

جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

أشخاص وأموال

مجموعة محاضرات

ألقيت على طلبة السنة الأولى ليسانس نظام ل.م.د.

السداسي الثاني

من إعداد

الأستاذة الدكتورة حميدو زكية

السنة الجامعية 2024/2023

كانت السيادة في الماضي سيادة مطلقة للحاكم وكان القانون هو التعليمات التي يصدرها الحاكم على الأفراد وتكون قواعد مقدسة. أما في العصر الحالي فالقانون هو مجموعة القواعد المكتوبة التي تسري على الجميع بلا نزاع فالحاكم هو مجرد موظف في الدولة، فله حقوق وعليه أخرى تقررها الأحكام والنصوص القانونية.

وعليه، فمن الناحية الواقعية، فتلك الأحكام والقواعد المنظمة لتلك العلاقات والروابط قد اتخذت أشكالاً عديدة، فتارة أخذت صورة **العرف** وتارة **الوحي الإلهي**، وتارة صورة **التشريع** الذي قامت الجماعة بوضعه. وعموماً، وفي كل هذه الصور نستعمل بشأن تلك القواعد والأحكام مصطلح يفيد معنى **القانون**.

إذن، "فجوهر القانون هو ذلك المضمون الاجتماعي لأن القانون نشأ بقصد تنظيم الحياة الاجتماعية منذ أول مراحل وجوده، وهو في سعيه إلى تحقيق هذا الهدف إنما يتدخل لفرض مجموعة من التنظيمات والقيود لتحقيق أكبر قدر من التوازن والتنسيق بين المصالح المختلفة والمتعارضة لأفراد المجتمع".

وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن القانون فكرة ارتبطت بالإنسان، وإن الإنسان كائن اجتماعي متمتع بملكة الحياة الاجتماعية المنظمة، أي "اجتماعية الإنسان والبعد الإنساني للقانون".

الفصل الأول

التعريف بالحق وبيان أنواعه

المبحث الأول التعريف بالحق المطلب التمهيدي التعرف على بعض المصطلحات

أولاً- الحقوق التامة والحقوق الناقصة:

الحق التام (Le droit parfait) هو الحق الذي يعترف به القانون ويحميه عن طريق رفع دعوى أمام القضاء¹.

أما الحق الناقص (Le droit imparfait) فهو الحق الذي يعترف به القانون ولكن لا يحميه. ومن أمثله، الدين الذي يسقط بالتقادم فهو حق ناقص إذ لا يملك الدائن وسيلة لإجبار المدين على الوفاء به وإذا وفى به المدين اختياراً فإنه يكون قد وفى إلزاماً واجباً عليه ولا يمكن له أن يسترده، وهذا ما يسمى بالالتزام الطبيعي. ويلاحظ أن الأصل في الحقوق أنها تامة واستثناء ناقصة.

ثانياً- الحقوق المطلقة والحقوق النسبية:

الحق المطلق (Le droit absolu) هو الذي يكون للشخص في مواجهة كافة الناس، كحق الملكية وكل الحقوق العينية والحقوق العامة أو الطبيعية (أو ما يسمى بحقوق الإنسان).

الحق النسبي (Le droit relatif): هو الذي يكون للشخص في مواجهة شخص آخر معين أو أشخاص آخرين معينين. كحق الدائنية (أو الالتزام).

ثالثاً- الحقوق الأصلية والحقوق التبعية:

الحق الأصلي هو الذي لا يكون تابعا لحق آخر كحق الملكية وحق الدائنية.
الحق التبعي هو الذي يكون تابعا إلى حق آخر وقد يكون شخصي وقد يكون عيني.

أنظر، محمد حسين، نظرية الحق، المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص. 15-17.

رابعاً- الحقوق السياسية والحقوق المدنية:

الحق السياسي وهو حق الشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية يساهم في حكم هذه الجماعة وإدارتها.

أما الحق المدني هو ما يثبت للشخص باعتباره عضواً في الجماعة حتى تعيش في جو من الحرية والأمن. وهو حق يثبت للجميع على حد سواء دون التفرقة في السن أو الجنس أو الجنسية.

المطلب الأول

ما هو الحق؟

لقد اختلفت الآراء في إعطاء تعريف للحق:

أولاً- أنصار المذهب الفردي: وهو المعتبر أقدم المذاهب القانونية، فالحق عنده " هو سلطة أو قدرة إرادية بموجبها يتسلط الشخص على أعمال الغير في حدود القانون "

نقد النظرية: أخذ على هذا التعريف أنه قصر نشوء الحق للشخص كامل الأهلية فقط دون المجنون والصبي غير المميز والمعتوه والسفيه والمحجور عليه.

وهذا غير صحيح لأن هؤلاء لهم في الإرث وحق النسب وحق الجنسية وغيرها من الحقوق وسيستعملونها عن طريق من يمثلهم كالأولياء والأوصياء.

ثانياً- وعرفه آخرون بأنه: "سلطة يقررها القانون لشخص معين في مواجهة الغير الذي يلتزم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

- نقد النظرية: أخذ على هذا التعريف أن هناك بعض الحقوق لم يشترط فيها إلزام شخص آخر بالقيام بواجب معين لصاحب.

فحق الحياة يقره القانون ويحميه وحق الإرث لم ينشئه القانون ويحميه. فهذه الحقوق مثلاً، لا يترتب عليها إلزام الغير بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ثالثاً- وذهب رأي ثالث من أنصار المذاهب الموضوعية إلى تعريفه بأنه:
"مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون".

نقد النظرية : يعاب على هذا التعريف في أنه لا تنصب على مفهوم الحق وإنما ينصب على الغاية التي من خلالها، يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها. ولكن الغاية تختلف عن الحق ذاته لأن الحق الذي يحدد المشرع مضمونه هو الوسيلة التي يمكن لصاحب الحق أن يستعملها في تحقيق تلك الغاية.

رابعاً- وهناك عدة تعاريف أخرى للحق ولكننا نعتقد أن التعريف الشامل لمفهوم الحق هو: "الحق مزية أو قدرة أو سلطة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين (مادي أو معنوي)"².

المطلب الثاني ما هي أركان الحق؟

للحق خمسة أركان وهي:
أولاً- الأشخاص:

ويعني بهم أطراف الحق الطبيعيين أو المعنويين أو المعنويين سواء كانوا أصحاب الحقوق أو من تقع عليهم واجباتها.

ثانياً- المحل:

يقصد به الأشياء التي يتعلق بها الحق سواء كانت تلك الأشياء مادية أو معنوية. قد تكون العلاقة بين صاحب الحق ومحل (محل الحق) مباشرة أو غير مباشرة.

فالعلاقة المباشرة هي علاقة بمالك الشيء الذي يملكه كالسيارة. فالعلاقة تكون مباشرة في الحقوق الأصلية والتبعية، وأيضاً في الحقوق الأدبية.

فالعلاقة غير المباشرة تكون فيما يتعلق بالحقوق الشخصية التي يقابلها التزام على شخص آخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فصاحب الحق لا يحصل عليه إلا عن طريق الطرف السالب في الحق.

ثالثاً- الحماية القانونية:

أي النص القانوني الذي يضمن لصاحب الحق الحصول على حقه وممارسته ومنع الغير من الاعتداء على ذلك الحق.

رابعاً- المضمون:

يعني به تلك المزية أو الإمكانية أو السلطة التي يخولها النص القانوني لصاحب الحق. هذه المزية تختلف من حق إلى :
-الحقوق الأصلية كحق الملكية: مضمونه استعمال واستغلاله والتصرف فيه.

-الحقوق العينية التبعية كحق الرهن الحيازي: مضمونه ضمان الوفاء بالحق الشخصي وحق التشبع وحق الأولوية.
-الحقوق الشخصية مضمونها هو سلطة إجبار المدين على القيام بعمل أو الامتناع أو إعطاء شيء.

خامساً- السبب:

لسبب حق هو مصدره أي الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق أو تولد منها ذلك الحق:
وقد يكون مصدر الحق واقعة مادية كالميلاد (صنع الطبيعة) (النسب) والوفاة (حق الإرث) وكالفعل الضار والجريمة (صنع الإنسان).
وقد يكون مصدره تصرف قانوني كالبيع، للبايع حق قبض الثمن وللمشتري استلام المبيع.

المطلب الثالث

تمييز الحق عما يشابهه

أولاً- الحق والقانون :

يختلف الحق عن القانون بالرغم من ارتباطهما ارتباطاً وثيقاً. القانون أو الحق الموضوعي هو النص القانوني الذي ينشئ الحق أو يقرره أو يحد مضمونه. أما الحق الشخصي أو الذاتي فيقصد به القدرات أو السلطات أو المزايا التي تحمي الحق وتلزم الآخرين باحترامه وبمقتضاها يكون لصاحبه سلطة مباشرة للإجراءات للحصول على ذلك الحق.

ثانياً-الحق والحرية العامة :

أ-الحرية العامة هي ترخيص أو رخصة أو إباحة التصرف لأفراد المجتمع كافة؛ فهي إباحة أصلية ومطلقة للجميع. أما الحق فهو سلطة أو قدرة تكون قاصرة على أشخاص معينين. مثلاً : التملك رخصة عامة أما الملكية فهي حق خاص.

ب-الحرية العامة لا يقابلها التزام في جانب شخص معين أما الحق فيقابلها دائماً التزام في مواجهة الغير.

ج-إن التعسف وتجاوز الحدود وسوء الاستعمال ترد على الحق ولا ترد على الحرية العامة؛ فنقول أن شخصاً تعسف في استعمال حقه أو تجاوز حدود سلطته ولا نقول تعسف في استعمال حريته.

المبحث الثالث

أنواع الحق وتقسيماته

المطلب الأول

الحقوق السياسية والحقوق المدنية

ما هي الحقوق السياسية؟

يقصد بالحقوق تلك الحقوق التي تخول للشخص حق المساهمة في إدارة شؤون الحكم في بلده، وفي الأصل أن هذه تثبت للوطنيين دون الأجانب (حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق تولي الوظائف العامة). إلا أن حق تولي الوظائف العامة يثبت بصفة استثنائية كذلك للأجانب نظرا لخبرتهم.

ما هي الحقوق المدنية؟

الحقوق المدنية هي الحقوق اللازمة للشخص باعتباره عضوا في المجتمع الإنساني (كالحق في الحياة وفي حرية العقيدة)، فهذه الحقوق تثبت لجميع الأشخاص أجنب كانوا أو وطنيين

ما هي أنواع الحقوق المدنية؟

تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة (الفرع الأول) وحقوق خاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الحقوق العامة

الحقوق العامة هي الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهذه الحقوق تسمى كذلك بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان. والحقوق العامة على ثلاثة أنواع: النوع الأول: توفير الحماية اللازمة للإنسان في جسمه أو في أعضائه، كحقه في الحياة وعدم الاعتداء عليه (قانون العقوبات يحمي هذه الحقوق).

النوع الثاني: يحمي الإنسان في كيانه المعنوي أو الأدبي كحقه في المحافظة على سمعته أو شرفه وفي تعويضه عما يصيبه من أضرار.

النوع الثالث: يمكن الشخص من مزاوله نشاطه، وهذه هي الحريات الشخصية: حرية الانتقال، حرية الإقامة، حرية العمل، حرية التمليك، حرية التعاقد، إلخ.

آ-حقوق الأسرة: هي تلك الحقوق الثابتة للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة، الزواج، الطلاق، النسب، الحضانة... إلخ.

ب-حقوق مالية: هي الحقوق التي يقوم محلها بالنقود.

المبحث الثاني الحقوق المالية

ما هي الحقوق المالية؟

الحقوق المالية هي الحق العيني والحق الشخصي والحق الأدبي.

المطلب الأول الحقوق العينية

ما المقصود بالحق العيني وما هي أنواعه؟

يقصد بالحق العيني تلك السلطة المباشرة التي يخولها القانون لشخص معين على شيء معين (كحق الملكية مثلا). وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية

ما المقصود بالحقوق العينية الأصلية؟

الحق العيني الأصلي هو الحق الذي لا يستند في وجوده إلى حق آخر، كحق الملكية، ولأن هذا الحق إما على مال الشخص نفسه كالملكية، وإما على مال الغير كحق الانتفاع وحق الارتفاق... وعلى العموم، فالحقوق العينية الأصلية يمكن حصرها في حق الملكية وفي الحقوق المتجزئة عن هذا الحق و(حق الارتفاق، حق الاستعمال وحق السكن)³.

³ أولا : الملكية التامة : هي ملك الرقبة والمنفعة معا. خصائص الملكية التامة :- الملكية التامة تخول صاحبها كل أنواع التصرف الشرعي ، هذه الخاصية هي فائدة الملك وثمرته، لذا نجد أن الفقهاء أولوها عناية خاصة ببيان القدرات والسلطات التي يخولها حق الملك. ويمكن القول :

1.- بأن الملكية التامة حق جامع، يخول لصاحبه حق التصرف في العين بكافة التصرفات السانعة شرعا من بيع وإجارة وإعارة ووقف.

2- للمالك ملكية تامة حق الانتفاع كاملا غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع.

أولاً.- مفهوم حق الملكية

ماذا يعني بحق الملكية ؟

يخول حق الملكية لصاحبه حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، مثلا: مالك المنزل له أن يستعملها أو يؤجرها أو يرهنها أو يبيعها. فهذه الحقوق الثلاث لا نجد لها مجتمعة في أي نوع آخر من أنواع الحقوق العينية.

ماذا يعني بحق الملكية التامة على الشيء؟

يقصد بذلك عندما تكون الحقوق الثلاث (الاستعمال والاستغلال والتصرف) مجتمعة في يد واحدة.

ثانياً.- الحقوق المتجزئة عن حق الملكية

أ.- ما المقصود بحق الانتفاع؟

حق الانتفاع هو الحق الذي يخول الشخص استعمال واستغلال ملك غيره، أما حق التصرف يبقى للمالك. وفي هذا تنص المادة 844 من القانون المدني على أنه "يجوز للمنتفع التصرف في حقه (حق الانتفاع) وليس في ملكية الشيء محل الانتفاع".

ماذا يعني بمالك الرقبة؟

يقصد بمالك الرقبة هو عندما يكون حق المالك على التصرف فقط دون الاستعمال أو الاستغلال.

متى ينقضي حق الانتفاع؟

3- يظل المالك متمتعاً بهذه السلطات على الشيء المملوك طالما لم تنتقل هذه الملكية إلى العين بأي تصرف شرعي أو بالميراث عند موته أو بهلاك هذا الشيء.

4- إن ملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة، بمعنى أن ملكية العين لا تقبل التأييت. 5- مالك العين لا يضمنها إذا اتلفها، لأنه لا فائدة من هذا الضمان، إذ أنه إن ضمن ضمن لنفسه، فكأنه بذلك يعطى يده اليمنى ليده اليسرى. ثانياً : الملكية الناقصة : هو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها.

ينقضي هذا الحق بموت المنتفع، أو بانتهاء مدته أو بهلاك الشيء محل الانتفاع (من المادة 844 إلى المادة 854 من القانون المدني) وأيضا بعدم استعماله مدة 15 سنة.

هل يختلف حق الانتفاع عن حق الاستئجار؟

نعم ، فحق الاستئجار (الإيجار) هو حق الشخص أما حق الانتفاع حق عيني، فعلاقة المنتفع بالعين محل الحق، علاقة مباشرة أما علاقة المستأجر بالعين المؤجر ، فهي علاقة غير مباشرة يتوسطها المؤجر.

ب.- ما المقصود بحق الارتفاق؟ (حق المرور – حق السقي).
حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار آخر يملكه شخص آخر. (من المواد 867-881 من القانون المدني). يتمثل هذا الحق في حق المرور وحق السقي.

كيف يسمى العقار المقرر عليه هذا التكليف؟

يطلق على هذا العقار تسمية العقار الخادم أو العقار المرتفق به.

كيف يسمى العقار المقرر لمنفعته هذا التكليف؟

يطلق على العقار المقرر لمنفعته هذا التكليف اسم العقار المخدوم أو العقار المرتفق ((Le fonds dominant).

هل ينقضي حق الارتفاق بانتقال ملكية العقار إلى شخص آخر؟

لا ينقضي هذا الحق لأنه متعلق بالعقار المقرر لمنفعته ولا بمالكه.

ينقضي هذا الحق بعدم استعماله لمدة 10 سنوات (المادة 878 والمادة 879 مدني)

1.- الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي

يكمن الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي في المسائل التالية :

- 1- أن حق الارتفاق دائما مقررا على عقار أما حق الانتفاع الشخصي فإنه قد يتعلق بالعقار كما في وقف العقار أو الوصية أو إجارته أو إعارته.
- 2- أن حق الارتفاق العيني يتقرر ابتداء للعقار وثبوته للشخص تابع لثبوته للعقار، أما حق الانتفاع الشخصي فإنه مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

3- أن حق الارتفاق حق مؤبد ودائم لا يزول إلا بزوال العقار نفسه، أما حق الانتفاع الشخصي فحق موقوف.

4- أن حق الارتفاق يورث بلا خلاف بين الفقهاء، لأنه تابع للعقار، أما حق الانتفاع الشخصي ففي جريان الإرث فيه خلاف بين الفقهاء.

2.- خصائص حقوق الارتفاق :

أما الأحكام العامة فهي أنها إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر أو أذى يلحق بالغير فإن ترتب عليها الضرر وجب إزالة منشأ هذا الضرر. حق الشرب أقسام المياه بالنسبة لحق الشرب والشفة :

القسم الأول : المياه الجارية في المجارى العامة : حكم هذا النوع من الماء أنه غير مملوك لأحد، ولكل واحد من الناس أن ينتفع به كيفما يشاء أن يسقى أرضه ودوابه وغير ذلك من أوجه الانتفاع، بشرطين هما:

- 1- عدم الإضرار بالنهر أو البحر أو الوادي.
- 2- عدم الإضرار بالعامه فإن كان. الأصل في إباحة هذا الماء : الحكم إذا احتاجت هذه المياه إلى إصلاح : بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء فعلى العامة، أي يجبرهم الإمام على إصلاح هذه المياه، وتجعل مئونة هذا الإصلاح على الأغنياء.

القسم الثاني : المياه التي تكون في مجرى خاص : ويقصد بها : المياه الجارية في الأنهار الصغار في أرض مملوكة لشخص أو أشخاص. حكم هذا النوع من المياه : أنه يثبت لكل واحد من الناس فيه حق استعماله فيما يدفع عنه العطش وفي الطبخ والوضوء والغسل. ويثبت كذلك لكل واحد من الناس أن يسقى دوابه منها أما سقى المزروعات وري الأراضي، فلا يثبت لغير مالكي الأرض.

3.- شروط الحصول على حق المرور

يشترط من أجل الحصول على حق المرور الشروط التالية :

- 1- وجود أرض محبوسة في الطريق العام.

2- أن يكون المرور ضروريا لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف.

3- أن يكون الانحباس ناشئا عن فعل إرادي من جانب المالك.

4- أن يتم اختيار المرور من أقصر سبيل وبأقل ضرر.

ج.- ما المقصود بحق الاستعمال وحق السكن؟

حق الاستعمال هو حق عيني يخول صاحبه استعمال الشيء بمقدار ما يحتاج إليه هو وأسرته

الخاصة فقط. مثال: إذا ورد هذا الحق على حديقة، فليس لصاحبه من ثمارها إلا بمقدار ما يحتاجه

هو وأسرته فقط. أما ما زاد عن حاجته وحاجة أسرته فليس له التصرف فيه. أما **حق السكن**، فيخول صاحبه حق سكني الدار فقط.

هل يجوز لصاحب حق السكنى أن يستخدم السكن كمكتب أو متجر؟

فلا يجوز له ذلك، إذ ليس له الانتفاع بها بغير السكن، ولذلك فحق السكن يعتبر أضيق نطاق من حق الاستعمال.

لقد أنكر بعض الفقه من أن حق الاستعمال وحق السكن حقوقا عينية.

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

لماذا سميت هذه الحقوق بالحقوق العينية التبعية؟

سميت هذه الحقوق **بالحقوق العينية** لأنها تحول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين، وسميت **تبعية** لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها وإنما تقوم تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به. وهي تتقرر ضمانا للوفاء بالالتزامات، لذا سميت بالتأمينات العينية أو الضمانات.

ما هو الغرض من تقرير الحقوق العينية التبعية؟

الأصل من تنفيذ الالتزامات أن تكون تنفيذا عينيا أي أن يؤدي المدين عين ما التزم به وطبقا للمادة 1/160 من القانون المدني "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به غير أن المدين قد لا يقوم بتنفيذ التزامه، فحول القانون للدائن حق إجباره عن طريق دعوى وهذا ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني بأن يجبر المدين بعد إعداره... على تنفيذ إزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا".

ولتنفيذ الالتزام يستند الدائن على قاعدة الضمان العام أي أن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وأن الدائنين متساوون في الضمان (المادة 188 من القانون المدني).

ونعني بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وأن مسؤولية المدين في تنفيذ التزامه (شخصية) غير متعلقة بمال معين بذاته، إذ يكون للدائن التنفيذ على أي مال من أموال المدين أو عليها جميعا.

ونعني بأن الدائنين متساوون في الضمان أنه إذا تعدد الدائنون، فلا أحد له أفضلية على الآخر مهما كان تاريخ نشوء حقه. وإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء بكل حقوق الدائنين، فيقتسمونها قسمة غرماء أي كل واحد منهم يستوفي حقه بنسبة قيمة دينه، غير أن هذا الضمان لا يوفر للدائنين الحماية الكافية؛ لأنه فضلا عما ذكر، لا تغل يد المدين عن التصرف في أمواله وبهذا يستطيع أن يبعدها عن متناول يد الدائنين. ولإبعاد خطر إفسار المدين واستبعاد قاعدة قسمة الغرماء، يسعى الدائن للحصول على تأمين خاص؛ أي إذا أراد الدائن أن يضمن استيفاء حقه عليه أن يطلب من مدينه ضمانا خاصا بأن يخصص مالا مملوكا للمدين أو لغيره كضمان. هذا الضمان أو التأمين الخاص قد يكون رهنا رسميا أو حيازيا أو حق الاختصاص أو حق الامتياز.

أولا.- الرهن الرسمي

1.- ما المقصود بالرهن الرسمي؟

عرفته المادة 882 من القانون المدني على أنه "عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار

لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

هل يمنع الرهن الرسمي المدين من التصرف في المال المرهون؟

فإنه لا يمنعه من التصرف في المال المرهون، حيث إذا كان الرهن الرسمي لا يحرم المدين من حيازة المال المرهون وإدارته والتصرف فيه، إلا أنه يخول الدائن أن يتتبع العقار المرهون في أي يد أساءت حق التخصيص.

ثانياً- الرهن الحيازي

1.- تعريف الرهن الحيازي

عرفته المادة 948 من القانون المدني بأنه: "عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على

غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدات، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون".

2.- المقارنة بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي:

يتفق الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي في أنه يخول الدائن المرتهن حق التتبع وحق الأفضلية ويختلف عنه في أمرين وهما:

1- أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول أما الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار (م.1/886 من ق.م.) واستثناء يقع على بعض المنقولات التي يمكن شهرها كالسفينة.

2- أن الرهن الحيازي يتطلب انتقال حيازة الشيء المرهون من المدين إلى الدائن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه، أما في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للمدين.

ثالثاً- تعريف حق التخصيص: (le droit d'affectation) :

لم يعرفه المشرع ولكن هو حق عيني تبعي، يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون⁴.

ويتقرر حق التخصيص:

1-بحكم من رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار أو العقارات بناء على عريضة يتقدم بها طالب التخصيص (المادة 941 من ق.م).

2-يتقرر لمصلحة الدائن ضمانا لاستيفاء حقه (المادة 937 من ق.م) وعلى رئيس المحكمة أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات.

3-يرد هذا الحق على العقارات دون المنقولات.

4-الدائن الذي حصل على حق تخصيص على عقارات مدينه (المادة 940 من ق.م) له حق التقدم على الدائنين التاليين له أي الذين قيدوا حقوقهم بعده، إذ الأولوية تقرر بالأسبقية في القيد كما هو الشأن في الرهن الرسمي.

5- يخول أيضا حق تتبع العقار في أي يد كانت للتنفيذ عليه واستيفاء حقه.

6-يتقرر هذا الحق للدائن على عقار أو أكثر مملوك للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء على حكم بالدين الواجب التنفيذ (المادة 999 وما بعدها من القانون المدني).

رابعاً- حق الامتياز (Les privileges):

أنظر، إبراهيم نبيل سعد، مشار من فريدة زواوي، ص. 36⁴

عرفته المادة 2/982 من ق.م. هو " أولوية يقررها القانون لدين (وليس لحق) معين مراعاة منه لصفته".
وتنص الفقرة الثانية من م. 2/982 ق.م. "ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"، أي أن هذه الأولوية يقررها القانون على خلاف الحقوق العينية التبعية الأخرى.
يرد إما على عقار أو منقول.

4.- تقرير حق الامتياز

يتقرر هذا الحق لبعض الديون بمقتضى نص قانوني بسبب طبيعتها (المادة 982 مدني):

"الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته (لطبيعته) ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

5.- المقارنة بين الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز من حيث الإقرار:

أن حق الامتياز يتقرر بمقتضى نص قانوني، أما الرهن بنوعيه يتقرر بعقد، في حين أن حق الاختصاص يتقرر بأمر من القاضي.
أن حق امتياز عام يرد على جميع عقار ومنقول (المادة 984 من ق.م.).
أن حق امتياز خاص يرد على عقار ومنقول معين.

6- أنواع حقوق الامتياز:

حق الامتياز على نوعين: (المادة 984 من ق.م.).

1- حق امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات، ومن أمثلة الامتياز المنصوص عليه في المواد 990، 991، 993: المصاريف القضائية، المبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب ورسوم، المبالغ المستحقة للخدم والعمال، النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه، ... إلخ.

2- حق امتياز خاص يرد على مال معين من أموال المدين. مثال: امتياز بائع المنقول على الشيء المبيع؛ امتياز بائع العقار على العقار المبيع ضمانا لحقه في الثمن (المادة 999 من ق.م.). على المنقول: كحق امتياز مؤجر العقار على المنقولات الموجودة فيه (حقوق الامتياز الخاصة المنقولة).

خامسا.- الحق في الحبس: ليس حقا عينيا تبعا وليس تأميننا عينيا عند المشرع المدني الجزائري.

حسب المادة 200 من القانون المدني هو حق يمنحه القانون للدائن في أن يمتنع عن رد شيء مملوك لمدينه طالما لم يوفي حقه وما دام لم يقم الدائن بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه.

-هذا الحق مصدره القانون.(هو حق عيني تبعي في القانون المدني المصري).

- إذا انتزع منه رغما (المادة 202 من ق.م.) له الحق في استرداده بشرط أن يتم طلب الاسترداد خلال 30 يوما قابل للاحتجاج به على الكافة.

-لا يعطى صاحبه حق الأولوية ولكن يؤدي إلى أفضلية واقعية عن طريق رفض الحابس تسليم الشيء (نصت عليه المادة 200 وما يليها من ق.م.).

حسب السنهوري: "هو حق شخصي، ليس للدائن عليه لا حق تقدم ولا تتبع"

المطلب الثاني

الحقوق الشخصية والحقوق المعنوية

الفرع الأول

الحقوق الشخصية (Droits personnels).

أولا.- تعريف الحق الشخصي

الحق الشخصي هو رابطة بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين. وبمقتضى هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بأداء مالي معين. وهذا الأداء قد يكون:

- 1- إعطاء شيء كنقل ملكية أو شيء أو ترتيب حق عيني تبقي عليه كالرهن.
- 2- أو القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل.
- 3- أو الامتناع عن عمل كالتزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن مزاوله نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع.

ثانياً.- المقارنة بين الحق الشخصي والحقوق العينية من حيث صورها:

1- محل الحق الشخصي القيام بعمل معين أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء، أما الحق العيني فيرد على شيء مادي عقارا كان أو منقولاً⁵.

2- الحق الشخصي هو استثناء غير مباشر، فصاحب الحق يحصل على حقه إلا بتدخل أو بواسطة المدين؛ مثلاً في حوالة الحق لا يحتج بحوالة الحق قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي (المادة 1/241 من ق.م.). أما الحق العيني فهو استثناء مباشر بشيء كحق الملكية تستعمل السلطات الثلاثة دون وساطة.

3- صور الحق الشخصي غير محصورة ولكن مهما تعددت لا تخرج عن الصور الثلاث السابقة، أما الحق العيني فهي قد وردت على سبيل الحصر في القانون المدني.

4- أصحاب الحقوق الشخصية متساوون في استيفاء حقوقهم من أموال المدين (الحق في الضمان العام)، أما صاحب الحق العيني (أصلياً أو تبعياً) فإنه يتمتع بحق التقدم والتتبع لأنه يرد على الشيء.

أنظر، فريدة محمدي زواوي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.43.

5- الحق الشخصي حق مؤقت لا يمكن أن يبقى الشخص مدينا بالحق للدائن طوال حياته بينما الحق العيني كحق الملكية مثلا، فهو أبدي.

6- الحق الشخصي لا يكتسب بالتقادم لأن موضوعه هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فهو لا يرد على شيء مادي وبالتالي لا يقبل الحيازة، أما الحق العيني يمكن اكتسابه بالتقادم لأن التقادم المكسب هو الحيازة وهذه الأخيرة محلها الشيء المادي.

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

الفرع الثاني الحق المعنوي

أولاً- تعريف الحقوق المعنوية أو الذهنية؟

الحقوق المعنوية أي الذهنية هي التي ترد على أشياء معنوية غير مادية أي أشياء غير محسوسة من إنتاج فكري وإبداع. وهي تنقسم إلى حقوق الملكية الصناعية وحقوق الملكية الأدبية.

أ- حق الملكية الصناعية :

هو الحق في احتكار استغلال اختراع (الجانب المعنوي) والحق في استغلال اختراعه (الجانب المالي) ويرد على منقول معنوي هو براءة الاختراع والرسوم والنماذج والعلامات التجارية والاسم التجاري. ومحل هذا الحق إما مبتكرات جديدة (créations nouvelles) أو إشارات (signes distinctifs).

1- براءة الاختراع (Brevet d'invention) : هي شهادة رسمية تمنح للمخترع عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي. ويكون إما اختراع جديد أو طريقة جديدة مبتكرة. وهذه الشهادة هي التي تمكن المخترع من استغلال اختراعه ماليا

ويستأثر به دون غيره وله أن يتصرف ببراءة الاختراع سواء بعوض أو بدون عوض وكلية أو جزئياً.

2-الرسوم والنماذج الصناعية (Dessins et modèles) :الرسم هو كل تركيب للخطوط أو ألوان خاصة أو بدونها؛ يكون خاص بصاحبه ومميز لصناعته.

والنموذج هو كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية. ولصاحب الرسم أو النموذج الحق في استغلاله والتصرف فيه.

3-العلامة التجارية أو الصناعية (Marque de commerce, de fabrique) : هي كل رمز أو إشارة وهي إما بالكلمات أو الأحرف أو الأرقام أو الرسوم أو الأسماء. والحقوق المتصلة بالعلامة قابلة للتحويل كلية أو جزئياً.

4- الاسم التجاري (Le nom commercial) :هو الاسم الذي يتخذه التاجر للدلالة على منشأته التجارية أو الصناعية لتمييزها عن غيرها من المنشآت وهو وجوبي. وهو حق قابل للتصرف فيه (اسم التاجر أو لقبه أو شكل الشركة).

5-العنوان التجاري (La raison commerciale) :هو الذي يوضع على لافتة المحل التجاري. وقد يستعمل الاسم التجاري كعنوان تجاري. وتكون ملكية العنوان التجاري للأسبق في استعماله استعمالاً ظاهراً. العنوان هو عنصر من عناصر المحل التجاري لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن المحل التجاري.

II-حقوق الملكية الأدبية والفنية :

هي الحقوق التي يكسبها المؤلف على المصنف أو على إنتاجه الفكري (فني أو أدبي).

1-أركان حق الملكية الأدبية والفنية :

-المؤلف (L'auteur) : هو مبتكر الإنتاج الذهني كالكاتب والرسام والملحن.
-المؤلف أو المصنف (L'oeuvre): "هو كل إنتاج فكري مهما كان نوعه ونمطه وصورة تعبيره ومهما كانت قيمته ومقصده، يخول لصاحبه حقا يسمى حق المؤلف ..." (المادة 1 من الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 3 أفريل 1973 المتعلق بحق المؤلف).

2-ماذا يعني بالحق الأدبي للمؤلف؟

يقصد بالحق الأدبي هو أن يكون للشخص على المصنف حقا أدبيا بغرض حماية هذا الجانب من جوانب شخصيته، وعليه يكون للمؤلف سلطة التقدير في نشر مؤلفه أو عدم نشره وسلطة التغيير أو التعديل فيه، وسلطة سحبه من التداول.

3-ماذا يقصد بالحق المالي للمؤلف؟

يقصد به أن يكون لصاحب المصنف الاستفادة منه عن طريق استغلاله، ويمكن أن يتنازل المؤلف عن احتكار استغلال مصنفه إلى الغير بعوض أو بدون عوض.

وهو حق قابل للتصرف فيه، وينتقل هذا الحق إلى الورثة به لمدة 25 سنة من وفاة مورثهم (المؤلف) وبعد انقضاء هذه المدة يدخل في التراث الوطني.
المادة 62 من حقوق المؤلف: تكون الحقوق المادية للمؤلف قابلة للتنازل عنها بين الأحياء بمقابل مالي أو بدونه.

المادة 63: يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب.

المادة 55: تحظى الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة

دوي حقوقه مدة 50 سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية إلى وفاته.

الفصل الثاني

الشخص الطبيعي

المبحث الأول

بداية الشخصية القانونية للإنسان

المطلب الأول

الولادة وتكيفها القانوني

أولاً.- تعريف الشخص الطبيعي
يقصد بالشخص الطبيعي الإنسان أي الكائن البشري.

متى تبدأ الشخصية القانونية للإنسان؟
تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بالولادة حيا(المادة 1/25 من القانون المدني).

ما هو التكيف القانوني للولادة؟
تعتبر الولادة واقعة قانونية (Fait juridique).

كيف يتم إثبات الولادة؟
يتم إثبات الولادة بالسجلات المعدة لهذا الغرض، وهذا ما نصت عليه المادة 26 مدني، كما تثبت بالطرق الأخرى كالشهادة والإقرار (المادة 2/26 مدني).

المطلب الثاني **المركز القانوني للجنين**

أولاً.- المركز القانوني للجنين
يعتبر الجنين إنسانا نسبيا أي يتمتع بشخصية قانونية محدودة، بمعنى أن شخصيته القانونية ناقصة بحيث فهي معلقة على شرط أن يولد حيا (المادة 2/25 مدني).

الجنين الذي يموت في بطن أمه أو ينفصل عنها بالإجهاض أو يموت أثناء الولادة فلا تثبت له الشخصية القانونية⁶.

هل يتمتع الجنين بجميع الحقوق؟
لا، فله البعض ويحرم من البعض الأخرى. له حق النسب لأبيه، وحق الإرث وحقه في الوصية. أما باقي الحقوق الأخرى، تثبت له بولادته حيا.

أنظر، فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص. 6.57

ما هو حكم الوصية في حق الجنين؟

المادة 187 من قانون الأسرة تضع الوصية للجنين بشرط أن يولد حيا. وإذا ولدا توأم يستحقونها بالتساوي واختلف جنسهم، أي يكون للذكر مثل حظ الأنثى.

ثانياً.- هل يختلف حكم الجنين عن الإنسان الحي من حيث تطبيق العقوبة؟
نعم، في حالة الجنين تطبق نصوص الإجهاض على كل فعل يؤدي إلى موت الجنين أو إخراجه من بطن أمه، وهي من قبيل الجرح (المادة 304 و310 من قانون العقوبات). أما في حالة قتل الإنسان الحي يعتبر الفعل جناية معاقبا عليها بالسجن المؤبد وفي بعض الحالات بالإعدام (المادة 239 و263 عقوبات).

أما فيما يخص تحديد مسؤولية الأطباء، ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ من بداية آلام الوضع عند الأم.
وفي هذه الحالة يسألون عن القتل بالإهمال باعتباره أن الجنين يعتبر إنسانا حيا أثناء عملية الولادة. لأنه لو اعتبرناه جنينا لا يسأل الطبيب عن قتله كجنين بالإهمال لأنه لا يوجد نص يعاقب على الإجهاض بالإهمال. فكل النصوص تتعلق بالإجهاض العمدى.

المبحث الثاني نهاية الشخصية القانونية للإنسان

المطلب الأول الوفاة وتكييفها القانوني

متى تنتهي الشخصية القانونية للإنسان؟
تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة (المادة 1/25 من القانون المدني).

أولاً.- تعريف بالوفاة وتكييفها القانوني

يقصد بها الهلاك أو الموت، وهي تضع حداً لحياة الإنسان ووجوده القانوني.

ثانياً- أنواع الوفاة : الوفاة نوعان :

- 1- وفاة طبيعية وهي توقف القلب والدماغ عن العمل.
- 2- وفاة حكمية وهي وفاة تقررها المحكمة في أحوال معينة وهي ليست وفاة فعلية. وتتمثل حالات الحكم بالوفاة :
 - الحالة الأولى وهي الحالة التي يغلب فيها الهلاك كالحرب والزلازل. يخرج من بيته لقضاء حاجياته ولم يعد، يحكم بالموت بعد مرور أربع سنوات من الغياب.
 - الحالة الثانية لا يغلب فيها الهلاك كالمسافر ثم تنقطع أخباره تبقى السلطة التقديرية للقاضي لتحديد المدة المطلوبة التي يتم بعدها الحكم بالموت ولا يجب أن تقل عن أربع سنوات (المادة 113 من قانون الأسرة).

ثالثاً- التكيف القانوني للوفاة

تعتبر الوفاة واقعة قانونية، يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات المقررة قانوناً.

هل يتم توزيع تركة الهالك (الميت) بمجرد وفاته؟
لا يتم توزيع التركة إلا بعد دفع مصاريف تجهيز الميت وسداد الديون وتنفيذ الوصايا في حدود الثلث (المادة 180 من قانون الأسرة).

المطلب الثاني

المركز القانوني للغائب والمفقود

أولاً- تعريف الشخص الغائب ومركزه القانوني

ما هو الشخص الغائب؟

وفقاً للمادة 110 من قانون الأسرة: الغائب هو الشخص الذي تنقطع إقامته ولكن حياته تكون متحققة ولا شك في ذلك، كالمهاجر، المسجون.

ما هو المركز القانوني للغائب؟

لـلغائب مركز قانوني خاص، يعين له قيم بقرار قضائي يتولى مباشرة حقوقه والتزامه فترة غيابه، لأن شخصيته القانونية لم تنته بعد.

ثانياً.- المفقود ومركزه القانوني
المفقود هو ذلك الشخص الذي غاب عن وطنه فترة طويلة وانقطعت أخباره، فلا يعرف ما إذا كان حياً أو ميتاً (المادة 109 من قانون الأسرة).

1.- هل يمكن اعتبار المفقود ميتاً؟
نعم، وذلك بعد صدور حكم قضائي يقضي بوفاته بعد مضي 4 سنوات من التحري من تاريخ فقدان في حالة الحروب والحالات الاستثنائية. وفي حالة السلم، بعد مضي 4 سنوات زائد مدة يضيفها القاضي حسب تقديره، وذلك كله بعد التحري (المادة 113 من قانون الأسرة).

2.- كيفية تسيير أموال المفقود؟
يعين القاضي مقدماً لتسيير أموال المفقود أو الغائب (المادة 111 من قانون الأسرة).

3.- هل يجوز لزوج الغائب أن تطلب التطليق؟ (قبل الحكم بالوفاة)؟
نعم، وذلك طبقاً للمادة 5/53 من قانون الأسرة والمادة 112 من قانون الأسرة: "الزوجة الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة).

4.- ما هي آثار الحكم بوفاة المفقود؟
عند صدور الحكم القضائي بوفاة المفقود، توزع تركته على الورثة الشرعيين (المادة 115 من قانون الأسرة).

ما هي عدة زوجة المفقود؟ (بعد الحكم بالموت)
4 أشهر و10 أيام إذا تم حل زواجها بمقتضى الحكم بوفاته (المادة 59 من قانون الأسرة).

هل لها الحق أن تتزوج بعد انقضاء العدة؟
نعم، المادة 59 من قانون الأسرة.

5.- عودة المفقود:

هل ترجع أموال المفقود عند عودته؟

المادة 2/115 من قانون الأسرة: نعم ترجع الأموال الباقية لدى الورثة. أما الأموال التي تصرفوا فيها الورثة فلا يسألون عن ردها لأن تصرفهم كان بحسن نية (الفقه الإسلامي).

أما في التشريع الجزائري، فهم مطالبون برد كل الأموال أو قيمتها (المادة 2/115 من قانون الأسرة). وقد نص قانون الأسرة على أن يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.

6.- ما هو حكم الزوجة في حالة عودة المفقود؟

في حالة عودته توجد 3 حالات في الفقه الإسلامي:

- (1)- عدم تزوجها، ترجع إلى زوجها المفقود الذي ظهر.
- (2)- حالة تزوجها مع حسن نية الزوج الثاني تبقى معه (مع الزوج الثاني).
- (3)- حالة تزوجها مع سوء نية الزوج الثاني كأن يعلم بحياة المفقود، فهذا يبطل العقد الثاني وترجع لزوجها الأول أي المفقود وذلك حتى ولو تم الدخول بها.

المبحث الثالث

الذمة المالية، الحالة، الاسم والموطن

المطلب الأول

الحالة (L'état)

الحالة هي مجموع الصفات يترتب على توافرها آثار قانونية تؤثر في تحديد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات.

ما هي قوام الحالة؟

قوام الحالة هي انتساب الشخص إلى دولة معينة، وإلى أسرة معينة، وإلى دين معين.

الفرع الأول انتساب الشخص إلى دولة معينة⁷

ينتسب الشخص إلى دولة معينة برابطة الجنسية (La nationalité).

ماذا يترتب على حمل الفرد جنسية الدولة؟ (آثار الجنسية).
يترتب على ذلك أن يتمتع بالحقوق السياسية فيها وأن يلتزم بالواجبات الوطنية نحوها. (حق الترشيح والانتخاب وتملك العقارات).

كيف يتم ثبوت الجنسية الأصلية؟

يتم تحديد الجنسية على إحدى قاعدتين أو كليهما معا وهما:
-قاعدة الدم: يأخذ الشخص دائما جنسية أبيه، سواء ولد الابن في الوطن أو خارجه، وأحيانا جنسية أمه: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية" (المادة 6 من ق.ج.ج.).

-قاعدة الإقليم: أن تثبت الجنسية لكل من يولد على إقليم الدولة من أبوين مجهولين(المادة 1/7 من ق.ج.ج.)، وكذل الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها. (المادة 2/7 من ق.ج.ج.).

-قاعدة الدم والإقليم معا: تثبت الجنسية بالحقين معا لمن يولد على إقليم الدولة من أم وطنية وأب أجنبي أو عديم الجنسية.

ماذا يعني بالجنسية الطارئة؟

⁷ (المادة 30 من ق.م.)

يعني بالجنسية الطارئة هي التي تكتسب بعد الميلاد، وهي تكتسب عادة عن طريق الزواج أو عن طريق التجنس (أي الإقامة لمدة طويلة في دولة معينة). وبقوة القانون كالطفل الذي يكون مجهول الأب وتكون أمه وطنية واللقيط. وفي هذا الإطار تنص المادة ومكرر من ق.ج.ج على أنه "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية :

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (3) سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس،

- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل،

- التمتع بحسن السيرة والسلوك،

- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج".

ونصت المادة 10 من قانون الجنسية على شروط اكتساب الجنسية بالتجنس من بينها الإقامة في الجزائر منذ 7 سنوات على الأقل من تاريخ تقديم الطلب وأن يكون بالغاً سن الرشد، وأن يكون سليم الجسد والعقل وأن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري ...

هل يجوز أن يكون للشخص جنسيتان؟

نعم يجوز له ذلك وعند بلوغه سن التجنيد يؤدي الخدمة الوطنية في إحدى الدولتين وعندئذ يعتبر متنازل عن الجنسية الأخرى.

وتنص المادة 22 من القانون المدني على أنه في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الفعلية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

الفرع الثاني

انتساب الشخص إلى أسرة معينة:

ينتسب الشخص إلى أسرة، وهذه الأخيرة تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة (م.2 من ق.أ.) أو كما تنص المادة 32 من ق.م. أن " أسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه".

تقوم القرابة على أي أساس؟

تقوم القرابة إما على أساس النسب وإما على أساس المصاهرة.

أولاً.- ماذا يعني برباط النسب؟

رباط النسب هو رباط الدم، والقرابة القائمة على أساس النسب هي إما قرابة مباشرة أو قرابة حواشي (م.33 من ق.م.).

ما هي القرابة المباشرة وقرابة الحواشي؟

- القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع (م.1/33 من ق.م.)، أي تقوم على أساس تسلسل عمودي بينهم، كالقرابة بين الابن والأب والجد.

- قرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون تسلسل عمودي بينهم (م.2/33 من ق.م.)، كالقرابة بين الأخ وأخيه أو بين الشخص وعمه أو عمته.

كيف يتم حساب درجات القرابة بنوعيتها؟

يراعى في حساب درجات القرابة بنوعيتها أن كل طبقة درجة مع استبعاد حساب الأصل أو الأصل المشترك (م.34 من ق.م.). وعلى هذا الأساس يعتبر الابن في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الأب وابن الابن قريب للجد من الدرجة الثانية.

وفي حساب قرابة الحواشي يعتبر ابن العم في الدرجة 4 بالنسبة إلى ابن عمه.

ثانياً.- ما هي قرابة المصاهرة؟

قرابة المصاهرة قوامها الزواج، بالزواج تنشأ القرابة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر وليس بين أقارب الزوج الآخر (م.35 من ق.أ.: يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر).

وعلى هذا الأساس يعتبر أخ الزوجة وهو قريب لها بالنسب في الدرجة الثانية، قريبا لزوجها في الدرجة الثانية كذلك. ولكنها قرابة مصاهرة وابن عمها فهو قريبا لزوجها بالمصاهرة في الدرجة الرابعة.

ما هي أهمية القرابة؟

تبرز أهمية القرابة في تحديد الحقوق والواجبات الأسرية، أي في تحديد ما يسمى بحقوق الأسرة، خاصة ما يتعلق منها بالإرث والنفقة، بل أن للقرابة أثرها على النشاط القانوني للشخص (تحريك دعوى جريمة الزنا) لا يجوز أن يكون ابن الزوجين شاهدا في دعوى طلاق أبويه (كانت المادة م.279 من ق.ع. تنص على أنه: يستفيد من الأعدار إذا قتل الزوج الآخر وشريكه في الفعلة التي تفاجئه فيها في حالة تلبس بجريمة الزنا. حق الطاعة حق حمل اسم الأب بالنسبة للابن وفي الجنسية حق الولاية عليه عدم جواز شهادة الأصول والفروع والأزواج للفرع والأصل أو الزوج الآخر.

الفرع الثالث

انتساب الشخص إلى دين معين

الأصل هو تساوي جميع الأشخاص في الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين الذي ينتمون إليه.

غير أنه لما كانت مسائل الأسرة في الجزائر تستتبط أحكامها من قواعد دينية بحثة، قواعد إسلامية، اختلفت بعض الحقوق والواجبات التي تثبت للشخص باختلاف الدين الذي ينتسب إليه ومن ذلك عدم جواز زواج المسلم بغير المسلم (م.2/30 من ق.أ) والمادة 118 على الكافل أن يكون مسلما والمادة 93 على الوصي أن يكون مسلما. واعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الميراث في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

الاسم (Le nom)

يتميز الشخص عن غيره بعلامة الاسم، ويتكون هذا الأخير من الاسم الشخصي واللقب العائلي وهو اسم الأسرة.
وهو ما عبرت عنه المادة 28 من ق.م. بقولها: " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده".

هل يجوز للشخص أن يكون له أكثر من اسم؟
نعم إذا كان الأمر متعلق بالاسم الشخصي أما إذا كان يتعلق باللقب لا يجوز له ذلك.

هل يمكن للجزائري أن يحمل اسم أوروبي كجورج مثلا؟
نعم، يجوز له ذلك إذا كان من أبوين غير مسلمين. وهل تطبق هذه القاعدة إذا كانت الأم مسلمة والأب غير مسلم؟ لا، لأنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم.

الأصل أن الشخص يكتسب اللقب عن طريق النسب (أي فيكون للولد لقب أبيه).

هل تكتسب الزوجة لقب زوجها بالزواج؟
فتبقى الزوجة الجزائرية محتفظة بلقب أبيها ولا تكتسب لقب زوجها بالزواج وهذا على عكس ما هو معمول به في بعض الدول الأوروبية كفرنسا مثلا.

ما هو لقب اللقيط؟
يعطي ضابط الحالة المدنية الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي (المادة 4/64 من ق.ح.م.).

ما هي طبيعة حق الإنسان على اسمه؟
ظهرت 3 آراء في الموضوع:

1- أن حق الإنسان على اسمه هو حق ملكية.
نقد: أن حق الملكية هو حق مالي يجوز التصرف فيه. أما الحق في الاسم حق غير مالي ويخرج عن ميدان التعامل.

2- الاسم هو عبارة عن نظام إداري تفرضه الدولة على الأشخاص (شأنه شأن رقم التسجيل للطلبة).
نقد: فهذا الرأي يقتصر على تصوير الواقع ولا يكفي من الناحية القانونية.

3- الرأي الراجح: حق الإنسان على اسمه هو حق من الحقوق العامة للصيقة بالشخصية. فلا يجوز التصرف فيه أو سقوطه أو اكتسابه بالتقادم (المادة 48 من ق.م.).

أنواع الاسم:

1- اسم الشهرة (Le surnom) : هو اسم يشتهر الشخص به عند الناس وهو من صنع هذا الأخير (الناس). واسم الشهرة جديد بحماية القانون.

2- الاسم المستعار (Pseudonyme) : ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق غرض معين لاحقاً، شخصية في مناسبة معينة وقد يكون الغرض سياسياً كتسمية رجال المقاومة بأسماء مستعارة. والشخص حر في اختيار هذا الاسم والقانون يحميه إذا استعمله صاحبه بصفة مستمرة.

3- الاسم التجاري: وهو استخدام التاجر اسماً يمارس تحته تجارته ويكون ممياً لمحلته التجاري وعنصر من عناصره. وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقاً للمادة 78 من ق.ت.

ما المقصود بمبدأ ثبات الاسم؟

يعني بذلك أنه يتمتع على الشخص التغيير أو التبديل في الاسم بمحض إرادته وذلك لحماية المصلحة العامة (الإشاعة، الفوضى واختلاط الأمر).

ما هو الاستثناء الوارد على مبدأ ثبات الاسم؟
هذا الاستثناء يكمن في أن هذا المبدأ لا يمنع من تغيير الاسم إذا دعت إلى ذلك ضرورة، إذا كان مثلاً في الاسم ما يدعو إلى السخرية به.

وذلك مع مراعاة شروط التغيير ضماناً لجديته، وحماية للغير الذي قد يقصد بالتغيير الأضرار به، بالتحايل باسمه.
ولهذا تتطلب المادة 56 من ق.ج.م. لا مكان تغيير الاسم صدور حكم قضائي بذلك ويطبق نفس الحكم إذا تعلق الاسم بالاسم الشخصي (المادة 57 من ق.ج.م.).

هل يجوز لرئيس المحكمة أن يصدر حكماً بتغيير اسم الشخص في حالة تغيير أعضائه التناسلية؟

إذا كانت المادة 57 من ق.ج.م. تسمح لرئيس المحكمة أن يصدر حكماً بتغيير الاسم الشخصي للشخص حالة وجود مصلحة مشروعة، فإنه لا يجوز له ذلك في حالة تغيير الأعضاء التناسلية كون أن هذا التغيير يعتبر عملاً غير مشروع بخلاف تصحيح الأعضاء إذا كان الأمر متعلق بالخنثى.

هل يجوز التصرف في الاسم التجاري؟

نعم، بما أن الحق على الاسم التجاري حق مالي، فإنه يجوز التصرف فيه، وهو ما يحدث عند بيع المحل التجاري.

- ويحمي القانون الاسم التجاري، فيمنع أي اعتداء عليه،
- والحماية القانونية للاسم لا تقتصر على الاسم الحقيقي للشخص، بل تمتد كذلك إلى اسم الشهرة أو الاسم المستعار، الذي يتخذه الشخص عند مزاولته بعض أوجه النشاط الفني أو الأدبي

الإسم

لما كانت الحريات العامة، على غرار الحريات الشخصية، تثبت للجميع وحتى بدون قيد، فقد كان من الصعب غرس معلم انطلاق حقوق الشخصية والحريات العامة، فكثرت ما يحصل تداخل بينهما يصعب فكها. ونجد وجهة نظر تتأكد على الاسم، فهو حق وحرية في آن واحد. فهو حق يثبت للإنسان، وهو

عنصر من عناصر شخصيته، وهو حرية لأن الإنسان كمبدأ عام حر في استعمال اسم معين.

وفضلا عن ذلك كله، فهو أيضا واجب على كل شخص أن يحمل اسما كما دلت على ذلك المادة 28 من القانون المدني. فيظهر من هنا أن الاسم نظام إداري وعنصر للهوية، إذ هو علامة قانونية لتمييز فرد عن آخر. وإذا تأملنا وظائف الاسم، فإنه نجد أنه يؤديها من جوانب مختلفة، فهو مؤسسة ذات أوجه عديدة على حد قول البعض، لأنه مركز مصالح تشترك فيه وفي نظامه القانوني.

فهو بخصوص المصلحة العامة يساهم في تعريف الشخص داخل المجتمع، فهو عامل للنظام وعنصر للشخصية والتفريد (وظيفة اجتماعية). ومن جهة الأسرة، فهو رمز لها، إذ هو علامة ظاهرة لانتماء عائلي، فهو علامة سلالة تنادي بالارتباط إلى عائلة معينة.

وأمام هذه القواعد والضوابط، لنا أن نتساءل بصدد هذا الموضوع، عما إذا كان الحق في الاسم يمنح للشخص حرية تغييره؟ وما هي الحماية القانونية لهذا الحق؟

للإجابة عن هذه الأسئلة، سنقسم بحثنا إلى نقطتين أساسيتين، الأولى سنعالج فيها تغيير الاسم، والثانية الدفاع عن الحق في الاسم.

I.- تغيير الاسم

ارتأينا هنا أن ندرس نقطتين أساسيتين، الأولى بتغيير اسم الزوجين بالزواج أو الطلاق، والثانية اندثار حماية الاسم بمرسوم 24-92.

1.- تغيير اسم أحد الزوجين بالزواج أو الطلاق

تطبيقا للنصوص القانونية إن اسم الزوج لا يتأثر بالزواج، ومعنى ذلك أن الزوج يبقى محتفظا باسم في حالة قيام الرابطة الزوجية.

أما اسم الزوجة، تنفيذاً لأحكام قانون الأسرة وعلى منوال الشريعة الإسلامية، فتبقى محتفظة باسمها، فلا يتأثر اسم الزوجة بزواجها، إلا أن ما في الأمر جرت العادة، إن لم نقل العرف، أن تحمل الزوجة أيضاً لقب زوجها، وهو عرف أخذناه عن القانون الفرنسي. فيبقى حق لها وليس واجباً عليها.

ومن زاوية القانون المقارن، ففي القانون الفرنسي إذا كانت الزوجة تحمل اسم زوجها، فإنها تبقى محتفظة به في حالة وفاة زوجها وفي حالة الطلاق بسبب انفصال الحياة المشتركة الذي طلبه الزوج⁸. وفي هذا يرى الفقه ما يلي :

« On dit, pour le nom de la veuve, que cette règle « atteste au-delà de la mort la persistance du ménage et de la famille »⁹, et pour le nom de l'épouse divorcée, que la substance du nom est un « vestige du mariage »¹⁰, ou encore, comme l'ont si bien souligné d'autres auteurs, « que le droit au maintien du nom de l'épouse délaissé s'inscrit dans l'esprit unilatéralement sanctionnateur du divorce pour rupture de la vie commune, qui veut faire payer au demandeur le prix du divorce »¹¹.

وأما في الحالات الأخرى، فالزوجة¹² تفقد حق حمل اسم زوجها¹³، وهو ما قد يسبب لها عدة أضرار. لذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة 264 من القانون المدني ونصت على أنه يمكن للمطلقة أن تحتفظ باسم زوجها من جهة بعد موافقة

⁸ « Lorsque le mari a formé une demande en divorce pour rupture de la vie commune, le prononcé du divorce sur la demande reconventionnelle de la femme ne fait obstacle à l'application de l'art. 264, al. 2, lui donnant le droit de conserver l'usage du nom du mari ». Cf. Cass. Civ. 04/06/1986, J.C.P., 1987, 2, 20751, note Lindon et A. Bénabent. Pour plus de détails, cons. particulièrement, A. Breton, Le nom de l'épouse divorcée, in Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz, 1981, pp. 17 et s. ; R.F. Le Bris, L'effet du divorce sur le nom des époux, D. 1965, chr. 141; D. Gutmann, Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille, LGDJ, 2000, pp. 186 et s.

⁹ Cf. J. Carbonnier, Droit civil, T. 1, les personnes, 20^{ème} édit., PUF, Thémis, 1996, n° 33 et s.

¹⁰ Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, T. 2, les personnes, la famille, les incapacités, Cujas, 3^{ème} éd., 1994/1995, N° 326.

¹¹ Cf. J. Hausser et D. Huet-Weiller, Traité de droit civil, la famille, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, n° 406.

¹² وما يقال هنا على الزوجة ينصرف كذلك إلى الزوج.

¹³ L'article 264 alinéa 1^{er} du code civil dispose clairement que « A la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint » (Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004).

هذا الأخير على ذلك، ومن جهة أخرى إذا رخصت المحكمة لها بذلك في حالة وجود مصلحة خاصة متعلقة بها¹⁴ أو بأولادها¹⁵.

وتطبيقاً لهذا النص القانوني، قضت محكمة المرافعة الكبرى لباريس في قرار لها بما يلي :

« L'usage du nom du mari, consenti par celui-ci à son épouse, s'impose à tous et notamment aux membres de la famille du mari »¹⁶. De même que la Cour de cassation a estimé, en rejetant un pourvoi en cassation, « qu'en énonçant que l'usage par la femme du nom de son mari était justifié par le fait que celle-ci l'avait porté pendant plus de quarante ans, la cour d'appel n'a fait qu'user, à la demande de la femme, du pouvoir qu'elle tient de l'article 264 alinéa 3 du code civil »¹⁷.

Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme a bien précisé que « si la femme peut conserver le nom de son mari après le divorce, c'est parce qu'il y va du respect de sa vie privée »¹⁸.

ولكن، حتى ولو أبدى الزوج موافقتها على ذلك الاستعمال، فبإمكانه أن يتخلى عنها في حالة استعمال اسمه بطريقة تعسفية أو مضرة به أو في حالة زواجها مرة أخرى¹⁹. وهو ما قضت به المحكمة ذاتها بقولها :

¹⁴ « Un cour d'appel apprécie souverainement que la femme ne justifie pas, pour elle-même, d'un intérêt particulier à conserver l'usage du nom du mari ». Cass. Civ., 25/05/1994, Bull. civ., 2, n° 135. Et dans un autre arrêt, la même a précisé que « c'est à bon droit qu'une cour d'appel se place au jour de la demande pour apprécier l'intérêt particulier de la femme à continuer à porter le nom de son mari ». Cf. Cass. Civ., 07/06/1990, Rép. Defrénois, 1991, 288, Obs. J. Massip.

¹⁵ « L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants ». Quant à l'application de cet article, a fait dire aux juges de la haute juridiction qu'« Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement l'intérêt particulier qui s'attache, pour les enfants, à ce que la femme conserve le nom de son ancien mari ; pour cette appréciation, il ne leur est pas interdit de comparer, notamment la situation de ces enfants à celle des autres enfants de parents divorcés ». Cass. Civ., 26/03/1980, Bull. civ., 1, n° 104.

¹⁶ Cf. T.G.I. Paris, 10/02/1981, D. 1981, 443, note Lindon ; J.C.P., 1981, 2, 19624, note D. Huet-Weiller.

¹⁷ Cf. Cass. Civ., 16/11/1978, RTDCiv., 1981, 619, obs. R. Nerson et J. Rubbellin-Devichi.

¹⁸ Cf. Arrêt Burghartz, 22/02/1994, cité par D. Gutmann, précité.

¹⁹ Mais même en cas de son remariage, la femme peut conserver le nom de son mari si un intérêt particulier peut le justifier. Ainsi en est-il « de la femme, violoniste, connue sous le seul nom du mari, qu'elle n'a cessé de porter avec l'accord de celui-ci dans sa vie professionnelle, même après son divorce et son récent remariage ». T.G.I. Paris, 03/09/1996, BICC., 15/12/1996, n° 1334.

«Le mari ne peut révoquer son consentement que si la femme fait un usage abusif de l'autorisation donnée»²⁰. De même, «l'accord donné par le mari quant à l'usage de son nom par son ex-épouse doit être tenu pour caduc par l'effet du remariage de celle-ci»²¹. Par contre, «l'ex-mari ne saurait se prévaloir de son propre remariage pour justifier une demande de révocation d'une autorisation d'usage donnée sans restriction»²².

Ainsi donc, «même si l'on retenait le fondement tiré du respect de la vie privée, de toujours vérifier la légitimité de l'intérêt de l'épouse à la conservation de son nom. A titre d'exemple, on ne serait accepter que, sous couvert de protéger la vie privée de l'ex-épouse, celle-ci se voie octroyer un droit absolu de garder un nom qu'elle n'aurait porté que quelques mois»²³.

2.- اندثار حماية الاسم بمرسوم 24-92

تنص المادة الأولى من هذا المرسوم على أنه "...يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب".

وأول ملاحظة التي لا يمكن تجاوزها تتعلق بمدى دستورية هذا النص، إذ جاء في المادة 115 من دستور 1989 الذي كان ساريا آنذاك على أن المجلس الشعبي الوطني يشرع في مجال القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة، ولاسيما الزواج والطلاق والبنوة... " (المادة 122 من دستور 1996).

ولنا أن نتساءل ما هي مكانة مبدأ تدرج القوانين ودستورية النصوص القانونية عند وضع نص كهذا؟

فجاء مخالفا ليس لنص المادة 46 من قانون الأسرة، بل حتى للنصوص الدستورية. وكما هو ظاهر من هذا النص أن التغيير يتعلق بمجهول النسب وليس

²⁰ Cf. T.G.I. Paris, 09/03/1979, D. 1979, 471, note J. Massip.

²¹ Cf. T.G.I. Paris, 10/02/1981, précité

²² Cf. T.G.I. Montbrison, 08/01/2003, Gaz. Pal. 2003, 3053, note J. Massip.

²³ Cf. D. Gutmann, op. cit., p. 193.

بمعلوم النسب، ولا يهم أن يكون الطفل منتميا إلى أمه أو مجهول النسب تماما، ففي كلتا الحالتين يتم الاستلحاق.

ومن زاوية القانون، فهذا المرسوم جاء في حقيقة الأمر بإقرار التبني بصفة غير صريحة، كون أن الكافل يمنح اسمه للمكفول مع العلم اليقين أنه ليس من صلبه. وهذا نوع من التبني البسيط الذي تعرفه بعض التشريعات الغربية كالقانون الفرنسي في المادة 1/364 من القانون المدني.

كما أن طلب تغيير اللقب المقدم لوزير العدل لا يكون محل نشر في هذه الحالة، وهذا على خلاف ما نص عليه قانون الحالة المدنية (مرسوم 157-71 المؤرخ في 3 جوان 1971. فهل إجراء كهذا يحمي الحق في الاسم أم أن المصلحة التي وضع من أجلها أقوى ؟

II.- الدفاع عن الحق في الاسم

سنتعرض تحت هذا الموضوع إلى النقاط التالية : الاعتراض على طلب تغيير الاسم (1)، وقف الاعتداء (2).

1.- حماية الاسم مدنيا

نظرا لأهمية الحق في الاسم، فإن المشرع خصص مادة تتعلق بحماية هذا الحق، وذلك على خلافا على الحقوق الأخرى الملازمة للشخصية التي جمعها في مادة واحدة (المادة 47 مدني). فقد نص في المادة 48 على أنه 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".

وأن انتحال الاسم هو يتسمى شخص باسم شخص آخر معين دون أن يكون له هذا الاسم في الأصل. والمنازعة في الاسم هي أن يدعي شخص انتفاء شخص آخر في أن يتسمى باسم معين. ولذلك فإنه في كلتا الحالتين يجوز لمن أصابه ضررا أن يرفع أمره للمحكمة من أجل طلب التعويض عن ذلك. وأن أسأ طلب التعويض هنا هو الضرر الناتج عن المساس بحق من حقوق الشخصية.

ومن زاوية أخرى، فإن المشرع قد أجاز الاعتراض على طلب تغيير الاسم بعد نشره، بحيث بعد نشر طلب الاعتراض فإنه يجوز لكل من له مصلحة في ذلك أن يقدم اعتراضاً على هذا الطلب خلا ستة أشهر من تاريخ النشر²⁴. والجدير بالملاحظة هو أن المشرع قد أضفى حماية على الحق في الاسم من خلال المدة الطويلة نسبياً التي سمح من خلالها تقديم الاعتراض.

2.- حماية الاسم في قانون الأسرة

آ.- حماية الاسم في حالة انتحاله من أجل الزواج

تطبيقاً للقواعد العامة، في حالة ما إذا نتحل شخص اسم غيره بهدف الزواج، وأدى ذلك

إلى الإقبال بالزواج، فإن ذلك يعد تدليساً، لأن الطرف الآخر قد اتخذ طرق احتيالية لإيقاع من تعاقد معه في غلط دفعه إلى الموافقة على هذا الزواج.

غير أن هذا العيب في الإرادة يعطي الحق للزوج المضرور المطالبة بإبطال العقد، بحيث لو كان عالماً عن الحقيقة لما تزوج معه²⁵.

ب.- حماية الاسم بالزواج

والملاحظ لأول وهلة أن المشرع الجزائري²⁶، على غرار الشريعة الإسلامية²⁷، قد قام علاقة متينة بين رابطة الاسم ورابطة الزواج. فجعل الثانية سبباً لثبوت الأولى. فإذا أثرت مخالطة

²⁴ انظر، المادة 3 من مرسوم 157-71 المؤرخ في 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب

²⁵ Sur cette question, cons. particulièrement, D. TCHOUAR, Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, th. Etat, Rennes 1, 1987, pp. et s.

²⁶ هذا ومع ذلك أضفى المشرع التونسي الصبغة القانونية على التبني إذ نص الفصل 14 لقانون عدد 27 لسنة 1958 الصادر في 04 مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني على أنه " يحمل المتبني لقب المتبني..."، وكما نص الفصل 15 من ذات القانون على أن " للمتبني نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات

الرجل بالمرأة نسلا فإنه يأخذ اسم الزوج، إذ فكل نسل ينتج منها يعد ابنا شرعيا لهما.

ولذلك فقد وضع الفقه الإسلامي، نظرا لخطورة هذه المسألة، من الأحكام ما يكفل حماية الاسم العائلي، ويحظر من اختلاط الأنساب، ويصون الأعراض. وتطبيقا لذلك، يأخذ الطفل اسم الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تقيمها الزوجة²⁸. ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث أن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق استلحاق اسم الطفل بأبيه. ويطبق عين الحكم بشأن الوطء بشبهة²⁹.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 40 المنقحة³⁰ من قانون الأسرة الجزائري بقولها : "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

وللمتبنى إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما...". راجع بشأن هذا الموضوع، محمود شمام، التبني، مجلة القضاء والتشريع، 1959، عدد 3، ص. 10 وما بعدها؛ الهادي سعيد، التشريع التونسي وحقوق الطفل، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 5، ص. 11؛ إقبال الجاوي حرم العطار، الرجوع في التبني، مذكرة، تونس، 1995؛

E. de Gaudin de Lagrange, L'adoption ou une ancienne pratique tunisienne devenue loi, R.A.S.J.E.P., 1968, n° 4, pp. 1143 et s.; L. Pruvost, L'adoption dans le droit tunisien, Mém. Tunis, 1973 ; B ; Bel Hadj Yahia, La révocation de l'adoption en droit tunisien, R.T.D., 1979, n° 1, pp. 83 et s. ; M. Bekli, L'enfant dans le droit tunisien, R.J.L. 1989, 10, pp. 7 et s.

²⁷ ففي الشريعة الإسلامية يثبت المولود بالفراش الصحيح، ويقصد بالفراش الصحيح العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة من وقت إبرام عقد الزواج وإمكانية الدخول. وأساس هذا الحكم هو قوله عليه الصلاة والسلام : " الولد للفراش، وللعاهر الحجر".

²⁸ انظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ص. 17؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، 1983، ص. 684 وما بعدها.

²⁹ الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم.

³⁰ تم تنقيح هذه المادة بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

غير أن هذه الحماية التي جاء بها هذا النص، فهي ناقصة من حيث أنه يؤخذ عليه أنه حصر ترتيب حماية الاسم بالزواج الفاسد على الزيجات التي تم فسحها بعد الدخول وفقا للمواد 32، و33، و34 من هذا القانون، علما أن الحصر في مثل هذه المسائل غير موفق، لأنه يتعارض أتم التعارض مع تلك الحماية، بل مع صيانة أحد حقوق الطفل السامية ألا وهو أخذ اسم أبيه. لذلك، وحتى تتوافر الحكمة التي توخاها المشرع عند وضعه لهذا النص، كان ينبغي عليه أن يكتفي بالتنصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد بدون الإشارة إلى المواد المتعلقة به.

ومع العلم أن التضييق، بل التفسير الضيق لنص المادة 40 المذكورة أعلاه، وإن جرى عليها تنقيحا مستحدثا، فإنه يؤدي مع ذلك إلى حرمان الطفل من أخذ اسم أبيه بالنسبة لحالات الفساد التي لم يشر إليها المشرع في تلك المواد. وما أكثرها، غير أننا نكتفي بذكر الحالات التالية: زواج المسلم دون علمه بالمشاركة، وكذلك زواج الشخص الذي اتخذ قراره بالتعاقد عن غير اختبار كاف، وذلك نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، الخ³¹.

وكذلك يعاتب على نص المادة 40 من قانون الأسرة ما قرره من تساوي بشأن ثبوت الحصول على الاسم بين الزواج الباطل، كزواج المرأة المتزوجة أو المعتدة أو زواج المسلمة بغير المسلم، الذي كان فيه الرجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن فيه عالما بها، كما قضت بذلك المادة 34 من قانون الأسرة.

وإذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي نجد أن جمهور الفقهاء كيف الوطاء في الزواج الباطل زنا ووجب الحد، ولا يثبت النسب ومن ثم عدم تأثر الاسم به إلا

³¹ وذلك، وإن كان المشرع قد أحال القاضي إلى المبادئ الإسلامية في حالة النقص التشريعي، غير أن هذه ليست بالسياسية التشريعية السليمة أمام الاختلاف الكبير في مثل هذه المسائل بين الفقه الإسلامي، إذ هناك من الزيجات، كزواج الشغار، هناك من اعتبره صحيحا والشرط باطلا، وهناك من الفقه من اعتبره فاسد. انظر بشأن البعض من هذه المسائل،

إذا كان الرجل غير عالماً بالتحريم³². وهذا ما قضى المجلس الأعلى، إذ جاء في إحدى حيثياته: "حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد مؤرخ في 1981/11/02، ولم تطلق منه وكان جاهلاً هذه الحالة. حيث اعتمداً على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب..."³³.

وبناء على ذلك، يمكن التوفيق بين تلك النصوص وهذا القرار، بل بين تلك الأحكام ونص المادة 222 من قانون الأسرة الذي اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثاني لقانون الأسرة بعد النص التشريعي. وفي الختام يقتضي القول بأنه يراد بنص المادة 40 من قانون الأسرة ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الباطل والزواج الفاسد مهما كانت نية الزوج". ولكن إذا كان هذا هو المعنى المراد بهذه النصوص، فإنه يعتبر تحصيل حاصل، لأن المسألة هي مسألة حصول الطفل على اسم أبيه. فهذا الحل تقتضيه مصلحة الطفل ومصلحة المجتمع في أن واحد.

وكذلك من زاوية عدم تطابق النصوص التشريعية بعضها ببعض، فإن تفسر نص المادة 41 يدفعنا إلى الحل أن الطفل لا يحصل على اسم أبيه إلا إذا كان الزواج شرعي أي صحيح، بينما تنص المادة 40 على ذلك الحق حتى ولو كان الزواج فاسداً أو جاء نتيجة لوطء بشبهة، أي حتى إذا كان غير شرعي أو غير قائماً تماماً. وبتعبير أدق وأفصح، إذا ساوت المادة 40 بين مختلف الزوجات الواردة فيها، فإن المادة 41 اقتضت ذلك الحق – أي أن الطفل لا يأخذ اسم أبيه - ، بمفهوم المخالفة، إلا إذا كان الزواج صحيحاً.

³² انظر، ابن جوزي، القوانين الفقهية، طبع تونس، 1926، ص. 204-211؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج. 2، ص. 39-31 و57-59؛ الدردير على مختصر خليل، الشرح الكبير، ج. 2، ص. 236-241؛ الشربيني الخطيب، معني المحتاج شرح المنهاج، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1933، ج. 3، ص. 142؛ الشيرازي، المهذب، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1343 هـ، ج. 2، ص. 46-47؛ ابن قامة، المعني، ج. 6، ص. 455 وما بعدها.

³³ انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1986/02/24، ملف رقم 39362، غير منشور.

وإزاء هذا التضارب في النصوص، يتطلب الأمر من تدخل المشرع مرة أخرى لإعطاء الحل الأنسب في مسألة ترتكز عليها اللبنة الأولى للمجتمع، بحيث إذا انهرت ينهر المجتمع بأكمله. وهذا ما يتطلب إذن أن يأتي المشرع لتنظيم هذه المسألة بنصوص واضحة منسجمة بعضها البعض.

3.- حماية الاسم جنائيا

إذا كان الاسم من أبرز الخصائص التي يتميز بها الشخص عن غيره من البشر، فإن المشرع قد أحاطه بنصوص قانونية حماية لصاحبه في حالة الانتحال (أ) أو التزييف (ب).

آ.- جريمة انتحال اللقب :

رأينا أن القانون ينص صراحة على أنه ينبغي أن يكون لكل شخص اسم يتميز به عن غيره من الأشخاص الطبيعيين؛ والمراد بالاسم هنا اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص، إذ يشترك كل أفراد الأسرة في حمل هذا الاسم. وهو عندئذ يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية. لذلك أخضع المشرع هذا الحق لنظام حمائي منصوص عليه في قانون العقوبات. فانتحال الاسم دون حق، أي أن استعمال هذا الاسم دون أن يكون للشخص أصلا يعتبر اعتداء عليه إذا توافرت الشروط التي جاء بها القانون في هذا الصدد.

وتوضيحا لذلك، نص على هذه الجريمة قانون العقوبات من المادة 247 إلى المادة 250، ويختلف انتحال الاسم في قانون المدني عن قانون العقوبات، بحيث في ظل هذا الأخير فالجريمة لا تتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بأوراق رسمية، مع هذا الفارق أن انتحال الاسم في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية تكون العقوبة فقط غرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج.

في حين في حالة انتحال الاسم من أجل الحصول على صحيفة السوابق القضائية فتكون العقوبة أشد وهي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50.000 إلى 300.000 د.ج.

كما تكون العقوبة أشد إذا كان انتحال اسم الغير في ظروف أدت إلى قيد حكم في صحيفة السوابق القضائية لهذا الغير أو كان من المتوقع أن تؤدي إلى ذلك، وهي الحبس من سنة إلى 5 سنوات، وغرامة من 100.000 إلى 500.000 د.ج، بالإضافة إلى المتابعة الجنائية المتعلقة بجريمة التزوير إذا اقتضى الحال ذلك.

ويتضح لنا من هذه النصوص جميعا، أن جريمة انتحال الاسم لا تقوم لها قائمة إلا بتوافر أركانها والمتمثلة في الاعتداء المادي أي اعتداء الشخص بغير حق ولا مبرر شرعي ولا قانوني على اسم أسرة غير أسرته مستعملا في ذلك الأوراق الرسمية كالوثائق الإدارية التي يعدها لتقديمها إلى السلطة العامة³⁴.

ب.- جريمة تزيف الاسم :

فالنصوص القانونية لا تحمي الاسم في حالة انتحاله فقط، بل حتى في حالة تزيفه. وهذا ما أشارت إليه المادة 321 من قانون العقوبات³⁵ بقولها "كل من استبدل طفلا آخر أو قدمه على أنه ولدا لامرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته، فإنه يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 د.ج".

وقد شدد المشرع العقاب على مرتكبي هذا النوع من الجرائم نظرا لما يترتب من آثار وخيمة على الكيان الأسري، وذلك ليس من حيث موانع الزواج وما يترتب عنه من آثار فحسب، بل حتى من حيث الميراث وما ينجر عنه من انتقال الأموال الموروثة إلى شخص ليست له أية علاقة مع المورث. فإن تجريد الطفل من نسبه الشرعي واستلحاقه باسم شخص آخر دون أي مبرر يصاغ يعتبر الحالة المنتشرة والمتعلقة أصلا بجريمة اختطاف الأطفال.

وكما أن الحالة الأخرى التي نص المشرع على تجريمها ما جاءت بها المادة 217 من قانون العقوبات التي نصت على أن كل شخص ليس طرفا في

³⁴ وبتفسير أوسع، فإن انتحال الاسم باستعمال وثائق عرفية لا يشكل الجريمة التي نحن بصددنا هنا.

³⁵ انظر، قانون 23-06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

المحرر، والأمر هنا يتعلق بجريمة تزيف النسب، أي بالحالة التي يصرح فيها الشخص أمام ضابط الحالة المدنية بأن هذا الطفل هو ابنه وفي الواقع ليس بابنه، وذلك من أجل أن يسجله في سجلات الحالة المدنية على هذا الأساس. علما أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 46 من قانون الأسرة على أن التبني ممنوع شرعا وقانونا.

وأن المرجع الأساسي لمنع التبني، أي تغيير اسم الطفل بغير حق ولا عذر قوله تعالى "وما جعل أدياءكم أبناءكم. ذلكم قولكم بأفواهكم. والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل، أذعوههم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"³⁶. ومن لا يجوز تزيف الأنساب، إذ أن إدعاء بنوة أبناء الغير حرمة الشريعة الإسلامية، وما على الشخص إلا أن يرد نسب الابن إلى أبيه الشرعي، أي أن يأخذ الطفل اسم أبيه الحقيقي والشرعي.

وما ينبغي الإشارة إليه أن هذه الجريمة لا يندرج تحت طياتها التصرف القانوني الذي أشارت إليه النصوص القانونية بمقتضى المرسوم رقم والمؤرخ في 13 يناير 1992.

وفي الأخير نقول بما أن الاسم عنصر للشخصية وحق من حقوق الشخصية، فإنه لا يحمى إلا إذا مست الشخصية. فشرطا المصلحة والضرر تكرسان المساس بالشخصية. وكل أعضاء الأسرة لهم صفة الدفاع عن اسم العائلة أمم القضاء.

أليس الاسم محل ملكية أسرية؟ فالاسم يدخل ضمن "الذمة المعنوية للأسرة"، والاسم يشكل عنصرا غير مالي له بعددين الأول شخصي والثاني أسري.

المطلب الثالث

³⁶ سورة الآية

الموطن (Le domicile)

يقصد بالموطن المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية، فإليه توجه الأوراق المطلوب إعلانها كالإعلان والإندار أو صحيفة الدعوى، وإليه يرجع في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، أي في تحديد مكان الوفاء بالالتزام.

ما هو الفرق بين الموطن ومحل الوجود (La residence) ؟

يفترق الموطن عن محل الوجود الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة عارضة، كالإقامة في فندق بضعة أيام أثناء السفر ومحل الوجود بخلاف الموطن لا يعتبر مقرا قانونيا للشخص.

أولاً-الموطن العام:

هو مكان اتصالات الشخص في كافة أموره ومعاملاته القانونية. والموطن العام على نوعين:

1-الموطن العادي: هو ما نصت إليه المادة 36 من ق.م.ج. وهو المكان الذي يتحقق فيه معنى الاستقرار والإقامة المستمرة ولو تخللتها غيبية.

وبهذا، فإن المكان أو السكن الذي يوجد فيه الشخص مؤقتا لا يعتبر موطننا لانتهاء أحد عنصري الموطن وهو الاستمرارية (للموطن عنصران: مادي وهو الإقامة ومعنوي فيه الاستقرار).

هل يوجد للبدو الرحل موطننا؟

الإجابة تكون هنا بالنفي إذ أن العرب الرحل لا موطننا لهم بالمعنى القانوني، وذلك راجع لانتقالهم من مكان إلى آخر طول السنة.

وهل يمكن أن يكون للشخص موطنان؟

لا، المادة 2/36 من ق.م. "لا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".
نعم، مثل الشخص المتزوج من امرأتين، ولكل منهم مكانا مستقلا.

في الموطن الخاص: لدينا:

أ-المواطن التجاري أو الحرفي أو مواطن الأعمال (المادة 37 من ق.م.):
للتاجر أو الحرفي موطنان: موطن عام وموطن خاص يمارس فيه تجارته أو
حرفته.

الطالب ليس له موطن خاص بالحي الجامعي.
ويحتفظ التاجر أو الحرفي بموطنه العام بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى
التي لا تتعلق بتجارته أو بحرفته.

ب- مواطن القاصر المأذون له بالتجارة ومن في حكمه: (المادة 2/38 من
ق.م.). الأصل أن القاصر لا يباشر أعماله بنفسه وإنما بواسطة من ينوب عنه
قانونا. ولكن يجوز للقاصر الذي بلغ 18 سنة ومن هو في حكمه له موطن خاص
بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها. (الأعمال المتعلقة بإدارة
أعماله وبيع بعض التصرفات).

ج- المواطن المختار: المادة 1/39 "يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ عمل
قانوني معين". ويختار المواطن إما بمقتضى العقد أو بالإرادة المنفردة". كما
يجب إثبات اختيار المواطن كتابة (المادة 2/39 من ق.).

يمكن أن يكون المواطن المختار هو موطن المحامي حتى لا يكلف الشخص
مشقة التنقل.

الأصل أن المواطن المختار اختياري بالنسبة للشخص، ولكن المادة 2/941 من
ق.م. خرجت عن هذا الأصل "اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي
والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة"، أي موطنه
هنا هو دائرة اختصاص المحكمة. (بالنسبة للنزاعات المتعلقة بحق الاختصاص).

2- المواطن القانوني أو الإلزامي: (أشارت إليه المادة 38 من ق.م.):

ويسمى بالمواطن القانوني لأن المشرع قد قام بتحديد النص القانوني حتى
ولو لم يكن الشخص مقيما في ذلك المكان فعلا.

وعلى هذا فإن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا (المادة 1/38 من ق.م.).

هل أباح المشرع أن يكون للقاصر موطننا خاصا؟

نعم المادة 2/38 من ق.م. أي أنه بجانب هذا الموطن القانوني يوجد للقاصر موطن خاص إذا بلغ ثماني (18) عشرة سنة وذلك بالنسبة إلى التصرفات التي يعتبر القانون أهلا لمباشرتها.

هل للقاصر الحق في تحديد موطنه الخاص؟

نعم، فالموطن الخاص يقوم القاصر بتحديدته إراديا. فقد يكون محل إقامته المعتادة (وهو الأصل)، وقد يكون المكان الذي يختاره لتصرف قانوني معين.

II-الموطن الخاص (موطن الأعمال)(Domicile spécial):

هو مقرا قانونيا للشخص بالنسبة لنشاط أو معاملات معينة على وجه التحديد (المادة 37 من ق.م.).

III-الموطن المختار:

وهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يجوز إثبات وجود هذا الموطن إلا بالكتابة (المادة 2/39). وهذا الموطن هو موطن بكل ما يتعلق بهذا العمل (مال، مكتب الموثق الذي تم فيه إبرام العقد).

المطلب الرابع

الذمة المالية (Le patrimoine)

هي مجموعة قانونية تتضمن ما للشخص من حقوق مالية وما عليه من واجبات مالية.

تتكون الذمة المالية من جانبين:

1-الجانب الإيجابي: ويشمل حقوق الشخص المالية.

2-الجانب السلبي: ويشمل التزامات الشخص المالية.

متى تكون الذمة المالية دائنة؟

تكون الذمة المالية دائنة إذا زاد الجانب الإيجابي على الجانب السلبي. أما إذا زاد الجانب السلبي على الجانب الإيجابي فتكون مدينة.

متى يعتبر الشخص في حالة إفلاس؟

يعتبر الشخص في حالة إفلاس إذا زاد الجانب السلبي على الجانب الإيجابي وكان تاجرا.

متى يعتبر الأشخاص في حالة إعسار؟

يعتبر الشخص في حالة إعسار إذا كان الجانب السلبي زائدا على الجانب الإيجابي وكان غير تاجرا.

هل للأشياء ذمة مالية؟

لا، فالذمة هي من خصائص الأشخاص الاعتباريين الطبيعيين، أما الأشياء أو الكائنات الأخرى ليست لها ذمة.

هل للطفل ذمة مالية؟

نعم، فالطفل وقت ولادته له ذمة مالية حتى ولو لم يكن له أي حق أو عليه أي التزام لأن العبرة بصلاحيته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات المالية بصرف النظر عن الاكتساب والالتزام فعلا.

هل الذمة المالية هي بمثابة الضمان العام لديون المدين؟

لا، لأن الذمة المالية تتكون من الجانب السلبي والجانب الإيجابي. ولذلك أن التزامات المدين تضمنها الذمة المالية في جانبها الإيجابي أي أن جميع أمواله الحاضرة وقت نشوء هذه الالتزامات وجميع أمواله المستقبلية (أي التي يكتسبها بعد ذلك) ولا يضمنها مال معين من أمواله. وتقسم أموال المدين على الدائنين وقت قسمة الغرماء أي لا يفضل أحدهم على الآخر في استيفاء دينه.

المبحث الرابع

الأهلية

المطلب الأول

أقسام الأهلية

تنقسم الأهلية أهلية وجوب (capacité de jouissance) وأهلية أداء (capacité d'exercice).

أولاً- أهلية الوجوب:

هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات (الالتزامات) التي يقررها القانون. تثبت للشخص من وقت ولادته إلى حين وفاته وله أهلية وجوب ناقصة معلقة على ولادته حياً.

هل تثبت أهلية الوجوب للشخص حتى قبل ولادته؟

نعم، تثبت أهلية الوجوب للإنسان في بعض الحالات عندما يكون جنيناً له الحق في الميراث من مورثه وفي الوصية ممن يوصي له (يشترط أن يولد حياً وإذا

هل يمكن أن تكون أهلية الوجوب منعدمة أو ناقصة؟

نعم، فهي منعدمة بالنسبة لمن يحكم عليه بالموت المدني في بعض الشرائع، وهي ناقصة بالنسبة لبعض الأجانب الذين يحرمهم المشرع أو القانون التمتع ببعض الحقوق كالحق في تملك الأراضي الزراعية.

ثانياً- أهلية الأداء:

هي صلاحية الشخص لأعمال إرادته أعمالاً من شأنها ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده.

إذا انعدمت أهلية الوجوب، فهل يتصور البحث في أهلية الأداء؟

لا، إذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء لأنها تتصل بالشخصية.

* التنازل وتعديل الأهلية:

هل يجوز التنازل عن الأهلية؟

لا يجوز التنازل عن الأهلية لأنه وإن كان الغرض من أحكامها هو حماية مصالح خاصة (مصالح الأفراد)، إلا أنها تمس مصالح الأفراد في مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام وبما أنها هكذا، لا يجوز كذلك التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها، بل كل اتفاق على التنازل أو التعديل في أحكامها يعتبر باطلا (المادة 45 من ق.م.).

* عبء إثبات عدم الأهلية أو نقصها:

على من يقع عبء إثبات عدم الأهلية أو نقصها؟

يقع عبء إثبات نقص أو انعدام الأهلية على من يدعيه. فإذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغية التوصل إلى إبطال العقد كان عليه إثبات هذا الادعاء.

5- التمييز في القانون الجزائري:

ما هو مناط أهلية الأداء؟

مناط أهلية الأداء هو التمييز، والتمييز يتأثر بالسن وقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز بـ 13 سنة (المادة 2/42 من ق.م.).

هل لفاقد التمييز أهلية أداء؟

ليست لفاقد التمييز أهلية أداء ولذا يستطيع مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية ولو كان نافعا له نفعاً محضاً كقبول الهبة (المادة 1/42 من ق.م. والمادة 82 من ق.أ.).

6- ناقص الأهلية:

متى يكون الشخص ناقص الأهلية؟

يكون الشخص ناقص الأهلية إذا بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكذلك كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة (المادة 43 من ق.ج.). تتكلم المادة

عن المعتوه في مكان ذا الغفلة، تناقض مع قانون الأسرة - يمكن ترشيد ناقص الأهلية من طرف القاضي طبقا للمادة 84 من ق.أ.

ما هو حكم تصرفات ناقص الأهلية؟ (المادة 83 من ق.أ.):

-إذا كانت نافعة نفعاً محضاً: صحيحة كقبول الهبة.

-إذا كانت دائرة بين النفع والضرر: قابلة للإبطال لمصلحة القاصر (البيع).

-إذا كانت ضارة ضرراً محضاً: باطلة كالتبرع.

7- سن الرشد:

ما هو سن الرشد في القانون الجزائري (الأهلية المدنية)؟

فسن الرشد في القانون الجزائري هي تسعة عشرة (19) سنة كاملة (المادة 40 من ق.م.) و18 سنة في القانون الفرنسي واللبناني و21 سنة في القانون المصري (المادة 2/44).

8- الأهلية الكاملة:

متى يكون الشخص كامل أهلية الأداء؟

يكون الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، ويجوز له عندئذ أن يباشر كل التصرفات القانونية سواء كانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً أم دائرة بين النفع والضرر.

9- عوارض الأهلية:

ما هي عوارض الأهلية؟

قد يعتري الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية، فيؤدي ذلك إلى فقد أهلية أو نقصها على حسب الأحوال.

وهذه العوارض هي: الجنون، العته، السفه والغفلة. ويشترك الجنون مع العته والسفه في أنهما يعدمون الأهلية وذلك في القانون الجزائري (المادة 107 من ق.أ.).

1- الجنون (la démence): هو مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل.

ما هو الجنون المتقطع (Démence intermittente)؟
يكون أمام هذه الحالة عندما يجن المريض فترة من الزمن ويفيق أخرى. أما
الجنون المطلق عندما يستوعب كل أوقات المريض.
ما هو حكم تصرفات المجنون؟ (المادة 107 من ق.أ.)
المجنون المحجور عليه: كلها باطلة.
المجنون غير المحجور عليه: باطلة فقط على التي وقعت أثناء جنونه لأنه إذا
وقعت في فترة إفاقه فهي صحيحة بشرط أن يكون بالغاً سن الرشد.
ملاحظة: تناقض قائم بين المادتين 85 و107 من قانون الأسرة.

2- العته (Imbécilité): هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير ولكن
لا يضرب ولا يشتم.

ما هو حكم تصرفاته؟
قد ألحقه المشرع الجزائري في الحكم بالجنون.

ملاحظة: تناقض قائم بين المادة 49 من ق.م. والمادة 86 من ق.أ.

3- السفه (Prodigalité): السفه هو المغلوب بهواه، فيعمل بخلاف موجب العقل
والشرع مع قيام العقل حقيقة.
ملاحظة: تناقض بين المادة 43 من ق.م. والمادة من ق.أ.

4- ذو الغفلة (Faible d'esprit): هو من لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة، فيغبن
لسلامة قلبه.

فالمشرع الجزائري لم يعتبر الغفلة عارضا مستقلا عن السفه بل اعتبرها
نوعا منه. والحكم واحد بالنسبة إلى هذين العارضين.

10- موانع الأهلية:

قد يوجد الشخص بالرغم من اكتمال أهليته في ظروف تمنعه من مباشرة
التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، ولذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص
آخر يتولى إبرام هذه التصرفات أو يساعده في إبرامها.

وهذه الموانع هي: الغيبة (وهي مانع مادي)، والحكم بعقوبة جنائية (وهي مانع قانوني) والعاهة (وهي مانع طبيعي).

1- الغيبة: وينصرف اصطلاح الغائب في القانون الجزائري إلى:
أ- المفقود وهو لا تعرف حياته من مماته (المادة 109 من ق.أ.).
ب- من لا يعرف له موطن أو محل إقامة رغم التيقن من حياته.
ج- من له موطن أو محل إقامة خارج الجزائر ويستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه في إدارتها (المادة 110 من ق.أ.).

2- الحكم بعقوبة جنائية:
المحكوم عليه بعقوبة جنائية هو في الأصل شخص كامل الأهلية إلا أن الضرورة تقتضي بتعيين نائب له يرعى مصلحه.

وأن المحكوم عليه بعقوبة جنائية يكون محجورا عليه مدة تنفيذ العقوبة ويختار له مقدما ما يختاره المحكوم عليه وتقرره المحكمة، فإن لم يفعل عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة ويتولى المقدم أعمال الإدارة، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة. وترد له أمواله بعد انقضاء مدة العقوبة أو الإفراج عنه.

3- ذو العاهتين:
تعتبر العاهة بشروط معينة مانعا من موانع الأهلية.
المادة 80 من ق. نصت ما يلي:
1- إذا كان الشخص أصم أبكم- أعمى أصم - أعمى أبكم.
2- تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته.

في هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ما هو حكم تصرفات ذو العاهتين؟

تكون قابلة للإبطال إذا عين من أجلها وصيا قضائيا وتمت بدون حضور هذا الأخير.
ملاحظة: التصرفات الصادرة من ذي العاهتين قبل تعيين له مساعد قضائي تكون صحيحة.

الفصل الثالث الشخص المعنوي أو الاعتباري

المبحث الأول تعريف الشخص المعنوي وأنواعه

المطلب الأول تعريف الشخص المعنوي

يوجد بجانب الشخص الطبيعي ما يسمى بالشخص المعنوي (Personne)
(Morale).

ما هو الشخص المعنوي؟

هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال أو منهما معا، تقوم لتحقيق غرض معين ويمنحها القانون الشخصية القانونية لتحقيق ذلك.

ما هي الأشخاص الاعتبارية؟

طبقا للمادة 49 من ق.م.، فالأشخاص المعنوية هي :

أ-الدولة، الولاية والبلدية.

ب-المؤسسات والدواوين العامة.

ج-المؤسسات الاقتصادية العامة، التعاونيات، الجمعيات وكل مجموعة(أشخاص وأموال) يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

ما هي أنواع الشخص المعنوي؟

الأشخاص المعنوية على نوعين:

- 1-أشخاص عامة: تخضع لأحكام القانون العام
- 2-أشخاص خاصة: تخضع لأحكام القانون الخاص.

متى تكتسب الدولة شخصيتها الاعتبارية؟

تكتسب الدولة شخصيتها الاعتبارية من اعتراف الدولة بها :
أ-الولاية ب-البلدية ج- المؤسسات والدواوين العامة.

ما هي الأشخاص المعنوية الخاصة؟

تنقسم هذه الأشخاص إلى قسمين:

1-جماعات الأشخاص.

2-مجموعة الأموال.

1-جماعات الأشخاص:تتكون هذه الأخيرة من جملة أشخاص يجتمعون على

تحقيق غرض معين، وهي تشمل الشركات والجمعيات.

ما هي الجمعيات؟

الجمعية هي جماعة من الأشخاص تقوم لتحقيق غرض معين غير الربح المادي (المادة 2 من ق.م. الصادر في 2006/12/04) كغرض خيري أو رياضي أو ديني أو سياسي، وهذا ما يفرقها عن الشركة رغم أن تشبهها في أنها تقوم على جماعة من الأشخاص.

2-مجموعات الأموال: فهي حبس مال ذي ريع (Rente) للإنتاج على تحقيق

ورعاية غرض معين، ومثالها المؤسسات الخاصة. والوقف المستمد من الشريعة الإسلامية (المادة 213 من ق.أ).

متى تبدئ وتنتهي الشخصية المعنوية؟

-الدولة: تبدأ الشخصية الاعتبارية للدولة من يوم تكامل لأركانها الثلاثة من

شعب وإقليم وسلطة واعتراف الدولة بها كعضو في المجتمع الدولي.

-الولاية: تبدأ شخصيتها من تاريخ صدور قانون إنشائها الذي يحدد اسمها ومركزها واستقلالها المالي وشخصيتها القانونية (المادة 1 من ق.09/90 الصادر في 1990/04/07).

-البلدية: تبدأ بصدور قانون إنشائها من وزير الداخلية (المادة 01 من ق.08/90 الصادر في 1990/04/07).

-المؤسسات والدواوين والجمعيات العامة: تبدأ حياتها القانونية بصدور قانون إنشائها.

-الجمعيات والشركات والمؤسسات الخاصة: فإن القانون يشترط عقب صدورها قانون إنشائها، القيام بشهرها عن طريق تسجيلها في السجلات الخاصة بالتوثيق في الشهر العقاري وكذلك نشر قانون إنشائها وتسجيلها بالصحف اليومية حتى تمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

متى تنتهي الشخصية المعنوية؟

-الدولة: تنتهي بزوال عناصرها الثلاثة.

-الولاية والبلدية والدائرة:تنتهي شخصيتها بصدور قانون إلغائها أو إدماجها في مؤسسة عامة أخرى (تصدر قوانين الإلغاء والإدماج من السلطة المختصة بالإنشاء).

-المؤسسات العامة:تنقضي شخصيتها بإدماجها في مؤسسة عامة أخرى أو إلغائها بقانون تصدره السلطة التي أنشأتها.

-الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة تنتهي المدة ب:-

- 1-حلول أجل انقضائها (المحدد في قانون إنشائها).تنتهي إذا نزل عدد الأعضاء عن الحد الأدنى الواجب توافره.
- 2-تحقيق الغرض من إنشائها.
- 3-اتفاق الشركاء على حلها.
- 4-إشهار إفلاسها.
- 5-صدور حكم قضائي بحل الشخص الاعتباري.

6- صدور قانون بإلغائها.

هل يفقد الشخص المعنوي ذمته المالية بانتهاك شخصيته؟
لا، تبقى ذمة الشخص المعنوي قائمة لفترة تصفية أمواله.

المطلب الثاني

الخصائص المميزة للشخص الاعتباري

أولاً.- الاسم:

يكون دائما لكل شخص اعتباري اسم يعرف به ويميزه عن باقي الأشخاص الاعتباريين ويحدد الاسم من طرف الدولة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ومن طرف الخواص بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة.
ما هي الطبيعة القانونية للاسم؟
فالاسم حقا وواجبا للشخص الاعتباري.

وهل يستمد اسم الشخص الاعتباري من الغرض الذي يسعى إليه؟

نعم، يستمد عادة اسم الشخص الاعتباري من الغرض الذي يسعى إليه
مثل: الشركة الوطنية للسكك الحديدية الجزائرية (S.N.C.F.A.)، الشركة الوطنية للصناعات الإلكترونية (E.N.I.E.)، المؤسسة الوطنية لنقل المسافرين (S.N.T.V.).

هل يجوز التصرف في اسم الشخص الاعتباري؟

نعم، يجوز التصرف في اسم الشخص الاعتباري إذا كان اسما تجاريا لأنه أحد عناصر المحل التجاري. وما عداه لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز للدولة أن تتصرف في اسمها.

ثانياً.- الموطن:

هل موطن الشخص المعنوي هو موطن أعضائه أو منشئيه؟

للشخص المعنوي موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشئيه
(المادة 2/50 من ق.م.). ويتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته
(المحدد عادة في نظامه الأساسي).

هل موطن الشخص الاعتباري يمتد حتى بالنسبة لفروعه؟
لا، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة بهذا النوع.

إذا كان مركز الشخص الاعتباري بالخارج فيعتبر موطنه القانوني محل الفرع بالبلاد (المادة 5/50 من ق.م.).

هل يجوز للشخص الاعتباري أن يكون له موطناً عادياً أو قانونياً أو مختاراً؟
نعم، يجوز له ذلك.

ثالثاً- الأهلية:

هل للأشخاص الاعتبارية أهلية وجوب؟
نعم، بمجرد ثبوت الشخصية القانونية للشخص المعنوي تكون له أهلية وجوب وأهلية أداء كاملة. غاية تكوين الشخص الاعتباري.

هل للشخص المعنوي والشخص الطبيعي أهلية وجوب واحدة من حيث النطاق؟

لا، فأهلية وجوب الشخص المعنوي أضيق نطاقاً من أهلية الوجوب المقررة للشخص الطبيعي وهذا راجع لعاملين هما:

1- طبيعة تكوين الشخص الاعتباري:

باعتباره مجموعة من الأموال، جماعة من الأشخاص، لا يتصور (المادة 1/50 من ق.م.) أن تكون له الحقوق والواجبات حقوق الأسرة وما يتفرع عنها (الزواج، الميراث، الحضانة) أو الحقوق والواجبات التي تستند إلى الكيان الجسدي، كالحق في سلامة الجسم أو في أداء الخدمة العسكرية. أما الحقوق السياسية، فطبقاً للرأي الراجح، لا يحتم قصرها على الإنسان، بل أنه من المنظور أن تتم المشاركة في الحكم من جانب بعض أنواع الشخص المعنوي.

2- مبدأ التخصص:

إذا كان الشخص الطبيعي يستطيع أن يوجه نشاطه أية وجه يريد (المادة 3/50 من ق.م.) ما دام لا يخرج عن النظام العام والآداب وتثبت له الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الواجبات عامة دون تحديد. فإن الشخص المعنوي يخضع لمبدأ التخصص لأنه ما قام إلا لتحقيق غرض معين، ولذا لا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض.

هل أهلية الأداء المقررة للشخص المعنوي تخضع لنفس الأحكام المقررة لأهلية أداء الشخص الطبيعي؟
لا، فالشخص الاعتباري لا تطرأ عليه عوارض الأهلية كالإنسان، ولا يمر بمرحلتى عدم التمييز والتميز.

رابعاً- الحالة المدنية:

هل وحد القانون بين حالة الشخص المعنوي وحالة الشخص الطبيعي؟
لا، يفترق الشخص المعنوي عن الشخص الطبيعي في أنه لا ينسب إلى أسرة معينة ولا إلى دين معين.
ويتفق معه في أنه ينتسب إلى دولة معينة أي له جنسية دولة معينة.

هل جنسية الشخص المعنوي مستقلة عن جنسية أعضائه؟
نعم، فجنسية الشخص المعنوي مستقلة عن جنسية أعضائه.

خامساً- الذمة المالية:

للأشخاص الاعتبارية ذمة مالية بعنصرها الإيجابي والسلبي خاصة به. ودمته هذه مستقلة ومنفصلة تماماً عن الذمة المالية للأفراد.
هل يجوز لدائن الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري الرجوع بديونهم على هذا الشخص؟
لا، لا يجوز لهم ذلك.

الفصل الرابع العقارات والمنقولات: مبحث موحد

تقسيمات الأشياء

أهم تقسيمات الأشياء يتجلى تقسيمها إلى عقارات ومنقولات.

محل الحق هو ما ينصب عليه مضمون ذلك الحق. محل الحق قد يكون شيئاً أو عملاً – الحق الشخصي قد يحتاج محل الحق قد يكون شيئاً في بعضها و عملاً في البعض الآخر.

الشيء: هو المحل الذي تقع عليه الحقوق عادة.

الأموال: تطلق على الحقوق ذات القيمة المالية أياً كان نوع الحق سواء كان حقا عينيا أم شخصيا أم أدبيا.

الحق: هو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون.

الحرية أو الحريات العامة: رخص أو إباحة لأفراد المجتمع كافة.

1- التمييز بين العقار والمنقول: المادة 683 من ق.م.

المطلب الأول

العقارات

ما هي أنواع العقارات؟

العقارات نوعان: عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصص.

أولاً- العقار بطبيعته

العقار بطبيعته هو كل شيء ثابت في مكانه ومستقر فيه لا يتحرك منه، ويشغل حيزاً معيناً لا يتغير.

إذن العقارات بطبيعتها هي:

أ- الأراضي: أي الأراضي الزراعية والمعدة للزراعة والأراضي الصحراوية والجبلية والأراضي المعدة للبناء.

ويشغل مفهوم الأرض:
-كل ما يقام فوق الأرض مادام مثبتا فيها كالطرق، الممرات المعلقة.
-كذلك ما يوجد تحتها كالأبار.
-ويدخل في هذا المفهوم أيضا: ما يوجد فوق سطحها كالرمال والأحجار، أو في باطنها كالمناجم البترولية أو المعدنية.

ب-الأبنية:

كل بناء أو إنشاء أو تشييد على الأرض مادام مثبتا فيها أيا كانت طريقة تثبيته في الأرض، وأيا كان مالكه مادام مستقرا بمكانه.

ج-الأشجار والنباتات: أي تلك المتصلة بالأرض اتصالا ثابتا ومستقرة بمكانها فيها بواسطة جذورها المتعمقة في التربة الأرضية.

هل يشترط في الشيء أن يكون مملوكا للدولة ملكية خاصة أم عامة حتى يطلق عليه تسمية عقار؟
سواء كان الشيء مملوكا للدولة ملكية خاصة أم عامة أو مملوكا للأفراد ملكية خاصة فهو عقار.

في البناء: ما هو حكم البناء الذي يؤول إلى السقوط أو هناك تعامل فيه لإزالته ولاستبداله ببناء آخر؟
يعتبر البناء في حكم المنقول بحسب المأل لأن النية في التعامل تكون متجهة إلى نقله من حيزه وعدم استقراره في مكانه.

هل يشترط في الأشجار أو البناءات نوعا معينا حتى تضاف عليها طابع العقار؟
لا، مهما كان نوعها فهي عقار.

وهل تعتبر الشجيرات الصغيرة والزهور الموجودة في أوعية بحيث يمكن نقلها في تلك الأوعية من مكان إلى آخر، من قبيل العقارات؟

لا، فهذه تأخذ حكم المنقول لأنه ليس لها طابع أو صفة الاستقرار، وكذلك الأمر بالنسبة للأشجار والنباتات إذا وقع التصرف فيها بنية اقتلاعها من الأرض، أو نقلها من مكانها، فهي عقارات مادامت متصلة بالأرض.
ثانياً- العقار بالتخصص: المادة 2/683 من القانون المدني.
هو كل منقول وضعه صاحبه مالك العقار فيه بنية رصده وتخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله.

ما هي شروط العقار بالتخصص؟

للعقار بالتخصص شرطان هما:

1- أن يكون مالك العقار والمنقول شخصاً واحداً (المادة 683 من ق.م.).

2- رصد المنقول لخدمة العقار (المادة 683 من ق.م.).

أي يكون المنقول قد جعله صاحبه خصيصاً لخدمة العقار أو لفائدته وتسهيل الانتفاع به أو استثماره.

هل تعتبر الآلات التي يضعها مستأجر الأرض الزراعية لخدمة هذه الأرض وزراعتها من قبيل العقارات بالتخصص؟
لا، لانتفاء الشرط الأول.

هل تعد الآلة لرفع المياه التي يضعها صاحب الدار للطوابق العلوية عقاراً؟
لا، عقاراً بالتخصص.

المطلب الثاني المنقول

المنقول : هو كل شيء يمكن نقل بدن تلف. وقد يكون المنقول كذلك إما بطبيعته وإما بحسب ماله أو يكون معنوياً.

هل يمكن حصر كل المنقولات وتحديدها؟

لا يمكن حصر كل المنقولات وتحديدها في نص قانوني.

أولاً- المنقول بطبيعته:

ما هي المنقولات بطبيعتها؟

كل الأشياء سواء كانت من الحيوان أو الجماد، فهي منقولات بطبيعتها لأنها قابلة للتحرك دون تلف، وذلك ما دامت ليست عقارات.

هل تخضع الطائرات والسفن والسيارات التي تعد منقولات بطبيعتها في البيع والشراء أو الرهن لأحكام المنقولات أم العقارات؟

فهي تخضع وذلك لأهميتها في العملة، لأحكام العقارات على وجوب تسجيل وإشهار هذه التصرفات.
ثانياً- المنقول بحسب المآل :

يقصد به كل شيء ثابت ومستقر في مكانه (فهو بطبيعته عقار لكنه يعتبر منقولاً) لأنها ستفقد صبغة الثبات في المستقبل كالثمار في الأشجار التي تباع على أن تنفصل عن الأشجار الثابتة في الأرض بعد شهر مثلاً، كالمباني المعدة للهدم.

ثالثاً- المنقول المعنوي:

وهو كالأفكار والمخترعات (حقوق المؤلف والابتكار والاختراعات الصناعية والتقنية (المحل التجاري هو منقول معنوي).

الآثار القانونية للتمييز بين العقار والمنقول:

آثار التفرقة في القانون المدني:

الأموال والحقوق والدعاوى في العقار والمنقول

الحقوق المالية محلها العقارات والحقوق المنقولة محلها منقولات.

ما هي الدعاوى المنقولة؟

الدعاوى المنقولة هي:

(1)-الحقوق العينية على الأشياء المنقولة كحق الملكية المنقولة أو حق رهنه أو حيازته.

(2)-الحقوق الشخصية: أيا كان نوعها (إعطاء شيء أو قيام بعمل أو لامتناع

عنه) حتى ولو كان ذلك الشيء عقاراً لأن واقعة إعطاء الشيء أو تسليمه منقولاً كان أم عقاراً هي حق شخص منقول.

(3)-الحقوق المعنوية والأدبية.

ما هي الدعاوى العقارية؟

هي تلك الدعاوى المتعلقة بالحقوق العقارية كالتصرف في العقار بالبيع أو

تأجيريه أو رهنه رهناً رسمياً.

هل تخضع المنقولات والعقارات لنفس الأحكام في شأن بيعها ؟

1- يخضع اكتساب الحقوق العينية العقارية وكذا انتقالها من شخص لآخر بمبدأ عام وهو تسجيل تلك الحقوق والعقود المثبتة لها في السجلات العقارية الخاصة بها كبيع منزل مثلاً.
أما المنقولات فتنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع دون حاجة إلى تسجيل مع الاستثناءات السابقة: الطائرات، السفن والسيارات.

ما هو حكم حيازة الشيء ؟

2- حيازة المنقول تعتبر سند الملكية مادامت تلك الحيازة بحسن نية وقائمة على سبب صحيح ويستثنى منها الأشياء المسروقة والأشياء المفقودة من أصحابها (فقد حسن النية والسبب الصحيح).

أما حيازة العقار بحسن النية وسبب صحيح فلا تعتبر سندا لملكية العقار. فهي تصلح فقط لأن تكون سبباً لكسب ملكيته بالتقادم في حالة استمرار كهذه الحيازة لمدة 15 سنة (المادة 827 من ق.م. و 10 سنوات في حالات أخرى المادة 828 من ق.م.).

ما هو آثار الغبن في ثمن الشيء عند بيعه ؟

3- الغبن في بيع العقار يجعل للبائع الحق في طلب تملكه الثمن إلى أربعة أخماس^{5/4}.

يرفع المغبون دعواه خلال ثلاث سنوات من يوم العقد (المادة 350-352 من ق.م.). أما بيع المنقول والغبن لا يخضع لهذه الأحكام.

4- الحقوق العينية بعضها قاصر على العقارات دون المنقولات، الرهن الرسمي وحق الارتفاق، حق الاختصاص، حق السكن.

آثار التفرقة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

1- الاختصاص المكاني في الدعاوى العقارية يكون دائماً للمحكمة التي يقع فيها العقار في دائرتها (المادة 40 من ق.إ.م.!).

أما في الدعاوى المنقولة يكون لمحكمة موطن المدعى عليه (المادة 37 من ق.إ.م.).

(2)-الحجز القضائي :

يتم الحجز القضائي على العقارات بالتأشير في السجلات العقارية الخاصة بالشهر العقاري.
أما في المنقول يكون بوضع اليد عليه وتسليمه لحارس قضائي الذي يكون مسئولا عنه (المادة 364 من ق.م.).

(3)-دعاوى منع التعرض في الحيازة دائما يتعلق بالعقار فقط دون المنقول.

آثار التفرقة في قانون العقوبات :

الأموال المنقولة يعاقب على الاعتداء عليها في مواد الجنح بالحبس و/أو الغرامة كالسرقة (م. 350 من ق.ع.)، النصب (المادة 372 من ق.ع.)، خيانة الأمانة (المادة 376 من ق.ع.)، إخفاء الأشياء المسروقة.

الحقوق العقارية : يعاقب عليها بالحبس من 1 سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 د.ج. (المادة 1/386 من ق.ع.) كل من أنتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطريق التدليس. وبظرف مشدد يعاقب عليها بالحبس من 2 سنة إلى 10 سنوات وبغرامة من 20000 د.ج. إلى 100000 د.ج.).

محل الحق هو ما ينصب عليه مضمون ذلك الحق. محل الحق قد يكون شيئا أو عملا – الحق الشخصي قد يحتاج محل الحق قد يكون شيئا في بعضها و عملا في البعض الآخر.

-**الشيء** : هو المحل الذي تقع عليه الحقوق عادة.

-**الأموال** : تطلق على الحقوق ذات القيمة المالية أيا كان نوع الحق سواء كان حقا عينيا أم شخصيا أم أدبيا.

-**الحق** : هو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون.

-**الحرية أو الحريات العامة** : رخص أو إباحة لأفراد المجتمع كافة.

الفصل الخامس

مصادر الحق

- لحقوق مصادر متعددة يمكن جمعها في طائفتين:
- (1)-المصادر غير الإدارية: أي لا يتوقف نشأة الحق فيها على إرادة الإنسان ويطلق عليها الوقائع القانونية.
 - (2)-المصادر الإدارية : فهي تلك التي تتجه فيها إرادة شخص أو أكثر إلى إنشاء حق يقابله التزام دائما.

المبحث الأول الوقائع القانونية : المصادر غير الإرادية

في ظل هذه المصادر تنشأ الحقوق فيها بقوة القانون بمجرد توافر المصدر أي السبب المنشئ الذي يكون واقعة مادية أي حدثا أو عملا أو فعلا ماديا.

المطلب الأول القانون والوقائع المادية الطبيعية

أولاً.- القانون وحده مصدرا للحق :

هل يجوز أن يكون القانون وحده مصدرا لبعض الحقوق الخاصة والعامة ؟
نعم، ومن أمثلة ذلك الأحكام الواردة في قانون الأسرة التي تحدد أنصبة الورثة أو التي تضمن حقوق الزوجين وكذلك حق النسب.
فهذا الحق يترتب بقوة القانون بمجرد ولادة الطفل دون التوقف على إرادة. وعلى ذلك فإن محل اسم العائلة وثبوت الجنسية بحق الدم وحق التوارث كلها حقوق مصدرها القانون دون إرادة الأشخاص.

الحقوق الزوجية مصدرها القانون لا عقد الزواج.

ثانياً.- الوقائع الطبيعية مصادر للحق :

وينشأ كذلك الحق هنا لا على أساس إرادة الأشخاص وإنما نتيجة لوقوع حدث من الأحداث الطبيعية. مثل، الميلاد وواقعة الوفاة : هما من صنع الطبيعة وحدها.

واقعة الميلاد : يترتب على واقعة ميلاد الطفل حقوق متعددة مثل حقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه.
واقعة الوفاة : انتهاء الشخصية القانونية للمتوفى وتصفية ذمته المالية وتنشأ عنها (الوفاة) حقوق الورثة الموصى لهم.

هل يمكن أن تنشأ وقائع قانونية بفعل الإنسان ؟

نعم، أن اعمل المادي الذي يقوم به الإنسان يكون مصدرا للحق إذا كان القانون يرتب على ذلك العمل المادي آثار قانونية دون الالتفات إلى ما إذا كانت نية وإرادة القائم به تتجه نحو ذلك.مثل، من صدم بسيارته شخصا آخرا يلتزم بتعويضه (حق التعويض للمضروب).

هل يختلف الأمر إذا كان السائق يقصد الإصابة ؟

من ناحية المسؤولية الجنائية :تختلف العقوبة.
من ناحية المسؤولية المدنية : فإرادة الجاني لا تغير في أمر التعويض شيئا، فحق المضروب بالتعويض قائم في الحالتين حتى ولو كانت الإصابة بدون قصد.

يقسم الفقه المدني الوقائع المادية من فعل الإنسان أو غيره التي تكون مصادر للحق على غير إرادة فاعلها إلى فئتين :

(1)- الأعمال الضارة (العمل غير المشروع).

(2)-شبه العقود (كالإثراء بلا سبب مثلا،...إلخ).

المطلب الثاني

الفعل الضار

كل عمل من أعمال الإنسان المادية (سواء كانت أعمالا إيجابية كالأداء أو أمالا سلبية كالامتناع) المنطوي على خطأ من جانب فاعله وترتب على أثره ضرر لحق بشخص آخر. مهما كانت نوعية الضرر ماديا أو عضويا أو نفسيا أو أدبيا يقوم للمضروب حق التعويض عن الأضرار التي لحقتة.

أولاً- أركان المسؤولية التقصيرية

فمرتكب الفعل الضار ملتزماً بأداء حق المضرور في التعويض إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية وهي: الخطأ - الضرر - العلاقة السببية بينهما (المادة 124 من ق.م.).

أ.- الخطأ:

يقصد بالخطأ الإخلال بالالتزام القانوني ويثبت في جانب كل من ينحرف عن "السلوك الشخصي العادي للإنسان".
معيار الخطأ هو تصرف الشخص العادي أي كل إنسان مميز مدرك متوسط الذكاء.

ماذا يقصد بالخطأ في المواد الصناعية؟

فالخطأ هو المفهوم الجنائي هو الركن المعنوي أي الشخصي في الجريمة.

وهو نوعان :

-خطأ عمدي في الجريمة العمدية (القصد الجنائي (القتل، الإعدام).

-خطأ غير عمدي في الجريمة الذي لا يتوافر فيه القصد الجنائي ولا نية الإجرام كمن يصدم بسيارته شخصاً دون أن تتجه إرادته لإصابته ولكن حصل ذلك بسبب الإهمال لأكثر.

هل يختلف مفهوم الخطأ في المواد المدنية عن مفهومه في المواد الجنائية؟

نعم، لأن مفهوم الخطأ في المواد المدنية أوسع من مفهومه في المواد الجنائية. فيشمل الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي وكذلك حالات التعسف في استعمال الحق (المادة 124 مكرر في ق.م.).

ب.- الضرر :

هو الأذى الناتج عن سلوك الخاطئ.

ما هي أنواع الضرر؟

-فالضرر قد يكون مادياً كمن يتلف منقولاً للغير.

-وقد يكون عضوياً أو جسمانياً كمن يضرب آخر فيصيبه في جسده يجرح أو يسبب له عجز عن العمل أو مرضاً لفترة من الزمن.

-وقد يكون الضرر معنويا إذا أصاب الإنسان في عرضه أو شرفه أو عاطفته أو شعوره.

ج.- العلاقة السببية :

هي الرابطة بين الخطأ والضرر، أي خطأ ما هو الذي تسبب في ضرر معين.

على من يقع عبء إثبات الخطأ ؟

كمبدأ عام يقع ذلك العبء على المدعي بالحق المدني، أي أن المضرور هو الذي يلتزم بإثبات وجه الخطأ أمام المحكمة المختصة مهما كان نوع الخطأ عمدي أو غير عمدي أو نتيجة لتعسف في استعمال الحق.

(استثناء) إلا أن المشرع يأخذ بفكرة الخطأ المفترض ويهجر بالتالي فكرة الخطأ واجب الإثبات في بعض الحالات بنص خاص في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير عندما يكون للشخص إشراف أو رقابة على الغير.

ثانيا.- الخطأ المفترض في التشريع الجزائري

متى يكون الخطأ مفترضا في التشريع الجزائري في المسؤولية التقصيرية ؟
يكون ذلك في الحالات التالية :

- (1)- مسؤولية مكلف برقابة شخص آخر (م.134 رقابة القاصر والمختل عقليا).
- (2)-مسئولية المتبوع عن عمل تابعه (المادة 136 حالة تأدية العمل أو بسببه).
- (3)- مسؤولية حارس الآلة (المادة 138، كحارس آلة الحفر، سيارة، باخرة).
- (4)-مسئولية حارس الحيوان (المادة 139 حتى ولو لم يكن مالك الحيوان بحراسة كافية).

(5)-مسئولية صاحب البناء (المادة 140 كل من أصابه ضرر من تهدم بناء، له الحق في التعويض في مواجهة مالك البناء ما لم تثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو عيب فيه).

في جميع هذه الحالات يكون الخطأ مفترض قانونا في جانب المسئول، فلا يلتزم المضرور بإثبات الخطأ ولكن هذه قرينة قابلة لإثبات العكس.

المطلب الثالث

أشباه العقود

أولاً.- الإثراء بلا سبب (المادة 141 من ق.م.) كالوفاء بالدين لشخص ليس بدائن.

ثانياً.- الدفع الغير المستحق (المادة 143 من ق.م.) كالوفاء بالدين مرتين.

ثالثاً.- الفضالة (من المادة 150 إلى المادة 159 من ق.م.): هي أن يقوم شخص عن قصد بمل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بالقيام بهذا العمل قانوناً أو اتفاقاً.

تخضع الفضالة إلى قواعد الوكالة إذا أجاز بها رب العمل.

المبحث الثالث

التصرفات القانونية والعقد

والالتزام بالإرادة المنفردة³⁷

المطلب الأول

العقود مصادر الحق

العقد هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الحقوق والالتزامات المقابلة لها، أو قتلها أو تعديلها أو إنهائها.

هل تخضع الاتفاقات التي تنظمها قواعد القانون العام كالمعاهدات والاتفاق على شغل وظيفة عامة إلى هذه المادة (القانون المدني)؟
لا، فهي تخضع لقواعد أخرى.

أولاً.- أركان العقد :

للعقد أركان عدة: الرضا، المحل، السبب.

أ.- الرضا :

هو توافق وتطابق الإرادتين المتجهتين إلى إحداث الأثر القانوني للعقد.

³⁷ المادة 123 مكرر من القانون الجديد

يبدأ احد المتعاقدين بطرح موضوع التعاقد مع الآخر: وهو الإيجاب، إذا لقي الإيجاب (العرض) موافقة:قبولا، يتم الاتفاق بتلاقي الإيجاب مع القبول.

هل يشترط أن يصدر الإيجاب أو القبول من الشخص الذي يكون طرفا في العقد؟

لا، بل يجوز أن يكون عن نائبه أي من ينوب عن الأصيل كالولي – الوصي – المقدم الوكيل،...إلخ.

-الإرادة المنعدمة والإرادة المعيبة :

(1)-الإرادة المنعدمة : إذا صدرت من شخص عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ...، يكون العقد باطلا.

(2)-الإرادة المعيبة : قد تكون الإرادة قائمة ولكنها معيبة كما لو صدرت من كامل الأهلية، لكن شابها عيب من عيوب الرضا. حكم العقد:قابل للإبطال.

ب.- المحل (م. 92-95 ق.م.):

ما المقصود بمحل العقد؟

يقصد به العمليات القانونية التي يراد تحقيقها من وراء إبرام العقد. وتتجلى هذه العمليات في إنشاء حق – التزام – نقل – تعديل – إنهاء الحقوق.

- شروط محل العقد :

ما هي شروط المحل؟

(1)- أن يكون المحل ممكنا :

إذا كان محل الحق العيني غير موجود، ولا قابلا الوجود، يكون العقد باطلا، كمن يبيع دار وأنه تبين قد تهدمت أو التزام الشخص ممكنا – كمن يدعي رد روح الميتة.

(2)- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين :

مثلا تعيين الدار – مكانها – مساحتها – عدد غرفها.

(3)- أن يكون المحل مشروعاً :

أي أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه (شرعا وتشريعا).

ج. - السبب (م. 95-98 ق.م.):

(1)-سبب العقد : هو الباعث الدافع إلى التعاقد. فالمشتري لمنزل مثلا، قد تكون غايته سكنه بحالته، بناء عدة طوابق لتأجيرها للآخرين. بائع المنزل قد تكون غايته سداد دين عليه بثمن المنزل. * **ولهذا نقول بأن الباعث على التعاقد يتميز بثلاث خصائص :** (أ)- الباعث الدافع إلى التعاقد يكون خارجا عن نطاق التعاقد. (ب)-ذلك الباعث يختلف من شخص لأخر من أطراف العقد. (ج)-أنه قابل للتغير بحسب ظروف الأطراف.

***مشروعية السبب ووجوده :**

أن يكون السبب الدافع للتعاقد مشروعاً. ما هو حكم السبب غير المشروع في التعاقد ؟ إذا كان عدم المشروعية معلوما لأحد طرفي العقد وقت التعاقد وخافيا على الطرف الآخر، يكون العقد قابلا للإبطال لصالح لمن يجهل ذلك. أما إذا كان الطرفان عالمين بالسبب غير المشروع وقت التعاقد، يكون العقد باطلا بطلانا مطلقاً.

***سبب الالتزام :**

هو الغرض القريب أو الهدف المباشر الذي يتوخى المتعاقد تحقيقه. البائع مثلا، يلتزم بتسليم المبيع ونقل ملكيته للمشتري، هدفه المباشر هو الحصول على الثمن (سبب التزامه هو مجرد حصوله على الثمن وذلك يختلف عن سبب العقد المتمثل في افتتاح مصنعا لإنتاج سلعة ما).

هل يختلف سبب الالتزام في العقد الواحد بتغير أطراف له ؟

لا، لا يتغير. إذ في عقود البيع سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو قبض الثمن.

عقود الإيجار: سبب التزام المستأجر في دفع الأجرة هو استلام العين المؤجرة.

المطلب الثاني الإرادة المنفردة مصدر الحق³⁸

لقد أجاز المشرع في 123 مكرر من ق.م. أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير. ويدخل في إطار هذا التصرف، التصرفات القانونية التي تتم بإرادة واحدة، مثل ما هو عليه في الوصية، والوعد بجائزة، والهبة والوقف.

أولاً. - شروط التصرف بالإرادة المنفردة ؟
فهي : الرضا - المحل - السبب.

هل يكفي بالإرادة المنفردة وحدها ؟
نعم، فيكتفي هنا بالإرادة المنفردة وحدها دون توافقها مع إرادة الطرف الآخر (المادة 191 من ق.أ.).

هل يشترط الشكلية في هذه التصرفات ؟
نعم، يشترط ذلك في بعض التصرفات كالوصية.

هل هو شرط إثبات أم صحة ؟
فالشكلية تتغير بمتابفة شرط إثبات (المادة 191 من ق.أ.).
وكذلك بالنسبة لمن يطالب باكتساب ملكية لعين بالتقادم مدعياً أن حيازته لها دامت عشر سنوات وهو عالم بملكية غيره لهذه العين، فهذه وقعة متصلة بالدعوى ولكنها غير منتجة للإثبات، إذ في هذه الحالة يجب عليه أن يثبت أن حيازته للعين دامت خمس عشرة سنة.

³⁸ المادة 123 مكرر والمادة 1/123.

يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول : لا يمكن أن تكون الواقعة محل الإثبات مستحيلة استحالة طبيعية كالخضم الذي يريد إثبات بنوته لمن هو أصغر منه سناً. ولا يجيز القانون كذلك إثبات واقعة معينة لاعتبارات مختلفة كسر المهنة³⁹. كما لا يجيز القانون كذلك الاتفاق على القرض بفائدة بين الأفراد، وعليه فلا جدوى من إثبات هذا لاتفاق ولو بدليل كتابي لأنه واقعة قانونية غير جائزة القبول، فهو غير جائز القبل قانوناً، كما لا يجوز كذلك إثبات خلاف ما تضمنته القرائن القانونية القاطعة⁴⁰.

فإذن، لكي تكون الواقعة محل الإثبات، يجب أن تكون جائزة القبول

المطلب الثالث طرق الإثبات

تختلف طرق الإثبات من حيث قوتها، فلكتابة قوة مطلقة في الإثبات، أما البيينة والقرائن القضائية فلهما قوة محدودة، وهناك طرق تعتبر معفية من الإثبات كالإقرار واليمين، والقرائن القانونية، وحجية الحكم المقضي به. وهذا ما يتطلب التعرض إليه بالتفسير.

أولاً- الكتابة La preuve par écrit :

ويكون الإثبات بورقة مكتوبة تثبت الواقعة القانونية، ويشترط المشرع الكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري (100.000 د.ج.) أو تكون غير محددة القيمة، وهذا وفقاً للمادة 333 مدني ولا تستثنى من ذلك إلا التصرفات الخاصة بالمواد التجارية.

والأدلة المكتوبة على أنواع ثلاثة : الأوراق الرسمية والأوراق العرفية والكتابات الخاصة غير المعدة مسبقاً للإثبات.

³⁹ أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات-آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، ص.64.

أنظر، جمال الدين زكين الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص.1042.

أ.- الورقة الرسمية *l'acte authentique* :

وهي محرر يثبت فيه موظف عام، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن ويجب أن يكون الشخص محرر الورقة مختصا بتحريرها سواء من حيث طبيعتها أو من حيث مضمونها، فالأحكام القضائية مثلا، يختص بتحريرها كاتب الضبط.

وقد نصت المادة 324 مدني على ما يلي: "العقد الرسمي⁴¹ عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطات واختصاصه".

وتكون الورقة الرسمية دليلا قاطعا على ما ورد فيها ويعد كذلك تاريخها، تاريخا ثابتا، لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير وهذا ما تضمنته المادة 324 مكرر 5 مدني.

وتعتبر الورقة الرسمية سندا تنفيذيا إذا كانت ممهورة بالصيغة التنفيذية. فتمكن صاحبها من التنفيذ بحقه مباشر ون حاجة إلى استصدار حكم بذلك.

ب.- الورقة العرفية *l'acte sous seing privé* :

وهي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف عام ولا بد من توقيع ذوي الشأن عليها سواء كان ذلك بأنفسهم أو واسطة من ينوب عنهم.

وليست الورقة العرفية حجة بما تتضمنه، إذ يستطيع موقع الورقة إنكار ما تضمنته، أو ادعاء أنه لم يوقعها وإذا أقر موقع الورقة بما تضمنته فتكون لها قوة الورقة الرسمية⁴². ولا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت وهذا ما تضمنته المادة 328 مدني.

يلاحظ أن نص المادة 324 استعمل عبارة (العقد الرسمي) والأصح هو الورقة الرسمية لن مصطلح الورقة أعم من العقد، فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة كالإبراء من الدين الذي يتم فيه شكل ورقة وليس في شكل عقد لأن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة.⁴¹

أنظر، سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، ص. 206-207.⁴²

كما أن الورقة العرفية لا تعتبر سنداً تنفيذياً إذ يجب استصدار حكم على أساسها لتنفيذ ما دُون فيها.

ج.- الأوراق غير المعدة للإثبات :

توجد أوراق أو محررات عرفية غير معدة للإثبات، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية، والدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشيرات ببراءة ذمة المدين، ويقرر القانون لهذه الأوراق قوة معينة في الإثبات وهذا ما يتبين فيما يلي :

-الرسائل والبرقيات : تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي (المادة 329 من ق.ع.)، وتكون حجة على المرسل بما دون فيها، إلا إذا أثبت عكس ذلك، أما إذا أنكر المرسل توقيعه فعلى من يتمسك بها إثبات صدورها من المرسل فعلاً.

وتكون الرسائل ملك المرسل إليه، فله الاستفادة منها، إلا إذا كانت تتضمن سرا عائلياً أو مهنياً يمنع القانون إفشائه.

وللغير الاستفادة بما دون في الرسائل، وله أن يحتج بها شرط ألا يكون قد حصل عليها بطريق غير مشروع⁴³.

وتكون للبرقيات حجية الورقة العرفية متى كان الأصل المودع في مكتب الإرسال موقفاً عليه من المرسل، وهذا ما تضمنته المادة 329 مدني.

-الدفاتر التجارية: يلزم التجار بإمسك دفاتر تجارية ليسجلوا كل ما يتعلق بأعمالهم التجارية، ومن هذه الدفاتر، دفتر اليومية، ودفتر الجرد السنوي، ولا تكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها ولكنها تكون حجة عليه وفي هذا الصدد نصت المادة 330 مدني على ما يلي: "دفاتر التجارة لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، تجيز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

أنظر، أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.74.43

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها وأن يستبعد منها ما هو مناقض لدعواه".

-الدفاتر والأوراق المنزلة : قد يحدث أن يسجل الأشخاص مذكراتهم في دفاتر أو أوراق متفرقة، ولا تكون لهذه الدفاتر والأوراق حجة لصاحبها ذلك لأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه⁴⁴ ولكنها يمكن أن تكون حجة عليه، وتنص المادة 331 مدني على ما يلي : "لا تكون تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين :

-إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً.
-إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته".

-التأشير ببراءة ذمة المدين : إذا قام الدائن بالتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، فيعتبر هذا التأشير حجة على الدائن وذلك حتى ولو لم يوقع الدائن على هذا السند، أو كان التوقيع أو الكتابة بواسطة شخص آخر كالوكيل مثلاً، ولاعتبار التأشير بهذه الصفة حجة على الدائن يشترط أن يظل السند في حوزته وهذا ما تضمنته المادة 1/332 مدني.

أما إذا كان السند المؤشر عليه في حيازة المدين، فيشترط فيه أن يكون التأشير بخط الدائن وهذا ما تضمنته المادة 2/332 مدني، ذلك لأنه لو صح أن يكون التأشير بخط شخص آخر غير الدائن، لكان من السهل على المدين أن يكتب بنفسه أو بواسطة غيره عبارة الإبراء⁴⁵ لذلك يعتبر شرط التأشير بخط الدائن، شرطاً ضرورياً لبراءة ذمة المدين إذا وجد السند بحوزته.

ب- الشهادة Preuve par témoins :

الشهادة هي سماع أقوال الأشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها.

أنظر، سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص.458.44

أنظر، يحي بكوش، مرجع سابق، ص.180.45

وإذا كانت للكتابة قوة مطلقة في الإثبات إذ تلزم القاضي إذا لم ينكر موقع الورقة العرفية توقيعه عليها، ففي شهادة الشهود كن للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أو تركها إن شاء، ويؤخذ على بالشهادة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات التجارية وكذلك في التصرفات التي تقل قيمتها عن ألف دينار جزائري.

وكذلك يؤخذ بها إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ويقصد به كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال وهذا ما تضمنته المادة 335 مدني، ويعتبر هذا دليلا ناقصا يجوز للقاضي تكملته بالشهادة.

ويجوز الإثبات بالشهادة أيضا إذا وجد مانع أدبي أو مانع مادي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، وكذلك يجوز الإثبات بالشهادة إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته، وهذا ما تضمنته المادة 336 مدني.

كما لا يجوز الإثبات بالشهادة في حالة الغش أو التدليس، ويقصد بذلك الغش أو التدليس الصادر في مواجهة الغير وخاصة الدائنين منهم، إذ في هذه الحالة يمكن استبعاد ضرورة الإثبات بالكتابة عملا بالمبدأ الذي يقضي بأن جميع القواعد القانونية تستبعد في حالة الغش⁴⁶.

ج-القرائن وحجية الأمر المقضي به Pr sompions

القرينة هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني⁴⁷. وتعتبر حجية الأمر المقضي به قرينة قاطعة من نوع خاص لهذا سنرى في هذا الصدد أولا القرائن وثانيا حجية الأمر المقضي به.

1-القرائن :

وتنقسم القرائن إلى نوعين، قرائن قانونية وقرائن قضائية.

⁴⁶ Cf .Starck, op.cit., p.176.

انظر، عباس الصراف وجورج حزبون : المرجع السابق، ص.237.47

-القرائن القانونية : وهي قرائن ينص عليها القانون بصفة عامة ومجردة، وقد تكون قرائن بسيطة أي غير قاطعة، كما قد تكون قرائن قاطعة، أي لا تقبل إثبات عكسها.

فالقرائن البسيطة هي القرائن التي لا تعفي نهائيا من الإثبات، بل تنقل عند الإثبات من على عاتق المكلف به إلى عاتق شخص آخر، مثال ذلك إذا صدر تصرف في مرض الموت اعتبر أنه قد تم على سبيل التبرع، وعلى مدعى العكس إثبات ذلك.

أما القرينة القانونية القاطعة فهي قرينة لا يمكن إثبات عكسها، وقد تكون القرينة القانونية القاطعة متعلقة بالنظام العام مثل القرينة المتعلقة بالنسب والتي تقضي بأن الولد للفراش، فهذه قرينة قاطعة وتعتبر قاعدة موضوعية لا يجوز إثبات عكسها بأي طريق كان، أما القرائن القانونية القاطعة التي لا تتعلق بالنظام العام، كالتقادم المكسب للملكية مثلاً، فهي قرائن مقررة لمصلحة خاصة ويمكن إثبات عكسها إذا تم ذلك بإقرار المدعى بها أو إذا نكل المتمسك بها عن أداء اليمين الموجهة إليه.

-القرائن القضائية : هي قرائن يستخلصها القاضي، ولا يجوز الإثبات بها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة، وتترك للقاضي سلطة استخلاصها، فهو يعتمد على واقعة معروفة في الدعوى المعروضة عليه، ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها.

فالإثبات بالقرائن القضائية ينصب على واقعة متصلة بموضوع النزاع ويؤدي ثبوتها إلى رجحان ثبوت الواقعة المتنازع عليها.

وتتوقف القرائن القضائية على اجتهاد القاضي، فله استنباطها من أي مصدر كان، كما أن له السلطة في تقديرها، وفي هذا الصدد تنص المادة 340 مدني على ما يلي: " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ".

2- حجية الأمر المقضي به Le jugement passé en force de chose jugée :

هذه قرينة قاطعة يفرضها احترام الأحكام القضائية. والحكم القضائي الحائز لحجية الأمر المقضي به هو حكم قابل لطرق الطعن العادية وقد نصت المادة 338 مدني على ما يلي : " الأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب. ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا "

ويشترط في الحكم القضائي ليحوز حجية الأمر المقضي به:

- أن يكون الحكم قضائيا وأن يصدر من جهة مختصة بالنظر في النزاع.
- أن يكون قطعيا، أي فاصل في موضوع النزاع بصفة نهائية، وقد يكون هذا الحكم ابتدائيا أو غيابيا أو حضوريا طالما اتحدت فيه صفة الخصوم والمحل والسبب.

- أن تتعلق الحجية بمنطوق الحكم، فلا يجوز الحكم حجية الأمر المقضي به إلا بالنسبة للأجزاء التي فصل فيها دون أي شرط أي الأجزاء التي حسم النزاع بصدها.

وإذا حاز الحكم حجية الأمر المقضي به فلا يجوز لأي طرف في النزاع أن يعيد طرحه ثانية أمام نفس المحكمة أو محكمة من درجتها بدعوى مبتدأة ويشترط للتمسك بحجية الأمر المقضي به أن يكون هناك اتحاد الخصوم أي يحتج به على الأطراف الدين صدر الحكم في مواجعتهم وكذلك يجب أن يتحد المحل أي يجب أن يكون الطلب الجديد متعلق بنفس الموضوع الذي تم الفصل فيه وكذلك بالنسبة للسبب يجب أن يكون سبب الطلب الجديد هو نفس السبب الذي فصل فيه وهذا ما تضمنته المادة 338 المذكورة أعلاه. ولا تكون لحكم معين حجية تمنع من النظر في الدعوى الجديدة إذا اختلف المحل أو السبب أو الخصوم⁴⁸.

أنظر، سليمان مرقش، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، المطبعة الرابعة، ص. 261-262.48

د- الإقرار Aveu :

وهو اعتراف الخصم بصحة الواقعة القانونية المدعى بها عليه، والإقرار إما أن يكون إقراراً قضائياً أو إقراراً غير قضائي.

أ- **الإقرار القضائي** : يكون الإقرار قضائياً Aveu judiciaire ، إذا تم أمام القضاء أثناء النظر في النزاع المتعلق بالواقعة ويكون حجة قاطعة على المقر، إذ تنص المادة 341 مدني على ما يلي :

" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " .

فالإقرار الذي يتم أمام القضاء يكون دائماً مقبولاً إلا إذا كان المقر غير أهل لذلك، إذ يعتد بالإقرار الصادر من القاصر أو من عديم الأهلية، كما لا يجوز إقرار الأولياء أو الأوصياء أو المقدم، والإقرار يلزم القاضي، ولا يجوز للشخص الرجوع عن إقراره بعد صدوره صحيحاً منه، كما أنه لا يتجزأ إلا إذا كان متعلقاً بوقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى، وهذا ما تضمنته المادة 2/342 مدني بقولها : " ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى " .

ب- **الإقرار غير القضائي Aveu extra judiciaire** : الإقرار الذي صدر في غير مجلس القضاء، أو يصدر في مجلس القضاء ولكن يكون عند النظر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه، ويخضع تقديره للقاضي وإذا تم شفاهة فلا بد أن يكون بصدد وقائع يجوز إثباتها بالبينة، أما إذا كان مكتوباً له قوة السند المكتوب⁴⁹.

هـ- **اليمين Le serment** :

تنقسم اليمين إلى نوعين، يمين حاسمة ويمين متممة.

⁴⁹ Cf. Starck, op.cit., p.179.

1- اليمين الحاسمة Le serment décisoire :

هي توجيه أحد الخصم اليمين إلى الآخر يتحكم فيها لضميره، وغالبا ما يلجأ الشخص إلى الإثبات باليمين الحاسمة عندما ييأس من جميع طرق الإثبات الأخرى، ويجوز لمن وجهت إليه اليمين الحاسمة ردها إلى خصمه، إذ تنص المادة 343 مدني على ما يلي: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسف في ذلك.

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

وإذا حلف الخصم اليمين، فيخسر من وجهها الدعوى نهائيا، ولا يجوز له إثبات كذب اليمين، وكذلك إذا ردت اليمين إلى الخصم ونكل عنها خسر دعواه، وهذا ما نصت عليه المادة 347 مدني بقولها: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه".

2- اليمين المتممة Le serment supplétoire :

هي يمين يوجهها القاضي لاستكمال اقتناعه بالأدلة المعروضة عليه، ويمكنه توجيهها إلى أي من الخصمين، ولا يجوز لمن وجهت إليه اليمين المتممة ردها إلى خصمه، وللقاضي أن يحكم وفقها إذا اقتنع بها كما يمكنه عدم الأخذ بها.

ويشترط القانون لتمكين القاضي لتوجيه اليمين المتممة ألا يكون لديه دليل كامل في الدعوى، إذ لا يستطيع القاضي توجيهها إذا وجد الدليل الكامل في الدعوى إذ في هذه الحال يجب عليه الحكم بمقتضى الدليل⁵⁰ ويجب كذلك ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، إذ لا يجوز للقاضي في هذه الحالة الفصل في الدعوى بناء على اليمين المتممة وحدها فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 2/348

انظر، يحي البكوش، المرجع السابق، ص.331.50

مدني بقولها : " ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ".

الفصل السادس

انتقال الالتزام

المبحث الأول

حوالة الحق وحوالة الدين

كما رأينا أن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين تسمى بالالتزام أو الدين إذا نظر إليها من ناحية المدين. ويمكن التصرف في هذه الرابطة باعتبارها حقا وهذه هي حوالة الحق، كما يمكن التصرف فيها باعتبارها ديناً وهذه هي حوالة الدين.

المطلب الأول

حوالة الحق

الفرع الأول

التعريف بحوالة الحق (المادة 239 وما بعدها من ق.م.)

حوالة الحق اتفاق ينقل به الدائن ما لهما حق قبل المدين إلى شخص آخر ويصبح دائناً مكانه. ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل، والدائن الجديد بالمحال له، والمدين بالمحال عليه.
وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة (م.303- 314 مدني).

الفرع الثاني-شروط انعقاد ونفاذ الحوالة :

تتم حوالة الحق برضاء المحيل والمحال له فقط، غير أنها لا تنفذ في مواجهة المدين إلا بقبوله للحوالة أو إعلانه بها وهذا ما نصت عليه المادة 1/241 مدني، كما لا تنفذ في مواجهة الغير (كمحال له ثان) إلا إذا كان هذا

القبول أو الإعلان ثابت التاريخ (الماد 2/241 مدني) والإعلان يعتبر دائما ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين.

وإذا كان الأصل أن تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين لها أو إعلانه بها الثابت التاريخ، إلا أنه ترد على هذا الأصل استثناءات يقصد بها تارة التشديد وتارة التخفيف من الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة.

فمن الإجراءات التي يقصد بها التشديد أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسري على الغير.

ومن الإجراءات التي يقصد بها التخفيف ما تعلق بالسندات لحاملها، فهذه السندات تنتقل الملكية فيها بالتسليم في مواجهة الكافة دون حاجة إلى إجراء آخر وكذلك الشأن فيما يتعلق بالسندات الأذنية من كمبيالات وسندات تحت الأذن وشيكات. فهذه السندات تتم حوالتها وتكون قبل المدين والغير بطريق التظهير أي بطريق التحويل على ظهر السند .

المطلب الثاني حوالة الدين الفرع الأول التعريف بحوالة الدين

حوالة الدين تعني اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر. وأهم ما تتميز به حوالة الدين هو أن بها تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن، كما أن نفس الدين بصفاته كما لو كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، ويدفعه كما لو كان قابلا للإبطال، وبتأميناته كما لو كان مضمونا برهن رسمي، وينتقل إلى المدين الجديد (المادة 1/254 مدني).

الفرع الثاني شروط انعقاد ونفاذ حوالة الدين

تتعقد حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي وهو المحيل مع المدين الجديد وهو المحال عليه، ولمنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (المادة 1/252 مدني)، وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة (المادة 2/252 مدني).

وإقرار الدائن للحوالة أو رفضه لها قد يمون صريحا أو ضمنيا.

الفرع الثالث **آثار حوالة الدين**

إذا أقر الدائن الحوالة انتقل الدين ذاته من المدين الأصلي إلى المحال وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، ذمة المدين الأصلي.

ولما كان الاستخلاف يتم على نفس الدين الأصلي، فإن هذا الدين يظل محتفظا بصفاته ودفوعه وتأميناته.

الفرع الرابع **صورة خاصة لحوالة الدين**

كما تتعقد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، كذلك تتعقد باتفاق بين الدائن والمحال عليه. ولا يشترط في هذه الصورة رضاه المدين الأصلي بالحوالة، فهي تتعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، لأنه إذا كان الوفاء يجوز من غير المدين ولو بغير علمه أو رغم معارضته، فكذلك يجوز أن يتحمل الغير الدين عن المدين دون حاجة إلى رضاه.

الفصل السابع **انقضاء الالتزام**

أسباب الانقضاء:

يمكن رد أسباب انقضاء الالتزام إلى ثلاث طوائف جامعة وهي :
أولاً- انقضاء الالتزام بالوفاء، وهو السبب المألوف في أداء الحقوق.
ثانياً-انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، ويتحقق ذلك في الوفاء، بمقابل أو بأداء العوض كما يسميه القانون اللبناني، والتجديد والإنابة، والمقا ، واتحاد الذمة.

ثالثاً-انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء، ويكون ذلك في الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقدم المقسط.

المبحث الأول

الوفاء

المطلب الأول

التعريف بالوفاء ونوعاه

الفرع الأول

التعريف بالوفاء : (المادة 258 مدني)

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، لأنه يتمثل في تنفيذ ذات الالتزام الذي تعهد به المدين أيا كان محله، أي سواء أكان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شيء، أو القيام بعمل،...إلخ.
وبذلك يختلف المعنى القانوني للوفاء، عن معناه الدارج، إذ يقتصر في المعنى الأخير على النقود كمحل الالتزام.

والوفاء قد يكون بسيطاً، وهذه هي الصورة العادية له، وقد يكون وفاء مع الحلول إذا قام غير المدين بوفاء الدائن وحل محله في الرجوع على المدين، وهذا

ما سنراه في الفرعين التاليين أي الوفاء البسيط (الفرع الثاني) والوفاء مع الحلول(الفرع الثالث).

الفرع الثاني الوفاء البسيط

1-الموفي :

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابته قانونية أو اتفاقية كالولي والوصي والوكيل.

وقد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدينا متضامنا. وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء، وذلك يقوم به إما الرغبة في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاء عنه، وإما لأنه فضولي ورأى أن يقي المدين شر إجراءات التنفيذ القهري المههدد بها على أمواله.

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين، بل هو ملزم بقبوله إلا في حالتين :

الأولى- إذا نص في الاتفاق المنشئ للالتزام أو استوجبت طبيعته أن يقوم به المدين نفسه، جاز للدائن، أن يرفض الوفاء من غيره.

الثانية-إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له في ذلك، واعتراض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الاعتراض. وفي هذه الحالة يكون الدائن حرا بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء في هذه الحالة.

2-الموفي له :

القاعدة أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين، وله أن ينيب عنه وكيفا في ذلك. ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين، فإذا كان قاصرا وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني كالولي أو الوصي، فإذا حصل الوفاء

مع ذلك للقاصر كان قابلاً للإبطال، ولا يزول عنه هذا العيب إلا إذا أجازته القاصر بعد بلوغه سن الرشد.
على أن الوفاء لناقص الأهلية وإن كان معيباً، إلا أنه يبرئ ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء، كما لو أنفقه في تعليمه مثلاً.

وإذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين، فلا تبرأ ذمة المدين من الدين، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفي بالدين غلطاً يفي به مرتين. غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث وهي :

أولاً- إقرار الدائن للوفاء :

ثانياً- إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة. مثال على ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن دون أن يطالبه هذا الأخير بالوفاء، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بقدر ما انقضى من دين على دائنه للموفي له.

ثالثاً- إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته وهو ما يسمى بالدائن الظاهر، كما لو تم الوفاء لوارث ثم ظهر فيما بعد أنه محجوب بوارث آخر (الوارث الظاهر)، أو تم الوفاء لموصي له ثم تبين أن الوصية باطلة.

3- محل الوفاء (المادة 276 وما بعدها مدني) :

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين، سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو التزاماً بعمل أو بامتناع من عمل، فلا يجوز للمدين إلزام الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولو كان مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (المادة 276 مدني).

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع، فليس على المدين، إذا لم تذكر درجة الجودة، إلا الوفاء بشيء من الصنف المتوسط، بمعنى أنه لا يلتزم بالوفاء بشيء من أجود صنف، كما لا يجوز له الوفاء بشيء من أرداد صنف.

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، عقاراً كان أم منقولاً، وجب على المدين تسليمه إلى الدائن بالحالة التي هو عليها وقت الوفاء، إلا إذا اتفق على ذلك.

وإذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

4- عدم جواز تجزئة الوفاء :

إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء، فلا يجوز إلزام الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلاً للانقسام (المادة 277 مدني). وهذه القاعدة لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسري كذلك بالنسبة لملحقاته كالمصاريف والفوائد، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلاً عن ملحقاته.

على أن الحكم السابق في شأن عدم تجزئة الوفاء لا يجري على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات معينة : فقد يتفق في العقد على تخويل المدين حق تجزئة الوفاء، وقد ينظر القاضي المدين إلى آجال ينفذ فيها التزامه، وقد يبيح القانون هذه التجزئة كما هو الشأن في المقاصة وبها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.

5- تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم :

إذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائن واحد، وكانت جميعها من جنس واحد كنقود مثلاً، وأدى المدين مبلغاً لا يفي بها جميعاً، فعلى أي أساس يكون احتساب الخصم أي تعيين جهة الدفع؟
تعرض هذه المسألة في حالتين :

الأولى- إذا كان المبلغ الذي دفعه المدين لا يكفي للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات كمصاريف وفوائد، وفي هذه الحالة يخضم ما يؤديه المدين من حساب المصروفات، ثم من حساب الفوائد، ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك.

الثانية-إذا تعددت الديون واتحدت جنسا ، كان للمدين الخيار في تعيين ما يقصد إلى وفائه منها، ما لم يحصل دون ذلك مانع اتفاقي، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين معين، أو مانع قانوني، كما لو اختار الخصم من دين مضاف إلى أجل ضرب لمصلحة الدائن.

6-زمان ومكان الوفاء ومصاريفه :

يعتبر الالتزام بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوئه إلا إذا كان مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط واقف. ويجوز للقاضي أن يمهل المدين حسن النية إلى أجل معقول أو إلى آجال ينفذ فيها التزامه إذا كان ذلك لا يضر بالدائن ضررا جسيما. ويسمى ذلك بنظرة الميسرة.

وفيما يتعلق بمكان الوفاء، يرجع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في هذا الشأن، فإذا لم تتبين هذه الإرادة أو كان الالتزام قانونيا وجب الرجوع إلى الأحكام التي أوردها المشرع في هذا الموضوع، ومن مقتضاها يكون الوفاء بالأشياء المعينة بالذات في مكان وجودها وقت نشوء الالتزام، ويكون الوفاء بالأشياء المعينة بالنوع في موطن المدين وقت الوفاء، لأن القاعدة بالنسبة لهذه الأشياء كالنقود مثلا، أن على الدائن أن يسعى إلى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، ويعبر عن هذه القاعدة بأن " الدين مطلوب لا محمول ".

أما عن مصاريف الوفاء، فالأصل أن يتحمل بها المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

الفرع الثالث الوفاء مع الحلول

1-التعريف بالوفاء مع الحلول وفائدته :

الوفاء إما أن يتم بمعرفة المدين نفسه وإما أن يتم بمعرف الغير، فإن تم بمعرفة المدين انقضى الدين نهائيا، وإن تم بمعرفة الغير كان له الرجوع على المدين بأحد دعويين هما : الدعوى الشخصية باعتباره دائنا بدين جديد، وغما

بدعوى الحلول باعتباره قد حل محل الدائن الأصلي في الدين القديم بما له من خصائص وما يرد عليه من دفع وما يتبعه من تأمينات.

وفائدة الوفاء مع الحلول، تتجلى بالنسبة للموفي في الحصول على توظيف مأمون لأمواله وبالنسبة للدائن في حصوله على حقه في وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به، وبالنسبة للمدين في تجنب التنفيذ على أمواله بمعرفة الدائن، ي فترة قد يتعذر فيها عليه تلافي مثل هذا الأجراء.

2- حالات الوفاء مع الطول :

الحلول على نوعين، فهو قد يكون اتفاقيا، يتم باتفاق الغير مع الدائن أو باتفاق الغير مع الدائن أو باتفاق الغير مع المدين، وقد يون قانونيا يقع بقوة القانون دون حاجة إلى اتفاق في حالات معينة.

3- الحلول الاتفاقي (المادة 262 مدني) :

يتم الحلول بالاتفاق مع الدائن بأن يتفق الدائن مع الغير الذي وفي له حقه على أن يحل الغير محله في الحق الذي وفاه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك.

ويجب أن يتم الاتفاق على الحلول بين الدائن والموفي وقت الوفاء منعا للغش، لأن الدائن قد يتواطأ مع المدين بعد أن يكون قد استوفى حقه، فينتفان غشا على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر في المرتبة، فيما لو أقر المشرع صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء.

ويشترط في المخالصة التي تتضمن وفاء مع الحلول أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بالاتفاق على الحلول في مواجهة الغير كالدائن المرتهن الثاني مثلا.

4- الحلول بالاتفاق مع المدين :

يجوز للمدين الاتفاق مع الغير على الوفاء بدين الدائن والحلول ولو بدون رضاء الدائن، إذا توافرت الشروط الآتية :

أولاً- أن يكون هناك قرض عقده المدين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن.

ثانياً- أن يذكر في عقد القرض أن المال المقترض قد خصص للوفاء بدين الدائن.

ثالثاً- أن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد.

رابعاً- أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت منعا للغش، لأن المدين قد يوفي الدائن المرتهن الأول من ماله الخاص، ثم يحتاج بعد ذلك إلى نقود فينتفق مع المقرض على تقديم تاريخ القرض حتى يسبق تاريخ الوفاء، ليحل بذلك المقرض محل الدائن المرتهن الأول، أضراراً بالدائن المرتهن الثاني، في حين أن مثل هذا التحايل يمتنع إذا اشترطنا ثبوت تاريخ القرض وتاريخ المخالصة حتى يحتج بهما في مواجهة الغير، كالدائن المرتهن الثاني.

5-الحلول القانوني :

يتم الحل ببقوة القانون في حالات معينة دون حاجة إلى اتفاق الموفي مع المدين أو مع الدائن، والجامع بين هذه الحالات أن الموفي يكون غيراً له مصلحة في الوفاء بالدين. ومن ذلك حالة ما إذا كان الموفي شخصاً ملزماً بالدين مع المدين كالمدين المتضامن أو شخصاً ملزماً بالوفاء الدين عن المدين كالكفيل.

الفهرس

1	الفصل الأول التعريف بالحق وبيان أنواعه
1	المبحث الأول التعريف بالحق
1	المطلب التمهيدي التعرف على بعض المصطلحات
1	أولاً- الحقوق التامة والحقوق الناقصة:
2	ثانياً- الحقوق المطلقة والحقوق النسبية:
3	ثالثاً- الحقوق الأصلية والحقوق التبعية:
4	رابعاً- الحقوق السياسية والحقوق المدنية:
5	المطلب الأول تعريف الحق
6	المطلب الثاني أركان الحق
6	أولاً- الأشخاص:
6	ثانياً- المحل:
7	ثالثاً- الحماية القانونية:
7	رابعاً- المضمون:
8	خامساً- السبب:
8	المطلب الرابع أنواع الحق
8	أولاً- الحقوق السياسية
9	ثانياً- الحقوق المدنية
9	أ- الحقوق العامة:
10	ب- الحقوق الخاصة:
10	المبحث الثالث أنواع الحق وتقسيماته
10	المطلب الأول الحقوق السياسية والحقوق المدنية

11	الفرع الأول: الحقوق العامة
12	المبحث الثاني الحقوق المالية
12	المطلب الأول الحقوق العينية
12	الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية
13	أولاً- مفهوم حق الملكية
14	ثانياً- الحقوق المتجزئة عن حق الملكية
14	أ- المقصود بحق الانتفاع
15	1- المقصود بحق الارتفاق
16	2- الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي
16	3- خصائص حقوق الارتفاق :
16	4- شروط الحصول على حق المرور
17	ج- المقصود بحق الاستعمال وحق السكن
17	الفرع الثاني الحقوق العينية التبعية
19	أولاً- الرهن الرسمي
19	1- المقصود بالرهن الرسمي
19	2- تعريف حق التخصيص:
20	3- تعريف حقوق الامتياز
21	ثانياً- الرهن الحيازي
21	1- تعريف الرهن الحيازي
21	2- المقارنة بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي:
21	3- تقرير حق الاختصاص
22	4- تقرير حق الامتياز
	5- المقارنة بين الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز من حيث الإقرار:
	22
22	6- أنواع حقوق الامتياز
23	المطلب الثاني الحقوق الشخصية والحقوق المعنوية
23	الفرع الأول الحقوق الشخصية
23	أولاً- تعريف الحق الشخصي
	ثانياً- المقارنة بين الحق الشخصي والحقوق العينية من حيث صورها:
	23
24	الفرع الثاني الحق المعنوي
24	أولاً- تعريف الحقوق المعنوية أو الذهنية

المبحث الأول بداية الشخصية القانونية للإنسان

25

25

المطلب الأول الولادة وتكيفها القانوني

25

أولاً.- تعريف الشخص الطبيعي

26

المطلب الثاني المركز القانوني للجنين

26

أولاً.- المركز القانوني للجنين

26

ثانياً.- هل يختلف حكم الجنين عن الإنسان الحي من حيث تطبيق العقوبة؟

27

المبحث الثاني نهاية الشخصية القانونية للإنسان

28

لمطلب الأول الوفاة وتكيفها القانوني

28

أولاً.- تعريف بالوفاة وتكيفها القانوني

28

ثانياً.- التكيف القانوني للوفاة

29

المطلب الثاني المركز القانوني للغائب والمفقود

29

أولاً.- تعريف الشخص الغائب ومركزه القانوني

29

ثانياً.- المفقود ومركزه القانوني

32

المبحث الثالث الذمة المالية، الحالة، الاسم والمواطن

32

المطلب الأول الحالة (L'état)

32

الفرع الأول انتساب الشخص إلى دولة معينة

34

الفرع الثاني انتساب الشخص إلى أسرة معينة

36

الفرع الثالث انتساب الشخص إلى دين معين

36

المطلب الثاني الاسم

40

المطلب الثالث المواطن

44

المطلب الرابع الذمة المالية

46

المبحث الرابع الأهلية

46

المطلب الأول أقسام الأهلية

46

أولاً.- أهلية الوجوب

47

ثانياً.- أهلية الأداء:

53

الفصل الثالث الشخص المعنوي أو الاعتباري

53

المبحث الأول تعريف الشخص المعنوي وأنواعه

53

المطلب الأول تعريف الشخص المعنوي

56

المطلب الثاني الخصائص المميزة للشخص الاعتباري

		أولاً.- الاسم	56
		ثانياً.- الموطن:	57
		ثالثاً.- الأهلية:	58
		رابعاً.- الحالة المدنية:	59
		خامساً.- الذمة المالية:	60
		الفصل الرابع العقارات والمنقولات: تقسيمات الأشياء	61
		مبحث موحد تقسيمات الأشياء	61
		المطلب الأول العقارات	61
		أولاً.-	61
بطبيعته	العقار		61
		ثانياً.-	62
		المطلب الثاني المنقول	62
		أولاً.- المنقول بطبيعته	63
		ثانياً.- المنقول	63
		ثالثاً.- المنقول المعنوي	65
		الفصل الخامس مصادر الحق	68
		المبحث الأول الوقائع القانونية : المصادر غير الإرادية	68
			68

				المطلب الأول القانون والوقائع المادية الطبيعية :	69
				أولاً.- القانون وحده	69
للحق:	مصدرا				
				ثانياً.- الوقائع الطبيعية	70
للحق:	مصادر				
				المطلب الثاني الفعل الضار	71
				أولاً.- أركان المسؤولية التقصيرية	71
				أ.- الخطأ	71
				ب.- الضرر	72
				ج.- العلاقة السببية بينهما	73
الجزائري	فيالتشريع			ثانياً.- الخطأ المفترض	73
				المبحث الثاني أشباه العقود	74
				أولاً.- الإثراء بلا سبب	74
				ثانياً.- الدفع غير المستحق	74
84				ثالثاً.- الفضالة	85
الحق	مصادر			العقود،	85
				طرق	90
الإثبات				الفصل	100
الحق	انتقال		السادس:	الفهرس	112