

محاضرات نظرية الحق

السنة أولى جذع مشترك
المجموعة الثانية

أ/ بسعيد مراد

مقدمة:

إذا كانت نظرية القانون تتعلّق بتنظيم العلاقات التي تنشأ بين أفراد المجتمع بعضهم ببعض أو بينهم وبين الدولة على وجه الإلزام وتكون مقترنة بجزاء بقصد فرض احترام الناس لها، فإن نظرية الحق تتعلّق بالسلطات التي تُمنح للأفراد لتحقيق مصالحهم.

ومتى وجد أشخاص في رقعة ما، نشأت علاقات بينهم، وترتب عن هذه العلاقات نشوء حقوق وواجبات. ويعتبر تقرير الحقوق وفرض الواجبات المقابلة لها وسيلة القانون في تنظيم علاقات الأفراد في الجماعة، ويمكن القول أن تقرير الحقوق هو غاية القانون إذ يُبيّن ما يتمتع به الأفراد من حقوق ويفرض على الغير واجبا لا بدّ من احترامه، لذلك تعتبر دراسة نظرية الحق دراسة شاملة للقانون.

لقد حاولنا من خلال هذه المحاضرات الملخصة تقديم الأهم حول نظرية الحق، نبدأ فيها بتحديد مفهوم الحق من خلال تعريفه وتمييزه عن المفاهيم القريبة منه، وتبيان أنواعه وأركانه، محلّه ومصادره. كما أن الحق يحتاج إلى حماية عند الاقتضاء ومثله مثل باقي الظواهر الطبيعية قابل للانقضاء.

ومن ثم جاء تقسيمنا لنظرية الحق في سبع محاور:

المحور الأول: مفهوم الحق.

المحور الثاني: أقسام وأنواع الحق

المحور الثالث: أركان الحق (أشخاص الحق، محل الحق)

المحور الرابع: مصادر الحق

المحور الخامس: الحماية القانونية للحق

المحور السادس: انتقال الحق

المحور السابع: انقضاء الحق.

المحور الأول: مفهوم الحق.

أولا تعريف الحق:

مبدئياً يمكن القول أن مصطلح الحق لا يحتاج إلى أيّ جُهدٍ لتعريفه مادام أنّه شائع بين النَّاس وهي كلمة دائمة الحُضور على لسان الأفراد كما في عُقولهم.

1- التعريف اللغوي:

الحق ينصرف إلى المناب أو الحصّة أو النصيب.

للحق معان متعدّدة في اللّغة، فهو إسم من أسماء الله تعالى، وهو نقيض الباطل.

نقول: حقّ الشّيء أي وَجِبَ وَجُوبًا. ونقول يَحِقُّ عَلَيْكَ أَنْ تَفْعَلَ كَذَا¹: يَسُوغُ، وهو حقيق بكذا: وجدير،

وأنا حقيقٌ على كذا: حريص، وحقيق على ذلك: واجب²، والحق: الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره³.

الحق هو العدل، والمملك بكسر الميم، والمال، والصدق... الخ.

ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن الحق له دالتين مختلفتين:

الأول: الوجوب والثبوت، فنقول: حق الأمر أي وجب وثبت وصدق وصحّ، وهذا نقيض الباطل الذي

لا يثبت ولا يصح.

¹ الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي الخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج3، د س ن، ص 6.

² مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة، ص 187.

³ علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: محمد صديق المشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص 79.

والثاني: الإثبات والإيجاب، وهو المصدر المتعدي ل: حق، أي أثبت أو أحقّ، فصار الشيء عنده لا

شك فيه.

أما في اللغات الأجنبية، نجد أنّ كلمة حق يقابلها في اللغة الفرنسية كلمة *droit* وتكتب *en* *minuscule* تمييزاً لها عن كلمة *Droit* التي تعني القانون وتكتب *En majuscule* وكأنّ مرتبة القانون أسمى من مرتبة الحق.

من حيث النطق هناك لبس بينهما، مما دفع بالفقهاء الفرنسيين إلى إضافة صفة لكل منهما فيطلقون على

الحق صفة *droit subjectif* أي القانون الذاتي أو الشخصي، ويطلقون على القانون صفة *Droit objectif* أي القانون الموضوعي.

2- التعريف الاصطلاحي:

بخصوص التعريف الاصطلاحي للحق فقد ثار الخلاف بين الشراح، فهناك عدّة تعاريف، نذكر منها:

أ- التعريف الوضعي لمصطلح الحق: يتشكل من ثلاث مقاربات: مقارنة تشريعية، مقارنة قضائية، مقارنة فقهية.

1- تعريف تشريعي للحق: (المقاربة التشريعية لتعريف الحق)

إن الحق هو سلطة أو قدرة أو مصلحة يحميها القانون، وإنّ الإقرار بالحق وتوفير الحماية له يقتضي منطقياً

معرفته أو تعريفه لأنّ جهالة الحق نافية لحمايته.

وفي هذا الصدد نجد أنّ القانون المدني يحتوي على نصوص عديدة بشأن الحق، تعرضت أساساً لأنواع الحقوق، حيث فرّق المشرّع بين الحقوق الملازمة للإنسان والحقوق الشخصية والحقوق العينية، كما أحال تنظيم حقوق الملكية الفكرية وحقوق الأسرة إلى قوانين خاصة.

2- تعريف قضائي للحق: (المقاربة القضائية لتعريف الحق)

جرت العادة عند القضاة على النظر للحق كخاصية اجتماعية، والحق عند القاضي هو البحث عن المصلحة ثم البحث عن الحق، والمصلحة بالمفهوم القضائي هي عبارة عن قدرة أو سلطة يحميها القانون، وعلى هذا الأساس يصبح الحق مصلحة والمصلحة حق، فهما مصطلحان مترادفان.

ومن هنا، فإنّ التعريف القضائي للحق تعريف عملي وإجرائي وموضوعي في الوقت ذاته فلا يكفي وجود الحق، وإتّما يجب إقامة الدليل على ثبوت الحق وأن يسلك المدعي به الإجراء الذي رسمه القانون لإقامة هذا الدليل وإلاّ خسّر دعواه.

يمكن تعريف الحق الذي يحميه القانون، أنّه ذلك الحق الذي تكشف عنه الأحكام القضائية من حقيقة لا ينبغي بالضرورة أن تكون متفقة مع حقيقة الواقع وعلى هذا الأساس، فإنّ صدور حكم يرفض طلبات لا يعني دائماً أنّه ليس صاحب حق فيما يدعيه، وإتّما أنه قد أخفق في إثبات دعواه أمام الجهات القضائية وفي إقامة الدليل المقنع للقاضي.

الحق إذا كان غير ثابت فلا وجود له، كما أنّ أثره معدوم.

3- تعريف فقهي للحق: (المقاربة الفقهية لتعريف الحق)

لم يتفق الفقهاء بشأن فكرة الحق، ممّا أدّى إلى ظهور تيار منكر للحق وتيار مؤيد للحق.

أ- التيار المنكر لفكرة الحق:

يتزعم التيار المنكر للحق الفقيه الفرنسي "ليون دوقي Duguít" حيث يرى أنّ القانون لا ينشئ الحقوق، ويرفض أي تفسير لأصول القانون على أساس غير واقعي وتحريبي، فهو يعتبر الحق بمثابة مسألة مثالية غير واقعية، كما أنه يطرح فرضية أنّ الحق مرتبط بالإرادة، إنّه يُعبّر عن سموّ إرادة صاحب الحق عن إرادة الملتزم به، وهذا الاستنتاج يتناقض مع الواقع لكونه يتجاهل إشكالية مدى وجود إرادات ذات صفة خاصة تحوّل لها دائما وبصفة مؤقتة سلطة فرض نفسها بهذه الصفة على إرادات أخرى.

عند Duguít الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، ممّا يجعله يعيش في جماعة بحيث يحدد القانون مركزه، دون وجود مركز طبيعي افتراض له سابق على هذا القانون تحت ادعاء ما يسمّى بالحقوق الطبيعية، السابقة عن القانون أو اللاحقة عليه.

إن مذهب الفقيه Duguít يرفض فكرة الحق سواء كان هذا الحق طبيعيا أو وضعيا باعتبار أن صورة الحق إنما تتمثل حسب تصوره في وجود قوة أو سلطة إرادية يتمتع بها فرد ما هو صاحب الحق في مواجهة فرد آخر مكلف بواجب احترام هذا الحق، فعنده هذا الحق يُترجم حسب تدرجا في الإرادات الإنسانية، بحيث تتسلط إرادة غلبا لصاحب الحق ضدّ إرادة أدنى للمكلف بالواجب تجاه ذلك الحق، فهو يرفض مثل هذا التدرج.

نقد:

تعرّض التيار المنكر لفكرة الحق إلى عدّة انتقادات نذكر منها:

1) إنّ وجود الحق لا يعني تفوق إرادة شخص على إرادة شخص آخر، لأنّ الأصل في الإرادة المساواة.

2) إنّ الحق كسلطة إرادية ليس نابعا فقط من الاتفاق بل قد يكون نابعا من القانون.

3) إنّ فرضية عدم تساوي الإرادات لا تستقيم مع المنطق القانوني، بل إنّ المساواة هي الأصل لأنّ كل حق يقابله التزام.

4) إنّ الحق له وظيفة اجتماعية في الأساس، هذه الوظيفة هي التي تبرر القيود المفروضة على الحق، كقاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

5) إنّ القانون بذاته يعترف بالحق، ويضع له تصنيفات، فكيف يزعم هذا التيار بكون الحق غير موجود مثال: اعتراف المشرع بحق الملكية واعتباره حقا عينيا أصليا يرد على شيء مملوك لشخص وهذا الشيء قد يكون مادياً أو غير مادي.

ب- التيار المؤيد لفكرة الحق:

يعتبر هذا التيار أنّ القانون وعاء للحقوق وهو الذي يضمن السير الحسن للنظام القانوني، لكنه لا يخلو من الاختلافات في وجهات النظر ممّا نتج عنه نظريتان: النظرية الكلاسيكية (التقليدية) والنظرية الحديثة.

أولاً: النظرية الكلاسيكية التقليدية لمؤيدي فكرة الحق

يشمل 3 مذاهب أساسية وهي: المذهب الشخصي، المذهب الموضوعي والمذهب المختلط

1- المذهب الشخصي أو الفردي (نظرية الإرادة)

من أبرز أنصاره الفقيه "سافيني" "Savigny" و "Windsched" فيندشايب إذ يُعرّفون الحق بأنه:

«سلطة أو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص في نطاق معلوم ويتكفل بحمايتها».

انطلاقاً من هذا التعريف، الحق ينشأ استناداً لما لدى الفرد من إرادة حرة، والتي تعتبر عنصراً أساسياً لدى

صاحب الحق لكسبه.

أما القاعدة القانونية فإنها تضيف الشرعية عند مباشرة هذه الإرادة، ذلك أنّ الحق هو أساس القانون وليس القانون أساس الحق، أي وظيفة القانون تتمثل في حماية هذا الحق، وتمكين أصحابه من التمتع به.

ويترب عن هذه النظرية مرور الحق بمرحلتين هما:

أ- المرحلة الأولى: مجردة من أي إرادة ويقتصر الحق فيها على اتخاذ سلوك معين من قبل صاحب الحق تجاه شخص آخر وكأنّ الحق مجرد رخصة يوفرها القانون لصاحب الحق.

ب- المرحلة الثانية: وتتدخل هنا الإرادة بشكل أكثر وضوحا حتى لا يكون تدخلها مجرد وضع قاعدة قانونية موضع التنفيذ وإتّما لإنشاء قاعدة من هذه القواعد، فهي حق يتيح لصاحبه إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق سابق من النوع الأول المذكور في المرحلة الأولى كحق المالك في التصرف بالمال الذي يملكه وحق الدائن في إسقاط الدين الذي له تجاه المدين وحق المتعاقد في إنهاء العقد.

نقد المذهب الشخصي (نظرية الإرادة): ساهمت آراء بعض الفقهاء في كشف عيوب المذهب الشخصي لتعريف الحق والتي تتمثل أساسا فيما يلي:

1- إنّ اشتراط الإرادة كعنصر من عناصر الحق يتناقض مع الواقع ومع القانون لأنّ هناك حالات يوجد فيها حق دون إرادة، على سبيل المثال:

مثال 1: حالة عديمي الأهلية كالصبي غير المميّز الذي له حقوق رغم أنّه معدوم الإرادة أو حالة المجنون الذي يتمتع بحقوق حتى وإن لم تكن لديه أهلية.¹

¹ لبني مختار، التعبير عن الإرادة وتأثير الغلط عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 41.

مثال 2: حالة تمتع بعض الأشخاص بالحقوق رغم عدم علمهم بحالة الغائب أو حالة المفقود أو حالة

الموصى له.¹

2- إنّ الحق حسب المذهب الشخصي مجرد صفة تنسب لشخص معيّن وفي الواقع إنّ الصفة مجرد عنصر

من عناصر الحق وليست كل الحق لأنّ هناك عناصر شكلية وموضوعية يتكون منها الحق كعنصر المصلحة وعنصر

الأهلية وعنصر الشخص المستفيد من الحق وعنصر محل الحق.²

3- إن إنشاء الحق وثبوته لصاحبه يحدث دون تدخل للإرادة ولكن استعمال هذا الحق هو الذي يتطلب

وجود الإرادة، على سبيل المثال الصبي غير المميّز لا يستعمل حقوقه إلا عبر ممثله القانوني كالوصي أو الوالي أو

المقدم.³

4- إنّ المذهب الشخصي يبيّن كيفية استعمال الحق دون يعرفه، ذلك أنّ الاهتمام بالإرادة في الواقع لا يتعلق

إلا بكيفية استعمال الحق دون أن يعرف رابطة الشيء محل الحق بصاحبه ومتى يكون الحق مشروعاً ويحميه القانون

وكلّها عناصر تقع خارج نطاق إرادة صاحب الحق.⁴

5- إنّ حصر الحق في الإرادة يجعل تعريفه قاصراً على آثاره دون عناصره لأنّ استعمال الحق أثر للحق

وليس الحق في حد ذاته.⁵

6- هناك حقوق تنشأ دون إرادة كالحقوق الناتجة عن المسؤولية التقصيرية، فحق المضور في التعويض يثبت

له دون أن يكون لإرادته دخل فيه.¹

¹ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص 98.

² إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 281.

³ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون والحق، القاهرة، 1976، ص 481.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 283.

⁵ سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات، 1952، ص 178.

2- المذهب الموضوعي (نظرية المصلحة)

يتزعم هذا المذهب الفقيه الألماني "إهرنج Ihering"، وينظر إلى الحق من خلال موضوعه والغرض منه، وعرفه بأنه: «مصلحة يحميها القانون»²

وبهذا فإنّ الحق يتحقق من شقين: أحدهما موضوعي يتمثل في المصلحة أو المنفعة، أما الشق الثاني فيتمثل في الحماية وهو عنصر شكلي يتحقق معه احترام المصلحة التي تعتبر جوهر الحق، وذلك بمقتضى دعوى قضائية.

أ- ركن شكلي: يتمثل في الحماية القانونية التي يستفيد منها صاحب الحق من خلال استعمال حقه في التقاضي، وهنا فالدعوى القضائية هي أداة حماية الحق والوسيلة التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.

إنّ الدعوى عنصر من عناصر الحق سواء وقع عليه الاعتداء أم لم يقع عليه، فهي سلاح يمنع التفكير في الاعتداء على الحق أو يرفع عنه في حالة وقوعه وذلك لأنّ الحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون.

إنّ الدعوى ذات أثر هام في نشر الأمن والاستقرار في المجتمع والثقة بين الناس. وتأسيساً على هذه الأهمية، نظم القانون المدني العديد من الدعاوى كدعوى البطلان ودعوى المسؤولية ودعوى الإثراء بلا سبب والدعوى الصورية والدعوى البوليصية وغيرها من الدعاوى وتعلق أحكام هذه الدعاوى بجوانب موضوعية أما شروط قبول وممارسة هذه الدعاوى فيتكفل بها قانون الإجراءات المدنية.³

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 38.

² نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 24.

³ محمد سامي مذكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 243.

وتأسيساً على كلِّ ما سبق فللحق عنصرين هما المصلحة والحماية القانونية وصورة الحماية القانونية هي

الدعوى، فالدعوى وسيلة لحماية الحق.¹

ويلاحظ أن هذا الرأي رغم تمييزه بين الحق والدعوى فإنه يعتبر الدعوى عنصراً داخلياً في الحق.

غير أنّ هذا الاتجاه منتقد من حيث كون الدعوى حق شخصي ولا حاجة إليه إلا بعد اللجوء إلى القضاء

ولذلك لا يمكن أن تكون عنصراً فيه ورغم ذلك يُصر أنصار هذا التيار على اعتبار الدعوى متصلة بالحق وُجُوداً

وَعَدَمًا فلا توجد دعوى بغير حق ولا حق بدون دعوى ويستند هؤلاء إلى الحجج التالية:

- إنّ محل الحق هو ذاته محل الدعوى ومقدارهما واحد فإذا كان الحق مبلغاً من المال مثلاً فإنّ موضوع

الدعوى التي تحمي هذا الحق يكون بإلزام المدين بدفع هذا المبلغ من المال.²

- لا يقابل الحق الواحد سوى دعوى واحدة أما عن الحالة التي يسمح فيها لشخص برفع عدّة دعاوى

بصدد واقعة قانونية واحدة فمرّده كون هذا الشخص له حقوق متعددة، فالمالك له الخيار بين رفع دعوى الملكية

أو دعوى استرداد الحياة، فضلاً عن دعوى التعويض بسبب الأضرار التي لحقت بالشيء المملوك للمدعي صاحب

الحق.

- إنّ تعدد طرق رفع الدعوى لا يمنع من كون الدعوى واحدة في جميع الحالات كحق الضحية في رفع

دعوى جزائية أو دعوى مدنية مستقلة.

- توصف الدعوى بنفس وصف الحق فتكون الدعوى عينية أو شخصية حسب ما يكون الحق عينياً أو

شخصياً وتكون الدعوى عقارية حين يكون محلها مالا عقارياً وتكون منقولة حين يكون المال منقولاً وتكون قابلة

¹ عبد المنعم الشراوي، نظرية المصلحة، دار مكتبة عبد الله وهبة، 1947، ص 36.

² عزمي عبد الفتاح، أساس الإدعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 113.

للانتقال إلى الورثة أو غير قابلة لذلك حسب قابلية انتقال الحق إليهم وتكون قابلة للتجزئة أو غير قابلة لذلك حسب قابلية تجزئة الحق وكلما أمكن التنازل عن الحق كان التنازل عن الدعوى ممكناً.¹

- إنَّ الدعوى تولد مع الحق وتنقضي بانقضائه وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف فإنه لا يمكن للدائن رفع دعوى لإلزام مدينه بالوفاء به إلا حين تحقق الشرط وهذا هو الوضع إذا كان الحق مؤجلاً.

- أما إذا كانت الحقوق طبيعية فلها دعاوى تميمها يستطيع الدائن بمقتضاها أن يطالب مدينه بالأداء ولكن يكون للمدين دفع حوِّله إياه القانون بمضي المدة مثلاً ولا تعد الحقوق الطبيعية حقوقاً بالمعنى الدقيق لأنَّه ينقصها عنصر إكراه المدين على الوفاء بالطرق التي قرَّرها القانون وأهمها الدعوى وهكذا وبناءً على ما تقدم تصبح الدعوى بمثابة الركن الشكلي للحق.²

غير أنَّ هناك بعض الفقهاء يرفضون هذا الرأي مستندين إلى الأوجه التالية:

- إنَّ الحق سببه واقعة قانونية أو تصرف قانوني أما الدعوى فتنشأ من الاعتداء على الحق.

- إنَّ مضمون الحق يختلف باختلاف نوعه سواءً كان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً أو حقاً من الحقوق الملازمة للشخصية أو حقاً من الحقوق الفكرية، بينما مضمون الحق في الدعوى لا يتغيَّر بتغيَّر هذه الأخيرة فالدعوى لا تخول صاحبها سوى إمكانية الحصول على حكم في الموضوع.³

- يختلف الحق عن الدعوى من حيث القانون الواجب التطبيق حيث أنَّه يخضع الحق للقانون الساري المفعول وقت نشوئه في حين أنَّ الدعوى تخضع للقانون الساري المفعول وقت رفعها.¹

¹ محمد محمود إبراهيم، مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، 1985، ص 327.

² عبد المنعم الشراوي، المرجع السابق، ص 36.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 18.

- يمكن الحكم برفض الدعوى شكلاً لخرقها الإجراءات الشكلية المطلوبة قانوناً في حين أنّ الحق حتى مع رفض الدعوى شكلاً يبقى قائماً ومنتجاً لآثاره.

- لا يتفق دائماً أشخاص الحق مع أشخاص الدعوى، فحق الملكية حق للمالك قبل الكافة بينما ترفع دعوى الملكية قبل شخص معين وكذلك حالة الدعوى غير المباشرة حيث لا يعد المدعي فيها «دائن المدين» طرفاً في علاقة المديونية موضوع الدعوى تجاه مدين المدين.

- ينقضي الحق بأسباب مختلفة عن انقضاء الدعوى فقد ينقضي في حالة بطلان العقد بمرور عشر سنوات أو خمسة عشر سنة حسب الأحوال.

أ- ركن موضوعي: ويتجسد في المصلحة التي يعتبرها إهرنج الركن الموضوعي للحق حيث يرى أنّ «المصلحة تجرّد حدودها في إطار العلاقة بين الحق الشخصي والقانون وهي رابطة ليست متساوية فلا تتعادل الإرادة الخاصة مع الإرادة العامة إذ أنّ هذه الأخيرة هي التي ترسم الحدود التي يتعيّن على الإرادة الخاصة عدم تجاوزها» ويضيف إهرنج أنّ «الحق الشخصي امتياز للحصول على سلطة إحداث أثر قانوني استناداً إلى القاعدة القانونية».²

وفي هذا الإطار يرى جيني أنّ فكرة المصلحة فكرة تحكم نشاط الأفراد وأنّ هذه المصالح يجب أن تكون اجتماعية ومحققة لما نحتاجه بالنظر إلى رغباتنا بما يتفق مع القواعد التي تُقرّر لها حماية اجتماعية.³

¹ عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 113، 114.

² عجة الجليلي، مدخل إلى العلوم القانونية (نظرية القانون)، دار الخلدونية للنشر، 2008، ص 618.

³ محمد إبراهيم الأنور، تفسير النصوص التشريعية والقانون، مطبعة الفلك العمانية، 1986، ص 31.

فيكفي أن تكون هذه المصلحة جدية وغير تافهة أو وهمية، ذلك أنّ المشرع يمتنع عن إقرار بالحقوق إذا ما كانت المصلحة تافهة أو وهمية أو إذا تعارضت مع مصالح أخرى أولى بالرعاية كما أنّ استعمال الحق عندئذ يقع تعسفياً فتقوم مسؤولية صاحبه، كذلك ينبغي أن تكون المصلحة مشروعة حتى تتمتع بحماية القانون.

وفي هذا الصدد يرى العميد فيزو أنّ المصلحة ليست شرط شكلي وإنما شرط موضوعي لقبول الدعوى بحيث لا تكون هذه المصلحة متعارضة مع النظام العام أو الآداب العامة وينجم عن ذلك التمييز بين صورتين للمشروعية:

أ- صورة أولى: مشروعية المصلحة من حيث عدم مخالفتها للقانون.

ب- وصورة ثانية: مشروعية المصلحة من حيث عدم مخالفتها لأحكام النظام العام والآداب العامة.

وقد تكون المصلحة جدية لكنها غير مشروعة وبالتالي لا ترقى إلى مرتبة تجعلها مصدراً للحق.

وقد فضل بعض الفقهاء التمييز بين المصلحة غير المشروعة التي تخالف النظام العام والآداب العامة والمصلحة غير القانونية التي تخالف نص قانوني معين، ومن هذه الزاوية نجد أنّ إهرنج يفرق بين الحق والمصلحة المشروعة، فالمصلحة المشروعة يحميها القانون بصفة عرفية غير مقصودة في ذاتها، وإنما في الحدود التي تتفق فيها مع المصلحة العامة التي تعد هي المصلحة المقصودة أصلاً بالحماية كفرض رسوم جمركية على الواردات حيث أنّ هذه الرسوم مقررة أصلاً للمصلحة العامة لكنّها قد تحقق مصلحة خاصة لأصحاب المصانع المحلية التي تنتج هذه الواردات فيكون لهؤلاء مصلحة مشروعة وليس حقاً.

نقد المذهب الموضوعي:

يمكن القول أنّ المذهب الموضوعي نجح إلى حد بعيد في تعريف محل الحق، لكن هذا النجاح لا يعني سلامة هذا التعريف من العيوب والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- إنّ المذهب الموضوعي اكتفى عند تعريفه للحق بمحله متجاهلا باقي أركان الحق كأطراف الحق وسببه وطبيعته.

- يشترط أنصار المذهب الموضوعي للاعتراف بالحق اقترانه بوجود حماية قانونية له وبمفهوم المخالفة ليس هناك حق دون حماية وهذا ما يتعارض مع أبسط قواعد المنطق القانوني لأنّ هناك حقوق يُقرّها القانون دون أن يوفر لها الحماية كما أنّ الحماية تأتي بعد نشأة الحق بل إنّها أثر له.

- وفي هذا الصدد لا نشعر بالحماية إلّا عند وقوع اعتداء على حق معين ويتم ذلك عبر دعوى قضائية.

- كما أنّه قد يوجد حق موضوعي بغير دعوى ومثال ذلك حق الدائنية قبل حلول أجل الدين أو الحق المعلق على أجل واقف وكذلك حق الملكية إذا لم ينازع أحد في وجوده والمثال الذي يذكر غالبا عن حالة وجود حق طبيعي دون دعوى يتمثل في الالتزام الطبيعي سواء نشأ هذا الالتزام عن عقد أبرمه ناقص الأهلية والذي صدر حكم ببطلانه أو نشأ عن علاقة مديونية انقضت بعد حلف اليمين الحاسمة أو بسبب التقادم لأنّ الحكم ببطلان عقد القاصر أو براءة ذمة المدين لا يجرّد الالتزام من كل أثر قانوني فهو وإن كان يمنع الدائن من المطالبة به قضائيا فإنّه يبقى في ذمة المدين ويجعل الوفاء به صحيحا لا تبرعا من الدائن أو إثراء للمدين دون وجه حق. كذلك هناك حالات دعاوى بغير حق موضوعي كحالة الدفاع عن الشرعية وسيادة القانون كما هو الحال في دعاوى الطعن لتجاوز السلطة في القانون العام ورفع الدعاوى السلبية كدعوى براءة الذمة وتحويل النيابة العامة حق تقديم طعن لصالح القانون وتحريك الدعوى العمومية.¹

¹ رمزي يوسف، المرجع السابق، ص 137.

- إنّ أنصار المذهب الموضوعي بتعريفهم للحق على أنّه مصلحة قد جانبوا الصواب لأنهم من جهة لم يعرفوا المقصود من هذه المصلحة هل هي مصلحة مادية أو مصلحة معنوية أم المصلحتين معا.

كما لم يحددوا نوع المصلحة هل هي مصلحة عامة أم مصلحة خاصة، علما بأنّ المنطق الذي يسير عليه الحق يتبنى في الغالب المصلحة الخاصة.

وعلى مستوى آخر، فالمصلحة ليست المعيار الوحيد لتعريف الحق فإذا كان من المسلم به أنّ الحق مصلحة يحميها القانون فالعكس ليس صحيحا، وعلى سبيل المثال فرض رسوم جمركية على السلع الأجنبية قصد حماية الاقتصاد الوطني يحقق مصلحة للمنتجين المحليين لكن هذه المصلحة لا تعطيهم الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم.¹

لأن المصلحة ذات طابع شخصي وقد تختلف من شخص إلى آخر وهذا ما قد ينتج عنه تنوع في الحماية حسب مصلحة كل شخص وأهوائه ورغباته ومثل هذ النتيجة لا يرفضها المنطق القانوني وحسب، ولكن أيضا مقتضيات النظام العام للدولة ذلك أنّ قواعد الحماية هي قواعد أمرّة مجردة وعامة وغير خاضعة لنزوات ورغبات كل فرد.

3- المذهب المختلط (الجمع بين الإرادة والمصلحة)

يحاول التيار المختلط الجمع بين نظرية الإرادة ونظرية المصلحة لتعريف الحق حيث يرى أنّ «الحق سلطة إرادية وهو في الوقت ذاته مصلحة يحميها القانون».

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 234.

إنّ هذا التعريف ليس متفقاً عليه بين أنصار المذهب المختلط حيث نجدهم مختلفون فيما بينهم حول من له الأولوية هل عنصر الإرادة أن عنصر المصلحة ممّا أدى هذا الخلاف إلى انقسام أنصار المذهب المختلط إلى فريقين هما:

أ- فريق أول: يمنح الأولوية لعنصر الإرادة حيث يرى أنّ الحق هو «قدرة لإرادة شخص يعترف بها القانون ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة».¹

ومثل هذا الاعتقاد مجرد تكرار دون جديد يذكر لأطروحة المذهب الشخصي وهو ما يعرضه إلى نفس الانتقادات الموجهة لهذا المذهب كما أنّ هذا التيار بإضافته لعنصر المصلحة ضاعف من حجم الغموض لفكرة الحق، حيث جاءت هذه الإضافة خالية من أي تحديد دقيق لمفهوم الحق إلى الحد الذي جعل منه مصطلحاً مرناً غير قابل للحصر.

ب- فريق ثان: يمنح الأولوية لعنصر المصلحة حيث يرى أنّ «العنصر الجوهري في الحق هو المصلحة وبناءاً على ذلك يكون صاحب الحق هو صاحب المصلحة».²

وهذا الاعتقاد هو الآخر لم يسلم من النقد لكونه منح الأولوية للمصلحة وكأنّه بذلك مجرد تيار ضمن تيارات المذهب الموضوعي، كما أنّه من جانب آخر قلّل من أهمية الإرادة دون أي تسبب أو تبرير منطقي أو قانوني.

وتأسيساً على ما تقدم فإنّ المذهب المختلط يقع تحت طائلة الانتقادات الموجهة للمذهب الشخصي أو المذهب الموضوعي لتعريف الحق.

¹ عبد الحي الحجازي، مذكرات في نظرية الحق، القاهرة، 1941، ص 13.

² لطفي حسام، موجز نظرية الحق، القاهرة، 1991، ص 34.

ثانيا: النظريات الحديثة (المعاصرة) لتعريف الحق

حاول مجموعة من الفقهاء المعاصرين طرح نظرية جديدة لتعريف الحق تتجنب عيوب المذاهب السابقة وخاصة المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي وبهذا الصدد هناك محاولتان جديرتان بالدراسة هما نظرية الفقيه دابان Dabin ونظرية الفقيه روبيه Roubier.

1- نظرية الفقيه دابان Dabin:

اقترح الفقيه دابان في مؤلفه « Le Droit subjectif » المنشور سنة 1952 تعريف جديد للحق حيث يرى أنّ «الحق ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له» وانطلاقا من ذلك يصبح الحق في نظر دابان استئثار الفرد بشيء معين أو قيمة معينة يخول له التسلط على ذلك الشيء أو تلك القيمة وبعبارة أخرى يكون لصاحب الحق سلطة التصرف فيما يملكه وهذا هو الحق العيني أو فيما هو مستحق له وهذا هو الحق الشخصي ويعد الاختصاص في الحالة الأولى مباشرا حيث ينصب على الشيء مباشرة في حالة الحق العيني ويعد الاختصاص في الحالة الثانية غير مباشر حيث لا بد من تدخل المدين لكي يتمكن صاحب الحق من الحصول على ما هو مستحق له.

وتأسيسا على هذا التعريف يتكون الحق من أربعة عناصر أساسية تتمثل في عنصر الاستئثار و عنصر التسلط وعنصر احترام الغير للحق و أخيرا عنصر الحماية القانونية.

أ- عنصر الاستئثار: يقصد بعنصر الاستئثار اختصاص أو انفراد الشخص بشيء معين أو بقيمة معينة و هذا الاستئثار هو جوهر الحق وهو الذي يحقق المصلحة المقصودة وليس المصلحة ذاتها لأنه لا يعني المنافع التي

يؤدي إليها و إنما الاختصاص أو الانفراد بالشيء و هذا ما يتناسب مع اللغة العادية للأفراد كقولهم من حقي كذا و هذا الحق لي ولي الحق في كذا...¹

كما أن عنصر الاستئثار يعني الانفراد بالشيء بمعنى ممارسته دون تدخل من الغير، أي له ارتباط مباشر او علاقة مباشرة بين صاحب الحق و الشيء أو القيمة التي يرد عليها.

و هناك حالات أين لا يكون صاحب الحق هو المنتفع به في كل الحالات، كحالة المعتصب أو واضع اليد علمال غيره فهو ينتفع من المال دون أن يكون صاحب الاختصاص به و هنا نجد دابان يستبدل فكرة المصلحة التي نادى بها إهرنج بفكرة الاستئثار كما يستبدل فكرة الانتفاع بفكرة التملك التي تحمل معنى الاستئثار.

ويؤثر عنصر الاستئثار على أطراف الحق بحيث لا يرتبط الحق بالإرادة و هو قد يتوفر في شخص طبيعي أو معنوي كما أنّ فاقد الأهلية والقصر يتمتعون هم أيضا بهذا العنصر.²

- و يشمل عنصر الاستئثار القيمة المالية أو المعنوية كحق المؤلف و الحقوق المجاورة أو الكيان المادي أو المعنوي للشخص كالحق في سلامة جسم الشخص وصيانة كرامته و شرفه.

ب- عنصر التسلط: يقصد بعنصر التسلط سلطة التصرف بحرية في الشيء محل الاستئثار، و هنا فالتسلط و الاستئثار عنصران متلازمان و يترتب عن هذا التلازم أن يصبح التسلط بمثابة قدرة أو سلطة ناتجة عن عنصر الاستئثار تتميز هذه السلطة بأنها حرة و حرية التصرف تعني تمتع صاحب الشيء بحق التصرف في الشيء بشكل إيجابي عن طريق الاستعمال، أو بشكل سلبي من خلال الامتناع عن استعمال الشيء.

¹ محمد حسنين الوجيه في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 23.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 243.

غير أنه ومع ذلك يتعيّن علينا عدم الخلط بين مجالين: مجال أول يتعلق بالمعنى الدقيق لعنصر التسلط ومجال ثانٍ يتعلق بمعنى استعمال الحق أو مباشرته ويكمن الفرق بين المجالين في أنّ التسلط في الواقع نتيجة للاستثثار لا يثبت إلا لمن يملك الحق أي لصاحبه، في حين أنّ الاستعمال قد يكون من خلال شخص آخر غير صاحب الحق، على سبيل المثال مباشرة الولي أو الوصي للحق نيابة عن صاحبه القاصر وحساب هذا الأخير.

والملاحظ أن نطاق عنصر التسلط يختلف حسب طبيعة الشيء أو قيمته.

فإذا كانت الأشياء مادية في شكل عقار أو منقول فإنّ عنصر التسلط يكون كاملاً نظراً لكون هذه الأشياء تخضع خضوعاً تاماً لصاحب الحق.

أما إذا كانت الأشياء حقوق لصيقة بالشخصية فإنّ مجال التسلط عليها يكون محدوداً، على سبيل المثال لا يجوز للشخص التصرف أو التنازل عن الحق في سلامة جسمه أو الحق في الحياة أو الحق في الحرية، كأن يصل إلى حد التنازل عن الحياة عن طريق منح الغير سلطة إعدامه.

في حين أنّه بالنسبة لحق الدائنية فعنصر التسلط لا يقع على شخص المدين بل على الدين (أي القيمة المالية) للالتزام، و هنا يمكن للدائن المطالبة بالدين كما يمكنه إبراء المدين منه أو حوالة إلى الغير دون المساس بشخصية المدين.

و تأسيساً على ما تقدم نجد أن عنصر التسلط له حدين أساسيين هما:

- حد أول: يتعلق باستبعاد الحقوق اللصيقة بالشخص من نطاقه .
- حد ثانٍ: يتمثل في اقتصار عنصر التسلط في الحق الشخصي على الدين دون شخص المدين .

ج- عنصر احترام الغير للحق : يقصد بالغير في نظر الفقيه دابان كافة أشخاص المجتمع الذين يقع على

عاتقهم الإمتناع عن كل ما من شأنه المساس باستئثار و تسلط صاحب الحق على الشيء محل الحق.

و يمس هذا العنصر كافة أنواع الحقوق بما فيها العينية و الشخصية والذهنية، مع الإشارة إلى أنه في الحقوق

الشخصية يقع على عاتق المدين التزام بواجب محدد. يتمثل في احترام حق الدائن و يترتب عن هذاالعنصر الآثار

التالية:

* إلزام الغير باحترام استئثار و تسلط صاحب الحق.

* امتناع الغير عن القيام بأي عمل يمس أو يُلحق الضرر بصاحب الحق.

* قدرة صاحب الحق على الإلزام الجبري للغير بجبر و إصلاح الضرر الناجم عن المساسبعنصر الاستئثار

والتسلط.

د- عنصر الحماية القانونية : يقصد بالحماية القانونية وجود سلطة عامة تحمي الحق وهذه السلطة

مشخصة في الدولة و التي لها القدرة على وضع نظام قانوني يضمن الحقوق المعترف بها للأفراد وحماية هذه الحقوق

تكون عن طريق وسائل قانونية من بينها الدعوى القضائية التي تعد أهم وسائل حماية الحق، غير أنه يجب عدم

الخلط بين الحق والدعوى. فهذه الأخيرة ما هي إلا مجرد أداة أو وسيلة لحماية الحق وليست حق في حد ذاته كما

أن الدعوى عنصر تابع للحق ولو أنها قد تصل إلى حد الحق في صورة حق التقاضي المضمون من طرف القانون.

غير أن الحق في الدعوى القضائية قد يتوافر في شخص لا يكون له أصلاً حقاً بالمعنى الدقيق للمصطلح أي

التملك، مثال ذلك دعاوى الحيازة التي تحمي الحيازة حتى وإن لم يكن لرافع الدعوى أي حق لكون القانون

يضيفي الحماية على واقعة مادية معينة متى توافرت شروطها إعمالاً لما تمليه مصلحة المجتمع.

نقد نظرية دابان: إن نظرية دابان رغم ما احتوته من عناصر إيجابية لتعريف الحق إلا أنها لم تسلم من النقد

من حيث الأوجه التالية:

* إن تعريف دابان للحق يتجاهل بعض تطبيقات حق الدائنية حيث أن عنصر المطالبة بالدين قد يصبح

في بعض الأحيان عنصر أساسي في الحق و إلا فقد حق الدائنية معناه والجدوى من وجوده.

* ربط وجود الحق بالعناصر الأربعة التي ذكرها دابان ليست مسلمة بل هي محل نقاش:

* فعنصر الاستثارة مثلا قد لا يكون بالضرورة متوافراً في كافة الحقوق، فالبعض منها يكتفي فقط

بالاستعمال أو الاستغلال أو الانتفاع.

* كذلك عنصر التسلط و الذي قد لا يكون متوفراً في الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان أو حق الدائنية.

* وأما بالنسبة لعنصر احترام الغير للحق فهو في الواقع أثر من آثار اكتساب الحق.

* و فيما يخص عنصر الحماية فهناك و قائع مادية لا تعد حقوق بأتم معنى الكلمة كالحيازة، لكن رغم

ذلك تتمتع بالحماية القانونية لأسباب تملئها المصلحة العامة للمجتمع.

وبوجود هذه الانتقادات ظهرت نظرية جديدة لتعريف الحق.

2- محاولة رويهلتنعريف الحق:

طرح رويهلتنعريفه لتعريف الحق في كتابه «الحقوق الفردية و المراكز القانونية الصادر عام 1963 واتجه في

إطار هذه المحاولة إلى القول بوجود اختلاف بين القواعد القانونية والمراكز القانونية بتمثل في كون القاعدة القانونية

هي قاعدة عامة ومجردة بينما المراكز القانونية هي قاعدة فردية.

و تأسيساً على ذلك مثل الفرق الجوهرية بينهما في اختلافهما من حيث الخصائص:

* فإذا كانت القاعدة القانونية تتميز بخاصية العمومية، والتجريد والإلزام، نجد أنّ خصائص المراكز القانونية تتمثل في خاصية الشرعية و احترام الغير و الجزاء.

ان المراكز القانونية لها وجهان وجه تبدو فيه كميزة أو حق ووجه ثان تظهر فيه كواجب و كل واجب يقابل الحق و العكس صحيح.

* وانطلاقاً من ذلك يقترح الفقيه روبيهتقسيم ثنائي للمراكز القانونية: مراكز شخصية من جهة ومراكز قانونية موضوعية من جهة أخرى.

نقد نظرية روبيه: إذا كان الفقيه روبيه نجح إلى حد بعيد في الكشف عن التنوع الذي تتميز به المراكز القانونية إلا أنّه فشل في وضع معيار صارم للتمييز بين هذه المراكز. كما أنّ فكرته حول الحق لا تتطابق مع الواقع، هذا الواقع الذي تفرضه طبيعة الأشياء محل الحق.

ثانياً: تمييز الحق عن غيره من الأنظمة

1- تمييز الحق والقانون:

يرتبط الحق بالقانون أشدّ الارتباط، مع أنّهما متميزان من حيث المدلول والمفهوم والمضمون، فالقانون ينشئ أو يقرره ويبيّن حدوده ويحميه.

2- تمييز الحق عن الحرية:

هناك من يرى أن الحق والحرية مصطلحان مترادفان وهذا الاعتقاد خاطئ فهناك عدّة فروقات نذكر منها:

- إنّ القانون يمنح للأشخاص مجموعة من الحريات (كحرية الاعتقاد، التنقل، الابتكار...) بينما لا يقرّر

الحقوق بصفة أصلية ومطلقة لجميع الناس، بل كل حق مرتبط بشخص معين بالذات.

- إنَّ الحقَّ يرد على محلٍّ محدّد أو قابلٍ للتحديد أمّا الحرية فلا ترد على محلٍّ محدد بطبيعته أو قابلٍ للتحديد فهي عبارة عن أوضاع عامة غير مقيدة بحدود واضحة.

- إنَّ الحقَّ من حيث الأصل له خاصية الذاتية بينما الحريات تتميز بخاصية العمومية.

- الحقَّ يقابله دائما التزام في مواجهة الغير بعكس الحرية العامة لا يقابلها التزام.

3- تمييز الحق عن الرخصة:

الرخصة هي رغبةٌ من صاحب الحق في الحصول على الحق، فبذلك الرخصة تحتل منزلة وسطى بين الحرية والحق، وتختلف الرخصة عن الحق فيما يلي:

- الرخصة هي إجراء أو مرحلة للوصول إلى الحق.

- الرخصة في مرتبة أدنى من الحق بمعنى أنّها لا تحوّل للشخص مكنة الاستتار والتسلط.

4- تمييز الحق عن السلطة:

يختلفان من حيث التعريف، من حيث المضمون ومن حيث الآثار.

* من حيث التعريف: مصطلح السلطة ينفرد به أساسا القانون العام (ق. الدستوري، ق. إداري) فالسلطة

هي آلية أو مؤسسة حكم (هيئة حاكمة) تشرف على الشعب والإقليم، فبذلك تختلف عن الحق الذي هو في

الأساس مركز قانوني (وليس مؤسسة).

- ويتشابهان من حيث أن كلاهما ظاهرة إجتماعية، ففكرة السلطة قد تكون حاضرة في فكرة الحق بالمعنى الذاتي له لأنّ السلطة في الواقع لا تقتصر على مؤسسات الدولة فقط بل تشمل كافة ظواهر المجتمع والعلاقات المترتبة عنها وفي هذا الشأن يصبح الحق تخصيص سلطوي لأشياء ذات قيمة.

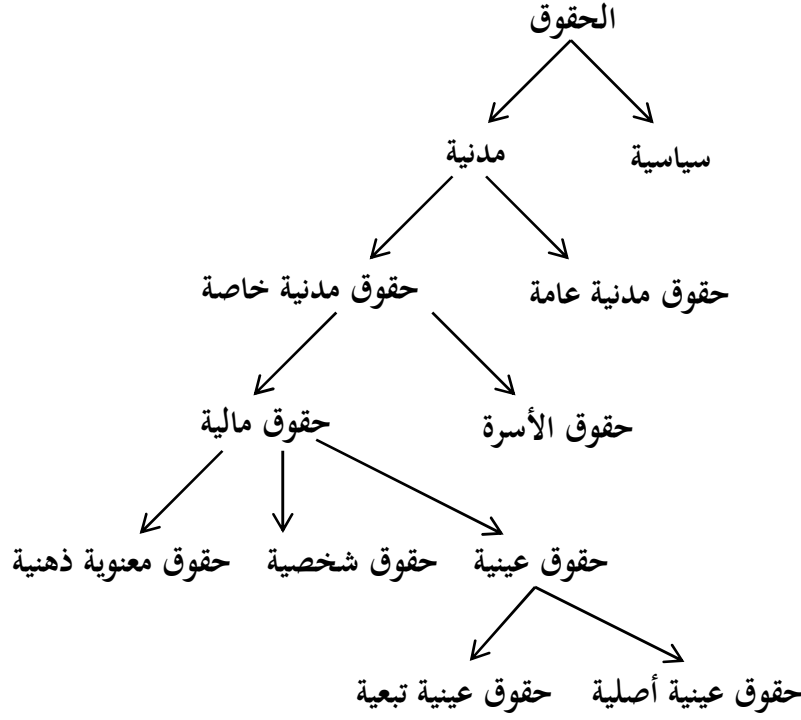
* **من حيث المضمون:** مضمون الحق يختلف عن مضمون السلطة، فمضمون السلطة يتكوّن من جماعة مسيطرة تنفذ أوامرها عبر إقليم معيّن بواسطة تنظيم إداري يملك وسائل الإكراه، وعكس ذلك يتكوّن مضمون الحق من: صاحب الحق (شخص طبيعي أو معنوي) ويستفيد من الحماية التي توفرها له السلطة العمومية، ومن هنا تصبح السلطة بمثابة الوسيلة لإضفاء الشرعية وتوفير الحماية للحق وليست الحق ذاته.

* **من حيث الآثار:** آثار السلطة ليس لها وجود في حياة الحق، إلا إذا تعرّض هذا الأخير لخطر يهدّد وجوده وهنا تتدخل السلطة لحمايته أو إصلاح الضرر.

المحور الثاني: أقسام وأنواع الحق

تنقسم الحقوق بصورة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى حقوق

مدنية عامة وأخرى خاصة وسنوضح هذا التقسيم من خلال المخطط التالي:



أولاً: الحقوق السياسية:

وهي عبارة عن حق الشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية للإسهام في حكم الجماعة كحق تقلد

الوظائف العامة، حق الانتخاب، الترشح... وهذه الحقوق تخص المواطنين دون الأجانب، كما أنها تخص البالغين

الراشدين دون القصر.

ثانيا: الحقوق المدنية

سميت بالمدينة تمييزا لها عن الحقوق السياسية حيث تختلف عنها لكونها يتمتع بها كل من الوطني والأجنبي على السواء وتنقسم إلى:

أ- الحقوق العامة: (الحريات العامة)

وتسمى بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية وقد أقر لها الدستور الجزائري لعام 1996 فصلا كاملا (الفصل 4) من المادة 29 إلى 41 وهذه الحقوق الشخصية تثبت للشخص بمجرد ولادته بصفته إنسانا وتنتهي بوفاة وهي تشمل طائفة من الحقوق الشخصية (كحق الإنسان في الحياة، حرية الرأي، الحق في العمل ... الخ) وهذه الحقوق تتميز بأنها أساسية وضرورية لا يمكن العيش من دونها ولهذا فإن القانون وضع لها الحماية اللازمة وعاقب كل من يمس بها جزائيا.

ب- الحقوق الخاصة: وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة (حقوق غير مالية)

- **حقوق الأسرة:** وهي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة لتنظيم علاقاته بأسرته وهي تختلف باختلاف وضع الشخص ومركزه في الأسرة.

- **الحقوق المالية:** وسميت بذلك لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال وتنتج عن المعاملات المالية بين

الأفراد وتنقسم إلى: الحقوق العينية، الحقوق الشخصية (حقوق دائنية)، وأخيرا الحقوق الذهنية (المعنوية، الفكرة).
الحقوق العينية: الحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء مادي ويحول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء فيكون لصاحب الحق حق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليتمكنه من استعمال حقه، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء محل الحق وتطلق على هذه الحقوق تسمية "العينية" لأنها متعلقة بالعين أو الشيء المادي. تنقسم الحقوق العينية إلى قسمين: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

* **الحقوق العينية الأصلية:** وهي حقوق عينية تقوم بذاتها دون حاجة إلى وجود حق آخر تتبعه فيقصد بها تمكين صاحب الحق من الحصول على المزايا المالية للأشياء المادية.

وتتمثل هذه الحقوق في حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق الارتفاق.

أ- **حق الملكية:** وهو أهم الحقوق حيث يخول لصاحبه سلطة كاملة على الشيء ويتميز بأنه حق جامع ومانع ولا يسقط بعد الاستعمال.

والسلطات التي يخولها حق الملكية هي حق الاستعمال، الاستغلال والتصرف.

* **الاستعمال:** وهو استخدام الشيء فيما هو مُعدُّ لهُ باستثناء الثمار كالسكن مثلاً.

* **الاستغلال:** وهو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء.

* **التصرف:** ويكون إما مادياً باستهلاكه والقضاء على مادته وإما قانونياً ببيعه أو التنازل عن ملكيته للغير دون مقابل.

فإذا اجتمعت هذه العناصر الثلاثة السابقة بيد شخص واحد نكون بصدد ملكية تامة أما إذا تخلف حق الاستعمال أو حق الاستغلال أو كليهما معا فنكون بصدد ملكية ناقصة.

ب- **الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:**

أولاً: حق الانتفاع

وهو حق عيني أصلي يخول صاحبه حق استعمال واستغلال شيء مملوك للغير ويشترط في المنتفع الحفاظ على الشيء محل الانتفاع وبذل العناية في ذلك التي تتطلب في الشخص العادي ويكتسب حق الانتفاع بالتعاقد أو الشفعة¹ أو بالتقادم أو بمقتضى القانون.

¹ حق الشفعة: جعل شخص أحق من غيره بشراء ملك منه هي حق تملك جبري يثبت للشريك القديم على الشريك الجديد.

وحق الانتفاع هو مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين له، كما ينتهي بهلاك الشيء ويرد حق الانتفاع على الأموال العقارية والمنقولة وتجدر الإشارة إلى أنه لما كان حق الانتفاع حقا متجزئا عن حق الملكية فإنه يسمح لصاحبه باستعمال واستغلال الشيء فقط دون التصرف، إذ يظل لمالك الشيء وهو ما يسمى بمالك الرقبة، حق التصرف في الشيء باعتباره ملكا لا يجوز للمنتفع التصرف في حقه (الانتفاع) وليس في ملكية الشيء محل الانتفاع إلا أن تصرفه هذا محدد بمدة حياته أو بمدة الانتفاع.

ثانيا: حق الاستعمال وحق السكن

هو حق يخول لصاحبه سلطة استعمال الشيء وسكنه إذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكن ويتحدد نطاق هذا الحق بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته.

أما حق السكن فهو عبارة عن حق الاستعمال الوارد على العقارات المبنية، فإذا كان لشخص حق استعمال منزل مملوك للغير فإن حقه يقتصر على السكن فقط وليس له الحق في تأجيره للغير أو التصرف فيه.

ثالثا: حق الارتفاق

وهو حق عيني متفرع عن حق الملكية وهو حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويكتسب حق الارتفاق بمقتضى القانون، كما يكتسب بالعقد والوصية والميراث.

شروط حق الارتفاق:

- يجب أن تكون هناك العلاقة بين العقارين، عقار مرتفق وعقار مرتفق به، فحق الارتفاق لا ينشأ إلا

على العقارات.

- يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين.

- يجب أن يكون التكليف لمصلحة عقار وليس لفائدة شخص.

انتهاء حق الارتفاق:

من بين أسباب انتهاء حق الارتفاق* انقضاء الأجل المحدد له أو بهلاك العقار المرتفق كلياً أو *باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، *وكذلك قد ينقضي حق الارتفاق إذا فقد هذا الأخير كل منفعة للعقار المرتفق أو بقيت له فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

* الحقوق العينية التبعية: (التأمينات العينية)

هذه الحقوق لا توجد مستقلة كالحقوق العينية الأصلية وليست مقصودة لذاتها وإنما الغرض منها ضمان الوفاء بحقوق الدائنية، والحق العيني التبعية يستند كما سبق إلى حق شخصي يكون تابعا له فهو يبقى ببقاءه وينقضي بانقضائه. ومادام الحق الشخصي هو حق مؤقت فإن الحقوق التبعية هي كذلك مؤقتة، وقد وُجِدَ نظام الحقوق العينية التبعية كضمان للدائن أي صاحب الحق الشخصي ولهذا تدعى بالتأمينات العينية لأن هذا الأخير معرض لأمرين:

- إما تصرف المدين في أمواله فلا يتمكن الدائن من التنفيذ عليها.
- وإما تعاقدته على ديون جديدة يُزَاحِمُ أَصْحَابُهَا الدائن القديم، بحيث إذا لم تكفي أموال المدين للوفاء بكل ديونه قُسمتْ هذه الأموال بين الدائنين قسمة غرماء (أي بنسبة دين كل واحد منهم)، ولهذا وجدت هذه الحقوق التي تقع على شيء أو أكثر من أموال المدين فتكون ضمانا للوفاء بالدين، وهذا الضمان يخول لصاحبه ميزتان:

1- ميزة التبعية: للدائن سلطة ملاحقة الشيء محل الحق العيني التبعية في أي يد يكون لاستفءاء حقه منه.

2- ميزة الأولوية: للدائن صاحب الحق العيني التبعية له حق التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين

الممتازين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن الشيء محل الحق العيني التبعية.

أنواع الحقوق التبعية العينية:

وردت هاته الحقوق في القانون المدني الجزائري على سبيل الحصر في الكتاب الرابع وهي:

* **الرهن الرسمي** (المادة 882-933 من ق م ج) وهو حق عيني تباعي يترتب على عقار مملوك للراهن ضمانا للوفاء بحق الدائن المرتهن مع بقاء العقار في حيازة الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه، ومصدر الرهن الرسمي إما العقد أو حكم قضائي أو نص قانوني، ويجب أن يوثق عقد الرهن في محرر رسمي ولهذا سمي بالرهن الرسمي وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا كما أن الرهن الرسمي لا يكون نافذا في حق الغير إلا بإجراء شهره بالقيود في السجلات المعدة لشهر التصرفات العقارية وهذا الإجراء مهم في تحديد مرتبة الرهن في الأسبقية بالنسبة للدائنين الآخرين.

* **الرهن الحيازي:** (المواد من 948 - 945 ق.م.ج) وهو حق عيني تباعي ينشأ بمقتضى عقد ويحول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على مال يجبسه في يده أو في يد الغير ويستوفي منه حقه قبل الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون هذا المال.

وهو ما جاء في المادة 948 من القانون المدني.

ويرد الرهن الرسمي إما على عقار أو منقول (المادة 949 من القانون المدني)، ويتميز الرهن الحيازي أساسا بانتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن (المادة 951 من ق م ج).

ويحول الرهن الحيازي للدائن المرتهن حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء حقه، فإذا وفى المدين الدين الذي عليه وجب على الدائن المرتهن رد الشيء المرهون إلى المدين (المادتان 962 و 959 من ق م ج).

وتجدر الإشارة إلى أن الدائن المرتهن ملزم ببذل جهده في حفظ وصيانة الشيء المرهون وهو مسؤول عن هلاكه (المادة 955 ق م ج) وللدائن المرتهن رهنا حيازيا أن ينتفع بالمال المرهون وأن يستثمره ويخصم ما استفاده

من مال من الدين المضمون بالرهن (المادة 956 من ق م ج). وينقضي الرهن الحيازي في عدة حالات نص عليها القانون المدني (المادة 964 و965 منه) وهي:

* انقضاء الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون (المادة 964 من ق م ج).

* تنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن الحيازي سواء صراحة أو ضمنا بالتخلي عن الرهن.

* اجتماع حق الملكية والرهن الحيازي في يد شخص واحد.

* هلاك الشيء المرهون أو انقضاء الحق المرهون.

* **حق التخصيص: (المواد 982 – 1001 من ق.م.ج) :** وهو من الحقوق العينية التبعية ولا يتقرر

هذا الحق إلا بناء على حكم صادر من المحكمة وهذا الحق يتقرر فقط للدائن الذي بيده حكم قضائي واجب التنفيذ.

ولا يتقرر هذا الحق إلا على العقارات دون المنقولات (المادة 940 ق.م.ج) وعلى الدائن الذي يريد الحصول على حق التخصيص أن يقدم عريضة إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها العقار الذي يريد التخصيص عليه، وتسري على حق التخصيص بحسب الأصل كافة الأحكام والآثار التي تسري على الرهن الرسمي وذلك مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة (المادة 947 ق.م.ج) وللدائن الذي حصل على حق تخصيص على عقارات مدينه حق التقدم على الدائنين التاليين له (أي الدائنين الذين قيدوا حقوقهم بعده، إذ الأولوية تقرر بالأسبقية في القيد كما في الرهن الرسمي). وكذلك يخول حق التخصيص تتبع العقار في أي يد يكون للتنفيذ عليه و استفاء حقه.

حق الامتياز:

عرفت المادة 982 حق الامتياز بأنه "أولوية يقررها القانون لذين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للذين

امتياز إلا بمقتضى القانون".

لا يتقرر الامتياز إلا بنص القانون مراعاة لصفة معينة أو اعتبارات إنسانية كالامتياز المقرر لأجور العمال أو

امتياز المصرفوات القضائية.

وتنقسم حقوق الامتياز إلى عامة وخاصة ولقد أشار القانون المدني إلى هذا التقسيم في المواد من 989 إلى

1001.

وحقوق الامتياز العامة تحول للدائن صاحب حق الامتياز استيفاء حقه بالأولوية من أموال المدين وقت

التنفيذ عقارات كانت ومنقولات.

أما حقوق الامتياز الخاصة فإنها ترد على عقار أو على منقول معين، ومن الامتيازات الخاصة الواردة على

المنقول الضرائب والرسوم المستحقة للخزينة العامة وتستوفى قبل أي حق آخر.

ومن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار امتياز المبالغ المستحقة للمهندسين أو المقاولين عن أعمال

البناء والترميم أو الصيانة ويجب أن يقيد الامتياز وتكون مرتبة من تاريخ القيد، ومن حقوق الامتياز العامة المبالغ

المستحق للخدم والعمال وكل أجير آخر. وتحول حقوق الامتياز لأصحابها سلطة التقدم وفقا للمرتبة التي يحددها

نص القانون.

أما سلطة التتبع لا تكون إلا لحقوق الامتياز الخاصة في المنقول والعقار باستثناء الحائز حسن النية.

ومن الطبيعي ألا تخضع حقوق الامتياز الخاصة التي ترد على المنقول لنظام القيد ولا تنفذ في العقار إلا بعد القيد وتتقدم حقوق الامتياز العامة على غيرها من حقوق الامتياز فإذا تراحت هذه الحقوق وكانت في مرتبة واحدة تستوفي بقيمة كل منها.

جدول مقارنة بين الحقوق العينية التبعية

نوع الحق	الرهن الرسمي	الرهن الحيازي	حق الامتياز
مصدر الحق	يتقرر بمقتضى عقد رسمي يتم بين الدائن والمدين أو أي شخص آخر، وحق التخصيص لا يختلف عنه إلا في أن مصدره هو القضاء.	يتقرر بمقتضى عقد عرفي بين الدائن والمدين أو أي شخص آخر.	يتقرر بنص القانون حماية لبعض الدائنين لأهمية ديونهم.
محل الحق	لا يرد إلا العقار	يرد على العقار والمنقول	قد يرد على مال معين من أموال المدين وهو حق الامتياز الخاص، وقد يشمل كل أمواله وهو حق الامتياز العام.
التقدم والتتبع	يحول صاحبه ميزتي التقدم على غيره من الدائنين والتتبع	يحول صاحبه ميزتي التقدم على غيره من الدائنين والتتبع	حق الامتياز الخاص يحول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع. حق الامتياز العام يحول صاحبه ميزة التقدم فقط لأنه غير محصور في مال معين.
نقل الحيازة	لا ينقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن.	ينقل حيازة المال المرهون من المدين إلى الدائن وينتهي بخروج حيازة المال من الدائن.	لا ينقل الحيازة

2- الحقوق الشخصية:

هي سلطة يقرها القانون لشخص وهو الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين تمكنه من إزمائه بأداء عمل أو الامتناع عنه تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن ويسمى الحق الشخصي (حقا إذ نظرنا إليه من ناحية الدائن) ويسمى التزاما إذا نظرنا إليه من ناحية المدين.

ويتميز الحق الشخصي بأنه لا يمكن لصاحبه الحصول عليه إلا بتدخل المدين، وعلى هذا يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي، ذلك أن الحق العيني هو سلطة مباشرة على الشيء ولا يستلزم وساطة بين صاحب الحق والشيء محل الحق.

جدول مقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي:

الموضوع	الحق العيني	الحق الشخصي
من حيث الأطراف	لا يوجد إلا طرف واحد هو صاحب الحق، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء الذي يرد عليه هذا الحق	يوجد طرفان، أحدهما صاحب الحق (الدائن)، والآخر الملتزم (المدين)
من حيث المحل	هو سلطة لشخص على شيء معين بالذات	هو سلطة مقررة على شخص آخر محلها القيام بعمل / الامتناع عن عمل / إعطاء شيء.
من حيث المدة	يكون الحق العيني حقا دائما أو طويل المدة، مثال حق الملكية هو حق مؤبد وإن كانت هناك بعض الحقوق العينية لفترات مؤقتة ولكنها لفترات طويلة أي أنها تقيد حرية المدين مدة طويلة	الحق الشخصي هو أساسا حق مؤقت لأنه يقيد من حرية المدين، فلا يجوز أن يكون الحق الشخصي لفترة طويلة.
من حيث الآثار	يحول صاحبه ميزتين: 1) التتبع، ويقصد به تتبع الشيء الذي ينصب عليه الحق، واللاحاق به لاسترجاعه في أي يد يكون (استثناء: إذا كان الشيء منقولا ماديا وحازه بطريق حسن النية، تنتقل الملكية في هذا المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكية وهذا استثناء على القاعدة العامة).	أصحاب الحق الشخصي لا يتقدم أحد منهم على الآخر فتمت قسمة مال المدين بينهم قسمة غرماء، أي كل واحد يأخذ حصته بمقدار دينه الذي له على المدين.

	2)التقدم، ومؤداه أن صاحب الحق العيني يتقدم على غيره من الدائنين العاديين للحصول على حقه.	
--	--	--

3- الحقوق الذهنية (المعنوية):

الحق الذهني هو كل ما يُنتج عن الفكر البشري كالابتكار بحيث تظهر شخصية صاحبه ويجد هذا الحق

مصدره في الدستور والقانون.

وتنصب الحقوق الذهنية على أشياء غير مادية وهي تنقسم إلى قسمين:

1- الملكية الأدبية والفنية: ومن أبرزها حقوق المؤلف كتأليف كتاب علمي أو أدبي.

2- الملكية الصناعية: كبراءة الاختراع والعلامة التجارية والاسم التجاري ... الخ

الفصل الأول: أشخاص الحق (الشخصية القانونية)

الشخص هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية أو هو من يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ؛ ويثبت ذلك للشخص الطبيعي، وهو الإنسان، أو لمجموعة من الأموال أو الأشخاص كالشركات والجمعيات والمؤسسات والتي تقوم بنشاط هادف منظم له قيمة اجتماعية، وتسمى بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية. ولهذا فنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض في الأول إلى الشخص الطبيعي وفي الثاني للشخص الاعتباري.

المبحث الأول: الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان ، وتثبت الشخصية القانونية للإنسان منذ أن يولد حياً حتى إذا لم تتوافر له الإرادة العاقلة الواعية مثل الصغير أو فاقد العقل ، فالإنسان بمجرد ولادته تثبت له الشخصية القانونية أى مكنة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات . وتقتضى دراسة الأشخاص الطبيعية، أن نعرض لها من حيث مدة الشخصية القانونية ومميزات الشخص الطبيعي ، ونعالج كل منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول: مدة الشخصية القانونية

أن حياة كل شخص طبيعى لها بداية ونهاية، وكذلك الشخصية القانونية لها بداية ونهاية، ولهذا ينبغى أن نبدأ بتحديد متى تبدأ الشخصية القانونية للإنسان ، ثم نعرض لتحديد متى تنتهى هذه الشخصية. ومن هذا المنطلق ، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: بداية الشخصية القانونية

الفرع الثانى: نهاية الشخصية القانونية

الفرع الأول: بداية الشخصية القانونية

تنص المادة 25 من القانون المدني على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهى بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حياً ". وسنعالج بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادة الجنين حياً ، ثم نتناول مركز الجنين .

أولاً : بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادة الجنين حياً

إن ثبوت الشخصية القانونية للإنسان يكون بتمام ولادته حياً، أو بمعنى آخر يكون بانفصال الجنين عن أمه حياً، فإذا انفصل الجنين ميتاً، فلا تثبت له الشخصية القانونية، حتى ولو كان ذلك نتيجة إجهاض تعمدته الغير، كضرب الحامل على بطنها، وتحقق حياة المولود ببعض العلامات المميزة كالبكاء والصراخ والتنفس. فإذا تمت ولادة المولود حياً تثبت له الشخصية القانونية، ولا يهم بعد ذلك مدى قابليته للحياة، فإذا مات المولود بعد فترة وجيزة من ولادته، فلا يؤثر ذلك على الشخصية القانونية له، وتثبت واقعة الميلاد بشهادة الميلاد بعد القيد في السجلات الرسمية. على أنه يجب أن يلاحظ أن القيد في سجل المواليد ليس هو البديل الوحيد لإثبات الولادة، فواقعة الولادة واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق (المادة 26 من القانون المدني).

ثانياً : مركز الجنين

- تضمنت المادة 25 في فقرتها الثانية من القانون المدني على ما يلي "على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حياً." ويثبت للحمل أو الجنين:
- أ- الحق في ثبوت نسبه من أبيه: بشرط أن يكون الزواج شرعياً أو إذا وُضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة (المادة 43 من قانون الأسرة).
 - ب- الحق في الميراث: إذا كان الجنين هو الوارث الوحيد توقف له كل التركة، أما إذا كان وارث مع غيره فيوقف له نصيب أيهما أكثر (أي الذكر أو الأنثى) وهذا ما تضمنته المادة 173 من قانون الأسرة بنصها أنه "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".
 - ج- الحق في اكتساب جنسية أبيه:
 - د- الحق فيما يوصى له به: بحيث تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس (المادة 187 من قانون الأسرة).
 - هـ- الهبة: تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً (المادة 209 من قانون الأسرة)

الفرع الثاني: نهاية الشخصية القانونية:

تنتهي شخصية الإنسان بموته، وقد يكون الموت حقيقيا وقد يكون حكما (اعتباريا).
أولاً : الموت الحقيقي: يترتب على التحقق من وفاة الإنسان سواء أكانت الوفاة طبيعية أم نتيجة حادث انتهاء شخصيته القانونية ، بحيث لا يعود صالحاً لأن يكون صاحب حق أو مدينا بواجب ، وإنما تنتقل حقوقه والتزاماته إلى ورثته، إلا أن بعض الفقهاء يرى أن شخصية الإنسان تمتد افتراضاً ، لحين سداد ديون المورث من أموال تركته ، بحيث لا ينتقل إلى الورثة إلا ما يتبقى من أمواله بعد سداد ديونه. ويستند هذا الرأي إلى القاعدة الشرعية التي تقضى بأن الورثة لا يستحقون أنصبتهم إلا من بعد سداد الديون، حيث لا تنتقل أموال المتوفى إلى الورثة إلا بعد سداد ديونه. إذن تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بموته فعلا، وهذا ما نصت عليه المادة 26 من القانون المدني "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدّة لذلك. وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية".

ثانيا: الموت الحكمي (الاعتباري)

قد تنتهي حياة الشخص الطبيعي بالوفاة الحكمية أي بحكم قضائي، وذلك اذا استحال التأكد من الوفاة الطبيعية، ويتحقق ذلك في حالي الغائب و المفقود، بحيث لا يمكن للقاضي أن يحكم بالوفاة إلا بعد الحكم بالفقدان.

تعريف الغائب: حسب المادة 110 من قانون الأسرة فالغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير، يعتبر في حكم المفقود.

تعريف المفقود: عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود بأنه "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم". وعليه فالمفقود لا يعلم على وجه اليقين أحياء هو أم ميتا، حيث تنقطع أخباره على نحو يرجح وفاته.
شروط اعتبار المفقود ميتا: تختلف شروط اعتبار المفقود ميتا باختلاف الحالات التي فقد فيها، حيث لم يترك المشرع أمر المفقود معلقا الى أجل غير معلوم، وإنما حدد فترة زمنية معينة يحكم بعدها بموته، وهنا نفرق بين نوعين:

حالة الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك: إذا كان الشخص قد فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ، كمن يفقد فى حالة الحرب أو كارثة كزلزال أو فيضان أو من يفقد نتيجة وجوده في منزل قد احترق أو هدم ؛ أو وجوده في منطقة تعرضت للغزو أو لحرب أهلية، في مثل هذه الأحوال ، يحكم القاضى باعتبار المفقود ميتاً بعد مضى أربع سنوات من تاريخ فقده.

حالة الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك: إذا كان الشخص قد فقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، كما لو انقطعت أخبار مسافر طلبا للعلم أو بغرض السياحة ، ففي هذه الحالة لم يحدد المشرع المدة التي تحكم بعدها المحكمة بموت المفقود ، وإنما ترك امر تقدير هذه المدة إلى القاضى ، وذلك بعد التحري عن وجوده على قيد الحياة أو وفاته بجميع الطرق الممكنة . غير أنه وفي جميع الأحوال ، لا يجوز أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات ، باعتبار أن هذه المدة تعد حدا أدنى ليس للقضاء أن يتزل عنه. (المادة 113 من قانون الأسرة).

آثار الحكم بالفقدان:

إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حيا سواء بالنسبة لأمواله أو زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته.

فبالنسبة لأمواله لا تقسم بين الورثة وهذا ما تضمنته المادة 111 من قانون الأسرة بنصها "على القاضى عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحققه من ميراث أو تبرع". فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الحكم بالفقدان. و بالتالي لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بوفاته.

أما بالنسبة لزوجته فتبقى زوجة المفقود في عصمته إلا اذا طلبت التطليق بناء على نص المادة 5/53 من قانون الاسرة و التي تجيز لها طلب التطليق بسبب الغيبة لمدة تفوق السنة دون عذر أو نفقة. آثار الحكم بموت المفقود:

إذا حكم القاضى بموت المفقود ، هنا تنتهى حياة المفقود ، ويرتب هذا الحكم آثاره من تاريخ صدوره. حيث تعدد زوجة عدة الوفاة وهى أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت صدور الحكم بموته ، وتستطيع أن تتزوج بغيره بعد انتهاء العدة. كما توزع تركته على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته، فمن مات من الورثة قبل صدور الحكم لا يرث منه لأنه يشترط لاستحقاق

الإرث أن يكون الوارث حي وقت موت المورث، وهذا ما نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة.

آثار عودة المفقود حيا:

بالنسبة لأموال المفقود فوفقا للمادة 115 من قانون الأسرة "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بوفاته، وفي حالة ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

أما بالنسبة لزوجته إذا كانت لم تتزوج ، فإنه لا مشكلة ، حيث تعود الزوجة إلى زوجها بمجرد ظهوره حيا، أما إذا كانت قد تزوجت بغيره فان المشرع الجزائري سكت عن ذلك، و اذا رجعنا الى فقه الامام مالك فعصمة الزوج الأول تسقط بدخول الثاني بها خاصة اذا كان هذا الاخير حسن النية ودخل بها بعد انتهاء العدة وبالتالي تبقى للزوج الثاني.(هذا و يفرق الفقهاء بين ما اذا كان الزوج الجديد قد دخل بالزوجة أو لم يدخل بها و عليه اختلفت اراء الفقهاء حسب كل مذهب، مع العلم أن القاضي ملزم بالفصل في القضية حتى و ان لم يوجد نص في قانون الاسرة وذلك بالرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية و اراء الفقه الاسلامي خاصة المذهب المالكي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة)

المطلب الثاني: مميزات الشخص الطبيعي

سنتناول في دراسة مميزات الشخصية كل ما يميز شخص عن الآخر ، ويتميز الشخص عن الآخر باسمه وبجالته وبموطنه ، فلكل شخص اسم يسمح بتمييزه عن غيره ، ولكل شخص موطن يمكن العثور عليه فيه لمخاطبته فيما يتعلق بشعونه القانونية ، ولكل شخص حالة تسمح بتمييزه عن غيره ، كما أن لكل شخص أهلية يباشر بمقتضاها حقوقه والتزاماته و له ذمة مالية.

الفرع الأول: الاسم

فهو الذى يميز كل شخص عن غيره من الناس ، ويتكون الاسم عادة من عنصرين : الاسم الشخصى ، وهو الذى يميز الشخص عن بقية أفراد أسرته ، واللقب وهو اسم العائلة ، وهو الذى يميز الشخص عن غيره ويحدد انتمائه إلى أسرة معينة. وللإسم معنيان معنى ضيق ويقصد به

الاسم الشخصي (Prénom) والمعنى الثاني يقصد به اللقب أو اسم الأسرة (Nom de famille)، وهذا ما نصت عليه المادة 28 من القانون المدني على أنه "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق بأولاده. يجب أن تكون الأسماء جزائية و قد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين". ووفقا للمادة 29 من القانون المدني يسري على اكتساب الألقاب و تبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية. كما يمكن للشخص أن يكون له أكثر من اسم ويتمثل ذلك:

اسم الشهرة: هو اسم مخالف للاسم الحقيقي للشخص يطلقه عليه الجمهور فيشتهر به أمام الناس وعادة يكون اسم الشهرة مشتقا من صفة في الجسم أو من مهنته كالفنانين من الممثلين و المغنين. و لصاحبه أن يطالب بوقف الاعتداء إذا ما نازعه الغير في اسم الشهرة، وكذلك المطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

الاسم المستعار: وهو الاسم الذى يطلقه الشخص على نفسه رغبة منه في إخفاء شخصيته ، ككاتب ناشئ يريد أن يطمئن على ما يكتبه بدون أن يعرف الجمهور اسمه الحقيقي، أو أن يصنع فنان اسما فنيا جديدا له لتحقيق الشهرة في المجال الفني.

الاسم التجاري: هو الاسم الذى يتخذه شخص تاجر أو شركة تجارية لكي يتميز به المحل أو المنشأة ، وقد يكون الاسم التجاري هو اسم صاحب المحل أو المنشأة ، وقد يكون اسما آخر. والحق على الاسم التجاري يختلف عن حق الشخص على اسمه ، إذ أن الحق على الاسم التجاري حق مالى أي له صفة مالية ، ولهذا يصح التصرف فيه بالتنازل عنه إلى الغير(المادة 78 من القانون التجاري). ولا يجوز الاعتداء على الاسم التجاري ويحق لصاحبه أن يطالب المعتدى سواء كان هذا الاعتداء بانتحال هذا الاسم التجاري أو بطريقة أخرى بوقف الاعتداء وبتعويضه عما أصابه.

اذن الاسم المدني يمتاز بأنه غير قابل للتصرف أو التزول عليه كما أنه لا يخضع لنظام التقادم المكسب أو المسقط. وباعتبار أن الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فان القانون يحميه كما يحمي الشخصية، فلا يجوز الاعتداء على حق الشخص على اسمه، وله الحق في المطالبة بالكف عن الاعتداء كما له الحق في التعويض.(المادة 48 من القانون المدني).

الفرع الثاني: الاهلية

تعتبر الاهلية احدى مميزات الشخصية و التي تجعل الشخص اهلا لاكتساب الحقوق و الالتزام بالواجبات. فلأهلية نوعان أهلية وجوب و هي التي يكتسبها بمجرد الولادة، وأهلية أداء وهي التي يكتسبها في وقت لاحق و تمر بعدة مراحل.

1-أهلية الوجوب: ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات. وتثبت أهلية الوجوب للجميع بصرف النظر عن السن أو الإدراك أو التمييز ، فهي تتقرر لعدم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون، لأن مناط أهلية الوجوب هو الحياة ، وتظل أهلية الوجوب ملازمة للشخص ، طالما بقى على قيد الحياة ، ولا تزول عنه إلا بالوفاة ، فالإنسان بمجرد ولادته تثبت له الحقوق والالتزامات عليه ، ولكنه لا يستطيع أن يباشر الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه.

2- أهلية الاداء: هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يعتد به القانون ، ومعنى ذلك أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية ، وهي لا تثبت لكل إنسان بمجرد ميلاده ، أى بمجرد ثبوت الشخصية القانونية له ، وإنما تثبت للإنسان الذى تتوافر لديه ملكات التمييز والإدراك ، فأهلية الأداء قد تكون معدومة ، وقد تكون كاملة بلوغ سن الرشد وقد تكون ناقصة .

أ-: انعدام الأهلية وهي مرحلة الصبي غير المميز (عديم الأهلية): وتبدأ هذه المرحلة من الولادة حتى بلوغ سن التمييز، فالصغير دون 13 سنة لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف حتى ولو كان نافعا له نفعاً محضاً، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني بقولها "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة".

ب- الاهلية الناقصة: وهي مرحلة الصبي المميز (ناقص الأهلية): وتمتد هذه المرحلة من الثالثة عشر سنة الى دون بلوغ سن الرشد 19 سنة، وهنا تكون أهليته قابلة للإبطال وتميزها من خلال تصرفاته. فإذا كانت تدخل ضمن التصرفات الضارة ضررا محضا فإنها تكون باطلة، أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً فإنها جائزة مع إمكانية إبطالها، أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر متروكة للسلطة التقديرية للقاضي ولصالح ناقص الاهلية.(المادة 43 من القانون المدني)

ج- أهلية الاداء الكاملة: وهي مرحلة بلوغ سن الرشد و تكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة أو ضارة، فيعتبر كل شخص بلغ سن 19 سنة كاملة كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها ، ما لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو بمناح من موانعها، وهذا ما تضمنته المادة 40 من القانون المدني بأنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة"

1- عوارض الاهلية:

رغم بلوغ الشخص سن الرشد وهو 19 سنة كاملة، فقد يلحقه عارض من عوارض الأهلية فتفقدته التمييز ، فيصبح عديم الأهلية ، وذلك في حالة الجنون والعتة ، أو تؤثر على حسن إدراكه وتديره للأمر ، فيصبح ناقص الأهلية ، وذلك في حالة السفه والغفلة.

- الجنون: هو مرض يصيب عقل الشخص فيعدمه التمييز ، و لم يفرق المشرع بين الجنون المطبق والجنون المتقطع واعتبر تصرفات الجنون والمعتوه كلها باطلة متى صدرت بعد الحجر عليه، في حين يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون المطبق والجنون المتقطع ، فالأول هو الجنون المستمر الذى لا تتخلله فترات إفاقة ، وفي هذه الحالة تكون تصرفات الجنون كلها باطلة بطلاناً مطلقاً ، وأما الجنون المتقطع الذى تتخلله فترات إفاقة ، فيعتبر فقهاء الشريعة الاسلامية أن ما يصدر من الجنون من تصرفات فى فترات الإفاقة يكون صحيحاً ، وتبطل فى أوقات الجنون.

- العته: هو خلل يصيب عقل الشخص ، فيجعله قليل الفهم ، مضطرب التفكير، فاسد التدبير. أو هو نقصان العقل واختلاله، دون أن يصل إلى مرتبة الجنون.

وقد سوى المشرع بين الجنون والمعتوه من حيث أهلية الأداء ، فاعتبر كل منهما معدوم الأهلية لانعدام التمييز. ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقاً للإجراءات التي بينها القانون في هذا الصدد، كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته.

فتصرفات الجنون و المعتوه باطلة لانعدام الادراك و نقصانه عندهما، وهذا ما جاء في نص المادة 107 من قانون الاسرة تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما. لهذا نص القانون عى امكانية الحجر على الجنون و المعتة بطلب من ذوي المصلحة، فتصدر المحكمة حكماً بالحجر و تعي مقدماً لرعاية شؤون المحجور عليه.

- **السفه:** السفه هو التبذير في انفاق المال على خلاف ما يقضى به العقل والشرع ، كمن يدمن المقامرة أو يبالغ في التبرع.

ذو الغفلة: أما ذو الغفلة هو إنسان طيب القلب إلى حد الغفلة و السذاجة والطيبة الزائدة للقلب التي تؤدي الى عدم التمييز بين الربح والخاسر و بين النافع و الضار. هذا و قد سوى القانون بين السفه و ذى الغفلة ، فاعتبر كلا منهما ناقص الأهلية ، كالصبي المميز. وهذا هو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني بقولها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهيا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ".

2- موانع الأهلية:

قد يكتمل لدى الشخص البالغ الرشيد الإدراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية ، ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون مباشرته للتصرفات القانونية بنفسه ، وإنما يلزم حتى تعد تصرفاته صحيحة ، أن يقوم شخص آخر نيابة عنه في إبرام هذه التصرفات. هذه الموانع قد تكون مادية(الغيبه) أو قانونية(كالتعرض لعقوبة جنائية أو شهر الإفلاس أو طبعية (كاجتماع عاهتين في الشخص)

- **الغيبه:** هي حالة من الحالات التي تمنع الشخص من ممارسة تصرفاته بنفسه، لهذا وبطلب من ذوي المصلحة، يعين القاضي من ينوب عنه في ذلك. هذا ويراعى أن الغيبه مانع مؤقت تنتهي بزوال سببها ، حيث تنتهي حالة فقدان أو الغياب بعودة المفقود أو الغائب أو بثبوت وفاته أو بالحكم باعتباره ميتا إذا كان مفقودا.

- **الحكم بعقوبة جنائية:** يمنع المحكوم عليه بعقوبة جنائية من مباشرة حقوقه المالية. وهو حجر قانوني بحيث يحرم المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقاً للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي.

- **اجتماع عاهتين:** نصت المادة 80 من القانون المدني على انه " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصالحته.

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي اذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

ويتضح من هذا النص ، أن الشخص الذي يصاب بعاهتين من هذه العاهات الثلاثة وهي الصمم والبكم والعمى ويتعذر عليه بسبب ذلك أن يعبر عن إرادته ، يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته مساعدته فيها، غير أنه إذا تقرر المساعدة القضائية بالنسبة لتصرف معين ، فلا يجوز أن يستقل بإجراء هذا التصرف الشخص الذي تقرر مساعدته ، بحيث إذا صدر منه بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل قرار المساعدة.

- النيابة الشرعية: نصت المادة 81 من قانون الاسرة على أنه من كان فاقد الاهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً للأحكام هذا القانون.

الفرع الثالث: الحالة

يقصد بحالة الشخص هي مجموعة الصفات التي يضعها القانون في الاعتبار، حيث يتوقف عليها تحديد مدى صلاحيته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، وتحدد هذه الصفات بانتماء الشخص إلى دولة معينة (ويطلق على ذلك الحالة السياسية) ، ومركز الشخص من حيث كونه منتسباً إلى أسرة معينة (ويعنى ذلك الحالة العائلية) ، ومركز الشخص من حيث كونه منتسباً إلى ديانة معينة (وهو ما يسمى بالحالة الدينية).

أ- الحالة السياسية:

ويقصد بالحالة السياسية تمييز كل شخص عن الآخر بجنسيته ، أى بانتمائه إلى دولة معينة ، ويحدد القانون الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية ، وبناء على رابطة الجنسية يمكن التمييز بين الوطنيين والأجانب فيما يتعلق بالحقوق التي يتمتع بها كل منهم ، فهناك بعض الحقوق التي تثبت في الأصل للوطنيين دون الأجانب ، كالحقوق السياسية ، والحق في مباشرة بعض المهن كالمحاماة ، والطب ، كما قد يحظر على الأجانب حق الانتخاب أو حق الترشيح للهيئات النيابية أو حق تولى الوظائف العامة. وهذه الجنسية إما أن تكون جنسية أصلية، وإما أن تكون جنسية مكتسبة. (المواد 06 و 07 من قانون الجنسية).

ب-الحالة المدنية أو الخاصة (الحالة العائلية " القرابة ")

و هي الحالة المدنية التي تبين مركز الفرد من حيث انتمائه لأسرة معينة، و الأسرة هي مجموعة من الأشخاص يرتبطون معا برباط القرابة وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 32 ق.م.ج "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"، و القرابة بصورة عامة إما أن تقوم على أساس النسب و إما على أساس المصاهرة:

1- قرابة النسب أو الدم: هي التي تجمع بين كل من يجمعهم أصل مشترك، سواء كان ذكرا أو أنثى. وهي نوعان:

أ- قرابة مباشرة: هي التي تقوم بين الأصول والفروع في عمود النسب وإن علا الأصل، فالأب أصل الابن والجد أصل الأب والابن فرع أبيه (م33/1 مدني). (وعند حساب درجة القرابة المباشرة لا يحسب الأصل وكل فرع يعتبر درجة(م34 مدني)، فالإبن بالنسبة لأبيه في الدرجة الأولى، والحفيد بالنسبة لجدده في الدرجة الثانية.

ب- قرابة غير مباشرة(قرابة الحواشي): هي قرابة الأشخاص الذين يتفرعون عن أصل واحد مشترك دون أن يكون أحدهم أصلا أو فرعا للآخر(م2/33)، كالقرابة بين الإخوة وأبناء الأعمام والعمات، والأخوال والحالات، وأبناء الإخوة والأخوات. وعند حساب درجة الحواشي لا يحسب الأصل المشترك ويحسب كل فرع درجة(م34 مدني)، فالأخ في الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه، وفي الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه، وفي الدرجة الرابعة بالنسبة لابن عمه.

2- قرابة المصاهرة: هي القرابة الناشئة من الزواج، وهي الصلة التي تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، ويعتبر أقارب أحد الزوجين أقارب في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر (م35 مدني)، و يترتب على ذلك أن يعتبر أب الزوج قريبا للزوجة قرابة مباشرة في الدرجة الأولى عن طريق المصاهرة، وأخو الزوج يصبح قريبا للزوجة قرابة مباشرة في الدرجة الثانية عن طريق المصاهرة. مع العلم أن قرابة المصاهرة لا تقوم إلا بين الزوج نفسه وأسرته الزوج الآخر، فلا تقوم بين أفراد أسرة أحد الزوجين وأفراد أسرة الزوج الآخر.

و يترتب على القرابة بنوعيتها والمصاهرة آثار قانونية عديدة تختلف باختلاف مركز الشخص في أسرته، أهمها:

— يترتب على النسب حق الشخص في أن يحمل لقب عائلته. — النفقة على الأصول والفروع.

- حضانة الصغير وأحكام الميراث والوصية والولاية على النفس والمال.
- ثبوت حقوق الزوجية. - بيان المحارم في الزواج.... الخ.

الفرع الرابع: الموطن:

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مستقرة ويعتبر أنه موجود فيه دائماً حتى لو تعيَّب عنه بصفة مؤقتة، وتكون له صلة تسمح باعتباره موجوداً به بصورة دائمة. ومحل الإقامة وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص ولو كان ذلك بصفة مؤقتة. والقاعدة العامة أن لكل شخص الحرية في اختيار المكان الذي يقيم فيه إقامته المعتادة، ومن ثمّ موطنه ويسمى بالموطن الاختياري.

والاستثناء: قد يتدخل القانون في حالات معينة لتحديد موطن قانوني إلزامي للفرد. - **الموطن الإلزامي (القانوني):** قد يتدخل القانون في حالات معينة في تحديد موطن إلزامي قانوني لبعض الأشخاص، دون أن يكون لإرادتهم أي دخل في ذلك (وهم القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب). وقد جعل القانون موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانوناً (م 1/38 مديني) - **الموطن التجاري أو المهني:** ويتحدد بالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو صناعته أو حرفته أو مهنته، كالطبيب، والمحامي، والتاجر، ولا يعتد بهذا الموطن الخاص إلا بالنسبة لشؤون التجارة أو الحرفة أو المهنة، أمّا بالنسبة لشؤون الشخص الأخرى، فالعبرة بموطنه العام الذي يتحدد بمحل إقامته المعتادة (م 37 مديني)

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

- بيان المحكمة المختصة بنظر النزاع في الأموال المنقولة، فالمحكمة التي يقيم في دائرتها المدعى عليه هي المختصة بنظر النزاع، طبقاً لقاعدة أن "الدائن يسعى نحو المدين".

- يفيد في بيان العنوان الذي توجه إلى الشخص الإستدعاءات والمذكرات والإنذارات ونحوها.
- يفيد في بيان مكان الوفاء بالديون وقت الوفاء طبقا لقاعدة "الدين مطلوب وليس محمول."
- يوضح المكان الذي تصفى فيه التركات.

الفرع الخامس: الذمة المالية:

- وهي مجموع قانوني يشمل حقوق الشخص والتزاماته الحاضرة والمستقبلية.
- ومن خصائصها أنه لا يدخل في نطاقها إلا الحقوق والالتزامات المالية (أي التي يمكن تقويمها بالنقود) ويستوي في ذلك الحقوق العينية والشخصية أو الذهنية، وإن كانت محل هذه الالتزامات مبلغ من النقود أو عمل أو امتناع عن عمل.
- أهم ما تتميز به الذمة المالية هو أن ينظر لها كمجموعة قانونية مجردة ومتميزة عن العناصر التي تدخل في نطاقها فعناصر الذمة المالية هي: الحقوق والالتزامات المالية.
 - تتميز الذمة المالية بأنها مجموعة تضم الحقوق والالتزامات المالية التي تثبت للشخص في الحاضر والمستقبل.
- أما عناصرها: الحقوق المالية أو الأموال وهذا هو العنصر الإيجابي للذمة. و الالتزامات أو الديون وهذا هو العنصر السلبي للذمة.