

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



مطبوعة علمية بعنوان :

## دروس في مقياس المدخل للقانون ( نظرية الحق )

قدمت لطلبة السنة الأولى جذع مشترك ل م د

إعداد الدكتور (ة) / لعور بدرة

سنوات التدريس بالمطبوعة /

2018/2017

2019/2018

2020/2019

2021/2020

## مقدمة

يعتبر مقياس المدخل إلى العلوم القانونية حجر الأساس في البناء القانوني المعرفي والعلمي الذي يحتاجه الطالب في كلية الحقوق، ويشكل دعامة أساسية تمكنه من التدرج في العلوم القانونية المختلفة، ويتضمن تدريس هذا المقياس بحث نظريتين هامتين:

-نظرية القانون: يتناول الطالب موضوعاته في السداسي الأول؛

-نظرية الحق: يتناول الطالب موضوعاتها في السداسي الثاني.

إن الربط بين الحق والقانون له ما يبرره، فالقانون يقرر الحقوق ويكفل حمايتها، ويبين الالتزامات المقابلة لها، وبالمقابل فإن حاجة الأفراد إلى بيان حقوقها والتزاماتها استوجبت وجود القوانين.

بعد أن قمنا بدراسة نظرية القانون في القسم الأول ، ندرس في القسم الثاني نظرية الحق نشأ الحق في المجتمع لتنظيم المراكز القانونية للأفراد، فيحدد لكل منهم ما يحق له من حقوق وما يجب عليه من التزامات يتناول هذا المقرر دراسة نظرية الحق وهو يكمل مقياس النظرية العامة للقانون، ويتضمن ذلك دراسة تعريف الحق وتقسيماته، إضافة إلى دراسة مصادر الحق المتمثلة بالتصرف القانوني والواقعة القانونية، وكذا أركان الحق من حيث أطرافه ، ومحلّه ، وصولاً إلى دراسة استعمال الحق وحدود هذا الإستعمال وموضوع التعسف في استعمال الحق. و انقضائه

وعليه فإن هذا القسم يحتوي على الفصول الرئيسية التالية:

الفصل الأول: ماهية الحق وتقسيماته.

الفصل الثاني : أركان الحق.

الفصل الثالث : مصادر الحق.

الفصل الرابع: استعمال الحق.

الفصل الخامس: انقضاء الحق.

أهداف التعليم:

تعتبر هذه المادة الركيزة الأساسية التي تبنى عليها قواعد القانون الخاص كالقانون المدني والتجاري والقانون الدولي الخاص ؛ يكتسب الطالب بموجبها معارف تتعلق بالحقوق وأنواعها وكيفيات استعمال هذه الحقوق سواء الشخصية أو المالية وعدم التعسف فيها، وكيفية الإثبات فيها.

### المعارف المسبقة المطلوبة:

يكون للطالب معارف سابقة تتعلق بالنظرية العامة للقانون بوجه عام.

### المناهج المتبعة في صياغة محتوى المقياس

**المنهج التاريخي :** نظراً للمراحل المتعاقبة على كل من نظرية الحق و التعسف و غيرها فقد كان لزوما الاعتماد على المنهج التاريخي لتتبع اطروها و استقرارها  
**المنهج التحليلي :** باعتبار ان المقياس سيقوم اساسا على النصوص التشريعية كالقانون المدني و قانون الاسرة .... الخ

**المنهج الوصفي :** و هو منهج يناسب طبيعة المحاور التي سنتناولها لاستجلاء محدداتها

## المبحث الأول مفهوم الحق

تتعارض مصالح الأشخاص في المجتمع بعضها مع بعض، مما قد يسبب عدم الاستقرار في العلاقات الاجتماعية وفي المعاملات. ونتيجة ذلك وجد القانون من أجل تحقيق التوازن في هذه العلاقات، وفض التنازع بين المصالح عن طريق تنظيمها وترجيح بعضها على بعض، وذلك بمنح صاحب المصلحة التي يرجحها سلطة وقدرة تمكنه من تحقيق مصلحته على نحو مشروع، وتمنع غيره من الاعتداء عليها. وهذه السلطة أو القدرة هي الحق *Le droit*. ويتبين من خلال ذلك وجود علاقة وثيقة بين الحق والقانون. فالقانون هو الذي ينشئ الحق ويحدد مضمونه وطرق اكتسابه وانقضائه.

### المطلب الأول التعريف بالحق

#### الفرع الأول مدلول مصطلح الحق:

اولا الحق لغة: دلت كلمة الحق في اللغة على عدة معاني منها: الثبوت والوجوب والنصيب وغيرها<sup>1</sup>.

حق الله الأمر حقا : أثبته وأوجبه

هو ما منحه الشرع للناس كافة على السواء وألزم كلا منهم بأحترامه وعدم الاعتداء على ما هو لغيره .

هو الشيء الثابت لله أو للإنسان على الغير بالشرع

إن المعنى العام لكلمة الحق تعني: الثبوت والوجوب: وفي هذا المعنى تفيد ثبوت الحكم ووجوبه كقوله تعالى: " لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون " <sup>2</sup>

1 رواب جمال ، دروس في نظرية الحق ، القيت على طلبة السنة الاولى جذع مشترك ، جامعة خميس مليانة ص 4

2 سورة يس الاية 7

"ولم يبتعد علماء اللغة عن هذا المعنى اللغوي كثيراً، ومن هذه المعان يفقد يقصد به الأمر الثابت، أي الأمر الموجود كقوله تعالى: " ونادى أصحاب الجنة أصحاب النار أن قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً، فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم فأذن مؤذن بينهم أن لعنة الله على الظالمين<sup>1</sup>"  
 الحق ضد الباطل: كقوله تعالى: " و لا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون<sup>2</sup> "  
 يقصد بالحق معنى اليقين: كقوله تعالى: " فورب السماء والأرض إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون<sup>3</sup>"  
 قد يستعمل الحق بمعنى العدل: كقوله تعالى: " والله يقضي بالحق والذين يدعون من دونه لا يقضون بشيء إن الله هو السميع البصير<sup>4</sup> " ، وقوله تعالى: " و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق<sup>5</sup>." وقد يراد بالحق الواجب أو الحظ: كقوله تعالى: " و في أموالهم حق للسائل والمحروم<sup>6</sup> "  
**ثانياً الحق اصطلاحاً:** قانوناً تعددت المذاهب القانونية في تعريف الحق كأساس ونظرية قانونية. اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً حول تعريف الحق، مما أدى إلى ظهور نظريات عدة في تعريف الحق.

### الفرع الثاني: تمييز الحق عما يشابهه

**أولاً: الحق والحريات العامة** الحق هو كل ما يثبت للشخص على سبيل التخصيص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في تطبيق زوجته... أما الحرية يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون للاختصاص الحاجز، وينطبق ذلك على كل الحريات العامة التي يكفلها الدستور<sup>7</sup> كحرية الاعتقاد وحرية التنقل وحرية المسكن (المادة وحرية التعبير) (المادة وحرية الرأي وغيرها من الحريات العامة. يتضح من ذلك أن الحرية تختلف عن الحق في عدة أوجه:

- ✓ يرد الحق على أمر محدد وقابل للتحديد، أما الحرية مجرد إباحة للشخص في أن يمارس كل ما لم يمنحه القانون من نشاط
- ✓ للحق صفة الخصوصية أما الحرية فلها صفة العمومية، فالحرية لا تعرف فكرة الاستثناء أو الاقتضاء، أي كل الأشخاص في نفس المركز القانوني من حيث التمتع بما يتضمنه من سلطات. فالحرية أشبه بطريق عام بينما الحق أشبه بالطريق الخاص.
- ✓ تستند الحرية إلى المبادئ العامة أما الحق فيرتبط بوجود واقعة معينة تؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية.
- ✓ ترتبط نشأة الحق بوجود واقعة قانونية تؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية أما الحرية فتستند إلى المبادئ العامة ومن ثم فهي موجودة ولو لم توجد وقائع أو قواعد محددة.

**ثانياً: الحق والرخصة** يسوي البعض بين الحرية والرخصة فاعتبروهما مرادفين لنفس المعنى، ولكن الرأي الراجح يرى أن الرخصة هي منزلة وسطى بين الحرية والحق<sup>8</sup>، فمثلاً هناك

1 سورة الاعراف الاية 44

2 سورة البقرة الاية 42

3 سورة الذاريات الاية 23

4 سورة غافر الاية 20

5 سورة الانعام الاية 161

6 سورة الذاريات الاية 19

7 المرسوم الرئاسي رقم 20/442 والموقع في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق الموافق لـ 30 ديسمبر سنة

2020 المتعلق بالتعديل الدستوري. الجريدة الرسمية، العدد 82

8 فريدة محمدي زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1998، ص

4.

حق الملك وحرية التملك يوجد بينهما مركز متوسط يتمثل في رخصة الشخص أن يملك، فالشخص له حرية تملك أي شيء من الأشياء، فإذا اشتراه أصبح صاحب حق ملك، وهناك مرحلة وسطى هي تلك التي يعرض عليه شراء الشيء. هنا يكون المشتري قبل قبول الصفقة في مركز خاص أي صاحب رخصة في أن يملك، فالرخصة تمثل تجاوز الشخص لمرحلة الحرية وتقدمه نحو الوصول إلى الحق، ويفتضي ذلك وجد سبب أو واقعة معينة مستمدة من القانون. غير أن هذا السبب لا يؤدي إلى وجود الحق وإنما ينشأ عنه ما هو دون الحق وهي الرخصة. مثال ذلك رخصة الموصى له في قبول الوصية، فله أن يقبلها أو يرفضها. وكذلك الرخصة الممنوحة للشفيع في أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها، فالشفيع يملك الشيء المبيع إذا أخذ بالشفعة، وقبل بيع الشريك لنصيبه فإن الشفيع لا يكون له سوى حرية التملك. أما إذا باع الشريك نصيبه يكون هنا للشفيع رخصة التملك حيث يكون له أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني : وجود نظرية الحق

**الفرع الأول نظرية الحق عند الفقيه الفرنسي ليون ديجي Léon Duguit** : لا بد من الإشارة إلى أن فكرة وجود الحق تعرضت لهجوم فقهي شديد. ويعد الفقيه الفرنسي ليون ديجي Léon Duguit<sup>3</sup> من أشهر الفقهاء المعارضين لوجود الحق. كما أنه يعد من ألد خصوم المذهب الفردي الذي يؤسس وجود القانون على الحق، و يعترف للفرد بزمرة من الحقوق الطبيعية التي يجب على القانون المحافظة عليها. وينكر ديجي وجود الحقوق الطبيعية، ويصف الحق بأنه فكرة فارغة ليس لها مضمون أو معنى، وذلك لأن هذه الفكرة تعني أن يكون لشخص معين وهو صاحب الحق سلطة وقدرة في أن يأمر غيره، ويترتب على ذلك أن إرادة صاحب الحق تسمو على إرادة الآخرين التي تعد ناقصة، وبالتالي فإن فكرة الحق لا تقوم إلا إذا كان هناك تدرج في إرادات الأشخاص. ولكن هذا التدرج غير موجود، ويترتب على ذلك في نظر الفقيه ديجي فقدان فكرة الحق. واستبدل ديجي بفكرة الحق فكرة المركز القانوني التي تشكل العمود الفقري لنظريته، وتقوم هذه النظرية على أن القاعدة القانونية التي تحكم سلوك الأشخاص قد تضع أحدهم في مركز إيجابي، وغيره في مركز سلبي يلزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل مما يؤدي إلى استفادة من هو في مركز إيجابي من ذلك.

### الفرع الثاني : نظرية الحق عند الفقيه كلسن Kelsen<sup>4</sup> ومن الفقهاء المعارضين لفكرة

الحق الذي يعد القانون نظاماً قائماً في مكان وزمان معينين، يتكون من مجموعة من القواعد التي تتدرج فيما بينها على شكل هرمي يحتل الدستور قمته، وتستمد فيه القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى. ولا يعترف هذا الفقيه بالحقوق الفردية؛ لأن الحق في نظره هو القاعدة القانونية ذاتها عندما ينظر إليها من وجهة فردية وبمعنى آخر الحق هو تطبيق القاعدة القانونية على شخص معين، إذ إن كل قاعدة قانونية تقرر التزاماً معيناً إلا أنها لا تقرر حقاً فردياً، وإنما تقرر واجباً. وعندما يتمسك شخص ما بقاعدة قانونية فإنه يرمي من وراء ذلك إلى أن ينفذ الشخص الآخر واجبه الذي تفرضه هذه القاعدة. ويترتب على ذلك أن كل قاعدة قانونية تحدد، في رأي الفقيه كلسن، شروطاً معينة تربط بينها وبين أثر قانوني معين. وعندما يكون لشخص ما مصلحة فإنه يعبر عن إرادته في التمسك بهذه القاعدة القانونية، ومن ثم يكون النظام القانوني الذي يكرس هذه القاعدة تحت تصرفه ضد الملتزم.

1 محمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، رمضان وإخوانه للطباعة والتجليد، ص 38 و ص 39.

2 المرجع نفسه، ص 40

3 المرجع نفسه، ص 40

4 د. محمدي فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 5

وعلى الرغم من هذا الهجوم الكبير على فكرة الحق من أجل إنكارها، إلا أن الفقه في غالبته استقر على التمسك بهذه الفكرة، ولكن الفقهاء اختلفوا حول تعريف الحق وبين المقصود به، وظهرت نتيجة ذلك نظريات عدة في تعريف الحق، وأهم هذه النظريات:

**الفرع الثالث تعريف الحق وفق النظريات التقليدية:** توجد ثلاث نظريات تقليدية حاولت تعريف الحق، وهي:

**أولا تعريف الحق وفق النظرية الشخصية (نظرية الإرادة):** ينظر أنصار هذه النظرية إلى الحق من خلال شخص صاحبه، ويعرفون الحق بأنه قدرة إرادية تثبت للشخص. وجوهر الحق في هذه النظرية هو إرادة الشخص فلا يتصور الحق بلا إرادة، والقانون لا يمكنه أن يفرض أي حق على إنسان إلا إذا أَرادَه، وترتبط هذه النظرية بالمذهب الفردي وما ينادي به من مبدأ سلطان الإرادة. ومن أهم أنصارها الفقيه Savigny<sup>1</sup>.

**وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات، وأهمها:**

✓ تربط هذه النظرية الحق بالإرادة في الوقت الذي توجد فيه بعض الحقوق من دون وجود إرادة لدى صاحبه، مثل المجنون والصغير غير المميز فكل منهما يتمتع بحقوق يعترف لهما بها القانون رغم أنهما عديمي الإرادة. كما قد يثبت الحق لصاحبه من دون تدخل إرادته أو من دون علمه، مثل الوارث أو الغائب اللذين قد يكسبا حقوقاً من دون إرادة أو علم منهما بذلك.

✓ لا يمكن الاعتراف للشخصيات الاعتبارية كالشركات والجمعيات بإمكانية اكتساب الحقوق، لأنها لا تتمتع بالإرادة.

✓ و يبدو أن أنصار هذه النظرية قد خلطوا بين وجود الحق، الذي لا يتوقف على إرادة صاحبه، وبين مباشرة الحق الذي يتوقف على الإرادة.

**ثانياً تعريف الحق وفق النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة):** يرى أنصار هذه النظرية الحق من خلال موضوعه والغاية منه، ولذلك يعرفون الحق بأنه مصلحة يحميها القانون. والحق وفقاً لهذا التعريف يتكون من عنصرين متلازمين، وهما: عنصر موضوعي وهو المنفعة أو المصلحة التي يحققها الحق لصاحبه وهذه المصلحة قد تكون مادية أو معنوية، وعنصر شكلي يتمثل في الحماية القانونية للحق أي الدعوى القضائية. ومن أهم أنصارها الفقيه الألماني إيهرنج Ihering.

**وانتقدت هذه النظرية من الجوانب الآتية:**

✓ تعرف هذه النظرية الحق بالنظر إلى هدفه والغاية منه وهي المصلحة، ولا يجوز تعريف الشيء بغايته بل بجوهره.

✓ ليس كل مصلحة تعد حقاً فهناك مصالح لا ترقى لمرتبة الحق مثل المبلغ المترتب لشخص ما من دين قمار أو بيع مخدرات أو بيع أعضاء بشرية.

✓ تجعل هذه النظرية من الحماية القانونية المتمثلة بالدعوى عنصراً من عناصر الحق، مع أنها تأتي بعد وجود الحق؛ لأن القانون يحمي الحق بعد وجوده. ويترتب على ذلك أن الحماية لا يمكن أن تعد من عناصر الحق.

<sup>1</sup> المرجع نفسه ، ص 5-6.

ثالثاً تعريف الحق وفق النظرية المختلطة: تقوم هذه النظرية على الجمع بين النظريتين السابقتين، وذلك بالنظر إلى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء. ولكن أنصار هذه النظرية اختلفوا فيما بينهم بشأن ترجيح المصلحة أو الإرادة في تعريف الحق. وتنتقد هذه النظرية بأنها لم تضيف مفهوماً جديداً لجوهر الحق، وبالتالي توجه لها الانتقادات السابقة نفسها التي وجهت إلى النظريتين السابقتين. ونتيجة هذه الانتقادات ظهرت نظرية حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وخصائصه الذاتية المميزة.

#### رابعاً تعريف الحق وفق النظرية الحديثة:

(1) تعريف الحق وفق نظرية الفقيه دابان Dabin<sup>1</sup>: يعرف الفقيه البلجيكي دابان الحق عن طريق تحليل فكرة الحق ذاتها والوقوف على العناصر التي تتكون منها. والحق في نظره هو ميزة يمنحها القانون لشخص ويحميها، تمكنه من أن يتصرف متسلطاً على مال بصفته مالكاً له. ويتكون الحق، وفق هذه النظرية، من أربعة عناصر وهي:

- الاستثناء أو الاختصاص: ويقصد به اختصاص شخص معين بقيمة معينة، بحيث تكون هذه القيمة مقصورة على صاحب الحق، سواء أكانت القيمة مادية أم معنوية، فالمالك يستأثر بملكه دون غيره، والمؤلف يستأثر بإنتاجه الأدبي. وليس لهذا الاستثناء علاقة بالإرادة، فهو يثبت لصاحبه ولو لم تتوافر لديه الإرادة، كالمجنون والصغير غير المميز كما يمكن أن يثبت للشخص دون علمه، كالعائب.

- التسلط: وهو نتيجة حتمية لعنصر الاستثناء، فاستثناء شخص بشيء معين يؤدي حتماً إلى التسلط عليه، ويقصد بالتسلط القدرة على التصرف بالشيء بكل حرية.<sup>2</sup>

- احترام الغير للحق: الحق وفق هذه النظرية استثناء وتسلط يتمتع بهما صاحب الحق تجاه الغير، الذي قد يكون شخصاً معيناً كما في الحق الشخصي، أو يكون أشخاصاً غير محددين كما في حق الملكية. ويلتزم نتيجة ذلك جميع الناس بعدم الاعتداء على الحق الذي يتمتع به الشخص، وفي حال إخلال أحدهم بهذا الالتزام، يحق لصاحب الحق المطالبة بدفع ذلك الاعتداء عن طريق القضاء.

- الحماية القانونية: وهي عنصر أساسي، في نظر مؤسس هذه النظرية، ولا يمكن أن يوجد الحق من دونه. فالحق لا يكون كاملاً إلا إذا تكفل القانون بحمايته، والدعوى القضائية هي وسيلة حماية الحق.

وقد انتقدت هذه النظرية أيضاً من حيث إنها تنطبق على الحقوق في نطاق القانون الخاص، ولكنها لا تتفق مع الحقوق في نطاق القانون العام، فالحقوق في نطاق القانون العام - كحق الانتخاب والحريات العامة - لا تقبل فكرة الاختصاص والتسلط لأنه لا يمكن التصرف بها.

(2) تعريف الحق وفق نظرية الفقيه روبيه Roubier: تقوم هذه النظرية على التفريق بين القاعدة القانونية والمركز القانوني. فالقاعدة القانونية تمتاز بأنها عامة ومجردة وملزمة، وتتضمن أحكاماً معينة من أجل الموازنة بين المصالح المتقابلة في سبيل تحديد المراكز القانونية لأصحابها. ويمتاز المركز القانوني بخصائص ثلاث وهي:

1 فتحي عبد الرحيم عبد الله و أحمد شوقي محمد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2001، ص 7  
2 نبيل سعد إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2001

- **المشروعية:** وتعني تطابق المركز القانوني مع القواعد القانونية. وتقدر هذه المشروعية إما اتفاقاً وإما قانوناً وإما قضاءً.

- **احترام الغير:** ويعني أن يكون المركز القانوني حجة على الغير الذي يمكن أن يكون شخصاً معيناً أو الناس كافة.

- **الجزاء:** ويقصد به تمتع المركز القانوني بحماية قانونية.

ويترتب على ذلك أن المركز القانوني - في نظر الفقه روبييه - هو مجموعة من القدرات والواجبات المتقابلة التي يقرها القانون من أجل مواجهة المصالح المتقابلة للأشخاص. وتختلف نوعية هذه القدرات والواجبات باختلاف المراكز القانونية. وسبب اختلاف هذه القدرات والواجبات هو اختلاف المصالح التي تقرها، فهي إما أن تكون مصالح ذاتية فردية، وإما مصالح غير ذاتية جماعية. وعلى أساس هذا التنوع في المصالح يقسم الفقيه روبييه المراكز القانونية إلى: مراكز قانونية شخصية، وتنشأ إما بموجب عمل إرادي وإما بموجب القانون، وتحقق هذه المراكز مصلحة ذاتية للشخص الذي تقررت له القدرات التي يتضمنها المركز القانوني. وفي نطاق هذا النوع يبرز الحق الذاتي. ونتيجة ذلك يمكن التنازل عن المراكز القانونية الشخصية. ومراكز قانونية موضوعية تهدف مباشرة إلى تحقيق مصلحة جماعية، وإن كان من الممكن أن تحقق بصورة غير مباشرة مصلحة شخصية. وبالتالي فإن هذه المراكز تقر واجبات على عاتق الأفراد. وتنقسم هذه المراكز إلى نوعين وهما: مراكز رد الفعل ومراكز تنظيمية.

واستطاعت هذه النظرية أن تتلافى الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الفقيه دابان. ويعود لها الفضل في إظهار التنوع الكبير في المراكز القانونية، وتحديد مضمون المراكز القانونية الموضوعية.

**الخلاصة :** يمكن تعريف الحق بأنه قدرة أو مكنة يمنحها القانون للشخص من أجل تمكينه من تحقيق مصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها من أي اعتداء غير مشروع.

## المبحث الثاني أنواع الحقوق:

تنقسم الحقوق إلى تقسيمات عدة بتعدد وجهات النظر إليها، وأهم هذه التقسيمات هي الآتية:

### المطلب الأول الحقوق السياسية والحقوق مدنية:

**الفرع الاول الحقوق السياسية:** هي تلك الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة لتمكينه من المشاركة في حكم هذه الجماعة أو المساهمة في إدارة شؤونها، كحق الانتخاب، وهذه الحقوق ينظمها القانون العام وعلى الأخص القانون الدستوري ولهذا تسمى هذه الحقوق أيضاً بالحقوق الدستورية، وهذه الحقوق هي واجب وحق بأن واحد. فهي الحقوق التي يتمتع بها المواطن دون الأجانب فالجنسية هي معيار ثبوت تلك الحقوق و من الحقوق السياسية ، حق الانتخاب مع توفر شرط السن القانوني ، و حق الترشيح ، و يقابل هذه الحقوق واجبات كواجب الخدمة الوطنية

و الدفاع عن الوطن و الولاء له . وتتميز الحقوق السياسية بالخصائص الآتية:

(1) تقتصر الحقوق السياسية على المواطنين فقط لأنها تثبت للفرد باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة لتمكينه من المشاركة في حكم هذه الجماعة، وعلى ذلك لا يعقل أن يشارك الأجانب عن الوطن في حكمه أو إدارة شؤونه.

(2) لا تثبت الحقوق السياسية للمواطنين بصورة مطلقة، فهي لا تثبت لجميع المواطنين بل للذين تتوفر فيهم شروط معينة محددة مسبقاً في القانون، فحق الترشيح مقيد بتوافر سن معينة، وتولي الوظائف العامة مقيد بشروط التوظيف التي ينص عليها القانون.<sup>1</sup>

(3) لا تقوم الحقوق السياسية بمال، أي إنها حقوق غير مالية، وبالتالي لا يجوز التصرف بها أو التنازل عنها أو سقوطها بالتقادم.

**الفرع الثاني الحقوق المدنية:** هي تلك الحقوق اللازمة للفرد حماية لكيانه وحرية و لتمكينه من مزاولته نشاطه في الجماعة، وتسمى بالحقوق غير السياسية، وهي تقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة فالحقوق المدنية، فهي حقوق يتمتع بها الفرد كإنسان، و يستوي في ذلك أن يكون وطنياً أو أجنبياً. تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة و حقوق خاصة، فالحقوق العامة ثبت لكل الناس بغض النظر عن إنتمائهم إلى وطن أو دولة و مثاله حق الحياة و غيرها من الحقوق.

### المطلب الثاني الحقوق العامة والحقوق الخاصة:

**الفرع الاول الحقوق العامة:** هي الحقوق التي يحكمها القانون العام، والتي تثبت للفرد بصفته إنساناً، وقد سميت بالحقوق العامة لأنها تثبت لجميع الأفراد فلا يختص بها فرد من دون غيره، فهي تستمد أصلها من شخصية الإنسان وترتبط به ارتباطاً وثيقاً، ولذلك تسمى بالحقوق الشخصية، وحقوق الإنسان، والحقوق الطبيعية، والحقوق اللصيقة بالشخصية، أو الملازمة للشخصية، ومن أمثلتها: الحق في الحياة، والحق في الحرية، والحق في حماية الكيان المعنوي أو الأدبي. وتتمتع الحقوق العامة بالخصائص الآتية:

(1) تشترك الحقوق العامة مع الحقوق السياسية بأنها حقوق غير مالية، فكل منهما لا يقوم بالمال وبالتالي لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها أو اكتسابها أو سقوطها بالتقادم، ولكن الحقوق العامة تتميز بأنها قد ترتب آثاراً مالية، فإذا وقع اعتداء على حق من حقوق الشخصية وترتب عليه ضرر فإن صاحب الحق يستطيع المطالبة بتعويض نقدي عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الاعتداء.

(2) الحقوق العامة (حقوق الشخصية) حقوق مطلقة وليست نسبية، فهي تسري في مواجهة الناس كافة وليس في مواجهة شخص معين، وبالتالي يقابل هذه الحقوق واجب عام سلبي يقع على الناس كافة يقتضي منهم عدم الاعتداء على هذه الحقوق.

(3) الحقوق العامة لا تقوم بالمال وبالتالي لا يمكن التصرف بها مالياً بمقابل أو من دون مقابل، ولا يجوز الحجز عليها ولا تنتقل إلى الورثة عند وفاة صاحبها، كما أنها لا تخضع لقواعد

1 المرسوم الرئاسي رقم 20/442 والموقع في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري. الجريدة الرسمية، العدد 82

التقادم المكسب والمسقط<sup>1</sup> وكل تصرف يرد عليها يعد باطلاً، ما لم يقرر القانون خلاف ذلك، ومثال ذلك يجيز القانون التبرع بالأعضاء شريطة أن يكون من دون مقابل.

**الفرع الثاني الحقوق الخاصة:** الحقوق الخاصة هي حقوق تتعلق بعلاقات يحكمها القانون الخاص و منها ما بنيت للشخص باعتباره عضواً في الأسرة فتسمى حقوق الأسرة كما قد تثبت له حقوق باعتباره مالكا لشيء مادي و تسمى حقوق عينية المتفرعة عن حق الملكية. كما قد تكون للدائن في مواجهة مدينه سلطة يقرها القانون و يسمى هذا الحق شخصيا ، كما قد يكون حق الشخص واردا على شيء غير مادي و هذا الحق هو حق ذهني و عموما يقصد بها تلك الحقوق التي يحكمها القانون الخاص والمتعلقة بروابط الأفراد العائلية والمالية وهي تقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية.

### **المطلب الثالث حقوق العائلية والحقوق المالية:**

**الفرع الأول الحقوق العائلية:** هي تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة. وتنشأ هذه الحقوق من الروابط العائلية التي تقوم على الزواج أو النسب وما يترتب عليهما من قرابة، ولذلك فإن هذه الحقوق إما أن تكون لكل من الزوجين قبل الآخر، وإما تكون لبعض الأقارب قبل الآخر<sup>2</sup>. و من أمثلتها حق الزوج في طاعة زوجته و حق الأب في تأديب ولده و حق الإرث و حق النفقة و تعتبر حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية وتتميز هذه الحقوق بالخصائص الآتية:

(1) حقوق الأسرة لا تقوم بالمال فهي حقوق غير مالية ومن ثم لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها ولا تنتقل إلى الورثة بوفاة أصحابها غير أن هناك بعض الحقوق المالية يمكن أن تنشأ من علاقات القرابة كالحق في النفقة والحق في المهر والحق في الإرث.

(2) تخول هذه الحقوق أصحابها سلطات وتفرض عليهم في الوقت نفسه واجبات، فحق الأب في تربية أولاده وتأديبهم يفرض عليه في الوقت ذاته أن يقوم بواجب التربية والتأديب والتعليم وسائر أمور العناية بشخص الولد، وإذا كان من حق الزوج طلب الطاعة من زوجته، فإن من واجبه إعداد المسكن الزوجي والإنفاق عليها .

(3) الكثرة الغالبة من حقوق الأسرة حقوق غير مالية منها و القليل هو حقوق مالية كالحق في النفقة الحق و في الإرث و سواء بالنسبة إلى هذه الطائفة أو تلك فإن الحقوق الأسرية جميعها يتميز بأن لها من طابع أدبي يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمع بين أعضاء الأسرة فحتى الحقوق المالية في هذا النطاق تستند إلى أساس أدبي يقوم على هذه القرابة و تتميز كذلك بأنها تنطوي في الوقت ذاته على الواجبات نحو أعضاء الأسرة الآخرين فسلطة الأب على ولده تعطيه حق تأديبه و تربيته و توجيهه على أن يقوم بواجب التأديب.

**الفرع الثاني الحقوق المالية:** هي تلك الحقوق التي يكون محلها قابلاً للتقويم بالمال فهي تستهدف تمكين أصحابها من تحقيق مصالح لها قيمة مالية أي يمكن تقويمها بالنقود، ولذلك تدخل في الذمة المالية للشخص ويجوز التصرف فيها والحجز عليها وتخضع للتقادم وتنتقل إلى الورثة بعد وفاة أصحابها يقصد بمصطلح الذمة المالية في الفقه السائد التعبير عن مجموع ما للشخص و ما عليه من حقوق و التزامات مالية . و بذلك تتكون الذمة من الجانب الإيجابي ( L'ACTIF ) مجموع

1 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم  
2 قانون الاسرة الجزائري

حقوق الشخص المالية ، ومن الجانب السلبي ( *LE PASSIF* ) مجموع التزامات الشخص المالية ، و بقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة. و الذمة المالية لا تتكون في جانبها الإيجابي و السلبي إلا في نطاق حقوق الشخص و التزاماته المالية وحدها ، فلا يدخل في الجانب الإيجابي للذمة المالية أي حق غير مالي للشخص و لا في الجانب السلبي لها أي واجب غير مالي عليه.

و الحقوق المالية هي التي يمكن أن تقوم محل الحق فيها بالنقود فهي تكون جانب الإيجابي في ذمة الشخص المالية، و ترمي هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية . فالناحية الإقتصادية فيها محل الإعتبار الأول . و هي بذلك تختلف عن جميع الحقوق الأخرى في أنها بحسب الأصل يجوز التصرف فيها و يرد التقادم عليها و تنتقل وريثة صاحبها بعد وفاته.

وتنقسم الحقوق المالية إلى ثلاثة أنواع، وهي: الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية. إذ تنشئ العلاقات المالية التي تنظمها قواعد القانون المدني للأفراد- بصفة أساسية - نوعين من الحقوق: حقوق عينية وحقوق شخصية. والقانون المدني يقوم - في أساسه - على هذا التقسيم الذي يعدّ المحور الأساسي الذي تقوم عليه أحكام القانون المدني في كثير من الدول ومن ضمنها الجمهورية العربية السورية. كما تنشئ العلاقات المالية بين الأشخاص نوعاً آخر من الحقوق هو الحقوق المعنوية أو الحقوق الذهنية، ولا ينظم القانون المدني هذا النوع من الحقوق، وإنما ينظمها في معظم الدول قوانين خاصة بها.

**أولا الحق العيني: Le droit réel** هو سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص على شيء معين بالذات يمارسها في حدود معينة يضعها القانون<sup>1</sup>. فحق الملكية مثلاً يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الشيء الذي يملكه تخوله استعمال الشيء و استغلاله أو التصرف فيه من دون حاجة إلى وساطة الغير. كما يمكن تعريفه الحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء مادي و يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء فيكون لصاحبه الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليتمكنه من ذلك . فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشيء موضوع الحق و تطلق على هذه الحقوق تسمية " العينية " لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي فهناك المنزل مثلا : يستطيع أن يستعمله لنفسه وأن يؤجره لغيره وأن يتصرف فيه بكافة التصرفات دون توقف على تدخل شخص آخر يمكنه من ذلك.

### وتقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

(1) **الحقوق العينية الأصلية:** هي حقوق تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء . يمكنه من استعماله و استغلاله و التصرف فيه فهي الحقوق التي تكون قائمة بحد ذاتها من دون أن تكون بحاجة إلى حق آخر تستند إليه ومن أهمها: حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق. و قد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها بحسب اختلاف مضمون هذه الحق. و تسمى الحقوق العينية بالأصلية لأن لها وجودا مستقلا فهي تقصد لذاتها و لا تقوم ضمانا لحق آخر و تشمل هذه الحقوق حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنها تنقسم الحقوق العينية الأصلية إلى **حق الملكية و الحقوق المتجزئة عن الملكية**  
**حق الملكية كحق عيني أصلي**

1 إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ص266

أ- **مفهوم حق الملكية:** يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها للمالك إذ أنه يخول لصاحبه سلطة كاملة على الشيء و يتميز بأنه حق جامع و مانع و دائم و لا يسقط بعدم الاستعمال .

✓ **حق الملكية حق جامع :** إذ يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء و للمالك أن يستعمل الشيء و يستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريده. و السلطات التي يخولها حق الملكية هي حق الاستعمال، الاستغلال، و التصرف.

➤ **الاستعمال :** و يكون بالإفادة من الشيء مباشرة و الحصول على ما يمكن أن يؤديه من خدمات فيما عدا الثمار . و دون أن يمس هذا بجوهره و بهذا يفرق الاستعمال عن الاستغلال و عن التصرف. فإذا كان الشيء منزلا كان استعماله سكنا وإذا كان أرضا فإن استعمالها يتحقق بزراعتها.

➤ **الاستغلال :** يكون بالإفادة من الشيء بطريق غير مباشرة و ذلك بالحصول على ثماره و الثمار هي ما يتولد عن الشيء دروبا من فوائدها و منافع في مواعيد دورية دون المساس بجوهره ، هذه الثمار قد تتولد بفعل الطبيعة مثل نتاج الحيوان و قد تتولد بفعل الإنسان مثل المزروعات . و النوع الأول يسمى ثمار طبيعة والنوع الثاني يسمى ثمار مستحدثة أو صناعية نظرا لتدخل الإنسان في استخدامها و استخراجها . إلى جانب ذلك هناك ثمار مدنية أو قانونية و هي عبارة ريع الشيء و ما بلغه من دخل نقدي في مقابل الانتفاع به و ذلك كالأجرة التي يحصل عليها المالك من تأجيرها لملكه و فوائد السندات و أرباح الأسهم و استخدام دار للسكن هو استعمال لها أما تأجيرها فهو استغلال لها

➤ **التصرف :** و معناه استخدام الشيء استخداما يستنفده كلا أو بعضا و هو إما تصرف مادي و يكون ذلك بالقضاء على مادة الشيء عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو تغيير شكله و تحويله تحويلا نهائيا لا رجوع فيه وإما تصرف قانوني و يكون ذلك بنقل سلطات المالك كلها أو بعضها إلى الغير سواء أكان بمقابل كالبيع الرهن و الهبة

هذه العناصر الثلاثة التي يخولها حق الملكية للمالك و إذا ما اجتمعت هذه العناصر في يد شخص واحد قيل أن له الملكية التامة. و لكن قد لا تجتمع في شخص واحد فتتجزأ الملكية إلا أنه ينبغي أن يراعى أن العنصر الثالث و هو التصرف هو العنصر الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية و لهذا فإنه يظل دائما في يد المالك . أما الاستعمال و الاستغلال فيجوز ثبوتها لغير المالك و في هذه الحالة تتجزأ الملكية. قد يتنازل المالك عن حق الاستعمال و حق الاستغلال لشخص آخر و يبقى لنفسه حق التصرف و يعتبر الشخص الذي تنازل إليه المالك في هذه الحالة صاحب حق انتفاع أما من بقي له حق التصرف فيقال له مالك الرقبة.

✓ **حق الملكية حق مانع :** حق الملكية حق مقصور على صاحبه و يمكنه من الاستئثار في مزايا ملكه و يكون مقيدا في ذلك بما يكون للغير من حق في التمتع ببعض المزايا بموجب الاتفاق أو القانون فقد يخول المالك شخصا آخر حق الانتفاع بالشيء و يترتب له عليه حق الإرتفاق كما أن هناك حالات يجيز فيها القانون للغير استعمال الشيء و منها مثل الملاك المجاورين حق استعمال المصرف فيما تحتاجه أراضيهم لريها و كذلك إذا كانت الأرض محبوسة عن الطريق العام، لا يصلها به ممر كاف فلصاحبها حق المرور على الأرض المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه و استعمالها على الوجه المألوف. و يجب على المالك الامتناع عن التدخل في ملكه متى كان ذلك مضرا بالغير و إلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه كالمالك الذي يقوم ببناء حائط يحجب به النور على الجار.

✓ **حق الملكية حق دائم:** حق الملكية دائم بدوام المملوك أي بدوام الشيء في ملك صاحبه بينما الحقوق الأخرى ليست لها صفة الدوام. فحق الملكية لا ينقضي و لكنه ينتقل بالميراث أو بالوصية و قد يحتم القانون التوقيت لبعض الحقوق فحق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع أو ينقضي بانقضاء أجله قبل الوفاة و حق الارتفاق قد يحدد بمدة معينة كما ينقضي أيضا بأسباب معينة

كعدم الاستعمال مثلا . و حق الاستعمال و السكن يسري عليه حكم حق الانتفاع أيضا و الواقع هو أن توقيت هذه الحقوق أمر لا مفر منه إذ لو كانت دائمة لأصبحت قيودا أبدية على الملكية مما يؤدي إلى إهدار هذا الحق.

✓ **حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال** : إذا كان حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال فإن حق الارتفاق و حق الانتفاع و حق السكن تنتهي بعدم الاستعمال. و لكن إذا اقترن عدم استعمال حق الملكية بحيازة الشيء من طرف الغير و توافرت لهذا الغير شروط التقادم المكسب فإنه يكتسب هذا الشيء بالتقادم إذ حق الملكية لا يسقط بالتقادم و لكن يكسب به.

ب- **القيود الواردة على حق الملكية** : ليست الملكية حقا مطلقا كما كانت عليه سابقا إذ ترد عليها قيود . و الملكية تؤدي وظيفة إجتماعية القيود الواردة على حق الملكية نوعان قيود قانونية و أخرى اتفاقية :

✓ **القيود القانونية** : قد يفرض القانون قيودا على حق الملكية بقصد تحقيق المصلحة العامة كما يقرر للمصلحة الخاصة و تنص المادة 690 ق . م على ما يلي " **يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة** " .

**فالقيد القانونية المقررة للمصلحة العامة** : القيود التي تفرضها المصلحة العامة متعددة فمثلا لا يمكن لصاحب الأرض منع العمل الذي يجري للمصلحة العامة كمرور الأسلاك المعدة للمواصلات أو الإضاءة... كما تفرض المصلحة العامة ارتفاقات لا بد أن يتحملها مالكو العقارات كتقرير عدم البناء على نمط معين و في هذا الصدد نصت المادة 6 القانون 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم على ما يلي " : لا يمكن أن يتجاوز علو البيانات في الجزء المعمرة من البلدية متوسط علو البيانات المجاورة و ذلك في إطار احترام الأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به و خاصة ما يتعلق بحماية المعالم التاريخية . يجب أن يكون علو البيانات خارج الأجزاء المعمرة منسجما مع المحيط ... " كما لا يمكن للمالك هدم الأبنية في حالات معينة إلا بعد حصوله على رخصة إدارية بالهدم . و هذا ما نصت عليه المادة 90 من قانون التهيئة و التعمير المشار إليه أعلاه و القانون 01-15 المتعلق بمطابقة البيانات . و كذلك يطبق على الملكيات المجاورة للسكك الحديدية إرتفاقات بالإبتعاد و منع البناء في مساحات الملكيات الواقعة على جانبي السكك الحديدية . و تفرض بعض التشريعات الخاصة قيودا على أصحاب الملكيات كالقيود التي تفرض على أصحاب المحلات التجارية أو الصناعية مثلا .

و قد تصل المصلحة العامة إلى حدة التعارض مع المصلحة الخاصة أي مع حق المالك ، فتنازع ملكية للمنفعة العامة ، و قد نصت على ذلك المادة 677 ق م " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكية إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل ... أما القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة هذه القيود تقرر المصلحة الخاصة للأشخاص كالقيود المتعلقة بالري و القيود التي تقرر لمصلحة الحيوان و يمكن تقسيم هذه القيود إلى أربعة طوائف .

**الطائفة الأولى** : تشمل القيود التي تتعلق باستعمال حق الملكية و هي تلك القيود التي تقتضيها إلتزامات الجوار التي تقتضي بالأ يودي استعمال الجار لحقه إلى الإضرار بجاره و ألا يعطو في استعمال حقه بما يضر ملك جاره . و في هذا الصدد تنص المادة 1/691 ق.م على ما يلي " : **يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار** "

**الطائفة الثانية** : و تشمل القيود التي تتعلق بالمياه و يدخل في نطاق هذه الطائفة :

**1 - حق الشرب** : و هو حق الشخص في أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر .

**2 - حق المجرى :** و هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الضرورية لري الأرض .

**3 - حق الصرف أو المسيل :** و هو حق مالك الأرض البعيدة في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه .

**الطائفة الثالثة :** و هي حق المرور في حالة الإنحباس فلمالك الأرض المحبوسة عن طريق العام الحق في أن يحصل على مرر فوق الأرض المجاورة للوصول إلى الطريق . و قد نصت المادة 693 ق.م على ما يلي : " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي لها مرر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر و لكن غير كاف للمرور . أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك "

**الطائفة الرابعة :** القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار . يثير التلاصق في الجوار مشاكل عديدة بين الجيران لهذا فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف التلاصق بين الملكيات المتجاورة فهي إما قيد تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الملكيات المتجاورة و إما قيود تتعلق بالحيطان الفاصلة بينهما و في هذا الصدد تنص المادة 703 ق.م على ما يلي : " لكل مالك أن يجير جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة و تكون نفقات التحديد مشتركة بينهما " كما قد تتعلق هذه القيود بالمسافات التي يجب أن تراعي فيما الأملاك كعدم فتح مطلات إلا بمسافات معينة حتى لا يستطيع الجار الإطلال على العقار المجاور و هذا ما نصت عليه المادة 1/709 ق.م التي تقضي بأنه : " لا يجوز للجار أن يكون على جاره مظل مواجه على مسافة نقل إن مترين و تقلس المسافة من الحائط الذي يوجد به الحافة الخارجية للشرفة أو من النتوء "

**ج القيود الإدارية :** هذه القيود تقرر بإرادة الأشخاص و بمشيئتهم كشرط المنح من التصرف في الملك و يجب أن يكون هذه الشرط محددا بمدة معينة و أن يكون مشروعاً . و قد يتقرر لمصلحة المالك أو المشترط كما يمكن أن يتقرر لمصلحة الغير و أمثلة ذلك ، أن يشترط الموصي له عدم التصرف في المال الموصي بأحق بلوغ سن معينة . و كذلك إشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن كاملاً .

### **الحقوق المتجزئة عن حق الملكية**

تخول هذه الحقوق صاحبها سلطة محدودة على شئ مملوك للغير . فحق الملكية يخول المالك سلطة كاملة على الشئ . أما غيره من الحقوق العينية الأصلية فلا يخول صاحبه إلا بعض هذه السلطة . و لذلك فإن الحقوق العينية الأصلية فيما عدا حق الملكية تعتبر حقوقاً متفرعة عن الملكية و تختلف هذه الحقوق المتفرعة عن الملكية باختلاف القوانين .

### **1 : حق الإنتفاع :**

تنص المادة 844 ق.م على ما يلي " يكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد و بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى القانون يجوز أن يوصي بحق الإنتفاع الأشخاص المتعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة و قت الوصية كما يجوز أن يوصي به للحمل المستكين . و حق الإنتفاع حق عيني يمكن المنتفع من ممارسته سلطة على العين دون و سلطة أي شخص و يشمل حق الإنتفاع الإستعمال و الإستغلال و ينتهي بموت أو إنقضاء الأجل المعين له كما ينتهي بهلاك الشئ أو ينتهي كذلك بعدم إستعماله لمدة خمس عشرة سنة و يرد حق الإنتفاع على الأموال العقارية و المنقولة كالمركبات و الآلات و المواشي ... كما يرد على الأموال غير المادية كحق المؤلف و حق المخترع .

و حق الإنتفاع يخول للمنتفع حق إستعمال الشئ لإستمناعه الذاتي أو لصاحبه الشخصي و يكون المنتفع ملزم بالمحافظة على الشئ و رده لصاحبه عند نهاية الإنتفاع كما أن للمنتفع حق إستغلال العقار . فتكون له ثماره المدنية و الطبيعية بينما منتجات الشئ تكون لمالك العقار و ليس للمنتفع لأن إستخراج المنتجات ينقص من أصل الشئ . فمثلاً في الإنتفاع بقطيع من المواشي تكون للمنتفع الألبان و الصوف و ناتج المواشي ، هذا بعدما يعوض ما نقص من الأصل بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة . و يشمل إستغلال المتجر حق المنتفع في بيع البضائع و شراء غيرها لبيعها . و

هو ملزم بالمحافظة على المتجر . و بصفة عامة يلتزم المنتفع بالإنتفاع بالشيء بحسبما أعد له و إدارته إدارة حسنة . كما يلتزم المنتفع بصيانة الشيء و تحمل المصاريف الواجب إنفاقها بصفة عادية على الشيء و فوق ذلك يكون المنتفع ملزماً بالمحافظة على الشيء المنتفع به و يردده إلى مالكه عند إنتهاء مدة الإنتفاع . و إذا كان الشيء محل الإنتفاع من الأشياء القابلة للإستهلاك و تم إستهلاك فعلا من طرف المنتفع و جب عليه أن يرد بدلها فقط للمالك عند إنتهاء الإنتفاع و هذا ما يسمى بشبه حق الإنتفاع . و لا يجوز للمالك أن يقوم بكل ما من شأنه تعطيل حق الإنتفاع أو الإنقاص منه . و لما كان حق الإنتفاع حقا متجزئا عن الملكية فإنه يسمح لصاحبه بإستعمال و إستغلال الشيء فقط دون حق التصرف إذ يظل المالك الشيء " و هو ما يسمى بمالك الرقبة : " **حق التصرف في الشيء بإعتباره ملكا له**

**و يجوز للمنتفع التصرف في حقه الإنتفاع " و ليس في ملكية الشيء محل الإنتفاع ، إلا أن تصرفه هذا محدود بمدة الإنتفاع . و هذا التحديد ضروري بالنسبة لحق الإنتفاع حتى لا يكون الإنتفاع قيد أبديا على الملكية .**

## **2 : حق الإستعمال و حق السكن :**

وفقا للقانون المدني " نطاق حق الإستعمال و حق السكن يتعدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق و أسرته الخاصة أنفسهم و تلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق ، فحق الإستعمال يخول صاحبه إستعمال الشيء لنفسه و لأسرته ، لذلك سمي حق الإستعمال الشخصي ، فهو حق إنتفاع في نطاق محدودة إذ ليس لصاحبه الإستعمال و الإستغلال كما هو الشأن في الإنتفاع ، و إنما لصاحبه الحق في إستعمال الشيء في حدود ما ينتجه هو و أسرته لخاصة أنفسهم . فإذا كان إستعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره ، كما هو الشأن في إستعمال أرض زراعية مثلا ، فإن صاحب الحق يستحق من هذه الثمار مقدار ما يسد حاجته هو و أسرته فقط .<sup>1</sup>

أما حق السكن هو عبارة عن حق الإستعمال الوارد على العقارات المبنية فإذا كان لشخص حق إستعمال منزل مملوك للغير فإن حقه يقتصر على السكن فقط و ليس له الحق في تأجيرها للغير أو في التصرف فيه .

و هناك من ينكر الصفة العينية لحق الإستعمال و حق السكن نظرا لطابعها الشخصي إذ لا يجوز التنازل عنهما و لا التصرف فيهما و لا يجب تصنيفهما ضمن الحقوق العينية قابلة للتعامل فيها و يمكن الرد على هذا الرأي بأنه إذا كانت قابلية التعامل خاصية من خصائص الحقوق العينية إلا أنها ليست الميزة الأساسية للحق العيني إذ الميزة الأساسية هي العلاقة المباشرة للشخص بالعين دون حاجة إلى تدخل شخص آخر و هذه الميزة متوفرة في حق الإستعمال و في حق السكن و لذا فإن كل من حق الإستعمال و حق السكن حق عيني فعلا .

## **3 حق الارتفاق**

تعرف المادة 867 ق.م الإرتفاق بأنه: " **حق يجعل حد المنفعة عقار لفائدة عقار شخص آخر ...** " و يكتسب حق الإرتفاق بمقتضى القانون كما يكتسب بالعقد و بالوصية و بالميراث و بالتقادم إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة و المستمرة . و قد يكون حق الرتفاق عملا إيجابيا يقوم به مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به كما في الإرتفاق بالمرور أو بالمطل أو بالمجرى .

و قد يكون عملا سلبيا أي يتحتم على مالك العقار المرتفق به الإمتناع عن القيام بأعمال عن القيام بأعمال معينة كان يحق له في الأصل القيام بها كما في حالة الإرتفاق بعدم تعليية البناء إلى ما يجاوز حدا معيناً و في كلتا الحالتين سواء كان الإرتفاق عملا إيجابيا أو عملا سلبيا فإنه يعتبر تكليفا يحد من منفعة العقار المرتفق به لمصلحة عقار آخر و يؤدي الإرتفاق إلى الإنقاص من المزايا التي يخولها حق الملكية للمالك و لا يجوز التصرف في حق الإرتفاق مستقلا عن العقار المرتفق و يجوز لمالك

<sup>1</sup> إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 277

العقارات إنشاء ما يشاؤون من حقوق الإرتفاق بشرط عدم مخالفتها للنظام العام مراعين في ذلك الشروط الواجب توافرها في حق الإرتفاق .

### شروط حق الإرتفاق :

**1 -** يجب أن تكون العلاقة بين عقارين ، عقار مرتفق و عقار مرتفق به إذ أن مفهوم الإرتفاق ذاته هو العلاقة بين عقارين فحق الإرتفاق لا ينشأ إلا على العقارات .

**2 -** يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

**3 -** يجب أن يكون التكليف مفروضا على العقار المرتفق به ذاته فلا يجوز أن يكون حق الإرتفاق إلزاما شخصيا مفروضا على مالك العقار المرتفق به فالإلتزام مالك العقار المرتفق به يحرث أرض جاره لا يعد حق إرتفاق لأن حق الإرتفاق حق منفرع عن حق الملكية فهو حق عيني يتمثل في السلطة المباشرة التي يمارسها صاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به دون حاجة إلى توسط مالك العقار المرتفق به . و إذا كان صاحب العقار المرتفق به ملزم بالقيام ببعض أعمال تقتضيها المحافظة على حق الإرتفاق ذاته فإن هذه الإلتزامات تعتبر إلتزامات ثانوية و هي إلتزامات عينية و تعتبر من ملحقات حق الإرتفاق .

**4 -** يجب أن يكون التكليف لمصلحة عقار و ليس لفائدة شخص فحق الصيد مثلا حق إستعمال و ليس حق إرتفاق لأنه يحقق مصلحة شخصية للصيد و كذلك إلزام شخص بحرث أرض جاره ليس حق إرتفاق فما هو إلا حق شخصي و محدود بوقت معين .

**ج - إنتهاء حق الإرتفاق :** ينتهي حق الإرتفاق بالأسباب التالية :

**1 - بانقضاء الأجل المحدد له :** فإذا تقرر حق إرتفاق على عقار لمدة خمس سنوات فإنه بإنتهاء هذه المدة يتحلل العقار المرتفق به من حق الإرتفاق و لا يصح لصاحب العقار المرتفق حق الإرتفاق .

**2 - بهلاك العقار المرتفق كليا :** فإذا هلك العقار المرتفق به ينقضي حق الإرتفاق نهائيا بسبب زوال العقار الذي كان واردا عليه .

**3 - بإجتماع العقار المرتفق به و العقار المرتفق في يد مالك واحد فإذا إجتمع العقاران في يد مالك واحد ينقضي حق الإرتفاق إذ من بين شروط الإرتفاق أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .**

**4 - ينقضي حق الإرتفاق كذلك بعدم إستعمال مدة عشر سنوات أي أن حق الإرتفاق يسقط بالتقادم بعدم إستعماله لمدة 10 سنوات .**

**5 - و كذلك ينقضي حق الإرتفاق إذا فقد حق الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو بقيت له فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به .**

**2 الحقوق العينية التبعية:** هي أيضا حقوق تخول للشخص سلطة مباشرة على شيء معين بالذات و لكنها لا تقوم مستقلة بذاتها بل أنها تستند إلى حق شخصي و تقوم ضمانا للوفاء به ثم إنها من جهة أخرى لا تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأصلية و لكنها توجد ضمانا لحق شخصي. فهي تخول صاحبها استيفاء حقه من ثمن الشيء الذي يرتب عليه الحق العيني متقدما في ذلك على غيره من الدائنين كما أنها تخول لصاحبها حق تتبع الشيء إذا ما انتقل ملكية المدين إلى ملكية غيره .وهي الحقوق التي لا تكون قائمة بحد ذاتها وإنما تأتي ضمانا لحق شخصي، ومن أهم هذه الحقوق: حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي. الحق العيني التبعي هو سلطة مباشرة تمنح للدائن على شيء مادي معين مملوك لمدينة ضمانا لاستيفائه حقه. فالحقوق العينية هي الحقوق التي لا توجد

مستقلة<sup>1</sup> بذاتها وإنما تنشأ وتستمر وتنتهي تابعة لحق دائنية، لأنها تضمن الوفاء به، فهي تدور معه وجودا وعلما، ولذلك تسمى أيضا بالتأمينات العينية<sup>2</sup>

أ- أنواع الحقوق العينية التبعية: نظم القانون المدني الجزائري مجموعة من الحقوق التبعية وهي على النحو التالي: الرهن الرسمي، والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز.

✓ **حق الرهن الرسمي:** وهو حسب المادة 882 ق م ج "عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان" ومن هذا التعريف يمكن القول بأن الرهن الرسمي، هو عقد شكلي يتم بين دائن ومدينه يكتسب بمقتضاه الدائن على عقار مملوك لمدينه حق عيني يخوله ميزتي التقدم والتتبع على هذا العقار ضمانا للوفاء بحقه .

خصائص حق الرهن الرسمي: الرهن الرسمي حق عيني تبعي: فهو يقوم مستندا إلى حق دائنية يضمن الوفاء به فلا وجود للرهن الرسمي مستقلا بذاته. فهو يدور مع الحق الشخصي وجودا وعلما. فمثلا إذا أقر شخص شخصا آخر مبلغ من المال مدة معينة وطلب المقرض ضمانا عينيا لهذا الوفاء واستجاب له المقرض برهن عقار مملوك له رسميا لمصلحة المقرض كان فإن حق المقرض في الرهن الرسمي تابعا لحقه في الدائنية، فإذا وفى المقرض بالتزامه وأدى ما عليه من قرض إلى المقرض في الأجل المتفق عليه انقضى التزامه الشخصي وانقضى تبعا له الرهن الرسمي. أما إذا تقاعس المقرض عن دفع مبلغ القرض إلى المقرض في ميعاده المحدد ، حق لهذا المقرض أن ينفذ على العقار المملوك للمقرض ويستوفي من ثمنه مبلغ القرض.

مصدر الرهن الرسمي الاتفاق: الرهن الرسمي عبارة عن عقد يتم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، فمصدر هذا الرهن هو الاتفاق دائما. ولا يشترط أن يكون هذا الاتفاق بين المدين بحق الدائنية والدائن بهذا الحق، لأنه لا يشترط أن يكون الراهن دائما هو المدين بحق الدائنية الذي يقوم الرهن الرسمي بضمان الوفاء به فقد يلتزم أحد الأشخاص بدين ويقدم آخر رهنا رسميا للدائن لضمان الوفاء بهذا الدين ويسمى عندئذ بالكفيل العيني

الرهن الرسمي عقد شكلي: لا يكفي لانعقاده مجرد تراضي الراهن والمرتهن بل يجب أن يتم هذا العقد على يد موظف مختص « الموثق »، وبذلك يكون مكتوبا في ورقة رسمية، فالرهن الرسمي لا ينعقد شفاهة ولا حتى في محرر عرفي لأن الشكلية في الرهن الرسمي ركن انعقاد وليس لمجرد الإثبات. ويتم قيد الرهن الرسمي من تاريخ انعقاده في مصلحة الشهر العقاري ويعين القيد مرتبة المرتهن.

يخول الرهن الرسمي للمرتهن ميزتي التقدم والتتبع على المال محل الرهن: فله التقدم على جميع الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة عند التنفيذ على المال ، كما يحق له تتبع هذا المال عند التنفيذ عليه في أي يد يكون.

لا يرد الرهن الرسمي إلا على عقار: فبنص القانون فإن محل الرهن الرسمي هو دائما عقار وليس منقولاً (المادة 882 ق.م ج

لا يلزم انتقال العقار من حيازة الراهن إلى المرتهن طول فترة الرهن: فعادة ما يبقى العقار في حيازة الراهن طوال فترة الرهن وبالتالي يحق له ممارسة كافة السلطات التي تكون للمالك من استعمال

1 فرج كريم عبد اللاه ، المدخل للعلوم القانونية الجزء الثاني نظرية الحق ، القاهرة 2016 ، ص 94

2 إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، 293

واستغلال وتصرف، لكن ليس هناك ما يمنع في القانون من أن ينتقل بالاتفاق بين الراهن والمرتهن حيازة العقار المرهون إلى المرتهن طول فترة الرهن.

انقضاء الرهن الرسمي. وفق المادة 933ق م ج ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون . وكذلك تنقضي حقوق الرهن كذلك إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن. وهذا ما أكدته المادة (636ق م ج .

✓ **حق الرهن الحيازي** المادة 948ق م ج بقولها الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون وأضافته المادة 949ق م ج أنه: لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار )

خصائص الرهن الحيازي: الرهن الحيازي حق عيني تبعي: فهو يقوم مستندا على حق دائنية يضمن الوفاء به ويدور معه وجودا وعدمًا

يلتزم الراهن بمقتضى الرهن الحيازي أن ينقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى أي شخص آخر يعينه المتعاقدان: يعتبر الرهن الحيازي من العقود العينية التي تقضي التسليم لوجودها، أي وجوب أن يسلم الراهن الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان حتى نكون بصدد رهن حيازي مثله مثل عقد الوديعة وعقد العارية وعقد القرض. ويتولى بذلك المرتهن إذا آل إليه حيازة هذا المال إدارته والمحافظة عليه، وأن يلتزم برده إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه (المادة 959م ج) وللدائن المرتهن بعد تسلم الشيء المرهون أن ينتفع بالمال المرهون باستثماره ويخصم بذلك ما جناه من المال، من الدين المضمون بالرهن (المادة 956ق م ج..(الرهن الحيازي يخول المرتهن ميزات التقدم والتتبع وحبس الشيء المرهون :فيخول بذلك للمرتهن التقدم على جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة عند التنفيذ على المال المرهون رهنا حيازيًا. كما يحق له تتبع هذا المال عند التنفيذ عليه في أي يد يكون. وله كذلك الحق في حبس الشيء المرهون إذا كان هو من اتفق على حيازته للمال المرهون، فيحق له عندئذ الامتناع عن تسليمه للمتصرف إليه من قبل الراهن حتى يستوفي منه حقه وهذه الميزة الأخيرة لا توجد في الرهن الحيازي. الرهن الحيازي عقد رضائي مصدره الاتفاق: فالرهن الحيازي ينشأ بمقتضى اتفاق بين شخصين أحدهما الراهن الذي يقدم عقاره لضمان دين عليه أو على غيره. والثاني وهو المرتهن أي الدائن الذي له حق دائنية يقوم الرهن الحيازي بضمان الوفاء به. وينعقد الرهن الحيازي باتفاق الطرفين. فلا يحتاج لانعقاده أي شكلية فقد يكون اتفاقا شفهيًا، وقد يفرغ هذا الاتفاق في عقد عرفي، على عكس الرهن الرسمي الذي لا يكون إلا بموجب عقد رسمي.

ينقضي الرهن الحيازي في عدة حالات نص عليها القانون المدني في المادة 964والمادة 965. وهي: ينقضي بانقضاء الدين المضمون المادة 964ق م ج بتنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن الحيازي، بالتخلي عن الرهن. باجتماع حق الملكية والرهن الحيازي في يد شخص واحد أو بهلاك الشيء المرهون هلاكًا كليًا. أو انقضاء الحق المرهون .

✓ **حق الاختصاص أو حق التخصيص** هو حق عيني تبعي يتقرر بموجب حكم صادر من المحكمة الكائن في دائرتها العقار الذي يريد الدائن الاختصاص به، وهذا الحكم يصدر بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ لمصلحة الدائن أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء دينه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون.

وهذا ما أكدته المادة (937ق م ج) بقولها « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف»

**خصائص حق التخصيص:** مصدر حق التخصيص حكم قضائي: وبهذا يختلف حق التخصيص عن حق الرهن (الرسمي والحيازي) لأن هذا الأخير مصدره الاتفاق (العقد) أما حق التخصيص فمصدره حكم قضائي يصدر من رئيس المحكمة الكائن في دائرتها العقار الذي يريد الدائن الاختصاص به

حق التخصيص حق عيني تبعي: فهو يخول من يصدر لمصلحته حكم قضائي بالاختصاص على عقار مملوك لمدينه ميزة التقدم على الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة عند التنفيذ على العقار، كما يخوله تتبع هذا العقار عند التنفيذ في أي يد يكون.

محل حق التخصيص عقار: فلا يرد حق التخصيص على منقول، وهذا ما يجعله يشبه حق الرهن الرسمي الذي بدوره لا يكون إلا على عقار، ويختلف عن الرهن الحيازي الذي يمكن أن يكون محله عقار أو منقول<sup>1</sup>

✓ حق الامتياز هو حق عيني تبعي يقرره القانون لدائن على مال معين يملكه مدينه مراعاة منه لصفة الدين، وذلك ضمانا للوفاء به، وهذا ما أكدته المادة 982 من القانون المدني الجزائري بقولها: « الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني وحقوق الامتياز تنقسم إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة. وقد عرفتهما المادة 984 ق م ج بقولها ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو على عقار معين.. وقد قسم المشرع الجزائري حقوق الامتياز إلى عامة وخاصة وذلك في المواد من 989 إلى 1001 ق م ج

حقوق الامتياز العامة: هي التي تقرر للدائن على جميع أموال المدين المنقولة والعقارية ، وعادة ما يكون الدين على درجة كبيرة من الأهمية يستحق هذا العموم في الضمان. وتتمثل هذه الحقوق في مايلي:

المصاريف القضائية التي انفقت لمصلحة جميع الدائنين لحفظ مال المدين وبيعه.

المبالغ المستحقة للخرينة العمومية من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى. المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثني عشر شهرا الأخيرة.

المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة.

النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة. حق الامتياز المقرر للوفاء بدين النفقة، وحق الامتياز المقرر للدولة بالنسبة للمبالغ المستحقة للخرينة العمومية ، نلاحظ أن هذه الديون على درجة كبيرة من الأهمية تستحق مثل هذا الشمول في الضمان. فالنفقة دين إن لم يوف قد يعرض الدائن وأسرته لخطر جسيم قد يمس حياته وقد يؤدي إلى تفويض أسرة بأكملها. والضرائب ديون تقع على عاتق فئة معينة من المجتمع ويؤدي دفعها إلى إعادة توزيع الدخل في المجتمع، والذي يقوم بهذا التوزيع الدولة، وبالتالي فإن عدم الوفاء بها يؤدي إلى إحداث خلل في المجتمع

<sup>1</sup> رواب جمال ، مرجع سابق ، ص 50

حقوق الامتياز الخاصة تلك التي تقرر بمقتضى القانون للدائن على مال معين (منقول أو عقار) مملوك لمدينه حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول: وتتمثل في مايلي:

امتياز المصروفات الزراعية والمبالغ المستحقة للألات الزراعية.

امتياز المؤجر ويقع على المنقولات المملوكة للمستأجر في حدود مبلغ الايجار.

امتياز صاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه. على الامتعة التي أحضرها النزيل إلى الفندق.

امتياز بائع المنقول ويقع على المنقول المعين بذاته.

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار ومنها مايلي:

امتياز بائع العقار على العقار المبيع في ما يستحق من الثمن .

امتياز المهندسين والمقاولين : حيث تكون المبالغ المستحقة لهم امتياز على المنشآت المعهودة إليهم ويرد هذا الحق لا على المال كله بل على ما زاد في قيمة العقار بسبب الأعمال التي قام بها المهندس أو المقاول وبقيت قائمة إلى وقت البيع.

خصائص حقوق الامتياز: حقوق الامتياز سواء كانت عامة أو خاصة تشترك في خصائص أهمها ان مصدرها القانون يتقرر حق الامتياز بمقتضى اتفاق أو بمقتضى حكم قضائي، ولهذا فهي واردة في القانون على سبيل الحصر لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها. كما انها حقوق عينية تبعية تقوم مستندة إلى حق دائنية تضمن الوفاء به وتمنح صاحبها ميزة التقدم على غيره من الدائنين عند التنفيذ على المال محل الامتياز وتتبع هذا المال عند التنفيذ عليه في أي يد يكون. ترد حقوق الامتياز على العقارات والمنقولات: والذي يحدد محل حق الامتياز هو القانون فقد يكون محل هذا الحق عقارا وقد يكون منقول

## ثانيا الحق الشخصي: (حق الدائنية) ( DROITS PERSONNELS ) Le droit

de créance هو سلطة يمنحها القانون لشخص يسمى الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين تخوله إجبار المدين على إعطائه شيئاً، أو على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل لمصلحته. وتجدر الإشارة إلى أن اصطلاح الحق الشخصي مستمد من القانون الروماني، وهو مأخوذ من اسم الدعوى الشخصية التي كان هذا القانون يمنحها للدائن لضمان حقه فالحق الشخصي هو القدرة أو إمكانية مقرررة لشخص على شخص آخر يكون ملتزماً بالقيام بعمل أو الإمتناع عن إعطاء شيء. و يعبر عن صاحب الحق أحيانا بالدائن أو الملتزم.

ويترتب على ذلك أن المدين في الحق الشخصي يلتزم بأداء تجاه الدائن، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء، كالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، وقد يكون الأداء التزاماً بعمل، كالتزام العامل بالعمل لدى صاحب العمل بموجب عقد العمل، وقد يكون الأداء التزاماً بالامتناع عن عمل، كالتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أو الاشتراك في أي مشروع ينافسه بعد انتهاء عقد عمله .

الحقوق الشخصية أو حق الدائنية هو قدرة شخص معين على اقتضاء أداء معين من شخص يلتزم به.ومن يتقرر له هذه القدرة يسمى (الدائن) ومن يلتزم بتقديم الأداء يسمى المدين .

والدائن لا يستطيع ان يصل إلى حقه إلا بواسطة المدين. فمثلا المقرض له حق دائنية على الشيء المبيع لا يستطيع الوصول عليه إلا بواسطة البائع، والبائع له حق دائنية على الثمن لا يستطيع الوصول إليه إلا بواسطة المشتري. ويختلف حق الدائنية عن الحق العيني في أن الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شئ معين وبالتالي يستطيع صاحبه الوصول إليه دون وساطة أحد، لكنهما ينفقان أنهما حقان ماليان أي يمكن تقويم محليهما بالنقود<sup>1</sup>.

✓ أنواع حق الدائنية. حقوق الدائنية لا تقع تحت حصر. وإذا كان هناك خلاف في الفقه حول حصر الحقوق العينية، فإن معظم الفقهاء أجمعوا على عدم حصر حقوق الدائنية، فالأفراد لهم مطلق الحرية في إنشاء حقوق الدائنية التي تحقق مصلحتهم، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة والقيود الوحيد الوارد على حريتهم في إنشاء هذه الحقوق هو عدم جواز اتفاهم على انشاء حق دائنية مخالف للنظام العام أو الآداب فمثلا الاتفاق على تأجير مسكن لا استخدامه محلاً للدعارة اتفاق ينشئ حق دائنية مخالف للآداب العامة وبالتالي فهو اتفاق باطل. وعلى الرغم من عدم تحديد حقوق الدائنية إلا أنه يمكن القول إن محل حق الدائنية هو عمل ما يقوم به المدين لصالح الدائن، وهذا العمل قد يكون إيجابياً وهو ما يطلق عليه الفقه اصطلاحاً (الالتزام بالقيام بعمل) وقد يكون عملاً سلبياً وهو ما يطلق عليه الفقه اصطلاحاً (الالتزام بالامتناع عن عمل). ويدخل أيضاً ضمن العمل الإيجابي التزام شخص معين بنقل أو إنشاء حق عيني لشخص آخر وهو ما يسميه الفقه (الالتزام باعطاء) فمحل حق الدائنية ينقسم إلى: التزام اجابي (التزام بعمل والقيام باعطاء) والتزام سلبي (التزام بامتناع عن عمل)، وذلك على النحو التالي:

الالتزام الإيجابي وهذا الالتزام له صورتان: الالتزام بالقيام بعمل: ويتضمن قيام المدين بعمل إيجابي معين لمصلحة الدائن كالتزام المحامي برفع الاستئناف في ميعاده. والتزام المقاول ببناء مسكن، والتزام الطبيب بعلاج المريض

الالتزام باعطاء: وهو التزام شخص بنقل أو إنشاء حق عيني على شئ معين (عقار أو منقول) لمصلحة شخص آخر. والالتزام باعطاء يتضمن إما التزام بنقل حق عيني مثل التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشتري أو بإنشاء حق عيني أصلي كحق الارتفاق على عقار معين أو الالتزام بإنشاء حق عيني تبعي على شئ معين كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي. وما يجب ملاحظته أن الملكية حق عيني لكن الالتزام بنقلها حق دائنية (شخصي) فالالتزام بنقل حق ملكية هو التزام البائع بإتمام إجراءات التسجيل مع المشتري إذا كان محل البيع عقاراً أو القيام بعملية الفرز في حالة بيع المنقول، لكن بعد تنفيذ هذا الالتزام يكون للمشتري حق ملكية على الشئ المبيع وهو حق عيني وليس حق دائنية<sup>2</sup>.

الالتزام السلبي (الالتزام بالامتناع عن عمل). (يعني هذا الالتزام امتناع شخص معين عن القيام بعمل معين لتحقيق مصلحة شخص آخر ماكان ليمتنع عن القيام به لولا وجود هذا الالتزام. وهو التزام سلبي لأنه لا يتضمن نشاطاً معيناً من المدين يقوم به لتحقيق مصلحة الدائن بل على العكس فإن قيامه بهذا النشاط يعتبر إخلالاً بالتزام لأن مصلحة الدائن تتحقق في هذا الحق عند عدم قيام المدين بعمل معين. ومن أمثله التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري يمارس نفس نشاط المحل المبيع في المنطقة التي يوجد فيها هذا المحل والتزام العامل بعدم العمل لدى رب عمل منافس لرب العمل الذي يعمل عنده والتزام المستأجر بعدم تأجير العين المؤجرة من الباطن طالما أن عقد الإيجار لا يسمح بذلك

1 اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، 294

2 رجب كريم عبد الاله ، مرجع سابق ، ص 100

و نجد في طليعة هذه الحقوق في الحياة ( Droit à la vie ) و الحق في السلامة البدنية أو الجسمية (فلكل شخص حق يرد على جسمه يضمن حمايته من أي إعتداء يقع عليه و مقتضى هذا الحق إمتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح لذلك . فالأصل أن الجراح يمتنع عليه إجراء جراحة للمريض إلا بعد الحصول على موافقته . و أن الشخص لا يمكن إجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها و قد ترغم القوانين و اللوائح الأشخاص في أحوال معينة على الخضوع لفحوص أو تحاليل معينة أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائي معين ضد الأمراض أو الأوبئة و قد يتولى القضاء نفسه إخضاع أحد الخصوم لفحص طبي أو تحليل علمي معين و لكن يكون بهذا الخصم أن يرفض الخضوع لذلك . فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض إذ قد سيتخلص القاضي من رفضه قرينة قضائية تعزز دعوى خصمه ، و إذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه فليس معنى ذلك أي للشخص و سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيفما شاء لذلك نجد أن بعض الفقهاء إلى الحد من هذه السلطة المطلقة بتجريم تصرف الشخص في جسمه أو في جزء منه إلا إذا كان هذا لا يظهر خطراً على حياته. أو على استمرار سلامة و إكتمال و يضل هذا الحق ثابتاً و قائماً طول حياة الشخص حيث ينقضي بوفاته و لكن يبقى جسم الإنسان إزاء القوانين و اللوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام و الآداب

### ثالثاً التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي:

يترتب على التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي النتائج الآتية 1:

(1) وردت الحقوق العينية في القانون على سبيل الحصر، أما الحقوق الشخصية فلم ترد على سبيل الحصر، وإنما هي متنوعة يمكن للأشخاص أن ينشئوا منها ما شاؤوا شريطة مراعاة النظام العام والآداب.

(2) في الحق العيني يوجد طرف واحد موجب وهو صاحب الحق أي صاحب السلطة على الشيء محل الحق. أما في الحق الشخصي فيوجد دوماً طرفان: طرف موجب وهو الدائن، وطرف سالب وهو المدين.

(3) الحق العيني يرد على شيء مادي موجود ومعين بالذات، فإذا كان الشيء غير موجود في الحال فلا يتصور وجود حق عيني على هذا الشيء، ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء بل لا بد أن يكون معيناً بالذات، أما الحق الشخصي فمحل عمله من الأعمال وبالتالي يمكن أن يكون هذا العمل متعلقاً بشيء مستقبلي أو شيء معين بالذات. وعلى ذلك فعقود البيع التي ترد على أشياء مستقبلية كبيع المحصول قبل ظهوره وبيع المنزل قبل بنائه لا ينشأ منها سوى حقوق شخصية يكون محلها عمل المدين وهو إعطاء شيء.

(4) يباشر صاحب الحق العيني حقه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر لأن الرابطة الموجودة فيه هي رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشيء، أما صاحب الحق الشخصي (الدائن) فلا يستطيع الوصول إلى حقه إلا عن طريق تدخل هذا الشخص وتنفيذه التزامه، لأن الرابطة الموجودة فيه هي رابطة اقتضاء أداء معين من عمل من جانب المدين.

(5) الحق العيني حق مطلق وذلك لأنه ينتج أثره تجاه الناس كافة، وبالتالي ينشأ منه واجب عام يلتزم بمقتضاه جميع الأشخاص بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق العيني. أما الحق

الشخصي فهو حق نسبي، لأنه لا يحتج به إلا في مواجهة شخص أو عدة أشخاص معينين، وبالتالي فهو ينشئ إضافة إلى الواجب العام واجباً خاصاً يقع على عاتق المدين.

(6) يمنح الحق العيني، باعتباره سلطة مباشرة على شيء، صاحبه حق التتبع، وحق التقدم أو الأفضلية أو الأولوية، على خلاف الحق الشخصي الذي لا يخول صاحبه مثل هذين الحقين، لأنه لا يرد على شيء معين من أموال المدين بل على عمل يجب القيام به من قبل المدين. و بموجب حق التتبع يستطيع صاحب الحق العيني تتبع حقه في أي يد كانت، فإذا سرق الشيء من مالكه، يظل هذا الشيء خاضعاً لسلطة صاحب حق الملكية أي المالك ويكون له أن يتتبع هذا الشيء وأن يسترده ممن سرقه، والسبب في ذلك أن الحق العيني يرد على شيء معين بالذات. ويستطيع صاحب الحق العيني بموجب حق التقدم أن يستأثر بسلطته على الشيء فيكون في مأمن من كل مزاحمة له في ممارسة هذه السلطة، فالدائن المرتهن، أي الذي حصل على رهن من مدينه ضماناً للدين، يكون صاحب حق عيني تبعي على المال المرهون وتثبت له الأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين فيتقدم ويرجح على هؤلاء الدائنين في استيفاء دينه من المال المرهون لأن له عليه سلطة مباشرة.

(7) يقبل الحق العيني التنازل عنه بإرادة صاحبه على خلاف الحق الشخصي، فالحق العيني يمكن التنازل عنه بإرادة صاحبه دون الحاجة إلى موافقة شخص آخر فيستطيع المالك أن يتخلى عن الشيء الذي يملكه بمجرد إرادته، وذلك لأنه ليس بين صاحب الحق العيني وبين شخص آخر رابطة حتى يتم الاتفاق معه على إنهاؤها، أما الحق الشخصي فلا يستطيع صاحبه أن يتنازل عنه على الرغم من إرادة المدين، وعلى هذا إذا أراد الدائن صاحب الحق الشخصي أن يتنازل عن الدين وأن يبرئ مدينه فلا يتم الإبراء إلا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده.

(8) تقبل الحقوق العينية اكتسابها بالتقادم لأن الحقوق العينية ترد على أشياء مادية تقبل الحيازة، أما الحق الشخصي فهو رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين فلا يتصور أن ترد عليه الحيازة ولذلك لا يمكن أن يكتسب بالتقادم. ويستثنى من ذلك الدين الثابت في سند لحامله، إذ يكتسب من يحوزه بموجب سبب صحيح شريطة أن يكون حسن النية وقت حيازته

(9) إن الحقوق الشخصية حقوق ملازمة و لصيقة بالشخص و هو ما يستطيع إثباتها لصالح معين لا لغيره ، بحيث تنقضي بموته إنقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته إلى ورثته بالميراث فهذه الحقوق تميز خارج عن دائرة التعامل فيكون حقوقاً غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها و تكون غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم و على ذلك فالاسم إن كان القانون يثبت في حياة الأب لأولاده فهو لا ينتقل إلى الورثة بوفاته فهو كذلك لا يقبل التصرف أو التنازل.

(10) الحقوق الشخصية إن كانت حقوق غير مالية إلا أنها تنتج أثارا مالية إذ أن الاعتداء عليها بلا مبرر يوجب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما قد لحقه من ضرر.

(11) حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف إلا أنها على ذلك و يمكن جوازا أن تصح بعض الاتفاقات في شأن هذه الحقوق مادامت مبنية على اعتبارات جديدة و محققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام و الآداب العامة. و من قبيل ما يعتبر صحيحا من هذه الاتفاقيات ترخيص الشخص في استعمال الغير لاسمه باسم مستعار أدبي أو إذن الشخص لكاتب أو روائي في إطلاق إسمه على بعض الأشخاص في روايته أو مسرحيته.

(12) و إذا كانت الحقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة إلى الورثة فإستثناء من ذلك يحق لورثة المؤلف في بعض سلطات حقه المعنوي كفالة لذكراه و حماية لأثاره.

**المطلب الرابع الحقوق المعنوية و الأدبية أو الفكرية:** إذا كانت الشخصية تنطوي على مقومات مادية هي الكيان أو الجسم المادي للفرد فهي تنطوي أيضا على مقومات معنوية كالشرف و الاعتبار و الكرامة و السمعة و المعتقدات و الأفكار و المشاعر لهذه المقومات عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها و لذلك فحماية الشخصية واجبة حيث يرى جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم و تكون سندهم في دفع ما يقع عليها من اعتداء و في التعويض عن أضراره

### التمييز بين الحق الشخصي و الحق العيني

الموضوع	الحق العيني	الحق الشخصي
من حيث الأطراف	لا يوجد إلا طرف واحد هو صاحب الحق ، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشيء الذي يرد عليه هذا الحق.	يوجد طرفان ، أحدهما صاحب الحق (البائن)، 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
من حيث المدة	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 كخمسين سنة أن تقيد حرية المدين مدة طويلة .	الحق الشخصي هو دائما حق مؤقت لأنه يقيد من حرية المدين ، فلا يجوز أن يكون الحق الشخصي لفترة طويلة لذلك نجد عقد العمل لا يجوز أن يكون أكثر من 5 سنوات لأنه لا يجوز أن يكون التقيد على حرية العامل أكثر من 5 سنوات لأن المشرع لا يسمح
من حيث الآثار	يخول صاحبه ميزتين: (1) التمتع، ويقصد به تتبع الشيء الذي ينصب عليه الحق، واللاحق به لاسترجاعه في أي يد يكون (استثناء: إذا كان الشيء منقول مادي وحازه بطريق حسن النية فتنقل الملكية في هذا المنقول بقاعدة الحياة في المنقول سند ملكية وهذا استثناء على القاعدة العامة) (2) التقدم، ومؤداه أن صاحب الحق العيني يقدم على غيره من البائنين العادين لحصوله على حقه.	أصحاب الحق الشخصي لا يتقدم أحد على الآخر بينما يتم قسمة مال المدين بينهم قسمة غراماً أي كل واحد يأخذ حصته بمقدار دينه الذي له على المدين .
من حيث الأنواع	أنواع الحق العيني سواء كان أصلي أم تبني ، فهي واردة على سبيل الحصر	لم يورد لنا المشرع في الحق الشخصي سوى الصور التي يأتي عليها الحق الشخصي و هي : إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل .

الجدول من انجاز الاستاذ رواب جمال<sup>1</sup>

**المطلب الرابع أنواع الحقوق المعنوية و الأدبية أو الفكرية و تتنوع هذه الحقوق الواردة عن المقومات المعنوية منها:**

(1) **حق في الشرف: ( Droit à l'honneur )** الاحترام واجب للشخصية و كرامتها و سمعتها بحيث يمتنع على الآخرين المساس بشخصيته من نواحي هذا الاعتبار المعنوي و إلا كان للمعتدي على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء و بالتعويض عما لحقه من أضرار بل أن معظم القوانين ترى في الاعتداء على الشرف الشخصي اعتداء على الجماعة و لذلك لا تكتفي بالجزاءات المدنية بل تأخذ المعتدي كذلك بالجزاءات جنائية

(2) **الحق في الاسم: ( Droit au nom )** يكفل له تمييز شخصيته و منع إختلاطه بغيره من الأفراد فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه.

<sup>1</sup> رواب جمال ،مرجع سابق ص 55

(3) **الحق في السرية ( Droit au secret )** لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل. فيمتنع على الغير إفشاء أسرار شخص دون موافقته . و خاصة إذا كان إطلاعه على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته كزوج إلا في الأحوال التي يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك . بل و يكفل حماية السرية بالعقاب جنائياً على إفشاء أصحاب المهن لما إئتمنوا عليه من أسرار . و يتفرغ عن الحق في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته و إتصالاته التليفونية بوجه خاص.

(4) **حرية نشاط الشخصية :** لا بد للشخصية حتى تنشط و تؤدي دورها في الحياة من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها و لذلك يجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك مثل حرية التنقل و الذهاب و المجيء و حرية الزواج و ما إلى ذلك ... و للأفراد حق في هذه الحريات العديدة . و إعتداء الغير عليها بالتدخل في هذه الحريات يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعه و وقفه و التعويض عن أضراره.

(5) **حق الشخص على ما يبتكره من أفكار و هو ما يعرف باسم الحق المعنوي الذهني** أو **الحق المعنوي للمؤلف . Le droit morale de l'auteur** <sup>1</sup> هي تلك الحقوق التي ترد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر، وتعطي صاحبها سلطة على ذلك الناتج، وتثبت له ملكية هذا الناتج ونسبته إليه وحده كما يكون له الحق في استغلاله استغلالاً مالياً يكفل له الحصول على ثمراته. ومثال ذلك حق المؤلف على مؤلفه، وحق المخترع على اختراعه، وحق الموسيقار الملحن على ألحانه... ويشبه الحق المعنوي حق الملكية، ولكنه لا يرد على شيء مادي محسوس، وإنما يرد على شيء معنوي غير محسوس. فحق المؤلف لا يقع على ذات الكتاب الذي ألفه، وإنما على الأفكار التي يحتويها هذا الكتاب، وهي شيء معنوي غير محسوس. ويمتاز الحق المعنوي بطابعه المالي والمعنوي في الوقت ذاته . فهو يمنح صاحبه استثمار نتاجه الفكري واستغلاله والتصرف فيه من أجل تحقيق الربح، كما أنه يمنح صاحبه أبوة الناتج ونسبته إليه، ومنع الغير من الاعتداء عليه

والحقوق الذهنية هي سلطات خولها القانون لشخص على نتاج فكره وثمره جهده الذهني سواء كانت هذه الثمرة أو هذا الناتج فكرة ابتكرها أو اختراع اكتشفه أو أي إضافة جديدة أضافها ذهنه بحيث برزت فيها شخصيته ومن أمثلة الحقوق الذهنية حق المؤلف ، وحقوق العلامات التجارية، وحقوق الملكية الصناعية.

والحقوق الذهنية تحتوي على جانبين الأول:

**جانب أدبي** يخول صاحبه سلطات على نتاج فكره وثمار جهده والثاني جانب مادي يخول صاحبه سلطات الاستغلال المالي لثمار فكره ونتاج ذهنه وبالتالي يمكن تقويم هذه السلطات بالنقود، ويجوز أن يرد عليها التقادم كما تخضع للتعامل. وقد اعترف المشرع الجزائري بحقوق الملكية الفكرية وهذا ما أقره الدستور الجزائري <sup>2</sup> بمقتضى نص المادة 74 منه بقولها: حرية الإبداع الفكري، بما في ذلك أبعاده العلمية والفنية، مضمونة. لا يمكن تقييد هذه الحرية إلا عند المساس بكرامة الأشخاص أو بالمصالح العليا للأمة أو القيم الثوابت الوطنية. يحمي القانون الحقوق المترتبة على الإبداع الفكري. في حالة نقل الحقوق الناجمة عن الإبداع الفكري، يمكن للدولة ممارسة حق الشفعة لحماية المصلحة العامة. (كما نصت المادة 687 من التقنين المدني الجزائري على أنه: ( تنظم

<sup>1</sup> رجب كريم عبد الاله ، مرجع سابق ، ص 59 و ما بعدها

<sup>2</sup> المرسوم الرئاسي رقم 20/442 والموقع في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري. الجريدة الرسمية، العدد 82

قوانين خاصة بالحقوق التي ترد على أشياء غير مادية) وتطبيقا لهذا النص أصدر المشرع الجزائري النصوص القانونية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية تتمثل أساسا في الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والأمر 03-06 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالعلامات الصناعية. والأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. وبالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية احتفظ المشرع الجزائري بالأمر رقم 86-66 المؤرخ في 28/04/1966. وكذلك الشأن بالنسبة للأمر 76-65 المؤرخ في 16/07/1976 المتعلق بتسميات المنشأة.

حقوق الملكية الأدبية والفنية يقصد بالملكية الأدبية والفنية عموما حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وقد نظم هذه الحقوق الأمر رقم 03-05 السالف الذكر.

حق المؤلف هو جميع المزايا الأدبية والمالية التي يخولها القانون للعالم والكاتب أو الفنان على مصنفه. والمشرع الجزائري لم يعرف حق المؤلف بصفة مباشرة بل أشار إلى هذا التعريف بشكل غير مباشر وذلك في نص المادة الثالثة من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بقولها: (كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني. وحسب هذه المادة يعتبر مؤلفا كل شخص ابتكر مصنفا في الآداب والفنون والعلوم أي كان نوعه أو طريقة التعبير عنه بالكتابة أو بالرسم أو التصوير أو الحركة وعلى ذلك يعد مؤلفا الكاتب والأديب والعالم والممثل والمؤلف الموسيقي و المسرحي والملحن والمغني والممثل السنمائي. وهذا ما ذكر وغيره في المادتين الرابعة والخامسة من الأمر 03-05 السالف الذكر. خصائص حق المؤلف. يتميز الحق الأدبي للمؤلف بالخصائص التالية:

✓ حرمة الحق الأدبي للمؤلف. من حيث عدم جواز التصرف فيه أو الحجز عليه أو اكتسابه بالتقادم. إن ارتباط الحق الأدبي للمؤلف بشخصية صاحبه باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية يعتبر غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه ولا يرد عليه التقادم. وبشأن عدم جواز الحجز على الحق الأدبي للمؤلف فإن هذه الخاصية اقتضتها طبيعة هذا الحق من حيث كونه مرتبط بشخصية الملف فهو حق لصيق به لا ينفصل عنه. ليس له قيمة مالية حتى يستطيع الدائن الحجز عليه.

✓ ديمومة الحق الأدبي للمؤلف. إن الحق الأدبي حق مؤبد يبقى للمؤلف طوال حياته وحتى بعد مماته فهو حق دائم غير مؤقت أو مرتبط بمدة معينة خلاف العنصر المادي للحق الذي يتميز بكونه مؤقت وفي هذا الصدد تنص المادة 54 من الأمر 03-05 أنه) تحظى الحقوق المادية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته (ويعترف المشرع الجزائري بديمومة الحق الأدبي بمقتضى المادة 21 من الأمر السابق الذكر بقولها) يتمتع حق المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه وتكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التحلي عنها).

✓ الحق الأدبي للمؤلف لا ينتقل معتمه للورثة: ميز المشرع الجزائري بين فئتين من الحقوق الأدبية إلى حقوق أدبية غير قابلة للانتقال وتتمثل في مايلي:

حق المؤلف في إبداع مصنفه وإجراء تعديلات أو تحسينات أو إضافات عليه

حق المؤلف في إعدام مصنفه وإزالته من الوجود.

حق المؤلف في الامتناع عن نشر المصنف.

حق المؤلف في نشر مؤلفه باسمه أو باسم مستعار و بدون اسم.

حق المؤلف من سحب مصنفه من التداول.

✓ حقوق أدبية قابلة للانتقال إلى الورثة وهي كالتالي:

حق تقرير نشر المصنف إذا توفي المؤلف قبل أن يقرر نشر المصنف.

حق الورثة في منع إسقاط اسم المؤلف أو اسمه المستعار.

حق الورثة في احترام مصنف مورثهم وعدم المساس بسلامته.

حق حماية المصنف من أي اعتداء.

حق منع نشر المؤلف أو نسخه أو ترجمته أو عرضه أو تأديته دون موافقة الورثة.مصنفه.

✓ سلطة المؤلف في تقرير نشر المصنف: يقصد بهذا الحق صلاحية المؤلف في أن يقرر نشر المصنف أو عدم نشره وهذا الحق يختلف عن حق المؤلف في نشر مصنفه من حيث أن الحق الأول حق أدبي بينما الحق الثاني حق مالي يمكن التنازل عنه للغير عن طريق عقد النشر ويعتبر قرار نشر المصنف بمثابة شهادة ميلاد له يكتسب بموجبها مبتكر الإنتاج الذهني صفة المؤلف ويكتسب المنتج صفة المصنف ولهذا القرار أهمية في إثبات ملكية المؤلف لمصنفه والاستفادة من الحماية المقررة له.

✓ سلطة المؤلف في إلحاق المصنف إليه: اعترف المشرع الجزائري بحق المؤلف في نسبة مصنفه إليه وذلك راجع إلى أن هذا الحق من الحقوق اللصيقة بشخصية المؤلف لصلتها بذهنه، ويترتب عن هذا الحق ما يلي:

حق المؤلف في المطالبة في الاعتراف بان المصنف من إبداعه.  
حق المؤلف في الإعلان عن المصنف للجمهور مقرونا باسمه بشكل بارز على النسخة مع ذكر

مؤهلاته كما من حقه نشر المصنف باسم مستعار أو مجهول.

امتداد هذا الحق إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية.

حق المؤلف في طلب وقف الاعتداء على اسمه ومن صور الاعتداء المحتملة تحريف اسم المؤلف أو محو اسم المؤلف أو إحلال اسم مؤلف مشهور محل اسم الكاتب الفعلي.  
حق المؤلف في إلزام الغير بالأمانة العلمية كحالة الاقتباس أو التصرف أو النقل الحرفي مع ذكر اسم المؤلف محل المصنف المنقول.

✓ سلطة المؤلف في تعديل المصنف: يحق للمؤلف إجراء أي تعديل يراه مناسبا للمؤلف كإعادة ترتيب الأفكار أو تصحيحها أو إضافة بعض التصورات إليها وهذا الحق ينفرد به المؤلف دون الناشر وقد اعترف به المشرع الجزائري حيث أجاز لصاحب الإنتاج الذهني إجراء أي تعديل على مصنفه بعد نشره.

✓ سلطة المؤلف في سحب المصنف من التداول: أجاز المشرع الجزائري للمؤلف حق سحب مصنفه من التداول لأسباب يقدرها المؤلف ويترتب عن استعمال هذا الحق قيام مسؤولية المؤلف عن

الإضرار المحتملة الناتجة عن هذا التصرف كالضرر الذي يصيب الناشر أو المؤسسة الراعية للمصنف والذي ينتج عنه التزام المؤلف بتعويض الضرر. ويتناول هذا التعويض الحقوق المالية للناشر أو الغير ويجب أن يتناسب التعويض مع حجم الضرر وما فات المتضرر من كسب. ج- حق المؤلف في حماية المصنف: كفل المشرع الجزائري للمؤلف الحق في ضمان احترام سلامة المصنف اتجاه الغير وفي هذا الصدد يحق للمؤلف طلب إزالة أي اعتداء يقع على مصنفه من شأنه تشويه أو تحريف المصنف أو الإساءة إلى سمعة المؤلف أو شرفه.

**حقوق الملكية الصناعية** يقصد بالملكية الصناعية حقوق الاستنثار الصناعي التي تخول صاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد أو رمز مميز أو تسمية أو تصاميم معينة. وتتكون حقوق الملكية الصناعية من الحقوق التالية: براءة الاختراع، العلامات، الرسوم والنماذج الصناعية، تسميات المنشأ والمؤشرات الجغرافية، التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. الاسم التجاري

### الفرع الثاني خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية<sup>1</sup>.

الحقوق اللصيقة بالشخصية هي حقوق غير مالية فهي مرتبطة بشخص صاحبها لا تنفصل عنه فهي تخرج بذلك عن دائرة التعامل فلا يجوز التصرف فيها ولا يرد عليها التقادم، ولا تنتقل إلى الورثة. ويترتب على الاعتداء عليها الحق في تعويض الضرر الناتج عن هذا الاعتداء.

✓ **الحقوق اللصيقة بالشخصية لا يجوز التصرف فيها:** الحقوق اللصيقة بالشخصية تخرج عن دائرة التعامل، وبالتالي لا يجوز تصرف صاحبها فيها إلى الغير بأي شكل من أشكال التصرف (البيع مثلا، الهبة، الوصية). وقد عني المشرع الجزائري بالنص على هذه الخاصية فيما يتعلق بالتصرف في الحريات الشخصية كمثال بارز لهذه الحقوق بحيث تنص المادة 46 من القانون المدني الجزائري على أنه " ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية.. " كما نصت المادة 45 من نفس القانون على أنه " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها " فمثلا كذلك لا يجوز لشخص أن يلتزم بالعمل مدى الحياة عند شخص آخر، لأن في ذلك سلبا لحريته الشخصية بحيث يتضمن هذا التصرف تصرف الشخص في حريته في العمل لرب العمل فيكون العامل بهذا الالتزام الأيدي بمثابة عبد عند رب العمل وهو ما لا يجوز بنص القانون .

وإذا كان الأصل هو عدم جواز التصرف في الحقوق اللصيقة بالشخصية فإن هناك بعض الاستثناءات ترد على هذا الأصل، فهناك بعض الاتفاقات التي تنصب على التصرف في حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ومع ذلك تعد صحيحة لكونها تحقق أغراضا اجتماعية جديرة بالرعاية. فمثلا يجوز التبرع بالدم أو التبرع بالأعضاء البشرية فهذه الاتفاقات محلها جسم الإنسان، إذا كانت لا تؤدي إلى هلاكه أو إلى نقص دائم في كيانه الجسدي إنفاذا لحياة شخص آخر. وبالتالي تجوز مثل هذه التصرفات تحقيقا لمصلحة المستفيد منها، شريطة أن يكون هذا التصرف مجاني بدون عوض مادي، عن طريق التبرع، وهذا ما نصت عليه المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون. ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية."

✓ **الحقوق اللصيقة بالشخصية لا يرد عليها التقادم.** كل الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تكتسب ولا تسقط بالتقادم لأنها جزء من شخصية الإنسان بحيث لا تسقط هذه الحقوق بعدم الاستعمال مهما طال مدة عدم استعمالها، مثل من يعرف بين الناس باسم معين غير أسمه الحقيقي (اسم الشهرة) لا

1 فرج كريم عبد الاله، مرجع سابق، ص 59 و ما بعدها

يسقط حقه في اسمه الحقيقي مهما طال مدة عدم استعماله لاسمه الحقيقي. ومن جهة أخرى لا يستطيع أحد اكتساب حق من هذه الحقوق بمضي الزمن، فمثلا من يؤلف كتابا ولا يضع عليه اسمه لا يستطيع أحد أن يكتسب حق نسبة هذا الكتاب له بوضع اسمه عليه، مهما طال مدة استعماله لهذا الحق. و بالتالي يستطيع المؤلف الحقيقي أن يضع اسمه على مؤلفه وله الحق في أن ينسب له مهما طال مدة اعتداء أحد الأشخاص على هذا الحق

✓ **الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل معظما للورثة.** ما دامت أن هذه الحقوق لصيقة بالشخصية فهي لا تنتقل إلى الورثة، فمثلا لا يجوز لورثة شخص أن يتصرفوا في أجزاء جسده بمجرد وفاته دون إذن مسبق منه. وأيضا لا يجوز لورثة مؤلف لمصنف معين أن ينسبوا هذا المصنف إلى أنفسهم بمجرد وفاة هذا المؤلف، ولا أن يعدلوا فيه دون إذن مسبق من مورثهم. فكل ما لورثة المؤلف من سلطات تخولهم فقط المحافظة على مصنف مورثهم من أي اعتداء يمس نسبة هذا الصنف لصاحبه أو أي تغيير في حالته التي أرادها له قبل وفاته.

✓ **الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية ينشئ حقا ماليا في التعويض.** إذا اعتدى شخص على أي حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية لشخص آخر يحق للمعتدى عليه مطالبة المعتدي بتعويض الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الاعتداء سواء كان هذا الضرر ماديا أم معنويا (أديبا). فمثلا من يدعي على شخص فعل يسيئ إلى سمعته ويشيع هذا بين الناس دونما أساس من الصحة يعتبر معتديا على حق هذا الشخص في المحافظة على سمعته وشرفه. وبالتالي يحق للمعتدى عليه مطالبة المعتدي بجبر الضرر الذي أصابه جراء هذا الاعتداء، عن طريق حصوله على تعويض مناسب يحكم به القاضي. وذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، لان مصدر هذا العمل هو الفعل غير المشروع الموجب للتعويض .

فالحق المالي في التعويض حق يتولد من الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية ولكنه حق منفصل عنها. وهذا ما نصت عليه المادة 47 من القانون المدني الجزائري بقولها " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". وما أكدت عليه المادة 48 من نفس القانون بقولها " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر. ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء. والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"<sup>1</sup>

### المبحث الثالث أركان الحق:

اختلف الفقهاء حول تحديد أركان الحق، فمنهم من يرى أن الحق له ركنان أساسيان وهما الأشخاص والمحل؛ في حين يذهب بعضهم الآخر إلى القول إن للحق ثلاثة أركان وهي الأشخاص والمحل والحماية القانونية. ويرى قسم ثالث من الفقهاء أن أركان الحق خمسة وهي الأشخاص والمحل والحماية القانونية والمضمون والسبب. ولكن الأرجح أن أركان الحق ثلاثة وفق ما ذهب إليه

<sup>1</sup> رجب كريم عبد الاله ، مرجع سابق ، ص 106

الرأي الثاني في الفقه، وذلك لأن المضمون والسبب لا يعدان من أركان الحق بالمعنى الدقيق للكلمة. فمن قال إن السبب هو ركن من أركان الحق قصد به السبب المنشئ، أي مصدر الحق، والمصدر لا يعد ركناً من الأركان<sup>1</sup>. وسبب الحق بهذا المعنى هو وقائع أو تصرفات قانونية تؤدي إلى نشوء الحق. ويترتب على ذلك تعدد مصادر الحق، كالعمل غير المشروع والولادة والوفاة والعقد والإرادة المنفردة. ويستخلص من ذلك أن سبب حق المضرور في التعويض هو العمل غير المشروع الذي ارتكبه الملتزم بالتعويض، وسبب حق المؤجر في الأجرة هو عقد الإيجار الذي تمّ باتفاق بين إرادته وإرادة المستأجر، وسبب حق الموصى له في محل الوصية هو إرادة الموصي وحدها التي أنشأت الوصية.

أما مضمون الحق فيختلط بمحله، إذ إن بعض الفقهاء ميز بين محل الحق ومضمونه بالنسبة إلى الحق الشخصي وذلك عندما يكون الالتزام المترتب على المدين، وهو الطرف السلبي للحق، هو التزام بإعطاء شيء، ومثال ذلك التزام البائع بتسليم المبيع عندما يكون منقولاً معيناً بالذات، أو التزام المدين بدفع المبلغ من النقود المترتب في ذمته، ففي هذا النوع من الالتزامات يكون الشيء هو محل الحق الشخصي، ويكون لصاحب هذا الحق سلطة غير مباشرة عليه لأنه لا يستطيع الوصول إليه إلا عن طريق المدين. أما مضمون الحق فهو الإعطاء الذي يجب على المدين القيام به.

ويستخلص مما تقدم أن أركان الحق ثلاثة وهي:

**أولاً الأشخاص:** لا يمكن أن ينسب الحق إلا إلى الأشخاص. وبالتالي الأشخاص هم أصحاب الحق. وأشخاص الحق *Sujets du droit* إما أن يكونوا طبيعيين أو اعتباريين. وهم على نوعين: أشخاص إيجابيون وأشخاص سلبيون. والأشخاص الإيجابيون هم أصحاب الحق، أما الأشخاص السلبيون فهم الذين تقع على عاتقهم الالتزامات المقابلة للحقوق وبالتالي يلتزمون باحترامها، إذ إن كل حق يقابله التزام. ويترتب على ذلك أن كل حق لا بد فيه من شخص إيجابي وهو صاحب الحق، إذ إنه يستأثر وحده بما يخوله له حقه من مكنات وقدرات. ونتيجة ذلك قام الترادف في المعنى القانوني بين مصطلح «صاحب الحق» ومصطلح «الشخص». أما الشخص السالب وهو الملتزم باحترامه، فوجوده ضروري في الحق الشخصي، إذ إنه بالتعريف رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين. في حين أن وجوده ليس ضرورياً في الحق العيني الذي هو سلطة مباشرة لشخص على الشيء محل الحق، وبالتالي فإن الحق العيني ليس له سوى شخص واحد وهو صاحب الحق. ولكن بالمقابل، يلتزم جميع الناس باحترام الحق العيني وعدم عرقلة استعمال صاحبه له.

**ثانياً المحل:** لا يكفي أن يكون للحق صاحب حتى يقوم، وإنما لا بد أن يكون له محل أيضاً. و محل الحق هو الشيء أو العمل الذي يقع عليه. وعندما يكون محل الحق شيئاً فهو إما أن يكون مادياً وإما معنوياً، سواء تعلق به الحق مباشرة كما في الحق العيني، أم بصورة غير مباشرة كما في الحق الشخصي. فحق الملكية هو حق عيني، وبالتالي فمحلها هو الشيء المادي الذي تقع عليه الملكية كالسيارة والدراجة وجهاز الهاتف النقال. وحق الملكية الفكرية هو حق عيني محلها شيء معنوي، ومثال ذلك حق المؤلف ومحلها الأفكار التي عبر عنها في مؤلفه. وإذا كان الملتزم في الحق الشخصي ملتزماً بإعطاء شيء، فإن هذا الشيء يعد محلاً غير مباشر للحق الشخصي يمكن لصاحب الحق الوصول إليه عن طريق إجبار الملتزم بإعطائه. وبالتالي فإن الإعطاء يعد في مثل هذه الحال مضمون الحق الشخصي.

1 محمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، رمضان وإخوانه للطباعة والتجليد، ص 38 و

أما إذا كان محل الحق عملاً، فهو إما أن يكون إيجابياً كالقيام بعمل، وإما سلبياً كالامتناع عن عمل. ويشترط في محل الحق عندما يكون عملاً أن يكون ممكناً، أما إذا كان مستحيلاً فلا يقوم الالتزام، وبالتالي لا يقوم الحق. ويشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة أي أن يكون العمل مستحيلاً في ذاته لا يستطيع أي شخص أن يقوم به، أما إذا كانت الاستحالة نسبية بحيث يستحيل على بعض الأشخاص القيام به دون بعضهم الآخر، فلا يؤثر على قيام الالتزام وكذلك الحق. كما يشترط في العمل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، كما يشترط أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب.<sup>1</sup>

**ثالثا الحماية القانونية:** لا يمكن لصاحب الحق أن يتمتع بالسلطات والقدرات التي يمنحها له حقه إلا إذا كان القانون يضمن له ذلك، وبمعنى آخر إلا إذا كان القانون يحمي حقه من أي اعتداء قد يقع عليه. وتعد هذه الحماية ركناً أساسياً من أركان الحق. وحتى يستحق صاحب الحق هذه الحماية يجب أن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً، أما إذا تعسف في استعمال حقه فلا يستفيد من الحماية التي يضيفها القانون على الحق. وتتمثل هذه الحماية بالمؤيد أو الجزاء الذي يفرضه القانون في حال وقوع اعتداء على الحق. والمؤيد بهذا المعنى هو من أهم خصائص القاعدة القانونية. والقانون هو الذي يقرر الحق، وبالتالي فإن احترام القاعدة القانونية يؤدي في الوقت ذاته إلى احترام الحق الذي تقرره. ويترتب على ذلك أن المؤيد الذي يضمن احترام الحق هو ذاته الذي يضمن احترام القاعدة القانونية. وقد نص القانون على وسائل عديدة لضمان حماية الحق، ومن أهمها الدعوى القضائية بنوعها الجزائية والمدنية. و لأن العناصر السالفة من الأهمية بما كان سنفصلها في مباحث مستقلة.

#### المبحث الرابع : أشخاص الحق

الشخص ركن أساس في الحق، فهو صاحب الحق، وهو من يكون صالحاً لأن يصير صاحب حق وأن يتحمل بالالتزام ويحيا حياة قانونية، وتلك هي الشخصية القانونية وتثبت الشخصية القانونية لكل من الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري (المعنوي)، وسنبحث كل نوع منها في مطلب على حدة.

#### المطلب الأول: الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان، ويقضي الأمر تفصيل بدء شخصيته القانونية وانتهائها، ثم بيان خصائص الشخصية القانونية للشخص الطبيعي.

#### الفرع الأول: بدء الشخصية القانونية ونهايتها.

**أولاً: بدء الشخصية القانونية للشخص الطبيعي (الإنسان):** تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ولو مات بعد لحظات من ولادته، أما إذا ولد ميتاً فلا تثبت له الشخصية القانونية، ولذلك تنص الفقرة 1 من المادة 25 بأن "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته". وتثبت واقعة الولادة في السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض، وليست لهذه السجلات حجية مطلقة وإنما هي نسبية فقط، ومعنى ذلك أنه إذا لم تكن الولادة ثابتة في السجلات الرسمية أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يثبت ما يدعيه بكافة طرق الإثبات، لأن الولادة تعد واقعة مادية.

<sup>1</sup> اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 210

**ثانيا الشخصية الحكمية أو التقديرية للجنين(المركز القانوني للجنين)أو الحمل المستكن:**  
قبل انفصال الجنين عن أمه فإنه يعتبر جزءا منها لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة. ومع ذلك يعترف القانون للجنين ببعض الحقوق في مرحلة الحمل حفاظا على مصالحه، ويكون ذلك معلقا على شرط ولادته حياً، فله الحق شرعا في ثبوت نسبه من أبيه، ويرث أقاربه إذا ماتوا وهو في بطن أمه، ويستحق الوصية ولو مات الموصي قبل ولادته، وهذه الحقوق تثبت لصاحبها دون حاجة لقبول يصدر منه، أما الحقوق التي يتوقف ثبوتها على صدور قبول منه فلا تكون للجنين، كالهبة وسائر أنواع الالتزامات فإنها لا تجوز للجنين. <sup>1</sup>وتثبت تلك الحقوق للجنين - إذا ولد حياً - بأثر رجعي، فيعتبر وارثا من يوم وفاة مورثه لا من يوم ولادته. أما إذا ولد ميتا فتزول عنه الشخصية الناقصة بأثر رجعي، وبالتالي فلا يكون له أي حق من تلك الحقوق، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 25 مدني: (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا

**ثالثا: انتهاء الشخصية القانونية:** تنتهي الشخصية للإنسان بوفاته، وتثبت الوفاة في السجلات الرسمية المعدّة لهذا الغرض كالولادة، والوفاة شأنها شأن الولادة واقعة مادية يمكن إثباتها بمختلف طرق الإثبات.:

**1. الانتهاء الحكمي أو التقديري للشخصية القانونية:** وهو الذي يثبت بحكم من القضاء في الحالات التي لا يمكن فيها التيقن من حياة الشخص أو موته كالمفقود.

✓ **المفقود** هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم ( المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري)، وهو غير الغائب ، وهو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارته شؤونه بنفسه أو بالواسطة وتسبب غيابه في ضرر للغير، وحياة الغائب -

ليست كالمفقود - تكون متحققة ولا شك فيها لأنها معلومة، كالأشخاص الذين يهاجرون للعمل أو الدراسة. ويعين القاضي قيما للغائب يتولى مباشرة شؤونه فترة غيابه ( المادة 111 من ق الأسرة) لأن الشخصية القانونية للغائب قائمة ولم تنته بعد.

### ✓ المراحل التي يمر بها المفقود

**المرحلة الأولى:** تبدأ بصدور حكم بإثبات فقده، ويعتبر الحكم بإثبات فقده منشئا لحالة جديدة، ويعين هذا الحكم تاريخ الفقد.

ويصدر حكم بالفقد بناء على طلب أحد الورثة أو ممّن له مصلحة أو من النيابة العامة(م 114ق الأسرة وفي هذه المرحلة يعتبر المفقود حيا بالنسبة للأمور التي تضره إذا افترضنا موته، فلا يقسم ماله على وراثته، وفي ذلك تنص المادة 115 من قانون الأسرة أنه:(لايورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته)، ولا تتزوج امرأته لكن لها أن تطلب التطلق من القاضي على أساس المادة 5/53من قانون الأسرة.وفيما يتعلق بمال غيره، أي بالنسبة للإرث وتلقي الوصية من غيره فله الحق في ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 133 ق الأسرة أنه: (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا).

**المرحلة الثانية:** وتبدأ بصدور حكم بموت المفقود، ونفرق هنا بين حالتين:

1 اسحاق الراهيم منصور ، مرجع سابق ، 216

فقدان الشخص في حالة غلبة الهلاك: كمن يفقد في أثناء حرب أو كارثة أو حادثة ولم يعثر على جثته، وذلك بمضي أربع (04) سنوات على الفقد وبعد التحري بكل الطرق الممكنة عن مصير المفقود، فهنا ترجح كفة الموت مع غلبة الهلاك ومضي هذه المدة دون أن يظهر أو تعرف أخباره.

فقدان الشخص في حالة تغلب فيها السلامة: كما لو سافر الشخص للدراسة أو العمل ثم انقطعت أخباره، فهنا يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة لموته بعد مضي أربع (04) سنوات. ويصدر الحكم بموت المفقود بناء على أحد الورثة أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. وبعد الشخص المفقود ميّتا من تاريخ صدور الحكم بموته بالنسبة للأمر التي تضره، كما لو كان موته حقيقيا (حكم قضائي منشئ)، فتعتد زوجته عدة الوفاة (المادة 59 ق 1 الأسرة) وتقسم تركته بين وراثته الموجودين وقت الحكم، وهذا ما نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة بأنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميّتا بحكم القاضي". هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يعتبر المفقود ميّتا من يوم الفقد بالنسبة لمال غيره، أي بالنسبة للإرث من غيره وبالنسبة لتلقي الوصية.

✓ **المرحلة الثالثة**: إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، اعتبر موته الحكمي كأن لم يكن، فيسترد أمواله من الورثة إذا كانت باقية عينا أو قيمة ما بيع منها (المادة 115 ق الأسرة). وتعود إليه زوجته إلا إذا كانت قد تزوجت غيره بعد انتهاء عدتها، وكان زوجها الجديد لا يعلم بحياة زوجها المفقود.

**الفرع الثاني: خصائص (مميزات) الشخص الطبيعي.** تتميز الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بجملة من الخصائص ترتبط بها، وفيما يأتي تفصيلها:

**أولاً: الأهلية القانونية.** الأهلية في اللغة هي صلاحية الشخص لأمر ما. وفي الإصطلاح القانوني هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالإلتزامات وقدرته لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو تلزمه بالإلتزامات. وأحكام الأهلية تؤثر في حياة الشخص تأثيرا كبيرا لذلك كانت أحكامها من النظام العام، فليس لأحد أن يتنازل عن اهليته أو يعدل في أحكامها م 45 ق م

1. أنواع الأهلية: الأهلية نوعان، أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ولكل منها مراحلها وأحكامها.

أ- **أهلية الوجوب**: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات، وتختلط هذه الأهلية بالشخصية القانونية، إذ أن مناط اكتسابها هو الشخصية القانونية ذاتها، فهي تثبت بثبوتها وتنعدم بانعدامها وتكتمل باكتمالها وتنقص بنقصانها، وتمر كما تمر الشخصية القانونية بمرحتين:

✓ **المرحلة الأولى**: أهلية وجوب ناقصة: وتكون للحمل المستكن (الجنين)، فهو غير صالح للتحمل بالإلتزام، وغير صالح لأن يكتسب من الحقوق غير تلك التي لا يحتاج كسبها إلى صدور قبول منه كثبوت النسب، وكسب الحق من الميراث أو الوصية.

✓ **المرحلة الثانية**: أهلية وجوب كاملة: وتكون للشخص بعد ولاته حيا، فيكون له أن يكسب الحقوق ويتحمل بالإلتزامات كقاعدة عامة باستثناء ما منعه القانون عنه بنص خاص، كأن يحرم شخص طبق للشريعة الإسلامية من أن يرث قريبه لوجود مانع شرعي كاختلاف الدين، أو قتل مورثه عمدا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا. كما قد يحّد القانون من أهلية الوجوب مثل المادة 402 مدني التي تمنع القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها. وتستمر للشخص أهلية الوجوب كاملة ما دام له شخصية قانونية، ولا تنتهي إلا بموته، ولا تتأثر بصغر السن ولا بعراض أو مانع.

ب- **أهلية الأداء:** وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية من بيع وهبة وإيجار ورهن. وأهلية الأداء تفترض أهلية الوجوب ابتداءً، إنما العكس غير صحيح، فهناك أشخاص لديهم أهلية وجوب كاملة دون أن تكون لديهم أهلية الأداء لانعدام الإرادة لديهم كالصبي غير المميز، أو المجنون. ومناط أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز، فإذا اكتمل للشخص إدراكه اكتملت أهلية أدائه، متى لم يكتمل بقيت أهليته ناقصة. وحتى تكتمل أهلية أداء الشخص فإنه يمر بأربع مراحل في حياته:

✓ **المرحلة الأولى:** مرحلة عديم الأهلية (عديم التمييز): تبدأ هذه المرحلة منذ الحمل وتستمر بعد ولادة الإنسان حتى بلوغه سن الثالثة عشر، حيث تنص الفقرة 2 من المادة 42 من القانون المدني أنه: (يعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشر سنة). وفي هذه المرحلة لا يجوز للشخص أن يقوم بأي تصرف قانوني ولو كانت عقود إنتفاع، كقبوله هبة مثلاً، فلو قام بأي تصرف كان تصرفه باطلا لانعدام التمييز لديه، هذا مع الإشارة إلى أنه يجوز لوليّه أو وصيه أن يبرم التصرفات التي تكون له فيها منفعة نيابة عنه، وينصرف أثرها إليه.

✓ **المرحلة الثانية: سن التمييز** وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الشخص سن الثالثة عشر وتستمر حتى بلوغه سن الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة (19) (المادة 43 مدني)، ويقدر سن الرشد في القانون الجزائري بالتقويم الميلادي لا الهجري وذلك بحسب المادة 1/3 من القانون المدني. وفي هذه المرحلة يكون الشخص ناقص أهلية الأداء، لنقص في تمييزه، ويلحق به السفه وذو الغفلة، أما عن حكم تصرفاته في هذه المرحلة فلم يتعرض القانون المدني الجزائري إليها، ورجوعاً إلى أحكام قانون الأسرة (المادة 82 ق الأسرة) فإنها تنقسم إلى ثلاثة حالات<sup>1</sup> وهي:

➤ **التصرفات النافعة له نفعاً محضاً:** كقبوله الهبة بغير عوض أو وصية، فهذه تصرفات تؤدي إلى إغتنائه دون المساس بمصالحه الأدبية والمادية، فتصرفه هنا تصرف صحيح نافذ تام دون توقف على إجازة أو إذن من الولي أو الوصي.

➤ **التصرفات الضارة له ضرراً محضاً:** كإعطاء هبة أو أبرم عقد قرض أو كفالة أو هبة أو وقف، فهذه التصرفات تؤدي إلى إفتقاره، فتعد هذه التصرفات باطلة وغير نافذة ولو أجازها الولي أو الوصي.

➤ **التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** أي التي يجوز فيها الربح والخسارة كالبيع والشركة والإيجار، فهي في مركز وسط لا هي صحيحة نافذة ولا هي باطلة بطلاناً مطلقاً، وحكمها في القانون المدني أنها قابلة للإبطال، أي أعطى القانون للطرف الضعيف وهو الصبي غير المميز الحق في طلب الإبطال بعد بلوغه سن الرشد بخمس سنوات، أي أنّ ذلك التصرف قد نشأ ناقصاً، ويستمر كذلك حتى يستقر العقد إمّا بإجازته من طرف ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، وإمّا أن يصير العقد مستقراً بالتقادم أي بمضي عشر سنوات بعد إكتمال سن الرشد، وتارة يكون مصير ذلك التصرف الزوال إذا حُكم بإبطاله.

✓ **المرحلة الثالثة:** وهي بلوغ سن الرشد. فإذا بلغ الشخص تسعة عشر (19) سنة اكتملت له أهلية الأداء لمباشرة حقوقه المدنية بشرط أن يكون متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه (م40 مدني وم86 الأسرة). وحكم تصرفات البالغ الرشيد هو أنها جميعاً صحيحة سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر.

2. **عوارض الأهلية:** وهي أحوال تعترى الإنسان فتنتقص أهليته أو تذهب بها وهي عوارض تطرأ على الإنسان بعد إكتمال أهليته وبلوغه سن الرشد وهي إما عوارض تصيب الإنسان في عقله وهي الجنون والعتة (وتسمى أيضاً بالعوارض المعدمة للأهلية). أو تصيبه في تدبيره فتفسده كالفه والغبلة (وتسمى بالعوارض المنقصة للأهلية):

أ- **العوارض التي تصيب الإنسان في عقله (العوارض المعدمة)**

1 رواب جمال، مرجع سابق، ص 70

✓ الجنون: هو مرض يسبب اضطراب العقل أو زواله. وقد يستوعب الجنون كل أوقات المريض، وهذا هو الجنون المُطبق، وقد يُجنُّ تارة ويفيق أخرى، وهذا هو الجنون المنقطع، والفقهاء الإسلامي يفرّق بين نوعي الجنون، فاعتبر تصرفات المجنون جنونا متقطعا صحيحة إذا قام بها في حال إفاقته، وتكون باطلة بطلانا مطلقا إذا قام بها في حال جنونه، أمّا المجنون جنونا مطبقا فهي باطلة على الدوام. أمّا القانون المدني الجزائري فلم يفرّق بينهما وأعطاهما حكما واحدا، حيث تنص المادة 1/40 منه أن: (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية)، كما تقضي أيضا المادة 1/42 أنه: (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون). فصدور قرار الحجر هو الفيصل والأساس بين التمتع بكامل الأهلية وعدم التمتع بها، والحكمة في عدم التفرقة بينهما هي المحافظة على أموال المجنون، وبعدها لكل إلتباس، وهي لا شك تفرقة سديدة وهامة من الناحية النظرية، ولكنّها صعبة الإثبات أمام القضاء.

✓ العته: هو نقص خلقي أو مرضي طارئ أو لكبر السن، يعتري الإدراك، ويكون عادة غير مُصاحب باضطراب، أي أنّ إصابته تكون هادئة، وقد يعدم الإرادة فيجعل المعتوه في حكم الصبي غير المميّز المجنون، وقد يجعله في حكم الصبي المميّز، وهذا هو رأي الفقهاء الإسلامي، غير أن القانون المدني الجزائري جعل المعتوه كالمجنون فاقد التمييز (المادة 1/42).

#### ب- العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره (العوارض المنقصة للأهلية)

✓ السفه: هو تدبير المال على غير مقتضى العقل و الشرع لغلبة الهوى على السفيه، أو هو طيش واضح في تصرفات الإنسان التي تتسم تصرفاته بالشذوذ في نظر الناس نظرا لإسرفه.

✓ الغفلة: هي السذاجة التي لا يعرف صاحبها ما يضره وما ينفعه، وتؤدي به إلى أن يغيب في المعاملات غنبا فاحشا أو تتعرض أمواله للضياع، أو هي عدم الدراية بالأمر التي تجري في الحياة العملية. وحكم السفيه وذو الغفلة حكم تصرفات ناقصي الأهلية (م/43 مدني)

سؤال: هل يلزم لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه أن يصدر عليه قرار بالحجر؟  
الحجر هو منع التصرف القولي بسبب ضعف في تقدير المحجور عليه، فتكون تصرفاته القولية غير نافذة، ويكون محلا للحجر كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده (م 101 ق الأسرة)، ويصدر الحجر بحكم من القاضي بناء على طلب أحد الأقارب أو ممّن له مصلحة، أو من النيابة العامة، ويجب نشره لإعلام الغير به (م/102)، 106 ق الأسرة. (والحجر إنّما هو قرينة على انعدام الإرادة، فتعتبر بذلك تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ولو كان الجنون متقطعا، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، ويقع عبء إثباتها على من يدعيها أمام القضاء (م 107 ق الأسرة)

3 موانع الأهلية: هي ظروف خارجة عن الشخص تحول بينه وبين أن يباشر تصرفاته القانونية رغم توافر الإرادة واكتمالها وسلامتها من أي عارض من العوارض السالف ذكرها. ويمكن تقسيم هذه الموانع إلى موانع جسمانية أو مادية أو قانونية.:

أ- العاهات البدنية التي يصعب معها التعبير عن الإرادة: إذا اجتمعت في الشخص عاهتان فأكثر (العمى والبكم، أو العمى والبكم، أو العمى والبكم) وتعذر عليه بسببها التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، وكل تصرف يبرمه ذو العاهتين بدون حضور واشتراك المساعد القضائي بعد تسجيل قرار المساعدة يكون قابلا للإبطال لصالح العاجز دون المتعاقد معه، أي في حكم تصرفات ناقص الأهلية (م/80 مدني). وتكون المساعدة مقصورة على التصرفات التي تقرر المحكمة لزوم معاونته لذي العاهة في إبرامها، والتي تحددها المحكمة في قرار تعيين المساعد القضائي. وينبغي التنبيه إلى أنّ المساعد القضائي لا يعتبر نائبا عن الشخص العاجز وإنّما هو مترجم له فقط، فهو لا ينفرد بالتصرف نيابة عنه، ولكن يشترك معه في إجرائه، لذلك قلنا أنّه من موانع الأهلية لا الإرادة .

ب- الغياب: يترتب عن غياب الشخص تعطيل مصالحه، لذلك تعين المحكمة وكيلا(نائبا) عنه، أو تثبتت وكيله العام إن كان قد ترك وكيلا عاما عنه، فالشخص الغائب هو شخص كامل الأهلية ولكن الضرورة قضت لظروف مادية هي غيابه أن يقوم وكيل عنه بإدارة شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس المرتبطة به .

ت- المحكوم عليه بعقوبة جنائية: المتهم المحكوم عليه بعقوبة جنائية محجور عليه قانونا كعقوبة تبعية، وتكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا طيلة مدة تنفيذ العقوبة الأصلية، وهذا بالرغم من كونه كامل الأهلية، ويتولى قيم إدارة أمواله ومباشرة حقوقه المالية في أثناء وجوده في السجن، وسلطة هذا القيم تنحصر في أعمال الإدارة دون أعمال التصرف. ولا يمس الحجر الحقوق اللصيقة بشخصية المحكوم عليه بجنائية كحقه في الطلاق وإقراره التبني .

#### 4 أحكام الولاية والوصاية والقوامة:

أ- الولي: الولاية على مال الصغير في القانون الجزائري تكون للأب ومن بعد وفاته محل محله الأم. والملاحظ أن الفقه الإسلامي لا يجعل الولاية الشرعية للام على مال ولدها القاصر، ولكن يجعل لها ولاية مستمدة من الغير فتكون وصية مختارة أو معينة، وولاية الأم القانونية في القانون الجزائري لا تكون إلا بعد وفاة الأب، أما في حالة حياة الأب وإذا أصابه ما ينهي ولايته فلا تكون للام ولاية قانونية على اولادها القصر، ولكن يجوز للقاضي أن يعينها مقدمة عملا بالمادة 99 من قانون الأسرة.

ويكون للولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه أن يستأذن القاضي في بعض التصرفات حرصا على مصلحة القاصر، وهذه التصرفات هي بيع العقار ورهنه وقسمته وإجراء المصالحة، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة. وتنتهي الولاية بعجز الولي عن أداء الولاية، وبموته، وبالحجر عليه، وبإسقاط الولاية عنه.

ب- الوصي: هو كل من يمنح الولاية على مال الصغير غير وليه الشرعي، ويسمى بالوصي المختار، لأنه قد يختاره الأب أو الجد إذا لم تكن للقاصر أم تتولى أموره، أو ثبتت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي أن يختار الأصلح منهم(م 92 قا الأسرة). وللوصي نفس سلطات الولي. وتنتهي الوصاية بموت القاصر أو بلوغه سن الرشد مالم يصدر حكم قضائي بالحجر عليه، وإما بموت الوصي أو زوال أهليته أو باستقالته عن الإستمرار في الوصاية، أو بعزله.(م 96 قا الأسرة)

ت- المقدم (القيم): هو الوصي المعين من القاضي في حالة عدم وجود ولي أو وصي، كما قد يعين القاضي مقدا في حالة أن يكون فقد الأهلية أو نقصانها راجعا لجنون أو عته أو سفه، وللمقدم نفس سلطات الوصي ويخضع لنفس أحكامه.

**ثانيا: الحالة:** وهي عنصر يسمح بالتعرف على المركز الحقيقي الشرعي للشخص الطبيعي بالنسبة للدولة التي ينتمي إليها، والديانة التي يتدين بها، والأسرة التي ينسب إليها. ولا تنحصر حالة الشخص في هذه الأوصاف الثلاثة، فهناك أوصاف أخرى تدخل في تكوين حالة الشخص أو مركزه القانوني ولكنها تدرس ضمن أحكام الأهلية، ككون الشخص ذكرا أو أنثى، قاصرا أو رشيدا، عاقلا أو مجنون

#### 1. الجنسية: انتماء الشخص لدولة معينة يسمى بالجنسية la nationalite

وهي الرابطة القانونية بين الشخص ودولة معينة، وتثبت علاقة الجنسية للإنسان بحكم القانون ولو رغما عنه. وهي نوعان أصلية ومكتسبة أو طارئة.

أ- الجنسية الأصلية: هي التي تثبت للشخص بالميلاد، أي بمجرد ولادته. وهناك قاعدتان أساسيتان لاكتساب الجنسية الأصلية هما: قاعدة الدم، أي أن يكتسب الشخص جنسية الدولة التي ينتمي إليها أبوه، وبعض الدول تعتد بجنسية الأم، وبعضها يعتد بجنسية الأبوين معا. وقاعدة الأرض أو الإقليم أي أن يأخذ الشخص جنسية الاقليم (يابس، بحر، جو) الذي ولد عليه، ولو ولد لأب أجنبي. وتأخذ الدول بهاتين القاعدتين أو بهما معا مع تفاوت في نطاق الأخذ بكل منهما .

وقد أخذ القانون الجزائري أساسا بقاعدة الدم، إذ تنص المادة 6 من قانون الجنسية الجزائري بأنه: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو من أم جزائرية وأب مجهول أو عديم الجنسية". ويأخذ بصفة إحتياطية بقاعدة الإقليم، فيعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر الولد الذي يولد في حالتين: "إذا كان مجهول الأبوين- وإذا كانت أمه جزائرية وأبوه أجنبيا مولود في الجزائر بشرط عدم رفضه للجنسية الجزائرية"<sup>1</sup>.

ب- الجنسية المكتسبة(الطارئة): هي التي تثبت للشخص في تاريخ لاحق بعد ولادته، وتثبت عادة نتيجة التجنس وفق شروط معينة نصّ عليها قانون الجنسية، أو نتيجة للزواج. وقد بيّن قانون الجنسية الجزائري في المادة 10 شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، كما أجاز أيضا سحبها منه في حالات معينة كعقوبة له. والأصل أن يكون لكل شخص جنسية واحدة، وإنما استثناء قد يكون للشخص جنسيتان فأكثر، كما في حالة ميلاد شخص لأب أجنبي في دولة تأخذ بقاعدة الأرض أساسا لكسب جنسيتها، وكذلك في حالة التجنس وعدم إسقاط الجنسية الأصلية، وهذه حالة ازدواج الجنسية أو تعددها. وفي المقابل قد لا تكون للشخص أية جنسية، وذلك في حالة إسقاط جنسيته الأصلية عنه، وعدم اكتسابه جنسية أخرى، ويسمى هذا الشخص بعديم الجنسية، كما قد يفقد جنسيته بسبب عيب في قوانين الجنسية

ت- أهمية (آثار) الجنسية: يترتب على تمتع الشخص بجنسية دولة معينة آثارا قانونية وسياسية عديدة، أهمها: حق ممارسة الحقوق السياسية، كحق الترشح والانتخاب، وتولي الوظائف العامة، بل قد يضيق في نطاق تمتع الأجانب بالحقوق المدنية دون الوطنيين، كحق تملك العقارات، والإشتغال بإحدى المهن الحرة كالتب والطب والمحاماة. كما ان تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد عند تنازع القوانين.

2. الدين: يكون للدين في الدول الإسلامية أثر في المركز القانوني للشخص، وخاصة في نطاق مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق وما يتفرع عنهما، والتي تتأثر عادة باعتقاد الشخص، بحيث يجوز للمسلم الزواج بغير المسلمة من الكتابيات، ولا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، كما أنّ اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، فلا توارث بين المسلم وغير المسلم إلى غير ذلك من الأحكام .

3. الأسرة: وتسمى أيضا بالحالة المدنية أو العائلية، وهي الصفة التي تحدد مركز الشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة. إذ أنّ اختلاف مركز الشخص في الأسرة يترتب عليه الاختلاف في الحقوق والالتزامات التي تقع على كاهله، وهذه الحقوق اتفق على تسميتها بحقوق الأسرة، وصلة الشخص بأفراد أسرته تسمى بالقرابة، وهي تنشأ إمّا عن الدم أو النسب، وإمّا عن الزواج.

أ- قرابة النسب أو الدم: هي التي تجمع بين كل من يجمعهم أصل مشترك، سواء كان ذكرا أو أنثى. وهي نوعان: قرابة مباشرة تقوم بين الأصول والفروع في عمود النسب وإن علا الأصل، فالأب أصل الإبن والجد أصل الأب والإبن فرع أبيه (م/33 مدني). وعند حساب درجة القرابة المباشرة لا يحسب الأصل وكل فرع يعتبر درجة (م/34 مدني)، فالإبن بالنسبة لأبيه في الدرجة الأولى، والحفيد بالنسبة لجدّه في الدرجة الثانية. وقرابة غير مباشرة (قرابة الحواشي): هي قرابة الأشخاص الذين يتفرعون عن أصل واحد مشترك دون أن يكون أحدهم أصلا أو فرعا للآخر (م/2/33)، كالقرابة بين الإخوة وأبناء الأعمام والعمات، والأخوال والخالات، وأبناء الإخوة والأخوات. وعند حساب درجة الحواشي لا يحسب الأصل المشترك ويحسب كل فرع درجة (م/34 مدني)، فالأخ في الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه، وفي الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه، وفي الدرجة الرابعة بالنسبة لابن عمه .

ب- قرابة المصاهرة: هي القرابة الناشئة من الزواج، وهي الصلة التي تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، ويعتبر أقارب أحد الزوجين أقارب في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج

1 اسحاق الراهيم منصور ، مرجع سابق ، 225

الأخر (م35 مدني)، ويترتب على ذلك أن يعتبر أب الزوج قريبا للزوجة قرابة مباشرة في الدرجة الأولى عن طريق المصاهرة، وأخو الزوج يصبح قريبا للزوجة قرابة مباشرة في الدرجة الثانية عن طريق المصاهرة

ت- أهمية (آثار القرابة): يترتب على القرابة بنوعيتها والمصاهرة آثار قانونية عديدة تختلف باختلاف مركز الشخص في أسرته، أهمها:

- ✓ ترتب على النسب حق الشخص في أن يحمل لقب عائلته
- ✓ النفقة على الأصول والفروع.
- ✓ حضانة الصغير وأحكام الميراث والوصية والولاية على النفس والمال.
- ✓ ثبوت حقوق الزوجية.
- ✓ بيان المحارم في الزواج .
- ✓ استثناء من أحكام الرجوع في الهبة يجوز للأبوين الرجوع في الهبة لولدهما إلا إذا كانت الهبة من أجل زواجه أو لضمان قرض أو قضاء دين..
- ✓ قرر قانون الإجراءات المدنية جواز رد القاضي إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة، كما أوجب القانون على القاضي الذي يعلم بقيام سبب من أسباب الرد (كالقرابة مثلا) أن يعرض أمر تنحيه على المجلس القضائي للنظر .

#### ثالثا : الاسم:

هو العلامة المميزة للتعرف على الإنسان. وهو أنواع، ولكل نوع طبيعته.:

1. **الاسم المدني(الاسم الحقيقي):** لكل شخص طبيعي اسم ولقب، والاسم هو ما يتعين به الإنسان تعيينا خاصا، واللقب هو اسم الأسرة، ولقب الشخص يلحق أبناءه بحكم القانون. وقد أوجب القانون الجزائي أن تكون الأسماء جزائية، إلا إذا كان الأبوان غير مسلمين فيجوز لهما أن يختارا إسما لمولودهما يتماشى مع عقيدتهما (م2/28). ويعد الاسم حقا من حقوق الشخصية، فلا يجوز للشخص التصرف فيه، ولا يسقط بعدم الإستعمال، ولا يكتسب بالتقادم مهما طالت مدة انتحال واستعمال الغير له. وقد يتعرض الاسم للإنتحال، وهو أن يتسمى شخص باسم شخص آخر معين دون أن يكون له هذا الاسم في الأصل، أو يكون محل منازعة، وهي أن يدعي شخص انتفاء حق شخص آخر في أن يتسمى باسم معين، وقد قرر القانون لهمايته فأجاز في المادة 48 مدني "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . "بل ويعتبر انتحال اسم الغير في محررات رسمية جريمة يعاقب عليها.

2. **إسم الشهرة:** هو ما يطلقه الجمهور على شخص مشتهر به بين الناس، ويختلف بداهة عن اسمه الحقيقي، ولصاحبه أن يمنع الإعتداء عليه بالمنازعة أو الإنتحال .

3. **الاسم المستعار:** هو ما يطلقه الإنسان على نفسه رغبة في إخفاء شخصيته الحقيقية، أو لكسب الشهرة كما يفعل بعض الفنانين والكتاب، ويسمى حينئذ بالاسم الفني. تنبيه: إسم الشهرة والاسم المستعار مقصور على صاحبه، فلا يلحق بفروعه.

4. **الاسم التجاري:** هو الذي يستخدمه التاجر ليمارس تحته التجارة، ويعتبر من عناصر المحل التجاري ويكون مميزا له عن غيره من المحلات، وهو ذو قيمة مالية يمكن التصرف فيه تبعا للمحل التجاري، فيباع ويشترى كونه من المنقولات المعنوية على عكس الاسم المدني. وقد يتخذ التاجر من إسمه المدني إسما تجاريا، فيبقى محتفظا بحقه على اسمه المدني كأحدى الحقوق الملازمة للشخصية وهو غير قابل للتعامل فيه، والذي يبقى مستقلا عن حقه في اسمه التجاري الذي يجوز التعامل فيه، فكل منهما طبيعته والآثار المترتبة على التمتع بهما.

#### رابعا: الموطن:

هو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مستقرة ويعتبر أنه موجود فيه دائما حتى لو تغيب عنه بصفة مؤقتة، وتكون له به صلة تسمح باعتباره موجودا به بصورة دائمة. ويحسن بنا أن نفرق بين الموطن وبين محل الإقامة وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص ولو كان ذلك بصفة مؤقتة

1. أنواع الموطن: القاعدة العامة أن لكل شخص الحرية في اختيار المكان الذي يقيم فيه إقامته المعتادة، ومن ثم موطنه ويسمى بالموطن الاختياري. والاستثناء: قد يتدخل القانون في حالات معينة لتحديد موطن قانوني إلزامي للفرد :

أ- الموطن الإلزامي (القانوني): قد يتدخل القانون في حالات معينة في تحديد موطن إلزامي قانوني لبعض الأشخاص، دون أن يكون لإرادتهم أي دخل في ذلك (وهم القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب). وقد جعل القانون موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانونا (م 1/38 مدني)

ب- الموطن الاعتباري: أخذ القانون بالنسبة للقاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب بفكرة الموطن الاعتباري، واستثناء من أحكام الموطن القانوني الذي حدده القانون لبعض الأشخاص أضاف القانون: "ومع ذلك يكون للقاصر موطن خاص بالنسبة إلى التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لأدائها"، (م 2/38 ق مدني).

ت- الموطن التجاري أو المهني: ويتحدد بالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو صناعته أو حرفته أو مهنته، كالطبيب، والمحامي، والتاجر، ولا يعتد بهذا الموطن الخاص إلا بالنسبة لشؤون التجارة أو الحرفة أو المهنة، أما بالنسبة لشؤون الشخص الأخرى، فالعبرة بموطنه العام الذي يتحدد بمحل إقامته المعتادة (م 37 مدني)

ث- الموطن المختار: هو ما يختاره الشخص موطناً له بالنسبة لعمل معين (غالباً ما يكون ذلك مكتب المحامي بالنسبة لدعوى معينة أو المنازعات المتعلقة بعقد معين). ويترتب على اختيار الموطن إمكان إقامة الدعوى على المدعى عليه أمام محاكم موطنه المختار وإرسال التبليغات إليه في هذا الموطن، بالإضافة إلى موطنه الأصلي. ولما كان الموطن المختار استثناء من الأصل العام الذي يجعل موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة، لذا يجب إثبات اختيار الموطن كتابة (م 39 مدني)

## 2. الأهمية القانونية للموطن:

✓ تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع في الأموال المنقولة، فالمحكمة التي يقيم في دائرتها المدعى عليه هي المختصة بنظر النزاع، طبق لقاعدة أن "الدائن يسعى نحو المدين". يفيد في بيان العنوان الذي توجه إلى الشخص الإستدعاءات والمذكرات والإنذارات ونحوها.

✓ يفيد في بيان مكان الوفاء بالديون وقت الوفاء طبقاً لقاعدة "الدين مطلوب وليس محمول". يوضح المكان الذي تصفى فيه التركات

### خامساً: الذمة المالية

هي مجموع الحقوق والإلتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية التي تعود للشخص. ولفظ الذمة مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وتعني بهذا اللفظ أهلية الوجوب، ولذلك لا بد من قرن لفظ الذمة بوصف المالية لتحديد معناها في القانون المدني. وتحتوي الذمة المالية على الحقوق والالتزامات المتعلقة بالشخص والتي تكون لها قيمة مالية فقط، دون تلك التي ليس لها قيمة مالية كالحقوق العامة وحقوق الأسرة، وهي من هذا المنطلق تتألف من عنصرين: عنصر ايجابي (الحقوق العينية والشخصية التي للشخص) وعنصر سلبي (الإلتزامات المالية)، وإذا طغى الجانب السلبي للذمة على جانبها الإيجابي كان الشخص معسراً أو مفلساً (مدين)، وإذا رجح الجانب الإيجابي للذمة على جانبها السلبي كان الشخص موسراً (دائن) ،

1. أهميتها: تتمثل أهمية الذمة المالية في توفير الضمان العام للدائنين، فلم يعد المدين يلزم جسمانياً بالوفاء بديونه كما كان الأمر في الماضي حينما كان يودع في الحبس حتى الوفاء بما عليه من ديون، فقد ألغي الإكراه البدني في المسائل المدنية ولم يعد جائزاً إلا في المسائل الجنائية، وأصبح ضمان الوفاء ينصب على ذمة المدين المالية، أي على الجانب الإيجابي منها الحاضر والمستقبل،

وفي ذلك تقضي المادة 188 مدني أن: "أموال الدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون، فإنّ جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان"، فهناك ضمان عام أو مشترك: وهو أنّ حق الدائن ليس متعلقاً بعين معينة أو بمال معيّن وإنما مرتبط بمجموع الذمة المالية في الحاضر والمستقبل، وهذا الضمان يشترك فيه جميع الدائنين كل بحسب دينه، وهناك ضمان خاص: وهو أن يتعلق حق الدائن بعين معينة أو بمال معيّن، بترتيب حق عيني تبعي كالرهن أو حق امتياز، ويسمى صاحبه دائناً ممتازاً يشترك مع الدائنين العاديين في الضمان العام فإن لم يكف فله ضمانه الخاص.

2. خصائص الذمة المالية: نتيجة لارتباط الذمة المالية بالشخصي القانونية، تترتب على ذلك آثار أهمها

- ✓ لكل شخص ذمة مالية، فالصبي الصغير ذمة لو لم يكسب بعد أي حق ولم يتحمل بأي التزام، وتظل ملازمة له ما بقيت شخصيته القانونية، فهي المظهر المالي للشخصية.
- ✓ لا ذمة مالية بغير شخصية قانونية، فلا توجد إلا تبعاً لوجودها وتزول بزوالها كأصل عام.
- ✓ ليس للشخص إلا ذمة مالية واحدة، فلا تتعدد.

✓ لا يجوز للشخص أن يتصرف في ذمته المالية ككل، وإن كان له أن يتصرف في عناصرها مستقلة دون أن يؤثر ذلك في مجموعها، أي في كيان الذمة المالية، لأنّ الحقوق يحل بعضها محل 3. إنقضاؤها: تنقضي الذمة المالية حقيقة بوفاة صاحبها، فبموته تحسب جميع أمواله وديونه فتخصص أمواله للوفاء بالديون ثم ينفذ الجزء الموصى به في حدود الثلث على الموصى لهم من الباقي بعد سداد الديون، وأخيراً يوزع الباقي من تركته على الورثة كل حسب حصته وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا ينتقل إلى الوارث والموصى له إلا ما تبقى من العنصر الإيجابي من ذمة المورث، طبقاً لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، وتفيد هذه القاعدة في حفظ حقوق الدائنين، والتي لا تتأثر بوفاة المدين، فالذمة باقية حكماً لا حقيقة حيث لا تنتقل الحقوق إلى الورثة إلا بعد سداد الديون

### المطلب الثاني الشخص المعنوي أو الاعتباري

لقد أصبح من المسلمات في نظر القانون العام الحديث أن يعترف بالشخصية القانونية لكل إنسان، فكل شخص أصبح في نظر القانون شخصاً بكل ما يترتب على ذلك من آثار. ولكن اعتبارات عديدة دعت إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لغير الأشخاص الطبيعيين، إما لمجموعة من الأفراد وإما لمجموعة من المصالح، ومن هنا جاءت فكرة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية. وبالتالي فالشخص المعنوي هو مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال تتكاتف وتعاون أو ترصد لتحقيق غرض وهدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية. ولقد ثار خلاف فقهي واسع حول طبيعة هذه الأشخاص المعنوية هل هي حقيقية أم مجرد افتراض. فقد ذهب رأي إلى القول بأن الشخصية المعنوية هي مجرد افتراض قانوني مخالف للحقيقة بالمقابل ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن الشخصية المعنوية حقيقة موجودة قانوناً وفعلاً وليست افتراضاً<sup>1</sup>.  
لقد ثار خلاف فقهي وفكري حول تكييف طبيعة الشخصية المعنوية، حيث ظهرت الآراء والمذاهب الآتية:

المذهب المنكر لوجود الشخصية المعنوية: يرى أصحاب هذا المبدأ أن لا فائدة إطلاقاً من الإعتداد بهذه الفكرة إذ يمكن الإعتماد في الحفاظ على المصالح الجماعية إلى الأفكار والمفاهيم التقليدية المألوفة مثل: التضامن الإجتماعي، الملكية المشتركة... وغيرها.

مذهب الافتراض والخيال (المجاز): حيث يعتبر أصحاب هذا المذهب أن الإنسان (الشخص الطبيعي) هو الشخص القانوني الوحيد القادر على إكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وما

1 فرج كريم عبد الاله، مرجع سابق، ص 310

الشخص المعنوي إلا مجرد افتراض ومجاز من باب تمكين مجموعة الأشخاص أو الأموال من أداء مهامها الجماعية وتحقيق الأغراض الموجودة من أجلها.  
مذهب الحقيقة والواقع : يرى أصحابه أن الإعتراف بالشخصية القانونية(المعنوية) لمجموعة الأشخاص والأموال ، كما هو الحال بالنسبة للأفراد ، إنما يقوم اعتبارا من أنها القدرة المجردة لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات بغض النظر عن تستند إليه هذه القدرة إنسان فرد ، أو مجموعة أفراد و أموال

**الفرع الاول مدة الشخص المعنوي** بدايته و نهايته : يمكن تعريف الشخص الاعتباري بأنه (مجموعة الأشخاص والأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين و يعترف القانون لها بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض ويجدر بالذكر أن اصطلاح الأشخاص الاعتبارية يعني صراحة أنها تكتسب الشخصية القانونية حكما أي بنص القانون الذي اعتبرها كذلك وفي نفس الوقت يعني ضمنا انها ليست أشخاصا طبيعية وإنما يمنحها المشرع تلك الصفة القانونية الاعتبارية لكي تتمكن من أن تمارس حقوقا وتلتزم بواجبات في سبيل تحقيق أغراض اجتماعية معتبرة سواء للمجتمع كله او لطائفة من طوائفه ومن التعريف نلاحظ أنه يقوم على ثلاث عناصر هي:  
أن الشخص الاعتباري يتكون من مجموعة أشخاص أو أموال أو مجموعة من الأشخاص والأموال معا.

أنه يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن المجموعات المكونة له بناء على نص في القانون أن يكون قيام الشخص الاعتباري لتحقيق هدف اجتماعي يتحدد في قانون إنشائه.  
**أولا بدء الشخصية القانونية للشخص الإعتباري** : بالنسبة للدولة تبدأ شخصيتها الإعتبارية من يوم تكامل عناصرها الثلاثة من شعب و إقليم و حكومة ذات سيادة ، واعتراف الدول بها كعضو في المجتمع الدولي و فرد من أشخاص القانون الدولي العام. و بالنسبة للولاية من تاريخ صدور قانون إنشائها الذي يحدد إسمها و مركزها و استقلالها المالي و شخصيتها القانوني - و بالنسبة للبلدية بصور قرار إنشائها من وزير الداخلية إذا كانت البلدية تضم أجزاء من ولايتين أو أكثر أو من الوالي إذا كانت داخلية في نطاق ولايته. بالنسبة للمؤسسات و الشركات و الدواوين و الجمعيات العامة تبدأ حياتها القانونية بصور قانون إنشائها أما بالنسبة للجمعيات و الشركات و المؤسسات الخاصة فإن القانون يشترط عقب صدور قانون إنشائها ، القيام بشهرها عن طريق تسجيلها في السجلات الخاصة بالتوثيق في الشهر العقاري ، وكذلك نشر قانون إنشائها و تسجيلها بالصحف اليومية حتى يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الغير  
**ثانيا : إنتهاء الشخصية القانونية للشخص الإعتباري** تنتهي حياة الشخص الإعتباري على النحو التالي:

- بالنسبة للدولة تزول شخصيتها بزوال أحد عناصرها الثلاثة.
- بالنسبة للولاية والدائرة و البلدية بصور قانون إلغائها أو إدماجها في وحدة إدارية أخرى
- تصدر قوانين الإلغاء و الإدماج من السلطة المختصة بالإنشاء.
- بالنسبة للمؤسسات العامة و ما في حكمها تنقضي شخصيتها القانونية بإدماجها في مؤسسة عامة أخرى أو بإلغائها بقانون تصدره السلطة التي أنشأتها.
- بالنسبة للشركات و الجمعيات و المؤسسات الخاصة تنتهي حياتها بأحد الأسباب التالية:
  - حلول أجل إنقضائها ، السابق تحديده في قانون إنشائها . تحقيق الغرض من إنشائها.
  - إتفاق الشركاء على حلها . إشهار إفلاسها.
  - صدور حكم قضائي بحل الشخص الإعتباري.
  - صدور قانون بإلغائها من السلطة التي أصدرت قانون إنشائها

## الفرع الثاني : خصائص الشخصية القانونية للشخص الاعتباري

**أولاً : أهلية الشخص الاعتباري :** طالما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فإنه لا بد أن يتمتع كذلك بأهلية وجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ونظرل اختلاف الشخصية الطبيعية عن الشخصية المعنوية فتكون حقوق الشخص المعنوي والتزاماته مختلفة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالشخص الطبيعي، فلا تثبت للشخص المعنوي الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان، فلا تكون له حقوق الأسرة، كما لا تثبت له حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم، كما أنه لا يرث، باستثناء الدولة إذ تؤول إليها أموال من لا وارث له أو التي تخلى عنها الورثة وهذا ما نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة بقولها.. : فإذا لم يوجد أصحاب فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة

أما أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه، والشخص الاعتباري ليس له تمييز بحكم طبيعته إذ ليست له بذاته إرادة، لهذا ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن الشخص المعنوي ليس منعدم الأهلية، بل له أهلية ولكن لا يستطيع العمل إلا بواسطة ممثله كما هو الأمر بالنسبة للشخص الطبيعي عديم التمييز. لكن يجب ألا يفهم من عدم إمكانية الشخص المعنوي القيام بعمله إلا بواسطة ممثله، إنعدام الأهلية لديه، إذ القانون يعتبر الإدارة التي يعبر عنها ممثل الشخص المعنوي، والأعمال التي يقوم بها، بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوي. وقد يتولى تمثيل نشاط الشخص المعنوي، فرد أو شخص، كرئيس الدولة مثلاً، أو الوالي كما قد تتولاه هيئة كالمجالس المحلية والجمعيات العمومية

**ثانياً : الاسم:** للشخص المعنوي اسم يميزه عن غيره، فقد يكون اسم الشركاء أو أحدهم أو اسماً منبثقاً من غرض الشخص المعنوي، وإذا كان الشخص الاعتباري يمارس التجارة، فيمكن أن يتخذ اسماً تجارياً ويعد حقه في هذا الجانب مالياً، ويجوز له التصرف فيه، ولكن ليس بصفة مستقلة عن المحل التجاري ذاته. وحق الشركة على اسمها حق مالي، أما حق الجمعية أو المؤسسة الخاصة على اسمها طالما لا تهدف إلى تحقيق الربح فيعد حقاً أدبياً من حقوق الشخصية.

**ثالثاً : الموطن:** يتمتع الشخص المعنوي بموطن مستقل عن موطن أعضائه، وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسي وليس حتماً أن يكون مركز الاستغلال ولقد نصت المادة 1/547 تجاري على أن يكون موطن الشركة في مركز الشركة **رابعاً : الحالة:** يقصد بالحالة، الحالة السياسية إذ لا يمكن أن تكون للشخص المعنوي حالة عائلية. والسائد هو أن جنسية الشخص المعنوي تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الفعلي. فمتى اتخذ الشخص المعنوي بلداً معيناً مركز إدارته تثبت له جنسية هذا البلد، ويخضع نظامه القانوني، لقوانين الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي، ولقد اعتبر بعض الفقهاء أن الجنسية بالنسبة للشركة أهم من الجنسية للشخص الطبيعي ذلك لأنه إذا كان من الممكن وجود شخص عديم الجنسية، فمن غير المتصور وجود شركة بدون جنسية فمن الضروري أن تكون لها جنسية

**خامساً : الذمة المالية:** للشخص المعنوي شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه فذمته المالية مستقلة عن ذمة أعضائه ومؤسسيه، وديون الشخص الاعتباري تضمنها حقوقه، ولا يجوز لدائني الأعضاء أو دائني المؤسسين التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص المعنوي، ولا يجوز لدائني الشخص المعنوي التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء والمؤسسين لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص المعنوي، فلا تعد ضماناً عاماً

**سادساً : مسؤولية الشخص الاعتباري:** إن طبيعة الشخص المعنوي الخاصة والتي جعلته لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية بنفسه بل بواسطة نائبه أو ممثله، تثير أيضاً تحديد مسؤولية الشخص المعنوي عندما يترتب على هذه التصرفات أو عن أعمال ممثله أو نائبه ضرراً يلحق الغير

فبخصوص المسؤولية المدنية، فالشخص الاعتباري يكون مسؤولاً عن عمل ممثله ما دام هذا الأخير

يكون قد سبب ضررا للغير بسبب النشاط الذي يقوم به لحساب الشخص الاعتباري .ويكون مسؤولا مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه. أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية ، فإنه إذا كان من المستحيل تطبيق العقوبات الجسمانية على الشخص المعنوي فإنه من الممكن أن تطبق عليه العقوبات التي تتلائم مع طبيعته كالمصادرة و الغرامة المالية والحل....

### الفرع الثالث : أنواع الشخص المعنوي

**أولا : الشخص المعنوي العام:** يتميز الشخص المعنوي العام بماله من السيادة وحقوق السلطة العامة ويمنحه القانون الشخصية المعنوية وفقا للمادة 49 من القانون المدني . فللدولة شخصية معنوية، وتنشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب وإقليم وحكومة ذات سيادة. فالولاية تتمتع بالشخصية المعنوية إذ نصت المادة الأولى من قانون الولاية على أن الولاية جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستغلال مالي يديرها والي. والبلدية تتمتع بشخصية مستقلة فهي ليست فرعا من الحكومة المركزية ولا من الولاية ويمثلها رئيس البلدية وتثبت الشخصية المعنوية العامة للبلدية بمقتضى القانون.

إلى جانب الدولة والولاية والبلدية يمثل الشخص المعنوي العام كذلك الأشخاص المعنوية المرفقية أو المصلحية أو المؤسسات. فإذا كان اختصاص الشخص المعنوي العام الإقليمي مقيدا بحدود إقليمية فإن اختصاص الشخص المعنوي المصلحي أو المرفقي مقيد بالغرض الذي أنشأ من أجله. ونلاحظ أن القانون 88-04 المؤرخ في 12-01-1988 المعدل والمتمم للقانون التجاري والمجدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية نص في المادة الثانية على أن: المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري

**ثانيا : الأشخاص المعنوية الخاصة:** هي تلك التي يكونها الأفراد سواء لتحقيق غرض خاص بهم أو بغرض يعود بالنفع العام وهي على نوعين، مجموعات الأشخاص ومجموعات الأفراد

مجموعات الأشخاص ذات الشخصية المعنوية: تقوم على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعية والمعنوية وتنقسم بحسب الغرض منها إلى شركات وهي ما تسعى إلى تحقيق ربح مادي وإلى جمعيات وهي تسعى إلى تحقيق أغراض أخرى غير الربح المادي كالقيام بأعمال البر أو الثقافة...

✓ الشركة : هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالإسهام في مشروع اقتصادي وذلك بتقسيم حصة من المال أو العمل ويقتسمون ما قد ينشأ عن هذا المشروع من الربح أو الخسارة، فتكون الشركة مدنية إذا كان موضوعها مدنيا كالأستغلال الزراعي أو تربية الحيوانات ويحدد غرض الشركة في عقد تكوينها ولكن إذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة تجارية اعتبرت تجارية بحسب الشكل وتخضع للقانون التجاري . ففي شركة التضامن يلعب الإعتبار الشخصي دورا أساسيا، وتكون للشريك صفة التاجر ويكون مسؤولا عن جميع ديون الشركة مسؤولية تضامنية وهذا ما نصت عليه المادة 551/1 تجاري بقولها: للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسئولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة.

✓ الجمعيات : تنشأ الجمعية بإتفاق أعضاء على تحقيق هدف غير مادي وقد يكون هدفا خيريا أو ثقافيا أو علميا أو رياضيا ولا تكون موارد الجمعية مصدرا لإغتناء أعضائها بل الغرض منها هو تحقيق هدفها، وموارد الجمعية تكون في الغالب تبرعات المواطنين، ويحدد غرض الجمعية بمقتضى سند إنشائها، وكذلك اختصاصاتها، ولا تجوز للجمعية تجاوز الحد الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله.

**2 مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية:** وهي تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر والاحسان ويكون ذلك إما في شكل مؤسسة خاصة أو في شكل وقف. ويعد كل منها تبرعا بمجموع من المال بذلك بأخذ حكم التبرعات ويمكن دائني المتبرع الطعن في التصرف بالدعوى البولصية كما يأخذ التصرف حكم الوصية إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت ويجوز للورثة الطعن فيه إذا جاوز مقدار الثلث المقرر شرعا للوصية

✓ **المؤسسة الخاصة** : تنشأ هذه المؤسسة بتخصيص أحد الأشخاص بمجموعة من الأموال على وجه التأييد أو لمدة غير معينة لتحقيق عمل ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر أو على وجه العموم لتحقيق غرض الربح المالي وهذا العمل هو تبرع بالنسبة للمؤسس ولكي ينشأ الشخص المعنوي لابد أن يقصد بالأموال إعطائها شكل كائن معنوي مستقل بذاته ومستقل عن السلطة العامة.

✓ **الوقف** : هو النظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهو حسب العين عن التملك وقد عرفه المشرع في المادة 4 من قانون الأوقاف بأنه عقد التزام تبرع صادر عن إدارة منفردة. والحقيقة أن الوقف تصرف بالإدارة المنفردة إذ لا يشترط المشرع قبول الموقوف عليه فيالوقف العام . ويكون الوقف وقفا عاما وذلك بوقف العين ابتداء على جهة من جهات الخيروقد يكون وقفا خاصا وذلك بوقف العين لمصلحة عقب الواقف من الذكور والإناث ويتول الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى جهة من جهات الخير التي عينها الواقف وهذا ما تضمنه المادة 6 من قانون الأوقاف. والمادة الثالثة من نفس القانون عرفت الوقف بأنه حسب العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.

**الفرع الرابع عناصر تكوين الشخص المعنوي لتكوين الشخص المعنوي الخاص يجب**

توافر عناصر معنية منها:

**أولا : العنصر الموضوعي:** وهو اتجاه إرادة الأفراد إلى إنشاء الشخص المعنوي فلإرادة دور فعال في تكوين الشخص الاعتباري الخاص إذ لا تنشأ الشركات إلا بعقد وقد عرفت المادة 416مدني الشركة بما يلي:الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر المساهمة

في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك. >>  
**ثانيا : العنصر المادي:** يجب توافر مجموعة من الأشخاص أو مجموع من المال وفقا لنوع الشخص المعنوي ففي مجموع الأموال كالوقف والمؤسسة لابد من توافر المال ولا بد من أن يكون كافيا لتحقيق الغرض المقصود من المؤسسة وهذا العنصر، عنصر أساسي في مجموعات الأموال . أما العنصر الشخصي فقد يكفي لتوافره تبرع شخص واحد بالمال.

**ثالثا : العنصر المعنوي:** يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي هو تحقيق غرض جماعي معين أي أن يهدف الشخص المعنوي إلى تحقيق مصلحة المجموعة سواء كان الهدف عاما يحقق المصلحة العامة أو يحقق مصلحة خاصة بجماعة معينة كمصلحة الشركاء في الشركة، ولا بد من تحديد الغرض سواء كان ماليا أو غير مالي، ويشترط أن يكون الغرض ممكنا ومشروع أي ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة ويجب كذلك أن يكون مستمرا وليس أمرا عرضيا.

**رابعا: العنصر الشكلي:** قد يتطلب القانون الرسمية كما قد يستلزم الشهر، وقد يتطلب أيضا حصول مجموعة الأموال وفي جماعة الأشخاص على ترخيص خاص لإكتساب الشخصية المعنوية.

✓ **الرسمية** : لقد اشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوبا في شكل رسمي وإلا كانت باطلة إذ نصت المادة 418 مدني على مايلي: يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا >>كما نصت المادة 1/545 تجاري على مايلي :تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة

✓ **الشهر** : قد لا تتمتع مجموعة الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ شهرها. كما قد تتمتع بها من يوم إنشائها ويشترط الشهر للاحتجاج بها على الغير ولقد اشترط المشرع شهر الشركات التجارية لتمتعها بالشخصية المعنوية إذ تنص المادة 1/549 تجاري على مايلي:

لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، أما الشركات المدنية فشهرها ضروريا للاحتجاج بها على الغير وهذا ما نصت عليه المادة 1/417 مدني

✓ **اعتراف الدولة بالشخص المعنوي** : اعتراف الدولة بالشخص المعنوي إما ان يكون اعترافا عاما أو اعترافا خاصا، يكون الاعتراف عاما إذا وضع المشرع شروط عامة متى توافرت في

مجموعة من الأشخاص أو في مجموعة من الأموال اكتسبت الشخصية المعنوية دون حاجة إلى إذن ترخيص خاص وقد نصت المادة 417 مدني السابق ذكرها على أن الشركات المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها. أما الاعتراف الخاص فهو الترخيص الخاص المطلوب الحصول عليه لاكتساب الشخصية المعنوية وقد نصت المادة 49 من القانون مدني على ما يلي..: وكل مجموعة يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.

### المبحث الخامس مصادر الحق

لكل حق صاحب , ولكل حق موضوع أو محل , أي الأمر الذي يرد عليه الحق ويشمل أعمالاً وأشياء ... كما أن للحقوق مصادر أي الأسباب التي ينشأ بموجبها الحقوق على سند قانون أي الوقائع القانونية و التصرف القانوني<sup>1</sup>

**المطلب الأول الواقعة القانونية كمصدر للحق :** هي كل حدث مادي أو كل فعل مادي يترتب عن وجوده أثر قانوني معين , وهو اكتساب شخص لحق ... والوقائع القانونية قد تكون من عمل الطبيعة أو من عمل الإنسان أي الأعمال المادية .

**أولا الوقائع الطبيعية :** وهي حوادث تطرأ بفعل الطبيعة دون أن تكون لإرادة الإنسان دخل فيها , فتكون سببا في اكتساب الحق الذي ينشأ مباشرة بوقوع حادث من الأحداث الطبيعية كالميلاد والوفاة. فالميلاد: يترتب على قيامه نشوء حقوق قانونية , كالاسم العائلي - ثبوت النسب وأهلية الوجود الوفاة : حادث مادي يترتب عليه قيام حقوق وراثية المتوفى.

**ثانيا الوقائع التي هي من عمل الإنسان (الأعمال المادية) :** وهي كل عمل أو فعل يقوم به الإنسان يحدث أثارا قانونية يترتب عليها حقوق<sup>2</sup>, بصرف النظر عما إذا كان قد أراد نشوء حقه أم لا وهذه الأعمال منها الفعل النافع والفعل الضار.

**1. الفعل النافع :** وهو فعل يصدر من شخص لشخص الذي قد يؤدي إلى إثراء ذمة الغير أو إثراء ذمته ويرتب عليه القانون آثار, وهذا الفعل الذي يؤدي إثراء ذمة الغير يسمى (الإثراء بلا سبب) والمقصود به إثراء الشخص على حساب شخص آخر دون أن يكون هناك سبب إثراء المثري, أي هو العمل على الاعتناء بذمة الغير بدون سبب قانوني "المادة 141 ق م" وله صورتان:

✓ الدفع غيرا لمستحق : وهو أن يدفع شخص لشخص آخر أموالا بدون سبب قانوني معتقدا بأنه مدين لهذا الشخص.

✓ الفضالة : وهو قيام شخص بعمل لحساب شخص آخر بدون سبب قانوني كقيام شخص بإصلاح جدار جاره الذي آل إلى السقوط ... ويشترط في الفضولي أن يقوم بعمل عاجل لحساب الغير وأن لا يكون ملزما بل متطوعا.

**2. الفعل الضار :** نصت المادة 124 من ق م "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه التعويض "...فالفعل الضار هو كل فعل يقوم به الإنسان ويترتب عليه أضرار للآخرين فيترتب عليه تعويض المصابين بالضرر , وقد تكون مصدر حق بالنسبة لهؤلاء...ويشترط فيه

1 اسحاق الراهيم منصور ، مرجع سابق ، 319

2 الحيابة : وهي وضع اليد على العقار أو المنقول ويرتب القانون على هذا العمل آثار هي : حماية وحيابة العقاري , وتقترن حيابة العقار بمدة معينة تعرف بمدة التقادم , فإن كان الحائز حسن النية وله سند صحيح اكتسب ملكية العقار بالتقادم القصير وهو 10 سنوات , وإن كان الحائز سيئ النية , ولم يكن له سند صحيح فلا يكتسب الملكية إلا بعد مرور 15 سنة

- ✓ أن يكون هناك خطأ أي الإخلال بالالتزام القانوني
- ✓ أن يكون هناك ضررا (إلحاق الضرر بالغير
- ✓ أن يكون هناك علاقة سببية بين الضرر والخطأ أي أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور أيا كان نوعه ومقداره

**الفرع الثاني التصرف القانوني كمصدر للحق :** وهو توجيه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني معين , فهو إذن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني معين ... وحتى يعتد القانون بهذا التصرف يجب أن يصدر عن إرادة سليمة خالية من أي عيب. وجوهر التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرف القانوني ان الوقائع القانونية قد تتوفر فيها النية , لكن القانون يرتب الآثار ولا يعتد بها(النية) . بينما التصرف القانوني يعتمد على النية ويعتد بها القانون

**اولا أنواع التصرف القانوني :** تتعدد التصرفات القانونية بتعدد موضوعاتها ومن أهمها

1. التصرف القانوني الصادر عن جانبين بتطابق إرادتهما كالبيع والإيجار ... أو الصادر عن إرادة واحدة كالوصية - والهبية. التصرف القانوني المنشئ للحق كالزواج الذي ينشأ حقوق بين الزوجين لم تكن موجودة من قبل. أو يكون ناقلا للحق (حيث ينقل الحق من شخص - السلف - إلى شخص آخر- الخلف .التصرفات الناقلة للحق العيني كعقد البيع و عقد الإيجار...

التصرف القانوني عن طريق العقد، أو عن طريق الإرادة المنفردة. فالعقد هو توافق إرادتين توافقا تاما من أجل إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه.ولكي يوجد العقد وينتج آثاره يجب أن تتوفر فيه أركان إذا تخلف أحدها كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا. وتتمثل في الرضا، والمحل، والسبب، وكذا الشكل في بعض التصرفات .

**فالرضا(الإرادة):** ويعبر عنه بالتراضي، حيث تلعب الإرادة دورا فعلا في وجود التصرف القانوني، لذا وجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته ويظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد ويتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة، وتكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية وخالية من أي عيب يشوبها وهي: الغلط،التدليس،الإكراه، الاستغلال.

**اما المحل:** العملية القانونية المراد تحقيقها من طرفي العقد، ويشترط أن يكون محل التصرف ممكنا أي موجودا فعلا، ومعينا إن كان حقا عينيا، وأن يكون كذلك مشروعا.

**اما السبب:** هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فغاية المتعاقدين تتعدد، فالدافع لبيع قطعة أرضية مثلا قد يكون من أجل شراء سيارة، أو من أجل الزواج.. فإذا انتفى السبب في تصرف ما وقع هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا، كأن يقوم شخص بدفع مبلغ من المال وفاء لدين لا وجود له، لقيامه على غير سبب. ولا يكفي توفر السبب بل يجب أن يكون مشروعا(م97 مدني)

**الشكلية:** هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرع, أي اشترط تحريرها بالشكل الذي أورده القانون، وذلك لحماية المتعاقدين، وتختلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا (المادة 324 مكرر 1 مدني). كتحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو عقود تسير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.ومتى توفرت أركان العقد فلا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين، حيث نصت المادة 106 مدني أن: (العقد شريعة المتعاقدين, فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.(الإرادة

المنفردة: هو تصرف صادر عن إرادة واحدة كالوصية، والوقف، والوعد بجائزة.. ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول (م123 مكرر مدني)، وقد يشترط القانون الشكلية في بعض التصرفات كالوصية

2. التصرف القانوني الكاشف أو المقرر للحق كالقسمة ، وهذا التصرف ليس منشأ للحق بل كاشفا ومقرر له ، فما هو إلا تعديل لعلاقة قانونية كانت قائمة...

3. التصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الوفاة حيث لا تنفذ إلا بعد وفاة المتصرف ، فهي تصرفات مضافة إلى ما بعد الوفاة كالوصية. شروط وأثار التصرف القانوني : لكي يوجد التصرف القانوني وينتج آثار يجب أن تتوفر فيه شروط موضوعية تلعب الإرادة دورا فعلا في وجود التصرف القانوني لذا وجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته ، ويظهر نيته في ترتيب الأثر القانوني المراد ويتم التعبير عن الإرادة صراحة بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة وتكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية وخالية من أي عيب وهي الغلط - التدليس - الإكراه والاستغلال . كما يشترط أن يكون محل التصرف ممكنا أي موجودا فعلا ومعينا إن كان حقا عينيا ، وأن يكون الحق مشروعاً. أما الشروط الشكلية : هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في شكل معين فرضه المشرع ، أي اشترط تحريرها بالشكل الذي أورده القانون وذلك لحماية المتعاقدين ... وتختلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا (المادة 324 ق م ) ... كما يأمر القانون بإخضاع بعض القوانين إلى شكل رسمي كتحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو عقود تسير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.

**ثانيا أثار التصرف القانوني :** متى توفرت الشروط الشكلية والموضوعية للمتعاقدين لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين " نصت المادة 106 ق م على: أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون " كما لا يمكن للغير اكتساب حق أو تحمل التزام عن عقد لم يبرمه. و آثار العقد تنتقل إلى الخلف العام لطرفي العقد إذا لم يمنع ذلك الاتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك. تنتقل الحقوق إلى الخلف العام دون الالتزامات التي تتحملها الشركة دون الورثة لمبدأ لا تتركه إلا بعد سداد الدين الالتزامات الشخصية التي التزم بها السلف لا تلزم الخلف إلا إذا كانت متصلة بالحق الذي انتقل إليه ، وإذا كان الخلف خاص يجب أن يكون عالما بها.

### المبحث السادس محل الحق

إذا كان الحق سلطة يقرها القانون لشخص بغية تحقيق حاجة شخصية مشروعة فإنه يجب أن يكون لهذا الحق محل يمارس عليه صاحب الحق السلطات التي يخولها القانون له بغية تحقيق حاجته الشخصية المشروعة. فمحل الحق هو القيمة التي تثبت لصاحب الحق فحق الملكية مثلا محله هو الشيء الذي يرد عليه هذا الحق سواء كان عقارا أو منقولاً. و يتوجب عدم الخلط بين محل أو موضوع الحق L'objet du droit و مضمون الحق<sup>1</sup> Le contenu du droit ، لأن مضمون الحق هو تلك السلطات التي يخولها الحق إلى لصاحب الحق بينما يقصد بمحل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق بمضمونه (أي بما يتقرر له من سلطات) من شيء أو عمل. بمعنى آخر محل الحق هو موضوع القيمة المالية الشيء التي تثبت لصاحب الحق ، أما مضمون الحق فيتمثل في تلك السلطات التي يمكن لصاحب الحق أن يمارسها بالنسبة لموضوع تلك القيمة المالية. فحق الملكية مثلا يعتبر محله أو موضوعه شيء مادي ذو قيمة مالية و الذي يرد عليه الحق أما مضمونه فيتمثل فيما يتقرر للمالك كصاحب حق من سلطات على هذا الشيء المادي من استعمال و استغلال و تصرف ، بالتالي فالمحل هو الشيء الذي تنصب عليه تلك السلطات.

1 رواب جمال ، الرجوع سابق ، ص 78

ومحل الحق يختلف في الحقوق العينية عنه في الحقوق الذهنية وفي الحقوق الدائنية. فمحل الحق العيني هوشئ مادي، ومحل الحق الذهني هو شئ معنوي غير مادي ، أي هو الفكرة المبتكرة بكافة صورها ومحل حق الدائنية المباشر هو عمل يقوم به المدين لكن هذا العمل ينصب على شئ معين وبالتالي فمحل حق الدائنية غير المباشر هو الشئ أيضا. أي ان محل الحق إما أن يكون شيئا أو عملا والشئ إما أن يكون ماديا أو معنويا،

تنقسم الحقوق المرتبطة بالذمة المالية من حيث محلها، إلى حقوق ترد على أشياء وهي الحقوق العينية والذهنية، وحقوق ترد على أعمال وهي الحقوق الشخصية، ونكتفي بالنسبة لهذه الطائفة الأخيرة من الحقوق بالإشارة إلى أن الأعمال في مظهرها الإيجابي أي القيام بعمل، أو السلبي أي الامتناع عن عمل، تدرس تفصيلا ضمن مواضيع الالتزامات. ويأتي في مقدمة ذلك ما يشترطه القانون من وجوب توافر شروط رئيسية ثلاثة فيها هي: الإمكان، التعيين، والمشروعية.

أما بالنسبة للأشياء فبادئ الأمر يجب تمييزها عن الأموال، فهذه الأخيرة تطلق للتعبير عن الحقوق المرتبطة بالذمة المالية بغض النظر عن نوعها. أما الأشياء فهي محل هذه الحقوق، وقد ميز قانوننا المدني بين الأشياء والأموال، ومن فوائد هذا التمييز أن الأشياء ليست كلها صالحة في نظر القانون لأن تكون محلا للحقوق المرتبطة بالذمة المالية. فطبقا للمادة 682 قانون مدني لا تكون الأشياء كذلك إلا إذا كانت غير خارجة عن التعامل بطبيعتها، أو بحكم القانون أي الأشياء التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها. وأما الخارجية عن التعامل بحكم القانون فهي التي يمنع القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.

لذلك ندرس موضوع محل الحق الشخصي سواء كان التزاما بقيام، أو التزاما بالامتناع عن عمل أو التزاما بإعطاء شيء. ثم نتطرق إلى محل الحق العيني، و نوضح الفرق بين الأموال والأشياء، ثم تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها.

### **المطلب الأول: محل الحق الشخصي**

الحق الشخصي هو الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص و يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين أي إن الحق الشخصي كما هو معروف علاقة بين الدائن والمدين بموجبه يأمر الدائن مدينه إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء. وعليه فإن محل الحق الشخصي هو إما الامتناع عن عمل وإما القيام بعمل وإما إعطاء شيء.، هذا الأداء قد يكون في صورة عمل إيجابي كما قد يكون في صورة عمل سلبي ، فيقع على المدين التزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ، بالإضافة إلى إضافة إعطاء أو منح شيء كصورة من صور محل الحق الشخصي و إن كانت لا تخرج في الواقع عن صورة القيام بعمل<sup>1</sup>.

### **الفرع الأول: الالتزام بالقيام بعمل**

الالتزام بالقيام بعمل هو محل الحق، يتضمن هذا الالتزام القيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن من طرف المدين، مثل قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وقيام هذا الأخير بدفع الثمن. وقيام المقاول بإقامة بناء لمصلحة الدائن أي رب العمل. وقيام الناقل بنقل شيء أو شخص إلى جهة معينة. والالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر والالتزام المستأجر بدفع الأجرة. والالتزام المقرض بأن يدفع مبلغ القرض إلى المقرض.

كلها أمثلة عن محل الحق الشخصي الذي موضوعه الالتزام بالقيام بعمل. وهذا العمل قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة، وقد يكون التزاما ببذل عناية. أما الالتزام بتحقيق نتيجة فيكون كذلك إذا كان موضوعه محددًا، فيكون المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة، (كالناقل مثلا) فهو ملتزم بتسليم البضاعة في المكان وفي الزمان المحددين. ويعتبر مخلا بالتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة، ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن قوة القاهرة حالت دون تحقيق ذلك.

1 اسحاق لبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 267

وأما الالتزام ببذل عناية فيكون المدين ملزماً باستعمال أفضل الوسائل الممكنة، وباستعمال أكبر قدر من الحيلة والجهد. فلا يكون ضامناً لتحقيق نتيجة ولكن ببذل عناية، فالطبيب لا يكون ملزماً بشفاء المريض، ولكن يلتزم بعمل ما في وسعه لتحقيق الغرض. ولا يكون المدين في الالتزام ببذل العناية مسؤولاً عن عدم تحقيق النتيجة إلا إذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة لذلك.<sup>1</sup>

فالالتزام بالقيام بعمل حق شخص موضوعه القيام بعمل، وهذا العمل هو تسليم شيء سواء كان مبيعاً أو ثمنه، فيعتبر محل للحق، ويكون في هذه الحالة محل الحق عملاً إيجابياً ذاتياً وهو المعبر عنه بالقيام بعمل من قبيل الأداء، مثل منع لاعب كرة قدم مزاوله هذه الرياضة لحساب نادي آخر، فهنا محل الحق سلبياً ذاتياً وهو المعبر عنه بالعمل السلبي.<sup>2</sup> وفي الحالات التي يكون فيها محل الحق عملاً ذاتياً، أداء كان، أو امتناعاً من جانب الملتزم، نقول أن مضمون الحق ومحلّه مندمجان في بعضهما، فيصبح أداء العمل أو الامتناع عنه هما موضوعاً للحق ومضموناً للحق كذلك

**الفرع الثاني: الالتزام بالامتناع عن عمل** معظم العقود تتناول الالتزام بالامتناع عن عمل، كعقد البيع مثلاً، فإنه يفرض التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع. وعقد الإيجار يتضمن التزام المؤجر بعدم التعرض للمستأجر في العين المؤجرة. وبائع المحل التجاري يلتزم بعدم فتح محل تجاري يمارس فيه نفس التجارة في نفس المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه للمشتري، حتى لا يضر بالمشتري أي أن البائع ملزم بعدم المنافسة. وتعهّد لاعب كرة القدم بعدم مزاوله هذه الرياضة لحساب نادٍ آخر.

ويجب أن تتوفر في الأعمال محل الحق الشخصي سواء كانت أعمال إيجابية أو سلبية الشروط التالية:

أولاً أن يكون ممكناً: ويقصد بالإمكان أن يكون المحل ليس مستحيلاً، والاستحالة نوعان استحالة مطلقة واستحالة نسبية.

أما الاستحالة المطلقة أو الموضوعية فهي تلك الاستحالة المادية أو القانونية التي تجعل من أداء الالتزام ضرباً من ضرب الخيال بالنسبة للكافة، كالتزام المحامي بالإستئناف رغم فوات الميعاد أو الالتزام ببيع شيء تهدم أو هلَّك، وهذه الاستحالة تجعل التصرف باطلاً.

أما الاستحالة النسبية أو الشخصية فهي تلك الاستحالة التي تجعل أداء الالتزام المتفق عليه ضرباً من ضروب الخيال بالنسبة للمدين فقط، مثل التزام الشخص بإعداد لوحة فنية رغم أنه ليس فناناً، فالأمر مستحيل بالنسبة للمدين لجهله أصول فن الرسم. وهذه الاستحالة لا تمنع قيام التزام صحيح مستوفياً لشرط الإمكان، مع التزام المدين بتعويض دائنه عن عدم تنفيذ الالتزام

ثانياً أن يكون معيناً: يشترط في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، فيجب أن يكون معيناً بذاته تعييناً نافياً لجهالة، أو على الأقل يكون قابلاً للتعين، وإذا كان الشيء مثلياً وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره. ولتحقيق ذلك ينبغي التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع: فالشيء المعين بالذات: يكون الشيء معيناً بالذات لما تتحدد ذاتيته عن طريق وصفها وصفاً مانعاً للجهالة مميزاً لذات الشيء عن غيره، كتحديد المنزل المراد بيعه من حيث الموقع والمساحة وطريقة البناء أما الشيء المعين بالنوع: هو ذلك الشيء المعتبر من المثليات فلا يزم بتعيين ذاتيته تعييناً مانعاً للجهالة لأن له نظائر من جنسه ونوعه ومقداره كبيع القمح من نوعية معينة بمبلغ 500 دج كغ.<sup>3</sup>

1 إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 247

2 رواب جمال، مرجع سابق، ص 83

3 رواب جمال، مرجع سابق، ص 50

ثالثا أن يكون مشروعاً يشترط أن يكون المحل مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة كالالتزام بارتكاب جريمة فهو باطل لمخالفته النظام العام وكذلك الالتزام بتوريد المخدرات فهو باطل أيضاً.<sup>1</sup>

**الفرع الثالث: الالتزام بإعطاء شيء** قد يكون محل الحق التزاماً بإعطاء شيء معين، مثل الحق في الجائزة للموعد بها والحق في الهبة والحق في التبرع. ونجد أن الحق في هذه الحالات يقابله واجب، أي الالتزام في جانب الطرف السالب للحق بأن يقوم بإعطاء الجائزة أو التبرع أو الهبة إلى صاحب الحق، فالالتزام بالإعطاء هو مضمون تلك الحقوق. أما الأشياء ذاتها التي تعطى إلى الأشخاص أصحاب الحقوق فعلاً، أو التي تكون واجبة الإعطاء فهي محل تلك الحقوق.

### **المطلب الثاني: محل الحق العيني**

الشيء هو المحل المباشر للحق العيني والمعنوي وغير المباشر للحق الشخصي، والأشياء لا تقع تحت حصر ولكن يمكن تقسيم الأشياء إلى عدة تقسيمات، الأشياء هي التي لها كيان ذاتي مستقل و منفصل عن الإنسان سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك حسيًا، أو معنويًا لا يدرك إلا بالتصور، من هنا ينبغي التمييز بين الشيء و المال تجب التفرقة بين الشيء و المال، فالمال هو كل حق مالي سواء كان شخصي أو عيني أو ذهني، وإذا دخل الشيء دائرة التعامل أصبح مالا ويصبح محلاً للعلاقات القانونية:

و الشيء يقصد به تحديداً كل ما يصلح لأن يكون محلاً مباشراً للحقوق التي تخول صاحب الحق التسلط و الاقتضاء. أما المال يقصد به في عرف القانون الحقوق ذات القيمة المالية، أي التقدير النقدي للحق (قيمه النقدية) أي ما كان نوعه، و أي ما كان محله سواء شيئاً أم عملاً.<sup>2</sup> بالتالي فالشيء سواء كان مادياً أو غير مادياً فهو محل للحق وهو كائن في حيز ما في الطبيعة، إذا كان في دائرة التعامل يصبح محلاً للعلاقة القانونية ويتخذ وصف المال... بالتالي فالأشياء هي على صنفين أشياء مادية و أخرى معنوية، فأما الأشياء المادية هي التي تكون محلاً للحقوق العينية بشرط أن تكون داخلة في دائرة التعامل و هي على نوعين منها الثابتة و منها المنقولة من جهة و من جهة أخرى منها ما يقبل الاستعمال المتكرر و منها من يستهلك بمجرد استعماله، كما أنه تتنوع بين أشياء لها نظائر من جنسها و أشياء ليس لها نظائر. يختلف تقسيم الأشياء المادية باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الأشياء في ذاتها، فهناك أشياء لا يمكن اعتبارها مالاً كالأشياء غير القابلة للتعامل فيها بطبيعتها كالهواء، الضوء، ماء البحر، وأشياء أخرى تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون، حيث تنص المادة 2/682 مدني "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية" ويمكن تقسيمها إلى:

- أشياء من حيث طبيعتها (عقارات، منقولات).

- أشياء من حيث قابلية التعامل فيها.

- أشياء من حيث طريقة استعمالها.

### **الفرع الأول: تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها** : تقسم الأشياء إلى أشياء منقولة وأخرى

ثابتة (عقارات)، حيث تنص المادة 683 مدني: "كل شيء مستقر يحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". من خلال التعريف الوارد في نص المادة 683 ق.م.ج. يتبين أنه يلزم لاعتبار الشيء عقاراً بطبيعته توافر الشروط التالية -أن يكون الشيء حائزاً لصفة الاستقرار. عدم إمكانية نقل هذا الشيء بدون أن يعثره خلل أو تلف بسبب النقل، أي تتغير ذاتيته

**أولاً: العقارات** : تنقسم العقارات إلى عقارات بطبيعتها و عقارات بالتخصيص

<sup>1</sup> إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 248.

<sup>2</sup> رواب جمال، مرجع سابق، ص 50

✓ أما العقارات بطبيعتها فهي كل شيء مستقر يحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف مثل: الأراضي، المباني. هو كل شيء ثابت بحيزه مستقر فيه لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف. فهذا هو الأصل أو ما يعرف بالعقار بطبيعته. وهذا ينطبق على الأراضي وما يتصل بها من مباني وأشجار ومزروعات سواء كانت هذه المباني دائمة أو أقيمت بصفة مؤقتة فما دام لا يمكن نقلها من حيزها إلى مكان آخر دون تلف تعتبر عقارات. فالأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف أو تغير في شكلها فهي منقولات وليست عقارات كذلك النباتات المزروعة في أوعية معدة للنقل لا تعتبر عقارات. كما يعتبر عقارا بطبيعته أيضا كل الأشياء المكتملة للبناء كالأبواب والشبابيك وصنابير المياه طالما كانت متصلة بالبناء أما إذا انفصلت هذه الأشياء عن العقار فإنه يمكن نقلها إلى مكان آخر دون تلف وبالتالي تصبح منقولا كذلك لا يعتبر عقارا أنقاض المباني،

✓ أما عقارات التخصيص فهي منقولات في الأصل، لكنها خصصت لخدمة عقار أو للاستغلال كالمواشي والآلات من المنقولات التي تخصص لخدمة عقار. فهو وفقا لنص المادة 683فقرة 02 السالفة الذكر بحسب طبيعته منقولا لأنه يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف لكنه أخذ صفة العقار لأنه خصص لخدمة عقار معين واستغلاله ومن أمثله الماشية والآلات التي تخصص للأراضي الزراعية والآلات والسيارات التي تخصص لخدمة المصنع ومفروشات الفنادق وسيارتها التي تستخدم في نقل زبائنها. كل هذه الأشياء تعتبر بطبيعتها منقولات لكن صاحبها قد رسدها لخدمة عقار يملكه لضمان حسن استغلاله لهذا ألحقها القانون بالعقار تأخذ حكمه وتدور معه وجودا وعمدا. حيث لا يمكن استغلال العقار على الوجه الأمثل بدونها. ووفقا لنص المادة 683فقرة 02 يشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص شرطان

#### ✓ شروط اعتبار المنقول عقار بالتخصيص:

1- يجب أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد ولا تعتبر الآلات الزراعية المملوكة للمستأجر عقار بالتخصيص، ولقد اشترطت المادة 2/683 مدني على مايلي:  
" غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

2- يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار واستغلاله، ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة إذ يصح أن يكون مؤقتا لفترة معينة<sup>1</sup>.

ويهدف المشرع من اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص، وهذا من أجل استغلال العقارات استغلالا جيدا، فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن العقار، ويلحق العقار بالتخصيص، بالعقار الطبيعي من حيث التصرف فيه ورهنه.

واعتبار المنقول عقار بالتخصيص حكم لا يتعلق بالنظام العام، إذ هو مقرر لمصلحة مالك العقار، ويجوز له التنازل عن الحماية التي قررها له القانون، كما يجوز له أن يترك لدائنيه إجراء الحجز على المنقولات منفصلة عن العقارات التي كانت ملحقة بها، كما يستطيع المالك بإرادته إزالة صفة العقار بالتخصيص عن المنقول وذلك بإنهاء هذا التخصيص. و حتى يتحقق شرط رصد هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله<sup>2</sup> يجب:

أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله في خدمة هذا العقار لا خدمة المصلحة الشخصية لمالكه خارج نطاق خدمة العقار ، بمعنى يجب أن يكون التخصيص عينيا لا شخصيا  
أن يتم تخصيص المنقول لخدمة العقار بإرادة المالك  
أن يقع التخصيص فعلا بوضع المنقول في العقار بالفعل.

1 محمدي فريدة زاوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1998، ص 125.

2 رواب جمال ، مرجع سابق ، ص 51

✓ **النتائج المترتبة على اعتبار المنقول عقار بالتخصيص:** تظل صفة العقار بالتخصيص ملازمة للمنقول المعتبر عقار بالتخصيص طالما بقي مخصصا لخدمة العقار ، بالتالي تسري عليه الأحكام الخاصة بالعقار ، بحيث مثلا ، لا يجوز الحجز على هذا المنقول المعتبر عقار بالتخصيص بشكل منفصل عن العقار لأنه أصبح جزءا من العقار الأصلي (المخدوم) ، كذلك إذا بيع العقار الأصلي فإن هذا البيع يشمل أيضا العقار بالتخصيص باعتباره جزءا منه. وإذا زال التخصيص زالت الصفة و من ثم ستسري عليه أحكام المنقول لا أحكام العقار.

الأثار المترتبة على اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص. يترتب على ثبوت صفة العقار بالتخصيص للمنقول أن يفقد صفته المنقولة ويعامل معاملة العقار المرصود لخدمته ويترتب على ذلك الأثار التالية:

أن التصرفات التي ترد على العقار بطبيعته تشمل أيضا العقار بالتخصيص ففي حالة رهن العقار بطبيعته فإن الرهن يشمل العقار بالتخصيص أيضا. ففي حالة رهن المصنع يشمل الرهن جميع الآلات والمعدات المخصصة لخدمته واستغلاله وهذا ما نصت عليه المادة 887 ق م ج بقولها: ( يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات وفي حالة بيع العقار بطبيعته يشمل البيع أيضا العقار بالتخصيص مالم ينفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

أنه لا يمكن الحجز على العقار بالتخصيص منفصلا عن العقار بطبيعته كما أن التنفيذ على العقار يشمل التنفيذ على العقار بالتخصيص وبنفس طريقة التنفيذ

**ثانيا: المنقولات المنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، ويقسم قانونا الى**

**01 منقول بطبيعته :** قد تكون المنقولات مادية أو معنوية كالإسم التجاري، وأفكار المؤلفين، فالمنقولات المادية : المنقول المادي هو كل ما ليس بعقار طبقا لنص المادة 683 ق.م.ج ، أي هو الشيء الذي يمكن نقله من مكانه دون أن يعتريه خلل أو تلف سواء انتقل بذاته أو بقوة دافعة أما المنقول بطبيعته : هو كل شيء مادي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف أي هو كل شيء مادي ليس له صفة الاستقرار كالبضائع و الحيوانات . . .

**02 منقولات بحسب المآل وهي عقارات في الأصل متصلة بالأرض، ولكن القانون ينظر إليها باعتبار ما ستؤول إليه، لأنها ستصبح منقول في وقت قريب مثل المباني المقرر هدمها، والأشجار التي يراد قطعها، ويجب أن يفصل هذا العقار عن أصله لكي يسري عليه قانون المنقولات. فالمنقول بحسب المآل هو شئ ثابت بحيزه مستقر فيه لا يمكن نقله من مكانه دون تلف (عقار) سيتحول في القريب العاجل إلى منقول بطبيعته. أي استثناء قد يعامل العقار بطبيعته أحيانا معاملة المنقول إذا كان من المتوقع أن يصير منقولا أي توقع فقدان العقار لطبيعته فيصير منقولا، إما بفعل الطبيعة وحدها كالمحاصيل الزراعية أو بالاتفاق على بيع بناء على أساس أنقاض لأنه سيصير منقولا بعد فترة أي عندما يفصل عن الأرض. لذلك يسمى بالمنقول بحسب المآل رغم أن وضعه الحالي هو عقار بطبيعته لكنه اعتبر منقول بالنظر إلى ما سيؤول إليه مستقبلا<sup>1</sup> ومثاله المباني المعدة للهدم والأشجار المعدة للقطع والثمار والمحاصيل الزراعية التي أوشكت على النضج قبل حصادها. كل هذه الأشياء عقارات بطبيعتها ولكن اعتبرها القانون منقولات بحسب المآل وأعطاه نفس الأحكام التي تنطبق على المنقولات فإذا بيعت هذه الأشياء فإن أحكام بيع المنقول هي التي تسري على هذا البيع وليس أحكام بيع العقار. فتنقل ملكيته بمجرد العقد لا بالتسجيل. وتختص محكمة موطن المدعى عليه بنظر المنازعات لمتعلقة بها لا المحكمة التي توجد بدائرتها.. لا اعتبار العقار منقول بحسب المآل ينبغي توافرا الشروط التالية:**

1 رواب جمال ، مرجع سابق، ص 50

أن يكون في الأصل عقار بطبيعته  
يجب أن يكون مصيره المحتوم هو الانفصال عن حيزه المستقر فيه  
أن يكون فصل الشيء عن الأرض قد صار وشيكا و مؤكدا ، فلا يعد العقار منقولاً بحسب  
المال إذا كان تحوله إلى منقول هو مجرد أمر احتمالي أو حتى أمر مؤكد و لكن بعيد الوقوع  
الرغبة في الحصول على هذا المنقول .

### ثالثاً: أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

تكمن أهمية هذا التقسيم في:

1. إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات، كالرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وحق الارتفاق وحق السكن.
2. تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد و ملكية المعين بنوعه بالإفراز، أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة العقارية.
3. كل التصرفات على العقار يجب أن تحرر في شكل رسمي أي يجب تحريرها من طرف ضابط عمومي مختص، أي أنها عقود شكلية. أما التصرفات الواردة على المنقولات فهي في الأصل تصرفات رضائية.
4. الشفعة ترد على عقار دون منقول، وهي رخصة تجيز للشريك أو المستأجر من شخص معنوي الحلول محل مشتري العقار.
5. دعاوى الحيازة خاصة بالعقارات دون المنقولات.
6. قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات، أما العقارات فتكتسب بالتقادم القصير أو الطويل.<sup>1</sup>
7. يكون النظر في الدعاوى العقارية من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، بينما في المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه، لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول.
8. الطعن بالغبن يكون بصفة خاصة في التصرفات الواردة على العقارات.
9. وبصفة عامة، فإن المشرع يقيد ويحمي التصرفات الواردة على العقارات أكثر من تلك الواردة على المنقولات.
10. من حيث إجراءات التنفيذ وضع القانون قواعد معقدة للتنفيذ على الأموال العقارية بينما بسط إجراءات التنفيذ على الأموال المنقولة. وذلك حماية للعقارات من الحجز عليها وفقدان صاحبها لها بدون مبرر.
11. المحكمة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية هي المحكمة التي يوجد في دائرتها هذه الأموال. أما المحكمة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالأموال المنقولة فهي المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه.
12. الإجراءات الشكلية الأصل أن التصرفات الواردة على الأموال العقارية واجبة الشهر لنفاذها في حق الغير. بينما التصرفات الواردة على الأموال المنقولة لا تكون واجبة الشهر ويلاحظ أن تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ليس خاصاً بها فقط إذ أن الحقوق كذلك تقسم إلى عقارية وأموال منقولة وفي هذا الصدد تنص المادة 684 مدني على ما يلي: "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية..." وعلى هذا تعتبر أموالا عقارية كل الحقوق العينية التي تقع على عقار سواء كانت حقوقاً أصلية أو جزئية أو تبعية وما عداها تعتبر أموالاً منقولة، وتشمل جميع الحقوق العينية الواردة على المنقول، كما تعتبر الحقوق الأدبية والشخصية أموالاً منقولة، لا لتوافر خصائص المنقول فيها ولكن لأن المشرع عرف الأموال العقارية، واعتبر

1 محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 126

ما عداها منقولاً، لذلك يجب اعتبار الأشياء غير المادية منقولاً مثل المنقولات المعنوية، والأفكار، والاختراعات، والعلامات التجارية.

إن إعطاء وصف المنقول للسندات لحاملها وللحقوق الشخصية وللحقوق الأدبية، وللحقوق الأدبية الواردة على المحلات التجارية، يؤدي إلى تشكيل الحقوق العينية المنقولة ثروة حقيقية لا تقل أهمية عن العقارات، مما يحتم إعادة النظر في التصنيف وإعطاء المنقول حماية مثل حماية العقار.

### الفرع الثاني: تقسيم الأشياء من حيث قابلية التعامل فيها

تنص المادة 682 مدني على ما يلي: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية. والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

**أولاً الأشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم طبيعتها، هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها في مجموعها.** وهي ما تسمى بالأشياء المشتركة كاشعة الشمس والهواء ومياه البحر والأمطار فهذه الأشياء لا يستطيع احد مهما بلغت إمكانيته أن يستأثر بحيازتها في مجموعها وبالتالي لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي لأن من خصائص هذا الحق جواز انتقاله من شخص إلى آخر. أما إذا أمكن الاستئثار بجزء محدد من هذه الأشياء في حيز معين فإنه يصح في هذه الحالة أن يكون هذا المقدار محلاً لحق مالي، وبالتالي يجوز التعامل فيه . فالهواء مثلاً يمكن حصره في نطاق معين بضغطة في حيز محدود كما يحدث في أنابيب الأكسجين التي تستخدم في عمليات الغطس وفي المستشفيات وماء البحر بعد ان يخضع جزء منه للتحلية واستعماله في الشرب والري، في هذه الحالات يصح أن يكون هذا الجزء من الأكسجين أو مياه البحر محلاً لحق مالي. كالأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء والشمس، وإذا كانت هذه الأشياء لا تصلح للاستئثار بها في مجموعها، فإن من المتصور والممكن الاستيلاء على مقادير محدودة منها، وتصلح أن تكون محلاً للحق في حدود هذا الاستئثار مثال ذلك الاستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية كماء المطر لتحويله إلى ماء صالح للشرب، وماء البحر لتحويله إلى ملح.<sup>1</sup>

**ثانياً أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون الاستحالة القانونية هي أشياء تقبل طبيعتها التعامل فيها وبالتالي يجوز أن تكون محلاً لحق مالي لأنها يمكن أن تنتقل من شخص إلى شخص آخر لكن القانون أخرج هذه الأشياء من التعامل وبالتالي لا يجوز أن تكون محلاً لحق مالي في صورتين:**

**الأولى:** أن يكون هذا الشيء قد خصصه القانون للمنفعة العامة ومن أمثلتها الأموال العامة وهي العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة. أو الأشياء التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون مثل المباني الوزارية والأبنية التعليمية (الجامعة) والمستشفيات العامة كل هذه الاموال أخرجها القانون عن التعامل مراعاة منه للغرض الذي خصصت له وهو تحقيق الصالح العام.

**الثانية:** فالأشياء التي تخرج عن التعامل بقوة القانون لكون التعامل فيها يخل بالنظام العام فأبرز مثال لها هو المخدرات فهذه الأخيرة تعد مال يجوز التعامل فيه بطبيعته لأنه يمكن حيازته وبالتالي انتقاله من شخص إلى آخر. وبالفعل التعامل فيها جائز إذا استعملت في أغراض طبية أما إذا كان التعامل فيها بغرض تعاطيها أو الاتجار فيها فذلك غير ممكن قانوناً لأنه يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام وبالتالي لا يصح أن تكون محلاً لحق مالي ولا يجوز أن تنتقل من شخص إلى آخر فقد يرجع سبب إخراجها من دائرة التعامل إلى تخصيصها للمنفعة العامة، والتعامل فيها يتنافى مع هذا التخصيص، كالأشياء العامة، فلا يجوز التصرف فيها أو حجز عليها أو تملكها بالتقادم، وهذا ما

1 د. محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 128.

نصت عليه المادة 689 مدني جزائري بقولها: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها، أو تملكها بالتقادم...".

ويشترط أن يكون الشيء مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وأن يكون قد خصص للمنفعة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 688 مدني: "تعتبر أموالا للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة، أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري، أو لمؤسسة اشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية".

كما قد يكون الخروج عن دائرة التعامل راجعا لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، ولقد نصت المادة 96 مدني على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب أو الآداب العامة كان العقد باطلا". فالتعامل في المواد المخدرة غير جائز لمخالفته للنظام العام.

**أهمية التمييز:** هناك بعض الحقوق لا تعطي للشخص سوى حق الاستعمال الذي لا يمكن أن يرد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك لأن ليس له حق التصرف، كما أن هناك بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك كعقد الإيجار والوديعة والعارية...

**الفرع الثالث: تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها:** تقسم الأشياء بالنظر إلى طريقة استعمالها إلى:

1. أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك.
2. الأشياء المثلية والأشياء القيمة.
3. الثمار والمنتجات.

**أولا: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك**

تنص المادة 685 مدني على ما يلي: "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها. ويعتبر قابلا للاستهلاك كل شيء يكون جزءا من المحل التجاري وهو معد للبيع".

فالأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها وإنفاقها. واستهلاكها قد يكون ماديا أو قانونيا.

ويؤدي الاستهلاك المادي، في حالة الانتفاع بالشيء إلى هلاك أو نفاذ مادته، كمن يأكل شيئا أو يشرب شربا. أما الاستهلاك القانوني فهو يتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دون أن يؤدي ذلك إلى هلاكه ماديا كإنفاق النقود مثلا<sup>1</sup>.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك وتنفذ، مثالها المنازل، الكتب. وتقسيم الأشياء إلى أشياء تستهلك وأشياء لا تستهلك يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها، فمنها ما يتحمل تكرار الاستعمال، ومنها ما لا يتحمل ذلك، غير أن إرادة الإنسان تستطيع التعديل من هذا التقسيم بجعل الشيء القابل للاستعمال المتكرر شيئا قابلا للاستهلاك وذلك عن طريق تخصيصه، فكثيرا من السلع تقبل الاستعمال المتكرر إلا أن عرضها للبيع يحولها إلى أشياء غير قابلة للاستعمال المتكرر، إذ تستهلك هذه الأشياء استهلاكا قانونيا.

ومن جهة أخرى فالفواكه والنقود أشياء قابلة للاستهلاك بطبيعتها لكنها تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعدت للعرض في معرض. وتكمن أهمية هذا التقسيم في أن بعض العقود لا ترد إلا على الأشياء القابلة للاستهلاك، وبعض العقود الأخرى لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

1. هناك عقود لا يمكن أن يكون محلها إلا أشياء غير قابلة للاستهلاك، مثل الانتفاع بشيء لمدة معينة، وكذلك الإيجار والعارية، فالمستأجر والمستعير يستعمل كل منهما شيئا مملوكا للغير، على أن

محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 129.

يرده لصاحبه بعد مدة معينة، وكذلك حق الانتفاع، إذ المنتفع ينتفع بالشيء مدة معينة على أن يرده لمالكه، إلا إذا كانت الأموال المنتفع بها قابلة للاستهلاك فيتحول حق الانتفاع إلى شبه حق الانتفاع.

2. كما أن هناك بعض عقود لا يتصور أن ترد إلا على الأشياء القابلة للاستهلاك، ففي عارية الاستهلاك يأخذ الشخص من الآخر شيئاً لينفع به عن طريق استهلاكه، فمن يستعير كمية من السكر، فهو لا يلتزم برد عين الشيء الذي استعاره وإلا انتفت الفائدة من هذه الإعارة، ففي عقد القرض الاستهلاكي، يستعمل المقرض التقود المقرضة على أن يرد نفس المقدار، فهو يرد إذن نفس المقدار وليس النقود التي اقترضها ذاتها.

**ثانياً: الأشياء المثلية والأشياء القيمية** تنص المادة 686 مدني على ما يلي: "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس، أو الكيل، أو الوزن". فالأشياء المثلية أو المعنية بالنوع هي التي تقوم مقام بعضها البعض، ويقال أن الأشياء المثلية هي عادة تلك التي لا يمكن أن تعين إلا بتعيين نوعها فيقال مثلاً قنطار من قمح متوسط الجودة. أما الأشياء المعنية بالذات أو القيمية، فهي التي لا يقوم بعضها مقام البعض، إذ لا يمكن أن تتحد في الصفات كالسيارات مثلاً والعقارات.

ولا يتوقف اعتبار الأشياء من المثليات أو القيمييات على طبيعتها فقط، وإنما لإرادة الأطراف دوراً تلعبه في ذلك أيضاً فبيع شيء مثلي بيعاً جزافاً يعتبر بيعاً لشيء معين بالذات، كما أن النقود رغم أنها من المثليات فإنها قد تعتبر من الأشياء القيمية في حالة استعارتها لعرضها في معرض مدة معينة ترد بعدها<sup>1</sup> كما أن صانع السيارات إذا باع سيارة من الطراز المتوفر في السنة الجارية، فيكون ملزماً بتقديم أية سيارة من هذا الطراز، ويعتبر بيع الشيء مثلي رغم أن السيارة في الأصل تعتبر شيئاً قيمياً.

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم تدخل إرادة الطرف في تحديد طبيعة بعض الأشياء في حالات معينة إلا أن هناك أشياء تعتبر دائماً من المثليات، وهي الأشياء التي تباع بالكيل، أو العدد، أو الوزن. فمن يتعاقد مثلاً على شراء ألف طن من القمح الممتاز لا يمكنه الرفض إذا قدمت له هذه الكمية من النوع المتفق عليه بحجة أنه ليس هذا هو المبيع المتفق عليه. وتتجلى أهمية هذا التقسيم في:

1. **من حيث انتقال الملكية:** فإذا كان الشيء مثلياً أي معينا بالنوع فإن ملكيته لا تنتقل إلا بعد الإفراز، أما إذا كان معينا بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد انعقاد العقد، دون حاجة لأي إجراء.

2. **من حيث استحالة التنفيذ:** إذا كان الشيء معينا بالذات وهلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، برئت ذمته من الالتزام.

أما إذا كان المبيع معينا بالنوع وهلك، فلا يتحلل البائع من التزامه، لأن المثليات لا تهلك، فهي تقوم مقام بعضها فيجب على البائع تنفيذ التزامه بشيء من نفس الشيء المبيع الهالك.

3. **من حيث الوفاء:** إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً، فالوفاء بالالتزام يتم بإعطاء نفس الشيء المتفق عليه في العقد ولا يجبر الدائن على قبول غيره.

أما إذا كان محل الالتزام مثلياً، فإن المدين يبرأ من التزامه إذا هو أدى أو قدم شيئاً من نفس النوع وبالقدر وبالصفة المتفق عليها في العقد.

4. **من حيث إجراء المقاصة:** فلا تتحقق المقاصة القانونية بين التزامين إلا إذا كان محلها شيئاً مثلياً متحداً في النوع والجودة، فمثلاً إذا كان شخصان الأول مدين للثاني بتسليم سيارة معينة والثاني مدين للأول بتسليم عقار بنفس قيمة السيارة، فإن المقاصة لا تتم بين الالتزامين.

1 د. محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 131.

ويلاحظ أنه غالباً ما تعتبر الأشياء المثلية قابلة للاستهلاك، أما الأشياء المعينة بالذات فتعتبر غير قابلة للاستهلاك، إلا أنه قد يحدث أن يكون الشيء معيناً بنوعه ولكنه يكون غير قابل للاستهلاك، كالأدوات الصناعية مثلاً والآلات وجميع الأشياء المصنوعة بالسلسلة « Les Choses fabriquées en série ». كما أنه قد يحدث أن يكون الشيء قابلاً للاستهلاك رغم أنه معين بذاته، كالثمار التي لا يوجد مثلها « Exceptionnel » مثال ذلك مشروب أصبح نادراً وفريداً من نوعه.<sup>1</sup> ويلاحظ أن هذه مسألة راجعة إلى تدخل إرادة الإنسان في تحويل الأشياء.

**ثالثاً: الأشياء المثمرة والأشياء غير المثمرة** تكون الأشياء المثمرة إذا كانت تنتج عنها ثمار، والثمار هي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية ومتجددة، ولا يؤدي فصلها عن الشيء إلى الإنقاص من قيمته. والثمار إما أن تكون طبيعة تتولد عن الشيء تلقائياً دون تدخل الإنسان، ويكون ذلك بفضل الطبيعة، كالأعشاب، وإما أن تكون صناعية أو مستحدثة بتدخل الإنسان لاستخراجها من الشيء كالمحصولات الزراعية. كما قد تكون الثمار مدنية وهي المبالغ النقدية المستحقة مقابل الاستغلال أو الانتفاع بالشيء مثل الأجر وفوائد رؤوس الأموال وإلى جانب الثمار توجد المنتجات وهي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية وغير متجددة، ويؤدي فصلها إلى الإنقاص من أصل الشيء، كالمعادن، والأشجار، فاستخراج المعادن أو قطع الشجار ينقص من قيمة الأرض، غدن فالأشياء غير المثمرة هي تلك التي لا تتولد عنها ثمار.

ونبرز أهمية التفرقة فيما يلي:

1. إذا تقرر حق انتفاع على العين، فإن الثمار تكون من حق المنتفع، أما المنتجات فهي ملك للمالك فقط، لأنها تعتبر جزءاً من العين ويؤدي انفصالها إلى الانتقاص من أصل الشيء، لذا فهي تعود إلى المالك لا إلى المنتفع.

2. يكتسب الحائز حسن النية الثمار دون المنتجات، ويرجع سبب كسب الحائز حسن النية للثمار لاعتبارات عادلة، وهي أن الحائز حسن النية يعتقد أن الثمار ملكاً له وهو غالباً ما يستهلكها يومياً، أما سبب احتفاظه بما قبضه من الثمار التي لم يستهلكها بعد، فيرجع إلى أن الحائز حسن النية أولى بالرعاية من المالك المهمل، لأن هذا الحائز بذل جهداً في سبيل الحصول على هذه الثمار بينما المالك وقف موقفاً سلبيًا، ويعتبر مقصراً لأنه ترك العين في حيازة الغير ( الحائز ) مدة معينة من الزمن، هذا إلى جانب أن الثمار دورية ومتجددة، ولا يضر المالك فقدها في الفترة التي كانت فيها العين في يد حائز حسن النية.

وتعتبر إدارة أموال القاصر في ثمار الشيء عملاً من أعمال الإدارة، بينما يعتبر التصرف في المنتجات عملاً من أعمال التصرف أي تصرفاً قانونياً، لأن التصرف فيها يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء.

### المبحث السابع: استعمال الحق

إن الحق هو مكتسب يقره القانون لشخص معين يكون بمقتضاه التسلط على شيء معين أو قضاء شيء من شخص، فهذه الميزة تخول له القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة له يحميها القانون كحق الملكية وحق الميراث، أما الرخصة فهي إباحة عامة تبيح لكل شخص حرية القيام بما لا يحرمه القانون، كحرية التملك والاتجار والتعاقد وحرية السير في الطريق العام والنشر وما إلى ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد. وفي القرن الماضي كان رجال الفقه يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية التقصيرية، فإذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في استعماله لرخصة يكون ركن الخطأ متوافراً، أما عندما يستعمل حقه فلا يتوفر ركن الخطأ إلا إذا جاوز حدود هذا الحق الموسومة، فإذا استعمل حقه دون مجاوزة هذه الحدود فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير ولو انحرف في استعمال حقه عن السلوك الرجل العادي، وحتى لو كان مهملًا، أو شيء النية في استعمال حقه. وقد نظر رجال الفقه الغربي الحديث في هذه الصورة وأقروا فيها أن المسؤولية

1 محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 133.

تتحقق في حالة مباشرة الشخص حقا من حقوقه ولو لم يخرج عن حدود هذا الحق وأطلقوا عليه اصطلاحاً " التعسف في استعمال الحقةفكرة التعسف في استعمال الحق أصبحت تكتسي أهمية قصوى في القوانين الحديثة وإن كانت في الأصل مطبقة في القانونين المدني والإداري إلا أنها لا تقتصر عليهما لتشمل مختلف فروع القانون كما يجب التعرف على التطور الذي وصل إليه التعسف في عصرنا الحالي وذلك بعد انحصار النزعة الفردية التي كانت تحول دون استعماله وظهور مبدأ الوظيفة الاجتماعية الذي فتح المجال أمام قيد عام على استعماله والمتمثل في عدم التعسف في فتح استعماله والمتمثل في عدم التعسف في استعمال الحق وهذا ما يبين لنا أهمية هذه الفكرة.

الأصل أن لصاحب الحق كامل الحرية في أن يستعمل السلطة الممنوحة له بالشكل الذي يريده 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 تبنى المقنن الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني الملغاة، و عليه سنتناول نظرية التعسف في استعمال الحق لنستثنى حدود استعمال الحق و ذلك من خلال العناصر التالية :

مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

نظرية التعسف في الفقه القانوني الحديث

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري

### المطلب الأول مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق

إن تطبيق القاعدة التشريعية وتفعيلها - من شأنه أن يترك آثاراً، وهذه الآثار ترتب بدورها التزامات، وتقرر حقوقاً، ويمكن أن تكون عامة أو خاصة، وإن استعمال هذه الحقوق استعمالاً سيئاً قد يلحق الأذى بالآخرين بصورة مقصودة أو غير مقصودة، والمشرع لا يبرر هذه الإساءة في استعمال الحق، لأنه يقف على مسافة واحدة من جميع أطراف المجتمع. وبغية تحقيق المساواة، وإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة ولدت نظرية التعسف في استعمال الحق *La théorie de l'abus du droit*. فالشخص الذي يستعمل حقه، ولكنه يضر بالغير في أثناء هذا الاستعمال يكون مسؤولاً عن التعويض. وإن الخطأ في هذه النظرية يُرتكب في استعمال الشخص حقه لا في خروجه عن هذا الحق، ولا عن حدود رخصة أباحها القانون، كما هو المألوف في الخطأ المعتاد. فمن يبني حائطاً في ملكه فيسد النور ويمنع الهواء عن جاره من دون أن يكون له نفع من ذلك يُعد متعسفاً في استعمال حقه في بناء هذا الحائط، ويُعد بالتالي مخطئاً، وهذا الخطأ يحقق مسؤوليته. فالحق وإن كان في ذاته لا يمكن أن يكون مصدراً للمسؤولية، إلا أن كيفية ممارسته يكن أن تولد مسؤولية.

**أهميته** تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من أهم النظريات التي غيرت النظرة إلى الحق باعتباره حقا مطلقاً، فأصبح ذو قيمة اجتماعية إذ لها الفضل في الحفاظ على حقوق الأفراد من خلال تقييد استعمالها، بما يضمن مصلحة الفرد و الجماعة على حد سواء وذلك من خلال وضعها مقاييس تحدد متى يتحقق التعسف في استعمال الحق، وقد عرفت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق منذ أربعة عشر قرن مضت وكانت السبابة إلى وضعها، وأرستها القوانين الوضعية في تشريعاتها الداخلية. إن نظرية التعسف في استعمال الحق تكتسي أهمية قصوى و تستند إلى فكرة العدالة، إذ لا يجوز أن يستتر البعض باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة لحقوق الآخرين، ولا يمكن تسبيح المصلحة الخاصة على المصالح الجماعية، ولهذا فالتشريعات و القضاء بدورها تسعى لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، وإن كان بعضهم عد ذلك خروجاً عن مبدأ حماية الحق الذي يخول لصاحبه استعماله على النحو الأكثر إطلاقاً

**الفرع الاول تعريف التعسف في استعمال الحق :** التعسف في استعمال الحق مصطلح يقصد به تجاوز صاحب الحق حدود المعقول في استعمال الحقوق الممنوحة له، ويترتب عن ذلك امكانية المساءلة القانونية والعقاب. استعمال الحق يكون بمباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه , هذه السلطات يحددها القانون وهو بصدد تنظيمه لكل حق على حدة , فالقانون هو الذي يعين حدود الحق وللشخص أن يستعمل حقه في هذه الحدود دون أن يتجاوزها , فإذا جاوز الشخص في استعماله لحقه الحدود التي رسمها القانون فإنه يكون مخطئاً ويلتزم من ثم بتعويض من أصابه ضرر هذا الاستعمال ومسئولاً عن هذا الضرر وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق. في هذا الصدد لقد تعددت التعريفات الفقهية التي تناولت التعسف ، إلا أنها قاصرة عن إعطاء مفهوم شامل و محدد لمعنى التعسف استعمال الحق، فعرف التعسف بأنه : ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولته الإنسان له» استعمال صاحب الحق سلطاته المخولة له قانوناً ، بكيفية تلحق ضرراً بالغير، بمعنى أن استعماله في حد ذاته مشروع و لكن نتائجه و أعراضه غير مقبولة « هو استعمال الشخص لحق له أن ينشأ عنه ضرر بالغير « هو ممارسة الحق على نحو يخالف المقاصد و الأهداف التي رسمها و حدها القانون أو الشرع على نحو يحقق الأضرار بالغير. »

**الفرع الثاني : مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق حسب الفقيه الفرنسي جوسران Josserrand :** يُعد رائد هذه النظرية في فرنسا يجب أخذ معنيي الحق بالحسبان، فهناك الحقوق الذاتية Subjectifs من عينية وشخصية، وهناك الحقوق الموضوعية Objectifs، أي مجموعة القواعد والمبادئ القانونية التي توضح ما هو مباح، وما هو ممنوع بوجه عام. فإذا مارس المرء حقه الشرعي، وتجاوز في ممارسته قواعد الحق الموضوعي ومبادئه يكون قد أساء استعمال حقه. إن عدم مشروعية العمل في نظرية التعسف يختلف عما هو عليه في أحوال المسؤولية العادية، لأنه نابع من الحق، إلا أن القصد منه إيقاع الضرر وتجاوز حسن النية والانحراف فيه عن غرضه القانوني. فعنصر القصد يشكل ركن العمل غير المشروع، إلا أن الخطأ مُضمّر، مما يستدعي إثبات أن السلوك غير عادي، وإثبات تجاوز الشخص الغرض الذي من أجله مُنح الحق.

**الفرع الثالث : التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق لا يمكن اعتبار** نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات الحديثة، بل هي نظرية موهلة في القدم، حيث ترجع جذورها إلى القانون الروماني - حتى وإن لم تظهر آنذاك في شكل نظرية عامة- بل كانت ثمة أقوال سائدة مثل: (سوء النية لا ستحق الرعاية )، (الغلو في الحق غلو في الظلم)، وقد كانت لها بعض التطبيقات العملية، حيث أشار الفقيه الروماني إيلبيان<sup>1</sup> Ulpian إلى أن من حفر في أرضه حفرة

1 عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، د.ت).

- محسن شفيق، القانون المدني المقارن /نظرية الالتزامات/ (مطبعة الجامعة السورية، 1947).

- مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي (دار البشير، ط 1، عمان 1983).  
- يوسف نجم جبران - القانون والجرم وشبه الجرم (ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر، منشورات عويدات، ط2، بيروت - باريس 1981).

- هنري برون، سوسيولوجيا الحقوق، ترجمة عيسى عصفور، سلسلة زدني علماً (مؤسسة عويدات، بيروت - باريس 1974).

- عبد السلام التونسي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية (منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ط1، طرابلس 1994).

- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود (الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، القاهرة 1998).

- مصطفى العوجي، القانون المدني - المسؤولية المدنية - الجزء الثاني (مؤسسة بحسون، الطبعة الأولى، بيروت 1996).

- زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة (منشورات المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، د.ت).

- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي (المؤسسة الجامعية، بيروت 2000).

وتعمق فيا حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى سقوط حائط جاره تقوم مسؤوليته إذا ما حدث تصدع في بيت هذا الجار، وفي علاقات الجوار أيضا أزم القضاء من تسبب في مضايقة جيرانه بالتعويض حتى وإن حصلت هذه المضايقات خلال استعمال الحق استعمالاً طبيعياً ، وقد توسع القانون البريطاني في تطبيق هذه النظرية، حتى يخفف من حدة القانون وصرامته. ثم انتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم ، عل يد الفقيه *omat* ، الذي اعتبر أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه في حالة ما إذا قصد الإضرار بغيره، أو إذا لم تكن له مصلحة في استعماله، وقد كانت لها تطبيقات عدة مثل تنظيم العلاقة بين الجيران، وأخذ بها القضاء الفرضي في الكثير من أحكامه. رغم ذلك فقد ورد عن بعض الفقهاء الرومان ما يفيد عدم الاعتداد بفكرة التعسف في استعمال الحق، من ذلك ما ورد عل لسان الفقيه الروماني الكبير كايوس: *kaius* ليس بالمعتدي من يستعمل حقه، وفي نفس المعنى قال الفقيه أولبيانوس *Ulpianus* ليس بالمؤذي من يستعمل حقه

إن تطور هذه النظرية لا يمكن الوقوف عليه إلا باستعراض تاريخ ولادة هذه النظرية وتطورها واستقرارها. وإن المعطيات القانونية المتداولة من فقه، أو تشريع، أو اجتهاد تُرجع ولادة هذه النظرية إلى القرن السادس عشر، فقد حكم برلمان اكس *Parlement d'Aix* في فرنسا في العام 1577، وقبل الثورة الفرنسية على عامل صوف كان يغني طوال النهار لا لشيء إلا لإزعاج جاره المحامي.<sup>1</sup>

الإأن لهذه النظرية جذوراً ضاربة في الفقه والتشريع الإسلامي، وهي مبسطة ومتناثرة في بطون كتب الفقه، ولا أدل على ذلك من الإشارة التالية التي أوردها الغزالي (450-505هـ) في كتابه المعروف "إحياء علوم الدين"؛ من أن بعضهم شكوا كثرة الفأر في داره، فقيل له: لو اقتنيت هراً! فقال: أخشى أن يسمع الفأر صوت الهر، فيهرب إلى دور الجيران، فأكون قد قدمت لهم ما لا أحب لنفسي. ويذهب الشاطبي في موافقاته إلى أنه يجب منع الفعل المأذون فيه شرعاً إذا قصد فيه فاعله الإضرار بالغير.

ولم يتح لهذه النظرية أن تظهر إلى الوجود إلا على أثر التبديل العميق في مفهوم الحقوق الفردية أو الذاتية. فقد ظل الناس يرون لزمن طويل أن كل فرد إنما هو مركز لمنطقة نفوذ مغلقة يكون فيها سيداً مطلقاً يستطيع أن يفعل ما يشاء على أن يراعي القوانين والأنظمة، وبالتالي لا يعدّ متعسفاً في استعمال حقه. وقد رسخت مبادئ الثورة الفرنسية ذلك، وخاصة بعد صدور القانون المدني عام 1804م، إذ عد الفقهاء أن الحقوق المعترف بها قانونياً هي مطلقة، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين عادا تحت تأثير النظرة الاجتماعية للحقوق، وازدهار الفلسفة الاشتراكية إلى التوسيع في مفهوم إساءة استعمال الحق وفي تطبيقاته، لتصل إلى مصاف القواعد الكلية في المسؤولية التقصيرية. وحمل لواء هذه النظرية فقيهان كبيران هما: جوسران، وسالي، ووضعت لها المؤلفات الخاصة بها، وقد سارت هذه النظرية على غرار النظرية التي سبقتها في القانون الإداري وهي نظرية التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة *Le détournement de pouvoir*. وقد

- 
- شوقي ضيف، المعجم القانوني (مجمع اللغة العربية، القاهرة 1999).
- سلمان بو ذياب، مبادئ القانون المدني (المؤسسة الجامعية، ط1، بيروت 2000).
- الآن بينا بنت، القانون المدني الفرنسي - الالتزامات، ترجمة منصور القاضي (المؤسسة الجامعية بيروت 2000).
- جان بصيص، دعاوى المالية (مؤسسة عز الدين، بيروت 1993).
- الغزالي، إحياء علوم الدين (دار الفكر، ط3، بيروت، د.ت).
- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي وأدلته (دار الفكر، ط4، دمشق 1997).
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت 1984).
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت 1977).
- 1 موقع الموسوعة العربية : <http://arab-ency.com.sy/law/detail/163347>

نهجت معظم التشريعات العالمية الحديثة هذا النهج، فكرست في تقنياتها مفهوم هذه النظرية وقواعدها، ومنها القانون المصري (المادة 5 مدني) والقانون السوري (المادة 6 مدني) والقانون العراقي (المادة 7 مدني)، وكذا القانون السويسري. وقد استقرت بواقع ملموس في كل من شروح الفقه واجتهادات القضاء.

كما عرف الفقه الإسلامي هذه النظرية وأسهم بقسط وافر في صياغتها كنظرية عامة تهدف بالأساس إلى تحقيق التوازن بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها، والمتعارضة فيما بينها، ومن باب أولى بينها وبين المصلحة العامة للمجتمع، وهي ستند في ذلك إلى غير أن انتشار المذهب الفردي - الذي يعطى للفرد حية لا حدود لها ساهم في انتكاس واختفاء نظرية التعسف في استعمال الحق ردحا من الزمن، لتعود بعدها للظهور ولتبناها أغلب التشريعات المقارنة عل غرار المشرع الجزائري الذي نص عليها في المادة 124 مكر من التقنين المدني المضاف بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . وهذه النظرية تعد في الواقع نظرية مستقلة لها أصولها ومبادئها، وليست مجرد تطبيق ركن اخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، عل الرغم من أن بعض الفقهاء يطلق عليها لفظ التعدي، إذ ليست العبرة هنا بظاهر اللفظ بل بماهية التعسف وحقيقته، أما ما جاء به القضاء الفرنسي في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر من حلول في محاولة منه لتأسيس هذه النظرية عل فكرة الخطأ التقصيري فله ما يبرره، وهو عدم وجود نصوص قانونية آنذاك تنظم هذه النظرية، باعتبار أن النزعة الفردية كانت هي الطاغية، فقد كان هذا التبر لإسباغ المشروعية عل هذه الأحكام ليس إلا. ولكن الحقيقة أنه لا يمكن تأسيس نظرية التعسف في استعمال الحق عل الخطأ التقصيري الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، لأن فكرة الخطأ قاصر عن استيعاب كافة حالات التعسف

### المطلب الثاني نظرية التعسف في الفقه القانوني الحديث:

تناولت أقلام الفقهاء القانونيين هذه النظرية بالشرح والنقد والتعليق، وكانت محل ترحيب وتأييد لدى الفقهاء الذين أسسوا لها ونادوا بها وأفردوا لها الشروح والمؤلفات، في حين كان لها معارضون ومنقدون، تصدوا لدحضها بأراء مبنوثة في ردودهم عليها.

**الفرع الأول أنصار نظرية التعسف في استعمال الحق :** وهم المؤسسون لها، وعلى رأسهم الفقيه القانوني جوسران Josserand والألماني سالي Saleilles، وكان انتصارها على يديهما. ألف جوسران في العام 1905 كتاباً عنونه: "التعسف في استعمال الحقوق" De L'abus des droits، ثم أتبعه في العام 1927 بكتاب "روح الحقوق ونسبيتها" بث فيهما نظريته وأسسها وآراءه. أما سالي فقد ألف "النظرية العامة في الالتزامات، والإعلان عن الإرادة". ويرى (أنصار النظرية) أن الجور في استعمال الحق، أو ما يقترن بنية صاحبه من جفاء وحيف، أو المسلك الذي يتبعه صاحب الحق، أو ما يبدو من شذوذ في استعماله إياه، أو انعدام البواعث المشروعة إبان هذا

الاستعمال، أو مجافاة المصلحة الاجتماعية، كل ذلك ينهض أساساً للمساءلة. وقد أكد جوسران أهمية هذه النظرية، وتقدمها في مجال التشريع والاجتهاد من وجهة نظره إلى الحق الفردي وغاياته الاقتصادية والاجتماعية، واضعاً نصب عينيه التحري عن السبب أو الدافع من وراء استعمال صاحب الحق لحقه، بغية ضبطه والحكم عليه في مدى انسجامه أو شذوذه عن الغاية الاجتماعية، وهي الوظيفة الرئيسية لمفهوم الحق. وعدّ جوسران النظرية من صلب المسؤولية العادية، وأكد المظهر الشخصي البحت لسوء استعمال الحق، وأن المعيار الجوهري في إساءة استعمال الحق هو انعدام المصلحة المشروعة أكثر من التحري عن نية الأضرار، وانتهى إلى النتيجة التالية: إن إساءة استعمال الحق تقع بين عمليتين متناقضتين: الأول عمل غير مشروع، لا يستند إلى أي حق؛ والثاني عمل مشروع يُسأل مستعمله عن نتائجه لاعتبارات تتعلق بالتضامن الاجتماعي، لا على أساس خطأ صدر عنه. أما في كتابه الثاني "روح الحقوق" فقد عدد فيه معايير إساءة استعمال الحقوق وهي:

أولاً معيار إرادي: يتجسد بنية الأضرار.

ثانياً معيار فني: الخطأ في التنفيذ.

ثالثاً معيار اقتصادي: انعدام المصلحة المشروعة.

رابعاً معيار اجتماعي: عدم ملاءمة الحق لمؤداه العام أو وظيفته الاجتماعية.

ومن مؤيدي هذه النظرية أيضاً كولان وكابيتان، وسيزار، وبرو، وبودان الذي يرى أن التعسف يوجد في حالتين: إحداهما عندما يستعمل الشخص حقه لمجرد ما يقصده من الإضرار بالغير، والأخرى عندما يكون الضرر الذي حصل للغير قد وقع من الشخص إبان استعماله حقه بسبب إهماله أو عدم تبصره بما لا يمكن وقوعه من الرجل اليقظ.

**الفرع الثاني معارضو نظرية المعسف في استعمال الحق:** وعلى رأسهم الفقيه بلانيول،

وقد انتقدوا النظرية نقداً عنيفاً. قال بلانيول: إن مسألة إساءة استعمال الحق (التعسف) هي مسألة وهمية، لأن الحق يتوقف عندما تبدأ الإساءة، بمعنى أن المسؤولية قائمة بذاتها ومستقلة، وأن من يمارس حقاً يأتي عملاً مشروعاً. فإذا تجاوز حقه يكون قد خرج عن إطار الحق، فيصبح عمله غير مشروع، وبالتالي يكون قد ارتكب خطأ فيخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على أساس الخطأ. وأن العمل لا يمكن أن يكون في وقت واحد متفقاً مع القانون ومخالفاً له، فالحق عنده وسوء استعماله باعتبارهما حقاً لا يجتمعان. واستطرد قائلاً: إن الأخذ بهذه النظرية يخول القضاة سلطة واسعة بالرجوع إلى نية المرء الذي يمارس حقه، وبالبحث عن الغرض الاجتماعي الذي تقرر الحق من أجله. ومن منتقدي هذه النظرية ومعارضيهما الأخوان مازو اللذان قالوا: إن الأساس الذي وضعه جوسران غير قانوني؛ لأنه ترك للقاضي الحرية لتقدير الغرض الاجتماعي تبعاً لأهوائه الشخصية، ورجحاً الأخذ بالطابع التقليدي للخطأ، وهو خروج الإنسان بتصرفه عن سلوك الرجل البصير. في حين يذهب الفريد مارتان إلى أن مبادئ هذه النظرية قد جاءت على سبيل التزديد، لأن كل ما استعرضه القضاء من حالات كان من اليسير العثور على حلول لها بتطبيق القواعد العامة للمسؤولية.

**المطلب الثالث نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق:** لم تتطرق التشريعات

العربية وكذا الغربية إلى تنصيب على نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما جاءت نصوص عامة بحيث لم تحدد أي نوع من الحقوق يندرج ضمن هذه النظرية، بينما اختلف فقهاء القانون في تحديد نطاق نظرية التعسف و مجال تطبيقها، حيث نتج عن ذلك اتجاهين فقهيين الأول يرى أن التعسف يرد على الحقوق دون الرخص، والثاني يبسط محل التعسف على الحقوق والرخص العامة.

**الفرع الأول سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط:** يذهب مناصرو هذا التوجه من الفقه ومنهم الفقيه السنهوري و سليمان مرقس وغيرهم إلى أن التعسف مقصور على الحقوق بالمعنى

الدقيق دون الرخص و مثالها حرية التعاقد و التملك ، وغيرها من الحقوق العامة ، فعندما تباشر هذه الرخص و يترتب بذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس أحكام المسؤولية المدنية التي تتكفل بذلك ، فالرخص لا تخول لصاحبها الاستئثار بأي قيمة إنما تثبت للناس كافة. و إنه طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية ، فإن الانحراف في استعمال الحق مثل في إقامة الدعوى أمام القضاء في الدعاوى الكيدية يعتبر خطأ مستوجبا للتعويض. ويرى منتقدي هذا الاتجاه أنه لا مبرر لتلك التفرقة ، حيث يجب أن تمتد نظرية التعسف لتشمل الحقوق و الرخص على حد سواء ، فالمشرع يهدف إلى ان تشمل رقابة هذه النظرية لافة التصرفات القانونية

**الفرع الثاني سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق و الرخص بصفة عامة** ذهب هذا الجانب من الفقه و منهم "أنور سلطان و إسماعيل غانم"<sup>1</sup> أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال التعسف لتشمل الحقوق و الرخص على حد سواء ، فاشتراط المشرع لمشروعية الحق أي أن استعماله لا ينطوي على فني المقابل قد وضع معايير تحدد كيفية ممارسة هذه الحقوق بشكل لا يضر بمصالح الغير، سواء كانت هذه التصرفات تتمثل في الحق بمعناه القانوني الدقيق أم كانت من الحقوق العامة الممنوحة للجميع فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه القانوني الدقيق على الحقوق فإنه يشمل كذلك الحريات و الرخص العامة. وعليه فإن من يستعمل رخصة ويسبب اضرار مشروعة للغير يحميه القانون شأنه في ذلك من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق و بمفهوم المخالفة فإنه من استعمال رخصة في ظروف غير مشروعة وأضر بمصلحة من مصالح الأغيار فإن في هذه الهالة يتحقق التعسف ، فالقانون يحكم مصالح الفرد في حالة استعمالهم لحقوقهم في نطاق المشروع وكذلك في الاستعمال غير المشروع وذلك بالحد من التعسف في استعمال الحقوق. وبهذا نرى أنه لم ينعقد إجماع بين فقهاء القانون سواء في الغرب أو العرب على أن يستثنوا الحريات العامة من نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالبعض يذهب إلى شمول هذه النظرية للحق و الرخصة على حد سواء ، بينما يذهب البعض الآخر أن هذه الأخيرة لا تدخل ضمن نطاق هذه النظرية. وذلك على عكس الفقه الإسلامي الذي لم يفرق بينهما ، فنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي قائمة بالخصوص على نظرية سد الذرائع والتي يقول فيها القرطبي : "الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع.

ولا يقتصر تطبيق نظرية التعسف على الحقوق الناشئة من التزامات، بل يمتد إلى كل القوانين والحقوق، سواء في ذلك القانون المدني، أم التجاري ، أم الأحوال الشخصية، كإطلاق التعسفي مثلاً، وإلى أبعد من ذلك التعسف في استعمال حق الحرية، أو حق الاجتماعات...، وفي القانون الخاص والعام. فمفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق هو وجه خاص من وجوه المسؤولية عن الفعل الشخصي، وتتمثل في الفعل الضار الناجم عن ممارسة حق على نحو لا يتألف مع روح هذا الحق، إما لسوء نية، وإما بطريقة تتجاوز غرض الحق المقصود قانونياً، خلافاً للأوجه

1 يوسف نجم جبران - القانون والجرم وشبه الجرم ، ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر، منشورات عويدات، ط2، بيروت - باريس 1981.

- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، د.ت)

- د/ علي فيلاي، "الالتزامات الفعل المستحق للتعويض"، الطبعة الثانية، موفر للنشر، الجزائر، 2007.

- د/ خليل أحمد حسن ققادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: عقد البيع ديوان المطبوعات الجامعية، 2003

- د/ محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع لبنان، 1999.

- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود (الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، القاهرة 1998

الأخرى للمسؤولية عن الفعل الشخصي التي تتحصل عن فعل وقع خارج كل حق. ففي الحقوق الجزائية يتجلى مفهوم نظرية التعسف بإيجاد جرم جديد هو: الامتناع عن إنقاذ حياة إنسان رهين الخطر كما في الفقه الألماني مثلاً. ومجمل القول إن التعسف لا يتعلق بمضمون الحق، بل في الباعث على استعماله، أو على نتيجة هذا الاستعمال.

### المطلب الرابع نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري:

**الفرع الأول : مكانة نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري الأصل -** وعملاً بنص المادة 124 مكرر مدني جزائري - لا يكون من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً مسؤولاً عما ينشأ من ذلك من ضرر. فإن محدث الضرر في معرض ممارسته لحقه، وتبعاً للنص القانوني المذكور الذي يعد قاعدة عامة لا تتحقق مسؤوليته؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، مما يستدعي تمشياً مع الأصل إثارة السؤال التالي: هل يعفى محدث الضرر في القانون المدني الجزائري من تبعه المسؤولية المترتبة على فعله مطلقاً؟ أم هل هناك حدود لها؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تفترض إعمال المبدأ القائل: إن النص الخاص يقيد النص العام، ويحد من إطلاقه، ومن أجل إقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق. فالمادة 234 و 124 مكرر وضعت القواعد العامة لهذه النظرية، وهي كالقواعد من البيت وقد سار في هداها كل من الفقه والقضاء. وتعد المادة من أهم التطبيقات العملية لهذه النظرية في صدد منع مضار الجوار غير المألوفة.

تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري بشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية -: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، -إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، -إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>1</sup> نلاحظ أن نص المادة 124 مكرر ق م بدأت بعبارة " يشكل الاستعمال " وهنا المشرع يقصد الحق في حالة استعماله بطريقة تعسفية ثم إنتقل المشرع الى تبيان حالات تعتبر تعسفا في استخدام الحق وهي إذا كان بقصد الإضرار بالغير و كذلك إحتلال التوازن بين الفائدة المتوخاة و الضرر الذي من المحتمل أن يصيب الغير حيث تكون الفائدة يسيرة والضرر الذي يصيب الغير كبيرا فيعدّ صاحب الحق هنا متعسفا لينتقل المشرع في الفقرة الأخيرة لحالة أخرى تعتبر تعسفا في استعمال الحق إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

من خلال قراءة نص المادة 124 مكرر ق م يتضح أن المشرع قد بين أن التعسف في استعمال الحق يدخل في نظام المسؤولية التقصيرية اذ يعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه فالقانون لا يحمي الحق ومستعمله إلا اذا استعمل هذا الحق في الأطر الشرعية ولم يصل استعماله حد الإضرار بالغير:

**الفرع الثاني : معايير التعسف في القانون المدني الجزائري وضع نص المادة 124 مكرر** بعد المادة 124 المتعلقة بالمسؤولية عن العمل الشخصي، معتبرا إياها صورة من صور الخطأ التقصيري، ولم يأت بنص مماثل لنص المادة 4 من التقنين المدني المصري المذكورة آنفاً، وقد وضع ثلاثة معايير للتعسف، بمعنى أن صاحب الحق يعدّ متعسفا في استعمال حقه في الأحوال الآتية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

<sup>1</sup> ( المادة 124 مكرر ) في الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم .بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.  
إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

**أولاً : استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير** تعدّ هذه الحالة أبرز حالات التعسّف وأقدمها وأكثرها شيوعاً، لأنّ الشخص هنا يستعمل حقه لا لتحقيق مصلحة بل لإلحاق الأذى بالغير، و عليه تقوم مسؤولية صاحب الحقّ في هذه الحالة، و إذا رجعنا إلى نص المادة 5 من ق.م.م نجده صاغها بشكل الآتي : ( إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير)، والنص الأول له أصل في الفقه الإسلامي حيث يقول الفقيه ابن رجب الحنبلي في هذا المعنى: ( ... أن لا يكون في ذلك - أي في استعمال الحقّ- من غرض سوى الإضرار بالغير )<sup>1</sup> و يفهم من نص المادة 5 من ق.م.م أنه يجب أن يكون القصد مقتصرًا على مجرّد الإضرار بالغير، بمعنى ألا يكون ثمة قصد آخر، مثل تحقيق مصلحة ولو كانت ضئيلة حتى نكون أمام هذه الحالة من حالات التعسّف، بخلاف الحالة الأولى الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، التي يفهم منها أننا نكون بصدد حالة تعسف إذا قصد صاحب الحقّ الإضرار بالغير سواء كان له قصد آخر أولم يكن له. وهذا المعيار شخصي أو ذاتي محض لأنه متعلّق بنية صاحب الحقّ في استعماله، وهو أمر ليس من اليسير استخلاصه باعتبار النية أمر باطنيّ نفسيّ، ومثال هذه الحالة من يقيم جداراً عالياً أو يغرس أشجاراً من أجل حجب الضوء أو الهواء عن أحد الجيران، دون أن تكون له فائدة، من انعدام المنفعة انعدام ثمن هو في الحقيقة قرينة على قصد الإضرار، وفي هذا يقول الدكتور فتحي الدريّني: إن استعمال الحقّ دون منفعة قرينة على أن مستعمل الحقّ لم يقصد سوى الإضرار مفترضة في هذا الحال (ويرى جانب من الفقه أن وجود إضرار مادية ملموسة تلحق الغير دليل على توافر قصد الإضرار بهذا الأخير، وهذا أمر منطقي ومعقول، ذلك أنّه لا يمكن مساءلة المالك عن نيته في الإضرار بجيرانه ما لم تتجسد تلك النية في أفعال مادية ملموسة، خاصة مع صعوبة إثبات قصد الإضرار لديه. غير أن أعمال ذلك بشكل مطلق يثير إشكاليه الإضرار المعنوية والنفسية التي قد تلحق الغير، كأن تصدر عن قاعة حفلات موسيقى صاخبة تلحق ضرراً معنوياً ونفسياً بالجيران، لاسيما أن هؤلاء يصعب عليهم إثبات هذا الضرر. غير أن هذا المعيار لا يكفّ لوحده بل لابدّ من استعمال معيار موضوعي يتمثّل في معيار الرّجل العادي، إذ أن مجرد نية الإضرار لا تكفّ للقول بوجود التعسّف، فقد يستعمل الشخص حقه ويتعمّد إلحاق الضرر بالغير، ومع ذلك لا يعدّ متعسّفاً لو كان استعمال الحقّ على هذا النحو يحقق له فائدة قد تكون كبيرة بحيث تفوق الضرر اللاحق بالغير. ويقع على المضرور عبئ إثبات قصد الإضرار من قبل صاحب الحقّ عند استعماله لحقه، مستعملاً كافة طرق الإثبات، ومنها القرائن. ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار نذكر: ما قضت به محكمة استئناف ليون بفرنسا سنة 1856 من أن المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه من أجل منع وصول الماء إلى أرض جاره يعدّ متعسّفاً في استعمال حقه، وكذلك مالك الطاحونة المجاورة لطاحونة مجاورة إذا قام برفع أبواب

1 أهم المراجع حول الموضوع :

الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- يوسف نجم جبران - القانون والجرم وشبه الجرم، ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر، منشورات عويدات، ط2، بيروت - باريس 1981.

- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، د.ت)

- د/ علي فيلال، "الالتزامات الفعل المستحقّ للتعويض"، الطبعة الثانية، موفر للنشر، الجزائر، 2007.

- د/ خليل أحمد حسن ققادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: عقد البيع ديوان المطبوعات الجامعية، 2003

- د/ محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع لبنان، 1999.

- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود (الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، القاهرة 1998

الأحواض بغرض حجز الماء عن طاحونة جاره وتعطيلها عن العمل، ونفس الأمر بالنسبة للمالك الذي يقيم جدارا لحجب الضوء عن جاره.-قضت محكمة استئناف كولمار بفرنسا بتاريخ 2/5/1855 بمسؤولية مالك بناء أقام مدخنة فوق منزله مقابلة لنافذة جاره من أجل إيدائه.-قضت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في 17 ابريل 1917 بمسؤولية المالك في حال استعمال حقه بقصد الإضرار بجاره، وأنه يترتب على الأعمال التي يباشرها المالك للإضرار بجاره بغير ما يبررها من موجبات الضرورة، أو بغير منفعة حقيقية، تخويل الجار الحق في التعويض، وأنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض منه قصد الإضرار بالغير. وأن استعمال الحق بقصد جلب مصلحة شخصية لصاحبه أمر شرعي لا غبار عليه، ولو أدى إلى ضرر الغير، أما إذا كان القصد مجرد الإضرار بالغير فهو غير مباح قانونا، لأن قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي، يجرد الحق من مشروعيته -وقضت محكمة الاستئناف السويسرية بأن المستأنف الذي يقدم استئنافه في المدة ولكن في آخر الوقت المحدد، مع أنه كان بإمكانه أن يقدمها قبل ذلك، إنما تأخر لآخر الوقت بقصد الإضرار بالمستأنف عليه يعدّ متعسفا في استعمال حقه -كما قضت محكمة التمييز العراقية بقيام المسؤولية عن استعمال الحق الإجرائي في رفع الدعوى ضد المدعى عليه حيث جاء في حكمها: ( إذا قدم المدعي شكوى كيدية كاذبة ضد المدعى عليه، وسبب له إضرار مادية وأدبيه، فيكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر ويلزمه تعويض المدعى عليه، عملا بالمادتين 7 و 202 من القانون المدني، لأن حق التقاضي وإن كان مكفولا لكل مواطن لكن استعماله استعمالا غير جائز و بقصد الإضرار بالآخرين يستوجب المسؤولية القانونية.)

**ثانيا : استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر اللاحق بالغير وهو معيار موضوعي بحيث لا يركز فيه على النية أو القصد بقدر ما يركز على وجوب حصول التوازن بين قيمة ما يجنيه صاحب الحق من منفعة جراء مباشرته لحقه وبين ما يلحق الغير من إضرار، فإن كانت تلك الفائدة يسيرة والضرر الذي يصيب الغير كبيرا عدّ صاحب الحق متعسفا وقامت مسؤوليته، وألزم بتعويض الغير، أو بتعبير آخر لا يكف أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو كانت مشروعة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر جراء استعمال هذا الحق، إما إذا كانت تافهة بحيث لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق الغير، فيكون استعمال الحق هنا أمرا غير مشروع، ويعدّ صاحبه متعسفا.**

وهذا المعيار مبني على أصل مقرر في الفقه الإسلامي وهو (النظر في مآلات الأفعال ونتائجها)، ومفاده أن الفعل لو كان له نتيجتان متعارضتان، وكانت المفسدة فيها مساوية للمصلحة أو راجحة عليها، عدّ الفعل غير مشروع، فما بالك لو كانت المصلحة ضئيلة أو تافهة مقارنة بالمفسدة المترتبة عن هذا الفعل؟ ومنه يمكن القول في هذا الصدد أن اختلال التوازن هو علة التعسف. ومن أمثلة ذلك شخص تجاوز حدود ملكيته بحسن نية بحيث بنى على أرضه عمارة وعلى جزء يسير جدا من أرض جاره، فإذا تمسك هذا الأخير بهدم البناء كلي يكون متعسفا في استعمال حقه، لأن الإضرار التي ستلحق بصاحب العمارة نتيجة هدمها كبيرة جدا بالمقارنة مع الفائدة التي سيجنيها هذا الجار من استرجاعه تلك المساحة اليسيرة التي بنى عليها صاحب العمارة، وعلى القاضي إلزام هذا الجار بالتنازل على هذا الجزء اليسير نظير تعويض عادل. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 788 من التقنين المدني على أنه: (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل) ومن الإشكالات القانونية التي يمكن أن تثار في هذا الصدد حالة تساوي الفائدة التي يجنيها صاحب الحق مع الضرر الذي يلحق الغير فهل يمكن للقاضي أن يعتبره متعسفا؟ وقد حسم الفقه هذا الإشكال باتفاقه على عدم وجود تعسف هذا الفرض، كما يظهر أن المشرع فصل كذلك في الأمر حينما اعتبر قيام حالة التعسف مقرونا بحصول صاحب الحق على فائدة قليلة مقارنة

بالضرر الذي يلحق الغير. وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات كثيرة لهذا المعيار لعلّ من أهمها هدم الحائط الفاصل بين ملكين، التي وردت في الفقرة الثانية من المادة 708 من التقنين المدني على أنه: (... غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) وهذا النص مثال واضح عن تقييد الملكية لمصلحة الغير، إقراراً للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية. كما قضت المادة 881 من القانون المدني بأنه: (يجوز لمالك العقار المرتفق أن يتحرر من الارتفاق كلّه أو بعضه إذا فقد الارتفاق كلّ منفعة للعقار المرتفق: أو إذا لم تبقى له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به) ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار نذكر ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (2009/968) الصادر بتاريخ 2009/09/30 الذي جاء فيه: (وحيث أن تشغيل شركة مصانع الاسمنت لمصانعها وما يتطير منها من غبار يتساقط على الأرض المجاورة، يشكل فعلاً ضاراً بالأرض وما يتواجد فيها من أشجار وبناء، وأنّ هذا الفعل يوجب الضمان على الشركة طبقاً لأحكام المادة (256) من القانون المدني، وحيث أثبتت الخبرة الفنية أن هناك ضرراً لحق بعقار المدعية ناتج عن أعمال قامت ب المدعى عليها، وأنّ الغبار الناتج عن عمليات التصنيع والإنتاج يتطير باتجاه القطعة، ويلاحظ بشكل واضح على الأجزاء الإنشائية، وسطح البناء، وبالتالي فإنّ المدعية تستحقّ التعويض عن هذا الضرر).

**ثالثاً : عدم مشروعية المصلحة التي يهدف صاحب الحقّ لتحقيقها لا يكفي أن يبتغي صاحب الحقّ تحقيق مصلحة معيّنة عند استعماله لحقه، بل لا بدّ أن تكون هذه المصلحة المقصودة مشروعية، ذلك أن الحقوق إنما قررت لتحقيق مصالح مشروعية فإن انحرف صاحب الحق عند استعمال حقه و أراد تحقيق مصلحة غير مشروعية عدّ فعله هذا تعسفاً في استعمال الحق.** والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة (فائدة غير مشروعية) بخلاف التشريعات العربية الأخرى التي استعملت عبارة (مصلحة غير مشروعية) ولا ريب أن مصطلح مصلحة أشمل من مصطلح فائدة التي توحى بأنّ المقصود بها المصلحة المادية دون غيرها من المصالح الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية. ويمكن اعتبار هذا المعيار أوسع المعايير من حيث التطبيقات العملية، باعتبار أن استعمال الحقوق يجب أن يكون مشروعاً حتى يكون جديراً بالحماية القانونية. وهذا المعيار يمكن عدّه معياراً موضوعياً بالنظر لكونه مرتبطاً بالنتائج والغايات من استعمال الحقّ، غير أن نية صاحب الحق لها أثر في الكشف عن غايته وهي تحقيق مصلحة غير مشروعية، لذا اعتبر بعض الفقهاء هذا المعيار مزيجاً من العنصر الشخصي والعنصر المادي، لأنّ نية صاحب الحق تثبت صفة عدم المشروعية عن استعماله لحقه وقد تنفيها، وهذا المعنى أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري حيث ورد فيها (: إن معيار المصلحة غير المشروعية إذا كان مادياً في ظاهره، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة) ومن أمثلة هذا المعيار أن يطلب رب العمل من أحد العمال القيام بأمر غير مشروع تحت طائلة فسخ عقده، أو فصل عامل بسبب نشاطه النقابي، ومنه أيضاً أن يتخذ أحدهم من داره وكراً لممارسة أفعال غير أخلاقية، أو أن يعمد مالك أرض مجاورة للمطار بوضع أسلاك شائكة تعرقل حركة الطائرات هذا يجبر شركة الطيران على شراء أرضه بثمن مرتفع. ومن أمثله أيضاً أن يطلب المالك من مستأجر السكن إخلاءه بحجّة حاجته لاستعماله من خلال السكن فيه، بعد أن حاول زيادة الأجرة بشكل مبالغ فيه ولم يفلح في ذلك، فهنا يعدّ متعسفاً في استعمال حقه لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعية.

ومن التطبيقات التشريعية ما ورد في المادة 187 من التقنين المدني الجزائري التي ورد فيها: (إذا تسبب الدائن بسوء نيّته وهو يطالب بحقه في أطاله أمد النزاع فللقاضي أن يخفّض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر) ومفاد النصّ أن الدائن الذي يبتغي زيادة المبلغ التعويض من خلال إطالة أمد النزاع عند مطالبته بحقه، فيعدّ قصده هذا غير مشروع، والمصلحة التي يرمي إليها غير مشروعية، وبالتالي يعامل

بنقيض قصده حيث يخفض مبلغ التعويض عن الفترة التي طال فيها زمن النزاع بدون مبرر مقبول أو لا يستفيد منه كلياً. ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات المتحدة بتاريخ 27 مارس 1994 من أن: الفعل المنسوب إلى الطاعنة يشكّل ضرباً من ضروب التعسف في استعمال الحقّ، فلا يؤثر استعمال المدرسة أو المديرية حقّها استيفاء المصروفات المدرسية، أن تحول دون مستقبل الطلبة، إذ أنها فصلت الطالبتين في وقت معاصر لأداء الامتحان، ولم يعد أمامهما أن يستدركا دراستهما، فاستعمال الحقّ الذي تدّعيه الطاعنة المفوضة من المدرسة يجب أن لا يستعمل بشكل تعسّفي، وأياً ما كانت نتيجة الطالبتين نجاحاً أو رسوباً فلا يخلو استعمال هذا الحقّ من التعسف، وأمر النجاح الرسوب يحسب في ترتيب التعويض، كآثر من آثار التعسف

### المبحث الثامن إثبات الحق

الحق لا يحتاج إلى إثبات إلا إذا كان هناك نزاع يهدده، وفي هذه الحالة من المعتاد أن يلجأ صاحب الحق إلى رفع دعوى قضائية ويلزمه القاضي عند الادعاء بتقديم الدليل على وجود الحق وهذا الدليل هو ما نقصده من عبارة طرق إثبات الحق.

#### المطلب الأول: التعريف بالإثبات و أهميته :

هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجوده. فكل من له حق ينازعه فيه آخر، عليه إثباته. واستناداً إلى هذا التعريف فالمقصود بالإثبات الذي يتعلق بالحق هو الإثبات القضائي وليس الإثبات العلمي الذي يهدف إلى إقامة الدليل على صدق نظرية علمية معينة. للإثبات أهمية عملية كونه أداة لتسوية المنازعات بين الأفراد بشأن حقوق يدعونها، حيث يتعين على المدعي بالحق تقديم الدليل على وجود هذا الحق، وتكمن أهمية الإثبات فيما يلي:

- يعتبر وسيلة لحماية الحق.

- يعتبر أداة للفصل في الخصومات.

يقوم الإثبات على مجموعة من المبادئ،<sup>1</sup> أهمها: مبدأ حياد القاضي، ومبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضده إلا في حالات معينة مثلما نصت عليه أحكام المادة 73 من ق إ م إ بقولها: " يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أي وثيقة محجوزة لدى الغير بناء على طلب أحد الخصوم حتى ولم يكن طرفاً في العقد".

كما يقوم الإثبات على مبدأ عدم جواز اصطناع الدليل، ومبدأ حق الخصم في الإثبات وتقديم ما لديه من الأدلة، ومبدأ تمكين كل خصم مناقشة الدليل المقدم من خصمه.

#### المطلب الثاني وسائل الإثبات

نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات في المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني والمواد من 70 إلى 193 من ق إ م إ. وتتمثل هذه الطرق أساساً في: الكتابة، البيّنة، القرائن، الإقرار، اليمين، الخبرة والمعايينة.

الفرع الأول الكتابة (المحررات): : قبل اكتشاف الكتابة كانت البيّنة تحتل الصدارة في مجال الإثبات لكن مع اكتشاف الكتابة تضاءل دور البيّنة خاصة في العصر الحديث الذي يمنحها

1 عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 560

القوة الثبوتية المطلقة انطلاقاً من مقولة أن الكتابة تبقى والكلمات تزول، وتعود أهمية الكتابة إلى وضوحها كدليل إثبات مع ديمومتها، حيث تبقى حتى بعد وفاة من حررها أو من وقع عليها، كما أن الكتابة تنفادي عيوب البيئة كخطر النسيان أو خطر شهادة الزور<sup>1</sup>. يعتبر الدليل الكتابي من أهم أدلة الإثبات، ويمتاز عن بقية الوسائل الأخرى بإعداده مقدماً، 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 ذوي 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

### تتخذ المحررات نوعين:

(أ) محررات رسمية ومحررات عرفية، فأما الرسمية منها فقد عرفت أحكام المادة 324 من القانون المدني بنصها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وفق ما تمّ لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

وانطلاقاً من التعريف التشريعي للمحرر الرسمي يجب توافر ثلاثة شروط في الورقة الرسمية:

1. صدور المحرر الرسمي عن موظف عمومي أو ضابط عمومي (موثق) أو شخص مكلف بخدمة عامة،
2. أن يكون صدور المحرر في حدود سلطته واختصاصه،
3. مراعاة الأشكال القانونية في تحرير المحرر الرسمي،
4. أن يكتسب المحرر الرسمي قوة ثبوتية مطلقة.

(ب) المحررات العرفية، والتي يقصد بها كل ورقة مكتوبة يحررها أطراف عاديين دون تدخل أطراف رسمية، وتنقسم إلى محررات عرفية معدة للإثبات، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات، فأما تلك المعدة للإثبات، فقد عرفها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 327 ق م، والتي تشترط شرطان لانعقاد المحرر العرفي المعد للإثبات وهما: شرط الكتابة وشرط التوقيع. أما المحررات العرفية غير المعدة للإثبات، فقد عددها بموجب أحكام المواد من 329 إلى 332 من القانون المدني، وتتمثل في: الرسائل، البرقيات، الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق المنزلية، التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.

**الفرع الثاني : الإقرار يعرف الإقرار بأنه اعتراف شخصي بادعاء يوجهه إليه شخص آخر، كما يعرفه المشرع الجزائري بنص المادة 341 ق م " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة". هو اعتراف شخص أمام القضاء بواقعة معينة، مدعى عليه بها لأخر بقصد اعتبار هذا الأمر ثابتاً في**

1 عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 560

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، أم إذا وقع خارج المحكمة فيخضع لتقدير القاضي. ومع أن الإقرار سيد الأدلة كما يقال، إلا أنه يعتبر حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، بحيث يؤخذ به المقر وحده دون سواه لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه.

**الفرع الثالث 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 احتكاماً إلى ضميره وحسماً 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 ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، وبخلاف اليمين الحاسمة، لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه هذه اليمين أن يردها على الخصم الآخر، ولكونها دليلاً غير كامل فالقاضي لا يتفقد بها. ويسمى باليمين الحاسمة لأنها تحسم النزاع، وهي اليمين التي توجه من أحد الخصمين للآخر بقصد حسم النزاع، وذلك ما عرفته المادة 343 ق م بقولها: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر.."

**الفرع الرابع البيينة أو شهادة الشهود** إن شهادة الشهود هي التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير، ويجب أن تكون هذه الواقعة المصرح بها وصلت إلى علم الشاهد بسمعه أو بصره، كأن يسمع تعاقدًا بين طرفين فيشهد بما سمع أو رأى، وهي إخبار من شخص ليس خصماً في مجلس القضاء بإجراءات معينة منها حلف اليمين بما رآه أو سمعه، أو أدركه بحاسة من حواس الإدراك<sup>1</sup>. ويشترط في الشاهد أن يكون راشداً متمتعاً بكامل الأهلية، كما تقبل شهادة المميز وتسمع شهادته بدون يمين وتكون على سبيل الاستدلال، كما يشترط في الشاهد ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة جنائية لم تنقض مدتها بعد، وتسمع على سبيل الاستدلال. وتوجد حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، وذلك في المواد التجارية (م 333 ق م)، الوقائع المادية، التصرفات المدنية التي لا تتجاوز مائة ألف دينار. وهي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، وتسمى البيينة 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.

**الفرع الخامس القرائن :** القرينة هي ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول، وبذلك تعتبر القرائن أدلة غير مباشرة، حيث لا ينص الإثبات فيه مباشرة على الواقعة محل التعدي، وإنما على واقعة أخرى بديلة. هي أمر يستخلصها القانون أو القاضي لأمر مجهول من واقعة معلومة، وهي أنواع:

كما تنقسم القرائن إلى قرائن قضائية وأخرى قانونية، فأما القضائية منها فهي ما نصت عليه المادة 340 ق م: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون..."، (مثال: م. 499 مدني) الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك". وأما القرائن القانونية فهي التي يستنبطها المشرع من حالات يغلب وقوعها، وقد نصت

1 عجة الجبالي، مرجع سابق، ص 561

المادة 337 ق م على أن: " القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات... " ومعنى ذلك أن القرينة إذا وجدت في صالح المدعي فإنها تعفيه من عبء الإثبات المباشر الذي كان مكلفا به. وتنقسم القرينة القانونية أيضا 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 ما تقرره. 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 السادس الخبرة القضائية** أصبحت الخبرة طريقا من طرق الإثبات لاسيما في بعض المسائل الفنية الدقيقة التي يصعب على القاضي إدراكها<sup>1</sup> والوقوف على حقيقتها دون الاستعانة بخبير أخصائي، إذا فالخبرة هي وسيلة للتحري في جميع فروع القضاء سواء منها المدني أو الجنائي أو التجاري أو الإداري، وتتنوع الخبرة فمنها الخبرة للمرة الأولى، الخبرة المضادة، الخبرة الجديدة، الخبرة التكميلية.

**الفرع السابع المعاينة** يقصد بالمعاينة انتقال القاضي أو من يكلفه من أعوان القضاء كالمحضرين إلى مكان النزاع لمعاينته بنفسه أو بموجب أمر صادر عنه (م 146 ق إ م إ)، واعتبر المشرع المعاينة كطريقة من طرق الإثبات يلجأ إليها القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم لإثبات واقعة مادية تستوجب معاينتها للفصل في النزاع.

### المطلب الثالث عبء الإثبات.

إن 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"، 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 الامور هو الظاهر، كمن يضع يده على شيء يعتبر صاحب حق عليه، ومن يدعي ملكية ذلك الشيء فعليه أن يثبت ذلك.

### المبحث التاسع الحماية القانونية للحق

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

إذا وقع اعتداء على حق من الحقوق خوّل القانون وسيلة لصاحب الحق من أجل حمايته، وهي الدعوى التي ترفع أمام القضاء محاولا إثباته، وسوف نتعرض في المطلب الأول لوسائل حماية الحق، وفي المطلب الثاني لطرق إثباته. المطلب الأول: وسائل حماية الحق. الدعوى هي وسيلة حماية الحق، والتي يرجع إليها المدعي لتحريك القضاء للحصول على تقرير حقه أو حمايته. والدعوى التي يحرّكها الشخص للدفاع عن حقه، إما دعوى مدنية أو جزائية

**المطلب الأول: 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 بناء على طلب المضرور. ويترتب على ذلك: أنّ الدعوى المدنية هي وسيلة حماية الحقوق الخاصة

1 عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 560

والمالية.رفعها هو حق لصاحب الحق حسب رغبته، فله الحق في التنازل عن حقه، والتصالح بشأنه - يتم تحريكها بإتباع الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

ويشترط لقبول الدعوى المدنية شروطا ثلاثة، وهي:

**الفرع الاول : 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 الإحتمالية في أحوال معينة فقط. ولا دعوى حيث لا مصلحة *pas d'intérêt pas d'action*.

**الفرع الثاني الصفة :** هي أن تنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق في الدعوى، وسلبا لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته. وقد يمنح القانون شخصا آخر غير صاحب الحق أو نائبه الحق بمطالبة المدين بالدين، كما لو كان للمدعي مصلحة شخصية في رفع الدعوى. مثال: الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة .

**الفرع الثالث أهلية التقاضي.**

**الفرع الرابع ألا يوجد قانونا ما يمنع سماعها، والمنع القانوني قد يكون:**

**اولا : المانع شكلي :** كتحديد مواعيد معينة ترفع خلالها الدعوى. فاذا تجاوز المدعى هذه المواعيد، كانت دعواه غير مقبولة

**المانع الموضوعي :** كسبق الفصل في موضوع الدعوى، فيمنع من قبول الدعوى التي سبق الفصل فيها من جديد، حتى لو قَدِّمت 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 فسيبب له الضرر، مطالبا إياه بالتعويض عن هذا الضرر. فوسيلة الحماية في الحقوق الشخصية قد يكون إمّا التنفيذ العيني كإجبار المدين على أداء موضوع الإلتزام سواء كان عملا أو إمتناع عن عمل، وقد يكون التنفيذ بطريق التعويض عند تعذر تنفيذ الإلتزام عينا، أو التأخير فيه<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني الدعوى الجزائية :** أساسها هو المسؤولية الجنائية، والتي تقوم جزاء الإضرار بمصالح المجتمع باعتبار أن آثار الإعتداء تتجاوز الضحية إلى المجتمع، كالإعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان، كحقه في سلامة جسمه بالتعدي عليه بالضرب أو الجرح أو القتل، أو يكون هذا الإعتداء ماسا بشرفه، كالجرائم المتعلقة بهتك العرض والقذف... ويتم في هذه الدعوى توقيع عقوبة على المسؤول عقابا له وردعا 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 أن للضحية بسبب الجريمة التقدم بدعواه المدنية إلى المحاكم الجزائية، تبعا للدعوى الجنائية، مطالبا إياها بالحكم له بالتعويض. وهنا يتعيّن وقف سير الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية عملا بقاعدة أن "الجنائي يوقف المدني.."

### المبحث العاشر : إنقضاء الحق

لا تبقى الحقوق قائمة إلى الأبد، بل لابد من حصول وقائع أو تصرفات كأسباب كسبها تماما يترتب عليها إنقضاء هذا الحق، والوقائع سواء كانت تلك طبيعية أو قانونية، أما التصرف القانوني فهو كل عمل إرادي اتجه لإحداث أثر قانوني معين. فإذا كان هذا الأثر القانوني هو إنشاء حق فقد تنصرف الإرادة إلى إنهاء حق قائم فينقضي، والانقضاء هنا أثر قانوني يرتبه القانون إعمالا

1 اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق، 274

للإرادة. وتنتظر فيما يأتي بإيجاز إلى انقضاء الحق في الحقوق العينية، والحقوق الذهنية، ونفصل بعض الشيء في انقضاء الحقوق الشخصية.

**المطلب الأول: إنقضاء الحق العيني:** ينقضي الحق العيني إذا انقضت الأسباب الناقلة له، وهي أسباب انقضاء بالنسبة للسلف، وأسباب اكتساب بالنسبة للخلف. وينقضي الحق العيني التبعي، تبعاً لانقضاء الحق الشخصي الضامن له، وقد ينقضي بصفة أصلية كما في حالة هلاك الشيء المرهون وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 965 مدني

**المطلب الثاني: إنقضاء الحق الذهني:** ينقضي الحق الذهني بانقضاء مدة معينة تختلف من دولة 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 حسب أغلب القوانين الحديثة<sup>1</sup>، ولقد نصت المادة (68) من قانون حق المؤلف على أنه "توضع المؤلفات التي أصبحت ملكاً للجمهور تحت حماية الدولة". ولقد حدّد القانون الجزائري مدة انقضاء الحق الذهني بخمس وعشرين (25) سنة من وفاة المؤلف و هو الأجل الذي نصت عليه اتفاقية جنيف سنة 1952. فلصاحب الحق أن يستغل مالياً ثمرة فكرة طوال حياته، و تؤول من بعده إلى ورثته، و بعد مضي مدة (25) سنة يسقط الجانب المالي للحقوق الذهنية بالنسبة للورثة، غير أن المقنن الجزائري نص في المادة 68 من قانون حق المؤلف أن المؤلفات التي أصبحت ملكاً للجمهور توضع تحت حماية الدولة.

ومن ثمة فلا بد من الحصول على ترخيص من وزارة الثقافة والاتصال في هذا الشأن، و يكون بالتالي لأي كان يستفيد مالياً منه دون أن يلتزم بأي مقابل نحو الورثة .

**المطلب الثالث: إنقضاء 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، وإتّما يحصل على ما يقابله أو يساويه، فينقضي الحق باستيفاء ما يعادله، وقد ينقضي الحق بطرق أخرى دون الحصول عليه بذاته أو بمقابل

**الفرع الأول: إنقضاء الحق باستيفائه.** المقصود باستيفاء الحق ذاته التنفيذ العيني، أي قيام الملتزم بأداء الحق إلى صاحبه، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الحق وانتهائه، وذلك عن طريق استيفائه ذاته، أي عن طريق وفاء المدين لما التزم به، كما لو قام المقترض برد المال إلى المقرض إنقضى حق هذا الأخير، وانتهى التزام المقرض بالوفاء. نظم التقنين المدني أحكام الوفاء في المواد من 258 إلى 284 من القانون المدني.

طرفا الوفاء : الموفى هو المدين أو نائبه أو شخص آخر كالكفيل وحائز العقار المرهون . الموفى له: هو الدائن أو نائبه أو خلفه العام كالوارث أو خلفه الخاص كالمحال إليه.

محل الوفاء: يجب الوفاء بالمحل ذاته لا بشيء آخر، وبه كله لا ببعضه، 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 .

**الفرع الثاني: إنقضاء 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:

**أولاً الوفاء بمقابل:** قد يستوفي الدائن حقه بشيء آخر بدلاً من المحل الأصلي، وذلك باتفاق الدائن والمدين كاستيفاء مبلغ من النقود بدلاً من ملكية عقار (م 285 مدني

1 فرج عبد الاله ، مرجع سابق ، ص 460

**ثانياً التجديد:** يقصد به اتفاق صاحب الحق والملزم به على استبدال حق قديم بحق جديد، فيترتب على ذلك إنقضاء الحق القديم وإنشاء حق آخر جديد يختلف عنه إما في محله أو سببه أو أحد أشخاصه<sup>1</sup>، ويتم تجديد الحق بإحدى الصور الثلاث، م289 مدني وهي

**الصورة الأولى:** تغيير محل الحق ومضمونه بين طرفي الحق، فينقضي بذلك الحق الأصلي ويحل محله الحق الجديد.

**الصورة الثانية:** تغيير المدين، وذلك باتفاق بين الدائن مع الغير بأن يحل هذا الأخير محل المدين الأصلي، أو باتفاق بين الدائن والمدين على أن يحل شخص أجنبي محل المدين الأصلي.

**الصورة الثالثة:** بتغيير الدائن إذا تم الإتفاق بين الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد. ولا يفترض التجديد بل يجب الإتفاق عليه صراحة، أو استخلاصه بوضوح من الظروف (م289 مدني)

**رابعاً الإنابة:** وتتم باتفاق ثلاثة أشخاص: الغير ويسمى المناب، والمدين ويسمى المنيب، والدائن ويسمى المناب لديه. وتكون هذه الإنابة في الحالات التي يحصل فيها المدين على موافقة الدائن بقبول الوفاء بالحق من شخص ثالث.

**خامساً المقاصة:** هي عبارة عن تصفية حسابية بين الحقوق والإلتزامات من جانب الطرفين، إذا كان احدهما دائن للآخر ومدين له في نفس الوقت، وقد نظم المقتن الجزائري احكام المقاصة في المواد من 297 إلى 303 من القانون المدني. إتحاد الذمة: هو إجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد، فينقض بذلك هذا الحق بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة (م304 مدني)

**الفرع الثالث انقضاء الحق دون الوفاء به.** قد ينقضي الحق رغم عدم استيفاء صاحبه له سواء بذاته أو بما يعادله، ويتمثل ذلك في:

**اولاً الإبراء:** هو تنازل الدائن باختياره عن حقه بدون عوض أو مقابل، ويعتبر من أعمال التبرع، وتسري عليه الأحكام الموضوعية التي تسري على التبرع. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، والذي له أن يقبله فيتم، أو يرفضه فيصبح باطلا (المادتين 305، 306 مدني).

**ثانياً إستحالة الوفاء:** يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً بسبب 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، وحدثها جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، الأمر الذي أدى إلى إنقضاء الحق وزواله دون استيفائه. وقد أورد القانون المدني استحالة الوفاء كسبب لانقضاء الحق في المادة 307.

**ثالثاً التقادم:** يقصد به مرور مدة زمنية معينة في القانون بنص خاص، ينقضي بها الحق إذا لم يقم صاحبه بالمطالبة به عن طريق القضاء، فإذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه خلال هذه الفترة المحددة بنص قانوني، فإن حق الدائن ينقضي ولا يعود بإمكانه إرغام المدين على الوفاء. وقد نص القانون المدني الجزائري على نوعين من التقادم، التقادم المكسب، وذلك في الحقوق العينية حسب المادة 827 وما بعدها، والتقادم المسقط وذلك في الحقوق الشخصية حسب المادة 308 وما بعدها

<sup>1</sup> جمال رواب، مرجع سابق /، ص 77

## خاتمة

نظرية الحق بكل جزئياتها من المحاور التي تشكل دعامة لا غنى عنها لطلبة الحقوق كونها الأساس و القاعدة الى جانب نظرية القانون حيث من شأنها ترسيخ اللبنة الأساسية التي تسهل على الطلبة المراحل المتتالية لسنوات التدرج و ما بعد التدرج

حيث انها في تماس مع اغلب المقاييس التي سيتناولها الطلبة في مراحلهم المقبلة كنظرية العقد او الدولي الخاص او العقاري او الصفقات العمومية,,, لذلك يتعين على الطلبة استغلال مرحلة دراسة هتن النظريتين لتوظيفها بالشكل الامثل .

## قائمة المصادر و المراجع:

اولا المصادر 1/القران الكريم  
ثانيا التشريعات

1. المرسوم الرئاسي رقم 20/442 والموقع في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري. الجريدة الرسمية، العدد 82

2. الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

### الكتب

1. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
2. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للالتزام (مطبعة عيتاني الجديدة، بيروت، دون تاريخ).
3. حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، القسم الثاني- النظرية العامة للحق (مكتبة مكاي، بيروت 1977)
4. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود (الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، القاهرة 1998)
5. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة (منشورات المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، د.ت).
6. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، د.ت)
7. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي (مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، بيروت 1953-
8. علي فيلاي، "الالتزامات الفعل المستحق للتعويض"، الطبعة الثانية، موفر للنشر، الجزائر، 2007.
9. شوقي ضيف، المعجم القانوني (مجمع اللغة العربية، القاهرة 1999).

10. شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2001.
11. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت 1984).
12. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت 1977).
13. فتحي عبد الرحيم عبد الله و أحمد شوقي محمد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2001
14. فرج كريم عبد اللاه ، المدخل للعلوم القانونية الجزء الثاني نظرية الحق ، القاهرة 2016
15. فريدة محمدي زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1998
16. محمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، رمضان وإخوانه للطباعة والتجليد،
17. محمد حسين منصور، مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، رمضان وإخوانه للطباعة والتجليد
18. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون ونظرية الحق، دار العلوم، 2006،
19. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية - دراسة مقارنة (دار الجاحظ للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، دمشق 1995).
20. - مصطفى العوجي، القانون المدني - المسؤولية المدنية - الجزء الثاني (مؤسسة بحسون، الطبعة الأولى، بيروت 1996)
21. نبيل سعد إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2001
22. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون (مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق 1986- محاضرات
- رواب جمال ، دروس في نظرية الحق ، القيت على طلبة السنة الأولى جذع مشترك ، جامعة خميس مليانة
- موقع الموسوعة العربية : <http://arab-ency.com.sy/law/detail/163347>

## فهرس المحتويات

	مقدمة
4	المبحث الأول مفهوم الحق
4	المطلب الأول التعريف بالحق
4	الفرع الأول مدلول مصطلح الحق
5	الفرع الثاني : تمييز الحق عما يشابهه
6	المطلب الثاني : وجود نظرية الحق
6	الفرع الأول نظرية الحق عند الفقيه الفرنسي ليون ديجي Léon Duguit
7	الفرع الثاني : نظرية الحق عند الفقيه كلسن Kelsen

7	الفرع الثالث تعريف الحق وفق النظريات التقليدية
11	المبحث الثاني أنواع الحق:
11	المطلب الأول الحقوق السياسية والحقوق مدنية
12	المطلب الثاني الحقوق العامة والحقوق الخاصة
13	المطلب الثالث حقوق الأسرة والحقوق المالية
33	المطلب الرابع الحقوق المعنوية و الأدبية أو الفكرية
41	المبحث الثالث أركان الحق:
43	المبحث الرابع : أشخاص الحق
43	المطلب الاول الشخص الطبيعي
43	الفرع الاول : بداية و نهاية الشخص الطبيعي الشخصية القانونية
46	الفرع الثاني : عناصر الشخصية القانونية للشخص الطبيعي
56	المطلب الثاني : الشخص المعنوي أو الاعتباري
57	الفرع الاول : بداية و نهاية الشخص المعنوي الشخصية القانونية
58	الفرع الثاني : عناصر الشخصية القانونية للشخص المعنوي
60	الفرع الثالث : أنواع الشخص المعنوي
62	الفرع الرابع عناصر تكوين الشخص المعنوي
63	المبحث الخامس مصادر الحق
63	المطلب الأول الواقعة القانونية
64	المطلب الثاني التصرف القانوني كمصدر للحق
67	المبحث السادس محل الحق
68	المطلب الاول : محل الحق الشخصي
70	المطلب الثاني: محل الحق العيني
82	المبحث السابع: استعمال الحق
83	المطلب الاول مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق
87	المطلب الثاني نظرية التعسف في الفقه القانوني الحديث
88	المطلب الثالث نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
90	المطلب الرابع نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري
97	المبحث الثامن إثبات الحق
97	المطلب الأول: التعريف بالإثبات و أهميته
97	المطلب الثاني وسائل الإثبات
101	المطلب الثالث عبء الإثبات.
102	المبحث التاسع الحماية القانونية للحق
102	المطلب الأول الدعوى المدنية

103	المطلب الثاني الدعوى الجزائية
<b>104</b>	<b>المبحث العاشر : إنقضاء الحق</b>
104	المطلب الاول : إنقضاء الحق العيني
104	المطلب الثاني : إنقضاء الحق الذهني
105	المطلب الثالث إنقضاء الحق الشخصي