



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلاي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.
قسم الحقوق.

محاضرات في نظرية الحق
موجهة لطلبة السنة الأولى ليسانس حقوق

إعداد: الدكتور: حميد فلاح

السنة الجامعية: 2020/2019

مقدمة

يعد القانون بمثابة مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص في البيئة الإجتماعية على وجه الإلزام بحيث تكون مقترنة بجزء يفرض احترامها وتنفيذها على المخاطبين بأحكامها، وعليه فالسلوك الذي يهتم القانون بتنظيمه يتمثل في مختلف العلاقات القانونية التي تثور بين الأفراد داخل المجتمع أو بينهم وبين الدولة ومن ثم فإن أساس دراسة العلاقات القانونية يتم في إطار نظرية الحق وأيضا نظرية الإلتزام، حيث يعود للنظريتين تحديد ما للشخص من حقوق وما يقع عليه من التزامات.

ويعتبر تقرير الحقوق وفرض الإلتزامات و الواجبات المقابلة لها وسيلة القاعدة القانونية في تنظيم علاقات الأفراد، كما يمكن القول أن تقرير الحقوق المختلفة هو غالية القانون حيث يحدد ما يتمتع به الأفراد من حقوق ويفرض على الغير واجبات و إلتزامات باحترامها، وعليه تعتبر دراسة نظرية الحق دراسة شاملة للقانون، وتكتسي نظرية الحق أهمية بالغة على الصعيد النظري و العلمي بالنسبة للطلبة السنة الأولى من حيث اعتبارها الإطار العلمي لتفاعل المفاهيم و المصطلحات القانونية التي تنمي الرصيد المعرفي في التخصص علاوة على اعتبارها النظرية الأكثر تكويننا للمنطق القانوني للدارس طالما تتصل بفرعي القانون سواء كان القانون العام خاصة القانون الدستوري أو القانون الخاص كالقانون المدني الذي نص على الكثير من الحقوق بل يعود إليه الأصل في تفعيل أحكام هذه النظرية من خلال الوسائل التي كفلها لحماية الحق في شكل دعاوى مختلفة وأيضا بيان الوسائل التي يمكن على أساسها للشخص إثبات حقه أمام القضاء حال الاعتداء عليه.

من هذا المنطلق ستحاول هذه الدراسة الوقوف بالشرح والتحليل لعديد المفاهيم والمصطلحات التي يستفيد منها الطالب في تكوين المنطق القانوني من خلال نظرية الحق أساسا معتمدين من الناحية المنهجية على أربعة أبواب.

فقد جاء الباب الأول بعنوان: التعريف بالحق وبيان أنواعه ومن خلاله استعرضت هذه الدراسة محاولة مختلف المذاهب تحديد تعريف جامع ومانع للحق كقيمة إيجابية يتمتع بها الشخص مبرزين في ذلك جملة المآخذ الموضوعية التي لحقت بكل طرح فقهي بهذا الخصوص، علاوة على عرض شامل لأنواع الحقوق وتقسيماتها الحديثة أهمية تقرير هذه التقسيمات فقها وقانون.

أما **الباب الثاني**، فقد فُحص لعرض أركان الحق التي تكتسي أهمية بالغة من الناحيتين القانونية و العملية ، حيث شملت الدراسة الشخص الطبيعي من خلال بيان فكرة بداية ونهاية الشخصية القانونية له علاوة مناقشة مميزات الشخصية القانونية من اسم و الحالة و الموطن و الأهلية بمراحلها المختلفة وأحكامها كل هذا بالرجوع إلى الأحكام المرعية في القانون المدني و قانون الأسرة، كما تعرضت الدراسة إلى الشخص الاعتباري بتعريفه وأنواعه ومسألة بداية ونهاية الشخصية القانونية لهذا الشخص، كما عرجت الدراسة على المحل بتعريفه وتحديد شروطه القانونية.

أما **الباب الثالث**، فتعرضنا من خلاله لمصادر الحق، حيث حددت الدراسة من خلاله طبيعة المصادر المستقرة في التشريع والفقهاء والتي تنتج الحق سواء كانت الواقعة القانونية أو التصرف القانوني، حيث تعرضت الدراسة إلى شروط انعقاده وصحته والأثر المترتب عن تخلفهما إضافة إلى تحديد أنواع التصرفات القانونية.

واختتمت هذه الدراسة **بالباب الرابع** بعنوان إثبات الحق وحمايته واستعماله وانقضائه، حيث ناقشت مسائل متعددة منها طرق إثبات الحق و أهميتها القانونية، علاوة على وسائل الحماية المقررة قانوناً وشروط اللجوء إليها من صاحب الحق، كما تم التعرض إلى استعمال الحق حيث ناقشت الدراسة فكرة مقتضاها حدود الاستعمال المشروع للحق على ضوء تكريس نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري وبيان شروط تطبيقها مع إبداء الملاحظات بخصوص تبويب أحكامها في القانون المدني، وانتهت هذه الدراسة ببيان طرق انقضاء الحق المختلفة وبيان شروطها وأحكامها.

الباب الأول تعريف الحق وبيان أنواعه

نتناول في هذا الباب تعريف الحق، وأنواع الحقوق المختلفة وذلك في فصلين متتالين حيث نخصص الفصل الأول لعرض مختلف التعاريف التي حظي بها الحق، أما الثاني فنتناول من خلاله أنواع الحقوق المختلفة.

الفصل الأول تعريف الحق

اختلف الفقهاء في تعريفهم للحق وترتب على هذا الاختلاف ظهور عدة مذاهب منها:

أولاً: المذهب الشخصي (النظرية الإرادية)

يعتبر الفقيه صافيني صاحب هذا الاتجاه وعرف الحق إنطلاقاً من صاحبه ومن ثم فالحق في نظره هو «قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص ويستمدّها من القانون» وعليه فهذا المذهب يجعل من الحق صفة تلحق بصاحبه لذا سمي بالمذهب الشخصي، وبحسبه فإن الإرادة هي المنشأة للحق وهي من تستطيع تعديله علاوة على إنهائه.

لكن هذا المذهب لم يسلم من جملة من الانتقادات الموجهة إليه منها:

- أن اعتبار الحق مرتبط بالإرادة غير واقعي، حيث قد يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة مثل المجنون والصبي غير المميز
- قد تتقرر حقوق للشخص دون علمه أصلاً كالغائب والمفقود والوارث.
- ومن ثم فالحق كعنصر إيجابي ينشأ لصاحبه دون حاجة لإرادته، أما استعمال ومباشرة هذا الحق فلا يكون إلا بإرادة.

- أن المذهب الشخصي يخلط بين الحق في ذاته وبين شرط ممارسته وهو الإرادة، حيث متى تم التسليم أن الإرادة شرطاً ضرورياً لمباشرة الحق فإنها تخرج بطبيعتها عن الحق ذاته فهي وسيلة مقررة لممارسة الحق، وعليه لا يمكن تعريف الحق من خلال ممارسته، حيث يكون لكل من الحق والإرادة طبيعة خاصة

- أن تقرير الحق بأنه سلطة إرادية يتناقض مع واقع وجود أشخاص اعتبارية أو معنوية كالشركات والجمعيات التي تثبت لها الحقوق مثل الأشخاص الطبيعية على الرغم من أن الشخص الاعتباري ليست له إرادة حقيقية، حيث أن إرادة الشخص الطبيعي الذي يعتبر الممثل القانوني للشخص

الاعتباري هي التي تفعل في الميدان وأن الحقوق التي تترتب على النشاط الإداري للشخص الطبيعي الممثل للشخص الاعتباري تتصرف كلها للشخص الاعتباري وليس للشخص المعنوي، وعليه إذا كان الحق هو الإرادة كان لا بد من أن تتصرف للشخص الطبيعي وليس الاعتباري.

ثانياً: المذهب الموضوعي

يعتبر الفقيه الألماني إهرنج من أهم فقهاء هذا المذهب، ويذهب في تعريف الحق من خلال موضوعه وليس من خلال صاحبه، وعليه يكون الحق من منظور هذا المذهب بأنه «مصلحة يحميها القانون» وبذلك يتكون الحق من عنصرين:

أ. **العنصر الموضوعي** (المصلحة) وهو يتصل بالهدف أو الغاية العملية من تقرير الحق ذاته، والمصلحة والمنفعة التي يهدف الحق إلى إقرارها وتحقيقها قد تكون مصلحة ذات طابع مادي أو أدبي.

1. **المصلحة المادية:** وهي ما يمكن تقويمها بالنقود كالمصلحة التي تعود على الشخص من ملكيته لقطعة أرض (عقار) فهي مصلحة مادية يمكن تقويمها بالنقود.

2 **المصلحة الأدبية:** وهي مالا يمكن تقويمها بالنقود رغم تجاوز أهميتها المصلحة المادية كحق الشخص في صيانة وحماية حرته وشرفه مثلاً.¹

ب. **العنصر الشكلي:** ويتمثل في الحماية القانونية التي تصبغ على هذه المصلحة، فكل مصلحة (حق) تحتاج إلى حماية لضمان التمتع بها، وتتجسد هذه الحماية في الدعوى القضائية التي يمنحها القانون حصراً لحماية هذا الحق وإذا تخلفت هذه الوسيلة فلا يوجد حق، لكن هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من الانتقاد من الأوجه التالية:

- انتقد هذا المذهب لأنه يعرف الحق من خلال غايته (المصلحة)، فإذا كانت المصلحة هي غاية الحق فإنها لا ترقى إلى مرتبة الحق، بمعنى أن المصلحة قد توجد ويتخلف الحق، ومن ثم فالتعريف بالشئ يجب أن ينصب على بيان ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو الغاية منه، ولا يمكن من حيث المنطق أن نعطي للهدف نفس التعريف الذي نعطيه لهدفه، وبعبارة أخرى لا يجب الخلط بين الحق وبين المصلحة التي تعود منه، إذ أن الحق وسيلة لتحقيق المصلحة وبالتالي فهو مختلف عنها ومن ثم يجب أن ينصب التعريف عليه نفسه، فإذا كان الشخص مالكا لمركبة يستعملها في تنقلاته فيكون الاستعمال هو المصلحة التي تعود على مالك السيارة من حقه

¹إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص22.

عليها ولا تقوم إلا إذا قامت الملكية من قبل، وعليه لا يمكن تعريف الملكية بأنها الاستعمال الذي يتحقق لصاحب المركبة، بل يجب التركيز في التعريف على ماهية الملكية وجوهرها .

ومن جانب آخر ليست كل مصلحة بمثابة حق من الحقوق فالمصلحة التي لا يحميها القانون لا تكون حقا وإنما حالة واقعية، ومن ذلك مثلا مصلحة من يحصل على نفقة شهرية من شخص ليس ملزما بدفعها، فالمستفيد من هذه النفقة له مصلحة في استمرارها ولكنه لا يستطيع أن يدعي حقا يسمح له بفرض استمرارها أو التعويض عن قطعها، وكذلك في حالة فرض رسوم على الواردات الأجنبية لحماية للصناعات المحلية، فأصحاب المؤسسات الوطنية يستفيدون من هذه السياسة لأنها تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم ومع ذلك فهم لا يستطيعون إدعاء أي حق على فرض هذه الرسوم أو استمرارها، فمصلحتهم هذه مهما كانت مشروعة لا تكون حقا.¹

- هذا الطرح اعتبر أن الحماية القانونية ركن شكلي لقيام الحق، بحيث أن المصلحة لا تكون حقا إلا إذا حماها القانون وزودها بدعوى وذلك مالا يمكن التسليم به إذ أن الحماية لا يضيفها القانون إلا على الحقوق، بمعنى أنها صفة تثبت لحق قام فعلا، فهي بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق وليست ركن يسهم في قيامه، ويترتب على ذلك عدم صلاحية عنصر الحماية القانونية لتعريف الحق، فلا يمكن أن نقول بأن هناك حقا لأن الحماية مقررة قانونا ولكن العكس صحيح، حيث نستطيع القول أن هناك حماية قانونية عن طريق الدعوى عندما يثبت ويستقر الحق، وعليه فإن الفقيه إهرنج لم ينجح في بيان مقومات الحق الجوهرية وخصائصه الذاتية، فهو يعرف الحق بأشياء خارجة عن كيانه الذاتي، فالمصلحة هدف الحق وغايته وهي سابقة عن وجوده أما الحماية فهي لاحقة على الحق تفترض وجوده.

إلى جانب ذلك فالمصلحة أمر شخصي يختلف من شخص إلى آخر حسب هدف كل واحد من الشيء ذاته.

ثالثا: المذهب المختلط

سمي هذا المذهب بالمختلط لأنه يعرف الحق من خلال محاولة الجمع بين ما هو شرط لمباشرة الحق اعتبارا للمذهب الشخصي وبين ما هو هدف للحق اعتبارا للمذهب الموضوعي بمعنى يعرف الحق بأنه «إرادة ومصلحة في نفس الوقت»

¹ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص265.

ويلاحظ أن أنصار المذهب المختلط وإن كانوا متفقين على عنصرى الإرادة والمصلحة فإنهم اختلفوا حول تغليب أحدهما على الآخر.

فعرف الحق عند من يغلب الإرادة بأنه «قدرة إرادية يمنحها القانون للشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون».

أما من يغلب عنصر المصلحة فيعرف الحق بأنه «مصلحة يحميها القانون ويسهر على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة»

وقد أخذ على هذا المذهب نفس المآخذ التي لحقت بالمذهب الشخصي والموضوعي.

رابعاً: المذهب الحديث

صاحب هذا المذهب الفقيه البلجيكي جان دابان، وقد بدأ بتحليل فكرة الحق وإبراز العناصر التي يتكون منها ثم انتهى بتعريف الحق بجمع هذه العناصر، وقد أكد على هذه العناصر هي أربعة:

- **العنصر الأول:** هو الاستثناء (الإختصاص) يقول دابان أن كل حق يفترض استثناء شخص بمال معين أو قيمة معينة وهذا الاستثناء يتيح له أن يقول هذا مالي، فالحق بهذا المعنى هو « استثناء أو انتساب بين شخص وشيء أو قيمة معينة » بحيث لا يكون لهذا الشيء أو تلك القيمة وجود إلا بانتسابها لهذا الشخص، ولكن هذا الاستثناء لا يرتبط بالضرورة بالانتفاع، فقد يكون الإختصاص لشخص في حين أن الانتفاع لشخص آخر، فالسارق واضع اليد على المال يكون له الانتفاع بينما يكون الإختصاص لصاحب الحق، ومن ثم لا يكفي أن ينتفع الشخص بالشيء حتى يكون صاحب حق، فالحق يوجد فقط إذا وجد الاستثناء (الإختصاص) ¹.

كما أن الاستثناء قد يكون مباشراً حينما يقع على أموال وقيم معينة تنسب إلى الشخص سواء كانت مستقلة في وجودها عنه مثل العقارات أو المنقولات المادية وحق الانتفاع، أو لصيقة به مثل الحياة والحرية، كما يمتد إلى الأشياء المادية أو الغير مادية التي تصير خارجة عن الشخص ومن إنتاجه ويقصد بها الملكية الأدبية والفنية، ومن صورها حق الرسام على الصورة التي رسمها وحق المؤلف على كتابه وحق الموسيقار على لحنه، فهذا الإنتاج يخص صاحبه أو مبدعه.

أما الاستثناء غير المباشر فالمقصود به ما يقع على أداء يجب أن يقوم به شخص آخر يعد مدينا به، هذا الأداء قد يكون عملاً أو إمتناع عن القيام بعمل، وقد يكون ذو قيمة مادية أو قيمة معنوية، وأسباب الإستثناء وفق الفقيه دابان قد تكون طبيعية مثل الحق في الحياة وحق الإنسان

¹ Jesn brethe de la gres say et marcel labord lacoste, introduction générale a l'étude du droit, 1980, p230.

في سلامة بدنه، ويقتصر دور القانون في هذه الحالة على الاعتراف بالحق وتنظيمه وأما الإختصاص الصناعي فسببه القانون أو الإتفاق وعليه فهو لا ينشأ إلا بتدخل الإرادة سواء كانت من المشرع أو إرادة الأفراد أنفسهم عن طريق الإتفاق فيما بينهم مثل الحق في التعويض عن الضرر الذي يحتاج إلى سند قانوني لقيام عنصر المسؤولية حتى يلتزم الشخص بالتعويض عن هذا الضرر، إضافة إلى الحقوق الناشئة عن الاتفاقات بين الأفراد كما هو الحال في عقد البيع و الإيجار و العمل وغيرها.

- **العنصر الثاني: التسلط** وهو الوجه الثاني للحق ويقصد بها لقدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق ويعد المظهر العملي للاستثناء، فمن استأثر بالشيء لابد أن يتسلط عليه، وهذا العنصر لا ينفصم عن العنصر الأول بل هو تابع له، فطالما أن الشيء يخص صاحب الحق فإنه يعتبر السيد المتسلط عليه.

كما أن التسلط يختلف في قدره و نطاقه حسب طبيعة الأشياء والقيم، فالتسلط على الأشياء المادية يتيح لصاحب الحق أن يستغل أو يستعمل أو يتصرف في تلك الأشياء أو لا يقوم بذلك كأن يمهل استخدامها، أما التسلط الوارد على القيم اللصيقة بشخص الإنسان كحقه في الحياة و الحرية و سلامة البدن فهو قاصر على استعمال هذه القيم، ويقف التسلط موقفا وسطا إذا ما ورد الإستثناء على أداء يجب أن يقوم به شخص آخر يعد مدينا له، لأنه إذا كان لصاحب الحق المطالبة أو عدمها أو التنازل عن حقه أو نقله إلى الغير بإعتباره قيمة مالية، فإنه لا يصل أبدا إلى حد التصرف في شخص المدين، فليس من حق الدائن أن يلجأ إلى الإكراه البدني ليجبره على أداء موضوع الحق، حيث يعد مساسا بالقيم الإنسانية التي لا تحتل الحجز و التنفيذ القهري.¹

-**العنصر الثالث: احترام الغير للحق**، لا ينشأ الحق عند دابان إلا بوجود الغير حتى يصبح الحق ساري المفعول في مواجهتهم والمقصود بالغير هو المجتمع، حيث يفترض أن الحقوق تستلزم التنافس والتزاحم بين أكثر من شخص يريد كل منهما الاستثناء بالشيء والتسلط عليه مما ينبغي احترام الآخرين لهذه الميزة وتلك السلطة وعدم التعرض لها.

فمتى تصورنا أن إنسانا يعيش وحيدا في جزيرة بعيدا عن الناس وكانت له أموال وأشياء يستخدمها وتحت تصرفه، فلا يمكن القول بأنه صاحب حق على تلك الأموال لأن الحق معناه أن تلك الأشياء له دون غيره وأن غيره لا يستطيع التصرف فيها، وبما أن هذا الغير لا وجود له فلا قيام لفكرة الحق.

¹إسماعيل قاسم، محاضرات في النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية دار النهضة، القاهرة، 1985، ص80.

وهكذا فإن وجود الحق يقتضي وجود واجب قانوني على الآخرين، فإذا لم يوجد واجب لا يوجد حق واحترام الحق واجب على كافة، فإذا لم يحترم الحق يكون لصاحبه مطالبة الغير باحترامه وعدم الاعتداء عليه وهذه المطالبة قد تكون ودية وقد تكون قضائية للحصول على حكم وتنفيذه بالطرق الجبرية، ويلاحظ أن القدرة على اقتضاء الحق لا تدخل في تكوينه وإنما تعد نتيجة لوجوده، بمعنى أن وجود الحق سابق على الاقتضاء

- **العنصر الرابع: الحماية القانونية للحق (الدعوى)**، تعتبر الحماية القانونية عنصراً أساسياً لوجود الحق، فإذا لم توجد الحماية القانونية فلا وجود للحق، والدعوى هي الوسيلة التي رسمها القانون لتحقيق الحماية، إذ لم يعد هناك مجال للقصاص الفردي، حيث كان الشخص يستطيع الحصول على حقه بيده.

فإذا حدث اعتداء على حق أو التهديد به أو إمتناع عن القيام بأعمال لازمة لأدائه فإن صاحبه يستطيع رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتوقف عن أعمال الاعتداء على الاعتداء أو المطالبة أيضاً بالقيام بالأعمال اللازمة لأداء الحق.

والملاحظ أن محل الدعوى هو دائماً التوصل إلى حماية الحق وهو مختلف عن محل الحق نفسه الذي تعرض للاعتداء عليه من جانب الغير، ولا وجود لدعوى إلا إذا وجد الاعتداء أو التهديد به بالفعل، ثم قد توجد الدعوى ولا يوجد الحق كما هو الحال في الحياة، فهذه الدعوى قد تقررت لحماية مجرد وضع اليد المادي وليس حقاً، وعليه فإن وجود أي دعوى ليس دليلاً على وجود حق من الحقوق.

وقد تعرض تعريف دابان للحق لعدة انتقادات منها:

1. أنه يجعل الإستثثار أو الإختصاص من عناصر الحق الأربعة في حين أن الإستثثار من عناصر الحق الأربعة في حين أنه وعلى وجه الدقة هو الحق كله، بمعنى أن البحث عن عناصر الحق هو أصلاً بحث عن معنى استثثار شخص معين دون غيره من الأشخاص.

2. أن دابان يفصل بين عنصر احترام الحق وعنصر الحماية القانونية له لكن الحقيقة أنها شيء واحد، حيث إن الوسيلة التي يمكن لصاحب الحق إجبار الناس على احترام حقه هي الدعاوى القضائية والدفع التي نظمها القانون لحماية صاحب الحق.

3. أنه عرف الحق بأنه ميزة دون أن يبين معنى الميزة، وما يقصد بها بينما معنى الميزة لا يخرج عن كونه إما القدرة أو المصلحة، بمعنى قدرة الشخص على التصرف في المال أو القيمة.

خامسا : التعريف الراجح للحق، بعد استعراض مختلف المفاهيم التي حظي بها الحق في المذاهب المختلفة ونظرا للانتقادات التي طالت كل التعريفات المقدمة، يمكن اقتراح تعريف شامل للحق بالقول « بأنه سلطة يقررها القانون لشخص على شيء ذو قيمة معينة»، فالحق في الملكية أرض يتضمن سلطة لصاحبه عليها ومقتضاها زرعها وجني ثمارها أو يعهد بها إلى مستأجر مكتفيا بالأجرة أو أن يشيد بناءا عليها أو يرهنها أو أن يبيعها إلى غير ذلك من الأعمال التي تدخل في نطاق الملكية، و الأمر على غرار ذلك في الحقوق الأخرى، ويشترط في السلطة أن تكون:¹

- مقررّة وفقا للقانون حتى تثبت الحماية القانونية وإلا لا تعتبر حقا ولا يلتزم الغير بإحرامها.
- ترد السلطة على الأشياء المادية وأشياء معنوية كبراءة الاختراع، كما تشمل قيمة اقتصادية كالخدمات التي يقتضيها الشخص من الغير أو لا يمكن تقديرها بالمال كالحياة والحرية وسلامة البدن.
- أن القانون لا يقر سلطة ما إلا إذا كانت تحقق مصلحة لصاحبها ولا تتعارض مع مصلحة الجماعة.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق وتقسيماتها

من المتعارف عليه أن الحقوق تتنوع بحسب طبيعتها وخصائصها، كما أن الفقه عمل على تقسيم الحقوق عموما إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية، ثم يتم تقسيم هذه الأخيرة إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، وهذه الطائفة الأخيرة تنقسم بدورها إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية، وهذه الأخيرة تنقسم إلى ثلاثة أقسام حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق معنوية، وأخيرا تنقسم الحقوق العينية إلى قسمين، حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

أولا: الحقوق السياسية: وهي عبارة عن حق الشخص بإعتباره عضوا في جماعة سياسية من خلال المساهمة في نظام الحكم مثل تقلد الوظائف العامة وحق الانتخاب و الترشح وحق تأسيس الأحزاب السياسية أو الانضمام إليها، وهذه الحقوق تخص المواطنين دون الأجانب، كما أنها تخص الراشدين البالغين دون القص (أهلية الانتخاب و الترشح).²

¹ إسحاق إبراهيم منصور، ارجع سابق، ص45.

² Demagve, les notions fondamentales du droit privé, édition rousseau, paris, 1971, p113

كما أن المواطنين لا تتقرر لهم جميعا بل هي مقترنة بشروط خاصة منها السن القانوني وألا تكون قد سقطت بحكم قضائي وهي تتعلق بالمصلحة العامة فهي قد تفرض على المواطنين وإلا تعرضوا لعقوبات فهي حق وواجب في نفس الوقت، وهو ما جعل الفقه يسميها بتكاليف أكثر من وصفها حقوقا بالمعنى الفني للمصطلح مثل ما ورد في الدستور المصري إنطلاقا من المادة 21 «الوظائف العامة تكليف للقائمين بها»

ثانيا: الحقوق المدنية: وهي مجموع الحقوق التي يتم الاعتراف بها للشخص لتمكينه من الحماية القانونية وضمان ممارسة نشاطاته المختلفة ضمن الجماعة مثل الحق في الحياة وسلامة البدن وحق الملكية والحقوق المتبادلة بين الزوجين ويتمتع بها عامة الأفراد دون تمييز في الدولة سواء من حيث السن أو الجنس أو الجنسية، وتنقسم بدورها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

أ- الحقوق العامة: أو تسمى (الحريات العامة) وتسمى أيضا بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية وقد أقرها دستور عام 2016 من خلال الفصل من المادة إلى المادة، وهذه الحقوق تثبت للشخص بمجرد ولادته بصفته إنسانا إلى غاية وفاته، وهي تشمل طائفة من الحقوق الشخصية كحق الإنسان في الحياة وحرية التنقل والحق في العمل والحق في الصحة والتعليم وتسمى أيضا بالحقوق الطبيعية وحقوق الإنسان وقد سارعت الدول إلى الاعتراف بها من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1948. وهي حقوق تتميز بأنها أساسية وضرورية لا يمكن العيش بدونها، وعليه وفر المشرع لها الحماية اللازمة وعاقب كل من يمس بها جزائيا.

1. أنواع الحقوق العامة: يصعب حصر جميع أنواع الحقوق العامة حيث تنقسم إلى مجموعات تضم كل منها طائفة من الحقوق التي تهدف لغرض واحد، فمنها ما يرمي إلى حماية الكيان المادي للإنسان وأخرى لحماية كيانه المعنوي (الأدبي) وأخرى لضمان مزولة نشاطاته المختلفة. **فالتائفة الأولى** تركز لضمان المقومات المادية للإنسان كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم و الأعضاء، ومن ثم عدم جواز الاعتداء عليها بالقتل أو الجرح أو الضرب أو التصرف في الجسد دون قيود قانونية، فالقانون يعاقب من يقتل شخص آخر ولو كان برضاه، كما يعد باطلا تنازل الشخص عن عضو من جسمه إذا كان يمثل خطرا على حياته أو على استمرار سلامته الجسدية، لكن هناك استثناء يتعلق بالتصرف في أعضاءه لغايات مشروعة كالتصرف في إحدى الكليتين لإنقاذ حياة شخص على وشك الموت، وأيضا الإتفاق على إجراء عملية جراحية بين المريض و الطبيب، حيث يكون مباحا المساس بسلامة جسم المريض.

أما الطائفة الثانية من الحقوق فهي تهدف إلى الحفاظ على المقومات المعنوية للإنسان ككيانه الأدبي بصفة عامة كحق المحافظة على الشرف والسمعة إذا ما وقع اعتداء عليها بالسب أو القذف، فله الحق في دفعه والمطالبة بالتعويض، علاوة على الجزاء الجنائي، ويضاف إلى ذلك حق الإنسان في الاسم الذي يميزه عن غيره، فلا يتأسس الحق لشخص آخر في منازعة إسم غيره أو انتحاله، كما تضم حق الشخص في صورته التي تشكل مظهرها له ومن ثم لا يجوز نشرها إلا بترخيص منه.

كما تضم هذه الطائفة الحق في سرية ما يتصل بالصفات الجسمية والأخلاقية ونشاطات الشخص، وعليه فالطبيب عليه كتمان سر مريضه تحت طائلة العقوبات ويكون ذلك مخالفا لأخلاقيات مهنته، كما تضم الحق في سرية المراسلات والمكالمات الهاتفية، وأيضا حق الشخص في إنتاجه الفكري والأدبي مراعاة لحقوق المؤلف التي يحميها القانون.

أما الطائفة الثالثة فتضم الحقوق التي تهدف إلى تمكين الشخص من مزاوله نشاطه وأداء دوره في الحياة وهي الحريات الشخصية مثل الحقوق المضمونة دستوريا، كالحق في التنقل وحرية التملك وممارسة النشاطات التجارية، علاوة على حرية ممارسة العقيدة وحرية الرأي و العمل، هذه الحقوق والحريات تمارس في حدود ما يسمح به القانون وأي اعتداء عليها يرتب المسؤولية المدنية و الجزائية.¹

2. مميزات الحقوق العامة (حقوق الشخصية)

- أنها حقوق عامة، فبهي تثبت لكل إنسان بغض النظر عن الجنسية ودون تفرقة بين المواطن والأجنبي في الدولة، فهي ثابتة بصفة الإنسان لا أكثر، لكن يستطيع المشرع تقييد هذه الحقوق بالنسبة للأجنبي مثل حرية العمل وأيضا حرية التنقل والتملك ولكن هذا لا يعني مصادرة الحق بل تقييده فقط.

- أنها توصف أساسا بالحقوق غير المالية، ومن ثم لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها بكل أنواع التصرفات، وقد نص المشرع في القانون المدني وتحديدا في المادة 45 منه على عدم جواز التنازل عن الأهلية ولا تغيير أحكامها، والمادة 46 نصت على أنه ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية.

¹ عبد الودود يحيى، نظرية الحق، منشأة المعارف، 1999، ص202.

كما أن الأصل أن تنقضي هذه الحقوق بوفاة صاحبها باعتبارها لصيقة بالشخصية ولا تنتقل للورثة عن طريق الميراث، كما لا يسري عليها التقادم مكسبا كان أو مسقطا كما أن مرور الزمن لا يكسب الشخص حقا من هذه الحقوق الخاصة بالغير.¹

لكن يجب الملاحظة أن هذه الحقوق وإلا تقوم بالمال فإنه لا يحول دون ثبوت حق الشخص في التعويض عن الضرر بسبب الاعتداء عليها والحق في التعويض هنا حق مالي يقصد به جبر الضرر الذي أصاب المعتدى عليه وفق ما نصت عليه المادة 47 من القانون المدني «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

ومن تطبيقات ذلك بخصوص الحق في الاسم نصت المادة 48 من القانون المدني «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».

ب - الحقوق الخاصة: هي تلك الحقوق التي لا تنقصر إلا بتوافر سبب ينص عليه القانون، وهي تهدف أساسا تمكين صاحبها من ممارسة أنشطة محددة لتحقيق مصالحه الخاصة، فهي محددة يكتسبها الشخص ويختص بها دون غيره، وهذه الحقوق تقرها فروع القانون الخاص المختلفة وعلى وجه التحديد القانون المدني وتنقسم إلى قسمين حقوق الأسرة والحقوق المالية.

1. حقوق الأسرة: هي جملة الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة باعتبارها مجموعة الأفراد تربط بينهم صلة القرابة سواء كانت هذه القرابة بالنسب أو المصاهرة، ومثال ذلك حقوق الزوج على زوجته بصفته زوجا أو حقوق الزوجة على زوجها بصفتها زوجة، وحقوق الأب على أبنائه وحقوق الأبناء في مواجهة الأب.

والملاحظ أن حقوق الأسرة ذات طابع خاص من كونها تقترب بواجبات والتزامات تقع على صاحب الحق نفسه، فهي لا تقر لتثبيت مصلحة شخصية لصاحبها بقدر ما تحقق مصلحة تتعلق بالأسرة ذاتها، حيث من المعروف قانونا أن للزوج حقا على زوجته في الطاعة وخدمة ورعاية الأبناء والبيت، فإن الأولى على الزوج توفير السكن اللائق والإنفاق، علاوة على أن للأب سلطة على أولاده التي يتأسس بمقتضاها حق التأديب والتقويم، لكن يوجب القانون استعمال هذه السلطة في مصلحة الأولاد أنفسهم ولهم في المقابل حق النفقة.

¹ Mazeavd (h), leçons de droit civil, 4ed, paris, 1994, p280.

كما أنها أيضا أن حقوق الأسرة لا تقوم بالمال وعليه لا يمكن التصرف فيها ولا تنتقل للورثة، لكن قد يترتب عن روابط الأسرة حقوق مالية مثل حقوق الميراث وهي لا تعد من حقوق الأسرة بل تدخل ضمن الذمة المالية للأشخاص وهي أحكام تجد مصدرها في قوانين الأسرة.

2. الحقوق المالية: وهي ما يمكن أن تقوم بالنقود حيث تمكن صاحبها من مباشرة أعمال مختلفة لتحقيق مصلحة اقتصادية مثل حق الملكية وحق الدائن تجاه مدينه، كما أنها ترد على أشياء مادية كمنزل أو سيارة وقد ترد على عمل أو امتناع عن القيام بعمل يقوم به شخص معين. في الحالة الأولى يطلق عليها مصطلح الحقوق العينية حيث ترد مباشرة على أشياء مادية وفي الحالة الثانية تسمى بالحقوق الشخصية حيث تؤسس لرابطة بين شخصين بمقتضاها يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أداء ما يلتزم به في الرابطة.¹

وعليه فالحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية والحقوق الشخصية مع الملاحظة أن كلاهما أساسهما إقتصادي بمعنى لهما طابع مالي بحت، ومن ثم يجوز التعامل فيها كما يمكن نقلها إلى الورثة كقاعدة عامة ويستثنى حق الانتفاع حيث ينقضي بوفاة صاحب حق الانتفاع وأيضا صاحب حق الاستعمال وحق السكن فلا يجوز التنازل عنهما إلا بشرط صريح.

وإلى جانب هذين النوعين من الحقوق هناك نوع ثالث هو الحقوق الذهنية أو المعنوية وتسمى أيضا بحقوق المؤلف ولها طبيعة مزدوجة، فهي لصيقة بالشخصية وأيضا حق مالي كبقية الحقوق المالية.

أ. الحقوق العينية: الحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء مادي يخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر لتمكينه من استعمال حقه فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء محل الحق ومن أمثلتها حق الملكية وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الاختصاص، وتطلق على هذه الحقوق تسمية «العينية» لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي مثل السيارة أو منزل وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

1. الحقوق العينية الأصلية: وهي حقوق عينية تقوم بذاتها دون حاجة إلى وجود حق آخر تتبعه، ومن ثم يقصد بها أن يتمكن صاحب الحق المعني من الحصول على المزايا المالية للأشياء المادية.

¹ عبد الودود يحيى، نظرية الحق، مرجع سابق، ص222.

وتتجسد هذه الحقوق في حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق وحق الحكر.

- **حق الملكية:** وهو من أهم الحقوق حيث يخول لصاحبه سلطة كاملة ومباشرة على الشيء محل الملكية ومن مميزاته أنه حق جامع ومانع، والأصل فيه أنه لا يسقط بعدم الاستعمال، والسلطات التي تخول أساساً حق الملكية للمالك هي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف.

- **حق الاستعمال:** والمقصود به هو استخدام الشيء محل الملكية فيما هو معد له باستثناء الثمار كالسكن مثلاً بما يتوافق مع طبيعة هذا الشيء.

- **حق الاستغلال:** وهو القيام بأعمال لازمة للحصول على ثمار الشيء فاستخدام دار للسكن هو استعمال لها أما تأجيرها فهو استغلال لها، دون المساس بجوهره، والمقصود بالثمار كل ما ينتج عن هذا الشيء من فوائد أو منافع في مواعيد دورية دون تغيير في أصل هذا الشيء، وتكون في شكل ثمار مادية وهي تنتج عن الشيء ذاته إما بفعل الطبيعة كالكلاً ونتاج المواشي، أو بفعل الإنسان وجهده كالمحصولات الزراعية بعد حرث الأرض وزراعتها وتسمى بالثمار المستحدثة. والنوع الثاني من الثمار عبارة عن ريع الشيء وما يرد من دخل نقدي بمناسبة انتفاع الغير به كأجرة مالك المنزل بعد تأجيرها، علاوة على سندات الأسهم وكل الثمار سواء كانت مدنية أو قانونية.

- **حق التصرف:** يظهر التصرف في ممارسة التسلط من قبل المالك على الشيء في وجوده ويكون في صورة تصرف مادي باستهلاكه والقضاء على مادته كهدم بناء قائم على عقار أو قانونياً بإجراء التصرفات القانونية ببيعه أو التنازل على ملكيته بمقابل أو بدونه أو بترتيب حق الانتفاع أو استعمال أو ارتفاق كما يمكن قيد رهن عليه فتزول بعض السلطات على الشيء، والملاحظ أن التصرف هو العنصر الأكثر أهمية بالنسبة لحق الملكية بالمقارنة مع غيره من الحقوق العينية الأصلية، فلا يمكن تصور عملياً وجود الملكية ذاتها بدون وجود حق التصرف، وعليه فزوال سلطة التصرف يؤدي حتماً إلى زوال الملكية.

وقد يجتمع عنصر التصرف إضافة إلى الاستعمال والاستغلال فتكون الملكية تامة، ولكن في أوضاع معينة وعن طريق الاتفاق يتنازل المالك عن حق الاستعمال وحق الاستغلال للغير بينما يبقى حق التصرف تحت سلطته فيسمى حينئذ مالك الرقبة كالدولة بالنسبة للأموال الوطنية الخاصة ويسمى من يستفيد من حق الاستعمال وحق الاستغلال صاحب حق الانتفاع وليس مالكة.

كما يلاحظ وفق ما هو معروف قانوناً أن حق الملكية دائم بمعنى لا يسقط بسبب عدم الاستعمال مهما مر الزمن ومن ثم لا يخضع لأحكام التقادم المسقط، في حين يمكن أن تسري عليه أحكام التقادم المكسب، ويكون من خلال قواعد الحيازة، حيث إذا حاز شخص شيئاً مملوكاً للغير بعد توافر الشروط وبعد انقضاء المدة القانونية يمتلك الشخص هذا الشيء.

- **حق الانتفاع:** يكيف حق الانتفاع بأنه حق عيني أصلي يتقرر للشخص قانوناً أو اتفاقاً على شيء مملوك للغير، ويترتب للمنتفع استعمال هذا الشيء واستغلاله دون تمتعه بحق التصرف، وعليه لتوافر حق الانتفاع يجب ثبوت عنصرين من عناصر الملكية هما الاستعمال والاستغلال. فصاحب حق الانتفاع يستطيع استعمال الشيء وفق ما أعد له قانوناً أو اتفاقاً، كما له الحق في الاستئثار بثماره.

فإذا كان الشيء عقاراً زراعياً فيتأسس الحق لصاحب حق الانتفاع في زراعته أو تأجيرها للغير بمقابل دون التصرف فيه الذي يبقى حقاً أصيلاً لمالك الرقبة، وعليه ليس لصاحب حق الانتفاع بيع قطعة الأرض أو يعدل من طبيعتها أو رهنها للغير حيث يعد هذا من أعمال التصرف.

ومن شروط حق الانتفاع أن يترتب على شيء غير قابل للاستهلاك، حيث في القواعد العامة يلتزم المنتفع برد الشيء إلى مالك الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع ذاته.¹

ومن المتعارف عليه أن حق الانتفاع ينشأ بناءً على عقد أو وصية أو شفعة أو تقادم، كما ينقضي بانتهاء المدة المحددة في العقد أو الوصية إضافة إلى هلاك الشيء أو بعدم استعماله لمدة 15 سنة كما ينقضي بموت المنتفع أو بحدوث الموت قبل انتهاء المدة المحددة للانتفاع وينتقل للورثة وفق إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة بعد موت المنتفع بزرع قائم أبقيت لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط دفعهم لأجرة إيجار الأرض خلال هذه الفترة وفقاً للمادة 852 ق م ج ويختلف حق المنتفع عن حق المستأجر، حيث أن حق المستأجر هو حق شخصي أما حق المنتفع فهو حق عيني، إضافة إلى أن مصدر حق المستأجر هو العقد أما حق المنتفع فمصدره أي سبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ماعدا الميراث، علاوة على أن حق المستأجر لا ينقضي بوفاة في حين ينقضي حق الانتفاع بموت المنتفع، كما أن للمنتفع سلطة مباشرة على الشيء دون تدخل المالك أما المستأجر فلا يستطيع الاستفادة من العين المؤجرة إلا بتدخل المؤجر الذي يلتزم بتمكينه من الانتفاع بها، كما أن حق المستأجر يمكن أن ينتقل إلى الورثة مقابل دفع الأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار.

¹ جميل الشراوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 200.

- **حق الاستعمال وحق السكنى:** هما حقان يتفرعان عن حق الانتفاع بمعنى صورة مقيدة من حق الانتفاع بشيء مملوك للغير (مالك الرقبة).

فحق الاستعمال حق عيني أصلي يمكن صاحبه من استعمال الشيء لمدة معينة وهو أضيق نطاق من حق الانتفاع، حيث أن استعمال المركبة مملوكة للغير يكون في صورة ركوبها مع أسرته ولا يحق له تأجيرها للغير.

أما حق السكنى فهو حق عيني أصلي يتقرر لصاحبه استعمال منزل معين ملوك للغير أصلا في السكن فقط، فلا يستطيع تغيير طبيعته فيحوله إلى محل تجاري مثلا.

والملاحظ أن حق الاستعمال والسكنى ينقضيان بنفس طرق انقضاء حق الانتفاع كالموت، أو انقضاء المدة أو هلاك الشيء الذي يرد عليه الحق، والقاعدة العامة لا يجوز التنازل عنها للغير إلا بوجود شرط صريح.

- **حق الحكر:** كيف حق الحكر بأنه حق عيني أصلي يرتب لصاحبه الانتفاع بأرض الغير عن طريق الغراس فيها أو إقامة البناء عليها لمدة طويلة، حيث يصل الحد الأقصى لسريانه في بعض التشريعات إلى 60 سنة وذلك مقابل أجر، وهو نظام يجد مصدره في أحكام الشريعة الإسلامية والغرض منه تسليم أرض في حاجة إلى استصلاح لشخص يسمى المحتكر يعمل على استصلاحها وتعميرها عن طريق البناء أو بزراعتها مقابل أجر على أن يكون له ملكية البناء أو الغرس مع قدرته على التصرف فيه وحده، كما له حق في التصرف فيه مع حقه في الحكر.

ويشترط في نشوء حق الحكر وفقا لأحكام القانون المدني أن يكون محله أرضا موقوفة، ويراعى في حق الحكر أنه مؤقت ويختلف عن حق الاستعمال والسكنى في كونه لا ينقضي بوفاة المحتكر بل ينتقل إلى ورثته إذا كانت الوفاة قبل انتهاء مدة الحكر.

- **حق الارتفاق:** وهو حق عيني يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص آخر غير مالك العقار الأول وفقا للمادة 867 من القانون المدني وهو لا يرد إلا على عقار دون المنقول ولمصلحة عقار وليس لشخص كما هو الحال بالنسبة لحق الانتفاع (لشخص معين) الذي يتقرر أيضا على العقار والمنقول، ويسمى العقار الخادم بالمترفق به بينما يسمى العقار المخدوم بالمترفق.

ولقيام حق الارتفاق يجب أن يوجد تكليف يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار، والتكليف ذاته يقيد سلطة مالك العقار الخادم مما يترتب عنه نقص قيمة هذا العقار، بحيث يكون لمالك العقار المخدوم أن يستعمل العقار الخادم على نحو معين أو يمنع صاحبه من استعمال بعض سلطاته.

فمثلا الارتفاق بالمرور هو تكليف يكون لصاحب العقار المخدوم بمقتضاه حق المرور عبر العقار الخادم وأيضا الارتفاق بالمطل على أقل من المسافة القانونية.

ويلاحظ أن حق الارتفاق لا يقوم في حالة ما إذا كان العقاران مملوكان لشخص واحد وإذا كان العقاران مملوكين لشخص واحد حتى وإن جعل من قطعة أرض يملكها ممرا للوصول إلى قطعة الأرض الثانية، فمن الناحية العملية هذا المالك ليس بحاجة إلى ارتفاق حيث يتصرف كما يشاء في العقارين، وعليه لقيام هذا الحق يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين بل ينقضي هذا الحق إذا اتحدا مالك العقارين، وانطلاقا من طبيعة الارتفاق من كونه مقرر لصالح عقار وليس لشخص فإن بقاء المنفعة منه تظل مرتبطة بالعقار ولو تغير ملاكه، وبذلك يبقى حق الارتفاق طالما بقي العقاران (الخادم والمخدوم) إلا إذا اتفق على أن يكون مؤقتا أو انتهاء الحاجة إليه أو سقط بعد الاستعمال لمدة 15 سنة، علاوة على أن الارتفاق لا ينقضي بموت صاحب العقار المخدوم، ولكنه ينتقل إلى الورثة مع العقار بخلاف حق الانتفاع والاستعمال والسكنى لكونه مرتبطا أساسا بالعقار وليس بصاحبه.

2. الحقوق العينية التبعية: يمكن إبداء ملاحظة أولية هي أن الهدف من تشريع الحقوق العينية التبعية هي توفير الضمان العام والضمانات الخاصة للدائنين.

فوفقا لأحكام القانون المدني تعتبر جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ويطلق على هذه الفكرة بالضمان العام طبقا للمادة 188 ق م ج، وعليه فالأصل إذا لم يقر المدين بالوفاء بما عليه من ديون طوعا جاز للدائن عند حلول أجل الوفاء أن يباشر التنفيذ على أي مال من أموال المدين بعد الحجز عليه وبيعه بالمزاد العلني قصد استيفاء حقه من ثمنه.

لكن نشوء المديونية في ذمة المدين لا تمنعه من التصرف في أمواله بالبيع أو غيرها، وعليه لا يكون للدائنين من سبيل قانوني من حيث المبدأ إذا أصبحت أمواله مملوكة للغير وعليه يتضح أن الدائن العادي الذي ليس له تأمينات معرض لخطر مزاحمة باقي الدائنين من جهة ومن جهة أخرى قد لا تكون أموال المدين كافية لسداد جميع ديونه ومن ثم لا يتحصل الدائن سوى على نسبة محددة من حقه بمعنى يتعرض لقسمة الغرماء، كما يمكن أن يكون الخطر ناتج عن خروج أموال المدين من ذمته إلى الغير بسبب تصرفات المدين.

وعليه احتاط المشرع لحماية الدائن، حيث أوجد له ضمانات خاصة يمكنه من حماية حقوقه عن طريق الحقوق العينية التبعية أو ما يسمى بالتأمينات العينية، ومن ثم لا يقتصر ضمان حق الدائن على فكرة الضمان العام الذي يمكن أن يشترك فيه جميع الدائنين بل يكون له ضمان

خاص أو تأمين خاص على شيء معين ومن ثم فالضمان الخاص يوفر خاصيتين أساسيتين للدائن:

- **الخاصية الأولى:** الأفضلية والتتبع، حيث يستطيع الدائن استيفاء حقوقه بالأولوية عن غيره من الدائنين، ومن ثم يكون محميا من مزاحمة باقي الدائنين له سواء كانوا عاديين أو أصحاب حقوق عينية تبعية لكنها لاحقة في المرتبة.

- **الخاصية الثانية:** هي التتبع، بمعنى يمكن للدائن تعقب المال الذي يرد عليه الحق لينفذ عليه ويستوفي حقه من ثمنه حتى وإن تصرف المدين سابقا في هذا المال كأن يكون قد نقل الملكية إلى الغير، فإذا قام المدين ببيع سيارة مرهونة لشخص آخر فمن حق الدائن تتبعها في يد أي شخص بالحجز عليها ويستوفي حقه من ثمنها. أما عن أنواع الحقوق العينية التبعية فهي:

1. الرهن الرسمي: هو حق عيني تبعي ينشأ بعقد رسمي على عقار المدين، ويكون للدائن على أساسه ميزة التقدم على باقي الدائنين العاديين وحتى الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون وفقا للمادة 882 ق م ج.

والرهن الرسمي ينشأ بعقد رسمي ويستوجب تحريره من الموثق ويقيد بالمحافظة العقارية، ومن ثم يكون باطلا إذا لم يستوفي قاعدة الرسمية كما أنه لا يتقرر إلا على عقار.

ويلاحظ أنه لا يشترط أن تنتقل حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بل يبقى في حيازة المدين الراهن يباشر سلطاته كمالك، إلا أنه يكون للدائن المرتهن حق استيفاء حقه من ثمن العقار بالأفضلية عن غيره من الدائنين العاديين أو الذين لهم رهون ثابتة، إضافة إلى تتبع العقار في أي يد انتقلت إليها الملكية وينفذ عليه لكن بشرط حتى يحتج بالرهن يجب أن يكون مقيد في المحافظة العقارية وفقا للمادة 904 ق م ج

2. الرهن الحيازي: الرهن الحيازي على أنه حق عيني تبعي ينشأ للدائن عن طريق العقد على العقار أو المنقول كضمان للوفاء بدين وهو يخول للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين استيفاء الحق كما يترتب عنه ميزتي التقدم والتتبع.

فالرهن الحيازي ينشأ بمقتضى عقد يبرمه الراهن والمرتهن، لكن لا يشترط لوجود هذا النوع من الرهن تحرير عقد أمام موظف عام أو ضابط عمومي بل يكفي توافق الإرادتين بين الدائن المرتهن والمدين الراهن دون حاجة إلى لقاعدة الرسمية.

كما يرد الرهن الحيازي على العقار و المنقول بخلاف الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على العقار، كما يشترط في الرهن الحيازي تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من ينوب عنه

ليبقى في حيازته دون خروجه من ملكية المدين الراهن، ومن ثم فحيازة الدائن المرتهن للمال المرهون يشكل ضمانا قويا لما يعطيه للدائن من حق حبس الشيء لحين حصوله على حقه و استغلاله والحصول على ثماره مع خصمها من قيمة المصاريف والفوائد وأصل الدين الذي يقوم الرهن ضمانا له على عكس الرهن الرسمي، حيث تبقى الحيازة فيه للراهن وعليه لا يستطيع الدائن المرتهن حسب المال المرهون حتى ولو وقع عرضا تحت يده.

وللاحتجاج بالرهن الحيازي في مواجهة الغير يجب القيام بإجراءات القيد في الشهر العقاري متى كان محله عقار أو وجوب أن يكون المحرر المثبت له ثابت التاريخ.

ويخول الرهن الحيازي الدائن المرتهن علاوة على الحق في حبس واستغلال المال المرهون حق التقدم والتتبع، بمعنى للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن العين المرهونة بالأولوية على غيره من الدائنين إضافة إلى ذلك يتأسس له الحق في تتبع العين لدى الغير لاستيفاء حقه من ثمنها، وقد نظم القانون المدني الجزائري أحكام الرهن الحيازي في المواد من 948 إلى 965.

3. حق الإختصاص: يعرف على أنه حق عيني تبقي يتأسس على عقار مملوك أصلا للمدين عن طريق أمر قضائي حيث يكون الأمر بالتخصيص مستندا إلى حكم قضائي واجب التنفيذ، وعليه يجب الملاحظة أن حق الإختصاص لا ينشأ بمقتضى العقد كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي والرهن الحيازي بل يتقرر بناء على أمر قضائي كما لا يجوز تقرير الإختصاص إلا إذا كان بيد الدائن صاحب الحق حكم قضائي واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى (أصل الحق) وليس استعجالي يلزم المدين بشيء معين، ومن له سلطة إصدار أمر التخصيص هو رئيس المحكمة صاحبة الإختصاص وفقا للقواعد العامة ويكفي بذلك تعبير الدائن عن رغبته في الإختصاص وتوافر بعض الشروط الموضوعية و الشكلية التي ينص عليها القانون.

وإذا كان اختلاف حق الاختصاص عن الرهن الرسمي من حيث المصدر، فإن التوافق بينهما من حيث المحل فكلاهما يرد على العقار فقط ولا يقتضيان نقل الحيازة إلى الدائن، علاوة على وجوب قيد كل منهما حتى يكتسبان طابع النفاذ في مواجهة الغير وتتحدد مرتبتهما من خلال القيد في مصلحة الشهر العقاري كما يعطي كل منهما للدائن ميزتي التقدم والتتبع، ولقد وردت أحكام حق الإختصاص في المواد من 937 إلى 947 من القانون المدني الجزائري.

4. حق الامتياز: عرفت المادة 1/982 من القانون المدني بأن الامتياز هو «أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته».

وجوهر الامتياز هو تقدم صاحب حق الامتياز في استيفاء حقه من ثمن أموال المدين كلها أو بعضها على جميع الدائنين العاديين.

والملاحظ أن حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص قانوني وهو ما يختلف به عن الرهن الرسمي وحق الإختصاص، كما أن المشرع لا يمنح هذا الضمان الخاص إلا بالنسبة لبعض الحقوق لأسباب تسوغ تفضيلها عن غيرها من الحقوق، ومن مبرراته أهمية الحق ذاته ومتطلبات الوفاء به دون التعرض لمخاطر قسمة الغرماء مثل حقوق الخزنة العامة من ضرائب ورسوم ومساهمة المال موضوع الدين في حفظ الحق الضامن من الضياع كالمصاريف القضائية التي يتم ضمانها بامتياز يقع على الحق الذي تم الحصول عليه أو حمايته قضائياً، وكون الدين هو المقابل للحق الضامن كحق بائع العقار في الثمن أو باقي الثمن الذي تم ضمانه بامتياز يقع على العقار المبيع . وللتأكد مما إذا كان لحق من الحقوق امتياز على غيره يجب البحث عن ذلك في نصوص القانون المدني أو في قوانين أخرى، فلا وجود لامتياز إلا بنصوص القانون وفقاً لما نصت عليه المادة 2/982 من القانون المدني، وتنقسم حقوق الامتياز إلى قسمين فهناك حقوق امتياز عامة. وهناك حقوق الامتياز الخاصة.

فالأول (العام) يكون محله كل أموال المدين سواء كانت عقارات أو منقولات دون تخصيص أي منها مثل المقرر لأجور العمال والامتياز المقرر لضمان ديون النفقة المستحقة على المدين لأقاربه والامتياز المقرر لدين الخزينة العامة.

والملاحظ أن الامتياز العام لا يمنح لصاحبه ميزة تتبع الشيء محل الإمتياز لأنه غير محدد لكن يمنحه فقط حق التقدم.

أما حق الامتياز الخاص فهو الذي يتقرر على مال معين من أموال المدين سواء عقار كإمتياز بائع العقار ضماناً للوفاء بباقي الثمن ويشترط قيده في الشهر العقاري، وقد يكون هذا المال منقولاً كإمتياز مؤجر العقار على منقولات المستأجر من محصلات ضماناً للأجرة، وهذا النوع من الإمتياز يعطي لصاحبه ميزتي التقدم و التتبع، فهو حق عيني تبعي بمعنى الوصف، فهو تخصيص مال معين لضمان الوفاء بدين معين إذا ما تقرر الإمتياز لحق من الحقوق صار هذا الحق مقدماً على غيره.¹

ب. **الحقوق الشخصية:** يجمع الفقه على اعتبار الحق الشخصي بأنه رابطة بين شخصين تخول أحدهما يسمى الدائن أن يطالب شخص آخر يسمى المدين بأداء معين يلزم به قبله.

¹رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، مصر 1992، ص315.

وعليه الحق الشخصي لا ينصب على شيء معين كما هو الحال بالنسبة للحق العيني، بل ينصب على أداء معين لا يستطيع صاحب الحق الوصول إليه مباشرة بل يكون ذلك عن طريق تدخل المدين، ويعبر عن الحق الشخصي من زاوية الدائن (بحق الدائنية) أما بالنظر لمركز المدين فيسمى بالالتزام، حيث هذا الأخير يلتزم بأداء معين تجاه الدائن صاحب الحق وتتنوع الحقوق الشخصية بحسب التقسيم التالي:

1. الالتزام بعمل: يذهب مدلول الالتزام بعمل إلى ذلك الإلتزام المتعلق بنشاط المدين، ويوصف بأنه عمل إيجابي يقوم به المدين مثل القيام بعمل بناء على وجود عقد عمل سابق، والالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة لتمكين المستأجر من الانتفاع بها على الوجه المعد له قانوناً أو اتفاقاً **2.** **الإلتزام بالامتناع عن القيام بعمل:** ويصنف على أنه التزام ذو طابع سلبي يتمتع بمقتضاه المدين عن القيام بعمل معين كان يمكن أن يقوم به أصلاً، حيث أن الإلتزام يقيد حرية المدين بهذا المعنى كالتزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن ممارسة نشاط تجاري منافس في نفس منطقة الموجود فيها محل البائع، وامتناع الصحفي بالامتناع عن الكتابة خلال مدة معينة في صحيفة أخرى وعليه كل مخافة لهذا الإلتزام يترتب مسؤولية.

3. الإلتزام بإعطاء شيء: وهو صورة من صور الإلتزام بعمل، لكن العمل الذي يطلب من المدين أداءه في هذه الصورة ليس مجرد فعل يقوم به الملتزم لصاحب الحق بل هو القيام بنقل حق عيني أو إنشائه أصلاً، سواء كان ذلك بمقابل أو بدونه كالتزام البائع بنقل ملكية العقار إلى المشتري، وهذا الإلتزام يتمثل في القيام بعمل معين وهو إتمام إجراءات نقل الملكية كإجراءات التسجيل فينشأ بذلك حق عيني للمشتري على العقار وينقضي في نفس الوقت حقه الشخصي تجاه البائع والالتزام المشتري بدفع الثمن.

ج. الحقوق الذهنية أو المعنوية: الحقوق الذهنية أو المعنوية هي تلك الحقوق التي ترد على أشياء معنوية غير محسوسة كالحق في الاسم التجاري والحق في الاختراعات ونتائج الفكر الإنساني من أدب وفن وعلم وتنقسم إلى طائفتين:

1. حقوق الملكية الصناعية والتجارية: كالحق في براءة الاختراع والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري (ذات صفة اقتصادية وتجارية) تدرس ضمن القانون التجاري.

2. حق المؤلف: وهو الذي يرد على إبداع فكري معين في مجال العلوم والآداب والفنون.

الباب الثاني

أركان الحق

يمكن تحديد أركان الحق بأنها صاحب الحق بمعنى الشخص الذي يتمتع بهذا الحق وموضوع الحق أو محله، أما الحماية القانونية المقررة للحق والواقعة التي يقر بها نسبة محل الحق إلى صاحب الحق، فالغالب أنها لا تدخل ضمن تكوين الحق وبالتالي لا تعتبر من أركان الحق ومن ثم تدرس مستقلة.

الفصل الأول

أشخاص الحق

والمقصود في لغة القانون الشخص هو من يتمتع بالشخصية القانونية، وهذا المصطلح من صياغة المشرع، والمقصود بها أساسا صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وعليه يكون الشخص القانوني هو من يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

وليس كل شخص إنسان ومن ثم فإن الشخصية القانونية ليست حكرا على الإنسان بل تثبت لغيره من مجموعات الأشخاص أو الأموال كالجمعيات والمؤسسات التي تستقل عن الأشخاص المكونين لها بل تتمتع بكيان خاص تلحق به حقوق والتزامات مختلفة عن تلك التي تلحق بمكونيها، فالشركة حقوق وعليها التزامات والدولة أيضا كون القانون يمنحها الشخصية القانونية.

وقد أجمع الفقه على تسمية شخصية الإنسان بالشخص الطبيعي على اعتبار أنها تنتج لكائن طبيعي هو الإنسان وهي الصورة العادية للشخصية القانونية أما الشخصية القانونية التي تتمتع بها مجموعات الأشخاص والأموال فيطلق عليها الشخصية الاعتبارية أو المعنوية فهي لا ترتبط بالإنسان بل ترتبط بفكرة أو هدف أي بأمر معنوي وقد حدد المشرع المؤسسات التي تعتبر أشخاص معنوية في نص المادة 49 من القانون المدني وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري والجمعيات والمؤسسات والوقف.

أولا: الشخص الطبيعي

يقصد بالشخص الطبيعي الإنسان الذي يعتبر شخصا في نظر القانون الحديث، يتمتع بالشخصية القانونية، فيمكنه اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات سواء كان كامل العقل و الإدراك أو ناقصه أو عديم الإدراك، فهي تثبت للطفل و المجنون رغم انعدام إرادته والإدراك

لديهما، لكن وإن كانت الشخصية القانونية تثبت لكل إنسان دون تمييز إلا أن نطاقها ليس واحدا لدى كامل الأفراد بل يختلف بالنظر للمركز القانوني الخاص سياسي كان أو اجتماعي أو ديني يؤدي إلى حرمانه من بعض الحقوق أو منحه بعضها الآخر بالنظر إلى الضوابط التي ينص عليها القانون.

فالأصل أن وجود الشخصية القانونية لا يستلزم وجود الإرادة لدى صاحبها باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو ترتيب التزامات عليه، إلا أن وجود هذه الحقوق أو مباشرتها في أوضاع معينة لا يكون إلا بوجود الإرادة، ويتفاوت الأفراد في مثل هذه الإرادة، فقد يكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه أداء التزاماته وقد لا يكون أهلا لذلك. وعليه لدراسة الشخصية القانونية يستلزم التعرض لأحوال الأهلية ثم فكرة الذمة المالية كجزء من الشخصية القانونية، لكن قبل ذلك يجب الإجابة على تساؤل متى تبدأ الشخصية القانونية للإنسان ومتى تنتهي.

تنص المادة 25 من القانون المدني «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته»، هذه قاعدة في بداية الشخصية القانونية وفي نهايتها، ولكن قد تقضي الحاجة بالخروج عنها بتقرير حقوق للإنسان قبل ولادته كالجنين في بطن أمه أو بإنهاء الشخصية القانونية دون التثبيت من الموت الحقيقي لوجود ما يحمل على الاعتقاد بوقوعه.

أ. **بداية الشخصية القانونية للشخص الطبيعي:** القاعدة العامة بحسب نص المادة 25 أن بداية الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، والمقصود هنا ضرورة الولادة أولا وتحقق الحياة ثانيا.

والولادة يقصد بها انفصال المولود عن أمه انفصالا تاما بمعنى يستقل بكيانه عن كيانها، وعليه إذا مات الجنين في بطن أمه أو أثناء الولادة قبل انفصاله فإن الشخصية القانونية لا تثبت له.

ولا يكفي تمام الولادة لكي يكتسب المولود الشخصية القانونية بل يجب أن تثبت له الحياة ولو للحظة قصيرة بعد تمام الولادة، وعليه لا شخصية قانونية لمن يولد ميتا.

والولادة يستدل عليها بكل الشواهد العلمية والطبية كالبكاء والصراخ والشهيق والحركة.

ومتى تحققت واقعة الميلاد مع الحياة تثبت للمولود الشخصية القانونية، حيث يمكن أن تنصرف إليه آثار الأعمال القانونية ويترتب حقه في الميراث والوصية حتى ولو كان غير قابل للحياة ولو مات بعد لحظات من الميلاد.

كما تعتبر سجلات الميلاد (قيد المواليد) وسيلة إثبات الولادة ولكنها ليست الوحيدة حيث تعتبر واقعة الميلاد واقعة مادية، بل يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات الممكنة كشهادة الشهود، وإن كانت هذه القاعدة العامة فإن التساؤل يثور بالنسبة لمركز الجنين.¹

رغم اعتداد القانون بأن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بولادته حيا على النحو السابق ذكره، فإنه مع ذلك يعترف للجنين ببعض الحقوق وقد أشارت إلى ذلك نص المادة 2/25 من القانون المدني. والحقوق التي يكتسبها الجنين هي تلك الحقوق التي لا يتوقف ثبوتها على قبول منه وهي الميراث والوصية.

وعلى أي حال فإن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون معلقا على شرط ولادته حيا، فإذا ثبتت الولادة ثبتت الحقوق في ذمته نهائيا أما إذا ولد ميتا زالت عنه هذه الحقوق بأثر رجعي فيرد الميراث والمال الموصي به إلى مستحقيهم.

ب. نهاية الشخصية القانونية للشخص الطبيعي: تنتهي الشخصية القانونية وفقا لنص المادة 25 بموته بمعنى توقف تنفسه وتوقف قلبه عن النبض، وواقعة الموت كواقعة الميلاد تثبت بالقيد في السجلات الرسمية المعدة خصيصا لذلك ويستطيع كل ذو مصلحة طلب شهادة رسمية بذلك لكن حجيتها نسبية. وهو ما نصت عليه المادة 26 من القانون المدني بقولها «تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك

وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات يجوز الإثبات بأي طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية»

وقد تنتهي الشخصية القانونية في بعض الأحوال رغم عدم إمكان إقامة الدليل القاطع على الوفاة وهو ما يتبين في مركز المفقود.

والمفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره بحيث لا يعرف إن كان حيا أو ميتا فقد يغلب عليه احتمال موته على احتمال حياته إلا أنه لا يمكن إقامة الدليل اليقيني، ورغم ذلك فإن القانون يبيح إعتباره ميتا متى توافرت شروط معينة فتتقضي شخصيته القانونية تبعا لذلك حتى لا يبقى أمره معلقا إلى ما لانهاية ويكون ذلك بالموت التقديري (يستند إلى حكم القاضي وتقديره) لا بالموت الحقيقي خلافا للأصل في نهاية الشخصية القانونية. وقد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة

¹محمدي زواوي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص75.

المفقود بأنه «الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم»

والمفقود يختلف عن الغائب الذي غادر موطنه الأصلي ولم تنقطع أخباره وليس ثمة شك فيما يتعلق بحياته ولا صلة بحالة هذا الشخص بموضوع إنهاء الشخصية القانونية وكل ما في الأمر أنه يترتب على غيابه استحالة مباشرة هذه مصالحه، فتعين المحكمة وكيلاً عنه يتولى مباشرة مصالحه أثناء غيابه وكذلك يحق لزوجته أن تتقدم إلى المحكمة طالبة تطليقها بئنا وعلى القاضي أن يحكم لها بالطلاق إذا ثبت له أنها ستتضرر من غيابه حتى ولو ترك لها دخلاً تعيش منه. وقد عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب بقولها «الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود»

وعليه كل مفقود غائب ولكن العكس غير صحيح، ويجب الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في هذا الشأن.

وللشخصية القانونية أهمية خاصة ليس من الناحية القانونية فحسب بل أيضاً من الناحية العملية من حيث تمكين الشخص من اكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات مختلفة كما تتجلى في المميزات الهامة التي تلحق بها وهي:

- مميزات الشخصية القانونية

أ. الاسم وهو العلامة أو الوسيلة التي تميز الشخص وتعيّنه بما لا يسمح اختلاطه بغيره من الناس، وقد نظم المشرع أحكام الاسم في المواد 28 إلى من 29 حيث نصت المادة 28 «يجب يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق بأولاده».

أما الاسم التجاري فهو الذي يطلقه الشخص على محله التجاري، ويعد هذا الاسم عنصراً مميزاً للمحل التجاري وأحد مقوماته المالية وله أهمية في المجال التجاري إذ على أساسه تقوم الثقة في التاجر وتجارته ويستقطب قطاعاً واسعاً من قطاعات جمهور المتعاملين، وقد يكون اسم الشخص هو نفسه الاسم التجاري وللاسم باعتباره حق من الحقوق الشخصية خصائص منها:

1. عدم القابلية للتصرف فيه: حيث تتناسق هذه الخاصية مع كون الاسم وثيق الصلة بالشخصية والعلامة المميزة لها وبالتالي يخرج عن دائرة التعامل لكن هذا المنع قد ينحصر إذا

كان استعماله لغرض لا يتنافى مع المقصود في القانون مثل جواز استعماله في العمل الأدبي في شكل اسم مستعار، كما يجوز اتخاذ الاسم الشخصي عنوانا للتجارة.

2- عدم قابليته للتقادم: لا يكتسب بالتقادم ولا يسقط به أيضا

3- الاسم إلزامي: وعليه تلزم الأسرة بتسمية أولادها بمجرد ولادتهم مع قيد الأسماء في سجلات الحالة المدنية تحت طائلة المسائلة الجزائية.

4- عدم قابلية الاسم للتغيير بمحض الإرادة واستقلالها: يجب أن يحظى الاسم بقدر من الثبات والاستقرار، بحيث لا يجوز تغييره إلا في حدود ضيقة جدا وتحت رقابة سلطة الدولة الإدارية والقضائية وأن يخضع التغيير لإجراءات معينة تضمن جدية التغيير المطلوب.

ب. الحالة

هي صفة تثبت للشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق والواجبات المقررة له أو عليه، ويدخل تحت اصطلاح الحالة انتماء الفرد لدولته ولأسرته ودينه، وصلة الشخص بالدولة يعبر عنها بالحالة السياسية أما بالأشرة فيعبر عنها بالحالة المدنية كما يترتب عن اعتناق الشخص لديانة معينة آثار خاصة يطلق عليها الحالة الدينية.

1- الحالة السياسية: للحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى في تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانوني كون الحقوق السياسية يتمتع بها الوطنيون دون الأجانب والمتمثلة أساسا في حق الانتخاب وحق الترشح وحق تولي المناصب العامة وحق إنشاء الأحزاب السياسية أو الانضمام إليها.

يحدد القانون في كل دولة الأسس التي تقوم عليها جنسية الأفراد الذين ينتمون إليها، فقد تقصر جنسيتها على الذين يولدون لأشخاص ينتمون إليها أيا كان مكان الميلاد، ويسمى منح الجنسية بحق الدم، وهناك من الدول من تمنح جنسيتها لكل من يولد على إقليمها بصرف النظر عن جنسية والديه ويسمى أساس الجنسية في هذه الحالة بحق الإقليم. وتتنوع الجنسية ما بين أصلية ومكتسبة بفعل التجنس أو بفعل الزواج.

2- الحالة المدنية أو العائلية: ويقصد بها مركز الشخص في الأسرة وفق قرابة النسب أو قرابة المصاهرة مما يجعله يكتسب حقوق وتترتب عليه إلتزامات في مواجهة تلك الأسرة.

- **قرابة النسب:** وهي تقوم بين كل من يجمعهم أصل مشترك بمعنى وحدة الدم كقرابة بين شخص ووالده وأقرباء والده أو بين شخص ووالدته وأقرباء والدته.

وتنقسم القرابة إلى نوعين وهي قرابة مباشرة وقرابة الحواشي.

- **القرابة المباشرة:** وهي تعتمد على عمود النسب وتقوم أساسا بين الأصول والفروع كقرابة الشخص لأبيه أو لجدته وإن علا، وكذلك قرابته لأمه وأبي أمه أو أمها أو أي أصل من أصولها. والأصل هو من نزل منه الشخص كالأب والأم وأصولها.

والأصل هو كل من نزل منه الشخص كالأب والأم وأصولها، أما الفرع فهو كل من ينحدر من الشخص كالابن والبنت وفروعهما.

- **قرابة الحواشي:** وهي القرابة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ولكنهم ليسو على عمود النسب أي لا تنظمهم سلسلة واحدة مثل قرابة الأخ لأخيه وقرابة الشخص لعمه أو خاله أو ابن عمه أو ابن خاله.

- **قرابة المصاهرة:** وهي قرابة تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، فأخ الزوجة أو أختها يعتبر قريب للزوج من الدرجة الثانية أي تكون قرابته للزوج كقرابة أخيه.

3- الحالة الدينية: تعرف على أنها الصفة التي تلحق بالإنسان نتيجة اعتناقه دينا معيناً، والملاحظ أن الدين في عديد الدول لا يعتبر من مميزات الشخصية القانونية، حيث أن القانون يطبق على الجميع دون استثناء ودون تفرقة على أساس الدين تطبيقاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه دستورياً.

غير أن مصر مثلاً يخضع فيها جميع المصريون في بعض مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية وقد أدى ذلك إلى ظهور بعض الفروق في حالات استثنائية بين حقوق الأفراد المنتسبين إلى ديانات مختلفة، فالشريعة الإسلامية تقرر للمسلم بالزواج بأكثر من زوجة بينما لا تقرر الشريعة المسيحية بذلك.

ج. الموطن

وهو المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص بحيث يعتبر موجود فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة وهو يختلف عن محل السكن أو محل الإقامة الذي يقيم فيه الشخص يعتبر استقرار بصفة مؤقتة مثل الإقامة في فندق بضعة أيام

فهو ليس مقرا ثابتا للشخص في علاقاته القانونية، ولكن الغالب أن يجتمع الموطن والسكن في مكان واحد.

والقاعدة العامة هي أن الشخص حر في اختيار المكان الذي يباشر فيه أعماله القانونية، وهذا لا يعني أن القانون لا يحصر النشاط القانوني لشخص في نطاق موطنه ومع ذلك فإن القانون يفترض أن الشخص يباشر أعماله في موطنه وهو افتراض لمصلحة الغير في معظم الأحيان والغرض منه تيسير مخاطبة الغير له في ما يخص شؤونه و بالتالي يعتبر عالما بهذا الخطاب ولو لم يعلم به بالفعل، و الاتصال بهذا الموطن يعتبر قرينة على الاتصال به، كما أن القانون يجعل اقتضاء بعض التزامات الشخص في موطنه و تتحدد أهمية الموطن من الناحية القانونية و العملية في ما يلي:

- 1- بالنسبة للوفاء بالالتزامات التي يكون محلها تسليم شيء غير معين بالذات (شيء مثلي) يتم في موطن المدين وقت الوفاء ما لم يتفق على غير ذلك وفق نص المادة 282 ق م ج.
- 2- الأوراق القضائية كعريضة الدعوة والإعذارات يجب أن توجه إلى الشخص في موطنه.
- 3- الدعوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه.
- 4- شهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر، وشهر الإفلاس يكون بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين.

د. الأهلية

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق المشروعة له وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية والأعمال القضائية المتعلقة بهذه الحقوق.

وتنقسم الأهلية إلى نوعان بحسب المراحل التي يمر بها عمري الإنسان.

1. أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق المشروعة والتحمل بالالتزامات كصلاحية الشخص لأن يرث فيصبح مالكا.

وأهلية الوجوب بهذا المعنى ترتبط بالشخصية القانونية فكل شخص له أهلية وجوب أي يصلح لأن تكون له حقوق ويتحمل التزامات، وهي تثبت للشخص بحكم كونه إنسان بل حتى الجنين له

أهلية وجوب وإن كانت محدودة فتترتب له بعض الحقوق التي يقرها القانون، فله الحق في الميراث والوصية وثبوت النسب.

كما تتوافر أهلية الوجوب في الشخص الاعتباري، كالجمعيات والشركات لأن الشخصية الاعتبارية في الواقع ليست سوى القابلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات القانونية.

وإن كانت القوانين الحديثة تعترف لجميع الأشخاص في الوقت الحاضر بأهلية الوجوب نظرا للاعتراف لهم بالشخصية القانونية إلا أن نطاق هذه الأهلية يختلف تبعا لاختلاف حالة الشخص السياسية أو المدنية أو الدينية فالقانون يحدد الشروط اللازمة للتمتع بالحقوق السياسية مثلا، كما قد يعترف القانون للأجانب بحق التملك أو يحرمهم من هذا الحق، وعليه إذا انعدمت الشخصية القانونية انعدمت أهلية الوجوب معها كالجنين الذي يولد ميتا وكالشركة بعد تصفيتها.

2. أهلية الأداء: تعرف على أنها صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال القانونية لحساب نفسه ولو كان العمل القانوني ليس سوى إتجاه إرادة شخص نحو إحداث أثر قانوني معين وهو في الغالب إنشاء الحق أو الإلتزام، فإن أهلية الأداء ليست سوى صلاحية الإرادة لإحداث هذا الأثر القانوني إذا توافرت فيها شروط أخرى، وهذه الصلاحية لا تثبت لجميع الأفراد بل لمن توافر لديه قدر من التمييز، وعليه فإن مناط أهلية الأداء هو التمييز وهو ما يجعل الاختلاف واضح بينها وبين أهلية الوجوب التي تثبت للشخص منذ ولادته بينما أهلية الأداء لا تثبت لكل شخص إلا إذا كان للشخص درجة من التمييز تنهض بقدرته على القيام بالتصرفات القانونية كالبيع والإيجار القرض والهبة، ويترتب عن ذلك أنه إذا كان الشخص فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة، وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص أهلية ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير و الإدراك.¹

والعبرة في أهلية الأداء هي قدرة الشخص على القيام و مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه، فإن نطاق هذه الأهلية يتحدد بطبيعة التصرفات القانونية وحدها سواء كانت تتم بإرادة واحدة كالوعد بجائزة أو الوصية أو تتم بإرادتين كالعقود مثل البيع و الإيجار و القرض أما الأعمال المادية مثل الفعل غير المشروع و الإثراء بلا سبب فلا تستند إلى أهلية، فالقانون يرتب الآثار القانونية عليها سواء قصدت إرادة الفرد ذلك أو لم تقصد، ومن المتعارف عليه فقها وقانونا أن الأهلية تتدرج بالنسبة للإنسان بحسب السن، حيث تنقسم حياة الإنسان في بعدها القانوني إلى

¹ عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، دار السلام للنشر، القاهرة، 1999، ص212.

أدوار وتختلف معها القواعد التي رصدها المشرع لحكم تصرفات الشخص بحسب المراحل العمرية التي تمر بها حياة الإنسان.

الدور الأول: الصبي الغير مميز (انعدام الأهلية)

وفقا للمادة 42 من القانون المدني «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة» والملاحظ أن الشخص في هذه المرحلة لا يستطيع القيام بأي من التصرفات القانونية حتى وإن كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة وإذا قام بها فعلاً تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً وفقاً لنص 82 من قانون الأسرة.

ومن يتولى مباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه هو الولي أو الوصي في الحدود التي رسمها له القانون.

الدور الثاني: الصبي المميز (مرحلة نقص الأهلية)

يبدأ هذا الدور من بعد بلوغ الصبي سن 13 سنة إلى أقل من 19 سنة وبالتالي تثبت له أهلية الأداء ناقصة وهو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقاً لما يقرره القانون»

وقد تضمن نص المادة 83 ق أ ج حكم تصرفات الصبي المميز على النحو التالي:

- إذا كانت تصرفاته نافعة نفعاً محضاً فهي صحيحة ويعتبر في حكم كامل الأهلية بالنسبة لها
- أما إذا كانت ضارة ضرراً محضاً فهي باطلة ويعتبر في هذه الحالة بمثابة عديم الأهلية
- وإذا كانت التصرفات المالية مترددة بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه، فالأصل أنه لا يملك مباشرتها وإنما يتولاها بدلاً منه الولي أو الوصي في الحدود التي رسمها القانون، فإذا قام بها الصغير نفسه وقعت قابلة للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال في هذه الحالة إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد القانوني أو إذا صدرت الإجازة من الولي أو الوصي بحسب الأحوال.

ويتعين على القاضي إجابة ناقص الأهلية إذا طلب الإبطال حتى ولو لاحظ أن الإبطال ليس في مصلحته، كما يستطيع أن يطلب الولي أو الوصي وبعد الحكم بالإبطال يستطيع القاصر استرداد ما دفعه ويحق أيضا للمتعاقد معه أن يسترد بدوره ما أعطاه للقاصر لكن في حدود ما عاد على هذا الأخير من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

أما إذا تعمد القاصر إخفاء أهليته بطرق احتيالية على المتعاقد الآخر معه فإنه يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر بعد إبطال العقد من جراء هذا الفعل غير المشروع، كما يجوز للقاضي الحكم بصحة العقد كجزاء له.

الدور الثالث: يبدأ من بلوغ الشخص 19 سنة كاملة، فإذا بلغ الشخص هذا السن وكان متمتعاً بقواه العقلية اكتملت له عناصر التمييز وصار كامل الأهلية بقوة القانون دون حاجة لصدور قرار بذلك ويستطيع القيام بجميع أنواع التصرفات القانونية سواء كانت نافعة أو ضارة، أما إذا بلغ هذا السن دون أن يتمتع بقواه العقلية بسبب جنون أو عته تحكم المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه إلى حين زوال السبب وفقاً للمادة 40 ق م ج « كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة ».

وإذا رفعت الولاية أو الوصاية أصبح الشخص بعد زوال أسبابها حينئذ كامل الأهلية وهو ما قرره المادة 40 أعلاه.

وتنص المادة 96 من قانون الأسرة على أنه من أسباب انتهاء الوصاية على القاصر ببلوغه سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

ومتى بلغ الشخص سن 19 سنة كاملة يعتبر كامل الأهلية في نظر القانون إعمالاً لنص المادة 40 من القانون المدني إلا إذا حضر مبرر استمرار الولاية أو الوصاية عليه وقضت المحكمة بذلك قبل بلوغ سن الرشد.

وقد يبلغ الشخص سن الرشد ويكون بذلك كامل الأهلية ولكن تعترض هذه الأهلية أمور تؤدي إلى نقصها أو انعدامها ويكون من الواجب اللجوء إلى إجراءات الحجر عليه وتعيين قيم يتولى شؤونه، وقد نصت المادة 101 من قانون الأسرة على أنه «من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه»

وعوارض الأهلية قد تصيب العقل مثل العته والجنون وهناك من تفقد التدبير كالفه والغفلة فالأولى تعدم الأهلية والثانية تنقصها، ولكنها في نظر القانون لا تعدم الأهلية ولا تنقصها إلا بتوقيع الحجر، فإذا حجر على الشخص أصبح فاقد الأهلية أو ناقصها، كما لا تعود الأهلية للشخص بزوال العارض بل برفع الحجر وفق المادة 108 من قانون الأسرة ويكون بحكم قضائي أيضا.

1. المجنون والمعتوه:

المجنون هو الفاقد للعقل واضطرابه لأنه يسلب تمييزه فلا يعتد بأقواله وأفعاله.

أما العته فهو خلل يصيب العقل يؤدي إلى نقصانه ما يترتب عليه اختلال الكلام وفساد التدبير، فهو يختلف عن الجنون في كونه تارة يعدم التمييز عند الشخص وتارة يجد منه فحسب وكلاهما معدمو الأهلية لانعدام التمييز عندهم وبالتالي لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية عملا بنص المادة 43 ق م ج، ويحجر عليه بحكم من المحكمة ولا يرفع إلا به ويستعين القاضي في إصدار حكم الحجر بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر عملا بالمادة 103 من قانون الأسرة.

ويتولي مقدم إدارة أموالهما بعد صدور قرار الحجر، ويقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه بعد تسجيل حكم الحجر، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل حكم الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت إبرام التصرف أو كان الطرف الآخر على بينة منها أما العكس فتكون صحيحة حماية للغير حسن النية عملا بمنطوق نص المادة 107 من قانون الأسرة. كما يتأسس الحق في طلب الحجر من أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وفقا للمادة 102 من قانون الأسرة.

2- السفه والغفلة

- السفه: هو خفة تعتري الإنسان فتحمله على التصرف بخلاف ما يوجبه العقل كما يعرف بعض الفقه السفه بأنه من يبذر أمواله على غير مقتضى العقل والشرع أو من يبدد ثروته بصورة تخرج عن المألوف.

- الغفلة: المغفل هو من لا يستطيع التمييز بين الربح والخسارة، وقد سوى القانون بين السفه والمغفل رغم اختلافهما في المعنى واعتبر كل منهما ناقص أهلية كالصبي المميز وبالتالي يكون لهما أهلية أداء ناقصة.

وإذا صدر التصرف من ذي غفلة أو سفه بعد تسجيل حكم الحجر فيسري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز فإذا كانت تصرفاتهم نافعة فهي صحيحة وإذا كانت ضارة فهي باطلة، أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال وفتتوقف على إجازة الولي أو الوصي.

أما إذا كان التصرف الصادر قبل تسجيل حكم الحجر فلا يكون باطلاً أو قابل للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال لحالة السفه أو الغفلة من الطرف الآخر وقت إبرام التصرف.

والملاحظ من خلال نص المادة 43 من القانون المدني أن المشرع سوى بين السفه وذي الغفلة رغم اختلافهما في المعنى، فاعتبر كل منهما ناقص أهلية كالصبي المميز، وعليه يكون لهما أهلية أداء ناقصة لا معدومة كما في حالة المجنون وفقاً للمادة 43 من القانون المدني. «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص أهلية وفقاً لما يقرره القانون.

إن الإشكالات التي تحيط بمسألة الأهلية لا تتوقف عند حدود وجود عارض من العوارض التي نص عليها المشرع بل تتعدى إلى وجود إشكالات أخرى تستدعي وجود نصوص أكثر تخصصاً لحكمها وهي موانع الأهلية.

وموانع الأهلية هي عبارة عن ظروف مادية أو طبيعية أو قانونية يترتب على وجودها عدم تمكن الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال أهليته، ولهذا يحدد القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده على القيام بها.

والملاحظ أن موانع الأهلية تختلف عن عوارض الأهلية وعن حالة صغر السن من حيث أنها لا تؤثر في إرادة الشخص أو في درجة تمييزه وبالتالي أهليته فهو مكتمل الأهلية رغم وجودها وكل ما هنالك أنها تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية أو بتعبير أدق تجعل من المتعذر عليه أن ينفرد بمباشرتها، وعليه يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه وقت مباشرتها.

وموانع الأهلية ثلاث، مانع مادي هو الغيبة ومانع طبيعي هو وجود العاهة المزدوجة أو ضعف جسماني شديد ومانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية.

1. الغيبة

هو مانع مادي يعيق الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه وقد عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب «الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود» والملاحظ من خلال النص أن الغائب يشمل المفقود وهو شخص لا تعرف حياته من موته، ولما كانت الغيبة مجرد مانع مؤقت فإنها تنتهي بزوال سببها أي بعودة الغائب كما تنتهي أيضا بموته وبالحكم بإعتباره ميتا وفقا للمادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

2. العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد: يترتب على وجود هذا المانع الطبيعي لدى الشخص عدم استطاعته مباشرة التصرفات بنفسه، أو الخشية من إنفراده بمباشرتها رغم استطاعته ذلك، وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا في مباشرة بعض التصرفات القانونية، وقد نصت على ذلك المادة 80 من القانون المدني الجزائري «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصالحته.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعدا قضائيا إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة»

ويتبين من هذا النص أن المحكمة يجب أن تعين مساعدا قضائيا يعاون الشخص في التصرفات الهامة وذلك في حالتين:

- أن تكون هناك عاهة مزدوجة كأن يكون الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، فلا بد من اجتماع عاهتين معا مما يؤدي إلى تعذر التعبير عن الإرادة.

- العجز الجسماني الشديد، كالشلل النصفي والضعف الشديد وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لا يبلغ مبلغ الصم أو العمى أو ما إلى ذلك بحيث يخشى أن ينفرد الشخص بمباشرة التصرف في ماله.

ولعل التصرفات القانونية التي تستدعي المساعدة القضائية هي التي لا يجوز للوصي مباشرتها بدون إذن من المحكمة.

ويجب تسجيل القرار المتضمن تعيين المساعد القضائي حتى يمكن أن تترتب الآثار القانونية في هذا الصدد، كما يترتب على تسجيل القرار ضرورة إشراك المساعد مع من تقررت مساعدته في مباشرة التصرفات القانونية التي تقررت المساعدة القضائية بشأنها ومن ثم فإن أحدا منهما لا ينفرد بإبرام التصرف وإنما ينفرد به معاً وإلا لا يترتب أثره، فإذا تصرف من تقررت مساعدته بمفرده بعد تسجيل القرار فإن تصرفه يكون قابلاً للإبطال وفقاً للمادة 80 من القانون المدني إذا كان من التصرفات التي عدتها المادة 88 من قانون الأسرة وهي بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة كما تشمل بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، و الاقتراض أو المساهمة في الشركة، وإيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات .

وإذا قام المساعد وحده بإجراء التصرف في حالة من الحالات التي تقتضي المساعدة، فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً في حق من قررت المساعدة لصالحه، حيث أن الأصل في مهمة المساعد القضائي أن يعاون من تقررت مساعدته لا أن ينفرد هو بالتصرف كما الحال بالنسبة للولي أو الوصي أو القيم.

وإذا امتنع المساعد عن الإشتراك في التصرف، جاز رفع الأمر للمحكمة، فإذا رأت أن هذا الامتناع في غير محله أذنت لمن تقررت مساعدته بالإنفراد بإبرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها.

ومن جهة أخرى قد يمتنع من قررت المساعدة لمصلحته عن القيام بتصرف معين، وكان امتناعه هذا يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بإنفراد المساعد بإجراء هذا التصرف وبذلك يكون قائماً عن من تقررت مساعدته وليس مجرد معاون له كما في مهمته الأصلية وفقاً للمادة 71 من قانون الولاية على المال المصري، بينما لا يوجد ما يقابله في التشريع الجزائري.

3. الحكم بعقوبة جنائية: تنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات على ما يلي «في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تقضية العقوبة الأصلية، وتتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي»

يفهم من سياق النص أن المشرع العقابي لم يفرض الحجر على المحكوم عليه بعقوبة جنائية بسبب نقص أهليته، بل أن أهليته تظل كاملة ولا تتأثر بصدور الحكم بالعقوبة وإنما فرضه كعقوبة

تبعية تكمل العقوبة الأصلية المقررة للجناية، ومن ثم كانت هذه العقوبة التبعية مانعا قانونيا يحول بين المحكوم عليه وبين مباشرته لأهليته، ولا يقوم هذا المانع في حالة الحكم على الشخص بعقوبة الجنحة أو المخالفة.

وعليه فمن أثار قيام المانع أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يستطيع أن يباشر أعمال الإدارة الخاصة بأمواله، وإنما يتولاها عنه قيم، وهذا الأخير إما يختاره المحكوم عليه وتقرره المحكمة المختصة، وإما تتفرد المحكمة بتعيينه لوحدها بناء على طلب النيابة العامة أو بناء على طلب كل ذي مصلحة في هذا الشأن، ولذلك إذا لم يعين المحكوم عليه بنفسه قيما للقيام بأعمال الإدارة على أن يكون هذا القيم في جميع الأحوال تابعا للمحكمة فيما يتعلق بقوامته.

أما أعمال التصرف فيمكن للمحكوم عليه القيام بها بشرط الحصول على إذن من المحكمة، فإذا تصرف في أمواله دون إذن وقع التصرف باطلا بطلانا مطلقا ويظل هذا المانع قائما بالنسبة للمحكوم عليه طيلة قضاء فترة العقوبة فإذا أفرج عنه أو انتهت العقوبة وجب على القيم رد أمواله إليه أو يقدم له حسابا عن إدارته.

هـ. الذمة المالية

الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق ومفاعليه من التزامات ذات طابع مالي، فهي تعبير عن الوضع المالي للشخص بما له من حقوق وما عليه من التزامات يمكن تقويمها بالنقود، والحقوق تعتبر العنصر الإيجابي أما الالتزامات فتشكل العنصر السلبي.

و يتعلق الأمر هنا بمجموعة من الحقوق والواجبات وليس بحقوق وواجبات ينظر لكل منها على حدا وهذا يعني أن الذمة لا ترتبط بحقوق وواجبات محددة في وقت معين بل هي فكرة ذات طابع معنوي منفصلة ومستقلة عن الحقوق والواجبات التي تعبر عنها، بل يصفها بعض الفقه بأنها السجل أو الوعاء بغض النظر عن محتوياته أو ما يقيد في جانبه فقد يكون مليئا بالحقوق و الواجبات وقد تزيد الحقوق عن الواجبات أو تنقص عنها وقد يكون الفارق كبير بينهما، كما أن الذمة المالية لا تتلاشى حتى ولو انعدمت الحقوق أو الواجبات تماما فهي تتحقق ولو كان الشخص لا يتمتع بأي حق ولا يلتزم بأي دين.

ومن المتعارف عليه أن الحقوق التي ترتبط بها الذمة المالية هي الحقوق العينية مثل حق الملكية أو حق الانتفاع أو الرهن وأيضا الحقوق الشخصية بمعنى القدرة على اقتضاء أداء معين من الغير سواء كان القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به أو إعطاء شيء وأيضا الجانب المالي

من الحقوق الذهنية أي السلطات التي تجعل للشخص استغلال موضوع الحق كحق المؤلف وبراءة الاختراع بما يدر عليه ربحا ماليا.

ولا يدخل في الذمة المالية ما للشخص من حقوق غير مالية مثل الحقوق العامة كالحق في الحرية والحق في سلامة الجسم وحقوق الأسرة، كالسلطة الأبوية وسلطة الزوج على زوجته، كما لا يدخل في الذمة المالية من جانب العنصر السلبي سوى الواجبات ذات الطابع المالي فقط مثل القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو إعطاء شيء بمعنى الالتزامات الخاصة التي تقابل الحق الشخصي والتي يمكن تسميتها بالديون، ولفكرة فكرة الذمة المالية أهمية خاصة، حيث سبق التأكيد على أن الذمة لا ترتبط أساسا بواجبات وحقوق محددة بذاتها في وقت معين وإنما هي كيان مستقل عن عناصرها، أو وعاء موجود بغض النظر عن مضمونه، فلا يتأثر بوجود أو عدم وجود الحقوق و الالتزامات أو تغير قيمتها ويترتب على هذا الوصف للذمة المالية نتيجتين هامتين:

النتيجة الأولى: أن الجانب الإيجابي للذمة يعتبر مسئولًا عن الجانب السلبي وضامنا له، حيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائما بكل حقوقه وهذا ما يعبر عنه بالضمان العام للدائنين على جميع أموال المدين فهو لا يقع على مال معين للمدين بل يقع على ما يوجد في ذمة المدين المالية سواء كانت موجودة وقت نشوء الدين أم بعد ذلك وعليه كل ما يدخل ذمة المدين في المستقبل يزيد من العنصر الإيجابي لهذه الذمة فيزيد من ضمان الدائنين ويقوي الثقة في التعامل مع المدين.

النتيجة الثانية: أن الذمة المالية بجانبها الإيجابي والسلبي تنتقل بالوفاة إلى الورثة كوحدة واحدة متماسكة بحيث تشمل جميع حقوق والتزامات المورث، ويبقى العنصر الإيجابي مسئولًا بالضرورة عن العنصر السلبي في الذمة المالية، كما لا يكون الوارث مسئولًا في ذمته المالية الأصلية في الوفاء بديون الذمة الموروثة «التركة» وإنما تتحدد مسؤوليته عن هذه الديون بقدر ما في التركة من أموال وفي هذا المعنى تأتي القاعدة الشرعية «لا تركة إلا بعد سداد الديون» والتي اخذ بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

ثانيا: الشخص الاعتباري

اقتضت الحياة الإقتصادية والإجتماعية ضرورة الاعتراف بالشخصية القانونية لبعض الكيانات المستقلة عن الإنسان وهي مجموعة الأشخاص أو الأموال التي تقوم بغرض تحقيق

أهداف ومصالح مختلفة والأشخاص التي تنشأ من هذه الحالة ليست أشخاص طبيعية حيث لا يمكن إدراكها ماديا وإنما أشخاص معنوية أو اعتبارية.

وتعمل كل التشريعات الحديثة على الاعتراف بالشخصية القانونية لتجمعات الأشخاص والأموال حيث تعمل على تحقيق الأهداف في أبعادها المختلفة سوء اجتماعية أو خاصة الإقتصادية منها كما تنظم حياتها القانونية من لحظة إنشائها إلى لحظة زوالها.

فالأهداف التي تسعى لتحقيقها مثل هذه المجموعات تكون غالبا دائمة لا تتحدد بعمر الأشخاص الطبيعيين المكونين لها، حيث تكون لها حياة مستقلة بحيث لا يؤثر انقضاء حياة مكونه على بقاءه يمارس نشاطه حتى يحقق الأهداف المنوط تحقيقها ومن ثم تكون لهذه الأشخاص القدرة على اكتساب الحقوق و التحمل بالإلتزامات الذي يقتضيها المشروع ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي تمتع الشخص المعنوي بذمة مالية مستقلة عن ذمم الأفراد المكونين له، فلا يستطيع دائنون اقتضاء حقوقهم من الأموال الخاصة بالأفراد كما لا يستطيع دائنو الأفراد المكونين له اقتضاء حقوقهم من الذمة المالية للشخص المعنوي، كما أنه في حالة التقاضي يكون له أن يرفع الدعاوى باسمه من ممثله القانوني لا باسم أعضائه كما ترفع عليه كذلك الدعاوى بنفس الصفة.

ولهذا اتجهت التشريعات الحديثة إلى التسليم بالشخصية القانونية لهذه المجموعات من الأشخاص والأموال بجانب شخصية الإنسان، وقد حرص المشرع الجزائري على مسايرة هذا الاتجاه الحديث، ف جاء التقنين المدني الحالي متضمنا تنظيما عاما يحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية وبين أنواعها المختلفة، وتنظيما خاصا لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهي الجمعيات والشركات والمؤسسات فقد نص في المادة 49 من القانون المدني على الأشخاص الاعتبارية العامة وهي:

- الدولة، الولاية، والبلدية

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

- الشركات المدنية والتجارية

- الجمعيات والمؤسسات

- الوقف

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

، كما نظم الجمعيات بقانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012

ونتعرض في هذا الصدد إلى دراسة بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها، ثم لاحقا سنتعرض إلى مميزات الشخصية وأخيرا عن الذمة المالية للشخص الاعتباري.

أ. بدء الشخصية الاعتبارية

لا يمكن أن تنشأ الشخصية الاعتبارية إلا بتدخل من المشرع ويكون هذا التدخل في صورة اعتراف بتوافر لمجموعات الأشخاص والأموال في الواقع حيث ستند وجودها إلى مقومات معينة تجعلها قادرة على اكتساب حقوق والتحمل بالإلتزامات.

واعتراف المشرع ضروريا سواء كانت الشخصية طبيعية أو معنوية، لكن سلطته في الاعتراف بالشخصية المعنوية أوسع بكثير نتيجة خضوع الكيانات المعنوية لرقابته وحكمه للتأكد من وضعها القانوني ومشروعيتها حتى لا تؤدي إلى الإضرار بمصالح الجماعة.

ب. انتهاء الشخصية الاعتبارية

يستمر الشخص المعنوي في أداء نشاطاته في العادة مدة أطول من حياة الشخص الطبيعي وذلك حتى يحقق الأهداف التي أنشئ من أجلها، ومع ذلك فهو معرض للفناء شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي وهو ينتهي بأسباب متعددة منها:

- ينقضي بانتهاء الأجل المحدد له إذا كان قد حدد له أجل في سند إنشائه مثل انقضاء الشركة بانقضاء المدة التي حددها الشركاء في عقد الشركة

- ينتهي أيضا بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله أو باستحالة تحقيق هذا الغرض

- كما ينقضي الشخص الاعتباري بالحل، سواء كان هذا الحل اختياريا باتفاق الأعضاء أنفسهم كما في حل الجمعيات، أو كان إجباريا عن طريق القضاء لأسباب قانونية كما إذا خالف الشخص الاعتباري القانون أو التنظيم المعمول به.

- علاوة على طرق الانقضاء المذكورة يمكن للشخص الاعتباري أن ينقضي بإلغائه من طرف السلطة التشريعية بتغيير التشريع المعمول به أو بتدخل السلطة التنفيذية عن طريق سحب الترخيص متى كان ذلك ممكنا.

ومتى انتهى الشخص الاعتباري لأي سبب من الأسباب السابقة فإن ذمته تصفى وتسد ديونه من أمواله وما تبقى منها يوزع وفقا للقواعد المحددة في سند إنشائه إلا إذا نص القانون على قواعد

معينة في هذا الشأن، وخلال فترة التصفية تبقى الشخصية القانونية الاعتبارية بصفة استثنائية بالقدر اللازم للتصفية.

وتنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى عامة وخاصة، حيث أورد القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 49 تعدادا للأشخاص الاعتبارية التي يقر بوجودها، وهذا النص يشمل نوعين من الأشخاص الاعتبارية فهناك أشخاص اعتبارية عامة تنظمها قواعد القانون العام كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسات ذات الطابع الإداري وأخرى أشخاص اعتبارية خاصة التي تنظمها قواعد القانون الخاص كالوقف والشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة.

والتفرقة بين أشخاص القانون العام والخاص الاعتبارية أصبحت في غاية الدقة وصعبة وذلك نتيجة قيام الدولة بنشاط مماثل لنشاط الأفراد من جهة وتدخلها بالرقابة من جهة أخرى وقد تعددت المعايير التي يقول بها الفقه للتفرقة بينهما ومنها إرادة المشرع نفسه الذي يقرر ما إذا كان الشخص عاما أو خاصا والغرض الذي يسعى الشخص الإعتباري إلى تحقيقه وطبيعة النشاط الذي يقوم به

والامتيازات التي يتمتع بها.

1. الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة إلى نوعين رئيسيين أشخاص إقليمية ومؤسسات عامة.

أ- الأشخاص الاعتبارية الإقليمية

وهي الأشخاص التي تتولي جميع المرافق العامة في إختلاف أنواعها في حدود إقليمية معينة، وعلى رأس هذه الأشخاص توجد الدولة وتفرع عنها الأشخاص المحلية كالولاية والبلدية وتثبت الشخصية القانونية لها وفقا للمادة 49 من القانون المدني بمجرد نشوئها وفقا للشروط المحددة في القانون ويقوم بتمثيلها في ممارسة نشاطاتها هيئة مكونة من أفراد وحتى في الدولة من خلال الحكومة وفي الولاية من خلال الوالي والبلدية عن طريق رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ب. الهيئات العامة

هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية العامة يتخصص في مرفق معين من مرافق الدولة سواء على المستوى الوطني أو المحلي ويتمتع في إدارته بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة والأشخاص الاعتبارية الإقليمية الأخرى

ويجري التمييز داخل المرافق العامة بين الهيئات العامة وهي المرافق العامة التقليدية التي تؤدي خدمة عامة كالجامعات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

2. الأشخاص الاعتبارية الخاصة

تتقسم الأشخاص الخاصة إلى نوعين رئيسيين، جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال ونعرض كل منهما على التوالي:

- جماعات الأشخاص

جماعات الأشخاص هي التي تتكون من عدة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين، وتثبت لها الشخصية المعنوية في الأصل عن طريق الاعتراف العام بمعنى بمجرد نشوئها وفق الشروط التي يحددها التشريع الساري المفعول وهي على نوعين الشركات والجمعيات، ومجال دراسة الشركات هو القانون التجاري لذلك نتعرض إليها في عجالة قصيرة قبل أن نتعرض للنوع الثاني وهو الجمعيات.

- الشركات

عرفت المادة 416 من القانون المدني الشركة بقولها «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي تنتج عن ذلك.»

ومن هذا النص يتضح أن الشركة قائمة على وجود جماعة من الأشخاص اتفقوا فيما بينهم على القيام بمشروع من المشروعات التجارية أو المدنية بقصد تحقيق الربح المادي يقسم فيما بينهم وأوجه الإشتراك يكون بتقديم حصة من العمل أو مال أو نقد، كما تتجه نية الشركاء إلى اقتسام الأرباح وتحمل الخسارة.

والشركات نوعان تجارية وهي التي تستهدف الربح وهي تزاوّل نشاطا تجاريا من تلك الأعمال المذكورة في المادة 2 من القانون التجاري ومثال ذلك كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها، وكل شراء للعقارات لإعادة بيعها، وكل مقاوله لتأجير المنقولات أو العقارات

وغيرها مما نصت عليه المادة الثانية من القانون التجاري، وشركات مدنية والتي تزاوّل عملا مدنيا بحتا لا يهدف تحقيق الربح أساسا.

ولن نتعرض للشركات التجارية لكون موضع دراستها هو القانون التجاري ونكتفي بعرض قواعد إنشاء الشركات المدنية وبدء شخصيتها وانقضائها.

وتكتسب الشركة المدنية شخصيتها المعنوية بمجرد تكوينها وفقا للمادة 417 من القانون المدني، وتتكون الشركة بعقد يبرمه الأشخاص الذين يتفقون على إنشائها، كما يشترط القانون أن تكون مكتوبا بمعنى يشترط المشرع الرسمية تحت طائلة بطلان عقد الشركة وفقا للمادة 418 من القانون المدني، ولكن لا يحتج بهذه الشركة في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي يحددها نص المادة 1/417 ومع ذلك يجوز للغير التمسك بوجود الشركة كشخصية اعتبارية رغم عدم شهرها إذا قامت مصلحته في ذلك وفقا للمادة 2/417.

ويراقب القانون الشركات المدنية في صورة تحريم بعض الشروط في عقد الشركة كتحريم اعتبار النفوذ أو الثقة المالية لأحد الشركاء حصة له في الشركة المادة 426 من القانون المدني وتحريم إعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسارة أو حرمانه من الأرباح، ولا تتدخل الدولة في إدارة هذه الشركات ولا تفرض على إدارتها رقابة مباشرة.

و تنقضي الشركة المدنية بأسباب متعددة منها انقضاء الميعاد المحدد لها أو تحقيق الهدف الذي قامت من أجله المادة 437 مدني ، أو هلاك جميع أموالها أو جزء كبير منه بحيث تنتفي الفائدة في استمرارها المادة 438 مدني، كما تنقضي بإجماع الشركاء على حلها، وكذلك اتفاق أغلبية الشركاء على حل الشركة في الحدود المقررة في عقدها التأسيسي أو نظامها، كما تنقضي بحكم قضائي بناء على سبب جدي وخطير يصوغ هذا الحل المادة 441 من القانون المدني أو بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه المادة 439 مدني ، أو انسحاب أحد الشركاء إذا كانت الشركة غير محددة المدة.¹

فإذا انقضت الشركة لأي سبب كان صفيت أموالها ويقسم ما يبقى من مال بين الشركاء بعد سداد الدين التي عليها المادة 447 ولحاجات التصفية تبقى شخصية الشركة رغم توافر سبب انقضائها بالقدر اللازم للتصفية وحتى نهايتها وبانتهائها تحتفي تماما شخصية الشركة تماما المادة 440 من القانون المدني.

¹ إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق، مرجع سابق، ص 152.

- الجمعيات

عرفت المادة 2 من قانون الجمعيات بأنها «تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة ويشترك هؤلاء في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها»، بينما اشترط المشرع المصري بخصوص عدد الأشخاص الطبيعيين المكونين للجمعية ألا يقل عن عشرة أو من أشخاص اعتباريين لغرض غير الحصول على ربح مادي ومن هذا التعريف تتضح المقومات الأساسية للجمعية وهي:

- جماعة من الأشخاص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين تجمعهم رابطة تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة.

- تنظيم دائم ومستمر لهذه الجماعة من الأشخاص، أي يكون لهم طابع الاستقرار والثبات وليس بالضرورة مؤبدا وهذا ما يميز الجمعية عن الاجتماعات العارضة أو الوقتية التي لا تستأهل اكتساب الشخصية القانونية كأن تتألف جماعة للقيام برحلة أو لإقامة حفلة أو لمناقشة موضوع ما.

- غرض تهدف إليه الجمعية غير الربح المادي وهو ما يميزها عن الشركة، كما أن الجمعية لا تتقيد إلا بعدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة والثوابت والقيم الوطنية وأحكام القوانين و التنظيم المعمول به وفقا لقانون الجمعيات لا سيما الفقرة الثالثة من المادة 2 ، فقد يكون خيريا كمرعاية المرضى والعجزة وقد يكون دينيا وقد يكون علميا أو ثقافيا وقد يكون بيئيا أو رياضيا كالنوادي المختلفة كما يمتد مجال نشاطها إلى المجال المهني و الإنساني وفق المادة 2/2 من القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات، كما يؤكد القانون على ضرورة أن يحدد موضوع الجمعية بدقة وتسميتها تنطبق مع موضوع نشاطها.

ولكي تنشأ الجمعية يجب أن يوضع لها نظام وأن تتبع الإجراءات الرسمية التي حددها قانون الجمعيات السالف الذكر.

ونظام الجمعية يجب أن يكون مكتوبا ويخضع أيضا تأسيسها إلى تصريح يسمى التصريح التأسيسي وإلى تسليم وصل التسجيل، ويودع هذا التصريح لدى المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات البلدية، والولاية بالنسبة للجمعيات الولائية والوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية وما بين الولايات وفقا للمادة 7 من قانون الجمعيات كما تبرز الإجراءات الرسمية من خلال الوثائق التي اشترطها المشرع والمرفقة للتصريح التأسيسي وهي:

- طلب تسجيل الجمعية موقع من طرف رئيس الجمعية أو ممثله المؤهل قانونا
- قائمة بأسماء الأعضاء المؤسسين والهيئات التنفيذية وحالاتهم المدنية ووظائفهم وعناوين إقامتهم وتوقيعاتهم.
- المستخرج رقم 3 من صحيفة السوابق القضائية لكل عضو من الأعضاء المؤسسين
- نسختان مطابقتان للأصل من القانون الأساسي
- محضر الجمعية العامة التأسيسية محرر من قبل محضر قضائي
- الوثائق الثبوتية لعنوان المقر
- ولا تنشأ الشخصية القانونية للجمعية بمجرد عقد الجمعية التأسيسية لها بل لابد من الحصول على وصل التسجيل ذي قيمة اعتماد بتعبير قانون الجمعيات وقيدها في السجل المعد خصيصا لذلك
- ويمنح للإدارة المعنية أجل أقصى ابتداءك من تاريخ إيداع التصريح لإجراء لدراسة مدى مطابقة الجمعية مع القانون وتكون هذه الآجال مختلفة حسب الهيئات المخولة بمنح الاعتماد وهي:
- ثلاثون (30) يوم بالنسبة للمجلس الشعبي فيما يخص الجمعيات البلدية.
- أربعون (40) يوم بالنسبة للولاية فيما يخص الجمعيات الولائية
- خمسة وأربعون (45) يوم بالنسبة للوزارة المكلفة بالداخلية فيما يخص الجمعيات ما بين الولايات
- ستون (60) يوم للوزارة المكلفة بالداخلية فيما يخص الجمعيات الوطنية
- ويتعين خلال هذه الآجال أو عند انقضائه على أقصى تقدير إما تسليم الجمعية وصل تسجيل ذي قيمة اعتماد أو اتخاذ قرار بالرفض، وقد حرص المشرع أن يكون قرار رفض تسليم وصل التسجيل معللا وتحدد أسبابه فقط في عدم احترام أحكام قانون الجمعيات، كما أعطى للجمعية أجل ثلاثة أشهر وقد اعتبر المشرع أيضا الرفض في هذه الحالة بمثابة قرار إداري قابل للطعن لذا أجاز المشرع للجمعية رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري خلال ثلاث أشهر من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح للإدارة للرد على طلب اعتماد الجمعية، وإذا صدر القرار ايجابيا لصالح الجمعية، يجب على الإدارة المعنية تسليم وصل التسجيل وجوبا.

كما يحق للإدارة المعنية رفع دعوى قضائية خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح لها أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بإلغاء تأسيس الجمعية ومع ذلك لا يكون الطعن موقفا للتنفيذ، ويثار التساؤل حول أهلية الجمعية ومدى تحديدها.

تتقيد أهلية وجوب الجمعية بالقيود العامة الواردة على أهلية الشخص الاعتباري فتتقيد بعدم إسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان إلى الشخص الاعتباري، وبانحصار ما يسند للشخص الاعتباري من حقوق والتزامات في حدود ما يتخصص به من غرض وقد أكد المشرع بصدد تنظيم الجمعيات على مبدأ التخصص إذ أوجب عليها أن تتفق أموالها ضمن إلا انه أتاح لها أن تستعمل فائض إراداتها في ضمان مورد ثابت.

وقد نص المشرع في قانون الجمعيات على قيود أخرى منها ما تعلق ضرورة تمييزها من حيث الأهداف والتسمية وطبيعة العمل عن الأحزاب السياسية من الناحيتين التنظيمية أو الهيكلية.

كما لا يمكنها أن تتلقى منها إعانات أو هبات أو وصايا مهما كان شكلها، كما لا يجوز للجمعيات نفسها أن تساهم في تمويل الأحزاب السياسية، ومن ظاهر الصياغة يظهر انه يشكل قاعدة أمر لا يجوز مخالفتها تحت طائلة العقوبات المقررة في قانون الجمعيات.

وقد نص القانون على قيود أخرى ذات أهمية خاصة من حيث اتصالها بمسألة النظام العام، ومنها المنع من الحصول على أموال من تنظيمات أجنبية ومنظمات غير حكومية أجنبية، غير أن المشرع استثنى من هذا القيد تلك الأموال التي ترد إلى الجمعية بمقتضى علاقات التعاون القائمة بين الجزائر ودولة أجنبية حيث تعتبر هذه العلاقة بمثابة سند يمكن أن تتمسك به الجمعية في قبول التمويل الأجنبي وفي كل الأحوال يجب عليها الحصول على موافقة السلطة المختصة مسبقا، لكن يمكن للجمعية الوطنية أن تتخرط في جمعيات أجنبية تشترك معها في نفس الأهداف بشرط احترام القيم والثوابت الوطنية والأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، كما اشترط قانون الجمعيات إعلام الوزير المكلف بالداخلية مسبقا بهذا الانخراط الذي بدوره يطلب رأي الوزير المكلف بالخارجية.

كما أورد المشرع قيودا أخرى على أهلية الجمعية ويتحدد أساسا في عدم صحة الهبات والوصايا المقيدة بأعباء وشروط إلا إذا كانت متطابقة مع الهدف المسطر في القانون الأساسي للجمعية وأحكام قانون الجمعيات الساري المفعول.

وعموما تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية وما يترتب من اكتساب الأهلية المدنية وهي تحديدا أهلية الأداء بمجرد تأسيسها وحصولها على الاعتماد حيث يتأسس لها الحق في مباشرة عديد التصرفات القانونية التي يخولها لها القانون الأساسي وكذا قانون الجمعيات وتحديدا المادة 17، والتي تتلخص فيما يلي:

- التصرف لدى الغير ولدى الإدارات العمومية
- التقاضي والقيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة لكن بسبب وقائع لها علاقة مباشرة بهدف الجمعية وبشرط أن تكون قد ألحقت ضررا بمصالح الجمعية أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها
- إبرام العقود والاتفاقيات والاتفاقات التي لها علاقة مع هدفها
- القيام بكل نشاط شراكة مع السلطات العمومية له علاقة مع هدفها
- اقتناء الأملاك المنقولة أو العقارية مجانا أو بمقابل لممارسة أنشطتها وفق ما ينص عليه القانون الأساسي
- الحصول على الهبات والوصايا طبقا للتشريع المعمول به
- أما بخصوص انقضاء الجمعية، فقد نص المشرع في قانون الجمعيات على عدة أسباب لحل الجمعية، ويظهر من خلال هذه النصوص أنها تتعلق أساسا بفكرة النظام العام وجاءت في صيغة قواعد أمر يفترض ألا تخالفها الجمعية، وتتركز هذه الأسباب فيما يلي:
- الإخلال بالمبادئ الديمقراطية في انتخاب الهيئة التنفيذية للجمعية وفي تجديدها وعدم احترام ضمن الآجال القانونية المحددة في القانون الأساسي لها.
- عدم تبليغ السلطات العمومية المختصة عند عقد جمعيتها العامة بالتعديلات التي أدخلت على قانونها الأساسي والتغييرات التي تطرأ على هيئاتها التنفيذية خلال 30 يوما الموالية للمصادقة على القرارات المتخذة.
- إغفال تقديم نسخ من محاضر الاجتماعات والتقارير الأدبية والمالية السنوية إلى السلطة العمومية المختصة إثر انعقاد جمعية عامة عادية أو استثنائية خلال الثلاثين (30) يوما الموالية للمصادقة عليها.

- إذا تضمنت القوانين الأساسية للجمعية بنودا أو إجراءات تمييزية تمس بالحريات الأساسي لأعضائها.

- إذا حصلت الجمعية على أموال من تنظيمات أجنبية أو منظمات غير حكومية أجنبية خارج إطار علاقات التعاون المؤسسة قانونا أو كانت ضمن هذا الإطار وتلقت تمويل دون الحصول على الموافقة المسبقة من السلطة المختصة.

- إذا كان الأشخاص الطبيعيون المؤسسون لجمعية أجنبية على التراب الوطني أو أعضاء فيها في وضعية غير قانونية تجاه التشريع الجزائري.

وركز المشرع في قانون الجمعيات على مسألة تعدد من قبيل الخطأ الجسيم وتتعلق أساسا بفكرتي النظام العام والأمن العام وهي التدخل في الشؤون الداخلية للبلاد أو المساس بالسيادة الوطنية، إضافة إلى توافر الأسباب السالفة الذكر مما يؤدي إلى تعليق نشاط الجمعية لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر عملا بالمادة 40 من قانون الجمعيات.

غير أن توقيع هذا الجزاء مرهون باحترام إجراءات جوهرية تحت طائلة بطلان أي جزاء يتم توقيعه وخاصة الإعدار الموجه من السلطة المختصة للجمعية بوجوب مطابقة الأحكام القانون في أجل محدد.

وعند انقضاء ثلاثة (3) أشهر من تبليغ الإعدار وإذا بقي الإعدار بدون جدوى تستطيع السلطة العمومية اتخاذ قرارا بتعليق نشاط الجمعية ويبلغ هذا القرار إلى الجمعية، حيث يصبح التعليق ساري المفعول ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.

ولما كان العمل الذي تقوم به السلطة المختصة في هذه الحالة بمثابة قرار إداري فيمكن للجمعية الطعن فيه بإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة وهي القضاء الإداري.

كما يمكن حل الجمعية إراديا أو معلنا عن طريق القضاء ويبلغ للسلطة التي منحت لها الاعتماد، كما يمكن أن يتأسس الحق في طلب حل الجمعية من قبل السلطات العمومية المختصة أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا عندما تمارس هذه الجمعية نشاطا أو عدة أنشطة أخرى غير تلك التي نص عليها القانون الأساسي أو حصلت على أموال ترد إليها من تنظيمات أجنبية خرقا لأحكام المادة 30 من قانون الجمعيات كما يكون من أسباب الحل ثبوت توقف الجمعية عن ممارسة النشاط بشكل واضح.

كما يمكن للغير المطالبة بحل الجمعية في حالة القيام نزاع حول المصلحة أمام الجهة القضائية المختصة.

وقد فرق المشرع بالنسبة لأثار حل الجمعية بين الحل الإداري والحل بناء قرار قضائي.

ففي حالة الحل الإداري تؤول الأملاك المنقولة والعقارية طبقا لما هو منصوص عليه في القانون الأساسي للجمعية، أما في حالة الحل المعلن من الجهة القضائية المختصة تؤول الأملاك طبقا للقانون الأساسي ما لم ينص قرار العدالة بخلاف ذلك.

- مجموعات الأموال

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التي تقوم على تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين، فهذا النوع من الأشخاص الاعتبارية يتميز بأنه يتكون من مجموعة من الأموال رصدت لغرض أو هدف محدد ولا يلزم لنشوئه وجود عدد من الأشخاص كما هو الحال في جماعات الأشخاص، ويعترف القانون بالشخصية الاعتبارية لنوعين من الأموال هما المؤسسات والوقف.

1. المؤسسات الخاصة

المؤسسة الخاصة هي شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال لمدة غير محددة للعمل ذي صفة اقتصادية أو اجتماعية وللقيام المؤسسة يجب توفر الأركان التالية:

- مجموعة أموال يتم رصدها من قبل شخص أو عدة أشخاص لا يدخلون في تكوينها كأعضاء فيها، فالمؤسسة تقوم على المال المخصص لغرض معين، وهي بهذا تختلف عن الشركات والجمعيات التي تتكون من جماعة من الأشخاص.

- غرض معين تخصص هذه الأموال لتحقيقه، وهذا الغرض يجب أن يكون ذا صفة إما اقتصادية أو اجتماعية.

- مدة غير معينة، فلا يجوز تحديد المؤسسة لمدة مؤقتة معلومة وفي ذلك تختلف عن الجمعية التي يمكن أن تقوم لمدة معينة أو غير معينة.

تخضع المؤسسة للقيود العامة التي تحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري بوجه عام، فلا تثبت لها الحقوق ولا تتحمل بالالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية، كما أنها لا تكتسب الحقوق ولا تتحمل الالتزامات إلا المتعلقة بالغرض الذي قامت من أجله.

2. الوقف

الوقف نظام مستمد من الشريعة الإسلامية ويعني حبس عين من الأعيان على أن تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم ملك الله تعالى ووقف منفعتها على جهة من جهات الخير. وبذلك يكون الوقف مجموعة أموال خصصت لتحقيق غرض معين من أغراض البر وقد يكون مؤقتا أو مؤبدا، كما أن الوقف في الشريعة الإسلامية قد يكون خيريا وهو الذي يخصص ريعه منذ البداية إلى جهة من جهات البر، كالفقراء والأيتام والمستشفيات وقد يكون أهليا كما هو الحال في التشريع المصري قبل إلغاءه ويصرف ريعه لأفراد بعينهم ثم بعد ذلك لجهة من جهات الخير، أما المشرع الجزائري فقد استحدث نظام لاستثمار الأملاك الوقفية عن طريق العقد.

ويخضع الوقف في أحكامه وتنظيمه أساسا إلى القانون رقم 10/91 المعدل والمتمم، وقد فصل المشرع الجزائري وتجاوب مع النظم الحديثة، فاعترف للوقف بالشخصية المعنوية بموجب المادة 5 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف والتي نصت «الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها»

وهو اعترافا ينسجم مع أحكام المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم.

وعليه فالوقف لا يعتبر للأشخاص الطبيعية ولا الاعتبارية سواء كانوا واقفين أو موقوف عليهم، فالمشرع الجزائري أخرج المال الموقوف من ملك الواقف ولم ينقله إلى ملكية الموقوف عليه بل اعتبر الوقف مؤسسة قائمة بذاتها.

فمؤسسة الوقف تتمتع بالشخصية المعنوية وهي نابعة من الشريعة الإسلامية.

ويترتب على إضفاء الشخصية المعنوية على الوقف نتائج قانونية على قدر كبير من الأهمية يمكن تلخيصها فيما يلي:

- إضفاء الطابع المؤسسي على الوقف مما يجعله يخدم فكرة الدوام أو التأييد، حيث أن المؤسسة أكثر دواما من الشخص الطبيعي وعملها أكثر قابلية للتنظيم وإمكانية استخدام وسائل المحاسبة وتقنياتها كالرقابة الداخلية والخارجية سواء كانت مركزية أو قضائية.

- فتح المجال لإشراف الدولة على الوقف ومن ثم تسيره تسييرا مركزيا ولا مركزيا.

كما أن تحقق الشخصية في القانون لا يتم إلا بتوافر الأركان التالية:

1. وجود جماعة من الأشخاص المكونين لها

2. مجموعة أموال مرصودة لغرض معين

3. غرض معين يراد تحقيقه

4. اعتراف القانون بها

أما من مميزات الشخصية الاعتبارية إنطلاقا من نص المادة 50 من القانون المدني المعدل والمتمم ويمكن حصرها فيما يلي:

- الذمة المالية

- أهلية في حدود مضمون عقد إنشائها ويقررها أساسا القانون

- وجود موطن وهو المكان الذي تتواجد فيه إدارتها

- ضرورة وجود نائب يعبر عن إدارتها

- حق التقاضي عند الخصومة

- اسم يحدد طبيعة عملها

الفصل الثاني

محل الحق

يقصد بمحل الحق ما يرد أو ما يقع عليه الحق، بمعنى المستقر الذي تركز عليه السلطات أو المكنتات التي يعطيها الحق ويحولها لصاحبه.

ومحل الحق يختلف باختلاف الحقوق، فمحل الحقوق غير المالية يكون دائما عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به، فمثلا انصياع الابن لتوجيهات أبيه هو الذي يحقق للأب المصلحة التي قصدتها القانون من تقرير حقه في تربية ورعاية وتوجيه أبنائه، وامتناع الدولة أو الأفراد عن وضع العوائق التي تمنع أي فرد من التمتع بحريته كاملة في إطار القانون.

أما محل الحقوق المالية فهو يختلف بحسب نوع الحق، فالنسبة للحقوق الشخصية يكون المحل عبارة عن عمل سواء كان ايجابي أو سلبي، أما بالنسبة للحقوق العينية فيكون المحل عبارة عن شيء مادي معين بالذات، وأما الحقوق الذهنية فمحلها شيئا معنويا غير مادي هو الإبداع الذهني

أو الفكري، وسنقتصر في دراستنا على محل الحقوق المالية ونتعرض لها في مبحثين: الأول خاص بالأعمال والثاني خاص بالأشياء.

أولاً: الأعمال

تكون الأعمال محلاً للحقوق الشخصية، وهي إما أن تكون أعمالاً إيجابية أو أعمالاً سلبية، ومثال العمل الإيجابي التزام مقاول ببناء عمارة وتعهّد الناقل بنقل أشخاص أو بضائع من مكان لآخر، والتعهّد بإصلاح آلة، ومثال العمل السلبي التزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر في تجارة معينة في مكان معين، وتعهّد بائع المحل التجاري بعدم فتح محل مماثل بالقرب من محل تاجر آخر.

يشترط في العمل بوصفه محلاً للحقوق الشخصية وسواء أكان هذا العمل إيجابياً أو سلبياً شروطاً أساسية ثلاثة وهي الإمكان والتعيين والمشروعية وسنشير إليها بإيجاز حيث تعتبر نظرية الإلتزام المجال الخصب للتفصيل فيها.

أ. الإمكان: يجب أن يكون العمل ممكناً وغير مستحيل في ذاته المادة 92 مدني ولو كان مستحيلاً بالنسبة لبعض الأشخاص، فالاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة أي التي تقوم بالنسبة لكافة الناس حيث لا يستطيع المدين ولا أي شخص آخر يقوم مقامه في تنفيذ الإلتزام المطلوب.

ومن أمثلة الاستحالة المطلقة التعهّد بنقل ملكية عين معينة قد هلكت أصلاً وأيضاً التعهّد برفع طعن باستئناف حكم قضائي بعد فوات ميعاد الطعن أصلاً وتعهّد الطبيب بإجراء عملية جراحية لشخص كان قد توفي من قبل.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية وهي التي تقوم بالنسبة للشخص ولا تقوم بالضرورة لآخر أو لأشخاص آخرين فإنها لا تمنع من قيام الإلتزام لأن المحل في هذه الحالة يكون ممكناً، ومن الأمثلة في هذا السياق عن الاستحالة النسبية تعهّد شخص فنان تشكيلي برسم لوحة فإن كان هذا الإلتزام مستحيلاً بالنسبة إليه فلا يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر من الرسامين، وتعهّد شخص آخر برفع أثقال من الحديد لا يقدر فعلاً على رفعها إذا كان غيره قادراً على ذلك، وتعهّد شخص معسر بشراء عقار بمبلغ كبير من النقود في حين يكون شخص آخر موسر قادراً على شرائه .

في هذه الصور جميعا يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح لأن العمل غير مستحيلا في ذاته ويكون بذلك للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به وإذا تقاعس المدين عن القيام به كان مسئولا أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء ومن ثم يلتزم بدفع تعويض عادل.

ب. التعيين

يجب أن يكون المحل معينا بمعنى محدد أو على الأقل قابلا للتعيين حتى يمكن اقتضاء الحق الوارد عليه، وتعيين العمل هنا يجب أن يكون ببيان نوعه وصفته ومداه كما لو تعهد مقاول ببناء منزل محدد بأوصاف كافية كعدد الطوابق وعدد الغرف ونوعية البناء ومساحته وملحقاته كالحديقة

وإذا التزم المقاول بإقامة بناء فقط دون تعيينه بدقة في العقد، فيكفي أن يكون قابلا للتعيين من ظروف التعاقد وملاساته.

وإذا كان مضمون العمل إعطاء شيء فيجب إذا كان الشيء قيمي أن تحدد ذاتيته على النحو الذي يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع العقار المبيع ومساحته وحدوده بما يمنع اتصاله بغيره من العقارات المجاورة.

و أما إذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره بأن يعين نوع القمح مثلا المبيع ومقداره، ولا يشترط تعيين المقدار صراحة في العقد طالما هناك من الظروف ما يساعد على تعيينه، فإذا التزم مورد بتوريد كمية ما من الأغذية اللازمة لفائدة مستشفى أو مدرسة ولم يعين المقدار في العقد فإن محل الالتزام يكون قابلا للتعيين حيث يحدد على أساس ما تحتاجه المدرسة خلال فترة معينة، كذلك لا يلزم تحديد درجة الجودة المطلوبة في الشيء بحيث يمكن استخلاص ذلك من ظروف التعامل أو يلتزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط المادة 686 مدني.

ج. المشروعية

لا بد أن يكون العمل موضوع الحق الشخصي مشروعاً، بمعنى غير مخالف للقواعد الآمرة أو النظام العام والآداب العامة المادة 93 مدني، فلا يقوم الحق إذا كان موضوع التعهد هو ارتكاب جريمة مثلا أو التعامل في أشياء تتنافى مع القانون.

ثانياً: الأشياء

تعتبر الأشياء من أهم العناصر التي تكون محلاً للحق وذات قيمة خاصة بالنسبة للمالك من حيث التمتع بها والتصرف فيها وجني منافعها المادية خاصة كما أولى لها القانون المدني أهمية خاصة

1. مدلول الشيء وتمييزه عن المال

يقصد بالشيء بوصفه محلاً للحق كل ما له كيان مستقل عن كيان الأشخاص، فلم يعد الإنسان في العصر الحديث معتبراً من الأشياء وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً للحق على خلاف ما كان سائداً في الماضي بالنسبة للرقيق الذي كان يعد شيئاً ترد عليه ويصلح أن يكون محلاً للتعامل كأى شيء آخر، وما يصدق على في العصر الحالي يصدق على أجزاء من جسمه طالما لم تتفصل عنه، فإذا انفصلت عنه أصبح لها كيان ذاتي مستقل أمكن النظر إليها حينئذ بوصفها أشياء وبالتالي تصلح أن تكون محلاً للحق.

والشيء قد يكون مادياً أو معنوياً، فالشيء المادي هو كل ما نستطيع إدراكه بالحس، أما الشيء المعنوي فهو ما لا يدرك إلا بالتصور كالأفكار أو الإبداعات المختلفة مثل الابتكارات الجديدة الناتجة عن التطور الحاصل في البحث العلمي علاوة على العلامات والبيانات والأسماء التجارية وحتى المحل التجاري.

ومن المتعارف عليه فقها وقانوناً أن الشيء المادي أو غير المادي يمكن أن يكون محلاً للحق وقد سبق أن تعرضنا إلى ذلك وأكدنا أن الأشياء المعنوية تعتبر محلاً لنوع خاص من الحقوق وهي الحقوق الذهنية وتنظمها قوانين خاصة ال مادة 687 مدني، أما الأشياء المادية فتصلح أن تكون محلاً للحقوق العينية سواء ما تعلق منها بالأصلية أو التبعية، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للحقوق الشخصية حيث أن محلها هو العمل (الإيجابي أو السلبي) وليس الشيء حتى ولو كان القيام بعمل من شأنه أن يؤدي إلى الحصول على شيء من الأشياء.

ويختلف الشيء عن المال، فالمال في مفهوم القانون هو الحق المالي سواء كان الحق عينياً أو شخصياً أو معنوياً، أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه الحق العيني أو الحق المعنوي وعليه نستنتج أنه يعد من المال الحق الشخصي وإن كان محله عملاً وليس شيئاً، ولما كان الشيء يعتبر في الغالب محلاً للحق المالي عينياً كان أو معنوياً فإنه يكون مالا لاختلاط الحق به، فإذا لم يرد

على الشيء أي حق كما هو الحال بالنسبة للأشياء التي لا مالك لها فلا تكون بصدد مال بل هي شيء فقط.

2. الأشياء التي تكون محلا للحق

ليست كل الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق، فبعضها لا تقبل بأن يرد عليها الحق وهذا راجع لخروجها عن دائرة التعامل أصلا، والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل إما أن تكون كذلك بحسب طبيعتها طبقا لما ينص عليه القانون.

وبطبيعة الحال فإن الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها هي التي أصلا لا تقبل الاستثناء كالمياه في البحر وأشعة الشمس والهواء فهذه الأشياء لا نتصور استثناء شخص بها في للجميع يستفيدون منها، ولكن متى أمكن الاستثناء بجزء منها عن طريق فصلها صار هذا الجزء مملوكا ملكية فردية ويمكن التعامل فيه مثل الهواء المضغوط المعبئ أو ماء البحر المعد لتداوي المادة 682 مدني.

أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي أشياء قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والإحراز على سبيل الاستثناء والإنفراد، ولغاية معينة يمنع القانون التعامل فيها إما بسبب تخصيصها للنفع العام مثل الطرق والشواطئ والبحار وأماكن العبادات، وإما أن المشرع يرى في منع التعامل فيها الغرض منه حماية مصالح الجماعة، وتنقسم الأشياء إلى عدة تقسيمات ولعل أهمها:

- عقارات ومنقولات

- أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك

- عامة وخاصة

ونتعرض في إيجار لإلى كل هذه التقسيمات

أ. تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات

نصت المادة 683 من القانون المدني بقولها « كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص » ، ومن هذا النص يتضح لنا المشرع يضع معيارا في التفرقة بين العقار و المنقول ويجعل هذا المعيار هو الثبات وعدم قابلية نقل الشيء

من مكان إلى آخر دون تلف، ومن ثم إذا كان الشيء مستقرا بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وهو ما ينطبق على الأرض وكل ما يتصل بها من مبان أو أشجار يستوي في هذا أن تكون المباني قد أقيمت لتبقى بصفة دائمة أو أقيمت بصفة مؤقتة كالأبنية التي تقام في المعارض، كما يستوي أن يكون من أقام المباني مالكا للأرض أو مستأجرا لها، أما إذا كان الشيء يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف فهو منقول وهو ما ينطبق على السيارات و الكتب و النباتات المزروعة في أوعية معدة للنقل ومخيمات و الأكشاك الخشبية غير المثبتة في الأرض والتي يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، ويعتبر منقولا أيضا الشيء غير المادي بمعنى معنوي مثل الإسم التجاري و أيضا العلامة التجارية، بحيث لا يتوافر له الوجود المادي وبالتالي لا يتصور بالنسبة له الثبات بحيز معين يستقر فيه، وإذا كانت هذه المفاهيم تبدو مستقرة في الفقه و القانون فإن هناك أشياء أخرى لها وضع خاص بالنظر لقيمتها من الناحية العملية و ضرورتها الإقتصادية مما جعل المشرع يخصص لها أحكام خاصة وهيا ما يصطلح على تسميتها العقارات بالتخصيص.

فقد يضطر المشرع في بعض الأحيان للخروج عن بعض القواعد العامة فيجعل من بعض المنقولات عقارات ولكن عندما تخصص هذه المنقولات لخدمة العقار أو لاستغلاله المادة 683 مدني، فالعقار بالتخصيص هو أصلا منقول ولكن المشرع ولههدف معين أصبغ عليه صفة العقار لكونه رصد لخدمة العقار أو لدواعي استغلاله ومن ثم يخصص لذلك، وهدف المشرع من ذلك هو تطبيق أحكام العقار على ما يتبعه بالضرورة من منقولات مخصصة لخدمة أو استغلال حتى يكفل استمرار وظيفة العقار خصوصا من الناحية الإقتصادية، ومن ثم فإن خضوع هذه المنقولات لنظام مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقار قد يعطل الاستفادة من ما يدره من منافع اقتصادية ومالية وحتى اجتماعية.¹

ولكي يعتبر المنقول عقار بالتخصيص يجب توافر بحسب شرطان أساسيان هما:

الشرط الأول: إتحاد مالك العقار و المنقول: يجب إن يكون المنقول مملوكا لصاحب العقار، فإن لم يكن المالك لهما واحدا فإن المنقول لا يكتسب صفة العقار ولا تسري عليه أحكامه حتى ولو خصص لخدمته أساسا وعليه لا تعتبر عقارات بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة لمستأجر أو المنتفع حتى ولو قام المستأجر أو المنتفع في هذه الحالة بتخصيص منقولاته لخدمة العقار أو

¹ Humbert, essai sur la Fongibilité et la consomptibilité des meubles ; paris 1985, p220.

استغلاله، كما أنه إذا استعمل مالك العقار في استغلاله أدوات مملوكة للغير فإنها لا تعتبر بهذا الاستعمال عقارات بالتخصيص، ولعل الحكمة من هذا الشرط أن إخضاع المنقولات لنفس النظام الساري المفعول على العقار يفترض وحدتها كمجموعة متماسكة يراد منه المحافظة على كيانها من التفكك وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول أساسا المخصص لخدمته واستغلاله، أما إذا كان مالك المنقول غير مالك العقار فإن الفصل بينهما يكون أمرا متوقعا وطبيعيا فلا ضرورة لإخضاعهما لنظام قانوني واحد.

الشرط الثاني: أن يقوم المالك بتخصيص المنقول لخدمة العقار و استغلاله: لا يكفي أن يكون المنقول مملوكا لصاحب العقار حتى يأخذ حكمه، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله وأن يصدر التخصيص من المالك نفسه أو من النائب عنه الذي يعمل لحسابه، وينبغي أن يتبين من قصد المالك بوضوح أنه قد أراد التخصيص على نحو ثابت ودائم، ومن أمثلة ذلك الآلات الزراعية والمواشي ضمن المزرعة التي يملكها أو السيارات المخصصة لتقديم خدمات الفندق أو المركبات المخصصة لنقل بضائع المصنع ومواده الأولية، تحتمل هذه الحالة شرطا دقيقا وهو ضرورة أن يكون التخصيص عينيا وليس شخصا بمعنى أن المنقول يكون معد ومخصص لخدمة العقار واستغلاله وليس خدمة مالكة وعكس ذلك لا يعتبر المنقول هنا عقارا بالتخصيص مثل السارة التي ستعملها المالك في التنقل فلا تعتبر في هذه الحالة عقارا بالتخصيص.

ومن المتعارف عليه أنه لا يشترط أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار الملحق به فقط بل يمكن أن يخدم عقارا آخر للمالك نفسه أيضا وإنما يجب في هذه الحالة أن تكون خدمته للعقار الملحق به هي الغالبة.

ولكن يلزم أن يكون التخصيص ضروريا أيضا لخدمة العقار أو استغلاله بحيث لا يمكن الاستغناء عنه لتحقيق هذا الغرض، ومن قبل التخصيص لخدمة العقار دون استغلاله ما يوضع في المستشفيات من لوازم طبية فالمنقول هنا يحقق فائدة لهذا العقار بحيث يجعله يحقق الغاية من وجوده خاصة على الصعيد الإقتصادي والمالي، ومن أمثلة التخصيص المعد للاستغلال ما يرصد الأرض المعدة للزراعة من آلات متخصصة في الزراعة والأثاث الموضوع في الفنادق.

كما لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة فيصح أن يكون مؤقتا لفترة من الزمن ويكتسب بذلك المنقول وصف العقار بالتخصيص مثل أن يرصد مالك العقار الزراعي آلة لخدمة

هذا العقار مدة معينة ثم باع هذه الآلة بعد فترة قصيرة، كما يثار التساؤل أيضا حول وضع المنقول الذي يلصق بالعقار على نحو دائم.

إذا ألصق منقول ما بعقار على نحو دائم أو بصورة نهائية فإن التساؤل القانوني يطرح نفسه حول ما إذا كان هذا المنقول يكتسب وصف العقار بطبيعته أو عقارا بالتخصيص.

إن تطبيق المعيار السابق في التفرقة بين العقار بطبيعته والمنقول يمكن القول بأنه إذا أدمج المنقول بالعقار على نحو دائم بحيث لا يمكن نزعه منه دون تلف فإنه يصبح عقارا بطبيعته، كما هو الحال بالنسبة للنوافذ والأبواب إضافة إلى المصاعد المثبتة بالبناء بحيث يكون غير مكتمل بدونها وعليه تصبح عنصرا جوهريا فيه وجزء مكمل له وعليه تأخذ نفس الوصف من الناحية القانونية والواقعية.

أما إذا ألصق المنقول بالعقار بإحدى الوسائل غير أن يظل يحتفظ بذاتيته على نحو يمكن فصله دون تلف أعتبر عقارا بالتخصيص متى كان صاحبه قد وضعه أصلا لخدمة أو استغلال العقار المالك له كأن توضع آلة ري ثابتة في الأرض وأصبحت ثابتة بحيث لا يمكن نقلها بدون تلف فإنها تصبح عقارا بالتخصيص أما إذا وضعت هذه الآلة بشكل غير مثبت مما يسمح بنقلها من مكان لآخر دون تلف فإنها تكتسب وصف العقار بالتخصيص متى اتحدا ملاكهما.

إن اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص يؤدي إلى معاملته معاملة العقار وذلك أساسا من حيث الأحكام التي يخضع لها العقار، فلا يجوز الحجز على المنقول بمعزل عن العقار الذي ألحق به ولو لم يذكر ذلك في قرار نزع الملكية.

كذلك يتبع العقار بالتخصيص مصير العقار الذي ألحق به عندما يكون محلا للتصرف القانوني سواء بالبيع أو الرهن.

هذا ويراعى أن الحكم السابق قرره القانون على أساس أن المتعاملين وخاصة مالك العقار قدر أرادوا ذلك، فهو حكم لا يتعلق بالنظام العام وإنما قصد به حماية المالك، ويترتب على ذلك إمكانية مخالفة هذا الحكم طالما يتعلق بالقواعد المكتملة وليس الآمرة فيجوز للمالك أن يسمح لدائه بالحجز على المنقولات مستقلة عن العقار المرصودة لخدمته أو استغلاله، كما أن له أن يفصل ما بين العقار والمنقول عند التصرف بأن يبيع مثلا العقار دون المنقول، وأخيرا يستطيع المالك أن يزيل عن المنقول صفة العقار بالتخصيص وذلك بإنهاء هذا التخصيص وعندئذ يعود إلى الوصف الأصلي و الحقيقي له وتسري عليه أحكام المنقول العادي وليس أحكام العقار بالتخصيص.

والواقع العملي يثبت أيضا التطور الحاصل في تحول الأشياء وفقدانها لطبيعتها مما يستدعي من المشرع صياغة أحكام خاصة بها ولعل أهمها ما يصطلح على تسميته المنقول بحسب المآل.

فقد سبق أن خلصنا أن المنقول هو الشيء غير الثابت في مكانه والذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف كالكتب و الملابس و السيارات وغيرها ومن ثم الشيء الذي يصدق عليه هذا الوصف يسمى منقولا بطبيعته، إلى جانب هذا النوع من المنقول توجد أشياء أخرى تسمى منقولات بحسب المآل، وهذا النوع من المنقولات هو في الأصل عقارات بطبيعتها لأنها ثابتة في مكانها ولا يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف أن تتغير ولكنها تعامل كما لو كانت منقولات نظرا لأنها معدة لكي تصير كذلك في المستقبل القريب ومثالها المباني المعدة للهدم والأشجار التي يراد قطعها والثمار المعدة للقطف.

وفي كل هذه الحالات يعامل الشيء معاملة المنقول إذا اتجهت إرادة ذوي الشأن إلى فصله عن أصله، وكان هذا الانفصال قريب الوقوع بحيث أنه لا يبقى إلا مدة قصيرة وينفصل الشيء عن أصله الثابت فيه ويصير منقول، وقد اعتبر المشرع الثمار والمزروعات منقولات بحسب المآل، وبالتالي يمكن الحجز عليها خلال مدة معينة قبل النضج بطريقة الحجز على المنقول رغم أنها متصلة بالأرض أي رغم أنها عقارات بطبيعتها، والقيود الوحيد الذي يرد على مثل هذا الحجز هو ألا يكون قبل نضج الثمار وفق ما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية.

ويترتب على اعتبار العقار منقولا بحسب المآل ضرورة معاملته معاملة المنقولات من الناحية القانونية خاصة من حيث انتقال الملكية بدون اتخاذ إجراءات الشهر، والحجز عليه بطريقة الحجز على المنقول، كما أن الإختصاص القضائي فيكون لمحكمة موطن المدعى عليه وليس للمحكمة التي يوجد العقار في دائرتها، وتتحدد أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات من زوايا متعددة منها:

- **من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء:** فهناك من الحقوق ما لا يرد إلا على عقار وهي الحكر والارتفاق والسكنى وحق الإختصاص والرهن الرسمي فهذه الحقوق لا يمكن ان ترد على المنقول.

- **من حيث انتقال الملكية والحقوق العينية:** فالملكية والحقوق العينية الواردة على المنقول تنتقل بمجرد إبرام العقد فيما عدا بعض المنقولات ذات الأهمية الخاصة مثل السفن والطائرات التي

يستلزم القانون بشأنها بعض الإجراءات الخاصة أما إذا وردت الحقوق العينية على العقارات فإنها لا تنشأ ولا تنتقل إلا إذا تم اتخاذ إجراءات الشهر بشأنها.

- **من حيث الشفعة:** وهي عبارة رخصة تجيز للجار والشريك الحلول محل المشتري وهي رخصة لا تخص إلا العقارات فقط دون المنقولات.

- **من حيث الحيازة:** الحيازة هي المنقول بحسن النية تكون سند للحائز في اكتساب الملكية في الحال دون اشتراط استمرار الحيازة مدة معينة، والأمر على خلاف من ذلك بالنسبة للعقار حيث يشترط حتى تؤدي حيازته لاكتساب ملكيته أو الحق العيني عليه أن تستمر هذه الحيازة مدة تختلف حسب الأحوال.

- **من حيث دعاوى الحيازة:** كدعاوى وضع اليد، حيث أن هذه الدعاوى مقررة لحماية حائز العقار دون حائز المنقول.

ب. تقسيم الأموال العقارية والأموال المنقولة

إلى جانب تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات يوجد تقسيم مقابل للأموال حيث تنقسم هيا الأخرى إلى أموال عقارية ومنقولة وقد نصت على ذلك ال مادة 684 بقولها «يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكل دعوى تتعلق بحق عيني عقاري ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية»

من هذا النص يتضح أن المال العقاري هو كل الحقوق العينية التي تقع على عقار سواء أكانت عينية أصلية كحق الملكية و حق الانتفاع وحق الارتفاق أم كانت حقوقا عينية تبعية كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق الإمتياز وحق الإختصاص، كما يعتبر مالا عقاريا كذلك الدعاوى العقارية وهي تلك التي تتعلق بحق عيني على عقار ومثالها دعوة استحقاق العقار ودعوى تقرير حق الارتفاق على عقار مملوك للغير ودعوى الرهن الرسمي، واعتبار دعوى مالا عقاريا في مثل هذه الحالة يدخل في الاعتبار بما تقرر من حمايته و المطالبة به من حقوق عينية عقارية.

وأما الأموال المنقولة فهي جميع الحقوق غير العقارية والدعاوى التي لا تستند إلى حقوق عينية عقارية، ويتمثل ذلك في جميع الحقوق العينية التي ترد على منقول، كحق الملكية و حق الانتفاع والاستعمال والرهن الحيازي والامتياز إذا كان محلها منقولاً، وكذلك جميع الحقوق

الشخصية سواء أكان محلها القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به أو كان محلها إعطاء شيء حتى ولو كان هذا الشيء عقارا، كحق مشتري العقار قبل البائع بتسجيل العقد، كما تعتبر الحقوق المعنوية أو الذهنية عموما كحق المؤلف والحق في الإسم التجاري والعلامة التجارية كما يدخل في الأموال المنقولة أيضا الدعاوى التي تتعلق بحقوق عينية ترد على منقول أو بحقوق شخصية أو بحقوق معنوية مثل دعوى المطالبة بدين، و تتجلى أهمية هذا التقسيم بصفة خاصة من الزوايا التالية:

- **من حيث إجراءات التنفيذ:** يفرق القانون بين إجراءات التنفيذ على الأموال المنقولة وإجراءات التنفيذ على الأموال العقارية، فيجعل الأولى أكثر سرعة ومرونة وأقل تعقيدا.

- **من حيث التصرفات القانونية** التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق عيني على عقار يجب أن تخضع لإجراءات شهر معينة أما الإجراءات التي تتعلق بحق عيني على منقول أو المتعلقة بحقوق شخصية فلا تكون واجبة الشهر.

- **من حيث الإختصاص القضائي:** الأصل أن الدعوى ترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه، ويستثنى من ذلك الدعاوى المتعلقة بحق عقاري فتختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها موقع العقار أو أحد أجزائه.

ج. الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

يقصد بالأشياء القابلة للاستهلاك الأشياء التي لا يتم الانتفاع إلا باستهلاكها المادة ، و الاستهلاك قد يكون ماديا من خلال القضاء على مادة الشيء أو تغيير صورته مثل أكل الطعام وتحويل المنسوجات إلى ملابس جاهزة، وقد يكون قانونيا بالتصرف في الشيء بنقل ملكيته للغير كإنفاق النقود وبيع السلع المختلفة، أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي يمكن الانتفاع بها دون أن هلاك من أول استعمال لها بمعنى الأشياء التي يمكن استعمالها دون أن تستهلك ولو ترتب على تكرار استعمالها وطوله نقص قيمتها كالأرض و المنازل و السيارات.

ويراعى في هذا الصدد أن طبيعة الشيء هي التي تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك، ولكن للإرادة أيضا دور في هذا المجال، فيمكن لها استعمال الشيء استعمالا يخرجها عنا تقضي به طبيعته، فالنقود وهي قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونا أي بإنفاقها، تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعيرت للعرض في معرض ثم أعيدت لصاحبها بعد ذلك، وتبدو أهمية التقسيم من الزوايا التالية:

- أن بعض الحقوق لا تترتب إلا على الأشياء الغير قابلة للاستهلاك من أول استعمال لها كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق لأن صاحب مثل هذه الحقوق يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء إلى مالكه.

- كذلك فإن بعض العقود لا ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك ومثالها عقد الإيجار والعارية وعلّة ذلك أن المستأجر والمعير يلتزم كل منها برد الشيء إلى مالكه بعد استعماله فترة زمنية معينة، وهذا يكون غير ممكن إذا كان الشيء قد هلك بمجرد استعماله.¹

د. الأشياء المثلية والأشياء القيمة

الأشياء المثلية هي الأشياء التي تتشابه إلى حد كبير بمعنى لها مثل لا يختلف عنها اختلافاً يعتد به، وذلك يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء وهي تسمى أيضاً الأشياء التي تعين بالنوع لأنه يكفي

في تعيينها ذكر نوعها وعدد وحداتها، وقد جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن المادة 94 مدني، ومثلها النقود والقماش نوع ولون واحد والحبوب من نفس الصنف والرتبة وفاكهة البرتقال من نوع وجودة معينة.

أما الأشياء القيمة فهي الأشياء التي تتفاوت إحداها تفاوتاً يعتد به ولا تقوم بذلك مقام البعض عند الوفاء ومثالها الأرض والمنازل والحيوانات وتسمى أيضاً الأشياء المعنية بالذات لأنها تتعين بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن.

وقد يغير الأفراد صفة الشيء فيصبح قيمياً بعدما كان مثلياً أو العكس، ومثال الحالة الأولى إعاره الكتاب بقصد الإطلاع عليه ورده بذاته أو إعاره نقود لعرضها في معرض مدة معينة ثم ردها، ومثال الحالة الثانية الأراضي إذا قسمت أقساماً متساوية بحيث يمكن أن يقال إن إحداها متساوية مثل ما تفعل شركات البناء وعليه يصبح الشيء قيمياً أو مثلياً بالتخصيص وليس بطبيعته ولهذا التقسيم أيضاً أهمية تتحدد فيما يلي:

- من حيث انتقال الملكية: تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات وهو شيء قيمي بمجرد التعاقد، أما إذا كان الشيء معيناً بالنوع بمعنى مثلياً كمادة القمح فإن ملكيته لا تنتقل إلا بعد الفرز.

¹محمد سامي مذكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، دون مكان الطبع، 1987، ص145.

- **من حيث الوفاء:** إذا كان الشيء قيميا فلا يقع الوفاء إلا به ولا يجبر الدائن على قبول الوفاء بغيره ولو كان مساويا له في القيمة، أما إذا كان الشيء مثليا فإن المدين تبرأ ذمته إذا قدم أي شيء من النوع نفسه بالقدر والصفة المتفق عليه في العقد.

- **من حيث الهلاك:** إن الأشياء القيمية يؤدي إلى انقضاء الإلتزام لأن تنفيذه يصبح مستحيلا، أما هلاك الأشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا بل يظل الإلتزام قائما طالما يوجد للشيء مثل في السوق حيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء

- **من حيث المقاصة:** فإنها لا تقع إلا بين دينين مجموع كل منها أشياء متماثلة بشرط الإتحاد في الدرجة والنوع المادة 297 مدني

هـ. الأشياء العامة والأشياء الخاصة

الأشياء العامة هي تلك الأشياء التي تملكها الدولة أو أحد فروعها أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة.

ومن هذا العرض يتضح ضرورة توافر شرطين لكي يتوافر للشيء صفة العمومية:

الأول: أن يكون مملوكا للدولة أو أحد فروعها أو أحد أشخاصها الاعتبارية كالولاية والبلدية مثلا
الثاني: أن يكون هذا الشيء مخصصا للمنفعة العامة ويكون هذا التخصيص إما بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار، والشيء المخصص للمنفعة العامة إما يكون عقارا أو منشآت عامة كالسكك الحديدية والمدارس والمستشفيات التي تتولاها الدولة، وقد يكون منقولا كالأدوات الموجودة في المدارس والمستشفيات الحكومية والقطع الأثرية الموجودة بالمتاحف.

أما الأشياء الخاصة في تلك التي يملكها أو يجوز أن يملكها الأفراد كما يندرج ضمنها الأشياء التي تملكها الدولة أو أحد فروعها ولكنها غير مخصصة للمنفعة العامة مثل الأراضي الزراعية التي تملكها الدولة وتتنازل عن حق الانتفاع فيها للأفراد و أيضا الأشياء التي تقول للدولة عند وفاة صاحبها دون وارث، و تبدو أهمية تقسيم الأشياء إلى عامة وخاصة في كون الأشياء العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم على خلاف الأشياء الخاصة وذلك لكونها مخصصة للمنفعة العامة ولا يتنافى مع ذلك التصرفات التي تجريها الدولة بشأن هذه الأشياء طالما أنها لا تعطل الانتفاع العام بها كترخيص الدولة للأفراد بالصيد في

الأنهار والبحيرات العامة ومنح عقود الإمتياز في بعض المجالات كمحطات الوقود على الطرق
السريعة.

الباب الثالث

مصادر الحق

لا ينشأ الحق إلا إذا اعترف به القانون، فالقانون وهو من ينظم العلاقات بين الأفراد في المجتمع حيث يمنح بعض الأفراد سلطات معينة هي الحقوق، ومعنى ذلك أن القانون هو مصدر كل الحقوق، فهي لا تقوم إلا استنادا إليه، ولكن القانون على هذا النحو لا يعدو إلا أن يكون المصدر البعيد لكل الحقوق، إذ أنها لا تنشأ للأفراد مباشرة بقوة القانون، وإنما نتيجة لتوافر شروط معنية أو وقائع محددة يبينها القانون، وعليه فإن توافر الشروط أو تلك الوقائع هي المصدر المباشر للحقوق، وعلى هذا إذا قام شخص بتملك شيء معين قد اشتراه فإن عقد البيع الذي تملك بمقتضاه الشيء يعد مصدرا مباشرا لحق الملكية، وأما القانون الذي اعترف بالعقد كمصدر للحق فهو مصدر غير مباشر له.

والذي نتعرض له في هذه الدراسة هو المصادر المباشرة للحق، أي الوقائع أو الأحداث التي يرتب القانون على تحققها وجود الحق.

هذه الوقائع أو تلك الأحداث قد تكون من عمل الطبيعة بمعنى وقائع طبيعية، وقد تكون من صنع الإنسان، وهذه الأخيرة قد تكون وقائع مادية أي أفعال الإنسان المادية وقد تكون تصرفات إرادية يرتب عليها القانون أثارا بمجرد إتجاه إرادة الشخص إلى إحداثها، ويطلق على هذه الوقائع جميعها سواء كانت طبيعية أم بفعل الإنسان أم إتجاه إرادته نحو إحداث أثار قانونية إثم الوقائع القانونية طالما كان القانون يعتد بها ويرتب عليها نشوء حق جديد، أو انقضاء حق قائم أو نقله من شخص إلى آخر، وفي الحالة الثانية تعتبر الواقعة مصدرا لانقضاء الحق أو انتقاله .

وقد جرى الاصطلاح علة تقسيم الأحداث التي يرتب عليها القانون أثرا إلى قسمين:

الأول: يسمى الوقائع القانونية، وتشمل الأحداث التي من عمل الطبيعة والأعمال التي تقع من الإنسان.

الثاني: يسمى التصرفات القانونية وتقتصر على التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان.

وسنقوم بدراسة هذين النوعين كل على حدة في فصل مستقل.

الفصل الأول

الواقعة القانونية

يقصد بالواقعة القانونية كل حدث يرتب القانون عليه أثرا معيناً، هذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة وقد تكون كطلك من عمل الإنسان، وهي بذلك تنقسم إلى قسمين أساسيين هما الوقائع الطبيعية والوقائع التي تكون من فعل الإنسان.

أولاً: الوقائع الطبيعية

تعتبر الوقائع طبيعية إذا كان مصدر حدوثها هو الطبيعة بمعنى دون تدخل إرادة الإنسان فيها ومن أبرز الأمثلة عنها واقعة الميلاد والوفاة ومرور الزمن والزلازل والفيضانات فكثيراً ما يرتب عليها القانون أثراً فتكون سبباً في إكساب الحقوق أو في انقضاءها، وعليه تعد واقعة قانونية، فالميلاد واقعة طبيعية يترتب عليها إكساب المولود الشخصية القانونية علاوة على حقوق أخرى كسلامة جسمه وعدم الاعتداء عليه وحقه في التعويض وحقه في الحرية.

والوفاة أيضاً واقعة طبيعية يترتب عليها انتقال أموال الهالك إلى ورثته الشرعيين وينشأ حقهم في الميراث، ومرور الزمن واقعة طبيعية يترتب عليها اكتساب الشخص حقاً عن طريق التملك بالتقادم متى توافرت الشروط وأما العواصف أحداث طبيعية قد تكون قاهرة يترتب عليها سقوط التزام المدين.

وهكذا يتضح أن الواقعة الطبيعية تعتبر مصدراً قانونياً يعترف به القانون لنشوء الحق وانقضائه وهي تقوم بهذا الدور بالنسبة لجميع أنواع الحقوق.

ولكن هذا لا يعني بالضرورة أن كل واقعة طبيعية هي في نفس الوقت واقعة قانونية، لأنه قد تقع بعض الأحداث كالعواصف مثلاً ولا يترتب عليها القانون أي أثر.

ثانياً: الوقائع التي من فعل الإنسان

وتعرف على أنها الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان فيرتب عليها القانون أثراً قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت منه أي سواء كان حدوثها بإرادته أو رغماً عنه، فالعبرة في هذا الصدد بالفعل المادي ذاته فقط.

ويمكن تقسيم هذه الأعمال المادية إلى قسمين: أعمال مادية اختيارية وأعمال مادية غير اختيارية، ومعيار التمييز بينهما هو إتجاه الإرادة أو القصد، ففي الأولى يقصد الشخص الفعل ويكون له

دخل في حدوثه مثل قيام أحد الأفراد بإتلاف عمدي لمال مملوك للغير، أو البناء على أرض مملوكة للغير، أما في الثانية فيقع من الشخص دون قصد كإصابة أحد أفراد عن غير عمد أي عن إهمال

والقانون في كلا الحالتين يرتب أثر عن الفعل وهو التعويض للمضور سواء قصده الفاعل أم لم يقصده.

وأفعال الإنسان التي يرتب القانون عليها أثارا قانونية كثيرة ومتنوعة ولكن أهمها على الإطلاق هو العمل النافع والفعل الضار وقد خصهما المشرع بعناية كبيرة باعتبارهما من المصادر الهامة للحقوق الشخصية أو الالتزامات.

وسنعرض لهذين الفعلين أولا ثم لبعض الأفعال الأخرى الأقل أهمية والتي يرتب القانون عليها نشوء الالتزام، وكل ذلك في إيجاز حيث أن المجال الخصب لدراستها هي النظرية العامة للالتزام أ. العمل النافع (الإثراء بلا سبب على حساب الغير)

هذا العمل يفترض أن قام شخص بعمل ترتب عليه إفتقاره وإثراء شخص آخر بدون سبب قانوني، ومثله قيام شخص بإصلاح سيارة صديقه أو إنفاق مصاريف لتحسين أرضه أو منزله، وفي مثل هذه الحالة يرتب القانون حقا لمن أنفق في الإصلاح أو التحسين في مواجهة المستفيد منه هذا الحق هو التعويض عما لحق الأول من خسارة في حدود ما حصل عليه الثاني من إثراء أو منفعة بمعنى أن المثري يلتزم بأن يرد للمفتقر أقل القيمتين هما قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.

ويرتب القانون هذا الحق لمن افتقر بغض النظر عن نيته وقت الإنفاق، أي سواء كان يقصد رد ما أنفقه أم لا، فالأثر القانوني يرتبط بواقعة الإثراء ذاتها لا بإرادة من قام بالفعل.

ومن تطبيقات الإثراء بلا سبب الفضالة والدفع غير المستحق.

ويقصد بالفضالة أن يقوم شخص عن قصد بعمل ضروري وعاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك، و الشخص الذي قام بالعمل يسمى فضوليا أما من تم العمل لحسابه فيسمى رب العمل، ومثل ذلك أن يقوم شخص بإصلاح جدار جاره الأيل للسقوط على إثر زلزال، في هذه الحالة يترتب على هذا العمل نفع للجار وافتقار لمن قام بالعمل وعليه يلتزم صاحب الجدار الذي تم إصلاحه بتعويض الفضولي عما خسره في سبيل الإصلاح فضلا عن الأضرار التي لحقت به

من جراء الفضالة وما قام به من أعمال وهذا الحق يتقرر على أساس الفعل النافع الذي قام به الفضولي طبقا للمادة 150 مدني وما بعدها من القانون المدني.

وأما الدفع غير المستحق فهو عبارة عن قيام شخص بوفاء دين دون أن يكون ملزم به وليست لديه النية في أن يقوم بوفاء دين على غيره، وهو يحدث حينما يعتقد شخص أنه مدين لأخر بمبلغ من المال فيدفع له هذا المبلغ، ثم يتبين له لاحقا أنه لم يكن مدينا له أصلا أو سبق له أن قام بالوفاء بهذا الدين، وفي هذه الحالة يعتبر من تلقى المبلغ على سبيل الوفاء أنه قد تلقى ما ليس مستحقا له ولذلك يلتزم برد ما تسلمه طبقا للمادة 143 مدني.

ب. الفعل الضار (الفعل غير المشروع)

هو إخلال بواجب الحيطة والحذر في سلوك الشخص يتسبب عنه ضرر للغير سواء عن عمد أو إهمال، كمن يعتدي على آخر بالضرب أو بالقذف أو هتك العرض أو إتلاف ماله، وهذا ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية وهي تقوم على أركان ثلاثة هما الخطأ والضرر و العلاقة السببية بينهما، فإذا توافرت هذه الأركان كاملة فيصدق على الفعل وصف الفعل الضار، ويترتب عليه نشوء حق المضرور في التعويض قبل مرتكب الفعل سواء أكان مقصودا أو غير مقصود طبقا للمادة 124 مكرر مدني.¹

ج. وقائع أخرى

إلى جانب الفعل النافع والفعل الضار توجد وقائع أخرى يرتب عليها القانون اكتساب الحقوق منها:

1. الاستيلاء على الأشياء المباحة: أي التي لا يوجد حق لشخص عليها كالسماك في البحر والأشياء المتروكة، والاستيلاء يختلط بوضع اليد على الشيء بنية تملكه، ولكن اكتساب الحق بالاستيلاء لا يعني أن هذا الأثر رتب على قصد التملك أي على الإرادة بل أن سبب نشوء الحق في هذه الحالة هو الفعل المادي أساسا وهو وضع اليد ذاته وهو العنصر الغالب.

2. الحيازة: وهي وضع اليد على الشيء مملوك للغير بنية تملكه، هذه الواقعة تؤدي إلى اكتساب ملكية العقار أو حق عيني عليه إذا استمرت الحيازة 15 سنة في حالة كان الحائز سيء النية و 10 سنوات إذا كان حسن النية وهي أيضا تؤدي إلى اكتساب الملكية في المنقول أو الحق

¹ محمود جلال حمزة، العمل الغير المشروع، باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 90.

العيني عليه في الحال، أي بدون حاجة إلى مضي مدة معينة على الحيابة إذا استندت إلى سبب صحيح واقتربت بحسن النية من الحائر.

ويلاحظ هنا أن الحيابة كالأستياء تتكون من عنصرين هما وضع اليد على الشيء وبنية تملكه إلا أن الأثر القانوني هو اكتساب الحق يترتب بالأحرى على وضع اليد، وما كان القصد وحده ليرتب أثرا لولا اقترانه بهذه الواقعة.

الفصل الثاني:

التصرف القانوني

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء حق أو تعديله أو نقله أو انقضائه، ومثاله البيع والإيجار والوصية، ويتميز التصرف القانوني كمصدر للحقوق عن الفعل المادي بأن الأثر الذي يترتب عليه إنما يقع لأن الإرادة اتجهت إليه، فالإرادة هي جوهر التصرف القانوني، أما في حالة الفعل المادي فإن الأثر القانوني يترتب على مجرد وجود الفعل دون أن يكون للإرادة أي أثر.

ففي البيع مثلا تتجه إرادة البائع مثلا إلى نقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل ثمن معلوم، وتتجه إرادة المشتري إلى دفع الثمن مقابل انتقال الشيء المبيع إليه، وكل هذه الآثار وما يتبعها تحدث نتيجة لاتجاه إرادتي البائع والمشتري نحوها.

والتصرف القانوني قد ينعقد بتوافق إرادتين، ويسمى في هذه الحالة عقدا وهو الشائع في التعامل وقد ينعقد بإرادة واحدة كالوصية حيث يكفي تمام إرادة الشخص تجاه شخص آخر كالموصي نحو إحداث الأثر القانوني دون حاجة لقبول من الغير كالموصي له.

ولما كانت التصرفات القانونية عموما تشترك في أنها تقوم على إتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني، وأن هذا الأثر ينصرف إلى أشخاص معينين أمكن وضع نظرية عامة للتصرف القانوني تبين الشروط اللازم توافرها في الإرادة لكي تحدث أثرها القانوني، كما تحدد الأثر الذي يترتب على الإرادة إذا كانت مستوفية لهذه الشروط.

ونتكلم في إيجاز عن شروط التصرف القانوني وأنواعه وأثاره، ولكن قبل ذلك يلزم أن نبدأ بكلمة موجزة عن مبدأ هام يسود التصرف القانوني عموما وهو مبدأ سلطان الإرادة فنعرض ماهيته والقيود التي أصبحت تقيدته في التشريعات الحديثة.

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة والقيود التي ترد عليه

يقصد بهذا المبدأ أن الإرادة تكون كافية ولوحدها لإنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره فهو مبدأ ذو شقين:

أ. **الشق الأول:** كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني ولا داعي مطلقاً لأية شكلية يمكن أن تقيد بها الإرادة بل كل ما هو مطلوب أساساً هو إخراجها من الحيز الداخلي إلى العالم الخارجي بوسائل التعبير المتعارف عليها.

ب. **الشق الثاني:** ضرورة الاعتراف بحرية للإرادة في ترتيب ما تشاء من حيث آثار التصرف القانوني، بمعنى أن الأفراد أحرار في ترتيب الحقوق وكذا الالتزامات وقت إبرام التصرف القانوني دون أية قيود.

هذا المبدأ هو السائد في المعاملات في غالبية التشريعات الحديثة بعدما كان خاضع لعدة قيود، لكن من الواقعية القول بأنه ليس مطلقاً بل ترد عليه بعض القيود التي تحد من منه سواء في شقه الأول أو الثاني

فالنسبة للشق الأول المتعلق بالشكل الذي يمكن أن تظهر فيه الإرادة إلى حيز العالم الخارجي اشترط التشريع ضرورة إفراغ بعض التصرفات القانونية في شكل معين تحت طائلة البطلان المطلق مثالها نقل الملكية في العقار والرهن الرسمي والهبة في العقار، ففي مثل هذه الحالات لا تكفي حضور الإرادة لانعقاد التصرف القانوني وإنما لابد من أن تكتسي ثوباً شكلياً يشترطه المشرع حماية للمصلحة العامة واستقرار المعاملات علاوة على أن تكون هذه الإرادة سليمة من العيوب.

والغالب أن يكون الشكل الذي يستلزمه القانون هو الكتابة رسمية كانت أو عرفية، والكتابة الرسمية هي التي تكون أما موظف مختص أو ضابط عمومي كالموثق كما هو الحال في الرهن الرسمي والهبة في العقار، أما الكتابة العرفية فهي التي تتم من الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف مختص.

وقد يكون الشكل المطلوب تسليم لاشيء محل التصرف كما الحال في هبة المنقول، فلا تتعقد إلا بتسليم الواهب المنقول للموهوب له.

وينبغي أن نفرق هنا بين الشكلية للانعقاد ولا يغني عنها أي إجراء آخر فإذا تخلف لا يقوم التصرف، فالرهن الرسمي لا ينعقد أصلاً إذا لم يتوفر الشكل المطلوب من جهة ولم يكن التصرف أمام الموظف المختص.

و الشكلية بهذا المعنى تختلف عن حالة استلزام الكتابة للإثبات، فالقانون يتطلب أحيانا لإثبات التصرف أن يكون مدون في محرر رسمي وتسمى شكلية للإثبات كما في حالة بلوغ مقدار التصرف مائة ألف دينار وفقاً للمادة 333 مكرر مدني، وفي مثل هذه الحالة لا تعتبر الكتابة ركناً من أركان العقد وإنما إذا تخلفت الكتابة فإن التصرف يبقى صحيحاً ولكن يصعب إثبات الحق في غيابه حيث إذا أقر من ثبت الدين في ذمته فإن الإقرار يقوم مقام الدليل الكتابي، وهذا على خلاف الشكلية التي لا ينشأ التصرف بدونها أو التي تعتبر ركناً والتي لا يغني عنها الإقرار، فإذا دون المتعاقد الرهن الرسمي في ورقة عرفية فإنه فإن هذا الرهن يلحقه البطلان المطلق ولا أثر يترتب عليه حتى ولو أقر المتعاقد الآخر بوجوده.

وفضلاً عن الكتابة اللازمة للإثبات ينص القانون أحيانا بتعليق آثار بعض التصرفات القانونية على ضرورة القيام بإجراء معين من إجراءات الشهر الذي يستهدف العلانية كتسجيل عقد بيع العقار حيث ينص القانون على أن الملكية العقارية والحقوق العينية لا تنتقل إلا بمراعاة القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري المادة 793 مدني كما ينص على أن الاحتجاج ببعض التصرفات لا يكون إلا من تاريخ قيدها بالمحافظة العقارية.

وبالنسبة للشق الثاني المتعلق أساساً بحرية الإرادة وقدرتها على تحديد آثار التصرف القانوني، نص المشرع الكثير من القيود عليه، فمن زاوية أولى ينعدم دور الإرادة تماماً في عديد الحالات في تحديد الآثار المترتبة عن التصرف القانوني ويقتصر دورها على الحضور في التصرف ذاته فعلى سبيل المثال لا الحصر فإن عقد الزواج ينفرد المشرع بإرادته في تحديد آثار هذا العقد ولم يترك لأطراف العلاقة التعاقدية حرية تحديدها، علاوة على تدخل الدولة من خلال تبنيها للمذهب الاجتماعي في تنظيم العديد من العلاقات التعاقدية كما هو الحال في علاقة المؤجر بالمستأجر و أيضاً في علاقة العمل بين العامل و رب العمل.

ويفهم من استقلال المشرع في تنظيم هذه العلاقات رغبته في الحفاظ على فكرة النظام العام وحماية المصالح الأساسية للمجتمع في مجالات مختلفة منها السياسية والاجتماعية والاقتصادية

ومن ثم يمتد سلطان القانون نحو المجالات التي يفترض أن تستقل الإرادة في تحديدها وتنظيمها وهو ما تكرر في نص المادة 2/106 من القانون المدني.

ومن جانب آخر قد يتفق أطراف التعامل على إنشاء آثار معينة في تصرفهم، ولكن المشرع يعطي للقاضي سلطة التدخل لتعديلها وهذه السلطة نلاحظها أساسا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث قد تطرأ ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ولا دفعها مثل الزلزال أو هبوب رياح عاصفة أو مرض عام يؤدي إلى صعوبة تنفيذ عقد التوريد مثلا، حيث يصبح الإلتزام التعاقدية وإن لم يكن مستحيلا تنفيذه إلا أنه أصبح مرهقا للمدين بحيث يسبب له خسارة فادحة ومن ثم يجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين المصالح أن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول حيث يعفى المدين من بعض التزاماته حيث تكون الخسارة موزعة بين الطرفين وفقا للمادة 3/107 من القانون المدني وعليه نستنتج أن مبدأ سلطان الإرادة يتراجع كثيرا أمام توسع سلطة المشرع و القاضي في تحديد آثار التصرفات القانونية.

ثانيا: شروط التصرف القانوني

للتصرف القانوني عديد الشروط سواء ما تعلق منها بالانعقاد أو ومنها ما يتعلق بالصحة وعليه نتعرض إلى هذه الشروط والجزاء المترتب عن تخلفها.

أ. شروط انعقاد التصرف القانوني وجزاء تخلفها

لكي ينعقد التصرف القانوني لابد من توافر ثلاثة شروط هي الإرادة والمحل والسبب وقد يحضر شرط رابع هو الشكلية في بعض التصرفات المحددة.

1. ضرورة حضور الإرادة: وهي جوهر التصرف القانوني حيث تتجه لتحقيق أثر قانوني وتظهر إلى العالم الخارجي في صورة معينة.

هذه الإرادة لابد أن يكون لها وجود قانوني وهي لا تكون كذلك إلا إذا صدرت من شخص مدرك ومميز وانصبت على جوهر التصرف القانوني المقصود، ومن ثم فهي تنتفي إذا صدرت من شخص فاقد التمييز لصغر في السن أو جنون وبالتالي لا يترتب عنها أي أثر، وكذلك لا تكون الإرادة موجودة إذا صدرت من شخص وقع في غلط في ماهية التصرف أو في ذاتية الشيء محل التصرف كأن يقصد أحد الأطراف استلم مبلغ من المال انه على سبيل الهبة بينما قصد الطرف الآخر منحه على أساس القرض.

كما يجب أن تتجه تلك الإرادة نحو إحداث أثر قانوني بمعنى أن تلتزم بما يرتبه التصرف القانوني وفقا لما هو متعارف عليه قانونا، وعليه لا يعتد بإرادة الهازل للذي لا يقصد الإلتزام كما لا يعتد أيضا بإرادة المجامل الذي لا يقصد إلزام نفسه تجاه الآخرين كدعوة شخص للغذاء أو نزهة.

وأخيرا ولكون الإرادة عنصر نفسي يجب أن تظهر إلى حيز الوجود الاجتماعي أي إلى العالم الخارجي في صورة معنية يعتد بها حتى ترتب أثرها المقصود أساسا، والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا إذا كان المظهر الذي لبسته الإرادة يدل دلالة مباشرة على المقصود منه. ويكون كذلك بالفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يدع الشك من مقصود صاحبه مثل وقوف سيارة الأجرة في المكان المخصص لها. وفقا لما نص عليه المشرع في المادة 60 من القانون المدني.

2. المحل: وهو الأثر القانوني الذي تتجه الإرادة إلى إحداثه وهو في الغالب إنشاء حق أو الإلتزام به أو انقضائهما وهو يرد على شيء أو عمل، ويشترط في المحل قانونا أن يكون موجودا أو ممكنا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين علاوة على وجوب مشروعيته بمعنى غير مخالف للنظام العام و الآداب السائدة في المجتمع، ومن ثم لا يجوز الإتفاق على بناء منزل دون تحديد معالمه سواء الهندسية أو ما يتعلق بمساحته ولواحقه أو وجود علاقة بين رجل و امرأة خارج نطاق عقد الزواج. أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وفقا للمادة 2/92 من القانون المدني.

3. السبب: وهو الركن الثالث في التصرف القانوني ويعني الباعث المباشر الذي يقصده الملتزم وراء التزامه ويسمى أيضا بسبب الإلتزام، ففي عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع، هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو حصوله على الشيء المبيع، أما في عقد الهبة فإن سبب التزام الموهوب له هو وجود إرادة لدى الواهب، وفي عقد القرض يكون سبب التزام المقرض برد مبلغ القرض إلى المقرض هو تسلم مبلغ القرض من قبل.

ويشترط في سبب الإلتزام أن يكون موجودا وأن يكون مشروعاً بمعنى غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كما يراعى السبب البعيد بمعنى غير المباشر حيث إذا كان سبب التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع مثلا هو حصوله على المبيع كأن يكون منزل ولكن التساؤل المطروح لماذا أقدم على الشراء أصلا؟ لا شك أن الإجابة تختلف من شخص إلى آخر، فقد يشتري شخصا منزلا قصد استغلاله في السكن أو كمخزن هذا الباعث الذي يختلف من شخص إلى آخر وهو سبب العقد أو التصرف القانوني يجب أن يكون مشروعاً، فلا يجوز شراء منزل

بغرض تخصيصه كنادي للقمار أو أعمال الدعارة مثلا أو إخفاء مواد غير مشروعة أو بضائع مهربة.

4. الشكل: إذا كانت القاعدة العامة في انعقاد التصرف القانوني هي الرضائية بمعنى يكفي لانعقاد العقد توافق الإرادتين توافقا تاما وفق ما ينص عليه القانون المدني أي أن الرضا وحده كاف لإبرام التصرف، غير أن هذه القاعدة قيدت من قبل المشرع في بعض التصرفات القانونية نظرا لخطورتها على الأطراف من جهة و على استقرار المعاملات من جهة أخرى و اشترط كما أسلفت الدراسة ضرورة إخضاع إفراغ التصرف في قالب شكلي معين والمقصود بذلك هي إتباع جملة من الإجراءات القانونية حتى ينعقد التصرف القانوني وينتج أثره، واشترط أن يظهر التراضي في شكل معين حتى ينعقد العقد هذا الشكل الذي عبر عنه بقاعدة الرسمية يعتبر ركنا من أركان العقد، وإذا تخلف هذا الشكل فإن جزاء التصرف القانوني هو البطلان المطلق ومن ثم لا تترتب عليه أي نتائج أو آثار قانونية يعتد بها ويكون في حكم المعدوم، وعليه يكون لكل ذي مصلحة الحق في أن يتمسك بهذا الجزاء وإذا عرض هذا التصرف أمام القاضي فإنه يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه ودون حاجة لإثارته من الخصم، ولا يزول البطلان المطلق بالإجازة غير أن دعوى البطلان تسقط بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد وفقا للمادة 102 مدني أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بالتقادم.

ب: شروط صحة التصرف القانوني وجزاء تخلفها

القاعدة العامة تقضي بأنه إذا توافرت شروط الانعقاد أو المعبر عنها بأركان التصرف القانوني فإنه يصبح موجودا ومنتجا لآثاره القانونية في مواجهة أطراف العلاقة التعاقدية، ولكنه من جهة أخرى يكون مهددا بالزوال إذا لم تتوافر فيه شروط أخرى يصطلح على تسميتها بشروط صحة التصرف القانوني وهي عموما شرطان أساسيان وهما الأهلية وخلو الإرادة من العيوب.

1. الأهلية: يشترط المشرع توافر الأهلية الكاملة في من يبرم التصرف القانوني حتى يترتب آثاره القانونية وتستقر في مواجهة الأطراف و الغير وبالتالي لا يكون مهددا بالزوال، فإذا كان الشخص عديم الأهلية كالصبي غير المميز أو المجنون فتكون الإرادة منعدمة و بالتالي لا ينعقد التصرف القانوني لتخلف شرط من شروط صحته، أما إذا كان ناقص أهلية فإن إرادته تكون موجودة ولكنها ناقصة في نظر القانون وعليه يكون التصرف قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، فإذا تمسك بإبطاله هو أو نائبه حكم القاضي بإبطال العقد وتزول آثار التصرف القانوني أي أنه يزول بأثر

رجعي، وأما إذا لم يتمسك به بل أجاز التصرف بعد زوال سبب نقص أهليته أو أجاز له وليه فإنه يصبح صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره وتستقر بصفة نهائية في مواجهة أطراف التصرف.

2. سلامة الإرادة من العيوب: لا يكفي استيفاء الشخص للأهلية الكاملة حتى يكون التصرف القانوني صحيحاً بل يجب علاوة على ذلك أن تكون إرادته خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها وهي أربعة، الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

- **الغلط:** وهو عبارة عن وهم يقع فيه في ذهن الشخص فيصور له الأمر على خلاف حقيقته ويدفع به إلى التصرف على هذا الأساس ولو كان يعلم بحقيقته لما أبرم التصرف.

وهذا الغلط يعيب الإرادة لأنه يعني أن إرادة الشخص ليست وليدة الرغبة المبنية على تقدير الأمور تقديراً صحيحاً ولما هو مقبل عليه من تصرف قانوني ومثل هذه الإرادة لا يجعلها القانون صالحة لترتيب الآثار القانونية، ولكي يعتبر الغلط عيباً يشوب الإرادة ويهدد بذلك التصرف القانوني بالإبطال يجب توافر فيه شرطان أساسيان هما:

الشرط الأول: أن يكون غلطاً جوهرياً بمعنى أن يكون على قدر من الأهمية أو الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه وفقاً لنص المادة 82 مدني ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص عندما يقع في مادة الشيء كمن يشتري ساعة يعتقد أنها من ذهب وإذ هي من فضة مطلية بالذهب، فإذا لم يكن جوهرياً فلا يعتد به وبالتالي لا يعيب الإرادة.

الشرط الثاني: اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر بالغلط ويتحقق ذلك طبقاً لنص المادة 2/82 مدني فإن كان المتعاقد قد وقع في نفس الغلط أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فمثلاً إذا اشترى شخص تحفة معتقداً أنها أثرية ثم تبين له أنها حديثة ومقلدة لم يكن له المطالبة بإبطال العقد استناداً على عيب الغلط إلا إذا كان التاجر غالطاً هو الآخر أي يظنها قديمة أو كان يعلم أن المشتري وقع في غلط بشأن التحفة ولم ينبهه إلى حقيقتها أو لم يكن يعلم بأن المشتري وقع في غلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبين أن الأخير وقع في غلط وذلك يظهر من ظروف التعامل ومع ذلك اتخذ موقفاً سلبياً ولم ينبهه إلى حقيقة الأمر وهذا الشرط أتى به المشرع مراعاة لاستقرار المعاملات حتى لا يفاجأ المتعامل مع الغالط بإبطال التعاقد قد لا يدري أسبابه.¹

¹ جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة، القاهرة، 1984، ص 151.

- **التدليس:** ويعرف فقها على أنه استعمال طرق احتيالية لإيقاع شخص في غلط يدفعه إلى إبرام تصرف قانوني معين، فهو غلط وقع فيه الشخص ليس من تلقاء نفسه وإنما نتيجة استعمال حيل تولد لديه اعتقاداً غير صحيح يدفعه إلى التعاقد وهو يعيب الإرادة طبقاً لنص المادتين 86، 87 مدني إذا توافرت ثلاثة شروط وهي:

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط، وطرق الاحتيال عملياً كثيرة ومتنوعة مثل انتحال صفة أو اسم شخص أو اصطناع عقود أو وثائق مزورة، ويجب أن يكون القصد منها التضليل وصولاً إلى غرض غير مشروع.

الشرط الثاني: أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافعة إلى إبرام العقد بمعنى أن تكون من الجسامة بحيث لو علم بها المتعاقد المدلس عليه لما أبرم التصرف وتقدير جسامة هذه الطرق ينظر فيه إلى تأثيرها في نفس المتعاقد الثاني أي أن المعيار المستخدم في هذه الحالة ذاتي وليس موضوعي.

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس وهما ينطبق في حالة عيب الغلط حيث يشترط المشرع للتمسك بالتدليس في المطالبة بإبطال العقد ضرورة صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به أو حتمية علمه به إن كان صادراً من الغير.

وهذا الشرط يقصد به تحقيق نفس أهداف استلزام صلة هذا المتعاقد بالغلط بمعنى تحقيق استقرار التعامل والتصدي لمفاجأة حسني النية الذين لا يعلمون ولا يكون بمقدورهم العلم بوجود التدليس.

- **الإكراه:** وهو عبارة عن ضغط غير مشروع يقع على إرادة شخص ما في نفسه في دفعه إلى إبرام التصرف القانوني وهذا يتنافى مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يسود نظرية التصرف القانوني ويعتبر حرية الإرادة شرطاً لصحتها، والإكراه الذي يعيب الإرادة هو الإكراه الذي يدفع من يتعرض له إلى اختيار أهون الضررين تجنباً لضرر أكبر وهذا الاختيار هو الذي يجعلنا أمام إرادة معيبة وفقاً للمادتين 88، 89 مدني، وحتى يعتد بهذا العيب ويكون بالتالي أساساً للمطالبة بإبطال العقد يجب أن يتوافر فيه شرطان هما:

الشرط الأول: استعمال وسائل ضغط حيث تبعث في نفس المتعاقد رهبة بينة تدفعه إلى إبرام العقد، ووسائل الضغط كما هو متعارف عليها عملياً متعددة فقد تكون مادية كالضرب أو معنوية كالتهديد بإحراق منزل أو إفشاء سره، ولا بد أن تولد هذه الوسائل رهبة في نفس المكره تكون هي

الدافعة إلى إبرام العقد، ولي تقدير أهمية الرهبة في نفس المكره لا ينظر إلى تأثير الوسائل المستعملة لإحداث الخوف في شخص المتعاقد بل ينظر إلى تأثيرها في الشخص الذي تعرض للإكراه بالنظر إلى ظروفه الخاصة التي أدت إلى تأثره بما أستخدم ضده من وسائل الإكراه.

الشرط الثاني: اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه وعليه فإما أن تصدر أفعال الإكراه من هذا المتعاقد، كان يختطف المكره ويهدده بالأذى إن لم يقبل بتصرف معين أو أن تصدر هذه الأفعال من الغير ويكون المتعاقد الآخر على علم بها أو من المفروض حتما أن يعلم بها ويستدل على ذلك من ظروف التعاقد.

ولا ريب أن هذا الشرط بدوره يحقق استقرار المعاملات عن طريق تجنب المفاجأة في التمسك بالإبطال بسبب الإكراه إذا صدر من الغير ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به ولم يكن أيضا باستطاعته أن يعلم.

- **الاستغلال:** ويعرف على أنه الغبن الذي يعيب المتصرف نتيجة انتهاز المتعاقد معه لطيشه البين أو الهوى الجامح، وهو يعيب إرادة المتصرف لأن التصرف لم يكن ليصدر منه على هذا الوجه لولا استغلال المتعاقد الآخر له، وطبقا للمادة 90 مدني، فإنه لكي يكون الاستغلال عيبا في الإرادة يجب توافر شرطان هما:

الشرط الأول: عدم التعادل الفادح بين ما يحصل عليه الشخص وما يعطيه ويكون عدم التعادل فادحا بالنسبة للمغبون إذا كان ما يلتزم به يزيد بكثير عن قيمة ما يحصل عليه كمقابل لإلتزامه في التصرف الذي أبرمه وقيمة الشيء في التعامل المعتاد مع اعتبار الظروف الشخصية للمتعاقدين كما أن وقت تقدير الاستغلال هو وقت إبرام التصرف ولا اعتبار لما يطرأ بعد ذلك من اختلال قيمة البديلين ولو كان فادحا.

الشرط الثاني: أن يكون عدم التعادل الفادح بين القيمتين ناتج عن الاستغلال الذي يلجأ إليه المتعاقد الآخر بسبب الطيش أو الهوى الجامح.

والطيش البين هو الخفة الزائدة أو التسرع في اتخاذ القرارات وعدم تقدير نتائجها ولعلی المثال الشائع هو للشباب الوارث الراغب في الحصول على النقود بأية طريقة لسد حاجاته إلى البذخ والتبذير فيباشر بيع أمواله بثمان بخس أو اللجوء إلى الاقتراض بشروط غير مألوفة ويستغل الطرف الآخر هذه الحالة لصالحه.

والهوى الجامح هو الرغبة الملحة أو القوية التي تسيطر على الشخص وتجعله يرضخ لكل ما تفرضه هذه الرغبة دون أن يستطيع مناقشة أو البحث عن خيارات أخرى، وأيضاً هناك مثل شائع على هذه الحالة وتتمثل في الشيخ الطاعن في السن الذي تعتريه رغبة ملحة في الزواج من فتاة صغيرة في السن وتعلقه الشديد بها فتستغل هذه الأخيرة هذه الحالة في المطالبة بالكثير من النفقات لسد حاجاتها غير الضرورية.

وإذا تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني وهي سلامة الإرادة من العيوب الأربعة المذكورة سلفاً علاوة على الأهلية، فإن التصرف القانوني يكون قابلاً للإبطال بمعنى أنه يكون موجوداً وينتج آثاره التي اتجهت إليها الإرادة ولكن يظل مهدداً بالإبطال بناءً على طلب من قرر الإبطال لمصلحته وهو ناقص الأهلية ومن شابت إرادته عيب من العيوب أو من نائبه القانوني وإذا حكم بإبطاله فإنه يتساوى مع التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً وتزول كل آثاره.

وعليه يكون الإبطال مختلفاً عن البطلان المطلق رغم اعتبارهما جزءاً يقرره القانون على الحال التي يكون عليها التصرف ذاته أو الحالة التي كون عليها أطرافه، علاوة على اشتراكهما في الأثر المترتب عن الحكم بهيما حيث يعود الأطراف إلى حالة ما قبل إبرام التصرف إعمالاً لمبدأ الأثر الرجعي بينما يختلفان في الأحكام التالية:

- أن البطلان المطلق كجزء يترتب نتيجة تخلف ركن من أركان التصرف القانوني بينما يتقرر الإبطال بسبب تخلف شرط من شروط التصرف القانوني.
- أن الإبطال يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية من الطرف الذي تقرر الإبطال لمصلحته أما البطلان المطلق فلا تلحقه الإجازة فهو في حكم العدم.
- أن البطلان المطلق يتعلق بالنظام العام واستقرار المعاملات ومن ثم تحكمه قواعد أمره بينما الإبطال يتعلق بمصالح شخصية للمتعاقد الذي عيبت إرادته أو كان ناقص أهلية.
- أن الإبطال لا يستطيع أن يتمسك به إلا من عيبت إرادته أو كان ناقص أهلية وقت إبرام التصرف أو من طرف وليه أو الوصي عليه ولا تستطيع المحكمة أن تحكم به دون طلب أحد الأطراف احتراماً لمبدأ عدم جواز أن يحكم القاضي بما لا يطلبه الخصوم أما البطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة بل أن المحكمة تستطيع أن تحكم به من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه أحد الخصوم.

- أن دعوى الإبطال تسقط بالتقادم بمرور خمس سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية وفي حالة الغلط أو التدليس من يوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وإما بمضي 10 سنوات في كل الأحوال من وقت إبرام العقد وفقا للمادة 101 من القانون المدني أما دعوى البطلان المطلق فإنها لا تتقضي إلا بعد مرور خمس عشر سنة من وقت إبرام العقد بينما لا يسقط الدفع بالبطلان أصلا مهما مر الزمن عملا بالمادة 102 من القانون المدني.

و يلاحظ أنه في حالة ما إذا كانت الإرادة معيبة بعيب الاستغلال يمكن أن يكون الجزاء هو إنقاص التزامات الطرف المغبون بدلا من تطبيق حكم الإبطال وفقا للمادة 90 من القانون المدني.¹

ثالثا: أنواع التصرف القانوني

ينقسم التصرف القانوني إلى عدة أنواع مختلفة وأهمها:

أ. **التصرف القانوني الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر من جانبين:** قد ينعقد التصرف القانوني بإرادة واحدة ويقصد به التعهد المنفرد الذي يترتب عليه التزام المتعهد دون حاجة إلى قبول هذا التعهد من شخص آخر، والحالات التي يتم فيها التصرف بإرادة واحدة قليلة إن لم تكن نادرة في الحياة العملية، ومن أمثلتها الوصية والهبة والإبراء من الدين والوعد بجائزة الموجه للجمهور.

والغالب عمليا أن ينعقد التصرف القانوني بإرادتين ويؤخذ في هذه الحالة صورة العقد الذي لا يتم إلا بتوافق الإرادتين على الأقل ومن خلاله يتعهد كل طرف بالتزامات معينة، والتصرفات التي تتم بإرادتين أي عن طريق العقود كثيرة ومتنوعة في الحياة العملية كالبيع والإيجار والهبة بعوض والوكالة والقرض والتأمين.

ب. **التصرف بين الأحياء والتصرف المضاف إلى ما بعد الموت:** يقوم هذا التقسيم أساسا على الوقت الذي ينتج فيه أثره.

فالقاعدة العامة أن معظم التصرفات ترتب أثارها حال انعقادها بمعنى حال حياة أطرافها، وهي لا تخضع لأية قيود من حيث المقدار المراد التصرف فيه ومن أمثلتها عقد البيع والإيجار والقرض.

¹ محمد صبري السعيد، شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار هومة للنشر، 2005، ص59.

ولكن هناك من التصرفات لا تنتج أثارها إلا بعد موت المتصرف أساسا ومنها الوصية، حيث لا ينتقل القدر الموصى بيه إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي ولم يترك المشرع الأفراد أحرارا في تحديد مقدار المال الموصى به بل حددها طبقا لما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية وقد نظمها المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة.

ج. التصرف المنشأ والتصرف الكاشف: التصرف المنشأ هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه وجود حق لم يكن موجود أصلا من قبل، أو نقل من شخص إلى آخر ومثاله عقد الزواج الذي ينشأ لكل طرفي العلاقة حقوقا لم تكن موجودة أساسا قبل إبرام العقد كحق الزوج في طاعة زوجته والعصمة بيده، ويقابله من حق الزوجة في النفقة والمعاملة الحسنة، وكذلك عقد البيع الذي ينقل حق ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ونفس الحالة تكون بصدد عقد الإيجار والهبة والقرض.

وأما التصرف الكاشف أو ما يسمى بالمقرر فيقتصر على الكشف عن حق موجود مسبقا وتخليصه من الأوضاع التي كانت تحد من فاعليته وسريانه أو من تقييده ومن ذلك عقد الصلح الذي ينحصر دوره في حسم نزاع موجود حول حق قائم والكشف عنه أو تقريره، وكذلك قسمة المال الشائع التي تكشف عن حق ثابت أصلا منذ سريان حالة الشيوخ وقد أصبح مقرا وثابتا بعد القسمة.

ولهذا التقسيم أهمية من الناحية القانونية، حيث أن شهر التصرفات المتعلقة بحقوق عينية عقارية، فإذا كان التصرف منشأ أنتج أثره من وقت استنفاد الإجراءات الرسمية التي يستوجبها القانون أساسا كالشهر والتسجيل، وأما إذا كان التصرف كاشفا أو مقرا فإن تسجيله يكون ضروريا فقط للتمسك به والاحتجاج به وقت نشوي النزاع مع الغير بسبب الحق، أما بالنسبة لأطرافه فينتج أثره من وقت انعقاده.

د. التصرف بعوض والتصرف بدون عوض: التصرف بعوض هو الذي يتلقى فيه كل طرف مقابلا لما يلتزم به في مواجهة الآخر، وعمليا فإن أغلب التصرفات من هذا النوع كالبيع والإيجار والمقاول، أما التصرف بدون عوض فهو الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف دون أن يتلقى مقابلا لالتزامه من الطرف الآخر، كالهبة التي ينقل بها الواهب إلى الموهوب له حقا من الحقوق دون مقابل.

ولهذه التفرقة أهمية أيضا من الناحية القانونية تظهر من زوايا متعددة منها: أن مسؤولية المعاوز أشد من مسؤولية المتبرع إذ انه يأخذ مقابلا لما يلتزم به أما الأخير فيعطي بلا مقابل، فالبائع

مسئول تجاه المشتري عن خلو المبيع من العيوب فضلا عن عدم استحقاق الغير له، بخلاف الواهب الذي لا يلتزم بمثل هذا الإلتزام نحو الموهوب له، وكذلك ينظر القانون بعين الشك إلى التبرعات خصوصا إذا صدرت من شخص مدين، ولهذا لا يحتاج الدائنون إلى مجهود كبير للنجاح في الطعن ضد تصرفات مدينهم بدعوى البولصية أو عدم نفاذ التصرف إذا وهب الأخير بعض أمواله التي تشكل ضمانا للدائنين إلى الغير مما ينقص هذا الضمان، وعليه لا يلزم الدائنون بإثبات نية الغش لدى مدينهم أو إثبات تواطؤ الموهوب له مع المدين على الإضرار بتلك الحقوق، في حين أنهم ملزمون بإثبات الغش و التواطؤ إذا كان تصرف المدين معاوضة .

رابعا: آثار التصرف القانوني

إذا تم التصرف القانوني مستوفيا كافة أركان إنعقاده علاوة على شروط صحته التي سبق للدراسة عرضها فإن هناك آثار تترتب بالضرورة عن هذا التصرف ويفترض أن تكون الآثار قد ارتضاها الأطراف في حدود ما يسمح به القانون.

والآثار القانونية التي يمكن أن ينتجها التصرف القانوني عمليا هي كثيرة ومتنوعة، فقد يمكن أن تكون مصدرا للحقوق العينية كالملكية أو حق الانتفاع أو الارتفاق مثلا، فعقد البيع يترتب حتما انتقال الملكية من البائع إلى المشتري، أما عقد الهبة فينقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له.

كما يمكن أن يكون التصرف القانوني مصدرا للحقوق الشخصية ومن ثم يترتب التزاما بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو إعطاء شيء فمثلا عقد الإيجار يترتب التزامات معينة ومتقابلة بين المؤجر والمستأجر ويرتب أيضا حقوق لمصلحة كل منهما كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة وحق المؤجر في قبض بدل الإيجار.

كما يمكن أن يكون مصرا لحقوق الأسرة، حيث أن عقد الزاج يترتب حقوقا لكل من طرفيه في مواجهة الآخر كالحق في الطاعة والحق في النفقة مثلا.

وتحكم التصرف القانوني عموما قاعدتان هامتان:

القاعدة الأولى: عبرت عنها المادة 106 من القانون المدني بقولها «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون» ومقتضى هذه القاعدة أن إرادة أطراف العلاقة التعاقدية التي تتحكم في التصرف ذاته حيث تقوم بصيغة قانون يحكم العلاقة التعاقدية من لحظة إبرامها إلى تنفيذ ما تترتب من التزامات وحقوق،

حيث إراديتي الأطراف تحديد وقت انتقال الملكية في عقد البيع مثلا ووقت التسليم ومقدار الثمن وطريقة الوفاء به وغيرها من الآثار التي تترتب في هذا النوع من العقود، فتكرس قاعدة مقتضاها العقد قانون المتعاقدين، فلا يستطيع أحد الأطراف أن يستقل بإرادته المنفردة الخروج عن ما تم التوافق عليه أثناء إبرام العقد ومن ثم فالأصل أن يتم تعديل العقد أيضا بتوافق إراديتي طرفيه ولا يجوز للمشرع أن يقيد الأطراف إلا في حالات خاصة حماية للنظام العام و الآداب كما لا يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل بنود العقد إلا في حالات ينص عليها المشرع حصرا كما هو الحال في تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية حيث يجوز للقاضي إرجاع التزام الطرف المتضرر إلى الحد المعقول بعدما كان مرهقا وهو ما أشارت إليه الدراسة من قبل.

القاعدة الثانية: عبرت عنها المادة 113 مدني بقولها «لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا»، ومقتضاها أن آثار التصرف القانوني حقوقا والتزامات لا تنصرف إلا إلى أطراف العلاقة التعاقدية وهو ما عبر عنه بمبدأ نسبية آثار العقد.

و يلاحظ أن قاعدة نسبية آثار العقد مطلقة في جانبها السلبي ولكنها تحمل استثناء في جانبها الإيجابي، بمعنى أنه لا يمكن لطرفي العلاقة إلزام الغير الخارج عن هذه العلاقة ومن ثم تظل الالتزامات الناجمة عن التصرف منحصرة بين الأطراف وعليه إذا تعهد أحد الأطراف وقت إبرام التصرف بأن يلزم الغير بالقيام بعمل مثلا فإن تعهده لا يلزم الغير بل يلزم المتعهد في مواجهة من تعاقد معه عملا بالمادة 114 مدني ، ويجب التذكير أن لفظ التعاقد لا يقتصر على من كان طرفا في العقد وإنما يشمل أيضا الخلف العام و الخلف الخاص بشروط يحددها القانون.

ومعنى الخلف العام كل من يخلف الشخص في ذمته المالية كليا أو في جزء منها، وهؤلاء هم الورثة والموصى لهم بجزء من التركة.

فالتصرفات التي يبرمها المورث قبل وفاته يلتزم بها الورثة والموصى له في حدود الأموال التي ألت إليهم من التركة حيث تطبق قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

أما الخلف الخاص فيقصد به من يخلف الشخص في مال معين من أمواله مثل مشتري العقار فهو يعتبر خلفا خاصا للبائع في هذه الحالة وكذلك الموصى له بمال معين من أموال التركة، حيث يعتبر خلفا خاصا للموصي، ولا يلتزم الخلف الخاص بالتصرفات التي يبرمها سلفه إلا إذا كانت متعلقة بالشيء الذي أل إليه وكانت سابقة في الانتقال إليه، وكان الخلف الخاص عالما بها وقت الانتقال طبقا للمادة 109 مدني.

ولكن قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص تحتمل استثناء في جانبها الإيجابي، حيث يجيز القانون أن يكتسب الشخص حقا من عقد لم يكن طرفا فيه وقد أوردت في ذلك المادة 116 من القانون المدني تطبيقا لذلك هو الاشتراط لمصلحة الغير فنقرر أنه «يجوز لشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية»

ومثال ذلك التأمين على الحياة عندما يشترط المستأمن على شركة التأمين أن تتعهد مقابل الأقساط التي يؤديها بدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته، فيكون للورثة حق في مبلغ التأمين عند وفاة مورثهم ينشأ لهم مباشرة من عقد التأمين، و الأمر كذلك عند قيام عقد التأمين من المسؤولية الذي يعقده رب العمل وتلتزم الشركة بمقتضاه بدفع التعويضات للعمال عند وقوع الحادث.¹

¹ احمد حشمت أبوستيت، نظرية الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص55.

الباب الرابع

إثبات الحق وحمايته واستعماله وانقضائه

قد يتعرض الحق لإنكار الغير أو اعتدائه، وعليه يكون من اللازم على صاحب هذا الحق اللجوء إلى القضاء المختص لطلب تفعيل الحماية القانونية، حيث لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه وهو المبدأ السائد في التشريعات الحديثة ومن ثم عليه إقناع القاضي بوجود حق ينازعه فيه الغير وإقامة الدليل الذي يخدم مصلحته في النزاع، ومن المتعارف عليه في القانون والقضاء أن عدم نجاح الشخص في إقامة الدليل على حقه يؤدي إلى تجريده منه وفقدان الحق لأي قيمة عملية، فالقول بوجود الحق دون إقامة الدليل عليه يعتبر كالعدم.

ولا يكفل القانون حماية الحق إلا إذا استعمله صاحبه ضمن الأطر القانونية المشروعة، حيث إذا تجاوز صاحب الحق الضوابط القانونية التي تحكم هذا الاستعمال تجعله متعسفا في استعمال الحق ومن ثم تعرض للمسؤولية والجزاء الذي يقرره القانون.

والحق أيضا في غالب الأحوال ليس دائما بل قد ينتقل إلى الغير نتيجة التصرف فيه وقد ينقضي بأحد الأسباب التي يقررها القانون لانقضاء الحق.

ويتعين علينا التعرض إذا لإثبات الحق وحمايته عندما يتعرض للاعتداء والإنكار، كما يجب أن نبين أيضا كيفية استعمال الحق والقيود الواردة على هذا الاستعمال ثم نتكلم أخيرا عن انقضاء الحق.

الفصل الأول

إثبات الحق وحمايته

يرتبط إثبات الحق بحمايته حيث لا يثور موضوع الإثبات إلا عند إنكار الغير له والدخول في نزاع مع من يدعي تمسكه بهذا الحق أو يعتدي عليه، ويكون اللجوء للقضاء أمرا ضروريا لحمايته، لكن لا يستطيع القضاء ذاته بسط هذه الحماية إلا إذا استطاع المدعي إحضار الدليل الكافي والقاطع على هذا الحق.

وحري بهذه الدراسة مناقشة إثبات الحق أولا ثم التعرض لمسألة الحماية ثانيا.

أولاً: إثبات الحق وأهميته وطرقه

إن التمتع بالحق وجني منفعه المختلفة يتوقف على إمكانية توفر الوسائل القانونية لحمايته من جهة وعلى قدرة صاحب الحق على إثبات حقه بالدليل القاطع أمام القضاء في حالة نشوب نزاع مع الغير، ومن ثم تتعرض هذه الدراسة إلى تعريف الإثبات وأهميته والوسائل التي قررها المشرع لإثبات الحق.

أ. تعريف الإثبات

الإثبات هو إقامة الدليل أما الجهة القضائية المختصة على وجود واقعة قانونية بالطرق التي يحددها التشريع، وقد رأينا أن الحق ينشأ بواقعة تعتبر مصرا مباشرا له ومن ثم يكون إثبات الحق بإقامة الدليل على الواقعة المنشئة له.

ويثير الحديث عن الإثبات فقها وقانونا ضرورة التعرض لمحل الإثبات وبيان طرقه وقبل هذا وذاك يجب التعرض ولو بإيجاز إلى مذاهب الإثبات، حيث تختلف التشريعات بالضرورة في تنظيم مسائل الإثبات، فبعضها يأخذ بمذهب الإثبات الحر أو المطلق، والبعض الآخر يأخذ بمذهب الإثبات المقيد ويوجد بينهما مذاهب الإثبات المختلط.

فأما مذهب الإثبات الحر فهو يتيح للأفراد أن يثبتوا حقوقهم بالطرق التي يرونها ويترك للقاضي مطلق الحرية في تقدير هذه الأدلة، بحيث يكون له أن يأخذ بها أو يرفضها تبعا لاعتقائه بها، كما ان هذا المذهب يتيح للقاضي أعمال سلطته التقديرية في الحكم تبعا للوقائع الدعوى المقامة.

وهذا المذهب هو المتبع في النظام الأنجلوسكسوني وخاصة في بريطانيا وخاصة في القضايا الجنائية.

وهو يتميز بإطلاق سلطة القاضي في ترحي الحقيقة ولو بوسائله الخاصة، إلا أنه منتقد من ناحية أخرى وهي عدم اطمئنان الخصوم إلى مراكزهم في الدعوى، فضلا عن توسيع سلطة القضاة.

أما مذهب الإثبات المقيد فيذهب إلى تعيين أدلة إثبات الوقائع القانونية على سبيل الحصر، علاوة على تحديد قيمة كل دليل منها، ومن ثم لا يقبل من الأطراف الخصوم إثبات حقوقهم إلا بهذه الأدلة دون غيرها كما لا يستطيع القاضي أن يعطي لأي دليل قيمة تتجاوز تلك التي يعطيها

المشرع أساسا ومن ثم يلاحظ أن موقف القاضي في هذا المذهب موقفا سلبيا، حيث يقوم الخصوم بتقديم الأدلة ويقوم هو بتقدير قيمتها وفقا لما ينص عليه القانون.

والملاحظ أن هذا المذهب يحقق إلى حد ما الاستقرار حيث يعرف كل خصم مسبقا مركزه في الدعوى بحسب الأدلة التي بين يديه كما أنه يتقاضي تحكم القضاة في تقدير الأدلة إذ أن قيمتها محددة بنص القانون، ولكن في رأي بعض الفقه أن هذا المذهب يعاب عليه انه يغفل يد القضاة على تحري الحقيقة ولو كان ذلك سهلا عمليا، والملاحظ أيضا هو نفور غالبية التشريعات عن تطبيقه.

وتأخذ أغلب التشريعات بمذهب وسط بين المذهبين السابقين وهو مذهب الإثبات المختلط، حيث من خلاله يحدد المشرع الأدلة مسبقا فضلا عن تحديد قوتها في الإثبات أما بعضها الآخر فهو متروك لتقدير قضاة الموضوع، فهو يأخذ مثلا بالكتابة وشهادة الشهود والقرائن كأدلة إثبات ولكن لا يترك تقدير قوتها جميعا للقاضي، وإنما يحدد قيمة مثلا شهادة الشهود وبعض القرائن بحيث يلزم بها القاضي عند التطبيق، وأما شهادة الشهود وبعض القرائن الأخرى فيتركها لتقدير القاضي.

وهذا المذهب يحافظ بدوره على استقرار المعاملات من جانب تحديده مسبقا لأدلة الإثبات وقوة وحجية بعضها مما يضمن حياد القاضي ونزاهته في الحكم، ومن جانب آخر لا يذهب إلى حد محو كل سلطة تقديرية للقاضي حتى لا تهدر الحقيقة فيترك له سلطة واسعة في الأخذ ببعض الأدلة أو عدم الأخذ بها حسب قناعته.

وقد أخذت معظم التشريعات بهذا المذهب لموضوعيته وواقعيته مثل التشريع الفرنسي والإيطالي والتشريع المصري والجزائري.

أما بخصوص محل الإثبات فانطلاقا من معنى إثبات الحق ذاته الذي يذهب في إتجاه تحديد ما يجب على صاحب الحق إثباته، وهو أساسا الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا للحق المتمسك به أو المتنازع عليه، سواء كانت هذه الواقعة واقعة مادية من فعل الإنسان أو من فعل الطبيعة أو كانت تصرفا قانونيا على النحو الذي ورد في هذه الدراسة سابقا.

فمن يدعي أن له حقا في ذمة شخص آخر بمعنى دينا في ذمة هذا الشخص يصبح مطالب بضرورة إثبات مصدر هذا الحق بمعنى الواقعة القانونية التي أنشأته، سواء كانت واقعة مادية كالفعل الضار الذي ارتكبه هذا الأخير، أو تصرفا قانونيا كالبيع والإيجار.

ويجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات، لأن طبيعة هذه الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع تأبى أن يتطلب المشرع بشأنها دليلاً معيناً، وأما التصرفات القانونية فإن الإرادة هي التي تتحكم في وجودها وفي تحديد آثارها، تطلب المشرع الكتابة أساساً لإثباتها ولا يسمح بشهادة الشهود إذا تجاوز التصرف القانوني قيمة مائة ألف دينار جزائري المادة 1/333 من القانون المدني ويستثنى من ذلك المعاملات التجارية التي تعتمد مبدأ حرية الإثبات. وأياً كانت الواقعة القانونية سواء كانت عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً فإنها يجب أن تكون محددة متعلقة أساساً بالدعوى منتجة فيها وجائزة القبول.

ومتى استطاع المدعي إثبات الواقعة مصدر الحق المتنازع عليه وجب على القاضي تطبيق القانون عليها، ولا يكلف الخصم بإثبات القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع فهذا من صميم عمل القاضي المختص حيث يفترض فيه العلم بالقانون.

أما بخصوص عبء الإثبات فإن المقصود به تحديد المنوط به إقامة الدليل الكاف لإقناع القاضي بوجود حق قائم يتمتع به وهو أمر هام لأن عدم قيام الخصم به هذا الدور على الوجه المطلوب يعني حتماً فقدان حقه خاصة إذا استطاع الخصم الآخر النجاح في إثبات عكس ذلك. والقاعدة العامة في هذا الصدد هي أن عبء الإثبات يقع على المدعي، والمدعي ليس بالضرورة هو رافع الدعوى ولكن هو من يدعي خلاف الظاهر أو الثابت قضاءً فقد يكون رافع الدعوى وقد يكون المدعى عليه.

والقاعدة العامة أيضاً تقتضي براءة الشخص من المديونية، فإذا افترضنا أن شخصاً رفع على آخر يطالبه بمبلغ من المال فإنه يكون مدعياً بخلاف الظاهر أصلاً ويجب إثبات ما يدعيه، فإن نجح في ذلك أصبح الظاهر والمستقر قضاءً أن المدعى عليه مدين وثبت الإلتزام في ذمته وبالتالي إذا أنكر قيام الدين يصبح مطالب بضرورة إقامة ما ينفي ذلك أو أن الدين تم الوفاء به أو سقط عنصر المسؤولية فيه.

وقد يحدث أن يقع عبء الإثبات على أحد الخصمين طبقاً للقاعدة السابقة الذكر، ولكن المشرع يرى لإعتبارات معينة أهمها صعوبة الإثبات في عديد الحالات مما يجعله يضع قرينة تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات أو قد ينقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، ويترتب على هذه القرينة وجود وضع ثابت فرضاً، ويكون على من ينكره إثبات ما يدعيه.

ومثال ذلك قرينة الوفاء بأقساط الأجرة السابقة التي تبني على ثبوت الوفاء بقسط لاحق، إذ نقرر المادة 499 مدني أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك »، فإذا ادعى المؤجر أن المستأجر لم يف بالقسط السابق من الأجرة فإن الأصل وفقا للقواعد العامة للإثبات أن يثبت المستأجر وفاءه بهذا القسط بالذات، ولكن المشرع لاحظ أن هذا الإثبات قد يكون صعبا لأن المستأجر لا يحتفظ بهذه الوثائق عادة لذلك أنشأ المشرع قرينة لصالح المستأجر مقتضاها إذا أثبت وفاءه بقسط لاحق على الأقل فذلك يعتبر قرينة على الوفاء بأقساط سابقة ومن ثم ينتقل عبء الإثبات من المستأجر إلى المؤجر إذا ادعى خلاف ذلك لأنه يكون مدعيا على خلاف الثابت فرضا وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه وهي مسألة صعبة على أي حال.

ب. أهمية الإثبات

يتميز الإثبات بأهمية كبيرة، فهو يؤكد وجود الحقوق وحجتها حيث يرتبط بالحق ذاته، ويعتبر الإثبات أمام القضاء من أهم ما يشغل الطرف الذي يدعي بوجود حقه وأيضا القاضي الذي عليه العمل على استقرار لحقوق و تأمين العدل، لأن الإنسان لا يستطيع اقتضاء حقه بنفسه وإنما عليه الاستعانة بالقضاء، وعليه العمل لإقناع القاضي عن طريق أدلة الإثبات التي يقدمها، لذلك تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية، حيث أن الدليل هو ما يثبت وجود الحق ومن ثم يستقر التمتع به من صاحبه، كما يرتبط الإثبات بكافة أنواع الحقوق سواء كانت شخصية أو عينية كما تشمل جميع فروع القانون نظرا لخطورة الإثبات على مصير الدعوى.

ج: طرق الإثبات (الأدلة) حدد المشرع طرق الإثبات أو الأدلة التي يلجأ إليها صاحب الحق في إثبات حقه وهي:

1. الكتابة: وهي أهم أدلة الإثبات في التشريعات الحديثة وأيضا في الحياة العملية حيث تعد ضرورية لإثبات غالبية التصرفات القانونية خصوصا إذا بلغت قيمة التصرف القانوني مائة ألف دينار ماعدا المعاملات التجارية كما أسلفت هذه الدراسة.

وقد تكون الكتابة رسمية، وهي الورقة التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه، وقد تكون كتابة عرفية بين الأطراف، وهي أي محرر مثبت للواقعة القانونية بشرط

أن تكون موقعة ممن يدعي ثبوت حقه، وللورقة الرسمية حجية مطلقة في مواجهة الأطراف والغير ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير عكس الورقة العرفية التي تكون فيها الحجية نسبية بين أطراف التصرف فقط دون الغير.

2. شهادة الشهود: وهي إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من الغير تحت سمعه أو بصره، ويترتب عليها حق لغيره كمن يشهد تعاقداً أو واقعة فيروى ما سمعه أو رآه. وشهادة الشهود دليل أقل في قوته من الكتابة حيث لا تقبل إلا في الأحوال التالية:

- التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري

- الأعمال التجارية عموماً

- الوقائع المادية كالفعل الضار أو الفعل النافع.

ويراعى أن القانون قد يستلزم وسيلة معينة لإثبات بعض التصرفات كما في عقد الشركة الذي يتطلب القانون الكتابة لإثباته ولو لم يزد قيمته على مائة ألف دينار جزائري وفي هذه الحالة لا يصح الإثبات بشهادة الشهود.

وحجية الشهادة في الإثبات متروكة لتقدير القاضي فيستطيع أن يأخذ بها أو يتركها إذا ما ساوره شك في صحتها ولو كثر عدد الشهود ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك.

3. القرائن وحجية الأمر المقضي فيه: القرينة هي ما يضعه المشرع أو ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وتنقسم القرينة حسب مصادرها إلى نوعين هما:

- **قرينة قانونية:** وهي التي يقررها المشرع ضمن نصوص القانون مثل الوفاء بأقساط الأجرة اللاحقة التي تبنى على ثبوت الوفاء بقسط سابق التي تقررها المادة 499 مدني وقد سبق ذكرها.

- **قرينة قضائية:** وهي تلك القرينة التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى المطروحة أمامه للفصل فيها، ولا يجوز للقاضي الأخذ بها إلا في الحالات التي يسمح له المشرع فيها بحرية تقدير الدليل بمعنى في حالة جواز الإثبات بشهادة الشهود.

أما حجية الأمر المقضي فيه فيقصد بها أن الحكم النهائي في نزاع معين يكون حجة على ما فصل فيه ولا يجوز بعد ذلك القبول بأي دليل على ما يناقضه ومن ثم لا يمكن العودة إلى مناقشة المسائل التي تم الفصل فيها بحكم قضائي.

4. الإقرار واستجواب الخصوم: الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

والإقرار بهذا المفهوم يعتبر حجة قاطعة على المقر، حيث إذا ادعى شخص أما القضاء على آخر بأنه مدين له، فأتى المدعى عليه وأقر بهذا الدين في ذمته تأكد بهذا الحق للمدعي صراحة، ومن الملاحظ أن الإقرار لا يتجزأ، فلا يستطيع من يتمسك به أن يأخذ ما يفيد ويترك ما يتعارض مع مصلحته، فعلى سبيل المثال السابق إذا أقر المدعى عليه بالدين، وأنه وفى بهذا الدين فلا يستطيع المدعي أن يتمسك بواقعة الإقرار بالمديونية ويترك واقعة الوفاء.

وأما استجواب الخصوم فهو ما تقوم به المحكمة من طرح للأسئلة على الخصوم من أجل الوصول للحقيقة سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو وبناء على طلب الخصوم.

5. اليمين: إذا عجز المدعي عن تقديم أي دليل يثبت حقه، جاز له أن يحتكم إلى ذمة خصمه وذلك بأن يوجه إليه يمينا حاسمة تؤدي إلى ثبوت حقه أو فقده.

فإذا حلف من وجهت له اليمين خسر المدعي دعواه، وإن نكل عن اليمين أو رفض أن يحلف ثبت حق المدعي.

ويترتب على حلف اليمين إنهاء النزاع بين الطرفين، ولا يجوز اللجوء بعد ذلك إلى أي دليل من أدلة الإثبات الأخرى حيث تسمى اليمين في هذه الحالة بالحاسمة حيث يتقيد القاضي بنتيجتها. وهذه اليمين الحاسمة تختلف عن اليمين المتممة، وهي التي يوجهها القاضي ذاته إلى أي من الخصمين سواء كان المدعي أو المدعى عليه لإكمال اقتناعه إذا كان لديه دليل ناقص في الدعوى، فلا يترتب على حلف هذه اليمين الأخيرة أو النكول عنها حسم النزاع بل أن القاضي غير ملزم بنتيجتها إن شاء أخذ بها أو رفض.

6. المعاينة: وهي انتقال المحكمة أو أحد أعوانها لمعاينة محل النزاع، ويكون ذلك إما بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها لإستكمال ناصر الحكم بالنسبة للقاضي، ولا ريب أن مشاهدة الشيء المتنازع عليه يعد من أهم الأدلة التي توصل إلى معرفة الحقيقة.

7. الخبرة: وهي الاستعانة برأي خبير في المسائل التي لا يستطيع القاضي الإلمام بها مثل المسائل المتعلقة بالعقار أو الأجهزة التقنية أو الطب والهندسة والمحاسبة، وقد أجاز المشرع

للمحكمة أن تنتدب خبيراً تستعين به في الإلمام بالحقائق المتعلقة بالنزاع ولكنه غير ملزمة بالتقيد بالتقرير الذي يعده الخبير.¹

ثانياً: حماية الحق

سبق أن رأينا خلافاً لما ذهب إليه البعض من الفقه بأن الحماية القانونية لا تدخل في تكوين الحق وليست من عناصره وإنما تترتب كنتيجة على وجوده فهي صفة تثبت لحق قائم فعلاً وليست ركناً لقيامه.

وقد زودت التشريعات صاحب الحق بوسيلة تمكنه من رد الاعتداء على حقه وهي الدعوى القضائية، فضلاً عن ذلك يجوز لصاحب الحق اللجوء قبل ذلك إلى الوسائل الإدارية، ونتعرض لوسائل حماية الحق بإيجاز وهي:

أ. **الدعوى القضائية:** الدعوى القضائية هي الوسيلة التي رسمها المشرع لحماية الحق أساساً عن طريق القضاء وهي قد تكون مدنية أو جنائية:

والدعوى المدنية هي التي تستند على حق خاص لشخص مثل حق الملكية وهي من اختصاص القضاء المدني أساساً، وصاحب الحق هو الذي يحرك الدعوى لطلب الحماية لحقه لرد الاعتداء وإزالة أثاره المادية والقانونية، وهي وسيلة اختيارية متروكة لتقديره، وحتى تحظ الدعوى بالقبول من القضاء يجب توافر شروط أساسية منها:

1. ضرورة توافر المصلحة في رافع الدعوى، وهذه المصلحة تتحقق ليس إذا وقع اعتداء بالفعل على الحق بل أيضاً إذا كان هذا الحق مهدداً بالاعتداء.

2. أن يكون هناك نزاع جدي يبرر رفعها، فلا يقبل من شخص أن يرفع دعوى أمام القضاء مفترضاً وقوع اعتداء على حقه لكن يعرف ما هو الحكم الذي سيحكم به القضاء إذا وقع الاعتداء فعلاً.

3. أن يكون رافع الدعوى أهلاً لمباشرة إجراءات الدعوى.

وأما الدعوى الجنائية أو العمومية فهي التي تستند على حق المجتمع نفسه، ويحركها ممثل هذا المجتمع وهي النيابة العامة ويختص القضاء الجنائي بالنظر فيها.

¹ أسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 120.

فالاتعاء على بعض الحقوق الخاصة كحقوق الشخصية مثل حق الحياة وسلامة الجسم يعد في نفس الوقت اعتداء على الجماعة، ومن ثم يعتبر الاعتداء بالقتل أو الجرح أو الضرب مثلا جريمة موجهة ليس فقط ضد الضحية بل ضد المجتمع أيضا، وطالما كان الأمر كذلك ولما كان الهدف حينئذ هو الدفاع عن المجتمع، فإن من يمثل هذا المجتمع هو النيابة العامة هي التي تتولى توجيه الدعوى ضد المعتدي والدعوى في هذه الصورة تسمى الدعوى الجنائية.

ويمكن أن تقترن الدعوى الجنائية بالدعوى المدنية يرفعها شخص لحقه ضرر من جريمة، لأنه إذا كانت الدعوى الأولى تهدف إلى حماية الصالح العام للمجتمع في تعقب المجرمين وتوقيع العقاب عليهم، فإن الدعوى الثانية تهدف إلى إصلاح الضرر الخاص الذي لحق المعتدي عليه من الجريمة.

وأما إذا لم ينجم عن الجريمة ضرر شخصي لأحد الأفراد وهذا هو الحال في الجرائم الموجهة ضد الدولة مباشرة ونظامها العام مثل جرائم التهريب وتجارة المخدرات وتزوير العملة والتهرب الضريبي فإن الدعوى الجنائية تقترن حينئذ بدعوى مدنية.

وإذا كان تمكين الشخص من حماية حقه يتم عن طريق الدعوى على النحو السابق، فإن هذا لا يعني تجريد المدعى عليه من وسيلة الرد على رافعها بدفع لإسقاط طلبه، وهكذا يمكن القول إن وسيلة الحماية تنصرف إلى أمرين معا هما: الدعوى والدفع أمام القضاء.

وتتخذ حماية الحقوق الخاصة صورا مختلفة، فقد تكون الحماية عن طريق إلزام الغير باحترام السلطات التي يخولها القانون لصاحب الحق، كما قد تكون بإلزام الغير تنفيذ ما التزم بأدائه لصاحب الحق سواء كان تنفيذا عينيا أو بمقابل عن طريق تعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت من جراء الاعتداء.

ب. الوسائل الإدارية والفردية: إلى جانب الدعوى القضائية توجد وسائل إدارية التي يمكن لصاحب الحق الاستعانة بها لحماية حقه، وتتمثل هذه الوسائل في اللجوء إلى السلطة الإدارية المختصة.

وعلاوة على ذلك يمكن لصاحب الحق دفع الاعتداء بنفسه وذلك في حالة الدفاع الشرعي، وهذه الحالة تقترض أن يقع الاعتداء فعلا أو يكون هناك خطر الاعتداء حال على نفس الشخص أو ماله أو على نفس شخص آخر أو على ماله مثل الشروع في القتل أو الضرب أو احتجاز

شخص بغير وجه حق، ولكن يجب على الشخص المدافع ألا يتجاوز في رد الفعل القدر المطلوب واللازم لدفع الخطر الذي يهدده دون زيادة.

فمن يدافع عن نفسه ضد من يحاول ضربه بيديه أو بعصا خفيفة لا يحق له أن يطلق النار عليه مثلاً في مقتل، ومن يدافع عن أمواله ضد السرقة نهاراً يكفيه القبض على من يشرع في هذا الفعل دون حاجة لضربه أو جرحه، فإذا تجاوز الشخص المدافع حدود ما يتطلبه القانون من تناسب في رد الفعل يعتبر مخطئاً وتترتب عليه المسؤولية في التعويض على أن تراعى في هذا اعتبارات العدالة وأهمها الظروف التي أدت بالمدافع ارتكاب الخطأ.

الفصل الثاني

استعمال الحق

من المتعارف عليه قانوناً وفقها أن استعمال الحق يكون بمباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، وهذه السلطات يتولى القانون صراحة النص عليها وهو بصدد تنظيم الحق، فمثلاً حق الملكية يخول لصاحبه كما هو معروف ثلاث سلطات أساسية وهي استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

أولاً: حدود الاستعمال المشروع للحق

للشخص أن يستعمل حقه في حدود ما رسمه القانون دون تجاوز وإلا اعتبر مخطئاً ومن ثم يلتزم بالتعويض لصالح من أصابه الضرر من هذا الاستعمال، فإذا قام شخص ببناء جدار في داره ولكن تجاوز حدود ملكيته بحيث أصبح البناء يمتد إلى ملكية جاره، فهذا الشخص يكون قد تعدى حدود الاستعمال المشروع و المباح لحقه ومن ثم يعد مرتكباً لخطأ عليه معالجته ويترتب عليه التزام بتعويض جاره، ونفس القاعدة تسري على المنتفع إذا قام بالتصرف في الشيء الذي رتب عليه حق الانتفاع فيكون قد تجاوز الحدود المسموحة لممارسة حقه ومن ثم يلتزم بتعويض المالك إذا لحق به ضرر من هذا العمل.

لكن السؤال المطروح ماذا لو التزم الشخص في ممارسة حقه الحدود التي رسمها القانون ومع ذلك نجم عن هذا الاستعمال ضرر للغير فهل يجبر في هذه الحالة أيضاً بتعويض المضرور؟

إن الإجابة على هذا السؤال تطورت كثيرا ففي ظل ازدهار المذهب الفردي التي جسدها الثورة الفرنسية أساسا كان لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال حقه، فطالما أن الشخص يستعمل حقه في الحدود التي شرعها القانون، فإنه لا يسأل عن السلوك المألوف للشخص المعتاد بل حتى ولو كان مهملًا أو كان سيء النية، لكن مع ظهور المذهب الاشتراكي زاد سلطان الدولة وتدخلها في شئون الأفراد والحد من حقوقهم لصالح الجماعة وهو ما يعبر عنه بعض الفقه بتطويع الملكية الخاصة لصالح الملكية العامة، حيث أصبح الشخص معرضا للمسؤولية عن الضرر الذي يصيب الغير ولو لم يتجاوز هذا الاستعمال، وهو ما عرف في التشريعات المقارنة بنظرية التعسف في استعمال الحق وقد أخذ بها المشرع الجزائري صراحة بالرغم من عدم نجاحه بعد التعديل في تبويب نصوصها في نظر بعض الشراح حيث اعتبرها من صور المسؤولية التقصيرية وقد تضمن نص المادة 124 مكرر هذه النظرية.

أ. نظرية التعسف في استعمال الحق:

عالج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن الفصل الثالث المعنون بالعمل المستحق للتعويض والقسم الأول بعنوان المسؤولية عن الأفعال الشخصية ومن ثم لم ترد ضمن القواعد العامة عكس معظم التشريعات العربية فاحتلت بذلك مكانة بارزة في هذا القانون،¹ وقد خصص المشرع لنظرية التعسف في استعمال الحق نصا واحدا هو المادة 124 مكرر حيث جاء نصها كما يلي « يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما 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»

ويتضح من هذا النص أن استعمال الحق لا يوقع صاحب الحق تحت طائلة المسؤولية مهما كانت النتائج يمكن أن تترتب على هذا الاستعمال بمعنى حتى ولو تترتب ضرر للغير.

ولمعرفة الحد الفاصل بين نطاق استعمال الحق استعمالا مشروعًا ونطاق استعماله غير المشروع رغم أن صاحبه يستعمله في النطاق الخاص به ولم يتجاوز حدوده حيث ذكرت المادة 124

¹ لم ينجح المشرع الجزائري في نظر بعض الشراح في وضع احكام نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن الأحكام الخاصة بها حيث كان عليه صياغتها ضمن الأحكام العامة، فليس في نطاق المسؤولية.

مكرر ثلاث حالات يعتبر فيها استعمال الحق استعمالا غير مشروع ويطلق عليها الفقه وصف معايير التعسف في استعمال الحق، ويكون استعمال الحق في غير هذه الحالات مشروعا.

ب. معايير التعسف في استعمال الحق:

وضعت المادة 124 مكرر ثلاثة معايير للتعسف في استعمال الحق وهي:

1. قصد الإضرار بالغير: يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا لم يستعمله إلا بقصد الإضرار بالغير، فلو قام شخص ببناء حائط في ملكه بهدف حجب النور والشمس عن جاره، فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه حتى ولو كان هذا الحائط سيمكنه من بعض المنافع، ولا بد أن يثبت المدعي بأن صاحب الحق استعماله أساسا للإضرار به ويكون ذلك بكل طرق الإثبات الممكنة، وقد يستدل على نية الإضرار بالغير من خلال تقييم مدى وجود المصلحة من عدمها أو انقضائها سابقا.

2. عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير: يعتبر في نظر المشرع الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يريد تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع حجم الضرر اللاحق بالغير، ويلاحظ عن هذه الحالة أن المشرع إستند على معيار موضوعي بشأنها حيث لا ينظر إلى الشخص صاحب الحق وما قصده وقت استعمال حقه وإنما ينحصر المعيار في ضرورة إجراء موازنة موضوعية بين المصلحة التي سيحصل عليها وحجم الضرر الذي يلحق بالغير من جراء هذا الاستعمال، فإذا كان الضرر جسيما بعد مقارنته بالمصلحة فإن هذا الاستعمال يعتبر غير مشروع.¹

وقد نص المشرع الجزائري على بعض التطبيقات لهذا المعيار ولكن نكتفي بما أورده بشأن حق الارتفاق، حيث نصت ال مادة 881 «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تصبح له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به».

3. عدم مشروعية المصلحة المقصودة بالاستعمال: و أخيرا يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها من هذا الاستعمال غير مشروعة أي يمنعها القانون مثل ذلك صاحب العمل الذي يستعمل حقه في تسريح العامل من عمله لمجرد التحاقه بنقابة من نقابات العمال، فهذا الاستعمال يعتبر غير مشروع، فيعد تعسفا لأنه يرمي إلى منع

¹ إبراهيم سيد احمدن التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، ط02، دار الفكر، الإسكندرية، 2000، ص32.

العامل من مباشرة نشاطه النقابي، وهذه غاية لا يقرها القانون، ومثل ذلك أيضا صاحب المنزل الذي يستعمل منزله لغاية تتنافى مع الآداب العامة كالقمار مثلا فهذا يعد تعسفا في استعمال الحق.

في هذه الحالات الثلاث يكون استعمال الشخص لحقه استعمالا غير مشروع، بالرغم من عدم تجاوزه لحدود حقه لأنه يكون متعسفا في استعمال هذا الحق وبالتالي يكون مسئولا عما ينشأ من هذا الاستعمال من ضرر يخلق بالغير.

ثانيا: مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

يرد التعسف على استعمال الحق بثنتى أنواعها دون تحديد أو تخصيص بنوع منها دون نوع آخر وهو ما يظهر في تبويب المشرع المصري لها ضمن الأحكام العامة وتحديدا في المادة 04 بينما ذهب المشرع الجزائري إلى حصرها في نطاق المسؤولية التقصيرية من خلال نص المادة 124 مكرر حيث يفهم من سياق تعديل القانون المدني سنة 2005 أنه يهدف إلى جعل هذه النظرية غير عامة التطبيق حيث لا تشمل كل مواضع القانون المدني على عكس التطبيقات القضائية في فرنسا التي تذهب في اتجاه تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في كل المواضيع التي ينظمها القانون المدني وليس تطبيقها على قواعد المسؤولية التقصيرية فقط، منها روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية علاوة على الحقوق العينية و الحقوق الشخصية بل لا تقف عند حدود مواضع القانون الخاص وإنما تجاوزت ذلك إلى مواضع القانون العام لذا كان على المشرع الجزائري إبقائها من حيث التبويب ضمن الأحكام العامة مثل باقي التشريعات الحديثة.

وقد ساعد على هذا المسلك تبني الشريعة الإسلامية بل كانت السبابة إلى ذلك بل أن نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها أصلا أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها نظرية عامة تكفل بصياغتها فقهاء الإسلام مثل فتحي الدريني وإن لم تتفق في دقتها مع ما ذهب إليه المذاهب الحديثة في الفقه الغربي.

ولا يمتد التعسف إلى الرخص والحريات العامة وهي التي تثبت لكافة الناس دون أن يستأثر بها أحد دون غيره مثل حرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية المعتقد والتملك، فإذا وقع من أحد انحراف في ممارسة إحدى هذه الرخص يكون قد أخطأ خطأ عاديا ويترتب عليه التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

الفصل الثالث

انقضاء الحق

لا يثور الحديث عن انقضاء الحقوق العامة وحقوق الأسرة حيث أن الأصل عدم انقضائها إلا بوفاء أصحابها.

فالحقوق العامة مثل الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم والحق في السمعة والشرف، وحرية التنقل وحرمة المسكن ترتبط بشخصية الإنسان أساساً وتظل ملازمة له حتى وفاته حيث يظل الهدف من تلك الحقوق كما أسلفت هذه الدراسة هي حماية كيان الإنسان من الناحيتين المادية والمعنوية وتمكينه من ممارسة نشاطاته المختلفة، وعليه لا يحق للجماعة أن تحرم الشخص منها وإلا عرضت حياته للخطر أو عطلت قدرته على ممارسة نشاطه الضروري لحياته.

ولكن يجوز استثناء حرمان الشخص من بعض تلك الحقوق في حالة إدانته بارتكاب بعض الجرائم، فقد يحرم من الحق في الحياة إذا حكم عليه بعقوبة الإعدام، وقد يحرم من حرية التنقل إذا حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، كما قد يحرم من مزاوله حقوقه السياسية نتيجة الحكم عليه بعقوبة جنائية وفقاً لما ينص عليه قانون الانتخابات.

والأمر كذلك في حقوق الأسرة فهي باقية للشخص ما بقي عضواً في أسرة معينة وهي لا تنتضي عادة إلا بالوفاة، حيث خروجاً عن الأصل قد تسقط بعض تلك الحقوق نتيجة الحكم على عضو الأسرة بعقوبة جنائية، مثل سقوط حق الولاية عن الولي إذا ثبت عليه ارتكاب جرائم معينة ولزم عزله.

وينحصر النقاش في مسألة انقضاء الحقوق المالية وهي كما سبق أن أوردنا الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

وأما الجانب المالي في الحق الأدبي للمؤلف فقد عرفنا كيفية انقضائه بمضي الزمن، وعليه نعرض أولاً كيفية انقضاء الحقوق العينية ثم ثانياً طرق انقضاء الحقوق الشخصية.

أولاً: انقضاء الحقوق العينية

سبق أن ذكرت هذه الدراسة أن الحقوق العينية نوعان: أصلية وتبعية، فالحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه (الانتفاع والاستعمال والسكنى)، وحق الارتفاق

وحق الحكر، أما الحقوق العينية التبعية فهي الرهن الرسمي والرهن الحيازي والاختصاص والامتياز.

فالحقوق العينية الأصلية تنقضي جميعا بهلاك الشيء الذي ترد عليه، فإذا هلك منزل محل الملكية انقضت ملكية المنزل وكذلك حق الانتفاع وحق الارتفاق التي تكون قد ترتبت على هذا المنزل.

كما أن هذه الحقوق تنقضي باستثناء حق الملكية بترك استعمالها مدة طويلة، وتختلف هذه المدة بحسب ما تنص عليه نصوص القانون وهي في الأصل مدة خمس عشرة سنة المواد 854 و 879 من القانون المدني.

أما حق الملكية فيستثنى من هذه القاعدة لأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال، فإذا ترك المالك حق ملكيته دون استعمال لفترة طويلة فإن حقه يظل قائما ولا يستطيع أي أحد الإدعاء بخلاف ذلك.

لكن إذا قام شخص بوضع يده على شيء مملوك للغير وتركه صاحب الشيء دون منازعة لمدة يحددها القانون (عشر سنوات بحسن نية أو خمس عشر سنة إذا كان سيء النية)، فإنه يكسب ملكية هذا الشيء بالتقادم، ولا يعني ذلك أن حق الملكية قد سقط بعدم الاستعمال كما هو الحال في الحقوق العينية الأخرى، وإنما يعني ذلك أن القانون انحاز إلى جانب واضع اليد وغلب حقه على حق المالك الأصلي الذي لم يتخذ ما يلزم من التدابير للدفاع عن حقه طوال هذه المدة.

أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية فإنها لا تنشأ كما سبق أن ذكرت هذه الدراسة مستقلة بذاتها وغنما تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به، لذلك لا ينقضي الرهن الرسمي أو الحيازي مثلا إلا إذا انقضى الدين الذي نشأ الرهن لضمانه ونفس الحكم يسري على باقي الحقوق العينية التبعية.

ثانيا: انقضاء الحقوق الشخصية

الحقوق الشخصية جميعها حقوق مؤقتة بطبيعتها، لذلك فإنها تنشأ علاقات بين الأفراد تجعل بعضهم ملتزما في مواجهة البعض الآخر، ولا يمكن أن يكون هذا الالتزام أبديا وإلا فإنه يعتبر قيادا يمس حرية الملتزم.

والنهاية الطبيعية أو المادية للحق الشخصي هي الوفاء، فإذا قام المدين مختارا بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به انقضى الحق الشخصي، إذ يكون الدائن قد حصل على الهدف الذي يسعى إليه ولم يعد

بحاجة إلى بقاء الالتزام، وأما إذا لم يقم المدين بالوفاء مختاراً فإن القانون يعطي الدائن في اللجوء إلى القضاء المختص حيث يلزم القاضي المدين بالوفاء إذا كان ذلك ممكناً، فإذا ثبت أمام القضاء استحالة التنفيذ العيني حكم على المدين بالتعويض.

ولكن الوفاء الاختياري أو الجبري ليس هو الطريق الوحيد لانقضاء الحقوق الشخصية أو الالتزامات، بل هناك طرق أخرى لانقضاء تلك الحقوق، وهي نوعين: الأولى يمكن للدائن من الحصول على منفعة تعادل الوفاء ويضم التجديد والمقاصة واتحاد الذمة، والثاني لا يحصل الدائن منه على أي منفعة تقوم مقام الوفاء، ويندرج تحته الإبراء واستحالة الوفاء والتقاعد.

أ. انقضاء الحقوق الشخصية بما يعادل الوفاء

ينقضي الحق الشخصي ببعض الوسائل التي تمكن الدائن من الحصول على منفعة تقوم مقام الوفاء وهي:

1. التجديد: وهو استبدال دين جديد بدين قديم يختلف عنه في أحد عناصره الرئيسية.

ويجب لكي يتم التجديد توافر أربعة شروط أساسية هي:

الشرط الأول: وجود التزام قديم وقت التجديد، حيث أن الالتزام الجديد يستمد وجوده من الالتزام الذي يحل محله، ومن ثم يجب أن يكون هذا الالتزام مازال قائماً وقت الاتفاق على تجديده، فإذا كان قد انقضى قبل ذلك لأي سبب كان أو كان باطلاً أعدم مشروعية المحل أو السبب فلا يمكن تجديده.

الشرط الثاني: إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام السابق: وهذا الالتزام الجديد ينشأ من الاتفاق على التجديد، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً غير قابل للإبطال وإلا الالتزام الجديد لا ينشأ أصلاً بمعنى يبقى الالتزام السابق قائماً، أو أنه ينشأ غير مستمر ويزول إذا ما أبطل عقد التجديد بناءً على طلب من له الحق في إبطاله ويؤدي هذا حتماً إلى عودة الالتزام السابق مرة أخرى.

الشرط الثالث: إختلاف الالتزامين في أحد العناصر الرئيسية: وهي محل الالتزام أو مصدره أو المدين أو الدائن.

والتجديد بتغيير المحل، كأن يستبدل الطرفان الالتزام الذي محله القيام بعمل بمبلغ من النقود أو نقل ملكية عين معينة.

والتجديد بتغيير مصدر الالتزام مع بقاء محله، كأن يتفق البائع مع المشتري على أن يبقى الثمن في ذمة المشتري ولكن على سبيل القرض وليس على أساس عقد البيع.

أما التجديد بتغيير المدين كأن يتفق الدائن مع الغير على أن يكون هذا الأخير هو المدين مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرا ذمة هذا الأخير.

كما يمكن أن يحصل التجديد بتغيير الدائن حيث يتم باتفاق الأطراف الثلاثة وهم المدين والدائن القديم والدائن الجديد على أن يحل محل الدائن القديم.

الشرط الرابع: الاتفاق على التجديد: ويلزم في هذا الاتفاق تراضي الأطراف على التجديد، ويجب أن تثبت نية التجديد بشكل واضح، إما بالنص عليه صراحة أو باستخلاصه من ظروف تدل دلالة قطعية عليه، وفي حالة الشك يجب ترجيح أن الإرادة لم تتجه إلى التجديد، وعلى ذلك فإن إضافة أجل إلى الالتزام أو شرط جزائي له أو تقديم تأمين عيني أو شخصي له أو تغيير مكان الوفاء أو كفيته أو سعر الفائدة أو تقييده في حساب جار، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد.

ويترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد يحل محله يختلف عن الالتزام السابق في صفاته وشروطه ودفوعه، كما تنقضي التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالالتزام السابق ولا تنتقل حتما إلى الالتزام الجديد إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك.

2. المقاصة: تعد المقاصة إحدى طرق انقضاء الالتزام تفترض أن المدين أصبح دائنا لدائنه فيترتب على تقابل الدينين انقضاءهما بقدر الأقل منهما.

فهي تفترض أن هناك شخصين وأن كلاهما مدينا للأخر ودائنا في نفس الوقت سواء بمبلغ من النقود أو بأشياء مثلية فحينئذ ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فالدين الأكبر ينقضي جزئيا والدين الأقل ينقضي كليا نتيجة للمقاصة ولا يبقى من الدينين إلا ما زاد على ما انقضى بالمقاصة.

ويشترط القانون لوقوع المقاصة وصحتها شروط تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول: وجود دينين متقابلين، أي يجب أن يكون الدينان بين شخصين تتوافر في كل منهما صفة الدائن والمدين في نفس الوقت، سواء كان الدينان ناشئين عن مصدر واحد أو من مصدرين مختلفين.

الشرط الثاني: التماثل في المحل بين الدينين المتقابلين: ولا يتوافر ذلك إلا إذا كان الدينان من النقود أو من الأشياء المثلية المتحدة في النوع والجودة مثل الحبوب والفاكهة، فلا مقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل ولو تماثلا وبين أيضا التزام بالامتناع عن عمل وآخر ولا بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل.

الشرط الثالث: صلاحية كلا الدينين للمطالبة بهما أمام القضاء: ومقتضى هذا الشرط ضرورة صلاحية كل من الدينين للمطالبة بهما أمام القضاء أو اقتضاء كل منهما جبرا، بمعنى آخر عدم سقوط عنصر المسؤولية بحيث يكون كل دين مدنيا وليس طبيعيا وإلا لا تكون هناك مقاصة لأن الدين الطبيعي لا جبر فيه.

الشرط الرابع: ضرورة خلو الدين من النزاع: أي يجب أن يكون كل من الدينين محقق الوجود ينعقد الشك في وجوده ومعلوم مقداره بشكل كاف.

الشرط الخامس: ضرورة استحقاق كلا الدينين للأداء: ومعنى ذلك أن يكون كل من الدينين قد حل أجل الوفاء به فلا مقاصة إذا كان أحد الدينين أو كلاهما مؤجلا.

الشرط السادس: قابلية كل من الدينين للحجز عليه: ومقتضى ذلك توفر الضمانة الكافية سابقا للحجز على الدين، فإذا تخلف هذا الشرط فلا تحدث مقاصة كما هو الحال بالنسبة لدين النفقة وأجر العامل.

غير أن توفر هذه الشروط يحتاج أساسا لدعمها أن يتمسك بها كل من له مصلحة فيها، وهو المدين في كل من الدينين المتقابلين، سواء كان هذا التمسك في صورة دعوى يرفعها لهذا الغرض أو في صورة دفع في دعوى يرفعها الدائن للمطالبة بالوفاء.

ويترتب على التمسك بالمقاصة وتوافر شروطها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما كما أوردت سابقا هذه الدراسة.

3. إتحاد الذمة: والمقصود بها اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة، ويترتب على ذلك انقضاء الدين لأن الشخص لا يمكنه أن يطالب نفسه بالوفاء بدين.

والغالب أن يقع إتحاد الذمة بسبب الوفاة، فإذا كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن انقضى الدين كله عن طريق إتحاد الذمة، وأما إذا كان هناك وارث تقاسم معه أو أكثر، فإن الدين ينقضي بنسبة نصيبه في الميراث كالنصف أو الثلث أو الربع مثلا.

وإذا كان الغالب أن يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة كما أوردناه في المثال السابق، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من قيامه بين الأحياء في بعض الحالات، كما لو اشترت إحدى الشركات السندات التي أصدرتها.

وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة فإن الدين يعود إلى الوجود من جديد هو ملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً وذلك بأثر رجعي ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن، وذلك أن يوصي الدائن للمدين بالدين ثم يتبين فيما بعد أن الوصية باطلة لتخلف أحد شروطها الأساسية.

وهكذا يختلف اتحاد الذمة عن المقاصة في أن هذه الأخيرة تفترض وجود دينين متقابلين على شخصين مختلفين يكون كل منها دائن ومدين للأخر في نفس الوقت، فيترتب على هذا التقابل انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

أما في اتحاد الذمة فلا يوجد إلا دين واحد ثم ينتقل حق الدائن إلى المدين فيصبح كأنه يداين نفسه وعليه ينقضي الدين بهذا الطريق.

ب: انقضاء الحقوق الشخصية دون وفاء

ناقشنا فيما سبق انقضاء الحقوق الشخصية بالوفاء أو بطرق أخرى تعادله أو تقوم مقامه، وبقي أن نعرف طرق انقضاء تلك الحقوق دون وفاء أو بما يعادله وهذه الطرق هي:

1. الإبراء: وهو تنازل الدائن عن حقه لدى المدين بدون مقابل، وهو تصرف قانوني من جانب واحد بمعنى يتم بإرادة مفردة هي إرادة الدائن ولا يحتاج إلى قبول من جانب المدين، وينتج أثره من وقت علم المدين به.

و إذا كان الإبراء لا يحتاج إلى موافقة المدين لترتيب أثره إلا أنه يستطيع رده إذا لم يريده، وحينئذ يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى بالإبراء.¹

ويشترط لصحة الإبراء أن يصدر من شخص تتوافر فيه الأهلية القانونية للتبرع، إذ هو تنازل من الدائن عن حقه تجاه المدين دون مقابل ومن ثن وكيف أنه من أعمال التبرع، كما يشترط أن تكون إرادة الدائن حين صدور الإبراء خالية من العيوب التي تفسد رضاه.

أما من حيث الشكل، فلا يخضع الإبراء لأي شرط شكلي حتى ولو كان محله من عقد كان يشترط القانون أو الطرفان فيه شكلاً معيناً، وذلك لأن الإبراء من الدين يعتبر من قبيل الهبات

¹ يعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص302.

غير المباشرة، ولكن إذا وقع الإبراء في شكل وصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة، فإنه يأخذ حكم الوصية شكلا وموضوعا ويكون من الواجب مراعاة الشكل الذي يستوجبه القانون أصلا في الوصية.

ويترتب على الإبراء سقوط الدين بالقدر الذي تناوله وتسقط معه أيضا توابعه وجميع ما يضمنه من تأمينات عينية أو شخصية لأن سقوط الأصل يستتبع سقوط الفرع.

2. استحالة الوفاء: والمقصود بهذا الطريق هو أن الوفاء بالدين أصبح غير ممكن بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام بصفة نهائية ومن ثم لا ينفذ تنفيذًا عينيا حيث تحققت الاستحالة، كما لا ينفذ عن طريق التعويض ذلك أن المدين لم يرتكب أي خطأ يجعل الوفاء مستحيلا وإنما ترجع هذه الاستحالة للسبب الأجنبي أساسا.

واستحالة الوفاء بالدين قد تكون مادية كهلاك الشيء المعين بالذات وقد تكون قانونية مثل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة الذي التزم المدين بنقل ملكيته أو يكون بصدور قرار بمنع التعامل في محل الالتزام.

ويجب أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي أساسا وليس خطأ من المدين، والمقصود بالسبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ الغير أو قد ترجع لخطأ الدائن نفسه.

ويترتب على انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضاء توابعه أيضا، فتتقضي التأمينات العينية أو الشخصية التي كانت تضمنه.

ويلاحظ أنه إن كان مصدر الالتزام عقد ملزم لجانب واحد كالهبة فإن تبعه الاستحالة تقع على عاتق الدائن، وأما إذا كان العقد ملزما لجانبين، فإنه يفسخ من تلقاء نفسه ويسقط عن الطرف الآخر التزامه المقابل، ويترتب على ذلك أن تبعه استحالة تنفيذ الالتزام في هذا العقد تكون على المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه، إذ أنه لن يستطيع المطالبة بتنفيذ الالتزام المقابل.

3. التقادم المسقط: يعد التقادم المسقط سبب مهم من أسباب انقضاء الدين دون وفاء به، وذلك بمضي مدة محددة بالقانون منذ استحقاق الدين، مع عدم مطالبة الدائن به خلال تلك المدة.

فالتقادم المسقط يفترض وضعًا سلبيًا هو عدم مطالبة الدائن بحقه خلال فترة يحددها صراحة القانون، ويبرر انقضاء الدين بالتقادم ضرورة احترام الأوضاع المستقرة، فالدائن الذي يتقاعس أن المطالبة بحقه مدة طويلة من الزمن لا يستحق حماية القضاء، فضلا عن أنه يجب أن نحمي

المدين وخلفه من المطالبة بديون مضى على حلول أجلها أمدا بعيدا وقد يكون المدين أوفاهها دون أن يحتفظ لنفسه بسند المخالصة.

ويقيم المشرع التقادم في بعض الأحوال على قرينة براءة الذمة من الدين، فإذا صدر من المدين ما يهدم هذه القرينة كإقراره بعدم الوفاء، أو رفضه حلف اليمين بأنه أدى الدين فعلا فلا يجوز التمسك بالتقادم كطريق لانقضاء الدين، ومن ذلك تقادم الديون المثبتة في أراق تجارية وكذلك التقادم الذي مدته سنة واحدة.

والقاعدة العامة في التشريع الجزائري شأنه شأن المشرع المصري أن التقادم يتم بمضي خمس عشر سنة من تاريخ استحقاق الدين لا من تاريخ نشوئه.

ولكن يرد على هذه القاعدة عديد الاستثناءات حيث تتقادم فيها الديون بمدد أقل من ذلك.

فهناك طائفة تتقادم بمضي خمس سنوات فقط وهي

- الحقوق الدورية المتجددة، أي التي تستحق في مواعيد دورية كل سنة أو كل شهر كأجرة المباني والأراضي الزراعية والفوائد والأجور.

- حقوق بعض أصحاب المهن الحرة على وجه التحديد الأطباء والصيادلة والمحامون والمهندسون. الحق في التعويض عن الفعل غير المشروع أو عن الإثراء بلا سبب، واسترداد ما دفع دون وجه حق وما يستحقه الفضولي لدى رب العمل، فضلا عن دعوى إبطال العقد بسبب نقص الأهلية (من يوم الذي يزول فيه هذا السبب) أو الغلط أو التدليس (من اليوم الذي يكشف فيه) أو الإكراه. (من يوم انقطاعه)

ومنها طائفة تتقادم بمضي ثلاث سنوات فقط وهي:

- ما تستحقه الدولة من ضرائب ورسوم مع عدم الإخلال بالأحكام النصوص عليها في نصوص خاصة

وأخيرا هناك طائفة تتقادم بمضي سنة واحدة لا أكثر وهي:

- حقوق التجار والصناع عما يوردونه لعملائهم من أشياء للاستهلاك أو الاستعمال الشخصي لا المهني، وكذلك حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم.

- حقوق العمال والخدم والأجراء ما يستحقونه أجور عند أرباب العمل ومما قاموا به من توريد.

ويترتب على مضي التقادم سقوط حق الدائن، ويترتب على سقوط الحق سقوط أيضا ملحقاته مثل الفوائد حتى ولو لم تكن تلك الملحقات قد سقطت بتقادمها الخاص، فلا يستطيع الدائن بعد ذلك رفع دعوى قضائية بسبب سقوط عنصر المسؤولية وبقاء عنصر المديونية حيث يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي.

خاتمة

خلصت هذه الدراسة المقدمة لطلبة السنة الأولى إلى أهمية نظرية الحق في تكوين المنطق القانوني لدى من خلال جملة المصطلحات و المفاهيم الأساسية التي تحيط بأهم نظرية من نظريات القانون، حيث تتشعب لتشمل فرعي القانون سواء كان القانون العام أو القانون الخاص، كما تكتسي نظرية الحق أهمية خاصة من الناحية العملية في تمكين الطالب من ضبط الوسائل القانونية الفعالة في حماية الحق و استعماله وحدود هذا الاستعمال، علاوة على تقسيم الحقوق المختلفة والتي أولى لها الفقه و التشريع عناية خاصة ورتب عليها نتائج قانونية في غاية الأهمية.

كما سجلت هذه الدراسة بعض الملاحظات منها:

- أنه من الصعوبة بما كان الوصول إلى تعريف جامع مانع للحق نظرا لاختلاف المذاهب الفقهية في المنطلقات الأساسية للحق والتي أساسية فالبعض يعرفه بالسلطة والبعض الآخر بالمصلحة ولكن تتفق هذه المذاهب في كون الحق مصدره القانون وليس الإرادة.
- كما سجلت هذه الدراسة اتساع الحقوق وتشعبها مما يطرح صعوبة في الإلمام بها وبأحكامها المختلفة المتشعبة هيا أيضا سواء في القانون العام كالقانون الدستوري في تنظيمه للحقوق المدنية والسياسية أو في القانون الخاص كالقانون المدني وقانون الأسرة في مواضيع مختلفة.
- كما توقفت هذه الدراسة عند وضع نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري وأبدت ملاحظة تتعلق أساسا بعدم توفيق المشرع في تبويبها ضمن الأحكام العامة التي تسمح بتطبيقها في كل مواضيع القانون المدني دون المسؤولية التقصيرية فقط.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب العامة:

- 1- جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- 2- محمود جلال حمزة، العمل غير مشروع باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- 3- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة، القاهرة، 1984.
- 4- محمد صبري السعيد، شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار هومة للنشر، 2005.
- 5- أحمد حشمت ابوستيت، نظرية الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- 6- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، ط2، دار الفكر، الإسكندرية، 2000.

ب. الكتب المتخصصة

- 1- إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 2- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981.
- 3- إسماعيل قاسم، محاضرات في النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، دار النهضة، القاهرة، 1985.
- 4- عبد الودود يحيى، نظرية الحق، منشأة المعارف، 1999.
- 5- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، مصر، 1992.

6- محمي زاوي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.

7- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، دار السلام للنشر، القاهرة، 1999.

8- محمد سامي مدكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، دون مكان الطبع، 1987.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1- Jesn brethe de la gres say et marcel labord lacoste, introduction générale a l'étude du droit, 1980.

2- Demagve, les notions fondamentales du droit privé, édition rousseau, paris, 1971.

3- Mazeavd (h), leçons de droit civil, 4ed, paris, 1994.

4- Humbert, essai sur lu. Fongibilité et lu consomptibilité des meubles, paris, 1985.

ثالثا: المصادر الرسمية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،
الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 1975

- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية
رقم 21 لسنة 1991 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2 ماي 2001، الجريدة
الرسمية رقم 29 لسنة 2001

- قانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية رقم 02
لسنة 2012

الفهرس

رقم الصفحة	العنوان
01	مقدمة
03	الباب الأول: تعريف الحق وبيان أنواعه
	الفصل الأول: تعريف الحق
	أولاً: المذهب الشخصي
04	ثانياً: المذهب الموضوعي
05	ثالثاً: المذهب المختلط
06	رابعاً: المذهب الحديث
09	خامساً: التعريف الراجع للحق
	الفصل الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها
	أولاً: الحقوق السياسية
10	ثانياً: الحقوق المدنية
13	أ. الحقوق العينية
20	ب. الحقوق الشخصية
21	ج. الحقوق الذهنية أو المعنوية
22	الباب الثاني: أركان الحق
	الفصل الأول: أشخاص الحق
	أولاً: الشخص الطبيعي

	أ. بداية الشخصية القانونية للشخص الطبيعي
24	ب. نهاية الشخصية القانونية للشخص الطبيعي
37	ثانيا: الشخص الاعتباري
39	أ. بدء الشخصية الاعتبارية
	ب. نهاية الشخصية الاعتبارية
50	الفصل الثاني: محل الحق
51	أولاً: الأعمال
53	ثانيا: الأشياء
54	أ. تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات
59	ب. تقسيم الأموال العقارية والأموال المنقولة
60	ج. الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك
61	د. الأشياء المثلية والأشياء القيمة
62	هـ. الأشياء العامة والأشياء الخاصة
64	الباب الثالث: مصادر الحق
65	الفصل الأول: الواقعة القانونية
	أولاً: الوقائع الطبيعية
	ثانيا: الوقائع التي من فعل الإنسان
68	الفصل الثاني: التصرف القانوني

69	أولاً: مبدأ سلطان الإرادة والقيود التي ترد عليه
71	ثانياً: شروط التصرف القانوني
78	ثالثاً: أنواع التصرف القانوني
80	رابعاً: آثار التصرف القانوني
83	الباب الرابع: إثبات الحق وحمايته واستعماله وانقضائه
	الفصل الأول: إثبات الحق وحمايته
84	أولاً: إثبات الحق وأهميته وطرقه
90	ثانياً: حماية الحق
92	الفصل الثاني: استعمال الحق
	أولاً: حدود الاستعمال المشروع للحق
95	ثانياً: مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
96	الفصل الثالث: انقضاء الحق
	أولاً: انقضاء الحقوق العينية
97	ثانياً: انقضاء الحقوق الشخصية
105	خاتمة

