

الفصل الأول : تعريف الالتزام وتمييزه عن غيره وبيان خصائصه

من المعلوم أن الحقوق المالية¹ (*droits pécuniaires ou patrimoniaux*) هي سلطات أو اختصاصات يقررها القانون المدني وتخول أصحابها القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يمكن تقويمها بمبلغ من النقود.

والسبب في الطابع المالي لهذه الحقوق راجع إلى أن موضوع الحق يقوم بالمال، والهدف الأساسي منها هو الحصول على فائدة مالية، وتنشأ بحسب الأصل عن علاقات بين الأشخاص.

كما يمكن تعريف الحقوق المالية بأنها: تلك الحقوق التي تصلح للتداول في سوق التعامل بالأشياء والسلع. ويمكن تعريف الحق المالي بأنه اختصاص الشخص بمال أو بشيء يمكن التعامل فيه اختصاصا يقره القانون، ويتناسب تعريف الحق المالي مع التعريف الذي قدمناه للحق بوجه عام حيث قلنا إن الحق هو اختصاص الشخص بشيء - سواء أكان حقا ماليا أم حقا غير مالي- اختصاصا يقره القانون.

ويترتب على هذا الطابع المالي النتائج التالية:

1- أن هذه الحقوق يجوز التعامل عليها بالتصرف فيها أو التنازل عنها.

2- أن هذه الحقوق تخضع للتقادم المسقط والمكسب.

3- هذه الحقوق تنتقل بالميراث.

4- أن هذه الحقوق تظهر في الجانب الإيجابي للذمة المالية.

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها كثيرة التنوع. فمنها الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق، ومنها الحقوق العينية التبعية، كحق الرهن وحق الامتياز، ومنها الحقوق الشخصية، كحق المشتري في تسلم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه، وحق المستأجر في تسليم العين المؤجرة وفي تمكينه من الانتفاع بها، وحق المؤجر في استردادها، وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض.²

وقبل الغوص في هذه التفريعات والخصوصيات المتعلقة بالحق المالي، يجب علينا تحديد مفهوم الالتزام- أي الحق الشخصي أو حق الدائنية *le droit personnel ou de créance* - من الوجه التشريعية والفقهية في المبحث الأول، وتمييز الحق الشخصي أو حق الدائنية *le droit personnel ou de créance* - عن غيره من الحقوق في المبحث الثاني، وتبيان خصائص الحق الشخصي (أو حق الدائنية) - أي الالتزام - في المبحث الثالث. وعلى هذا سنقسم هذه الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالالتزام- أي الحق الشخصي أو حق الدائنية-

المبحث الثاني: تمييز الحق الشخصي - أو حق الدائنية - عن غيره من الحقوق

المبحث الثالث: الخصائص الجوهرية للالتزام

المبحث الأول: التعريف بالالتزام- أي الحق الشخصي أو حق الدائنية-

¹- بخصوص هذا الموضوع راجع "محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون النظرية العامة للحق - مرزوق أيت الحاج السنة الجامعية 2005 - 2006 ص 267
- عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" 8/8 دار النهضة العربية²

سبقت الإشارة إلى أن نظرية الالتزام تحظى بأهمية بالغة في القانون المدني ، بل وفي كافة فروع القانون الأخرى ، فهي بمثابة الأساس الذي تقوم عليه العلاقات المالية تقريبا ، وهي تتدخل في حياة الأشخاص تدخلا واسع المدى ، فالعلاقات المالية التي تربط شخص بآخر قد تكون علاقة بيع أو إيجار أو قرض أو رهن أو إعارة أو وكالة أو مقاوله ، وكل هذه العلاقات هي في الواقع التزامات تقع على عاتق شخص لمصلحة آخر³ .
ولتحديد مفهوم الالتزام والتعريف به – أي الحق الشخصي أو حق الدائنية - يتطلب الأمر أولا معرفة طبيعته ، ولمعرفة هذه الطبيعة ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول: تعريف الالتزام من الوجهة التشريعية والفقهية ، وفي الثاني: سنبين مفهوم الالتزام وفق المذهبين الشخصي والمادي.

المطلب الأول : مفهوم الالتزام من الوجهة التشريعية والفقهية

لتحديد مفهوم الالتزام من الوجهتين التشريعية والفقهية يقتضي الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: مفهوم الالتزام من الوجهة التشريعية

تعددت التعاريف التي أوردها الفقه بشأن الالتزام أو اعتمدها التشريعات المدنية، وهكذا نجد القانون المدني الأردني يعرفه من خلال نص المادة 68 على أن " الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل " .

أما المادة الأولى من قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد عرفت الالتزام بقولها : " الموجب هو الرابطة القانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين " .
وعرفه القانون المدني المصري السابق في المادة 90 / 144 بقوله : " التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالالتزام المتعهد بعمل شيء أو بامتناعه عنه " .

أما المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني المصري فعرفه بقوله " الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل "4 .
ولم يرد في القانون المدني الفرنسي تعريفا للالتزام وإنما عرف المشرع العقد في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي بقوله : " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل "5 .
أما المشرع المغربي كعادته لم يعرف الالتزام وإنما ترك الأمر للفقه .

- رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2007 ، ص 93
- عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، طبعة 2004 ، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 13
- مصطفى عبد الحميد عدوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى 1996 ، مطبعة حمادة الحديثة بقويسنا ، ص 13

والواضح أن غالبية التشريعات المدنية تبنت تعريفا واحدا، وإن اختلفت المصطلحات المستعملة ، فقد رأينا أن القانون الأردني اختار مصطلح الحق⁶ الشخصي بدل الالتزام، ونجد القانون المصري الجديد يستعمل مصطلح الالتزام ، في حين فضل القانون المدني العراقي استعمال المصطلحين معا ، وسواء استعمل مصطلح الالتزام أو الحق الشخصي فإن المعنى واحد ، فإذا نظرنا إلى الرابطة القانونية من جهة المدين قلنا بالالتزام ، وإذا نظرنا إليها من جهة الدائن قلنا بالحق الشخصي ، غير أن مصطلح الالتزام يبقى العنصر البارز في الرابطة القانونية الذي يمثل فيها العنصر السلبي ، حيث يمكن أن يوجد الالتزام في ذمة المدين دون أن يوجد دائن مثل الوعد بجائزة⁷ .

الفرع الثاني: مفهوم الالتزام من الوجهة الفقهية

أما الفقه فقد اختلف في إعطاء تعريف للالتزام حيث عرفه البعض بأنه ضرورة قانونية توجب على شخص عمل شيء أو الامتناع عن شيء لشخص آخر . ويرى السنهوري أن الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . أو هو كون الشخص مكلفا قانونا تجاه غيره بعمل أو الامتناع عن عمل.

أما " مازو " فيرى أن الالتزام رابطة قانونية ذات قيمة مالية بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاها المدين بالقيام بعمل قانوني لصالح الدائن .

أما " الكزبري " فيفضل إبراز الناحية الشخصية في تعريف الالتزام والتركيز على وجوب قيام الرابطة القانونية بين الطرف الملتزم وبين الطرف الدائن إذ لا ثمرة تجنى ولا فائدة ترجى من التزام لا يوجد شخص دائن يحق له المطالبة بتنفيذه⁸ .

غير أن الذي يؤخذ على هذه التعريفات هو إما أنها تغفل وجود الرابطة القانونية وطبيعتها ، أو أنها تستبعد ذكر الدائن ، أو أنها تغفل ذكر الصفة المالية للالتزام الذي نحن بصدده والالتزامات الاجتماعية والأخلاقية⁹ .

والواقع أن الاختلاف في إعطاء تعريف للالتزام راجع بالدرجة الأولى إلى مدى التشعب بأحد المذهبين الشخصي أو المادي .

6- يجري الفقه الكلام عن أنواع الحقوق على تقسيم هذه الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها، وليس كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية، كما أن معظم هذه التقسيمات متداخل.

غير أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء وأتبعته أكثر التقنيات، هو تقسيم الحقوق إلى: حقوق مالية وحقوق غير مالية، ويقوم هذا التقسيم على مدى توافر أو تخلف القيمة المالية في الحق وما يستتبعه من آثار مختلفة، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الإيجابي، وقابليتها بالتالي، على خلاف الحقوق غير المالية للتصرف والحجز والتقادم والإرث.

ومع تسلمنا بأن هذا التقسيم غير قاطع وأن هناك حقوق على الحدود بين الطائفتين. كما أن هذا التقسيم غير مؤكد وبالتالي هناك إمكانية للتداخل بين الطائفتين من الحقوق، إلا أننا مع ذلك نفضل هذا التقسيم لاعتبارات تتعلق ببساطته وسهولة عرض طوائف الحقوق المختلفة. (انظر: نبيل إبراهيم سعد مرجع سابق 37/2 وخالد عيد مرجع سابق ص 243 وحسن كبيرة مرجع سابق ص 444، والحقوق مرجع سابق ص 327، ومحمد حسن كبيرة منصور مرجع سابق ص 41 وأنور سلطان ص 185 ورمضان أبو السعود مرجع سابق ص 361).

7 - عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ،ص 15 دار الثقافة الأردن طبعة 2008

- مأمون الكزبري ،نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود ،1/ 13 8

- ياسين محمد الجبوري ،الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ص 13⁹

المطلب الثاني : مفهوم الالتزام وفق المذهبين الشخصي والمادي.

يتقاسم تحليل طبيعة الالتزام من طرف الفقه ، وكذلك تعريفه من طرف المشرع مذهبين أحدهما شخصي والآخر مادي، وهذا ما نتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول : مفهوم الالتزام وفق المذهب الشخصي¹⁰

ينظر أصحاب هذا المذهب للالتزام أنه رابطة قانونية شخصية بين الدائن والمدين ، بمقتضاها يلتزم المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل لمصلحة الدائن. لذلك فإن النظام القانوني للالتزام يتحدد فقط على أساس الرابطة القائمة بين طرفيه وليس على أساس محل الالتزام، وبالتالي لا يمكن الاعتراف بنشوء الالتزام والحق الشخصي ما لم يتحدد كل من طرفيه الدائن والمدين ويتفقان على نشوئه¹¹.
ويترتب على هذا التعريف استحالة انتقال الالتزام من ناحية الدائن (وذلك عن طريق حوالة الحق) ، أو من ناحية المدين ، (وذلك عن طريق حوالة الدين)¹².
واشتهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني الذي كان يرى أن الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق ، وأن السلطة التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة ، وقد لا تتناول السلطة إلا بعض الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين فيترتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية وهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، هو ما نسميه بالالتزام¹³.

- يجد هذا المذهب تطبيقه المبدئي في فرنسا¹⁰.

- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، مرجع سابق ص 20¹¹

- تنبغي الإشارة أن المشرع المغربي إذا كان يجيز حوالة الحق ، فإنه في المقابل لا يأخذ بحوالة الدين¹².

- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 107 / 1¹³

الفرع الثاني : مفهوم الالتزام وفق المذهب المادي¹⁴

يتزعم هذا المذهب الفقيه الفرنسي سالي ، والألماني جييرك وقد كان يرى هذا الأخير أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية ، كما كان الأمر في القانون الروماني ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصرا ماليا أكثر منه علاقة شخصية ، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية¹⁵ .

وعليه فإن مفهوم الالتزام في نظر المذهب المادي هو حالة قانونية ، المقصود منها قيام شخص معين أو أشخاص معينين بعمل أو بالامتناع عن عمل ذي قيمة مالية .
وإذا كان الأخذ بالمذهب الشخصي في تحديد الالتزام يترتب عليه مجموعة من النتائج تتمثل في:

أنه إذا لم يتحدد كل من الدائن والمدين ويتفقان على نشوئه ، فإنه لا ينبغي الاعتراف بالالتزام .

ثم أنه إذا قام الالتزام بين الطرفين فلا يجب الاعتراف بإمكانية تغيير أي من طرفيه ، ولذلك فإنه يتعذر نقل الالتزام أو تحويله ، أو التنازل عنه لمصلحة شخص آخر أو في مواجهته .

أما بالنسبة للمذهب المادي ، فإن الأخذ به يؤدي إلى إمكانية نقل الالتزام والحق الشخصي من دائن إلى آخر ، ومن مدين إلى آخر ، ثم أنه من الممكن أن يوجد الالتزام دون أن يوجد دائن وقت نشوئه ، كما هو الحال في الوعد بجائزة ، وفي الاشتراط لمصلحة الغير كالتأمين على الحياة لمصلحة من سيولد من الأولاد¹⁶ .

من هنا يمكن القول بأن الالتزام هو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن ، بأن يقوم بإعطاء أو عمل أو بالامتناع عن عمل معين¹⁷ .

وعليه فنظرية الالتزام تتميز بأهمية معتبرة من الناحية العملية ، وكذلك من الناحية النظرية.

فمن الناحية العملية: تعتبر نظرية الالتزام عماد وأساس قانون الأعمال ، وأساس حياتنا ومعاملاتنا اليومية ، وعليه فكل العلاقات المالية والمعاملات التي توجد بين الناس هي روابط التزام تخضع للنظرية العامة للالتزامات ، وهي التزامات تتم بمقتضى الإرادة والتي بدونها لا يمكن العيش في مجتمع ، ومنها يمكن أن نذكر عقود البيع والشراء ، الإيجار العمل ، النقل ... وغيرها من النقود ، غير أنه قد يرتبط الإنسان رغما عنه بمجموعة من الالتزامات الأخرى كالتزامات التي تتولد عن المسؤولية غير العقدية كالفعل الضار ، فمرتكب الضرر يلتزم

- يجد هذا المذهب تطبيقه المبدئي في ألمانيا¹⁴.

- عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق / 1 / 108¹⁵

- ياسين محمد الجبوري المرجع السابق ، ص 20¹⁶

- محسن عبد الحميد إبراهيم، ص 6 .¹⁷

بالتعويض ، وهذا ما يعطي نظرية الالتزام أهمية في الوقت الحاضر ، خاصة مع ما يقع من الحوادث اليومية .

كما تعتبر نظرية الالتزام -أي من الناحية النظرية والعلمية - أساس قواعد القانون المدني ، وأنها المرجع الأساسي في تفسير وتحليل أعقد المعضلات والمشاكل في القانون الخاص والعام .

كما أن نظرية الالتزامات تأثرت وانطبعت بقوة الأفكار الفلسفية والخلقية والاجتماعية والسياسية ، لذلك فهي تعد انعكاسا لمعرفة مدى تطور العام للفكر والحضارات¹⁸ .

18- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ص 28 ، وفتحي عبد الرحيم عبد الله ، مرجع سابق ص 14 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز مرجع سابق ص 12

المبحث الثاني: تمييز الحق الشخصي - أو حق الدائنية - عن غيره من الحقوق

يدور الحديث في هذا المبحث حول النقاط التالية : التمييز بين الحق الشخصي والعيني في (المطلب الأول) ، وبيان أركان الحق الشخصي - أو حق الدائنية - في (المطلب الثاني) ، وبيان الحقوق العينية في (المطلب الثالث) ، دون أن نغفل الحديث عن الحقوق المختلطة في (المطلب الرابع).

المطلب الأول: التمييز بين الحق الشخصي والعيني

إن المال في نظر القانون يتكون من حقوق، والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد، وهو إما حق عيني أو حق شخصي. والحق الشخصي هو الالتزام: ويسمى حقا إذا نظر إليه من جهة الدائن. ودينا إذا نظر إليه من جهة المدين. والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين¹⁹، دائن ومدين، يخول للدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل²⁰. ويسمى الحق الشخصي حقا إذا نظر إليه من ناحية الدائن، والتزاما أو ديناً إذا نظر إليه من جهة المدين. وعلى ذلك لا يمكن للدائن في حق الشخصي أن يحصل على حقه إلا بتدخل شخص آخر هو المدين²¹. فرب العمل دائن للعامل بعمل معين، لا يستطيع رب العمل أن يقتضي حقه إلا بتدخل المدين وهو العامل. وكذلك فمن تعاقد مع شخص آخر على أن يرسم له لوحة معينة لا يستطيع أن يحصل على حقه (اللوحة) إلا بتدخل الشخص الآخر. وعلى هذا النحو يختلف الحق الشخصي عن الحق العيني، حيث أن الحق الأخير يميز بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، ولذلك يحتج به على الكافة. بينما الحق الشخصي حق نسبي لا ينتج أثره إلا في مواجهة المدين ولا يحتج به إلا عليه²².

وعلى هذا فالحق الشخصي إذن هو سلطة تثبت لشخص معين في اقتضاء أداء معين من شخص آخر.

واصطلاح "الحق الشخصي" الشائع عن هذا النوع من الحقوق إنما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص، وتحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه. ولكن لعل في التعبير عن الحق الشخصي باصطلاح "حق الدائنية" خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص إذا نظر إليها من ناحية الدائن، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح "الحق الشخصي" واصطلاح "حق الشخصية" المعبر عن حق لصيق بالشخصية.

43- أي أن الحق الشخصي يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ويسمى الرومان (juris vinculum) ولم

تثبت هذه الرابطة على حال واحدة، بل إنها تطورت، انظر السنهوري مرجع سابق 106/1

- انظر: عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق 103/1²⁰.

- رمضان أبو السعود النظرية العامة للحق ص 401²¹.

- المدخل إلى القانون لرمضان أبو السعود ومحمد حسين منصور ص 403²².

والحق الشخصي أو حق الدائنية ليس محله كالحق العيني شيئاً من الأشياء، وإنما محله دائماً عمل معين - وذلك حتى في صورة الالتزام بإعطاء أي: الالتزام بتقرير حق عيني على شيء من الأشياء. فحق مشتري العقار في اقتضاء نقل الملكية إليه من بائعه - وهو حق شخصي - ليس محله العقار المبيع، وإنما محله عمل إيجابي هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية إلى المشتري عن طريق المساهمة في إجراءات التسجيل - من جانب مدين معين -، سواء كان هذا العمل إيجابياً أو سلبياً... الخ

ومثال العمل الإيجابي التزام المقرض برد مبلغ القرض إلى المقرض. والتزام المقاول ببناء منزل. والتزام الطبيب بإجراء جراحة معينة.

ومثال العمل السلبي أي: الامتناع عن عمل معين: التزام بائع المحل التجاري قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طرق فتح محل مشابه في نفس الحي طوال مدة معلومة. وإذا كان الأداء أو العمل على اختلاف صورته الإيجابية والسلبية محلاً للحق الشخصي، فينبغي أن تتوافر لهذا الأداء أو العمل صفة مالية، بمعنى أن يكون في الإمكان تقديره بالنقود، حتى ولو كانت المصلحة التي يستهدفها صاحب الحق الشخصي من وراء هذا الأداء محض مصلحة أدبية أو معنوية.

ومالية الأداء هي التي تؤدي إلى اعتبار الحق الشخصي حقاً من الحقوق المالية، وإلى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية التي تفتقد الصفة المالية، وهي التي تؤدي كذلك إلى دخول الحق الشخصي ضمن العناصر الإيجابية للذمة المالية للدائن، وإلى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين.

والحق الشخصي ليس في واقع الأمر إلا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء.²³ وفي الأخير تنبغي الإشارة إلى أن الفقه القانوني - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - توزع بين تيارين اثنين:

تيار ذاتي النزعة يستمد أصوله من الفقه اللاتيني، وتيار موضوعي النزعة يستمد أصوله من الفقه الجرمانى.

وسبقت الإشارة أن الفقه المتأثر بأصوله اللاتينية عرف الحق الشخصي - أو الالتزام - بأنه: "رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل".

أما الفقه المتأثر بأصوله الجرمانية فيعرف الحق الشخصي - أو الالتزام - بأنه "حالة قانونية يكلف بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل"²⁴.

ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم لمسائل الرئيسية في القانون المدني، ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم وهؤلاء فريقان: فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني.

أما الفريق الأول: وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول، فيرى أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين، لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص، ولا يمكن

- حسن كيرة " المدخل إلى القانون " منشأة المعارف الإسكندرية ص 467 وما بعدها.²³

- عبد الله خالد عيد " مدخل لدراسة القانون " دار الأمان الرباط ص 273.²⁴

أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشيء، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص، ففي هذا إذن يتفق الحق الشخصي ويتفق معه أيضا في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة: موضوع الحق والدائن والمدين.

فحق الملكية مثلا موضوعه الشيء المملوك، والدائن هو المالك، والمدين هو الناس كافة إذ يجب عليهم جميعا احترام هذا الحق، فالحقان إذن يتمثلان من حيث الطبيعة والعناصر، وإنما يختلفان في شيء غير جوهري هو جانب المدين.

ففي الحق العيني يكون المدين دائما هم جميع الناس عدا الدائن، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقا شخصيا عاما من حيث المدين.

أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات، هذا ما يقوله الفريق الأول، وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يماثل الحق الشخصي... الخ.

أما الفريق الثاني: فهو الذي يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق العيني، وعلى رأس هذا الفريق الأستاذ سالي (saleilles) ولامبير (lambret).

ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجري فيه سائر التصرفات. وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لا باعتبار أنه رابطة ما بين شخصين، بل باعتبار أنه عنصر مالي، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال. وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني.

وهذا هو المذهب المادي في الالتزام، ونحن لا ننكر على المذهب المادي للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانوني الحديث، ولكننا مع ذلك لا نراه يهدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي.

فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية لاعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني، ولكن ذلك لا ينفي أن هناك فرقا جوهريا ما بين الحقين حتى إذا نظر إليهما معا من حيث موضوعهما. فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة المدين.

يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائما ومحفوظا بأهميته، فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين. والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع، أما في الحق الشخصي فتحديد المدين.

ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصرا أساسيا هو وجود مدین معين مباشر بواسطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق. 25

أما وقد انتهينا إلى ضرورة التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي أو حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما، وما يجره من اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التي يعبر

عنها كل منهما، فلا يبقى إلا عرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف:

1- الحق العيني حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصي أو حق الدائنية حق نسبي (droit relatif): ومعنى ذلك أن الحق العيني يحتج به وينتج أثره في مواجهة الكافة، بينما لا ينتج الحق الشخصي أثره ولا يحتج به إلا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين.

2- يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التتبع (droit de suite) قلنا إن الحق العيني إنما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع هذا الشيء لهذا التسلط، أما الحق الشخصي أو حق الدائنية، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق في التتبع، لأنه ليس بالحق الوارد على شيء - كالحق العيني- حتى يلزم الشيء ويتبعه في أي يد يكون، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع في شأن عمل من الأعمال...الخ.

يخلص من ذلك أن الحق العيني هو الذي ينفرد دون الحق الشخصي بميزة تتبع الشيء في أي يد وجد...الخ.

3- يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق الأفضلية (droit de préférence) قلنا إن الحق العيني ينشئ رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق، بحيث يستأثر صاحب الحق العيني وحده - بمقتضى الرابطة- بسلطاته على الشيء كاملة لا يزاحمه فيها أحد، وما يخوله الحق العيني لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له في ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذي يعبر عنه بميزة أو حق الأفضلية. أما الحق الشخصي أو حق الدائنية، فباعتباره لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن، بل يرد على مجرد عمل إيجابي أو سلبي يلتزم بأدائه المدين، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الإيجابي من ذمة المدين.

فالحقوق الشخصية إذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص، ولهذا فإن الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية.

4- قصور إرادة الأفراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون، وقدرتها على ذلك في الحقوق الشخصية: هذه النتيجة التي جرى جمهور الفقهاء في القديم والحديث على اعتبارها بعض آثارها التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، قد ناهضا مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية...الخ.

5- ينبغي أن يكون الشيء في الحق العيني - دون الحق الشخصي- حالا ومعينا بالذات: مادام الحق العيني يتضمن رابطة بين شخص وشيء تخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا على الشيء، فلا يتصور إذن وجود الحق العيني إلا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا، فبدون وجود الشيء وجودا محققا لا يتصور قيام الحق العيني، ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء وجودا محققا، بل ينبغي فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معينا بالذات...الخ.

أما الحق الشخصي، فلكون محله عملاً من الأعمال لا شيئاً من الأشياء، لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط... الخ. 26

المطلب الثاني: أركان الحق الشخصي - أو حق الدائنية -

للحق الشخصي أو الالتزام أو حق الدائنية أركان ثلاثة هي:

الركن الأول: وهو طرفا الحق

أي: الدائن (الذي يظهر الالتزام في ذمته كعنصر إيجابي) ، والمدين (الذي يظهر الالتزام في ذمته كعنصر سلبي).
ويشترط القانون في طرفي الحق أن يكونا أهلاً، وأن تكون إرادتهما سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة.²⁷

الركن الثاني: موضوع الحق (أي المحل)

ويتمثل في الموضوع، أي المحل في بعض التشريعات، وموضوع الحق الشخصي يكون: إما بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل معين.²⁸

الركن الثالث: الحماية القانونية الواجبة للحق

يتمثل هذا الركن في عنصر الحماية القانونية الواجبة لهذا الحق، هذه الحماية للحق يمكن أن تمارس عن طريق الدعوى، والواقع أن الالتزام أو الحق الشخصي يتحلل إلى عنصرين: عنصر المديونية وعنصر المسؤولية.
أما عنصر المديونية: فيتمثل في واجب خلقي يقع على عاتق المدين حيث يلتزم أخلاقياً بوفاء ما التزم به .

أما عنصر المسؤولية: فهو يعني أن المدين عندما لا يذعن إلى نداء الواجب الخلقي، فإن عنصر المسؤولية في الالتزام يتحرك ويخول للدائن الحق في الاتجاه إلى القضاء لكي يكره هذا المدين على تنفيذ ما التزم به.

ولكن ليست كل الالتزامات من هذا النوع، فهناك نوعاً منها لا يتوفر فيه سوى عنصر الواجب الخلقي، حيث يتخلف فيه عنصر المسؤولية، وهذا هو الشأن في الالتزامات الطبيعية، حيث لا يمكن تنفيذ الالتزام الطبيعي قهراً على المدين كما هو الحال في الالتزامات المدنية التي توافر فيها عنصر المسؤولية.²⁹

وهناك من أضاف إلى هذه الأركان الثلاثة ركنان آخران:

الركن الأول: المتعلق بسبب الالتزام، أي السبب الذي من أجله التزم الشخص، هذا السبب قد يكون مباشراً، فحصول البائع على الثمن هو السبب وراء التزامه بتسليم الشيء المبيع.

50- حسن كبيرة مرجع سابق ص 474 وما بعدها باختصار، وخالد عبد الله عبد مرجع سابق صفحة 278، وجلال علي العدوي ورمضان أبو السعود ومحمد حسن قاسم " الحقوق وغيرها من المراكز القانونية" ص 369 منشأة المعارف الإسكندرية طبعة 1996 ، وعبد القادر الفار " المدخل لدراسة العلوم القانونية " ص 143 دار الثقافة للتوزيع والنشر، وهمام محمد زهران الحقوق العينية الأصلية ص6 دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر.

- الحقوق مرجع سابق صفحة 365.²⁷

- سلمان بونياب مرجع سابق ص 54.²⁸

- رمضان أبو السعود النظرية العامة للحق مرجع سابق ص 402.²⁹

وقد يكون السبب غير مباشر، كالباعث النفسي وراء البيع أو الشراء الذي يتمثل في الإنفاق، أو عمل مشروع أو غير ذلك. ويجب أن يكون السبب مشروعاً بأن لا يحرمه القانون، ولا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب.

الركن الثاني: مصدر الالتزام، أي الأمر الذي ترتب عليه نشوء الالتزام في ذمة المدين، يتمثل هذا الأمر في التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، فالعقد مثلاً تصرف قانوني، يعد مصدراً لالتزام أحد المتعاقدين قبل الآخر، كالتزام المشتري بدفع الثمن. والفعل الضار واقعة قانونية، يترتب عليها التزام الشخص الذي ارتكب خطأ معيناً بتعويض المضرور من جراء هذا الخطأ. وقد يكون مصدر الالتزام هو القانون مباشرة، كالتزام الزوج بالإنفاق على زوجته وأولاده.³⁰

المطلب الثالث: الحقوق العينية (les droits réels)

الحقوق العينية حسب المادة 8 من مدونة الحقوق العينية: "الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً".³¹

والتعريف السائد في الفقه منذ القدم للحق العيني هو: أنه يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي.³²

أو هو: استئثار شخص بشيء معين بالذات استئثاراً مباشراً يقره القانون.³³ وعلى هذا فالحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي ويخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالاستئثار بقيمة مالية فيه.³⁴ وهو أيضاً سلطة مباشرة للشخص على شيء معين، تمكنه من استخلاص حقه من ذلك الشيء مباشرة ودون وساطة أحد، كما يكون له أن يحتج بذلك الحق ضد الكافة، وهذا يعني أن الحق العيني يتوافر على عنصرين هما صاحب الحق وموضوع الحق.

فصاحب الحق العيني لا يحتاج لممارسة حقه والتمتع بسلطته على الشيء إلى التدخل من طرف شخص آخر.

وسلطة صاحب الحق على محل حقه تمنحه الحق في استعماله أو استغلاله أو استهلاكه أو التصرف فيه تصرفاً مادياً، كأن يهدمه أو يغير معالمه، أو تصرفاً قانونياً كأن يبيعه أو يهبه أو يكرهه أو يفوته دون وساطة أي شخص آخر.

فالأصل في الشيء محل الحق العيني أن يوجد في حيازة الشخص صاحب هذا الحق، فتجتمع بين يدي هذا الشخص السلطة الفعلية والسلطة القانونية على الشيء، والأصل في

- نظرية الحق محمود حسين منصور مرجع سابق ص 68.³⁰
- انظر قانون رقم 39.08 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذوالحجة 1432 الموافق 24 نونبر 2011.³¹
- حسن كيرة مرجع سابق ص 459.³²
- الحقوق العينية لعلي هادي العبيدي ص 6 مكتبة دار الثقافة عمان الطبعة الأولى 2000.³³
- النظرية العامة للحق مرجع سابق ص 390.³⁴

الشيء محل الحق الشخصي أن يوجد في حيازة المدين - الذي يغلب أن يكون هو مالكة-
وتحت سلطته الفعلية.³⁵

إذن فقوام الحق العيني وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله، وهذه الصلة
المباشرة أمر طبيعي مادام المحل شيئاً لا إرادة له بحيث يخضع لإرادات الأفراد وتسلطهم
دون اختيار. كما أن الحق العيني يفترض وجود "رابطة تسلط" لا "رابطة اقتضاء"، لأن
صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء، وإنما يخضعه مباشرة
لسلطانه وتصرفه.³⁶

وإذا كانت الحقوق العينية لها جامع مشترك من حيث ما تخوله لأصحابها من سلطات
مباشرة على الشيء المادي، إلا أنها تنقسم مع ذلك إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: وتسمى بالحقوق العينية الأصلية³⁷ "les droits réels principaux" وهي حقوق عينية تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر
تتبعه، وإنما توجد مقصودة لذاتها بما تمنحه لأصحابها من سلطة الحصول على المزايا
والمنافع المالية للأشياء المادية.³⁸

الطائفة الثانية: فهي الحقوق التبعية³⁹ "les droits réels accessoires" وهي
على عكس الحقوق العينية الأصلية لا تقوم بذاتها مستقلة، وإنما تستند في وجودها إلى حق
شخصي آخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به، كما يطلق على هذه الحقوق العينية التبعية
اصطلاح "التأمينات العينية".⁴⁰

ولا يعني وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز
عليها، وإنما تعتبر الثانية تبعية، لأنها تتبع حقاً من الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية
وتستند في وجودها إليه، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له، ولذلك فإذا
وصفت الأولى بأنها أصلية، فما ذلك إلا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية، وللدلالة على أنها
تقوم بنفسها استقلالاً دون استناد إلى أي حق آخر، وعلى أنها مقصودة لذاتها لا تضمن
الوفاء بمثل هذا الحق، وعلى هذا سنتصب الدراسة في هذا المطلب على الحقوق العينية
الأصلية (الفرع الأول)، والحقوق العينية التبعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية⁴¹ (les droits réels principaux)

- عبد الخالق أحمدون الوجيز في الملكية العقارية والضمانات العينية مرجع سابق ص 27.35
- حسن كبيرة مرجع سابق ص 459.36
37 - الحق العيني الأصلي حسب الفقرة الأولى من المادة 9 من مدونة الحقوق العينية هو: "الحق الذي يقوم بذاته، من غير
حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه..."
- الحقوق مرجع سابق ص 352.38
39 - الحق العيني التبعية حسب المادة 10 من مدونة الحقوق العينية هو: "الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه
على وجود حق شخصي، ويكون ضماناً للوفاء به..."
- النظرية العامة للحق مرجع سابق ص 391.40
65 - الحقوق العينية الأصلية حسب المادة 9 من قانون مدونة الحقوق العينية هي: "1- حق الملكية، 2- حق الارتفاق
والتحملات العقارية، 3- حق الانتفاع، 4- حق العمرى، 5- حق الاستعمال، 6- حق السطحية، 7- حق الكراء الطويل الأمد،
8- حق الحبس، 9- حق الزينة، 10- حق الهواء والتعلية، 11- الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون
حيز التنفيذ".

سبقت الإشارة إلى أن الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، والحق العيني الأصلي يخول لصاحبه الحصول على المزايا والمنافع المالية للشيء المادي محل الحق، أي يخول له سلطة الاستئثار بالقيمة الاقتصادية للشيء، وهذا الاستئثار قد يتسع ليشمل كافة السلطات المتصورة على الشيء، وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وقد يضيق الحق العيني عن أن يشمل كافة هذه السلطات، فلا يشمل منها سوى بعضها. فحيث تتجمع هذه السلطات في يد صاحب الحق، يسمى الحق بحق الملكية وحيث تتوزع هذه السلطات وتتجزأ، يسمى الحق بالحق العيني المتفرع عن حق الملكية فنعرض لحق الملكية في الفقرة الأولى، ثم للحقوق المتفرعة عن حق الملكية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: حق الملكية (le droit de propriété)

أولاً: تعريف حق الملكية

يطلق لفظ الملك في الشريعة الإسلامية ويراد به معنيان، أحدهما: العلاقة التي أقرها الشرع بين الإنسان والمال والتي تجعله مختصاً به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة شرعاً وفي الحدود التي بينها الشارع، والآخر الشيء المملوك، وهذا ما عبرت عنه المجلة في المادة 125 من أن الملك هو ما ملكه الإنسان. وتقسّم الأموال من حيث مدى قابليتها للتملك إلى ثلاثة أنواع، ما لا يقبل التملك مطلقاً، وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والأنهار والحدائق العامة وغير ذلك، وما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال، وما يقبل التملك مطلقاً وهو ما عدا النوعين السابقين. والملك في الشريعة الإسلامية نوعان، ملك تام، وهو ما يرد على رقبة الشيء ومنفعته معاً، وملك ناقص، وهو ما يرد على رقبة الشيء أو على منفعته، أي: إما أن يكون ملك رقبة أو ملك منفعة.⁴²

وبما أن حق الملكية يقع على العقار والمنقول، فإننا نأتي بتعريف لهذا الحق ينطبق على ملكية العقار والمنقول، وهو: الملكية حق عيني على شيء معين، تعطي صاحبها دون سواه الحق في استعمال ذلك الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه، بدون تعسف وضمن الحدود التي رسمها القانون والنظام العام. ويؤخذ من هذا التعريف ما يلي:

أن حق الملكية يحتوي على ثلاثة عناصر هي: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.⁴³ وعلى هذا نستطيع أن نعرف حق الملكية بأنه "اختصاص قانوني حاجز يمنح صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، ويخوله سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه."⁴⁴

- الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية مرجع سابق ص 13.42

- محمد ابن معجوز مرجع سابق ص 61.43

- عبد الله خالد عيد مرجع سابق ص 257.44

وعرفت المادة 14 من مدونة الحقوق العينية الملكية العقارية بأنها: " تخول لمالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق "

وعرف الدكتور زيد قدرى الترجمان الملكية العقارية بأنها: " حق عيني على شيء معين يعطي صاحبه في إطار القانون حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه".⁴⁵ كما يمتد نطاق حق الملكية حسب المادة 15 وما بعدها من مدونة الحقوق العينية إلى ما يلي:

المادة 15: ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ما يخالف ذلك.

المادة 16: مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات، وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق.

وعلى هذا فحق الملكية هو أوسع الحقوق العينية، وهو يقسم إلى عقار ومنقول حسب موضوعه، وحق الملكية هو أوسع مجال يحدث التعسف في استعماله، لأنه يخول صاحبه أوسع السلطات والصلاحيات في الانتفاع والتصرف فيه بطريقة مطلقة.⁴⁶

ثانيا: خصائص حق الملكية

يمتاز حق الملكية بخصائص عديدة، منها خصائص مشتركة بين سائر الحقوق العينية كوروده على شيء مادي معين وتخويله المالك ميزتي التتبع والتقدم، ومنها خصائص ينفرد بها دون سواه، وهي كونه حقا جامعا مانعا دائما، وسوف نقتصر على بحث الخصائص التي ينفرد بها حق الملكية.

أ- أنه حق جامع: يمتاز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية في كونه حقا يخول صاحبه جميع السلطات المحتملة على الشيء والتي تمكنه من الاستفادة الكاملة منه والحصول على جميع مزاياه، وهذه السلطات هي: الاستعمال والاستغلال والتصرف، وتقتصر الحقوق العينية الأخرى على تخويل أصحابها بعض هذه السلطات، فمثلا حق الاستعمال يقتصر على سلطة الاستعمال، وحق الانتفاع يقتصر على سلطتي الاستعمال والاستغلال وهكذا. ويترتب على كون حق الملكية حقا جامعا نتائج قانونية مهمة هي: أن الأصل في حق الملكية أنه يخول المالك السلطات الثلاث السابقة، وإذا ما أريد حرمانه من بعضها يجب أن يكون ذلك بمقتضى القانون أو الاتفاق كما يجب أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، ويترتب على ذلك أيضا أنه لو ادعى شخص بأن له بعض السلطات على شيء ما دون أن يكون مالكا له فإن ادعاءه هذا يكون خلاف الأصل وبالتالي فهو يتحمل عبء الإثبات، أما المالك فلا يكلف بشيء لأنه يتمسك بالأصل.⁴⁷

ب - الملكية حق استثنائي مانع: ويقصد بذلك أن هذا الحق يكون مقصورا على صاحبه دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، وعلى ذلك لا يمكن أن نتصور أن يكون لشخصين حق ملكية تامة على شيء واحد، وإن كان من الجائز تصور قيام ملكية شائعة

- انظر: مرجعه ص 27.45

- الحقوق أنواعها ومداهم والتعسف في استعمالها لمازن الحنبلي ص 17 المكتبة القانونية دمشق الطبعة الأولى 2003.46

-انظر: الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية مرجع سابق ص 15.47

لشخصين، أو أكثر على ذات الشيء فيتحدد نصيب محل منهم بحصة حسابية، وهذه الخاصية لحق الملكية تخول للمالك الحق في أن يمنع غيره من مشاركته في التمتع بسلطات ملكه دون رضاه. كما أن هناك حالات استثنائية تفرض فيها هذه المشاركة بمقتضى القانون خروجاً على الأصل الذي بيناه (كما هو الحال في حق المرور الثابت للبعض على أرض الغير).
والواقع أن خاصية الاستثناء المانع لا تتعلق فقط بحق الملكية، وإنما هي خاصية تتوفر كذلك في الحقوق العينية الأخرى، فإذا كان الحق في الانتفاع مثلاً يخول لصاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال، فإنه لم يقل أحد بأن هذا الحق ليس مانعاً واستثنائياً من حيث جواز مشاركة الغير له في التمتع بتلك السلطات دون رضاه.⁴⁸

ج- الملكية حق دائم: يشير الفقه إلى مجموعة من المعاني "الدوام حق الملكية" ثم إنهم يختلفون فيما إذا كانت تعد من اللوازم المرتبطة بجوهر حق الملكية بما لا يجوز تقييدها أو استبعادها، أم أنها خاصة عرضية مما يصح تقييدها أو استبعادها استجابة لاعتبارات النفع الاجتماعي والوظيفة الاجتماعية لحق الملكية.⁴⁹

ويرى الفقه الذي يؤكد على هذه الخاصية في حق الملكية أنه يقصد بذلك أن هذا الحق يبقى ما بقي الشيء الذي يرد عليه من ناحية، وأنه لا يسقط بعدم الاستعمال من ناحية أخرى. فالملكية وفقاً لما يراه الفقه تدوم بدوام الشيء الذي ترد عليه، ولا تنقضي إلا بهلاك هذا الشيء، فحق الملكية وفقاً لهذا الفقه يختلط بالشيء الذي يرد عليه ولا ينفصل عنه، وكذلك يبقى الحق ما بقي الشيء ولا ينقضي إلا بهلاكه، على أنه إذا كانت الملكية تدوم بدوام الشيء الذي ترد عليه فإن ذلك لا يعني بقاءها على وجه الدوام ملازمة لشخص معين، فالملكية يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر مع بقاء الحق ذاته، فتصرف المالك في الشيء الذي يملكه وإن كان يؤدي إلى زوال حقه هو، فإنه في المقابل لا يعني انتهاء حق الملكية ذاته، فهو يبقى وإنما يكون قد انتقل إلى مالك جديد.

ويترتب على كون حق الملكية غير مؤقت بهذا المعنى أنه لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف أو فاسخ، فاقتران الملكية بمثل هذا الأجل يتنافى مع طبيعة الملكية وعناصرها. في مقابل ذلك يرى بعض الفقه إمكان وجود ملكية مؤقتة، وأن صفة الدوام بالمعنى السابق ليست مرتبطة بجوهر الملكية، إنما هي انعكاس لما يتحقق في الغالبية من الحالات، وبالتالي فإنه ليس في طبيعة ذا الحق ما يخول دون تأقيته بزمن معين.

ويرى البعض الآخر من الفقه أن تلك النظرية التقليدية فيما يتعلق بتأييد حق الملكية قد بدأت في الاهتزاز أمام تكشف الواقع العملي عن نوع من الملكية الزمنية للعقارات وبعبارة أخرى للانتفاع بها... الخ.

والمعنى الآخر لدوام حق الملكية هو أن هذا الحق لا يسقط بعدم استعماله مهما طالّت المدة التي قعد فيها صاحب هذا الحق عن مباشرة السلطات التي يخولها له حقه، فوجود حق الملكية يستقل عن استعماله.⁵⁰

ثالثاً: عناصر حق الملكية (سلطات المالك)

- انظر: النظرية العامة للحق مرجع سابق ص 393.48

- انظر: الحقوق العينية الأصلية حق الملكية لهام محمد محمود زهران مرجع سابق ص 50.49

74- موجز الحقوق العينية الأصلية لمحمد حسن قاسم 21/1 وما بعدها باختصار منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى

تطلق عبارة عناصر الملكية في الفقه ويراد بها السلطات التي يتمتع بها المالك والتي يستطيع ممارستها على الشيء المملوك له للاستفادة من مزاياه، ونعتقد بأن عبارة "عناصر الشيء" تعني أركانه، لذا فإن عناصر حق الملكية هي: المالك والشيء، وعليه نفضل هنا عبارة "سلطات المالك" ولكننا استخدمنا عبارة "عناصر" تماشياً مع ما سار عليه الفقه.⁵¹ هذا وتنبغي الإشارة إلى أنه من ومن خلال التعريف السابق لحق الملكية اتضح لنا أن هذا الحق يخول المالك كل السلطات المتصورة على الشيء الذي يرد عليه، فيكون له استعمال هذا الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه، هذه هي عناصر حق الملكية، وهي ما نعرض لها فيما يلي:

أولاً: الاستعمال: "l'usage"

يقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منفعه، وذلك فيما عدا الثمار، مع عدم المساس بجوهر الشيء، كأن يسكن المالك داره، أو يركب سيارته، أو يرتدي ملابسه، أو يزرع أرضه، إلى غير ذلك من وجوه الاستعمال المختلفة التي تختلف باختلاف طبيعة الشيء والغرض الذي أعد له.⁵² أو إن شئت قلت: سلطة الاستعمال هي القدرة على الإفادة من الشيء وتحصيل منفعه – من غير ثماره أو منتجاته- من خلال استخدامه فيما أعد له بحسب طبيعته بغير أن يؤدي الاستخدام إلى الانتقاص من جوهره. من هذا القبيل استعمال الملابس والحلي ارتدائها، والكتب بقراءتها، والسيارة والدابة بركوبها.

ويدخل في إطار سلطة الاستعمال الحرية في الاستعمال أو عدم الاستعمال، إلا أن يفرض المشرع بنص خاص واجبا على المالك – وعموماً على صاحب سلطة الاستعمال- واجبا باستعمال الشيء تحقيقاً لوجه من أوجه المصلحة العامة. وهو ما يمثل مظهراً للوظيفة الاجتماعية التي يسخر لها حق الملكية.

ثم إن مما يتفرع عن ذلك أنه لا تسقط ملكية المالك على ملكه لمجرد عدم استعماله ما لم يمتلكه شخص آخر، اللهم أن ينص المشرع على خلاف ذلك بنص خاص. ومما يتفرع عن سلطة الاستعمال، الحرية في تحديد طريقة الاستعمال مع احترام القيود التشريعية في هذا المقام التي قد يضعها المشرع لمنع صور الاستعمال التي لا تتناسب مع طبيعة... الخ.⁵³

وإذا أدى استعمال الشيء إلى المساس بجوهره، فإن ذلك يؤدي إلى اختلاط استعمال الشيء بالتصرف فيه، هذا يتحقق فقط بالنسبة للأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال، كالطعام والنقود، ولذلك فإن تقرير حق استعمال عليها يتضمن في نفس الوقت نقل ملكيتها إليه، إذ أن استهلاك الشيء لا يكون إلا للمالك.⁵⁴

-الوجيز في شرح القانون المدني "الحقوق العينية" مرجع سابق ص20 بهامشه.⁵¹

- نبيل إبراهيم سعد مرجع سابق 61/2.⁵²

-انظر: همام محمد محمود زهران الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق ص40.⁵³

- انظر: نبيل إبراهيم سعد مرجع سابق 62/2.⁵⁴

ثانيا: الاستغلال "la jouissance" (التمتع)

العنصر الثاني من عناصر الملكية هو الاستغلال، أو التمتع بحسب مصطلح المشرع اللبناني (المادة 11 ملكية عقارية).

ويقصد بالاستغلال حق المالك في الحصول على ثمار الشيء ومنتجاته، والثمار *les fruits* يقصد بها ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون أن يؤدي ذلك إلى الانتقاص من أصله، أو جوهره، فحتى يعتبر ما يغله الشيء ثمارا يجب أن يتوافر شرطان: الأول هو الدورية، والثاني: عدم المساس بجوهر الشيء أو أصله.

أما المنتجات "*les produits*" فيقصد بها ما يغله الشيء في مواعيد غير دورية، ويترتب على أخذه انتقاص من أصل الشيء، وذلك مثل المواد التي تستخرج من المحاجر والمعادن التي تستخرج من المناجم، التي لم تعد للاستغلال، والأشجار التي تقطع من غابات لم يتم إعدادها لهذا القطع.⁵⁵

والتفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته لا أهمية لها إذا كان المالك هو الذي يقوم باستغلال الشيء فله بحسب الأصل الحصول على كل منافع الشيء، أي يحصل على الثمار والمنتجات، ولكن تظهر هذه الأهمية عندما يكون لشخص غير المالك الحق في الحصول على ثمار الشيء كالمنتفع مثلا، فيكون أخذ الثمار دون المنتجات التي تبقى من حق المالك.⁵⁶

ثالثا: التصرف "la disposition"

يراد بالتصرف، كأحد سلطات المالك، نوعان من الأعمال: العمل المادي الذي يرد على مادة الشيء ويسمى (التصرف المادي)، والعمل القانوني الذي يرد على حق المالك ويسمى (التصرف القانوني).

وعليه فسلطة التصرف تخول المالك استهلاك الشيء وإعدامه وتغييره وغير ذلك، كما تخوله نقل حقه كليا إلى الغير بالبيع أو الهبة مثلا، أو تقرير حق عيني للغير كحق الانتفاع أو الرهن وغير ذلك من الأعمال بشرط أن لا يتجاوز الحدود المقررة قانونا أو اتفاقا. وتجدر الإشارة بأن ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية أنه يخول المالك سلطة التصرف المادي في الشيء، وسلطة التصرف القانوني في رقبة الشيء، أما سلطته في التصرف في منافع الشيء، فتشترك معه الحقوق الأخرى كل بقدر معين.⁵⁷

الفقرة الثانية: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية⁵⁸

- انظر: محمد حسن قاسم موجز الحقوق العينية الأصلية مرجع سابق ص 30.55

- انظر: نبيل إبراهيم سعد مرجع سابق 63/2.56

- انظر: علي هادي العبيدي مرجع سابق ص 22.57

58 - ساكتفي في هذه النقطة بالإشارة إلى تحديد مفهوم الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وذكر هذه الحقوق على سبيل العدو والحصص مكتفيا بنص المادة التاسعة من مدونة الحقوق العينية السالفة الذكر. دون شرح هذه الحقوق وتحديد مضامينها إيمانا مني بأن الهدف من هذه النقطة هو تمييز حق الملكية عن باقي الحقوق المتفرعة دون الدخول في التفاصيل المتعلقة بكل حق على حدة، ولمزيد من الإيضاح بخصوص هذه الحقوق انظر محمد ابن معجوز مرجع سابق صفحة 351، وعبد الخالق أحمدون مرجع سابق صفحة 40 وما بعدها، وزيد قدري ترجمان مرجع سابق ص 29 - وخالد عبد الله عيد مرجع سابق ص

يقصد بالحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي تلك الحقوق العينية التي تفتتح بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك.⁵⁹

كما يقصد – بالحقوق المتفرعة عن حق الملكية- أن تتجزأ عناصر الملكية بين عدد من الأشخاص، بحيث يكون لشخص أو أشخاص حق ملكية الرقبة دون الحق في الانتفاع بها، أو يملك شخص حق السكنى في محل دون أن يكون مالكا لرقبته، أو يكون الإنسان مالكا للأشجار والأبنية التي على الأرض، بينما تكون تلك الأرض مملوكة لغيره، وهكذا، أو يكون عقاران متجاورين ويكون أحدهما محملا بحق المرور عليه إلى العقار الثاني، أو ملزما بتلقي الماء المتسرب منه، إلى غير ذلك من الحقوق التي تتفرع عن الملكية التامة. وتسمى هذه الحقوق بالملكية الناقصة، نظرا إلى أن عناصر الملكية لا تكون مجموعة في يد شخص واحد، وإنما تتفرق بين عدد من المالكين. فيكون حق الانتفاع لشخص، وحق الاستعمال لشخص آخر، وقد يكون حق التصرف لآخر أيضا.⁶⁰

الفرع الثاني: الحقوق العينية التبعية⁶¹ "droit réels accessoires"

إذا كانت الحقوق العينية الأصلية توجد بشكل مستقل فتقوم بذاتها بمجرد وجود صاحب الحق والشيء المادي المعين بذاته ودون أن تحتاج إلى حق آخر تستند إليه، فإن الحقوق العينية التبعية أو ما يسمى (التأمينات العينية) هي – على خلاف ذلك- تعتبر حقوقا ذات مفهوم توثيقي، فهي تثبت وتقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مدين له، توثيقا للدين، وضمانا للوفاء به من قبل المدين.

فإذا لم يقم المدين بوفاء الدين، تمكن الدائن عندئذ من أن يستوفي دينه منه.⁶² وهي حقوق عينية "réels"، لأنها ترد على شيء معين، وتوصف بأنها تبعية، لأنها ترتكز على حق شخصي وتتبع هذا الحق وجودا وعدما، لذلك إذا انقضى الحق الشخصي بالوفاء أو بأي سبب من أسباب انقضاء الحقوق فلا يتصور بقاء الحق التبعية. ووظيفة الحقوق العينية التبعية هي ضمان الوفاء بالحق الشخصي، أي تأمين الدائن في استيفاء حقه، لذلك يطلق عليها اسم التأمينات العينية.⁶³ والتأمينات هي الوسائل التي تضمن للدائن استيفاء حقه وتقيه خطر إفسار مدينه المحتمل، وتحيط المدين بالثقة التي بها يستطيع الحصول على الدين، وعليه فالتأمينات تؤدي

255، والطيب الفصايلي مرجع سابق صفحة 188، ونبييل إبراهيم سعد 64/2، وحسن كيرة مرجع سابق ص 462، ورمضان أبو السعود النظرية العامة للحق ص 394، وعلى هادي العبيدي مرجع سابق ص 234، وأنور سلطان مرجع سابق ص 191، ورمضان أبو السعود ومحمد حسين منصور مرجع سابق ص 394.

- النظرية العامة للحق مرجع سابق ص 394.⁵⁹

- انظر: محمد ابن معجوز مرجع سابق ص 351.⁶⁰

⁶¹ - الحق العيني التبعية حسب المادة 10 من مدونة الحقوق العينية هو: "الحق الذي لا يقوم بداته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به، والحقوق العينية التبعية هي:

- الامتيازات

-الرهن الحيازي

- الرهون الرسمية

-انظر: خالد عبد الله مرجع سابق ص 267.⁶²

- انظر: الطيب الفصايلي مرجع سابق ص 201.⁶³

وظيفة اقتصادية مهمة، لأنها تمنح الدائن الضمان فتشجعه على الإقراض وتوفر للمدين الائتمان فتمكنه من الحصول على المال.⁶⁴

ويقضي القانون بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهذا ما يعرف بالضمان العام للدائنين (gage commun) ومن مقتضى هذا الضمان أن لكل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات.

غير أن هذا الضمان العام لا يوفر للدائنين الحماية الكافية، لأنه لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، وبذا يستطيع أن يبعتها عن متناول يد الدائنين الذي سيقصر حقهم على التنفيذ على الأموال الموجودة في ذمته وقت التنفيذ، وقد لا تكفي للوفاء بجميع الديون، ولأنه من ناحية أخرى يخضع الدائنين لقاعدة قسمة الغرماء، وبذا لا يستوفي الدائن كل دينه. ولتلافي خطر إفسار أو إفلاس المدين من ناحية، واستبعاد قاعدة قسمة الغرماء من ناحية أخرى، يسعى الدائن للحصول على تأمين خاص.⁶⁵

هذا التأمين قد يكون شخصيا بمعنى أن يطلب الدائن من مدينه تقديم كفيل يكفله في تنفيذ الالتزام وهذه الكفالة، ولكن قد لا يفتق الدائن لهذه الوسيلة من وسائل التأمين لاحتمال أن يصبح الكفيل هو الآخر معسرا، لذلك يطلب الدائن الحصول على تأمين عيني على مال معين، وهذا ما يحدث مثلا في الرهن الرسمي، هذا التأمين العيني هو الذي يطلق عليه الحق العيني التبعية.

فالحق العيني التبعية يتقرر لضمان الوفاء بالالتزام معين...الخ. والحق العيني التبعية أو التأمين العيني يجب أن يرد على مال معين، وهو لذلك يخول حقا عينيا يحتج به على الكافة، وينتج من ذلك:

أولاً: أن التأمين العيني "أو الحق العيني التبعية" يحقق للدائن المزود به أفضلية على سائر دائني المدين الآخرين، فهو يتمتع في مواجعتهم بحق الأفضلية، وهذا الحق يعد عنصرا أساسيا في التأمين العيني.

ثانياً: ولأن الدائن المزود بهذا التأمين يتمتع بحق عيني، فإن هذا الحق يخول له تتبع المال المخصص لوفاء حقه في أي يد يكون، وهذا هو الحق في التتبع، والذي يعد عنصرا ثانياً في التأمين العيني.

فالتأمين العيني يحقق أمنا مزدوجا للدائن، فهو يؤمنه ضد خطر إفسار المدين بما يوفره من حق في الأفضلية، كما يؤمنه ضد خطر تصرف المدين في ماله بما يحققه من الحق في التتبع.⁶⁶

وبالرجوع إلى أحكام التشريع المغربي يلاحظ أن هذه الحقوق العينية التبعية إنما تنحصر في نطاق حقوق ثلاثة وهي: حقوق الامتياز، الرهن الحيازي، والرهن الرسمي، ومن ثم سنتولى بيان كل حق من هذه الحقوق بشكل مقتضب وسنفرد لكل حق نقطة خاصة به.

الفقرة الأولى: حق الامتياز "droit de privilège"

عرف المشرع المغربي حق الامتياز في الفصل 1243 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: "الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين".

-انظر: علي هادي العبيدي مرجع سابق ص317.64

- انظر: أنور سلطان مرجع سابق ص194.65

- انظر: رمضان أبو السعود مرجع سابق ص397.66

وعرفته المادة 142 من مدونة الحقوق العينية بما يلي: "الامتياز حق عيني تبغي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين".
ويفهم من هذين الفصلين أن الامتياز حق خوله القانون للدائن بدين معين، يمكنه بمقتضاه أن يستوفي ذلك الدين من جميع منقولات المدين أو من مال معين له، مع تمتيع هذا الدائن بحق الأفضلية عن بقية الدائنين ولو كانوا يتمتعون برهن رسمي، ونمثل للدين الذي يتمتع بحق الامتياز بالدين الناتج عن مصاريف الجائزة.⁶⁷
كما يتضح من التعريفين السابقين لحق الامتياز أنه يتمتع بطبيعته ويمتاز بالخصائص التالية:

- أنه حق عيني: فهو كالرهن، يولي صاحبه حق التتبع والأولوية.
 - وأنه حق عيني تبغي: فهو كالرهن، لا بد من أن يرتكز إلى التزام أصلي.
 - وأنه حق لا يقبل التجزئة: ويعني هذا أن صاحب الدين الممتاز يمكنه أن يتمسك بامتيازته على مجموع المال المترتب عليه الامتياز مادام هناك جزء من الدين دون وفاء.
 - وأنه حق مصدره القانون: ذلك أن الامتياز إنما ينشأ بنص قانوني.
 - وأنه حق يقرره القانون مراعاة منه لصفة الدين أو لسببه.
 - وأنه حق ير على المنقول كما يرد على العقار.⁶⁸
- وعليه فإن حقوق الامتياز في نطاق التشريع المغربي على ثلاثة أنواع:
- (1) حقوق الامتياز المنقولة العامة.
 - (2) حقوق الامتياز المنقولة الخاصة.
 - (3) حقوق الامتياز العقارية الخاصة.⁶⁹

الفقرة الثانية: الرهن الحيازي "droit de gage"

عرف ابن عرفة الرهن بقوله: الرهن مال قبض توثقا به في دين⁷⁰.
وعرفته المادة 145 من مدونة الحقوق العينية بما يلي: "الرهن الحيازي حق عيني يتقرب على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين، ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.
تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ".
والرهن الحيازي: عقد يضع بمقتضاه المدين أو من يعمل لمصلحته مالا معيناً تحت حيازة الدائن أو نائبه ضماناً لدينه.⁷¹

ولقد عرف المشرع المغربي الرهن الحيازي في الفصل 1170 ق ل ع بقوله: "الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو

- انظر: محمد ابن معجوز مرجع سابق ص 491. 67

- انظر: خالد عبد الله مرجع سابق ص 271 باختصار. 68

93 - انظر: تفاصيل هذه الحقوق وتطبيقاتها عند ابن معجوز مرجع سابق ص 495، والطيب الفصائلي مرجع سابق ص 225، وخالد عبد الله مرجع سابق ص 272.

70 - انظر: حدود ابن عرفة .

- انظر: محمد ابن معجوز مرجع سابق ص 445. 71

عقاريا أو حقا معنويا لضمان الالتزام، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين".
ويمتاز الرهن الحيازي بالخصائص التالية:

أولاً- هو حق عيني: فهو سلطة مباشرة لصاحبه على الشيء دون أية وساطة وهو يمنح الدائن حق التتبع وحق الأولوية، وهو يولي حق التتبع أي أن للدائن المرتهن، إذا انتزع منه الشيء المرهون بدون رضاه، أن يطالب باسترجاعه واسترداده من يد أي شخص يحوزه شريطة أن يمارس دعوى الاسترداد خلال مدة ثلاثين يوما من علمه بخروج المرهون من حيازته حسب الفصل 297⁷² من قانون الالتزامات والعقود المعطوف عليه بالفصل 1232.⁷³ وهو يولي حق الأولوية أي: أن للدائن المرتهن في حالة بيع المرهون أن يحصل على دينه من ثمن المبيع بالأفضلية على سائر الدائنين الآخرين حسب الفصلين 1170 و1180⁷⁴ من قانون الالتزامات والعقود.⁷⁵

ثانياً: وأنه حق عيني تبعي: ذلك لأنه يتعلق بمالية الشيء المرهون ويرتكز أصلاً ومباشرة على الاستيثاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين. ومن هنا كان حقا تابعا للالتزام أصلي ويكون ضامنا للوفاء به. ويعني هذا أن الرهن الحيازي يتبع دائما الالتزام المضمون صحة وبطلانا ويتصف بأوصافه، كما وينقضي بانقضائه استنادا للفصل 1233⁷⁶ من قانون الالتزامات والعقود.⁷⁷

ثالثاً- وأنه حق لا يتجزأ: وهذا ما نص عليه الفصل 1201 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: "لا يلتزم الدائن برد الشيء المرهون للمدين أو للغير المالك له، إلا بعد تنفيذ الالتزام تنفيذاً كاملاً، ولو كان ذلك الشيء قابلاً للتجزئة، وكل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه". وهو حق غير قابل للتجزئة حسب الفصل 1180 من قانون الالتزامات والعقود "الرهن بطبيعته لا يتجزأ فكل جزء من الشيء المرهون رهنا حيازيًا أو رسمياً يضمن كل الدين".
رابعاً: وأنه يريد على المنقول كما يرد على العقار: فإذا ورد على شيء منقول خضع في أحكامه لأحكام الرهن الحيازي الوارد عليها النص في الفصول من 1170 إلى 1240 من قانون الالتزامات والعقود، وإن ورد على عقار غير محفوظ خضع عندئذ لأحكام الرهن العقاري الواردة في الفصول من 1170 إلى 1183 من نفس القانون، وإن ورد على عقار محفوظ خضع عندئذ لأحكام الفصول من 100 إلى 107 من ظهير 19 رجب 1333هـ.⁷⁸
خامساً: أنه لا ينفذ في حق الغير إلا بنقل حيازته: رهن المنقول لا ينفذ في حق الغير إلا بنقل حيازة الشيء من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يرتضيه الراهن والمرتهن، فالفقرة الثانية من الفصل 1188 ينص على ما يلي: "يتم الرهن الحيازي:

96- إذا انتقلت الأشياء المحبوسة في يد الدائن خفية عنه أو برغم معارضته كان له الحق في استردادها لإعادتها إلى المكان الذي كانت موجودة فيه خلال ثلاثين يوماً تبدأ من وقت علمه بالنقل، وإذا انقضى هذا الأجل، سقط حق الدائن في التتبع. (الفصل 297).

97- للمرتهن حيازي الذي تنتزع منه حيازة المرهون برغم إرادته أن يسترده من يد المدين، أو من يد أي شخص من الغير حسب ما هو مقرر في الفصل 297.

- الرهن بطبيعته لا يتجزأ فكل جزء من الشيء المرهون رهنا حيازيًا أو رسمياً يضمن كل الدين.⁷⁴

-انظر: زيد قدرى ترجمان مرجع سابق ص43.⁷⁵

100 - بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن. الأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي أو انقضاءه توجب إبطال الرهن أو انقضاءه... الخ.

- انظر: خالد عبد الله عيد مرجع سابق ص 269.⁷⁷

- انظر: خالد عبد الله عيد مرجع سابق ص269.⁷⁸

أولاً:
ثانياً: وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعلياً إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون".

وينص الفصل 1189 في فقرته الأولى على أن: "الرهن الحيازي الذي يرد على حصة مشاعة في منقول لا يتم إلا بتسليم الشيء كله للدائن".
فهذا التسليم أمله نفس المحكمة التي أملت قيد الرهن الرسمي، وهي إعلام الغير بأن المرتهن قد غدت له أسبقية استيفاء دينه من ثمن الشيء المرهون، وهذا القول يتفق أيضاً وحكم الفقه الإسلامي الذي اشترط حيازة الدائن للشيء المرهون، فلا رهن بدون حيازة⁷⁹ استناداً إلى قوله تعالى: "فرهان مقبوضة" سورة البقرة الآية 284.

الفقرة الثالثة: الرهن الرسمي "droits d'hypothèque"

عرفته المادة 165 من م ح ع بما يلي: "الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ، ويخصص لضمان أداء دين
وعليه يمكن تعريف الرهن الرسمي بأنه عقد يخصص بمقتضاه مال له سجل خاص لضمان دين.⁸⁰

كما عرف بأنه سلطة مباشرة مقررة للدائن على عقار مخصص لوفاء دينه، يخوله أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.⁸¹

ويتضح من هذه التعارف أن الرهن الرسمي يمتاز بالخصائص التالية:
أولاً: أنه حق عيني ذلك أنه يولي صاحبه حق التتبع والأولوية، فحق التتبع يسمح للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له، أما حق الأولوية فيسمح له أن يتقدم على باقي الدائنين للحصول على دينه من ثمن العقار إن لم يوف المدين بدينه عند حلول أجل الدين.⁸²

ثانياً: أنه حق عقاري لا يترتب في الأصل على العقارات دون المنقولات غير أن قانون التجارة البحرية أجاز بصورة استثنائية وقوع الرهن الرسمي على السفن نظراً لأهميتها الاقتصادية في الحياة العملية.⁸³

ثالثاً: الرهن الرسمي حق تبقي: معنى ذلك أن الرهن الرسمي لا ينشأ إلا بقصد الوفاء بحق شخصي، فلا يمكن أن ينشأ مستقلاً ولذاته، ولا يقتصر معنى التبعية على نشوء الرهن فقط، بل إن الارتباط بين الرهن والدين المضمون يمتد إلى ما وراء ذلك بكثير، فإذا انقضى الحق الشخصي نتيجة الحكم بالبطلان، أو الإبطال، أو بسبب الوفاء، أو ما يعادله، أو حتى

- انظر: الطيب الفصائلي مرجع سابق ص 215.79

- انظر: محمد ابن معجوز مرجع سابق ص 444.80

- انظر: عبد الخالق أحمدون مرجع سابق ص 43.81

- انظر: عبد الله خالد عيد مرجع سابق ص 269.82

- انظر: زيد قدرى ترجمان مرجع سابق ص 45.83

بدونه انقضى الرهن أيضا، وكذلك إذا انقضى الحق المضمون انتقل معه الرهن كقاعدة عامة، فالالتزام الأصلي يسير مع الرهن يدور معه وجودا وعدما.⁸⁴

رابعاً: هو حق لا يقبل التجزئة: معنى ذلك أن العقار الواقع عليه يضمن بمجموعة الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن.

خامساً: هو حق لا يستلزم خروج العقار من حيازة المدين إلى حيازة الدائن، وإنما يظل العقار في يد المدين يستعمله ويستغله ويتصرف فيه على هواه بشرط ألا يلحق به ضرراً ينقص من قيمته، وبهذا يختلف الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي الذي يشترط فيه نقل المنقول من الراهن إلى الدائن المرتهن أو لشخص آخر يتفق عليه الطرفان.

سادساً: يجب أن يكون العقار موضوع الرهن عقاراً قابلاً للتداول حتى يتمكن الدائن في بيعه في المزاد العلني واستيفاء دينه من ثمنه إذا لم يؤد المدين الدين عند حلول أجله.⁸⁵ والرهن الرسمي على نوعين في التشريع المغربي: رهن رسمي إجباري، ورهن رسمي اتفاقي (المادة 170 من م ح ع).

أ- أما الرهن الجبري: فهو الرهن المخول بحكم قضائي وبدون رضا المدين في حالات معينة عددها القانون على سبيل الحصر حسب المادة 171 وما بعدها من م ح ع. ويلاحظ أنه أنواع عديدة يمكن الرجوع فيها إلى أحكام الفصل المذكور ولعل أهم هذه الرهون هي الرهونات الجبرية المقررة ضماناً لحقوق فاقدي الأهلية وناقصيها، ولحقوق وديون الزوجية، ولحقوق البائع... الخ.

ويلاحظ أن الرهن الجبري يمتاز عن الرهن الرضائي بخاصيتين اثنتين: الخاصية الأولى: وهي أن الرهن الجبري إنما يقرر بحكم قضائي، وسواء رضي صاحب العقار بذلك أم لم يرضى، أما الرهن الرضائي فلا بد فيه من موافقة صاحب العقار، فبدون هذه الموافقة لا يمكن أن ينعقد هذا الرهن.

الخاصية الثانية: الرهن الجبري يضمن حصراً حقوق بعض الأشخاص حسب نص القانون، أما الرهن الرضائي فيمكن أن يضمن الحق، كيفما كان ولأي شخص.

ب- فالرهن الرسمي الرضائي (الاتفاقي): هو ما يحصل باتفاق الأطراف، وحسب المادة 174 من م ح ع: "ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضا الطرفين، ولا يكون صحيحاً إلا إذا قيد بالرسم العقاري"، ومن ثم لا بد لقيامه من توافر عدة شروط.⁸⁶

ويتبين من المقارنة بين التعريفين أن الفرق بين الرهن الحيازي والرسمي يظهر في أن النوع الأول لا يترتب عنه أي أثر إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى من يقوم مقامه، بينما ليس شرطاً في النوع الثاني هذا الانتقال للحيازة، بل يضل تحت حيازة الراهن، لأن تسجيل عقد الرهن في السجل المخصص لذلك الشيء يقوم مقام تلك الحيازة.⁸⁷

-انظر: الطيب الفصائلي مرجع سابق ص205.84

109- انظر: زيد قدرى ترجمان مرجع سابق ص45 والطيب الفصائلي مرجع سابق ص206 وخالد عبد الله عيد مرجع سابق ص270.

110 - انظر المادة 175 وما بعدها من مدونة الحقوق العينية

111 - انظر: خالد عبد الله عيد مرجع سابق ص 270 وما بعدها باقتضاب ، وزيد قدرى ترجمان مرجع سابق ص 46 ، والطيب الفصائلي مرجع سابق 207 .

المطلب الرابع: الحقوق المختلطة الحقوق الذهنية "les droits intellectuels"

سبق أن أكدنا أن تقسيم الحقوق إلى حقوق مادية، وحقوق غير مادية يعتبر تقسيما غير قاطع وغير حاسم، حيث أن هناك من الحقوق ما يوجد على الحدود بين الطائفتين فقد أدى التطور في المجالات المختلفة، وخاصة في مجال العلوم والآداب والفنون، إلى ظهور النتاج الذهني والفكري للإنسان، وقد أدى التطور في الصياغة القانونية إلى ظهور ما يسمى بالحقوق الذهنية.⁸⁸

هذه الحقوق أثارت خلافا فقهيًا حول تكييفها وحول موضعها من بين الحقوق، هذا الاختلاف وهذه الحيرة بانته في تسميتها، فعرفت تارة باسم "الملكية الأدبية أو الفقهية أو الصناعية"، وعرفت حينًا باسم "الحقوق المعنوية أو الأدبية"، وعرفت أخيرًا باسم "الحقوق الذهنية".⁸⁹

ومعلوم أن كل الحقوق غير مادية، سواء وقعت على شيء مادي أو على شيء غير مادي، والشيء غير المادي هو شيء لا يدرك بالحس، وإنما يدرك بالفكر، وأكثر الأشياء غير المادية هي نتاج الذهن، ولذلك أمكنت تسميتها بالأشياء الذهنية (choses intellectuelles)، وأمكن أن تسمى الحقوق التي ترد عليها بالحقوق الذهنية (droits intellectuels)، والحقوق الذهنية هي حق المؤلف (droit d'auteur) وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية (propriété littéraire artistique)، والحقوق المتعلقة بالرسالة (droits sur les lettres missives) وهي ما اصطلح على تسميتها بملكية الرسائل (propriété des lettres missives) وحق المخترع (droit d'inventeur)، وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية (propriété industrielle)، ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعًا، أنها حقوق ذهنية، فهي نتاج الذهن وخلقته وابتكاره.

هذا ولقد اشتد الجدل في تكييف طبيعة الحقوق الذهنية على الأشياء غير المادية، فقد بلغ التحمس بفريق أن عدوا حق المؤلف، لا حق ملكية فحسب بل هو من أقدس حقوق الملكية، وملكية الإنسان لنتاج ذهنه وتفكيره ولمبتكراته العقلية، كما يقول هذا الفريق، هي الملكية التي تتصل بالصميم من نفسه، وتتجسم في شخصيته، وهي أولى كثيرًا بالحماية من الملكية المادية، التي تقتضي حتمًا أن يستحوذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله.⁹⁰

وعلى هذا يمكن تعريف الحقوق الذهنية أيضًا بأنها اختصاص الشخص بالاستثنائية فيما ينسب إليه من إنتاج ذهني سواء كان هذا الإنتاج أدبيًا أم فنيًا أم براءة اختراع، ويقال لهذا الإنتاج الفكري أو الذهني في الاصطلاح المصنف.

وبعبارة أخرى فإن الحقوق الذهنية ترد على شيء غير مادي، أي تعتبر من الحقوق المعنوية، ويمكن القول بأنها سلطات مخولة لشخص على فكرة ابتدعها أو اختراع اكتشفه أو أي ميزة أخرى نتجت عن عمله، وذلك لتمكينه من الاحتفاظ بنسبة هذه الفكرة أو هذا الاختراع أو هذه المزية إلى نفسه، ولتمكينه أيضًا من احتكار المنفعة المالية التي يمكن أن

- انظر: نبيل إبراهيم مرجع سابق 103/2.88

- انظر: حسن كيرة مرجع سابق ص 481.89

- انظر: عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق 276/8.90

تنتج من نشر هذه الفكرة، أو استغلال ذلك الاختراع أو تلك المزية، ومثال ذلك حق المؤلف والمغني وحقوق العلامات التجارية.

ويتبين مما سبق أن الحق الذهني له جانبان، أحدهما أدبي، وهو الذي يخول للمؤلف أن تنسب إليه أفكاره، وجانب آخر مادي، وهو الذي يخول للمؤلف أن يستأثر بالمنفعة المالية التي يمكن أن تنتج من نشر مؤلفه.⁹¹

وتتنوع صور المحل المعنوي الذي يرد عليه الحق الذهني: فهناك الأفكار والآراء والتصويرات المختلفة التي هي من نتاج العلوم والآداب والفنون، ويتعلق بها حق المؤلف (droit d'auteur)، حيث ترتبط بشخص مبتدعها، وهو الكاتب أو المخترع أو الفنان أو الرسام أو المصور أو الممثل، ويكون لكل منهم حق في أبوة واستغلال ابتكاره ونتاجه الفكري. وهناك القيم المعنوية التجارية التي تتصل بالمحل التجاري... الخ.

وهناك القيم المعنوية المتعلقة بابتكارات جديدة قابلة للاستغلال الصناعي، وتتعلق بمنتجات صناعية جديدة أو طرق ووسائل صناعية مستحدثة أو تطبيقات جديدة بها. ويتمثل ذلك في براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التي تميز المنتجات، وقد جرى العمل على تسمية الحق الذي يرد على تلك القيم بالملكية الصناعية.⁹² وقد عنيت القوانين الداخلية لأغلب الدول الحديثة بتنظيم هذه الحقوق بمعناها الواسع، بل إن الضرورة لم تلبث أن دعت إلى عقد اتفاقيات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقيات، فأبرمت في 9 سبتمبر سنة 1886 اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين.

وقد تناولها التعديل عدة مرات في مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك، كان آخرها مؤتمر بروكسيل المنعقد سنة 1948. وكذلك أبرمت في 20 مارس سنة 1883 اتفاقية باريس الخاصة بحماية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية وتناولها كذلك التعديل أكثر من مرة.⁹³

والمغرب انضم إلى معاهدة برن بالمصادقة على اتفاقية روما (المنعقدة في 1928) بتاريخ 25 نونبر 1934 وبروكسيل المنعقدة في 1948 بتاريخ 22 مارس 1952 وستوكهولم المنعقدة في 1967 في 6 غشت 1971، ودخلت حيز التطبيق بموجب ظهير 18 يوليوز 1951.

وتعتبر اتفاقية برن بحق المصدر التاريخي الرئيسي لقانون الملكية الأدبية والفنية لعدة تشريعات من بينها التشريع المغربي الذي عرف تغييرا جوهريا بين ظهيري 1916 و 1970 هذا الأخير الذي اقتبس من هذه الاتفاقيات ونص على أشياء جديدة عرفها التطور التكنولوجي كالتلفزة مثلا، كما انعكس ذلك أيضا على الظهير الحالي الصادر في 15 فبراير 2000م، غير أن صبغة العمومية تغطي على جل فصولها، وهكذا نجد المادة الثانية تعرف المشمول بالحماية جميع الانتاجات في الميدان الأدبي والعلمي والفني بجميع وسائل التعبير، ثم تمثل لهذه الوسائل دون الحصر، وذلك حتى تترك المجال مفتوحا لجميع وسائل التعبير التي تظهر مستقبلا... الخ.

- انظر: عبد القادر الفار مرجع سابق ص144.91

-انظر: نظرية الحق محمد حسين منصور مرجع سابق ص104.92

-انظر: حسن كيرة مرجع سابق ص482.93

وتشمل الحماية تبعا لهذه الاتفاقية جميع المؤلفين المنتمين للدول التابعة لاتحاد بيرن سواء كانت مصنفاتهم منشورة، أم لا، وكذا المصنفات التي تنشر لأول مرة في هذه الدول، وفي نفس الوقت في دول خارج الاتحاد... الخ.⁹⁴ وهكذا يمكن حصر الاتفاقيات الدولية المبرمة بخصوص حماية حقوق الملكية الفكرية في:

- اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية لسنة 1883 م.
- اتفاق مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة لسنة (1891 م).
- معاهدة نيروبي بشأن حماية الرمز الليمبي (لسنة 1981 م).
- معاهدة واشنطن بشأن الملكية الفكرية فيما يختص بالدوائر المتكاملة (لسنة 1989 م).
- معاهدة قانون العلامات لسنة 1994 م.
- معاهدة التعاون بشأن البراءة لسنة 1970.
- معاهدة بودابست بشأن الاعتراف الدولي بإيداع الكائنات الدقيقة لأغراض الإجراءات الخاصة بالبراءات لسنة 1977 م.
- اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات (لسنة 1891 م).
- بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات (لسنة 1989 م).
- اتفاق لشبونة بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي لسنة 1958 م.
- اتفاق لاهاي بشأن الإبداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية لسنة 1925.
- اتفاق استراسبورغ بشأن التصنيف الدولي للبراءات لسنة 1971 م.
- اتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للسلع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات لسنة 1957.
- اتفاق فيينا الذي وضع بموجبه تصنيف دولي للعناصر التصويرية للعلامات لسنة 1973 م.
- اتفاق لوكارنو الذي وضع بموجبه تصنيف دولي للرسوم والنماذج الصناعية لسنة 1968 م.
- معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف لسنة 1996 م.
- معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي لسنة 1996 م.
- اتفاقية روما بشأن حماية فاني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة لسنة 1961 م.
- اتفاقية جنيف بشأن حماية منتجي الفونوغرامات من استنساخ فونوغرامات دون تصريح لسنة 1971 م.
- اتفاقية بروكسيل بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر التتابع الصناعية لسنة (1974 م)
- الاتفاقية العامة للتعرفة والتجارة "GATT".

- منظمة التجارة الدولية "WTO".
- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس"⁹⁵.
وعلى مستوى التشريع الداخلي للدول نجد أن الحقوق الذهنية للمؤلف عرفت عناية وحماية خاصة تجسد ذلك من خلال مضامين تلك التشريعات، سواء العربية منها، أو الدول الفرنكوفونية أو الدول الانكلوساكسونية، أو الدول الاشتراكية.⁹⁶

-انظر: صلاح زين الدين "المدخل إلى الملكية الفكرية" ص 227 الطبعة الأولى 2004 دار الثقافة.⁹⁵
- انظر: الأزهر محمد حقوق المؤلف في القانون المغربي ص 42 دار النشر المغربية 1994.⁹⁶

المبحث الثالث : الخصائص الجوهرية للالتزام

سبق القول أن الالتزام رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين ، يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن ،نقل حق عيني ،أو القيام بعمل ،أو الامتناع عن عمل .

وعليه وانطلاقاً من هذا التعريف يمكننا أن نحدد خصائص الالتزام على النحو التالي :

- الالتزام رابطة قانونية (المطلب الأول) .
- الالتزام رابطة شخصية (المطلب الثاني) .
- الالتزام رابطة محلها عمل له قيمة مالية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : الالتزام رابطة قانونية

المقصود بالرابطة القانونية أي :أن القانون يرتب على هذه الرابطة أثراً قانونياً ، أو شنت قلت أن الالتزام يشكل قيدياً يرد على إرادة المدين أو حريته ،وعلى هذا فالالتزام علاقة قانونية بين دائن ومدين يلتزم المدين بمقتضاها بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن القيام بعمل ذي قيمة مالية ،و مثاله إذا اتفق عمرو مع أحد سائقي سيارات الأجرة ،فإن تخلف هذا الأخير أو امتنع عن تنفيذ التزامه جاز للأول أن يجبره على هذا التنفيذ ،غير أن الأمر يختلف إذا اتفق عمر مع زيد على أن يوصله إلى مكان ما بسيارته ، فإن ذلك لا ينشئ التزاماً قانونياً على عاتق أحمد ، بمعنى أنه إذا لم يتم بتنفيذ هذا الواجب لم يجز لعمر أن يجبره على هذا التنفيذ ، فالتنفيذ هنا واجب أخلاقي أو من المجاملات .

وكذلك الحال إذا اتفق مع شخص ليصلح سيارته أو ترميم منزله فإن أثر ذلك هو وجوب تنفيذ تلك الالتزامات .

من خلال هذه الأمثلة يتبين أن الخاصية الأولى للالتزام تتمثل في الثقة التي يحميها القانون ، وهي الخاصية التي تميز الالتزام عن المظاهر الأخرى التي تقوم فيها الثقة أيضاً ، لكن القانون لا يحميها كما هو الشأن بالنسبة للالتزام الطبيعي ،والذي يرى فيه جانب من الفقه على أنه التزام ناقص يتوافر على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية ، لهذا لا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا وفاه مختاراً لم يكن له أن يسترد ما وفاه ،كما أنه إذا تعهد بالوفاء به فإنه لا يعد متبرعاً بهذا التعهد الذي يجبر على تنفيذه ، فهذا الالتزام وإن كانت تقوم فيه الثقة إلا أنها غير جديرة بالحماية القانونية .

وعلى هذا فإنه يمكن تحليل الالتزام إلى عنصرين :عنصر المديونية ، وعنصر المسؤولية .

ويتمثل عنصر المديونية في الواجب القانوني بالقيام بأداء معين لمصلحة الدائن ، أما عنصر المسؤولية فهو عنصر الإلزام المقرر للدائن حيث يحق له بمقتضاه أن يجبر مدينه على تنفيذ التزامه ، إذا لم يقد بتنفيذه اختياريا.⁹⁷

ويتبين من هذا التحليل أن المديونية هي العنصر الأساسي في الالتزام ، وان المسؤولية ليست سوى وسيلة لأعمال المديونية بتمكين الدائن من الحصول على دينه .

والغالب أن يقع الوفاء الاختياري ، فلا تكون هناك حاجة إلى تحريك المسؤولية إنما لا يكون الالتزام كاملا إلا إذا اجتمع فيه عنصران ، ويقال له في هذه الحالة التزام مدني ، وقد توجد المديونية دون المسؤولية ، وحينئذ يكون الالتزام ناقصا⁹⁸ .

المطلب الثاني : الالتزام رابطة شخصية

يقصد بخاصية الالتزام رابطة شخصية أي: أن له طرفين أحدهما دائن والآخر مدين ، ويجوز أن يكون الطرفان من الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص الاعتبارية ، كما يجوز أن يتعدد الأشخاص في الطرف الواحد أو الطرفين معا .

وعلى هذا فلا يتصور قيام الالتزام إلا بين شخصين أو عدة أشخاص ، ولذلك يوصف بأنه رابطة شخصية :تقوم بين المدين ، الذي يجب أن يكون معيناً ، والدائن الذي يجب أن يوجد على الأقل عند تنفيذ الالتزام .⁹⁹

ويترتب عن كون الالتزام رابطة شخصية أن المدين لا ينفذ التزامه إلا لشخص الدائن مبدئياً ، كما أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بالتنفيذ إلا من قبل شخص المدين مبدئياً ، غير أن الالتزام لا يمكن تصور وجوده إلا بوجود المدين وتعيينه وقت العقد ، أما وجود الدائن أو تعيينه فهو شرط لتنفيذ الالتزام ، ولا يشترط وجوده أو تعيينه عند نشوء الالتزام .

ومثال ذلك أن يتفق صاحب مصنع مع إحدى شركات التأمين على دفع أقساط معينة ، على أن تقوم الشركة بدفع مبلغ التأمين لأي عامل يصاب أثناء العمل أو بسببه ، وكذلك إذا أمن شخص على حياته لمصلحة ورثته ، فإن الدائن وهم الورثة لا يتعينون عند نشوء عقد التأمين ، بل عند وفاة مورثهم .¹⁰⁰

97- جلال علي العدوي أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ص 29 ، 1993 ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ،، النظرية العامة للالتزام ،العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ،سنة 2004 منشأة المعارف بالإسكندرية ،ص 8 فما بعد

- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية عبد المنعم فرج الصده ص 14 دار النهضة العربية 1974 ⁹⁸

99- النظرية العامة للالتزامات إبراهيم البيه مرجع سابق ص 7 .

- مصطفى عبد الحميد عدوي ،النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام- ص 19¹⁰⁰

المطلب الثالث : الالتزام رابطة محلها عمل له قيمة مالية

يعني أن الالتزام رابطة محلها عمل له قيمة مالية أي ذا طابع مالي، بمعنى أن يكون الأداء الذي يلتزم به المدين مما يمكن تقديره بالنقود ، وبالتالي تخرج الحقوق الشخصية من مفهوم الالتزام لأن طابعها غير مالي ، ومن ذلك واجب الطاعة المقرر للزوجة على زوجها ، وواجب الابن في طاعة أبيه ، وواجب التصويت في الانتخابات العامة .¹⁰¹

كما أن العبرة في كون الأداء ذا قيمة مالية بطبيعة الأداء والعادات السائدة في المجتمع وقت نشوء الالتزام . ولا يشترط في المصلحة التي تعود على الدائن من وراء الالتزام أن تكون مصلحة مالية ، فهذه يكفي فيها أن تكون مصلحة معنوية ، كأن تكون مصلحة علمية أو خلقية أو شعورية أو غير ذلك ، ما دام أنها مصلحة جدية ومشروعة .

مثل ذلك أن يتفق فنان مع شخص على إحياء حفلة في منزل لمدعويين ، إذ ينشأ عن هذا الاتفاق التزام حقيقي على عاتق الفنان ، يكون الأداء فيه مالياً ، بينما مصلحة الدائن من هذا الالتزام مصلحة غير مالية.¹⁰²

101 - مصطفى عبد الحميد البيه: النظرية للالتزامات مصادر الالتزام ،المصادر الإرادية ،ص 7
- نظرية العقد عبد المنعم فرج الصده مرجع سابق ص 17¹⁰²