اقتباس: الخاتوني. فراس. ج. خ. (٢٠٢٥). مفهوم الحق: دراسة مقارنة. مجلة دراسات إقليمية. (١٩). ٦٣. ١٧١-٢١٠.
https://doi.org/10.33899/regs.2024.155108.1226

مفهوم الحق: دراسة مقارنة

م.د. فراس جرجيس خلف الخاتوني
كلية التربية الأساسية/ جامعة الموصل
f_jarjees@uomosul.edu.iq

الاستلام: ٢٠٢٤/١١/١٠ القبول: ٢٠٢٤/١٢/١٥ النشر: ٢٠٢٥/١/١

مستخلص البحث

فكرة هذا البحث تقوم على بيان مفهوم الحق من الناحية الفقهية والقانونية؛ والهدف منه تعريف الحق في الفقه الاسلامي والفقه القانوني وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع؛ كون تعريف الحق كان ولا يزال محل جدل وإشكال سواء عند المختصين بالفقه الاسلامي أو عند فقهاء القانون. ولا يخفى ما لهذا البحث من أهمية؛ لأن الحق يكاد يكون موضوع جميع الأبواب أو المسائل في الفقه الإسلامي وكذلك موضوع جميع أنواع القوانين. لذلك لابد من تعريفه بشكل دقيق بحيث نجمع كل أنواع الحقوق في مبناه، ونمنع دخول أي وضع من الأوضاع في معناه؛ لكي نخرج بالتالي بمفهوم مستقل للحق؛ يساعدنا على منع خلط الاوضاع الأخرى بالحق، لاسيما في الحياة القانونية سواء كان ذلك في المجال النظري أو العملي. ويحتوي البحث على مبحثين؛ الاول لتعريف الحق، والثاني لتمييز الحق عما يشتبه به. وأهم استنتاج من هذا البحث ان الحق هو الاختصاص بشيء أو قيمة أو أداء (اختصاصا) يقره القانون.

الكلمات المفتاحية: المفهوم؛ الحق؛ تعريف الفقه؛ القانون.

© Authers, 2024, Regional Studies Center, University of Mosul. This is an open access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

Citation: Alkhatooni. Firas. J. Kh. (2025). The Concept of Right: Comparative Study. *Regional Studies Journal*. (19). 63. https://doi.org/10.33899/regs.2024.155108.1226

The Concept of Right: Comparative Study

Lect. Dr. Firas J. Khalaf Alkhatooni
Faculty of Basic Education/University of Mosul
f_jarjees@uomosul.edu.iq

Received: 10/11/2024 Accepted: 15/12/2024 Published: 1/1/2025

Abstract

The idea of this research is based on clarifying the concept of right from a jurisprudential and legal perspective. Its aim is to define the right in Islamic jurisprudence and legal jurisprudence and distinguish it from suspicious situations. The definition of right was and still is a subject of controversy and problem, whether among specialists in Islamic jurisprudence or among legal scholars. It is no secret that this research is important. Because right is the subject of almost all chapters or issues in Islamic jurisprudence, as well as the subject of all types of laws. Therefore, it must be defined precisely so that we include all types of rights in its structure, and prevent any situation from entering into its meaning. In order to therefore come up with an independent concept of right; It helps us prevent mixing other situations with the right, especially in legal life, whether in the theoretical or practical field. The research contains two sections: The first is to define the truth, and the second is to distinguish the truth from what is suspected. The most important conclusion from this research is that the right is the jurisdiction over a thing or value or the performance (jurisdiction) recognized by the law.

Keywords: Concept; Right; Definition Jurisprudence; law.

© Authers, 2024, Regional Studies Center, University of Mosul. This is an open access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

مقدمة

إن مفهوم الحق كان ولا يزال محل جدل ونقاش بسبب صعوبة تعريف الحق، وإن كانت هذه الكلمة من أكثر الكلمات استعمالًا في الحياة اليومية. ولا غرابة في ذلك؛ كون الحق شيئًا غير محسوس خلافًا للمنقول–مثلًا– الذي يمكن تعريفه بسهولة كونه شيئًا محسوسًا؛ فالحق من الأفكار المجردة التي يصعب تحديد معناها. بل أن صعوبة تعريف الحق كانت من الحجج التي استند إليها بعض فقهاء ومفكري الغرب في إنكار فكرة الحق، وجعلت من تعريف الحق محل جدل، وأدت إلى ظهور مذاهب مختلفة. والاشكال الفقهي أو القانوني لا ينتهي عند هذا الحد لأن هناك بعض الأوضاع الفقهية أو القانونية تشتبه بفكرة الحق، فيتطلب الأمر تمييز الحق عنها ووضع الحدود الفاصلة بينه وبينها.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى الخروج بتعريف للحق يكون جامعًا مانعًا سواء كان ذلك بالترجيح أو ببناء تعريف جديد بالاعتماد على ما هو أكثر قبولًا وأكثر قربًا الى المنطق اللغوي والمنطق الفقهي والمنطق القانوني، ووضع الفواصل القانونية النهائية بين معنى الحق ومعاني الأوضاع القانونية الأخرى، وبذلك يمكن أن يخرج البحث بمفهوم دقيق للحق.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كونه محاولة لحسم الإشكال الفقهي والقانوني الذي لا يزال محتدمًا لحد الآن في مسالة تعريف الحق وبيان مفهومه المميز له عن غيره من الأوضاع الأخرى التي قد تشتبه به.

مشكلة البحث:

تنصب مشكلة البحث على بيان مفهوم الحق وحقيقته الفقهية والقانونية من خلال تعريف الحق الذي لا يزال محلًا للإشكال الفقهي والقانوني، الى الحد الذي يُوقع في الخلط بين الحق وبين غيره من أوضاع.

فرضية البحث: سنحاول من خلال هذا البحث الإجابة عن عدة أسئلة وأهمها ما يأتي:

١- ما هو التعريف الدقيق للحق، سواء من الناحية الفقهية أو القانونية؟ بحيث يكون تعريفًا جامعًا مانعًا؟ وما مدى امكانية اعتماده في الحياة القانونية على الصعيد النظري أو الصعيد العملي.

٢- هناك أوضاع قانونية تشتبه الحق؛ هل يمكن تمييز الحق عنها؟ وأهم هذه الأوضاع هي: المصلحة، والرابطة، والقدرة، والمركز القانوني، والحرية، والاباحة، والرخصة، والخيار، والسلطة.

منهجية البحث:

١. اعتماد منهج التأصيل الفقهي لموضوع تعريف الحق وتمييزه عن غيره، لبيان حقيقة موقف الفقه الاسلامي من تعريف الحق. ومقارنته مع الفقه القانوني.

٢. اعتماد أسلوب المنهج التحليلي المقارن؛ وذلك بتحليل نصوص الفقه الإسلامي المتعلقة بالموضوع ونقارن فيما بينها، للخروج بما هو راجح، والاعتماد عليه عند بحث نصوص الفقه القانوني من أجل المقارنة بين الفقهين، والخروج بنتائج وحلول فقهية وقانونية منطقية ودقيقة فيما يخص مفهوم الحق.

هيكلية البحث:

جاء هذا البحث في مبحثين وخاتمة وفقًا للشكل الآتي:

المبحث الأول: تعريف الحق

المطلب الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: تعريف الحق في الفقه القانوني

المبحث الثاني: تمييز الحق عما يشتبه به

المطلب الاول: الحق والحرية

المطلب الثاني: الحث والرخصة

المطلب الثالث: الحق والسلطة

الخاتمة

المبحث الأول

تعريف الحق

كما هو المعتاد في تعريف أي مصطلح؛ لابد ابتداءً من تعريف الحق عند أهل اللغة، ثم تعريفه عند أهل الاصطلاح؛ وهم أهل الفقه الإسلامي، وأهل القانون. وبعد الرجوع إلى مراجع اللغة تبين أن المعنى اللغوي الدقيق للحق هو نقيضُ الباطل باستثناء كون الحق من اسماء الله تعالى؛ لأن الحق حقيقةً هو: "الله تعالى بجميع صفاته: لأنه الموجود حقيقة بمعنى لم يُسبق بعدم، ولم يلحقهُ عدم، وإطلاق الحق على غيره مجاز، ولذا ورد في الحديث (العسقلاني، ١٩٨٦، ٥/٣)[١]:" أنت الحق، ووعدك الحق، بالتعريف، ثم قال: " ولقاؤك حق، والجنة حق، والنار حق، والساعة حق" بالتنكير"(الحنفي، ٢٠٠٢، ٢٠١/٦؛ الكرماني، ٢٠٠٢). كما يتبين أن للحق معانٍ عدة تتنوع بحسب سياق النصوص الشرعية، ومن هذه المعاني؛ الإسلام، والقرآن، والجنة، والنار، والساعة، والثبوت، والوجوب، والإثبات، والإيجاب، والخصومة، والنصيب، وصدق الحديث، واليقين بعد الشك (ابن منظور، ٢٠٠٣، ٥٢٥/٢–٥٢٨). والحق أيضًا هو أخلاقيًا ما طابق المبادئ الأخلاقية ويقابل الواجب، وفلسفيًا ما طابق الواقع ويقابل الباطل (ن. مرعشلي وأ. مرعشلي، ١٩٧٤، ٢٨١/١).

يتبقى بعد ذلك تعريف الحق في الفقه الإسلامي والفقه القانوني وهذا سيكون في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي

إن تعريف الحق في الفقه الاسلامي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب الى فروع نتناول فيها تعريف الحق عند الفقهاء وتعريفه عند الأصوليين وتعريفه عند المختصين بالفقه الاسلامي وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الحق عند الفقهاء

قبل الولوج في مسألة تعريف الحق عند الفقهاء لابد أولًا من الإشارة إلى أن الفقهاء يستعملون مصطلح الحق استعمالات كثيرة ترجع أغلبها إلى المعاني اللغوية المشار اليها سابقًا وهي الثبوت والوجوب والايجاب والاثبات والثابت الموجود والحظ والنصيب. ويطلقونه على مرافق العقار وهي حقوق الارتفاق بلغة القانون (ابن عابدين، ٢٠٠٠، ٧٥/٧؛ الحنفي، ٢٠٠٢، ٢٠١/٦-٢٠٢؛ الخولي، ٢٠٠٣، ١٤). كما يستعملونه ايضًا للدلالة على ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه (الخفيف، د.ت-ب، ٢٨)؛ فيطلق الحق على المِلك سواء كان نقدًا أم منقولًا أم عقارًا أم دينًا أم منفعة، كما قد يطلق الحق على ما يقابل تلك الأعيان والمنافع المملوكة ويراد به الحقوق المُجرَّدة أو الاعتبارية[٢]؛ كحق الانتفاع، وحق التملك، والخيارات، وحق الشفعة، وحق الكفاءة، وحق الطلاق، وحق الولاية، وحق الحضانة..الخ (مدكور، ١٩٦٣، ٤٢٣).

أما موقفهم من تعريف الحق، فبعد الرجوع إلى أغلب كتب المختصين بالفقه تبين أن أغلبهم قد اعتمد الموقف الذي استخلصه الأستاذ علي الخفيف من أن الفقهاء لم يضعوا تعريفًا جامعًا مانعًا للحق، والحق عندهم هو واحد الحقوق ليس له معنى خاص، ولعل ذلك كان السبب في أنهم لم يُعنوا بذكر حدٍ[٣] أو رسمٍ[٤] له، وكأنهم رأوه لذلك واضحًا بالاعتماد على معانيه اللغوية فاستغنوا عن تعريفه (الخفيف، د.ت-أ، ٣٦؛ الخولي، ٢٠٠٣، ١٥-١٦). وهذا القول لا يمكن قبوله على اطلاقه؛ فبعد التبحر في مدونات الفقه الإسلامي، ظهر لنا أن بعضها(ابن الهمام، ١٣١٦هـ، ٣٠١/٥؛ ابن عابدين، ٢٠٠٠، ٧٥/٧؛ الحنفي، ٢٠٠٢، ٢٠١/٦) يتضمن بابًا خاصًا باسم باب الحقوق، وقد ألفينا بعض الفقهاء قد عرف الحق؛ فقد عرفه صاحب البناية الحنفي بأنه:"الحق ما يستحقه الرجل"(العيني، ٢٠٠٠، ٣٠١/٨)[٥]. وقد أُعترِض على هذا التعريف بأنه تعريف يكتنفه الغموض كما يلزم منه الدَّور[٦]. كما عرفه المروزي من الشافعية بأنه: "اختصاص مظهر فيما يُقصد له شرعًا" (الخولي، ٢٠٠٣، ٣٨؛

المرزوي، د.ت، ١٥٠). وتظهر القيمة العلمية لهذا التعريف من نواح عدة (الخولي، ٢٠٠٣، ٣٩؛ العبادي، د.ت، ٩٦):

١. أنه عرَّف الحق بأنه اختصاص، وهو تعريف يبرز ماهية الحق بشكل يميزه عن غيره من الحقائق الشرعية.

٢. أنه وصف هذا الاختصاص بأنه(مظهر فيما يقصد له)، وهذا يبين أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار يختص بها صاحب الحق دون غيره.

٣. أنه تعريف أحد فقهاء القرن الخامس الهجري، مما يدل على أن الفقهاء قد قاموا بتعريف الحق تعريفًا صحيحًا.

يتبين بأن الفقهاء قد عرفوا الحق بشكل يوضح على وجه الدقة حقيقة مرتبطة بجوهره، زعم رجال القانون أنهم اصحاب الفضل في اكتشافها وهي(الاختصاص) والتي فطن إليها فقهاؤنا قبل حوالي عشرة قرون. فيبقى الزعم بأن الفقهاء قصروا استخدامهم لمصطلح الحق على المعنى اللغوي زعمًا باطلًا (الخولي، ٢٠٠٣، ٣٩-٤٠).

الفرع الثاني: تعريف الحق عند الأصوليين

أما الأصوليون فهم أيضًا تناولوا الحق بالتعريف في إطار تقسيمهم للحقوق، فقد عرَّفه اللّكنوي بقوله: "والمراد بالحق هنا حُكم يثبُت" (اللّكنوي، ١٩٩٥، ١٨٦/١) ثم وضَّح معنى حق الله تعالى وحق العباد بقوله " فمعنى حق الله تعالى الحق الذي له اختصاص بذاته تعالى، وقيل حق الله ما يتعلق به نفع عام للعالم، وحق العباد ما يتعلق به مصلحة خاصة" (اللّكنوي، ١٩٩٥، ١٨٦/١). وقد اعترض عليه كونه تعريفًا عامًا وغير جامع(الخولي، ٢٠٠٣، ٣٢؛ الزحيلي، ٢٠١٠، ١٨/١٠؛ الزرقا، د.ت-ب، ١٣؛ ضمره، ٢٠٠٦، ٢٠). كما عرف القرافيّ المالكي حق الله تعالى وحق العبد بقوله:" فحق الله تعالى أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه" (القرافيّ، ٢٠٠١، ٢٦٩/١). وقد اعترض على هذا التعريف ابن الشاط قائلًا:"بل حق الله تعالى متعلق أمره ونهيه، وهو عبادته (ابن الشاط، د.ت، ٢٦٩/١). وأهم ما يُستفاد من تعريفات الأصوليين

تنبيههم على أن الحق يرتبط بفكرة الاختصاص، ووجوب اشتمال تعريف الحق على حقوق الله تعالى وهي العبادات.

الفرع الثالث: تعريف الحق عند المختصين

أما المختصون بالفقه فقد عرفوا الحق بتعريفات مختلفة؛ فقد عرفه علي الخفيف بأنه: "مصلحة مستحقة شرعًا" (الخفيف، د.ت-ب، ٣٦؛ جانم، ٢٠٠٩، ٢٧). وقد انتقد هذا التعريف كونه لم يبين حقيقة مفهوم الحق وخصائصه المميزة له (الزرقاء، د.ت-أ؛ جانم، ٢٠٠٩، ٢٧)، كما أنه عرف الحق بغايته وهي المصلحة (الزحيلي، ٢٠١٠، ١٨/١٠). وعرفه الدكتور مصطفى الزرقا بأنه:" اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا" (الزحيلي، ٢٠١٠، ١٩؛ الزرقاء، د.ت-أ، ١٠/٢). وقد استحسن هذا التعريف بعض (الخولي، ٢٠٠٣، ٤٩؛ الزحيلي، ٢٠١٠، ١٩/١٠) الفقهاء كونه ابان ذاتية الحق بأنها علاقة اختصاصية لشخص معين فأخرج فكرة الرخصة، كما أنه شمل الحقوق الدينية(حقوق الله) والمدنية والأدبية والعامة والمالية وغير المالية، كما ابان مصدرية الحق، ووسع دائرة أصحاب الحقوق فشمل الأشخاص الاعتبارية (الخولي، ٢٠٠٣، ٤٩-٥٠؛ الزحيلي، ٢٠١٠، ١٩/١٠)، وقد قيل في هذا التعريف أنه اغفل غاية الحق وهي المصلحة (جانم، ٢٠٠٩، ٣١). وهذا الانتقاد لا محل له. كما عرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه:" اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة" (الدريني، د.ت، ٢٦٠؛ جانم، ٢٠٠٩، ٣١)[٧] وقد نال هذا التعريف قبولًا، إلا أنه أيضًا لم يَعلُ على النقد؛ فهو قاصرٌ عن شمول الحقوق العامة (الزهاوي، ١٩٧٦، ٩)، وهذا صحيح، كما أنه لا يخلو من الاسهاب (الخولي، ٢٠٠٣، ٥١)؛ لأنه ذكر المصلحة وهي الغاية من الحق. ونظرًا لتأثر المختصين بالفقه بصياغة القانونيين لتعريفاتهم الحق وتأثر هؤلاء بتعريفات قدامى الفقهاء- كما ذكر أحد (الخولي، ٢٠٠٣، ١٨) المختصين- فإن الكلام في ترجيح تعريف للحق سيؤجل لحين الانتهاء من بحث تعريف الحق عند أهل القانون.

المطلب الثاني: تعريف الحق في الفقه القانوني

يعد الحق من الأفكار المجردة[٨] التي يصعب تحديد معناها، وصعوبة تعريف الحق كانت من الحجج التي استند اليها بعض[٩] فقهاء ومفكري الغرب في إنكار فكرة الحق، وكانت السبب في جعل تعريف الحق محلًا للجدل، وأدت إلى ظهور مذاهب مختلفة. ولعل ذلك أيضًا سبب احجام المشرع العراقي عن تعريف الحق بالرغم من تعريفه للحق العيني والحق الشخصي[١٠]. وسنحاول اختصار تلك المذاهب كما سنعرِّج على تعريفات فقهاء القانون العرب ثم نحاول الخروج بتعريف دقيق إن أمكن فيما يلي.

الفرع الأول: المذهب الشخصي أو مذهب الإرادة

وهو من أقدم المذاهب في تعريف الحق، ولهذا يعد المذهب التقليدي، وقد تزعمه فقيهان المانيان هما: ويند شايد (Wind shcied) وسافيني (Savigny). ويرى أنصار هذا المذهب أن إرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري الذي يميّز الحق، وتبعًا لذلك يعرِّفون الحق بأنه: "تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الاشخاص في نطاق معلوم" (كيرة، ١٩٧١، ٤٣١). ويتصل هذا المذهب اتصالًا وثيقًا بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة (الشرقاوي، ١٩٥٥، ١٥؛ سرور، ١٩٧٩، ١٦؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٤٨–٤٤٩؛ كيرة، ١٩٧١، ٤٣١).

وقد تعرض هذا المذهب إلى انتقادات (الشرقاوي، ١٩٥٥، ١٧–١٨؛ الصدة، ١٩٧٨، ٣١٢؛ حجازي، ١٩٧٠، ٧٧–٧٨؛ خليل، ١٩٧٣، ٢٣–٢٤؛ عبدالباقي، ١٩٦٥، ٨؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٤٨–٤٤٩؛ كيرة، ١٩٧١، ٤٣٢؛ مرقس، ١٩٦٧، ٤٣٧) كثيرة نوجزها فيما يلي:

١– أنه يربط بين الحق والإرادة، مع أن الحق قد يثبت للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز. وقد لا يكون الشخص عديم الإرادة ولكنه يكتسب حقًا من دون علمه أو إرادته كالغائب.

٢- أنه يتنافى مع وجود أشخاص معنوية تثبت لها حقوق دون أن تكون لها إرادة حقيقية.

١- إن هذا المذهب يخلط بين الحق واستعماله، فالحق يوجد ولو دون تدخل من الإرادة. فعديم الأهلية يستعمل حق ملكيته- ولا إرادة لديه- حين يسكن منزله أو يركب سيارته.

الفرع الثاني: المذهب الموضوعي أو نظرية المصلحة

وكرد فعل للاتجاه الشخصي السابق، ظهر اتجاه مخالف هو الاتجاه الموضوعي الذي بدأه الفقيه الألماني اهرنج (Iwring)؛ فقد لاحظ أن دور الإرادة في الحق ليس جوهريًا وأنه دور ثانوي يبدو في مجرد توجيه استعمال الحق (الشرقاوي، ١٩٥٥، ١٨-١٩)، فنظر إلى الحق من خلال موضوعه وعرَّفه بأنه:" مصلحة يحميها القانون" (كيرة، ١٩٧١، ٤٣٣). وقد صادف هذا التعبير الموجز ابتداءً قبولًا في الوسط القانوني أكثر من سابقه، وإن لم يكتب له في النهاية؛ نظرًا لما وجه اليه من انتقادات اظهرت عجزه عن تعريف الحق تعريفًا جامعًا مانعًا لاختلاط غيره به (كيرة، ١٩٧١، ٤٣٣). وأهم ما يؤخذ على هذا الاتجاه:

١.أنه أعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق، بينما هي ليست كذلك دائمًا، فلئن كان مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح، اذ لا تكون دائمًا كل مصلحة حقًا من الحقوق. فمثلًا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوي من بناء مع المؤجر على قيام الأخير بإنارة السُلم وفَرشِه حتى الطابق العلوي، فبديهي أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الإنارة وذلك الفَرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيها، ومع ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطهم أي حق قِبَل المؤجر في إنارة السُلم وفرشه، فلا يتمتّع بهذا الحق إلا مستأجر الطابق العلوي وحده بناءً على الاتفاق المبرم بينهما (كيرة، ١٩٧١، ٤٣٤).

٢.إن المصلحة هي الغاية من الحق، والمقصود من التعريف هو التعريف بالحق نفسه لا التعريف بغايته وهدفه، فلا يصح ان نُعرِّف القضاء بأنه العدل (عبدالباقي، ١٩٦٥، ٧؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٥١).

٣.إن العنصر الثاني في التعريف وهو الحماية القانونية أو عنصر الدعوى، ليس بمميّز لوجود الحق وإنما هو مجرد وسيلة لحمايته، وتالية لنشوئه، والواقع إن الحق لا يعتبر حقًا لأن القانون يحميه بدعوى، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٠؛ خليل، ١٩٧٣، ٣٠).

الفرع الثالث: المذهب المختلط

بين الاتجاهين السابقين ظهر مذهب ثالث في تعريف الحق يجمع بينهما، وقد اتجه إلى هذا المذهب عدد من الفقهاء في المانيا وفرنسا وايطاليا، منهم (Jellink) جيلينك و(Saleilles) سالي و(Michoud) ميشو. وقد أبرزوا في تعريفهم للحق ناحية الإرادة وناحية المصلحة، ولكنهم انقسموا من حيث تغليب أحد العنصرين على الآخر، فمنهم من غلّب المصلحة وقدّمه على الإرادة، ومنهم من فعل العكس (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٠؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٥٣). فمن تعريفات الآخذين بتغليب المصلحة: "الحق هو المال أو المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة لإرادة صاحبها"[١١]، أو قولهم:" الحق مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون، حين يعترف لإرادة ما بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها"[١٢]. ومن تعريفات المُغلبين لقدرة الإرادة في بيان طبيعة الحق قولهم:" الحق سلطة للإرادة الإنسانية، معترف بها ومحمية من القانون، محلها مال أو مصلحة"[١٣]. أو أنه:" سلطة مقصود بها خدمة مصلحة ذات صفة اجتماعية" [١٤].

يتضح مما سبق أن التعريف الذي يقول به أنصار المذهب المختلط يتراوح بين الإرادة والمصلحة. ولهذا يمكن أن يوجه إليه العيب الذي وجه إلى الاتجاهين السابقين؛

من حيث أنه لم يعرَّف الحق نفسه ويبين جوهره، فالحق ليس الإرادة وليس المصلحة كما أنه ليس هذا أو ذاك معًا (الصدة، ١٩٧٨، ٣١٣؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٥٤–٤٥٥).

الفرع الرابع: نظرية روبيه Roubier (نظرية المراكز القانونية)

صاحب هذه النظرية الأستاذ الفرنسي الشهير روبيه Roubier، التي لم تكن مجرد تقديم صيغة مجردة يعرّف بها الحق، وإنما هي تحليل قانوني لمجموعة من المراكز القانونية التي تتشابه مع الحق في كونها تعطي لصاحبها منافع يتميز بها عن غيره. والمراكز التي تشبه الحق والتي عُني بتحليلها هي الحرية والرخصة والسلطة والوظيفة. وهو إذ يقارن بينها وبين الحق، ينتهي الى اختلاف كلٌّ منها عن الحق مع أنها مثله تتضمن ميزة يتمتّع بها الشخص (خليل، ١٩٧٣، ٥١)[١٥]. ومن وجهة نظره أن الإصرار الشديد على اصطلاح (الحقوق) أدى إلى تكوين نظرة جزئية جدًا للواقع القانوني؛ فالقانون قد كفل الحماية لقيم قدّر أن لها أهمية مع أنها تفرض واجبات معينة. ومن ناحية أخرى فإنه غالبًا لا توجد ميزة خالصة تمامًا، ولا واجب لا يقابله أي ميزة؛ **فالحقوق والواجبات تتقاطع في المراكز القانونية**، لذلك فهو يأخذ كأساس هذا **المركب من الحقوق والواجبات**، حيث أنه يتلاءم مع تطبيق القواعد الوضعية على الأفراد. فالحقوق بالنسبة له تقتصر فقط على الفروض التي توجد فيها **مكنة مخصصة** على غرار مال معين. تكون قابلة للانتقال والتنازل ويمكن حمايتها بالدعوى. هذه هي العناصر الحقيقية للحقوق" الحاجزة أو المانعة". ونصادف ذلك في حق المِلكيّة، وحق المؤلف، دون الحقوق المزعومة كحق الحياة، وسلامة البدن (سعد، ٢٠٠١، ٣٥)[١٦].

تقييم نظرية روبيه (سعد، ٢٠٠١، ٣٧–٣٩):

هناك بعض المزايا أو المحاسن التي لوحظت في هذه النظرية نوجزها بما يلي:

- كان لهذه النظرية الفضل في إظهار النظرة الجزئية التي تجمع كل المراكز القانونية التي يوجد فيها الشخص في مجرد مجموعة من الحقوق.

- هذه النظرية كان لها الفضل في الكشف عن وجود واجبات إلى جانب الحقوق، مما يعد مساهمة كبيرة؛ لأنها بذلك تُعيد التوازن إلى النظام القانوني.
- هذه النظرية كشفت عدم التحديد من الناحية اللغوية عن الاستعمال الواسع لكلمة "حق".

ومع ذلك فإن هذه النظرية لم تحسم مشكلة تعريف الحق، وقد وجهت اليها بعض الانتقادات، أهمها:

– هذه النظرية تناقض ما جرى عليه العمل؛ كونها تُنكر على حقوق الشخصية صفة الحقوق على أساس أن الحق هو مكنة تقبل الانتقال والتنازل وهي لا تقبل. بينما هي حقوق استقرت تشريعًا وقضاءً.

– وثار التساؤل فيما إذا كانت المعايير التي تم الالتجاء إليها لاستخلاص فكرة دقيقة وصارمة للحق التزمت تمامًا بما هو أساسي[١٧]. فقد كتب أحد خصوم هذه النظرية أن :" الجهد المبذول من جانب روبيه لتحديد نطاق الحق قد وقع في خلط بين الحق ومحله[١٨].

الفرع الخامس: نظرية دابانDabin (نظرية الانتماء والتسلط Appartenance –maitrise)

اتجه صاحب هذه النظرية وهو الفقيه البلجيكي دابان (Dabin) وجهة جديدة في تعريف الحق– بعد أن انتقد المذاهب السابقة– تقوم على أنه يجب لتعريف الحق الوقوف على عناصره التي يتكون منها ويتميّز بها، وعنده أن هذه العناصر أربعة، عنصران داخليان هما: الانتماء والتسلط Appartenance- Maitrise[١٩]، ومعنى داخليان أنهما يلزمان لتكوين الحق من جهة صاحب الحق نفسه، لذلك فهو يعرَّف الحق بكلمة مركبة هي(الانتماء والتسلط)، أما العنصران الخارجيان فهما: وجود الغير واحترامه للحق، والحماية القانونية (الفار، د.ت، ١٣٣؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٥٥

و٤٦١)[٢٠]. وسنقتصر على شرح العنصران الداخليان لأنهما يشكلان العناصر الأساسية في تعريف الحق عند دابان. أما العنصر الأول فهو الانتماء: حيث يقتضي كل حق وجود مال أو قيمة تنتمي لشخص بحيث يجوز لهذا الشخص أن يعتبر هذا المال أو هذه القيمة متاعًا خاصًا به، مقصورًا عليه، ولما كان الحق انتماء شيء إلى شخص، فإنه يترتب على ذلك نتيجتان (حجازي، ١٩٧٠، ٩٦-٩٧): الأولى: أنه لم يعد يصح اعتبار المصلحة أو المنفعة لُبابُ الحق، فليس صاحب الحق هو دائمًا من ينتفع بالحق، وإن كان الغالب ذلك. الثانية: الّا يكون للحق صلة حتمية بالإرادة ولا بأي مظهر من مظاهرها[٢١]. وأما العنصر الثاني فهو السلطة أو التسلط الذي هو نتيجة لعنصر الانتماء؛ ذلك لأن انتماء شيء لشخص يلزم منه أن يكون لهذا الشخص سلطة على ذلك الشيء، والفرق بين الانتماء والتسلط هو أن الانتماء خاصية في الشيء. أما التسلط ففي الشخص تنصب على الشيء، ثم إن الحق يبدأ بعنصر الانتماء ويكتمل بعنصر التسلط. ومعنى هذا أن العنصر الشخصي في الحق (أي التسلط) يأتي في الترتيب المنطقي بعد العنصر الموضوعي(أي الانتماء) أي أنه يفصل بينهما فاصل تصوري، وإن كان التسلط من ناحية التسلسل الزمني ملازمًا للانتماء فهو لا ينفصل عنه (حجازي، ١٩٧٠، ١١٠). وينتهي دابان إلى أن الإرادة ليست لازمة لوجود التسلط، ويكفي أن تكون هناك سلطة دون أن تكون سلطة إرادية، وإن كان هذا لا يعني أن الإرادة غير لازمة، فهي لازمة لمباشرة أو استعمال الحقوق (فرج، ١٩٨٨، ٤٦٠). ويختلف مضمون التسلط ومداه بحسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق؛ فيكون التسلط كاملًا في حالة الأشياء المادية؛ فلصاحب الحق التصرف بها واستغلالها واستعمالها، ويكون التصرف وسط بالنسبة للحقوق الشخصية التي يكون موضوعها أداءً معينًا. ويضيق نطاق التسلط في حالة الحقوق اللصيقة؛ حيث يقتصر التسلط

بصددها على استعمالها والتمتع بها فقط (الوكيل، ١٩٦٦، ١٦٦؛ منصور، ٢٠٠٩، ١٨).

وفي ضوء هذه العناصر يعرف دابان الحق بأنه: "ميزة Prerogative يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة ان يتصرف في مال اقر القانون بانتمائه إليه سواء باعتباره ملكًا له أو باعتباره شيئًا مستحقًا له في ذمة الغير" (حجازي، ١٩٧٠، ١٠٩). وهناك من نقل عنه تعريف آخر موجز ونصه: "الحق عبارة عن انتماء شيء إلى شخص انتماءً يحميه القانون" (الصراف وحزبون، ٢٠٠٥، ١٢٢)[٢٢].

تقييم نظرية دابان :

هذه هي نظرية دابان، وهي– كما قيل عنها– تعد ثروة فقهية في موضوع الحق؛ نظرًا لما قدمته من تحليل عميق وأفكار مبتكرة كان لها أثر كبير في الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع (خليل، ١٩٧٣، ٤١)؛ حيث أن جانبًا كبيرًا من الفقه العربي والفرنسي يعتنقها في تعريف الحق (الفار، د.ت، ١٣٤).

فمن محاسن هذه النظرية (سعد، ٢٠٠١، ٣٤):

- أن فكرة (الاستئثار)– حسب ترجمة بعض الفقهاء لكلمة Appartenance– وفكرة التسلط تمثلان حقيقة لها صداها في اللغة الجارية والمألوفة.
- أن لهذه النظرية الفضل في ابراز أهمية عنصر" الغيرية "؛ فالحق لا يوجد إلا في العلاقة مع الغير.

إلا أن هذه النظرية لم تَعلُ على النقد، ومن أهم ما أُخذ عليها ما يأتي:

- إن دابان يجعل الاستئثار– حسب ترجمة بعض الفقهاء لكلمة Appartenance– عنصرًا من أربعة عناصر، في حين أن الاستئثار أو الاختصاص مرادف للحق يعني كل معناه(الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٥).

- إن دابان يفصل بين عنصرين هما في حقيقة الأمر شيء واحد؛ فهو يفصل بين واجب احترام الناس للحق، وبين الحماية القانونية، وهو فصل لا أساس منطقي له. كما أن دابان نفسه كان قد انتقد رأي(اهرنج) في جعل الحماية القانونية عنصرًا في تعريف الحق، ثم عاد ففعل ما انتقده(الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٦).
- وقيل أيضًا أنه يصعب تصور التسلط في بعض الحقوق التي يمنع القانون بشأنها التصرف، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخص (سعد، ٢٠٠١، ٣٤).
- إن دابان يقول في تعريفه للحق أنه(ميزة) دون أن يرد في تحليله السابق للتعريف ما يبين معنى هذه الميزة. ولما كانت كلمة(ميزة) لا تتحمل إلا معنيين؛ القدرة أو المصلحة، فمن هذا يبدو أن دابان يجمع في تعريفه القدرة والمصلحة، وهو بذلك لم يخرج في تعريفه عن المذهب المختلط الذي انتقده (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٦).

والحقيقة أن نظرية دابان وما تضمنته من أفكار كانت السبب في اهتداء فقهاء القانون إلى أفكار وعناصر أخرى غير المصلحة والقدرة؛ هي أقرب إلى المنطق القانوني في بناء تعريف للحق، برغم ما وقع من اختلافات بينهم في مسألة النُقُول عن دابان. أما بالنسبة لتحليل دابان وتعريفه فإنه من الغريب أن يبدأ دابان بداية جميلة ومنطقية ثم ينتهي إلى تعريف الحق على أنه ميزة.

الفرع السادس: تعريف الحق عند فقهاء القانون العرب

يمكن تقسيم فقهاء القانون في تعريفهم للحق إلى خمس فئات؛ الأولى متأثرة بالمذهب المختلط، والثانية آخذة بالمذهب الموضوعي، والثالثة تعرف الحق بالرابطة، والرابعة جمعت بين نظرية روبيه ونظرية دابان معًا، والخامسة اعتمدت نظرية دابان فقط، وفيما يلي بيان موجز لتلك الفئات:

أولًا- الفئة المتأثرة بالمذهب المختلط:

من الفقهاء الذين تأثروا بالمذهب المختلط؛ الدكتور جميل الشرقاوي: حيث عرّف الحق بأنه:" قدرة لشخص من الأشخاص على أن يقوم بعمل معين، يمنحها القانون ويحميها تحقيقًا لمصلحة يقرّها" (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٧). ويلاحظ على توجّه الشرقاوي أنه في إطار انتقاده لنظرية دابان صرّح قائلًا:" إننا نعتقد أن الاستئثار أو الاختصاص مرادف للحق يعني كل معناه" (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٥). ثم يعود فيعرف الحق بتعريف يخالف ما اعتقده. وكذلك الدكتور سليمان مرقس، إذ قال: "آثرنا تعريف الحق على أنه قدرة إرادية أو سلطة مع ضبطه بإضافة عنصر المصلحة إليه باعتبارها غاية الحق، فعرفنا الحق بأنه سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة، تحقيقًا لمصلحة يعترف بها القانون" (مرقس، ١٩٦٧، ٤٣٦). وايضًا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي حيث عرّف الحق بأنه:" سلطة يقررها القانون لشخص يستطيع بمقتضاها أن يجري عملًا معينًا أو أن يلزم آخر بأدائه له تحقيقًا لمصلحة مشروعة" (عبدالباقي، ١٩٦٥، ٨). وذلك بعد أن انتقد المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي.

ثانيًا- الفئة المتأثرة بالمذهب الموضوعي:

فمن العراق الدكتور سعيد الزهاوي حيث قال:" والتعريف الذي اخترته للحق في الشريعة متفق مع تعريف اهرنج" (الزهاوي، ١٩٧٦، ٤٧). اي أنه مصلحة محمية قانونًا (الزهاوي، ١٩٧٦، ٤٦). وكذلك الدكتور سعيد مبارك حيث يعرّف الحق بأنه: "مصلحة يحميها القانون لكونها مطابقة لغايته في التعبير عن مصالح الطبقات الكادحة وتأمين الرفاهية للشعب" (مبارك، ١٩٨٢، ٢٦٩)[٢٣]. ومن مِصر الدكتور عبد الرزاق السنهوري إذ عرّف الحق بأنه:"مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون" (السنهوري، ١٩٩٨، ٩). وقريب منه الدكتور أحمد حشمت ابو ستيت (السنهوري وأبو ستيت، ١٩٣٨، ٦٧ بند ٢١٢؛ سرور، ١٩٧٩، ٣٤)، وكذلك الدكتور أنور سلطان حيث

عرّف الحق بأنه: "مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قِبل آخر يحميها القانون" (سلطان، ١٩٨١، ١٨٢).

ثالثًا– الفئة التي عرّفت الحق بالرابطة:

من الفقهاء الذين عرفوا بأنه رابطة الدكتور حسن كيره بالرغم من أنه– كما قال الشرقاوي (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٤ هامش رقم ٣)– قام بتحليل الحق بصورة تشبه تحليل دابان، إلا أنه خرج بتعريف يختلف عن تعريف دابان. فهو يعرف الحق على أنه: "الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصًا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر" (كيرة، ١٩٧١، ٤٤١). ويقترب منه تعريف الدكتور شفيق شحاته إذ عرّف الحق بأنه:" تلك الرابطة التي تربط بين طرفين وتقوم على مصلحة مشروعة"[٢٤].

وقد لاقى تعريف الحق بالرابطة اعتراضات من بعض الفقهاء أهمها:

– أنه حتى إذا فُهمت الرابطة بمعناها الواسع بحسبانها تشمل العلاقة بين شخصين، وكذلك العلاقة بين شخص وشيء، إلا إن هناك من الحقوق ما لا يمكن أن يتمثّل في رابطة، وهي حقوق الشخصية كحق الحياة وسلامة الجسد..الخ؛ اذ لا يمكن بداهةً أن يقال بأن هناك رابطة بين الشخص ونفسه (سرور، ١٩٧٩، ٢٥).

– إن هذا التعريف كما يصدُق على الحق يصدُق أيضًا على الواجب، فكأنه يجعل الحق والواجب اسمين لشيء واحد، في حين أن الواقع أنهما اسمان لحالتين قانونيتين متقابلتين متضادتين (مرقس، ١٩٦٧، ٤٣٤).

– إن الروابط ليست هي الحقوق ولكنها الأمر الذي يعمل القانون على تنظيمه (عبدالباقي، ١٩٦٥، ١٠).

رابعًا- الفئة التي جمعت بين نظرية روبيه ونظرية دابان:

من الفقهاء الذين اختاروا الجمع بين نظرية روبيه ونظرية دابان- مع تقديم عنصر المركز القانوني على عنصر الاستئثار- الدكتور نعمان محمد خليل الذي عرّف الحق بأنه:" المركز القانوني الذي يتمتع صاحبه بميزة يستأثر بها ويستطيع أن يفرض احترامها على الغير" (خليل، ١٩٧٣، ٥٩). وكذلك الدكتور محمد شكري سرور إذ عرفه:" مركز قانوني، يخول من ينفرد به في حدود القانون أن يستأثر بمصلحة ما، إما بالحصول عليها مباشرةً من التسلط على شيء، أو باقتضائها ممن يكون في مركز المكلف بترتيبها" (سرور، ١٩٧٩، ٣٨).

يؤخذ على هذه التعريفات أنها جعلت المركز القانوني جوهرًا للحق، وهذا خلط واضح بين المركز القانوني والحق؛ فالمركز القانوني مجموعة من المكنات والواجبات المتقابلة التي يقررها القانون للشخص. تعد المكنات الوجه الإيجابي للمركز، وتعد الواجبات الوجه السلبي له، وكلاهما وجهان لعملة واحدة (منصور، ٢٠٠٩، ٣٥-٣٦).

خامسًا- **الفئة المتأثرة بنظرية دابان فقط :**

لقد راقت نظرية دابان لعدد غير قليل من الفقهاء نذكر منهم الدكتور شمس الدين الوكيل حيث عرّف الحق بقوله: "استئثار شخص بقيم أو بأشياء معينة استئثارًا يكفل له التسلط والاقتضاء، ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية" (الوكيل، ١٩٦٦، ١٦٥). ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل المصلحة والحماية القانونية عنصرين في الحق (فرج، ١٩٨٨، ٤٥٣ و٤٧٣). فضلًا عن إسهابه. وكذا الدكتور توفيق حسن فرج اذ عرّف الحق بأنه:" استئثار بشيء أو بقيمة استئثارًا يحميه القانون" (**حجازي**، ١٩٧٠، ١١٠) وأهم ما يمتاز به هذا التعريف الإيجاز وعدم التكلف وإبراز عناصر الحق الجوهرية (قاسم، ٢٠٠٩، ٣٤)، ولهذا استحسنه أحد[٢٥] الكتاب. ومن الذين اطمئنوا إلى نظرية دابان الدكتور عبد المنعم الصدة حيث عرّف

الحق بقوله: "هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، يكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية" (الصدة، ١٩٧٨، ٣١٥). الدكتور الصدة انفرد بفهمه لكلمة Appartenance على أنها ثبوت قيمة، ولذلك جاء تعريفه بهذا الشكل، ويؤخذ عليه ما أُخذ على تعريف شمس الدين الوكيل، يضاف إلى ذلك أن كلمة ثبوت ترجع به إلى المعنى اللغوي للحق. وبعض الكتاب تأثر بنظرية دابان إلا أنه لم يستعمل لفظ الانتماء، ولا الاستئثار وانما استعمل لفظ (اختصاص) فعرف الحق على أنه: "اختصاص يقره القانون" (الصراف وحزبون، ٢٠٠٥، ١٢٣). وذلك على أساس أن كلمة(اختصاص) لا تتضمن معنى التدخل الإرادي كما هو الحال في الاستئثار، وهذا التعريف وإن اتسم بالإيجاز، إلا أنه جاء عامًا مطلقًا، فلفظ اختصاص عام وغير محدد، مما يسمح بدخول أنواع أخرى من الاختصاص؛ كالاختصاص القضائي والإداري. وقد عرّفه الدكتور نبيل ابراهيم سعد على أنه: "الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر" (سعد، ٢٠٠١، ٤٠) وقد أقر الدكتور نبيل نفسه بقصور تعريفه هذا على الحق الشخصي والحق العيني (سعد، ٢٠٠١، ٤٠). ونذكر أيضًا تعريف الدكتور عبد المنعم البدراوي ونصه:"الحق هو اختصاص أو استئثار شخص بقيمة مالية أو ادبية معينة يمنحها له القانون" (البدراوي، د.ت، ٤٠٠؛ الخولي، ٢٠٠٣، ٣٠). وقد أيد هذا التعريف أحد المختصين كونه يمتاز بإظهار العنصر الجوهري للحق وهو الاختصاص أو الاستئثار، فضلًا عن إيجازه[٢٦]. لكن يلاحظ عليه انه ركز على محل الحق وهي(القيمة) أكثر من جوهره وهو(الاستئثار أو الاختصاص). وأخيرًا فقد وقفنا على تعريف للحق عند الدكتور عبد القادر الفار ونصه:"الحق عبارة عن استئثار(اختصاص) شخص بشيء ما استئثارًا(اختصاصًا) يحميه(يقره) القانون" (الفار، د.ت، ١٣٤). ولا يخفى ما في هذا التعريف من دقة

وإيجاز، بالرغم من عيوبه وهي استعماله لمصطلحين في نفس الوقت كجوهر للحق على سبيل البدل وهما(الاستئثار والاختصاص). كما أنه تعريف غير جامع.

سادسًا- التعريف المقترح للحق:

في ضوء ما تقدم من نظريات ومذاهب وما ورد عليه من انتقادات وما عقبها من تعريفات هي الأخرى لم تسلم من الانتقاد، نصل إلى السؤال الآتي: ما هو التعريف الأقرب إلى الترجيح؟ أو ما هو التعريف المقترح للحق؟

إن الإجابة ليست سهلة على هذا السؤال الصعب، ولكن لا بد من وضع نهاية مناسبة لهذا البحث لكي نعتمد على معنى محدد للحق، ونركن إليه لوضع فواصل محددة بين الحق وبين غيره من الأوضاع. وبرأيي المتواضع أنه لا يوجد تعريف واحد منفرد يصلح للترجيح من دون تعديل، كما أنه ليس جميع التعريفات صالحة للترجيح حتى مع ادخال التعديلات عليها. لذلك لا بد من تفضيل أحد التعريفات يكون مؤهلًا للبناء عليه والخروج منه بتعريف مقترح للحق.

والتعريف الذي راق لي بحيث استطيع الاعتماد عليه لبناء تعريف للحق هو تعريف الدكتور عبد القادر الفار. ولما كان هذا التعريف يعوزه التعديل، وان التعديل يكون إما بالحذف أو بالإضافة، فإن التعريفات التي أُفضل الاستعارة منها هي؛ تعريف الدكتور توفيق فرج وتعريف الدكتور البدراوي وتعريف الدكتور نبيل إبراهيم سعد. وعلى ذلك يصبح التعريف المقترح بالشكل الآتي:" **الاختصاص بشيء أو قيمة أو أداء (اختصاصًا) يقرّه القانون**". وهو التعريف المقترح للحق.

فقد استبعدت من تعريف الدكتور عبد القادر الفار كلمة(استئثار)[٢٧] كي اتجنب الانتقاد الذي وجهه بعض الفقهاء حول هذه الكلمة، واخذت من تعريف كل من الدكتور فرج والدكتور نبيل كلمة (شيء) لكي يستوعب التعريف الحقوق العينية. واستعرت من تعريف كل من الدكتور البدراوي والدكتور فرج كلمة (قيمة) لكي يشمل التعريف أنواع

الحقوق الأخرى كحقوق الشخصية، وحقوق الأسرة، وغيرها من الحقوق لا يقدّر محلها بالمال. واستعرت كلمة (أداء) من تعريف الدكتور نبيل لكي نشمل الحقوق الشخصية وهي نقل حق أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ونمنع بنفس الوقت الاسهاب والارباك في التعريف. واخترت عبارة:(يقره القانون) من تعريف الدكتور عبد القادر حتى أتوقى الانتقاد الخاص بعبارة(يحميه القانون). كما أنني ذكرت كلمة (اختصاصًا) اي بصيغة التمييز كي يعود الضمير(ه) في كلمة (يقره) على الاختصاص لا على الشيء أو القيمة أو الأداء. ولذلك اعتقد ان التعريف جاء جامعًا ومانعًا؛ فهو جامع لان(الاختصاص) هو جوهر الحق ويصلح لجميع أنواع الحقوق، ويشتمل على عنصر التصرف والاستغلال والاستعمال؛ وهذه العناصر تزيد أو تنقص بحسب طبيعة الحق. وهو تعريف مانع لأن كلمة (الاختصاص) تمنع دخول جميع الأوضاع القانونية الأخرى فيه. أما قولنا(يقره القانون) حتى نضع شرط هو أن يكون لاختصاص صاحب الحق سند قانوني، فنمنع بالتالي اضفاء المشروعية على اختصاص شخص يظهر أنه صاحب الحق لكنه خلاف ذلك. وأخيرا استعملنا حرف التخيير(أو) حتى نجمع كل أنواع الحقوق في تعريف واحد من دون أن ندمج فيما بينها إذا ما استعملنا فرضًا حرف(و) الذي يفيد الجمع.

وبما أنه قد تم تأجيل ترجيح أو اقتراح تعريف للحق في الفقه الإسلامي فإنني اختار نفس التعريف المقترح آنفًا مع استعارة كلمة(تكليف) من تعريف مصطفى الزرقا؛ لكي نراعي تفصيلات التشريع الإسلامي فيشمل التعريف حقوق الله تعالى(العبادات). واستبدال مصدر الحق؛ بأن نضع كلمة (الشرع) بدل كلمة (القانون). فيصبح التعريف الفقهي المقترح بالصيغة الآتية:" الحق هو الاختصاص بشيء أو قيمة أو أداء أو تكليف(اختصاصًا) يقره الشرع".

المبحث الثاني

تمييز الحق عما يشتبه به

بعد تعريف الحق تأتي مرحلة أخرى مكملة لدراسة مفهوم الحق، وهي مرحلة تمييز الحق عما يشتبه به من أوضاع قانونية. وعند بحثنا لتعريف الحق جرى التمييز بين الحق وبين مصطلحات عدة؛ وهي المصلحة والرابطة والقدرة والمركز القانوني، لذلك سنقتصر هنا على تمييز الحق عن أهم الأوضاع الأخرى التي قد تشتبه به وهي كل من الحرية والرخصة والسلطة، ونتناول ذلك تباعًا.

المطلب الأول: الحق والحرية

هناك من يرى أن الحريات– ويسميها ايضًا الحقوق العامة– هي حقوق بالمعنى الصحيح مُدلِّلًا على ذلك بالقول:" إن الاستئثار الذي يحاول نفي وجوده في الحريات العامة من ينكرون عليها صفة الحق، موجودٌ رغم ذلك؛ فكل شخص له حياته وحرية اعتقاده الخاصة التي لا يستطيع أحد أن ينازعه فيها، صحيح أنه لا يملك لنفسه شيئًا يسمى "حرية الاعتقاد" بأكمله، ولكن من ذا الذي يتطلب أن يكون الشخص مالكًا للأراضي الزراعية كلها، مثلًا، حتى يثبت أنه مالك زراعي؟ اليس يكفي أن يملك فدانًا أو بضعة افدنة مادام يستأثر بها دون غيره، وكذلك الحال بالنسبة لحرية الاعتقاد مثلًا، إذ يكفي الشخص ليكون له حق بمقتضاها أن نسلم له بقدرته على أن يعتقد ما يشاء، ولا يغض من حقه هذا أن يكون الناس جميعًا وكل فيما يخصه– يتمتّعون بهذه القدرة مثله تمامًا، ثم إنه من المتصور أن تتحقق المساواة التي تجعل حجة لنفي صفة الحق عن الحريات العامة بالنسبة لحق لا نزاع في صفته كحق المِلكيّة، كما لو فرضنا أن تلتزم الدولة منح جميع أفراد المجتمع على السواء منازل للسكن– فهل تزول صفة الحق عندئذ عن ملكية المنزل؟" (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٩). وهناك في المقابل من فند الكلام المذكور آنفًا وما تضمنه من حجج– وأؤيده في ذلك– فأما عن الحجة الأولى، فَلم يقُل أحد بأن الاستئثار لابد أن ينفرد به شخص واحد وعلى الحق بأكمله، فلا نكون بصدد حق ملكية إلا إذا كان الشخص ينفرد بملكية كل الأشياء عقارات ومنقولات...الخ،

فالحق– عملًا– يثبت للعديد من الأفراد، ولا يخل ذلك–بالقول– بأن كل منهم يستأثر بالقيم التي يمثلها هذا الحق، مادام أن هذا الأخير لا يثبت لجميع الأفراد في المجتمع في وقت واحد وعلى قدم المساواة. وأما عن الحجة الثانية فأنها تنطوي على خلط بين حرية التملك وحق المِلكيّة، فالمساواة توجد في حرية التملك لا حق المِلكيّة، فضلًا عن أن المثال المضروب غير منتج (سرور، ١٩٧٩، ٢٥–٢٦).

ولكن إنكار صفة الحق على الحرية ينبغي ألّا يطال حقوق الشخصية أو حقوق الإنسان؛ فقد وجدت أن بعضهم (م. الجمال و ع. الجمال، ١٩٩٨، ٣٢٣) يخلط بين الحريات العامة وحقوق الشخصية وثمة فرق كبير بين الأثنين؛ فحقوق الشخصية هي الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان بوصفه بشرًا يمثل أرقى المخلوقات (الفضلي و الفضل، ١٩٨٧، ١٣٩). حيث تنصب على عناصر الشخصية في مظاهرها المادية والمعنوية (الفضلي و الفضل، ١٩٨٧، ٤٣). أما الحريات فهي كما قال "جوسران" لا تسمى حقوقًا الا من قبيل التجوز في التعبير (سرور، ١٩٧٩، ٢٨). والآن بعد أن تبين أن الحريات العامة لا تعتبر حقوقًا بالمعنى الدقيق، وميزناها عن حقوق الشخصية، حان الوقت لكي نضع الفواصل بين الحق والحرية؛ أو بين الحقوق والحريات العامة، وذلك فيما يأتي:

١– الحق ذو طابع إيجابي وحسب، أما الحرية فذات طابع إيجابي وسلبي معًا في وقت واحد؛ فحرية الزواج تتسم بطابع إيجابي، يقترن به طابع سلبي يتمثل في حرية عدم الزواج. من هنا كان موضوع الحق محددًا أو قابلًا للتحديد، ومن ثم كانت غايته محددة. أما الحرية فهي مجرد إباحة للشخص في أن يمارس كل مالم يمنعه القانون من نشاط؛ فهي مجرد أوضاع عامة غير منضبطة ولا واضحة المعالم، بل تختلف من شخص لآخر، فحرية الانتقال مثلًا تخول للشخص مكنة الانتقال لأي مكان بأية وسيلة ولأي هدف (حجازي، ١٩٧٠، ١٣٥؛ خليل، ١٩٧٣، ٥٣–٥٤؛ سرور، ١٩٧٩، ٢٧؛ منصور، ٢٠٠٩، ٣٧). وبناءً على ذلك يرى بعض (الفار، د.ت، ١٣٥؛ خليل، ١٩٧٣، ٥٤؛ سرور، ١٩٧٩، ٢٧؛ كيرة، ١٩٧١، ٤٤١؛ مرقس، ١٩٦٧، ٨٥٦) الفقهاء أن فكرة التعسف ممكنة التصور في الحقوق دون الحريات[٢٨].

٢- يتسم الحق بطابع الخصوصية، أما الحرية فلها صفة العمومية؛ أي أن الحرية عامة بينما الحق خاص. ومعنى ذلك وجود الأفراد في مراكز متفاوتة ازاء بعضهم البعض، فيكون صاحب الحق في مركز ممتاز بالنسبة لغيره من الناس. أما الحرية فلا تعرف فكرة الاستئثار، بل يتمتّع بها الناس كافة على قدم المساواة حيث يوجد كل الاشخاص في نفس المركز القانوني من حيث التمتع بما يتضمنه من سلطات؛ فالفارق بين الحقوق وبين الحريات إذن كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام (م. الجمال وع. الجمال، ١٩٩٨، ٢٩٢؛ سرور، ١٩٧٩، ٢٤؛ كيرة، ١٩٧١، ٤٤٠-٤٤١؛ منصور، ٢٠٠٩، ٣٨).

٣- إن الحق يكون مشروطًا، فكل حق يجب لنشوئه أن تتوافر شروط معينة، بعضها موضوعي، والآخر شكلي، فمن يريد أن يكسب عن طريق الشراء مِلكية عقار، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد (شروط موضوعية) وأن يشهر العقد بالتسجيل(شروط شكلية). أما الحرية فالأصل فيها أنها غير مشروطة (حجازي، ١٩٧٠، ١٣٥).

٤- الحق ينشأ على أثر واقعة تستثير تطبيق قاعدة قانونية، أما الحرية فتستند إلى المبادئ العامة، فلكي يصبح الشخص مالكًا مثلًا، لابد وأن يستند إلى نص قانوني محدد، وحدوث الواقعة التي تؤدي إلى تطبيق هذا النص كالشراء أو الميراث. أما حرية الزواج مثلًا فلا تحتاج إلى نص قانوني محدد، وإنما يكفي للتمتع بها وجود مبدأ قانوني عام[٢٩].

٢- الحق أثر لتطبيق القاعدة القانونية على واقعة معينة؛ وبذلك فمجال الحق هو في مرحلة الآثار. أما الحرية فهي تقف عند مرحلة إنشاء الحق؛ إذ أن استعمال الحرية غالبًا ما يؤدي إلى إنشاء الحق؛ فمثلًا استعمال حرية التعاقد بإبرام عقد يؤدي إلى نشوء حقوق التعاقد، واستعمال حرية الزواج يؤدي إلى نشوء حقوق الزوجية (خليل، ١٩٧٣، ٥٢-٥٣؛ سرور، ١٩٧٩، ٢٧).

واخيرًا نشير إلى أن الحرية تقترب في معناها من مصطلح الإباحة[٣٠] في الفقه الإسلامي؛ فحقيقة الإباحة في الفقه القانوني يُعبّر عنها بحرية الإرادة الفردية (مدكور،

١٩٨٤، ٥٧)، مع فارق؛ أن دائرة الإباحة في القانون أوسع منها في الفقه الإسلامي؛ إذ في الأول جعل العقد شريعة المتعاقدين إلا بما سنّهُ حمايةً للنظام العام (مدكور، ١٩٨٤، ٥٩). أما الفرق بين الحق والإباحة فيظهر في وجهين؛ الأول يشبه الوجه الذي قال به فقهاء القانون؛ من حيث أن الحق يعطي لصاحبه مركزًا ممتازًا بينما المباحات لا تفاوت فيها في المراكز (عمّاري، ٢٠٠٩، ٨٩). أما الوجه الثاني فيتمثل في أن الحق ينشأ ويقوم على سبب معين بذاته، أما المباحات فسببها الإذن العام من المشرع الحكيم (عمّاري، ٢٠٠٩، ٨٩؛ فرّاج و السريتي، د.ت). فالإباحة إذن طريق للحق، وليست هي الحق، لذلك نجد الإمام القرافيّ يقابل بوضوح بين الحق والإباحة، وينكر على من يحاول أن يجعل من صاحب الإباحة مالكًا (القرافيّ، ٢٠٠١، ٣/٧٣٠).

ثانيًا: الحق والرخصة:

هناك تسميات مختلفة للرخصة، فعلى صعيد الفقيه الغربي سُميت: الحقوق السلبية[٣١]، وحقوق الاكتساب[٣٢]، والحق المنشئ[٣٣]. وعلى صعيد الفقه القانوني العربي سُميت: الحق الإرادي[٣٤]، والحق التخييري[٣٥]، والحق الترخيصي[٣٦]، وحق الإمكان القانوني أو المكنة القانونية[٣٧].

وقد عرِّفت الرخصة بتعريفات متعددة؛ إذ عرفت بأنها:" نوع من القدرة القانونية على الاختيار"[٣٨]. وعرفت ايضًا بأنها:" الخيار المقترح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقًا لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة"[٣٩]. وقيل ايضًا بأنها:" قدرة الشخص بناءً على مركز قانوني خاص على أن يحدث بإرادته وحدها أثرًا قانونيًا"[٤٠]. كما عرفت بأنها:" قدرة الشخص على أن يستحدث بتعبير عن الإرادة اثرًا قانونيًا له مصلحة فيه أو يزيل وضعًا قانونيًا ضارًا به"[٤١].

يُستفاد من التعاريف السابقة أن الرخصة لا تطابق كل حالة فيها خيار بين أمرين، فلابد وأن يكون الخيار مصدره القانون، وأن تكون ممارسته بقصد انشاء أو تعديل مركز قانوني، وبذلك تستبعد الخيارات التي تستمد وجودها من العقد؛ وذلك لأنها لا تصدر عن القانون مباشرة، ولأنها في مجال الآثار وليست في مجال انشاء المراكز

القانونية (خليل، ١٩٧٣، ٥٥)، لذلك يخرج من اطار الرخص بالمعنى الدقيق ما يقال له في الاصطلاح "الالتزام التخييري" وكذلك "الالتزام البدلي" حين ينصب العقد في الحالة الأولى على عدة محال (منزل وسيارة مثلًا) ليكون للمدين أن يختار الوفاء بواحد منهما وتبرأ ذمته، في حين ينصب العقد في الحالة الثانية على محل واحد ولكن تبرأ ذمة المدين إذا وفى بدلاً منه شيئًا آخر (سرور، ١٩٧٩، ٣٠). فالرخصة هي منزلة وسطى بين الحق والحرية، فهي أعلى من الحرية وأدنى من الحق (السنهوري، ١٩٩٨، ٩)[٤٢]. فمثلًا هناك حق المِلكيّة أو حق التملك، وحرية التملك، ويوجد بينهما مركز متوسط يتمثل في رخصة الشخص في أن يتملك (منصور، ٢٠٠٩، ٣٨–٣٩). وتقترب الرخصة من الحق من حيث كونها مثله تستند في وجودها إلى القانون، من حيث ما تتمتع به– مثله– من تحديد، مادام ان ممارسة كل منهما تخضع لشروط وقيود وضعها القانون (خليل، ١٩٧٣، ٥٦؛ سرور، ١٩٧٩، ٣٠). وهذا بخلاف الحرية؛ حيث يكون التخيير بغير حدود ونتائجه تكون غير معلومة مقدمًا، فحرية الزواج تعطي الخيار بين الزواج وعدمه أو الزواج من أكثر من واحدة (خليل، ١٩٧٣، ٥٦). أما الخيار فإنه يقترب من الحرية ويبتعد من الحق من حيث أن مجالهما يكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية وليس في مرحلة آثار هذه المراكز. وكذلك فالرخصة مثل الحرية تعطي لصاحبها ميزة الاختيار بين أكثر من طريق. والفارق بين الأثنين هو انه في حالة الرخصة يكون مجال الاختيار محدودًا ومعلومًا مقدمًا، بعكس الحرية حيث الاختيار مفتوح بلا حدود ولا يقود وبغير امكانية التوقع مقدمًا (خليل، ١٩٧٣، ٥٦).

وبالإضافة إلى ان الحق هو أعلى من الرخصة، هناك فروق أخرى بينهما نوضحها فيما يلي:

١. يختلف الحق عن الرخصة في ان مجاله يكون في مرحلة اثار المراكز القانونية، اما الرخصة فإن مجالها يكون في مرحلة إنشاء هذه المراكز (سرور، ١٩٧٩، ٣٠).

٢. ينطوي الحق على سلطة قانونية لشخص يقابلها التزام على شخص آخر، بخلاف الرخصة التي وان كانت تخول مكنة التدخل في علاقات قانونية للغير فإنها لا تتضمن أي التزام عليه (حجازي، ١٩٧٠، ١٢٢).

٣. ان المركز القانوني الذي يوجد فيه الغير (المدين) بالحق يسمى بـ "الالتزام"، على نقيض المركز القانوني الذي يوجد فيه الغير الذي تستعمل الرخصة في مواجهته، إذ يسمى هذا المركز بـ "الامتثال" (حجازي، ١٩٧٠، ١٢٣).

٤. ان استعمال الحق يفضي إلى ازكاء بعض مظاهر الشخصية القانونية، اما استعمال الرخصة فيؤدي إلى انشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه (حجازي، ١٩٧٠، ١٢٣).

والفقه الإسلامي يعرف هذه المنزلة الوسطى بين الحرية والحق، قبل الفقه الغربي بقرون عدة(حجازي، ١٩٧٠، ١٢٣) [٤٣].

ثالثاً: الحق والسلطة

السلطة وبعضهم(حجازي، ١٩٧٠، ١٤٥)[٤٤] يسميها الولاية القانونية هي مكنة ادارة شؤون الغير، شخصية كانت هذه الشؤون أو مالية (سرور، ١٩٧٩، ٣١). ومثالها سلطة الاب على ابنائه، وسلطة الولي أو الوحي في ادارة شؤون القاصر، وسلطة القيم في ادارة شؤون المجنون، وسلطة الرئيس الإداري في مراقبة مرؤوسيه. وسلطة الوكيل في ادارة اموال موكله (سرور، ١٩٧٩، ٣١؛ الفار، د.ت، ١٣٦). وحين ينفرد الشخص بسلطة ما، ويمارس ما تخوله هذه السلطة من قدرات، يبدو وكأنه اقترب من مركز صاحب الحق، ومع ذلك فهناك فوارق هامة تبقى بين كل من الحق والسلطة (سرور، ١٩٧٩، ٣١)، وأهمها:

١- السمة البارزة في السلطة هي التدخل في شؤون الغير، سواء في حكم شخص الغير أو في ادارة أمواله (حجازي، ١٩٧٠، ١٤٦)، فلا سلطة إلا إذا كان هناك تدخل في شؤون الغير، فعندما يتولى شخص ادارة أمور نفسه وممتلكاته لا يعد مباشرًا لسلطة وإنما مباشرًا لحق (خليل، ١٩٧٣، ٥٨). فصاحب الحق اذن لا

يتعدى في مباشرته لحقه دائرة شؤونه الخاصة بخلاف صاحب السلطة (سرور، ١٩٧٩، ٣١).

٢- تكون السلطة لمصلحة الغير بعكس الحق الذي يكون لمصلحة صاحب الحق نفسه بتحقيق مصلحة الغير هو الذي يسوغ خضوعه لسلطة شخص آخر (حجازي، ١٩٧٠، ١٤٦؛ خليل، ١٩٧٣، ٥٨)، ومصلحة الغير قد تكون خاصة (حين تتقرر السلطة في اطار القانون الخاص)، وقد تكون عامة (حين تتقرر السلطة في إطار القانون العام) (سرور، ١٩٧٩، ٣١). ولا يجوز لصاحب السلطة أو الولاية ان يستعملها لصالح نفسه (حجازي، ١٩٧٠، ١٤٦).

٣- ان الحق ميزة يستأثر بها صاحبه، حين تتمثل السلطة في عبء في أعباء، وواجبات وليست مصدرًا لانتفاع الأب أو الزوج (سرور، ١٩٧٩، ٣٢).

٤- وأخيرًا فإن صاحب الحق يكون من السهل عليه ان يتنازل عما خوله لهُ الحق من ميزة أو نفع، أما صاحب السلطة- كالأب مثلًا- فإنه لا يجوز له أن يتنازل عن سلطته في إدارة شؤون اولاده؛ لأنه في الواقع مكلف بهذه السلطة على سبيل الواجب (الفار، د.ت، ١٣٧).

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات:

أولًا- النتائج:

١. ان الحق لغة هو نقيض الباطل.

٢. الفقهاء المسلمون سبقوا فقهاء القانون في بيان جوهر الحق وحقيقته وهو الاختصاص بقرون عديدة. أما الأصوليون فاستخلصنا من تعريفاتهم وجود علاقة بين الحق وفكرة الاختصاص، ووجوب شمول تعريف الحق لحقوق الله تعالى. أما المختصين بالفقه فقد عرفوا الحق لكن تعريفاتهم لم تخل من الانتقاد وان كان بعضها مفيدًا في بناء تعريف دقيق للحق، ويراعي تفصيلات التشريع الاسلامي.

٣. صعوبة تعريف الحق من الناحية القانونية وكونه محلا للجدل بسبب كونه شيئًا غير محسوس ومن الأفكار المجردة. أدى الى ظهور مذاهب عديدة، ولعل هذا سبب احجام المشرع العراقي عن تعريف الحق في القانون المدني، على الرغم من تعريفه للحق العيني والحق الشخصي.

٤. التعريف القانوني المقترح للحق هو: "الاختصاص بشيء أو قيمة أو أداء اختصاصًا يقره القانون". فهو تعريف جامع ومانع؛ فهو جامع لكل أنواع الحقوق، لان الاختصاص هو جوهر الحق ويصلح لجميع أنواع الحقوق، وهو تعريف مانع يمنع دخول جميع الأوضاع القانونية الأخرى باستعمالنا لكلمة اختصاص.

٥. التعريف الفقهي المقترح للحق هو: الاختصاص بشيء أو قيمة أو أداء أو تكليف اختصاصًا يقره الشرع. والاختصاص بتكليف يشمل حقوق الله تعالى. حتى نراعي تفصيلات التشريع الإسلامي.

٦. يختلف الحق عن غيره من الأوضاع القانونية وهي: المصلحة، والرابطة، والقدرة، والمركز القانوني، والحرية، والاباحة، والرخصة، والخيار، والسلطة– بجوهره وهو الاختصاص. وإن كانت هناك صلة بينه وبين بعضها. وهذا الاختلاف بين الحق وغيره من الأوضاع له أثر مهم في الحياة القانونية النظرية والعملية.

ثانيًا: التوصيات:

نؤيد بأن وضع التعريفات ليست مهمة المشرع، ولكن إن كان ولا بد للمشرع العراقي من تعريف الحق باعتباره قد عرف الحق العيني والحق الشخصي؛ فإننا نقترح عليه ما يأتي:

١. تعريف الحق بالشكل الآتي:" الحق هو الاختصاص بشيء أو قيمة أو أداء اختصاصًا يقره القانون".

٢. تعديل المادة ٦٧ من القانون المدني التي عرفت الحق على أنه: سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين. بأن يكون كما يأتي:" الحق العيني هو الاختصاص بشيء اختصاصًا يقره القانون".

٣. تعديل المادة ٦٩ من القانون المدني التي عرفت الحق الشخصي على أنه:" رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها المدين بان ينقل حق أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل". بان يكون التعريف كالآتي:" الحق الشخصي هو الاختصاص بأداء اختصاصًا يقره القانون".

الهوامش

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب التهجد(١) باب التهجد بالليل، حديث رقم(١١٢٠)عن ابن عباسﷺ.

(٢) وهي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية تجعل من ثبتت له قادرًا على تحصيل ما تعلقت به (مدكور، ١٩٦٣، ٤٢٣).

(٣) الحد هو نوع من أنواع التعريف وهو على نوعين: حد تام وحد ناقص، أما الحد التام فهو تعريف الشيء بجنسه وفصله القريبين كتعريف الإنسان بأنه كائن حي ناطق بالطبع. وأما الحد الناقص فهو التعريف بالفصل القريب فقط أو به مع الجنس البعيد كتعريف الإنسان بأنه ناطق بالطبع أو بأنه جسم ناطق بالطبع (الزلمي، ١٩٨٦، ٢٩).

(٤) الرسم هو نوع من أنواع التعريف أيضًا وهو على نوعين: رسم تام ورسم ناقص، فالأول هو التعريف بالأعراض الخاصة مع الجنس لتقريب كتعريف الإنسان بأنه كائن حي متفكر. وأما الثاني فهو التعريف بالعوارض والصفات الخاصة كتعريف الإنسان بأنه مُدخن. وهذا التقسيم هو التسلسل الطبيعي من حيث الاختيار. فيكون التعريف بالحد التام فإن لم يُمكن فبالحد الناقص فإن لم يتيسر فبالرسم التام وإلا فبالرسم الناقص (الزلمي، ١٩٨٦، ٢٩-٣٠).

(٥) ويلاحظ أن جميع الكتاب ينسبون التعريف المشار إليه في المتن لابن نجيم الحنفي، بينما هو لبدر الدين العيني.

(٦) فلفظ (ما) عام ومبهم، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق، فيلزم الدَّور، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة (الدريني، د.ت، ٢٥١؛ جانم، ٢٠٠٩، ٢٧). والدَّور: هو أن يتبين الشيء بما يتوقف بيانه على بيان الشيء، فيكون إنما يبين الشيء ببيان الشيء نفسه (ن. مرعشلي وأ. مرعشلي، ١٩٧٤، ٢٢٤/١).

(٧) د. جميل فخري من الذين أيدوا تعريف الدكتور فتحي الدريني.

(٨) المجرد (Abstract) ما يُدرك بالذهن دون الحواس. والتجريد (Abstraction) العملية الفكرية التي بها ينتزع الذهن صفة أو معنى وقصر الاعتبار عليها (ن. مرعشلي وأ. مرعشلي، ١٩٧٤، ٧٢/١-٧٣).

(٩) وأبرزهم الفقيه الفرنسي ديجي (Duguit) الذي قال في فكرة الحق أنها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلســفية مما وراء الطبيعة (كيرة، ١٩٧١، ٤٢٤). وقد تأثر بأفكار الفقيه (اوجســت كونت) الذي قال قولته الشــهيرة "لا أحد يملك من الحق ســوى حق أداء ما عليه من واجب" (ســرور، ١٩٧٩، ١١). ومن منكري فكرة الحق أيضًــا(Hans Kelsen) الذي يرى أن قاعدة القانون من زاوية تطبيقها على الفرد لا تنشئ سوى التزام قانوني (الشرقاوي، ١٩٥٥، ١١).

(١٠) فقد عرف الحق العيني بانه:" سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين". وعرف الحق الشخصي:" رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها المدين بان ينقل حق أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل" (الوقائع العراقية، ١٩٥١، المواد ٦٧ و٦٩).

(١١) قال به الفقيه Jellink (جيلينك) (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢١).

(١٢) هذا التعريف هو للفقيه Michoud (ميشو) (سرور، ١٩٧٩، ١٩-٢٠).

(١٣) وهو تعريف للفقيه Jellink (جيلينك) في الطبعة الثانية من كتابه الذي أخذ يه بالتعريف الأول (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢١؛ سرور، ١٩٧٩، ٢١).

(١٤) Salleilles (سالي)، (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢١).

(١٥) وسنرى هذه التفرقة عند التمييز بين الحق وبين غيره من الأوضاع.

(١٦) هذه النظرية تذكرنا بنظرية ديجي، لكن هذه النظرية لا تنكر وجود المكنات أو الميزات الفردية وإنما تهدف لوضعها في مكانه الصحيح (سعد، ٢٠٠١، ٣٦).

(١٧) هذا الكلام يعود للفقيه دابان (سعد، ٢٠٠١، ٣٨-٣٩).

(١٨) قاله الفقيه كستن Ghestin (سعد، ٢٠٠١، ٣٩).

(١٩) اختلف فقهاء القانون في ترجمة المصــطلح الفرنســي (Appartenace)؛ فمنهم من قال أنه(استئثار أو اختصاص)، وأغلبهم من مصر. وبعضهم من الأردن. ومنهم من رأى ان معناه انتماء، وقسم آخر خلط بين الأثنين. والراجح أن معناه انتماء، لا استئثار ولا اختصاص؛ لأن هذا إنما يخالف ما قصده دابان؛ فهو يقصد بها معنى لا يقتضي لوجوده أي عمل إرادي من جانب صاحب الحق حتى لا يرد عليه الاعتراض الذي ورد على نظرية "سافيني" أي على نظرية الإرادة (حجازي، ١٩٧٠، ١١١).

(٢٠) ومعنى عنصــران خارجيان، أي انهما يلزمان لوجود الحق في مواجهة الغير (حجازي، ١٩٧٠، ١٠٥).

(٢١) والأشياء التي يمكن أن تنتمي للشخص متنوعة؛ فقد تكون أشياء مادية كالعقارات والمنقولات، أو أشياء لصيقة بالشخص كالحياة وسلامة البدن والحريات. وقد تكون أشياء مادية أو معنوية مصدرها الشخص نفسه كحق المؤلف. وقد تكون إرادات إيجابية أو سلبية، مالية أو غير مالية. ولا يقتصر الانتماء على المنافع فحسب بل يَصدُق كذلك على الواجبات الطبيعية والاختصاصات؛ كالسلطة الأبوية(حجازي، ١٩٧٠، ٩٦-٩٧).

(٢٢) أما الفقهاء الذين فهموا كلمة Appartenance على انها استئثار فقد نقلوا عن دابان تعريفًا يختلف عما هو في المتن ونصه:"ميزة يمنحها القانون لشخص، ويضمنها بوسائله يتصرف الشخص بمقتضاها في مال يؤول إليه باعتباره مملوكًا أو مستحقًا" (الشرقاوي، ١٩٥٥، ٢٤؛ فرج، ١٩٨٨، ٤٦٦).

(٢٣) وتعريفه كان تحت تأثير المذهب الاشتراكي في نظام الحكم بالعراق في ظل دستور ١٩٧٠ المؤقت.

(٢٤) وهي ما يسميها الدكتور حسن كيره رابطة التسلط تمييزًا لها عن الرابطة الأولى التي يسميها رابطة الاقتضاء(كيرة، ١٩٧١، ٤٣٨).

(٢٥) وهو الدكتور محمد حسن قاسم (قاسم، ٢٠٠٩، ٣٤).

(٢٦) وهو الدكتور أحمد الخولي (الخولي، ٢٠٠٣، ٣٠).

(٢٧) بعد الرجوع إلى مراجع اللغة والتحقيق في كلمتي استئثار واختصاص، لم أجد هناك اختلافًا كبيرًا بينهما، فالاستئثار لغةً هو الانفراد بالشيء، واستأثر بالشيء على غيره: خصّ به نفسه واستبد به (ابن منظور، د.ت، ٥٣/١). أما الاختصاص فهو من اختص فلان بالأمر وتخصص به اذا انفرد به (ابن منظور، د.ت، ٨٠/٥).

(٢٨) فمن المتصور أن يسأل شخص إذا حاد عن الهدف المحدد للحق، حين يقال إذ ذاك أنه تعسف في استعمال حقه، بينما من غير المتصور أن يحاسب شخص بمقولة أنه أساء أو تعسف في استعمال حريته؛ فمثلًا لا يجوز محاسبة شخص لأنه لم يتزوج بابنة عمه وإنما تزوج من فتاة من غير أقاربه، مما ترتب عليه بوار ابنة عمه (خليل، ١٩٧٣، ص.ص. ٥٣-٥٤؛ سرور، ١٩٧٩، ص ٢٧).

(٢٩) والمبادئ العامة لا تحتاج إلى نصوص لإنشائها، فالمبادئ العامة تعلو القواعد القانونية المحددة وتزيد عليها في الأهمية؛ لأنها تعبر عن فلسفة المجتمع (حجازي، ١٩٧٠، ١٣٥).

(٣٠) وقد عرف الآمدي المباح بعد ذكره اختلاف العلماء في تعريفه بأنه:" ما دل الدليل الســمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل (الآمدي، ١٩٦٧، ١/١١٥).

(٣١) صاحب هذه التسمية الفقيه الالماني بيكر Bekker (حجازي، ١٩٧٠، ١١٨).

(٣٢) قال بهذه التسمية الفقيه الالماني انسيروس Ennecerus (حجازي، ١٩٧٠، ١١٨).

(٣٣) هذه التسمية استعملها الفقيه الالماني فون تور Von Tuhr (السنهوري، ١٩٩٨، ١٠).

(٣٤) استعمل هذه التسمية سابقًا د.عبد الحي حجازي (حجازي، ١٩٧٠، ١١٨).

(٣٥) ذكر هذه التســمية د.ســليمان مرقس حين أفاد بأنها تســمية كثير من فقهاء الطليان والألمان والسويسريين (مرقس، ١٩٦٧، ٤٤٨).

(٣٦) صاحب هذه التسمية الأستاذ حسن بغدادي في دروس له القاها على طلبة دبلوم القانون الخاص، بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

(٣٧) وقد فضّل هذا الأسم د.عبد الحي حجازي (حجازي، ١٩٧٠، ١١٨).

(٣٨) صاحب هذا التعريف الفقيه الفرنسي كاربونييه (سرور، ١٩٧٩، ٢٩).

(٣٩) قال بهذا التعريف الفقيه الفرنسي روبيه (خليل، ١٩٧٣، ١١٩).

(٤٠) هذا التعريف للفقيه الالماني فون تور (حجازي، ١٩٧٠، ١١٩).

(٤١) وهو تعريف للفقيه الايطالي كيونزا، (حجازي، ١٩٧٠، ١١٩).

(٤٢) ويلاحظ ان السنهوري يُسمي الحرية رخصة ويُسمي الرخصة منزلة وسطى بين الحرية والحق.

(٤٣) حيث أن القرافي في كتاب الفروق يقارن في الفرق الحادي والعشــرون بعد المائة بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكًا ام لا؟ وبين قاعدة من انعقد له ســبب المطالبة بالملك هل يعد مالكًا ام لا؟ فالقاعدة الأولى تقابل في القانون الحرية، والقاعدة الثانية تقابل الرخصة، ويصف القاعدة الأولى بالبطلان في حالة اعتبار صــاحب الحرية مالكًا، ويجعل القاعدة الثانية محلًا للخلاف، وامكانية ان يعد صاحب الرخصة مالكًا من حيث الجملة تنزيلًا لسبب السبب منزلة السبب، واقامة الســبب البعيد مقام الســبب القريب، ومن ثم فهو يرى صــحة القاعدة الثانية (القرافيّ، ٢٠٠١، ٣/٧٣٠).

(٤٤) وهي تقابل الولاية في الفقه الإسلامي كما هو معلوم.

قائمة المصادر والمراجع

ابن الشاط. (د.ت). *أنوار البروق في أنواء الفروق Anwar Al-Burooq Fi Anwa'a Al-Furooq*.

ابن الهمام. (١٣١٦). *شرح فتح القدير-على الهداية Sharih Fatih Al-Qadeer - On Al-Hidaya*. (ج. ٥). المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق.

ابن عابدين. (٢٠٠٠). *رد المحتار على در المختار-حاشية ابن عابدين على شرح الحصكفي لمتن تنوير الأبصار للتمرتاشي Rad Al-Mutar on Dur Al-Mukhtar Hashiet Ibn Abidin's on Sharih Al-Hasakfi's of Tanweer Al-Absar for Tamertashee*. (ع. حلبي (محقق)) (ج. ٧). دار المعرفة.

ابن منظور. (د.ت). *لسان العرب Lisan aL-arab*. (ج. ١ و٥). دار صادر.

ابن منظور. (٢٠٠٣). *لسان العرب Lisan aL-arab*. (ج. ٢). دار الحديث.

الآمدي. (١٩٦٧). *الإحكام في أصول الأحكام Al-Ehkam in Usool Al-Ahkam*. (ج. ١). دار مؤسسة الحلبي.

البدراوي، ع. (د.ت). *مدخل*.

الجمال، م.، والجمال، ع. (١٩٩٨). *النظرية العامة للقانون General Theory of Law*. الدار الجامعية.

الحنفي، ا. ن. (٢٠٠٢). *البحر الرائق شرح كنز الدقائق للنسفي Al-baher Al-Raeq Sharih Kanse Al-Daqaeq for Al-Nasafi*. (ج. ٦). دار إحياء التراث العربي.

الخفيف، ع. (د.ت-أ). *أحكام المعاملات الشرعية Provisions of Legal Transactions*. (ط ٣). دار الفكر العربي.

الخفيف، ع. (د.ت-ب). *الحق والذمة Right And Liability*.

الخولي، أ. م. (٢٠٠٣). *نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي The*

Theory of Right Between Islamic Jurisprudence and Positive Law. دار السلام.

الدريني، ف. (د.ت). *الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده The Right and The Extent of The State's Authority to Restrict It*.

الزحيلي، و. (٢٠١٠). *موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة Encyclopedia Of Islamic Jurisprudence and Contemporary Issues*. (ج. ١٠). دار الفكر.

الزرقاء، م. (د.ت-أ). *المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي Introduction to the General Theory of Obligation in Islamic Jurisprudence*.

الزرقا، م. (د.ت-ب). *المدخل الفقهي العام General Jurisprudential Introduction*.

الزلمي، م. (١٩٨٦). *الصلة بين علم المنطق والقانون The Connection Between Logic and Law*.مطبعة شفيق.

الزهاوي، س. أ. (١٩٧٦). *التعسف في استعمال حق المِلكيّة Abusive Use of Property Rights*. دار الاتحاد العربي.

السنهوري، ع. (١٩٩٨). *مصادر الحق في الفقه الإسلامي Sources of Truth in Islamic Jurisprudence*. (ط ٢) (ج. ١). منشورات الحلبي الحقوقية.

السنهوري، ع.، وأبو ستيت، أ. ح. (١٩٣٨). *أصول القانون Principles of Law*.

الشرقاوي، ج. (١٩٥٥). *دروس في النظرية العامة للحق Lessons in the General Theory of Right*. مطبعة الاعتماد بمصر.

الصدة، ع. ف. (١٩٧٨). *أصول القانون Principles of Law*. دار النهضة العربية.

الصراف، ع.، وحزبون، ج. (٢٠٠٥). *المدخل إلى علم القانون Introduction to the Science of Law*. دار الثقافة.

العبادي، ع. (د.ت). *المِلكيّة في الشريعة الإسلامية Ownership In Islamic Law*.

العسقلاني، ا. ح. (١٩٨٦). *فتح الباري شرح صحيح البخاري Fath Al-Bari, Sharih Sahih Al-Bukhari*. (ج. ٣). دار الريان للتراث.

العيني، ب. ا. (٢٠٠٠). *البناية شرح الهداية Al-Binaya Sharih Al-Hidaya*. (ج. ٨). دار الكتب العلمية.

الفار، ع. (د.ت). *بدون عنوان*.

الفضلي، ج.، والفضل، م. (١٩٨٧). *المدخل إلى العلوم القانونية Introduction to the Law Sciences*. دار الكتب/ جامعة الموصل.

القرافيّ. (٢٠٠١). *الفروق–أنوار البُروق في أنواء الفُروق Al-Furooq - Anwar Al-Burooq Fi Anwa'a Al-Furooq*. (ج. ١). دار السلام.

الكرماني. (٢٠٠٢). شرح البخاري .Explanation of Al-Bukhari في ا. ن.

الحنفي (محرر)، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق للنسفي Al-baher Al-Raeq Sharih Kanse Al-Daqaeq for Al-Nasafi*. (ج. ٦). دار إحياء التراث العربي.

اللّكنوي. (١٩٩٥). *قمر الأقمار– لنور الأنوار في شرح المنار Qamer Al-Aqmar - for Nor Al-Anwar in Sharih Al-Manar*. دار الكتب العلمية.

المرزوي. (د.ت). *طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية The Method of Disagreement Between Shafiya and Hanafiya*.

الوقائع العراقية. (١٩٥١). *القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ Civil Law No. 40 Of 1951* (عدد ٣٠١٥).

الوكيل، ش. ا. (١٩٦٦). *دروس في القانون Law Lessons*. منشأة المعارف بالإسكندرية.

جانم، ج. ف. م. (٢٠٠٩). *التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون Legal Measures to Limit Arbitrary Divorce in Jurisprudence and Law*. دار الحامد.

حجازي، ع. (١٩٧٠). *المدخل لدراسة العلوم القانونية Introduction to the Study of Legal Sciences*. مطبوعات جامعة الكويت.

خليل، ن. م. (١٩٧٣). *دروس في نظرية الحق Lessons In the Theory of Right*. دار النهضة العربية.

سرور، م. ش. (١٩٧٩). *النظرية العامة للحق The General Theory of Right*. مطبعة الاستقلال الكبرى.

سعد، ن. إ. (٢٠٠١). *المدخل إلى القانون (نظرية الحق) Introduction to Law (Theory of Right)*. منشأة المعارف بالإسكندرية.

سلطان، أ. (١٩٨١). *المبادئ العامة للقانون General Principles of Law*. (ط ٣). دار النهضة العربية.

ضمره، ع. ز. (٢٠٠٦). *الحكم الشرعي بين أصالة الثبات والصلاحية The Legal Ruling Between Authenticity, Stability and Validity*. دار النفائس.

عبدالباقي، ع. (١٩٦٥). *نظرية الحق Theory of Right*. (ط ٢). مطبعة نهضة مصر.

عمّاري، ب. ا. أ. (٢٠٠٩). *نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي (مبناها ومعناها) The Theory of Arbitrariness in The Use of Rights According to Imam Al-Shatibi (Its Consist and Meaning)*. دار ابن حزم.

فرّاج، أ.، والسريتي، ع. (د.ت). *النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه General Theories in Islamic Jurisprudence and Its History*.

فرج، ت. ح. (١٩٨٨). *المدخل للعلوم القانونية Introduction to Legal Sciences*. الدار الجامعية.

قاسم، م. ح. (٢٠٠٩). *المدخل لدراسة القانون Introduction to the Study of Law*. (ج. ٢). منشورات الحلبي الحقوقية.

كيرة، ح. (١٩٧١). *المدخل الى القانون Introduction to Law*. منشأة المعارف.

مبارك، س. (١٩٨٢). *أصول القانون Principles of Law*. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

مدكور، م. س. (١٩٦٣). *المدخل للفقه الإسلامي Introduction to Islamic Jurisprudence*. (ط ٢). دار النهضة العربية.

مدكور، م. س. (١٩٨٤). *نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء The Theory of Permissibility According to Fundamentalists and Jurists*. (ط ٢). دار النهضة العربية.

مرعشلي، ن.، ومرعشلي، أ. (١٩٧٤). *الصِّحاح في اللغة والعلوم للجوهري Al-Sihah in Language and Science for Al-Jawhary*. (ج. ١). دار الحضارة العربية.

مرقس، س. (١٩٦٧). *المدخل للعلوم القانونية Introduction to Legal Sciences*. المطبعة العالمية.

منصور، م. ح. (٢٠٠٩). *نظرية الحق Theory of Right*. دار الجامعة الجديدة.