جامعة زيان عاشور – الجلفة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المدخل للعلوم القانونية

نظرية الحق

دروس عبر الخط موجهة لطلبة سنة أولى ليسانس حقوق

إعداد الدكتورة:

* داودي صحراء

الموسم الجامعي :2022/2021

المحاضرة الأولى:الشخص الطبيعي:

إن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا لهٍ , وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ولصاحب الحق مميزات قد تثبت له بمجرد ميلاده , كالإسم وأهلية الوجوب والذمة المالية وموطن إلزامي , وحالة معينة , وقد تثبت له في وقت لاحق وبشروط معينة كأهلية الأداء .

بداية الشخصية :

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا طبقا للمادة 25 من القانون المدني فقرة أولىو، ويقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالا تاما, ويشترط لبدأ الشخصية القانونية ولادة الشخص حيا ولو للحظة قليلة ويمكن التعرف على حياة المولود ببعض المظاهر كالصراخ والحركة والتنفس، وتثبت واقعة الميلاد بالسجلات المعدة لذلك بشهادة الميلاد أو بكافة الطرق الأخرى ، أما الجنين الذي يموت في بطن أمه أوينفصل عنها بالإجهاض أو يموت أثناء الولادة ، فلاتثبت له الشخصية القانونية .

إذن تثبت للشخص الطبيعي الشخصية القانونية حتى لو مات بعد لحظات من ميلاده أو تكون له أهلية وجوب فيكتسب الحقوق ويتحمل الإلتزامات .

والشخصية القانونية ترتبط بالميلاد إذن الأصل أنه لاتثبت للجنين الشخصية القانونية وبما أن له وجودا منذ تكوينه فلهذا تثبت له الشخصية القانونية منذ وجوده ولقد نصت المادة 25فقرة 2 من القانون المدني على مايلي : "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا ".

-ويثبت للحمل الحق في الميراث طبقا للمادة128 من قانون الأسرة ، كما يكون له الحق في ثبوت نسبه لأبيه إذا كان الزواج شرعيا أو إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة وهذا مانصت عليه المادة 43 من قانون الأسرة.

-وتثبت كذلك للحمل الحقوق الملازمة لشخصيته كحقه في الحياة لذلك يعاقب القانون كل من يمارس الإجهاض أو يساعد عليه ،كما يثبت للحمل الحق في الهبة المادة209من قانون الأسرة كما أن له الحق في الوصية طبقا للمادة187 من قانون الأسرة.

- من خلال ماسبق نستنتج أن اكتساب الشخصية القانونية واكتساب الحقوق متوقف على ولادة الجنين حيا أما إذا ولد ميتا كأن لم يكن بالنسبة للتركة وباقي الحقوق كالهبة والوصية.

انتهاء الشخصية :

تنهي الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية والحكمية

1-الوفاة الطبيعية : تثبت واقعة الوفاة بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن اثباتها بكافة الطرق الأخرى وهذا ماتضمنته المادة 26 من القانون المدني " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك.

واذا لم يوجد هذ الدليل أو تبين عدم صحة ماادرج في السجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية" .

ويترتب على الوفاة أن تعتد الزوجة عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام تبدأ من تاريخ الوفاة وبعد انقضائها تستطيع أن تتزوج غيره .

وتنقضي الشخصية القانونية بالوفاة ، فتنتقل حقوق المتوفي المالية إلى ورثته وذلك بعد سداد ديونه.

ويلاحظ أن انتهاء الشخصية القانونية بالوفاة ينتج عنه أنه لايمكن للشخص التعبير عن ارادته لكن استثناءا تظل الشروط التي اشترطها المتوفي أحيانا قائمة كالواهب و الموصي ولكن تفاديا لعدم الإضرار بالخلف فإن شرط المنع من التصرف يجب أن يحقق مصلحة للمشترط أو المتصرف إليه ويجب تحديد شرط المنع من التصرف بمدة معينة مما يجعل الارادة تستمر بعد الوفاة لمدة محددة ويزول أثرها التقييدي بانقضاء هذه المدة.

2-الموت الحكمي :

تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكمي وهو ليس موتا فعليا ولكنه موت تقرره المحكمة في أحوال معينة .ويسبق الحكم بالفقدان ثم يليه الحكم بالوفاة .

أ-الحكم بالفقدان:

1-لتفرقة بين الغائب والمفقود:

يجب أولا أن نفرق بين الغائب والمفقود إذ يصدر بصددكل منهما الحكم بالفقدان. فالغائب هوشخص غير حاضر في محل إقامته ، وليس له موطن معلوم فإذا صدر الحكم بفقدانه أخذ حكم المفقود وفقا لما نصت عليه المادة 110من قانون الأسرة ولايصدر الحكم إلا بمرور سنة من الغياب أما المفقود فتعرفه المادة 109 من قانون الأسرة بأنه الشخص الذي لايعرف مكانه ولا تعرف حياته من مماته ولايعتبر الشخص مفقود إلا بعد صدور حكم بالفقدان بشأنه.

2- الآثار التي تترتب على الحكم بالفقدان :

إذا صدر حكم بالفقدان فإنه يعتبر مازال حيا سواء بالنسبة لأمواله وزوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته

بالنسبة لأمواله : لاتقسم أمواله بين الورثة ويرى جمهور المالكية أن يرث من غيره وإن لم يورث لأن حياته هي الأصل الثابت قبل الحكم بموته. فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الحكم بالفقد فالمفقود يرث من مات قبل الحكم بالوفاة.

بالنسبة لزوجته: تبقى الزوجة على ذمة زوجها لأنه يعتبر حيا لكن لها الحق في أن تطلب التطليق وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة " الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة ".

ب-الحكم بالوفاة:

1حالات الحكم بالوفاة :

تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة حسب الحالة التي فقد فيها الشخص يحكم القاضي بوفاة المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له المصلحة أو النيابة العامة طبقا للمادة 114من قانون الأسرة ونفرق بين ذلك حالتين :

الحالة الأولى: الحالة التي يغلب فيها الهلاك كحالة الحرب والحالات الاستثنائية كزلزال أو حريق أو كمن يخرج من بيته لقضاء حاجته ولم يعد فالقاضي يحكم بالموت بمرور 4 سنوات من غياب الشخص.

الحالة الثانية : الحالة التي لايغلب فيها الهلاك كالمسافر أو كالذي يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار لذلك تكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة المطلوبة التي بعدها يحكم بالموت ويجب في جميع الاحوال الا تقل المدة عن 4 سنوات وهذا ماتضمنته المادة 113من قانون الأسرة.

2الأثار المترتبة على الحكم بالوفاة :

بالنسبة لأمواله: يعتبر المفقود بعد الحكم بوفاته ميتا فتوزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة، بالنسبة للزوجة فإنها تعتد عدة الوفاة ويجوز لها بعدها أن تتزوج بغيره ، وعدة الوفاة هي 4 أشهر وعشرة أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة .

3ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته:

لقد يحدث أن يظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته ، واذا حدث ذلك فعلا فإن له أن يسترجع ماتبقى من أمواله عينا أو يسترجع قيمة مابيع منها وهذا مانصت عليه المادة 115 من قانون الأسرة ، أما بالنسبة للزوجة فلم يضع المشرع حكما لها إلا أن الفقهاء المسلمين أجمعوا على أنه إذا ظهر المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة فهي لزوجها الأول لان الزواج الثاني صحيح في الظاهر لا في الباطن فإذا ظهر المفقود كان الزواج باطلا . ولكن اختلف الفقهاء حول مسألة عودة المفقود بعد أن تكون زوجته اعتدت عدة الوفاة وتزوجت بغيره ودخل بها فوفقا للفقه المالكي تسقط عصمة الزوج الأول بعد دخول الثاني بها.

مميزات الشخص الطبيعي :

1الاسم:

الاسم هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره وللإسم معنيان معنى ضيق ويقصد به اسم الشخص prenom

والمعنى الثاني يقصد به اللقب أو إسم الأسرة nom de famille وتنص المادة 1/28 مدني "يجب أن يكون لكل شخص

لقب واسم فأكثر ، ولقب الشخص يلحق أولاده" .

وهناك أنواع اخرى للاسم يحميها القانون اذا استعملت بصفة مستمرة ، وحمايتها تكون بقدر حماية الاسم المدني من ذلك اسم الشهرة والاسم المستعار والاسم التجاري.

اسم الشهرة le surnom وهواشتهار الشخص باسم اخر بين الناس ، واسم الشهرة ، هو من صنع الناس أي الغير هو

الذي يطلق على الشخص هذا الاسم واسم الشهرة جدير بحماية القانون.

ويطلقه الشخص على نفسه بقصد تحقيق غرض معين كاخفاء شخصيته pseudonymeالاسم المستعار في مناسبة ، وقد يكون الغرض سياسيا كتسمية رجال المقاومة باسماء مستعارة لاخفاء اسمائهم الحقيقية،والشخص حر في اختيار هذا الاسم ، وكذلك هذا الاسم يحميه القانون اذا استعمله صاحبه بصفة مستمرة.

الاسم التجاري: وهو استخدام التاجر اسما يمارس تحته نشاط تجارته ويكون مميزا لمحله التجاري وعنصرا من عناصره وهو حق مالي قابل للتصرف فيه وفقا للمادة 78 من القانون التجاري.

الاسم المدني :

أ-كيفية اكتساب الاسم العائلي:

1-النسب: وهو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم ، فينسب الولد لأبيه إذا كان الزواج شرعيا اما بعد وفاة الزوج أو الطلاق فينسب الولد لأبيه اذا ولد خلال 10 اشهر، وكذلك يثبت النسب بالاقرار اي اقرار البنوة لمجهول النسب ولم تم الاقرار في مرض الموت .

2-القانون: يختار ضابط الحالة المدنية اسم اللقيط وشخص مولود من ابوين مجهولين او للذين ليس لهم اسم شخصي ويتم ذلك بمنحه عدة أسماء على أن يعتبر آخرها اسمه العائلي. وهذا ماتضمنته المادة 4/64 من الامر 70-20 المتضمن حالة المدنية .

3-الزوجية: جرت العادة العربية على ان تحمل الزوجة لقب زوجها طبقا للعرف ولاتفقد لقبها العائلي ، فيكون لها اسمان ، ولها الاختيار بينهما ، اذ أن حمل الزوجة لقب زوجها لايعد من الواجبات الزوجية، ولقد جرت العادة ان تفقد الزوجة لقب زوجها بمجرد الطلاق وان تظل المرأة الارمل محتفظة باسم زوجها اذا لم تتزوج بعد وفاته، ويلاحظ ان موقف القضاء الفرنسي من منح الزوجة حق الاحتفاظ باسم زوجها بعد

الطلاق موقف جدير بالاعتبار وذلك اذا تم الاتفاق على ذلك يعني الزوجين وصار ملزما للزوجة ولايجوزللزوج التراجع عنه الابحكم من القضاء بتقديم سبب جدي، كما لايجوز للزوجة المطالبة بالاحتفاظ باسم زوجها العائلي بعد الطلاق ولقضاء الموضوع سلطة تقدير المصالح التي تدعيها الزوجة وهذه المصالح قد تكون مادية او أدبية.

كيفية اكتساب الاسم الشخصي prenom:

تقضي المادة 1/64-2-3 من الامر70-20 المتضمن الحالة المدنية يختار الاسماء لاب او الام او من طرف من يبلغ عن الولادة ويجب ان تكون الاسماء جزائرية باستثناء الاولاد المولودين من أبوين غير مسلمين اذ يجوز لهم اتخاذ اسماء غير جزائريةطبقا للمادة 28فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري ويجوز للشخص تغيير اسمه ولقبه وفقا لاجراءات معينة طبقا للمواد55-57 من قانون الحالة المدنية ولابد أن تكون له مصلحة مشروعة تقتضي طلب التغيير كالاحراج من حمل اسم معين.

ثانيا: مميزات الاسم:

يتميز الاسم بميزتين وهما :

-عدم القابلية للتصرف فيه او النزول عنه فهو حق من الحقوق الملازمة للشخصية.

-عدم خضوعه لنظام التقادم فلايترتب على عدم استعمال الشخص اسمه مدة زمنية معينة أن يسقط اسمه بالتقادم كما ان انتحال الشخص اسم غيره لايكسبه الحق فيه بالتقادم .

ثالثا: حماية الاسم؛

يحضى الاسم بحماية قانونية قررها المشرع وتطبق على مختلف انواعه دون تمييز سواء كان الاسم مدني او اسما

مستعارا او اسم الشهرة .

والاعتداء على الاسم يتم اما بانتحال الغير اسم شخص دون حق واما بمنازعة من الغير في استعمال الاسم.

-انتحال الاسم دون حق :أي ان يتسمى الغير باسم شخص معين ويستعمل هذا الاسم دون ان يكون له في الاصل.

-المنازعة الغير مبررة في استعمال الغير الاسم : يتخذ الاعتداء على الحق في الاسم شكل المنازعة ويتمثل ذلك في أمرين وهما : اما الاعتراض على التسمي بهذا الاسم واما اشاعة عدم أحقيته في الاسم بين الناس.

-وتتمثل حماية الاسم في حق الشخص في المطالبة بوقف الاعتداء والمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر طبقا للمادة48من القانون المدني .

رابعا: الطبيعة القانونية للاسم:

اختلفت الاراء في تحديد الطبيعة القانونية للاسم ، فهناك من يرى انه واجب اذ ليس للافراد الحرية في تغيير اسمائهم.

وذهب رأي الا ان اتخاذ الشخص لاسم معين ماهو الامجرد نظام اداري نظام للبوليس المدني فالاسم نظام اداري اقتضته مصلحة الدولة ، وذلك لعدم الخلط بين الافراد فليس لشخص الحق على اسمه بل هو التزام او واجب يقع عليه.

ولكن الحقيقة هي ان الاسم ليس مجرد التزام فهو حق يحميه القانون .

وذهب راي آخر الى القول بان الاسم حق فهو حق ملكية على شيئ معنوي ، ولقد اتخذ القضاء الفرنسي هذا الموقف ولكن يعاب على هذا الرأي بأنه يفتقر الى اهم سمات حق الملكية فهو لايكتسب بالتقادم وهو غير قابل للتصرف فيه فهو خارج عن دائرة التعامل .

وهناك من يرى ان الاسم حق وواجب في نفس الوقت فهو ذو طبيعة مزدوجة اذ من واجب كل شخص ان يكون له اسم يميزه عن غير ه وبعد ان يكتسبه لايستطيع تغييره إلا باتباع الاجراءات الخاصة.

2-الحالة:

تعتبر الحالة من مميزات الشخصية القانونية فتكون للشخص حالة سياسية وعائلية ودينية فارتباط الشخص بالدولة يحدد حالته السياسية وارتباطه بعقيدة يحدد حالته الدينية وانتماء الشخص الى اسرة معينة يحدد حالته العائلية .

أولا : الحالة السياسية:

وتعني ارتباط الشخص بالدولة وانتماءه لها ويكون ذلك عن طريق حمل الشخص جنسية الدولة وتمنح الجنسية على أساسين حق الدم والاقليم.

فحق الدم هو الرابطة التي تربط الشخص باصوله فتحدد جنسية الشخص بجنسية والديه او احدهما اذا نصت م 6 من قانون الجنسية "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب 1-الولد المولود من أب جزائري

2-الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول

3-الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية"

أما حق الاقليم فهي رابطة تربط الشخص باقليم معين وتمنح الجنسية لهذا الاعتبار وهذا ماتضمنته المادة 7 من قانون الجنسية " يعتبر بالولادة في الجزائر

-الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين

-الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن اب اجنبي هو نفسه مولود في الجزائر"

واذا ثبتت الجنسية منذ الميلاد تكون جنسية أصلية اما الذي اكتسبها بعد الميلاد تكون مكتسبة ، واذا كانت للشخص عدة جنسيات يطبق القاضي الجنسية الفعلية ،غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق اذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة الى الجزائر الجنسية الجزائرية،وفي حالةانعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الاقامة.

وتخول الجنسية صاحبها الحق في تولي كل الوظائف وتملك العقارات دون قيد والترشيح والانتخابات كما تلزمه من اداء كما تلزمه من اداء واجبات كدفع الضرائب وأداء الخدمة الوطنية .

ثانيا, الحالة الدينية :

الاسلام دين الدولة في الجزائر ويترتب على كون الشخص مسلم انه لا توارث بين أهل ملتين ، فلايرث المسلم غير المسلم ، وكذلك لاتتزوج المسلمة بغير المسلم .

ثالثا: الحالة العائلية:

وهي العلاقة التي تربط الشخص بالعائلة وقد تكون هذه الرابطة ناشئة عن نسبه وتسمى قرابة النسب ، وقد تكون ناشئة عن علاقة الزوجية وتسمى قرابة المصاهرة.

أنواع القرابة وأهميتها:

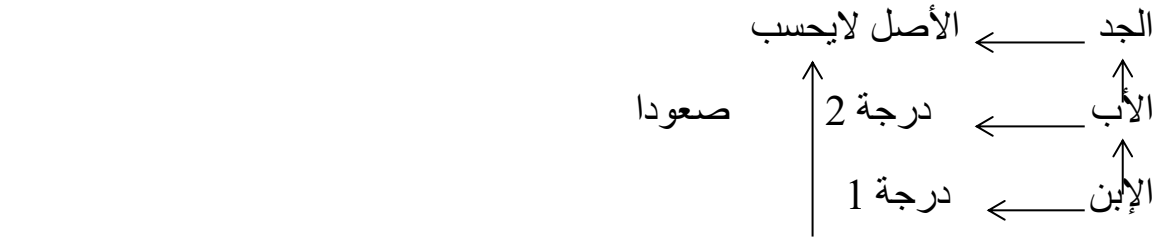
أ-أنواع القرابة: القرابة نوعان: قرابة نسب وقرابة مصاهرة .

1-قرابة النسب: تنص م32 من القانون المدني "تتكون أسرة شخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"

قرابة النسب تكون إما قرابة مباشرة وإما قرابة الحواشي

القرابة المباشرة : وهي التي تربط الاصول بالفروع ولقد نصت م1/33 مدني على مايلي " القرابة المباشرة هي الصلة بين الاصول والفروع " وهي العلاقة التي تربط الجد أو الجدة بأولادهم وأحفادهم مثلا.

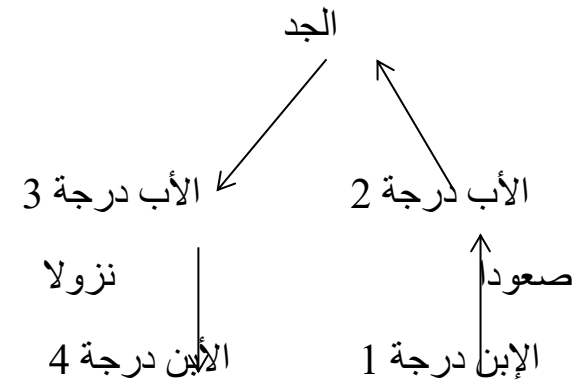
فالقرابة المباشرة تحسب باعتبار كل فرع درجة صعودا فحساب درجة الحفيد يجده يكون كالتالي:



قرابة الحواشي: هي القرابة التي تربط بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للاخر مثلا قرابة ابن الأخ الشقيق بالعم . م2/33 مدني :"وقرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر "

ولقد بينت المادة 34 ق مدني كيفية حساب درجة القرابة اذ نصت على أنه" يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشر ة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل ماعدا هذا الاصل وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الاخر وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجة".

لنأخذ قرابة ابن العم بإبن عمه



فقرابة ابن العم بإبن عمه هي قرابة حواشي من الدرجة الرابعة.

2-قرابة المصاهرة : هي قرابة تنشأ نتيجة الزواج ،ويحتفظ فيها كل قريب بدرجة قرابته للزوج الآخر ،فأخت الزوجة من الدرجة الثانية مصاهرة بالنسبة للزوج .

و هذا ما نصت عليه م 35 مدني :" يعتبر اقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر" .

أهمية القرابة : نظرا لأهمية القرابة فإن القانون رتب عليها آثار معينة أهمها :

1- **من حيث الإرث :** يترتب على القرابة أن الأقارب يتوارثون فيما بينهم ، سواء كانت القرابة مباشرة أو قرابة الحواشي ، اما قرابة المصاهرة فلا يترتب عليها الحق في الميراث .

2- **من حيث التعويضات المدنية :** يستطيع الأقارب مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي الحقه بمورثهم .

3- **من حيث النفقة :** يكون الاصول ملزمين بالنفقة على الفروع كما ان الزوج ملزم بالنفقة على زوجته ، ويلزم الفروع كذلك بالنفقة على الاصول إذا لم يكن لهؤلاء مورد .

4- **من حيث الولاية :** يتولى الأصل ولاية الفرع إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها .

5- **من حيث الزواج :** يستند القانون على درجة القرابة في تحديد موانع الزواج وقد تكون أبدية أو مؤقتة .

6- **من حيث الشفعة :** الأصل ان الشفعة هي رخصة تمكن الشخص الحلول محل المشتري ، ولا تجوز الشفعة اذا وقع البيع بين الأصول و الفروع وبين الأقارب حتى الدرجة الرابعة (2/798 مدني) .

7- **من حيث رد القاضي :** اذا وجدت بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين قرابة حتى الدرجة الرابعة ..

8- **من حيث الخبراء :** يجوز رد الخبير إذا كانت تربطه بالخصم درجة قرابة قريبة.

9- من **حيث سماع شهادة أحد الأقارب :** لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق .

10- **من حيث عدم إتخاذ الاجراءات الجزائية بالنسبة للسرقة :** لا يجوز إتخاذ الاجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الاقارب و الحواشي و الأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناءا على شكوى يقدمها المضرور واذا تنازل هذا الأخير عن شكواه يوضع حد لهذه الاجراءات .

3-الذمة المالية : هي مجموع حقوق الشخص و التزاماته وهي مجموع قانوني يشمل حقوق الشخص و التزاماته الحاضرة و المستقبلية .

و الذمة المالية وعاء افتراضي زود به القانون كل شخص ليتلقى حقوقه و التزاماته و تمثل الحقوق الجانب الإيجابي من الذمة وتشمل الحقوق المالية فقط فهي تتضمن الحق العيني ،الحق الشخصي ،الجانب المالي من الحقوق الذهنية ، وكذلك الحق في التعويض الناشئ عن كل فعل ضار .

أما الالتزامات فهي تمثل الجانب السلبي للذمة المالية وتشمل كل الالتزامات التي تثقل كاهل الشخص ايا كان مصدرها .

أهمية الذمة المالية :

تتمثل اهمية الذمة المالية في عنصرين أساسيين هما : حق الضمان العام و مبدأ لا تتركه إلا بعد سداد الديون .

أ- حق الضمان العام :

مفاده أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه 188 ق.م " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه . وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنيين متساوون تجاه هذا الضمان ".

و يشمل الضمان العام أموال المدين الحاضرة و الأموال الموجودة في ذمته وقت حلول ميعاد الوفاء ، و إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بديونه فتقسم امواله قسمة غرماء بين الدائنين العاديين .

بينما الدائنون الذين لهم حق أفضلية بمقتضى رهن أو حق تخصيص أو حق امتياز فإنهم يستوفون حقهم قبل الدائنين العاديين وبهذا يكون لهم ضمان خاص زيادة على حقهم في الضمان العام .

و يلاحظ أن حق الضمان العام لا يمنع المدين افي التصرف في أمواله كيفما يشاء في الفترة ما بين نشوء الدين و حلول اجل الوفاء به ، و يكون للدائن اللجوء إلى إحدى الدعاوي التالية لحماية حقه إما الدعوى غير المباشرة أو الدعوى الصورية أو الدعوى البولصية .

-الدعوى غير المباشرة : إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية في مواجهة الغير يستطيع الدائن الحلول محله بإعتباره نائبا عنه ويدخل ما ينتج عن إستعمال هذه الدعوى في أموال المدين ، ويكون ضمانا لجميع الدائنين هذا ما نصت عليه م 188-189 مدني .

-الدعوى الصورية : وهذه الدعوى يرفعها الدائن في مواجهة مدينه الذي قام بتصرف صوري ، و للدائن إثبات الصورية ، وله ان يتمسك بالعقد الصوري إذا كان بيعا يخفي هبة مستترة وهذا ما نصت عليه م 198 مدني .

-الدعوى البولصية : هي دعوى عدم نفاذ تصرف قام به المدين وترتب عليه عسر المدين أو الزيادة في عسره ، فيكون هذا التصرف غير نافذ في مواجهة الدائن إذا كان المدين قام به غشا منه أو إضرارا لحقوق الدائن ، فلا ينفذ التصرف في مواجهة المدين ويعتبر الحق كأنه لم يخرج من ذمة المدين و هذا ما تضمنته المادتين 191-192 مدني .

ب- قاعدة لا تتركه إلا بعد سداد الديون :

الجانب الإيجابي لذمة المورث ضامن لجانبها السلبي ، فلا تخلص ملكية الورثة على العناصر الايجابية من التركة إلا بعد خصم الديون منها و هذا حتى لو انتقلت اليهم التركة مباشرة بعد وفاة مورثهم فهي لا تخلص لهم إلا بعد سداد الديون .

:

4-الأهلية :

إن للشخص أهليتين يكتسب الاولى وهي أهلية الوجوب بمجرد ميلاده ، أما أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق ، وهي تمر بمراحل معينة ، كما ترتبط بعدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية .

-أهلية الوجوب :

هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته الى حين وفاته ، وحفاظا على حقوق الجنين تقررت له أهلية وجوب قبل ولادته، ولكنها ناقصة ، وتتمثل في إكتساب الحقوق مثل الارث و الوصية و الهبة ويقبلها عنه وليه .

و إذا كانت القاعدة تقضي بأنه لا يجوز أن يحمل الجنين أي إلتزام، إلا أن من المفروض أن تجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله .

و بالولادة تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة غير أن المشرع قيد اهلية بعض الأشخاص في حالات معينة فتكون لهم أهلية وجوب ناقصة في إكتساب بعض الأموال مثال ذلك ما نصت عليه المادة 402 من القانون المدني التي منعت القضاة والمحامين وكتاب الضبط و الموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم ، واذا تم البيع في مثل هذه الحالة كان باطلا بطلانا مطلقا ،فأهلية وجوب الأشخاص المذكورين في هذه المادة أهلية ناقصة بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في المادة فقط أما بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة ،و يعتبر الحد أو التقييد من أهلية وجوب بعض الاشخاص في حالات معينة امرا إستثنائيا لا ينال من المبدأ العام الذي يقرر إرتباط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية .

-أهلية الأداء :

هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه والإلتزام بالالتزامات المالية بنفسه .

وتتدرج الأهلية من إنعدام التمييز الى نقص الأهلية ثم الى كمالها .

أ- إنعدام الأهلية : تبدأهذه المرحلة من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز ، فبميلاد الطفل تثبت له أهلية الوجوب ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الإدراك والتمييز لديه ،فالصغير دون 13 لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف حتى لو كان نافعا نفعا محضا له ، طبقا للمادة 42 من القانون المدني فكل العقود التي ابرمها تكون باطلة بطلانا مطلقا ولا تصححها الإجازة فهو لا يستطيع قبول الهبة.

مع الإشارة ان المادة 209من قانون أسرة نصت على أنه تصح الهبة للحمل بشرط ان يولد حيا ويقبلها عنه وليه لأن القبول شرط من شروط الهبة .

ب- ناقص الأهلية : يعتبر ناقص الاهلية كل من بلغ سن التمييز 13 ولم يبلغ سن الرشد 19 سنة وفي هذا الصدد نصت المادة 43 مدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ...يكون ناقص الاهلية وفقا لما يقرره القانون "

-ويستطيع ناقص الاهلية مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا كقبول الهبة والوصية .
- ويمتنع عليه مباشرة التصرفات الضارة به ضررا محضا كهبة امواله أو ابراء مدينه وهذه التصرفات باطلة حتى لو أجازها الولي.
- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة فتكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية .
وتقضي المادة 100 من القانون المدني بأن حق الابطال يزول بالإجازة الصريحة او الضمنية كما تنص م 101 من القانون المدني بأن الحق في طلب الإبطال يسقط بالتقادم اذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية .
بينما المادة 83 من قانون الأسرة تنص على اعتبار تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على اجازة الولي او الوصي اذا كانت دائرة بين النفع والضرر.
وفي هذا تعارض بين القانون المدني وقانون الاسرة ، واذا كان يجب الأخذ في هذا المجال بالقانون المدني لأنه هو الاصل بالنسبة للتصرفات القانونية إلا ان فكرة العقد الموقوف جديرة. بالإعتبار اذ تجعل التصرف لا أثر له قبل إجازة الولي له ويعتبر هذا عملا وقائيا فلا تظل التصرفات قابلة للإبطال مدة معينة .
ويلاحظ ان القاصر قد يرشد للقيام ببعض التصرفات القانونية فتكون تصرفاته صحيحة طبقا للمادة 38 فقرة ثانية من القانون المدني " غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"
بينما تنص المادة 84 من قانونالأسرة :" للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءا على طلب من له مصلحة ".
ويجوز للقاصر القيام بالتصرفات الضرورية للمحافظة على أمواله والتي لا يمكن أن تلحق به أي ضرر و لابد ان تكون ضرورية للمحافظة على ذمته المالية أو احد عناصرها كتجديد قيد الرهن.
وتدخل ضمن أعمال الإدارة أعمال التصرف التي تستلزمها إدارة الأموال المأذون للقاصر بإدارتها كبيع المحصولات وشراء ما يلزم من البذور.
ج - كمال الأهلية : يعتبر الشخص الذي بلغ 19 سنة كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها.
إذا لم يصاب بعارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها طبقا للمادة 40 من القانون المدني.

عوارض الأهلية:

-1الجنون والعته :

يعرف فقهاء القانون الجنون بأنه المرض الذي يصيب العقل ويفقده ويعدم التمييز ، أما العته فهو الخلل الذي يصيب العقل دون ان يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم.
ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون والعته ، فالجنون يصاحبه إضطراب وهيجان أما العته فيلازمه الهدوء ، كما يفرقون بين الجنون المستمر والجنون المتقطع فيكون للمجنون حالة صحوته أهلية أداء.
اما المشرع الجزائري لم يفرق بين الجنون المتقطع والمستمر ذلك لأنه صعب الإثبات.

•حكم تصرفات المجنون والمعتوه:

تفرق المادة107 من قانون الأسرة بين التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر اذ نصت " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها" .

•حكم التصرقات الصادرة قبل الحجر:

إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد أي ان غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة فتعتبر تصرفاته صحيحة ويعتبر كامل الأهلية.
أما اذا كانت حالة الجنون او العته شائعة وقت التعاقد تكون تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة بطلانا مطلقا رغم صدورها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر.

•حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر:

يكون الحجر بناءا على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ، وبعد توقيع الحجر تكون كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة ويمكن رفع الحجر بناءا على طلب المحجور عليه اذا زالت أسبابه.

2-السفه والغفلة :

هذه العوارض لا تصيب الإنسان في عقله ولكنها تصيبه في نفسه ، فتضعف بعض ملكاتها.
أ- السفيه : هو الشخص الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل والشرع ، فيعمل على تبذير أمواله ، وتكون تصرفاته خارجة عن المألوف.
ب-**ذو الغفلة :** هو شخص كامل العقل ، ولكنه طيب القلب إلى حد الغفلة ، ويستدل عليه في إقباله على التصرفات دون الإهتداء الى الرابح منها أو قبول الغبن الفاحش دون إدراك.

•حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة :

طبقا للمادة 43 من القانون المدني" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ."
قبل توقيع الحجر : فتصرفات ذي الغفلة والسفيه قابلة للإبطال لأن السفه أو الغفلة لا يذهبان بالإدراك و التمييز.
ولكن يلاحظ ان المشرع سوى بين تصرفات المعتوه والسفيه والمجنون طبقا للمادة 101 من قانون الأسرة مع أنه لايمكن التسوية بينهم ،كما أنه أغفل النص عن ذي الغفلة والمفروض ان تكون تصرفات السفيه وذي الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر الا اذا امكن إبطالها نتيجة إستغلال .
ويتحقق هذا إذا كان المتعاقد مع السفيه وذي الغفلة يعلم بحالته ويتعمد الاغتباء مستغلا حالة السفيه وذي الغفلة.
بعد توقيع الحجر : تأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات ناقص الأهلية بسبب صغر السن ، فإذا كانت ضارة ضررا محضا باطلة ،نافعة صحيحة ، اذا كانت تدور بين النفع والضرر قابلة للإبطال.

الملاحظ التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني في حكم تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر إذ يعتبرها قانون الأسرة غير صحيحة موقوفة على إجازة الولي وتكون كذلك تصرفات السفيه وذي الغفلة بإعتبارهما ناقصي الأهلية ويعتبرها القانون المدني قابلة للابطال.
ولا شك أنه يستحسن الأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من العقد القابل للإبطال فلا يترتب على التصرف الموقوف اي أثر قبل إجازة الولي له أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد والضرر الذي يلحق الغير المميز ما هو إلا ضرر محتمل والمستحسن الأخذ بفكرة العقد الموقوف.

موانع الاهلية:

على الرغم من إكتمال الشخص أهليته إلا انه قد يوجد في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ، وهذه الموانع هي الغيبة كمانع مادي والحكم بعقوبة جنائية وشهر الإفلاس كمانع قانوني وكذلك إجتماع عاهتين في الشخص كمانع طبيعي.

أ- الحكم بعقوبة جنائية:

يمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية كالإعدام ، السجن المؤبد أو المؤقت مباشرة حقوقه المالية وفقا للمادة 7 قانون عقوبات.
وهذه العقوبة التبعية تطبق بقوة القانون ، وهي مترتبة على العقوبة الأصلية وتسري خلال فترة وجود المحكوم عليه بالسجن و تزول بزوال المانع ويعين مقدم لإدارة أموال المحكوم عليه.

ب- الحكم بشهر الإفلاس:

إن الحكم بشهر الإفلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته على ذلك يؤدي إلى التعيين الإجباري لوكيل التفلسة ، ويتولى وكيل التفلسة إدارة أموال المفلس ، وقد نصت المادة 244/ 1 قانون تجاري على ما يلي :" يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله او التصرف فيها ، ويمارس وكيل التفلسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلق بذمته طيلة مدة التفلسة".

ج - إجتماع عاهتين :

إذا اجتمعت في الشخص عاهتين على الأقل من الصم و البكم والعمى وتعذر عليه بسبب هاتين العاهتين التعبير عن إرادته كانت تصرفاته التي تعينها المحكمة موقوفة على حضور مساعده القضائي م 80 فقرة أولى من القانون المدني.

فاجتماع العاهتين يجعل من الصعب تحكم الشخص في الأمور و في التعبير عن إرادته لذا يجوز للمحكمة أن تعين له مساعد قضائي يساعده في تصرفاته ولا يجوز للمساعد القضائي أن ينفرد بالقيام بهذه التصرفات بمفرده إلا اذا اذنت لن المحكمة .
وتكون التصرفات الصادرة من ذي العاهتين قبل تعيين مساعد قضائي صحيحة أما بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي فيجوز لذي العاهتين القيام بهذه التصرفات دون مساعدة المعين من قبل المحكمة ، واذا قام بها كانت قابلة للإبطال لمصلحته وهذا ما نصت عليه المادة 80 فقرة ثانية من القانون المدني.

النيابة الشرعية :

تنص المادة 81 أسرة على ما يلي : "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

والولاية إما ان تكون أصلية وهي التي تثبت للأب أو الأم بعد وفاة الأب أو غير أصلية كولاية الوصي الذي يختاره الأب ، أو الجد ،وقد يعين القاضي نائبا كما في حالة المقدم.
والولاية قد تكون ولاية عن النفس وتتعلق بالتربية و الحضانة و الزواج و قد تكون ولاية على المال تتعلق بالمحافظة على مال القاصر و إدارته.

أ- الولاية:

تثبت الولاية للأب و للأم بعد وفاته وذلك طبقا للمادة 87 قانون أسرة " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.
و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.
وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"
ولا يجوز للأبوين التنازل أو التنحي عنها و إلا تعرضا للعقوبة المنصوص عليها في المادة 330 ق ع " يعاقب بالحبس من 6أشهر لسنتين وبغرامة مالية من 50000 دج الى200000 أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين ويتخلى عن كافة إلتزاماته الأدبية او المادية المترتبة عن السلطة الابوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب...."
.والولاية شخصية لا تنتقل إلى الورثة و تستلزم انفاق الوالدين على أولادهم إذا لم يكن لهم مال ، ويكون ذلك بالنسبة للذكور الى حين بلوغهم سن الرشد والإناث الى حين دخولهم ، اما اذا كانت للأولاد أموال فالوالدين ينفقون عليهم في حدود تلك الأموال.
وتكون الولاية شاملة لجميع أموال القاصر ما عدا ما كان قد وهب للقاصر أو أوصى له بها مع إشتراط استبعاد ولاية الأب حينئذ لابد من تعيين وصي خاص يتولى ادارتها.
وللولي عموما إدارة أموال القاصر والتصرف فيها ويكون مسؤولا عن ذلك مسؤولية الرجل الحريص على أمواله وفقا للمادة 88 قانون أسرة " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :
1- بيع العقار وقسمته و رهنه و إجراء المصلحة.
2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
3- إستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.
4- ايجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد"
وتنقضي ولاية الأب و الأم ببلوغ القاصر سن الرشد أو بترشيده او بعجز الولي أو موته أو الحجر عليه أو بغيابه أو بإسقاط سلطة الأبوية عنه.

ب- الوصاية:

يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم ، أو كانت له أم ثبت بالطرق القانونية عدم أهليتها للقيام بالوصاية ، واذا تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح منهم طبقا للمادة 92 قانون أسرة ويسمى الوصي في هذه الحالة الوصي المختار.
والوصاية يقترحها الأب او الجد على الوصي ، وللوصي مطلق الحرية في القبول أو الرفض ، إلا انه اذا قبلها حال حياة الموصي أي الأب أو الجد فليس له التخلي عنها بعد وفاة أحدهما ، ويشترط في الوصي أن

يكون مسلما ، عاقلا ، بالغا ، أمينا ، و حسن التصرف ، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في م 93 قانون أسرة و هي الإسلام ، العقل ، البلوغ ، القدرة ، الأمانة وحسن التصرف.
وتكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر و التصرف فيها ، وتنتهي مهمة الوصي في الأحوال المنصوص عليها فيي م 96 ق أ و هي موت القاصر ، زوال أهلية الوصي ، موته ، بلوغ القاصر سن الرشد ، انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها أو بقبول عذر الوصي في التخلي عن الوصاية أو عزل الوصي.
ويكون الوصي ملزما بتقديم حساب بالمستندات إلى من يخلفه في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته ، ويكون مسؤولا عما يلحق للقاصر من صرر بسبب تقصيره وهذاطبقا للمادة 97 من قانون الأسرة.

ج- المقدم :

اذا لم يكن لفاقد الأهلية أو ناقصها ولي أو وصي ، تقوم المحكمة بتعيين مقدم له بناءا على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة وذلك وفقا للمادة 99 ق أ ، ويطالب فقهاء الشريعة الإسلامية على المقدم اصطلاح القيم ، و تطبق على المقدم نفس الأحكام التي تطبق على الوصي و هذا ما نصت عليه م 100 ق أ .

5-الموطن :

هو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة لعلاقات الشخص ونشاطه القانوني أي المكان الذي يعتبر الشخص موجودا فيه من الناحية القانونية.

1- اهمية الموطن :

للموطن أهمية تظهر في المسائل التالية :

أ- في المرافعات :

فالاوراق القضائية كالإنذار والتنبيه يتم إعلانها بتسليمها الى المعلن إليه أو في موطنه وذلك عن طريق محضر واذا سلمت في موطن الشخص المعلنة اليه يعتبر أنه قد تسلمها حتى لو كان غائبا لأن موطن الشخص هو المكان الذي يفترض تواجده فيه عادة.

ب- الوفاء بالإلتزامات :

طبقا للقاعدة التي تقضي بأن " الدائن يسعى الى المدين " فالوفاء بالإلتزامات يكون في موطن المدين مالم يكن محلها شيئا معينا بالذات ، فاذا كان محلها من المثليات كالنقود يكون الوفاء بها في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م 282 / 2 ق م) .

ج- الإختصاص المحلي للقضاء :

يتحدد غالبا الإختصاص في النظر في الدعوى بالمحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه ، كما في الدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية، كالنفقة ودعاوى الطلاق .. أهمية قصوى ، اذ قد يرفض القاضي النظر في الدعوى اذا لم تكن من إختصاص المحكمة التي رفعت أمامها.

ب - شهر الإفلاس :

ترفع دعوى الحكم بالإفلاس على المدين التاجر في المحكمة التي يوجد بها موطن المدين التاجر.

2- كيفية تحديد الموطن :

إختلف الفقه حول طريقة تحديد الموطن وانقسم إلى فريقين أولهما مذهب التصوير الحكمي للموطن وثانيهما التصوير الواقعي للموطن والملاحظ أن تشريعات بعض الدول تبنت الرأي الأول و أخرى تبنت الرأي الثاني.

أ- التصوير الحكمي للموطن:

يعتبر الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص و مصالحه و هذا ما أخذ به القانون الفرنسي في المادة 102 ق م ويتحدد المركز الرئيسي بالمركز المادي للإقامة و بالمكان الذي توجد فيه أهم أموال الشخص العقارية المهمة وبالمكان الذي يمارس فيه مهنته.

وليس في هذا صعوبة في تحديد الموطن اذا كان المكان مكانا واحدا بالنسبة للعناصر المذكورة ، ولكن تثار صعوبة تحديد الموطن اذا تعددت وإختلفت الأماكن التي يتواجد فيها الشخص اذ قد يقيم في مكان معين وتكون أمواله العقارية في مكان آخر ويزاول مهنته في مكان ثالث، لذا يتساءل الفقهاء حول إمكانية ثبات الموطن ووحدته في حالة تشابك المعاملات وعدم الإستقرار في مكان معين بحيث أصبح تحديد المركز الرئيسي للأعمال أمرا بالغ التعقيد في حالة تعدد المراكز ، كما يترتب على الأخذ بهذا التصوير أنها فكرة نظرية يصعب تطبيقها من الناحية العملية نظرا لصعوبة تحديد المركز الرئيسي اذ أخذ القضاء الفرنسي بفكرة الموطن الظاهر فإذا رفع شخص دعوى أمام المحكمة التي يقع فيها اقامة المدعى عليه ظنا منه أنها المحكمة المختصة فان دعواه تقبل عملا بفكرة الموطن الظاهر ويعتد فقط بالموطن المعلوم للشخص بل أصبح القانون الفرنسي يأخذ بالاقامة الفعلية في القانون الدولي الخاص وقانون الضرائب وبمحل تواجد الشخص بالنسبة لقانون العقوبات .

ب – التصوير الواقعي للموطن :

يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فهناك ربط بين فكرة الموطن و فكرة الإقامة و يترتب على هذا مايلي :

1- يمكن أن لا يكون لبعض الأشخاص موطن كالبدو و الرحل الذي لايستقرون في مكان معين .
2- يمكن أن يكون الشخص مقيم في اكثر من مكان فيكون له أكثر من موطن كموطن الزوج في حالة تعدد الزوجات .

3- وقد أخذ المشرع الجزائري بالتصوير الواقعي أي بالإقامة الفعلية و إذ تنص المادة 36 من ق م على ما يلي ((موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي و عند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن ، ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت)) .

3 – أنواع الموطن :

ينقسم الموطن الى موطن عام و موطن خاص .

أ) الموطن العام :

الأصل أن الشخص يختار موطنه بنفسه وفق للشروط التي يحددها القانون إلا انه في بعض الأحيان قد يلزم القانون بعض الأشخاص بإتخاذ موطن معين .

I) الموطن القانوني أو الإلزامي :

تنص المادة 38 ق م ف 1 موطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عليه عن هؤلاء قانونا .

2) الموطن العام الإرادي :

الموطن العام الإرادي هو المكان الذي يختاره الشخص ليقيم فيه و سمي موطنا عاما لأن الشخص يباشر فيه جميع تصرفاته المدنية و كل حقوقه .

و يحدد في قانوننا عل أساس الإقامة الفعلية التي تحدد بالمكان الذي يوجد فيه سكن الشخص و عند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي و يشترط في الإقامة ان تكون إقامة مستقرة ولا يقصد بذلك أن تكون مستمرة بدون انقطاع و إنما يشترط تحقق الإعتياد و لو تخللتها غيبة متفاوتة ولاتعتبر إقامة فعلية مجرد تواجد شخص في مكان معين لفترة محدودة كالنزول في فندق مثلا .

ب) الموطن الخاص :

وقد يوجد للشخص إلى جانب موطنه العام موطن خاص ببعض أعماله وعلاقاته القانونية و للموطن الخاص ثلاثة انواع :

1) الموطن التجاري أو الحرفي أو موطن الأعمال :

- يكون للشخص الذي يحترف تجارة أو صناعة معينة موطنان ، موطن عام و موطن خاص بأعمال تجارته أو صناعته ، و يكون موطنه هذا المكان الذي يمارس فيه تجارته او حرفته يكون خاصا بالمعاملات المتعلقة بالتجارة أو المهنة و هذا ما تضمنته المادة 37 ق م "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة او المهنة" .

- ولاوجود للموطن الخاص إلا في حالة احتراف الشخص تجارة أو صناعة أو حرفة فلا يكون للطالب مثلا موطن خاص بالحي الجامعي الذي يقيم فيه خلال السنة الدراسية .
- و يحتفظ التاجر أو الحرفي بموطنه العام بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التي لا تتعلق بتجارته أو صناعته أو حرفته .

2) **<u>موطن القاصر المأذون له بالتجارة :</u>**

الأصل أن القاصر لايباشر أعماله بنفسه وإنما يباشرها بواسطة من ينوب عنه قانونا إلا أن المشرع أجاز للقاصر المرشد مباشرة بعض الأعمال بنفسه و هي الاعمال المتعلقة بإدارة امواله و بعض التصرفات و يكون للقاصر بالنسبة لهذه الاعمال موطن خاص و في هذا الصدد نصت م 38 ف 2 ق م على مايلي ((غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها)) .

و فيما عدا هذه الأعمال التي سمح له القانون بمابشرتها بنفسه يظل القاصر ناقص الأهلية ويكون موطنه العام هو موطن ينوب عنه قانونا .

3-الموطن المختار :

يجوز للشخص ان يختار مكانا معينا كموطن له لتنفيذعمل قانوني معين ،وهذا ما نصت عليه المادة 39/ 1 ق م " يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين " ويتم اختيار هذا الموطن إما بمقتضى العقد او الإرادة المنفردة كالمشتري الذي يختار موطنا قريبا من الأرض التي إشتراها .

و الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطنا بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة ، م 39 ف3 ق م وفي هذه الحالة يحتفظ الشخص بالموطن العام بالنسبة للتصرفات الأخرى .

ويجب اثبات اختيار الموطن كتابة (م 39 ف 2 ق م).

والأصل ان يكون الموطن المختار اختياريا للشحص اذ تنص المادة 39 ق م على مايلي : " يجوز..... "

إلا انه في بعض الحالات يلزم الشخص قانونا باختيار موطن معين بصدد عمل قانوني معين ومن بين هذه الحالات الحالة المنصوص عليها في المادة 941 ق م " هذة العريضة يجب أن تشمل البيانات الاتية :إسم الدائن ولقبه و مهنته و موطنه الأصلي و الموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة ...." ، فوفقا لهذا النص الموطن المختار يجب ان يكون في نطاق دائرة اختصاص المحكمة .

وتجدر الإشارة الى انه اذا غير الشخص موطنه بقصد التهرب من التزاماته فلا يحتج بهذا التغيير على الغير ، بل يذهب القضاء الفرنسي الى عدم الاحتجاج بتغيير الموطن حتى لو كان الشخص حسن النية

، هذا إذا تم تغيير الموطن أثناء سير الدعوى ، وكان الشخص الذي غير موطنه طرفا فيها ، اذ يقع على عاتق هذا الاخير واجب اعلان الغير بتغيير الموطن .

المحاضرة الثانية:الشخص الاعتباري او المعنوي

إن الشخصية القانونية تفترض شخصا طبيعيا او معنويا كطرف للحق و لكن الامر يختلف بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي , فالشخص الطبيعي يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده و قد تثبت له بعض مميزات هذه الشخصية قبل مبلاده أما الشخص المعنوي فهو مجموعة من الاموال أو الأشخاص يتحدون للقيام بنشاطات مشركة لأغراض مختلفة و يسمى بالشخص المعنوي لأنه ليس لديه كيان مادي بل هو وجود معنوي فقط , و قد اعترف له القانون بالقدرة على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات , و سنتعرض لأنواع الشخص الاعتباري ثم عناصر تكوينه و بعدها نبين مميزاته و مسؤولياته .

أنواع الشخص المعنوي :

1- الشخص المعنوي العام :

يتميز الشخص المعنوي العام بما له من السيادة و حقوق السلطة العامة و يمنحه القانون الشخصية المعنوية وفقا للمادة 49 من ق م.

فللدولة شخصية معنوية و تنشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب و إقليم و حكومة ذات سيادة , و كذلك تتمتع الولاية بالشخصية المعنوية فهي جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية و استقلال مالي يديرها الوالي , كما اعترف القانون أيضا للبلدية بشخصية مستقلة و يمتلكها رئيس البلدية و تثبت الشخصية المعنوية العامة للبلدية بمقتضى القانون.

إلى جانب الدولة و الولاية و البلدية يشمل الشخص المعنوي العام المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

و يمتاز الشخص المعنوي العام بأنه يظل تحت إشراف الدولة مع تمتعه بالإستقلال المالي أي أن له ذمة مالية مسقلة به و له حق التقاضي بواسطة ممثله دون الحاجة لتدخل الدولة في ذلك , كما يستقل الشخص المعنوي العام بمسؤليته سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية , فالعمل ينسب إلى الشخص المعنوي الذي صدر منه حتى لو كانت السلطة المركزية أذنت له مسبقا كما يتحمل أشحاص القانون العام الأفعال التي يقوم بها موظفوهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها أو بمناسبتها و تكون مسؤلية الشخص المعنوي العام مسؤلية المتبوع عن فعل التابع .

2- الأشخاص المعنوية الخاصة :

هي التي يكونها الأفراد و هي على نوعين مجموعة الأشخاص و مجموعة الأموال .

أ- مجموعة الأشخاص :

تقوم على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعية و المعنوية و تنقسم بحسب الغرض منها إلى شركات تسعى إلى تحقيق ربح مادي و إلى جمعيات تسعى إلى تحقيق أهداف أخرى غير الربح المادي كأعمال البر و الثقافة .....

- الشركات :

الشركة هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالإسهام في مشروع إقتصادي و ذلك بتقديم حصة من مال أو عمل و يقتسمون ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ،

فتكون الشركة مدنية إذا كان موضوعها مدنيا كالإستغلال الزراعي أو تربية الحيوانات و يحدد غرض الشركة في عقد تكوينها و لكن اذا اتخذت الشركة المدنية شكل الشركة التجارية إعتبرت شركة تجارية حسب الشكل و تخضع للقانون التجاري.

و تتحدد مسؤولية الشريك في الشركة المدنية بنسبة نصيبه في الخسارة حتى لو تجاوز هذا النصيب قدر الحصة التي قدمها في رأس مال الشركة و لا يكون الشركاء في الشركة المدنية متضامنين فيما بينهم و هذا ما نصت عليه المادتان 434 و 435 ق م .

و هناك شركات اعتبرها المشرع الجزائري شركات تجارية بحسب الشكل و هي شركة التضامن و شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة .

ففي شركة التضامن يلعب الإعتبار الشخصي دورا أساسيا يكون للشريك صفة التاجر و يكون مسؤولا عن جميع ديون الشركة مسؤولية تضامنية و هذا ما نصت عليه المادة 551 ق ت , و تنقضي الشركة بوفاة أحد الشركاء أو بانسحابه أو بفقدان أهليته .

أما شركة المساهمة فالعنصر الغالب عليها هو المال , فتكون للشركاء أسهم قابلة للتداول و لا يكونون مسؤولين عن ديون الشركة إلا بقدر ما يملكه كل منهم من أسهم , و لا يؤدي وفاة الشريك أو إفلاسه إلى حل الشركة .

أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنها تجمع بين الطابع الشخصي إذ حدد المشرع عدد الشركاء فيها و الذي يجب إلا يتجاوز 20 شريك, و لا تكون حصص الشركاء قابلة للتداول , و تكون مسؤولية الشريك في حدود حصته دون تضامن مع باقي الشركاء .

و تنتهي الشركة عموما بانقضاء الميعاد المعين لها أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله كما تنتهي بهلاك جميع مالها أو بإفلاسها أو باتفاق الشركاء .

2 - الجمعيات :

تنشأ الجمعية باتفاق الأعضاء على تحقيق هدف غير مادي و قد يكون هدفها خيريا أو علميا أو ثقافيا , و لا تكون موارد الجمعية مصدرا لاغتناء أعضائها بل الغرض منها هو تحقيق هدفها , و موارد الجمعية تتكون في الغالب من تبرعات المواطنين و يحدد غرض الجمعية بموجب سند إنشائها و كذلك إختصاصاتها و لا يجوز للجمعية تجاوز الحد الضروري لتحقيق الهدف الذي أنشئت من أجله , و لا يكون لانسحاب العضو أو وفاته أثر على الجمعية .

و تنقضي الجمعية بالحل الإختياري أو الحل القضائي أو الإجباري و تحل الجمعية إذا كانت تمس بالإختيارات السياسية أو الإقتصادية أو الثقافية للوطن و تحل أيضا إذا كانت تمس بحرمة التراب الوطني .

ب- مجموعة الأموال :

هي تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر و الإحسان , و يكون ذلك إما في شكل مؤسسة خاصة أو في شكل وقف .

- **المؤسسات الخاصة :** تنشأ هذه المؤسسات بتخصيص أحد الأشخاص لمجموعة من الأموال

على وجه التأبيد أو لمدة غير معينة لتحقيق عمل ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر أو على وجه العموم لتحقيق غرض غير الربح المادي .

و تتميز مجموعة الأموال بأن العنصر المالي هو العنصر الأساسي فيها فلا يلزم لقيامها إجتماع عدد من الأشخاص إذ الشخص الواحد يستطيع تخصيص مجموعة من الأموال تتمتع هذه الأموال بالشخصية المعنوية .

- **الوقف :** هو نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية , و هو حبس العين عن التملك و قد عرفه

المشرع في المادة 4 من قانون الأوقاف بأنه "عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة ".

و الحقيقة هي أن الوقف تصرف بالإرادة المنفردة إذ لا يشرط المشرع قبول الموقوف عليه في الوقف العام ،

و قد يكون الوقف وقفا عاما و ذلك بوقف العين ابتداء على جهة من جهات الخير , و قد يكون وقفا خاصا و ذلك بوقف العين لمصلحة عقب الواقف من الذكور أو الإناث .

و يؤول الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى جهة من جهات الخير التي عينها الواقف .

و قد يكون الوقف على وجه التأبيد كما قد يكون على وجه التأقيت كما بالنسبة لوقف حق الإنتفاع ..

و تمنح للوقف الشخصية المعنوية و هذا ما نصت عليه المادة 5 من قانون الأوقاف .

عناصر تكوين الشخص المعنوي الخاص :

لتكوين الشخص المعنوي الخاص يجب توافر عناصر معينة منها العنصر الموضوعي و المادي و المعنوي و هذه العناصر يشترط توافرها في كافة الأشخاص المعنوية الخاصة أما العنصر الشكلي فاشتراطه يختلف من شخص معنوي لآخر .

1- العنصر الموضوعي : و هو اتجاه إرادة الأفراد إلى إنشاء الشخص المعنوي فللإرادة دور فعال

في تكوين الشخص المعنوي الخاص إذ لا تنشأ الشركات إلا بعقد .

2- العنصر المادي :

يجب توافر مجموعة من الأشخاص أو مجموعة الأموال وفقا لنوع

الشخص المعنوي ,ففي مجموع الأموال كالوقف و المؤسسة لا بد من توافر المال و لا بد من أن يكون كافيا لتحقيق الغرض , أما في مجموع الأشخاص فيلزم بطبيعة الحال إلى جانب الأشخاص توافر مال كاف كما في الشركة إذ يحدد المشرع حدا أدنى لرأسمالها .

3- العنصر المعنوي : يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي هو تحقيق غرض جماعي معين

سواء كان لهدف عام يحقق المصلحة العامة أو يحقق مصلحة خاصة بجماعة معينة كمصلحة الشركاء في الشركة و لا بد من تحديد الغرض سواء كان ماليا أو غير مالي و يشترط أن يكون الغرض ممكنا و مشروعا و يجب كذلك أن يكون مستمرا و ليس أمرا عرضيا .

4- العنصر الشكلي : قد يتطلب القانون الرسمية كما قد يستلزم الشهر و قد يتطلب أيضا

حصول مجموعة الأموال أو الأشخاص على ترخيص خاص لاكتساب الشخصية المعنوية .

أ- الرسمية : لقد إشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوبا في شكل رسمي و إلا كان باطلا (م 418 ق م) كما تنص المادة 545 من القانون التجاري على ما يلي : (تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة)

كما نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على ما يلي :(يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجل لدى المصالح لمكلفة بالسجل العقاري ...)

ب-الشهر :

قد لا تتمتع مجموعة الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ شهرها , كما قد تتمتع بها من يوم إنشائها , و يشترط الشهر للإحتجاج بها على الغير و لقد اشترط المشرع شهر الشركات التجارية لتمتعها بالشخصية المعنوية إذ تنص المادة 549/1 من قانون التجاري على ما يلي : "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري" .

أما الشركات المدنية فشهرها ضروري للاحتجاج بها على الغير إذ تنص المادة 417 ف 1 ق م" تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءت الشهر التي ينص عليها القانون" .

و قد نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على ضرورة الشهر الواقف للوقف لدى مصلحة السجل العقاري إذ نصت على ما يلي : "يجب على الواقف أن يقيد الوقف لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري".

و لم يبين المشرع في هذا النص ما إذا كان الشهر ضروريا لاكتساب الوقف الشخصية المعنوية أم هو شرط للاحتجاج بالوقف في مواجهة الغير فقط , و يمكن الإستخلاص من المادة 5 من نفس القانون التي تمنح الوقف الشخصية المعنوية أن اكتساب الوقف للشخصية المعنوية لا يتوقف على الشهر فيكون الشهر وسيلة للاحتجاج بالوقف في مواجهة الغير فقط و هي الوظيفة الأصلية للشهر .

إعتراف الدولة بالشخص المعنوي :

إعتراف الدولة بالشخص المعنوي إما أن يكون اعترافا عاما أو أن يكون اعترافا خاصا .

و يكون الإعتراف عاما إذا وضع المشرع شروطا عامة متى توفرت في مجموعة من الأشخاص أو الأموال إكتسبت الشخصية المعنوية دون الحاجة إلى ترخيص خاص و قد نصت المادة 417 من القانون المدني على أن الشركات المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها .

أما الإعتراف الخاص هو الترخيص المطلوب الحصول عليه لاكتساب الشخصية المعنوية , فتمنح الدولة الشخصية المعنوية لجماعات معينة بناء على ترخيص خاص , فبالنسبة للجمعيات نصت المادة 160/1 من القانون المتعلق بالجمعيات على أن تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية و الأهلية المدنية بمجرد تأسيسها طبقا للمادة 7من هذا القانون .

و تشترط المادة 7 من هذا القانون إيداع تصريح التأسيس لدى السلطات العمومية المختصة فلا بد من تصريح الوالي بالنسبة للجمعيات التي يكون مجالها الإقليمي يهم بلدية واحدة أو عدة بلديات في الولاية الواحدة .

و قد يتطلب الأمر ترخيص وزير الداخلية بالنسبة للجمعيات ذات الصبغة الوطنية و الجمعيات المشتركة بين الولايات.

و كذلك بالنسبة للجمعيات الأجنبية فإنها تخضع لترخيص وزير الداخلية و هذا ما تضمنته المادة 40 من قانون الجمعيات.

مميزات الشخص الإعتباري :

للشخص الإعتباري أهلية و ذمة مالية و موطن و جنسية .

1-الأهلية :

أ- أهلية الوجوب :

طالما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فإنه لا بد أن يتمتع بأهلية وجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و نظرا لاختلاف الشخصية الطبيعية عن الشخصية المعنوية تكون حقوق الشخص المعنوي و التزاماته مختلفة عن الحقوق و الإلتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان فلا تكون له حقوق أسرة و لا تثبت له حقوق الشخصية التي تهدف لحماية الكيان المادي كالحق في سلامة الجسم كما أنه لا يرث باستثناء الدولة التي تعود إليها أموال من لا وارث له أو التي تخلى عنها الورثة (المادة 180 ق أ) .

لكن يجوز أن يوصى بوصية للشخص الإعتباري أما الحقوق الشخصية المتعلقة بالكيان الأدبي فإنها نثبت للشخص المعنوي فيكون له الحق في إسمه و سمعته و حمايته و تثبت له أهلية التقاضي .

فيتمتع الشخص المعنوي بكل الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان م 50 ق م .

ب- أهلية الأداء :

هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه و ما دام أنه لا يمكن أن نتصور الإدراك من الشخص الإعتباري فإن التصرفات التي يقوم بها الشخص الإعتباري تكون بواسطة ممثله و قد يتولى تمثيل الشخص الإعتباري فرد أو شخص كرئيس الدولة أو الوالي أو قد تتولاه هيئة المجالس المحلية.

و يعد الشخص المعنوي مسؤولا مسؤولية شخصية عن أعمال هذا النائب و يلاحظ أنه وفقا لمبدأ التخصيص فإن أهلية الشخص المعنوي تنحصر في حدود الغرض المخصص له أو الذي أنشأ من أجله .

2 - الإسم :

للشخص المعنوي إسم يميزه عن غيره ، فقد يكون إسم الشركاء او احدهم أو اسم منبثقا من غرض الشخص المعنوي ، واذا كان الشخص الاعتباري يمارس التجارة فيمكن أن يتخذ اسما تجاريا ويعد حقه في هذا الجانب ماليا ، ويجوز له التصرف فيه ولكن ليس بصفة مستقلة عن المحل التجاري ذاته ،

وحق الشركة على اسمها حق مالي أما حق الجمعية أو المؤسسة الخاصة على إسمها طالما لا تهدف إلى تحقيق الربح فيعد حقا أدبيا .

3 - الموطن :

يتمتع الشخص المعنوي بموطن مستقل عن موطن أعضائه و هذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسي وليس حتما ان يكون مركز الإستغلال ولقد نصت المادة 547 / 1 ق ت " يكون موطن الشركة في مركز الشركة "

وإذا كان للشخص المعنوي فروع في أماكن مختلفة فإنه ممكن ان يتعدد الموطن بقدر تعدد هذه الفروع ، فمركز إدارة الفرع يعد موطنا لهذا الفرع ، فتعدد الموطن بالنسبة للشخص المعنوي أكثر شيوعا من الشخص الطبيعي .

4 - الحالة :

يقصد بالحالة الحالة السياسية اذ لا يمكن ان تكون للشخص المعنوي حالة عائلية ، والسائد هو ان جنسية الشخص المعنوي تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الفعلي ، فمتى اتخذ الشخص المعنوي بلدا معينا مركزا لإدارته تثبت له جنسية هذا البلد ويخضع نظامه القانوني لقوانين الدولة التي يوجد فيها مركز ادارته الرئيسي الفعلي .

ولم يتعرض المشرع الجزائري لجنسية الشخص المعنوي ولكن يمكن ان يستخلص من المادة 50 ف 4 ق م أنه تخضع كل شركة تمارس نشاطا في الجزائر الى القانون الداخلي اي تكون لهذه الشركة الجنسية الجزائرية بمجرد ممارستها نشاط في الجزائر ويطبق عليها القانون الجزائري .

5- **الذمة المالية :**

للشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة عن ذمة اعضائه ومؤسسيه و ديون الشخص الإعتباري تضمنها حقوقه و لا يجوز لدائني الأعضاء أو دائني المؤسسين التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص الاعتباري ولا يجوز لدائني الشخص الإعتباري التنفيذ على الأموال الخاصة بالأعضاء أو المؤسسين لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص المعنوي .

وإعلان إفلاس الشركة مستقل ايضا عن إفلاس الشركاء أو المؤسسين ، وتخضع أرباح الشركة لضرائب مستقلة عن الضرائب التي يخضع لها الشركاء بإستثناء شركة التضامن إذ لا يوجد فيها فرق بين المال الخاص للشريك و المال المملوك للشركة ، إذ يسأل الشركاء فيها عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة ، أما فيما عدا هذا الإستثناء فإن الذمة المالية للشخص المعنوي مستقلة عن ذمة شركائه .

مسؤولية الشخص الإعتباري :

إن طبيعة الشخص المعنوي الخاصة والتي جعلته لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية بنفسه بل بواسطة نائبه أو ممثله تثير أيضا تحديد مسؤولية الشخص المعنوي عندما يترتب على هذه التصرفات أو عن أعمال ممثله ضررا لحق بالغير .

فبخصوص المسؤولية المدنية فالشخص الإعتباري يكون مسؤولا عن عمل ممثله ما دام هذا الأخير يكون قد سبب ضررا للغير بسبب النشاط الذي يقوم به لحساب الشخص الإعتباري ويكون مسؤولا مسؤولية المتبوع عن فعل التابع .

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية فإنه اذا كان من المستحيل تطبيق العقوبات الجسمانية على الشخص المعنوي فإنه من الممكن ان تطبق عليه العقوبات التي تتلاءم مع طبيعته كالمصادرة و الغرامة المالية والحل.

المحاضرة الثالثة :محل الحق

يختلف محل الحق باختلاف أنواع الحق .

1- محل الحق الشخصي :

يقسم فقهاء القانون محل الحق الشخصي إلى الإلتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل و الإمتناع عن القيام بعمل.

أ- الإلتزام بالقيام بعمل:

يتضمن هذا الإلتزام القيام بعمل لمصلحة الدائن مثل قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري و قيام هذا الأخير بدفع الثمن , و قيام المقاول بإقامة بناء لمصلحة رب العمل و قيام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر و قيام هذا الأخير بدفع الأجرة .

و يكون الإلتزام التزاما بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددا فيكون المدين ملزما بتحقيقه نتيجة معينة كالناقل ملزم بتسليم البضاعة في الزمان و المكان المحددين و يعتبر مخلا بالتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة و لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن قوة قاهرة حالت دون تحقيق النتيجة .

أما الإلتزام ببذل عناية يكون المدين ملزما باستعمال أفضل الوسائل الممكنة و استعمال أكبر قدر من الحيطة و الجهد فلا يكون ضامنا لتحقيق نتيجة فالطبيب لا يكون ملزما بشفاء المريض لكن يلتزم ببذل ما بوسعه لتحقيق الغرض.

و لا يكون المدين في الالتزام ببذل عناية مسؤولا عن عدم تحقيق النتيجة إلا إذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة لذلك.

ب- الإلتزام بالإمتناع عن العمل :

إن معظم العقود تتناول الإلتزام بالإمتناع عن عمل كعقد البيع فإنه يفرض إلتزام البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع و عقد الإيجار يتضمن التزام المؤجر بعدم التعرض للمستأجر في العين المؤجرة ,و التزام بائع المحل بعدم فتح محل مماثل , و امتناع العامل عن افشاء سر يخص العمل.

و يمكن أن يكون الإلتزام بالإمتناع عن العمل هو الإلتزام الرئيسي في العقد و يرى بعض الشراح أن عقد الصلح هو خير مثال إذ أن محل الإلتزام الرئيسي هو النزول عن الحق في الدعوى ، أي أن التزام كل من الطرفين بعدم الإلتجاء للقضاء أمر ضروري لاعتبار الوضع المتنازع عليه قد زال.

و يجب أن تتوفر في الأعمال محل الحق الشخصي سواء كانت ايجابية أو سلبيةشروط.

شروطه : الإمكان ، التعيين ، المشروعية

- **الإمكان :** يقصد به أن يكون المحل ليس مستحيلا ،و الإستحالة على نوعين مطلقة و نسبية:

الاستحالة المطلقة : مادية أو قانونية كالتزام المحامي بالإستئناف رغم فوات الميعاد أو التزام البائع ببيع شيء هلك و هذه الإستحالة تجعل التصرف باطلا أي تجعل آداء الإلتزام باطلا بالنسبة للكافة .

الاستحالة **النسبية :** هي التي تجعل الإلتزام مستحيلا بالنسبة للمدين فقط مثل إلتزام شخص بإعداد لوحة فنية رغم كونه ليس فنانا ، و هذه الإستحالة لا تمنع قيام الإلتزام صحيحا مستوفيا شرط الإمكان مع التزام المدين بتعويض دائنه عن عدم تحقيق الإلتزام.

- **التعيين :** يجب أن يكون معينا بذاته تعيينا نافيا للجهالة به أو قابلا للتعيين و إذا كان الشيء مثليا وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره .

- **مشروعا :** غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة كالإلتزام بآداء جريمة و الإلتزام يتوريد المخدرات.

2- محل الحق العيني:

يجب التفرقة بين الشيء و المال .

المال هو كل حق مالي سواء كان حق شخصي أو عيني أو معنوي ، و بالتالي هناك أموال تعتبر أشياء أما الشيء هو الكائن حيز ما من الطبيعة و إذا دخل في دائرة التعامل فإنه يتخذ وصف المال .

و لهذا هناك أشياء لا يمكن اعتبارها أموال كالأشياء غير القابلة للتعامل بحكم طبيعتها كالهواء و الضوء و ماء البحر أو بحكم القانون 682/2 من ق م.

و يمكن تقسيم الأشياء محل الحق العيني بحسب طبيعتها , قابليتها للتعامل و من حيث طريقة استعمالها .

1 - تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها :

تقسم إلى عقارات و منقولات , المادة 683 من القانون المدني "كل شيء مستقر في حيزه و مستقر فيه و لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار و ما عدا ذلك من شيء فهو منقول "

أ-العقارات :

تقسم إلى عقارات بطبيعتها و عقارات بالتخصيص.

العقار بطبيعته كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله دون تلف كالأراضي و المباني ,أما العقارات بالتخصيص فهي منقولات بالأصل و لكنها خصصت لخدمة العقار أو إستغلاله كالمواشي و الآلات.

- شروط إعتبار المنقول عقار بالتخصيص :

1- يجب أن يكون العقار و المنقول مملوكين لشخص واحد و على ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة للمستأجر (المادة 683/2 من القانون المدني)

2- يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار.

و يهدف المشرع الجزائري إلى جعل المنقولات عقارات بالتخصيص إلى ضمان استغلال العقارات استغلالا جيدا فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن العقار ، و يلحق العقار بالتخصيص العقار الطبيعي من حيث التصرف فيه و رهنه.

و تجدر الملاحظة أن اعتبار المنقول عقار بالتخصيص حكم لا يتعلق بالنظام العام إذ هو مخصص لمصلحة مالك العقار ، و يجوز له التنازل عن الحماية التي قررها له القانون ، كما يجوز له أن يترك لدائنيه الحجز على المنقولات منفصلة عن العقارات التي كانت ملحقة بها ،كما يستطيع المالك بإرادته إزالة صفة العقار بالتخصيص عن المنقول و ذلك بإنهاء هذا التخصيص .

ب- المنقولات :

المنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف و قد تكون المنقولات بطبيعتها مادية أو معنوية كالإسم التجاري أو أفكار المؤلفين ، كما أن هناك منقولات بحسب المآل و هي عقارات في الأصل متصلة بالأرض لكن القانون ينظر إليها باعتبار ما ستؤول إليه مثل المباني المراد هدمها أو الأشجار المراد قطعها و لا بد أن تتجه إرادة المتعاملين في العقار إلى فصله عن أصله فيصبح منقولا و يسرى عليه أحكام المنقولات.

أهمية التقسيم :

1- إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات كالرهن الرسمي ، الاختصاص ، الإرتفاق، السكن.

2- تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد و ملكية المعين بنوعه بعد الإفراز اما ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر بالمحافظة العقارية .
3- كل التصرفات الواردة على العقار يجب أن تحرر في شكل رسمي عقود شكلية أما التصرفات الواردة على المنقولات فهي في الأصل تصرفات رضائية.
4- الشفعة ترد على العقار دون المنقول و هي رخص تجيز للشريك أو المستأجر الحلول محل مشتري العقار.
5- دعاوي الحيازة خاصة بالعقارات دون المنقولات.
6- قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية خاصة باكتساب المنقولات أما العقارات تكتسب بالتقادم.
7- يكون النظر في الدعاوي العقارية من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار بينما المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول.
8- الطعن بالعين يكون بصفة خاصة في التصرفات الواردة على العقارات .

2 - تقسيم الأشياء من حيث قابلية التعامل فيها :

المادة 682 ق م "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها أما الخارج بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية "

أشياء خارجة عن التعامل بحكم طبيعتها : الهواء و الشمس و إذا كانت هذه الأشياء لا تصلح للاستئثار بها في مجموعها فإنه من الممكن و المتصور الإستيلاء على مقادير محدودة منها و تصلح أن تكون محلا ل لحق في حدود هذا الإستئثار ، مثال : ذلك الإستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية كماء المطر لتحويله لماء صالح للشرب و ماء البحر لتحويله لملح أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون فقد يرجع سبب إخراجها لتخصيصها للمنفعةالعامة كالأموال العامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز أو تملكها بالتقادم (م 689من القانون المدني. العامة. يجب أن يكون الشيء مملوكا للدولة و خصص للمنفعةالعامة.

كما قد يكون الخروج عن دائرة التعامل لاعتبارات تتعلق بالنظام العام كالتعامل في المواد المخدرة.

3- تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها :

أ- أشياء قابلة للاستهلاك و غير قابلة للإستهلاك.

ت-الأشياء المحلية و القيمية.

ج- التجار و المنتجات.

:

أ- أشياء قابلة للاستهلاك و غير قابلة للإستهلاك :

تنص المادة 685 ق م على ما يلي "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها و إنفاقها "

فالأشياء القابلة للإستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت في استهلاكها و انفاقها .

و استهلاكها قد يكون ماديا أو قانونيا و يؤدي الاستهلاك المادي في حالة الانتفاع بالشيء الى هلاك او نفاد مادته كمن يأكل شيء أو يشرب ماء .

أما الإستهلاك القانوني فهو يتحقق بخروج الشيء من يد صاحبه دون أن يؤدي ذلك إلى هلاكه ماديا كإنفاق النقود.

أما الأشياء غير القابلة للإستهلاك فهي الأشياء التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك او تنفد كالمنازل و الكتب .

و تكمن أهمية هذا التقسيم في أن بعض العقود لا ترد إلا على الأشياء القابلة للاستهلاك و بعد العقود لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

- هناك عقود لا يمكن أن يكون محلها إلا أشياء غير قابلة للاستهلاك مثل الانتفاع بشيء لمدة معينة ، الإيجار ، و العارية فالمستأجر و المستعير يستعمل كل منهما شيء مملوكا للغير ، على أن يرد لصاحبه بعد مدة معينة ، و كذلك حق الإنتفاع إذا المنتفع ينتفع بالشيء لمدة معينة على أن يرده لمالكه.

-كما أن هناك بعض العقود لا يتصور أن ترد إلا على الأشياء القابلة للاستهلاك ، ففي عارية الإستهلاك يأخذ الشخص من الآخر شيء لينتفع به عن طريق استهلاكه ، فمن يستعير كمية من السكر فهو لا يلتزم برد عين الشيء الذي استعاره و إلا انتفت الفائدة من هذه الاعارة ، ففي عقد القرض الاستهلاكي يستعمل المقترض النقود المقترضة على أن يرد نفس المقدار فهو يرد إذن نفس المقدار و ليس النقود التي اقترضها ذاتها.

ب-الأشياء المثلية و القيمية :

تنص المادة 686 ق م " الأشياء المثلية هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء و التي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الوزن أو الكيل "

فالأشياء المثلية أو المعينة بالنوع هي التي تقوم مقام بعضها البعض ، و يقال أن الأشياء المثلية هي عادة الأشياء التي لا يمكن أن تعين إلا بتعيين نوعها فيقال مثلا قنطار من القمح متوسط الجودة.

أما الأشياء المعينة بالذات أو القيمية فهي التي لا يقوم بعضها مقام البعض إذ لا يمكن أن تتحد في الصفات كالسيارات و العقارات.

و لا يتوقف إعتبار الأشياء من المثليات أو القيميات على طبيعتها فقط ، و إنما لارادة الاطراف دور تلعبه في ذلك أيضا فبيع شيء مثلي بيعا جزافا يعتبر بيعا شيء معينا بالذات.

كما أن النقود رغم كونها من المثليات فإنها تعتبر من الأشياء القيمية في حالة استعارتها لعرضها في معرض مدة معينة ترد بعدها.

كما أن صانع السيارات إذا باع سيارة من الطراز المتوفر في السنة الجارية يكون ملزما بتقديم أي سيارة من هذا الطراز و يعتبر بيع الشيء مثليا رغم أن السيارة في الأصل تعتبر شيء قيميا.

و تجدر الإشارة إلى أنه رغم تدخل إرادة الأطراف في تحديد طبيعة بعض الأشياء في حالات معينة إلا أن هناك أشياء تعتبر دائما من المثليات و هي الأشياء التي تباع بالكيل أو العدد أو الوزن، فمن يتعاقد مثلا على شراء 1000 طن من القمح الممتاز لا يمكنه الرفض إذا قدمت له هذه الكمية من النوع المتفق عليه بحجة أنه ليس هذا المبيع المتفق عليه.

و تتجلى أهمية هذا التقسيم في :

1- من حيث انتقال الملكية إذا كان الشيء مثليا أو معينا بالنوع فإن ملكيته لا تنتقل إلا بعد الإفراز أما إذا كان معينا بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد انعقاد العقد دون الحاجة لأي إجراء.
2- من حيث استحالة التنفيذ ، إذا كان الشيء معينا بالذات و هلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه برئت ذمته من الإلتزام أما إذا كان المبيع معينا بالنوع و هلك فلا يتحلل البائع من التزامه لأن المثليات لا تهلك فهي تقوم مقام بعضها فيجب على البائع تنفيذ التزامه بشيء من نفس الشيء المبيع الهالك.
3- من حيث الوفاء : إذا كان محل الإلتزام شيء قيميا فالوفاء بالإلتزام يتم بإعطاء نفس الشيء المتفق عليه في العقد ، لا يجبر الدائن على قبول غيره.

أما إذا كان محل الإلتزام مثليا فإن المدين يبرأ من التزامه إذا هو أدى أو قدم شيء من نفس النوع (بالقدر أو بالصفة المتفق عليها في العقد) .

4- من حيث إجراء المقاصة : فلا تحققه المقاصة القانونية بين التزامين إلا إذا كان محلهما شيء مثليا متحدا في النوع و الجودة فإن كان شخصان الأول مدين للثاني بتسليمه سيارة معينة و الثاني مدين للأول بتسليم عقار بنفس قيمة السيارة فإن المقاصة لا تتم.

و يلاحظ أنه غالبا ما تعتبر الأشياء المثلية قابلة للاستهلاك أما القيمية فتعتبر غير قابلة للإستهلاك رغم أنه قد يحدث أن يكون الشيء المثلي غير قابل للإستهلاك كالآلات و الأدوات الصناعية .

كما أنه قد يحدث أن يكون الشيء قابلا للإستهلاك رغم أنه قيمي كالثمار التي لا يوجد مثلها كمشروب أصبح نادرا أو فريدا من نوعه.

و يلاحظ أن هذه مسألة راجعة إلى تدخل إرادة الإنسان في تحويل الأشياء .

ج- الأشياء المثمرة و الأشياء غير المثمرة :

تكون الأشياء مثمرة إذا كانت تنتج عنها ثمار ، و الثمار هي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية و متجددة و لا يؤدي فصلها عن الشيء إلى الإنقاص من قيمته ، و الثمار إما أن تكون طبيعية تتولد عن الشيء تلقائيا دون تدخل الإنسان ، ويكون ذلك بفضل الطبيعة كالأعشاب ، و إما أن تكون صناعية أو مستحدثة بتدخل الإنسان لاستخراجها من الشيء كالمحصولات الزراعية .

كما قد تكون الثمار مدنية و هي المبالغ النقدية المستحقة مقابل الإستغلال أو الإنتفاع بالشيء مثل الأجر و فوائد رؤوس الأموال.

و إلى جانب الثمار توجد المنتجات و هي كل ما يستخرج من الشيء بصفة دورية و غير متجددة و يؤدي فصلها إلى الإنقاص من أصل الشيء كالمعادن و الأشجار ، فاستخراج المعادن و قطع الأشجار ينقص من قيمة الأراضي ، إذن فالأشياء غير المثمرة هي التي لا تتولد عنها ثمار.

- **أهمية التقسيم :**

-1 إذا تقرر حق انتفاع على العين ، فإن الثمار تكون من حق المنتفع ، أما المنتجات فهي ملك للمالك فقط.

-2 يكتسب الحائز حسن النية الثمار دون المنتجات و يرجع كسبب الحائز حسن النية الثمار لاعتبارات عادلة و هي أن الحائز حسن النية تعتبر الثمار ملكا له و هو غالبا ما يستهلكها يوميا ، أما سبب احتفاظه بما قبضه من الثمار التي لم يستهلكها بعد فيرجع إلى أن الحائز حسن النية أولى بالرعاية من المالك المهمل لأنه بذل جهدا في سبيل الحصول على هذه الثمار أما المالك وقف موقفا سلبيا ، و يعتبر مقصرا لأنه ترك العين في حيازة الغير مدة معينة من الزمن هذا إلى جانب أن الثمار دورية و متجددة ، و لا يضر بالمالك إذا فقدها في الفترة التي كانت فيها العين في يد حائز حسن النية.

و تعتبر إدارة أموال القاصر في ثمار الشيء عملا من أعمال الإدارة بينما يعتبر التصرف في المنتجات عملا من أعمال التصرف أي تصرفا قانونيا لأن التصرف فيها يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء .

المحاضرة الرابعة:مصدر الحق

الحق ينشأ إما عن واقعة قانونية أو تصرف قانوني .

الواقعة القانونية : هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثر معين .

فقد تكون سبب لإنقضائه أونقله ،و الوقائع قد تحدث بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان و لذلك تنقسم إلى وقائع طبيعية و وقائع من فعل الإنسان.

1- **الوقائع الطبيعية :** التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للانسان دخل في حدوثها كالظواهر الطبيعية التي
يترتب عليها حلول أجل الدين و كما قد يترتب عليها إعفاء المدين من التزامه لاستحالة الوفاء.

و يعتبر من الوقائع الطبيعية كل ما هو من فعل الجماد أو النبات أو الحيوان فنتاج المواشي ينشئ حقوقا لمالكها ، و كذلك الفيضان قد يحدث طميا يضيف جزءا فيمتلكه صاحب الأرض التي أضيف لها هذا الجزء الجديد نتيجة التصاقه بأرضه.

و يلحق الوقائع الطبيعية الوقائع التي تتصل بالإنسان كواقعة الولادة إذ بها تبدأ الشخصية القانونية و بها يثبت النسب و كذلك واقعة الوفاة إذ بتحققها يتثبت حق الورثة في الميراث.

2- الوقائع التي من فعل الإنسان :

هي الأعمال التي تحدث و يكون للإنسان دخل في حدوثها و يرتب عليها القانون آثار ، و من هذه الأعمال ما يقع من الشخص دون أن يقصد ذلك كالفعل الضار فإتلاف الشخص مالا مملوكا للغير أو صدم غيره بسيارته واقعة غير مقصودة يرتب عليها القانون آثار و هو التعويض .

و قد تكون الأعمال المادية أعمالا نافعة كالإثراء بلا بسبب -الفضالة- الدفع غير المستحق .

الإثراء بلا سبب : إثراء الشخص على حساب شخص آخر دون أن يكون هناك سبب لإثراء المثري كقيام المستأجر بإصلاحات في العين المؤجرة فإذا اختار المؤجر استبقاءها وجب عليه تعويض المستأجر عما أنفقه لأنه إذا احتفظ بها المؤجر دون تعويض إعتبر إثراء بلا سبب .

و في هذه الحالة يجب أن يعوض المثري المفتقر بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء (المادتان 141 و 142ق م.

الفضالة : أن يتولى الشخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك (م 150 مدني) مثال : إصلاح جدار آيل للسقوط ، بيع محاصيل على وشك التلف .

الفضولي يقوم بعمل لحساب الغير و هو قاصد ذلك بينما لا يلزم في الإثراء أن يقصد المفتقر تحقيق عمل لحساب الغير .

و إذا تحققت شروط الفضالة يكون رب العمل ملزما بجميع التعهدات التي قام بها الفضولي كما يكون ملزما بتعويض الفضولي عنها كما يجب أن يرد للفضولي كل ما أنفقه من نفقات و تعويضه عن الضرر الذي لحقه (المادة 157 مدني) و تتحقق هذه الآثار بالنظر إلى العمل الذي يقوم به الفضولي فلا يكون لنيته أثر في ترتيب هذه الآثار.

الدفع غير المستحق : إذا قام شخص بالوفاء لشخص آخر ظانا أنه مدين له و تبين غير ذلك و في هذه الحالة يجب رد ما ليس مستحقا له (م 143 مدني)

.

التصرف القانوني :

هو أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين .

1- أنواع التصرفات القانونية :

تتعدد التصرفات القانونية بتنوع موضوعها و سنذكر بعضها فقط .

- التصرف الصادر من جانبين : لا بد فيه من تطابق إرادتي طرفيه كالبيع و الإيجار ، كما قد يكون التصرف صادرا من حانب واحد كالابراء.....

- التصرف المنشئ للحق (عقد الزواج) و الناقل للحق (عقد البيع) الكاشف (القسمة) .

- التصرفات بين الأحياء كالبيع و الايجار و هناك التصرفات المضافة لبعد الوفاة كالوصية .

- التصرفات بمعاوضة كالبيع و الإيجار ، التصرفات عن طريق التبرع كعقد الهبة ، الوصية و نظرا لخطورة التصرفات التبرعية يشترط في المتبرع أهلية التبرع .

و يسود نظرية التصرف القانوني مبدأ سلطان الإرادة و أساسه أن الإرادة كافية لإنشاء التصرف القانوني و تحديد آثاره و هذا المبدأ يتقيد باعتبارات النظام العام و الآداب العامة .

.

2- شروط التصرف القانوني :

أ- الشروط الموضوعية :

تلعب الإرادة دورا فعالا في وجود التصرف القانوني و يتم التعبير عنها صراحة بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة و قد يكون التعبير ضمنيا ،كما يجب أن تكون إرادة الشخص صادرة عن ذي أهلية .

و سليمة أي خالية من عيوب الإرادة ، الغلط، الاكراه، التدليس ، الإستغلال .

و يشترط زيادة على هذا أن يكون محل التصرف ممكنا و معينا و مشروعا كما أنه يجب أن يكون التصرف يهدف إلى غاية مشروعة أي سبب التصرف غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة .

ب-الشروط الشكلية :

إذا كان الأصل أنه يكفي رضى الطرفين لقيام التصرف إلا أن المشرع إشترط إفراغ بعض العقود في شكل رسمي و تخلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان هذا التصرف بطلانا مطلقا (م 324مكررق م)

كالعقود المنعلقة بنقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية .....

3- آثار التصرفات القانونية :

يحكم آثار التصرفات القانونية مبدآن : العقد شريعة المتعاقدين ، نسبية العقد

أ-العقد شريعة المتعاقدين :

الأصل أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد آثار التصرف القانوني فمتى توافرت شروط التصرف فإنه لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر طبقا للمادة 106 ق م "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للاسباب التي يقررها القانون" .

و يرجع في تفسير العقد و تحديد الآثار الناشئة عنه الى إرادة المتعاقدين فهي التي تحدد نطاق التصرف القانوني .

و يلاحظ أن هناك إستثناء يقرره القانون يمنح القاضي سلطة تعديل العقد كما هو الحال في الشرط الجزائي و و عقود الإذعان و نظرية الظروف الطارئة و تهدف هذه الإستثناءات إلى تحقيق نوع من العدالة .

ب-مبدأ نسبية العقد :

يقضي هذا المبدأ بأنه لا يمكن للغير أن يكتسب حقا أو يحتمل بالتزام من عقد لم يبرمه ، فمن البديهي أن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه ، و تنتقل آثار هذا العقد إلى خلفهم العام إذا لم يمنع ذلك الإتفاق أو القانون أو تحول طبيعة العقد دون ذلك .

و يبقى مبدأ نسبية العقد يحمي الغير الأجنبي عن العقد ، فلا يمكن للعقد أن يلزم الغير و إن كان من الممكن ان يكسبه حقا كما في حالة الإشتراط لمصلحة الغير .

المحاضرة الخامسة: إستعمال الحق:

إن استعمال الحق مقيد بوظيفة الحق ذاتها فالحق وظيفة اجتماعية و لا يحميه القانون إلا إذا استعمل في هذا الاطار ، فاستعماله مقيد بعدم الإضرار بالغير فالقانون لا يحمي الشخص اذا كان متعسفا في استعمال حقه.

.

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق :

لقد لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق رفضا من طرف أصحاب المذهب الفردي الذين كانوا لا يقبلون أن يرد على حق المالك في استعمال ملكه أي قيد إلا في حالة و هي وجوب عدم مجاوزة المالك حدود حقه.

و قد كان هذا المذهب مسيطرا على الفكر القانوني ، و كان يرى أن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقا دون قيد ، فيرى أنصار هذا المذهب أنه لا يمكن أن ينسب للشخص أي خطأ و هو يستعمل حقه .

و قد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المذهب ففي بداية القرن 19 كان يعتبر الحقوق مطلقة و من يعمل في حدود حقه لا يسأل مهما كان القرار الذي يصيب الغير نتيجة ذلك ، و كان الفقيه بلانيول يعارض نظرية التعسف في استعمال الحق بشدة و يرى أنها تتناقض مع مضمون الحق إذ متى كان للشخص حق فلا يتصور أن يتعسف فيه.

و قد رد جوسران على بلانيول بقوله إنك تخلط بين كلمة حق التي تعني droit sub و كلمة droit التي تعني القانون ، إذ من المتصور ان يكون للشخص حق موافق لحق من الحقوق droit sub و مخالف للقوانين في مجموعه ،التعسف في استعمال الحق يستلزم وجوب فعل يدخل في حدود مضمون الحق و هو مشروع في ذاته و ينقلب الى فعل غير مشروع لانحراف في غرضه أو لأن نتيجته لا تتفق مع الغاية من الحق.

و تطورت فيما بعد نظرية التعسف في استعمال الحق و لقيت تأييدا لدى الفقهاء الفرنسيين . و بعد ان كان القضاء الفرنسي يشترط توافر الخطأ العمد من طرف المتعسف أي ان يكون قد قصد الإضرار بالغير ، فتطور و اصبح يعتبر الفعل تعسفيا كلما ترتب عليه ضرر أصاب الغير و لو لم تتوفر لصاحب الحق مصلحة من استعماله

و تجدر الإشارة الى ان الشريعة الاسلامية كانت السباقة إلى هذا المضمار من الشرائع الغربية اذ لم يقتصروا على صورة تعمد الإضرار بالغير بل اعتبروا الفعل تعسفا كلما تخلفت مصلحة لدى صاحب الحق و تجاوز الحدود المألوفة المتعارف عليها ، و أهم تطبيقات ذلك مضار الجوار، فلا يتحمل الجار ما جاوز الحد المألوف من مضار الجوار .

معايير التعسف في استعمال الحق و جزاؤه:

1- معايير التعسف في استعمال الحق :

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه اذا تحققت احدى الصور الآتية :

- اذا وقع بقصد إضرار الغير.
- اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناتج للغير .
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

و يستخلص من هذا النص ان معيار التعسف اما ان يكون معيارا تشخيصيا و هذا ما تضمنته ف 1 م 124 مكرر.

و إما ان يكون معيارا موضوعيا و هذا ما تضمنته ف 2 و 3 م 124 مكرر.

أ- المعيار الشخصي : قصد الإضرار بالغير .

يكون الشخص متعسفا اذا اراد الإضرار بالغير كمن يبني حائطا في ملكه بقصد حجب النور عن جاره دون أن تتحقق له من ذلك أي فائدة و هذا الفعل يعد داخلا في إطار ملكه و استغلالا لحقه و لكن اذا تم اثبات توافر قصد الإضرار بالغير اعتبر متعسفا في استعمال حقه ، و قصد الإضرار بالغير ، من أبرز صور التعسف في استعمال الحق و يجب توافر نية الإضرار و عدم تحقق الفائدة .

ب- المعيار الموضوعي:

1- اذا كان استعمال الحق يرمي الى الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الحاصل للغير كمن يغرس أشجارا عالية لتوفير الرطوبة ويحجب النور عن جاره لأن المصلحة التي يسعى اليها وهي الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية للضرر الحاصل ،وفي نفس السياق تنص م 708 /2 مدني(غير انه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني اذا كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط) فكل ما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الحاصل اعتبرمتعسفا ولو لم يقصد الإضرار بالغير.
2- عدم مشروعية المصلحة : وذلك كاستعمال مالك المنزل منزله لغرض مخالف للنظام العام او الأداب العامة .

وقد تكون المصلحة غير مشروعة بصفة غير مباشرة مثل : رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل نتيجة إنخراطه في نقابة من نقابات العمال.

3- **الضرر الفاحش** : يمكن اضافة الضرر الفاحش الى المعايير السابقة ولقد نص عليه المشرع الجزائري في النصوص المتعلقة بمضار الجوار و يمكن اعتباره تطبيق لأحكام ش التي تقضي بأنه يعتبر إستعمال الحق تعسفا اذا الحق بالغير ضررا فاحشا ، م 691 مدني.

ويعتد بالضرر الفاحش و لا ينظر الى مصلحة صاحب الحق حتى لو كانت جدية فيجب الحد منها اذا لحق الغير ضررا فاحشا و في هذا الصدد تنص م 705 مدني (للمالك اذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا)

2- جزاء التعسف في استعمال الحق :

ان جزاء التعسف في استعجال الحق قد يكون جزاء وقائي وذلك اذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه ، فيمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه.

أما في حالة حدوث التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور كما قد يلزم كذلك بإزالة الضرر ذاته كلما كان ذلك ممكنا.

3-أساس التعسف في استعمال الحق :

يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان وأغلب المؤلفين العرب الى ادخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية ويعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 124 مكرر مدني.

ويذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى ابعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري اذ ان نطاق التعسف اوسع من ذلك و من الافضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة .

المحاضرة السادسة:حماية الحق واثباته

- **حماية الحق :**

لا يمكن حصر وسائل حماية الحق كالدفاع الشرعي م 128 م ، حق الحبس 200 م الا انه كثيرا ما تكون الدعوى هي الوسيلة لحماية الحق .

1- التمييز بين الحق والدعوى:

1- قد يسقط بالتقادم الحق في رفع الدعوى بينما الحق يبقى قائما.
2- تنشأ الدعوى نتيجة لنزاع بين الخصوم حول حق ، بينما مصدر الحق هو الواقعة القانونية أ و التصرف القانوني.
3- قد تكون الدعوى ملكا لغير صاحب الحق كالولي الذي يباشر الدعوى لمصلحة من هو تحت رعايته.
4- قد توجد دعوى دون حق كدعاوى الحيازة التي تحمي واضع اليد على العقار دون النظر الى اذا ما كان هذا الشخص صاحب حق او لا.

2- شروط قبول الدعوى :

1- الأهلية
2- المصلحة ويشترط في هذه الأخيرة ان تكون شخصية ومباشرة اي يجب ان يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يقوم مقامه كالوكيل أو الولي.

•ويجب ان تكون المصلحة قائمة و حالة اي يجب ان يكون قد تم الاعتداء فعلا على حق رافع الدعوى (الاستثناء ، دعوى وقف ، الأعمال الجديدة(

•يجب ان تكون المصلحة مشروعه.

3- يجب الا يكون قد سبق صدور حكم في موضوع الدعوى ذاتها ، و هذا تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المقضى فيه ، فلا يجوز للمحكمة ان تفصل في نزاع سبق ان صدر فيه حكم سابق من هذه المحكمة او من محكمة أخرى لها نفس الدرجة.
4- يجب ان ترفع الدعوى في الميعاد الذي يحدده المشرع.
5- يجب الا يكون قد تم الصلح بين الخصوم بصدد الدعوى المرفوعة.

3- أنواع الحماية القانونية للحق :

مدنية وجنائية.

4- تقسيم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق:

دعوى عينية عقارية منقولة ودعوى شخصية.

إثبات الحق :

الإثبات هو اقامة الدليل أمام القضاء ، و قد يلتزم القاضي بهذا الدليل كما يمكن ألا يلتزم به ، وقد يفرض القانون على المتقاضين تفديم دليل معين ، كما وقد تترك الحرية للقاضي في التحري و ذلك وفقا لإعتماد مذهب من المذاهب.

1-مذاهب الاثبات

أ- مذهب الإثبات المطلق :

وتكون للقاضي وفقا لهذا المذهب سلطة واسعة في التحري عن الوقائع التي تعرض عليه ، فيكون له دور فعال في تسيير الدعوى و استجماع الأدلة .

•يعاب عليه انه يعطي سلطة واسعة للقاضي مما يؤدي الى الإضرار بالمتقاضين لإختلاف التقدير من قاض لآخر ، ويقلل الثقة في نظام الإثبات.

ب - مذهب الإثبات المقيد :

قد يفرض المشرع للإثبات طرقا محددة يكون ملزمة للقاضي والمتقاضي.

•يحقق الإنسجام في تقدير القضاة مما يترتب عليه استقرار المعاملات.

ج- مذهب الإثبات المختلط :

يأخذ هذا المذهب بالإثبات المقيد في مسائل معينة كالمسائل المدنية التي يتطلب المشرع اثباتها بالكتابة أما في المسائل المدنيةالتي لا تشترط الكتابة لاثباتها ، فإثباتها يكون مطلقا للقاضي تقدير شهادة الشهود أو

القرائن القضائية وفقا لإقتناعه الشخصي ، أما المسائل التجارية فيأخذ فيها بنظام الإثبات المطلق نظرا لما تتطلبه من السرعة و الإئتمان.

وتأخذ معظم التشريعات و من بينها المشرع الجزائري بالمذهب المختلط

2- عبء الإثبات:

يقع عبء الإثبات على المدعي م 323 م " على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. "

3- محل الإثبات :

يقع الإثبات على الواقعة القانونية أو التصرف القانوني.

ويشترط في الواقعة القانونية محل الإثبات ان تكون محل نزاع ، محددة ، متصلة بموضوع النزاع وان تكون منتجة في الإثبات وان تكون جائزة القبول.

- ان تكون محل نزاع .
- محددة : مثلا تحديد مصدر الدين ، قيمته ، المدين .... إلخ
- متصلة بموضوع النزاع.
- أن تكون منتجة في الإثبات : قد تكون الواقعة متصلة بموضوع النزاع و لكنها غير منتجة في الاثبات

كما اذا سلم المستأجر للقاضي ايصالات الخاصة بالمدد السابقة عن المدة التي يطالب المؤجر بالأجرة المستحقة عنها ، و ان كان التسليم متصلا بالدعوى الا انه غير منتج فيها لأن المدعي يطالب بإيجار خاص بمدة معينة لم يقدم المدعي عليه ايصالا عنها.

4- طرق الإثبات :

تختلف طرق الإثبات من حيث قوتها ، فللكتابة قوة مطلقة في الإثبات ، أما البينة و القوائن القضائية فلها قوة محدودة ، وهناك طرف تعتبر معفية من الإثبات كالإقرار واليمين و القرائن القانونية و حجية الحكم المقضي به.

1- الكتابة :

يكون الإثبات بورقة مكتوبة تثبت الواقعة القانونية و يشترط المشرع الكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على 100000 دينار جزائري او كان غير محدد القيمة و لا تستثنى من ذلك إلا التصرفات الخاصة بالمواد التجارية (م 333 ق م ج.)

1- **الورقة الرسمية :**

هي محرر يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عام ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، في حدود سلطته و اختصاصه و ذلك طبقا للأشكال القانونية 324ق م .

و تكون الورقة الرسمية دليلا قاطعا على ما ورد فيها و يعد كذلك تاريخها تاريخا ثابتا لا يجوز الطعن فيه إلا بتزوير و هذا ما تضمنته المادة 324 مكرر 5 ق م و تعتبر الورقة الرسمية سندا تنفيذيا إذا كانت ممهورة بالصيغة التنفيذية ، فتمكن صاحبها من التنفيذ بحقه مباشرة دوز الحاجة الى استصدار حكم بذلك.

2- **الورقة العرفية :**

و هي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف عام و لابد من توقيع ذوي الشأن عليها سواء كان ذلك بأنفسهم او بواسطة من ينوب عنهم.

وليست الورقة العرفية حجة بما تتضمنه ، اذ يستطيع موقع الورقة إنكار ما تضمنته ، او ادعاء أنه لم يوقعها واذا اقر موقع الورقة بما تضمنته فتكون لها قوة الورقة الرسمية ، ولا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ ان يكون لها تاريخ ثابت و هذا ما تضمنته المادة 328 مدني.

كما ان الورقة العرفية لة تعتبر سندا تنفيذيا اذ يجب استصدار حكم على أساسها لتنفيذ ما دون فيها.

3- الأوراق غير معدة للإثبات:

توجد أوراق غير معدة للإثبات كالرسائل والبرقيات و الدفاتر التجارية و الدفاتر و الأوراق المنزلية ، و التأشيرات ببرائة ذمة المدين ، و يقرر القانون لهذه الأوراق قوة معينة في الإثبات.

• الرسائل والبرقيات : تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي و تكون حجة على المرسل بما دون فيها ، إلا اذا اثبت عكس ذلك ، اما اذا انكر المرسل توقيعه فعلى من يتمسك بها اثبات صدورها من المرسل فعلا .

و تكون الرسائل ملك المرسل اليه ، فله الاستفادة منها إلا إذ كانت تتضمن سرا عائليا أو مهنيا يمنع القانون افشاؤه .

و للغير الإستفادة بما دون في الرسائل ، وله أن يحتج بها بشرط أن لا يكون قد حصل عليها بطريق غير مشروع .

و تكون للبرقيات حجية الورقة العرفية متى كان الأصل المودع في مكتب الإرسال موقعا عليه من المرسل و هذا ما تضمنته المادة 329مدني.

- **<u>الدفاتر التجارية :</u>**

يلزم التجار بإمساك دفاتر تجارية ليسجلوا كل ما يتعلق بأعمالهم التجارية ، و من هذه الدفاتر دفتر اليومية ، دفتر الجرد السنوي ولاتكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها و لكنها تكون حجة عليه و هذا ما نصت عليه المادة 330 مدني .

- **الدفاتر الأوراق المنزلية :**

قد يحدث أن يسجل الأشخاص مذكراتهم في دفاتر أو أوراق متفرقة ، ولاتكون لهذه الدفاتر و الأوراق حجة لصاحبها ذلك لأنه لايجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، ولكن يمكن أن تكون حجة عليه ، تنص المادة 331

مدني "لا تكون الدفاتر و الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين ، اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا .

إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر و الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته" .

- **التأشير ببراءة ذمة المدين :**

إذا قام الدائن بالتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، فيعتبر هذا التأشير حجة على الدائن و ذلك حتى لو لم يوقع الدائن على هذا السند ، او كان التوقيع او الكتابة بواسطة شخص آخر كالوكيل ، و لإعتبار التأشير بهذه الصفة حجة على الدائن يشترط أن يظل السند في حوزته و هذا ما تضمنته المادة 332 / 1 مدني، اما إذا كان السند المؤشر عليه في حيازة المدين ، فيشترط فيه ان يكون التأشير بخط الدائن و هذا اما تضمنته المادة 332 /2 مدني، ذلك لأنه لو صح أن يكون التأشير بخط شخص آخر غير الدائن ، لكان من السهل على المدين أن يكون بنفسه أو بواسطة غيره عبارة الابراء، لذلك يعتبر شرط التأشير بخط الدائن شرطا ضروريا لبراءة ذمة المدين إذا وجد السند بحوزته .

4- **الشهادة** :

الشهادة هي سماع أقوال اشخاص بصدد اثبات واقع قانونية معينة او نفيها ،و إذا كانت للكتابة قوة مطلقة في الاثبات إذ تلزم القاضي اذا لم يطعن بالتزوير في صحة الورقة الرسمية او اذا لم ينكر موقع الورقة العرفية توقيعه عليها ، ففي شهادة الشهود تكون للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أو تركها ، و يؤخذ بالشهادة في اثبات الوقائع المادية و التصرفات التجارية و كذلك التصرفات التي تقل قيمتها عن 100000 دينار جزائري و كذلك يؤخذ بها إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة و يقصد به كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال و هذا اما تضمنته المادة 335 مدني و يعتبر هذا دليلا ناقصا يجوز للقاضي تكملته بالشهادة .

و يجوزالإثبات بالشهادة اذا وجد مانع ادبي أو مادي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، و كذلك يجوز الاثبات بالشهادة اذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب ادبي خارج عن ارادته م 336 مدني .

كما يجوز الاثبات بالشهادة في حالة الغش أو التدليس ، و يقصد بذلك الغش او التدليس الصادر في مواجهة الغير و خاصة الدائن منهم اذ في هذه الحالة يمكن استبعاد ضرورة الاثبات بالكتابة عملا بالمبدأ الذي يقضي بأن جميع القواعد القانونية تستبعد حالة الغش .

ج - القرائن و حجية الأمر المقضي به :

القرنية هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول اذا تحقق الأمر الثاني .

1- **القرائن** : تنقسم الى قانونية و قضائية

القرائن القانونية : هي قرائن ينص عليها القانون بصفة عامة ومجردة ، و قد تكون بسيطة كما قد تكون قاطعة .

والقرينة البسيطة هي القرائن التي لا تعفي نهائيا من الإثبات بل تنقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به الى عاتق شخص آخر .أما القرينة القانونية القاطعة هي التي لا يمكن اثبات عكسها .

القرائن القضائية : هي قرائن يستخلصها القاضي ، لا يجوز الاثبات بها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة و تترك 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 يؤدي ثبوتها الى رجحان و ثبوت الواقعة المتنازع عليها.

وتتوقف القرائن القضائية على اجتهاد القاضي ، فله استنباطها من اي مصدر كان ، كما انه له السلطة في تقديرها ،و في هذا الصدد تنص م 340 ق م " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة" .

2- حجية الأمر المقضي به :

هذه قرينة قاطعة يفرضها احترام الاحكام القضائية ، و الحكم القضائي الحائز لحجية الامر المقضي به هو حكم قابل لطرق الطعن العاديةم 338 ق م .

و يشترط في الحكم القضائي ليحوزحجية الامر المقضي به .

•أن يكون الحكم قضائيا و أن يصدر من جهة مختصة بالنظر في النزاع و ان يكون قطعيا ، أي فاصل في موضوع النزاع بصفة نهائية (اتخاد صفة الخصوم ، المحل ، السبب) .

•أن تتعلق الحجية بمنطوق الحكم .

د-الإقرار :

هو اعتراف الخصم بصحة الواقعة القانونية المدعى بها عليه و الاقرار إما أن يكون قضائي أو غير قضائي .

أ- الاقرار القضائي : إذا تم امام القضاء اثناء النظر في النزاع المتعلق بالواقعة و يكون حجة قاطعة على المقر ، و هذا ما تضمنته المادة 341 ق م .

و يشترط في المقر ان يكون ذا اهلية ، و لا يجوز للشخص المقر الرجوع عنا قراره كما انه لا يتجزأ إلا اذا كان متعلقا بوقائع متعددة ، و كان وجود واقعة منها لا يستلزم وجود الوقائع الاخرى و هذا ما تضمنته المادة 342/2 ق م ، و الاقرار ملزم للقاضي .

ب- الاقرار غير القضائي : هو الاقرار الذي صدر في غير مجلس القضاء ، او يصدر في مجلس القضاء و لكن يكون عند النظر في دعوى اخرى لا تتعلق بموضوعه ، و يخضع تقديره للقاضي و اذا تم شفاهة فلا بد ان يكون بصدد وقائع يجوز اثباتها بالبينة ، أما اذا كان مكتوبا فتكون له قوة السند المكتوب .

ه. اليمين :

تنقسم الى نوعين حاسمة و متممة

- اليمين الحاسمة :

هي توجيه أحد الخصم اليمين الى الآخر يحتكم فيها الضميره ، و غالبا مايلجأ الشخص الى الاثبات باليمين الحاسمة عندما ييأس من جميع طرق الاثبات الآخرى و يجوز لمن وجهت اليه اليمين الحاسمة ردها على خصمه ، و يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم متعسف في ذلك ، غير أنه لايجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعةلا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين (م343ق م) .

و اذا حلف الخصم اليمين ، فيخسر من وجهها الدعوى نهائيا ، و لا يجوز له اثبات كذب اليمين ، و كذلك اذا ردت اليمين الى الخصم و نكل عنها خسر دعواه ، و هذا اما نصت عليه المادة 347 ق م .

_ اليمين المتممة : هي اليمين يوجهها القاضي لاستكمال اقتناعه بالأدلة المعروضة عليه و يمكن توجيهها الى اي من الخصمين ولا يجوز لمن وجهت اليه اليمين المتممة ردها الى خصمه ، وللقاضي أن يحكم فيها اذا اقتنع بها كما يمكنه عدم الآخذ بها . و يشترط القانون لتمكين القاضي لتوجيه اليمين المتممة أن لا يكون لديه دليل كامل في الدعوى اذ لايستطيع القاضي توجيهها اذا وجد الدليل الكامل في الدعوى و يجب ألا

تكون الدعوى خالية من أي دليل ، اذا لايجوز للقاضي الفصل في الدعوى بناءا على اليمين المتممة و حدها و هذا اما تضمنته المادة 2/348 ق م .

المحاضرة السابعة:انتقال الحق

يقصد ب انتقال الحق ان يحل شخص جديد محل الدائن مع بقاء الحق نفسه دون تغيير ، و الأصل أن جميع الحقوق قابلة للانتقال ، ويستثني من ذلك الحقوق المتصلة بالشخصية .

- **انتقال الحق العيني :**

ينتقل الحق العيني بطرق متعددة لايمكن حصرها ، فقد يتم الأنتقال بدون عوض كما في عقد الهبة و الوصية كما ينتقل كذلك بالميراث . و قد يتم انتقاله بعوض كما هو الحال في عقد البيع و المقايضة .

ويلاحظ أن المشرع يشترط شهر التصرف لانتقال الملكية و عدم شهر الحق العيني العقاري يؤدي الى عدم نقل الملكية المادة .793 ق م

- **انتقال الحق الشخصي :**

ينتقل الحق الشخصي من السلف الى الخلف العام عن طريق الوصية أو الميراث مثله مثل الحقوق العينية كما ينتقل فيما بين الأحياء بطريق خاصة و هي حوالة الحق .(239 ق م)

و حوالة الحق هي اتفاق ينقل بمقتضاه الدائن (ويسمى المحبل) حقه الشخصي الى شخص آخر يسمى المحال له يصبح دائنا محله في استفاء الحق من المدين المحال عليه .

و كقاعدة عامة كل الحقوق الشخصية قابلة للحوالة شرط ان يكون الحق قابلا للحجز عليه (م 240ق م) .

ولنفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين لابد من قبول المدين لها ، لأن الحوالة تتم بمجرد تراضي المحيل و المحال له دون حاجة الى رضا المدين، و قبول المدين اقرارا للحوالة لتكون نافذة في مواجهته و لكي تكون الحوالة نافذة في مواجهة الغير اشترط المشرع الى جانب اقرار المدين لها أن يكون هذا الاقرار ثابت التاريخ (م241 ق م) .

و بمجرد قبول المدين للحوالة ينتقل الحق بجميع ضماناته و دفوعه الى المحال اليه فيكون للمدين أن يتمسك ازاءه بجميع الدفوع التي كان له ان يتمسك بها قبل المحيل ، الا انه لايستطيع التمسك بالمقاصة التي كان له الحق في التمسك بها ازاء المحبل قبل قبوله الحوالة (المادة 303ف 1 ق م) أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (م303 ف 2 ق م) .

- ويلاحظ انه قبل اقرار المدين للحوالة أو اعلانها بها لاتكون نافذة في مواجهته ، وبالتالي اذا وفى الدائن الأصلي اعتبر وفاؤه صحيحا وتبرأ ذمته بالنسبة للمحيل أو المحال له ، اما اذا تم الوفاء بعد نفاذ الحوالة سواء بالإعلان أو بالإقرار ، فإن الوفاء للمحيل لا يبرئ ذمة المدين في مواجهة المحال له ، اذ يكون لهذا الأخير ان يجبره على الوفاء له مرة أخرى .

- و اقرار المدين للحوالة او اعلانه بها كلاهما يؤدي الى نفاذ الحوالة في مواجهته من جهة ،ومن جهة أخرى يصبح ملزما بها تجاه المحال له الذي يحل محل الدائن بنفس الإلتزمات التي كان ملزما بها تجاه الدائن الأصلي .

القواعد القانونية الأساسية التي تحكم انتقال الحق :

تنتقل الى الخلف الخاص التكاليف العينية المثقلة للعين التي انتقلت اليه ، ويتلقى الخلف الحق بأوصافه أيضا ،وبالتالي يتأثر بالعقود التي يبرمها سلفه لأنه لا يستطيع الخلف ان يكتسب حقوقا اكثر من السلف ، كما ان الملحقات تتبع الأصل تجعل الخلف يتلقى الحق بملحقاته .

1- قاعدة عدم اكتساب الخلف حقوقا اكثر مما كانت للسلف :

ان الحق الذي ينتقل الى الخلف يتأثر بالالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف المتصلة بالحق الذي انتقل اليه وذلك لأن الخلف لا يستطيع ان يكتسب حقوقا اكثر من الحقوق التي كانت للسلف .

ولكي تؤثر الالتزامات الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف في الحق الذي ينتقل الى الخلف يجب ان تكون من مستلزمات هذا الحق اي تحد من استعمال الخلف لحقه (م 109 ق م) .

فمن الضروري ان تكون الالتزامات عينية لأن الإلتزام الشخصي لا يمكن مطلقا ان يحد من استعمال صاحب الحق العيني لحقه .

فقاعدة ان الخلف لا يستطيع ان يكسب حقوقا اكثر من حقوق سلفه تسمح بانتقال التكاليف العينية الى الخلف كما تسمح بانتقال الحق بأوصافه ايضا .

أ – انتقال التكاليف العينية الى الخلف الخاص :

لا يمكن ان تنتقل الى الخلف حقوق اكثر من تلك التي كانت للسلف ، وبالتالي اذا كانت العين مثقلة بتكاليف معينة كحق ارتفاق انتقل الحق الى الخلف مثقلا بحق الإرتفاق المقرر للغير .

وكذلك تنتقل الحقوق العينية التبعية التي تثقل العين الى الخلف الخاص باعتبارها متصلة بالعين التي انتقلت اليه هذا كله مع مراعاة القواعد المتعلقة بشهر الحقوق العينية العقارية .

ث- انتقال الحق بأوصافه الى الخلف :

ويترتب ايضا على عدم اكتساب الخلف حقوقا اكثر من سلفه انتقال الحق اليه بأوصافه من شرط واجل ، كما انه اذا كان الحق قابلا للإبطال او الفسخ او الرجوع فيه انتقل اليه كذلك .

2- قاعدة الملحقات تتبع الأصل :

أ- انتقال دعاوى السلف الى الخلف الخاص :

فمثلا اذا كان المبيع منزلا فتنتقل الى المشتري دعوى البائع بالضمان التي كانت له قبل المهندس و المقاول اللذان اشتركا في تشييد المنزل .

و للمحال له الحق في قبض الثمن وينتقل اليه حق البائع (المحيل) في الفسخ باعتباره من ملحقات الحق الذي انتقل اليه .

اذن تنتقل الى الخلف الخاص جميع الدعاوى التي يكون للمشتري ان يحل فيها محل البائع كدعوى التعويض .
ب-انتقال الالتزامات العينية باعتبارها من الملحقات الى الخلف و عدم انتقال الالتزامات الشخصية: انتقال ملحقات الحق الى الخلف يرجع لطبيعة الحق .