**جامعة محمد اليمين دباغين – سطيف 2**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**قسم الحقوق**

**الأستاذة : كسكاس أسماء**

**مقياس المدخل للعلوم القانونية**

**السداسي الثاني (نظرية الحق)**

**السنة الأولى حقوق**

**الأفواج المعنية (17-18)**

**قائمة المواضيع** :

- تقسيم الحقوق (الحصة الأولى)

- تقسيم الحقوق (الحصة الثانية)

- أركان الحق 1 (صاحب الحق)

- أركان الحق 2 (محل الحق)

- مصادر الحق

- إثبات الحق

- زوال الحق

**المــوضوع الأول**

**تقسيم الحقوق**

**(الحصة الأولى)**

**تمهيد**

بداية نشير إلى أنه قد تم تعريف الحق بأنه : استئثار يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر .

هذا الاستئثار قد يكون بقيمة مادية أو معنوية، كما قد يتجسد في الواقع في صورة تسلط على شيء كما هو الحال في حق الملكية، أو في صورة اقتضاء أداء معين، أما وسيلة حماية الحق فهي الدعوى .

أما عن أنواع الحقوق فتنقسم بتعدد زوايا النظر إليها حسب المخطط التالي:

**تقسيم الحقوق**

**حقوق مدنية** **حقوق سياسية**

تسمى ح طبيعية أو ح الشخصية أو ح الانسان لا يتنازل عنها ولا يتصرف فيها

حقوق مقررة لكل الأفراد مواطنين وأجانب يتمتع بها المواطن دون الأجنبي

- تثبت للشخص كونه انسان -ح الانتخاب وح الترشح - هي حقوق لصيقة بالشخصية -ح تولي الوظائف العامة تقسم إلى: تقابل هذه الحقوق واجبات كـ:

**حقوق عامة و حقوق خاصة** - واجب الخدمة الوطنية

- واجب الولاء

- واجب الدفاع عن الوطن

**الحقوق المدنية**

**حقوق عامة حقوق خاصة**

تثبت للجميع على قدم المساواة - تثبت للأفراد بأقدار متفاوتة

تسمى بالحريات العامة - تقوم أحيانا على أسس عائلية

- ح في الحياة ح في التنقل - وأحيانا على أساس الذمة المالية

- حرمة المسكن - هذه الحقوق فيها صفة الخصوصية

- سلامة الجسد - تقسم الحقوق الخاصة إلى :

**حقوق مالية وحقوق غير مالية**

**الحقوق الخاصة**

**الحقوق غير المالية الحقوق المالية**

- تسمى الحقوق العائلية وحقوق الأسرة - تحقق لأصحابها مصالح تقوّم بالمال

- تقوم على أساس الروابط الأسرية - الهدف منها هو الحصول على فائدة مالية

- هي حقوق لا تقوّم بالمال - يجوز التصرف فيها والتنازل عنها

- لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها - تخضع للتقادم المكسب والمسقط

- ح الطاعة ح في التأديب - هي حقوق تنتقل بالميراث

- ح في التعليم ح في النفقة - تقسم الحقوق المالية إلى:

**حقوق معنوية وحقوق شخصية وحقوق عينية**

**الحقوق المالية**

**حقوق معنوية حقوق شخصية حقوق عينية**

- تسمى بالحقوق الأدبية - تسمى حقوق الدائنية - الحق العيني سلطة الشخص على الشيء

- هي سلطة الشخص على : - هي سلطة لشخص اتجاه شخص - يباشر صاحب الحق حقه دون وساطة

انتاجه الفكري، الأدبي أو الفني - يكون فيها المدين ملتزما بـ: - تنقسم الحقوق العينية إلى :

- مثالها ح المؤلف إعطاء شيء، القيام بعمل، الامتناع عن عمل **- حقوق عينية أصلية**

- لها شق أدبي وشق مادي - إعطاء شيء : تعويض المضرور **- حقوق عينية تبعية**

- القيام بعمل : تسليم المبيع

- الامتناع عن عمل : الامتناع عن المنافسة

**الحصة الثانية**

**(تقسيمات الحقوق – تابع)**

**الحقوق العينية**

**حقوق عينية أصلية حقوق عينية تبعية**

- هي حقوق أصلية لا تتبع حقا آخر - يوجد الحق التبعي كضمان للوفاء بحق شخصي

أو تستند في وجودها عليه - هو تابع للحق الأصلي في صحته وبطلانه

- تحتوي على ثلاث سلطات هي: ووجوده وانقضاءه

سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف - وظيفة الحق التبعي هو تأمين أصحابها ضد

- من أمثلة الحقوق العينية الأصلية : أخطار إعسار المدين وتجنب مزاحمة الدائنين

- **حق الملكية** (م 674) - تتنوع الحقوق التبعية بحسب مصدرها إلى :

- **حق الانتفاع** (م844) - **حق الرهن** (م882-948)

- **حق الاستعمال والسكن** (م855) - **حق الاختصاص** (م937)

- **حق الارتفاق** (م867) - **حق الامتياز** (م982)

**أولاً: الحقوق العينية الأصلية**

نورد فيما يلي حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع، حق الاستعمال والسكنى وكذا حق الارتفاق .

**I - حق الملكية :**  نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أن: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة ." .

ويعد حق الملكية أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات، إذ لصاحبه كل السلطات على الشيء من استعمال، استغلال وتصرف، إذن حق الملكية حق جامع مانع لكن هذه السلطات التي يخولها الحق ليست مطلقة بل مقيدة بما يقرره القانون . نفصل في هذه السلطات فيما يلي :

-1 **الاستعمال:** يقصد به سلطة استخدام الشيء فيما يصلح له من أوجه الاستخدام ، فالسيارة تستخدم بركوبها و الكتاب يستخدم بقراءته .

2- **الاستغلال**: هو سلطة استثمار الشيء ، أي الحصول على ثمار الشيء، بمعنى الحصول على ما يغله الشيء من ريع أو دخل، أي يكون بالإفادة من الشيء بطريق غير مباشر، أي من خلال الثمار التي ينتجها الشيء، والثمار هي ما يتولد عن الشيء دوريا من فوائد و منافع في مواعيد دورية دون المساس بجوهره أي دون أن يؤدي فصلها إلى المساس بأصل الشيء . والثمار نوعان :

أ- **ثمار مادية :** و هي تلك الثمار المتولدة بفعل الطبيعة ، و هي بدورها على نوعين :

- ثمار طبيعية تتولد بفعل الطبيعة وحدها ، كالكلأ أي العشب .

- ثمار مستحدثة أو صناعية و هي ثمار تحدث بفعل الطبيعة مع تدخل الإنسان كالبرتقال .

ب- **ثمار مدنية :** وهي عبارة عن ريع الشيء و ما يلغه من دخل نقدي في مقابل الانتفاع به وذلك كالأجرة التي يحصل عليها المالك من تأجيره لملكه .

3**- التصرف:** و يقصد به نقل ملكية الشيء أو انشاء حق عيني آخر عليه، أو بعبارة أخرى التصرف المادي أو القانوني في منافع الشيء وفي رقبته :

1. **التصرف المادي** : ومعناه استخدام الشيء استخداما يعدمه كليا أو جزئيا، أي ينال من مادة الشيء، أي القضاء عليه عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو التغيير فيه ، كهدم البيت وذبح الحيوانات أو شق طريق أو حفر بئر أو إقامة بناء....إلخ .
2. **التصرف القانوني**: يكون بنقل سلطات المالك كلها أو بعضها إلى الغير بمقابل كالبيع، أو دون مقابل كالهبة. كما يمكن أن يترتب على حقه حق ارتفاق أو انتفاع أو رهن. وملكية الرقبة لا تكون إلا للمالك.

إذن هذه السلطات الثلاثة ( **الاستغلال، الاستعمال، التصرف**) إذا اجتمعت في يد شخص واحد قيل أن له الملكية التامة، لكن حق التصرف هو الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية، لأنه يظل دائما بيد المالك، أما الاستغلال والاستعمال فيجوز ثبوتهما لغير المالك .

II - **الحقوق المتفرعة عن حق الملكية :** وهي حقوق تقتطع بعض سلطات حق الملكية لصالح شخص أخر غير المالك. وإذا كان التصرف لا يتسنى إلا للمالك فإن باقي الحقوق يمكن أن تثبت لغير المالك وهي حق الانتفاع، حق الاستعمال والسكنى وحق الارتفاق.

1. **حق الإنتفاع**: هو حق عيني يخول للمنتفع حق استعمال واستغلال شيء مملوك للغير لمدة معينة دون التصرف فيه، لأن التصرف في يد المالك، لأنه مازال محتفظا بملكية الرقبة، ويرد حق الانتفاع على عقار أو منقول وينتهي بموت المنتفع أو بانتهاء مدة الانتفاع أو بهلاك الشيء محل الانتفاع ( المواد من 852 إلى 853 ق.م.ج). كما يسقط هذا الحق بعدم استعماله لمدة 15سنة (المادة854 ق.م.ج) ويكون المنتفع ملزما بالمحافظة على ذلك الشيء ورده لصاحبة عند انتهاء مدة الانتفاع (المادة 849 ق.م.ج).
2. **حق الإستعمال وحق السكن:** تنص المادة 855 ق.م.ج على أن حق الاستعمال يخول لصاحبه استعمال الشيء نفسه ولأسرته، لهذا يسمى الاستعمال الشخصي، فهو من جهة حق انتفاع ولكنه محدود بحيث يخول لصاحبه الاستعمال دون الاستغلال. فإذا كان الشخص حق استعمال أرض زراعية، فله الحصول على ثمارها بالقدر الذي يحتاجه هو وأسرته، وليس له أن يبيع هذه الثمار أو يعطيها للغير(856 ق.م.ج) .

أما حق السكن فهو أضيق نطاقا من حق الاستعمال لأنه لا يخول لصاحبه إلا نوعا من الاستعمال، وهو استعمال الشيء للسكن فقط ولمدة معينة . وتسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين(857 ق.م).

**3- حق الارتفاق**: تنص المادة 867 ق.م على أن الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال العام إن كان ذلك لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص لهذا المال، ويكسب حق الارتفاق بالوصية والميراث والتقادم والعقد، ويسمى العقار الذي تقرر لصالحه الارتفاق بالعقار المخدوم( المرتفق)، أما العقار الذي يقع عليه الارتفاق فيسمى بالعقار الخادم (المرتفق به).

**شروط حق الارتفاق** :

1. يجب أن يكون حقا الارتفاق بين عقارين، عقار مرتفق وعقار مرتفق به.
2. يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين.
3. يكون التكليف مفروضا على العقار المرتفق به ذاته وليس التزاما شخصيا على مالك العقار المرتفق به
4. -التكليف يكون لمصلحة عقار وليس لفائدة شخص.

**وينتهي حق الارتفاق** في الحالات التالية ( المادة876 ق.م وما يليها):

1. بانقضاء الأجل المحدد إذا كان محددا بمدة.
2. بهلاك العقار المرتفق به كليا.
3. باجتماع العقار المرتفق به والمرتفق في يد مالك واحد.
4. بعدم استعماله لمدة10سنوات.

-إذا فقد حق الارتفاق كالمنفعة للعقار المرتفق أو بقيت له فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المتفق به.

**الحصة الثالثة**

**(تقسيمات الحقوق تابع)**

**ثانياً: الحقوق العينية التبعية**

   إلى جانب الحقوق العينية الأصلية التي تقوم بذاتها مستقلة غير مستندة إلى حق آخر، هناك نوع آخر من الحقوق العينية تستند في وجودها إلى حق آخر، وهي الحقوق العينية التبعية، وهي حقوق عينية لأنها تمنح لصاحبها سلطة مباشرة على شيء معين، وهي تبعية لأنها لا تنشأ مستقلة وإنما تنشأ لضمان الوفاء بحق شخصي فتكون تابعة له ، بحيث تنقضي إذا انقضى ذلك الحق الشخصي، ويخول هذا الحق امتيازين لصاحبه وهما حق التتبع وحق الأفضلية.

1. **حق التتبع**: للدائن حق تتبع المال المخصص كتأمين عيني في أي يد يكون والتنفيذ عليه لاستيفاء دينه.

2. **حق الأفضلية**: وهو ضمان للدائن، بحيث يقيه من سلبيات الضمان العام فيحميه من خطر تعاقد مدينه على ديون جديدة، فتكون له الأفضلية على غيره في التنفيذ على المال محل الحق العيني لاستيفاء دينه، لهذا تسمى هذه الحقوق بالتأمينات العينية، وتنشأ بمقتضى عقد أو حكم صادر عن القضاء أو نص في القانون، وهذه التأمينات تجمعها فكرة تخصيص مال ضمانا للوفاء بدين معين.

  وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى: **حق الرهن**، **وحق التخصيص** **وحق الامتياز** .

**I - حق الرهن :** الرهن نوعان رسمي وحيازي نفصّل فيهما فيما يلي :

* 1. **الرهن الرسمي:** الرهن الرسمي حق عيني تبعي ينشأ بموجب عقد رسمي لصالح الدائن، محله عقار، ويخول للدائن حق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار، في أي يد يكون (المادة882 ق.م).

- أنه حق عيني يرد على العقارات دون المنقولات.

-تبقى حيازة العقار المرهون للمالك الراهن ولا تنتقل الى الدائن المرتهن.

-قد يكون المالك الراهن المدين نفسه، أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين.

-لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بورقة رسمية ولا يحتج به على الغير إلا إذا تم شهره.

-أنه حق غير قابل للتجزئة سواء بالنسبة للعقار المرهون أو بالنسبة للدين المضمون.

2 **- الرهن الحيازي :**الرهن الحيازي حق عيني تبعي ينشأ بموجب عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، بأن يسلم الدائن أو إلى شخص أجبني، يعنيه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه هذا الحق العيني، يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، بأن يتقدم الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة.

-يرد الرهن الحيازي على منقول أو عقار يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني.

-لا يحتج الرهن الحيازي على الغير إذا كان محله عقار إلا إذا كان مقيدا(المادة966 ق.م)

-يحتج بالرهن الحيازي الوارد على منقول في حق الغير بانتقال الحيازة إلى الدائن وتدوين العقد في ورقة ثايتة التاريخ.

-يحدد مرتبة الدائن المرتهن التاريخ الثابت في ورقة الرهن الحيازي أو القيد.

**II- حق التخصيص:** نظم المشرع الجزائري حق التخصيص في المواد من 937الى 947من القانون المدني. حيث عرف حق التخصيص بمقتضى نص المادة 937 ق.م على أنه " يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل على حق التخصيص بعقارات مدنية ضمانا لأصل الدين و المصاريف ، ولا يجوز للدائن بعد موت مدينه أخذ تحصيص على عقار في التركة" ومن هذا المنطلق فقد أراد المشرع أن يبن المقصود من حق التخصيص بأنه حق يرد على العقارات مدين ثبت دينه بموجب حكم قطعي نهائي ويستحق الدائن هذا الحق بمقتضى حكم قضائي يتضمن تخصيص العقار كضمان للدين واستنادا الى هذا النص يتميز حق التخصيص بم ايلي:

-لا يقرر إلا على عقارات(المادة940 ق.م)

-كما يبقى العقار المعني في حيازة المالك.

-لحق التخصيص نفس السلطات والأسبقية التي يخولها حق الرهن الرسمي، والأولوية تقرر بالأسبقية في القيد(المادة 947 ق.م).

-أنه حق ينشئه القضاء بحكم قضائي.

**III - حق الإمتياز**: حق الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته(المادة982ق.م). وقد أبرز المشرع جوهر حق الامتياز وهو الأفضلية الممنوحة للدائن، وهذه الأولوية لا يمنحها القانون وتمليها أحيانا المصلحة العامة، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق المستحقة للخزينة العامة، أو تقررها اعتبارات اجتماعية كحق الامتياز الخاص بأجور العمال لدى رب العمل، وتنقسم حقوق الامتياز إلى:

- حقوق امتياز عامة ترد على جميع أموال المدين(المادة 984 ق.م)، كأجرة الخدم والنفقة المستحقة للأقارب....(المادة 993ق.م).

- حقوق امتياز خاصة ترد على عقار أو منقول معين(984 ق.م) كامتياز صاحب الفندق على المنقولات المملوكة للنزيل(المادة996ق.م) وامتياز بائع العقار على العقار المبيع(المادة999ق.م).

**جول مقارنة بين الحقوق العينية التبعية**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **نوع الحق** | **الرهن الرسمي** | **الرهن الحيازي** | **حق الإمتياز** |
| من حيث مصدر الحق | يتقرر بمقتضى عقد رسمي يتم بين الدائن و المدين أو أي شخص أخر و حق التخصيص لا يختلف عنه إلا في أن مصدره هو القضاء | يتقرر بمقتضى عقد عرفي بين الدائن و المدين أو أي شخص أخر | يتقرر بنص القانون حماية لبعض الدائنينلأهمية ديونهم |
| من حيث محل الحق | لا يرد إلا على العقار | يرد على العقار و المنقول | قد يرد على مال معين من أموال المدين وهو حق الإمتيازالخاص ،وقد يشمل كل أمواله وهو حق الإمتياز العام |
| من حيث التقدم و التتبع | يخول صاحبه ميزتي التقدم على غيره من الدائنين و التتبع | يخول صاحبه ميزتي التقدم على غيره من الدائنين و التتبع | حق الإمتياز الخاص يخول صاحبه ميزتي التقدم و التتبع.  حق الإمتياز العام يخول صاحبه ميزة التقدم فقط لأنه غير محصور في مال معين**.** |
| من حيث نقل الحيازة | لاينقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن الى الدائن المرتهن | ينقل حيازة المال المرهون من المدين الى الدائن وينتهي بخروج حيازة المال من الدائن | لا ينقل الحيازة |

**بعد الانتهاء من دراسة الحق العيني نأتي فيما يلي إلى بيان الفرق بينه وبين الحق الشخصي من خلال الجدول المبين أدناه :**

**جدول مقارنة بين الحق الشخصي و الحق العيني.**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| الموضوع | الحق العيني | الحق الشخصي |
| من حيث الأطراف | لا يوجد إلا طرف واحد هو صاحب حق،فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشئ الذي يرد عليه هذا الحق. | يوجد طرفان أحدهما صاحب الحق (الدائن) و الأخر الملتزم(المدين). |
| من حيث المحل | هو سلطة لشخص على شئ معين بالذات | هو سلطة مقررة على شخص أخر محلها القيام بعمل /الإمتناع عن العمل/ إعطاء شئ. |
| من حيث المدة | يكون الحق العيني حقا دائما أو طويل المدة ، مثل حق الملكية هوحق مؤبد و إن كانت هناك بعض الحقوق العينية لفترات مؤقتة ولكنها تقيد حرية المدين لمدة طويلة. | الحق الشخصي هو في الأساس حق مؤقت فلا يجوز أن يكون الحق لمدة طويلة. |
| من حيث الأثار | يخول صاحبه ميزتين:(1)التتبع، (2) التقدم. | أصحاب الحق الشخصي لا يتقدم أحد منهم على الأخر،فتتم قسمة مال المدين بينهم قسمة الغرماء،أي كل واحد يأخذ حصته بمقدار دينه الذي له على المدين. |

**الحصة الرابعة**

**(أركان الحق: 1- صاحب الحق)**

    يفترض الحق وجود صاحب له، وقد يكون هذا الأخير شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، مع اختلاف محل الحق العيني عنه في الحق الشخصي، ومصدرا له باختلاف وتنوع مصادر الحق.

**أولا: صاحب الحق**

     صاحب الحق هو الشخص، ولا يقصد بالشخص الإنسان فقط، فقد يطلق على الجمعيات والشركات والمؤسسات، وهو ما يعرف بالشخص المعنوي.

**I - الشخص الطبيعي** : هو الانسان الذي يمكن أن يكون طرفا إيجابيا أو سلبيا في اكتساب الحقوق أو أدائها. أما في لغة القانون فهو:'' كل من يتمتع بالشخصية القانونية، والتي هي قابلية الشخص لأن يكون صاحب الحق أو محملا بالالتزام.

سنتعرض فيما يلي لبداية الشخصية القانونية و نهايتها، و مميزات الشخصية الطبيعية بما فيها أهلية الأداء.

**أ - بداية الشخصية القانونية و نهايتها .**

**1- بداية الشخصية القانونية**: إن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا( المادة25/1 ق.م). والميلاد المقصود هنا انفصال المولود عن أمه انفصالا تاما، وثبوت حياته ولو للحظات، ومظاهر الحياة عند المولود تتمثل إما في الصراخ أو الحركة أو التنفس.

   فالشخصية القانونية مرتبطة بميلاد المولود حيا( المادة25/2 ق.م)، و ما يثبت له هو أهلية الوجوب التي يكتسب من خلالها الحقوق و يتحمل الالتزامات**.**

**2- نهاية الشخصية القانونية:** طبقا للمادة 25 ق.م.ج تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بموته، أي بالموت الحقيقي أو الموت الحكمي:

**فالموت الحقيقي:** يقصد به انقطاع الحياة الانسان، أو ما يسمى بالموت الطبيعي، وتثبت واقعة الوفاة بالسجلات المعدة لذلك، أو بكل الطرق القانونية التي تثبت ذلك (المادة26ق.م)، و تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة وانتهاء أهليته،فتنتقل أمواله للورثة بعد سداد الديون، وتعتد زوجة المتوفي عدة الوفاة و هي 4 أشهر و 10 أيام من تاريخ الوفاة .

**أما الموت الحكمي:** و المقصود بالموت الحكميهو أن يعتبر الشخص المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من مماته في حكم الميت بناء على حكم قضائي،ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالوفاة إلا بعد الحكم بالفقدان:

   - **تعريف الغائب:** تنص (المادة110ق.أ) على الآتي: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محله إقامته أو إدارة شؤون بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"

**-** **تعريف المفقود**: (تنص المادة 109ق.م): " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"

   إن فكرة الغياب أوسع من فكرة الفقد، ذلك أن كل مفقود غائب، ولكن العكس غير صحيح، فلا يعتبر كل غائب مفقودا، فالغائب قد يكون مفقودا وقد لا يكون.

    أي إذا دمجنا بينهما نفهم أن الشخص قد نعتبره غائبا بتوفير شروط الغياب ثم نعتبره مفقودا إذا لم يعرف حياته من موته، والحكم بالفقدان لا يصدر كما يفهم من نص المادة السابقة إلا بعد توافر شروط الغياب أولا ثم شرط عدم التحقق من الحياة أو الموت، ونفهم من المادة 110و109أن الشخص الغائب يعتبر كالمفقود بعد التأكد من الشروط الخاصة بالمفقود في المادة 109، وبعدها يصدر الحكم بالفقدان، ولن يصدر هذا الحكم إلا بطلب من له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة(114 ق.م).

**- مميزات الشخص الطبيعي**:

  يتمتع الشخص الطبيعي باسم يميزه عن غيره، وحالة عائلية وسياسية ودينية، كما يتميز بذمة مالية وموطن وأهلية

**1 - الاسم :** التسمية التي تطلق على الشخص لتعينه بين أقرانه تعيينا خاصا**،** ويقصد به الاسم الشخصي واللقب أو الاسم العائلي ، و تنص (المادة 28/1 ق.م) على ما يلي :"يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده "وهذا هو الاسم المدني، كما يمكن للشخص أن يكون له أثر من اسم ويتمثل ذلك في الآتي:

أ-اسم الشهرة: وهو الاسم الذي يطلقه الناس على شخص مع إهمال اسمه الحقيقي، فيشتهر به بين أقرانه، وهو اسم من صنع الناس..

ب-الاسم المستعار:  وهو اسم يخلعه الشخص على نفسه في مباشرته نشاطه أدبيا أو فنيا، وقد يكون غرض ذلك سياسيا كرجال الثورة الجزائرية.

ج-الاسم التجاري: وهو الاسم الذي يطلقه التاجر عن منشأة تجارية ليمارس تجارته ، وهي عنصر من عناصر المجل التجاري، وهو قابل للتصرف فيه

**- حماية الاسم:** يحظى الاسم بحماية قانونية لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فيمنع استعماله دون وجه حق، وهذا ما نجده في المادة48 ق.م والمادة 249 من تقنين العقوبات.

**2 - الحالة :** الخاصية لثانية التي تميز بين الأشخاص الطبيعية هي حالة الشخص، وهي تمثل مجموعة الروابط التي تربط الشخص بدولته وأسرته وما يؤمن به من ديانة.

أ**- الحالة السياسية:** تمثل الجنسية الرابطة السياسة لمواطني الدولة الواحدة وقد تكون هذه الجنسية أصلية أو مكتسبة،  تثبت الجنسية الأصلية بطريقتين وهما حق الدم وحق الإقليم. تمنح استنادا على حق الدم عندما يحمل المولود جنسية والديه أو أحدهما كما تنص عليه المادة 06 من قانون الجنسية الجزائرية والمعدلة وفقا للأمر رقم 05-01 بنصها: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية". وقد تمنح الجنسية استنادا إلى حق الإقليم، بحيث يرتبط منح الجنسية بالولادة في إقليم معين، وهذا ما نصت عليه المادة07 من تقنين الجنسية ووفقا للأمر السابق:

"يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

- الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين.

- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها".

- وقد تثبت الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية وفقا للشروط المذكورة في المادة 9 مكرر من الأمر السابق.

ب**-الحالة المدنية أو الخاصة:** تبين الحالة الخاصة للشخص مركزه القانوني بالنسبة لأسرة معينة ينتسب إليها وصلته بأفرادها وتسمى القرابة. والقرابة أنواع: قرابة الدم التي تنشأ عن النسب، وقرابة المصاهرة التي تنشأ بعد الزواج، وقرابة الرضاع التي تعرفها الشريعة الاسلامية.

**- القرابة النسب أو الدم:** هي بالصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك سواء كان ذكرا أو أنثى، فالأخوة أقارب يجمعهم أصل واحد وهو الأب، وأبناء الأعمام وأبناء العمات أقارب نسب يجمعهم أصل واحد وهو الجد.

ج**-الحالة الدينية:** يعتبر الانتماء إلى دين معين من الخصائص التي تميز بين الأشخاص الطبيعية، ويترتب على ذلك إتباع تعاليم وتطبيق أحكام خاصة على علاقات الأفراد فيما بينهم. فالمسلمون يجب أن يلتزموا بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تنظم علاقاتهم وتصرفاتهم ولا سيما في العلاقات المالية ومسائل الأحوال الشخصية

**3 - الأهلية:** بمجرد ولادة الشخص حيا فإنه يكتسب الشخصية القانونية، وتعتبر الأهلية إحدى مميزات هذه الشخصية والتي تجعل الشخص أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات. وأهلية الإنسان أهليتان: أهلية وجوب و أهلية أداء .

**أ- أهلية الوجوب:** هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وتثبت للجنين قبل ولادته كحقه في الإرث مثلا، ولا يكتسب من الحقوق إلا تلك التي لا يشترط قبولا منه كثبوت النسب والميراث والوصية.

ب- **أهلية الأداء**: هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه والتصرف فيها والالتزام بالواجبات بنفسه. وتمر أهلية الأداة بعدة مراحل تبعا لسن الشخص وحالته الصحية، فقد تكون أهليته منعدمة أو ناقصة أو كاملة.

**- انعدام الأهلية:** رغم بداية الشخصية القانونية منذ الولادة إلا أن أهلية الأداء لا تثبت لا انعدام الإدراك والتمييز، فالصبي غير المميز هو الصبي الذي لم يبلغ الثالثة عشر سنة، ويمنع عديم التمييز من ممارسة كل تصرفاته القانونية سواء النافعة نفعا محضا أو الضارة ضررا محضا أو الدائرة بين النفع والضرر.

-**نقص الأهلية:** من بلغ سن التمييز(13سنة) ولم يبلغ سن الرشد(19 سنة) يعتبر ناقص الأهلية، ويمكن للصبي المميز مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيسمح له بممارستها على أن تكون قابلة للإبطال لصالح ناقص الأهلية، ويستثنى من ذلك القاصر الذي تم ترشيده بحك قضائي لمباشرة بعض التصرفات وذلك لممارسة الأعمال التجارية(المادة38 ق.م)

**-كمال الأهلية:** يعتبر الشخص البالغ 19سنة كامل الأهلية إذا لم يتعرض لمانع أو عارض من موانع وعوارض الأهلية( المادة40ق.أ).

**- عوارض الأهلية:** قد يبلغ الشخص سن الرشد ولكن يكون في حالات صحية ونفسية تجعله غير مكتمل الأهلية، وهذه الحالات هي: الجنون، العته، السفه والغفلة.

-الجنون والعته: الجنون حالة مرضية تجعل الإنسان فاقدا لعقله وعديم التمييز. أما العته فهو خلل يصيب العقل دون أن يصل إلى حد الجنون، بحيث يكون المصاب به قليل الفهم متذبذب الحديث، لهذا يعتبر المجنون والمعتوه فاقدي التمييز ولتصرفاتهما نفس الحكم بالنسبة لعديم التمييز ما دون 13سنة(المادة 42/2ق.م).

-السفه والغفلة: السفه مرض يصيب النفس فيضعفها، ومن نتائجه تبذير المال على غير مقتضى العقل و الشرع لغلبة الهوى عليه، أما الغفلة فهي السذاجة والطيبة الزائدة للقلب التي تؤدي إلى عدم التمييز بين النفع والضار، فيكون المتصف بها عرضة للغبن الفاحش وتضييع الأموال .

**-موانع الأهلية:** عكس عوارض الأهلية فإنه في بعض الحالات يتمتع الشخص بكامل قواه العقلية وكامل إرادته، إلا أنه تطرأ عليه ظروف معينة تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية. من هذه الموانع ما قد يكون ماديا وهو الغيبة، أو قانونيا كالتعرض لعقوبة جنائية أو شهر الإفلاس، أو طبيعيا كاجتماع عاهتين في الشخص.

**4- الموطن:** هو المكان الذي يعتمد به القانون بالنسبة لعلاقات الشخص ونشاطه القانوني ليتسنى له ممارسة حقوقه المدنية وعدم التهرب من التزاماته، ولكل شخص موطن خاص به، ويمكن التمييز بين عدة أنواع من الموطن:

**أ- الموطن العام:** ويتمثل في**:** الموطن القانوني والإلزامي، أي أن موطن القاصر أو الغائب هو موطن من ينوب عنهما. وكذا الموطن العام الإداري الذي اختاره الشخص ليقيم فيه ويسمى موطنا عاما لأن هذا الأخير اختباره ليباشر فيه جميع حقوقه المدنية.

ب-**الموطن الخاص**: وهو خاص ببعض أعمال الشخص وعلاقاته ويشمل: الموطن التجاري والحرفي، وكذا موطن القاصر المأذون له بالتجارة بالنسبة للأعمال التي يستطيع مباشرتها.

ج- **الموطن المختار**: يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين(المادة3 ق.م).

**5- الذمة المالية:** كل شخص يمتنع بذمة مالية مستقلة وهي مجموع حقوق الشخص والتزاماته وهذا ما يعرف بالمجموع القانوني، لأن المجموع الفعلي هو مجموع ما للشخص من حقوق فقط أي الجانب الايجابي الذمة المالية.

**ثانيا: الشخص المعنوي**

الشخص المعنوي أو الاعتباري مجموعة من الأشخاص أو الأموال يهدف إلى تحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحيق هذا الغرض. ويصنف الشخص المعنوي غلى شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص.

**1- الشخص المعنوي العام:**

 يتميز الشخص المعنوي العام بالسيادة وحقوق السلطة العامة، ويتمتع بالشخصية المعنوية وفقا للمادتين 49 و50من التقنين المدني، فالدولة شخص معنوي عام والولاية والبلدية والأشخاص المعنوية المرفقية أو المصلحية أو المؤسسات.

**2- الشخص االمعنوي الخاص:**

الشخص المعنوي الخاص هو الشخص الذي يكونه الأفراد سواء لتحقيق غرض خاص أو لغرض النفع العام، وهو على نوعين:

1-مجموعات الأشخاص ذات الشخصية المعنوية: وتقوم على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعية والمعنوية، وتنقسم حسب الغرض المراد منها تحقيقه إلى شركات لتحقيق الربح المادي او جمعيات لأغراض أخرى كالعمل الخيري والثقافي والديني والتربوي.

2-مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية: وهي تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر والإحسان، فيكون ذلك إما في شكل مؤسسة خاصة أو وقف.

**- مميزات الشخص المعنوي:**

   يتميز الشخص المعنوي مثله مثل الشخص الطبيعي، بخصائص ذكرتها المادة50 من التقنين المدني، وتتمثل هذه الأخيرة في الآتي:

**1-أهلية الوجوب:** للشخص المعنوي  أهلية وجوب، وهو صالح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله. عكس الشخص الطبيعي الذي يتمتع بالحقوق دون تقييد ما عدا شرط عدم مخالفة النظام العامة والآداب العامة، كما له حرية النشاط.، كما أن الشخص المعنوي لا تصلح له بعض الحقوق الخاصة بالشخص الطبيعي لأن طبيعته تختلف عن الإنسان مثل حقوق الأسرة.

2**- أهلية الأداء**: للشخص المعنوي أهلية يعبر عنها ممثله القانوني كرئيس الدولة أو والي الولاية. لكن أهلية أداء الشخص المعنوي منحصرة في حدود الغرض الذي أنشئ من اجله.

**3: الاسم:** للشخص المعنوي اسم يميزه عن غيره، وقد يكون اسم أحد الشركاء أو اسم منبثق من غرض إنشائه.

**4: الموطن:** يتمتع الشخص المعنوي بموطن مستقل عن موطن أعضائه، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي، ويمكن أن يتعدد الموطن بتعدد فروع الشخص المعنوي.

**5: الحالة السياسية:** بما أن طبيعة الشخص المعنوي تختلف عن طبيعة الشخص الطبيعي فلا حالة عائلية له، أما عن الحالة السياسية فجنسيته تتحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الفعلي.

**6: الذمة المالية:** للشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه ومؤسسه، فلا يجوز لدائني الأعضاء أم ينفذوا حقوقهم على أموال الشخص المعنوي، وتخضع أمواله للضرائب استقلالا عن أموال الأعضاء، وتعتبر أمواله الضمان الوحيد لخصومه أو دائنيه، باستثناء شركة التضامن التي تتضامن فيها أموال الأعضاء وأموال الشركة لسداد الديون.

**7: المسؤولية:** يتحمل الشخص المعنوي المسؤولية المدنية وهي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ويتحمل المسؤولية الجنائية إذا أضر بالغير وذلك بالعقوبات الملائمة لطبيعته كالمصادرة والغرامة والحل.

**الحصة الخامسة**

**(أركان الحق: 2- محل احق)**

    يقصد بمحل الحق الموضوع الذي ينصب عليه الحق، وقد يكون شيئا أو عملا من الأعمال وهذا يرجع إلى طبيعة هذا الحق من حيث كونه حقا عينيا أو شخصيا.

**أولا: محل الحق الشخصي**

**I - الالتزام بالقيام بعمل:**

الالتزام بالقيام بعمل هم القيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن، مثل قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وقيام المشتري بدفع الثمن البائع، وكقيام الناقل بنقل شيء أو شخص إلى مكان ما، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ، والتزام هذا الأخير بدفع الأجرة.

والالتزام بعمل قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددا، كالناقل مثلا. وقد يكون التزاما ببذل عناية، فلا يسأل عن عدم تحقيق النتيجة وإنما يسأل عن تقصيره في بذل العناية الكافية، كالطبيب.

**II - الالتزام بالامتناع عن عمل:**

معظم العقود تتناول الالتزام بالامتناع عن عمل، كالتزام البائع بعد التعرض للمشتري في المبيع، والتزام المؤجر بعد التعرض للمستأجر في العين المؤجرة. كما يمكن أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام الرئيسي فيه، ويتمثل ذلك أساسا في عقد الصلح، إذ أن محله والتزامه الرئيسي عن الحق في الدعوى.

**ثانياً: محل الحق العيني.**

    لا ينبغي الخلط بين الشيء والمال. فالمال، هو كل حق مالي سواء كان حقا شخصيا أو عينيا أو ذهنيا، وبالتالي هناك أموالا تعتبر أشياء، والشيء هو الكائن في حيز من الطبيعة، وإذا دخل في دائرة التعامل فإنه يصبح محلا للعلاقات القانونية ويصبح مالا. وبالتالي لا يمكن اعتبار كل الأشياء أموالا، لأن هناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بطبيعتها أو بحكم القانون، وبالتالي يمكن تقسيم الأشياء على هذا الأساس، أو على أساس طبيعتها أو طريقة استعمالها.

**I - الأشياء غير قابلة للتعامل فيها:**

  هناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم طبيعتها كالهواء والضوء وماء البحر، وأشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون، وهي التي لا يجيز القانون التعامل فيها ولا أن تكون محلا للحقوق المالية (المادة 682 ق.م)، و السبب الذي يجعلها كذلك هو كونها مخصصة للمنفعة العامة أو تمس بالنظام العام والآداب العامة.

**II - تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها**:

  تقسيم الأشياء من حيث طبيعتها إلى أشياء ثابتة(عقارات)، وأشياء منقولة، و تنص المادة 683 على الآتي: "كل شيء مستقر في حيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ماعدا ذلك فهو منقول".

1**-العقارات**: وتنقسم إلى:

أ- عقارات بالطبيعة وهذا ما نصت عليه المادة أعلاه.

ب-عقارات بالتخصيص وهي في الأصل منقول ولكنها خصصت لخدمة عقار أو لاستغلاله كالآلات الفلاحية.

- ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص: أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، وكذا أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار و استغلاله.

**2- المنقولات:** هو كل ما يمكن نقله من مكان إلى أخر دون تلف. وقد تكون المنقولات بطبيعتها مادية أو معنوية كالاسم التجاري وأفكار المؤلفين، كما أن هناك منقولات بحسب المآل وهي عقارات في الأصل متصلة بالأرض ستؤول إلى منقول مثل المباني المقرر هدمها، أو الأشجار التي يراد قطعها، أو الثمار قبل نضجها.

**III - تقسيم الأشياء من حيث طريقة استعمالها.**

**1- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك:** الأشياء القابلة للاستهلاك وهي الأشياء التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها. أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلاك أو تنفذ مثل المنازل والكتب.

2**-الأشياء المثلية والأشياء القيمية:** الأشياء المثلية هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة بالعدد، أو القياس أو الكيل والوزن (المادة 686 ق.م).أما الأشياء القيمية فهي المعنية بالذات ، وهي لا يقوم بعضها مقام بعض كالسيارات والعقارات .

* 1. **الأشياء المثمرة والأشياء غير المثمرة:** الأشياء المثمرة هي الأشياء التي تستخرج من ثمار دورية متجددة دون الانتقاص من أصل الشيء، وتختلف الثمار عن المنتجات والتي تستخرج من الشيء بصفة دورية ولكن غير متجددة، ويؤدي فصلها إلى إنقاص من أصل الشيء كالمعادن والأشجار، لأن استخراج المعادن يؤدي إلى إنقاص من قيمة الأرض،  وبالتالي لا نسمي المنتجات ثمارا، وغنما نعتبرها أشياء غير مثمرة.

**الحصة السادسة**

**مصادر الحـق**

   سنتعرض في هذا المبحث لمصادر الحق الذي ينشأ أما عن واقعة قانونية أو عن تصرف قانوني. ينشأ الحق أما عن واقعة قانونية تحدث بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ، أو تصرف قانوني بجميع أشكاله.

**أولا: الواقـعة القانونية**

    هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا معينا، وقد يكون هذا الأمر هو نشوء حق أو انقضائه أو نقله. فالواقعة القانونية قد تؤدي لنشوء حق كما قد تؤدي إلى انقضائه، والواقعة القانونية قد تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، لذلك تنقسم الى وقائع طبيعية ووقائع من فعل الإنسان أو الإعمال المادية.

**I - الوقائع الطبيعية** **لا دخل لإرادة الإنسان بها**:

     أحيانا تكون الوقائع الطبيعية في ذاتها مصادر مباشرة لإنشاء وقيام الحقوق بحيث لا تكون لإرادة الأشخاص أي أثر قانوني في وجودها، بل ينشأ الحق مباشرة بوقوع حدث من الأحداث الطبيعية لا غير، ومن الأمثلة على ذلك: حدوث كارثة طبيعية تؤدي إلى استحالة الوفاء، واقعة الميلاد تبدأ بها الشخصية القانونية ويثبت بها النسب، واقعة الميلاد تثبت بها حقوق الورثة.

**II** - **الوقائع التي يقوم بها الإنسان أو الأعمال المادية**:

    وهي أعمال تصدر من الشخص فيرتب عليها القانون آثاره، ومن هذه لأعمال ما يقع من الشخص دون أن يقصد ذلك كالفعل الضار، فإتلاف الشخص مالا مملوكا للغير أو صدم غيره بسيارته ، واقعة مادية غير مقصودة عادة يرتب عليها القانون أثرا معينا وهو التعويض.

1. الخطأ: وقد يكون عمديا وتترتب عليه المسؤولية التقصيرية ويلزم الشخص بالتعويض (المادة 124ق.م).
2. قد يعوض الشخص عن فعل من هو مسؤول عنه .
3. وكذلك مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.
4. مسؤولية حارس الأشياء عن الضرر الذي تحدثه.

وقد تكون الأعمال المادية أعمالا نافعة ومن بينها:

1. الإثراء بلا سبب: هو إثراء شخص على حساب شخص أخر دون أن يكون هناك سبب لإثراء المثري، وذلك كقيام المستأجر بإصلاحات في العين المؤجرة. وقد عالجها المشرع في المواد التالية 141و142 ق م.
2. الفضالة: هي أن يتولى شخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص أخر دون أن يكون ملزما بذلك ،و هذا ما تضمنته المادة 150 مدني، وقد يقوم الفضولي بعمل لنفسه ويتولى في نفس الوقت شأن غيره لما يوجد من ارتباط بينهما .
3. -الدفع غير المستحق: إذا قام شخص بالوفاء لشخص أخر ظانا أنه المدين له، وتبن غير ذلك، وهذا ما تضمنته المادة 143/1 ق م، التي تنص على ما يلي:'' كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده''.
4. الحيازة: هي وضع يد على عقار أو منقول ، ويرتب القانون على هذا العمل المادي أثارا تتمثل في حماية حيازة العقار بدعاوي الحيازة، وحماية حيازة المنقول بحسن نية إذ يترتب عليها كسب ملكية المنقول، وكذلك إسقاط التكاليف عنه كما يترتب على الحيازة أيضا كسب الحائز حسن النية الثمار.

**ثانيا: التصرف القانـوني.**

لبيان مفهوم التصرف القانوني نتناول بداية التعريف المشرع الجزائري للتصرف القانون ،وثانيا التعريف الفقهي للتصرف القانوني.

**I - مفهوم التصرف القانوني.**

   تمثل التصرفات القانونية المصدر الأساسي لنشأة الحقوق وتعديلها ونقلها وانهائها، كما تسمى بالتصرفات الإرادية التي تتجه فيها إرادة الشخص أو أكثر الى إنشاء حق يقابله إلتزام.

   إن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا خاصا للتصرف القانوني، وانما تم استنتاجه فقط من نوعية التصرف الصادر بالإرادة المنفردة أو بإرادتين، ومنه يمكن تعريف التصرف القانوني على أنه :'' منتوج إرادة واحدة أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين''

    أما الفقه فقد عرف التصرف القانوني بأنه'' إفصاح للإرادة بقصد إدخال تعديل على التنظيم القانوني القائم فقد يكون من نتيجته إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة''. وهناك من يرى أن التصرف القانوني هو توجه إرادة الشخص إلى القيام بتصرف قانوني معين، ومن بين هذه التصرفات:

**II - أنواع التصرفات القانونية.**

   تتميز التصرفات القانونية بعدم قابليتها للحصر نظرا لتأثرها بالتطورات الاقتصادية للمجتمع والتي تجعل منها كائن قانوني يتمدد الى حدود غير معلومة، ولكن يمكن ذكر الأنواع التالية :

  1 - **التصرفات الكاشفة.**

ويقصد بالتصرفاتالقانونية الكاشفة تللك التصرفات التي تقتصر على الكشف عن حق قائم من قبل وانطلاقا من ذلك فالتصرف التصريحي كما يسمى أيضا لا ينشئ  حقا وإنما يقرره. كما ورد في المادة 463ق م على أنه '' للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من حقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها''.

**2 - التصرفات المنشئة.**

و يقصد بالتصرفات القانونية المنشئة تلك التصرفات التي من شأنها إنشاء حق لشخص من الأشخاص مثل الحقوق الناشئة عن عقد الزواج. أو حقوق الارتفاق، وفي هذا الشأن تكمن أهمية التمييز بين النوعين فيما يلي:

* إن التصرف المنشئ يكون سببا لاكتساب حق عيني بالتقادم قصير المدى بينما لا يصلح لذلك التصرف الكاشف.
* إن التصرف المنشئ يترتب عنه حق جديد، بينما التصرف الكاشف يقتصر دوره على الكشف عن حق موجود في السابق.

**الحصة السابعة**

**إثـبات الحــق**

   الإثبات قانونا هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يجيزها القانون، على واقعة قانونية تؤثر في الفصل في الدعوى ، فكي يحكم لصاحب الحق أمام القضاء وجب عليه إثباته أمامه، فيطلب القاضي منه ان يبين دعواه ، ثم يسال المدعي عليه ، فان اقر بما يثبت بإقراره الحق الذي يدعيه المدعي صدر الحكم به، و إذا أنكر المدعي عليه ما يدعيه المدعي طلب القاضي من المدعي ان يقدم بينته التي يثبت بها ما يدعيه ، ذلك ان ادعاء حق من غير إثباته يصبح هو و العدم سواء .

 و على الدائن الذي يدعي حقا في ذمة الغير إن يثبت مصدر هذا الحق و سنده في ما لو كان عقدا أو إرادة منفردة أو عملا غير مشروع أو فعلا نافعا أو واقعة طبيعية و قد تناول القانون المدني الجزائري في المواد من 323 إلى 350 .

**أولا: طـرق الإثـبات**

  وسيلة إثبات الحق الذي يدعيه المدعي قد تكون الكتابة، أو البينة، أو القرائن ، أو الإقرار، أو اليمين و سنتناول كل واحدة من هذه الوسائل بشيء من الإيجاز.

**1- الكتابة** :

    يعتبر الدليل الكتابي من أهم أدلة الإثبات  في الوقت الراهن، و يمتاز عن بقية الوسائل الأخرى بإعداده مقدما ، أي وقت حصول الواقعة أو التصرف القانوني مصدر الحق و قبل حدوث أي نزاع و الكتابة التي يتم بها الإثبات إما أن تكون في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية .ففي المادة 333ق م ج، تضمنت حكما مؤداه: أنه في غير المسائل التجارية لا يجوز الاثبات الا بالكتابة.

فالورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك في حدود سلطته و اختصاصه ( م 324 مدني ) كما هو الحال في عقود الرهن الرسمي. أما الكتابة العرفية فهي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم و ليست صادرة عن موظف عام، موقعة ممن صدرت منه بإمضائه أو ختمه أو بصمته، أو تلك التي صدرت عن موظف عام و لكنه غير مختص بتحرير تلك الورقة نوعيا أو إقليميا.

**2- شهادة الشهود:**

ويقصد بها الأقوال التي يدلي بها الأشخاص في ساحات القضاءبشأن اثبات واقعة أو نفيها ، و تسمى البينة لأنها تبين ما في النفس و تكشف الحق فيما اختلف فيه، و للقاضي سلطة تقدير الشهادة فله إن يأخذ بها إذا اقتنع أو إن يرفضها مهما كان الشهود و كتمان الشهادة إثم نهى الله عنه كما إن شهادة الزور كبيرة من الكبائر ، و قد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة265 منه على المعاقبة بالحبس و الغرامة على شهادة الزور .

**3- الإقرار** :

 هو اعتراف شخص أمام القضاء بواقعة معينة ، مدعى عليه بها لآخر بقصد اعتبار هذا الأمر ثابتا في ذمته  وإعفاء الآخرين من إثباته ، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ، و الإقرار حجة قاطعة على المقرر ( م 342 مدني ) ، و ذلك إذا وقع إما القاضي ، إما إذا وقع خارج المحكمة فيخضع لتقدير القاضي ، و مع إن الإقرار سيد الأدلة كما يقال ، إلا انه يعتبر حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيرة ، بحيث يؤاخذ به المقر وحده دون سواه لان المقر لا ولاية له إلا على نفسه.

**4- اليمين**:

   يقصد بها قيام الخصم بالحلف لإشهاد الله سبحانه و تعالى على صدق واقعة سابقة يدعي وقوعها ، و قد تكون اليمين حاسمة أو متممة .

فاليمين الحاسمة تكون عندما يكون عبء الإثبات على الخصم و يعوزه الدليل ، فانه يوجه "اليمين الحاسمة " إلى خصمه احتكاما إلى ضميره و حسما للنزاع ، و هي دليل من لا دليل له ، فقد تكون الملاذ الأخير لمن ينقصه الدليل، و تتمثل أثارها في انه إذا حلف من وجهت إليه ترفض دعوى المدعي ، و إذا نكل ( رفض ) من وجهت إليه اليمين يحكم للمدعي .

أما اليمين المتممة فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين لكي يستكمل بها الأدلة الأخرى ، و يشترط لتوجيه هذه اليمين إلا يكون في الدعوى دليل كامل و إلا تكون الدعوى خالية من أي دليل ، و بخلاف اليمين الحاسمة ، لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه هذي اليمين إن يردها على الخصم الآخر ، و لكونها دليلا غير كامل فالقاضي لا يتقيد بها

**5-القرائن** :

هي أمر يستخلصها القانون أو القاضي لأمر مجهول من واقعة معلومة، و هي أنواع :

- قرائن قضائية : يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى .

- قرائن قانونية : يستنبطها المقنن و تنص عليها القوانين ( مثال :م . 499 مدني ) " الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ". و تنقسم القرينة القانونية أيضا إلى :

- قرينة قانونية بسيطة : و هي التي تقبل إثبات العكس ، و هي الأصل في القرائن ، و إثبات عكس القرينة يتم بكافة طرق الإثبات .

- قرينة قاطعة : و هي التي لا تقبل إثبات عكس ما تقرره، و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 338 مدني التي تجعل الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي حجة فيما فصلت فيه من الخصومة و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة.

**ثانيا: عــبء الإثبات.**

     إن معرفة الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات من الناحية العملية له أهمية خاصة ، تتمثل في معرفة الطرف الذي يلزم قبل الآخر بتقديم الدليل على صحة مزاعمه ، فالقاعدة العامة المقررة في الإثبات إن " البينة على من ادعى "، ولذلك نص القانون المدني في المادة 323 منه " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه « و لا يقصد من عبارة المدعي هو المدعي في الدعوى ، و إنما المقصود منها هو من تخالف دعواه الظاهر ، و الأصل  في كل الأمور هو الظاهر ، كمن يضع يده على شيء يعتبر صاحب حق عليه ، و من يدعي ملكية ذلك الشيء فعليه إن يثبت ذلك .

**1 - عبء الإثبات في المواد المدنية.**

  يخضع الإثبات في المواد المدنية لمبدأ ''أن البينة على من يدعى''، وقد أقرت المادة 323 من القانون المدني الجزائري هذه القاعدة بنصها على أنه: ''على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه''، فالإثبات المدني إذا يخضع لمبدأين هما:' 'البينة على من يدعي'' ومبدأ أن ''المدعى عليه يصبح عند الدفع مدعيا'' مما يعني أن المدعي قد يصبح في مرحلة من مراحل الدعوى مدعيا، بحيث يوزع الإثبات بين الطرفين بالتساوي ودون تفضيل لأحدهما على الأخر الى أن يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر الدعوى، وبذلك يكون توزيع عبء الإثبات بين الطرفين هو القاعدة في الإثبات المدني.

**2 - عبء الإثبات في المواد الجنائية**

  لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة عبء الإثبات في المواد الجزائية ، مما يجعل التساؤل قائما حول ما إذا كان ينبغي أن يعترف للإثبات الجزائي باستقلالية تميزه عن الإثبات المدني، وذلك على أساس قرينة البراءة الأصلية المفترضة في كل إنسان، ضمانا لحريته وكرامته، والمكرسة في نص المادة 45 من الدستور الجزائري، أم أنه على عكس ذلك يجب الاكتفاء بتطبيق القاعدة العامة السائدة في مجال الإثبات المدني والمتمثلة في الإثبات على من يدعي؟

للإجابة على هذا الطرح نشير الى مشكلة توزيع عبء الإثبات في المواد الجزائية. صحيح أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يمنح الحق في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية للنيابة العامة، فإنه لم يتضمن أي نص يتعلق بموضوع توزيع عبء الإثبات وممكن ان يكون ذلك راجع لاعتقاد المشرع بعدم جدوى ذلك على أساس ما يراه بعض الفقه. ولا سيما فقهاء القانون المدني من أن الإثبات في المواد الجنائية يخضع للمبادئ العامة التي تحكم الإثبات المدني، وبالخصوص مبدأ أن البينة على من يدعي و مبدأ أن المدعى عليه ينقلب عند الدفع الى مدع.