة الطالب، لإجراء تحقيق، وينشر في نفس الوقت الطلب للإعلام، حيث تقدم الاعتراضات خلال 6 أشهر من تاريخ النشر. وفي الأخير يجرى التحقيق بمعرفة وزير العدل، ثم يقدم نتائجه إلى لجنة خاصة، وبعد هذا إذا لم يكن هناك اعتراضٌ ممن له مصلحة، أو رفضٌ، يتم تغيير اللقب بموجب مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية.

وهناك اسم الشهرة، وهو الذي اعتاد الناس إطلاقه على الشخص مع إهمال اسمه الرسمي أو بالإضافة إليه، يبتكره أحد الأفراد، حيث يشتقه غالباً من صفات معينة موجودة في هذا الشخص. فإذا شاع هذا الاسم واشتهر به الشخص، أصبح حقاً له. وهناك ما يدعى بالاسم

المستعار، وهو يكثر عادة عند الفنانين (!) بصفة خاصة، ويأخذ نفس حكم اسم الشهرة. على أن الاسم المستعار في اللغة القانونية يختلف عما ذكرناه في هذا المقام عندما يستعمل في مجال الصورية التي ترد على التصرف القانوني، حيث يخفي أحد المتعاقدين شخصيته تحت اسم شخص آخر، فيظل مجهولاً عن المتعاقد الآخر، وهناك من يجعل تصرف الشخص باسم زوجته أو أولاده من قبيل استعمال الاسم المستعار، كمن يشتري شيئاً على أن زوجته هي من اشترته.

أما ما يسمى بالاسم التجاري فإنه لا يعتبر سمة أو علامة مميزة للحالة الشخصية، وإنما يطلق هذا الاسم التجاري لتمييز النشاط التجاري للشخص، حيث يعتبر من عناصر ومقومات المحل التجاري، فتثبت له كالمحل التجاري (ذو طابع مالي). وقد يشتق من الاسم المدني للشخص.

## 2- الطبيعة القانونية للاسم:

الاسم باعتباره من مميزات الشخصية فإنه ينطوي على واجب وحق في ذات الوقت، فإذا كان من الواجب أن يتسمى الشخص باسم معين حتى يتميز بذلك عن غيره من الأفراد، فإن للشخص حقاً على اسمه ينبغي احترامه فهو حق من الحقوق الشخصية... فالاسم واجب يقرره القانون.

## 3- حماية الحق في الاسم:

والحماية التي يضيفها القانون على الاسم تأخذ صورتين:

الأولى: تخول صاحب الاسم رد الاعتداء، ولو لم يصبه ضرر من جراء هذا الاعتداء.

الثانية: تخول صاحب الاسم في حق الحصول على التعويض إذا وقع له ضرر محدد من جراء المنازعة أو الاعتداء. وانتحال الاسم التجاري يتمتع هو الآخر بحماية القانون.

## ثانياً: الحالة

يقصد بالحالة مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص أو الفرد فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات وفي بعض الأحيان يرتب القانون آثار معينة على انتماء الشخص إلى دين أو عقيدة وهذه هي الحالة الدينية<sup>(1)</sup>.

### 1 - الحالة السياسية:

تحدد الحالة السياسية بتحديد جنسية الفرد أي انتمائه إلى دولة معينة. وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الفرد وواجباته ونشاطه القانوني، لذلك هناك فرق بين المواطنين والأجانب في كل الدول من حيث نطاق ما يتمتع به كل من المواطنين والأجانب من حقوق وواجبات<sup>(2)</sup>.

وهناك الجنسية الأصلية، وهي التي تثبت للشخص بمجرد ميلاده، وتقوم إما على أساس رابطة الدم، أو على أساس رابطة الإقليم، والمشرع الجزائري يأخذ بالأساس الأول كأصل عام، ويكمّله بالأساس الثاني. كما أن هناك الجنسية المكتسبة أو التجنس، وتكون تالية على ميلاده، إما بسبب الزواج (المادة 9 مكرر من قانون الجنسية) أو بسبب الإقامة (المادة 10)، وهناك حالات أخرى كالأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر (المادة 11).

---

(1) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 196.

(2) - انظر: شكري سرور، المرجع السابق، ص 196.

## 2- الحالة العائلية:

ويقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها، تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل، وقد تربطه بأعضاء أسرة أخرى كذلك رابطة هي قرابة المصاهرة.

أ- قرابة النسب: ويقصد بقرابة النسب هي الصلة القائمة بين الأشخاص بناءً على دم وأصل مشترك وقرابة النسب قد تكون مباشرة أو قرابة حواشي.

ب- قرابة المصاهرة: وهي القرابة التي تنشأ بالزواج بين كل من الزوجين وأسرته الزوج الأخر ويقضي القانون بأن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.  
آثار القرابة:

تترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها، وتبدو أهمية القرابة، وخاصة قرابة النسب في تحديد حقوق الفرد والتزاماته العائلية بحسب مركزه في الأسرة قبل باقي أعضائها، وعلى ذلك فإنه يتولد عن القرابة حقوق للأبء على الأبناء، وحقوق للأبناء على الأبء. وكذلك يترتب على الزواج حقوق للزوج على زوجته، وحقوق للزوجة على زوجها.

كما يترتب على القرابة حقوق مالية مختلفة كالنفقات والتوارث بين الأقارب، فيحدد من تجب له أو عليه النفقة، كما تحدد أنصباء الورثة.  
وقد تعتبر القرابة مانعاً من موانع الزواج، إذ يحرم على الفرد الزواج من أقاربه إلى درجات معينة.

كما قد تعتبر القرابة مانعاً من سماع الشهادة، وقد تعطي امتيازاً مثل السرقة التي تقع بين الأقارب قرابة حواشي، والأصهار إلى غاية

الدرجة الرابعة (4)، فلا يجوز اتخاذ إجراءات جزائية بالنسبة للسارق إلا بناء على شكوى من الشخص المضرور، كما أن التنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات. بل وأكثر من ذلك، السرقات التي تكون بين الأصول والفروع أو بين أحد الزوجين لا تعطي للمضرور غير الحق في التعويض ( المادة 368 و369 من تقنين العقوبات).

وعلى ذلك فإن شخصية الإنسان، أي مدى صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، تتأثر بالمركز الذي يحتله في العائلة.

### 3- الحالة الدينية:

الأصل أنه لا تأثير للحالة الدينية على صلاحية الفرد في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وهذا المبدأ يطبق تطبيقاً مطلقاً في الدول العلمانية أي الدول التي تأخذ بمبدأ الفصل بين الدين والدولة.

### ثالثاً: الموطن

يقصد بالموطن، المكان المحدد الذي يستند إليه الشخص بمقتضى القانون، أي هو المقر القانوني للشخص، الذي يعتد به لمخاطبته في شأن علاقاته القانونية.

ولكن كيف يمكن تحديد الموطن؟

هناك طريقتان لتحديد الموطن هما: طريقة التصوير الحكمي، وطريقة التصوير الواقعي<sup>(1)</sup>.

### 1- طرق تحديد الموطن:

الطريقة الأولى: بمقتضاها يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه

---

(1) - انظر: شكري سرور، المرجع السابق، ص 176-177.

الشخص عادة (النظرة الواقعية)، أي الإقامة الفعلية، وهذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري كأصل عام. والإقامة الفعلية تعني أن الأمر يتعلق بإقامة حقيقية في مكان معين وليس مجرد افتراض، كما يجب أن تكون الإقامة مستقرة أو معتادة. وهذا لا يعني اتصال الإقامة دون إقطاع. ويترتب على ذلك التصوير الواقعي للموطن النتائج الآتية:

أ- إمكان وجود شخص بلا موطن: يحدث ذلك عندما تنتفي الإقامة المستقرة في مكان معين، ومثال ذلك الأشخاص الذين لا موطن لهم، كالبدو والرحل الذين لا يقر لهم على الأرض قرار، وإنما من مكان إلى مكان ومن أرض إلى أخرى.

ب- إمكان تعدد الموطن: فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، وذلك يكون إذا تعددت الأمكنة التي تحقق بشأنها إقامة مستقرة من جانب الشخص.

ج- إمكان تغيير الموطن: وذلك بمجرد تغيير الإقامة، فإذا استقر المقام بشخص في بلد كان هذا موطنه، فإذا تركه، مزعما الإقامة في بلد آخر انقطع موطنه في البلد الأول وثبت في البلد الثاني بمجرد توافر الإقامة المستقرة فيه.

الطريقة الثانية: مقتضاها الفصل بين الموطن والإقامة، واعتبار الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه، وليس المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. وهذا هو التصوير الحكمي للموطن، ويترتب على ذلك ما يلي:

أ- وحدة الموطن: معنى ذلك أن الشخص لا يمكن أن يكون له أكثر من موطن في الوقت نفسه، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في التعديل الأخير بموجب المادة 36 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005

المتضمن تعديل التقنين المدني. فالموطن منوط بالمركز الرئيسي للأعمال، فحتى لو كان للشخص عدة مراكز للأعمال فلا يكون المركز الرئيسي إلا وحدا منها.

ب- ضرورة الموطن: أي أنه لا بد لكل شخص من موطن، فإن لم يكن له موطن خاص به فله موطن آبائه، وهذا في الحقيقة أمر مبالغ فيه، فكيف نحدد موطن البدو الرحل بهذا المنظور؟

وقد انقسمت التشريعات حيال هاتين الطريقتين، فأخذت التشريعات القديمة عدا القانون المدني الإيطالي الحديث بطريقة التصوير الحكمي كالتشريع الفرنسي (م 102 ق.م)، والتشريع الإيطالي القديم (م 16 ق.م). وأخذت التشريعات الأخرى بالتصوير الواقعي للموطن، كالقانون الروماني، والقانون الألماني (م 7 ق.م)، والقانون المصري (م 4 ق.م)، والقانون الجزائري (م 1/36 ق.م)، على أن المشرع الجزائري لما جعل موطن الشخص هو المكان الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وفي حالة عدم وجوده يقوم محل الإقامة العادي محل الموطن، قيد التصوير الواقعي للموطن، الذي يجيز تعدد الموطن، فنص في المادة 2/36 ق.م، على أنه لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن في الوقت نفسه، وهذا في الحقيقة مأخوذ من التصور الحكمي للموطن. كما أنه لم ينص على حالة عدم وجود الموطن (لا مقر السكني الرئيسي ولا محل الإقامة)، مثل البدو الرحل، فيعود تقدير ذلك إلى قاضي الموضوع.

## 2- أنواع الموطن:

وفي القانون الجزائري يمكن أن نجد نوعين من الموطن: الموطن العام، والموطن الخاص.

أ-المواطن العام (الإرادي): وهو المكان الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص حسب نص المادة 36 ق.م، سالفه الذكر. ونقول عنه بأنه موطن اختياري لأن إقامة الشخص في مكان معين إنما ترجع إلى اختياره، وهذا حتى نميزه عن المواطن الإلزامي الذي يحدده القانون لبعض الأشخاص، كالقصر ومن في حكمهم.

ب-المواطن الخاص: ونميز فيه بين ثلاث حالات.

مواطن الأعمال: حيث تنص المادة 37 ق.م، على أن المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة، يعتبر موطننا خاصا بالنسبة إلى المعاملات التي تتعلق بهذه التجارة أو الحرفة فقط، أما فيما عدا ذلك من الأعمال فإن مخاطبة الشخص قانونا يجب أن تتم في موطنه العام، كذلك لا يعتبر المكان الذي يباشر فيه الموظف وظيفته موطننا له. على أن هذا الأمر لا يمنع من مخاطبة الشخص قانونيا فيما يتعلق بأعمال التجارة أو الحرفة في المواطن العام له.

مواطن القاصر ومن في حكمه: حسب نص المادة 38 ق.م، فإن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب، هو موطن من ينوب عنهم قانونا. أما القاصر الذي تم ترشيده بالإذن له في القيام بتصرفات معينة، كالترشيد في الزواج، أو الترشيح للقيام بأعمال التجارة، فإنه يكون له موطن خاص يتحدد بشكل اختياري بالنسبة للأعمال التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها دون غيرها، وهو المكان الذي يقيم فيه القاصر عادة، إضافة طبعا إلى المواطن العام الذي هو موطن من ينوب عنه قانونا<sup>(1)</sup>.

---

(1) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 181.

الموطن المختار: ويقصد به المكان الذي يختاره الشخص بنفسه لمباشرة عمل قانوني معين، وهو لا يرتبط في القانون بمكان معين بالذات، كما لا يتحدد بحكم القانون وإنما يترك لمحض إرادة صاحبه، مثل اختيار الشخص مكتب محاميه موطناً مختاراً بالنسبة لإجراءات الدعوى الموكل عنه فيها، على أن هذا الاختيار يتم كتابة، فإن لم يكن مكتوباً صح، ولكن لا يتم إثباته إلا كتابة، وقد نص المشرع على ذلك في المادة 39 ق.م.

### **رابعاً: الأهلية القانونية**

تعرف الأهلية القانونية على أنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات، ولكن في الحقيقة هذا التعريف يخلط بين الشخصية القانونية والأهلية عموماً وأهلية الوجوب خصوصاً؛ ذلك أن الأهلية إنما هي مدى هذه الصلاحية. وتنقسم إلى نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

#### **1- أنواع الأهلية:**

**أهلية الوجوب:** هي مدى صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق ولأن تتقرر في ذمته واجبات، ففيها عنصر إيجابي وعنصر سلبي. وكل إنسان ولد حياً يتمتع بأهلية وجوب كاملة، عدا الجنين فيتمتع بأهلية وجوب ناقصة؛ لأنه ليس أهلاً لأن تثبت له جميع الحقوق، ولا لأن تتقرر في ذمته جميع الالتزامات.

**أهلية الأداء:** وهي مدى صلاحية الشخص لاستعمال أو ممارسة الحق، أو مدى صلاحيته لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتبر شرعاً، فهي قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لأناره القانونية. ومقتضى ذلك وجوب توافر إرادة واعية بصيرة بما تتجه إلى إحداثه من أثر قانوني، وهو ما يتطلب كمال الإدراك والتمييز

عند الشخص، لذلك يكون مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز والإرادة...وأهلية الأداء تخول للشخص أن يجري بنفسه ولحسابه التصرفات القانونية كلها وبأنواعها المختلفة.

وأنواع التصرفات القانونية ثلاثة: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، تصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر.

- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي تلك التي تسبب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه للطرف الآخر كقبول الهبة.

- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: وهي تلك التي تسبب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه كالإيحاء وهبة مال معين.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: هي تلك التي لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضاً ولا افتقاراً محضاً كالبيع والإيجار.

## 2- تدرج أهلية الأداء:

يمر الشخص بمراحل مختلفة في حياته حيث يبدأ صغيراً غير مميز ثم بعد ذلك في مرحلة معينة من حياته يبدأ تمييزه، ولن تتوفر له كل أسباب التمييز والإدراك إلى أن يبلغ سن الرشد، وقد يبلغ سن الرشد كامل التمييز والإدراك فتكون له أهلية أداء كاملة، ومع ذلك قد يعترضه عارض من عوارض الأهلية، أو مانع من موانعها. وحيث أن مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز، وأن التمييز يتدرج بتدرج السن، فإن أهلية الأداء تتدرج بتدرج السن، ولذلك قد ميزها القانون بين ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: الصبي غير المميز: حدد القانون سن التمييز للشخص بثلاث عشرة سنة (13)، فكل من لم يبلغ هذه السن يعتبر فاقداً للتمييز (المادة 42 ق.م)، ويترتب على ذلك انعدام أهلية الأداء لديه، بالتالي لا

يصلح لمباشرة التصرفات القانونية أياً كان نوعها. فإذا أقدم الصبي غير المميز على تصرف من التصرفات كان ذلك التصرف باطلاً بطلائعاً مطلقاً ( المادة 82 من تقنين الأسرة).

**المرحلة الثانية: الصبي المميز:** إذا بلغ شخص سن الثالثة عشر كان مميزاً، وتكون له أهلية أداء ناقصة لأنه يفترض في هذه المرحلة أنه لم تتوافر له أسباب التمييز كاملة. والقاعدة العامة في شأن تصرفات ناقص الأهلية تتوقف على نوعها في الحكم على تصرف الشخص في هذه المرحلة، فإذا كانت تصرفات نافعة نفعاً محضاً، فهي صحيحة وعلى العكس من ذلك إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، فتكون باطلة بطلائعاً مطلقاً. أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي طبقاً لنص المادة 83 من تقنين الأسرة.

غير أنه إذا نظرنا في التقنين المدني فإننا نجد هذه الأخيرة قابلة للإبطال وفق نص المادة 101، والأصح أنها موقوفة، وهذا بالرجوع إلى النصوص الآتية: 2 و44 و79 من التقنين المدني، و 83 و223 من تقنين الأسرة؛ فالمادة 2 من التقنين المدني تقضي بأنه لا يلغى القانون إلا بقانون لاحق، وتقنين الأسرة لاحق على التقنين المدني، ونص المادة 44 من التقنين المدني يُخضع ناقصي الأهلية وفاقدتها إلى أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة حسب الحالة، وهذه الأحكام نجدها في تقنين الأسرة؛ والمادة 79 من التقنين نفسه تنص صراحة على أن القصر والمحجور عليهم وعديمي الأهلية وناقصيها، تسري عليهم قواعد الأهلية المنصوص عليها في تقنين الأسرة، والمادة 83 من تقنين الأسرة تجعل من تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو

الوصي، وأخيرا المادة 223 من تقنين الأسرة كذلك، التي تقضي بإلغاء جميع الأحكام المخالفة لهذا التقنين<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى ما سبق هناك حالة أخرى تدعى حالة ترشيد الصبي المميز، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 84 من تقنين الأسرة من أنّ للقاضي أن يأذن للصبي المميز بالتصرف في أمواله كلها أو في جزء منها. وهذا التصرف طبعاً غير مشروط فيه أن يكون دائراً بين النفع والضرر، بل قد يكون ضاراً ضرراً بحتاً، كأن يأذن له بأن يتبرع من ماله لجمعية خيرية أو لأحد أقاربه<sup>(2)</sup>.

**المرحلة الثالثة: البالغ الرشيد:** إذا بلغ الشخص سن الرشيد وهي تسعة عشر (19) سنة ميلادية حسب نص المادة 40 من التقنين المدني،

---

1 - تشير إلى أن نص المادة 101 من التقنين المدني قد عدل سنة 2005، فيكون هو الجديد، ولهذا ذكر الدكتور علي فيلاي، والدكتور محمد سعيد جعفرور في قوله الجديد (في كتاب نظرية الحق)؛ أن التقنين المدني هو الأولي بالتطبيق فهو أحدث من نص المادة 83 من تقنين الأسرة. لكنهما أغفلا أن نص المادة 101 فهم منه قابلية إبطال تصرف ناقص الأهلية بدلالة المفهوم، وهو هنا مفهوم المطابقة وليس مفهوم المخالفة، بينما نص المادة 83 من تقنين الأسرة نص على وقف التصرف على الإجازة بصريح العبارة وليس بمفهوم المخالفة. ضف إلى ذلك أنه لو طبقنا نص المادة 101 بدل نص المادة 83 لكان علينا أن نلغي جميع نصوص قانون الأسرة التي تتعلق بناقصي الأهلية وعديميها والمحجور عليهم، أي من نص المادة 81 إلى غاية نص المادة 125 من تقنين الأسرة، وهذا لا يقول به عاقل، لاسيما وأن نصي المادتين 44 و79 من التقنين المدني تحيلان على تقنين الأسرة بهذا الخصوص. وحتى ولو سلطنا جدلاً بأن النص الجديد يلغي النص القديم، فإن هذا ينقلب على أصحابه؛ لأن نص المادة 79 من التقنين المدني الذي يحيل إلى تقنين الأسرة أيضاً جديد، فهو معدل سنة 2005، فيكون قد صدر مع نص المادة 101 بموجب قانون واحد.

2 - ومن ذلك أيضاً نص المادة 7 ق.أ. الذي يقضي بإمكانية ترخيص القاضي للقاصر بالزواج، وباكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

ولم يحجر عليه، اكتملت له عناصر التمييز، وصار بذلك كامل الأهلية، يستطيع القيام بكل أنواع التصرفات القانونية.

ولكن قد يكون الشخص كامل الأهلية أي إنه بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، وغير محجور عليه، ومع ذلك قد تطرأ ظروف مادية (غيبية)، أو قانونية (الحكم عليه بعقوبة جنائية)، أو طبيعية (عاهة مزدوجة)، تعوق عنه مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو تعوقه عن مباشرتها منفرداً. في هذه الحالات يقرر القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم بها إلى جانبه عند مباشرتها.

### 3- عوارض الأهلية:

أ- الجنون والعتة: الجنون هو ذلك المرض الذي يصيب العقل فيؤدي إلى اختلاله، ومن ثم يعدم صاحبه التمييز<sup>(1)</sup>. أما العتة فهو ذلك الخلل الذي يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون، فيجعل صاحبه مختلط الفهم قليل الكلام فاسد التدبير<sup>(2)</sup>. على أنه في الفقه الإسلامي يفرق بينهما في أن الجنون يصاحبه هيجان وسب وشتم، بينما العتة يصاحبه الهدوء<sup>(3)</sup>. وتقدير حالة الجنون والعتة متروك لقاضي الموضوع.

---

(1) - انظر في هذا المعنى: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الطبعة الثانية، الكويت، ج8، ص76؛ عبد الحى مجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص108.

(2) - محمود بن أحمد بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ - 2000م، ج5، ص298؛ زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، د.ت، ج3، ص268؛ محمد أمين المعروف بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، ج1، ص143.

(3) - بدر الدين العيني، المرجع السابق، ج5، ص298؛ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص268.

واستنادا إلى شهادة الشهود ورأي الخبراء.

وعارضا الجنون والعتة، يفقدان الشخص الأهلية وفقا لنص المادة 42 من التقنين المدني، والمقصود بها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، فتكون تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت بعد تسجيل الحجر، أو إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة قبل ذلك بمقتضى نص المادة 107 من تقنين الأسرة، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة قبل الحكم بالحجر إذا كانت حالة الجنون أو العتة غير ظاهرة للطرف الآخر.

غير أن نص المادة 85 من تقنين الأسرة، يزيد الأمر تعقيدا حين جعل تصرفات المجنون والمعتوه وحتى السفه غير نافذة، بمعنى أنها صحيحة ولكنها ليست سارية المفعول إلى أن تنتهي حالة الجنون أو العتة أو السفه، أو يجيزها وليه أو وصيه.

في حين تصرفات المجنون والمعتوه - وفق نص المادة 42 من التقنين المدني - باطلة دون النظر إلى الحجر من عدمه، فهو غير أهل لمباشرة حقوقه المدنية.

ولو حاولنا التقريب بين نصي المادتين 85 و107 من تقنين الأسرة، لقلنا إن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بعد تسجيل قرار الحجر، وقبل ذلك إذا كان الجنون أو العتة ظاهرين أو معلومين للمتعاقد الآخر أو من المفروض أن يعلم بهما، فإن لم تتوافر إحدى هذه الشروط كان العقد موقوفا.

لكن رغم هذا التعليل يبقى القصور وعدم الاتساق باديا؛ لأن الأصل هو الحفاظ على استقرار المعاملات وليس تهديدها، وفي الوقت نفسه حماية الطرف الضعيف، فإذا حكمنا ببطلان التصرف بالشروط

المذكورة فقد حمينا مصالح المجنون والمعتوه من الخطر الذي قد يداهمها، وإن حكمنا ببطلانها دون النظر إلى تلك الشروط فقد هدمنا مبدأ استقرار المعاملات. أما إن حكمنا بصحتها عند عدم توافر الحجر أو عدم العلم بحالة الجنون أو العته فقد حافظنا على استقرار المعاملات، وبالتالي لا يبقى مكان للقول بعدم النفاذ هنا، لاسيما وأن النص الفرنسي للمادة 85 من تقنين الأسرة يقول بالبطلان وليس عدم النفاذ.

لذا كان على المشرع أن يوضح موقفه بدقة من تصرفات المجنون والمعتوه وحتى السفه وذي الغفلة، ليتفادى التناقض وعدم التناسق الموجود في كل من التقنين المدني وتقنين الأسرة.

ب- السفه والغفلة: هذان العارضان لا يصيبان العقل وإنما يلحقان التدبير؛ ((فالسفه حِقَّةٌ تَعْتَرِي الإِنْسَانَ فَتَبَعْتُهُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِخِلَافِ مُقْتَضَى العُقْل، مَعَ عَدَمِ الإِخْتِلَالِ فِي العُقْل))<sup>(1)</sup>، فيكون السفه هو الشخص الذي يقوم بتبذير أمواله فيما لا يعده العقلاء غرضاً صحيحاً. أما ذو الغفلة هو من يسهل وقوعه في الغبن لسلامة قلبه وضعف إدراكه (السذاجة)، فلا يهتدي إلى التصرفات الراجعة. فيكون الفرق بين السفه وذي الغفلة في أن الأول يفسد ماله بتبذيره يمينا وشمالاً متبعاً في ذلك هواه، بينما لا يبذر ذو الغفلة ماله، ولا يقصد أن يبذره عندما لا يربح في صفقة معينة<sup>(2)</sup>.

ونشير إلى أنه لا يترتب على السفه والغفلة انعدام أهلية الأداء بل نقصانها فقط، فيكون الشخص الذي اعتراه أحد العارضين في حكم الصبي المميز.

(1) - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص165.

(2) - انظر في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج17، ص97.

لكن المادة 81 من تقنين الأسرة تجعل السفية فاقدا للأهلية، وهذا غير صحيح، فهو ناقص الأهلية طبقا لنص المادة 43 من التقنين المدني بعد تصحيحها في التعديل الذي أقره القانون 10-05. في حين، وحسب نص المادة 107 من تقنين الأسرة، فإن تصرفات السفية بعد الحجر<sup>(1)</sup> تكون باطلة، وقبله - بمفهوم المخالفة تكون صحيحة - والصحيح أنه يطبق عليه نص المادة 83 من تقنين الأسرة، في شأن التصرفات؛ لأنه يعامل معاملة الصبي المميز، فيأخذ الحكم الذي ذكرناه آنفا.

وجدير بالذكر أن ذا الغفلة لم يجعله المشرع الجزائري في تقنين الأسرة من ضمن المحجور عليهم، حسب ما ورد في نص المادة 107، ولعله اتبع في ذلك قول أبي حنيفة من أن ذا الغفلة لا يحجر عليه، واستبعد قول جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، اللذين يلحقون وصف ذي الغفلة بالسفه، وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن الحنفيين<sup>(2)</sup>.

#### 4- موانع الأهلية:

أ- الغيبة: حتى تعتبر الغيبة مانعا ماديا يعوق الشخص عن مباشرة التصرفات بنفسه رغم كمال أهليته، فإنه يجب أن تنقضي مدة سنة أو أكثر على غيبته، وأن يترتب على ذلك تعطيل مصالحه بحيث يستحيل

---

(1) - يرى جل فقهاء الشريعة الحرج على السفية، كبيرا كان أم صغيرا. أما أبو حنيفة وزفر فيريان الحرج عليه إذا كان كبيرا فقط: انظر في ذلك: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ- 2004م، ج6، ص237، المسألة رقم 3866.

على أن الحرج لا يكون إلا بحكم عند جمهور الفقهاء، بخلاف محمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أبي حنيفة، وابن القاسم تلميذ الإمام مالك، اللذين يريان أن الحرج يقع دون حاجة إلى حكم قضائي.

انظر في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج17، ص97.

(2) - انظر في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج17، ص97-98.

عليه أن يتولى شؤونه بنفسه، أو يشرف عليها من ينوب عنه في إدارتها ( المادة 110 و111 من تقنين الأسرة).

ب- العاهة: هي مانع طبيعي، يترتب على وجودها عدم استطاعة الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، فتعين له المحكمة مساعدا قضائيا يتولى مساعدته بالنسبة للتصرفات التي تقرر فيها المساعدة. ويلزم لتعيين مساعد قضائي ما يلي:

- أن تكون هناك عاهة مزدوجة، كما إذا كان الشخص أصم وأبكم في الوقت نفسه، أو أعمى وأصم، أو أعمى وأبكم.

- ينبغي أن يتعذر التعبير عن الإرادة بسبب العاهة المزدوجة. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 80 من التقنين المدني. كما ينبغي أيضاً أن يكون العجز الجسماني شديدا بحيث يخشى معه انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله... فإذا لم يترتب على العاهة أو العجز شيء من ذلك فلا تقرر المساعدة القضائية، وحالة العجز الجسماني الشديد لم ينص عليها المشرع الجزائري.

ج- الحكم بعقوبة جنائية: فإذا حكم على شخص بعقوبة جنائية - وليس بعقوبة جنائية كما قول البعض خطأ- عوقب بعقوبة تكميلية طبقاً لنص المادة 9 من تقنين العقوبات، فيحكم عليه بالحجر القانوني، والحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة... الخ.

### **خامساً: الذمة العالية**

وهي الجانب المالي من الشخصية القانونية، الذي يستقبل ما قد ينشأ للشخص من حقوق، وما يمكن أن يترتب عليه من التزامات مالية، من وقت ولادته إلى حين وفاته.

## 1- خصائص الذمة المالية:

تتميز الذمة المالية بخصائص هي:

- لا يدخل في نطاقها إلا الحقوق والالتزامات المالية، أي التي يمكن تقويمها بالنقود، ويستوي في ذلك الحقوق العينية والشخصية أو الذهنية وأياً كان محل هذه الالتزامات، مبلغ من النقود أو عمل أو امتناع عن عمل.
- وأهم ما تتميز به الذمة المالية هو أن ينظر إليها كمجموعة قانونية مجردة ومتميزة عن العناصر التي تدخل في نطاقها عناصر الذمة، وهذه الحقوق والالتزامات المالية تفتى فيها وتفقد ذاتيتها، وتسمو هي فوق تلك العناصر بحيث يكون لها كيان وذاتية مستقلة عنها. أي أنها وعاء يستقبل الحقوق والالتزامات ولا يختلط بها.
- وتتميز الذمة المالية أيضاً بأنها مجموعة تضم بين عناصر الحقوق والالتزامات المالية التي تكون للشخص في الحال وفي الاستقبال، فهي لا تشمل الحقوق والالتزامات الحاضرة فحسب، بل المستقبلية كذلك. ويترتب على النظر إلى الذمة المالية باعتبارها تضم الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية أن لكل شخص ذمة مالية.
- على ذلك تبدو الصلة وثيقة بين الشخصية والذمة. لذلك قد أطلق هذا التصوير للذمة اسم "نظرية الشخصية" (شيفالييه، كاربونييه)، لكن فريقاً من الفقهاء حاول الفصل بين الذمة وبين الشخصية واعتبر أن الذمة مجموعة من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين، بصرف النظر عن وجود شخص تستند إليه، فكلما وجدت مثل هذه المجموعة كانت هناك ذمة مالية وهذه النظرية تسمى "نظرية التخصيص".

## 2- عناصر الذمة المالية:

رأينا أنه يقصد بالذمة المالية مجموع الحقوق والالتزامات المالية التي تثبت للشخص في الحاضر وفي المستقبل، ومن هذا يتبين أن الذمة المالية تتكون من عنصرين أساسيين:

— الحقوق المالية أو الأموال، وهذا هو العنصر الإيجابي للذمة.

— الالتزامات المالية أو الديون، وهذا هو العنصر السلبي للذمة.

والعلاقة بين هذين العنصرين شديدة، فالعنصر الأول، أي الأموال، يضمن الوفاء بالعنصر الثاني أي الديون. وهكذا نجد أن أموال الشخص ضامنة للوفاء بديونه.

### المطلب الثاني: الشخص المعنوي

يعرف الشخص المعنوي على أنه مجموعة من الأشخاص تسعى إلى تحقيق غرض معين، أو مجموعة من الأموال مرصودة لتحقيق غرض معين، يعترف لها المشرع بشخصية معنوية.

وفي هذا المقام نشير إلى أن الشخصية الاعتبارية ليست وليدة اليوم، فقد كان لها وجود منذ العصر الروماني، حيث كان يعترف لبعض المجموعات بالشخصية القانونية، مثل: الدولة، المدينة، القرية، الجمعيات الدينية، اتحادات الحرف... وليس الرومان فقط من اعترف بالشخصية المعنوية، فالفقه الإسلامي كذلك اعترف بها، ولكنه لم يجعل لها نظرية عامة، ومن ذلك إعطاء بيت المال الحق تحصيل الجزية

والخراج واللقطة... وبالمقابل تحميله بنفقة الفقير وكذلك صحة الوصية أو الهبة أو الوقف للمسجد<sup>(1)</sup>.

## **الفرع الأول: تمييز الشخص المعنوي عما يشابهه من الأنظمة**

### **أولاً: الشخص المعنوي والتجمعات الأسرية**

الأسرة هي مجموعة من الأشخاص، وإن كانت تربطهم صلة قرابة، لكنهم لا يشكلون شخصية معنوية مستقلة للأسرة؛ لأن الأسرة لا تتمتع بذمة مالية مستقلة، بل يكون لكل فرد منها ذمته المالية المستقلة، فما يملكه من أموال يعتبر ملكية خاصة له. كما أن الشخص المعنوي يتميز بوضوح الهدف الذي يسعى منشئوه إلى تحقيقه، وبتحديدته أيضاً، مما يؤدي إلى إمكان معرفة ما للشخص المعنوي وما وعليه، بينما في التجمعات الأسرية نجد ذاتية الأفراد، وما التضامن الذي يكون بينهم إلا تضامناً معنوياً أو أدبياً، ناتج عن أواصر الحب والعاطفة، وليس عن روابط القانون.

### **ثانياً: الشخص المعنوي والذمم المستقلة**

وذلك عندما يجتمع أكثر من شخص، وتنشأ ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية الشخصية لكل فرد من أفراد هذا التجمع. ومثال ذلك، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين، كما هو معمول في كثير من الدول الغربية كفرنسا، ولبنان مثلاً في الدول العربية. وينتج عن هذا الزواج اتحاد الأموال بين الزوجين. والرأي الراجح في فرنسا أن هذا الكيان ليس شخصاً معنوياً؛ لأنه لا توجد مصلحة لهذا الكيان منفصلة بشكل واضح

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 171.

عن المصالح الذاتية لكل من الزوجين، كما لا توجد إدارة لهذا الكيان تعبر عن إرادته، مستقلة تماما عن الإرادة الخاصة لأي من الزوجين.

### **ثالثا: الشخص المعنوي والملكية المشتركة أو الشائعة**

يختلف الشخص المعنوي عن الملكية المشتركة أو الشائعة في أنه ينشأ بعمل إرادي إيجابي من جانب منشئيه، لتحقيق غرض معين، بينما الشيوع ينشأ في الغالب عن واقعة غير إرادية، كالوفاة. كما أن الشخص المعنوي يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم منشئيه بينما في الشيوع يملك كل من المشتاعين في المال الشائع حصة تشكل جزءاً من ذمته المالية الخاصة. يضاف إلى ذلك أن الشخص المعنوي تكون الإدارة فيه موحدة، بينما إدارة المال الشائع تنعقد للمشتاعين مجتمعين أو ممن يملكون أغلبية الأنصبة. وأخيراً، الشخص المعنوي ينشأ كأصل عام ليبقى، بينما حالة الشيوع حالة مؤقتة مصيرها الانتهاء، ولكل من المشتاعين الحق في طلب القسمة.

### **الفرع الثاني: النظام القانوني للشخص المعنوي**

#### **أولاً: نشأة الشخص المعنوي**

إن العناصر المنشئة للشخص المعنوي تتحدد في:

- مجموعة من الأشخاص أو الأموال.
  - غرض معين يسعى إلى تحقيقه هؤلاء الأشخاص، أو تتجمع لأجله هذه الأموال.
  - اعتراف المشرع لهذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية.
- فمجرد وجود مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تسعى أو ترصد

لتحقيق غرض معين، لا يكفي لوجود الشخص المعنوي، بل يلزم أن يضفي المشرع الشخصية المعنوية على هذه المجموعة.

فالمشرع الجزائري نص في المادة 49 ق.م على الأشخاص المعنوية وحددها، كالدولة والولاية والبلدية...وهذه تكون لها الشخصية القانونية من تلقاء نفسها، أما فيما عداها من المجموعات فلا تكون لها الشخصية القانونية إلا إذا اعترف لها المشرع بذلك اعترافا خاصا، وهذا ما نص عليه في الفقرة الأخيرة من نص المادة 49 ق.م السالفة الذكر.

كما أن نشأة الشخص المعنوي قد تستغرق مدة غير قصيرة، خاصة فيما يتعلق بإنشاء شركات المساهمة، حيث تطرح أسهم الشركة للاكتتاب العام، أو يتطلب الإنشاء اتخاذ إجراءات معينة كالقيد في سجل خاص معد لذلك.

## **ثانيا: مقومات الشخص المعنوي**

### **1- الاسم:**

حيث يكون للشخص اسم معين يميزه عن سائر الأشخاص، ويعين الاسم في سند إنشائه، وتكون له الحماية القانونية التي للاسم الطبيعي نفسها.

### **2- الجنسية:**

وتتحدد عادة بالدولة التي يوجد بها مركز إدارة الشخص المعنوي دون النظر إلى جنسية منشئيه أو القائمين على إدارته.

### **3- الموطن:**

موطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، ولكن إذا كان له عدة فروع، وكان المركز الرئيسي في الخارج فإنه يعتبر

مركزه الرئيسي بالنسبة للقانون الجزائري، في الجزائر، وهذا ما نصت عليه المادة 50 ق.م.

#### **4- الأهلية:**

على أن أهلية الشخص المعنوي محدودة بحيث تقتصر على الحدود التي يعينها سند إنشائها، أو التي يقرها القانون (المادة 50 ق.م).

#### **5- الذمة المالية:**

كما قلنا سابقا، للشخص المعنوي ذمة مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له أو القائمين على إدارته. ويترتب على ذلك أنه ليس في وسع دائني الأشخاص المكونين للشخص المعنوي، أو القائمين على إدارته أن يطالبوا الشخص المعنوي بديونهم، وفي الحالة المعاكسة، لا يمكن لدائني الشخص المعنوي أن يطالبوا الأشخاص المكونين له أو القائمين على إدارته بديونهم، إلا في حالة الشركات المدنية وشركات التضامن، وحالة الشركاء المتضامنين في شركة التوصية. والذمة المالية هي أهم عناصر الشخص المعنوي.

### **ثالثا: سير الأشخاص المعنوية**

#### **1- تعبير الشخص المعنوي عن إرادته:**

إذا كان الشخص الطبيعي يعبر عن إرادته كأصل عام بنفسه، فإن الشخص المعنوي لا يتصور منه ذلك، وعليه استلزم المشرع أن يكون له نائب، يعبر عن إرادته ( المادة 50 ق.م).

#### **2- مسؤولية الشخص المعنوي:**

قد تقع أعمال من القائمين على إدارة الشخص المعنوي تضر بالغير، فيكون الشخص المعنوي هو المسؤول مدنيا عن ذلك طبقا للقواعد

العامة، بل ويسأل جنائيا في بعض الحالات، وتكون العقوبة الموقعة عليه إما الغرامة المالية أو حله كليا ووقف نشاطه كأقصى تقدير.

### **3- حق الشخص المعنوي في التقاضي:**

يمكن للشخص المعنوي رفع الدعاوى على الغير، كما يمكن أن ترفع عليه دعاوى من الغير. وقد نص على ذلك المشرع في المادة 50م.

### **رابعا: نهاية الشخص المعنوي**

تنتهي حياة الشخص المعنوي مثلما تنتهي حياة الشخص الطبيعي، مع فوارق، حيث أن الشخص المعنوي تحدد مدة حياته مسبقا، ويمكن أن يجدد عمره مرة أخرى. كما أن الشخص المعنوي ولو أنه زال بانتهاء مدته، أو بتقرير الأغلبية ذلك، إلا أنه لا يزول في الواقع بمجرد ذلك، بل يبقى إلى حين تصفية أمواله لصالح دائنيه، ومثال ذلك بنك الخليفة.

وإذا قلنا بأن الشخص المعنوي ينتهي بحله، فإن هذا الحل قد يقع بقوة القانون، أي دون حاجة إلى حكم قضائي أو قرار إداري، كما لو حل أجل انتهائه أو تحقق الغرض الذي أشيء من أجله، أو بوفاة أحد الأشخاص أو فقدته لأهليته بالنسبة لشركة التضامن؛ لأن الشخص هنا هو محل اعتبار. كما قد يقع الحل بحكم قضائي، كما لو ثبت أن نشاط الشخص المعنوي أصبح مستحيلا، أو أنه باشر نشاطا غير مشروع...الخ.

وقد ينحل الشخص المعنوي بقرار إداري، يتخذه المنشئون لهذا الشخص بإرادتهم إما مجتمعين وإما بالأغلبية. وقد يكون القرار الإداري مفروضا عليهم، كما في حالة ارتكاب الشخص المعنوي مخالفة جسيمة للقانون أو للنظام العام أو الآداب، فتحل الحكومة هذا الشخص المعنوي.

## الفرع الثالث: تقسيمات الشخص المعنوي

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى نوعين: أشخاص معنوية عامة، وأشخاص معنوية خاصة.

### أولاً: الأشخاص المعنوية العامة

وهي التي تخضع لأحكام القانون العام، وتتمثل في:

حسب نص المادة 49 ق.م، فإن الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، وكل مجموعة من الأشخاص والأموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

على أن الأشخاص المعنوية العامة هنا هي فقط: الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. فالدولة على رأس قائمة الأشخاص المعنوية باعتبارها صاحبة السيادة على الإقليم، وهي التي تهيمن على جميع مصالح الأمة، ثم الولاية، ثم البلدية (وهذا يعني أن الدائرة ليست ضمن الأشخاص المعنوية إذ ليس لها ذمة مالية). والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو ما يسمى بالمرافق العامة أيضاً تكون لها الشخصية المعنوية، مثل الجامعات والمستشفيات... الخ. وهذه لا تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد نشوئها بل بعد اعتراف المشرع لها بذلك.

### ثانياً: الأشخاص المعنوية الخاصة

وهي التي تخضع لأحكام القانون الخاص، ومما ذكر المشرع، الشركات. والشركة هي شخص معنوي ينشأ بمقتضى عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل،

لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة. وهي إما أن تكون شركات مدنية، وهي التي لا تحترف القيام بأعمال تجارية وتخضع لأحكام المواد 416- 449 ق.م، وإما شركات تجارية، وهي التي تحترف القيام بأعمال تعتبر تجارية وفقاً لنصوص التقنين التجاري، وتخضع لأحكام المواد السابقة الذكر إضافة لأحكام القانون التجاري.

وتكمن أهمية الفرق بين الشركات المدنية والشركات التجارية في ناحيتين هما:

**الأولى:** خضوع الشركات التجارية دون الشركات المدنية للقانون التجاري وبالتالي تخضع للالتزامات المفروضة على التجارة.

**الثانية:** يجوز للشركة المدنية أن تتخذ أحد الأشكال التجارية، كما تكتسب شكل الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها، على أنها لا تكون حجة على الغير إلا بعد إتمام إجراءات الشهر.

لكن مما تجدر ملاحظته أن شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجاري.

### **ثالثاً: أنواع الشركات التجارية**

**شركة التضامن:** هي الشركة التي تقوم على الثقة بين أعضائها، ويكون كل شريك فيها مسؤولاً مسؤولاً تضامنية وغير محددة عن ديون الشركة، لا في حدود حصته فحسب بل حتى في أمواله الخاصة كذلك.

**شركة التوصية البسيطة:** هي شركة تتألف من فريقين من الشركاء: شركاء متضامنون على النحو السابق بيانه، وشركاء موصون، مسؤولية كل واحد منهم تكون بقدر حصته التي قدمها في الشركة.

شركة المحاصة: هي شركة ليست لها شخصية اعتبارية، ولا وجود لها بالنسبة إلى الغير، وتقتصر آثارها على أطرافها فقط.

شركة المساهمة: هي الشركة التي لا تكون شخصية الشركاء فيها محل اعتبار بل يكون الاعتبار فيها لما يقدمه كل شريك من مال. وما يترتب على ذلك من جواز تصرف الشريك في حصته دون حاجة إلى موافقة الشركاء، ويقسم رأس المال في الشركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول في السوق، ومسؤولية كل واحد منهم تكون بقدر ما له من أسهم في الشركة.

شركة التوصية بالأسهم: وتتألف من فريقين من الشركاء، شركاء متضامين، وشركاء مساهمين. حصصهم ممتثلة في أسهم قابلة للتداول. الشركات ذات المسؤولية المحدودة: هذه الشركة لا تطرح الحصص للاكتتاب العام كما في شركات المساهمة.

شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة: وقد منح القانون لها الشخصية المعنوية، ويعتبر هذا تجديد ملحوظ في القانون، وبالتالي له تأثير واضح على نظرية الشخصية المعنوية والذمة المالية.

الشركات متعددة الجنسيات: هي الشركات التي يكون مركز إدارتها في بلد معين ولكنها تمارس أنشطة فرعية في بلد أو أكثر من بلدان العالم، عن طريق فروع لها تقوم بالتنسيق بينهم. وقد أثارت هذه الشركات العديد من المشاكل الاقتصادية والقانونية سواء على المستوى الداخلي أم الخارجي، لذلك كانت محل لدراسات عديدة من جانب القانونيين والاقتصاديين.

والجمعيات أيضا من الأشخاص الاعتبارية، وهي عبارة عن جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص

طبيعيين، أو أشخاص اعتبارية، أو منهما معاً، وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادي. وتعمل الجمعيات على تحقيق أغراضها في الميادين المختلفة لتنمية المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها القوانين، ويجوز للجمعية أن تعمل في أكثر من ميدان، ولكنها لا تكون ذات طابع سري أو عسكري، وقد نظمها المشرع من خلال القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات. على أن الجمعيات السياسية تخضع لنظام خاص غير هذا القانون، هو الأمر رقم 97-09 المتضمن القانون المتعلق بالأحزاب السياسية.

والمؤسسات الخاصة هي أيضاً من الأشخاص الاعتبارية، ولكنها جماعة من الأموال فقط وليست جماعة من الأشخاص، غرضها عمل من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام. كما أن الوقف هو أيضاً من الأشخاص المعنوية، ويعرف الوقف على أنه حبس العين على التملك على وجه التأييد أو على وجه من وجه البر والخير. وهو ليس ملكاً لا للأشخاص الطبيعيين ولا للأشخاص الاعتباريين.

### **الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للشخص المعنوي**

إن الاختلاف الذي حصل بشأن تعريف الحق أدى إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، فبرزت عدة نظريات بهذا الشأن، كلها مبنية على نظرية المجاز.

#### **أولاً: نظرية الافتراض (الوضر أو العجاز)**

ترجع هذه النظرية إلى الفقه الكنسي في العصور الوسطى، ومفادها أن الشخص المعنوي هو مجرد كيان نظري، ثم تبلورت الفكرة على يد

الفقيه "سافيني" في القرن 19. ومن أنصارها أيضا "بوشتا" "Puchta" و"وندشيد" و"انجر" "Unger"<sup>(1)</sup>.

ووفقا لهذه النظرية، فالشخصية الحقيقية تفترض وجودا عضويا جسميا يملك من الإدراك والوعي والشعور ما يمكن معه توجيه الخطاب التشريعي إليه، ولا يكون ذلك إلا لبني الإنسان. ومع ذلك يمكن للمشرع أن يوسع من صفة صاحب الحق ويضيفها على أشخاص وهميين، وليس الشخص المعنوي أكثر من شخص صناعي، من صنع المشرع نفسه، فهو مجرد افتراض لجأ إليه المشرع لتحقيق أغراض قد يعجز عن تحقيقها صاحب الشخصية الحقيقية وهو الإنسان. وكان أثر هذا الخلق هو إنشاء كيان له ذمة مالية مستقلة، حتى يمكنه أن يباشر نشاطه، فيكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات التي تنشأ عن هذا النشاط، ولا بد أن يكون لهذا الشخص المعنوي من نائب قانوني- إنسان- يعبر عن إرادته<sup>(2)</sup>.

وعليه فالشخصية المعنوية هي تفضل من المشرع، وبالتالي له مطلق الحرية في منح أو رفض هذه الشخصية<sup>(3)</sup>.

### **ثانيا: النظريات المنكرة للشخصية المعنوية (النظرية الواقعية أو الفرعية)**

اعتبر العديد من فقهاء القانون بأن الشخص المعنوي ليس إلا افتراضا ومجازا، في حين أن العلم لا بد أن ينبنى على الحقائق وليس الخيال، وأعطوا بديلا عن فكرة الشخصية المعنوية، لكنهم اختلفوا في

---

(1) - شكري سرور، المرجع السابق، ص246؛ عبد الحي مجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص154.

(2) - شكري سرور، نفسه، ص247.

(3) - شكري سرور، المرجع السابق، ص248.

هذا البديل؛ فمفهوم من جعل الملكية المشتركة هي البديل، ومنهم من قال بفكرة المال الذي لا مالك له ينحصر في الغاية التي يرصد لها، ومنهم من اعتبر الدولة هي صاحبة الحقوق، وأن الجماعات يمكنها أن تكتسب حقوقا دونما حاجة إلى القول بفكرة الشخصية المعنوية<sup>(1)</sup>.

فمن الذين نفوا فكرة الشخصية القانونية تماما وأرجعوا حقيقتها إلى الملكية نجد (بلانيول)، حيث اعتبر أن الشخص المعنوي ليس إلا ستارا يخفي وراءه مجرد ملكية مشتركة بين أعضاء تجمع من الأشخاص. فأموال الدولة ليست إلا أموال المواطنين، وأموال الجمعية هي أموال أعضائها، وأموال الشركة هي أموال مؤسسها... وهكذا<sup>(2)</sup>. وعليه ليس هناك حاجة إلى افتراض نشأة شخص جديد مستقل عن الأشخاص الطبيعيين الذين اجتمعوا بأموالهم، في حين أن هذه الأموال لا تزال مملوكة لهم مجتمعين<sup>(3)</sup>.

---

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 273.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه Gaston Jèze: "لم يسبق لي أن تناولت الطعام مع شخص معنوي.

«Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale»

وقد رد عليه الأستاذ Jean-Claude Soyer "ولا أنا، لكنني كثيرا ما شهدت دفع الفاتورة"

«Moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition».

انظر في ذلك المقال المنشور في موسوعة ويكيبيديا: [Personne morale en droit français](https://fr.wikipedia.org/wiki/Personne_morale_en_droit_fran%3%A7ais)  
[https://fr.wikipedia.org/wiki/Personne\\_morale\\_en\\_droit\\_fran%3%A7ais](https://fr.wikipedia.org/wiki/Personne_morale_en_droit_fran%3%A7ais)

(2) - انظر في هذا: عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص 159.

(3) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 249.

لكن هذا القول منتقد؛ لأنه إذا سلمنا بأن فكرة الملكية المشتركة تصلح بخصوص الشركات في نطاق أشخاص القانون الخاص، فإنه لا يمكن التسليم بها في نطاق أشخاص القانون العام<sup>(1)</sup>.

وقد رأى البعض الآخر وعلى رأسهم الفقيه "دوكتي" بأنه لا وجود للشخصية المعنوية، وأرجع ذلك إلى فكرة التضامن الاجتماعي الذي يعد حسبه أساسا للدولة والقانون؛ مما يترتب عنه إنكار الحقوق الذاتية وإحلال فكرة المراكز القانونية والاختصاصات التي تنبع من القانون محلها، فتنفصل أموال الجماعة عن أموال الأفراد المكونين لهذه الجماعة، وتعتبر تلك الأموال قد رصدت لغرض معين<sup>(2)</sup>. فالشخصية المعنوية في الحقيقة تنحصر في فكرة ذمة الغرض أو التخصيص، فهي ليست إلا ستارا يغطي ذمة مالية بلا صاحب، أي غير شخصية، تنهض على قواها هي وحدها، أو تنهض على التخصيص المحدد الذي يجمع بين عناصرها<sup>(3)</sup>.

وهذا أيضا قول منتقد؛ ففكرة المال الذي لا مالك له لا تطابق الواقع، كما أن فكرة تشكر خطرا على الملكية، حيث تمثل مبررا للدولة للاستيلاء على أموال الهيئات والمنظمات، يضاف إليها أن فكرة الفقيه "دوكتي" تتجاهل الواقع الملموس، وتسرف في الخيال؛ فالدولة كائن معنوي قائم، يمارس سلطته على الأفراد، ولا يمكن بأي حال إنكار ذلك، كما أن هذه الفكرة تشكل أيضا خطرا على المجتمع؛ لأنها مبرر للفوضى، حيث تسمح للأفراد بأن يثوروا على الدولة متى رأوا أن قوانينها المسنونة

---

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 274.

(2) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع نفسه، ص 273-274.

(3) - انظر: شكري سرور، المرجع السابق، ص 249-250.

تعارض مع قواعد التضامن الاجتماعي<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: نظريات الحقيقة

ويرى أصحابها أن الشخص المعنوي حقيقة اجتماعية فرضها تطور المجتمع، وفرضت نفسها على المشرع، فلا يرجع إليه الاعتراف بها ولا تجاهلها، فالشخص المعنوي أمام القانون كالإنسان، شخص حقيقي له كيان وحياته المستقلة<sup>(2)</sup>. وأول من قال بهذه النظرية هو "Beseler"، ثم توألها من بعده "Gierke" و Thur, Regelsberger, Zitelman، وغيرهم<sup>(3)</sup>.

وقال بعض الغلاة منهم إن الشخص المعنوي حقيقة بيولوجية عضوية كالشخص الإنساني تماماً، فهو جهاز يتكون أيضاً من خلايا بتعدد أعضائه، وتنفى ذاتيتها، لتكون في النهاية كيانا واحداً. أما البعض الآخر، فيرى أن الشخص المعنوي حقيقة نفسية إرادية، فهو لا يتمثل في الجسم، وإنما في الإرادة، أي له إرادته الخاصة، هي الإرادة الجماعية المستقلة عن إرادة كل عضو فيه<sup>(4)</sup>. أما البعض الآخر مثل: Ennecceus، Cosak, Behrend, Leonharad فيرون أن الشخص المعنوي حقيقة فنيّة (تقنية)، فالعبرة هي بما يسعى إلى تحقيقه من غايات، كما أن الإنسان لا تثبت له الشخصية القانونية إلا لتمكينه من تحقيق أهدافه، فكذلك الشخص المعنوي، خاصة وأن هذا الهدف هو في النهاية هدف إنساني أي

(1) - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 274-275.

(2) - انظر في ذلك: شكري سرور، المرجع السابق، ص 251.

(3) - عبد الحفي ججازي، مذكرات في نظرية الحق، ص 157.

(4) - شكري سرور، المرجع السابق، ص 151-152.

لصالح الإنسان. وهذه الأخيرة هي التي تسود في الفقه الفرنسي وقد أخذ بها: "Saleilles" و "Hauriou"<sup>(1)</sup>.

## البحث الثاني: محل الحق

كما أنه لا بد للحق من شخص يثبت له، فإنه لا بد له من محل يرد عليه، والمقصود بمحل الحق، الموضوع، الذي تركز عليه السلطات والمكنات التي يخولها الحق لصاحبه، والتي تشكل مضمون الحق.

وعليه فهناك فرق بين محل وبين مضمون الحق. فهذا الأخير يمثل سلطات ومكنات صاحب الحق، فللمالك سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في ملكه، والدائن المرتهن له ميزة تتبع الشيء المرهون، واقتضاء حقه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين، وصاحب الحق الشخصي يمكنه اقتضاء حقه من المدين جبرا إذا لم يحم به اختيارا، والمؤلف له سلطة الاستغلال المالي لمؤلفه إضافة إلى حقوقه الأدبية عليه... فكل هذه الأمور المذكورة إنما هي مكنات الحق، أو ما يسمى بمضمون الحق. أما محل الحق فيتمثل فيما يلي: إذا كانا بصدد المالك أو الدائن المرتهن مثلا، قلنا إن سلطاتهما ترد على شيء معين بالذات، وبالنسبة إلى صاحب الحق الشخصي فإن سلطته في الاقتضاء ترد على الأداء الواجب على المدين، سواء كان عملا أم امتناعا عن عمل، وبالنسبة إلى المؤلف فإن سلطاته ترد على شيء معنوي... إذن نحن هنا بصدد محل الحقوق، أي موضوعها.

ومن خلال العرض الموجز يتبين أن محل الحق إما أن يكون شيئا ماديا أو معنويا، وهذا يكون في الحقوق العينية والحقوق الذهنية، وإما

---

(1) - انظر في ذلك: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 625 وما بعدها؛ عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، ص 160.

أن يكون عملا إيجابيا أو سلبيا، وذلك في الحقوق الشخصية، وجميع الحقوق غير المالية.

## المطلب الأول: الأشياء

يقصد بالشيء كل ما لا يعد شخصا، مما يكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان، ماديا كان أم معنويا. وفي هذا الصدد لا بد من أن نفرق بين الشيء والمال.

فالمال هو الحق الذي يمثل قيما مما يمكن تقويمه بالنقود، أو هو الحق المالي، عينيا كان أم شخصا أم معنويا. أما الشيء فهو المحل الذي يقع عليه ذلك الحق المالي. وعليه قد يوجد حق مالي دون شيء يرد عليه، كالحق الشخصي الذي يكون محله عمل إيجابي أو سلبي يقوم به المدين، وفي المقابل قد توجد أشياء لا تعتبر مالا، فهي لا تصلح بطبيعتها لأن تكون محلا للحق المالي، وهي الأشياء التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس دون أن يحول انتفاع بعضهم بها بانتفاع البعض الآخر، مثل الهواء وأشعة الشمس... فإذا استولى عليها أحد الأشخاص، واستأثر بحيازتها بنية التملك، أصبحت محلا لحق الملكية. كما يمكن أن يتعدد على الشيء أكثر من مال، أي أكثر من حق مالي، فمن له قطعة أرض (شيء)، يمكنه أن يبقو لنفسه ملكية الرقبة، ويعطي حق الانتفاع لشخص أول، ويرتب عليها رهنا لشخص ثاني، ويتقرر عليها حق ارتفاق لشخص ثالث.

والأشياء تكون محلا مباشرا للحقوق العينية فقط، بينما تكون محلا غير مباشر للحقوق الشخصية؛ لأن محلها المباشر عليها هو العمل الإيجابي والسلبو.

والأشياء المادية تنقسم إلى عدة تقسيمات، فهي من ناحية إما عقارات أو منقولات، ومن ناحية ثانية إما أشياء مثلية أو أشياء قيمية.

ومن ناحية ثالثة إما أشياء قابلة للاستهلاك وأخرى غير قابلة للاستهلاك، ومن ناحية رابعة إما أشياء يمكن التعامل فيها أو أشياء تخرج عن دائرة التعامل.

## الفرع الأول: العقارات والمنقولات

تنقسم الأشياء المادية وفق ما إذا كانت تقبل الانتقال أو النقل من مكانها أو لا تقبل، إلى عقارات ومنقولات، وهذا التقسيم يرجع بجذوره إلى القانون الألماني القديم حيث كانت تنقسم الملكية إلى ملكية الأراضي وتثبت للعائلات، وملكية الأشياء وتثبت للأفراد، وكان المنقول عندهم يعرف بأنه كل ما تحرقه النار، فكان أساس التقسيم ماديًا، لكنه شيئًا فشيئًا فقد أساسه المادي، واتخذ أساسًا آخر هو أساس اجتماعي واقتصادي، أي حسب الأهمية، فكان القانون يستأثر بتنظيم ما يتعلق بالعقارات، وترك تنظيم ما يتعلق بالأشياء المنقولة إلى سلطان الإرادة، وهذا تطبيقًا لقاعدة "الشيء المنقول شيء رزي" "res mobilis res vilis"، أما اليوم فقد أصبحت هذه المفاهيم من قبيل التاريخ، وقد حدد القانون مفهوم العقار بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" (المادة 1/683 ق.م).

وتنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات له أهمية بالغة من الناحية القانونية.

- فمن حيث الاختصاص بالدعاوى العقارية، تكون المحكمة المختصة بالنظر فيها هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل النزاع، في حين ينعقد الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالمنقول، إلى المحكمة التي يقع

في دائرتها موطن المدعى عليه، وذلك لصعوبة تحديد المكان الذي يوجد في المنقول، بخلاف العقار الذي يسهل تحديده.

- الحقوق العينية لا تكتسب على عقار إلا بعد شهرها في المحافظة العقارية، وحينها فقط يمكن الاحتجاج بها تجاه الكافة، أما الحقوق العينية التي ترد على منقول، فلا تخضع لهذا الإجراء إلا استثناءً.

- في المنقول تعتبر الحيابة بحسن نية سندا للملكية، أما العقارات فحتى ولو اقترنت الحيابة بحسن النية، فإنها لا تكسب الملكية أو الحق العيني على العقار إلا بمضي مدة معينة هي 10 سنوات (المادة 828 ق.م).

- تترتب الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق التخصيص، دون حاجة الدائن إلى أن يستأثر بحيابة العقار؛ لأن له ميزة التتبع والتنفيذ عليه في أي يد يكون، أما بالنسبة للمنقول فلا يمكن ترتيب مثل هذا الحق دون انتقال حيابة هذا الأخير إلى الدائن المرتهن أو من ينوب عنه؛ لأنه ليست له تلك الميزة.

## **أولاً: العقارات**

العقار وفق نص المادة 683 ق.م، هو الذي لا يمكن نقله من مكانه دون أن يتلف، مثل الأراضي وما يتصل بها كالبنايات المقامة عليها، والأشجار... فهذه الأشياء عقارات بطبيعتها. ولكن هذا الأمر ليس بشكل مطلق، فالمساكن التي يمكن أن توضع على عجلات تجرها مركبة أو يمكن نقلها دون تلف، تعتبر منقولا، والأشجار كذلك إذا كانت مغروسة في أوعية مخصصة لذلك.

وإلى جانب العقارات بالطبيعة هناك العقارات بالتخصيص، وهي التي تعتبر منقولا بطبيعتها، فيمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، ولكن المشرع أضفى عليها وصف العقار، بالنظر إلى تخصيصه لخدمة هذا

العقار (المادة 2/683 ق.م). ولعل الهدف من إعطاء هذا الوصف لهذا المنقول وإخضاعه لما يخضع له العقار من النظم القانونية، هو الحفاظ على الوحدة الاقتصادية التي تنشأ بين العقار والمنقول الذي يرصد لخدمته، مما يؤدي إلى رفع القيمة الاقتصادية للعقار نفسه.

ولكي يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص لا بد له من توافر عدة شروط

هي:

— أن يكون الشيء منقولاً بطبيعته، فيمكن نقله من مكانه دون تلف، فإذا فقد هذه الصفة لم يكن عقارا بالتخصيص، كأن يكون مما يدخل في تكوين العقار، أو يثبت فيه بحيث يعد عنصراً جوهرياً فيه، كالنوافذ والأبواب، وأجهزة التكييف المثبتة. كما يجب أن يكون شيئاً مادياً.

— أن يكون المنقول مع العقار، مملوكين لشخص واحد، فلا تعد الحيوانات التي يستأجرها شخص لخدمة أرضه، أو المنقولات التي يضعها حائز العقار (المملوكة له) لخدمة هذا العقار.

— أن يوضع المنقول بالفعل في العقار، وأن يخصص لخدمته. أي أن يوضع لحسن استغلال العقار وليس لخدمة شخص صاحبه. فالأثاث الموضوع في فندق هو عقار بالتخصيص؛ لأنه مرصود لحسن استغلال هذا الفندق، أما إذا وضع في المنزل الشخصي فلا يكون عقاراً بالتخصيص. وكذلك السيارة التي يملكها صاحب المصنع، فإن خصصها لخدمة المصنع كانت عقاراً بالتخصيص، وإلا فلا. على أن التخصيص لا يشترط فيه أن يكون دائماً بل قد يكون عرضياً.

— أن يكون هذا التخصيص بواسطة مالك العقار نفسه أو من طرف نائبه، فالشخص الذي يستعير آلة زراعية من مالك الأرض التي

استأجرها، ليخصصها لخدمة هذه الأرض لا تعتبر عقارا بالتخصيص.

ويترتب على إسباغ وصف العقار بالتخصيص على هذه المنقولات، أن تعامل قانونا معاملة العقار، من حيث ورود الحقوق العينية عليها، والتنفيذ عليها، فلا تحجز استقلالاً عن العقار، بل تحجز بالكيفية التي يحجزها على العقار نفسه.

### **ثانياً: المنقولات**

وفق نص المادة 683 ق.م، فإن المنقول هو كل ما ليس بعقار، أي أنه كل شيء غير مستقر بحيزه، ويمكن نقله من مكانه دون تلف، كالسيارات والحيوانات...مما يعتبر ماديًا، والمؤلفات أو الاختراعات، مما يعتبر من الأشياء غير المادية. والمنقولات إما أن تكون كذلك بحسب طبيعتها، مثل الأشياء التي تقدم ذكرها، أو بحسب المآل، وذلك إذا كان عقارا بطبيعته في الحاضر بالنظر إلى اتصاله بالأرض، أما في المستقبل القريب فإن مصيره هو انفصاله عن الأرض ليصبح منقولا.

وهنا يقر المشرع معاملة هذه الأشياء معاملة المنقولات، وهذا تيسيرا للإجراءات وتخفيفا من القيود، فيما يرد عليها من تصرفات أو حجوز، ومثال ذلك الأشجار المعدة للقطع، والمباني المعدة للهدم، والثمار القريبة الجني...وعليه فإن إطلاق هذا الوصف على عقار يتطلب توافر بعض الشروط هي:

— أن يكون المصير الحتمي لهذه الأشياء هو انفصالها عن العقار، إما بحكم طبيعتها كالمحاصيل الزراعية والثمار، وإما لاتجاه إرادة الأطراف بشكل قاطع إلى هذا الفصل، كبيع منزل على أنه أنقاض.

– أن يكون التحول أو الفصل الحتمي وشيك الوقوع، وتقدير المدة يكون تابعا لظروف كل حالة، وهي في حالة النزاع من اختصاص قاضي الموضوع.

ويترب على هذا الوصف أن تخضع هذه العقارات من وقت تمام العقد إلى ما يخضع له المنقول من أحكام فيما يخص البيع والحجز والاختصاص وغيرها.

### **الفرع الثاني: الأشياء المثلية والأشياء القياسية**

يقصد بالأشياء المثلية تلك التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس، بالعدد كالتقود، أو المقاس كالقماش، أو الكيل، كالحبوب أو الوزن كالفاكهة (المادة 686 ق.م). أي أنها الأشياء التي يوجد لها نظائر، بحيث لا تتفاوت آحاد (كل واحد) هذه الأشياء التي يجمعها نوع واحد، تفاوتاً يعتد به، وعليه فإن التعامل بشأنها يجري على تحديدها بجنسها، لا بذواتها.

أما الأشياء القياسية فهي الأشياء التي لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وذلك لتفاوت آحادها- وإن تشابهت – تفاوتاً يعتد به، وعليه يجري التعامل فيها على تحديدها بذواتها، كالأراضي والمنازل، والحيوانات والسيارات...الخ. أو هي التي يتعين كل منها بصفة فيه تخالف صفة الآخر، ومن ثم اختلفت آحادها تفاوتاً يعتد به، ولذلك لا يجوز أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

والتقسيم لحد الآن هو تقسيم على أساس طبيعة الأشياء نفسها، غير أنه يمكن لإرادة الأفراد أن تلعب دوراً في تحديد صفة الشيء، فتسبغ على الشيء المثلي بطبيعته صفة القياسية أو العكس. وبالتالي لا يوجد ما يمنع أن يحدد الشيء المثلي بطبيعته ذاتياً، كأن يشتري شخص كمية الحبوب الموجودة في مخزن معين للبائع، أو كأن يطلب المشتري من صاحب المكتبة

أن يقدم له النسخة التي كان المؤلف يقتنيها ذاتها وليس أي نسخة أخرى منه. أو يصبح الشيء القيمي مثلها كأن تقوم قطعة أرض مقام أخرى إذا كانتا في تجزئة تتضمن قطعاً متساوية.

وتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة ليس هو ذاته تقسيمها إلى أشياء معينة بالنوع وأخرى معينة بالذات. فالتقسيم الأول ينظر إلى الأشياء من حيث جوهرها، أي طبيعتها، أما الثاني، فينظر إلى الأشياء من حيث طريقة تعيينها.

وأهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة تظهر فيما يلي:

- أن المقاصة بين دينين لا تكون إلا عندما يكون موضوع كل منهما نقود أو مثليات، أما إذا كانت الأشياء قيمة، أو أحدها مثلياً والآخر قيمياً، فلا يمكن أن تقع المقاصة.
- إذا هلك الشيء محل الالتزام بالتسليم بفعل القوة القاهرة، فإن ذمة المدين تبرأ إذا كان شيئاً قيمياً، ولا تبرأ إذا كان مثلياً، بل يجب تسليم شيء مماثل من النوع ذاته، فالمثليات كما يقال لا تهلك.
- لا تتقرر الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى على الأشياء المثلية إلا بإفرازها وصيرورتها معينة بالذات، بينما يمكن أن تتقرر على الأشياء القيمة المنقولة بمجرد العقد متى كانت مملوكة للملتزم.

## **الفرع الثالث: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير**

### **القابلة لذلك**

إذا كان الشيء مما لا يقبل الاستعمال المتكرر بالنظر إلى أنه يفنى، أو تتغير صورته من أول استعمال له، فإنه يسمى بالشيء القابل للاستهلاك، أما إذا كان مما يقبل الاستعمال المتكرر، بحيث لا يفنى أو لا تتغير صورته من أول استعمال له، فإنه

يسمى بالشيء غير القابل للاستهلاك، حتى ولو كان من شأن الاستعمال المتكرر أن يؤدي إلى تلف أو ضعف مكناته أو تناقص قيمته.

وقد عرف المشرع الأشياء القابلة للاستهلاك في نص المادة 685 ق.م، بأنها تلك التي ينحصر استعمالها بحسب ما عدت له، في استهلاكها أو إنفاقها. وأن كل ما أعد في المتاجر قابل للاستهلاك.

وما يلاحظ على هذه المادة أنها سوت بين الاستهلاك المادي والاستهلاك القانوني للشيء، فالأول يكون بانتهاء مادة الشيء مثل حرق الوقود، أو تغيير صورته كتحويل الدقيق إلى خبز. أما الثاني فيكون عن طريق التصرف في الشيء كبيع سلعة ما أو إنفاق النقود.

والقابلية للاستهلاك أو عدمها يرجع في تحديدها كأصل عام إلى طبيعة الشيء، غير أن إرادة الأشخاص يمكنها أن تلعب دورا في جعل الشيء قابلا للاستهلاك أو العكس. ومثال ذلك أن يتفق شخص مع صاحب مخبزة حلويات أن يعيره أنواعا من الحلوى ليعرضها في معرض ثم يردّها إليه.

وأهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة لذلك تتمثل فيما أن الحقوق التي لا تخول لصاحبها سلطة التصرف فيه كحق الانتفاع أو حق الاستعمال، لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك؛ لأن القابلية للاستهلاك تقف حائلا دون ردها إلى صاحبها بعد انتهاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال. والأمر نفسه بالنسبة إلى الإيجار والعارية.

## **الفرع الرابع: الأشياء القابلة للتعامل فيها والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل**

الأصل في الأشياء أنها قابلة للتعامل فيها، ولكن استثناءً من ذلك يمكن أن تكون هناك أشياء خارجة عن دائرة التعامل إما بطبيعتها، وهي تلك التي لا يمكن لأحد الاستئثار بحيازتها، وإما خارجة عن التعامل بحكم القانون (المادة 2/682 ق.م).

### **أولاً: الأشياء التي لا تقبل التعامل فيها بطبيعتها**

وهي تلك الأشياء الشائعة، التي يكون الانتفاع بها للناس كافة، بحيث لا يكون من شأن انتفاع أحدهم بها حرمان الآخرين منها، مثل مياه البحار والأنهار، أشعة الشمس، الهواء...على أنه إذا أمكن الاستئثار بها أو التسلط عليها في من جانب أحد الأفراد، أصبحت داخلة في دائرة التعامل، وأمكن تملكه لها، مثل ضغط الهواء على شكل أوكسجين ووضعه في قارورات مخصصة لذلك، أو تمييع الغاز، أو حجز كمية من مياه البحر في أحواض لترسيبها واستخراج الملح منها.

### **ثانياً: الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون**

وهي أشياء تدخل في دائرة التعامل بحكم طبيعتها، ولكن القانون يحرم التعامل فيها إما لأنها تخل بالنظام العام والآداب، كالمخدرات، والصور والأفلام الخليعة. على أنه قد يجوز أحياناً التعامل في هذه الأشياء استثناءً لتحقيق غرض معين، مثل استخدام المخدرات في الأغراض الطبية. وقد يحرم القانون التعامل فيها باعتبارها من الأموال العامة، سواء كانت عقارات أم منقولات، مثل الطرقات العامة، وأموال الدولة العامة من مرافق وتجهيزات، التي خصصت لمنفعة عامة أو لتحقيق غرض معين.

وهناك عدة تقسيمات أخرى للأشياء، مثل تقسيم الأشياء إلى: أشياء مادية وأخرى معنوية، وأشياء قابلة للقسمة وأخرى غير قابلة للقسمة، وأشياء مركبة وأخرى بسيطة، وتقسيم الشيء إلى شيء رئيسي وآخر تبعية، وأخيرا تقسيم الأشياء إلى أشياء حاضرة وأخرى مستقبلية.

## **المطلب الثاني: الأعمال**

يقوم الأشخاص في المجتمع بعدة أعمال، إيجابية أو سلبية، لكنها لا ليست جميعها صالحة لأن تكون محلا للحق، وحتى تلك الأعمال التي تصلح في الأصل لأن تكون محلا للحق لا بد لها من شروط إذا تخلفت لم تكن موضوعا للحق.

### **الفرع الأول: أنواع العمل محل الحق**

سبق وأن ذكرنا بأن الحقوق الشخصية وسائر الحقوق غير المالية محلها هو عمل إيجابي أي القيام بعمل، أو سلبي أي الامتناع عن عمل، وهذا الأخير لا يقصد به الواجب العام الذي يفرضه القانون على جميع الأفراد في المجتمع، باعتبار هذه الأعمال غير مشروعة في ذاتها؛ لأنه لا يشكل عبئا على كاهل من يجب عليه احترامه، كما أن كل الحقوق عينية كانت أم ذهنية، تفرض على الكافة مثل هذا الواجب العام باحترامها وعدم الاعتداء عليها. ومن ثم فالامتناع عن عمل هو ذلك القيد الذي يثقل كاهل الممتنع، ويشكل قييدا على حريته في مباشرة عمل هو في حد ذاته مشروع، فيكون على الممتنع واجب خاص بعدم مباشرة هذا العمل، كالتزام بائع المحل التجاري بعدم التعرض للمشتري بنفسه تعرضا ماديا أو قانونيا.

ولكن ما هي الشروط التي يجب أن تتوافر في العمل حتى يصلح لأن يكون محلا للحق؟

## **الفرع الثاني: شروط العمل محل الحق**

يشترط القانون في العمل الذي يكون محل التزام المدين أو محل حق الدائن، أن يكون ممكنا، ومعينا أو قابلا للتعيين، ومشروعا (المواد 92 ق.م وما بعدها).

### **أولا: أن يكون العمل ممكنا**

والمقصود بذلك ألا يكون العمل مستحيلا في ذاته استحالة مطلقة، بحيث لا يمكن للملتزم القيام به، وكذلك أي شخص آخر. والاستحالة قد تكون مادية، كأن يتعهد شخص برسم لوحة زيتية في الهواء، وقد تكون الاستحالة قانونية كأن يتعهد محام بأن يطعن في حكم أو قرار لا يجيز القانون الطعن فيه. وفي هاتين الحالتين يكون الالتزام باطلا لانعدام محله.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية، أي خاصة بشخص المدين وحده، بينما يمكن لغيره أن يقوم به، فإن الالتزام يكون صحيحا، ولكن بما أنه لن يمكن تنفيذه من طرف المدين به، يكون للدائن الحق في التعويض، كمن يتعهد بأن يتوكل في حق شخص للدفاع عنه في المحكمة وهو ليس بمحام.

### **ثانيا: أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين**

إضافة إلى الشرط الأول، يجب أن يكون العمل معينا أو على الأقل قابلا للتعيين، وهذا حتى يمكن أن تتحدد بالمقابل حدود حق الدائن به. فإذا تعهد مثلا مقاول ببناء مبنى، وجب تحديد مواصفات هذا المبنى، كموقعه، وعدد طوابقه، وكيفية تشطيبه...أو على الأقل إمكان تحديد ذلك من ظروف التعاقد وملاساته، كأن يكون من المعروف عند التعاقد أن الغرض من المبنى هو إعداده ليكون جامعة تحوي عددا معينا من المدرجات والأقسام. وإذا كان العمل هو إعطاء شيء، فإن كان

قيمتها، ووجب تحديده بذاته، فالعقار مثلا يحدد بموقعه ومساحته وحدوده... أما إن كان مثليا فيكفي تحديده بنوعه ومقداره، ولا يشترط تحديد جودته.

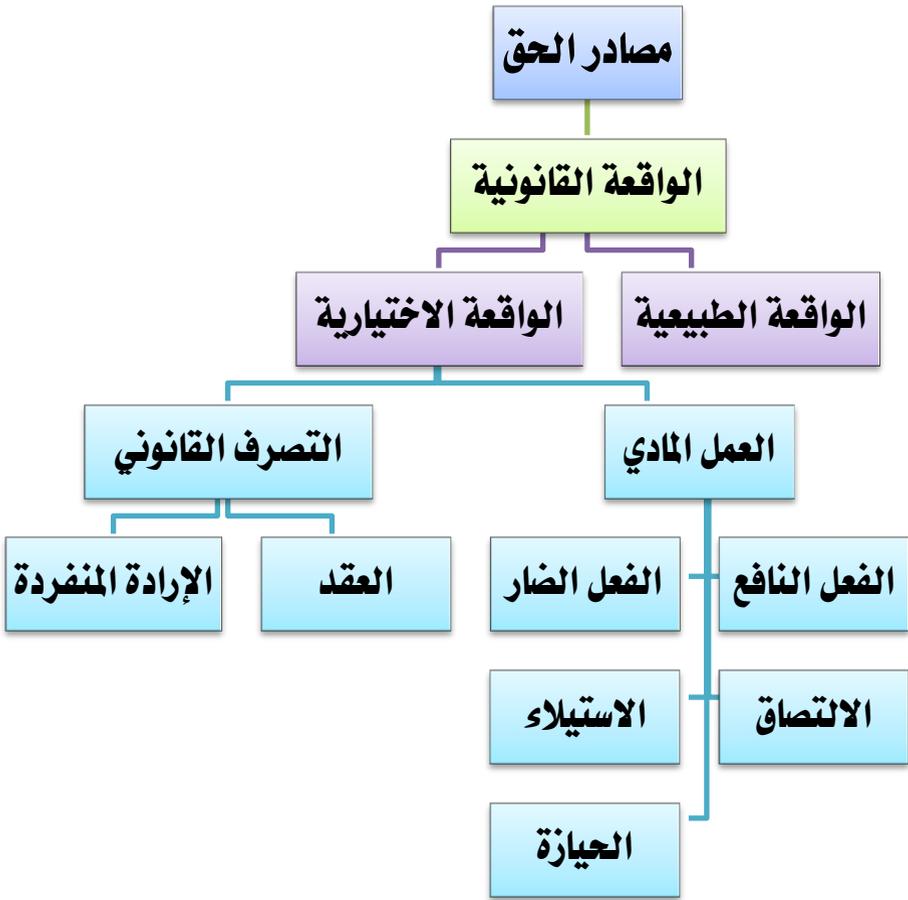
### **ثالثا: أن يكون العمل مشروعاً**

والمقصود بذلك ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب، أو مخالفا للقواعد الآمرة، فإن خالفها كان باطلا، كمن يتعهد أمام شخص بأن يقتل شخصا ما، أو كمن يتعهد بتوريد المخدرات لشخص ما، أو كمن يعاشر امرأة دون أن يكون بينهما عقد زواج، أو كمن يتعامل في تركة مستقبلية.

## الفصل الثالث: مصادر الحق وحمايته

قلنا سابقا عند تعريف الحق بأنه اختصاص أو استئثار شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون. وهذا يعني أن القانون هو مصدر جميع الحقوق، ولكن هذا في الواقع لا يعني أن جميع الحقوق تثبت للأفراد في المجتمع بمجرد الميلاد ما دام أن الحق يفترض أن يستأثر صاحبه بما يخوله له من ميزات تجعله في مركز ممتاز على غيره ممن لا يكتسبون هذا الحق، وعليه قد تثبت لبعض الأشخاص حقوق لا تثبت لغيرهم. وهذا يرجع إلى أن القانون يربط ثبوت الحق لصاحبه بتوافر أسباب معينة أو حدوث أمور معينة يجعلها صالحة لترتيب هذا الحق، وهذه الأسباب أو الأمور هي في الواقع المصدر المباشر للحق الذي نشأ من اتصلت به هذه الأمور أو الأسباب، والقانون هو الذي يخلع عليها صلاحيتها لإنشاء الحق، فيكون بذلك هو المصدر غير المباشر لنشوء الحق، وهذه الأمور أو الأسباب هي ما يسمى اصطلاحاً "الوقائع القانونية".

كما تعتبر الحماية القانونية للحق عنصراً مهماً له، ففي حالة وجود تجاوز على الحق يضمن القانون لصاحبه الوسائل القانونية الكفيلة بدفع التعرض الصادر من الغير، وهي الدعوى أو الدفع أمام القضاء. وفي حالة وجود تجاوز من قبل صاحب الحق في استخدامه لحقه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، مما يترتب عليه سقوط الحماية القانونية عنه.



## المبحث الأول: الواقعة القانونية

يعد القانون المصدر الأساسي للحق، ولو أنه مصدر غير مباشر كما قلنا، ذلك أن الحقوق تستند في وجودها إلى القانون، فهو الذي يقرها ويحميها.

غير أن القانون هنا إنما يقرر الحقوق نتيجة اعتبارها وقائع وأحداث يطلق عليها "الواقعة القانونية".

### المطلب الأول: تعريف الواقعة القانونية

تعرف الواقعة القانونية بأنها كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، ويترتب عليه الأثر القانوني، بإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

أو هي حدث يطرأ، فيترب عليه تغيير في المراكز القانونية السابقة على وقوعه، إما بنشأة حقوق لم تكن موجودة من قبل كوقوع حادث سير لشخص، مما يترتب عليه حقه في التعويض قبل من أحدث به الإصابة، أو تعديل حقوق قائمة، مثل حوالة الحق، فيحدث تعديل في علاقة الدائن بالمدين، فيحل الدائن الجديد (المحال له) محل الدائن القديم (المحيل) في علاقته بالمدين. أو بإنهاء أو زوال حقوق كانت موجودة، مثل سقوط الدين (الحق) بالتقادم.

### المطلب الثاني: أنواع الوقائع القانونية

يمكن تصنيف الوقائع القانونية إلى نوعين: وقائع طبيعية(!)، ووقائع من فعل الإنسان.

## الفرع الأول: الوقائع الطبيعية

في البداية نشير إلى أننا لا نحيد هذه التسمية، ذلك أن الطبيعة ليست ذات إرادة من جهة، ومن جهة أخرى أن الوقائع التي توصف بأنها طبيعية هي في الحقيقة ليست من فعل الطبيعة؛ ولذلك نفضل تسميتها بالوقائع التي لا يد للإنسان فيها. بل إن التعريف الذي يعطى لها هو أنها تلك الوقائع التي لا يكون للإنسان دخل في حدوثها.

والملاحظ بالنسبة لهذه الطائفة من الوقائع أن القانون كثيرا ما يتغاضى عنها، وينسب الأثر الذي يترتب عليها إلى القانون مباشرة، وهذا ما عبرت عنه المادة 53 ق.م بأنه: ((تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها من النصوص القانونية التي قررها)).

وهذه الوقائع منها ما يتصل بالإنسان دون أن يكون له دخل في حدوثه، كالميلاد الذي تثبت به الشخصية القانونية للمولود وكذلك أهلية الوجوب، والقربة التي تترتب عنها حقوق كحق الطاعة للأب على أبنائه، والالتزامات، كالتزامه بالنفقة عليهم، والموت الذي يترتب عنه انتقال التركة إلى الورثة.

ومن هذه الوقائع ما يتصل بالجماد أو بالحيوان أو بالنبات، فواقعة الجوار تنشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين الجيران، ونتاج المواشي قد يرتب حقا لمالكها أو لراعها، وقطف الثمار قد يترتب عنه انتهاء مدة إيجار البستان... الخ.

كما أن الظواهر (الطبيعية) قد تؤثر في الحقوق والالتزامات، فالزمن كظاهرة قد يترتب عليه استحقاق الدين إذا حل أجله، أو سقوطه إذا مرت مدة معينة دون المطالبة به، والزلازل والفيضانات والبراكين... قد تؤدي إلى انقضاء الالتزام باعتبارها من قبيل القوة القاهرة.

## الفرع الثاني: الوقائع التي من فعل الإنسان

أي تلك التي تحدث بتدخل من جانبه، وتسمى أيضا بالوقائع الاختيارية، وهذه التسمية الأخيرة غير دقيقة؛ لأنه قد تترتب آثار قانونية على فعل يأتيه إنسان دون أن يقصد إتيانه أو دون أن يقصد نتيجته.

وتنقسم هذه الوقائع إلى: أعمال مادية، وتصرفات قانونية.

### أولاً: الأعمال العادية

ويقصد بها الأفعال التي تصدر من الشخص، فيجعل القانون من وقوعها ذاته كافياً لنشأة الحق، دون نظر إلى إرادة محدثها، أي دون النظر إلى قصده إتيان هذا الفعل أم لا، أو قصده إحداث النتيجة أم لا.

أ- الأعمال المادية كمصدر للحق الشخصي: وهذا يكون في الحالات التالية:

— الفعل الضار: إذا ارتكب شخص فعلاً أضر بالغير، نشأ للمضروب في مواجهة هذا الشخص حق في التعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء كان هذا الفعل مادياً كالضرب أو إتلاف شيء يخصه، أم أدبياً كالسب والشتم أو التشهير بالسمعة. وقد نص المشرع الجزائري كقاعدة عامة على هذا الأمر من خلال المادة 124 ق.م.

وكما قلنا أنفاً، يلزم الشخص الذي تسبب في إحداث الضرر للغير بالتعويض، سواء كان قد قصد إتيان الفعل والنتيجة، كالقاتل المتعمد، أو قصد الفعل دون النتيجة، كالضرب والجرح المفضي إلى الموت، أو لم يقصد لا الفعل ولا النتيجة كالقتل بالإهمال.

ولكن حتى يعتبر الفعل الضار مصدراً للالتزام يجب أن يصدق عليه وصف الخطأ، أي أن يكون هذا الشخص قد انحرف عن مسلك الرجل العادي، كما يجب أن يكون هناك ضرر قد حصل لهذا الشخص

المضرور، وأن يكون هذا الخطأ هو سبب هذا الضرر. أي أن يكون هناك خطأ، وضرر، وعلاقة سببية بينهما. وهي أركان المسؤولية المدنية، يجب على المضرور إثباتها.

على أن المشرع قد يفترض وقوع الخطأ بمجرد وقوع الفعل، عند صعوبة إثباته، مثل الضرر الذي يسببه القاصر للغير، فتقع المسؤولية على عاتق الأب أو الولي باعتباره قد قصر في واجب رقابته لابنه، وله أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد أن يقع ولو قام بهذه الرقابة بما ينبغي من العناية ( المادة 134 ق.م).

وقد يصل افتراض الخطأ إلى درجة أنه لا قبل لإثبات العكس من جانب المسؤول، ومثال ذلك مسؤولية المتبوع عن التابع (المادة 136 ق.م)، فإذا أحدث عامل ضرراً بالغير أثناء تأدية وظيفته فلا يمكن للمتبوع أن يدفع مسؤوليته على أساس أنه قام بواجب التوجيه والرقابة، ولكن في حالة تعويض المتبوع للمضرور، يمكنه الرجوع على التابع إذا أثبت أنه قد ارتكب خطأ جسيماً (المادة 137 ق.م).

– الفعل النافع: يرتب القانون نشأة الحق بما يؤدي إليه الفعل النافع في ثلاث حالات:

❖ الإثراء بلا سبب: فمن قام بفعل بحسن نية، أدى إلى إثراء ذمة شخص معين على حساب ذمة شخص آخر (مفتقر) بلا سبب قانوني يسوغ هذا الإثراء أو هذا الافتقار، نشأ له قِبَل المُثْرَى حق بأن يدفع له قيمة ما استفاد (المادة 141 ق.م). ومثال ذلك أن يقوم شخص ببناء سور على أرضه ولكن بمواد ليست ملكاً له، فيثري على حساب مالك المواد، فيكون لصاحب المواد حق المطالبة بقيمتها.

❖ دفع غير المستحق: وهذا يكون عندما يتسلم شخص على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له (المادة 143 ق.م)، ومثال ذلك أن يدفع شخص مبلغا من المال لشخص آخر على أساس أنه قد رسم له مخططا معماريا، في حين أنه لم يرسم له المخطط أو أنه ليس هو من رسمه.

❖ الفضالة: وتكون حينما يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك، ومثال ذلك أن يقوم شخص بقطف ثمار ناضجة من بستان جاره المسافر أو حصاد زرعه، خشية فساده، فيكون رب العمل (الجار الذي تم العمل لصالحه) ملزما بتعويض الفضولي عما أنفق من مال وما لحقه من خسارة بسبب قيامه بهذا العمل. وقد نص المشرع على الفضالة في المواد 150 ق.م، وما بعدها.

ب- الأعمال المادية كمصدر للحق العيني: قد تكون الأعمال المادية سببا لكسب الحق العيني، وهذا في فروض عديدة منها:

— واقعة الاستيلاء: فمن يضع يده على شيء منقول لا مالك له بنية التملك، يصبح مالكا له، على أن المشرع الجزائري نص في المادة 773 ق.م على أن الأملاك الشاغرة والأموال التي ليس لها وارث هي ملك للدولة.

— واقعة الالتصاق: تصلح واقعة الالتصاق الذي يتم بفعل الإنسان سببا لكسب الحق العيني، كأن يندمج شيئان مملوكان لشخصين مختلفين، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، فتؤول لمالك الشيء الأساسي ملكية الشيء الثانوي، كمن يبني على أرضه بمواد غيره، فتؤول الملكية لصاحب الأرض، على أن يقوم بتعويض صاحب المواد. وقد يكون الالتصاق دون فعل الإنسان كالطهي الذي يترسب على حواف الأنهار والوديان، فتؤول ملكية ما زاد في الأراضي المجاورة لها لمالكها (المادة 778 ق.م).

— واقعة الحيازة: وذلك أن يضع شخص يده على شيء مملوك للغير بنية التملك، فيكتسب هذا الشخص ملكية هذا الشيء بمضي مدة زمنية محددة وهي 15 سنة (المادة 827 ق.م) أو عشرة سنوات ( المادة 828 ق.م) إذا كان حسن النية بالنسبة للعقار والحق العيني، أما المنقول الذي تلقاه بحسن نية ممن يعتقد أنه مالك له، وبطريق تصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو صدر من مالك، فيصبح ملكا له فورا، وهذا حسب قاعدة "حيازة المنقول بحسن نية سند للملكية" (المادة 835 ق.م). على أنه يمكن لمالك المنقول إذا فقده أو سرق منه أن يسترده من حائزه ولو كان هذا الحائز حسن النية، وذلك خلال ثلاث (3) سنوات من وقت ضياعه أو سرقة (المادة 836 ق.م).

### **ثانيا: التصرفات القانونية**

التصرف القانوني هو اتجاه إرادة أو كثر إلى إحداث أثر قانوني، بإنشاء حق، كالبيع، أو نقله كالحوالة، أو تعديله كالتجديد، أو إنهائه كالإبراء.

ويتميز التصرف القانوني عن الوقائع القانونية الأخرى، بأن الإرادة فيه هي مناط ما يترتب عليه من آثار قانونية، عكس الوقائع الطبيعية أو الأفعال المادية، التي يحدد القانون نطاق ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات.

فالذي يهيمن على التصرف القانوني في تكوينه وإنتاج آثاره هو ما يدعى بمبدأ سلطان الإرادة، أي ما يعني أن الإرادة تكفي بذاتها لإنشاء الحق دون حاجة إلى إفراغ التصرف في إطار شكلي، وهذا يسمى مبدأ الرضائية، وأن للإرادة حرية تحديد مضمون العقد، أي ما يترتب عنه من آثار، وهذا يسمى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

لكن المشرع قد يفرض أحيانا بعض القيود على مبدأ سلطان الإرادة،

عندما يتطلب العقد أن يفرغ في شكل معين، مثل عقد بيع العقار أو عقد الهبة أو عقد الرهن الرسمي، أو عقد الشركة... الخ، فهذه العقود يجب أن تفرغ في شكل رسمي وإلا كانت باطلة. كذلك قد يتدخل المشرع في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فيمنح للقاضي حق التدخل لتعديل شروط العقد إذا كانت ترهق أحد الطرفين إرهاباً جسيماً (المادة 3/107 ق.م)، أو إذا كانت هناك شروط تعسفية في العقد أملاًها أحد الأطراف على الآخر (المادة 110 ق.م).

### **1- صورنا التصرف القانوني:**

يأخذ التصرف القانوني إحدى صورتين: إما العقد أو الإرادة المنفردة.

#### **أ- العقد:**

وهو توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين، وهو أهم مصادر الالتزام (الحقوق) وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية. والأمثلة عليه لا يمكن حصرها، منها عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الحوالة، عقد المقاولة، عقد الوديعة، عقد السمسرة... الخ.

والعقد لا بد فيه من توافر إرادتين على الأقل، وأن تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني، أي ما يمكن جبر المدين على تنفيذ التزامه إذا لم يقر به اختياراً، وإلا كنا أمام ما يسمى بأعمال المجاملات، كمن يدعو شخصاً لحضور وليمة فيقبل بذلك، فهنا صاحب الوليمة ليس له إجبار المدعو على الحضور كما ليس له مطالبته بالتعويض إذا لم يحضر.

#### **ب - الإرادة المنفردة:**

وهي عمل قانوني من جانب واحد، يلتزم فيه شخص بإرادته وحدها دون أن تقترن بإرادة شخص آخر. وتطبيقات التصرف بإرادة منفردة في

التشريع محصورة، منها الوصية، التي يعبر فيها الموصي عن إرادته في نقل حق إلى الموصى له بعد وفاته(الموصي) (المادة 184 ق.أ وما بعدها)، أو الوعد بجائزة، حيث يوجه شخص إلى شخص آخر أو عدة أشخاص أو إلى الجمهور دعوة بأن يعطي جائزة معينة لمن قام بعمل معين، فيلزم الواعد أمام من قام بهذا العمل بمنحه هذه الجائزة، ولو قام به دون نظر أو علم بهذه الجائزة (المادة 123 مكررا 1 ق.م).

والتصرف من جانب واحد أي بإرادة منفردة يختلف عن التصرف الملزم لجانب واحد، فهذا الأخير ينشأ بتوافق إرادتين ولكن تنصرف الآثار فيه إلى جانب واحد أي أن الالتزامات تكون على عاتق طرف واحد دون الآخر، مثل عقد الوديعة دون أجر، أما التصرف بإرادة منفردة يعني أن إنشاء الالتزام (الحق) ينشأ مستندا إلى إرادة الملزم وحدها، مثل الوصية.

على أن الفقه يضع تصنيفات عدة للعقود، تختلف حسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذه العقود، فتقسم إلى عقود رضائية وأخرى شكلية، وإلى عقود ملزمة لجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع، وإلى عقود محددة وأخرى احتمالية، وإلى عقود مساومة وعقود إذعان.

## **2- شروط وجود التصرف القانوني:**

مما سبق يتضح أن التصرف القانوني يقوم على ركن أساسي هو الإرادة، التي يجب أن تفرغ في بعض الأحيان في الشكل الذي يتطلبه القانون، فكيف يتم التعبير عن هذه الإرادة؟

### **أ- التعبير عن الإرادة:**

يعد التراضي عنصرا أساسيا في التصرفات القانونية بوصفه الحالة الوحيدة للالتزام في غير الأحوال التي يقرر القانون فيها ذلك، هذا التراضي

يجب أن يعبر عنه من خلال الطرق التي حددها القانون للتعبير عن الإرادة، وهي حسب نص المادة 60 ق.م: اللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف يدل دلالة واضحة على مقصود صاحبه، أو بالتعبير الضمني عن الإرادة. وقد يعتبر السكوت تعبيرا عن الإرادة في بعض الحالات ( المادة 68 ق.م).

ويجب أن يكون التعبير موافقا لإرادة المتعاقدين. ولكن إن كان التعبير عنها لا يوافق الإرادة الداخلية لهما فهل نعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة؟

في حالة اختلاف الإرادة الباطنة عن المظهر الخارجي المعبر عنه، فالعبرة بالإرادة الباطنة المقصودة من الشخص، ويعتبر التعبير الظاهر قرينة عليها ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا لم يتوصل القاضي إلى معرفة الإرادة الباطنة، تعين عليه افتراض مطابقة التعبير الظاهر لها. وهذا مذهب القانون الفرنسي الذي يعتد بالإرادة الباطنة.

والأخذ بالإرادة الظاهرة أيضا له مزاياه، فالتعبير الخارجي يعد مظهرا اجتماعيا قابلا للإدراك، فيعتد بهذا المظهر قانونا حفاظا على استقرار المعاملات. وهذا مذهب القانون الألماني.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالمبدأين معا، فأخذ بالإرادة الباطنة مثل ما جاء في نص المادة 2/111 ق.م والمادة 199 ق.م، لكنه رجح الإرادة الظاهرة - حسب رأينا- مثل نصوص المواد 60 و61 و62 و98 و1/111، لما يترتب على الأخذ بها من ثقة مشروعة وأمن قانوني للغير.

## **ب - عناصر الإرادة:**

للإرادة عنصران هما الإيجاب والقبول.

**الإيجاب:** فالإيجاب تعبير الشخص عن رضاه بالتعاقد على أمر معين يعرضه على الغير، ويجب أن يكون الإيجاب تاما غير ناقص، محدد لكل شروط العقد وعناصره الجوهرية، وباتّأ أي نهائيا، ودقيقا، للاقتران بقبول مطابق له، حتى يكون ملزما لمن صدر عنه الإيجاب. فإذا خلا الإيجاب من تحديد شروط العقد أو تحديد مدة الإيجاب اعتبر غير ملزم لصاحبه، وجاز له العدول عنه إذ أن الموجب هنا في مرحلة مفاوضات. ويكون الإيجاب ملزما في مدة معينة لمن صدر عنه إذا اقترن بمدة، وكذلك إذا استخلصت المدة من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، أما إذا لم يمكن استخلاصها أو لم يقترن الإيجاب بمدة، فلا بد أن يصدر القبول فورا، إلا إذا دلت الظروف أن الموجب لم يعدل عن إيجابه قبل انفضاض مجلس العقد. ويسقط الإيجاب بمضي المدة أو انفضاض مجلس العقد أو برفضه.

**القبول:** هو تعبير عن الإرادة من الطرف الثاني يأتي بعد الإيجاب غالبا، ويكون مطابقا له حتى يتم العقد. وقد يكون القبول صريحا، أو ضمنيا كاتخاذ موقف، أو حسب طبيعة المعاملة، كما قد يكون السكوت تعبيرا عن القبول أحيانا، وذلك إذا ما اتصل بتعامل سابق، أو ظهر من خلال طبيعة المعاملة، أو نص القانون على اعتباره قبولا مثل نص المادة 1/355 ق.م المتعلقة بالبيع على شرط التجربة. ولا يمكن اعتبار السكوت إيجابا مطلقا، ولكن قد يعتبر رفضا.

والتعبير عن الإرادة يجب أن ينصب على موضوع معين يسمى "المحل" الذي يجب بدوره أن يستوفي الشروط التي يحددها القانون، بأن يكون موجودا أو قابلا للوجود، ومعينا أو قابلا للتعين، ومشروعا. كذلك لا بد للإرادة من هدف تريد الوصول إليه من إبرام التصرف القانوني، وهو ما يسمى بـ"السبب"، والذي يجب أن يكون مشروعا.

## ج - الشكل:

كما سبق وأن ذكرنا، قد يستلزم القانون أن تفرغ الإرادة في شكل معين، فيكون الشكل أحد أركان التصرف القانوني أو وسيلة لإثباته، كعقد الهبة الوارد على عقار (المادة 206 ق.أ)، وعقد الشركة (م418 ق.م)، وعقد الإيجار (م467)، والرهن الرسمي (المادة 883 ق.م)... وقد لا تكفي هذه الشكلية لترتيب كافة الآثار، بل يجب اتباع إجراءات معينة لذلك، مثل الشهر بالنسبة لبيع العقارات، إذ لا تنتقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري بمجرد إفراغ عقد البيع في شكل رسمي بل يجب لذلك من شهره في المحافظة العقارية. فعدم الشهر لا يترتب عليه بطلان العقد، بل يترتب عليه فقط عدم انتقال الملكية، بخلاف الشكلية كركن في التصرف التي يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا.

وتختلف الشكلية كركن في التصرف القانوني باعتبارها للانعقاد عن الشكلية باعتبارها لإثبات التصرف القانوني عند النزاع فيه، حيث تكون وسيلة أو طريقا للإثبات، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 333 ق.م، من أن التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها عن 100 ألف دينار جزائري أو كانت غير محددة القيمة، يجب إثباتها بالكتابة، إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك.

## 3- شروط صحة التصرف القانوني:

فضلا عما تقدم، يجب أن تصدر الإرادة عن ذي أهلية، وإلا كان باطلا إذا صدر عن عديمها، أو قابلا للإبطال أو موقوفا إذا صدر عن ناقص أهلية. كما يجب أن تكون إرادة الشخص غير معيبة، وقد أورد التقنين المدني أربعة عيوب يمكن أن تشوب الإرادة فتجعل رضا المتعاقد معيبا مما يجعل العقد قابلا للإبطال وهي:

**الغلط (المادة 81 ق.م):** الغلط وهم يقع في ذهن الشخص فيصوّر له الشيء على غير حقيقته، ويجعله يعتقد بواقعة أو صفة غير موجودة. ويشترط أن يكون الغلط هو الدافع للتعاقد، وأن يكون جوهرياً، ويكون كذلك إذا وقع في صفة الشيء أو في صفة من صفات المتعاقد. ويستثنى من ذلك غلطات القلم والحساب التي لا تؤثر في إبطال العقد وإنما يجب تصحيحها لأجل استقرار المعاملات، ويستثنى من هذا الاستثناء أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

**التدليس ( المادة 86-87):** وهو التضليل بوسائل احتيالية لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط. إذن يشترط فيه استعمال الوسائل الاحتيالية التي تكون مادية بما يولد في ذهن المتعاقد صورة تخالف الواقع، فيشمل ذلك كل المظاهر الكاذبة التي لا تطابق الواقع، كالتظاهر بالوجهة واليسار أو اتخاذ صفة منتحلة، أو اصطناع أوراق أو مستندات وكشوف حسابات البنوك، أو تصوير شركات وهمية. ويشترط أيضاً أن يصدر التدليس من العاقدين أو يكون أحدهما عالماً به.

ومجرد الكذب في تأكيد صفة ما مثلاً لا يعتبر من قبيل الطرق الاحتيالية كمن يببالغ في وصف بضاعته، لكنه يعتبر كذلك إذا قدم بيانات تدعم أقواله، ويعلم أن الطرف الآخر لو علم بها لعلّق عليها أهمية بالغة. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية أن مجرد الكذب هو تدليس، كما يعتبر السكوت أيضاً تدليساً إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بذلك قبل الواقعة أو الملابس. وهذا مأخوذ من الشريعة الإسلامية، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ طَعَامٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا فَتَأَلَّتْ أَصَابِعُهُ بَلَلًا، فَقَالَ: «مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟» قَالَ: «أَصَابَتُهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «أَفَلَا

جَعَلْتُهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ، مَنْ غَشَّنا فَلَيْسَ مِثِّي»<sup>(1)</sup>. والغريب أن القضاء في فرنسا يجعل مجرد الكذب أو حتى السكوت تدليسا، وعندنا لا نعتبرهما تدليسا إلا إذا كان السكوت عمدا أو اقترن الكذب باستعمال وسائل مادية!

**الإكراه (المادة 88 ق.م):** وهو ضغط يقع على أحد المتعاقدين من المتعاقد الآخر أو من الغير، يولد في نفسه رهبة تدفع به إلى التعاقد. إذن يشترط في تحقق الإكراه أن يبرم الشخص العقد تحت سلطة رهبة بينة بعثها المتعاقد فيه، وذلك بوجود خطر جسيم يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو العرض أو المال، وأن يكون حالا وليس مستقبلا. ويجب أن تكون الرهبة واقعة دون وجه حق. ويجب الأخذ بعين الاعتبار في الإكراه كلا من جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وزمان ومكان وقوع الإكراه، وغيرها من العوامل التي يمكن أن تؤثر في مقدار الإكراه عليه. وقد يحدث أن تنعدم الإرادة بتوقيع الإكراه كمن يمسك بيد شخص ويجبره على التوقيع، وهنا يكون العقد باطلا وليس قابلا للإبطال.

أما الإكراه بحق أو الإكراه المشروع، والذي تستعمل في وسائل مشروعة، كأن يكره القاضي أو من له شوكة شخصا على بيع ملكه وفاء لدين عليه، فهذا الإكراه لا يضر العقد، فيقع معه صحيحاً نافذاً.

**الاستغلال ( المادة 90 ق.م):** وهو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت إما بالطيش أو الهوى، فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف، وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به. وللاستغلال عنصران:

---

(1) - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المطبعة العامرة، الطبعة الأولى، دار الخلافة العلمية، 1330هـ، ج1، كتب الإيمان، ص69.

عنصر مادي: وهو عدم توازن الأداءات، فيجب أن يكون عدم التعادل فادحا، ويرجع تقدير ذلك إلى قاضي الموضوع.

عنصر معنوي: وهو استغلال أحد المتعاقدين لطيش بين المتعاقدين، بأن أصبح ينفق أمواله دون تدبير وبسفه، أو لهوى جامح يعتري المتعاقد وذلك بتعلقه الشديد وتمسكه بأمر أو شخص ما، مما يجعله يفعل أي شيء من أجله، كما لو استغلت زوجة صغيرة السن حب زوجها المسن لها ليجعل أمواله باسمها مقابل ثمن زهيد تاركا زوجته الأولى وأولاده دون مال. ويقع عبء الإثبات هنا على الطرف المغبون.

## المبحث الثاني: حماية الحق

إذا وقع اعتداء على حق من الحقوق خوّل القانون وسيلة لصاحب الحق من أجل حمايته، وهي الدعوى التي ترفع أمام القضاء محاولاً إثباته، وسوف نتعرض في المطلب الأول لوسائل حماية الحق، وفي المطلب الثاني لطرق إثباته.

### **المطلب الأول: وسائل حماية الحق**

قرر المشرع عدة وسائل قانونية يحمي بها الشخص حقوقه، لكن أهمها وأكثرها فاعلية هي الدعوى القضائية؛ لهذا لتركز دراستنا عليها في هذا المطلب.

### **الفرع الأول: الدعوى**

الدعوى هي وسيلة لحماية الحق، والتي يرجع إليها المدعي لتحريك القضاء للحصول على تقرير حقه أو حمايته، والدعوى التي يحركها الشخص للدفاع عن حقه، إما أن تكون دعوى مدنية وإما أن تكون دعوى جزائية.

### **أولاً: الدعوى المدنية**

وهي التي ترفع أمام القضاء المدني إذا حدث اعتداء على أي حق من الحقوق الخاصة أو المالية للشخص، بهدف حماية ذلك الحق، وأساسها هو المسؤولية المدنية، وهي جزاء الإضرار بالمصالح الخاصة من خلال إلزام المسؤول بتعويض الضرر بناءً على طلب المضرور، ويتربط على ذلك:

- أنّ الدعوى المدنية هي وسيلة حماية الحقوق الخاصة والمالية.
- رفعها هو حق لصاحب الحق حسب رغبته، فله الحق في التنازل عن حقه، والتصلح بشأنه.

- يتم تحريكها باتباع الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويشترط لقبول الدعوى المدنية شروطاً هي:

1. المصلحة: وهي الفائدة المشروعة التي يرمى المدعي إلى تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء. والأصل أن تكون المصلحة قائمة وحالة حتى تقبل الدعوى، والإستثناء هو قبول المصلحة الاحتمالية في أحوال معينة فقط، ولا دعوى حيث لا مصلحة.

2. الصفة: هي أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى، وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته. وقد يمنح القانون شخصاً آخر غير صاحب الحق أو نائبه الحق بمطالبة المدين بالدين، كما لو كان للمدعي مصلحة شخصية في رفع الدعوى. ومثال ذلك، الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

3. أهلية التقاضي: وهي أن يكون المتقاضي مخولاً لرفع دعاوى أمام القضاء بأن يكون راشداً وعاقلاً، وغير ممنوع من التقاضي بسبب عقوبة جنائية ارتكها.

4. ألا يوجد قانون ما يمنع سماعها: والمنع القانوني قد يكون منعا شكلياً كتحديد مواعيد معينة ترفع خلالها الدعوى، فإذا تجاوز المدعي هذه المواعيد، كانت دعواه غير مقبولة.

أو منعا موضوعياً كسبق الفصل في موضوع الدعوى، فيمنع من قبول الدعوى التي سبق الفصل فيها من جديد، حتى لو قدّمت في الخصومة الجديدة أدلة واقعية، وأسانيد قانونية لم يسبق إثارتها في الخصومة الأولى.

وتختلف وسيلة حماية الحقوق المالية باختلاف الحقوق، فوسيلة الحماية في الحقوق العينية، هي الدعوى العينية، والتي يختلف موضوعها باختلاف الأحوال، ودعوى الحيازة. أما الدعوى الشخصية والتي يرفعها صاحب الحق، على من اعتدى على حقه فسبب له الضرر، مطالباً إياه بالتعويض عن هذا الضرر؛ فوسيلة الحماية في الحقوق الشخصية قد يكون إمّا التنفيذ العيني كإجبار المدين على أداء موضوع الإلتزام سواء كان عملاً أو إمتناعاً عن عمل، وقد يكون التنفيذ بطريق التعويض عند تعذر تنفيذ الإلتزام عيناً، أو التأخير فيه.

### **ثانياً: الدعوى الجزائية**

أساسها هو المسؤولية الجنائية، والتي تقوم جرّاء الإضرار بمصالح المجتمع باعتبار أنّ آثار الاعتداء تتجاوز الضحية إلى المجتمع، كالاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان، كحقه في سلامة جسده بالتعدي عليه بالضرب أو الجرح أو القتل، أو يكون هذا الاعتداء ماساً بشرفه، كالجرائم المتعلقة بهتك العرض والقذف.

ويتم في هذه الدعوى توقيع عقوبة على المسؤول عقاباً له وردعاً لغيره. وتتحرك الدعوى الجنائية بناء على شكوى من طرف الضحية أو من طرف النيابة العامة مباشرة، ولا يجوز التنازل عنها ولا التصالح فيها.

ومما ينبغي التنبيه إليه أنّ للضحية بسبب الجريمة التقدم بدعواه المدنية إلى المحاكم الجزائية، تبعاً للدعوى الجنائية، مطالباً إياها بالحكم له بالتعويض. وهنا يتعيّن وقف سير الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية عملاً بقاعدة أن "الجنائي يوقف المدني".

## **الفرع الثاني: بيان أوجه الاختلاف بين المسؤولية المدنية والجنائية**

من حيث المساءلة: المسؤولية المدنية هي جزاء الإخلال بمصالح فردية خاصة كالإخلال بالتزام عقدي أو قانوني. أما المسؤولية الجنائية فهي جزاء الإخلال بالأمن العام للمجتمع.

من حيث القابلية للصلح أو التنازل: المسؤولية المدنية تقبل الصلح أو التنازل. أما المسؤولية الجنائية فلا تقبل الصلح أو التنازل،

من حيث النطاق: المسؤولية المدنية واسعة النطاق تستند إلى مبدأ عام يلزم كل من أحدث ضرراً بخطئه للغير بتعويضه، أما المسؤولية الجنائية فنطاقها ضيق عملاً بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

من حيث الجزاء: الجزاء في المسؤولية المدنية مدني، يتمثل في التنفيذ العيني إن أمكن أو التعويض عن الضرر. أما الجزاء في المسؤولية الجنائية فهو العقوبة الموقعة على الجاني في جسده أو بالحد من حريته أو بتغريمه.

### **المطلب الثاني: إثبات الحق**

الإثبات قانوناً هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يجيزها القانون، على واقعة قانونية تؤثر في الفصل في الدعوى، فكي يُحكَم لصاحب الحق أمام القضاء وجب عليه إثباته أمامه؛ فيطلب القاضي منه أن يبين دعواه، ثم يُسأل المدعى عليه، فإن أقر بما يثبت بإقراره الحق الذي يدعيه المدعي صدر الحكم به، وإذا أنكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي طلب القاضي من المدعي أن يقدم بينته التي يثبت بها ما يدعيه. ذلك أنّ ادعاء الحق من غير إثباته يصبح هو والعدم سواء.

وعلى الدائن الذي يدعي حقا في ذمة الغير أن يثبت مصدر هذا الحق وسنده، فيما لو كان عقداً أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع، أو فعلاً نافعا أو واقعة طبيعية.

وقد تناول القانون المدني الجزائري أحكام الإثبات في المواد من 323 إلى 350.

### **الفرع الأول: وسائل الإثبات**

وسيلة إثبات الحق الذي يدعيه المدعي قد تكون الكتابة، أو البيّنة، أو القرائن، أو الإقرار، أو اليمين. وستناول كل واحدة من هذه الوسائل بشيء من الإيجاز.

أ- الكتابة: يعتبر الدليل الكتابي من أهم أدلة الإثبات، ويمتاز عن بقية الوسائل الأخرى بإعداده مقدما، أي وقت حصول الواقعة أو التصرف القانوني مصدر الحق، وقبل حدوث أي نزاع. والكتابة التي يتم بها الإثبات إما أن تكون في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية.

فالورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك في حدود سلطته واختصاصه (م 324 مدني). أمّا الأوراق العرفية فهي المحررات الصادرة عن الأفراد وليس عن موظف عام، موقعة ممّن صدرت منه بإمضائه أو ختمه أو بصمته، أو تلك التي صدرت عن موظف عام ولكنه غير مختص بتحرير تلك الورقة نوعيا أو إقليميا، أو أنه لم يتبع فيها الإجراءات القانونية المطلوبة.

ب- الشهادة: وهي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، وتسمّى البيّنة لأنها تبين ما في النفس

وتكشف الحق فيما اختلف فيه. وللقاضي سلطة تقدير الشهادة فله أن يأخذ بها إذا اقتنع، أو أن يرفضها مهما كان الشهود. وكتمان الشهادة إثم نهى الله عنه، كما أنذ شهادة الزور كبيرة من الكبائر، وقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 265 منه على المعاقبة بالحبس والغرامة على شهادة الزور.

ت- الإقرار: هو اعتراف شخص أمام القضاء بواقعة معينة، مدعى عليه بها لأخر بقصد اعتبار هذا الأمر ثابتا في ذمته وإعفاء الآخرين من إثباته، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، والإقرار حجة قاطعة على المقر (م 342 مدني)، وذلك إذا وقع أمام القاضي، أمّ إذا وقع خارج المحكمة فيخضع لتقدير القاضي. ومع أنّ الإقرار سيد الأدلة كما يقال، إلاّ أنه يعتبر حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، بحيث يؤاخذ به المقر وحده دون سواه لأن المقر لا ولاية له إلاّ على نفسه.

ث- اليمين: يقصد بها قيام الخصم بالحلف لإشهاد الله سبحانه وتعالى على صدق واقعة سابقة يدعي وقوعها. وقد تكون اليمين حاسمة أو متممة.

فاليمين الحاسمة تكون عندما يكون عبء الإثبات على الخصم ويعوزه الدليل، فإنه يوجه "اليمين الحاسمة" إلى خصمه احتكاما إلى ضميره وحسما للنزاع، وهي دليل من لا دليل له، فقد تكون الملاذ الأخير لمن ينقصه الدليل. وتتمثل آثارها في أنه إذا حلف من وجهت إليه ترفض دعوى المدعي، وإذا نكل (رفض) من وجهت إليه اليمين يحكم للمدعي.

أما اليمين المتممة فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين لكي يستكمل بها الأدلة الأخرى. ويشترط لتوجيه هذه اليمين ألاّ يكون في الدعوى دليل كامل وألاّ تكون الدعوى خالية من أي دليل،

وبخلاف اليمين الحاسمة، لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه هذه اليمين أن يردّها على الخصم الآخر، ولكونها دليلاً غير كامل فالقاضي لا يتقيّد بها.

ج- القرائن: هي أمر يستخلصها القانون أو القاضي لأمر مجهول من واقعة معلومة، وهي أنواع:

- قرائن قضائية: يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى.

- قرائن قانونية: يستنبطها المقنن وتنص عليها القوانين (مثال: م. 499 مدني) "الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

وتنقسم القرينة القانونية أيضاً إلى: . قرينة قانونية بسيطة: وهي التي تقبل إثبات العكس، وهي الأصل في القرائن، وإثبات عكس القرينة يتم بكافة طرق الإثبات. . وقرينة قاطعة: وهي التي لا تقبل إثبات عكس ماتقرره. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 338 مدني التي تجعل الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة.

### **الفرع الثاني: على من يقع عبء الإثبات**

إنّ معرفة الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات من الناحية العملية له أهمية خاصة، تتمثل في معرفة الطرف الذي يلزم قبل الآخر بتقديم الدليل على صحة مزاعمه، فالقاعدة العامة المقررة في الإثبات أن "البينة على من ادعى"، وهي مأخوذة من الحديث النبوي الذي رواه الترمذي وصححه الألباني: ((البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)). ولذلك نص القانون المدني في المادة 323 منه "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى

المدين إثبات التخلص منه". ولا يقصد من عبارة المدعي هو المدعي في الدعوى، وإنما المقصود منها هو من تخالف دعواه الظاهر، والأصل في كل الأمور هو الظاهر، كمن يضع يده على شيء يعتبر صاحب حق عليه، ومن يدعي ملكية ذلك الشيء فعليه أن يثبت ذلك.

### **المطلب الثالث: استعمال الحق**

الأصل أن لصاحب الحق كامل الحرية في أن يستعمل السلطة الممنوحة له بالشكل الذي يريده أن يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الآخرين مادام أنه لم يجاوز الحدود التي رسمها له القانون. والاستثناء هو إذا تعسف الشخص في استعمال حقه - حتى لو كان ذلك دون تجاوز لحدود هذا الحق - يكون نوعاً من الخطأ الذي يستوجب مساءلته. وقد تبنت المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من التقنين المدني والتي تقرر مبدأ قانونياً وهو عدم التعسف في استعمال الحق؛ ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض المقصود منه أو عن وظيفته الاجتماعية، وذلك في حالة:

(1) عدم مشروعية المصلحة: إذا قصد صاحب الحق من استعماله لحقه الوصول إلى هدف لا يقره القانون، وذلك كوقوفه في شرفة مبناه العالي للنظر على زوجة جاره أو بناته المقيمين قبالة، أو إلحاق الضرر به مادياً أو معنوياً، أو قيام رب العمل بفصل عاملة رفضت أن تجاربه لأغراضه غير المشروعة، أو لانتماؤه إلى عرق أو دين معين.

(2) قصد الإضرار بالغير (معياري شخصي): ذلك أن من لا يقصد الإضرار بالغير لا يعد متعسفاً في استعمال حقه.

3) رجحان الضرر عن المصلحة (معيار موضوعي): ومعناه عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين ما ينتج عنها من ضرر بالغير، بشرط أن يكون التفاوت كبيراً<sup>(1)</sup>.

وتتمثل أهم تطبيقات التعسف في استعمال الحق في:

- الارتفاع بالبناء بقصد حجب النور والهواء عن الجار.
- إمساك الزوجة في الطلاق الرجعي خلال عدتها، ليس بقصد العدول عن الطلاق بل لغرض إطالة العدة عليها إضراراً بها.
- فصل رب العمل للعامل بغير سبب جاد.
- رفع الدعاوى الكيدية.

وينبغي أن نشير إلى أنّ الضرر إذا كان مألوفاً يكون مسموحاً به، كبكاء الأطفال أو صراخهم، أو نباح الكلاب، أو خروج الشخص مبكراً، أو رجوعه متأخراً، أو الجلبة البسيطة في المناسبات الاجتماعية. أمّا إن تجاوز الضرر الحد المألوف فإنّه يعتبر تعسفاً، كأن يقوم شخص ببناء مصنع كيماويات أو مدبغة جلود على أرضه فتنبعث ضجة أو رائحة تلحق ضرراً غير مألوف بالجار.

ويأخذ القانون بعين الاعتبار في التعسف في استعمال الحق العرف، وموقع العقارات وطبيعتها، والغرض المعدّ له العقار. ولا يحول الترخيص الصادر عن الجهات المختصة دون استعمال حق الجار بمطالبة بإزالة الضرر.

---

(1) - انظر في ذلك: شكري سرور، المرجع السابق، ص 312.

أما الجزاء الذي يترتب عن مضار الجوار، فهو إزالته إن كان ضرا غير مألوف، فيجوز للمحكمة الحكم بإزالة الضرر الذي لحق بالجار، وللقاضي سلطة تقديرية في كيفية إزالة الضرر؛ فقد يحكم مثلا بتعليق المدخنة أو يحكم بوضع عوازل للصوت، أو يحكم بعدم تشغيل المصنع في ساعات معينة، أو يحكم بإغلاق المنشأة... وهكذا دواليك، كما قد لا يحكم بإزالة الضرر إن قدره بأنه مألوف، ولا يخرج عن حدود العرف.

## الفصل الرابع: انقضاء الحق

لا تبقى الحقوق قائمة إلى الأبد، بل لابد من حصول وقائع أو تصرفات - كأسباب كسبها تماما- يترتب عنها انقضاء هذا الحق.

وبما أن طرق انقضاء الحق تختلف من حق إلى آخر فإننا سنتطرق فيما يأتي بإيجاز إلى انقضاء الحق في الحقوق العينية والحقوق الذهنية، ثم إلى انقضاء الحقوق الشخصية.

فبالنسبة لانقضاء الحقوق العينية، ينقضي الحق العيني إذا انقضت الأسباب الناقلة له، وهي أسباب انقضاء بالنسبة للسلف، وأسباب اكتساب بالنسبة للخلف. وينقضي الحق العيني التبعية تبعا لانقضاء الحق الشخصي الضامن له، وقد ينقضي بصفة أصلية كما في حالة هلاك الشيء المرهون وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 965 من التقنين مدني.

أما الحقوق الذهنية فتتنقضي بانقضاء مدة معينة تختلف من دولة إلى أخرى، بحيث يصبح بعدها هذا الحق جزءاً من الثروة الفكرية العامة، فيمتلكه المجتمع، ولا تعود له صفة الحق الخاص؛ لأن الجانب المالي من الحقوق الذهنية هو حق مؤقت بإجماع القوانين الحديثة، ولقد نصت المادة (68) من قانون حق المؤلف على أنه: ((توضع المؤلفات التي أصبحت ملكا للجمهور تحت حماية الدولة)).

وقد حددّ القانون الجزائري مدّة انقضاء الحق الذهني بخمسين (50) سنة من وفاة المؤلف، فلصاحب الحق أن يستغل مالياً ثمرة فكره طوال حياته، وتؤول من بعده إلى ورثته، وبعد مضي مدة (50) سنة يسقط الجانب المالي للحقوق الذهنية بالنسبة إلى الورثة، غير أن المشرع

الجزائري نص في المادة 68 من قانون حق المؤلف أن المؤلفات التي أصبحت ملكا للجمهور توضع تحت حماية الدولة.

أما حق الاختراع فينقضي الجانب المالي منه بعد مضي عشرين سنة، وقد سبق وأشرنا إلى ذلك عند تعرضنا للحقوق الذهنية.

وعليه، لا بد من الحصول على ترخيص من وزارة الثقافة والاتصال في هذا الشأن، ويكون بالتالي لأي كان أن يستفيد ماليا منه دون أن يلتزم بأي مقابل نحو الورثة.

أما بالنسبة لانقضاء الحق الشخصي فقد يزول وينقضي الحق باستيفائه أي بحصول صاحبه عليه، وبالوفاء من الشخص الملزم به.

وفي بعض الحالات لا يحصل صاحب الحق على الحق ذاته، وإنما يحصل على ما يقابله أو يساويه، فينقضي الحق باستيفاء ما يعادله. وقد ينقضي الحق بطرق أخرى دون الحصول عليه بذاته أو بمقابل.

### **البحث الأول: انقضاء الحق باستيفائه**

المقصود باستيفاء الحق ذاته التنفيذ العيني، أي قيام الملزم بأداء الحق إلى صاحبه، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الحق وانتهائه، وذلك عن طريق استيفائه ذاته، أي عن طريق وفاء المدين لما التزم به، كما لو قام المقترض برد المال إلى المقرض انقضى حق هذا الأخير، وانتهى التزام المقرض بالوفاء. وقد عالج المشرع الجزائري أحكام الوفاء في المواد من 258 إلى 284 من القانون المدني.

## المطلب الأول: طرفا الوفاء

- الموفي: بالنظر إلى نص المادة 258 من التقنين المدني، الموفي هو المدين أو نائبه أو شخص آخر له مصلحة في الوفاء، كالكفيل وحائز العقار المرهون.

فيكون الوفاء صحيحا سواء تم من المدين نفسه أو من طرف نائبه، أو تم من طرف الغير؛ بيد أنه قد لا يصح الوفاء من غير المدين نفسه، وذلك إذا كان الالتزام بعمل، واتفق الأطراف عند العقد بأن يكون الوفاء من قبل المدين، أو اقتضت طبيعة الدين أن يكون الوفاء من المدين لا من غيره، إلا أجاز الدائن ذلك، وهذا هو مقتضى نص المادة 169 من التقنين المدني.

وإذا تعدد الدائنون في دين واحد، جاز للمدين أن يوفي بالدين كاملا لأي منهم بشرط أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وأن لا يمانع أحدهم في ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 1/218 من التقنين المدني.

كذلك إذا تعدد المدينون، وكانوا متضامنين فيما بينهم، وقام أحدهم بالوفاء بالدين، برئت ذمة باقي المدينين تجاه الدائن أو الدائنين، وهذا مقتضى نص المادة 222 من التقنين المدني.

- الموفي له: هو الدائن أو نائبه أو خلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالمحال إليه.

وإذا كان الأصل أن الدائن لا يقتضي الدين بنفسه، بل يوفيه المدين، فإنه قد يسمح للدائن في الالتزام بعمل أن يقتضي الدين بنفسه بأن يستأذن القاضي ليرخص له بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين شرط أن يكون ممكنا، وهذا تطبيقا لنص المادة 170 من التقنين المدني.

كما يجوز - طبقاً لنص المادة 219 من التقنين المدني - لأحد الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بكامل الدين، فتبرأ ذمته قبل جميع الدائنين، غير أنه إذا برئت ذمة المدين تجاه أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء، كالتقادم مثلاً، فإنه يبرأ تجاه باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن، وهذا ما نصت عليه المادة 220 من التقنين المدني.

فإذا كان (أ) مديناً لكل من (ب) و(ج) و(د) بمبلغ إجمالي قدره 1 مليون دينار، وكان دين (ب) تجاه (أ) قدره 200 ألف دينار، ومرت مدة التقادم المقررة قانوناً على هذا الدين، فإن (أ) يبقى مديناً لـ (ج) و(د)، بمبلغ قدره 800 ألف دينار.

### **المطلب الثاني: محل الوفاء**

يجب الوفاء بالمحل ذاته لا بشيء آخر، وبه كله لا بعضه؛ فإذا كان محل الحق شيئاً معيناً بذاته في العقد، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره حتى لو كان مساوياً لمحل الحق في القيمة ومن نفس الجنس، بل وحتى لو كان له قيمة أكثر من قيمة الشيء محل الحق.

ويجب أن يكون الوفاء بكل الحق، ومعنى ذلك أن يكون وفاء المدين بالتزامه وفاء كلياً لا جزئياً؛ لأنه لا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي إلا بالاتفاق على ذلك أو بنص القانون.

### **المبحث الثاني: انقضاء الحق بما يعادل الوفاء**

قد لا ينقضي الحق بذاته في بعض الحالات أي عن طريق الوفاء، فقد يزول بطرق أخرى تقوم مقام الوفاء في انقضاء الحق، وتتمثل في:

### **المطلب الأول: الوفاء بمقابل**

قد يستوفي الدائن حقه بشيء آخر بدلاً من المحل الأصلي، وذلك

باتفاق الدائن والمدين كاستيفاء مبلغ من النقود بدلا من ملكية عقار أو العكس، فيكون الثاني عوضا عن محل الحق الأصلي (م 285 مدني).

وجدير بالذكر أن الوفاء بمقابل يمثل عند الكثير من الشراح عملية قانونية مركبة من التجديد والوفاء وربما حتى البيع؛ فهو تجديد للالتزام لأن المحل فيه قد تغير، فينقضي الالتزام القديم والتأمينات التي تتبعه طبقا لنص المادة 286 من التقنين المدني، حتى ولو استحق هذا الشيء المستبدل، حيث نصت المادة 655 من التقنين المدني على أنه: ((إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء)).

والالتزام الجديد هو التزام بإعطاء شيء في مقابل الدين، فإنه يكون بمثابة البيع، فتسري عليه أحكامه، لاسيما فيما يخص أهلية المتعاقدين، ونقل الملكية، وضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، وهذا تطبيقا لنص المادة 286 من التقنين المدني.

وبما أن السير الطبيعي للوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام بالوفاء، فإن أحكام الوفاء تطبق بهذا الخصوص؛ حيث يراعى فيه جهة الوفاء، ونفقاته، وإثباته، وقواعد المقاصة في حالة تعدد الديون بين الدائن والمدين، وغيرها من أحكام الوفاء.

### **المطلب الثاني: التجديد**

يقصد به اتفاق صاحب الحق والملمزم به على استبدال حق قديم بحق جديد، فيترتب على ذلك انقضاء الحق القديم وإنشاء حق آخر جديد يختلف عنه إما في محله أو سببه أو أحد أشخاصه، ويتم تجديد الحق وفق نص المادة 287 من التقنين المدني بإحدى الصور الثلاث:

(1) تغيير الدين في محل الحق أو مصدره بين طرفي الحق، فينقضي بذلك الحق الأصلي ويحل محله الحق الجديد.

(2) تغيير المدين، وذلك باتفاق بين الدائن مع الغير بأن يحل هذا الأخير محل المدين الأصلي، وهنا لا يحتاج إلى رضا المدين؛ لأن الدائن حر في اختيار مدينه، أو باتفاق بين الدائن والمدين على أن يحل شخص أجنبي محل المدين الأصلي، وهنا لا بد من رضا الدائن بالمدين الجديد.

(3) بتغيير الدائن عن طريق اتفاق بين الدائن والمدين والغير، بأن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد.

ولكي يرتب التجديد آثاره، فإنه يجب أن تتوافر شروط هي:

- أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام الجديد قد خليا من أسباب البطلان، وهو ما تنص عليه المادة 288 من التقنين المدني.

- أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف، حيث أن التجديد لا يفترض، وهو ما تنص عليه المادة 289 من التقنين المدني.

- أن يغير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة، كتغيير محل الدين أو مصدره، أو إضافة شرط أو إلغائه، أو تغيير الدائن، أو تغيير المدين، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية.

### **العطلب الثالث: الإنابة**

وتتم باتفاق ثلاثة أشخاص: الغير ويسمى المناب، والمدين ويسمى المنيب، والدائن ويسمى المناب لديه. وتكون هذه الإنابة وفقا لنص المادة 294 من التقنين المدني، في الحالات التي يحصل فيها المدين على موافقة الدائن بقبول الوفاء بالحق من شخص ثالث أجنبي، غير أنه لا يشترط أن

تكون هناك علاقة مديونية سابقة على عقد الإنابة، بل قد تكون لاحقة عليه.

والإنابة قد تكون كاملة وقد تكون ناقصة؛ فالكاملة هي التي تبرأ فيها ذمة المدين، فيكون هناك استبدال المدين، ويمكن فيها استبدال الدائن أيضا إذا ما وجدت علاقة دائنية سابقة بين المنيب والمناب. ومثال ذلك: أن يكون هناك بائع (أ)، ودائن للبائع (ب)، ومشتري (ج)؛ فيقوم البائع (أ) بإنابة المشتري (ج) في دفع الثمن الذي عليه تجاه البائع إلى دائنه (ب). فالمشتري (ج) يصبح مدينا لـ (ب) في دين جديد حل محل دين البائع (أ) السابق، فيكون قد تغير الدين وتغير الدائن في الوقت نفسه.

ويشترط لوجود الإنابة الكاملة توافر شروط التجديد السابقة الذكر، إضافة إلى كون الشخص المناب موسرا وقت الإنابة، وإذا ثبت إعساره وقت الإنابة فلا تبرأ ذمة المدين (المنيب) قبَل الدائن، أما إذا أعسر المناب بعد الإنابة، تحمل الدائن تبعه هذا الإعسار، ولا يجوز له الرجوع على المدين (المنيب)، ما لم يكن قد اتفق معه على غير ذلك في عقد الإنابة. وهذا ما نصت عليه المادة 295 من التقنين المدني.

أما الإنابة الناقصة فهي التي يبقى فيها المدين ملتزما إلى جانب المناب، فيصبح للدائن مدينان؛ فله أن يطالب أيًا منهما بالدين الذي له على المدين الأصلي. وهو ما يستخلص من الفقرة الثانية من نص المادة 295 من التقنين المدني.

### **العطلب الرابع: العقاصة**

هي عبارة عن تصفية حسابية بين الحقوق والالتزامات من جانب الطرفين، إذا كان أحدهما دائنا للآخر ومدينا له في الوقت نفسه،

فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما. وقد نظم المشرع الجزائري أحكام المقاصة في المواد من 297 إلى 303 من التقنين المدني.

ويشترط للإجراء المقاصة وفقا لنص المادة 297 وما بعدها من التقنين المدني:

- أن يكون الدينان ثابتين، وغير متنازع فيهما: أي أن يكون كل طرف دائنا للطرف الآخر ومدينا له في الوقت نفسه بشكل محقق لا شك في ثبوته، وأن يكون الدين محددًا في مقداره، ولا نزاع حوله لا من حيث وجوده ولا من حيث مقداره، وإلا امتنع إجراء المقاصة، على أن النزاع الذي يمنع المقاصة يجب أن يكون جديا، أي رفت بشأنه دعوى تمس أصله.

- أن يحل أجل الدينين معا: أي أن يكون الدينان مستحقا الأداء، إذ لا يجوز جبر المدين على الوفاء قبل حلول أجل دينه، فإن كان أحد الدينين مؤجلا فلا تقع المقاصة، إلا إذا سقط أجل الدين وأصبح حال الأداء، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان تأخر الأجل ناتجا عن مهلة منحها القاضي أو أحد الدائنين للآخر، طبقا لنص المادة 2/297.

- أن يكون موضوع الدينين واحدا: هذا الشرط يقصد به اتحاد صنف الدينين إن كانا من النقود، إضافة إلى اتحاد الجودة إن كانا من المثليات؛ فتكون المقاصة بين دينين من النقود بالدينار الجزائري مثلا، أو اليورو، ولا تصح المقاصة بين دينين أحدهما بالدينار والآخر باليورو. كما تصح المقاصة بين دينين متعلقين بكمية من القمح ذي الجودة العلية مثل الزناتي، ولا تصح المقاصة بين دين متعلق بالقمح وآخر متعلق بالأرز، أو بين دين متعلق بقمح الزناتي وآخر متعلق بقمح ذي جودة متدنية.

- أن يتمسك بها صاحب المصلحة فيها: فالمقاصة ليست من النظام العام، بل يجب على من له مصلحة فيها أن يتمسك بها، وليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء.

### لكن من له الحق في التمسك بالمقاصة؟

بديهي أن المدين في كل من الدينين هو من له الحق في التمسك بالمقاصة، لكنه ليس الوحيد، إذ يحق للكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي هو لمكفوله وبين الدين الذي هو للدائن تجاه المدين المكفول إذا ما طالب الدائن الكفيل بالدين، حتى تبرأ ذمة المدين المكفول وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بالتبعية. كما يمكن لحائز العقار المرهون ضمانا لدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي هو على المدين الراهن وبين الدين الذي على الدائن المرتهن، حتى يتم تطهير العقار بانقضاء الرهن الذي يثقله. كذلك يمكن للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي جرت بين الدائن وأحد المدينين المتضامين، ولكن بقدر حصة هذا المدين فقط، طبقا لنص المادة 225 من التقنين المدني.

- أن لا تضر بحقوق الغير المكتسبة: نصت المادة 1/302 من التقنين المدني على عدم جواز وقوع المقاصة إذا كانت تضر بحقوق الغير. وقد أورد المشرع في الفقرة الموالية من المادة نفسها والمادة 303 تطبيقات لهذه الحالة تتمثل في الآتي:

○ حالة حجز الغير تحت يد المدين: فإذا قام الغير بتوقيع حجز تحت يد المدين، ثم أصبح هذا المدين دائنا لدائنه أي تحولت صفته من مدين فقط إلى دائن ومدين بدين قابل للمقاصة، فهنا لا يصح إجراء المقاصة بين هذا المدين (الذي أصبح دائنا في الوقت نفسه) وبين الدائن (الذي أصبح مدينا في الوقت نفسه)، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الغير

الذي أوقع حجزا باسم المدين لا يمكنه الاشتراك في اقتسام المال المحجوز بسبب الدين؛ لأنه قد جرت بشأنه مقاصة، وهذا يضر به، لكن لو قام المدين بتوقيع الحجز بنفسه على أموال المدين، كان للغير حينها للاشتراك معه في اقتسام المال المحجوز باعتباره دائنا.

ولتبسيط الأمر نضرب مثالا: (أ) مدين ل (ب) بمبلغ مقداره 100 ألف دينار، و (ج) هو الغير، دائن ل (أ) بمبلغ مقداره 50 ألف دينار، وفي هذا الوقت يصبح (أ) دائنا ل (ب) بمبلغ مقداره 120 ألف دينار، وهو دين قابل للمقاصة. فيقوم (ج) بتوقيع حجز على (ب) لأنه دائن ل (أ) بمبلغ مقداره 50 ألف دينار، و (أ) دائن ل (ب) بدين مقداره 120 ألف دينار. فإذا قام (أ) و (ب) بإجراء المقاصة فإن دين (ب) تجاه (أ) ينقضي: 100 ألف دينار، ويبقى (أ) دائنا ل (ب) بمبلغ مقداره 20 ألف دينار، فيتضرر الغير (ج) ولا يمكنه الاشتراك مع (أ) في اقتسام مبلغ 100 ألف دينار، لكن إذا قام المدين (أ) بتوقيع الحجز بنفسه، ولم تكن هناك مقاصة بينه وبين (ب)، فإن (أ) و (ج) يتقاسمان مبلغ 100 ألف دينار كل بقدر نصيبه، فيكون نصيب (أ) هو: 70588 دينار، ونصيب (ج) هو: 29411 دينار.

○ حالة قبول الحوالة دون تحفظ: طبقا لنص المادة 1/303 من التقنين المدني، إذا قام الدائن بحوالة حقه إلى الغير، وصدر من المدين قبول بتلك الحوالة دون أي تحفظ، فإنه لا يمكن لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة تجاه المحال له، والتي كان قد تمسك بها جاه الدائن قبل قبوله الحوالة.

فإذا كان هناك (أ) دائن ل (ب) بمبلغ 20 ألف دينار، ثم قام بحوالة حقه إلى (ج)، وقَبِلَ (ب) هذه الحوالة بتاريخ 2014/11/10، في حين كان قد تمسك بالمقاصة بتاريخ 2014/11/02، تجاه الدائن (أ) لوجود دين

آخر بينهما مقداره 15 ألف دينار مثلا، فإنه يمتنع على (ب) أن يتمسك بتلك المقاصة تجاه (ج)، بل يستوفي (ج) من عند (ب) مبلغا مقداره 20 ألف دينار، وهو مقدار الحوالة، وما على (ب) سوى الرجوع على (أ) بحقه أي بـ 15 ألف دينار.

وجدير بالذكر أن المقاصة- كما أسلفنا- ليست من النظام العام، فيجوز النزول عنها، لكن لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، طبقا لما قضت به المادة 1/300 من التقنين المدني، وهذا حماية للمدين من تعسف بعض الدائنين الذين يشترطون تنازل المدين عن حقه في المقاصة قبل ثبوتها حتى لا يستعملها إذا ما ثبتت، فقطع المشرع على مثل هؤلاء الطريق ومنع تنازل المدين قبل ثبوت حقه في المقاصة، فإذا ثبت حقه فيها كان الخيار له إما أن يتمسك بها وإما أن يتنازل عنها.

هذا ونشير إلى أن المقاصة لا تجوز في ثلاثة أنواع من الديون ذكرتها المادة 299 من التقنين المدني، هي:

○ إذا كان أحد الدينين محل المقاصة قد تم نزعها من يد مالكة دون وجه حق، وقد قام بالمطالبة برده. ولعل ذلك راجع إلى أن هذا الدين متنازع فيه من جهة، ومن جهة ثانية كونه ليس تحت يد المدين وقت إجراء المقاصة، فلا يستطيع أن يستوفيه إلا باسترداده، وهذا الاسترداد لم يقع بعد فتمنع المقاصة.

○ إذا كان أحد الدينين مودعا لدى الغير، أو معارا لأجل استعماله مدة معينة، وكان مطلوبا من المودع لديه أو من المستعيررده إلى صاحبه.

○ إذا كان أحد الدينين محل المقاصة حقا غير قابل للحجز، كأن يكون داخلا ضمن أموال الدولة طبقا لنص المادة 689 من التقنين المدني، أو الأموال المنصوص عليها في المادة 636 من تقنين الإجراءات

المدنية والإدارية، كأدوات العمل الشخصية والضرورية لأداء مهنة المحجوز عليه والتي لا تتجاوز قيمتها 100 ألف دينار، أو الحيوانات الأليفة بتعداد بقرة واحدة أو ناقة واحدة، أو ست نعاج، أو عشر عنزات... الخ

ما تكلمنا عنه يمثل المقاصة القانونية، وهناك نوع آخر منها يدعى بالمقاصة الاختيارية، وهي التي يتخلف فيها شرط من الشروط المطلوبة قانوناً، فتتم باختيار أحد الطرفين إن كان الشرط الناقص مقراً لمصلحته، أو بإرادة الطرفين معا إذا كان الشرط مقراً لمصلحتهما معاً؛ فلو كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً، يمكن أن تقع المقاصة إذا أراد من كان دينه مؤجلاً إجراءها؛ لأن هذا الأجل مقرر لمصلحته.

### **المطلب الخامس: اتحاد الذمة**

هو اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد، فينقضي بذلك هذا الحق بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 304 من التقنين المدني.

وغالبا ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث، كأن يرث الدائن المدين، أو يرث المدين الدائن. والحقيقة أنّ اتحاد الذمة ليس سببا لانقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة به، ولذلك إذا زال المانع الذي أدى إلى اتحاد الذمة يعود الدين إلى الوجود ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن، حيث نصت المادة 304 من التقنين المدني: ((إذا أصبح الشخص دائنا ومدينا بنفس الحق، أو بجزء منه انقضى الحقان بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وإذا زال سبب اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي عاد الحق هو وملحقاته للوجود بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن)).

وقد يحصل اتحاد الذمة حال الحياة، كأن يهب الدائن المرتهن الدين إلى المدين المرتهن، أو أن يهب المدين الراهن المال المرهون إلى الدائن المرتهن، فينقضي الرهن باتحاد الذمة. وكذلك الأمر بالنسبة للشركة عندما تشتري شركة ما مثل شركة Peugeot شركة أخرى مدينة لها مثل شركة Citroën، فينقضي الدين باتحاد الذمة، أو تشتري شركة ما السندات التي كانت قد طرحتها مسبقا في السوق، فتتنقضي الالتزامات المترتبة عنها قبل الشركة باتحاد الذمة.

وسبب انقضاء الحقوق والالتزامات راجع إلى سبب بسيط هو أنه لا يمكن للشخص الذي اتحدت فيه الذمة أن يطالب نفسه بالالتزام أو دين.

### **المبحث الثالث: انقضاء الحق دون الوفاء به**

قد ينقضي الحق رغم عدم استيفاء صاحبه له سواء بذاته أو بما يعادله، ويكون ذلك في حالة: الإبراء، استحالة الوفاء، والتقادم المسقط.

#### **العطيل الأول: الإبراء**

الإبراء هو تنازل الدائن بإرادته المنفردة، وباختياره، عن حقه بدون عوض أو بمقابل، ويعتبر من أعمال التبرع، وتسري عليه الأحكام الموضوعية التي تسري على التبرع، أما الشروط الشكلية فإنه لا يشترط شكل خاص في الإبراء حتى ولو كان الالتزام محل الإبراء يتطلب في وجوده شكلا خاصا؛ لأنه ليس ناقلا للحق بل سبب في انقضاء الالتزام. فإذا أبرأ الدائن مدنيه فإنّ التزام المدين ينقضي. وهذا ما نصت عليه المادة 306 من التقنين المدني.

ويشترط ليرتب الإبراء آثاره أن يكون صحيحا، وأن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختارا لا مكرها ولا جاهلا، وأن يُعلم الدائن المدين به ويقبل

هذا الأخير، فإذا رفض كان الإبراء باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 305 من التقنين المدني.

ونذكر أنه لا يعتبر من قبيل الإبراء، الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توافرية التبوع؛ لأن القصد هنا هو اتقاء خطر إفلاس المدين والحصول على أي جزء من الدين، وتفادي ما قد يؤدي إليه الاستمرار في إجراءات الإفلاس من تدهور مركز المدين.

### **المطلب الثاني: استحالة الوفاء**

ينقض الالتزام طبقا لنص المادة 307 من التقنين المدني إذا أصبح تنفيذه مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وهذا السبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو خطأ الدائن، أو فعل الغير. فهذه الأمور لم تكن متوقعة، أو لا يمكن دفعها، وحدثها جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، الأمر الذي أدى إلى انقضاء الحق وزواله دون استيفائه. غير أنه في العقود الملزمة للجانبين يترتب على استحالة التنفيذ انفساخ العقد بقوة القانون طبقا لنص المادة 121 من التقنين المدني، ويتحمل المدين بالالتزام تبعة الاستحالة؛ فإذا باع شخص لآخر سيارة بمبلغ قدره 1 مليون دينار، وقبل أن يسلمها للمشتري هلكت بسبب زلزال أو فيضان، فإن تبعة الهلاك واستحالة تسليم السيارة إلى المشتري يتحملها البائع فهو المدين بتسليمها، فإن كان لم يتسلم الثمن بعد فليس له المطالبة بدفعه، وإن كان قد تسلمه فعليه ردّه إلى المشتري.

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، فإنّ الالتزام لا ينقض، بل يتحول إلى تعويض، فلا تبرأ ذمة المدين ويبقى ضامنا للالتزام بطريق التعويض. وكذلك الأمر إذا أصبح الالتزام مرهقا لا مستحيلا

استحالة تامة، إذ يصبح هنا الأمر متعلقا برد الالتزام إلى الحد المعقول طبقا لنص المادة 3/107 من التقنين المدني.

لكن نشير إلى أنه حتى ولو استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، فإن المدين يبقى مسؤولا عن عدم التنفيذ، فيكون التنفيذ عن طريق التعويض أي بمقابل، وهذا إذا ما اتفق الطرفان على تشديد المسؤولية طبقا لنص المادة 1/178 من التقنين المدني.

### **المطلب الثالث: التقادم المسقط**

يقصد بالتقادم مرور مدة زمنية معيّنة في القانون بنص خاص، ينقضي بها الحق إذا لم يقوم صاحبه بالمطالبة به عن طريق القضاء، فإن سكت الدائن عن المطالبة بحقه خلال هذه الفترة المحددة بنص قانوني، فإن حق الدائن ينقضي ولا يعود بإمكانه إلزام المدين بالوفاء.

وقد نصّ التقنين المدني الجزائري على نوعين من التقادم: التقادم المسقط والتقادم المكسب؛ فالأول يكون في الحقوق الشخصية، كما يشمل الحقوق العينية والحقوق الذهنية أيضا، ولا يعتد فيه بحسن النية أو سوءها. أما التقادم المكسب فيكون في الحقوق العينية فقط دون الحقوق الشخصية، ويعتد فيه بحسن النية، حيث يملك الحائز حسن النية الحق في مدة أقصر من الحائز سيء النية.

والتقادم عموما إنما تقرر للحفاظ على استقرار المعاملات وتصفية المراكز القانونية القديمة، حتى لا تبقى النزاعات قائمة، ولا يرهق الدائن المدين بالمطالبة بالدين لتعذر معرفة وجه الحق في النزاع القائم، ولزيادة احتمال ضياع السندات الخاصة بتلك الحقوق مع مرور الزمن، خصوصا فيما لو كان المدين قد وقيّ فعلا بدينه، فلا يعقل أن يبقى المدين محتفظا بتلك السندات أو بوصول مخالصة الدين إلى ما لا نهاية هو أو ورثته.

كما قد يعتبر تقرير التقادم المسقط عقاباً للدائن المهمل الذي لم يطالب بحقه طيلة المدة المقررة لحماية حقه، وحمايةً للمدين من تراكم الديون عليه.

على أن التقادم المسقط لا يقوم قرينة على الوفاء بقدر ما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة، بمرور الزمن اللازم لخلق الاطمئنان والثقة المشروعة.

لكن المدة التي تسمح بوجود هذا الاطمئنان والثقة يختلف من حق إلى حق؛ فاختار المشرع الجزائري مدة التقادم الطويل للحقوق وهي 15 سنة في نص المادة 308 من التقنين المدني، إلا إذا وجد نص خاص يقضي بغير ذلك، ومثال ذلك:

- تقادم الحقوق الدورية المتجددة، والديون المتأخرة، والأجور والمعاشات، بمرور 5 سنوات، طبقاً لنص المادة 309.

- تقادم حقوق الصيادلة والأطباء والمحامين والمهندسين والسماسرة... بمرور سنتين، وفقاً لنص المادة 310.

- اكتساب العقار بحيازته -بحسن نية- لمدة 10 سنوات، طبقاً لنص المادة 828.

- لا تكتسب الحقوق الميراثية إلا بمرور 33 سنة على حيازتها، طبقاً لنص المادة 829.

وبالنسبة لحساب مدة التقادم، فإنه يتم وفقاً للتاريخ الميلادي (الغريغوري) وليس بالتاريخ الهجري، طبقاً لنص المادة 3 من التقنين المدني. كما يحسب التقادم بالأيام وليس بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول (dies a quo)، وهو اليوم الذي يكون الدين فيه مستحق الأداء،

وتنتهي مدة التقادم بانقضاء اليوم الأخير، طبقا لنصي المادتين 314، 315 من التقنين المدني، أي يحاسب اليوم الأخير (dies ad quam). فإذا كان هناك دين نشأ بتاريخ 2002/06/05م، وهو نفس تاريخ استحقاقه، وكانت مدة التقادم فيه 15 سنة، فإن يوم 05 جوان لا يحاسب بل يبدأ الحساب من اليوم السادس، وينتهي أجل المطالبة بالدين بانقضاء اليوم الأخير فيه وهو 2017/06/06، فيستطيع صاحبه المطالبة به في السادس من جوان 2014، ولكن حقه يسقط في 2017/06/07.

أما إذا كان الدين معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل، فإن مدة التقادم لا تبدأ في السريان إلا بتحقق الشرط، أو بحلول الأجل. وكذلك الأمر إذا حدث انقطاع للتقادم أو وقف له، على أن هذين الأمرين لهما وصف خاص يتمثل في الآتي:

وقف التقادم يقصد به تعطيل أو عدم سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع تعذر معه على الدائن المطالبة بحقه في تلك الفترة، فإذا زال المانع عاد التقادم إلى السريان مرة أخرى مع احتساب الفترة السابقة التي مرت. فمثلا لو كانت مدة التقادم 5 سنوات، فمرت سنة واحدة ثم حدث مانع للدائن أقعده عن المطالبة بدينه لمدة سنتين، وبعدها زال المانع، فلا تحاسب مدة السنتين بل تحاسب مدة السنة الأولى التي مرت، وتبقى له مدة أربع سنوات يمكنه فيها المكالبة بحقه، فإذا انقضت، سقط حقه في المطالبة بالدين.

وقد نص المشرع الجزائري على الوقف في المادة 316 من التقنين المدني، وقرره كلما وجد مبرر شرعي يمنع الدائن من المطالبة بحقه، ثم بين بعض الحالات ذات الأهمية في المسألة، مثل: الدين الذي يكون بين الأصيل والنائب، وهذا مرده إلى العلاقة الوطيدة والمتكررة بينهما في تعامل

النائب باسم ولحساب الأصيل، وبالقياس بالالتزامات القائمة بين الأب وابنه، وبين الزوج وزوجته، وبين العامل ورب عمله، وهذا ما يدعى بالمانع الأدبي. وقد يكون المانع الشرعي ماديا، كأن تقوم هناك حرب أو اضطرابات، أو مرض أقعده الدائن وحال دون مطالبته بدينه.

ونص أيضا المشرع على وقف التقادم في حق عديم الأهلية، وكذلك في حق الغائب، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية؛ إذا كان حقهم من الحقوق التي تسقط بمضي خمس سنوات، ولم يكن لهم في تلك الفترة نائب قانوني يحل محلهم في المطالبة بديونهم.

غير أنه بالنسبة للأشخاص المذكورين آنفا، والذين لا تسقط حقوقهم بمضي خمس سنوات بل بمدة أطول؛ يتوقف سريان التقادم في حقهم طيلة مدة عدم أهليتهم، حتى ولو كان لهم نائب قانوني<sup>(1)</sup>.

أما انقطاع التقادم فيقصد به زوال وإلغاء التقادم الذي سرى من أصله، وإعادة احتساب مدة التقادم من جديد؛ وهذا يكون - طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 317، 318 من التقنين المدني - في

---

1 - أعتقد أن ما ورد في هذا النص غير سليم من وجهين: أولا أن الغائب ليس عديم الأهلية حتى يلحق بهم. وثانيا أنه من غير المعقول أن يتوقف التقادم في حق من كان سيسقط حقه بانقضاء مدة خمس سنوات إذا لم يكن لهم نائب قانوني، وهذا يعني بمفهوم المخالفة إذا كان لهم نائب قانوني فإن التقادم لا يتوقف سريانه، وفي الوقت نفسه إذا كانت مدة التقادم تزيد عن خمس سنوات، كأن تكون خمس عشرة سنة مثلا، فإن التقادم فيها يتوقف طيلة مدة انعدام الأهلية حتى ولو كان لهم نائب قانوني، والمفروض العكس، أن يوقف التقادم بالنسبة لمن حقوقهم لا تسقط في مدة قصيرة ولو كان لهم نائب قانوني، حتى لا يفاجأ الدائن بعد قضاء عقوبته، أو بعد زوال سبب انعدام أهليته، بسقوط حقه إذا لم يطالب به نائبه القانوني، أو لم يتسنَّ تعيين نائب قانوني له في تلك الفترة القصيرة. أو على الأقل توحيد الحكم بتقرير وقف التقادم بالنسبة لفترات التقادم المذكورة بالنسبة لمن لم يكن لهم نائب قانوني.

حالة قيام الدائن بإجراء المطالبة القضائية بالدين، مهما كان شكل الدعوى، بل ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة. كما ينقطع التقادم بطريق التنبيه الموجه إلى المدين للوفاء بدينه، أو بإنذاره بالحجز على أمواله والتنفيذ عليها بالطريق الجبري. ويضاف إليها حالة دخول الدائن في تفليسة المدين، فعند تقديم الدائن لطلبه أمام المحكمة للدخول في تفليسة المدين ينقطع التقادم، بل أكثر من ذلك، ينقطع التقادم بتقديم الدائن للاشتراك في توزيع ما نتج عن التنفيذ على أموال المدين، وكذلك في حالة قيامه بأي عمل أثناء المرافعة أمام المحكمة لأجل إثبات حقه.

وغني عن البيان أن الإقرار بالدين يقطع التقادم إذا كان صريحا، بل حتى ولو كان ضمنيا فإنه يقطع التقادم، كأن يقوم بدفع جزء من الدين، أو أن يسلم الدائن للمدين مالا كرهن حيازي تأمينا للوفاء بهذا الدين.

ونشير في هذا المقام أن مدة التقادم إذا انقطعت فإنها تحسب من جديد مماثلة للمدة السابقة، إلا في حالتين: حالة الإقرار بالدين، حيث يجعل الإقرار مدة التقادم الجديدة 15 سنة، حتى ولو كانت مدة التقادم الأصلية تقل عن ذلك بكثير. أما الحالة الثانية فهي حالة صدور حكم حاز لقوة الشيء المقضي به، صدور حكم نهائي، فتكون مدة التقادم الجديدة أيضا 15 سنة، ما لم تكن تلك الالتزامات المحكوم بها دورية ومتجددة ومستحقة بعد صدور الحكم، فتتقادم بمضي خمس سنوات طبقا لنص المادة 309 من التقنين المدني. فلو فرضنا أن مستأجرا لم يدفع أجرة سنة مضت، ثم رفع المؤجر دعوى عليه بدفع تلك المستحقات وتركه شاغلا للعين المؤجرة، فإن صدور حكم يلزمه بدفع الأجرة السابقة، ودفع الأجرة عن المدة التي سبقت فيها تختلف مدة سقوطه؛ فلا يسقط حق المؤجر في المطالبة بالأجرة السابقة إلا بمضي 15 سنة، أما الأجرة اللاحقة فيسقط حقه في المطالبة بها بمضي 5 سنوات؛ لأنها حقوق متجددة دوريا.

هناك تساؤل تجدر إثارته، ألا وهو: إذا كان التقادم مقررا حفاظا على الصالح العام، واستقرار المعاملات، وحماية للمدين وعقابا للدائن، فهل يجوز التنازل عن المدة الممنوحة فيه، أو التغيير فيها؟

أجابت عن هذا التساؤل المادة 322 من التقنين المدني؛ حيث أجازت التنازل عن التقادم ولكن بشرط أن يكون قد ثبت الحق فيه للدائن، على أن هذا النزول مقرون أيضا بعدم الإضرار بالغير، وهم دائنوا الدائن؛ فإذا كان (أ) دائنا لـ (ب) ومدة التقادم هي 5 سنوات مثلا، وكان (ج) دائنا كذلك لـ (ب)، ثم تنازل (ب) عن مدة التقادم لصالح (أ)، فإنه يكون قد أضرب (ج)، إذ يمكن لـ (أ) أن يطالب بدينه من عند (ب) مما ينقص من ذمته، فيصبح معسرا ولا يتمكن (ج) من استيفاء دينه عند حلول أجله.

أما التغيير في مدة التقادم فغير جائز لا بالزيادة ولا بالإنقاص، فهي محددة قانونا ولا يجوز مخالفتها.

## قائمة المصادر والمراجع

- أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، 1423هـ- 2003م.
- إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، مطابع قدموس الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 1972.
- جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول: حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1988م.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت.
- الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت.م.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.ت.
- زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، د.ت.
- شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1990.
- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، د.د.م، 1950-1951.
- عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، 1410هـ- 1990م.
- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب،

- الطبعة الثالثة، الرياض، السعودية، 1417هـ- 1997م.
- علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1419هـ- 1999م.
  - علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دارالفضيلة، القاهرة، 2004.
  - مجمع اللغة العربيّة بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدوليّة، الطبعة الرابعة، مصر، 1425هـ- 2004م.
  - محمد أمين المعروف بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان.
  - محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ- 2004م.
  - محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1997م.
  - محمد حسن قاسم، محمد السيد الفقي، أساسيات في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
  - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
  - محمد رفعت الصباحي، محاضرات في المبادئ العامة في القانون، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 2004-2005.
  - محمد سامي مدكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، دون مكان الطبع، 1957.

- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1385هـ-1965م.
- محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000م.
- محمود بن أحمد بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م.
- المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، الحق، وفقا للقانون الكويتي - دراسة مقارنة-، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1970م.
- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المطبعة العامرة، الطبعة الأولى، دارالخلافة العلية، 1330هـ.
- موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الطبعة الثانية، الكويت.
- (H), (L) et (J) MAZEAUD, Leçons de droit civil. Tomme 1, 2ème Edition, PARIS, Montchrestien, 1959.
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, les grands arrêts s de la jurisprudence civil, tome 1, introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions, 13 édition, Dalloz, Paris, 2015.
- Catherine Philippe, La viabilité de l'enfant nouveau-né, Recueil Dalloz, 1996, Chroniques, p29.
- Jean DABIN, Le droit subjectif, préface de Christian Atias, Dalloz,

Paris, 2008, p57. (Reproduction de l'édition de 1952).

- Marcela Iacub, *Penser les droits de la naissance*, Presses universitaires de France, 2002.

- *Personne morale en droit français*:  
[https://fr.wikipedia.org/wiki/Personne\\_morale\\_en\\_droit\\_fran%C3%A7ais](https://fr.wikipedia.org/wiki/Personne_morale_en_droit_fran%C3%A7ais).

## فهرس المحتويات

2	مقدمة:
4	الفصل الأول: مفهوم الحق
9	المبحث الأول: تعريف الحق وتمييزه عن غيره
9	المطلب الأول: تعريف الحق
9	الفرع الأول: تعريف الحق لغة
11	الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحا
11	أولا: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق (نظرية الإرادة)
12	ثانيا: الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق (نظرية المصلحة)
13	ثالثا: الاتجاه المختلط في تعريف الحق
14	رابعا: الاتجاه الحديث
17	المطلب الثاني: تمييز الحق عما يشبهه به
17	الفرع الأول: الحق والمصلحة
17	الفرع الثاني: الحق والسلطة
18	الفرع الثالث: الحق والمكنة
18	الفرع الرابع: الحق والحرية
19	الفرع الخامس: الحق والرخصة
20	المبحث الثاني: أنواع الحقوق
20	المطلب الأول: الحقوق غير المالية
21	الفرع الأول: الحقوق السياسية والحقوق المدنية
21	أولا: الحقوق السياسية
22	ثانيا: الحقوق المدنية
22	الفرع الثاني: الحقوق العامة والحقوق الخاصة
22	أولا: الحقوق العامة
27	ثانيا: الحقوق الخاصة
31	المطلب الثاني: الحقوق المالية
32	الفرع الأول: الحقوق العينية

32	أولاً: تعريف الحق العيني
35	ثانياً: تقسيمات الحقوق العينية
44	الفرع الثاني: الحقوق الشخصية
44	أولاً: تعريف الحق الشخصي
44	ثانياً: خصائص الحق الشخصي
46	ثالثاً: محاولة التقريب بين الحق العيني والحق الشخصي
50	الفرع الثالث: الحقوق الذهنية ( الحقوق المختلطة)
50	أولاً: المؤلف والمصنف
52	ثانياً: الحق الأدبي
56	الفصل الثاني: أركان الحق
56	المبحث الأول: أشخاص الحق
57	المطلب الأول: الشخص الطبيعي (الإنسان)
58	الفرع الأول: بداية الشخصية القانونية ونهايتها
58	أولاً: بداية الشخصية القانونية
59	ثانياً: نهاية الشخصية القانونية
59	1- نهاية الشخصية بالموت الحقيقي
60	2- نهاية الشخصية بالموت الحكي (حالة المفقود)
64	الفرع الثاني: خصائص الشخصية القانونية
64	أولاً: الاسم
64	1- تعريف الاسم وأهميته
65	2- الطبيعة القانونية للاسم
65	3- حماية الحق في الاسم
66	ثانياً: الحالة
66	1- الحالة السياسية:
67	2- الحالة العائلية:
68	3- الحالة الدينية:
68	ثالثاً: الموطن
68	1- طرق تحديد الموطن:

- 70.....2- أنواع الموطن:
- 72.....رابعا: الأهلية القانونية
- 72.....1- أنواع الأهلية:
- 73.....2- تدرج أهلية الأداء:
- 76.....3- عوارض الأهلية:
- 79.....4- موانع الأهلية:
- 80.....خامسا: الذمة المالية
- 81.....1- خصائص الذمة المالية:
- 82.....2- عناصر الذمة المالية:
- 82.....المطلب الثاني: الشخص المعنوي
- 83.....الفرع الأول: تمييز الشخص المعنوي عما يشابهه من الأنظمة
- 83.....أولا: الشخص المعنوي والتجمعات الأسرية
- 83.....ثانيا: الشخص المعنوي والذمم المستقلة
- 84.....ثالثا: الشخص المعنوي والملكية المشتركة أو الشائعة
- 84.....الفرع الثاني: النظام القانوني للشخص المعنوي
- 84.....أولا: نشأة الشخص المعنوي
- 85.....ثانيا: مقومات الشخص المعنوي
- 85.....1- الاسم:
- 85.....2- الجنسية:
- 85.....3- الموطن:
- 86.....4- الأهلية:
- 86.....5- الذمة المالية:
- 86.....ثالثا: سير الأشخاص المعنوية
- 86.....1- تعبير الشخص المعنوي عن إرادته:
- 86.....2- مسؤولية الشخص المعنوي:
- 87.....3- حق الشخص المعنوي في التقاضي:
- 87.....رابعا: نهاية الشخص المعنوي
- 88.....الفرع الثالث: تقسيمات الشخص المعنوي

88.....	أولاً: الأشخاص المعنوية العامة .....
88.....	ثانياً: الأشخاص المعنوية الخاصة .....
89.....	ثالثاً: أنواع الشركات التجارية .....
91.....	الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للشخص المعنوي .....
91.....	أولاً: نظرية الافتراض (الوهم أو المجاز) .....
92.....	ثانياً: النظريات المنكرة للشخصية المعنوية (النظرية الواقعية أو الفردية) .....
95.....	ثالثاً: نظريات الحقيقة .....
96.....	المبحث الثاني: محل الحق .....
97.....	المطلب الأول: الأشياء .....
98.....	الفرع الأول: العقارات والمنقولات .....
99.....	أولاً: العقارات .....
101.....	ثانياً: المنقولات .....
102.....	الفرع الثاني: الأشياء المثلية والأشياء القيمية .....
103.....	الفرع الثالث: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة لذلك .....
105.....	الفرع الرابع: الأشياء القابلة للتعامل فيها والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل .....
105.....	أولاً: الأشياء التي لا تقبل التعامل فيها بطبيعتها .....
105.....	ثانياً: الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون .....
106.....	المطلب الثاني: الأعمال .....
106.....	الفرع الأول: أنواع العمل محل الحق .....
107.....	الفرع الثاني: شروط العمل محل الحق .....
107.....	أولاً: أن يكون العمل ممكناً .....
107.....	ثانياً: أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين .....
108.....	ثالثاً: أن يكون العمل مشروعاً .....
109.....	الفصل الثالث: مصادر الحق وحمايته .....
110.....	المبحث الأول: الواقعة القانونية .....
111.....	المطلب الأول: تعريف الواقعة القانونية .....
111.....	المطلب الثاني: أنواع الوقائع القانونية .....
112.....	الفرع الأول: الوقائع الطبيعية .....

113.....	الفرع الثاني: الوقائع التي من فعل الإنسان
113.....	أولاً: الأعمال المادية
116.....	ثانياً: التصرفات القانونية
117.....	1- صورتنا التصرف القانوني:
117.....	أ- العقد:
117.....	ب - الإرادة المنفردة:
118.....	2- شروط وجود التصرف القانوني:
118.....	أ- التعبير عن الإرادة:
119.....	ب - عناصر الإرادة:
121.....	ج - الشكل:
121.....	3- شروط صحة التصرف القانوني:
125.....	المبحث الثاني: حماية الحق
125.....	المطلب الأول: وسائل حماية الحق
125.....	الفرع الأول: الدعوى
125.....	أولاً: الدعوى المدنية
127.....	ثانياً: الدعوى الجزائية
128.....	الفرع الثاني: بيان أوجه الاختلاف بين المسؤولية المدنية والجنائية
128.....	المطلب الثاني: إثبات الحق
129.....	الفرع الأول: وسائل الإثبات
131.....	الفرع الثاني: على من يقع عبء الإثبات
132.....	المطلب الثالث: استعمال الحق
135.....	الفصل الرابع: انقضاء الحق
136.....	المبحث الأول: انقضاء الحق باستيفائه
137.....	المطلب الأول: طرفا الوفاء
138.....	المطلب الثاني: محل الوفاء
138.....	المبحث الثاني: انقضاء الحق بما يعادل الوفاء
138.....	المطلب الأول: الوفاء بمقابل
139.....	المطلب الثاني: التجديد

140.....	المطلب الثالث: الإنابة
141.....	المطلب الرابع: المقاصة
146.....	المطلب الخامس: اتحاد الذمة
147.....	المبحث الثالث: انقضاء الحق دون الوفاء به
147.....	المطلب الأول: الإبراء
148.....	المطلب الثاني: استحالة الوفاء
149.....	المطلب الثالث: التقادم المسقط
159.....	فهرس المحتويات