فلسفة الحق

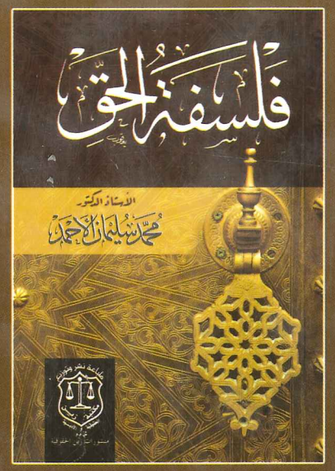
يقول

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الأحمد

طباعة نشر وتوزيع
مكتبة زين الحقوقية والأدبية
ش.م.م
منشورات زين الحقوقية
بيروت – لبنان

فلسفة الحق
الأستاذ الدكتور
محمد سليمان الأحمد



طباعة نشر وتوزيع
مكتبة زين الحقوقية والأدبية
ش.م.م
منشورات زين الحقوقية

www.zeinjuridique.com
9 786144 362709

فلسفة الحق

فلسفة الحق

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون الخاص

كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية - كوردستان - العراق

منشورات زين الحقوقية

فلسفة الحق

محمد سليمان الأحمد

© مكتبة زين الحقوقية والأدبية ش.م.م.
جميع الحقوق محفوظة للناشر

الطبعة الأولى 2017
9786144362709

لا يجوز نسخ أو استعمال هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة من الوسائل – سواء التصويرية أو الإلكترونية أو الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو تسجيله على أشرطة أو سواها، وحفظ المعلومات واسترجاعها – دون إذن خطي من الناشر؛ تحت طائلة الملاحقة القانونية.

Tous droits exclusivement réservés à

Librairie Zein Juridique

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, ainsi que la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

مكتبة زين الحقوقية والأدبية ش.م.م.

فرع أول: الشياح- طريق صيدا القديمة- قرب ساحة البريد
تلفاكس: 391 391 – 01 / خليوي: 733 433 – 03

فرع ثان: البقاع- كسارة- الطريق العام- قرب أفران شمسين
تلفاكس: 505 508 – 08 / خليوي: 764 203 – 03

الموقع الإلكتروني: www.zeinjuridique.com
البريد الإلكتروني: wassim@zeinjuridique.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾

سورة ص/26

الإهداء

مُلْهِمي

أَبِي وَمُعَلِّمِي

الحاجّ سُلَيْمان مُحَمّد أَحْمَد شكاك

رَحِمَكَ اللهُ . . وَجَعَلَ مَثْواكَ الجَنّة . .

وَلَدُكَ الصّغير .

محمد .

{إنَّها لَيْسَت دعوة للفوضى ،
إنَّهـا دعـوة للـنظام أن يجـد في
إحقاق الحقّ ، إحقاقاً لذاته} .

المؤلّف

توطئة

ليس هذا الكتاب بحثاً فلسفياً محضاً ، ولا يَعُدُّه مؤلفه باباً للفلسفة أو التفلسف في العلوم عموماً وفي القانون خصوصاً ، ولستُ زاعماً التفلسف في أَلْصَق قيمة تمسّكاً بكيان الإنسان ، إنما هي محاولة متواضعة للمشاركة في بزوغ ما نعتقدُه ، بفجر جديد للمعرفة القانونية ، في عصرٍ أشعرُ ، مع آخرين ، أن الحقوق باتت مرتعاً للانتهاكات وتعسُّف السلطات ، وأضحى الإنسان هو الأخطر على الإنسان ، فتداعيت كلُّ القيم التي ترسخت عليها مبادئ القانون الصحيح ، غير المريض بمرض التَّيَـه والانحراف عن المسار الذي يوصله لغايته الحقيقية ، الغرض البعيد الذي وقف وراء وجوده وضرورته في الحياة ، جوهره ومضمونه ، والذي لا يخرج عن الحقّ .

إن عصرنا الحالي الذي أصبحت فيه المعارف متداخلة ، والسبل إلى تمييز ماهياتها متضايقة ، على الرغم من أن الغايات في الوصول إلى حقيقتها متباينة ؛ تشكلت فيه نظريات وأفكار عديدة ، لعلّها قادت وتقود إلى إدراك حقيقة فلسفتنا في الحقّ ، لكن ، وفي المقابل ، ترى نظريات في علم القانون ظهرت في الأمس ، وتناثرت في مجمل فروع القانون ، كانت الأخطر على الحقوق من منتهكيها ، فهي ساهمت في الانجراف بالقانون نحو فلسفات أخرى غير تلك التي ينبغي القيام عليها ، مما جعل القانون يمتطي جملاً في جبل في حمايته للحقوق ، بدلاً من أن يقيم ثقله على واسطة كفوءة وملائمة لخوض معركة مع عدو حقيقي

ظهر القانون لقتاله دفاعاً عن الحقّ .

إن الحديث عن القانون يطول ويطول ، لكن إطالته من غير التمحور حول غايته ، هي محاولة من غير جدوى ، فلماذا قانون ؟ ! وإلى أي مدى قانون ؟ ! وكيف هو القانون ؟ ! وأين هو القانون ؟ ! وعلى أي أساس هو قانون ؟ ! . ليس لك أن تجيب ما لم تقف صلباً على أساس متين مدعوم بعقيدة قوامها ، بحق ، الحقّ لا غيره .

إن التفكير الّذي يزن الأمور في ميزانها الفكري الصائب ، ينصب في الأساس على التمركز نحو نقطة تعدّ ، في حقيقتها ، جوهر الموضوع المبحوث فيه ، فإذا أرجعنا القانون إلى الفلسفة ، وجدناه يدور في فلك الأخلاق تنظيما ، وفي كنف المنطق تقويما ، ووسيلته العقل الذي يزن الأمور في ميزانها الصحيح ، وموضوعه الحقّ ، والأخير مهما اختلف معناه أو اختلفَ في معناه ، هو ، في النهاية ، مرتكز العلوم القانونية ، فعلم القانون ، ذلك العلم الإنساني ، بل الأهم من بين العلوم الإنسانية ، إنما أكتسب أهميته من كونه علم لدراسة الحقوق ، والحقوق لصيقةٌ بوجود الإنسان ، بل هي كيانه وكرامته وحياته ، وبالتالي فإن القانون من غير حقّ ، كالجسد من غير روح ، ذلك أن القانون ما كان ليكون على ما هو كائن عليه ، لولا أنه مخلوق لغيره لا لذاته ، فهو للحق ظهر ، فلن تكون هناك فائدة في التفلسف فيه بمعزل عن سبب وجوده وهو الحقّ .

مقدمة

1) - من نظرية الحقّ إلى فلسفة الحقّ :

ليس كتابنا هذا كتاباً تعريفياً في الحقّ ، فليست الغاية منه تعريف الحقّ ، وإن فعلنا ، أو بيان خصائصه وأنواعه وطرق حمايته ، وإن فعلنا ، إنما القصد منه رسم حدود فلسفة متجددة في جوهر القانون والبحث عن حقيقة الفلسفة التي ينبغي القيام عليها ، وإن كانت الدراسة قد احتوت ، كما سيرى القارئ على ما يدخل في المدخل للحق - وإن كان قليلاً - فهو لأغراض ذات أبعاد فلسفية في القانون تهدف إلى ترسيخ غائية الحقّ ، إذ لا نستطيع ، ونحن نبحث في فلسفة الحقّ أن نتجاهل الآراء التي ذهَبت إلى نسف فكرة الحقّ ، دون أن ندلو بدلونا في دحضها ، وكشف زيفها ، كما أننا لا نستطيع أن نقف مكتوفي الأيدي أمام محاولات تعريف الحقّ والابتعاد به عن معناه المقصود في عالم القانون ، كما أننا لسنا بمنأى عن وضع حدود بيّنة لمعنى الحقّ ، ولا تنهانا فلسفتنا عن التحدث عن الفلسفات التي ناهضت الحقّ ، أو وضعت المطبات في طريق فلسفته ، لأجل الانتصار لما نراه صحيحاً . لكن ينبغي التمويه مقدماً أننا لسنا مَعْنيين كثيراً بما تفرزه نظريات الكُتّاب من أفكار ومعلومات عن نظرية الحقّ ، ولا مُكْترِثين بتلك الآراء التي بقيت على مدار عقود من الزمن تدور في فلك نظريات قيلت ونساها العالم إلاّ نحن ، وما مِنْ أحدٍ تجرّأ على وضع البدائل لها ؛ لقد تجرأنا بعض الشيءْ - والتوفيق من الله - أن نُخرج الحقّ من المدخل ؛ لنجعلَ منه مخرجاً

لمجمل المشكلات القانونية ، وهذه غاية فلسفتنا .

2) - القانون والحقّ فكرتان متلازمتان :

لا يمكن أن نجد دراسة أو مشكلة أو حلاً قانونيًا في دائرة مختلف العلوم القانونية ، من دون ذكر لأيٍّ من مصطلحي الحقّ والقانون ، أو لأحدهما ؛ لكنهما مختلفين في المعنى والوظيفة والإدراك ، فالقانون مدرك المعنى عند الجميع ، وهناك اتفاق ملحوظ ، أو يكاد ، بخصوص تحديد معناه ، وإن كان هناك اختلاف في تحديد وظائفه . أما الحقّ فالاختلاف موزع على وجوده وإدراكه وتعريفه وتحديد وظيفته ، فالحقّ فكرة اكتنفها الغموض ، وأخذ الفلاسفة وعلماء الاجتماع والسياسة يدلون بدلوهم في تحديد معناه ، ومناقشة وجوده ، وجدواه ، واحتدم النقاش بين الحقوقيين كذلك في المصب نفسه ، فظهر الاختلاف بينهم من منطلق فلسفي أو اجتمَاعي أو سياسي أو قانوني في طرح التساؤلات الآتية :

1- هل الحقّ فكرة موجودة أم أنها مجرد فكرة ميتافيزيقية ؟

2- عن أيّ شيءٍ يُعبر مصطلح الحقّ ؟

3- هل الحقّ اسبق في الظهور على الجماعة ، أم أنه وليد الجماعة ؟

4- وبالتالي هل الحقّ سابق في الظهور على القانون ، أم العكس هو الصحيح ؟ !

5- هل العلاقة بين الحقّ والقانون هي علاقة نتيجة وسبب أم علاقة غاية ووسيلة ؟

6- وإذا كانت علاقة الحقّ بالقانون علاقة نتيجة وسبب فأي منهما سبب وأي منهما نتيجة ؟

7- وإذا كانت علاقة الحقّ بالقانون علاقة غاية ووسيلة فأيّ منهما غاية وأي منهما وسيلة ؟

8- هل الحقّ يسمو على القانون ؟ أم أن القانون له سيادة حتى على الحقوق ؟

9- هل الحقّ مخلوق من مخلوقات القانون ؟ أم أن الحقّ أسمى من ذلك ؟

10- هل ان مبدأ سيادة الدولة كفيل لضياع الحقوق وإهدارها أم أنه مقيد بها ؟ !

11- هل أن وظيفة القضاء تكمن في احقاق الحقّ أم في تطبيق القانون حتى وإن لم يؤدِ إلى إحقاق الحقّ ؟

12- هل أن معيار التطبيق السليم للقانون ، هو معيار التطبيق الحرفي له ، أم معيار استنباط الحكمة التشريعية وصولاً لتحقيق العدالة وإحقاق الحقّ ؟

13- هل أن الحقوق تكسب بالقانون ؟ أم أن القانون حامٍ لها وكفيل ؟

14- هل أن سعي الاشخاص في استجلاب الخير ودرء الشر هو سعي

ذو طبيعة وضعية ؟ أم أنه سعي ذو طبيعة واقعية ؟

كما أن هذه التساؤلات التي نطرحها في صلب فلسفتنا عن الحقّ ، تجعلنا نتساءل عن موقع هذه الفلسفة ، وما هي علاقتها بفلسفة القانون أو فلسفة النظام[1] ، وهل ستقودنا هذه الفلسفة إلى تحقيق غايات فلسفة أخرى ؟ لا سيما عندما يكون الأمر متعلقاً بقيمة أخرى غير قيمة الحقّ ، ألا وهي قيمة الخير .

لكل هذه التساؤلات وجدنا أنفسنا أمام مشكلة جدلية جديرة بالبحث ، قد لا

---

(1) وُضعت دراسات عديدة في فلسفة القانون ، وكان القاسم المشترك فيها ، فضلاً عن تركيزها على المذاهب الكبرى في القانون هو دراسة القانون ذاته ، وقد ظهر هذا في العديد من التعريفات الموضوعة لفلسفة القانون ، وقد استدعى منها ذلك دراسة المجتمع والدولة والسلطة وبنيان القاعدة القانونية وتحليلها ، وغير ذلك مما هو متعلّقٌ أشدّ التعلق بالنظام القانوني ، ولهذا تحولت فلسفة القانون إلى فلسفة لغاية من غاياته ، وأعني النظام ، بل إن الفلسفة عند البعض نظام ! . (جورجو ديل فيكيو ، فلسفة القانون ، ترجمة : د. ثروت أنيس الأسيوطي ، عمان ، 1998 ، ص 3) ، ولا ضير في أن تُوضع فلسفات تصبو لتصوير الصورة التي ينبغي أن يكون عليها النظام القانوني ، وهذه فلسفة قائمة بحد ذاتها في عالم القانون غايتها البحث في النظام القانوني عبر كل الوسائل الموصلة إليه ، لا سيما الظواهر القانونية ، التي جعلت دائرة هذه الفلسفة تتقاطع مع دائرة علم الاجتماع القانوني ، من غير أن يشعر واضعوها بذلك ؛ ولهذا يرى الدكتور فايز محمد حسن ، بعد أن عرضَ الكثير من تعريفات فلسفة القانون أن فلسفة القانون هي الدراسة التي تتناول الأسس الأولية الكامنة فيما وراء الظاهرة القانونية . (لاحظ ، مؤلفه : نشأة فلسفة القانون وتطورها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 41 . ولمزيد من التفصيل حول تعريفات فلسفة القانون ، لاحظ المرجع ذاته ، ص 35 والتي تليها) . والحقيقة التي يجب أنْ لا نحيد عنها هي أن فلسفة القانون هي البحث عن الحكمة من القانون ، فهي ليست جواباً لمن يريد أن يسأل عن معنى القانون وعن خصائصه ومصادره وتقسيماته وماهية أجزائه المتجسدة في القواعد القانونية ، فكل هذا تُجيب عنه نظرية القانون ، أو علم القانون ، إنما فلسفة القانون تختص في البحث عن الحكمة من القانون ، وجوابها إما أن يدور في فلك النظام ، وإما أن يدور في فلك الحقّ .

تستوعبها الأفكار التقليدية ؛ لأن القانون لا يمكن أن يكون مُقدساً مُطلقاً ، بل هو محلٌ للاحترام والتبجيل إذا أثبت جدارته في صيانة الحقوق وحمايتها ، وهذا ما جعل "افلاطون" يُميّز بين القوانين العادلة والقوانين الظالمة[1] .

3) - منهجنا في فلسفة الحقّ :

إن منهجنا في وَضْعِ فلسفة للحق يختلف عن المنهج المُتَّبع في قيام الكثير من الفقهاء والمفكرين في وضع فلسفتهم للقانون ، والمُستمَدِّ في كثير من الأحيان من المنهج الذي ينبغي اعتماده في نظرية القانون وليس في فلسفته ، فنظرية القانون وكذلك نظرية الحقّ تنطلق كلٌ منهما من منهجية علمية مُتّسقة مع كون النظريتين تكمل إحداها الأخرى إلاّ في تشكيل الفكرة الموضوعية العامة لعلم القانون ؛ إذ تحكم العلوم الإنسانية عدة مناهج ، منها : المنهج التجريبي الموسع ، والمنهج الوصفي أو الكيفي ، والمنهج البنيوي ، والمنهج التاريخي ، ولعل المنهج المعياري هو الأكثر اتِّباعا في العلوم القانونية .

ويرى بعض الباحثين[2] أن منهج العلوم الإنسانية هو المنهج الوصفي أو الكيفي ، وفيه يقوم الباحث بدراسة الظواهر الإنسانية دراسة وصفية ، فيُحدِّد هذه الظواهر ، ويقوم بملاحظتها ، ووصفها ، ووصف عناصرها ، ومكوناتها ، ووصف علاقاتها ، بعد أنْ يقوم بتحليلها ، ثم يُبيّن كيف تحدث ، وقد يذكر الأسباب التي

---

(1) لاحظ : جورج طرابيشي ، معجم الفلاسفة ، دار الطليعة ، بيروت ، 2006 ، ط 3 ، ص 74 .

(2) د . محمد أحمد مصطفى السرياقوسي ، التعريف بمناهج العلوم ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1986 ، ص 160 .

تدعو لحدوثها . وقد يستعين الباحث في جمع مادته في بعض فروع هذه العلوم ، كعلم الاجتماع مثلاً ، بوسائل منها الملاحظة الفردية والمقابلة الشخصية ، وقوائم الأسئلة ، واستطلاع الرأي . وقد يقوم بتبويب البيانات وتحليلها تحليلاً إحصائياً . ولكن هذا المنهج الذي يقف عند حد الوصف لا يكفي ؛ إذ يبدأ العلم عندما يبدأ التفسير ، فلا بد من قيام الباحث بعد ذلك بوضع فروض تفسيرية تُحقّق عن طريق الملاحظة المتاحة في هذه العلوم ، حتى يمكن أن نصل إلى قوانين تسمح لنا بشيء من التنبؤ ، الذي يمكننا من التأهل لمجابهة المستقبل والاستعداد له ان لم يمكننا من السيطرة عليه أو التحكم فيه . [1]

وجميع المناهج المتبعة في نطاق العلوم الإنسانية بشكل عام تسود في العادة

---

(1) المرجع السابق نفسه ، الصفحة ذاتها . ويُضيف الأستاذ السرياقوسي : (ومن جانب آخر يمكن استخدام المنهج البنيوي في دراسة الظواهر والوقائع الإنسانية ، فما دامت النظم التي تدرسها العلوم الإنسانية والاجتماعية تكون شبكة . خيوطها متداخلة ومتفاعلة ، يؤثر كل منها في الآخر ، ويتأثر به في الوقت نفسه ، فلا يمكن الفصل بين هذه النظم دون القضاء على واقعيته . فيجب في دراسة أي نظام أن ندرسه في سياقه الأصلي دون أن نخرجه من هذا الوعاء الثقافي . إذ يجب دراسته وهو يتفاعل مع النظم الأخرى ، فنبين مدى اعتماده عليها ، ومدى اعتمادها عليه . وبعبارة أخرى علينا أن ندرس ما بينه وبينها من علاقات متبادلة . ويجب إذا قمنا بتحليل اعتباري ، لكي نتمكن من أن نخص نظاماً معيناً بالنظر والدراسة ، ولكي نتمكن من أن نعرف عناصر النظام ومكوناته معرفة أجود ، أن يكون هدفنا هو معرفة العلاقات البنائية والوظيفية بين الأجزاء ، وبينها وبين الكل ، ومعرفة درجات اعتماد كل منها على غيرها . فندرس كل عنصر باعتباره امراً لا يمكن فصله عن الكل ، الذي لا يمكن فصله عن السياق . وكأننا بصدد كائن حي ، إذا فصلت أجزاءه عن دراستها ، ماتت الأجزاء ومات الكائن الحي . ويمكننا القول ان هذا المنهج يجب أن يراعي ونحن ندرس أي موضوع إنساني بأي منهج آخر وقد قال به ضمناً الذين يؤكدون على أهمية الفهم في دراسة العلوم الإنسانية . ومن الممكن أن يسمى هذا المنهج أيضاً باسم التكامل الوظيفي) .

في نطاق علمي الاجتماع والتاريخ[1] ؛ أمّا علم القانون وإن كان ليس في غِنًى عنها فإن الاهتمام به مُنصبٌّ غالبا على دراسة الوسائل والغايات ، ولهذا يرى بعض الباحثين[2] ، عندما ردّ على بعض منكري فكرة الحقّ ، لا سيما الفقيه الفرنسي "ديگي" ، عندما تساءلوا عن كيفية نشوء حقّ للمتضرر في التعويض عن عمل غير مشروع ! أي كيف ينشأ المشروع من غير المشروع ؟ ((إلاّ أنه يرد على هذا أن "ديگي" حين قال إن الحقّ لا ينشأ من اللا قانون ، أي : من عمل غير مشروع إنما كان يتكلم بلسان عالم الاجتماع ، أعني : بلسان من تعوّد على أن تكون أحكامُه أحكاماً واقعية ، وهي تلك التي تستخدم في العلوم الوصفية ، وهى علوم تقوم على علاقة السببية . إن عالم الاجتماع وهو مَنْ يَدْرس الظواهر الاجتماعية ، بوصفها ظواهر يُراد تفسيرها لا ينظر إلى الأشياء إلاّ من زاوية علاقة السببية . ومن هنا لم يكن من الغريب أن ينكر "ديگي" نشوء الحقّ من ((اللا قانون)) ، أي : من العمل غير المشروع . أما القانون فليس كعلم الاجتماع ، علماً وصفياً يشرح علاقات السببية ، بل هو علم معياريّ ، علم قواعد ، يستهدف البحث عن أَمْثَل القواعد لتنظيم العلاقات الاجتماعية . ومِنْ ثَمَّ كانت أحكامُه قيميةً تبتغي العثور على أكثر القواعد ملاءمة لوضع معين ، أي : أن الفقيه لا يُعنى بعلاقة السبب بالمسبب ، بل يُعنى بعلاقة الوسيلة بالغاية ، فإذا وجد الفقيه نفسه أمام عمل ضارٍّ غيرَ مشروع فسيُعنى بداهة بالبحث عن وسيلة

(1) لاحظ : د . محمود قاسم ، المنطق الحديث ومناهج البحث ، مكتبة الأنجلو مصرية ، القاهرة ، 1966 ، ط 4 ، ص 325 و 407 .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج 2 ، الحقّ ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1970 ، ص 16 .

يرد بها على هذا العمل غير المشروع ، كما سيعنى بالبحث عن إجراءات يستطيع بها محو النتائج الضارة التي ترتبت على هذا العمل غير المشروع . فلا جرم أن تنشأ فكرة إعطاء المضرور الحقّ في إصلاح الضرر الذى أصابه بسبب هذا العمل . ومن الواضح أنه لا توجد هنا علاقة سببية ، فليس المقصود هو استنباط نتائج من العمل غير المشروع ، أي : استخلاص حقّ من ذلك العمل ، بل المقصود هو إحداث ردِّ فعلٍ على هذا العمل غير المشروع .)) . [1]

---

(1) ويذهب الفقيه "هانس كلسن" إلى عدّ القانون من العلوم السننية وليس السببية ، بقوله : (هناك علوم اجتماعية لا تطبق مبدأ السببية ، بل تطبق مبدأ الإسناد ، فهي تدرس التصرفات البشرية لا كما تجري فعليا في النظام السببي للطبيعة ، وإنما بالارتباط مع السُّنن التي تأمر كيف يجب أن تحدث . فهي إذن علوم سُننيّة ونجد من بينها عِلْم الأخلاق وعِلْم القانون . إن تسمية أحد العلوم بأنه سنني لا تعني أنه يجب أن يأمر بسلوك معين ، وأن يسن سننا قابلة للتطبيق على سلوك الأفراد . فدورُه ليس إلاّ بيان الضوابط والعلاقات الاجتماعية التي تكونها تلك السنن . والعالم الذي يدرسها ليس له سلطة اجتماعية ، فهو يسعى إلى فهم الوقائع لا إلى إدارة المجتمع . إن المجتمع بالنسبة للعلم السنني هو نظام سنني (أخلاقي أو ديني أو قانوني) مُتكوّن من مجموعة من السُّنَن . يخضع الفرد للنظام السنني بقدر ما تنظم سلوكه سنن ذلك النظام . ويكون النظام السنني فعّالاً بوجه عام عندما يخضع الأفراد المخاطبون به إلى سننه . فإذا تحقق ظرف معين في نظام فعّال حقًّا فمن المحتمل أن تتحقق النتيجة المقضي بها في نفس السنة وهي كذلك . ومع ذلك فمن الصعب أنْ نسلم بأن هذا النوع من الافتراض يمكن أن تكون له صفة القانون الطبيعي الحقيقي القابل للمقارنة بقانون "ذوبان المعادن بتأثير الحرارة" . ولا حاجة بنا إلى الكلام عن هذه النقطة في هذا المجال ؛ لأن العلوم الاجتماعية السننية لا تهتم بالعلاقات السببية التي قد توجد بين الظواهر الاجتماعية .) . لاحظ مؤلفه ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة د . أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1986 ، ص21 . (إلاّ أني اختلف معه في اقتصار تمييزه بين ما هو سببي وما هو سنني على التمييز بين العلم والفن ، ولكون القانون عِلْم وفنٌّ في الوقت نفسه ، بوصفه فنًّا يهتم بالغايات والوسائل إلى تحقيقها ، وانه بوصفه علماً يهتم بالنتائج والأسباب المؤدّية إليها ، لكن المشكلة أن الدراسات تناولت القانون في معظم مجالاتها كفن ، وتمّ الخلط بين الفن والعلم ، فشُبّهَ للكثير أن القانون علم سنني إسنادي ، في ←

ولمّا كان الحقّ إلى القانون كالغاية إلى الوسيلة ، فإننا نرى أن التفلسف في الغاية أولى من التفلسف في الوسيلة ، ولهذا فإننا نتهج في مؤلفنا هذا منهجا خاصاً لا يبدو مألوفاً في الكتب التي عُنيت بفلسفة القانون ، ففلسفة الحقُّ تستلزم الولوج في مواضيع متصلة بالغاية التي ظهر القانون لأجلها ، وما دامت هذه الغاية مُختلفٌ في حقيقتها ، فإن أولى مهمات فلسفتنا هو إثبات أن الحقّ هو غاية القانون ، وما القانون إلا وسيلة لإحقاق الحقوق . لكننا لن نقف عند نهاية تحقيق هذا الهدف ، بل ما يزال الطريق أمامنا طويلاً ، ففكرة الحقّ يكتنفها الغموض عند الكثيرين ، كما أن البعض أنكرها تماماً ، واستعاض عنها بأفكارٍ أخرى ، كالواجب ، والمركز القانوني ، ثُمَّ لا أحدَ – على حدّ علمنا – تناول الحقّ بوصفه قيمة حياتية مقترنة بكيان الأشخاص ؛ ولكل هذا فإن مهامنا لا تقف عند إبراز الحقّ غايةً للقانون ، بل تتعدَّى ذلك إلى وضع حُجَج وجوده ، وبناء الأساس السليم لتعريفه ، وبيان موضعه ضمن مباحث القيم [1] .

عليه فإن منهجنا النابع من رحم النطاق السنني لقواعد القانون ، والمُتَّكئ بعض الشيء على العلّيّة التي تَتّسِم بها الدراسات الفلسفية ، كما يتّسم بها علم

←

حين أنه علم لا يخلو من دراسة السببية ؛ ولعلّ السبب الآخر وراء هذا الاعتقاد هو عدم وجود ذاتية واستقلالية للعامل القانوني عن العوامل الأخرى الاجتماعية والاقتصادية والسياسية) . في تحديد العامل القانوني واستقلاله ، لاحظ مؤلفنا : قاعدة (نصل أوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مركز أبحاث القانون المقارن ، أربيل ، 2010 ، ص 108 .

(1) في إشاراتنا للمراجع في الهوامش ارتأينا الإشارة إلى المؤلف والصفحة التي ذُكرت فيها المعلومة ، في الإشارات المتكررة ، دون ذكر مرجع سابق ، تجنباً لتكرار العبارة ، والملل الذي يُصيب القارئ من رؤيتها على الدوام .

الحقوق (أو القانون) ، يقوم أساساً على تحليل الآراء والأفكار والمواقف[1] ، وإبداء الرأي فيما تطلبه الأمر في كل موقف أو موضوع ، لنخرج بفلسفة للحق تحقق أهدافاً ، وتُغيّر مساراتٍ كانت ، وما تزال ، تُشكّل عقيدةً قانونية عند الكثير الكثير من الأنظمة القانونية ، والتي ضاعت بسببها وهُدرتْ العديد من الحقوق .

4) - الحقّ من الديالكتيك إلى البرهنة :

لا نقصد بالديالكتيكية[2] هنا ، وعلى أقل تقدير ، ما اُشتهر استخدامها في

---

(1) التحليل في الأصل الاشتقاقي يدل على التفكيك ، وهو يعني : تفكيك الشيء لأجزائه التي يتكوّن منها ، فهو عملية عقلية جوهرها عزل الشيء من عناصره حتى يمكن إدراكه . وعادة ما تنتج عملية التحليل في الدراسات الفلسفية ، عملية أخرى هي التركيب ، إذ ينزع العقل من تلقاء نفسه إلى بناء الكل من جديد ، بعد معرفة العناصر التي يتكون منها الشيء ، لتتحقق بذلك المعرفة الكلية عن الشيء . (لاحظ ، لمزيد من التفصيل : د . أحمد عبد خضير ، فلسفة الأخلاق عند جورج ادوارد مور ، بغداد ، 2011 ، ص73 ، 81) .

(2) الديالكتيك : هو مصطلح ذو أصل اغريقي ، يُقصد به الجدل أو المحاورة : تبادل الحجج والجدال بين طرفين دفاعا عن وجهة نظر معينة . ويعدّ الديالكتيك الأساس الذي تُبنى عليه الشيوعية بمعنى الجدل الذي يوصل إلى النظريات والقواعد التي تحكم الناس ، وتسير حياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية . وكلمة ديالكتيكا ، التي نترجمها عربيًّا بـ "جدلية" ، مشتقة من الفعل اليوناني dialegei ، الذي يعني تحديداً الكلام "عبر" المجال الفاصل بين المتحاورين كطريقة استقصاء وضعها زينون الإيلي ، قبل أن تستكمل شكلها على يد أفلاطون . وعند أفلاطون تعني أيضاً ، كمفهوم أفلاطوني ، التقسيم المنطقي الذي يوصل المرء عبر المقاربة إلى اكتشاف المعاني الأساسية المجردة (أو المُثُل) . ونشير هنا للتذكير إلى أن الجدلية ، بنظر أفلاطون ، جدليتان :

-الجدلية الأولى صاعدة (وهي تلك التي تنطلق من الواقع الملموس لتصل إلى مفهوم الخير .)

- الجدلية الثانية هابطة (بمعنى أنها تنطلق من مفهوم الخير المجرّد لتعود إلى الملموس أو اليومي) عند أرسطو الذي كان يعارض أفلاطون حول هذه النقطة وحول غيرها - فإننا نلاحظ اختزالاً في معنى العبارة : حيث تصبح الجدلية التحليلية ، التي تسعى للتوصل إلى البرهان الحقيقي (عند أفلاطون) ،

←

نطاقي المادية والتاريخية ، بل هي الجدلية التي قصد بها (أرسطو) تجاوز حدود التجربة ، فالحقّ ، ابتداءً ، مصطلح غامض ، ويعود غموضه إلى تعدُّد معانيه واستخداماته ، لكنه في نطاق علم القانون وهو عِلْمٌ إنساني مختص بدراسة الحقوق يكون دائراً بين الاستخدام والغاية من الاستخدام ، ولهذا تجد تعريفات الحقّ تدور : حول الإرادة والسلطة من جهة الاستخدام ، وحول المصلحة من جهة غاية الاستخدام . وقلّما نجد منْ بَيْنِ تعريفاته ما يدخل في مضمونه ويبحث في معناه .

لكن لو انطلقنا من الديالكتيك إلى البرهان ، أو اعتنقنا الجدلية الصاعدة عند (افلاطون) ، لوجدنا أو نكاد في الحقّ معنى لوجود الإنسان وقيمة قدره في المجتمع ، من نظرتين ، إحداهما طبعية : قوامها المساواة بين كل الناس ، والثانية : نظرة وضعية ، قوامها التمييز بينهم على أساس أوضاعهم ، وبين الجمع بين النظرتين ، تتحدَّد قيمة كيان الشخص في المجتمع ، تلك القيمة الجديرة بحماية القانون ، وهذا التحليل سيقودنا ، أو يكاد ، إلى معرفة جدوى وجود القانون .

←

مُجرّد استدلالات مبنية على وجهات نظر محتملة (عند أرسطو) . من هذا المنظور الأرسطي تحدث إمانوئيل كانط في كتابه نقد العقل الخالص عن مفهوم "الجدلية الصورية" ؛ وكان يعني بها دراسة التوهم الذي تعتقد النفس البشرية من خلاله تجاوز حدود التجربة من أجل التوصل إلى تحديد مسبق مفترض لمفاهيم ذات علاقة بالروح والعالم والإله .

(نقلا عن موقع المعرفة www.marefa.org/index.php/ تاريخ الزيارة 2015/1/21 .)

5) - فلسفاتٌ سابقة في الحقّ :

تعدّدت أقوال المفكرين وآراء الفلاسفة في الحقّ ، لكنهم لم يضعوا فلسفة خاصة به ، بل تناولوه ضمن حديثهم عن فلسفة القانون ، أو ضمن إطار فقهي لا يتجاوز نظرية الحقّ ؛ ولعلَّ البعض يُسيء الفهم عندما يظنُّ أن الفيلسوف "هيجل"[1] ، هو أول من وضع كتاباً في فلسفة الحقّ ، استناداً إلى كتاب له عن فلسفة القانون تمَّت ترجمتُه إلى اللغة العربية تحت عنوان : (أصول فلسفة الحقّ) [2] ، وهذا غير صحيح ، فالكتاب تضمَّن في مضمونه فلسفةً خالصة

---

(1) ولد هيجل(1770 – 1831) في مدينة (شتوتجارت) الألمانية ، وعُرف بالبساطة ومتانة الخُلُق ، دَرَس اللاهوت ، ثم حصل على ثقافة واسعة في الفلسفة ، والعلوم الطبيعية ، والرياضيات ، والتاريخ ، وبخاصة تاريخ الفكر اليوناني. عُيِّن عام (1905) أستاذا في جامعة (يينا) ، لكنه لم يلبث أنْ فقد منصبه بسبب الكارثة السياسية التي عصفت بألمانيا في ذلك الحين ، وفي عام (1816) عُيِّن أستاذا في جامعة (هيدلبرج) ، ثم دُعِيَ إلى برلين بعد ذلك بعامين حيث بلغ ذروة الشهرة والمجد وأخذ الطلاب يفدون إليه أفواجاً من كل مكان ، وفي عام (1817) اصدر (موسوعة العلوم الفلسفية) التي بسط فيها فلسفته بصفة عامة ، وقد فاجأه الموت وهو في ذروة شهرته عام 1831 حيث توفي بمرض الكوليرا بعد أن جاوز الستين . وأهم مؤلفاته : قواهر الروح (1807) والمنطق (1812 – 1816) وموسوعة العلوم الفلسفية ، ومبادئ فلسفة القانون – الذي تُرجم على أنه فلسفة الحقّ – ، ودروس في فلسفة الدين ، وتاريخ الفلسفة . (د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1975 ، ط1 ، ص 82) .

(2) هذا الكتاب ترجمه ، د . إمام عبد الفتاح إمام ، (مكتبة مدبولي ، القاهرة ، 1996) ، والمُترجِم مُتخصِّص في الفلسفة العامة وليس من الحقوقيين ؛ ولعله استنار ببعض الحقوقيين الذين يخلطون بين مصطلح (الحقّ) ومصطلح (القانون) ، وهنا يقول العلاّمة الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون ، (كتابه : فلسفة القانون ، المرجع السابق نفسه ، ص 83 ، الهامش رقم "1") ، عن كتاب "هيجل" في فلسفة القانون ، بأنه : (تُرجم إلى العربية باسم (مبادئ فلسفة الحقّ) ، وفقاً للاستعمال السوري الذي يخلط بين الحقّ والقانون) .

للقانون وللنظام ، وابتعد كثيرا عن دائرة فلسفة الحقوق - على الأقل المُدْركة لدينا - ، وإن كان قد تحدث عن الحقّ المجرد [1] وحق الملكية ، لكنه تحدَّث عنهما من زاوية فلسفته في القانون .

ولا شك أن للارتباط الوثيق بين الحياة وقيمة الحقّ من جهة ، والقانون وفكرة الحقّ من جهةٍ أخرى ، أثره على كل فيلسوف عام أو فيلسوف في علم القانون ، في أن يكون له رأيٌ أو فكرة عن الحقّ ، سواء ، أكان من حيث وجوده أم تعريفه أم منزلته ؛ ففي الوقت الذي أنكر كل من"أوجست كونت" و" ليون ديگي " فكرة الحقّ ، قدَّم "هانس كلسن" محاولة لتعديل مسار فهمه ، كما ساهم كل من "سافيني" و"فندشايد" في وضع تعريفٍ للحق مركِّزين على ما يتضمنه من سلطة لصاحبه ، ثُمَّ ركَّز "اهرنج" على النظر إليه على أنه مصلحة . كما لم يشأ الباقون

(1) يرى "هيجل" ان ما يسميه القانون المجرد أو الحقّ المجرد ، يتناول الحقوق والواجبات التي تثبت للأفراد لكونهم أفرادا فحسب ، أي بقطع النظر عن كونهم مواطنين في دولة معينة بل ومن قبل النظر عن كونهم مواطنين في دولة معينة بل ومن قبل ظهور فكرة الدولة . وهذه الحقوق الواجبات تنبثق عن ثلاثة نظم هي : الملكية والعقد والعمل غير المشروع . اما حقّ الملكية فهو المجال الطبيعي الذي تظهر فيه شخصية الفرد ، ولما كان ملك الشخص جزءاً منه وجب أن يكون هذا الملك مصوناً محترماً ، ولا بد لصيانته واحترامه من أن يعترف به أفراد المجتمع الاخرون بحيث لا يكون لغير صاحب الملك حقّ التصرف فيما يملكه . واما عن العقد والعمل غير المشروع فإنه يقول ان من الطبيعي ان حرية تصرف الفرد في ملكه تستلزم التعاقد بين الناس حتى لا تتعارض إرادة زيد مع إرادة عمرو ، فإذا ما نشأ نزاع بين الإرادات ، بأن اعتدى هذا على حقّ ذاك ونقض ما بينهما من اتفاق ، وجب أن نوفق بينهما بالعقوبة نوقعها على المخطئ منهما ، وإيقاع العقوبة كفيل بأن يبين للمخطئ ما كان يستتبعه عمله من تناقض وبأن يلزمه بالاعتراف بمبدأ العدالة بين الجميع . (لاحظ : هيجل ، أصول فلسفة الحقّ ، ص182 . ولاحظ أيضاً : د . حسن علي الذنون ، ص 84) .

من الفلاسفة أن يقفوا متفرجين على ما يدور حول الحقّ من نقاشات عميقة وعتيدة ، فأدلوا بدلوهم في بيان آرائهم بشأن مختلف القضايا التي تمسُّ هذه القيمة الجليلة للإنسان ، فليس عصيًّا أن نستنتج من فلسفة "أرسطو" رأياً في الحقّ ، وليس "بنتام" أو "كانط" عن فكرة الحقّ ببعيد ، ولم تخلُ فلسفة العقد الاجتماعي من إشارة لدور الحقّ في وجود الدولة ، فما غاب الحقّ عن مُخيِّلة كلٍّ مِنْ "هوبز" و"لوك" و" روسو" ؛ كما لا يمكن أن يُنسى فضل المدرسة الطبيعية في تعزيز مكانة الحقّ في الحياة القانونية ، بَدْءاً من أفكار "شيشرون" ومروراً بـ "توما الاكويني" و"جروسيوس" . والحقّ أن فكرة الحقّ لقيت رواجاً كبيراً لا ينبغي لأحد تجاهله عند مفكري عصر الأنوار في أوروبا ، وعلى رأسهم "مونتسكيو" و"فولتير" ؛ وغيرهم كثير كثير ، أدركوا جميعا أن قيمة الحقّ هي التي تعطي قيمة للدراسات التي وضعوها ، حتى وإن كانوا أشد المناهضين لهذه الفكرة .

وأخيراً فإنني إذ أضع فلسفتي هذه عن الحقّ ، لا أبغي إلا أن ترتد للحق قيمته الجوهرية في حياتنا ، والتي تعلو فوق كل القيم في القانون ، وستتجلى قيمة الحقّ من فلسفتنا ، بعد أن نثبت مكانة الحقّ في الوجود والمعرفة والقيم ، ما دام تعريفنا لفلسفة الحقّ لا يخرج من كونها : **البحث عن الحكمة من الحقّ** .

6) - تقسيم : -

تناغما مع مباحث الفلسفة الكُبرى ، ارتأينا أن نُقسِّم فلسفتنا في الحقّ إلى ثلاثة أبواب :

- الباب الأول الحقّ في ميزان الوجود (انطولوجيا الحقّ) .

- الباب الثاني الحقّ في ميزان المعرفة (إبسمولوجيا الحقّ) .

- الباب الثالث الحقّ في ميزان القيم (إكسمولوجيا الحقّ) .

أما انطولوجيا الحقّ فسنبحث من خلالها الأفكار التي أنكرت وجود فكرة الحقّ ، ونحاول الرد عليها في إثبات وجود الحقّ .

أما أبسمولوجيا الحقّ فسنحاول من خلالها التعرف على فكرة الحقّ من خلال تعريفها ، ومدى علاقتها بالحرية وغيرها ، كـ : الخيار ، والعدل ، والمصلحة .

وأما أكسمولوجيا الحقّ فسنبحث فيها منزلة الحقّ وعلاقته بقيمة الخير ، ومنزلته إلى كل من القانون والواجب ، وتأكيد الجانب العملي لهذه القيمة .

على أننا سنسَبق البحث في هذه الأبواب بمبحث تمهيدي نُعالج فيه المداخل الرأسية لفلسفتنا في الحقّ .

أ . د . محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني / جامعة السليمانية

السليمانية -2016/3/27

E.mail : prof.alahmed@gmail.com

مبحث تمهيدي

مُدخلات فلسفة الحق

مبحث تمهيدي
مُدخلات فلسفة الحق

7) - الفلسفة محبة الحكمة :

لعلّ التوغل في العمق التاريخي لماهية لفظة (الفلسفة) ، يجعلنا ندرك حقيقتها ، أو على الأقل حقيقة تبلورها فكرة أولية لما استقر عليه معناها ، فهي في الاغريقية ، تعني (محبة الحكمة) [1] ، فالذي يبحث في الفلسفة ويستمر في البحث إلى أن يصبح فيلسوفاً ، ما هو إلاّ مهتم بإدراك الحكمة ، لدرجة أن اهتمامه قد وصل إلى حُبّها ، وحُبّ الحكمة ، بحدّ ذاته متصل بمعرفة الإنسان بما حوله ، والحكمة من وجود كل شيء في الكون ، بما في ذلك الإنسان نفسه ، فالحكمة هي غاية الفلسفة ، مثلما أن العلم هو غاية الفقه ، وسبل الوصول إليه ، غاية أصوله .

إن الحكمة في التفلسف في نطاق علم القانون إنما تكمن في إدراك غايات هذا العلم ، وهي في النهاية بلا شك مرتبطة تمام الارتباط بالحقّ موضوعاً ومضموناً ، بشكل مباشر أو غير مباشر ، ولما كان الحقّ أحقّ بالاتباع لزم أن

---

(1) لاحظ : ثيودور أويزرمان ، تطور الفكر الفلسفي ، ترجمة : سمير كرم ، دار الطليعة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1974 ، ص 13 .

تنصب عليه فلسفتنا في نطاق علم القانون ، فهو معيار حكمتنا على الأمور ، ومنه تنبثق الحكمةُ التي يفترض بنا أن نحبَّها جميعاً .

لا شك أن كل تنظير لفلسفة ما تقف وراءه حكمة ، فلا يكفي أن نتفلسف لغرض التنظير الكائن بعيداً عن الواقع ، فلا بد أن نختار فلسفة ننطلق منها في الحكم والتفسير ، لكل الأمور التي نهتم بدراستها . وعلى هذا يمكن القول : (إن الفلسفة إنما هي مبدأ لتوجيه الإنسان في سلوكه إزاء العالم المحيط به . أي أن اعتناقنا مبدأ مُوجِّهاً إزاء الحياة معناه اعتناقنا لفلسفة ما ، ما دامت المبادئ الكبيرة ذات الطابع العام التي يقبلها الإنسان إما عن وعي وإما دون وعي هي التي تحدّد سلوكه في جميع المسائل كافة التي تعترضه في أثناء حياته . والحقّ أننا نجد وراء نزوعنا إلى التفلسف ، وهو نزوع يزداد طابعه الواعي والمؤكد باطراد رغبةً في اكتشاف عقيدة نحيا من أجلها ومبادئ نعيش لها ، بالنسبة لأنفسنا من ناحية ، ومن أجل تقديمها للآخرين من ناحية أخرى ، إن القصد الحقيقي من وراء هذا النزوع إنما هو التأثير في حياتنا ، والعمل على تحسينها وليس للفلسفة مغزى إن لم تؤثر على موقفنا من الحياة .) [1] ، وموقفنا من الحياة نابع عن طبيعة الحقيقة المدركة لدينا والتي نسعى إلى إصابتها في فكرنا عبر العقل ، أو كما قيل[2] : إن الفلسفة هي دراسة الوجود ، بواسطة العقل ، دراسة لا تعتمد على إيمان مسبق ، أو كما عرفها افلاطون بأنها : ((معرفة الحقيقة بصورة مطلقة)) ، أو كما عرفها

(1) نقلاً عن : جون لويس ، مدخل إلى الفلسفة ، دار الحقيقة ، بيروت ، ترجمة : انور عبدالملك ، 1978 ، ط 3 ، ص 14 .

(2) لاحظ : د . عادل البكري ، الفلسفة لكل الناس ، منشور ضمن الموسوعة الصغيرة ، العدد (155) ، بغداد ، 1985 ، ص 16 .

أرسطو بأنها : (علم نظري بالمبادئ والأسباب الأولى) [1] .

8) - الفلسفة بين الحقّ والقانون :

الفلسفة تنصب على الوجود ، وعلى ما هو موجود ، وتبحث في الواجد ، وكل ذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة ، والحقيقة ومدى تعلقها بالوجود ، هي حقيقة مطلقة عند الواصل لها عبر الفلسفة ، وهي نسبية عند غيره ، من اختلاف الفكر حولها وحول مضمونها ، تتباين منطلقات المفكرين في البحث عن جزئيات الوجود للوصول إلى حقائقها انبثاقاً من الحقيقة المطلقة للوجود كله ، وجزئيات الوجود تكمن فيما تشتمله الحياة من مكونات ومضامين تعد أساسية لديمومة الإنسان فيها ، فلا مجال لتفلسف الإنسان في حياة هو ليس فيها كائن ، وكينونته تعتمد في الأساس على وجوده الذي لا تنفك صلته عن الوجود المطلق .

إذن ، الإنسان جزء من الحياة وجزء من الوجود ، ليس هذا فقط ، بل هو الجزء المفكر فيه ، ففيه وبه تنعقد الفلسفة ، فهو المتفلسف وغيره متفلسف به أو فيه[2] . والفيلسوف ليس كمن ينشئ نظرية ، إذ المُنَظِّر ينطلق من المعلوم إلى

---

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه .

(2) لا أرى صوابا هنا أن نبحث فيما يسمى بـ (فلسفة الخالق) ، ذلك أن الفلسفة هي عملية ذهنية فكرية لصيقة بالإنسان لا بغيره ، فليس للرحمن ، على حد تصورنا للأمور فلسفة أو رأي أو فكر ، فهو الواجد للوجود ، وهو واجب الوجود ، وله حكمته جلّ وعلا في إيجاد هذا الوجود ، وإيجادنا تحديداً ، وحكمته غير ممنوعة من البحث ، ومحبها لا يقل شأنه عن أي فيلسوف ، والفلسفة ليست حكمة ، بقدر ما هي السعي إليها وإدراكها .

المجهول ، أما الفيلسوف فيجب أنْ لا ينطلق من إيمان مسبق ، بقدر ما يدركه عقله يصدقه ، فهو ينطلق من المجهول إلى المعلوم ، وكل له طريقته ، فالمُنَظِّر يستند إلى البديهيات والمُسلَّمات والمُقدِّمات الثابتة علمياً ؛ كي يثبتَ وجهة نظره في مجهول ما ، ويضع له تفسيراً مُحدَّداً يجعله – من خلال نظريته – معلوماً ، أما الفيلسوف فينطلق من المجهول ؛ ليثبت من خلاله معلوماً موجوداً حوله ويعطى أساساً لإدراك ذلك المجهول الذي انطلق منه فكره لا إليه ، ولهذا تعددت الفلسفات قياساً إلى النظريات ، وهذا ما يقود إلى التمييز بين نظرية القانون وفلسفته ، ونظرية الحقّ وفلسفته ، فالنظرية تدخل في ميدان العلم ، لا في ميدان الفلسفة ، وفي ميدان الفلسفة تتصارع الأفكار ، وفي هذا المقام نرى من المناسب أن نتساءل عما إذا كان من الأفضل التفلسف في القانون أم في الحقّ ! وقبل هذا علينا أن ندرك العلاقة بينهما ، ولا شك في أن هذه العلاقة ليست علاقة نتيجة بسبب ، بل هي علاقة غاية بوسيلة ، فالقانون وسيلة لإحقاق الحقّ ، ولا شك أن التفلسف في الغاية أولىَ من التفلسف في الوسيلة ، هذا إنْ كان ثمّةَ فلسفة في وسيلة ! حتى وإنْ كانت فهي تطلق مجازاً وينصب اهتمامها على غايتها ، إلا إذا كانت غايتها أو إدراكنا الأولي لها غير إدراكنا لوسيلة ذلك الإدراك ، فغاية القانون ليست عند الجميع، المُنظّر والمُتفلسف واحدة ، بل متعددة ، فمنهم من يعيدها إلى النظام ، أو الأمن ، أو العدل وإحقاق الحقوق[1] ، وإذا كان بالإمكان أن نحصر

(1) ويمكن أنْ نحدد الاتجاهات العامة في تاريخ البشرية فيما يتعلق بغايات القانون ففي المجتمعات البدائية حيث كانت الأسرة ، وليس الفرد ، هي الوحدة الاجتماعية والسياسية ، كانت غاية القانون هي المحافظة على السلام والأمن في مجتمع معين بأي ثمن ولو أدى به إلى تجاهل حاجات الأفراد أو عدم تحقيق العدالة والمساواة . وفي هذا المجتمع كانت الأسرة أو القبيلة هي الأداة الرئيسية لحفظ السلام والأمن . ثمّ حلت الدولة محل الأسرة أو القبيلة في التنظيم السياسي وأصبح للمواطن الحرّ في ←

←

الدولة كيان مستقل إلى حد كبير عن الأسرة ، فأصبح هدف القانون الحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم بحيث يظل كلُّ فرد في المكان المعين له في المجتمع ، فانقسم المجتمع إلى : أحرار ، وأرقاء ، وانقسم الأحرار إلى : مواطنين ، وأجانب ، وانقسم المواطنون إلى طبقات : أشراف وعامة . . . إلخ ، وبعد انهيار النظام الاقطاعي بدأت حركة الاستكشاف والاستعمار في النمو ، وتفتحت آفاق جديدة أمام نشاط الأفراد فضاق الناس بالقيود المفروضة عليهم حفاظاً على أمن المجتمع وسلامته ، ورغبوا في التحرر من هذه القيود ، وتنافسوا في استخدام قدراتهم في اكتشاف موارد الطبيعة واستغلالها ، فأصبحت غاية القانون هي تحقيق أكبر قدر ممكن من تأكيد الفرد لذاته وإثباتها بحرية بحيث لايفرض عليه من القيود إلاّ القدر الضروري اللازم لضمان احترام حقوق الآخرين في ظل منافسة مشروعة . وبذلك ينحصر دور القانون في التوفيق بين الإرادات الحرة المتعارضة للأفراد الذين يؤكدون إراداتهم بصورة مستقلة في اوجه النشاط المختلفة للحياة ، وهكذا اطلق القانون للفرد ولنشاطه العنان على خلاف ما كان عليه الحال في المرحلة السابقة . غير ان الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية بدأت تتغير تغيرا رئيسيا منذ القرن التاسع عشر فتقدم الصناعة والمخترعات وتزايد حاجات الناس وتعدد رغباتهم وآمالهم . وفي الوقت نفسه تزايد عدد السكان وازدحام العالم بمن فيه ولم تعد هناك قارات جديدة تستكشف ، واستكمل الإنسان استغلال موارد الطبيعة أو كاد ، وترتب على ذلك اختلال في التوازن بين حاجات الناس وما يتطلعون إليه من آمال وبين القدرة على الوفاء بهذه الحاجات أو تحقيق آمالهم فلم تعد الوسائل المتاحة للبشرية قادرة على الوفاء بكل حاجات الناس ولا تحقيق امالهم . وترتب على ذلك ان مفهوم الناس لمعنى الحرية والمساواة واستقرار المجتمع قد تغير . وترتب على ذلك ان أصبحت وظيفة القانون وغايته هي التنسيق والتوفيق بين الحاجات المختلفة للناس للوفاء بأكبر قدر ممكن من الحاجات البشرية وبأقل قدر ممكن من التضحية بدلاً من التوفيق بين الإرادات المختلفة للناس . ثم أصبحت غاية القانون الحديث في القرن العشرين هي حفظ حريات الناس وتحقيق مصالحهم على نحو يكفل استقرار المجتمع وتقدمه . وتبعا لذلك تحددت وسيلة بلوغ هذا الغرض وهي وضع القواعد القانونية التي تقوم بالتوفيق بين حريات الناس ومصالحهم المتعارضة على أساس الحرية والمساواة في ضوء ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية على نحو يكفل استقراره وتقدمه ، مع ملاحظة وجود التيارات الفكرية المختلفة حول المقصود بالحرية والمساواة واستقرار المجتمع . اما ونحن في مطلع القرن الواحد والعشرين ، فإن هناك عوامل كثيرة ساهمت في تحديد غايات القانون في الوقت الحاضر ، ومن هذه العوامل ، الثورة الهائلة في تكنولوجيا المعلومات ، وتحول العالم منذ

←

الغايات الآتية في غايتين اثنتين ، تدخل ضمن كل واحدة منها الغايات الجزئية التي سنذكرها في أدناه ، فإننا سنخلص إلى وجود فلسفتين في دائرة علم القانون ، والغايات هي :

1- المحافظة على السلام والأمن في المجتمع .

2- الحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم .

3- تحقيق أكبر قدر ممكن من تحقيق الفرد لذاته ، وصيانة حرياته .

4- تحقيق المساواة بين أفراد المجتمع .

وإزاء هذه الغايات المتعددة للقانون - مجازاً - ولواضعه - حقيقة - ، وغيرها ، فإنها لا تخرج عن نسبتها إلى أحد أمرين هما : **الحقّ** ، **والنظام** .

←

مطلع العقد الاخير من القرن المنصرم ، من عالم القطبين إلى عالم القطب الواحد ، وصراع الحضارات ، وظهور نظام العولمة ، وتسييس بعض المفاهيم الاجتماعية ، وهيمنة الاقتصاد على سائر القطاعات الأخرى ، أصبحت غايات القانون تتحدد في خدمة الحياة الاقتصادية والتقليل من التعقيد في ابرام الصفقات والاتفاقات التجارية ، وتعزيز الضمان والائتمان في المعاملات والسرعة في التداول وتوظيف كافة الانشطة لمصلحة المسار السليم للحركة الاقتصادية في العالم ، وتعزيز مكانة الشركات الكبرى ، وبالتالي دعم أفكار الفكر الفردي الذي يرى في حماية الحقوق الفردية أقصى ما يبتغيه القانون . (لاحظ في اختلاف غايات القانون في مختلف مراحل تطوره : د . صوفي حسن أبو طالب ، تاري .النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص 7 والتي تليها . ولاحظ : أيضاً : د . أحمد إبراهيم حسن ، غاية القانون ، دراسة في فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2000 ، ص 307 ، ولاحظ أيضاً : د . يس محمد محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون ، المكتب الجامعي الحديث ، (بدون ذكر مكان نشر) ، 2012 ، ص 433 والتي تليها .) .

فالمُشرِّع للقانون إما أنْ تنصبَّ فلسفته على الحقّ ، أو تنصب فلسفته على النظام ، أما الغايات الأخرى فهي تدور في فلك هذا أو ذاك ليس إلا .

ومن خلال هاتين الغايتين تنعقد فلسفتنا في نطاق علم القانون لجميع الظواهر الحياتية التي يتدخل القانون في تنظيمها أو إعادة تنظيمها .

9) - فلسفتي الحقّ والنظام والتمايز بينهما :

لا فلسفة في القانون غير منصبة على الحقّ أو النظام[1] ، لكن كل من الحقّ نفسه والنظام ذاته قابل للتفلسف فيه على نحو معين ، ولا شك في أن للنظام - كمفهوم كلي - فلسفة وفقاً لفلسفة النظام وفلسفة الحقّ ، كما للحق - كمفهوم كلي أيضا - فلسفة وفقاً لفلسفة الحقّ وفلسفة النظام ، فالنظام غاية القانون على وفق فلسفة النظام ، إذ تُسوِّغ هذه الفلسفة إهدار الحقوق من أجل النظام ، وأن الحقوق لم تُعطَ لأصحابها إلاّ خدمة للنظام[2] ، أما فلسفة الحقّ للنظام فهو مجرد إعادة توزيع للحقوق احتراماً لها وتنظيمها دون المساس بها ، وأن النظام ما وجد إلاّ لخدمة الحقوق ، في حين أن الحقّ على فلسفة النظام هو مخلوق قانوني يقترن به الواجب حتماً ، في حين أن الحقّ على فلسفة الحقّ هو قيمة كيان الإنسان في المجتمع ، ويقابله واجب مُسوِّغ لوجوده . ولا شك في أن جميع الظواهر القانونية ، والوقائع والتصرفات والأنظمة وغيرها التي يعالجها

---

(1) وإن كان "هيجل" قد صبَّ فلسفته في القانون على مفهوم القانون ذاته . (لاحظ : د . عبد الرحمن بدوي ، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل ، دار الشروق ، القاهرة ، 1996 ، ص 15) .

(2) ولا أعني هنا نظاماً على وفق نعت محدد ، بل النظام العام في الدولة بجميع عناصره القانونية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية .

القانون إما أنْ ينطلق القانون في تنظيمها من فلسفة النظام ، وإما أن ينطلق في تنظيمها من فلسفة الحقّ ، وقد يكون بعضها منطلقاً من الفلسفتين ، أو من تفسيرين مختلفين يعتمد كل منهما على فلسفة دون أخرى ، وهذا ما سنبينه فيما بعد .

10) - تأثير فلسفتي الحقّ والنظام على توجُّه المُشرِّع :

لا شك في أن القانون الذي نعنيه في الكثير من كتاباتنا ، وفي بحثنا هذا ، هو القانون بمعناه الخاص ، أي : التشريع ، ذلك أن القانون في غير صورة التشريع تكون فلسفته قائمة على الحقّ ، ومنطلقة منه ، أو هكذا يفترض ، أما التشريع فقد تنصب تنظيماته انطلاقاً من فلسفة الحقّ أو فلسفة النظام ، أو من كلتا الفلسفتين معاً ، وقد تتباين فلسفة واضع التشريع (المُشرِّع) ، عن فلسفة مُفسِّره أو القائم على تطبيقه ، وقد تتّحد ؛ وفي رأينا أن فلسفة الحقّ يجب أن تكون منطلقاً ومنطقاً للجميع ، المُشرِّع والمُفسِّر والمُطبِّق للقانون ، لكن تبقى فلسفة النظام قائمة في كثير من النظم والأوضاع القانونية ، فحماية الأمن العام على حساب الحقوق وإهدارها ، لا يمكن أن يُقبل وضعاً أو نظاماً ينطلق من فلسفة الحقّ ، بل هو وضع منطلق من فلسفة النظام ، وأحياناً تختلف الأسس بين الفلسفتين ، لا سيما الأسس التي يستند إليها المُشرِّع في التنظيم والحماية ، فمثلاً في سعي المُشرِّع إلى حماية الحقوق المكتسبة تنعقد فلسفة الحقّ أساساً لهذه الحماية ، في حين يكون لفلسفة النظام كلمتها في هذه الحماية أيضا ، إذ تشكل حماية الحقوق المكتسبة ، على وفق فلسفة النظام حماية للثقة العامة في الأوضاع القانونية المستقرة واستقرار المعاملات ، في حين تكون الحمايةُ مبنيةً على أساس احترام

هذا الحقّ بوصفه حقًّا واجب الحماية ، وهنا لا بُدّ من أن نُسَلّم بحقيقة أن كلتا الفلسفتين قد مرّت بمراحلَ متطورةٍ ، فلم تعد فلسفة النظام قائمة على حماية كيان الدولة ، كما كانت في الأمس ، بل أضحت تنطلق من حماية كيان المجتمع وتحقيق المصلحة العامة ، كما أن فلسفة الحقّ ما عادت تمنطق للحقوق المقررة قانوناً ، بل أخذت تؤسّس الأسس السليمة الصحيحة لكل حقّ بأن ينسجم احترامه مع احترام الإنسان ذاته ، وهذا ما يظهر جلياً في النظريات التي قيلت في تفسير الحماية القانونية للأوضاع الظاهرة[1] ، ففي الماضي لم يَقُلْ أحد بحماية هذه الأوضاع ، لا ممَن لديه عقيدة فكرية نظامية منطلقة من فلسفة النظام ، ولا

(1) الأوضاع الظاهرة : مصطلح يطلق على الأوضاع التي فيها مخالفة لحقيقتها المعرّفة قانونا لسبب من الأسباب ، بحيث لا يكون ، فيها الظاهر معبرا عن حقيقة وضعه القانوني ، بخلاف العادة ، إذ يكون صاحب الوضع الظاهر – عادة – هو نفسه صاحب الوضع القانوني الذي يعبر عنه هذا الظاهر ، إلا أنهما قد لا يتطابقان بحيث يكون صاحب الوضع الظاهر ليس هو نفسه صاحب الوضع القانوني الحقيقي ، وإن كان صحيحاً أن الظاهر قد يكون الوضع الفعلي الذي يخالف الحقيقة إلا أن الأخذ به لا يؤدي دائماً إلى إهدار ومخالفة لقاعدة قانونية ، إذ ليس حتماً أن يكون صاحب الوضع الفعلي سيء النية بل في عديد من الفروض هو بالقطع حسن النية ، كما أنه ليس من الدقة أن يوصف الظاهر بأنه مخالف للقانون في كل المجالات . بل من الأصوب أن يوصف بأنه وضع لا يستند إلى القانون أو لا يحميه القانون ؛ لأنه يتناقض مع وضع آخر يحميه القانون وله الأفضلية في ذلك .

و من هنا نشأ التنازع والصراع المطلوب حسمه بين صاحب الحقّ من جهة والغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر من جهة أخرى ، أو بتعبير آخر الصراع بين حكم القانون الذي يقضي ببطلان جميع التصرفات المبرمة أو الاتفاقات المعقودة من قبل صاحب الوضع الظاهر وبين الواقع الذي يخالف القانون ، ولكن ليس من السهل إهداره دون أن يخاطر بالأمان اللازم للمعاملات وبحرية حركة الأموال طالما تسمح الظروف لغالبية الناس بالاعتقاد بأن الوضع الظاهر هو التعبير الخارجي عن الوضع القانوني . (لاحظ : مؤلفينا : الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص58 . وخواطر مدنية ، دار الفكر ، السليمانية ، 2009 ، ص144) .

ممَن لديه عقيدة فكرية حقوقية منطلقة من فلسفة الحقّ ، ثم تفرقا واختلفا ، فأخذ النظاميون يحمون المتعاقد الحسن النية الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر استقراراً للمعاملات ، وبقي الحقوقيون متمسكين بحماية صاحب الحقّ العادي في مواجهة المتعاقد الحسن النية مع صاحب الوضع الظاهر ، ثم تغيرّ الأمر ، فانطلق المتمسكون بفلسفة الحقّ نحو حماية الوضع الظاهر ذاته لما قروا فيه من حقّ أوجبه الواقع على القانون ، فأصبح الظاهر محمياً ، لكن بأسُس مختلفة بين فلسفتي النظام والحقّ .

إن جميع القواعد القانونية التي يسنها المُشرِّع ، لا بد من أن تنطلق من إحدى فلسفتين ، أو من كليهما ، بحيث يمكن إرجاع جميع الأوضاع القانونية المنظمة تشريعيا ، إما لفلسفة النظام وإما لفلسفة الحقّ وإما لكلتا الفلسفتين ، لكن ما ينبغي أن يكون عليه التشريع - على وفق فلسفتنا - هو أنه ليس عليه أن ينطلق من فلسفة النظام وحدها ، من دون أن نجد للقاعدة التي وضعها أو للوضع الذي أقرّه ، أساساً في فلسفة الحقّ ، وإلا خرج المُشرِّع عن حدود وظيفته ، وهذه رسالتنا في هذا المُؤلَّف ، ونوضح ذلك بمثال يجمع مسألة من القانون الجنائي بمسألة من قانون الأحوال الشخصية ، وهو تعدد الزوجات ، فهل في منعه حقّ للزوجين ؟ أم في إقراره حقّ للزوج والمرأة غير المتزوجة ؟ تتباين المواقف حول ذلك ، وجميعها تنطلق من فلسفتين ، لكن : لو أن قانوناً صدر وعَدّ حالة التعدد[1] جريمة يعاقب عليها القانون ، فهنا تتصارع الفلسفتان ، لسنا هنا ببحث

(1) من الجدير بالذكر أن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل ، قد حظر على الزوج قيامه بالزواج من ثانية ، إلا بشروط ، وإلا عُدَّ مرتكبا لجريمة عقوبتها هي : الحبس لمدة لا تزيد عن سنة ، أو الغرامة ، أو بهما . (المادة 6/3) .

هذا التصارع وما زلنا في مقدمة الكتاب ، لكن ألا يحقُّ للفرد أن يتمسك بحق مقرر له بحسب ديانته أو عرفه ، ونعد تمسكه هذا - على الأقل - سبباً لتخفيف العقوبة أو محوها ؟ هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فيما لو حولنا القضية إلى الوضعية ، ماذا لو أن قانونين في منطقتين مختلفتين يعاقبان الزوج على التعدد ، لكن بعقوبتين متفاوتتين ، إحداهما : مُخفَّفة ، والثانية مُشدَّدة ، وعُوقب الشخص بالعقوبة المخففة ، ألا يكون هذا مانعاً من توقيع العقوبة المشددة[1] ، إذ لا يجوز أن يعاقب الشخص على الجرم ذاته مرتين[2] ، لكن ألا يفتح هذا الباب أمام من

---

(1) كما فعل مشرع قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية في إقليم كوردستان العراق قانون رقم (15) لسنة 2008 ، المنشور في جريدة وقائع كوردستان ، العدد (95) في 12/30/ 2008 ، الذي وضع شروطاً وقيوداً ما أنزل الله بها من سلطان ، حيث نص على أنه : ((لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلاّ بإذن القاضي ، ويشترط لإعطاء الأذن تحقق الشروط التالية :

أ - موافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة .

ب - المرض المزمن الثابت المانع من المعاشرة الزوجية ، والذي لا يرجى منه الشفاء ، أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبية مختصة .

ج - أن يكون لطالب الزواج الثاني إمكانية مالية تكفي لإعالة أكثر من زوجة واحدة ، على أن يثبت ذلك بمستمسكات رسمية يقدمها للمحكمة عند إجراء عقد الزواج .

د - أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل إجراء عقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجتين في القسم وغيره من الالتزامات الزوجية (المادية والمعنوية) .

هـ - أن لا تكون الزوجة قد اشترطت عدم التزويج عليها في عقد الزواج .

و - كل مَنْ أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في أي من الفقرات (أ ، ب ، ج ، د ، هـ) من/ثانياً من هذه المادة ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة ، وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار .

ز - لا يجوز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبات الواردة في الفقرة (و) أعلاه .

(2) لاحظ الفقرة (خامساً) من المادة (19) من الدستور العراقي لسنة 2005 .

يريدون التحايل على القانون ؟ هذا تساؤل نابع من فلسفة النظام ، لكن ألا يحق لهذا الشخص أن يتحايل على قانون جرمه من حقّ اقامه له عرفه أو دينه ؟ ، وهذا التساؤل نابع من فلسفة الحقّ . وهكذا . . .

11) - التفلسف في الحقّ والميتافيزيقا :

بعيداً عن الخوض في تفصيل معنى (الميتافيزيقا) [1] ، بين المعاني المتعددة والدلالات الكثيرة الموضوعة لها ، لكنها نعني من بين ما تعني ما وراء الطبيعة ، فهي تبحث في مواضيع لا تستطيع معطيات العلم أن ترد عليها ، وذلك لعدم دخولها في اهتماماتها المباشرة ، ولا تملك لها إجابات أو حلولا جامعة . ولهذا ترى الكثير يُرجع التنجيم (الباراسايكولوجي) وعلم اللاهوت إلى الميتافيزيقا[2] ، فهي توجد عندما يغيب دور العلم ، وهذا يعني أن فكرة الحقّ هي فكرة ميتافيزيقية ، كما ادّعى البعض[3] ، لكن الحقّ موجود ووجوده ليس مُجرَّداً ، بقدر ما هو مُدرَك عقلياً ، ويستدلُّ عليه الحسُّ ، فالمنازعات الحاصلة بين الناس ، واختلافهم في الآراء والأفكار والأحكام لدليل على وجود فكرة الحقّ .

لكن هذا لا ينفي إمكانية وجود أساس ميتافيزيقي لفكرة الحقّ ، ينطلق من الإدراك العقلي لهذه السمة المتصلة بكيان الفرد ، ذلك أن الحقّ هو الذي يُميّز مكانه الفرد ضمن الجماعة البشرية ، وهو الذي يُنظّم مقدار المزايا المتحصلة

---

(1) لاحظ في تفاصيل الميتافيزيقا : د . حسين علي حسن ، الأسس الميتافيزيقية للعلم ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1997 ، ص13 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص33 والتي تليها .

(3) "أوجست كونت" و"ديكي" ، وسنناقش آراءَهم لاحقاً بالتفصيل .

للشخص تبعاً لوجوده ، والدور الذي يؤديه حيال الجماعة ، بل إن فكرة الحقّ هي التي تُفَسِّر أساس وجود التمايز بين الناس من جهة ، والتعادل بينهم من جهة أخرى ، فالحقّ هو المدار الذي يعيش فيه الكائن البشري ، كما أنه هو المرتسم لحدود وجوده المعنوي في الحياة .

12) - موقع التفلسف في الحقّ ضمن فروع الفلسفة :

يُقسم الكثير من الفلاسفة والمهتمين بدراسة الفلسفة[1] ، ومباحثها المختلفة الفلسفة إلى ثلاثة أقسام هي[2] :

1- الوجود ، (الأنظولوجيا) .

2- المعرفة ، (الابستمولوجيا) .

3- مباحث القيم ، (الإكسمولوجيا) .

وكل من الوجود والمعرفة يدخل في مباحث (الميتافيزيقيا) ، أما مباحث القيم ، فتنصبّ على دراسة المُثُل العليا وهي : الحقّ ، والجمال ، والخير ، وهذه القيم المطلقة أو المُثُل العليا هي موضوعات لثلاثة علوم هي : علم المنطق ، وعلم الجمال ، وعلم الأخلاق . والحقُّ الذي هو محل لعلم المنطق يقصد به في

---

(1) لاحظ على سبيل المثال : د . إمام عبدالفتاح إمام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ج1 ، 1974 ، ص7 .

(2) وهناك من يقسمها إلى : فلسفة نظرية ، وأخرى عملية . (لاحظ : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، فلسفة القانون ، أربيل ، 2008 ، ص 13) .

الفلسفة ، الصدق ، ولا مندوحة من كون الحقّ قائماً على الصدق ، ذلك أن الصدق هو إخبار بالواقع وهو ضد الكذب[1] ، وهو المُعبِّر عن الحقيقة[2] ، كما هي ، وهذا هو ما يصدق على جوهر الحقّ في ذاته ، إذ إن حقيقة الحقّ لا تعدو كونها حقيقةً معبرة عن وضع الشخص في ميزان الوجود الاجتماعي ، إما لكونه إنسانا ، حيث تلتصق به ، منذ نشأته إلى فنائه مزايا لا تنفك عنه ، أو لكونه يؤدي وظيفة معينة في الحياة يختلف أجرها باختلاف وضعها ، ولهذا كان لكل شخص – حسب ما سنذكر لاحقا – حقوق طبيعية ، وأخرى وضعية .

---

(1) الصدق : مطابقة القول ، الضمير والمخبر عنه معاً ، ومن هنا تختلف كلمة الصدق عن كلمة الحقّ ، كاختلاف الصدق من الحقّ ، فالحقّ أعمّ من الصدق ، لأنه وقوع الشيء في موقعه الذي هو أولى به ، والصدق الإخبار عن الشيء على ماهو به ، والحقّ يكون إخباراً وغير إخبار ، (لاحظ : أبو هلال العسكري ، الفروق اللغوية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000 ، ص59) . فكلمة الصدق تفيد الإخبار عما حصل ووقع ، لكن كلمة الحقّ ، فهي كلمة عن الثابت الذي لايسوغ إنكاره ، وان كانت الكلمتين تعني المطابقة ، لكنها في الحقّ من جانب الواقع ، وفي الصدق من جانب الحكم ، فمعنى صدق الحكم مطابقته للواقع ، ومعنى حقيقته مطابقة الواقع إياه ، (لاحظ : أبو الحسن الجرجاني ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 54) . وكلمة الحقّ قد ينطقها صاحبها ويريد بها الباطل ، كما من تكلم بالحقّ قاصداً تحقيق مصلحة غير مشروعة ، كالفار الذي يطلق زوجته في قوله قاصداً إيذائها وحرمانها من إرثه ، لكن يصعب أنْ توصف كلمة صدق ويراد بها الكذب ، إلاّ في حالة عدم المطابقة بين الضمير والمخبر عنه ، على اختلاف بين العلماء ، كقول الكافر إذا قال من غير اعتقاد : ((محمد رسول الله)) فإن هذا يصح أن يقال عنه صدقاً ؛ لكون المخبر عنه كذلك ، ويصح أن يقال عنه كذباً ؛ لمخالفته قوله ضميره . (لاحظ : العلامة الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، 1996 ، ص 479) .

(2) للتعريف بالحقيقة من الزوايا كافة ، لاحظ : د . هلالي عبدالله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 13 والتي تليها .

لكن ما الذي جعل الحقّ محلاً لعلم المنطق في منظور الفلسفة ؟ إذا تركنا جانبا النقاشات الفلسفية التفصيلية لهذا السؤال ، وركَّزْنا على المحور الحقوقي للإجابة ، وجدنا المسألة منسجمة تمام الانسجام مع دور الحقّ في الحياة القانونية ، فلو سلمنا منذ البداية بتطابق معنى الحقّ في القانون لمعناه في الفلسفة لخلُصنا في النهاية إلى عدّ القانون منطقاً ، والمنطق قانوناً ، أو هكذا ينبغي على الأقل في القانون ، فالقانون المنطقي هو القانون الذي يكون محله الحقّ ، يُفصل بين ما هو حقٌّ وما هو ليس بحق ، فإن عجز في تحقيق ذلك لم يعد قانوناً ، ولكن هذه الفرضية ، على الرغم من عدم إمكانية التسليم بكل جزئياتها تُعبِّر تعبيراً حقيقياً عن منزلة الحقّ في الحياة ، فالقانون لم يظهر إلاّ بسبب وجود الحقّ ، والحقّ حالة لازمة للحياة ، ولكون الحياة يعيش فيها أناس مختلفون في الطباع والسلوك ، وداخل فيهم التباين والاختلاف ، وجميعهم معرض للخطأ والانحراف عن جادةِ الصواب ، فإن الحقّ بحاجةٍ إلى نظامٍ يحميه ، وقواعدَ تُنَظِّمه ، ومن هنا ظهرت ضرورة وجود القانون في المجتمع ، فلولا وجود هذا التباين في سلوك الناس ، وانحرافهم ، أو بعضهم ، عن سلوك الطريق القويم واحترام حدوده ونطاق كسبه واكتسابه لما ظهرت الحاجة إلى القانون ، فالقانون حاجة إنسانية لازمة لتنظيم الحقوق .

لكن من الذي يضمن أن القانون قد قام بوظيفته بشكل سليم ؟ وهذا تساؤل ناجم لكون القوانين قد وضعها ، أو نقلها البشر أنفسهم ، فقد يخطؤون في الوضع أو النقل ، أو أن وضعهم أو نقلهم للقوانين في زمان ومكان ما عاد نافعاً في زمان أو مكان آخر ، وبالتالي نرى القوانين تتغيَّر بين فترة وأخرى ، وتتباين من مكان

إلى آخر ، وأقول : إن الذي يُقوِّم مدى قيام القانون بوظيفته على وجه الدقة ، أي : مدى منطقية القانون ، هو العقل ، وهو آلة علم المنطق ، ومعيارُه الحقُّ الذي هو في النهاية الموضوع لعلم المنطق ، وموضوع لعلم القانون الموافق للمنطق ، ولهذا نرى أن جميع الانتقادات التي تُوجَّه إلى القواعد القانونية تصيبها في مَنْطِقها ، وإن اختلفت الحيثيات ، وبما أن المنطق[1] هو علم قوانين الفكر ، فالفكر هو المُقوِّم الأوحدُ للقوانين من حيث إنها منطقية أو غير منطقية ، وإن اختلفت وجهات النظر في تقويم منطقية القوانين وعقلانيتها من عدمها ، وهذا طبيعي ناجم عن طبيعة الفكر الإنساني القائم على الاختلاف ، لكن في الأخير لا بد من مُرجِّح لأحد هذه الآراء أو الأفكار ، ومعيارُ كونِ أحدِها رُجَّحاً أو مقبولا عند الجميع هو مقدار ما يُحقِّق من حقوق ، على الأقل على وفق مفهومها المنطقي الذي جعل الحقّ مُرادا للصدق[2] . لكن الحقّ ، مع كل ما سبق ، ليس متصلاً فقط

---

(1) نقصد بالمنطق هنا : المنطق الأرسطي ، الذي نشأ على يد الفيلسوف الكبير (أرسطو) ، وقد وضعت له تعاريف كثيرة ، فهناك من عرف المنطق بأنه : آلة أو صناعة قانونية تعصم مراعاتُها الذهنَ من الخطأ في الفكر (الشيخ إسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكلنبوي ، كتاب البرهان ، مطبعة السعادة ، مصر ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص15) فهو غير مقصود لذاته ، وإنما هو من علوم الوسائل لا الغايات يُستفاد منه عند تطبيق قواعده على الأحكام والاستدلالات العلمية (أ . د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، المنطق القانوني ، قسم التصورات ، طبعة بغداد ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص 7) : وعرفه الفارابي بأنه : علم التفكير الصحيح يبحث في القوانين والطرق المؤدية إلى تفادي الخطأ للوصول إلى الحقيقة ، فهو لا يعلمنا كيف نفكر فحسب بل كيف ينبغي أن نفكر ، وأن نتدرج من المقدمات إلى النتائج اليقينية ، واضعين لذلك مقاييس التمييز بين الخطأ والصواب دفعاً لما يمكن أن يقع فيه من المغالطات : (نقلاً عن : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1986 ، ص6) .

(2) وهذا ما يجعل الحقّ مراوحاً بين النسبية والإطلاق بحسب صفته .

بمباحث القيم في الفلسفة ، وتحديداً بعلم المنطق ، فدراسته تتعلّق بالوجود والمعرفة ، وهما ركنا (الميتافيزيقا) ، كما أن الحقّ ؛ لكونه يدور فلسفياً ومنطقياً حول الصدق لا ينفك في الاتصال بعلمي الجَمَال والأخلاق ، ذلك أن العلوم الثلاثة : علم المنطق ، وعلم الجَمَال ، وعلم الأخلاق ، هي علوم معيارية ، وليست علوماً وصفية ، فهي لا تَدْرس وقائع موجودة بالفعل ولا العلاقات القائمة بين هذه الوقائع ، بل تَدْرس ثلاثة معايير : فعلم المنطق يدرس معيار الصدق ؛ لأنه مَعْنِيٌّ بدراسة صحة التفكير وسلامته ، وعلمُ الجَمَال يدرس معيار الجمال أو ما الذي يجعلُ الجميلَ جميلاً ، وعلمُ الأخلاق يدرس معيار الخير في السلوك ، أو متى يكون السلوك خيراً أو فاضلاً ؟ بعبارة أخرى : إن هذه العلوم تَدْرُس القيمة التي يمكن إضفاؤها على التفكير (المنطق) ، أو القيمة التي يمكن إطلاقها على الوجدان أو الشعور (الجمال) ، أو التي يمكن إضفاؤها على السلوك (الأخلاق) ، مما يعني أن هذه العلوم ترتبط فيما بينها ارتباطا وثيقاً[1] ، فضلاً عن ذلك فإن الحقّ بمفهوم العلوم القانونية لا تكاد صلته تنفك في المعنى الحقيقي لكل من معنيي الخير والجمال في مباحث القيم ، فضلاً عن ذلك فإن هناك قيماً في الحياة هي محل لاهتمام العلوم المعيارية الثلاثة ، كالصدق ذاته ، كما أن الصبر قيمة حياتية يهتم بها علم الأخلاق كما يهتم بها علم الجمال ، بل إن التواصي به يعد بمنزلة التواصي بالحقّ بين الناس ﴿ وَتَوَاصَوْاْ بِٱلْحَقِّ وَتَوَاصَوْاْ بِٱلصَّبْرِ ﴾[2] ، وهكذا لا توجد حدود فاصلة بين هذه العلوم الثلاثة ، بل تتداخل

(1) لاحظ : د . إمام عبدالفتاح إمام ، مرجع سابق ، ص9 .

(2) العصر/3 ، ولاحظ تفسيرها لدى : عبدالكريم المدرس ، مواهب الرحمن في تفسير القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط1 ، 2014 ، ص407 .

دوائرها ، مع احتفاظ كل واحد منها بخصوصيته ، لكن يبقى علم المنطق العلم القيمي في مجال القانون ، والذي به تُقَيَّم قواعد القانون من حيث مدى تحقيقها لوظائفها ، فضلاً عن أن علم الأخلاق وموضوعه الخير غير منقطع الصلة بعلم القانون[1] ، وسوف نوضّح لاحقاً الفرق بين فلسفة الحقّ وفلسفة الخير ، ومنه يتبين الفرق الواضح بين رسالة القانون ورسالة الأخلاق .

عليه فإن موقع التفلسف في الحقّ في ميدان الفلسفة متصل - إلى حد ما - بالحقّ موضوع علم المنطق عموما ، والمنطق القانوني خصوصا ، من حيث إدراك مدى مطابقة قواعد القانون لتحقيق غاياته ، وإحقاق الحقّ فوق كل الغايات ، الحقّ ذو المعنى الموضوعي المتصل بكيان الإنسان ، والذي تقوم عليه قناعتُه وقبوله العيش في جماعة معينة .

13) - منطق التفلسف في الحقّ :

التفلسف في الحقّ يعتمد على منطق عقلي يجب أن ندرك مقدماته الميتافيزيقية بقدر ما ، فالحقّ الذي لي أو الذي لك أو الذي للآخرين مخلوق مع خلق الإنسان ، وقد انطلق من الوجود الأولي واقترن بالإنسان وجوداً وعدماً ، وهو يشكل قيمة كيانه في محيطه الخارجي ، فبعيداً عن تقسيمات الحقوق المعتمدة

(1) لاحظ العلاقة بين العلمين عند : د . عبد الرزاق السنهوري ود . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص 19 والتي تليها .

عند قسم من الفقه ، من حيث كونها حقوقاً لله وللعباد وللنفس[1] ، فالحقّ لا ينعقد وجوده إلاّ بوجود الكيان الخارجي للشخص ، حتى وإن كانت حقوقه لصيقة بشخصيته ، فهي إن لم تكن شيئا[2] في مواجهة الغير لم تكن حقًّا ، فحقُّ الإنسان في الحياة وفي الكرامة وفي الحرية ، وفي أن يكون له اسم ، ووطن وما إلى ذلك كلّها حقوق ، ما كانت لتكون على ما كانت عليه لولا وجود الشخص في الجماعة ، فما قيمة أن يكون للشخص حقّ في الحياة وفي الكرامة وفي الحرية ، إذا كان يعيش بمفرده في الكون ، فحقه في مواجهة مَن ؟ فإذا أراد أن يعيش فلْيَعِش ، وإنْ أراد أن يتحرَّر فليتحرر ، ولا يدخل هذا في موضوع الحقّ ، بل في موضوع خيالي صِرْف تحكمه الميتافيزيقا من كل الجوانب ، بدايةً ونهاية ، منهجاً ومذهبا .

كما أن الحقّ بوصفه يقيم وضع الشخص في الحياة مقرون النشأة بنشأة خلق الإنسان ، ليست الشريعة مَنْ أنشأتُه[3] وليس القانون من

---

(1) لاحظ : ابن إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج2 ، مصر ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص331 .

(2) أقصد بالشيء هنا : الشيء بمعناه العام ، كما ورد في قوله تعالى ((قل الله خالق كل شيء)) الرعد/ 16 وهو بهذا المعنى كل ما يصح أن يعلم أو يخبر عنه ، ويشمل عند المتكلمين الموجود والمعدوم (لاحظ : العلاّمة الراغب الأصفهاني ، ص471 .)

(3) يذهب الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الإنسان لا يستحق الحقوق بحكم كونه إنسانا ، بمنظور الشريعة – حسب اعتقادهم – ، إذ إن الشريعة هي أساس الحقّ ، وليس الحقّ أساس الشريعة ، ويترتب على هذا الأصل نتائج منطقية منها :

أ – أن الله هو المانح للحق ، وإنه إنما منح الإنسان الحقّ لحكمة هي مصلحة قصد تحقيقها بشرعية الحقّ وإلا كان المنح لغير غاية ، والله تعالى منزه عن العبث .

←

أنشأه[1] ، لكن يبقى معيار ما يُعدُّ حقًّا أو غير حقّ ، قائماً على المبدأ الأولي لهذه القيمة ، والذي يكمن في خالقها ، الله جلّ وعزّ ، ولهذا كان أحد أسماء الله الحسنى هو الحقّ ، والله عزّ وجلّ هو الذي خلق الصورة العقلية المثالية لهذه القيمة في عقل الإنسان ، ووضع حداً أدنى يشترك فيه جميع البشر فيما بعد حقًّا أو فيما لا يعد كذلك ، ويبقى الاختلاف في نسبية الحقّ فيما علا هذا الحد الأدنى المتفق عليه ، قائم على أساس اختلاف العقل من مكان إلى مكان ، ومن زمان إلى زمان ، ومن حالٍ إلى حال ، ودليلنا العقلي النظري على ذلك أنّ خلق الإنسان ، ولله المثل الأعلى ، يشبه إلى حدٍّ ما توظيف الشخص في وظيفة معينة ، فالله وظَّف الإنسان ليعيش في الأرض ، وحدَّد له المكان والزمان والحال ، وبهذه

←

ب – إن الأصل في الحقّ هو التقييد ، لأنه إذا كان منحه من الشارع فهو مقيد بما يقيده به ابتداءً .

ج – إن الحقّ إذا كان ممنوحاً لمصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحقّ تعيين أنْ يكون تصرف الفرد بحقه مقيداً بما يحقق تلك المصلحة حتى يكون قصده في استعمال الحقّ موافقاً لقصد الله في التشريع وإلاّ كان مناقضاً للشرع ويكون تصرفه باطلاً .

د – إن الحقّ ليس غاية في ذاته بل وسيلة إلى مصلحة شرع الحقّ من أجلها ولو كان غاية في ذاته لكان من حقّ الفرد أن يتصرّف فيه على وفق هواه .

هـ – إن الفرد ذو كيان مستقل وشخصية ذاتية في الجماعة لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية عند ممارسة حقه وحصوله عليه ، على أن الفرد في نظر الشريعة ليس هو ذلك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة ، فالشريعة إذ منحت الفرد حقوقه من الحرية والعصمة والملكية ؛ لكونه إنسانا قيدت ذلك كله بما ألقت عليه من مسؤولية دينية ودنيوية ؛ لتَحُدَّ من حريته بما يمنع الأضرار عن غيره .

وقد استنتجوا من خلال ما تقدم تعريف الحقّ بـ : أنه منحة إلهية مراعٍ فيها الصالح العام . (لاحظ ، الأساتذة : د . حمد عبيد الكبيسي ود . محمد عباس السامرائي ود . مصطفى الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، دار المعرفة ، بغداد ، 1980 ، ص 255 .)

(1) لاحظ : دياس ، فلسفة القانون ، ترجمة : هنري رياض ، دار الجبل ، بيروت ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص12 والتي تليها .

المعايير الثلاثة تتحدد حقوق الإنسان ، ونطاقها ومدياتها ، والعقل يدرك هذه الحقوق قياساً للصورة الأولى التي في ذهنه ، وهذا ما يقترب من تصوير أفلاطون للمثل[1] ، ومن فكرة أرسطو للقياس المنطقي[2] ، ومن تصوير ديكارت لوظيفة العقل والصور الذهنية الأولية التي تكون فيه[3] .

---

(1) يرى أفلاطون أن هناك عالما آخر أعلى من العالم الطبيعي ، عالم الظواهر الأزلية الأبدية اللامتغيرة ، وهذه الكائنات اللا متغيرة التي يطلق عليها افلاطون بالصور أو المثل ، هي الموضوعات التي يعني بها العقل عندما يستعمل الأفكار العامة والتعريفات والمبادئ . (للمزيد ، لاحظ : جون لويس ، المدخل إلى الفلسفة ، ترجمة : أنور عبد الملك ، دار الحقيقة ، بيروت ، 1978 ، ط 3 ، ص 18 .) .

(2) إن من أهم ما أدخله أرسطو على الفلسفة ، إلى جانب ترسيخه للبناء الأولي لعلم المنطق ، هو مذهبه في القياس ، فالقياس عنده تدليل يتألف من ثلاثة أجزاء هي : مقدمة كبرى ومقدمة صغرى ونتيجة ، وهذه النتيجة تنتج من الحقيقة المسلّم بها في المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى ، مثال على ذلك : الإنسان حيوان عاقل ، ولكون سقراط إنسان ، لذلك فإن سقراط حيوان عاقل . إن القارئ الرياضي سيرى فورا أن بناء القياس يشبه التدليل القائل : بأن الشيئين المساويين إلى نفس الشيء ، يكون أحدهما مساويا للآخر ، فإذا قلت (أ) هي (ب) ، و(س) هي (أ) ، عندئذ تكون (س) هي (ب) ، فقد وصلنا إلى النتيجة كما في القضية الرياضية بإلغاء الحد المشترك (أ) من المقدمتين . وهكذا نصل إلى النتيجة في القياس بإلغاء الحد المشترك وهو (إنسان) من المقدمتين ووصل ما بقي . (للمزيد ، لاحظ : ول ديورانت ، قصة الفلسفة ، ترجمة : د . فتح الله محمد المشعشع ، مكتبة المعارف ، بيروت ، 1975 ، ط 3 ، ص 80 .) .

(3) لاحظ : د . مصطفى غالب ، في سبيل موسوعة فلسفية ، 19 ، ديكارت ، دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، 1989 ، ص 58 .

14) - منطلق التفلسف في الحقّ :

ينطلق التفلسف في الحقّ من منطلقين مهمين هما :

- منشأ صورة الحقّ ، هل هو نقلي أم عقلي ؟

- اكتمال صورة الحقّ في الذهن ، وانطلاقها أيكون من اليقين أم الشك ؟

ونتناول الأمرين في فقرتين :

أولاً : منشأ صورة الحقّ بين النقلي والعقلي ، أو الوضعي والطبيعي :

لا خلاف بين الفقهاء والأصوليين والفلاسفة على أن الحقّ يعد من المحاسن ، ويقابله الباطلُ الذي بعد من القبائح ، فالحقّ والباطل يدخلان في اختلاف الفقهاء والأصوليين الإسلاميين والمفكرين معهم على أصل عدّ الحسن حسنا والقبيح قبيحاً ، ولما كان الحقّ من الحسن فهل هو نقلي (شرعي) أم عقلي ؟ بعبارة أخرى : مَنْ الذي يجعل الحقّ حقًّا الشرعُ أم العقل ؟ وأهمية هذا التساؤل تظهر عند الحكم على قضية أو منازعة أو مشكلة ، أو تقويم الحكم الصادر فيها ، فهل ينطلق الشخص مِنْ حكمه بما تملي عليه فطرته وعقله ، أم أنه بحاجة إلى معلومات مسبقة أو حكم خارج عن ذهنه ليستند إليه حكمه أو تقويمه ؟ ! . ويُقارب هذا التقسيم انقسام المدارس الفلسفية في القانون إلى مدرستين رئيسيتين هما : المدرسة الطبيعية والتي تعتمد العقل ، والمدرسة الوضعية والتي تعتمد النص .

وإذا رجعنا إلى المدارس الإسلامية في آرائها وأفكارها بشأن مسألة إدراك الحسن والقبح في الأمور ، وهل يعود ادراكها للعقل ، أم لا ، فلا بد من وجود دليل نقلي من الشرع ؟ حيث اختلف علماء الفقه الإسلامي في مسألتين ، هما : [1]

الأولى : - هل أحكام الله لا تعرف إلا بواسطة وسيلة ، أو يمكن للعقل أن يستقل بإدراكها ، وعلى أي أساس يكون ذلك ؟

الثانية : - وإذا أمكن للعقل أن يدرك حكم الله دون وساطة الرسول ، فهل يكون هذا الإدراك مناط التكليف وما يتبعه من ثواب وعقاب في الأجل ، ومدح وذم في العاجل ؟

والمسألة الثانية لا تعنينا ، على الأقل هنا ، بقدر ما تعنينا المسألة الأولى ، حيث اختلف العلماء ، من فقهاء وفلاسفة وأصوليين ، وانقسموا إلى رأيين : -

الرأي الأول : وهو مذهب المعتزلة ، وفريق من الجعفرية .

وخلاصته : إن في الأفعال حسناً ذاتياً ، وقبحاً ذاتياً ، وان العقل يستقل بإدراك حسن معظم الأفعال أو قبحها بالنظر إلى صفات الفعل وما يترتب عليه من نفع أو ضرر ، أي مصلحة أو مفسدة . فأحكام الشرع في نظر أصحاب هذا القول لا تأتي

(1) لمزيد من التفصيل حول تشعبات هذا الاختلاف وقول العلماء فيه ، لاحظ : الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، دار احسان ، طهران 1998 ، ط4 ، ص69 . والأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، مطبعة شهاب ، أربيل - 2010 ، ط22 ، ص334 .

إلا موافقة لما أدركه العقل من حسن الأفعال أو قبحها ، فما أدرك العقلُ حسنَه جاء الشرع بطلب فعله ولا يمكن أنْ يطلب تركه ، وما أدرك العقلُ قبحَه جاء الشرع بطلب تركه ولا يمكن أنْ يطلب فعله[1] ، وما لم يدرك العقل حسنه ، أو قبحه كما في بعض العبادات وكيفياتها فإن أمر الشارع أو نهيه فيها يكشفان عن حسن هذا النوع من الأفعال أو قبحه .[2]

الرأي الثاني : قول الأشعرية ومن وافقهم من الفقهاء ، وهو قول جمهور الأصوليين .

وخلاصته : أن العقل لا يستقل بإدراك حكم الله ، بل لا بد من وساطة الرسول وتبليغه ، فليس في الأفعال حسن ذاتي يوجب على الله أن يأمر به ، كما ليس في الأفعال قبح ذاتي يوجب على الله أن ينهى عنه ، فإرادة الله مطلقة لا يقيدها شيء ، فالحسن ما جاء الشارع بطلب فعله ، والقبيح ما جاء الشارع بطلب تركه ، فليس للفعل قبل أمر الشارع ونهيه حسن ولا قبح ، والفعل إنما يصير حسناً لأمر الشارع به لا لذات الفعل ، ويصير قبيحاً لنهي الشارع عنه لا لذات الفعل ، فالأفعال تستمد حسنها وقبحها من أمر الشارع ونهيه لا من حسن أو قبح في ذواتها .[3]

الرأي الثالث : وهو رأي الماتريدية ، وهو ما ذهب إليه محققو الحنفية وبعض

---

(1) وهذا ما يقترب من المحصّلة التي وصل إليها "هيجل" من أن كلّ ما هو واقعيٌّ عقليٌّ ، وكل ما هو عقلي واقعي . (لاحظ : د . عبد الرحمن بدوي ، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل ، ص 49) .

(2) لاحظ : د . عبد الكريم زيدان ، ص70 .

(3) المرجع السابق نفسه ، ص71 .

الأصوليين ، وهو قول فريق من الجعفرية وغيرهم .

وخلاصته : أن للأفعال حسناً وقبحاً يستطيع العقل إدراكها في معظم الأفعال بناءً على ما في الفعل من صفات ، وما يترتّب عليه من مصالح ومفاسد ، ولكن لا يلزم من كون الفعل حسناً حسب إدراك العقل أن يأمر به الشرع ؛ ولا يلزم من كون الفعل قبيحاً أن ينهي عنه الشرع ، لأن العقول مهما نضجت فهي قاصرةً ، ومهما اتّسعت فهي ناقصة . وعلى هذا فكل ما يمكن أن يقال : هو أن ما في الفعل من حسن يدركه العقل يجعل الفعل صالحاً لأنْ يأمر به الشارع ، وأن ما في الفعل من قبح يدركه العقل يجعل الفعل صالحاً لأن ينهي عنه الشرع ، ولا يقال : إن الحسن والقبح موجبان لحكم الله بالأمر والنهي .[1]

وقد أيّد بعض الفقهاء[2] الرأي الثالث ، في حين ذهب بعضهم إلى تصويب

---

(1) المرجع السابق نفسه ، الاشارة نفسها .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان ؛ إذ يذكر في مؤلفه بالإشارة السابقة ذاتها : (والعقل يدرك حسن بعض الأفعال وقبح البعض الآخر بالضرورة : كحسن العدل والصدق ، وقبح الظلم والكذب ، ولكن حكم الله لا يعرف إلا عن طريق رسول ، فما لم يأتِ رسولٌ يبلغ الناسَ حكم الله فلا يثبت في أفعال الناس حكم الإيجاب أو التحريم بدليل قوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ [الإسراء : 15] فلا عذاب قبل بعثة الرسول أو بلوغ الدعوة ، وحيث لا عذاب فلا تكليف ، وحيث لا تكليف فلا حكم لله في أفعال العباد على وجه طلب الفعل أو يسير بينهما . وما أحسن كلمة الإمام الشوكاني ، إذ يقول : (وإنكار مجرد إدراك العقل لكون الفعل حسناً أو قبيحاً مكابرة ومباهته . . ، وأما إدراكه لكون ذلك الفعل الحسن متعلقاً للثواب ، وكون ذلك الفعل القبيح متعلقاً فغير مُسلَّم ، وغاية ما تدركه العقول : أن هذا الفعل الحسن يمدح فاعله ، وهذا الفعل القبيح يذم فاعله ، ولا تلازم بين هذا وبين كونه متعلقاً للثواب والعقاب)) .

رأي المعتزلة .[1]

ولكن ماذا لو لم يكن في المسألة حُكْمٌ من الشرع ؟ ، فإن أصحاب القول الأول : ((التحسين والتقبيح العقليين)) ، قالوا : إنّ العقل يكون مصدراً للأحكام ، بمعنى : أن المسألة التي لم يرد في الشرع حُكْمٌ لها يكون حكمها الوجوب إذا أدرك العقلُ حسنها ، ويكون حكمها الحرمة إذا أدرك العقل قبحَها ؛ لأن حكم الله مبناه ما في الأفعال مِنْ حسنٍ أو قبح ، فإذا لم يرد في الشرع حكم لمسألة ما فمعنى ذلك : أن الشارع أذن لنا أن نرجع إلى العقل لنستمد منه الحكم بناءً على ما في الفعل من حسن أو قبح . وعلى رأي أصحاب القول الثاني والثالث : لا يكون العقل مصدراً للأحكام ، وإنما يُؤخذ الحُكْمُ من مصادر الفقه الثابتة ، وليس العقل منها .[2]

---

(1) الأستاذ الدكتور مصطفى الزلمي ، أصول الفقه ، ص339 ، حيث يذكر في المؤلف ذاته : (أثبت واقعُ الحياة وتطوّرُها صحة كلام المعتزلة في أن العقل يدرك الأحكام الشرعية لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو قبل التبليغ به ، فإن كثيرا من الأحكام التي وردت في القوانين الوضعية للبلاد غير الإسلامية تتفق مع الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنّة النبوية الشريفة كحرمة القتل والسرقة وخيانة الأمانة ، والتجسس ، والاختطاف ، والتجارة بالإنسان ، وبوجوب تقديم العون المادي للمنكوبين والمتضررين لأسباب قهرية كالزلازل والفيضانات ، ووجوب حرمة المسكن ، وكإباحة التعبير عن الرأي الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ، وحرية اختيار العمل المشروع ، وحرية التنقّل وغير ذلك من الأحكام القانونية ، وهي في حقيقتها أحكام إلهية اكتشفها العقل البشري في تلك البلاد ونظمها بالقانون الوضعي . ولا نستطيع أن نثبت أنها مأخوذة من القرآن الكريم أو السنة النبوية ، وإضافة إلى ذلك فإن بعض الجرائم التي لم يثبت تجريمها بنص شرعي ، وأن جميع العقوبات التعزيرية في الإسلام تُرك استحداثها وتنظيمها للقانون الوضعي . .) .

(2) لاحظ : د . عبد الكريم زيدان ، ص73 .

مما سبق يتضح أن الذي يجعل الحقّ حقًّا ليس الشرعُ وليس الفعل ، بل إن خليقة الإنسان جعلته مُكوَّناً من أعضاء يؤدي كلٌّ عضوٍ فيها وظيفته المخصصة ، سواء أكان هذا العضو في الجسد أم الروح ، والحقيقة أن العقل ليس ما يحصر في دماغ الإنسان ، بل يتعدى ذلك ، إذ يمكن أن ينال معنى آخر غير المعنى الذي يتحقق عنده العلوم الطبيعية ، ذلك أن العقل عندما يحكم على ما إذا كان هذا الشيء أو ذاك حسناً أو قبيحاً ، إنما يحكم استناداً إلى صورة أولية مُكَوَّنة فيه منذ الخلق ، أي بالفطرة ، وهي صفةٌ ملازمة للروح ، ولا تعتمد على الحسّ ، لكن الناس متفاوتون في إدراك هذه الصورة الأولى للعقل ، فيأتي الشرع لِيُنبّه الناس ، ويصحّي ضمائرهم نحو إدراك هذه الصورة المثالية ، ولهذا كثيراً ما ترد أحكامنا على كون قانون ما حسن أو غير حسن ، اعتماداً منا على تلك الصورة الذهنية الكامنة في صدورنا ، فيأتي دور العقل لِيقيسَ عليها فيطابق وضع القانون معها ، فإنْ طابقها فهو حسن وإلا فهو قبيح ، لذا فإن مَنْ يُحَدِّد حسن الأشياء وقبحها هو الضميرُ الملازم لأرواحنا ، ليبقى دور الشرع مقتصراً على تذكير الناس بما دفنوه في ضمائرهم ، ويقتصر دور العقل على استيعاب تلك الصورة المثالية الكامنة في الضمير ليقيس عليها حسن الأشياء وقبحها .

وهذا ما يتفق ، إلى حد ما ، مع منطق الفكر الطبيعي ، فالحقُّ لا يُستدل عليه مما يقرّه القانون ، بل هو أمر يحسُّه الإنسانُ بطبعه وغرائزه على وفق المجرى

العادي للأمور[1] ، وهذا ما سنبيِّنه لاحقا بالتفصيل .

ثانياً : كيفية الوصول إلى الصورة الأولى للحق :

ولما كان الحقّ – على حسب رأينا المتواضع – مزروعاً في ضمائرنا منذ أن خلقنا الله تعالى ، ونفخ فينا من روحه ، فإن الوصول إلى هذه الصورة الواقعة في مكامن الروح في أعماق داخلنا ، ليس بالأمر السهل ، إذ لم يستطع أحد ولن يستطيع ، والله أعلم ، أن يعتمد اعتماداً يقينياً على وجود هذه الصورة ، بحسب إدراكه لها ، لذا فإن الأمر لا بد أن يبدأ بالشك لينتهي باليقين ، على أنه لا يجوز أن يتّخذ الشكُّ مذهباً ، كما عند بعض من السوفسطائيين[2] ، بل يبقى منهجا[3] ، وهذا ما قال به ديكارت[4] ، هدفه الوصول إلى الحقيقة ، والأخيرة مقصورة على معرفة الحقّ في ذاته .

ولا غرابة أن يبدأ تفكير الإنسان بالشك ، فالأنبياء وعلى ما يتمتعون به من

---

(1) في التقريب بين فكرة القانون الطبيعي وفكر المعتزلة ، لاحظ : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، فلسفة القانون ، ص 49 .

(2) لاحظ : د . هلالي عبدالله أحمد ، ص50 .

(3) المنهج ، هو طريق يختاره الباحث للوصول إلى غاياته العلمية ، أما المذهب فهو الحاكم للمعتقد ، وهو يفيد أن الذاهب إليه معتقدا له . (لاحظ في المعنى نفسه للمذهب : أبو هلال العسكري ، الفروق اللغوية ، ص 251 . وفي المعنى نفسه للمنهج : د . محمد أحمد مصطفى السرياقوسي ، التعريف بمناهج العلوم ، ص 7 .)

(4) لاحظ : د . مصطفى غالب ، ديكارت ، ص56 ، 76 .

يقين علمي لتواصلهم مع السماء ، تُزرع عندهم الشكوك في كثير من الأوضاع ، فهذا نبي الله إبراهيم (عليه السلام) يقول لربه : ﴿ أَرِنِي كَيْفَ تُحْيِ ٱلْمَوْتَىٰ ۖ قَالَ أَوَلَمْ تُؤْمِن ۖ قَالَ بَلَىٰ وَلَٰكِن لِّيَطْمَئِنَّ قَلْبِي ۖ ﴾[1] ، كذلك قصة إيمان النبي نفسه بالله جلّ وعزّ ، إذ هداه الله إلى اليقين لكنه ابتدأ مع الشك ، إذ يقول عزّ وجل : ﴿ وَكَذَٰلِكَ نُرِيٓ إِبْرَٰهِيمَ مَلَكُوتَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَلِيَكُونَ مِنَ ٱلْمُوقِنِينَ ﴿٧٥﴾ فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ ٱلَّيْلُ رَءَا كَوْكَبًا ۖ قَالَ هَٰذَا رَبِّي ۖ فَلَمَّآ أَفَلَ قَالَ لَآ أُحِبُّ ٱلْآفِلِينَ ﴿٧٦﴾ فَلَمَّا رَءَا ٱلْقَمَرَ بَازِغًا قَالَ هَٰذَا رَبِّي ۖ فَلَمَّآ أَفَلَ قَالَ لَئِن لَّمْ يَهْدِنِي رَبِّي لَأَكُونَنَّ مِنَ ٱلْقَوْمِ ٱلضَّآلِّينَ ﴿٧٧﴾ فَلَمَّا رَءَا ٱلشَّمْسَ بَازِغَةً قَالَ هَٰذَا رَبِّي هَٰذَآ أَكْبَرُ ۖ فَلَمَّآ أَفَلَتْ قَالَ يَٰقَوْمِ إِنِّي بَرِيٓءٌ مِّمَّا تُشْرِكُونَ ﴿٧٨﴾ إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ حَنِيفًا ۖ وَمَآ أَنَا۠ مِنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴿٧٩﴾ ﴾[2] . فهنا بدأ إبراهيم بالشك ، إلى أن وصل إلى حقيقة الخالق ، وهو لم يصل إلى هذه الحقيقة إلاّ بعدما بدأ بالشك . وكذلك رسول الإسلام سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، فقد آتاه الشك في بعض الأمور فنزل عليه قوله تعالى : ﴿ فَإِن كُنتَ فِي شَكٍّ مِّمَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ فَسْـَٔلِ ٱلَّذِينَ يَقْرَءُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكَ ۚ لَقَدْ جَآءَكَ ٱلْحَقُّ مِن رَّبِّكَ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ ٱلْمُمْتَرِينَ ﴿٩٤﴾ ﴾[3] .

---

(1) سورة البقرة/ 260 .

(2) سورة الأنعام/ 75-79

(3) سورة يونس/ 94 (لاحظ تفسير هذه الآية لدى : محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، ج1 ، المكتبة العصرية ، بيروت ، 2007 ، ص 509 .)

عليه فإن الشك[1] يجب أن يكون نهج[2] كلِّ عاقلٍ رشيد في الوصول إلى الحقّ ، وعلى هذا قامت الأدلة ، إذ لا يكفي أن يسمع القاضي لادعاءات المدعين من غير دليل ، ولهذا قامت الأصول في جعل الذمم بريئةً ، والناس أبرياء مما اتُّهِمُوا فيه إلى أن تثبت أدانتهم بالأدلة ، وظهر مبدأ اليقين القانوني وقاعدة اقتناع

---

(1) يقول الأصفهاني : الشك هو ((اعتدال النقيضين عند الإنسان وتساويهما ، وذلك قد يكون لوجود إمارتين متساويتين عند النقيضين ، أو لعدم الأمارة فيهما ، والشكّ ربما كان في الشيء هل هو موجود أم غير موجود ؟ وربما كان في جنسه ، من أي جنس هو ؟ وربما كان في بعض صفاته ، وربما كان في الغرض الذي لأجله أوجد . والشك : ضرب من الجهل ، وهو أخص منه ؛ لأن الجهل قد يكون عدم العلم بالنقيضين رأسا ، فكلُّ شكٍّ جهلٌ ، وليس كل جهل شكا ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَفِي شَكٍّ مِّنْهُ مُرِيبٍ﴾ "هود/110" ، ﴿ بَلْ هُمْ فِي شَكٍّ يَلْعَبُونَ ۝ ﴾ " الدخان/9" ، ﴿ فَإِن كُنتَ فِي شَكٍّ﴾ " يونس /94" . واشتقاقه إما من شككت الشيء أي : خرقته ، فكأن الشك الخرق في الشيء ، وكونه بحيث لا يجد الرأي مستقرا يثبت فيه ويعتمد عليه .)) ، ص 461 .

(2) يذكر أحد الباحثين أن : ((الاهتمام بالنهج والعناية به يعتبر ميزة من ميزات القرن السابع عشر ، لأن مفكري ذلك العصر كانوا مؤمنين بفائدة المنهج وأثره في العلوم وفي الحياة العامة لأبناء الإنسانية جمعاء . ولقد أشار هاملان إلى سبب ذلك فقال : إن أهل ذلك العصر كانوا قد ألقوا عن كواهلهم عبء الخضوع للسلطات في الفلسفة ، بل أحيانا في الفكر على العموم ، وفي المعتقد أيا كان ، فكان لا بد لهم من شيء يطمئنون إليه ويهتدون به ، والمنهج هو الكفيل بذلك ولا غناء لفكرهم عنه . ويرى ديكارت أن البحث في المنهج هو أهم المشكلات وأولاها بالعناية بمهمة الفيلسوف ، وأراد أن يجعل بداية إصلاحه الفكري الظفر بطريقة للحصول على المعرفة الحقيقية ، بواسطة ذلك النور الفطري المبثوث فينا جميعا وهو نور العقل . ولم يرضَ ديكارت عن منهج الفلسفة الكلامية ، فلسفة المدرسين ذلك المنهج الذي كان وما زال قائما في عصره ، وكان قد تلقنه أيام طلبة العلم في مدرسة لافليش . وهو عبارة عن محاولة حل المشكلات الفلسفية أو العلمية بذكر طائفة من أقوال المؤلفين السابقين ، سواء كانوا معروفين أم غير معروفين ، بدلا من الإقدام على معالجة المشاكل نفسها . ومثل هذا المنهج يتطلب اطلاعا كثيرا ، وقسطا كبيرا من الحذق والمهارة للملاءمة بين الآراء المتباينة والمصادر المتنوعة ، ولكن مثل ذلك المنهج ليس من شأنه أنْ يستحث الناس على حرية الفكر والاستقلال في البحث .)) . نقلا عن : د . مصطفى غالب ، ص56 .

القاضي ، ونظرية الرجحان في الإثبات المدني ، كلها من أجل الوصول إلى الحقّ بدءاً بالشك وانتهاءً باليقين .

15) - الحقّ منطقاً وقانوناً :

قلنا إن موضوع علم المنطق هو الحقّ ، وكذا فإن موضوع علم القانون هو الحقّ أيضا ، لكن بين المصطلحين اشتراك لفظي ، فالحقّ موضوعاً لعلم المنطق نعني به الصدق ، ذلك أن علم المنطق هو العلم المتعلق بقوانين الفكر ، وهو علم آلي ؛ لأنه علم شكلي أو وسيلي[1] ، فهو آلة تعصم عند مراعاتها الفكر من الوقوع في الخطأ ، فالحقّ موضوعاً لعلم المنطق يقصد به هنا ، أي : في نطاق هذا العلم الصحيح الذي يتقبله العقل ، ويرى فيه انسجاما مقبولاً عند الفكر ، وبعكس الخطأ الذي لا يتقبله العقل ولا يرى فيه انسجاماً مقبولاً عند الفكر ، فعلم المنطق هو معيار قبول العلم ، ومناطه الحقّ بالمعنى الذي أوضحناه ، بمعنى أن الحقّ هنا مناط للتفكير ، في حين أن الحقّ في علم القانون هو مناط للسلوك ، إذ به يتحدد السلوك المقبول قانوناً من عدمه ، فعند ما يأتي الشخص سلوكاً يخرج به عن نطاق حقه يكون قد أتى سلوكا مخالفا للقانون ، ذلك أن وظيفة القانون ، على مذهبنا ، هي حماية الحقوق ووضع الحدود البيّنة لنطاقها ، لا مصدراً لها ، وبالتالي فإن ما هو غير حقّ ، هو بالتالي غير قانوني ، والأمر مرتبط بالسلوك . وبالحقّ تؤسس الأحكام القانونية ، مثلما به تؤسس الأحكام المنطقية ، كما أن به تؤسس الأحكام الأخيرة لتقويم الأحكام الأولى ، ولهذا فإن أكبر ناقد ورقيب على

---

(1) ونقصد هنا المنطق الصوري أو الشكلي ، يقابله المنطق المادي أو العلمي ، وهو المتصل بكل علم على حدة ، والمنطق الصوري ولد بشكل واضح المعالم من فكر أرسطو .

القوانين وأحكامها ، وعلى الفقه وآرائه ، وعلى القضاء وقراراته ، هو العقل المعتمد على المنطق الذي موضوعه الحقّ بالمعنى المنطقي الضيق ، ومن هنا يتأكد لنا تنوع معاني الحقّ في دائرة علم القانون ، مثلما تتعدد معانيه في خارج هذا العلم[1] ، لكنه لا يخرج من دائرة كونه معياراً للسلوك الموافق للقانون ، كما لا يخرج من دائرة كونه معياراً للحكم القانوني الموافق للمنطق ، ولعله في الدائرة الثانية أقرب ما يكون إلى مفهومه بوصفه موضوعاً لعلم المنطق ، أما معناه في الدائرة الأولى فهو يقابل قيمة الخير في علم الأخلاق .

16) - بين فلسفة الحقّ وفلسفة الخير :

لا شك في أن معنى الحقّ على وفق فلسفته في دائرة علم القانون ، لا يخرج من اتصاله بتقويم سلوك الفرد وقيمة كيانه في المجتمع ، فلكل فرد حدوده التي تنتهي بابتداء حدود الآخرين ، وهو في داخل هذه الحدود يمارس حقوقه بشكل يجعله محمياً بالقانون ، لكن ليست كل هذه الممارسات منصبة في دائرة علم الأخلاق الذي يكون موضوعه الخير وليس الحقّ ، فمطالبة الدائن المديَن بدينٍ هو حقّ له ، لكن الخير أن يبريه ، إنْ وجده محتاجا متضايقا ، لكن لا يعني أنه إذا ما طالب مدينه أنه قد نافى قيمة الخير ، كما أن إبراءه لمدينه لا يعني أنه قد

---

(1) إذ تتعدد معاني الحقّ ، إذ قد يقصد به الثابت ، أو اللائق ، والصحيح ، والصدق والواجب والأمر المتحقق وقوعه ، والحقيقة ، وهو اسم من أسماء الله الحسنى ، وقول الصدق ، والوفاء بالوعد ، كما أنه مطابقة الواقع للاعتقاد ، في حين أن الصدق هو مطابقة الاعتقاد للواقع ، كما يطلق الحقّ على المطابق (بالفتح) ، كما أن الصدق يطلق على المطابق (بالكسر) ، كما قيل إن الحقّ هو الحكم المطابق للواقع (لاحظ تفاصيل ذلك : العلامة محمد علي التّهانوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج1 ، لبنان ناشرون ، بيروت ، 1996 ، ط1 ، ص682 والتي تليها) .

تجاوز حدود حقه ، بمعنى أن دائرتي الحقّ والخير ليستا منفصلتين تماماً ، ولا متحدتين تماماً ، ذلك أن تقصّي الحقّ يحقق العدل ، في حين أن تقصّي الخير يحقق الإحسان ، فالحقّ هدفه قيام مجتمع متوازن ، في حين أن الخير هدفه قيام مجتمع متسامح . ، وكلّ من الحقّ والخير له مفهومه الخاص به ، ففي الوقت الذي يعبر الحقّ عن قيمة كيان الفرد في المجتمع ، تعبّر قيمة الخير عن فضيلة الإنسان نحو الإخاء ، والسلام ، والمعاملة الطيبة ، والتماسك الاجتماعي ، لكن لا يمكن أن نبني الأحكام على الخير ، مثل قابلية بنائها على الحقّ ، ولا يلزم الشخص ، في الأصل ، على القيام بعمل الخير خارج نطاق الحقّ ، كما لا يعاقب من ترك عمل الخير خارج نطاق الحقّ ، وفي المقابل لا يثاب اجتماعياً من يمارس حقه خارج نطاق الخير ، ولا يؤثم اجتماعياً من ترك عمل الحقّ داخل نطاق الخير ، ولكل من القيمتين حكمها ومعيارها الخاص . لكن يبقى أن نقول إن كل من القاعدتين القانونية والأخلاقية متصلة بسلوك الإنسان ، لكن القاعدة القانونية تتصل من زاوية الحقّ ، والقاعدة الأخلاقية تتصل من زاوية الخير ، وهذا لا يعني الانفصال التام بين القيمتين ، ذلك أن القانون في كثير من الأحيان يشجع الأشخاص على الخير ، كما في العفو ، والصفح ، والصلح وغيره ، وكذلك بالنسبة لعلم الأخلاق ، لكن معيار الحكم مختلف ، فحكمنا الفكري على قواعد الأخلاق يقوم على مدى ما حققتْ من خير ، في حين أن حكمنا الفكري على قواعد القانون يقوم على مدى ما حققت من حقّ[1] .

(1) وتطبيقات ذلك متعددة ، لا سيما في القرآن الكريم ، ففي سورة الكهف ، يحكي لنا القرآن قصة النبي موسى مع الرجل الصالح ، إذ من بين المشاهد التي حدثت بينهما ، أنهما دخلا إلى قرية أبى أهلها عن اكرامهما والقيام معهما بالضيافة ، فرأى الرجل الصالح جداراً آيلاً للسقوط ، فأقامه وعالج اعوجاجه ←

17) - فلسفة الحقّ وفلسفة الخير بين صورتي المدينة المتوازنة والمدينة الفاضلة :

ان اعتماد الخير قيمة لعلم الأخلاق وموضوعاً له جعل الغاية من اعتمادها هو الوصول إلى غاية فاضلة وصفها أفلاطون بالمدينة الفاضلة ، كما أن الأديان حثّت عليها ، لا سيّما الدين الإسلامي في القرآن الكريم ، إذا أفرد القرآن سورة كاملة تناولت أخلاقيات المدينة الفاضلة القائمة على قواعد الأخلاق المؤسسة على قيمة الخير ، وهي سورة الحجرات ، التي اختصت بوضع قواعد أخلاقية في المخاطبة وذمّ الغيبة والنميمة والتجسس والسخرية ، والحث على التعاون البارّ والتآخي واللحمة والتصالح والتعارف بين الأمم والقبائل والتقارب بينها وما إلى ذلك من القواعد المبنية على تحقيق الخير للمدينة وصولاً إلى تحقيق صورتها المثالية ، وهي المَدينة الفاضلة ، ومع احتواء قيمة الحقّ على عدد من تلك القواعد التي أرستها قيمة الخير تحقيقاً للمدينة الفاضلة ، فإن هدف قيمة الحقّ لا يعدو تحقيق صورة أقل مثالية من صورة المدينة الفاضلة ، وهي صورة المدينة المتوازنة ، أي : التي تتوازن فيها حقوق الناس وواجباتهم فيعرف كل واحد

← دون أن يطلب مقابلاً ، فاعترض عليه موسى ممتعضاً من سوء عمل أهل القرية، فحرَّضه على أخذ الأمر منهم عن هذا العمل ، ﴿ فَٱنطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَيَآ أَهۡلَ قَرۡيَةٍ ٱسۡتَطۡعَمَآ أَهۡلَهَا فَأَبَوۡاْ أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارٗا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥۖ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرٗا ﴿٧٧﴾ ﴾ "الكهف/77" ، فمنطلق الرجل الصالح كان من الخير ، أما توجُّه النبي موسى فكان من الحق ؛ وقد بيَّن الله تعالى حقيقة مقصد الرجل الصالح ، والمعبر تماماً عن قيمة الخير ، ﴿ وَأَمَّا ٱلۡجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَٰمَيۡنِ يَتِيمَيۡنِ فِي ٱلۡمَدِينَةِ وَكَانَ تَحۡتَهُۥ كَنزٞ لَّهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا صَٰلِحٗا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَن يَبۡلُغَآ أَشُدَّهُمَا وَيَسۡتَخۡرِجَا كَنزَهُمَا رَحۡمَةٗ مِّن رَّبِّكَۚ ﴾ "الكهف / 82" .

حدوده ويلتزم بها ، فيأخذ ما له ويؤدي ما عليه للآخرين ، وإلى هذا الحدّ تقف حدود القانون ، فلا يتدخل القانون في الفضائل الأخرى التي تجعل الشخص يتنازل عن حقوقه لمصلحة الآخرين ، كما لا يقرّ القانون كثيراً مما تفرضه العلاقات الاجتماعية بين الناس ، والقرابة الحميمة بين فئة منهم ، وصلة الأرحام إلاّ ما ندر[1] ، وأساس ما ندر هنا هو البعد الأخلاقي للقانون ، وليس البعد الحقوقي له ، وبالعكس فإن المدينة الفاضلة لا تخلو تماماً عن وجود قواعد قانونية تتخذ من قيمة الحقّ معياراً لها ، لكن في حدود موافقتها لقيمة الخير كأداء الواجبات والإيفاء بالديون وما إلى ذلك : صفوة القول إن المدينة المتوازنة هي أقصى ما تستهدفه قيمة الحقّ ، لكنها أدنى ما نسعى إلى تحقيقه فضيلة الخير .

18) - الحقّ أحق أن يُتّبَع :

لا نكران أن مخالفة قواعد الأخلاق القائمة على تحقيق قيمة الخير تؤدي إلى وقوع جزاء ما ، لكن هذا الجزاء لا يجد من يحميه أو يصيغه أو ينظمه ، إنما يبقى أمره للأفراد والمجتمع ، لكن السلطة تهتم وتأخذ على عاتقها تنظيم وتحديد وتوقيع الجزاء الناجم عن مخالفة قواعد القانون القائمة على تحقيق قيمة

---

(1) مثال ذلك ما نصت عليه المادة (68) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدّل حيث جاء فيه : ـ ((أ - لا يكون أحد الزوجين شاهدا على الزوج الآخر ما لم يكن متهما بالزنا ، أو بجريمة ضد شخصه ، أو ماله ، أو ضد ولد أحدهما .

ب - لا يكون الأصل شاهدا على فرعه ولا شاهدا على أصله ما لم يكن متهما بجريمة ضد شخصه أو ماله .

ج - يجوز أن يكون أحد الأشخاص المتقدّم ذكرهم شاهد دفاع للآخر ، ويهدر من الشهادة الجزء الذي يؤدي إلى إدانة المتهم)) .

الحقّ ، ذلك أن مخالفة هذه القواعد هي التي من شأنها أن تؤدي إلى نشوب نزاع ، وليس مخالفة قواعد الأخلاق ، إذ لا يتنازع اثنان في الغالب على عدم أداء أحدهما لواجبه الاجتماعي تجاه الاخر ، بل يقوم بمثل ما قام به الأول في العادة ردا عليه ومعاقبةً له ، في حين أن الاعتداء على الحقوق يؤدي ، بطبيعته ، إلى المنازعة ، ولهذا وضع جهاز القضاء لصيانة قيمة الحقّ لا الخير ، وبالتالي كان الجزاء المترتب على مخالفة قواعد القانون ، أو مناهضة قيمة الحقّ ، هو الجزاء المعتبر واقعاً ، مادة وروحاً ، وهذا ما يجعل الحقّ أحق بالأتباع ، في السلوك والتقويم ، فالقانون لا يهتم فيما كان السلوك خيراً أم لا ، بقدر اهتمامه بقيمة الحقّ في هذا السلوك أو ذاك ، كما أن تقويم القانون لتصرفات الأفراد نابع من معيار الحقّ لا من معيار الخير ، وكذلك تقييمنا للقوانين تقييماً عقلياً ، مبني كذلك على ما تحققه من حقّ أساساً ، وهذا هو المبدأ العام ، لكن لا ينفي أن يعتمد تقييمنا للقوانين على مدى ما تحققه من اغراض منافية للخير ، وإن كان فيها حقًّا ، ذلك أن قيمة الخير ما عادت اليوم بالقيمة المهملة في الفلسفة التشريعية ، بل تهتم القوانين بصيانتها تحقيقاً لغاية تشريعية مهمة هي القبول الاجتماعي للتشريع ، ذلك ان القواعد القائمة على الخير ، أو التي تستقصده ، هي قواعد محبذة لدى الناس ويقبلون بها طوعاً ، وهذا نابع من طبع البشر وميلهم للخير ونفورهم عن الشر ، لكن هذه القواعد لا يمكن اعتمادها إلاّ بصيرورتها جزاءً في البنية التشريعية ، وبالتالي هي تدخل هذه البنية لا من زاوية الخير ذاته ، بل من زاوية قيمة الحقّ نفسها ، ذلك ان قواعد القانون لا تنظر إلى السلوك إلاّ بمنظار الحقّ الذي تتغير وتتطور مداركه مع تطور المجتمع وتحضّره ، فهي لا ننظر بمنظار الخير ، وإن كانت تشجع وتحثّ الناس على اتباعه ، لا على وجه الالزام ،

بل على وجه التحفيز ، ولهذا فإن القواعد القانونية لا تلزم إلاّ بما كان معياره حقًّا ، وإن كانت تحفّز ، من غير الزام ، على اتباع كل سلوك موافق للخير إيجاباً بالفعل ، أو ترك كل سلوك مناف للخير سلبا بالترك .

19) - الحقّ مناط تدخل القانون في العلاقات الإنسانية :

لا يتدخل القانون في تنظيم العلاقات الإنسانية إلاّ إذا كان مناطها الحقّ ، فالقانون لا يتدخل في مسائل تخرج من دائرة الحقوق ، بمعناها الحرفي القانوني ، فهو لا يلزم أحدا بالسلام أي المبادرة بالتحية أو بالرد عليها ، ولا يعنيه وضع قواعد لأصول المجاملات الاجتماعية ، ولا يلزم أحداً بقبول دعوات الغير على الغداء أو العشاء ، وغير ذلك من السلوك الذي يدخل في نطاق علم الأخلاق الذي يقوم على قيمة الخير ، كما أنه غير معنيّ - كأصلٍ عام - بإلزام الناس على اتباع ذوق معين ، أو تجديد خياراتهم اليومية في المأكل والملبس وما إلى ذلك ، فهو لا يتدخل إلاّ في حدود بناء تلك العلاقات على قيمة الحقّ ، فهو يتدخل ليصون الحقوق ، ويحميها ويمنع التزاحم بينها ويعيد ترتيبها وتصنيفها ، فهو مخلوق لأجلها ، وقائم بها ، وموظف على رعايتها ، حتى فيما يتعلق ببعض القواعد التي يستقيها من دائرة الأخلاق ، فقد أناط استيفاءه لها على الحقّ ، فالحقّ ، وحده ، هو مناط تدخل القانون في العلاقات الإنسانية .

20) - الحقّ وسلطة الدولة :

لا شك أن ظهور القانون بمعناه الخاص (التشريع) ، قد ظهر مع ظهور فكرة الدولة ، فالدولة ظهرت نتيجة حاجة اجتماعية أدرك الأفراد مدى ضرورتها في

الدفاع عن حقوقهم وكيانهم ومصالحهم وسبل عيشهم ، فهي فكرة أنشأها الأفراد أساسا لصيانة حقوقهم ، وهذا ما تفسره نظريات العقد الاجتماعي على مختلف توجهاتها[1] ، كما يفسره توزيع سلطة الدولة على ثلاث سلطات جميعها تدور حول حماية الحقوق ، من حيث وضع أسس الحماية (التشريع) ، واستحصالها (التنفيذ) ، وحل التزاحم بينها (القضاء) ، ذلك أن من زاوية الحقوق تكتسب الدولة هذه السلطات الثلاثة .

ولا يخفى على أحد أن الدولة في بدايات نشوئها كانت قد أضاعت ، أو ضاع عليها ، تحقيق هذه الغاية ، فمرت – من حيث تحقيق وظيفتها الأصلية – بمراحل متعددة نوضحها أدناه :

– أولاً : مرحلة سلطة الحاكم : في هذه المرحلة كانت السلطة للحاكم ، فهو مصدر الحقوق ، وخالق القواعد القانونية ، حيث يقف فوق القانون ، وهو الذي يمنح الحقوق والحريات للناس ، والغريب أن بعض وجهات النظر قد سوّغتْ لسلطة الحاكم المستبد عند تفسير نشوء فكرة الدولة[2] ، فالحاكم في هذه المرحلة كان يمسك بجميع السلطات ، فهو

(1) ظهرت عدة نظريات في بيان أساس نشأة الدولة ، منها : نظرية القوة ، ونظرية التطور ، ونظرية الرضا ، ونظرية العقد ، وتشعبت النظرية الأخيرة إلى نظريتين هما : نظرية العقد السياسي التي تبنّاها لوك ، ونظرية العقد الاجتماعي ، والأخيرة هي أكثر النظريات شهرة واعتناقا في تفسير أساس نشوء الدولة ، تعود لـ هوبز وجان جاك روسو . (لمزيد من التفصيل ، لاحظ : د . ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 99 والتي تليها) .

(2) مثل هوبز . (لاحظ : د . إحسان حميد المفرجي ود . كطران زهير نعمة ود . رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، جامعة بغداد ، 2007 ، ط2 ، ص 16 .)

المُشرِّع والمنفذ والقاضي ، وهذه المرحلة مرت بها جميع دول العالم ، ومازال عديد من الدول يخضع لهذا النموذج[1] .

- ثانياً : مرحلة سيادة الدولة : في هذه المرحلة تم الفصل بين شخص الحاكم وشخصية الدولة ، فأصبحت للدولة شخصية مستقلة عن شخص الحاكم لها ، وإن كان حاكما دكتاتورا ، إذ أصبحت الدولة سيدة على الجميع ، بما فيهم حاكمها ، لكن الذي اعترى هذه المرحلة هي الوضعية التي ظهرت فيها ، إذ بموجب مذهب الوضعية أصبحت الدولة هي المصدرة للقوانين ، وكأنها هي التي تمنح الحقوق للأفراد ، فهي التي تخلق لهم الحقوق والحريات وتحدد حدود سلوكهم القانوني .

- ثالثاً : مرحلة سيادة القانون : ظلت فكرة سيادة الدولة سائدة إلى يومنا هذا ، فجميع الدول تتحدث عن مبدأ سيادتها على اقليمها وشعبها ، لكن معنى هذه السيادة قد انحصر في حدوده السياسية دون حدوده القانونية ، ذلك أن القانون هو السيد للدولة ، وفي هذه المرحلة أخذت النظرة نحو الحقوق تتغير من حيث تغير وصف الخالق لها ، من مجرد الدولة إلى القانون ، فالقانون في هذه المرحلة هو الخالق للحقوق ومحددها وملغيها ومعدلها ، وفي ظل هذه المرحلة تقنن الكثير من القوانين ، كالقانون المدني ، في كثير من الدول ، كفرنسا وألمانيا وغيرها ،

(1) وأمثلة هذا النموذج متوفرة بشكل بارز وواضح ، لا سيما في الأنظمة التي جاءت وتشكلت إثر الانقلابات العسكرية .

وظهرت الكثير من النظريات التي ما زالت نافذة الاثر في التشريعات إلى يومنا هذا ، منها نظرية الالتزام وأسباب كسب الملكية ، وجميع النظريات التي جعلت القانون في وضع الخالق للحقوق والمنشئ لها ، والغريب أن هذا المذهب استمر به العمل إلى يومنا هذا في أغلب دول العالم ، فما زالت القوانين التي تجعل من القانون مصدراً للالتزام قائمة ليومنا هذا[1] ، وكذا بالحال بالنسبة لدور القانون في تحديده للحقوق العينية[2] . وإن كانت هذه المرحلة ، قد وضعت حدًّا ، إلى قدر ما ، مرحلتا سيادة الحاكم وسيادة الدولة ، وقيدت تأثير كل من الفكرتين في كثير من الدول والنظم ، لكن فكرة سيادة القانون بقيت عاجزة ، عن تحقيق أهدافها في صيانة حقوق الإنسان والمحافظة على كرامته ، وظلت فكرة سيادة القانون فكرة سياسية[3] مختلفة ولو إلى حد قليل ، عن فكرة الدولة القانونية[4] التي أتت بمبادئ جيدة للغاية لا تكاد تنفك عن مرحلة سيادة القانون ، إذ ظهرت في هذه المرحلة الحاجة إلى وجود دستور في الدولة ، وظهر مبدأ الفصل بين السلطات ، وتدرجت القواعد القانونية علواً وسفلاً ، وظهرت الكثير من المبادئ القانونية التي رسخت لسيادة القانون ، كاستقلال القضاء ووجود رقابة قضائية على أعمال الإدارة ، كما أن هذه المرحلة لم تنكر احترامها

---

(1) لاحظ : المادة (الأولى) مدني عراقي .

(2) لاحظ : المادة (67) مدني عراقي .

(3) للتعريف بمبدأ سيادة القانون كمبدأ سياسي لاحظ : سمير خيري توفيق ، مبدأ سيادة القانون ، بغداد ، 1978 ، ص 27 والتي تليها .

(4) للتفريق بالدولة القانونية ، لاحظ : د . ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد 3 ، السنة 3 ، 1959 ، ص 58 .

للحقوق وصيانتها للحريات[1]، لكن تصويرها لهذه الحريات وتلك الحقوق على أنها متولدة من رحم القانون ، هو الذي يثير تحفّظنا عليها .

- رابعاً : مرحلة سيادة الحقوق : نشأت هذه المرحلة عندما تحقق أمرين على السواء هما :

أ- تراجع الوضعية القانونية أمام فكرة القانون الطبيعي .

ب- انتشار الفكر الفردي ، وظهور القواعد التي نادت باحترام حقوق الأفراد وحرية التجارة وضمان حقوق الإنسان ، لا سيّما في الدول الرأسمالية ، كالولايات المتحدة الأمريكية ودول أوروبا الغربية وكندا واليابان واستراليا ، فأخذ هذا المذهب يضرب بعرض الحائط ، المبادئ التي سادت قبله ، لا سيّما مبدأ سيادة الدولة ومبدأ سيادة القانون ، إذ باسم هذا المبدأ ، (سيادة الحقوق) ، أخذت الدول تتدخل في شؤون الدول الأخرى حماية لحقوق الإنسان من دون مراعاة لمبدأ سيادتها على أفراد شعبها ، كما تغيّر توجه القضاء في تطبيقه للقانون إلى إحقاق الحقوق حتى وإن ترتب على إحقاقه لها مخالفة القوانين .

وبهذه المرحلة أضحت الدولة المثالية ، التي تتصف بالتحضر والتمدين ، والتي يقاس عليها ما تنبغي أن تكون عليه الدول كافة ،

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 60 .

هي الدولة التي تعلو فيها الحقوق والحريات ، بوصفها غايات نشأت القوانين خدمة لها ولصيانتها من العبث ، وحمايتها ، وتقديم كل ما يمكن لأصحابها لاستخدامها واستحصالها والمحافظة عليها .

- خامساً : مرحلة تبني قيمة الخير : عندما أدركت الدول أن اعتناقها لعقيدة (سيادة الحقوق) ، قد أوصلها إلى مراحل حضارية عالية ، وأقامت ، بهذه العقيدة ، مدنيات غاية في التقدم ، أدركت ، حقيقةً ، أن التزامها بالإنسان والعمل على المحافظة على كيانه وكرامته ، كفيل بتقدم المجتمع والتغلُّب على الكثير من مشكلاته ، فلم يكتف ، بعضها ، ببلورة فكرة الحقّ ، وجعلها تسمو على كل من الدولة والقانون ، بل أدركت أن إيلاج قواعد التسامح والمبادئ الخلقية في قوانينها كفيل يجعلها مقبولة عند الأفراد ، فعملت بعض التشريعات على تبني قيمة الخير في فلسفتها التشريعية لا سيّما القانون الياباني الذي احتوى على الكثير منها ، ايمانا منه على أن تبني قيمة الخير يرسخ فكرة سمو الحقوق على وسائل حمايتها والمتمثلة بسلطات الدولة ، والقانون ، وهذا ما دعا إلى ظهور طفرة غير مسبوقة في الرقي بحقوق الإنسان واحترام حرياته الأساسية تحقيقا لخيره وخير غيره والخير العام للجميع .

الباب الأول

الحقّ في ميزان الوجود

(انطولوجيا الحقّ)

الباب الأول

الحقّ في ميزان الوجود (انطولوجيا الحقّ)

21) - فكرة الحقّ بين الوجود والعدم :

إن دراسة الحقّ من حيث إنه موجود تبدو صعبة للغاية ، فمع إنكار البعض لوجود الفكرة أساساً ، تبدو الفكرة من ناحية ثانية ، وأول وهلة ، عصية على الادراك ، لا سيّما عند المعتنقين للمنهج الحسي في الوصول إلى الحقائق وإدراكها ، وإن كان هذا المنهج له كلمته في مبحث الابسمولوجيا ، أي : المعرفة ، لكن المسألة في دراسة الوجود تختلف قليلاً ، فالوجود في الأساس ليس مفهوماً ماهوياً[1] ، بل هو مفهوم فلسفي ، وبالتالي تكون عروضه ذهنية

---

(1) المفاهيم الماهوية هي المعقولات الأولى ، أو الكليات ، حيث إن المعقولات تنقسم إلى معقولات أولية ، وأخرى ثانوية ، والثانية إما أن تكون فلسفية أو منطقية ، على النحو الآتي : ،

1 . المعقولات الأولى أو المفاهيم الماهوية : وهي : «المفاهيم الكلية التي عروضها واتصافها معاً في الخارج» . توضيح ذلك : أنّ أحدنا حينما ينظر إلى الخارج ويرى كتباً ، فإن بمقدوره استنتاج مفهوم كلي عام ، وهو مفهوم الكتاب ، وهذا المفهوم صالح للانطباق على جميع مصاديق الكتاب الموجودة في الخارج ، وهذا يعني أنّ مفهوم الكتاب موجود بوجود أفراده الخارجية ، ومأخوذ منها ؛ وبالنتيجة فإن هذا المفهوم الكلي يُعَدُّ وصفاً لمصاديقه الخارجية . فعروض - أي وجود - أمثال هذه المفاهيم في الخارج ، واتصافها - أيّ : أنها صفة لمصاديقها الخارجية - في الخارج أيضاً .

2 . المعقولات الثانية الفلسفية : وهي : «المفاهيم الكلّية التي عروضها في الذهن واتصافها في الخارج» . التوضيح : إنك حينما تصف شخصا ما بوصف الجهل مثلاً ، لا تجد في الواقع الخارجي إلا ←

واتّصافه في الخارج ، وقد أدى هذا إلى نشوب خلاف جدلي بين المتكلمين والفلاسفة في مسألتين لا تكاد إحداهما تنفك عن الاتصال بالأخرى ، كما لا تنفصلان من موضوعنا البتّة ، وهما :

أ- أزلية الوجود ، إذ يرى الفلاسفة أن الوجود قديم ليس له بداية ، في حين يرى المتكلمون أن للوجود بداية[1] ، وهذا يعتمد على مدى ارتباط الوجود بالخلود أو الفناء ، كما أنه يتصل بذاتية الخالق لهذا الوجود .

← شيئاً واحداً وهو مصداق ذلك الشخص الموصوف ، وأمّا صفة الجهل فإنها وإن كانت وصفا لشيء خارجي ، إلا أنها أمرٌ عدميٌّ حيث إنها عدم العلم فيمن من شأنه أن يكون عالماً ، فليس لها ما بإزاء خارجي .

3 . المعقولات الثانية المنطقية : وهي : «المفاهيم الكلّية التي عروضها واتصافها ذهنيان» . التوضيح : إن من أمثلة هذه المفاهيم مفهوم الكلي ذاته ، فإنه من المفاهيم التي يستحيل تحققها في الخارج ، إذ إنّ كل ما هو موجود في الخارج متشخص جزئي ، والكلي ليس كذلك ، وهل يمكن أن يكون هذا الكلي وصفاً لأشياء خارجية ، كما كان ذلك للمفاهيم الأولى الماهوية والثانية الفلسفية ؟ والجواب هو النفي ؛ لأن كل ما هو موجود في الخارج جزئي لا يصلح في انطباقه إلاّ على نفسه فكيف يمكن وصفه بأنه كلي ، فنقول : الإنسان كلي ، والمقصود من الإنسان هنا الإنسان الذهني ، لا الإنسان الخارجي ، وإلاّ لما صَحَّ وصفه بأنه كليّ كما تقدم ، وبذلك يتّضح تعريف هذه المفاهيم بأنّ عروضها (وجودها) واتصافها (وصفها للأشياء) كلاهما ذهني . (نقلا من : صادق الساعدي ، نافذة على الفلسفة ، ص 134 منشور على الموقع الإلكتروني :

www.elibrary4arab.com/ebooks/manteq-w-falsafa/nafetha-3la-alfalsafa/17. htm

تاريخ الزيارة : 2014/10/7 .)

(1) لمزيد من التفصيل لاحظ : أحمد إسماعيل إبراهيم التل ، تحقيق الكلام في قدم العالم وحدوثه بين الفلاسفة والمتكلمين ، ص 25 ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.pdffactory.com تاريخ الزيارة 2014/10/7 .

ب- وحدة مفهوم الوجود ، فهل للوجود مفهوم واحد ، وإنْ كان الطرفان متفقين على توحد مفهوم الوجود ، لكنهما اختلفا على ما يتبع ذلك من توحد للماهيات ، فالمتكلمون ذهبوا إلى أن وحدة مفهوم الوجود يستتبع وحدة الماهيات[1] ، لكن الفلاسفة رأوا أن وحدة مفهوم الوجود لا يعني ، بالضرورة ، وحدة الماهيات[2] ، فالله موجود والإنسان

---

(1) في معنى الماهية ، لاحظ : هيجل ، موسوعة العلوم الفلسفية ، المجلد الثاني ، ترجمة : د . إمام عبد الفتاح إمام ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص 295 . ولاحظ أيضا : الشيخ عبد الكريم محمد المدرس ، الوسيلة في شرح الفضيلة ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1972 ، ص167 .

(2) من المعلوم أن الماهية هي بيان لحقيقة الشيء وذاته التي تميزه عمّا سواه ، أما الوجود فعلم دراسة الموجود ، ذلك أن موضوع الفلسفة في الأصل ينصب على الوجود بما هو موجود . والموجود هو الشيء الذي ثبت له الوجوَد ، سواء أكان ذلك الشيء نفس الوجود أم شيئاً آخر متصفا به ، وأما الوجود فمفهومه بديهي مستغنٍ عن التعريف ، وما قد يُقال في تعريفه» : أنه الثابت العين «أو» الذي يمكن أن يُخبر عنه «فهي تعاريف لفظية تُستخدم للتنبيه والإشارة إلى ما في الذهن من المفهوم البديهي وليست بتعاريف حقيقية ، إذ ليست بأعرف من الوجود بل لا شيء أجلى من الوجود . والماهية تختلف عن الوجود مفهوماً ، أي أنّ ما يفهم من معنى الوجود غير ما يفهم من معنى الماهية ، فكل منهما يختلف عن الآخر في الذهن ، وأما في الخارج ، أي خارج حدود الذهن فلا يوجد اختلاف ، فهما متحدان في شيءٍ خارجي واحد ، فنستطيع أن نشير إلى زيد الخارجي بالقول : هذا إنسان وموجود . ولنا أن نسأل عن الشيء المتحقق في الخارج والذي سميّناه زيداً ، هل هو مصداق لمفهوم الوجود ، أو إنه مصداق لمفهوم الماهية ؟ وبعبارة أخرى : هل إن الوجود أصيل في الخارج أم الماهية ؟ فلو كان لكل منهما مصداق لكان في الخارج مصداقان اثنان لا مصداق واحد ، وبما أن الواقع الخارجي لا يوجد فيه إلا مصداق واحد ، فلا بدّ أن يكون هذا المصداق لأحدهما دون الآخر وإن انطبقا عليه ، إلا أن أحدهما واقعي أصيل والآخر اعتباري ، أي أن المصداق الخارجي المتمثل بزيد ، يكون لأحدهما بالذات ومصداقاً للآخر بالعرض ، وبعبارة أخرى : إنه مصداق للوجود دون الماهية ، وإليك مثالاً يوضح المراد : لو كان عندك ورقة بيضاء وشرعت بتلوين مساحة منها بلون أخضر ، فإن حاصل هذا التلوين ←

سوف يكون شكلاً معيناً ولنفرضه شكلاً مربعاً ، فإنك وبعد النظر إلى ذلك سينعكس في ذهنك مفهومان : أحدهما اللون الأخضر ، والآخر عبارة عن الشكل المربع الذي يُعدّ حداً للّون الأخضر ، فمفهوم اللون الأخضر له مصداق حقيقي وهو اللون الذي ارتسم على اللوحة ، وأما مفهوم الشكل المربع فليس له مصداق حقيقي في الخارج . نعم اللون الأخضر حيث ينتهي عند حدود خاصة فلا بد وأن يكون له شكل معين وقد اتخذ هنا شكلاً مربعاً ، وهو ليس إلا حداً فاصلاً يفصل وجود اللون الأخضر عن اللون الأبيض للّوحة ، وأما الشكل المربع فلا عينية له في الخارج ؛ بمعنى إنه لا يوجد في الخارج إلا اللون الأخضر ؛ لأن الحدّ نهاية الشيء التي تميّزه عن غيره ونهاية الشيء لا تمثل شيئاً ، وأما الشكل فلا مصداق له يمثله ، بل إنّ الذهن قد انتزعه من الوجود الخارجي للّون الأخضر . وهكذا يتضح حال الوجود والماهية ، فإن الواقع الخارجي للأشياء ليس سوى مصاديق لمفهوم الوجود ، إلا أنّ ذهن الإنسان يرسم لهذا الوجود حداً يميّزه عن غيره من المصاديق العينية الخارجية التي تشترك معه في الوجود ، فالإنسان مثلاً من أجل تشخيصه عن غيره من المصاديق الخارجية التي تشترك معه في الحيوانية يوضع له مائز يميّزه عنها وذلك المائز هو كونه ناطقاً ، فيقال بأنه : (حيوان ناطق) ، أي أن هذا الإنسان يمتاز عن غيره من الحيوانات بأن له قدرة على التفكير وإدراك الكليات .

حصيلة ما تقدم هي : أن العينية الخارجية ليس فيها سوى الوجود ولا سهم للماهية فيه سوى أنها تنطبق عليه ويُنسب إليها اعتباراً ، وهو ما يعبّر عنه بأصالة الوجود واعتبارية الماهية .

ولعل أنّ إحدى الفروق التي يمكن الوقوف عليها في مجال تمييز الماهية عن الوجود هو : أن الماهية تختلف وتتعدّد باختلاف الأشياء ، فماهية الإنسان تختلف عن ماهية الشجر ، وهما يختلفان عن ماهية الحجر . . . ، في حين أن الوجود في كل الأشياء واحد مهما تكاثرت وتعدّدت ، إلا إنه قد يختلف شدّةً وضعفاً من موجود إلى آخر ، فنور الشمعة أضعف من نور المصباح ، ونور المصباح أضعف من نور الشمس وهكذا ؛ فإن الوجود يبدأ بأضعف موجود وينتهي بأكمل موجود وهو الله- جل اسمه وعلا مكانه - إلا أن الوجود واحد .

وبما أسلفنا يظهر أن الماهية تحدّد حقائق الأشياء وتميّز بعضها عن البعض الآخر بعد اتحادها في الوجود ، فلولا الماهية لم يتحقق التحديد والتشخيص في الموجودات ولم تتضح حقائقها . ومن أجل معرفة الفارق بين الوجود والماهية تصوّرْ أن الوجود عجينة وضعناها في قوالب مختلفة ، فإنها تتشخص بحسب القوالب التي صُبّت فيها ، فتكون اسطوانية أو مكعبة أو مخروطية . . . ، فالعجينة بمثابة الوجود المتحد في الجميع ، والقوالب بمثابة الماهيات المختلفة فيما بينها بحسب اختلاف مواردها ومشخصاتها . (لاحظ لمزيد من التفصيل : السيد محمد حسين الطباطبائي ، بداية الحكمة ،

موجود والنجم موجود ، لا يعني أن ماهيات هذه الموجودات واحدة ، وهذا ما يؤيد أن للوجود مفهوماً فلسفياً وليس ماهوياً .

غاية القول : يجب أن نصل إلى حقيقة وجود الحقّ من حيث إنه موجود أم منعدم الوجود [1] ، فإذا أثبتنا وجوده نفينا عنه العدم ، وإذا ثَبُتَ عدمه نَفيَ وجوده ، والملاحظ أن إثبات وجود الحقّ وإثبات عدمه ، مرتبط بإدراك حقيقة معناه ، فمن أنكر وجوده استعاض عنه بفكرة حلت محله ، واستعاضته لفكرة ، يحلها محل فكرة الحقّ ، هو في حد ذاته إثبات للوجود على الرغم من إنكار الهوية ، فليس لأحد بمنأى عن بيان موقع الإنسان في الوجود ، ومديات سلطاته ، وأساس سطوته على جميع الموجودات التي يقدر عليها ، وجعلها تعمل على

←

ص18 . متاح على الموقع الإلكتروني :

http://hajrnet.net/hajrvb/showthread.php?t=403023032

تاريخ الزيارة 2014/10/8 . ولاحظ أيضا : صادق الساعدي ، نافذة على الفلسفة ، سبق ذكره ، ص34 منشور على الموقع الإلكتروني :

www.elibrary4arab.com/ebooks/manteq-w-falsafa/nafetha-3la-alfalsafa/17.htm

تاريخ الزيارة : 2014/10/7 .

(1) وهنا قد تعترضنا إشكالية أخرى هي أن الشيء ، وكما يصورها البعض ، قد يدُرك بردّه إلى أسبابه وعلله ما عدا الوجود ؛ فإنه لا يصح البحث عن سبب يتسبب عنه . فلو كان له سبب ، على هذا الوجه ، لكان متقدماً عليه . إذ السبب متقدم في الوجود . ولا متقدم في الوجود قبل الوجود . وما لا سبب له ، لا برهان عليه ؛ لأن البرهان على شيء من الأشياء . هو شكل العلم بالسبب الأقصى لوجوده . وعليه فالوجود لا يقبل التعليل ولا يخضع للبرهنة . فمآل تعليله القول إن الشيء هو علة ذاته . وما يكون كذلك ، ليس في الذهن سوى مفهوم فارغ ، ومجرد دور منطقي . (لاحظ : د . علي حرب ، نقد الحقيقة ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، بيروت ، 2000 ، ص 107) . إلا أننا لن نلجأ إلى تسبيب وجود الحقّ بقدر ما سنلجأ إلى إثبات وجوده بالحجج العقلية والمنطقية .

خدمته ، وليس لأحد أن ينكر حقيقة المنظومة الملازمة لكيان الإنسان في ديمومة حياته واتصاله بالآخرين ، وليس لعاقل أن يجهل حقيقة وجوده النابعة من ملكيته لحيّز وجوده ، ولهالة يتحرك في نطاقها لتحقيق غايات حياته ، كل هذا وذاك ، يؤكد أن فكرة الحقّ فكرة ملازمة لكيان الإنسان ، موجودة بوجوده ، لكن مع هذا التسليم الأولي علينا أن نناقش اعتبارات إنكار وجود الحقّ ، ونحاول ، جاهدين الرد عليها في هذا الباب .

الفصل الأول
إنكار فكرة الحق

22) - ميتافيزيقية الحقّ : -

من الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الحقّ أنها فكرة ميتافيزيقية ، ولتكن كذلك ، وهي فعلا كذلك إذا نظرنا للفكرة متجردة من متعلّقاتها ، لكن اتصافها بهذا الوصف لا يعني أنها فكرة غير موجودة ، ما لم نسلّم بوجهة نظر الحسيين ، ولحُسن المصادفة أن القائلين بهذا النقد جميعهم حسّيّون ، فالحقّ فكرة ملازمة لكيان الإنسان من حيث أنها تحدد طبيعة مركزه القائم في المجتمع المبني على أساس التوازن في التبادل والتوزيع ، تبادل الوظائف وتوزيع المكاسب ، وهو متصل تمام الاتصال بكون الإنسان ، بوصفه فردا وعنصرا في جماعة في الوقت ذاته ، فالإنسان لا يمكن أن يمارس الكثير من حقوقه إلا في ظل جماعة إنسانية يندمج بها ، وينتمي إليها ، وتشكل له محيطا تتحدد فيه الكثير من حقوقه الوضعية ، وهذا القول يُكسب ، بلا شك ، موضوع الغيرية قدرا من الأهمية ، ذلك أن كون الشخص متمتع بحقوق تقابلها أو تقترن بها واجبات على الغير في احترام الحقوق التي لذلك الشخص ، يجعل من الواجب وجود جماعة ، كما أن هذا الاقتران أو تلك المقابلة ، لا ينبغي أن توضع في إطار شخصي صرف ، بقدر ما

هي علاقة قائمة على افتراض حتمي بوجود جماعة ، لا كما سنرى فيما يرى البعض ، على مجرد وجود شخص واحد يعترف بوجود ذلك الحق[1] .

23) - تحديد الاعتبارات الدافعة إلى الإنكار : -

تعرضت فكرة الحقّ لهجوم كبير من بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ الفرنسي " ليون ديگي" ، وقد وقفت وراء هذا الهجوم اعتبارات متعددة ، منها سياسية صرفة ، وأخرى اقتصادية واجتماعية ووضعية ، كما أن هناك اعتبارات ذات بعد تاريخي أو ديني[2] وأخلاقي[3] وفلسفي[4] ، وهي ، في النهاية ، ذات

---

(1) لاحظ ، تصوير ميتافيزيقية فكرة الحقّ : د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، المجمع العلمي العراقي ، بغداد ، 1994 ، ص 277 .

(2) حاول البعض إنكار فكرة الحقّ من الوجهة التاريخية ، ذاهبين إلى أن هذه الفكرة إنما هي فكرة حديثة مصطنعة لم تعرف في الشرائع المتقدمة ولا سيما القانون الروماني . فكلمة (Jus) كانت تعني قديماً العدل أو ما هو عدل . فالحقّ هو كل ما هو عدل . والعدالة كانت هي النتيجة أو الهدف الذي يسعى اليه رجل القانون لتحقيق العلاقات العادلة المتوازنة بين السلطات الممنوحة للملك وللحراس وللطبقات الأخرى من المواطنين وبين أموال الملاك المتجاورين أو الاشخاص الذين يدخلون في روابط أو علاقات قانونية كعلاقة الفرد بالمسؤول وعلاقة الدائن بالمدين . (نقلا عن : د . رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، بيروت ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص9) .

(3) (فقد قيل : إن فكرة الحقّ ، على حسب ما كان يعبر به عنها في عبارة "أن من يستعمل حقه لا يضر بأحد" ، إنما كانت تشجع على إساءة استعمال الحقوق ، مع ما كان يترتب على ذلك من إهدار مقتضيات العدالة والأسس الأخلاقية في المعاملات الإنسانية والرعاية الواجبة للضعفاء من الناحية الاقتصادية . (د . عبد الحي حجازي ، المدخل للعلوم القانونية ، ج2 ، الحقّ ، مطبعة جامعة الكويت ، 1970 ، ص 21) .

(4) كالفلسفة الوضعية وبعض الفلسفات المنبثقة منها .

طابع اجتماعي ملحوظ .

ويعود الهجوم على فكرة الحقّ إلى حقبة من الزمن شهدت معارك وصراعات فكرية هائلة ، إما في أساس تكوين الدولة ، ومديات سلطتها على الأفراد ، أو في تكوين نظرة جديدة للمجتمع على أنه كيان قائم بنفسه ، ذو سطوة على مكوناته ، كما أن الرغبة في تفتيت الثروات الضخمة والقضاء على الاقطاع ، ساهم ، من جهته ، في الهجوم على فكرة الحقّ ، وكأنها هي التي أدت إلى ظهور الاقطاع ، وتركيز السلطة ، وتقسيم المجتمع إلى طبقات . كما أن بلورة أفكار المدرسة الوضعية في القانون في حينه ، وتراجع أفكار المدرسة الطبيعية ، قد ساهم في إنكار الحقّ ، على أساس النظر إليه واحداً من النظم التي تخلقها الدولة بأدواتها القانونية ، وهي كُنه الفكرة التي ترتكز عليها المدرسة الوضعية .

24) - النزاع حول مدى وجود الحقّ أساسه الصراع السرمدي بين الطبيعيين والوضعيين :

إن الجدل المُستدام حول مدى وجود الحقّ ، يرجع لعوامل عديدة ، أهمها وعلى رأسها الصراع الأزلي والأبدي بين الطبيعيين والوضعيين ، ففي الوقت الذي تنطلق فيه الأفكار الطبيعية في تصوير القانون على أنه مبادئ العدالة التي يتعرف عليها الإنسان بعقله وضميره ، تحصر الأفكار الوضعية القانون في مفهومه الخاص وهو التشريع التي تصدره السلطة في الدولة . ولا شكّ أن الفكر الطبيعي ظهر قبل ظهور فكرة الدولة ، وتعود مراحل نشوئه إلى العصر الاغريقي ، ثم انتقل إلى

الرومان ، فبلور الفقيه "شيشرون" فكرته وحدَّد مصدره في العقل[1] . وقد كانت للأفكار التي أوضحها "شيشرون" أثر كبير على النظريات القانونية والسياسية ، إذ أحدثت فيها تغييراً بعيد المدى ، كما أثرت فيها تأثيراً بالغاً في الفكر الأوروبي ، وظلت قروناً طويلة تلعب دوراً بارزاً في مقاومة الاستبداد وفي الدعوة للحرية والمساواة[2] ، وقد قدر لمبادئ هذه المدرسة أن تزدهر من جديد وتبرز بوصفها أحد النظريات المسيحية في العصر الوسيط ، على يد "توما الاكويني"[3] . كما اشتهر "غروسيوس" بدفاعه عن هذا المذهب . وقد تلاحقت الأفكار وتلونت

---

(1) تعتبر فكرة القانون الطبيعي احدى دعائم الفلسفة اليونانية واحدى النظريات القانونية بعد الفلسفة اليونانية عندما دعا لها ودافع عنها الفقيه والخطيب الروماني المعروف شيشرون . ففي مؤلفه عن التشريع بين ستيشرون نسبية القوانين البشرية وضرورة ايجاد مصدرها الأساسي في الإنسان وفي شعوره بالعدل وتميزه المتأصل في طبيعته بين الخير والشر . فالإنسان بنظره هو المخلوق الخالد على طبيعته وهو المصدر الأول لفكرة العدل . ويقول : ثمة قانون راهن متوافق مع الطبيعة ، فنشر في جميع البشر مبدأ عالمي لا يتبدل لأنه خالد " ان القانون الطبيعي هو قانون الله كما يقول ستشرون ، ينبع من العناية الالهية فهو أزلي ، خالد ، أبدي ، ثابت وعالمي وهو واحد لكل زمان ومكان ملزم لجميع الشعوب ولكل العهود ويلقي الضوء على إمكانية تحقيق دولة عالمية ودستور عالمي . وهذا القانون والدستور العالمي يأمر بعمل الواجب والخير وينهى عن المنكر والشر يهدف لمصلحة كل الناس هو القانون الصحيح الذي يتماشى مع المنطق الصحيح والعقل السليم . وعلى ضوء هذا القانون كما يقول ستشرون ان كل الناس متساوون وهم ليسوا متساوين في المعرفة وليس من مهام الدولة أن تجعلهم متساوون في الملكية ، وهم متساوون في أنهم جميعاً يملكون عقولاً وهم متساوون كذلك في تركيبهم النفسي ، وفي نظرتهم المشتركة إلى ما يعتقدون أنه خير وشر . (لاحظ : د ، فيصل شطناوي ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الحامد ، عمان ، 1998 ، ص 90 . ولاحظ أيضاً : د . منذر الشاوي ، الإنسان والقانون ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، 2015 ، ص 436) .

(2) لاحظ : جورجو ديل فيكيو ، فلسفة القانون ، ص 20 .

(3) لاحظ : المرجع السابق نفسه . وأيضاً : د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ص 112 .

بألوان عديدة ، إذ نُظر إلى القانون الطبيعي على أنه قانون الهي[1] ثُمّ تَمَّ اسناده إلى العقل تحقيقاً للخير ودرءاً للشر .

أما الفكر الوضعي فقد ظهر بعد ظهور فكرة الدولة ، وقد تصدى لأفكار المدرسة الطبيعية ، ونال منها ، بعض الشيء ، ردحاً من الزمن ، وعلى أثر انتشاره ، وتغيُّب أفكار المدرسة الطبيعية ، اعتنقت التشريعات الكثير من أفكاره ، وعلى رأسها اضعاف فكرة الحقّ وتقسيم القانون إلى خاص وعام . لكن سُرعان ما عادت الأفكار الطبيعية بنسيجٍ جديد ، واستطاعت أن تقلل من تأثير الأفكار الوضعية .

والمدرسة الوضعية انقسمت إلى مذاهب ثلاثة[2] : المذهب الوضعي القانوني ، والمذهب الوضعي العلمي والمذهب الوضعي الاجتماعي ، وقد اشتركت هذه المذاهب الثلاثة في اعتناق ثلاثة مبادئ تعد خلاصة الفكر

---

(1) (أن غروسيوس وبالرغم من إيمانه بأن الله هو خالق الكون والطبيعة إلاّ أنه رفض الخلط بين القانون الطبيعي والقانون الالهي كما حاول ذلك رجال الدين في العصور الوسطى – معتبراً أن القانون الطبيعي لا يستند بوجوده إلى الايمان بالله ، ومن القواعد الهامة التي قدمها غروسيوس ، والتي آنذاك من المبتكرات بالنسبة إلى عهده ، إن ثمة قانون إنساني يحتوي على قاعدة عقلية للعدالة ناجمة عن طبيعة الأشياء ، تأمر بالخير وتنهى عن الشر ، وتوجب على الملوك والسادة احترام حقوق الرعية كما شدد أيضاً على قاعدة احترام المواثيق والعهود ، ليس بين البشر فحسب بل في العلاقات الخارجية للدول ، ونالت هذه الأفكار والآراء تأييداً عظيماً من قبل معاصريه ومؤيديه ، وقد اتبع مذهبه علماء وفلاسفة وكتاب عنيدون في أنحاء القارة الأوروبية ، وعلى رأسهم الفقيه بفندوف) . د . فيصل شطناوي ، ص 91

(2) لاحظ : هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة : د . سموحي فوق العادة ، دار منشورات عويدات ، بيروت ، 1972 ، ص 8 .

الوضعي ، وهي :

1- القانون هو القانون الوضعي فحسب ، أي القانون المطبَّق بالفعل .

2- الفصل المُطلق بين علم القانون وعلم الأخلاق .

3- الفصل بين القانون الوضعي والقانون التصوّري ، الذي قصدوا به القانون الطبيعي القائم على الأخلاق والميتافيزيقا [1] .

و قد كان لهذا الصراع أثره على فكرة الحقّ ، وإن كانت الأوضاع في الماضي القريب ، كما في الحاضر ، قد تغيرت ، مع التطور الهائل والنقلات النوعية الكبيرة التي طرأت على أفكار المدرسة الطبيعية ، والتي جعلتها مقبولة عند الكثير من الوضعيين ، لا سيَّما اتِّكاؤها على العقل وتحقيق الخير العام للمجموع [2] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1970 . ، ص193 .

(2) يقول "دابان" ، المُنطلق من قناعات وضعية ، ان القانون في مفهوم القانونيين هو قاعدة سلوك من نوع معين ، تفرض نفسها على الأفراد وعلى الجماعات الخاصة في حياة المجتمع ، فالقانون هو قاعدة في المجتمع السياسي ، والسلطة السياسية هي المصدر الاعلى للقاعدة القانونية ، والاجبار عن طريق السلطة العامة هو العنصر الملازم لهذه القاعدة . والغاية من التنظيم القانوني هي الخير العام الدنيوي ، ويورد "دابان" التعريف الاكويني للقانون بأنه أمر صادر من العقل يهدف إلى الخير العام ، وهنا يبرز تأثره بالأفكار الطبيعية ، والمقصود هو خير اعضاء المجتمع المكون للدولة منظور اليهم في مجموعهم ، بصرف النظر عن الخير الخاص للأفراد والجماعات الخاصة ، ودون اعتبار حتى لمجموع الاخيار الخاصة . فالمستفيد من الخير العام هو الجمهور بوجه عام ، أي كل الناس دون نظر إلى الأفراد أو الفئات الاجتماعية والجماعات الخاصة ، ومع مراعاة الاجيال الحاضرة والاجيال المستقبلة . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، جامعة بغداد ، 1976 ، ص 93) .

25) - الحقّ ، القانون ، الدولة ، بين التصويرين الطبيعي والوضعي :

إن الأفكار الوضعية التي اعترفت بالحقّ ، وضعت له مفاهيم مغايرة لحقيقته ، إذ بعدما كانت تتجه لإلغاء وجوده ، وجدت نفسها أمام مقاومة غير مثمرة لحتمية وجود الحقّ ، فربطته تارة بالقانون ، وأخرى بوجود الدولة ، فعدَّتهُ مخلوقاً من مخلوقاتها ، فمثَّلته تارة بالمركز القانوني ، وتارةً أخرى بالواجب ؛ وقد كان للوضعية الاجتماعية أبلغ الأثر على وجود فكرة الحقّ ، إذ قاومتها بشراسة ، لا سيَّما الطروحات التي طرحها الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ "ليون ديگي"[1] .

وعلى الرغم من عدم اتفاقنا مع المذهب الطبيعي في تصوير إمكانية قيام فرضية الإنسان المنفرد عن المجتمع ، لكن ما عرضته من أفكار عن الحقّ كان لها رواجها وتأثيرها البيِّن ، ويظهر ذلك ابتداءً من تعريف القانون الطبيعي ، إذ يتمثل القانون الطبيعي في مجموعة القواعد التي تحكم السلوك الاجتماعي للإنسان ، والتي لا تمت بصلة إلى التقاليد والعادات أو نصوص التشريع ، وإنما مصدرها الإلهام الفطري السليم والإدراك العقلي الصائب ، فهو قانون ثابت لا يتغير من حيث الزمان أو المكان ، ولكن يستطيع أن يكشف عنه الإنسان بالعقل السليم[2] . وقد اختلف في تصوير جوهر القانون الطبيعي ومصدره باختلاف الظروف التي مرَّت بها أوروبا [3] .

---

(1) لاحظ : د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ص 82 .

(2) لاحظ : عباس مبروك محمد الغزيري ، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1996 ، ص259 .

(3) حيث يرى أرسطو ، وسان توماس أن مجموعة القواعد التي تضعها الدولة ، في مجتمع معين ، تخضع ←

ففكرة القانون الطبيعي[1] ثابتة لا تتغير ، ولكن وسيلة التعبير عنه تتغيّر ، وهو

←

لقانون ثابت وعام لأنها تؤسس على الطبيعة والعقل ، ولكن يختلف المحتوى عند كليهما ، إذ أن محتواه عند سان توماس محتوى ديني بحت ، أي من عند الله ، أما بالنسبة لأرسطو ، فقد اعتبر أن المجتمع عبارة عن ظاهرة اجتماعية ، وأن القانون الطبيعي لا يدل على الأخلاق إلاّ بناءً على القانون الذي يؤسس على الملاحظة العملية والعادلة لهذه الظاهرة . وبعد زوال وحدة الدولة في اوربا ، وبزوال الإمبراطورية الرومانية وتصدع وحدة المجتمع المتمثلة في الكنيسة الكاثوليكية ، حيث ضعفت سلطة البابا إثر انشقاق البروتوسبانت عليه ، وعدم رضوخهم لأوامره ، ازدهرت فكرة القانون الطبيعي ازدهارا كبيراً خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ويعزي ذلك إلى تكوين الدولة الأوربية بشكلها الحديث ، ونمو العلاقات بينها وبين ما استلزمت تفكك الكنيسة والدولة الرومانية من البحث عن قواعد تحكم العلاقات ذات التطور المستمر . ومن ثم كان مفاد ذلك الرجوع في حكم تلك العلاقات إلى قواعد القانون الطبيعي . بيد أن مذهب القانون الطبيعي بدأ يتراجع برهة من الزمن إثر الانتقادات التي وجهت اليه ، وأهمها تَضمنه لما قد يعتقده البعض شيئاً من التناقض لقوله بأن قواعد هذا القانون هي قواعد أزلية عامة ثابتة في الزمان والمكان مع قوله في ذات الوقت أن عقل الإنسان وتفكيره هو الذي يكشف عن هذه القواعد ، مع أن تفكير الإنسان يختلف في طريقته من شخص إلى آخر ، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان ، وكان من نتيجة تلك الانتقادات بروز فكرة جديدة – لا تخرج من مفهوم القانون الطبيعي ولكنها تنصب على تطوير فكرته وسمي هذا المذهب ((القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة)) . وتعني هذه الفكرة بأنه إذا كان العدل في ذاته ثابت لا يتغير ، فإن التعبير عنه يمكن أن يتغير من وقت لآخر ، بل ان اختلاف التعبير عنه ضرورة يقتضيها القانون الطبيعي ذاته ، فلكل شعب نظام الحكم الذي يناسبه ، ولا يوجد نظام أفضل من غيره من النظم بالنسبة لجميع الشعوب ، وبقدر ما يكون شكل الحكم مناسبا للشعب ، وبقدر ما تكون القوانين ملائمة للظروف التي صدرت فيها ، بقدر ما تكون فكرة العدل قد وجدت صداعا في الواقع ، وهذه القوانين المتغيرة الملائمة تستحق أن توصف بأنها قوانين طبيعية أي مستمدة من طبيعة الأشياء ، ولا تعارض بين أن يكون الشيء طبيعياً أو متغيراً . (لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 360) .

(1) قسّم "مونتسكيو" قوانين الطبيعة إلى ثلاثة أقسام استناداً إلى ثلاثة اعتبارات : إذ يقول : (والقانون ، الذي يطبع فينا فكرة الخالق فينتهي بنا إليه هو أول القوانين الطبيعية أهمية ، لا ترتيباً ، وأجدر بالإنسان في الحال الطبيعية أن يكون ذا قدرة على المعرفة من أن يكون ذا معارف ، ومن الواضح أن لا تكون ←

التشريع الوضعي ، الذي لا يفترض أنه يعبر بصورة ما عن مضمون القانون الطبيعي[1] .

26) - العيب الجسيم لفكرة الحقّ في نظر " ديگي " : -

لمّا كان "ديگي" ، يدين بالمذهب الوضعي ، كان بسبب ذلك من اعتى أعداء

←

أفكاره الأولى نظريةً ، فهو يفكر في حفظ كيانه قبل أن يبحث عن أصل وجوده ، وإنسان مثل هذا لا يشعر بغير ضعفه في البداءة ، ويكون بالغ الوجل ، ومن يرغب في زيادة الاختبار يجد ضالّته في غابات الوحوش من الناس حيث كل شيءٍ يخيفهم وكل أمرٍ يشردهم . وفي هذه الحال يشعر كل بأنه مرؤوس ، ويكاد كلٌّ يشعر بأنه متساوٍ ، ولا يحاول الاقتتال إذن ، وتكون السَّلم هو أول قانون طبيعي . وليس من المعقول أمرُ الرغبة التي هي أول ينتحله هوبز للناس في قهر بعضهم بعضاً ، ففكرة السلطان والتغلب هي من التركيبَ ومن الارتباط في أفكار كثيرة أخرى مالا تكون معه أول ما عند الإنسان . ويسأل هوبز : ((إذا كان الناس في غير حال حربٍ طبعاً فلماذا يسيرون مسلّحين دائماً ؟ ولِمَ يكون لديهم من المفاتيح ما يغلقون به منازلهم ؟)) ، ولكن لا يشعر بأنه يعزي إلى الناس قبل تأسيس المجتمعات مالا يمكن أن يحدث لهم إلا بعد هذا التأسيس الذي يجعلهم يجدون فيه من العوامل ما يتقاتلون معه وما يدافعون به عن أنفسهم . ويجمع الإنسان بين حسَّ ضعفه وحسَّ احتياجاته ، وهكذا يوحي اليه قانون طبيعي آخر بطلب القوت . وقد قلت : إن الخوف يحمل الناس على احتراز بعضهم من بعض ، ولكن علامات الخوف المتبادل لا تلبث أن تلزمهم بأن يتدانوا ، ثم إنهم يحملون على ذلك بمثل ما يشعر به حيوان من لذة الاقتراب من حيوان آخر من نوعه ، ثم إن ما يوحي به كل من الجنسين إلى الآخر من فتونٍ بسبب اختلافهما يزيد هذه اللذة ، وما يقوم به كل منهما نحو الآخر من تذلل طبيعي ، دائماً ، يكون قانوناً ثالثاً ، وينتهي الناس إلى نيل معارف أيضاً فضلاً عن الشعور الذي كان لهم في البداءة وهكذا تكون لهم رابطة ثانية لا توجد عند الحيوانات الأخرى ويكون عندهم باعثٌ جديد للاتحاد إذن ، وتكون الرغبة في العيش في مجتمع قانوناً طبيعياً ثالثاً .) . مونتسكيو ، روح الشرائع ، ترجمة : عادل زعيتر ، دار المعارف ، القاهرة ، 1953 ، ص 15 .

(1) لاحظ : عباس مبروك محمد الغزيري ، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون ، ص260 .

الميتافيزيقا ، وبما أن فكرة الحقّ ذات طابع ميتافيزيقي [1] ، كان هذا عنده هو عيبها الجسيم ، ولذلك نادى بوجوب طردها من نطاق العلم ؛ لأن العلم حسي ، ولأن القانون علم حسي . ثم لقد عبَّأ "ديگي" كل مشاعره ضد فكرة " الحقّ" فصورها تصويراً جعلها قمينة بكرهه[2] .

---

(1) من المنكرين لفكرة الحقّ من يعتمد على أساس ميتافيزيقي ، هو الأستاذ "أنسيلم فويرباخ" ، في مؤلفة " نقد القانون الطبيعي " سنة 1796 . نقطة الانطلاق عنده أن الغاية العليا التي تفرضها الأخلاق هي أن يؤدي كل امرئ واجباته ، وفي تنفيذ هذه المهمة قد يصطدم الشخص بمعارضة الآخرين ، معارضة قد تجبره على عدم اتمام ما يجب عليه صنعه . فالعقل العملي ، حماية للأخلاق ، ومن أجل تمكين الشخص من تحقيق الغاية العليا عن طريق أداء واجباته ، يسمح له بأن يقاوم الإجبار بالإجبار ، فيتخلص من إجبار الآخرين بالإجبار نفسه ؛ لذا يحمي العقل القانوني دائرة من الأفعال ، ويقرر عدم المساس بها ؛ لأنها شروط ضرورية لتحقيق الغاية العليا . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 583) .

(2) لاحظ : د . عبد الجي حجازي ، الحقّ ، ص12 . (يقول الأستاذ العميد"ديگي" في كتابه "دروس في القانون العام" ، ترجمة : د . رشدي خالد ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1981 ، ص17 : ((إن مختلف الأنظمة المقترحة بشأن أساس القانون الموضوعي ترتبط جميعها بموقفين متضادين : الموقف الميتافيزيقي ، والموقف الواقعي أو الوضعي وذلك بترك الموقف الوسط أو العملي الذرائعي جانبا . فالموقف الميتافيزيقي يذهب إلى القول بأن أساس القانون الموضوعي هو مفهوم العقل ، مفهوم القانون بذاته ، المفهوم الذي خلقه الوجود المطلق والذي كشف للعقل الإنساني . فليس هناك إذا قاعدة قانونية إلا تلك التي يمكن أن تكون مطابقة للمطلق القانوني المدرك من قبل عقل الإنسان . ما هو هذا المبدأ المطلق ؟ هنا ينقسم الرأي ، فقسم يقول بالمذهب الفردي ، والقسم الآخر يقول بما أسميه المذهب الاشتراكي (دون أية فكرة سياسية مبطنة وكل ما في الامر أنني لم أجد كلمة أخرى) {والكلام لـ"ديگي"} . يؤكد القسم الأول أن الإنسان ، باعتباره إنسانا ، قبل أن يوجد في المجتمع وبفعل ولادته ، يحمل بعض الحقوق الشخصية الطبيعية غير القابلة للتصرف ولا تسقط بالتقادم ، وبأن كل القواعد القانونية تهدف إلى حمايتها ، وبأن ليس هناك قواعد قانونية إلا تلك التي ←

إن الحقّ في نظر "ديگي" ليس شيئا سوى أنه تصوّر "ميتافيزيقي" ، والدليل على ذلك ما أثير حول تعريفه من نقاشات مبهمة - حسب زعمه - لا آخر لها [1] ، إذ أن تعدد تعريفات الحقّ بين كونه إرادة أو مصلحة أو كلتيهما ، يؤكد ميتافيزيقية الفكرة . [2]

وسنحاول ، جاهدين في هذا الفصل ، الحديث عن الاعتبارات التي دفعت البعض إلى إنكار فكرة الحقّ ، وسرد حجج مناهضي هذه الفكرة في إسكان بريقها والنيل منها ، مقسمين اعتبارات المنكرين إلى : سياسية واقتصادية واجتماعية ووضعية ؛ على أن نخصص للاعتبارات غير الحقوقية مبحثاً ، وللحقوقية مبحثاً آخر .

←

ترمي إلى هذا الغرض)) . والحقيقة أن هذه الحقوق التي يعبها "ديگي" أن الوصول اليها عقليا ، هي موجودة لا محال ، والعقل الموصل إلى وجودها ما عاد قائم على الميتافيزيقا بقدر قيامه على مدرك موجود .

(1) لاحظ في المعنى نفسه : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، جامعة بغداد ، 1989 ، ص 220 .

(2) وهو يشير في كتابه إلى الحقّ الشخصي تعبيرا منه عن فكرة الحقّ ، لا عن معنى الحقّ الشخصي المعروف لدى فقه القانون الخاص (لاحظ : مؤلفه ، ص21) .

المبحث الأول
الاعتبارات غير الحقوقية في إنكار فكرة الحقّ

27) - قاسم الاعتبارات غير الحقوقية :

ليس الحقّ بمنأًى عن التأثر باعتبارات غير حقوقية في نفيه أو إثبات وجوده ، لكن هذه الاعتبارات ، ولكونها غير حقوقية ، لم تكن على القدر المطلوب من الموضوعية عند مسوّغيها ، لا سيما تلك التي وقفت وراء إنكار فكرة الحقّ ، إذ إنها خلطت الأوراق في التعامل مع الفكرة ، بحيث إنها لم تستطع أن تصبها في مقتل ، ففكرة الحقّ لا يستقيم أن تكون فكرة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، ولهذا لا يستقيم أن تقوم على اعتبارات من هذا النوع ، وإن تأثرت إلى حدٍّ ما بها ، فما بالك لو حاولت مثل تلكم الاعتبارات أن تنفي وجودها ؛ والأمر ليس عائداً حصراً لذاتية العامل القانوني - كما أثبتناه في مؤلف سابق لنا [1] - ، إنما الأمر مُتّكئٌ على أن هذه الاعتبارات لم تُصوَّر بشكلٍ صحيح قائمٍ على صلابة الربط والإسناد عكسيا بين قيمة الاعتبار نفسه وفضاضة فكرة الحقّ على ما يزعمون ؛ فقد يكون لجانبٍ سياسي دور مهم ، وكذلك لو كان اجتماعياً أو اقتصادياً ، لكن لا يوجد ثمة رابط مدعوم بين دور هذا الجانب وأهميته من جهة ، ووجود فكرة الحقّ أو نفيها من جهة أخرى ، والأمر ، ببساطة ، عائد ،

---

(1) لاحظ : مؤلفنا : قاعدة (نصل أوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مركز أبحاث القانون المقارن ، أربيل ، 2010 ، ص 108 .

فضلاً عن سوء التصوير ، لاختلاف طبيعة الأفكار المطروحة ومحاولة إثبات التناسب بينها عكسياً .

المطلب الأول

الاعتبارات السياسية

28) - فكرة الحقّ تعبير صارخ عن سياسة الفكر الفردي : -

إن فكرة الحقّ ، تعد من الناحية الأخلاقية ، وليدة نزعة فردية متطرفة ، تضع المصالح الفردية في الدرجة الأولى من درجات علم القانون ، كما أنها تهمل من ناحية أخرى ، فكرة ضرورية ، وهي أن الإنسان تقع عليه كذلك واجبات ، ذلك أن فكرة الحقّ كانت تمحو واجبات الفرد نحو الجماعة وأنها لم تكن تحسب أن الحقّ لا يكون له معنىً إلا في نطاق الحدود التي يقتضيها اندماج الفرد في الجماعة ، وأن الحقّ لم يعط للفرد في الواقع إلا لكي يتيح له إدراك وظائف اجتماعية معينة – حسب التصورات المناهضة للفكر الرأسمالي – .

ففكرة الحقّ انتعشت في الفكر الرأسمالي ، لا سيما بعد ظهور فلسفتي لوك وروسو ، وتلقفت الرأسمالية فلسفتها ورفعتها إلى مستوى المسلمات . وتنادي هذه الفلسفة بأن الإنسان في حالة الطبيعة يستمتع بحقوق ذاتية يحملها معه إلى المجتمع ، وأنه يوافق على العقد الاجتماعي من أجل حماية هذه الحقوق الطبيعية فيقول لوك أن الناس بادئ ذي بدء هم في حالة الطبيعة ، ويظلون فيها إلى أن يدخلوا بمحض رضاهم في جماعة سياسية ، ان غاية الناس من تكوين المجتمع هي

التمتع بملكيتهم في سلام وأمان ، أي التمتع بالحياة والحرية والمال ، وأداة ذلك هو القانون المستتب في المجتمع . ويضيف روسو : لا يتمتع امرؤ بسلطة طبيعية على زملائه ، ولا تولد القوة حقوقا على الإطلاق ، وتبقى الاتفاقات وحدها أساسا للسلطة الشرعية بين الناس . . إن غاية العقد الاجتماعي حفظ المتعاقدين ، وما يكسبه المرء من العقد الاجتماعي هو الحرية المدنية وملكية كل ما يحوز[1] .

ويستتبع هذا التصوير الفلسفي في المجال القانوني نتيجة حتمية ، هي اعتبار مفهوم السلطة وعنصر الإرادة أساسا للحق . وهذا ما تريده الرأسمالية ، إذ هي تبغي من وراء إعلان مبدأ سلطة إرادة الفرد إطلاق حرية رأس المال طبقا لسياسة " دعه يعمل ، دعه يمر " . وقد وجد فقهاء الرأسمالية الطريق مُمَهَّدا ، سبقهم إليه فلاسفة القانون الطبيعي منذ جروسيوس في بداية القرن السابع عشر ، ثم فقهاء الإقطاع في ألمانيا في النصف الأول من القرن التاسع عشر على يد سافيني ومدرسته ، إبَّان سطوة النبلاء في الدويلات الالمانية المفككة قبل أن يجمع شتاتها سيف بسمارك . حتى إذا ما وصلنا إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، حيث علا شأن الرأسمالية في الاقتصاد الألماني ، نجد الفقهاء الألمان يبلورون مفهوم السلطة والإرادة أساساً للحق ، لحماية ما تملك الرأسمالية من أموال ، وإطلاق يدها في التصرفات [2] .

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 579 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 580 .

ولعلّ مناهضة الفكر الرأسمالي الفردي تأسست على بواعث سياسية صرفة ، ذلك أن هذا الفكر قد ارتكزت مبادؤه على الاعتراف بحقوق الأفراد وتقديسها ، وبالتالي فإن هذا الفكر ، شاء أم أبى ، قصد أم لم قصد ، رسّخ فكرة الحقّ على أساس أنها فكرة لا تنفك عن الأهداف التي يسعى لتحقيقها ، لذا فإن الفكر المناهض للفكر الفردي ، وجد في إنكاره لفكرة الحقّ أفضل حجة وأمثل طريقة لنسف ركائز الفكر الفردي ؛ لذا فقد انطلقت العديد من الأيدلوجيات الاشتراكية والأحزاب الشيوعية[1] إلى إنكار فكرة الحقّ ؛ كونها ركيزة الفكر الرأسمالي الفردي ، لا سيما الفردية السياسية [2] ، ولم يقتصر الفكر المناهض للرأسمالية على

---

(1) الشيوعية أو الماركسية هي : صورة متطرفة من الاشتراكية . تقوم على منع الملكية الفردية وسيطرة الدولة الكاملة على وسائل وأدوات الإنتاج . تدعي الماركسية أنها فلسفة شمولية لها معتقداتها وتفسيراتها للتاريخ والتغيرات الاقتصادية على مبدأ الصراع بين الأغنياء "الطبقة البرجوازية" والفقراء "طبقة البروليتاريا" . وقد وضع الأسس النظرية للشيوعية "الماركسية" كارل ماركس بمساعدة صديقه "فردريك أنجلز" فى القرن التاسع عشر ؛ وقام بتطبيقها عمليًا "لينين" فى روسيا بعد قيام الثورة البلشفية ووصول أصحاب الفكر الشيوعي إلى السلطة ، وأكمل المسيرة "ستالين" من بعد "لينين" ؛ أقام "كارل ماركس" نظريته على ظروف القرن التاسع عشر الميلادي الصناعية فى ظل سيطرة "الرأسمالية" ، ولم يتصور ما شهده القرن العشرون من تطور فى "الرأسمالية" وتقدم في العلم والتكنولوجيا ؛ لذا فقد شهدت نهايات القرن العشرين فساد الفكر الماركسي . (لاحظ رابط مذاهب فكرية في الميزان على الموقع الآتي :

http://www.hurras.org/vb/archive/index.php/t-45605.html

تاريخ الزيارة : 2014/10/7 .) .

(2) يعتقد "لالاند" صاحب القاموس الفلسفي أن هناك ثلاثة أنواع من الفردية السياسية ، في المعنى الأول هي ما يتعارض مع هيمنة الدولة وتدخلها . إنها (النظرية التي وفقا لها يكون الأفراد دائما تحت وطأة الحكم . . والحالة السياسية المثالية هي في تطوير المبادرة الفردية ، وتقليص وظائف الدولة إلى عدد قليل . . أو حتى الغاؤها) . أما المعنى الثاني للفردية السياسية وفقا للأستاذ "لالاند" ، فهو في عدم ←

تأسيس كيانات سياسية بحتة ، بل أخذ تأثيره يمتد ليطال قوانين دول ، بل اتجاهات دول ، وعبرت عنه الكثير من المبادئ الدستورية ، إذ لم يكن الفكر الماركسي مذهبا اقتصاديا صرفا[1] بقدر ما كان يستند على أفكار متعددة الأبعاد وذا تأثير سياسي ملحوظ ، فبظهوره وانتشاره ، وبالقوة في كثير من الأحيان ، طمست فكرة الحقّ وما عاد أحد يجرؤ على القول بها ، كونها ركيزة مبادئ الفكر الفردي .

كما أن الأستاذ "ديگي" انطلق في مناداته لمحو فكرة الحقّ من عدائه الواضح للفكر الفردي[2] ؛ والغريب أن فكر الوضعية الاجتماعية التي يعدُّ "ديگي" أحد

←

الامتثال للنظام القائم والتقاليد . فالأفراد يناقشون ويقيمون المؤسسات القائمة والممارسات والمعتقدات بأنواعها كافة بدلا من أن يمتثلوا دون نقاش . فالفردية هنا تتطابق مع الروح النقدية ومقاومة الامتثال الاجتماعي . أخيرا ، فإن الفردية السياسية تعني أيضا النظرية التي تنادي بأن المجتمع ليس غاية في ذاته ولا هو اداة لهدف أعلى من الأفراد المكونين له . فما يبغيه المجتمع هو خير الأفراد بحيث إن المؤسسات الاجتماعية يجب أن تهدف إلى تحقيق سعادة الأفراد وكمالهم . (لاحظ لمزيد من التفصيل : د . منذر الشاوي ، الدولة الديمقراطية في الفلسفة السياسية والقانونية ، الكتاب الأول ، الفكرة الديمقراطية ، منشورات المجمع العلمي ، بغداد ، 1998 ، ص143)

(1) لاحظ : د . منذر الشاوي ، الدولة الديمقراطية ، ص 236 .

(2) لاحظ : د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 ، ص 423 . يُذكر أن : (مذهب القانون الطبيعي التقليدي كان قد سُجلت مبادئه في مواثيق الثورة الفرنسية فأعلنت أن الفرد يتمتع بحقوق طبيعية غير قابلة للتنازل أو التقادم . هذه الفردية المتطرفة لم تعد تناسب ظروف المجتمعات المعاصرة . وقد جرت المحاولة لهدم المفهوم التقليدي للحق ، ترجع في نطاق القانون إلى الفقيه الفرنسي دوجي ، وتمتد بجذورها العامة إلى الفيلسوف الوضعي اوجست كومت . فلم يكن دوجي يتمتع بالأصالة ، بل أن كافة آرائه يمكن ردها لمفكر أو آخر) . لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص86 .

أقطابها ، قد التقى في هذه النقطة ، في عدائه للفكر الفردي مع توجهات المدرسة الطبيعية التقليدية ، ففكرة الحقّ كانت لا تتفق مع الفكرة الطبيعية للحق من كونه مجرد حصة أو نصيب تعود على الفرد في التنظيم الاجتماعي ، هذه الفكرة كانت تقابل تماماً فلسفة القانون الطبيعي التقليدي كما عرفت ابتداءً من "أرسطو" والقديس "توما الأكويني" ، فطبقاً لهذه الفلسفة فإنه يوجد نظام طبيعي يستلزم أن يوضع كل عنصر من عناصر الكون في موضعه الصحيح والعادل ، وعلى ذلك فإنه كان من الضروري إقامة علاقات بين الأفراد والأشياء ، والأنظمة . فالعدالة تعني أن يوضع كل شيء في مكانه ، في عالمٍ متآلف ، حيث يسود العدل الكوني الذي منحته الطبيعة . وقد كان من مقتضى ذلك أنه ليس هناك محل للحرية ، للسلطات ، للمكنات أو المزايا ، الممنوحة للإنسان ؛ لأن التفكير في السلطة لا يكون إلا من خلال التفكير في الفرد ، في حين أن القانون يمثل علاقة أعلى ، علاقة بين الأفراد . هذه العلاقة لا تنشأ بطريقة تحكمية من جانب المُشرِّع ، ولكن تجد مصدرها العميق في السعي للصالح العام ، الذي يفرضه نظام الطبيعة . ولذلك تعدُّ هذه النظرية المنبثقة من الفكر الطبيعي القديم ، ظهور فكرة الحقّ ، تحولاً سيئاً ، حيث انها تكشف عن الأنانية الفردية التي تهدف إلى الاستئثار ، وبالتالي تشويه ما تم بناءه من أجل العدالة والصالح العام ، وكذلك مسخ العلاقة وحصرها في مجرد سلطة فردية [1] .

(1) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، الكتاب الثاني ، نظرية الحقّ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1995 ، ص 12 .

29) - تعارض فكرة الحقّ مع فكرة الدولة الديمقراطية : -

صوّر بعض المفكرين ، وعلى رأسهم "جان جاك روسو" الفكرة الديمقراطية على أنها إغراق للفرد في الجماعة ، وضياعا كاملا لحريته في سبيل سيادة ، الدولة [1] ، وهذا يعني أن لا حقوق لهذا الفرد ، تتصف بالصفة الفردية ، في ظل تطبيق فكرة الديمقراطية . كما لاقت فكرة الديمقراطية انحرافا عند كل من "هوبز" و"لوك" نحو النظام التمثيلي ، الامر الذي ادى إلى استمرار إخضاع الفرد للسلطة [2] . وإذا رجعنا إلى ما رسّخه "روسو" من اعتقاد ثابت عن فكرة الديمقراطية الحديثة ، فعنده ، تعد الإرادة العامة تعبيراً للكيان الجماعي ، حيث تنصهر فيها إرادات الأفراد وتذوب فيها ، وهذا ما دعا البعض إلى توصيفه بأنه "أبو" الحكم الشمولي ، فجوهر مذهبه هو في عدم منح السيادة إلى أي فرد أو إلى أي مجلس أو إلى أي كيان حتى ولو كان الشعب ، فالشعب ليس صاحب سيادة ، فهو لا يستطيع أن يريد بشكل تحكمي ، فهو لا يمكن أن يريد إلاّ بوساطة قوانين عامة . فإذا صوّت حتى بالإجماع ، على قانون خاص ، فإن هذا القانون باطل [3] .

وقد اقتنع كثيرٌ من المُقلّدين أن هذه الأفكار رسّخت للتوجه نحو استبدال فكرة الولاية السياسية بفكرة الحقّ في الميدان السياسي ، وكأنهما فكرتان

---

(1) الرأي يعود لـ "كابيتا" ، في كتابه كتابات دستورية ، نقلا عن د . منذر الشاوي ، الدولة الديمقراطية ، ص133 .

(2) لاحظ المرجع السابق نفسه ، ص 134

(3) الرأي لـ "كابيتا" ، المرجع السابق نفسه ، ص 136

منفصلتان ؛ ولعمري أن مثل هكذا اقتناع ، بل اعتناق ، انطلق من عدم فهم فكرة الحقّ ذاتها ، والتي ستتبين لنا عند تعريفها في باب الابسمولوجيا .

30) - عجز فكرة الحقّ أن تكون أساسا للدولة القانونية : -

الدولة القانونية ، هو تعبير نُقل لنا من الألمانية ، يُقصد به الدولة التي تخضع للقانون وتلتزم به في سائر أعمالها سواءً أكانت هذه الأعمال تشريعا ، أم لائحة ، أم قرارا إداريا . أي : أن تكون مطابقة للقانون ، وحيث تصبح القوة في خدمة القانون تسهر على تنفيذه . والمقصود هنا القانون بمعناه الواسع ، أي : جميع القواعد التي تتمتع بصفة الالزام ، مع مراعاة التدرج بينها ، ابتداءً من القانون الأساسي وهو الدستور ثم القانون العادي وهو التشريع ، ثم القانون المطلبي وهو اللائحة ، فتخضع جميع أجهزة الدولة للقانون ، الأجهزة التشريعية للدستور ، والأجهزة التنفيذية للدستور والتشريع والموظفون والمواطنون للدستور والتشريع واللوائح . ويلاحظ ان الفقه الغربي يفهم من الشرعية جانبها الشكلي فحسب ، حيث يراعي توافر الشروط المتطلبة قانونا للقيام بأي عمل من أعمال الدولة ، تشريعا أم لائحة أم قرارا ، بصرف النظر عن المضمون الاجتماعي لهذه الاعمال . ولقد اصطلح الفقه الغربي على مظاهر معينة للدولة القانونية ، اهمها الفصل بين السلطات ، والاعتراف بحقوق دستورية للأفراد ، وتمثيل الشعب في السلطة التشريعية ، وخضوع الإدارة للقانون ، واستناد الاحكام إلى التشريع واستقلال رجال القضاء ، وشرعية الجرائم والعقوبات . وبرز في البلاد الغربية نظامان أساسيان للتأكد من الشرعية الشكلية ، مراقبة دستورية القوانين ، ومراقبة أعمال

الإداريين[1] .

وقد تعدّدت النظريات التي قيلت في تفسير أساس الدولة القانونية ، فمنها من عزى الأساس إلى فكرة التضامن الاجتماعي[2] ، ومنها من ردّ أساسها إلى التحديد الذاتي[3] ، ومنها من رأى أن أساس الدولة القانونية يكمن في الاعتراف بفكرة الحقوق الفردية ، التي تقول بوجود حقوق فردية أصيلة وسابقة على الدولة ، تسمو عليها ولا تخضع لسلطانها . وأهم ما يؤخذ على هذه النظرية – على حسب منتقديها – إغراقها في التصور والخيال ، إذ تقوم على أساس أن للإنسان

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 226 .

(2) ويتزعمها الفقيه الفرنسي "ديگي" . (لاحظ : د . منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 63) .

(3) يقول اهرنج ، في تبريره لنظرية التحديد الذاتي ، ان القوة تنتظم في شكل دولة ، وتتبع نظاما هو القانون . لكن الدولة ، هذه القوة المنظمة ، تخضع لقوانينها ذاتها ، من أجل مصلحتها الشخصية ، حتى يتحقق الأمن القانوني ، وينتعش الازدهار الوطني . رفض البعض التسليم بإمكان التزام الدولة تلقائيا بقوانينها . زعموا أن هذا تناقض بيّن لأن أية حدود ترد على سلطة الدولة ، يجب أن تستمد من سلطة أعلى ، إذ لا يتصور أن يصدر المرء أوامر إلى نفسه . أجاب الفقيه الألماني " يلنيك " على هذا الاعتراض ، موضحا نظريته في التحديد الذاتي . فالقاعدة القانونية تنطوي على تأكيد للرعية أن أجهزة الدولة سوف تحترمها . ان كل قاعدة تؤكد على الجمهور بأنها ستنطبق دون خرق . وهذه الثقة في عدم خرق النظام القانوني تمكن كل فرد من تقدير نتائج أفعاله قبل إتيانها . ان هذا شرط ضروري لتطور المدنية ، به تخلق الثقة الاجتماعية التي من غيرها يستحيل على العلاقات بين الناس أن ترتفع فوق المستوى الابتدائي . ان كل قاعدة قانونية تتضمن تأكيد إلى الرعية بأن الدولة تلتزم بهذه القاعدة طوال مدة بقائها . ان كون الإرادة تلتزم بإعلانها المنفرد أمر معروف في القانون الخاص . فمن الثابت منذ زمن طويل أن الوعد ، ولو بغير قبول من الطرف الآخر ، هو مصدر الالتزام . ذلك وحده يشرح كون الدولة لها حقوق وعليها واجبات بدونه لما قامت بين الدولة والأفراد سوى علاقات السلطة ، لا روابط القانون . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 224) .

الفطري - قبل دخوله في الجماعة ، ولمجرد صفته إنسانا - حقوقا طبيعية ودائمة ، وانه احتفظ بهذه الحقوق حينما انخرط في سلك الجماعة ، وأن العقد الاجتماعي لم يكن من شأنه حرمانه من تلك الحقوق ، وإنما على العكس قصد به حمايتها والمحافظة عليها . كما أن هذه النظرة تحول - حسب رأي منتقديها - دون التطور الاجتماعي ، فالدولة في مفهوم هذه النظرية لا تستطيع أن تضع قيودا على نشاط الأفراد إلاّ بالقدر الضروري لحماية نشاط الجميع . فهي لا تستطيع اذن إلاّ وضع قيود سلبية دون أن يكون لها سلطة فرض التزامات إيجابية على الأفراد ، أي : أنها لا تستطيع منع الفرد من الاعتداء على حرية الآخرين ، وليس لها أن تلزمه بفعل شيء من أجل الآخرين لما في فرض مثل هذا الالتزام الإيجابي من اعتداء على الحرية الفردية [1] . ولا يخفى ما في هذا من تعارض مع أهداف الدولة الحديثة . وأخيرا يرى البعض في نقده لنظرية الحقوق الفردية أساسا للدولة القانونية ((إن الحقّ الفردي لا قيمة له ما لم يحدد مضمونه ، وتبين وسائل استعماله ، الأمر الذي لا يتصور بغير القانون ، ومن ثَمّ فلا يمكن للحقوق الفردية أن تكون قيودا فعالة على نشاط الدولة ، لأنه لا أثر لها قبل تدّخل الدولة من أجل تنظيمها ، فالمذهب الفردي إذ يقابل بين الفرد والدولة إنما يؤدي إلى احد امرين : الفوضى أو الاستبداد ، لأنه إما أن يكون للفرد أن يحدد حقوقه بنفسه ، وحينئذ تنهار الدولة من أساسها وتكون الفوضى ، وإما أن تحدد الدولة وحدها مدى الحقوق الفردية ، ووقتئذ لن يقف في سبيلها شيء مما يؤدي إلى الاستبداد أو التحكم . ومع ذلك كله ، ورغم جميع هذه الانتقادات ، فلا شك أن

(1) لاحظ : "ديگي" ، دروس في القانون العام ، ص70 .

تقرير الحقوق الفردية وخصوصا إذا ما ضمنت في وثيقة لها جلالها كوثيقة إعلان الحقوق ، لا شك أن ذلك التقرير من الناحية السياسية إن لم يكن من الناحية القانونية ، يحول بين المُشرِّع وبين محاولة الاعتداء على الحريات الأساسية للفرد كلما أحس قوى الرأي العام ، فالنظرية – أي نظرية الحقوق الفردية – في الحقيقة لها قيمة سياسية اكثر منها قانونية [1])) .

31) – تعارض فكرة الحقّ مع فكرة سيادة الدولة على ممتلكاتها : –

فقد قيل أن عصر الفردية قد انقضى ، وأن الإنسان الفرد لم يعد ينظر إليه في الوقت الراهن إلا بوصفه عضواً في جماعة منظمة تنظيماً سامياً ، وكان ذلك نتيجة تقدم الأحوال الاجتماعية والسياسية والاقتصادية .

وقد لاحظ منتقدو فكرة الحقّ أنه ومنذ زمن طويل لم يعد نشاط الدولة مقصوراً على مجرد صيانة النظام القانوني ، بل أصبحت في الواقع تضطلع بتحقيق الأمن الاجتماعي لأعضاء الجماعة كافة ، وتأخذ على كاهلها توزيع خيرات الجماعة توزيعاً عادلاً . ولقد كان من نتائج هذا التطور إن صار استخدام فكرة الحقّ في مواد العلم القانوني أمرا عفا عليه الزمن ، فآل أمره إلى أن يكون مجرد أيديولوجية [2] .

ولعل الكثير ممن فسر مبدأ سيادة القانون ، قد انطلق منطلقا وضعيا في

---

(1) لاحظ : د . ثروت بدوي ، بحثه في الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، العدد 3 ، السنة الثالثة ، 1959 ، ص45

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 22 .

تفسيره لخضوع الأفراد للقانون ، حيث اعتنق الطريقة التي من شأنها أن تجعل خضوع الأفراد للقانون خضوعا إجباريا [1] . فتعامل مع قواعد القانون وكأنها ، جميعها ، قواعد آمرة ، تتقيد إزائها حرية الأفراد على أموالهم ، نظراً لتقيد سلطان إرادتهم . فأصبحت الدولة ، بما تملك من سيادة ، مالكة لكل ما ، بل من ، على اقليمها ، بما تحوزه من سطوة القهر ، وليس للأفراد إلاّ الإذعان لأوامرها ونواهيها[2] .

32) - فكرة الحقّ تساهم في تركيز السلطة : -

إن استقراء حالات تركيز السلطة في بعض دول العالم ، ماضيا وحاضرا ، يشير إلى أن الفئة التي تتركز بيدها السلطة هي الجهة الأكثر ثراءً من بين طبقات

---

(1) لاحظ : سمير خيري توفيق ، مبدأ سيادة القانون ، ص 152

(2) لاحظ : د . حسن كيره ، الدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974 ، ط5 ، ص42 (والكثير من الفقه يجعل القهر ميزة للقاعدة القانونية تختص بها وتميزها عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى ، والقهر بهذا المعنى هو قهر عام جماعي تباشره الدولة بما تحوزه من وسائل القوة ، وعن طريق من يتبعها من أفراد مزودين بهذه الوسائل كرجال الشرطة والمحضرين وغيرهم . واستخدام وسائل القهر تظهر اثاره مباشرة في الشخص الذي خالف حكم القاعدة ، أو في أمواله أو في نشاطه . ومن هذا القبيل القبض على هذا الشخص ، أو الحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلني ودفع ديونه من ثمنها ، أو اغلاق المكان الذي يباشر فيه النشاط المخالف للقانون ، أو اخراجه من المكان الذي يشغله بغير حقّ . . . الخ . فإذا كانت قواعد القانون تحدد لكل فرد النطاق الذي تسود فيه إرادته ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح الحقّ ، فإنه إذا جار شخص على حقّ غيره ، فإن القانون يحمي صاحب هذا الحقّ عن طريق منع المعتدى ، بالقوة المادية عن الاستمرار في اعتدائه مع محو كل اثار الاعتداء) . لاحظ : د . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 108

المجتمع ، من هنا ينطلق الاتهام لفكرة الحقّ أنها فكرة تساهم في تقوية طبقة اجتماعية تمتلك أدوات الإنتاج ، وبالتالي تكون قادرة على الاستحواذ على السلطة دون غيرها ، وفكرة الحقّ تضاعف من قوتها داخل الدولة وتعزز نفوذها ، ذلك أن حقّ أفرادها في التملك لا يقيده أحد ، وأن فكرة الحقّ تجعلها بمنأى عن واجباتها تجاه المجتمع .

وتركيز السلطة بيد الطبقة الغنية نراه ملحوظا حتى على مستوى الدول الديمقراطية ، إذ بثروتها تستطيع أن تصل إلى سدة الحكم ، إما لقدرتها على تغطية نفقات الانتخابات بصورة تتفق والقانون ، أو عن طريق شراء الأصوات المطلوبة لفوزها بولايات متكررة على حساب غيرها ، وقد يحصل أن يحدث أن حزباً ما تتركز في يده السلطتين التشريعية والتنفيذية في آن واحد ، مما قد يفرغ مبدأ الرقابة البرلمانية من معناه ، ويؤثر على القيمة العملية للفصل بين السلطات[1] .

وربما تكون فكرة الحقّ هي الأساس الشرعي لتصرفات هذه الطبقة ، إذ أنها ترى أن من حقها مسك زمام السلطة بيدها ، وهذا ما قد يشكل خطورة في ظهور طبقة مستبدة في الدولة تتداول بين أفرادها السلطة دون أن تخرج من أيديهم على دوام حياة الدولة .

---

(1) في التعريف بمبدأ الفصل بين السلطات ومظاهر التأثر والتأثير بينها ، لاحظ : د . أيمن محمد شريف ، الازدواج الوظيفي والعضوي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة السياسية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 21 ، 41 .

المطلب الثاني
الاعتبارات الاقتصادية

33) - تصوير " ديگي " لطبيعة العلاقة بين الدائن والمدين على وفق مفهومه لـ (الثروة) :

ركّز "ديگي" على مفهوم الثروة في تصويره للعلاقة بين الدائن والمدين في مناسبة نقده فكرة الحقّ ، إذ ضرب مثلا قائما على فرضية قيام شخص بإقراض شخص آخر مبلغا من النقود ، كما لو أن زيدا أقرض بكرا مبلغا معينا ، وليكن 100 دينار فلا يعني هذا ، في رأي "ديگي" ، أن لزيد حقًّا شخصياً في ذمة بكر ، بل يعني فقط أن عدم وفاء بكر بقرضه يجعله مخالفاً للقانون ، الذي يأمر كل شخص بتنفيذ التزاماته . وإذ لا يستطيع القانون ، في رأي "ديگي" ، أن يعطي لإرادة زيد سلطة عليا على إرادة بكر ، فكذلك لا يستطيع العمل الفردي ذلك من باب أولى . كذلك الدعوى ، التي تكون لزيد قبل بكر لإجباره على الوفاء بالتزامه ، لا تنشئ حقًّا لزيد في مواجهة الموظفين العامين أو أولى الأمر والنُّهى . فليس الذي يلزم الموظف العام بالتدخل لصالح زيد هو حقّ لزيد في حمل الموظف العام على التدخل ، بل الذي يلزمه بالتدخل هو القانون بناءً على مطالبة زيد بتطبيقه[1] .

لكن ألا يحق لنا التساؤل عن الشيء الذي يجعل الدائن يطالب المدين بالوفاء بدينه ، هل هو حقه قبل المدين ؟ والذي يعطيه القدرة على الالتجاء إلى القوة

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص16 .

العامة لحمل المدين على تنفيذ التزامه . رفض الأستاذ "ديگي" فكرة الحقّ الشخصي ، تبعا لرفضه لفكرة الحقّ برمّتها ، ولم يعد قدرة الدائن على الالتجاء إلى القوة العامة لحمل المدين على تنفيذ التزامه حقًّا بل مجرد ثروة . ولذا يقول "ديگي" إن ما يسمى بـــ " الحقّ الشخصي" ليس في الحقيقة إلا تلك الثروة المادية التي تتكون من تخصيص قيمة معينة لغرض معين ، فردي أو اجتماعي ، تخصيصاً يؤيده القانون . ومن هنا لا يجوز في رأي "ديگي" أن يقال " حوالة حقّ " إذ لا يمكن حوالة معنى مجرد ، وإنما يقال حوالة قيمة أو ثروة مخصصة لأمر معين تخصيصاً يحميه القانون [1] .

34) - الملكية ليست حقًّا في نظر " ديگي " :

كذلك الملكية[2] ليسَت حقًّا ، في رأي "ديگي" ، بل شيء ، أو منفعة أو ثروة ، فالذي يكون للدائن ليس حقًّا بل شيء ، وهو إن أراد أن يستعمله ويفيد منه فلا يخلو الأمر من احتمالين : فأما أن لا يجد مقاومة من أحد ، وعندئذ لا يتدخل القانون بما يملك من سطوة القهر ، وإما أن يصادف مقاومة من الغير ، وعندئذ يتدخل القهر الاجتماعي بناءً على طلبه لإزالة هذه المقاومة . وإذ كانت الملكية هي الشيء ذاته ، مجرد ثروة ، حقيقة اقتصادية لا حقيقة قانونية ، لزم من ذلك أن ما يسمى انتقال حقّ الملكية لا يكون (ولا يمكن أن يكون) إلا ذلك

(1) المرجع السابق نفسه ، ص 16 .

(2) وقد عدّ البعض الملكية من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون العام الاقتصادي ، بجانب حرية التجارة والصناعة . (لاحظ : د . محمد محمد عبد اللطيف ، القانون العام الاقتصادي ، جامعة الكويت ، 2012 ، ص 199) . كما أن الملكية تعد مفترق الطرق الأبرز التي تتقاطع عنده شتى المدارس الاقتصادية الكبرى في العالم .

العمل الذي يناط به تغيير تخصيص فائدة الشيء كلها وحماية التخصيص الجديد .[1]

ومن الجدير بالذكر أن الحقّ تحول معناه من مجرد توزيع عادل للثروات ، وبالتالي عدم وجود فوارق فيما يملكه الأشخاص إلاّ القليل ، إلى معنى آخر في ظل الأنظمة التي تبنت الفكر الفردي ، فأخذ معناه يتجه نحو الفردية والأنانية ، ويعود ذلك التحول في معنى الحقّ إلى هذا المعنى الحديث ، إلى عدة أسباب لعلّ أبرزها هو تأثير الأفكار المسيحية التي لم تفهم الفهم الصحيح[2] . فالمعروف ان المسيحية تعادي الانانية ، ولكنها ، وبعيداً عن نطاق القانون ، قامت بتشجيع الانفرادية والتأمل ، كما انها بالغت في اهمية تنمية القيم الفردية . وعلى ذلك فطريقة التفكير التي كانت سائدة بين رهبان الاديرة والتي تميزت بالانفرادية والتأمل من أجل خدمة المسيحية قد انتقلت إلى مجال القانون ، ولذلك اكتسب الحقّ تلك المكانة السامية التي كفلت الاعتراف به وتقدمه لدى رجال الكنيسة ؛ ولكن كيف تحقق ابتعاد تلك المبادئ عن نطاقها الاصيل وانتقالها إلى مجال القانون لتشجيع النزعات الانانية للفرد ؟

لقد كان من اهم تعاليم الفرنسيسكان التي ارساها "سان فرنسيس الأسيزي" ، هو أن يظلوا فقراء وذلك تيمناً بما كان عليه السيد المسيح من زهد وتواضع . ولكن من الناحية العملية حدث ان وجد الفرنسيسكان لديهم أموالاً طائلة سواء

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 16 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 10 .

من هبات الاغنياء أو من الكتب أو من الكنائس الضخمة . ومن هنا وجد نوع من التعارض بين النظرية والعمل ، كيف يمكن التوفيق بين هذه الأموال للفرنسيسكان وبين تعاليم سان فرانسوا بعدم جواز تملك الرهبان للأموال[1] .

لحل هذا التعارض قرر البابا أن الفرنسيسكان يتمتعون فقط باستعمال هذه الأموال من دون أن يكون لهم استغلالها أو التصرف فيها ، وتحتفظ الكنيسة في روما بملكية هذه الأموال ، بذلك "يكون للفرنسيسكان الشواء وللكنيسة الدخان" ، وظل الحال كذلك حتى جاء البابا يوحنا الثاني والعشرون الذي عارض الحل الوسط الذي توصل إليه أسلافه ، ورفض فكرة الفرنسيسكان عن الفقر وأصر على أن هؤلاء يجب أن يتملكوا الأموال التي في حوزتهم . وقد عارض الفرنسيسكان وعلى رأسهم "جيوم دوكان" ذلك الاتجاه ومن هنا احتدم بينهم وبين البابا نقاش حاد واصطبغ بطابع قانوني مهّد بالتالي لظهور فكرة الحق[2] . أما البابا فقد ذهب إلى أن "ما يعترف به الفرنسيسكان لا يمكن أن يتفق مع مجرد الاستعمال ، ففصل الاستعمال عن الملكية ، إذ يكون مقبولاً لو ان المالك قد اعطى بعض المزايا ولو في المستقبل ، فلهذا فإن الامتناع لا بد من أن يكون مؤقتاً . ولكن ذلك يتعارض مع ما يريده الفرنسيسكان ، فهم يريدون الاستعمال المؤبّد وهذا يقتضي أن تكون لهم الملكية ، فالاستعمال المؤبد لا بد أن يترتب على الملكية . وعلى هذا فيجب أن يكون لهم الملكية ، كما أن الاستعمال غير متصور بالنسبة للأشياء القابلة للاستهلاك كالخبز والطعام والماء . ولهذا فمن يستعملها لا بد وأن يكون مالكها ،

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 577 . ولاحظ أيضا : د . رمضان أبو السعود ، المرجع السابق نفسه ، ص 10 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص11 .

فلا يتصور أن يستهلك الشخص شيئاً غير مملوك وإلا كان سارقاً[1] .

وللرد على هذه الحجج ولتسويغ عدم ملكية الفرنسيسكان للأموال قرر "جيوم دوكام" أن كلمة (Jus) لا يقصد بها المال الذي يعود عدالة إلى شخص معين ، وإنما يقصد بها السلطة التي للشخص على المال .[2] وهذه السلطة تختلف عن مجرد الرخصة ، فلا يمكن أن يحرم الشخص من حقه دون سبب أو دون رضائه ، وهذه السلطة تمنح للشخص بواسطة القانون والذي يحميها عن طريق اللجوء إلى القضاء ؛ اما الرخصة فهي مجرد السماح باستعمال المال ، وهذه

---

(1) المرجع السابق نفسه ، الإشارة نفسها .

(2) وهذا ما يقترب من الشريعة الإسلامية في فكرة الخلافة في الملك ، فالملك لله وما الناس إلاّ مستخلفون في الأرض على هذا المال . وقد وردت آيات صريحة في تقرير الاستخلاف الالهي بخصوص الأموال ، نذكر منها : ﴿ ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ﴾ "الحديد/7" . . قال القرطبي عند تفسير هذه الآية انه (وهذا يدل على أنها ليست بأموالكم في الحقيقة : وما انتم فيها إلاّ بمنزلة النواب والوكلاء ، فاغتنموا الفرصة فيها ؛ بإقامة الحقّ قبل أن تزال عنكم إلى من بعدكم) . وفي روح المعاني عند تفسير هذه الآية : إنما جعلكم سبحانه خلفاء عنه عز وجل في التصرف فيه من غير أن تملكوه حقيقة ، وعبر جل شأنه عما بأيديهم من الأموال بذلك تحقيقاً للحق وترغيباً في الانفاق . . فإن من علم أنها لله تعالى ، وإنما هو بمنزلة الوكيل يصرفها إلى ما عينه الله تعالى من المصارف ؛ هان عليه الإنفاق) . ثم يبين وجهاً آخر في تفسير هذه الآية وهو أن معنى جعلكم مستخلفين : جعلكم خلفاء عمن كان قبلكم ؛ فما كان بأيديهم انتقل لكم . . وفي هذا أيضاً ترغيب بالإنفاق وتسهيل له ، لأن من علم انه لم يبق لمن قبله ، وانتقل اليه ؛ علم أنه لا يدوم له ، وينتقل لغيره . . فيسهل عليه إخراجه ، ويرغب في كسب الأجر بإنفاقه . ثم قال : والمعنى الأول هو المناسب لقوله تعالى : (له ملك السموات والأرض وإلى الله ترجع الأمور) ، والذي جاء قبل هذه الآية . (لمزيد من التفصيل لاحظ : د . عبد السلام داؤد العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، القسم الأول ، مكتبة الأقصى ، عمان ، 1974 ، ص 403 والتي تليها) .

الرخصة قابلة للرجوع فيها من جانب من منحها ، وأهمية ذلك التعريف الذي جاء به "جيوم دوكام" هو تأييد وجهة نظر الفرنسيسكان في عدم تملكهم للأموال ، فالمسيح ومن بعده هؤلاء لم يكن لهم أية سلطة على هذه الأموال ، وإنما ما كان لهم استعمالها ، إلا في حدود الرخصة التي منحتها لهم السماء . ومن هنا ظهر أول تعريف للحق بمعناه الحديث بوصفه السلطة التي للشخص على المال وتلك السلطة تقرها وتحميها قواعد القانون الوضعي ، ولذلك سمي "جيوم دوكام" بأبو فكرة الحق[1] .

---

(1) الدكتور رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 11 . (وهناك من يرجع أول تعريف للحق بأنه سلطة إلى الفقيه الانكليزي " وليم أوكام " ، والذي كانت له حكاية مع الفرنسيسكان ، الذين وجدوا أنفسهم بعد فترة من الحظر الذي فرضه البابا عليهم ، يحوزون أموالاً طائلة عن طريق التبرعات . . كنائس وأديرة وكتب ومؤن . كان ذلك يعني ابتعادا بالواقع عن صرامة القاعدة كما أرساها المؤسس . ولم تكن البابوية تشاطر في حياتها الخاصة اراء القديس فرنسيس عن الفقر ، كانت تعشق الترف وتهوى النعم ، لكن لا تبغى الدخول في صراع مع الفرنسيسكان ، فأصدر البوابات على مدى القرن الثالث عشر توفق بين النظرية والتطبيق ، تبقى أموال الفرنسيسكان في حوزتهم دون أن يبدو ذلك خروجا على قاعدة المؤسس وهي تأمر بالفقر وتحظر الملك . . صارت ملكية الرقبة اسما للكرسي البابوي ، وترك استعمال الأموال للرهبان ، ثم تغير الوضع في الثلث الأول من القرن الرابع عشر ، مع صعود البابا يوحنا الثاني والعشرين إلى عرش الكنيسة في أفينيون . كان هذا البابا يضيق ذرعا بالمتشددين من الفرنسيسكان ، دعوا إلى القناعة ونبذ المال تنفيذا لتعاليم المسيح . فمع تعمق التناقض الطبقي بين الغني والفقير ، نادى غلاة الرهبان بالتقشف والزهد . انزعج الأغنياء بزعامة البابا الجديد ، فاتهم غلاة المتصوفين بالخروج عن الدين وأمر بحرقهم أحياء وأجبر الفرنسيسكان على تملك ما في حوزتهم من أموال ، وأعلن أن التمييز بين ملكية الرقبة ومجرد الاستعمال هو حيلة مرفوضة ، ما دام صاحب الرقبة لا يأمل في الحال أو الاستقبال استرداد حقّ الانتفاع . ان من يتمتع فعلا بالمال هو في الواقع مالكه . كانت غاية البابا كما هو واضح ، الصاق تهمة الثراء بالرهبان ، لمنع غلاتهم من الدعوة إلى الفقر . وكان البابا في ذلك العصر في صراع ضد الامبراطور ، فلما نكل البابا بالفرنسيسكان ، ساندوا الامبراطور ضده . وكان من بين الفرنسيسكان وليم أوكام ، سجنه البابا أربع سنوات ، حتى استطاع الهروب وفّر ←

35) - تعارض فكرة الحقّ مع الأفكار الاقتصادية الاشتراكية : -

تقوم الأفكار الاقتصادية الاشتراكية على مبدأ يعتنقه الاشتراكيون قائم على أساس توزيع الثروة بين أفراد المجتمع توزيعا عادلا ، وإلغاء الفوارق الاجتماعية بينهم ، تجاوزا على ما تذهب به فكرة الحقّ التي تقوم على المكافأة بين العمل وما يقابله من أجر أو دخل ، فلا تجوز المساواة بين من يعمل ومن لا يعمل ، أو بين من ينتج وبين من لا ينتج ، في حين يقوم الفكر الاشتراكي أساساً على فكرة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي لتحقيق ما قد يعجز الأفراد عن القيام به ، وللحد من الآثار الضارة التي قد تنشأ عن تزايد التراكم الرأسمالي وتركز الثروة في أيدي مجموعة قليلة من الأفراد ، ولإيجاد فرص أكثر لتشغيل العمال ، والعمل على استقرار الاقتصاد القومي والحد من التقلبات التي يمكن أن تنتابه . كما تقوم الاشتراكية على القيام بتحقيق الكفاية في الإنتاج والعدالة في التوزيع ، ويتحقق لها ذلك من خلال تحقيق الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج والتخطيط الاقتصادي وإشباع الحاجات الجماعية ، وإن كان هذا على حساب الحاجات الفردية ، فالكل يعمل على تحقيق تلك الحاجات ، وبالشكل الذي يتيح للجميع الاستفادة بشكل متساوٍ . فالاشتراكية تؤسس على الجماعية في مواجهة الفردية فهي تفضل

←

إلى الامبراطور . وهناك اتهم أوكام البابا بالهرطقة ، وأعلن أوكام نظريته عن الحقّ ، يريد بها منع البابا من الصاق تهمة الملك بالفرنسيسكان . انزلق أوكام بمفهوم الحقّ من القسمة والنصيب ، إلى السيطرة والسيادة . . من الشيء نفسه كما كانت الحال عند الاغريق والرومان والعرب . . إلى السلطة على الشيء كما سوف يفصل الفقه المعاصر في ظل المذهب الفردي) . لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 578 .

المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية ، كما أنها تعارض الليبرالية ، وتؤمن بضرورة التدخل وتوجيه النشاط الاقتصادي لصالح المجتمع ، وتصحيح الآثار الاجتماعية وأنانية السلوك الفردي[1] .

ولمّا كانت كلمة الحقّ بالنسبة للشخص ، تعني ذلك النصيب الذي يعود عليه نتيجة التوزيع العادل للثروة القومية ، كون ان مفهوم العدل قائم على أساس إعطاء كل ذي حقّ حقه ، أي ان الحقّ هو هذا الشيء أو تلك القيمة بوصفها واقعة في نصيب الشخص بمقتضى العدل ؛ أي ان الحقّ هو الشيء أو القيمة ولا يعني إطلاقاً السلطة التي يمكن أن يتمتع بها الشخص عليهما ، فالحقّ إن فُرض وجوده فلا يعني إلاّ العدل في توزيع الثروة ، وإن كان معناه قد تحول حديثا إلى معنى التسلط في بعض الأنظمة ، فهو عائد إلى الانانية النابعة عن الجهل والتي تؤدي إلى اضمحلال الآفاق الذهنية لكل شخص ، الامر الذي لا يجعل همه سوى في إنماء جشعه فلا ينظر إلى الشيء إلاّ من خلال مصلحته الفردية لا من خلال المصلحة العامة[2] (أي مصلحة الجماعة) – على وفق تصوير الفكر الاشتراكي – .

---

(1) ويقول "ديگي" أن الثورة الفرنسية كانت من صنع الطبقة الوسطى المالكة ، الطبقة التجارية البرجوازية ، أعلنت ان الملكية حقّ مقدس لا يجوز المساس به ، وكانت تعني ملكية الطبقة الرأسمالية وحدها ، فالثورة صادرت من جهة أموال الكهنوت والإقطاع ، وضربت من الجهة الأخرى الجناح الشعبي المطالب بالمساواة في الملكية . كانت الملكية المقدسة الوحيدة في نظر غالبية الرجال الذين سيطروا على الثورة هي ملكية الطبقة التجارية ، أي ملكيتهم الشخصية . . صودرت أموال الاقطاع دون أن تعد حقًّا مقدسا ، ثم بيعت الأموال ذاتها للطبقة الرأسمالية فصارت ملكية مقدسة ، وكانت الغاية المبتغاة هي تقرير عدم جواز الرجوع في هذا البيع وصيرورته نهائياً . (لاحظ : د . ثروت انيس الاسيوطي ، فلسفة القانون ، ص88) .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، نظرية الحقّ ، ص 9 .

ولا شك في أن التوزيع العادل للثروات (المساواة) ، أي أنه (لكل حسب عمله – لكل حسب حاجته) ، هذا هو الشعار الذي ترفعه الاشتراكية في توزيع الثروات على اسس العدالة[1] والمساواة . وتعد عملية إعادة توزيع الدخل القومي بشكل يحقق العدالة والمساواة في التوزيع من اهم الأسس التي يقوم عليها الوجود الاشتراكي . ولا يقصد بالعدالة والمساواة أن يتقاضى كل فرد نفس النصيب من الدخل القومي[2] ، وإنما ينال كل فرد نصيبا يتلاءم مع مردوده من الإنتاج ومساهمته فيه . فالأشخاص المتساوون في الكفاءة والمهارة والإنتاجية سوف ينالون نصيبا متكافئاً . ويترتب على ذلك انعدام التفاوت الكبير في الدخول والثروة بين الأفراد . وطبيعة النظام الاشتراكي القائم على الغاء الملكية الخاصة لا تسمح لفئة من المجتمع أن تقتطع أجزاءً مهمة من الدخل القومي من دون أن تساهم فيه بجهد فعلي . وبذلك يَتحوّل المجتمع إلى طبقة واحدة تعمل ضمن أهداف المجتمع وتتلقّى التعويض العادل لقاء مساهمتها في الإنتاج . ويعتمد النظام الاشتراكي على أسلوب التخطيط المركزي الشامل في الإدارة الاقتصادية ، والتخطيط الاشتراكي هو محاولة جماعية وقومية لتعبئة الموارد الطبيعية والبشرية

---

(1) فكلمة (Jus) كانت تعني قديماً العدل أو ما هو العدل . فالحقّ هو كل ما هو عدل . والعدالة كانت هي النتيجة أو الهدف الذي يسعى اليه رجل القانون لتحقيق العلاقات العادلة المتوازنة بين السلطات الممنوحة للملك وللحراس وللطبقات الأخرى من المواطنين وبين أموال الملاك المتجاورين أو الاشخاص الذين يدخلون في روابط أو علاقات قانونية كعلاقة الفرد بالمسؤول وعلاقة الدائن بالمدين . (د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص9) .

(2) وهذا ظاهر من موقف ماركس من الحقوق . (لاحظ : مجموعة من كتاب فرنسيين ، المدخل إلى نقد الحقوق ، ترجمة : د . سليم حداد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1981 ، ص 14) .

التي يحوزها الاقتصاد ، واستغلالها بطريقة علمية ومنظمة لأجل تحقيق أهداف المجتمع الاشتراكي وتنظيم الإنتاج وإعادته[1] ، وتوزيع الدخل القومي توزيعا لا ينجم منه إبراز طبقة على حساب بقية الطبقات التي يتكوَّن منها المجتمع . وكل هذه المفاهيم والقيم قد لا تتناسب وما تطلقه فكرة الحقّ من أفكار تُقدِّس الفرد على حساب الجماعة .

المطلب الثالث

الاعتبارات الاجتماعية

36) - رأي "أوجيست كونت" في فكرة الحقّ : -

شرع " أوجيست كونت"[2] منذ منتصف القرن التاسع عشر بمحاولات في القضاء على فكرة الحقّ والاستعاضة عنها بمفهوم الواجب ، فقد انطلق "كونت" من إنكاره لفكرة الحقّ مِنْ فكرةٍ مفادُها أن الجماعة يجب أن تأخذ مكانها فوق كل شيء ، وأن أعضاء الجماعة – لما بينهم من ترابط وتضامن – لا يجوز لهم أن

---

(1) لاحظ رابط المستشار القانوني على الموقع http://legalcounsel.own0.com/t111-topic تاريخ الزيارة 2014/10/10 .

(2) عمل "كونت" سكرتيرا لـ "سان سيمون" أحد أقطاب الاشتراكية الطوباوية وتأثر به بعض الشيء ، ثم اختلف معه وانفصل عنه واتجه إلى الوضعية . بدأ "كونت" من فلسفته الوضعية ، فأجرى مقارنة بين الجهاز الجماعي والجهاز البيولوجي . يصور الناس على أساس أنهم كائنات مستقلة ، بل بصفتهم أجهزة مختلفة لكائن أكبر أوحد ، ومن ثم يشغل المواطن في كل مجتمع منظم وظيفة عامة ويقوم بمهمة رسمية . ولا تعترف الوضعية لأحد سوى الحقّ في أداء الواجب ، فيجب أن تزول فكرة الحقّ "الحق" من المجال السياسي ، إذ هي وليدة اللاهوت والميتافيزيقيا؛ لأنها تفترض بالضرورة مصدراً خارقا للطبيعة ، به وحده تمرق الحقوق من كل جدال . ومنذ اعترف للأفراد بحقوق صارت هذه فوضوية من جهة ورجعية من جهة أخرى . (نقلاً عن : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، ص 87) .

يضعوا أنفسهم فوقها ، أما ما يمكن أن يُؤوَّل إليهم من منافعَ فيجب تنظيمه على وفق ما يضطرد عليه سير الحياة في الجماعة ، فلا توجد حقوق ، بل وظائف اجتماعية ، ولا مزيد على ذلك [1] .

إن الإنسان كائن اجتماعي لا يمكن أن يعيش سوى في المجتمع . ومن التناقض البيِّن ادِّعاء تمتُّع الإنسان بحقوق سابقة على الدخول في الجماعة ؛ لأن الحقوق تفترض بالضرورة علاقة بين شخصين ، فلا يستطيع الفرد أنْ يحصل على حقوق إلاّ حينما يدخل في علاقات مع الآخرين . إن الإنسان لا حقوق له على وقف "كونت" ، إذ إن كل امرئ يَشْغَلُ وظيفة ، ويتعيَّنُ عليه أداءَ مهمة ؛ وهكذا أنكر "ديگي" وجود الحقوق ، وأحلَّ محلها فكرة الوظيفة الاجتماعية ومفهوم المركز القانوني الذي تتولد منه واجبات تسندها جزاءات ، واعتبر الملكية وظيفة تقتضي تخصيص الثروة لتحقيق غاية اجتماعية[2] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص11 . (من أجل ذلك هاجم " كونت " كل إعلان للحقوق يكون من شأنه أن يضع الأفراد فوق الجماعة ، وهاجم فكرة الحقّ بوصفها فكرة مريبة ، ودعا إلى حذف كلمة الحقّ من اللغة السياسية ، بوصفها كلمة كانت توائم العصور اللاهوتية أو العصر الميتافيزي ، ولم تعد تساوق عصر الواقع المحسوس فيجب ، في مذهبه ، أن تختفي فكرة الحقّ وأن يستبدل بها فكرة الواجب ، فيكون على كل شخص واجب نحو كل شخص ، ولا يكون لأحد من حقّ بالمعنى الدقيق . أما الضمانات الفردية الحقيقية فتنشأ فقط من ذلك التقابل العام بين الواجبات التي وجدت من قبل دون أن يترتب عليها من الأخطار السياسية الجسيمة ما ترتب على الحقوق . لذلك يجب أن تحل الواجبات محل الحقوق ، " فلا يبقى لأحد من حقّ إلا حقه في أن يُؤدّي واجبه " .) الإشارة نفسها .

(2) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 87 .

ومع أن " كونت " ينطلق في إنكاره لفكرة الحقّ من اعتبارات اجتماعية ، فإنه كان يدين بالمذهب الوضعي الذي لا يبيح أبداً إلا الواجبات التي تقع على الناس كافة في مواجهة الناس كافة[1] ، ذلك أن وجهة نظر هذا المذهب - وهي دائماً وجهة نظر ذات طابع اجتماعي بحت - ، لم تكن تتضمن أية فكرة للحق ، بناءً على أنها فكرة تقوم في رأيه على الفردية ، لذلك كان كل حقّ إنساني إنما يعد في نظره شيئاً غير معقول بل منافياً للأخلاق ، فوجب أن تختفي فكرة الحقّ لا محالة بوصفها من أفكار النظام البدائي الغابر ، تتعارض من ثم تعارضاً مباشراً

---

(1) هذا ما جعل "كونت" ألدّ أعداء فكرة الحقّ ، وقد انطلق من تصوير عجيب لمعتقده عن القانون ، إذ يؤمن "كونت" بما يسميه قانون المراحل الثلاث ، وهذه المراحل هي : حالة اللاهوت أو الوهم ، وحالة الميتافيزيقيا أو التجريد ، ثم الحالة العلمية أو الوضعية . ويرى "كونت" أن الحقّ يرجع إلى حالة اللاهوت أو الميتافيزيقيا ، وذلك انطلاقا من نظرة بيولوجية إلى المجتمع . تصور "كونت" الناس ، لا على أساس أنهم كائنات مستقلة ، بل بصفتهم أجهزة مختلفة لكائن أكبر أوحد . ومن ثم يشغل المواطن ، في كل مجتمع منظم ، وظيفة عامة ، ويقوم بمهمة رسمية . ولا تعترف الوضعية لأحد إلاّ بالحقّ في أداء الواجب . يجب أن تزول فكرة " الحقّ " من المجال السياسي ، فهي وليدة اللاهوت والميتافيزيقيا . إذ تفترض الحقوق بالضرورة مصدرا خارقا للطبيعة ، به وحده يتمرّغ القانون من كل جدال . ومنذ اعترف للأفراد بحقوق ، صارت هذه فوضوية من جهة ورجعية من جهة أخرى . لا تقر الوضعية سوى الواجبات ، على عاتق الكل تجاه الكل . إذ لا تحتمل النظرة الاجتماعية فكرة الحقّ ، المؤسسة دواما على الفرد . نحن نولد محملين بواجبات من كل نوع ، تجاه أسلافنا وخلفائنا ومعاصرينا . وتتزايد هذه الواجبات وتتراكم قبل أن نتمكن من ردّ أي خدمة ، فما هو الأساس الإنساني لفكرة الحقّ ، التي تفترض عقلا قدرات سابقة . إن أطول حياة ولو أحسن استخدامها ، ومهما بذل من جهد لا تسمح أبدا سوى برد جزء ضئيل مما تلقينا . وتقضي الكرامة أن لا نطالب بخدمات جديدة قبل أن نوفّي ما علينا وفاءً كاملا . إن كل حقّ إنساني من قبيل اللا معقول ، فضلا عن منافاته للأخلاق . لقد ولى عهد الحقوق الإلهية ، ويجب إزالة فكرة الحقّ تماما ، باعتبارها متصلة بالنظام الأولي ، وغير مطابقة للوضع النهائي حيث لا توجد سوى واجبات ، طبقا للوظائف . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص584) .

مع الوضع الذي صارت إليه الإنسانية ، والذي لم تعد تجيز إلا الواجبات التي تمليها وظيفة كل شخص في الجماعة . [1] وملخص القول إن هذا الرأي يعد الحقوق مجرد وظائف اجتماعية ، وأن أصحاب الحقوق ما هم إلاّ موظفون عامّون يُوكل إليهم أمر استعمالها بما فيه المصلحة العامة ، فمثلاً الملكية تعد وظيفة اجتماعية لا تستعمل إلاّ من أجل مصلحة المجتمع[2] .

كما أن الفكر الطبيعي التقليدي ، بالأفكار التي أطلقها "أرسطو" و"توما الاكويني" ، قد نظرت ضمنياً إلى فكرة الحقّ بالنظرة السابقة ، ذلك أن استقراء أفكار هذا الفكر ، تنتجُ منه نتيجة مؤداها أن فكرة الحقّ سمحت بتأكيد ما للفرد من سلطات في مواجهة الدولة بكل ما تملكه من قوة وبطش ، ولذلك يمكن الاعتراف بما حققته هذه الفكرة من مزايا حينذاك ، أي : الوقت التي ظهرت فيه نظريات تعريف الحقّ ، وذلك بوصفها أداةً مهمة في الصراع بين الأفراد وبطش الدولة ؛ فالنظرة الشخصية المحضة للحق تؤدي إلى تكريس مجموعة من المزايا الفردية بدلاً من البحث عن العلاقات العادلة بين الأفراد . فمواجهة الحقّ بالنظر إلى صاحبه ومصالحه فحسب تعد أساساً فكرة ضد ما هو قانوني ؛ لأنها تتجاهل الوظيفة الأساسية للقانون ، وهي إقامة العدالة . وعلى ذلك - فإن كلاً من المدرستين - يرى ضرورة أن نمحو من مصطلحاتنا وأفكارنا كلمة ((الحقّ)) والأخذ في الحسبان فقط العلاقات القانونية الموضوعية ، علاقات كل واحد مع

(1) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص12 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص9 .

غيره ، التي تشمل بالتأكيد المزايا ولكن تشمل في الوقت نفسه الواجبات[1] .

37) - التوجّه العام لرأي " ليون ديگي" في إنكاره لفكرة الحقّ : -

في البدء لا بد من التنويه إلى أن فقيه القانون العام " ديگي" تأثر في مذهبه هذا بأفكار علم الاجتماع التي ظهرت على يد "دوركايم" ، والتي ترتكز على المجتمع وتمنحه الأولوية على الفرد ، كما تأثر بأفكار "أوجست كونت" مؤسس علم الاجتماع الحديث الذي نادى بإنكار فكرة الحق[2] ، فالإنسان لديه ليس له لا واجبات وليس له من الحقوق إلاّ الحقّ في أداء واجباته دائماً[3] .

---

(1) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 12 .

(2) وقد ساهمت آراؤهما في ترسيخ مفاهيم الوضعية القانونية حيث : (لا تقر الوضعية سوى الواجبات ، على عاتق الكل تجاه الكل إذ لا تحتمل النظرة الاجتماعية فكرة الحقّ المؤسسة دواما على الفرد . نحن نولد محملين بواجبات من كل نوع ، تجاه أسلافنا وخلفائنا ومعاصرينا وتتزايد هذه الواجبات وتتراكم ، قبل أن نتمكن من ردّ أي خدمة . فما هو الأساس الإنساني لفكرة الحقّ التي تفترض عقلا قدرات سابقة ؟ إن أطول حياة ولو أحسن استخدامها ، ومهما بذل من جهد لا يسمح أبداً سوى برد جزء ضئيل مما تلقينا ، وتقضي الكرامة ألا نطالب بخدمات جديدة قبل أن نوفي ما علينا وفاءً كاملاً . إن كل حقّ إنساني من قبيل اللامعقول ، فضلا عن منافاته للأخلاق . لقد ولّى عهد الحقوق الالهية ، ويجب إزالة فكرة الحقّ تماما ، باعتبارها متصلة بالنظام الأولى ، وغير مطابقة للوضع النهائي ، حيث لا توجد سوى واجبات ، طبقات الوظائف . على أن الفرد يتمتع بضمانات عادلة ، نتيجة لتبادل الالتزامات على المستوى العالمي . وتوفر هذه المزايا الخلقية للحقوق السابقة ، دون أن تتجدد أخطارها السياسية الجسيمة . وبعبارة أخرى ليس لأحد الحقّ سوى في أداء الواجب . تأثر باوجست كونت الفقيه دوجي ، رفض فكرة الاعتراف بالحقّ الشخصي باعتبارها محض فكرة ميتافيزيقية غير قابلة للإثبات أو التحديد ، لجأ اليها الإنسان في فترة من مراحل تطوره كان يتعذر عليه فيها تفسير الظواهر الاجتماعية فأسندها إلى قوى خارقة للطبيعة . فالإنسان المنعزل المستقل لم يوجد أبداً . . أنه مجرد أسطورة) . نقلاً عن : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، ص87 .

(3) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، نظرية الحقّ ، ص 8 .

إن الفقيه "ديگي" وصل في رفضه فكرة الحقّ إلى أبعد حد ؛ إذ لأنه لم يعد الحياة التي هي أهم كل الحقوق التي يتمتع بها الإنسان حقًّا لصاحبها ، فلا وجود لحق الحياة في نظره ، ولا تكون الحياة لمن يحوزها إلا مجرد قيمة . وبتدخل القانون فقط حين تصبح حياة الفرد مهددة أو حين يقع عليها عدوان ؛ لأن القانون يُحرِّم العدوان ، لا على الحقّ في الحياة ، بل على الحياة بوصفها قيمة ، وهو يدعم هذا التحريم بالطرق القانونية التي أعدها لحماية هذه القيمة [1] .

وجملة القول إن " ديگي " يرى أن الحياة والملكية والحقوق الشخصية والحرية هي مجرد أموال وقيم وثروات ، يحميها القانون من العدوان عليها ، لا لكونها حقوقاً ، بل لأن العدوان محرّم قانوناً[2] .

38) - رفض دور الإرادة : -

يرى "ديگي" أن فكرة الحقّ فكرة فارغة من مضمونها ، ذلك أن شخصاً معيّناً بمقتضى فكرة الحقّ يكون هو صاحب الحقّ ، السلطة والقدرة في أن يأمر غيره ، أي : أن إرادة صاحب الحقّ تعد أسمى من إرادة الآخرين وإلا لما كان في إمكانه أن يأمرهم ، والمعنى الطبيعي لعلو إرادته هو نقص إرادة الآخرين ، معنى ذلك وبالضرورة أن فكرة الحقّ لا تقوم إلاّ إذا سلمنا بأن هناك تدرُّجاً في إرادات الناس ، إرادة عليا لها سلطة الأمر ، وأخرى دنيا ليس لها سوى الخضوع ، ومثل

---

(1) لاحظ في المعنى نفسه : د . حمدي عبد الرحمن أحمد ، مقدمة القانون المدني ، القاهرة ، 2003 ، ص 19 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 17 .

هذا التدرج غير موجود ، فلا توجد إرادة بشرية تعلو على إرادة بشرية أخرى ، وينتج عن فقدان هذا التدرج ، فقدان ما يسمى بفكرة الحقّ . كما يقول "ديگي" بأنه في كثير من الاحيان لا يمكن تصور وجود الحقّ ، فمثلاً حين ترتكب جريمة من الجرائم ، أين الحقّ هنا ؛ لا يمكن أن يقال - والا كان ذلك مسخاً وتشويهاً للحقائق - إنه بوجود الحقّ في العقاب . [1]

في الواقع أن الحقّ ، بالنسبة للأستاذ "ديگي" ، يقابل التأكيد على علو إرادة صاحب الحقّ على إرادة الآخرين . وعلى ذلك فإن مشكلة الحقّ تتمثل في التساؤل الآتي : هل هناك إرادات لها ، على نحو دائم أو مؤقت ، صفة خاصة تعطيها السلطة في أن تفرض نفسها على إرادات الآخرين . الإجابة لا تكون إلا بالنفي ؛ لأنه يستحيل إيجاد تفسير علمي لهذا التدرج في الإرادات[2] . فالحقّ في تصويره يُعلي من شأن إرادة صاحب الحقّ ، ويخفض من شأن إرادة المدين الملتزم باحترام تلك الإرادة والاستسلام لها ؛ وبذلك يؤثر الحقّ في صميم تكوين إرادة الطرفين الدائن والمدين ، فيجعل إرادة الدائن هي العليا وإرادة المدين هي السفلى ، وهذا مخالف لناموس المساواة الطبيعية بين الإرادات ، فكان لذلك مستحيلاً إلا بتدخل قوة لا وجود لها في العالم ، فما من قوة في الأرض ، سواء أكانت إرادة الأفراد (في التصرف القانوني) ، أم إرادة الحكام (في القانون) أم إرادة الجماعة الكبرى التي ينشأ منها القانون ، تقدر على أن تغير بهذه الطريقة الأسس التي قامت عليها قوانين الطبيعة[3] .

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، نظرية الحقّ ، ص 8 .

(2) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 13 .

(3) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 13 .

39) - الضرورة في وجود جماعة ، تنافي فكرة الحقّ : -

يرى "ديگي" أن الفرد إذ يعيش في جماعة ، فيخضع لقانون هذه الجماعة ، لا يجوز بسبب ذلك أن يوضع في مركز يجعله صاحب حقّ ، ذلك لأن القانون ، وهو من صنع الإنسان وليس من صنع قوة فوق مستوى قوى البشر[1] ، لا يقدر على منح الإرادات البشرية هذه الصفات المتسامية التي ليست من طبيعته المادية في شيء فلا يوجد حقّ - في نظره - لا بمقتضى القانون ولا بمقتضى غيره ، صحيح أن الفرد يعيش في جماعة ، وأن هذا يقتضيه لا محالة أن يخضع للتنظيم القائم في هذه الجماعة والذي يوجب عليه أن يقوم ببعض الأعمال ، وأن ينتهي عن بعض ، وصحيح أنه يترتب على ذلك أن ما ينشأ من التزامات على بعض الأفراد يقابلها ميزات لبعض ، وبذلك يفيد بعض الأفراد من احترام بعضهم للقانون الذي ينهي كل شخص عن السرقة والقتل ، ويأمره بالإنفاق على ذوي الحاجة من أقاربه الأقربين ، ولكن لا يلزم من ذلك في رأي " ديگي " أن يكون لكل فرد حقّ في الحياة ، ولا حقّ في أن يكون ماله معصوماً من العدوان عليه ، ولا حقّ في النفقة ، إذ إن وجود مثل هذا الحقّ يترتب عليه أن تكون لإرادة صاحب الحقّ سيادة على إرادة الآخرين ، وهي سيادة غير موجودة .[2]

---

(1) والقانون إذ تضعه الجماعة الإنسانية لا يهتم إلا بما هو اجتماعي . (لاحظ : د . نعيم عطية ، في النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1965 ، ص 85) .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 13 .

المبحث الثاني

الاعتبارات الحقوقية (الوضعية) في إنكار فكرة الحق

40) - تحديد معنى الوضعية : -

يقصد بالوضعية القانونية الاتجاهات الفقهية التي سعت ابتداءً من منتصف القرن التاسع عشر في بعض دول أوروبا الغربية ، إلى بناء نظرية قانونية على أساس ما ، مدعيةً بأنه ما دام لا سبيل إلى موضوعية العلم إلا الالتزام بأصوله المنهجية ، فينبغي إذن تجريد الدراسات الفقهية من كل تصور فلسفي أو ميتافيزيقي شكّل حتى ذلك الحين أساس القانون العقلي ومقياسه النقدي ؛ لذلك بدت الوضعية القانونية عقيدة فكرية منكرة لمفاهيم القانون الطبيعي ، أي : منكرة لوجود حقيقة موضوعية مثالية للقانون تسمو على نظمه الوضعية ، فحقيقة القانون لا تنفصل عن نظمه العارضة فهي ملازمة لوجوده [1] .

والحقيقة أن للوضعية القانونية مفاهيم متعددة بتعدد الاتجاهات الفقهية التي قامت بتفسيرها من زاوية معينة ، لكنها لا تخرج من دلالة ربط القانون بالدولة ، وإنكار وجود قانون طبيعي يقف فوق الدولة ، فالقانون ليس على وفق الوضعية القانونية إلاّ أداة بيد الدول ، تحقق به أغراضها المتعددة . ولا تعترف النظريات

---

(1) لاحظ : د . حسن عبد الرحمن قدوس ، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1997 ، ص56 .

ذات البعد الوضعي إلاّ بالحقوق التي يمنحها القانون للأفراد ، وبالتالي هي ترفض فكرة الحقّ كمفهوم مجرد ، وبالتالي فإن الحقّ في نظرها ما هو إلاّ منحة أو ميزة يمنحها القانون للأفراد ، وكل ذلك ينصب في تحقيق الدولة لأغراضها المختلفة .

41) - استبدال فكرة المركز القانوني بفكرة الحقّ : -

رأينا كيف أن الأستاذ "ديگي" رفض الاعتداد بفكرة الحقّ ، قال إنها محض فكرة ميتافيزيقية غير قابلة للإثبات أو التحديد ، لجأ إليها الإنسان في فترة من مراحل تطوره ، كان يتعذر عليه فيها تفسير الظواهر الاجتماعية ، فأسندها إلى قوى خارقة للطبيعة . فالإنسان المنعزل المستقل لم يوجد أبداً ، إنه مجرد أسطورة . إن الإنسان كائن اجتماعي لا يمكن أن يعيش سوى في المجتمع ، ومن التناقض البيّن - عنده - ادّعاء تمتّع الإنسان بحقوق سابقة على الدخول في الجماعة ، لأن الحقوق تفترض بالضرورة علاقة بين شخصين فلا يستطيع الفرد أن يحصل على حقوق إلاّ حينما يدخل في علاقات مع الآخرين إن الإنسان لا حقوق له . إن كل امرئ يشغل وظيفة ويتعين عليه أداء مهمة . وهكذا أنكر "ديگي" وجود الحقوق ، وأحلّ محلها فكرة الوظيفة الاجتماعية ومفهوم المركز القانوني الذي تتولد منه واجبات تسندها جزاءات ، وعدّ الملكية وظيفة تقتضي تخصيص الثروة ؛ لتحقيق غاية اجتماعية[1] .

وتتلخص نظرية "ديگي" في المراكز القانونية ، التي عُرِّفَت بأنها القواعد القانونية ذاتها في تطبيقها على الأفراد ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 587 .

البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القواعد من واجبات والتزامات [1] ، في أن المجتمع لا يعرف سوى القاعدة القانونية ، والقاعدة القانونية في حكمها وضبطها لسلوك الناس قد تضع أحد الأشخاص في مركز إيجابي ، وتضع غيره في مركز سلبي ، وبعبارة أخرى فقد يجد الشخص نفسه ملزماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، الأمر الذي يؤدي من ناحية أخرى إلى استفادة آخر أو آخرين من هذا العمل أو هذا الامتناع ، فيكون الشخص الأول في مركز سلبي إذ هو مكلف ، ويكون الثاني في مركز إيجابي ، أي : مستفيداً . فمثلاً هناك قاعدة قانونية تقضي بأن على المدين أن يفي بما عليه من دين للدائن ، وبناءً على ذلك من يقترض يوجد في مركز سلبي فهو مدين ، ومن يقرض يوجد في مركز إيجابي فهو دائن . وليس معنى ذلك أن على الأول التزاماً ، وأن للثاني حقًّا ؛ ففكرة الحقّ كما قال "ديگي" – كما بَينا سابقاً – تفترض إمكان الانتقاص من إرادة الملتزم والإعلاء من إرادة المستفيد أو صاحب الحقّ ، وهذا في نظر "ديگي" غير صحيح لتساوي الإرادات الإنسانية . [2]

وعلى ذلك يستغني "ديگي" عن فكرة الحقّ مستعيضاً عنها بفكرة المركز القانوني الناشئ عن تطبيق القواعد القانونية[3] ، تلك القواعد التي يستوي الأفراد في الخضوع لها . فمتى وضعت القاعدة القانونية كان قصارى ما يستطيعه الفرد

---

(1) لاحظ : المحامي عبد الهادي عبّاس ، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري ، دار الحكمة ، دمشق ، بيروت ، 1988 ، ط1 ، ص 25 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 8 .

(3) لاحظ : د . محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ج2 ، نظرية الحقّ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 ، ص 14 .

حيالها هو أن يقر في المركز القانوني الذي ترسمه له هذه القاعدة ، إيجابياً كان هذا المركز أو سلبياً ، وهو يكون إيجابياً حين تترتب عليه منافع للفرد ، ويكون سلبياً كلما حمله بواجبات ؛ وبذلك لا يوجد ما يسمى بالحقّ في استعمال الأشياء ، ولا الحقّ في اقتضاء الخدمات ممن يكون قد التزم بتقديمها . وحسب الفرد أن يكون في مركز قانوني إيجابي يخوله إعمال جهاز القهر الذي أعدته القاعدة القانونية لحالة العدوان على هذه المصالح [1] .

ويقسم "ديگي" المراكز القانونية إلى مراكز موضوعية وأخرى شخصية ، فيكون المركز موضوعياً كلما كان دائماً وعاماً كالقاعدة التي تتصل به ، ويضرب مثلاً لذلك مركز الناخب ومركز الزوج ومركز المالك . . إلخ ، أما المركز الخاص فهو ما كان مؤقتاً ومقصوراً على أشخاص معينين ، كمركز الأشخاص الذين يرتبطون بعقد كالبيع والإيجار ، أي : أن المراكز الأولى تنشأ عن القاعدة القانونية التي تنظمها ، وتتسم بنفس خصائصها من حيث العمومية والاستمرار . والثانية تنشأ عن تصرفات فردية ؛ لتتلاءم بصفة خاصة مع شخص أو أكثر ، وتتسم بالخصوصية والتأقيت . ويؤكد على أن المراكز الشخصية ليست هي الحقوق في المفهوم التقليدي ، حيث إن هذه المراكز تبقى كأثر للقانون أيضاً ، ولكنها لا تترتب في الواقع إلا نتيجة لتصرفات أصحاب الشأن . ولذلك حينما لا ينفذ المدين الالتزام الذي في ذمته ، وهو حقّ شخصي للدائن ، فإنه بذلك يخالف القانون الذي يأمر بتنفيذ التعهدات المبرمة ، فإذا قامت السلطة العامة بإجباره على التنفيذ بناءً على طلب الدائن فإنها لم تفعل ذلك استجابة لما للدائن من حقّ ،

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص13 .

وإنما تقوم به طبقاً للقانون الذي منحها سلطة جبر المدين .

والجدير بالذكر هنا أن الأساس الوضعي لفكرة "ديگي" في المراكز القانونية واضح هنا ، فعندما لا يرى في المجال القانوني ما يمكن ملاحظته سوى القواعد القانونية[1] ، فإنه لا محل إذن للكلام عن الحقوق ، وإنما عن المراكز القانونية . فالمراكز القانونية – سواءً أكانت إيجابية أم سلبية – ليست إلاّ القاعدة القانونية نفسها منظورا إليها في جانبها الشخصي ، أي حال تطبيقها على شخص معين . فالأمر يتعلق إذن بموقف الشخص ، سلباً أو إيجاباً ، إزاء القاعدة القانونية [2] .

42) – لا يجوز ، في نظر " ديگي " ، أن ينشأ مركز قانوني من مسلك غير قانوني :

إذا وقع من شخص عمل غير مشروع (خطأ) أضر بالغير فلا يجوز أن ينشأ من ذلك حقّ للمضرور ؛ إذ لا يجوز أن ينشأ حقّ من مسلك غير قانوني ، فكيف ينشأ من غير القانون ، وكيف يصح أن تنشأ للشخص ميزة قانونية من عمل غير مشروع ولو أوقع به ضرراً ؟ [3] حسب المضرور من العمل غير المشروع أن يتاح

---

(1) في التمييز بين القواعد القانونية والمراكز القانونية ، لاحظ : عبد الهادي عباس ، المراكز القانونية ، ص 26 والتي تليها .

(2) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 13 . ولاحظ : عبد الهادي عباس ، المراكز القانونية ، ص34 .

(3) وهذا الانتقاد لفكرة الحقّ يؤكد الخلفية التي انطلق منها "ديگي" في انتقاده ، إذ هو لا يتصور أن ينشأ حقّ للمضرور عن العمل غير المشروع إلا بأمر من القانون ، وهذا ينمُّ عن عقلية وضعية مستبدة ، ذلك أن من حقّ كل لبيب أن يتساءل عن ماذا كان الحال قبل تدخل القانون ، هل يذهب حقّ المضرور قِبَلَ محدث الضرر هباءً منثوراً لعدم وجود قانون ؟ ! ألا يعد تدخل القانون في هذا الأمر بمثابة إقرار منه ←

له العمل على ضبط المجرم ومحاكمته ومطالبة أولى الأمر بأن يمكنوه من إصلاح الضرر . وفي هذا كله لا ينشأ حقّ في التعويض ، بل الذي يحدث هو أن تطبيق قاعدة قانونية يؤدي إلى فتح طريق قانوني إذا نجح المضرور في السير فيه أمكنه الحصول على ثروة تعد من الناحية الاقتصادية " مالاً " ولكن لا يجوز تسميتها " حقًّا " [1] .

43) - إنكار "ديگي" لقدرة العقد على إنشاء الحقوق : -

أنكر "ديگي" على العقود قدرتها في إنشاء حقوق لأطرافها ، فالإرادة لا تستطيع بذاتها أن تنشئ أيَّ أثرٍ قانوني ، حتى وإن تظافرت مع إرادة أخرى[2] ، إذ التعبير عن الإرادة ، عند "ديگي" ، ليس إلا مجرد شرط

←

لحق المضرور الذي نشأ قديما ؟

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 14 . (كذلك جواز قيام الفرد بالأعمال المادية المشروعة ، التي تتفق مع مقتضى القاعدة القانونية لا يعتبر حقًّا له في القيام بهذه الأعمال : فالفرد الذي يسير في الطريق العام ، والمواطنون الذين يجتمعون لمناقشة مسألة فلسفية أو لمزاولة شعيره من الشعائر الدينية أو لممارسة رياضة معينة ، ومن يحوز أرضاً يملكها فيزرعها أو يغرس فيها أو يقيم عليها بناءً ، والموظف العام الذي يقوم بعملية مادية مشروعية كالقبض على مجرم ، أو تنفيذ حكم ، كل أولئك ، وفقاً لـ "ديگي" ، لا يمارسون حقًّا ؛ لأن هذه الأعمال المادية ، التي هي مظاهر النشاط المادي ، ليست ذات طابع قانوني ، ولا تكتسب ذلك الطابع القانوني إلا من وقت أن تعوقها مقاومة آتية من جانب الغير . حينئذ فقط تتحرك القاعدة ، لا لتمنح حقًّا ، بل لتمنع المقاومة . فالدعوى التي ترفع على من يعطل ممارسة هذه الأعمال لا ترمى إلى حماية سلطة للشخص في أن يزاول هذا العمل أو ذاك ، بل تبتغي إزالة ما يقوم في وجه ذلك الشخص من عقبات أو معوقات ، تحول دون ممارسته نشاطه المادي المشروع .) المرجع السابق نفسه .

(2) يلاحظ أن الكثير من القوانين المدنية قد تأثرت بهذه الفكرة في مسألتين اثنتين : الأولى : أنها نصت

←

لانطباق القانون ، ولذلك يرى "ديگي" أن ما تواضع الفقهاء على تسميته " أثر التصرف القانوني" ليس إلا أثراً لتطبيق القانون ، تطبيقاً يتوقف على وقوع فعل إرادي ، أي : تطبيق أمر أو نهي موجود ضمن قاعدة قانونية ، وليس البتة إنشاءً لحق .

44) - تعارض فكرة الحقّ مع التناسق الداخلي للقانون الوضعي : -

يشكك الوضعيون في جدوى استعمال فكرة الحقّ في دراسة القانون الوضعي دراسة تنسيقية [1] . وفكرة الحقّ ، على وفق هذا النوع من النقد لا تصلح لتحقيق هذا التنسيق القانوني : فهناك نظم قانونية مثل قانون الجرائم ، لا يمكن أن تستخدم فيها هذه الفكرة وحدها . بل إن من الشراح من يعارض التوسع في فكرة الحقّ حتى في مجال القانون الخاص ، لا سيّما فيما اصطلح على تسميته حقوق الشخصية[2] .

←

على تعداد معين لمصادر الحقوق الشخصية ، وما يقابلها من التزامات ، وكأن قوة هذه المصادر على إنشاء هذه الحقوق مستمدة من القانون نفسه . أما المسألة الثانية ، فإن هذه القوانين لم تعترف بقوة الإرادة المنفردة على إنشاء التزام على صاحبها (أي بمعنى إنشاء حقّ شخصي لآخر) ، إلاّ في الأحوال التي نصّ عليها القانون . (لاحظ على سبيل المثال : ما نصت عليه المادة (184) من القانون المدني العراقي) . وهذه الأحوال : إنشاء المؤسسات ، الإيجاب الملزم ، الوعد بجائزة ، تحرير العقار المرهون ، وإنشاء السند لحامله .

(1) ومعنى الدراسة التنسيقية لقانون وضعي معين هو عرض قواعد هذا القانون أو قواعد نظام معين فيه ، لا من حيث نظام هذه القواعد الخارجية فحسب ، بل كذلك من حيث تناسقها الداخلي . (لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 20) .

(2) مصطلح " حقوق الشخصية " مصطلح يطلق على تلك الحقوق التي يتثبت لأي فرد ولمجرد كونه إنسانا ، تهدف إلى حماية المظاهر المختلفة لعناصر الشخصية ومقوماتها ، وذلك من أفعال الشخص ←

وكذلك فإن فكرة الحقّ (الخاص) تعزل نصوص القانون الخاص عن الواقع الاجتماعي ، وأنها لا تبرز للعيان العديد من القيود والروابط الاجتماعية القانونية التي توجد بين شتى القوانين .

ومن الذين أطلقوا هذه الفكرة في إنكارهم فكرة الحقّ الأستاذ "هانس كلسن" ، وتبدأ نظرية الأستاذ كلسن من مقدمة معينة وهي ضرورة استبعاد كل ما يرتبط بالاعتبارات السياسية والعقائدية والاجتماعية والفلسفية من نطاق دراسة الظواهر القانونية وتحليلها ؛ فدراسة هذه الظواهر ينبغي أن تقوم على النظر في البناء المنطقي للقواعد الوضعية ، فالقانون لديه هو نظام قائم في مكان وزمان معين ، تتدرج قواعده فيما بينها على شكل هرمي بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى ؛ وعلى قمة الهرم توجد قاعدة أساسية أو ضابط أساسي هو الذي يحدد السلطة أو الاختصاص الأعلى في الجماعة السياسية ، وقد ينشأ هذا الضابط الأساسي عن واقعة تاريخية كميلاد الدولة وقد تنشأ عن ثورة ؛ ولا يجوز البحث في صدد هذا الضابط أكثر من هذا القدر وإلا دخلنا في نطاق الغيبيات . وتتلو هذه القاعدة الأساسية أو الضابط الأساسي درجات متتالية من الضوابط يتسم كل منها بطابع العمومية . ففي القمة يوجد الدستور ، فقواعد التشريع ، فالعرف ، فاللوائح والأحكام

←

ذاته أو من اعتداء الأفراد الآخرين . (لاحظ لمزيد من التفضيل : د . بيرك فارس الجبوري ، حقوق الشخصية وحمايتها المدنية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2009 ، ص26 .) .

والعقود ، ومن مجموع هذه الضوابط يتكوّن النظام القانوني المتدرج[1] .

45) - إخضاع الحقّ ، أو ما أطلق عليه "هانس كلسن " بالقانون الذاتي ، للقانون الموضوعي :

تضع النظرية المحضة للقانون فكرة الالتزام القانوني في المقام الأول ، فهي تستمد بذلك النتائج الأخيرة من بعض الأفكار الأساسية التي وجدت سابقا في المذهب الموضوعي للقرن التاسع عشر ، إلاّ أنها لم تكن قد تطورت مطلقا ، ففي رأي النظرية المحضة أن الالتزام القانوني ليس إلاّ السنة القانونية نفسها منظورا إليها من وجهة السلوك الذي تأمر به فردا معينا ، فهي السنة القانونية في علاقتها مع الفرد الذي تأمره بسلوك معين ، وتقرر الجزاء على السلوك المخالف ؛ فالالتزام القانوني إذن هو السنة القانونية المنفردة ، وليس له لهذا السبب أيّة علاقة بفكرة الالتزام الأخلاقي ، فالفرد مجبر قانونا على اتباع سلوك معين بالحدود التي تجعل فيه السنة القانونية السلوك المخالف شرطا لإيقاع الإكراه الذي يدعى بالجزاء ؛ إذ بحسب الأحوال يوجه الجزاء ضد مرتكب العمل غير المشروع أو ضد أحد الأفراد أو عدد من الأفراد الآخرين . فمن يُوجّه إليه الجزاء يكون مسؤولا عن العمل غير المشروع حتى إذا لم يرتكبه بنفسه ، لكن مرتكب العمل غير المشروع وحده يخرق التزامه في الامتناع ، وعليه الالتزام ذاته حتى إنْ لم يكن مسؤولا عن العمل غير المشروع ، فالسلوك المقضي به قانونا هو دوما موضوع الالتزام القانوني ، حتى إذا كان الفرد الملتزم متميزا عن الفرد المسؤول عن ذلك السلوك ، ومقابل ذلك قد يحدث أن السنة لا تنشئ حقًّا ذاتيا بالنص على

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 12 .

التزام أو مسؤولية قانونية ، فإنشاء الحقوق الذاتية ليس وظيفة أساسية من وظائف القانون الموضوعي ، حتى إن أمكن تصور وجود نظام قانوني لا ينشئ تلك الحقوق ، إلاّ أنه لا يمكن لنظام أن يمتنع عن تحديد الالتزامات والمسؤوليات القانونية ، لأن ذلك إحدى الوظائف الأساسية للقانون الموضوعي [1] .

وقد طبق "كلسن" الفكرة التي أطلقها "ديگي" على الفرد ، والحقّ ، فالفرد ليس له حقّ وإنما يكتسب المزايا بسبب مركز قانوني وُضِعَ فيه نتيجةً لتطبيق قاعدة قانونية . فالأستاذ "كلسن" وإن لم ينكر كلية مصطلح (الحقّ) ، ولكن رفض أن يعطي له خاصية المكنة أو الميزة الفردية ، لأنه يرى أنه من الضابط المنشئ للجبر يتولد الالتزام بالنسبة للفرد بأن يسلك مسلكاً غير مخالف للجبر والإلزام الذي تنتجه القاعدة القانونية ؛ فالذي يوجد هو الواجب أو الخضوع وليس الحقّ . وعلى ذلك فإن القاعدة التي تعطي للأفراد في بعض الأحيان القدرة على وضع ، بإعلان عن الإرادة ، قاعدة خاصة وملموسة ، كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي يعطي فيها القانون القوة الملزمة للعقد ، فإنها تفوض الأطراف للقيام بأنفسهم بتحديد القواعد الخاصة التي تحكمهم ، فالأفراد يساهمون عندئذ في خلق القاعدة ، وفي هذه الحدود فقط ، يمكن الكلام عن الحقّ ، ولكن ينبغي النظر إلى أن هذا لا يعدو أن يكون قواعد ، أي : في الحقيقة ، ليس إلا نظاماً وضعياً [2] .

---

(1) لاحظ : هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ص 95

(2) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 14 .

46) - فكرة شرط تطبيق القاعدة القانونية : -

يرى الفقيه " هانس كلسن "[1]، في نظريته المحضة أو الصرفة في القانون ، أن فرداً ما يكون عليه واجب قانوني يجب عليه أن يقوم به ، إنما يعني أن الإجبار الواقع على ذلك الفرد هو مضمون واجب صدرت به قاعدة قانونية ، بمعنى أن السلوك المخالف يكون بمثابة الشرط الذي يترتب على تحقُّقه وقوع الجزاء ؛ فالقول إذن بأن فرداً ما يكون صاحب سلطة قانونية ، إنما يعادل القول إن مقتضى القاعدة القانونية أن بعض أعمال ذلك الفرد تستحدث أو تطبق قواعد قانونية ، أو أن بعض أعمال ذلك الفرد تساهم في تطبيق القواعد القانونية ، فلم تعد العبرة بالأفراد بوصفهم أفراداً - وهذا هو ما يجب الإصرار عليه باستمرار - إنما العبرة بأفعالهم وامتناعاتهم التي بيَّنتها القواعد القانونية والتي يتكون منها مضمون تلك القواعد[2] .

47) - استبدال لفظة القانون الذاتي بلفظة الحقّ : -

استبدل الفقيه "كلسن" لفظة القانون الذاتي بلفظة الحقّ ، إذ إن ما يسمى ، مجازا عند " كلسن " ، بالحقّ المنشأ من مصدر معين ، ما هو إلا قاعدة قانونية ،

---

(1) عندما أصدر الفقيه (هانس كلسن) ، نظريته المحضة في القانون ، وضع في مقدمة كتابه أسبابه الموجبة لإصدار هذه النظرية ، إذ قال : ((وكان هدفي منذ البداية رفع نظرية القانون ، . . . . . ، إلى مستوى العلم الحقيقي الذي يجب أن يأخذ مكانه إلى جانب العلوم الإنسانية الأخرى) . لاحظ كتابه في النظرية المحضة للقانون ، ترجمة د . أكرم الوتري ، ص9 . وللتفاصيل حول ذاتية العامل القانوني (لاحظ : مؤلفنا ، قاعدة نصل أوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، ص 107 والتي تليها) .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 18 .

46) - فكرة شرط تطبيق القاعدة القانونية : -

يرى الفقيه " هانس كلسن "[1]، في نظريته المحضة أو الصرفة في القانون ، أن فرداً ما يكون عليه واجب قانوني يجب عليه أن يقوم به ، إنما يعني أن الإجبار الواقع على ذلك الفرد هو مضمون واجب صدرت به قاعدة قانونية ، بمعنى أن السلوك المخالف يكون بمثابة الشرط الذي يترتب على تحقُّقه وقوع الجزاء ؛ فالقول إذن بأن فرداً ما يكون صاحب سلطة قانونية ، إنما يعادل القول إن مقتضى القاعدة القانونية أن بعض أعمال ذلك الفرد تستحدث أو تطبق قواعد قانونية ، أو أن بعض أعمال ذلك الفرد تساهم في تطبيق القواعد القانونية ، فلم تعد العبرة بالأفراد بوصفهم أفراداً - وهذا هو ما يجب الإصرار عليه باستمرار - إنما العبرة بأفعالهم وامتناعاتهم التي بيَّنتها القواعد القانونية والتي يتكون منها مضمون تلك القواعد[2] .

47) - استبدال لفظة القانون الذاتي بلفظة الحقّ : -

استبدل الفقيه "كلسن" لفظة القانون الذاتي بلفظة الحقّ ، إذ إن ما يسمى ، مجازا عند " كلسن " ، بالحقّ المنشأ من مصدر معين ، ما هو إلا قاعدة قانونية ،

---

(1) عندما أصدر الفقيه (هانس كلسن) ، نظريته المحضة في القانون ، وضع في مقدمة كتابه أسبابه الموجبة لإصدار هذه النظرية ، إذ قال : ((وكان هدفي منذ البداية رفع نظرية القانون ، . . . . . ، إلى مستوى العلم الحقيقي الذي يجب أن يأخذ مكانه إلى جانب العلوم الإنسانية الأخرى) . لاحظ كتابه في النظرية المحضة للقانون ، ترجمة د . أكرم الوتري ، ص9 . وللتفاصيل حول ذاتية العامل القانوني . (لاحظ : مؤلفنا ، قاعدة نصل أوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، ص 107 والتي تليها) .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 18 .

جعلها المصدر قانونا ذاتيا لصاحب الأثر الذي أنشأه المصدر ، فالحقّ لديه لا يختلف عن قاعدة القانون الوضعي ، أي : أن الحقّ ليس سوى القاعدة القانونية منظوراً إليها من زاوية فردية ، وبعبارة أخرى فإن الحقّ ما هو إلاّ تطبيق للقاعدة القانونية على فرد معين ، فكل قاعدة تقرّر التزاماً معيناً ولكنها لا تقرر حقًّا ذاتياً أو فردياً ؛ وأن فكرة الواجب هي الأكثر وضوحاً ، وأن الحقّ ليس إلاّ تمسكاً بأنْ ينفذ الطرف الآخر واجبه المفروض بمقتضى القاعدة القانونية . ويشرح "كلسن" هذه الأقوال في عبارة أخرى مفادها أن كل قاعدة قانونية تضع شروطاً محددة تربط بينها وبين ترتيب أثر قانوني معين ، وبناءً على ذلك عندما يكون لفرد مصلحة فإنه يفصح عن إرادته في تحريك هذه القاعدة القانونية فيكون النظام القانوني بكامله تحت تصرفه ضد الملتزم ، أي : أن الحقّ في نظر "كلسن" ليس سوى وسيلة فردية لتنفيذ الالتزام[1] ، بل إنه حتى في حالة وجود عقد لا ينشأ من ذلك التعبير عن الإرادة حقّ بل قاعدة قانونية [2] ، مع الأخذ في الحسبان هاتين الملاحظتين ، الأولى هي أن القاعدة هنا تكون قاعدة فردية ومحددة ، على خلاف القاعدة القانونية التي تنشأ من إرادة المُشرِّع فإنها تكون عامة مجردة ، الثانية : هي أن التعبير عن الإرادة (الفردية) لا يقدر على إنشاء القاعدة الفردية (عند كلسن) إلا بسلطان من القانون ، ومؤدى هذا أنه في العقد يفوض القانون الطرفين في أن يقوما بوضع مضمون القاعدة القانونية . وأنه لذو دلالة خاصة على هذا المعنى أن يقال : إن العقد شريعة المتعاقدين . وأنه لذلك سبق أن قلنا إنه إذا

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص13 .

(2) في المعنى نفسه ، لاحظ : د . حمدي عبد الرحمن أحمد ، ص 22 .

كان حَرِياً أن توجد ترجمة حرفية لعبارة Droit subjectif فأحرى أن تكون هذه الترجمة هي القانون الذاتي ، وليس الحقّ الذاتي[1] .

48) - اقتصار النظام القانوني على القواعد القانونية فقط برأي "كلسن" : -

مؤدى هذا القول هو أن "كلسن" ينظر في النظام القانوني فلا يجد إلا قواعد قانونية ، وأن هذه القواعد ، حين تطبيقها على الأفراد ، لا تنشئ حقًّا لأحد بل التزاماً قانونياً على الفرد يقضي عليه إتباع سلوك معين فرضه القانون ، حتى لا يتعرّض لإجبار يمكن أن يمارسه عليه عضو الدولة المختص بممارسة مثل هذا الإجبار ، حين وقوع فعل مخالف لما تأمر به القواعد القانونية . وفي كل هذا لا يوجد إلا إلزام أو إخضاع لتكليف ، فلا توجد حقوق لأحد ، كائنا من كان . ومن ثم يكون الكلام في حقّ الفرد من قبيل النظر إلى الشيء نظرة مزدوجة غير ذات طائل[2] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 20 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 19 . (وتستبعد النظرية البحتة في القانون هذا الازدواج ، بتصوير فكرة الشخص على نحو يجعله شخصاً مركباً من قواعد قانونية ، وتجعل الحقّ (في معناه الفني) قاعدة قانونية تربط سلوكاً معيناً بجزاء يتوقف تنفيذه على شكاية من ذلك السلوك ، وعلى هذا النحو لا يكون الحقّ - بتقدير وجوده - إلا أثراً انعكاسياً للواجب الذي فرضته القاعدة القانونية على الفرد (أو على جميع الأفراد) والذي يقتضيه (أو يقتضيهم) أن يكون السلوك تجاه سائر الأفراد على نمط معين .) المرجع نفسه .

الفصل الثاني
اعتبارات الوجود

49) - أساس الحتمية في وجود الحقّ : -

إن جميع الاعتبارات التي انطلقت منها حجج إنكار فكرة الحقّ ما كانت لتترسخ لولا وجود الحقّ في ذاته ، ذلك أن الأفكار التي تصدّت للحقّ لم تتصدى لجوهره أو مضمونه ، بل كل ما هناك أنه في الوقت التي سعت فيه بعض الأفكار إلى استعاضة ألفاظ أخرى بلفظة الحقّ ، سلّط البعض الآخر منها على عنصر ملازم للحق وهو الواجب ، وذهب اتجاه آخر إلى زعم عدم وجود الحقّ بإثبات وجوده من حيث لا يدري ، كما أن قسما من تلكم الأفكار انصب على التمييز بين أنواع الحقوق ظنًّا منه أن فكرة الحقّ لا تتَّسِع إلا لنوع واحد .

والحقيقة أن ما دفع الكثير من القلة التي أنكرت فكرة الحقّ أن فكرة الحقّ ذاتها لم تتضح معالمها بشكل معقول على الأقل عند هؤلاء المنكِرين ؛ إذ لماذا استعيض بلفظة عن لفظة الحقّ تؤدي ذات الغرض من وجوده مفهوما فلسفيا ، ما دام من الممكن أن تكون هنالك حقوقاً وضعية نشأت بسبب وضع معين قد يكون القانون مناسبةً لحصولها ، ثم لماذا أضيّق من دائرة الحقوق ، وأنا أعلم ابتداءً ، كما يعلم كل لبيب ، أن القانون ليس بكائن أزلي أو سرمدي كسبنا منه

حقوقنا ، بل إنه كائن خلقناه نحن ، بما نتمتع به من حقوق ، ليقوم بتنظيمها ، فحقنا في الحياة والسلم والتعايش وممارسة كل ما من شأنه إشباع حاجاتنا الإنسانية ، كلها حقوق طبيعية ليس لأحد أن ينكرها ، أو يدعي ، وهو بغير سلطان أن القانون مصدرها !

كما أن التركيز على عنصر الواجب يُحتِّم ، لا محال ، وجود الحقّ المقابل له أو المقترن به ، حتى وإن فرضنا أن الواجب هو الأسبق جدلاً ، فإن الحقّ لا ينفك عنه ، والإقرار بوجود البدل إقرار بوجود المبدل ، والعكس صحيح ، فإن كان المبدّل بغير بدل فلا حكمة من تسميته مبدّلاً إطلاقاً .

ثم ما الذي سيُغيّر من الأمر أن نستبدل الحقّ الخاص بالحقّ العام ، هل هذا إنكار لفكرة الحقّ أم جدل حول تحديد الهُوية العامة لصاحبه ! ؟ ثمّ يحق لي ، كما للآخرين ، أن أتساءل : لماذا يُجرِّم القانون العدوان على أرواح الناس وممتلكاتهم ؟ هل يكمن الأمر في رغبة واضع القانون في أن يضع واجبات على الناس بغير علة أو حكمة ؟ ألا ينبغي أن نتدبر في تفكيرنا أن الواجبات هي قيد على الحرية أساساً ، وبالتالي فإن القيد لا يكون موضوعاً لذاته بل لغيره ، كي لا تصبح الواجبات أصلاً والحرية استثناءً ؟

كما أن فكرة الحقّ وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إليها فإنها لم تحل دون شيوع استخدامها في اللغة العادية اليومية ، وكذلك أصبح من الصعب – إن لم يكن من المستحيل – عرض القانون الخاص أو فهمه في الوقت الحاضر دون اللجوء إلى استخدام فكرة الحقّ . فوجود فكرة الحقّ قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون ، بل إن هذا الوجود يُعبِّر عن حقيقة من الحقائق القانونية

الجوهرية[1] .

وأمام كل هذه الإثباتات وتلك التساؤلات فإن إيضاحها والتفصيل فيها والإجابة عنها تسحبنا إلى الإقرار بحتمية وجود فكرة الحقّ ، التي تتأسس عليها جميع النظم القانونية مهما اختلفت ، أو اختلف في تحديد طبيعتها .

50) - تحديد الاعتبارات الدافعة لإثبات وجود فكرة الحقّ : -

لا شك في أن اصطلاح الحقّ لا يتغاير معناه في اللغة أو القانون ، فالشخص العادي يدرك المعنى الذي يحمله لفظ الحقّ ، كادراك المشتغل بالقانون له ، فإذا قيل إن فلاناً له الحقّ في ملكية هذا المنزل أو هذه السيارة أمكن بسهولة إدراك ان هذا الشخص يحق له من دون غيره أن يستعمل هذا الشيء أو يستغله أو يتصرف فيه ، وهكذا الشأن إذا قيل : إن فلاناً - العامل - له حقّ في مواجهة فلان - صاحب العمل - ، أو أن للدولة حقًّا في الحصول على الضرائب وهكذا . وعلى بساطة هذا المفهوم المُعطى للحق ، ليس لأحد أن ينفي هذا الناموس الطبيعي المرتبط بكيان الإنسان الذي به تتحدد معالم وضعه في الحياة وحقيقة موقعه فيها ، وبالتالي تحديد الدور الذي ينبغي عليه أداءه في المجتمع ، فهل هو غني فيُؤخذ منه ، أم هو فقير فيُعطى له ، أم هو قادر فيحاسب ، أو عاجز فيُعذر ؟ فينبغي معرفة ما له ، حتى نعرف ما عليه وهكذا . . .

إن الظروف الحديثة للحياة تقتضي حتماً أن يترك للإنسان الذي يكسب حقه

---

(1) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 18 .

مجالا من الحرية ، صحيح أن هذا ليس بالعمل السهل ، وصحيح أن حرية الفرد في دولة صناعية في العصر الحاضر لا يمكن أن تكون كحرية الفلاح أو التاجر في مستهل القرن التاسع عشر . إلا أنه لم يثبت بعد أنه من المستحيل أن يكون للفرد اليوم المجال الذي يكون خلاله حراً ؛ إن الإقرار بفكرة الحقّ ليس متكئاً على أساس أن توفير الحرية للفرد ما يزال حتى في الظروف الحديثة إحدى وظائف السياسة القانونية ، بل هو المسوّغ لقبول هذه السياسة ، بحيث إنه لا يمكن القول فقط إن فكرة الحقّ ، بوصفها وسيلة قانونية للحرية الفردية ، ما تزال لها اليوم ما يسوغها ، بل إنها أضحت في الوقت الحاضر أساساً مسوغاً للقانون في تنظيمه لمختلف العلاقات والنزاعات والكيانات وما شاكل في المجتمع .

ولا شك في أن ما وصلت إليه البلورة في تسويغ فكرة الحقّ – كما يصوّرها البعض[1] – هي نتيجة بعض التطورات التاريخية الفكرية ، إنها على التخصيص ثمرة المذهب العقلي ، لكنها تعد كذلك كشفاً قانونياً لقيمة تعلو على التاريخ تحتفظ بمعناها في علم القانون الراهن .

51) – مواطن ضعف التوجّه العام للقائلين بالإنكار :

ليس من الصعب على أي صاحب فكر ، وإن لم يكن حاذقا أن يعي ضعف المسوغات التي ساقها دعاة الإنكار ، وهشاشة الاعتبارات التي انطلقوا منها ، ومدى تصويرهم الخاطئ لكثير منها ، على أنها تدفع لإنكار فكرة الحقّ ، في حين على العكس هي نفسها ، الدافعة ، والمدافعة عن قيمة الحقّ .

---

(1) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 46 .

إذ إن ما أقاموه من اعتبارات واهية لإنكار فكرة الحقّ لم تكن قادرة على التصدّي لها ، لا لشيءٍ إلا لأن الكثير مما طرحوه ليس له علاقة بوجود أو عدم وجود فكرة الحقّ ، أو أنهم أساؤوا فهم الكثير ، أو تعمّدوا تحريف فهمهم لها ، لأجل إنكار الفكرة ، فما علاقة الرأسمالية أو الاشتراكية بفكرة الحقّ ، حتى وإن امتدت أتربة الصراع بين الفكرين إلى ميدان الحقّ ، فإنها لم تتعدى حدود الجدل حول من يملك الحقّ ، لا حول وجود الحقّ من عدمه !

ولعلّ نقطة الضعف الرئيسية التي انتابت أفكار المنكرين ، أن اعتباراتهم ، ومهما لصقوا لها من معطيات أو أحاطوا بها من صفات ، وسواء أكانت ذوات أبعاد سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ، جميعها قد انطلقت من فلسفة وضعية ما هدأت ، وما تزال إلى يومنا هذا لم تهجع ، إلاّ بنسف فكرة الحقّ عن بكرة أبيها ، لدوافع تتعلق في إعلاء كلمة السلطة ، وجعل القانون آلة بيدها ، منكرين أن الحقّ هو مصدرها لا نتيجة لها ، على حين أنهم لا يغضون الطرف عن دور الحقّ في الحديث عن نشوء الدولة ، وإن بهم قد أولجوا أنفسهم في دوامة لا يعلمون بدايتها ولا نهايتها .

عليه ستكون مسوغات واعتبارات وجود فكرة الحقّ هي ذاتها المسماة للإنكار ، مع تصحيح في تصويرها ، سواء أكانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية ، على أننا سنركز أكثر في الرد عل الاعتبارات الوضعية . وذلك في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول

الرد على تصوير الاعتبارات غير الحقوقية

52) - لا يؤلم الجرح إلا من به ألم ! : -

إن محاولات إنكار فكرة الحقّ التي صدرت من غير الحقوقيين ، والتي أخذت طابعا غير حقوقي لم يتصدَ لها أحد من غير الحقوقيين ، ولا عجب في ذلك ؛ إذ لا تشكل فكرة الحقّ قواماً للعلوم الإنسانية سوى علم القانون ، فنسفها لا يعني لتلكم العلوم شيئاً ، في حين أن إنكار الفكرة ، وبلا أية مبالغة ، هو إنكار لعلم القانون في ذاته ونسف لأساسه ؛ ولهذا تجد أنه ليس من بين المدافعين عن فكرة الحقّ - بمعناها الحقوقي الخاص - أحد من المختصين بغير علم القانون إلا مَنْ رحم ربي .

والغريب في الأمر أن الكثير من المنكرين لفكرة الحقّ من الوسط الحقوقي قد تأثروا بأفكار لا علاقة لعلم القانون بها ، فهذا "ديگي" المتأثر بعلماء الاجتماع أمثال "دوركايم" و" كونت" ؛ وإن كان هناك مَنْ ردّ على محاولات الإنكار هذه من الحقوقيين ، لكن قد لا نجد من فصّل الرد على غير الحقوقيين في إنكارهم لفكرة الحقّ ، لا من الحقوقيين ولا من غيرهم ، ولكون الجُرح لا يؤلم إلا من به ألم فإنه من الملائم لكل حقوقي الردّ على تلك الأفكار ، وإن كانت ردوده قائمةً على منطلقات غير حقوقية .

المطلب الأول

الرد على تصوير الاعتبارات السياسية

53) - فكرة الحقّ ليست تعبيراً عن سياسة الفكر الفردي وفلسفته :

لا شك في أن فلسفة الفكر الفردي تدفع بالفرد إلى المقدمة كعضو في المجتمع وتمجده حتى يصبح هو الحقيقة ، بل هو القيمة الأساسية في الكون ، فالأفراد هم الذين يصنعون المجتمع ، وأن سعادة الفرد هي التي تقوم عليها رفاهية المجتمع [1] . والواقع الذي لا مرية فيه هو أن الاتجاهات الفردية والليبرالية

---

(1) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، النظرية العامة لحقوق الإنسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2014 ، ص 58 . ويَذكر ، المؤلف نفسه ، ص 56 . (يمكن اعتبار المذهب الفردي بمثابة ايدولوجيا تمثل نظرة إلى الحياة في مجالاتها المختلفة :

أ- الفردية الليبرالية : وهي تنطلق من مسلمة مفادها أن الفرد قيمة مطلقة . وهو إنسان قبل كل شيء بمعزل عن الخصوصيات التي تميز بين صيني أو تركي . . المهم جوهر الإنسان وليس وجود الإنسان . ينتج عن ذلك أن جميع الأفراد متساوون ، وأن المجتمع ما هو إلا تنظيم نشأ بمحض إرادتهم : إن الفرد هو الغاية العليا والذات الحرة .

ب-الفردية السياسية : فإن الفردية السياسية هي الاتجاه إلى وضع المؤسسات السياسية والقانونية والاجتماعية لبلد ما في خدمة المصالح الخاصة للأفراد الذين يكوّنون الشعب بمعزل عن المصالح الجماعية وطنية كانت أو عائلية أو . . . .

ت-الفردية الاقتصادية : إذا ترك الفرد لحاله في المجال الاقتصادي بعيداً عن تدخل سلطات الدولة سيحقق أكبر مصلحة ممكنة . وهو عندما يبحث عن مصلحته الخاصة فإنه يخدم أيضاً المصلحة العامة .

ث-الفردية الاجتماعية : لا يمثل الفرد المعزول تماما عن المجتمع الحقيقة الإنسانية ، فالإنسان كائن فردي وكائن اجتماعي في آن معاً ، لذا فإن النظام الاجتماعي ليس بغريب عن الفرد . وبالتالي فإن المجتمع بتركيبته السياسية - القانونية لا يفرض على الفرد بل ينبع من ذاته . فالفرد وإن خضع للقوانين الاجتماعية يبقى حرا) .

في شتى صورها التي عرفها التاريخ ظلت ردحاً من الزمن ، وحي أولئك الفقهاء الذين نادوا بفكرة الحقّ . ولقد طَوَّع هذا لبعض الشراح أن يقول : إن الحقّ هو أفصح وأقوى ترجمان للفردية في القانون[1] . ولم يعجب البعض من الفقهاء هذا

(1) القول لفقيه يدعى (ماسبيتول) ، نقلا من : د ، عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص42 . (وقد لخّص الدكتور محمد سعيد مجذوب المرتكزات الأساسية للمذهب الفردي ، بشكلٍ جميل ، في النقاط الآتية : (ص 57)

- **امتلاك الأفراد لحقوق طبيعية** : كانوا يتمتعون بها في الحياة البدائية ، وهي حقوق نابعة من ذواتهم وليس من الحياة الاجتماعية . مما يعني أن الدولة بتنظيمها لهذه الحقوق لا تفعل أكثر من الاعتراف بها وإضفاء الطابع الرسمي على شيء قائم ، فهي لا تخلق هذه الحقوق بل تصونها فحسب .
- **الفرد هدف المجتمع السياسي** : إن هجر الأفراد للحياة البدائية ، ودخولهم الحياة الاجتماعية كان يهدف إلى تحقيق أفضل لحقوق الأفراد الطبيعية . الهدف إذن من إقامة مجتمع سياسي يبقى محصوراً بهذه القضية ، ولا يمكن أن يضحى بالفرد من أجل المجتمع الذي يجب أن تبقى سلطانته مقيدة بحدود السبب الذي أنشئ من أجله لضمان عدم التعسف .
- **وظيفة الدولة** : طبقاً لما ورد تقتصر مهمة الدولة على مجرد حماية الحقوق والحريات الفردية . وهذه الحماية تتحقق بمبادرة الدولة إلى حماية الأفراد من الاعتداءات الخارجية ، ومن اعتداء بعضهم على البعض الآخر في الداخل . يعني ذلك أن دور الدولة ينحصر بالدفاع والأمن وإقرار العدل ، وتنتفي أية وظيفة أخرى لها .
- **وجود مجال مستقل محفوظ للأفراد** : على هذا الأساس هناك مجالا عَمَلٍ مستقلان في المجتمع السياسي أحدهما يمكن الدولة من أن تنشط في اطاره ، والآخر محفوظ لعمل الأفراد ويحظر على الدولة أن تتدخل فيه . هذا المجال هو مجال الحريات الذاتية والحقوق الشخصية للأفراد .
- **الحرية الفردية وسيلة لتقدم الفرد والمجتمع** : يرى الفرديون أن تمتع الأفراد تمتعاً كاملاً بحقوقهم وحرياتهم يؤدي إلى نمو شخصياتهم وقدراتهم ولكن يؤدي كذلك إلى تقدم المجتمع وازدهاره . فالحرية هي سعادة للفرد وهي واحدة من المقومات الأساسية للمدنية والحضارة والتربية الاجتماعية الصحيحة وجزءاً لا يتجزأ منها جميعاً) .

القول ، فردّ عليه[1] : ((إلا أن هذا القول قد ذهب مذهباً بعيداً جداً ، ذلك لأن القول بوجود الحقّ ليس اعتناقاً للمذهب الفردي وحده ، ولا هو بالمسوغ لاستعمال الحقّ على نحو تعسفي أو على نحو يعارض مصلحة الجماعة . صحيح أن فريقاً من الفقهاء لم يؤمنوا بفكرة الحقّ ، لما وقع في وهمهم أنها فكرة لا تقبل التقييد لا كمًّا ولا كيفاً ، وأنها تنتزع بذلك إلى " الإطلاقية " . إلا أن هذا غير صحيح ، إذ القول بفكرة الحقّ لا يعنى البتة وجوب الأخذ بها مطلقة من كل قيد . فالقانون الذي ينشئ الحقّ يملك أن يضع له من الحدود والقيود ما يكفل عدم مزاحمته لغيره من الحقوق[2] ، وما يجعله خليقاً أن يحقق الخير العام ، خير الجماعة . ذلك لأنه وإن يكن صحيحاً أن الفرد موجود وأن له حقوقاً ، فصحيح كذلك أن الفرد لا يعيش معزولاً عن غيره . وإنما يعيش مع نظرائه الذين تكون لهم حقوقهم المساوية لحقوقه ، والتي أحياناً ما تكون أعلى كيفاً من حقوقه . إنه يعيش في جماعة منظمة هي الجماعة السياسية ، التي تمنح الحقوق والحريات لكل فرد أو لكل جماعة على وفق لما يقتضيه الخير العام . ولذا لم يَجُزْ – لا من الناحية الأخلاقية ولا من الناحية القانونية – أن ينشأ الحقّ مطلقاً من كل قيد . بل إن القانون نفسه ، وهو في حقيقة الأمر يمثل إرادة الحاكم ، لا يلبث أن ينزع نزعة مطلقة ، إن هو خلا من فكرة الحقّ .)) . وعلى الرغم من أن هذا الرأي جاء مدافعا عن فكرة الحقّ ، إلا أنه رجع ، وجعل فكرة الحقّ مقيدة بمصدرها ، إذ جعل من القانون المصدر المنشئ للحق ، فالقانون يملك أن يضع قيودا وحدودا له – أي للحق – ، ونحن لسنا مع هذا التوجّه ، فالحقّ أسبق في الظهور ، وما

(1) فقيه القانون الخاص الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص43 .

(2) مع تحفُّظنا على هذه الجملة .

القانون إلاّ وسيلة لحفظه[1] . وتوجُّهنا هذا لا يعني أن فكرة الحقّ تعبر عن سياسة الفكر الفردي وفلسفته ، ذلك أن احترام الحقوق والإقرار لها بالأولوية والأفضلية والأسبقية ينصب في إثبات وجودها أو إثبات مكانتها من القانون ومن مختلف الأوضاع والقيم والنظم القانونية ، وليس في إثبات جهة الحقّ ، فالاختلاف بين الفكرين الفردي والاجتماعي ليس منصبا على وجود الحقّ ، وإن فُهم على أنه كذلك ، إنّما منصب على من يكون له الحقّ ، فالإنكار ليس منصبا على الوجود بقدر انصبابه على الجهة . عليه فليس هناك من صلة جوهرية بين فكرة الحقّ وبين الفلسفة الفردية ، فالفقهاء في البلاد الاشتراكية يستخدمون فكرة الحقّ في الحياة الجارية ، بل إنهم ينقشونها ويتدبرونها ويوائمون بينها وبين الظروف الاجتماعية الحديثة ، وفي هذا دليل على أنهم من الناحية الأيديولوجية لا يقبلونها فحسب ، بل يرونها عظيمة الأهمية لخير الإنسان[2] .

من جانب آخر فإن فكرة الحقّ ليس من الشأن التسليم بها أن تضع تدخل القانون على الرف ، صحيح أننا لا نرى في القانون منشئا لأي حقّ إلاّ على أساس أنه وضع ينشأ به حقّ وضعي - على ما سيأتي بيانه - إلا أن هذا لا يعني تدخل القانون لفك ما قد يحصل من تزاحم وتصادم في استعمال كل ذي حقّ حقه . فالقانون ، على سبيل المثال ، حين يتيح للشخص - ويجب أن يتيح له - أن يستعمل قدراً من الأشياء المادية ، استعمالاً حراً وكاملاً ، فإنما يَقُرُّ له بحق ملكيته على ذلك القدر من الأشياء ، ولكنه حين يقيد - ويجب عليه أنْ يقيد - هذا

(1) سنعالج هذا الموضوع بالتفصيل في الباب الثالث من هذا الكتاب إن شاء الله .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، المرجع السابق نفسه ، 44 .

الاستعمالَ الحرّ الكامل ، كأن يجزئ الملكية أو يورد عليها بعض الأعباء أو يمنعها من أن تتنمر للغير أو تتمرد على الجماعة ، فإنما يرد حقّ الملكية إلى صراط الجماعة المستقيم . وليس نقيض الحقّ أن تصبغه الجماعة بصبغتها ، وليس نقيض الحرية الذاتية أن يوضع زمامها في يد الجماعة التي تقيد منها على وفق لمقتضيات الحياة الجماعية التي ما برحت تتنوع وتتحرك وتتقدم . وهذا حل أكثر ما يكون اتفاقاً مع طبيعة الإنسان الحقيقية من حيث كونه فردياً واجتماعياً في وقت معاً[1] . لكن خصوم فكرة الحقّ ركّزوا على الجانب الفردي للإنسان ، إذ أن فكرة الحقّ تجعله مُبدياً لنفسه على غيره ، بل على الجماعة التي ينتمي إليها ، وهذا ما يجعل من فكرة الحقّ ذات طابع أناني ، صحيح أنها قد تعطي انطباعاً أوليا بذلك ، لكنها ليست هي التي تجعل من الإنسان أنانيا ، إذ المسألة أكثر ارتباطا بتركيبة النفس البشرية ، فهي مسألة تقودها طبيعة الإنسان في حبه للاستئثار والتملك منذ نعومة أظافره ، ولعلّ هذا ما دفع أكثر أنصار فكرة الحقّ تمسكاً بها إلى الاعتراف بما للحق من أهداف اجتماعية ، إلى جانب أهدافه الفردية ، فلا يجوز لصاحب الحقّ – على وفق رأيهم – أن يسيء استعمال حقه ، صحيح أنه لا يخلو الأمر من بعض إساءات أو تعسف في استعمال الحقوق ، ولكن ليس من أجل هذا يتعين التخلص من فكرة الحقّ ، فضلاً عن أن الاتجاه الحديث في

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 43 . ويضيف : ((إن الحقّ ، مطلقاً من كل قيد ، لم يكن إلا صورة مصطنعة أو مجرد أسطورة ، فالحقّ المطلق لم يوجد أبداً ولا يصح التفكير فيه . إذ إن وجوده يعني عدم وجود القانون ، بل عدم الحقّ ذاته ، على النحو الذي صوره هوبز Hobbes وهو يصف حالة الطبيعة التي لم يكن الأمر فيها إلا للقوة والختل . والحقوق – مهما اشتد ميل أصحابها إلى إساءة استعمالها – لم تكن أبداً حقوقاً مطلقة ، على الأقل من حيث المبدأ ، لسبب مزدوج هو أنها تستمد قيمتها من القانون ، الذي يرسم لها حدودها بالنسبة إلى حقوق الآخرين وحقوق الجماعة)) .

التشريعات يرى أن التعسف في استعمال الحقوق أمر غير مشروع [1] .

54) - عدم تعارض فكرة الحقّ مع أي نمط للدول :

ليس ثمة تعارض يذكر بين الإقرار بفكرة الحقّ وتبني أية سياسة تتخذها الدولة ، فليست فكرة الحقّ حكرا على الدول الديمقراطية ، فهي موجودة ومعترف بها في الدول الدكتاتورية أيضا ، لكن مع تغيير في أبعادها ، ففيها لا يتمتع أفراد المجتمع بتوفر الفرص في تولي المناصب ، وأكثر من ذلك ، قد تتصادر حريات وحقوق كثيرة في ظل السياسات الدكتاتورية ، كحرية الرأي والتعبير ، وأحيانا حقوق كالتملك وما إلى ذلك ، لكن عدم الاعتراف ببعض الحقوق لا يسوغ إنكار فكرة الحقّ ، فالحقوق - لا سيما الطبيعية المقررة للإنسان - موجود لكنها غير مستعملة أو غير مستغلة .

ولما كان من شأن الدولة القانونية أن تُحترم فيها الحقوق والحريات ، فهذا لا يعني - البتّة - أن إهدار هذه الحريات وتلك الحقوق في ظل الدولة البوليسية ، وهي الصورة المعاكسة للدولة القانونية [2] ، أو أن عدم احترام هذه الحريات أو

---

(1) المرجع السابق نفسه ، ص 44 . ولاحظ : نص المادة (7) مدني عراقي .

(2) ينص الدكتور ثروت بدوي في بحثه عن الدولة القانونية ، ص 55 : على ما يلي : ((ويجب التمييز بين الدولة البوليسية والدولة الاستبدادية ، ففي هذه الأخيرة تعسف الإدارة بالأفراد حسب هوى الحاكم أو الأمير وتستبد بأمورهم . أما في الدولة البوليسية فليس للأفراد حقوق قبل الدولة وللإدارة سلطة تقديرية مطلقة في اتخاذ الإجراءات التي تحقق الصالح العام للجماعة ، وذلك على أساس أن الغاية تبرر الوسيلة ، أي : أنه بينما تستهدف السلطة في الدولة البوليسية مصلحة المجموع نجد الحاكم المستبد لا يبغي إلاّ مصلحته الشخصية . ومن ثم يكون الحاكم في الدولة الاستبدادية مطلق التصرف وغير مقيد بأي قيد ، لا من حيث الوسيلة ولا من حيث الغاية ، أي : أنه يعمل كل ما يحاوله ولو كان ←

تلك الحقوق في الدولة الاستبدادية ، هو إنكار للحق فكرةً نظريةً واقعةً ، إذ لا بد من التمييز بين الإعمال بالفكرة ووجوديتها ، فليس بمقدرة أو مصلحة أية سياسة في العالم أن تلغي فكرة الحقّ من جذورها ، وإن كان لها أن تعيد مسار تطبيقها ، فهذا ليس إمعاناً في إنكارها .

ولا شك في أن جميع الدول تدّعي أنها دولا تخضع فيها الإدارة للقانون ، فمنها ما صدق زعمه ، ومنها ما كذّبه واقعها ، ولعل أبرز دليل على أن الدول صادقة في إدّعائها من عدمه – بحسب رأينا – هو مدى احترام الحقوق الفردية فيها [1] .

← فيه إساءة إلى الجماعة التي يتولى أمرها . أما في الدولة البوليسية فالحاكم وإن كان غير مقيد من حيث الوسيلة فهو مقيد من حيث الغاية ؛ لأن حريته في اتخاذ ما يراه من الإجراءات مشروطة بأن يبغي في هذه الإجراءات مصلحة الجماعة وليس مصلحته الشخصية . على العكس من كل ذلك في الدولة القانونية حيث لا تستطيع الإدارة أن تتخذ أي إجراء قبل الأفراد إلاّ وفقا لقواعد قانونية موضوعة مقدما ، تحدد من حقوق الأفراد وتعين وسائل تحقيق الأهداف الإدارية ، كما أن نشاط الدولة محدود بتحقيق الخير العام للجميع ؛ فالسلطة مقيدة من حيث أهدافها ووسائلها على السواء . ولعل أهم ما يميز الدولة القانونية هو أن السلطات الإدارية لا يمكنها أن تلزم الأفراد بشيء خارج نطاق القوانين المعمول بها ، وذلك يعني تقييد الإدارة من ناحيتين : فمن ناحية لا تستطيع الإدارة حينما تدخل في معاملات مع الأفراد أن تخالف القانون أو تخرج عليه ، ومن ناحية أخرى لا تستطيع أن نفرض عليهم شيئا إلا إعمالا لنص القانون أو بموجب القانون . فعلى رجل الإدارة إذن قبل أن يتخذ أي إجراء ضد أحد الأفراد ، أن يبين له القانون الذي استمد منه سلطة اتخاذ ذلك الإجراء ، وبعبارة أخرى ليس على الإدارة فقط أن تمتنع عن مخالفة القانون ، بل يجب عليها فوق ذلك ألا تتصرف إلا بموجب نص قانوني .)

(1) إذ تتعدد مظاهر الدولة القانونية ، وقد أوردها البعض على أنها عناصرها أو خصائصها ، وهي ستة : وجود دستور ، والفصل بين السلطات ، وتدرج القواعد القانونية ، وخضوع الإدارة للقانون ، ووجود رقابة قضائية ، والاعتراف بالحقوق الفردية لكن الأخيرة أهمها في نظري ، إذ من الممكن أن نرى في جميع الدول دستورا ، لكنه قد يكون معوجا في بعض الأحيان ، فوجوده أسوأ من عدمه ، وفصلا بين ←

←

سلطات ثلاثة غير مدروس ، أو بين سلطات لم تتشكل بالطرق الديمقراطية ، أو قواعد قانونية متدرجة ، يعلوها دستور جامد ظالم ، وخضوع لقانون فاسد وضعته الإدارة لنفسها ، ورقابة قضائية معوجّة ، تراقب فقط ما هو مخالف للقانون الموضوع من قبل الحاكم بجهالة ، أيا كان موقفه ، لكن يبقى الاعتراف بالحقوق الفردية السمة الأساسية التي تنضبط بها مظاهر الدولة القانونية الأخرى . وهنا يقول الدكتور ثروت بدوي في بحثه سابق الذكر ، ص 63 : ((إن نظام الدولة القانونية يهدف إلى حماية الأفراد من عصف السلطات العامة واعتدائها على حقوقهم ، فهو يفترض وجود حقوق للأفراد ، في مواجهة الدولة ؛ لأن المبدأ ما وجد إلا لضمان تمتع الأفراد بحرياتهم العامة وحقوقهم الفردية . غير أن الحقوق الفردية في الدولة الحديثة قد فقدت مدلولها التقليدي الحر الذي كان يجعل منها حواجز منيعة أمام سلطان الدولة ، ويسد في وجهها مجالات معينة يحظر عليها الاقتراب منها ، وبالتالي يحدد سلطاتها ، وأصبحت الحقوق الفردية بمدلولها الجديد لا تتطلب حتما تقييد سلطات الدولة ، بل على العكس توجب تدخل الدولة في بعض الأحيان ، كما أنه ظهرت حقوق فردية جديدة ، الحقوق الاقتصادية ، تفرض على الدولة التدخل من أجل تحقيق مستوى مادي معين للأفراد ، يسمح لهم بممارسة حرياتهم الأخرى التقليدية . ولا شك أن الحقوق الفردية بمدلولها التقليدي الحر هي الأقرب إلى تحقيق نظام الدولة القانونية الكامل ، لما تفرضه من قيود على سلطات الحاكم ولما تتضمنه على امتيازات الأفراد . ومع ذلك فإن الحقوق الفردية بمدلولها الحديث – وإن كانت تحد من مبدأ خضوع الدولة للقانون بما تتضمنه من توسع في اختصاصات الدولة – فهي لا تتنافى كليا مع ذلك المبدأ ، بل على العكس تدعمه وتقويه من حيث أنها تفرض على الدولة التزامات معينة ، وبالتالي تخضع نشاطها لقواعد معينة يمتنع عليها أن تحالفها . غاية الأمر أن مدلول المبدأ قد تغير . فبعد أن كان خضوع الدولة للقانون خضوعا سلبيا ، إذ يمتنع عليها الاعتداء على الحقوق الفردية إعمالا لمبادئ المذهب الفردي الحر ، أصبح الخضوع إيجابيا في الدولة الحديثة ذات النزاعات الاشتراكية نظرا لما يفرضه عليها القانون من التزامات إيجابية بقصد تحقيق مستوى مادي مبين للأفراد . ففي كلتا الحالتين نجد الدولة تخضع للقانون ، وإن كان خضوعها في الوقت الحاضر أضيق نطاقا من خضوع الدولة الحرة التي تقوم على المذهب الفردي ، إذ إن الدولة الحديثة قد اتسع اختصاصها بعكس الدولة الحرة التي كانت مقيدة في اختصاصاتها إلى حد بعيد)) مع ملاحظة أن الدولة الحديثة – في منظور الباحث – هي الدولة الحديثة في عقدي الخمسينات والستينات من القرن الماضي .

55) - إنكار التعارض بين الحقّ والديمقراطية :

الدولة الديمقراطية - ببساطة - هي الدولة التي يحكم فيها الشعب نفسه بنفسه ، عبر ممثلين له يختارهم ؛ ليديروا شؤونه ؛ ولا شك في أن أي شعب ما هو إلا مجموعة من أفراد تجانسوا فيما بينهم لوجود مشتركات تجمعهم ، وكونوا شعبا على بقعة معينة من الأرض ، صحيح أن مجموع هذا التجمع المسمى بالشعب ، أو أغلبيته هو الّذي اختار السلطة الحاكمة ، لكن هذا الاختيار ما كان ليتمّ ما لم تنعقد إرادات الأفراد لهذا الاختيار ، ولهذا فإن ما صوّره بعض المفكرين ، وعلى رأسهم "جان جاك روسو" عن الفكرة الديمقراطية على أنها إغراق للفرد في الجماعة ، وضياعا كاملا لحريته في سبيل سيادة الدولة - على ضوء ما سبق ذكره - لا يعني أن لا حقوق لهذا الفرد ، تتَّصف بالصفة الفردية ، في ظل تطبيق فكرة الدّيمقراطية ، بل إن حقوقه هي المؤسسة ، مع حقوق بقية أفراد التجمع المشكل للشعب ، للسلطة الحاكمة التي تنعقد لها سلطاتها باسم الشعب ، وهذا هو جوهر الديمقراطية ؛ ولعلّ هذا التصوير غير العقلاني للديمقراطية تسويغ لسلطة من غير مسوّغ ، فتجريد الديمقراطية عن احترام حقّ الفرد في معطياتها ، وفي ممارستها ، هو إفراغ لها من محتواها ، وقد لاحظنا كيف لاقت فكرة الديمقراطية انحرافا عند كل من "هوبز" و"لوك" نحو النظام التمثيلي ، الأمر الذي ادى إلى استمرار إخضاع الفرد للسلطة [1] . وإذا رجعنا إلى ما رسّخه "روسو" من اعتقاد ثابت عن فكرة الديمقراطية الحديثة ، فالإدارة العامة عنده تعد تعبيراً للكيان الجماعي ، ولا ضير في ذلك ، فالأفراد هم تشكيلة هذا

(1) لاحظ د . منذر الشاوي ، الدولة الديمقراطية ، ص 134

الكيان وعموم إراداتهم إرادة عامة لهذا الكيان ، لكن من نقل عن "روسو" هذا التصور أخطأ في توصيفه بأنه "أبو" الحكم الشمولي ، إذ ظنوا أن جوهر مذهبه ((هو في عدم منح السيادة إلى أي فرد أو إلى أي مجلس أو إلى أي كيان حتى ولو كان الشعب ، فالشعب ليس صاحب سيادة ، فهو لا يستطيع أن يريد بشكل تحكمي ، فهو لا يمكن أن يريد إلاّ بوساطة قوانين عامة . فإذا صوّت حتى بالإجماع على قانون خاص فإن هذا القانون باطل)) [1] ؛ غير أنه لا شيء من كل هذا يوجد في نظرية "روسو" ، فقد أراد أن يقول ما يخالف تماماً ما كتبه . حيث احتاط "روسو" صراحة عند الكلام عن الكيان السياسي قائلاً بأنه ليس إلا كياناً مصطنعاً ، أي : صنعه العقد الاجتماعي ، وأن وجوده ، إن صحّ التعبير ، تمّ بفضل التعاقد ؛ ويُضيف بأن صاحب السلطان لا يتكون إلا من الأفراد المكونين له[2] . وهذا يعني بلا شك أن أساس الديمقراطية هو نتاج ممارسة كل فرد لحقه ، ولهذا ذهب البعض[3] إلى أن (فكرة وجود حقيقة جماعية متميزة عن الحقيقة الفردية هي أمر غريبٌ تماماً عن تفكير روسو) .

وقد لاحظ بعض الفقه[4] أن القيود على السلطة نجدها في تعريف الإرادة العامة في الصفة المزدوجة لعمومية القانون التي تقتضي في أن يصوّت عليه من كل الشعب ويكون لكل الشعب ، أي : من كل الأفراد ولأجل كل الأفراد

(1) الرأي لـ "كابيتا" ، المرجع السابق نفسه ، ص 136

(2) روسو ، في العقد الاجتماعي ، الكتاب الأول ، الباب السابع . نقلاً عن المرجع السابق نفسه ، ص135

(3) الدكتور منذر الشاوي ، المرجع والإشارة ذاتهما .

(4) كابيتا ، كتابات دستورية . نقلا من المرجع السابق .

المكونين للشعب ؛ أما إذا تمّ تجاوز هذه القيود فإن السيادة تتلاشى وينحل صاحب السلطان وينفرط العقد الاجتماعي ، مهما كانت السلطة السائدة مطلقة ، ومقدّسة ، ومحصّنة ، يقول "روسو" : (فإنها لا تتجاوز ولا يمكن أن تتجاوز حدود الاتفاقات العامة ، وكل فرد يستطيع أن يتصرف بكامل ما أبقته هذه الاتفاقات من أمواله وحريته ، بحيث إن صاحب السلطان لا يملك أي حقّ في أن يُحمِّل شخصاً أكثر من آخر ؛ لأن المسألة تصبح عندها خاصة وسلطته لم تعدّ مختصة) [1] .

56) - فكرة الحقّ أساساً للدولة القانونية : -

سبق أن رأينا كيف أن تحديد أساس مبدأ خضوع الدولة للقانون قد قيلت فيه ثلاث نظريات ، هي : التضامن الاجتماعي ، والتحديد الذاتي ، ونظرية الحقوق الفردية ، ولعلّ النظرية الأخيرة هي الأقرب إلى الصحة في نظرنا ، ما دام الحديث هنا عن الأساس ، ذلك أن أي أساس خارج عن هذه النظرية يفيد بأن الدولة قد نشأت بمعزل عن إرادة الأفراد ورغماً عنهم ، وهذا غير صحيح ، فكيف يمكن تصديق أن خضوع الدولة للقانون بعيد الأساس عن هذه النظرية ؟ أليس من باب أولى القول إن خضوع الدولة للقانون ناجم من وضعها تحت رقابة من شأنها صون حقوق الأفراد ؟ ذلك أن أساس خضوع الدولة للقانون ليس منفك الصلة

---

(1) نقلاً من المرجع السابق ، ص136 . (يقول الأستاذ " كابيتا " : (إن سيادة الدولة كما يدركها "روسو" ، هي ليست إلا سيادة الفرد ، والصراع بين الدولة والفرد هي أطروحة ليبرالية تجد أصداءَها لدى لوك ، لكن كل مسعى الديمقراطية بفضل "روسو" هو تجاوز هذا الصراع والوصول إلى محصّلة حيث يتطابق الفرد والدولة) في كتابه : كتابات دستورية ، نقلاً من المرجع السابق نفسه .

عن أساس نشوئها ، فما كان لأي فرد أن يقبل وُلُوجَهُ في نظام الدولة إلاّ لمصلحة قرأها ابتداءً مفادها أن حقوقه بهذا الوضع المنظم ستُصان وتُحمى ، ولولا ذلك لما تظافرت قناعات الأفراد وترابطت إراداتهم نحو إنشاء هذه الهيأة المعروفة بالدولة .

فضلا عن ما سبق فإن جميع خصائص الدولة القانونية أو عناصرها تدور في فلك احترام الحقوق الفردية ، فالقانون ، الذي من واجب الدولة الخضوع له ، كي تتصف بأنها دولة قانونية ، ما هو إلاّ ما يعبر عن الإرادة العامة للجماعة في حماية حقوق أفرادها فرادى بشكل أولي ، ثم حقوقهم الجماعية ، فالقانون هو الوسيلة المُثلى لإحقاق الحقوق وتنظيمها وحمايتها ، وخضوع الدولة له يعني أنها لم تكن لتتشكل لولا ضرورة استدعتها الحاجة إلى هيأة حمائية للحقوق ، وأنزلتها منزلتها ، فخضوعها للقانون ضمانة حقيقية لتحقيق غايات تحققها ، وهي حماية الحقوق ، ولهذا لا يمكن النظر إلى أي سند ، أو الاستناد إلى أيما أساس خارج عن احترام الحقوق الفردية أساسا سليما ومتينا للدولة القانونية .

كما أننا لا نتفق مع من انتقد نظرية الحقوق الفردية في تفسيرها لأساس الدولة القانونية ، إذ يرى[1] أن أهم ما يُؤخذ على هذه النظرية إغراقها في التصور والخيال ، إذ تقوم على أساس أن للإنسان الفطري - قبل دخوله في الجماعة ، ولمجرد صفته إنسانا - حقوقا طبيعية ودائمة ، وانه احتفظ بهذه الحقوق حينما انخرط في سلك الجماعة ، وأن العقد الاجتماعي لم يكن من شأنه حرمانه من

(1) الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ، بحثه في الدولة القانونية ، ص 44 .

تلك الحقوق ، وإنما على العكس قصد به حمايتها والمحافظة عليها . ولا أرى أن فكرة العقد الاجتماعي قد خرجت إلى تنازل الأفراد جميعهم عن حقوقهم الطبيعية ، فهذه الحقوق ، ولأنها طبيعية ، لا تنفصل عن كيان الإنسان حتى وإن انخرط في تنظيم أو نظام معين كالدولة ، وهذا شيء طبيعي لا يخرج عن الواقع ، مما يعني أن نظرية الحقوق الفردية لم تغرق في التصوّر والخيال . وإذ يرى منتقدو نظرية الحقوق الفردية أنها تحول دون التطور الاجتماعي ، على أساس أن الدولة في مفهوم هذه النظرية لا تستطيع أن تضع قيودا على نشاط الأفراد إلاّ بالقدر الضروري لحماية نشاط الجميع . فهي لا تستطيع إذن إلاّ وضع قيود سلبية من دون أن يكون لها سلطة فرض التزامات إيجابية على الأفراد ، أي : أنها لا تستطيع منع الفرد من الاعتداء على حرية الآخرين ، وليس لها أن تلزمه بفعل شيء من أجل الآخرين لما في فرض مثل هذا الالتزام الإيجابي من اعتداء على الحرية الفردية [1] . وأرى أن هذه النظرة مبالغ فيها ، فمن جانب لا تستطيع الدولة أن تضع قيودا على نشاط الأفراد إلاّ بالقدر الضروري لحماية نشاط الجميع ، وهذا أمر طبيعي ؛ إذ ليس للدولة أن تقيّد نشاط الأفراد إلا لضرورة ما لا تخرج عن حرصها على حماية الجميع ، فحقوق الأفراد لا تتقيد إلاّ إذا تعارضت مع حقوق أولى منها في الرعاية ، ولا شك أن حقوق المجموع أولى من حقوق الفرد الواحد في الرعاية ، فلا يوجد عيب في هذا التوجّه للنظرية . ومن جانب آخر فإن القول بأن الدولة لا تستطيع – بناءً على تصورهم المغلوط للنظرية – إلاّ وضع قيود سلبية من دون أن يكون لها سلطة فرض التزامات إيجابية على الأفراد ، أي : أنها – وبحسب منتقدي النظرية – لا تستطيع منع الفرد من الاعتداء على حرية

(1) لاحظ : "ديگي" ، دروس في القانون العام ، ص70 .

الآخرين ، هو قول لا أساس له من الصحة ، إذ إن منع الفرد من الاعتداء على الآخرين هو في حد ذاته قيد سلبي على حرية الأفراد ، وقد اعترف منتقدو النظرية أن للدولة ، على وفق فهمهم للنظرية ، أن تقوم بذلك ، لكن الدولة لها أيضا أن تفرض على الأفراد التزامات إيجابية ، إذا اقتضت الضرورة ذلك في حدود القانون الذي يعمل على فك التصادم والتزاحم ما بين الحقوق ، وهذا الفك أو الحل أمر يمس حقوق المجموع ، وبالتالي لا جرم أن من واجبات الدولة ودواعي وجودها قيامها بهذه المهام ، وبالتالي فإن ما ذهبت إليه نظرية الحقوق الفردية في تفسيرها لأساس الدولة القانونية ، ليس فيه من تعارض مع اهداف الدولة الحديثة . حسب ما يزعم منتقدوها . كما يرى البعض[1] في نقده لنظرية الحقوق الفردية أساسا للدولة القانونية ، إن الحقّ الفردي لا قيمة له ما لم يحدد مضمونه وتبين وسائل استعماله ، الامر الذي لا يتصور بغير القانون ، ومن ثم فلا يمكن للحقوق الفردية أن تكون قيودا فعالة على نشاط الدولة ، لأنه لا أثر لها قبل تدخّل الدولة من أجل تنظيمها . وهذا كلام جدٌّ غريب ، فكيف لا تكون للحق الفردي قيمة بغير القانون ؟ ! إن أظهر قيمة لهذا الحقّ قدرته على إرساء أساس شرعي لكل من القانون والدولة ، فالأفراد من خلال حقوقهم وما لها من قيمة مؤكدة وقدرة مؤثرة ، أنشأوا دولتهم ، وعبروا بإرادتهم الجماعية عن مضمون القوانين التي يضعها ممثليهم (التشريع) ، وما اطردوا عليه في معاملاتهم وعلاقاتهم من عادات وتقاليد (العرف) ، فبما لهم من حقوق قائمة قبل نشوء الدولة والقانون ، أقاموا هذين النظامين ، وما الدولة إلاّ نظام أنشأه الأفراد لحماية

(1) لاحظ : د . ثروت بدوي ، بحثه في الدولة القانونية ص45 .

حقوقهم بوسائل يقف القانون على رأسها . كما أنه ليس صحيحا أن يُقال أن المذهب الفردي إذ يقابل بين الفرد والدولة إنما يؤدي إلى أحد أمرين : الفوضى أو الاستبداد ، لأنه إما أن يكون للفرد أن يحدد حقوقه بنفسه ، وحينئذ تنهار الدولة من أساسها وتكون الفوضى ، وإما أن تحدد الدولة وحدها مدى الحقوق الفردية ، ووقتئذ لن يقف في سبيلها شيء مما يؤدي إلى الاستبداد أو التحكم ، فهذا قول لا يقبله أيُّ عقل سليم ، فلا يحدد الفرد حقوقه بنفسه ، بل تحددها أمور تتصل بكيانه الإنساني وبأوضاعه القائمة ، كما لا تستطيع الدولة أن تحدد مديات تلك الحقوق ، إلاّ لأغراض تنظيمية تقف وراءها حاجة الأفراد أنفسهم لوجود الدولة ، فلا فوضى ولا استبداد في ظل تفسير نظرية الحقوق الفردية لأساس الدولة القانونية [1] .

57) - تصويب فكرة سيادة الدولة على وفق منطق فكرة الحقّ :

يبدو أن المغالين في إنكارهم فكرة الحقّ قد وصل بهم الأمر إلى إذابة كل ما على الدولة ، في سيادتها ، فصهروا الجميع في هذا المفهوم ، فصارت الدولة إلهاً يُعبد على أرضها ، وتبع ذلك أنها أضحت المالك الوحيد ، والمصدر الوحيد لتوزيع المزايا والأدوار على سكانها ، ويبدو أن هذه المغالاة لم تأت من فراغ ،

---

(1) ويعترف منتقدو نظرية الحقوق الفردية أساسا للدولة القانونية بأنه : ((ومع ذلك كله ، ورغم جميع هذه الانتقادات ، فلا شك أن تقرير الحقوق الفردية وخصوصا إذا ما ضمنت في وثيقة لها جلالها كوثيقة إعلان الحقوق ، لا شك أن ذلك التقرير من الناحية السياسية إن لم يكن من الناحية القانونية ، يحول بين المشرع وبين محاولة الاعتداء على الحريات الأساسية للفرد كلما أحس قوى الرأي العام ، فالنظرية - أي نظرية الحقوق الفردية - في الحقيقة لها قيمة سياسية أكثر منها قانونية)) . المرجع السابق نفسه ، الإشارة نفسها .

فهي نتيجة لاعتناق الأفكار الوضعية بعلاّتها ، فالدولة التي بات بيدها سلطة القهر والإجبار أمست منبعاً للحقوق ، تأتي المُلك من تشاء ، وتنزع المُلك ممن تشاء ، فظهرت أنظمة تُسوِّغها فكرة سيادة الدولة على إقليمها وشعبها ، كنظام الاستملاك ، ومصادرة الأملاك والاستيلاء على الممتلكات بذريعة المصلحة العامة ، ولعلّ هذا نابع من سوء فهم مبدأ سيادة الدولة ، فهذا المبدأ ليس مُوجّها نحو رعايا الدولة ، بقدر توجُّهِه نحو التعامل الخارجي للدولة مع غيرها ، وهو نابع ، وفي حدود ، التفويض المعطى لها ، أو للسلطة التي تمثلها ، من الشعب ، على وفق التعهدات المتبادلة بينهما بحسب مقتضيات نظريات العقد ، سياسياً كان هذا العقد أم اجتماعياً . بمعنى أن الدولة ما كان ينبغي لها أن تمارس سيادتها هذه ، لولا ما فوّضه لها شعبها ، بمعنى أنها ، في نهاية المطاف ، تمارس حقوق أفرادها مجتمعين ، في المسائل التي لا يستطيع الفرد بمفرده القيام بها ، وهو أمر تتكرّس به فكرة الحقّ أساسا متينا لمبدأ سيادة الدولة .

58) - فكرة الحقّ وتوزيع السلطة :

من حقّ كل سائل أن يسأل : ما الذي دعا إلى أن تتوجّه الدول المتمدينة ، التي تسود فيها القيم التي تنهض بالاعتراف بالحقوق وصون الحريات ، وبالتالي خضوع الدولة بجميع أجهزتها للقانون الذي وُضع للاعتراف بالحقوق وحمايتها ، إلى تبني فكرة توزيع السلطات إلى تشريعية وتنفيذية وقضائية ؟

ألا يستقيم الاعتراف بفكرة الحقّ أن تتركز هذه السلطات الثلاثة في جهة واحدة ؟

ومهما يكن من منطق الأفكار التي رسخت لفكرة توزيع السلطات والفصل بينها فإن فكرة الحقّ هي التي أعطت لهذا التوزيع دعامة قانونية متينة ، ذلك أن الحقوق إذا ما نشب نزاع حول استحصالها ودرء العدوان عنها ، فإن السلطة المختصة بالاستحصال تتوزع على جهتين اثنتين هما :

1- جهة تحتاج إلى الاستقلالية ، والحياد في عملها ، إذ يتعين عليها أن تقول كلمتها في فك التزاحم والتصادم بين الحقوق ، فتحكم إحقاقا للحق .

2- جهة تقوم باستعمال وسائل القهر في الدفاع عن الحقوق واستحصالها لأصحابها . وهذه الجهة هي أخطر الجهات على الحقوق بما تملك من سطوة وقهر ؛ لذا فهي تحتاج إلى من يراقبها ويعلو عليها ، برقابة سابقة بإصدار التشريعات التي تلزمها وتقيّد نشاطها ، وأخرى لاحقة بمحاسبتها عند الانحراف عن السلطة .

وهذا يُفسِّر وجود جهة رقابية عليا تتمثل في السلطة التشريعية التي يتم اختيارها مباشرة ، أو بأية طريقة أخرى ، من قبل الشعب ، تمارس رقابتها على السلطة التي بيدها طرق القهر والإجبار لاستحصال الحقوق وحمايتها ، منعا من أن تمارس هذه السلطة سلطتها في إهدار الحقوق وضياعها ، وهذه هي أهم سلطة في الدولة ؛ لتماسها المباشر بحياة الناس ، وقد سُمّيت بالسلطة التنفيذية ليس فقط لأنها معنية بتنفيذ القانون (التشريع) الصادر من السلطة الأولى ، بل لأنها على تماس بحركة الحياة في الدولة . لم يبق سوى السلطة التي تمارس مهامها بكل استقلال وحياد ، وهي السلطة القضائية المعنية

بتطبيق القانون (التشريع) الصادر من السلطة التشريعية ، والذي يرسم لها الخطوط العريضة لإرادة الجماعة ورأيها في توزيع الحقوق بين أفرادها ، ولأنها سلطة تصدر أحكاما ممكن أن تنفك بها حالات التزاحم والتصادم بين الحقوق ، وبالتالي النزاعات القائمة بين الأشخاص ، فلا بد من أن تمارس دورها باستقلالية تامة ، ليطمئن صاحب الحقّ على حقوقه من الضياع .

ففلسفة وجود هذه السلطات الثلاث والفصل بينها قائم تماما على فكرة الحقّ .

59) - الحقّ في ميدان الحياة السياسية لا تغني عنه فكرة الولاية السياسية :

تنعقد الولاية السياسية لمن يناط بهم حكم غيرهم من المواطنين ، ويعني القانون ببيان الهيئات التي تعقد لها هذه الولاية ، وهذا يقتضي أمرين : أولهما : العمل على اختيار أكثر الناس كفاية لحكم مواطنيهم وإدارة شؤونهم ، وقد تكون الطريقة المثلى في هذا الاختيار هو عقد مسابقات يختار من يجتازها ؛ والأمر الثاني : العمل على توقّي التعسف في استعمال الولاية . ومن الوسائل التي تجدي جدواها في هذا الشأن هو النظام الانتخابي ، إذ يخاف الشخص المنتخب ، لو أساء استعمال الولاية المعطاة له ، من أن لا يعاد انتخابه بعد انقضاء مدة ولايته[1] .

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 148 . ويضيف : (ولا شك أن للنظام الانتخابي عيوبه ومنها : أن ضراوة التنافس الانتخابي وجموح العواطف السياسية غالباً ما يذهل معها المنتخبون عن تحري اختيار من يعمل على احترام القانون ولا يسيء استعمال ولايته . ومن عيوب النظام الانتخابي كذلك أنه لا يضمن تحقق الاختصاص الفني . ومع ذلك فلا يزال صحيحاً أن النظام الانتخابي يكفل للمواطنين من وسائل توقّي التعسف في استعمال الولاية أكثر مما تحققه لهم النظم الاستبدادية) .

فالولاية المعطاة للأشخاص التي تتألف منهم السلطة ، ناجمة عن استخدام المواطنين لحقِّهم الانتخابي[1] ، ولقد كانت الوسيلة التي ظلت حيناً من الدهر ذات

---

(1) وإن كان البعض يرى أن الانتخاب هو واجب أو وظيفة ، أو حتى سلطة ، فضلاً عن من عده حقًّا ؛ حيث ثار الجدل بين الفقهاء الفرنسيين في أعقاب الثورة الفرنسية حول موضوع الانتخاب وبشكل خاص في تكييفه . وكان هذا الجدل مرتبطاً إلى حد كبير مع تطور مفهوم السيادة وبيان صاحبها . ففي الفترة التي ساد فيها مبدأ سيادة الأمة عُدَّ الانتخاب وظيفة دستورية ، أما الفترة التي ساد فيها مبدأ سيادة الشعب فقد اعتبر الانتخاب حقًّا . 1) – فمن رأى في الانتخاب وظيفة ، انطلقت رؤيته للسيادة من أنها سيادة الأمة التي لا يجوز تجزئتها بين الأفراد ، فكان واجباً على أفراد الشعب اختيار النواب الممثلين لهم ضمن مجموع واحد يعبر عن إرادتهم ويحقق مصالحهم . ومن هذا المنطلق عُد الانتخاب وظيفة وواجباً دستورياً مما يعني إلزام الناخبين على الانتخاب ، وجعل التصويت إجبارياً وتقرير العقوبات المناسبة على من يتخلف عن أداء هذا الواجب ، كما يجيز الأخذ بنظام الاقتراع المقيد في الانتخاب ، حيث تضع الأمة بعض الشروط المالية ، أو العلمية أو الاجتماعية في الناخب تمهيداً لحصر الكفاءات التي يجوز لها الترشيح للنيابة العامة وتمثيل الأمة ، لهذا يقول (بارناف) وهو أحد رجال الثورة الفرنسية بأن " صفة الناخب لا تعدو أن تكون وظيفة عامة لا يجوز لأي فرد الإدعاء بحق فيها ، يمنحها المجتمع على النحو الذي تمليه عليه مصلحته . وإذا شاءت الأمة أن تجعل ممارسة هذا العمل إجبارياً ، فليس ما يمنعها من ذلك " . لقد أدى التطبيق العملي لنظرية " الانتخاب وظيفة " في معظم البلاد التي أخذت بها إلى وجود نوعين أو طبقتين من المواطنين : طبقة من المواطنين السلبين الذين يتمتعون بالحقوق المدنية دون الحقوق السياسية ، وطبقة المواطنين الإيجابيين النشطاء وهم الذين يتمتعون بالحقوق السياسية إضافة إلى حقوقهم المدنية المنصوص عليها في الدستور . 2) – أما من ذهب إلى عدّ الانتخاب حقًّا لكل مواطن ، فقد أخذ بمبدأ سيادة الشعب وما يترتب عليه من نتائج ، باعتبار أن مضمون سيادة الشعب يقوم أساسا على ان كل فرد يملك جزءاً من السيادة . وان الانتخاب هو إحدى طرق ممارسة هذه السيادة . ويترتب على الأخذ بنظرية الانتخاب حقّ شخصي اعتبار الانتخاب حقًّا وليس واجباً أو وظيفة . فللناخب الحقّ في ممارسة أو عدم ممارسة هذه الصلاحية دون أن يتعرض لأي مسؤولية . فالانتخاب هنا اختياري وليس اجبارياً . كما يترتب على الأخذ بهذه النظرية تقرير الاقتراع العام . وبناءً عليه لا يجوز حرمان أيّ مواطن من الانتخاب استناداً لشروط استثنائية كالحد الأدنى من التعليم أو النصاب المالي أو الانتماء إلى طبقة اجتماعية معينة . أما إذا كانت هناك ←

أهمية كبرى في الكفاح ضد إساءة استعمال الولاية العامة ، هي حصر وظيفة الدولة في نطاق ضيق استجابة لنظرية سادت في الأوساط السياسية الليبرالية ، مؤداها قصر وظيفة الدولة على حماية النظام والأمن والصحة والاستقرار في الداخل ، والدفاع بالوسائل السلمية والقوات العسكرية في الخارج . ولقد كان هذا

←

شروط فيجب أن لا تتعدى الشروط التنظيمية كشرط الجنسية والسن والأهلية ؛ لأن الانتخاب حقّ طبيعي لكل مواطن . 3) – أما من ذهب إلى الجمع بين الاتجاهين السابقين فعدَّ الانتخاب حقًّا وواجباً في الوقت نفسه ، ويسوّغ أنصار هذا الاتجاه رأيهم بالقول بأن جعل الانتخاب حقًّا إنما هو تأكيد على وجود بعض الحقوق الطبيعية للفرد والتي لا يجوز للدولة أن تمسَّها أو تنقص منها ؛ لأنها تسمو على القانون الوضعي . وفي ذلك فائدة كبيرة ؛ لأنه يُولّد لدى الجميع حاكماً أو محكوماً الشعور بضرورة المحافظة على حقوق وحريات الأفراد بشكل دائم ومستمر . أما القول بأن الانتخاب وظيفة فذلك يعني أن الانتخاب ليس اختيارياً للفرد له أن يمارسه أو لا يمارسه ، بل يعني أن الانتخاب شيء إجباري يجب على المواطن أداؤه وإلا تعرض للمسؤولية بشكل جزائي ممثلة بغرامة مالية في أغلب الأحوال ، وهذا بحد ذاته يدفع نسبة كبيرة من المواطنين إلى الإدلاء بأصواتهم ، وعدم اتخاذ مواقف سلبية في هذا الجانب من جوانب النشاط الإنساني الذي يساهم في تحديد كثير من الأمور والمسائل التي تهم المجتمع بأسره . 4) – وذهب رأيٌ أخير إلى عدّ الانتخاب سلطة قانونية مقررة للناخب يحدد مضمونها وشروطها القانون . وما دام الانتخاب سلطة قانونية يحددها المشرع ليعطي الناخبين حقّ المشاركة السياسية بشكل عادل ومتساوٍ . فإنه لا يجوز للناخبين أن يتفقوا على مخالفة القواعد المنظمة لممارسة هذا الحقّ ، أما الذي يحق له أن يعدل في شروط وإجراءات ممارسة حقّ الانتخاب فهو المشرع ، دون أن يكون لأحد أن يحتج على ذلك . وقد اتجه غالبية الفقه الدستوري إلى تأييد هذا الاتجاه ، الذي لا نؤيده ، ذلك أن الانتخاب ، لا محال ، حقّ خالصٌ للإنسان ، وما تدخل المشرع إلا لأغراضٍ تنظيمية . (لاحظ لمزيد من التفصيل : د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة ، عمّان ، 1999 . ص 278 . د . حميد حنون خالد ، الأنظمة السياسية ، جامعة بغداد ، 2008 ، ص 57 والتي تليها . د . محمد كاظم المشهداني ، النظم السياسية ، جامعة الموصل ، 1991 ، ص 61) .

هو تصوير الدولة التي ارتضاه الاقتصاديون الليبراليون . غير أن هذا التصوير أخذ يتراجع اليوم أمام تصوير آخر للدولة ، يعطي السلطات العامة دوراً أهم وأضخم في تنظيم المرافق العامة ، يتيح لها التدخل في المجالات التي لم تؤت المبادرات الفردية فيها ثماراً مرضية . ومع ذلك ينبغي أنْ لا تغالي الدولة في التوسع ، في هذا المجال ، فتهيمن على جميع شعب الحياة الاجتماعية حتى لا يؤودها حمل كل هذه المسؤوليات فتقل سرعة نشاطها وتأتي ثمرة مجهودها دون ذلك المجهود[1] .

مما سبق تبيَّن لنا أن السلطة الممثلة للدولة تُمارس ولايتها السياسية على الأفراد ، وهذا أمرٌ أملته ضرورة التنظيم السياسي للجماعات الإنسانية لتحقيق أكبر قدر ممكن من مصالحها الذاتية ، ومنع الصدام بينها ؛ لكن هذه الولاية ما كانت لتمارسها السلطة لو لا ممارسة المواطنين لحقوقهم في تشكيلها واختيارها ، وهنا تكمن الصلة المتينة بَين الحقّ والولاية ، فلا يليق بنا أن نُطلق مُسمَّى آخر على مصدر ولاية السلطة على الأفراد إلا بالحقّ الذي نجمت تلك الولاية من رحمه .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 148 . ويُضيف الأستاذ الدكتور حجازي : (على أن من أمثل الوسائل لتوقي إساءة استعمال السلطة هي أن يتيح للمحاكم مراقبة أعمال السلطة التشريعية ، أي : القوانين ، فيكون من اختصاصها النظر في الدفع بعدم دستورية القوانين ، والامتناع عن تطبيق قانون يتبين لها أنه غير دستوري ، كما يجب أن يجوز لها مراقبة التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية ونظر الدفع بعدم جواز تطبيق اللوائح لعدم قانونيتها ، وأن يجوز لها أن تقضي بمسئولية الموظفين العامين ومسئولية الإدارة عن الأعمال التي تضر بالمواطنين ، وتحكم لهم بالتعويض عن الأضرار التي تقع بهم من جراء أعمال السلطة العامة . هذه الوسائل وغيرها تكفل عدم الانحراف بالولاية العامة عن هدفها الطبيعي ، وهو تحقيق المصلحة العامة قبل كل شيء . فالولاية لم تمنح لأولي الأمر إلاّ من أجل هذا الغرض ، فلا يجوز مِنْ ثمَّ أن تستعمل لدوافع شخصية كعداء أو ثأر ، ولا لأسباب سياسية كإيذاء الخصوم السياسيين أو الدينيين) .

المطلب الثاني

الرد على تصوير الاعتبارات الاقتصادية

60) - فكرة الحقّ تصوير لمركز الفرد الاقتصادي في المجتمع :

من الواضح الذي لا يحتمل الجدل أن ظروف الحياة قد تغيَّرت تغيراً عميقاً عما كانت عليه في القرن الثامن عشر ، وهو العصر الذي ترعرعت فيه نظرية الحقّ . فقد نقل بعض الفقه[1] أنه : ((في عام 1789 استطاع أحد الساسة من علماء الاجتماع أن يعلن أنه حين تمحى الامتيازات والاحتكارات . . . إلخ يكون من المستطاع إنشاء مجتمع مُكوَّن من أفراد متساوين أمام القانون من الناحية الاقتصادية ، مع تفاوت محدود في الثروات والسلطة والنفوذ . غير أن الواقع المعاصر يتَّخذ صورة مغايرة تمام المغايرة . فعلاقات الإنتاج ، على حد تعبير ماركس ، قد بلغت من النمو درجة صار فيها كل فرد مندمجاً في تنظيم صناعي اقتصادي أساسه تقسيم العمل ، وأصبح يقوم بعمل تابع ، غير مستقل عن عمل غيره من الأفراد ، بل لقد صار ينتمي إلى تنظيم ذي طابع فني عال (كنظام التموين ، ومرفق النقل . . . الخ) . إنه يعيش ضمن مجموعة من علاقات تجعله متضامناً مع عدد وفير من الأشخاص ، فلا جرم يجب عليه أن يكترث لهذه العلاقات التي تقيد من حريته ، إنه أشبه شيء برجل منفرد يسير في الطريق وسط حركة مرور ضخم في مدينة كبيرة . . . إن الفرد ، من الناحية النفسية ، يكون في الجماعة الحديثة ، تحت تأثير مستمر من جانب المنظمات الاجتماعية ، وهو

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 45 .

تأثير يمتد من الإعلام إلى الراديو إلى الصحافة إلى التلفيزيون . وصحيح كذلك أن أهداف الدولة قد تغير مفهومها تغيراً جذرياً . فجمهور المواطنين مقتنع اليوم بأن من واجب الدولة أن تكفل له الطمأنينة الاجتماعية ، وأن تعمل على توازن نسبي للدخول . غير أن هذه الحقائق لا تعنى مطلقاً أن كل تطلع إلى توفير قدر من الحرية للفرد في علاقاته بالدولة والمنظمات الخاصة الكبرى لم يعد له مسوغ ولا قيمة . إن حكماً كهذا الحكم لا يمكن إصداره إلا على شرط اعتبار النظم القانونية هي نتيجة حتمية للظروف الاجتماعية . إلا أن هذا الرأي على كثرة ما يقال به لم يثبت بعد بصورة دقيقة .)) . ثم هل أن التسليم بالتطور من شأنه أن يؤخر فكرة الحقّ بإرجاعها إلى الوراء ؟ إن التطور الحاصل في الواقع اليوم ، والّذي أثّر بدوره على الحياة الاقتصادية للأفراد خير دليل على بلورة فكرة الحقّ لا على وجودها فحسب ، فالتفاوت في الإنتاج والدخول وفرص العمل وما إلى ذلك من آثار أفرزها التطور المريع في التكنولوجيا ، وخلق وسائل بديلة للإنتاج ، دعا إلى تراجع دور الدولة وجعل معيار الكسب قائما على الكفاءة والقدرة ، ولا يريب هذه النتيجة بعض الانحرافات التي تنجم عن الفساد المالي والإداري ، ففكرة الحقّ هي التي جعلت من هذه الانحرافات خارجة عن المسلك القانوني السليم ، لما تفرضه ، وإلى يومنا هذا ، من مبادئ متصلة بتكافؤ الفرص ، وحرية العمل ، واحترام الملكية الخاصة . فضلا عن احترام حقوق الدولة التي تمثل الجماعة في استحصال حقها في الضرائب ، لتلبية الحاجات العامة التي تتجسد فيها حقوق الجماعة .

61) - الحرية الاقتصادية تعزيز لوجود فكرة الحقّ :

ظهرت نظريات الحرية الاقتصادية في النصف الثاني من القرن الثامن عشر ، بتأثير انتشار الأفكار الجديدة لمدرسة القانون الطبيعي ، وقد أدى ذلك إلى ظهور علم " الاقتصاد السياسي" الذي أسسه في فرنسا فرنسوا كيني زعيم المدرسة الفيزيوقراطية ، وفي بريطانيا آدم سميث . وقد ركز هذا العلم مجهوده على تحرير الإجراءات الشاملة المتعلقة بثروات الأمم من تعسف الحكومات ، وبالتحري عن القوانين الطبيعية المستقلة عن الإرادة الإنسانية والكفيلة بأن تقدم لتلك الإجراءات أساسا صحيحاً تنهض عليه .

أ- **الفيزيوقراطيون** : نادت هذه المدرسة بوجود نظام طبيعي محكوم بقواعده الذاتية ويستند إلى "القانون الطبيعي" . مثال على ذلك : حقّ الإنسان بامتلاك ما يكسبه عن طريق العمل الحر والمبادلة . فالحرية والملكية هي حقوق طبيعية على السلطة احترامها وحمايتها . وعلى الدولة ممارسة الحكم الصالح المطابق "لطبيعة الأمور" . من هذه الزاوية استخلص الفيزيوقراطيون أن العمل في الأرض - الزراعة - هو وحده الذي يزيد فعلاً من كمية السلع ؛ لأنه يستعمل الإنتاجية الهائلة الطبيعة . وعلى هذا الأساس يمكن تأسيس مجتمع حُرٍّ يُترك فيه كل فرد ليقوم بما يناسبه ، نظراً لأن بحث الأفراد عن الثروة هو ضمان رفاهية المجتمع . ولكن كي تتمكن قوانين الطبيعية من الاضطلاع المنسجم بدورها يتوجب ضمان أمن الملكية ، وحرية المبادرة الفردية . وإذا كان ينبغي على السلطة الامتناع عن التدخل في الشؤون الاقتصادية ، فلا بد من أن تكون صارمة في مجال الدفاع عن الخيرات

والتبادل الحر للسلع ، ومراقبة ومعاقبة أولئك الذين يرغبون في تعطيل المجرى الطبيعي للأمور . استنادا إلى هذا النمط من التفكير رفعت هذه المدرسة الشعار المشهور : " دَعِ الفردَ يَعْمَل ، دَعِ السلع تَمُرّ " [1] .

ب- **آدم سميث (1723 - 1790)** : على الرغم من اعتقاده بإمكانات ودور القوانين الطبيعية لخلق الانسجام ، فإنه استخلص من تأملاته الاقتصادية نتائج سياسية مختلفة تماما عما توصل إليه الفيزيوقراطيون . فبينما اكتفى هؤلاء بطرح المسألة الاقتصادية من وجهة إنتاج المواد الغذائية - وبذلك كانوا يلغون قيمة العمل الممكن الذي يحوّل الأشياء ولكنه لا يخلقها - فإن آدم سميث كان يقيّم ثروة الأمم بحجم الثروات والسلع المنتجة لديها ، المتبادلة فيها والقابلة للتصدير . وكل ذلك على أساس " تقسيم العمل " و" حرية التبادل " . فالتطور الصناعي في انكلترا ما هو - حسب اعتقاده - إلاّ نتيجة لقانون طبيعي اسمه " قانون تقسيم العمل" . إذ إن هناك تطابقاً في المصالح بين المنتج والمستهلك يقوم من تلقاء نفسه إذا امتنعت الحكومة عن التدخل ، وتركت المجال لقانون تقسيم العمل وقانون العرض والطلب التابع له ، ليفعلا فعلهما . وفي منظور كهذا يكون الحكم الصالح هو الحكم الذي لا يتدخل في أي حال في الميدان الاقتصادي مكتفياً بحماية الملكية والرأسمال ، وبنشر النظام (الدولة الدركية) ، مما يجعل كل فرد حرًّا في التصرف بنشاطه ويكفل بالتالي انتظام الحياة الاقتصادية وإنماء القدرات التجارية للأمة [2] .

---

(1) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، النظرية العامة لحقوق الإنسان ، ص 54 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 55 .

لم تكن نظريات الحريات الاقتصادية إلاّ نتيجة للدعوة إلى الحرية الفردية التي سادت الفكر السياسي والاجتماعي والاقتصادي - وان اختلفت في التفاصيل - إلاّ أن جميعها تلتقي حول نقطة واحدة هي الدعوة إلى الإقرار بحقوق الفرد وحرياته والتأكيد عليهما . وهذا المذهب الذي يمثل اتجاهاً فكرياً معيناً يقوم على أساس اعتبار الفرد غاية المجتمع[1] .

62) - نقض مفهوم الثروة لدى "ديگي" :

رأينا كيف أن "ديگي" وجد في الحقّ الشخصي للدائن أنه مجرد (ثروة) يستحصلها من المدين بقوة القانون ، على وفق التفصيل الذي ذكرناه سابقا ، ولنعود للمثال ذاته ، فنفرض أن بكرا قد صار ، بمقتضى تصرف قانوني ، مديناً لزيد بمبلغ 100$. هنا يرى "ديگي" أنه لا التزام على بكر لمصلحة زيد ، بحجة أنه لا توجد علاقة قانونية بينهما ، بل يوجد فقط مركز قانوني مقتضاه أنه إذا لم يدفع بكر مبلغ المائة دولار لزيد عُدّ مخالفاً للقاعدة القانونية التي تأمر بتنفيذ الالتزامات الناشئة من الاتفاق أو من نص القانون ، وأنه بناءً على هذا المركز يستطيع زيد أن يطلب من الموظفين العامين ، الملزمين هم أيضاً بمقتضى القانون ، بأن يساعدوه على الحصول على ما يطلبه من بكر[2] .

ويبدو أن "ديگي" قد انطلق من نظرة وضعية صرفة ، فلم يعط للاتفاق قوته في إنشاء الالتزامات إلاّ بمقتضى القانون ، وهذا غير صحيح ، إذ إن الاتفاقات بين

---

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 30 .

الأشخاص قادرة على إنشاء الحقوق الشخصية فيما بينهم ، ويبقى دور القانون مقتصرا على الإقرار والحماية لهذه الحقوق والكشف عنها لا إنشائها بالمعنى الذي يراه الوضعيون ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر لا يكفى أن يقال مع "ديگي" إن الحقّ الشخصي هو تخصيص ثروة لغرض معين تخصيصاً يحميه القانون ، ذلك لأن هذه الثروة تتكوّن ، في الفرض الذي نحن بصدده ، لا من شيء بل من حقّ المطالبة ، الذي يعد بمثابة مكنة قانونية[1] بيد الدائن يطالب ، بها ، مدينه بالوفاء بالتزاماته ، وأن الطريق القانوني الذي يعنيه "ديگي" ليس إلا نتيجة "مكنة المطالبة" . وحيثما يثبت لشخص صفة قانونية في أن يقتضي من شخص آخر أداء أو خدمة فثمة رابطة قانونية تظهر للعيان ، لا يمكن طمسها تحت ستار التخصيص الذي يقول به "ديگي"[2] . صحيح أن الحقّ الشخصي الذي

---

(1) المكنة القانونية : مفهوم غير مستقر عند الفقهاء ، والخلاف الفقهي واضح على مدلولها وماهيتها وشروط ممارستها ، لكن مع هذا يتبين أن المكنة القانونية تستمد نعتها من القانون ، وممارستها تكون من خلال التعبير المحض عن إرادة صاحبها ، حيث يتمكن صاحبها وبإرادته الحرة التأثير في المراكز غير القانونية القائمة ، ليستحدث من خلالها مراكز قانونية جديدة له مصلحة فيها أو تعديل أو محو مراكز قانونية قائمة ليس له مصلحة فيها ، والغير أو المقابل في هذه العلاقة القانونية يكون في مركز الخضوع والامتثال لهذه الآثار ، دون أن يلزم بالقيام بأي عمل مادي ودون أن يتمكن هذا المقابل من تغيير المركز القانوني المستحدث أو التأثير فيه من قبل صاحب المكنة . كما أن المشرع قد يستعمل لفظ المكنة بغير مبناها ، أي أنه قد يستعملها بصيغة الفعل كما في نص المادة (1321) مدني عراقي ، يمكن تعريفها بأنها : قدرة الشخص وبالتعبير عن إرادته ، على إحداث آثار قانونية ، حددها القانون ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، تتمثل في إنشاء أو تعديل أو محو مراكز قانونية ، دون أن يلزم المقابل بأي أداء أو يتمكن من التخلص من تلك الآثار . (لاحظ : آرام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2008 ، ص50) .

(2) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص31 .

للدائن في ذمة مدينه يشكل قيمة تضاف إلى الجانب الإيجابي لذمته المالية ، وهي في التالي تدخل في مفهوم الثروة بمعناها الاقتصادي ، لكن الذي يربط الدائن بهذه الثروة – إن صح التعبير – هو حقّ له في ذمة المدين ، هذا الحقّ قائم أساسا على رابطة يعترف بها القانون ، وينظم الصلة بينهما في الإقرار للدائن بمطالبة مدينه بالوفاء بالتزامه قبله ، فالحقّ الشخصي الذي للدائن والذي يقابله التزام على المدين لا يتصور إلا من طريق الرابطة التي تلزم الغير بالأداء ، ومكنة مطالبة الغير بهذا الأداء . عندئذ فقط يتخذ ما أطلق عليه "ديكي" بالمركز القانوني شكل العلاقة القانونية ، شكل المكنة التي تكون للمنتفع ، المسمى بالدائن في أن يطلب الأداء في "الغير" الذي يسمى بالمدين .

كذلك لا يكفى أن يقال إن هناك مراكز قانونية ، تقتصر ، بالنسبة إلى المنتفعين منها ، على أن تكون مجرد ثروات ذات قيمة اقتصادية وحسب ، ذلك لأن اعتراف القانون بهذه الثروات للمنتفعين بها ، وإمكان هؤلاء الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها ، وإعمال الطرق القانونية حين العدوان عليها ، ليدل على أن المسألة تتعلق بقيم قانونية ، وحقوق تنصب على تلك القيم[1] .

63) – الملكية ، بما تحمله من مفهوم اقتصادي ، تأكيد للطابع الحسّي للحق :

يعد حقّ الملكية من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان ، وتشكل الملكية الجانب الأبرز من ذمة الشخص ، وتقدير مدى غناه أو فقره ، وتتعدد إطلاقات

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص32 .

الملكية ، فقد تطلق على رابطة التسلط بين شخص وشيء ، وقد تطلق الملكية على الممتلكات العينية العائدة للشخص ، وهذا ما يُعطي لهذا الحقّ طابعا حسيا ملموسا ، ولعلّ هذا ما يلغي عن فكرة الحقّ عموما ، وحق الملكية خصوصا ، طابعها الميتافيزيقي ، الّذي عدّه "ديگي" عيبها الجسيم ، فالملكية ، وهي أهم صورة للحق ، وهي الأقوى من بين الحقوق المالية ، تقف على رأس الحقوق العينية ، يمكن للفكر أن يتوصل لمعرفتها من خلال محلها المتمثل في الأشياء العينية التي يملكها الشخص ، فما الّذي يفسر قيام شخص ما باستعمال سيارته ، والسكن في داره ، وتشغيل أمواله ، والتصرف بممتلكاته ، كل هذا تفسره فكرة حسّية تتصل بما له من حقّ عليها مُصان ومحمي قانونا .

فضلا عما سبق فالملكية هي التي يعتمد عليها الاقتصاد في حساب الموجودات ورأس المال ، وبها تُعرف القدرة المالية للشخص ، وبها يُقاس مدى يساره من إعساره ، وعليها يعتمد ازدهار المكانة الاقتصادية للأشخاص ، طبيعيين ومعنويين ، خاصة وعامة . وهذا يعطي بُعْداً حسيا للحق لارتباطه بحركة محسوسة وذات تأثيرات بيّنة وظاهرة في الحياة[1] .

---

(1) يقول الدكتور رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 15 : إن ((وجود حقّ الملكية لأشخاص على أشياء معينة ليس محل شكٍّ في المجتمعات القديمة . وإذا سلمنا جدلاً بأن بعض هذه المجتمعات لم تكن تعرف حقّ الملكية الوارد على الأرض ، فإن حقّ الملكية لا يقتصر على الأرض فقط وبالتالي فقد عرفت هذه المجتمعات ملكية المنقولات والمجوهرات والأسلحة والملابس وغيرها ، بل إن الآثار تدلنا على أن بعض هذه الاشياء كانت تدفن مع الميت مما يدل على ملكيته لها ملكية خاصة دون منازع ، وليس لغيره أنْ يأخذها بعد وفاته ، الأمر الذي يقطع بأن الإنسان كانت له حقوق بمعنى الكلمة . فالحقّ اذن نظام قانوني عرفته الشرائع القديمة فهو ليس من ابتداع رجال القانون ، أو هو ليس من محض اصطناعهم . ومن الملاحظ كذلك أن دراسات علم النفس لدى الأطفال قد أثبتت معرفتهم ←

كما أن الملكية أضحت اليوم حقًّا طبيعياً ، تقرُّ به جميع الدساتير ومواثيق حقوق الإنسان ، يتمتع به المرء وهو في حالة الطبيعة ، حمله معه حينما ولج باب المجتمع ، والغاية من العقد الاجتماعي وإنشاء القانون هي حماية هذا الحقّ الطبيعي الذي يخضع لمطلق مشيئة الفرد [1] . كما أن "هيجل" عدَّ حقّ الملكية المجال الطبيعي الذي تظهر فيه شخصية الإنسان [2] .

64) - مقاومة فكرة الحقّ للتوجهات الاشتراكية :

ليس حليّا بنا أن نوجّه أسهم انتقادنا للفكر الاقتصادي الاشتراكي ، ذلك أن هذا الفكر لا تعيبه سوى المثالية التي انتهى إليها ، وانتهى بها ، فليس من الواقع في شيء أن تبنى الحوافز على ما يخالف غريزة الإنسان في حب المال والأنانية في تقديم مصلحته على مصلحة الآخرين ، فإن كان الحل متوازنا في المحاكاة مع هذه الغريزة ، يكون حلاً ناجعاً ابتعدت عن مساره النظم المطبقة لهذه الأفكار . كما أن الفرد ميّالٌ دائماً إلى أن يكوّن لنفسه ثروة ، ويعمل أيضا على زيادة

← لفكرة الحقّ في الفترة التي تسبق قيامهم بتقليد الكبار ، فالأطفال يوجد لديهم شعور غريزي نحو الحيازة ، ويتحول هذا الشعور منذ العام الثاني إلى التمسك بالشيء والدفاع عنه ضد أي اعتداء ، وإذا حدث هذا الاعتداء كان رد الفعل لديهم الغيظ الشديد ، وهذا الغيظ أو الضيق هو ما يشعر به الإنسان عادة عندما يهدده أي خطر في حقّ من حقوقه . معنى ما تقدم ان فكرة الحقّ هي فكرة موجودة وملموسة وليست من الأفكار الصناعية التي خلقها خيال القانون .))

(1) وقد عدَّهُ إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 ، حقًّا طبيعياً للإنسان . المادة (2) منه .

(2) لاحظ : د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ص 84 .

الإنتاج ، وهذا شيءٌ جيد ، ذلك أن الفرد منا ميّال لأنْ يجمع لنفسه قدرا عاليا من المال ، ويناضل في المدافعة عن حقوقه مهما كانت ، فإن ربطنا بين هذه المصلحة ومصلحة تطوير الإنتاج ، لدافع كل فرد عن مصلحة الإنتاج بدفاعه عن حقوقه من غير أن يدري ، وهذا حل براغماتي كفيل باستمرار عجلة التطور نحو الأمام .

إن من بين أهم العيوب التي نسبت إلى الفكر الاقتصادي الاشتراكي أنه ، وعلى الرغم من اعتماده على مجموعة من الحوافز المادية والمعنوية التي تشجع العمال على الإنتاج ، إلا أن هذه الحوافز لا ترتفع في قوتها إلى درجة حافز الربح في النظام الرأسمالي ، ومن ثم فإن ذلك قد يؤدي إلى نوع من التراخي من جانب بعض المسؤولين أو المشرفين على حسن إدارة المشروع[1] .

---

(1) كما أُنتقد النظام الاشتراكي بأنه اعتمد على نظام المركزية المتشددة ؛ إذ تتجمع سلطة اتخاذ القرارات في أيدي مجموعة قليلة من المخططين ؛ لذلك فإن أي قرار خاطئ تصدره مثل هذه السلطة يمكن أن يكون له آثار سيئة على المجتمع كله ، في حين أنه في النظام الرأسمالي نجد أن اتّخاذ أي منتج لقرار خاطئ لن يكون له نفس الآثار السيئة من حيث شمولها ، كما أن المنتج وحده هو الذي سوف يتحمل نتيجة هذا القرار . كما أُنتقد النظام الاشتراكي على أساس اتّكائه على البيروقراطية والتعقيدات الإدارية والروتين غير المسوّغ ، ففي هذا النظام نجد الدولة تقوم ، سواءً أكانت بطريقة مباشرة أو بطريق غير مباشر ، بإدارة المشروعات المختلفة في المجتمع والإشراف عليها ومراقبتها ، وهذا من شأنه أن يتطلب وجود جهاز إداري ضخم ، ووجود نظام للمراقبة الدقيقة والمتابعة المستمرة ، وهذا يؤدي بدوره إلى ارتفاع تكاليف الإنتاج من ناحية ، وإلى تعطيل الكثير من الإجراءات من ناحية أخرى . إن المشكلة الأساسية في تطبيق المبادئ الاشتراكية ترجع في نظر الكثيرين إلى اهمال العوامل الدياليكتيكية في تفسير طريقة الإنتاج الاشتراكي ، أو على الأقل في التطبيق الديالكتيكي غير الواعي ، وخاصة في مرحلة التطور والنمو التاريخي لقوى الإنتاج فيما بعد الرأسمالية . فالاشتراكية العلمية قد نبعت وتطورت من المتناقضات الرأسمالية بوصفها عائقاً أمام نمو القوى الإنتاجية ، ومن ثم فإن التغلب عليها لا يتم إلا ←

المطلب الثالث

الرد على تصوير الاعتبارات الاجتماعية

65) - نقض استعاضة فكرة الواجب بفكرة الحقّ :

رأينا كيف أن عالم الاجتماع "أوجيست كونت" نادى بحذف كلمة الحقّ من اللغة السياسية ، بناءً على أنه - وفقا لرأيه - ليس لأحد من حقّ إلا حقه في أن يؤدى واجبه . وإذا صح هذا القول ، فلمن يؤدي هذا الفرد واجبه ؟ ! ألا يعد الطرف المستفيد من أداء الواجب هذا تجاهه صاحب حقّ أُدّي له حقه كائنا من كان ؟ لماذا ننظر إلى الجانب السلبي للمسائل ؟ أليس الأجدر بنا أن ننظر إلى المعادلة القائمة بين الحقّ وما يقابله ، أو الواجب وما يقابله ، من زاوية متماثلة ، أو إيجابية ؟ أليس أسلم من الناحية الاجتماعية أن تتقرر الحقوق على وفق ناموس طبيعي يحاكي كيان الإنسان وطبعه الاجتماعي ، بدلا من مخاطبته بلغة الواجبات المقرونة بأدوات قسرية ؟ ألا يحقق هذا لخطاب آثارا اجتماعية

←

بإلغائها . وهذا يعني أن تحل محل علاقات الإنتاج الرأسمالي وبطريقة ثورية - علاقات الإنتاج الاشتراكي . فطريقة الإنتاج الاشتراكي تمثل الحل النهائي للمتناقضات الرأسمالية . ولكن هذا لا يمنع طبقاً للمنطق الديالكتيكي أن تبرز متناقضات على مستوى الطريقة الجديدة من خلال التطبيق والأداء . وإذا كانت طريقة الإنتاج الرأسمالي تحاول أن تتخلّص من متناقضاتها عن طريق تعميقها أو الوصول بها إلى حدها الأقصى (كالتحول من نطاق المنافسة إلى الاحتكار) ، فعلى العكس من ذلك فإن حل المتناقضات الاشتراكية يتم عن طريق التضييق من نطاقها أو الوصول بها إلى حدها الأدنى . (لاحظ ، مقال منشور عن الاشتراكية على رابط المستشار القانوني على الموقع .

http://legalcounsel.own0.com/t111-topic

تاريخ الزيارة 2014/10/10 .) .

أفضل ؟

لكن لأبعد مما وقف إليه "كونت" ذهب " ديگي " إلى أن القانون هو وحده الكفيل بالقيام على شؤون الجماعة ، فهو الذي يحكم كل شيء ، من سلطات عامة ، وموظفين عامين ، وأفراد عاديين . ومن ثم لا حاجة به إلى الاستعانة بفكرة الحقّ في أي وقت من الأوقات . فإذا نشأت من تطبيق القانون مصلحة لفرد معين – وهذه هي الحالة الغالبة – فإن القانون لا يقرر حقًّا ، اكتفاءً بوجود قواعد تفرض أوامر ونواهي ، تؤيدها عند العدوان عليها طرق قانونية ، وضعت في أيدي أشخاص عُيّنوا لذلك الغرض ، فلا يوجد إذن ، من الناحية القانونية ، – بحسب رأي "ديگي" – حقّ للفرد في الحياة ولا حقّ في استعمال الأموال استعمالاً خالصاً له من دون الناس ، ولا حقّ في الخدمات التي قد اتفق عليها . وحسب الفرد أن هناك قاعدة قانونية تحرم العدوان على الحياة والمال ، وتوجب الوفاء بالالتزامات . أما ما يسمى بالحقّ فليس إلا مجرد تطبيق للقاعدة القانونية على حالة معينة ، فحين يطلب شخص من القضاء إدانة التعرض أو العدوان الذي يقع على ملكه من الغير ، فلا يجوز أن يقال : إنه يتمسَّك بحق ، بل الأحرى أن يقال إنه يتمسك بمركز قانوني مؤيد بجزاء[1] .

ولا شك في أن التصوير المتقدّم فضلا عن كونه وضعي الطابع ، يعدّ تحريفاً لاعتبار اجتماعي واقف وراء فكرة الحقّ ، فليس من السليم الاستعاضة عن الحقّ بالواجب ، فلا تنهض في المجتمع إلاّ الواجبات تلو الواجبات ، صحيح أن مجرد كون الفرد عضوا في مجتمع يفرض عليه واجبا ، لكن ليس من غير باعث ،

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 23 .

وإلا فقد الواجب قيمته وأُفرغ من معناه ، ذلك أن قيام فرد منا بأداء واجب ما ، فإنه لا يقوم بهذا الواجب إلا لدافع أو باعث ، وهو غالبا ما يكون منفعة أو مصلحة يجنيها من أداء هذا الواجب ، أو أن هذا الواجب جاء القيام به ردا على منفعة أو مصلحة نالها الفرد مسبقا ممن يؤدّى الواجب إليه ، وإلا نكر الفرد عضويته في المجتمع أو استنكر منها ، أو وجد فيها عدو قام بأسره لكي يؤدي له الواجبات من غير أن يكون له شيئا[1] . فضلا عن ذلك فإن فكرة الحقّ تلقى قبولا نفسيا واجتماعيا أكثر من فكرة الواجب ، على الرغم من التسليم بوجود الفكرتين فكريا وواقعيا ، فالتحدث بلغة الحقّ أكثر وقعا من التحدث بلغة الواجب ، وعندما يعرف كل فرد حقوقه وحدود هذه الحقوق ، عرف ، استدلالاً ، واجباته تجاه الآخرين .

66) - إعادة النظر في توظيف الحقّ اجتماعياً :

الحقّ وظيفة اجتماعية ، يشيع استعمال هذه المقولة ، لا سيّما إذا تعلّق الأمر بأهم حقٍّ مالي يتمتع به الشخص ، وهو حقّ الملكية ؛ وقد ظهر التوجُّه الدافع لإطلاق هذه المقولة بعد انتشار الأفكار الاشتراكية والمذهب الجماعي ، الذي جرَّد الملكية من كونها حقًّا فردياً إلى جعلها وظيفة اجتماعية . والوظيفة الاجتماعية اصطلاح مألوف عند علماء الاجتماع أكثر منه عند علماء القانون ،

(1) ولعلّ التطبيق العملي يثبت صحة هذا القول ، إذ غالبا ما نلاحظ كيف يتعامل أفراد الشعب مع الممتلكات الحكومية إبان سقوط الحكومات ، وكأنها مُلْك للسلطة التي ولّت وأدبرت ، جاهلين أو متجاهلين أن ملكيتها تعود لهم . وتفسير ذلك يعود لكثرة الواجبات والقيود التي كانت تُلقى عليهم من قبلها من غير مقابل .

استعمله "أوجسيت كونت" ، وهو بسبيل إنشاء علم الاجتماع وتهيئة النفوس وتطويعها للنزول عن الحقوق الفردية لصالح الجماعة ، لتأخذ هذه على كاهلها تحديد الوظيفة التي يستطيع الفرد بحسب استعداده أن يؤديها على أكمل وجه . والتَّوجُّه العام وراء هذه المقولة هو إنكار الخصوصية التي يتّصف بها الحقّ وجعله مجرد وظيفة اجتماعية .

وقد شاع للوظيفة معنى ربطها بالقانون العام ، في حين أنها على وفق توجّه المذهب الجماعي غير مقتصرة عليه ، فالأشخاص الذين يصدق عليهم أنهم يمارسون وظيفة في الجماعة إنما يوجدون كذلك في نطاق القانون الخاص : فالطبيب ، والمهندس ، والتاجر الصغير (كالنجار والخباز) يمارس كل منهم وظيفة اجتماعية معينة . ثم إن بعض الأشخاص الذي يزاولون نشاطاً من طبيعة واحدة يمارسون هذا النشاط تارة في مجال القانون الخاص وتارة أخرى في مجال القانون العام : فالأستاذ الذي يمارس التعليم العام والأستاذ الذي يزاول التعليم الخاص كلاهما يمارس وظيفة التعليم . وكذا بالنسبة للمحامي والطبيب [1] .

والوظيفة يمارسها صاحبها أحياناً مستقلاً من غيره ، حين يضع نشاطه المهني في خدمة عملائه من دون وسيط بينه وبينهم ، وذلك شأن الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة ، كالصناع وصغار التجار . . . إلخ ، فهؤلاء يمارسون وظيفتهم غير تابعين في مِراسها لأحد . لكن الغالب في الوقت الحاضر أن الأشخاص لا يزاولون وظائف مستقلين عن غيرهم ، بل يمارسونها وهم تابعون لتنظيم جماعي

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 138 .

يحمل على عاتقه عبء النشاط كله ، ثم يجند العديد من الأشخاص ليمارسوا عملهم باسم ذلك التنظيم . ويكثر هذا في مجال الصناعة المعاصرة ، لا سيما بعد انتشار الصناعة الكبيرة ، كما يغلب في مجال المشروعات التجارية الكبرى كمشروعات النقل والمحال الكبرى والفنادق الكبرى . ويصدق ذلك أيضاً على الأشخاص الذين يزاولون وظائف عامة ، إذ يقومون بنشاطهم الوظيفي تابعين لتنظيم جماعي عام يأخذ على عاتقه إدارة مرفق عام[1] . والصفة المشتركة في هؤلاء الأشخاص جميعاً أنهم يضعون نشاطهم في خدمة الجمهور . وليس بذي بال أن يؤدي هؤلاء الأشخاص وظائفهم وهم على صلة مادية بالجمهور أم يؤدونها وهم في معزل عنه ، إذ يصدق على نشاطهم في الحالين أنه نشاط يُؤَدّى من أجل الجمهور . وهذا هو لباب الوظيفة وجوهرها . لذلك كانت الوظيفة في تعريف ((روبييه)) لها من الناحية القانونية أنها ((منصب خدمة في الجماعة يُخصِّص فيه الشخص نشاطه لخدمة الجمهور في شأن معين ، تخصيصاً مباشراً ، أو بطريق تنظيم جماعي عام أو خاص وفي ظل ذلك التنظيم)) [2] .

وانطلاقاً مما تقدم فقد نادى كثير ممن تأثروا بهذا التوجّه ، بأن تكون للملكية وظيفة اجتماعية ، والوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تدعمها مؤيدات هي :

1- إن وجود الفرد في داخل المجتمع هو الذي جعله ينقاد إلى العمل ، فإن كان وحده فلمن يعمل وممن يأخذ المقابل ؟! مما يعني أن الجماعة هي التي أوجدت فرصة الحصول على المال للفرد ، وبالتالي

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الإشارة نفسها .

(2) نقلاً عن المرجع السابق نفسه .

فإنه أن لا ينظر فقط على صفة المقابل من زاوية واحدة ، أي من زاوية الملك مقابل العمل ، بل يجب النظر إليه من زاوية أخرى ، أن الملك مقابل العمل الذي وفره المجتمع للفرد .

2- إن الغريزة التي تدفع الإنسان إلى العمل لا تكمن فقط في التملك ، بل في تعزيز موقعه الاجتماعي داخل المجتمع ، فكيانه الاجتماعي يتأثر بدرجة ما يقدمه لمجتمعه من إنجازات ومساهمات تجعله أكثر اندماجاً به ، ومقدار هذه المساهمة تبقى قائمة على مدى ما لهذا الشخص من مال ، فالانصياع للواجبات الاجتماعية ليس فرضاً أو واجباً بقدر ما هو ميزة ومكنة للشخص تشير إلى رفعة مكانته الاجتماعية .

3- إن الاندفاع نحو استغلال المال موجود حتى في الملكيات المشتركة ، لطالما أن غلة هذا الاستغلال تساعد على تظافر الجهود وتعاونها وابتكار الأفكار الجيدة في استثمار المال خدمة للجماعة التي يعد الفرد جزءاً متفاعلاً معها ، إذ يُعدُّ مستفيداً لاستفادة الجماعة ، ومتضرراً بتضررها .

4- كما أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تساهم في تشتت الثروات ، وإعادة توزيعها بشكل عادل ، الأمر الذي سيغنينا عن نظم قانونية عديدة ، ويتساوى الجميع أمام القانون ، لا فرق بين غني وفقير .

5- ولما كانت صفة الاستحواذ تساعد على تغيير قيم السلع ، فإن هذا يُشكل سبباً لزعزعة استقرار السوق ، وقيامه في تعاملاته على عدم

المنطقية في تقييم الأشياء ، ثم أن هذا سيعطي أقياماً مزاجية لبعض الأشياء تخالف أقيامها الحقيقية ، وتجعل حركة السوق تُهيمن عليها طبقة تجارية معينة ، تقوم على فكرة الاحتكار واستغلال الأطراف الضعيفة .

6- وأخيراً ، فإن الشخص إن اقتصر حماية ملكيته الخاصة عليه ، فإنه في إعطاء الملكية وظيفة اجتماعية سيجعل من الحماية حماية مزدوجة ، فالمجتمع معنيٌّ بحماية الملكية ما دامت ذات وظيفة اجتماعية ، كما أن المستفيد من جعل الملكية وظيفة اجتماعية ، معنيٌّ أيضاً بطلب حماية هذه الملكية ، وهذا تعزيز للحماية لا تقليلٌ منها .

وإذا قسنا الحقّ عموماً على حقّ الملكية ، فإن الحقوق مآلها أن تصير وظائف ، وأن هذا التطور - على حسب المذهب الجماعي - آتٍ لا ريب فيه فلن يجدي الوقوف في طريقه ، وإنه عندئذ لن يكون هناك من حقّ إلاّ حقّ الشخص في أن يؤدي واجبه . ومؤدى هذه النظرية أنه سيكون لزاماً على أصحاب الحقوق أن يستعملوا هذه الحقوق لصالح الجماعة لا لمصلحتهم الذاتية . إن هذا التطور ، بتقدير أنه حاصل يوماً ما ، لا يتأدى من الناحية القانونية ، إلاّ بإحلال التنظيمات الجماعية رويدا رويدا محل العلاقات الفردية ، وترك النظام القانوني الفردي ، نظام الحقوق والالتزامات ، ليُستبدل به نظاماً جماعياً هو نظام الولايات والواجبات .

ومهما يكن من أمر هذه النبوءة التي يشك بعض علماء القانون في حتميتها ،

فقول إن وسيلة الحقّ والالتزام ما تزال توائم المبادرة الفردية أكثر من أي وسيلة أخرى ، وإن جماعة لا تحتفظ للمبادرة الفردية بمكان فيها سيصيبها من خيبة الأمل ما أصاب صاحب الدجاجة التي كانت تبيض كل يوم بيضة من ذهب فلما ذبحها ليحصل على ما فيها من ذهب لم يجد فيها ذهباً [1] . صحيح أن هناك مجموعات صناعية كبيرة لا تستطيع أن تقوم ولا أن تبقى قائمة بعد إنشائها إلاّ من طريق تشكيلات قانونية جماعية . ولكن صحيح كذلك أن هناك العديد من البيئات كالفلاحة والتجارة الصغيرة وطائفة الصناع وذوي المهن الحرة لا تجني شيئاً إذا وضعت نفسها داخل مثل هذه التشكيلات . أما القول بأن الملكية الخاصة يجب أن تتحوّل إلى وظيفة اجتماعية فيحتمل أحد معنيين : فإن كان معناه وجوب أن تصير ملكية الفرد مجرد منصب خدمة في الجماعة يخصص فيه المالك نشاطه لخدمة الجمهور ، فلن يؤدي هذا إلى محو حقّ الملكية بل يؤدي إلى نقله من الأفراد متفرقين إلى تنظيمات جماعية تكون هي وحدها صاحبة حقّ الملكية في الأشياء المادية والقيم المعنوية ، ولا يكون لأعضاء هذا التنظيم الجماعي إلاّ مجرد ممارسة الحقوق التي تنتمي إلى هذا التنظيم . وهذا يقضي إلى تعقيد العلاقات التي تنشأ من هذا التنظيم ، واثقال ((جهاز)) التنظيم القانوني ، والإكثار من المصاريف وزيادة أسباب الخسارة . أما إن كان المقصودة من القول بتحول الملكية الخاصة إلى وظيفة اجتماعية هو أن صالح الجماعة ، إذ يقتضي وجود الحقوق ، يتطلب في الوقت ذاته أن أصحاب هذه الحقوق حين يستعملونها لصالحهم الذاتي كما يبيح القانون لهم ذلك يجب أن يؤدوا في الوقت نفسه خدمة للجماعة ، عندئذ لا يكون ثمة حرج من هذه النظرية : إن كل ما هو

(1) هذه المقولة للأستاذ "روبييه" : نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 142 .

خير للأفراد متفرقين يجب – على نحو من الأنحاء – أن يعود عليهم مجتمعين ، أي : على الجماعة ، التي يعد الأفراد أجزاءً فيها ، وعلى هذا النحو لا جناح أن يقال : إنه يجب أن يكون للحقوق – لا سيما الملكية الخاصة – وظيفة اجتماعية . فلا تكون الملكية الخاصة ذات طابع فردي بحت يعدُّ الفرد فيها عالماً صغيراً منفرداً بنفسه ينتفع بملكه لصالحه وحسب ، بل تكون ذات وظيفة اجتماعية مقتضاها أن يحسّ الفرد بأنه عضو في الجماعة التي يعيش فيها ، وأنْ لا يكون انتفاعه بملكه لنفسه فحسب بل يكون كذلك لصالح الجماعة ، التي هو بلا مراء صالح الأفراد ، والذي يقتضي أن ينحني أمامه صالح الأفراد ، وأن يكون تابعا له . وبذلك يكون حقّ الملكية حقًّا فرديا وجماعيا في آنٍ : هو فردي لأن القانون اعترف به للفرد ، ولذا سمى بالملكية الفردية أو الخاصة ، وقلنا هو حقّ جماعي من وجه أن صاحبه حين ينتفع به لمصلحته يجب أن يراعي مصلحة الجماعة التي هو عضو فيها ، فلا يجوز له أن يستعمله على نحو يضر بالغير فرداً كان أم جماعة ، كما لا يحل له أن يمتنع عن استعماله حيثما يكون الامتناع ضاراً بالجماعة . وذلك لأن حقوق الجماعة أولى بالتقديم من حقوق الأفراد ، وأن حقّ الفرد إذا وقف في طريق الجماعة وجبت التضحية به لخدمة الجماعة وتغليب مصالحها العامة على كل مصلحة فردية [1] .

وتعزيزاً لما تقدَّم نقول إن الملكية يجب أنْ لا يُنظر إليها على أنها مجرد حقّ ذاتي استئثاري استحواذي ، كما يجب أنْ لا يُنظر إليها على أنها أداة لوظيفة اجتماعية ليس إلا ، بل هي من قبيل هذا وذاك ، فهي بين ذلك قواماً ، فالملكية

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 143 .

الفردية (الخاصة) ، هي حقّ لشخص لا ينازعه فيه أحد ، تحترم فيه جميع سلطاته على ممتلكاته ، ويعترف الجميع له بهذا الحقّ ، المولود من رحم المجتمع وفي كنهه ، والذي يكون بُعْداً إسهامياً لديمومته عضواً فاعلاً متفاعلاً مع أفراد المجتمع ، والبعد الإسهامي لحق الملكية تدعمه المؤيدات الآتية :

1- إن المال الذي يحصل عليه الإنسان لقاء عمله ، هو الذي يعزز ملكه الذي يكون العمل مصدراً له في أغلب الأحيان ، وإن كان صحيحاً أن الإنسان ينقاد إلى العمل لوجوده في داخل المجتمع ، فينفع غيره بجهده ، وينتفع بجهد غيره ، لكن ، مع صحة هذه المقولة ، فإن ما يحصل عليه الإنسان يجب أن يقدر بقدر ما يقدمه من جهد وإنتاج ، إذ يجب أن يتم التمييز بين هذا وذاك على قدر ما يقدمه كل منهم ، فالغنم الذي يحصلون عليه مقدر بالجهد الذي يبذلوه ، لكن يجب أنْ لا تكون هذه المعادلة غاية الأمر الوحيدة ، فالإنسان معرَّض أحياناً للعجز عن أداء العمل جزئياً أو كلياً ؛ لذا فإن المنظومة الاجتماعية التي تمثلها الدولة مسؤولة عن إعطائه الأجر من غير أن تطلب منه عمل ، وهذا بالتالي يجب أن يكون ضمن معادلة متكاملة ، يعرف مسبقاً الفرد فيها ، أن ما يقدمه لا يقتصر فقط على قدر ما يأخذه ، بل يعتمد أيضاً على قدر ما سيعطيه المجتمع له عند العجز عن العمل أو عدم توفره ، وبهذا فإن عطاءَه قد لا يقتصر على الجهد فقط ، بل على مساهمته في إثراء المنظومة الاجتماعية التي يقطن فيها ؛ لكي يحصل على ما نتج من مساهمته ومساهمة غيره من مال في دعم هذه المنظومة ، فيجب أنْ يضحي بقدر معين من هذا المال الذي يكسبه مقابل ما سيستحصله مستقبلاً من هذا العطاء ، والمعادلة بهذه الرؤية تبدو أكثر واقعية ومتمشية مع احترام الملكية

وما لها من وظيفة الاجتماعية .

2- إن الاستئثار بالمزايا التي يحققها حقّ الملكية للمالك لهو خير دافع للأخير نحو العمل والإنتاج ، لكن إنْ كُرِّس هذا الحقّ للمالك موقعاً جيداً في داخل المجتمع اشتدت حماسة المالك نحو العمل أكثر ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، وحتى في ظل المجتمعات الغربية ذات النهج الرأسمالي ، نجد الكثيرين يقبلون ، وبحماسٍ ، على أداء العمل التبرُّعي ، الذي ليس له مقابل ، وفي الوقت نفسه نجد أن هذه الأعمال بدأت تكثر في مثل هكذا مجتمعات ، على الرغم مما قد يقرأهُ فيها البعض ، وأول وهلة ، من قيامها على المال ، وهذا مرده إلى متانة اندماج الفرد في مجتمعه ، ما دام أنه سيكون أحد المستفيدين من أعمال تبرعية معينة ، فينقاد إلى هذا العمل ترسيخاً لوضعه الاجتماعي الذي يفرض عليه أنْ لا يكون شخصاً سلبياً في المجتمع ، بل شخصاً مفيداً ؛ لكن هذا الوضع نجده غالباً في المجتمعات الغنية ، ذلك أن مقدرة الإنسان على تلبية حاجاته تجعله مهيَّئاً لتلبية حاجات مجتمعه ، فيجب في البدء احترام ملكيته الخاصة ، وبالتالي فإن هذا الاحترام هو الذي سيجعل منه شخصاً مندمجاً في المجتمع .

3- إن احترام المكية الخاصة وحمايتها قانوناً سيفرض على الجميع احترام ما يتمتع به المالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وخير سبيل للاستغلال والحصول على ثمرة الأموال ونتاجها هو تشغيلها ، واستثمارها بشكل سليم قائم على المنطقية والعقلانية ، وهذه المنطقية والعقلانية تعتمد على البرامج المستخدمة بصورة دورية في إدارة الأموال

واستغلالها ، مما يستدعي حِرَفية قد لا تتوافر عند المالك ، فيلجأ إلى الاستعانة بغيره ، وهكذا ، فينتفع بهذا الاستغلال المالك وغيره بدلاً مما يكون الانتفاع مقتصراً على المالك وحده ، وكلما كثر المستفيدون من استغلال الأموال أو استثمارها كان دليلاً على نجاح الاستغلال وقوته ، وهذا ما يعطي علامة أخرى على مدى الاستفادة من حقّ الملكية بالنسبة للمالك وغيره ، وربما تكون علامة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية بارزة في تقييد سلطات المالك ، لا سيما سلطة الاستغلال ، خدمة للمصلحة العامة ، وهذا ما نجده في قوانين إيجار العقار التي أقرت بمبدأ الامتداد القانوني لعقد إيجار العقارات المعدة للسكن ، مراعاةً للطبقة الاجتماعية الوسطى ، ورغماً عن إرادة المالك [1] ، فتتقيد سلطة الاستغلال بشكل كبير ، ولعل مبدأ الامتداد القانوني فيما يحققه مَن فوائد لأصحاب الدخول المحدودة من فئة المستأجرين ، وهي في فترة من الزمن قد تكون كبيرة ، قد تعكس بعض السلبيات على الممتلكات الخاصة ، إذ بهذا المبدأ قد يعزف المالكين (المؤجرين) إلى عدم التأجير للسكن ، مما ينعكس سلباً على حل مشكلة السكن ، وبالتالي يضطر المُشرِّع إلى إلزام أصحاب العقارات المعَدّة للسكن إلى تأجيرها

(1) وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل في المادة (3) منه ، ثم ألغيت هذه المادة بموجب القانون رقم (56) لسنة 2000 ، وصار نصها كالآتي : ((1- يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً العقار ومستمراً بدفع الأجرة ، طبقاً لأحكام هذا القانون مع مراعاة أحكام الفقرة (14) من المادة السابعة عشرة منه . 2- تستثنى من حكم الفقرة (1) من هذه المادة العقارات المعدة للسكن المبنية حديثاً ، واكتمل بناؤها في 1998/1/1 أو بعده ، وتكون مدة نفاذ عقد الإيجار فيها وفق اتفاق الطرفين)) ، علماً أن هذه المادة ألغيت في إقليم كوردستان بموجب القانون رقم (8) لسنة 2008 .

لأغراض السكن [1]، وهذا إلزام آخر قد لا تحمد نتائجه ، وبالتالي فيجب مسك العصى من الوسط ، فاحترام الملكية الخاصة واجب ، واحترام أدائها الاجتماعي واجب آخر ، يتعين احترامهما على قدم وساق .

4- إن عدم نكران الملكية الخاصة واحترام الصفة الاستحواذية سيجعل الملكية مرتبطة ببناء الثروات ، مما يجعل هناك تمييزاً بين الأغنياء والفقراء ، وهذا تمييز واقعي لا مفرَّ منه ، لكن الوظيفة الاجتماعية للملكية بوصفها حقّ إسهامي ، سيقلل الفارق بين الفئتين عندما تفرض المنظومة الاجتماعية التزامات على الأغنياء لمصلحة الفقراء ، ولعل البعد الاجتماعي لهذا الغرض كبير للغاية ، ومن أهم نتائجه : ترسيخ قواعد التماسك الاجتماعي ، وتعزيز التواصل بين طبقات المجتمع وهذا الحل الوسطي سيضمن عدم سلبَ الغني لتكوين الثروة ، مع استفادة الفقير منها إلى حد معلوم ، ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ . . .﴾ [2] .

5- إن عملية تدخل التقييمات الشخصية للسلع يُعزّز من سرعة دوران السلع وتداولها ، فليس هناك اضطرار لأيّما شخص على البيع والشراء ، ما دامت العملية لم تدخل في نطاق الاحتكار ، فإن دخلت لزم الأمر على الدولة أن تتدخل لمنعه ، وتُحقِّق للملكية دورها الاجتماعي المنشود .

6- وأخيراً فإن كون الملكية حقٌّ استحواذيّ سيُعزز من قوتها بطلب

(1) لاحظ : م/ 20 من قانون إيجار العقار العراقي المعدل .

(2) سورة الحشر / الآية 7 .

الحماية من صاحبها ، كما أن المجتمع - بوصف الملكية نمطاً اجتماعياً محترماً - كفيل بهذه الحماية أيضاً ، فالدولة سيزداد اهتمامها بحماية الملكية الفردية أكثر ، عندما ننظر إليها على أنها أسمى الحقوق التي يتمتع بها الشخص ، وأنها أفضل السبل لتحقيق التضامن الاجتماعي في الوقت نفسه .

وفي النهاية نقول إن الملكية هي حقّ استحواذي للمالك على ما يملك ، وهي حقّ محترم ومصون من هذه الناحية ، كما أنها حقّ إسهامي ، بمعنى أن المالك بها يُعزِّز مركزه المالي في المجتمع ، ويتحدد به وضعه الاجتماعي ، ومدى قوة منزلته بين أفراد جماعته ، إقراراً لما للملكية من وظيفة اجتماعية ، مما يترتب على ذلك ما يأتي :

1- تقييد الملكية الخاصة للمنفعة العامة : فعندما تتعارض الملكية الخاصة مع المنفعة العامة فإن المنفعة العامة هي التي تتقدم ؛ إذ لا ينبغي (أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة) [1] ، ويحصل التعارض عندما تريد الدولة أن تنفذ مشاريع تدَر بالنفع العام على جميع المواطنين ، كـ : تشييد الطرق ، وبناء الجسور ، وتأسيس مصادر الطاقة وغيرها ، وتحتاج إلى أراضٍ مملوكة ملكية خاصة ، فعندها يجب أن نُضحي بالملكية الخاصة على حساب المصلحة العامة ، لكن مقابل تعويض مجزي للمالك ، ذلك أن عدم تنفيذ المشروع يجلب ضرراً عاماً ، في حين يجلب تنفيذه ضرراً خاصاً بالمالك ، والقاعدة تقول : (يدفع الضرر العام

(1) نقلاً عن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .

بالضرر الخاص) [1] .

2- عدم إساءة المالك لاستعمال ملكه : إذ لا تطلق يد المالك في استعمال ملكه إذا كان في هذا الاستعمال قد قصد الإضرار بالغير ، أو أنه قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو أراد تحقيق منفعة ضئيلة مقابل ضرر فاحش يصيب الغير [2] ، فعندئذ يجب منع المالك من استعمال ملكه على هذه الشاكلة ، وإلزامه بالتعويض عن الأضرار المتحققة لغير عن هذا الاستعمال .

3- كما أن الملكية الخاصة تتقيد لمصلحة ملكية خاصة أخرى أجدر بالرعاية ، كما لو تعارضت الأملاك الخاصة في تحقيق أغراضها ، فعندئذ يرجح القانون صاحب الملكية الأجدر بالرعاية .

على هذا النحو ذهب البعض [3] ، ونحن نؤيده ، إلى القول إنه : (لا جناح أن يقال : إن لكل حقّ وظيفةً اجتماعية ، وأن على القانون أن يبيّن مضمون الحقّ ، وأنْ يكيّفَه على هذا النحو . ويكون مدار المسألة عندئذ هو تحديد مضمون الحقّ ، وتكييفه لا وجود الحقّ من الناحية الرسمية . ففي حدود ما يفرض على الحقّ من قيود اجتماعية لا يعطي الحقّ ولا يجوز أن يعطي إلاّ من أجل مصلحة صاحبه . وإنه لهذا يكون الأحرى أن نستبدل بفكرة أن

(1) لاحظ : م214 مدني عراقي .

(2) لاحظ : م/ 7 مدني عراقي .

(3) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 144 .

((الحقّ وظيفة اجتماعية)) فكرة ان ((للحق وظيفة اجتماعية)) . فالحقّ لا يتصور أنْ يكون وظيفة اجتماعية . فليس من قبيل الوظيفة أن يكون الشخص مالكاً أو دائناً لغيره . ولا يصير الحقّ - كله أو بعضه - وظيفة اجتماعية لمجرد أنه يقيّد بقيود اجتماعية أو يكيف ابتغاء مصلحة الجماعة . فهذه القيود وهذا التكييف لا يغيران من طبيعة الحقّ، الذي يظل مقررا لمصلحة صاحبه ولكن تكون له وظيفة اجتماعية) [1] .

67) - أهمية دور الإرادة :

يرى الفقيه "ديگي" ومَنْ سار على سيره من الاجتماعيين أن الإرادة ليس لها في نطاق القانون حول ولا قوة إلا بإذن من القانون ، وهذا القول تفنده اعتبارات اجتماعية متعددة :

أ) - فإرادة الأشخاص تتماشى - عادة - مع التطورات التي تطرأ على المجتمع ؛ إذ تُلبّي هذه الإرادة حاجات أصحابها ، مواكبة بذلك للتطورات ، لا سيما التكنولوجية منها ، في حين أن القانون الذي يحكم نشاطات الأشخاص أقل تطورا ، فتغييره يحتاج إلى اتخاذ إجراءات معينة في الإلغاء ، والتبديل ، أو التعديل ، وتقييد الإرادة بالقانون بوصفه مصدرا لها ، أو إذنا يعطيها الصلاحية

---

(1) ولا ينحصر البعد الاجتماعي للحقوق في ما للحق من وظيفة اجتماعية ، بل يتعزّز في توجُّه الدول حديثاً نحو تحقيق قدرٍ من العدالة الاجتماعية ، فلم يعد موضوع العدالة الاجتماعية مقتصراً على الدول التي كانت تدين بالمذهب الاشتراكي ، إذ أضحت هذه العدالة غاية الكثيرين ، ما دامت أنها ستحقق قدراً عالياً من التوازن بين فئات المجتمع . (لاحظ ، في معرفة العدالة الاجتماعية : إبراهيم العيسوي ، العدالة الاجتماعية والنماذج التنموية ، المركز العربي للأبحاث ، بيروت ، 2014 ، ص 96) .

على إنشاء الحقوق والواجبات هو تعطيل لعجلة مواكبة التطور[1] .

ب) - إن القيد على الإرادة في إنشاء الحقوق أمر لا يستسيغه المنطق[2] ، وفيه قدر من الاستحالة المنطقية[3] ، ذلك أن سبب تدخل القانون في تنظيم مصادر الحقوق وأسباب كسبها ، نابع من تلبية متطلبات الأفراد المتجددة على الدوام في تمشية أمور حياتهم ، فإذا كان القانون هو المحرك لعجلة اشباع المتطلبات المتجددة للحياة ، أوقعنا هذا في استحالة منطقية ، إذ كيف ينهض تدخل القانون على تلبية تلك المتطلبات التي دفعت القانون لإصدار أحكامه ، في الوقت الذي تتوقف تلبية متطلبات الحياة المتجددة عبر إرادات الأشخاص ، على تدخل القانون ذاته ! أليس في هذا مصادرة على المطلوب ؟ !

ج) - كما أن جعل القانون الآذن للإرادة في تحريك مقدرتها على إنشاء الحقوق يثير حفيظة من يستكشف البحث عن الحكمة ، فما الحكمة من تقييد

---

(1) لاحظ في المعنى نفسه : بحثنا ، فكرة التطور القانوني بين تبدّل القانون وتغيّر الواقع ، دراسة تحليلية استخلاصية لعنصر المستقبل في القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة دراسات مستقبلية ، تصدرها كلية الحدباء الجامعة في الموصل - العراق، العدد الأول ، السنة الأولى ، 2000 ، ص 315 .

(2) (يبني بعض أساتذة علم الاجتماع الصلة بين علم المنطق وعلم الاجتماع على أساس أن قواعده مجعولة بجعل المجتمع الذي صنع المنطق في زمن اجتماعي متأخر ، فأوجد تصور الحقيقة ، والصدق والحقّ . . . وغيرها من معايير اجتماعية . ومن زعماء هذا الاتجاه (دوركهايم) الذي يقول : إن المجتمع هو الذي أعطى الخطوط الأولى التي بني عليها الفكر المنطقي) . نقلا عن : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، 1986 ، بغداد ، ص10 .

(3) الاستحالة المنطقية : هي توقف الشيء على نفسه في الأمور الحقيقية الخارجة عن ذهن الإنسان ، والتي تشكل في هذه الأمور مصادرة على المطلوب (لاحظ : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، ص44) .

الإرادة بهذا القيد ؟ !والغريب أن الكثير من القوانين المدنية قد تبنت هذا الموقف عند إنكارها لقوة الإرادة المنفردة على إنشاء الحقوق الشخصية ، إلا في الأحوال التي نصّ عليها القانون[1] ، في حين أنها أقرت بسلطان الإرادة في نطاق الإرادة المزدوجة ، العقد ، كقاعدة عامة ، إلاّ في الأحوال التي يطغى فيها القانون هذه السلطة للإرادة في إنشاء الحقوق[2] ؟ !

لا شك في أن الإرادة المنفردة – وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد – تنتج آثاراً قانونية مختلفة ، فقد تكون سببا لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حقّ يتأكد أو حقّ رهن ، وقد تثبت حقًّا شخصياً ناشئاً عن عقد موقوف كالإجازة ، وقد تجعل عقداً يسري على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحقّ الشخصي (الالتزام) أو إسقاطه فالإرادة المنفردة في القانون المدني تسقط الحقّ الشخصي بالإبراء ، وبقي أن نعرف هل هي أيضاً تنشئ الحقّ الشخصي ؟ نستعرض هنا نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذي يتولّد عن عمل قانوني لا يكون مصدره إلا عقداً ، أي : توافق إرادتين ، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه القاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاءً في فرنسا وفي مصر في عهد القانون القديم . ولكن النظرية الألمانية ، التي تبناها بعض الفقهاء الألمان ،

(1) لاحظ ، على سبيل المثال ، المادة (184) مدني عراقي .

(2) لاحظ ، على سبيل المثال ، المادة (75) مدني عراقي .

ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تُنشئ التزاماً ، ويعود ذلك إلى أن تقاليد القانون الجرماني تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام ، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه .[1]

---

(1) لاحظ : د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص1446 . (ويستعرض الأستاذ السنهوري حجج أصحاب النظريتين ، فيقول : " ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج التالية : (1) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون ، فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسّر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور ؟ أي لغير شخص معين . وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ، ولكنه سيوجد في المستقبل ، أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه ، أو فقد أهليته ، ففي كل هذه الفروض ، وهي فروض تقع كثيراً في العمل لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين ، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (2) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً ، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة ، وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة . بل هو مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد ، فإن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب ، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول ، فالإيجاب والقبول يتعاقبان ، فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول ، وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزعم أنها هي الإرادة الباطنة ، والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه هذه الحقيقة كما هي ، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقًّا في ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحقّ هو مجرد انضمام تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقًّا دون إرادته . وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد ، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول . (3) ثم إنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته ، فالإنسان ←

←

حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشدّ نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين ؛ إذ الإرادة المنفردة تصبح وحدها قادرة على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها . أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة ، فقديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تتجه إليه ، فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية ، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نتطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقًّا بالرغم منه ، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتي : (1) إن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح ؛ لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائناً من دون إرادته . وإذا قيل : إن المدين يلتزم لغير لدائن ، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ وإذا قيل : إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائناً فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد . (2) يقضي المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة : فإنه إذا كان للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وإن في مكنتها أن تولد التزاماً وجب القول أيضاً : إنها تستطيع أن تقضي هذا الالتزام ، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله . وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته ، فيكون التزاماً منحلاً . (3) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة ؛ فهي تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد ، وبتّ فيه بقرار نهائي ، وأعلن طفرة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذي يقع في العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان في أخذ وردٍّ لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، وكل إرادة تؤثر في الأخرى وتعدل من اتجاهها حتى تتوافق الإرادتان ، وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كثيراً ما تؤثر فيه ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هي العقد ، فكلتا الإرادتين اشتركت في تكوين الالتزام ، ولم تستقل إحداهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة " . ويُقوّم الأستاذ السنهوري كلتا النظريتين بالقول : "والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين نقف قليلاً لتقدير مبلغ ما في نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التي يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر أن تدك قواعدها . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقد قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور

←

ولمّا كان القانون قد أقر لقدرة الإرادة المنفردة على كسب الحقوق العينية وإسقاط الالتزام عن الغير فنحن نتفق مع مَنْ يتساءل[1] : لماذا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب ، بل من الناحية القانونية أيضاً . وما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية فلماذا يقف أمام سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة ، ولكنه يستطيع أيضاً ، وطبقاً لسلطان الإرادة نفسها ، أن يتحلل

←

دين دون دائن ما دام الدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقيضه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية . فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المشروعة إذا عقدت التزاما وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداهما في الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية ، فمن الممكن أن نميز مرحلة تنتهي عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً . ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك ، ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر . ولكن لا شك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه في النهاية ، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها ، هذا إلى أن هناك أحوالاً كثيرة تقع في العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجري في عقود الإذعان" .) المرجع السابق ذاته ، ص 1448 .

(1) الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق نفسه ، ص 1450 .

من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة[1] .

(1) ويُكمل العلامة الأستاذ السنهوري مناقشته لمضمون كلتا النظريتين بالقول : (فالالتزام الذي يعقده المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه في أي وقت شاء ، والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أي التزام . ولا يوجد فرق عملي كبير بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه . بقي أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلّل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها ، وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين ، هو الدائن ، ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى هذه الإرادة . فإذا تحقق هذا الفرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهي إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها في تصرفه . وسواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هي إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو العقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه في كلا القولين . على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذي بني عليه كل منهما لا يزال مختلفاً . وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى نتائج ذات بال . ويكفي أن نشير هنا إلى أنه في الفرض الأخير الذي عالجناه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة ، كان التزاما موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين ، أي : عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم أن التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام ونحل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالا للإرادة المنفردة بين هذه المصادر ، وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة . أما المشروع الفرنسي الإيطالي فقد جعل من الإرادة المنفردة ، إلى جانب العقد ، مصدراً عاماً للالتزام . – كما – أن التقنين المصري الجديد نهج منهج القانون الألماني ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا في حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .) المرجع السابق نفسه ، ص 1451 .

وقد اتجهت معظم القوانين المدنية إلى تقييد دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات بالأحوال التي نصّ عليها القانون ، ومنها القانون المدني العراقي[1] ؛ ولسنا مع هذا الاتجاه ، إذ يعود أساسه إلى اعتبارين : وضعي ، واجتماعي ، أما الاعتبار الوضعي فمعروف من خلال جعل القانون مصدرا للحقوق ، وأما الاجتماعي فمضمونه يكمن في تذويب إرادة الفرد في الإرادة العامة للمجتمع المُعَبِّر عنها القانون ، والغريب أن هذا الاعتبار لم يتخذه القانون مبدأً عاماً ، فلماذا لم يتبع الحكم نفسه فيما يتعلق بالعقد ؟

إن من بديهيات التسليم بمقتضى فكرة الحقّ أن الإرادة غير قادرة على أن تُكسب لصاحبها حقوقاً قِبَلَ الغير ، لكنها قادرة أن تُلزم صاحبها تجاه الغير ، أما توقُّف ترتيب الأثر على هذا الالزام – على قبول الغير من عدم استلزامه – فمسألة فقهية تتعلق بنوع التصرف أهو انفرادي ، تكفي فيه الإرادة المنفردة لتحقيق هذا

---

(1) إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (184) مدني عراقي على أنه : ((لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي نصّ فيها القانون على ذلك)) . وهذا النص يُعدم كل أثر للإرادة المنفردة ، إذ لا يكون لها أن تُنشئ التزاما إلا في الأحوال التي نصّ فيها القانون على ذلك ؛ وقد لطّف القانون المدني الأردني من حدة صياغة القانون المدني العراقي ، ونصّ في المادة (250) منه على أنه : ((يجوز أن يتمّ التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقّف على القبول ، ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيءٍ وذلك طبقاً لما يقضي به القانون)) . وقد نقل قانون المعاملات المدنية الإماراتي هذا النص من القانون المدني الأردني ، في المادة (276) منه ، مع إضافة عبارة لآخر النص ، وهي ، : ((. . . كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه)) . ولا أدري ما الحكمة من إضافة هذه العبارة ؟ ! كما أن المذكرة الايضاحية لهذا القانون لم تبين الحكمة من ذكر هذه العبارة . لاحظ : المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 ، من منشورات وزارة العدل الإماراتية ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 259 .

الغرض ، أم مزدوج يتطلب إرادتين ؛ لكن ما يهمنا هنا أن يُؤسس هذا على مشيئة القانون ، فهو أمر محل نظر عندنا ، ولهذا نحن لسنا مع وجود نص يقضي بحصر قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات في الأحوال التي ينص عليها القانون ، وإطلاق سلطة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات ، متى كانت صالحة لهذا الإنشاء ، أي : مؤهلة ومن غير وجود مانع يُعيق قدرتها على هذا الإنشاء ، كما لو كان الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة أو لقواعد قانونية آمرة [1] ؛ وهنا

---

(1) وقد توصلنا في نظريتنا عن "قنونة" العقد ، إلى أن القانون بوصفه المعبّر عن الإرادة العقدية العامة ، يشقّ لها قناة في العقد حماية منها لمصلحتها العقدية العامة ، من خلال أساليب متعددة : منها حماية المصالح العليا للكافة عبر القواعد القانونية الآمرة ، أو جعل هذه المصالح ضمن مفهومي النظام العام والآداب ، والأسلوب الأوسع انتشاراً ، تنظيم العقود بشكل تفصيلي بمجموعة من القواعد المكمّلة أو المفسّرة أو المقرّرة لإرادة طرفي العقد ، أو النظر إلى بعض العلاقات العقدية على أنها – في الوقت نفسه – تشكل علاقات تنظيمية . وتُدلي الإرادة العقدية العامة بموقفها في كل عقد عبر – ما أطلقنا عليه – البند العقدي المفترض ، عبر القانون ، من خلال وسائل قانونية متعددة ، من أهمها القواعد القانونية الآمرة (أو المكمّلة عند عدم وجود ما يخالفها) ، في مجال العقد ، وإعطاء القاضي سلطة في إعادة التوازن الاقتصادي للمتعاقدين ، أو ما إلى غير ذلك . فمثلاً في عقد القرض يوجد بند عقدي مفترض مفاده أنه لا يجوز الاتفاق على سعر فائدة أكثر من 7٪ (م/172 مدني عراقي) ، وفي عقد البيع يوجد بند عقدي مفترض مفاده أن التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة يقع باطلاً (م/129 مدني عراقي) ، وفي عقد الايجار قد يوجد بند عقدي مفترض مفاده عدم جواز تأجير دار سكني لممارسة الدعارة أو للعب القمار ؛ وقد ينسف البند العقدي المفترض العقد بأكمله كما في عقد الرهان والمقامرة (م/975 مدني عراقي) في غير ما أباحه القانون . ولا نقصد بالإرادة العقدية العامة ما يمكن أن يدركه العقل لمفهوم هذا المصطلح أول وهلة ، فلستُ أقصد منها إرادة الجماعة أو الإرادة العامة لها للمعنى التقليدي الموضوع لها ابتداءً ، إنما المقصود منها الإرادة المشتركة لجميع من قد يتعاقد ويأخذ مكانة أحد المتعاقدين ، ذلك أن الإرادة العقدية لأحد المتعاقدين في النوع الواحد من العقود ، لا يمكن أن تخرج من قالب ما قد تسعى له كل إرادة من تحقيق لمصلحتها العقدية المبتغى تحقيقها من خلال إبرام العقد وهو ما قد يتوافق مع مضمون نظرية السبب حسب مفهومها التقليدي المكرّس فهمه عند ←

يكون الموقف إزاء الإرادة المنفردة كالموقف تجاه العقد لا فرق بين الاثنين .

68) - الضرورة في وجود جماعة تأكيد لوجود فكرة الحقّ :

الإنسان اجتماعي بطبعه[1] ، كم تتكرر هذه العبارة على مسامعنا وترتكز في أذهاننا ، وكثير من علماء الاجتماع - إن لم يكن جميعهم - يذهبون إلى عدم إمكانية أن يعيش الإنسان بمفرده ، واعتقد أن هذه المسألة مرتبطة بطبيعة الكيان البشري وتركيبه الخَلقي ، لكن ، مع ذلك ، هذا لا ينفي عن الإنسان كونه - في

←

الفقهاء فيما بات يعرف بسبب الالتزام ، حيث إنه يعد واحداً في النوع الواحد من العقود ، فسبب التزام البائع هو الحصول على الثمن في كل عقود البيع وبالنسبة لجميع من نزل منزلة البائع ، وسبب التزام المقاول هو الحصول على الأجر في كل عقود المقاولة وبالنسبة لجميع من نزل منزلة المقاول ، وهكذا ، وهو يوازي القولَ إن المصلحة العقدية المجردة إنما هي ثابتة في النوع الواحد من العقود ، وهي مصلحة الجميع ممن دخلوا هذا المجال ، وهي المصلحة ذاتها التي تسعى إلى تحقيقها إرادة الجميع ممن نزلوا منزلة المتعاقد في هذا المجال ، وبالتالي فهي إرادة عقدية عامة .

ثم أن الإرادة العقدية العامة لا تقف عند حد المفهوم المجرد لما عسى أن تحققه من غرض ، أو مصلحة عقدية عامة ، إنما يجب أن ننظر إلى المتعاقد نفسه من زاويتين ، أحدهما : أنه هو المتعاقد الحقيقي ، فهو يمثل إرادته العقدية الخاصة ، وثانيهما : أنه غيرٌ عن العقد افتراضاً ، فإذا تلاقت مصلحته العقدية في حقيقة أمره ، مع مصلحته الجزئية المكونة ، بجانب مصالح الآخرين ، مصلحة عقدية عامة ، افتراضاً ، فتكون المصلحة العقدية المتأتية من إبرام العقد مصلحة جديرة بالاحترام والرعاية . (لمزيد من التفصيل ، لاحظ : بحثنا ، "قنونة" العقد ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، إقليم كوردستان ، العراق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، 2013 ، ص 8 والتي تليها) .

(1) يرى "ابن خلدون" أن الإنسان يتمتّع بميل فطري نحو التعاون والحياة الجمعية مع الآخرين . (لاحظ ، لمزيد من التفصيل : د . فايز محمد حسن ، فلسفة القانون عند ابن خلدون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 21) .

الوقت ذاته – كائناً فردياً ، بمعنى أن لشخصيته استقلالاً من الناحيتين المادية والمعنوية . فلا شك – أيضا – في أن الجماعة تتكون من مجموع الأفراد ، فلا جماعة من غير أفراد ، ولا تصور لحياة الإنسان من غير جماعة ، لارتباط ذلك بناموس ربّاني متعلق بخليقة الإنسان في مرحلتي بدء شخصيته وانتهائها ، فالإنسان لا يولد إلاّ بمساعدة غيره له ، والقيام على تلبية حاجاته ومتطلبات حياته واستمرارها ، فلا يتصور أن يعيش المولود الرضيع بمفرده من غير أحد يعينه على قضاء حوائجه الضرورية ، كما أن الإنسان عندما يموت لا يُواري ثراه بنفسه ، بل يعينه آخرون على الاختفاء المادي من الحياة ، وهذا يؤكد الطبيعة الاجتماعية للإنسان . لكن هل أن تمتع الإنسان بالحقوق يستلزم هذه الطبيعة ؟

لا ريب أن الاجابة تتطلب استدراج الخيال في تصور إنسان يعيش بمفرده بمعزل عن الناس ، وقد تجاوز مرحلة الطفولة المبكرة التي لا يستقيم عيشه إلاّ بغيره ، فهنا ممكن أن نتصور أن يعيش ويقوم بكل الوسائل التي تمكنه من الاستمرار في الحياة وتلبية متطلبات معيشته ، لكن هل من الممكن أن يقال : إن له حقًّا في كذا أو كذا ؟ وإن كان له حقّ ففي قِبَلَ من ؟ أي في مواجهة من يتمتع بهذا الحقّ ؟ هنا بيت القصيد ، فلا معنى لوجود حقّ هنا لهكذا إنسان وهو بمعزل عن الآخرين ، ولهذا فإن ضرورة وجود جماعة هي ضرورة على كيان الإنسان ذاته ، ولما كان الحقّ مرتبطا بالشخص أساساً استغرقت الضرورة السابقة ضرورة وجود الجماعة لوجود الحقّ [1] .

---

(1) يقول العلاّمة الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، متأثرا بما طرحه العالم البلجيكي (دابان) لفكرة الحقّ : ((أن الكائن الإنساني الفردي يتمتع بميزة الحياة وبقدرات أخرى مادية ومعنوية ، وأنه زود بكل ما هو ضروري للحفاظ على حياته ولمزاولة قدراته ، ولاستعمال الخيرات الخارجية خالصة له من ←

لكن يجب أن لا ننكر أن وجود الإنسان نفسه هو شرط سابق لكلا الوجودين : الجماعة ، والحقّ ، ولكون وجود الإنسان - كشخص له حقوق - قد ارتبط بوجود الجماعة [1] ، على الأقل من حيث الواقع فلا وجود لحق إلاّ في

←

دون سائر الناس . فهو يعيش ويمشي في مناكبها ويأكل من رزقها ويفكر ويعمل ويستهلك ، وهذه كلها خواص لصيقة بطبيعته الإنسانية الفردية ، وهي خواص لا يحتاج إدراكها إلى التماس وسائل غير حسية بل يكفى أن نحسها ، كما يكفي أن نفحص ميل الكائن الإنساني الفردي إلى "الحياة الجماعية" عن طريق التقارب والتبادل والتعاون والاجتماع . وعلى ذلك ، فسواء أنظرنا إلى الفرد في حالته الخيالية حياة العزلة ، أم نظرنا إليه في حالته الحقيقية ، وهي حالة الحياة الجماعية نجده في كلا الحالين يحوز خيرات وثروات وقيماً ، هي عناصر وجوده الفردي وطبيعته الإنسانية . وهذه هي ظاهرة الانتماء المادي الطبيعي التي تنشأ من مجرد وجود الفرد الإنساني . ولكن إلى هنا لم ينشأ الحقّ بعد . فالحقّ لا ينشأ على سبيل اليقين إلا بظهور أشخاص آخرين يلتزمون باحترام ما يكون للفرد الأول من خيرات وثروات وقيم . وغني عن البيان أن هؤلاء الأشخاص الآخرين ، وهم فرديون كذلك ، يكون لهم مثل ما للفرد الأول من حرمة وعصمة . ومن هنا كان وجود الحقّ منوطاً بالحياة الجماعية . أما " روبنسون كروزو" ذلك الكائن الافتراضي ، الذي يتمتع بالحياة في جزيرته ويمارس قدراته المادية والروحية وينميها فليس عليه واجبات إلا نحو نفسه ونحو ربه ، وماله من حقوق على أحد ، وما هو إذن بصاحب حقّ . ذلك أن الحقّ - بحسب تعريفه - يقتضي وجود علاقة بين شخص مزود بخواص معينة وأشخاص آخرين . فما أن تصير هذه الخواص اللصيقة بالإنسان الفردي حجة على الغير حتى تتحول هذه الخواص من مجرد قيم عند من يحوزها وينتفع بها إلى حقوق ذات قيمة جديدة هي القيمة القانونية ، أي : أنه ما يكاد يصبح احترام الإنسان الفردي واحترام متعلقاته أمراً مفروضاً على الغير ، حتى يأخذ الفرد صورة صاحب الحقّ ويتسم بسمة الشخص ، إذ إن الشخصية ، في معناها القانوني والأدبي ، لا تثبت للإنسان الفرد إلا من وقت أن يثبت للفرد حرمة وعصمة بحيث يحرم المساس به ويكون في عصمة من العدوان عليه . عندئذ يتحول الفرد من شخص بحكم الطبيعة إلى شخص بحكم القانون .)) ص 51 والتي تليها .

(1) وقد يبدو في هذا مصادرة على المطلوب ، فكيف نساوي بين استلزام وجود الإنسان لوجود الجماعة ،

←

كنف الجماعة . فضلا عن المسلّمة التي تتمحور عمن يُستعمل في مواجهته ، بمعنى أن (الغيرية) – إن صح التعبير – صفة لازمة لوجود الحقّ ، وقيام الإنسان مع غيره ، هو قيام لمعنى الجماعة .

إلا أن البعض[1] يرى بأن : ((القول بأن الشخص نفسه هو أصل الحقّ ، ليس يعني البتة أن هذا الحقّ سيقوم دون سند من القانون . فالحقّ – الذي يعرف بأنه العصمة الواجبة لبعض القيم الثابتة للفرد – لم يوجد ، ولم يكن ليستساغ عقلاً إلا لأن القيم التي يشملها القانون بحمايته هي قيم واجبة الاحترام . ثم إذا كانت هناك حقوق يفرض على الغير

←

واستلزام وجود الجماعة لوجود الشخص ؟ ؟ لا أرى أن في المسألة مصادرة على المطلوب أو استحالة منطقية ، لاختلاف معنى الإنسان عن معنى الشخص ، فالجماعة تتكون من مجموعة من الناس ، اثنين فصاعدا ، فوجود الإنسان ضروري لوجود جماعة ، لكن هذا الإنسان ليس موجودا كشخص يتمتع بحقوق إلاّ بوجود جماعة . كما أن معطيات وجود الجماعة ، القائمة على وجود الكيان البشري تحاكي خصائص النفس الإنسانية ذاتها ، بمعنى أن الإنسان رغم أنه عضو في جماعة تبقى له شخصيته غير المنفكة عن كيانه الفردي ، وهنا يضيف الدكتور رمضان أبو السعود ، كتابه في الحقّ ، ص 13 : ((ولكن إذا جاز القول بأن الإنسان لا تكون له حقوق ولا يتمتع بالشخصية القانونية إلاّ في علاقته مع غيره فإنه لا يجوز أن نغفل مع ذلك ان جوهر تلك الحقوق وهذه الشخصية مستمد من طبيعته الذاتية نفسها . فخصائص ذاته بما يتضمن من حقّ في الحياة والحركة وبما لها من قدرات جسمية وفكرية هي ما يفرض على الغير احترامها ، ومن ثم تكون بالضرورة سابقة على فكرة الحقّ نفسه بالمعنى القانوني ، وسابقة أيضاً على كل قاعدة قانونية . والعدل كافٍ وحده – وقبل القانون – لضمان احترام هذه الحقوق ، ولهذا كانت حقوق الإنسان بحكم كونها نتيجة حتمية لطبيعته الإنسانية ولذاته الفردية – واجبة الاحترام في كل نظام قانوني وأينما وُجِدَ الإنسان . ومن هنا جاءت صفتها العالمية لأن ذلك أمر يفرضه كما قلنا العدل أو القانون الاخلاقي وهما سابقان على القانون الوضعي وأسمى منه مكاناً)) .

(1) الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 53 .

احترامها ، فما ذلك إلا لوجود قاعدة تقرر أن هذه القيم جديرة بالاحترام ، فيجعل منها بذلك حقوقاً . وهذه القاعدة ليست إلا قاعدة العدل ، العدل الواجب للفرد (عدل خاص) أما على الأفراد الآخرين (وهو ما يسمى العدل التبادلي) وأما على الجماعة السياسية ، أي : الدولة ، وذلك في المجتمعات المنظمة (وهذا هو ما يسمى بالعدل التوزيعي) .)) وأرى أن سند القانون الذي يتحدث عنه صاحب هذا الرأي هو إقرار الجماعة للحقوق التي يتمتع بها الشخص في كنفها ، ما دام القانون هو المُعبِّر عن الإرادة العامة للجماعة[1] .

ولا شك في أن حقوق الفرد تنبع - أولا - من احتياجاته الضرورية ، ويستمدها من غيره ؛ إلا أن هناك من قد يقول أن الحقّ يلزم لوجوده وجود طرف سلبي ، فلا تكون للإنسان حقوق ، إلا بعد أن يصير عضواً في جماعة ، وبسبب كونه عضواً فيها ، ومن ثم لا يتصور الحقّ بدون قاعدة قانونية تحكم الجماعة كلها ، ويرد البعض[2] على هذا القول بـ ((إن الحقّ وإنْ لزم لوجوده وجود الغير (أعني شخصاً واحداً أو عدة أشخاص يسرى الحقّ في مواجهتهم) لا يقتضي حتماً وجود جماعة دائمة يأخذ الفرد مكانة فيها بوصفه عضواً فيها خاضعاً لقاعدة جماعية . وإن القول بأن الحقّ يستلزم شخصاً سلبياً وبالتالي

---

(1) وحتى في مجال العلاقات العقدية فلا يوجد ما يقف حائلا أمام طرفي العقد في إبرامه وإنشاء ما شاؤوا من حقوق والتزامات ، إلاّ ما تفرضه عليهما الإرادة العقدية العامة - بمفهومها الدارج - التي يعبر عنها القانون في العادة عبر قواعده الآمرة أو ما يطلق عليه بالنظام العام أو الآداب . (لا حظ بحثنا : (قنونة) العقد ، ص 12) .

(2) الدكتور عبد الحي حجازي ، ص54 .

جماعة وقاعدة جماعية ، هو قضية مقدمتها الصغرى غير سليمة ؛ إذ يكون تركيبها على النحو الآتي :

- كلُّ حقٍّ إنّما يستلزم وجوده وجود شخص سلبي (المقدمة الكبرى)

- وإذا كان الشخصُ السلبيُّ هو الجماعة والقاعدة الجماعية (المقدمة الصغرى)

- إذن يستلزم كل حقّ وجود الجماعة والقاعدة الجماعية (النتيجة)

ويمضي صاحب الرأي في تقويمه لهذه القضية إلى القول إنها ((معيبة في مقدمتها الصغرى ، فلأنه ليس صحيحاً أن الشخص السلبي يرادف الجماعة والقاعدة الجماعية ، فضلاً عن أنه يرادف الجماعة المنظمة تنظيماً سياسياً . فالحقّ يتصور وجوده ، على نحو كامل ، في شكل حقوق الإنسان ، بغير حاجة إلى وجود جماعة أياً كانت تلك الجماعة . فحقوق الإنسان لا تتطلب لنشوئها وجود جماعة أو دولة ، ولا الانتماء إلى تلك الجماعة أو إلى تلك الدولة ، إذ لا تقتصر هذه الحقوق على حدود الدولة التي ينتمي إليها الإنسان بل تجاوز هذه الحدود ، ما دام أن هذه الحقوق لا تناط إلا بصفة الإنسانية التي يشترك فيها الناس كافة ومن هنا كانت قيمتها العالمية)) . ونحن لا نتفق مع هذا الرأي فيما خرج به ، ولا في انتقاده للقضية ذلك أن كل حقّ يتمتع به الإنسان لا قيمة لمعناه إلاّ بوجود الجماعة ، فمن الذي يمنع ذلك الإنسان الافتراضي الذي يعيش بمفرده بمعزل عن الجماعة من العيش والحياة والتمتع بالحرية والتعبير عن الرأي والتنقل والتملك والسكن ، كل هذه تصبح مجرد إباحات ، لا معنى لتسميتها حقوقا ، طالما لم يوجد من يتمتع به الإنسان في مواجهته . أما الانتقاد الذي وجّهه صاحب الرأي السابق للقضية التي افترضها ، ففي محله ، لكن العيب الجوهري

الذي اعترى تلك القضية قد مسّ مقدمتها الأولى (الكبرى) ، فالحقّ إذا استلزم شخصا سلبيا نكون قد وصلنا إلى شطر النتيجة المطلوب البرهنة عليها ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر أننا لو سلّمنا بأن ذلك الشخص السلبي يتمثل في الجماعة ، فإنه ليس صحيحا أن تقف هذه الجماعة موقفا سلبيا على الدوام تجاه صاحب الحقّ ، وكأنما هو صاحب مكنة ، أو أن السلوك المقابل لذلك الحقّ ، والذي يُفترض صدوره من الجماعة ، هو مجرد امتناع ، في حين أن الحقّ قد يكون في صورة امتناع ، وموقف الغير إيجابي تجاهه ، كالحقّ في عدم التعاقد[1] ، فضلا عن أن الاعتراف بالحقّ ، لا جرم في كونه يأخذ موقفا إيجابيا في كثير من الحالات ، ولهذا تكون القضية أكثر قبولا لو كانت تعبر عما ذكرناه في بداية هذه الفقرة ، وما انتهينا به إلى نهايتها ، وعلى الشكل الآتي :

- كلُّ حقٍّ يتطلبُ شخصاً . (المقدمة الكبرى)

- كلُّ شخصٍ يتطلب منه العيش في جماعة . (المقدمة الصغرى)

- كل حقٍّ يتطلب وجود جماعة . (النتيجة)

(1) وهنا نتكلم عن الحقّ بمعناه العام الذي يشمل الحرية أيضا .

المبحث الثاني
الرد على الاعتبارات الوضعية

69) - الرد على التوجّه العام للمدرسة الوضعية :

رأينا كيف أن الأستاذ "ديگي" ، المنطلق من أرضية وضعية ، لا يعترف بوجود الحقّ السابق لوجود القانون ، وعليه فقد انكر الحقوق الطبيعية للإنسان ، ولكن إذا كان لنا إلا أن ننكر الطبيعة الاجتماعية للإنسان فهل ينبغي علينا أن نسأل هل أن القانون هو الذي أوجد تلك الحقوق ، وبما فيها الطبيعية ، للأشخاص ؟

يُلاحظ أن " ديگي " ذهب - مع البعض - إلى أن الحقوق لا تنشأ إلا من القاعدة القانونية بوصفها القانون الحقيقي الوحيد ، أو القانون الوحيد الممكن من الناحية العلمية . وإن سلّمنا برأي الأستاذ "ديگي" ، نكون قد أعدمنا أهم قيمة مرتبطة بكيان الإنسان ، أو حططنا من قدرها ، ذلك أن المنظومة القانونية المتمثلة في الدولة وسنّها للقوانين ، ما كانت لتتشكل لولا أن الأفراد قد استعملوا حقوقهم في تشكيلها ، ذلك أن الأجهزة التي يتحدث عنها الأستاذ "ديگي" ، وقوتها في وضع الجزاءات على العدوان على حياة الناس وممتلكاتهم ، عبر القوانين ، لم تنزل من السماء لتبيح لنفسها تنظيم شؤون الناس ، والمدافعة عنهم ، بل شكّلها الأفراد أنفسهم ، فهي - مهما كانت ، ومهما قويت - لا تعدو كونها وسائل لتحقيق غايات . هي في الأساس ذات طابع فردي . وهنا لا بد من معالجة الفكرة

تحليلا وتركيبا :

– فمن حيث التحليل : اعتمد "ديگي" في توصيل فكرته على مركبات ، نسي ، أو تناسى تحليلها إلى عناصرها الحقيقية : الدولة ، الجماعة ، مصلحة الجماعة ، في حين أن هذه المركبات تشكّلت من عناصر ، في الحقيقة هي التي فاعلت المواقف ، وأدت في الأخير ، ومن أجل الوصول لمبتغاها هي ، إلى خلق هذه المركبات تحقيقا لغاياتها الأولى ، فلا يوجد فرد حقيقي اسمه دولة ، بل هو مركب شكّله الأفراد لتتحقق ، به ، غاياتهم . ثم هل من جماعة بلا أفراد ، وهل من مصلحة لها إلاّ باجتماع عموم مصالح أفرادها ؟

– ومن حيث التركيب : تتحقق حاجات كل فرد إما بكدّه أو بحصيلة علاقاته مع الآخرين ، وفي الثانية تظهر صورة الحقّ جليا ، إذ يجد هذا الفرد أن مصالحه تتحقق أكثر بالتعاون مع فرد آخر ، والآخر تتحقق مصالحه بشكل أفضل بالتعاون مع ثالث ، وهكذا تطور الأمر إلى أن ظهرت الحاجة إلى وجود تنظيم يحقق فيه كل فرد مصالحه وغاياته التي لا تنال من مصالح الآخرين ، ولا تصطدم بها ، من خلال تشكيل كيان يمثل الجميع في مقابل تنازلهم تجاه بعضهم البعض عن بعض حقوقهم ، ثم تنازلهم عن بعض آخر منها لمصلحة هذا الكيان الذي سُمِّيَ بالدولة ، والذي بتشكيله حقّق كل فرد مصالح ما كان ليحققها لولا وجود هذا الكيان ، وتشكلت مصلحة جماعية للجميع قوامها تحقيق مصلحة كل فرد على حدّة .

فليس من السليم – إذن – أن أقيس المفاهيم والحقائق على كائنات

افتراضية ، وأترك مكوناتها الحقيقية التي ارتبطت بها كل المناشئ ، وهي التي يُبحث فيها وفي نيّاتها . ثمّ لماذا ينتقد الأستاذ "ديگي" فكرة ، ويقول : إنها فكرة ميتافيزيقية ، ويأتي بفكرة ميتافيزيقية أخرى ليحلها محل الأولى [1] ؟

70) - فكرة الحقّ والتناسق الداخلي للقانون :

رأينا كيف اعتمد مُوَجِّهو هذا النقد المتعلّق بمدى اتّساق فكرة الحقّ مع التناسق الداخلي للقانون ، على مدى اهتمام القانون الوضعي بفكرة الحقّ ، حيث يقول أحد الفقهاء[2] : " إن معنى فكرة الحقّ - في شتى القوانين الوضعية - يتوقف إلى حد ما على مبنى تلك الحقوق : فإذا وجدت في القانون الوضعي، قاعدة هامة - في مواد العمل غير المشروع ، تتعلق بالاعتداءات على الحقّ - ساغ لنظرية القانون أن تُعنى عناية خاصة بفكرة الحقّ . أما إذا اتّخذت قاعدة العمل غير المشروع شكل القاعدة العامة كان المسوِّغ للاهتمام بفكرة الحقّ في هذه الحالة أقل منه في الحالة الأولى . "

وإذا كانت المشكلة عند صاحب هذه المقولة هي مشكلة (مسوّغ

---

(1) ومن المناسب أن نذكر هنا أن الكثير من الفقهاء قد وقع في شباك المدرسة الوضعية حتى في محاولته للرد على المنكرين لفكرة الحقّ ، فقيَّد الحقوق بنطاق قانوني لها ، فعلى سبيل المثال يقول الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 17 : (إن فكرة الحقّ لا يمكن إنكارها ، لكن الإقرار بوجودها لا يتضمن إطلاقاً الاعتراف لها بالسلطة العليا المدعاة لإرادة الأفراد . فالحقوق لا وجود لها إلا من خلال النطاق الذي يرسمه القانون لها وطبقاً للشروط التي تحددها قواعد هذا القانون . وليس أدل على ذلك ما درج على دراسته تقليدياً في نطاق القانون الخاص من تقسيم مصادر الحقّ إلى تصرفات قانونية ووقائع قانونية) .

(2) "جوينج" في مقاله عن معنى فكرة الحقّ ، نقلا عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 41 .

للاهتمام) ، فخلافنا معه ليس بذي أثر كبير ، ذلك أن فكرة الحقّ لا تحتاج على مسوّغ لاهتمام القانون بها والذي ما سُنّ إلا لها ، وحتى لو أن القانون اكتفى بقاعدة عامة عن العمل غير المشروع بالنصّ على تجريمه ، أليس هذا تقريرا لحماية كل حقّ شكّل عليه ذلك العمل عدوانا ؟ ثم ألا يُعطي هذا العدوان حقًّا لمن أضرّ به أن يطالب بحقه في جبر ذلك الضرر ؟ أليس الحقّ هو المسوّغ الأصلي لهذا التوجّه ابتداءً وانتهاءً ؟

فضلا عما سبق فإن الدراسة التنسيقية للقانون الوضعي فيها قدر من الغموض ، إلا إذا اعتمدت على فكرة الحقّ ، فنظام الجرائم تتناسق فيه فكرة الحقّ بشكل بيّن : فهي التي تقدّر متى يشكل الفعل جريمة ، والجواب هو عندما يشكل اعتداءً على حقٍّ من الحقوق ، وبما أن العقوبات المقررة على تلك الجرائم متدرّجة شدّة وخفّة بحسب جسامة الفعل الجُرمي فإن طبيعة الحقّ المُعتدى عليه لها التأثير نفسه على مقدار العقوبة ، فالعدوان على حقّ الحياة ليس كالعدوان على حقّ الملكية . ولعلّ نظام الجرائم الذي ارتأى أصحاب هذا النقد أن يضربوه مثلا قُيّد بمبدأ الشرعية ، فتحددت بهذا المبدأ جميع الاعتداءات على جميع الحقوق ، من دون أن تسمح للقاضي أن يجرّم فعلا لم يجرمه القانون ، والسبب هو عدم رغبة الإرادة العامة للجماعة الإنسانية السماح لغيرها في تقييد الحقوق والحريات ، إلاّ بالقدر الضروري لهذا التقييد .

ثُمّ من الذي يثبت أن فكرة الحقّ أوجدت فجوةً كبيرة بين قواعد القانون الخاص والواقع الاجتماعي ، بحجة أن هذه الفكرة لا تبرز للعيان العديد من القيود والروابط الاجتماعية التي توجد بين شتى القوانين ، أليس في ذلك نظرة

للحق نظرة تجريدية ؟ ! إن فكرة الحقّ لا تعني وضع حدود فاصلة فصلا تاما بين الحقّ والبيئة التي ولد فيها ، ذلك أن كون الحقّ مقيداً ببعض القيود مرجعه أنه يتعارض مع حقوق أخرى أسمى وأرجح منه في الرعاية ، وهذه تعتمد على معايير نعالجها في حينها .

كما أننا لسنا مع من يعارض التوسع في فكرة الحقّ حتى في مجال القانون الخاص ، لا سيّما فيما اصطلح على تسميته حقوق الشخصية ، صحيح أن في هذه الحقوق – تحديدا – تنحصر فيها فكرة الغيرية ، لكن حقّ الإنسان في أن يكون له اسم ، ولقب ، ووضع خاص به ، وغير ذلك ، هي حقوق بكل ما لها من معنى ، ولعلّ الشكّ في عدّها حقوقاً نابع من غموض فكرة الحقّ نفسها عند الكثيرين ليس إلاّ .

71) – الحقّ ليس مجرد شرط لتطبيق القاعدة القانونية :

سبق أن رأينا كيف لا يقبل "كلسن" فكرة الحقّ إلا على أساس أن الحقّ مجرد أثر منعكس عن الواجب الذي تضعه القاعدة القانونية على كاهل الفرد (أو جميع الأفراد) والذي يقتضيه (أو يقتضيهم) أن يكون سلوكه (أو سلوكهم) على نمط معين تجاه شخص آخر . وبهذا التصوير يُفنى الحقّ في الواجب ، ويصير الحقّ هو الواجب نفسه .

ولكن أليس الأحرى أن يُستبدل بفكرة الحقّ المنعكس عن التزام موجود من قبل فكرة الحقّ المقابل للالتزام ، بتقدير أن النظام القانوني حيث ألزم شخصاً (أو عدة أشخاص) تجاه شخص آخر قد منح – جوازا – ذلك الشخص حقًّا يكون له

المضمون الإيجابي أو السلبي الذي لذلك الالتزام المفروض ؟

ويقول "كلسن" إن سيطرة المالك على الشيء الذي يملكه ليست - من الناحية القانونية - إلا انعكاساً للواجب الذي يقتضي جميع الأشخاص ، غير المالك ، عدم التصرف في ملك ذلك الشخص . ولكن أليس هذا قلباً للأوضاع ؟ ! إن الأشخاص الآخرين - غير المالك - لم يمتنع عليهم التصرف في الشيء أو استعماله إلا لأن القانون قد اعترف لصاحب ذلك الشيء بانتماء ذلك الشيء إليه خاصةً ، خالصاً له من دون الناس ، ويترتب على ذلك بالنسبة لأولئك الناس التزامهم باحترام انتماء الشيء إلى ذلك الشخص خاصةً ، فيمتنعون عن كل عمل من أعمال التصرف في ذلك الشيء أو استعماله[1] .

72) - نقض فكرة القانون الذاتي :

يذهب بعض الفقه[2] إلى أن القانون يجب أن يجري فهمه بحس موضوعي وبحس ذاتي في الوقت نفسه إلا أن تناقضا مبدئياً يدخل في أساس نظرية القانون نفسها ؛ لأن القانون له صفة سُننية بمعناه الموضوعي ، فهو مجموعة من السنن ، وهو نظام ، في حين أنه بمعناه الذاتي مصلحة أو إرادة ، أي : هو شيء مختلف تماماً بحيث لا يمكن درج القانون الموضوعي والحقّ الذاتي تحت مفهوم موحد . ويوجد ذلك التناقض حتى لو أظهرنا وجود علاقة بين القانون الموضوعي والحقّ الذاتي ، فالثاني مصلحة محمية بالقانون الأول ، وإرادة يعترف بها

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 40 .

(2) هانس كلسن ، ص 89 .

ويضمنها ويعبر عن هذا الازدواج في معناه الأول عن فكرة كون الحقّ الذاتي يأتي قبل القانون الموضوعي ، سواء من وجهة النظر المنطقية أو الزمنية . تولد الحقوق الذاتية أولاً ، وخاصة الملكية والتي هي النموذج لها والناتجة عن التملك الأصلي . ولا يأتي القانون الموضوعي إلا فيما بعد بشكل نظام الدولة الذي يعترف بالحقوق الذاتية التي ولدت مستقلة عنه ، ويضمنها ، ويحميها[1] . والحقيقة أن من خرج بهذه النتيجة قد نطق بالحقّ من حيث لا يقصد ، إذ إن الربط بين ما أُطلق عليه بالحقّ الذاتي ، وهو الحقّ بعينه ، وما أُطلق عليه بالقانون الموضوعي هو ربط من زاوية واحدة فحسب ، وهي زاوية الحكمة التي ظهر القانون لأجلها ، وهي الحماية بمعزل عن تضخيم دور القانون من دون مُسوِّغ ، وإلا لما ظهر تالياً .

ويمضي الأستاذ "كلسن" في سرد نظريته قائلاً : (ويوجد حقّ ذاتي بالمعنى المحدد للكلمة عندما يكون بين شروط الجزاء التعبير عن الإرادة ، أو شكوى أو دعوى قضائية تصدر عن الفرد المصاب بالضرر . فعندما تجعل السنة القانونية الفرد في موقف الدفاع عن مصالحه فإنها تخلق آنذاك حقًّا ذاتياً لصالحه . والحال

---

(1) ذلك المفهوم هو بصورة خاصة مفهوم ممثلي المدرسة التاريخية التي كانت المظهر الأول للموضوعية القانونية في القرن التاسع عشر والتي مارست تأثيراً كبيراً في تشكيل مفاهيم النظرية العامة للقانون . يكتب (دربرغ) على سبيل المثال : " لقد وجدت في التاريخ حقوق ذات معنى ذاتي قبل أن ينشأ نظام واع للدولة . وكانت تلك الحقوق مبنية على شخص أصحابها والاحترام الذي عرف هؤلاء كيف يحصلون عليه ويفرضونه لأنفسهم وأموالهم . إنما بالتجرد مرّ الإنسان شيئاً فشيئاً من تثبيت الحقوق الذاتية إلى فكرة النظام القانوني . إذن فمما يتقرر إلى الدقة بل مما يتعارض مع التاريخ أن نقول بأن الحقوق الذاتية ليست منشقة إلا عن القانون بمعناه الموضوعي " . (نقلاً من : هانس كلسن ، ص 90) .

أن مثل هذا الحقّ لا يمكن أن يخالف القانون الموضوعي ؛ لأنه لا يوجد إلاّ بقدر إنشائه بذلك القانون ، فالقانون الموضوعي لا يكون مضطراً إلى إنشاء حقوق ذاتية ، فليس له إلاّ إمكان التوصل إلى تلك التقنية الخاصة ، المتعلقة بالأنظمة القانونية الرأسمالية . فهذه في الحقيقة تبنى على أساس الملكية الخاصة وتُعنى كثيراً بالمصالح الخاصة .

ولا تستخدم التقنية في موضوع البحث مع ذلك في جميع أجزاء النظام القانوني الرأسمالي . فهي لا تظهر بشكل كامل إلاّ في ميدان القانون ((الخاص)) وفي أجزاء معينة من القانون الإداري . وقد تراجع القانون الجنائي الحديث عن استخدامها ، فبدلا عن الفرد المتضرر في مصالحه يتدخل جهاز من أجهزة الدولة ، فالمدعي العام هو الذي يُحرِّك منْ تلقاء نفسه الدعوى الرامية إلى تطبيق الجزاء . وبعد أن حلَّلنا – والكلام ما زال للأستاذ "كلسن" – بهذه الصورة مفهوم القانون المقصود بالمعنى الذاتي ، فإن النظرية المحضة للقانون – في نظره – تحل (مشكلة) الازدواجية بين القانون الموضوعي والحقّ الذاتي . ففي نظرها أن هذين القانونين هما من نفس الطبيعة ، وأن الثاني ليس إلا جانباً من جوانب الأول ، فأما أن يأخذ شكل الالتزام أو المسؤولية عندما يفرض القانون الموضوعي جزاءً على فرد معين ، وأما أن يأخذ شكل الحقّ الذاتي عندما يضع القانون الموضوعي نفسه تحت تصرف فرد معين . إن إخضاع الحقّ الذاتي للقانون الموضوعي ، واستغراق أحدهما للآخر أمر يستبعد كل إساءة استعمال من الناحية الأيديولوجية لهذين المفهومين ، وخاصة تعريف القانون الذي لم يعد يرتبط بتقنية نظام قانوني معين ، لأنه يأخذ في الحسبان صفة الأنظمة القانونية

الرأسمالية . ورأينا أنه يوجد حقّ ذاتي عندما يكون التعبير عن إرادة صاحب الشأن (بالشكوى أو بالدعوى القضائية) عنصراً أساسياً في الإجراء المؤدي إلى القاعدة الفردية التي بموجبها تقرر المحكمة الجزاء الذي يطبق في حالة معينة . وبمعنى آخر فإن الفرد الذي له هذا الحقّ الذاتي مرخص بالمشاركة في صنع القانون) [1] ؛ وأمام هذه الفوضى العارمة في طرح الموضوعات ومحاولة الربط بينها يخرج الأستاذ "كلسن" إلى أن الحقّ الذاتي الذي أبدله بمصطلح القانون الذاتي ، يستغرقه في المعنى مصطلح القانون الموضوعي ، وهذا لعمري وقوع ذاتي في فخ ، إذ كيف نستطيع أن نُقنع أنفسنا أن الحقّ السابق في ظهوره للقانون مُنشأٌ به ؟ ! وهل يصح أن نولي لعنصر الحماية الذي يوليه القانون للحق اهتماماً ينصرف إلى جعله سبباً لشيءٍ منتجٍ له ؟ أليس هذا قلبٌ للحقيقة ؟ هذا عن الحقوق التي لا نتلمس وجودها إلا باقتران الجزاء بها – على حد وصفه – لكن ماذا عن الحقوق الأخرى ؟ يمضي الأستاذ " كلسن " قائلاً : (ويمكن النظر بنفس الطريقة إلى الحقوق الأخرى التي تُسمّى ذاتية كذلك ، ولكن لا تمارس بإظهار الإرادة الراغبة في تطبيق الجزاء ، وبذلك فالحقوق المسماة بالسياسية تعرف عموما بأنها صلاحية المشاركة بصورة مباشرة أو غير مباشرة في تشكيل إرادة الدولة ، ولكننا هنا ، كما في الحالات الأخرى ، التي تجسد فيها إرادة الدولة النظام القانوني لا يمكننا التفكير إلاّ بالسنن العامة ، أو بالقوانين التي تُكوّن ذلك النظام القانوني . في الدول الديمقراطية يمكن لأشخاص القانون المشاركة في إعداد القوانين ، في حين أن تلك الإمكانية مرفوضة في الدول الاوتوقراطية . فتوجد ديمقراطية عندما يكون التشريع من عمل الشعب مباشرةً ، أي : من

(1) هانس كلسن ، ص 96 .

أشخاص القانون ذاتهم ، فكل واحد منهم له الحقّ الذاتي في المشاركة في المناقشات والتصويت في إطار الجمعية التشريعية . وتوجد ديمقراطية غير مباشرة عندما يكون التشريع ناشئاً عن برلمان ينتخبه الشعب . فتكوين إرادة الدولة ، أي : إنشاء السنن العامة يتم في زمنين : انتخاب البرلمان ، ثم التصويت على القوانين من أعضاء البرلمان المنتخبين . يوجد إذن صنفان من الحقوق الذاتية حقّ التصويت للناخبين ، الذين يشكلون جماعة كبيرة تقريباً ، وحق المنتخبين الذين هم قلة نسبياً ، للمشاركة بالمناقشات والتصويت في البرلمان . فإذا أجازت الحقوق السياسية المشاركة في تكوين إرادة الدولة فالحقوق الذاتية في القانون الخاص هي أيضاً حقوق سياسية ؛ لأنها تخول أصحابها كذلك ميزة المساهمة في تكوين الإرادة . ويعبر عن هذه في السنن الفردية الناشئة عن حكم محكمة ، كما يعبر عنها في السنة العامة التي يفرضها القانون ، وقد تعود الحقوق السياسية والحقوق الذاتية للقانون الخاص إلى نفس المفهوم ؛ لأن كلا النوعين من الحقوق الوظيفة القانونية نفسها ، وهي السماح بمشاركة اشخاص القانون في تكوين السنن التي توجههم ، وهي سنن عامة في حالة الحقوق السياسية ، وسنن فردية في حالة الحقوق الذاتية للقانون الخاص) [1] . وربما أن ما أبداه الأستاذ "كلسن" هنا هو ما يُفسر مصطلح التقنية الذي أطلقه على الدور الذي يلعبه ما أسماه بالحقّ الذاتي ، نعم إن هذا الدور يُعبر عن حقيقة الحل الذي نريد التوصل إليه في إثبات فكرة الحقّ ، فبهذه الفكرة ظهر القانون ، ولأجلها تحددت وظائفه ، إذ إن تحليل الفقه لحقيقة الأوضاع التي يُستساغ من خلالها البحث في موضوع

(1) المرجع السابق نفسه ، ص 97 .

القانون ، لا تختلف عن الدور التنظيمي للقانون في ترتيب الحقوق وتبويبها ، وإن فعل ، لا يعني أنه الخالق لها وهو مخلوق منها ، بل كل ما هنالك أنه أراد ، معبراً عن إرادة الأفراد ، أن يُبيِّن لكل ذي حقّ حدود حقوقه ، فالحقوق مرتسمة تحتاج لموضّحٍ لها ، وهو القانون ؛ ثم إن اختلاف الوضع في الدول الديمقراطية عنه في الدول التيوقراطية ليس اختلافاً في جوهر الأمر الذي نبحث فيه ، بقدر ما هو اختلاف في الكيفية ، إذ إن تعبير الجماعة عن إرادتها واحد في الحكم ، سواء أكان تعبيرها عن إرادتها صراحةً أم ضمناً ، إذ لا يقف أمام قوة الشعوب أي حائلٍ بين إرادتها والتعبير عنها ، فإن سكتت خوفاً أو رضيت مضضاً يكون هذا رضى منها ؛ وهذا ما يُفسّرُ مسؤولية الشعوب عن القرارات التي تتخذها أنظمتها الدكتاتورية البالية . ثُمَّ من قال : إن القانون الخاص لا يحتوي على سُننٍ عامة ، صحيح أن قواعده مكملة ، وتخلق أوضاعاً فردية خاصة ، أو على حد تعبيرهم ، مراكز قانونية خاصة ، لكنها سُنن بما انتهى إليه "كلسن" مِنْ معنى لها ، وإن أقرَّ أنها سنن فردية ، لكنها تخلق ، متى استمرت ، ولم يخالفها الأفراد ، توجهاً عاماً ، لا يخرج عن كونه سُنَّةً عامة ؛ وبالتالي انتفى الطابع البراغماتي لأهمية التمييز بين الحقوق المُنظمة في القانون الخاص عن تلك المنظمة في القانون العام .

ومن ناحية أخرى ذهب الأستاذ "كلسن" إلى أن اعتبار الحقّ الذاتي تقنية خاصة لإنشاء القانون ، يستبعد كل تعارض بين القانون الموضوعي والحقّ الذاتي ، وتستخرج بوضوح الصفة الأولية للالتزام القانوني بالنسبة للحق الذاتي ، وفي حين يبدو الالتزام كوظيفة أساسية وضرورية لكل سنة قانونية ، فإن الحقّ الذاتي في مجال القانون الخاص ليس إلا تنظيماً يخص النظم القانونية

الرأسمالية ، وفي ميدان القانون العام أحد عناصر النظم القانونية الديمقراطية [1] ؛ وإلى جانب أن هذا القول له خطورته على نظرية "كلسن" المحضة في القانون فهو غير دقيقٍ ، فليس من السليم ، من جهة ، ربط القانون العام بنظم سياسية في الوقت الذي يتم ربط القانون الخاص بأخرى اقتصادية ، إذ ليس القانون العام بذي طابع سياسي مطلق ، وإن ارتبط مفهومه ، غلطاً ، بسيادة الدولة ، ففي القانون العام ما هو اجتماعي الطابع ، أو حقوقي الجوهر ، فما علاقة قواعد القانون الجنائي بذاك الطابع ؟ وما علاقة قواعده الاجرائية به ؟ ثُمَّ إننا لو سلَمنا جدلاً بتبعية القانون الجنائي للقانون الخاص ، كما هو متبع في بعض الدول ، فما هو علاقة هذا القانون بالطابع الاقتصادي ؟ وإذ آلينا البقاء في دائرة القانون العام ، ما علاقة قواعد القانون الإداري المتصلة بنشاط المرافق العامة والعقود الإدارية بالطابع السياسي ؟ ومن جهة أخرى : هل القانون الخاص قانون تجاري فحسب ؟ لنُضفي عليه القالب الرأسمالي أو الاقتصادي ، ألا يوجد قانون الأسرة ؟ وقانون الإثبات وأصول الترافع أمام المحاكم وأصول تنفيذ أحكامها ؟ ثُمّ إننا لو أرجعنا كل القوانين في هذا المطلب إلى أصلها ، وهو القانون المدني ، فليس القانون المدني رأسمالياً ، إنما هو قانون يُنظم لحقوق مالية متصلة برُزمةٍ من القواعد ذات الطابع الشمولي العام ، تهتم بأهم ركنين في التعامل وهما : الأشخاص ، والأموال .

وفي الوقت الذي استبدل فيه الفقيه "كلسن" لفظة الحقّ بلفظة القانون الذاتي تناسى ما طرحه من رأي حول أسبقية الحقّ ، فالحقّ الذاتي هو الذي حقق

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص98 .

للقانون موضوعية انطباقه على مختلف الأوضاع ، فليس صحيحاً ما ذهب إليه الأستاذ "كلسن" أن ما يسمى ، مجازا عنده ، بالحقّ المنشأ من مصدر معين ، ما هو إلا قاعدة قانونية ، جعلها المصدر قانونا ذاتيا لصاحب الأثر الذي أنشأه المصدر ، فالحقّ عنده لا يختلف عن قاعدة القانون الوضعي ، أي : إن الحقّ ليس سوى القاعدة القانونية منظوراً إليها من زاوية فردية ، وهذا ما لا يقبله العقل السليم ؛ إذ مقتضى ذلك أن نجعل من الحقّ تطبيقاً للقاعدة القانونية على فرد معين ! فإن كانت كذلك فإن هذا إقرار بأن للقاعدة قوة إدراك كل الوقائع التي تنشأ منها الحقوق ، من جهة ، ومن جهة أخرى أن لا حقّ لأي شخص إلا بمقتضى قواعد القانون ، وليست النتيجتان بمنأى عن الخطأ ، حتى وإن سلّمنا بموقف الوضعيين ، فليس كل الحقوق مصدرها قواعد القانون ، وليس كل القواعد قادرة علىَ تنظيم كل الحقوق ، لا سيما الحقوق الطبيعية للإنسان حتى وإن استعضنا بفكرة الحقّ فكرة الواجب ، فليس صحيحاً أن كل قاعدة تقرر التزاماً معيناً ، تُقرر حقًّا ذاتياً أو فردياً ؛ وأن فكرة الواجب هي الأكثر وضوحاً ، وأن الحقّ ليس إلاّ تمسكاً بأن ينفذ الطرف الآخر واجبه المفروض بمقتضى القاعدة القانونية ؛ بزعم أن الحقّ هو من جعل القاعدة القانونية تفرض واجبات على الآخرين لحمايته ، وهذا لا يعني بالضرورة التسليم برأي "كلسن" من أن الحقّ ليس سوى وسيلة فردية لتنفيذ الالتزام ، بمعنى أن كل قاعدة قانونية تضع شروطاً محددة تربط بينها وبين ترتيب أثر قانوني معين ، وبناءً على ذلك عندما يكون لفرد مصلحة فإنه يفصح عن إرادته في تحريك هذه القاعدة القانونية فيكون النظام القانوني بكامله تحت تصرفه ضد الملتزم ، وإن هذا لكلام غريب ، إذ كيف نُسلِّم بأن النظام القانوني كله ينصاع لإرادة شخص سلبنا – مُقدّماً – منه

حقه وقصّرناه في مصلحة ؟ ! ثُمَّ كيف صوّرنا الحقّ على أنه مجرد تطبيق لقاعدة قانونية ، ثُمّ نُسند شرط انطباقها على إرادته ؟ ! ثُمّ ما هو الحكم في حالة العقد الذي يُنشئْ - بحسب الكثيرين - حقوقاً ؟ هنا يضطر "كلسن " إلى أن يختار طريقاً آخر للتحليل ، إذ ذهب - حسب ما رأينا - إلى المغالاة في تدخل القانون في العقد ؛ إذ إنه في العقد - وحسب رأيه - ولكون العقد تعبيراً عن الإرادة لا ينشأ من ذلك التعبير عن الإرادة حقّ بل قاعدة قانونية ، مع الأخذ في الحسبان هاتين الملاحظتين ، الأولى هي : أن القاعدة هنا تكون قاعدة فردية ومحددة ، على خلاف القاعدة القانونية التي تنشأ من إرادة المُشرِّع فإنها تكون عامة مجردة ، والملاحظة الثانية : هي أن التعبير عن الإرادة (الفردية) لا يقدر على إنشاء القاعدة الفردية (عند كلسن) إلا بسلطان من القانون ، ومؤدى هذا أنه في العقد يفوض القانون على الطرفين في أن يقوما بوضع مضمون القاعدة القانونية . ولو سلّمنا بهذا الرأي نكون قد عقّدنا المسألة على الجميع ، إذ نكون قد زدنا على الحلقات المتعاقبة في إحداث الأثر ، حلقة لا معنى لوجودها ، فلو أن القانون هو الذي أعطى للإرادة قوتها على إنشاء قواعد قانونية فردية ، فإنه لا معنى لوجود أثر هذه الإرادة في ظل هذا الدور للقانون ، أو الاستغناء عن تلك القواعد بوجوده ، ما دام الأثر مُنتَجاً لا محال ؟ ! وهذا تلاعبٌ بيِّنٌ في الألفاظ لا قيمة له ، ذلك أن "كلسن" قد صوّر القانون على أنه تعبير عن إرادة الجماعة العامة ، وما المتعاقدين إلا من هذه الجماعة ، وما دام الأمر يخصهما ، على فرض التسليم بأن القاعدة التي ينشؤونها هي قاعدة فردية تخصهم حسب رأيه ، فإما أن يكون الإنشاء مقدماً بالقواعد العامة التي يراها "كلسن" أنها الخالقة لكل الحقوق ، ومنها الحقوق التعاقدية ، وإما أن تكون منشأة بالقواعد الفردية التي ينشؤونها ؛ في حين

أن التسليم بفكرة الحقّ لا يضطرنا إلى الوقوع في فخ هذه المعادلة غير المنطقية ، فالقانون عندما يمنع الأفراد من التعاقد على بعض الصور يمنعهم لمساس ما يتفقون عليه بحقوق أسمى من حقوقهم ، وهذه وظيفة القانون ، فهي وظيفة تنظيمية للحقوق ليس إلا ، ولهذا يكون الأصل دائما إباحة التعاقد ، فالقانون لا يقوى على تنظيم كل الحقوق ، فترك قسماً غير قليل منها لإرادة الأفراد ؛ لذا فإن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لا تتعدى معنى كون العقد هو المنظم لحقوق المتعاقدين ، وليس ما وضعه لها "كلسن" من دلالة ؛ وبالتالي لا يمكن أن يحل ما أطلق عليه "كلسن" بالقانون الذاتي ، محل ، ما أطلق عليه بالحقّ الذاتي ، فلا يوجد سوى حقّ ينبغي على القانون حمايته .

73) - القواعد القانونية مخلوقة لحماية الحقوق وتنظيمها :

رأينا كيف أن "كلسن" ينظر في النظام القانوني فلا يجد إلا قواعد قانونية ، وأن هذه القواعد حين تطبيقها على الأفراد لا تُنشئ حقًّا لأحد بل التزاماً قانونياً على الفرد يقضي عليه إتباع سلوك معين فرضه القانون ، حتى لا يتعرض لإجبار يمكن أن يمارسه عليه عضو الدولة المختص بممارسة مثل هذا الإجبار ، حين وقوع فعل مخالف لما تأمر به القواعد القانونية[1] ؛ وفي كل هذا لا يوجد إلا إلزام أو إخضاع لتكليف ، فلا توجد حقوق لأحد ، كائناً من كان . ومِنْ ثَمّ يكون الكلام في حقّ الفرد من قبيل النظر إلى الشيء نظرة مزدوجة غير ذات طائل ؛ لكن ألَم يتساءل "كلسن" لماذا فرض القانون هذا الواجب ؟ هل تفرض القواعد القانونية الواجبات على الأشخاص فقط ؛ لأنها واجبات ، أو أنها تراها كذلك ؟ !

(1) لاحظ في نقد نظرية "كلسن" : د . حمدي عبد الرحمن أحمد ، ص 24 .

أليس الحقّ هو الذي دفع تلك القواعد بفرض الواجبات ؟ فعندما لا تستقيم الحياة إلا مع وجود حقوقٍ للأفراد ، ولنضرب مثلاً حقّ الملكية ، فكيف تحمي هذه القواعد هذا الحقّ من غير أن تفرض واجبات على الجميع في احترامه ؟ أليس من غير المعقول أن نُسلِّم بوجهة النظر القائلة : إن القواعد القانونية أنشأت واجبات احترام الملكية وليس الملكية بحق بل إنها مجرد أثر تطبيقي للقاعدة القانونية ؟ ! ! ألا يُقابل هذا التساؤل تساؤلاً آخر عن حقيقة الملكية قبل قيام القاعدة بفرض واجبات احترامها ، ألم تكن حقًّا في غياب هذه القواعد ؟ أليس من الأسلم استعمال المصطلحات بما تطلقه من معنى لا القيام بالالتفاف على معناها الحقيقي ؟ فماذا يعني استخدام الأستاذ "كلسن" لعبارة (القاعدة القانونية في تطبيقها على الشخص) بديلاً للفظة الحقّ ! ثُمّ ماذا يعني تقييد تطبيق هذه القاعدة على إرادة من ارتبطت به ؟ وهنا لا بد من الإشارة إلى ما ذهب إليه أحد شراح القانون (العام) ، وهو الأستاذ "لونشان" إلى أن كلام "كلسن" هنا يدخله في زمرة مؤيدي فكرة الحقّ لا في طائفة النافين لها [1] . ولهذا فإن القواعد القانونية ما خُلقت إلا حماية للحقوق وتنظيمها ليس إلا .

74) - فكرة المركز القانوني لا تُغني من الحقّ شيئا :

استبدل "ديگي" بفكرة الحقّ فكرة المركز القانوني الإيجابي ، فبدلاً من أن يقال "حق الملكية" يقال " المركز القانوني للمالك " . غير أنه يلاحظ على ذلك أن المركز الإيجابي الذي ينادي به "ديگي" إنما يتيح لصاحبه التمسك بالمنافع

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 19 .

التي يحدثها له هذا المركز ، وإعمال هذه المنافع ومطالبه الغير باحترامها ، فبمقتضى المركز القانوني للمالك ينتمي الشيء لمالكه خالصاً له من دون الناس ، فيكون له أن يقصر استعمال ذلك الشيء على نفسه ، وأن يباشر هذا الاستعمال في مواجهة الناس كافة ، مستعيناً في ذلك بسلطان القانون الذي يمنع كل شخص أن يعوق هذا الاستعمال ، والذي يفتح له عند العدوان على هذا الشيء طرقاً قانونية يضع بها حداً لهذا العدوان ، فإن كانت هذه هي خواص المركز القانوني فهي كذلك خواص ما يسمى الحقّ في ظل النظرية التقليدية ، وبذلك ينتفي الفرق بين أن يقال : حقّ الملكية وأن يقال المركز القانوني للمالك ، ويكون المركز القانوني الإيجابي عند "ديگي" هو الحقّ سمَّاه بغير اسمه التقليدي ؛ لكي يُؤيد نظريته في أن الحقّ هو مجرد تطبيق للقاعدة القانونية على حالة خاصة . إن قدرة الفرد في استعمال الطَريق القانوني الذي أنشأه له لقانون يعد حقًّا في استعمال هذا الطريق ، بل إن منح طريق قانوني معين يقتضي كذلك ، بطريق غير مباشر ، منح الحقّ في تلك القيمة أو المصلحة التي يحميها القانون ، فالحقّ في حماية شيء يقتضي وجود الحقّ في الشيء الذي يراد حمايته[1] . ثُمَّ لو كان القانون هو المنشئ لما أسماه الأستاذ "ديگي" مركزاً قانونياً للمالك ، فلما لا يتدخل مباشرة عند وجود أي اعتداء على هذا المركز ، ويتطلب من الشخص المُعتَدى عليه أن يَدّعي أو يشكي أمره للسلطات العامة ؟ كما أن الأستاذ "ديگي" ، وإن كان قد فلح ، حسب مؤيديه ، باستبدال الحقّ بفكرة المركز القانوني ، فإنه لم يُفلح في تبيين معنى مُتصفات كل مركز ، فما هي الملكية ؟ ومن أين اكتسى هذا المصطلح لفظه ومعناه ؟ أليس من مجموعة سلطات تكون حقه الذي اضطر

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 23 والتي تليها .

القانون إلى الاعتراف به ؟ وفي هذه المناسبة ، يقول البعض[1] : (من الناحية الفنية إذا دققنا النظر فيما يقول به أنصار القانون الطبيعي التقليدي من ((علاقة القانون)) ، أو أنصار الواقعية من ((مركز قانوني)) ، أو ما يقول به "كلسن" من ((تطبيق فردي للقاعدة)) ، يظهر أن هناك بعض المزايا الخاصة ، أو بعض السلطات للإنسان ، والتي يضمنها القانون . فما يعد تكليفاً أو واجباً بالنسبة للبعض فإنه يترجم غالباً ، أردنا أم لم نرد ، بحقوق الآخرين . وعلى ذلك يكون من الأفضل الأخذ بمصطلح موجز ومعبر عن حقيقة الواقع ، وهو مصطلح ((الحقّ)) الذي رسخ واستقر في الفقه القانوني ، وهو خير من الالتجاء إلى مصطلحات ما زالت قلقة وليست محل اتفاق) .

75) - نقد فكرة "ديگي" عن المراكز القانونية :

رأينا كيف أنكر "ديگي" فكرة الحقّ ، واستبدلها بنظريته عن المركز القانوني ، إذ تقضي هذه النظرية بأن المجتمع لا يعرف سوى القاعدة القانونية ، والقاعدة القانونية في حكمها وضبطها لسلوك الناس قد تضع أحد الأشخاص في مركز إيجابي ، وتضع غيره في مركز سلبي ، وبعبارة أخرى فقد يجد الشخص نفسه ملزماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، الأمر الذي يؤدي من ناحية أخرى إلى استفادة آخر أو آخرين من هذا العمل أو هذا الامتناع ، والحقيقة أن الأمر ليس كذلك ، إذ المسألة لا تخلو من استبدالٍ للألفاظ وحسب ، وهذا التلاعب في وضع المصطلحات لا يغير من جوهر الموضوع ، فصاحب المركز الإيجابي - كما

(1) الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 19 .

يسميه (ديگي) - ، هو ذاته صاحب حقّ ، وصاحب المركز السلبي - على حد تعبيره - هو صاحب واجب ؛ كما أنه ليس صحيحا أن القاعدة القانونية هي التي جعلتهما بهذه الوضعية ، بل إنها تقر لهما بهذه الوضعية ، فإذا كان صحيحا أن القاعدة القانونية كانت السبب في خلق بعض الواجبات ، فهي لم تفعل إلا تنفيذا لوظيفتها في حماية الحقوق وتنظيمها ، إذ قد يستلزم اقتضاء بعض الحقوق لشخص أن يقوم غيره ببعض الواجبات ، فالآية معكوسة ، فليس صحيحا أن تتحقق منافع البعض بسبب الزام القواعد القانونية لشخص بأداء واجب معين ، بل الصحيح أن الزام شخص بأداء واجب معين ناجم عن قيام القاعدة القانونية بحماية حقّ لشخص آخر ؛ فلنستق المثال الذي ضربه "ديگي" في أن هناك قاعدة قانونية تقضي بأن على المدين أن يفي ما عليه من دين للدائن ، وبناء على ذلك من يقترض يوجد في مركز سلبي فهو مدين ، ومن يقرض يوجد في مركز إيجابي فهو دائن ؛ وهذا ليس صحيح ، بل إن على الأول التزاماً ، وان للثاني حقًّا ، وأن تدخل القاعدة القانونية جاء من أجل حماية صاحب الحقّ ، فألزمت المدين ، وهو المُلتزم ، بتنفيذ التزامه لمصلحة الدائن صاحب الحقّ . كما أن فكرة الحقّ ليست كما اتّهمها "ديگي" تفترض إمكان الانتقاص من إرادة الملتزم وإلاعلاء من إرادة المستفيد أو صاحب الحق[1] ، إنما هي فكرة قوامها حماية الحقوق من الضياع ، ليس بلغة رفع شأن أحد أطراف الرابطة القانونية أو الحطّ من شأن الآخر ، وإنما هي فكرة عامة مجردة تخاطب الجميع هدفها تنظيم الحقوق لضمان أدائها واستحصالها ، كما أن هذه الفكرة لا تقسِّم المجتمع إلى قسمين ، قسم : هم أصحاب الحقوق ، وقسم آخر هم أصحاب الواجبات ، لا بل

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 8 .

بالإمكان أن يكون كل شخص صاحب حقّ وصاحب واجب على وفق فكرة الملازمة بين الحقّ والواجب والتي سنبينها فيما بعد .

لقد انطلق "ديگي" منطلقا وضعيا عندما استغنى عن فكرة الحقّ مستعيضاً عنها بفكرة المركز القانوني الناشئ عن تطبيق القواعد القانونية ، تلك القواعد التي يستوي الأفراد في الخضوع لها ، فمتى وضعت القاعدة القانونية كان قصارى ما يستطيع عمله الفرد حيالها هو أن يقر في المركز القانوني الذي ترسمه له هذه القاعدة ، إيجابياً كان هذا المركز أو سلبياً . وهو يكون إيجابياً حين تترتب عليه منافع للفرد ويكون سلبياً كلّما حمله بواجبات . فهذه النظرة تجعل القانون غاية ، في حين أنه وسيلة لحماية الحقوق ، فليس القانون مصدراً للحقوق ، لا سيما الحقوق الطبيعية للأشخاص ، بل هو كفيل لها وحامٍ ، وإلا فإن الحقوق ستتداعى قوطا عند تعطيل القوانينَ أو عدم العمل بها ، لا سيما في الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها المجتمعات أو الدول ، وهذا غير صحيح ، فالحقوق تبقى قائمة ما حيا الإنسان ، وما القوانين إلا وسيلة لتنظيمها وحمايتها .

فضلا عن أن رأي "ديگي" لم يأتِ بشيء جوهري نعتمد عليه في تغيير قناعتنا في فكرة الحقّ ، والاستعاضة عنها بفكرة المركز القانوني ، فإنه أنكر العديد من الحقوق الأساسية للإنسان ، إذ لا يوجد ، في نظره ، حقّ في استعمال الأشياء ، ولا الحقّ في اقتضاء الخدمات ممن يكون قد التزم بتقديمها ، وحسب الفرد ، في نظره ، أن يكون في مركز قانوني إيجابي يخوله إعمال جهاز القهر

الذي أعدته القاعدة القانونية لحالة العدوان على هذه المصالح [1] ؛ وهذا خلط بيِّن للحق وما يُحيطه القانون له من حماية ، كما أنه تقليل وحطٌّ من قدر الفرد ، إذ تختفي شخصيته وقيمته كليًّا في الجهاز الاجتماعي الذي بيده القهر وصدّ العدوان عن الأفراد ، وهذا تصوير مُشوّهٌ لحقيقة وظيفة جهاز القهر المُقتصر على حماية الحقوق ، من دون أن يتعدى التدخل في إيجادها .

كما يُؤخذ على "ديگي" تقسيمه المراكز القانونية إلى : مراكز موضوعية ، وأخرى شخصية . فيكون المركز موضوعياً - حسب رأيه - كلما كان دائماً وعاماً كالقاعدة التي تتصل به ، ويضرب مثلاً لذلك مركز الناخب ومركز الزوج ومركز المالك . . إلخ ، أما المركز الخاص فهو ما كان مؤقتاً ومقصوراً على أشخاص معينين ، كمركز الأشخاص الذين يرتبطون بعقد كالبيع والإيجار ، إلا أنه يُردُّ على هذا القول إن ما يسميه "ديگي" بالمركز القانوني الموضوعي هو في حقيقته وباستخدام نفس مصطلحاته مركز فردي خاص لا مركز عام . فحين يثور نزاع بصدد مركز زوج معين لا تكون مراكز الأزواج جميعهم محلاً للنزاع ، بل مركز ذلك الزوج فقط ، سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه ، وبذلك لا يكون المركز الموضوعي عاماً ، بخلاف القاعدة القانونية فإنها تكون دائماً عامة ، وغاية الأمر بالنسبة لمركز الزوج أنه لا يجوز الاتفاق فيه على خلاف حكم القانون ، الذي وضع لهذا المركز قواعد آمرة تسري على جميع الحالات الفردية ؛ ثم ليس صحيحاً كذلك أن هذه المراكز الموضوعية تكون دائمة فهي ، بوصفها مراكز فردية تكون لا محالة قابلة للانتهاء ، إما بالطلاق وإما بموت أحد الزوجين ،

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 13 .

كذلك ولاية الأب على ولده ، وهي مركز قانوني موضوعي تكون كذلك بطبيعتها ولاية مؤقتة ، على خلاف القاعدة القانونية التي تتعلق بهذا المركز الموضوعي ، فلا تنتهي بانتهاء ذلك المركز ، بل تستمر دائماً في أداء ما أعدت له . أما المركز القانوني الشخصي عند "ديگي" فهو ذلك المركز الذي يكون مؤقتاً وخاصاً ، ولكن يرد على هذا أنه إذا كانت المراكز الموضوعية مؤقتة ، كما رأينا ، فكذلك المراكز الشخصية كمركز المؤجر أو المستأجر ، أما الطابع الخاص لهذه المراكز الشخصية فثابت لها بمقتضى القواعد العامة في القانون المدني ، التي تجيز للمتعاقدين في الأصل أن يفرغوا في تصرفاتهم القانونية المضمون الذي يرونه أنسب ما يكون لهم ، وعلى ذلك فالمركز القانوني الشخصي هو ما يسمى " بالحقّ " في النظرية التقليدية ، سماه بغير اسمه التقليدي رغبة منه في محو المبادرة الفردية في العقود وإظهار عدائه لما يسمى بحرية التعاقد[1] .

هذا وأن رأي الأستاذ "ديگي" لا يُغير من أثر الموضوع شيئاً ، فقد رأينا كيف أنه يضع فكرة المركز القانوني بدلاً من فكرة الحقّ ، فالمركز القانوني - حسب رأيه - ينتج عن وجود قاعدة قانونية معينة ، وفي هذا الشأن يلاحظ أنه يستوي أن يقال : إن هناك حقًّا لشخص معين ، أو أن يقال : إن هناك قاعدة قانونية معينة تحمي مركزاً معيناً ، فكُلاً من القولين ينطوي على عنصر الحماية لحياة الفرد وأمواله وتعهدات الغير له ؛ كما أن القانون عندما يضع شخصاً في مركز إيجابي لا بد من أن يضع آخر في مركز سلبي ، وهذا التقابل بين المركزين إنما يعني أن للأول ميزةً بالنسبة للثاني ، وقد اطلق "ديگي" على هذه الميزة السمو والانتقاص

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 25 .

بالنسبة للحق ، في حين أنه أنكرها بالنسبة للمركز القانوني[1] .

من كل ما تقدم يتبين أنّ لا مفرَّ من الأخذ بفكرة الحقّ ؛ هذه الفكرة التي ظهرت القواعد القانونية لحمايتها وتنظيمها ، إذ ما كان لهذه القواعد من مناسبة للوجود ، لولا وجود فكرة الحقّ ، فلا يستطيع أحد أن ينكر ، أو يتظاهر بإنكار مختلف الحقوق التي يتمتع بها الإنسان ، كـ : الحقّ في الحياة ، والحقّ في الحريات الأخرى ، كحرية القيام بأعمال مادية أو بتصرفات قانونية ، وحق كل من الزوجين قبل الآخر ، وحق الدائن في مواجهة المدين ؛ وما تسمية هذه الحقوق بالمراكز القانونية الموضوعية أو الشخصية إلا تبديل للمصطلحات والأدوار ليس إلا . كما ينبغي عدم الخلط بين الحقّ وما يتبعه من طرق تكفل حمايته قانونا عند وجود اعتداءٍ عليه .

وربما يطرح ما عرضه الفقيه الفرنسي "ديگي" وهي مسألة غاية في التعقيد عن مدى جدوى علم القانون وأهميته ، ففي الوقت الذي يُقلِّل "ديگي" من شأن نظرية الحقّ في هذا العلم أو يُخفيها تماما تبقى نظرية القانون القامة الوحيدة لهذا العلم حسب نظريته ، فإنه يُقلل من حدود تطبيق القانون على الواقع ، فالقانون لا يُطبّق فقط عند حدوث نزاع أو عند قيام عدوان ، بل القانون يُطبّق أيضا خارج نطاق هاتين الحالتين ؛ ثُمّ إن القانون ليس كلّه قواعد قانونية ، بل هو علم يهتم بدراسة كل ظاهرة تتصل بكيان الأشخاص ومعاملاتهم بما يمسُّ حقوقهم ، وما القواعد القانونية إلا وسائل لتنظيم هذه الظواهر ، وعلم القانون لا ينتهي بوضع

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 14 .

القواعد ، بل يمتد ليشمل ، فضلا عن كيفية تفسيرها وتطبيقها ، كل الوقائع والتصرّفات التي لا تنفصل عمّا يتمتع به الأشخاص من حقوق ، وإن لم يكن القانون قد نظّمها من قبل ، كما أن علم القانون ليس التشريع فقط ، بل هو علم مُحيط بغيره ، من عُرفٍ ومبادئ قانونية عامة وسوابق قضائية وشرائع موروثة وقيم مستقرة غير مكتوبة ، كما أن كل ما يتفق عليه الأفراد في معاملاتهم ، وما يبرمونه من عقود ، وما تتخذه الإدارة من قرارات وما يَصدر منها من تصرفات كُلُّها ، وغيرها مما يمسّ الحقوق ، موضوعات لعلم القانون .

ويبقى أن نقول : إن التصور الذي عرضه "ديگي" هو تصوير أعقد من التصوير التقليدي ، وأكثر منه بُعْداً عن الواقع الطبيعي ، فليس ثمة شيء أبسط ولا أكثر اتفاقاً مع الواقع الطبيعي من تفسير القواعد القانونية في حقّ الملكية أو الحقوق الشخصية على أساس فكرة بسيطة ومعقولة ، وهي أن لمالك الشيء حقّ ملكية على ذلك الشيء ، وأن للدائن حقًّا شخصيًّا في مواجهة المدين ؛ هذا فضلاً عن أن فكرة المركز القانوني التي أراد "ديگي" أن يحلّها محل فكرة الحقّ لا تبرح أن تعيد إلى الذاكرة ، بطريقة تكاد تكون حتمية ، تلك الفكرة التقليدية التي أُريد بفكرة المركز القانوني أن تحل محلها ، ألا وهي فكرة الحق[1] .

ولا يخفى أن الدافع الذي زَيَّن لـ "ديگي" استبعاد فكرة الحقّ من التنظيم القانوني هو أنه كان يرى في فكرة الحقّ عيباً جسيماً ، وهو أنها فكرة

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 33 .

ميتافيزيقية[1] ، (أي : غير حسية) ، يجب إخراجها من دائرة العلم ؛ لأن العلم

(1) (يقول الأستاذ الايطالي "باربيرو" ، (دراسات في النظرية العامة للقانون ، ميلانو 1953 ص 94 هامش 28 " إن تصوير الحقّ بأنه سند سماوي . . . هو تصوير قد زال من علم القانون ، حيث كان يكتب دوجي . ولست أدري هل كان المجهود الذي بذله أكبر أم الغموض الذي وقع فيه كان أكثف ، حين حاول مراراً أن يصور الحقّ على طريقته الخاصة ، ثم يصب عليه بعد ذلك جام نقده . ثم لقد ساقه تصويره هذا إلى عدم فهم – إن لم يكن تشويهاً – أفكار غيره من الفقهاء . فهو حين يقول : " قصارى القول : إن كل هذه الخلافات تؤدي إلى تعريف الحقّ بأنه تلك السلطة التي تنتمي لإرادة تتسلط بوصفها هذا على إرادة أخرى حين تريد شيئاً لا يحرمه القانون ؛ أو حين يقول " ان وجود حقّ إنما ينطوي على خاصية تصيب الإرادة في صميمها . إنه يمكن تصور حقّ لمصلحة إرادة أعلى من إرادة البشر ويمكن أن نتصور حقًّا يمنحه للإنسان كائن أسمى من الكائن الأرضي ، وحين يضيف إلى ذلك قوله " إن الحقّ هو هذا ، ولا يمكن أن يكون غير هذا ، يريد بذلك أن يسكت في استعلاء من يحاول تذكيره ((. . . بحقيقة تاريخية وفقهية – هو حين يقول هذا لا يقتصر على الازدراء بكل فقه عصره ، الذي ليس يبعد عن فقه عصرنا ، بل يكاد يعدد شخصيته ، فيكتب أولا شيئاً لم يكن يكتبه أكثر الكتاب افتتانا بمذهب القانون الطبيعي ثم يهدم بعد ذلك ما كتبه بأعنف ما يفعل الوضعيون . . .)) . ونجد هذا المعنى عند ((لونشان)) في مقاله ((فكرة الحقّ في الفقه)) مجلة أرشيف فلسفة القانون ، 9، حيث يقول : إن ديگي الذي هاجم فكرة الحقّ ، باعتباره فيلسوفاً لم يستطع منع نفسه من استعمالها باعتباره فقيهاً وأستاذاً ، فلقد كتب في الصفحتين الأولى والثانية من كتاب الوسيط في القانون الدستوري ط4 باريس 1923 ان ((الحقّ هو سلطة للفرد الذي يعيش في جماعة ، هو سلطة الفرد في أن ينال اعتراف الجماعة بالنتيجة التي يريدها ، حين يكون الشيء المقصود والباعث الذي يوجه إرادته مشروعاً كلاهما في نظر القانون . هذه العبارات القانونية والحقّ هي اليوم عبارات جارية في الاصطلاح القانوني ، استعملها الفقهاء الألمان من قبل ، ودخلت منذ بضع سنين في اللغة الفرنسية القانونية . ولقد أسف بعض الكتاب لهذا وانتقدوا ما سموه في سخرية ((سلعة مستوردة من ألمانيا)) . إلاّ أننا لا نحفل بهذه العبارات بقدر ما نتمسك بالتفرقة التي يدلان عليها والتي يعد خطأ من جانب الكتاب الفرنسيين أنهم ظلوا أمداً طويلاً لا يعلمونها في وضوح وجلاء) . نقلا عن الدكتور عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 33 ، الهامش .

شيء حسي ، ولأن القانون علم حسي[1] ، لهذا السبب وحده ، أو هكذا يبدو ، هاجم "ديگي" فكرة الحقّ ، وربّما ما كان ليهاجمها لولا أنها اتسمت في نظره بهذا الطابع غير الحسي الذي بدونه تفقد فكرة الحقّ كل معناها ؛ ومع ذلك فإن "ديگي" – الذي حاول باسم العلم أن يطرد فكرة الحقّ من نطاق التنظيم القانوني – لم يتردّد في عدّ فكرة القانون أمراً مُسلَّماً ، مع أن فكرة القانون تثير من المسائل ذات الطابع غير الحسي مثل ما تثيره فكرة الحق[2] ، منها مثلاً : فكرة النظام العام ، وفكرة حسن النية ، والقصد الجنائي ، وغير ذلك . ثُمّ إن فكرة الواجب ليست بعيدةً عن الميتافيزيقا ، وهي فكرة حاول الوضعيون إحلالها محل فكرة الحقّ ، فإن كان الواجب لا يبدو حسّياً ، إلا من خلال الإخلال به ، فإن الحقّ لا يبدو حسياً إلا من خلال استعماله ، أو على الأقل من خلال الاعتداء عليه ، وليس في المعادلتين فرق يُذكر ، فلماذا نعيب على فكرة ، ونأتي بغيرها مُعابة بالعيب نفسه ! ؛ كما أن كون فكرة ما فكرة غير حسّيّة لا يمنع ، عقلاً ، من قبولها ، وهذا منطق العقليين ، أو المتعقّلين ، الذي ابتعد عنه "ديگي" كثيراً .

---

(1) والدليل على أن العلم حسّي ، ما قاله آينشتين : " ليس من العسير أن نتفق على المعنى المقصود بكلمة "علم" . فالعلم هو السعي عبر القرون عن طريق التفكير المنظم نحو تجميع كل الظواهر الممكن إدراكها حسياً في هذا العالم في ارتباط شامل بقدر الإمكان" ، أي : أن العلم هو "التفكير المنهجي الذي نوجّهه نحو اكتشاف الارتباطات التي تنتظم وفقاً لها مختلفة تجاربنا الحسية" . (لاحظ : د . حسين علي حسن ، الأسس الميتافيزيقية للعلم ، جامعة الكويت ، 1997 ، ص 27) .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص34 .

ولربما يكون من الجدير بالذكر أن نقول : إن الفقه الحديث في مجموعة أبى أن يساير "كونت" و"ديگي" في القضاء على فكرة الحقّ ، وإنما رأى الإبقاء عليها مع تطوير مضمونها ، ذلك أن القضاء التام على فكرة الحقّ فيه خطورة كبيرة على الأشخاص ، لا سيَّما في مواجهة السلطة ، ألم يَسْعَ ديگي نفسه ، ذلك المنكر لفكرة الحقّ ، إلى تجميد نشاط الحركة العمالية ، بما ذهب إليه من تضامن اجتماعي على أساس طبقي ، قوامُهُ إلزام نقابات الكادحين بالتعاون مع نقابات الرأسماليين ، كما أن رعاية مصالح المواطنين لا تكون بإنكار حقوقهم ، وإنما تكون بمنع القِلّة من التغول على الكثرة بحجة أن الحقوق سلطات مطلقة[1] .

76) - فكرة الحقّ لا تستلزم تدرُّجاً في الإرادات بغير اعتبار :

يرى بعض الفقه[2] أن سبب كُرْه "ديگي" لفكرة الحقّ ، هو أنها ، وبحسب رأيه ، تُعلي من شأن إرادة مَنْ يُسمى صاحب الحقّ ، وتُخفض من شأن إرادة المدين الملتزم باحترام هذه الإرادة والاستسلام لها ، الأمر الذي يؤثر لا محالة في صميم تكوين إرادة الطرفين ، فيجعل إرادة الدائن هي العليا ، وإرادة المدين هي السفلى . ولا يخفى أن القول بأن الحقّ يقتضي تدرجاً في الإرادات سُمُوًّا وانتقاصاً فيه الكثير من المغالاة مما يُقرِّبُه إلى الخطأ ، فلا نجد احداً ، غير الأستاذ "ديگي" ذهب إلى مثل هذا القول ، صحيح انه وجد في الفقه من يُعرّف الحقّ بأنه قدرة إرادية ، غير أن هذا الرأي لم يصل بأصحابه إلى حد تفضيل إرادة على أخرى ،

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 587 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 34 .

فإرادة صاحب الحقّ وإرادة المدين به متساويتان نفساً وحساً ؛ فالحقّ يُخوّل صاحبه قيمة معينة ، ويتطلب من الغير احترام هذه القيمة ، فالأمر بعيد كلّ البعد عن الخضوع والانتقاص من الإرادة[1] .

كما أن إحلال فكرة المركز القانوني محل فكرة الحقّ لا يُغيّر من فكرة السمو والانتقاص التي أطلقها "ديگي" على فكرة الحقّ ، وعاب بها عليها ، فإرادة صاحب المركز الإيجابي ستكون فوق إرادة صاحب المركز السلبي ، فلو سلّمنا برأي "ديگي" جدلا ، فإن القانون عندما يضع شخصاً في مركز إيجابي ، على حسب ما ذكرناه سابقا ، لا بد من أن يضع آخر في مركز سلبي ، وهذا التقابل بين المركزين إنما يعني أن للأول ميزةً بالنسبة للثاني ، وقد أطلق "ديگي" على هذه الميزة السمو والانتقاص بالنسبة للحق ، في حين أنه أنكرها بالنسبة للمركز القانوني[2] .

ومن الجدير بالذكر أن أحداً من أنصار فكرة الحقّ ، القدامى منهم والمحدثين ، حتى ممن كان منهم يعرف الحقّ بأنه سلطة للإرادة ، لم يذهب هذا المذهب في فهم الحقّ ، فضلاً عن أن مذهب "ديگي" في تصوير الحقّ على هذا النحو لا يجوز التسليم به ، فليس صحيحاً البتة أن القول بوجود حقوق مؤدّاه تعظيم إرادة الدائن ، وتحقير إرادة المدين ، بل الصحيح أن إرادتيهما تبقيان على ما كانتا عليه من دون تغيير ، في تكوينهما المادي أو النفسي ، كل ما هنالك هو

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 14 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه .

أن تنشأ لأحدهما قيمة يحميها القانون ، فيجب لهذا أن يحترمها سائر الأفراد ؛ صحيح أن هذا الاحترام من جانب الغير يدل ضمناً على وجود التزام بذلك ، إلا أن هذا الالتزام لا ينقص من إرادة الملتزم ، بل قصاراه أن يحظر على الملتزم القيام بأعمال تعطل حقّ الغير ، وإلا حَقّ عليه الجزاء المقرر لهذه المخالفة . ولا ينبغي القول : إن قدرة صاحب الحقّ على مطالبة غيره باحترام حقه أن إرادته قد سمت بذلك على إرادة ذلك الغير ، بل تعني فقط قدرته على أن يطالب كل مُعْتَدٍ على حقه بالكف عن العدوان ، وبإصلاح الضرر الذي نجم عن هذا العدوان[1] .

ليس إذن في الاعتراف للفرد بالحقّ في الحياة ، وبالحقّ في سلامة شرفه ، وبالحقّ في الملكية ، ما يبوئ إرادة صاحب هذه القيم مركزاً أسمى من مركز إرادات أولئك الذين يلتزمون باحترام هذه القيم ، بل إن في تساوي الحقوق وتقابل بعضها مع بعض ما يمتنع معه من تصور سيادة إرادة صاحب الحقّ على إرادة غيره ، فالملتزم باحترام حقّ غيره يكون له مثل الذي عليه ، فكما يلتزم باحترام حقّ غيره ، يلتزم غيره باحترام حقه ، وهذا هو منطق المُلازمة بين الحقّ والواجب بالمُقابلة والاقتران ؛ وكذا القول في الحقّ الشخصي ، وهو حقّ الدائن في مطالبة المدين بالقيام بأداء معين ، إذ ليس في الاعتراف بهذا الحقّ للدائن ما يجعل لإرادته سيادة ، ولو مؤقتة ، على إرادة المدين ، لا سيما أنه كثيراً ما يحدث ، وهذا في العقود الملزمة للجانبين أن يكون كل من المتعاقدين دائناً للآخر ومديناً له في وقت واحد ، ففي عقد البيع يكون البائع مديناً بنقل الملكية إلى المشتري ودائناً له بالثمن ، ويكون المشتري دائناً بالملكية ومديناً

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 35 .

بالثمن ؛ كذلك الحقّ في الطرق القانونية لا يترتب عليه أن تكون لإرادة صاحب هذا الحقّ سيادةً على إرادة أحد ، لا على إرادة المعتدي ولا على إرادة الموظفين العامين ، ولا على إرادة غير هذا وذاك[1] .

نخلص مما تقدم أن الأستاذ "ديگي" قد حصر فكرة الحقّ في تعريف غير دقيق ، يقتضي سمو إرادة على أخرى ، مقرراً أن الحقّ إما أنْ يكون على هذا النحو أو لا يكون على وجه الإطلاق ، ثم بدأ في انتقاد هذا التعريف وهدمه ؛ غير أن الواقع أن تعرف الحقّ الذي هاجمه "ديگي" هو تعريف لم يقل به أحد ؛ إذ يُصوِّر الحقّ على أنه مجرد اختصاص أو وظيفة ، وهذا التصوير لا يُعبر عن حقيقة الواقع تعبيرا كاملاً ودقيقاً ، فهناك حقوق لا تعدّ مجرد اختصاصات أو وظائف ، بل سلطات تخول الاقتضاء والمطالبة ، تقررت للشخص ؛ لكي يتسنى له أن يحقق أهدافه في حدود الجماعة ؛ ومن هنا لا تغني فكرة المركز القانوني عن فكرة الحقّ ، ذلك أن الأستاذ "ديگي" قد انتقد فكرةً أو تعريفاً غير موجود أو غير مُقَرٍّ به عند عموم الفقه ، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى هدم كل الانتقادات التي وجهها "ديگي" إلى مثل هذا التعريف غير الموجود ، ودليل ذلك أن العقد ، وهو المصدر الرئيسي لوضعية الحقّ ، يفترض المساواة بين إرادات اطرافه ، بل إن إرادة الطرف السلبي في العقد ، وهو المدين ، هي التي تمنح الحقّ غالباً للطرف الإيجابي[2] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 35 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص14 .

ويُنهي بعض الفقه[1] رده على الأستاذ "ديگي" في هذه المسألة بالقول: ((أن الالتزام ، سواء في معناه الموضوعي ، وهو الالتزام بالخضوع للقانون ، أم في معناه الشخصي ، وهو المقابل للحق ، ليس خاصية في بعض الإرادات تجعل منها إرادات تابعة ، فإرادة الملتزم بعد الالتزام كإرادته قبله لم يصبها تغيّر لا في مداها ولا في قوتها . وما يصدق على إرادة الملتزم يصدق للسبب ذاته على إرادة صاحب الحقّ : فإن يكون للشخص حقّ ، وتكون له مكنة منع الغير من العدوان على حقه أو مطالبة شخص معين بأداء ما ، لا يلزم منه أن تصبح إرادته أوسع مدى ولا أكبر قوة مما كانت عليه قبل اكتسابه الحقّ . وفي هذا الخصوص لا تثير فكرة الحقّ أو الالتزام (الشخصي) من المسائل الميتافيزيقية أكثر مما تثيره فكرة المركز القانوني الإيجابي أو السلبي . فسواء أكنا بصدد حقّ أم بصدد مركز قانوني إيجابي فثمة حقيقة دائمةً مُحَصِّلُها أن فرداً آتاه القانون ميزة ، وزوده بالقدرة على الاستمساك بها ، تلك حقيقة ليست بالمادية ولا بالميتافيزيقية بل هي حقيقة قانونية . من أجل ذلك نقول إنه ليس هناك من سبب يسيغ عدم الاستمرار في الأخذ بفكرة الحقّ ، وإحلال فكرة المركز القانوني الإيجابي محلها))[2]

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص35 .

(2) ويمضي الأستاذ الدكتور حجازي قائلا : ((إن النظرية الموضوعية التي اقترنت باسم "ديگي" لم تلقَ عند فقهاء القانون الخاص إلا قليلاً من النجاح ، ذلك لأن فقهاء القانون الخاص يحسون في الواقع بالتقدم العظيم الذي تم في مجالهم، بفضل فكرة الحقّ . فلقد خلقت تحت هذا الاسم أموال معنوية حقيقة ترتب على اقتنائها زيادة خير الجماعات المعاصرة وزيادة ثرواتها . ويعد إنكار هذه الفكرة من قبيل الرجوع بالقانون إلى الوراء)) ، ص 36 .

77) - الرد على تصوير "ديگي" للعمل غير المشروع ودورُهُ في إنشاء حقٍّ للمتضرر :

يستنكر "ديگي" أن ينشأ " حقّ " من عمل غير مشروع ، أي مخالف للقانون سواء أكان ذلك العملُ جريمةً أم فعلاً ضارًّا بالغير ، بحجة أنه لا يجوز أن ينشأ حقّ من اللا قانون[1] . والحقيقة أن الأستاذ "ديگي" نظر إلى الأمر من منظار علم الاجتماع الذي يبني أحكامه على قيم وصفية مستقاة من الواقع توضح العلاقة بين المسببات وأسبابها ، في حين أن علم القانون هو علم قواعدي ومعياري[2] ؛ وقد

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 25 .

(2) ((إن "ديگي" حين قال إن الحقّ لا ينشأ من اللا قانون ، أي : من عمل غير مشروع ، إنما كان يتكلّم بلسان عالم الاجتماع ، أي : بلسان من تعوَّد على أن تكون أحكامُه أحكاماً واقعية ، وهي تلك التي تستخدم في العلوم الوصفية ، وهي علوم تقوم على علاقة السببية ، ذلك أن علم الاجتماع ، وهو العلم الذي يدرس الظواهر الاجتماعية ، بوصفها ظواهر يراد تفسيرها ، لا ينظر إلى الأشياء إلا من زاوية علاقة السببية . ومن هنا لم يكن من الغريب أن ينكر "ديگي" نشوء الحقّ من " اللا قانون" ، أي : من العمل غير المشروع . أما القانون ، فليس كعلم الاجتماع ، علماً وصفياً يشرح علاقات السببية ، بل هو علم معياري ، علم وقواعد ، يستهدف البحث عن أمثل القواعد لتنظيم العلاقات الاجتماعية ، ومن ثم كانت أحكامه قيمية تبتغي العثور على أكثر القواعد ملاءمة لوضع معين ، أي : أن الفقيه لا يُعنى بمعرفة علاقة السبب بالمسبب ، بل يُعنى بمعرفة علاقة الوسيلة بالغاية ، فإذا وجد الفقيه نفسه أمام عمل ضار غير مشروع فسيعني بداهة بالبحث عن وسيلة يرد بها على هذا العمل غير المشروع ، كما سيعنى بالبحث عن إجراءات يستطيع بها محو النتائج الضارة التي ترتبت على هذا العمل غير المشروع ، فلا جرم تنشأ فكرة إعطاء المضرور الحقّ في إصلاح الضرر الذي أصابه بسبب هذا العمل . ومن الواضح أنه لا توجد هنا علاقة سببية ، فليس المقصود بتةً هو استنباط نتائج من العمل غير المشروع ، أي : استخلاص حقّ من ذلك العمل ، بل المقصود هو إحداث رد فعل على هذا العمل غير المشروع)) .
نقلاً من : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص26 .

يكون رأي الأستاذ " ديگي " على حقّ من وجه ، لو كان القائم بالعمل غير المشروع هو المستفيد من عمله فيصبح بذلك صاحب حقّ ، بل ، على العكس ، سيكون في موضع المساءلة حمايةً للحق الذي اعتدى عليه ؛ ثم إذا كان الأمر لا يخرج من دائرة السببية ، فيجب أن نحيل النتائج إلى أسبابها الأصلية ، ولذلك نشأ بسبب الحقّ الذي يتمتع به كل شخص والمحمي قانوناً في عدم جواز منعه من استعمال حقه أو الانتقاص من سلطاته أو النيل منها ، واجب على الجميع التقيُّد به ، وهو عدم جواز القيام بكل تلك الأعمال التي تمسّ صاحب الحقّ وعلاقته بحق ، فإن أخلّ من وقع عليه هذا الواجب به تحققت مسؤوليته والتي يقابلها حقّ المضرور أو المعتدى عليه في تلقي الحماية القانونية ، فلم ينشأ حقّ من عمل غير مشروع ، بل إن القانون فعَّلَ حمايته لصاحب الحقّ الذي شكّل ذلك العمل عدواناً عليه .

ولعلّ نظرة علم القانون المنطلقة من فهم العلاقة بين الغاية والوسيلة قد تبتعد لأقصى ما يكرهه الفقيه "ديگي" ، وهو أن العمل غير المشروع قد يرتب حقًّا لصاحبه ، وليس فحسب للغير ، وهذا ما تقوم عليه فلسفتي الحيازة والضمان في كسب الملكية . فالحيازة : وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقًّا من الحقوق ، وهي لا تقوم على مجرد عمل يأتيه الشخص إباحةً ، أو على عمل يتسامح به الغير[1] ، بل تتطلب العدوان على مال ، يمارس عليه الحائز سلطاته وكأنه مالك

(1) المادة (1145) مدني عراقي .

له[1] . كما أن الضمان ، وبوصفه سببا للملكية بحسب الفقه الحنفي[2] ، وعلى وفق بعض القوانين[3] ، يستلزم عدوانا من شخص على شيء مملوك للغير بحيث تتغيّر معالم الشيء ، فيختار المعتدى عليه ترك المال للضامن مقابل الضمان ، فيتملك الضامن المال المضمون بالضمان . وعلى الرغم من الفرق بين دور كل من الحيازة والضمان في كسب الملكية[4] ، لكنهما يتشابهان في اقتضائهما للحيلولة بين المالك وما يملك ، وبالتالي فإنهما ما تقررا إلا لصالح القائم بفعل الحيلولة ، وقد كسب هذا الحقّ ليس بمنظور السبب والنتيجة ، بل لضرورة تشريعية قائمة ، في أغلب الأحيان ، على خيار صاحب الحقّ الأصلي .

78) - إثبات قدرة العقد على إنشاء الحقوق :

سبق لنا أن رأينا كيف أن "ديكي" يرى أن التصرف القانوني ، لا سيما العقد ، ليس بقادر على أن ينشئ الحقوق ، بحجة أن القانون وحده هو القادر على إنشاء الآثار القانونية ، لا إرادة الأفراد الخاضعين للقانون ، وأن الإرادة حين يجوز لها أن تؤدى دوراً بالشروط والقيود التي حددها القانون ، لا يجوز أن يكون دورها عندئذ إلا دوراً تابعاً ، هو دور الشرط ليس أكثر ، أي أن الإرادة حين تظهر في

---

(1) لاحظ ، بحثنا : تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد 17 ، السنة 8 ، 2003 ، ص 43 .

(2) لاحظ ، بحثنا : دور الضمان في كسب الملكية تبعا (دراسة مقارنة) ، منشور في مجلة (الشريعة والقانون) تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة في العين ، ع13 ، فبراير ، 2000 ، ص332 .

(3) كالقانون المدني الأردني الصادر عام 1976 ، في المادة (1085) . وقانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر 1985 في المادة (1218) منه .

(4) لاحظ ، كتابنا : الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص144 .

شكل تصرف قانوني فإنما تقتصر وظيفتها على أن تكون شرطاً في تطبيق قاعدة قانونية هي وحدها التي تنشئ الأثر القانوني .

وهذا التوجّه هشٌّ لدرجة أنه ينهار إذا طرحنا ثمة تساؤل عن القوة التي يكتسبها القانون في ترتيبه لآثاره القانونية ، فمن ما يستمد قوته ؟ لا شك في أنه يستمد قوته من تجمع إرادات الأفراد المنشئين له عُرفاً كان أم تشريعاً ، فليس القانون بشخص يُرتب الآثار والأحكام ، بل هو أداة بيد الإرادة العامة التي تدلو بكلمتها في مختلف القضايا التي تخصّها ، وعندما تريد إبداء رأيها في المسائل العقدية ، تُفضِّل أن تترك الأمر في أغلبه للمتعاقدين أنفسهم ، وإلا ما الذي دعا أن تكون الغالبية الساحقة من قواعد القانون في شأن العقود ، قواعد مكملة لإرادات الأفراد ؟ هذه الإرادة العقدية هي التي ترتب الآثار التي يعترف بها القانون المُعبِّر عن الإرادة العامة ؛ أما تلك القلة من القواعد والتي تتصف بالآمرة في نطاق العقد ، فهي تعبير عن الإرادة العقدية العامة التي تمسُّ مصالح الجميع في أن لا يُتخذ العقد وسيلة للإضرار بهم ، وهذا أمر طبيعي يقبله المتعاقد نفسه عندما تتعطّل إرادته العقدية لمساسها بضرر تتعرض له الجماعة ، عندما نفترض أنه جزءٌ من الجماعة ذاتها وأردنا معرفة رأيه في مثل العقد الذي أقبل عليه ، والذي تمّ ابرامه من غيره ، وهذا ما أطلقنا عليه بالإرادة العقدية العامة [1] ، والتي تضع

(1) لا نقصد بالإرادة العقدية العامة : ما يمكن أن يدركه العقل لمفهوم هذا المصطلح أول وهلة ، فلست أقصد منها إرادة الجماعة أو الإرادة العامة لها ، وإنما المقصود منها الإرادة المشتركة لجميع من قد يتعاقد ويأخذ مكانة أحد المتعاقدين ، ذلك أن الإرادة العقدية لأحد المتعاقدين في النوع الواحد من العقود ، لا يمكن أن تخرج من قالب ما قد تسعى له كل إرادة من تحقيق لمصلحتها العقدية المبتغى تحقيقها من خلال إبرام العقد وهو ما قد يتوافق مع مضمون نظرية السبب حسب مفهومها التقليدي ←

بنوداً عقدية مفترضة في كل العقود للتعبير عنها .

كما أن ما طرحه الأستاذ "ديگي" يثير الغرابة ؛ إذ يرى في موضع أن القانون لا يُنشئ حقًّا بل وضعاً ينتفع به شخص مقابل أداء الواجب ، ثم ينكر على العقد قوته في إنشاء الحقوق ويعده مجرد شرط ، إذ يُعيد الحقّ المُنشأ إلى القانون ؛

←

المكرّس فهمه عند الفقهاء فيما بات يعرف بسبب الالتزام ، حيث إنه يعد واحداً في النوع الواحد من العقود ، فسبب التزام البائع هو الحصول على الثمن في كل عقود البيع وبالنسبة لجميع من نزل منزلة البائع ، وسبب التزام المقاول هو الحصول على الأجر في كل عقود المقاولة وبالنسبة لجميع من نزل منزلة المقاول ، وهكذا ، وهو يوازي القول : إن المصلحة العقدية المجردة إنما هي ثابتة في النوع الواحد من العقود ، وهي مصلحة الجميع ممن دخلوا هذا المجال ، وهي المصلحة ذاتها التي تسعى إلى تحقيقها إرادة الجميع ممن نزلوا منزلة المتعاقد في هذا المجال ، وبالتالي فهي إرادة عقدية عامة . ثم إن الإرادة العقدية العامة لا تقف عند حد المفهوم المجرد لما عسى أن تحققه من غرض ، أو مصلحة عقدية عامة ، إنما يجب أن ننظر إلى المتعاقد نفسه من زاويتين ، أحدهما : أنه هو المتعاقد الحقيقي ، فهو يمثل إرادته العقدية الخاصة ، وثانيهما : أنه غيرٌ عن العقد افتراضاً ، فإذا تلاقت مصلحته العقدية في حقيقة أمره ، مع مصلحته الجزئية المكونة ، بجانب مصالح الآخرين ، مصلحة عقدية عامة ، افتراضاً ، فتكون المصلحة العقدية المتأتية من إبرام العقد مصلحة جديرة بالاحترام والرعاية ، ومثال على ذلك أن المصلحة العقدية للمتعاقد الذي يبرم عقد بيع (مخدرات محظورة) قد تتحقق ، لكنها غير متلاقية ، أو غير متوافقة ، مع مصلحته الجزئية المكونة مع مصالح الآخرين للمصلحة العقدية العامة ، بمعنى أنه لو كان غيراً عن العقد ، وعلم أن أثر العقد امتد إلى المجتمع ، أو أن أحد أقربائه يتعاط المخدرات بسبب وجودها عبر عقود استيرادها من الخارج ، لما قبل أن يمضي العقد بهذا الشكل وهذا المضمون ، فالعقد لا يعد مشروعاً ، لأن الإرادة العقدية العامة لم تقبل به ، فلا تتحقق من خلاله مصلحة عقدية عامة . وكذلك من يتعامل بالعملة النقدية المزورة ، أو الدعارة أو القمار ، أو أي شيء آخر ، لا تتلاقى فيه مصلحة الشخص كونه متعاقداً ، ومصلحته الجزئية المكونة للمصلحة العقدية العامة ، فيما لو افترضناه خارج الدائرة العقدية ، فإن التعامل بتلك الأشياء هو تعامل لا أساس له في القانون . (لاحظ ، بحثنا : : "قنونة" العقد ، ص12) .

لكن كيف يقدر القانون أن يُرتب آثاراً على العقد ، وهو غير قادر أصلاً على إنشاء الحقوق من جانبه !

79) - قانونية الأعمال المادية ، بوصفها أوضاعاً محركة للحقوق :

يقول الأستاذ "ديگي" إن القيام بعمل مادي نصت القاعدة القانونية على مشروعيته وأيدته (كالمرور في الطريق العام والاجتماع لممارسة شعائر دينية ، وزراعة أرض في حدود ما يسمح به القانون . . . الخ) لا يجوز أن يتكون منه حقّ أبداً ، بناءً على أن هذه الأعمال المادية ليس لها طابع قانوني ، أو أنها على هامش القانون . وأنها لا تكتسب هذا الطابع إلا في حالة ما إذا عطَّل الغير القيام بهذه الأعمال فأدى ذلك إلى حدوث أثر قانوني هو انفتاح طريق قانوني ؛ وهذا القول ازدواجي التناقض ، إذ قيَّد صاحبه فرضية حُكمه في الأعمال المادية بتلك التي نصت القاعدة القانونية على مشروعيتها وأيدتها ، ولا أدري ماذا أراد بهذا القيد الفرضي ! هل أراد أن يستثني منها الأعمال المادية التي لا تنصُّ القاعدة القانونية على مشروعيتها ولا تؤيدها ؟ وما فائدة هذا الاستثناء ؟ هذا من جهة ، ثم يرى أنها لا تُنشئ حقوقاً ، فهي ليست بذي طابع قانوني ، إلا إذا واجهت تعطيلاً من الغير ، فتتدخل القاعدة القانونية لحمايتها ، وهذا من جهة أخرى ؛ لكن أليس هذا الكلام غريباً ؟ هل تحتاج الأعمال المادية التي يمارسها الإنسان بشكل إباحي إلى إذن مسبق من القانون ؟ إذ ليس لي أن أتكلم أو أزرع أو أسافر أو أمارس شعائري الدينية إلا بسابق إذن من القانون ! ألا يكون الأستاذ "ديگي" قد حوّل بنفسه هذه الأعمال المُباحة إلى موضوعات ذات طابع قانوني بشرطه هذا ؟ ! ثُمّ يرجع ويقول : إنها ليست ذات طابع قانوني ، ويعود ويُضفي عليها هذا الطابع

متى ما تعرضت للتعطيل ؛ كما أنه قد جعل الأصل في الأعمال الحظر ما لم تنص القاعدة القانونية على الجواز والتأييد ، وهذا تضييق لحرية الأشخاص ، وإثقال لكاهل القواعد القانونية وتحميلها أكثر مما تحتمل ؛ كما أن الغريب في رأي "ديگي" أنه نفى عن هذه الأعمال المادية المؤيدة من قبل القواعد القانونية ، ورغم مشروعيتها ، الصفة القانونية ؛ لأنها لا تُنشئ – برأيه – حقوقاً ، وكأنه يُريد أن يقول : إن عدم قدرة هذه الأعمال على إنشاء الحقوق ، على الرغم من تأييد القاعدة القانونية لها ، هو الذي نزع عنها الطابع القانوني ! كما ردّ أحد الفقهاء[1] على رأي "ديگي" في أمرين آخرين هما :

أ- أنه ليس صحيحاً أن العمل المادي ليس ذا طابع قانوني ، ذلك أن مباشرة نشاط ما إنما يكون له طابع قانوني لمجرد أن القانون يعدّه عملاً مشروعاً ويحميه على هذا الأساس ويهيئ الطرق القانونية لهذه الحماية . وكذا القول في الامتناع عن عمل لا يوجب القانون القيام به : فمكنة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، هي الحرية ، وهذه يحميها القانون . ومن ثم يكون القيام بعمل مادي لا يحرمه القانون استعمالاً للحق في القيام بهذا العمل ، ويكون الامتناع عن عمل لا يوجبه القانون استعمالاً للحق في الامتناع عن هذا العمل . إن خروج بعض الأعمال عن طائلة القانون يدخل هذه الأعمال في نطاق الحرية التي يجيزها القانون أو يأذن بها ويحميها على هذا الأساس . أما القول بأن الحرية القانونية هي عدم وجود القاعدة القانونية فلا يلزم منه عدم

(1) الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 27 .

وجود الحقّ، بل هي على العكس من ذلك تترك للشخص حرية العمل كاملة بوصفها حقًّا .

ب- وليس صحيحاً كذلك أن مباشرة نشاط مادي لا يجوز أن يكون محلاً لحق ما دام أن مباشرة هذا النشاط لم تصادفه معارضة من جانب الغير ، إذ مُؤدَّى هذا القول أن لا تصير الحرية حقًّا إلا من وقت الاعتداء عليها مع أن الأولى هو القول إن قابلية الحرية للعدوان عليها هي الدليل على أن الحرية حقّ ؛ لأن العدوان لا يتصور وقوعه إلا على حقّ ، وأنه ليكفي لوجود الحقّ فعلاً لا حكماً فحسب ، أن يوجد الغير . أما المعارضة التي تقع من الغير فلا تنشئ الحقّ بل تؤدي فقط إلى إعمال الجزاء الذي يحمي الحقّ ، إذ أن هذا الحقّ يوجد قبل وجود الطريق القانوني ومستقلاً عنه .

ومن جهتنا نؤيد ما جاء في الرأي السابق ، لا سيّما أنه يُضيف لتسويغه : (ولما كان القانون يحمي الفرد الذي يمارس نشاطاً مادياً مشروعاً لا جرم يجوز القول بأن القانون يقصد أن يمنحه حقًّا في مباشرة ذلك النشاط ، حقًّا يحميه من كل عدوان . ولا يجوز أن نتجاهل هذا القصد من جانب المُشرِّع فنقول : إن الطرق القانونية التي يجوز للمضرور من العمل غير المشروع أن يستعملها ، مقصورة على حماية القاعدة القانونية التي وقع عليها العدوان ، ولا هدف لها إلا هذه الحماية دون أيّ اعتبار للقيم أو المصالح التي تحميها تلك القاعدة . والصحيح هو أن القانون إذ يُحرِّم الاعتداء على الحرية ينظر إلى تلك الحرية باعتبارها قيمة اجتماعية جديرة بالحماية ، ومن أجل هذه الحماية وضعت

القاعدة ، وفي ضوء تلك القيمة يكون تفسير تلك القاعدة . وليس المحظور في حالتنا هذه هو خرق التنظيم الاجتماعي ، أو مجرد عصيان القانون ، بل المحظور هو الاعتداء على تلك القيمة التي يحميها القانون ، بل : إن الاعتداء على القانون إنما يجيء نتيجة الاعتداء على الحقّ . آية ذلك أن الطريق القانوني لا يسوغ استعماله للجماعة كلها ولا لممثليها ، ولا لأي فرد في هذه الجماعة ، وإنما يتاح استعماله في الأصل لذي المصلحة ، للمضرور من العدوان . وإنْ دل هذا على شيء فإنما يدل على معنى واحد هو أن القانون يقصد أولاً وقبل كل شيء حماية حقّ المضرور ، أما تحريم العدوان على القانون فليس إلا وسيلة لغاية ، هي حماية حقّ المضرور . وإذ ثبت أن حرية القيام بأعمال مادية مشروعة يجوز أن تكون محلاً لحق فلا جرم يجوز اعتبار القيام بتصرفات قانونية حقًّا من باب أولى ، فيقال إن هناك حقًّا في الزواج ، وحقاً في البيع ، وحقاً في الشراء ، وحقاً في إنشاء شركة ، وحقاً في عمل وصية أو هبة (التصرفات القانونية) ، مثلما أن هناك حقًّا في التريُّض ، وحقاً في الاجتماع (أعمال مادية) . وجه القياس الأولوي أنه إذا كانت الأعمال المادية – على اهتمام القانون بها عن طريق حمايته لها ، وترتيب نتائج قانونية عليها في بعض الأحايين ، بوصفها شروطاً لتطبيق القاعدة القانونية – لم تعد لكي تنشئ آثاراً قانونية مباشرة ، فلا كذلك التصرفات القانونية ، التي بحسب تعريفها ، تنشئ آثاراً قانونية ، بطريق مباشر ، فتؤدي إلى تغيير أوضاع الأفراد القانونية في علاقاتهم بعضهم ببعض : ففي عقد الزواج ، وهو تصرف قانوني ، يكتسب كل من الطرفين وضعاً جديداً لم يكن له من قبل ، إذ يصبح كل منهما زوجاً للآخر ، مع ما يترتب على ذلك من حقوق لأحدهما قبل الآخر ، وواجبات على أحدهما تجاه الآخر ، وفي حالة البيع أو الإيجار يصير كل

من الطرفين دائناً للآخر ومدينا له ، ولم يكن أحد منهما مقيداً بهذه الرابطة القانونية قبل هذه التصرفات القانونية الملزمة) [1] . وما بعد هذا الكلام الجميل من كلام إلا القول : إن هذه الأعمال ، سواءً أكانت في صورة وقائع أم تصرفات ، نراها أوضاعاً تنشأ أو تتحرك بها الكثير من الحقوق التي توجّب على القانون حمايتها وتنظيمها ، وبها ، وبغيرها من الأوضاع ، تكون للأشخاص نوعان من الحقوق طبيعية ووضعية .

80) - حتمية الوجود لفكرة الحقّ :

على الرغم من جميع الانتقادات التي وُجّهت إلى فكرة الحقّ ، وعلى اختلاف مشاربها ، لم تفلح هذه المحاولات ، التي تصدى لها الكثير من الفقهاء ، وحاولنا تفنيدها ما استطعنا إليه سبيلاً ، أن تُثبت عدمها أو تنفي وجودها ، فهي ما فتأت تنفصل عن الكيان الإنساني وجوهر وجوده في الحياة ، كما أنها المعنى الحقيقي لتقاسم منافع الحياة والتمتع بمباهجها ، وهي معيار للحدود في ممارسة الأعمال أو الامتناع عنها ، وهي المُرتسم الذي يعرف الفرد وضعه وموقعه على خارطة القانون ، بل إن القانون ما دفعت ضرورةٌ لوجوده إلا بباعث الأهمية التي تفرضها هذه الفكرة على وجود الإنسان نفسه ، فكان دافعه هو تنظيمها وحمايتها ، فلا معنى لكيان الإنسان بمعزلٍ عن الحقّ ، ولا قيمة لوجوده بلا حقوق ، ولهذا كانت لُزومية وجود فكرة الحقّ من لُزومية الوجود الإنساني ذاته .

وإذا انتقلنا من الكليّات إلى المطلبيات فإن فكرة الحقّ موجودة ولازمة في

(1) الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص28 .

جميع فروع القانون ، ففي القانون الخاص ، حيث تنشأ الحقوق للأشخاص والجماعات الخاصة من شتى العلاقات التي تنشأ فيما بينهم [1] ، ولا يتصور قانون خاص لا تكون ركيزته الحقوق وما يقابلها من التزامات ، ولقد قال أحد ثقات الفقه الألماني ، في مستهل القرن التاسع عشر إن "محور القانون الخاص هو الحق" [2] ؛ فالقانون المدني قوامه الحقوق ، وهو مُقسَّمٌ أساساً على أساسها ، فالحقوق الشخصية والحقوق العينية ، وكذا المعنوية ، هي جوهر القانون المدني ؛ كما أن القانون التجاري قائم على فكرة الحقّ في شتى موضوعاته ، وأساس الفصل بينه وبين محال علم الاقتصاد وعلوم المال الأخرى ، الطابع الحقوقي الذي يُميزه عنها ؛ كما أن قانون العمل ما ظهر إلا لخصوصية الحماية التي تحظى بها حقوق العمال ، وكذا قانون الأسرة ، أو قانون الأحوال الشخصية ، فهو قائم على الحقوق التي تنشؤها الروابط الأسرية من زواج وبنوة ونسب ونفقة وغيرها ، وكلها حقوق ؛ كما أن التقاضي بكل فروعه ما ظهر إلا لنصرة الحقوق وضمان استحصالها أو تعويضها أو كف الاعتداء عنها بشتى طرق الحماية ، فهو الترجمة

---

(1) وإن كان للبعض رأيٌ آخر ، كالدكتور نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 17 ؛ إذ يقول : (إنه لا يمكن حصر النطاق الحقيقي للقانون في مجرد أنه نظام للحقوق . فالحقوق ليست في الواقع إلا جانب خاص من إعمال القانون . فإلى جانب هذه الحقوق توجد المراكز التي لا يمكن تصنيفها ضمن الحقوق بالمعنى الضيق ؛ لأنها تتجاوز نطاق المزايا والمكنات الفردية لتعمل للصالح العام ، كتلك التي تنشأ عن تطبيق قواعد القانون الجنائي ، أو قواعد المرور ، أو القواعد التي تحدد التنظيمات الإدارية في الدولة ، بل إن القانون الخاص يعرف أيضاً مراكز مماثلة ، مثل : القواعد المنظمة للزواج ، والنبوة ، أو التي تحدد الأهلية القانونية ، أي القدرة على ممارسة الحقوق) . إلا أن كل ما ذكره متصلٌ بفكرة الحقوق على ما سنرى .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 46 .

الواقعية لوظيفة القانون في حماية الحقوق ، فلا إثبات ولا مرافعات ولا تنفيذ بغير وجود حقّ؛ أما القانون الدولي الخاص ففروعه مقسومة على أساس فكرة الحقّ لا غيرها ، إذ إن بعض الفقهاء[1] قد حدد المراحل المختلفة للعلاقات الناشئة في إطار الحياة الخاصة الدولية بثلاث مراحل هي :

ا – مرحلة التمتع بالحقوق (مركز الأجانب)

2– مرحلة ممارسة الحقوق (تنازع القوانين)

3– مرحلة حماية الحقوق (تنازع الاختصاص القضائي الدولي) [2] .

وكذلك للحق مكان ملحوظ في القانون العام ، على الرغم من انطلاق قواعده ، في مجملها ، من فلسفة النظام ، فالقانون الدستوري يهتم في شق كبير منه بالحقوق العامة للأفراد ؛ كما أن القانون الإداري يوضح حقوق الإدارة قِبَل الأفراد وحقوقهم تجاهها ؛ كما أن القانون الجنائي مليء بالقواعد الحمائية التي لم تُسن إلا لحماية حقوق الأفراد ؛ حتى في القوانين التي تفرض واجبات على الأفراد ، فإنها تؤطرها بأُطر حقوقية تجعلها مقبولة لديهم ، وتقرر ما يقابلها من

---

(1) د . هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، المجلد الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1977 ، ص6 والتي تليها .

(2) ونحن بدورنا قد وجدنا من الضروري إضافة مرحلتين على هذه المراحل الثلاثة ، الأولى تسبق هذه المراحل ، والثانية تلي هذه المراحل ، والمرحلتان هما :

1– مرحلة تصنيف الحقوق : إذ يتم تصنيف الحقوق إلى حقوق خاصة بالمواطنين ، وحقوق خاصة بالأجانب ، ويتم اعتماد الفصل في التصنيف على (الجنسية والموطن) .

2– مرحلة تنفيذ الحقوق : إذ يتم تنفيذ الحقوق الثابتة بأحكام أجنبية . (لاحظ : كتابنا : تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية ، دار وائل للنشر ، عمّان ، 2005 ، ص22) .

حقوق للدولة تجاههم ، كقانوني الضرائب والرسوم وغيرهما ، ذلك أن الدولة لا تستطيع أن تستمر في وجودها ، وأن تؤدي مهمتها في خدمة الخير العام ، إلا إذا كان لها حقوق على أفرادها الذين يلتزمون بأن يقدموا لها جميع المعونات اللازمة لحفظ كيانها ، والذين تجب عليهم إطاعة قوانينها وأوامرها المشروعة ، على وفق ما آل الاتفاق بينها وبينهم استناداً لأساس وجودها ؛ وفي الوقت الذي قصّر فيه البعض[1] وجود حقوق للأفراد على الدولة حين تكون دولة قانون فلهم على الدولة التي من هذا القبيل أن تحترم أشخاصهم (الحريات العامة وحقوق الإنسان) ، ولهم عليها أيضاً حقّ في الاشتراك في مزايا الحياة العامة كالوظائف العامة وما ينتجه الخير العام من ثمرات ؛ فإنه ، ومع ذلك ، تكون هذه الحقوق ثابتة للأفراد في الدول البوليسية ، لكنها قد تكون مُهدرة ، لكن إهدارها لا يعني نفيها عنهم ، حتى وإن منعتهم القوانين التي موضعتها السلطة ، منها ، فإنها تكون أساساً لمشروعية أيّ عمل انتفاضي على السلطة للمطالبة بتفعيلها .

كما أن للدولة بوصفها أشخاص معنوية حقوقاً في علاقاتها مع بعضها ، لا تكاد تختلف عما يترتب ما بين الأفراد من حقوق ناجمة من العلاقات القائمة بينها ، بل إن فكرة الحقّ ذهبت لأبعد ما بسطت يد فلسفة النظام في القانون الدولي العام ، إذ أصبح بالإمكان قبول التدخل الدولي في شؤون الدول الداخلية نُصرة لحقوق الإنسان ، وقد عُدّ هذا ضرباً قاسياً لفكرة السيادة التي تحتمي بها الدول التي لا تحترم فيها سلطاتها الغاصبة للحكم ، حقوق الشعب الذي يُعدّ

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 47 .

مصدراً حصرياً له[1] .

81) - فكرة الحقّ من الدوغماتية إلى البراغماتية :

ليست البراغماتية[2] عكس الدوغماتية[3] ، وإن كانتا تتعارضان من جهة ما ؛ ذلك أن فكرة الحقّ ، هي فكرة قديمة قدم القانون والعدل . فالدوغماتية القانونية ، حين أنشأت فكرة الحقّ وصاغت نظريته لم تزد على أن كشفت عما كان موجوداً من قبل في الواقع القانوني ذاته ، أي : ظاهرة المزايا التي قررها القانون الوضعي ، ذلك أنه لا يوجد قانون لا يعترف للناس بتلك المزايا التي تسمى الحقوق[4] . ولعلّ هذا أحد أسباب التَزَمُّت في تأييد فكرة الحقّ ، لكنها مع هذا اتصلت بمناخ من القدسية ، عندما كانت تُقاد أمور المجتمعات من طبقة

---

(1) لذا فإننا لا نتفق مع من يرى أن : (القول بأنه لا يوجد من الحقوق إلا ما نظمه القانون ليس فيه ما يصطدم الشعور أو ما يدعو للدهشة . فقاعدة القانون لا يمكن أن تنظم الحياة في المجتمع - الذي هو غايتها - دون أن تأخذ في الاعتبار الأفراد المكونين له ، ودون الاعتراف لهم بالمكنات التي تسمح لهم بتحديد ذاتيتهم الخاصة والقيام بوظائفهم في المجتمع الذي يعيشون فيه وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا كان الحقّ يعطي لصاحبه ميزة أو مكنة معينة فإن ذلك راجع إلى ما في ذلك من منفعة اجتماعية ، وبالتالي يتكون الحقّ ، في نفس الوقت ، من ميزة ووظيفة لا ينفصلان) . د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 17 .

(2) البراغماتية : اسم مشتق من اللفظ اليوناني "براغما" ومعناه العمل ، وهي مذهب قوامه عدّ نجاح العمل المعيار الوحيد للحقيقة . (لمزيد من التفصيل لاحظ : الرابط الآتي : www.eltwhed.com تاريخ الزيارة (2015/6/3) .

(3) الدوغماتية : هي الجمود العقائدي ، أي : التمسك غير الانتقادي بتعاليم معينة أو بمفهوم شائع معين . (لمزيد من التفصيل ، لاحظ : ب . ن . بونو ماريوف ، القاموس السياسي ، ترجمة : عبد الرزاق الصافي ، (دون ذكر المطبعة ومكان النشر وزمانه) ، ص 114 .) .

(4) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 46 .

بعينها ، أباحت وأتاحت لنفسها استعباد البعض واستبعاد البعض الآخر من دائرة الحقوق ، لكن من نادى بنفي فكرة الحقّ ، أخطأ عندما قصد أن ينال من الفكرة بدلاً من أن ينال من الصورة المُشَوّهة لها ، فمحاربة هذا الوضع البالي الشاذّ لا تكون بمحاربة الفكرة الحقة التي استخدمها من أساؤوا إليها استخداماً مشوهاً ، خدعوا به الناس وأرادوا بذلك أن يحققوا لأنفسهم منافع على حساب الغير باسم هذه الفكرة ، وهذه هي الديماغوجية[1] بعينها ، بل يجب أن ينصب المجهود على حسن تصوير الفكرة وفهم حقيقتها[2] .

إن وصول دكتاتورٍ ما إلى الحكم عبر الديمقراطية لا يعني أن الديمقراطية التي أوصلته إلى الحكم سيئة[3] ، كما أن إساءة الحرية لا يعني أن نمنعها ؛ كما أن التعسف في استعمال حقٍ ما ، لا يعني إنكار الفكرة عن بكرة أبيها ، ذلك لأن فكرة الحقّ موجودة في بنيان القانون نفسه ، أياً كانت الفلسفة أو الفكرة التي يستهدى بها النظام القانوني .

---

(1) لاحظ : ب . ن . بونو ماريوف ، القاموس السياسي ، ص 116 .

(2) وهذا لا يعني التسليم المُطلق لمنهج "ديفيد هيوم" في الوصول إلى المعرفة ؛ إذ أنكر "ديفيد هيوم" على العقل دوره في الوصول إلى الحقيقة ، وبالتالي فقد انتقد ، على أساس ذلك ، فكرة القانون الطبيعي ، حيثُ يعتمد "هيوم" على التجربة ، ويعدّها المصدر الأساسي لكل القواعد والنظم ، فهو لا يؤمن بالفطرة الإنسانية ، كما لا يؤمن بدور العقل في المعرفة . (لاحظ : د . فايز محمد حسن ، نشأة فلسفة القانون وتطورها ، ص 446 والتي تليها) .

(3) وهذا ما حصل عند وصول (أدولف هتلر) إلى مقاليد الحكم في ألمانيا ، عن طريق الديمقراطية ، عام 1933 . (لاحظ للتفصيل : الكيالي والزهيري ، الموسوعة السياسية ، مؤسسة عبد الحفيظ البساط ، بيروت ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 555 .) .

إن إعمال البراغماتية على ما حصل من استغلال لفكرة الحقّ قد أساء إليها بعض الشيء ، إذ كانت الثورة على الفكرة بقدر عظم التمسك بها ردحاً من الزمن على يد الدوغماتيين ؛ لكن من أنكر فكرة الحقّ انطلق من ذات الايديولوجية التي انطلق منها قدامى المناصرين لها ، فتمسك بكل ما أُوتي من قوة بإنكار هذه الفكرة ، فحَلّ محلها فكرة الواجب تارةً ، وفكرة المركز القانوني تارة أخرى ، لدرجة أنه ، ولغاية هذا اليوم ، نجد الكثيرين من تأثروا بتلك الأفكار ، على الرغم من قناعتهم بوجود فكرة الحقّ لا محال .

إن الايمان بوجود فكرة الحقّ لا يكفي مع وجود الصبغة الوضعية لهذا الوجود ، فليس صحيحاً أن نقول : ما قاله البعض[1] : (فحيث يوجد القانون تنشأ الحقوق وتتكاثر ، لأن وظيفة القانون هي أن يبين ، في حدود الصالح العام ، ما ينتمي إلى كل عضو من أعضاء الجماعة ، أي حقّ كل عضو من هؤلاء الأعضاء . ولا يمكن أن تختفي فكرة الحقّ إلا حين تزول فكرة القانون ، أي في إحدى حالتين : حالة الفوضى ، حيث لا يوجد قانون فلا يكون لأحد من حقّ بسبب عدم وجود فكرة القانون ، وحالة النظام الشمولي ، وفيه تكون الدولة وحدها هي صاحبة الحقوق كافة فلا يكون لأحد إلى جانبها أي حقّ ، واحتكار الدولة لجميع الحقوق يعادل إلغاء القانون . وكلتا الحالتين شرّ من الأخرى) . بل يجب أن تتحرر فكرة الحقّ من فكرتي القانون والدولة :

- ففكرة الحقّ لم تنشأ بسبب فكرة القانون ، بل العكس ، ظهرت الحاجة لوجود القوانين ، عندما وجد الناس أن حقوقهم بحاجة إلى حماية وتنظيم ،

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 47 .

فكانت الفكرة الابداعية الناجمة عن تعاونهم في وضع قواعد ، مكتوبة أو معروفة ، لتنظيم حقوقهم وحمايتها ، فليس القانون مصدراً لحقوق التصقت ، فبل ظهوره ، بكيان الإنسان نفسه ، بل هو منظمها وحاميها ، ويمكن فقط أن يكون وضعاً لنشوء ما عدا ذلك من حقوق نشأت بسبب أوضاعٍ مستحدثة ، دعت الحاجة والضرورة والتطور إلى وضعها . إذ من المستحيل أن يقوم القانون بدون "الحق" ، إذ الحقّ هو المظهر المباشر لتلك الحقيقة الأولية ، وهي أن الناس ، وإن كانوا خاضعين لقاعدة جماعية وضعت من أجلهم ولخيرهم ، هم مع ذلك كائنات فردية . لقد وجدت الجماعة فكانت القاعدة بالتالي قاعدة جماعية . ولكن الفرد موجود كذلك فكان لا بد من وجود الحقّ ، ولا يجوز للجماعة ولا للقاعدة الجماعية أن تمحواه . فالجماعة ليست هي الأمر الحقيقي الوحيد ، فهناك الفرد موجود ، ليس بوصفه جزءاً من الجماعة فحسب ، بل هو أيضاً موجود بذاته ، ولذا فإن تصوير القانون للحياة الاجتماعية على أنها مجموعة أشخاص غير ذوي حقوق من ذوو واجبات فحسب ، ورازحون بالتالي تحت وطأة القاعدة القانونية ، هو تصوير لهذه الجماعة غير بذي مصداقية[1] .

– كما أن فكرة الحقّ ، وللسبب نفسه ، لم تكن منبثقة عن فكرة الدولة ، بل العكس هو الصحيح إذ إن استعمال الناس لحقوقهم هو الذي قاد لظهور الدولة ، فحقوقهم هي الدافع الباعث لهم ، لإنشائها . لكن يبقى وجود الدولة حافزاً له أثره البالغ في تطوير فكرة الحقّ ، مع نشوء الكثير من الحقوق التي لازمت نشوء الدولة ، وترتبت على تكوينها ، كالحقوق السياسية والانتخابية وما شاكل ، وكلها

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 48 .

حقوق وضعية نشأت بسبب وضعية الدولة نفسها .

ومع ذلك ارتبطت فكرتي القانون والدولة بفكرة الحقّ في مشهد براغماتي فعّال ، مظهره أن جميع الدول التي ناصرت قوانينها الحقوق الفردية انقادت حياتها نحو المزيد من التقدم والازدهار ، ورُصّنت فيها حقوق أفرادها ، وقوي النظام بقوة أفراده الذين يتمتعون بكامل حقوقهم ، فباتوا أحرص على حمايته حمايةً لها ، واحترم القانون من غير خوف أو قسر ، وازدادت هيبة الدولة بقوة هيبة أفرادها ، وترسخت سيادتها لرفعة كرامة مواطنيها ، وبالتالي توسّغت دائرة الحقوق ، وأعني الوضعية ، فظهرت العديد منها والكثير فيها ، في الوقت التي انعدمت أمثالها في دول أخرى ، والسبب يعود إلى استقرار النظام القائم ابتداءً على الاعتراف بالحقوق[1] .

(1) "بل إن هناك ميلاً للزيادة في الحقوق لأسباب مستمدة إما من الطمأنينة القانونية ، وإما من التقدم الاجتماعي ، فلقد بقيت الحقوق التقليدية التي ورثت عن الشرائع القديمة ، وزيد عليها العديد من الحقوق ، سواء في مجال النشاط الاقتصادي أو في مجال النشاط الفكري : ففي مجال النشاط الاقتصادي نشأت حقوق كثيرة أو اتسع نطاق كثير من الحقوق : فلقد نشأت الملكية التجارية ، وهي الحقّ الذي يقرره القانون للتاجر ، مستأجر العقار ، في الاحتفاظ باستعمال المكان المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار ، أو في الحصول على تعويض عما يصيبه من ضرر بسبب عدم تجديد الإيجار . وهناك الملكية الصناعية ، وهي الحقّ المقصور على صاحبه في أن يستعمل اسماً تجارياً ، أو ماركة أو رخصة أو تصميماً أو نموذجاً لمنشأته الصناعية ، أو في استعمال طريقة خاصة لجلب الزبائن ، أو الحقّ في عنوان مجلة دورية . . . الخ . وفي مجال النشاط الفكري نجد الملكية الأدبية والفنية كحق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالاً مقصوراً عليه وحده ، وحقه في أن تنسب إليه أبوة مصنفة ، وحقه في ألا ينشر مصنفه دون إذنه ، وفي أن يمنع كل تغيير في مصنفه . " نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، ص 48 .

وهنا يقول أحد الفقهاء الفرنسيين[1] : (كم يُعظّم هول النكسة التي تصيب السياسة القانونية من جراء إنكار وجود فكرة الحقّ ، فهناك على ما رأينا عالم مادي مكون من أموال مادية ، يعتد بها القانون لا من ناحية الانتفاع المادي فحسب ، بل يعتد بها كذلك من نواح عدة أخرى : فهو ينظر إليها من حيث كونها أدوات ائتمان ، ويعدّها محال أداءات مكونة من خدمات شتى ، وقيماً مالية صالحة للانتقال من شخص إلى شخص آخر . ثم لما كانت هذه الأموال عرضة لأخطار شتى لا جرم مست الحاجة إلى التأمين عليها من هذه الأخطار ، فاستحدث إلى جانب هذا العالم المادي مجموعة كبيرة من أموال جديدة وأضاف إلى هذا العالم المادي عالماً قانونياً حقق زيادة في الثروات لم يسمع بها من قبل . لهذا لا يجوز أن نُعَوِّل كثيراً على الحجج التي يسوقها نفاة فكرة الحقّ ، فتلك حجج ليس لها إلا قيمة جدلية ، بعد أن أثبتت فكرة الحقّ ، منذ وجدت ، أنها أداة ثروة وتقدم) .

كما أن من الجدير ذكره أن أسباباً معينة ساهمت في شيوع فكرة الحقّ ورسوخها ، منها تأثير بعض الأحداث التاريخية المهمة ، فالإعلانات الرسمية لحقوق الإنسان والمواطن كانت تعكس حركة دفاع الأفراد ضد البطش والتسلط ، هذه المعركة تركت بصمات ما زالت واضحة في الضمير الإنساني ، فالحقوق كانت نتاج التيار الديمقراطي والليبرالي الذي كان يهدف في المقام الأول إلى حماية الأفراد ضد التجاوزات الناشئة عن استبداد الدولة ، ولذلك فإن

(1) الفقيه (روبييه) ، الحقوق والمراكز القانونية ، ص24 . (نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 49) .

القيم السياسية التي كانت تمثلها هذه الحقوق ما زالت لها أهمية بالنسبة للكثيرين . كما أن التطور الاقتصادي والاجتماعي قد سمح بظهور مخترعات تكنولوجية حديثة استلزمت زيادة الحماية المقررة للشخص ، لذلك كانت الحقوق تشكل دائماً وسيلة ملائمة للأخذ في الحسبان من الناحية القانونية هذا الواقع الجديد . وقد ترتَّب على ذلك تزايد حقوق الشخص بشكل ملحوظ ، فاتَّسع نطاق الحقوق الذهنية فظهر ما يُسمَّى بحقوق الملكية الفكرية ، كما ظهرت طائفة الحقوق الاجتماعية (كالحقّ في الإجازة المدفوعة ، والضمان الاجتماعي . . إلخ) وتطور مفهوم الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ليبرز في هذا الحقّ في الخصوصية وغير ذلك الكثير من الحقوق [1] .

كما لا يمكن تجاهل العوامل النفسية والاجتماعية في هذا الصدد ، فغريزة التملك ، يضاف إليها النزعة إلى التميز والترقي كانت عوامل هامة في ترسيخ فكرة الحقّ ، كذلك من ناحية تنظيم المجتمع ، فإن الاعتراف للإنسان بحقوق يعدُّ وسيلة فعالة لتنمية روح المبادرة والشعور بالمسؤولية عند المواطنين ، حيث يجدون في ذلك نوعاً من الضمان ، وهذا يجعل في الوقت نفسه كل أصحاب الحقوق حراساً يقظين على احترام النظام الاجتماعي الذي يستفيدون منه [2] .

82) - وجود الحقّ وتعيينه :

يقول "هيجل" : يصبح الحقّ متعيناً بالدرجة الأولى حين يتَّخذ صورة القانون الوضعي ، ويصبح كذلك متعيناً في المضمون حينما يطبق على

(1) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 18 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 19 .

المجتمع المدني ، وكذلك على الروابط الاجتماعية التي تقوم على القلب ، والحب ، والثقة على الرغم من أنه لا يصبح كذلك إلا بمقدار ما تتضمن هذه الأمور الحقّ المجرد بوصفه وجهاً لها ، أما الأخلاق الذاتية والأوامر الخلقية فهي تخص الإرادة في جانبها الجزئي الذاتي الخاص ، ومن ثم لا يمكن أن تكون موضوعاً لتشريع وضعي ، والمادة الأخرى للمضمون المتعين للقانون تقدمها الحقوق والواجبات ، ويكون مصدرها ممارسته العدالة ذاتها . غير أن الحقّ الذي يتجسد في القانون الوضعي يصبح من الممكن تطبيقه على الحالة المفردة ، بغض النظر عن تطبيقه على أمثلة جزئية خاصة ، وهو بذلك يدخل دائرة الكم ، لا دائرة الفكرة الشاملة ، حيث يكون الكم هو مبدأ التعيين ، وهي دائرة الكمي ، بما هو كذلك الذي يحدد القيمة النسبية لتبادل الكيفيات ، ويمكن للفكرة الشاملة في مثل هذه الدائرة أن تضع حداً عاماً يسمح بداخله بعملية التأرجح ، غير أنه ينبغي القضاء على هذا التأرجح حتى يتم عمل شيء ما [1] .

ولهذا ينبغي أنْ لا نقع في الفخ الذي وقع فيه الوضعيون ، فخلطوا بين وجود الحقّ وتعيينه ، إذ فهموا أن الحقّ فقط هو ذلك الحقّ الذي يعينه القانون . كما أن تعيين القانون للحق لا يعني أن الحقّ أصبح وضعيا ، بل قد يُعيّنِ القانون بعض الحقوق الطبيعية من باب التركيز عليها والتذكير بها ، لا بقصد أن يرسم لنفسه دور الخالق المنشئ لها .

(1) لاحظ : هيجل ، أصول فلسفة الحقّ ، ص 452 .

كما أن القانون ليس المُعين الوحيد للحقوق ، بل قد يكون هذا من وظائف العقد أو الإدارة أو القضاء ، وفي هذا يقول "هيجل" : والحقّ ان القانون لا يحسم مثل هذه القرارات النهائية التي تتطلبها الحياة الفعلية ، وإنما هو يتركها بدلاً من ذلك لحرية تصرف القاضي ، على أن يحدد للقاضي فقط الحد الأقصى والحد الأدنى ، لكن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً ، لأن الحدين الأقصى والأدنى هما باستمرار أعداد صحيحة أيضاً ، ومِنْ ثم فإن تحديدهما لا يعفي القاضي من أن يضع قراراً وضعيا نهائيا ما دامت ضرورات القضية ما تزال تترك له مثل هذا القرار) .[1]

83) - نسبية الحقّ والبعد الاجتماعي له :

إننا وما دُمنا مؤمنين أنْ لا وجود للإنسان المنعزل عن الجماعة ، فإننا لا بد من التسليم بأمرين مهمين :

- الأول : أن للحق بُعداً اجتماعيًّا لا مراء فيه .

- الثاني : أن الحقّ موجود ، لكنه لا يُشكل قيمة مطلقة .

وفي ذلك يحكي لنا البعض[2] من الفقيه الألماني "اهرنج" ، أنه : (كان الفقيه الألماني "اهرنج" ، صاحب نظرية المصلحة ، قد تطوع منذ الثلث الأخير من القرن التاسع عشر ، بمهاجمة فكرة إطلاق الحقوق ، ورسم صورة حية شهيرة لتصوير آفة الحقوق إذا أطلقت حتى

(1) هيجل ، أصول فلسفة الحقّ ، ص453 .

(2) د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 629 .

اللامعقول : " كأن يقيم المالك على أرضه مدبغة تملأ الجو بروائح كريهة ، أو يحفر بئرا بها مواد تسمم أرض الجار ، أو ينشئ مصنعا تسبب ذبذباته تصدع المنازل المجاورة ، ويؤدي دخانه إلى قتل النباتات المحيطة ، وتحول حرارته دون السكني القريبة ، أو يحفر حفرة بمحاذاة حدوده فينهار حائط الجار . وفي كل ذلك يظل المالك بلا شك داخل نطاق الحقّ " . ويقول اهرنج إن الملكية ليست حقًّا مطلقا ، ولا تسبغ على المالك سلطة بغير حدود . فالأرض لا توجد من أجل المالك وحده ، بل لمصلحة المجتمع ؛ لذلك منح قدامى الرومان الأرض لمن يزرعها أو يبنيها ، ويعدها لمنفعة المجتمع . ولم يسمح القانون الروماني بالنص في الوصية على أخذ الأشياء الثمينة إلى القبر ؛ لأن الأموال ملك الإنسان لا الديدان . والتمسك بإطلاق حقّ الملكية من شأنه تسليم المجتمع إلى أنانية الفرد المنحطة والخسيسة . يجب نبذ النظرية الفردية والاعتراف بالنظرية الاجتماعية للملكية . ومن ثم يصبح مقبولا نزع الملكية للمصلحة العامة ، في حالة الضرورة ، وإلا صارت وبالا على المجتمع . والحقوق الخاصة ذات صبغة اجتماعية ، وسوف تكتسح النظرية الاجتماعية القانون الخاص ، وتقتلع النظرية الفردية . وسيأتي يوم لن يسمح في للفرد بتجميع الأراضي التي يعيش عليها المئات والآلاف من الفلاحين . تماما كما ألغى حقّ الموت للأب الروماني على أولاده ، وحق الثأر في حياة القبيلة ، وحق المحاربين في السلب والنهب ، إلى غير ذلك . لا شك في بقاء الملكية الخاصة وحق الإرث ، لكن سيطرأ عليهما تطوير جذري يسمح بإعادة توزيع أموال هذه الحياة ، بطريقة

أكثر لمصالح المجتمع ، أي : أكثر عدالة) [1] .

ثم ذهب الفقيه الفرنسي "سالي" منذ أواخر القرن الماضي إلى قصر استعمال الحقوق على غايتها الاقتصادية والاجتماعية ، وإلا صار الاستعمال تعسفيا ومجافيا للضمير العام ومتخطيا مضمون الحقوق ؛ لأن الحقوق من الوجهة الاجتماعية نسبية لا مطلقة ، بما في ذلك حتى الملكية ، فهو لا يعدو أن يكون مظهرا للحرية وهذه ليست مطلقة [2] .

إلا أننا يجب أنْ لا نغالي في تحديد نسبية الحقوق ، وجعل تقييدها هو الأصل ، فالحقوق تنشأ في مناخ حرٍ غير مقيدٍ ، أما تقييدها فيتمُّ في مرحلة تالية تتواكب مع استعمالها لا مع وجودها ، ولهذا لا نتفق مع مَنْ ذَهَبَ[3] - منتقداً فكر المدرسة الطبيعية - إلى (كان فلاسفة القرن الثامن عشر في صراعهم من ملوك الحقّ الإلهي قد تبنّوا " فردية خانقة " تسعى إلى تحرير الإنسان من جميع القيود السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية التي جثمت بها فرنسا الملكية على أنفاس العباد ، فتصور الفلاسفة الإنسان فردا مجردا عن إطاره الجماعي ، يتمتّع بحقوق ذاتية سابقة في كل تشريع . . حقوق طبيعية مقدسة غير قابلة لأي تقييد أو

---

(1) (فلم يكن هدف اهرنج القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج ، وإنما محاولة الحفاظ عليها مع تجريدها من مفهومها الاقطاعي وتهذيب مفهومها الرأسمالي . وكان كل ذلك يتفق مع سياسة بسمارك عاهل ألمانيا ، في ضرب الاقطاع لتوحيد الإمارات الجرمانية ، ثم وضع الصناعة تحت سيطرة الدولة تمهيدا لتمكين الدولة من القيام بفتوحاتها العسكرية) . المرجع السابق نفسه .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 630 .

(3) صاحب المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

تحديد ، كما ورد في إعلان حقوق الإنسان سنة 1789 ، من هنا إطلاق صفة الحقوق الشخصية بموجبها يصور الفرد سلطانا يتمتع تجاه الدولة بصولجان . وقد نسي فلاسفة القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر أن الإنسان في نظر المُشرِّع ليس فردا مجردا وإنما عضوا في جماعة[1] ، فهو لا يستخدم حقوقه في الفراغ الكائن بين الكواكب وإنما داخل بيئة اجتماعية هو أحد خلاياها . لذا ينطوي استعمال الحقّ على تحقيق مزية اجتماعية ، فيجب أن يأخذ وجهة اجتماعية ، طبقا لروح التنظيم الاجتماعي) . وينبغي أن ينحصر هذا القول في أضيق الحدود ، كما يجب أن يتعلّق بمرحلة استعمال الحقّ لا بوجوده .

فالحقّ قيمة موجودة لكنها ليست مطلقة ، لكن عدم إطلاقها مقيد بالمرحلة التي نعيشها ، وهي مرحلة سمو الحقوق ، أو هكذا يُفترض ، إذ إن غاية الجماعة تكون دائما مُنصبّة على تحقيق قيمة الخير وشيوعه بين

(1) وهذا ما يقترب من نظرية "هيجل" في وصفه للأخلاق الاجتماعية العامة ، وتأثيرها على كل من الأسرة والجماعة والدولة ، (واتحاد الأسرة والجماعة يكون الدولة ، التي تتحقق بها الحرية تحققا كاملاً ، فالدولة هي الغرض الذي يقصد إليه الإنسان ، وهي لا تمحو شخصية الفرد ، وإنما واجبها أن تعبر عن هذه الشخصية وتنميها ، ولكن الشخصية هنا ليس معناها الفردية لأن الشخص الحقّ كائن اجتماعي له واجبات ، وعليه حقوق باعتباره عضوا في الجماعة . ويرى "هيجل" أن خير نظام للحكم هو نظام الملكية المقيدة كما تمثلها بريطانيا ، فالجمهورية عنده ليست أفضل أنظمة الحكم ؛ لأنها تسرف في تقدير الفرد وتضحي بالمثل العليا في سبيله أو في سبيل الأسرة أو الطبقة ، ولهذا السبب اضمحلت الجمهوريات القديمة ، اما النظام الطبيعي للحكم فهو نظام الملكية ؛ لأنه يشخص الدولة والفكرة القومية في زعيم واحد هو محل سلطانها ورمز تقاليدها) . د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ص 86 .

أفرادها . وهذا ما سنتناوله عند بحث الاكسمولوجيا .

84) - تقسيم للحقوق ، بديل لفكرة المراكز القانونية :

التقسيم البديل للمراكز القانونية هو تقسيم للحقوق إلى طبيعية وأخرى وضعية ، ولم يأتِ هذا التقسيم من اعتناق البعض وتبنيهم لتقسيم آخر لقواعد القانون فحسب ، بل هو تقسيم أصليٌّ متجذرٌ في أعماق فلسفة القانون التي لا خيار للقانون في الاستناد إليها ؛ لكن مع ذلك فإن لهذا التقسيم أساساً آخر وضعياً ، وإن لم يكن متفقاً عليه ، فقد دعا الأستاذ (دابان) إلى وجوب الفصل بين نوعين من القواعد يتكون منهما القانون : القاعدة التي تضعها الدولة ، وقاعدة العدل التي توجب إعطاء كل ذي حقّ حقه ، تلك القاعدة التي لا تنطبق فحسب في حالة عدم وجود الدولة ، وبالتالي عند عدم وجود القاعدة الصادرة من سلطات الدولة ، بل تطبق كذلك حين تكون هناك دولة وقاعدة قانونية صادرة من الدولة ، ذلك لأن القاعدة القانونية لا تلغي قواعد العدل ولا تحل محلها أبداً ، فالعدل هو الذي يضفي الشرعية القانونية . وما كان للدولة حقّ في وضع القواعد القانونية إلا لأن هناك قواعد عدل أعلى من الدولة ، هي التي تعطيها هذا الاختصاص ، استناداً إلى طبيعة الإنسان الاجتماعية والسياسية . وأن قواعد العدل التي تعطى للدولة حقوقاً في مواجهة الأفراد لهي ذاتها التي تعطى للفرد حقوقاً في مواجهة الدولة . والدولة ، وإن جاز لها أن تطلب من أعضائها من التضحيات ما يساعدها على تحقيق هدفها وهو الخير العام لا يجوز لها أن تتخطّى قيداً هاماً هو حقوق الإنسان ، أي : الحقوق الأساسية لبني الإنسان . فالفرد وهو عضو في الدولة ، ما يزال يحتفظ بذاتيته وهو في داخل الجماعة وبحقوق يحتج بها على

أي شخص كائناً من كان بما في ذلك الدولة ، وإلا فما غناء العيش في جماعة ؟ وكيف تجدي الدولة جدواها إن لم تعمل على إسعاد أفرادها ؟ [1] .

ثمة إذن "قاعدة عدل فردي" سابقة للقاعدة القانونية وأعلى منها ، يتعين على القاعدة القانونية الوضعية أن تسير على نهجها سواء أكان ذلك في علاقات القانون الخاص أم كان في علاقات القانون العام ، فإن لم توجد هذه القاعدة الوضعية طبقت قاعدة العدل الفردية من باب أولى . ولقد قيل بناءً على ذلك إن القاعدة القانونية جزء من كل هو القاعدة الجماعية على التعميم ، وفي مكان الأساس من هذه القاعدة توجد القاعدة الاقتصادية (فيما يتعلق بالمصالح الاقتصادية) ، والقاعدة الأخلاقية (فيما يتعلق بالقيم الأخلاقية) . وفي مكان القمة من كل ذلك توجد القاعدة القانونية .

يضاف إلى ذلك أن الإحساس بالعدل وهو أحد المصادر التي يستوحيها المُشرِّع عند وضعه القاعدة القانونية لا يقف عند حد مجرد الإحساس ، بل هو يمل القاعدة الأخلاقية التي قد تتحول فيما بعد إلى قاعدة قانونية ، وبذلك تكون القاعدة القانونية خاتمة المطاف في عملية تبدأ بقاعدة سلوكية أخلاقية ملزمة من الناحية الاجتماعية قبل أي تفكير في الالتجاء إلى القوة العامة ، مثال ذلك : قاعدة احترام حياة الغير وأمواله . وهذا التصوير مهما كان محل جدل من الناحيتين الفلسفية والاجتماعية ، يبدو معارضاً للرأي الذي يقول : إنه لا توجد حقوق لا يكون مصدرها القاعدة القانونية : وجه المعارضة أن هذه الحقوق تنشأ بدء ذي

(1) الكلام لـ "دابان" ، نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 55 .

بدء ، من القاعدة الأخلاقية السابقة التي تفرض احترام العدل ، وتبشر بمجيء القهر والقاعدة القانونية [1] .

وقد يعترض على ذلك بأن القاعدة القانونية وقاعدة العدل تختلف كلتاهما عن الأخرى ، فالأولى تقتضي وجود القهر العام ولا كذلك الثانية . إلا أن هذا الاعتراض وإن صح مضمونه لا يتعلق بالمسألة المتنازع فيها ، وهي ما إذا لم يكن من الممكن منطقاً أن يوجد الحقّ إلا على أساس القاعدة القانونية . والحال أن الفرد يمكن أن تكون له حقوق استناداً إلى قاعدة العدل وحدها ، مستقلة عن كل قاعدة قانونية . ذلك لأن فكرة العدل لا تنفصل عن فكرة الحقوق ، فما يكاد الإنسان يوجد مع أخيه الإنسان ، بصرف النظر عن كل فكرة للجماعة ، أو الانتماء إلى جماعة ، حتى تنشأ قاعدة العدل ، العدل التبادلي ، فيلتزم الأفراد بأن يحترم بعضهم حقوق بعض . وعلاقة العدل لا يقتضي لوجودها إلا وجود شخصين اثنين ، فلا تشترط الجماعة كعنصر في العلاقة فضلاً عن اشتراط أن تكون هذه الجماعة منظمة [2] .

---

(1) لاحظ : "دابان" ، المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

(2) المرجع السابق نفسه ، ص 56 .

الباب الثاني

الحقّ في ميزان المعرفة

(أبستمولوجيا الحقّ)

الباب الثاني
الحقّ في ميزان المعرفة
(أبستمولوجيا الحقّ)

85) - الحقّ من الوجود إلى المعرفة :

بعد أن تأكّدت لنا حتمية وجود فكرة الحقّ ، سواءً أوصلت لدرجة اليقين الحسي المُدرك ، من خلال المحال التي ترد عليها بعض الحقوق ، أو العقلاني القائم على ارتكاز وجود القانون على وجود فكرة الحقّ ذاتها ، نأتي هنا إلى ميدان المعرفة فنتعرف على مفهوم الحقّ ، وإن كانت الشروحات والكتب غير فقيرة في هذا الجانب ، لكن مشكلة المعرفة لا تقل عوصاً وغوصاً من مشكلة الوجود ، ذلك أن المفاهيم التي حُددت للحق ليس جميعها معبرة عن حقيقة هذا المصطلح ، فالحقّ لا ينحصر معناه في أنه مجرد مصلحة لشخص أو سلطة له ، بل هو أسمى من المعاني المستغرَقة به ، فهو قيمة أساسية للإنسان يتحدد على أساسها معنى وجوده .

وإن جرت العادة في السياقات الفلسفية أن يدلو الكاتب بدلوه في الأبستمولوجيا قبل الانطولوجيا ، لكننا آثرنا البدء بالوجود قبل المعرفة ،

إذ إن معرفة الحقّ تنبني ، في نظرنا ، على ضرورة وجوده ، فلا حديث عن معرفة وهناك أصوات هنا وهناك تنفي وجود الفكرة ؛ لذا فإن القناعة في الوجود تسبق المعرفة ، بل هي أرضية فهمها .

إن المعرفة بالحقّ تتطلب معرفة هُويّته ، ومن ثمّ تمييزه من بعض المصطلحات العالقة به ، كالحرية والمصلحة وغيرهما ، وذلك من خلال تحديد دائرته .

الفصل الأول
تحديد هُويّة الحق

86) - تعدُّد معاني الحقّ :

الحقّ في اللغة نقيض الباطل ، وجمعه حقوق وحقاق[1] . ويدل على معانٍ لغوية عديدة ، فقد يقصد به : الثابت ، والصادق ، والصحيح ، واللائق ، والصدق ، والواجب ، والأمر المتحقق وقوعه ، والحقيقة ، وقول الصدق ، والوفاء بالوعد ، فضلاً عن كونه اسم من أسماء الله الحسنى[2] . وأصل كلمة الحقّ : المطابقة والموافقة ، وفي القرآن الكريم يطلق الحقّ على أربعة أوجه :

أ- يقال لموجد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة ، ولهذا قيل في الله تعالى : هو الحقّ ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَرُدُّوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ مَوۡلَىٰهُمُ ٱلۡحَقِّۚ ﴾[3] .

---

(1) لاحظ المزيد من التفصيل في المعنى اللغوي للحق ، ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ص122

(2) لاحظ تفاصيل ذلك . محمد علي التهانوي ، موسوعة كشّاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج1 ، مكتبة لبنان ناشرون ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص682

(3) سورة يونس / آية (30)

﴿ فَذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمُ ٱلْحَقُّ ۖ فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ ۖ فَأَنَّىٰ تُصْرَفُونَ ﴿٣٢﴾ ﴾[1]

ب-والثاني يقال للموجَد (بفتح الجيم) بحسب مقتضى الحكمة ، ولهذا يقال : فعل الله تعالى كله حقّ ، نحو قولنا : الموت حقّ ، والبعث حقّ ، وقال تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ ٱلشَّمْسَ ضِيَآءً وَٱلْقَمَرَ نُورًا ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ ذَٰلِكَ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۚ ﴾[2] ، وقال تعالى : ﴿ ۞ وَيَسْتَنۢبِـُٔونَكَ أَحَقٌّ هُوَ ۖ قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ ۖ ﴾[3] ، وقوله تعالى : ﴿ لَيَكْتُمُونَ ٱلْحَقَّ ﴾[4] ، وقوله عز وجل : ﴿ ٱلْحَقُّ مِن رَّبِّكَ ۖ ﴾[5] ، و﴿ وَإِنَّهُۥ لَلْحَقُّ مِن رَّبِّكَ ۗ ﴾[6]

ج - والثالث يطلق للاعتقاد وللشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء نفسه ، لقولنا : اعتقاد فلان في البعث والثواب والعقاب والجنة والنار حقّ ، قال الله تعالى : ﴿ فَهَدَى ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِمَا ٱخْتَلَفُوا۟ فِيهِ مِنَ ٱلْحَقِّ ﴾[7]

د - والإطلاق الرابع للعقل والقول بحسب ما يجب وفي الوقت الذي يجب ، لقولنا : فعلك حقّ ، وقولك حقّ ، لقوله تعالى : ﴿ كَذَٰلِكَ حَقَّتْ

---

(1) سورة يونس / آية (32)

(2) سورة يونس / آية (5)

(3) سورة يونس / آية (53) .

(4) سورة البقرة / آية (146) .

(5) سورة البقرة / آية (147) .

(6) سورة البقرة / آية (149) .

(7) سورة البقرة / آية (213) .

كَلِمَتُ رَبِّكَ ﴾[1] ، و ﴿ حَقَّ ٱلْقَوْلُ مِنِّى لأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ ﴾[2] ، وقوله عز وجل : ﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ ﴾[3] ، يصح أن يكون المراد به الله تعالى ، ويصح أن يُراد به الحكم الذي هو بحسب مقتضى الحكمة[4] . ويقال : أثبته حقًّا ، أو حكمت بكونه حقًّا ، وقوله تعالى : ﴿ لِيُحِقَّ ٱلْحَقَّ ﴾[5] ، فإحقاق الحقّ على ضربين[6] :

- أحدهما : بإظهار الأدلة والآيات ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰٓئِكُمْ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنًا مُّبِينًا ﴾[7] ، أي حجة قوية .

- والثاني : بإكمال الشريعة وبثّها في الكافة ، كقوله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾[8] ، وقوله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِىٓ أَرْسَلَ رَسُولَهُۥ بِٱلْهُدَىٰ وَدِينِ ٱلْحَقِّ لِيُظْهِرَهُۥ عَلَى ٱلدِّينِ كُلِّهِۦ ﴾[9] .

---

(1) سورة يونس / آية (33) .

(2) سورة السجدة / آية (13) .

(3) سورة المؤمنون / آية (71) .

(4) لاحظ : العلامة الأصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، ص246 .

(5) سورة الأنفال / الآية (8) .

(6) الأصفهاني ، ص247 .

(7) سورة النساء / آية (91) .

(8) سورة الصف / آية (8) .

(9) سورة التوبة / آية (33) .

وللحق إطلاقات كثيرة ، منها انه حقيق بكذا ، أي جدير به ، وحقيق عليَّ ، أو حقّ عليَّ ، يعني الواجب واللازم والجائز ، نحو : ﴿ وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [1] ، ﴿ كَذَٰلِكَ حَقًّا عَلَيْنَا نُنجِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [2] ، وقوله تعالى : ﴿ حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْحَقَّ ﴾ [3] ، أي جدير وواجب ، وقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [4] .

كما أن الحقّ يأتي بمعنى الحرص ، أنا حقيق مع كذا ، أي حريص وأحق فلان ، أي ادّعى حقًّا فثبت له ، وحاقه : أي خاصمه ، ويقال فلان يُسرف في الحقاق ، أي : يخاصم في صغائر الأمور [5] . والحقاني هو المنسوب إلى الحقّ [6] . وقد يدل الحقّ على ما تدل عليه الحقيقة [7] . لكنه يختلف من الصدق في أن الحقّ هو مطابقة الواقع للاعتقاد ، أما الصدق فهو مطابقة الاعتقاد للواقع [8] ، فالصدق كون الخبر مطابقاً للواقع (بكسر الباء) وأتى بالمعنى المصدري كونه مطابَقاً له (بفتح الباء) ، والصادق هو الخبر المطابق (بالكسر) ،

---

(1) سورة الروم / آية (47) .

(2) سورة يونس/ آية (103)

(3) سورة الاعراف /آية (105)

(4) سورة البقرة / آية (228)

(5) لاحظ : د . أحمد محمد عبد الخالق ، معجم ألفاظ الشخصية ، من منشورات مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2000 ، ص 165 .

(6) المرجع السابق نفسه .

(7) لاحظ : العلامة الأصفهاني ، ص247 .

(8) العلامة التهاتوي ، ص 683 .

والحقّ هو الخبر المطابَق له [1] .

مما تقدم يتضح لنا أن استخدامات لفظة (الحقّ) كثيرة ، ويكاد يكون المصطلح الأكثر استخداماً في الحياة ، فهو ضد الباطل ، وقد يعني به الأفضلية ، فلان أحق بكذا ، وقد يطلق على الثابت من الأمور ، وعلى المصداقية ، وعلى الحقيقة ، وعلى ما يوافق معتقدات الناس ، وما إلى ذلك من معانٍ كثيرة [2] .

لكن الإطلاق الحقيقي للحق ، يبعده عن كونه مصدراً أو صفة لأشياء حقيقية ، فهو ، وإن كان يدل ، من حيث المصدر ، على المطابقة ، ومن حيث الصفة ، على الوجود والصحة ، لكنه يبقى مفردة له معنى أصلي ، هو المعنى المعطى للفظة (الحقّ) بوصفه اسماً ، فاسم الحقّ له معنى ، على الأقل ، في قاموسنا القانوني ، دال على مجموعة من المزايا التي يتمتع بها الإنسان ، هذه

---

(1) المرجع السابق نفسه .

(2) وبينما يوجد في اللغة العربية تعبيران مختلفان للدلالة على مفهومين متميزين : القانون والحقّ ، لا تعرف اللغات الأوربية سوى تعبير واحد للمفهومين معا Droit , Recht Diritto ، يقصد به تارة القانون ، وطورا الحقّ . فيقال : ان كلمة Droit في معناها الموضوعي هي مجموعة القواعد الملزمة أي : القانون ، وفي معناها الذاتي هي المزايا المقررة للأفراد ، أي : الحقوق وقد رأينا أن الاصطلاح الاوربي للحق droit مأخوذ من اللاتينية rectus أي : المستقيم . وفي اللغة الإنجليزية الحق right من الإنجليزية القديمة riht وهي ، مثل Recht بالألمانية ، تعنى المستقيم ، ومنها يشتق في الإنجليزية الحديثة صفات erect وstraight أي المنتصب ، وقصر الإنجليز في الوقت الحاضر استخدام كلمة right على الحقّ ، وقد اختصوا القانون باصطلاح Law ، وهو من الإنجليزية القديمة lagu أو ما يوضع ، ومنها في الإنجليزية المعاصرة to lay ، أي يضع ، ومن ثم القانون law يعني ما هو مسنون ، في حين الحقّ right فيه معنى الاستقامة وهو قريب من المعنى اللغوي لكلمة "حق" العربية ، إذ الحقّ نقيض الباطل . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 573) .

المزايا في مجموعها إما أن تشكل به مصلحة ، وإما أن تتجسد له في سلطة ، وهذا ما دفع الكثير من الفقهاء إلى حصر تعريفهم للحق بالمصلحة والسلطة .

فيما يأتي عرض للاتجاهات القديمة والمستطرفة في تحديد هُوية الحقّ ، نبحثها جميعها في مبحث ، ثم نعرض لتعريفنا للحق في مبحث ثانٍ .

المبحث الأول
الاتجاهات القديمة والمستطرفة في تحديد هُويّة الحق

87) - عدم وضوح فكرة الحقّ عند القدماء :

لو رجعنا إلى الكنوز التي تركها الفقه الروماني فلن نجد فيه تعريفاً للحق بمدلوله اللاحق عن المذاهب المتنوعة ، ولا سيما المذهب الفردي الذي ذهب إلى عدّ الحقّ سلطة وإرادة . حقيقة يتحدث الرومان عن سلطات الفرد ، لكن لا يسمون هذه السلطات حقوقا ، فالسيطرة ، وكانت سلطة مطلقة ، مثل سلطة السيد على عبيده ، والرجل على زوجته ، والأب على أولاده ، لا تعد حقًّا ، والملكية ، وهي أيضا سيطرة لا تعد هي الأخرى حقًّا . فقائمة الحقوق التي يتمتع بها الفرد ليس من بينها سيطرة . إن كلمة الحقّ عند الرومان لم تكن تعني السلطة ، بل الميزة أو القيمة المخصصة للفرد . فالحقّ هو الشيء ، لا السلطة على الشيء . الحقّ هو نتيجة القسمة ، النصيب المخصص للفرد . أما تصوير الحقّ بأنه سلطة فأمر يرجع إلى فقهاء القانون الروماني المعاصرين للعصر العلمي وما تلاه ، هم الذين زحزحوا مفهوم الحقّ من مجال الشيء إلى مجال السلطة التي تقع على الشيء . . إن فكرة الحقّ باعتباره سلطة غير واردة

في القانون الروماني التقليدي . وفي هذا يقول الفقيه "ألبانيوس" : العدالة أن تعطي كل ما يخصه ؛ فالحقّ هو النصيب[1] .

المطلب الأول
الاتجاهات القديمة في تحديد هُوية الحق

88) - الخلاف في تعريف الحقّ :

على الرغم من استقرار وجود فكرة الحقّ عند سائر التشريعات ولدى الغالبية العظمى من الفقهاء ، فإن الخلاف مع ذلك موجود وبشكل واسع النطاق في شأن تعريف الحقّ ؛ وقد يرجع السبب في ذلك إلى صعوبة وضع تعريف معين لظاهرة قانونية معينة لا سيما إذا كانت هذه الظاهرة تتمتع بوصف التجريد الذي يجعلها تنطبق على حالات فردية لا يمكن حصرها ، فيصعب وضع مثل هذا التعريف الجامع المانع ؛ وقد يرجع السبب إلى كثرة الحقوق وتنوعها مع ما يميز كل منها من خصائص تختلف عن خصائص غيرها ؛ وقد يرجع السبب في أن التعريف هو

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 574 . (والحال كذلك عند العرب . ففي اللغة العربية ، يسود المعنى الأرسطي للعدالة ، باعتبارها قسمة بالتساوي . ف " العدل " (بالفتح) ضد الجور والظلم ، من " العدل " (بالكسر) وهو المثيل والنظير . ولم يورد الفقه الإسلامي تعريفا للحق ، اكتفاءً بالمعنى اللغوي ، باعتباره الحكم الثابت ، والحظ والنصيب . وما دام المثبت للأحكام هو الشارع ، فالحقّ في الفقه الإسلامي وليد الشرع وليس حقًّا طبيعيا للإنسان بصفته إنسانا ، " إذ كان لله – على حد تعبير الشاطبي – أن لا يجعل للعبد حقًّا أصلا ") . المرجع السابق ، الإشارة نفسها .

عمل نظري قد يتأثر باتجاهات معينة للمعرف[1] .

إن الصعوبة في وضع تعريف للحق لا تصح أساساً لإنكار الفكرة ، مثل ما رأينا في الباب السابق ، إنما مردُّ هذه الصعوبة هي للأسباب التي ذُكرت فيما يمرُّ ، مع الأهمية العُظمى للمصطلح ذاته ، فالقانون كله حقوق ، هي مضمونه وجوهره ، وبالتالي قد يبدو من الصعب وضع مفهوم يقوم عليه القانون بأسره ؛ إذ قد يتصل معنى الحقّ بالغاية التي يريد الإنسان أن يحققها لنفسه ، فيختلط مفهومه بمفهوم المصلحة تارة ؛ كونها غاية الأشخاص ، أو بالسلطة التي تمكنهم من تحقيق تلك الغاية . وقد ثار الخلاف في تعريف الحقّ بين الفقهاء الألمان في بادئ الأمر ، إلى أن خرج لغيرهم ، وإني على يقين أن الفقه العالمي ، بمختلف مشاربه ، مختلف حول تعريف الحقّ ، إلا أن ما وصلنا ، أو ما تمكنا من الوصول إليه ، قد أجمل رؤية الفقه التقليدي في تحديد هُوية الحقّ في نظريتين هما : النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية . ونبحث في هاتين النظريتين في الفرعين الآتيتين تباعاً .

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص19 .

الفرع الأول
النظرية الشخصية في تعريف الحق

89) - منظار النظرية :

يرجع السبق في تأسيس نظرية الحقّ على عنصر الإرادة ومفهوم السلطة في العصر الحديث ، إلى كبار الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وكان الرعيل الأول منهم ما زال يدافع وبشدة ن مصالح الاقطاع خلال النصف الأول من ذاك القرن نفسه[1] . وتنظر هذه النظرية إلى الحقّ من منظور شخص صاحب الحقّ ، وقد اختلف في تسميتها ، فمن الفقه من يطلق عليها نظرية الإرادة[2] ، ومنهم من يُطلِق عليها بنظرية السلطة[3] ؛ والسلطة عند من أطلقها هي إما أن تكون سلطة الشخص على ما يملكه ، أو سلطة إعمال القواعد القانونية .

وتَزَعَّم هذه النظرية بعض كبار فقهاء القانون من الألمان أمثال "سافيني" و"فيندشايد" ؛ وسنستعرض مضمون نظريتيهما في مقصد ، والنقد الفقهي الموجّه إليهما في مقصدٍ آخر .

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 582 .

(2) كالدكتور رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 19 .

(3) كالدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 71 .

المقصد الأول

مضمون النظرية الشخصية

90) - أولاً / نظرية (سافيني) في سلطة الإرادة :

تذهب هذه النظرية إلى إعطاء دور بارز وكبير للإرادة الفردية ، إذ هي تجعل الحقّ سلطة[1] الإرادة[2] ، وقد لاحظ غموضا فيما تتجه إليه هذه النظرية بقيادة

---

(1) يُرجع البعض الجذور الأولى لمفهوم الحقّ بأنه سلطة إلى "وليم أوكام" ، فيلسوف القرون الوسطى وأستاذ جامعة أكسفورد في النصف الأول من القرن الرابع عشر . والظروف التي دعت أوكام ، في صدد تحديد مفهوم الحقّ ، إلى هجر تصور الحظ والنصيب ، والأخذ بفكرة السلطة والإرادة ، فانزلق من الشيء نفسه إلى السلطة على الشيء ، ترجع إلى طبيعة المجتمع الأوروبي في ذلك العصر ، إذ كان هذا المجتمع ، والى القرن الحادي عشر يتكون من طبقتين : طبقة النبلاء وحرفتهم الحرب ، وطبقة الفلاحين وهم الكادحون . ثم ظهرت البرجوازية في القرن الثاني عشر . وكان سكان البرج أو المدينة من التجار . وبدأ ميل عام في المدن نحو الأولجاركية ، أي تركيز السلطة بيد نفر قليل من كبار التجار ، راحوا يقلدون النبلاء في معيشتهم ، ويكثرون من شراء الماس والفراء ، ويستنزفون دماء الأجراء في الحرف ، ومعظمهم من الفلاحين الذين هاجروا من الريف . واشتعل الصراع الطبقي في المدينة ، بين البرجوازية والأجراء ، على الأخص في أواخر القرن الثالث عشر وخلال القرن الرابع عشر . وظهر الطغاة من التجار الأثرياء أمثال آل ميديتشي في فلورانسا ، والمرابين الانتهازيين أمثال آل سفورتزا في ميلانو . وتتمثل الحرب الطبقية التي دامت قرون بين الأغنياء والفقراء والتجار والأُجراء ، في شخصية القديس فرنسيس في ايطاليا ، وكان يذكر الطبقة الجديدة في فلورانسا بأن المسيح لم يكن له مال . وقد ذهب أوكام إلى عدّ الحقّ من الناحية الفنية مكنة . . هو مزود بجزاء . . سلطة تحريك الدعوى أمام القضاء . . حقيقة أن الرهبان يستعملون الأموال ، لكن هذه رخصة واردة لهم من السماء . . أما وأنهم تنازلوا عن مكنة تحريك الدعوى للدفاع عن الملك ، طبقا لتعاليم المسيح القاضية بعدم استرداد المال ، فهم قد تنازلوا عن الحقّ من الناحية الفنية ولم يعودوا ملاكا . صار إذن جوهر الحقّ سلطة تحريك الدعوى للدفاع عنه أمام القضاء . هذا الاصطلاح ، السلطة ، ركّز عليه أنصار المذهب الفردي لأغراض مختلفة تماما من صراعات الرهبان في القرون الوسطى . (نقلاً عن د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 578) .

(2) لاحظ : د . حسن كيرة ، ص 421 .

الأستاذ (سافيني) مؤسس المدرسة التاريخية ، إذ ما كان من السهل فهم عبارة (سلطة الإرادة) ، مما أدى لظهور اتجاه ذهب إلى تفسيرها تفسيراً فلسفياً مغالاً فيه ، مؤداه أن إرادة الشخص تعدُّ من الناحية القانونية قادرة على كل شيء ، وأنها تستمد وجودها من ذاتها ، وتكفي نفسها بنفسها [1] . ولذا كان شعار هذه الفلسفة هو : ((أني أريد إذن فلي حقوق)) ، أسوة بما كان يقوله ديكارت : ((إني أفكر إذن فأنا موجود)) . ولعل الذي يسول فهم عبارة سلطة الإرادة على النحو السابق هو أن نظرية سلطة الإرادة ترجع في أصلها الأصيل إلى فلسفة "هيگل" ، التي تقول إن الشخص هو الإنسان فحسب ، وإن الإنسان يكسب الحقوق لا بوصفه كائنا اجتماعيا ذا روح وجسد ، بل لصفة جوهرية فيه وهي الإرادة . ومن هنا كان القول بأن جوهر الحقّ يكمن في الإرادة هو صدى نظرية "هيگل" تردد في أنحاء القانون [2] .

ولعلّ ما يُفهم من هذا التوجّه أن الإرادة هي المُحرّك الأساسي للعلاقات ، التي لطالما نشأت عنها الحقوق الوضعية ؛ لكن هذا الفهم الأولي لتوجّه هذه النظرية يجب أن لا يُرسي بنا لمرفأ بعيدٍ عن مقاصد النظرية ذاتها ، فإرادة الشخص بمفرده ليست معزولة تماماً عن الإرادة العامة التي يمثلها القانون ، والتي تُعبّر بها الجماعة عن رعايتها للحق وحمايته ، وهذا يبدو واضحاً من التدقيق فيما قاله الأستاذ (سافيني) : ((إن كل علاقة قانونية هي علاقة شخص بشخص ،

---

(1) وكان الأستاذ (سالي) ممن ذهبوا هذا المذهب في فهم تلك العبارة ، لقوله إن هذه العبارة تنأى بالحقّ عن كل تبعية اجتماعية ، لتجعل منه علاقة فردية بحتة ، تستمد سببها الأول وأصلها الأصيل من حرية الإنسان وإرادته . (د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 72) .

(2) المرجع السابق نفسه .

تحددها قاعدة قانونية تعين لكل فرد مجالا تهيمن فيه إرادته ، مستقلة عن كل إرادة أخرى)) [1] . وهنا يرى البعض[2] شارحاً هذه المقولة : (ليس المقصود إذن من كون الحقّ سلطة للإرادة هو تصويره على نحو يبتعد به عن كل تبعية للجماعة ، وجعله بمعزل عن كل قاعدة قانونية ، بل المقصود هو أن الحقّ سلطة للإرادة ، تتوقف على القاعدة القانونية التي هي أساسه والتي تحدد مداه ، بمعنى أن الإرادة التي لا بد لها من أن تريد شيئاً لا يجوز لها أن تريد شيئاً أيَّ شيء كان ، بل تريد فقط مالا يحظر عليها القانون أن تريده ، فهي إذن تناط بالقاعدة القانونية التي ترسم لها الحدود التي تمارس فيها سلطانها ، وتعين لها الأهداف التي يجوز لها أن تستهدفها) . لكن هل هذا يعني اقتصار دور القانون على تحديد ما يُحظر على الإرادة تحقيقه من أهداف ، أم أن القانون هو المُحدد الأولي لأهدافها ؟

على الرغم من اتفاقنا في عدِّ التفسير الفلسفي لدور الإرادة مُغالاً فيه ، وأنه لم يُدقق جيداً فيما توجهت إليه مقاصد أنصار هذه النظرية في تعريف الحقّ ؛ إلا أننا لا ينبغي لنا أن نُغالي في الرد عليه ، فليس دقيقاً أن نُصوِّر الحقّ على وفق هذه

---

(1) وهذا شائع حتى قبل "سافيني" ، فمن رأى في الحقّ سلطة ، وجدها نابعة من القانون ، حتى " جروسيوس " الذي وجد في الحقّ أنه صفة خلقية في الشخص تمكنه من الحصول على شيء أو عمل شيء بطريقة قانونية ، فالحقّ في نظره سلطة ، مثل سلطة الشخص على نفسه (الحرية) أو على غيره (الأب على أولاده والسيد على عبيده) ، ومثل الملكية سواء كانت كاملة أو ناقصة كالانتفاع والرهن ، ومثل الحقوق التعاقدية التي تقابلها التزامات تعاقدية . (لاحظ : د ، ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 580) .

(2) عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص73 .

النظرية ، بأنه قدرة (او سلطة) إرادية يخولها القانون لشخص معين ، بل هو سلطة يُحدد مداها القانون ، فمهمة القانون ، لدى أنصار هذه النظرية ، هي وضع الحدود بين إرادات الاشخاص ، فالقاعدة القانونية إذ تنظم العلاقات في المجتمع ، تحدد لكل شخص نطاقاً تسود فيه إرادته مستقلة عن كل إرادة أخرى ، وفي نطاق هذه الحدود يوجد الحقّ ؛ كما لا يُتصور الحقّ بلا إرادة فردية ، فالشخص الذي لا يريد لا ينشأ له حقّ أو ينتقل إليه وهكذا ، أي ان القانون لا يمكنه فرض حقّ على إنسان لا يريده[1] ، مثلما لا يمكنه أن يُخوّل ، في كل مرة ، شخصاً ، لاستعمال حقه ، بقدر اقتصار مهمته على رسم الحدود لممارسة الحقوق منعاً لتزاحمها . ولهذا نحن لا نتفق مع من ذهب في بيانه لقدرة الإرادة على إنشاء الحقّ ، في قوله : (أن هذه القدرة لا يمنحها شخص لنفسه وإنما يمنحها القانون له . فالقانون قد يضع قاعدة معينة تقضي مثلاً بأن حقّ الملكية ينشأ بوسائل معينة وينتقل بوسائل معينة ، كما ان هناك وسائل تحمي هذا الحقّ ، فإذا أراد الشخص أن ينشئ له حقّ ملكية أو ينقله أو يحميه فعليه اتباع الوسائل التي حددها القانون . معنى ذلك ان القدرة الإرادية لا تفهم على انها قدرة ذاتية (او محضة) للشخص خارج نطاق القانون ، وإنما تعني القدرة المتفقة مع حكم القانون[2]) . وهذا القول قد خلط بين الدور المنشئ والدور المحدد للحقوق ، فالقانون يحدد نُطُقْ الحقوق ويرسمها منعاً لتصادمها ، دون أن يكون هو المنشئ لها ، إلا بقدر الأوضاع التي تنشأ بها الحقوق الوضعية للأشخاص ، أما حقوقهم الطبيعية فهم مكتسبوها ، قبل أن يأتي القانون ويعترف

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص19 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 20

بها ، مُعلناً كفالته لها وحمايتها ، ورسم حدودها منعاً لتزاحمها .

وإذ يبدو أنه ليس هذا بيت القصيد فيما ذهبت إليه نظرية الأستاذ "سافيني" ، بل أن مذهب هذه النظرية قد انصب على تصوير الحقّ ، وبالتالي تحديد معناه ، بأنه : سلطة الإرادة ، وإن أتحفظ على تحديد مصدر هذه السلطة ، تبقى نظرية الأستاذ "سافيني" بعيدة عن وضع تعريف دقيق للحق ، ففضلاً عن اشتراكها مع توجّه الأستاذ "فندشايد" في الانتقادات الموجهة لكليتهما ، هي تضع تعريفا ضيّقاً للحق يكاد لا يسع الحقوق السياسية وحقوق الشخصية بوجه خاص .

واذا كانت نظرية الإرادة تستمد أساسها من فلسفة "لوك" و"روسو" ، إلاّ أنها تستلهم تركيبها من عبارات "كانط" و"هيجل" ، وكلاهما من أئمة المذهب الفردي في نطاق نظرية القانون .

يقول كانط : " تصرف وفقا لمبدأ يمكنك أن تريد ، في الوقت نفسه يصبح شريعة عامة " (الأمر القاطع أو المطلق) ، ويضيف في تبسيط فكرته : ان المرء يجب أن لا يخضع إلا لشريعته الذاتية ، بيد أن هذه الشريعة يجب أن تكون في الوقت نفسه شريعة عالمية . وهذا يقتضي الاعتراف بسلطان الإرادة كمبدأ أعلى للأخلاق ، ويتطلب أن يقر لكل فرد الحرية ، ليس فقط لنفسه ، وإنما أيضا للآخرين . وما دام سلطان الإرادة ، كمبدأ أعلى للأخلاق ، يتطلب أن يقر كل فرد الحرية ، ليس فقط لنفسه وإنما أيضا للآخرين . وما دام سلطان الإرادة وحرية الفرد هما نقطة الانطلاق ، فالقانون عند "كانط" هو " مجموع الشروط التي تمكن تحكم

كل فرد من أن يتعايش مع تحكم الآخرين ، طبقا لتشريع عالمي للحرية . أن نقطة الانطلاق هذه . . سلطان الإرادة . . هي التي حددت مفهوم الحقّ لدى الفقه التقليدي[1] .

كذلك روّج "هيجل" لدور الإرادة ، فالإرادة عنده هي حجر الزاوية في القانون ، وهي ينبغي أن تكون حُرَّة ، ذلك ان الحرية هي مادة القانون وغايته ، وان النظام القانوني هو مجال تحقيق الحرية ، والقانون هو مناط وجود الإرادة الحرة ، بيد أن هذه الإرادة ليست الحرية الفردية ، كما هو الحال عند "كانط" ، بل الحرية بوجه عام كفكرة . كما ان "هيجل" يرفض تعريف "كانط" للقانون ، لأن تعريف "كانط" لا يتضمن سوى أمرا سلبيا هو الحدود التي ترد على تحكم الفرد ، ولأن هذا التعريف - هكذا يستطرد هيجل - ينبني على فكرة خاطئة شائعة منذ "روسو" ، ترى أن المهم هو إرادة الفرد في تحكمها الذاتي ، بينما "هيجل" يجعل الأساس والجوهر هو الإرادة في حد ذاتها كفكرة عقلانية . فالقانون طبقا لـ "هيجل" هو الإرادة ، القانون هو إرادة الجماعة ، والحقّ هو إرادة ، أو سلطة ممنوحة للفرد من إرادة الجماعة . ومن أقوال "كانط" و"هيجل"

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 581 . ويُضيف : (وتأثر بـ "كانط" تلميذه فيشته في الطور الأول من فكره الاجتماعي . كان "فيشتة" لا يزال فرديا ، يعلن أن الكائن العاقل يجب أن يقوم بنشاط يجد أساسه النهائي في ذاته . بيد أن هذا الكائن العاقل لا يستطيع أن يقر لنفسه مثل هذا النشاط ، إلاّ إذا أقره أيضا للآخرين ، فعلى كل امرئ أن يضع حدا على حريته ، بأن يعترف بحرية الآخرين) .

صاغ الفقهاء " نظرية الإرادة " في تعريف الحق[1] .

91) - ثانياً / نظرية السلطة القانونية (فندشايد) :

يقول "فندشايد" إن الحقّ - في أحد معنييه - هو سلطة الشخص في أن يكلف شخصاً أو أشخاصاً آخرين بأن يتبعوا تجاهه مسلكاً معيناً إيجابياً أو سلبياً . ويبين "فندشايد" الطريقة التي ينشأ بها الحقّ ، فيقول إن النظام القانوني قد أصدر ، بصدد واقعة معينة ، أمرا باتباع مسلك معين ، ووضع هذا الأمر تحت تصرف من أصدر هذا الأمر لصالحه ، فكان لهذا الشخص حرية الخيار بين أن يعمل هذا الأمر أو لا يعمله ، وعلى سبيل التخصيص ، بين أن يلجأ أو لا يلجأ إلى الوسائل المنصوص عليها في التنظيم القانوني الذي تخلى له عن الأمر الذي أصدره لمصلحته فصار هذا الأمر ملكا له[2] . . ومؤدى هذا القول أن الأمر أو التكليف يفرضه القانون يصير تكليفا يفرضه من صدر هذا التكليف لمصلحته ، أي أن الحقّ يعدُّ جزءاً من الإرادة العامة . ((تخصص)) في الفرد وأصبح يعيش فيه ، وهذا هو ما يمكن التعبير عنه بأنه تشخيص القاعدة القانونية ، أي ان الحقّ هو التكليف القانوني صار ملكا للشخص ، فتكون سلطة صاحب الحقّ هي الأمر أو التكليف الوارد في القاعدة القانونية ، ولكنه ليس ذلك التكليف الموضوعي المجرد أي القانون الموضوعي ، بل التكليف الشخصي ، الذي ((تخصص وتعين في الفرد)) ، هو بتعبير آخر ((القانون الذاتي))[3] .

---

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 582 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص76 .

(3) مصطلح القانون الذاتي اعتمده الفقيه "هانس كلسن" في نظريته المحضة للقانون ، في توصيف الحقّ .

وتتفق نظرية "فندشايد" مع نظرية "سافيني"، من حيث إن كلتيهما تجعل الإرادة أساس الحقّ، ففي كل منهما يعد الحقّ سلطة إرادة الفرد، ولكنهما يفترقان في أن السلطة يقصد بها "سافيني"، تلك السلطة التي يمارسها الشخص على الأشياء الخارجية، أما عند "فندشايد" فيقصد بها سلطة الشخص في إعمال القاعدة القانونية لمصلحته، بناء على تخلي القانون له عن هذا التكليف الذي أصدره لمصلحته، ومن هنا كان الحقّ عند "فندشايد" سلطة قانونية للإرادة[1]. بمعنى أننا لو جمعنا النظريتين معاً لخلصنا إلى نوعين من الحقّ: ((أما النوع الأول، فهو حقّ الشخص في أن يسلك شخص اخر تجاهه مسلكاً معيناً إيجابياً كان هذا المسلك أو سلبياً. وكون الحقّ (في هذا النوع الأول) سلطة إرادية إنما يعني ان لإرادة صاحب الحقّ أن تضع أو لا تضع موضع التنفيذ القاعدة القانونية التي حددت سلوك الشخص الذي يثبت الحقّ في مواجهته. فهذه القاعدة القانونية وضعها القانون تحت تصرف صاحب الحقّ متنازلاً له عما تتضمنه من امر أو نهي. معنى ذلك أن يكون لصاحب الحقّ رخصة استعمال أو عدم استعمال هذه القاعدة، وبوجه خاص استعمال أو عدم استعمال الوسائل التي قررها ضد من يخالفها. ومؤدى ذلك ان سلطة الإرادة في هذا النوع الأول من الحقوق لا تظهر في مرحلة إنشائه وإنما في مرحلة ممارسته. واما النوع الثاني من الحقوق، فهو حقّ الشخص في إنشاء أو تعديل أو انهاء حقّ سابق من النوع الأول، كحق المالك في أن يتصرف في الشيء الذي يملكه، وحق الدائن في أن يسقط الدين الذي له، وكحق المتعاقد أن ينهي العقد في بعض الحالات، ولذلك يكون من

(1) لاحظ : د. عبد الحي حجازي، الحقّ، ص 77.

المقصود من كون الحقّ سلطة إرادية هنا ، هو ان لإرادة صاحب الحقّ سلطة إنشاء أو تعديل أو انهاء علاقة قانونية سابقة . معنى ذلك أن تدخل الإرادة في هذا النوع الثاني من الحقوق لا يمكن لمجرد وضع قاعدة سلوك قانونية موضع التنفيذ وإنما لإنشاء قاعدة من هذه القواعد .)) .[1]

المقصد الثاني

النقد الفقهي للنظرية الشخصية

92) - منطلق النقد الفقهي للنظرية :

إن المحاولات الأخرى للفقه والتي دأبت إلى وضع تعريف مغاير لما تبنته النظرية الشخصية بشقّيها : نظرية "سافيني" ونظرية "فندشايد" ، خرجت من رحم انتقادها وعدم قناعتها بما استقرت عليه النظرية الشخصية التي اتخذت من الإرادة

---

(1) نقلاً من : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص20 . (وقد أصبح للنظرية مناصرون كُثُر ، فهذه النظرية سادت في الفقه الأنجلو أمريكي ، ذلك أن الفقيه "بلاكستون" تبنى آراء الفيلسوف "لوك" . فيقول "بلاكستون" ان الغاية الأساسية للمجتمع هي حماية الأفراد في تمتعهم بحقوقهم المطلقة ، وهي حقوق ملازمة لهم طبقا للقوانين الثابتة للطبيعة ، لكن يتعذر الحفاظ عليها في سلام بغير المساعدة المتبادلة التي تمكن منها الجماعات . فالقانون ، إذ يعترف لبعض الأشخاص بالحقوق ، يضع على عاتق البعض الآخر واجبات مقابلة . ويقول "أوستن" ان كل حقّ يفترض واجبا مقابلا ، فالحقّ هو مكنة ؛ وما زال فقهاء كثيرون يعرفون الحقّ إلى يومنا هذا بأنه سلطة ، وإرادة ، وقدرة إرادية . والحال كذلك في الفقه الفرنسي . فخلال القرن التاسع عشر كانت النغمة الغالبة هي تعريف الحقّ بأنه مكنه ، ومزية ، وسلطة . وما زال الفقه الفرنسي في القرن العشرين يتبع النظرية التقليدية . وللنظرية التقليدية أنصارها في الفقه الألماني في بداية القرن العشرين ، لكن الفقه الأحدث ينضم إلى المدرسة التوفيقية على ما سنرى . كذلك للنظرية التقليدية أنصار عديدون في الفقه الايطالي ، بيد أن غالبية الفقهاء ينضمون إلى المدرسة التوفيقية التالي عرضها) . لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 583 .

محوراً لتعريف الحقّ ، ومن بين هذه الانتقادات ما هو مغالاً فيه ، ومنها ما أصاب النظرية الشخصية في مقتل ، وفيما يأتي نحاول سرد الانتقادات التي وجهها الفقه المعارض للنظرية الشخصية ، ومناقشتها ، وطرح الردود الفقهية عليها ، على أن نرجئ تقويمنا لها مع تقويم النظرية الموضوعية :

93) - أولاً : عدم واقعية النظرية الشخصية :

رأى الفقه المناهض لمذهب النظرية الشخصية ، أنها تتعارض مع الواقع ، فمن المسلم به ان لعديمي الاهلية حقوقاً ، ومع ذلك فليس للمجنون أو الصغير غير المُمَيِّز إرادة يعتد بها القانون ، ولو كانت الإرادة هي جوهر الحقّ لما جاز الاعتراف لهؤلاء بأي حقوق[1] .

إذ لا يجد أحد غضاضة من انه يجوز أن يكون صاحب الحقّ عديم الأهلية بدون نائب قانوني ، وان الشخص يجوز أن يكسب الحقوق دون علمه . فإذا جاز مع ذلك أن يقال ان الحقّ سلطة لإرادة الفرد ، كان معنى هذا أنه في كلتا الحالتين (عدم الأهلية وعدم العلم) ، ستوجد سلطة للإرادة ، لا توجد فيها الإرادة ، ولا تتدخل فيها . وهذا يخالف قواعد التناقض التي لا تجيز أن يكون الشيء موجودا وغير موجود في وقت واحد . لذلك لم يكن هناك مناص من أن نسلم أحد أمرين[2] : ويمضي بعض الفقه قائلاً[3] : ((أ - فإما أن يقال ان عديم الاهلية

---

(1) لاحظ : د . عبد الله مبروك النجار ، المدخل المعاصر لفقه القانون ، دار النهضة العربية القاهرة ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 282 .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 74 .

(3) صاحب المرجع السابق نفسه .

بدون نائب قانوني ، لا يجوز أن يكون له حقّ ، لا في الحياة ، ولا في التنزه ، ولا في المال ، فلا يكون مالكا ولا دائنا ، بل لا يجوز أن يكون مدينا . ولقد ذهب إلى ذلك فريق من الكتاب ، نزولا على مبدأ الإرادة كأساس للحق ، فقالوا بصريح العبارة أن الأطفال والمجانين ليسوا أشخاصا من الناحية القانونية ، بناء على أن الشخصية والأهلية القانونية منوطتان بالإرادة ، بل ان من الكتاب مثل "هولدر" من ذهب إلى أبعد من ذلك فقال إنه حين تختلف الإرادة أو تتوقف مؤقتا (كما في حالة الاغماء أو النوم) تتوقف الشخصية القانونية مؤقتا أو تكون في حالة سبات أو همود . ب - وإما أن يقال أن تعريف الحقّ يجب ألا يُناط بالإرادة ، فيكون الإنسان شخصاً ولو لم تكن له إرادة كالمجنون أو الطفل[1] ، ويكون للشخص حقّ ولو لم يكن يعلم بوجود هذا الحقّ ، كالوارث في حالة عدم علمه بوفاة مورثه ، والموصى له في حالة عدم علمه بالوصية ، والمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان لا يعلم بهذا الاشتراط . وما يعزز هذا الحل الأخير أن تشريعات العالم جميعها تعترف بالشخصية القانونية للأطفال والمجانين ، وتحميهم في أجسادهم وأرواحهم ، كما تعترف لهم بالأهلية المالية (أهلية الوجوب) التي يتمتع بها الأشخاص الذين تتوافر فيهم الإرادة)) .

فالحقّ قد يثبت للشخص دون إرادة منه أو دون علمه ، فالوارث والموصى له تثبت له حقوقاً لا بمقتضى إرادتهما ولكن بمجرد موت المورث أو الموصي ، كما ان الغائب قد يكتسب حقوقاً دون علمه .

---

(1) لاحظ : د . حسن كيرة ، ص 422 .

لكن البعض ذهب إلى أن هذا النقد غير مقنع لعدة أسباب منها[1] :

أ- أن تصوير الحقّ بأنه سلطة إرادية لا شأن له بمصدر الحقّ وإنما بمضمونه ، فهذا التصوير لا ينفي ان مصادر الحقّ منها ما هو إرادي ومنها ما هو غير إرادي ، ولهذا لا يحول عدم علم الشخص أو انعدام إرادته مع عدم وجود نائب له دون أن ترتسم له حقوق بمقتضى مصدر من المصادر غير الإرادية للحق ، وعلى عكس ذلك يحول عدم علم الشخص أو انعدام إرادته مع عدم وجود نائب له دون أن تتقرر له حقوق بمقتضى مصدر من المصادر الإرادية للحق . ويمضي البعض[2] قائلاً : "كما ان عدم علم الشخص بالحقّ الذي نشأ له . لا ينفي ان هذا الحقّ سلطة إرادية . يقوم بممارستها بعد أن يعلم بحقه حتى عن المدة السابقة على علمه . فالوارث الذي لم يعلم بوفاة مورثه له سلطة إرادية في المطالبة بعد أن يعلم بريع ما ورثه عن المدة السابقة على علمه . كما ان انعدام إرادة الشخص الذي نشأ له الحقّ لا ينفي ان هذا الحقّ يعد سلطة إرادية قابلة باستعمال الحقّ نيابة عن صاحبه في نطاق نيابته عنه . وإذا لم يوجد نائب عنه وقام هو نفسه بعمل من الاعمال التي تدخل في نطاق حقه ، فإن هذا العمل يعد استعمالاً للحق . وكل ما هنالك انه إذا كان العمل الذي قام به عملاً قانونياً وقع هذا العمل باطلاً لانعدام إرادته . وهذا ما يدل على ان

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص22 .

(2) صاحب المرجع السابق نفسه .

الحقّ سلطة إرادية ، وإلا ما كان العمل القانوني الذي يقوم به صاحب حقّ معدوم الإرادة يقع باطلاً لانعدام إرادته" .

ب- كما أنه قد يُقال رداً على هذا النقد ، أن التشريعات ، حين تعترف بالشخصية القانونية للأطفال والمجانين ، إنما تعتمد في ذلك على إرادة يمكن أن تكون لهم في المستقبل أي تعتمد على الإرادة المستقبلة ((الممكنة)) لا على الإرادة الحالية ، بمعنى أن عديمي الأهلية تكون لهم سلطة إرادية حين تنقضي فترة عدم أهليتهم . إلاّ أن هذا القول ، على حد تعبير "اهرنج" ، هو حيلة لا طائل تحتها ، إذ قد توجد حالات ، كحالة الميؤوس من شفائه ، لا يرجى فيها وجود إرادة فردية مدركة . أما في حالة احتمال اكتساب الإرادة أو استعادتها في المستقبل ، فيكون قصارى ما يترتب على ذلك منطقا هو عدم اكتساب الاهلية القانونية أو استعادتها إلا حين تتحقق الإرادة ، فما دام الشخص طفلا أو مجنوناً ، يكون بمقتضى نظرية الإرادة ، ألا يعترف له بحقوق البتة . ويقول "اهرنج" متهكما على مبدأ الإرادة إنه ((إذا كان قتل الطفل أو المجنون غير جائز ، وكلاهما وفق مبدأ الإرادة ليس له حقوق ولا الحقّ في الحياة ، فما ذلك إلاّ تفضل من المُشرِّع الذي يخالف في ذلك قواعد المنطق فيحدد الأهلية الشخصية ويعدلها حسبما يشاء له هواه)) [1] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص75 . كما يذكر أيضاً : ((ويتهكم "اهرنج" مرة أخرى فيقول أنه ((يترتب على مبدأ الإرادة نتيجة أخرى هي أن ذمة عديم الأهلية يجب أن تنسب إلى ←

حاول "فندشايد" أن يرد على هذا الاعتراض بقوله إن الإرادة الموجودة في الحقّ هي إرادة النظام القانوني ، وليست إرادة صاحب الحقّ . إلا أن هذا الرد غير مقنع ، ذلك أنه من غير المستساغ القول بأن القانون قد تخلى عن التكليف لمصلحة الشخص وجعل إرادته هي الفاصلة في إعمال التكليف أو عدم إعماله ، وبذلك صارت إرادة القانون هي إرادة الشخص بطريق الاكتساب ، إذ كيف يمكن إدراك أو تحقيق هذا القول إذا كان ذلك الشخص طفلا أو مجنوناً لا نائب له ، إذ يمتنع عليه اكتساب إرادة القانون ، التي هي لب الحقّ عند "فندشايد" .

ثم إن "فندشايد" يستلزم تدخل الإرادة حتى يمكن أن يقوم الشخص بعمل يكتسب به مزية القاعدة القانونية ، أي ذلك العمل الذي يقرر به الشخص رفع الدعوى على من يخالف القاعدة القانونية مطالباً بتنفيذ هذه القاعدة . فإن ذلك العمل هو الذي يؤدي إلى اكتساب الحقّ . وهذا غير صحيح عند بعض الفقه[1] لأسبابه الآتية :

1- إن الإرادة ليست ركنا في اكتساب الحقّ ، فكامل الأهلية وعديمها سواء في إمكان اكتساب الحقّ .

2- إن الإرادة وإن لزم وجودها عادة لاستعمال الحقّ ، لا يلزم وجودها دائما لهذا الاستعمال ، فالطفل يستعمل حقّ ملكيته حين يسكن

←

الوصي ، فهو وحده الذي يستطيع أن يقوم بعمل إرادي ، ولكن تعود فوائد هذه الذمة على عديم الأهلية ، لا على الوصي الذي يجوز له التصرف في ثمار هذه الذمة بوصفه مالكاً لها)) .

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 76 .

المنزل الذي ينتمي إليه ، والمجنون يمارس حقه في الحرية حين يتنزه ، وكذا القول في سائر أعمال الانتفاع أو الاستعمال ذات الطابع المادي البحت ، التي لا يكون للعمل النفسي فيها أي نصيب ضروري ، صحيح أن استعمال الحقوق على نحو معقول يقتضي أن يكون الشخص الذي يستعمل هذه الحقوق مدركا لأفعاله ، ولذا فإن القانون رغبة منه في حماية ((عديم الأهلية الطبيعي)) يعين له نائباً ليقوم بالأعمال القانونية التي تتعلق بحقوق عديم الأهلية ، بل وليقوم كذلك بأعمال الانتفاع المادية في بعض الأحوال[1] : فالنائب القانوني يتولى إدارة أموال القاصر من الناحيتين القانونية والمادية ، وحسب القاصر ما يفيده من هذه الإرادة . ومع ذلك ففي حالة عدم وجود هذا النظام الحمائي لا يزال عديم الأهلية الطبيعي يحتفظ بكامل حقه ، ويستطيع مزاولة هذا الحقّ (عن ادراك أو غير ادراك) بطريق أعمال الاستعمال المادية على الأقل .

3- ومن حيث تصويرها للحق بأنه إرادة ، فإن منطق هذه النظرية يؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف للأشخاص المعنوية بإمكانية اكتساب الحقوق ، حيث يصعب القول بتوافر الإرادة الحقيقية لتلك الأشخاص[2] .

(1) لاحظ : د . حسن كيرة ، ص422 .

(2) لاحظ : د . إبراهيم أبو الليل ود . محمد الألفي ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحقّ ، جامعة الكويت ، 1986 ، ص 166 .

94) - ثانياً : عدم منطقية النظرية الشخصية :

اتّهم البعض بأن النظرية لم تتأسس على بنيان منطقيٍ مقنع :

أ- فمن حيث ما ذهب إليه " سافيني" ، انتقدت هذه النظرية بأنه لا يجوز تعريف الحقّ بأنه سلطة إرادية ، فمثل هذا التعريف لا يعد تحريفاً لذات الحقّ أو جوهره ، وإنما هو تعريف لمضمونه وهو القيام بعمل مادي أو قانوني ، وبالتالي سلطة إرادة القيام بهذا العمل . ذلك ان الحقّ لا يتكون من اعمال التصرف المادية أو القانونية التي يقوم بها صاحب الحقّ . ومجرد ان للشخص حقّ في أن يريد ، ليس معناه ان الحقّ ذاته إرادة[1] .

ويذهب البعض إلى عدم صحة هذا النقد "ذلك انه إذا كان الحقّ لا يتكون من اعمال التصرف المادية أو القانونية التي تتم بها ممارسته ، فإنه يتكون من سلطة القيام بهذه الاعمال . صحيح أن تقرير هذه السلطة لا يتوقف على توافر الإرادة لدى من تتقرر له . ولكن ذلك لا يمنع من وصف هذه السلطة بأنها سلطة إرادية ، لأن ممارستها ترتبط بالإرادة حتى انه يحجز عليها إذا انعدمت الإرادة . يضاف إلى ذلك أن تعريف الحقّ بأنه سلطة إرادية لا يعني ان الحقّ إرادة . ولعل الذي اثار هذه الشبهة هو ان هذه النظرية اطلق عليها نظرية الإرادة بينما هي في الحقيقة نظرية السلطة التي توصف بأنها سلطة إرادية"[2] .

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 23 .

(2) نقلاً من المرجع السابق نفسه ، ص 24 .

ب- ومن حيث ما ذهب إليه "فندشايد" ، تعريفه للحق بأنه امتلاك الشخص زمام التكليف القانوني ، أو أنه تشخيص التكليف القانوني ، أو أنه تخلي القانون للفرد عما أصدره لمصلحته من أوامر وتكاليف . ولقد كان من جرائر هذا القول ذيوع فكرة مؤداها أن الحقّ ليس له كيان مستقل بذاته ، وأنه ليس إلا أحد وجهي كائن واحد هو القانون . ولقد كانت هذه احدى الغلطات التي تسلك إلى العلم والتعليم القانونيين ، والتي من زادت ضراوة الصراع ضد فكرة الحقّ لدى منكري هذه الفكرة [1] .

إن تصوير "فندشايد" للحق على هذا الوجه ، من شأنه أن يجعل الفرد شريكاً في فكرة الأمر أو التكليف ، الذي هو من أخص خصائص النظام القانوني ، فلا يجوز أن تكون الإرادة مصدراً تجيئ منه الأوامر أو التكاليف كما لا يتصور أن يتخلى النظام القانوني عن التكليف أو الأمر ليخلعه على الفرد [2] . إن الأمر أو التكليف لا يجوز أن ينفصل عن مصدره الأصيل وهو القانون . ولازم هذا أنه كلما وكل النظام القانوني إلى المبادرة الفردية مهمة إعمال الأوامر أو التكاليف التي يصدرها لا يجوز أن يعد هذا من قبيل تخلي القانون للفرد عن هذه الأوامر ، بل يفهم هذا على أن النظام القانوني قد جعل الإرادة هي البصيرة على نفسها في إعمال القاعدة القانونية أو عدم إعمالها . مؤدى هذا أن الفرد لن يكون على أية حالة هو الذي يملك هذا دائما . وقصارى ما يسع الفرد هو حمل التنظيم القانوني

(1) لاحظ توجهات الفقهاء في هذا الشأن ، د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 80 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

على التثبت بتطبيق الأمر أو التكليف الذي أصدره . فإذا لم يقم الذي عليه الواجب بتنفيذ واجبه وطالب صاحب المصلحة في هذا التنفيذ (وهو من أراد القانون ، بفرضه هذا الواجب على الآخرين ، أن يمنحه حقًّا أو حقّ شخصي) بالمجازاة على المخالفة المتمثلة في عدم التنفيذ ، قام التنظيم القانوني – استمساكا منه بالأمر الذي أصدره – بإصدار أمر آخر يرد به على مخالفة الأمر الأول ، أو يحمل به المخالف على تنفيذ واجبه قسراً ، أو يعاقب فيه المخالف على مخالفته[1] . أما إذا لم يطالب ذو المصلحة بالجزاء ، فسر القانون هذا السكوت على أنه تسليم بالواقعة التي نشأت عن الجريمة ((المدنية)) وعفا عن المخالفة أو عدل موقفه وفقا لما تم . ومثال ذلك نظام التقادم .

صفوة القول أن الامتثال إنما يكون في جميع الأحوال للقانون وحده الذي يُمثل الإرادة العامة للجميع ، ولا يكون للفرد أبداً ، وحين ينفذ المدين التزامه نحو الدائن فإنما يفعل ذلك امتثالا لحكم القانون . ولذا لا يمكن التسليم لـ "فندشايد" قوله إن الحقّ هو تخلي القانون للفرد عما أصدره من تكليف لمصلحته ، ولا أن الحقّ تشخيص للقواعد القانونية .

95) – ثالثاً : الخلط بين جوهر الحقّ وإعماله والاعتداء عليه :

فقد قيل نقداً لهذه النظرية :

---

(1) إلا إذا كانت المخالفة متعلقة بقاعدة من قواعد القانون الجنائي ، فعندئذ لا يتمهل القانون في جميع الأحوال ريثما تتحرك المبادرة الفردية للمطالبة بإعمال أوامره بل إنه يبادر في أغلب الأحوال إلى ذلك من تلقاء نفسه ، (المرجع السابق نفسه ، ص 81) .

أ- ان الحقّ يوجد قبل أن يعتدي عليه الغير ، أي قبل أن يكون لإرادة صاحب الحقّ سلطة وضع قاعدة السلوك القانونية موضع التنفيذ حسب "فندشايد" ، وهذا ما ينفي ان الحقّ هو سلطة إرادية في وضع قاعدة سلوك موضع التنفيذ .

ولكن رأى البعض ان هذا النقد "لا ينال من ان الحقّ سلطة إرادية ، وإنما من تحديد النوع الأول من الحقّ بأنه حقّ شخص في أن يسلك شخص آخر مسلكاً تحدده قاعدة سلوك وضعت تحت تصرف صاحب الحقّ . فالواقع ان الحقّ لا يقف عند ذلك ، وإنما يخول ايضاً لصاحبه أن يسلك هو نفسه ومن قبل أي اعتداء على حقه ، السلوك الذي يتفق مع القاعدة القانونية . فحق المالك لا يقف عند مجرد أن يسلك الكافة مسلكاً سلبياً يتحصل في عدم الاعتداء على ملكه ، وإنما يخول للمالك قبل ذلك أن يسلك هو نفسه المسلك الذي حددته قواعد الملكية ، ومن ثم يكون له أن يستعمل ما يملكه أو لا يستعمله"[1] .

ب- كما أُخذ على هذه النظرية انها تخلط بين جوهر الحقّ وبين اعماله ، فإعمال الحقّ يكون بمباشرة ما يخوله من سلطات وباقتضاء احترام الغير برد كل اعتداء عليه ، وهذا يقتضي في كثير من الأحوال قدرة إرادية ، ولكن ذلك ليس هو جوهر الحقّ ، فالحقّ قائم لو لم يباشر صاحبه سلطته ، وهنا فقد تقوم إرادة النائب محل إرادة عديم الاهلية ؛ فاستعمال الحقّ استعمالاً مادياً والاستفادة بمزاياه لا

(1) د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 21 .

يقتضي إرادة ، فعديم الاهلية أو فاقدها يستعمل منزله لسكناه مثلاً دون الحاجة إلى إرادة ، ففرق كبير اذن بين جوهر الحقّ وأعماله "فالمالك مالك ولو لم يستعمل الشيء أو يستغله أو يتصرف فيه ، والدائن دائن ولو لم يطلب المدين بالوفاء بما عليه"[1] . عليه فإنه حيث يلزم وجود الإرادة لإمكان استعمال الحقّ لا يجوز تعريف الحقّ من طريق الخواص التي لا تتعلق إلاّ باستعماله ، فلا يجوز الخلط بين وجود الحقّ وبين استعماله ، فاستعمال الحقّ إنما يكون نتيجة لوجوده ، ولا يكون وجود الحقّ نتيجة لاستعماله . فحق الملكية والحقّ الشخصي موجود كلاهما قبل استعماله : فحق الملكية موجود قبل العدوان عليه وقبل أي منازعة فيه . كذلك الحقّ الشخصي موجود وهو يتيح للدائن أن يطالب المدين بالأداء المستحق في ذمته ، وتعد هذه المطالبة مظهرا من مظاهر وجود الحقّ الشخصي أو (حقّ الدائنية) - كما يحلو للبعض تسميته -[2] ، وليس وجود الحقّ الشخصي نتيجة لهذه المطالبة التي لا تحصل إلا إذا تأخر المدين في الوفاء عند حلول الأجل ؛ في هذه الأحوال لا يتوقف وجود الحقّ على استعماله بل إن استعمال الحقّ دليل منطقي على أنه موجود في الحال لا في الاستقبال[3] .

(1) د . رمضان أبو السعود ، المرجع السابق نفسه ، ص23 .

(2) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص79 .

(3) المرجع السابق نفسه ، ص79 .

ورأى البعض[1] في هذا النقد انه غير مقنع ومردود "بما يسلم به من وجهة من انه حتى الاعمال المادية لممارسة الحقّ قد يمنع الصغير غير المُمَيِّز أو المجنون من القيام بها ويتولاها رعاية لصالحه الولي عليه . ولولا ان هذه الاعمال المادية يسبقها قرار إداري بالقيام أو عدم القيام بها لما كان هناك وجه لمنع المجنون من أن يقيم في منزله إذا اقتضت حالته أن يقيم في احد المصحات ، ولما كان هناك وجه ايضاً لقيام الولي على الصغير بالأعمال المادية لممارسة حقوقه أو إصدار القرار اللازم لذلك . فيجب ألاّ نخلط بين سلطة القيام أو عدم القيام بعمل مادي وبين هذا العمل المادي ذاته . فتلك السلطة تحتاج إلى قدر من الإرادة يلزم توافره وان كان لا يصل إلى القدر اللازم للقيام بعمل قانوني" . إلاّ أن هذا الرد غير مقنع من جهته أيضاً ، فالسلطة التي ارتأت النظرية الشخصية تعريف الحقّ بها ، إنما ارتبطت بالقيام بالعمل لا بالعمل ذاته ، لذلك فإن من لم يمتلك إرادة القيام بعمل ما ، لا يمتلك الحقّ فيه – حسب منطق النظرية – ، ولا يهم بعد ذلك إن كان العمل مادياً أم قانونياً [2] .

---

(1) د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 23 .

(2) كما شكّك الكثير في تعريف النظرية الشخصية للحق ومنهم ، "أنسيلم فويرباخ" ، في مؤلفة " نقد القانون الطبيعي " سنة 1796 . وعلى الرغم من أنه من المنكرين لفكرة الحقّ الذين اعتمدوا على أساس ميتافيزقي ، إلا أنه رجع وعرَّف الحقّ بتعريفات غريبة ، بل وجعل من الحقّ وسيلة وليس غاية ؛ ومنطلق فكرته تبدأ من أن الغاية العليا التي تفرضها الأخلاق هي أن يؤدي كل امرئ واجباته ، وفي تنفيذ هذه المهمة قد يصطدم الشخص بمعارضة الآخرين ، معارضة قد تجبره على عدم اتمام ما يجب عليه صنعه . فالعقل العملي ، حماية للأخلاق ، ومن أجل تمكين الشخص من تحقيق الغاية العليا عن طريق أداء واجباته ، يسمح له بأن يقاوم الاجبار بالإجبار ، فيتخلص من اجبار الآخرين بالإجبار نفسه . لذا يحمي العقل القانوني دائرة من الأفعال ، ويقرر عدم المساس بها ، لأنها شروط ضرورية لتحقيق ←

الفرع الثاني
النظرية الموضوعية في تعريف الحقّ : (نظرية المصلحة)

96) - منظار النظرية الموضوعية :

لا تعتمد هذه النظرية في تعريف الحقّ على شخص صاحبه ، أو على محض إرادته ، وإنما على موضوع الحقّ ، ولذلك عرفت هذه النظرية بالنظرية الموضوعية أو نظرية المصلحة ، وقد تزعم هذه النظرية الفقيه الالماني "اهرنج"[1] ، فقد كان من ألدّ أعداء النظرية الشخصية في تعريف

←

الغاية العليا . والحقّ ، باعتباره نتاج هذه الوظيفة القانونية ، هو جزاء من العقل ، ويمكن تعريفه كالآتي : " الحقّ هو مكنة الاجبار ، يحددها العقل ، أو اذن بالإجبار ، يحدده العقل ، بسبب الأخلاق " . فالحقّ عند "فويرباخ" ليس سلطة ولا إرادة ، ليس غاية ، بل وسيلة ، هو إذن بالإجبار ممنوع للفرد بغية تمكينه من تنفيذ واجباته . على أية حال ، ان فكرة الحقّ لا زالت تشغل حيزا ما عند فويرباخ . . فإذا لم يعد الحقّ غاية ، فهو ما زال وسيلة ، ذات مضمون محدد ، وهو مكنة عملية للإجبار . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 583) .

(1) (يرى "اهرنج" أن الدوافع التي تحفز نشاط الفرد نوعان : الأنانية والشعور الخُلُقي . والفرد حين يستجيب للحافز الثاني إنما يبني كيانه الأخلاقي ، أما حين يستجيب لغريزته الأنانية فإنما يبتغي الحفاظ على حياته . ومن غرض الحفاظ على الحياة تنشأ الذمة patriomoine التي بدونها لا يستطيع أحد أن يؤمن مستقبل حياته . ومن هدف الحفاظ على الحياة والذمة ينشأ القانون ، الذي بدونه لا يأمن الفرد على حياته ولا على ذمته . ومن هنا كان القانون ، عند ((اهرنج)) وسيلة لحماية متاع الحياة الإنسانية ، أو هو كما يقول الفقيه الايطالي ((كارنولوتي)) أول الأدوات التي يستخدمها الإنسان . فبفضله يسعى الناس إلى تحقيق أسباب السلام ، أي التمتع بخيرات الحياة دون منازعة من أحد . ومن هذا يبين أن فكرة القانون عند ((اهرنج)) تقوم على عنصرين : عنصر موضوعي هو الأموال ، أو متع الحياة الإنسانية ، وعنصر شكلي هو الدعاوي القضائية التي تقوم على حماية هذه الأموال . ولذا يعرف اهرنج القانون تارة بالاعتماد على العنصر الموضوعي فيقول إن القانون هو (مجموع ظروف حياة

←

الحق[1] . وسنوزع حديثنا عن هذه النظرية إلى مقصدين اثنين :

المقصد الأول

مضمون النظرية الموضوعية

97) - الحقّ في هذه النظرية هو مصلحة يحميها القانون :

فالحقّ يتكون من عنصرين ، احدهما موضوعي أو مادي والثاني شكلي ، اما العنصر المادي فيتمثل بالغاية التي يحققها الحقّ لصاحبه ، وهذه الغاية تعبر عن ميزة أو منفعة معينة ؛ فالحقّ من الناحية الموضوعية يمثل قيمة معينة مالية أو ادبية ، ومن الناحية الشخصية يمثل مصلحة لصاحبه تكمن فيها الغاية العملية من الحقّ ، وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية ، فهي مادية إذا كان الحقّ من الحقوق المالية ، وهي معنوية أو ادبية - في حال ما إذا كان الحقّ غير مالي - ، ومن المصالح الادبية منها ما يتعلق بشخصية الفرد وحريته وشرفه

←

الجماعة ، التي تكفلها قوة الدولة عن طريق القسر الخارجي)) ويعرفه من طريق عنصر الحماية ، فيقول انه ((الشكل الذي تطمئن به ظروف حياة الجماعة بواسطة قوة الدولة القاسرة)) . والمقصود بظروف الحياة في هذا المجال ليس الحاجات المادية من أكل وشرب ونوم ورياضة الخ . . . فحسب ، بل كذلك ، وبصفة أساسية ، القيم المعنوية كالشرف والفن والعلم والدين الخ ، أي أن الحماية التي يكفلها النظام القانوني يجب أن تكون وارفة الظل ينبسط رواقها على مظاهر الشخص جميعها ، سواء فيما ((يكونه)) أو فيما ((يكون له)) ، فتشمل الجسد كما تشمل الحياة ، وتشمل الشرف كما تشمل الذمة ، وتشمل الأسرة كما تشمل الوضع القانوني العام) . نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص82 .

(1) لاحظ : د . حسن كيرة ، ص423 .

والاعتبارات المتعلقة بأسرته[1] .

والعنصر الأول هو بالنسبة إلى العنصر الثاني لب الثمرة بالنسبة إلى القشرة التي تحيط به لتحميه : فالنفع ، المتعة ، القيمة ، المصلحة ، الكسب (العنصر الأول) هو لباب الحقّ . أم الحماية المتمثلة في الدعوى القضائية (العنصر الثاني) فهي القشرة الواقية للمصلحة التي هي لب الحقّ . إن العنصر الأول (المصلحة) يكون عادة معرضا لعدوان من هو أقوى من صاحب هذه المصلحة ، ولذا كان قليل الأمن ، قليل الاستقرار . وما هو إلا أن يظله القانون بحمايته حتى يصير ذلك الانتفاع بثمن من العدوان ويستقر ويصبح ((حقًّا)) . إن كل حقّ مقرر إنما هو مظهر لمصلحة يعدّها المُشرِّع ، من وجهة نظر عصره ، خليقة بالحماية ، فلقد سارت المصالح والحقوق جنبا إلى جنب عبر التاريخ [2] .

هذه المصلحة هي التي توجه صاحب الحقّ ، ولذلك إذا كان للإرادة الحرية في الاحتفاظ بالحقّ أو النزول عنه ، فإن ذلك لا يكون إلاّ على أساس ما يمثله الحقّ من مصلحة لصاحبه ، وإذا كان للإرادة أن تتخذ ما يلزم نحو حماية الحقّ من الاعتداء عليه فإن ذلك لكي تستفيد وتنتفع به ، وأيضاً إذا كان لإرادة صاحب الحقّ أن تتخذ وجه استعمال الحقّ فإن ذلك يكون لتحقيق الفائدة المرجوة من هذا الاستعمال . معنى ذلك ان الإرادة لا تتدخل في الحقّ إلاّ بناءً وتبعاً لمصلحة ، ولذلك لا تعد الإرادة من عناصر الحق[3] ؛ صحيح أن الإرادة

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي . فلسفة القانون ، ص 587 . ولاحظ : د . رمضان أبو السعود ، نظرية الحقّ ، ص 25 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 84

(3) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص25 .

تكون أيضا صاحبة القول الفصل في التخلي عن الحقّ أو في استرداده حين العدوان عليه ، غير أن هذا في رأي "اهرنج" أمر ثانوي فما استرداد الحقّ إلاّ وسيلة لإمكان الانتفاع به ، كما أن جواز التخلي عن الحقّ ليس من جوهر الحقّ ، فالحقّ يثبت للشخص ولو كان مما لا يجوز التخلي عنه . أما الذي لا بد من وجوده لإمكان وجود الحقّ فهو الانتفاع . فمن الممكن أن نتصور انتفاعا بحق لا يجوز التصرف فيه ولكن يستحيل تصور حقّ لا يمكن الانتفاع به . وعلى ذلك ليست الإرادة عنده ، عنصرا في الحقّ ، إذ هي عنصر تبعي أو مكمل . فالانتفاع في رأيه هو العنصر الذي يطغى على الإرادة . إن الحقّ يثبت لمن يستطيع أن يفيد ولو لم يكن في استطاعته أن يريد . ولا تتدخل الإرادة إلا حيث لا يعين القانون ، بصفة مشددة ونهائية ، الطريقة التي يجب أن يستخدم بها ذو الحقّ حقه . ففي هذه الحالة فحسب تتدخل الإرادة لتبين للحق وجهته التي يجب أن يتخذها في إشباع حاجات الشخص وتحقيق أهدافه . ومن هنا كان دور الإرادة احتياطيا في نظر "اهرنج" [1] .

وبناءً على ما تقدم قد يكون صاحب الحقّ شخصاً آخر غير الشخص الذي يقوم بمباشرته ، فقيام الوصي أو القيم بمباشرة الحقّ لا ينفي ان الحقّ هنا ثابت للصغير أو المجنون . والعلة في ذلك ان المصلحة المقصودة هي مصلحة الطفل أو المجنون لا مصلحة الوصي أو القيم ، فجوهر الحقّ اذن هو المصلحة [2] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 85 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 25 .

ولكن ليس كل مصلحة يحميها القانون تعدُّ حقًّا ، وإنما المصلحة التي تعدُّ حقًّا هي المصلحة التي يحميها القانون لذاتها . ولهذا نجد ان "اهرنج" يفرق بين الحقّ والمصلحة المشروعة ، فالمصلحة المشروعة يحميها القانون بصفة عرضية غير مقصودة في ذاتها وإنما في الحدود التي تتفق فيها مع المصلحة العامة التي تعد هي المصلحة المقصودة اصلاً بالحماية ، ففرض رسوم جمركية على واردات معينة يقصد به اصلاً حماية مصلحة عامة ، ولكن يحقق ذلك مصلحة خاصة لأصحاب المصانع المحلية التي تنتج ذات الواردات ، فيكون لهؤلاء مصلحة مشروعة وليس حقًّا [1] .

المقصد الثاني
النقد الفقهي للنظرية الموضوعية

98) - منطلق النقد الفقهي للنظرية :

لم تكن النظرية الموضوعية موضوعيةً في طرحها ، إلا من زاوية أنها تخلت عن بناء تعريف الحقّ على شخص مستخدمه ، لكنها خلطت بين فكرتين متباينتين هما الحقّ والمصلحة ، فليس كل حقّ مصلحة وليست كل مصلحة حقّ ، وقد تكون المصلحة محمية قانوناً دون أن يُطلق عليها حقًّا ، وسوف نرى بالتفصيل أوجه الاختلاف بين الحقّ والمصلحة [2] ، أما فيما يأتي فسنطرح الانتقادات الفقهية الموجهة إليها .

---

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه .

(2) لاحظ الفقرة (181) لاحقاً .

99) - أولاً : الخلط بين جوهر الحقّ والغرض منه :

رأى الكثير من الفقهاء ممن لم ترُقْ لهم ما خرجت به نظرية "اهرنج" ، أنه غالى في تصوير الحقّ بأنه مصلحة :

فقد عدّت النظرية الموضوعية المصلحة من جوهر الحقّ ، مع أن المصلحة ، باعتراف "اهرنج" نفسه ، هي الغرض العملي للحق ، فليست إذن من جوهر الحقّ ، بل هي مجرد عنصر غائي ، سواء في القاعدة القانونية التي توضع بقصد تحقيق مصلحة ، أو في الحقّ الذي يستهدف تحقيق إشباع مصلحة . ولذلك لا تدخل المصلحة لا في تكوين القانون ولا في تكوين الحقّ ، فلا يجوز من ثم أن تدخل المصلحة في بيان ماهية الحق[1] . فهذه النظرية لم تعرف الحقّ بجوهره

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 85 . (ومؤدى هذا أن العنصر الإجرائي ، وهو الحماية القانونية يعتبر من جوهر الحقّ بدلا من المصلحة ، وإلى هذا ذهب " تون " ، الذي يتفق مع "اهرنج" في أن المصلحة هي الغاية العملية للحق ، ولكنه يختلف معه في منزلة المصلحة من الحقّ : في حين يرى " اهرنج" أن المصلحة هي لب الحقّ وجوهره ، يرى تون أن المصلحة ليست من جوهره الحقّ فلا تدخل في تكوينه ، وفي حين يصور "اهرنج" الحقّ تصويرا مركبا من موضوع وشكل ، يصور "تون" الحقّ تصويرا شكليا ، إجرائيا بحتا ، ينحصر في أن الحقّ هو وسيلة لا غاية في ذاته ، هو مجرد وسيلة يراد بها تمكين الشخص من الانتفاع من بين عناصر الحقّ ، فالانتفاع عنده لا ينتمي إلى الحقّ إلا بمقدار ما ينتمي إلى الحديقة سور الحديقة ، فالحقّ يعد عنده بمثابة سور الحديقة الذي تقتصر أهميته على تمكين صاحبها من الانتفاع بها انتفاعا خالصا من دون الناس . وهو لهذا يقلب تعريف اهرنج للحق ، فبدلا من أن يقول إن الحقّ مصلحة يحميها القانون يقول إن الحقّ وسيلة لحماية مصلحة . وعلى هذا الرأي يعتبر الحقّ مجرد وسيلة دفاعية ، مجرد سلاح في يد الإنسان يستعين به على تحقيق أهداف الحياة ، ولا يجوز خلط وسيلة الدفاع عن شيء بالشيء الذي يراد الدفاع عنه . إنه القشرة الواقية للثمرة ، لا الثمرة الكامنة ضمن هذه القشرة ، أي أن جوهر الحقّ ليس في المصلحة بل ←

وإنما بالغرض المقصود منه[1]، ولا يكفي في التعريف بيان غرض الشيء المُعرّف ، وإنما يلزم أن ينطوي التعريف على تحديد جوهره ، وليس جوهر الحقّ هو المنافع التي يحصل عليها صاحب الحقّ ، فالمزايا المقصودة من تقرير الحقّ في الحرية الفردية مثلاً ليست هي الحقّ في ذاته ، وحق المالك على الشيء ليس هو بذاته المنافع التي يمكن الحصول عليها من ذلك الشيء [2] .

وقد لاحظ البعض[3] ان "هذا النقد لا يُقبل كله ولا يُرفض كله . والواقع انه لا غبار في أن ترد الغاية من الحقّ في تعريفه . ولكن في نفس الوقت لا يجوز أن يقف تعريف الحقّ عند الغاية منه وهي المصلحة ، وإنما يجب أن يبين تعريف الحقّ مضمونه وجوهره . وهو ليس المصلحة . فالذي يؤخذ على نظرية المصلحة هو انها وقفت في تعريفها للحق عن انه مصلحة يحميها القانون وجعلت من هذه المصلحة جوهر الحق" ، وهذا ما لا يقبله المنطق بأي حال[4] .

100) - ثانياً : عدم واقعية النظرية الموضوعية :

وتكمن عدم واقعية هذه النظرية في الآتي :

←

في حماية هذه المصلحة)) . نقلاً عن المرجع السابق نفسه .

(1) لاحظ : د . إبراهيم أبو الليل ود . محمد الألفي ، ص 168 .

(2) "فمثلاً لا استطيع ان اعرف ملكيتي لمنزل بأنها التي تعود على من تملك المنزل . فهذه الفائدة لا تعود عليّ إذا قامت ملكيتي ، ومن ثم يبقى السؤال قائماً بلا إجابة ، ما هي ملكيتي التي منها يعود عليّ بالنفع ؟ ؟ " . د . رمضان أبو السعود ، ص 26 .

(3) نقلاً من : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 26 .

(4) لمزيد من التفصيل في هذا النقد ، لاحظ : د . عبد الله مبروك النجار ، ص 286 .

أ/ هناك ثمة اعتراض أثاره جانب من الفقهاء ، قد يبدو أنه ذو أبعاد فلسفية ، مفاده أن نظرية المصلحة لا تنجو من النقد الذي وجهه "اهرنج" ذاته إلى نظرية المدرسة التاريخية ، والذي أريد بنظرية "اهرنج" أن تتجنبه ، إذ يلاحظ "كلسن" أن الغلطة الكبرى التي وجدت في نظرية "سافيني" توجد كذلك في نظرية "اهرنج" ، ذلك أنه يعرف الحقّ بأنه ((مصلحة يحميها القانون)) ، فإذا عرفنا أن ((المصلحة)) تنشأ من تقويم ذهني لمدى قابلية شيء معين لإشباع حاجة معينة ، يظهر بعد ذلك في صورة ميل واع نحو إشباع هذه الحاجة ، فكيف إذن يمكن أن يوجد هذا التقويم الذهني لدى عديم الأهلية وكيف يحدث بعد ذلك ميل واع من جانب من ليست له إرادة ؟ من أجل هذا لا يتصور كيف تتوافر لدى هؤلاء مصلحة خاصة بهم وبالتالي حقّ يطابق هذه المصلحة . ومن ثم يمكن أن يقال إن تعريف الحقّ بأنه مصلحة يحميها القانون ، يؤدي إلى نفس ما تؤدي إليه نظرية "سافيني" ، وهو عدم تصور أن يكون لعديمي الأهلية حقوق خاصة لهم [1] .

ب/ قد توجد هناك مصالح معينة لا ترتفع إلى مرتبة الحقّ ، "فمثلاً حين تفرض الدولة رسوماً جمركية على بعض الواردات الاجنبية ، فإن المصلحة هنا عامة ، ولكن فرض هذه الرسوم يؤدي ايضاً إلى حماية المصالح الخاصة للمنتجين فهم يفيدون منها [2] ، ففي هذا المثل تحققت حماية قانونية ، عرضاً لمصالح خاصة بمناسبة حماية مصلحة عامة ، برغم ان المصالح الخاصة هنا لم

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 87 .

(2) لاحظ : د . حسن كيرة ، ص 424 .

تكن هي المقصودة اصلاً بالحماية القانونية ، ولذلك لا تكون هذه المصالح الخاصة حقوقاً بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، ومثال ذلك ايضاً انه "لو اشترط مستأجر الدور العلوي في منزل على المؤجر أن يقوم بإنارة السلم ، فلا شك ان ساكني الادوار السفلى سيفيدون من هذا الاشتراط . ومع ذلك فهم ليسوا أصحاب هذا الحقّ في هذا ، بمعنى ان مصلحتهم لا تعطيهم الحقّ في الزام المؤجر بإنارة السلم ، إذ لا يتمتع بهذا الحقّ إلاّ صاحب الدور العلوي بناء على الاتفاق المبرم بينه وبين المؤجر"[1] .

101) - ثالثاً : عدم منطقية النظرية الموضوعية :

يكمن عدم منطقية هذه النظرية في تحديد ما يعدُّ مصلحة أو ما لا يُعدُّ ، وهل يُشترط أن تعود المصلحة دوما على صاحب الحقّ ؟ .

أ/ فعلى أي أساس يتم تحديد المصلحة ؟ ومن الذي يُحدد كون غرضٍ ما يعدُّ مصلحة ، وبالتالي حقًّا على وفق منطق هذه النظرية ! ؟ فإذا كان الجواب على السؤال الثاني ، أن المُشرِّع هو من يُعين المصالح ، فوِفْقَ أي معيار ؟ يرى البعض[2] : ((وثمة حلان يتبع المُشرِّع أحدهما في تحديد المصالح التي يتكفل بحمايتها : فإما أن يحمي المُشرِّع كل ما يحس الفرد أنه مصلحة له (معيار شخصي) ، وأما أن يكتفي بحماية ما يسمى ((بالمصالح الوسط)) (معيار

(1) نقلاً عن : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 27 . ((ولكن نلاحظ على هذا النقد انه برغم سلامته منطقاً إلاّ أن أصحاب النظرية الموضوعية قد ذهبوا إلى انه ليس كل مصلحة يحميها القانون تعد حقًّا ، وإنما المقصود بالمصلحة هنا ، هي المصلحة التي يحميها القانون لذاتها وليس بطريقة عرضية)) .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 88 .

موضوعي) . والحل الأول يعد في ذاته وبذاته حلا منطقياً ، بالنظر إلى أن المصلحة واقعة نفسية بحتة ، تكون حالة الفرد النفسانية هي الفاصلة في تقدير وجودها وعدم وجودها . ومع ذلك يجب استبعاد هذا الحل حتى لا تكون حماية النظام القانوني منوطة بالظرف العملي الذي يكون للفرد فيه بحسب الواقع مصلحة معينة ، وإلا لما كان هناك حقّ في المطالبة برد مبلغ القرض حين لا يكون للمقرض المليونير ، مصلحة في استرداد ذلك المبلغ اليسير ، ولما كان ثمة حقّ في المطل للمالك الأعمى . والحال أنه ليس هناك من قاعدة قانونية تعلق وجود الحقّ على إمكان وجود مصلحة ذات طابع نفساني ، فضلا عن أنه إذا تعين تفسير نظرية "اهرنج" على هذا النحو لأدى ذلك التفسير إلى الوقوع في نفس الصعوبة التي تردَّت فيها النظرية الشخصية ، ذلك لأن الأطفال والمجانين لن تكون لهم مصالح لما أن الإرادة هنا شرط المصلحة . لم يبق إذا إلا قبول الحل الثاني ، وهنا يقول " كلسن " إنه لن يغيب عن أحد مدى خداع نظرية المصلحة لمن يؤمنون بها : ذلك أنه يستحيل منطقا أن يقبل في فكرة ذات طابع شخصي كالحقّ ، العنصر الذي يسمى ((بالمصلحة العامة)) ، فليس يوجد في الواقع إلا مصالح ملموسة وفردية ، أما عبارة ((المصالح الوسط)) فتدل على أن مصلحة ما ، توجد عادة ، لا على أن هذه المصلحة توجد حتما ، وعلى ذلك فإن من يطلبون في جميع الأحوال وجود مصلحة ، يفترضون المصلحة حيثما لا توجد هذه المصلحة)) .

ب/ ان النتيجة المنطقية للأخذ بهذه النظرية هي أن تحديد صاحب الحقّ يتوقف على تحديد من تعود عليه المصلحة ؛ ولكن كثيراً ما نجد حقوقاً لا

تكون المصلحة فيها مقررة لصاحب الحقّ نفسه بل لشخص آخر ، كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية مع تخصيص الشيء محل الحقّ لمنفعة أو مصلحة غير المالك [1] .

ج/ ان أنصار هذه النظرية قد جعلوا للحق عنصرين ، عنصر المصلحة وعنصر الحماية القانونية أو الدعوى ، فالمصلحة يجب لكي ترتفع إلى مرتبة الحقّ ، أن يحميها القانون[2] ، أي ان عنصر الحماية هو الملاحظ في وجود الحقّ ، وهذا ما لا يمكن قبوله ، فالحماية القانونية هي نتيجة أو اثر للتسليم بوجود الحقّ [3] ، كما أن الحماية لاحقة على نشأة الحقّ ؛ فمن غير المقبول أن يقال ان هناك حقًّا لأن القانون يحميه ، وإنما الادق أن يقال ان القانون إنما يحميه لأنه حقّ [4] . والحقيقة أن هذا التصوير يعطي لتعريف الحقّ بُعداً وضعياً ، إذ يعتمد معياره في عدّ المصلحة حقًّا على حمايتها من القانون ، بل أبعد من ذلك ، ففضلاً من انطواء النظرية على نزعة مادية ، فإنها تؤدي إلى تحكم الدولة في تقرير الحقّ ، فعندما

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص27 .

(2) يُلاحظ أن أول من وجّه هذا النقد إلى النظرية الموضوعية هو "فيندشايد" ، إذ كان فيندشايد يعلم أن الحقّ " سلطة إرادية " . قال ان الدولة إذا أسبغت على هذه السلطة والسيادة الفعالية اللازمة من خلال القهر ، فإن هذا الأمر ينجم عن مهمة الدولة باعتبارها حارسة للنظام القانوني ، ولا يندرج بالضرورة في مفهوم الحقّ . وبعبارة أخرى ، ان العنصر الشكلي عند اهرنج ، القشرة الحامية ، لا يعتبر جزءا من مفهوم الحقّ . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 587) .

(3) لاحظ في المعنى نفسه : د . حسن كيرة ، ص 425 .

(4) د . رمضان أبو السعود ، ص 27 . (فالتعريف يجعل من الحماية القانونية (الدعوى) عنصراً في الحقّ ، مع أن الحماية تأتي بعد أن يوجد الحقّ ، فالقانون يحمي الحقّ إذا وجد ، هذا وبالتالي لا يمكن اعتبار الدعوى عنصراً من عناصر الحقّ ، وإنما هي وسيلة لحمايته تأتي بعد وجوده) . د . سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، جامعة بغداد ، 1982 ، ص261 .

تحصر هذه النظرية جوهر الحقّ في المصلحة إنما تجعل من الحقّ فكرة مادية نفعية تتجرد من كل عنصر نفسي أو روحي ، وهي في جعلها الحماية القانونية عنصراً من الحقّ ، تجعل للدولة أن تتحكم في وجود الحق[1] .

وأخيراً ، وفي ضوء الانتقادات السابقة لنظرية المصلحة للأستاذ " اهرنج " ، نرى مع البعض[2] أنها تجعل من المستحيل بناء نظرية علمية ، وهذا لاعتبارين :

(أ) أولا ، لأنه لما كان الذاهبون إلى نظرية المصلحة يصرحون هم أنفسهم أنه ليست جميع المصالح خليقة بالحماية القانونية ، ولما كانوا لا يوردون أي معيار معقول يمكن في ضوئه التعرف على المصالح التي تكون أولى من غيرها بالحماية ، يتعين القول إن المُشرِّع في تحديد هذه المصالح إنما يعول على الوجدان لا على العقل ، وعندئذٍ لن تكون طبيعة المضمون هي أساس تحديد ما هو ذو طابع قانوني ، بل إحساس المُشرِّع ذاته وتأكيده أنه إنما يحس هذا المضمون في قرارة نفسه . صحيح أن هذا يمكن أن يبعث على الاقتناع القوي في أن ذلك المضمون قانوني في الحقيقة ، إلا أن رأي الشارع وحده لا يكفي لسد حاجة الفكر إلى المعرفة وتكييف ما هو قانوني حتما بأنه قانوني في الواقع ، ذلك لأن التعويل على معطيات الإحساس أو البديهة إنما يحدث نوعا من المعرفة السريعة لا المعرفة العلمية .

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 28 . .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 88 .

(ب) ثانيا ، لأن اختيار شكل الحماية التي تسبغ على المصالح السائدة سيكون متروكا لتقدير الشارع دون معقب عليه في ذلك . وتؤدي هذه الطريقة لا إلى أن يصبح الحقّ مجرد ظاهرة عارضة وحسب ، بل تؤدي هذه الطريقة كذلك إلى اغفال حاجة الفكر الملحة لمعرفة السبب الحقيقي في أن بعض المصالح ستكون أحق من غيرها بالحماية القضائية .

الفرع الثالث
النظريات المختلطة

102) - محاولات الجمع بين مضموني النظريتين :

ظلَّ تعريف الحقّ متأرجحاً بين الإرادة والمصلحة ، فمن رأى أن المصلحة غاية الحقّ ، عرَّف الحقّ بأنه إرادة ، ومن رأى أن الإرادة هي الخادمة والمحرِّكة للحق ، استنتج إمكان الاستغناء عن عنصر الإرادة في تعريف الحقّ والاكتفاء بعنصر المصلحة .

وكان الفقيه "يلينيك" عاب على "اهرنج" تغييبه لدور الإرادة في تعريف الحقّ ، إذ قال ان المال أو المصلحة المحمية لا تصير حقًّا إلاّ حينما ترتبط بإرادة ، فلا يمكن للمرء أن يريد سوى " شيئا ما " ، غير أن هذا الشيء يجب أن " يُراد " ، أو يكون ممكن الإرادة ، حتى يصبح محلا للعناية القانونية . فالإرادة وسيلة ضرورية ، تحول الشيء إلى مال أو مصلحة ، وعلى النظام القانوني ، لحماية المال أو المصلحة ، أن يسلم

أولا بسلطة الإرادة ويشرع في حمايتها . كما ان التدقيق في ماهية الحقّ يوضح أن محل الحماية ليس الإرادة المجردة ، بل الإرادة من أجل غايات معينة ، ومن ثم يستحيل استبعاد عنصر الإرادة من ماهية الحقّ . غاية ما في الأمر ، ليس الإرادة في ذاتها هدفا ، بل وسيلة لأهداف الفرد والقانون ؛ فالحقّ " سلطة الإرادة الإنسانية ، الموجهة إلى مال أو مصلحة ، يعترف بها القانون ويحميها " ، الإرادة والمصلحة عنصران ضروريان لفكرة الحقّ ، سلطة الإرادة هي العنصر الشكلي ، والمال أو المصلحة هو العنصر المادي [1] . اذن ، عند يلينيك ، يتكون الحقّ من عنصري الإرادة والمصلحة معا . وقد انضم إلى "يلينيك" عدد كبير من الكتاب الحديثين .

هكذا انتقل الفكر القانوني من القضية إلى النقيض إلى التأليف ، فالقضية هي ما أذاعه "فندشايد" من أن الحقّ سلطة إرادية . والنقيض هو ما أعلنه "اهرنج" من أن الحقّ مصلحة محمية . والتأليف هو تعريف "يلينيك" الجامع بين العنصرين ، فيصبح الحقّ سلطة ومصلحة .

وقد زاوج "يلينيك" بين عنصري السلطة والمصلحة في تعريف الحقّ ، لكنه لم يوضح لأي منهما تكون الغلبة ، وان ذكر ان الحقّ سلطة ، موجهة إلى مصلحة ، وكأنما عنصر المصلحة لا يشغل عنده سوى المكانة الثانية . وقد كان الثالوث الرائد ، الذي وضع أسس القضية ونقيضها والتأليف ، من الفقهاء الألمان ونعني : "فيندشايد" و"اهرنج"

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 589 .

و"يلينيك"[1] ، ثم تقدم فقيهان فرنسيان ، هما "ميشو" و"سالي" ، أخذا على عاتقها إجراء ترتيب عناصر الحقّ داخل التأليف . وقد انطلقا لتجنب الانتقادات السابقة لنظريتي الإرادة والمصلحة ، وجدت نظريات أخرى تجمع بين النظريتين ، إذ وجدت بعض الاتجاهات الفقهية هنا وهناك أن بإمكانها الجمع بين خصائص النظريتين الشخصية والموضوعية لتخرج لنا خليطاً من الأفكار يُبنى عليها تعريف الحقّ . لكن هذه التوجهات انقسمت هي الأخرى فيما بينها في تغليب مضمون احدى النظريتين على مضمون الأخرى ، وبالتالي كان الاختلاف فيما بينها على تغليب أحد عنصري المصلحة والإرادة على بعضهما البعض ظاهراً ، وبالتالي اتسعت كل نظرية منها لتلقي النقد الذي كان قد وجّهه الفقهاء لكل من نظريتي الإرادة والمصلحة . وسنحاول بحث هذين التوجهين والنقد الموجّه إليهما في مقصدين :

المقصد الأول

مضمون توجهات الجمع بين نظريتي الإرادة والمصلحة

103) - أولاً : التوجّه القائم على تغليب عنصر المصلحة :

ويذهب إلى عدّ المصلحة العنصر الجوهري والأساسي في الحقّ ، وفقاً لنظرية "اهرنج" . ولازم ذلك أن يكون صاحب الحقّ هو وحده من تؤول إليه المنفعة ، أما عنصر الإرادة فيوضع في المرتبة الثانية ، بوصفه الوسيلة النموذجية اللازمة لإعمال ((المصلحة)) التي هي الغرض

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 590 .

العملي للحق ، ولذا عرف الحقّ ، وفقا لهذا التوجّه ، بأنه مصلحة تحميها سلطة إرادة الإنسان أو هو مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون بإعطاء صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة . ويتزعم هذا التوجُّه الفقيه الفرنسي "ميشو" ، إذ يقول : (أن الإرادة لا تُحمى من أجل ذاتها ، فلا يحظى كل فعل إرادي بمساندة القانون ، بل ان القانون يميز بين مظاهر الإرادة الواحدة ، يحمي البعض ويخذل البعض . ان ما يريد القانون رعايته حينما يقر إرادة ما ، ليس هو الفعل الإرادي في حد ذاته بل مضمونه ، فالمرء يستحيل عليه أن يريد إلاّ إذا أراد شيئا معينا ، هذا الشيء هو محل الحماية القانونية ، ليس لمجرد أنه أريد ، بل لأنه يطابق المثل الأعلى أياً كان الذي يدين به المُشرِّع في مجال النظام والعدالة . ان القانون يحمي لا الإرادة بل المصلحة التي تعبر عنها هذه الإرادة) [1] . فالمصلحة هي العنصر الأساسي في الحقّ . بيد أن هذا لا يعني أن الإرادة بدورها ليست عنصرا جوهريا فيه ، هي عند "ميشو" عنصر أكثر ثانوية ، لأنها ليست السبب المؤدي إلى الحقّ ولا هي تكمن بالضرورة في صاحب الحقّ . ومن ثم يعرف "ميشو" الحقّ بأنه " مصلحة شخص أو مجموعة أشخاص ، يحميها القانون ، بواسطة السلطة المعترف بها لإحدى الإرادات بتمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها " . وصاحب الحقّ هو الكائن (الجماعي أو الفردي) الذي يجري ضمان مصلحته[2] .

---

(1) نقلاً عن : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 590 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

والجديد في هذا التوجُّه هو ان الإرادة لم يعد دورها ، مثلما كان في نظرية "اهرنج" ، دورا باهتا وثانوياً يقتصر على سد ((الفراغ)) ، الذي يتركه القانون في تحديد طريقة الانتفاع بالحقّ ، بل صار دورها إيجابيا يتوقف عليه إعمال الحقّ وحمايته مع إعطاء الغلبة للمصلحة[1] .

وقد تعرَّض هذا التوجُّه لقدرٍ معينٍ من التصحيح على يد الفقيه الألماني "تون" ، كما تُعد محاولته تصحيحاً لنظرية "اهرنج" ؛ إذ يرى ان مجرد حماية المصلحة لا يرقى بها إلى مستوى الحقّ ، إذا لم تكن هذه الحماية بيد الشخص نفسه صاحب المصلحة ، واستند إلى وجود مصالح محمية دون حقوق تقابلها . فمثلا ، ان الصناعات المتمتعة بحماية جمركية لها مصلحة في ذلك ، ومصلحة محمية من الدولة ، مضمونها التخلص من المنافسة الأجنبية لكن ليس لهذه الصناعات حقّ في الحماية الجمركية . فالدولة حرة في تغيير التعريفة الجمركية كما تشاء . ثم أن كل حماية لمصلحة عامة تشمل بالضرورة عددا لا يحصى من المصالح الفردية ، دون أن تولد حقوقا مقابلة ، ويكفي التذكرة بمجال لوائح الضبط ، وما ترتبه من علاقات بين الأفراد ، دون أن يتمتعوا بحقوق شخصية . فالعامل الحاسم - في نظر تون - هو طريقة الحماية . ان المصلحة تصبح حقًّا ، حينما يضع القانون في يد شخص نفسه ، وسيلة التخلص من اعتداء الناس ، ويترك له تقديرا استعمالها . ان مكنة المطالبة

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 89 . ولاحظ أيضاً : د . حسن كيرة ، ص 426 .

هي معيار الحق[1] .

يقر "تون" بأن تعريفه يقترب حثيثا من تعريف "اهرنج" للحق ، ويميز تون بين النواة (المصلحة) ، والقشرة الحامية (حماية القانون) ، لأن القشرة - في نظره - هكذا يقول تون - ليس غاية بل وسيلة - ، تمكّن من متعة حالية أو مستقبلة . هو من المصلحة كالسور من الحديقة ، وكما أن الحديقة لا تدخل ضمن مفهوم السور الذي يحيط بها ، كذلك المصلحة لا تندرج في مفهوم الحقّ الذي يحميها . ويخلص تون إلى أن الحقّ ليس مصلحة يحميها القانون ، بل " وسيلة لحماية المصلحة " . وقد انضم إلى "تون" عدد كبير من الفقهاء[2] .

104) - ثانياً : التوجّه القائم على تغليب عنصر الإرادة :

ويذهب إلى وضع عنصر الإرادة في المحل الأول ، فالحقّ بموجبه سلطة الإرادة الإنسانية التي يعترف بها القانون ويحميها ، والتي تنصب على مال أو مصلحة ، أو هو قدرة الإرادة على إشباع مصلحة يحميها القانون . وفي هذا المعنى يورد البعض عن أصحاب هذا التوجّه : ((يوجد الحقّ حين يكل النظام القانوني إلى صاحب المصلحة تحقيق غرض معترف به ، أي إشباع مصلحة معترف بها ، ويمنحه في سبيل

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 591 .

(2) لاحظ المرجع السابق نفسه .

حماية هذه المصلحة سلطة قانونية ، هي لب الحقّ)) [1] .

وقد عاب "سالي" على "ميشو" أنه وضع في المرتبة الأولى محل الحقّ بدلا من صاحبه ، فليس صحيحا - والقول لـ "سالي" - أن نفسخ الدور الأول بل الدور المانع للإرادة كما يفعل الفقه التقليدي ، حتى لا يتخلص الحقّ من رباط التبعية الاجتماعية ، ويتحول إلى علاقة فردية محضة . " أنا أفكر ، فإذن أنا موجود " ، هكذا كان يقول "ديكارت" . " أنا أريد ، فإذن أنا لي حقوق " ، هكذا يزعم الفقه التقليدي . غير ان الناس - يستطرد سالي - في حالة تبعية اجتماعية . ان الحقّ ليس إرادة تمارس ، بل هو ، طبقا لعبارة "اهرنج" ، غاية عليا تضع الإرادة وان كفّت عن أن تكون غاية فهي لا زالت وسيلة . " والوسيلة حينما تكون ضرورية لتحقيق الهدف تظل عنصرا جوهريا في تعريف النظام الذي يربط بين الغاية والوسيلة " [2] .

كما يرى "سالي" (أن إعطاء الإرادة دورا تبعيا ، قد يُفضي إلى جعل حماية المصالح التي يحميها القانون متوقفة على مشيئة الدولة ، وأن هذا يجري مجرى إنكار وجود الحقّ ، ولذا كان أقل ما يجب عند "سالي" هو أن توصف الإرادة الفعالة بأنها إرادة قائمة بذاتها كي يتأكد الشعور بأن هناك سلطة ، غير السلطات العامة ، تقوم على حماية الحقّ ، ومن هنا

---

(1) الكلام لأحد الفقهاء الأوربيين أورده الأستاذ "دابان" في كتابه ، نقلا عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 90 ، هامش 6 .

(2) د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 591 .

وجب في رأيه أن توضع في المحل الأول فكرة السلطة التي هي السمة المُمَيِّزة للحق ، إذ الحقّ شيء حي وليس قوة ساكنة . أما إذا وصف الحقّ بأنه مصلحة كان هذا اقتصارا على النظر للحق من حيث هدفه لا من حيث نشاطه المحسوس . ان الحقّ سلطة تعمل ، والسلطة لا تكون إلاّ حيث توجد إرادات تعمل على تحقيقها) .[1] وهذا يعني أنه إذا اقتصرنا على فكرة المصلحة دون أن نلحق بها ما يطابقها من إرادية ذاتية ، فيخشى أن نكل حماية الحقّ إلى السلطة البوليسية للدولة وحدها ، وهذا يعني إنكار الحقّ . والأمر لا يختلف إذا خصصنا للإرادة دورا تابعا . لا توجد حقوق إلاّ إذا أفسحنا مجالا كبيرا للمبادأة الفردية . اذن ، يجب عدم جذب عنصر الإرادة ولا انزاله إلى المرتبة الثانية .[2] .

غير أن اعتبار الحقّ - ولو كانت هذه السلطة قائمة على إعمال الإرادة - لا يعني أن الحقّ هو الإرادة ، فقد تنتمي سلطة لشخص دون أن يباشر الشخص هذه السلطة بنفسه . ولذا يكفي عند "سالي" أن يقال أن الحقّ سلطة ، أما الإرادة فتكون مجرد وسيلة لإعمال الحقّ . ويخلص "سالي" من هذا إلى تعريف الحقّ بأنه ((سلطة مسخرة لخدمة مصالح ذات طابع اجتماعي ، تمارسها إرادة مستقلة بذاتها)) [3] .

---

(1) نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 90 .

(2) لاحظ : د . ثروت أنيس لأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 591 .

(3) د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 592 . ود . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 91 .

المقصد الثاني

النقد الفقهي لتوجهات الجمع بين نظريتي الإرادة والمصلحة

105) - منطلق النقد الفقهي لتوجهات الجمع :

انطلق الفقه نقداً لهذه التوجّهات من منطلق منطقي مقبول ، أساسه انه إذا لم يكن الحقّ قدرة أو مصلحة ، فإن الجمع بين القدرة والمصلحة في تعريف واحد لا يضيف جديداً في الكشف عن جوهر الحقّ . ولهذا يعيب النظريات المختلطة ، سواء منها ، أو تلك التي غلبت عنصر المصلحة وما غلبت عنصر الإرادة ، ما يصيب كل من النظريتين السابقتين من وجوه النقد[1] .

فمن جهة لم يسلم تعريف "ميشو" من النقد ، فقد لاحظ "ديگي" - على الرغم من إنكاره فكرة الحقّ - أن الحقّ ، حتى لو تأسس على المصلحة وحدها ، فإنه لا يبدو جليا إلاّ حينما تتأكد المصلحة خارجيا عن طريق تعبير إرادي من قبل صاحب الحقّ أو من قبل شخص آخر . فالحقّ هو في النهاية سلطة إرادية . ومن جهة أخرى لم ينج تعريف "سالي" هو الآخر من النقد ، على يد الوضعيين ، إذ الحقّ يتوقف حتميا على إرادة الدولة ، سيدة القانون خالق الحقوق وحاميها . والنتيجة تظل واحدة ولو عرضنا الحقّ من خلال إرادة صاحبه ، لأن الإرادة ليست أعلى من القانون ، بل أن خضوعها له هو من قبيل الفرضيات [2] .

هكذا لم تسلم من التجريح كافة المحاولات لترتيب عناصر

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 28 .

(2) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 591 .

الحقّ داخل الاطار التوفيقي الذي رسمه "يلينيك" . إذ أن محصّل هذه التوجهات هو أن المصلحة والإرادة لا تعدُّ كلتاهما من جوهر الحقّ . ان الحقّ سلطة وكفى ، سلطة تكون في ذاتها مستقلة عن الإرادة ، ذلك أنه لو كانت الإرادة من جوهر الحقّ بحيث لا يوجد الحقّ إلاّ بوجودها لوجب أن تكون هذه الإرادة هي إرادة صاحب الحقّ لا إرادة شخص آخر ، ولو كان هذا الشخص نائبا عن صاحب الحقّ . بخلاف استعمال الحقّ ، استعمالا ماديا أو قانونيا ، فهذا يقتضي عادة أن تكون هناك إرادة ، ولكن لا يلزم أن تكون هذه الإرادة إرادة صاحب الحقّ نفسه ، وان انزال الإرادة إلى مستوى استعمال الحقّ ليؤدي إلى إسقاط الإرادة من عناصر وجود الحقّ . ومن ثم يكون مؤدى ((أن الحقّ سلطة وكفى)) ، ألا تتوقف هذه السلطة من حيث نشوؤها لا على الإرادة ولا على المصلحة التي تستعمل الإرادة في خدمتها [1] .

على أنه مهما يكن من أمر هذا التغيير في وضع كل من الإرادة والمصلحة فإن كل الجدل الذي ثار بين أنصار النظريات المختلطة بشأن أولوية أحد العنصرين على العنصر الآخر هو جدل عقيم لا طائل تحته : فسواء أكان الحقّ مصلحة تخدمها الإرادة ، أو كان إرادة في خدمة مصلحة ، فإن النظريات المختلطة تتفق جميعا في أن الإرادة والمصلحة يدخلان في عداد العناصر التي يتكون منها الحقّ . ثم أن حل مسألة ماهية الحقّ لا يأتي من طريق الجمع بين تصويرين متعارضين والا اجتمعت عندئذ كل الاعتراضات التي تتوجه على كل

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، 91 .

من "سافيني" (الإرادة) ، و"اهرنج" (المصلحة) . فإذا لم يكن من الجائز اعتبار الحقّ مصلحة ولا اعتباره إرادة فكذلك لا يجوز اعتباره مركبا من المصلحة والإرادة معا ، إذ لا يتكون من النفيين إثبات . ومن ثم لا يزال السؤال قائما ويقتضي حله البحث عما يكون في الحقّ من خصوصية تميزه عن المصلحة التي تخدمها الإرادة أو عن الإرادة التي تكون في خدمة المصلحة [1] .

المطلب الثاني
الاتجاهات المستطرفة في تحديد هُويّة الحق

106) - هجر الأفكار القديمة :

بدأت في أواسط القرن المنصرم (العشرين الميلادي) ، محاولات جدّيّة رائدة في مجال تحديد هُويّة الحقّ [2] ، حاولت أن تغيّر من الاتجاهات والتوجهات القديمة التي انطلقت من نظريتي "سافيني" و"فندشايد" في الإرادة ، و"اهرنج" في المصلحة ، وانطلقت في تحديد ماهية الحقّ من منطلقات أخرى ، تكمن في المشروعية من جهة ، والمركز القانوني من جهة ثانية ، والانتماء من جهة ثالثة ؛ نعالجها جميعها ثمّ نناقش توجهاً حديثاً لبعض الفقه في تعريف الحقّ . وفيما يأتي نتناول هذه الاتجاهات في الفروع الثلاثة الآتية :

---

(1) لاحظ لمرجع السابق نفسه ، ص 92 .

(2) ارتأينا ألاّ نماشي الفقهاء والكتاب في إطلاق كلمة الحديثة عليها ، لأن الكتب التي أطلقت هذه الصفة عليها ، كانت قد صدرت بعد ظهورها بسنوات قليلة ، إذ تعود هذه المؤلفات إلى عقدي الستينات والسبعينات ، لذا ارتأيتُ إطلاق صفة المستطرفة عليها ، لأنها أضافت وحدّثت وطوّرت من الاتجاهات والتوجّهات القديمة ، لكنها - الآن - ليست حديثة ، وإن بقيت شائعة عنها هذه الصفة إلى يومنا هذا .

الفرع الأول
نظريتي المشروعية والمركز القانوني

نعالج كل نظرية من هاتين النظريتين في مقصدٍ مستقل :

المقصد الأول
نظرية المشروعية

107) - منطلق نظرية المشروعية :

تزعّم هذه النظرية الفقيه الايطالي "باربيرو" ، إذ يرى ان عناصر الحقّ ثلاثة : سلوك ، ومصلحة ، ومشروعية . وهذه العناصر ليست على درجة سواء من حيث اسهام كل منها في تكوين جوهر الحقّ . وفيما يأتي نتناول مضمون النظرية في فقرة ، والنقد الموجّه إليها في فقرةٍ ثانية .

أولاً : مضمون نظرية المشروعية :

108) - تعريف الحقّ من خلال عناصره الثلاثة :

عناصر الحقّ ، على وفق هذه النظرية ، ثلاثة : هي السلوك والمصلحة والمشروعية [1] :

أ/- فالسلوك ، بوصفه هيئة تتعلق بالشخص ، وهو مكنة طبيعية فيزيائية لا تنشأ من النظام القانوني ، وليست أثرا للقاعدة القانونية . وهو ، وإن كان لازما

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 93 .

لتيسير التعبير عن الحقّ ، ليس مع ذلك من جوهر الحقّ ، بل هو متحقق في جميع الناس في آن واحد (فيما عدا عديمي الأهلية) ، وهو لا يمثل إلاّ مرحلة الاستعمال فيه . فالحقّ يعدُّ كاملا في مرحلته الاستاتيكية قبل الدخول في مرحلة الاستعمال الديناميكية بل وبغير هذا الدخول .

ب/- والمصلحة ، وهي مجرد عنصر غائي ، هي الغرض العملي للحق . ولذا لم تكن من جوهر الحقّ في شيء - بخلاف مذهب "اهرنج" - ، ومع ذلك لزم ذكرها ، إذ أن مظاهرها الخارجية تساعد ، ما أمكن ، على بيان ما يمثله الحقّ في النظام القانوني ، أي بيان وظيفته ؛ صحيح أن وظيفة كل شيء إنما تستمد من طبيعته وجوهره ، وتكون مناسبة معه ومطابقة له ، ولكنها مع ذلك لا تعدُّ من مقوماته .

ج/- أما العنصر الثالث ، وهو أهم العناصر ، فهو المشروعية ؛ فالعنصرين الأولين لا يتصلان بفكرة الحقّ ، إلا من حيث أن أحدهما يبين مضمون المشروعية ويبين الآخر هدفها . أما الذي يكشف عن لب الحقّ ويعطيه وصفه القانوني فهو عنصر المشروعية ذاته .

وهذا العنصر لم تُتحْهُ الطبيعة للشخص ، وإنما يظهر في الشخص بناءً على القاعدة القانونية ، فليس هو بالشيء الذي يشترك فيه الناس كافة ، بل يكون مقصوراً على من يُعَدُّ صاحب الحق[1] .

---

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه . ويُضيف : (وتختلف المشروعية في طبيعتها عما يسمى ((بالسلطة)) أو ما يعبر عنه بعبارة ((تشخيص القاعدة القانونية في الفرد)) ، إذ تدل فكرة ((السلطة)) على الأمر الذي ينبعث من الشخص لا من النظام القانوني ، أما المشروعية فلا يمتزج مضمونها البتة بفكرة الأمر ، فهي ، وأن نشأت من أمر يفرض واجبا ، لا تسهم أي إسهام في تكوين هذا الأمر .

←

وبذلك يحتل الحقّ من الناحية التصويرية مركزا ثالثا ، قائما برأسه إلى جوار كل من الواجب والقاعدة القانونية ذاتها . ومما يعزز هذا الوضع أن فكرة المشروعية يقابلها تقويمان آخران متعارضان ، ينتهيان بحكمين ، أحدهما ((بالمديونية)) وثانيهما ((بعدم المشروعية)) . وبذلك يجتمع لدينا تقويمات ثلاثة هي : المديونية ، والمشروعية ، وعدم المشروعية . وتستغرق هذه التقويمات الثلاث طوائف أساسية . فالمديونية يقابلها ((الواجب)) ، والمشروعية يقابلها ((الحقّ)) ، وعدم المشروعية يقابلها ((الجريمة)) . وبذلك يكون حاصل فكرة الحقّ هو فكرة المشروعية ، ولذا يعرف "باربيرو" الحقّ بأنه ((مشروعية مسلك يستهدف تحقيق مصلحة)) [1] .

ثانياً : نقد نظرية المشروعية :

109) - تعريف الحقّ بما يخرج عن ماهيته :

يُؤخذ على التعريف الذي قدمته نظرية المشروعية ، أنه يعني بمسلك صاحب الحقّ دون مسلك الغير ، فكان لهذا أقرب إلى تعريف المكنة القانونية منه إلى تعريف الحقّ ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، أن صاحب هذه النظرية قصد

←

ثم إن هذا العنصر يختلف كذلك في جوهره عما كانت تسميه المدرسة التاريخية ((بسلطة الإرادة)) . فتعد السلطة ، الدال على القوة ، وتعد السيادة ، الدال على الاستقلال والتسلط ، ليس أيهما بالذي يهم العنصر التصويري للحق ، فالسلطة أجنبية عنه والسيادة نتيجة له ، وهي عميقة الصلة بالشخص . إنما الذي يهم فكرة الحقّ هو تقويم مسلك شخص ازاء إرادة القانون ، ينتهي إلى حكم بالمشروعية ، من هذا التقييم وحده تنشأ فكرة الحقّ كما تنشأ منه فكرة الواجب وفكرة الجريمة) .

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 94 .

بها ألا يرد عليها الاعتراض الذي ورد على نظرية "سافيني" ، من حيث انها لا تستطيع أن تفسر كيف أن من لا عقل له ولا إرادة ، يصلح لاكتساب الحقّ ، وهذا واضح مما خرجت به نظرية "باربيرو" في أن لب الحقّ هو فكرة المشروعية . والمشروعية لا تعبر عن وضع نفساني عند الشخص ، بل تعبر عن المضمون الموضوعي في العلاقة وتكيّف هذا المضمون في ضوء مضمون القاعدة القانونية ، وهذا يستقيم مع جواز اكتساب عديم الأهلية هذه الحقوق (وجواز تحمله بالواجبات) ، وذلك لأن المعول عليه هنا ليست الطريقة التي يستطيع الشخص بها أن يباشر مضمون حقه أو مضمون التزامه ، بل المعول عليه هو انتماء مضمون الحقّ إلى من له الحقّ [1] ، وهذا ما لم تستطع هذه النظرية الوصول إليه . ثمَّ أنها أتت بفكرة خارجة عن ماهية الحقّ لتقول أنها لب الحقّ وجوهره ، وهذا لا يستقيم مع قواعد المنطق في تحديد الماهيات .

المقصد الثاني
نظرية المركز القانوني

ونتناول مضمونها في فقرة وتقويمها في فقرة ثانية .

أولاً : مضمون نظرية المركز القانوني :

110) - نظرية الأستاذ "روبييه" :

صاغ الأستاذ "روبييه" نظريته عن الحقّ في مؤلفه عن "الحقوق الفردية

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 95 .

والمراكز القانونية"[1] . فقد اقترح تحديد نطاق الحقّ على نحو ضيق ، ليحفظ للفكرة تجانسها ودقتها ، فبحسب رأيه أنه إذا كان هناك غموض يحيط بلفظ ((الحقّ)) فإن ذلك راجع إلى استخدام هذا اللفظ على نحو واسع جداً ، وبمعاني مختلفة . ولذلك يجب إعادة النظام إلى الأفكار وتبني لغة فنية محددة[2] .

وفي وجهة نظره أن الإصرار الشديد على اصطلاح ((الحقوق)) أدى إلى تكوين نظرة جزئية جدا للواقع القانوني ، فالقانون قد كفل الحماية أيضاً لقيم قدَّر أن لها اهمية مع انها تفرض واجبات معينة ، ومن ناحية أخرى فإنه غالباً لا توجد ميزة خالصة تماماً ، ولا واجب لا يقابله أي ميزة . **فالحقوق والواجبات تتقاطع في المراكز القانونية** . حيث أنه يتلاءم أكثر مع تطبيق القواعد الوضعية على الأفراد . وفي هذا الصدد يرى أن هناك تفرقة أساسية تفرض نفسها بين طائفتين من المراكز القانونية : في الطائفة الأولى يحتل عنصر الميزة أو المكنة المرتبة الأولى بالنسبة لصاحب المركز ، هذه هي المراكز الذاتية أو الشخصية . وهذه المراكز تهدف بصفة أساسية إلى إنشاء الحقوق بدلا من الواجبات . في هذه الطائفة الثانية نجد أن عنصر الواجب ، أو التكليف ، هو الغالب ، وهذه المراكز الموضوعية . وهي تهدف إلى إنشاء الواجبات بدلاً من الحقوق[3] .

---

(1) (الصادر في باريس عام 1963) . وتبدأ هذه النظرية بالتفرقة بين "القاعدة القانونية" و"المركز القانوني" . (لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 39) .

(2) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 31 .

(3) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 31 .

وتنطلق نظرية الأستاذ "روبييه" من إجراء التفرقة بين القواعد القانونية والمراكز القانونية ، فالقواعد القانونية تتميز بأنها عامة مجردة ، وهي تواجه تقابلاً بين المصالح التي تقوم بالموازنة بينها لتحديد مركز كل من أصحابها ، ومعنى ذلك ان القواعد القانونية إنما تحدد المراكز القانونية لأصحاب المراكز المتقابلة ، والتي تعدُّ مراكز فردية ؛ كل مركز من هذه المراكز الفردية – بحسب هذه النظرية – يتمتع بثلاث خصائص هي[1] : الشرعية ، احترام الغير ، الجزاء . أما الشرعية فمعناها أن يتطابق المركز القانوني مع القاعدة القانونية التي تنظم المجتمع ، وهذه الشرعية يتم تقديرها ووزنها اما وفقاً لسند اتفاقي أو قانوني أو قضائي . وبالنسبة لاحترام الغير للمركز ، فمعناه أن يكون المركز القانوني حجة على الغير ، وهذا الغير قد يكون هو الناس جميعاً – الكافة – وقد يكون شخص معين بالذات في أحوال أخرى . واما الجزاء فمعناه أن يتمتع المركز القانوني بحماية قانونية من جانب السلطات القضائية ويستمد وصف "القانوني" من هذا الجزاء المقرر له [2] .

---

(1) لاحظ : د . حمدي عبد الرحمن أحمد ، ص 33 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 39 . (أما الحقوق ، فبالنسبة له ، يجب ألا تشمل كل الحالات التي يكون للشخص فيها سند أو مبرر أمام المحاكم ، وإنما تقتصر فقط على الفروض التي يوجد فيها مكنة أو ميزة محددة أو مخصصة على غرار مال معين . فهذه المكنة تكون قابلة من حيث المبدأ للانتقال الذي يتضمن بطبيعة الحال إمكانية التنازل عنها من جانب صاحبها . ولذلك فإن هذه المكنات أو المزايا مكفول حمايتها عن طريق الدعوى . على هذا الأساس توجد ميزة يستطيع المستفيد أن يقتضيها . فهذه الميزة تكون مال معين يستطيع صاحبه أن يتصرف فيه ؛ ويقصد بكلمة تصرف هنا ، ((التصرف بالمعنى القانوني)) ، أي الإمكانية في التصرف ، والنزول عن المال ، ولذلك فإنه في كل مرة تجتمع هذه الصفات تكون هناك حماية عن طريق الدعوى . هذه هي العناصر الحقيقية للحقوق ((الحاجزة أو المانعة)) . وتصادف ذلك في حقّ الملكية ، وحق الشخصي ، وحق المؤلف دون الحقوق المزعومة ، كالحقّ في الحياة ، وسلامة البدن ، أو في الحريات ، في الواقع هذه الحقوق المزعومة تمثل قيم معينة لا يمكن النزل عنها ، في الوقت الذي تمثل فيه رخصة النزول خاصية ملازمة ←

فالمراكز القانونية هي مجموعة من المكنات والواجبات المتقابلة التي يقررها القانون لمواجهة المصالح المتقابلة للأشخاص والجماعات ، وان مضمون المراكز القانونية يتحلل إلى مكنات وواجبات . فأما المكنات فتخول لمن تتقرر له اتباع أو اقتضاء مسلك محدد ، واما الواجبات فتفرض على من تقع عليه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . ولمّا كانت حقيقة المكنات والواجبات التي تتضمنها المراكز القانونية لا تختلف باختلاف هذه المراكز ، فإن نوعية تلك المكنات والواجبات تختلف في بعض المراكز القانونية عنها في البعض الاخر ؛ ويرجع هذا الاختلاف بين نوعية المكنات والواجبات إلى ان المصالح التي تقرر المكنات والواجبات تحقيقاً لها تنقسم إلى نوعين [1] :

نوع أول يتضمن مصالح ذاتية تخص الشخص الذي تقررت له هذه المكنات ، وهذا هو الشأن في الحريات الشخصية التي تهدف مباشرة إلى تحقيق المصلحة الذاتية لكل شخص .

ونوع ثاني يتضمن مصالح غير ذاتية لا تخص الشخص الذي تقررت له هذه المكنات ، وإنما تخص سواه ، فتكون مصلحة جماعية أو غيرية أو يشترك فيها مع سواه فتكون مصلحة مشتركة ؛[2] وعلى أساس اختلاف المصالح على النحو

←

للحق ، وهذا لا يعني على الإطلاق أن الفرد لا يستطيع أن يستفيد من الناحية القانونية إلا من المزايا التي تستجيب لمقتضيات الحقّ ، لكن هناك آليات أخرى ، وأفكار أخرى تدخل في حيز التطبيق ، وتسمح بذلك) . نقلاً عن : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 32 .

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 40 .

(2) "من ذلك سلطة اجهزة الجماعات العضوية التي لا تتقرر لمصلحة هذه الاجهزة وإنما لمصلحة جماعية ، ومن ذلك ايضاً سلطة الوصي التي لا تتقرر لمصلحته وإنما لمصلحة القاصر ، ومن ذلك ايضاً ←

المتقدم يقسم الأستاذ "روبييه" المراكز القانونية إلى نوعين[1] :

- مراكز شخصية .

- ومراكز موضوعية .

111) - نوعا المراكز القانونية في نظر " روبييه " :

أ - المراكز القانونية الشخصية (أو الذاتية) :

وتنشأ هذه المراكز من الناحية القانونية عن طريق عمل إرادي أو عن طريق القانون ، وتتضمن هذه المراكز نوعاً من المكنات والواجبات هدفه المباشر تحقيق مصلحة ذاتية للشخص الذي تقررت له هذه المكنات ، وان كانت تتحقق من وراء ذلك بطرق غير مباشرة مصلحة لشخص اخر أو مصلحة عامة ترتبط بتلك المصلحة الذاتية المباشرة [2] .

ويلاحظ ان المراكز القانونية الشخصية بما تخوله من مكنات إنما تتضمن أساساً قدرة التنازل عنها . وفي هذا النطاق فقط يمكن التحدث عن الحقّ الذاتي بمعناه الصحيح والذي يتميز - عند الأستاذ "روبييه"- بخصائص ثلاثة [3] :

1- انه يتضمن مكنة أو ميزة يتمسك بها المستفيد من المركز (أي صاحب الحقّ) .

←

السلطة الابوية التي تتقرر لمصلحة كل من الاب والابن" . المرجع السابق نفسه .

(1) لاحظ : أحمد محمد الأيوبي ، القانون المدني اللبناني للأموال ، ج 1 ، لبنان ، 2007 ، ص 35 .

(2) لاحظ : د . حمدي عبد الرحمن أحمد ، ص 34 .

(3) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، ص 41 .

2- ان هذه المكنات القانونية التي يخولها الحقّ إنما تعد مالاً حقيقياً يوضع تحت تصرف صاحب الحقّ ، الامر الذي يفيد تملكه له وقدرته في نقله إلى الغير .

3- أن تلك المكنات التي يخولها الحقّ والتي تتضمن القدرة على التصرف ، تتضمن ايضاً القدرة على التنازل عنها .

ويقرر الأستاذ "روبييه" انه في كل حالة يتوافر فيها الحقّ على النحو السالف ، فإن الدعوى القضائية تقوم حتماً لحمايته ؛ كما يذهب ايضاً ان الحقّ في المعنى السابق ، يتوافر ، في حالات محددة ، في اطار القانون الخاص وإطار القانون العام ؛ ففي نطاق القانون الخاص ، يدخل في مفهوم الحقوق ، الحقّ الشخصي والحقّ العيني وحقوق الملكية الصناعية ، والحقوق التي ترد على التركة ، وكل هذه الحقوق تدخل فيما يسمى بالحقوق المالية ، اما في نطاق الحقوق الادبية فيوجد حقّ المؤلف أساساً ؛ وفي نطاق القانون العام توجد مكنات محددة يمكن أن يطلق عليها وصف الحقّ وهي مكنات مالية ذات طابع خاص ، ومثالها حقّ الوحدات الإدارية على املاك الدولة الخاصة ، والحقوق التي تترتب للأفراد نتيجة بعض الانظمة القانونية كنظام امتياز المرافق العامة ونظام إصدار القروض العامة ، وبعض الحقوق الشخصية الخاصة كحق الموظف في الحصول على راتبه عند حلول أجله [1] .

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 42 .

ب - المراكز القانونية الموضوعية (غير الذاتية) :

وتتضمن هذه المراكز نوعاً من المكنات والواجبات هدفه المباشر تحقيق مصلحة غير ذاتية ، جماعية أو مشتركة ، لا تخص الشخص الذي تقررت له هذه المكنات ، وان كانت قد تحققت من وراء ذلك وبطريقة غير مباشرة مصلحة ذاتية للشخص ، لما بين هذه المصلحة غير المباشرة والمصلحة المباشرة من ارتباط ، وطالما ان المكنات في هذه المراكز تتقرر تحقيقاً لمصالح غير ذاتية ، فإن الطرف الذي تتقرر له هذه المكنات تكون وظيفته أو مهمته رعاية تلك المصلحة الجماعية أو الغيرية المشتركة ، بحيث يقع عليه واجب رعايتها ؛ أي أن هذه المراكز لا تتقرر للوفاء باحتياجات فردية ، بل لإشباع اغراض تتعلق بالصالح العام ، ولذلك فهذه المراكز لا تترجم مزايا تسند إلى الأفراد ، بل تقرر واجبات تلقى على عاتقهم ؛ وفي هذا النوع من المراكز يتدخل القانون لتوجيه العلاقات بمقتضى قواعد ذات صفة آمرة في اغلب الحالات . وتنقسم المراكز القانونية الموضوعية - لدى "روبييه"- إلى قسمين[1] :

1- مركز رد الفعل :

وتمثل هذه المراكز مجرد رد فعل النظام القانوني ازاء واقعة معينة أو تصرف معين ، وتكون الاثار التي يرتبها النظام القانوني لا تعكس إطلاقاً رغبة من ارتكب الفعل أو قام بالتصرف . وتتميز هذه المراكز بعدم اسبقية أي حقّ على الدعوى القضائية . ومثالها حالة الاثراء بلا سبب ، ودعوى البطلان أو الفسخ للتصرف

(1) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 33 .

القانوني ، هذا بينما يتميز المركز القانوني بسبق وجود الدعوى القضائية [1] .

2- المراكز التنظيمية :

وتتميز هذه المراكز بسبق وجودها على الدعوى القضائية ، وترتب نتائج وآثار قانونية يستقل النظام القانوني بتحديدها بصفة أساسية ، ويغلب فيها مفهوم الواجب على مفهوم الحقّ ؛ ويلاحظ ان هذه المراكز يتدخل الشخص في إنشائها عن طريق التصرف أو الواقعة القانونية ، ولكن دوره يقف عند هذا الحد ، لأن القانون هو الذي يتولى تحديد مضمون المركز القانوني ، ويعمل على ترتيب حقوق والتزامات اطرافه ، ومن امثلة هذه المراكز ، علاقة البنوة ، السلطة الأبوية[2] ...

ثانياً : نقد نظرية المركز القانوني :

112) - النظرية لم تُقدِّم تعريفاً :

لا نرى في هذه النظرية أنها قدّمت تعريفاً معيناً للحق ، إذ أنها انطلقت من فكرة الأستاذ "ديگي" في استبدال فكرة المركز القانوني بفكرة الحقّ ، بعد ما أنكر وجودها ؛ وهذه النظرية قدمت تصويراً وتعريفاً للمركز القانوني كمخلوق من مخلوقات القانون ، دون أن تدخل في ماهية الحقّ ، ولا شك أنها فشلت في فهم فكرة الحقّ قبل أن تفشل في تحديد هُويته .

كما أن التحديد الضيّق الذي أعطاه "روبييه" لفكرة الحقّ ، أتى مجانباً للواقع

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 43 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 43 .

القانوني الراهن ، إذ أن هناك طائفة من الحقوق حُجبت عنها صفة الحقّ ، وهي في الواقع القانوني تنمو بشكل ملحوظ ، وأضحت مكرسة فقهاً وقضاءً ، وهي حقوق الشخصية ، لأنها لصيقة بالشخص ذاته ، مثل الحقّ في الاسم والحقّ في الصورة والحقّ في سلامة الجسد والحقّ في حرمة الحياة الخاصة وغيرها ؛ ومن ناحية ثانية يُعيب البعض على هذه النظرية ، الخلط بين الحقّ وموضوعه ، إذ من الاختلاف بين مواضيع الامتيازات ، استخلص "روبييه" الفروقات بين هذه الامتيازات ذاتها [1] .

كما أن هذه النظرية تذكرنا بنظرية "ديگي" ، لكن هذه النظرية ليس لها نفس المنطلق ، فالأمر لا يتعلق هنا بإنكار وجود المكنات أو الميزات الفردية ، وإنما يتعلق فقط بوضعها في مكانها الصحيح . وعلى ذلك فإن الوقوف عند هذا الجانب الجزئي للمراكز القانونية ، التي تتكون من مزايا تخولها القواعد القانونية ، يؤدي إلى عدم إمكان تسمية ذلك ((بالحقوق)) [2] . وهنا يبرز البعد الوضعي للنظرية ، فالحقوق ليست جميعها وضعية بل هناك حقوق طبيعية .

113) - النظرية تخلط الحقّ بمحله :

ففضلاً من أن هذه النظرية تناقض ما جرى عليه العمل [3] ، فإنها خلطت بين

---

(1) لاحظ : أحمد محمد الأيوبي ، ص 38 .

(2) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 31 .

(3) فإذا كان هناك حرية ، من حيث المبدأ ، في استعمال المصطلحات ، إلا أن هذا مقيّد بعدم الاصطدام مع الاستعمال المستقر والراسخ للفكرة . فالأفكار الدقيقة التي قال بها هذا الفقيه تتعارض تماماً مع اللغة المألوفة والمستقرة في الحماية العملية . فإذا نظرنا إلى القضاء والتشريع نفسه نجد أنهما قد طورا طائفة من الحقوق يطلق عليها ((حقوق الشخصية)) (الأشخاص والأسرة) ، هذه الحقوق تنصب على ←

الحقّ ومحله ، ومن هنا يتساءل البعض فيما إذا كانت المعايير التي تم الالتجاء إليها لاستخلاص فكرة دقيقة وصارمة للحق التزمت تماماً بما هو أساسي ، فقد كتب أحد خصوم هذه النظرية أن ((الجهد المبذول من جانب "روبييه" لتحديد نطاق الحقّ قد وقع في خلط بين الحقّ ومحله : فمن الاختلاف بين محال المكنات قد استخلص الفارق بين هذه المكنات ذاتها)) ، فإذا كان يبدو مفهوماً الانشغال بالدقة التي تؤدي إلى تعريف محدد لكلمة ((الحقّ)) إلا انه لا يبدو أن الصفات المستخلصة يمكن أن تفرض نفسها بقوة ووضوح[1] .

الفرع الثاني
نظرية الانتماء

114) - نظرية "دابان" لتعريف الحقّ على أساس تحليله لأربعة عناصر :

قام الأستاذ جان دابان (وهو فقيه بلجيكي) في مؤلفه عن الحقّ ، والمنشور في عام 1952 ، بدراسة النظريات السابقة وتحليلها ونقدها ، ثم انتهى إلى أن تعريف الحقّ تحدده عناصر اربعة هي : 1 . عنصر الاستئثار أو الاختصاص أو الاسناد (نسبة الحقّ لشخص معين) . 2 . عنصر التسلط . 3 . ثبوت الحقّ في

← الشخص ذاته صاحب الحقّ ، وإذا كان بنيان هذه الطائفة من الحقوق لم يكتمل تماماً حتى الآن ، إلا أنه من الصعب أن ننكر اليوم أن الأمر لا يتعلق بحقوق بالمعنى الحقيقي للكلمة . فإذا أمعنا النظر سنجد ان هذا المصطلح قد أخذ فعلاً بمعناه الفني وليس كمجرد تعبير سهل أو موجز . ولذلك فإن أي تعريف يتجاهل أو يستبعد هذه الحقوق يكون منقطع الصلة بالواقع القانوني الحالي . (لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 34) .

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

مواجهة الغير . 4 . والحماية القانونية . وفيما يأتي نتناول مضمون النظرية في مقصد ، وتسليط الضوء على مواطن ضعفها في ثانٍ .

المقصد الأول

مضمون نظرية الانتماء

115) - عنصران داخليان وآخران خارجيان في الحقّ :

يرى الفقيه "دابان" أنه يجب لتعريفٍ الحقّ الوقوف على عناصره ، التي يتكون منها ويتميز بها . وعنده أن هذه العناصر أربعة : عنصران داخليان هما الانتماء والسلطة ، وعنصران خارجيان هما وجود الغير ، والحماية القانونية .

ومن مجموع هذه العناصر يعرف الأستاذ دابان الحقّ بأنه مكنة يسندها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحقّ أن يتصرف بمقتضاها فيما يملكه ، أو فيما هو مستحق له [1] .

---

(1) ويعد الاختصاص في الحالة الأولى مباشرا حيث ينصب على الشيء مباشرة (الحقّ العيني) ويعد في الثانية غير مباشر (الحقّ الشخصي) حيث لا بد من تدخل المدين لكي يتمكن صاحب الحقّ من الحصول على ما هو مستحق له . ونعرض فيما يلي لهذه العناصر بشيء من التفصيل . (لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 29) .

116) - أولاً : عنصر الانتماء (الاختصاص والاستئثار) [1] :

بحسب نظرية "دابان" فإن كل حقّ يقتضي وجود مال أو قيمة تنتمي لشخص بحيث يجوز لهذا الشخص أن يعد هذا المال أو هذه القيمة متاعا خاصا به ومقصوراً عليه . ولما كان الحقّ انتماء ، أو صلة انتماء شيء إلى الشخص ، بمعنى اختصاص شيء لشخص أو استئثار الأخير عليه ، فإنه تترتب على ذلك نتيجتان[2] :

---

(1) ينتقد الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي بعض الترجمات التي نقلت تعريف الحقّ على وفق نظرية "دابان" ، بأنه اختصاص أو استئثار ، وقد آثر اختيار لفظة انتماء بدلاً منهما لكي لا يبرز الجانب الإرادي في تعريف "دابان" للحق ، إذ يقول : ((وقد كان لتعريف ((دابان)) للحق أثره في فريق غير قليل من الفقهاء العرب مصريين وغير مصريين : غير أنه يلاحظ على التعريفات التي وردت في كتب هؤلاء الفقهاء أنها فهمت كلمة "Appartenance" على أنها استئثار : من ذلك تعريف الأستاذ إسماعيل غانم يقول ((الحقّ عبارة عن استئثار شخص بقيمة معينة استئثاراً يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جديرة بالرعاية)) ومن نفس القبيل تعريف الأستاذ شمس الدين الوكيل للحق بأنه استئثار شخص بقيم أو أشياء معينة استئثارا يخول التسلط والاقتضاء ، وكذلك تعريف الأستاذ سليمان مرقس للحق بأنه ((استئثار شخص بمزية يقررها القانون له ويخوله بموجبها أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة أو مستحقة له)) . غير أن فهم كلمة "Appartenance" على أنها استئثار إنما يخالف ما قصده ((دابان)) من هذه الكلمة ، فهو يقصد بهذه الكلمة معنى لا يقتضي لوجوده أي عمل إرادي من جانب صاحب الحقّ . ومعلوم أن كلمة استئثار أو اختصاص ، أو انفراد ، يقتضي كل منها وجود عمل إرادي ، وهذا ما أراده ((دابان)) أن يبتعد عنه حتى لا يرد عليه الاعتراض الذي ورد على تعريف ((سافيني)) لذلك فضلنا ترجم كاملة بالكلمة العربية ((انتماء)) التي تفيد التلقائية فلا تقتضي لوجود الحقّ أي عمل إرادي من جانب صاحبه)) . ص 110 . لكننا لا نرى أن في استخدام أي من المصطلحين دلالة على تدخل الإرادة ، إذ أعطت هذه النظرية للقانون دوراً بارزاً في تحديد هوية الحقّ ، فقد يقصد "دابان" من المصطلح الذي استخدمه استئثار القانون لشخص سلطة على شيء ، دون أن تلعب إرادة الشخص نفسها دور فيه .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 96 .

النتيجة الأولى ، هي أنه لم يعد يصح وصف المصلحة أو المنفعة بأنها جوهر الحقّ ، فليس صاحب الحقّ هو دائماً من ينتفع بالحقّ ، وان كان الغالب أن يكون صاحب الحقّ هو المنتفع به وأن يكون المنتفع بالحقّ هو صاحبه . ذلك لأن جوهر الحقّ يتحدد بكونه استئثارا أو اختصاصا من شخص لقيمة معينة ، تصبح بهذا الاختصاص أو الاستئثار منتمية إليه ، وهذا الاستئثار هو الذي يحقق المصلحة المقصورة ولكنه ليس المصلحة ذاتها . مثال ذلك ان استئثار المالك بالقيمة التي يمثلها الشيء يقصد به أن يحصل المالك على مزايا هذا الشيء ، هنا يتضح الفارق بين الاستئثار وهو جوهر الحقّ وبين المزايا والمنافع التي يؤدي إليها [1] .

وفكرة الانتفاع – سواء أكان ذا طابع اقتصادي أو أدبي ، حسبما تكون طبيعة المال اقتصادية أو أدبية – لا تطابق الحقّ دائما تمام المطابقة ، فقد تنقص عنه وتزيد عليه[2] :

(أ)فهي تنقص عنه ، كما في حالة واضع اليد أو المغتصب ، وكلاهما ينتفع بالشيء ، دون أن يكون لأيهما حقّ على ذلك الشيء ، ولذا كان

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 29 . ويُضيف : (هذا الاختصاص أو الاستئثار قد يمارس دون تدخل احد من الناس ، حيث يتمثل في علاقة مباشرة بين صاحب الحقّ والقيمة التي يرد عليها . فمن يملك دارا مثلا ، فهو يملكها دون سائر الناس ، وله الحقّ في الحصول على منافع هذه الدار دون أن يتوقف ذلك على تدخل احد ، فله أن يسكنه أو يؤجره أو يبيعه ، فالاختصاص هنا مباشر . وقد يمارس الاختصاص بطريقة غير مباشرة حيث يقتضي الحصول على المنافع تدخل احد الاشخاص وهو المدين ، حيث يجب عليه أن يفي بما التزم به طائعا مختارا ، فإن عصى عن الوفاء ، امكن اكراهه عن طريق السلطة العامة للوفاء بما عليه) .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 97 .

الأصل ألا يتمتع انتفاعهما بحماية القانون . ومن هنا يبين أنه لا يكفي انتفاع شخص بشيء ليعتبر هذا الشخص صاحب ذلك الشيء .

(ب) وقد تجاوز فكرة الانتفاع نطاق الحقّ ، حيث توجد بينونة مؤقتة بين الحقّ وبين المنفعة أو المصلحة ، كما في حقّ الانتفاع الذي يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ، إذ تكون ملكية الرقبة للمالك وتكون ملكية المنفعة للمنتفع ، ومعنى هذا أن المنتفع ، وان استحوذ على منافع الشيء كلها ، لا يعد مالكا لهذا الشيء . وعلى ذلك ، لا يجوز للوقوف على العنصر المُمَيِّز للحق ، تصوير الصلة التي تربط ما بين المصلحة وذي المصلحة على أنها صلة انتفاع ، بل يجب غدّها صلة انتماء . فحيث يتوافر عنصر الانتماء يوجد الحقّ ، ولا يصير الانتفاع حقًّا إلاّ إذا انتقلنا من صعيد الانتفاع إلى صعيد الانتماء أو التعلق . فلا يعرف الحقّ بأنه مصلحة ولو كان القانون يحميها ، بل هو انتماء شيء لشخص ، يتعلق به هذا الشيء ، ويكون ذا اهمية عنده ، لا لأنه ينتفع به ، أو مهيأ للانتفاع به ، بل لأن هذا الشيء ينتمي إليه خاصة .

معنى ذلك أنه وعلى الرغم من أنه في معظم الحالات يكون صاحب الحقّ هو المنتفع به ، ولكن ليس ذلك بقاعدة في جميع الحالات ، فقد يحصل غير صاحب الحقّ على منافعه كالمغتصب وواضع يده على مال غيره ، فهو ينتفع بالمال دون أن يكون صاحب الاختصاص به ؛ وبهذا يستبدل "دابان" بفكرة المصلحة التي قال بها "اهرنج" فكرة الاستئثار ، كما يستبدل بفكرة التمتع أو الانتفاع ، فكرة التملك

التي تحمل معنى الاستئثار بالشيء أو بقيمة مالية معينة [1] .

والنتيجة الثانية التي تتفرع على كون الحقّ انتماء شيء أو قيمة إلى شخص هي ألا يكون للحق صلة حتمية بالإرادة ولا بأي مظهر من مظاهرها . فإذا جاز لمن لا عقل له ولا إرادة أن يكسب الحقوق فذلك لأنه يمكن أن تكون ثمة أموال أو مصالح تنتمي إليه . وإذا جاز أن تثبت للشخص حقوق بدون علمه فذلك لإمكان أن تكون له أموال أو مصالح يجهل وجودها . وعلى ذلك فليس صحيحا أن يكون صاحب الحقّ هو من يكون ذا إرادة أو من يكون عالما بوجود الحقّ ، أو من يكون المنتفع بالشيء محل الحقّ ، وإنما هو على سبيل الحتم من ينتمي إليه الشيء [2] .

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 30 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 97 . ويُضيف : ((والأشياء التي يمكن أن تنتمي للشخص وتكون من متعلقاته كثير عديدها : (أ) فقد تكون أشياء مادية (منقولات أو عقارات) توجد مستقلة عن الشخص ، يفيد منها في صورة ملكية أو استعمال (ب) وقد تكون أشياء لصيقة بالشخص كالحياة وسلامة البدن والحريات (ج) وقد تكون أشياء مادية أو معنوية ، ذات كيان خارجي عن الشخص ويكون هو الذي أوجدها ، فهي تنتمي اليه بسبب أنه هو الذي أنشأها ، كحق المؤلف فيما ألفه وحق المخترع فيما اخترعه . في هذه الأحوال يكون انتماء هذه الأشياء مباشراً فلا يتوسط بينها وبين الشخص وسيط . (د) وقد تتكون تلك الاشياء من أداءات إيجابية أو سلبية ، مالية أو غير مالية ، يلتزم شخص في مواجهة شخص آخر بالقيام بها . ويكون الانتماء في هذه الحالة غير مباشر ، بمعنى أن الأداء المستحق للدائن لا يتحقق له إلاّ من طريق تنفيذ المدين لالتزامه . هذا الأداء المكون من عمل الغير والذي يتعلق بشخص الغير لا يجوز أن ينتمي لمن له الحقّ فيه على نحو ما ينتمي الشيء لصاحبه ، ذلك لأن الإنسان لا يحل له أن يستأدي حقه من إنسان مثله ، في شكل قيمة إنسانية ، على نحو ما يفعل بشيء أو حيوان ينتمي اليه . ولذا كان قصارى الأداء أن يكون دينا في الذمة ، سواء أكان مصدره عقد معاوضة (كأن يكون الأداء المستحق للدائن مقابل أداء سبق أن قدمه الدائن للمتعاقد معه) ، أم كان مصدره تبرعا (اذ يصير الأداء مستحقا له بموجب الهبة) أو عملا غير ←

ولا يقتصر الانتماء على المنافع فحسب بل يصدق كذلك على الواجبات الطبيعية والاختصاصات ، كالسلطة الأبوية والسلطات المخولة لأعضاء الشخص المعنوي ، فهذه الواجبات والاختصاصات ، وان لم تكن مقررة لصالح من يمارسونها ، يجوز لمن كان لهم اختصاص ممارستها أن يطالبوا باسترداد هذا الاختصاص لو سلب منهم ، وذلك بناءً على أن هذا الاختصاص ينتمي إليهم خاصة ، فالأبوان لهما وحدهما السلطة الأبوية ، ورئيس الدولة ووظيفته .

ومحل الانتماء هو قيمة معينة ، وتتنوع القيم محل هذا الانتماء أو الاختصاص إلى قيما مالية وغير مالية ، فهو يشمل الاشياء المادية كالعقارات والمنقولات بأنواعها المختلفة ، والأشياء المعنوية كورود الاختصاص على الكيان المادي والمعني للإنسان مثل سلامة الجسم والاعتبار والمصنفات الذهنية ، وقد يرد على عمل معين يلتزم بأدائه شخص اخر هو المدين[1] .

ومن الجدير بالذكر أن الحقوق جميعها - بحسب رأي "دابان" - تقوم على فكرة ((الملك)) ، على تفاوت فيما بينها في هذا الشأن : فالحقّ في الحياة ، وحق الملكية يقومان على ((الملك)) بل كذلك الحقّ الشخصي ، إذ يمكن عدّ الدائن مالكاً للأداءات التي له حقّ فيها ، شأنه في ذلك كشأن المالك في معناه الفني . وأكبر ما يوجد من فرق بين الملك في الحالة الأولى وبينه في الحالة التالية هو أن الانتماء يكون مباشراً في الأولى وغير مباشر في الثانية فلا يتحقق إلاّ بتنفيذ

←

مشروع نشأ عنه ضرر فالتزم من وقع منه العمل غير المشروع بالتعويض عن ذلك الضرر . . الخ)) .

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 30 .

المدين لالتزامه طوعاً أو كرها . وإلى أن يتحقق هذا التنفيذ يكون الاداء منتميا إلى الدائن شأنه في ذلك كشأن منفعة الشيء في انتمائها إلى مالك الشيء . وان خاصية الانتماء ، المشتركة في الحقوق جميعها ، لهي التي تفسر بسط فكرة الملك بحيث تشمل العديد من الأشياء المعنوية ، ولذلك وصف حقّ المؤلف على مصنفه بأنه ملكية فنية أو أدبية ، وأطلق على براءة الاختراع اسم الملكية الصناعية ، وسمى حقّ التاجر في استمرار بقائه في المحل التجاري باسم الملكية التجارية . كل ذلك لأن هذه الأشياء وغيرها هي قيم خاصة تنتمي إلى شخص معين دون غيره من الناس ، ومن هنا صار ((الملك)) مرادفاً للحق المقصور على صاحبه أو للحق وكفى[1] .

واما عن اسباب الانتماء ، فعلى الرغم من أنها قد ترجع إلى فعل الطبيعة (كالحقّ في الحياة) وقد ترجع إلى اسباب صناعية (كالحقوق الناشئة عن الاتفاقات) ، إلا أن القانون الوضعي - بحسب رأي "دابان" - ، هو الذي يقرر انتماء الشيء إلى الشخص ، ذلك أن هذه النظرية تقوم على ((مفترض مسبق)) هو أن الحقّ لا يوجد إلاّ إذا قرره القانون الوضعي دون حاجة إلى نص يقضي به ، ويستنبط الانتماء بطريق الاستدلال وفقا للطرق العادية في التفسير القانوني فإذا كان الانتماء راجعا إلى فعل الطبيعة فعندئذ يقتصر عمل القاعدة القانونية على تقريره وإعماله ، فالحقّ في الحياة ينتمي إلى الشخص بفعل الطبيعة وقد يكون مصدر الانتماء هو الإرادة البشرية : هذه الإرادة البشرية المنشئة للانتماء تكون تارة إرادة الأفراد بما لها من حرية يمارسها

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص98 .

الشخص تحت عين القانون وفي ظل حمايته ، كما في العقود التي يترتب عليها أن ينتمي شيء إلى شخص ، وتكون تارة أخرى إرادة المُشرِّع ، الذي يقرر إلى ذلك الانتماء تحريا للخير العام ، كالنفقة التي يفرضها القانون لشخص على شخص آخر[1] .

والخيرات أو القيم التي تصلح للانتماء إلى الشخص ، انتماءً طبيعياً أو اتفاقياً تتزايد دائما وتتطور باستمرار تبعاً لتطور الحياة ، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب : [2]

1-أن تقدم المدنية المادية قد كشف عن أنواع جديدة من خيرات الحياة ومتعها ، نشأت بسببها أنواع جديدة من الحقوق .

2-ثم أن رهافة الحس المتزايدة قد أسفرت عن أنواع من الانتماء لم تكن مرموقة من قبل ، مثال ذلك ظهور الحقّ الأدبي للفنان ، وحق المستأجر التاجر في تجديد عقد ايجار المحل التجاري (الملكية التجارية) الخ ، وهذا هو ما تسميه الدساتير الحديثة ((الحقوق الاقتصادية والاجتماعية)) .

3-وأخيرا فإن صياغة القواعد القانونية تتقدم في اضطراد فتعمل على استكمال أدواتها سواء في مجال التصويرات القانونية ، أوفي مجال طرق الإثبات أو في مجال الإجبار ، وفي هذا ما يتيح زيادة ادراك وتقدير

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 99 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 100 .

انتماءات معينة أكثر رهافة وأكثر دقة .

117) - ثانياً : عنصر السلطة (التسلُّط) :

والعنصر الداخلي الثاني للحق هو السلطة ، التي هي نتيجة لعنصر الانتماء . ذلك لأن انتماء شيء لشخص يلزم منه أن يكون لهذا الشخص سلطة على ذلك الشيء ، أي يتسلط عليه . والفرق بين الانتماء والسلطة هو أن الانتماء خاصية في الشيء ، أما السلطة فخاصية في الشخص تنصب على الشيء ، ويبدأ الحقّ بعنصر الانتماء ويكتمل بعنصر السلطة ، ومعنى هذا أن العنصر الشخصي في الحقّ (أي السلطة) يأتي في الترتيب ، من الناحية المنطقية على الأقل ، بعد عنصره الموضوعي (الانتماء) ، أي أنه يفصل بينها فاصل تصوري ولو أن السلطة ملازمة للانتماء ، فهي لا تنفصل عنه ، على الأقل من الناحية الزمنية .

يعد عنصر السلطة في نظر "دابان" نتيجة ملازمة لعنصر الاستئثار أو الانتماء ، فطالما ان الشيء مملوكاً لصاحب الحقّ ، فإنه يلزم من ذلك الاعتراف له بنوع من التسلط عليه ؛ فالتسلط اذن هو ما يكون لصاحب الحقّ من سلطة على الشيء أو هو سلطة التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق[1] . وهذه السلطة أو القدرة تعد من مقتضيات الاختصاص ، فحيث يخوّل القانون لشخص اختصاص بقيمة معينة ، فإنه يخوله بالضرورة السلطة أو القدرة في التصرف بحرية في هذه القيمة . وحرية التصرف تعني أن يتمكن صاحب الحقّ من التصرف بحرية في الشيء محل الحقّ مادياً باستعماله أو بعدم استعماله وقانونياً بنقله إلى الغير أو

(1) لاحظ : د . محمد حسن قاسم ، ص30 .

بترتيب حقًّا للغير عليه[1] .

من أجل ذلك يجوز ، في تقدير صاحب النظرية ، الاقتصار في تعريف الحقّ على فكرة أنه سلطة وكفى دون أي تحديد آخر . صحيح أن في هذا التعريف يكون عنصر الانتماء مضمراً في عنصر السلطة ، ولكن يؤخذ على تعريف الحقّ بأنه سلطة وكفى ، أنه لا يضع عنصر الانتماء في المحل الأول ، وهذا يؤدي إلى فصل العنصرين كلاهما عن الآخر ، وهذا يفضي بدوره إلى إمكان وجود شخص يكون صاحب سلطة على شيء ، دون أن يكون صاحب الانتماء بالنسبة إلى هذا الشيء ما دام أن عنصر الانتماء سيكون في المحل الثاني وفقا لذلك التعريف ، أي أن فصل السلطة عن الانتماء ، الذي يعطيها معناها الصحيح ، وتفسير السلطة بأنها سلطة إيجابية ، فتقوم من ثم على الإرادة ، يلزم منه إمكان وجود الحقّ في يد شخص آخر غير صاحب الانتماء ، تتوافر فيه الإرادة ويكون له التصرف ، فيكون الوصي مثلا هو صاحب سلطة التصرف ، التي تنفرد بإنشاء الحقّ ، فيكون هو وحده الذي يُنَصَّبْ صاحبا للحق بدلا من القاصر الذي لن يكون له إلاّ مجرد الانتماء أو مجرد الانتفاع ، لا بالحقّ بل بمزايا حقّ ليس له بل للوصي ، فلا يكون القاصر هو مالك الأشياء التي تنتمي إليه ، بل

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص21 . (ومعنى ذلك انه يوجد فارق بين هذا التسلط بالمعنى السابق وبين استعمال الحقّ أو مباشرته . فالتسلط وكما رأينا نتيجة لازمة للاستئثار لا يثبت إلاّ لمن يملك الحقّ أي لصاحبه . اما استعمال الحقّ أو مباشرته ، فقد يكون بواسطة شخص اخر غير صاحب الحقّ . فالولي والوصي يباشر الحقّ نيابة عن القاصر ولحسابه ومع ذلك يظل التسلط لصاحب الحقّ ذاته بمقتضى تملكه للحق . فالتسلط يتوافر بلا شك لصاحب الحقّ ولو وجد مانع يحول بينه وبين مباشرة حقه بسبب ما به من نقص تمييز أو انعدام إرادة) .

يكون المالك هو الوصي ، بناء على أن الوصي هو الذي يملك التصرف ، أما القاصر فلن يملك إلاّ مجرد الانتفاع [1] .

يتبين مما تقدم أن السلطة ليست نتيجة استعمال الشيء وإدارته ، بل هي نتيجة الانتماء ، فحيث يكون الانتماء تكون السلطة ، ولذلك أمكن تعريف السلطة بأنها حرية التصرف في الشيء موضوع الحقّ . وفرق بين التصرف في الشيء وبين إدارته ، فالوصي يتولى إدارة حقوق القاصر ويكون مسؤولا عن هذه الإدارة ، ولكنه لا يتصرف في هذه الحقوق . أما التصرف ، فيقتضي الهيمنة على الشيء وإخضاعه لحرية التصرف فيه ، ولذا كان التصرف هو المظهر الشخصي للانتماء . فالذي تتميز به السلطة هو إمكان التصرف وليس إمكان الإدارة ومعلوم أن الوصي ملزم بأن يبذل عناية الشخص المعتاد في إدارته أموال القاصر ، ولذا لم يكن له الحقّ في التصرف في ذلك المال ولم يكن له من ثم سلطة على هذا

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 101 . ويمضي الدكتور حجازي قائلاً : (وهذه نتيجة أبلغ ما تكون في غرابة وأكثر ما تكون مجافاة للذوق السليم . ان الحقّ ((وصاحبية الحقّ)) لا يكونان إلاّ حيث يكون الانتماء ، فإذا قيل إن الحقّ سلطة فلن توجد هذه السلطة حيث لا يوجد الانتماء فليس للشخص من سلطة إلا على ما يكون له ، لا على ما يكون لغيره ، ولو كان هذا الشخص قائما بإدارة ما للغير وحاملا لمسؤولية هذه الإدارة . فعبء الإدارة لا يعطي إلاّ مجرد اختصاص أو حقّ في الإدارة لحساب الغير ، أما الشيء الذي يدار على هذا النحو فيظل دائما تحت سيطرة من ينتمي اليه ذلك الشيء ، وهنا يجتمع الحقّ ((وصاحبية الحقّ)) : وعلى ذلك ففي حالة الوصاية لا يكون للقاصر الحقّ في منافع الشيء فحسب بل يكون له كذلك السلطة على ذلك الشيء ، وبالتالي الحقّ في الشيء ، بناء على أن هذا الشيء ينتمي اليه وأن السلطة هي النتيجة لهذا الانتماء . أما الوصي فلا يملك إلاّ الحقّ – الناشئ من وظيفته في مباشرة حقوق القاصر ولحساب القاصر أو بالأحرى واجب مباشرة هذه الحقوق . جملة القول ان الانتماء والسلطة يوجد كلاهما عند القاصر ، فلا يكون للوصي إلا حقّ الإدارة ، الملازم لوظيفته) .

المال ؛ وتقتضي حرية التصرف في الشيء أن يكون لمالك الشيء (المادي مثلا) حرية القيام بجميع أعمال الاستعمال والاستغلال التي يكون الشيء قابلا لها ، وأن يفيد منه لنفسه أو لغيره ، بل له ألا يفيد من الشيء أية فائدة بأن يتركه سليما دون أن يمس به أي مساس ، وله أخيرا أن يعدل فيه وأن يهدمه ، أو يتصرف في حقه على الشيء كله أو بعضه بعوض أو بغير عوض . ومعنى هذا أن سلطة التصرف ليست مقصورة على خدمة صاحبها ، إذ ليس هناك ما يمنع من تخصيص هذه السلطة لخدمة أشخاص آخرين ، أو لخدمة الجمهور بصفة عامة بهبة الشيء لجهة بر أو برصده على هذه الجهة . ولذلك كان من الخطأ أن يقال إن في اعتراف المُشرِّع ، ((بالحقّ)) تقديسا للأنانية ، بل الحقّ - على نقيض ذلك - خليق أن يفيض بالخير على الغير يترتب على ذلك أنه لا يلزم أن يكون لصاحب الحقّ مصلحة ذاتية ، فيجوز للأعمى أن يكسب حقّ المطل وللأصم أن يحضر حفلة موسيقية ، ومن ثم لا يجوز قياس مدى الحقّ بمدى المصلحة منه ، فيجوز أن يوجد حقّ دون مصلحة ذاتية ، مثال ذلك حالة العقود التي تبرم لمصلحة غير عاقديها ، ففيها يختلف صاحب الحقّ عن صاحب المصلحة في ذلك الحقّ ، فيجوز للأول أن يطالب بتنفيذ الأداء تحقيقاً لمصلحة الثاني[1] .

والأصل هو حرية التصرف ، والا لما كانت السلطة . ومن هنا كان الحقّ هو الحرية في التصرف ، أي استقلال الشخص في التصرف في الشيء الذي ينتمي إليه ، وكان مقتضى الحقّ أن يكون صاحبه بمفازة من المسؤولية عن الضرر الذي

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 102 .

يصيب الغير من جراء استعماله لحقه ؛ ولربما يكون من الغريب القول : (أن القانون لم يعط الحقوق للأفراد إلاّ بعد أن أخذ ميثاقهم ألا يضروا بالغير وأن يصلحوا الضرر لو نجم عن استعمالهم لحقوقهم وقوع ضرر بالغير ، وبذلك نقصت حرية الفرد في التصرف ، فنقص حقه تبعا لذلك بقدر إمكان مساءلته عن الضرر الذي يمكن أن يصيب الغير بسبب استعماله لحقه) [1] ، فالقانون ليس هو من يعطي الحقوق للأفراد ، وسنفصل ذلك عند تقييمنا للنظرية .

وعلى ذلك فالسمة المُمَيِّزة للحق ، هي مكنة التصرف في الشيء على نحو يقتضي السيطرة والتسلط ، دون اخلال بما يوجد من قيود أو أعباء نص عليها القانون أو فرضها صاحب الحقّ على نفسه في استعماله لسلطته ، ولكن فيما يجاوز هذه القيود تبقى حرية التصرف قائمة ، فمالك الرقبة التي تجرد من الانتفاع بماله ، والوارث المثقل بوصايا أو أعباء أخرى ، يظل كلاهما صاحب السلطة بالقدر الذي صار إليه حقه أي في حدود ملكية الرقبة ، والملكية المحملة بالأعباء[2] .

---

(1) العبارة للأستاذ "دابان" نقلها منه الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 103 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه . (ويختلف التسلط سعة وضيقاً بحسب طبيعة الاشياء والقيم موضوع الحقوق ، فالأشياء المادية تتسع لتسلط كامل حيث تخضع هذه الاشياء خضوعاً تاماً للإنسان ، ولذلك له أن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها بحرية ؛ اما الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان فإن مجال التسلط عليها اضيق نطاقاً (كالحقّ في سلامة الجسم والحقّ في الحياة والحقّ في الحرية) فهو جزء من كيان الإنسان ، فالتسلط عليها يعني التمتع بها وصيانتها واستعمالها دون أن يصل هذا التسلط إلى حد التصرف فيها أي النزول عنها أو اعدامها أو نقلها إلى الغير ؛ اما الحقّ الشخصي الذي يكون موضوعه أداءً معيناً يقدمه شخص اخر هو المدين . فالتسلط فيه لا يقع على شخص المدين وإنما يقع فحسب ←

والسلطة - بوصفها العنصر الثاني للحق - لا تتوقف في وجودها على ممارستها فعلا من جانب صاحبها ، فلا يلزم أن تكون سلطة مادية أو اقتصادية ، فهي سلطة معنوية قانونية . يضعها القانون تحت تصرف من ينتمي إليه الشيء . وعلى ذلك فإن من يكون له الانتماء تظل له السلطة ولو وجد مانع يمنعه أن يباشر هذه السلطة (كما في حالة المحجور أو القاصر) لأن الشيء ينتمي إليه ، وهو يستطيع أن يستعيد مباشرة حقه في حرية التصرف متى زال سبب المنع . وبذلك يمكن أن يوجد حقّ دون أن تكون هناك سلطة فعلية ؛ فالمالك ، الذي ضاع منه الشيء الذي ينتمي إليه أو سرق ، يظل مع ذلك مالكا ، فضياع الشيء أو سرقته ، وان حال دون وجود السلطة الفعلية ، لا يمنع من وجود السلطة الحكمية . وعدم الأهلية وإن منع من وجود السلطة المادية ، لا يحول دون بقاء السلطة القانونية . ومن هنا لم تكن الإرادة عنصراً لازما ، لا في الانتماء ولا في السلطة [1] .

118) - ثالثاً : احترام الغير :

الحقّ ، وان كان ميزة لصاحبه ، يقتضي في الوقت ذاته وجود الغير ، أي

←

على ما التزم به هذا المدين ، أي الاداء أو القيمة المالية لالتزامه . ويعني هذا التسلط مقدرة صاحب الحقّ الشخصي بالمطالبة به أو عدم المطالبة به أو النزول عنه أو ابراء المدين منه أو حوالته للغير ، كل ذلك دون المساس بشخص المدين) . نقلاً عن : د . رمضان أبو السعود ، ص 31 .

(1) وهذا ما حمّل "سالي" في بادئ الأمر على ألا يأخذ بالرأي التقليدي الذي يعرف الحقّ بأنه سلطة للإرادة ، وقال بفكرة أخرى هي أن الحقّ سلطة وكفى . (لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 104) .

وجود شخص أو أكثر يسري الحقّ في مواجهتهم ؛ هذا الغير قد يكون معينا ، كما في حالة الانتماء غير المباشر ، حيث يوجد وسيط بين صاحب الحقّ وبين الأداء محل الحقّ ، وهو المدين بالأداء محل الحقّ ، وهو هنا شخص معين ؛ وقد يكون الغير الذي يسري الحقّ في مواجهته شخصا غير معين ، كما في حالة الانتماء المباشر ، حيث ينصب حقّ الشخص على الشيء مباشرة ، دون وسيط ، كما في حقّ الملكية ، الذي ينصب على الشيء مباشرة ، ويكون على جميع الأشخاص ، غير المالك ، واجب احترام حقّ ذلك المالك . ويلزم من اعتبار وجود الغير عنصرًا في الحقّ ألاّ ينشأ الحقّ إلاّ بوجود الغير ، فقيل ذلك لا يوجد إلاّ انتماء وسلطة ، ولا يوجد حقّ بعد فالشخص الذي يعيش وحده في مكان لا يوجد فيه غيره ، إنما يتوافر له الانتماء والسلطة ، ولكن لا يوجد الحقّ إلاّ بوجود الغير الذي يسري في مواجهته الانتماء والسلطة . وبوجود الغير تنشأ إلى جوار صلة الانتماء التي تكون بين الشخص والشيء علاقة أخرى تكون بين الشخص والغير ، يكون محلها الانتماء والسلطة . وإذن يفترض الحقّ حتما أن تكون هناك علاقة بين أشخاص ، فحيث لا توجد علاقة قانونية بين أشخاص لا يوجد واجب قانوني على الآخرين ، وحيث لا يوجد واجب قانوني لا بوجود حقّ بل مجرد انتماء وسلطة لا يقابلهما واجب على الغير [1] .

وهذا العنصر – والذي يعد العنصر الخارجي الأول للحق – يتوافر في كافة انواع الحقوق ، الشخصية والعينية والذهنية ، غير ان الحقوق الشخصية تتميز بالإضافة إلى ذلك بوجود التزام محدد على عاتق شخص معين هو المدين بعمل

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 105 .

أو بالامتناع عن عمل ، فيقع على عاتق هذا المدين واجب محدد هو احترام هذا الحقّ ، ثم يقع على الكافة واجباً عاماً بهذا الاحترام ، فيأتي الاحترام الاخير في مرتبة ثانية في الحقوق الشخصية[1] .

ويراعى ان ثبوت الحقّ في مواجهة الغير إنما يعني امران : أولهما ان الغير يجب عليه أن يحترم الحقّ الذي يثبت في مواجهته ، ويأتي ذلك الامتناع عن كل عمل من شأنه الاضرار بصاحب الحقّ في استئثاره وتسلطه ، وثانيهما انه إذا وقع اعتداء من الغير ، كان لصاحب الحقّ أن يدفع هذا الاعتداء بأن يقتضي احترام حقه ؛ فالغير ، يجب عليه عدم الاعتداء على الحقّ الذي ثبت في مواجهته سواء في حالة الاستئثار المباشر أو غير المباشر . ففي حالة الاستئثار المباشر وهو الذي يرد مباشرة على شيء معين ، يقع واجب عدم الاعتداء على الحقّ على الكافة ، لان هذا الحقّ قد ثبت في مواجهة الجميع . اما في حالة الاستئثار غير المباشر والذي يرد على عمل أو امتناع عن عمل ، فإن واجب عدم الاعتداء يقع أولاً على المدين بهذا الامتناع أو العمل ، ثم يقع ثانياً على الكافة الذين يلتزمون بعدم التدخل في العلاقة بين الدائن والمدين [2] .

مما تقدّم فإن العنصر المتمثل في احترام الغير ليس بمنعزلٍ عن العنصرين الداخليين للحق ، إذ يتحقق سريان عنصري الانتماء والسلطة في مواجهة الغير ، من خلال فكرتين متلازمتين (أ) عدم جواز الاعتداء و(ب) إمكان المطالبة [3] :

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 32 .

(2) المرجع السابق نفسه ، ص33 .

(3) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 106 .

(أ) المعصومية :

معنى هذا أن على الغير واجب عدم العدوان على الحقّ ، فما من حقٍ يوجد بدون قرينه الذي لا ينفك عنه وهو واجب عدم العدوان من جانب الغير ، لا فرق في ذلك بين حالة الانتماء المباشر وحالة الانتماء غير المباشر : ففي حالة الانتماء المباشر حيث ينتمي الشيء مباشرة إلى الشخص دون وسيط بين الشيء والشخص ، يقع على جميع الناس واجب عدم العدوان على الانتماء والسلطة اللذين توفرا للشخص ، أي أن هناك واجبا سلبيا عاما يقع على جميع الناس يقتضيهم عدم العدوان على انتماء الشيء للشخص وسلطة الشخص على ذلك الشيء . أما في حالة الانتماء غير المباشر حيث يوجد وسيط بين الشيء والشخص وهو المدين ، فيقع على ذلك المدين واجب عدم العدوان على انتماء الأداء للدائن ، ويكون هذا عن طريق تنفيذ المدين لالتزامه ، فيقوم بالعمل الذي التزم به في مواجهة الدائن ، فإن لم يفعل كان معتديا على الانتماء والسلطة اللذين للدائن على الأداء المستحق في ذمته لذلك الدائن .

(ب) إمكان المطالبة :

اذا وقع العدوان من الغير ، سواء في حالة الانتماء المباشر أو في حالة الانتماء غير المباشر كان لصاحب الحقّ أن يطالب بعدم العدوان . ويلاحظ أن إمكان المطالبة هو نتيجة للحق وليس الحقّ نتيجة لإمكان المطالبة . فالحقّ موجود قبل المطالبة ، هو موجود باعتباره انتماء وسلطة . ويصدق هذا في حالتي الانتماء المباشر والانتماء غير المباشر : ففي الحالة الأولى لا يطالب صاحب الحقّ غيره بعدم العدوان عند وقوعه إلاّ لأن هناك حقًّا متمثلا في الانتماء والسلطة . وفي

الحالة الثانية لا يطالب الدائن مدينه بالوفاء بالدين إلا لأن هناك ديناً ثابتا في ذمته .

ومن ثم لا يلزم لظهور فكرة الحقّ أن يحصل عدوان بالفعل أو أن تحصل مطالبة بالفعل . وإنما يكفي إمكان وقوع العدوان ، وإمكان حصول المطالبة وهذا الإمكان متحقق بوجود الغير . ومن هنا كان عنصر الغير ضروريا لظهور فكرة الحق[1] .

119) - رابعاً : الحماية القانونية :

وهذا هو العنصر الاخير للحق ، ومعناه أن يتدخل القانون لنقل الاستئثار أو الانتماء من حالة واقعية إلى حالة قانونية ، أي إلى الحقّ ؛ فيضمن النظام القانوني والدولة - على وفق هذه النظرية - الحقوق التي تم الاعتراف بها للأفراد . فالحقّ بمعنى الكلمة هو الحقّ الذي يحميه المجتمع عن طريق ما يضعه من وسائل قانونية ، ومعنى ذلك ان مجرد احترام الغير للحق لا يكفي في حد ذاته ، فالسارق يستأثر ويختص بقيمة المسروق ومع ذلك فاستئثاره ليس حقًّا فالقانون لم يحم استئثاره[2] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 107 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 33 . ثم يُضيف : (والقانون إذ يضفي حمايته على الاستئثار إنما يفعل ذلك لأن هذا الاستئثار يكون جديراً بالحماية ؛ ومعيار هذه الجدارة هو مصلحة الجماعة فإذا غدا هذا الاستئثار غير متفق مع هذه المصلحة سحب القانون حمايته وصورة ذلك واضحة في تشريعنا المدني ، فانت إذ يكون لك حقّ واستعملته استعمالاً مشروعاً لم تكن مسؤولاً عما يصيب الناس من ضرر نتيجة هذا الاستعمال ، ذلك ان القانون يضفي عليه حمايته ، اما لو استعملته استعمالاً ←

وتتكوّن الحماية من طرق أعدت للرجوع إلى المحكمة التي تصدر حكمها فيتولى أعضاء السلطة العامة تنفيذه :

(أ) وقد يحصل بالرجوع إلى المحكمة بعد وقوع العدوان على الحقّ ، إذ ترفع دعوى على من قام بالعدوان ، وعندئذ تزال آثار العدوان عن طريق اعادة الشيء إلى ما كان عليه قبل العدوان ، أو بطريق إصلاح الضرر (التعويضات) .

(ب) وقد يكون الرجوع قبل وقوع أي عدوان ، حين يكون المقصود بذلك الرجوع تقرير وجود الحقّ أو الحفاظ عليه مما يتهدده من أخطار .

(ج) وكما يحصل الرجوع بطريقة هجومية ، في صورة دفع[1] .

حاصل القول هو أن الحقّ يكون دائما مقترناً بدعاوى حمائية تنتمي إلى صاحب الحقّ ، وتعد الدعوى القضائية من اهم وسائل حماية الحق[2] ، غير انه ينبغي عدم الخلط بين الحقّ والدعوى ، فالدعوى ليست سوى وسيلة من وسائل حماية الحقّ ، فهي تابعة للحق وتتمثل في حقّ جديد هو الحقّ في الدعوى القضائية لا يتضمن في حد ذاته نزولاً عن الحقّ الذي يظل قائماً محترماً من الكافة[3] .

←

غير مشروع فانك تصبح مسؤولاً عن الاضرار التي تصيب الناس ، لأنه في اللحظة التي يعدّ بها استعمالك غير مشروع يسحب المشروع حمايته عنك .) .

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 108 .

(2) لاحظ : د . محمد حسين منصور ، نظرية الحقّ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 19 .

(3) (ومن مظاهر هذا الاستقلال ايضاً ان الحقّ في الدعوى قد يتوافر في شخص لا يكون له في الأصل ←

في ضوء هذه العناصر التي يراها "دابان" أساسية وجوهرية في وجود الحقّ ، يعرف "دابان" الحقّ بأنه : ((ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية ، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون بانتمائه إليه سواء باعتباره ملكا له أو باعتباره شيئا مستحقاً له في ذمة الغير)) [1] .

المقصد الثاني
تقويم نظرية الانتماء

120) - شيوع نظرية الانتماء :

وجدت نظرية (الانتماء) للأستاذ "دابان" رواجاً كبيراً لدى عموم الفقهاء والشراح والكتاب ، إذ تبنّاها كثيرون في تحديدهم لهوية الحقّ ، لكنهم لم يلاحظوا أو غضوا الطرف عما شابها من نقصٍ وعيب . ففي الوقت الذي حاول فيه "دابان" تحاشي عموم الانتقادات التي وجهها الفقه إلى النظريات التقليدية ، إلا أنه وقع في شباك غيرها ؛ إذ من الملاحظ ان الأستاذ دابان قد وضح في نظريته عدة ملامح أساسية تفادى بها ما وجه من نقد للنظريات السابقة فقد ميز بين جوهر الحقّ (أي الحقّ في ذاته) وبين مباشرته أو استعماله ، محدداً دور الإرادة

← حقًا بالمعنى الدقيق ، مثال ذلك دعاوى الحيازة التي تحمي الحيازة ، وقد يكون رافعها ليس له حقّ ، وإنما يستفيد هذا الشخص من حماية يضيفها القانون على واقعة مادية – هي الحيازة – طبقاً لشروط معينة وذلك تحقيقاً لاعتبارات امن المجتمع) . د . رمضان أبو السعود ، ص 34 .

(1) التعريف مترجم من كتاب الأستاذ "دابان" في الحقّ ، نقله : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 109 .

في هذا الصدد ، كما انه حرص على استخدام تعبير الاختصاص أو الاستئثار بدلاً من تعبير المصلحة ، فالمصلحة لا تعدُّ حقًّا إلاّ إذا تقررت للشخص على سبيل الاستئثار [1] . وقد لاحظ البعض[2] أن الإرادة لم يرد لها ذكر في تعريفه للحق ، لما أنها لا تتدخل في أي مرحلة من مراحل نشوء الحقّ ؛ فالانتماء ، والسلطة ، والصلاحية للمطالبة ، لا يقتضي أي منها لوجوده أي عمل إرادي من جانب صاحب الحقّ ، فالأهلية القانونية ، أي الصلاحية لاكتساب الحقّ كما تكون كاملة عند الشخص الذي تتوفر فيه الإرادة وسلامة العقل ، تكون كذلك كاملة عند المجنون أو الصبي غير المُمَيِّز ، فيكون للثاني مثل ما للأول من انتماء وسلطة ، وصلاحية للمطالبة . ذلك أن الإرادة لا يلزم توافرها إلا في مرحلة لاحقة لنشوء الحقّ وهي مرحلة استعمال الحقّ . ومعلوم أن استعمال الحقّ ، وهو يتكون من اعمال مادية أو قانونية ، سواء أكانت أعمال إدارة أو أعمال تصرف ، يتطلب عادة وجود الإرادة . فإذا لم تتوافر الإرادة لدى صاحب الحقّ أقيمت إرادة غيره مقام إرادته ، إذ يكلف بالقيام على المصالح عديم الأهلية نائب قانوني . فليس هناك تعارض البتة بين أن ينتمي الشيء للقاصر وأن تكون إدارة هذا الشيء لغيره كولي أو وصي .

ومع شيوع هذه النظرية في الوسط الفقهي ، إلا أنها لم تنجُ من بعض الانتقادات نصنفها على وفق الفقرات الآتية :

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 34 .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 109 .

121) - أولاً : اقتصار التعريف في نطاق القانون الخاص :

ان عنصر الاستئثار الذي قال به الأستاذ "دابان" ان كان يصدق على الحقوق في نطاق القانون الخاص ، فإنه لا يصدق على الحقوق في نطاق القانون العام ، كالحقّ في الانتخاب والحقّ في الغدو والرواح والحقّ في سلامة الجسد وصيانة الشرف... الخ . (فمثل هذه الحقوق لا تخص احداً وإنما يشترك الجميع في استعمالها فأنت لا تستطيع أن تطلب منع زميلك من السير في الطريق العام بحجة ان القانون قد اعطاك حقّ السير فيه ، وكذلك الشأن بالنسبة لحق الانتخاب... لذلك فإن الطائفة من الحقوق تسمى بالحقوق العامة ، على أساس ان الجميع يتمتع بها وان الجميع يزاولها في وقت واحد...) [1] .

ومع ذلك فيرى البعض ان معنى الاستئثار يتحقق ايضاً بالنسبة لهذه الحقوق العامة ، (فكل شخص له حياته وحرية اعتقاده الخاصة لا يستطيع أحد أن ينازعه فيها . صحيح انه لا يملك لنفسه شيئاً يسمى (حرية الاعتقاد) بأكمله ، ولكن من ذا الذي يتطلب أن يكون الشخص مالكاً للأراضي الزراعية كلها مثلاً ، حتى يثبت انه مالك زراعي ؟ اليس يكفيه أن يملك فداناً أو بضعة افدنة ما دام يستأثر بها دون غيره ، فكذلك الحال بالنسبة لحرية الاعتقاد مثلاً ...) [2] .

والواقع ان احداً لم يقل بأنه لكي يتوافر الاختصاص والاستئثار يجب أن يحتكر الشخص نوعاً معيناً من القيم كالأراضي الزراعية كلها ، وإنما الذي يمكن

---

(1) د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 35 .

(2) المرجع السابق نفسه .

أن يقال هو ان الاستئثار يتوافر إذا احتكر الشخص قيمة معينة كبيرة أو صغيرة ، قيراط من الأرض أو عدة افدنة وهذا الاحتكار لا يشاركه غيره فيه ، وهذا هو معنى الاستئثار ؛ ولذلك تظل التفرقة بين الحقوق الخاصة والحقوق العامة قائمة "ففي الأولى لا يملك احداً عين ما نملك ، وفي الثانية يمتلك كل الناس عين ما تملك" [1] . ومع وجود هذا الرد على هذا النقد ، يبدو لي أن هذا الانتقاد وجيهاً ، إذ في بيانه لمفهوم الانتماء ، أو الاستئثار ، قسّم "دابان" الانتماء إلى مباشر وغير مباشر ، ومثّل على الأول بالحقّ العيني ومثّل على الثاني بالحقّ الشخصي ، كما أن تعريفه للحق بأنه : ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية ، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون بانتمائه إليه سواء باعتباره ملكا له أو باعتباره شيئا مستحقاً له في ذمة الغير ، يوحي ، بل يُصرّح بأنه مقتصر على الحقوق المالية فقط ، إذ اختزل الحقّ في دائرة ضيّقة وجعله عبارة عن صورة لحالة من الانتماء والتسلط بين شخص وشيء ، في حين أن الحقّ أسمى وأوسع من حصره في هذه الدائرة ، فما هي هُوية الميزات التي يتمتع بها الشخص على الأعمال مثلاً ؟ وكيف نستطيع أن نطبّق هذا التعريف على مجمل الحقوق الطبيعية للإنسان ؟ ! فأين الانتماء والتسلّط ؟ بل وأين الشيء في حقّ الإنسان في الحياة والتنقُّل وممارسة الطقوس والتعبير عن الرأي وتكوين أسرة والمساهمة في الحياة السياسية وحقه في التقاضي واستيفاء حقوقه ، والكثير الكثير من الحقوق ، لا سيما التي يكون نطاق دراستها في القانون العام ، إذ لا يمكن أن يستوعب تعريف الأستاذ "دابان" لها جميعا ؛ لذا فإن تعريف "دابان"

---

(1) المرجع السابق نفسه .

للحق ليس جامعاً لكل صوره ، بل هو تعريف للحق في نطاق القانون الخاص عموماً والقانون المدني خصوصاً .

122) - ثانياً : الحقّ لا يفرز سلطة على الدوام :

ذهب البعض - في انتقاد نظرية "دابان"- إلى ان عنصر التسلط لا يجب أن يكون من عناصر الحقّ ، والسبب إلى ذلك يرجع إلى امرين :

أولهما : ان التصرف في الحقّ تصرفاً قانونياً يسقطه أو ينقله إلى الغير ، لا يكون بمقتضى الحقّ المتصرف فيه ، وإنما بمقتضى حقّ اخر يتميز عنه ، ومن ثم فإن سلطة الإرادة في أن تتصرف تصرفاً قانونياً لا يمكن أن تكون عنصراً في الحقّ الذي تتصرف فيه . فالتصرف في ملكية شيء ببيعه أو الإيصاء به لا يكون بمقتضى حقّ الملكية وإنما بمقتضى حرية التعاقد أو الإيصاء .

وثانيهما : ان الحقوق اما أن تكون حقوقاً يستطيع صاحبها التصرف فيها (إلاّ في حالات خاصة) ، واما أن تكون حقوقاً الأصل فيها ان لا يجوز لصاحبها أن يتصرف فيها كالحقّ في الحياة والحقّ الادبي للمؤلف . ولا يمكن أن تكون سلطة التصرف عنصراً في بعض الحقوق دون البعض الاخر لأن ذلك ينفي فكرة الحقّ [1] .

إن هذا الانتقاد يُصيب نظرية "دابان" في مقتل ، إذ أن عدّ السلطة عنصراً في الحقّ يعني أن كل حقّ يحتوي على سلطة ، وهذا ما لا يتقبّله العقل السليم ، إذ

(1) لاحظ : د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل ، ص 449 . د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 38 .

الحقّ المتطلب سلطة لا يكون إلاّ إذا ورد حقّ الشخص على شيء معين ، وليست الأشياء ، حتى بمعناها الواسع في القانون التي تشتمل على الديون والأقيام ، المحل الوحيد التي ترد عليه الحقوق . كما انه - يُضيف البعض[1] - ليس بصحيح القول بأن السلطة أو التسلط على محل الحقّ بالتصرف فيه تصرفاً مادياً ، يعد عنصراً من عناصر الحقّ ؛ حقًّا انه توجد طائفة من الحقوق تخول لصاحبها هذا المعنى من معاني التسلط كحق الملكية ، إلاّ أنه توجد انواع أخرى لا يكون لصاحبها سلطة التصرف في الشيء الذي ترد عليه كالحقوق المتفرعة من حقّ الملكية كحق الانتفاع والاستعمال السكني .

123) - ثالثاً : احترام الغير لا يدخل في ماهية الحقّ :

من الغريب أن يتكلم فقيه يضع تعريفاً لأسمى قيمة في القانون ، عن وجود عنصران خارجيان في تعريف الحقّ ! إذ كيف يكون العنصر عنصراً وخارجياً في الوقت نفسه ! ؟ فهذا التفاف على منطق العقل في تحديد الماهيات التي تتحدد من عناصرها الداخلية وحسب . وفي هذا الصدد رأى البعض[2] أنه (ليس بصحيح اعتبار "ثبوت الحقّ في مواجهة الغير" عنصراً من عناصر الحقّ ، ذلك ان احترام الغير للحق لا يعدو أن يكون هو الواجب المقابل للحق أو هو الوجه الاخر للحق) . كما أن هذا القول يصدق على عنصر الحماية القانونية .

---

(1) الأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود ، المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

(2) الأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود ، المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

124) - رابعاً : ليست حماية القانون بعنصرٍ في الحقّ :

العنصر الخارجي الثاني - كما يُطلق عليه - في تعريف "دابان" للحق هو الحماية القانونية ، وهو عنصر ، يراه عموم الفقه ، هاماً في تحديد هُوية الحقّ ، كما سبق أن رأينا كيف حرص "اهرج" على النص عليه في تعريفه للحق ، حين قال ((الحقّ مصلحة يحميها القانون)) . ومن الغريب أن بعض الفقه[1] قد وجد في هذا العنصر أهمية بحيث بات - لديه - العنصر الفعّال في التمييز بين ما أطلق عليه بالحقّ القانوني والحقّ الأخلاقي ، إذ يذكر أنه : (ويجب لإدراك مدى أهمية هذا العنصر ، أن نفرق فيه بين ناحيتين : الناحية الأخلاقية والناحية القانونية :

(أ) فمن الناحية الأخلاقية يكفي لوجود الحقّ أن تتوافر عناصر الانتماء ، والسلطة وإمكان الطالبة . والفرض أننا بصدد قانون من نوع معين ، ينظم الحقوق الاخلاقية ، أي قانون العدل الطبيعي . فلا جرم يكتفي هذا القانون بعنصري الانتماء والسلطة فيعتبر الحقّ موجودا دون حاجة إلى أي نظام حمائي يكون بمثابة المكمل الضروري للحق . وفي هذه الحدود يقتصر دور الحماية على ازجاء الطمأنينة في نفس صاحب الحقّ ولكنها لا تصنع الحقّ ، فالحقّ يوجد مستوفياً عنصر المعصومية وعنصر إمكان المطالبة ولو لم تتوافر الطمأنينة والوسائل التي تجلب هذه الطمأنينة . حاصل القول أن الحقّ الذي لم يزود بالحماية لا يزال يعتبر من الناحية الأخلاقية حقًّا بالمعنى الكامل لتلك الكلمة ، يتمتع بالمعصومية

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 107 .

والصلاحية للمطالبة به . ومن ثم يكفي وجود الغير الذي يكون الانتماء والسلطة ساريين في مواجهته .

(ب) أما من الناحية القانونية فتعتبر الحماية عنصرا أساسيا لا يمكن أن يوجد الحقّ بدونه . فمهمة الدولة ومهمة القاعدة القانونية لا تقتصر كلتاهما على تحديد حقّ كل شخص ، بل هي تحمي لكل شخص حقه . فمن ناحية القانون الوضعي يجب اذن أن يقال إن الحقّ لا يكون كاملا إلا إذا قامت الجماعة على حمايته ، فإذا لم تتول الجماعة حمايته فلا يوجد حقّ من الناحية القانونية ولو اعتبر موجودا من الناحية الأخلاقية . إن حقًّا لا يستطيع صاحبه أن يلجأ إلى الدولة لتحميه لا يعتبر حقًّا ، لا سيما أن نظام الدولة الحديث لا يبيح للفرد أن يستعمل العنف في اقتضاء حقه ، ومن ثم لا يجدي الالتجاء إلى ((القهر الخاص)) فوجب لذلك أن يتدخل ((القهر العام)) لحماية الحقّ من العدوان عليه) . ويمكن الرد على هذا القول في الآتي : -

1- إن علم الأخلاق ينصب اهتمامه على البحث في قيمة الخير ، فهي موضوعهُ ، أما الحقّ فهو جوهر علم القانون ، ولهذا لا وجود لحق أخلاقي وآخر لا أخلاقي ، بل الحقّ واحد ومحل دراسته في دائرة القانون وحسب .

2- إن تخلُّف عنصر الحماية القانونية عن الحقّ ، لا يحوله إلى دائرة الأخلاق ، إذ أصبح من الثابت اليوم لدى الجميع أن الحقّ الذي لا يحميه القانون يبقى حقًّا مُعتبراً في نطاق القانون ، ولا يخرج من هذا

النطاق ليدخل في نطاق علم الأخلاق ، بل يتحول إلى حقّ طبيعي ؛ والجميع يفقه موضوع الالتزام الطبيعي فهو ليس بواجب أخلاقي ، بل التزام ، والوفاء به يعد وفاءً صحيحاً .

3- ليس من السليم ، في نطاق علم القانون ، ألا نعد الحقّ حقًّا إلا إذا حظي بحماية قانونية ، وهذا خلط بيّن بين نتيجة الحماية وسبب إقرارها ، وبالتالي فالتسليم لهذا الرأي يقودنا إلى استحالة منطقية ، إذ رُبّ سائلٍ يسأل : ما الذي دفع القانون لحماية الحقّ ؟ أليس لكونه حقًّا .

4- إن القول بأن إضفاء الحماية القانونية على الحقّ هو الذي يجعله حقًّا قانونياً ، هو قول محل نظر ، ذلك أن هذا القول يُضفي بُعداً وضعيا لا يليق بمكانة الحقّ في القانون ، إذ كيف يولي القانون حمايته للحقوق ، أليس عبر التشريع ؟ ، هل سيقدر التشريع أن يحصي كل الحقوق ويشملها بالحماية ؟ أشكُّ في ذلك ؛ ثمّ ما حال الحقّ الذي نسي المُشرِّع تضمينه بالحماية ، ألا يكون حقًّا ؟ ثم ما هو سبب وجود التشريع ؟ وكيف نشأ ؟ وما الجهة التي أوجدته ؟ وكيف تشكلت ؟ كلها كانت بالحقوق قبل أن يقرها في أول نشأة[1] .

(1) وقريباً من ذلك يُسجل الدكتور رمضان أبو السعود نقداً على نظرية "دابان" فيقول : (ان الاختصاص أو الاستئثار لكي يتوافر به الحقّ لا بد وأن يتم في نطاق المشروعية أي يجب أن يتدخل القانون ليقر هذا الاختصاص أو الاستئثار . وعنصر الإقرار هذا يختلف عن عنصر الحماية القانونية للحق كما اورده دابان . فمقتضى إقرار القانون هو اعترافه وإباحته للاختصاص أو الاستئثار ، اما الحماية فهي ليست ←

5- إن ربط وصف أيّما ميزة بوصفها حقّ بحمايتها من قبل القانون ، يجعل من الحماية ركن الحقّ الوحيد ، وهذا بلا مراء محض افتراءٍ على الحقّ ، فبالحقّ نشأ القانون ، ولأجله ظهر ، وعلى أساسه ينبني معيار قبوله اجتماعياً ، وعلى أساسه يتغير ويُلغى ، وفي ضوئه يُسبُّ ويُلعن ، ولنُصرته يُبجَّل ويُرفع ، فالقانون خُلِقَ للحق لا العكس .

6- إن حاجة الحقوق إلى الحماية هي التي أوجدت القوانين لأداء هذه الوظيفة ، فالقانون وسيلة لحماية الحقوق ، وهنا لا بدّ من التمييز بين الحماية وجدارة القيمة التي يتضمنها الحقّ للحماية ، فالحقّ قيمة جديرة بالحماية ، فالجدارة للحماية هي عنصر الحقّ لا الحماية ذاتها ، فالأخيرة أمر خارج عن جوهر الحقّ الذي به تتحدد ماهيته ، كما أن الحماية هي نتيجة لعنصر الجدارة بالحماية الداخل ضمن عناصر الحقّ .

7- وقد أتاح لنا صاحب الرأي المتقدّم أن نطرح جدلية للنقاش تمس عنصر الحماية القانونية ، الذي يراه عموم الفقه عنصراً [1]

← عنصراً في الحقّ وإنما هي تأتي بعد الإقرار وهي من مقتضيات وجود الاختصاص المعترف به . معنى ذلك ان الحقّ يوجد طالما وجد استئثار معترف به من القانون ، اما الحماية فلا تثور إلاّ بعد وجود الحقّ . فلماذا يحمي القانون فلاناً ؟ لأنه صاحب حقّ . فوجود الحقّ يسبق حمايته . أي ان عنصر الحماية القانونية وعلى خلاف ما رآه دابان لا يجب أن يدخل من ضمن العناصر المعرفة للحق) . ص36 .

(1) كثيراً ما نجد في كتب الفقهاء إطلاق لفظة العنصر الخارجي للحق على الحماية القانونية ، متبنين هذا المصطلح الغريب في وضع تعريفاتهم للحق ، لاحظ على سبيل المثال : د . توفيق حسن فرج ود . ←

في الحقّ ، إذ يقول[1] : (ولقائل أن يقول ان عنصر الحماية إنما يُراد به حماية القانون وليس حماية الحقّ ، وذلك بناء على أن الدولة إذ تنشئ وسائل قهر فإنما تريد أن تحمي النظام الاجتماعي ، وأن تحمي نفسها ، لا أن تحمي الحقّ بطريق مباشر) . ويَرُدُّ : (إلا أن هذا قول متطرف وغير دقيق . ذلك أن القانون – وإن كان في بيانه للحقوق يفعل ذلك تحقيقا للصالح العام أكثر منه للصالح الخاص – لا يستطيع أن يمنح هذه الحقوق إلاّ بسبب ما لها من قيمة تعود مباشرة على الأفراد الذين أعدت لهم هذه القيمة . وعلى ذلك فصاحب الحقّ ، إذ يستأذن القانون ويستعين به في حماية حقه الذي منحه اياه إنما يكافح من أجل حقه لا من أجل القانون الذي منحه هذا الحقّ . آية ذلك أن حماية الحقّ إنما تقع عادة على عاتق صاحب الحقّ لا على النيابة العامة ، وأن أداة الحماية إنما توضع في يد الشخص صاحب السلطة الذي يكون بالخيار بين أن يستعمل هذه الحماية أو لا يستعملها ، اللهم إلاّ إذا كان الحقّ ، مدار البحث ، أقرب صلة بالنظام الاجتماعي منه بالمصلحة الخاصة ، إذ يكون من الممكن عندئذٍ أن يؤدي العدوان إلى جزاء جنائي تطالب به النيابة العمومية من تلقاء نفسها ، بالإضافة إلى الحماية التي يكلفها القانون الخاص) . إن ما افترضه صاحب هذا الرأي من أن الحماية التي تُقررها التشريعات إنما

←

محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 199 .

(1) أ . د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 108 .

تكون لحماية الدولة وليس الحقّ ، أمر يفرضه الواقع ، إذ عادة ما تعمد سلطات الدولة إلى البحث عن إجراءات كفيلة بحماية وجودها ، أكثر مما تحويه إجراءاتها من حماية للحقوق ، وليس في هذا القول تطرّف ، على الأقل في الوقت الحالي الذي تشهد فيه دول العالم اتخاذ إجراءات من شأنها أن تُقيد الحقوق حفاظاً على النظام لدواعي أمنية ولمحاربة الإرهاب . أما الرد على هذه الجدلية المفترضة ، فهو محل نظر عندنا ، وفيه تناقضُ ومن وجهين :

أ- فإذا كان القانون هو الذي يمنح الحقوق للأفراد ، فمن الحكمة أن يكون كفاح الأفراد من أجل القانون لا من أجل الحقوق ، فإذا كان القانون هو الأرض التي تُستخرج منها الحقوق ، فيجب الكفاح من أجل الأرض قبل الكفاح من أجل ما تُخرج .

ب- ولمّا كان كفاح الأفراد عن حقوقهم لا عن القانون ، فما القانون بمصدرها ، بل هو الحامي لها ، أو هكذا يُفترض ، ولهذا احتمِلَ أن يتصدى الأفراد للقانون في كفاحهم نحو استعادة حقوقهم .

وبناءً على ما تقدّم ليس جديراً أن نقول فقط ، أن الحماية هي غرض القانون ، بل هي عنصر يدخل في ماهيته ؛ وعليه فإن حماية الحقّ هي عنصر في القانون لا في الحقّ .

125) - خامساً : تداخل العناصر :

ان العناصر الاربعة التي قال بها "دابان" والمكونة لفكرة الحقّ ليست عناصر

مستقلة وإنما هي عناصر متلازمة متداخلة تعتمد كلها على عنصر واحد هو الاستئثار أو الاختصاص ، أو الانتماء ، وحيث يعد هذا العنصر كافياً لإجراء التعريف ، اما العناصر الأخرى فهي مترتبة على العنصر الأول وهو الاستئثار . فالعنصران الأولان وهما الاستئثار والتسلط يؤديان إلى وجوب احترام الكافة للحق ، وأخيراً فإن القانون لا بد وأن يضع تحت تصرف صاحب الحقّ الوسائل اللازمة لحماية حقه . وإذ لاحظ البعض[1] ان الأستاذ "دابان" يقرر - وبصراحة - ان جوهر الحقّ هو في عنصره الأول (الاستئثار والتسلط) وان العناصر الأخرى إنما هي عناصر تالية مترتبة عليه . غير انه يعود ويذكر ان العنصرين الأول والثاني (الاستئثار والتسلط) هما جوهر الحقّ أو هما وجهان لعملة واحدة ، ثم يعود ويفاضل بينهما ويذكر ان أساس التعريف هو الاستئثار وهو أساس العنصر الثاني وهو التسلط ؛ فإننا نرى أن في هذا تخبّط وانحراف عن اصابة الهدف في تحديد هُوية الحقّ ، فليس الحقّ استئثاراً كي يترتب عليه تسلُّط ، وليس هو تسلُّط كي يحظى باحترام الغير ، وإذا كان عنصرا الغير والحماية من مترتبات العنصرين الأولين ، فلماذا دخلا أصلاً في عناصر الحقّ ! .

فضلاً عما سبق فإن الأستاذ "دابان" قد عبر عن مضمون التملك بتعبير الانتماء أو الاختصاص أو الاستئثار ، وهذا التعبير الجديد لا يضيف جديداً ، فالتملك يتطابق مع الاختصاص ، وإذا كان الحائز أو المغتصب لا يتوافر له هذا الوصف ، فإن هذا الامر لا خلاف عليه قبل ظهور نظرية "دابان" أو بعد ظهورها [2] .

---

(1) أ . د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، والقول له ، ص 36 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 35 . { كما يضيف الدكتور أبو السعود في ص 36 أنه : ←

126) - سادساً : عدم وضوح دور الإرادة :

يُلاحظ ان دور الإرادة غير واضح في نظرية "دابان" في تعريف الحقّ ، فهو يرى ان التسلط أو حرية التصرف لا يقتضي بالضرورة إمكانية ممارسة الحقّ فعلاً ، حيث يكفي أن يوجد من يستطيع أن يقوم بهذه الممارسة غير صاحب الحقّ ، فناقص الاهلية أو عديمها لا يستطيع ممارسة التسلط ، ومع ذلك فإن هذا الامر لا ينقص من اسناد الحقّ له ، لأن قدرة التصرف تعود إليه بمجرد زوال هذا المانع ، ويبقى التسلط في مثل هذه الحالات في صورة القدرة المعنوية للتصرف على الرغم من تخلف القدرة العقلية . "وواضح ان مثل هذا التحليل السابق لا يستقيم مع المنطق ولا يضع الامور في اطار صياغة مفهومه ، فالتسلط يقتضي وجود الإرادة الواعية والمُمَيِّزة بدرجة متقدمة ، وان هذه الاخيرة تتضمن مجموعة من الإمكانيات سواء على مستوى التصرف أو الاختيار بين الفعل الإيجابي ومجرد الامتناع ، فكيف يمكن التسليم بهذه القدرات بالنسبة لعديم التمييز ؟ "[1] .

وقيل ايضاً انه غير صحيح ما يذهب إليه الأستاذ "دابان" من ان الاستئثار لا

← ((وقيل كذلك بأنه ليس صحيحاً ما تذهب اليه هذه النظرية من تقسيم الاستئثار إلى مباشر وغير مباشر . "فمن ناحية ، يصعب القول بأن من له حقّ قبل مقاول في أن يقوم بعمل لحسابه يستأثر بعمل أو نشاط هذا المقاول الذي يعمل لعدة اشخاص في نفس الوقت ولا يقصر نشاطه على احدهم . ومن ناحية أخرى يتعرض صاحب الحقّ الذي يكون محل عمل من الاعمال لمزاحمة غيره من أصحاب هذا النوع من الحقوق ، بحيث لا يكون لأي منهم أن يستأثر بمال من أموال المدين وإنما يتقاسمون فيما بينهم أمواله قسمة غرماء كل بقدر نصيبه ، وهذا التزاحم ينفي الاستئثار لأنه نقيضه")) . }

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 37 .

يرتبط بالانتفاع أو المصلحة ، وان العبرة بالاستئثار لا بالانتفاع ، بحيث لا يكفي أن ينتفع الشخص ليكون صاحب حقّ ، كما هو الشأن في المغتصب ؛ والواقع انه إذا كان المغتصب لا يعد صاحب حقّ ، فليس لأنه ينتفع بالحقّ ، بينما الاستئثار لآخر ، وإنما لأن انتفاعه لا يقره القانون[1] .

الفرع الثالث
المحاولات الحديثة في تعريف الحق

127) - تعريفات متعددة للحق :

على الرغم من أن الشريحة الأغلب من الفقهاء والكُتّاب قد تأثروا بما طرحه "دابان" من تعريف للحق ، إلا أن بعضهم حاول أن يضع تعريفاً خاصاً للحق ؛ من هذه المحاولات تعريف البعض[2] للحق بأنه : (ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ، بُغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية) . وعرفه البعض[3] بأنه : (كل مصلحة ، أو منفعة ، تُمنح بحكم القانون لشخص بأي طريقة كانت) . وعرّفه البعض[4] بأنه : (اختصاص يَقُرُّهُ القانون) . ويعرفه البعض[5] بأنه : (مركز قانوني

---

(1) لاحظ : د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل ، ص 450 . ود . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 37 . .

(2) د . عبد المنعم فرج الصدّة ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1982 ، ص 176 .

(3) د . عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1958 ، ط2 ، ص 291 .

(4) د . عباس الصراف ود . جورج حزبون ، المدخل إلى علم القانون ، دار الثقافة ، عمّان ، 1997 ، ص 123 .

(5) د . إبراهيم أبو الليل ود . محمد الألفي ، ص 168 .

يخول صاحبه ميزة الاستئثار بشيء أو أداء معين وتكفل له السلطات اللازمة لاقتضاء هذه الميزة) .

والحديث عن تعريفات الحقّ يطول ويطول ، وجميعها انبثق من رحم النظريات التي صاغها الفقه الغربي لتعريف الحقّ ، والتي عرضناها فيما سلف . لكن من بين العديد من التعريفات ، وددنا - مع البعض -[1] اختيار التعريف الذي يرى في الحقّ ، "مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة" ؛ وفيما يأتي نعالج مضمون هذا الرأي في تعريف الحقّ ، والذي سنطلق عليه نظرية المكنة ، في مقصد ، ثم نتناول في المقصد الثاني تقويم هذه النظرية .

المقصد الأول
مضمون نظرية المكنة

128) - للحق عنصران : المكنة والمصلحة :

من خلال تعريف الحقّ بأنه : "مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية

---

(1) الأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 44 . والتعريف للأستاذ الدكتور جلال العدوي . (والحقيقة أننا لم نتمكن من الحصول على مرجع الأستاذ الدكتور جلال العدوي ، وقد أشار إلى اسمه الدكتور أبو السعود دون أن يذكر اسم كتابه ؛ كما لاحظنا على كتاب (الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني / النظرية العامة للحق) للأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود ، والغني جداً بالمعلومات ، والذي اعتمدنا عليه في صفحات غير قليلة في مؤلفنا هذا ، خلوه تماماً من الاشارة إلى أي مرجع في جميع صفحات الكتاب ، ولكوننا على اعتقاد بأن كل ما ذكره الدكتور أبو السعود حول هذه النظرية هو مذكور في كتابٍ مجهولٍ لدينا للأستاذ الدكتور جلال العدوي ، فسنُشير إلى ما ورد من مضمون هذه النظرية لاسم الدكتور العدوي نقلاً من الدكتور أبو السعود . كما أننا اضطررنا الرجوع ، وحسب ، لكتاب الدكتور أبو السعود ، لانعدام الاشارة إلى هذه النظرية في المراجع التي استطعنا الحصول عليها) .

مباشرة" ؛ فإن الحقّ يتكون من عنصرين : العنصر الأول ، هو المكنة القانونية المحددة ، والثاني هو المصلحة الذاتية المباشرة . ونتناول كل عنصر في فقرة مستقلة .

129) - أولاً : العنصر الأول/ المكنة القانونية المحددة :

يتوقف وجود الحقّ على أن يقرر القانون لشخص مكنة اتباع أو اقتضاء مسلك محدد ، ولهذا فإن المكنة التي يتكون منها الحقّ وتعد عنصراً فيه تكون مكنة سلوكية قانونية محددة ؛ فهي[1] :

أ : مكنة مسلكية تخول لصاحبها أن يتبع أو أن يقتضي مسلكاً إيجابياً أو سلبياً ، فصاحب حقّ الملكية أن يتبع هو نفسه السلوك الذي يحقق له الانتفاع بالشيء الذي يملكه ، وصاحب الحقّ الشخصي يمكنه أن يقتضي من المدين السلوك الذي يحقق استيفاء الدين .

ب : مكننة محددة ، بمعنى ان السلوك الذي تخول لصاحب المكنة اتباعه أو اقتضائه يكون سلوكاً محدداً ، وفي هذا يختلف الحقّ عن الحرية التي تتميز بأنها تخول لصاحبها اتباع سلوك غير محدد .

جـ : مكنة قانونية ، وليست مجرد مكنة فعلية مادية ، فمجرد تمكّن الشخص من القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، لا يعني ان له حقّ القيام أو الامتناع عنه ، وإنما يلزم أن يقرر له القانون ذلك ؛ ومجرد اعتراف الأخلاق للشخص بمكنة

(1) لاحظ : د . جلال العدوي ، نقلاً عن : المرجع السابق نفسه ، ص 44 .

اتباع أو اقتضاء مسلك معين لا يعني ان له حقًّا قانونياً ، وإنما مجرد حقّ ادبي .

هذه المكنة القانونية المحددة التي تعد هي العنصر الأول في الحقّ ، تختلف عن السلطة الإرادية التي قالت بها النظرية الشخصية وذلك من ناحيتين :

الأولى : هي ان المكنة المسلكية تختلف عن السلطة الإرادية بقدر ما يختلف السلوك عن الإرادة ، رغم ما فيها من ارتباط يؤدي إلى تأثير السلوك بالإرادة التي قد يصدر عنها .

الثانية : هي ان المكنة في المعنى السابق تخوّل لصاحبها ، ليس فقط أن يضع موضع التنفيذ قاعدة السلوك التي خالفها شخص آخر - كما تقول نظرية الإرادة - ، وإنما تخول أيضاً لصاحبها أن يسلك هو نفسه مسلكاً معيناً من قبل أن يعتدى على حقه . وبذلك يتم تفادي ما أُخذ على نظرية الإرادة من ان الحقّ يوجد من قبل أن يعتدي عليه[1] .

أيضاً فإن المكنة التي تعد العنصر الأول في الحقّ تختلف عن التسلط التي قالت به نظرية الأستاذ "دابان" ؛ فالمكنة بالمعنى السابق مكنة تسلط وقد تكون مكنة اقتضاء ، أو بعبارة أخرى قد تكون مكنة اتباع مسلك معين وقد تكون مكنة اقتضاء مسلك معين . ويمكن تحديد متى تكون المكنة مكنة اقتضاء بالرجوع إلى محل الحقّ ، ذلك ان التسلط لا يتصور حيث يكون محل الحقّ شيئاً أو عملاً يقوم به صاحب الحقّ نفسه ، فإنه لا يمكن القول بأن صاحب الحقّ يكون له التسلط على شخص المدين أو نشاطه ؛ ومما يدل على ذلك ان القيام بالعمل أو الامتناع

(1) د . جلال العدوي ، نقلاً عن : المرجع السابق نفسه ، 45 .

عنه يتوقف على تدخل المدين تدخلاً يتصل بشخصيته ، ولهذا إذا امتنع المدين عن التدخل ، لم يجبر على ذلك ، وإنما ينفذ العمل على نفقته أو يحكم عليه بالتعويض . ومؤدى ذلك انه حيث يكون محل الحقّ عملاً أو امتناعاً عن عمل يقع على عاتق شخص اخر ، فلا نكون بصدد مكنة تسلط وإنما بصدد مكنة اقتضاء . ولهذا قيل ان المكنة التي يخولها الحقّ لصاحبه هي مكنة اتباع أو اقتضاء مسلك معين ، فهي تكون مكنة اتباع مسلك معين إذا كان محل الحقّ شيئاً أو عملاً يقوم به صاحب الحقّ نفسه ، وعندئذٍ فقط تعد مكنة تسلط ، وهذا هو الشأن في حقّ الملكية الذي يرد على شيء مادي يمكن التسلط عليه باتباع السلوك الذي يحقق لصاحبه استعماله أو استثماره أو التصرف فيه . وهذا هو الشأن ايضاً في حقّ التقاضي الذي يخول لصاحبه التسلط على رفع دعواه إلى القضاء أو ابراء دفوعه امامه ، وذلك بأن يتبع هو نفسه المسلك اللازم [1] .

130) – ثانياً : العنصر الثاني / المصلحة الذاتية المباشرة :

"اذا كان الحقّ ليس مجرد مصلحة يحميها القانون كما رأت نظرية المصلحة ، وإذا كان الحقّ هو مكنة اتباع أو اقتضاء مسلك معين كما رأينا ، فإن الغاية من الحقّ والمكنة التي ينطوي عليها هي تحقيق مصلحة ذاتية مباشرة لها قيمة اجتماعية ، فالحقّ لا يتقرر ولا يجوز استعماله إلاّ تحقيقاً لهذه الغاية . ولهذا فإن استعمال الحقّ لا يكون مطلقاً متروكاً لمحض تقدير صاحبه يمارسه لتحقيق ما يشاء من اغراض كما كان السائد تحت تأثير النزعة الفردية المتطرفة . وإنما يتقيد

(1) الاشارة السابقة ذاتها ، ص 46 .

استعمال الحقّ حتى في النطاق المحدد له بعدم الانحراف عن الغاية التي تقرر من أجلها . وهذا ما يقتضيه التوفيق بين إطلاق المذهب الفردي في حرية الفرد في استعمال حقه وتطرف بعض أنصار المذاهب الجماعية إلى حد إنكار فكرة الحقّ وإطلاق فكرة الوظيفة الاجتماعية .

والمصلحة التي يتقرر الحقّ تحقيقاً لها بحيث تعد الغاية منه تكون مصلحة ذاتية مباشرة لصاحب الحقّ . فإذا لم تكن المصلحة المقصود تحقيقها مصلحة ذاتية لم تكن بصدد مركز شخصي ينطوي على حقّ من الحقوق ، وإنما بصدد مركز غير شخصي أي موضوعي ينطوي على سلطة من السلطات . صحيح ان المصلحة الذاتية يجب أن تكون لها قيمة اجتماعية ، والا ما عمل القانون على تحقيقها بتقرير حقّ لصاحبها ، إلاّ أن ذلك لا ينفي عن هذه المصلحة صفتها الذاتية ولا يؤدي إلى الخلط بينها وبين المصالح غير الذاتية جماعية كانت أم غيرية مشتركة[1] " .

المقصد الثاني
تقويم نظرية المكنة

131) - التوجُّه الوضعي للنظرية :

إن هذه النظرية ، كمثيلاتها ، اتجهت توجُّهاً وضعياً في تعريف الحقّ ، فهي في تعريفها للحق بأنه : "مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة" ؛ جعلت وجود الحقّ متوقفاً على أن يقرر القانون لشخص مكنة اتباع أو اقتضاء

(1) د . جلا العدوي ، نقلاً من : المرجع السابق نفسه ، ص 46 .

مسلك محدد ، ولهذا فإن المكنة التي يتكون منها الحقّ وتعد عنصراً فيه تكون مكنة سلوكية قانونية محددة ، على وفق هذه النظرية ، أي أن هذه المكنة يحددها القانون مسبقاً ، وهذا يتنافى مع الحقوق الطبيعية للإنسان ، كما أن القانون ليس بإمكانه أن يُحدد جميع المكنات التي يُمارسها الأفراد مسبقاً وعلى وجه التحديد ، ولا نستطيع أن نحكم على حقّ ، وإن كان وضعياً ، من خلال إنشائه من قبل القانون ، بل قد يكون الوضع الذي عليه الشخص هو الذي قاد القانون إلى الإقرار بحقه وحمايته ، كما هو شأن وضع الطفل ووضع المعاقين وغيرهما من الأوضاع ، فحصر الحقّ فيما يمنحه أو يهبه أو يقرره القانون هو مثار استغراب عندنا ، وهو هدر لقيمة الحقّ ، وسوء فهم لها .

ثمّ أن استعمال لفظة المكنة ، قد يكون مدعاة للالتباس بينها والحقّ ، فللمكنة مفهومها الخاص في القانون ، وهي تأتي في المنزلة الوسطى بين الحقّ والحرية[1] ، وسنأتي على بيان الفرق بينها وبين الحقّ لاحقاً .

132) - الدوران في فلك نظرية المركز :

كما أن نظرية المكنة تدور ، من حيث لا يشعر صاحبها ، حول نظرية المركز القانوني ، فقولها بأنه مكنة قانونية تتحقق بها مصلحته ، والمصلحة التي يتقرر الحقّ تحقيقاً لها بحيث تعد الغاية منه تكون مصلحة ذاتية مباشرة لصاحب الحقّ . فإذا لم تكن المصلحة المقصود تحقيقها مصلحة ذاتية لم تكن بصدد مركز

(1) لاحظ : د . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 ، ص 9 .

شخصي ينطوي على حقّ من الحقوق ، وإنما بصدد مركز غير شخصي أي موضوعي ينطوي على سلطة من السلطات .

كما قيّدت النظرية المكنة تعريفها للحق بضرورة أن يكون لغاية مفادها تحقيق مصلحة ذاتية مباشرة ، ومعنى ذلك أن القانون لن يمنح هذه المكنة إلاّ لمصلحة ذاتية مباشرة ، وبالتالي انحصر حقّ الفرد في أن يكون له حقّ بمقدار ما يحقق من مصلحة ذاتية ، صحيح أن كل حقّ يؤدي بالضرورة إلى تحقيق مصلحة ، قد تكون ذاتية أو غير ذاتية ، وقد تكون ذاتية مباشرة أو ذاتية غير مباشرة ، لكن ليس من الصحيح أن الحقّ ما كان ليكون حقًّا لولا وجود هذه المصلحة ، وإلا فما الفرق بين هذا الرأي وما انتهى إليه "اهرنج" ! . كما أن القول بأن "المصلحة الذاتية يجب أن تكون لها قيمة اجتماعية ، والا ما عمل القانون على تحقيقها بتقرير حقّ لصاحبها ، إلاّ أن ذلك لا ينفي عن هذه المصلحة صفتها الذاتية ولا يؤدي إلى الخلط بينها وبين المصالح غير الذاتية جماعية كانت أم غيرية مشتركة" ، قولٌ يوجب ادخال الصفة الجماعية للمصلحة في تعريف الحقّ .

الحقيقة أن هذه النظرية ، وكالعشرات من التوجُّهات الحديثة التي انطلقت مُنطلقاً وضعياً في تعريف الحقّ ، عجزت ، أيضاً ، أن تُصيب حقيقة جوهر الحقّ ، فمنها من عرّف الحقّ من زاوية استخدامه ، ومنها من عرّفه من زاوية غاياته ، ومنها من عرّفه بالكيفية التي هو عليها ، ومنها من خلط بين جوهره وحمايته ، وكلها دارت حول الحقّ دون أن تتمكن من الدخول في ماهيته وحقيقته .

المبحث الثاني
اتجاهنا في تحديد هُويّة الحق

133) - الحقّ ميزة للإنسان :

لاحظنا فيما سبق كيف أن فكرة الحقّ ، فكرة ، تباينت الآراء حول تعريفها قبل وجودها ، كما أنها لم تكن من الأفكار التي وضع الفقه التقليدي مفهوماً محدداً لها من قبل ؛ فكان من الثابت تاريخيا ، لدى فقه تاريخ القانون السائد ، أن القانون الروماني لم يكن يعرف الحقّ . وقد كانت كلمة (jus) لا تعني سلطة لفرد معين ، أو مكنه أو ميزة لصاحبه ، ولكنها كانت تعني الحصة التي تعود على الفرد في التنظيم الاجتماعي ، حصة (part) يمكن أن تحتوي على مركب من المزايا والأعباء . فالعدالة كانت تتمثل حينئذ في منح كل واحد حصته[1] .

كما انها فكرة التبست في بعض اللغات بمفهوم القانون كما في اللغة الفرنسية [2] ، ثم انها ، إلى جانب من دعا إلى إنكار وجودها ، فهناك من اسس لاستبدالها بفكرة أخرى ، كما انها - حتى عند المقرّين بوجودها - فكرة غامضة لم يستقر الرأي لحد الآن على وضع مفهوم مانع جامع شامل لمعانيها . إلاّ أن هذا لا يعني انها فكرة شاذة أو مريعة أو انها نهضت لتبرير غيرها ، لا ، بل ، بالعكس ،

---

(1) لاحظ : د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل ، ص 11 .

(2) لاحظ : العميد ليون "ديگي" ، دروس في القانون العام ، ص16 .

هي فكرة جديرة بالبحث ، بل هي أساس البحث عن أي حالة تتعلق بالإنسان ، ومحطة لاستظهار اهمية كل علم لصيق بكيانه وحفظ وجوده وصيانة كرامته .

اننا ، وبعد عرض ما قيل في تعريف الحقّ ، وقبل أن ندلو بدلونا في بيان تعريفه الصحيح حسب وجهة نظرنا ، علينا أن ندرك ان الحقّ حالة ترتبط بكيان الإنسان ، كونه عضواً في جماعة لا يستقيم إلاّ أن يعيش في كنفها ، كما أن ما مقرر للإنسان من حقوق ، هي مقررة له ابتداءً ، ليس للقانون سوى الكشف عنها ، ومن هذين المنطلقين نكون قد رسمنا خارطة طريق لتعريف الحقّ ، أولهما ، هو منطلق بعيد – قليلاً – عن المدرسة الطبيعية[1] ، قريب لحدٍ ما ، من المدرسة الاجتماعية[2] ، وهو أن تلازم الحقّ مع الشخص ، ناجم عن ضرورة العيش الجماعي ، فالإنسان بلا شخصية إذا وجد من غير جماعة ، فمع من سيتعامل ، وممَّن يأخذ حقوقه ، وكيف يتكاثر ، وكيف يجلب الخير ، وكيف يدرأ الشر ، وكيف تتحقق غاياته في العيش السعيد ؟ ؟ ؟ ، في حين أن المنطلق الثاني هو قريب من المدرسة الطبيعية بعيد من المدرسة الوضعية[3] والمدرسة الاجتماعية ، وهو أن الحقّ ولد قبل القانون ، فالقانون ليس مصدراً للحق . ومن هذا الأساس كنا قد وضعنا تعريفاً للحق مختلفين مع الجميع ممن سبقنا ، في ان

---

(1) إذ الحقّ عندهم وليد خارج نطاق الجماعة ، ومصدر الحقّ هو القانون الطبيعي لاحظ : (د . منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، ص24 والتي تليها) .

(2) المدرسة الاجتماعية بريادة (كونت) و"ديگي" ، أنكرت فكرة الحقّ واستبدلتها بفكرة أخرى تراها وليدة الجماعة ، كما رأينا سابقاً .

(3) فالحقّ ، على وفق هذه المدرسة ، وليد القانون ، (لاحظ : دياس ، فلسفة القانون ، ترجمة – هنري رياض ، دار الجيل ، بيروت ، (بدون سنة نشر) ، ص12 . والتي تليها) .

الحقّ ما هو إلاّ : ميزة مقرونة بالشخص مكفولة بالقانون ، تقرّها الجماعة لتعزيز وجوده في استجلاب الخير ودرء الشر [1] . وبتحليل هذا التعريف فإنه يتضمن عدة عناصر :

أ – الحقّ : ميزة ، فهو من الميزات التي يتمتع بها الإنسان ، كميزة النطق والتفكير ، وبالتالي فإن الحقّ بمجمل مكوناته وصوره هو ميزة لذات الإنسان .

ب – الحقّ : ميزة مقرونة بالشخص ، فهو ميزة اقترنت بها الشخصية ، لا لأن القانون شاء أن تكون مقترنة به ، بل لأنها ميزة مخلوقه مع خلق الإنسان ، وهي خُلقت له لكي يعيش ، وعندما تكون الميزة للشخص المعنوي ، فهي أيضاً مقرونة بخلقه ، بل هي أهم ما يتمتع بها ، لأنه بدونها لا يستطيع أن يحقق الغاية التي من أجلها نشأ .

ج – الحقّ : ميزة مكفولة بالقانون ، عندما سنقرر أن الحقّ هو مصدر وجود القانون ، وليس العكس ، فإن القانون وجد لا لكي يُنشئ الحقوق ، وإلا كنا امام استحالة منطقية ، وإنما هو وجد من أجل أن يكفل اكتساب هذه الحقوق وحمايتها ، لا سيّما وأن تمتع كل شخص بحقه قد يخلق صداماً بين مختلف الحقوق ، وهذا ما يدعو القانون إلى التدخل لكفالة الحقوق ومنع الصدام بينها .

د – الحقّ : ميزة تقرّها الجماعة ، فالحقّ عندما يكون ميزة مقرونة بالشخص ، قد يعزز عندنا فرضية تصادم وتراحم الحقوق فيما بينها ، فهنا يأتي دور الإقرار

(1) لاحظ ، بحثنا : فكرة سمو الحقّ على القانون ، مجلة القاضي ، يصدرها اتحاد قضاة اقليم كوردستان – العراق ، أربيل ، العدد 3 ، 2011 ، ص 107 .

بهذا الحقّ أو ذاك من قبل الجماعة نفسها ، إذ أن تمتع الشخص بالحقّ إنما كان لكي يعيش في هذه الجماعة ، فلا بد من إقرار تمتع الشخص بتلك الميزة من الجماعة التي يعيش فيها[1] .

هـ - الحقّ : ميزة تقررها الجماعة لغاية مهمة هي تعزيز وجود الشخص فيها ، فمن لم يتمتع بهذه الميزة لا يمكن أن يتعزّز وجوده في تلك الجماعة ، وهذا لا يختلف عن حرص الجماعة على تربية الطفل منذ الصغر على التقاليد والأعراف وتعليمه لغة قومه ، تعزيزاً لوجوده ، كذلك فإن هدر حقّ الشخص سيضعف وجوده في الجماعة .

و - إن الحقّ : ميزة لشخص الغاية من اقترانها به هو تعزيز وجودة في الجماعة لاستجلاب الخير له ، وبالتالي لها ، ودرء الشر عنه ، وبالتالي عنها ؛ إذ أن الشخص عندما يكون وليد جماعة ما ، فإنه مثلما ينتظر من الجماعة أن تقر له بتمتعه بتلك الميزة المُمَيِّزة لشخصيته ، في جلب الخير له ودرء الشر عنه ، فإنها ، في المقابل ، تنتظر منه أن يكون المعيار في جلب الخير ودرء الشر هو معيار المحافظة على كيان الجماعة ، بالشكل الذي يجعل من جلب الخير له هو جلبا للخير لها ، ودرء الشر عنه هو درء للشر عنها ، فمثلما يسعى الإنسان إلى التكاثر وعدم الانقراض ، ومثلما يسعى الإنسان في درء المرض عنه ، تسعى الجماعة في

---

(1) مع الأخذ بعين الاعتبار مفهومنا للجماعة الذي سيأتي الحديث عنه لاحقاً ؛ ذلك أن الجماعة قد يُقصد بها الجماعة البشرية غير المقيدة أو الموزعة على الدول والمجتمعات ، وهذا عند حديثنا عن الحقوق الطبيعية للإنسان ، وقد يكون المقصود بالجماعة الجماعة داخل كل مجتمع أو دولة ، وهذا ما يجعل الشخص يتمتع بحق وضعي في جماعة ، في حين أن نظيره لا يتمتع بمثل هذا الحقّ في جماعة أخرى وهكذا .

وضع منظومة صحية متكاملة لضمان حمايتها من الأمراض . وما للجماعة مستغرق لما للفرد ، إذ يفترض ان الخير العام قد أصاب الفرد بخير خاص ، وفي المقابل ، فإن ما على الجماعة من مسؤولية في الإقرار بتلك الميزة مستغرق لما يقع على الفرد ، إذ يفترض أن محاربة الشر الخاص هو محاربة للشر العام ، وهذا الاستغراق في المسؤولية ناجم عن تفضيل المعنى الذي يتحقق به الخير العام على المعنى الذي يتحقق به الخير الخاص ، لذا فإن الفرد عندما يجرّم وتثبت عليه الجريمة ، فإن الخير العام يقتضي إصلاحه وهو يحقق الخير الخاص ، لكن إن عجزنا عن ذلك ، فإن تحقيق الخير العام بتحقيق الشر الخاص لذلك الشخص ، أمر لا مفر منه .

وبعد هذا الاستعراض لما عرضناه من قبل لتعريف الحقّ ، نوزع هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول تعريفنا للحق ، وفي الثاني لتحديد الصفتين الطبيعية والوضعية في الحقّ على وفق تعريفنا .

المطلب الأول
تعريفنا للحق

134) - الحقّ - قبل كل شيء - قيمة :

ولمّا كان الحقّ في رأينا السابق ميزة للشخص ، فقد يلتبس لدى البعض معنى كلمة ميزة ، فقد يجري معناها مجرى وضع الحقّ لا الدخول في جوهره ، كما قد تلتبس بمصطلحات أخرى اختارها من سبقنا لتعريف الحقّ بها . فإننا نحاول البحث عن مصطلح يُعبِّر عن جوهر الحقّ ؛ وإذا استعضنا من باب مباحث القيم

المطلقة في الفلسفة ، والذي يُعد الحقّ إحدى هذه القيم ، وجمعنا كل ما قيل عن الحقّ ، سواء بالنظر لممارسته أو النظر إلى غايته أو الكيفية التي هو عليها ، نجد أن الحقّ منوط بالأشخاص وحسب ، وعلى وجه الخصوص الإنسان ، وبالتالي لا يستقيم تعريف الحقّ إلا بوصفه قيمة .

فلو جمعنا بين المصلحة والسلطة والاستئثار جمعاً منطقياً ، وخلصنا إن كل شخص له مصلحة وله سلطة على شيءٍ أو أداءٍ يستأثر به ، إلا أن المصلحة ليست حقًّا ولا السلطة حقًّا ولا الاستئثار حقًّا ، فإن مجموعها قد يدل على معنى الحقّ من حيث إنه قيمة إنسانية يقدر على أساسها أولاً كيان الشخص الاجتماعي ، ووضعه ، ومن ثم وجوب حمايته من أي عدوان ، وهذا يدل على إن وجود الشخص في المجتمع تراعى فيه قيمة هذا الوجود ، بحيث يتم اتخاذها معياراً لما قد يشكل اعتداءً عليه ، إذ لا يرتبط وجود الشخص ، أو الإنسان بالأحرى ، بوجود جسدي فحسب ، بل بوجود يساعده على البقاء والاستمرار في الحياة ، وهو موجود ، وبوجوده وجد القانون ، الذي لم يكن ليظهر إلاّ ليحميه ، وعلى أساسه وأساس كل تفاصيله ، تبنى الأحكام وتوضع القواعد ، لحفظ هذا الكيان وبيان حدوده وعدم اصطدامه بالكيانات الأخرى .

فلكل شخص ميزات ومكنات يستعملها ، وهي متساوية لدى كل الناس ، من حيث الطبيعة ، ومختلفة بحسب الوضع ، لذا فإن مجموعها تشكل قيمة كيان الشخص في المجتمع ، فالإنسان يتمتع بكثير من الميزات والمكنات التي تمكنه من العيش بسلام وأمان ، فتكون له حقوقا يتمتع بها مثلما يتمتع بها الجميع ، كحقه في التنقل والتملك وحرية التعبير واختيار محل الإقامة ، وما إلى ذلك ،

وتكون له ميزات معينة لكونه حائز لصفة معينة ، كالتي يتمتع بها كونه موظفا أو عامل ، أو رجل أو امرأة أو طفل ، أو متزوج أو عازب ، أو تاجر أو مهني ، أو طالب أو أستاذ أو قاضي أو محامي أو إلى ما لانهاية من الأوضاع ، تكون له مكنات وميزات ، ومجموع كل هذه المكنات والميزات ، تشكل حقه ، **فالحقّ ببساطة شديدة ، قيمة كيان الشخص في المجتمع جديرة بالحماية** .

إن تعريف الحقّ بالقيمة ، ليس معناه تحويل الحقّ إلى قيمة بالمعنى الحرفي للكلمة ، بقدر ما يشكله الحقّ من قيمة للوجود الإنساني للشخص ، أو – بعبارة أدق – قيمة كيان الشخص ، فهذه القيمة يجب أن لا تكون متناقصة وإلا تدخل القانون في ردها إلى نصابها الصحيح ، وكيان الشخص في المجتمع ينبني على قيمته فيه ، فحقوقه هي التي تمثل قيمته الحقيقة في المجتمع ، وهذه القيمة يجب أن تتساوى لدى جميع الناس ، دون أي فارق ، على أساس الاعتبارات الطبيعية ، ولا يجعلهم مختلفين إلا لاعتبارات وضعية ، حيث **إن الناس متساوون طبعاً ، مختلفون وضعاً** ، فأوضاعهم متفاوتة وبالتالي تتفاوت حقوقهم بتفاوتها ، كما إن قيمة كيان كل شخص في المجتمع هي التي تحدد خطوات العلاقة بينه وبين كل شخص على حدى ، من جهة ، وبينه وبين الجماعة من جهة أخرى ، فإذا تزايدت هذه القيمة من غير مقتضى ، فإن تزايدها يكون على حساب تناقص قيمة كيان شخص آخر ، فيتدخل القانون لإعادة التوازن بين قيم كيانات الأشخاص في المجتمع ، عن طريق ما بات يعرف لدى الفقهاء والكتاب بالعدل التبادلي والعدل التوزيعي[1] .

(1) وسمي العدل عدلا تبادلياً لأن عمله هنا يقع بمناسبة مبادلة الأشياء والخدمات بين الأفراد ، إذ يقتضي ←

على إن تصوير الحقّ بأنه قيمة كيان الشخص ، لا يستقيم إلا إذا كان على مستوى وجوده في الجماعة ، ذلك إن محددات الحقوق وتنظيمها ، وما يلازمها من واجبات مقترنة بها أو مقابلة لها ، أمر يوكل إلى الجماعة ، فلا قيمة لأية مزية يتمتع بها الإنسان ، أو لأية سلطة أو مصلحة ، كما شاء البعض أن يطلقها على الحقّ ، إلا بوجود المجتمع الذي تتعادل وتتكافأ فيه وتتفاعل ، فلا ميزة ، ولا سلطة ، ولا مصلحة ، ومن ثم فلا قيمة لكيان شخص ، إلا بوجود غيره ، بل بوجود الغير ، انعقدت هذه القيمة له ، وبالتالي كان منطقاً أن نقول إن للشخص حقوق ، ما دام إن فرضية عيشه بمفرده هي فرضية بعيدة التحقق ، ولا تستقيم مع طبع الإنسان وواقعه الاجتماعي[1] .

← هذا العدل أن تكون هناك مساواة حسابية بين الأداءات المتبادلة ، فإذا أعطى شخص لآخر شيئاً في مقابله شيء أخذه هو وكانت قيمة الشيء الذي أخذه تزيد على قيمة الشيء الذي أعطاه كان في حدود زيادة قيمة الشيء الذي أخذه قد استولى على شيء هو من حقّ الشخص الآخر ووجب عليه أن يرده حتى يحقق التعادل بين ما أعطى وما أخذ . وبناء على ذلك يجب أن يرد المقترض إلى المقرض مقدار ما اقترض ، وأن يكون الأجر الذي يستحقه الشخص عن عمل أداه معادلا لقيمة ذلك العمل . ولا يقتصر العدل التبادلي على العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد بل يطبق أيضاً على العلاقات غير التعاقدية ، فإذا تسبب شخص بخطئه في الاضرار بغيره كان مقتضى العدل التبادلي أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذي أصاب الثاني وأن يكون التعويض مساوياً للضرر . أما العدل التوزيعي فيعمل في نطاق ما يكون من علاقات بين الجماعة السياسية والأفراد ، باعتبارهم أعضاءً في تلك الجماعة السياسية الداخلية وهي الدولة . وسمي هذا العدل توزيعياً لأنه يهيمن على توزيع خيرات الجماعة وأعبائها بين الأفراد أعضاء الجماعة السياسية . ويتحقق هذا التوزيع بتمكين الأفراد من التمتع بمنافع الخير العام الناشئ من نشاط الدولة ، وبتوزيع الوظائف التي تكون في حيازة الدولة ، فالدولة لا تستطيع أن تزاول نشاطها إلا بواسطة الأفراد . (لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، القانون ، ص 211 ، 213 .) .

(1) هذا ومن اللطافة أن الفقيه "ديگي" ، وفي مناسبة رفضه لفكرة الحقّ ، قد عدّ الحقّ قيمة من حيث لا ←

وبعد عرضنا لتعريفنا للحق ، نوضح فيما يأتي أبعاد هذا التعريف ومزاياه في فرع ، ونعالج في الثاني عناصر الحقّ على وفق تعريفنا له .

الفرع الأول
أبعاد تعريفنا للحق ومزاياه

135) - أولاً : أبعاد تعريفنا للحق :

إن تعريف الحقّ بأنه : ((قيمة كيان الشخص في المجتمع ، جديرة بالحماية)) ، له أبعاد كثيرة :

أ- فالوجود الإنساني على المعمورة ، وإحكام سيطرة النوع البشري على مجريات أمورها والتحكم في إدارتها ، قد نتج عما يتمتع به الإنسان من عقل وفكر ، فقد استطاع الإنسان أن يغيّر وجه الأرض بعقله ، وقد كان هذا التغيير نتاج حاجته إلى الحفاظ على وجوده واستمراره ، بل وتيسير شؤون حياته بما يخدمه ويخدم مصالحه ورغباته .

إن العقل البشري الذي أدى ، تحريكه وتشغيله عند الإنسان ، إلى ظهور أنماط حياتية ، ما كانت موجودة من قبل ، وبغض النظر عن الحاجات التي

←

يقصد ، إذ وصل في رفضه فكرة الحقّ إلى أبعد حد ، حيث لم يعد الحياة ، التي هي أهم كل الحقوق التي يتمتع بها الإنسان ، حقًّا لصاحبها ، فلا وجود لحق الحياة في نظره ، ولا تكون الحياة لمن يحوزها إلا مجرد قيمة . وبتدخل القانون فقط حين تصبح حياة الفرد مهددة أو حين يقع عليها عدوان ، لأن القانون يحرّم العدوان ، لا على الحقّ في الحياة ، بل على الحياة بوصفها قيمة ، وهو يدعم هذا التحريم بالطرق القانونية التي أعدها لحماية هذه القيمة . (د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 17) .

لبتّها هذه المبتكرات على الصعيدين الحضاري الإنساني والطبيعي العلمي ، فإن باعثها كان في الحفاظ على وجود النوع البشري أولاً ، وتيسير أنماط الحياة عليه ثانياً ، وإسعاده ثالثاً ، وتحقيق كل ما يتعلق بالأهداف التي يرى في تحقيقها تحقيقاً لذاته وتقريراً لدوره في الحياة على مختلف الأصعدة .

إذن كل ما ترتب من تغييرات وتطورات على الحياة في الأرض كان هدفه الأساس الكيان البشري ذاته ، إذ سخّر العقل لخدمته كل الوسائل والسبل والموجودات الأخرى على الأرض ، الحية وغير الحية ، فجميعها في خدمة الإنسان .

ب- إن ما يمس كيان الإنسان ووجوده ، يجب أن يخصص له مصطلح يعبر عن اهمية هذا الكيان ، وليس هناك أفضل من استخدام مصطلح (قيمة) ، فللإنسان قيمة ، ولكل إنسان قيمة ، وهذا يعني ارتباط قيمة الإنسان بكونه إنسان أولاً ، ولكل واحد من الناس قيمته الخاصة به والتي تحدد معالم كيانه الخاص من خلال الادوار والوظائف والأوضاع التي يؤديها ، أو التي يشغلها ، أو التي يكون فيها ، فأنت وأنا والآخر ، كل واحد منا لديه قيمة وجودية في هذه الحياة ، هذه القيمة هي حاصل جمع قيمة الإنسان كونه إنسان وقيمة الإنسان بحسب موقعه في الحياة ووضعه ، وبالتالي ينعكس المجموع على القيمة الكلية للإنسان داخل المجتمع .

جـ - لا يعني أن اختيارنا لمصطلح (قيمة) ، أن بالإمكان التصرف فيها ، فالإنسان لا يصلح أن يكون محلاً للتصرف ، فهو المتصرف ، بل المقصود بالقيمة ، قراءة لكيان الإنسان ووضعه ، وبالتالي تقييم هذا الوضع وذلك الكيان ،

فأيُّ مساس بأي منهما ، أو التقليل من شأنهما أو من شأن أحدهما ، يشكل اعتداءً على الإنسان . وقد ناضل الإنسان ، باستخدام عقله وجهده أيضاً ، في سبيل صون قيمته من الاعتداء ، ورأى في الحفاظ على كيانه ، إلاّ يسمح بوجود أي اعتداء عليه من شأنه أن يُنقص قيمته الوجودية أو الوضعية . ولعل أفضل سبيل إلى ذلك الركون إلى العدل من الناس ، فالعدل بين الناس لم يظهر إلاّ لأجل صون قيمة الإنسان من خلال وجود الحلول الملائمة والمناسبة في حالة تعارض القيم الوجودية والوضعية للناس ، وإعادة هذه القيم إلى نصابها الصحيح .

د – إن الاعتداء على القيمة الوجودية للإنسان هو اعتداء عليه في الوقت ذاته ، لذا تلازمت هذه القيمة مع كيان الإنسان طالما كان حياً ، فهي تولد بولادته ، وتموت بموته ، وإن كان للأموات قيم ، فهي قيم وجودية للإنسان إلى أن يتوارى في مثواه الأخير ، والذي يُعد قرينة على انعدام وجوده ، وبالتالي انقضاء قيمة كيانه .

هـ – ماذا سنطلق على هذه القيمة المتلازمة لكيان الإنسان ؟ ، لسنا مخيرين إلاّ في إطلاق لفظة الحقّ عليها ، والحقّ هو قيمة هذا الكيان ، سواء على النطاق الوجودي (الطبيعي) أو على النطاق الوضعي ، فللإنسان قيمة وجودية ، حقّ في الحياة ، وللإنسان قيمة في الاختيار ، الحرية ، وللإنسان قيمة في الحركة ، حقّ التنقل ، وللإنسان قيمة في استثثار الاشياء لنفسه ، حقّ الملكية ، وللإنسان قيمة في ابداء رأيه عن كل شيء ، حقّ التعبير عن الرأي ، وللإنسان قيمة في الاعتزاز بنفسه والإباء لشخصه ، حقّ الكرامة ؛ وليس هذا فحسب ، بل الأمر

ينسحب إلى القيم الوضعية الناجمة عن وجود الإنسان في وضع ما ، فللإنسان العامل قيمة في عمله ، وهي حقه في الأجر ، وللإنسان العاقد قيمة في تعاقده ، حقوقه العقدية ، وللإنسان إن كان امرأة أو رجل ، طفل ، أو معاق ، متقلد لمنصب أو مهنة ، كما لو كان طبيباً أو مهندساً أو قاضياً ، وإلى غير ذلك من اللا متناهيات من الاوضاع ، كل هؤلاء لهم حقوق نتجت عن أوضاعهم تلك ؛ ولما كان لا يمكن إطلاق أيما مصطلح على تلكم القيمة ، إلا الحقّ ، فالحقّ لا يعدو كونه قيمة .

و - إن تعريف الحقّ بالقيمة ، لا يبعدنا كثيراً عن معناه اللغوي والاصطلاحي ، وعن المعنى المعطى للفظة (قيمة) ، فقيمة تعني من بين ما تعني ، قدر ، حتى أن الله عز وجل قد استعملها عندما وضع تعريفاً لذاته تعالى ، عندما وبّخ المشركين في الاشراك فيه ، فعّرف نفسه في قوله تعالى : ﴿ وَمَا قَدَرُوا۟ ٱللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِۦٓ وَٱلْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَٱلسَّمَٰوَٰتُ مَطْوِيَّٰتٌۢ بِيَمِينِهِۦ ۚ سُبْحَٰنَهُۥ وَتَعَٰلَىٰ عَمَّا يُشْرِكُونَ ﴿٦٧﴾ ﴾[1] ، فقيمة الإنسان هي قدره .

ز - إن تعريف الحقّ بأنه قيمة ، أو قدر ، الإنسان في المجتمع ، ترسخ حقيقة معناه في ظل علم القانون ، فعندما نقول جوهر القانون الحقّ ، لا يعني به الإرادة أو المصلحة أو استئثار قيمة بالكيفية التي تبينت لنا في التعريفات الأخرى للحق ، بل أن حقيقة معناه ، تمس كيان الإنسان ذاته من حيث ما يكون له في المجتمع ، وقد أخرجنا من التعريف ما يكون عليه لأنه قد يدخلنا في حالة من التكرار ، ذلك ان الحقّ هو ما للإنسان من قيمة ، لا يدخل في ماهيته ما عليه من تكاليف ، فهي

(1) سورة الزمر / آية (67) .

ملزومة بما لهذا الإنسان من قيم ، وهي مقرونة بغيره ، لذا فلا معنى من تشبيه الحقّ بالمركز ، فالحقّ قيمة وحسب .

136) - ثانياً : مزايا تعريفنا للحق :

إن اقتناعنا بأن الحقّ ما هو إلاّ قيمة لكيان الإنسان (أو الشخص) في المجتمع جديرة بالحماية ، تجعلنا نسجل له المزايا الاتية التي لم نراها في التعريفات الأخرى للحق .

أ- إيجازه المعبر عن معناه : إن هذا التعريف قد جاء موجزاً المعنى الحقيقي للحق ، غير أن (اهرنج) قد أوجز تعريف الحقّ ، لكنه حرّفه عن معناه الحقيقي .

ب- التركيز على ماهية الحقّ دون ادخال عناصر خارجية ، فالتعريف ركّز على ما يدخل في حقيقة الحقّ دون أن يدخل فيه أمور خارجية ، كالغير ، والحماية القانونية .

جـ - إن هذا التعريف تخلص من الانتقادات التي وجهت إلى النظرية الشخصية في تعريف الحقّ بأنه إرادة ، إذ لم يسلط الضوء على ممارسة الحقّ واستعماله ، بل على الحقّ في ذاته ، وبالتالي فإن هذا التعريف ليست فيه مشكلة فيما يتعلق بحقوق عديمي الأهلية .

د - كما أن تركيز التعريف على كيان الإنسان (أو الشخص) على وفق المفهوم القانوني ، لا يخرج الاشخاص المعنوية من دائرة تمتعها بالحقوق ، فهي كيانات

مخلوقة من قبل البشر ، وتكون لها حقوق بالقدر المتنازل لها من قبل مكوّنيها .

هـ - عدم ذكر أي كيفية يظهر بها الحقّ ، كالاستئثار أو الانتماء أو الاختصاص ، وعدم تقيد محل الحقّ بالشيء كما فعل (دابان) .

و - كما أن التعريف لم يدخل الحماية عنصراً في الحقّ ، بل الجدارة بالحماية ، والجدارة بالحامية تختلف عن الحماية ذاتها ، إذ تتقرر الأخيرة على كل ما يجدر حمايته .

ز - إن التعريفات العديدة اللا محدودة التي وضعت للحق ، لم تصب جوهره وذاته ، بل حاولت الدوران في فلكه وحسب ، ذلك أنه لا مندوحة من تعدد التعريفات لشيء واحد ، لكن يبقى أحدها مُصيباً للذات ، وهو يُحدّد هوية الشيء ، فمثلاً : تعدّدت تعريفات الماء ، فمنها من يذهب إلى تعريف الماء بأنه سائل ، وأخرى ذهبت إلى عدّ الماء أساس الحياة ، كما ذهب اتجاه آخر إلى عدّ الماء أهون موجود وأعز مفقود ، وهناك من عرّف الماء بأنه مركب من ذرتين من الهيدروجين وذرة من الاوكسجين ، فهذه تعريفات للماء ، ليست كلها دقيقة ، فالأول عرف الماء بالصورة الغالبة له ، إذ يأتي بصورة سائل ، وأحياناً يأتي غازياً وأحياناً يأتي متجمداً صلباً ، والتعريف الثاني حدد اهمية الماء ، والثالث قيمته ، والرابع ذاته ، والأخير هو الأدق لأنه أصاب الجوهر فأصاب .

ح - ركّزت الكثير من التعريفات على عدّ الحقّ مخلوق من مخلوقات القانون ، ولا ينكر ما لهذه التوجّهات من أرضية وضعية ، وقد خلا تعريفنا للحق من أية اشارة إلى القانون ، ذلك أن القانون لا يدخل في مفهوم الحقّ ، وإن كان

العكس صحيحاً ، ذلك ان القانون لم يخلق إلاّ لحماية الحقوق ، وبالتالي فإن جدارة الحقّ للحماية هي التي اقتضت ظهور القوانين لحمايتها .

ط - إن قيمة كيان الشخص لا تتحدد إلاّ إذا كان قاطناً ومنتمياً لجماعة من الناس ، عادةً ، ما يطلق عليها بالمجتمع ، فلا قيمة لإنسان يعيش بمفرده ، إذ من سيحدد له هذه القيمة ؟ ثم إن قيمته تجاه من ؟ وكيف تكون جديرة بالحماية وهو بمفرده في الحياة ؟ . لذا فإن وجود الجماعة أمر محتّمٌ وضروري للتحدث عن الحقّ ، لكن تصويرنا للجماعة قد يختلف عن تصوير الوضعيين لها ، ونوضّح ذلك في فقرة مستقلة .

137) تحديد مفهوم الجماعة :

إن لفظة الجماعة ، أو كما يستخدمها الكثير تحت مسمى (المجتمع) ، لا يقصد بها في تعريفنا للحق ، الجماعة الكائنة في داخل حدود الدولة ، كأصل عام ، ذلك إننا إذ قصدنا من الحقّ ، قيمة كيان الشخص في المجتمع أو الجماعة داخل الدولة القاطن فيها ، فهذا يعني أننا لم نبتعد عن تصوير المدرسة الوضعية للحق ، على اعتباره مخلوقاً من مخلوقات الدولة ، ثم القانون ، لكننا قصدنا من لفظة المجتمع أو (الجماعة) ، الجماعة الإنسانية برُمّتها ، ذلك أن الحقوق الطبيعية للإنسان هي واحدة لكل إنسان مهما اختلفت جنسيته أو انتماءاته أو عرقه أو جنسه أو اعتقاده أو لونه ، وهذه القيمة مكونة ومقترنة بالإنسان منذ لحظة ولادته حياً إلى أن تنقضي شخصيته بتواريه عن الوجود ، فوجود الدولة أو عدم وجودها غير مؤثر على تمتع الإنسان بهذه الحقوق ، ولهذا فهي تشكل قيمته على

مستوى المجتمع الإنساني والجماعة البشرية بأكملها ، والناس سواسية في هذه الحقوق ، أو هكذا يُفترض ، فلا تختلف هذه الحقوق من أحد لآخر ، أو من فئة لأخرى ، لكونه أو لكونها ينتمي أو تنتمي إلى دولة بعينها .

لكن عادة ما تتأثر حقوق الإنسان الوضعية بوجود الدولة ، ذلك أن بعض الحقوق تتشكل للأشخاص بناءً على انتمائهم إلى مجتمع أو جماعة يتبعها ، أو بسبب وضعهم في داخل هذه الجماعة ، من هنا يظهر التباين بين الناس واختلاف حقوقهم - وضعاً لا طبعاً - فحقوق الامريكي تختلف ، لكونه أمريكي ، عن حقوق المصري ، لكون الأخير مصري ، لكنهما متساويان في الحقوق الطبيعية .

مما سبق يتضح أن حقوق الاشخاص إما أن تكون طبيعية أو وضعية ، والوضعية لا يقصد بها الموضوعة من قبل الدولة أو القانون ، بل المقررة للأشخاص لكونهم في وضع معين ، والحقوق الطبيعية للإنسان هي مجموع ما له من قيم ناجمة عن كونه إنسان ، وبهذا يمثل الحقّ بالنسبة له قيمته في ظل الجماعة الإنسانية بأكملها ، دون اعتبار لانتماءاته أو تبعياته ، أما الحقوق الوضعية للشخص فهي الناجمة بسبب وضع معين ، كالانتماء والتوظف والمهنة وإلى غير ذلك من أوضاع غير قابلة للحصر والتحديد .

إن التسليم بالمعنى المتقدم للجماعة وإطلاق المقصود منها لتشمل الجماعة الإنسانية بأكملها ، نبرر الكثير من الإجراءات والأعمال التي تقوم بها المنظمات الدولية والدول التي تحترم حقوق الإنسان ، عندما تتدخل دفاعاً عن حقوق الإنسان الطبيعية ، في أي مكان ، ومهما كانت طبيعة الدولة التي يحصل فيها انتهاكات لحقوق الإنسان ، وهذا من حقها ، بل من واجبها ، إذ من واجب

الجماعة الإنسانية جمعاء أن تتدخل بكل ما أوتيت من قوة لحماية حقوق الإنسان الطبيعية ، ولا يعد تدخلاً في شؤون دولة ما ، بل هو تدخل إنساني لحماية حقوق الإنسان .

إن المفهوم الطبيعي للجماعة يعمل على ادراك حقيقة وطبيعة العلاقة بين الناس على الأرض ، إذ تنشأ بينهم حقوقٌ وواجباتٌ بعيدة عن عنصر الدولة ، أو بصورة متجردة من انتماءاتهم إلى دولهم ، وبشكلٍ عابرٍ ومتجاوزٍ للحدود بين الدول أو بين الأمم ، ولهذا يكون لكل انسان حق تجاه كل الناس أن يُدافعوا عن حقوقه الطبيعية ، وأن يُناصروه ، وأن يُدفعوا كلَّ شرٍ عن انسانيته وكرامته الانسانية ، وأن يصدوا عنه كل جلل أو خطر ، وأن يأووه إن فقد الملجأ ، وأن يُنجوه إن طلب النجدة ، وأن يقفوا بجانبه ضد أيٍّ من كان أو أيِّ جهة كانت ، سواء أكانت دولته أو سلطة تجبَّرت عليه أو أيِّ كيانٍ سبَّبَ ضرراً له أو ألحق أذًى به [1] . كما أن على الانسانية في جميع أنحاء العالم ، أن تتحسَّس ذاتها ، وأن تشعر أنها كلٌّ واحد لا ينبغي أن يتفكك إلى عوالم تُقولبها الدول ، فالناس جميعاً شُركاء في كل ما يتصل بجانبهم الانساني ، فإن أُهين انسان في نيجيريا –مثلا– فإن الأمر لا يخصُّ النيجيريون أنفسهم ، بل يعني به كل انسان قاطن على كل بقعة في هذه الأرض ، إذ لم تعنِ الإهانة زيدٌ أو بكرٌ من الناس ، بل عنت الانسان

(1) ولهذا كان لكل انسان الحق في أن يلجأ إلى أي مكان في العالم ، بحثاً عن الأمن والطمأنينة والعيش السعيد ، وليس لأية جماعة وضعية أن تمنعه من ذلك . ولا شك أن عالمنا اليوم قد أفرز العديد من حالات اللجوء الانساني ، نتيجة لانتشار الحروب والقتل والفتن ، لا سيما في بلدينا العراق وسوريا ، وما أسفرت عنه مشكلات لجوء السوريين والعراقيين في دول أوروبا ، والمواقف البائسة لبعض الدول في رفض استقبالهم ، منتهكين بذلك الحقوق الطبيعية للإنسان ، ومُخلّين بواجباتهم الانسانية .

بمفهومه الكُلّي ، وبالتالي طالت هذه الإهانة كل انسان على وجه المعمورة ، وبالتالي أضحى كل انسان معنيٌّ بمحاسبة وطلب معاقبة كلٌّ من تسبَّبَ في المساس بأيٍّ حقٍّ طبيعيٍّ لأي انسان ، أو أهان أو حقَّرَ أو حطَّ من كرامة أو انسانية أو حرية أيـّما انسان في العالم ، دون أي استثناء [1].

الفرع الثاني

عناصر الحقّ على وفق تعريفه الجديد

138) - عنصران في الحقّ ينتجان أثرين :

إن الحقّ بوصفه قيمة كيان الشخص في المجتمع جديرة بالحماية ، يتوزع إلى عنصرين : القيمة الوجودية وجدارة الحماية .

أ- القيمة الوجودية : إن المقصود بالقيمة الوجودية هو أن الحقّ يتركز على وجود مجموعة من القيم التي تكون مقترنة بالشخص طبعاً ووضعاً ، ولهذا كان عكسه (أي عكس الحقّ) في الشرع الباطل ، أي المنعدم ؛ وعكسه في الفلسفة ، أي نقيضه ، اللا حقّ ، وينصرف مفهومه إلى

(1) ونظراً لانتشار وسائل التواصل الاجتماعي في معظم أنحاء العالم ، وزيادة عدد الفضائيات ، وعدم اقتصار بثّها على الجماعة الوضعية ، وسهولة الاتصالات بين الناس ، العابرة للحدود ، بل العابرة للقارات ؛ أصبحت حالة دفاع الانسان عن انسانية أخيه الإنسان تتجلى بشكلٍ ظاهرٍ للعيان ، لدرجة أن بعض وسائل الأعلام أخذت تحرص على مساهمة الجمهور العالمي العابر للحدود في المشاركات التفاعلية ، وإعطاء الحرية لهم في ابداء آرائهم أو اعطاء ملاحظاتهم على بعض المواقف والأحداث والبرامج ، بل أن بعض وسائل الاعلام قد تضطر أحياناً إلى الغاء أو توقيف بعض برامجها ، استجابة لرأي الجمهور ، لا سيما تلك البرامج التي يتم الاحتجاج على بثها ، لما يُشكل بثها وإذاعتها من مساسٍ بكرامة الانسان .

العدم أيضاً ، ويُقابله في المنطق ، الكذب ، ويُفيد العدم أيضاً ، وفي القانون كذلك ، فليس لك حقّ ، أي لا وجود له . ومعنى القيمة الوجودية ، يتضمن القيمة الكُلّية التي تنزوي تحتها كل القيم ، فمجموع ما للشخص من قيم ، طبعية ووضعية ، تشكل قيمة كيانه .

فالمالك له قيمة ملكية موجودة ، ومن له حقّ شخصي لديه دين في ذمة مدين ، ومن حاز براءة في اختراع ، ينصب حقه على اختراعه ، وكذا الحال بالنسبة للمتضرر وحقه في التعويض ، وكل ما يصدُق على كل القيم ، طبعية أو وضعية .

ولعل البعض[1] يستغرب من وصف هذا العنصر في الحقّ ، والحقيقة أن الأمر لا يحتاج إلى الاستغراب ، فالحقّ مرتبط بوجود الشخص ، فإذا انعدمت الشخصية ، انعدم حقها : إلاّ في بعض الحالات التي تكون حقوق الشخص قيد التصفية ، أو أن طبيعتها تستدعي البقاء لبعض الوقت ، وهذه القيمة محكوم عليها بالاحترام لأنها موجودة وحقيقية ، لكن عندما تخلط بينها وبين كيفية إظهارها على الواقع ، يثبت الأمر لدى المستغربين ، فكل إنسان له الحقّ في التعبير عن رأيه ، لكنه إن لم يعبر عن رأيه لا يعني أنه فقد حقه ، كما أن الحديث عن استئثار هذه القيمة ليس حديثاً عنها ، يقدر ما هو حديث

(1) و قد يأتي هذا الاستغراب من استقرار الأمر لدى جميع الكُتّاب والشُرّاح أن عناصر الحقّ هي العناصر التي خرج بها الأستاذ "دابان" في تعريفه . علماً أن البعض قد رأى أن للحق أربعة أركان هي : صاحب الحقّ ، ومن يثبت عليه الحقّ ، ومحل الحقّ ، ومشروعية محل الحقّ . (د . محمد خليل خير الله ، الواقعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2011 ، ص 14) . وجميع هذه الأركان تخرج عن ماهية الحقّ .

عن الكيفية التي تكون عليها ، صحيح أن هذه القيمة يستأثر بها الشخص ويختص بها ، وبالتالي فهي تنتمي إليه ، لكن لا يمكن أن نحصرها في الأشياء ، بل هي إحدى محالها .

كما أن القيمة الوجودية غير مرتبطة بالإرادة ، فالإرادة تساهم في إظهارها أو الدفاع عنها من أي اعتداء ، كما أنها غير عن المصلحة ، ذلك أن المصلحة هي غاية الكثيرين في استئثارهم للقيم ، لكن المصلحة غير القيمة ، فمن يرث عن والده منزلاً – على سبيل المثال – له قيمة في هذا المنزل ، ولا يكفي أن نقول مصلحة ، فالقيمة قد استغرقت المصلحة ، ذلك أن المصلحة لا يظهر دورها الباعث على اكتساب القيم إلاّ في الأعمال والتصرفات الإرادية ، فمن يشتري منزلاً يكون له مصلحة في تملك المنزل ، لكن ليست هذه المصلحة هي قيمة ملكيته للمنزل .

فالقيمة الوجودية للحق ، تعني مجموع العناصر التي يكتمل بها الكيان القانوني للشخص ، ذلك أن الكيان المادي للشخص الطبيعي (الإنسان) هو جسده ، أما كيانه القانوني فهو يأتي من حيث تمتعه بالحقوق ، وبمجموعها يتحدد كيانه هذا .

ب- جدارة الحماية : لا يكفي أن يكون للشخص قيمة وجودية ، بل يجب أن تكون جديرة بالحماية ، ذلك أنه قد تكون هناك قيم للأشخاص لا تكون جديرة بالحماية ، وهي القيم التي لا تتّسق مع الغاية التي تتحدد فيها أقيام الأشخاص داخل الجماعة ، بمفهومها الذي أوضحناه ، فالحقّ في التعبير عن الرأي ، هو قيمة وجودية ، لكن القذف والسب والكلام في أعراض

الناس ، هي قيمة موجودة لكنها ليست جديرة بالحماية لعدم اتّساقها مع الغاية التي تحددت فيها القيمة الحقيقية للشخص داخل الجماعة .

وهنا لا بد أن نميز بين جدارة الحماية والحماية ذاتها ، فجدارة الحماية هي عنصر في الحقّ ، إلى جانب القيمة الموجودة لكيان الشخص في المجتمع ، لكن الحماية تعد أثراً لها ، فعندما نقول أن قيمة تملكك للأشياء جديرة بالحماية ، يترتب على ذلك وجوب قيام القانون بحمايتها ، فالقانون وحمايته لا يدخلان ضمن عناصر الحقّ .

لكن من الذي يحكم على القيمة الوجودية جدارتها بالحماية ؟ . لا شك أن الذي يحكم على القيمة الوجودية جدارتها بالحماية هي الجماعة ، أو المجتمع ، التي ينتمي إليها الشخص نفسه ، سواء أكانت في صورة الجماعة الإنسانية جمعاء ، فيما تتعلق بقيمته الطبيعية ، أو في المجتمع الذي ينتمي إليه بموطنه أو بجنسيته ، فيما يتعلق بالكثير من حقوقه الوضعية .

لكن علينا أن نُنبِّهْ إلى مسألة في غاية الأهمية ، أن اعتماد معيار الجماعة في تحديد جدارة القيمة للحماية ، لا يعني أن التشريعات التي تصدرها هذه الجماعة هي التي تقدر جدارة القيمة للحماية ، فسن التشريعات من الجماعات الوضعية ، يدخل في باب الحماية المترتب على جدارة الحقّ لها ، لا عنصراً فيه ؛ لكن البعض قد يعترض على هذا الرد ، فيقول ما قيمة أن نقول بجدارة الحماية وهي غير محمية ؟ وبالتالي فإن العمل الذي تمارسه الجماعة هو الذي يعطي الانطباع عن جدارة القيمة للحماية .

والرد على هذا الاعتراض يبدو بسيطاً ، إذ من يحدد جدارة القيمة الطبيعية بالحماية ، هل بالإمكان أن نقول الجماعة البشرية جمعاء ، وكيف تُعبّر عن رأيها في جدارة أو عدم جدارة القيم للحماية ؟

بالحقيقة أن المسألة تختلف فيما لو تحدثنا عن قيم طبيعية أو قيم وضعية ، فالقيم الطبيعية يعود تحديد جدارتها للحماية إلى ما تشترك به البشرية من ناموس عقلي ، قد يبدو في ما يسمى بالقانون الطبيعي ، فهذه الحقوق ، أعني الطبيعية ، ملازمة لشخص الإنسان منذ ولادته إلى حين مواراته عن الوجود ، بالتالي فإن جدارة الحماية تكون ذاتية المصدر ، أي تنبثق من القيمة ذاتها ، كما أنها متّصلة بكيان الإنسان ، عقلاً لا نقلاً ، وطبعاً لا وصفاً .

أما ما يتعلق بالحقوق الوضعية ، فهي ، كما فهمنا ، تنشأ بسبب وجود أوضاع معينة ، فعندما نقول للزوجة حقوق ، فهي لها حقوق وضعية كونها زوجة ، أي سبب وضعها كزوجة ، وبالتالي فإن عقد الزواج ، أو النظام المنظم للزواج هو الذي يحدد جدارة حقوقها للحماية . كما أن للعامل حقوق ، فهو له حقوق وضعية بسبب كونه عامل ، وبالتالي فإن عقداً للعمل أو النظام المنظم للعمل ، هو الذي يحدد جدارة حقوقه للحماية ، وهكذا . ولا يعني كون الحقّ وضعياً أن القانون هو الذي يحدد جدارته بالحماية ، بل قد يحدد ذلك العقد وأحياناً القضاء ، وأحياناً طبيعة الوضع ذاته ، على ما سيجيء لاحقاً .

139) - أثران يترتبان على الحقّ :

هناك أثران يترتبان على الحقّ ، على وفق تعريفنا له ، وهما : الغيرية والحماية القانونية ، وقد تناولناهما فيما سبق ، فالغيرية تُحتّم وجود غير صاحب الحقّ ليمارس قيمة في مواجهته ، وذلك استجابة للفرضية التي تنفي قيام شخص بالعيش بمفرده ؛ فالفرد اجتماعياً بحسب ميله الغريزي إلى التعاون ومبادلة الخدمات ، وهو بحاجة إلى الحصول على مساعدة الغير : وبقدر ما تصير هذه المساعدة أمراً يمكن المطالبة به ، تصير هذه المساعدة المطلوبة من الغير محلاً لحق ثابت للشخص شأنها في ذلك شأن العناصر التي تتكون منها الشخصية . إلا أنه إذا كان صحيحاً ألاّ حقوق ولا شخصية (قانونية) للإنسان إلا من طريق غيره من الناس ، فصحيح كذلك أن الإنسان هو نفسه مثوى هذه الحقوق وأصل هذه الشخصية ، فكيانه الفردي ومستلزمات هذا الكيان - من حياة وقدرات مادية ومعنوية وأشياء خارجية اكتسبها بوجه شرعي وأداءات له حقّ فيها - كل ذلك هو الذي يجب أن يكون خليقاً باحترام الآخرين ؛ ومن هنا كان وجوده هو أصل الحقّ وأصل الشخصية ، وبدون هذا الوجود لم تكن لتوجد حقوق ، نتيجة أنه لن يكون هناك ما يجب على الغير احترامه[1] .

أما الحماية القانونية فهي التي يقررها القانون لتلك القيمة المتجسدة في الحقّ بناءً على جدارتها للحماية . والحماية القانونية مضمونها المحافظة على الحقّ من أي اعتداء عليه ، فغرضها الأول هو رد أيّما عدوان على الحقّ ،

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 53 .

وغرضها الثاني هو فرض الجزاء المناسب لهذا العدوان ؛ وهذا الجزاء يجب أن يتوافر فيه الزجر بالنسبة للمعتدي ، والردع لغيره ، وأثره إمّا المعاقبة أو التعويض ، فالحماية القانونية للحقوق في صورة ترتيب الجزاء ، إما أن تكون حماية جنائية أو حماية مدنية ، وعلى جميع الأصعدة ، وإن كانت الحماية الجنائية تفترض وجود مسؤولية جنائية ، لكن الحماية المدنية تتّسع لأكبر من هذا النطاق ، حيث يمكن أن تكون في صورة حماية شكلية أو موضوعية أو تدبيرية [1] .

لكن علينا أن لا نبالغ في تصوير الحماية القانونية وتعظيم أهميتها لدرجة عدّها ركناً في الحقّ وعنصراً فيه ، حيث يذهب البعض[2] إلى أنه : (ومع ذلك فالقول بأن الشخص نفسه هو أصل الحقّ ليس يعني البتّة أن هذا الحقّ سيقوم دون سند من القانون ، **فالحقّ** – الذي يُعرف بأنه **العصمة الواجبة لبعض القيم الثابتة للفرد** – لم يوجد ولم يكن ليُستساغ عقلاً إلا لأن القيم التي يشملها القانون بحمايته هي قيم واجبة الاحترام . ثم إذا كانت هناك حقوق يفرض على الغير احترامها ، فما ذلك إلا لوجود قاعدة تقرر أن هذه القيم جديرة بالاحترام ، فيجعل منها بذلك حقوقاً . وهذه القاعدة ليست إلا قاعدة العدل ، العدل الواجب للفرد (عدل خاص) إما على الأفراد الآخرين (وهو ما يسمى العدل التبادلي) وإما على الجماعة السياسية أي الدولة ، وذلك في المجتمعات المنظمة (وهذا هو ما

---

(1) لاحظ ، كتابنا : الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في التشريع العراقي ، مكتب التفسير ، أربيل ، 2008 ، ص16 . ، ايضاً لاحظ : د . بمو برويز خان الدلوي ، النظرية العامة للحماية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 ، ص 103 .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 53 .

يسمى بالعدل التوزيعي)) . وهذا الرأي قد أرجع تصوير الحقّ إلى ميدان المدرسة الوضعية ، إذ فيه مغالاة لتصوير الحماية القانونية إلى حد أنها هي من جعلت الحقّ حقًّا ! ، وهذا غير منطقي وغير صحيح ، فالحقّ ليس معناه العصمة ، بل العصمة نتيجة مترتبة عليه ، والترتُّب هنا ترتُّبٌ جُعليٌّ لا مفر للقانون منه .

المطلب الثاني

الحقّ بين الطبعية[1] والوضعية

140) - الحقّ إما طبعي أو وضعي :

الحقّ إما أن يكون طبعياً (طبيعياً) ، وإما أن يكون وضعياً ، فالحقّ الطبعي هو الحقّ الملاصق لشخص الإنسان منذ ولادته ولغاية تورّيه عن الوجود ، إذ لا يكتسب الإنسان هذا الحقّ نتيجة وضع ما ، بل لكونه إنساناً فهو له هذه الحقوق ، وهي مقررة لكل إنسان على وجه المعمورة ، والناس متساوون فيها لا يفرقهم أي ضابط أو مناط ، فلا فرق بين أبيض وأسمر وأسود ، كما لا فرق بين إنسان ينتمي لقوم وآخر ينتمي لآخرين ، ولا فرق بين الجنسين ، بل المساواة هي التي تكون ساندة في هذا الصنف من الحقوق .

كما أن هذه الحقوق لا يكتسبها إلاّ بني البشر ، وهي تختص بالإنسان

---

(1) كلمة (طبع) أدق من كلمة (طبيعي) ، لكن جرى استعمال كلمة (طبيعي) أو (الحقوق الطبيعية) في كل الكتب القانونية ، وسوف نماشي هذه الاستخدامات ، لكننا عمدنا إلى استخدام المصطلح الصحيح في هذا العنوان فحسب ، لاعتبارات دلالة معناه الحقيقي على اللفظ .

(الشخص الطبيعي) ، ولا يتمتع بها الشخص المعنوي .

أما الحقوق الوضعية ، فهي التي تقرر للشخص نتيجة وضعٍ ما ، وهي كثيرة ومتعددة بعدد الأوضاع التي يكون عليها الأشخاص .

لا شك وان الحقّ قيمة كيان الشخص في المجتمع ، فهو مخلوق مع خليقة الإنسان ومقرون بشخصه ما حيا ، لكن ، ومع ذلك ، يجب أن نسلّم بأن اوضاع الناس ليست متساوية ، إذ قد يخلق وضعا ما للإنسان حقوقا له لا تكون لغيره من الناس ، وهذا امر واقع لا مفر منه ، ومرتبط بناموس اجتماعي طبيعي ، مؤداه ان الناس غير متشابهين في كل شيء ، كما انهم ليسوا على قدم المساواة في كل الظروف والأحوال ، وذلك ناجم عن اختلاف الظروف والأحوال التي يعيشونها ، فالحقوق التي للرجل ، لكونه رجلا ، ليست كالحقوق التي تكون للمرأة بوصفها امرأة ، كما ان الحقوق التي يتمتع بها المتزوج ، لكونه متزوجا ، لا يتمتع بها إلاّ المتزوجون ، كما ان الحقوق التي تكون للأمريكي ، بوصفه امريكي الجنسية ، ليست كالحقوق التي يتمتع بها الهندي لكونه هندي . وكذلك بالنسبة لحقوق الموظف ، لكونه موظف ، وحقوق العامل ، لكونه عاملا ، وحقوق الطالب ، لكونه طالبا ، وحقوق الطفل ، لكونه طفلا ، وحقوق اللاجئ ، لكونه لاجئا ، وحقوق القاضي ، لكونه قاضيا . . وهكذا لكثير ليس له حصر أو تحديد من الامثلة ، وكل هؤلاء لهم حقوق نستطيع أن نسميها حقوقا وضعية .

وفيما يأتي نتناول بالشرح كل صنف من الحقوق في فرع مستقل .

الفرع الأول
الحقّ الطبيعي

141) - ملازمة الحقّ الطبيعي للإنسان :

لمّا كان الحقّ القيمة التي يختص بها الإنسان دون غيره من الكائنات الحية ، فالحقّ الطبيعي هو الحقّ الذي يختص به الإنسان دون غيره من التجمعات التي ينشؤها ويُضفي عليها القانون صفة الشخص ، ذلك أن الحقّ الطبيعي ملازم لطبع الإنسان بما يملك من قدرات عقلية وفكرية وروحية ونفسية واجتماعية ، تحفز فيه مشاعر وأحاسيس كثيرة ، كالشعور بالخوف والقلق والفرح والحزن وما إلى ذلك ، يفرض عليه تلبية حاجات لا يستطيع أن يقاوم دون تلبيتها وتحقيقها ، ومن أجل ذلك يكون له قيم عن كيان وجوده في المجتمع ، هذه القيم تتشكل بها حقوقه الطبيعية ، كحقه في الحياة وفي الحرية وفي التملك وفي التنقل وفي التفكير وفي التعبير وفي الاعتقاد وفي التنزُّه وفي المحافظة على كيانه وفي سلامة جسده وفي التناسل وفي التمتُّع بمباهج الحياة وفي تحقيق أوجه السعادة له وفي العيش بسلام ، وما إلى ذلك الكثير من الحقوق الطبيعية .

وعليه لا يمكن حصر حقوق الإنسان الطبيعية ، مثلما لا يمكن حصر حقوقه الوضعية ، ولهذا فإن ما نصت عليه المادة (2) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789 . ، والتي جاء فيها : ((أن للإنسان حقوقا طبيعية غير قابلة للتنازل . وأن الغاية من كل تجمع سياسي

حفظ حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم . هذه الحقوق هي : الحرية ، والملكية ، والأمن ، ومقاومة الطغيان)) . فليست هذه الحقوق الأربعة فقط ، الحقوق الطبيعية للإنسان ، وإن كانت أهمها ، إذ تتعدَّد حقوقه الطبيعية بحسب الظروف والأحوال ؛ لكن من المهم القول هنا ، ولكون الناس ، جميعهم متساوون في حقوقهم الطبيعية ، على ما سنرى ، فإن الكشف عن حقّ طبيعي للإنسان لا يقتصر عليه وحده ، بل يتقرر لجميع الناس على الأرض ، فالناس ، وإن لم يتمكن كلّهم أن يتمتعوا بحقوقهم الطبيعية ، فلا يعني هذا أن هذه الحقوق مقتصرة على بعضهم ، كل ما هنالك أن هذه الحقوق يتمتع بها بعض الناس بالفعل ، ويتمتع بها الآخرون بالقوة ، أي (بالإمكان) ؛ فبعض الناس يتمتع بالفعل بالحرية وبحق الملكية وبالتعبير بما يشاء عن رأيه وفكره ، وبعضهم لا يتمكن من ذلك ، لا يعني أنه محرمٌ منها ، بل هي له وان لم يتمكن من استعمالها .

إن ما أفرزته الحضارة الإنسانية من تمدينٍ وتقدّمٍ لبعض المجتمعات ، أثَّرت إيجاباً على التمتع بحقوق ، طبيعية ، لم يكن الإنسان بقادرٍ على التمتع بها من قبل ، لولا بلوغ المجتمع لهذه الدرجة من التقدم والتمدين ، فالتعلُّم بنمطٍ معين ، أضحى حقًّا طبيعياً لشرائح كبيرة من الناس ، بحسب ما تتيحه مجتمعاتهم من أنظمة تعليمية متطورة ، أضحى هذا حقًّا بالفعل فيها ، لكن هذا لا يعني أنه حقٌ مقتصرٌ عليها ، بل مقررٌ لجميع الناس ؛ وكذا الحال في ممارسة أنماطٍ متعددة من الهوايات والرياضات والفنون ، كما أن الرقي ببعض المجتمعات قد أثمر عن الكشف عن حقوق طبيعية للإنسان ما كانت معلومة

من قبل[1] .

142) - مساواة الناس جميعاً في حقوقهم الطبيعية :

الناس سواسية في حقوقهم الطبيعية ، فلا تفضيل لأحدهم على الآخر ، ذلك ان هذه الحقوق متلازمة مع الكيان الإنساني ذاته ، إذ لا ينبغي لأي إنسان أن يعيش من غير التمتع بهذه الحقوق .

والحقوق الطبيعية للإنسان هي المنطلق في تحديد قيمته لدى الجماعة ، ذلك أن هذه الحقوق تعطي قدراً عالياً من المعصومية لهذا الإنسان ، تجعله سيد نفسه ، ومُقدساً ، على الأقل في ظل الحياة القانونية .

إن وجود تشريعات في دول معينة تحمي الحقوق الطبيعية للإنسان ، وانعدام مثل هذه التشريعات في دول أخرى ، لا يعني أنه بفضل وجود الحماية التشريعية في الدولة الأولى ، يكون مواطنيها أفضل من مواطني الدولة الثانية التي تنعدم فيها التشريعات الحمائية لحقوق مواطنيها الطبيعية ؛ ذلك أن الإنسان يكتسب حمايته من الجماعة الإنسانية جمعاء ، إذ حقه هنا حقّ طبيعي ، وقيمته فيه تحدد كيان وجوده ضمن الجماعة الإنسانية ككل ، وبهذا فإن جدارة الحقّ الطبيعي للإنسان ، تأتي من كونه فرداً ، ليس في جماعة دولته ، بل فرداً في عموم الجماعة الإنسانية .

---

(1) كما في حقّ الإنسان في أن يكون منسي السوابق . (لاحظ للاستزادة : د . سامان فوزي عمر ، دراسات معمَّقة في قانون الاعلام ، دار سردم للطباعة والنشر ، السليمانية ، 2011 ، ص 75) .

الفرع الثاني
الحقّ الوضعي

143) - ملازمة الحقّ الوضعي لوضع الإنسان :

سبق أن قلنا أن الحقّ الوضعي هو الحقّ الذي يكتسبه الإنسان نتيجة وضع معين ، ومهما كان هذا الوضع ، فالحقّ الوضعي يلازم ذلك الوضع ، ويكون الوضع هو المُحدّد لنطاق هذا الحقّ ، وأحياناً هو مصدر نشأته ، وغالباً ما يتدخل القانون لإنشاء هذه الأوضاع التي تفرز حقوقاً وضعية للأفراد ، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الأشخاص المعنوية ، فهي حقوق معنوية استحدثها القانون لضرورة عملية تسهيلاً لإجراء التصرفات القانونية ، وكذلك الحقوق الوضعية المقررة للمواطنين في ظل الدولة الواحدة ، كتوزيع حصة من الثروات الطبيعية للدولة على مواطنيها ، وكذلك الحقوق الوضعية التي تنجم عن ممارسة مهنة أو حرفة ، وما إلى ذلك .

والحقوق الوضعية على نوعين ، حقوق ملازمة لشخص الإنسان ، وحقوق ناجمة عن دخوله في رابطة ، فالأولى ناجمة عن ميزة أو وضع يتمتع به الإنسان ، اكتسب حقوقه على أساسها ، كحقوق الطفل ، وحقوق المرأة ، وحقوق الرجل ، وحقوق المعاقين ، وحقوق العجزة وحقوق المبدعين ، وغير ذلك من الحقوق ؛ فهذه الحقوق لازمت شخص الإنسان ذاته ، فهل هو ذكر أم أنثى ؟ وهل هو سليم أم مُعاق ؟ وهل هو كفوء أم عادي ؟ وهل هو قادر أم عاجز ؟ وما إلى ذلك من الأوضاع التي يكون عليها الإنسان ، كونه

إنسان ، دون أن يلزم دخوله في رابطة معيّنة . أما النوع الثاني من الحقوق الوضعية ، فهي الحقوق الناجمة عن الدخول في رابطة ، وهذه الرابطة ، إما أن تكون رابطة بين الأشخاص[1] ، وإما أن تكون رابطة بين شخص وشيء بمعناه العام ، فالأولى رابطة اقتضاء والثانية رابطة تسلط ، والحقوق الناجمة عن الدخول في هذه الروابط هي التي تأخذ الحيز الأكبر لمجموع الحقوق التي يتمتع بها الإنسان . فالحقوق التعاقدية وحق الشخص في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب فعل ضار صدر من غيره ، وحقه في النفقة من غيره ، وحقه في استيفاء أجره عن وظيفته أو عمله ، وحقه تجاه الدولة كونه مواطناً لديها ، وحقه تجاه زوجه ، وحقه تجاه التجمعات التي انتمى إليها كالشركات والجمعيات والأحزاب ، وغير ذلك هي حقوق وضعية ناجمة عن رابطة اقتضائية .

كما أن لكل شخص حقّ على الشيء الذي يملكه ، وحق في الانتفاع بالمال الذي أجيز له الانتفاع به ، وغير ذلك من الحقوق الناجمة عن روابط التسلط . وكلها حقوق وضعية .

وكون الحقوق وضعية لا يعني أن القانون هو مصدرها الوحيد ، بل أن وضعها هو مصدرها ، وسنبين لاحقاً تحديد دور القانون في وضعية الحقوق .

---

(1) في مفهوم الرابطة ، لاحظ كتابنا : النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص 179 .

144) - تباين الحقوق باختلاف الأوضاع :

سبق أن قلنا أن الناس متساوون طبعاً مختلفون وضعاً ، وبالتالي ، ففي الوقت الذي يحكم مبدأ المساواة حقوقهم الطبيعية ، ترى أن مبدأ التكافؤ هو من يحكم حقوقهم الوضعية ، فهم ليسوا متساوون في حقوقهم الوضعية ، وهذا أمر يقرُّهُ المنطق لعدم تساويهم في أوضاعهم التي أنشأت هذه الحقوق ، ﴿ وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ ۖ ﴾ [1] ، ولهذا كان الحقّ الوضعي للرجل مختلفاً عن الحقّ الوضعي للمرأة ، وليس الذي يعمل كالذي لا يعمل ؛ وليس من يعمل عملاً معيناً متساوٍ مع من يعمل عملاً آخر ، وليس المتضرر من فعل ضار كالذي لم يتضرر من فعل شبيه به ، وليس . . وليس . . وليس . . إلى ما لا نهاية من الوضعيات التي يخلقها الواقع . فالأوضاع كثيرة ومتنوعة ، وتكثر وتتنوع معها حقوق الأشخاص الوضعية .

145) - عدم مساواة الأشخاص في الحقوق الوضعية ، إلا في حالة إتّحاد الوضع :

الأصل ألاّ مساواة بين الأشخاص في حقوقهم الوضعية ، لكن هذه القاعدة

---

(1) سورة آل عمران / آية 36 . (ليس من المُساغ أن نُدخل وضع الذكورة والأنوثة ضمن الجانب الطبيعي للحقوق ، إذ من شأن ذلك أن يؤدي ، حتماً ، إلى الإقرار بعدم المساواة بين الجنسين ، في حين أن المبدأ السائد في الحقوق الطبيعية هو المساواة ، ولهذا فإن اختلاف الجنس يدخل في حقل الحقوق الوضعية التي يسودها التباين والاختلاف ، وبالتالي عدم المساواة بل التكافؤ ، وهنا لا بد من أن نسجل تحفظنا على أية محاولة لتبويب رأينا هذا أو تحريف قصدنا فيه بما لا نقصده أصلاً ؛ وسيأتي البحث في الفصل الأخير حول التفصيل في موضوع المساواة بين الرجل والمرأة) . لاحظ : الفقرة (261) لاحقاً .

يطرأ عليها استثناء وهو في حالة اتحاد الوضع ، إذ تجب المساواة بين الاشخاص في حقوقهم الوضعية عندما يتحد الوضع الذي أنشأ لهم هذه الحقوق ، كالمساواة بين موظفين يعملان في الوظيفة ذاتها ، وبالمواصفات نفسها ، وبالمؤهلات نفسها ، وبالعمل ذاته ، وبالدرجة الوظيفية ذاتها ، فهنا تجب المساواة بينهما ، لكن أحياناً ما تتقاطع الأوضاع فيما بينهما ، ففي هذا المثال الذي تنجم عنه حقوق وضعية بسبب الدخول في رابطة ، قد تتقاطع مع هذا الوضع وضع ملازم لشخص الإنسان ، كما لو كان أحد الموظفين أنثى والآخر ذكر ، فالأخير لا يتمتع بإجازة الحمل والأمومة وتخفيض ساعات العمل .

146) - تحديد دور القانون في وضعية الحقوق :

ذكرنا ان حقوق الشخص إما أن تكون طبيعية ، واما أن تكون وضعية ، وذكرنا ان الوضعية تعني ان الحقّ إنما هو مقرر للشخص بحسب وضعه ، والأوضاع متعددة ولا حصر لها ، وغالبا ما يتدخل القانون في هذه الاوضاع ، كتدخله في خلق الوظائف العامة ، أو وضع العمال ، أو الوضع الذي من شانه تمييز بعض الدائنين على بعضهم ، كحقوق الامتياز ، وغير ذلك من الاوضاع الكثيرة ، ولربما يسأل سائل ، ألا يُعد القانون في هذه الحالات هو المصدر الخالق للحقوق ، نظرا كونه هو الخالق لأوضاعها ؟ ، الحقيقة ، ولأول وهلة ، تبدو المسألة كذلك ، لكن إذا ما ثقبنا النظر في كل وضع ، نجد أن المجرى الطبيعي للأمور هو الذي يحتم وجود حقوق بمناسبة وجود تلك الاوضاع ، إذ لم تكن لتوجد لولا وجود الاخيرة ، وهذا ما سنعبر عنه بالتفصيل عند حديثنا عن الاقتران

بين الحقّ والواجب ، فواجبات العامل ، تحتم أن تكون له حقوق ، كذلك الموظف ؛ كما أن تمتع بعض الاشخاص بحقوق دون غيرهم ، لم يأت اعتباطا بالكيفية التي يضعها القانون ، بل لاعتبارات معينة ، لا يستطيع احد إدراكها إلاّ الجماعة ، ولما كانت الجماعة لا تقدر على التعبير عن إرادتها إلا بالقانون ، فيكون القانون هو المصدر المحدد والمنظم لتلك الاوضاع ، التي نشأت في ظلها ، وفي حدود نطاقها ، حقوقاً ، لم تكن لتوجد ، لولا وجود تلك الأوضاع .

فالامتياز ، الذي لا يتقرر إلا بنص في القانون ، ما هو إلا أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لصفة هذا الدين[1] . وفي هذه الحالة وجد القانون ان هناك دائنين يتوجب مراعاتهم في الاستيفاء لاعتبارات معينة ، قدَرها بشكل أو بآخر ، تعبيراً منه عن الإرادة العامة للجماعة ، ولا يعني ان حقوق الامتياز هذه لم تكن لتوجد لولا تدخل القانون ، وإن كانت الجملة صحيحة المعنى ظاهريا ، لكنها تقلل من مكانة الغاية التي خُلق القانون من أجلها ، وهي الحقّ ، فالحقوق الشخصية للدائنين يجب ان لا تكون ، في جميع الأحوال (الأوقات) ، على قدم المساواة ، وان كان الأصل فيها انها متساوية ، لكن هذا ليس بشكل مطلق ، قد ينبغي أن تراعى بعض الاعتبارات في تفضيل بعضها على بعض في الاستيفاء على

(1) رغم ان القانون المدني العراقي وفي المادة (1361) قد عرفه بالتعريف ذاته ، لكنه غيَر من صفة هذا الدين ، إلى مراعاة سبب الدين ، ويبدو أن لفظة (سبب) قد وقعت سهواً ، أو تقديرا لصفة الدين ، لأن سبب الدين قد ينصرف إلى معنى اخر ، هو مصدر الالتزام ، وهذا غير صحيح ، فالأولوية لم يعطيها القانون على أساس مراعاة سبب الدين ، بل على أساس مراعاة صفته ليس إلا . وهذا يدلُّ على أن القانون الوضعي لا ينبغي الخضوع له كيفما شاء ، فالالتزام بهذا النص مستحيل لمخالفته طبيعة الامتياز في ذاته التي لا يقوى التشريع على تغييرها .

أساس صفاتها ، وهذه الاعتبارات لا تخرج من مبدأ المقبولية العقلانية ، فعلى الرغم من اتّصاف القواعد القانونية بالنسبية ، فإن وجودها مهم ، على الأقل لتبين الخطوط العريضة لتوجهات الجماعة في تقرير الأوضاع المحددة للحقوق ، وهذا ما نتلمسه من مزايا التشريع ، والذي سيبقى محورا ، بوصفه محلاً للتقويم على وفق ما أسميناه بالمقبولية العقلانية ، والذي يبقى دورها منحصراً في التقويم دون التقرير . فلو ان القانون فضل دائنا على دائن اخر لاعتبار غير عقلي ولا منطقي ولا يحظى بالمنطقية ، فإن هذا التفضيل سيكون مصيره إلى الزوال حتماً .

لكن قد يعترض البعض على هذا التحليل ، ويقول انه لطالما ان موقف القانون يتحدد ، بما أطلقنا عليه بالمقبولية العقلانية ، فلما لا ندع الامر لهذه المقبولية ، ولا يتدخل القانون في وضعية الحقوق ؟ والحقيقة أن هذا الاعتراض وجيه من جهة وغير وجيه من جهة أخرى ، فوجيه لأنه يرى في تقويم القانون وفقا لمفهوم المقبولية العقلانية ، حط من شأنه ، وغير وجيه لأنه غفل عن مبدأ النسبية التي تتصف بها قواعد القانون ، فهي ليست مطلقة من حيث تحقيقها لغايتها ، فقد يكون ثمة قاعدة قانونية تحقق العدل في وقت ، تراها ، ذاتها ، ظالمة ، في وقت آخر ، والأمر ، كل الامر ، يعود إلى العقل والمنطق في تقويم القواعد القانونية بما تحقق من غايات تدور في فلكها معايير قائمة على أساس المقبولية العقلانية .

فعلى الرغم من اتّصاف القواعد القانونية بالنسبية ، فإن وجودها مهم ، على الأقل لتبين الخطوط العريضة لتوجهات الجماعة في تقرير الأوضاع المحددة للحقوق ، وهذا ما نتلمسه من مزايا التشريع ، والذي سيبقى محورا ، بوصفه محلاً

للتقويم على وفق ما أسميناه بالمقبولية العقلانية ، والذي يبقى دورها منحصراً في التقويم دون التقرير .

إن ظهور فكرة القانون ، وإن ارتبطت قديماً ، أو أعزى البعض ارتباطها قديما ، بغايات متعددة ، لتحقيق حاجات الجماعة في حفظ الامن والنظام وغير ذلك ، ما كانت لتظهر لولا انها فكرة موظفة لتحقيق العدل وتحقيق مصالح الأفراد ، وبمعنى آخر ، حماية الحقوق والحفاظ عليها وحمايتها من العدوان ، ذلك ، أنه ، وحتى في ظل الغايات التي تم وضعها للقانون ، كحفظ الامن ، مثلا ، فإن حفظ الأمن يحقق الكثير من حفظ الحقوق وحمايتها . ولا شك ان هذا القول يصدق على دور القانون في الحقوق الوضعية التي اسس لأوضاعها ، صحيح انها لم تكن لتوجد ، ظاهراً ، لولا تدخل القانون في خلق تلك الأوضاع ، لكن المنطق العقلي أوجدها لتماسها المباشر بها ، وهذا المنطق العقلي ، هو ذاته ، المقوَم للقانون فيما لو انحرف عن مساره العقلي الصحيح في حماية تلك الحقوق . ولا شك ان الناس ليسوا متساوون في الأوضاع ، فهم ليسوا متساوين في الحقوق الوضعية ، وهذا ليس نيلاً من مبدأ المساواة ، بقدر ما هو أمر تقره قواعد العدالة القائمة على التسوية بين متماثلين ، والتفرقة بين مختلفين [1] ، وهذا أمر تُقره الطبيعة كذلك ، وتقره سنة الله تعالى في الخلق ، حتى على المستوى الطبيعي ، وليس فقط على المستوى الوضعي ، وإذ كان الأصل في الحقوق الطبيعية للأشخاص هو المساواة ، فإن الأصل في الحقوق الوضعية لهم هو الاختلاف

(1) لاحظ : إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011 ، ص 297 .

والتباين ، وهذا التباين قد تفرضه مبادئ أقر بها الكثير ، وهي لا تخرج من نطاق مفهوم ما يسمى بالعدل التوزيعي[1] .

إن القانون بوصفه الوسيلة التي تضعها الجماعة لتبيين طبيعة العلاقة بين أفرادها ، أو بين كل فرد والجماعة ، هو مناطها في التنظيم ، بل هو مناط الجماعة المنظّمة من غيرها ، ولعل هذا يختزل الدور الذي يلعبه القانون تجاه الحقوق ، لا سيما الوضعية منها ، في كونه لا يعدو أن يكون منظما لها .

147) - القانون وتنظيم الحقوق :

الحقوق مصونة ، هذا ما يسعى القانون لتحقيقه ، فلكل شخص حقه في الحرية والتملك والتنقل والاعتقاد واختيار الموطن واختيار العمل وغير ذلك مما لا حصر له من الحقوق ، طبيعية كانت أم وضعية ، ولو أخذنا واحداً من هذه الحقوق ، وافترضنا أن لكل شخص الحقّ في التنقل - على سبيل المثال - فإن حقّ كل شخص في التنقل قد يصطدم من جهة ، بحق شخص آخر في التنقل أيضا ، ومن جهة أخرى ، بحق آخر غير التنقل ، يتمتع به شخص آخر ، وإذا

(1) في العدل التوزيعي ، لاحظ : د . مصطفى سيد أحمد صقر ، فلسفة العدالة عند الاغريق ، مكتبة الجلاء الجدية ، المنصورة ، 1989 ، ص 83 . (وإذا كانت العدالة التوزيعية لا تقتضي المساواة الحسابية المطلقة بين المواطنين ، فإنها تأبى عدم المساواة المطلقة بينهم فالفروق بين المواطنين يجب أن تكون معقولة على أساس الاعتدال وهو الوسط بين نقيضين كل منهما سيء ، وتفسير ذلك عند أرسطو أن عدم وجود فوق كبيرة بين الأفراد يحمي المجتمع من الصراع ومن سيطرة طبقة على أخرى ، أما الفوارق الشديدة بين الطبقات فإنها تتنافى مع طبيعة نظام المجتمع ، وتؤدي إلى خلق نوعين من الناس) . أرسطو ، كتاب السياسة ، ترجمة : أحمد لطفي السيد ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1979 ، الكتاب الثالث . نقلا من المرجع السابق ، ص84 ، الهامش .

تركنا الامر للصدفة ، فكثيراً ما تتصادم الحقوق عند استعمالها وممارستها ، فيتم استعمال حقّ على حساب حقّ آخر ، أو لا يتم استعمال أو استحصال أي حقّ بسبب التصادم وحالة الفوضى التي تعيشها الحقوق من غير تنظيم ، وكأني أمام حالة تصويرية واضحة تتجسد في الاختناقات المرورية التي تسببها التقاطعات المرورية في سير السيارات ، هنا يتجسد دور القانون في التنظيم لمنع تصادم الحقوق ، فلو قسنا على نظام المرور ، فإن من حقّ الجميع أن يمر ، لكن من حقه أن يمر بانتظام ، وهذا ما يكفله هذا النظام من وضع إشارات ضوئية وعلامات توضيحية تبين الاسبقية في المرور وتنظيم عملية السير ، هنا يكمن دور القانون في التنظيم ، فالحقوق ثابتة للأشخاص ، ومقترنة بهم أو مقررة لهم بحكم الطبيعة ، أقصد طبيعة المجرى العادي للأمور ، أو بحسب أوضاعهم ، إنما يقتصر دور القانون على التنظيم لمنع تعارضها وتصادمها وتزاحمها ، ولا يعني انه بهذا الدور ، دور المنظم ، قد أضحى مصدرها وسبب كسبها ، بل دوره في التنظيم ينحصر في حمايتها ومنع تعارضها والحفاظ عليها ، وهو يكفل استحصالها بقواعد ملزمة مقترنة بجزاء يحدده على كل مخالف لقواعده ، وهذا الجزاء هو في النهاية مفروض لغاية الحقّ ، أي هو جزاء يفرضه القانون على كل معتدٍ على حقّ من الحقوق ، التي ظهر القانون لحمايتها وصيانتها[1] .

(1) لاحظ في مبررات اقتران القاعدة القانونية بجزاء ، د . عباس الصراف ود . جورج حزبون ، المدخل ، ص 15 .

148) - أفكار راسخة في القوانين ، أن القانون هو مصدر الحقوق المالية ، الشخصية والعينية :

لا شك في أن الناظر إلى تنظيم القانون المدني للحقوق المالية ، لا سيما الشخصية منها والعينية ، سيجد ، ومن خلال هذا التنظيم ، أن القانون هو المصدر لها ، وذلك من خلال الاسلوب الذي اتّبعهُ في النص على مصادر الحقوق الشخصية ، أو ما يشتهر ، على إطلاقه بـ (مصادر الالتزام) ، أو في تبنّيه لتعريف الحقوق العينية بأنها سلطات يعطيها القانون لشخص معين على شيءٍ معين[1] . ولعل الظاهر في هذا التعريف ، أو في أسلوب تنظيم مصادر الحقوق الشخصية ، أن القانون هو مصدر هذه الحقوق ، فلا يستطيع الفرد أن يكسب أيّما حقّ عيني على أي شيء من الأشياء ، إلا بالقانون ، ولا يستطيع أي فرد أن يكون دائناً أو مديناً لدائنٍ ما ، إلا بموجب القانون ، عبر المصادر التي حددها ، أو بموجب أحكامه بشكل مباشر ، كونه ، يُعد ، وبموجبه ، مصدراً مباشراً لبعض الحقوق الشخصية[2] . والحقيقة أن الامر ليس كذلك ، إذ أن معنى وجود سلطات معينة لشخص ، يجعل من واجب الجميع احترام هذه السلطات ، وهذا الاحترام الذي تقع وجوبيته على الجميع ، معبر عنه بالقانون ، كونه الأداة المعبرة عن الإرادة العامة للجماعة ، بمعناها الوضعي ؛ فهذه السلطات ، أعطتها الجماعة ، لاحترامها للحقوق العينية التي تسري في حقّ جميع أفرادها . أمَا ما يتعلق بأسلوب التنظيم القانوني للحقوق الشخصية ، فإن مصدر هذه الحقوق هو المنظم لها ، وكون أن

---

(1) لاحظ : المادة (67) مدني عراقي .

(2) لاحظ المادة (245) مدني عراقي

القانون قام بتنظيمها ، إنما نابع من توجّه عام في الاشتراك في القواعد التي تتضمنها هذه المصادر ، لا سيّما الإرادية منها ، والتي غالبا ما ينظمها القانون بقواعد قانونية مكملة ومقررة لإرادة المتعاقدين ، لتكون امامهم معايير وضوابط تنظم علاقاتهم التعاقدية ، وهذا شيء حسن ، لا يعني ، أن القانون خالق هذه الحقوق ، فالمصدر هنا معناه المنظم للحقوق ليس إلا[1] .

(1) يُذكر أن بعض الفقهاء استبدلوا السبب بالمصدر في التعبير عن المصدر المُنشئ للحق . (لا حظ : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة السعدون ، بغداد ، 2000 ، ص 43 . د . محمد خليل خير الله ، الواقعة ، ص 7) .

الفصل الثاني
تحديد دائرة الحق
(تمييز الحقّ مما يلتبس به)

149) - الحقّ يلتبس بما له علاقة به :

لا ينكر أحد مدى ما انتاب مصطلح الحقّ من غموض ، والسبب يعود لعِظم مكانه وقوة اتصاله بكيان الإنسان ؛ لكنه قد يلتبس بعدة مصطلحات ، منها ما هو منبثقٌ منها ، ومنها ما هي منبثقةٌ منه ، ويمكن ردّها إلى أربعة أصناف :

1- التباس الحقّ بمنابع انبثاقه ، وهنا قد يختلط معنى الحقّ بمعنى الحرية أو الإباحة .

2- التباس الحقّ بمُشتقاته ، كالمكنة (الخيار) والوظيفة والولاية .

3- التباس الحقّ بمُترتِّباته ، كالحماية والدعوى .

4- التباس الحقّ بغاياته ، كالمصلحة والعدل .

سنتناول في مبحثين تمييز الحقّ من كل ما ذكرناه أعلاه .

المبحث الأول
تمييز الحقّ من منابع انبثاقه ومُشتقاته

150) - للحق جذور وفروع :

لا شك أن للحق جذور مغروسة في أرض ، وضمن بيئة مساعدة على الظهور والنمو ، ذلك أن الحديث عن الحقّ يفترض وجوده على أرضية ينبثق منها بصورة صحيحة ، وهذا لا يعني أن الحقّ غير موجود ، لكن عدم تفعيله والحرمان من ممارسته يجعله في حكم العدم .

فأرضية الحقّ هي منبع انبثاقه ، وقد يراها البعض أنها تكمن في الحرية ، وقد يراها آخرون أنها تكمن في الإباحة . كما أن للحق فروع ومشتقات تتمايز عنه ، كالمكنة (الخيار) والوظيفة والولاية . وفيما يأتي نتناول تمييز الحقّ من منابع انبثاقه في مطلب ، وتمييزه من مشتقاته في آخر .

المطلب الأول
الحقّ ومنابع انبثاقه

151) - الحرية والإباحة أساسان لظهور الحقّ :

ليس الحقّ إباحة أو حُرية ، وإن كان هذا ما ينبغي أن ننتهي به في هذا المطلب ، لكننا بدأنا به كي نعلم مُسبقا أن حتمية الارتباط لا يعني تطابق المعنى ،

فالحقّ يكون موجودا دائماً وفي جميع المناخات والطقوس وعلى مختلف الأرضيات ، لكن ظهوره وتلَمُّسه بالوجدان وتحسسه بالواقع مُرتبط بأرضية دون أخرى وبمناخٍ دون آخر ، ولهذا تجد الحقّ ظاهراً وعزيزاً في مجتمعات ، ومختفياً وذليلاً في أخرى ، كالشجرة التي تراها يانعة ويافعة ومُخضرّة في منطقة ، وجافّة وكهلاء ويابسة في منطقة أخرى . ولهذا فللحق جذور ، لا تنغرس ، وفروع ، لا تطلع ، إلا إذا نشأ الحقّ في بيئة فيها قدر من الحرية والإباحة . وسنبحث في الفرعين الآتيين : الحقّ وعلاقته بكل من الحرية والإباحة .

الفرع الأول
الحقّ والحرية

152) - أرضية انبثاق الحقّ من الحرية :

نكاد لا نجد في المعاجم من يدلو بدلوه في وضع تعريف ، لغوي أو اصطلاحي للحرية ، بمعناها المقصود لذاته ، بعكس ما ذهب إليه رُوّاد الفكر في الغرب[1] . ولو رجعنا إلى بعض ما ذُكِر في المعاجم ، نرى أن بعض التعاريف تنصب على أن الحرية هي وضعيّة الإنسان غير المملوك ، بمعنى الخروج من حالة الرق[2] ، أو العتق ؛ وقد يختلف معنى الحرية من مذهب لآخر ، ومن منهج

(1) يقول احد العلماء الغربيين ، وهو (آيزا برلين) ، ان التعريفات التي طرحت للحرية قد بلغت حتى الآن المئتين تعريف يجعل المسألة اكثر استشكالا ويبعث بالتأكيد على التعجب والاستغراب . (نقلا من الموقع www.ahlulbaitonline.com تاريخ الزيارة 2015/1/21) .

(2) لاحظ في المعنى نفسه ، الجرجاني ، التعريفات ، ص52 .

لآخر[1] ، فليس معناها وفقا للفكر الفردي ، كمعناها وفقا للفكر الجماعي ، كما أنها ، لدى الوضعيين ، غيرها لدى الطبيعيين ، فالحرية غاية للفكر الفردي بحد ذاتها [2] ، في حين هي وسيلة لتحقيق غايات المجتمع وفقا للفكر الجماعي ، وإن كان هذا خلاف في التوظيف لا في التعريف ، فإن الحرية وفقا للوضعيين ، تمكّن الأشخاص من ممارسة أنشطتهم دون إجبار ، لكن مع خضوعهم للقوانين المنظّمة للعلاقات الاجتماعية ، فهي حرية مع الخضوع ! . ولو رجعنا إلى الفكر الغربي ، نجد أن هناك تعاريف متباينة للحرية ، منها مثلا ، تعريف (جون لوك) ، إذ يرى (ان الحرية هي ، القدرة والطاقة اللتان يوظفهما الإنسان لأجل القيام بعمل معين أو تركه) [3] ؛ وذهب (جون استيورات ميل) إلى : (ان الحرية عبارة عن قدرة الإنسان على السعي وراء مصلحته التي يراها ، بحسب منظوره ، شريطة ان لا تكون مُفضيةً إلى اضرار الآخرين) [4] . كما رأى البعض[5] في الحرية أنها رابطة بين الإرادة والاستطاعة ؛ **أما الحرية ، في نظرنا ، فهي مطلق الخيار لدى الشخص في الاختيار** ؛ وهذا التعريف ، وإن كان يقودنا إلى الإقرار بالغايات الفردية ، لكن لا يعني ، البتّة ، انصراف الإنسان عن كينونته كائناً اجتماعياً بحسب طبيعة الحال ؛ ذلك أن منطق تعريف أي مفهوم يُبنى على

---

(1) لاحظ : أوستن رني ، سياسة الحكم ، ترجمة : د . حسن علي الذنون ، المكتبة الأهلية ، بغداد ، 1964 ، ص 144 .

(2) يرى "هيجل" أن علم القانون يبدأ من مفهوم الحرية . (د . عبد الرحمن بدوي ، ص 16) .

(3) نقلا من الموقع www.ahlulbaitonline.com تاريخ الزيارة 2015/1/21 .

(4) نقلا من الموقع www.ahlulbaitonline.com تاريخ الزيارة 2015/1/21 .

(5) الدكتور نعيم عطية ، في النظرية العامة للحريات الفردية ، ص 23 .

تحديد معناه فقط ، دون أية صفة تلحقه وتكون خارجة عنه ، وهذا ما وجدناه في تعاريف بعض المفكرين ، إذ عرفوا الحرية بما يجعلها مقبولة لفكرهم ، لا بما تتضمنه من معانٍ ؛ وهذا أيضا ما ذهب إليه "كانط" في تعريفه للحرية ، إذ يذكر أن : (الحرية عبارة عن استقلال الإنسان عن أي شيء إلاّ عن القانون الاخلاقي) [1] ، إذ صحيح أن الحرية استقلال الإنسان عن أي شيء ، وحسب ، أما ادخال الاستثناء المتعلق بالقانون الأخلاقي ، فيجعلنا نضع تعريف لحرية منعوتة بصفة معينة تخرج عن حقيقتها وماهيتها ، وهذا لا يجوز منطقاً .

لا شك أن لكل فرد حريته ، لكن هذه الحرية ، قد لا تُحقق غرضها التجريدي الكامل له ، إلا إذا كان يعيش في معزل عن الجماعة ، وهي فرضية غير قائمة . ذلك أن الحرية ، ولمّا كانت ، مُطلق الخيار للشخص في الاختيار ، فإن الخيار يستدعي عدم الاجبار ، والاختيار يستدعي الإمكان ، فمُطلق الخيار للشخص يعني أنه غير مُجبر أو مُكره أو مُضطر ، واختياره مُحصّلٌ في حدود الإمكان ، فعدم اجبار الشخص في الخيار نابع من وجود غيره ، واختياره ممكن بوجود غيره ، بمعنى أن الغيرية لازمة لتحقق الحرية ؛ وهذه الغيرية تدل على وجود كائنات أخرى في حياة الإنسان سواء من نوعه أو من جنسه ، أو من الموجودات الأخرى ، لديها القدر نفسه من الحرية ، الأمر الذي يتعين معه تقييد بعضها بعضا وفقا لمعيار ما ، هذا المعيار كان في السابق عنوانه القوة ، ثم صار عنوانه الحاجة أن يمارس الجميع حريته دون المساس بحرية الآخرين ، من هنا انبثقت فكرة

(1) المرجع السابق نفسه .

الحقّ من الحرية [1] ، انبثاقا قائما على وجود الجماعة .

عندما نقصد من الحرية إمكانية الفرد دون أي جبر أو ضغط خارجي على اتخاذ قرار أو تحديد خيار من عدة إمكانيات موجودة ، يعني ذلك أن ليس باستطاعتنا الحديث عن حرية ، إلا وفق منظور فكرة حتميّة وجود الجماعة ، مثلها مثل الحقّ المنبثق منها ، لكن ما تؤكده فكرة الحرية ، أن الإنسان كائن فردي في الوقت نفسه ، إذ لا ينبغي إنكار أن الإنسان كائن فردي ، كما لا ينبغي إنكار أن الإنسان يعيش مع نظرائه في الحقيقة ولو أنه مستقل عنهم من الوجهتين المادية والمعنوية ؛ فليس المقصود بالكائن الفردي ذلك الرجل الذي يعيش وحده معزولاً عن غيره ، فهذا رجل غير موجود ، بل الرجل الفردي هو رجل جماعي ، ضرورة أنه يعيش في جماعة . ثم إن الجماعة ، وهي أمر واقع ، لا توجد بدون الأفراد ، ولا توجد قبلهم ، فالأفراد هم الوحدات التي تتكون منها الجماعة . وعلى ذلك ، فأيًّا كان نوع العلاقات الجماعية ، فإن أصل هذه العلاقات وأساسها هم أولئك الكائنات الفردية[2] .

ولمّا كانت الحرية هي التحرر من القيود التي تُكبّل طاقات الإنسان وإنتاجه

---

(1) يقول ((جوسران)) ، في المقابلة بين الحقّ والحريات ، ان الحقوق محددة ومسماة ، وذات هدف يسهل ضبطها . أما الحريات فحقوق غير واضحة المعالم ، ولا مسماة ، هي أصل الحقوق جميعاً . بيان ذلك هو أن الحقوق جميعها تهدف إلى إزجاء الطمأنينة في نفوس ذويها ، وأن هذه الطمأنينة تقتضي لوجودها ، قدراً من الحرية المدنية والسياسية ، مهما قل هذا القدر : ولذلك كانت الحرية ، من الناحية السياسية ، هي السبب في انتشار نظام الحقوق ، وكانت ، من ناحية الصياغة الفنية القانونية ، أصل الحقوق جميعها . (د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 134) .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 51 .

سواء أكانت قيودا مادية أم معنوية ، فهي إلى جانب شمولها قديما التخلص من العبودية لشخص أو جماعة أو للذات ، تشمل التخلص أيضا من الضغوط المفروضة على شخص ما لتنفيذ غرض ما ، والتخلص من الإجبار والفرض ؛ وهذا كله مدعًى لوجود الغير ؛ فالحرية لا تنشأ على سبيل اليقين ، شأنها شأن الحقّ ، إلا بظهور أشخاص آخرين يلتزمون باحترام ما يكون للفرد الأول من خيارات ، لكن استعمالها والحصول من ورائها على المكاسب الفردية باحترام الغير ، يستدعي من صاحبها ، ولكونه يعيش في كنف الجماعة ذاتها مع غيره ، أن يحترم خيارات الغير وحريته[1] ، مما يتطلب منه أن يتنازل عن بعض خياراته لصالح خيارات الغير ، بما يستلزم احترامه حرية الغير ، كما أن على الغير التنازل عن بعض خياراته لصالح خيارات الأول ، بما يستلزم احترامه لحريته ، وبنتيجة هذه الضرورة المُلجئة للعيش بسلام مع الآخرين ، رُسمت للحريات التي يتمتع بها الأفراد حدوداً فيما بينها ، وهذه الحدود هي التي شكّلت في النهاية فكرة الحقّ ، التي تُعبّر عن قيمة كيان الفرد في المجتمع ، أما الحُرية فيبقى معناها مُطلق الخيار للشخص في الاختيار ، لكن يبقى أن نفهم أن الخيار والاختيار محكومين بفرضيتي الإمكان والغيرية ، تلكما اللتين ينطلق من خلالهما تفسير أرضية انبثاق الحقّ من الحرية .

ذلك أن الحقّ ، بحسب تعريفه ، يقتضي وجود علاقة بين شخص مزود بخواص معينة وأشخاص آخرين ، فما أن تصير هذه الخواص اللصيقة بالإنسان الفردي حجة على الغير حتى تتحول هذه الخواص من مجرد قيم ، عند من

(1) في فلسفة الحرية ، لاحظ : د . منذر الشاوي ، الإنسان والقانون ، ص 309 .

يحوزها وينتفع بها ، إلى حقوق ذات قيمة جديدة هي القيمة القانونية ، أي أنه ما يكاد يصبح احترام الإنسان الفردي واحترام متعلقاته أمراً مفروضاً على الغير ، حتى يأخذ الفرد صورة صاحب الحقّ ويتسم بسمة الشخص ، إذ أن الشخصية ، في معناها القانوني والأدبي ، لا تثبت للإنسان الفرد إلا من وقت أن يثبت للفرد حرمة وعصمة بحيث يحرم المساس به ويكون في عصمة من العدوان عليه ، عندئذ يتحول الفرد من شخص بحكم الطبيعة إلى شخص بحكم القانون[1] .

كما ان الحقوق ميزات تشتمل على منافع الناس ، فكان لا بد أن يرغب الناس فيها وأن يسعوا جهدهم للحصول عليها ، وأن يحس الواحد منهم بالسعادة حين يقول ((هذا حقي)) . والحقوق ، في نشأتها ، تبدأ باختيار حر : فعقد الزواج ، الذي ينشئ حقوقاً وواجبات ، يبدأ بالحرية لدى الشخص في أن يتزوج وألا يتزوج ، وعقد البيع والشراء تمهد لإبرامه حرية لدى الشخص في أن يتعاقد ، في أن يبيع وألا يبيع ، في أن يكسب حقًّا وألا يكسب حقًّا . وحق المؤلف تسبق نشوءه حرية لدى الشخص في أن يستعمل أو لا يستعمل حريته في الكتابة . من هذا وغيره كانت الحرية ، أصل الحقوق جميعها [2] .

كما أن الحرية ليس بمعزل عن نطاق الامكانية التي تُتيح استعمالها ، تمهيدا لانبثاق الحق عنها ، فالحرية محددة بما تتيحه لها الطبيعة من امكانيات ، كما أنها ليست بمعزل عما يفرزه النظام الاجتماعي من قيود على ممارستها ؛ ولهذا ربط

---

(1) لاحظ : الأستاذ "دابان" في نظريته عن الحقّ ، نقلاً من : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 53 .

(2) المرجع السابق نفسه ، ص 134 .

البعض الحرية بما يملك صاحبها من سلطة ، وبالتالي يبدو الأمر فيه قدراً من اللا مساواة بين حريات الأفراد إذا ما قيست حرياتهم على مدى امكاناتهم وسلطاتهم ، وفي هذا يذكر البعض [1] : (والواقع أنني إذا تصورت حريتي على أنها سلطتي في عمل ما أريده ؛ فإن صبري قد ينفد وأثور على ضيق مواردي ووسائلي تماماً كما أثور على القيود الواردة على تصرفاتي ويتوقف هذا على مبلغ رد الفعل الذي يورده في نفسي تخيل ما يجب أن تكون عليه قدرتي وحريتي . فإذا شعرت بأني مرتبط بوسط لقى في حجره أقراني جيلاً بعد جيل ذات الإمكانات فإنني لن أثور على هذه القيود الواردة على سلطتي التي ستبدو لي ((طبيعية)) ولن أنظر إلى هذه القيود قط على أنها سجن أنا حبيس بين جدرانه . ولكنها ستصبح كذلك في نظري إذا ما تزعزعت قيمة هذه القيود في المجتمع الذي أنا عضو به بسرعة إزاء التقدم الحضاري . وإذا أتاحت لي حركة اجتماعية كبيرة رؤية وسائل جديدة لإنالتي ما أتوقع وأصبو إليه ، فستبدو لي تلك القيود إذن على أنها أسوار سجن عليَّ أن أتخلص من وطأته) .

إن التسليم بانبثاق الحق من رحم الحرية ، لا يجعلها ، منطقاً ، بمعزل عن حتمية افتراض وجود الجماعة ، إذ أن اتصالها الوثيق بالجانب الفردي للشخص لا يجعلها متحصلة ومتأتية من وجود الفرد بمفرده ، فالفرد الذي يعيش بمفرده لا يتمتع بحرية بقدر تمتعه بالوحدانية ، فالحرية تعتمد أساساً على الاختيار من بين

(1) الدكتور نعيم عطية ، ص 26 .

خيارات مُتاحة وممكنة بطبيعتها أو ممكنة بقدرة الشخص على استحصالها ، وهي في الحالتين متحصلة من خلال تقديره الذي يُفترض أن يلقى مقاومة من غيره . فالحرية ، كما الحق ، كلٌّ منهما يتطلب وجود الغيرية ، سواء أكانت في صورة فرد آخر أو مجموعة من الأفراد ؛ وقد أتاح التنظيم الاجتماعي[1] أن تُمارس الحريات بجو تنتجه طبيعة المصلحة المتحصلة من العلاقات الاجتماعية المتنوعة ، التي تجعل من كل فرد دائناً ومديناً للآخر في ممارسة حرياته وإتاحة

---

(1) يذكر الدكتور نعيم عطية ، ص 28 : (إن حياة الإنسان حياة اجتماعية مهما كانت . وهو لم يحيى قط في حالة غير اجتماعية . إن حياة الإنسان تمضي في احتكاك دائب مع الآخرين وما من تصرف من تصرفاته أو حتى قول من أقواله يمكن ألا يكون له أثره على غيره . ومن ثم ما من طاق محجوز للفرد يتصرف في نطاقه على ما يحلو له ، بل إن الإحساس بالالتزام يتولد في كل لحظة وفي كل أمر . ومن ثم لا تثور مشكلة الحرية كتعيين للحدود بين محال الواجب ومحال الأهواء ، بل الواقع أن المرء ليس بلا التزامات في أي وقت من الأوقات ، ولكن من الالتزامات ما يكون الفرد ذاته هو المقدر لها ومنها ما يقدرها غيره ممن هم أعلى منه رجاحة وسلطة . ومن ثم تتحول الحرية فتتجلى على أنها كرامة التقدير . ولعل من السخافات الشائعة ذلك القول بأن ((الإنسان ولد حراً)) متى أخذ على أنه إعلان للاستقلال الطبعي . ان المرء في الواقع يولد ويظل معتمداً على الآخرين . وعند مولده يكون عاجزاً تماماً ، وغير قادر على الحياة استقلالاً ، فهو في حاجة إلى الإطعام والتدفئة والحماية من قبل ذويه ويستمر اعتماده عليهم طوال طفولته وصباه ، بل وتطول مدة هذا الاعتماد كلما تقدم المجتمع وزاد مستوى الثقافة المتطلبة . إن الإنسان لا يصل إلى سن الرشد ولا يضحى رجلاً بحق إلا نتيجة جهد طويل من قبل الآخرين ، ويلتزم قبلهم متى شب عن الطوق وأضحى مستحقاً لأن يعتبر رجلاً . بل إن اعتماد الإنسان على المجتمع لا ينتهي ببلوغه سن الرشد ، فهو يندمج في مجتمع يحقق له ثماراً لا يتأتى له الحصول عليها منعزلاً منفرداً ، ابتداء من كسرة الخبز إلى الاستماع إلى معزوفة موسيقية . والواقع أن ما نحن عليه وكل ما لدينا لا يرجع إلينا وحدنا الفضل فيه ، بل إلى الآخرين أيضاً إن الإنسان يرث تركة تخلفها له الأجيال السابقة ويأخذ مكانه كمسهم في جماعة غنية بالروابط) .

الامكان للآخرين لممارسة حرياتهم ، ولكي يمارس الفرد ذو العقل الرشيد حريته بشكلٍ أمثل ، يجب أن يحس في أعماقه بأنه مدين للآخرين ، ومن الخطأ أن يضفي الفرد أهمية بالغة على ما له قبل الجماعة بينما يقلل من شأن ما لها قبله . وتقتضي الإنصاف أن يعترف الفرد بأن تصرفاته يجب أن تنبع من إحساس عميق بالالتزام ، وأن التزاماته تزداد كلما ازداد ثقافة أو اتّسعت إمكاناته . ولا يمكن أن تعدُّ حريته تحللاً من الالتزامات ، بل إن حريته تتمثل في أنه يقدر التزاماته بنفسه ويقوم بتنفيذها بمحض رضاه . إنني لا أكون حراً عندما يحاول الآخرون أن يفرضوا عليَّ حكماً مخالفاً لما أراه بل إنني أكون حراً فحسب عندما أقوم بما أقدر أن عليَّ أن أقوم به . ويعدُّ الإحساس بالتمرد على محاولة فرض تصرف أو سلوك أو رأي مخالف لما أقدر أن من واجبي القيام به إحساساً بالحرية [1].

153) - الحرية والرخصة :

قد يلتبس مفهوم الحرية بمفهوم الرخصة ، لكن الرخصة ، أو كما يُطلق عليها بالمكنة أو حقّ الخيار ، هي تخيير بين بدائل معروفة مقدماً ، وهذا بخلاف الحرية حيث يكون التخيير بغير حدود ونتائجه تكون غير معلومة مقدماً . كما تختلف الحرية عن الرخصة في وجود السبب الذي يمنح مكنة الاختيار ، فالسبب موجود في الرخصة متخلف في الحرية ، فحرية التملك تعني حرية مطلقة في سلوك أي

(1) لاحظ : د . نعيم عطية ، ص 30 . ويُضيف في الصفحة ذاتها : (إن كل امرئ يخدش إحساسه بالحرية متى عمد غيره إلى إجباره على تصرف مخالف لما ينوي القيام به على أساس تقدير أجنبي عن تقديره . وهو في الوقت ذاته يحس إحساساً بالظلم طالما حيل بينه وبين تصرف مبني على تقدير ذاتي بأنه هو العدالة من أجل تصرف آخر مملى عليه ويبدو له انه غير عادل . كما أنه سيحس بالإذلال والمهانة طالما أنه مطلوب منه ألا يعتد بتقديره هو) .

سبيل للتملك أو في عدم سلوكه . اما رخصة التملك فتعني جريان سبب يقتضي المطالبة بالتمليك ، فالشفيع ، في حقّ الشفعة ، قبل بيع الشريك نصيبه ، له حرية التملك ، اما إذا باع الشريك نصيبه ، عندئذٍ يكون للشفيع رخصة أو مكنة أو خيار التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة[1] .

إن الحرية لا تنطلق من خيارات يُحددها القانون ابتداءً ، بل يكون الخيار فيها منطلقاً من فضاءٍ مفتوح من الخيارات التي يُتيحها الواقع ، فأنت حُرٌ في أن تتعاقد أو لا تتعاقد ، أو تتملَّك أو لا تتملَّك ، كما أنك حُرٌ في أن تُسافر لأيّة جهة ولأيِ غرض ، وكذلك فأنت حُرٌ في أن تُعبِّر عن رأيك أو لا تُعبِّر ، وهكذا ؛ لكنك إن خُيِّرتَ بين أمرين لاختيار أحدهما فقط ، فهذه رُخصة ، فمن يعرض عليك التعاقد ، تكون أنت بالخيار بين أن تتعاقد أو لا تتعاقد ، فهذه رخصة ، ومن يُريد أن يهبك شيئاً ما ، فأنت بالخيار بين قبوله وتملُّكه أو عدم ذلك ، وهذا خيار ، ومن عرض لك اختيار احد وجهتين للسفر بعرضٍ خاصٍ ، فالخيار لك ، وهذا رخصة ، ومن عرض عليك الرأي لاختيار أحد اتجاهين ، فخيارك في اختيار أحدهما رخصة . وسنتكلم مفصلاً عن التمييز بين الحقّ والرخصة في موضع لاحق .

154) - وحدة مفهوم الحرية في القانون :

ليست هناك حرية قانونية وأخرى غير قانونية ، كالحقّ تماماً ، وعلى نقيض من ذهب إلى التمييز بين الحرية المادية والحرية القانونية ، إذ يذهب إلى :

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 57 .

(وليس يقصد بالحرية هنا الحرية المادية ، أي الحرية بمعناها العام التي هي نقيض الاسترقاق والعبودية ، بل المقصود بها هنا هي الحرية القانونية ، وهي الحقّ في فعل كل ما لا يحرمه القانون . وتسمى هذه الحرية كذلك الحرية المدنية ، بالنظر إلى أنها تطلق على ما يتسم به نشاط الأفراد في مجال القانون الخاص . لذلك يجوز تعريف الحرية القانونية بأنها إمكان اكتساب الحقوق التي تدخل في نطاق الحرية) [1] . فالحرية في القانون واحدة ، إلا أن تقييد القانون للحرية يأتي تلبية لحرية أخرى أسمى منها ، وقد اقتضى التنظيم هذا التقييد لأغراض التعايش السلمي بين الناس ، والذي خُلق القانون لتنظيمه ، فلا يسوغ نعتها بالقانونية لا قبل هذا التقييد ولا بعده أيضاً .

فالحرية قبل تقييدها من قبل القانون لأغراض التنظيم ، لا يسوغ أن نطلق عليها بالحرية القانونية ، لأن هذا سيُوحي إلى أنها نشأت من القانون ، وهذا غير صحيح مطلقاً ، فالحرية منشؤها الطبيعة وتحرّكها الإرادة الحرة المرتبطة بطبيعة الإنسان لا غير ؛ أما نعت الحرية بالقانونية بعد تقييد القانون لها لأغراض التنظيم ، فغير منطقي ، لأن القانون ، بتدخله ، يُقيّدها ، وبالتالي فهي حرية مقيّدة بالقانون وليست حرية قانونية ؛ لذا فالحرية واحدة في القانون وإن قُيِّدت ، إذ تضحى حرية وحسب ، لأن بتقييد القانون لها ، يكون قد حدّ من إمكانها ، وقد سبق أن قلنا أن الحرية تسود في مناخ الغيرية والإمكان ، والأخير يحدّه الواقع كما ويحدّه القانون .

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 134 .

155) - أوجه الاختلاف بين الحقّ والحرية :

ليس كل حقّ حرية ، وليست كل حرية حقّ ، وإن جاز إطلاق لفظ الحقّ على الحرية ، فهو إطلاقٌ تُجوِّزُه طبيعة الارتباط الوثيق بينهما ، لا سيما اشتراك أساسهما الفلسفي ، إذ يرى البعض أن هذا الأساس يكمن في القانون الطبيعي[1] ؛ لكنهما ، مع ذلك ، مختلفين في الماهية ، وتتجلى أوجه الاختلاف بينهما في الآتي :

أزلاً : الحرية قيمة مطلقة والحقّ قيمة نسبية :

الحرية هي أعظم القيم المُتاحة للإنسان ، ففي نطاقها يقع التكليف ويُرتِّب أثره ، وفي مجالها تلعب الإرادة دورها القانوني ، وعلى أساسها تترتب النتائج على خيارات الأشخاص ، وفي فلكها تدور الحقوق[2] ؛ فليست الحقوق جميعها طبيعية ، فالحقوق أكثرها وضعية ، والأوضاع لكي تُقيم حقوقاً لأصحابها تكون مشروطة ببعض الشروط ، موضوعية كانت أم شكلية ، فالشخص كي يصبح موظفاً لا بد من أن تتوافر فيه شروط لاكتساب حقوق الموظف ، وكذلك حقوق المتعاقد والعامل والطالب والممتهن لمهنة معينة وغير ذلك من أوضاع . أما الحرية فهي قيمة مطلقة لا تُقيدها شروط ، إلا تلك المتعلقة بالإمكان والغيرية ،

---

(1) أوستن رني ، سياسة الحكم ، ص 147 .

(2) نقل الأستاذ "كلسن" عن الأستاذ "بوشتا" ، مقولة جميلة ، هي : ((أن المفهوم الأساس للقانون هو الحرية ، أي إمكانية تقرير المصير ، والإنسان هو شخص القانون (صاحب الحقّ) ، لأنه يملك تلك الإمكانية ، ولأن له إرادة)) . (الأستاذ هانس كلسن ، ص 91) . ولاحظ أيضاً في المعنى نفسه : هيجل ، أصول فلسفة الحقّ ، ج1 ، ص 186) .

وهي ليست شروطاً فيها ، أكثر مما هي شروطاً لممارستها ، ولهذا قيل أن الحقوق ، لا سيما الحقوق المدنية منها ، لا تعطي لأصحابها سلطات مطلقة [1] .

والقيمة النسبية للحقوق تشملها جميعها ، حتى الطبيعية منها ، ذلك أن الحقّ ، وإن كان غاية القانون ، لكنه ليست غايته الأخيرة ، فإحقاق الحقّ وشيوع العدل بين الناس ، يسعى ، بحد ذاته ، إلى تحقيق غاية ، تُشكل قيمة مطلقة بين الناس ، ألا وهي قيمة الخير التي يسعى الجميع إلى تلبيتها وتحقيقها ، والتي لا تتحقق إلا بعد ترسيخ مرحلة احقاق الحقّ .

ثانياً : الحقّ ملزومه الواجب ، والحرية ملزومها اتاحة الإمكان :

سنرى في الباب الثالث من هذا الكتاب كيف أن الواجب هو عنصرٌ ملازم للحق بالاقتران أو بالمقابلة ، إذ يقتضي استعمال الحقوق أن تكون هناك واجبات تقترن بها أو تقابلها ، كما أن واجب القانون في حماية الحقوق وصيانتها والحفاظ عليها ، يقتضي أن يفرض واجبات على الغير ، تتحقق من خلالها بعض الحقوق .

أما الحرية فلا يُقابلها ، بطبيعة الحال ، أيَّما واجب ، إنما الّذي يُقابلها ، ويكون ملزومها ، هو اتاحة الإمكان ، ففي مقابل حريتك في التنقُّل – مثلاً – ، يُتيح لك الناس هذا التمكن ، وفي المقابل تتيح مع غيرك لكل فرد هذه الحرية ، وإتاحة الإمكان ليست بواجب ، لأنها غير محددة تجاه من أو ممَّن ، أما الواجب المُلازم للحق فمحدد لمن وممَّن ، فعندما تكون دائن تكون صاحب حقّ ، يُقابلك صاحب الواجب وهو المدين ، حتى في الحقوق العينية ، فعندما تكون

(1) لاحظ : أوستن رني ، سياسة الحكم ، ص 142 .

مالكاً لشيءٍ ما ، يُقابل حقّ ملكيتك هذا واجب على الجميع باحترامه ، والجميع هنا ، وإن كانوا جميعاً ، محددين بمن تتملّك في مواجهتهم ، ولهذا كان لمعنى الغيرية في الحقّ تحديد[1] لا يُقابله التحديد ذاته في معناها في نطاق الحرية ، فحريتك في التملُّك لا يقابلها واجب على الجميع ، بل اتاحة إمكان منهم جميعاً دون تحديد ، ذلك لأنك في نطاق الحرية لا تمارس خيارات محدودة ، كما أنك لا تمارس خياراتك غير المحدودة تجاه شخص بعينه أو مجموعة من الأشخاص ، بل تجاه الجميع من غير تحديد تشخيصي أو وصفي ، ولهذا لا يمكن أن تُفرض واجبات على الناس غير محددة ، فالجميع يعيش في حرية وإتاحة إمكان تقتضيه ضرورة التنظيم .

ثالثاً : التحديد من حيث المحل :

يرد الحقّ على محل محدد أو قابل للتحديد ، فإذا لم يكن الشيء محل الحقّ محدداً ، أو كان العمل الذي يرد عليه الحقّ غير قابل للتحديد ، فلا يظهر الحقّ ؛ هذا التحديد أو القابلية للتحديد لمحل الحقّ تنعكس على غايته ، فتكون هذه الغاية هي الأخرى محددة . فالحقّ اذن يتعلق بكيان الإنسان ، وهو وضعٌ محدد ، أو بأحد الأوضاع التي هو فيها ، وفي كلتا الحالتين يكون ظاهراً بحدود معينة ، كما ان له هدف محدد لا يجوز الخروج عنه .

اما الحرية فلا ترد على محل محدد بطبيعته أو قابل للتحديد بأي طريقة أو

---

(1) لاحظ في مفهم "الغير" في الحقوق ، لا سيما في الحقوق الشخصية الناجمة من العقد : د . صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، دار الثقافة ، عمّان ، 2001 ، ص 53 ، 153 .

سبيل ، فهي عبارة عن اوضاع عامة غير منضبطة وليست واضحة الحدود والمعالم لا تتقيد بمسلك معين يجب اتباعه ، وهذا هو الشأن في حرية العقيدة والتعبير عن الرأي والانتقال وحرية التزوج... وطالما ان حدود الحرية غير واضحة وغير منضبطة فإن الهدف منها هو الاخر يعد هدفاً غير واضح أو منضبط ، فالشخص عندما يتمتع بالحرية فهو ليس مطالب باتباع مسلك معين وإنما له مكنة اتباع أي مسلك لم يمنعه القانون ، كما أنه غير مُطالب بأن يُجيب على أي سؤال أو تساؤلٍ عن سبب اختياره أو عدم اختياره . فحرية الانتقال تخول للشخص مكنة الانتقال بأي وسيلة وفي أي وقت ، اما حقّ الانتقال الناشئ عن عقد النقل فهو يخول للشخص ميزة الانتقال من مكان معين إلى اخر معين أو قابل للتعيين . ويترتب على ما تقدم انه لا يجوز مسائلة الشخص لأنه قد اساء استعمال حريته[1] ، فنظرية التعسف في استعمال الحقّ لا تنطبق - في الرأي الغالب - على استعمال الحريات ، على ضوء ما سنبينه في الفقرة الآتية .

رابعاً : قابلية التعسُّف :

في التمييز بين الحرية والحقّ ، ولكون الأولى غير محددة والثاني محدداً [2] ،

---

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 49 .

(2) ومن الجدير بالذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان قد فُرّق بين الحقوق والحريات أو الرخص العامة ، فلقد كانت المادة الخامسة من هذا المشروع تنص على ان "الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة" . وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي تعليقاً على هذا النص ، بأنه : "يقصد بالحق... كل مكنة تثبت لشخص من الاشخاص على سبيل التخصيص والأفراد ، كحق الشخص في ملكية عين من الاعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته . اما ←

على ضوء ما تبيّن لنا في الفقرة السابقة ، يذهب الكثير من الفقهاء[1] إلى قصر فكرة التعسف على استعمال الحقوق دون الحريات ، وهذا الاتجاه يعترف لفكرة التعسف باستقلاليتها عن فكرة الخطأ [2] .

وهذا الاختلاف بين الحقّ والحرية مبنيٌ على أن الحقّ ذو طابع إيجابي وحسب ، أما الحرية فذات طابع إيجابي وسلبي في آنٍ واحدٍ ، فحرية الإيصاء وحرية الزواج يتسمان بطابع إيجابي ، ولكن يقارنهما كذلك طابع سلبي ، فحرية الإيصاء يقارنها حرية عدم الإيصاء ، وحرية الزواج يقترن بها حرية عدم الزواج . ومن هنا كان هدف الحقّ – لا سيَّما الحقّ الوضعي – محددا واضح المعالم ، وهو ما ينتج عنه التعرف عليه وعلى اهدافه ، بخلاف الحرية ، فإنها تمثل العديد من الإمكانيات التي تتجه وجهات شتى ، قد يعارض بعضها بعضا . هذا هو الفرق الجوهري بين الحقّ والحرية . ويُرتِّب ((جوسران)) على هذا الفرق نتيجة

←

عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز ، فرخص أو إباحات كالحريات العامة وما اليها" ويلاحظ ان هذا النص قد تم حذفه من لجنة المراجعة باعتباره ادخل في عمل الفقه منه في عمل المشرع . لاحظ : د ، رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 48) .

(1) كالدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، فقرة 544 ، ص 918 . والدكتور عبدالمنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، 1958 ، فقرة 345-437 . والدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج1 ، 1960 ، فقرة 424 ، نقلاً عن : د . فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي ، دار البشير ، عمّان ، 1998 ، ص269 .

(2) ففكرة التعسف عند أنصار هذا الاتجاه تغني عن فكرة الخطأ بالنسبة للحقوق ، وان فكرة الخطأ تغني عن فكرة التعسف بالنسبة للرخص والحقوق العامة التي يعترف بها القانون للكافة . (لاحظ : د . رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 ، ص353) .

هامة ، هي أن التعرف على ((إساءة الاستعمال)) يكون في الحقوق أسهل منه في الحريات [1] .

و قد ذهب البعض[2] إلى أبعد من ذلك ، بأن نظرية التعسف تقتصر على الحقوق التي اكتملت كافة عناصرها وشروطها ، وبناء عليه يخرج من دائرتها الحريات والرخص القانونية ، ومنطقه في ذلك ، ان هذه الحريات هي سلطة يسمح لصاحبها أن يدخل بها ، دون قيد أو شرط ، إلى ميدان القانون وبدورها تخرج من نطاق السلطة التقديرية للقاضي ، وكل هذا على خلاف سلطة الخيار في استعمال الحقّ ، فإنها بطبيعتها تخضع لتقدير القاضي وبالتالي تدخل في محل نظرية التعسف[3] .

---

(1) اذ يرى "جوسران" : (أنه كلما كانت الميزة المقررة للشخص أكثر انضباطاً وتحديداً كانت أقل قابلية لإساءة الاستعمال . فإذا كان من المسلم أن الحقوق ، على مبلغها من الضبط والتحديد قابلية لإساءة الاستعمال فإن الحريات ، وهي أقل انضباطاً وتحديدا من الحقّ ، تكون قابلة لإساءة الاستعمال من باب أولى . إلاّ أنه قد اعترض على هذا القول بأنه لا يكفي أن يكون الحقّ محددا وواضح المعالم لكي لا يمكن إساءة استعماله ، فحق التقاضي – وهو حقّ منظم ، وخاصة بالنظر إلى ما للقانون الاجرائي من طابع شكلي – كثيرا ما يلجأ القضاء فيه إلى وسيلة التعسف في استعمال هذا الحقّ ، إزاء سوء المحاكمة . كذلك اعترض بأن الحرية ، وان كانت غير محددة ولا واضحة المعالم ، لا تعتبر لهذا أكثر من الحقّ قابلية لسوء الاستعمال . فما لم يكن هناك نص يعتبر رفض التعاقد أمراً غير مشروع تظل حرية عدم التعاقد كاملة ، فهذه حرية قانونية بالمعنى الصحيح لا يجوز محاسبتها في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون المحاسبة) . د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 135 .

(2) الفقيه (روبيه) ، الحقوق والمراكز القانونية ، ف38 ص362 ، أشار إليه : د . حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، – ج 2– الخطأ ، دار وائل للنشر ، عمّان ، 2006 ، ص402–403 .

(3) طرأ على نظرية التعسف في استعمال الحقّ تطورٌ كبير . (لاحظ ، لمزيدٍ من التفصيل : د . حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، مطبعة مصر ، القاهرة ، 1947 ، ص 14 والتي تليها) .

فالمالك الذي يقيم على حدود أرضه حائطاً شاهقاً دون ما فائدة مادية أو معنوية تعود عليه من ذلك الحائط العالي ، إذا كان قصده هو مجرد الإضرار بجاره ليمنعه من الافادة بملكه ، يُعدُّ متعسفاً في استعمال حقّ ملكيته . أما استعمال الشخص حريته في عدم التعاقد لا يجوز عدّه تعسفاً ، لأن الشخص ليس ملزماً بأن يبدي أسباب رفضه التعاقد ، ولأن هذه الأسباب لا تبدو للعيان من خلال الوقائع ذاتها كما تبدو حالة سوء استعمال حقّ الملكية [1] .

كما لا يتصور مساءلة شخص تزوج بفتاة معينة ، وترك قريبة له ، فجوهر الحرية كما رأينا هو مطلق الخيار في الاختيار ، واختيار خيارٍ معين دون آخر ، ولو كان تحكمياً أو متنافياً مع المنطق أو مع مصلحة شخص معين ، لا يمكن أن يُعدُّ تعسفاً ، يأخذ حكم الخطأ الموجب للمسؤولية ، اما الحقّ فما دام محدداً من حيث الوسائل والأهداف ، فلا يجوز الخروج على هذا الهدف ، وبالتالي يمكن مساءلة الشخص إذا خرج عن الهدف المحدد للحق فأساء استعمال حقه [2] .

---

(1) والأمر يصدق على حقّ الخيار القانوني ، أو الرخصة أو المكنة (فمن يتلقّى إيجابا بإبرام عقد ، يجوز له دائماً أن يرفض التعاقد ، ولو أخذ عليه أنه يسئ فهم مصلحته وان الإيجاب كان في الحقيقة له ، وأنه ركب رأسه أو انقاد إلى هواه . فلا يجوز لأحد أن يناقش الأسباب التي كانت أساس رفضه قبول التعاقد واعتبار هذا الرفض تعسفياً . وعلى ذلك فما لم يوجه الشخص إيجابا إلى الجمهور ، أو لم يكن بسبب وضعه الاقتصادي ملزما بقبول الإيجاب فإنه يجوز له دائما أن يرفض التعاقد مع من يريد التعاقد معه دون أن يجب عليه ابداء أسباب هذا الرفض . وفي هذا يبين أن ((الحرية)) لا يجوز أن تعامل معاملة الحقّ) . لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 136 .

(2) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 49 .

خامساً : صفتي الخصوصية والعمومية في الحقّ والحرية :

يرى البعض [1] : (ان الحقّ من حيث الأصل له صفة الخصوصية ، اما الحريات فلها صفة العمومية على وجه الإطلاق . "فالحقوق إذ تفرض وجود روابط قانونية ، إنما تفرض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قِبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحقّ في مركز ممتاز عن غيره من الناس بما تخوله من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستئثار أو الانفراد دون سائر الناس . بينما الحريات العامة على العكس من ذلك لا تفترض وجود روابط قانونية بحيث تتفاوت بشأن المراكز بين الاشخاص ، بل هي تفترض وجود الاشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما يخوله من سلطات . ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعاً بالحريات العامة على قدم المساواة دون استئثار واحد منهم أو انفراد بالتمتع بها دون الآخرين . فحرية السير في الطرق العامة مثلاً لا تفترض وجود رابطة قانونية ، أي لا تفترض تفاوتاً في مراكز الأفراد بالنسبة إلى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعاً في نفس المراكز بالنسبة لها ، أي في ذلك المركز العام المشترك من إمكان التمتع بها من قبل الجميع ، تمتعاً لا ينفرد أو يستأثر به احد منهم دون الآخرين" . "فالفرق بين الحقوق والحريات العامة اذن كالفرق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصاً بشخص معين يختص به اختصاصاً حاجزاً مانعاً لغيره من الناس ، والثاني لا يكون خاصاً بأحد ، بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء" .

---

(1) الأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 50 .

وإذ كنا نتّفق مع صاحب الرأي المتقدّم ، في توجيه التفرقة ، لكننا لا نتّفق معه في حصر مفهوم الحقّ في المركز ، صحيح أن لكل فرد حقوقه التي تُشكل قيمة كيانه في المجتمع على وجه الخصوص ، ولا تدخل الحرية في هذه القيمة ، لأنها هي المناخ الذي أُتيح فيه للحق أن تتجسد قيمته في الإنسان ، ولهذا تكون الحرية شائعةً على الدوام بعكس الحقّ ، لكن الحقّ ليس بمركز يُحدده القانون ، ولا يصدق هذا القول إلا على الحقوق الوضعية التي يساهم القانون في خلق أوضاعها .

سادساً : الاختلاف من حيث المصدر :

تنشأ الحريات من مصدرٍ واحد فقط هو الوجود الإنساني ، وتشبهها في ذلك ، الحقوق الطبيعية للإنسان ، أما الحقوق الوضعية ، فمصادرها هي المصادر أو الأسباب المنشئة لأوضاعها ؛ ولهذا فإننا لا نتّفق مع من ذهب[1] إلى أن الحقّ (ينشأ بمقتضى واقعة قانونية تستثير تطبيق قاعدة قانونية ، اما الحرية فتستند إلى محض المبادئ العامة . فالشخص لكي يصبح مالكاً مثلاً ، لا بد وأن يستند إلى نص معين من نصوص القانون كنص المادة 968 من القانون المدني (المصري) ، الذي يقضي بأنه "من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون هذا الحقّ خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحقّ العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة" . ولا بد ايضاً إلى جانب هذا النص أن تتحقق شروط تطبيقه أي حدوث الواقعة التي تستثير تطبيق هذا النص وهي واقعة

(1) أ . د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 51 .

الحيازة بالشروط الواردة في النص . فإذا تحقق ما تقدم نشأ للشخص حقّ في ملكيته . أما حرية التملك فلا تحتاج إلى نص قانوني محدد وإنما يكفي للتمتع بها وجود مبدأ قانوني عام ، والمبادئ العامة لا تحتاج إلى نصوص لإنشائها ، حتى ولو تدخلت السلطة بإصدار نصاً يتضمن مبدأ من هذه المبادئ ، فمثل هذا النص لا يعدو أن يكون تقريراً لأمر سابق على وجود هذا النص . "فالمبادئ العامة تعلو القواعد القانونية المحددة وتزيد عليها في الاهمية ، لأنها تعبر عن فلسفة المجتمع ، التي تسيطر على القواعد المحددة . ولئن كانت القاعدة القانونية من خلق المجتمع ، فالمبادئ العامة هي وليدة التراث والحضارة الإنسانية وفرضتها ظروف المجتمع البشري من خلال تطوره الطويل واكتشفها العقل لأنها تتفق مع المنطق السليم . فحرية الزواج تستند إلى المبادئ العامة . فلسنا بحاجة إلى نص قانوني لكي نقرر ان للشخص أن يتزوج أو لا يتزوج وان أراد أن يتزوج فله أن يقترن بمن يريد ، وفي الزمان والمكان الذي يناسبه" . ويترتب على كون الحريات مستندة إلى المبادئ العامة ، انها تثبت لكل شخص دون توقف على وجود قاعدة خاصة تنشأ عنها ، ولذلك قيل عنها انها حريات عامة ، وهي لذلك ايضاً تعد لصيقة بالشخص وبالتالي فلا يجوز النزول عنها ، اما الحقوق فالأصل فيها هو جواز النزول عنها باستثناء ما يكون منها لصيقاً بالشخص وهو ما يعد خروجاً عن هذا الأصل) . ووجه عدم اتّفاقنا مع هذا الرأي ، هو أنه - أولاً - خلط بين الحقوق الطبيعية والحقوق الوضعية ، إذ تمييزه هنا كان بين الحريات والحقوق الوضعية ، لأنه ما يصدق على الحريات يصدق على الحقوق الطبيعية أيضاً ، وإن كان صاحب الرأي قد أسند الحريات لمصدر سمّاه المبادئ العامة ، وقرّر أن النصوص التي تنصُّ عليها هي نصوص مقررة لها ، فهي كذلك بالنسبة

للحقوق الطبيعية ؛ ثُمَّ أن المبادئ العامة للقانون هي بدعة قانونية أراد منها الوضعيون أن يُحسنوا صورة آرائهم حول مفهومهم للتشريع ، وأراد بها الطبيعيون تلطيف رفضهم لآراء الوضعيين ، إلا أنها لا تعدو أن تكون إقراراً غير مكتوب للفكرة التي أطلقناها حول مصدر الحريات والحقوق الطبيعية للإنسان ، ألا وهو الوجود الإنساني ذاته ، إذ به ارتبطت حرياته وحقوقه الطبيعية ، فما كان الإنسان لينتظر وجود مبادئ عامة ، بالصورة التي يرتئيها كل من الطرفين ، كي يمارس حرياته ! .

الفرع الثاني
الحقّ والإباحة

156) - معنى الإباحة :

على الرغم من أن التعريف الشائع للإباحة هو أنها : (الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل) [1] ؛ إلا أنها تعني في اللغة : رفع الحظر عن الشيء وإطلاقه ، وهو المعنى الذي يتصل بالمعنى الاصطلاحي العام للكلمة ، وتأتي الإباحة أيضاً بمعنى الإظهار فيقال : أباح سره أي أظهره ، والإباحة في الاصطلاح عند الأصوليين هي الحكم الشرعي الذي يفيد تخيير المكلف التام بين الأخذ بالشيء وتركه [2] .

---

(1) الجرجاني ، التعريفات ، ص 13 . (والإباحة في اللغة الإظهار والإعلان من قولهم باح بالسر وأباحه ، وباحة الدار ساحتها ، وقد يرد بمعنى الإذن والإطلاق . أبحته أي أطلقته) . لاحظ : التهانوي : كشاف ، ج ! ، ص 78 .

(2) لاحظ : د . عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ص 47 . ود . مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه ، ص 276 .

ويتفق الفقهاء مع الأصوليين في أصل المعنى ، وقد يختلفون في الألفاظ والتعابير كقول الفقهاء : الإباحة أن يجيز الشارع للمكلَّف فعل الشيء أو تركه بلا استحقاق ثواب أو عقاب[1] . أما في القانون فالحديثُ عن الإباحة محله القانون الجنائي ، والإباحة إما أن تكون أصلية (طبيعية) ، وإما أن تكون استثنائية (وضعية) ، أما الإباحة الأصلية فهي عدم المؤاخذة القانونية على الاتيان بفعل أو الامتناع عنه ، وهي طبيعية لأنها تتفق مع طبيعة الأصل الذي يقضي بإباحة كل الأفعال ؛ إلا ان القانون الجنائي ، وبموجب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات [2] ، يُجرِّم بعض الأفعال فيُخرجها من نطاق الإباحة الأصلية ويُدخلها في نطاق التجريم والمؤاخذة ؛ لكن عندما ينصُّ القانون ذاته على استثناء بعض الأفعال من نطاق التجريم ، كممارسة العنف في الألعاب الرياضية أو ممارسة حقّ الدفاع الشرعي ، فإن هذه الأفعال تشملها الإباحة الاستثنائية ، وهي وضعية لأنها ناجمة عن أوضاع محددة نصّ عليها المُشرِّع [3] . والإباحة الاستثنائية تتقرر برخصةٍ من

---

(1) غير أن الخلاف ينبثق بين الاصطلاحين عند تتبع الفروع الفقهية المنبثقة عن حكم الإباحة . فالأصوليون لم يهتموا بما وراء المعنى الكلي للكلمة ، إذ كان بحثهم متعلقاً بالإباحة من حيث هي حكم شرعي معين ، ومن حيث الحاكم الذي قضى بذلك وهو الله عز وجل . أما الفقهاء فقد كان مجال بحثهم تطبيق حكم الإباحة على الوقائع والجزئيات المتنوعة واستظهار الأحكام والآثار الناجمة عن وصف الإباحة فيها . والفرق بين «الإباحة» و«الإيجاب الاختياري» واضح . فإن الإيجاب الاختياري هو تعلق الأمر الإلهي بواحد من شيئين أو عدة أشياء فلا ينفك الطلب عن واحد منها ، أما الإباحة فتخييرٌ مطلقٌ لا يصحبه طلب شيء . (مقال عن الفرق بين الإباحة والملكية ، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، منشور على الموقع /www.startimes.com تاريخ الزيارة : 2016/3/3) .

(2) لاحظ لمزيد من التفصيل حول هذا المبدأ : طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون – جامعة الموصل ، 2002 ، (غير منشورة) ، ص 26 .

(3) لاحظ : د . عبد الرؤوف مهدي ، الاتجاهات المعاصرة في أساس ونظام إباحة الجريمة الرياضية ، ←

القانون[1] .

157) - فحوى العلاقة بين الحقّ والإباحة :

تتجلى فحوى العلاقة بين الحقّ والإباحة في الاختيار ، ذلك أن من حقّ كل شخص أن يأتي فعلاً أو يترك فعلاً إباحياً ، وهذا لا يصدق في الواجبات[2] ، فمن

←

بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد 3 ، السنة 27 ، 1983 ، ص 11 . ولاحظ أيضاً : د . محمد سليمان الأحمد ود . نضال ياسين حمو ، المنشطات الرياضية ، دار جُهينة ، عمّان ، 2002 ، ص 16 .

(1) (يرى الشاطبي وفريق من العلماء أن الرخصة سبب من أسباب الإباحة ، ذلك لأن الترخيص من الشارع إباحة طارئة لشيء كان من مقتضى القواعد أن لا يكون مباحاً . أو هي حالة طارئة تمنع الإثم مع بقاء الفعل حراماً ، توسعة وتسهيلاً للناس ، كرخصة أكل الميتة للمضطر . أما الإباحة فقد تكون على وجه الرخصة ، وقد تكون حكماً ثابتاً من الأصل ، كأصل إباحة الطيبات . وعلى هذا فالرخصة أخص من الإباحة ، إذ هي نوع منها . غير أن كثيراً من علماء الأصول يقسمون الرخصة إلى مباحة كعقود السلم والإجارة ، ومندوبة كقصر الصلاة للمسافر ، وواجبة كأكل المضطر المشرف على الهلاك الميتة . وعلى هذا فبين الرخصة والإباحة عموم وخصوص وجهي) . نقلاً عن : د . البوطي ، مقاله السابق الذكر .

(2) ذهب جمهور الفقهاء المسلمون إلى أن المباح ليس جنساً للواجب لأن المباح ما خير بين الفعل والترك وهو ما بين للواجب . وقيل جنسٌ له لأن المباح ما لا حرج في فعله وهو متحقق في الواجب ، وما زاد به الواجب وهو كونه يذم على تركه فصل ، والنزاع لفظي أيضاً . فإن أريد بالمباح ما أُذن في فعله مطلقاً من غير تعرض لطرف الترك بالإذن فيه فجنس للواجب والمندوب والمباح بالمعنى الأخص ، وهو ما خير بين فعله وتركه . وإن أريد به ما أذن فيه ولم يذم على تركه فليس بجنس .

فائدة : المباح ليس بمأمور به عند الجمهور خلافاً للكعبي قال : لا مباح في الشرع ، بل ما يفرض مباحاً فهو واجب مأمور به لهم أن الأمر طلب وأقله ترجيح الفعل والمباح لا ترجيح فيه ، هكذا يستفاد من العضدي وغيره . (لاحظ : التهانوي ، ج1 ، ص 79) .

يقع عليه واجب في محلٍ ما لا يكون له الحقّ في المحل ذاته ، وإن كان له حقّ مقابل له ؛ لكن هذا لا يعني أن الحقّ هو الإباحة ذاتها ، بل ما هي إلا مناخٌ يمارَسُ فيه الحقّ ، شأنها شأن الحرية .

لكن أحياناً يتسامح شخص لآخر استعماله لشيءٍ مملوك له ، وعادة ما يُطلق لفظ الإباحة على هذا النمط ، لكن هل هذه الإباحة حقّ لمن أنيطت له ، أم أنها مجرد إباحة ؟ !

والأمر لا يخلو من ارتباط بأحكام الإباحة ذاتها ، وقد خرج لنا البعض[1] بآراءٍ حول هذا الموضوع ، إذ بيَّن أن الإباحة (تنقسم - من حيث منشأ الإذن فيها - إلى قسمين : إباحة منشؤها الشارع مباشرة ، وذلك عن طريق النصوص أو استنباطات المجتهدين ، وإباحة منشؤها الناس ، وذلك من خلال تعاملهم بعضهم مع بعض[2] .

فأما القسم الأول : فإما أن تكون الإباحة فيه متعلقة بالأفعال ، أو بالأشياء . فما كان منها متعلقاً بالأفعال ، كالحركة والسكون واليقظة والنوم والأخذ والإعطاء ، فإنما له حكم واحد ، هو عدم استحقاق الفاعل لأي ثواب أو عقاب على كل من الفعل أو الترك . وما كان منها متعلقاً

---

(1) د . محمد سعيد رمضان البوطي ، المقال المشار اليه ، الموقع ذاته .

(2) وفي الشرع تأتي الإباحة بمعنى حكّم لا يكون طلباً ويكون تخييراً بين الفعل وتركه . والفعل هو غير مطلوب وخُيّر بين إتيانه وتركه مباحاً وجائزاً أيضاً . فالقيد الأول احترام الواجب مُخيّراً كان أو مُوسعاً كان مُضيّقاً عَيناً كان أو كفاية . وعن الحرام والكراهة والمندوب لكونها أفعالاً مطلوبة من الحكم . والقيد الأخير احتراز عن الحكم الوضعي . (لاحظ : التهانوي ، ج1 ، ص 79) .

بالأشياء ، كالماء والكلأ والأماكن والطرقات ونحوها ، فالإباحة تنقسم فيها إلى إباحة استهلاك وإباحة استعمال . وذلك بحسب طبيعة الشيء الذي تعلقت به الإباحة وبحسب صلاحه لأحدهما[1] .

وأما القسم الثاني : وهو الإباحة السارية بين الناس بعضهم مع بعض ، فلها صورتان أيضاً :

أولاهما ، أن تتعلق الإباحة بأموال خاصة يبيحها مالكها لعامة الناس أو فئة خاصة منهم ، كإباحة الرجل طعاماً للضيفان وما قد ينثر بين الناس من الأموال والحلوى في الأفراح والأعراس .

الثانية ، أن تتعلق الإباحة بمنافع الأموال لا بأعيانها ، أو بحقوق معنوية يأذن مالكها في الاستفادة منها ، كأن يأذن إنسان لآخر بأن يركب سيارته أو يبيت في منزله أو يتنزه في حديقته . وسيّان أن يكون المبيح لذلك مالكاً لأعيان هذه الممتلكات أو مالكاً لمنافعها فقط ، كأن يكون مستأجراً لها) [2] .

---

(1) فما كانت الإباحة فيه إذناً بالاستهلاك انحصر وجه الاستفادة الأساسية منه في الاستهلاك ، كصيد البر والبحر ، وكالماء والكلأ والملح ؛ وحكم الإباحة في هذه الأشياء وأمثالها ، جواز استعمالها على وجه الاستملاك والاستهلاك ، أما ما كانت الإباحة فيه إذناً بالاستعمال وحده ، فهو كل ما كان الوجه الأساسي في الاستفادة منه يتمثل في الاستعمال على الوجه الذي أُعدَّ له : كالشوارع والمساجد والمرافق العامة والحدائق وما قد يكون فيها من لعب الأطفال . وحكم الإباحة في هذا النوع ، هو ثبوت حقّ الاستعمال له من دون أي تصرف بأعيانها لا على وجه الاستملاك ولا على أي وجه آخر . (لاحظ : د . محمد سعيد رمضان البوطي ، مقاله السابق ذكره) .

(2) وحكم الإباحة في هذا القسم يتلخص في أن الصورة الأولى منه ، وهي ما تعلقت الإباحة فيها بالأعيان ذاتها ، يترتب على الإباحة فيها جواز استهلاك تلك الأموال للمباح له ، من دون أن يتملكها تملكاً تاماً ←

والإباحة في القسم الثاني المذكور أعلاه لا تفرز حقًّا لصاحبها بقدر ما هو عمل من أعمال التسامح ، وبالمقابل لا يوجد هناك واجب على مانح هذه الإباحة ، ولهذا لا يطرح القانون حقوقاً بحسب أوضاع الإباحة ، بل على العكس ، فإن القانون يحرص على عدم اثارة هذه الاوضاع المباحة لبعض الحقوق ، فمثلاً الحيازة التي يمكن أن تكون سبباً لكسب الملكية يجب ألا تقوم على عملٍ من أعمال الإباحة أو التسامح [1] .

أما فيما يتعلَّق بالأشياء المباحة ، فإن الاستيلاء عليها وإحرازها بقصد التملُّك يُفرز ملكية[2] ، والملكية أهم حقّ مالي يتمتع به الإنسان ، لكن لا

←

فيتمكن من التصرف بها على الوجه الذي يريد . فالضيف الذي أباح له صاحب الطعام تناوله لا يملك ذلك الطعام ، ومن ثم فلا يحق له أن يتصرف فيه ببيع أو صدقة أو نحو ذلك ، وإنما يتصرف فيه بحدود ما أذن له فيه وهو الأكل . والزوجة التي ينفق عليها زوجها يوماً فيوماً على وجه التمكين والإباحة ، إنما تملك استهلاك ما أنفقه عليها على الوجه الذي تم لها الإذن فيه ، ولذا فإن هذه النفقة تسقط بفوات مدتها ، ولا تصير ديناً في ذمة الزوج لها . إلا إن أعطاها النفقة على وجه التمليك وذلك كأن يفرضها القاضي عليه بعد خصومة بشأنها ، فإنها تتملكها بالقبض وتتصرف بها عندئذٍ كما تشاء ، ولا تسقط بمضي الزمن ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء . (لاحظ : د . البوطي ، المقال السابق) .

(1) ولهذا نصت المادة (1145) من القانون المدني العراقي على أنه :

((1 – الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقًّا من الحقوق .

2 – ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص انه مجرد إباحة ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه ، وكذلك لا تقوم على اعمال متقطعة)) .

(2) وقد نصت المادة (1098) من القانون المدني العراقي على أنه : ((1 – كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه)) .

نستطيع أن نقول أن إباحة استيلائك على الأشياء المباحة هو حق[1] ، بل هو حرية ، وتدخل على وجه التحديد في حرية التملُّك .

وأخيراً فإن أوجه الاختلاف بين الحقّ والإباحة هي كأوجه الاختلاف بين الحقّ والحرية ، وفي هذا يقول البعض[2] : (فالرخصة القانونية – التي يطلقها على الحرية – يقصد بها الإباحة أو الحليّة ، فيجوز لشخص أن يفعل شيئاً أو أن لا يفعل ، ولا ترتيب عليه في فعله أو امتناعه . ومثالها حليّة العمل . وحلية التنقل وحلية الإيصاء وحلية التعاقد وحلية التملك وغير ذلك من المباحات العامة . وجلي بنفسه أن كل مباح يكون بالضرورة ممكناً من الناحية القانونية . ومن ثم يمكن أن يقال إن حرية التعاقد أو حرية التملك أو حرية عمل هبة أو وصية هي وسائل قانونية يستطيع بها الشخص أن يحدث آثاراً قانونية . ولكنها لا ترقى مع ذلك إلى مرتبة الحقّ) .

---

(1) ويقول الأستاذ البوطي في معرض تمييزه بين الإباحة والملكية : (لعل الفرق بين الإباحة والتمليك يصبح واضحاً من خلال الأحكام المتنوعة التي تنبثق عن الإباحة . فالتمليك يسوّغ حقّ التصرف بالعين وبالمنافع تصرفاً تاماً لا يضيّق منه إلا فقد الأهلية عند المتملك أو نقصانها . أما الإباحة فإن كانت من الشارع ، وكانت متعلقة بأعيان لا تتم الاستفادة منها إلا باستهلاكها ، فهي مصدر من مصادر التمليك ومن ثم تترتب عليها سائر حقوق الملكية وامتيازاتها . وأما إن كانت متعلقة بأعيان تنحصر الاستفادة منها بالاستعمال فقط ، كالطرقات والمساجد والمرافق العامة ، فإباحتها لا تسوّغ أكثر من استعمالها فيما قد أعدت من أجله . وأما الإباحة السارية بين الناس ، بعضهم مع بعض ، فهي لا تفيد إلا الإذن بالانتفاع ، في كل ما تعلقت الإباحة بمنفعته لا بعينه . وهي تفيد حقّ الاستهلاك على ذمة المبيح وضمانه في كل ما تعلقت الإباحة بعينه . فهي على كلا الحالين لا تفيد تمليكاً ، ومن ثم فلا يترتب عليها حقّ التصرفات والامتيازات التي يتمتع بها المالك) . مقاله المشار اليه سابقاً .

(2) أ . د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 120 .

المطلب الثاني
الحقّ ومشتقاته

158) - المكنة (الخيار) والوظيفة والولاية ، مشتقات للحق :

تُقرر القوانين في العادة أوضاعاً معينة ، يأخذ فيها الحقّ وضعاً متغايراً عن الوضع المألوف له ، فقد يكون الشخص في وضعٍ يسمح له أن يختار بين أمرين تجاه شخص آخر ، كما أنه قد يكون في وضع يُشرف فيه ويُدير أموالاً ليست له ، فتتحقق فيه فكرة النيابة التي مصدرها القانون لتحقيق هدف محدد ، وأحياناً يلتبس الحقّ بما يفرزه من وظائف اجتماعية . ولهذا نرى من الضروري تمييز الحقوق عن مشتقاتها التي تكمن في الخيارات والولايات والوظائف .

الفرع الأول
الحقّ والخيار (المكنة)

159) - ألفاظ الخيار القانوني ومعانيه :

قد يحصل أن يوضع الشخص أمام خيارات محددة سلفاً من قبل القانون ، إذ لا يكون عليه إلا الاختيار الذي يتناسب وتحقيق مصلحته ، ليُرتِّب عليه القانون أثراً معيناً ؛ وقد لا يختلف هذا الخيار عن الحرية ، إلا من زاوية تحديد الشخص الذي يُستعمل خيار الإمكان في مواجهته ، فالخيار أو حقّ الإمكان القانوني أو المكنة القانونية ، يُمارسه الشخص في مواجهة شخص معيّن ، ولهذا يقول الأستاذ "روبييه"[1] ، في معرض تعريفه لما سمّاه بحق الإمكان ، أنه : "الخيار الممنوح

(1) (في مقاله المنشور في ارشيف فلسفة القانون لسنة 1960) ، لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 53 .

لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقاً لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة ، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح لشخص معين بأن يغير مركزه القانوني "[1] .

كما يُطلق على الخيار القانوني بالرخصة ، ويُراد بها ذات المعنى الموضوع لحق الخيار القانوني ، كما أطلق عليه الفقيه الالماني "فون تور" بـ(الحقّ المنشئ) ، وعرَّفه بأنه : "مكنة تعطي للشخص ، بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث اثراً قانونياً بمحض إرادته[2] " . وعرفه الفقيه الايطالي "كيوفندا" ، بأنه : ((قدرة الشخص على أن يستحدث بتعبير عن الإرادة أثراً قانونياً له مصلحة فيه أو يزيل وضعاً قانونياً ضارا به)) [3] . والمكنة القانونية أو الرخصة – كما شاء أن يطلق عليها البعض – أو الخيار – كما أطلقنا – ، يقع في منزلة وسطى بين الحرية والحقّ ، وقد أطلق عليها هذا الوصف الأستاذ السنهوري[4] ، وقد تبنّاه من

---

(1) (وأول من يرجع اليه كشف هذه الطائفة الجديدة من الحقوق هو الفقيه الألماني "ريكر" الذي استلفت نظره وجود طائفة من الحقوق يترتب على استعمالها ازالة حقوق موجودة من قبل ، ولذلك سماها الحقوق السلبية . وبعد ذلك بقليل لاحظ الفقيه الألماني "أنيسروس" وجود طائفة أخرى من الحقوق يترتب على استعمالها اكتساب الحقوق فأطلق عليها اسم حقوق الاكتساب . ثم جاء "سيكيل" و"تسيتلمان" وأدمجا هاتين الطائفتين في طائفة واحدة سميت بالحقّ المنشئ أو حقّ الإمكان أو حقّ الإمكان القانوني) . د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 118 .

(2) أشار إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي ، ج1 ، ص 10 .

(3) أشار إليه : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 117 .

(4) في كتابه : مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي ، ج 1 ، المُشار اليه أعلاه ، ص 9 .

المعالجة الفقهية الجميلة التي خرج بها فقه الامام مالك في تقسيمه للحقوق[1] ،

(1) فقد ذكر شهاب الدين القرافي ، الفقيه المالكي الذي توفي سنة 684 هجرية ، في كتابه الفروق ، المجلد الثالث ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1998 ، ط1 ، ص39 : ((اعلم ان جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم اطلقوا عبارات بقولهم : من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟ ويخرجون على ذلك فروعاً كثيرة في المذهب : منها إذا وهب الماء له في التيمم هل يبطل تيممه بناء على انه يعد مالكاً ، أم لا يبطل بناء على انه لا يعد مالكاً ؟ . ومن عنده ثمن رقبة . هل يجوز له الانتقال للصوم في كفارة الظهار أم لا ؟ قولان مبنيان على انه من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟ ومن قدر على المداواة في السلس أو التزويج (مرض النوم) هل يجب عليه الوضوء أم لا ؟ قولان مبنيان على انه من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟ . وكثير من هذه الفروع زعموا انها مخرجة على هذه القاعدة ، وليس الامر كذلك ، بل هذه القاعدة باطلة ، وتلك الفروع لها مدارك غير ما ذكوره . وبيان بطلانها ان الإنسان يملك اربعين شاه ، فهل يتخيل احد انه يعد مالكاً الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه ، على احد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق أو النفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة ، لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟ والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول احد انه يعد الآن مالكاً لهما ، فيجب عليه كلفتهما ومؤنتهما على قول من الاقوال الشاذة أو الجادة ، بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل أو الفقه . وكذلك الإنسان يملك أن يشتري اقاربه ، فهل يعد احد من الفقهاء مالكاً لقريبه فيعتقه قبل شرائه ، على احد القولين في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها ؟ بل هذا كله باطلاً بالضرورة ، ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تحصى ، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة ، بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها – ان من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطي حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل :

المسألة الأولى : إذا حيزت الغنيمة فقد انعقدت للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك ، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا ؟ قولان ، فقيل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وقيل لا يملكون إلاّ بالقسمة وهو مذهب مالك رضي الله عنه .

المسألة الثانية : العامل في القراض ، وجد في حقه سبب يقتضي المطالبة بالقسمة وإعطاء نصيبه من الربح ، فهل يعد مالكاً بالظهور ، أو لا يملك إلاّ بالقسمة وهو المشهور ؟ قولان في المذهب .

المسألة الثالثة : العامل في المسقاة ، وجد في حقه من العمل ما يقتضي المطالبة بالقسمة وتمليك نصيبه ←

والتي نبَّه إليها الأستاذ شفيق شحاته[1] .

وقد استخلص العلاَّمة الأستاذ السنهوري[2] إلى أن فقه الامام مالك يُميِّز بين اوضاع ثلاثة :

أولاً : وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك اربعين شاه ، ومن ملك أن يتزوج ، ومن ملك أن يملك دابة ، هؤلاء جميعاً لا يملكون ، فلا يجب على

←

من الثمن ، فهل لا يملك إلاّ بالقسمة ، أو يملك بالظهور وهو المشهور على عكس القراض ؟ قولان في المذهب .

المسألة الرابعة : الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشخص المبيع بالشفعة ، ولم ارى خلافاً في انه غير مالك .

المسألة الخامسة : الفقير وغيره من المسلمين ، له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره ، أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق ، كالجهاد والقضاء والفتيا . وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأجله . فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكاً وهو المشهور ؟ قولان .

فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك ، في تمشيها عسر لكثرة النقوض عليها . اما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود – فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان ، لضعف المناسبة جداً ، أو لعدمها البتة ، اما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك – فهو مناسب أن يعد مالكاً من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مكان السبب القريب – فهذا يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة . اما مجرد ما ذكره فليس فيه إلاّ مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة" .

(1) في كتابه : النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ، نقلاً عن : أ . د . السنهوري ، مصادر الحقّ . . ، ج1 ، ص 10 .

(2) في كتابه : مصادر الحقّ ، ج1 ، ص 12 .

الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق أو النفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤنة . ومعنى ذلك ان هؤلاء جميعاً ليس لهم حقّ الملك ، وإنما لهم حرية التملك ، والحرية ليست بحق .

ثانياً : وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك ، كما في بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، أو غير ذلك ، فالشفيع لا يملك الشقص[1] المبيع إلاّ إذا اخذ بالشفعة ، وتلك هي المنزلة الوسطى بين الحرية والحقّ ، فهي دون الملك وفوق حرية التملك ، أي تكون هي رخصة التملك .

ثالثاً : وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى ارضاً أو شفع في دار ، فهذا هو الذي له حقّ الملك وليس حرية أو رخصة .

فالمكنة أو حقّ الخيار أو الرخصة - كما سمّاها الأستاذ السنهوري - توجد في مركز متوسط بين الحرية[2] والحقّ ، وتلك هي المنزلة الوسطى بين الحرية

---

(1) يُقصد بالشقص ، القطعة من الأرض أو الطائفة من الشيء أو النصيب .

(2) فالحرية لا ترقى إلى مرتبة حقّ الإمكان القانوني أو المكنة القانونية أو حقّ الخيار ، إذ لا يتوافر فيها وجوب امتثال الغير أو خضوعه لهذه الآثار . ذلك الخضوع الذي يعد من لباب فكرة حقّ الخيار . ومن هنا كان هذا الحقّ أكبر من الحرية ، أو كما يسميها البعض بالرخصة ، إذ هو يتضمن خضوع أو امتثال من سيستعمل ذلك الحقّ في مواجهته للآثار التي يحدثها صاحب ذلك الحقّ . ولا كذلك الحرية التي لا يتوافر فيها وجوب الامتثال أو الخضوع لهذه الآثار . فمن يجوز له أن يمتلك أو أن يتعاقد أو أن يوصى أو أن يشترط لمصلحة غيره لا يستطيع مع ذلك أن يرتب على هذا الجواز أو تلك الرخصة آثاراً يجب على الغير أن يخضع لها . إذ لا يزال في وسع ذلك الغير أن يرفض التعاقد معه أو ألا يقبل الوصية أو أن يرفض الاشتراط المعقود لمصلحته ، وهكذا ، بخلاف صاحب حقّ الخيار القانوني ، كالشفيع الذي يستطيع ، متى توافرت شروط الشفعة ، أن يرتب على ابداء رغبته في الشفعة آثاراً لا قبل للمشفوع منه أن يردها ، كذلك من يتمسك بالتقادم في مواجهة المالك الأصلي يرتب آثارا على هذا التمسك لا ←

والحقّ . فحرية التملك وحق الملك ، الأولى حرية والثانية حقّ ، وما بينهما منزلة وسطى هي حقّ الشخص في أن يتملك وتلك هي الرخصة ، وهي ما يطلق عليها الأستاذ الجليل المغفور له الدكتور عبد الرزاق السنهوري بالمنزلة الوسطى ؛ وهي تمثل تقدماً من الشخص نحو الحصول إلى الحقّ ، ذلك بعد أن تجاوز مرحلة الحرية ، والرخصة بهذا المعنى تُعبر عن حرية الاختيار المستمدة من القانون ، حيث تسمح هذه الإمكانية للشخص بأن يغير وضعه القانوني بقصد إنشاء أو تعديل أو انهاء وضع قانوني ما [1] .

ولربما تكون ، ما أطلق عليه الفقه ، بالرخصة بالمعنى السابق ، خياراً بالمعنى الدقيق للكلمة ، فرخصة الموصى له في قبول الوصية ، تعطيه الخيار في أن يقبلها أو أن يرفضها ، وكذلك ايضاً الرخصة الممنوحة للشريك في المال الشائع ، تعطيه الخيار في أن يطلب القسمة أو لا يطلبها ، وكذلك رخصة المسترد في أن يختار إما استرداد الحصة المباعة أو عدم استردادها ، وأيضاً الرخصة الممنوحة للشفيع ، فهي أيضاً تُعطيه الخيار في أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها وهكذا... ، ولهذا أرى من الأصوب أن نطلق - بدلاً من كل تلك المصطلحات - لفظة الخيار لتمييزه من الحقّ . وليس بعيداً عما ذكرنا ، فإن أمثلة حقّ الخيار أو حقّ الإمكان القانوني ، كثيرة لا سيّما في القانون المدني ، كما في الحقّ في التمسك بالشفعة ، وحق

←

يستطيع المالك إلاّ أن يمتثل لها ، ومن يتمسك بالمقاصة بين حقه على دائنه وحق دائنه عليه إنما يستطيع بهذا أن يحدث أثرا قانونيا لا يسع دائنه إلاّ أن يمتثل ، وهو انقضاء الدينيين في حدود الأقل منهما . (لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 120) .

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 52 .

الموجب له في قبول الإيجاب ، والحقّ في ملء البياض في السند الموقع على بياض ، وحق الأصيل في إقرار ما أبرمه النائب مجاوزاً حدود النيابة ، وحق المشترط في تعيين المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير ، وحق الدائن في المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض بدلاً من التنفيذ المتأخر ، وحق التمسك بالفسخ عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه وحق التمسك بالمقاصة ، وحق المتعاقد في التمسك بالإبطال لعيب وقع في إرادته ، وحق الموكل في انهاء الوكالة ، وحق الواهب في الرجوع في الهبة . وحق الشريك على الشيوع في طلب القسمة ، وحق المتعاقد في انهاء عقد مبرم لمدة غير محدودة . . . الخ [1] .

وعليه فإن الخيار يقتضي جريان سبب أو واقع معين مستمد من القانون ، غير ان هذا السبب لا يؤدي إلى وجود الحقّ وإنما ينشأ عنه ما هو دون الحقّ ، وهو الخيار ، واستعمال الخيار بمقتضى هذا السبب الجاري قد ينتهي إلى إنشاء الحقّ أو بصفة عامة التغيير في الوضع القانوني للشخص [2] .

160) - أوجه العلاقة بين الحقّ والخيار :

يتشابه الخيار مع الحقّ - لا سيما الحقّ الوضعي - في أن كلاهما واضح المعالم والحدود ، فقد رأينا ان الحقّ الوضعي تحديداً واضح المعالم والحدود كما هو واضح ومحدد في غايته وهدفه ، والخيار أو المكنة أو الرخصة كذلك قد اقتربت من الحقّ من حيث هذا التحديد فهي تخيير بين بدائل معروفة مقدماً ومحددة أو ممكنة التحديد . كما أنهما ينطلقان من مبدأ واحد هو مبدأ الحرية

(1) لاحظ : د. عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 119 .

(2) في المعنى نفسه ، لاحظ : د. رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص 53 .

والاختيار ، مبدأ القدرية القانونية الممنوحة للشخص ، فيجوز له أن يعمل وأن لا يعمل ، أن يتصرف وأن لا يتصرف وذلك في حدود القانون . إلاّ أن حقّ الخيار هو أقل منزلةً من الحقّ العادي ، ذلك لأنه لا يتضمن تسليط شخص على شيء ، كما في الحقوق العينية ، ولا علاقة اقتضاء بين شخص وآخر كما في الحقوق الشخصية ، فليس ثمة أداء يطلب صاحب المكنة القانونية من شخص آخر أن يقوم به ، أنه مجرد سلطة ، أو قدرة لا يقابلها واجب على شخص آخر أن يقوم به ، أنه مجرد سلطة ، أو قدرة لا يقابلها واجب على شخص آخر يقتضيه أن يعمل شيئاً أو أن يمتنع عن عمل شيء ، هو حقّ بلا واجب يقابل السلطة التي يتضمنها ذلك الحقّ ، فلا يجد صاحبه من يكون ملتزماً في مواجهته على نحو ما يكون في الحقّ الشخصي مثلاً ، بل يجد خصماً لا يسعه إلاّ أن يتحمل الآثار التي يستحدثها بإرادته المنفردة ، فكان من هذا الوجه حقًّا لا يقبل العدوان عليه [1] .

وحق الخيار القانوني يمثل صورة قائمة بذاتها تختلف عن الحقّ العادي اختلافاً عميقاً وأصيلاً ، سواء من حيث التكوين ، وطريقة الاستعمال ، والنتائج التي تترتب على كليهما[2] :

(أ) فالحقّ العادي ينطوي على سلطة قانونية لشخص يقابلها التزام على شخص آخر ، يقتضيه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، بخلاف حقّ الخيار القانوني ، إذ يتسم بسمة خاصة هي انه حقّ في التدخل في علاقات قانونية للغير لا يقابله أي التزام على الغير ، سواء أكان التزاماً بعمل

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 121 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 122

كما في الحقوق الشخصية أم كان التزاماً بالامتناع عن عمل كما في الحقوق العينية . وعلى ذلك فحيث توجد سلطة لا يقابلها واجب على الغير لا يكون ثمة حقّ عادي بل حقّ الخيار القانوني أو المكنة القانونية .

(ب) إن الحقّ العادي يتأدى من خلال القيام بأعمال الانتفاع بالأموال اللازمة للحفاظ على طاقات صاحبها الروحية ، أما حقّ الخيار القانوني فيتأدى من طريق تعبير (أ) صاحب الحقّ عن إرادته فتحقق آثار ذلك التعبير في مواجهة (ب) تلقائياً دون أن يستطيع (ب) منع تحقق هذه الآثار ، بمعنى أن الوضع القانوني الذي يوجد فيه (ب) يسمى ((بالامتثال)) ، على نقيض الوضع الذي يوجد فيه المدين بالحقّ العادي إذ يسمى هذا الوضع ((بالالتزام)) .

(ت) ثم أن استعمال الحقّ العادي يفضي إلى ازكاء بعض مظاهر الشخصية القانونية ، أما حقّ الخيار القانوني فيؤدي استعماله إلى إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو القضاء عليه[1] .

ومن جانبٍ آخر تتعدد أوجه الاختلاف بين الحقّ وحق الخيار أو المكنة ، ويمكن ذكر أهم أوجه الاختلاف في ما يأتي :

---

(1) هذه الفروق التي تميز حقّ الإمكان القانوني من الحقّ العادي تصلح كذلك لتمييز المكنات القانونية عن المكنات الطبيعية . ذلك أن فكرة المكنة القانونية لا تطبق إلاّ حيث تكون النتيجة التي يستهدفها الشخص هي استحداث آثار قانونية لا مجرد آثار مادية تتمثل في مجرد حرية استعمال مكنة طبيعية ، ولذا فإن مكنة انتفاع المالك بملكه ، وهي غير ذات طابع قانوني ، ويجب استبعادها من نطاق المكنات القانونية . (لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 123) .

1- إن ممارسة الخيارات المتاحة لصاحبها غير قابلة للتجزئة ، فمثلاً في الإيجاب الملزم ، للقابل القبول أو الرفض . أما في الحقّ فيمكن أن نتصور التجزئة في الاستعمال ، ففي حقّ الدائن على مدينه في الحقّ الشخصي ، للدائن أن يستوفي جزء من دينه من المدين ، وفي حقّ الملكية مثلاً ، يجوز للمالك أن يستعمل جزء من هذا الملك بالاستعمال أو الاستغلال أو التصرف ، أو جزء من هذه السلطات على الملك ويعطي بعض سلطاته للآخرين ، كما لو أراد أن يرتب حقّ منفعة على ملكه .

2- إنه وبمجرد استعمال صاحب الخيار لأحد الخيارات الممنوحة له تترتب الآثار على هذا الاستعمال ، ولا يمكنه الرجوع عنها ، أما في الحقّ فيمكن تصور رجوع صاحب الحقّ عن استعمال حقه .

3- من غير المتصور تعليق استعمال الخيارات القانونية على شرط أو إضافتها إلى أجل ، فالشائع فيها إن قدرة استعمالها محددة بفترة زمنية معينة وهذا يتفق مع مبدأ استقرار المعاملات ومراعاة مركز من يواجه صاحب المكنة ، فمثلاً في استعمال خيار الشفعة ، لا يمكن أن يظل الشريك والمشتري لحصته عرضة لاستعمال هذا الخيار مدة غير محددة ، أما في الحقّ فإن التعليق على الشرط أو الإضافة إلى أجل شيء متصور ومعمول به ، إلا ما استثنى بنص .

4- بما إن الخيار القانوني واستعماله يتوقف على محض إرادة

صاحبه ، فأنه لا يخضع لنظام التقادم خاصة أن الخيارات لا تتضمن إلزام صاحبها باستعمالها . لكنها وبما إن عدم استعمالها يؤدي إلى استمرار حالة الشك وعدم اليقين بالنسبة لوضع من يواجه صاحب المكنة وهذا يتنافى مع مبدأ استقرار المعاملات ، فإن المكنة القانونية تخضع لنظام السقوط الذي يميز بعدم قابليته للانقطاع والوقف بعكس مدد التقادم .

5- لا تنتقل الخيارات القانونية بالميراث قبل استعمالها عندما تتصل بشخص صاحبها ، وهذا بخلاف الحقّ .

6- لا يجوز لدائني من تقررت لهم الخيارات القانونية ، استعمالها نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فالأصل في قواعد الدعوى غير المباشرة أن الدائن لا يمكنه أن يستعمل ما لمدينه من مكن وخيارات قانونية . ولعل السبب في ذلك أن الخيارات والمكن القانونية متروك استعمالها أو عدم استعمالها لمطلق تقدير ومحض رغبة وإرادة وتفكير من تقررت لصالحه ، أما فيما يتعلق بدائني أصحاب الحقّ ، فإن الحالة تكون على العكس [1] .

161) - أهمية التفرقة بين الحقّ والخيار :

نتيجتان مهمتان رتّباهما البعض على التمييز بين الحقّ والخيار ، الأولى تتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان ، والثانية تتعلق بالتعسف في استعمال الحقوق ؛ أما الأولى فنتّفق معها ، وأما الثانية فنختلف معها :

---

(1) لمزيد من التفصيل ، لاحظ : آرام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية ، ص 45 .

(أ) فلقد قيل إن القانون الجديد لا يجوز أن يهدر الحقوق المكتسبة وإلا كان تطبيقه ذا أثر رجعي ، ولما لم تكن المكنات القانونية حقوقاً بالمعنى الدقيق ، فإنه يجوز أن يطبق عليها القانون الجديد دون أن يوصم بأنه ذو أثر رجعي . إلا أن الفقه الحديث لم يعد يرتاح لفكرة الحقوق المكتسبة ، كمعيار لانطباق القانون الجديد من حيث الزمان ، فاستبدل به معيار الأثر المباشر ، ومؤداه أن القانون الجديد يسري على المراكز القانونية التي تكون قائمة وقت صدور القانون الجديد . وعلى ذلك لم تعد المكنات القانونية هي وحدها التي يسري عليها القانون الجديد دون أن يوصم بأنه ذو أثر رجعي ، بل كذلك المراكز القانونية التي كانت مستمرة في إنتاج آثارها وقت صدور القانون الجديد ، فهذه وتلك يكون انطباق القانون الجديد عليها انطباقاً مباشراً لا بأثر رجعي[1] .

إلاّ أنه ليس من السليم القول أن من النتائج العملية التي تترتب على التفرقة بين الحقّ والمكنة القانونية نتائج تتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحقوق ، كما ذهب إلى ذلك بعض الشراح ، مبررين ذلك[2] : (أن نظرية التعسف في

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 127 .

(2) وعلى نقيض هذا الاتجاه ، ذهب رأيٌ قديم في الفقه إلى قصر التعسف على الرخص القانونية دون الحقوق بالمعنى القانوني ، إذ ينطلق من التمييز بين الحقّ والرخصة ، فيقصر دائرة المسؤولية على إساءة استعمال الرخصة دون إساءة استعمال الحقّ . وهذه الفكرة كانت سائدة منذ زمن طويل وتنسجم مع الأفكار الفردية ، إذ تقوم في أساسها على الفرد وحقوقه المطلقة ، مما يتمتع صاحبها بحصانة مطلقة في استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال ، ما دام لا يخرج عن النطاق المادي المحدد له في القانون ، دون رقيب أو حسيب . ولهذا قصّر هذا الاتجاه ←

استعمال الحقوق ، ولو أنها تطبق على الحقوق بصفة عامة ، لا تطبق ، في رأي معظم الشراح الفرنسيين ، على نوع معين من الحقوق يسمى الحقوق غير المسببة أو الحقوق التقديرية بناءً على أن هذه الحقوق يجب أن يكون أساسها هو تقدير صاحبها المطلق ، فلا يجوز للقاضي أن يناقش القرار الذي اتخذه صاحب الشأن في هذا الصدد ، إذ لو جاز للقاضي ، بعد أن اتخذ صاحب الشأن قراره على نحو معين ، أن يناقش هذا القرار لكان مؤدى هذا أن صاحب القرار الحقيقي سيكون في نهاية الأمر هو القاضي لا صاحب الحقّ التقديري . ويذهب بعض الشراح بحق إلى أن الحقوق التقديرية ، ليست حقوقاً بالمعنى الصحيح ، بل مكنات قانونية وأنها بهذا الوصف تقوم على تقدير مطلق لصاحبها لا يبيح للقاضي مناقشة القرار الذي احتفظ به المُشرِّع لصاحب المكنة وحده . ومن امثلة تلك المكنات

←

دائرة التعسف على استعمال حقّ الرخصة التي تتمثل بمكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، كحرية التعاقد وحرية العمل ، والرخصة بهذا المعنى تتسع لتفيد الحرية التي تعني الوضع القانوني الذي يخول صاحبه إباحة عامة تثبت للجميع دون تفرقة . . وهذا الاتجاه كان من نتاج أفكار بعض الفقهاء ، الذين يناهضون فكرة التعسف في استعمال الحقّ ويعارضونها ، ومنطقهم في ذلك هو ان (التعسف) ضد (الحقّ) ، والضدان لا يجتمعان ، متى وجد الحقّ لا وجود للتعسف ، ومتى وجد التعسف لا وجود للحق ، لذلك السبب ، فإن نفس الفعل لا يمكن أن يكون في ان واحد موافقاً للقانون ومعارضاً له ، ويمضي بأن الحقوق نسبية ومحددة في حدود معينة واستعمالها ضمن هذه الحدود يعد عملا مباحا في القانون دون النظر إلى اثاره ؛ إلاّ أن هذا المنطق شكلي بحت – كما دعى اليه البعض – ، لأنه صحيح انه لا يجوز أن يكون الفعل الواحد في ان واحد موافقا للقانون ومخالفا له ، ولكن ليس هناك ما يمنع من القول ، بأن يكون نفس الحقّ موافقا للقانون ، لأنه يدخل في نطاقه ومضمونه المحدد له ومخالفا له في الوقت نفسه لكونه غير مشروع في طريقة استعماله وهذا هو جوهر نظرية التعسف في استعمال الحقّ . (لاحظ لمزيدٍ من التفصيل : بمو برويز الدلوي ، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص56) .

القانونية مكنة الإيصاء ومكنة الطلاق . ويترتب على هذا الرأي وجوب أن تكون مكنة الإيصاء متروكة لتقدير الموصى دون تعقيب عليه من القاضي ولو كان استعماله لهذه المكنة متمخضاً للاضرار بورثته ، كذلك مكنة الطلاق يكون استعمالها متروكاً لتقدير الزوج لا جناح عليه أن يباشرها دون أن يكون للقاضي أن يناقش الدوافع التي أدت بالزوج إلى استعمالها . فإذا صح هذا الرأي كانت هذه احدى النتائج العملية التي تترتب على التفرقة بين الحقوق والرخص القانونية من حيث تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحقّ [1]) . ذلك أن التعسف – وإن كنا أخرجنا الحرية من نطاقه – لكنه لا جرم يشمل الخيارات ، كونها لا تختلف من الحقوق من زاوية الاستعمال ، وفي هذا نتفق مع غالبية التوجُّهات الفقهية التي توسِّع من دائرة التعسف لتشمل جميع الحقوق والخيارات ، بل وحتى الحريات – لدى المُغالين – ، إذ ذهب هذا الاتجاه إلى توسيع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحقّ ، بحيث انها لا تقتصر على الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق فحسب ، بل تنبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ، ويتناول حتى كل فعل مشروع ومباح في الأصل أيًّا كان نوعه ، ويستند هذا الاتجاه إلى ان المُشرِّع عندما حدد نطاق مشروعية الحقّ في حدود معينة إنما يشترط لاستعمالها استعمالا لا ينطوي على التعسف سواءُ أكان في صورة الحقّ بالمعنى القانوني أو الرخص والحريات العامة ، والمُشرِّع أراد من خلال هذه الفكرة مراعاة القواعد الأخلاقية في استعمال الحقّ ، وذلك للحد من الحاق الضرر بالغير ، ولكن هذا الضرر لا يمكن اعتباره غير مشروعٍ إلاّ من اللحظة التي يكون استعماله فيها غير

(1) نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 128 .

مشروعٍ[1] .

ويبرر البعض[2] ، أن الحقوق هي وليدة الجماعة ولأجلها تسبغ عليها الحماية القانونية ولا يجوز لصاحب الحقّ سلطة مطلقة في استعمال حقه بل عليه أن يتقيد بما يحققه الحقّ من أهداف اجتماعية . وتنظر إلى الحقوق نظرة نسبية ومقيدة على انه يجب استعمالها بما ينسجم مع روح القانون ومصالح الجماعة وألاّ يكون صاحبها مسؤولا عن هذا التعسف ، ويتصل هذا التعسف بروح القانون وأهدافه الاجتماعية ، ولا يتفق هذا الفقيه[3] مع ما دعى إليه البعض[4] ، من تمييز بين الحقّ الطبيعي والحقّ الوضعي ، إذ يذهب إلى ان الحقّ من النوع الاخير يخرج من موضوع التعسف . ويقول ان كل ما في الامر ان المُشرِّع حدد نطاق هذه الحقوق ، بحيث لا يرتد اثره ضد أي إنسان ولكنه لا مانع من تطبيق النظرية عليها كلما تقع تحت المعيار السابق . ونحن لا نتفق مع هذا الرأي تحديداً ، لأن مسألة

---

(1) لاحظ : د . رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، ص354 .

(2) الفقيه جوسران ، التعسف في استعمال الحقّ ، أشار إليه : د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المصادر ، بغداد ، دون ذكر سنة نشر) ، ص263 .

(3) الفقيه جوسران ، أشار إليه : د . حسن علي الذنون المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

(4) لا يتفق أنصار الرأي القائل بأن لا محل لتطبيق نظرية التعسف في مجال الحقوق المطلقة حول تبريريهم بوجود هذه الطائفة من الحقوق فإن الفقيه (سافاتيه) يبرر ذلك ، بأن استعمال هذه الحقوق لا يؤدي بدوره إلى الحاق الضرر بالغير كما في حقّ الملكية حيث انه حقّ على شيء ولا يتعلق بالغير ، والضرر الذي يحدث نتيجة استعمال صاحب هذا الحقّ يعد عملا غير مشروع ، لا لكونه اساء في استعماله بل لأنه ارتكب خطئاً موجبا للمسؤولية وبذلك يعد خروجا عن الحقّ وليس تعسفا فيه . (لاحظ : د . حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، -2- الخطأ ، مرجع سابق ، ص395 والتي تليها) ، ويبرر اخرون ، على ان من حوافز هذا الاستعمال هو شخصية محضة تستعصي على السلطة التقديرية للقاضي ، (ولمزيد من التفصيل ، لاحظ : د . حسن كيره ، ص787) .

التعسف مرتبطةٌ باستعمال الحقّ لا بنشأته أو سبب نشأته ، وبالتالي فإن التعسف يشمل جميع الحقوق ، وضعية كانت أم طبيعية .

كما أننا لسنا مع هذه المغالاة في توسيع نطاق نظرية التعسف ، إذ تخرج من دائرتها جميع الحريات ، وتدخل فيها الحقوق والخيارات أو المكنات القانونية .

والذي يجب تسجيله هنا من أهمية واجبة الذكر للتفرقة بين الحقّ والخيار ، أن الحقّ يقابله واجب ، أما الخيار فيُقابله امتثال من قبل الطرف الآخر ، والذي يكون محدداً دائماً . فمن أهم ما يُميِّز الحقّ عن الخيار هو أن الحقّ يقابله واجب على الغير ، خاصة أم عامة ، أما الخيار أو المكنة يقابلها امتثال من الشخص الذي تمارس المكنة في مواجهته ، فهو ليس لديه القدرة التي بيد صاحب الخيار ، فلا يستطيع دفعها ولا الهروب منها ، بل هو في حالة خضوع وامتثال وانتظار لما قد يقوم به صاحب المكنة في الاختيار بين ما أنيط به من خيارات قانونية أو اتفاقية ، أللهم إلا في حالة إساءة استعمال الخيار ، إذ للمقابل أن يطعن فيها ويثبت أن صاحب الخيار أو المكنة قد أساء استعمالها ، وعليه فإن الشخص الذي أخل بالالتزام العقدي ، يقف في حالة امتثال للطرف الآخر في استخدام خياراته القانونية ، فإن شاء أمضى في العقد ، وإن شاء فسخه ، وإن شاء طالب بالتنفيذ العيني الجبري ، وإن شاء طالب بتحريك دعوى المسؤولية العقدية ، وكذلك فإن المشتري لحصة شائعة في عقار شائع يبقى في حالة امتثال أمام الشريك في استخدامه لخيار الدفع بالشفعة ، وكذلك الحال في الحبس للضمان ، إذ للحابس مكنة حبس المال عن صاحبه استناداً إلى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ، وغير ذلك من أمثلة عديدة .

الفرع الثاني
الحقّ والوظيفة

162) - الحقّ ومدى كونه وظيفة اجتماعية :

لاحظنا كيف أنكر المذهب الاجتماعي بزعامة "أوجيست كونت" على الحقّ وجوده ، فاستبدل فكرته أحياناً بفكرة الواجب ، واستعاض بدوره الذاتي بكونه ليس إلاّ وظيفة اجتماعية[1] . ولكي نميِّز هذه الوظيفة من الحقّ علينا أن ننظر إليها من ناحيتين ، أولا من حيث مدى قابليتها لأن تكون محلاً لحق ، ثم من حيث صلاحيتها لأن تكون مصدراً لمزايا يتخذ بعضها طابع الحقوق بالمعنى الصحيح لهذه الكلمة .

- (أولاً) مدى قابلية الوظيفة لأن تكون محلاً لحق : لكي نعرف ما إذا كانت الوظيفة تصلح لأن تكون محلاً لحق إن شاء احتفظ به صاحبها وإن شاء تصرف فيه ، يجب أن نفرق بين الوظيفة المستقلة والوظيفة التابعة :

(أ) فإن كانت الوظيفة مستقلة كانت مالاً ، وكان لصاحبها حقّ فيها إن شاء احتفظ بها وإن شاء نقلها إلى غيره : فالتاجر ورجل الصناعة يعتمد كلاهما في نشاطه الوظيفي على زبائنه الذين يؤلفون عنصراً رئيسياً من عناصر المتجر أو المحل التجاري ، فهم يمثلون قيمة اقتصادية كبيرة تخلع على المتجر ، من الناحية التجارية ، صفة المال الذي يجوز الاحتفاظ به أو

---

(1) لاحظ الفقرة (66) سابقاً . (وقد تناقلتها الدساتير ذات النهج الاشتراكي في دول عربية متعددة) . لاحظ : عبد الهادي عباس ، المراكز القانونية ، ص84 .

التصرف فيه بنقله إلى الغير . وحين يؤول المتجر أو المصنع إلى شخص تتوافر فيه الشروط اللازمة لمباشرة هذه التجارة أو الصناعة سيجد هذا الشخص بين يديه قيمة اقتصادية كبيرة تتمثل في ((الزبائن)) الذين اعتادوا التعامل مع المحل أو المصنع . وهذا هو ما يسمى ((الحقّ في الزبائن)) وهو حقّ تلتف حوله سائر عناصر المحل التجاري [1] .

على أن هناك طائفة صغيرة من الوظائف الحرة لا يكون لصاحبها حقّ عليها يمكنه التصرف فيه ، كالمحاماة والطب ، ذلك أن العلاقات التي تنشأ بين أصحاب هذه المهن الحرة وبين عملائهم لا يجوز اعتبارها مالاً ، فيجوز التصرف فيه ؛ وبذلك ينقص هذا النوع من الوظائف الحرة أحد عناصر الحقّ الهامة ، وتشكل هذه الطائفة من الوظائف الحرة استثناء من قاعدة أن الوظيفة المستقلة تعدُّ محلاً لحق يمكن التصرف فيه أو الاحتفاظ به .

(ب) أما إذا كانت الوظائف تابعة ، خاصة كانت أم عامة ، فإنه ينقصها دائما عنصر الحقّ : ففي مجال القانون الخاص لا يجوز أن نحسب الإرادة الفردية قادرة على أن تنشئ بطريق العقد وظائف ثابتة يجوز لمن يشغلها أن يدعي لنفسه حقًّا فيها ، إذ مما تأباه الحياة الاقتصادية أن تنشأ أوضاع من هذا القبيل . والقانون الوضعي نفسه ، بتقدير أنه لا يحظر إنشاء هذه الأوضاع ، لا يرتضي معارضة سير القوانين الاقتصادية .

وعلى ذلك ففي الوظائف العالية التي يشغلها أشخاص يسمون أعضاء

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص139 .

الشخص المعنوي ، يجوز للجمعية العمومية فصل هؤلاء الأشخاص . وكذلك الوظائف الدنيا التي يفقدها شاغلوها متى انتهت مدة عقودهم إذا كانت عقودهم محدودة المدة . أما إذا كانت عقودهم غير محدودة المدة ، وهذه هي الحالة الغالبة ، فإنه يجوز انهاء العقد في أي وقت بشرط ألا يكون الانهاء في وقت غير لائق وألا يكون تعسفياً ، وإلا استحق الموظف تعويضاً عن فصله الفجائي أو عن فصله التعسفي . لكن الخوف من هذه التعويضات ، وإن كان من شأنه أن يقلل من حالات الانهاء ، لا يمس بقاعدة أنه لا حقّ للموظف في الوظيفة التابعة . كذلك الوظائف العامة ، لا حقّ للموظف فيها حتى يجوز له أن يتصرف فيه سواء أكان من كبار الموظفين أم كان من صغارهم [1] .

حاصل القول أنه ليس للموظف في وظيفته حقّ يجوز له التصرف فيه ، إلاّ حين تكون الوظيفة مستقلة . أما إذا كانت تابعة فلا تكون البتة محلاً لحق سواء أكانت من وظائف القانون العام أم من وظائف القانون الخاص .

- (ثانيا) أما من حيث صلاحية الوظيفة لإنشاء الحقوق ، فنُفرِّق كذلك بين الوظيفة التابعة والوظيفة المستقلة : فالوظيفة المستقلة ، وفيها يضع الشخص نشاطه تحت تصرف الجمهور مباشرة ، تقتضي صاحبها أن يبرم عقوداً تنشأ منها حقوق والتزامات ، ومن هنا كان الطابع الفردي للوظيفة المستقلة لقيامها على أساس الحقوق والالتزامات . بخلاف ما إذا كانت الوظائف تابعة ، تمارس في ظل تنظيمات جماعية ، عامة أو خاصة ، إذ لا

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 140 .

تكون المسألة حينئذ مسألة حقوق تنشأ لأصحاب هذه الوظائف ، بل مسألة ولايات تتيح لهم ، سواء بمقتضى نظم الشركة في حالة الجماعات الخاصة ، أم بمقتضى اللوائح والقوانين في حالة الجماعات العامة ، أن يعملوا باسم ولحساب هذه الجماعات في علاقاتهم بالجمهور الذي يؤدون نشاطهم من أجله . أما في علاقاتهم الداخلية مع الشخص المعنوي الذي يعملون باسمه ولحسابه فتنشأ بالطبع علاقات حقّ والتزام ، حقّ مديري الشركات المساهمة في الأجر والمكافأة عن نشاطهم ، والتزام الشخص المعنوي بهذا الأجر أو هذه المكافأة . وكذا القول في شأن الموظفين العامّين[1] .

163) - حقّ الملكية بين الاستحواذ والإسهام :

لا ينكر أحد ما للملكية من صفة استحواذية ، فليس من مذهب أو نظرية أو فكر أو قانون ينكر على المالك حقه المخصص له والمقتصر عليه ، على ما يملكه من أشياء لازمة لديمومة حياته وحياة اسرته المسؤول عنها ، وهذا ما يدخل في نطاق الأموال الاستهلاكية التي تمثل الحد الأدنى لما يتمتع به الإنسان ، والمعترف به من جميع المذاهب لا سيما المذاهب الاشتراكية .

والصفة الاستحواذية للملكية ترسَخ خصيصتي الجمع والمنع لهذا الحقّ ، أي أنه حقّ جامع مانع ، بمعنى أن المالك يستحوذ على كافة عناصر الملكية ويستأثر بجميع خصائصها دون غيره ، والصفة الاستحواذية للملكية تدعمها مؤيدات

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 141 . ولاحظ : عبد الهادي عباس ، المراكز القانونية ، ص 86 .

عديدة :

1-إن الملكية الخاصة للإنسان ما هي ، في الغالب ، إلا نتاجاً لعمله وكدَه ، فهي المقابل الذي يحصل عليه في أدائه لوظيفة حقيقية أو لعمل محدد ، وبالتالي يكون من اللازم أن يعترف القانون ويحمي هذه الملكية المتحصلة ، في أغلب صورها ، من جهد الإنسان ، ويمثل اتساعها وضيقها معياراً لحجم الجهد والخدمة التي أداها للجماعة الإنسانية ، فاحترامها هو احترام للجهد الذي تحصلت منه .

2-إن الملكية ليست فقط نتاجٍ لعمل الإنسان وثمرة لجهده ، بل هي الدافع الذي تحفزه على العمل وتقديم الخدمات والمساهمة في بناء المجتمع وتطوره . فالإنسان ميّال للاستئثار بما يملك ، وملكيته ، ليست فقط الجانب المادي في حياته ، بل هي تمثل غريزة ذاتية تجعله يشعر بالاستقلال ، وأنه السيد على نفسه في إدارة شؤون حياته الخاصة ، فحبه للتملك يعطيه حافزاً على العمل ، مما يجعله عنصراً إيجابياً في المجتمع .

3-إن الاعتراف بالملكية كونها حقًّا ذاتياً لما فيها من صفة الاستحواذ ، يساعد على استغلال الأشياء والحصول على منافعها وثمارها ، فمن لا يملك شيئاً يفقد استغلاله [1] ، فتنعدم الرغبة في الحصول على مغانم الأشياء إن كانت بغير مالك ، فالمالك ، متى صار مالكاً ، يعمد إلى استغلال ما يملك ، وهو بهذا يزيد من ثروته ، وثروة

(1) الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج8 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ط 3 ، ص553 .

الكيان الاجتماعي القائم فيه .

4-ولارتباط الملكية بالثروة ، ارتباطاً غير قابل للفك ، تكون الملكية علامة على الثروة ، وبها يتميز الغني عن الفقير ، فلولا الملكية الخاصة ، وما بها من صفة الاستحواذ ، لما استطعنا أن نفرض التزامات أو واجبات على الغني لصالح الفقير ، ولولاها ، لما عمدت الكثير من الشرائع إلى فرض الزكاة والصدقة ، ولولاها لما عرف الموسر من المعسر ، وبها تتباين الأحكام على الأشخاص بقدر ثروتهم ، فلولاها لاختفت أنظمة قانونية عديدة كالأجل القضائي (نظرة الميسرة) ، ونظام الإعسار ، والضمان العام ، والذمة المالية ، والحجر ، والمعونة القضائية ، والضريبة التصاعدية ، وغيرها الكثير الكثير .

5-كما أن صفة الاستحواذ هي التي تغير من قيمة الأشياء من وقت لآخر ، صحيح أن أسعار السلع تحديداً ، خاضعة ، في اقتصاد السوق الحر ، وهو الاقتصاد السائد في عالمنا اليوم ، لقاعدة العرض والطلب ، لكن اعتزاز الشخص بما يملك ، أو بما يريد أن يتملكه ويستأثر به ، يجعله يعطي أو يقرر للسلعة المتصرف بها قيمة مغايرة ، وهذا يعزز ، بلا أدنى شك ، إشباع الحاجات والميول المتباينة للناس ، كما أن العرض نفسه متأثر بهذه الصفة في ذاتية الملكية ، مثلما يتأثر بها الطلب القائم على حاجة الإنسان في الاستحواذ بملكٍ معيّن .

6-وأخيراً فإن صفة الاستحواذ بالملك ، تُعزز حماية الملكية ، فكل

شخص يتم الاعتداء على ملكه ، تجعله جيّاشاً في الدفاع عنه بجميع الطرق القانونية ، فالمالك هو المهتم بالدفاع عن ممتلكاته ، فاندفاعه لطلب الحماية القانونية ومراجعة القضاء أقوى فيما لو لم يكن مالكاً مستحوذاً على ملكه لا يشاركه أحد ، وهذه حالة أخرى من الحالات اللصيقة بطبيعة النفس البشرية ، فلا أحد أقدر وأجدر في الدفاع عن الملك مثل المالك نفسه ، وهو تطبيق لمقولة (ما حك جلدك مثل ظفرك) .

لكن في المقابل ، فإن إطلاق يد صفة الاستحواذ للملكية من غير قيد ، سيخلق أجواءً انعزالية للملكيات الخاصة ، فيغلب كل مستحوذ مصلحته الخاصة على الآخرين ، فتزداد حالات التصادم بين الحقوق وتتباين المصالح بحيث لا يمكن أن نرجّح أحدها على الأخريات ، لأن كل منها يمثل حقًّا استئثارياً مقرراً به ، وهذا ليس فيه مصلحة لا بالنسبة للمجتمع ولا بالنسبة للفرد نفسه . مما يجعل التسليم بفكرة أن للحق وظيفة اجتماعية أمرٌ لا مفر منه[1] .

وبهذا يتّضح جلياً الفرق بين الحقّ وما يؤديه من وظائف ، لا سيما وظيفته الاجتماعية .

---

(1) و هذا ما جعل "اهرنج" يربط بين الحقّ والمصلحة الاجتماعية . (لاحظ : د . محمود أبو زيد ، القانون والنظام الاجتماعي ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 1987 ، ص 152) .

الفرع الثالث
الحقّ والولاية

164) - حاجة الحقوق إلى نظام الولاية :

لا ريبة من أن لكل شخص حقوقاً ، ولا سيما الطبيعية ، لكن أحياناً لا يستطيع بعض الأشخاص ممارسة حقوقهم ، إما لموانع ذاتية أو لموانع عرضية ، فالموانع الذاتية تكمن في الشخص ذاته ومدى قدرته على استعمال الحقوق ، كالشخص المعنوي ، أما الموانع العرضية فهي التي تعود لعوارض تطرأ على الشخص ويمكن زوالها ، كصغر السن والجنون والعته وتقييد الحرية وغير ذلك . فإلى جانب الحقوق العادية التي أنشئت لخدمة أصحابها ، والتي من أجل ذلك يطلق عليها الحقوق ذات الغاية الذاتية ، يذكر الشراح طائفة جديدة من الحقوق ، لم تنشأ لخدمة أصحابها بل لخدمة الغير ، ولذلك كانت ذات هدف ((غيري)) ، ويطلق بعض الشراح على هذه الطائفة الجديدة من الحقوق اسم ((الحقوق - الوظائف)) ، ويسميها آخرون بالولايات القانونية [1] ، والتي يمكن تعريفها بأنها : (ميزة تتيح لصاحبها أن يقوم بنشاط معين تتصرف آثاره القانونية إلى المجال القانوني لأشخاص آخرين ، أو هي ميزة تمكن لصاحبها أن يتدخل في النطاق القانوني للغير أما بالقيام على شخص ذلك الغير فيصدر إليه أوامر وتوجيهات (وهذه هي الولاية على الشخص) أو بأن يتولى إدارة أموال ذلك الغير (وهذه هي الولاية على المال) . والغير هنا قد يكون شخصاً طبيعياً

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 146 .

(كالطفل بالنسبة إلى الأب أو الوصي) أو عدة أشخاص طبيعيين (كأعضاء العائلة بالنسبة إلى رب الأسرة) أو شخصاً معنوياً (كالأشخاص الطبيعيين أعضاء الشخص المعنوي بالنسبة إلى ذلك الشخص المعنوي) . وتختلف الولاية القانونية عن الحقّ من وجهين : الأول هو أن من تعقد له الولاية يتدخل في المجال القانوني للغير ، إما لأنه قد ولي على مال الغير فهو يديره لمصلحة ذلك الغير . وعلى ذلك فالسمة البارزة في الولاية القانونية هي التدخل في شؤون الغير بإحدى هاتين الوسيلتين ، حكم شخص الغير أو إدارة أموال الغير . أما الوجه الثاني الذي يميز الولاية القانونية من الحقّ فهو أن الولاية القانونية ، سواء أكانت ولاية على النفس أو على المال ، لا يجوز استعمالها إلاّ لمصلحة من هو مشمول بها فرداً كان أو جماعة ، فلا يجوز لصاحب الولاية أن يستعملها لصالح نفسه) [1] .

مما تقدّم يتضح لنا أن الحقوق ، كي يمارسها بعض الأشخاص ، تحتاج لإقرار نظام الولاية ، سواء أكانت ولاية على الأشخاص أو ولاية على الأموال . ولهذا فعلى الرغم من اختلاف نظام الولاية عن الحقّ ، لكنه نظامٌ ما كان لينشأ إلا لدواعي حقوقية صرفة .

---

(1) المرجع السابق نفسه . ويضيف : (ويذهب بعض الشراح إلى التسوية بين الولايات القانونية والحقوق على ان الولاية القانونية والحقّ نوعان يتدرجان تحت جنس واحد ، هو أن كليهما ميزة قانونية . إلاّ أنه يمنع هذه التسوية أن الولاية القانونية وسيلة يؤدي بها شخص معين واجباً أسند اليه ، ومن هنا كانت فكرة الواجب هي أساس فكرة الولاية ، فلا يجوز للولي ألا يقوم بالواجب الذي أسند اليه ، أما الحقّ فيتكون من نشاط يقصد به تكميل صاحبه الذي لا يجب عليه بل يجوز له يزاول هذا النشاط . لذلك كان الأحرى أن تندرج الولاية في نطاق الواجب . أما الحقّ ، فعلى نقيض ذلك ، يندرج في عداد السلطة بمعناها الواسع) . ص 147 .

ويرتبط نظام الولاية باستعمال الحقوق لا بوجودها ، إذ أن هذا النظام لا يمس وجود الحقّ ، بل يظهر ليعالج حالات يعجز فيها صاحب الحقّ عن ممارسة حقوقه واستعمالها ، إما لعوارض طبيعية ، أو لعوارض طارئة ، وهو في النهاية نمط قانوني لاستعمال الحقوق من غير أصحابها مع ترتيب النتائج القانونية على أصحابها .

المبحث الثاني
تمييز الحقّ من مترتباته وغاياته

165) - الحقّ بين مترتباته وغاياته :

من مترتبات الحقّ المُلازمة لوجود القانون ذاته ، بل ووجود القضاء أيضاً ، وظيفة القانون في حمايته تحقيقاً لغاياته ، إذ وضع القانون آليات وإجراءات وسُبلٍ لحماية الحقّ ، وهي كثيرة ، وأهمها الدعوى التي يتجسد فيها طلب صيانة الحقّ وحمايته بواسطة القضاء ، كما أن بوجود هذه الإجراءات والوسائل ، تتحقق للحق غاياته ، ولعلَّ البحث في غايات الحقّ يطول كثيراً ، لكن ما استقرت عليه المفاهيم الشائعة والمُستتبَّة في الأذهان ، أن غاية القانون في حماية الحقّ هو تحقيق العدل ، مثلما تكون العدالة هي غاية القضاء في حمايته للحقوق عبر الدعاوى والطّلبات المقدمة إليه . كما أن كثيراً ما تكون المصلحة هي غاية الحقّ ، وليست فقط غاية الوسيلة التي تحمي الحقّ .

عليه سوف نعالج في مطلب أوجه الفرق بين الحقّ ومترتباته ، وهما منظومة الحماية ونظام الدعوى ، ثم نتناول بالبحث الفرق بين الحقّ وغاياته في مطلبٍ ثانٍ ، ونُركِّز على أوجه الفرق بين الحقّ والعدل من جهة ، والحقّ والمصلحة من جهة أخرى .

المطلب الأول
الحقّ ومترتباته

166) - الغيرية والحماية نتيجتان للحق :

مثلما عرّفنا الحقّ بأنه قيمة ، فإذا قلنا أنه تترتب عليه نتيجتان هما لزوم الغيرية بالفعل ولزوم الحماية بالقوة ، فالغيرية لازمة لزوماً فعلياً لوجود الحقّ ، إذ أثبتنا أن فرضية قيام الإنسان المنفرد بعيدة عن الواقع ، أما الحماية فهي قابلة للزوم مع الحقّ ، وقد ترتب على ذلك أن الحماية في ذاتها لا تدخل في حقيقة الحقّ ، كما أنها غير ملزومة به إلا في حالة الاعتداء عليه ، لكن الحقّ محميٌ فعلياً وليس فقط بالقوة ، وذلك من خلال وجود نظام الدعوى الذي مكَّن كل ذي حقّ معتدى عليه ، أو مُعرَّضٍ للخطر ، أن يطلب الحماية من القانون ، فإذا قلنا أن الحماية موجودة بالفعل ، فإنها مع ذلك لا تدخل في حقيقة الحقّ ، على الرغم من أن الاتجاهات التقليدية قد فعلت ذلك ، فخلطت بين مفهومي الحقّ والحماية من جهة ، وبين مفهومي الحقّ والدعوى من جهة أخرى ؛ وهذا ما سنتناوله في فرعين .

الفرع الأول
الحقّ والحماية

167) - معنى الحماية القانونية :

الحماية[1] القانونية مصطلحٌ كثير التداول في الأوساط القانونية ، ولطالما استعمله الفقه للتدليل به على معانٍ كثيرة ، لكن جميعها ينصب حول التأثُّر الفقهي الكبير بتعريف الأستاذ "دابان" للحق ، إذ تنطلق جميع الأفكار والقناعات من أن الحماية القانونية هي عنصر في الحقّ ؛ لكن ، وعلى العموم فإن هذا قد لا يؤثر على ما استقر عليه المصطلح من معانٍ ، منها ما حدده البعض[2] بأن لها معنيين :

- أولهما المعنى الضيق لها ، والتي تتمثل بما يسهم القانون به من منع

---

(1) والحماية تأتي على معانٍ هي : (الاتقاء) و(المنع) و(النصرة) و(الدفاع) ، إذ أن المعاني الثلاثة الأخيرة تدور حول معنى (الاتقاء) ، لأن(المنعُ) وهو قريب من الاتقاء ، و(النصرةُ) و(الدفاع) وهما داخلتان تحت معنى الاتقاء ؛ لأن النصرة اتقاء المنصور من الإضرار به من قبل الغير ، والدفاع اتقاء من الاعتداء على صاحب الحقّ . ومن الناحية القانونية فإن الحماية المدنية تعني ، احتياط يرتكز على وقاية شخص أو مال ضد المخاطر ، وضمان أمنه وسلامته ، الخ ، بوساطة طرق قانونية أو مادية ، تدل كذلك على عمل الحماية ونظامها على حد سواء ، وتترادف ، في الاصطلاح القانوني ، مع الوقاية ، الوصاية ، القوامة ، المساعدة . . . الخ ، مثلاً ، حماية المستهلك يتمثل في مجموعة تدابير قانونية واجتهادية وكذلك مؤسسات وظيفتها وقاية حقوق المستهلك وتهيئة وسائل الدفاع عنها وكذلك تأمين تمثيل مصالحه داخل السلطات صاحبة الصلاحية في الشؤون المتعلقة بها جميعاً . (لاحظ : د . بمو برويز خان الدلوي ، النظرية العامة للحماية المدنية ، ص 28) .

(2) المحامي عبد الوهاب عبد الرزاق عبد المجيد التحافي ، بحثه ، الحماية القانونية للآثار العربية ، منشور مع مجموعة باحثين ، في مؤلف الحماية القانونية للآثار العربية ، بيت الحكمة ، بغداد ، ط1 ، 2001 ، ص128-129 .

الاعتداء على الوجود المادي والاعتباري للشيء ، أو ما يمكن أن يلحق به من ضرر كالسرقة أو الاتلاف أو أي اعتداء على الحقوق المتصلة بذلك الشيء ، أو الإخلال بالواجبات المقررة تجاهه .

- ثانيهما ، المعنى الواسع لها ، فإنه لا يقتصر موضوعها على وجود الشيء وسلامته وضمان تأمين الحقوق المتصلة به والواجبات المقررة تجاهه فحسب ، بل أنه يشمل إضافة إلى ذلك ضمان تأمين اداء رسالة الشيء وتحقيق الغاية من وجوده والنهوض المستمر بواقعة نحو الافضل .

وقد رأينا - من قبل[1] - أن الحماية المدنية ، بأنها اطمئنان الشخص في ممارسة حقوقه ومصالحه ومكناته القانونية بصورة تجعله مكفولاً ومتسلحاً بسلاح الدفاع عن أي مس بحقوقه ومصالحه ومكناته ، من خلال وسائل هيأ القانون له استخدامها عند مواجهته لخطر أو تعرضه لضرر .

بما أن الحماية القانونية تعد عنصراً خارجياً للحق على وفق تعريف "دابان"[2] ، ومُترتباً من مترتباته حسب رأينا ، فلا شك في أنها تختلف عن معنى

---

(1) كتابنا ، الخطأ ، ص17 .

(2) حرص الفقيه (اهرنج) على النص على عنصر الحماية المدنية بأنها عنصراً داخلياً للحق ، حين قال (الحقّ مصلحة يحميها القانون) ، (للتفاصيل ، لاحظ : د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، ص442 والتي تليها ، ود . سعيد عبدالكريم مبارك ، أصول القانون ، ص260) . لذلك يكفي ، من الناحية الاخلاقية ، - حسب رأي الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 107 ، لوجود الحقّ توافر العنصرين (الانتماء والسلطة) ، فيعتبر الحقّ موجوداً دون حاجة إلى أي نظام قانوني لحمايته والذي يكون بمثابة المكمل الضروري للحق ، ومن هذه الزاوية إن الحماية لا تصنع ←

الحقّ ، فإن كان معناها هو توفير الأمان[1] والاطمئنان والضمان للشخص في ممارسة حقوقه ومكناته القانونية بصورة تجعله محفوظاً من أي مس بحقوقه ومكناته ، وذلك من خلال الوسائل التي حدد القانون له استخدامها عند تعرضه لخطر أو ضرر[2] ، فإن الحقّ هو – لا ريب – موضوع هذه الحماية . إذن فالحماية القانونية هي مكملة في وجود وثبوت الحقّ لصاحبه ، سواءً حماية ذات الحقّ أو حماية استعماله ، وقد تكون هذه الحماية مقررة من خلال القواعد القانونية والقرائن القانونية أو عن طريق منع وقوع الضرر أو عن طريق ضمان صاحب الحقّ .

168) – نوعا الحماية القانونية للحق :

الحماية القانونية تشبه المسؤولية من زاوية مهمة ، هي كونها إما مدنية وإما جنائية[3] ، أما الحماية الجنائية فهي تجريم الأفعال الماسة بالحقوق والتي تُشكل

←

الحقّ وإنما تقتصر على ازجاء الطمأنينة في نفس صاحب الحقّ ، أما من الناحية القانونية ، فتعد الحماية القانونية عنصراً أساسياً في تكوين الحقّ ، ولا يمكن أن يوجد الحقّ بدونها ، أي أن الحقّ ينتفي بانتفائها حتى ولو كان موجوداً من الناحية الاخلاقية

(1) نقلاً عن : د . عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص43 .

(2) لاحظ : كتابنا ، الخطأ ، ص17 .

(3) يرى المحامي عبد الوهاب عبد الرزاق عبد المجيد التحافي ، عند كلامه عن الحماية القانونية للآثار العربية ، بأن صور الحماية المدنية هي الحماية التشريعية والحماية التنفيذية والحماية القضائية ، وذلك لأن القانون لا يمكن أن يؤدي دوره التنظيمي للعلاقات الاجتماعية إلاّ من خلال سلامة تشريعه وكفاءة تنفيذه وعدالة تطبيقه ، إلاّ أننا نرى بأن هذه الصور المذكورة ليست صور بالمعنى القانوني الدقيق ، بل هي جوانب الحماية المدنية ، بحيث أن الحماية التشريعية هي الجانب النظري للحماية القانونية

←

اعتداءً عليها وتحديد العقوبات الملائمة لمقترفيها ، أما الحماية المدنية فهي الحماية الأصلية للحق ، والتي لا تقتصر على تقرير نظام المسؤولية المدنية بل تشمل طرق وسبل ووسائل متعددة .

أما كون الحماية المدنية ، لا تقابل – بالضرورة – المسؤولية المدنية ، فلأنها لا تتقرر للحق من خلال فرض المسؤولية المدنية على المعتدي ، كما أنها ليست مُبوَّبة لمطلبين كالمسؤولية المدنية ، فلا توجد حماية عقدية[1] أو غير عقدية ، بل ان الحماية المدنية على ثلاثة أنواع[2] : الأولى : حماية موضوعية ، قوامها ضمان تعويض المتضرر من المسؤول عن الخطأ المحدث للضرر ، أو مؤمن المسؤول ، أو من الدولة . الثانية : حماية شكلية ، تتدرج قوة وضعفا من خلال إقرار القواعد الموضوعية ، أو القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس ، أو القرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس . والثالثة : حماية احترازية ، عن طريق منع حصول الضرر ، عن طريق التسجيل أو التثبيت أو الإجراءات التحفظية التي من شأنها دفع الضرر المحتمل ، كتسجيل ملكية العقارات وسائر الحقوق العينية العقارية وتسجيل العلامات التجارية وتسجيل براءات الاختراع والحماية

←

والحماية التنفيذية هي الجانب التنفيذي لها ، أما الحماية القضائية هي الجانب التطبيقي لها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، إن الجانبين التنفيذي والقضائي للحماية المدنية ليسا بذات الحماية ، بل انهما وسيلتان من وسائل الوصول إلى الحماية القانونية . لذلك يمكن القول بأن الحماية المدنية والحماية الجنائية وجهان للحماية القانونية ، إذ أنهما تشتملان كل من جوانبها ، (لاحظ : ص133) .

(1) يذكر ان الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، في مؤلفه (سابق الذكر) الذي يحمل عنوان (الحماية العقدية للمستهلك) ، لم يعرف هذا النوع من الحماية ولم يحدد لماذا اقرن الحماية بالصفة العقدية ؟

(2) لاحظ : كتابنا ، الخطأ ، ص 16

الحدودية للملكية الفكرية .

ففيما يتعلق بالحماية المدنية الموضوعية ، فإن حركة الحياة تفرز في كثير من الأحيان حالات كثيرة يقع فيها الضرر للأشخاص في المجتمع ، كالأضرار التي تسببها العواصف والأعاصير والزلازل والبراكين والحرائق والحروب وغيرها من الكوارث التي تعود إلى قوة قاهرة ، كما قد يحدث الضرر من قبل مجهول أو شخص غير معروف أو شخص لا يثبت عليه شي أو غير مسؤول أصلا ، فعلى النظام الاجتماعي أن يتحمل مسؤوليته هنا في تعويض هذا الضرر ، وهذا التعويض - حتما - لا يعود - بالضرورة - للمسؤولية ، لعدم وجود الخطأ في بعض الحالات ، وهو ركن فيها ، بل يرجع لتقرير الحماية المدنية الموضوعية[1] . فالحماية المدنية الموضوعية هي حماية حقوق ومصالح ومكنات مقرة ومكتسبة ومحترمة من قبل القانون وهي كثيرة لا حصر لحالاتها المتناثرة في عموم نصوص القانون وخصوصها ؛ لكن يمكن ارجاعها وتقسيمها إلى *ثلاثة* انواع :

1- النوع الأول من الحماية المدنية الموضوعية يتمثل في تقرير المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية وغير العقدية على الشخص الذي ينحرف في سلوكه ويرتكب فعلاً يضر بالغير ، فالشخص المتضرر من جراء خطأ الفاعل يستطيع رفع دعوى المسؤولية على المخطئ ويطالبه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، وهذا التعويض -

(1) وقد سبق للقاضي البلجيكي (لكرك Leclereq) أن دعا إلى إقرار مبدأ حماية المتضرر (لاحظ تفاصيل ذلك لدى : د . صبري حمد خاطر ، بحثه : تطور فكرة المسؤولية التقصيرية ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، العدد الأول ، 2001 ، ص75) .

بهذا الشكل – هو فحوى الحماية المدنية الموضوعية في هذا النوع .

2- أما النوع الثاني من الحماية المدنية الموضوعية فيتمثل في الحماية من غير مسؤولية لعدم وجود ركن الخطأ ، فانعدام الخطأ يؤدي إلى انعدام المسؤولية ، لكن هناك حالات يقع فيها ضرر دون إمكان نسبته إلى خطأ معين ، لكن مع ذلك فإن القانون يوجب على جهة ما القيام بتعويضه ، وهذه الجهة إما أن تكون متمثله في محدث الضرر ، كما لو كان شخص غير مميز أو مجنون أو لم ينسب إليه خطأ في فعله ، فهو يعوض لا على أساس انه مسؤول بل على أساس انه ضامن ، وقد تكون الجهة المعوضة شركة تأمين ، أو الخزينة العامة ، كما في الاضرار الناجمة عن الكوارث والزلازل والحروب وما إلى ذلك .

3- وأما النوع الثالث من الحماية المدنية الموضوعية فيتمثل في حماية الشخص الذي اكتسب حقًّا أو مصلحة من عقود أو اتفاقات لم يكن طرفاً فيها ، أو من خلال إقرارات أو تشريع معين أو لوائح تنفيذية ، كما في الحماية المدنية المقررة للغير في عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، وكما في حماية المستهلك المستفيد من بعض الانظمة والتشريعات والاشتراطات التي تلتزم بها الجهات المنتجة أو الجهات التجارية أو الجهات المروجة للبضائع ، وكذلك حماية المواطنين الذين تقررت لهم حقوقاً ومصالح من خلال عقود الترخيص (التزام المرافق العامة) المشروطة من قبل الحكومة

لمصلحة المواطنين ، كما في عقود ترخيص قطاع الكهرباء والاتصالات والنقل والمواصلات والماء وغيرها .

وهذه الانواع الثلاثة من الحماية المدنية الموضوعية ، يمكن إطلاق التسميات الاتية عليها :

1- **الحماية المشروطة** ، وهي الحماية المدنية بدعوى المسؤولية ضد محدث الضرر ، وهي تشترط توافر اركان المسؤولية المدنية الثلاثة ، ولا سيّما ركن الخطأ .

2- **الحماية المجردة** ، أي غير المشروطة ، وهي لا تكون عن طريق دعوى المسؤولية ، بل عن طريق دعوى ضمان الضرر ، إذ لا يوجد خطأ في احداث الضرر .

3- **الحماية المكتسبة** ، وهي المكتسبة للشخص في عقود واتفاقات لم يكن طرفاً فيها ، أو من تشريعات أو لوائح أو انظمة[1] .

والقاسم المشترك بين الانواع الثلاثة للحماية المدنية الموضوعية هو تعويض الضرر ، فهو مرتكز هذا النوع من الحماية .

يتبين مما سبق كيف أن الحماية تتمايز تماما من مفهوم الحقّ ، لكن يجب أن نعرف أن الحقّ هو سبب وجودها ، فهي تدور حوله وجوداً وعدماً .

---

(1) وإن كانت الانواع الثلاثة من الحماية تتوفر لدى ساحات المحاكم في دعوى المسؤولية ، وهذا ناجم عن الخلط بين المسؤولية المدنية والحماية المدنية .

كما أنها قد لا تتقرر فقط من خلال نظام الدعوى ، كما أن الحماية القانونية قد تتقرر لشخص دون قصدٍ من القانون ، وعلى ذلك يقول البعض[1] : أن بعض القوانين المتصلة بأعمال الدولة وبعض القواعد الحمائية ذات الطابع الاجتماعي ، (قد لا يترتب عليها إلاّ آثار غير مقصودة تكون مفيدة للأفراد . فبفضل القواعد الدستورية يطمئن المواطنون إلى حسن قيام السلطات العامة بوظائفها ، وبفضل قواعد القانون الجنائي يطمئن المواطنون إلى حماية النظام العام . كذلك النصوص المتعلقة بالبوليس وبالصحة تؤمن المواطنين من الأضرار التي تهدد حياتهم وسلامة أبدانهم . ولكن كل هذا يتحقق دون أن تنشأ من هذه القوانين حقوق للمواطنين . فالحماية التي تنالها مصالحهم هي حماية عرضية تأتي تبعاً لحماية مصلحة عامة ، يترتب على حمايتها حماية المصالح الفردية بطريقة غير مقصودة لا توجد وسيلة للعمل على حمايتها حين لا تعمل الدولة على هذه الحماية . مثال ذلك أن تفرض الحكومة ضريبة على نوع من الواردات بقصد زيادة إيراداتها فيترتب على ذلك حماية المنتج المحلي الذي ينتج سلعة من نوع السلعة الأجنبية التي فرضت عليها الضريبة . ومخالفة هذه القوانين يحاسب عليها تلقائياً دون حاجة إلى شكوى يقدمها احد المواطنين ، ولئن شكا أحد المواطنين من هذه المخالفات فليس لهذه الشكوى من هدف إلاّ تحريك الدعوى العمومية أو الإدارية . فالقاعدة التي تعاقب على إهانة الأديان لا ينشأ عنها حقّ للأفراد في منع هذه الإهانات . ومبدأ التطعيم الاجباري ، وهو إجراء يتعلق بالمصلحة العامة ، لا ينشئ لأحد

(1) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 129 .

حقًّا في اخضاع غيره للتطعيم الاجباري . . الخ . في هذه الحالات وأمثالها نجد الحماية التي تنشأ للأفراد إنما تتحقق بطريق غير مباشر نتيجة قيام الأفراد بواجباتهم نحو الدولة) .

الفرع الثاني
الحقّ والدعوى

169) - تعريف الدعوى ومدى كونها حقًّا :

يرى البعض[1] في الدعوى أنها سلطة (ذات طابع اجرائي) يمنحها القانون للفرد ليقوم برد فعل ، كلما وقع له ضرر أو لاح له شبح ضرر يتهدد مجاله القانوني . وعرّفها بأنها الطريق القانوني الذي يتيح للشخص أن يحصل من القاضي على حكم ، من حيث الموضوع ، في المطلب الذي يعرضه عليه . وهي ببساطة طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء[2] . ومن هذا الجانب ارتبطت الدعوى بالحقّ ؛ لكن هل تعدُّ في ذاتها حقًّا ؟ ، أم أنها مجرد سلطة ؟ اختلف الشراح في الاجابة عن هذا السؤال[3] .

- فذهب بعض الشراح إلى أن الدعوى ليست حقًّا ، بل مجرد سلطة إجرائية موضوعها تحريك الاختصاص القانوني ، فكانت بذلك أدخل في نطاق القانون منها في نطاق الحقّ .

---

(1) د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 111 .

(2) المادة (2) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(3) لاحظ ذلك لدى : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص116 .

- وذهب آخرون إلى أن الدعوى حقّ ، لأنها تنشئ أوضاعاً قانونية جديدة سواء فيما بين الطرفين (فمن بعد ما كان أحدهما دائنا والآخر مديناً صار أحدهما بمقتضى الدعوى مدعياً والآخر مدعى عليه) ، أو فيما بينهما وبين القاضي ، ولأن على القاضي واجباً إزاء المتقاضين أن يحكم بينهم فيما يرفعونه إليه من دعاوى ، فإذا رفض القاضي أن يفصل في القضية المعروضة عليه عُدَّ ناكلاً عن أداء العدالة ، أي مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم ، وجاز للمتقاضي عن طريق مخاصمة القضاء أن يسائله شخصياً عن الضرر الذي أصابه من جراء الامتناع عن الحكم . إن واجب قيام القاضي بالحكم لم يفرض عليه من أجل الصالح العام فحسب ، بل كذلك من أجل المتقاضي الذي يملك مطالبة القاضي باحترام هذا الواجب وإلا كان مسؤولاً .

وفي الحقيقة أن الدعوى ما هي إلا مكنة قانونية (خيار) يمارسه الشخص بقدرٍ من الحرية . لكن مع ذلك التبست فكرة الدعوى ، من حيث الممارسة ، بفكرة الحقّ ، إذ كان الفقه التقليدي يربط بين الفكرتين ، وأحياناً يدمج بينهما . وفي المقابل ظهر اتجاه في الفقه الاجرائي غالى في تجريد فكرة الدعوى وفصلها تمام الفصل من فكرة الحقّ .

170) - الربط بين الحقّ والدعوى في الفقه القديم :

ربط الفكر التقليدي ربطاً شديداً بين الدعوى والحقّ إلى حد الدمج بينهما ، وقد تأثر هذا الفقه بالوضع الذي ساد في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، فقد كان نظام الصيغ هو السائد في القانون الروماني ، فإذا قدم شخص

طلبه في الصيغة المحددة ووافق عليه البريتور ، منحه دعوى يستطيع بها إلزام القاضي بالفصل في النزاع ، وكانت سلطة القاضي تقتصر على التحقق اللاحق من وجود الوقائع والحقوق الموضوعية المدعاة إلى يوم الفصل في الدعوى . وقد ظهرت فكرة الدعوى تاريخياً في القانون الروماني قبل ظهور فكرة الحقّ . وكان لا ينظر إلى الحقّ إلا من خلال الدعوى ، فلم يكن هناك حقّ عيني أو حقّ شخصي بل كانت هناك دعوى عينية ودعوى شخصية [1] .

وفي ظل المفهوم السابق فقد كانت الدعوى تفترض الوجود المسبق للحق . وتعبيراً عن الخلط التام بين الدعوى والحقّ ، كان السائد أن يقال في هذا القانون حيث ((لا حقّ لا دعوى)) ، وهكذا فإن الدعوى – في هذا القانون – كانت تختلط بالحقّ الموضوعي ، فالدعوى هي الرخصة التي تخول الفرد كسب قضية معينة باستخدام الصيغة المحددة لهذه الغاية . وبعبارة أخرى فالدعوى هي إمكانية الحصول على حكم في الموضوع لصالح المدعي . وهكذا فلم تظهر الدعوى كفطرة مجردة قوامها طرح الادعاء أمام القاضي ، وإلزامه بالفصل فيه على أي نحو وإلا عد منكراً للعدالة ، ولكنها كانت فضلاً عما سبق سلطة إلزامه بالحصول على الحقّ وحمايته ، لأنه قائم فعلاً قبل إقامة الدعوى . واستطراداً مع هذا المنطق فقد

(1) لاحظ : د . عزمي عبد الفتّاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1986 ، ص 19 . ويُضيف : (وطبقاً للصيغة التي نقلها ((جوستنيان)) عن Celse فإن حقّ الالتجاء إلى القضاء كان مرتبطاً بشدة وجود الحقّ الموضوعي ، ولما كان وجود الحقّ لم يكن يظهر في روما إلا من خلال الدعوى ، لذلك كان طبيعياً أن تندمج الفكرتان ويختلط الحقّ بالدعوى . فعندما يمنح البريتور دعوى لشخص ما ، فإن هذا الشخص لم يكن يملك السلطة التي تخوله الالتجاء إلى القضاء وإلزام القاضي بحسم النزاع فحسب ، ولكنه كان يملك الحقّ الموضوعي أيضاً . وكان دور القاضي منحصراً فيما سبق القول به من التحقق اللاحق من الوقائع المدعاة) . الاشارة ذاتها .

عُدَّت الدعوى مالاً شأنها في ذلك شأن الحقّ الكامن خلقها . وكان هذا أمراً طبيعياً لاشتراط وجود الحقّ قبل وجود الدعوى . وقد ترك هذا المفهوم للدعوى أثره على التقنين المدني الفرنسي[1] .

171) - الدمج بين الدعوى والحقّ في الفقه التقليدي :

تأثر الفقه التقليدي سواء في ذلك المدني أو الإجرائي بالوضع القائم في القانون المدني الفرنسي (مجموعة 1804) . وشاع لدى فقهاء القانون الموضوعي عدة تعريفات للدعوى تربط كلها بينها وبين الحقّ الموضوعي . فالدعوى عند (سافيني) هي الحقّ متحركاً في حالة حرب بدلاً من أن يكون

(1) لاحظ : د . عزمي عبد الفتّاح ، ص 20 . (ظلت الإجراءات تنصف بالشكلية خلال الفترة من القرن الخامس إلى القرن العاشر ولم يظهر الحقّ كفكرة مجردة ، ومن ثم فقد كان الحقّ مختلطاً بالدعوى . وعلى الرغم من اختفاء الشكلية من فرنسا في القرن الحادي عشر فقد تأثر التقنين المدني الفرنسي بالوضع القائم في القانون الروماني حيث عدّ الدعوى مالا (م 526 ، م 529 مدني فرنسي) . وتجسدت الدعوى بالحقّ فلم يكن منظوراً إليها بوصفها الحقّ الموضوعي ذاته منظوراً إليه من زاوية الحماية القضائية . وبعبارة أخرى فلم تكن الدعوى سوى تعبيراً قضائياً عن الحقّ . وقد اختلطت الدعوى في ظل التشريعات القديمة بالأفكار الإجرائية الأخرى كما اختلطت بالحقّ الموضوعي . ففي الفترة التي سبقت مجموعة 1667 في فرنسا كان اصطلاح الدعوى يستعمل أحياناً كمرادف لحق الالتجاء إلى القاضي للحصول على العدالة . ويستخدم أحياناً أخرى كمرادف لمباشرة هذا الحقّ . وعندما صدر قانون 1667 لم يتناول هذا القانون تعريفاً للدعوى لذلك ظل الاصطلاح غامضاً . وقد استعمله أحد شراح هذا القانون وهو الفقيه بمدلولين مختلفين ، فهو يعني به تارة الحقّ في المطالبة بما هو مستحق أو مملوك (في الدعوى العينية) ، ويعني به تارة أخرى مباشرة هذا الحقّ . وعندما صدرت المجموعة الفرنسية الملغاة (مجموعة 1806) لم تتضمن تعريفاً ولا معالجة لفكرة الدعوى) . نقلاً عن : المرجع السابق نفسه .

في حالة سلام[1] .

ويذهب اتجاه آخر من أنصار وحدة الحقّ والدعوى إلى دمج الحقّ في الدعوى ، بحيث تكون الدعوى هي الحقّ الوحيد للفرد ، وينكر ما عداها من حقوق . ولا تكون الروابط التي تنشأ بين الأفراد سوى مجرد مصالح محمية . وبذلك لا توجد فكرة الحقّ أساساً وإنما توجد فقط الدعوى . ويقرب من هذا الاتجاه ما يراه الفقيه الايطالي ((ساتا)) من ان الدعوى تستغرق الحقّ ولكن دون أن ينكر فكرة الحقوق في علاقات الأفراد[2] .

ويترتب على هذا المفهوم الذي استمر محافظاً على الصيغة التي سادت في القانون الروماني مجموعة من النتائج :

(1) لا يوجد حقّ بلا دعوى .

(2) لا توجد دعوى بلا حقّ .

(3) كلما وجد الحقّ ملك المتقاضي دعوى ، فإذا كان الحقّ وهمياً لا توجد الدعوى .

---

(1) وقد اعتنق فقهاء الإجراءات التقليديين ذات الفكر . فقد عرف ((جارسونية وسيزاربري)) الدعوى بأنها : ((الحقّ نفسه يظل سلبياً طالما لم تحدث منازعة بشأنه)) ، ولكن ما أن ينكر أو تخالف مزاياه إلا وكان هو الدعوى . وعدّ ((كيش)) أن الدعوى هي التي يتحول الحقّ خلالها من سلطة إلى أداة . (د . عزمي عبد الفتاح ، ص 22) .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 23 .

(4) لا يوجد لكل حقّ سوى دعوى واحدة تحميه .

(5) لا تتعدد الدعاوى إلا إذا تعددت الحقوق التي يملكها الشخص . وإذا فرض وكان من الممكن أن يشتق من ذات الحقّ أكثر من دعوى ، فإن اختيار دعوى معينة يعد تنازلاً ضمنياً عن ممارسة الدعاوى الأخرى المشتقة من نفس الحقّ .

(6) تكتسب الدعوى ذات طبيعة الحقّ ، فإذا كان الحقّ عينياً أو شخصياً كانت الدعوى عينية أو شخصية ، وإذا كان محل الحقّ عقاراً كانت الدعوى عقارية ، وإذا كان محله منقولاً كانت الدعوى منقولة . وإذا كان الحقّ مما يقبل الانتقال للورثة انتقلت الدعوى للورثة ، وتتوقف حوالة الدعوى أو انقضائها حسبما كان الحقّ قابلاً للانتقال أو الانقضاء[1] .

(7) أن الوجود المسبق للحق شرط لقبول الدعوى في الفقه التقليدي طالما أن الدعوى أمر ملازم للحق ، وتطلب وجود الحقّ الموضوعي قبل وجود الدعوى يعني إعطاء مفهوماً خاصاً ، ففي ظل هذا الاتجاه ، هي حقّ الالتجاء إلى القضاء لاقتضاء ما هو مستحق أو مملوك . وهي ليست مجرد سلطة للالتجاء إلى القضاء ولكنها تعني أيضاً سلطة (أو حقّ) طلب الاعتراف بالحقّ ، واتخاذ الإجراءات

(1) لاحظ : د . عزمي عبد الفتاح ، ص 23 .

اللازمة لحمايته . كما تعني أن كل من يملك حقًّا سوف يكسب حتما دعواه . ويعد كل ما سبق نتيجة للإصرار على الصيغة التقليدية حيث لا حقّ لا دعوى[1] .

(8) تكون شروط الدعوى هي ذاتها شروط الحقّ ، وتكون هذه الشروط في طبيعتها شروطاً موضوعية وليست شروط قبول .

حاصل هذه النظرية ان الدعوى والحقّ شيء واحد ، إنها الحقّ ذاته في صورة أخرى[2] .

172) - الانتقادات التي وجهت إلى الفكر التقليدي :

انتقد الفقه النظرية التقليدية لعدة أسباب[3] :

1. إن الفرد يلجأ للقضاء كي يفصل فيما إذا كان الحقّ يوجد أو لا

---

(1) لاحظ المرجع السابق نفسه ، ص 23 . (وقد شاع الربط الشديد بين الدعوى والحقّ إلى حد جعل وجود الحقّ شرطاً للدعوى في الفقه الألماني القديم قبل أن يهجر هذا الفقه . فالدعوى في النظرة المسماة باسم Rechtsschutzans هي حقّ الحصول على حكم لصالح المدعي . كما شاع هذا الاتجاه لدى الكثير من الفقهاء الايطاليين حيث كان قبول الدعوى يعني الحكم لصالح المدعي (النجاح في الموضوع) . وكان ذلك امراً منطقياً للقاعدة التي سادت آنذاك وهي حيث لا حقّ لا دعوى . ويبدو تطلب وجود الحقّ كشرط للدعوى جلياً في كتابات بع الفقهاء الإجراءات الفرنسيين التقليديين حيث يقول ((جلاسون وتيسيه وموربل)) إن حقّ الدعوى يتطلب بالضرورة وجود الحقّ قبل الالتجاء إلى القضاء للاعتراف به ويأخذ بذات وجهة النظر كل من ((جارسوتيه وسيزار يري وجابيو)) .) نقلاً عن المرجع السابق ، ص 24 .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 112 .

(3) لاحظ : د . عزمي عبد الفتاح ، نحو نظرية عامة للدعوى ، ص 27 .

يوجد . فإذا كان الوجود المسبق للحق شرطاً ضرورياً لوجود الدعوى ، ففيما تستعمل سلطة الدعوى أو حقّ الدعوى ؟ ! . ذلك أن اشتراط وجود الحقّ ((مصادرة على المطلوب وإهدار لمنطق الدعوى ، إذ ينطوي على القول بأن من شروط قيام الدعوى أن تكون نتيجتها محققة سلفاً ، وهو ما لا يستساغ عقلاً)) .

2. إن الدعوى قد تنتهي بالرفض بعد أن ظلت منظورة لفترة ما ، ولا يعني هذا أنها لم تكن مقبولة ابتداءً ، وأن القاضي كان ملزماً بنظرها والفصل فيها . وبذا يكون الحقّ غير موجود إلا في مخيلة صاحبه ، فهل يكفي شعور الشخص بأنه صاحب حقّ ككونه صاحب حقّ فعلاً ؟ .

3. إن اشتراط الحقّ لقبول الدعوى أو لوجودها لا يتفق مع استقلال الحقّ عن الدعوى .

4. يؤدي الرأي السابق إلى تعقيد مشكلة عدم القبول لأن اعتبار الحقّ شرطاً لوجود الدعوى (والمصلحة شرطاً لقبولها) يؤدي إلى الخلط بين شروط القبول والشروط الموضوعية رغم استقلال هذه الشروط في القانون الوضعي .

5. يتنافى هذا الاتجاه مع الوجود المستقل للقانون الإجرائي ولا يتفق مع قواعده . فقد انتقد ((موتولوسكي)) الاتجاه التقليدي ورأى عدم صحته . وحجته في هذا الشأن أن

الحقّ الشخصي الذي يقرره القانون الموضوعي يتقرر بناء على قاعدة في هذا القانون . ولا تهتم هذه القاعدة - بطبيعة الحال بالموقف الاجرائي - ولا تقرر الدعوى - وهي حقّ شخصي في نظرة كما سنبينه فيما بعد - إلا بناء على قاعدة ينشئ حكمها الآمر هذا الحقّ . ويختلف القانون الذي ينشئ الدعوى عن القانون الذي ينشئ الحقّ الموضوعي ، لأن القانون الإجرائي هو الذي ينشئ الدعوى . وبعبارة أخرى فإن الحقّ الشخصي يتقرر بناء على قاعدة في القانون الموضوعي ، والدعوى (كحق شخصي مستقل) تتقرر بناء على قاعدة في القانون الإجرائي ، وحيث أن النص الذي يقرر الحقّ الموضوعي غير النص الذي يقرر حقّ الدعوى (وهي حقّ إجرائي) ، فإن الدعوى تكون شيئاً آخر عن الحقّ الموضوعي ، ولا يمكن القول إن الدعوى هي الحقّ في حالة حركة . ومن جهة أخرى فإن الاتجاه التقليدي لا يتفق مع قواعد القانون الإجرائي التي ترتب سلسلة من الحقوق الإجرائية المتساوية بالنسبة للمدعي والمدعى عليه ، رغم أن الأخير يعد طرفاً سلبياً في الحقّ وفي الدعوى طبقاً للمفهوم السابق .

6. يعد الاتجاه السابق امتداداً للأفكار الرومانية التي لم تعد صالحة في الفكر المعاصر . لذلك رفض الفقهاء الألمان والايطاليون المدلول الضيق للدعوى الذي يتطلب وجود حقّ شخصي سابق عليها . وفضلوا

الأخذ بمدلول واسع يعتبر الدعوى سلطة (أو حقًّا) مستقلة في ذاتها[1] .

والخلاصة أن الحقّ ليس شرطاً لوجود الدعوى (أو قبول الطلب) ولكنه دليل على حسن تأسيس الطلب وإمكان نجاحه . أما العبارة القديمة حيث لا حقّ لا دعوى ، فإنها لم تعد تعني في العصر الحديث سوى أن الدعوى وسيلة لحماية الحقوق الفردية وليست - كما يراها فقهاء القانون العام - على ما سنبينه في الفصل القادم - وسيلة لتحقيق الشرعية المجردة . والصيغة التي تعبر عن حقيقة الحال هي التي يقال فيها ((حيث تبين أن المدعي ليس صاحب حقّ فإن الدعوى تكون مرفوضة في الموضوع [2] .

173) - استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي في الفقه الحديث :

يرفض الفقه الاجرائي الحديث مبدأ إدماج الدعوى بالحقّ ، أو دمج الحقّ بالدعوى ، بادئاً من منطلق بديهي ، وهي أن الحقّ لا يمكن أن يكون هو الدعوى التي لم توجد إلا لحمايته .

إن فكرة إدماج الدعوى في الحقّ وجعلها شيئاً واحداً لم يكن في نظر شراح القانون العام ، ففصلوا الدعوى عن الحقّ وقالوا أن الدعوى ليست إلاّ وسيلة اجرائية لحماية الحقّ فلا يعقل أن تختلط به ، وانها تنتمي إلى القانون العام لا إلى القانون الخاص ، شأنها في ذلك كشأن سائر النظم التي يكون لها طابع اجرائي . وبذلك تكون الدعوى ، وفقاً لهذه النظرية الثانية ، مجرد وسيلة اجرائية ذات طابع

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 28 .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 29 .

عام تهدف إلى مطالبة الدولة ، حاملة لواء القضاء بحماية المصالح المهيضة أو المهددة ، وهي لذلك تكون في مواجهة الدولة [1] .

وقد قدم الفقه الحديث العديد من الحجج التي تؤيد التمايز بين الحقّ والدعوى وتعرض لها فيما يأتي [2] :

1- وجود حقوق بلا دعاوى :

توجد حقوق بلا دعاوى . وهذا الفرض وإن كان نادراً إلا أنه يتحقق في بعض الحالات :

أ- يوجد الحقّ بلا دعوى تحميه في حالة الالتزامات الطبيعية .

ب- يكون الدائن بحق مؤجل أو معلق على شرط واقف صاحب حقّ ، ومع ذلك لا يستطيع رفع دعوى أمام القضاء لحماية حقه في الحال .

ت- يوجد الحقّ مجرداً من الدعوى إذا مضت مدة التقادم ، ولكنه لا يكون مع ذلك مجرداً من كل حماية قضائية .

ث- قد يكون الدائن دائناً بحق سببه غير مشروع (كدين القمار) ، حيث يوجد الحقّ مجرداً من الدعوى ، لأن صاحبه لا يستطيع أن يطالب بفعله الشائن أمام القضاء [3] .

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص112 .

(2) حاولنا أن نوجز هذه الحجج التي عرضها بالتفصيل ، الدكتور عزمي عبد الفتاح ، ص 32 والتي تليها .

(3) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 113 .

2- وجود دعاوى بلا حقوق[1] :

ومن الأمثلة على ذلك [2] :

أ- دعاوى الحيازة : لا تستند إلى حقّ ولكن إلى مركز واقعي . وهذه مسألة ينتقدها البعض حيث يرى أن الحيازة تصبح مركزاً قانونياً منذ أن يقرر القانون حمايتها حيث تولد حقوقاً لصالح الحائز .

---

(1) (اهتم فقهاء القانون العام بمسألة إمكان وجود دعاوى لا تستند إلى حقوق شخصية وذلك بمناسبة دراستهم لدعوى (تجاوز السلطة) ورغبتهم في التوسع في قبول هذه الدعوى . وتبدأ فكرة فقهاء القانون العام برفض الاتجاه الذي ينادي به غلاة المتطرفين من أنصار المذهب الفردي مثل ((جوزيف بارتملي)) و((بونار)) اللذان أخذا بنظرية الحقوق الشخصية للرعايا ، بمعنى أن مخالفة القانون تسمح للرعايا بإقامة دعوى إلغاء ذات طابع شخصي استناداً إلى أن الرعايا يتمتعون بحق شخصي مضمونه المحافظة على الشرعية وعدم مخالفة القانون .

وبعد رفض هذا الاتجاه ذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن الشرعية ذات طابع موضوعي ومجرد ، ولا تُحمى إلا لكونها تتعلق بالمصلحة العامة . ففي الحالات التي يعاني فيها شخص معين من عدم الشرعية (وجود قرار إداري مخالف للقانون) ، فلا شك ان له مصلحة تبيح له التخلص من حالة عدم الشرعية ، ومن ثم فإن له سلطة الالتجاء إلى القضاء لتحقيق هذه الغاية ، ولكن ليس من شأن هذه الدعوى أن تعطي حقًّا شخصياً موضوعياً في تحقق الشرعية ، لأن الحقّ في الشرعية يوجد في ذاته مستقلاً عن أي شخص . وهكذا أمكن تصور وجود حقوق لا يمكن نسبتها لأشخاص معينين ، وتصور الفصل بين الحقّ والشخص . ومن ثم ظهرت النظرية الموضوعية في مفهوم الدعوى وكونها سلطة لا ترتبط بحق سابق ، ولا شخص معين ، ويمكن ممارستها استقلالاً عن الحقّ بحيث توجد الدعوى دون حقّ . وهكذا فإن المنازعة الموضوعية توجد لحماية الشرعية المجردة . وتكون الدعوى وسيلة للدفاع عن الشرعية وتطبيق القانون بشكل مجرد لا يهم الأفراد) . نقلاً عن : د . عزمي عبد الفتاح ، ص 32 والتي تليها .

(2) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 113 .

ب- الدعاوى التي يرفعها الادعاء العام ، كدعوى شهر إفلاس التجار ودعوى حل الجمعيات والطعن لمصلحة القانون . ولا تكون دعوى النيابة العامة مستندة إلى حقّ لرافعها .

ت- الدعوى بلا حقّ ، فإذا رفضت الدعوى في الموضوع ، فإن ذلك يعني وجود دعوى بلا حقّ . فالدعوى كانت موجودة بوصفها حقًّا مخولاً لكل شخص أن يلجأ للقضاء ، وكان قبولها استناداً إلى ما يجيزه القانون ، فإذا لم ينجح صاحبها في دعم ادعاءاته ورفضت لكونه ليس صاحب الحقّ ، فإن ذلك يعني أن الدعوى كانت موجودة دون وجود حقّ ، بدليل أن القاضي التزم بنظرها حتى صدور حكم في الموضوع .

ث- دعوى المنافسة غير المشروعة ، في حالة قبولها ، رغم أنها لا تستند إلى حقّ ولا تقرر حقًّا لدى جانب الفقه الذي يأخذ بفكرة المراكز بدلاً من الحقوق ، لذلك لا تتعلق هذه الدعوى بحق ولكن بالإخلال بواجب .

3- اختلاف الدعوى عن الحقّ من حيث مباشرة كل منهما :

تختلف شروط مباشرة الدعوى عن شروط الحقّ حيث يمكن أن تتوافر شروط مباشرة أحدهما دون توافر شروط مباشرة الآخر [1] .

---

(1) (ومن مظاهر ذلك ما يأتي :

أ- تختلف قواعد أهلية الالتجاء إلى القضاء عن شروط الحقّ . ومن تطبيقات ذلك أن ناقصي الأهلية ←

4- اختلاف الدعوى عن الحقّ من حيث الموضوع :

أ- يختلف محل الحقّ عن محل الدعوى . فمحل الحقّ هو التزام بإعطاء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه . أما موضوع الدعوى فهو الحصول

←

كالقُصَّر يملكون الحقوق ، ولكنهم لا يستطيعون مباشرة الدعوى أمام القضاء حيث يباشرها الممثل القانوني وإلا بطلت إجراءات الخصومة .

ب- تتقيد مباشرة الدعوى ببعض الشروط الخاصة كاستيفاء شكل معين أو مراعاة ميعاد معين . ويترتب على مخالفة هذه الشروط عدم قبول الطلب الذي يمارس به حقّ الدعوى ، ولا يؤثر ذلك على وجود الحقّ الموضوعي وممارسة صاحبه له والانتفاع بمزاياه .

ت- قد يمارس حقّ الدعوى شخص آخر غير صاحب الحقّ ، ومثال ذلك الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن باسم مدينه لمطالبة مدين المدين بحقوق المدين .

ث- تختلف قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة للدعوى عنها بالنسبة للحق . فالقاعدة أن الحقّ يخضع للقانون الذي نشأ الحقّ وقت سريانه ، اما شروط مباشرة الدعوى فتخضع للقانون الساري وقت تقديم الطلب (رفع الدعوى) . وتطبيقاً لذلك قضى بأن القانون الذي يحكم توافر الصفة أو عدم توافرها هو القانون الساري وقت افتتاح الخصومة وأن القانون الساري في وقت افتتاح الخصومة (رفع الدعوى) هو الذي يحكم الشروط الشكلية التي يخضع لها الطلب كالمواعيد المختلفة .

ج- تختلف قواعد تنازع القوانين من حيث المكان بالنسبة للدعوى عنها بالنسبة للحق . فالمبدأ أن الحقّ يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع ، أما الدعوى (منظوراً إليها كسلطة أو كحق شخصي) فتخضع من حيث المبدأ لقانون القاضي ، وإن كان القضاء الفرنسي قد تردد أحياناً فأخضع أهلية الالتجاء للقضاء القانوني الشخصي وليس لقانون القاضي ، كما أخضع الصفة لقانون جنسية الشخص وليس لقانون القاضي . كما ذهب اتجاه فقهي إلى أن الصفة في التقاضي والتمثيل القانوني لا يخضعان لا لقانون القاضي ولا لقانون جنسية الشخص ، ولكن للقانون الذي يحكم الموضوع .

ح- تؤكد القاعدة التي تسمح لأي شخص أن يتقاضى عن طريق وكيل بشرط ألا يخفي شخصيته ويظهر اسمه ، مبدأ التمثيل القانوني ، وتبرز في ذات الوقت استقلال الحقّ الموضوعي عن الدعوى) . نقلاً عن : د . عزمي عبد الفتاح ، ص 36 والتي تليها .

على قرار من القاضي .

ب- ومما يؤكد اختلاف محل الحقّ عن محل الدعوى ان الحقّ الواحد قد تحميه أكثر من دعوى . وتطبيقاً لذلك إذا لم يدفع المشتري الثمن ، فإن للبائع أن يلجأ لواحدة من ثلاث دعاوى ، هي دعوى الفسخ ، ودعوى المطالبة بالتنفيذ العيني ، ودعوى التعويض . .

5- اختلاف الدعوى عن الحقّ من حيث السبب والآثار والانقضاء :

تختلف الدعوى عن الحقّ من حيث السبب . فسبب الحقّ هو الواقعة أو التصرف . أما سبب الدعوى لدى البعض فهي المنازعة التي تولدت بين المدعي والمدعى عليه بسبب الاعتداء أو التهديد ، أو التجهيل الذي حدث لما يزعم شخص انه حقّ له .

وتختلف الدعوى عن الحقّ من حيث الاثار فهي تقوي الحقّ ، ولا تطابق آثار الحقّ مع آثار الدعوى لاختلاف نطاق كل منهما من حيث الآثار ، وأشخاص الحقّ ليسوا هم بالضرورة أشخاص الدعوى .

كما تقضي الدعوى بأسباب خاصة بها غير الأسباب التي ينتهي بها الحق[1] .

174) - مدى استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي :

يتجه الفقه الإجرائي الحديث إلى استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي ، ولكنه رغم ذلك ، لم يتخذ موقفاً واحداً إزاء مدى هذا الاستقلال . فيذهب

(1) لمزيد من التفصيل ، لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 38 .

البعض إلى وجود علاقات وثيقة بين الدعوى والحقّ بحيث يقال إن هذا الاستقلال استقلال نسبي ، ويذهب اتجاه آخر إلى الفصل المطلق بين الدعوى والحقّ بحيث لا تتبع الدعوى الحقّ في أي شيء وتظهر الدعوى كفكرة مجردة[1] .

الاتجاه الأول – استقلال الدعوى عن الحقّ استقلال نسبي :

يذهب الغالب من أنصار مبدأ الاستقلال إلى أن استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي استقلال نسبي ، فالدعوى عندهم تكون في أغلب الحالات طريقاً للممارسة حقّ موجود من قبل . ولذلك توجد روابط وثيقة بينها وبين الحقّ . ومن الخطأ – في رأيهم – الإفراط في هذا الاستقلال إلى حد القول إن الدعوى مستقلة تماماً عن الحقّ . وقد قدم أنصار هذا الاتجاه عدة مظاهر لوجود هذه الروابط ، فقد اعتبر البعض أن مظاهر الصلة بين الحقّ والدعوى تنعكس على تقييم شروط الدعوى ، واعتبر البعض الآخر أن هذه الروابط تظهر فيما يسمى لديهم بتكييف الدعوى أي اعتبار الدعوى عينية أو شخصية . فهذه الدعاوى تسمى كذلك حسب طبيعة أو محل الحقّ الذي يتمسك به المدعي . ويتوقف اعتبار الدعوى قابلة للانتقال أم غير قابلة على طبيعة هذا الحقّ . ولكي يفصل القاضي في مسألة قبول الطلب الذي يباشر به حقّ الدعوى فإنه يجب عليه أن يضع في اعتباره طبيعة ومحل الحقّ الذي يثيره المدعي لتأييد ادعاءاته . وأخيراً فإن الدعوى والحقّ تجمعهما وحدة الهدف وهو ضمان مال معين ، كما أن الوفاء

(1) لمزيد من التفصيل ، لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 43 .

يقضي على الدعوى والحقّ الموضوعي معاً [1] .

الاتجاه الثاني – استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي استقلال مطلق (الفكرة المجردة للدعوى) :

ويذهب هذا الاتجاه إلى ان الدعوى فكرة مجردة ومستقلة تماماً عن الحقّ الموضوعي . وأنها حقّ عام يثبت لكل شخص في المجتمع دون تحديد مسبق لأشخاص هذا الحقّ ، وهي حقّ يوجد في ذاته ولا يختلف مضمون الدعوى فهو واحد دائماً ، ويكون دور القاضي بالنسبة لكل الدعاوى دوراً واحداً أيضاً .

وطبقاً لما تقدم فقد عرف أنصار هذا الاتجاه الدعوى بأنها حقّ مجرد في الحصول على الحكم سواء كان الحكم لصالح المدعي أو لغير صالحه . وعرّفها البعض بأنها حقّ تقديم عريضة إلى السلطة القضائية أسوة بتقديم العرائض إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية فالدعوى هي العريضة التي تقدم إلى السلطة القضائية .

وقد انتقد البعض – بحق – هذا الاتجاه للأسباب الآتية[2] :

- أن النظرية المجردة تخلط بين الدعوى كفكرة إجرائية وبين حقّ الالتجاء إلى القضاء (حقّ التقاضي) وهو فكرة دستورية .
- أنها تُصوّر الدعوى كحق لا يمكن التنازل عنه رغم أن ذلك من

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 49 .

خصائص حقّ الالتجاء إلى القضاء .

- أنه لا يمكن تجريد مركز الدعوى عن محله وهو تأكيد مركز موضوعي معين (حقّ) ، وهذا المحل ركن من أركان الدعوى .

- أن هذه النظرية لا تفسر ظاهرة عدم قبول الدعوى (الطلب) رغم تقديم مطالبة صحيحة .

- أن القانون يتأثر بخصائص هذا المحل عندما ينظم الدعوى ويقسم الدعاوى إلى دعاوى شخصية ودعاوى عينية عقارية أو منقولة [1] .

ونحن بدورنا من مؤيدي الاتجاه الأول ، فمهما كانت الدعوى متغايرة من الحقّ في الماهية والأثر ، إلا أنها غير منفكة منه تمام الانفكاك ، فلا توجد دعاوى بدون حقوق أو مصالح مندرجة تحت عناوين حقوقية ، كما أن الحقّ مرتبط بركنين مهمين من أركان الدعوى وهما : الخصومة التي تنشأ - في العادة - من تزاحم الحقوق أو الصراع عليها ، والمصلحة التي تدور - في العادة - في فلك الحق [2] .

---

(1) وقد ردَّ الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح على هذه الانتقادات وحاول دحضها ، وبالتالي تأييد الاتجاه الثاني . ، ص 50 .

(2) كما ميَّز الدكتور عبد الحي حجازي بين الحقّ والأثر القانوني غير المقصود لذاته ، لاحظ ، كتابه ، في الحقّ ، ص 129 .

المطلب الثاني
الحقّ وغاياته

175) - اختلاف غاية الحقّ عن غاية القانون :

عندما يكون الحقّ مختلفاً عن القانون ، فبديهي أن تختلف غاياتهما ، فغاية القانون مُختلفٌ فيها منذ القدم ، كما اختلفت المذاهب والمدارس في تحديدها ، لكننا لو دققنا الأمر في سبب ظهور القوانين بالشكل الذي تظهر فيه عبر العصور ، لوجدناه يحقق مصلحة بالغة الأهمية ، ادراك مضمون هذه المصلحة هو ما اختلف عليه الفقهاء والفلاسفة .

وإذا شئنا أن نفسر المصلحة بالمنفعة ، فأمرها مختلف بين الفلاسفة ، إذ يرفض "اهرنج" التوجُّه الفردي لـ "بنتام" في تصويره للمنفعة على أنها هي اللذة ، بدعوى ان عيب "بنتام" هو أنه وضع للمنفعة معيارا ذاتيا ، بحيث يصبح ما هو نافع ذاتيا معيارا لما هو نافع موضوعيا للمجتمع ، لذا يتبنى "اهرنج" النظرة الاجتماعية ، على أساس ان الكائنات تسعى بأفعالها إلى تحقيق شروط حياتها ، وكذلك القانون ، مضمونه هو تأمين شروط الحياة في المجتمع . ذلك ما يدعو غالبية الفقهاء إلى التسليم بأن "اهرنج" يدافع من النفعية الاجتماعية [1] . فأساس

---

(1) ان النظرية الاجتماعية - طبقا لاهرنج - تفسح مجالا للفرد ، لكن النظرية الفردية لا مكان فيها للمجتمع . ان الكل يحتوي بداخله على الجزء ، لكن الجزء الذي يرغب في أن يعيش لنفسه يستبعد الكل . إذا سعى الجزء إلى رفاهيته المنعزلة ، فبعده الطوفان أما إذا توخى الكل سعادته الجماعية ، اعتنى بالجزء ، لأن الكل لا يتمتع بالصحة إذا مرض الجزء . تلك هي الأفضلية الأولى للنظرية الاجتماعية على النظرية الفردية ، واجب المجتمع العناية بأعضائه . والأفضلية الثانية هي الغاية المثلى ←

القانون عند "اهرنج" هو المنفعة ، ومعياره نسبية الغاية ، وهذه الغاية هي تأمين شروط الحياة في المجتمع .

ولكي تتأمَّن شروط الحياة في المجتمع ، يتدخل القانون في ما هو واجب عليه لتحقيق هذه الشروط ، لكن يبقى الاختلاف قائما في أي صوب يتوجه تدخل القانون نحو المجتمع أم نحو الفرد ؟

يقول "اهرنج" ان شروط الحياة هي فكرة نسبية ، تتحدد وفقا لما يتعلق بالحياة . والحياة ليست محض وجود ، بل هي رفاهية . ان فكرة شروط الحياة تتسع ليس فقط لشروط الحياة الجسمانية ، بل ايضا لكافة الأموال واللذات التي تنبع على الحياة وفقا لحكم ذاتي قيمتها الحقيقية . وشروط الحياة في المجتمع هي وراء قانونية ، ومختلطة ، وقانونية محضة . ان الشروط وراء القانونية تتعلق بالطبيعة ، ولا شأن للقانون بها . والشروط المختلطة تتوقف على الإنسان ، وتوجد أربعة شروط أساسية : حفظ الحياة ، والانسال ، والعمل ، والتجارة . والبواعث على هذه الغايات عددها ثلاثة : حفظ الغايات ، والرغبة الجنسية ، والرغبة في التملك . هذه الشروط مختلطة لأنها تتعلق أولا بالطبيعة ، من خلال هذه البواعث الثلاثة ، ولا يتدخل القانون إلاّ حينما تتخلف هذه البواعث . أما

←

للحياة ، القيمة العليا المعترف بها للوجود الفردي . ان الفرد طبقا للنظرية الفردية ذرة منعزلة ، والغاية العليا لحياته هي سعادته على هذه الأرض . أما النظرية الاجتماعية فهي تدرج الفرد في الحياة الاجتماعية ، في عملية تطور الإنسانية . ومن ثم تتعاظم الحياة الفردية ، ولا يعيش الفرد سدى ، بل يساهم في عمل الإنسانية . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 534) .

شروط الحياة القانونية البحتة ، فالمجتمع يستعين بالقانون لتأمينها ، فالقانون ليس في حاجة إلى الامر بالطعام والشراب ، فإن غريزة حفظ الذات تتولى ذلك ، لكن القانون يأمر دواما : لا تقتل ، لا تسرق ، والا سادت حرب الكل ضد الكل[1] .

والحقيقة أن سعادة الإنسان ، بالمفهوم الكلي للكلمة ، هي غاية القانون الحقيقية ، ولا يعني ذلك أننا مع ما ذهب إليه " بنتام " بالطرح المطلق ، وإن كنا ضد جُل ما طرحه "اهرنج" ، فإننا لسنا مع تأطير هذه الغاية بإطار نظرية المنفعة أو اللذة – عامة كانت أم خاصة – ، فالمنفعة ليست غاية في ذاتها ، فهي تفترض وجود غاية ما يراد بلوغها ، وقيام هدف أعلى به تقاس المنفعة كما ان المفاضلة بين المصالح المتضادة يجب أن تتم وفقا لمبدأ خارج عن المصالح ، يملي في أي الأحوال يكون من العدل أو الظلم حماية مصلحة بعينها ، علينا اذن بمبدأ قانوني ، مستقل عن الغايات المتعين بلوغها والمصالح المراد حمايتها . كما أن القانون يستحيل أن يكون وسيلة لتحقيق وسائل مجردة عن قيمتها ، بل فقط طريقة لتحقيق العدالة ، في مجتمع معين ، بوصفها الخير الأسمى وهدفها في ذاته . في حين أن اهرنج لم يكشف عن الغاية العليا للنظام القانوني من معيار العدالة ، عن الوسيلة الرئيسية لتحديد السلوك الاجتماعي ، عن الميزان المستعمل

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، المرجع السابق نفسه ، ص 535 . ويضيف : (ان القواعد القانونية تسعى إلى تأمين شروط الحياة في المجتمع . فالمجتمع هو " الشخص الغائي " للقانون . ان الأفراد هم أعضاء لوحدات عليا تفوقهم ، هذه الوحدات العليا هي " أشخاص القانون " ، لأن المجتمع هو الذي يجعل من المرء كائنا إنسانيا . المجتمع في هذا المعنى الاجتماعي السياسي هو الشخص الغائي للقانون . لكن يوجد أشخاص غائيون آخرون داخل المجتمع ، مثل الفرد ، والدولة ، والكنيسة ، والجمعيات . والقانون يتعلق بهذه الأشخاص الغائية الخمسة ، فهي المحاور الغائية للقانون كله ، ويمكن ردها إلى ثلاثة : الفرد ، والدولة ، والمجتمع) .

لقياس المصالح ، إذا ما تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الفردية . ان القول بأن القانون يؤمن شروط الحياة في المجتمع ، هو التسليم بأن القانون الوضعي يناسب دائما غايته ، أي الخير العام وهذا محال [1] . وهذا ما دعا إلى ضرورة التسليم بوجود قانون طبيعي يعلو القانون الوضعي بما يحققه من غايات لا تعدو أن تكون إلا غاياتٍ لفكرة الحقّ ، فلو أن غاية القانون النهائية هي غاية الحقّ المباشرة ، لنجح القانون في أداء مهمته على أكمل وجه . لذا نُميِّز هنا بين الحقّ وغاياته ، ونحدد منها العدل والمصلحة .

الفرع الأول
الحقّ والعدل

176) - اختلاط بعض معاني الحقّ ببعض معاني العدل :

للعدل معانٍ كثيرة ، كما شهدنا للحق معانٍ كثيرة أيضاً ، إلا أن بعض معاني العدل تتلاقى مع بعض معاني الحقّ ، ولهذا تساوى المعنى في أن يُقال أن فلاناً حَكَمَ بالعدل أو أنه حَكَمَ بالحقّ ، فالحقّ والعدل يتفقان في المعنى الذي وضعه

---

(1) يرى البعض أن اهرنج كان يريد فعلا لا تبرير أي نظام ، بل مساندة نظام معين هو الدولة البسماركية ، بما تحوي من سياسة اريد تسميتها الاشتراكية ، تضليلا لنضال الطبقات الكادحة . فما معنى الحديث عن الاشتراكية لمجرد أن الدولة تملكت بعض وسائل الإنتاج مثل السكك الحديدية ؟ ان الغاية من التأميم في عصر بسمارك ، هي توفير احتياجات الحرب المقبلة . ان اهرنج نفسه فهم ذلك حينما كشف عن الغاية من ملكية الدولة بقوله " ان الدولة يجب أن تحوز مخزونا من الوسائل الاقتصادية يكون جاهزا في كل وقت لتحقيق أهدافها " . فملكية الدولة في عصر بسمارك تخدم هدف الحرب العدوانية ، ولا تسعى إلى تحقيق الرفاهية للشعب . (المرجع السابق نفسه ، ص 536 .)

الفقيه ((أولبيان)) للعدل من أنه : إعطاء لكل شخص ما يستحقه ثواباً أو عقاباً[1] ، بمعنى ان العدل بمعنى الحقّ ، أو الحقّ بمعنى العدل ، يطلق على اعادة التوازن في العلاقات بين الأشخاص إلى نصابها الصحيح ، ولهذا شُبِّه العدل بالميزان أو بالقسط[2] ، وهذا التوازن عادة ما يكون على أساس المساواة ، فإن كانت مساواة مطلقة ، فالعدل مطلق ، وإن كانت مساواة نسبية ، فالعدل نسبي[3] ، ولهذا فالعدل أمر يطلق على التعادل بين أمرين أو أكثر ، وبهذا فهو ، على الاكثر ، من المصاديق التي توصف بها النسب بين الأشياء ، أما الحقّ فهو مفهوم تصوري ، قد يطلق صفةً لغير النسبة بين الأشياء .

ويختلف مفهوم العدل عن مفهوم العدالة ، فالعدل مفهوم تجريدي عام ، وذو أبعاد موضوعية ، أما العدالة فهو مفهوم شخصي خاص ، وذو أبعاد شخصية ، ولهذا قيل عن القانون أنه يسعى لتحقيق العدل ، في حين أن القاضي يسعى لتحقيق العدالة ، ذلك أن القانون في مسعاه لتحقيق العدل ، يضع قواعد عامة ومجردة وافتراضية ، أما القاضي فيواجه القضايا المعروضة عليه ويفضي فيها بالعدالة ، ولهذا قيل في العدالة أنها إحساس أو شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير والذي يهدف إلى إعطاء كل ذي

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، القانون ، ص206 .

(2) كما في قوله تعالى : ((وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)) "النساء/58" ، ((واقسطوا إن الله يحب المقسطين)) "الحجرات/9" ، ((ليجزي الذين آمنوا وعملوا الصالحات بالقسط)) "يونس/4" ، ((وأنزلنا معهم الكتاب والميزان)) "الحديد/25" ، ((كونوا قوّامين بالقسط)) "المائدة/8" .

(3) لاحظ : بحث الأستاذ عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة ، مفهومها منزلتها ووسائل ادراكها ، منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، (عدد خاص) ، مايس ، 1984 ، ص 58 .

حقّ حقّهُ[1] ، ولا يجوز إطلاق هذا التعريف على العدل ، وإن كان البعض فعل ذلك[2] ، إلا أن تبرير ما فعل ، مرده أن العدل صفة تستغرق العدالة ، فإذا وصف إنسان أنه عادل إنما كان هذا استناداً لصفة العدل فيه ، ولربما يكون الفرق بين العدل والعدالة تزيّداً جماليا في وضع الحدود والفواصل ليس إلاّ [3] ، فكلاهما يؤدي الغرض ذاته ، كما أننا لا نرى أن ما يصدق على العدالة لا يصدق على العدل ، كما أن التمييز بينهما على أساس أن العدل هو المساواة ، والعدالة هي الإنصاف[4] ، غير دقيق ، فالعدل لا يعني المساواة في جميع الأحوال ، كما أن العدالة لا تعني الإنصاف في جميع الأحوال ، فالإنصاف قد يطلق على الإحسان ، وكل من الإحسان والعدل محله في قواعد الأخلاق ، فالعدل فضيلة من الفضائل الأخلاقية ، كما أن التسوية بين متشابهين والتفرقة بين مختلفين ، يصدق على العدل مثلما يصدق على العدالة ، والفرق بينهما في الصفة التجريدية للعدل مقابل الصفة التشخيصية للعدالة .

---

(1) لاحظ ، بحثنا فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع ، بحث منشور في مجلة (بحوث مستقبلية) ، نصدرها كلية الحدباء الجامعة في الموصل ، العدد الأول ، 2000 ، ص 317 .

(2) الدكتور عبد الحي حجازي ، القانون ، ص 203 . (حيث عرّف العدل بأنه : احساسٌ يتجلى فينا على هيئة استحسان أو استهجان . . .) .

(3) و هذا ما نتلمسه في العديد من الكتب ، وهو خلطٌ وارد . قد لا يتمكن البعض من الصد عنه ، فهناك من يطلق عبارة العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية على العدل التوزيعي والعدل التبادلي . (كالدكتور ثروت الأسيوطي ، ص 574) . وهناك من يُطلق عبارة العدالة الاجتماعية على العدل الاجتماعي . (كالدكتور نعيم عطية ، ص 35) . أو بالعكس . (كالدكتور عماد الدين خليل ، (لاحظ ، مؤلفه : مقال في العدل الاجتماعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1984 ، ط2 ، ص 5) .

(4) لاحظ : عبد الباقي البكري ، بحثه في مبادئ العدالة ، ص 58 .

177) - أوجه الاختلاف بين الحقّ والعدل :

على الرغم من التعاريف العديدة التي وُضعت لكل من الحقّ والعدل ، لكننا ، سنميِّز بينهما على أساس تعريف الحقّ بأنه قيمة كيان الشخص في المجتمع جديرة بالحماية ، والعدل إعطاء كل شخص ما يستحقه . فإن العدل هو مناط إعادة الحقوق إلى نصابها الصحيح ، فالعدل هو الذي قضى بمساواة الناس في حقوقهم الطبيعية واختلافهم في حقوقهم الوضعية ، وهو المُبيِّن والموضِّح لقيمة كل شخص في هذه الحياة على اعتبار ما يستحق .

لكن الحقّ بوصفه قيمة هو مفهوم تصوري ، أما العدل فهو على الأكثر مصداق يطلق على النسبة التامة ، فإن لم تكن تامة وغير خبرية ، أو كانت تامة وخبرية وليست على سبيل الاذعان ، فالعدل مفهوم تصوّري ، فقيمة كيان الشخص في المجتمع ، إما أن تحدد بوضع الميزان بين ما له من حقوق وما عليه بسبب تلك الحقوق ، من واجبات ، كما نتحدد أيضاً بوضع الميزان بين ما لكل شخص من حقوق ، طبيعية كانت أم وضعية ، ولهذا فإن العدل هو المعيار الذي يتحكم في تحديد هذه القيمة . وأحيانا تكون للإنسان قيمة فردية ، بغض النظر عن مرتبطاته بحقوق الآخرين ، أو صلاته بما عليه من واجبات ، فالقيمة الفردية للإنسان لا تقرر نسبة ما ، وبالتالي لا يتحكم العدل في تحديدها .

إن العدل هو السر الذي به تسير عملية الحياة بين الناس بمأمن عن الصراع ، إذ أن إعطاء كل شخص ما يستحقه كفيل بعدم نشوب نزاعات بين الناس ، فالعدل هو سر تعايش الناس متسالمين فيما بينهم ، وصدق "ابن خلدون" عندما

قال : ((أن العدل أساس العمران[1])) ، ولهذا فإنه يُعدّ من أسمى الفضائل الأخلاقية التي تسعى قواعد القانون إلى تحقيقها [2] ، كما أنه ، ولكونه ، غاية جميع القوانين ، تمثل قيمة الخير في أحد أوجهها ، ولهذا فإن علاقة الحقّ بالعدل علاقة وثيقة جداً ، ولا ينفكان عن بعضهما ، ذلك أن فرضية الجماعة القائمة أساساً في تعريف الحقّ، تجعل الإنسان في حاجة دائمة للتعامل مع أخيه الإنسان في داخل الجماعة ، كما أن الجماعة تكون بحاجة أفرادها مثلما الأفراد بحاجة إلى العيش في كنفها ، ولهذا فإن العلاقات التي تقوم بين الناس أمر مفروغ منه ولا بد من قيامه ، وبالتالي فإن احتمالية تصادم الحقوق وتزاحمها ، أمر قائم أيضاً ، حتى وإن لم تتصادم الحقوق أو لم تتزاحم فيما بينها ، فالعدل يبين لكل شخص مقدار قيمته وحدودها ، والوظيفة التي يؤديها في داخل الجماعة ، ومقدار أهميتها ، وحدود المقابل الذي يحصل عليه إزاء تلك الوظيفة ، فالعدل ليس أمراً مقترناً بوجود نزاع ، وأن كان هو معيار فَضِّه .

إن شيوع العدل بين الناس غاية سامية يسعى القائمون على سن التشريعات لتحقيقها[3] ، كما يسعى كل مفسر أو مطبق للقانون إلى إدراكها ، ذلك أن شيوع

---

(1) د . فايز محمد حسن ، فلسفة القانون عند ابن خلدون ، ص 64 .

(2) كما أن العدل فضيلة أخلاقية سامية . (لاحظ : أرسطو طاليس ، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس ، ج2 ، ترجمة : أحمد لطفي السيد ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1994 ، 57 .)

(3) عرف الفقه الروماني القديم قاعدة تقول : ((أن الغلو في العدل غلو في الظلم)) ، للدلالة على أن التمسك الحرفي بتحقيق العدل قد يُحدث ظلماً ، إذ قد يبتعد الحقّ عن تحقيق غاياته الأخرى ، لا سيما ذات الطابع الاجتماعي ، فالغلو في العدل قد تتحقق به حالة التعسف في استعمال الحقّ ، فيترتب على هذا الاستعمال ضرراً للغير ، فيبتعد الحقّ عن تحقيق غاياته الإنسانية والاجتماعية . (لاحظ ، لمزيد من ←

العدل في المجتمعات كفيل بإشاعة كل أوجه الخير ، ولهذا قيل في العدل أنه فضيلة الفضائل ، فيه ينعم الإنسان بالأمان والطمأنينة ، ويمارس كل شخص دوره المعهود له في المجتمع ، وتسير عجلة الحياة بسلاسة ويُسر .

إن جدارة قيمة الحقّ بالحماية القانونية نابعة من أنها مقترنة بالكيان القانوني للشخص ، فإن توقفت هذه القيمة لضرر أو نقص أو مس أو أي شائبة ، فإن حماية القانون لها يكون في صورة سد النقص فيها أو بتعويضها أو رفع المس والأذى عنها ، وكل ذلك يتم بالعدل ؛ فالعدل بين الحقوق كالميزان بين الأشياء ، يجعلها متكافئة وغير منقوصة .

178) - اختلاط معنى الحقّ بمعنى العدالة في الفكر الأرسطي :

تحدث أرسطو عن العدل فجعل أساسه المساواة ، وميز بين صورتين له : " العدل التوزيعي " في مجال الأموال ، ثم " العدل القانوني أو التعويضي " في نطاق المعاملات [1] ؛ وما دامت العدالة هي المساواة أيضاً ، والظلم عدم المساواة ، فالعدالة يمكن أن تكون توزيعية وتعويضية ، والعدالة التوزيعية تقتضي أن تعالج الحالات المتساوية معالجة سوية ، ومن ثم إذا وجد شخصان غير متساويين ، وجب أن لا يحصلان على ما هو متساوٍ . ومنع الشجار والشكوى ، أن تعطى

←

التفصيل : د . محمد شوقي السيد ، التعسُّف في استعمال الحقّ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1979 ، ص 71)

(1) لاحظ ، أرسطو طاليس ، علم الأخلاق ، ج 2 ، ص 70

المتساوين انصبة غير متساوية ، أو تمنح غير المتساوين انصبة متساوية . والناس يتفقون على أن العدالة في التوزيع يجب أن تجري وفقا للاستحقاق ، ثم يختلفون في فهم المقصود بالاستحقاق[1] .

والمساواة عند "أرسطو" مركز وسط بين وضعين غير متساويين ، مثل مكان التقاء مساحتين متفاوتتين ، وبما ان العدالة هي المساواة ، فالعدالة أيضا مركز الوسط بين النفع والضرر ، خط يلتحم عنده هذان النقيضان ، فيؤخذ من النفع لجبر الضرر حتى يتساوى الوضعان . لذا سميت العدالة باليونانية " ديكايون " ، لأنها قسمة بين جزئين متساويين " ديكا " ، وغدا القاضي هو من يقسم بالتساوي ، أي من يقيم العدالة . وبتطبيق ذلك على الفرد يتبين أن الحقّ – طبقا للمفهوم الأرسطي للعدالة – لن يختلف في مدلوله عن ما جاء في بعض معانيه اللغوية ، أي القسمة والنصيب ، حظ الفرد من التقسيم العادل ، ولن يعني أبدا أية سلطة مقررة للفرد ، ناهيك عن أن تكون هذه السلطة مطلقة . ولهذا يرى البعض ان مجال الحقّ هو النسبي المقسوم ، لا المطلق غير المحدود . الحقّ هو الشيء . لا السلطة التي تقع على الشيء[2] . والحقيقة أن الحقّ لا يخرج عن كونه قيمة

---

(1) (فالديمقراطيون يعتبرونه مرادفا للأحرار ، والأولجاركيون يعدونه مطبقا للثراء ، والأرستقراطيون يرونه مماثلا للامتياز . وتخضع العدالة التعويضية أيضا لمبدأ المساواة فتقدر الأشياء والأفعال بالنسبة إلى قيمتها الموضوعية طبقا لمعادلة حسابية ، بغية وضع كل طرف في مركز مساو تجاه الآخر ، فلا يعطي أو يأخذ أكثر أو أقل من الآخر ، في الروابط التعاقدية والعلاقات التقصيرية) . لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 574

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 575 .

يـرعاها القانـون ويحمـيها بتحقـيق العـدل ، ويُعـيدها القاضـي إلـى نـصابها الصحيح إن نقصت أو طرأ عليها عارض عن طريق تحقيقه للعدالة .

الفرع الثاني
الحقّ والمصلحة

179) - معنى المصلحة :

المصلحة كالمنفعة وزناً ومعنًى ، وهي مصدر معنى الصلاح [1] ، وهي تعني ، من بين ما تعنيه ، جلب منفعة ودرء مفسدة ، وهي الغاية التي يبتغيها الإنسان في تصرفاته وأفعاله ، ومهما تعددت معاني المصلحة ومقاصدها ، فإننا نريد أن نفهم هنا طبيعة صلتها بالحقّ ، وهل هي الحقّ في ذاته ؟ أم ماذا ؟

عندما عرَّف البعض ، لا سيّما أصحاب النظرية الموضوعية ، الحقّ بأنه مصلحة ، غاب عنهم إن المصلحة هي الباعث في تصرفات الفرد ، كما إنها باعث إقرار الجماعة بهذه التصرفات ، وهذا الباعث الذي يقف وراء أعمالنا ، تقومه فكرة الحقّ ، ولا شك إن الباعث ومقوِّمه شيئان مختلفان ، ونوضح ذلك بمثال : إن لكل شخص الحقّ في التملك ، هنا يقوم زيد بشراء منزل من بكر ، الباعث هنا هو مصلحة لزيد يقومها حقه في التملك ، ويُشرعها عدم معارضتها مع حقوق الآخرين أو الانتقاص منها بغير حقّ ، فالتصرف قد حقق له غاية أقرها حقه ، وشرعها عدم احتوائه على العدوان على حقوق الآخرين ، لكن هل يمكن أن

(1) لاحظ : د . محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر ، دمشق ، 2007 ، ص 47 .

نقول إن مصلحة زيد في شراء المنزل هو حقه في الشراء ؟ لا شك إن لزيد كما لغيره حقّ في الشراء والتملك والتعاقد ، لكن ماذا يقف وراء تصرفه ؟ لماذا اشترى منزل ولم يشتر سيارة – مثلاً – ، هنا الحديث عن المصلحة ، فشراؤه للمنزل حقق له مصلحة ، أي منفعة ، بمعنى إنه جلب لنفسه الخير بهذا التصرف ، ودرء عن نفسه الشر ، وبه تحققت مصلحته المبتغاة .

180) – الصلة بين الحقّ والمصلحة :

و لا مندوحة من أن الرباط بين الحقّ والمصلحة رباط متين ، ذلك إن قيمة كيان الشخص في المجتمع قد تنقص عما ينبغي أن تكون عليه ، فتنهض المصلحة لتكمل هذا النقص وتدفع الشخص ، إما ليعمل أو يتصرف ، أو ينازع أو يخاصم أو يدعي ، فكان تتمة القيمة أو تفعيلها هي المصلحة التي تقف وراء تلك الأفعال ، وقد يعني هذا القول إن المصلحة ذات بعد شخصي نفساني ، كما يذهب إليه البعض [1] ، وهذا الرأي صحيح إلى حد ما ، إذا ما أقررنا إن مصالح الأشخاص تختلف باختلاف اذواقهم وتوجهاتهم الشخصية وبواعثهم وغرائزهم ، وهذا ما دفع الفقه إلى انتقاد نظرية (اهرنج) في تعريفه للحق بأنه : " مصلحة يحميها القانون " ، إذ كيف نعرف فكرة يقوم عليها كيان القانون بأكمله ، بمفردة

(1) وقد عرَّف "روكو" وهو فقيه ايطالي ، المصلحة بأنها : تقدير شخصي لشيء باعتباره مفيداً ، وهو حكم صاحب الحاجة على فائدة شيء باعتباره وسيلة لإشباع حاجته ، وقد استنتج البعض أن المصلحة عند هذا الفقيه هي عمل ذهني وهي بهذه المثابة فكرة نفسية ، شخصية كفكرة الحاجة ، وليست موضوعية كفكرة المال . (لاحظ تفصيل ذلك : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 87 ، الهامش (2) .) .

تحددها الأهواء الشخصية سواء للأشخاص أم للمُشرِّع [1] .

فضلا عن ذلك أنه إذا كان في إقرار القانون للحق يفترض وجود مصلحة معينة ، إلا أن المصلحة في ذاتها لا تصلح أن تكون حقًّا في جميع الأحوال [2] ، ويعد هذا أهم انتقاد موجه لنظرية (اهرنج) في تعريف الحقّ ، ويضرب الفقه أمثلة من بينها : أنه لو تعاقد مستأجر يسكن في الطابق العلوي الأخير من عمارة تضم عدة طوابق عائدة لمؤجر ، واشترط الأول على الأخير أن يفرش السلالم ويضيئها من أدنى العمارة إلى أعلاها ، فطبيعي أن جميع سكان العمارة سيستفيدون من إضاءة السلالم وفرشها ، وهنا تتحقق مصالحهم ، لكن لا نستطيع أن نقول أن لهم حقّ تجاه صاحب العمارة في هذا الالتزام الذي ألقاه على كاهله تجاه مستأجر الطابق العلوي ، إذ يبقى ، وحده المستأجر ، الذي اشترط هذا الشرط على المؤجر ، صاحب حقّ تجاه الأخير ، يخوله الرجوع عليه عند عدم الوفاء بالتزامه . وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض الرسوم الكمركية على البضائع والمواد الأجنبية المستوردة من الخارج لحماية الصناعات الوطنية ، فأصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة في فرض هذه الرسوم ، لأنها تحد من منافسة الصناعات الأجنبية لمنتوجاتهم ، ومع ذلك فليست تعطيهم هذه المصلحة حقًّا في فرض تلك الرسوم ، كل ما هنالك أنهم ينتفعون منها إن فُرضت [3] . وكذا الحال

---

(1) لاحظ الانتقادات الموجهة لنظرية (اهرنج) في تعريف الحقّ : د . رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، ص 26 .

(2) لاحظ : د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 ، ص 412 .

(3) لاحظ : د . حسن كيرة ، ص 434 .

في حالة قيام شخص بالاتفاق مع أشخاص لحراسة بيته ، إذ تتحقق ، بهذا الاتفاق ، مصلحة الجيران ، دون أن تتقرر لهم حقوقا . ولكن نلاحظ على هذا النقد انه ، وبالرغم من سلامته منطقاً ، إلاّ أن أصحاب النظرية الموضوعية ، أي نظرية (اهرنج) ، قد ذهبوا إلى انه ليس كل مصلحة يحميها القانون تعد حقًّا ، وإنما المقصود بالمصلحة هنا ، هي المصلحة التي يحميها القانون لذاتها وليس بطريقة عرضية[1] . كما أن بعض المصالح التي تتقرر للغير ، قد تعطيهم حقوقا ، ففي الاشتراط لمصلحة الغير ، تتحقق للغير حقوقا قبل العقد الذي هو غير عنه [2] .

ومع ذلك قد يسأل سائل ، ما الذي يجعل الحقّ جديرا بحماية القانون ؟ أليست المصلحة ؟ . وعلى الرغم من أن هذا التساؤل وجيه إلى حد ما ، لكنه قد يؤدي إلى انحراف في المسلك القانوني القائم والواصل إلى حماية الحقوق ، فالحقوق تُحمى لذواتها ، لا لما تجنيه حمايتها من مصالح ، لا شك أن حماية الحقوق تجني مصالح كثيرة ، لكنها لا يمكن أن تكون هي الدافعة للمُشرِّع لحماية الحقوق ، بعبارة أخرى فهي ليست معيارا لجدارة الحقّ للحماية ، ذلك أن معيار جدارة الحقّ للحماية نابع من تماسه بكيانه الشخصي أو وضعه ، بحيث لا يكون لذلك الكيان قيمة ولا لذاك الوضع معنى إلاّ بوجود الحقّ ، سواء تحققت بحمايته مصلحة أم لم تتقرر : وإلا فما تفسير حماية المُشرِّع لحق ملكية توارثه

(1) لاحظ : د . رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، ص 26 .

(2) لاحظ : د . سعدي إسماعيل عبد الكريم البرزنجي ، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الإسلامي ، جامعة بغداد ، 1974 ، ص 155 .

صاحبه خاليا من المنفعة ، عندما يوصي شخص بأن يتقرر حقّ منفعة بعد موته على أحد أملاكه ، فعند الموت ، يتملك الوارث هذا المال دون أن تتحقق مصلحته في الاستفادة منه ، فهو مالك بلا مصلحة ، وكذا الحال بالنسبة لحماية حقوق الممارسين لبعض الألعاب الخطرة كالمصارعة والملاكمة ، وما إلى ذلك .

لكن ، في المقابل ، إن حماية القانون لبعض الحالات ، كالملاكمة والمصارعة ، تحقق مصلحة لهم ، ذلك أنهم يستمتعون بممارسة واحتراف هذه الألعاب ، وبالتالي فالأمر لا يخلو من مصلحة . وإذ يبدو صحيحا هذا الاعتراض لأول وهلة ، فإنه يغيب عليه أن هذه الممارسات في الوقت نفسه تؤدي إلى حدوث مضرة بهم ، وأحيانا لمن ينظر إليهم ، إذ تصيب الغير بحالة من الاستهجان ، وهذا الأمر لا يختلف كثيرا في حالة تدخل القانون لمنع الحاق الأذى ببعض الحيوانات غير الضارة ، إذ لا يتدخل القانون هنا لحماية ما يعرف مجازا بحقوق الحيوان ، لاقتصار منظومة الحقوق على بني البشر فحسب ، إنما تدخله يأتي لحماية حقوق فئة البشر ذاتها ، إذ غالبا ما تتأذى النفس البشرية ، نفسياً ، عند معرفتها بهذا الايذاء الواقع على بعض الحيوانات ، وكذا الحال في حماية بعض النباتات ، كحماية الغابات ومنع قطع الأشجار ، وكذا الحال بالنسبة للجمادات ، كحماية الآثار القديمة ، فجميع هذه الأحكام أقرت لحماية حقوق الإنسان ، فليس للحيوان أو للنبات أو للجماد حقوقا بالمعنى القانوني للكلمة ، وقياسا على هذا المنطلق ، لماذا لا يتدخل القانون لمنع الملاكمة والمصارعة كونها تؤدي إلى حدوث مضرة لممارسيها وللغير ؟ الجواب الوحيد لهذا التساؤل هو لتمتع كل شخص بحق اختيار هوايته أو حرفته أو مهنته ، وإن حققت له الايذاء ، حتى وان انعدمت مصلحته أو مصلحة غيره في حماية هذا الحقّ ، في حين أن حماية بعض الحيوانات أو النباتات أو

الجمادات ، تحقق حماية للبشر ، دون أن ننظر ، من خلال هذه الحماية ، إلى المصالح التي تحميها . وهذا لا يعني خلو الأمر من مصالح تتحقق بحماية الحقوق ، لكنها ليست مقصودة بذاتها عند حماية الحقوق ، وإلا فلماذا لا يحظر القانون ممارسة الملاكمة ، في حين أنه يحظر رفع حزام الأمان عند قيادة السيارات ؟ إذا نظرنا إلى الحالتين بدقة ، ومن زاوية المصلحة ، نجد أن كلا الفرضين يشتركان في إمكانية حدوث الأذى ، لا بل في حالة الملاكمة يكون الأذى أكثر في احتمالية الوقوع من الفرض الثاني ، فلما لا يمنع القانون ممارسة الملاكمة ويمنع رفع حزام الأمان ؟ ! أليست المصلحة واحدة في وجوب الحظر ، إذا قسنا على حكم الفرض الثاني ، أو عدم الحظر ، إذا قسنا على حكم الفرض الأول ؟ لكن الجواب الثابت المترسخ هو أن الملاكمة لم تُباح لمصلحة ، بل لحق ، وأن رفع حزام الأمان من قائد السيارة ، حُظر لحق ، لا لمصلحة ، ذلك أن القانون لم يستطع منع ممارسة لعبة الملاكمة لاصطدامه بحق مترسخ لكل إنسان أن يختار هوايته أو حرفته أو مهنته ، وإن أدى اختياره إلى الايذاء به ، ما دامت إرادته واعية ومعتبرة في هذا الاختيار ، أما حظر القانون لعدم وضع حزام الأمان من قبل سائق السيارة ، فهو لحمايته من أي احتمال لا يرتضيه هو لنفسه أو للآخرين ، بعكس المُقبل على ممارسة الألعاب الخطرة كالملاكمة ، فهو يعلم خطورتها ويرضى بما ينجم عن ممارستها من أذى لنفسه[1] . من زاوية أخرى

---

(1) وقد عالج الفقه المدني هذه الحالة في نظرية قبول المخاطر الرياضية ، فذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى أن قبول المخاطر توجد عندما "يرتضي المضرور بحرية وإدراك وبمعرفة كاملة لسبب الخطر ، وكان في استطاعته تقدير طبيعته ونطاقه وأنه قد قبل ضمنا ومقدما نتائج هذا الخطر " . بينما في نظر اتجاه آخر إن فكرة قبول المخاطر "يعترف بها لسلوك الفرد الذي يعرض نفسه للخطر الذي يعرف ←

فمالك السيارة لم يشتريها ، والسائق لها لا يقودها ، لغرض الانتحار أو ايذاء نفسه ، إنما يقودها لغرض اشباع حاجته ، أو حاجات أسرته ، أو غيره ، في التنقل من مكان إلى آخر[1] للسهولة واليسر ، وبطريقة آمنة ، لا تحول دون تحقق هذا الغرض ، وما وضع حزام الأمان إلا أحد وسائل تحقق هذا الغرض ، وهذا ما دفع القانون إلى عدم جواز رفعه ، إذ دفعته لذلك حماية حقّ جدير بذاته للحماية ، إذ غالبا ما لا تتحقق أية مصلحة من وضع حزام الأمان بالنسبة لبعض الناس الذين يسوقون سياراتهم بسرعة ضئيلة داخل المدن[2] . كما أن القانون ،

← طبيعته ومداه وتظهر نيته بطريقة ضمنية على اعفاء الغير الذي بواسطته أُنشئ هذا الخطر من المسؤولية ومن التزامه بالمحافظة على سلامته " . وقد عُرّفت حالة قبول المخاطر في نطاق الألعاب الرياضية بأنها رضا المشارك في لعبة رياضية خطرة بما ينجم عنها من مخاطر دون أن يكون بإمكانه البحث عن مسؤول سبب له الضرر الحاصل بتحقق الخطر . (لاحظ لمزيد من آراء الفقه وأحكام القضاء حول هذا الموضوع : د . لطفي البلشي ، قبول المخاطر الرياضية ودوره في تحديد المسؤولية المدنية ، (بدون ذكر مطبعة أو مكان النشر) ، 1994 ، ص 27 .) .

(1) وهذا ما يتفق مع تقيّد استعمال الممتلكات بالغرض الذي أعدّ له استعمالها ، فلكل شيء غرضه في الاستعمال ، وغالبا ما ترتبط أحكام القانون في جواز الاستعمال أو حظره ، باتفاق الاستعمال مع الغرض المعد له الشيء ، أو عدم اتفاقه معه . (لاحظ : د . عبود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 ، ص 172) .

(2) وقد يعترض الناظر لهذه المقارنة بين ممارسة الملاكمة ورفع حزام الأمان من قبل سائق السيارة ، من وجهين : الأول : هو أن المقارنة تمت بين عمل وامتناع عن عمل ، فالملاكمة عمل وعدم ربط حزام الأمان هو امتناع عن عمل .

الثاني : أن وضع أو ربط حزام الأمان ما هو إلاّ واجب وليس حقّ ، فالمقارنة معقودة بين حقّ ، في مثال الملاكمة ، وبين واجب ، في مثال ربط حزام الأمان . وبالنسبة للوجه الأول من الاعتراض ، نقول أن المقارنة لم نقصد بها التميز بين مجرد سلوكين ، بقدر ما هي مقارنة بين توجهين مختلفين للقانون ، كانا من الواجب أن يتحدا ، إذا انطلقنا من زاوية حماية المصالح ، وتوجّه القانون في الحظر أو ←

ومن زاوية دوره في حماية الحقوق ، قد يقصد ، عمداً ، حماية بعض المصالح التي لا ترقى إلى درجة الحقوق .

181) - أوجه الاختلاف بين الحقّ والمصلحة :

ويمكن سرد أهم نقاط الاختلاف بين مفهومي الحقّ والمصلحة في النقاط الآتية :

1- الحقّ مفهوم تقويمي ، وهو مقّوم لكل شيء ، مقّوم للسلوكيات والأوضاع والأنماط والإجراءات ، ولكل ما من شأنه أن يدخل في نطاق علم القانون . أما المصلحة فهي مفهوم سلوكي ، تتقوم بها سلوكيات الأشخاص ليس إلا ، من حيث مقدار ما تجلب من منفعة وما تدرأ من مفسدة ، ولهذا لا يمكن أن نتخذ من المصلحة معياراً لفهم وتقويم أنظمة قانونية ، كالأهلية وتحديد سن الرشد والضرائب والخدمة العسكرية

←

الإباحة ، أو أي حكم آخر ، لا يعتمد على طبيعة السلوك فيما لو كان إيجابيا أم سلبيا ، بل يعتمد على مدى تحقق الحقوق والمحافظة عليها وحمايتها . أما الوجه الثاني للاعتراض ، فإن ربط حزام الأمان هو واجب مقترن بحق ، فلو افترضنا أن التعليمات المرورية التي تنزل بمنزلة القانون ، لا تحاسب أو تعاقب على رفع حزام الأمان من قبل سائقي السيارات ، فهل سيكون هذا أساسا لعدم وجوبية وجود حزام الأمان في السيارات ؟ الجواب سيكون حتما بالنفي ، إذ من حقّ كل شخص يشتري سيارة ، ليس فيها حزام أمان أو فيه عطل لا يصلح ، أن يرجع على البائع بالضمان - متى توافرت شروطه الأخرى - ، ولا يستطيع البائع أن يتذرع بعدم وجود قواعد تُلزم استعمال حزام الأمان ، لأن ربط الحزام ، في الأساس ، حقّ ، أقرن به القانون واجبا قابله بحق آخر ، وهذا ما سنتناوله عند حديثنا عن الواجب بوصفه العنصر الملازم للحق .

وانضباط الموظفين وإلى ذلك من نظم . أما السلوك ، كالتصرفات القانونية ، فالمصلحة فيها معتبرة لا تنفك عنها[1] ، كما إن المصلحة معتبرة في مدى اتصالها ببعض الأحكام[2] ، وخصوصا تلك المتصلة باشتراط صفة معينة في مصلحة الشخص المرتكب للسلوك لتحقق حكم القانون على ذاك السلوك ، لتتشكل من خلال ذلك مفاهيم الجرائم والأفعال الضارة ، عندما يكون عدم مشروعية المصلحة هو المعيار في تحقق حكم القانون في عد الفعل غير مشروع [3] .

2- ليس صحيحاً أن يقال : إن كل حقّ هو مصلحة ، وكذلك ليس بالضرورة أن تكون كل مصلحة حقّ ، على اعتبار إن الحقّ جزء من المصلحة ، والحقيقة إن العلاقة بين الحقّ والمصلحة ليست علاقة خصوص وعموم ، بل هي علاقة من وجه محدود ، فالحقّ قيمة مطلقة (في عالم القانون المفصول عن عالم الأخلاق) ، أو نسبية (في العالم التي تتصل به قواعد القانون بقواعد الأخلاق) ، ظهر القانون لحمايتها ، في حين إن المصلحة غاية شخصانية تتعدد ومختلف من شخص لآخر ، ولا يمكن للقانون حمايتها إلا في حدود معينة ، أو في نطاق تصويره

---

(1) فالمصلحة ركن في العقد ، وهي تدخل تحت مفهوم السبب ، وقد أطلقنا عليها في بحثنا عن "قنونة" العقد ، اسم (المصلحة العقدية) . (لاحظ البحث ، ص18 .) .

(2) ونقصد بها الأحكام المرتبطة بالسلوك ، وهذا ما قصدناه في عدّ المصلحة غاية الأحكام في كتابنا (خواطر مدنية) ، ص 418 .

(3) كما هو الحال في تحقق حالة التعسف في استعمال الحقّ ، عندما يكون استعمال الحقّ لتحقيق مصلحة غير مشروعة . (المادة (7) مدني عراقي) .

لمصلحة الجماعة تحت مفهوم (المصلحة العامة) .

ثم إن التوصيف بأن كل حقّ مصلحة ، اختزال للحق في دائرة ، لا تتسع لحجمه الحقيقي ، كما إن عدم عد كل مصلحة ، بالضرورة ، حقًّا ، يجعل من دائرة المصلحة أوسع نطاقاً من دائرة الحقّ ، وهذا غير صحيح ، فدائرتي الحقّ والمصلحة لا تتقاطعان ، بل إن دائرة المصلحة تدخل في الفلك الرحب الكبير لقيمة الحقّ ، فبهذه القيمة توجد ، وبها تُقوّم .

3- بالحقوق تتحقق المصالح ، لكن ليس بالضرورة أن تتحقق الحقوق بالمصالح ، فالحقوق التي للأشخاص ، طبعاً أو وضعاً ، هي التي تخلق المصالح ، لهم أو لغيرهم ، في اتخاذ سلوك معين ، تصرف أو فعل ، ولهذا فحق التعليم – على سبيل المثال – مكفول للجميع ، لكن لو فرضنا إن قسماً علمياً في كلية تابعة لجامعة معينة ، أعلن عن تخصيص خمسة مقاعد دراسية لدراسة الماجستير في تخصص معين ، وقام عشرة بالتقديم إلى هذه الدراسة ، وتم قبول خمسة فقط ، فصحيح أن نقول إن من حقّ الجميع الطعن في النتائج ، لكن ليس من مصلحة المقبولين الطعن فيها ، هنا تحقق الحقّ للجميع ، ولم تتوفر المصلحة لمن تم قبولهم .

لكن من زاوية أخرى ، لو أن سائلاً يسأل ، أن واحدا من بين المقبولين لم يتم تدقيق أوراقه بشكل جيد ، إذ لم يكن أحد الشروط متوافرا فيه ، فهل من حقّ غير المقبولين الطعن في نتيجة قبوله ؟ ، هنا لا نقول من حقه ، بل من مصلحته الطعن في النتيجة ، إذا كان

تسلسله يأتي في المرتبة السادسة ، على اعتبار إن سحب قبول ذلك المتقدم إلى دراسة الماجستير خلقت له مصلحة في الطعن ، في حين إن سحبه بمفرده ، لا يخلق مصلحة ما لمن هو في المراتب الأخرى الباقية ، وهذا ما جعل قوام الطعن في الأحكام والقرارات قائم على أساس المصلحة وليس على أساس الحقّ [1] .

لكن ماذا لو إن القسم العلمي أعلن عن خمسة مقاعد ، وكان عدد المتقدمين فقط أربعة ، هل سيكون من حقهم القبول حتى وأن لم تتوافر في بعضهم بعض الشروط ؟ الجواب بالطبع سيكون بالنفي ،

---

(1) نصت الفقرة (1) من المادة (224) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدّل على أنه : ((كل حكم صادر من محكمة بداءة أو استئناف أو أحوال شخصية ، يجوز الطعن فيه بطريق اعتراض الغير الذي لم يكن خصما أم ممثلا أو شخصا ثالثا في الدعوى ، إذا كان الحم متعديا اليه أو ماسا بحقوقه ، ولو لم يكن قد اكتسب درجة البتات)) . كما أن جميع طرق الطعن في الأحكام ، لا تُقبل إلا من ذي مصلحة ، ولهذا نصّ القانون نفسه في المادة (169) منه على أنه : ((لا يُقبل الطعن في الأحكام إلاّ ممن خسر الدعوى ، ولا يُقبل ممن أسقط حقه فيه اسقاطا صريحا أمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل)) . وهذا يدل ، ضمنا ، أن لكل طرف في الدعوى الحقّ في الطعن ، لكن الطعن لا يُقبل إلاّ من اقترن حقه بمصلحة ، وقيام أي طرف بإسقاط حقه في الطعن قرينة على انتفاء مصلحته فيه ، كما أن من لم يخسر الدعوى ليست له مصلحة في الطعن ، وإن كان له حقّ فيه ، وهذا يدل على عدم المطابقة بين الحقّ والمصلحة . كما أن الطعن في القرارات التي تصدرها الإدارة امام القضاء الإداري ، لا يُقبل إلاّ من ذي مصلحة ، وإن كان الطعن في هذه القرارات قد أخذ شكل الدعوى ، وفي هذا الصدد نصت الفقرة (أولا) من المادة (13) من قانون مجلس شورى إقليم كوردستان العراق رقم (14) لسنة 2008 ، على أنه : ((تختص المحكمة الإدارية بما يلي : - أولا : النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الاقليم ، بعد نفاذ هذا القانون ، والتي لم يعين مرجع للطعن فيها ، بناء على طعن من ذي مصلحة محتملة ، وتكفي إن كان هناك ما يدعو إلى إلحاق الضرر بذوي الشأن)) .

لأن الإجراءات المتعلقة بالقبول أناطها المُشرِّع بالقسم العلمي ، فله أن يقبلهم وله أن يمتنع عن قبولهم ، لكن لو إن أحداً منهم تم قبوله ولم تكن شروطه مكتملة ، هل إن للجميع الحقّ في الطعن في النتيجة ؟ الجواب بالطبع بالنفي ، لانعدام المصلحة .

صفوة القول : إن المصلحة وبوصفها مقوِّم للسلوكيات ، هي التي تقام عليها الطعون في الأحكام والقرارات ، لا إنقاصاً من فكرة الحقّ ، بل تأكيداً لها ، وتأييداً لمقولة إن المصلحة هي التي تساهم في تفعيل قيمة الحقّ ، حينما تكون هذه القيمة ، في النطاق الإرادي للأشخاص ، إذ لا يتم تحصيلها إلا بأفعالهم ، فالمصلحة هي المحرك لهذه الأفعال التي تتم بها تفعيل قيمة الحقّ . وهذا ما جعل معظم تعاريف الحقّ تدور حول الإرادة أو المصلحة أو كليتهما معاً .

4- الحقّ مشروع بذاته ، والمصلحة مشروعة بغيرها ، إذ ليس بصحيح أن نتكلم عن حقّ غير مشروع ، فالحقّ دائماً مشروع ، وهو أساس مشروعيته ، أما المصلحة فبالإمكان الحديث عن عدم مشروعيتها . إذ بالإمكان أن تكون مشروعة أو غير مشروعة .

5-الحقّ هو مناط مشروعية المصلحة ، وليس صحيحاً أن يقال إن المصلحة تكون غير مشروعة إذا حرّمها القانون ، بل الصحيح أن المصلحة تكون غير مشروعة إن مست ، بتحققها ، حقًّا ، إذ لا يجوز أن تتحقق المصالح على حساب الحقوق ، إلا إذا انعدمت الفكرة بانعدام أحد

عناصرها ، فلما كان الحقّ هو قيمة جديرة بالحماية لكيان الشخص في المجتمع ، فهذه القيمة هي القيمة الحقيقية المطابقة لطبع الشخص ووضعه في المجتمع ، فلا يعد حقًّا للشخص ما عسى أن يناله من وسائل غير مشروعة ، كالغصب والسرقة ، أو بالغش والاحتيال ، فهنا لا نكون أمام حقّ غير مشروع ، بل أمام عدوان نشأ منه العدم ، فالحقّ إما أن يكون أو لا يكون ، فإن كان ، كانت له قيمة ، وإلا فلا قيمة له . ولهذا فإن الطعن في الحقوق بدافع المصلحة غير جائز ، لكن الطعن في الوسائل التي وجد بها ذلك الحقّ [1] ، بدافع المصلحة ، جائز ، على اعتبار إن المسألة قائمة على تزاحم بين حقّ ولا حقّ ، تدفعه المصلحة في تفعيل حقّ لم يُفعّل بسبب تفعيل حقّ بوسائل غير محقّة ، فعلى سبيل المثال ، إن تصرف الشخص في ماله يدخل في صميم حقوقه ، لكن هذا التصرف لو انطوى على غش لغرض تعريض الضمان العام للدائنين للخطر ، فإن من حقّ كل دائن له حقّ مستحق الأداء لدى المدين أن يطعن بعدم نفاذ هذا التصرف ، إذا تبين إن هناك تواطؤا بين المدين ومن تصرف معه ، أو كان

(1) ففي الإثبات ، وإن يتم تداول إطلاق عبارة إثبات الحقّ ، فإن محل الإثبات ، كما يذهب اليه الفقهاء ، بحق ، هو السبب المنشئ للحق المدعى بوجوده أو زواله أو وصفه – على حد تعبيرهم – ، فالإثبات لا يرد على الحقّ ذاته لكنه يرد على المصدر المنشئ له أو المؤدي إلى زواله أو الحاق وصف به سواء أكان هذا المصدر تصرفا قانونيا أم واقعة مادية . ذلك أن الحقّ فكرة مجردة تستعصي عقلا على الإثبات . (لاحظ الفقهاء : د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، الإثبات وآثار الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص 46 . د . عبد المنعم البدراوي ، دروس في إثبات الالتزام ، القاهرة ، 1993 ، ص5 . د . عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الإثبات ، منشورات جامعة جيهان ، أربيل ، 2012 ، 82 . د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، دار الثقافة ، عمان ، 1999 ، ص 30) .

التصرف قد وقع تبرعا [1] . فمصلحة الدائن في الطعن متوافرة في تفعيل حقه في التنفيذ على أموال المدين وعدم إهدارها ، على الرغم من أن ما له من حقّ يعادل ما للمدين من حقّ في التصرف ، كما ويعادل ما للمتصرف معه المدين من حقّ في التصرف أيضا ، ولكن الفعل ، بما احتواه من غش وتواطؤ ونيل من مصالح الدائنين ، دفع الدائن للطعن في التصرف لمصلحة تقرها فكرة الحقّ ويحميها القانون ، وفكرة الحقّ ذاتها هي التي جعلت من تصرف المدين مع من تصرّف معه ، تصرفا غير نافذ في حقّ دائني المدين ، لعدم اتّساق المصلحة مع ما تحمله فكرة الحقّ من قيم ، فالمصلحة هي أساس ترجيح حقّ الدائن ، عندما اعتمد المدين على وسائل غير محقّة لممارسة حقه .

6-للحق مفهوم ذو مضمون عام مجرد من الشخصنة ، نفهم منه أنه

---

(1) نصت المادة (264) مدني عراقي على أنه : ((1 - إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حقّ الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ومجرد علم المدين انه معسر كاف لاقتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم ان هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم بذلك .

2 - اما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حقّ الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشاً .

3 - وإذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلاّ إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف بعوض أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعاً)) .

قيمة كيان كل شخص في المجتمع ، وعلى أساس هذه القيمة الجديرة بحماية القانون ، نعرف وضع الشخص في المجتمع ، ومقدار الحماية التي يحظى بها من قبل القانون ، وحتى في ظل الحقوق الوضعية ، يبقى للأوضاع التي يعيشها كل شخص ، مضمون عام مجرد ، قائم على التمييز بين تلك الأوضاع ، على أساس العمل والعطاء والمقدار ، والذي يميز شخص من شخص ، وليس وضع من وضع . أما المصلحة ، وإن كان لها مفهوما عاما ، لكنها لا تخلو من الشخصانية ، فهي مرتبطة ببواعث وغايات شخصية ، تختلف باختلاف الأشخاص ، وليس فقط باختلاف الأوضاع ، إذ لو كان من حقّ كل شخص أن يتعاقد أو لا يتعاقد ، على وفق المفهوم العام للحق ، وأن حقّ كل متعاقد لا يختلف عن حقّ متعاقد آخر للنوع نفسه من العقود ، لكن المصالح بين الأشخاص قد تتباين وتختلف ، فمصلحة بائع الذهب في تبديله بذهب من عيار آخر بكمية مختلفة ، قد تكون محققة لدى زيد بائع الذهب ، دون بكر بائع آخر للذهب وهكذا .

كما أن البعد الشخصي للمصلحة يجعلها متفاوتة بين الأشخاص ، في حين أنها محاطة بالظروف والأحوال ذاتها ، فعلى سبيل المثال ، إن قيام أعضاء هيأة التدريس في إحدى الكليات في الجامعة بالإضراب للمطالبة ببعض حقوقهم ، يحقق مصلحة لبعض الطلبة في عدم الدوام ، لأن مثل هؤلاء الطلبة يرون في عدم مجيئهم للكلية للدوام يحقق لهم مصالح متنوعة تتفاوت فيما بينهم ، في حين أن البعض الآخر من الطلبة يرى في إضراب التدريسيين ، مضيعة لدراستهم وتأخيرهم عن تلقي العلم ، فهنا

تتفاوت المصالح بتفاوت الأشخاص ، لكن المصلحة المعتبرة ، والتي تصلح أساسا للطعن في القرارات والأحكام ، هي التي تتفق مع فكرة الحقّ .

7-و ترتيباً على ما سبق قوله في النقطة السابقة ، فإن الحقّ ، وبما يحمل مفهومه من مضمون عام ومجرد ، لا يعطي فسحة للقاضي في تقدير وجوده من عدمه ، وما على القاضي إلا الانزواء تحت راية احترام الحقوق وصيانتها ، أما المصلحة وبما يحمل مفهومها من مضمون ذا بعد شخصي ونسبي ، فإن للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مدى وجودها من عدمه ، ومدى مشروعيتها من عدمها [1] .

8-إن الحقّ ، ولكونه قيمة إنسانية سامية ، يحمل معنى استاتيكي ثابت غير متحرك ، فهو ، يبقى على الدوام قيمة كيان الشخص في المجتمع ، وعلى أساس هذه القيمة ، نعرف ما للشخص وما عليه ، لكن للمصالح معاني ديناميكية ، وهي في الحقيقة المحركة لقيمة كيان الشخص في المجتمع في الحقوق التي يتم نيلها من خلال السلطة التي يمارسها الأشخاص ، فالمصلحة هي المحركة لسكون الحقّ وإطلاقه ، ولهذا كانت المصلحة ، بمعناها المجرد ، المتّسق مع فكرة الحقّ ، هي غاية الأحكام في عموم القوانين التي تختص بتنظيم سلوك الأشخاص ،

(1) لاحظ ، في السلطة التقديرية للقاضي : د . نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984 ، ص 12 والتي تليها . ولاحظ أيضاً : د . عزمي عبد الفتاح ، أساس الادعاء ، جامعة الكويت ، 1987 ، ط 1 ، ص 161 .

من حيث قيامهم بإبرام التصرفات القانونية ، أو إتيانهم لأفعال مشروعة أو غير مشروعة ، أو قيامهم باتخاذ مواقفهم ، أو ادعائهم على بعضهم ، أو ممارسة الطعون في الأحكام والقرارات وأي عمل مرتبط بسلوك الإنسان [1] .

9-كما إن من الفروق الجوهرية بين الحقّ والمصلحة ، أن الحقّ هو أساس الادعاء أمام القضاء ، والمصلحة هي أساس الطعن أمامه ، فالمدعي يطالب بحق له أمام القضاء ، ولا يكفي أن يطالب بتحقيق مصلحته ، إلاّ إذا كان ادعاؤه مقدم على شكل طعن بحكم ، كاعتراض الغير ، أو بقرار ، كالدعوى الإدارية .

10- وليس ببعيداً عن النقطة السابقة ، فإن الدعوى ، ولكونها طلب مقدّم للقضاء ، يتأسس هذا الطلب من القضاء على فكرة الحقّ ، ذلك أن القضاء هو الجهاز الرسمي المكلّف بإحقاق الحقوق وتحقيق العدالة بما يحقق تطبيق القانون تطبيقا سليما يتوافق وفكرة الحقّ . أما الطلبات المقدمة إلى الإدارة ، - ويأخذ حكمها أيضاً الطلبات القضائية في غير صورة الدعوى - ، فيجب أن تتوافر فيها المصلحة ، ذلك أن الإدارة بما تجسده من أجهزة حكومية ، وظيفتها تنفيذ القوانين تنفيذا قسريا ، محققة في ذلك مصالح المواطنين ، أو من توجهت القواعد القانونية لتحقيق مصالحهم ، دون اجهاد أو اجتهاد من القائمين على الإدارة في تقصّي العدل أو تحقيق العدالة ، ولهذا وجب التخصص في القانون لمن

(1) لاحظ المعنى نفسه : كتابنا ، خواطر مدنية ، ص425 .

يمارس مهنة القضاء ، ولم يتوجب ذلك على رجل الإدارة .

11- وأخيرا ، فإن المعنى التجريدي العام لكل من مصطلحي الحقّ والمصلحة ، ووجه الاختلاف بينهما ، هو جوهر الاختلاف بين العمل الذي يؤديه رجل القانون أو الحقوقي ، والعمل الذي يؤديه رجل السياسة أو السياسي ، فهدف الأول هو احقاق الحقّ ، وإن كان متعارضا مع السياسة التي يسلكها ، في حين أن هدف الثاني هو تحقيق المصلحة ، وإن كانت متعارضة مع القانون الذي يخضع له ، وهذا فرق مهم ، بحد ذاته ، بين علمي القانون والسياسة .

الباب الثالث

الحقّ في ميزان القيم

(أكسمولوجيا الحقّ)

الباب الثالث
الحقّ في ميزان القيم
(أكسمولوجيا الحقّ)

182) - ما معنى أن نضع الحقّ في ميزان القيم (الأكسمولوجيا) ؟ :

بعدما وضعنا الحقّ في ميزان الوجود ، وترجّح لدينا وجوده ، وبعدما وضعناه في ميزان المعرفة ، واتّضح لنا معناه ، نأتي بعد ذلك لنتساءل ما قيمة أن نعرف أن الحقّ موجود ، وان معناه هو كذا ، ما لم يأخذ منزلته الحقيقية على أرض الواقع ؟ أليس حليًّا بنا أن نعرف منزلة الحقّ ، كونه قيمة ، لا سيّما تجاه القانون ، الذي جعله الكثير مصدراً وخالقاً للحق ، من جهة ، وتجاه الواجب ، الذي استبدله الكثير بالحقّ وحلّه محلّه ، من جهة أخرى ؟ ألا يكون من المنصف للحق أن نبين مدى انطباق فلسفته على عيّنات من الواقع القانوني ، وكيف يتغير حكم الأوضاع والأنماط بمجرد تحولنا من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ ؟ أليس من الحكمة أن نرى كيف يكون الحقّ معتبراً في جميع الأنماط والأوضاع المُنظّمة من قبل القانون ؟ وقبل كل هذا لا بُدّ أن نقف عند المراحل العمرية التي يمر بها الحقّ ، إذ أن بحث الحقّ كقيمة حياتية مرتبط ببحث حياة الحقّ ذاتها ، كما أن بيان كيفية سير وجري الحقوق في الواقع ، يتطلب منا معرفة حياة الحقّ والمراحل

العمرية التي يمر بها ، كي نستطيع ادراك منزلته تجاه كل من القانون والواجب ، وكذلك معرفة مدى اعتباره في مختلف التطبيقات القانونية على أرض الواقع .

إن الاجابة على جميع هذه الأسئلة ، ووضع الحلول للفرضيات السابقة ، سيوضّح لنا جلياً قيمة الحقّ في ميزان القيم (الأكسمولوجيا) ، وبالتالي لن يكون أمامنا إلا وضع بعض اللمسات لتبيين العلاقة بين فلسفتي الحقّ والخير . عليه سنوزع هذا الباب إلى فصلين نبحث في الفصل الأول حياة الحقّ ومنزلته ، ثم نُعرج في الفصل الثاني على اعتبار الحقّ وتوظيف فلسفته .

الفصل الأول
حياة الحقّ ومنزلته

183) - الحقّ المحور الأساس للدراسات القانونية :

لا تخلو دراسة تبحث في أي موضوع أو اختصاص لا يكون الحقّ محورها الرئيس ، شاء الباحث أم أبى ، حتى الذين يكتبون في موضوعات متصلة بفلسفة النظام ، لا يقوُون على وضع الحقّ جانباً ؛ فمن يكتب في المعاملات المالية على اختلاف أنواعها ، مدنية أو تجارية ، ومن يكتب في القانون الدولي ، خاصًّا كان أم عامًّا ، ومن يكتب في قانون الأسرة ، ضمن نطاق الزواج أو متعلّقاته ، ومن يكتب في الإجراءات ، مدنية كانت أم جزائية ، ومن يكتب في الجرائم والعقوبات ، وفي القضاء ، مدنياً كان أم جزائياً أم إدارياً ، ومن يكتب عن الإدارة وأعمالها والرقابة عليها ، ومن يكتب في السلطات السياسية القائمة في الدولة واختصاصاتها القانونية ، ناهيك عمن يكتب في مختلف العلوم القانونية ، فضلاً عن الفنون ، كعلم أصول الفقه وعلم المقارنة والمنهجية والتكييف والتفسير والبحث والاستقصاء ، وما إلى غير ذلك ، كلها تدور في فلك الحقوق إما من حيث الموضوع أو الشكل أو الأصول أو المنهج ، وهذا يؤكد مدى علو منزلة الحقّ وسموها .

184) - لا قانون بغير حقوق :

يذهب البعض[1] ممن قللوا من أهمية الحقّ ، إلى أنه : (ليس كل شيء في القانون هو الحقّ . فهناك كثير من القواعد القانونية لا يترتب عليها حقّ البتة . ومن هذا القبيل الحلول المقررة تحت أسماء شتى ، تحقيقاً للصالح العام ، (كالنظام العام أو حسن الآداب أو مصالح الغير . . . الخ) فتلك قواعد لا يترتب عليها إلا واجب الخضوع للقاعدة دون أن يكون هناك طرف إيجابي مقابل ، فالدولة لها حقوق عامة أو خاصة (أو بالأحرى وظائف فما للدولة سبب يسيغ وجودها إلا خدمة أعضائها التي تتكون منهم) بخلاف الجمهور ، فإنه - وإن يكن مستفيداً في مجموعة من التزامات أو قيود تفرض على الأفراد - تحقيقاً للمصلحة العامة ، ليس قابلاً لأن تكون له حقوق إذ ليس له ذاتية محددة . أما مصالحه فإنما تحمى عادة بواسطة الدولة سواء من الناحية الجنائية أو الناحية المدنية . وليس صحيحاً كذلك أن القانون ليس إلا مجموع الحقوق الفردية أو الجماعية التي يوجب القانون احترامها . بل الصحيح هو أن الحقّ لا يغطي النظام القانوني كله . فالنظام القانوني كما ينص على الحقوق ينص على الواجبات . بل لقد قيل أن النظام القانوني قد أقيم أول الأمر على أساس الواجبات قبل أن يصل إلى إنشاء الحقوق . وجلي بنفسه ما يوجد في النظام القانوني من واجبات عديدة تتكون منها لحمة النسيج القانوني الذي تكتسي به جماعتنا المعاصرة) . ولا أتفق مع هذا الرأي ، ففكرة الواجب ، كما سنرى ، تابعة في الوجود لفكرة الحقّ ، كما أن وجود بعض الأنظمة التي لا شأن للحق بها - كما يزعم - ليس سديداً ،

(1) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 58 .

فالنظام العام هو لسان حال حقوق الجماعة الوضعية المنتظمة في دولة ، وكذا الآداب العامة ، ثم أن هاتين الفكرتين ما كانتا لتظهرا إلا في دائرة نظرية العقد القائمة على الحقّ ، إذ ان مضمون كل منهما كان قائماً على فكرة إبطال العقد لمخالفته للمبادئ السامية التي تأسست عليها الجماعة ، والحقيقة أن النظام العام والآداب العامة لا يعدوان أن يكونا معاً الإرادة العقدية العامة ليس إلا .

مما سبق يظهر لنا جليًّا وبدون أية مبالغة ، أن القانون ما كان ليظهر لولا ضرورة أملتها الحاجة لوجود نظام يحمي الحقوق وينظم سيرها وجريها .

عليه فإننا سنتناول في هذا الفصل حياة الحقّ في مبحث ، ومنزلة الحقّ في مبحث ثانٍ .

المبحث الأول
حياة الحق

185) - حياة الحقّ بين العَيْمَمَة والتشخيص :

لا شك أن حياة الحقّ ترتبط بحياة الجماعة ، هذا إذا اردنا الحديث عن الحقّ بصفة عامة ، كونه معبراً عن الحقيقة الحاصلة في الحياة ، فكل الظواهر الطبيعية المؤثرة على كيان الجماعة الإنسانية ، تُعبّر عن حقيقة واقعة تعكس لنا المعنى العام للحق ، لكن الحقّ عندما يُنظر إليه على أنه قيمة جديرة بحماية الجماعة التي يُعبَّر القانون عن إرادتها العامة ، مرتبط بفكرة الشخصية بوجه أساس ، ولهذا التصقت حياة الحقّ بحياة الشخص ، مهما كانت طبيعة هذا الحقّ ، حتى وإن كان الحديث عن حقوق الجماعة ، أو ما تُعرف بالحقوق العامة ، فهي حصيلة تجمع وارتباط حقوق كل الأفراد القاطنين في نطاق مكاني واحد ، يجمعهم مصير مشترك ومصلحة عامة للجميع .

إن ارتباط الحقّ بالشخصية ، أدى بالقانون إلى الاعتراف بهذا النمط المعبر عن الوجود القانوني ، سواء أكان للأفراد أم لتجمعاتهم على وجه الافتراض ، لتسيير نشاطاتهم وتيسير أمورها . فحقوق الأشخاص المعنوية والإقرار بها ، ناجم عن تصوير القانون لها بأنها أشخاص وكيانات قانونية ، ترتبط بها فكرة الشخصية ، وعند الاعتراف لها بالشخصية ، تنعقد لها الحقوق التي تلازم ، في العادة ، الغرض من إنشائها .

ولتعزيز مكانة الحقوق وحمايتها ، لبعض الكيانات ، يضطر القانون إلى الاعتراف لها بالشخصية ، بصورة عرضية ، لحين استيفائها لحقوقها ، وهذا الامر يصدق ، على مرحلة ما قبل بدء الشخصية القانونية للإنسان بولادته حياً ، وعلى مرحلة ما بعد فقده لها عند الموت ، إذ غالبا ما نرى أن ثمة حقوقا للجنين والمتوفى ، تستوجب الحماية ، فيفترض القانون وجود الشخصية لهما لحين استيفاء تلك الحقوق . ويعبر القانون ، عادة ، عن قدرة أو صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وعمل الواجبات ، بمصطلح أهلية الوجوب ، وتكون في نظره ، ناقصة ، عندما نُقرر ، على اعتبار أنه شخص تُقرر له الحقوق دون أن تُقرر عليه الواجبات .

إن أهلية الوجوب ، التي تعد الشخصية مناطاً لها في القانون[1] ، تُعبّر عن صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له أو عليه ، مرتبطة بالشخصية ارتباطا وثيقاً ، فلا تنعدم إلا لانعدامها ، ولا تنهض إلاّ بنهوضها ، ؟ ولهذا ذهب بعض الفقهاء إلى عد أهلية الوجوب هي الشخصية القانونية ذاتها[2] . إن هذا الارتباط بين الشخصية والأهلية ، أعني أهلية الوجوب ، وبين الشخصية والحياة ، هو فحوى حياة الحقّ ، فما أهلية الوجوب ، وما الشخصية القانونية ، إلاّ تعبيراً قانونيا عن ما يتمتع به الإنسان من حقوق ، فلا يمكن أن يتجرّد الإنسان من الحقوق ، فإذا هو تجرّد ، يكون قد تجرّد من إنسانيته ، ولهذا ترى الفقه عاجزاً عن تصوّر شخص بدون أهلية وجوب ، فهي صلاحية وجوبية تنطلق ، في الحقيقة ، من التصاق الإنسان

(1) علما أن مناط أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي هي الذمة المالية . لاحظ : د . عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ص 93 .

(2) د . رمضان أبو السعود ، الحقّ ، ص131 .

أساساً بقيمة كيانه في المجتمع ، ولهذا فإن حياة الحقّ لا تنفك عن حياة الإنسان ، وكل من مفهومي الشخصية القانونية وأهلية الوجوب ، ما هما إلا تعبيراً عن هذا الاتصال الوثيق بين الحقّ والإنسان ، وارتباطهما من حيث الوجوب .

ولتفصيل أكثر عن حياة الحقّ ، ومدى ارتباط ممارسته واستعماله بها ، نبيّن سريان القانون في مواجهة الحقوق في مطلب ، ثم نتناول المراحل العمرية للحق في آخر .

المطلب الأول
سريان القانون في مواجهة الحقوق

186) - توحُّد المبرر الفلسفي لتدخل القانون في تقييد الحقوق :

لا يوجد ناموس عام عالمي يتوحد به المبرر الفلسفي في تدخل القانون في تقييد الحقوق ، حيث يعتمد الأمر على العادات الاجتماعية والتقاليد المفروضة في كل مجتمع على حدة ، ولعل ظهور فكرة الدولة ، جعل المجتمعات تتجزّأ على حسب انتمائها لهذه الدولة أو تلك ، وأحيانا لمجموعة من الدول تشترك في الثقافة نفسها ، أو في العرق ، أو اللغة ، أو أنها تنتمي لأمة واحدة .

لكن ، ومع عدم إمكانية قيام ناموس عام عالمي يتوحد به المبرر الفلسفي لتدخل القانون في تقييد الحقوق على نطاق العالم بأسره ، فأنه لا بد أن يكون المبرر الفلسفي لتدخل القانون في تقييد بعض الحقوق ، موحّداً في جميع الحالات داخل المجتمع الواحد ، أو بشكل أكثر تحديداً ، داخل الدولة الواحدة التي يخضع فيها أفرادها لقوانين واحدة ، لا لنوعين من القوانين ، ذلك أن القانون

لا يتدخل في تقييد الحقوق إلاّ لضرورة تقرُّها مصلحة الجماعة ، فالأصل في الحقوق أنها مطلقة ، لا يتم تقييدها إلاّ لدواعي تنظيمها وحمايتها ومنع التصادم فيما بينها ، فمن غير المعقول أن يفرض القانون قيداً على شخص لغرض حماية حياته ، ولا يفرضه على آخر على الرغم من توافر العلّة نفسها ، فليس من المنطقي أن يلزم القانون قائدي المركبات (السيارات) بربط حزام الأمان ، على اعتبار الحفاظ على سلامتهم ، ولا يفرض على قائدي الدراجات النارية (الماطور سيكلات) ارتداء الخُوَذ الواقية من الاصابات ، فالمبرر الفلسفي واحد ، فلماذا الفرض في الأول ، ولما لا يوجد فرضٌ في الثاني ؟ ! . وكذا الحال في تقييده بمنع استيراد بعض البضائع من خارج حدود الدولة لتشجيع الصناعة الوطنية ، أو فرض رسوم كمركية عالية القيمة على البضائع المستوردة من الخارج ، فيجب أن يكون التقييد على جميع البضائع التي تشترك فيها علة المنع ، لكي يتم توحيد المبرر الفلسفي ، في تدخل القانون في تقييد الحقوق ، وهذا ما يساعد القانون على جعله أكثر قبولاً في المجتمع .

وينبغي دائما وأبداً أن يتوحّد المبرر الفلسفي العام لتدخل القانون في تقييده للحقوق ، وهو حماية الحقوق ذاتها ، أو حماية حقوق أسمى منها وأجدر بالرعاية . وكل تدخل يقوم به القانون ، ويعبر به عن الإرادة العامة للجماعة ، مقصود منه حماية الجماعة ذاتها ، أو حماية حقّ لأحد أفرادها ، يؤدي استعمال الحقّ الأول الذي يتدخل القانون لتقييده ، إلى ضياعه أو الحد منه ، فالعملية أساسها الموازنة بين الحقوق وصيانة الأرجح منها عند التزاحم[1] .

---

(1) ولا نقصد هنا التزاحم الخاص بين الحقوق ، بل التزاحم العام بينها ، إذ يُطلق التزاحم الخاص ، في ←

187) - سريان القانون إلى الماضي :

معروف لدى الجميع قاعدة عدم رجعية القوانين إلى الماضي ، والحقيقة أن البعض قد يظن في أن عدم جواز سريان القانون إلى الماضي يأتي احتراماً للنظام ، إذ يؤدي سريان القانون إلى الماضي إلى الفوضى والتداخل ما بين القوانين وإلى آخره من الأمور التي يقرها النظام وفلسفته ، لكن باعتبار فلسفة الحقّ فإن التبرير مختلفٌ تماماً ، إذ أن عدم قبول رجعية القوانين إلى الماضي

←

العادة ، اجتماع حقين - (مصلحتين مشروعتين) أو أكثر بالمعنى الدقيق للحق - في درجة متقاربة من القوة أياً كان سبب هذا الاجتماع ، بحيث يقعان في حالة تعارض وتنازع مما يقتضي الترجيح بينهما . ولا يشتمل التزاحم على الحقوق بمعناها الدقيق فحسب ، بل قد يمتد إلى المصالح المتعارضة كذلك ، بأن يظل مثلاً الاعتراف لشخصٍ ما بحقه ، ولكن لوجود مصلحة أخرى مقابلة متمثلة لشخص آخر فإن استعمال الأول لحقه قد يكون مقيداً ومحدوداً ، أو يحدث نوع من الاشتراك في المصالح ، ومثالها حقوق الارتفاق واستعمال حقّ الملكية . وأسباب التزاحم الخاص في الحقوق ترجع إما إلى الاشتراك في الحقّ بوجود عدة دائنين بحق واحد ، أو أن التزاحم يكون ناجماً عن تعارض مصلحة مع مصلحة أخرى سواء كانت مصالح عامة أو خاصة ، أو قد يكون بسبب قيود فُرضت على حقّ يعود لشخص معين لمصلحة شخص آخر . وقد تكون أسباب التزاحم عبارة عن تصرف قانوني يبرم ليعارض تصرف قانوني قائم ، كما في بيع العين المؤجرة وحدوث التزاحم بين حقّ المستأجر في البقاء في العين وحق المالك الجديد في ملكية العين وطلب التخلية . وقد يكون مصدر التزاحم بين الحقوق مجرد واقعة مادية ، كالحيازة المستوفية لشروطها القانونية لتكون سبباً من أسباب كسب ملكية عقار معين بالتقادم وتعارض حقّ الحائز مع حقّ المالك الأصلي لهذا العقار . ومن الأمثلة الأخرى على ذلك ، تزاحم حقوق الحائزين عند تعددهم ، وغيرها كثيرة . كما قد يكون التزاحم ناجماً عن واقعة قانونية ، كتعدد المتضررين في المسؤولية المدنية وتعارض حقوقهم في الحصول على التعويض . (لاحظ تفصيل ذلك : د . عبد الكريم صالح عبد الكريم ، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 ، ص 39 ، 40 .) .

على تماسٍ مباشرٍ بالحقوق ، إذ لا يجوز أن يكون للفرد حقّ ، ثم يضاع هذا الحقّ بسبب سريان القانون إلى الماضي أو إعمال مبدأ رجعية القوانين ، ولهذا فإن تبرير عدم رجوع القوانين إلى الماضي ، قائم على أساس احترام فلسفة الحقّ وليس فلسفة النظام ، صحيح أن الإقرار برجعية القوانين إلى الماضي سوف يؤدي إلى الفوضى ، وهذا يدل بالحقيقة على أن فلسفة النظام لا تقر برجعية القوانين ، لكن السبب الرئيسي في منع رجعية القوانين إلى الماضي هو احترام الحقوق ، إذ لا يجوز فرض الأعباء والتكاليف والواجبات على الناس بأثر رجعي ، في حين أنه يجوز أن تقر لهم الحقوق ، وتحمى لهم وبأثر رجعي ، ولهذا فإنه لطالما يجوز في هذه ولا يجوز في تلك ، فإن اعتبار فلسفة الحقّ هنا واضح ، بشكل أجلى وأبين من اعتبار فلسفة النظام .

كما أن عدم جواز سريان القانون بأثر رجعي ، جاء احتراماً للحقوق المكتسبة[1] ، لدرجة أن هذه الحقوق أصبح لها نظرية متكاملة في

(1) يرى البعض أنه عند البحث ومحاولة إيجاد مفهوم الحقّ المكتسب في الفقه القانوني والنصوص التشريعية أو معرفته يلاحظ ، أن الحديث عنه غالباً ما يأتيه الفقه من خلال العمل على إقامة صلة وطيدة بين الحقّ المكتسب والأثر الرجعي للقاعدة القانونية ، فنرى أن محل دراسته غالباً ما يدخل في نطاق دراسة تطبيق القانون من حيث الزمان والأثر الرجعي للنصوص القانونية الجديدة ومدى مراعاته للمراكز القانونية القائمة أثناء سريان أحكام القانون القديم ، حيث يكاد تفسر الفكرة على أنها خاصة بالأثر الرجعي للقانون دون سواها من المراكز والمسائل القانونية الأخرى ، بل وأكثر من ذلك فهناك من يذهب إلى أن فكرة الحقّ المكتسب ما هي إلا انعكاس لمعنى عدم جواز رجعية القانون . (آرام محمد صالح سعيد ، الحقوق المكتسبة في القانون المدني ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2015 ، (غير منشورة) ، ص 49) . كما ارتبط مفهوم الحقّ المكتسب بفكرة المراكز القانونية التي ينشؤها القرار الإداري ، فمفهومه اعتمد هنا على ضرورة استقرار المراكز القانونية ، وبالتالي استقرار التصرفات المتعلقة بها . (لاحظ : د . حمدي أبو النور السيد عويس ، مبدأ احترام ←

القانون[1] ، إذ ينبغي احترام ما اكتسبه الأشخاص من حقوق في ظل سريان القوانين التي كانت تحكم عملية تنظيم تلك الحقوق ، وضمن زمانها المعتبر ؛

←

الحقوق المكتسبة في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2011 ، ص 11) .

(1) ذهب جانب من الفقه إلى إنكار وجود مفهوم يدل على الحقوق المكتسبة ، فالبعض قال بأن فكرة الحقّ المكتسب فكرة مبهمة لا يمكن التعريف بها . بل وتحدى آخر أن يتمكن أحد من وضع تعريف للحق المكتسب . كما هاجم الأستاذ "ليون ديگي" ، في محاضرة ألقاها على محامي محكمة مصر المختلفة في 12 / شباط / 1926 فكرة الحقّ المكتسب ، فذهب العميد إلى : " أنا أعرف ما هو الحقّ وإن لم أكن على يقين مما أعلمه عنه ، ولكني لم أدر قط ما هو الحقّ المكتسب ، فإما أن يكون للإنسان حقّ أو لا يكون له شيء من ذلك ، وليس من شأن كلمة (المكتسبة) أن تضيف شيئاً إلى مدلول كلمة (الحقّ) فيتعين لذلك نبذ عبارة (الحقّ المكتسب) نبذاً تاماً لأنها عديمة المعنى " . وفي ظل القانون العام ذهب البعض الآخر إلى أنه : " وبالرغم من تواتر العمل بقاعدة احترام الحقوق المكتسبة في حالة الاستخلاف الدولي ، وبالرغم من اليقين الذي يبديه جانب من الفقه حول إلزاميتها فإن مسألة احترام الحقوق المكتسبة لا تزال من المسائل الغامضة والمثيرة للجدل والنقاش من الناحية النظرية ، بل هي سبب حرب فقهية جعلت من هذا الموضوع من أصعب الموضوعات التي واجهها القانون الدولي بصفة عامة وفي علاقته بموضوع المسؤولية الدولية بصفة خاصة " . ومع كل ما سبق استطاع البعض أن يجد تعريفاً ملائماً للحق المكتسب ، إذ عرّفه بأنه : كل حقّ اعتراه خلل غير مؤثر في جوهره ، أوجبت مبادئ العدالة واستقرار المعاملات حمايته ، لوجاهة ثبوته . (لاحظ : آرام محمد صالح سعيد ، الحقوق المكتسبة في القانون المدني ، ص 48) . وإن كنا لا نتفق مع هذا التعريف ، على الرغم من خروج هذه الأطروحة تحت اشرافنا ، لكن للباحث رأيٌ محترم ، وعلة عدم اتفاقنا أن الحقّ المكتسب يكتسب حمايته واحترامه ذاتياً لصلابة الأساس المترعرع فيه ، لدرجة أنه ما عاد الخلل الذي اعتراه مؤثراً فيه ، لانتقاله من مرحلة النشوء إلى مرحلة ترتيب الآثار ، والتي نجمَ منها ظهور أوضاعٍ شكّلت مناخات ملائمة لظهور حقوق أخرى جديرة بالحماية ، ما كانت لتظهر لولا وجود ذلك الحقّ ، الذي أصبح مكتسباً بالفعل ، فالحقّ المكتسب ، وإن لم يكن ، بطبيعته ، حقًّا بالفعل ، لكنه حقٌّ بالقوة . عليه فالحقّ المكتسب : حقٌّ باعتبار أثره مكتسبٌ بذاته محميٌّ لغيره ، وهذا هو أسلم تعريفٍ للحق المكتسب .

ولهذا فإن رجوع القانون إلى الماضي لا يُشكل اعتداءً على القوانين التي كانت سارية المفعول في ظل ذلك الزمن ، بل على الحقوق التي حماها ذاك القانون ، والتي لا يجوز ، لأي قانون ، المساس بها . كما شكّلت نظرية الحقوق المكتسبة مبدأً قضائياً عاماً للقضاء الإداري في مواجهة الإدارة التي قد تلغي قراراتها الإدارية أو تسحبها ، دونما حرصٍ منها على ما قد يكون أظهرته قراراتها السابقة من حقوق تمَّ اكتسابها من قبل الأفراد [1] .

188) - مديات سريان القانون :

عندما يسن القانون ، ويصدر تشريعاً ، وينفذ ، فإن سريانه لا يكون مطلق المدى ، بل يتحدد مداه من حيث الأشخاص والمكان والزمان ، فالتشريع ، وهو الصورة الأكثر شيوعاً للقانون ، لا يطبق على جميع الناس في كل الأمكنة وعلى مدار جميع الأزمنة ، بل يتحدد نطاق سريانه بالأشخاص والمكان والزمان ، فالأشخاص الذين تنطبق عليهم القاعدة القانونية ، هم الأشخاص القاطنين في إقليم الدولة المصدرة لهذا القانون ، مواطنين كانوا أم أجانب ، تطبيقا للمبدأ العام في إقليمية القوانين[2] ، كما ان هذه القواعد تطبق فقط على إقليم الدولة الصادر فيها القانون ، وتخاطب الزمن المستقبل ، فلا رجعة للقوانين كأصل عام .

إن تحديد مديات سريان القانون من حيث الأشخاص والمكان والزمان ، أمر تقرُّهُ غايته الأساسية وهي حماية الحقوق وتنظيمها ، فسريانه على الأشخاص لا يقيُّده سوى حصره الأشخاص القاطنين على إقليم الدولة ، ولذا فهو لا يخاطب

(1) لاحظ : د . محمد محمد عبد اللطيف ، القانون العام الاقتصادي ، ص 253 .

(2) لاحظ : د . توفيق حسن فرج ود . محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، ص133 .

جهة معينة في الدولة ، أو يخاطب من لديهم الادراك من الناس فقط ، بل هو موجه إلى الجميع ، حكاماً ومحكومين ، مدركين وغير مدركين[1] ، ذلك أن القانون ليست غايته تنظيم عمل أجهزة الدولة ، كما أنه ليست غايته تنظيم سلوك الأفراد وفرض الواجبات والتكاليف عليهم ، كي يكون محدداً في خطابه ، بل هو يخاطب الجميع ، إذ غايته هي حماية كل حقّ جدير بالحماية .

وفي هذا المجال يضرب "بنتام" العديد من الأمثلة منها مثلاً ما يترتب على مبدأ عدم رجعية القوانين من عدم جواز المساس بالأوضاع التي ترتبت قبل نشر قانون معين ، حيث أن القوانين لا تنفذ إلا بعد نشرها ، ومن ثم تظل الأفعال التي حدثت قبل نشر القانون بعيدة عن متناول هذا القانون حتى لو كانت قد حدثت بعد إقرار القانون من السلطة التشريعية [2] .

كما أن سريانه من حيث المكان يتقيد بالغاية ذاتها التي تسعى ، أساساً إلى تحقيقها ، وهي حماية الحقوق وتنظيمها ، فالقاضي الوطني هو الأعلم من غيره

---

(1) ذهب فريق من الفقهاء الألمان إلى القول بأن القانون لا يتجه بخطابه إلى كافة المواطنين ، بل إلى الأشخاص الذين يعتلون أجهزة السلطة في الدولة ، ويترتب على هذا القول أنه لا ينشأ عن القانون أي التزام بالنسبة للأفراد ، ولكن ينشأ عنه التزام لأجهزة الدولة في أن تعمل على احترام الأفراد للقانون ، وتوقيع الجزاء عليهم في حالة مخالفتهم له . ومن جهة أخرى ذهب فريق آخر من الفقهاء الأجانب إلى أن القانون لا يتجه بخطابه إلى جميع الأفراد ، بل إلى كاملي الادراك فيهم فقط . وهذين الرأيين لم يقبل بهما الفقه الراجح (لاحظ في ذلك ، د . سمير عيد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية (بدون ذكر سنة نشر) ، ص594) .

(2) لاحظ : د . عبدالرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ط2 ، (دون ذكر سنة النشر) ، ص 173 .

بهذه الحقوق وسبل حمايتها ، فتتوجه إليه قواعد القانون ، فتسري على إقليم الدولة التي صدر فيها التشريع .

وكذا الحال بالنسبة لسريان القانون من حيث الزمان [1] ، فلا يجوز أن تسري قواعد القانون على الماضي ، لأن ذلك قد يشكل مساساً بالحقوق التي استقرت

---

(1) وأحياناً يكون للقانون الطبيعي كلمته فيما يتعلّق بهذا الأمر ، لا سيما عندما يتصل الأمر بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، إذ قد تقضي قواعده بضرورة سريان العقوبة إلى الماضي ، وقد ثار هذا الأمر أمام القضاء الألماني ، ففي قضية كانت المحكمة الإقليمية العليا في بامبرك بألمانيا قد حكمت بها عام 1949 ، تتلخص وقائعها بأن زوجة أرادت التخلص من زوجها ، فقدمت عام 1944 إبلاغاً إلى الجهات المختصة تقول فيه أن زوجها أبدى ملاحظات استنكار وازدراء ضد هتلر أثناء رحلة سابقة . وبناء عليه فقد قُبض على الزوج وحكم عليه بالإعدام إعمالاً لنصوص قانونية تعاقب على مثل هذه الأقوال ، ولكنه لم يعدم ، وأرسل إلى معسكر تحت الاختبار . وفي عام 1949 ادعى على الزوجة بجريمة حجز الحرية ، فأصدرت محكمة بامبرغ قراراً يقضي بإدانتها . فقد رأت المحكمة أن قرار الحكم بعقوبة الإعدام كان قانونياً موافقاً للنصوص ، لأن القوانين الجزائية للنظام النازي التي استندت إليها المحكمة في حكمها ، تأمر بالامتناع عن القيام بفعل ، بمجرد الترك أي تأمر بالتزام الصمت ، وهذا لا يعدُّ خرقاً للقانون الطبيعي بشكل صريح . فالمرأة حكمت على أساس مسألة خلافية تتعلق بالمبادئ المكونة لقانون العقوبات ، طبقاً لها يمكن أن ترتكب جريمة حجز الحرية المعاقب عليها عن طريق المساهمة التبعية ، حتى ولو كان المساهم الأصلي ، وهو في هذه الحالة المحكمة التي أصدرت حكم الإعدام قد تصرف بشكل موافق للقانون ، والحقيقة أن الإبلاغ كان غير قانوني ، لأنه يجرح شعور العدالة والإنصاف لكل النفوس النزيهة .(لاحظ : روبرت ألكسي ، ص 104) . ويُضيف : (إن الذين يرون ، كما رأت محكمة بامبرك ، أن القانون الذي يسمح بإنزال عقوبة الإعدام لمجرد إطلاق تعابير الاستنكار والازدراء ضد دكتاتور ، هو قانون غير ظالم ظلماً كبيراً ، على اعتبار أنه يأمر فقط بمجرد الامتناع عن القيام بفعل ، عليهم أن يفترضوا على سبيل المثال وجود وضع تبلغ فيه المرأة في نظام ديكتاتوري عن زوجها لأنه لم يشترك بأفعال القتل الممعنة في الظلم التي يؤمر بها طبقاً للقانون . وقد كان من المفروض أن يحكم على المرأة من قبل محكمة بامبرغ ، لأن الحكم الذي ارتكز على الإبلاغ الذي قدمته كان حكماً مخالفاً للقانون) .

وتم كسبها واستحصالها فيما سبق ، بدلاً من حمايتها وكل هذا يدخل تحت تحقيق الغاية الأساسية للقانون في حماية الحقوق وتنظيمها .

المطلب الثاني
المراحل العمرية للحق

189) - الحقّ بين الوجوب والممارسة :

لا بد من التمييز بين وجود الحقّ وممارسته ، والحقيقة أن هذه التفرقة لا تختلف كثيرا عن التفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ولمّا كان مناط أهلية الوجوب هو الشخصية القانونية ، فإن مناط الأهلية الثانية هو الإرادة ، فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه وممارستها ؛ وهذا يعني أن كل شخص له حقوق ، لكن ليس بالضرورة أنه قادر على ممارستها ، ما لم تكن له إرادة صحيحة معتبرة لأداء تلك الحقوق ، ولهذا سميت أهلية الأداء بهذا الاسم .

ولما كانت أهلية الاداء قائمة على الإرادة ، والإرادة قائمة على وجود شخص ، فالأهلية التي مناطها الإرادة ، قائمة على الاهلية التي مناطها الشخصية ، فيجب أن يكون الحقّ موجوداً كي يستطيع الشخص ممارسته بإرادته ، وممارسته لحقوقه دليل على وجوده ، ووجوده كافٍ لإثبات ثبوت أهليته للوجوب ، بمعنى أن استعمال شخص لحقوقه كافٍ لوجوده ووجود تلك الحقوق له ، لكن عدم ممارسة الشخص لحقوقه ، لعدم قدرته على ذلك ، لا يعني أنه ليس متمتع بالحقوق ، فوجود الحقّ شيء ، وممارسته شيء آخر .

لكن ما فائدة أن يكون الحقّ موجوداً دون إمكانية ممارسته ؟ ! لا شك أن أداء

الحقوق واستحصالها ، حتى وإن نشأت عن وقائع غير إرادية ، مرتبط بإرادة الشخص نفسه ، لكن عدم قدرته على ممارسته حقوقه بنفسه قد أدّى بالقانون إلى ابتكار فكرة النيابة ، بصورها المتعددة ، حيث لا يتمكن الصغير غير المُمَيِّز ، أو المُمَيِّز في بعض التصرفات ، وكذا من في حكمهما ، كالمجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه ، والمحجور ، وكذا الشخص المعنوي ، أن يمارس حقوقه بنفسه ، بل ينوب عنه شخص آخر ، اما أن يكون ، ولياً أو وصياً أو قيماً أو وكيلاً ، في ممارسة تلك الحقوق .

ولا شك أن فكرة ممارسة الحقّ من قبل الغير قائمة على أساس فلسفي مهم يكمن في أن النيابة ، وسواءً أكانت قانونية أم قضائية أم اتفاقية ، قائمة على فكرة مهمة سبق لنا إثباتها ، وهي حتمية وجود الجماعة في تكوين الحقوق ، ذلك أن ممارسة الحقوق ، وبقدر تعلُّقها بالإرادة التي لا تتوافر طول فترة حياة الإنسان ، تُمكِّن الجماعة ، التي يعيش فيها الإنسان ، أن تخوّل غيره في ممارسة حقوقه قائمة على انعدام أهليته أو نقصانها ، بسبب عدم ادراكه أو نقص فيه ، فإن الولاية تُعطى على اعتبار القرابة ، وما ينجم عنها ، في العادة ، من أواصر المحبة والمودة والحرص على حقوق القريب ، فتنعقد النيابة على صورة ولاية على الصغير أو المجنون ، ويهتم القانون بتنظيم أحكامها ، فتكون النيابة قانونية . وقد يمتنع على الشخص قيامه بممارسة حقوقه لكونه مقيداً ، كما لو كان مسجوناً عن جريمة اقترفها ، إذ تُنصّب المحكمة قيّماً له ، وأحيانا لا يحق للشخص مزاولة حقوقه ، إمّا لكونه شخصاً معنويا ، مؤلفا من تجمع مجموعة من الأشخاص ، فيقوم التفويض لتخويل شخص لمباشرة حقوق هذا الشخص المعنوي نيابة عنه ، أو أن الشخص لا يُحسِن التصرف في حقوقه ، أو ليس له ذلك لأي سبب ، فيُوكّل غيره

لذلك ، فتنعقد النيابة اتفاقية .

وللتفصيل أكثر ، نعالج في هذا المطلب ولادة الحقّ وقابليته للممارسة ، ثم موته ، وذلك في فرعين .

الفرع الأول
ولادة الحقّ وقابليته للممارسة

190) - المصدر المولد للحق :

لا شك أن الحقوق الطبيعية للإنسان مصدرها الطبيعة التي خلقها الله تعالى ، وجعل هذه الحقوق غير منفكّة عن كيانه ، لكن الحقوق الوضعية الناشئة بمناسبة وضع معين ، تتعدد مصادرها ، وعادة ما يكون وضع ما متصل بواقعة معينة ، هو السبب الذي جعل هذا الحقّ يظهر على أرض الواقع ، والوضع هو المصدر المولِّد للحق الوضعي ، وهذا الوضع إما أن يكون دائماً وإما أن يكون مؤقتاً .

أ/ - فالوضع الدائم الذي يكون مصدراً للحق الوضعي هو المرتبط بشخص الإنسان وصفاته ، كصنفه أهو ذكر أم أنثى وانتمائه لدولة ما وبعض الصفات الخاصة بقدرته ، كما لو كان معاقاً ، وما إلى ذلك من أوضاع ، إذ عادة ما يكون للشخص ، وعلى وجه التحديد الإنسان ، حقوقاً وضعية سببها الوضع الذي هو فيه .

ب/ - أما الوضع المؤقت فهو الذي يتعرض له الشخص ثُمَّ يزول عنه في فترة لاحقة ، كوضع الدائن والمدين ، ووضع الانتماء إلى جمعية أو مؤسسة أو

شركة أو حزب أو منظمة ، ووضع الخدمة لجهة معينة ، ووضع المتضرر والمتعاقد والمرتهن ، وغير ذلك من أوضاع لا متناهية يصعب تحديد جميعها ، وهذه الأوضاع التي تُنجِم لأصحابها حقوقاً ، تعود لوقائع ، هذه الوقائع إما أن تكون وقائع طبيعية لا دخل لإرادة الشخص فيها ، كالزلازل والفيضانات وأحوال الطقس والمناخ والولادة والموت والقوة القاهرة والحوادث الفجائية وما شاكل ورادف ؛ وإما أن تكون وقائع اختيارية تحدث بفعل الإنسان ، والأخيرة إما أن تكون مادية أو قانونية ، أما الأعمال المادية فهي التي تصدر من الشخص دون أن يقصد من ورائها ترتيب أثر قانوني معتبر ، وإنّما يترتب الأثر بحكم القانون ، سواء أوقع العمل بقصد كالسرقة وغصب الأموال ، أو بدون قصد كإتلاف مال الغير بإهمال وتقصير أو دفع الدين لغير مستحقه غلطاً ، فإن القانون هو الذي يُرتّب الآثار على هذه الأعمال . أما الأعمال القانونية فهي الأعمال التي يأتيها الشخص بإرادته قاصداً احداث أثر قانوني معتبر ، كالدخول في رابطة عقدية أو التعهد للغير بجعلٍ محدد أو الإيصاء للغير بتملك جزء من الأموال بعد الموت أو الدخول في حالة تضام[1] ؛ ففي العمل القانوني تتجلى أهمية أهلية الأداء .

---

(1) "التضام" / هو مصطلحٌ ابتكرناه في كتابنا (خواطر مدنية) ، الخاطرة رقم (12) في ص 162 ، وقصدنا به كل عمل إرادي يحدّد معالمه القانون قد يكون صادرا من قبل الضام أو من قبل المضموم ويخلق التزامات (حقوق شخصية) عل عاتق احدهما أو كلاهما . ولا يمكن أن يوصف (التضام) بالعقد لأنه في غالبية الأحوال ينشأ في خارج النطاق المالي للمعاملات ، لكنه إذا ما نشأ فإنه يُنشئ في أثناء سريانه التزاما ما على عاتق الضام أو المضموم ، وبالتالي ينضم هذا المصدر إلى المصادر المعروفة للحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ومن أمثلة الالتزامات الناجمة عن التضام : التزامات الطالب عندما يُنسَّب إلى جامعة حكومية ، فما هو مصدرها ؟ وأيضا الالتزامات التي تقع على عاتق الشخص الذي ينتسب إلى نقابة أو حزب سياسي أو جمعية فما هو مصدرها ؟ وكذلك الحال بالنسبة للعائلة التي تضم طفلا إليها فما هو مصدر التزامها بالإنفاق عليه وتحمّل مسؤوليته ؟ وكذلك إذا انضمّ شخص إلى مظاهرة ←

191) - مصدر إقرار الحقّ وحمايته :

تلعب الإرادة دوراً كبيرا في الإقرار بالحقّ وحمايته ، وقد يبدو الأمر غريباً بعض الشيء ، لكن إذا علمنا أن عنصر الحماية القانونية الذي جعله الكثير من الفقهاء عنصراً في الحقّ ، ناجم عن إقرار فلسفي مفاده أن الإرادة الجماعية العامة قد أقرّت لصاحب الحقّ ، حقه في مجال محدد ، وهذا ما قد يُعبّر عنه بالاعتراف ، إذ أن اعتراف الغير بالحقّ الذي للشخص ، هو مصدر إقرار الحقّ وحمايته .

وهذا الاعتراف قد يحصل بصورة فردية أو بصورة جماعية ، فعندما يتصل الشخص برابطة عقدية مع غيره ، فإن التزام غيره تجاهه هو اعتراف منه بحقه في هذا المجال ، وهنا يكون للإرادة الدور الابرز في إقرار الحقّ وحمايته . أما إذا اتصل الشخص بالدخول في نظام معين غير الرابطة العقدية ، كما لو لحقته جنسية احدى الدول ، أو إذا انضم إلى مؤسسة ، أو تطوع في الجيش ، أو ما شابه ذلك ، فإن حقوقه يتم الإقرار بها وحمايتها من قبل الإرادة الجماعية التي يُعبّر عنها القانون في العادة ، كونه لسان حال الجماعة التي صدر في كنفها .

فالإرادة هي مصدر إقرار الحقوق ، وهي معيار حمايتها قانوناً .

←

احتجاجية صاحبتها أعمال شغب ترتب عليها إلزام الجميع على وجه التضامم بدفع التعويض عن جميع الأضرار الناجمة من هذه الأعمال ، بما فيهم الشخص الذي انضم ولم يصدر منه أيما خطأ ، ومع ذلك ألزم بالتعويض فما هو مصدر الزامه هنا ؟ أقول أن مصدر الالتزام أو الإلزام في جميع الحالات السابقة هي الضم أو الانضمام أي (التضام) إن صح التعبير .

192) - الإرادة مناط حماية القانون للحق :

إذا انعقدت إرادة الإنسان ، وكانت حرة وصحيحة ، لا يشوبها أي عيب ، ولا يعتري حرية اختيارها أو رضاها أية شائبة ، فإنها ستكون قادرة على تقرير الحقوق لها تجاه نفسها ، وتقرير الحقوق عليها تجاه الغير . لكن أحيانا تتدخل الإرادة العامة للجماعة عبر القانون ، في فرض أو منع الإرادة من ممارسة سلوك معين ، ترى الإرادة العامة للجماعة أنه مضر لها أو لصاحب السلوك نفسه . وموقف القانون هنا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن ، وتتحكم في موقفه العادات والتقاليد الاجتماعية ، لكن يبقى هذا التدخل من قبل القانون مقيّد في أضيق الحدود ، لأن الأصل أن الإنسان حر في إقرار الحقوق له أو عليه ، بالقدر الذي لا يؤثر على حقوق غيره ، فتناول المخدرات والمسكرات عمل يضر بالنفس ، وقد يضر بالجماعة أيضاً ، يتدخل القانون فيقيّد الإرادة في ممارسة حقها في تناول هذه المواد ، كما أن ممارسة بعض ألوان الرياضة قد يكون فيه ضرر للشخص ، كالملاكمة والمصارعة ، وكذلك قيادة السيارات بسرعة عالية ، أو عدم الالتزام يربط حزام الامان عند قيادة السيارات ، أو ممارسة بعض الأعمال الجنسية خارج نطاق الزواج .

كل ما سبق أفعال يرى فيها القانون أنها تحقق ضرراً محققاً لصاحبها ، فيمنع صاحبها من ارتكابها أو من ممارستها ؛ ولكن ومع شيوع فكرة سمو الحقّ على القانون ، أخذت القوانين تتراجع كثيراً في التدخل في كل ما تقر به إرادة الإنسان ويتماشى مع الحرية الشخصية ، لا بل واضطرت قوانين في بلاد محددة إلى الإقرار والاعتراف ببعض الأوضاع التي كانت محُرّمة في السابق ، ثم أصبحت

مباحة في مرحلة معينة ، إلى أن أصبحت مشروعة لدرجة أنها تُنظّم بموجب القوانين ، كالملاكمة وزواج المثليين ، فعلى الرغم مما تقره هاتين الظاهرتين من مساوئ ليس فقط على الشخص الممارس لها ، بل على المجتمع كذلك ، لا سيما زواج المثليين الذي قد يؤدي انتشاره وشيوعه إلى زوال الكائن البشري ، لعدم إمكان وجود النسل عن طريق هذا النوع مما يسمى بالزواج ؛ لكن لو رجعنا إلى الفلسفة التشريعية في إقراره نجدها تنطلق من احترام إرادة الإنسان في إقرار الحقّ له على نفسه ، وعليه تجاه الغير ، حتى وإن ترتب على ذلك ضرر بالنفس .

وإذا كنا مع فكرة سمو الحقّ على القانون ، وإعطاء الدور الأبرز للإرادة في الإقرار بالحقوق ، حتى وإن ترتب على إقرارها الاضرار بالنفس ، إذ كثيراً ما يحبذ البعض الاضرار بنفسه لأجل المتعة أو الشهوة أو اللذة أو الشعور بالوجود أو لأي غرض يناله أو يبتغيه من هذا الضرر ؛ لكن مع هذا يجب أن لا يتناسى القانون دوماً ما يجلبه السلوك الإنساني من ضرر عام على الجماعة ، فيقف مكتوف الأيدي أمام ما ترتأيه الإرادة الفردية للإنسان ، فيخرس ، وهو لسان حال الجماعة ، والمعبر عن إرادتها العامة ، في الدفاع عن حقوق الجماعة في العيش الآمن والسليم والصحيح ، العيش القائم على ديمومة النسل وعدم اندثار أو انقراض الجنس البشري ، العيش القائم على صفو الأجواء من الأمراض أو تفشِ الرذائل بين بني البشر ، كل هذا يقتضي من القانون التصدي لبعض الممارسات الشاذة التي يقترفها بعض أفراد البشر من أجل تحقيق مآرب شخصية ، فإذا ما أراد أن يحترم إرادتهم الفردية ، فيجب ، كحدٍّ أعلى ، أن يبيح تصرفاتهم ، ويمتنع عن تحريمها ، أما أنه يتدخل للإقرار بها وتنظيمها ، فهذا أمر قد لا تقبله

العقول النيِّرة في كثير من المجتمعات ؛ لكن يبقى الأمر محكوماً بعادات المجتمع وتقاليده المتوارثة .

الفرع الثاني
موت الحق

193) - زوال الحقّ :

يجب أولاً التسليم بمبدأ هام جداً في عالم القانون ، هو أن الحقّ لا يزول ابداً إلا بأدائه واستحصاله ، فإذا استحال على الشخص استحصال حقوقه ، يتم تعويضه عنها ، فالحقّ لا يموت إلاّ إذا تنازل عنه صاحبه صراحة أو ضمناً وكان الحقّ قابلاً للتنازل عنه . هذا هو المبدأ في زوال الحقوق ، أما القواعد التي تحكم زوال الحقوق فهي مفصّلة ، ويتم التمييز فيها على ما يتمتع به الشخص من حقوق طبيعية أو وضعية .

فالحقوق الطبيعية المقررة للإنسان ، يتمتع بها الناس على حد سواء طوال حياتهم ، وهي تزول عنهم بوفاتهم وانقضاء شخصيتهم ؛ فالميت لا يتمتع بحق الحياة ، ولا بحق التنقل ، ولا بحرية التعبير ، ولا بحق التملك ، لأن حقوقه كلها التي كانت متعلقة بشخصيته ، تنقضي بموته ، ويبقى فقط حقٌ واحد له ، هو حقه كميت ، إذ يتم تكريمه يدفنه بطريقة تليق مع كونه إنساناً مُكرّماً .

أما الحقوق الوضعية للشخص فهي تزول عنه عند زوال الوضع الذي نشأت بمناسبته ، فالموظف له حقوق كونه موظفاً ، فإذا زالت عنه الصفة الوظيفية ، زالت عنه حقوقه الناشئة عن هذا الوضع ، وكذا الطالب الجامعي له حقوقه ، فإذا

تخرج زالت عنه حقوقه كطالب ، وإن بقيت له بعض الحقوق ، لا لكونه طالباً ، بل لكونه متخرجاً من الجامعة ، وهذا وضع آخر . وهذا يدل على أن هناك أوضاع وقتية تنتهي ، وأوضاع دائمة لا تنتهي ، وزوال الحقّ يعتمد على وقتية هذا الوضع أو ذاك ، أو ديمومته ، لكنه ينتهي حتما ، في النهاية ، بوفاة صاحبه .

ومع ما تقدم فإن بعض الحقوق غالباً ما ترتبط بشخص أو بشيء أو بعلاقة ، وإذا قصّرنا توضيحنا لهذا القول على الحقوق المالية فقط ، أمكن القول أن بعض هذه الحقوق يرتبط وجودها بشخص أو بشيء أو بعلاقة . فمن أمثلة الحقوق المرتبطة بشخص ، حقّ المنفعة أو الحقّ الناجم عن استعمال بعض الخيارات ، إذ لا ينتقل حقّ المنفعة[1] بالميراث إلى ورثة المنتفع ، وكذا فإن خيار الشرط لا يورث[2] ، والسبب في عدم توريث بعض الحقوق وزوالها بوفاة صاحبها ، وإن كان هذا استثناءً في نظرية الأموال ، فإنه يعود إلى حكم الأصل في فلسفة الحقّ ، ففي هذه الفلسفة ، تتصل الحقوق ، كأصل عام ، بأصحابها ، فتزول بزوالهم ، ما لم تكن قابلة للانتقال إلى غيرهم بالميراث أو الوصية ، والاستثناء يشمل ، كقاعدة عامة ، الحقوق المالية .

كما أن بعض الحقوق المالية تتّصل بالشيء محل الحقّ ، كالحقوق العينية ،

---

(1) حيث نصت المادة (1257) مدني عراقي على أنه : ((ينتهي حقّ المنفعة بانقضاء الأجل المعين له ، فإن لم يعين له أجل عدّ مقرراً مدى حياة المنتفع ، وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين)) .

(2) نصت المادة (512) مدني عراقي على أنه : ((خيار الشرط لا يُورث ، فإذا مات من له الخيار سقط خياره)) .

وعلى رأسها حقّ الملكية ، فإذا زال محالها زالت هي أيضاً ، ما لم تكن مشمولةً بالحلول العيني ، وهو يحصل عادة في مبلغ التأمين ، وبدل الاستملاك ، والتعويض ، أما إذا هلك الشيء محل الحقّ العيني ، ولم يوجد بدله ، زال معه الحقّ .

كما أن الحقوق الشخصية تزول جميعها بزوال الرابطة التي أنشأت هذه الحقوق ، كالرابطة العقدية ، إذ يرتبط زوال الحقّ الشخصي بزوال مصدره .

كما أن الحقوق المالية غالباً ما تقترن بأجل ، عدا حقّ الملكية ، إذ نرى الصفة الوقتية على سائر الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، فهي تنقضي بانقضاء الأجل المحدد لها [1] .

194) - انقضاء الحقّ :

مثلما تنشأ بعض الحقوق المالية مقترنة بأجل أو بشرط ، فإنها تنقضي أيضاً إذا ما تحقق أجل انقضائها ، أو شرط زوالها ، وجميع الحقوق المالية قابلة للاقتران بأجل ، ما عدا حقّ الملكية ، حيث لا يجوز اقترانه بأجل[2] ، لتعارض ذلك مع طبيعته القائمة على الديمومة ما دام المملوك قائما لم يهلك .

فالأجل وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ، أياً كان مصدر هذه الحقوق ، غير أن هناك حقًّا عينياً واحداً ، وهو حقّ

---

(1) في تأثُّر الحقوق بالآجال ، لاحظ : د . عبد الناصر توفيق العطّار ، الأجل في الالتزام ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، 1964-1965 ، ص 116 والتي تليها .

(2) نصت المادة (292) مدني عراقي : ((لا يجوز في العقد اقتران الملكية بأجل)) .

الملكية ، لا يجوز أن يقترن بأجل ، ذلك أن طبيعة حقّ الملكية يقتضي أن يكون هذا الحقّ أبدياً ، بل هو يتأبّد في انتقاله من مالك إلى مالك ، بعقد أو ميراث أو بغير ذلك من الأسباب ، فلا يصح أن يقترن بأجل فاسخ ، لأن هذا يتعارض مع أبديته ، كما ذهب البعض [1] من الفقه كذلك إلى عدم اضافته لأجل واقف ، إذ يقابل هذا أجل فاسخ في الجهة الأخرى - حسب رأيه - ، ونحن نختلف معه ، فلا ضير من تأخير نقل الملكية لأجل مضاف ، ولا يعني ذلك أنه سيُقابل ، بالضرورة وفي جميع الحالات ، أجلاً فاسخاً في الطرف المقابل .

وعليه فإن جميع الحقوق المالية تنقضي بالأجل ما عدا حقّ الملكية ؛ لكن بقي لنا تساؤل : هل تسقط الحقوق ؟ هذا ما سنتناوله في الفقرة التالية .

---

(1) لاحظ : د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج3 ، ص96 . ((وللأستاذ الدكتور حسن علي الذنون تعليق مهم في هذا المجال حيث يقول أن هناك عقود لا تنعقد مضافة إلى المستقبل ، وهي العقود الواردة على الملكية وعقد الزواج ، ولهذا قضت المادة (292) من القانون المدني بأنه : ((لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل)) ، وسبب ذلك أن الملكية تنتقل بمجرد الصيغة أي التراضي ، وتأخير الاحكام عن الصيغة إهمال لها وإبقاء لها من غير محل مدة من الزمن ، وهذا لا يجوز عند الفقهاء المسلمين ، ومع هذا فإن التفسير يبتعد عن روح القانون ولا يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة الذي أقره بقاعدة عامة ، ومن هنا كان من المفترض أن تُفسر المادة (292) على هذا النحو : الذي لا تُجيزه المادة هو اقتران الملكية - لا العقد نفسه - بأجل ، وعلى هذا لا يجوز أن تقول للمشتري أبيعك هذه العين على أن تمتلكها لمدة سنتين أو ثلاث مثلاً ، أما العقد نفسه فيجوز اقترانه بأجل ، فيجوز أن تقول للمشتري أبيعك هذه العين بمبلغ قدره كذا بعد سنة أو سنتين ، وهذا التفسير يتلاءم مع روح القانون ، بل وصراحة نصوصه ، ولكننا نعترف بأنه يخالف الفقه الإسلامي)) لاحظ مؤلفه في أحكام الالتزام ، شركة الرابطة ، بغداد ، 1954 ، ص 149 . ((ولعلّ معنى كلام الأستاذ الذنون ينصرف إلى جواز اقتران الملكية بأجل واقف ، وعدم جواز اقترانها بأجل فاسخ ؛ لاحظ تفصيل ذلك : د . عبد الناصر توفيق العطار ، ص 157 .)) .

195) - سقوط الحقّ :

يتعلق موضوع سقوط الحقّ ، عادة ، بعدم استعماله ، فيما لو كان حقًّا عينياً ، أو المطالبة به ، فيما لو كان حقًّا شخصياً ، لمدة يحددها القانون ، ويسمى هذا بالتقادم المسقط للحق شخصياً كان أم عينياً . وفيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، فهي ، ولإمكان انقضائها بأجل ، فإنها تنتهي بعدم الاستعمال كحق التصرف في الأراضي الأميرية[1] ، وحق المنفعة[2] ، وحقوق الارتفاق[3] ؛ أما ما متعلق بالحقوق الشخصية ، فإن عدم المطالبة بها يُؤدي إلى سقوط عنصر الحماية المدنية فقط ، وليس سقوطها[4] .

لكن ماذا عن حقّ الملكية ، هل هو غير قابل للسقوط ، إطلاقاً ؟ الأصل أن حقّ الملكية ، وإن لم يستعمله صاحبه طوال حياته ، لا يسقط بعدم الاستعمال ، لكن وبما أنه يقف على رأس الحقوق العينية ، وأن الأخيرة تتفرع منه ، فإنه حقّ عيني مرتبط بوجود الشيء محل الحقّ ، الذي يؤول وصفه بالمال إلى صيرورته محلا لحق الملكية ، أي أنه يجب في الشيء محل الملكية أن يكون قابلاً للتملك ، فإن كان كذلك أضحى مالا ، فإذا تجرد من الصفة المالية يسقط عن صاحبه حقّ الملكية ، والحقيقة أن هذا النوع من السقوط لا يقع حقيقة ، بل هو مظهر من مظاهر زوال الحقّ بزوال محله المرتبط وجوده بوجوده .

---

(1) المادة (1233) مدني عراقي .

(2) المادة (1260) مدني عراقي .

(3) المادة (1282) مدني عراقي .

(4) المادة (440) والمادة (429) مدني عراقي .

والملكية تزول في حالتين :

- الحالة الأولى : بتحول المال محل الملكية من مال إلى شيء مباح ، ويحصل هذا ، عندما يتخلى المالك عن ملكيته لمال منقول بقصد النزول عنه ، حيث نصت المادة (1104) مدني عراقي على أنه : ((يصبح المنقول مباحاً إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته)) ، فهنا تزول الملكية عن صاحبها .

- الحالة الثانية : عندما يتحول المال المملوك إلى وقف . ذلك أن الوقف يُفيد حبس العين عن تملكها لأحد من الناس[1] .

(1) د . احمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978 ، ط 2 ، ص 43 .

المبحث الثاني
منزلة الحق

196) - الأسبقية في النشوء بين الحقّ والقانون :

يرى أنصار المدرسة الطبيعية أن الحقّ ينشأ لا من القانون الوضعي بل من الطبيعة ، وأن القانون الوضعي لا يخلق حريات ولا سلطات ، بل الطبيعة وحدها هي التي تمنح الإنسان سلطات نسميها حقوقاً ؛ وأن الحقوق التي تستمد من الطبيعة تحتفظ ببقية من طابعها غير المحدود ، ترجع إلى مصدرها الأول ، ففي حالة الطبيعة الأولى كانت الحريات المستمدة من تلك الطبيعة حريات مطلقة ، إلا أن الانتقال من حالة الطبيعة الأولى إلى حالة المدنية اقتضى أن ترد قيود على تلك الحريات ، غير أن هذه القيود يجب أن تكون صريحة ، فإذا لم يكن ثمة قيد صريح على حقّ معين يبقى هذا الحقّ مطلقاً كما كان في حالة الطبيعة الأولى ، وكذلك يرى أنصار هذه المدرسة أن ليس للقانون من وظيفة إلا التسليم بحقوق كل فرد وتقرير الجزاء الذي يكفل حمايتها ، وواضح أن قصر وظيفة القانون على الإقرار بحقوق الإنسان معناه التسليم بأسبقية الحقّ على القانون ، وبأن الانتقال قد حصل من مرحلة الحقّ إلى مرحلة القانون ، وبأن القانون ليس هو الأول

والوحيد ، وأنه ليس سيد الحقّ بل الحقّ سيد القانون[1] .

وإن كان "ديگي" قد هاجم هذا الاتجاه ، ونفى أن يكون الحقّ سابقاً للقانون ، وكان من بين ما استند إليه في ذلك ، هو أن الإنسان كائن اجتماعي ، وأن الحقّ ، بفرض وجوده ، يقتضي أن يكون هناك شخص إيجابي وشخص سلبي ، وهذا يفترض أن هناك جماعة ويفترض بالتالي وجود قاعدة اجتماعية ؛ فقد رد البعض[2] عليه بالقول : (إلا أن هناك أمرين يجب التنبيه إليهما ، الأول هو : أن الإنسان ، وإن كان كائناً اجتماعياً ، هو في الوقت ذاته كائن فردي ، الثاني هو أن الحقّ وإن كان يقتضي وجود الغير الذي يكون عليه الحقّ لا يستلزم حتماً وجود جماعة ، فضلاً عن أن يستلزم وجود قاعدة اجتماعية) ، إلا أننا لا نتفق مع رأي "ديگي" فضلاً من عدم اتفاقنا مع من ردّ عليه ، فمن الطبيعي أن يطرح "ديگي" رأيه هذا ، وقد سبق لنا أن رأينا كيف أن "ديگي" وضعي في توجهاته وأنه ينفي وجود فكرة الحقّ ، فكيف يكون رأيه حول مسألة السبق بين القانون والحقّ ، ناهيك عن أنه يرى ، وبحكم كونه وضعي التوجّه ، أن الحقّ أو ما يقوم محله هو مخلوق من مخلوقات القانون ؛ أما الرد المتقدّم على رأي "ديگي" فقد يسحبنا للحديث عن الطابع الاجتماعي للإنسان من عدمه ، وقد سبق أن تبين لنا أن لا وجود للإنسان الذي يعيش بمعزل عن جماعة ، وبالتالي لا يستقيم الحديث عن وجود حقوق له أو عليه ؛ لكن من جانب آخر ، هذا لا يعني أن الجماعة هي مصدر حقوق الأفراد ، لا سيما الطبيعية منها ، وإنما هي البيئة التي تنشأ فيها

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 50 .

(2) صاحب المرجع السابق نفسه ، ص 51 .

الحقوق لارتباطها بأشخاصها ، كما أن ارتباط الأشخاص بالجماعة حفّزنا على تعريف الحقّ بأنه قيمة كيانهم فيها . ولعلّ الحديث عن العلاقة بين الحقّ والجماعة ، يقودنا إلى التساؤل عن منزلة الحقّ من الوسيلة المعبرة عن إرادة الجماعة (القانون) ، وعن منزلته تجاه الواجب الذي يفرض على الغير ، فرداً أو جماعةً ، احترام الحقّ .

في هذا المبحث سنعالج منزلة الحقّ من القانون في مطلب ، ونعالج منزلته إلى الواجب في آخر .

المطلب الأول
منزلة الحقّ من القانون

197) - أرضية سمو الحقّ على القانون :

من خلال تعريفنا للحق ، تبيّن لنا ان الحقّ اسبق في الظهور من القانون ، فالأخير وجد لأجل الأول ، فالحقّ هو مصدر القانون ، وليس العكس ، إذ أن القانون لم يُخلق إلاّ لأجل كفالة وصيانة الحقوق وحمايتها ، ولذلك لا يصح أن يكون القانون مصدراً أو سبباً لكسب أيما حقّ مهما كان هذا الحقّ ، حتى وإن كان هو سبب نشوء الوضع فيما يتعلق بالحقوق الوضعية ، لأن الحقّ ميزة مقرونة بالشخص ، وبهذا الاقتران ، فهي ميزة سابقة على وجود القانون ، وتلك الميزة ، التي تتقرر لكل فرد عضو في الجماعة ، هي التي دفعت الجماعة لكي ينهض القانون بينها .

لذا فإن أثر القانون في الحقّ ، لن يكون ، على الاقل ، من الناحية الفلسفية والعلمية ، إلاّ أثراً كاشفاً ليس إلاّ ، وهذا الأثر الكاشف يجب أن يكون أثراً رجعياً ، ما لم تنهض استحالة واقعية تمنع تطبيق هذا الأثر .

الفرع الأول
دعامات سمو الحقّ على القانون

198) - البُعد الغائي لفكرة السمو :

ان منزلة القانون من الحقّ ، يجب ألاّ تحكمها قوانين الرابطة السببية ، فليس أحدهما سبباً للآخر بالمعنى العلمي البحث ، إذ ان العلوم القانونية هي علوم معيارية بنيوية ، وليست علوما وصفية[1] ، والعلم المعياري هو الذي يهتم بالسلوك ، وبالتالي فهو يهتم - أولاً - بالوسائل والغايات ، وما القانون إلاّ وسيلة لتحقيق غاية مفادها الحقوق وما يرتبط بها .

ولعمري ان العلاقة بين القانون والحقّ تجعلني اتذكر نظرية افلاطون في قيمة المعلومات وبحث المعرفة ، فهو يعتقد بأن التعلم ليس سوى التذكر ، أي ان جميع المعلومات التي يحصل عليها الإنسان في هذا العالم ليست سوى تذكر للمعلومات التي كانت لديه في العوالم الأخرى ، وعليه فتحصيل العلم من وجهة نظر افلاطون لا ينبثق من مجهول ، وإنما يزيح غبار النسيان عن صفحة

---

(1) لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، المدخل ، ص26 . وللتعرف على هذه المناهج لاحظ : د . محمد أحمد مصطفى السرياقوسي ، ص 158 . والتي تليها .

الضمير[1] .

ولما كان المنطق يجعل من الغاية تسمو على الوسيلة ، والشيء الذي نشأ أولاً يسمو على الشيء الذي نشأ لأجل الأول ، فإن الحقّ ، بالنتيجة ، يسمو على القانون .

199) - الجذور الفلسفية لفكرة سمو الحقّ على القانون :

إن فكرة سمو الحقّ على القانون لا تنفصل من جذور فلسفية ، أساسها الأول هو دحض الفكرة القائلة بجعل الحقّ أحد مخلوقات القانون ، كما يذهب إلى ذلك الوضعيّون ، وهذا يُخالف منطق المدرسة الطبيعية ، وإن كان الفكر الوضعي قديم ، لكن المذهب الطبيعي أقدم ، ومع ذلك نلمس اليوم احياءً لفكرة القانون الطبيعي ، إذ أضحت فلسفة القانون الطبيعي رائجة في جميع إنحاء العالم ، ذلك أن هذه الفلسفة تطالبنا بأن نقيس الأحكام والمذاهب والمؤسسات القانونية وجميع الأوضاع والوقائع التي تعني القانون بالتطبيق ، بمقياس عقلي ، وإن نُوَجّه تطبيق القانون بالرجوع إلى الغاية منه ، [2] وإن ننظر إلى كل ذلك بمنطق المنفعة الاجتماعية . فنحن مطالبون بأن نُدخل مسائل القانون وتطبيقه ضمن نطاق المثل الأعلى الاجتماعي السائد في الزمان والمكان ، ونحن مطالبون بوضع المسلّمات

(1) نقلاً عن : د . غلام حسين الإبراهيمي الدنياني ، القواعد الفلسفية العامة في الفلسفة الإسلامية ، دار الهادي ، بيروت ، 2007 ، ص123 .

(2) لاحظ : روسكو باوند ، مدخل إلى فلسفة القانون ، ترجمة ، صلاح دبّاغ ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1967 ، ص36 .

القانونية للحضارة السائدة في المكان والزمان ، وأن نقيس القانون وتطبيقه بموجب هذه المسلمات حتى يستطيع القانون إن يدفع بالحضارة إلى الأمام ، وحتى يمكن إن تصبح المواد والنصوص القانونية المتوارثة من الحضارات الماضية وسيلة يمكن بواسطتها الحفاظ على الحضارة الحاضرة ودفعها إلى الأمام[1] . ويقال لنا ان مراقبة الأوضاع ورصدها يظهران ان التساند الاجتماعي القائم على تشابه المصلحة وتوزيع العمل هو الحقيقة المركزية في الوجود الإنساني ، كما يُطلب إلينا أن نقيس القانون وطرق تطبيقه قياساً وظيفياً ، وذلك بالمدى الذي يدفعنا فيه إلى هذا التساند قدماً أو يعوقناً عنه ، فعهد الاكتفاء الذاتي القانوني قد أدبر وولى ، وعملية استيعاب ما كان قد دخل إلى القانون من العناصر الخارجية خلال الفترة المعروفة بفترة الإنصاف والقانون الطبيعي قد استكملت ، كما استنفدت لحد بعيد إمكانات تطوير النصوص والمواد الكلاسيكية تطويراً تاريخياً وتحليلياً ؛ فبينما كان الفقهاء مشغولين بهذه الاعمال قام نظام اجتماعي جديد له متطلبات جديدة ، وهو يضغط على النظام القانوني بعدد من الرغبات الباقية بدون تلبية . ومرة أخرى ، علينا أن نبني بدلاً من أن نكتفي بتحسين ما هو موجود ، علينا أن نخلق ونبتكر بدلاً من الاكتفاء بالتنظيم والترتيب والتوفيق المنطقي بين التفاصيل ؛ ولكي نتحقق من إننا في مرحلة انتقال جديدة ، ما علينا إلا أن نوازن القانون السائد اليوم ، فيما يتعلق ببعض المواضع كالمسؤولية المدنية

(1) لاحظ : بحتنا ، سمو الحقّ على القانون ، ص 111 .

أو المرافق العامة والقانون الإداري ، مع القانون السائد في جيل ماضٍ . وبهذه المقارنة ، نرى إن التشاؤم القانوني في الماضي القريب ، الذي نشأ ليريحنا من التزود بمواد خارجية في وقت لا يكون ما أُخذ من هذه المواد قد هُضم بعد ، لن يكن مفيداً بعد الآن . وبهذه الموازنة نرى أن فقيه الغد سيكون بحاجة إلى نظرية فلسفية جديدة للقانون ، تستلزم مفهوماً فلسفياً جديداً بالنسبة للغاية من القانون ، في الوقت نفسه ، سيسعى فقيه الغد لمفهوم فلسفي جديد من أجل ضمان الاستقرار العام لكي يتمكن من جعل القانون الذي نسلمه إياه محققاً للعدالة في زمانه ومكانه .[1]

الفرع الثاني
حجج سمو الحقّ على القانون

200) - منطلق التوجُّه لحُجج السمو :

عندما نقول أن الحقّ يسمو على القانون ، فإننا نخالف وجهات نظر عديدة تتباين آرائها مع ما نذهب إليه :

أ- فمن جهة إن المدرسة الوضعية ترى أن الحقوق ينشؤها القانون ، فالقانون هو الذي يُنشئ الحقوق ويحميها ، حسب وجهة نظر أنصار هذه المدرسة[2] .

---

(1) لاحظ : روسكو باوند ، ص37 .

(2) لاحظ : د . حسن عبد الرحمن قدوس ، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية ، ص47 . والتي تليها .

ب- ومن جهة ثانية ، انه يستنبط من الكثير من النصوص القانونية اتجاه قانوني لجعل القانون هو المصدر المنشئ للحق - كما مرّ بنا - ، سواء أكان حقًّا شخصياً[1] ، أم حقًّا عينيا[2] ، لا سيّما وأن تعريفه للأخير ، قد جعل منه سلطة يمنحها القانون .

ت- ومن جهة ثالثة ، إن الفقه يميز بين الحقّ الاخلاقي والحقّ القانوني[3] ، انطلاقاً من وضع الإجابة للسؤال الذي مفاده هل القانون سابق على الحقّ أم أنه لاحق له ؟ ، فيقسم الحقوق إلى اخلاقية سابقه على القانون وتحكمها قواعد أخلاقية ، وأخرى قانونية مستقرّها القانون وتحكمها القواعد القانونية الصادرة من الدولة .

ث- ومن جهة رابعة ، إن المُشرِّع يتدخل كثيراً في تنظيمه للحقوق بشكل يوحي أنه مصدرها الوحيد ، وهذا يظهر من تحديده على سبيل الحصر لمصادر كسب الحقوق وتعدادها[4] .

---

(1) فالمادة (245) من القانون المدني العراقي عدت القانون مصدراً مباشراً للالتزامات التي لا تنشأ من مصادر أخرى ، وهو بذلك يكون مصدراً لكسب الحقوق الشخصية .

(2) عرفت الفترة (1) من المادة (67) مدني عراقي الحقّ العيني . بأنه "سلطة مباشرة على شي معين يعطيها القانون لشخص معين" .

(3) والرأي يرجع إلى (دابان) ومجموعة من الفقه الفرنسي ، لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 57 .

(4) فالمسرع المدني عندما حصر مصادر الحقوق الشخصية بخمسٍ ، وأسباب كسب الملكية بسبعٍ ، وحصره للحقوق العينية الأصلية والتبعية . بوحي بأنه مصدر إنشاء هذه الحقوق ، وإن كان لنا رأياً آخر في ذلك (لاحظ : كتابنا ، خواطر مدنية ، ص142 . والتي تليها) .

لكن من جهة أخرى ، فإن الدعامات والحجج التي تدعم سمو الحقّ على القانون أقوى وأمتن ، ويمكن اجمالها في الفقرات الآتية :

201) - أولاً : العقد الاجتماعي :

العقد الاجتماعي ، فكرة أو نظرية ، اعتقها العديد من الفلاسفة في فترات عديدة ، مفادها تفسير نشوء الحياة السياسية في الجماعة الإنسانية ، أو بشكل مختصر ، تفسير نشوء الدولة ، ودعامتها تكمن في وجود حالة فكرية عاشتها الإنسانية قبل أن ينتظم أفرادها في جماعه مستقرة يسودها القانون ، وذلك بعد أن لمس الأفراد عدم كفاية الحياة الفطرية لتحقيق رغباتهم ، فاتّفقوا على أن يتعاقدوا جميعا على الخروج من هذه الحالة بمقتضى تعاقد اجتماعي بنظم لهم حياة اجتماعية مستقرة ترتكز على قيام السلطة والقانون[1] .

وقد ظهرت نظريات العقد الاجتماعي بعد انتشار أفكار المدرسة الطبيعية ، إذ ترك انتشار تعاليم هذه المدرسة آثاره على مفكري القرنين السابع عشر والثامن عشر الذين توقفوا عند فكرتين أساسيتين : امتلاك الفرد لحقوق طبيعية ملازمة لطبيعته الإنسانية ، ووجود " حالة فطرية " كان يعيش فيها الإنسان حراً قبل نشوء الدولة . أراد فقهاء نظرية العقد الاجتماعي الاسترسال في هذا النمط من التفكير وتعميقه فتساءلوا : كيف خرج الإنسان من حالته الفطرية ليصبح عضواً في دولة ؟ وكان جوابهم ان الدولة لم تقم إلا نتيجة لعقد أبرم بين الناس البدائيين ، اتفقوا بموجبه على الخروج من حالتهم الفطرية (حالة طبيعية) وإقامة مجتمع

(1) لاحظ : د . فايز محمد حسن ، فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007 ، ص190 .

سياسي [1] ، أي : دولة . إلا أن دعاة هذه النظرية اختلفوا على :

- تحديد أطراف هذا العقد .
- الغاية منه .
- وصف واقع الفرد في حالته الفطرية .

هذا الأمر دفع بهم إلى استخلاص نتائج مختلفة . فإذا ببعضهم يرتكز إلى نظرية العقد الاجتماعي ليبرر أنظمة الحكم الاستبدادية ، وإذا ببعضهم الاخر يرتكز إلى نفس النظرية لينادي بضمان وحماية الحرية الفردية من تسلط الحكام[2] .

وأساس هذا التعاقد أن الأفراد تنازلوا عن بعض من حقوقهم لمصلحة جماعة معينة تحكمهم وتدير لهم شؤونهم في إصدار القوانين المنظمة لحياتهم الاجتماعية والاقتصادية ، وهذه النظرية اشتهر بها ثلاثة مفكرين هم : "هوبز" و"لوك" و"جان جاك روسو"[3] .

---

(1) لاحظ : جان جاك روسو ، في العقد الاجتماعي ، ترجمة ذوقان قرقوط ، دار القلم ، بيروت ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 39 .

(2) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، ص48 . ولاحظ أيضاً : د . فيصل شطناوي ، ص 94 .

(3) لاحظ : د . ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص102 . (1- فنظرية العقد الاجتماعي في نظر "هوبز" (1588- 1679) تنطلق من وصفه حالة الإنسان البدائية بأنها لم تكن تطاق . فالتنافس بين الأفراد جعل الحياة جحيماً تسوده الحروب مع كل ما ينتج عنها من خوف وشقاء ووحشية . وأدرك الأفراد أهمية الامن لمواصلة الحياة ، فاتفقوا فيما بينهم على إقامة مجتمع يرعى حقوق الجميع ويتنازل كل فرد فيه عن حريته ، على أن توكل إدارة ←

←

المجتمع إلى سلطة عليا ذات سيادة تتمثل في حاكم فرد أو مجموعة من الأفراد . أي انه بحسب "هوبز" فإن المجتمع لم يكن قبل الاتفاق على اختيار حاكم سوى جمهرة من الناس لا نظام عندهم ولا قانون يسري عليهم . من هنا تعاقدوا أن يختاروا رئيساً تتمثل فيه إرادتهم وتتوحد بشخصه رغباتهم . وفي اللحظة التي تم فيها اختيار الحاكم أصبح أفراد المجتمع رعية لهذا الحاكم يأتمرون بأمره ولا يستطيعون عصيانه . وبالتالي فإنه لم يعد لهؤلاء الأفراد الحقّ بمطالبة الحاكم باحترام حقوقهم وحرياتهم لأنه لم يكن طرفاً في العقد كما أنه حتى وان استبد بهم فإن حالهم يبقى أفضل من الحال الذي كانوا عليه في حياتهم البدائية . والواضح أن "هويز" بنظريته هذه إنما أراد تبرير السلطة المطلقة للملوك وتسويغ انتهاك الحقوق والحريات الفردية .

2- أما "جون لوك"(1632- 1704) ، والذي يعدُّ واضع فلسفة حقوق الإنسان ، وأول من أبرز بجلاء نظرية العقد الاجتماعي من بين رواد الفكر السياسي الحديث ، وذلك عندما تصدى لتنفيذ آراء هوبز . فقد اتفق في كتابه "حول الحكم المدني" (1690) مع "هوبز" أن هناك حياة بدائية كان الأفراد يعيشون في ظلها قبل أن يقرروا هجرها والانتقال إلى حياة الجماعة . إلا انه ذهب إلى أن الأفراد كانوا يتمتعون في تلك الحياة البدائية بكامل حقوقهم وحرياتهم في ظل القانون الطبيعي الذي يمنع اعتداء بعضهم على البعض الآخر ويحمي حرياتهم ويقيم العدل بينهم . ولكن هؤلاء الأفراد وتطلعاً منهم نحو حياة افضل وحماية أمثل لحقوقهم وحرياتهم ، وتجنباً للمصاعب التي تواجههم في صيانة النظام العام ، اتّفقوا على اختيار واحداً منهم ليصبح حاكماً عليهم . غير انهم لم يتنازلوا له عن جميع حقوقهم وحرياتهم ، بل عن القدر اللازم والضروري لإقامة السلطة والمحافظة على الحرية والملكية خصوصاً . واستناداً إلى هذا فإن الحاكم لا يحق له تجاوز الاغراض المتفق عليها في العقد لأنه طرف فيه فإن فعل ذلك ، فقدت سلطته أساس شرعيتها ومبرر بقائها . وبالتالي فإن طاعة الأفراد لهذه السلطة واجبة في الامور التي من أجلها دخل هؤلاء الأفراد حياة الجماعة اما فيما عدا ذلك من أمور ، فلا وجوب لتلك الطاعة .

3- وأما "روسو" (1712- 1778) ، فقد صاغ فكرة الحقوق الطبيعية بشكل جعل السلطة خاضعة لإرادة المجموع أي السيادة الشعبية ، وذلك في نظريته الشهيرة التي كان لها أكبر الأثر على فلسفة الثورة الفرنسية وعلى إعلان حقوق الإنسان الذي صدر عنها . لقد نادى "روسو" كـ"هوبز" - بمبدأ السيادة في الدولة وبناها كسلفه على فكرة العقد الاجتماعي ، ولكن اختلاف استعماله لهذه النظرية أنتج اختلافاً كبيراً في النتائج . فالأفراد حسب "هوبز" تنازلوا نهائياً عن حرياتهم وحقوقهم لصاحب السيادة وانتهى رضاهم عند ذلك ، وبالتالي ليس لهم فيما بعد أن يشترطوا دوام الرضى للإبقاء على الحاكم أو عزله .

←

من هنا يظهر بما لا يقبل الشك ان الحقّ قد ولد للأفراد قبل أن ينتظموا في جماعة ، بل حتى قبل أن يفكروا في وضع قوانين تنظم لهم حياتهم الاجتماعية ، وهذا ما يدعم فكرة ظهور الحقّ قبل القانون ، وان القانون لم يظهر ليُنشئ الحقوق ، بل ليحميها .

202) - ثانياً : كفالة الدستور للحقوق :

ان الدستور ، وهو يمثل القانون الأساس في كل دولة ، الذي يقف في اعلى الهرم القانوني ، بحيث لا يمكن لأي قانون أن يحتوي على قواعد تخالف احكامه ، هذا الدستور عندما نص على الحقوق والحريات ، فهو لم ينص على إنشائها ، بل على حمايتها وكفالتها ، كما ان هذا الدستور لا يقوى على تحديد حقوق لا تنفصل عن شخص الإنسان ، بل هو ملزم بكفالتها[1] ، كما انه عندما

←

أما روسو فافترض رضى الأفراد في البدء ولكنه افترض كذلك ضرورة استمرار هذا الرضى على الحاكم . فهوبز وضع السيادة في الحاكم ، في حين وضعها روسو في يد الشعب على أساس انه المصدر الأول والأخير لها .

وبقدر ما يدين روسو لهوبز بفكرة فإنه يدين للوك بتوجيه نظرية السيادة نحو تأييد سلطة الشعب . فقد أخذ عن لوك وصفه للإنسان في الحالة الطبيعية ، مغالياً في ذلك إلى درجة الرومنطيقية . فالإنسان الأول كما بدأ لروسو كان يعيش في سعادة وهناء يفيض صدره بعواطف الخير والحب والإيثار . ولكن بالرغم من ذلك فقد قابل آخر الامر من العقبات التي اعترضت جهوده في سبيل المحافظة على الحياة ، ما جعله يفكر في الخروج من الحالة البدائية " لأن الجنس البشري سيهلك ما لم يغير أسلوب معيشته" . لكن المشكلة التي واجهته هي " مشكلة ايجاد شكل من الاجتماع يدافع بما له من قوة عامة عن كل عضو في الاجتماع وما يملك ، ويحميه ، وأن يظل كل فرد فيه أثناء اتحاده مع الجميع مطيعاً لنفسه وحده ، وأن يبقى حراً كما كان من قبل) . نقلاً عن : د . محمد سعيد مجذوب ، ص 48 والتي تليها .

(1) لاحظ المواد (16 ، 17 ، 22 ، 23 ، 24 ، 25 ، 26 ، 30) وغيرها من الدستور العراقي لعام 2005 .

ينص على تقييد ممارسة أي حقّ ، إنما من باب عدم تصادم مجموعة من الحقوق قد تتعارض فيما بينها ، بشرط أن لا يمس هذا التحديد أو التغيير جوهر الحق[1] .

203) - ثالثاً : حقيقة وظيفة القضاء :

ربّ سائل يسأل هل من وظيفة القضاء تطبيق القانون على علاّته أم إحقاق الحقّ وتحقيق العدالة . ؟

ولعل الإجابة على هذا السؤال ليست بالأمر الهيّن ، إذ قد تكون المسألة مختلفة بحسب النظام القانوني السائد في كل دولة على حدة ، كذلك فإن الأمر يختلف كذلك بحسب المذهب المتبع[2] في تفسير القوانين ، لكننا عندما نناقش هذه المسألة في الأنظمة القانونية التي فيها تشريع مكتوب ، ولا تعطي للقاضي سلطة خلق القاعدة القانونية على العكس ما هو معمول به في دول أخرى[3] ، فإن حسم الأمر لن يكون نهائياً لمصلحة تحديد وظيفة القضاء في تطبيق القانون فحسب ، إذ أن ذلك هو حط من شأن هذه المهنة الأهم في المجتمع :

فلو أن القاضي يقتصر دوره على تطبيق القوانين فقط ، لكان هذا الأمر أيسر

---

(1) حيث نصت المادة (46) من دستور العراق لعام 2005 على انه : "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلاّ بقانون أو بناءً عليه ، على ان لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحقّ أو الحرية" .

(2) في هذه المذاهب لاحظ : د . عصمت عبد المجيد بكر ، أصول تفسير القانون ، بغداد ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص16 والتي تليها .

(3) كما هو الحال في الدول الانكلوسكسونية (لاحظ : بحثنا ، فكرة التطور القانوني ، ص317) .

ما تقوم به الحاسبة الإلكترونية (الكمبيوتر) ، إذ بإمكاننا خزن جميع المعلومات عن جميع نصوص القانون في برنامج ، ويستطيع أي شخص أن يَطّلع على حكم القانون ويطبقه من خلال الاحتكام إلى هذا الجهاز ؛ لكن المسألة أعظم من ذلك بكثير ، ففي الوقت الذي توضع فيه القواعد القانونية على أساس من تحقيق العدل في المجتمع ، فإن مُشرِّعها لا يعرف حقيقة كل حالة على حدة ، بعكس الوظيفة التي يؤديها القاضي ، فالخصومة عندما تُثار أمامه ، ينحصر ذهنه فيها ، فيبذل جهده الجهيد في تحقيق العدالة وإحقاق الحقّ وإنصاف المظلوم والضرب على يد الظالم ، فتحقيق العدالة أولى من تحقيق العدل[1] ، وتحقيق العدالة لا يستقيم إلاّ مع شخص يتمتع بملكه قانونية[2] فذّة قادرة على وضع الحلول في أدق المسائل الحساسة اللصيقة بكيان المجتمع وديمومته ، وهذا ما اكّدت عليه المادة (5) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل ، إذ نصت على أن : ((القضاء ساحة للعدل ولإحقاق الحقّ مما يقتضي صيانته من العبث والإساءة)) .

204) - رابعاً : التطبيق السليم للقانون :

كثيراً ما يلتزم المتخاصمون ، بل وحتى القضاء ، بالتفسير الحرفي للنصوص ، بعيداً عن استخلاص علة التشريع والحكمة التشريعية من النص ، فهل يعد هذا

---

(1) لاحظ في الفرق بين العدل والعدالة : الأستاذ عبدالباقي البكري ، مبادئ العدالة ، مفهومها وميزاتها ووسائل ادراكها ، ص58 .

(2) في مفهوم المَلَكَة القانونية ، لاحظ : كتابنا ، قاعدة (نصل اوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، ص46 .

التّوجّه سليماً ؟ وما هو معيار التطبيق السليم للقانون ؟

لعل العديد منا يعرف من خلال ثقافته عن تاريخ القوانين ، لا سيما القانون الروماني ، كيف لجأ البريتور ، وهو الحاكم الإداري ، المعني بتطبيق القوانين ، إلى الحيلة من أجل الحد من مساوئ وشدة العديد من القواعد القانونية ، إذ كان يفترض أمراً مخالفاً للواقع من أجل أن يُعدّل من تطبيق القانون دون المساس بالنص[1] ، وإن كان هذا الامر قد حصل في ظل عصر سادت فيه القوانين الجامدة ، إلا ان ما يلاحظ على النظام القضائي فيه جرأته وتحيُّزه لإحقاق الحقّ ، حتى على حساب التطبيق الحرفي للقوانين ، ناهيك من أن بعض القوانين في عصرنا الحالي أيضاً تتسم بالجمود ، وإن كان اكثريتها مرنه[2] ، بأن هذا أدعى وأيسر للقضاء في سلوك التطبيق السليم لها ، لأنه لا يضطر إلى تلك الوسائل القديمة في تطوير التشريع .

ان المعيار الأصح والأفضل في التطبيق السليم للقانون هو مدى مراعاته لتحقيق العدالة وإحقاق الحقّ ، وهذا ما يجعل حصول المرء على حقه أولى من اتباع قاعدة قانونية جائرة ؛ وفي هذا الصدد نصّت المادة (1) من قانون الإثبات العراقي ، والتي حددّت أحد أهداف القانون ، حيث نصت على انه : ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)) . كذلك نصّت

(1) لاحظ : د . محمود عبد المجيد مغربي ، الوجيز في تاريخ القوانين ، بيروت ، 1979 ، ص222 ، د . علي محمد جعفر ، تاريخ القوانين والشرائع ، بيروت ، 1982 ، ص127 .

(2) لاحظ في معنى القاعدتين الجامدة والمرنة ، د . حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ص188 .

المادة (3) منه ، وضمن تحديد أهداف القانون أيضا : ((إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)) .[1]

205) - خامساً : تبسيط الشكلية :

الشكلية التي ينص القانون على ضرورة إتباعها في بعض الحالات ، قد تبدو مقيتة للأفراد ، وتجسد حالة من البيروقراطية التي قد تؤدي إلى ضياع الحقوق بدلاً من صيانتها[2] ، وهي بهذه الطبيعة نكون أمام التزام أخلاقي ، من قبل المعنيين بتطبيق القانون تطبيقاً سليماً ، في ضرورة تبسيطها وعدم الالتزام بحذافيرها المنصوص عليها في القانون ، إذ يجب أن نستخلص الحكمة من إقرارها والتي تتجسد في صيانة الحقوق واحترامها وعدم إهدارها ، لذا يجب أن لا نجعل منها وسيلة ضدّيّة ممكن أن نؤدي إلى ضياع حقّ ناجم عن الكف من إثباتها تجنباً للإرهاق ، وبالتالي على القضاء أن يعمل على تبسيطها ، ولكن هذا التبسيط قد يكون نتائجه عكسية أيضاً ، فهو قد يؤدي إلى عدم الالتزام بتطبيق القانون تطبيقاً حرفياً ، كما أنه قد يؤدي من ناحية أخرى إلى التفريط بأصل الحقّ والذي ظهرت الشكلية من أجل حمايته وصيانته ، فأيُّهما يراعي القاضي ، هل يراعي تطبيق القانون في تبسيطه للشكلية ، أم عدم التفريط بالحقّ في هذا التبسيط ؟ !

---

(1) لاحظ في شرح هذا النص : د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، دار الثقافة ، عمّان ، 1999 ، ص28 . وكذلك بحثه ، المبادئ الجديدة في قانون الإثبات العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون بجامعة بغداد ، العددان الأول والثاني ، 1986 ، ص418 .

(2) لاحظ : كتابنا ، خواطر مدنية ، ص51 .

لقد اجابت المادة (4) من قانون الإثبات على ذلك ، فحددت هدفاً آخر من أهداف هذا القانون : ((تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحقّ المتنازع فيه)) [1] ، وهذا ما يؤكد بلا أدنى شك سمو الحقّ على القانون .

المطلب الثاني
منزلة الحقّ من الواجب

206) - العنصر الملازم للحق (الواجب) :

قيلت معانٍ كثيرة للواجب ، لكن اعجبني تعريفه بأنه : " حالة خضوع يوجد فيها شخص ملتزم بمسلك معين فرضه عليه القانون " [2] . وهذا التعريف يجعلنا نتساءل : لماذا فرض القانون هذا المسلك المعين على الشخص ؟ الحقيقة إن الجواب على هذا السؤال هو المبدأ الذي يَفصِل طريق فلسفة النظام عن طريق فلسفة الحقّ ، ففي فلسفة النظام ، لا معقب على القانون في فرضه للواجبات على الأشخاص ، طالما كان غرضه تحقيق النظام ، في حين إن فلسفة الحقّ تقضي وجود حقّ محمي وراء فرض هذا الواجب ، وهذا ما يجعل ، وفق فلسفتنا ، الواجب العنصر الملازم للحق ، فلا فرض في القانون للواجب على الأشخاص إلا لإحقاق الحقوق وتنظيمها وحمايتها ، فتحقيق الحقّ يتخذ عادة بأداء الواجب ، كما

---

(1) لاحظ : د . عباس العبودي ، بحثه ، ص419 .

(2) التعريف للفقيه (جورجاني) في كتابه الالتزام ، نقلاً عن : د . عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982 ، ص 42 . ولاحظ في تقسيم الواجب إلى عام وخاص : د . محمد حسين منصور ، نظرية الحقّ ، ص 33 .

إن الكثير من حالات فرض الواجبات قد تأسست أساساً لحماية الحقوق ، ولهذا فإن أمر الملازمة بين الحقّ والواجب ، أمر لا مفر منه إطلاقاً [1] .

(1) وقد صوَّر الوضعيون هذا الرابط بين الحقّ والواجب على شكل تمثيلية يخرجها القانون للعلن ، إذ يذكر د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 650 . وهو من معتنقي الوضعية الاجتماعية أو (الاشتراكية) : (يقرر المشرع قيام رباط قانوني تبادلي بين أطراف العلاقة الاجتماعية التي يرغب في حمايتها ، بأن يحدد لأحد الطرفين حقًّا ، وللطرف الآخر واجبا . فالقانون ، حينما يمارس تأثيره على مصالح البشر ، يقيد البعض منها بغية حماية البعض الآخر . . هو كالجواهرجي يفحص رمال الحياة ماسكا ملقاط العدالة ، يفرز الحجر الكريم ويعزل الحصى الرخيص . وما دام القانون ينظم علاقات اجتماعية بعينها ، فإن هذه العلاقات الواقعية تتحول إلى علاقات قانونية ، أي يصير الارتباط الواقعي التزاما قانونيا ، كما تصير مكنة القيام بنشاط معين من الناحية الواقعية مكنة قانونية . هكذا تغدو العلاقة القانونية الشكل الذي من خلاله تتأكد العلاقات الاجتماعية ويطرد نموها . فمثلا ، ان رغبة مالك البيت السكني في أن لا يعترض له أحد في الانتفاع ببيته تصير مكنة تلقي على عاتق الآخرين واجبا قانونيا في احترام حيازته للبيت . أن تنظيم العلاقات الاجتماعية وتثبيتها يتحقق عن طريق ترتيب حقوق وواجبات تصوغها الدولة في القواعد القانونية وتتجسد في الحياة من خلال العلاقات القانونية . فالعلاقة القانونية هي الوسيلة الرئيسية التي يؤثر بها القانون على الحياة ، والنول الذي به يتم نسج القانون في نسيج الحياة الاجتماعية ، فيستحيل من ضباب التجريد إلى وضوح التحقيق . وإذا كان الحقّ مصلحة يحميها القانون ، فالواجب سلوك ضروري يحتمه القانون . بغير واجبات تقع على عاتق البعض ، لا يتصور قيام حقوق للبعض الآخر . فالنار التي تدفئ في حاجة إلى وقود ، ووقود الحقوق هو ما يقابلها من واجبات . فحق الدائن في تنفيذ الالتزام يفترض واجب المدين بإجراء هذا التنفيذ . وحق مالك البيت في الانتفاع بملكة يستتبع واجب الكافة في عدم التعرض لهذا الملك . . . هذا وتترابط الحقوق والواجبات داخل العلاقة القانونية ترابطا جدليا . فالمالك للبيت السكني صاحب حقّ ، يقابله واجب الكافة باحترام هذا الحقّ . بيد أن المالك هو الآخر يتحمل واجبات تجاه المجتمع ، تفرضها الغاية الاقتصادية والاجتماعية لحقه . فالملكية الشخصية للبيت السكني مقيدة بما تفرضه واجبات الجوار وعدم استغلال الملك للدعارة أو القمار . أما الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج فرأينا أنها وظيفة اجتماعية وليست مجرد حقّ ، فعلى صاحب المصنع تشغيله وفقا لخطة التنمية ويمتنع عليه تعطيله والا فقد الحماية القانونية . . والدائن في الالتزام صاحب حقّ ، يقابله واجب التنفيذ من قبل المدين . بيد أن الدائن هو الآخر يتحمل واجبات تجاه مدينة على الأخص واجب التعاون ، بحيث ←

207) - دليل الملازمة بين الحقّ والواجب :

إن دليل الملازمة بين الحقّ والواجب ، والذي يفرض على الذهن عدم إمكانية افتراض قيام أحدهما دون الآخر ، أو على الأقل عدم إمكان قيام فكرة الواجب إلا بقيام فكرة الحقّ ، يكمن في الآتي :

1 : إن أي تحليل لأي واجب يفرضه القانون على الأشخاص ، سيقودنا إلى وجود حقّ أراد القانون حمايته أو تحقيقه أو تنظيمه ، بفرض ذلك الواجب ، سواء من حيث الاقتران أو المقابلة ، فواجب العامل في إتباع توجيهات رب العمل ، يقف ورائه حقّ العامل ذاته في عدم مساءلته عن أخطاء ارتكبها تبعاً لتلك الطاعة ، وهذا هو الاقتران ، ويقابله حقّ رب العمل على العامل أن يطيع أوامره ويلتزم بتنفيذها ، وهذه هي المقابلة .

2 : إن الملازمة بين الحقّ والواجب هي التي تعود لفهم حقيقة فكرة الخطأ ، فالخطأ ما هو إلا إخلال بواجب ، وإن كان الواجب منفكاً عن فكرة الحقّ ، لأمكن أن يكون الخطأ إخلال بواجب وإن كان فيه استعمال للحق ! وهذا لا يستقيم فالملازمة هي التي تؤدي إلى انعدام الخطأ في حالتي استعمال الحقّ واستعمال الواجب على حد سواء ، فلا خطأ مع استعمال الحقّ ولا خطأ مع أداء الواجب .

← يصبح كل طرف في الالتزام مدينا على مصالح الآخر ، عليه تنبيه رفيقه في العلاقة إلى ما يحيق بمصلحته من أخطار . وعلى كل طرف في الالتزام أن يكون يقظا في تجاه ما يصيبه هو من أضرار ، فيتفادى الضرر قبل حصوله ، ويمنع تفاقم الضرر بعد حدوثه ، إلى غير ذلك) .

3 : قد ينظر إلى الواجب القانوني إنه هو الذي يعطي للحق بعده القانوني [1] ، فالواجب اللا قانوني يقابله حقّ لا قانوني ، كما إن الواجب القانوني يقابله حقّ قانوني ، ومثال ذلك : حقّ الملكية وواجب الكافة باحترامه ، فهذا الواجب قانوني يُقابل حقًّا ، ومثال آخر : رد السلام أو التحية ، فهو واجب لا قانوني ، يقابله حقّ - بالمعنى الأخلاقي لدى الغير - للطرف الذي أدى التحية في أن ترد عليه بتحية أحسن منها أو بمثلها ، وهو حقّ لا قانوني - إن صحّ التعبير - ؛ وإذ كنا لسنا مع ربط الحقّ بالواجب ، لأن العكس هو الصحيح ، لكن هذا التحليل يؤكد صحة نظريتنا في الملازمة بين الحقّ والواجب . والصحيح إن فكرة الحقّ هي الموجه لوجود فكرة الواجب ، فحق الملكية يفرض على الجميع واجب احترامه ،

(1) وفي هذا الصدد يقول البعض : (يفرض القانون الواجبات وهو يبتغي بها جميعها حماية المصالح الإنسانية ، سواء ما كان منها ذا طابع عام ، لتعلقه بمصالح الجماعة كلها ، أم كان ذا طابع خاص لتعلقه بمصلحة الأفراد . وتحديد نوع المصلحة من حيث كونها عامة أو خاصة ليس بالأمر السهل ، وذلك لأن اشباع احدى المصلحتين لا محالة يفيد المصلحة الأخرى ، فإشباع مصلحة الجماعة يفيد مصلحة الأفراد كما ان اشباع مصالح الأفراد يفيد مصلحة الجماعة . ومع ذلك فمن الخير اقامة التقابل بين المصلحة العامة كمصلحة الدولة التي تحتضن مجموع مصالح المواطنين كافة ، الحالية والمستقبلة . وبين المصلحة الخاصة للأفراد . إن القواعد التي تفرض الواجبات ، حفاظاً على المصلحة العامة ، إنما تقتصر على فرض الطاعة للدولة وحدها . فالمواطن لا يلتزم بتنفيذ واجبه إلا تجاه الدولة ، والدولة وحدها هي التي تستطيع أن تقسره على هذه الطاعة . وقد يحدث أن يفيد سائر المواطنين من تنفيذ هذا الواجب ، وقد تتطابق المصلحتان ، المصلحة العامة ومصالح الأفراد . ومع ذلك لا يجوز لمجرد هذا التوافق أن يجوز للأفراد أن يطالبوا من عليه الواجب بتنفيذ ذلك الواجب . ذلك أن المسألة هي مسألة آثار مفيدة تترتب على احترام الواجبات العامة فأفادت المواطنين بطريق غير مباشر وغير مقصود ، دون أن تكون ثمة علاقة بين من عليه الواجب وبين من أفاد أو أفادوا من تنفيذ ذلك الواجب) . د . عبد الحي حجازي ، الحقّ ، ص 129 .

فإن تمّ الاعتداء عليه ، خالف صاحب الواجب واجبه ، مما استلزم إيقاع الجزاء ، مدنياً أو جنائياً ؛ أما مثال رد التحية ، فهو واجب لا قانوني ، لأن ما أطلق عليه بحق ملقي التحية في أن تُرد عليه تحيّته بأحسن منها أو بمثلها ، ليس حقًّا بالمعنى الحرفي للكلمة ، بل إن الكلمة وُضِعَتْ مجازاً ، تعبيراً عن الوضع اللا قانوني الملازم للواجب اللا قانوني ، والتي تكون عليه قواعد الأخلاق في العادة .

4 : الاختلاط بين توصيف بعض المهام على أنها حقّ أو واجب أو كليهما معاً ، كالولاية على مال الصغير ، فهل هي حقّ أم واجب ؟ وكذلك الدفاع الشرعي ضد الجريمة أهو حقّ أم واجب ؟ وكذا الحال بالنسبة إلى ممارسة العملية الانتخابية لاختيار السلطة ، أهي حقّ أم واجب ؟ . ولعلَّ من السهل الفصل بين وظيفتي الحقّ والواجب إن فهمنا حقيقة الملازمة بينهما ، فالحقّ هو الذي يخلق حالة الواجب ، لذا اقتضى دور القانون في حمايته للحق أن يضع جزاءً للإخلال بهذا الواجب الملازم للحق ؛ ولهذا فإنه إذا لم يترتب أيما جزاء على أية ممارسة ، فإننا بصدد حقّ لا واجب[1] .

---

(1) وفيما يتعلق بالانتخاب ، فمن الفقه من يذهب إلى عدّه واجباً ، ومنهم من يرى أنه حقّ ، ورأي ثالث يذهب إلى عدّه حقّ وواجب في الوقت نفسه . ويبرر أنصار هذا الاتجاه الأخير رأيهم بالقول بأن جعل الانتخاب حقًّا إنما هو تأكيد على وجود بعض الحقوق الطبيعية للفرد والتي لا يجوز للدولة أن تمسها أو تنقص منها ، لأنها تسمو على القانون الوضعي . وفي ذلك فائدة كبيرة لأنه يولد لدى الجميع حاكماً أو محكوماً الشعور بضرورة المحافظة على حقوق وحريات الأفراد بشكل دائم ومستمر . أما القول بأن الانتخاب واجب أو وظيفة – كما يسميه البعض – ، فذلك يعني ان الانتخاب ليس اختيارياً للفرد له أن يمارسه أو لا يمارسه ، بل يعني أن الانتخاب اجباري يجب على المواطن أداؤه وإلا تعرض للمسؤولية بشكل جزائي ممثلة بغرامة مالية في أغلب الأحوال ، وهذا بحد ذاته يدفع نسبة كبيرة من المواطنين إلى الادلاء بأصواتهم وعدم اتخاذ مواقف سلبية في هذا الجانب من جوانب النشاط الإنساني الذي ←

208) - المقابلة بين الحقّ والواجب :

تقع المقابلة بين الحقّ والواجب ، عندما يفرض القانون واجباً على شخص ما ، في مقابلة إقراره لحق عائد لشخص آخر ، وهذه المقابلة إما أن تظهر بصورة جلية ملموسة ، وإما أن تكون غير ظاهرة ، وإن كان وجودها أمر مفروغ منه[1] .

←

يساهم في تحديد كثير من الأمور والمسائل التي تهم المجتمع بأسره .

وهذه المشاركة السياسية المتمثلة بالانتخاب والإدلاء بالصوت الانتخابي تتناسب طرديا مع تقريب مفهوم الشعب السياسي مع الشعب الاجتماعي وتزيد من إمكانية تجسيد مفهوم الديمقراطية الحقيقية .

(لاحظ : لمزيد من التفصيل : د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص 278) . ولا أتفق مع هذا الاتجاه ، كما لم تتفق معه ، معظم الدساتير التي نظمت العملية الانتخابية ، إذ لا يترتب أي جزاء على المواطن الممتنع عن الادلاء بصوته .

(1) وتظهر هذه المقابلة أيضاً في القانون الجنائي ، يقول الشيخ عبد القادر عودة ، (كتابه التشريع الجنائي الإسلامي ، المجلّد الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 ، ص 382) : (ويقابل الحقّ الواجب ، وكلاهما يختلف عن الآخر في طبيعته ، فإذا كان الحقّ يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله ، وإذا كان صاحب الحقّ لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب . وإذا كان الحقّ والواجب يختلفان في طبيعتهما ، إلا أنهما يتفقان من الناحية الجنائية في ان الفعل الذي فعل أداء لواجبه أو استعمالاً لحق هو فعل مباح ولا يعتبر جريمة . والفعل الواحد قد يعتبر حقًّا لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر ، فالقتل قصاصاً هو حقّ لولي الدم إذا باشره ، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له ، والتأديب في مذهب أبي حنيفة هو حقّ للزوج والأب ولكنه واجب على المدرس والمعلم . وللتفرقة بين الحقّ الواجب أهمية من وجهتين : أولهما : وهو متفق عليه من الفقهاء : أن الحقّ لا يمكن العقاب على تركه وأن الواجب يمكن عقاب تاركه . وثانيهما ، وهو مختلف عليه بين الفقهاء : أن الحقّ يتقيد بشرط السلامة وأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ؛ أي أن من باشر حقًّا مسئول دائماً عن سلامة المحل الذي باشر عليه الحقّ ؛ لأنه مخير بين أن يأتي الفعل أو يتركه ، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل واجبه ؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه ، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي ، أما ←

وتظهر المقابلة بين الحقّ والواجب ، عادة ، عندما يتخذ الواجب شكل الإلزام أو الالتزام[1] ، ولا سيّما عندما يكون في مقابلة حقّ شخصي ، بمعنى إن المقابلة بين الحقّ والواجب ، تظهر بصورة جلية واضحة بين الحقّ الشخصي والالتزام أو الإلزام ، لكن علينا أولاً أن نفهم الفرق بين الواجب والالتزام ، ثم تتجلى حقيقة المقابلة بين الحقّ الشخصي والالتزام .

←

مالك وأحمد فعندهما أن الحقّ كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحقّ في حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح .

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقًّا أو واجباً بالنسبة لشخص معين ننظر هل يتحتم إتيان الفعل أم لا ؟ وهل يعاقب على تركه أو يأثم لتركه أم لا ؟ فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وكذلك إن كان يأثم بتركه أو يعاقبه على تركه ، أما إذا كان له أن يأتي الفعل أو يتركه دون أن يأثم أو يعاقب فالفعل حقّ بالنسبة له . وإذا حلّلنا الحقّ وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحقّ على محل الحقّ ، فحق التأديب يعطي المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلاً ، أو الابن أو التلميذ ، وإذا حللن الواجب وجدنا أنه يعطي أيضاً للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب ، ويجعل مباشرة الواجب حقًّا له على المحل ، فواجب التأديب عند من يقولون بأنه واجب يعطي للمكلف بالواجب نفس سلطة صاحب الحقّ على التلميذ والابن ، فالمكلف بالواجب هو في الواقع صاحب حقّ على محل الواجب ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه ، وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحقّ والمكلف بالواجب) .

(1) هناك فرق بين الالتزام والإلزام ، فالأول ينشأ عن مصادر إرادية ، ولهذا نقول (التزم الشخص) ، أي التزم بإرادته ، أما (ألزم الشخص) ، فهو إلزام وإجبار له بسبب غير إرادي ، ولهذا فإن جميع المصادر غير الإرادية (عمل غير مشروع ، كسب بلا سبب ، قانون ، وغيرها) هي أسباب للإلزام وليس للالتزام ، ولهذا فإن البحث عن (السبب) يكون في دائرة (الالتزام) أو ما يعرف لدى عموم الفقه بـ(الالتزام العقدي) ، ولا تبحث في دائرة (الإلزام) أو ما يعرف لدى عموم الفقه بـ(الالتزام غير العقدي) ، والإلزام كالالتزام ، يقابله حقّ شخصي ، وهما يمثلان طرفا رابطة المديونية . (لاحظ لمزيد من التفصيل : كتابنا ، كسب الملكية بضمان ضرر المال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص30 والتي تليها) .

ولكي تتوضح صورة الملازمة بين الحقّ والواجب ، سواء من حيث الاقتران أو المقابلة ، وتأكيداً للدور الأبرز للحق في هذه المقابلة أو ذلك الاقتران ، فسنبحث في فرعين ، دور الحقّ في التمييز بين الواجب والالتزام من جهة ، وبين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني من جهة أخرى .

الفرع الأول

دور الحقّ في التمييز بين الواجب والالتزام

209) - الواجب والالتزام :

الحقيقة إن الالتزام ، أو الإلزام [1] ، يعد من أحد الواجبات التي يفرضها القانون على الأشخاص ، عبر مصادر ، نظم الكثير منها ، كالعقد والفعل الضار وغيرهما ، لكن ليس كل واجب التزام ، وبالتالي لا تظهر المقابلة بشكل بارز إلا في هذا النوع من الواجبات وأعني به الالتزام .

و قد وضع الفقهاء عدة معايير للتميز بين الالتزام بمعناه الحقيقي ، والواجب في غير حالة الالتزام ، منها :

أ : معيار وجوب التعويض : إذ بموجب هذا المعيار ، فإن تعويض الضرر يقتصر فقط على مخالفة الالتزامات دون الواجبات [2] ، وهذا المعيار غير صحيح ،

---

(1) وسوف نؤثر إطلاق لفظة الالتزام على كليهما ، لأنه المصطلح الأكثر شيوعاً وتداولاً لدى الفقه .

(2) نصت المادة (168) من القانون المدني العراقي على أنه : ((إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)) .

من ناحيتين ، الأولى من الناحية الأصولية ، إذ لا ينبغي أن نقيم فروقاتنا بين الأشياء على آثارها ، بل على ماهيّاتها وحقيقتها . ومن ناحية ثانية ، فإن القول بأن تعويض الضرر يقتصر على مخالفة الالتزامات دون غيرها من الواجبات ، غير صحيح ، فواجب الجار تجاه جاره بعدم الإضرار به ، يترتب على مخالفته ، في حالة حدوث ضرر فاحش [1] ، وجوب تعويض هذا الضرر .

ب : **معيار مالية الأداء** : يذهب الكثير من الفقهاء إلى أن ما يميز الالتزام من غيره من الواجبات ، إن محله ذا طابع مالي ، إلا أن بعض الفقهاء أمثال "اهرنج" و"فندشايد" خالفوا هذا الرأي ، بحجة إن القانون يحمي المصالح ذات الطابع غير المالي أيضاً [2] ، ومن قال أن القانون لا يحمي الواجبات كحمايته للالتزامات ؟ ! ، كل ما في الأمر هو التمييز من حيث الماهية فقط بين الالتزام وغيره من الواجبات الأخرى ، إلا أن معارضي هذا المعيار تحجّجوا عليه بحجج قائمة على وجود علاقات تنصب على مصالح أدبية لا يمكن تقويمها بالمال ، ومع ذلك ينشأ عنها التزامات .

---

(1) نصت الفقرة (1) من المادة (1051) من القانون المدني العراقي على أنه : ((1- لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً)) .

(2) لاحظ : د . عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ص46 . ويُضيف في الصفحة ذاتها (ويضرب "اهرنج" مثلاً لذلك ، خادم فندق يتّفق مع صاحب الفندق على أن تكون راحته يوم الأحد ، وكذلك صاحب المنزل الّذي يؤجر منزله ويتّفق مع المستأجر ، وهو موسيقي ، على ألاّ يعزف على البيانو في أوقات معينة . هذه الأوقات ليست لها قيمة اقتصادية ، فالراحة يوم الأحد والهدوء في أوقات معينة ليست أشياء ذات قيمة مالية . ويُلاحظ "اهرنج" أن القانون يجب أن يحمي هنا أيضاً المصلحة الأدبية إذ لا يجوز أن يقتصر على حماية الأشياء ذات القيمة المادية) .

إلا أن الأمر ليس فيه لحد الآن خلاف بين الطرفين ، طالما إن الأمر يتطلب التميز بين ، الأداء والمصلحة من الأداء ، ومن ثم التميز بين شرط المالية في الأداء نفسه أو في المصلحة المتأتية منه [1] ، فلا عَجَبَ أن تكون المصلحة من الأداء ذات طابع أدبي أو نفسي أو علمي ، أي ذات مضمون غير مالي ، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الايطالي ، في المادة (1174) منه ، حيث اشترط في الأداء الذي يتكون منه محل الالتزام أن يكون قابلاً للتقويم الاقتصادي ، ويجب أن يكون للدائن مصلحة فيه ولو كانت أدبية[2] والأمثلة على ذلك كثيرة : كمن يستأجر مطربين لإحياء حفلة ، إن الأداء هنا ذو قيمة مالية ، لكن مصلحة صاحب الحفلة ليست مالية ، وإنما ذات طابع أدبي أو معنوي ، أو كمن يشتري شيئاً ليعطيه لصديقه على سبيل الهدية ، أو كمن يبيع منزلاً يتبرع بقيمته لمؤسسة علمية أو فنية ، فلا يهم كون المصلحة من الأداء ذات طابع مالي أو غير مالي ، المهم أن يكون الالتزام محله أداء ذا طابع مالي . وجميع الواجبات التي توصف بالالتزامات ، كون محلها أداءً مالياً ، هي واجبات قانونية صرفة ، يهتم القانون بفرضها وتنظيمها ، لكن هذا لا يعني إن الواجبات غير المالية هي واجبات غير قانونية ، بل إنها منقسمة إلى قانونية ولا قانونية بحسب ما يقابلها من حقوق .

ويثار التساؤل عن متى يُعد الأداء محل الالتزام مالياً ؟ هل يُنظر إلى طبيعة الأداء ذاته ، فيكون الضابط موضوعياً ، أم لا بد من الرجوع إلى نية أطراف

---

(1) و يعود فضل التميز بين مالية الاداء ومالية المصلحة من الأداء إلى الفقيه الايطالي (فينوريو شالويا) (نقلاً عن د . عبدالحي حجازي ، نظرية الالتزام ، ص 48 .)

(2) المرجع السابق نفسه .

العلاقة ، فيكون الضابط شخصياً ؟

الحقيقة إن هناك رأيين ، يعتمد أولهما على نية أطراف العلاقة ، ويعتمد الآخر على طبيعة الأداء نفسه ، ولسنا بصدد التفصيل في الرأيين ، لكن نلفت الانتباه إلى أن اتفاقات الأطراف قد تؤثر في طبيعة الأداء فتجعله ذا طابع مالي ، بعد إن كان ذا طابع غير مالي ، ويضرب الفقه مثلين على ذلك ، الأول يتعلق باشتراط مقابل مالي لتعهد ذو مضمون غير مالي ، والآخر يتعلق بفرض شرط جزائي على مخالفة تعهد ذو مضمون غير مالي ، كمن يؤجر داره لموسيقي ويتعهد عليه ألا يعطي دروساً في الدار ، بمقابل مالي يدفعه له ، أو بإقرار شرط جزائي ، فيما لو خالف هذا الاتفاق ، والحقيقة إن هذا المثال ساقه أصحاب النظرية الشخصية في تحديد ضابط مالية الأداء في تمييز الإلزام من الواجب ، إذ يرون إن بهذا الشرط ، شرط المقابل المالي ، أو الشرط الجزائي ، تحوّل الأداء من غير مالي إلى أداء مالي ، ولما كان البعض[1] ، قد أُنتقد هذا التوجه على اعتبار إن هذا الشرط ، شرط المقابل المالي أو الشرط الجزائي ، إنما حوّل الواجب غير القانوني إلى واجب قانوني ، إلا إنني لست مع هذا الرأي ، فاتفاق الأطراف قد غير صفة الواجب إلى التزام ؟ ، ولم يغير طبيعة الواجب من كونه غير قانوني إلى كونه قانوني ، فالواجب الذي يقع على المتعهد ، وهو في مثالنا أعلاه ، الموسيقي في أن لا يزعج جاره ، إنما هو تعهد قانوني لا ريب في ذلك ، حتى إذا لم يحتو على مقابل مالي أو لم يصحبه شرط جزائي ، ذلك إن مخالفته لهذا التعهد سيرتب عليها أثراً قانونياً ، وإلا فما قيمة هذا التعهد ؟ حتى إذا لم يحتو على شرط ما ؟

(1) د . عبدالحي حجازي ، المرجع السابق نفسه ، ص 54 .

ومع ما سبق قوله فإن مالية الأداء يحكمها طبيعة الأداء ذاته ، التي تساهم في تحديدها عدة عناصر ، منها الاتفاقات والتعهدات التي تحيط بالأداء ذاته ، على إنه يجب التنويه إن مالية أي أداء قد لا تعني إن الالتزام ، وهو صورة من الواجب ، قد دخل نطاق القانون ، إذ كثيراً ما نرى التزامات مالية ليست بذي أثر قانوني ، لعدم شمولها بالحماية القانونية ، كمن يدعو ضيوفه إلى العشاء ، أو كمن يتعهد بإعطاء هدية لشخص بمناسبة خاصة ، وغير ذلك مما تفرزه قواعد المجاملات الاجتماعية .

كما ينبغي أن لا يرتبط الأداء المالي بمفهوم المال ذاته ، إذ أن الالتزام الذي محله عمل أو امتناع عن عمل ، ومرتبط بأداء إنساني يمكن تقويمه اقتصادياً ، إنما هو التزام بكل ما للكلمة من معنى ، فضلاً عن ذلك ، فإن معيار مالية الأداء تحكمه الأعراف والتقاليد السائدة في البيئة الاجتماعية ، وهي تتغيّر بتغيّر الزمان والمكان والأحوال ، فقد تُعدُّ بعض الأداءات أدبية صرفة في زمان أو مكان أو حالة ، وتعد ذاتها ذات طابع مالي في زمان آخر أو مكان آخر أو حالة أخرى ، كمن يتعهد بتلاوة القرآن الكريم في عزاء[1] .

---

(1) ((في قضية لطيفة أمام القضاء المصري ، "محكمة دكرنس الجزئية الأهلية ، 20 اكتوبر 1931 ، المحاماة ، السنة الثالثة عشرة ، ص253 ، رقم 155" ، مضمونها أن : (شخصاً استأجر مُقرئاً ليقرأ القرآن على روح والده ، وظلّ المُقرئ يؤدي القراءة مدة سنتين ، طالب بعدهما المتعاقد معه بمبلغ خمسة جنيهات أجرة قراءة القرآن طوال هذه المدة ، فلمّا رفض رفع المقرئ عليه دعوى ، فرفضت المحكمة طلبه بحُجّة أن قراءة القرآن عمل تعبُّدي لا يؤجر عليه صاحبه) . مؤدّى هذا الحكم أن قراءة القرآن لا تُقوّم بالمال بحسب أصلها ، وأن اشتراط المقابل المالي فيها مخالف للشرع والآداب العامّة . غير أن أحكاماً أخرى ذهبت عكس ذلك ، منها حكم محكمة بني سويف الجزئية " الصادر في 27 يناير ←

جـ : معيار تعيين طرفي الالتزام : يذهب مناصرو هذا المعيار إلى إن ما يميز الالتزام من الواجب أن فيه طرفين هما : الدائن والمدين ، وإنهما يتعيّنان ابتداءً ، ولا سيّما المدين به ، إذ يجب أن يكون معيناً منذ لحظة نشوء الالتزام ، في حين إن من يقع عليه الواجب قد لا يكون معيناً منذ اللحظة الأولى ، كالواجب الملقى على الجميع باحترام الملكيات الخاصة ، وعدم الإضرار بالغير ، فهذه واجبات تقع على الكافة ، لا على أشخاص معينين بذواتهم .

ويرد على هذا المعيار ، أن بعض العلاقات التي ينجم منها الالتزام وفقا لتصوّر الفقه ، لا يكون الدائن فيها معيناً منذ البداية ، كما في الوعد بتقديم جائزة لكل من قام بعمل معين [1] ، فالدائن هنا غير معين ، وإنما قابلاً للتعيين[2] . لكن المسألة

← 1900 ، الحقوق 15 ، ص 203 " الذي قضى بأنه : (إذا تعهد شخص لآخر بتلاوة القرآن الشريف في ليالي رمضان لقاء جعل معلوم ، ولم يقم بهذا التعهد ، فإن للمعهد له حقّ طلب التعويض عن ذلك) . ويُفهم من هذا الحكم أن قراءة القرآن يجوز أن تُستحق الأجرة عليها ومن ثمّ تعتبر أداءً مالياً يصلح بالتالي لأن يكون محل التزام مدني صحيح بحيث أنه إذا لم يُنفّذ فإنه يحكم بالتعويض على المدين وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية)) . نقلاً عن : د . عبدالحي حجازي ، ص58 هامش 39 . والحقيقة أن هذه المسألة يحكمها العرف والعادات والتقاليد ، فإذا كان المجتمع تعارف أو اعتاد على دفع الأجور لقُرّاء القرآن ، فإن عملهم ، بلا شك يغد ذا قيمة مالية ، أما إذا لم يعتاد المجتمع على ذلك فلا يُعد ؛ وغالباً ما يحكم هكذا علاقات العقد المبرم بين الشخصين ، إذ لا نستطيع التوسع في دائرة النظام العام أو الآداب العامة لنُبطل باسميهما التعهدات التي قطعها أصحابها على أنفسهم وهم بكامل رُشدهم ، كي لا نفتح الباب أمام تهرُّب الناس من التزاماتهم .

(1) لاحظ : المادة (185) مدني عراقي .

(2) وكذا الحال بالنسبة للوصية لشخص غير معين ما دام يمكن تعيينه فيما بعد ، أي ما دام أنه ليس مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها ، وكالوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل . وكالاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة ، أو شخص أو جهة لم يعينا بالذات وقت العقد ما دام تعيينهما ←

ليست كذلك ، إذ ينبغي التمييز بين الالتزام ومصدره ، فعند نشوء المصدر ، تعيّن الواعد ولم يتعين الموعود له في الوعد بجائزة ، فعند تعيّن الأخير بدأ الالتزام بالظهور ، فلا التزام إلاّ بوجود دائن ومدين وتعيينهما في الوقت نفسه[1] .

فالواجب الذي لا يتعين فيه الدائن ابتداء ، هو واجب قانوني عام ، وليس التزاما ، وذلك لأن الالتزام ينشأ ليكوّن رابطة قانونية بين شخصين معينين ، أما الواجب القانوني ، فليس فيه دائن ومدين ، بقدر ما فيه صاحب حقّ وصاحب واجب ، إلى أن يقع الإخلال به ، فتتضح الصورة أكثر ، وتنهض ثمة علاقة بين اثنين يصح أن يطلق عليهما دائن ومدين ، كما في واجب عدم الإضرار بالغير .

وعلى الرغم من وجاهة الانتقادات الموجّهة إلى هذا المعيار[2] ، فإن فيه بعض

←

مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره . وهذا ما قضت به المادة (154) مدني عراقي .

(1) وتأييدا لذلك ، يقول الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ص 60 : (إذ يجب أن يكون الدائن معينا ، وذلك لأمرين ، الأول : أن سلطة الدائن يجب أن تنتمي لشخص معين ، الثاني ، أن التزام المدين مفروض لمصلحة شخص معين ، لا لمصلحة الأفراد كافة ، كما هو الحال بالنسبة للواجبات القانونية الأخرى) .

(2) (إلاّ أنه يلاحظ أن الالتزام الذي لم يتعين فيه الدائن ، مع قابليته للتعيين ، لا يكون كاملاً كمال الالتزام الذي يكون فيه كل من المدين والدائن معيناً من أول الأمر . فمثلاً في الوعد بجائزة لا تنشأ العلاقة الملزمة بين الواعد والشخص غير المعين وإنما توجد هذه العلاقة في الوقت الذي يتعين فيه ذلك الشخص ، أي أن كون الشخص السلبي معيناً رغم قابلية الدائن للتعيين لا يكفي للقول بأن العلاقة الملزمة توجد فور صدور الوعد بين شخص وشخص غير معين . صحيح أن آثار الوعد لا تنحدر من تلاقي إرادتين وإنما تنحدر مباشرة من تعبير الواعد فقط ، إلاّ أن هذا لا يعني ان هذه الآثار تنشأ حتما كلها فور صدور الوعد ، بل يعني فقط أن آثار الوعد جميعها تنشأ من التعبير الأحادي عن الإرادة ، وليس من تلاقي إرادة صاحب التعبير مع إرادة المستفيد من الوعد . لهذا يجوز القول أن الواقعة التي

←

المنطقية ، إذ ليس بخطأ القول بأن طرفي الالتزام معينين ، أو يمكن تعيين أحدهما ، وطرفي الواجب قد لا يكونا معينين ، لكن الانتقاد الذي يمكن توجيهه لهذا المعيار أن عدم تعيين طرفي الواجب أو الالتزام ، ليس هو المعيار في كون صاحب الحقّ الذي يقابل الواجب الملقى على عاتق شخص آخر ، يُدعى دائنا ، والآخر يُدعى مدينا ، والدائن والمدين لا يكونان إلاّ طرفا رابطة المديونية التي تربط صاحب الحقّ بمن يقع عليه الالتزام ، فلا يصح الحديث عن وجود دائن ومدين في العلاقات التي تفرز واجبات لا يصدق عليها وصف الالتزام ، ليس لأن الدائن والمدين فيها غير معينين ، إذ لا يوجد دائن أو مدين أصلا ، حتى يصح القول عن مدى تعيينهما ، بل يوجد صاحب حقّ وصاحب واجب ، وفي حالات كثيرة ، يتم تعيين هذين الطرفين ، حتى في الواجبات غير القانونية ، فكيف الحال لو أن الأمر متعلق بواجب قانوني ، كواجب الطاعة الملقى على عاتق الزوجة

←

ينشأ عنها التزام الواعد تتكون من الوعد ومن تعيين الدائن . فبالوعد وحده لا تكون الواقعة كاملة بل توجد بداية مركز يمكن أن يؤول إلى مركز نهائي حين يتحقق الأمر الذي تكتمل به الواقعة . ويصدق القول ذاته على الوصية لشخص غير معين ، وعلى الاشتراط لمصلحة شخص غير معين . ومن ثم يجوز القول أن طرفي الالتزام يجب أن يكونا معينين فلا يكفي أن يكون الدائن قابلاً للتعيين والا فلا تنشأ العلاقة إلاّ حين يتعين الدائن . ومع ذلك فإن الالتزام غير المعين الدائن لا يزال مع نقصه يختلف عن الواجب القانوني العام . ففي الالتزام الذي نحن بصدده نجد واجب المدين واقعاً على شخص معين بذاته لمصلحة شخص سيعين فيما بعد . أما في الواجب القانوني العام فالمدين كل شخص والدائن كل شخص لا يحصل تعيين أحدهما إلاّ حين الاخلال بذلك الواجب العام . وحينئذ فقط يتحول الواجب إلى التزام يكون كل من الدائن والمدين فيه معينا . فالواجب القانوني بعدم الاضرار بالغير هو واجب على كل شخص مقرر لمصلحة كل شخص ، الدائن فيه غير معين والمدين فيه غير معين ولا يحصل تعيينهما إلاّ حين الاخلال بذلك الواجب السلبي العام ، واجب عدم الاضرار بالغير) . نقلاً عن : د . عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ص 61 .

لزوجها ، فلا دائن ولا مدين في هذه العلاقة ، بل العلاقة بين صاحب حقّ وصاحب واجب ، معينين . ولهذا يعجز هذا المعيار عن تقديم أساس سليم للتفرقة بين الواجب القانوني والالتزام .

د : **معيار وجود مصلحة للدائن** : وعلى وفق هذا المعيار نكون أمام التزام وليس مجرد واجب عندما تكون هناك مصلحة ذاتية وفردية للدائن تجاه ما التزم به مدينه ، أما في الواجب ، والذي يوصف بالعمومية في العادة ، فلا مصلحة ذاتية مقررة منه لصاحب الحقّ ، وهذا المعيار غير صحيح ، لأن المصلحة متواجدة في الحالتين ، وقد تكون فردية لدى صاحب الحقّ الذي يُفرض الواجب لحماية حقه ، كما في واجبات الجوار ، فللجار مصلحة في أن تكون هناك واجبات على جيرانه في عدم الإضرار به ضرراً فاحشاً .

وقد ذهب بعض الفقهاء [1] ، في ضوء المعايير السابقة إلى أن ، بعض الواجبات القانونية ، لا يصدق عليها وصف الالتزام ، ومنها :

1 : الواجبات القانونية التي لا يكون فيها الأداء ذا مضمون مالي .

2 : واجبات العناية ، والتي تكون مفروضة على شخص بمناسبة ممارسته لنشاط معين .

3 : واجبات احترام ملكية الغير وحقوقه العينية الأخرى .

(1) الدكتور عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ص 62 .

210) - المعيار الأنسب في التميز بين الإلزام والواجب :

بعد دراسة المعايير التي أطلقها بعض الفقهاء في التميز بين الالتزام والواجب القانوني ، نرى إنه من الأنسب أن يقوم التميز بينهما على معيار واحد ثابت يصلح لكل الفروض ، وهو معيار وجود الحقّ الشخصي ، فالالتزام دون الواجب ، هو الذي يقابله حقّ شخصي ، فإذا وجد حقّ شخصي للدائن ، كنا في المقابل أمام التزام ، وإلا فإننا أمام واجب قانوني .

و إذا أخذنا الواجبات القانونية الثلاثة أعلاه ، والذي أسردها البعض ، ليحدد ، وفقاً للمعايير المطروحة سابقاً ، إنها لا يمكن أن يطلق عليها وصف الالتزام ، وحاولنا أن نطبق عليها معيارنا في التميز بين الإلزام والواجب ، فإننا سنخلص حتماً إلى أنها لا تعد التزامات ، لا لكون أداءها ذو مضمون غير مالي ، أو إن الدائن غير معين فيها ابتداء ، أو ما إلى ذلك ، وإنما لأنها لا تقع في مقابلة حقّ شخصي :

1 : فبالنسبة للواجبات القانونية التي لا يكون الأداء فيها ذا مضمون مالي ، كما في الواجبات الزوجية والأسرية ، كواجب الأمانة والطاعة ، فإن ما يقابل هذا الواجب ليس حقًّا شخصياً للزوج الآخر ، ولهذا عُدّت هذه الواجبات قانونية صرفة وليست إلزامات .

2 : كذلك واجبات العناية ، كواجب العناية الخاصة الذي يقع على من يزاول عملاً خطراً أياً كان نوعه ، فهذا واجب وليس التزام لعدم وجود حقّ شخصي في مواجهته .

3 : كذلك واجبات احترام ملكية الغير والحقوق العينية الأخرى التي له ، لا يوجد في مقابلها حقوق شخصية للمستفيد منها ، بل حقوق عينية ، وهذا واضح من مضمون هذه الواجبات .

ومعيار وجود الحقّ الشخصي في المقابل للتمييز بين الواجب والإلزام أو الالتزام ، والاعتماد عليه في هذا التمييز ، تدعمه حقائق وتنجم عنه حقائق :

211) - الحقائق الداعمة لمعيار الحقّ الشخصي في التمييز بين الإلزام والواجب :

ونوضّحها في النقاط الآتية : -

1 : إن الحقّ الشخصي عبارة عن ميزة للشخص يطلق عليه الدائن ، يُعطيه صلاحية الطلب من شخص آخر يطلق عليه المدين ، أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل [1] . ولهذا فإن الواجب إذا صار التزاماً تحقق لنا وجود شخصين يطلق عليهما الدائن والمدين .

---

(1) عرّف القانون المدني العراقي الالتزام في المادة (59) منه حيث نصت على أن :
((1- الحقّ الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقًّا عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل .
2 . يعتبر حقًّا شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات ، ويعتبر كذلك حقًّا شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين .
3 . ويؤدي التعبير بلفظ "الالتزام" وبلفظ "الدين" نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ "الحقّ الشخصي")) . وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا التعريف في عدة مؤلفات لنا ، كان أولها ، كتابنا : المدخل لدراسة الضمان ، دار الحامد ، عمّان ، 2002 ، ص 30 .

2 : إن اتصاف الواجب بالالتزام ، وليس بأنه واجب صرف ، يجعل حالة المطالبة أمر قائم ، إذ لا توجد في الواجبات ما يدعو صاحب الحقّ ، الذي تقررت هذه الواجبات لمصلحته ، أن يطالب صاحب الواجب بأداء واجبه تجاهه ، إلا عند الإخلال بالواجب ، فحينها تتم المطالبة لسبب بسيط ، هو أن بهذا الإخلال ظهر الالتزام بظهور الحقّ الشخصي فيه .

3 : إن ظهور الالتزام ، يجعل من العلاقة قائمة بين طرفين دائن ومدين ، وهما كذلك لاتصاف علاقتهما بصفة تدور حول فكرة الدين ذاتها ، فتحقق فكرة الدين ، أو بالأصح ، فكرة المديونية ، نكون أمام حقّ شخصي ، وبالتالي فإن ما يقابل هذا الحقّ ، لا يمكن أن يكون إلا التزاماً .

212) - الحقائق التي يُوصِلنا إليها هذا المعيار :

أما الحقائق التي يُوصِلنا إليها هذا المعيار فهي :

1 : إن الحقّ الشخصي هو معيار الالتزام وليس العكس ، إذ كثيراً ما نجد إن الفقهاء يفضلون الحديث عن فكرة الالتزام ، ونظرية الالتزام ، ومصادر الالتزام ، وأحكام الالتزام ، ويتناسون إن الأولى بهم الحديث عن فكرة الحقّ الشخصي ، ونظرية الحقّ الشخصي ، ومصادر الحقّ الشخصي وأحكامه ؛ ذلك إنه وإن صح الحديث عن إن سبب ذلك هو إمكانية تعيُّن المدين ابتداءً ، ولا ضرورة لهذا التعيّن بالنسبة للدائن في بعض الحالات ، فإن كفّة الدائن يجب أن تُرجّح على كفة المدين وبالتالي يجب أن يتم الاعتداد بفكرة الحقّ الشخصي ، أكثر من فكرة

الالتزام [1] لاعتبارات عديدة منها :

- الاعتبار الأول : (اعتبار موضوع التنظيم) :

لا شك إن الجميع يعرف إن الالتزام والحقّ الشخصي ، وجهين لعملة واحدة هي الرابطة بين الدائن والمدين ، وهذه من أهم المواضيع التي ينظمها القانون المدني التي يهتم بتنظيم المعاملات المالية ، هذه المعاملات جعلت هذا القانون يقيم الوزن في التنظيم لتقسيمات الحقوق المالية ، وعلى أساس هذه الحقوق تم تقسيم وتفريع أبوابه ، فجميع المدونات المدنية مقسومة إلى كتابين أو قسمين ، مهما اختلفت التقسيمات ، الأول وهو الخاص بالحقوق الشخصية والثاني خاص بالحقوق العينية . وعلى هذا الأساس في التقسيم بنى القانون المدني أقسامه ، فهو لم ينقسم إلى الالتزامات وتمييزها من الواجبات ، إنما مدار بحثه الأصيل هو الحقوق ، وما الالتزامات أو الواجبات إلا بدلا أو عوضاً أو مقابلاً لحقوق ، قابلتها أو اقترنت بها ، فتنظيمها جاء بشكل تبعي لتنظيم الحقوق المالية ، التي هي في الأساس جوهر القانون المدني .

- الاعتبار الثاني : (اعتبار المخاطب بالأحكام) :

تخاطب الأحكام المدنية في العادة الدائن والمدين ، لكنها - في الغالب - توجه خطابها للدائن أكثر من توجهه إلى المدين ، كل ما هنالك إن أفعال المدين قد تجعلها وصفاً لما قد يقوم به الدائن ، بمعنى إن خطاب الأحكام المدنية موجه

(1) لاحظ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني .

إلى الدائن في الأساس ، أما ما يتعلق بالمدين من أحكام ، فهي خطابات – في الأغلب – وضعية تجعل من فعله سبباً أو شرطاً أو مانعاً ، والأمثلة على ذلك كثيرة ، كالخطاب الخاص بالمطالبة بالفسخ [1] ، والمطالبة بالتعويض [2] ، ووجوب إعذار المدين [3] ، ومباشرة الوسائل إلى ضمان ما تتأدّى به حقوق الدائنين [4] ، واتفاقات الوفاء مع الحلول [5] ، بل حتى في المرحلة ما قبل نشوء الحقّ الشخصي ، أي مرحلة تكوين المصدر ، فالخطاب الخاص بالتمسك بالبطلان [6] ، واستعمال خيار الإجازة أو النقض في العقد الموقوف [7] ، إذ غالباً ما يكون الشخص المستفيد من منظومة البطلان وعدم نفاذ العقد ، هو الشخص الذي أقبل على إبرام العقد لتحقيق مصلحة عقدية تجعله صاحب حقّ شخصي .

– الاعتبار الثالث : (اعتبار النشوء الأولي) :

كثيراً ما يُعتقد إن المدين أسبق ، في بعض الحالات ، في التعيُن والتحديد في الرابطة القائمة بينه وبين الدائن ، من الثاني ، ويضرب الفقه ، مستندا إلى القانون ، ثلاثة أمثلةً على ذلك ، هي :

---

(1) المادة (77) من القانون المدني العراقي .

(2) المادة (194) من القانون المدني العراقي .

(3) المادة (256) من القانون المدني العراقي .

(4) المواد (261 – 284) من القانون المدني العراقي .

(5) المادة (380) من القانون المدني العراقي .

(6) المادة (137) من القانون المدني العراقي .

(7) المادتين (134 ، 136) من القانون المدني العراقي .

1 : الوعد بجائزة ، أو ما يسمى بالجعالة ، حيث يرى جميع الفقهاء [1] ، والشراح إن الدائن لا يتعين عند إطلاق الوعد ، وإنما يوجد فقط مدين ، وهذا يعني إنه يوجد ، في هذه اللحظة ، التزام ولا يوجد حقّ شخصي ، لعدم وجود دائن [2] . والحقيقة إن هذا التحليل غير دقيق وناجم عن الخلط بين العلاقة القائمة بين طرفي مصدر الحقّ الشخصي ، وطرفي الرابطة الناشئة عن ذلك المصدر ، فالحقّ الشخصي مصدره هنا الإرادة المنفردة ، والوعد بجائزة أحد تطبيقاتها هنا ، وهذا الوعد يفرض وجود طرفين هما الواعد والموعود له ، فشأنه شأن أطراف أي مصدر آخر للحق الشخصي ، كالعقد ، إذ في العقد – مثلاً – لا نتحدث عن دائن ومدين في مرحلة إبرام العقد ، بل عن موجب وقابل ، متعاقدين ، بائع ومشتري في عقد البيع ، مؤجر ومستأجر في عقد الإيجار ، موكل ووكيل في عقد الوكالة ، وهكذا ، أما الرابطة التي يُنشئها المصدر ، وهي رابطة يجوز أن نطلق عليها ، رابطة المديونية ، فطرفيها هما الدائن والمدين ، فلا وجود لدائن أو مدين في مرحلة نشوء أو إبرام أو حدوث المصدر الذي تحدّدَ به الحقّ الشخصي ، ففي العقد

---

(1) لاحظ : الأستاذ منير القاضي ، ملتقى البحرين (الشرح الموجز للقانون المدني العراقي) ، المجلد الأول ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1951 ، ص 295 . ود . حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، بغداد ، 1970 ، ص 198 . ود . عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، بغداد ، 1980 ، ص 195 .

(2) حيث نصت المادة (185) من القانون المدني العراقي على أنه : " 1– من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين ، التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد .

2 – وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على ألا يؤثر ذلك في حقّ من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد .

3 – وتسقط دعوى المطالبة بالجعل إذ لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول . "

يوجد متعاقدان ، وفي الفعل الضار يوجد محدث الضرر والمتضرر ، وفي الكسب دون سبب يوجد المثري والمفتقر ، وفي الوعد بجعل أو بجائزة يوجد الواعد والموعود له ، فالواعد هو من أطلق الوعد ، وهو معيَّن ، أما الموعود له فشخص غير معيَّن من الجمهور ، فإذا ما ظهر وقام بالعمل ، آنذاك تنهض الرابطة التي نشأ من المصدر ، أي رابطة المديونية ، وبظهور الدائن تحديداً ، تظهر هذه الرابطة ، وقبل ظهوره ، وما يحمله من حقّ شخصي ، لم نكن أمام إلزام على عاتق الواعد ، بل مجرد واجب قانوني ، فمتى ما تحقق نشوء الحقّ الشخصي ، أمكن وجود التزام .

2 : الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة ، أو لمصلحة شخص أو جهة ، لم يُعيَّن ، أو لم تُعيَّن ، وقت العقد ، متى كان التعيين مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة [1] .

وصورة الاشتراط لمصلحة الغير هذه تحققت بتوافر طرفين هما : المشترط والمتعهد ، على أن يتم تعيين المنتفع في هذه المشارطة وقت أن ينتج العقد أثره ، وبإنتاج العقد لآثاره تنهض الحقوق الشخصية ، إذ لا مساغ لوجود الالتزام ما دام الدائن لم يوجد بعد ، فبوجود الدائن يوجد الحقّ الشخصي ، ويوجد ، تبعاً له ، الالتزام الذي يقع على عاتق المدين ، أما في مرحلة إبرام المشارطة فنحن أمام أطراف ، أو طرفين ، لا يسوغ لنا أن نطلق عليهما ، مصطلحي الدائن والمدين ،

---

(1) نصت المادة (154) من القانون المدني العراقي على أنه : " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع مستقبلاً أو جهة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا بالذات وقت العقد ما دام تعينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد اثره . "

بل هما المشترط والمتعهد ، ومن ثم المنتفع .

3 : الوصية لشخص غير معين وقت الوصية ، ما دام يمكن تعيينه فيما بعد ، وعلى الرغم من أن المُشرِّع العراقي لم ينظم هذه المسألة ، لكنها منظمة وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي ، إذ اشترط الفقه أن يكون الموصى له موجوداً أو ممكن الوجود ، ومعيناً أو قابلاً للتعين في المستقبل [1] ، ولا يجوز أن يكون منعدماً أو مجهولاً جهالة فاحشة [2] . ولعل الفقه [3] الذي أتى بمثال الوصية وجعلها مثالاً على الالتزام ، قد وقع في خطأ كبير ، ذلك إن الوصية ليست عقداً من جهة ، كما وإنها وإن كانت تصرفاً انفرادياً ، لكنها ليست مصدراً للحقوق الشخصية ، بل هي أحد الأسباب المسماة لكسب الملكية ، وبالتالي فإن عدم تعيين الموصى له ، مع إمكانية تعيينه في المستقبل ، أمر يجعل الوصية قائمة على وجود وصي ، ووجود موصى له ، لكنه غير معين دائماً بل قابلاً للتعين ، ومتى ما تعيَّن ، ثَبُتَ للوصية أثرها المكسب للملكية ؛ فالوصي ، ولعدم وجود حقّ شخصي ، يقابل ما أوجبه على نفسه ، هو في حالة واجب وليس في حالة التزام ، وهي الحالة التي تختلف فيها مع الآخرين فلا مسوغ في إطلاق لفظة الالتزام على ما تُنتجه الوصية من إلزام على الموصي ، بل هو في حالة واجب ليس إلا .

لكن قد يثور النقاش عن إلزام الورثة الذين انتقلت إليهم ملكية التركة ، في رد

---

(1) لاحظ : د . أحمد علي الخطيب ود . مصطفى إبراهيم الزلمي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المواريث والوصفية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982 ، ص 246 .

(2) لاحظ : د . أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، ص 256 .

(3) الأستاذ الدكتور عبدالحي حجازي ، نظرية الالتزام ، ص 60 .

المال الموصى به إلى الموصى له وقت تعيّنه ، وإن اختلف الفقهاء [1] حول وقت ثبوت الملكية للموصى له غير المعيّن وقت الوصية ، لكن ثبوت ملكية الموصى له ، بعد تعيّنه ، ومن وقت وفاة الوصي ، على أرجح الأقوال ، يجعله مالكاً للمال الموصى به ، ويعد المال لدى الورثة أمانة ملزمين بردها إلى مالكها ، وهذا إلزام يقع عليهم ، على الرغم من أن حقّ الموصى له هو حقّ عيني ، لكن حقه في مواجهتهم من هذه الزاوية هو حقّ شخصي قابل للتنفيذ الجبري .

- الاعتبار الرابع : (اعتبار الأصل في الحماية) :

يضع القانون المدني قواعد حمائية كثيرة للحقوق ، ويقف هذا القانون على مبادئ عامة كثيرة ، لعل من أبرزها حماية المضرور ، صحيح إن العديد يتلمس في القانون المدني وقوفه إلى جانب الطرف الضعيف ، كجعله تفسير الشك في العقد لمصلحة المدين [2] ، لكونه يراه طرفاً ضعيفاً . لكن يجب أن لا نقيس على هذه الحماية ، فهي حماية استثنائية ، لا تجعلنا نغفل عن أصل الحماية الموضوعية في القوانين عموماً وفي القانون المدني خصوصاً ، إذ أن الأصل في الحماية هي حماية الحقوق كافة ، ولكونه ، - أي القانون المدني - قانوناً منظماً للحقوق المالية ، فحمايته الأصلية موجهة لها في الأساس ، وفيما يخص الحقوق الشخصية منها ، تنصب حمايته لها على تحديد مصادرها وتنظيمها وتحديد معالمها وضمان تحصيلها والرجوع بها ، كما ينصب اهتمام القانون المدني على حماية المضرور بمعناه الخاص في باب المسؤولية ، فيحاول أن لا يظل مضرور دون تعويض من

---

(1) د . أحمد علي الخطيب ود . مصطفى الزلمي ، ص 233 .

(2) لاحظ المادة (166) من القانون المدني العراقي .

خلال إقراره لنظام المسؤولية الموضوعية ، أو الضمان . كما إن قواعده تتوجه نحو حماية المضرور بمعناه العام في جميع الأحكام المدنية ، فمنع الغش ومنع التغرير مع الغبن الفاحش ومنع الاستغلال وحماية الطرف المُذعَن ، وإن كان دائناً [1] ، وهذا ما يدل على أن حمايته لم تتوجه للشخص لكونه مديناً ، بقدر ما توجهت لحماية كل من بالإمكان أن يلحقه الضرر في ، أو من ، أية معاملة مالية ، عقد أو غيره ، وغالباً ما يلحق الضرر بالدائن ، أو بالشخص الذي سيصبح دائناً ، وبهذا فإن الأصل في الحماية المدنية إنها مقررة للحقوق لا للالتزامات .

كما إن من الحقائق التي يوصلنا إليها معيار الحقّ الشخصي في التمييز بين الالتزام والواجب ، إن الواجبات القانونية تقابلها حقوق ، وهذه الحقوق قد تكون غير مالية وقد تكون مالية ، فإذا كانت مالية ، فإن ما يقابلها يبقى واجباً ، ما لم تكن الحقوق المالية على شكل حقوق شخصية ، فيقابلها التزام ، إذ أن الذي يقابل الحقوق العينية هي واجبات ، كما إن الذي يقابل الحقوق الفكرية هي واجبات أيضاً ، وتنقلب هذه الواجبات إلى التزامات عند خرقها والإخلال بها من أصحابها ، وعندئذٍ ينهض حقّ شخصي للمتضرر من هذا الإخلال ، وبالتالي ، فهي وبسبب ذلك الإخلال الذي ينجم عنه ضرر بالغير ، تحولت إلى التزامات .

إن الضابط الذي يقودنا إلى معرفة ما إذا كان الحقّ المقابل للواجب القانوني ، هو حقّ شخصي ، يجعل ذلك الواجب ، بسبب وجوده ، التزاماً ، قائم على عنصر المطالبة الذي يكون بيد صاحب الحقّ الشخصي (الدائن) في مواجهة صاحب

---

(1) لاحظ الفقرة (3) من المادة (167) من القانون المدني العراقي .

الالتزام (المدين) ، وهذا ما يجعل العلاقة بين الدائن والمدين علاقة تنصب في قالب معين .

الفرع الثاني

دور الحقّ في التمييز بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني

213) - معايير التميز بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني :

في الوقت الذي رأينا كيف أن البعض يقسم الحقّ إلى حقّ قانوني وحق أخلاقي ، ورأينا كيف دحضنا هذا التوجه ، بالخروج بنتيجة أن لا حقّ إلا في نطاق القانون ، فالحقّ كله قانوني ولا حقّ سواه ؛ ذهب جانب آخر من الفقه إلى التمييز بين الواجب في نطاق القانون والواجب خارج نطاق القانون ، وإن كنا نسلم ابتداءً بوجود واجبات أخلاقية واجتماعية لا يفرضها القانون بما له من قوة القسر والجبر على الأشخاص ، فإننا قد لا نسلم بفاعلية المعايير التي انطلق منها الفقه في التمييز بين ما يعد واجباً قانونياً وبين ما لا يعد كذلك من الواجبات الأخرى .

فالواجبات اللا قانونية ، هي الواجبات التي لا يفرضها القانون ولكن تفرضها المجاملات أو الأخلاق أو الدين ، وقد تكون هذه الواجبات ذات طابع مالي ، كالتصدق على الفقراء ، وواجب أداء الزكاة ، لكن يبقى إن عنصراً مختفياً فيها يجعلها لا تدخل في نطاق القانون ، وقد اعتمد البعض [1] ، على إدراج ثلاثة معايير للتمييز بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني ، وهي :

أ : المعيار الشخصي : وبموجب هذا المعيار يكون الواجب قانونياً أو لا

(1) د . عبدالحي حجازي ، نظرية الالتزام ، ص 68 .

قانوني ، إذا اتجهت نية الأطراف إلى عدّه كذلك ، فدعوة صديق لصديقه إلى وجبة الغداء ، ينشأ منها واجب لا قانوني لانصراف نيتهما إلى عدم اتخاذ أي إجراء قانوني عند عدم التلبية . لكن المسألة تبدو معقدة ، فإلى أية نية يتم الاعتماد في تحديد نوع الواجب ؟ أ إلى نية صاحب الواجب ، أم صاحب الحقّ ، أم إلى كليهما ؟ !

والحقيقة إن هذا المعيار لا يمكن القبول به ، لأنه معيار اعتباطي غير منضبط .

ب : **المعيار الموضوعي** : وهذا المعيار يعتمد على طبيعة المعاملة ذاتها ، ففي بعض المعاملات ، ولا سيما عقود التبرع ، لا نجد المقابل موجوداً ، لكن العمل التي تم أداؤه من قبل أحد الطرفين ، يكتسب أهمية خاصة في نظر القانون ، مما يجعله بمنزلة الواجب القانوني ، كمن يتعهد بالترافع عن صديقه أمام المحكمة مجاناً ، أو كمن يتعهد بأن يتعقب معاملة صديقه لدى الدوائر الحكومية مجاناً ، أو كالشخص الذي ينقل غيره بالمجان [1] ، فجميع هذه النشاطات ، تفرز ، بحكم طبيعتها الخاصة ، واجبات قانونية ، لأهمية العمل ، محل العلاقة فيها .

إلا أن هذا المعيار منتقد أيضاً ، لأنه يدع الباب مفتوحاً أمام التساؤل عن من يحدد كون هذا النشاط أو ذاك يفرز واجباً قانونياً من عدمه ؟ !

جـ : **المعيار الثالث** : وهو المعيار الوسط بين المعيارين السابقين ، ويذهب

---

(1) و قد أثار النقل بالمجان خلافاً وجدلاً بين الفقهاء ، لاحظ : أ . شاكر ناصر حيدر ، المسؤولية المدنية الناشئة من النقل المجاني للأشخاص في القانون العراقي المقارن ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد (16) ، 1985 ، ص 65 والتي تليها .

إلى أنه إذا اشترط أطراف المعاملة ، أو أحدهما ، على الآخر ، مقابلاً مالياً للأداء ، أو شرطاً جزائياً عند عدم الأداء ، فإن الواجب يتحول من واجب لا قانوني إلى واجب قانوني [1] .

و لا أرى إن هذا المعيار حاسم للتميز بين الواجبات اللا قانونية والواجبات القانونية ، وعلى وجه الخصوص بين الواجبات اللا قانونية ذات الطابع المالي ، وبين الالتزامات ، لأن الكثير من الواجبات لا يشترط فيها المقابل أو الشرط الجزائي ، ومع ذلك هي واجبات قانونية ، بل والتزامات أيضاً .

ثم هل من المعقول ، أن يرى الفقه حالة بعين ، ويرى حالة أخرى بعين أخرى ؟ ! إذ الغريب في بعض الفقه [2] إنه رأى في تعهد موسيقي بعدم الإزعاج لجاره واجباً لا قانوني ، يصير قانونياً باشتراط المقابل المالي أو الشرط الجزائي ، في حين إنه عد إعارة الصديق لصديقه كتاباً ، واجباً قانونياً . والحقيقة إن كلاهما واجباً قانونياً ، ولدينا معيار للتميز بين الواجب القانوني والواجب غير القانوني ، وهو الحقّ .

214) - الحقّ معياراً للتميز بين الواجب القانوني والواجب اللا القانوني :

لا بد أن نفهم أولا أن مصطلح الحقّ ، بالمعنى الموضوع له قانونا ، يُستعمل فقط في نطاق الدراسات القانونية ، فإذا ما استعمل في خارج هذا النطاق ، أُفيد به معنًى آخر غير المعنى المحدد له في نطاق العلوم القانونية . ولهذا لا يوجد حقّ

(1) لاحظ تفاصيل هذه المعايير ، د . عبدالحي حجازي ، نظرية الالتزام ، ص68 والتي تليها .

(2) الأستاذ الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق نفسه ، ص 70 .

قانوني وآخر لا قانوني في نظر علم القانون ، فالحقوق جميعها قانونية ما دامت أنها جديرة بالحماية القانونية ، أما ما يطلق عليه بالحقّ في خارج دائرة القانون ودراساته ، فهو مسمى وفقاً إلى معيار لا قانوني ، ولا يُنظر إليه من نظر القانون بأنه حقّ ، فما كان يعرف بحق الله وحق العباد في الشريعة[1] ، والحقّ الاخلاقي ، كما يطلق عليه البعض[2] . كلها ليست حقوقاً بالمعنى القانوني للكلمة .

والحقّ من هذه الزاوية يختلف عن الواجب ، ففي القاموس الحقوقي أو القانوني ، لا يوجد سوى حقّ موجب لحماية القانون ، في حين أن الواجب ، ووفقاً للقاموس ذاته ، من الممكن أن يكون قانوني أو لا قانوني ، فالواجبات اللا قانونية تتصدى لها الدراسات القانونية ، ويهتم بها ، في بعض الاحيان ، القانون لكونها على تماس معين ببعض الانظمة المقررة قانوناً ، فمراعاة حسن النية – على سبيل المثال – يُستنبط ، عادة ، من التزام الشخص بأداء واجبات لم يلزمه بها القانون ، وإن كانت الاخلاق توجب عليه القيام بها ، كواجب الصدق والعفو والتسامح واحترام عقيدة المقابل ونفسيته والإيثار على النفس ، وما إلى ذلك من واجبات لا قانونية ، لكنها تعد قرينة على توافر حسن النية في المعاملات .

ولما كانت الواجبات اللا قانونية لا تقابلها حقوق ، بالمعنى القانوني الدارج للكلمة ، والواجبات القانونية ملازمة للحقوق ، أمكن القول أن الحقّ هو معيار التمييز بين الواجبات القانونية والواجبات اللا قانونية ؛ فإذا كان المقابل للواجب

---

(1) لاحظ تقسيمات فقهاء الشريعة للحقوق : د . مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري ، المدخل ، ص247 .

(2) الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي ، المدخل ، الحقّ ، ص 57 .

هو حقّ يحميه القانون ، كان الواجب قانونياً ، أما إذا كان المقابل للواجب ليس بحق ، أو حقّ بالمعنى غير القانوني ، كان الواجب واجباً لا قانونياً ، فواجب رد السلام ، وتعزية أهل الميت ، وزيارة المريض ، والاستجابة لنداء المساعدة ، وغير ذلك مما شابه ، هي واجبات لا قانونية ، لأن المقابل لها ليس حقًّا ، فالوضع المقابل لواجب رد السلام ، وهو تلقي السلام والتحية بعد عرضها ، وإن سمّي حقًّا مجازاً ، هو ليس حقًّا من الناحية القانونية ولا يحظى بالحماية ، وكذلك وضع أهل الميت المقابل لواجب التعزية ، ووضع المريض المقابل لواجب زيارته ، ووضع طالب المساعدة المقابل لواجب تقديمها ، كلها أوضاع لا ترقى إلى مرتبة الحقوق .

أما إذا كان المقابل للواجب حقّ يحميه القانون ، فهذا الواجب هو واجب قانوني ، فواجب احترام الملكية الخاصة ، وواجب عدم الإضرار بالغير ، وواجب العناية بمال الغير ، وواجب عدم افشاء الأسرار من قبل العامل ، وغير ذلك مما شابه ، جميعها واجبات قانونية ، حيث يقابل حقّ الملكية واجب احترامها ، ويقابل حقّ الشخص في أن لا يُضار ، واجب غيره عدم الإضرار به ، ويقابل حقّ الشخص في سلامة أمواله ، واجب العناية على الملتزم بحفظها ، ويقابل حقّ صاحب العمل في أن لا تُفشى أسرار صنعته ، واجب العامل في حفظ هذه الأسرار وعدم إفشائها ، وكل هذه حقوق يحميها القانون ، ولذا فإن ما يقابلها هي واجبات قانونية صرفة .

لكن قد ينتقد البعض اختيار الحقّ معياراً للتمييز بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني ، على أساس أن المميزة لم تقم على تحديد الفروق في

الماهيات . والحقيقة أن الملازمة بين الحقّ والواجب (وأعني الواجب القانوني) ، وإن كانت لا تدخل في ماهية الواجب ذاته ، لكنها تدخل في ماهيته عندما يكون مصطلحا مركباً من لفظين هما : الواجب القانوني ، فالقانون لا يُضفي نعته على أي اسم إلا إذا كان الحقّ واقفاً وراء ذلك ، ولهذا فالواجب ، عندما نقصد به الواجب القانوني ، يكون الحقّ فيه جزءاً من ماهيته ، فالواجب هو مسلك معين يفرضه القانون قائم على احترام حقّ معين ، وهنا تبدو الملازمة بارزة وواضحة ، فلا واجب بلا حقّ ؛ أما الواجب اللا قانوني ، ولا سيما الواجب الاخلاقي ، فلا يدخل الحقّ في ماهيته أو تعريفه ، بوصفه مصطلحاً مركباً ، وفي هذا الصدد يقول أحد الفقهاء[1] : ((إن قواعد الاخلاق تقتصر على تقرير الواجبات دون إنشاء الحقوق ، ذلك لأنها تخاطب ضمير الفرد ، فتفرض عليه الواجب ، دون أن يولد حقًّا يقابل هذا الواجب لصالح طرف آخر . أما قواعد القانون فتقرر الحقوق إلى جانب فرضها الواجبات ، وكل واجب تفرضه على شخص يقابله حقّ ينشأ لصالح شخص آخر ، وعليه فإن الالتزام الذي ينشؤه القانون يكون أوسع مدًى مما تفرضه الأخلاق ، فمساعدة الضعيف أو إعانة المحتاج يعتبر مجرد واجب في نظر الأخلاق تفرضه على من توجه إليه خطابها وتحثّه على القيام به ، دون أن تقرر حقًّا للضعيف والمحتاج قبله ، أما إذا انقلبت هذه القاعدة الأخلاقية إلى قاعدة قانونية تلزم رب العمل مثلاً برعاية عماله اجتماعياً وصحياً ، فإنها كما تفرض الواجب على رب العمل برعاية عماله ، تنشئ

(1) الأستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، 1972 ، ص176

حقًّا للعمال قبله بمطالبته بالرعاية)) .

مما سبق نخلص إلى أنه في مقابل وجود واجب قانوني وواجب لا قانوني ، يوجد حقٌ يُقابله واجب قانوني ، أما غير ذلك من الواجبات ، فلا تعد قانونية بحسب طبيعتها لعدم مقابلتها للحق ، إذ للحق معنى قانوني ومعنى لا قانوني ، وعلم القانون لا يعرف سوى المعنى القانوني فقط .

215) - الأساس الأخلاقي للواجب اللا قانوني :

لا تنشأ المقارنة ، ولا يحقق الفرق غرضه ، بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني ، إلا إذا كان الواجب ناشئاً في دائرة العلاقات الاجتماعية ، بمعنى علاقة شخص تجاه الآخرين ، سواء أكانت علاقة شخص بشخص آخر ، أم علاقة شخص بالجماعة التي يعيش في كنفها . أما الأوضاع التي تنشؤها علاقة الإنسان بنفسه وبمعبوده ، والتي غالبا ما يطلق عليها بالواجبات ، فهي ليست بمعنى الواجب الذي تقرره العلاقات الاجتماعية ؛ والحقيقة أن علاقة الشخص ، بل الإنسان تحديداً بنفسه وبربه ، تُطبق عليها قواعد أخرى غير قواعد الأخلاق ، أو قواعد القانون ، وقد تكون هذه القواعد على شكل قواعد دينية ، أو قواعد لاهوتية ، غالباً ما تعتمد على المعتقدات والغيبيّات ، فقد عرف البعض[1] الدين بأنه مجموعة العقائد والأحكام المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة والرامية إلى خير الإنسان في الحياة الدنيا والآخرة وإسعاد المجتمع ؛ وأكّد على تقسيم الدين إلى دين سماوي منزل من السماء ، ودين غير سماوي ، وهذا التقسيم

(1) الأستاذ عبد الباقي البكري ، وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1989 ، ص58

تقسيم إسلامي ، بل أن البعض الاخر[1] انطلق من تعريفه لقواعد الدين منطلقاً إسلامياً ، حيث عرفها : (مجموعة القواعد المنزلة من عند المولى عز وجل على رسول من رسله يبلغها للناس للالتزام بأحكامها ، وهذه الاحكام تنظم علاقة الفرد بربه وعلاقته بنفسه وكذا علاقته بغيره من أفراد المجتمع) . واللافت للنظر أن صاحب هذا التعريف قد وسع ، ومعه كثيرون من الكُتّاب ، من نطاق قواعد الدين ، فهذه القواعد في حقيقتها لا تنظم سوى علاقة الإنسان الفرد بنفسه وعلاقته بربه (معبوده) ، أما علاقة الفرد بغيره فهي من صلب اختصاص قواعد الأخلاق ، إنما لا يكون أمام قواعد الدين إلا الإقرار بها ليس إلا ، فالصدق محمود في جميع الأديان ، والكذب مذموم في جميعها أيضاً ، لا لأنها جعلت الكذب شر والصدق خير ، بل لأن الأخلاق هي التي قررت ذلك ، وما أحكام الدين إلاّ مقررة لهذه القواعد ، ولهذا ترى أن أغلبية السلوكيات الاخلاقية الفاضلة ، إن لم نقل جميعها ، تتفق على إقرارها جميع الأديان في العالم ، كالصدق ، ومساعدة الفقراء ، وإغاثة المنكوبين ، وإعانة المحتاجين ، وصلة الرحم ، وعدم الإضرار بالغير ، وإيتاء ذي القربى ، وبر الوالدين ، وحسن معاملة الجار ، والعفو عند المقدرة ، والصفح عن الجاني ، والتسامح ، والإيثار ، والوفاء بالعهود ، ونصرة المظلوم ، واحترام الكبير ، والعطف على الصغير ، والنصح ، والكرم ، وإبداء المودة والرحمة بين الأزواج ، وإكرام الضيف ، وكتم الأسرار والمحافظة عليها وعدم إفشائها ، وكل ما يدعو إلى إفشاء قيم الخير في المجتمع

---

(1) د . محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ج1 ، القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006-2007 ، ص69

ونبذ الشر عنه ، كلها قيم أخلاقية ، تقرّها قواعد الدين ، وعليها تستند العلاقات الاجتماعية ، التي تقرر واجبات ، في أكثرها ، لا يهتم القانون بالتدخل فيها ، بل يتركها لضمائر الناس وعاداتهم وتقاليدهم وأصول مجاملاتهم ، فالواجبات اللا قانونية جميعها تعود لأساس أخلاقي متين ، وإن كان بعضها تحثُّ عليه قواعد الدين ، فهذا الحث ما هو إلا إقرارٌ بها .

ولكن هذا لا يعني أن كل ما تقرره قواعد الأخلاق ، تقر به قواعد الدين ، فكثيرة هي الحالات التي تتقاطع بها قواعد الدين مع قواعد الأخلاق ، وتختلف في الحث على الفعل أو على الترك ، ولعلَّ هذا يعود إلى أمرين :

أ - فالأمر الأول يتعلق بخروج قواعد الدين عن نطاق اختصاصها ، وتحولها من قواعد تُعنى بتنظيم العلاقة بين الإنسان ومعبوده أو نفسه ، إلى قواعد تُعنى بتنظيم علاقات الناس فيما بينهم ، وهي بهذا التحوّل تنقلب إلى قواعد أخرى ، تسمى في بعض الأحيان بقواعد شرعية ، وأحياناً بقواعد قانونية . علما أن الاختصاص الأصيل المُهتم بهذه العلاقات هي قواعد الأخلاق .

ب - أما الأمر الثاني فيعود إلى العزوف عن الاعتماد ، في إقرار القواعد ، على قيمة الخير ، والانطلاق من منطلق قيمة أخرى ، كقيمة الحقّ ، ذلك أن موضوع قواعد الأخلاق يكمن في الخير . أما قيمة الحقّ ، فيما يتعلق بالقواعد السلوكية ، فهي موضوع علم القانون .

وهنا لا بد من القول ، أن تحوّل قواعد الدين إلى قواعد القانون ، قائم على وجود حكم ، يعود إلى المصدر ذاته ، الذي وُضعت ، من خلاله ، قواعد الدين ، في تنظيمها لعلاقة الإنسان بنفسه وبربه ، ينطلق هذا الحكم ويرتبط بتنظيم علاقة الإنسان مع غيره ؛ والحقيقة أنه عندما تتناول قواعد الدين هذا النوع من العلاقات بالتنظيم ، فإنها إما أن توافق قواعد الأخلاق ، وهذا الحاصل في أغلب الأحيان ، وإما أن تُخالفها ، فهنا تتحول إلى قواعد قانونية ، أو تتحول إلى ، ما يسميه علماء الشريعة الإسلامية ، بقواعد شرعية ، إذا امتنع قيام وصف القانونية فيها[1] . ولعلّ الذي يجعل قواعد الدين موافقة لقواعد الأخلاق ، قيامها على الاعتماد والاتّكاء على قيمة الخير ، في تقرير الأحكام ، لكنها عندما تعرض عن الاعتماد على هذه القيمة ، وتعتمد على قيمة الحقّ ، تكون قد تحولت إلى قواعد قانونية قوامها الحقّ .

إن ما سبق ذكره اعلاه يقودنا إلى حقيقة مفادها أن القواعد القانونية ، لا تكون قواعد قانونية بتدخل القانون بتنظيمها ، أو أنها قواعد مصدرها القانون ، حسبما تعتقده الغالبية العظمى من الفقهاء ، لا ، إنما ، تكون القواعد قواعد قانونية ، عندما يكون موضوعها متصل بقيمة الحقّ ، سواء نظمها القانون ، بصورة

(1) وقد تُخالف قواعد الدين الأخلاق ، فتكون غير أخلاقية ، على الرغم من إمكانية تحولها إلى قواعد قانونية ، وغالبا ما لا تكون كذلك ، إذ لا يقرّ القانون ، في العادة ، إلا بتلك القواعد الموافقة للقيم الاجتماعية ، ومن الأمثلة على قواعد الدين المنافية للأخلاق ، والتي تمس _مؤكدا_ العلاقات بين الناس ، لا علاقاتهم بمعبودهم أو بأنفسهم ، القواعد القائمة على التمييز بين الناس على أساس عقائدي ، في الاستفادة من المنافع العامة ، في المجتمعات المتعددة العقائد ، فهي غير أخلاقية ، ولا ينبغي بالقانون الإقرار بها .

التشريع ، أو لم ينظمها ، فالقاعدة القانونية ليست فحسب ، القاعدة التي ينص عليها التشريع وينظم أحكامها ، وليست فحسب القاعدة غير المدونة التي تتخذ من العرف مصدرا لها ، وليست فحسب القاعدة التي يقررها القاضي من خلال استناده إلى قواعد العدالة ، كما ليست فحسب ، القاعدة التي تنظم سلوك الأفراد ويكون مصدرها الدين ؛ بل هي كل قاعدة تمسّ قيمة الحقّ ، سواء نظّمها القانون أم لم يُنظمها ؛ فكل قاعدة تعد قانونية ، عندما تكون جديرة بتنظيم القانون لها ، وان لم ينظمها .

أما انصباب القواعد على قيمة الحقّ ، بما يجعلها تتحول من قاعدة أخلاقية إلى قانونية ، وإن كانت دينية ، فهي قواعد مقررة ، وليست ناشئة ، فقواعد الدين تكون ناشئة فقط فيما يتعلق بعلاقة الإنسان بنفسه وبربه ، أما علاقته بغيره ، فتكون مقررة إما لقواعد أخلاقية قوامها الخير ، وإما لقواعد قانونية قوامها الحقّ ؛ أو لا تكون مقررة لا لهذه ولا لتلك ، فلا تكون أخلاقية ولا قانونية ؛ لكن ماذا يمكن أن تكون في هذه الحالة ؟

لا شك ، وكما قُلنا سابقا ، أن العلاقة بين الإنسان ومعبوده ، والعلاقة بينه وبين نفسه ، تختص بها قواعد الدين ، أما العلاقات بين الناس ، فمن اختصاص الأخلاق ، ويمكن أن تدخل في اختصاص القانون ، إن انصب السلوك على قيمة الحقّ معيارا ، متحولا إليها من قيمة الخير ؛ أما القواعد التي يأتي بها الدين لتنظيم علاقات الناس فيما بينهم ، بشيء يُخالف الأخلاق والقانون ، بمفهومهما النسبي ، فلا يمكن إطلاق صفة الأخلاقية أو القانونية عليها ، وتبقى مجرد قواعد اجتماعية تحت مسميات عديدة ، منها ما يُطلقه الفقهاء المسلمون على عموم قواعد

الدين ، تحت مصطلح القواعد أو الأحكام الشرعية ، أو القواعد الفقهية .

وقد تجتمع في قاعدة الدين تقرير لقاعدة قانونية وأخرى أخلاقية ، بحسب اعتماد مضمونها على كل من قيمتي الحقّ والخير ، فمثلاً قوله تعالى :

﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴿١٢٦﴾ ﴾[1] .

والمعاقبة بمثل فعل الجريمة هو إقرار لقاعدة قانونية قوامها الحقّ ، أما الصبر فهو أمر تحثُّ عليه قواعد الاخلاق لاتّصاله بالخير ؛ فمن حقك أن تعاقب بمثل ما عوقبت به ، وقد لا يكون في ذلك خير ، لكنك إن عفوت وصبرت لهو خير لك .

لكن هذا لا يعني ، على ما ذكرناه في مستهل كتابنا هذا ، أن هناك انفصال تام بين قيمتي الحقّ والخير ، وبالتالي بين قواعد القانون وقواعد الاخلاق ، سواء أكانت مقررة بقواعد دينية أم غير مقررة بها ، فقد تحثُّ بعض القواعد على فعل ما ، أو ترك ما ، تفرضه قيمتي الخير والحقّ على حد سواء ، ففي قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ۚ ﴾[2] ، فيه حقّ وفيه خير ، فمن الخير لك أن توفي بما التزمت به في العقود ، ومن الواجب الملازم بحق من التزمت تجاهه ، أن توفي له حقه ، لكن يبقى منظور المنطلق ، لكل منهما ، مختلفٌ عن الآخر .

---

(1) سورة النحل / الآية (126)

(2) سورة المائدة / الآية (1)

216) - الأساس الأخلاقي للواجب القانوني :

ما من أحد يدّعي ، أو يستطيع أن يزعم ، أن قواعد القانون منفصلة تمام الانفصال عن قواعد الاخلاق ، بل أن دوائرهما تتلاقى في كثير من الامور ، فكثير من أنماط السلوك يقرها كلا النوعين من القواعد ، فالوفاء بالالتزام ، والإنفاق على الاقارب المقربين ، وتعويض المتضرر ، ورد الأمانة إلى أصحابها ، جميعها سلوكيات تقرّها كل من قواعد الأخلاق وقواعد القانون . لكن ، ومثلما ذكرنا سابقاً ، هناك بعض الواجبات ما لا يقابلها حقّ بمفهومه القانوني ، فلا يُعنى القانون بتنظيم أغلبيتها ، وبالمقابل توجد واجبات قانونية قد لا تجد ، للوهلة الأولى ، أساساً أخلاقياً لبعضٍ منها ، كإجبار المدين على الوفاء بالتزامه ، وواجب الابلاغ عن المجرمين ، وواجب تسليمهم ، وواجب إطاعة رب العمل ، وغير ذلك مما شابه ، فجميعها واجبات قانونية وإن لم نجد في قواعد الاخلاق ما يُحثُّ عليها أو يكترث بتنظيمها ؛ والحقيقة أن الواجبات القانونية يمكن أن نوزعها إلى قسمين ، فهناك واجبات قانونية قوامها السلوك وأخرى قوامها التنظيم ؛ فالواجبات الثانية ، والتي يكون قوامها التنظيم فحسب ، دون أن ندور حول سلوكيات إنسانية معينة ، فهي بعيدة عن قواعد الأخلاق ، ولا تكون موضوعاً تَكترث به هذه القواعد ، ولذا فمن المستحيل أن نتحدث فيها عن ثمة أساس أخلاقي من عدمه ، لأنها بعيدة عن هذا الأساس ، كالقواعد القانونية المتعلقة بإحصاء عدد السكان وتخطيط المدن وتطويرها ، ومشاريع التنمية المادية ، ومواعيد الطلبات ، فجميع الواجبات التي تنشؤها هذه القواعد ، وغيرها مما شابه ، لا يتم

البحث فيها عن أساس أخلاقي ، لعدم تعلقها بسلوك معين .

أما الواجبات المتصلة بسلوك إنساني معين ، والتي تشترك كل من قواعد القانون وقواعد الاخلاق في تنظيمها ، فيمكن أن تتوزع على ثلاثة أقسام وهي : واجبات قانونية تفرضها الأخلاق ، وواجبات قانونية لا تنبذها الاخلاق ، وواجبات قانونية منبوذة أخلاقياً .

أ - **واجبات قانونية تفرضها الأخلاق** : وتشترك هذه الواجبات في كونها قانونية وأخلاقية في الوقت ذاته ، وهي أعلى درجات الواجب ، التي تلقى قبولاً اجتماعياً قويا وتجعل الشخص التي تفرض عليه مقتنعاً بأدائها ، أو هكذا نفترض فيه ، وهذه الواجبات كثيرة جداً ، كواجب الوفاء بالالتزام ، وواجب تنفيذ العقد ، وواجب تعويض المتضرر ، وواجب رد المال إلى مالكه ، وواجب المحافظة على المال ، وغير ذلك الكثير .

ب - **واجبات قانونية لا تنبذها الأخلاق** : وهذه الواجبات يفرضها القانون لما يقابلها من حقوق ، لكن الأخلاق لا تفرضها ولا تنبذها ، ويعود عدم فرض هذه الواجبات من قبل قواعد الأخلاق إلى أنها تُعدُّ في نظرها مجرد إباحات وخيارات يكون للناس ممارستها أو الكف عنها ، حسب خياراتهم وأوضاعهم ، لكن القانون يجعلها واجبات عليهم لكون تنفيذها متصل بإحقاق حقّ معين أو أدائه أو استحصاله ، كما أن قواعد الاخلاق لا تنبذها لعدم اصطدامها مع القيم الخلقية التي تسعى قواعد الأخلاق إلى تحقيقها ، أو أن الضمير يصمت تجاهها ، فلا نراه يفرض ولا

نراه ينبذ ، وهذه الواجبات إما أن تقترن بحقوق ، وإما أن تُقابل حقوق ، والأمثلة عليها كثيرة ، منها : الواجبات التي تفرضها قواعد الوظيفة العامة على الموظف ، والواجبات التي تفرضها قواعد المرور على أصحاب السيارات ، والواجبات المفروضة على التجار في التسجيل وصك الدفاتر التجارية ، وواجبات استخراج التصاريح لمزاولة مهن معينة ، وما شابه من واجبات أخرى كلها لا تُعنى بها قواعد الأخلاق ، وهي واجبات قانونية .

جـ - **واجبات قانونية تنبذها قواعد الأخلاق** : وهذا النوع من الواجبات القانونية يفرضها القانون ، ولا تنال رضا قواعد الأخلاق ، لكون الضمير الإنساني غير راضٍ عنها ، بل غير متقبل لها ، إذ تحوي على مضامين تناهض أو تنافي القيم الخلقية التي فطر الله الناس على محبتها وإقرارها ، كالواجب الذي يفرض على عناصر الشرطة تعذيب الموقوفين ، وواجب التجسس على الناس وملاحقة شؤونهم الخاصة ، وواجبات أخرى تنتشر كثيرا في الدول البوليسية ، كواجب الإبلاغ عن الهارب من الخدمة العسكرية ، وغيرها . والحقيقة أن التقويم الخلقي للقوانين يسعى دائماً إلى تنظيفها من هذه الواجبات ، إذ لا تلقى قبولاً اجتماعياً ، بل على العكس تحظى بازدراء جماعي من الجميع ، بحيث أن الناس غالباً ما يمتنعون عن تنفيذ مثل هذه الواجبات ، وإن تعرّضوا للجزاءات التي تفرضها الجهة ذاتها ، التي فرضت تلك الواجبات .

ويجب ، على اية حال ، أن تخلو القوانين من أية واجبات تفرضها على الأفراد ، تكون منافية للقيم الخلقية ، ولهذا قلنا دائماً نقول ، ولسوف نقولها دوما ، **أن القانون بلا أخلاق هو قانون بلا قانون .**

فالواجبات القانونية جميعها ، ولكي تحظى بالقبول الجماعي ، يجب أن تستند على أساس اخلاقي متين ، يدعمها ويجعلها مقنعة على من نفرض عليهم ، وتحقق غاية اجتماعية نبيلة ، حتى في النوع الثاني من واجبات السلوك ، أي الواجبات القانونية التي لا تنبذها قواعد الأخلاق ، فيجب أن تستند بشكل غير مباشر على أسس خلقية ، تبين للشخص ، الذي تفرض عليه ، أن واجبه هذا ، سيحقق في النهاية ، قيمة خُلقية نبيلة تجعله مساهماً في إرساء حجر مهم في البناء الأخلاقي للمجتمع ، فدفع الرسوم وتسديد فواتير الخدمات العامة ، يجب أن يوصل القانون من خلال فرضها على المواطنين ، رسالة مفادها أن هذه الايرادات سوف تصب في اداء خدمات عامة للجمهور ، أو دعم برامج لذوي الاحتياجات الخاصة أو المُعاقين ، فتجعل المواطن الذي تُفرض عليه ، حريصاً على تسديدها والوفاء بها .

لذا فإن القانون لا غنًى له عن الاخلاق ، فمنها ينطلق ، وبها بضع أسسه المتينة على الواقع ، وبها يحقق رسالته الإنسانية السامية في احقاق الحقوق وتحقيق الخير العام للجميع .

217) – فحوى الاقتران بين الحقّ والواجب :

فهمنا في الفقرات السابقة كيف أن الواجب ، وفي نطاق القانون ، موجود ليقابل حقّ معين ، وفي المقابلة تجد وجود شخصين احدهما صاحب حقّ ، والآخر صاحب واجب ، أو تجد واجب يتقرر على فرد ليقابل حقّ مقرر للجماعة ، أو واجب يقع عل عاتق الجماعة مقابل حقّ فردي معين ؛ لكن في الاقتران ، فإن الامر يختلف إلى حد ما ، فلو ضربنا مثلا لشخص ، هو صاحب حقّ في فرضية محددة ، يستوفي حقه بتنفيذ شخص آخر لواجبه تجاهه ، فإن هذا الواجب المقابل لحقه ، يقترن بحقه عندما يكون مؤهلا لأداء الواجب ذاته يوما ما ، والعكس صحيح ، فالشخص الذي يُفرض عليه واجب ما لأداء حقّ لآخر ، إنما يكون الحقّ الذي قابله واجبه المؤدى من قبله ، حقًّا له في يوم ما . بمعنى أن كل صاحب حقّ مؤهل لكي يكون صاحب للواجب الذي قابل هذا الحقّ ، وكل صاحب واجب مؤهل لكي يكون صاحب الحقّ الذي قابله واجبه ؛ وهذا هو فحوى الاقتران بين الحقّ والواجب .

فالدائن له حقّ شخصي تجاه مدينه ، هو في الوقت نفسه قابل ، أو صالح ، أو مؤهل ، لكي يكون مدينا في يومٍ ما للنوع ذاته من الدين ، تجاه هذا الشخص أو أي شخص آخر ، وكذا المدين الملتزم ، فهو مؤهل أن يكون دائناً بذات نوع الدين لمدين آخر قد يكون الدائن نفسه . وكذلك الحال بالنسبة للشخص الذي يُفرض عليه واجب عدم الاضرار بالغير ، يقابله حقّ المتضرر في الحصول على التعويض من محدث الضرر ، فالمتضرر مفروض عليه عدم الاضرار بالغير ، كما أن كل شخص واجب عليه عدم الاضرار بالغير ، لديه حقّ تجاه كل شخص بالتعويض عن الضرر الذي لحقه . وهذه المقارنة أو الاقتران ، أو ما شئت

سميها ، هي معالجة منطقية لجدوى التلازم بين الحقّ والواجب ، فالناس لا ينقسمون نصفين ، نصفهم أصحاب حقّ ، ونصفهم أصحاب واجب ، بل أن العلاقات متشابكة بينهم ، تخلق لهم أوضاعاً متفاوتة ومتباينة ، وليس لها بُعد أو حد ، تتنوع مراكزهم ، فيكونون تارةً أصحاب حقّ ، وتارةً أخرى أصحاب واجب . ويجب على المرء أن يدرك دوماً أن الوقت الذي جعله يكون صاحب حقّ غير مستمر ، كما أنه ليس بمستمر مع صاحب الواجب ، فكل واحد منا معرض أن يكون ، في أي وقت من الاوقات ، صاحب حقّ أو صاحب واجب ، لأيٍ من الحقوق أو الواجبات ، متى استدعت أسبابها إلى الظهور .

لكن المسألة ليست بهذه البساطة ، وإنما هي متصلة بكون الشخص مؤهلاً أن يكون صاحب حقّ لجنس الحقّ ذاته الذي قابله واجبه ذات يوم ، وإلا فَسَدَ واجبه تجاه هذا الحقّ ، كما أن الاقتران بين الحقّ والواجب غير مقبول ، إلا في حالات المقابلة المتحركة بين الحقّ والواجب ، أما المقابلة الثابتة بينهما ، فلا يتصور الاقتران أبداً . ونعالج كلتا المسألتين في الفقرتين الآتيتين :

218) - ضابط الاقتران بين الحقّ والواجب :

يجب أن يكون الحقّ والواجب مقترنان من حيث المَلَكَة ، وليس مقترنان على وجه الإطلاق ، فنحن لسنا أمام نقيضين ، حقّ ولا حقّ ، أو واجب ولا واجب ، كما أننا لسنا بصدد أضداد ، الحقّ ضد الواجب ، والواجب ضدّ الحقّ ، كما لو كان أحدهما أبيض والآخر أسود ، ولسنا بصدد متقابلين من حيث الجهة ، فالحقّ المحدد قد لا يكون حقّ من جهة واجب محدد ، كما أن الواجب المحدد قد لا يكون واجب من جهة حقّ محدد ، فالواجب قد يكون واجباً على الرغم

من عدم تحديد جهة الحقّ الذي يقابله ذلك الواجب ، لكن الاقتران بين الحقّ والواجب هو اقتران من حيث المَلَكَة ، أي القابلية ، فصاحب الحقّ قابل لأن يكون صاحب لذات الواجب الذي قابل حقه ذاك ، وصاحب الواجب قابل أن يكون صاحباً للحق ذاته الذي قابله واجبه ابتداءً ، فإذا لم يكن قابلا لذلك ، امتنعت المَلَكَة على التحقُّق ، وانعدم الاقتران تبعا لها . فصاحب الحقّ الشخصي (الدائن) عندما يكون دائنا بسبب وجود عقد قرض بموجبه أقرض (مدينه) مبلغاً من النقود ، يكون قابلاً أن يكون (مديناً) ، وبالنوع نفسه من المعاملات ، أي مقترضاً لمبلغ من النقود ، فيكون من الواجب عليه التسديد ، سواء أكان للشخص نفسه أم لغيره ؛ والقول يصدق على المدين أيضاً . وكذا الحال بالنسبة لواجب احترام حقّ الملكية ، تجاه المالك ، وهكذا . ووجه الاقتران أن المالك وهو صاحب الحقّ ، اقترن حقه هذا بواجبه في احترام ملكية الغير ؛ وصاحب الحقّ الشخصي في الحصول على التعويض عن الضرر الّذي أصابه ، اقترن حقه هذا بواجبه في تعويض أي ضرر يُحدثهُ للغير . وبالعكس ، فإن واجب الشخص في احترام حقّ الملكية للغير ، اقترن بحقه في الملكية ، كما أن واجب تعويض الضرر الذي يُحدثهُ الشخص ، مقترن بحقه في الحصول على تعويض لأي ضرر يحصل له ويُسببه الغير ، وهذا الضابط في الاقتران بين الحقّ والواجب هو الداعم للأساس الاخلاقي للقواعد القانونية .

219) - المقابلة الثابتة والمتحركة بين الحقّ والواجب وتأثيرها على ضابط الاقتران بينهما :

ان سبب إطلاقنا صفة الثابتة والمتحركة على المقابلة بين الحقّ والواجب ، هو تدقيق ضبط اقترانهما ببعضهما ، فالمقابلة الثابتة هي التي لا تقبل التنقل افتراضا

بين الأدوار ، فصاحب هذا الحقّ ليس بإمكانه يوما أن يكون صاحب الواجب المقابل لحقه ، وكذا الامر بالنسبة لصاحب هذا الواجب ، فالضريبة مثلا حقّ للدولة على المواطن ، تفرض مقابلة ثابتة بين صاحب الحقّ وهي (الخزينة العامة) ، والمواطن وهو صاحب الواجب ، وهي لا تقبل أن يتبادلا الادوار يوماً ، فتدفع الخزينة العامة ، ضريبة للمواطن ! ، وهذا لا يمكن ؛ وكذا الحال بالنسبة لنفقة الزوجية ، والأجر بين صاحب العمل والعامل ، والراتب الذي تدفعه الحكومة لموظفيها . أما المقابلة المتحركة فهي المقابلة مع إمكانية تبادل الأدوار افتراضا ، كالمُقابلة بين الدائن والمدين ، وصاحب حقّ الملكية ، والموجَب عليه احترامها ، وحق المتضرر في التعويض والموجَب عليه دفعه وهكذا .

في المقابلة المتحركة يكون الاقتران بين الحقّ والواجب اقترانا مباشراً بيّناً ، لكنها لا تبدو كذلك في المقابلة الثابتة ، وهذا ما دفعنا إلى القول بأن المقابلة بين الحقّ والواجب هي مقابلة من حيث المَلَكَة .

إلا إن الاقتران بين الحقّ والواجب المتقابلان مقابلة ثابتة ، يمكن تصوُّرهُ بشكل غير مباشر ، عندما يكون الاقتران بين الواجب وأثر الحقّ ، أو الحقّ وأثر الواجب ، فإذا كان أثر الحقّ قابل للاقتران بالواجب الذي قابل الحقّ ، تحقق الاقتران بينهما . كما أن أثر الواجب إذا كان قابلا للاقتران بالحقّ ، يتحقق الاقتران بينهما ، ومثال ذلك حقّ الخزينة العامة في الضريبة ، فأثره ينصرف إلى الاتفاق على الخدمات العامة التي يكون ، لصاحب الواجب في الوقت نفسه حقّ فيها ، لكن المقابلة بين الحقّ والواجب ليست متوازية بشكل دائم هنا ، فاثر واجب المواطنين في دفع الضريبة قد لا يرقى للاقتران بحق الخزينة العامة باستحصالها .

بعكس الاقتران في المقابلة المتحركة .

ومن جهة أخرى ، قد تكون ثمة علاقة بين شخصين تنتج بينهما حقوقا وواجبات متقابلة ، مقابلة ثابتة ومتحركة ، كالعلاقة الزوجية ، فهناك واجبات مشتركة على كلا الزوجين ، كواجب حسن المعاشرة ، فهو يقابل حقًّا لكلا الزوجين تجاه الاخر في أن يُحسن معاشرته ، وهي مقابلة متحركة ، يظهر فيها الاقتران جلياً ، لكن واجب الزوج في الاتفاق يقابله حقّ الزوجة في النفقة ، وهي مقابلة ثابتة ، ولا يظهر فيها الاقتران بين الحقّ والواجب ، إذ لا يمكن تصور وجود زوجة تنفق على زوجها على وجه الوجوب ، مما يعني أنه لا حقّ للزوج في النفقة من زوجته ، على الاقل في ظل القوانين السائدة عندنا ، وبالتالي لا يظهر الاقتران جلياً ظاهراً .

220) - الحقّ والواجب ما بين الاقتران والمقابلة :

ذكرنا أن المقابلة بين الحقّ والواجب هي مقابلة حتمية ، حتى وإن اضطررنا في بعض الاحيان إلى افتراض الواجب ، لكن الاقتران ليس مسألة حتمية ، لا سيما في المقابلة الثابتة ، حيث يبقى صاحب الحقّ على وضعه وصاحب الواجب على وضعه ، إلاّ إذا تم الاقتران بين أثر الحقّ والواجب ، أو أثر الواجب والحقّ . لكن أحيانا ما تنعدم المقابلة أو لا تكون جليّة ، وأفضل مثل على ذلك هو الميراث ، حيث يرث الوارث مورثه دون أن يقوم بأداء واجب له ؛ والحقيقة فإن النظر إلى الميراث يجب أن لا يكون من زاوية أنه حقّ للوارث ، بقدر ما هو سبب لحق ملكيته ، وهو سبب غير إرادي ، إذ يتم الميراث على أساس مهم هو

تملك وتمليك بإلزام قانوني[1] ، وهو ناجم عن أمر ضروري في الحياة قائم على انتقال الأموال من الأموات إلى الأحياء ، وبالتالي فإن النظر إلى الوارث ليس كالنظر إلى أي مالك آخر بأي سبب كان ، ومع ذلك فإن حقّ ذوي القُربى في الميراث هو المبرر لفرض الواجبات عليهم في رعاية بعضهم بعضا ، وإن كان هذا الواجب في كثير من فروضه لا قانوني ، ولا بأس من وجود مقابلة على هذا الشاكل ، لكن هل بالإمكان القول أن الاقتران بين الحقّ والواجب موجود في حالة الوارث والمورث ؟ ! .

ليس من الصحيح أن ننظر إلى علاقة الوارث بمورثه على أنها علاقة بين حقّ وواجب ، لعدم توفر المَلَكَة ، اللهُمّ إلاّ فيما يتعلق بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، ذلك أن المورث طيلة فترة حياته وقبل موته ، يكون حُرّا في التصرف في أمواله لمن يشاء وكيفما يشاء[2] ، إلاّ إذا كان تصرفه مضافاً إلى ما بعد الموت ، فهنا يتقيد بثلث التركة ، وهذا التصرف يسمى الوصية ، وهنا تتجلى علاقة الاقتران بين الحقّ والواجب ، فكل منا ممكن أن يكون وارثاً ومورثاً في يوم ما ، ولهذا يتعقد الارتضاء الاجتماعي على أحكام الميراث ، ويرضى الجميع بما ينتجه الميراث لهم من حقوق وما يوقع عليهم من واجبات وقيود تقيّد تصرفاتهم في ما يملكون تصرفاً ناقلاً للملكية .

---

(1) لاحظ : د . أحمد علي الخطيب ، موجز أحكام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978 ، ط 3 ، ص8 .

(2) وهذا ما يفرضه مبدأ سلطان الإرادة ؛ إلاّ إذا كان مريضا مرض موت .

221) - الحقّ والواجب وأسبقية الاقتران :

قد يسأل سائل ، أيهما يقترن بالآخر الحقّ أم الواجب ؟ هل الحقّ هو المقترن بالواجب ، أم الواجب هو المقترن بالحقّ ؟ لا ريب أن القول بأن الحقّ هو المقترن بالواجب ، يجعلنا نناقض ما توصلنا إليه بأن الواجب هو الذي يقابل الحقّ ، ذلك أن الواجب عندما يكون هو المقابل للحق ، يعني ذلك أن الحقّ هو سبب وجوده ، أو على الاقل هو مبرر وجوده ، ويكون الاقتران دافع إلى الارتضاء بالقانون وضرورة وجوده ، هذا الارتضاء تنبني عليه الأحكام القانونية ، سواء أكان بصورة مباشرة أم غير مباشرة ؛ ولمّا أمكن تصور أن تتقرر أو فرض لكل شخص ، وعلى كل شخص ، حقوق وواجبات ، فإن قبول ذلك الفرض هو الذي يجعل من الواجب مقترنا للحق ، بمعنى أن الواجب دون الحقّ ، هو الذي يحتاج إلى وجود قبول لصاحبه ، فهو يخلق تكليفاً ، على عكس الحقّ ، الذي يخلق تكليفاً على الغير لمصلحة صاحب الحقّ ، وبهذا فإن اقتران الحقّ بالواجب ، لا يعطي للواجب أرضية في الرضا والاقتناع ، في حين أن اقتران الواجب بالحقّ هو الدافع لوجود القبول بأحكام القانون .

فضلاً عن ما سبق فإن المسألة لا تخلو من منطق ، ذلك أن المالك لن يحترم أي ملك ما لم يتم احترام ملكيته ، فحق ملكيته الذي يُفرض له به المجتمع هو الذي دفعه يحترم ملكيات غيره . لذا فإن الواجب هو الذي يقترن بالحقّ ، ويترتب على ذلك نتائج مهمة :

1-ليس الغرض الأساسي من وضع الأحكام القانونية ، فرض

الواجبات ، بقدر ما هو حماية الحقوق ، وما فرض الواجبات إلاّ تحقيقاً لذلك الغرض ، لذا لا يجوز أن ننظر مسبقاً وبحسب الأصل إلى الاحكام القانونية على أنها أحكام تكليفية ، مثلما ينظر الشرعيون إلى الاحكام الشرعية ، بقدر ما هي أحكام حمائية مرتبطة برعاية الحقوق وحمايتها .

2-إن الغاية التي تسعى القوانين إلى تحقيقها من خلال فرض الواجبات على الاشخاص ، تدور دائما ، نحو إحقاق الحقوق وحمايتها ، سواء بشكل مباشر ، كما في الواجبات المتصلة بالسلوك ، أو بشكل غير مباشر ، كما في الواجبات المتصلة بالتنظيم .

3-إن اقتران الواجب بالحقّ ، يفترض دائماً عدم وجود واجب إلا وراءه حقّ ، لكن العكس غير صحيح فقد يوجد حقّ دون أن يقترن بواجب ، وهذا ما رأيناه في الميراث على وفق اتجاه الفقه الإسلامي ، إذ يرث الوارث من مورثه حقوقه القابلة للإرث دون واجباته . كما أن المرء باستطاعته أن يقرر حقوقاً لغيره ، ولا يستطيع تقريرها بمفرده ، لنفسه ، وبالعكس بإمكانه أن يلزم نفسه بالواجب ، مقابل عدم إمكانه أن يفرض واجبا على غيره ، والعلة تكمن في الاقتران الموجب لمصلحة الحقّ ، فهو لا يستطيع أن يلزم نفسه ما لم يقرر حقًّا لغيره ، وهو لا يستطيع أن يلزم غيره ، لأنه لا يستطيع أن يقرر حقّ ، بمفرده ، لنفسه ؛ ولهذا جوّز القانون الاشتراط لمصلحة الغير ، ولم يجوّز التعهد عن الغير .

4-إن انصراف الوقت دون أن يؤدي الواجب غرضه ، أو دون أن ينفذ ، مع اقتران مرور الزمان بنسيان المجتمع لهذا الواجب ، وعدم تأثير اهماله على أي حقّ ، لا بل أن تنفيذه بعد فوات وقته قد يضر بأحد الحقوق ، لا يمنع من إهماله على وفق ضوابط وقيود ، لكن الحقّ لا يقبل بطبيعته السقوط بمرور الزمان ، فلا يضيع أي حقّ لأي شخص مهما قَدِم ، إنما قد يؤدي مرور الزمان إلى التأثير على عنصر حماية الحقّ ليس إلاّ ، وهنا تأكيد على أن الأحكام غرضها الحقوق لا الواجبات ، فالوقت كفيلٌ بأن يُضيّع على صاحب الواجب واجبه ، لكنه ليس بكفيل على أن يُضيّع على صاحب الحقّ حقه ، **فالوقت الذي يفوت ، كالشخص الذي يموت ، لا نأخذ منه إلا الحقوق .**

إن حتمية المقابلة بين الواجب والحقّ ، تجعل من المستحيل فك الصلة بين الحقّ وبين الطابع الإنساني له ، فالإنسان هو الكائن الوحيد الذي يتمتع ، بحسب الطبيعة ، بالحقوق وتحمُّل الواجبات ، ولذا استحال الحديث عن وجود حقّ لغيره من الكائنات ، وإن كانت تشترك معه في الجنس ، كالحيوانات ، فلا وجود لحقوقٍ للحيوانات ، ولهذا السبب استحال فرض الواجبات عليها ، فلا واجبات على الحيوانات ، إذ لا حقوق لها ، حتى وإن توجهت القواعد القانونية نحو حماية الحيوان والحفاظ عليه ، ومنع الاضرار به ، أو العمل على استمرار نوعه وعدم انقراضه ، فكل القواعد القانونية التي تسعى إلى تحقيق الغايات السابقة ، غرضها حماية حقوق الإنسان ، إذ عادةً ما تتأذى النفس الإنسانية بأذى الحيوان ،

لا سيما لو كان اليفاً غير مؤذٍ ، كما أن المساس ببعض الكائنات الحية قد يؤدي إلى تغيير سلبي في دورة الحياة والطبيعة والبيئة ، مما يؤثر سلبا على حياة الإنسان وكيانه الطبيعي[1] .

(1) يُذكر أن البرلمان الفرنسي أصدر في شهر شباط من عام 2015 تعديلاً على أحكام القانون المدني الفرنسي ، وهو التعديل بالقانون رقم 2015-177 في 16 فبراير 2015 ، المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والشؤون الداخلية ، اضاف مادة جديدة للقانون المدني تتعلق بالوضع القانوني للحيوان . جعل بموجبه للحيوان وضعاً خاصًّا ، حيث عدَّل المادة 515-14 ، وجعلها تُقرأ كالآتي : (**الحيوانات كائنات حية تتمتع بالإحساس . ومع مراعاة القوانين التي تحميها ، فإن الحيوانات تخضع لنظام الأموال**) . هي تتبنى بالنتيجة نصوص القانون المدني التي تختص بـ الحيوان . ومع ذلك فإن الحيوانات المشار إليها في المادة 522 لم تعد عقارات ولا منقولات ، ولكنها فقط تخضع لذات النظام الذي تخضع له هذه الأموال . (لاحظ : الجريدة الرسمية 17/فبراير/2015 ، ص 2961 ، القانون رقم 2015-177 ، 16 فبراير 2015 ، المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والشؤون الداخلية ، المادة رقم 2) ، الغرض من هذا القرار هو حماية الحيوانات من أذى الإنسان المتواصل عليها ، لا سيما في حقل التجارب الطبية .

الفصل الثاني
اعتبار الحقّ وتوظيف فلسفته

122) - الاعتبار العملي للحق :

لا يكفي أن تنطلق فلسفتنا في الحقّ من منطلق نظري بحت ، وإنما لا بد أن تكون لهذه الفلسفة آلية على أرض الواقع . إذ ما أهمية أن نتفلسف في الحقّ ولا تنعكس هذه الفلسفة على أرض الواقع من خلال وضع التشريعات اللازمة لمراعاة هذه الفلسفة ، أو مراعاتها عند تطبيق القوانين أو النصوص الحالية ، أو عند تفسير القواعد القانونية وفهم مهمة التفسير ومهمة التطبيق للقانون . إن الاعتبار العملي للحق يقضي بأن تكون للحق أولوية في نطاق القانون على غيره من القيم الأخرى ، فرغم ان قيمة الخير هي في النهاية السعادة التي يبتغيها الإنسان عندما يكون متمتعا بكل حقوقه دون أي نقصان أو دون أي تزاحم أو نزاع ، فإنها لا تصلح أن تكون القيمة الأولى التي يجب اعتبارها في نطاق القانون ، إذ ينبغي إعمال قيمة الحقّ في نطاق القانون قبل أية قيمة أخرى ، حتى وإن كان البعض يرى أن العدالة وتحقيقها هي الوظيفة الأسمى في دائرة القانون بمعنى أنها الاعتبار الأول في العلوم القانونية ، فإنها لا تتحقق إلا بإحقاق الحقّ ، كما أن المصلحة لا تصبو مثلما رأينا سابقاً أن تعلو لمنزلة الحقّ فالحقّ أسمى من

أية مصلحة خاصة كانت أم عامة ، ولهذا فإن الحقّ هو القيمة العليا المطلقة التي يتعين على القانون دائما الوصول إلى تحقيقها [1] .

إن الاعتبار العملي للحق يجعلنا ملزمين بأن نتكلم عن أمور متعددة منها :

1- علاقة قيمة الحقّ بقيمة الخير ، إذ ان قيمة الحقّ وقيمة الخير إضافة إلى قيمة الجمال تُمثل القيم المطلقة في الفلسفة ، ويعدُّ هذا الثالوث المجسد لمباحث القيم "الاكسمولوجية" للفلسفة . وهذه العلاقة لا ينبغي الخوض فيها إلا بعد اكتمال الفكرة في فلسفتنا

(1) ولا ننسى أن عدم اعتبار قيمة الخير في القانون لا لأنها أقل منزلةً من الحقّ ، بل هي الغاية النهائية لإحقاق الحقوق ، بل لأنها موضوع علم الأخلاق الذي يبقى متمايزا من علم القانون مهما صغرت فجوة الافتراق بين العلمين . ومن الجدير بالذكر أن : ((من الباحثين من يوحّد بين الحقّ والخير ، ويصف علم الأخلاق بأنه منطق السلوك لأنه يدرس تناسق السلوك مع المثل الأعلى ، والمثل الأعلى يمكن أن يتضمن خير وحق . لكن آخرين لم ترق لهم عملية التوحيد بين الحقّ والخير ، لأن التسليم بذلك يعني الاستغناء بأحد اللفظين ، ولهذا كانوا يميزون بين الحقّ والخير ، لأن ما يكون حقًّا عند الفلاسفة والعلماء قد يكون خيراً وقد لا يكون كذلك . والذي نراه هو أن لا يمكن التوحيد بين معنى الخير والحقّ ، لأن الخير والحقّ مهما كانا قريبين من بعض فهناك مساحة تفصل بعضهما عن بعض ، فليس كل خير حقّ ، بل أن الخير قد لا يكون حقًّا بل أحياناً يأتي من دافع الرحمة والشفقة وحب خدمة الآخرين والمحافظة على التضامن الاجتماعي أو الدين دون أي وجه حقّ ، كما وبالرغم من ان في أغلبية الحالات كل ما هو حقّ هو خير في الوقت نفسه ، غير أن في بعض الحالات القليلة هناك حقّ من دون خير كالمطالبة بالتعويض عن الأضرار ، وأخذ الثأر ، والقصاص ، وعموماً نحن نستخدم مفهوم خير في شرح ما هو حقّ ، ولكن لا نستخدم مفهوم الحقّ في شرح ما هو الخير في التصرف ، بمعنى أن الخير أوسع نطاقاً من الحقّ)) . نقلاً عن : د . بهار محمود فتّاح ، قيمة الخير في الفلسفة التشريعية ، القانون المدني الياباني نموذجاً ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2014 ، ص 113 .

للحق ، وسنتركها لمُخرجات هذه الفلسفة .

2- كما أننا انطلقنا في فلسفتنا للحق إلى التمييز في دائرة علم القانون ، بين فلسفتين رئيسيتين عادةً ما يتم الاستعانة بإحداها في الواقع العملي ، هاتين الفلسفتين ، هما فلسفة النظام وفلسفة الحقّ ، ولهذا سوف نرى في المبحث الأول من هذا الفصل نحوُّل الاعتبار من النظام إلى الحقّ في هذه الفلسفة .

أما المبحث الثاني من هذا الفصل فسنخصصه لوضع فلسفتنا في الحقّ موضع التنفيذ ، إذ يجب إعادة تنظيم أو تصحيح مسار بعض الأوضاع ، فالكثيرين يرون أن في بعض الأوضاع إقرار لما يسمى بفلسفة النظام ، في حين أن هذه الأوضاع أُقرّت أو لم تُقَر إلا احتراماً لفلسفة الحقّ ، كما يتطلب أمر وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ ، الإتيان بأوضاع جديدة لم تكن موجودة في عالم القانون على الأقل في مجتمعنا الحالي ، سواء بحسب النطاق الزماني أو حسب النطاق المكاني ، ولهذا يسترعي اعتبار فلسفة الحقّ وتوظيفها عبر وضعها موضع التنفيذ أن نأخذ بهذه الأوضاع الجديدة .

المبحث الأول
اعتبار الحق

223) - الحقّ ، القيد الغائي :

عندما ظهرت الدولة واشتد أزرها ، وظهرت معها النظريات التي أعلت من منزلتها على حساب حقوق الأفراد والحريات ، وبدأت تظهر على السطح أفكار ومذاهب ساهمت في تحريف مسار القانون إلى يومنا هذا ، من خلال حصر فهمه في القواعد التي تصدرها وتخلقها سلطات الدولة ، وتقييد نطاق الحقوق في تلك التي تمنحها الدولة لأفراد شعبها فحسب ، بحيث أن هذه الأفكار والمذاهب قد طغت حتى على فكرة تقسيم القانون إلى خاص وعام ؛ لكن مع التطور التي شهده العالم في إعادة نظرته إلى علم القانون ، وتنامي ادراك الناس ومعرفتهم الواضحة بحقوقهم ، من خلال شيوع ثقافات حقوق الإنسان والعدالة الاجتماعية ، وعودة نهضة المدرسة الطبيعية في القانون ، وتراجع سلطة الدولة وانحدار قوتها في وجه مقاومة الحقوق ، وكشف الغطاء عن زيف ما تحمله الأفكار الوضعية من تصوير خاطئ للحقوق والحريات ؛ انبثقت من الحقّ وظيفة جديدة نابعة من كونه قيمة كيانية للإنسان ، أوقفت فلسفة النظام النابعة من رحم الأفكار الوضعية عند حدّها ، ووضعت سدًّا أمام الجرف القادم من اعتناق عقيدة العبودية للدولة ، وأول ما أصابت ، أصابت سيادتها ، ثم سيادة القانون التي ما فتأت الأفكار عن عدّها سيادة للقانون المخلوق من قبل الدولة . هذه الوظيفة جعلت من الحقّ قيداً على

كلتنا السيادتين ، كما أنه أضحى ، كونه قيمة لصيقة بالكائن البشري ، غاية يجب على القانون ، قبل الدولة ، أن يضعها نُصب عينيه دائماً وأبداً . كما أن اعتبار الحقّ وسموه على القانون تترتب عليه نتائج مُهمة ، عليه سنتناول هذه الوظيفة للحق والنتائج المترتبة على سمو الحقّ على القانون في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول

اعتبار الحقّ قيداً على السيادة وغاية للأحكام

224) - الحقّ والسيادة ونتائج سموه على القانون :

في عصرنا الحالي أضحى من الواضح للجميع ما تشكله فكرة الحقّ من أهمية بالغة ، لا سيما أن الحقوق باتت تشكل قيوداً على كل من سيادة القانون وسيادة الدولة ، فضلا عن أن الحقّ أصبح اليوم غاية للأحكام التي يسنها القانون ، وبالتالي فإن فكرة سمو الحقّ على القانون ستتجلى للعيان وتبرز أهميتها مما يستدعي بيان أهم وظيفتين تنجم عن سمو الحقّ على القانون ، أولاهما أن الحقّ أمسى قيداً على السيادة ، وثانيهما أن الحقّ أضحى غاية للأحكام لاتصاله بكيان الإنسان . عليه ، نعالج في هذا المطلب ، الحقّ بوصفه قيداً على سيادة القانون وسيادة الدولة في الفرع الأول ، ثم نتناول في الفرع الثاني كون الحقّ غايةً للأحكام .

الفرع الأول
اعتبار الحقّ قيداً على السيادة

225) - أولاً : الحقّ وقيده على سيادة القانون :

تنص عموم الدساتير على مبدأ مهم في التنظيم القانوني للدولة ، ألا وهو مبدأ سيادة القانون[1] ، وهذا المبدأ يعني أن القانون سيد الجميع في الدولة القانونية ، كما أنه يعني وجود سيادة وعلِّيَّة للسلطة التشريعية على غيرها من السلطات[2] ، ولعل من أبرز نتائج هذا المبدأ المهم في دولة القانون[3] اليوم ، هو استقلال القضاء فلا سلطان على القضاء لغير القانون[4] .

والحقّ المعطى لأي شخص ، أو لمجموعة من الاشخاص ، أو الجماعة المنتظمة في دولة ، كفيل بوضع قيد على هذا المبدأ ، تحقيقاً للحق ورفعه فوق

---

(1) وهذا ما أكدته المادة (5) من الدستور العراقي .

(1) لاحظ : د . ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، ص56 .

(2) في التعريف بمبدأ سيادة القانون ، لاحظ : سمير خيري توفيق ، مبدأ سيادة القانون ، ص61 والتي تليها .

(3) هناك من يميّز بين مفهومي (دولة القانون) و(الدولة القانونية) ، إذ يرى الدكتور أيمن عاطف صليبا أن هناك أوجه شبه بينهما تكمن في ثلاثة أمور هي : مبدأ فصل السلطات ، وإقرار الحقوق والحريات العامة ، والتعددية السياسية ، في حين أنهما يختلفان في أن فكرة الدولة القانونية فكرة قديمة اعتمدت على سيادة البرلمان ، أما فكرة دولة القانون فهي أنضج من الأولى وقد اعتمدت على مبدأ سمو الدستور . (لاحظ مؤلفه : دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، بيروت ، 2002 ، ص98 والتي تليها) .

(4) لاحظ الفقرة (أولا) من المادة (19) من الدستور .

القانون ، ومغزى ذلك يكمن في المبررات الآتية :

أ – ان مبدأ سيادة القانون تقف وراءه فكرة فلسفية مفادها ان الأفراد عندما انتخبوا اعضاء السلطة التشريعية ، أرادوا من ذلك أن يجعلوا هذه السلطة فوق كل السلطات ، وأن تمارس رقابتها على اداء السلطة التنفيذية في عدم المساس بحقوقهم وعدم وضع القيود على حرياتهم ، إلاّ لغرض التنظيم فقط لعدم تصادم تلك الحقوق أو هذه الحريات فيما بينها ، وبالتالي فإن سيادة القانون هي سيادة للحقوق على تقييدها وانتصار للحريات الفردية في مواجهة الكبح الحكومي لها ، وصولاً لتحقيق أهداف الدولة القانونية السامية [1] .

(1) يميز الدكتور ثروت بدوي بين مبدأ خضوع الدولة للقانون أو نظام الدولة القانونية وبين مبدأ سيادة القانون ، من عدة اوجه ، حيث يرى (ان مبدأ خضوع الدولة للقانون يعني خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون ، وهو مبدأ قانوني قصد به صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة ، اما مبدأ سيادة القانون فينبع عن فكرة سياسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ، وتهدف إلى وضع الجهاز التنفيذي في مركز أدنى بالنسبة للجهاز التشريعي ، ومنع الأول من التصرف إلاّ تنفيذاً للقانون وبتخويل القانون ، وهذه الفكرة السياسية منشؤها ان البرلمان يمثل الإرادة العامة ، إرادة الشعب صاحب السيادة ، وحيث ان كل تنظيم في الدولة وكل نشاط لها يجب أن يصدر عن إرادة الشعب ، فإنه ينبغي خضوع السلطة التنفيذية للبرلمان ، وكل عمل للسلطة التنفيذية لا يمكن إلاّ أن يكون تنفيذاً للقانون المُعبّر عن الإرادة العليا ، وهذا الخضوع ، أي خضوع الجهاز التنفيذي للجهاز التشريعي ، لا يقتصر على ما يتعلق بأعمال الإدارة التي تنتج آثاراً خاصة تجاه الأفراد ، بل يمتد إلى جميع الإجراءات الإدارية بما فيها تلك التي تخص مجرد التنظيم الداخلي للمرافق الإدارية والتي لا تتعدى آثارها مبدأ سيادة القانون من حيث ان الأول يقتصر تطبيقه على الإجراءات التي تمس مصالح الأفراد بينما الثاني شامل لجميع اعمال الإدارة ، فإن مبدأ خضوع الدولة للقانون اوسع نطاقاً من نواحٍ أخرى ، فمبدأ سيادة القانون إما أن يهدف إلى جعل الجهاز التشريعي – بوصفه منتخبا من الامة – الجهاز الاعلى في الدولة ، وأن يجعل إرادته الإرادة العليا فيها ، ومن ثم فهو لا يطبق إلا على السلطة التنفيذية ، في حين أن نظام الدولة القانونية يقضي بإخضاع جميع السلطات العامة للقانون ، أي ان هذا المبدأ الاخير لا يقيد السلطات ←

ب – ان مبدأ سيادة القانون تتبعه فكرة مفادها ان الشعب هو مصدر السلطات وشرعيتها[1] ، فلا وجود لسلطة ولا شرعية لها ، إلاّ من خلال الشعب ، فالشعب قد مارس حقه في منح هذه السلطات وأكساها بالشرعية ، وبالتالي فإن حقّ الشعب في هذا المنح قد بدأ قبل أن يمنحه القانون ذلك ، وبالتالي فإن الحقّ هو مصدر هذه السلطة ، والأخيرة بدورها مصدراً للقانون .

ج – إن مبدأ سيادة القانون يعني علوية الحقوق على التقييد ، فالحقوق لا تُقيد إلاّ بقانون ، وهذا القانون تسنه السلطة المنتخبة من قبل الشعب ، أي أن صاحب الكلمة المُعبِّرة عن حقوق الجماعة ، ارتأى تقييد حقوق بعض أفرادها لمصلحة بعضهم الآخر ، أو تقييد حقوق الجماعة لمصلحة التنظيم القانوني لها ، لذا فإن المبدأ لم يظهر إلاّ لضمان علويّة الحقوق والمحافظة عليها .

←

الإدارية فقط ، بل يقيد السلطة التشريعية أيضاً . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ سيادة القانون يعني خضوع الإدارة للقوانين الشكلية فقط ، بيد أن نظام الدولة القانونية يعني تقييد الإدارة ليس فقط بالقوانين ، بل ايضاً باللوائح الإدارية ، وذلك لأنه ، وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون ، لا يجوز للإدارة أن تلزم الأفراد إلاّ في حدود القوانين واللوائح المعمول بها ، ومن ثم فهي تخضع اللوائح الإدارية ، كما تخضع للقوانين ، طالما أن تلك اللوائح تبقى معمولاً بها ، كما أن مبدأ سيادة القانون خاص بالنظم الديمقراطية ، حيث يكون الجهاز التشريعي الذي يعمل القوانين من نواب الامة ، يمثلون إرادتها العليا ، اما مبدأ خضوع الدولة للقانون فهو يصلح في النظم المختلفة للحكم ، ديمقراطية أو دكتاتورية) . نقلاً عن : د . ثروت بدوي ، بحث سبق ذكره ، ص57 . (وفيما يتعلق بالنقطة الاخيرة فإن الدكتور ثروت بدوي يميز بين الدولة البوليسية (غير القانونية) والدولة الاستبدادية ، فالأخيرة قد تكون دولة قانونية ، ولكن لا يسود فيها القانون ، (لاحظ : بحثه ، ص55))

(1) لاحظ المادة (5) من الدستور العراقي .

د – ان مبدأ سيادة القانون يعني أيضاً أن تتدرج القواعد القانونية من حيث القوة ، فتقف قواعد الدستور فوق كل قانون ، وبالتالي فإن مبدأ سيادة القانون هو ذاته مبدأ سيادة الدستور سواء أكان من حيث الموضوع أم من حيث الشكل[1] .

وقد سبق لنا وأن ذكرنا أن الدستور لا يمنح الحقوق ، بل أن وظيفته مقتصرة على حمايتها وكفالتها ، فالحقوق سابقة له في الظهور ، وإن كان هذا هو شأن القانون الأساس ، فمن باب أولى أن يكون هو شأن القوانين الأخرى .

هـ – إن احترام الحريات والحقوق هو قيد على مبدأ سيادة القانون في ظل الوضع الدولي الراهن ، إذ أصبح بالإمكان محاسبة الأنظمة السياسية والدول على وجود قواعد في نُظمها القانونية تخالف الحقوق الأساسية للإنسان ، أو تخالف المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2] ، بحيث ان الكثير من القواعد القانونية المقيّدة أو المحرمة للحقوق تتعطل احتراماً لتلك الحقوق المعترف بها دولياً ، كما أصبح العالم اليوم أكثر تدخلاً في شؤون الدول انتصاراً للحقوق على حساب القوانين [3] ، كما ان العديد من الدول لا يمكنها الدخول في المجاميع

---

(1) لاحظ تفصيل ذلك : د . إسماعيل الغزال ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، المؤسسة الجامعية ، بيروت ، 1982 ، ط 1 ، ص 32 . والتي تليها .

(2) نصت المادة (30) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة على أنه : ((ليس في هذا الإعلان نص يجوز تأويله على أنه يخول لدولة أو جماعة أو فرد أي حقّ في القيام بنشاط أو تأدية عمل يهدف إلى هدم الحقوق والحريات الواردة فيه)) .

(3) لاحظ في المعنى نفسه : لقمان عثمان أحمد ، تدويل السيادة – دراسة في المفهوم المعاصر لسيادة الدولة ، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى كلية القانون والسياسة – جامعة السليمانية ، 2009 ، (غير منشورة) ، ص 171

الدولية إلا بعد تعديل قوانينها بالشكل الذي يتفق مع حقوق الإنسان[1] .

و – ان الحقّ في عصرنا الحاضر اضحى معياراً ثابتاً لتفسير مبدأ سيادة القانون ، عندما يتعارض قانونين ، أو قانون ومعاهدة ، أو دستور ومعاهدة ، فناهيك عن الخلاف الدائر في فقه القانون الدولي[2] . حول افضلية التطبيق عند التعارض بين الدستور والمعاهدة ، فإنني ارى ان المعيار في التفضيل هو القدر الملائم من الاعتراف بالحقوق على حساب تقييدها[3] .

ز – من المنطقي أن ينتج عن تطبيق مبدأ سيادة القانون ، سمو الدستور وعلّيّته فوق جميع القوانين ، ليس لأنه يقف في أعلى الهرم القانوني فحسب ، بل التبرير الأهم لاحتوائه على الحقوق الأساسية للأفراد ، لذا فإن النص الدستوري مقدّم على سائر النصوص الأخرى ، وإذا حصل اختلاف على تفسير نص دستوري معين فيجب تفسيره استنادا إلى الحكمة التشريعية من خلق النص ومراعاة تحقيق الحقوق بدلا من ضياعها [4] .

---

(1) لاحظ في المعنى نفسه : لقمان عثمان أحمد ، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة الموصل ، 2003 ، (غير منشورة) ، ص43

(2) تفاصيل ذلك ، لاحظ : د . عصام العطية ، القانون الدولي العام ، دار الكتب ، بغداد ، 2001 ، ط6 ، ص 83 وص165 .

(3) لاحظ ، بحثنا : فكرة سمو الحقّ على القانون ، ص 128 .

(4) ولعلّ بإمكاني أن أضرب مثلا هنا ، الاختلاف حول تفسير وتطبيق المادة (140) من الدستور العراقي ، حيث نصت على أن ((أولا : تتولى السلطة التنفيذية اتخاذ الخطوات اللازمة لاستكمال تنفيذ المادة (58) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية بكل فقراتها .

ثانيا : المسؤولية الملقاة على عاتق السلطة التنفيذية في الحكومة الانتقالية والمنصوص عليها في المادة (58) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، تمتد وتستمر إلى السلطة التنفيذية المنتخبة بموجب ←

226) - ثانياً : الحقّ قيد على سيادة الدولة :

في الماضي القريب ، كما في البعيد ، كان يُنظر إلى سيادة الدولة على انها

←

هذا الدستور على أن تنجز كاملة (التطبيع ، الإحصاء ، وتنتهي باستفتاء في كركوك والمناطق الأخرى المتنازع عليها لتحديد إرادة مواطنيها) في مدة أقصاها الحادي والثلاثون من شهر كانون الأول سنة ألفين وسبعة)) . بشأن تطبيع الأوضاع في مدينة كركوك والمناطق الأخرى المختلف في تبعيتها لإقليم كوردستان أو خارج الإقليم ضمن الدولة الاتحادية ، بين مكونات المجتمع العراقي من كورد وعرب وتركمان ، إذ انقضت المدة المحددة في النص الدستوري في 2007/12/31 ، دون أن تنجز السلطة التنفيذية مهامها بشأن التطبيع والإحصاء وصولا إلى الاستفتاء ، فهل يعني هذا تعطّل النص لفوات المدة المحددة فيه ؟ أم بقائه نافذا وتبقى الجهة المكلّفة بموجبه مسؤولة عن تنفيذ أحكامه ؟

لو أننا أخذنا بالتفسير الحرفي للدستور بعيدا عن روحه واستنباط الحكمة التشريعية منه وبعيدا عن إحقاق الحقوق ، لقلنا أن المادة (140) فقدت فاعليتها وانقضت بانقضاء المدة المحددة فيها ، لكننا لو ابتعدنا عن التفسير الحرفي للدستور ولجأنا إلى استنباط الحكمة التشريعية منه وتوخينا إحقاق الحقوق ، لخلصنا إلى نتيجة مغايرة مفادها أن هذه المادة مازالت سارية المفعول للأسباب الآتية :

1- إن المدة المحدّدة فيها هي مدة لتحديد السقف الأعلى لعمل الجهة المكلّفة بالتطبيع والإحصاء والاستفتاء ، وليست مدة لتحديد السقف الأعلى لسريان المادة القانونية .

2- إن عدم إنجاز الجهة المكلّفة بالتطبيع والإحصاء والاستفتاء ، يعني أنها منْ قصّرت عن إنجاز مهامها ، فهي المسؤولة عن ذلك ، ولا يجوز أن يتحمل خطأها جهة أو فئة من الناس ممّا يترتب عليه ضياع الحقوق بدلا من حفظها ، وهذا إهدار للعلة والحكمة التي من أجلها وضع هذا النص ، وهي الحفاظ على الحقوق وليس ضياعها .

3- إن الرقم المحدد في المادة الدستورية لم ينص عليه المشرع الدستوري لذاته ، بل وضع ليعبر عن حرص الدستور على حل هذه المشكلة بوقت قياسي ، فالعبرة بما تضمّنه الرقم المتمثّل في المدة المحددة من معاني وحكم ، وليس بالرقم في ذاته ، وهذا ما يشبه الخطاب القرآني عندما قال عزّ وجل لرسوله الكريم : ﴿ ٱسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَهُمْ ... ﴾ " التوبة/80" ، فالمقصود بالسبعين ليس المعنى العددي الحرفي بل أنّها ذكرت حسما لمادة الاستغفار لهم ، وبعكس هذا التفسير نكون قد خالفنا الحكمة من هذا النص ، فالعبرة باستخلاص الحكمة من تشريع النص وليس بتفسيره حرفيا . (لاحظ ، بحثنا : فكرة سمو الحقّ ، ص 130) .

معيار لكرامتها وشموخها ورمزاً لاستقلالها ، فهي سيدة نفسها وليس لأية جهة مهما كانت أن تُمارس إرادتها على هذه السيادة [1] . كما أن هذه السيادة لا تتجزأ وغير قابلة للتنازل قطعاً[2]

لكن اليوم تحوّلت السيادة المطلقة الجامدة للدول إلى سيادة مرنة ، بعد أن دخلت عليها تقييدات جعلت من السيادة سيادة منقوصة بسبب اعلاء شأن حقوق الإنسان ، فأخذت سيادة الدول بالتدويل ، وأصبح بإمكان المنظمات الدولية والإنسانية التدخل في الشؤون الداخلية للدول ، بغض النظر عن فكرة السيادة ، وذلك احقاقاً للحق ونصرة للمظلومين[3] .

لقد اخذ المجتمع الدولي على عاتقه مسؤولية مراقبة جميع القوانين الداخلية للدول الاعضاء في المنظمة الدولية (الأمم المتحدة) ، بحيث أخذ يمارس ضغوطه على مختلف الحكومات والأنظمة بضرورة تغيير قوانينها وفقاً لمعايير حقوق الإنسان الدولية ، وبالفعل رضخت العديد من الدول لهذه الضغوط وقامت بتغيير قوانينها استجابة لفكرة سمو الحقّ وعلّيَّته على القانون ، وأن القانون ما هو إلاّ وسيلة لتحقيق الحقوق وحمايتها ، كما أن بعض القوانين التجأت إلى الغاء مجموعة من العقوبات التي قد لا تتفق مع الطبيعة الإنسانية ، كعقوبة الإعدام والجلد والأشغال الشاقة وغيرها ، كما أن بعض الدول رضخت للضغوط الدولية

---

(1) لاحظ المعنى نفسه : د . عامر عبد الفتاح الجومرد ، السيادة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الأول ، 1996 ، ص 161 .

(2) لاحظ : جان جاك روسو ، في العقد الاجتماعي ، ص 53 والتي تليها .

(3) لاحظ في المعنى نفسه : لقمان عثمان أحمد ، أطروحته سبق ذكرها ، ص 171 .

في إعطاء الحقوق للأقليات في مجتمعاتها[1] .

كما أن الكثير من الدول تقيَّدت سيادتها من خلال آليات عمل العديد من المنظمات الدولية غير الحكومية[2] ، التي لديها هيئات فرعية موزَّعة في جميع دول العالم ، إذ عادة ما تلتزم هذه الهيئات الفرعية باللوائح الدولية التي تصدرها المنظمة الأم ، والتي تكون في العادة منظمة أجنبية مقرها خارج حدود الدولة ؛ وهذا ما قد يخلق حالة من التصادم بين التزام الهيئة الفرعية بقوانين الدولة التي تقيم على اقليمها ، والتزامها بالأوامر واللوائح الصادرة من المنظمة الأم التي تتبعها ، في حالة ما إذا حصل تضارب وتنازع بين القانون الداخلي للدولة ، واللوائح الدولية الخاصة ؛ إذ يُعد تطبيق قوانين الدولة على اقليمها رمزاً مُرسِّخاً لسيادتها على اقليمها وعلى جميع الأشخاص والهيئات الكائنين على أرضها ، فما كانت الدول تسمح لوجود أية قواعد تأتي من خارج الحدود ، وتُطبَّق على أرضها ، يكون من شأنها أن تخالف قوانينها التي تعدُّ رمز سيادتها ، لكن الأمر تغيَّر ؛ فعلى سبيل المثال ، وفي مجال الرياضة ، أوجبت مبادؤها في عدم تدخل

---

(1) لاحظ : عمر عبد السلام الصفراني ، مجلس الأمن وحق التدخل لغرض احترام حقوق الإنسان ، منشورات جامعو قاريونس ، بنغازي ، ليبيا ، 2008 ، ص145 . د . عامر عبد الفتاح الجومرد ، تدخل الأمم المتحدة في شؤون الدول ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون - جامعة الموصل ، العدد الثالث ، 1997 ، ص176 .

(2) وضعت للمنظمات الدولية غير الحكومية تعريفات عديدة ، وينصب جُلّها على التركيز على صفات ثلاثةً فيها : أنها غير حكومية ، أي لا تُشكلها الحكومات ، وأنها غير ربحية ، وأنها عابرة للحدود . (لمزيدٍ من التفصيل في التعريف بالمنظمات الدولية غير الحكومية ، لاحظ : وسام نعمت إبراهيم محمد السعدي ، المنظمات الدولية غير الحكومية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2001 ، (غير منشورة) ، ص 5-10) .

الدول في شؤون الرياضة ، إذ تخضع الرياضة في قواعدها الفنية والقانونية ، للقواعد التي تصدرها الهيئات الرياضية الدولية[1] ، وهي بالطبع منظمات دولية غير حكومية ، مثل اللجنة الأولمبية الدولية ، والتي توجد لها لجان أولمبية وطنية في كل دولة [2] ، تابعة لها ، وكذلك الاتحادات الرياضية الدولية ، والتي توجد لها اتحادات رياضية وطنية في كل دولة ، تابعةً لها [3] ؛ ولو أردنا توضيح ذلك ، وفي مجال إحدى الرياضات وتحديداً لعبة كرة القدم ، فهذه اللعبة تقف على تنظيمها والإشراف عليها وإدارة كل ما اتصل بها من أمور فنية وإدارية وقانونية ومالية ، هيأة دولية خاصة (منظمة دولية غير حكومية) ، هي الاتحاد الدولي لكرة القدم (الفيفا) ، ومقرُّها في سويسرا ، وقد نشأت واكتسبت شخصيتها القانونية

---

(1) في التعريف بالهيئات الرياضية الدولية واللوائح التي تصدرها ، لاحظ : د . محمد سليمان الأحمد ود . وديع ياسين التكريتي ود . لؤي غانم الصميدعي ، الثقافة بين القانون والرياضة ، دار وائل للنشر ، عمّان ، 2005 ، ص 65 والتي تليها .

(2) تنصُّ الفقرة (1) من المادة (4) من الميثاق الأولمبي على أنه : ((1- يجوز للجنة الأولمبية الدولية بغية نشر مبادئ الحركة الأولمبية في شتى أنحاء العالم ، الاعتراف بـ (اللجان الأولمبية الوطنية) ، وهي هيئات أو منظمات يرتبط نشاطها بدور اللجنة الأولمبية الدولية ، على أن يكون لها قدر الإمكان ، الكيان القانوني في دولها ، كما ينبغي تأسيسها بما يتماشى ونصوص الميثاق الأولمبي ، شريطة أن توافق اللجنة الأولمبية الدولية على أنظمتها الأساسية .)) .

(3) عدَّد الميثاق الأولمبي الأشخاص الرياضية التابعين له ، في الفقرة (1) من المادة (3) منه ، حيث جاء فيها : ((1- إضافةً للجنة الدولية الأولمبية ، تشمل الحركة الأولمبية ، الاتحادات الدولية ، واللجان الأولمبية الوطنية ، واللجان المنظمة لدورات الألعاب الأولمبية ، والاتحادات الوطنية ، والأندية ، والأفراد الذين ينتسبون لها ، وخاصةً اللاعبين والرياضيين التي تشكل الرياضة اهتمامهم بوصفها عنصراً أساسياً وجوهرياً في أنشطة وقرارات الحركة . علاوةً على ذلك تشمل الحركة الأولمبية ، القضاة ، والحُكَّام ، والمدربين ، وفنّيي الأنشطة الرياضية ، والمنظمات والهيئات التي تعترف بها اللجنة الأولمبية الدولية)) .

بموجب القانون السويسري ، وهو قانون مقر عملها الرئيس[1] ؛ هذه الهيأة ، أو الاتحاد ، تتبعها الاتحادات الرياضية الوطنية لكرة القدم ، وهي موزعة على جميع دول العالم تقريباً ، فهناك اتحاد رياضي عراقي لكرة القدم ، وآخر إماراتي ، وآخر فرنسي ، وفي كل دولة ؛ كل اتحاد من هذه الاتحادات الوطنية تتبعه أندية رياضية تكون لعبة كرة القدم احدى الألعاب التي يزاولها النادي ضمن نشاطاته التي نشأ لممارستها ، ويكون لكل نادٍ لاعبين ، في العادة يكونوا محترفين للعبة كرة القدم ، يُمارس النادي نشاطاته من خلالهم ، ويرتبطون بعقود عمل معه ، تخضع هذه العقود للأنظمة المعمول بها في النادي ، والتي لا يجوز أن تخالف اللوائح الرياضية التي يصدرها الاتحاد الوطني لكرة القدم ، والتي يجب بدورها أن تكون منسجمة ومتوافقة مع اللوائح الدولية والقواعد التي يصدرها الاتحاد الدولي لكرة القدم (الفيفا) ؛ فلو افترضنا أن هذه القواعد ، والتي ينبغي أن تكون ملزمة لكل الهيئات الوطنية والأشخاص التابعين لها ، احتوت على أحكام تتعارض مع أحكام قانونية تضمَّنها قانون داخلي ما أصدرته احدى الدول ، فما الذي يجب تطبيقه ، قواعد اللائحة الدولية الخاصة أم قواعد قانون الدولة على اقليمها ؟ إذا طبَّقنا مفهوم السيادة ، فيجب تطبيق قانون الدولة على اقليمها ، لكن هذا الحل ستكون نتائجه كارثية على الدولة ، إذ قد يُعد تدخلاً في شؤون الرياضة ، مما قد يترتب عليه تعطيل عمل الاتحاد الرياضي الوطني لكرة القدم في تلك الدولة[2] ، فتُحرم

---

(1) لاحظ ، في خصوصية الوضع القانوني للهيئات الرياضية الدولية الخاصة ، مؤلفنا الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص 20 .

(2) جاء في موقع الجزيرة نت : أن الاتحاد الدولي لكرة القدم " الفيفا " (أعلن تعليق عضوية الاتحاد الكويتي بمفعول فوري بسبب تعارض قوانينه المحلية مع القوانين الدولية . وقال الفيفا في بيان له الجمعة إنه نتيجة لهذا القرار لن يتمكن أي فريق كويتي من إجراء أي اتصال رياضي دولي ، كما لن ←

الدولة من المشاركة في البطولات أو المنافسات أو المسابقات الرياضية ، وعلى جميع المستويات الاقليمية والقارية والدولية ، مما سيجلب ضرراً للدولة ذاتها لا ترتجيه ؛ إذن الحل هو في تطبيق قواعد اللوائح الدولية الخاصة الصادرة من الاتحاد الرياضي الدولي المعني ، رغم سيادة الدولة . ولا يقف الأمر عند تطبيق القوانين ، بل أن التقييد يشمل سيادة الدولة فضلاً عن سيادة قانونها ، إذ تتقيَّد الدولة حتى في إصدار التشريعات المخالفة للوائح الرياضية الدولية ، كما أن عليها إلغاء أي تشريع يتعارض وقواعد تلك اللوائح . فلا تقتصر مظاهر تقييد سيادة الدولة بتطبيق قانونها على اقليمها فحسب ، بل قد تتقيَّد سيادتها بتقييد حرية سلطاتها ، لا سيما سلطتها التشريعية ، في تشريع ما تشاؤُه من قوانين وتشريعات

←

يكون باستطاعة الاتحاد الكويتي أو أي من أعضائه أو مسؤوليه الاستفادة من برامج التدريب والتطوير التي يوفرها الاتحادان الدولي أو الآسيوي للعبة . وأضاف البيان أن قرار الإيقاف سيرفع عندما يتمكن الاتحاد الكويتي لكرة القدم وأعضائه (الأندية) من القيام بنشاطهم وواجباتهم بطريقة مستقلة . وجاء قرار الإيقاف بناء على القرار الذي اتخذته اللجنة التنفيذية للفيفا في اجتماعها في 24 و25 سبتمبر/أيلول الذي حدد يوم 15 أكتوبر/تشرين الأول 2015 موعدا نهائيا لإجراء التغييرات على القوانين الرياضية في الكويت . وكان الفيفا وجه في وقت سابق من الشهر الجاري رسالة إلى الاتحاد الكويتي أبلغه فيها بالإيقاف دوليا بعد 15 أكتوبر/تشرين الأول في حال لم يعدل قوانينه . وجاء في الرسالة الموقعة من الأمين العام المساعد ماركوس كاتنز "لقد درست لجنة الاتحادات في الفيفا واللجنة التنفيذية القانون الكويتي الجديد ، ووجدتا أنه يتضمن تدخلا غير مقبول في شؤون الاتحاد الكويتي بما يتعارض مع لوائح الفيفا التي تنص على أن تدير الاتحادات الأعضاء أمورها باستقلالية من دون تدخل طرف ثالث . " وسيؤدي قرار الاتحاد الدولي إلى تجميد مشاركة المنتخب الكويتي في التصفيات المؤهلة إلى مونديال روسيا 2018 وكأس آسيا 2019 في الإمارات ، وأيضا تجميد مشاركة فريقي القادسية والكويت في كأس الاتحاد الآسيوي واللذين باتا على وشك التأهل إلى النهائي) . لاحظ : الخبر على موقع (الجزيرة نت) . /www.aljazeera.net/news/sport/2015/10/17/

على أرضها ، ليس بقيد الرياضة فقط ، بل قد يكون بقيد التجارة والاستثمار ، ويكون ذلك من خلال التزامها بالتعهدات التي قطعتها على نفسها ، سواء بسبب دخولها في المنظمات الدولية أو توقيعها على الاتفاقات والمعاهدات الدولية ، والتي تُقيِّد سيادتها من هذا الجانب ، كدخول الدول في اتفاقيات (الجات) [1] ، أو تحرير التجارة الدولية ، إذ لا تستطيع بعد أن دخلت في هذه الاتفاقات ، أن تسن تشريعات لفرض تعريفات كمركية ، لا تنسجم مع ما أقرته الاتفاقية الدولية ، وقد يبدو هذا أمراً طبيعياً ، ما دام أن هذه الاتفاقات لا تدخل في حيز التنفيذ على أرض الدولة ، إلا بمصادقة سلطتها التشريعية ، لكن الأمر يبدو صعباً عندما تبرم السلطة التنفيذية عقداً استثمارياً مع احدى شركات الاستثمار الأجنبية ، وتشترط هذه الشركة على الحكومة الممثِّلة للدولة ، أن تكون تشريعاتها ثابتة غير متغيرة ، وهذا ما يُعرف لدى شُرّاح قوانين الاستثمار بشرط الثبات التشريعي [2] ، فهذا الشرط قد شكَّل قيداً على سيادة الدولة ، بل على سيادة القانون ، بتقييد السلطة التشريعية بألاَّ تسن تشريعات من شأنها المساس بالمصالح المستقرة وقت ابرام العقد لشركة الاستثمار الأجنبية .

يتَّضح مما سبق ، أن مفهومي السيادة ، سيادة القانون وسيادة الدولة ، أصبحا مقيَّدين اليوم ، بالأفكار التي أفرزتها فلسفة الحقّ ، وفكرة سموها على ما تُقرره

---

(1) في التعريف بهذه الاتفاقية والمنظمة التي تأسست على إثرها : د . سهيل حسين الفتلاوي ، منظمة التجارة العالمية ، دار الثقافة ، عمّان ، 2009 ، ص 12 .

(2) في التعريف بهذا الشرط في عقود الاستثمار ، لاحظ : د . هادي مسلم يونس ، الثبات التشريعي والاستثمار الأجنبي ، بحث منشور ضمن وقائع مؤتمر كلية الإدارة والاقتصاد – جامعة نوروز ، مجلة جامعة نوروز ، العدد (0) ، أيلول ، 2012 ، ص 355 والتي تليها .

فلسفة النظام من إعلاء كلمة القانون فوق كل شيء في الدولة ، وهذا الأثر البالغ نجده ، ليس فحسب في مبادئ حقوق الإنسان وضرورة احترامها وسموها على سيادة القانون وسيادة الدولة ، بل حتى في مجال الرياضة والتجارة والاستثمار :

1- ففي مجال الرياضة ، أضحت الرياضة حقًّا خالصاً للإنسان[1] ، وبنتيجة الجذب الجماهيري الهائل ، تقيَّدت سيادة الدولة وسيادة تشريعاتها في تطبيق اللوائح الأجنبية على اقليمها ، خوفاً من النتائج السيئة المترتبة على التدخل في شؤون الرياضة . ويا هذا العجب ، فقد كنا في الأمس لا نسمع سوى صرخات الدول وهي تصدع المسامع في مطالباتها بعدم التدخل في الشؤون الداخلية ، واليوم لا يُسمح للدولة أن تتدخل في شأنٍ داخليٍ لها .

2- وفي مجال التجارة ، فقد دعت حقوق المستهلك إلى أن تكون أمامه خياراتٍ عديدة من المنتجات ، سلعٍ وخدمات ، فيُشبع حاجاته الاستهلاكية منها دون أية قيود ، فقد كانت الدول في الأمس

(1) ويعدُّ هذا أحد المبادئ الأساسية التسعة التي نصت عليها ديباجة الميثاق الأولمبي ، حيث عدَّت الفقرة الثامنة من المبادئ الأساسية للميثاق : ((ممارسة الرياضة أحد حقوق الإنسان ، فيجب أن تتوافر لكل فرد إمكانية ممارسة الرياضة بما يتَّفق واحتياجاته)) . وقد نصَّ الدستور السويسري الجديد ، (كون سويسرا بلد المقر الرئيس للجنة الأولمبية الدولية) ، الصادر عام 1999 ، والذي أصبح نافذ المفعول في أول كانون الثاني من عام 2000 ، على هذا الحقّ . (لاحظ ، مؤلفنا المشترك : الثقافة بين القانون والرياضة ، ص 160 ، الهامش رقم (1)) . كما أن الدستور العراقي لعام 2005 نصَّ على هذا الحقّ في المادة (36) منه ، والتي نصت على أن : ((ممارسة الرياضة حقٌ لكل فرد ، وعلى الدولة تشجيع أنشطتها وتوفير مستلزماتها)) .

تفرض رسوماً كمركية على السلع والخدمات الأجنبية القادمة من خارج الحدود ، لدعم إنتاجها الوطني ، فلم تكن أمام المستهلك خيارات في اقتناء المنتجات ، إلا التي تفرضها الدولة عليه ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة ؛ أما ألآن فأصبح العالم سوقاً مفتوحاً ، يقتني المستهلك ما يشاء من السلع والخدمات ، بما يتناسب وتحقيق مصالحه ، بخيارات متعددة ومتاحة ، تدعيما لحقه الذي رسَّخته له فلسفة الحقّ التي تسود عالمنا اليوم .

3- أما في مجال الاستثمار ، فتتحقق فيه جميع احتياجات الأفراد ، كما يوفر سوقاً لتشغيل الأيدي العاملة ، ويُحقق إنشاء قطاعات خدمية مهمة في الدولة ، ما كانت الدولة بقادرة على انشائها ، وهي بالتالي تحقق حقوقاً بالغة الأهمية للأفراد في اشباع حاجاتهم .

وإثرَ هذا الانحصار والانحدار في سيادتي القانون والدولة ، ما عاد ينفع أن يستمر العمل بالأفكار التي انبثقت منها مختلف الأنماط والأوضاع والأحكام القانونية ، التي جعلت من السيادة معياراً عاماً لها ، وأتحدَّثُ ، تحديداً هنا ، عن الحكمة من بقاء العمل على تقسيم القانون إلى قانون خاص وقانون عام ! ، اعتماداً على تدخل الدولة في العلاقات بوصفها صاحبة سيادة وسلطة ، فقد انحصر مفهومه وضاق نطاقه ، لا سيما في عالمنا اليوم ، الذي أصبحت فيه الأرض قرية صغيرة ، فتشعبت علاقات الشعوب ، وجاوزت الأمصار والأقطار والحدود ، وتحرَّرت العديد من القواعد من أكبال السلطة ، وعادت الحقوق إلى الموقع الأقرب من نصابها الصحيح ، فلم تعد هناك دولة بالمفهوم الكائن من

قبل ، ولم تكن السلطة كما كانت سابقاً ، وما عادت السيادة تاجاً على رأس الدولة ، فغلُبت المصالح وترسَّخت حقوق الأفراد ، وأضحت مصلحة الدولة متحققةً في تحقيق مصالح مجموع مواطنيها . ولهذا لا بدّ من اعادة النظر في تقسيم القانون ، أو تقسيم الحقوق ذاتها إما إلى عامَّة وخاصة ، أو إلى طبيعية ووضعية ، في ضوء ما سنبينه في آخر هذا الفصل .

الفرع الثاني
الحقّ والبعد الغائي للأحكام

227) - الحقّ والارتباط الوثيق بين الإنسان ومصالحه :

الحقّ شديد الارتباط بفكرتين أساسيتين هما : الإنسان ، وهو الصاحب الأصلي للحق ، والمصلحة ، وهي الهدف السامي لتحقيقه ، والحقّ يجسّد البعد الغائي للأحكام القانونية من خلال الإنسان وإدراك مصالحه الموافقة لفكرة الحقّ . عليه سنعالج الموضوعين في فقرتين مستقلتين : -

228) - أولا : فكرة جعل الإنسان غاية القانون :

شهد القرن الثامن عشر نوعاً من الثورة الثقافية اقترنت بأسماء عدد كبير من الفلاسفة ، أمثال : مونتسكيو ، فولتير ، ديدرو ، روسو في فرنسا ، هيوم وغيون في انكلترا ، ليسنغ وكانط في المانيا ، فرانكلين وجيفرسون في أمريكا ، ونتيجةً للاكتشافات العلمية الكبرى التي عززت الثقة بقدرات الفكر البشري ، وبالإمكانات الهائلة للذكاء والعقل الإنسانيين ، فقد تم خلال هذا القرن إعادة اكتشاف الإنسان واعتباره محوراً للكون . ومن هنا أيضاً بروز الشعارات الكبرى

كالحرية والتقدم والإنسان ، لا سيما في أفكار كل من : "مونتسكيو"[1] و"فولتير"[2] .

ومن خلال التأثر بأفكار عصر الأنوار ، ذهب البعض [3] إلى القول : ((لقد قيل : ان الإنسان لم يوجد لأجل القانون ، بل القانون وجد لأجل الإنسان . ان

---

(1) (مونتسكيو (**1689- 1755**) . بعد إقامته في انكلترا نشر مؤلفه روح الشرائع عام 1748 ، وكان هاجسه تعيين نسق القوانين الذي يحقق في ظروف تاريخية معينة ، حدا اقصى من الحرية ، على اعتبار ان الحرية هي " الحقّ في فعل كل ما تبيحه القوانين " . ويظهر تحليله للدستور الانكليزي الآلية الدستورية التي يمكن أن ينتج عنه حد أقصى من الحرية : يكون هناك حد أدنى من الحرية حيث تتصرف السلطات العامة بطريقة تعسفية وبلا ضوابط ، فمن الضروري اذن أن تحد كل سلطة من هذه السلطات العامة ، وأن تراقب من قبل قوة موازنة ومجانسة لها . وعلى هذا فإن الحرية ستتحقق يوم تقوم السلطات في الدولة – المستقلة تمام الاستقلال الواحدة عن الأخرى – بمعارضة بعضها بعضاً . والسلطات الثلاث التي تتألف منها الدولة هي السلطة التشريعية ، التنفيذية والقضائية . فإذا ارتهن أمر هذه السلطات بإرادة واحدة – فردية أو جماعية – فإن كل حرية تتلاشى وتزول) . لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، ص52 .

(2) (فولتير (1694- 1778) . أقام في انكلترا بين العام 1726 والعام 1729 وهو يعتبر من رواد حركة المفكرين الذين حاولوا استنساخ النظام الانكليزي لنقله إلى فرنسا ، خاصة فيما يتعلق بتوازن السلطات وحماية المواطنين من استناسبية السلطة الملكية . ولم يكن اعجابه بالنظام الانكليزي محصوراً بالنظام التمثيل المعتمد بل بالنظام الجزائي أيضاً . من هنا قوله : " من الأفضل إبراء مذنب من معاقبة بريء ، منتقداً التوقيفات الاعتباطية ، مناديا بضرورة اعتماد مبدأ الـ " هابياس كوربوس " في فرنسا . كذلك اشاد فولتير باحترام النظام الانكليزي لحرية التعبير بوجوهها المختلفة : حرية المناقشة ، حرية النشر ، حرية الرأي خصوصاً في المجال الديني . وقد انعكس الديني . وقد انعكس ذلك في مضمون الإعلان الفرنسي من خلال المواد 10 و11) . نقلاً عن المرجع السابق نفسه ، ص 53 .

(3) د . مجيد العنبكي ، الإنسان غاية القانون ، مقالة منشورة في مجلة دراسات قانونية ، يصدرها بيت الحكمة ، بغداد ، العدد الأول ، السنة الثانية ، 2000 ، ص67 .

هذه الحقيقة تجعل هدف القانون يدور حول الإنسان والتفكير بتحقيق سعادته وحفظ أدميته والقانون يقصد بالإنسان ، ليس الإنسان الفرد الذي يفكر لنفسه وسعادته فقد وإنما الإنسان الإنساني الذي تتحقق سعادته بتحقق سعادة الإنسانية جمعاء)) . وإذا نظرنا إلى الإنسان ، وهو يعيش في مجتمعه ، قاصدا إشباع حاجاته ، لا يمكن تحليله إلاّ لعنصرين رئيسيين : -

العنصر الأول : وهو الجانب المادي الذي يتمثل في إشباع رغباته من مأكل وملبس ومشرب ومأوى وملكية وحيازة ولذّة . . . الخ .

والعنصر الثاني : وهو الجانب المعنوي الذي يتمثل في حقه في الحياة وفي حريته السياسية والاجتماعية والفكرية والاقتصادية . . . الخ . وفي معتقده وفي حقه في التعبير عن كل ذلك والدفاع عنه . وفي قوة مجتمعه التي فيها قوته ليعيش عزيزاً كريماً . وإذا تحقق للإنسان هذا التوازن بين هذين العنصرين يكون القانون قد حقق العدالة ويكون الإنسان قد حسَّ بالسعادة (لا باعتباره فرداً يعيش بصورة منفصلة عن المجتمع ، بل باعتباره فرداً اجتماعياً) ، أي ان السعادة التي تتحقق هنا هي تلك السعادة المتمثلة في تأمين احتياجات الإنسان المادية والمعنوية في آن واحد باعتباره فرداً في اطار المجتمع لا منفصلاً عنه ، أي ان مصلحة المجتمع ، في بعض الأحيان ، تطغى إلى حد ما على تحقيق التوازن في بعض الحالات (كما هو الحال في عقد الإيجار للسكن) . [1]

على كل حال فإن القانون (بوصفه قاعدة عامة مجردة ملزمة للأفراد) لا بد

(1) المرجع السابق نفسه .

له من أن يضع نصب عينيه تحقيق هذا التوازن حسب ظروفه في كل زمان وفي كل مكان . لذلك فغاية القانون هي الإنسان ، وهذا يستتبع ضرورة وجود خطة أو برنامج يقوم على دراسة مستفيضة لظروف الإنسان والمجتمع ، بين فترة وأخرى ، للتوصل إلى تحقيق ذلك التوازن ؛ فالقانون الذي كان يلبي حاجات الإنسان المادية والمعنوية قبل مئة سنة مثلا فإنه قد لا يُلبّي تلك الحاجات في الوقت الحاضر ، وهكذا فلا بد من تغيير القانون ليُناسب الحاجات والمتطلبات الجديدة للإنسان والمجتمع .[1]

229) - ثانياً : فكرة إدراك المصلحة في تقرير الأحكام :

مما لا شك فيه أن إحقاق الحقوق تشكل تحقيقا لمصالح أصحابها ، مهما كان نوع الحقوق المتحققة ، فردية أو عامة ، والمصلحة عندما يقف وراءها حقّ تكون جديرة بالحماية ، والمصلحة في القانون قد تبدو في صورة منفعة مادية محسوسة سواءً أكانت تعود لفرد أم لمجتمع ، وهذه المنفعة وحدها ينبغي أن تكون الهدف الأساس من وراء تصرفات الفرد والمجتمع[2] ، كما ان المنفعة المعنوية لا تكون حسية إلاّ إذا اقتنع بها صاحبها ان من شانها أن تستثمر منفعة مادية .

ومن الجدير بالذكر ان المصلحة ليست وسيلة لتحقيق غاية ، وهي المنفعة ، بل هي غاية بحد ذاتها في تصرفات الأفراد وأعمالهم أو التشريعات سواءً أكانت

---

(1) المرجع السابق نفسه ، ص68 .

(2) لاحظ : د . محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1977 ، الطبعة الثانية . ، ص36 .

هذه المصلحة (المنفعة) شخصية خاصة أم عامة[1] ، ويرى البعض[2] بأن المصلحة هي الباعث ، فالتصرف من غير مصلحة ، تصرف من غير باعث ، ولا يأتي التصرف من غير باعث ، ولذلك لا بد من وجود المصلحة في كل فعل ؛ واستنادا إلى هذا القول فإن الاحكام القانونية لم تقرر إلاّ لتحقيق مصلحة معينة .

ويذهب الكثير من الفقهاء[3] ، إلى إن الحقوق (عامة كانت أم مجرد حريات ورخص قانونية) ، لم تتقرر حمايتها في التشريعات إلاّ لتحقيق مصلحة معينة ، فصاحب الحقّ يتمتع بالحماية القانونية كلما اتجه إلى تحقيق تلك الغاية ولو ترتّب ضرر على ذلك ، في حدود عدم مجاوزة الحقّ أو التعسف فيه ، وهذه المصلحة ليست مجرّد منفعة شخصية مشروعة بل المراد بها تلك المنفعة التي أقرها المُشرِّع في حدود قانونية ، وهي المصلحة الاجدر بالرعاية عند معارضتها مع مصلحة أخرى ، ولذلك لا يجوز فصل الحقّ عن المصلحة التي شرع من أجلها ، بل انهما مقترنان احدهما بالآخر ، إذ يجب على صاحب الحقّ ألا يستعمله إلاّ لتحقيق تلك المصلحة التي تقرر الحقّ من أجلها[4] .

ان المصلحة لا تتحقق إلاّ في حالة توافق المنفعة مع هدف الجماعة ، أي ان

---

(1) لاحظ : د . مجيد حميد العنبكي ، اثر المصلحة في التشريعات ، الكتاب الأول ، في التشريع الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 2002 ، ص9 .

(2) شوبنهاور ، مأخوذ من : د . ثروت انيس الاسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، العدد 2 ، السنة الثامنة ، 1966 ، أشار إليه : د . مجيد حميد العنبكي ، اثر المصلحة في التشريعات ، ص11 .

(3) ومنهم : د . شوقي السيد ، في مواجهة البطلان ، دار الشروق ، القاهرة ، 2014 ، ص 45 .

(4) لاحظ : د . مجيد حميد العنبكي ، اثر المصلحة في التشريعات ، ص43 .

المصلحة لا وجود لها إلاّ في نطاق ما أقره القانون ، فلا توجد مصلحة إلاّ إذا توافقت مع غرض القانون .

وهنا يثور التساؤل عن موقع العدل في غايات القانون ، إذ لا شك أن القانون يسعى لتحقيق العدل الذي يتولى القاضي - على أساسه - تحقيق العدالة بين المتخاصمين أمامه ، لكن ماذا لو تعارض تحقيق العدل مع مصلحة أقر القانون جدارتها بالرعاية ؟

ان الفكرة الدارجة هي أن تحقيق العدل هو من أهم ما يسعى مطبق القانون إلى ابتغائه ، لكن العدالة لها وجوه كثيرة ، وقد يختلف اثنان في مدى تحققها في الحالة الواحدة ، لا سيما لو كانت المصالح المتعارضة بين الأطراف جميعها واجبة الرعاية ، فيأتي دور القانون من خلال فرضياته وأحكامه ، وكذا القاضي من خلال تكييفاته وتحليلاته ثم قراراته ، في فحص المصلحة الأولى بالرعاية فيسعى إلى تحقيقها على حساب الأخرى ، على الرغم من أن قواعد العدالة قد تعارض هذا الحل ، والأمثلة في القانون متعددة ، منها ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (134) مدني عراقي : ((1- إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو اكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبيّن الغلط أو انكشاف التغرير كما ان له أن يجيزه ، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها .))

وهذا يعني انه لو قام شخص ببيع شيء مملوك للغير وباعه المشتري بدوره إلى شخص اخر وتوالت البيوع واستقر الشيء في حيازة شخص حسن النية أو

سيّئ النية[1] ، فلمالك الشيء الحقّ في أن ينقض جميع التصرفات التي تمت على الشيء المملوك وله أن يسترده حيث وجده وإن تداولته الأيدي ، وفي الوقت الذي نجد فيه أن المُشرِّع من خلال هذا النص قد وجد أن العدل يقتضي الانتصار لمالك الشيء ، فإن هذا النص يتعارض مع ما قضت به المادة (1163) مدني عراقي التي نصت على أنه : ((1 – من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد .

2– والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب صحيح ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)) . وهنا يثور التساؤل أي من النصّين يعد عاما بالنسبة للآخر ؟ نص المادة (134) لكونه ورد ضمن القواعد العامة المنظمة لنظرية الالتزام بما فيها نظرية العقد ، وبالتالي فإن المادة (1163) تعد نصا خاصا يستوجب تطبيقه عند التعارض . أم أن المادة(1163) تعد نصا عاما ينظم المبدأ العام الذي يحكم الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح ، وبالتالي فإن المادة (134) تعد نصا خاصا ينظم حالة خاصة من حالات الحيازة وبالتالي تعد استثناءً من الأصل ، شانها شأن المادة (1164) التي نصّ المُشرِّع فيها صراحة على أنها استثناء من أحكام المادة السابقة ، حيث نصت على أنه :

((استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد اضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة امانة أن يسترده

(1) إذ أن المادة (134) مدني عراقي لم تميز بين ما إذا كان صاحب اليد الحائزة للشيء حسن النية أم سيء النية .

ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاثة سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الامانة)) .

وهنا يأتي دور القاضي لينتصر إلى المصالح التي سيراها أجدر بالرعاية .

ولكن هناك مسالة واحدة جديرة بالملاحظة وهي ان المُشرِّع قد قرر حماية للمالك في حالتين هما نص المادة (134) ونص المادة (1164) ولكن قيّد تحقيق الاستثناء في نص المادة (1164) بمدة معينة وهي ثلاث سنوات للحالة التي يخرج فيها المنقول من يد مالكه دون رضاه ، ولكن لم يحدد وقت محدد لرفع الدعوى[1] ، بل جعل المدة مفتوحة للمالك الذي يخرج المنقول من تحت يده مع وجود رضا صادر منه ، ولكن هذا الرضا كان معيباً . مع ان الحالة الأولى اخطر من الحالة الثانية ، وهذا هو عيب في موقف المُشرِّع العراقي .

وكذلك نجد ان من خلال نص المادة (948) الذي جاء فيه : ((لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها)) .

وهنا نجد ان الحكم في هذه الحالة مبني على المصلحة ، لأن هناك وجوه عديدة للعدالة فهل نحمي الموكل أم الغير حسن النية الذي أبرم العقد مع الوكيل ؟ لذلك فإن الحكم هنا مبني على المصلحة ، والمصلحة تقتضي أن يقف القانون مع الغير حسن النية ، ليس تحقيقا لمصلحته الخاصة ، إذ أن النظر من

(1) وأعني دعوى استرداد العين وليس دعوى نقض العقد الموقوف ، لأنها تسقط بمرور ثلاثة أشهر من تاريخ تحقّق سبب توقّف العقد ، بحسب المادة (136) مدني عراقي .

زاوية حماية المصالح الخاصة سيحتّم على المُشرِّع الوقوف إلى جانب المالك فهو أولى بالرعاية ، بل أن المُشرِّع قد راعى تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي استقرار المعاملات وحماية الثقة العامة في التعامل .

ومن الجدير بالذكر أنه ليس هناك عدالة بوجه واحد ، فلو كانت كذلك فلم يكن هنالك داع لوجود محاكم مدنية بثلاث درجات أو تأليف محكمة جنايات من ثلاث أشخاص ، وعادة ما نجد حصول اختلافات في الآراء وجميعها مستندة إلى تحقيق العدالة .

إن المبدأ الذي تقوم عليه المصلحة يكمن في أنه إذا وجد هناك تعارض بين المصالح المختلفة للأشخاص المختلفين ، ولكن القانون لا يستطيع أن يوفر الحماية لجميع هذه المصالح ، لذلك يحاول المُشرِّع أن يوفر حماية للمصلحة الجديرة بالحماية أو المصلحة الأولى بالاعتبار ، وهذا ما نراه جليا في المادة (373) مدني عراقي حيث نصت على أنه : «اذا تعددت الحوالة بحق واحد فُضّلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حقّ الغير» .

وهنا المصلحة التي يريد القانون أن يحميها ظاهرة ، الا وهي المصلحة الأولى بالرعاية ، وهي مصلحة الشخص الذي تكون حوالته ثابتة التاريخ قبل غيره . وكذلك فإن المُشرِّع قد عدّ حوالة الحقّ بمثابة حجز للحق الذي في يد المحال عليه وقد فضّل حقّ المحال له على الحاجز المتأخر ، وهذا ما أشارت إليه المادة (374) مدني عراقي حيث نصت على أنه : «1- اذا حجز الحقّ وهو في يد المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حقّ الحاجز كانت الحوالة بالنسبة

للحاجز بمثابة حجز آخر . 2- وفي الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا وقع حجز ثان بعد ان أصبحت الحوالة نافذة في حقّ الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » .

المطلب الثاني

نتائج فلسفة الحقّ في ظل فكرة سموه على القانون

230) - نتائج تترتب على الاخذ بفكرة سمو الحقّ على القانون :

يترتب على الأخذ بفكرة سمو الحقّ على القانون نتائج مهمة منها ما يتصل بمجال التشريع ، سواء من حيث وضعه أو تفسيره أو تطبيقه ، ومنها ما يتصل بمجال اعادة النظر في الالتزام بالتشريعات التي لا تُلبّي متطلبات واقعها ، ومناقشة الأرضية الفلسفية للتحول من اعتناق المذهب الوضعي إلى اعتناق المذهب الطبيعي في القانون . نوزّع حديثنا للكلام عن هذين الموضوعين في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول

النتائج المتصلة بالتشريع

231) - أولاً : نتائج مُتّصلة بسن التشريع :

يجب على المُشرِّع أن يأخذ باعتباره عند سن أي تشريع ، علو وسمو الحقوق على القواعد التي يُقررها ، ويقر بها الحقوق ، والتي هي مقررة من قبل ، وأن لا يضع في تصوره أنه هو المنشئ لهذه الحقوق ، بل أن عمله هو المُفَعِّل لها

والمُعْلن عنها والمُقرر بظهورها ، فعليه ، والحالة هذه ، أن يبتعد عن صياغة القواعد التي من شأنها أن تُفسّر أن القانون هو مصدر نشوء الحقّ ، لأن العكس هو الصحيح ، فلولا وجود الحقوق جزءاً لا يتجزأ من الكيان البشري والآدمي للإنسان ، لما كنا بحاجة إلى سلطة تشريعية لسن القوانين وتقرير الحقوق . ولهذا نجد الكثير من الدساتير تنظم الحقوق من خلال استعمال مصطلح (يَكْفُلْ) ، فالحقّ ، ولا سيما الحقّ الطبيعي ، هو مُنشأ لكل شخص ، لكن القانون يأتي ليقرره ويصونه ويحميه ويكفله ويحافظ عليه .

كما يجب أن لا يصدر قانوناً مخالفاً لحقوق الإنسان المقررة عالمياً ودولياً ، بالقدر الذي لا يؤدّي إلى المساس بمنظومة الموازنة بين الحقوق والواجبات في كل مجتمع [1] ؛ كما أنه يجب ألاّ نقر بوجود حاجز مانع للتمييز ، بين الحقّ

(1) وقد أثار هذا جدلاً ونقاشاً بين الفقهاء والكُتّاب ، إذ يرى بعضهم ، لا سيّما المنحدرين من قناعات دينية أو قومية ، أنه يجب أن تكون لحقوق الإنسان خصوصية في كل دولة ، إذ لكل دولة منظومتها الخاصة بها وتُراثها الفكري الذي عادة ما يتّصل بموروث ديني أو عُرفي أو قبائلي أو عشائري لا تستطيع السلطة الحاكمة في الدولة والصانعة لتشريعاتها الداخلية الحيد عنه ؛ في حين يذهب مُعتنقي الانفتاح والعالمية والمؤمنين بعلّيّة القانون الدولي على القانون الداخلي إلى ضرورة التزام التشريعات الداخلية للدول بما تُقرره الشّرعة الدولية ، مُتمثّلةً بالمعاهدات والاتفاقات الدولية المُتّصلة بحقوق الإنسان . وعلى الرغم من أن هذا الجدل قائم على مستوى جميع الموضوعات التي يختلف فيها المنظور الدولي عن المنظور الداخلي لكل دولة ، إلا أنه ظهر بشكل بارز وجلي في موضوع المساواة بين الرجل والمرأة ، عندما تبنّت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر (كانون الأول) من عام 1979 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) ، وذلك من أجل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة ، وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 1981/9/3 ، ومما جاء في هذه الاتفاقية العمل على تحقيق القضاء على التحيُّزات والعادات العُرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية ، أو تفوُّق أحد الجنسين ؛ كما ألزمت الاتفاقية الدول باتخاذ جميع التدابير في دساتيرها وتشريعاتها ←

القانوني والحقّ الاخلاقي ، فلا وجود إلا لحق واحد هو حقّ في نطاق القانون تدعمه الأخلاق ، إذ مهما تباينت دائرتي القانون والأخلاق ، فإن ما يجمعهما عظيم ينصب في النهاية لخدمة الإنسانية وسعادة الإنسان ، ولهذا يجب أن يكون المعيار الأول الّذي يعتمد عليه كل مُشرِّع في سن تشريعه هو مراعاة قواعد الأخلاق ، إذ أن قواعد الأخلاق هي القواعد السامية التي تحكم كل الحقوق وهي الضابط الأول لتقويم التشريعات ، فهي القانون الّذي سيحكم عليها بالنجاح أو بالفشل ، **فكل قانون بلا أخلاق ، هو قانون بلا قانون**[1] . كما أن الحقّ يُعدُّ مناطاً

←

لتحقيق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة (لاحظ : م/2 من الاتفاقية) ، وهذه الاتفاقية أوقعت الدول الإسلامية ممن وقّعوا عليها في حرج كبير ، إذ تُخالف هذه الاتفاقية ما استقرت عليه تشريعاتها المأخوذة من الشريعة الإسلامية والتي تقوم على التمييز بين الرجل والمرأة وتفضيل الرجل عليها وجعله قوّاماً عليها . (لاحظ لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع : د . عبد القادر حوبة ، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بين مفهوم المنظومة القانونية الدولية وخصوصيات المجتمعات الإسلامية ، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الحاج لخضر باتنة – الجزائر ، العدد 6 ، مارس 2015 ، ص100 . وبخلاف الرأي الذي أتى به الباحث في الانحياز إلى الخصوصية ، لاحظ في الانحياز لفكرة العالمية : د . نظلة أحمد الجبوري ، مفهوم الجندر وتمكين المرأة العراقية ، منشورات مجلس النواب ، بغداد ، 2014 ، ص43) . وستكون لنا وقفة ورأي في هذا الموضوع عند حديثنا عن المساواة بين الرجل والمرأة ، لاحظ الفقرة (261) لاحقاً .

(1) ومن أمثلة هذه القوانين بعض قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) في العراق التي اخذت طريقاً منافياً للأخلاق ، فكان مصيرها عدم الاكتراث بها مع مرور الزمن ، منها القرار (59) لسنة (1994) ، الذي عاقب بقطع اليد اليمنى من الرسغ ، كل من ارتكب أياً من جرائم السرقة المنصوص عليها في المواد 440–445 من قانون العقوبات ، وقطع الرجل اليسرى من مفصل القدم في حالة العود (نشر هذا القرار في الوقائع العراقية العدد ((3514) في 13–6–1994) . وكذلك القرار (115) لسنة 1994 ، المخالف تماماً للأخلاق والقيم الإنسانية السائدة ، وهذا نصه "قرر مجلس قيادة الثورة ما يأتي : – أولاً : يعاقب بقطع صوان الأذن كل من ارتكب جريمة :

←

لعلم المنطق[1] ، وإن كان معناه فيه يختلف عن موضوع معناه الحقيقي في القانون ، فإنه المُتحكِّم في كل عقل يقوم بتقويم التشريع ، وما أكثر ما يُقال عن هذا التشريع أو ذاك بأنه غير منطقي ، فإمّا أن تكون عدم منطقيته صُوريّة نابعة من عدم مُراعاة المنطق الصُّوري ، وإما أن تكون عدم منطقيته ناتجة من عدم اتّفاقه مع المنطق الموضوعي لعلم القانون ، ولا يخفى أن التشريع المُخالِف للمنطق سيَحكم عليه الزمن بالإعدام لا محال ؛ كما أن التشريع المُخالف للمنطق - بصورتيه - وللأخلاق ، سيُرمى في غيابة الاهمال ، فهو من وقت صدوره لم يلقَ قبولاً اجتماعياً ، لدرجة أن بعضها ، ولِعظَم مخالفتها للأخلاق والمنطق ، أخذ المجتمع يَقْرِف منه وتخجل السلطة من تطبيقه أو حتى الإعلان عنه ، لذا فإن على كل الجهات المعنية بالتحضير والصياغة والمراجعة والتدقيق والإقرار والسن والتصديق والإصدار لجميع القوانين ، أن نحرص على أن يكون القانون الصادر

←

1- التخلف من أداء الخدمة العسكرية .

2- الهروب من الخدمة العسكرية .

3- إيواء المتخلف أو الهارب من الخدمة العسكرية والتستر عليه .

ثانياً : يعاقب بقطع صوان الأذن الأخرى ، كل من عاد إلى ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذا القرار .

ثالثاً : توشم جبهة كل من قطع صنوان أذنه بخط أفقي مستقيم بطول لا يقل عن ثلاثة سنتمترات ولا يزيد على خمسة وبعرض مليمتر واحد . إلى آخر القرار (منشور في الوقائع العراقية العدد (3527) في 12-9-1994) . والحقيقة أن هذين القرارين تتقزّز منهما النفس ونحن نعيش في عصر الانفتاح على الآخر وإشاعة القيم الإنسانية الفاضلة التي تتأسس على احترام كيان الإنسان وكرامته وإنسانيته .

(1) لاحظ : د . إمام عبد الفتاح إمام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ص8 .

منها مُنظماً وورِعاً وطائعاً وحافظاً وصائناً للحقوق ، مُتماشياً مع أخلاقياتها ومنطقيتها ، ويحرص على عدم ضياعها أو التقييد منها دون مبرر قوي يمسُّ ضرورة تنظيمها وعدم التصادم بينها .

232) - ثانياً : النتائج المتصلة بتفسير التشريع :

لا شك أن المناهج القانونية المتبعة في تفسير النصوص القانونية متعددة[1] ، وقد وضعت عدة قواعد لحل التعارض بين النصوص والقوانين ، من قبيل الخاص يُقيّد العام ، ومن قبيل الأحدث مُقدّم على الأقدم[2] ، وما إلى ذلك ، ولكن يجب ألاّ يغيب عن الأذهان أن يوضع مبدأ قانونياً عاماً[3] . يكون مفاده أنه إذا تعارض أي نصّين يقررّان حقوقاً متباينة لشخص ما أو فئة معينة ، فيجب عند التعارض بينهما ، وتعذر أن يعرف أيُّهما خاص بالنسبة للآخر ، أو تعادلا في المستوى ، كأن يكونان كلاهما تشريعاً فرعياً ، واحتدم النقاش والشك والجدل حول تطبيق أحدهما ، فينبغي تطبيق الأفضل إقراراً للحقوق بالنسبة لهذه الفئة أو ذلك الشخص ، حتى لو كان ذلك على حساب زيادة التزام أو واجب الدولة نجاه هذا الشخص أو تلك الفئة ، وأحياناً تنص بعض القوانين على مثل هذا المبدأ ، وهذا المبدأ يشبه إلى حد كبير ، تطبيق القانون الأصلح للمتهم المنصوص عليه

---

(1) لاحظ : د . محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبقة وزارة الاوقات والشؤون الدينية ، بغداد ، 1981 ، ص170 . والتي تليها .

(2) لاحظ : د . جعفر الفضلي ود . منذر الفصل ، المدخل للعلوم القانونية ، دار الكتب ، الموصل ، 1987 ، ص65 . والتي تليها .

(3) المبادئ العامة للقانون هي مبادئ غير مدونة يستخلصها القاضي من أجل صون الحقوق والحريات في وجه سلطة الإدارة (لاحظ : د . أيمن عاطف صليبا ، ص250 .)

في الدستور[1] ، وفي قانون العقوبات[2] ، كما أن هناك مثلاً على ذلك في عدة تشريعات لا سيما في كوردستان العراق[3] . كما ينبغي التوسُّع في تفسير النصوص وعدم التقيّد بها حرفياً وذلك تخفيفاً للحقوق واحتراماً للحريات .

233) - ثالثاً : النتائج المتصلة بتطبيق التشريع :

إن الجهاز المعني بتطبيق القوانين عند قيام النزاع بين الاشخاص ، إمّا بسبب تزاحم حقوقهم وتصادمها ، أو بسبب نكران البعض لحقوق البعض ، هو القضاء ، وليس غير القضاء ، فهو الجهاز الحرَفي المتخصص لبلوغ فضل النزاعات وإعطاء كل ذي حقّ حقه ، لذا فكان من المناسب أن لا يكون هناك أية سلطة فوق هذا الجهاز ، فالقضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون[4] ، ولمّا كان القانون هو وسيلة إبلاغ الحقوق وإيتائها ، فهو وسيلة نظرية تقابلها وسيلة عملية لإدراك تلك الغاية ، تتمثل في الجهاز القضائي ، لذا فإن القضاء ، وهو ملزم بتطبيق القانون ، إنما اتى الزامه من زاوية أن القانون هو الأداة المُعبّرة عن إرادة الجماعة في تنظيم حقوقها وحقوق أفرادها ، لذا فإن التزام القضاء بالأداة المعبرة عن إرادة الجماعة ، يجب ألاّ

---

(1) لاحظ : الفقرة (عاشراً) من المادة (19) من الدستور العراقي .

(2) لاحظ : الفقرة (2) من المادة (2) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .

(3) فمثلاً نصت المادة (4) من قانون تقاعد الوظائف العليا في إقليم كوردستان العراق رقم (36) لسنة 2004 على أنه : "إذا أُحيل على التقاعد أحد المذكورين في المادة الأولى فيُخيَّر بين استلام راتبه التقاعدي بموجب هذا القانون أو أي قانون تقاعد يشمله " .

(4) لاحظ : الفقرة (أولاً) من المادة (19) من الدستور العراقي . والمادة (2) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (160) لسنة 1979 المعدل . والمادة (2) من قانون السلطة القضائية الكوردستاني رقم (22) لسنة 2007 .

تكون أكثر من التزامه بتحقيق الغاية الأصلية من سن التشريعات ، وهي المحافظة على الحقوق ومنع ضياعها ، إلا لأجل حقوق أخرى أسمى منها وأجدر بالرعاية ، فغاية القضاء هي إحقاق الحقّ في ضوء تطبيقه للقانون ، فإذا تعارض إحقاق الحقّ مع تطبيق القانون ، فإن عليه أن يجتهد ، أي يبذل قصارى جهده لإدراك تلك الغاية ، وإلاّ اتّصف بالظلم وهذه الصفة لا تليق بكل من القانون والقضاء ، لكنها لا تليق بالأخير من باب أولى ، لأن القانون عند وضعه للقواعد القانونية بما تتضمن من فرضيات وأحكام ، يضعها على سبيل الافتراض واستخلاص عنصر المستقبل فيها[1] ، فهو كالأعمى في استدراك هذه الغاية ، لكن القضاء وهو ينظر النزاع ويتعرف على جوهر القضية المعروضة أمامه عن كثب ، يعدُّ بصيراً لكل الوقائع والملابسات ، وبالتالي فإن خالة تحقق أي ظلم لأحد الأطراف ، تكون أم المثالب ، إذ أن أقصى ما ينبغي أن يتحقق من غايات فاضلة في المجتمع ، هو أن لا تنفصل العدالة عن روح القضاء ، فالقضاء والظلم لا يجتمعان .

ولعلها نتيجة سامية لفكرة سمو الحقّ على القانون ، وبالتالي ، وعلى الأقل ، الآن ، أضحى على القضاء الانتباه إلى ما انتبه إليه القضاء الفرنسي قبل مئة عام ، عندما مرَّ على صدور المدوّنة المدنية الصادرة في عام 1804 ، مئة عام ، أدرك القضاء هناك أن تحقيق العدالة غاية أسمى من تطبيق القانون على علاّته[2] ، ولعل

---

(1) لاحظ : بحثنا ، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، نصدرها كلية القانون بجامعة الموصل ، العدد (5) ، 1988 ، ص105 .

(2) لاحظ في المعنى نفسه : د . حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع ، دراسة في فلسفة القانون الخاص ، مجلة القانون والاقتصاد ، نصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة الثانية ، 1932 ، ص261 .

القضاء قد يجد صعوبة في ذلك ، لا سيما في بلادنا ، ولأسباب لا يجهلها كثير ، لكن المهمة ليست مستحيلة المنال ، كيف لا وأن القضاء ، ليس في الماضي القريب فحسب ، بل حتى في الماضي البعيد ، في فترات حكم الدولة الرومانية ، استطاع الاستغناء عن تطبيق القوانين الظالمة والمعيبة باستخدام وسائل ، كالحيلة والعدالة[1] . واليوم يكون بإمكان القضاء بلوغ هذه الغاية ، فيصبح إلى الحقّ أقرب ، وإلى الباطل ابعد ، من خلال ممارسة القاضي على وفق اعتماده للأسس الآتية :

1- التفسير الواسع للنصوص القانونية وصولاً لإحقاق الحقّ .

2- استخلاص الفكرة القانونية السائدة عند وضع القاعدة القانونية ، وهذا الأمر دارج في عدد من الدول ، لا سيما في نطاق القضاء الدستوري ، عندما يتعارض مبدأ سمو الدستور مع مبدأ سيادة القانون (البرلمان) ، إذ يرى جانب من الفقه الدستوري أن بإمكان البرلمان الذي يمثل الإرادة العليا للشعب أن يسن قانونا يرى فيه أنه محقق لمصلحة جديرة بالرعاية ، حتّى وإن خالف نصاً دستورياً ، ما دام أن النص الدستوري قد فقد قيمته لتخلُّف الفكرة الدستورية السائدة عند وضعه[2] ، فالقاعدة القانونية جاء إصدارها تلبيه لمبدأ كان سائداً حين سنّها في المجتمع ، ولما كان هذا المبدأ قد تغيّر الآن ، بفعل الفاصل الزمني بين وضع القاعدة القانونية ، وتطبيقها ، فإن القضاء لا يُطبّق تلك القواعد ، على الأقل

(1) لاحظ : بحثنا ، فكرة التطور القانوني ، ص300 .

(2) لاحظ : د . عصمت عبد الله الشيخ ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة لدى أفراد المجتمع السياسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص124 .

حرفياً ، بلوغاً لتحقيق العدالة المنشودة .

3- استخلاص الحكمة التشريعية وإعطائها الأهمية البالغة وجعلها مجنّدة دائماً لإحقاق الحقّ، ما دام أن هذه الغاية هي الغاية الأساسية من وضع التشريع[1] .

4- الاجتهاد في وضع المبادئ الجديدة للقانون ، وتكرار إقرارها ، بحيث تصبح سنة ، يرى القضاة مع مرور الزمن ، أنها اضحت مبادئ عامة لا تقل قوتها عن قوة القواعد القانونية .

5- تطبيق القانون الاكثر إحقاقاً للعدل عند التعارض ، والاجتهاد في وضع الأسانيد والحجج الكفيلة لإنصاف المظلوم ، حتى وإن كان القانون قد أغفل عن إنصافه ، لا سيما في اللجوء إلى وسائل يستعمل فيها القاضي سُلطته في تحقيق العدالة بذكائه وفطنته وخبرته ودهائه[2] .

6- العمل على تفسير الشك لمصلحة صاحب الحقّ ، وإن يبدو في هذا الأساس مخالفة صريحة لنصوص القانون المدني في تفسير الشك لمصلحة المدين[3] ، فالمدين هو الملتزم ، والدائن هو صاحب الحقّ الشخصي ، لكن

---

(1) لاحظ في المعنى نفسه : بحثنا ، حقيقة القصد التشريعي في اشتراط التظلُّم وسيلة ممهدة أو بديلة للدعوى الإدارية ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، العدد 5 ، السنة 3 ، 2015 ، ص 25 .

(2) لاحظ في المعنى نفسه : د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، معين القضاة في تحقيق العدل والمساواة ، C . O . P . L للطباعة والنشر ، أربيل ، 2008 ، ط 1 ، ص 11 .

(3) لاحظ : المادة (166) من القانون المدني العراقي .

المقصود من هذا الأساس هو التصور الذهني الذي يتمتع به القاضي في توزيعه للحقوق على الأطراف ، وليس اكتفاءً بمعنى الحقّ الأصلي المطالب به ، فالحقّ الشخصي للدائن هو الحقّ الأصلي المطالب به ، لكن هذا لا يعني أن المدين متجرد من الحقوق ، فهو يتمتع بحقوق عدة ، منها حقه في الأجل ، وحقه في نظرة الميسرة ، وحقه في الاعذار ، وحقه في التبليغ ، وحقه في كونه صاحب الظاهر أصلاً ، كون الأصل براءة الذمة[1] ، وحقه في كونه صاحب حاجة ، وحقه على القانون في حمايته لكونه الطرف الأضعف ، وحقه في استحالة التنفيذ ، وحقه في الظروف الطارئة وغير ذلك ، مما يجعل الشك يفسر في مصلحته لكونه يتمتّع بكل هذه الحقوق بمعناها الواسع .

7- عدم استعجال القضاء في الفصل في الدعوى على حساب ضياع الحقوق من أصحابها ، كما ينبغي عليه أن يفكر ، قبل أن يقضي ، فيما سيترتب على حكمه من ضياع حقوق أحد الأطراف أو كليهما ، وهذا يحصل عندما تردّ المحكمة الدعوى لعدم اختصاصها ، فهذا يشكل ظلماً للمدعي ، إذ قد تفوّت عليه المدد القانونية في مراجعة المحاكم المختصة للنظر في دعواه ، فيضيع عليه الحقّ ، لذا على المحكمة أن تقضي بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة بدلاً من ردها[2] .

---

(1) لاحظ : المادة (6) من قانون الإثبات العراقي .

(2) نصت المادة (78) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل على أنه : "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي أو الوظيفي أو النوعي أو المكاني ، وجب عليها أن تحليل الدعوى إلى المحكمة المختصة . . . " .

81- نصت المادة (17) من قانون مجلس شورى اقليم كوردستان العراق رقم (14) لسنة 2008 على ←

8- التقليل من الشروط المفروضة لاستحصال الحقوق أمام القضاء ، أو العمل على تفسير الإجراءات المفروضة قانوناً تفسيراً من شأنه عدم ضياع الحقوق وإهدارها ، كما في شرط التظلُّم لإقامة الدعوى أمام المحكمة الإدارية ، المنصوص عليه في قانون مجلس شورى الاقليم[1] ، فيجب عدم التشدّد في تفسيره ، بل يجب التساهل في تفسير ضرورته ، وإن كنت أراه شرطاً غير ضروري ، فكم من تظلّم قُدّم للإدارة ونتج ؟ ![2]

9- الجرأة في إصدار الأحكام التي من شأنها أن تُنصف أصحاب الحقوق دون التخوّف من الفكر التقليدي السائد والذي يرى في القوانين انها أصناماً تعبد ، وكتب مقدسة لا يجوز مخالفتها أو المساس بها ، وإنّي وإن كنت لا ارغب في ضرب القوانين عرض الحائط ، وإن كانت ظالمة ، لكني أتوسَّم وأتطلّع إلى اليوم الذي أقف فيه إجلالاً وإكراماً لقاضٍ أصدر حكماً جريئاً تبعته ضجة واعتراضات كثيرة ، حتى أضحى حكمه القضائي - مستقبلاً - قاعدة قانونية أو مبدأ قانونياً محترماً ، ولعل أكثرية القواعد والمبادئ القائمة كانت من خلق هكذا قاض شجاع وجريء .

←

أنه : "أولاً : يشترط قبل تقديم الطعن إلى المحكمة الإدارية أن يتظلم صاحب الطعن لدى الجهة الإدارية المختصة التي عليها أن تبت فيه خلال (15) خمسة عشرة يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها" .

(1) ثانياً : للمظلم عند رفض تظلمه أو عدم البث فيه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) أعلاه أن يطعن لدى المحكمة الإدارية خلال مدة (30) ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء المدة المذكورة والا سقط حقه في الطعن" .

(2) لمزيد من التفصيل ، لاحظ : بحثنا ، حقيقة القصد التشريعي من اشتراط التظلم ، ص 21 .

10- احتكاك القضاء بالمجهود الفكري للفقهاء والشرّاح والكتّاب في مختلف التخصصات القانونية ، والاطلاع على نظرياتهم وأفكارهم وتحليلها ومحاولة نقدها وتقويمها ومناقشتها ، وصولاً إلى التطور الذي ننشده جميعاً في إحقاق الحقّ والعدل .

الفرع الثاني

اعتناق نظرة المدرسة الطبيعية للحقوق

234) - مُجمل أفكار المدرسة الطبيعية وتطوّرها :

لا شك أن أفكار المدرسة الطبيعية موغلة في القدم ، إذ تعود إلى مراحل أعقبت ذبول أفكار الفلسفة الاغريقية ببضع مئاتٍ من السنين قبل الميلاد[1] ، لكن أفكارها تدرجت من خلال مراحل ثلاث[2] :

- المرحلة الأولى : القانون الطبيعي بمرجعية كونية : عُدَّ فيها القانون الطبيعي مرادفاً للقانون الذي يحكم الكون ، فالكون يعمل بانتظام ، وهناك تجانس بين عناصره ، وهناك تراتبية تحكم هذه العناصر ، وهناك تفاوت في قدرات هذه العناصر . فإذا طبقنا قواعد هذا النظام الكوني على المجتمعات البشرية ، فمن المفترض أن تعمل هذه المجتمعات بشكل منتظم كما الكون ،

(1) لاحظ لمزيد من التفصيل : د . ملحم قربان ، قضايا الفكر السياسي القانون الطبيعي ، مجد ، بيروت ، 1982 ، ص 19 وما بعد ها .

(2) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، النظرية العامة لحقوق الإنسان ، ص 43 . د . غازي حسن صباريني ، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الثقافة ، عمّان ، 1997 ، ص 24 .

وأن يكون هناك نوع من التجانس بين عناصرها - رغم التفاوت فيما بينها - كما في الكون . وأن تحترم التراتبية بين هذه العناصر كما في الكون[1] . وفي وقت لاحق قام القديس توما الاكويني ببعث هذه الأفكار مجدداً ، حيث عدّ أنه يمكن التعرف على القانون الطبيعي عن طريق مراقبة الطبيعة والنظام الذي يحكمها وتطبيق ذلك على المجتمعات البشرية .

- المرحلة الثانية : القانون الطبيعي بمرجعية دينية - مذهب الحقّ الالهي - : إذ بحسب القديس اغسطين فإن القانون الطبيعي ما هو إلا القانون الأبدي المعبِّر عن إرادة الله ، وهو لا يصلنا عن طريق التجربة بل عن طريق الوحي . وإذا كان الخالق مصدر القوانين فهو بالتالي مصدر السلطة ، وهي بذلك واجبة الطاعة ، بل هي مقدسة ، ومقدس من يمارسها [2] . وقد وجدت الأنظمة الملكية الاوروبية في هذه الأفكار ضالتها المنشودة فقفزت على الفرصة المتاحة لتعزز إطلاقية سلطاتها . فإذا بالملك يصبح ملكاً بنعمة الله فقط وليس بمبايعة الناس وإرادتهم . وإذا به مطلق الصلاحية لا حسيب ولا رقيب على أفعاله . وإذا بنا أمام ملك كلويس الرابع عشر في فرنسا يعدُّ نفسه "ظل الله على الأرض" [3] .

---

(1) في حال كهذه - يقول ارسطو - نكون بحضرة مجتمعات حيث :
- السيادة المطلقة للسلطة بغية تأمين النظام وضبط التجانس .
- لا تمييز بين صالح الفرد والصالح العام إذ ان الفرد مجرد عنصر من عناصر المجتمع .
- لا إقرار بمبدأ المساواة احتراماً لفكرة التراتبية (تبرير ظاهرة الرق) . (لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، ص 44) .

(2) لاحظ : المرجع السابق نفسه .

(3) لاحظ : المرجع السابق نفسه .

المرحلة الثالثة : القانون الطبيعي بمرجعية إنسانية : وتضمُّ هذه المرحلة مدرستين ، تقليدية وحديثة :

أولاً : المدرسة الكلاسيكية للقانون الطبيعي : ظهرت بدايات فكرة القانون الطبيعي ببعده الإنساني في كتابات الفلاسفة اليونان المتأخرين ، وخصوصاً في كتب الرواقيين الذين نادوا بوجود قانون طبيعي يحكم العالم ويجب على الجميع احترامه ، لأنه قائم على وحدة الطبيعة الإنسانية وعلى ضرورة تحقيق السعادة للفرد . تدعّمت التوجهات الفردية مع بعض الفقهاء الرومان وخصوصاً شيشرون الذي انْكَبَّ على دراسة مفاهيم القانون الطبيعي محاولاً تعميقها وتحديد أطرها . ففي مؤلفة عن التشريع بيّن شيشرون نسبية القوانين البشرية وضرورة ايجاد مصدرها الأساسي في الإنسان وفي شعوره بالعدل ، فالإنسان في نظره هو المخلوق الخالد في طبيعته وهو المصدر الأول لفكرة العدل : ثمة قانون راهن – متوافق مع الطبيعة منتشر في جميع البشر لا يتبدل لأنه خالد[1] . ان القانون الطبيعي كما يذهب شيشرون هو القانون المتوافق مع الطبيعة المشتركة السليمة للكائنات البشرية ، قانون العقل الصحيح الذي ينطبق على الناس كافة ، كما انه أزلي وغير قابل للتغيير ، وعلى ضوء هذا القانون فإن كل الناس متساوون ، ليس في المعرفة ولا في الغنى المادي ، وإنما متساوون في انهم جميعاً يمتلكون عقولاً ومتساوون كذلك في تركيبهم النفسي وفي نظرتهم المشتركة إلى ما يعتقدونه خيراً أو شراً [2] . مضيفاً بأن حرية الإنسان يجب أن تخضع إلى سنّة القوانين

(1) لاحظ : د . فيصل شطناوي ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ص 91 .

(2) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، ص 44 .

وبـ "أننا عبيد القانون لكي نبقى احرارا" [1] . وقد كان معنى ما اتجهت إليه هذه المدرسة هو أنه يوجد فوق القانون الوضعي – ذلك القانون الناقص المتغير – قانون آخر مثالي ، مثواه الضمير الإنساني ، لا يتغير في الزمان ولا في المكان ، خالد وشامل ، وأن القانون الوضعي ليس إلا صورة غير كاملة من ذلك القانون الحقيقي ، المستقر في طبيعة البشر والمحفور في قلب كل إنسان ، والمستمد من العقل ، والذي يعد نموذجاً يجب أن تتبعه جميع القوانين الإنسانية ، بل لقد قيل وقتئذ إن القانون الوضعي لا يكون صالحاً إلا بمقدار اتفاقه مع القانون الطبيعي ، إذ أن القانون الطبيعي هو الفيصل الذي يرجع إليه لمعرفة مدى سلامة القانون الوضعي ، فكان بمثابة الناقد والمصحح والمكمل للقانون الوضعي ، الذي لا يستند إلى إرادة المُشرِّع ، بل إلى القانون الطبيعي الذي يقتصر دور المُشرِّع على استلهام أحكامه والنزول عند مقتضاه[2] .

غير أن الفكرة التصويرية للقانون الطبيعي على وفق هذه المدرسة وجهت لها انتقادات أبرزها[3] : أن القانون الطبيعي يستنبط من طبيعة الإنسان ، لكن طبيعة الإنسان غير كاملة ، ومع هذا فإن القانون الطبيعي يعد قانوناً كاملاً .

---

(1) المرجع السابق نفسه ، ص 45 .

(2) لاحظ : د . عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون ، ص 181

(3) من هذه الانتقادات ما هو ذا بُعد وضعي صرف ، حيث يقول الأستاذ الدكتور منذر الشاوي : ((إن القانون الطبيعي بالنسبة لدعاته هو مثال القانون الأكمل ، في حين يكون القانون الوضعي قانوناً غير كامل ، وإذا كان الأمر كذلك ، فهذا يعني انتفاء ضرورة القانون الوضعي أو انتفاء سبب وجوده ، فما الفائدة من وجود قانون ناقص ومتغير بجانب قانون كامل وثابت ، ولكن الحقيقة هي أن القانون الوضعي موجود)) . لاحظ ، مؤلفه : فلسفة القانون ، ص 94 .

ثانياً : المدرسة الحديثة للقانون الطبيعي : ترجع بدايات هذه المدرسة إلى القرن السابع عشر ، فقد قُدّر لمبادئ هذه المدرسة أن تزدهر من جديد على يد مجموعة من المفكرين[1] . ثم تطورت مع تراجع أفكار المدرسة التاريخية بزعامة (سافيني) ، وازدهرت في نهاية القرن التاسع عشر ، فظهرت حركات تصحيحية كثيرة ، وقد سميت بحركة إحياء القانون الطبيعي . وقد تجلت حركة إحياء القانون الطبيعي في ثلاثة اتجاهات رئيسية [2] :

- الاتجاه الأول / يجد منطلقه في القانون الوضعي ليصل منه إلى تحديد علمي لمبادئ القانون الطبيعي .

- الاتجاه الثاني / يتضمن العودة إلى المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي مع محاولة تحديد للمبادئ التي يتضمنها هذا القانون الطبيعي ، وهذا ما سمي بالقانون الطبيعي ذي المضمون المحدد .

---

(1) (أمثال :

1- غروسيوس (1583 - 1645) : حيث يعتبر زعيم مدرسة القانون الطبيعي وقانون الشعوب في الأزمنة الحديثة . في العام 1625 أصدر كتابه " قانون الحرب والسلام " تناوله فيه ما يجب أن تكون عليه العلاقات بين الدول من تنظيم قائم على أساس المساواة ، مضيفا بأن الحياة في المجتمع ضرورة لا غنى عنها للفرد ، وبأن القانون هو ما يعتبره العقل القويم موافقاً لطبيعة الإنسان الاجتماعية . وبذلك يكون القانون الطبيعي عبارة عن قواعد يهتدي اليها الإنسان بعقله القويم ، ويستطيع بواسطتها أن يحكم على فعل ما بأنه ظالم أو عادل ، وهو متميز عن القانون الإلهي ، وكذلك عن القانون الوضعي .

2- بوفندروف (1631 - 1694) : ويعتبر تلميذاً لغروسيوس . ترك عدة مؤلفات اهمها "قانون الطبيعة والناس" واعتبر المنظر الحقوقي للقانون الطبيعي باعتباره حقًّا ضرورياً وثابتاً يستنتجه العقل من طبيعة الاشياء) . د . محمد سعيد مجذوب ، ص 45 .

(2) لاحظ : هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ص 59 . ود . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ص96 .

– الاتجاه الثالث / وهذا من أبرز الاتجاهات ويتجسد فيه المدرسة الحديثة للقانون الطبيعي ، وهذا ما نادى به الفقيه الألماني (ستاملر) ، فقد أراد صاحب هذا الاتجاه إيجاد قانون طبيعي أكثر مرونة في مضمونه وذلك انطلاقاً من فكرة العدالة ، وهذا ما سمي بالقانون الطبيعي ذو المضمون المتغير [1] .

فوفقاً لهذا التصوير الحديث للقانون الطبيعي ، فإن هذا القانون لم يبق قانوناً مطلقاً وخالداً وثابتاً لا يتغير ، بل اعتبروه مجرد قيم ومثل عليا خلقها الإنسان بنفسه وفقاً لظروفه الزمانية والمكانية ، وبهذا أخذ القانون الطبيعي طابعاً تاريخياً إنسانياً اعترف به المحدثون من أنصار هذا المذهب ، الذين ابتدعوا هذه النظرية (نظرية القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير) قالوا ، أن القانون الطبيعي ليس قواعد ثابتة تصلح لكل زمان ومكان ، بل هو قانون يتغير بتغير مضمونه حسب الزمان والمكان . وهكذا تغيرت صورة القانون الطبيعي فبعد أن كانت صورة لقانون كائن أصبحت صورة ذهنية لما ينبغي أن يكون عليه القانون الوضعي ، فلم يعد ذلك القانون المطلق الأزلي ، المتأصل في الطبيعة الإنسانية الذي يبتغي الخير المطلق والعدل المطلق ، بل صار ذلك القانون الذي ابتدعه الإنسان ليبتغي به أشياء ذات جدوى للحياة الإنسانية في حالة اجتماعية معينة .

وعليه يمكن تلخيص فكرة القانون الطبيعي عند رواد هذه المدرسة بما يأتي [2] :

- تميز المدرسة بين القانون الإلهي من جهة والقانون الطبيعي من

(1) لاحظ : جورجو ديل فيكيو ، فلسفة القانون ، ص 24 .

(2) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، ص 46 .

جهة أخرى ، على أساس أن الثاني مصدره العقل الإنساني فقط ، بينما يشكل الوحي مصدر القانون الالهي .

- تميّز المدرسة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي ، على أساس أن القانون الطبيعي لا علاقة له بوجود الدولة أو عدم وجودها ، وعلى أساس انه – أي القانون الطبيعي – المثل الأعلى للقوانين الوضعية .

- إن مبادئ القانون الطبيعي – نظراً لمطابقتها للعقل القويم وللعدل – هي مبادئ ثابتة لا تتغير بتغير الأزمان ، ولا تختلف باختلاف المكان . بينما القوانين الوضعية تتغير بين دولة وأخرى ، ومن عصر إلى آخر ضمن الدولة الواحدة .

- وأخيراً – وهذه نقطة هامة – ان القول بوجود قانون طبيعي نابع من طبيعة الإنسان ومن عقله ، وسابق عن كل القوانين الوضعية وأسمى منها يستتبع وجود جملة من الحقوق الطبيعية للأفراد ، حقوق ملازمة للطبيعة البشرية ، حقوق كانت ثابتة للإنسان وهو في حالته الطبيعية الفطرية ، أي قبل تكوين المجتمع ونشوء الدولة [1] .

إن أهم انجازات هذه المدرسة هو تصديها الواضح والمباشر لمذهب الحقّ الإلهي ، وتقديمها طروحات مناهضة لأفكاره ، مؤكدة بذلك المفهوم الفردي للدولة ، بمعنى أن الفرد هو من يقيم السلطة في الدولة ، فلا يمكن اسباغ الشرعية

(1) لاحظ : د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل ، ص . 345 .

على السلطة لمجرد وجودها ، بل يعود للأفراد تقدير هذه الشرعية عن طريق إعمال العقل البشري . وإذا كانت الشعوب تملك حقّ التقدير فإن لها بالتالي حقّ التغيير في ضوء مصالحها . فالشعوب هي التي تصنع الحكام وتمنحهم السلطة ، والشعوب بالتالي هي صاحبة السيادة ، ولا صفة الهية للسلطة في الدولة ولا قدسية لها [1] .

235) - تعزيز دور المدرسة الطبيعية في إحقاق الحقّ :

لا شك أن القانون الطبيعي هو القانون الذي يعبر بصورة تامة وكاملة عن فكرة القانون[2] . وفكرته تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي ، خالدة وثابتة وتصح في كل زمان ومكان [3] . وتستند فكرة القانون الطبيعي على أمرين ذهنيين : الأول هو الاعتقاد بأن عالم القانون كعالم الطبيعة ، وإذا هيمنت على الطبيعة قوانين طبيعية ، فإن ما يهيمن على سلوك الأفراد هو قانون طبيعي . والثاني هو الاعتقاد بأن من مستلزمات القانون أن يكون موضوعياً فيحكم الناس على وجه سواء ، دون النظر إلى آرائهم الخاصة وأمانيهم ومصالحهم ، فوجب لذلك أن يكون أساس القانون هو الطبيعة ، إذ هذه وحدها هي التي تنأى بالقانون عن الضيق والنقص والتغيير وعن هوى الفرد وتحكم المُشرِّع ، وهذان الأمران

---

(1) لاحظ : د . محمد سعيد مجذوب ، ص 47 . ويضيف في الصفحة ذاتها : (لقد تركت هذه الأفكار أثراً كبيراً على النظرية السياسية ، إذ أحدثت فيها تغييراً بعيد المدى لم يسبق له نظير ، محدثة زلزالاً في الفكر الاوروبي بقيت ارتداداته ، على مدى قرون ، تلعب دوراً بارزاً في مقارعة الاستبداد والدعوة إلى الحرية والمساواة) .

(2) لاحظ : روسكو باوند ، مدخل إلى فلسفة القانون ، ص22 .

(3) لاحظ : د . عبدالرزاق السنهوري ود . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ص25 .

يكفلان للقانون اليقين والموضوعية [1] . وبالرغم من أن مذهب القانون الطبيعي قد احتفظ بجوهر هذه الفكرة عبر العصور منذ القدم ، إلا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة حيث بدأت فكرة تأمل فلسفية ثم صارت فكرة دينية ، ثم تحولت إلى فكرة قانونية ثم اتخذها المفكرون السياسيون وسيلة لزلزلة الطغيان ممهدين بها الثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الإنسان الطبيعية ، على أن ذلك قد دفع بالفكرة إلى منزلق خطر إذ صبغها بصبغة فردية صارمة ، فمكن الخصوم منها فتوارت زمناً ثم عادت في أعقاب القرن التاسع عشر ومطلع القرن الماضي تطل على الناس في ثوب جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد[2] . ويرى أرسطو مؤسس نظرية القانون الطبيعي ، بأن القانون الطبيعي هو الشعور بالعدالة ، والعدالة تعني أصلاً المساواة الحقيقية فهناك إذن تلازم حتمي بين العدالة والقانون الطبيعي[3] .

أما عن وسيلة الوصول إلى القانون الطبيعي فهو العقل ، لذلك سمي هذا القانون بالقانون العقلي[4] ، وإدراكه يكون عن طريق

---

(1) لاحظ : د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ص77 .

(2) لاحظ : د . حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ص99 .

(3) لاحظ : د . عبدالرزاق السنهوري ود . أحمد حشمت أبو ستيت ، ص30 . ولاحظ أيضاً : د . سمير عبدالسيد تناغو ، ص136 . ويقول الأستاذ روبييه بخصوص القانون الطبيعي ((أن ما نسميه القانون الطبيعي ، هو مثلنا الأعلى نحن الذين نضعه في مقابل القانون الوضعي فالقانون الطبيعي يتلخص إذن في رد فعل عند الإنسان ضد النظام الوضعي الذي يحتنقه)) . نقلاً عن : د . عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون ، ص 178 .

(4) هذا وقد أنكر "ديفيد هيوم" على العقل دوره في الوصول إلى الحقيقة ، وبالتالي فقد انتقد ، على أساس ذلك ، فكرة القانون الطبيعي ، إذ يعتمد "هيوم" على التجربة ، ويعدّها المصدر الأساسي لكل القواعد ←

العقل السليم [1] .

إن الدور الحقيقي الذي تعزّزت به فكرة القانون الطبيعي ، يكمن في تصدّيها للقوانين الوضعية الجائرة (الظالمة) إحقاقاً للحق ، وبعيداً عن اعتراض الوضعيين على فرضية وجود قانون ظالم ، بحُجة أن القانون - عندهم - هو مقياس الاشياء ، هو المعيار الذي يقضي طبقا له باعتبار أمر ما مشروعا أو غير مشروع ، عادلا أو ظالما ، فكيف يتصور أن يكون مقياس العدل والظلم هو نفسه ظالما . . ؟ وعلى فرض أن التشريع ظالم ، هل يتعين على الأفراد احترامه ، وهل يلتزم القاضي باتباعه ؛ فتتحول المحكمة من ساحة لإظهار العدالة إلى اداة لقمع الأبرياء ؟ وإذا سمحنا لكل فرد ، وبالتالي لكل قاضٍ أن يناقش التشريع ، ألا يخشى من استبداد القضاة وتحكمهم في الرقاب ، وقد أصبحوا السلطة التشريعية العليا التي ليس من بعدها سلطة ، تصدر ما تشاء من الأحكام من غير رقيب ولا

←

والنظم ، فهو لا يؤمن بالفطرة الإنسانية ، كما لا يؤمن بدور العقل في المعرفة . (لاحظ : د . فايز محمد حسن ، نشأة فلسفة القانون وتطورها ، ص 446 والتي تليها) .

(1) هذا رأي أرسطو وكانت وجروشيوس ، نقلاً عن : د . سمير عبدالسيد تناغو ، ص138 . (يرى بعض فلاسفة القرون الوسطى وعلى رأسهم (توما الإكويني) ، أن القانون الطبيعي ليس قانوناً عقلياً يدركه الإنسان بما يشع في عقله من ضوء ، ولكنه يعد في نظرهم قانوناً مقدساً مصدره الوحيد هو الله والوحي ؛ ويميز توما الإكويني بين نوعين من القانون الطبيعي ، القانون الطبيعي الأصلي (الإلهي) والقانون الطبيعي الثانوي ، فالقانون الطبيعي الأصلي هو قانون ثابت وجوهره مبدأ واحد الذي هو قوامه وجوب عمل الخير وتجنب الشر ، أما القانون الطبيعي الثانوي فيتكون من قواعد تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فالقانون الطبيعي الثانوي هو ما يستطيع الإنسان معرفته بواسطة العقل من القانون الطبيعي الأصلي) . لاحظ : د . عبد الرزاق السنهوري ود . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ص34 . ولاحظ : روسكو باوند ، مدخل إلى فلسفة القانون ، ص90 .

حسيب ، فتختلف معايير العدالة باختلاف حجم "أنوف" القضاة ؟ [1] .

وهنا لا بدّ من الاشارة إلى حُكمين قضائيين للقضاء الألماني ، هجرا فيه القوانين الوضعية مُتسلِّحين بالقانون الطبيعي ، الذي به تقترب قواعد القانون من

(1) يُعدُّ الفكر اليوناني أول من عالج مشكلة القانون الظالم في اتجاهين متعارضين ، أحدهما بقر حقّ الشعب في مقاومة الطغيان . . والاخر ضرورة الخضوع للقانون الظالم . وقد تجسَّد هذا الاختلاف في عرض مسرحية أنتيجونا للكاتب سوفوكليس . أن كريون ملك طيبة يصدر قانونا ظالما يأمر بعدم دفن غريمه ، فتتحدى أنتيجونا هذا القانون الظالم وتتولى مراسم دفن الميت ، متمسكة بالقانون الالهي وتفوقه على القانون الوضعي . وتقول أنتيجونا في المشهد الأول من المسرحية ، أنها لا تستطيع عصيان قوانين الالهة التي تأمر بحرمة الموتى . لكن يرد كريون في مشهد آخر . . أن من يعينه المجتمع حاكما يجب أن يطاع في الامور الصغيرة والكبيرة ، وفي الاشياء العادلة والظالمة . . وأن من يطيع هكذا يكون مواطنا ويصلح حاكما حسنا ، يصمد في الكفاح أمام سيل الرماح ، لا يبارح موقعه ويقوي عزم رفيقه في إخلاص وشجاعة . . فالعصيان أبشع الشرور ويقوض بنيان الجماعة . بيد أن سوفوكليس أقر ما هو معروف حقّ الشعب في مقاومة الطغيان إذ رتب على صدور القانون الظالم معاقبة كريون بموت ابنه وزوجته ، وأنهى المسرحية بنشيد الكورس ، أن المحكمة مفتاح السعادة ، ولقوانين الالهة قدسيتها ، فمن تجرأ على خرقها علمته الأحداث زيف الكبرياء وعادت به شيخا إلى الطريق القويم . ويتفق في الرأي مع سوفوكليس الفيلسوف أبيقور ظهر في عمر عمت فيه الفوضى السياسية وساد الاستبداد المطلق ، بعد وفاة الاسكندر واقتسام قواده الامبراطورية . فأعلن أبيقور أن القانون يفقد سلطانه ، متى تجرد من منفعته ، لأن القانون موضوع من أجل الإنسان ، لا الإنسان من أجل القانون . عارض أبيقور ادّعاء الدولة مطالبة المواطنين بالخضوع المطلق ، وهاجم النظرية القائلة باستحالة وجود قوانين ظالمة . على العكس من ذلك موقف سقراط من الفساد والاستبداد . فحينما حكم الأثينيون على سقراط بالموت طبقا لقوانين أثينا ، واتهموه ظلما بإفساد أخلاق الشباب وإشعال نيران الثورة على دين الاباء ، عفا سقراط عن الاثينيين جرمهم وأجاب على تلميذه كريتو الذي كان يحثه على الهرب من السجن ، بأنه يجب عدم الانتقام ولا رد الشر بالشر . إن سقراط يفضل تحمل الضيم من أجل ألا يخالف قوانين أثينا ويطيح بهيبتها ، ولو كانت قوانين ظالمة . . وقد أمسك سقراط بكأس السم . . وارتشف منه راضيا جرعة الموت . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 179) .

قواعد الأخلاق .

- **أولاً : مواجهة القوانين الجائرة** : يتناول القرار الأول - قرار الجنسية لعام 1968 - مشكلة جور النص القانوني (مسألة الظلم القانوني) ، فالمادة الثانية من اللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ (الإمبراطورية الألمانية) الصادرة بتاريخ 1941/11/25 كانت تنص ، ولأسباب عنصرية ، على حرمان اليهودي المهاجر من الجنسية الألمانية[1] ، وكان على المحكمة الدستورية الاتحادية أن تقرر طبقاً لهذه المادة فيما إذا كان يقتضي حرمان المحامي اليهودي ، الذي هاجر إلى هولندا (امستردام) قبل الحرب العالمية الثانية بفترة وجيزة ، من الجنسية الألمانية (حيث كان النزاع يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تركة المحامي اليهودي ، ولما كان تحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تحديد جنسية المورث عند وفاته ، فقد كان على المحكمة أن تقرر فيما إذا كان اليهودي ما يزال يحمل الجنسية الألمانية أم أنه فقدها طبقا لنص اللائحة المذكورة)[2] . فقد رحل المحامي اليهودي هذا في عام 1942 من أمستردام ولم يعرف مصيره فيما بعد ويتوقع أنه قد مات في تلك الأثناء ، مما يعني الحرمان من إمكانية استرداد الجنسية طبقا للمادة (116) الفقرة الثانية من الدستور الاتحادي .

---

(1) تنص المادة الثانية من اللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ بتاريخ 1941/11/25 على ما يلي : "يفقد اليهودي الجنسية الألمانية 1- بمجرد العمل بهذه اللائحة ، إذا كانت إقامته المعتادة عند العمل بهذه اللائحة في بلد أجنبي 2- بمجرد حصوله على الإقامة المعتادة في البلد الأجنبي ، إذا اتخذ لاحقا في البلاد الأجنبية مكان إقامة معتادة" .

(2) القول بين القوسين لمترجم كتاب : فلسفة القانون ، للدكتور روبرت ألكسي ، وهو الدكتور كامل فريد السالك ، ص25 .

وقد خلصت المحكمة الدستورية الاتحادية العليا إلى أن المحامي المذكور لم يفقد جنسيته الألمانية على الإطلاق ، لأن اللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ تعدّ في الأساس معدومة (باطلة بطلانا مطلقا) . وقد علّلت المحكمة قرارها بالقول[1] :

" لا القانون ولا العدالة تحت تصرف المُشرِّع ، فالتصور الذي يقضي بأن المُشرِّع الدستوري يستطيع أن ينظم كل شيء وفقا لإرادته ، تبدو كأنها ارتداد إلى عقلية المذهب الوضعي التقديري الحر والذي هُجر منذ زمن بعيد سواء في علم القانون أو على صعيد الواقع . فمن عظات زمن النظام القومي الاجتماعي في ألمانيا (الحكم النازي) أن المُشرِّع يمكن أن يضع قوانين جائرة أيضا[2] . وعليه فقد وافقت المحكمة الدستورية الاتحادية العليا على إمكانية تجريد أحكام النصوص القانونية للنظام القومي الاجتماعي (الحكم النازي) من السريان ، لأنها تنافي المبادئ الجوهرية للعدالة بشكل صارخ ، بحيث أن القاضي الذي يريد تطبيقها أو الإقرار بآثارها القانونية سوف يقضي بالباطل بدلا من أن يحق الحقّ ، فاللائحة المذكورة تنافي هذه المبادئ الأساسية ، وقد بلغت منافاتها للعدالة حدا لا يطاق بحيث يجب أن تعتبر معدومة من أساسها ، ولا يمكن التسليم بأن اللائحة المذكورة قد اكتسبت قوة النفاذ باعتبار أنه جرى العمل بموجبها لبعض السنين ، أو أن بعض الذين حرموا من الجنسية قبلوا من جهتهم بالتدابير المتخذة من قبل النظام الاجتماعي القومي في حالة خاصة أو وافقوا عليها . ذلك لأن النص

(1) لاحظ : د . روبرت ألكسي ، ص 26 .

(2) (مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الاتحادية ج3 ص 232) . المرجع السابق ، الاشارة ذاتها .

القانوني الظالم الذي يخرق المبادئ الأساسية للحق لا يصبح قانونا لمجرد أنه طُبِّق أو أُتّبع"[1] .

الجملة الأخيرة هي في الحقيقة الحجة التقليدية لأنصار المذهب الطبيعي ، فالقاعدة القانونية التي وضعت طبقا للقانون الوضعي ، ولم تجرِ في أثناء فترة سريانها التأثير الاجتماعي ، تفقد قوة النفاذ أو تفقد الطابع القانوني [2] .

---

(1) مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الاتحادية ج 23 ص 106 . (نقلاً عن : المرجع السابق نفسه ، ص 27) .

(2) (وهنا يثور التساؤل فيما إذا كانت هذه الحجة في قرار الجنسية المذكور ، ضرورية وهل كان التعليل الذي قالت به المحكمة إلزامياً ، ألم يكن في مقدورها أن تقيم النتيجة التي خلصت إليها في قرارها على أساس أن الاعتراف بالأثر القانوني للحرمان من الجنسية ، يخالف مبدأ المساواة المكرس في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الدستور الألماني الاتحادي النافذ ، وقاعدة عدم التمييز المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الدستور الألماني النافذ ؟ . والتي نصت - أي المادة (3) من هذا الدستور - بفقراتها الثلاثة - على ما يلي :

((1- الناس جميعا متساوون أمام القانون .

2- الرجال والنساء متساوون في الحقوق ، وعلى الدولة أن تعمل لتحقيق المساواة الفعلية في الحقوق بين الرجال والنساء وعلى إزالة العوائق القائمة . 3- لا يجوز أن يضار أحد أو يميز بسبب جنسه أو سلالته أو عرقه أو لغته أو موطنه أو أصله أو عقيدته أو دينه أو آرائه السياسية . ولا يجوز أن يضار أي شخص لكونه معوق)) . هذه الإمكانية تقلل من أهمية حجة اللا وضعيين في الحالة المقضي بها بقرار الجنسية ولكن لا تؤثر على مضمونها العام . فلا يوجد دائما وفي كل الحالات التي تقرر فيها النتائج القانونية للنظام الظالم دستور مثل الدستور الألماني الاتحادي النافذ . علاوة على ذلك فهناك حالات المهم فيها هو أنه فيما إذا كانت قاعدة ما معدومة في الأساس أم لا ، مما لا يمكن معه أن تؤثر قواعد الدستور اللاحق . لنأخذ مثلا قواعد قانونية لنظام موضوعة طبقا للقانون وتحوز على التأثير الاجتماعي تفرض أساليب ملاحقة منافية للحقوق الأساسية للبشر أو تسمح بها) . لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 27 .

ففيما إذا كان يمكن معاقبة الأشخاص الذين تصرفوا وفقا لقوانين النظام الظالم ، بعد سقوط هذا النظام ، يعتمد – إذا لم يكن يسمح بالأثر الرجعي للقانون – حقًّا على القول فيما إذا كانت القواعد الجائرة التي يعتمدها النظام الجائر في الأصل باطلة أو لا [1] .

– **ثانياً : مخالفة منطوق النص** : القرار الثاني ، هو قرار الحكم بما يخالف النص القانوني (تكميل القانون ، سد ثغرات القانون) لعام 1973 ، يدور حول مشروعية مخالفة منطوق النص القانوني ، وبمعنى آخر حول مشروعية الحكم المخالف للقانون . فطبقا للمادة 253 من القانون المدني الألماني[2] ، لا يجوز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار غير المادية (الأضرار المعنوية) إلا في حالات ضيقة محددة قانونا ، على أن المحكمة الاتحادية لم تتقيد بهذه القاعدة القانونية ، فمنذ عام 1958 حكمت في حالات كثيرة بالتعويض النقدي عند المساس الخطير بالحقّ في الحياة الخاصة (الحقّ في الخصوصية) . فقد كانت تدور إحدى الحالات المقضي بها حول مقابلة مبتدعة نشرتها مجلة أسبوعية تمس الشؤون الخاصة لزوجة شاه إيران السابق المطلقة : الأميرة ثريا . وقد حكمت المحكمة الاتحادية للأميرة ثريا بتعويض قدره خمسة عشر ألفا من الماركات الألمانية لقاء الأضرار المعنوية التي لحقت بها من جراء هذه المقابلة .

---

(1) ولمزيدٍ من التفصيل حول الظلم الذي يكون مصدره القانون الوضعي ، لاحظ : المحامي طه عمر رشيد ، الظلم القانوني كخرق لحقوق الإنسان ، مطبعة شقان ، السليمانية ، 2008 ، ص 46 والتي تليها .

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 253 من القانون المدني الألماني على ما يلي : ((بالنسبة للأضرار غير المادية يمكن أن يحكم بالتعويض النقدي فقط في الحالات المنصوص عليها في القانون)) .

خلافا لنص المادة 253 من القانون المدني الألماني ، التي تجيز التعويض النقدي عن الأضرار المعنوية في حالات محددة حصرا في القانون ، ولا تتدرج حالة الحكم المتعلق بالأميرة ثريا تحت أي من هذه الحالات . وقد صدقت المحكمة الدستورية الاتحادية قضاء المحكمة الاتحادية . وقالت في تعليلها : " إن الارتباط التقليدي للقاضي بالقانون والجانب الأساسي في مبدأ فصل السلطات ومبدأ الشرعية قد تجسدت صياغته في الفقرة الثالثة من المادة /20/ من الدستور الألماني الاتحادي بأن على السلطة القضائية أن تتقيد بالقانون والحق[1] . وبذلك فقد رفض طبقا للرأي السائد المذهب الوضعي بمفهومه الضيق . فقد دلّت صياغة هذه الفقرة على أن القانون والحقّ يتطابقان عمليا بشكل عام ، ولكن ليس دائما وبشكل لازم ، فالحقّ لا يتطابق مع مجموعة من القوانين المكتوبة ؛ ففي مقابل القوانين واللوائح الموضوعة من قبل سلطات الدولة يمكن أن ينشأ في ظل الواقع أكثر من حقّ يكون مصدره النظام القانوني الموافق للدستور (النظام العام) ، باعتباره مفهوما كليا عاما ويؤثر في المقابل على القانون المكتوب بمجمله حيث تقع على القضاء مهمة إيجاده ووضعه موضع التنفيذ في الأحكام "[2] .

---

(1) تنص المادة 20 من الدستور الالماني على ما يلي : " 1- ألمانيا الاتحادية وهي دولة ديمقراطية اجتماعية اتحادية . 2- تنبثق السلطات كلها من الشعب . تشكل السلطات بالانتخاب والتصويت من الشعب وتمارس عبر هيئات مختصة تشريعية وتنفيذية وقضائية . 3- ترتبط السلطة القضائية طبقا للدستور والسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بالقانون والحقّ . 4- لجميع المواطنين الألمان الحقّ في مقاومة كل من يأخذ على عاتقه إزالة هذا النظام عندما يكون اللجوء إلى وسائل أخرى غير ممكن .

(2) مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الاتحادية ج 34 ، ص 286 والتي تليها . في القرارات اللاحقة أفصحت المحكمة الدستورية العليا مرارا عن تحفظها تجاه الحكم بما يخالف منطوق النصوص القانونية والذي هو من حيث المبدأ مسموح به ولكنه مقيد . قارن مجموعة قرارات المحكمة الدستورية ج 35 ، ص 278 والتي تليها ، ج37 ، ص81 ، ج 38 ص 396 والتي تليها ، ج 49 ، ص ←

وهذا القرار موضع خلاف . فقد أخذ على المحكمة الدستورية الاتحادية العليا بأنه ما كان يجوز أن يُسمح للمحاكم المدنية أن تحكم بنفسها متجاوزة قيد نص المادة 253 من القانون المدني الألماني ، وكان يفترض من المحاكم المدنية أن تتحرى في قرار المحكمة الدستورية الاتحادية حول ذلك بطريق الرقابة الموضوعية على النصوص القانونية طبقا للفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور ، فيما إذا كانت المادة 253 من القانون المدني الألماني موافقة للدستور[1] . على أن صحة هذا الاعتراض تعتمد على كون التفسير غير الوضعي للعبارة " القانون والحقّ " الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 20 من الدستور الاتحادي الألماني صحيحة من جهة ، وعلى كيفية تحديد العلاقة بين الفقرة الثالثة من المادة 20 والفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الاتحادي ، فإذا لم يكن الحال كذلك أمكن للمحاكم المدنية أن تقرر عدم شرعية المادة 253 من القانون المدني بسبب خرقها للفقرة الأولى من المادة الثانية من الدستور في علاقتها مع الفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور الألماني . وبهذا يتم التغلب على عقبة منطوق النص بالنسبة لها .[2]

←

318 والتي تليها ، ج 65 ، ص 190 والتي تليها ، ج 71 ، ص 362 والتي تليها وج 82 ، ص 11 والتي تليها . (نقلاً عن : د . روبرت ألكسي ، ص 30) .

(1) المرجع السابق نفسه ، ص 32 .

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الألماني الاتحادي على ما يلي : إذا اعتبرت محكمة ما أن قانونا ، يتوقف صحة حكمها على دستوريته ، مخالف للدستور يجب وقف الدعوى وتحري قرار محكمة الولاية ، أو قرار المحكمة الدستورية الاتحادية العليا عندما يتعلق الأمر بخرق الدستور الاتحادي . ويسري ذلك أيضا عندما يتعلق الأمر بخرق الدستور الاتحادي ، ويسري ذلك أيضا عندما

←

فالعبارة التي وردت في القرار المذكور : " فالحقّ لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة " يبقى لها أهميتها أيضاً ولو افترضنا أن الحكم المخالف للنص غير مسموح به بصورة عامة في النظام القانوني الألماني وفقاً للفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الاتحادي الألماني . إن مشكلة الحكم المخالف لمنطوق النص القانوني يواجه كل نظام قانوني . ولكن لا تعرف كل الأنظمة القانونية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الألماني الإتحادي . والأهم من ذلك أن تلك العبارة لها أهميتها خارج مجال الأحكام المخالفة لمنطوق النص القانوني ، وفي كل حالة مشكوك فيها إذا كان القانون المراد تطبيقه غير محدد ، ومن غير الممكن أن تقودنا قواعد علم مناهج البحث القانوني إلى نتيجة على نحو دقيق ، فالذي يحدد الحقّ بالقانون المكتوب أي الذي يتبنى فرضية المذهب الوضعي يجب أن يقول إنه في الحالات المشكوك فيها يتحدد الحكم من خلال عوامل غير قانونية . والأمر عند الطبيعيين خلاف ذلك طبعا . فباعتبار أن الحقّ لا يتحدد عندهم من خلال القانون المكتوب ، فإن الحكم يتحدد بالنسبة لهم من خلال العدل والإنصاف عندما لا يحدده القانون عند الحاجة[1] .

والذي يُستخلص من هذين الحُكمين القضائيين الألمانيين البالغين قدراً عالياً من الأهمية ، أن بإمكان القضاء أن يضرب النصوص المكتوبة عرض الحائط ، إذا

←

يتعلق الامر بخرق الدستور الاتحادي من قبل قانون الولاية أو الاختلاف بين قوانين الولاية والدستور الاتحادي .

(1) لاحظ : د . روبرت ألكسي ، ص 33 .

كانت تخالف الناموس الطبيعي الذي خلقه الله تعالى في فطرة الإنسان وميله نحو العدل والإنصاف ، فمبادئ القانون الطبيعي هي التي تُكرس هذا الجوهر العظيم لمفهوم الحقّ ، وتُرسِّخ حقيقة كونه غاية لا يمكن أن تُحصر في صندوق النصوص الوضعية .

المبحث الثاني
توظيف فلسفة الحق

236) - ترجمة فلسفتي الحقّ والنظام إلى أرض الواقع :

لا شك أن العديد من الأوضاع والأنظمة القانونية قد أُقرّت أو تبناها المُشرِّع في تشريعه في كل الدول انطلاقاً من فلسفة النظام أو فلسفة الحقّ ، لكن كيف نعرف أن هذا الوضع أو ذاك ، أو هذا النمط أو ذاك ، أو هذا النظام أو ذاك ، أو هذه الواقعة وحكمها أو تلك وحكمها ، قد أخذ المُشرِّع اعتباره فيها لأيٍ من النظام أو الحقّ في ترتيب الأحكام أو إدراج موقفه منها ، إذ لا بد من وجود ما يدل على أن المُشرِّع قد اعتمد فلسفة النظام أو فلسفة الحقّ في تنظيمه وترتيبه للأحكام القانونية ؛ طبعاً هذا لا يعني أن فلسفة النظام منقطعة الصلة تماماً بفلسفة الحقّ ، فهما ليسا في دائرتين منفصلتين بل في دائرتين متقاطعتين ، هناك منطقة مختلطة ما بين هاتين الفلسفتين ، إذ أن الكثير من الأنماط والوقائع القانونية والتصرفات التي أقرها المُشرِّع وبنى لها أحكاماً ، لا يختلف حكمه فيما لو كان قد انطلق من فلسفة النظام أو أخذ بالاعتبار فلسفة الحقّ ، إذ سيكون الموقف ذاته في كلتا الفلسفتين . لكن في بعض الأحيان تترتب بعض الأحكام أخذاً بالاعتبار بفلسفة النظام وهجر فلسفة الحقّ ، وفي أحيانٍ أخرى نرى العكس هو الصحيح ، لكن في بعض الأحيان ، إن مراعاة فلسفة النظام قد تؤدي إلى مراعاة فلسفة الحقّ ولكن بصيغة غير مباشرة ، كما أن فلسفة الحقّ ومراعاتها قد يؤدي إلى مراعاة

فلسفة النظام دون أن يشعر واضع القانون ، إلا أنه ومن الانحياز لفلسفتنا في الحقّ ، فإن الإقرار ببعض النظم انطلاقا من اعتبار فلسفة الحقّ قد يؤدي إلى تحقيق النظام أكثر من اعتماد فلسفة النظام بحيث يؤدي اعتمادها إلى تحقيق الحقّ ، وسنرى ذلك في هذا المبحث حيث سنتناول في مطلبه الأول ، اختلاف رؤى الفلسفتين في بعض الأوضاع والأنماط ، ثم نتناول التحول إلى إعمال فلسفة الحقّ في بعض الأنماط ، وذلك في مطلبٍ ثانٍ .

المطلب الأول

توظيف فلسفة الحقّ في ظل سموّها على فلسفة النظام

237) - التحول من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ وبالعكس :

من الجدير بالملاحظة أن معظم النظم والشرائع والتشريعات تتحول بحكم تطورها من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ ، هذا إذا كانت نظرتنا لهذه التشريعات والأنماط نظرة حديثة أو معاصرة ، إذ بحسب النظرة العتيقة القديمة لهذه القوانين نراها قد تحولت من فلسفة الحقّ إلى فلسفة النظام ، لكن ليس بالظهور البارز والواضح لهذا التحول ، لأن القوانين في العصر القديم لم تكن واضحة المعالم كوضوحها في هذا العصر . إن تحول فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ يبدو واضحا عندما يتحول اهتمام واضع القانون من الحفاظ أو مجرد الحفاظ على النظام والأمن والنظام العام والاستقرار الاجتماعي وتقوية سلطة الدولة . . . الخ ، إلى احترام الحقوق والحريات ، فالهدف الأسمى سيتغير بالنسبة لهذا المُشرِّع ، إذ كان في البداية متمثلاً في المحافظة على النظام السائد والمحافظة على النظام الأمني والنظام العام . . . الخ ، أما الآن فهو يرمي إلى الحفاظ على الحقوق الفردية

والحريات العامة وكذلك الخاصة ، وهذا يتّضح من خلال فهم حكم الفرضيات التي تضعها التشريعات في قواعدها القانونية ، وهذا ما سنراه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول
اختلاف رؤى الفلسفتين

238) - فحوى اختلاف رُؤى الفلسفتين :

تختلف رؤى الفلسفتين (النظام والحقّ) حول أمور عديدة ، إذ قد نرى حلول تشريعية لعدد من المشكلات قد يراعي فيها المُشرِّع فلسفته القائمة عل احترام النظام أو فلسفته القائمة على احترام الحقوق . إن اعتبار فلسفة الحقّ في بعض الأوضاع قد يؤدي مثلما ذكرنا إلى تبني مواقف وحلول معينة قد تختلف ، وفي أغلب الأحيان ، عن تلك الحلول التي يتبناها المُشرِّع عندما يراعي فلسفة النظام ، وقد حاولنا أن نجري جرداً على بعض الموضوعات التي تدّخل فيها المُشرِّع ووضع لها حلولا . وسوف نرى كيف أن الحل القائم على فلسفة النظام يختلف عن ذلك الحل الذي يقوم على أساس فلسفة الحقّ ، إما من حيث الحكم ، وإما أن يكون الحل واحداً لكن التسبيب يختلف فيما لو كان الحل قائماً على أساس اعتبار فلسفة النظام أو كان الحل قائماً على أساس اعتبار فلسفة الحقّ . وهذه الموضوعات هي متعددة ، لكننا اخترنا منها بعض أهم الأمور التي تشاع في الحياة الاجتماعية ، من هذه المواضيع :

239) - وكالة الجماعة عن صاحب الحقّ :

فسّرتها نظريات العقد الاجتماعي كما تناولناها سابقاً[1] ، لكن هذه الوكالة ، والتي أعني بها وكالة التمثيل النيابي في المجالس التي تتشكّل منها السلطة التشريعية ، وإن رأى فيها فقهاء القانون الدستوري والكتاب في النظم السياسية أنها وكالة تختلف عن الوكالة المعروفة في القانون المدني[2] ، لكننا لا نراها مختلفة كثيراً عن الوكالة المدنية ، حيث أن الوكيل ووفقاً للقانون المدني رغم أنه يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل ، لكنه يعمل بالتالي لحساب الأصيل ، والآثار القانونية تترتب في ذمة الأصيل وليس في ذمة الوكيل . طبعاً ، تصوير وكالة الجماعة عن صاحب الحقّ أو أصحاب الحقوق كمجموع يختلف إذا نظرنا إليه من رؤية أو من زاوية فلسفة النظام عنها من زاوية فلسفة الحقّ ، فزاوية فلسفة النظام ترى أن الحقوق تنصهر في النظام الاجتماعي القائم ، بمعنى أن حقوق الأفراد تنصهر في حقوق الدولة هذا الكائن الذي نتج عن تجمع إرادات الأفراد ، في حين أن رؤية فلسفة الحقّ لا ترى في ذلك انصهاراً ، بل أنه بتحقق جميع الحقوق تتحقق حقوق الجماعة ، أي بتحقق حقّ كل فرد تتحقق حقوق الجماعة .

وتتحقق هذه الوكالة - عادة - عبر ممارسة المواطنين حقهم في الانتخاب [3] .

---

(1) لاحظ : الفقرة (201) سابقاً .

(2) لاحظ : د . محمد كاظم المشهداني ، النظم السياسية ، ص 37 .

(3) ثار الجدل بين الفقهاء الفرنسيين في أعقاب الثورة الفرنسية حول موضوع الانتخاب ، وبشكل خاص في تكييفه . وكان هذا الجدل مرتبطاً إلى حد كبير مع تطور مفهوم السيادة وبيان صاحبها . ففي الفترة ←

240) - تعدد الجنسية :

أثار موضوع تعدد الجنسية الكثير من الإشكاليات[1]، وقد اختلفت فيه

←

التي ساد فيها مبدأ سيادة الأمة ، بسيادة الدولة الممثلة لها ، عُدَّ الانتخاب واجباً دستورياً ، أما الفترة التي ساد فيها مبدأ سيادة الشعب فقد عُدَّ الانتخاب حقًّا خالصاً للمواطن ، أو كما يسميه ابعض ، بوظيفة . (لاحظ : د . حميد حنون خالد ، الأنظمة السياسية ، ص38 . ود . محمد كاظم المشهداني ، ص62) . ونحن مع النظرية التي ترى في الانتخاب حقًّا للمواطن وليس واجباً عليه ، حيث تذهب إلى : (أن الانتخاب حقّ شخصي لكل مواطن ، باعتباره حقًّا طبيعياً لا يجوز أن ينزع أو ينتقص منه . وقد عبر عن ذلك العلامة السياسي جان جاك روسو بقوله " أن التصويت حقّ لا يمكن انتزاعه من المواطنين " ؛ إن وجهة النظر هذه ناتجة عن الأخذ بمبدأ سيادة الشعب وما يترتب عليها من نتائج ، باعتبار أن مضمون سيادة الشعب يقوم أساسا على ان كل فرد يملك جزءاً من السيادة . وان الانتخاب هو احدى طرق ممارسة هذه السيادة . هذا ويترتب على الأخذ بنظرية الانتخاب حقّ شخصي اعتبار الانتخاب حقًّا وليس واجباً أو وظيفة . فللناخب الحقّ في ممارسة أو عدم ممارسة هذه الصلاحية دون أن يتعرض لأي مسؤولية . فالانتخاب هنا اختياري وليس اجبارياً . كما يترتب على الأخذ بهذه النظرية تقرير الاقتراع العام . وبناء عليه لا يجوز حرمان أي مواطن من الانتخاب استناداً لشروط استثنائية كالحد الأدنى من التعليم أو النصاب المالي أو الانتماء إلى طبقة اجتماعية معينة . أما إذا كانت هناك شروط فيجب أن لا تتعدى الشروط التنظيمية كشرط الجنسية والسن والأهلية .

ورغم أن رجال الثورة الفرنسية كانوا من مؤيدي نظرية سيادة الأمة وما يترتب عليه من نتائج ، إلاّ أن فئة قليلة جداً منهم تبنت اتجاهاً ومالت إلى اعتبار الانتخاب حقًّا شخصياً وليست وظيفة اجتماعية ، وعلى رأس تلك الفئة روبسبير الذي قال بأن " الانتخاب حقّ شخصي للمواطنين ") . لاحظ : د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص 277 .

(1) تقدم لنا السوابق القضائية نموذجا واضحا لما تُنتجه حالة تعدُّد الجنسية من مشكلات ، في قضية شهيرة تتعلق بشخص يُدعى كارلييه Carller وقد ثار النزاع فيها سنة 1881 بين كل من فرنسا وبلجيكا ، بسبب تمتع هذا الشخص بجنسية كل من الدولتين في الوقت نفسه برغم تطابق القانونين الفرنسي والبلجيكي في شأن أساس اكتساب الجنسية وطريقة اعماله . فقد كان قانون كل من الدولتين يمنح الجنسية على أساس حقّ الدم المستمد من الاب الوطني ، وبناء على حقّ الاقليم بالنسبة للمولود لأب أجنبي إذا طلب ذلك خلال سنة من بلوغه سن الرشد . ولما كان هذا الشخص قد ولد في بلجيكا عن ←

التشريعات في دول العالم ، فهناك من الدول من تقرُّ بموضوع تعدد الجنسيات وليس لها مانع من أن يكون مواطنها حاملاً جنسية دولة أخرى[1] ، لكن هناك قوانين دول أخرى لا تسمح لمواطنيها أن يحملوا جنسية أية دولة أخرى[2] ، وهنا تتجلى التفرقة بين رؤى فلسفة الحقّ وفلسفة النظام بشكل واضح ، ففلسفة النظام لا تسمح بتعدد الجنسيات ، في حين أن فلسفة الحقّ تسمح ، لأن فلسفة الحقّ تنظر من منظور الفرد الحامل للجنسية ، إذ من حقه أن يتمتع بعدة جنسيات ، لا

←

أب فرنسي وطلب الدخول في الجنسية البلجيكية عند بلوغه سن الرشد ، فقد ترتب على ذلك اعتباره فرنسيا بناء على حقّ الدم المستمد من الاب ، وبلجيكا بناء على حقّ الاقليم والطلب . وقد ثار النزاع بين كل من بلجيكا وفرنسا حينما ادى الشخص المذكور الخدمة العسكرية في بلجيكا وطالب بإعفائه منها في فرنسا ، وهو نزاع لم ينته إلاّ بعقد اتفاق بين الدولتين لتنظيم كيفية أداء الخدمة العسكرية لمن يتمتع بجنسية كل منهما في الوقت نفسه . (لاحظ : د . هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ج 1 ، الجنسية والموطن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، (دون ذكر سنة نشر) ، ص 195) .

(1) من هذه القوانين قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 ، حيث نصت المادة (10) منه على أنه : ((أولاً : يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يُعلن تحريرياً عن تخلّيه عن جنسيته العراقية .

ثانياً : تُطبّق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية .

ثالثاً : للعراقي الذي تخلّى عن جنسيته العراقية أن يستردّها إذا عاد إلى العراق بطريقة مشروعة وأقام فيه ما لا يقل عن سنة واحدة . وللوزير أن يعتبر بعد انقضائها مكتسباً للجنسية العراقية من تاريخ عودته . وإذا قدّم طلباً لاسترداد الجنسية العراقية قبل انتهاء المدة المذكورة . ولا يستفيد من هذا الحقّ إلا مرة واحدة)) .

(2) كما هو الحال بالنسبة لقانون الجنسية العراقية القديم رقم (45) لسنة 1963 ؛ حيث نصت المادة (11) في فقرتها الأولى ، منه ، على أن ((كل عراقي اكتسب جنسية أجنبية في دولة أجنبية باختياره يفقد جنسيته العراقية)) . وكذا الحال بالنسبة للكثير من قوانين الجنسية في البلاد العربية .

سيّما وأن حُرّيّته في التجنس تعدُّ قيداً على سلطة الدولة في تنظيم أمور الجنسية [1] . لكن فلسفة النظام التي تنطلق من احترام كيان الدولة والمحافظة على

(1) فأمور الجنسية تنطلق الدولة في تنظيمها من منطلق فلسفة النظام ، لعدّها ، أي الجنسية ، وسيلة لتحديد عنصر السُّكّان على اقليمها ، لكنها تتقيّد ببعض القيود ، وعلى رأسها القيود التي تعود إلى احترام حقوق الأفراد وحرياتهم ومصالحهم ، وهذه القيود تتمثل في الاعتبارات الإنسانية التي لا يجوز انتهاكها ، وفي ما يأتي بيانها :

أ/ حقّ الإنسان في جنسية واحدة على الأقل : لكل إنسان الحقّ في جنسية تربطه بدولة معينة . ومع ذلك قد تصادف في الحياة بعض الأشخاص الذي ليست لهم جنسية اية دولة ، كالغجر والمسقطة عنهم الجنسية – على سبيل العقوبة – قبل أن يكتسبوا جنسية أخرى ، فيطلق على هؤلاء اسم (عديمي الجنسية) وهذه الحالة تعد نشازاً في الحياة العملية ويجب تفاديها .

ب/ حقّ الإنسان في أن تكون له عدة جنسيات : على الرغم من أن لكل إنسان الحقّ في جنسية واحدة فقط ، وعلى الرغم من أن فلسفة النظام تنظر لفرضية تعدد الجنسيات على اعتبار أن الشخص قد يجد نفسه متمتعاً بأكثر من جنسية واحدة وفقاً لقانون دولتين أو أكثر ، فتحصل عند ذاك حالة (ازدواج) أو (تعدد) الجنسية ، وهي حالة نشاز في الحياة العملية – على وفق هذه الفلسفة – ويجب مكافحتها ، وهذه الحالة تحصل من تطبيق أحكام الجنسية الأصلية بسبب الأصل العائلي أو الأساس الجغرافي ومن أحكام الجنسية المكتسبة بسبب التبني أو الزواج المختلط أو التجنس ؛ إلا أن فلسفة الحقّ تراها حقًّا خالصاً للشخص .

ج/ حقّ الإنسان في تغيير جنسيته أو الاحتفاظ بها . لكل إنسان الحقّ في أن يقطع صلته القانونية والسياسية والروحية بدولته . ويختار جنسية دولة أخرى . وقد قيدت بعض القوانين هذا الحقّ ببعض القيود ، كتركيا ومصر ، ولم تقيده دول أخرى ، كالعراق والبحرين كما أن من حقّ كل إنسان أن يحتفظ بجنسيته بحيث لا يحرم منها تحكماً ، بما في ذلك من آثار سيئة . ولكن يجوز ذلك في حالات معينة ، كحرمان الشخص من جنسيته الأصلية بعد اكتسابه جنسية أجنبية باختياره ، أو كمن يحرم من جنسيته جزاءً لما ارتكبه من جرائم مخلة بأمن الدولة وسلامتها . (لاحظ لمزيدٍ من التفصيل : د . جابر إبراهيم الراوي ، القانون الدولي الخاص في الجنسية ، منشورات جامعة بغداد ، 1977 ، ص 20 . وأيضاً : د . حسن الهدّاوي ، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي ، جامعة بغداد (دون ذكر سنة نشر) ، ص 34) .

النظام ، لا تسمح بتعدد الجنسية . إن العالم بدأ يتحول من الأخذ بفلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ ، وأجلى دليل على ذلك هو موضوع تعدد الجنسيات[1] ، إذ أخذت دساتير الدول تعترف شيئاً فشيئاً بحق مواطنيها في أن يكتسبوا جنسية دولة أخرى[2] أو تغض النظر عن النصوص التي تمنع مواطنيها أن يكونوا مزدوجي الجنسية على الرغم مما يترتب على ازدواج الجنسية من مشكلات عملية كثيرة [3] ، لكن الحقّ يفرض نفسه هنا ، وفلسفة الحقّ تفرض نفسها هنا ، أن يتم احترام حقّ الفرد في أن تكون له أكثر من جنسية ، ولعلّ المشكلات التي تنجم عن ذلك يُمكن حلها عبر الاتفاقيات الدولية .

---

(1) والدليل على ذلك العراق ، حيث لم تكن قوانين الجنسية النافذة فيه قبل احتلاله من قبل الأمريكان عام 2003 ، تسمح بالتعدد ، إلى أن صدر القانون رقم (26) لسنة 2006 فسمح بالتعدد .

(2) لاحظ على سبيل المثال : الفقرة (رابعاً) من المادة (18) من الدستور العراقي .

(3) " يُثير تراكم الجنسيات على الشخص مشاكل متعددة . إذ يترتب على متعدد الجنسية ، أو الرعية المختلطة sujet mixte كما يسميه الفقه الألماني ، إلى أكثر من دولة تعارض موقفه بالنسبة لمباشرة التكاليف العامة في كل من هذه الدول . فقد يضطر متعدد الجنسية مثلا إلى أداء الضرائب العامة في أكثر من دولة . ويزداد الأمر تعقيداً بالنسبة للالتزام بأداء الخدمة العسكرية . فأداء هذا التكليف في احدى الدول التي يتمتع الفرد بجنسيتها يتعارض بالضرورة مع التزامه بذلك في مواجهة الدول الأخرى التي أدى الفرد الخدمة العسكرية في جيوشها في حالة حرب مع إحدى الدول الأخرى التي يتمتع بجنسيتها . إذ قد تعتبره هذه الأخيرة مرتكبا لجريمة الخيانة العظمى باعتباره وطنيا انضم إلى جيوش الأعداء . ومن جهة أخرى فإن مركز متعدد الجنسية قد يثير صعوبات ملحوظة بالنسبة للحماية الدبلوماسية التي تبسطها الدولة على رعاياها في الخارج ، ذلك أن انتماء الشخص إلى أكثر من دولة قد يفضي إلى تنازع هذه الدول في بسط حمايتها الدبلوماسية عليه . وأخيراً وبصفة خاصة ، فإن تعدد الجنسية قد يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد في شأن مسائل الأحوال الشخصية كما هو الحال في مصر" والعراق . نقلاً عن : د . هشام علي صادق ، الجنسية ، ص 197 .

241) - تملك الأجنبي للعقار :

طبعا ، فلسفة النظام لا تسمح للأجنبي بأن يتملك العقارات ، وحتى المنقولات ذات الشأن المهم في الحياة ، في حين أن فلسفة الحقّ تسمح للأجنبي بأن يتملك العقارات [1] ، لكن عدم السماح هنا قد تختلف فيه الأسس ، فأحيانا

---

(1) " تختلف التشريعات الداخلية اختلافا كبيرا بالنسبة لموقفها من حقّ الاجنبي في تملك العقارات . ويستجيب هذا الخلاف إلى الأصول المستقرة في القانون الدولي والتي تترك لكل دولة حرية التمييز بين الوطنيين والأجانب في هذا الصدد وفقاً لظروفها ، ومدى الأهمية التي تعلقها على تملك العقارات من الوجهة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، فهناك تشريعات تحرم الأجنبي من تملك العقارات بصفة مطلقة . ويرتد هذا الحل إلى الأهمية الاقتصادية والسياسية الخاصة التي قد تعلقها هذه الدول على الثروة العقارية . ويستجيب هذا الاتجاه إلى ما يؤكده البعض من كون ((الجماعات البشرية في تطورها قد تعلقت دائما بالأرض التي نشأت فيها وتوثقت صلتها بها)) . وتتجه بعض التشريعات المانعة لتملك الأجانب للعقارات إلى الزام الأجنبي الذي آل اليه عقارا بطريق الارث أو الوصية أن يتصرف في بالبيع خلال فترة معقولة . وعلى عكس الاتجاه السابق يميل جانب من الشراح إلى إطلاق حقّ الأجانب في تملك الأموال العقارية . ويؤكد هذا الرأي أنه عند عدم وجود معاهدة دولية تقرر أحكاما خاصة في هذا الصدد ، فإن الأصل هو وجوب تشبيه الأجانب بالوطنيين ، وبالتالي تخويلهم الحقّ في تملك العقارات . على أن الاتجاه الغالب في التشريعات المعاصرة يخول للأجانب كقاعدة عامة حقّ تملك العقارات مع تقرير بعض الاستثناءات على هذه القاعدة . وعلى هذا النحو تتجه هذه التشريعات الأخيرة إلى منع الأجانب من تملك الأراضي الزراعية وكذلك العقارات الواقعة في المناطق المجاورة لحدود الدولة ، وهو اتجاه تمليه مصلحة الاقتصاد الوطني ودواعي الأمن الاقليمي . ومن جهة أخرى تحرص بعض التشريعات على تعليق اكتساب الأجانب لملكية بعض العقارات ذات الأهمية الخاصة على شرط صدور اذن مسبق من السلطات المختصة في الدولة . وتستجيب هذه الاتجاهات الاخيرة إلى ما اكده الفقه الراجح بالنسبة لحق الدولة في تحريم تملك الأجانب لبعض أنواع العقارات في ضوء ما تمليه مصلحتها الاقتصادية العليا وما تقتضيه دواعي أمنها الوطني " . نقلاً عن : د . هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ج 2 ، مركز الأجانب ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1977 ، ص 91 . وفي المعنى نفسه لاحظ : د . حسن الهداوي ، الجنسية ومركز ←

نرى في منع الأجنبي من تملك العقارات في الدولة نابعٌ من احترام فلسفة النظام ، لما قد يُشكّله الأجنبي من خطورة على نظام الدولة ، في حين قد يكون منع الأجنبي من تملُّك العقارات في أحيانٍ أخرى نابعٌ من احترام فلسفة الحقّ من خلال منع الأجانب من منافسة المواطنين لتملّك العقارات ، لا سيما في الدول التي تنخفض فيها أسعار العقارات مما يُشكل السماح للأجنبي بالتملُّك ارتفاع أسعارها على المواطن ، ومن جهة أخرى قد يكون السماح للأجنبي بتملك العقارات وبعض القيم المهمة في المجتمع وفي الدولة نابعٌ من احترام فلسفة الحقّ ، في حين أنه قد يكون نابعٌ من احترام فلسفة النظام . فقد تختلف الأسس باختلاف الحالات وباختلاف طبيعة الظروف التي تعيشها كل دولة وكل مجتمع على حدة ، فقد تمنع بعض القوانين في بعض الدول الأجنبي من تملك العقارات

←

الأجانب ، ص 371 . ويُلاحظ أنه في الفترة الأخيرة ، وانطلاقاً من هاجس السلطات الأمني في ظل المناخ الاستثنائي الذي تعيشه منطقتنا من تنامي الحركات الارهابية والفكر المتطرّف ، تتوجه العديد من الحكومات ، وبقرارات إدارية مخالفة للقانون ، إلى منع تملُّك العقارات ليس للأجنبي فحسب بل للمواطن أحيانا العائدة هويته الشخصية لمنطقة أخرى في داخل الدولة الواحدة ، وهذا ضد ما تقتضيه فلسفة الحقّ ، وبه يتجلى اختلاف أخر بين فلسفتي النظام والحقّ ، ويمكن أن يحصل توفيق بين هاتين الفلسفتين بتعديل قانوني يجعل الأصل هو السماح بالتملُّك والاستثناء هو المنع ، إذا قامت مبررات قوية ودامغة ، يعدُّ بموجبها ، الشخص الراغب في تملُّك العقار ، وطنياً كان أم أجنبياً ، حالة خطرة على أمن المجتمع وحقوق الأفراد القاطنين فيه ؛ ذلك أن فلسفة الحقّ ، كفلسفة النظام ، لا تسمح بوجود العناصر الخطرة على أفراد المجتمع ، مع اختلاف التبرير ، فتبرير فلسفة النظام هو حفظ النظام والأمن ، وتبرير فلسفة الحقّ أن للأفراد حقوقاً طبيعية في الحياة يجب احترامها وحمايتها ، كما أن لهم حقوق وضعية تجاه الدولة والحكومة الممثلة لها ، تُقابلها واجب الأخيرة في أن تتيح لهم كل الأجواء الآمنة واللازمة لاستمرار حياتهم من غير خوف .

انطلاقاً من خوفها على النظام العام لكن قد تنطلق دول أخرى في منع الأجنبي من التملك إلى عدم مزاحمته لحقوق المواطنين ، فهنا قد تكون الفلسفة التي أدت إلى منع الأجنبي من التملك هي فلسفة الحقّ ، وليست فلسفة النظام ، كما أنه بالمقابل ترى أن بعض الدول إذ تسمح للأجنبي بتملك العقارات وبعض القيم المنقولة المهمة في أرضها ، فإنها قد لا تنطلق من اعتبارها لفلسفة الحقّ ، واحترام حقوق الأجنبي في التملك في أي مكان ، خاصة وأننا قد انطلقنا في فلسفتنا للحق من منطلق طبيعي إلى حدٍ ما ، إذ أن القانون الطبيعي لا يميز ما بين الأشخاص على أساس انتماءاتهم وجنسياتهم وتبعياتهم ، لكن قد تكون بعض القوانين في بعض الدول تسمح للأجنبي بأن يتملك العقارات أو بعض القيم المنقولة ، ليس انطلاقا من احترامها لفلسفة الحقّ وإنما انطلاقاً من احترامها لفلسفة النظام ، ذلك أن الأجنبي عندما يأتي ويتملك في أرض الدولة قد يجلب معه العملة الصعبة وبالتالي فإن النظام الاقتصادي للدولة سينتعش ، وهذا ما تتبعه الكثير من الدول التي لا تعتنق عقيدة قائمة على احترام حقوق الإنسان ، وبالتالي لا تنطلق من منطلقات قائمة على اعتبار فلسفة الحقّ وإنما من منطلقات تنظيمية صرفة .

242) - الدستور ميثاق حقوق :

اختلف الفقه الدستوري وكذلك الكتاب السياسيون في ما بينهم على مدى عد الدستور[1] وثيقة قانونية أو وثيقة سياسية ، وانطلقوا من اعتبارات مأخوذ بها في

(1) لاحظ لتحديد مفهوم الدستور : أوليفيه دوهاميل وأيف ميني ، المعجم الدستوري ، ترجمة : منصور القاضي ، مراجعة : د . زهير شكر ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، 1996 ، ص 596 .

كل من علم القانون و"علم السياسة" ، فـ "علم السياسة" ينظر إلى الدستور بنظرة تختلف عن تلك النظرة التي تنظر بها قواعد القانون أو الفقهاء الحقوقيون أو ينظر بها علم القانون إلى الدستور ؛ فعندما نقول ان الدستور وثيقة سياسية[1] يعني أنه وثيقة تنعت بهذه الصفة لاعتبارات سياسية صرفة ، أو لاعتبارات علمية تدخل في "علم السياسة"[2] ، إذ أن هذا العلم قد تبنى معايير يكون الدستور ، بموجبها ،

---

(1) من بين من ذهبوا إلى عدّ الدستور وثيقة حقوقية ، الأستاذ الفرنسي "جورج سل" إذ يرى في قواعد الدستور أنها قواعد توازن سلمي ، أي أنها قواعد سياسية تنظم العلاقة بين القابضين على السلطة في الدولة ، لذا فهي ليست مصدر قانونية القواعد الأخرى في الدولة ، فقواعد الدستور ، ولكونها قواعد توازن سلمي أكثر من كونها أساساً للمشروعية ، تجعل من الدستور وثيقة سياسية . (لاحظ لمزيد من التفصيل : د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج 2 ، العانات لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2007 ، ط2 ، ص 125) .

(2) اختلفت المفاهيم التي أُطلقت للتعريف بـ "علم السياسة" ، فقد عرّفته الموسوعة العلمية الصادرة من جامعة كولومبيا الأمريكية بأنه : " علم دراسة الحكومة ودراسة عملية الممارسة السياسية ودراسة المؤسسات السياسية والسلوك السياسي " . وهذا التعريف غير منطقي لأنه نعت مضامينه بلفظة "السياسة" في حين أنه بصدد تعريفها ! ! . وعرّف معجم "ليتريه" الفرنسي السياسة بأنها " علم حكم الدولة " ، وهذا التعريف فضفاض من جهة وغير جامع لكل ما تتناوله السياسة . وعرفها معجم "روبير" الفرنسي بأنها "فن حكم المجتمعات الإنسانية " ، وهذا التعريف كسابقه قاصر . ويرى العالم الأمريكي "أيستن" أنه "العلم الذي يهتم بالتوزيع السلطوي الالزامي للقيم في المجتمع " . (لاحظ للتفصيل في هذه التعريفات وغيرها : د . نظام بركات ود . عثمان الرواف ود . محمد الحلوة ، مبادئ "علم السياسة" ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، 2008 ، ط6 ، ص 16) . وفي اللغة : السياسة مصدر ساس ، جاء في لسان العرب لابن منظور ، ان (السأس) يعني زجر الحمار ليمضي أو ليحتبس أو ليشرب (لاحظ ، الجزء الثالث ، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ط 1 ، ص 266 .) وفيما يتعلق بكلمة ساس ، أي نخر ، ولهذا سميت الدودة بالسوسة (ابن منظور ، لسان العرب ، ج 3 ، ص 366) . وساس الحاكم الرعية ، أي امرهم ونهاهم ، فهي القيام مع الشيء بما يصلحه ، والسياسة فعل سائس ، يقال :

←

وثيقة سياسية ، فالدستور في نظر السياسيين هو حصيلة ما توصّلت إليه القوى السياسية في الدولة ، كما أن قواعده تُنظم التوازن بين القابضين على السلطة ، وتُنظم تداولها بين القوى الفاعلة في الدولة ؛ لكن علم القانون والفقهاء في القانون الدستوري وكثير ممن تحدثوا وجادلوا هذه الإشكالية في مجال علم القانون[1] ،

←

هو يسوس الدواب ، إذا قام عليها وراضها ، والوالي يسوس رعيته ، ويقال : سوس له امرا ، أي روضه وذلله ، والسوس : الأصل : والسوس الطبع والخلق والسجية ، ويقال الفضاضة من سوسه أي من طبعه . (لاحظ : ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 367) .

فالسياسة هي استصلاح الخلق وإرشادهم إلى الطريق المنجي . (لاحظ : محمد علي التهانوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج 1 ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، 1996 ، ط 1 ، ص 993 . فهي كما يوصفها التهانوي ، (المرجع السابق ، ص 993 .) ، القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح والنظام والأموال ، ولهذا يطلق على ما يرشد الناس إلى الطريق المُنجي في العاجل والآجل في امور معاشهم ، بالسياسة المدنية ، والسياسة المدنية من اقسام الحكمة العملية ، وتسمى بالحكمة السياسية و"علم السياسة" وسياسة الملك والحكمة المدنية ، وهو علم تعلم منه انواع الرياسة والسياسات والاجتماعات المدنية وأحوالها . (المرجع السابق نفسه ، ص 994) . وقد ذهب البعض إلى تعريف السياسة المدنية بدلاً من تعريف السياسة (د . حسن صعب ، علم السياسة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1977 ، ط 5 ، ص19) . إذ عرّفها بأنها ((علم بمصالح جماعة متشاركة في المدنية . . سميت بها لحصول السياسة المدنية ، أي مالكية الامور المنسوبة إلى البلدة بسببها)) ، وهذا التعريف للسياسة المدنية ، راجع إلى ترجمة المصطلحات المستخدمة للتعبير عن مصطلح السياسة ، ذلك العلم الإنساني المعروف ، وأصول استخدام هذه المصطلحات ، التي تعبر في اغلبها عن حكم المدن . (لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 20 . ولاحظ أيضاً كتابنا : خواطر مدنية ، ص 431) . والحقيقة أن "علم السياسة" ليس علماً بالمعنى الحرفي لكلمة "علم" بل هو "فن" ، لكن شاع عنه هذا اللفظ ، ولهذا اختار الكُتّاب في توصيفه ، لكنها – أي السياسة – وحسب وجهة نظرنا – : "فن الوصول إلى الحكم وإدارته لأطول مدة ممكنة بالوسائل القانونية المُتاحة" .

(1) ويقف على رأسهم الأستاذ "هانس كلسن" ، إذ حاول ايجاد أساس قانوني للدستور ، فالدستور بالنسبة لهذا الكاتب يستمد قانونيته لا من موافقة الأفراد عليه ، بل من قاعدة او ، على حد تعبيره ، من سلطة ←

قد وجدوا في الدستور وثيقة قانونية ، كونه يعد القانون الأسمى في البلاد ، والقانون الذي ينظم السلطات الثلاث أو عمل السلطات الثلاث والعلاقة فيما بينها ، فالدستور يحتوي على قواعد قانونية بكل ما للكلمة من معنى ، وإن شكّكَ البعض في عنصر الجزاء فيها[1] ، لكنه – وبحسب الرأي الراجح الذي نتّفق معه – موجود . وقد حاول قسم من الفقهاء أن يجمع ما بين الرأيين فوجد في الدستور وثيقة قانونية ووثيقة سياسية في الوقت نفسه [2] ، إلا أننا لسنا مع من يرى أن

← أخرى تعلو عليه . فكما تستمد القواعد الأخرى قانونيتها من الدستور ، فإن هذا الأخير يستمد قانونيته من قاعدة تعلو عليه اسماها " السنة الأساسية " ، فالسنة الأساسية لكونها سنة (أي قاعدة قانونية) تعطي دستور الدولة قيمته القانونية والتي يصبح بعد ذلك مصدراً لقانونية جميع القواعد (او جميع " السنن " في الدولة على حد تعبير" كلسن" . لكن هذه " السنة الأساسية " التي هي مصدر قانونية الدستور أو أساسه القانوني ، أين نجدها ؟ في الحقيقة ان هذه " السنة الأساسية " لا وجود لها في الواقع ، فهي ليست إلاّ مجرد فرضية اقتضتها ، وفقاً لكلسن ، ضرورة إعطاء القانونية للدستور وبالتالي لجميع القواعد المنظمة للسلوك البشري في الدولة . إلاّ أنه لا يمكن اقامة قانونية الدستور ، وبالتالي قانونية القواعد الأخرى المنظمة لنشاط الأفراد في المجتمع ، على مجرد فرضية مهما اقتضتها الضرورات " المنطقية " . (لاحظ : د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج 2 ، ص113) .

(1) لاحظ : د . منذر الشاوي ، المرجع السابق نفسه ، ص 114 .

(2) الأستاذ الدكتور منذر الشاوي ، حيث يُعرّف الدستور بأنه : " مجموعة القواعد المكتوبة أو العرفية التي تحدد أو ، بصورة أدق ، بين الطريقة التي تمارس بها السلطة من قبل القابضين عليها " . (المرجع السابق نفسه ، ص 138) . ويُضيف : (ففي أي بلد توجد فيه قواعد مكتوبة أو عرفية تنظم طريقة ممارسة السلطة من قبل القابضين عليها (الحكام) يمكن القول ، عندها ، ان هذه القواعد تكون دستور ذلك البلد (الدولة) . وعليه فسواء دونت هذه القواعد في وثيقة رسمية أم لا ، وسواء كانت هذه القواعد مقتضبة أم مفصلة ، وسواء احتوت ، الوثيقة الدستورية ، على نصوص ذات طابع فلسفي ، اقتصادي أو اجتماعي أم لا ، فإن كل هذا لا يعتبر شرطا أساسيا لوجود الدستور . فوجود الدستور يتوقف على وجود مجموعة قواعد (عرفية أو مكتوبة) تنظم ممارسة السلطة من قبل القابضين عليها ، ←

الدستور وثيقة سياسية وحسب ، وإن كان يُشكل للسياسيين وثيقة التوازن السلمي بينهم ، ولسنا مع من يرى أن الدستور وثيقة قانونية وحسب ، وإن كان يحتوي مُطلقاً على قواعد قانونية تسمو فوق كل القواعد القانونية في الدولة ، ولسنا مع من يرى أن الدستور وثيقة قانونية سياسية ، وإن كان يحتوي على كل العناصر التي تجعله مُتَّصفاً بالصفة القانونية والسياسية في الوقت ذاته ، لكننا نرى في الدستور ميثاق حقوق ، فليس من اللطافة أن نجعل من الدستور وثيقة فنحيد بهذا المُصطلح عن وظيفته وأهميته ، إذ يوحي مصطلح وثيقة أنها مُعدّة لأغراض تاريخية أو تسجيلية ، في حين أنه ميثاق مُجسّدٌ لفكرة العقد الاجتماعي المُبرم بين السلطة والشعب ، غايته الأساسية حماية الحقوق والحريات وصيانتها ؛ أما كونه يُشكل قواعد للتوازن أو قواعد قانونية ، فهو من قُبيل المُتحصِّل الناتج من كونه ميثاقٌ غليظ للحقوق لا ينبغي المساس به إلا خدمةً للحقوق ذاتها .

إن الغرض الأساسي من الدستور هو النص على الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأفراد ، وضمان وكفالة هذه الحقوق في مواجهة القوى الضاربة

←

وذلك بصرف النظر عن الاسم الذي يطلق على مجموعة القواعد هذه . . . أن المعيار (او المفهوم) الذي نقترحه لتمييز القواعد الدستورية هو أضيق وأوسع في الوقت نفسه من المفهوم الشكلي للدستور . فهو أضيق ، إذ ليست جميع القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية تكون قواعد دستورية ، فالقواعد التي توجه إلى الحكام تتمتع بهذه الصفة فقط ، اما القواعد الأخرى (التي توجه إلى الوكلاء أو حتى إلى المحكومين) فليست بقواعد دستورية حتى وان تضمنتها الوثيقة الدستورية ، كالقواعد المتعلقة بحمل الاسلحة أو تنظيم صيد الاسماك أو طريقة ذبح الحيوانات أو القواعد ذات الطابع الإداري أو المالي أو القضائي التي تضمنتها الدساتير الفرنسية بعد ثورة 1789 والدساتير السويسرية والأمريكية . ومفهومنا اوسع من المفهوم الشكلي ، لأنه يعتبر القواعد التي تتعلق بممارسة السلطة (اي التي توجه إلى الحكام) قواعد دستورية وان لم تتضمنها الوثيقة الدستورية) . ص 138 .

التي تتمثل في التجمعات السياسية والكيانات الاقتصادية الضخمة في الدولة ، وأيضاً في مواجهة الدولة نفسها ومؤسساتها الدستورية التي قد تؤدي بقوتها وبنفوذها وسلطانها إلى هدر الكثير من الحقوق الفردية والحريات العامة والخاصة للأفراد ، وبالتالي فإن الدستور وظيفته الأساسية هي : الحفاظ على الحقوق والحريات الخاصة بالأفراد ؛ حتى أنه عندما يُنظِّم سلطات الدولة ، فإننا رأينا كيف أن تقسيم سلطات الدولة إلى تشريعية وتنفيذية وقضائية قائمٌ على اعتبار من اعتبارات فلسفة الحقّ ، فليس من الصحيح أن ننطلق من فلسفة النظام ونناقش فقط هل هو وثيقة قانونية أو سياسية ، إنما يجب أن ننطلق من فلسفة الحقّ ونرى في الدستور أنه ميثاق حقوق ، لأن الهدف الأساسي للدستور هو تنظيم الحقوق والحريات الأساسية للأفراد[1] .

243) - الدستور وكفالة الحقّ :

كثير من الكتاب والفقهاء يرون أن الدستور هو الأداة الأقوى للحفاظ على الحقوق وحمايتها في الدولة[2] ، حتى في نطاق التدرّج القضائي في كل دولة ، فترى أن المحكمة الدستورية تقف على أعلى السلم القضائي في قيامها بمهامها ، لا سيما المهام الخاصة بعدم دستورية بعض القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية ، إذ يتم الطعن بها لعدم موافقتها للدستور ، وعادة ما يكون عدم موافقة

---

(1) نصّ التعديل التاسع للدستور الأمريكي الصادر عام 1789 ، وتحت عنوان (الحقوق التي يحتفظ بها الشعب) على أنه : ((إن تعداد الدستور لحقوق معينة لا يجوز أن يفسر على أنه إنكار لحقوق أخرى يتمتع بها الشعب ، أو انتقاصاً منه)) .

(2) لاحظ في المعنى نفسه : د . ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ص 433 .

القوانين للدستور عندما تتعرض هذه القوانين لتنظيم مسألة حقوقية تمس حقوق الأفراد أو تؤدي إلى النيل من حقوقٍ نصَّ الدستور صراحة على احترامها وكفالة حمايتها ، ومن منطلق الرؤية الوضعية الصرفة للحقوق ، فإنه عندما يتم المساس ببعض الحقوق التي لم ينص القانون الأساسي المتمثل بالدستور على كفالتها وحمايتها ، فأنها غالباً ما يؤدي هذا الإغفال إلى إهدارها وعدم مراعاتها واحترامها وتقديسها من قبل القضاء ، وهذه نظرة جدٌّ مهمة ، إذ ان فلسفة النظام لا ترى في الحقوق أية قيمة ما لم تكن محترمة ومكفَّل حمايتها من قبل الدستور ، في حين أن فلسفة الحقّ تحترم كل حقّ سواء نص عليه الدستور أو لم ينص عليه مطلقاً ، وبالتالي فإن الحقّ لكونه قيمة جديرة بالحماية لا يعني أننا نفقد هذه القيمة أو نهدرها عندما يغفل المُشرِّع عن حمايتها خاصة في أسمى النصوص الوضعية وهو الدستور .

244) - نظام المرور :

هو أكثر نظام في المجتمع تفرضه ، إلى حدٍّ ما ، ومن ناحية ظاهرية ، فلسفة النظام ، حيث المسألة تتعلق بالتنظيم وتخطيط الطرق في المدن ، وبيان الأولوية . . . . الخ ، وعادة ما تتجلى هيبة الدولة في هيبة نظامها في الطرق العامة ، إذ ترى دائماً أن النظم تسعى إلى وضع القواعد الكفيلة بتقديس واحترام نظام المرور ، وقد يبدو هذا انطلاقاً من إعمال فلسفة النظام ، لكنه ممكن أن يفسر أنه قائم على أساس اعتبار فلسفة الحقّ ، إذ أن نظام المرور ، أكثر نظام يجسد حالة تزاحم الحقوق ، والنظام بحد ذاته يشبه دور القانون في منع تزاحم الحقوق ، فقوانين المرور تتدخل لمنع التصادم والتزاحم في كل حقّ يرى منه

الإنسان أن له الأولوية في التمتع به في التنقل والمرور والمواصلات . ولهذا لا يجوز أن يتم منع مرور المواطنين إلا لاعتبارات مُتصلة بحقوقهم ، كما ينبغي أن يدرك شرطه المرور أنهم وُجدوا في أداء مهامهم لخدمة الناس لا بالتسلُّط عليهم تعسُّفاً بدافع من احترام النظام . [1]

245) - المصلحة العامة :

النظرة إلى المصلحة العامة تختلف من رؤية فلسفة الحقّ عنها من رؤية فلسفة النظام ، فالمصلحة العامة وفقاً لفلسفة النظام هي مصلحة الدولة ، إذ تسمو مصلحة الدولة على مصلحة الأفراد وليس فقط على مصلحة كل فرد على حدة ، لكن إذا نظرنا من زاوية فلسفة الحقّ للمصلحة العامة ، فالمصلحة العامة هي مصلحة الجماعة ، وهذه المصلحة يمكن أن يُنظر إليها بمنظار وضعي ، أي مصلحة الشعب في داخل إقليم الدولة الواحدة ، وممكن أن يُنظر إليها من منظور طبيعي ، أي مصلحة الجماعة الموجودة على الكرة الأرضية (البشرية بشكل عام) ، والحقيقة أن المصلحة العامة لا يتكلم أحد عن أنها مصلحة تتجاوز حدود الدولة ، لأن القوانين الوضعية المتمثلة بالتشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية في كل دولة ، تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة أي (مصلحة الدولة) التي يصدر فيها هذا التشريع ، ولهذا ففلسفة الحقّ قد تكون بعيدة نوعاً ما عن تصوير

---

(1) ومن بوادر تعسف أفراد شرطة المرور في استعمال سلطتهم ، التعظيم من سلطاتهم ، إذ يُشكّل هذا خطورة بالغة على حقوق الأفراد ، وللأسف فإن القانون العراقي قد أعطاهم صلاحية قاضي الجنح في فرض الغرامات وتسجيل المخالفات ، وهذا أمرٌ جلٌ خطير على الحقوق ينبغي تلافيه .

المصلحة العامة ، على الأقل في الوقت الراهن ، ذلك أن مفهوم العالمية[1] قد اتّسَع بحيث أنني أرى أن مفهوم المصلحة العامة ليس عصياً أن يكون مصداقاً من مصاديقه ، إذ أن المصلحة العامة مفهوم عالمي بالقوّة وإن لم يكن بالفعل[2] .

لكن إثر التطورات التي حصلت في العلاقات الدولية ، وفي مفهوم القانون العالمي المشترك بين الأمم ، فإن المصلحة العامة ، قد تتجاوز الحدود ، بحيث تكون المصلحة العامة هي مصلحة عامّة البشرية على بقاع الأرض ، إذ يتأثر دائماً الإنسان سواء كان مواطناً أو غير مواطن بما يتلقاه كل إنسان من آخر من ظلم وجور وطغيان ، وأمور أخرى ممكن أن تصاب بها البشرية مثل الأمراض والزلازل والفيضانات . . . الخ ، لأنها أولاً وأخيراً تمسُّ الإنسانية بشكل عام وبالتالي فمن مصلحة الجميع أن يتعامل مع هذه الأزمات ومع هذه الأضرار التي تمس كيان الإنسان ، ولهذا فإن نظرة المصلحة العامة تتسع وفقاً لفلسفة الحقّ على نظيرتها ، وفقاً لفلسفة النظام .

كما أن اختلاف المنظور الخاص لمفهوم المصلحة العامة وفقاً لكلتا الفلسفتين

---

(1) العالمية تشمل كل ما يمتد ويتّسع ، مُتخطياً العوائق والحواجز وكل ما هو مصطنع ، حتى يشمل العالم كله دون تفرقة أو تمييز . (لاحظ : د . جاسم محمد زكريا ، مفهوم العالمية في التنظيم الدولي المعاصر ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص 98) .

(2) المقصود بالقوة هنا يعني بالإمكان ، وقد جاء هذا التمييز من "أرسطو" عندما قسّم عقل الإنسان إلى عقل فعّال وعقل منفعل ، فالأول تصدر منه المعقولات ، بينما يتقبّلها الثاني من الاحساسات والصور ، فالأول هو عقل بالفعل ، والثاني هو عقل بالقوة . وشاع هذا التقسيم لكل الأشياء . (لاحظ : د . نازلي إسماعيل حسن ، تاريخ الفلسفة اليونانية ، المكتبة القومية ، القاهرة ، 1981 ، ص 378) .

يؤدي إلى أن يتم تصوير بعض الأمور وفقاً لمعايير إحدى الفلسفتين[1] ، حتى أن بعض الدساتير أو القوانين قد نلاحظ عليها اختلافات ببعض الصياغات عندما تتحدث عن – ملكية الثروات الطبيعية – فمن الدساتير ما تجعل هذه الملكية عائدة للدولة ، ومنها ما تجعل هذه الملكية عائدة للشعب ، وعلى الرغم من أن المصلحة العامة هنا مُتصورة على أساس فلسفة النظام في كلتا الحالتين ، لكن التفسير القائم على أن ملكية الثروات الطبيعية في حالة وجود نص غامض أو تفسير النص الصريح الذي يقول أن هذه الملكية تعود للشعب ، تقترب إلى حد ما من الفلسفة التي خرجنا بها في هذا المؤلف ، وهي فلسفة الحقّ ، ذلك أن لكل عضو من أعضاء الشعب أو كل فرد من أفراد الشعب الحقّ في أن تكون له حصة في هذه الملكية ، ثم تقوم الدولة باستقطاع بعض التكاليف التي عليها مثل حماية الأمن وتوفير الصحة والسكينة العامة والنظام وإدارة المرافق العامة من حصة كل

(1) وتطبيقات ذلك كثيرة ، حيث تتوسع فلسفة النظام في تفسير المصلحة العامة لتبرير تدخلات السلطة في تقييد الحريات والحقوق ، في حين تُضيِّق فلسفة الحق نطاق هذا المفهوم متى ما أدى مراعاته إلى اهدار الحريات والحقوق أو تقييدها لمسوغات لا تبلغ مبلغاً من الأهمية ؛ فضلاً عن ذلك ، فإن الاستمرار في التذرُّع بالمصلحة العامة لتبرير ممارسات السلطة في تقييدها لحقوق الانسان ، يُضفي إلى زعزعة الثقة بمؤسسة الدولة أو بأية مؤسسة ساهمت في اهدار الحقوق وتقييدها ، وهنا نذكر المقاومة التي أبدتها شركة أبل أمام ضغوط الحكومة الأمريكية في فك تشفير أجهزتها النقَّالة لبعض زبائنها لأغراض التجسس على بعض الأفراد ممَّنْ تعتقد الحكومة الأمريكية أنهم يشكلون خطراً على الأمن القومي الأمريكي ، وقد جاء امتناع هذه الشركة لأسباب تتعلق بخشيتها من فقد جمهورها ، لما يُشكله مطلب الحكومة الامريكية من افساح المجال للسلطات بالتجسس على أي شخص والاعتداء على حق خصوصيته في المستقبل . (لمزيد من التفصيل حول هذه القضية ، لاحظ : مقال بعنوان "معركة "أبل" ضد الحكومة الامريكية – أخطر من هاتف واحد " ، على موقع مدى مصر :/madamasr.com/ تاريخ الزيارة 2016/3/22) .

فرد على حدة ، وهذا أقرب إلى العدالة وبالتالي أقرب إلى فلسفة الحقّ ، وقد أخذ الدستور العراقي[1] بهذا المبدأ لكن للأسف لا يطبق هذا الشيء على أرض الواقع .

246) - تملك المواطن وتنقله :

لاعتبارات الحفاظ على النظام والأمن القائم واستقرار الوضع الاجتماعي والسياسي ، تمنع بعض القوانين في بعض الدول المواطن من أن يتملك عقاراً في إحدى مناطق الدولة ، لأسباب قد تكون عائدة للأمن أو لأُمور تتعلق بالتركيبة السكانية (الديموغرافية) أو لأسباب أخرى إثنية أو عرقية أو ما شاكل ، وهذا الحرمان في العادة لا تقره الدساتير لأنه يتناقض تماماً ويتعارض ويصطدم بحق كل مواطن في أن يتملك أي عقار في أي مكان داخل حدود دولته ، وهذا الحقّ تقره كل من الفلسفتين في أدنى حدودهما ، لكن فلسفة الحقّ تبتعد لأكثر من ذلك ، إذ أن من حقّ كل إنسان أن يتملك أي عقار في أي مكانٍ في العالم ، لكن لو انطلقنا وسلمنا بفكرة أن الدولة حرة بأمورها الداخلية لا سيما قضايا الملكية والتملك ، فإن حرمان طائفة أو فئة معينة من أفراد الشعب من تملك العقارات في بعض الأماكن للأسباب التي ذكرناها هو أمر لا تقره كلتا الفلسفتين ، لكن هذا الحرمان الذي يحصل عادة بإجراءات إدارية محضة ، وأحياناً أخرى بتشريعات فرعية ، وأحياناً أخرى بتشريعات عادية تصدرها البرلمانات والسلطة المخولة بالتشريع ، إلاّ أنها مخالفة لما استقرت عليه المبادئ العامة للقانون والأعراف الدستورية ، وأيضاً مخالفة لصريح النصوص الدستورية التي تكفل حقّ كل

(1) المادة (111) من الدستور العراقي .

مواطن في التملك في كافة أرجاء البلاد[1] .

247) - دفع الفدية لتحرير الرهائن :

تقر فلسفة النظام بهيبة الدولة ، إذ تجعلها فوق كل شيء ، ولعله من الواضح أن الغالبية العظمى من الدول إن لم تكن جميعها ، تهتم بأن تظهر الدولة بصورة مهيبة ، ولهذا ترى أن بعض الأنظمة في بعض دول العالم لا تستجيب لطلبات بعض المجرمين الذين يقومون بأعمال خطف لرهائن مواطنين لإحدى الدول ، ويطلبون مقابل تحريرهم ، فدية معينة ؛ فقد اتجهت فلسفة الحزب الديمقراطي الحاكم في أمريكا - في وقتنا الحالي - إلى عدم الخضوع ، وفي فترة معينة[2] ،

---

(1) ولعلّ من الغريب أن نُلاحظ أن الدستور العراقي ، بعدما أقرّ بالملكية الخاصة وجعلها مصونة ، ومنع نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل ، وكفّل للعراقي الحقّ في التملُّك في أيِ مكانٍ في العراق ، حظر التملك لأغراض التغيير السُّكّاني . (المادة (23) منه) . إذ قد يُفسَّر هذا النص على منع الشخص من التملك في مكانٍ ما بحجة هذه الذريعة ، إذ كان ينبغي أن يكون النص كالآتي : ((يُحظر على مؤسسات الدولة والأحزاب الدفع بالمواطنين إلى التملك لأغراض التغيير السكاني)) .

(2) وصف الرئيس الأمريكي "باراك أوباما" ، بعد ساعات على تأكيده مقتل رهينة أمريكية في سوريا الألم الذي يشعر به خلال اتصال بالعائلات المفجوعة مع تأكيده على أن حكومته سوف تواصل سياسة عدم دفع فدية لخاطفي الرهائن . وقال "أوباما" إن القول للأهل بأنه لن يسمح بدفع فدية مقابل تحرير الرهائن هو "قولٌ صعبٌ" ، وذلك في مقابلة مع موقع "بوزفيد" الإخباري على الإنترنت في تاريخ (11/ 2015/2) . وقال "أوباما" : إن ردة فعله الفورية كانت الحزن العميق فور تبلغه بمقتل الشابة الأمريكية . ويتعرض البيت الأبيض لضغوط من أجل مراجعة سياسته في مجال دفع الفدية . ولكن الرئيس الأميركي أشار إلى أن هذه السياسة قائمة لأنه "في حال بدأنا بدفع فدية ليس فقط نكون قد مولنا مجزرة أشخاص أبرياء وعززنا منظمتهم ولكن نحول بالواقع الأمريكيين إلى أهداف مهمة جدا في عمليات الخطف المستقبلية" . وقال أيضًا إن الولايات المتحدة سلكت طرقًا أخرى من أجل تحرير ←

لطلبات الإرهابيين الخاطفين للرهائن ، عندما يكونُ هؤلاء الرهائن من المواطنين الأمريكان وذلك ، فيما قد يُعتقد ، حفاظا على هيبة الدولة انطلاقاً من فلسفة النظام ، كما يظهر من الغاية الظاهرة لهذا التوجُّه ، لكن التعمق في هذا التوجه ، يقودنا إلى أن فلسفة الحقّ هي التي قادت إليه ، إذ أن الخضوع لطلب الخاطفين في تحرير الرهائن مقابل فدية تدفعها الدولة أو ذوو الرهائن سيشجعهم في المستقبل على خطف رهائن آخرين ، وبالتالي سوف نكون أمام تعارض في الحقوق ، هل نستجيب لطلبهم وهم يحتجزون رهائن قد يصل عددهم مثلا إلى رقم معين كأن يكون 20 أو 30 شخص ، مقابل أن نشجعهم على خطف عدد أكبر من هذا العدد في المستقبل ، عندما نكون قد استجبنا لطلباتهم في دفع الفدية . إذن فنظرة فلسفة الحقّ في تبرير هذا الأمر تختلف عن فلسفة النظام التي تقود إلى احترام هيبة الدولة ، والحقيقة أن الأمر لا يتعلق بهيبة الدولة لا من قريب ولا من بعيد ، ولهذا ، ومراعاةً للفلسفة ذاتها ، اضطرت الإدارة الأمريكية إلى تغيير سياستها ، إذ سمحت لعوائل المخطوفين دفع الفدية لتحريرهم من قبضة الخاطفين [1] .

←

كايلا مولر بما في ذلك شن غارة للقوات الخاصة في سوريا . وأضاف "خصصنا مصادر ضخمة وما زلنا نخصص مصادر كبيرة من أجل تحرير المعتقلين أو الرهائن في أي مكان في العالم" . وأوضح "نظمت عمليات كاملة مع اخطار مرتفعة جدا من أجل نجدة ليس فقط كايلا ولكن أشخاصاً آخرين محتجزين وأننا قد نكون على الأرجح تأخرنا يوم أو يومين تقريبًا" . (نقلاً عن : موقع النهار الجديد /www.ennahar.online.com ، تاريخ الزيارة : 2016/2/23) .

(1) أعلن الرئيس الأمريكي "باراك أوباما" ، الأربعاء 24 يونيو/حزيران من عام 2015 ، في البيت الأبيض عن تعديلات في سياسة الولايات المتحدة بخصوص التعامل مع قضايا الرهائن الأمريكيين . وفي مستهل خطاب ألقاه في البيت الأبيض ذكر "أوباما" أن ما يزيد عن 80 مواطن أمريكي اُختطفوا كرهائن من قبل الإرهابيين منذ الـ11 سبتمبر/أيلول لعام 2001 . وأضاف أن أكثر من نصف هؤلاء الرهائن ، ←

248) - فكرة المواطنة :

المواطنة ، وبتجاوز تعريفها أو تحديد ماهيتها [1] ، يختلف معناها وفقاً

←

ومنهم صحفيون وسياح وموظفو الإغاثة وغيرهم ، رجعوا إلى أهلهم خلال السنوات الأخيرة الماضية . ومع ذلك ، أشار "أوباما" إلى أن "الولايات المتحدة لن تقدم تنازلات لمختطفين ، ولن تدفع فدية ، خاصة وأن دفع فدية من قبل الحكومة يجعل الأمريكيين أهدافا أهم بكثير لعمليات اختطاف" . وأردف بالفول إن "الولايات المتحدة يمكن أن تقدم مساعدة لأهالي الرهائن على إقامة الاتصال مع المختطفين) . "وفي وقت سابق الأربعاء ، وقع أوباما على مرسوم خاص بتعامل واشنطن مع قضية الرهائن . وتنص الوثيقة على أن "وزارة العدل الأمريكية لن تلاحق من ينوي دفع فدية مالية مقابل أقربائهم الرهائن" . في الوقت نفسه لا يزال حظر تقديم تنازلات لمختطفين قائماً ، وتستطيع الحكومة أن تساعد على إقامة الاتصال مع مختطفي المواطنين الأمريكيين أو تقدم المساعدة للناس الذين يحاولون اتخاذ خطوات من أجل عودة أقربائهم الآمنة . مع ذلك ، يمكن للحكومة الأمريكية أن تتعامل مع أجهزة خاصة بهدف البحث عن الرهائن الأمريكيين . "يُذكر أن الإجراءات الجديدة تتضمن تشكيل خلية لشؤون الرهائن يكون مقرها في مبنى مكتب التحقيقات الفيدرالي "أف بي أي" . وسيكون من مهام الخلية الجديدة جمع معلومات عن الرهائن والاتصال بعائلاتهم . وكان البيت الأبيض جدد الثلاثاء الماضي رفضه القاطع دفع الإدارة الأمريكية أي فدية للإفراج عن أي رهينة أمريكي ، وذلك خلافا لموقف عدة دول غربية دفعت أموالا مقابل تحرير رهائنها . وكانت عائلات رهائن نددت بالإدارة الأميركية وبعدم تعاملها بصورة فعالة أو شفافة مع قضايا أبنائهم ، وكذلك بعدم وجود تنسيق بين مختلف الوكالات الحكومية ، فيما أكدت أسر رهائن آخرين أنها تلقت تهديدات من الإدارة بتعرضها لملاحقات قضائية إن حاولت دفع فدية مالية للخاطفين . وقالت والدة الصحفي الأمريكي جيمس فولي ، الذي أعدمه "داعش" في آب/أغسطس 2014 ، إن الإدارة الأمريكية حذرتها من محاولة التفاوض مع خاطفي ابنها على أساس دفع فدية . (نقلاً عن : موقع /arabic.rt.com/news/ ، تاريخ الزيارة 2016/2/23) .

(1) تتعدّد تعريفات المواطنة ، فقد يُقصد بها : صفة المواطن الذي يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات التي يفرضها عليه انتماؤه إلى الوطن ، فالمواطنة هي الشعور بالانتماء والولاء للوطن وللقيادة السياسية حسب البعض (وهذا التعريف للجمعية الكويتية للعمل الوطني ، تحت عنوان تعريف المواطنة ، لدى

←

لفلسفة النظام عن معناها وفقاً لفلسفة الحقّ ، فالمواطنة وفقاً لفلسفة النظام هي التعامل بوفاء مع الدولة التي ينتمي إليها الفرد سواء بحسب معيار الجنسية أو بحسب معيار الموطن ، أي الوفاء لدرجة التفاني من أجل الوطن الذي ينتمي إليه الفرد بجنسيته أو بموطنه ، هذا حسب فلسفة النظام . أما فلسفة الحقّ فتنظر للمواطنة بمنظار آخر ، أو على الأقل أن فلسفتنا في الحقّ تنظر للمواطنة بمنظار آخر ، فالمواطنة وفقاً لفلسفة الحقّ هي أن يعيش الفرد بحد أدنى من العيش المتفق مع اسلوب الحياة الموائم لما ينبغي أن تكون عليه حالته الاجتماعية والاقتصادية مراعاةً لمبدأ المساواة في الحقوق الطبيعية ، فالمواطنة الحقيقية وفقاً لفلسفة الحقّ هي المواطنة التي يتساوى فيها جميع أفراد الشعب في حقوقهم الطبيعية ، أما فيما يتعلق بحقوقهم الوضعية فإن مبدأ التكافؤ هو الساري وبشكل يحترم مبدأ العدالة حيث توزع الحقوق على قدر الواجبات ، وتوزع الواجبات على قدر الحقوق ، هذا المفهوم حقيقةً يختلف تماماً عن ما هو شائع لمفهومها

← الموقع : /kwsfna.com ، تاريخ الزيارة 2/25/ 2016) . وتشير دائرة المعارف البريطانية إلى أن المواطنة " علاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة متضمنة مرتبة من الحرية وما يصاحبها من مسؤوليات وتسبغ عليه حقوقاً سياسية مثل حقوق الانتخاب وتولي المناصب العامة . وميزت الدائرة بين المواطنة والجنسية التي غالباً ما تستخدم في إطار الترادف إذ أن الجنسية تضمن بالإضافة إلى المواطنة حقوقاً أخرى مثل الحماية في الخارج . في حين لم تميز الموسوعة الدولية وموسوعة كولير الأمريكية بين الجنسية والمواطنة فالمواطنة في (الموسوعة الدولية) هي عضوية كاملة في دولة أو بعض وحدات الحكم ، وتؤكد الموسوعة أن المواطنين لديهم بعض الحقوق مثل حقّ التصويت وحق تولي المناصب العامة وكذلك عليهم بعض الواجبات مثل واجب دفع الضرائب والدفاع عن بلدهم . وفي موسوعة (كولير) الأمريكية المواطنة هي " أكثر أشكال العضوية اكتمالا في جماعة سياسية ما " ، (نقلاً عن : د . عثمان بن صالح العامر ، مفهوم المواطنة وعلاقته بالانتماء ، منشور على موقع آفاق ، /aafaqcenter.com ، تاريخ الزيارة : 2016/2/25) .

وفقا لفلسفة النظام في عالمنا اليوم ، إذ تنظر فلسفة النظام إلى المواطن كأنه تحت امر الدولة أو تحت أمر الوطن في كل الظروف دون أن تنتبه إلى واجبات الدولة تجاه هذا المواطن ، إذ أن الرابط الذي يربط الفرد بوطنه ، إما أن يكون رابط الجنسية أو رابط الموطن ، يعطي هذا الرابط لكلا الطرفين حقوقاً وواجبات متبادلة ، وتكون نوعاً ما متكافئة ، فإذا اختل هذا النمط المتوازن في توزيع الحقوق والواجبات على الكافة بسبب سوء استعمال السلطة الممثلة للدولة ، فإن هذا يخلق خللاً في مفهوم المواطنة وفقاً لفلسفة الحقّ الذي لا يرتقي إلى المعنى الذي تصبو إليه فلسفة النظام ، ولهذا يختلف مفهوم المواطنة وفقاً لفلسفة الحقّ عن مفهومه وفقاً لفلسفة النظام اختلافاً بيناً وظاهراً بحيث أن المواطنة مربوطة بما يجعل المواطن وفياً ومخلصاً لدولته ، في حين ان المواطنة ، بالحقيقة ، مرتبطة بما يجعل المواطن مخلصاً ووفياً لواجباته تجاه الدولة التي تتوازى مع الحقوق التي اكتسبها بالتساوي مع الآخرين .

249) - النظام المالي للزوجين :

ويختلف هذا النظام من شريعة إلى أخرى ومن قانون إلى آخر ، حيث تعتمد بعض الدول نظام استقلال الذمم ، أي أن ذمة الزوجة مستقلة عن ذمة الزوج ، وهذه النظم والقوانين هي التي تكون تابعة لما استقر عليه الرأي في الفقه الإسلامي ، أما في الفقه الغربي والقوانين الغربية فإن النظام السائد هو نظام اندماج الذمم ، حيث يكون الزواج سبب من أسباب اندماج ذمتي الزوجة والزوج

معاً [1] ، بحيث تكون هناك ذمة مشتركة فيما بينهما ؛ والحقيقة أن الفلسفتين تختلفان في النظر لكلا النظامين ، فبالنسبة لنظام اندماج الذمم ، ترى فلسفة النظام أن هذا ما يقره النظام الاجتماعي ، من أجل أن يتولى أحد الزوجين ، إدارة شؤون الآخر العاطل عن العمل ، وبالتالي سيُعفي الدولة وخزينتها من أن توفر أنظمة الضمان الاجتماعي لتغطية تكاليف ونفقات الحياة الخاصة بالشخص العاطل عن العمل ، إذ يتحمّلها الزوج الآخر ، ولهذا انطلق النظام المالي للزوجين في الغرب القائم على اندماج الذمتين من منطلق فلسفة النظام ، حيث ستعفى الدولة وميزانيتها وخزينتها العامة من دفع مصاريف ونفقات إعاشة الزوج العاطل ، ويتحملها الزوج الذي يقوم بأداء عمل ، سواء في القطاع العام أو في القطاع الخاص . أما فلسفة الحقّ فلا تنظر إلى هذه المسألة بهذا المنظور ، وإنما تنظر إليه من زاوية التضامن الأُسري القائم بين الزوجين ، وهذا التضامن الأُسري يجب أن تكون البواعث الأخلاقية هي الأساس في ترسيخ أسسه ، إذ لا يمكن أن نبني هذا النظام على فكرة الحقّ المحضة لأنه ليس من الحقّ في شيء أن يُجبَر الإنسان على التخلّي عن ثروته بقدرٍ ما ، ليلتزم بالصرف على شريك حياته .

أما بالنسبة لنظام استقلال الذمم أو نظام انفصال الذمم السائد في الدول التي تأثرت بالشريعة الإسلامية ، ففلسفة النظام ليس لها كلمة في تفسير هذا النظام بقدر ما لفلسفة الحقّ كلمة فيه ، إذ أن الأجر والثروة سوف توازي مقدار العمل ، وهذا شيء يُحقق قدراً عالياً من العدالة .

---

(1) إلاّ إذا اتفق الزوجان مُقدّماً على اختيار نظام مالي يحكم علاقتهما الزوجية ، كما هو الحال في فرنسا وانكلترا . (لاحظ للتفصيل : د . رعد مقداد محمود الحمداني ، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2009 ، ص 18) .

وإني وإن كنت أُقدس أيَّ حالٍ تتعزز به الشراكة القائمة بين الزوجين ، لا أرى في نظام اندماج الذمم أيَّ اتفاق مع ما تقوم عليه فلسفة الحقّ من مبادئ ، فليس من العدل أن يفرض القانون نمطاً يوجب على الشخص أن يخسر نصف ما يملك لشريكه ، عند فض الشراكة الاجتماعية بينهما ، إذ سيُشجع هذا النظام ، الزوج العاطل عن العمل على الاستمرار في حالة البطالة ، ما دام أن ثمة مصدر للدخل متاح له من غير أن يقدم أيّما عمل ؛ إنما الحل الأمثل أن يتم اقتطاع نسبة من دخل أو ملكية كل من الزوجين لتكوين الأموال المشتركة بينهما ، والتي تمثل ملكية الأسرة ، يتم تقسيم هذه الملكية بينهما بالتساوي أو بنسب تتفق مع مقدار مساهمة كل منهما فيها ، حسب الأوضاع ، لا أن تُدمج الذمتين الماليتين للزوجين بصورة كلية ، ففي هذا ظلم للطرف المساهم بشكل أكبر في تكوين ملكية الأسرة . .

250) - زواج المثليين :

تختلف النظرة إلى زواج المثليين ، وفقاً لإحدى الفلسفتين عن الأخرى ، إذ كثيراً من يرى ، أو يعتقد[1] ، أن إقرار النُظم الغربية لهذا النمط من الزواج قائم على أساس احترام فلسفة الحقّ ، حيث أن هذه الامور والسلوكيات ، تدخل في محض الحريات الخاصة والحقوق الفردية للأفراد التي أضحت في عالمنا اليوم

(1) فقد ذهب د . محمد المجذوب ، في مقال له عن : "الحداثة ومذهب الحرية الفردية ، تأملات في الحدث الأمريكي . زواج المثليين " ، تاريخ المقال : 2015/7/1 ، منشور على الموقع : www.hurriyatsudan.com/ ، تاريخ الزيارة : 2015/2/25 ، إذ ذهب - متهكّماً - إلى أن مسألة زواج المثليين يُعدّ : "حقا من حقوق الإنسان - وفق منظور الحرية الفردية - " .

تقف على سدّة أولويات الرُّؤية الغربية لهذه الفلسفة فيما بات يُعرف بـ "الحداثة" [1] ، في حين أن هذا النظام قد تمَّ إقراره في النظم الغربية ، استجابة لفلسفة النظام ، ذلك أن كل زواج يقرُّه النظام الغربي يحقق فكرة اندماج الذمم ما بين الزوجين ، وهذا سيَعفي الدولة ونظامها المالي وخزينتها العامة من تحمل نفقات العاطلين عن العمل - كما رأينا في الفقرة السابقة - ، إذ رأت بعض الدول أن الكثيرين من العاطلين عن العمل ممن لهم توجهات مثلية ، ولا يلتحقون بالمنظومة الطبيعية للزواج ، يُشكِّلون عبئاً على خزينتها التي تُغطّي نفقات بطالتهم ، إذ ممكن أن تُعفى الدولة من تحمل نفقات إعاشتهم إذ هي أقرت بنظام الزواج المثلي ، حيث سيقوم الزوج الآخر بتحمل نفقات الزوج العاطل ، إذن

---

(1) (يأخذ مفهوم الحرية الإنسانية مكانة "المطلق" و"المقدس" في نظم منظومة الحداثة العلمانية ، إذ تعتبر الحرية الفردية بمثابة الخاصية الأكثر أهمية لإنسان الحداثة بل وتشكل جوهره الغار ، ولذلك عدت أصلاً تأسيسياً للنزعة الفلسفية الإنسانوية الحديثة ، التي تتمحور حول تصور للإنسان قوامه العقل والإرادة والحرية ، ويعرف مفهوم حرية الإرادة الإنسانية في معناه الحداثي ، بسعي الإنسان الجاد لهدم عالم الوصاية المضروب حوله وتدميره بمختلف تجلياته وحدوده وتبدياته الأخلاقية أو المعرفية ...الخ .

اما حرية الإرادة نفسها فتعتبر حالة من المغامرة نحو الحرية في عالم مسكون بالضرورة والحتمية المادية ، فهي تأخذ من هذا المنظور صورة إرادة إنسانوية حرة تتحدى وتتقصى وتغامر لتصنع مصير الإنسان بمقدار إرادته وعلى مقياس أطياف أحلامه الدنيوية المادية البحتة ، وبذلك تبلورت فكرة الحرية الفردية التي احتلت محل "المطلق" "الله" سبحانه في فلسفة الحداثة وقوامها ومقدسها الأهم ، فثمة "إجماع" عند الحداثيين على مبدأ القائل بأنه "لا حداثة بلا حرية فردية" ، كحرية التفكير في كل شيء ، وحرية التعبير عن كل شيء وبأي عبارة أو أسلوب ، وحرية البحث في كل شيء وكل مجال بلا ضابط ولا حاجز ، والاهم من كل هذا حرية التحرر من كل قيمة أخلاقية أو اجتماعية ...الخ ، بوصف الحرية هي حقّ الإنسان المطلق والنهائي ، فكانت الحرية بذلك هي المبدأ المقدس الذي أهدته فلسفة الحداثة للإنسان المعاصر) . (لاحظ : المرجع السابق نفسه) .

فإقرار هذا النظام في الأنظمة الغربية لم يأت بالأساس من احترام الحقوق والحريات الفردية ، وإن ظهر للبعض أنه كذلك ، لكن الغرض المباشر من إقرار هذا النظام هو الحفاظ على أموال الدولة والتقشف في دفع نفقات العاطلين عن العمل إذ يتحملها الزوج الآخر .

إن إظهار النُّصرة لفلسفة الحقّ في الابتعاد بها عن منظومة الأخلاق لتحقيق مآرب مُزدوجة ، هو في حد ذاته إعلان حربٍ على هذه الفلسفة التي ينتهي إعمالها ، بلا أدنى شك ، إلى التحاق المجتمع لإدراك وفهم قيم الخير والإحسان ؛ ففي الوقت التي ضربت فيه النُّظم الغربية هدفاً بسهمٍ أظهرت من خلاله انتصارها للحريات الفردية المطلقة ، حققت ، بالسهم ذاته ، هدفاً اقتصادياً أسمى عندها من الأول ، وهو تخفيض تكاليف الانفاق ، لكنها بهذا تكون قد اقترفت ذنباً كبيراً بحق فلسفة الحقّ ، إذ مع أنها ضلّلت هدفها ، أخفت بها فلسفة النظام عندها ، والتي باتت أنظمتها اليوم تتحاشى إظهارها للعلن ، وهذه هي الديماغوجيا في أبشع صورها .

251) - حماية الأوضاع الظاهرة :

اختلفت النظريات كثيراً في حماية الأوضاع الظاهرة ، أو كما يُسميه الفقه بـ "الظاهر"[1] ، حيث يصطدم حقين مهمين ، الحقّ الأول هو حقّ الشخص وعادة

(1) الظاهر ، هو حيازة صفة بغير أساس من القانون ، يمكن أن يقع مساساً بأي حقّ من الحقوق بغير تمييز بسبب نوع الحقّ أو طبيعته . والحقّ الذي يتلقاه الغير من صاحب الظاهر يماثل الحقّ المعتدى عليه في طبيعته ونوعه وبالتالي فإن المطلوب هو تأسيس حقّ الغير ، الذي قد يمتد إلى كل نوع من انواع ←

ما يكون هذا الحقّ حقّ ملكية لشيء خرج من يد مالكه ، وحازه شخص آخر حسن النية ، والحقّ الثاني هو حقّ هذا الحائز ، فأيّهما يكون أولى بحماية القانون له ؟ أو بالأحرى أيُّهما يكون صاحب حقّ على هذا الشيء ؟ ، المالك الأصلي أم الشخص الذي وصل إليه هذا الشيء بسبب صحيح وكان حسن النية ؟ . بالطبع فإن الانطلاق من فلسفة الحقّ يؤكد بأنه لا بد من الانتصار للمالك الأصلي ، لأن حقّ الملكية لا يموت ولا يسقط والمفروض فيه كذلك ، ولا يكفي بأن يخرج الشيء من يد صاحبه ، أو أن إهمال صاحبه في المطالبة به أو المطالبة باسترداده ، أن يكون حُجّةً لإقدامنا على إهمال هذا الحقّ المهم في الحياة القانونية ، إذ ينبغي احترام هذا الحقّ على الدوام ؛ لكن احترام حقوق الحائز حسن النية أيضاً يجب أن يُؤخذ بعين الاعتبار ، لأن هذا الشخص اعتمد على سبب صحيح في اقتناء هذه الأموال ، وإن كان يظهر عليه مظهر المالك ، لكن فلسفة الحقّ في الكثير من الأحيان تنتصر لصاحب الحقّ ، في حين أن فلسفة النظام يهمها عادة استقرار

←

الحقوق بغير تمييز . ولا يخفى على احد صعوبة العثور على أساس قانوني واحد يمكن أن تستند اليه كل الحقوق التي يمكن للغير أن يحصل عليها استناداً إلى الظاهر . ان المطلوب تأسيسه عبارة عن نتيجتين متعارضتين ، هما فقد صاحب الحقّ لحقه واكتساب الغير لهذا الحقّ ، فقبل كسب الغير للحق لا بد أن يخرج من ذمة صاحب الحقّ ، ولو ان النتيجتين كانتا اثراً لتصرف واحد ، لأمكن العثور على أساس مشترك ، ولكن الحال هنا مختلف حيث يكتسب الغير الحقّ كأثر لتصرف تم بينه وبين شخص اخر هو غير صاحب الحقّ ، ومن ثم فإن أساس كسب الغير للحق لا يمكن ، أو على الاقل لا يكون دائماً هو أساس فقد صاحب الحقّ لحقه . (لاحظ : د . نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 1977 . ص 29 . كتابنا : الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، ص59) .

المعاملات[1] ، وبالتالي فهي تنتصر للمالك الظاهر أو الحائز حسن النية الذي تلقى هذا المال بسبب صحيح وكان حسن النية ، ليس حماية له ، وإنما حماية لاستقرار التعامل بين الأفراد ؛ لكن النظرة الثاقبة إلى الفلسفتين تجعلنا نرى بأن كلتاهما تتفق على حماية الوضع الظاهر لكن بتبرير مختلف ، ففي الوقت الذي رأينا فيه أن تفسير فلسفة النظام قائم على مراعاة مبدأ استقرار المعاملات ، نجد أن تبرير فلسفة الحقّ قائم على أساس الرجحان ما بين حقين ، أحدهما حقّ فردي راسخ ، والثاني حقّ متضعضع لكن صاحبه يستحق الحماية بسبب ما تُشكِّله حمايته من حماية لجميع الأشخاص بزرع ثقتهم في التعامل ، وفي الحالتين الحقين مؤكدين ومعتبرين وفقاً لفلسفتنا لكن احترام حقوق الأخير ، أي حقوق الغير الّذي تعامل مع صاحب الظاهر ، هو احترام لحقوق كثيرين تعاملوا بحسن نية ، وبالتالي تنطلق فلسفة الحقّ من وجود أرجحية في الحماية للوضع الظاهر ، لكن بشروط ، وهذا ما يؤيد اختلاف الفلسفتين في تبرير منظورهما في هذا الموضوع .

252) - التصرفات التي لم تراعِ الشكلية :

يفرض القانون في بعض الأحيان أوضاعاً شكلية لممارسة بعض التصرفات القانونية ، كالتصرفات الناقلة لملكية العقارات ، إذ لا بد من تسجيل التصرف في

(1) للتعرُّف على هذا المبدأ ، لاحظ : آوات عمر قادر حاجي ، النظام القانوني لمبدأ استقرار المُعاملات ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2006 ، ص 15 .

دوائر مختصة كدائرة التسجيل العقاري أو كما تسمى بـ (الطابو) ، في العادة يجعل القانون من هذا الشرط ركنا في التصرف ، بحيث أنه يؤدي عدم مراعاته إلى بطلان التصرف بشكل كامل ؛ لكن أحياناً ما يرى الأفراد أن في هذه الشكلية نوع من الإجراءات المقيتة ، لا سيما في النظم الإدارية التي تقوم على البيروقراطية المعقدة ، فيقومون بإجراء تصرفاتهم بعيداً عن هذه الشكلية التي ألزمها القانون أو التشريع . وهنا يظهر التساؤل في دائرة كلتا الفلسفتين عن حكم هذه التصرفات ؟ . بالتأكيد فإن فلسفة النظام ترى في هذه التصرفات أنها باطلة ، وتعدُّها كأنها لم تكن من تاريخ انعقادها ، أي بأثر رجعي ، في حين أن منظورنا في فلسفتنا للحق يجب أن يكون بشكل آخر ، إذ لا يجوز أن نحكم على التصرف بالبطلان وقد جرى بمحض إرادة الأطراف ووفقاً لرغباتهم الصحيحة القويمة بحجة أن شكلاً ما وضعه النظام ، أو ارساه التشريع لم يُراعَ في هذا التصرف ، ولهذا لا بد من العزوف عن الرأي الذي يرى ببطلان هذه التصرفات ويجب الدخول في الحلول التصحيحية في هذه التصرفات بحيث نجعلها صحيحة ومنتجة لآثارها[1] .

الفرع الثاني
التحول إلى إعمال فلسفة الحق

253) - فحوى التحول من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ :

لا ينكر أحد أن الأنظمة القانونية ، بما تُعبِّر به من تشريعات وأعمال ومواقف ، بدأت تتحول في أعمالها وأفعالها ، تحولاً ملحوظاً وواضحاً ، وهذا

(1) لاحظ لمزيد من التفصيل ، كتابنا ، خواطر مدنية ، ص 50 .

التحول هو تحول في الفلسفة التي كانت تقوم عليها تشريعاتها ومواقفها وأعمالها ، إذ في الوقت التي كانت تنطلق من فلسفة النظام ، إذ كان همها الأول هو الحفاظ على كيان الدولة ونظامها العام ، أخذت تؤمن بحقيقة انطلاق أعمالها من فلسفة أخرى ، هي الواجبة في كل عمل ، وهي المؤسس الوحيد لكل إجراء يحميه القانون ، وإن كانت هذه الفلسفة تحقق النظام ، لكن ليس بصورة مباشرة ، أو بشكل فعال – إن صح التعبير – لكنها ترسخ قيماً ما عاد ينفع تجاهلها أو الصد عنها ، هذه الفلسفة الجديدة هي فلسفة الحقّ .

ومع هذا التحول الملحوظ في تغيُّر منطلق الفلسفة ، بقيت حالات كثيرة لا نجد لها تفسيراً وفقاً لفلسفتنا في الحقّ ، بات على الجميع أن يعي بها ويحرص على مجابهتها والتصدّي لها ، والعمل على تغييرها بما يتناسب مع الفلسفة التي أطلقناها عن الحقّ .

ففي الوقت الذي شهد فيه العالم تحولاً ملحوظاً نحو الاتِّكاء على فلسفة الحقّ في مواضيع كثيرة منها ، وجوب التدخل في شؤون الدولة لرعاية وحماية حقوق الإنسان ، وكذلك ظهور ما يعرف بالقانون الدولي الإنساني ، وكذلك التحول في المواقف التي كانت تتشدد حيال تعدد الجنسيات ، إلى جواز تعددها للشخص الواحد ، وجواز تملك الأجنبي للعقارات ، وإطلاق حريات التعبير والنشر وما إلى ذلك من توجُّهات عديدة ، في المقابل بقيت بعض الأنظمة تراوح في مكانها ، فلم تكل لفلسفة الحقّ وزناً ، إذ بقيت ، بل أحياناً تحولت ، بذريعة حفظ النظام ، إلى الابتعاد كلياً عن ما توجبه فلسفة الحقّ من توجهات ومواقف تطبيقية حقيقية ، فوضعت قيوداً على الإنسان في تنقله وتملكه وتعبيره عن رأيه ،

وقيَّدت الكثير من حرياته ، وحرمته من ممارسة بعض حقوقه الطبيعية تارةً والوضعية تارةً أخرى . بداعي حفظ الأمن والنظام ، أو حفظ هيبة الدولة أو الحكومة ؛ وهذا ما يظهر في تعسف وتجاوز القوى الأمنية ، وتعسف القضاة ، وتذرُّعهم بالشكلية المقيتة على حساب الحقّ ، وعدم احترام الحقوق المكتسبة .

وفيما يأتي سنناقش بعض الأفكار التي نرى تحوّل أرضيتها الفلسفية من النظام إلى الحقّ .

254) - فكرتي النظام العام والآداب :

لطالما تذرعت النصوص القانونية وكذلك الأحكام القضائية ببطلان الكثير من التصرفات القانونية بحجة أنها تخالف النظام العام والآداب[1] ، حتى ان هذه الفكرة انتشرت إلى غير القانون المدني حيث نراها موجودة في كثير من القوانين ، كالقانون التجاري والقانون الدولي الخاص ، ففي هذا القانون الأخير قد يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الواجب التطبيق ، إذا كان قانوناً أجنبياً ، بحجة أن الحل أو الحكم الوارد في هذا القانون مخالفاً للنظام العام في بلده (أي في بلد القاضي) [2] ؛ وفكرة النظام العام على الرغم من محاولات الكثيرين في تحديد

---

(1) نصت المادة (130) من القانون المدني العراقي على أنه : ((1 - يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلاّ كان العقد باطلاً .

2 - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)) .

(2) نصت المادة (32) من القانون المدني العراقي على أنه : ((لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته ←

مفهومها[1] ، فهي فكرة مطّاطة مرنة قد يُساء استعمالها بحيث يؤدي العمل بها إلى ضياع الكثير من الحقوق ، وهذا ما لا تُجوِّزه فلسفتنا في الحقّ ، إذ أنه يجب أولاً إعادة النظر في مفهوم النظام العام ، ثم إعادة النظر حول مدى وجود فكرة النظام العام في ظل العصر الحالي ، وأيضاً تبرير هذه الفكرة بعد تغيير تسميتها على أساس من فلسفة الحقّ ، ذلك في الحقيقة أنه لا وجود واقعي لهذه الفكرة ، إنما يقوم القاضي بإبطال بعض التصرفات القانونية أو بصد بتطبيق قانون أجنبي كان ينبغي تطبيقه على الحالة المنظورة أمامه والمشوبة بعنصر أجنبي[2] ، عندما يجد

←

النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق)) .

(1) وقد عرّف الأستاذ السنهوري القواعد المتعلقة بالنظام العام بأنها القواعد التي يُقصد بها تحقيق مصلحة عامة . (لاحظ : مؤلفه : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، ص 434) .

(2) ان مجال تطبيق فكرة النظام العام واسع جدا أو لا يقتصر على نوع معين من القوانين فيعمل بها في الميراث والعقود والأهلية والزواج والطلاق ... الخ ولهذا قد يكون من النافع طرح امثلة عملية وذكر بعض تطبيقات القضاء الفرنسي توضح المقصود بالنظام العام ودوره كسد مانع يحول دون نفوذ القانون الاجنبي المختص . فلو تزوجت بيضاء من زنجي وكان قانون جنسيتها يحرم زواج السود من البيض ثم طعن بهذا الزواج امام محكمة دولة أخرى كالعراق لا تعترف قوانينها بتجريم زواج السود من البيض فإن القاضي الموكل اليه النزاع سيمتنع عن الاخذ بالقانون الاجنبي المختص (قانون جنسيتها) لأنه لا يقر ولا يعترف بالتمييز العنصري القائم على اختلاف اللون ويرى في مثل هذه الاحكام اعتداء على إنسانية الفرد وهي احكام مخالفة للنظام العام ، ويكون طلب الزواج الثاني لمسلم في بلد لا تسمح قوانينه بنظام تعدد الزوجات طلبا مرفوضا مع ان قواعد الاسناد لذلك البلد تعطي الاختصاص للشريعة الإسلامية التي تستجيب احكامها لهذا الطلب . وفي الميراث يتدخل النظام العام كمانع يحول دون تطبيق القانون الاجنبي المختص الذي يفرضه الوارث للمتبني التي لا يمكن قبولها في الدول التي يرفض قانونها التبني ولا يرتب عليه الميراث كالعراق كما يرفض القانون الاجنبي الذي يعتبر اختلاف اللون مانعا من موانع الميراث . ويتدخل النظام العام ايضا في العقود للحول دون تطبيق قانون اجنبي مختص فلا يمكن إقرار عقد متعلق بالرق في بلد يشجب قانونه هذا النظام ويقرر المساواة بين الناس ←

أن الإرادة العقدية العامة في الحالة الأولى والإرادة الجماعية لمجموع الأفراد في داخل الدولة ، في الحالة الثانية ، لا تتفق والتوجه الذي سار عليه ، إما اتفاق الطرفين في العقد المنفرد أو القانون الأجنبي الذي ينبغي تطبيقه على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ، وبالتالي فليس هناك شيء اسمه نظام عام ولا شيء اسمه آداب عامة ، إنما هي الإرادة العقدية العامة لمجموع من هم قادرين على التعاقد في ظل الأجواء ، أو في ظل الظروف الملائمة[1] .

←

والعقود الواقعة على بيع التركات المستقبلة التي تجيزها بعض القوانين كالقانون السويسري والألماني ولا يعتد بها ولا تعتبر صحيحة في الدول التي تعتبر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا كالعراق . ولا تقتصر فكرة النظام العام على مسالة تنازع القوانين بل تتعداها لتشمل موضوع احترام الحقوق المكتسبة . فهي الأساس في نظرية تنفيذ الاحكام الاجنبية فلا يجوز تنفيذ عقد عن طريق الاكراه المفسد للاختيار أو الضغط الشديد حتى لو كان القانون الذي يحكمه لا يبطل مثل هذه العقود رغم عيب الإرادة . (لاحظ : د . هشام صادق ود . عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 191) .

(1) لا نقصد بالإرادة العقدية العامة ، ما يمكن أن يدركه العقل لمفهوم هذا المصطلح لأول وهلة ، فلست أقصد منها إرادة الجماعة أو الإرادة العامة لها ، إنما المقصود منها الإرادة المشتركة لجميع من قد يتعاقد ويأخذ مكانة أحد المتعاقدين ، ذلك أن الإرادة العقدية لأحد المتعاقدين في النوع الواحد من العقود ، لا يمكن أن تخرج من قالب ما قد تسعى له كل إرادة من تحقيق لمصلحتها العقدية المبتغى تحقيقها من خلال إبرام العقد ، وهو ما قد يتوافق مع مضمون نظرية السبب حسب مفهومها التقليدي المكرّس فهمه لدى الفقهاء فيما بات يعرف بسبب الالتزام ، حيث أنه يعد واحداً في النوع الواحد من العقود ، فسبب التزام البائع هو الحصول على الثمن في كل عقود البيع وبالنسبة لجميع من نزل منزلة البائع ، وسبب التزام المقاول هو الحصول على الأجر في كل عقود المقاولة وبالنسبة لجميع من نزل منزلة المقاول ، وهكذا ، وهو يوازي القول أن المصلحة العقدية المجردة إنما هي ثابتة في النوع الواحد من العقود ، وهي مصلحة الجميع ممن دخلوا هذا المجال ، وهي المصلحة ذاتها التي تسعى إلى تحقيقها إرادة الجميع ممن نزلوا منزلة المتعاقد في هذا المجال ، وبالتالي فهي إرادة عقدية عامة . ثم أن الإرادة العقدية العامة لا تقف عند حد المفهوم المجرد لما عسى أن تحققه من غرض ، أو مصلحة عقدية

←

255) - شرعية السلطة الحاكمة :

يسأل سائل ، ممّا تستمد السلطة الحاكمة شرعيتها ؟ ، وعلى الرغم من أن نظريات العقد الاجتماعي أفاضت في الجواب على هذا التساؤل ، ولا سيما ما خرج إليه الأستاذ "روسو" من نظرته لاستمداد شرعية السلطة من الشعب ذاته[1] ،

←

عامة ، إنما يجب أن ننظر إلى المتعاقد نفسه من زاويتين ، أحدهما : أنه هو المتعاقد الحقيقي ، فهو يمثل إرادته العقدية الخاصة ، وثانيهما : أنه غيرٌ عن العقد افتراضاً ، فإذا تلاقت مصلحته العقدية في حقيقة أمره ، مع مصلحته الجزئية المكونة ، بجانب مصالح الآخرين ، مصلحة عقدية عامة ، افتراضاً ، فتكون المصلحة العقدية المتأتية من إبرام العقد مصلحة جديرة بالاحترام والرعاية . (لاحظ : بحثنا : "قنونة" العقد ، ص 12) . كما أنك كثيراً ما ترى في القواعد القانونية المنظمة للنظرية العامة للعقد ، أن هناك قواعد آمرة ، تأمر المتعاقدين بإتباع سلوك معين أو الكف عن سلوك معين ، ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفة هذا المسلك ، وهذا يعدُّ تدخلاً من الجماعة في الرابطة العقدية . علماً أنه ينبغي أن لا يكون هذا التدخل بشكل واسع متسع وينظر اليه على أنه الأصل في العقود ، فالعقود قائمة على مبدأ سلطان الإرادة ، والإرادة هي السائدة في تحديد حقوق والتزامات الطرفين ، ولهذا لا ينبغي للقانون الذي يمثل أو يعبر عن الإرادة الجماعية العامة أن يحدُّ من سلطان هذه الإرادة إلا لمصلحة الجماعة ، ومصلحة الجماعة تتحدّد وتتقيَّد بالإرادة العقدية العامة ، أي بالغرض العقدي العام ، إذ أنه لا توجد فقط مصلحة عقدية خاصة في العقد ، بل أن هناك مصلحة عقدية عامة في كل عقد ، إذ يفترض في كل عقد أن اثنين من أفراد الجماعة أو أكثر سيبرمانه تحقيقاً لمصالحهما الذاتية ، باجتماع هذه المصالح الذاتية تتحقق المصلحة الجماعية العامة ، ولهذا فإن تدخل الجماعة عادة ما يكون تحقيقاً للمصلحة العقدية العامة .

(1) ففي معرض صياغته لفكرة الحقوق الطبيعية ، جعل الأستاذ "روسو" السلطة خاضعة لإرادة المجموع أي السيادة الشعبية ، وذلك في نظريته الشهيرة التي كان لها أكبر الأثر على فلسفة الثورة الفرنسية وعلى إعلان حقوق الإنسان الذي صدر عنها . لقد نادى "روسو" كـ"هوبز" - بمبدأ السيادة في الدولة وبناها كسلفه على فكرة العقد الاجتماعي ، ولكن اختلاف استعماله لهذه النظرية أنتج اختلافاً كبيراً في النتائج . فالأفراد حسب "هوبز" تنازلوا نهائياً عن حرياتهم وحقوقهم لصاحب السيادة وانتهى رضاهم ←

إلاّ أن التعمّق في الجواب على هذا السؤال سيختلف فيما لو كانت السلطة القائمة تأخذ شكلاً معيناً من أشكال السلطة أو الحكم ، فالجواب على هذا السؤال يختلف في ظل النظام الديمقراطي الصحيح ، عنه في النظام الديمقراطي القائم على الديماغوجية غير الصحيحة ، وأيضاً يختلف عن النظام الدكتاتوري المستبد [1] ، ثم أن الجواب على هذا السؤال مختلف فيما لو كان النظام الموجود

←

عند ذلك ، وبالتالي ليس لهم فيما بعد أن يشترطوا دوام الرضى للإبقاء على الحاكم أو عزله . أما روسو فافترض رضى الأفراد في البدء ولكنه افترض كذلك ضرورة استمرار هذا الرضى على الحاكم . فهوبز وضع السيادة في الحاكم ، في حين وضعها روسو في يد الشعب على أساس انه المصدر الأول والأخير لها . وبقدر ما يدين روسو لهوبز بفكرة فإنه يدين للوك بتوجيه نظرية السيادة نحو تأييد سلطة الشعب . فقد أخذ عن لوك وصفه للإنسان في الحالة الطبيعية ، مغالياً في ذلك إلى درجة الرومنطيقية . فالإنسان الأول كما بدأ لروسو كان يعيش في سعادة وهناء يفيض صدره بعواطف الخير والحب والايثار . ولكن بالرغم من ذلك فقد قابل آخر الامر من العقبات التي اعترضت جهوده في سبيل المحافظة على الحياة ، ما جعله يفكر في الخروج من الحالة البدائية " لأن الجنس البشري سيهلك ما لم يغير أسلوب معيشته" . لكن المشكلة التي واجهته هي " مشكلة ايجاد شكل من الاجتماع يدافع بما له من قوة عامة عن كل عضو في الاجتماع وما يملك ، ويحميه ، وأن يظل كل فرد فيه أثناء اتحاده مع الجميع مطيعاً لنفسه وحده ، وأن يبقى حراً كما كان من قبل . ولقد كان " العقد الاجتماعي " الحل لهذه المشكلة الجوهرية لأن الأفراد تعاقدوا بموجبه على أن يتنازل كل فرد عن نفسه وعن حقوقه للمجتمع كله . فحرية الأفراد لم تعد مطلقة ، بل أصبحت مقيدة إلاّ أن هذا القيد ما هو – حسب روسو – إلا قيد الحرية . ويبرر روسو خضوع الأفراد خضوعاً تاما لصاحب السيادة باعتماده على تفسيره للإرادة العامة للمجتمع التي تشكل الإرادة الحقيقية للأفراد سواء شعروا بذلك أم لم يشعروا) . نقلاً عن : د . محمد سعيد مجذوب ، ص 48 والتي تليها .

(1) في التعريف بالنُظم الديمقراطية والنظم الدكتاتورية ، لاحظ : أ . د . حميد حنون خالد ، الأنظمة السياسية ، ص 6 ، 18 .

نظاماً برلمانياً أو نظاماً رئاسياً أو نظاماً مختلطاً [1] ، لكن الحد الأدنى من الجواب على هكذا سؤال ، والذي ينطلق من فلسفتنا للحق ، أن شرعية السلطة الحاكمة لا تعدو أن تكون شرعية الإرادة التي نصّبت هذه السلطة ، إذن البحث عن شرعية السلطة هو بحث عن أساس تشكيلها ، وأساس تشكيلها يعود إلى الإرادة الجماعية العامة لأفراد الشعب ، لكننا ينبغي أن نتذكر هنا ، أننا عندما بحثنا مفهوم الجماعة ، قلنا أن الأصل في مفهوم الجماعة هو المفهوم الطبيعي للجماعة ، أي الجماعة الإنسانية دون أن تتقيد بحدود الدول أو بقيود الأنظمة الوضعية القائمة في الأنماط الدولية السائدة في الوقت الحاضر ، لكن هذه الجماعة ، تتحول إلى جماعة بالمفهوم الوضعي عندما ننظر إلى كل جماعة على نطاق كل دولة على حدة ، إذ أن الجماعة في داخل حدود الدولة العراقية هي غير الجماعة في داخل حدود الدولة المصرية وهكذا بالنسبة للدول الأخرى ، فكيف يتم التعبير عن إرادة الجماعة ، سواء كانت بالمعنى الطبيعي أو بالمعنى الوضعي ؟ .

بالتأكيد أن شرعية السلطة تكمن ، بحسب فلسفتنا في المفهومين الطبيعي والوضعي للجماعة ، في أن السلطة لا تستقي شرعيتها فقط ، عندما تتحقق إرادة الجماعة الوضعية (أي الشعب) في داخل الدولة ، وإنما لا بد أن تتحقق إرادة الجماعة الطبيعية التي يقصد بها الإنسانية بشكل عام ، وهنا لا يشترط الإجماع ، وإنما مجرد أن يتحقق عنصر الجمهور في هذه الجماعة ، سواء ما كان ممكن أن

---

(1) في التعرف على هذه الأنظمة ، لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 98 والتي تليها . ولاحظ أيضاً : د . محمد كاظم المشهداني ، ص 123 والتي تليها .

يمثله نظام معين أو جهة معينة كالأمم المتحدة مثلا في ظل النظام الدولي الحالي . ولربَّما يُفسِّر ذلك ضرورة وجود اعتراف بالدولة والحكومة من قبل الدول الأخرى[1] .

256) - تشكيل الحكومات إبَّان الثورة أو الانقلاب :

لستُ هنا بصدد التمييز ما بين الانقلاب والثورة ، حيث أن هذا يدخل في شأن اختصاص القانون الدستوري ، لكن أُريد أن أوضح فلسفة الحقّ في مدى شرعية الحكومات المشكلة بعد الانقلابات العسكرية والثورات الحاصلة من قبل الشعب[2] ، وقبل هذا لا بدّ أن

---

(1) لمزيد من التفصيل في موضوع الاعتراف بالدول ، لاحظ : د . عصام العطية ، ص 452 .

(ولا شك أن فكرة الرضا الاجتماعي تدعم شرعية السلطة الحاكمة في الدول التي لا تعتمد الأسلوب الديمقراطي في الوصول إلى سدَّة الحكم ، فالكثير من الشعوب تعيش حالة من الرفاه الاقتصادي والاستقرار الاجتماعي ، تتحقق بها جميع سُبُل الحياة الجميلة والعيش السعيد ، وبالتالي يكون الشعب قد حقق طموحه عبر السلطة التي تمسك بزمام الحكم في الدولة ، وهي سلطة حققت للشعب غاياته والتزمت بكل بنود العقد الاجتماعي المُلبية لحاجات الشعب المتنوعة ، ففي ظل قيام حالة الرفاهية للشعب وتحقق سبل الحياة الكريمة ، تجد الشعب مُتقبِّلاً للسلطة ، بل ومتمسكاً بها ، وإن لم تكن تمثله على وفق الأسس المعتمدة للتمثيل ، لكنها أضحت ، بتحقيق غاياته وإشباع حاجاته ، تمثله خير تمثيل ، وبالتالي لا مندوحة أن نستنتج من الصمت الشعبي في المطالبة باتباع الاسلوب الديمقراطي في تولي السلطة وتداولها ، تحقق قبول منه لها يُشكل أساساً لشرعيتها ؛ فالديمقراطية ليست إلا وسيلة لبلوغ السلطة وتداولها بشكل سلمي ، فهي ليست وسيلة لغاية بقدر ما هي وسيلة تتحقق بها أداة لتحقيق غاية ، فإن تحققت الغاية بدونها ، وسكت الشعب عن المطالبة بتفعيلها ، كان هذا قرينة على رضا الشعب بالسلطة ، وبالتالي يُشكل هذا الرضا والقبول أساساً صائباً لشرعية السلطة الحاكمة) .

(2) مع الأخذ بعين الاعتبار أن الأنظمة السياسية ، تفرز في العادة ، وعلى الدوام ، صراعاً بين السلطة والمواطنين الّذين يُقاومونها ، وأحياناً يتحول هذا الصراع ليأخذ قالباً آخر من شأنه الاطاحة بالسلطة ←

نعرف مدى الحقّ في إجراء الثورة على النظام القائم ، لا سيما أن عالمنا اليوم شهد في ظل ما يسمى بالربيع العربي حدوث ثورات أو انقلابات ، بحسب اختلاف وجهات النظر إليها ، في كثير من الدول المحيطة بنا في العالم العربي [1] . إنه لا يجوز أن ننظر إلى مجموعة معينة خرجت إلى الشارع ، قد لا تتجاوز الـ 5٪ من تعداد السكان في الدولة ، أنها جماعة أو فئة تمثل المجتمع بأسره ، لكن عندما تكون هذه الفئة أو النخبة قد ضغطت على السلطة القائمة ، والتي كانت تتوفر فيها الصفة الشرعية فيما سبق ، وتنازلت هي بنفسها عن سلطتها ، فإننا بهذا سنكون أمام فراغ في السلطة في داخل الدولة ، وعادة ما يكون لفلسفة النظام ، كلمتها في هذا الشأن حيث أن النظام هو الغاية الأسمى في التحقيق لهذه الفلسفة . إذ تذهب هذه الفلسفة إلى أن الثورة ، والأمر يصدق على الانقلاب واقعاً ، لا تستقي شرعيتها ما لم تتكلل بالنجاح ، فإن لم تنجح الثورة وفشلت ، انقلب تصويرها إلى مجرد أعمال شغب وعنف غير شرعية [2] ، إذ يكون

←

واستبدالها بغيرها بغير الطرق الديمقراطية المعهودة في تداول السلطة . (لاحظ في الصراع بين السلطة والمواطنين وعوامل هذا الصراع : موريس دوفرجيه ، المدخل إلى علم السياسة (في الفكر السياسي) ، ترجمة : د . جمال الأتاسي ود . . سامي الدروبي ، دار دمشق ، دمشق ، (دون ذكر سنة نشر) – ص 17 .

(1) في التمييز بين الثورة والانقلاب ، لاحظ : د . حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، جامعة بغداد ، 2012 ، ط 3 ، ص 36 .

(2) في أعمال العنف والشغب والتخريب ، لاحظ : القاضي نبيل عبد الرحمن حيّاوي ، ضمانات الدستور ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ط2 ، ص 76 والتي تليها .

القائمون عليها ومخططوها أو حتى القائمين على تهيئة نفوس المواطنين للقيام بها[1] ومنفذوها في حالة مساءلة قانونية لاقترافهم أعمال جُرمية ، وهذا ما حدا بالبعض[2] إلى ضرورة النص في الدساتير على شرعية الثورة على السلطة لشرعنة الأفعال التي يقوم بها الثوار ، وبالفعل نصّت بعض الدساتير على هذا الحقّ ، لا سيما التي صدرت إبّان الثورة الفرنسية[3] ،

---

(1) فقد قام بمهمة اعداد الأذهان للثورة الفرنسية فريقان من الكتاب ، أهل الفكر ، وهم نفر من الخطباء والفلاسفة ، أمثال رينال وما يلي وميرابو وفولتير ، ثم أهل الفقه ، في مجال فلسفة القانون ، ونعني مونتسيكو وروسو . أبرز الفريق الأول الحقّ في مقاومة الطغيان ، لهدم المجتمع القديم . بينما شرع الفريق الثاني يضع مباشرة أسس المجتمع الجديد ، وسكت عن احتمال الطغيان ، مفترضا عدم وقوعه في ظل المجتمع المنشود . يأتي في مقدمة الذين هيأوا عقول الجماهير لقلب النظام الملكي بالقوة القس رينال ، في كتابه " التاريخ الفلسفي لمنشآت التجارة الاوربية " . كان هذا القس مشتعلا في حدته ملتهبا في ثورته . . ان الطغيان يرجع إلى جبن الشعوب ، اكثر مما يعود إلى عنف الملوك . . لماذا نحتملهم . . لماذا لا نطالب بضرب الاستبداد . . ان الحرية تتولد في ظل الطغيان ، فهي تعيش في القلوب . . سوف يأتي يوم يعي الناس أن الحرية أولى هبات السماء ، وإن يوم الصحو لقريب . . لو علمت الشعوب امتيازاتها ، لعمت في بقاع الأرض جميعا هذه العادة القديمة الموجودة في سيلان ، وهي اعدام الملك الذي يخرق القانون . . إن التخلص من ظلم الطاغية يكون بطرده أو موته . . فالطاغية وحش ذو رأس واحدة ، يجهز عليه بضربة واحدة . (لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 207) .

(2) د . محمد كامل ليلة ، أشار إلى ذلك : د . حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري ، ص 37 .

(3) المرجع السابق ذاته ، الاشارة ذاتها . كذلك لاحظ : المادة (2) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789 . فقد جاء فيها : ((أن للإنسان حقوقا طبيعية غير قابلة للتنازل . وأن الغاية من كل تجمع سياسي حفظ حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم . هذه الحقوق هي الحرية ، والملكية ، والأمن ، ومقاومة الطغيان)) .

وكذلك الدستور الأمريكي[1] ، إلاّ أن البعض[2] لم يتّفق مع هذا التوجُّه ، (لأن هذا يعني زرع بذرة الفوضى في المجتمع وهو ما يتناقض مع أهداف دولة القانون التي تسعى إلى بناء مجتمع يقوم على الثبات والاستقرار والطمأنينة) ، وهذا هو جوهر فلسفة النظام ، لكن ألاّ يكون لفلسفة الحقّ كلمة في هذا المضمار[3] ؟ ، ألا ينبغي أن ننظر بنظرة ثاقبة

---

(1) وهذا ما يُفهم من نص التعديل الأول لدستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1789 ، حيث نصّ ، تحت عنوان : (حرية العبادة والكلام ، والصحافة وحق الاجتماع والمطالبة برفع الأجور) ، على أنه : ((لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته ، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة ، أو من حقّ الناس في الاجتماع سلمياً ، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف)) .

(2) أستاذنا الدكتور حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري ، ص 37 .

(3) وقد تجسدت هذه الفلسفة في أقوال الفلاسفة والأدباء الذي مهدوا نفوس الفرنسيين للإطاحة بالنظام الملكي ، ومن الجميل أن نذكر هنا ما قاله الفقيه ما يلي في كتيبه "حقوق وواجبات المواطن : (إن مقاومة الطغيان حقّ لكل مواطن على حدة ، لا يقتصر على الامة في مجموعها ، ثم هو قائم عند اقل انحراف ، دون انتظار لوقوع الكارثة . بل أن ميرابو ، خطيب الثورة المعروف ، في بحثه عن "الاستبداد" ، ذهب إلى أن مقاومة الطغيان واجب مقدس . أما فولتير ، فيعالج فساد الملوك ومفهوم الحقّ الالهي المزعوم وضرورة الثورة على الظلم والطغيان بأسلوبه الادبي الساخر الجريء . فيتساءل كيف استطاع امرؤ أن يسود آخر ، وبأي سحر غامض صار سيدا لمجموعة من الناس ؟ عالجت هذه الظاهرة كتب جيدة ، لكن فولتير يفضل الاسطورة الهندية ، لأن الاساطير قصيرة وتقول كل شيء . ان اديموا أبا الهنود أنجب ابنين وبنتين من زوجته بروكريتي ، كان الابن الاكبر عملاقا قوي البنية ، والابن الاصغر أحدب قليل الحجم ، وكانت الفتاتان جميلتين . ما أن وثق العملاق من قوته ، أخذ يعاشر اختيه ، وأجبر الأحدب على خدمته . عملت الاختان الواحدة في المطبخ والثانية في البستان . كان العملاق في المساء قبل النوم ، يقيد في شجرة أخاه الصغير الأحدب ، وإذا هرب أعاده في لمح البصر وجلده عشرين جلدة بسوط من عصب البقر . صار الاحدب طيعا وخير رعية في العالم . ارتاح العملاق حينما رآه يؤدي واجبات الرعية ، وسمح له بمعاشرة احدى الاختين كان قد سئمها . وتولد ←

إلى حقّ الشعب في الضغط على السلطة التي أخلت بواجباتها على وفق العقد المبرم بينها والشعب[1] ؟ ، أليس من حقّ الشعب أن يُوفر له

←

عن هذا الزواج أولاد لم يكن أي منهم أحدب ، لكنهم جميعا كانت بنيتهم غير سوية جرت تربيتهم بروح خشية الله والعملاق . حصلوا على تربية ممتازة : علموهم أن عمهم الأكبر هو عملاق بحق الهي ، باستطاعته أن يصنع من اسرته ما يشاء ، له أن يحصل بغير صعوبة على اية فتاة من بنات اخيه ، وأن يحظر على غيره الاتصال بها إلى أن يملها هو . ثم مات العملاق . كان ابنه بعيدا عن أن يدنوه في القوة أو القدرة ، ومع ذلك توهم أنه صار عملاقا مثل ابيه بموجب حقّ الهي ، له أن يسخر لخدمته كافة الرجال ويخضع لرغبته كافة البنات . فاتحدت الاسرة ضده ، وضرب على أم رأسه) . نقلاً عن د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 208) .

(1) شرع كل من مونتسكيو وروسو في وضع الاسس الكفيلة في نظرهما بإزالة الطغيان ، بحيث لا تعود هناك حاجة إلى إقرار مشروعية المقاومة . كانا في ذلك واهمين ، كما أثبت التاريخ . إن النظام الاستبدادي في نظر مونتسكيو أساس البلاء ، والمخرج لا يكمن في التقدم باقتراح يخفف من شروره ، بل يتعين اجتزاز هذا النظام من جذوره . تصور مونتسكيو أن الحل هو في نظام الفصل بين السلطات ، وقد تخيل وجوده في القانون الإنجليزي ، فالسلطة تحد من السلطة بما يكفل للمواطنين الامان .

أما روسو ، الذي يعد رسول الفردية ، فتؤدي آراؤه في النهاية إلى ذوبان الفرد في المجتمع ، استنادا إلى مفهوم الإرادة العامة ، فيقول روسو : إذا استبعدنا من العقد الاجتماعي ما ليس من جوهره ، انحصر في أن كل منا يضع أمام الجماعة شخصه وسلطته ، تحت القيادة العليا للإرادة العامة وفي أن يستقبل كل عضو باعتباره جزءا لا يتجزأ من الكل . وعلى الفور ، بدلا من الشخصية لكل متعاقد ، ينشئ العقد الاجتماعي جسما معنويا وجماعيا ، يتكون من عدد من الاعضاء يساوي عدد الاصوات ويتلقى هذا الجسم وحدته ، و" الانا " المشتركة ، وحياته وإرادته . أضف أن الدولة قادرة على كل شيء . وصاحب السيادة على الناس وأموالهم . أن الطبيعة تعطي كل امرئ سلطة مطلقة على أعضاء جسمه ، كذلك العقد الاجتماعي يمنح الجسم السياسي سلطة مطلقة على أعضاء الجماعة . ان الدولة ، تجاه أعضائها ، سيدة على أموالهم بموجب العقد الاجتماعي ، فهو أساس الحقوق داخل الدولة . حقًا ان غاية العقد الاجتماعي حفظ المتعاقدين ، لكن من يسعى إلى الغاية ، يتقبل الوسيلة ، ولو حفت بها بعض المخاطر ، وأحاطت بها بعض الاضرار . من يرغب في حفظ حياته على حساب الآخرين ، يجب أن يبذلها في سبيلهم إذا استدعى الامر ، ومتى قال الحاكم : " يناسب الدولة أن تموت " وجب ←

الدستور أرضية لممارسة حقه في الثورة على السلطة الطاغية ؟ مثلما له الحقّ في أن ينص الدستور على حقه في الاضراب والعصيان المدني من جهة ، وعلى حظر التظاهرات المُسلَّحة وأعمال الشغب والعنف والعبث بممتلكات المواطنين وبالممتلكات العامة وكذا الانقلابات العسكرية التي تطيح بالسلطة المنتخبة من قبل الشعب من جهة أخرى[1] ؟

ثُمَّ ، وللتبرير السابق ذاته ، ألا ينبغي أن ننظر بعين الفطنة إلى الحقوق التي ممكن أن تُضاع أو تُهدر في ظل غياب السلطة بعد حالة الانقلاب والثورات ؟ ، أليس من الجدير بفلسفتنا للحق أن تنظر بعين الحكمة إلى حالة حدوث الكثير من الانتهاكات للحقوق في ظل غياب السلطة ، لا سيما وأن وظيفة السلطة وفقاً لفلسفة الحقّ قائمة على صيانة الحقوق وحمايتها ، فإذا غابَ الصائن للحقوق ، فإن الحقوق سوف تكون في خطر ، ولهذا فإن تشكيل السلطة أمر تفرضه كلتا الفلسفتين (فلسفة النظام وفلسفة الحقّ) ، لكن منظور فلسفة الحقّ لهذه السلطة المشكلة بعد الانقلاب والثورة يختلف . إن الفئة التي قامت بالانقلاب واستطاعت بقوة السلاح أن تقضي على السلطة الشرعية القائمة في البلاد ، هي التي تكون

←

على المواطن الموت ، لأنه ما عاش في أمان إلا على أساس هذا الشرط . فحياته ليست مجرد هبة من الطبيعة ، بل منحة شرطية من الدولة . أن هذا الشكل للاجتماع يخص بالقوة المشتركة شخص كل شريك وأمواله ، وفيه يتحد كل شخص مع الآخرين ، ومع ذلك لا يخضع سوى لنفسه ، ويستمر حرا مثلما كان من قبل . (المرجع السابق نفسه ، ص 208) .

(1) لاحظ في حقّ الشعب في مقاومة الحكم الظالم : د . سعدى محمد الخطيب ، فلسفة القانون وحقوق الإنسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013 ، ص 117 .

مسؤولة عن صيانة وحماية الحقوق في داخل المجتمع ، ذلك ان فلسفة الحقّ تنظر إلى تولي السلطة على أنه أمر تكليفي أكثر مما هو امر تشريفي ، وبالتالي فإن متولو السلطة الجديدة بعد الانقلاب ، هم الذين يمسكون بزمام الامور في المحافظة على حقوق الأفراد ، وبالتالي يجب أن نعترف بوجود مرحلة انتقالية بين ثبات الوضع الحالي وبين عدم ثباته لحين تثبيته على الوضع الجديد ، وهذه المرحلة الانتقالية لا بد من وجود سلطة تقودها ، وإن كنا نختلف حول شرعية هذه السلطة ، لكنها سلطة وقعت بأمر الواقع . كما أن السلطة التي تتشكل بعد حدوث الثورة هي في العادة سلطة ممثلة بالأشخاص القائمين بالثورة أنفسهم ، وهم مسؤولون عن حماية الحقوق والحريات الفردية لكافة أفراد المجتمع في داخل الدولة ، ولهذا فإن تشكيل السلطة بعد حدوث الانقلابات والثورات هو أمر ضروري لحماية وصيانة الحقوق وهذا ما تقتضيه فلسفة الحقّ .

257) - التدخل الإنساني لحماية حقوق الإنسان :

سبق وأن ذكرنا أن العصر الحالي شهد تغيُّراً في القناعات وهذا التغيُّر أدى إلى التحول شيئاً فشيئاً من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ ، فمثلاً كان يُنظر إلى سيادة الدولة بأنها سيادة مطلقة والدولة سيدة نفسها ولا يجوز التدخل في شؤونها الداخلية مهما كان ولأي تبرير كان ، لكن مفهوم السيادة تغيَّر ، والسبب في تغيُّره هو اعتناق الأنظمة الدولية لفلسفة الحقّ ، بتأثير من الجو العالمي العام في حماية حقوق الإنسان ، إذ بات عالمنا اليوم يشهد تدخلات عديدة سواء من قبل الجماعة الدولية أو من قبل دول لها باع طويل في حقوق الإنسان ، في شؤون الدول التي لا تحترم حقوق الإنسان ، ولا سيما الحقوق الطبيعية له ، كحقه في

الحياة والحرية والتنقل والكرامة الإنسانية وغير ذلك من الحقوق الطبيعية المقررة لكل الناس . إن التدخل الإنساني لحماية حقوق الإنسان في داخل الدولة بالرغم من عدم موافقة السلطة الحاكمة في داخل الدولة هو أمر تقره وتدعمه بشدة فلسفتنا في الحقّ ، ذلك أن الرسالة التي خُلقت السلطة[1] من أجل تحقيقها هي صيانة الحقوق وحمايتها ، فعندما تخون السلطة أمانتها ولا تحقق هذه الرسالة بل تحقق غرضاً وغايات معاكسة لغايات هذه الرسالة التي من أجلها ظهرت ، فإنه ينبغي على الجماعة بمفهومها الطبيعي ، وأقصد الجماعة الدولية ، أن تتدخل حمايةً لحقوق الإنسان ولا سيما حقوقه الطبيعية التي تعدُّ ، بلا أدنى شك ، حقًّا عاماً لكل أفراد المجتمع الدولي القاطن على الكرة الأرضية .

258) - العقوبة وإيقاف تنفيذها :

قد يحصل أن ينظر البعض خاطئاً إلى العقوبة أنها ترسيخ للنظام السياسي القاطن في الدولة ، إذ بالعقوبة وفرضها تُصان هيبة الدولة ، ولا شك أن هذه النظرة ، هي نظرة منبثقة من اعتناق فلسفة النظام ، لكن العقوبة وبكل بساطة ما هي إلا جزاء مفروض على مرتكب الجريمة[2] ، والتي لا يتعدى معناها معنى انتهاك الحقوق ، وذلك من أجل زجر المجرمين في الاعتداء على حقوق غيرهم وردع الباقين عن الإتيان بمثل هذه الأفعال ، فالعقوبة هي بالحقيقة وسيلة لصيانة

(1) في تحديد معنى السلطة وتحديد طبيعتها ، لاحظ : د . خضر حضر ، مفاهيم أساسية في علم السياسة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2011 ، ص 145 ، 157 .

(2) في فلسفة فرض العقوبة ، لاحظ : د . أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية ، دار الثقافة ، عمّان ، 2008 ، ص 92 والتي تليها .

الحقوق واحترام الحريات الفردية .

لكن قد يعترض البعض [1] ، وانطلاقاً من فلسفة الحقّ ، على أن القانون قد يميز ما بين أفراد المجتمع عندما يسمح للقاضي بإيقاف تنفيذ العقوبة على أشخاص تتوفر فيهم صفات معينة ، مما يعني أن هذا سيُحدث فارقاً كبيراً بين فئات المجتمع . في الحقيقة أن إيقاف تنفيذ العقوبة وما اشترطه القانون من صفات معينة في الشخص [2] الذي يُدان بجريمة معينة ، وتُفرض عليه عقوبة قد لا تتجاوز مدة معينة من الحبس أو مبلغاً مالياً معيناً من الغرامة ، بإيقاف تنفيذ هذه العقوبة قد لا يتعارض مع فلسفتنا للحق ، ذلك أن مرتكب الجريمة الذي يُدان أمام القضاء وتفرض عليه عقوبة [3] ، غالباً ما يكون شخصاً يستفيد منه أفراد المجتمع ، وتتحقق حقوقهم من خلال الوظيفة أو الواجب الذي يؤديه هذا

---

(1) إذ يُعدُّ نظام إيقاف تنفيذ العقوبة خرقاً لمبادئ المدرسة الجنائية التقليدية التي قصّرت اهتمامها على الجانب المادي للجريمة دون اعتبار لشخص مرتكبها . (لمزيد من التفصيل لاحظ : د . ماهر عبد شويش الدرّة ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، 1990 ، ص 503) .

(2) نصت المادة(144) من قانون العقوبات العراقي على أنه : ((للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة ، أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه عن جريمة عمدية ، ورأت من أخلاقه وماضيه وسنه وظروف جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة . وللمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على العقوبة الأصلية أو تجعله شاملاً للعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية ، وإذا حكم بالحبس والغرامة معاً جاز للمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على عقوبة الحبس فقط . وعلى المحكمة أن تبين في الحكم الأسباب التي تستند إليها في إيقاف التنفيذ)) .

(3) في التبرير لنظام إيقاف العقوبة ، لاحظ : د . ناصر كريش خضر الجوراني ، نظرية التوبة في القانون الجنائي ، دار الحامد ، عمّان ، 2009 ، ص 206 .

الشخص في المجتمع ، وبالتالي فإن إيقاف تنفيذ العقوبة هو ليس بالضرورة نتيجة لتمييز هذا الشخص عن غيره ، بل هو نتيجة لاحترام الحقوق التي لا تتأدى إلا بقيام هذا الشخص بواجبه ، وهو لا يستطيع أن يمارس واجبه وهو مشمول بهذه العقوبة ، فالعقوبة وإيقاف تنفيذها على بعض الأشخاص ، يجب أن تنطلق من هذا المنطلق الفلسفي ليس إلا [1] .

---

(1) فضلاً عن أن هذا الإجراء مؤطّر بإجراءات لا بد من تحققها كتقديم تعهد والوضع تحت المراقبة ، حيث نصت المادة(145) من قانون العقوبات العراقي على أنه : ((للمحكمة عند الأمر بإيقاف التنفيذ أن تلزم المحكوم عليه بأن يتعهد بحسن السلوك خلال مدة إيقاف التنفيذ وفقاً لأحكام المادة 118 أو أن تلزمه بأداء التعويض المحكوم عليه كله أو بعضه خلال أجل يحدد في الحكم أو تلزمه بالأمرين معاً)) . كما أن هذا الإجراء هو إجراء وقتي ، حيث نصت المادة (146) من قانون العقوبات العراقي على أنه : ((تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم)) . كما أن الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة قابل للإلغاء ، حيث نصت المادة (147) من القانون نفسه على أنه : ((1- يجوز الحكم بإلغاء إيقاف التنفيذ في أية حالة من الحالات التالية : أولا - إذا لم يقم المحكوم عليه بتنفيذ الشروط المفروضة عليه وفقا للمادة 145 .

ثانيا - إذا ارتكب المحكوم عليه خلال مدة التجربة المذكورة في المادة السابقة جناية أو جنحة عمدية قضي عليه من أجلها بعقوبة سالبة للحرية لأكثر من ثلاثة اشهر سواء صدر الحكم بالإدانة اثناء هذه الفترة أو صدر بعد انقضائها .

ثالثا - إذا ظهر خلال مدة التجربة أن المحكوم عليه كان قد صدر عليه حكم نهائي مما نص عليه في الفقرة السابقة لجناية أو جنحة عمدية ولم تكن المحكمة قد علمت به حين أمرت بإيقاف التنفيذ .

2- يصدر الحكم بالإلغاء بناء على طلب الادعاء العام من المحكمة التي أصدرت الحكم بالعقوبة التي ترتب عليها الغاء إيقاف التنفيذ أو التي ثبت أمامها سبب الالغاء مع عدم الاخلال بحق الطعن ولا في درجات التقاضي.)) . كما نصت المادة (148) من القانون ذاته على أنه : ((يترتب على الغاء إيقاف التنفيذ ، تنفيذ العقوبة الأصلية والعقوبات التبعية والتدابير الاحترازية التي كان اوقف تنفيذها ويجوز الحكم بمبلغ الكفالة التي اديت كلا أو جزءا تنفيذا للتعهد بحسن السلوك الذي الزم المحكوم عليه به)) . وأخيراً نصت المادة (149) منه على أنه : ((اذا انقضت مدة التجربة دون أن يصدر حكم بإلغاء الإيقاف وفقا لأحكام المادة 147 اعتبر الحكم كأنه لم يكن وألغيت الكفالة المشار اليها في المادة 145.))

المطلب الثاني
وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ

259) - كيفية وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ :

لا شك أن فلسفة الحقّ قد أنتجت كثيراً من الأفكار ، وهذه الأفكار ينبغي ألاّ توضع فقط كحبرٍ على ورق ، وإنما يجب أن تتحول إلى واقع ملموس ، ولكي تتحول إلى واقع ملموس ، لا بد أولاً أن نُغيِّر قناعاتنا ، فبدلاً من أن نفسر أو نبرر أو نُؤوِّل بعض الأوضاع والأنظمة والأنماط في الحياة الاجتماعية والتي نظّمها القانون أو نظّمها العرف أو اعتاد الناس على تصويرها على أنها انبثاق واقعي من الفكر المعتنق لفلسفة النظام ، فإنه حان الوقت أن يُدرك الجميع أن لفلسفة الحقّ كلمة ، ويجب أن تكون الكلمة الأساسية في التعامل مع الكثير من الأوضاع .

نرى في حياتنا اليومية أوضاعاً كثيرة تخالف بشكل صريح فلسفة الحقّ ، فهي في الوقت الذي قد يُحاول البعض ، وبنجاح صُوري ، أن يُبررها على أساس من فلسفة الحقّ ، لكنها تعكس بالمقابل اعتداءً صارخاً على حقوق أخرى قد تبدو أسمى من الحقّ المراد حمايته من خلال هذه الأوضاع ، ولهذا لا بد من أن نُغيّر من مسار القوانين والتشريعات حول هذه القضايا ، بحيث أنه ينبغي على كل تشريع أن يُغيّر موقفه بالتعديل أو بإلغاء التشريعات النافذة وإحلال تشريعات جديدة محلها تتناسب وتنسجم مع الفلسفة الحقيقية للحق القائمة على وضع الحقوق في المرتبة الأولى في الحياة القانونية ، ذلك أننا وجدنا أن القانون لم يظهر إلا تحقيقاً للحقوق وبالتالي يجب أن لا يُساء استعمال القانون من أجل الالتفاف على هذه الغاية أو تفسيرها تفسيراً ديماغوجياً بحيث يطيح بالأرضية التي

تنطلق منها بدلاً من أن يرسخ دعائها ، كما أن وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ يستدعي ويتطلب الإتيان بأفكار جديدة يجب اعتناقها ، لكي توضع ، استجابة لها ، أوضاع وأنماط وأنظمة جديدة في الحياة القانونية ، إذ لا بد من أن يتدخل التشريع في كل دولة أو تتدخل الدول عبر الاتفاقيات الدولية أو المعاهدات ، بتنظيم هذه المسائل استجابة لفلسفة الحقّ ، فالكيفية التي يتم بها وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ تكون بطريقتين هي :

1- تصحيح الأوضاع الراهنة .

2- الإتيان بأفكار جديدة تؤدي إلى وضع أنماط وأنظمة وأوضاع جديدة تتماشى مع فلسفة الحقّ .

ولهذا سوف نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول : إعادة تنظيم مسار بعض الأفكار ، وفي الفرع الثاني : الإتيان بأفكار جديدة .

الفرع الأول
تصحيح مسار بعض الأفكار

260) - الحقّ ونظام " الكوتا " :

تنطلق الدساتير في عدد ليس بالقليل من دول العالم إلى أن تضع " كوتا " معينة لبعض الأقليات [1] ، و"كوتا" أخرى لتمثيل النساء في المجالس

(1) في التعريف بنظام " الكوتا " ، لاحظ : د . محمد معافي المهدلي ، مقال بعنوان : (نظام الكوتا النسائية محاولة للفهم) ، منشور على موقع مأرب برس . / marebpress.net تاريخ الزيارة 2016/2/29 .

النيابية[1] (البرلمانات) ، ولعل الغرض الذي دفع هذه الدساتير إلى فرض هذه النسبة (الكوتا) ، ولا سيما النسائية[2] ، وعلى مختلف أشكالها [3] ، هو خلق جو

(1) جاء نظام "الكوتا" أو الحصص النسبية ليقدم حلولا لزيادة نسبة المشاركة السياسية للنساء في المجالس المنتخبة وكحل مؤقت يعالج المشكلات الخاصة بمشاركة النساء سياسيا ، ويطرح هذا النظام جدلا واسعا حوله والى أي مدى يساهم نظام "التمييز الإيجابي" في خلق مشاركة سياسية حقيقية للنساء المهمشات عن العملية السياسية ومواقع صنع القرار . (لاحظ : مقال بعنوان : (نظام الكوتا : نماذج وتطبيقات حول العالم ورقة بحثية منشورة على موقع نظرة للدراسات النسائية ، /nazra.org ، تاريخ الزيارة : 29 / 2 /2016 .

(2) تعد إشكالية ضعف مشاركة النساء في العملية السياسية ومواقع صنع القرار من أكبر إشكاليات تواجد المرأة في المجال العام وإقرار حقوقها في العالم أجمع . وتختلف نسب المشاركة من دولة لأخرى حسب الطبيعة الاجتماعية والثقافية والقوانين المقرة في كل بلد . ويعد تمثيل المرأة في مواقع صنع القرار وسيلة لدعم النساء للمشاركة في الحياة العامة والسياسية لبلادهن على اختلاف خلفيات تلك النساء الطبقية والسياسية والاجتماعية والثقافية . كان نظام "الكوتا" أو تخصيص حصص للنساء إحدى الآليات المقترحة في المؤتمر الرابع العالمي عن النساء ، في بكين عام 1995 كحل مرحلي لمشكلة ضعف مشاركة النساء في الحياة السياسية ومراكز صنع القرار ، لما طال النساء من تهميش وإقصاء أدى إلى عدم تمثيلهن أو على أقل تقدير ضعف هذا التمثيل ، وعزوفهن في كثير من الأحوال عن المشاركة في مراكز صنع القرار . (لاحظ : المقال السابق نفسه ، الاشارة ذاتها) .

(3) هناك ثلاثة أشكال للكوتا وهي الكوتا القانونية أو الدستورية التمثيلية التي يتم من خلالها تخصيص نسبة محددة من المقاعد في المجالس التشريعية للنساء ، مثل الكوتا المطبقة في العراق حيث ينص الدستور العراقي على نسبة 25٪ من المقاعد أن تكون مخصصة للنساء في مجلس النواب وأيضاً في الأردن حيث خصص القانون 10٪ من المقاعد للنساء . والشكل الآخر للكوتا هي الكوتا الترشيحية التي قد تكون مقننة فتجبر الأحزاب على ترشيح نسبة محددة من النساء على قوائمها مثلما هو الحال في فلسطين حيث نص قانون الانتخاب في عام 2005 على أنه "يجب أن تتضمن كل قائمة من القوائم الانتخابية المرشحة للانتخابات النسبية (القوائم) حداً أدنى لتمثيل المرأة لا يقل عن امرأة واحدة من بين كل من : 1 . الأسماء الثلاثة الأولى في القائمة ، 2 . الأربعة أسماء التي تلي ذلك ، 3 . كل خمسة أسماء تلي ذلك" . والشكل الثالث للكوتا هي الكوتا الطوعية التي تتبناها الأحزاب في لوائحها دون وجود نص قانوني ملزم مثلما هو الحال في العديد من الدول الاسكندنافية مثل السويد والنرويج .

من التنوع النوعي في داخل المجالس النيابية ، إذ بفضل هذه ال" كوتا " وصلت المرأة إلى هذه المجالس وبنسبة لا يُستهان بها ، كما أننا نجد أن الكثير من البرلمانات التي اعتمدت دساتير دولها على فرض هذه "الكوتا" ، نجد فيها تنوع بين الجنسين ، لكن وإذ كان ينظر إلى هذه "الكوتا" أنها نوع لإحقاق حقوق فئة قد تبدو مهمشة في المجتمع[1] ، وهذا ما تؤيده بلا شك فلسفة الحقّ ، لكنها قد تؤدي إلى نتيجة غير معقولة ، حتى في ظل من يعتنق فلسفة النظام ، فهي سلاح ذو حدّين[2] ، كما أنه وفي الوقت الذي يستدعي هذا النظام إلى احترام حقوق

←

(لاحظ : المقال السابق ، الاشارة ذاتها) .

(1) تم تطبيق نظام "الكوتا" بأشكاله المختلفة الترشيحية منها التمثيلية في بعض الدول العربية من بينها الأردن وفلسطين والعراق وكذلك مصر ، وفي دول أخرى أفريقية مثل جنوب أفريقيا وموزنبيق والسنغال ، وطالما كانت الدول الأوربية تعطي مثالاً كنتيجة لتطبيق نظم الكوتا وخاصة على القوائم الحزبية سواء قانونياً أو طوعياً كما هو الحال في السويد والدنمارك والنرويج وبلجيكا . وتطرح الكوتا حلا مرحليا للمشاركة الضئيلة للنساء في الحياة السياسية ولكن يتعرض هذا النظام لبعض الانتقادات ، حيث يعتبر بعض المعارضين لنظام الكوتا أنه أحد أشكال التمييز في تمثيل النساء ، وقد لا يعبر عن إرادة الناخبين بشكل حقيقي أو أنها تحدّ من خيارات الناخبين خاصة عندما تخصص مقاعد للنساء في المجالس التشريعية . وتبقى الكوتا إجراءً مؤقتا لحين القضاء على المعوقات التي تواجه النساء في الحياة السياسية ولحين تمكينهن بشكل فعلي فلا تعد إجراءً تمييزيا ، كما أن الواقع الفعلي يقول أن النساء فرصهن أقل في الترشح والانتخاب نتيجة لعدة عوامل من بينها العوامل الاجتماعية والثقافية للعديد من المجتمعات التي يحكمها الطابع الذكوري السلطوي ، ويظهر هذا جليا في نسب تمثيل النساء في العالم العربي . (لاحظ : المقال السابق ذاته ، الاشارة ذاتها) .

(2) إن الكوتا التمثيلية تعد سلاح ذو حدين حيث تدفع بعدد النساء في المجالس المنتخبة ولكن يتداخل معها حجم الدوائر التي تترشح عليها النساء في مقاعد الكوتا ، كما تتحمل النساء الكثير من الأعباء المرتبطة بالانتخابات مثل الحملات الانتخابية والدعاية لها وحدها إذا كانت تترشح على مقعد مخصص للمرأة ، وقد أثبتت التجربة أن النساء التي تصل إلى مثل هذه المقاعد يكنّ من ذوات السلطة

←

بعض الأقليات ، ولا سيما النساء في مسألة "الكوتا" النوعية ، إلا أنه غاب عليه أنه يُضيِّع بهذه "الكوتا" حقوق الناخبين ، إذ أن الكثيرين من النساء يقومون بانتخاب رجال معينين دون أن يروا أن في المرأة جدارة في تمثيل أصواتهم ، وبالتالي أنه يفوت إرادة الناس ويطيح الفكرة الأساسية في شرعنة السلطة العائدة لنظريات العقد الاجتماعي ، إذ نرى في بعض الأحيان أن من الممكن لامرأة واحدة أن تعتلي كرسي في البرلمان أو تحجز لها كرسياً في مجلس نيابي ما ، بعدد قليل من الأصوات قد لا يبلغ 100 صوت ، في حين يُحرم رجل ، بسببها ، قد حصل على 15000 صوت من أصوات الناخبين ، وهذا أمر لا تقره فلسفة الحقّ بأي حالٍ من الأحوال ، إذ أنه لا بد من احترام إرادة الناخب في اختياراته لمن يمثله تمثيلاً حقيقياً ؛ ثم أن وجود المرأة في البرلمانات لا يعني أننا ضمنّا الدفاع عن حقوقها ، فغالباً ما نجد أن المدافع الأساسي عن حقوق المرأة هو الرجل ، وبالتالي فإن الغاية التي نشأت من أجلها "الكوتا" النسائية لم تتحقق . كما أن هذا النظام

← والنفوذ واللاتي قد يعبرن عن مصالح النظم الحاكمة وليس عن مصالح النساء بشكل فعليّ ، مثلما حدث في التجربة المصرية عام 2010 ، عندما استحوذ الحزب الحاكم على معظم المقاعد المخصصة للمرأة كما سيتضح لاحقا في عرض في التجربة المصرية . وعلى النقيض ، تعطي الكوتا الترشيحية الإلزامية كتمييز إيجابي دافعا للأحزاب السياسية أن تدفع بالنساء لمواقع أفضل في هياكلها الداخلية وتعمل على تمكين النساء بشكل أفضل وتأهيل الكوادر النسائية للعمل في المجالس المنتخبة ، حيث أن عامل الإرادة السياسية للأحزاب هو إحدى العوامل الرئيسية في تفعيل دور النساء سياسيا . عادة ما تعزف النساء عن المشاركة في الأحزاب السياسية نتيجة لتهميش دورهن داخل الأحزاب وتقسيم العمل على أساس النوع ، مثل تشكيل لجان للمرأة تشارك بها النساء دون أن ينخرطن في سائر اللجان وفي مراكز صنع القرار داخل الهياكل التنظيمية للأحزاب . ولذا يقع على عاتق الأحزاب السياسية دعم النساء في المجال السياسي أولا من خلال المشاركة الفعالة بداخلها وثانيا دعمهن سياسيا في العملية الانتخابية . (لاحظ : المقال السابق ذاته ، الاشارة ذاتها) .

يتعارض البتّة مع صرخات المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في كل دول العالم[1] .

وتأسيساً على ما سبق يجب إعادة تصحيح مسار هذا الوضع بإلغاء نظام الكوتا ، سواء أكان هذا بالنسبة للأقليات أم بالنسبة للنساء ، مراعاةً لحقوق الناخبين .

261) - الحقّ والمساواة بين الجنسين :

إن الإيمان بفلسفة الحقّ تقودنا إلى مبدأ المساواة بين كافة الناس طبعاً وليس وضعاً ، وهنا تُثار مشكلة مفادها اختلاف الناس في الأجناس (الذكر والأنثى) ، هل نعُدُّها من الأطباع ، فيكون الطبع منقسماً إلى قسمين طبع مطلق قائم على الذاتية الإنسانية ، وطبع نسبي قائم على اوضاع الناس الطبيعية وليست الوضعية ، وأعني الجنس(الجنس هنا هو بالمعنى القانوني للكلمة وليس المنطقي) ؛ أم نعدُّها من الأوضاع ؟ !

إذا قلنا أن اختلاف الناس في أجناسهم هي أنماط طبيعية وتدخل في صميم الحقوق الطبيعية للناس ، فإن مبدأ المساواة (بين الناس) الذي يسود حقوقهم

---

(1) وإذا وجدت بعض الأنظمة أن من شأن تطبيق أنظمتها الانتخابية أن تُهدر حقوق بعض الأقليات ، لا سيما النساء ، فبإمكانها أن تستعيض عن نظام "الكوتا" بوسائل أخرى ، مثل جعل المرأة المُرشحة – مثلاً – فائزة في الانتخاب إن حصلت على مقدار نصف ما يحصل عليه الرجل في دائرتها الانتخابية من أصوات ، على ألاّ يزيد عددهن ، في كل دائرة ، عن عدد الرجال . وأرى في ذلك تحقيقاً للعدالة والتكافؤ بشكل أفضل من نظام الكوتا .

الطبيعية سيؤدي إلى خلق عالم غير متوازن ، لأنك بهذا تكون قد ساويت بين مختلفين ، وبالتالي سيتحقق الظلم لأحد الجنسين لأنك ساويته مطلقاً بالجنس الآخر على اعتبارات نابعة من الاختلاف الجنسي ، في حين لو أن الحقوق الطبيعية اقتصرت على الإنسان بالنظر إلى ذاته الإنسانية ، فإن مبدأ المساواة سيخلق قدراً عالياً من التوازن بين الناس ، ومهما اختلفوا ، ذلك أن جعل الجنس نمطاً طبيعياً سيؤدي إلى تحقيق إحدى نتيجتين :

1- حصول اضطراب في التوازن بين الجنسين ، إذا طبقنا المبدأ السائد في الحقوق الطبيعية ، وهو مبدأ المساواة المطلقة .

2- حصول تمييز عنصري بين الناس على اعتبار عدّ جنسهم نمطاً طبيعياً يستوجب التمييز بينهم ، وهذه حالة تنبذها القيم الخُلقية قبل الحقوقية ، وتشمئزُّ منها العقول المؤمنة بفلسفة الحقّ ومنطقه [1] .

لذا فإنه يجب عد الجنس نمطاً وضعياً للإنسان ، ترتبط به حقوق وضعية ، يسودها مبدأ التكافؤ بين الجنسين وليس المساواة .

ولا يعني ذلك أننا نميز بين الناس على أساس الجنس ، وإنما لا بد أن نأخذ بعين الاعتبار القدرات الإنسانية لكل من هؤلاء ونعترف لهم بالحقوق التي

---

(1) كما أن جنس الإنسان – بالمعنى الدارج – لا يدخل في تحديد ذاته ، بل هو شيءٌ عرضي ، فبموجب علم المنطق ، يعدُّ الإنسان نوعاً لجنسٍ أعلى منه هو الحيوان ، والحيوان نوعٌ لجنس أعلى منه هو الجسم النامي ثم صعوداً إلى الجوهر ، أما الإنسان فيدخل في فصله الأقوام ، كما لو قلنا هذا هندي وهذا صيني وهكذا . وليس الجنس بالمعنى الشائع إلا عرضاً في الإنسان غير مؤثر على ذاتيته . (لاحظ في المعنى نفسه : الكلنبوي ، البرهان ، ص 94) .

تتناسب وتتسق مع هذه القدرات ، وبالتالي نرى أن هناك حقوق وضعية للمرأة لا تتوفر لدى الرجل ، وحقوق وضعية للرجل قد لا تتوافر لدى المرأة ، على الرغم من اتحادهما في حقوقهما الطبيعية ، ويجب الإقرار بذلك ، إذ أن المساواة المطلقة بين الجنسين (الرجل والمرأة) ، هي مساواة صُورية ليست إلا ، إذ أن الواقع يفرض نفسه على وجود نوع من الفوارق ما بين الجنسين ، وبالتالي قد تكون الحقوق التي تأخذها المرأة بسبب اختلاف جنسها عن الرجل أكثر من الحقوق التي يأخذها الرجل وهو كرجل ، ولهذا لا بد أن نضع في الحسبان أن لا وجود لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، لاعتبار الجنس وضعاً لا طبعاً ، إنما المبدأ الموجود هو مبدأ العدالة ما بين الجنسين ، الناجم من خلق حالة من التكافؤ بينهما .

وربّما يكون مناسباً أن نذكر هنا أنه ليس من المنصف إنكار حقيقة وجود جور وظلم على المرأة في فترات زمنية وفي مختلف الأمكنة ، وعلى مختلف الأصعدة ، وقد شهد العصر الحديث ظهور محاولات جدية من قبل الكثير من النساء والرجال لتحرير المرأة من قيود الرجل ومن ظلم من استغل قوة جسده ونفوذه المادي والاجتماعي ، ليجعل من المرأة شيئاً يبدده ، أو واسطته التي يمتطيها كيفما يشاء ويقودها إلى ما تشتهي أهواءه .

صحيح أن الاختلاف البيولوجي بين الرجل والمرأة قد يفرض نفسه في احداث قدر محدد من التباين في الحقوق والواجبات ، سواء على نطاق الاسرة أم على نطاق المجتمع ، لكن يجب ألا يكون هذا هو القاعدة العامة ، فالذي يجمع بين الرجل والمرأة هو أكبر من الذي يُفرِّق بينهما ، فهما جناحي المجتمع الذي لا

يستقيم التحليق بدون أحدهما ، وعلى وجه التكافؤ .

إن نضال المرأة من أجل استعادة شخصيتها وكرامتها وحريتها ومكانتها الاجتماعية المتكافئة مع الرجل ، لهو نضال يستحق الاحترام والتقدير ، وهو نضال تدعمه فلسفتنا في الحقّ ، لا سيما قيد الأفكار والتقاليد والأعراف والطقوس البالية التي جعلت من المرأة محلاً للأعمال لا جزءاً محركاً لها ، هي التي ساهمت ، وبشكل أساس ، في تنكيس مكانتها والتقليل من شانها .

لقد انقاد الكثير من القوانين وراء الموروث الذي تلقّاه المجتمع من أسلافه ، وترتب على ذلك ضياع الكثير من حقوق المرأة على حساب حصول الامتيازات والمزيد من السلطات بيد الرجل ؛ وإزاء ما تقوده التشريعات والأعراف في الكثير من المجتمعات إلى تحسين الفوارق بين الرجل والمرأة ، ظهرت ردود أفعال ضد هذا التوجه ، ونادت بتحرر المرأة وتحقيق المساواة المطلقة بينها وبين الرجل . وقد أدت بعض المحاولات الجادة والصلدة إلى ظهور مصطلح في علم الاجتماع ، يشدُّ الانتباه إلى حقيقة وجود الفوارق بين الرجل والمرأة ، وبالتالي ضرورة إزالتها ، وهذا المصطلح هو (الجندر) [1] الذي أُطلق للفت الانتباه إلى ضرورة المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة من الناحية الاجتماعية ، مع عدم إنكار الفوارق البيولوجية بينهما .

إنه ومع كل الدعائم السديدة التي انطلقت منها مجموعة من علماء الاجتماع ،

---

(1) في التعريف بمصطلح (الجندر) ، لاحظ : د . نظلة أحمد الجبوري ، مفهوم الجندر ، ص 13 . ولاحظ : نارا قاسم قادر ، الجندر والجنس ، مفهومهما وأثرهما في قانون الأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2015 ، ص 6

لا سيما النساء منهم ، فإن مفهوم (الجندر) ، بات يُرسِّخ لعلاج اجتماعي جذري للتفاوت الحاصل بين الرجل والمرأة ، لكن هذا الحل يجب أن يختار له بيئة ملائمة ، إذ ليس من الحكمة في شيء أن نطلق هذا المفهوم في مجتمع ، وإن كانت تعاني فيه المرأة من بعض الظلم ، فإن لها امتيازات خاصة بها لا تُعطى للرجل ، إذ عندما نضع يدنا ، ونحن مع ثقافة الجندر ، على مواطن هدر حقوق المرأة ، يستطيع معارضونا أن يضعوا أيديهم على المواطن التي تمتاز بها المرأة على الرجل ، ففي مجتمعنا – مثلاً – وإن كانت المرأة مضطهدة من قبل الرجل ، ولا تخرج من البيت إلاّ بإذنه ، وهو قوّام عليها ، ويستطيع تطليقها بإرادته المنفردة ؛ فإنها تستحق المهر من زوجها والنفقة عليها وتميُّزها في الاعفاء من الاعباء العامة ، كإعفائها من خدمة العلم ، أو القيام بالأعمال الشاقة وما إلى ذلك ، وإن كانت المسألة غير متكافئة ، مع ما تقدَّم ، فإن رسالة تحقيق التكافؤ بين الرجل والمرأة هي الأسمى في التحقيق ، بدلاً من المساواة المطلقة ، فالمساواة المطلقة تبدو بعيدة المنال ، وقد لا يمكن تحقيقها حتى في أكثر المجتمعات الغربية تحرراً ونصرةً لحقوق المرأة ، إذ من الصعب ، إن لم يكن من المستحيل ، حتى في ظل هذه المجتمعات ، أن ينسب الطفل إلى أمه بدلاً من أبيه ، وأن يسمى الزوج بلقب عائلة زوجته ، أو يتولى الزوج إرضاع الصغير وتربيته ؛ فلا نستطيع أن نجعل كل هذه الحالات أنماطاً طبيعية يتساوى فيها الجنسين ، بل هي أنماط وضعية تتحقق فيها رسالة التكافؤ ؛ إذ لا ينبغي تطبيقها أمام حالة من الازدواجية في اختيار الضوابط والمعايير والأنماط .

إن التكافؤ بين الرجل والمرأة يجب أن ينطلق من منطلق حقوقي صرف ، إذ

لعلاج اجتماعي جذري
يجب أن يختار له بيئة
المفهوم في مجتمع ، وإن
امتيازات خاصة بها لا تُعطى
، على مواطن هدر حقوق
المواطن التي تمتاز بها المرأة
المرأة مضطهدة من قبل الرجل ،
قوام عليها ، ويستطيع تطليقها بإرادته
والنفقة عليها وتميُّزها في الاعفاء من
أو القيام بالأعمال الشاقة وما إلى ذلك ،
تقدم ، فإن رسالة تحقيق التكافؤ بين
بدلاً من المساواة المطلقة ، فالمساواة
لا يمكن تحقيقها حتى في أكثر المجتمعات
إذ من الصعب ، إن لم يكن من المستحيل ،
أن ينسب الطفل إلى أمه بدلاً من أبيه ، وأن
زوجته ، أو يتولى الزوج إرضاع الصغير وتربيته ؛ فلا
هذه الحالات أنماطاً طبيعية يتساوى فيها الجنسين ، بل هي
تحقيق فيها رسالة التكافؤ ؛ إذ لا ينبغي تطبيقها أمام حالة من
في اختيار الضوابط والمعايير والأنماط .

التكافؤ بين الرجل والمرأة يجب أن ينطلق من منطلق حقوقي صرف ، إذ

لا سيما النساء منهم ، فإن مفهوم (الجندر) ، بات يُرسِّخ لعلاج اجتماعي جذري للتفاوت الحاصل بين الرجل والمرأة ، لكن هذا الحل يجب أن يختار له بيئة ملائمة ، إذ ليس من الحكمة في شيء أن نطلق هذا المفهوم في مجتمع ، وإن كانت تعاني فيه المرأة من بعض الظلم ، فإن لها امتيازات خاصة بها لا تُعطى للرجل ، إذ عندما نضع يدنا ، ونحن مع ثقافة الجندر ، على مواطن هدر حقوق المرأة ، يستطيع معارضونا أن يضعوا أيديهم على المواطن التي تمتاز بها المرأة على الرجل ، ففي مجتمعنا – مثلاً – وإن كانت المرأة مضطهدة من قبل الرجل ، ولا تخرج من البيت إلاّ بإذنه ، وهو قوّام عليها ، ويستطيع تطليقها بإرادته المنفردة ؛ فإنها تستحق المهر من زوجها والنفقة عليها وتميُّزها في الاعفاء من الاعباء العامة ، كإعفائها من خدمة العلم ، أو القيام بالأعمال الشاقة وما إلى ذلك ، وإن كانت المسألة غير متكافئة ، مع ما تقدَّم ، فإن رسالة تحقيق التكافؤ بين الرجل والمرأة هي الأسمى في التحقيق ، بدلاً من المساواة المطلقة ، فالمساواة المطلقة تبدو بعيدة المنال ، وقد لا يمكن تحقيقها حتى في أكثر المجتمعات الغربية تحرراً ونصرةً لحقوق المرأة ، إذ من الصعب ، إن لم يكن من المستحيل ، حتى في ظل هذه المجتمعات ، أن ينسب الطفل إلى أمه بدلاً من أبيه ، وأن يسمى الزوج بلقب عائلة زوجته ، أو يتولى الزوج إرضاع الصغير وتربيته ؛ فلا نستطيع أن نجعل كل هذه الحالات أنماطاً طبيعية يتساوى فيها الجنسين ، بل هي أنماط وضعية تتحقق فيها رسالة التكافؤ ؛ إذ لا ينبغي تطبيقها أمام حالة من الازدواجية في اختيار الضوابط والمعايير والأنماط .

إن التكافؤ بين الرجل والمرأة يجب أن ينطلق من منطلق حقوقي صرف ، إذ

يجب أن تكون القاعدة التي تحكم الموازنة بين حقوقهما هي قاعدة المساواة في الحقوق الطبيعية ، فكلاهما إنسان ، وحقوق الإنسان مقررة لكليهما على قدم المساواة ، لكن العامل البيولوجي والعامل السوسيولوجي الفاعلين في تباين حقوقهما الوضعية ، يجعلهما مختلفين لا محال ، فللمرأة حقوق لا ينبغي أن يتمتع بها الرجل ، وكذا الحال بالنسبة للرجل ، لكن ينبغي أن تكون المسألة متكافئة بما يخدم مصلحة المجتمع الذي لا يستقيم بهما معًا .

إن الثقافات والطقوس والإرث الديني والعقائدي الذي ما زال مطبقاً اليوم على الرغم من حدوث الكثير من التطورات الاجتماعية ، هو الذي قاد إلى حدوث هذا الخلل في التكافؤ بين حقوق الرجل وحقوق المرأة ، إذ في الوقت التي ترى فيه فئة اجتماعية ضرورة التقيد بالموروث من الأفكار والقواعد ، ترى فئة أخرى ، لحالة من رد الفعل ، ضرورة نسفها والإتيان بدلاً عنها بقواعد متناقضة عنها تماما ، فيتجه احد التيارين عكس اتجاه الآخر ، ويضيع المجتمع بين هذين الاتجاهين ، وتحصل متغيرات سلبية خطيرة في حالة المجتمع ، وتتفاقم المشكلات وتتحول المشاكل إلى معضلات يصعب حلها [1] .

---

(1) وهذا ما حصل عندما تنازع تياران في البرلمان الكوردستاني في العراق حول إجراء التعديلات اللازمة على قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فخرج القانون رقم(15) لسنة 2008 ، قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 في إقليم كوردستان العراق ، بشكلٍ سيءٍ جداً ، إذ فيه مغالطات وتناقضات وصراعٍ بيِّن بين تيار مُدافع عن حقوق المرأة ، وآخر يتمسك بالتوجهات الإسلامية ؛ وهنا لا بد من أن نشير إلى أن المشرع الكوردستاني ، في تعديله لتطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي ، في القانون المُشار إليه أعلاه ، والمنشور في جريدة وقائع كوردستان ، العدد (95) في 12/30/ 2008 ، فرض على كلا الزوجين طاعة الآخر ؟ ؟ ! ! ، وأتاح أن يكون كل منهما ناشزاً ؟ ! وهذه بدعة تشريعية لا يقرها أيّما منطق أو عقل ، . فقد نصت المادة (10) منه على أنه ، ((أولاً / ←

إن رسالة التكافؤ بين الرجل والمرأة قائمة على حسن قراءة الواقع الاجتماعي

←

النشوز : هو تعالي أحد الزوجين على الآخر كما في الحالات الآتية :

1- هجر الزوج أو ترك الزوجة بيت الزوجية بلا اذن وبغير وجه شرعي .

2- تعسف أي من الزوجين في أداء الواجبات الزوجية أو الإخلال بها قاصداً الأضرار بالزوج الآخر .

3- عدم تهيئة الزوج لزوجته البيت الشرعي المناسب لحالتهما الاجتماعية والاقتصادية .

4- منع الزوج أو الزوجة من الدخول إلى البيت دون عذر شرعي .

ثانياً / على المحكمة أن تتريث في إصدار الحكم بنشوز أحد الزوجين حتى تقف على أسباب النشوز وأن تستنفذ جميع مساعيها في ازالة تلك الأسباب التي تحول دون ذلك .

ثالثاً / يعتبر النشوز سبباً من أسباب التفريق بعد مرور ستة أشهر على اكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى الوجه الآتي :

1- إذا كان الزوج هو الناشز فيلزم بنفقة الزوجة طيلة فترة النشوز ، وفي حالة التفريق بينهما يلزم بدفع المهر المؤجل ونفقة العدة والتعويض المستحق ان كان له مقتضى .

2-اذا كانت الزوجة ناشزاً فتحرم من النفقة ويسقط مهرها المؤجل في حالة التفريق بينهما بعد الدخول فإذا كانت قد قبضت جميع المهر ألزمت برد نصف ما قبضته ، أما إذا كان التفريق قبل الدخول فيسقط المهر المؤجل وتلزم برد ما قبضته من مهرها المعجّل .

رابعاً / يعتبر التفريق وفق أحكام هذه المادة طلاقاً بائناً ببينونة صغرى)) .

والحقيقة أن النص المتقدم جاء تعديلاً لنص المادة (25) من قانون الأحوال الشخصية التي نظمت أحكام النشوز الذي يستقر في طرف الزوجة فحسب ، إذ فات على المشرع الكوردستاني أن النشوز معناه رفض الطاعة ، والطاعة لا تكون إلاّ للزوج ، فكيف يمكن أن يتصور أن يتبادل اثنان الطاعة بينهما ؟ ! ، والأغرب من ذلك أن هذا المشرع قد نص في المادة (12) منه على أنه ((لا طاعة للزوج على زوجته ولا للزوجة على زوجها في كل أمر مخالف لأحكام الشريعة والقانون)) . لاحظ ، في تفصيل الانتقادات الموجهة لهذا الموقف ، بحثنا : المصلحة الأسرية والدور السلبي للتشريع فيها ، بحث قدّم للمؤتمر الدولي الأول لجامعة دهوك بالتعاون مع منظمة مناهضة العنف ضد المرأة في دهوك ، (سعادة الأسرة واجبنا جميعا) ، للفترة من 20-2011/11/21 ، والمنشور في مجلة جامعة دهوك ، للعلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 15 ، العدد 2 ، 2012 ، ص 44 .

قراءة جيدة ، والابتعاد عن التطرف والتشدد للأفكار والعقائد ، سواء الآتية عبر الزمان أو عبر المكان ، والنظر إلى الحاجات الاجتماعية الراهنة وضرورة حلها بقواعد حكيمة بعيدة عن الجمود والتعصب ؛ وهذا ما يؤكد سمو الطابع الوضعي للجنس على طابعه الطبيعي .

و من جانبٍ آخر ، وفي الوقت الذي يعاني مجتمعنا من عزوف الشباب عن الزواج ، وظهور طبقة كبيرة من العازبات ، وازدياد حالات التفكك الأسري ، وزيادة نسبة الطلاق ، وتشرُّد الأطفال ، ما زلنا متمسكين باتجاه الزواج التقليدي الذي تنتظر فيه المرأة أن يطرق رجلاً ما الباب عليها لخطبتها ، وفي المقابل ، بعدما يطرق أحدهم بابها لخطبتها تفرض عليه مهراً لا يطيق دفعه ، وهذه الحالة لا تفهمها أية فلسفة ، كما أنها مخالفة لما يتطلبه المجتمع من ديمومة واستمرار ، كما أن فيها مخالفة لمنطق العرض والطلب ، إذا ما نظرنا بعين اقتصادية . أليس من الغريب أن يستمر نظام المهر ليومنا هذا على الرغم من عدم منطقيته ؟ . ففي الزواج الذي تظهر فيه مصلحة المرأة بصورة جلية ، أكثر من مصلحة الرجل ، على الأقل في مجتمعاتنا ، يدفع بموجبه الرجل للمرأة مهراً وينقلها إلى منزله الذي يقوم هو بتجهيزه والإنفاق عليه ، وبالزواج يبقى الرجل سيداً كما كان ، وتتحول المرأة من آنسة إلى مدام ، وبدلاً من أن يكون دخل الرجل مقتصراً على حاجياته ، أصبح مثقلاً بعد الزواج بحاجيات الأسرة ، كل هذه الأسباب جعلت الكثير من الرجال يصرف النظر عن الزواج لعدم التكافؤ بينه وبين المرأة .

إننا اليوم إذ نعالج موضوع التكافؤ بين الرجل والمرأة ، يجب أن ندرك حقيقة الاحتياجات الاجتماعية لكليهما ، وأن نلجأ إلى الحلول الواقعية الكفيلة لاستمرار

المجتمع ، دون أن نهدر من حقوق أيٍ منهما . وقد أدركنا أن من أهم هذه الحلول هي إعادة النظر إلى الجنس من منظور حقوقي ، يجعل منه وضعاً لا طبعاً ، ذلك أنه لا يدخل في ذاتية الإنسان بل في شطر عروضه ، ويترتب على عدّ الجنس وضعاً ما يأتي :

1- إن النظرة إلى الجنسين تختلف باختلاف المكان ، وباختلاف الجماعة ، ذلك أن عدّ الجنس وضعاً سيجعل أمر تنظيمه شأن من شؤون الجماعة الوضعية ، أي الجماعة في كل دولة على حدة ، وليس من شأن الجماعة الطبيعية ، ما لم ينعكس التنظيم على المساس بالطابع الآدمي ، عندها يكون المساس بأحد الحقوق الطبيعية ، مما يستلزم تدخل الجماعة بمفهومها الطبيعي .

2- إن المرأة والرجل متساوون في حقوقهما الطبيعية القائمة على اعتبار إنسانيتهما ، ولا يجوز تفضيل أحدهما على الآخر .

3- أما من ناحية اختلاف جنسيهما ، فهما مختلفين ، وبالتالي لا يسود مبدأ المساواة بينهما من حيث اعتبار وضع جنسيهما ، بل الذي يسود هنا هو مبدأ التكافؤ .

4- إن عد الجنس وضعاً لا طبعاً يؤدي إلى أن تلعب الإرادة فيه دوراً رائداً ، إذ ولعدم التصاق الجنس بطبع الإنسان قدر اتصاله بوضع قام فيه ، فإن بإمكانه أن يُغيِّر من جنسه إذا رأى أنه بذلك ستتحقق حقوقه الوضعية المرتبطة بهذا الوضع ، ونرى في ذلك حاجة

تنزل منزلة الضرورة ، إذ أن كثيراً ما نرى أو نسمع من يعيش ظاهراً رجلاً وفي داخله أنثى أو بالعكس ، فإن بإمكانه تغيير جنسه ، إن قام مبرر يدعم هذه الحاجة ، وبشريطة عدم المساس بحقوقه الطبيعية الناجمة من كونه إنسان ، ولعلّ هذا ما دعا إلى ظهور توجُّهات جديدة في العصر الحالي تذهب إلى جواز تغيير الجنس أو تثبيته ، على ما سنرى في الفقرة اللاحقة .

262) - معصومية الجسد وتغيير الجنس :

نصت الكثير من الشرائع والمواثيق الدولية على معصومية جسد الإنسان[1] ، ولربما يكون هذا التوجه ، التي تأثرت به العديد من التشريعات ، معناه أن لا سلطة للإنسان على جسده ، فلا يمكنه التصرف في أعضائه ، ولعل هذا الاتجاه يقود إلى مخالفة فلسفة الحقّ التي تعطي للحق أسمى اعتبار ، فبموجب هذه الفلسفة يكون من المفروض أن يطلق الحقّ للإنسان في التصرف بكافة أعضاء جسده ، سواء أكان تصرفه هذا في أثناء حياته أو يترتب إلى ما بعد انقضائها ، لكن هذا الحقّ قد تُقيّده إرادة الجماعة لاعتبارات الحقّ نفسه ، فالحقّ ، وفقاً لمفهومه الفلسفي ، هو قيمة كيان الفرد ، وهذا الكيان متصل بالكيان المادي للإنسان نفسه ، كما أنه متصل بكيانه الروحي والمعنوي ، أو الأخلاقي ، وإن إباحة هذه الأنماط من التصرفات هو انتقاص من هذا الكيان بشقيه المادي والروحي ، وبالتالي اعتداءٌ على معصومية الحقّ أكثر مما هو اعتداء على معصومية

(1) وقد رأت الشريعة الإسلامية فيه أنه حقّ مشترك لله وللعبد . (لاحظ : د . احمد شرف الدين ، الاحكام الشرعية للأعمال الطبية ، الكويت ، 1983 ، ص6 والتي تليها) .

الجسد ذاته .

أما ما يتعلق بتغيير الجنس ، ففيه اختلاف فقهي كبير[1] ، إذ قد يلجأ الإنسان وهو ذكر إلى تغيير جنسه إلى أنثى وكذا الحال فيما لو كان أنثى فيتحول برضاه إلى ذكر ، إننا رأينا مدى المكانة العالية التي تسمو فيها الإرادة في ظل فلسفة الحقّ ، على العكس من مكانتها في فلسفة النظام ، إذ تعد الأساس الرئيسي لشرعية التصرفات القانونية ، لكننا وجدنا أن هذه الإرادة عادة ما تنطلق من مصلحة تود تحقيقها ، وقد لاحظنا كيف تتدخل الإرادة العقدية العامة لكبح جماح الإرادة العقدية في ترتيب الاثار القانونية ، عندما تكون المصلحة العقدية للمتعاقدين مختلفة عن المصلحة العقدية العامة ؛ وهذا كله نابع من إيماننا بما استقرت عليه نظرية السبب في ثوبيها القديم والحديث ، فليس من حقّ الإرادة أن ترتب أثراً قانونياً على سبيل العبث أو بغير باعث أو لغاية معدومة ؛ وليس هناك أخطر مما يُرتبه تغيّر الجنس من احداث آثار قانونية تتغير بتغير جنس الإنسان من ذكر إلى أنثى أو بالعكس ، وعلى الرغم من أن هذا التغيير قائم على إرادة الإنسان المغير لجنسه بالدرجة الأساسية ، لكنه لا يستطيع القيام بهذا التغيير إلاّ بإبرام عقد مع إنسان آخر ، طبيب يجري له هذا التغيير ، هنا تُطبق الفلسفة العقدية المتقدمة ، فإن كانت هناك مصلحة في ذلك فلا بأس ، شريطة ألا تخالف هذه المصلحة ، المصلحة العقدية العامة ، وإني لأرى أنه ليس من المصلحة العقدية

---

(1) لمزيد من التفصيل حول هذا الاختلاف ، لاحظ " د . أحمد محمود سعد ، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 34 . ولاحظ أيضاً : د . الشهابي إبراهيم الشرقاوي ، تثبيت الجنس وأثره ، القاهرة ، 2002 ، ص 203 والتي تليها .

العامة ، أن يمنع ، من باب الأصل ، الناس من تغيير أجناسهم لطالما تتحقق لهم المصلحة في ذلك ، فليس الذي يقبل على تغيير جنسه بقابل لوضع مغاير للوضع الذي هو عليه لولا حاجة ألجأته إلى ذلك ، وقد قيل أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة[1] .

لا شك أننا إذ نمنع من يُحب أن يُغيِّر جنسه لحاجة ماسَّة ألجأته إلى ذلك ، من الاقدام على تغيير جنسه ، بأننا سنكون قد حكمنا على هذا الشخص بأمور سيئة قد تصل به إلى الانتحار أو الانحراف ، وقد يكون محلاً للنبذ الاجتماعي ، ذلك أن جنس الإنسان لا يتحدد فقط بالأعضاء التناسلية فحسب ، بل بالرغبات النفسية الداخلية نحو الجنس المغاير ، فكلا المعيارين معاً يُحقق لنا الحاجة في الإقرار للأشخاص في تغيير أجناسهم ، فإن تحقق أحدهما دون الآخر وجب على المنظومة الاجتماعية التي ينتمي إليها هذا الشخص الذي يعاني في أحد أمرين ، تشوه في الخلقة فيما يخص أعضائه التناسلية ، أو تغير في الرغبة عن الجنس المعاير إلى الجنس المماثل ، أن تُعالجه ليرجع سليماً مُعافى إلى أحضان مجتمعه ، ويُمارس حياته بشكل طبيعي ، لا أن تحكم عليه بالإعدام .

---

(1) و معنى هذه القاعدة ، أنه إذا كانت الحاجة عامة لمجموعة من الناس ، أو خاصة بشخص ، نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها ، لكن الحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع العبد تركه ، بخلاف الضرورة ؛ لأن مبنى الضرورة على لزوم عمل ما لا بد منه للتخلص من عهدة تلزم العبد ولا يسعه الترك . والحاجة : ما يفتقر الإنسان إليه مع أنه يبقى بدونه . (لاحظ : أبو الكلام شفيق القاسمي المظاهري ، على الموقع/www.alukah.net/ ، تاريخ الزيارة : 2015/2/29) . كذلك لاحظ : د . محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، جامعة الكويت ، 1999 ، ص 264 .

263) - الموت الرحيم :

ثار النقاش بين الفقهاء حول مسألة تسمى بالموت أو القتل الرحيم[1] ، والموت الرحيم يعني إزهاق روح إنسان يعاني من مرض يتألم بسببه أو يعاني من جروح كبيرة لا يُرجى شفائها ، وهو يعيش في حالة من التذمر والألم النفسي والجسدي بشكل مستمر ، وقد سُمِّي هذا النمط من الموت بالموت الرحيم ، لأن الإنسان يجد في الموت رحمة له . ويُذكر أن بعض القوانين قد شرّعت هذا النوع من الموت وذلك للقضاء على الآلام الجسيمة التي يعاني منها الإنسان ، طبعاً ان فلسفة الحقّ تتعارض مع إقرار مبدأ الموت بشكل مطلق ، لكن يجب أن نأخذ بعين الاعتبار أن موت الإنسان مسألة حتمية ، وبالتالي فإن الإنسان يجب ألاّ يتعرض للموت بأي حالٍ من الأحوال إلا إذا كانت حالته هي أبشع من حالة الموت في ذاته ، وبالتالي فإنه ، إن شاءت بعض التشريعات أن تقر بهذا المبدأ ، فيجب أن تقرُّه في أضيق الحدود وعلى وفق آليات وإجراءات محددة ، وتحت إشراف لجنة طبية مختصة ، ترى في أنه لا مجال لشفاء هذا المريض أو هذا الجريح من آلامه ومرضه ، وبالتالي تقرر موته باسم الجماعة[2] .

---

(1) "اليوثانيجيا" أو ما يسمّى القتل الرحيم تعني : "عندما يقتل الطبيب مريضه بتسميمه بعقار قاتل . " هذه هي الترجمة الحقيقية لما يسمى اليوثانيجيا (Euthanasia) . (لاحظ : مقال عن "اليوثانيجيا" على موقع /euthae.htm/internet/marcharbel/lilhayat.com تاريخ الزيارة 2016/3/2 .)

(2) والأمر يصدق على الاجهاض أيضاً ، إذ ثار حوله جدل فكري وفقهي كبير ، بل وصل الأمر أن يكون من بين الموضوعات التي ارتكزت عليها الحملات الانتخابية للحزبين الجمهوري والديمقراطي في الولايات المتحدة الأمريكية ، وانقسم بشأنه الشارع أيضاً ، فمن انطلق من خلفية دينية ذهب الى تحريمه ، ومن انطلق من خلفية ليبرالية دعا لإباحته بقيود ، لا سيما إن تعلّق الأمر بإنقاذ حياة الأم ، أو بالتخلص من جنين مُشوَّه أو مُعاق بإعاقة تجعله يائساً وبائساً طوال حياته دون ←

كما أن هناك مسألة أخرى مُتّصلة بالموت أو القتل الرحيم هي مسألة الموت الدماغي[1] ، إذ يكون الإنسان المريض حياً لكن دماغه ميت ، مع استحالة رجوعه إلى الحياة ، فهنا يبدو أن رفع أجهزة التنفس عن هذا المريض تأخذ حُكم الموت

←

أن يُرجى شفاؤه .

ففي مقال حول : (أوجه الاختلاف بين البرنامجين السياسيين للحزبين الجمهوري والديمقراطي) في تاريخ 2012/10/3 ، على موقع /alhurra.com/ تاريخ الزيارة : 2016/3/22 ، جاء فيه : ((يقوم كل من الحزبين الرئيسيين في الولايات المتحدة بصورة روتينية بالمصادقة على برنامج سياسي خلال مؤتمرهما كل أربع سنوات ، والغرض من ذلك تأطير مبادئهم وأهدافهم . وقد صادق الجمهوريون خلال مؤتمر حزبهم نهاية شهر أغسطس/آب على برنامج سياسي يركز على السعي لمنع الإجهاض في جميع حالاته ومنع زواج المثليين ، وخفض الضرائب من أجل تحفيز الاقتصاد وخلق فرص العمل وإعادة تصميم نظام التأمين الطبي ليعتمد على الكوبونات. من جانب آخر، صادق مندوبو الحزب الديمقراطي أثناء مؤتمر الحزب في مطلع سبتمبر/أيلول على برنامج سياسي للانتخابات القادمة، وكان أهم معالمه رفع الضرائب على الأميركيين الأغنياء ودعم زواج المثليين ودعم حق الإجهاض والبناء على القانون الجديد للرعاية الصحية الذي أقره الرئيس أوباما)) . وما يُسميه الديمقراطيون بحق الاجهاض ، هو ليس حقاً بقدر ما هو اباحة استثنائية يجب استعمالها – حسب وجهة نظري – في أضيق الحدود ، يُحددها القانون في حالة كون الجنين يُشكل خطراً على أمه ، وفي حالة كون الجنين مشوهاً أو معاقاً بما لا يُرجى علاجه أو شفاؤه ؛ أما في حالة اجهاض الأم لجنينها الحامل به من علاقة زنا ، فلا يجوز ، ويجب أن يُنظم هذا الأمر على وفق آلية قانونية تمنع الأم أو ذويها من القيام بذلك .

(1) هو – من الناحية الطبية البحتة – الفقدان التام لوظيفة الدماغ ، بما فيها جذع الدماغ . ويمكن لبعض حالات الانسمام الاستقربي وبعض الأدوية أن تسبب توقفاً لوظائف الدماغ ، كالإنسمام بالباربيتورات والأدوية المثبطة لوظائف الدماغ . ويجب أن يكون فقدان الوظائف غير قابل للرجوع ، إلى الحالة الطبيعية . ويحدد الفحص السريري غياب الاستجابة لمنعكسات جذع الدماغ والجهد التنفسي . ويجب أن يكون التخطيط الكهربي الدماغي صفراً لتأكيد الموت الدماغي . وينصح بإعادة التقييم بعد ستة ساعات .(لاحظ : مقال حول الموت الدماغي ، على الموقع /altibbi.com/ تاريخ الزيارة : 2016/3/2) .

الرحيم ، إذ اختلفت التشريعات حولها أيضاً . إذا فقد الإنسان حياته جزئياً ومات دماغه ولكن لم يزل على قيد الحياة ، لكن ما زال على قيد الحياة بفضل الأجهزة . وأنه لا يستطيع أن يبقى حياً بمنأى عن هذه الأجهزة ، فهو والعدم سواء ، وبالتالي لا مندوحة من قيام التشريعات بإقرار هذا النوع من الموت وذلك احتراماً وتقديراً للمعاناة الأليمة التي يواجهها المريض وذويه .

264) - الشرعية والمشروعية .

كثيرا ما نجد الكثير من الفقهاء والكتاب والشُرّاح يستخدمون مصطلحي الشرعية والمشروعية[1] ، وعلى نطاق واسع وفي معظم التخصصات القانونية .

---

(1) ثار الجدل حول موضوع الشرعية منذ نظرية داروين عن أصل الأنواع ، خاصة منذ سياسة بسمارك التي كانت تعتمد على القوة في بناء الامبراطورية الألمانية خلال النصف الثاني من التاسع عشر . أثرت فلسفة داروين وسياسة بسمارك على الفكر القانوني أعمق تأثير ، نفذتا اليه عبر آراء الفقيه الالماني اهرنج . تقدم كيف مجدّ اهرنج القوة ، وأعلن أن القوة ترسم لنفسها حدودا ، ترغب في احترامها ، وتعترف بقاعدة ، تخضع لها ، وهذه القاعدة التي تقبلها من نفسها تسمى القانون . لقد نشأ القانون في صورة حدود على القوة وضعتها الانانية البحتة . فالقانون يستند إلى سلطة الأقوى ، الذي يتقيد بالقاعدة في سبيل مصلحته . فالدولة تخضع للقوانين التي تضعها . ما الدافع إلى ذلك ؟ لمصلحتها الذاتية . ان البستاني يصون الشجرة التي يغرسها لا من أجل مصلحة الشجرة ، بل لمنفعته الشخصية . فالشجرة يجب أن تصان ، إذا أريد لها أن تحمل الثمار ، وتعوض عن المتاعب . والأمر لا يختلف بالنسبة إلى الدولة . ان مراعاة الدولة للنظام الذي تضعه أمر ضروري لتحقيق الأمن القانوني . ان سيادة القانون لازمة الازدهار الوطني ، وتنشيط التجارة والحرف ، والسمو بالقيم النفسية والخلقية للشعب . فالقانون هو السياسة المستنيرة للقوة ، لا السياسة قصيرة الأمد ، المرتبطة بالمصلحة العابرة بل السياسة بعيدة النظر ، ترنو إلى المستقبل وتسعى إلى الهدف . وان شرط هذه السياسة هو " السيطرة الذاتية " . غير أن خضوع الدولة للقانون عند اهرنج له حدود . ان السيادة المطلقة للقانون تعني تنازل المجتمع عن الحرية في استخدام . فإذا قيدت يدا المجتمع استعصى انقاذه في الحالات غير المتوقعة أو غير المنظمة ←

ولربما كان الاستخدام الشائع لمبدأ الشرعية[1] في القانون الجنائي في المبدأ المشهور في هذا التخصص وهو شرعية الجرائم والعقوبات [2] ، بمعنى أن : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)) . كما أن مبدأ المشروعية معروف في القانون الإداري بخضوع الإدارة للقانون ، وأن القضاء الإداري ما نشأ إلا من أجل مراقبة المشروعية .

وإذا بحثنا في أساس مبدأ الشرعية الجنائية ، قد نجد فيه ، كما في جلّ أحكام القانون الجنائي ، بُعداً وضعياً صرفاً ، إذ لا يعد الفعل ، وفقاً لهذا المبدأ ،

← في التشريع . ان قوة الدولة يجب أن لا تحد من قدرتها على الحركة اكثر مما يجب . ومن الخطأ الاعتقاد أن مصلحة الأمن القانوني والحرية السياسية تتطلب تقييد سلطة الدولة إلى أقصى حد . ان القوة هي في الواقع خير ، وفيه ، مثل كل خير ، ومن أجل ترك الباب مفتوحا أمام العمل المفيد ، يجب أن يؤخذ في الاعتبار احتمال إساءة الاستعمال . ويستطرد اهرنج : كلما أمست قوة الدولة في مأزق ، بحيث يتعين التضحية بأحد أمرين اما القانون القائم أو مصلحة المجتمع ، وجب على القوة أن تهدم القانون . إذا لم تخلق الدنيا لخدمة العدالة ، بل وجدت العدالة لخدمة الدنيا . إذا حاصر العدو مدينة من المدن وتعذر اختراق الحصار دون ازالة جدار خاص ، يرفض صاحبه الاذن بذلك ، هل يجب على قائد المعركة ، حتى لا يتعدى على الملكية الخاصة ، أن يسلم المدينة للعدو ؟ ان الاجابة حاضرة في ذهن كل فرد ، والمهم هو تأسيسها عمليا ، ان القانون ليس غاية في ذاته بل وسيلة إلى غاية . ان غاية الدولة والقانون هي توفير وحماية شروط حياة المجتمع . ان القانون موجود من أجل المجتمع ، لا المجتمع من أجل القانون . فإذا تحتم على قوة الدولة أن تضحي بأحدهما عليها تسليم القانون وإنقاذ المجتمع . (لاحظ لمزيدٍ من التفصيل : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 224) .

(1) وهناك من ربط بين الشرعية القانونية ومبدأ السيادة . (لاحظ : د . محمود أبو زيد ، القانون والنظام الاجتماعي ، ص 76) .

(2) لاحظ : د . مأمون محمد سلامة ، الفكر الفلسفي وأثره في التجريم والعقاب ، القاهرة ، 1997 ، ص 15 .

مجرماً قانوناً ومعاقباً عليه القانون ، إلا بوجود نص يُجَرّم الفعل ويعاقب عليه ، ولكونه ذو بعد وضعي ، يجد المبدأ مرتعاً له في نطاق فلسفة النظام ؛ لكنه في الحقيقة موجب من موجبات فلسفة الحقّ ، إذ قد تتعسّف السلطة القضائية في توسيع نطاق تجريم الأفعال وتوقيع العقوبات حسب مشيئتها ، مما قد يعرض حقوق وحريات الناس للخطر ، إذ أن العقوبة ، في النهاية ، قيد على حقّ الإنسان وحرياته ، وبالتالي ، ولضمان صيانة حقوق الأفراد ، وضع المُشرِّع هذا المبدأ .

أما مبدأ المشروعية المعروف في القانون الإداري ، فهو ينطلق بصورة جلية من فلسفة الحقّ ، ذلك أن خضوع الإدارة للقانون ، يعني خضوعها للإرادة الجماعية العامة التي يعبر عنها القانون ، وأن ظهور جهاز القضاء الإداري كان بسبب مراقبة مدى التزام الإدارة بالقانون . لكن المشكلة التي تنتاب مبدأ المشروعية هو أن القانون الإداري غير مُقنن ، وأنه سريع التطور ، وبالتالي قد لا تجد نص في القانون يمنع الإدارة من ممارسة بعض الأفعال التي تشكل انتهاكاً لحقوق ثابتة للأفراد ، طبيعية كانت أم وضعية ، والحقيقة أن هذا يتطلب اعادة النظر في تحديد مفهوم مبدأ المشروعية ، فلا يكون مقتصراً على احترام الإدارة للقانون ، بل احترامها للحقوق الثابتة للأفراد ، إلى أن يتم التوسع في تفسير القانون ، فيشمل ، فضلاً عن التشريع ، الصور الأخرى للقانون ، بما فيها القانون الطبيعي والمبادئ العامة للقانون .

ومع ما تقدم فإن مصطلحي الشرعية والمشروعية ليسا قاصرين على القانونين الجنائي والإداري ، بل يتم استعمالهما في غيرهما من القوانين ، إذ كثيراً ما تستعمل مصطلح شرعي وغير شرعي ، ومشروع وغير مشروع ، فما هو المقصود

العام بالشرعية وما هو المقصود العام بالمشروعية في نطاق علم القانون ؟ .

الشرعية صفة حقوقية تُنعت بها الأنماط والنظم والقرارات ، بل والتشريعات والأعمال الملاصقة بها وغير ذلك ، وهي صفة قد تكون مرادفة لكثير من استخدامات صفة الدستورية ، التي تعني موافقة العمل التشريعي وما دونه للدستور ، لكن معنى الشرعية أوسع وأسمى ، فالشرعية تعني موافقة أعمال السلطة لغاية وجودها ، وغاية وجودها تكمن في صيانة الحقوق ، لذا أمكن القول أن الشرعية صفة ملاصقة للحقوق ، بمعنى أن اتصاف عمل بأنه شرعي ، فإنه موافق للحق ، وأن عمل ما من أعمال السلطة غير شرعي ، يعني أنه غير موافق للحق .

أما المشروعية فهي صفة حقوقية تنعت بها الأفعال والأعمال التي تتوافق ممارستها مع احقاق الحقوق[1] ، ولربما الفرق بين الشرعية والمشروعية يكمن في طبيعة الفعل ذاته ، وبالتالي فإن الفرق بين غير الشرعي وغير المشروع ينصب على طبيعة المخالفة ذاتها ، فإذا كان فعل سلطة تكون أمام شرعية ، وإذا كان فعل

(1) والدليل أن المشروعية تتعلّق بالأفعال ، اختلاف بعض الاتجاهات الفقهية حول المعيار المعتمد في تحديد ما يعدُّ غير مشروع من الأفعال ؛ إذ يرى البعض أن المعيار مادي يقوم على تعارض الفعل مع قاعدة غير قانونية تتمثل فيها حماية أهداف النظام القانوني . في حين يرى جانب آخر أن معيار عدم المشروعية هو معيار شكلي يرد على مخالفة الفعل للقاعدة القانونية ، فالفعل لا يوصف بعدم المشروعية ما لم يكن متناقضاً مع قاعدة قانونية . ويتوسط هذين الرأيين رأي ثالث نادى به "فون ليست" يذهب إلى أن المعيار هو مادي وشكلي في وقت واحد ، إذ يرى منطلقاً من أرضية وضعية أن الفعل يعد غير مشروع إذا خالف قاعدة وضعتها الدولة . (لاحظ في المعنى نفسه : د . ذنون أحمد الرجبو ، بحث في عدم القانونية وعدم المشروعية ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، 1986 ، ص 46) .

أفراد ، أو إدارة من غير أن يكون لها سلطة ، فنكون أمام مشروعية . ولهذا وجب أن يكون هناك جهاز رقابي يراقب احترام الشرعية ، وكذلك المشروعية ، ولمَّا كان القضاء مراقباً للمشروعية ، فإن الجهاز الرئيسي لرقابة الشرعية هو الادعاء العام ، ولهذا يجب أن يتطور تنظيم الادعاء العام بحيث يستطيع القيام بمهمته في رقابة الشرعية[1] .

والحقيقة أن كل من مفهومي الشرعية والمشروعية قائم علىٰ مدى احترام حقوق الإنسان وحرياته ، وإن إقرارهما في كافة القوانين بالمعنى المتقدم لكليهما ، أو بالمعنى الدارج لكل منهما في كل من القانونين الجنائي والإداري ،

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص255 . ويضيف : (إن الادعاء العام يجب أن يعاد تنظيمه وفقا لمبدأ " طرق كافة الابواب ، والاطلاع على كافة الإضبارات ، وحضور كافة الاجتماعات " . فلرقابة الشرعية ، يتعين أن تتاح للادعاء العام فرصة دخول الوزارات والإدارات وفتح المخازن المغلقة للقطاع العام والقطاع الخاص والقطاع المختلط والقطاع التعاوني ، والاطلاع على الإضبارات والسجلات المحفوظة لدى كافة الجهات ، وحضور أي اجتماع لمجلس أو لجنة أيا كانت صفتها ، كمجلس الجامعة أو مجلس النقابة ، وفي كل ذلك ، يخضع الادعاء العام لمبدأ آخر هو " الرقابة دون التدخل " فالادعاء العام عين المجتمع الساهرة لا يده المنفذة . هو يراقب تصرفات الاجهزة التنفيذية والقضائية والموظفين والمواطنين . فإذا تبين له خروج على الشرعية من مجلس أو موظف ، ابدى له رأيه كتابة أو شفاهة في ضرورة مراعاة الشرعية ، فإذا اقتنع المجلس أو الموظف كان بها والا فيطعن الادعاء العام في القرار المتخذ بالطرق المحددة في القانون . وإذا كان خرق الشرعية من احدى المحاكم ، طعن الادعاء العام في الحكم الصادر منها . وإذا كان خرق الشرعية من أحد المواطنين ، رفع الادعاء العام الدعوى ابتداء في الحالات المذكورة في القانون . هذه الطريقة تتيح رقابة أعمال الوزارات والإدارات وسائر المنشآت الاقتصادية والهيئات الاجتماعية ، دون اصابتها بالشلل ، فتظل المبادأة بيد هذه الجهات) .

لقائم على دعامة اقرّتها فلسفة الحق[1] .

265) - عقوبة الإعدام :

تقف عقوبة الاعدام في أعلى درجات القسوة التي تفرزها فلسفة العقاب القائمة على الثأر العام[2] ، ولعلّ قسوتها جاء رداً على الأفعال الشنيعة التي يرتكبها بعض الناس للوصول إلى مآرب غير مشروعة ؛ والإعدام بوصفه عقوبة استئصالية يقصد بها ازهاق روح المحكوم عليه بوسيلة يحددها القانون ، وسيلة قديمة للعقاب ، تلتقي جميع التشريعات التي تأخذ بها حول ثلاثة أمور . فهي تحصرها في نطاق ضيق . ولا تفرضها إلاّ على الجرائم ذات الخطورة الكبيرة . وتحدد وسيلة تنفيذها بحيث تقتصر على ازهاق روح المحكوم عليه دون أن يقترن ذلك التنفيذ بتعذيبه أو التمثيل به كما كانت تنفذ قديماً .

الا أن بعض التشريعات ذهبت إلى إلغاء هذه العقوبة لقسوتها وعدم إمكان تداركها . وقد قصَّر التشريع العراقي على عقوبة الاعدام وفرضها على أنواع محددة من الجرائم التي تتسم بخطورة كبيرة على مصلحة المجتمع واستقراره .

ولقد اثارت - وما زالت - هذه العقوبة الجدل بين رجال الفقه الجنائي وشراح قانون العقوبات . فذهب البعض إلى المطالبة بإلغائها مستندين إلى حجج

---

(1) و يُعزِّز ذلك أن الشعب مصدر الشرعية ، كما يذكر الأستاذ الدكتور منذر الشاوي في كتابه ، الإنسان والقانون ، وهذا يعني ، بحسب رأيه ، أن العلاقة بين الشعب والسلطة هي علاقة تفاعل وممارسة وحركة ، لأن السلطة وجدت لكي تُمارس ، وممارستها تطرح مشكلة قبول الشعب للسلطة ، فللشعب رأيٌ في السلطة ، فهو مصدر شرعيتها . (لاحظ كتابه المشار اليه ، ص 133) .

(2) لاحظ : د . مأمون محمد سلامة ، الفكر الفلسفي ، ص 169 .

وأسانيد اعتقدوا أنها كافية لتدعيم وجهة نظرهم وسار على هذا المنهج عدد من التشريعات . بينما يذهب اتجاه اخر إلى ضرورة الابقاء عليها ولكن يجب أن يكون في اضيق نطاق وفي حدود معتدلة .

وقد توجّهت العديد من الهيئات المناصرة لحقوق الإنسان ، وكذلك الكثير من التيارات الحقوقية والفقهية والسياسية إلى ضرورة الغاء هذه العقوبة من التشريعات ، وقبل هذا أثار هذا الموضوع جدلاً بين كبار الفلاسفة ، ففي الوقت الذي نادى "جان جاك روسو" بضرورة رفعها من القوانين ، رأى "توماس هوبز" أن من حقّ الحاكم فرضها[1] .

وقد استدل المنادون بإلغائها إلى عدة حجج ، نذكر أهمها[2] :

1- ان المجتمع لم يهب الحياة للفرد حتى يكون له الحقّ في استردادها أو سلبها من صاحبها لأن الحقّ في الحياة حقّ خالص لله عز وجل . كما أن القانون الذي يحرم القتل لا يجوز أن يأمر به .

2- ان عقوبة الاعدام بالغة القسوة وتنم عن وحشية لا تتلاءم والتقدم الذي بلغته المدينة الحديثة . فهي لا تتناسب مع جسامة أية جريمة ينصّ عليها القانون . فالجريمة تلحق ضرراً بالمجتمع . وهذا الضرر محدد في نطاقه دائما . في حين ان الاعدام يقضي على من يحكم عليه بها .

---

(1) لاحظ : المحامي طه عمر رشيد ، الظلم القانوني ، ص 111 .

(2) لاحظ : د . ماهر عبد شويش الدرة ، الأحكام العامة ، ص 463 . القاضي د . غسان رباح ، الوجيز في عقوبة الاعدام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص 10 .

3- ان عقوبة الاعدام لم تفلح في بلوغ الأهداف التي تتوخاها الهيئة الاجتماعية من فرض العقوبات ، فلم يثبت علمياً قابلية الاعدام على الردع ، حيث ان الجرائم لم ترتفع نسبتها في الدول التي الغتها ، كما أن نسبتها لم تقل في الدول التي أبقت عليها ، كما انه يستحيل اصلاح المحكوم عليه بالإعدام ، إذ أنه يؤدي إلى استئصاله من الوجود .

4- عند وقوع خطأ في تطبيق هذه العقوبة فأنه يستحيل تداركه ، لأنه لا يمكن إعادة الحياة لمن فارقها ، في حين يمكن تدارك أية عقوبة يظهر الخطأ في تطبيقها[1] .

أما المؤيدين لهذه العقوبة فيرون أن الحجج السابقة مردود عليها ولا تقوى على النقد[2] :

1- فالقول بأن المجتمع لم يهب الحياة للفرد حتى يكون له الحقّ في سلبها يصدق كذلك على العقوبات السالبة للحرية أو المقيدة لها . إذ أن المجتمع لم يهب الحرية للإنسان . ومن ثم التمشي مع هذا المنطق يؤدي إلى تعطيل حقّ الجماعة في توقيع اية عقوبة .

---

(1) قد تأثر عدد من قوانين الدول بالرأي الداعي إلى الغاء عقوبة الاعدام ، وفعلاً قامت بإلغائها . مثال ذلك : المانيا والبرتغال وهولندا والنمسا والسويد والدانمارك والنرويج وسويسرا . كما ان هناك من الدول من أبقت عليها في تشريعاتها دون أن تطبقها المحاكم كما هو الحال في التشريع الجنائي البلجيكي حيث لم تنفذ في بلجيكا عقوبة الاعدام منذ عام 1962 . (لاحظ : د . فوزية عبدالستار ، مبادئ علم الاجرام وعلم العقاب ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1978 ، ص240 – 242) .

(2) لاحظ : د . غسان رباع ، المرجع السابق ، ص 7 .

2- كما أن القول بقسوتها . يرد عليه بأنها لا تطبق إلاّ بالنسبة للجرائم الخطيرة جدا ، ثم أن هذه الحجة تنظر إلى جانب واحد دون النظر إلى جريمة المحكوم عليه بالإعدام ، إذ قد يتعدى على حقّ المجني عليه بالحياة ولذلك فهي تعدٌّ متناسبة مع الجريمة ، ولا تسوغ المطالبة بالمحافظة على روح الجاني وهو الذي لم يحترم حقّ المجني عليه بالحياة [1] .

3- ثم إن الاستناد إلى حجة أن الاعدام لا يحقق الردع ، فإن هذه الحجة لا تستند إلى شيء من الواقع ، لأنه إذا كان بإمكاننا أنّ نحصي عدد الجرائم الخطيرة التي تقع على الرغم من وجود عقوبة الاعدام ، فليس بإمكاننا معرفة عدد الجرائم التي لم تقع نتيجة الخوف من العقوبة ، ثم انه إذا كانت الدول التي الغتها لم تزداد فيها الجرائم الخطيرة ، فأنه من المحتمل أن عددها سوف يقل لو كانت هذه العقوبة مقررة .

4- أما الحجة المستمدة من كون عقوبة الاعدام لا يمكن تداركها بعد التنفيذ إذا ما ظهر انها طبقت خطأً ، فيمكن الرد عليها بأن الخطأ في تطبيق عقوبة الاعدام نادر ، ويفترض المنطق أن تستند القاعدة إلى الغالب في الامور وليس إلى النادر منها ،ثم أن توقيع عقوبة الاعدام نادر في الواقع إذا ما قيست بالعقوبات الأخرى ، كما ان هذه الحجة يمكن أن تقوم ايضا بصدد العقوبات السالبة للحرية . فإن ما يقاسيه المحكوم عليه منها لا يمكن تداركه ايضا إذا ما

(1) لاحظ : د . فخري عبد الرزاق الحديثي ود . خالد حميدي الزعبي ، شرح قانون العقوبات / القسم العام ، دار الثقافة ، عمّان ، 2009 ، ص 327 .

ظهر انها طبقت خطأ[1] .

وعلى الرغم من قوة الحُجج التي قدّمها مناهضو عقوبة الاعدام ، وقوة الردود التي قَدّمها مناصروها ، فإننا نرى أن حُجج المناهضين لهذه العقوبة أقوى ، ولذا فنحن مع الغائها ، وهذا هو الأصل عندنا ؛ لكن ، وفي ظل الأوضاع الشاذّة التي تمرُّ بها بعض المجتمعات ، والتي تكثر فيها الجرائم الماسة بحياة المواطنين وانتشار الحركات الارهابية الجبانة التي باتت تقلق المجتمع الدولي بأسره ، فإننا مع من يرى بإبقاء هذه العقوبة على مثل هذه الجرائم المُروِّعة ، لكن بشرط أن تُحصر في أضيق نطاق ، كما ينبغي أن تُصاحب بإجراءات كفيلة بتنفيذها بشكل يتفق مع احترام إنسانية الجاني ، مهما كانت جريمته متوحِّشة ، وألاّ تُطبق إلا بعد الحصول على موافقة المجالس النيابية ، سواء أكانت محلية ، أم على نطاق الدولة (البرلمان) ، وبنسبة تصويت موصوفة تصل إلى الثلثين أو الثلاثة أرباع – مثلاً – .

(1) لاحظ : د . ماهر عبد شيش الدرة ، الأحكام العامة ، ص 464 . ويُضيف أستاذنا الدرة : (والذي نراه هو أن عقوبة الاعدام لا تزال تقتضيها مصلحة مجتمعنا واهم حجة تستند اليها هو مدى اهميتها كوسيلة للردع العام . ذلك ان خوف الناس من عقوبة الاعدام واقع لا نزاع فيه . ثم أن هناك من الجرائم الماسة بحياة الفرد بظروف معينة تجعل منها ذات خطر كبير تقتضي أن يقابلها استئصال حياة الجاني والخلاص من خطره على المجتمع . كما أن هناك من الجرائم التي تشكل مساساً بسلامة واستقلال البلاد أو التعاون مع العدو أو مدّه بالمعلومات عن أسرار الدفاع وغير ذلك ما ينمُّ عن خطورة متناهية في شخصية الجاني الذي اوغل في اجرامه إلى حد التضحية باستقلال بلاده أو سلامة وطنه . وبذلك لا تكون عقوبة الاعدام بحقه قاسية) .

266) - عزل الموظف :

تنص القوانين الخاصة بانضباط الموظفين العموميين على إدراج بعض العقوبات التي تفرض على الموظف المخالف لبعض الأوامر ، وقد تصل بعض هذه العقوبات إلى إعدام الموظف إعداماً وظيفياً ، وتسمى العقوبة في هذه الحالة بعقوبة (العزل) [1] . والحقيقة أن هذه العقوبة لا تتفق بتاتاً مع فلسفتنا للحق ، فليس من حقّ الإدارة أن تعزل الموظف عن وظيفته دون إمكان عودته إليها أو إلى أية وظيفة أخرى مهما كانت جريرته ، إذ لا يخالف هذا الوضع ، فحسب ، فكرة إعطاء الفرصة في التوبة للشخص وإعادة النظر في سلوكه وتقويم ذاته من جديد وعودته إلى الحياة الوظيفية كشخص صالح ، كما أن هذه العقوبة تنال من رزق الموظف مما ينعكس أثره سلباً على أفراد عائلته ، بل لأن هذه العقوبة تفتح للإدارة أبواباً للتخفيف ، وفضلاً عن كونها قد تعرضها لاعتبارات غير حقوقية . لذا فإنه ينبغي الاكتفاء بعقوبة الفصل كأعلى عقوبة مقررة على الموظف المخالف للقوانين الخاصة بخدمته ، لا سيما أن الإدارة لها أن تعيد تعيينه في المستقبل ولها أن لا تفعل ذلك .

---

(1) نصت المادة (8) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم (14) لسنة 1991 على أن : ((العقوبات التي يجوز فرضها على الموظف هي : . . . . . .

ثامناً : العزل : ويكون بتنحية الموظف عن الوظيفة نهائياً ولا تجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي ، وذلك بقرار مسبب من الوزير في إحدى الحالات الآتية : -

أ ¬ إذا ثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقائه في خدمة الدولة مضراً بالمصلحة العامة .

ب ¬ إذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفته أو ارتكبها بصفته الرسمية .

ج ¬ إذا عوقب بالفصل ثم أعيد توظيفه فارتكب فعلاً يستوجب الفصل مرة أخرى .

267) - نبذ فكرة البطلان :

وُضِعَ البطلان ، لا سيما في القانون المدني ، كما في غيره من القوانين ، جزاءً لعدم توفر ركن أو عنصر جوهري في العقد أو في نمط معين ، والحقيقة أن نظرية البطلان نظرية قديمة تفوح منها رائحة فلسفة النظام والتعامل بقسوة مع مخالفة الشروط التي يحددها القانون[1] ، لكن نرى كثير من الحقوق يتم إزهاقها وإهدارها بسبب هذه النظرية ، إذ ينبغي ، ونحن اليوم ننطلق من منطلق فلسفة الحقّ ، أن تُقلل حالات بُطلان العقد ، أو بطلان أي إجراء يشترط فيه القانون شروطاً ، كالإجراءات القضائية ، هذا إذا أردنا ألاّ نتجرأ ونُطالب بإلغاء كل حالات البطلان ، واستبداله بأحد إجراءين :

1- إجراء تصحيحي ، يتمُّ من خلاله تصحيح الركن الناقص في العقد أو الإجراء .

2- فرض التعويض المُكمِّل لما انتقص من العقد أو الإجراء ، بوصفه جزاءً ملائماً لعدم توفر ركن أو عنصر في العقد أو في إجراء حدد أركانه أو شروطه القانون .

وعلى الرغم من أنه ، وفي نطاق نظرية العقد ، قد ظهرت محاولات حثيثة أخذ بها المُشرِّع في أحيان كثيرة ، لمعالجة موضوع البطلان ، كنظريتي انتقاص

---

(1) لاحظ : د . جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص 47 .

العقد وتحول العقد ، والوضع الظاهر ، وما إلى ذلك[1] ، لكن الأمر يستدعي إعادة نظر في أصل المسألة ، فلا تلجأ إلى البطلان كأصل ، ثم نضطر إلى وضع الاستثناءات عليه ، بل ينبغي معالجة موضوع البطلان في ذاته .

ومن الجدير بالذكر أن الفقه الحنفي قدّم نظرية جميلة تُلطِّف من شدة الأحكام التي تترتب على الأخذ بالبطلان ، وهي نظرية العقد الفاسد ، وإن كانوا قصّروه على ما يُصيب أوصاف العقد من خلل ، لكن الأثر المترتب عليه يختلف تماماً عن الأثر المترتب على العقد الباطل ، إذ تنظر هذه النظرية إلى العقد أنه موجود لكنه واجب الفسخ ، ما لم يحصل قبض للمعقود عليه من قبل المتعاقد الآخر ، ومهما كانت تفاصيل هذه الفكرة ، والتي ليس محلها الشرح هنا ، فإنها تُلطِّف وتُهذِّب فكرة العقد الباطل[2] .

268) - تقادم الورقة التجارية :

أورد المُشرِّع العراقي تعريفاً للورقة التجارية في المادة (39) من قانون التجارة النافذ رقم (30) لسنة 1984 ، حيث نصت على أن : ((الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصا اخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير أو

---

(1) لاحظ في التوجُّه الحديث للقضاء في مواجهة البطلان : د . شوقي السيد ، في مواجهة البطلان ، ص 155 والتي تليها .

(2) لمزيد من التفصيل حول فكرة العقد الفاسد ، لاحظ : د . محمد صبري الجندي ، فكرة العقد الفاسد ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة في العين ، العدد 28 ، 2006 ، ص 117 والتي تليها .

بالمناولة)) . والأوراق التجارية في القانون العراقي هي : الحوالة التجارية (السفتجة) والكمبيالة والشيك (الصك) ، وهذه الأوراق تتقادم الحقوق الواردة فيها بمدد خاصة حدّدها هذا القانون ، وبالتالي فهي لا تخضع ، في حدود المطالبات الصرفية ، للتقادم العادي الوارد في القانون المدني[1] . وقد حدّدت

(1) ومن الجدير ذكره أن التقادم الخاص بالأوراق التجارية لا يشمل إلاّ الدعوى الصرفية الناشئة عنها ، اما الدعاوى الأخرى التي تنشأ عن العلاقات القانونية السابقة لسحبها أو لتظهيرها فإن التقادم فيها يخضع لأحكام القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي (المواد 429 – 443) . كما أن حالات الرجوع في غير الحالات التي نصت عليها المادة (132) من قانون التجارة ، أو التي لم يتوافر فيها شروطها ، فإنها تخضع للتقادم العادي المنصوص عليه في القانون المدني . (وعلى هذا الأساس ، فإن الدعاوى التي لا يُطبق عليها التقادم الصرفي وتخضع للتقادم العادي تختلف باختلاف علاقة الحامل أو الموقعين على الحوالة والتي تنشأ أو نشأت مستقلة عن الورقة التجارية ويمكن تلخيصها كما يلي :

1) الدعاوى الناتجة عن علاقة الساحب بالمسحوب عليه : إذ أدى الساحب قيمة الحوالة أو الحامل بسبب امتناع المسحوب عليه ، وكان لدى المسحوب عليه مقابل الوفاء . فإن دعواه تجاه هذا الأخير تخضع للتقادم العادي ، لأن المسحوب عليه يصبح بامتناعه قد رفض تنفيذ التزامه تجاه الساحب . الذي يكون مبنياً على توكيل المسحوب عليه بوفاء القيمة إلى الحامل . كذلك إذا أوفى المسحوب عليه قيمة الحوالة دون أن يكون قد تسلم مقابل الوفاء (أي على المكشوف) فلا يستطيع مطالبة الساحب بموجب دعوى صرفية لأن الحوالة تكون قد انقضت بوفاء قيمتها ، ولكن للمسحوب عليه مطالبة الساحب بما دفعه بناء على الفضالة أو الاثراء بلا سبب ، وهذه الدعوى تخضع للتقادم العادي .

2) الدعاوى الناتجة عن علاقة الحامل أو المستفيد بالساحب ، وعندما يسقط حقّ الحامل بالرجوع بسبب اهماله يستطيع أن يطالب الساحب بقيمة الحوالة بناء على دعوى الاثراء بلا سبب .

3) علاقة الحامل أو المظهر بالشخص الذي ظهر له الحوالة ، إذا انقضى بالتفادي حقّ الحامل أو المظهر الذي دفع قيمتها ، فلكل منهما أن يطالب من نقل اليه الورثة ، بناء على العلاقة السابقة للتظهير والتي كانت هي سبب التظهير .

4) الدعاوى الناتجة عن علاقة الضامن أو الموفي بالتدخل ، بالشخص الذي الوفاء لأجله ، إذا انقضى حقهما في المطالبة بموجب الالتزام الصرفي ، يستطيع كل منهما مطالبة جعل الوفاء لمصلحته بناء على الكفالة أو الوكالة أو الفضالة ، إلاّ إذا كان الوفاء بمبلغ الحوالة تنفيذاً لالتزامه بأداء دين في ذمته إلى من ←

المادة (132) من قانون التجارة ، ثلاث مدد للتقادم في الحوالة التجارية والتي تتعلق بسقوط الدعاوى التالية :

1- الدعوى الناجمة عن الحوالة ضد القابل .

2- دعاوى الرجوع على المظهرين والساحب .

3- دعاوى رجوع الضامنين بعضهم على بعض .

فقد نصت المادة المذكورة على أنه : ((أولا - تتقادم الدعوى الناشئة عن الحوالة تجاه قابلها بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق . ثانيا - تتقادم دعاوى الحامل تجاه المظهرين أو الساحب بعد مضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الحوالة على شرط الرجوع بلا مصاريف . ثالثا - تتقادم دعاوى المظهرين تجاه بعضهم البعض أو تجاه الساحب بعد مضي ستة أشهر من اليوم الذي أوفى فيه المظهر الحوالة أو من يوم اقامة الدعوى عليه)) .

و يشترط لتطبيق التقادم المنصوص عليه في المادة 132 من قانون التجارة :

أ) وجود حوالة صحيحة من حيث بياناتها ، وأهلية ساحبها والأشخاص الموقعين عليها .

←

تم الوفاء لمصلحته) . لاحظ : د . فوزي محمد سامي ود . فائق محمود الشمّاع ، القانون التجاري (الأوراق التجارية) ، جامعة بغداد ، 1992 ، ص 280 .

ب) لا يسري التقادم إلاّ على شخصين أحدهما يصبح مديناً ، والآخر دائناً ، بناء على إنشاء الحوالة أو تداولها أو ضمانها أو وفاء قيمتها .

ت) التقادم الصرفي يمنع سماع الدعاوى الناشئة عن الحوالة وليس الدعاوى التي يكون مصدرها علاقات قانونية أخرى خارجة عن الحوالة[1] .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل أن من شأن مرور مدة التقادم الخاصة بالورقة التجارية ترتيب الأثر ذاته المُترتب على التقادم العادي في القانون المدني ، والذي يترتب عليه فقط سقوط عنصر الحماية القانونية عن الحقّ الناشئ من الورقة التجارية ؟ أم يترتب عليه سقوط الحقّ بأكمله [2] ؟ أم خروج المطالبة من نطاق قانون الصرف ودخولها في المطالبات المدنية العادية والتي تخضع للتقادم العادي ؟

إن النص الوارد في قانون التجارة لم يورد ما يشير إلى منع سماع الدعوى لمرور الزمان ، كما هي عليه الصياغة في القانون المدني ، بل ذكر كلمة (تتقادم) ، وإذا أردنا أن نُفسر النص تفسيراً حرفياً ، فإن مرور الزمن المُحدد فيه سيترتب عليه سقوط الحقّ الصرفي كاملاً ، بحيث لا يستطيع الدائن الرجوع على المدين بأية مطالبات خارجة عن نطاق قانون الصرف ، وتُبرأ ذمة المدين من الدين الناشئ عن الورقة التجارية ؛ وهذا الرأي تدعمه دعامة منطقية قائمة على الحكمة من وجود هذا النص الخاص في قانون التجارة ، مع وجود مدة تقادم

(1) لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الاشارة ذاتها .

(2) لاحظ في المعنى نفسه : د . عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، ج 2 ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة ، عمّان ، 2005 ، ص 201 .

أطول في القانون المدني ، إذ ليس من المعقول أن تتحول المطالبة من تجارية إلى مدنية بفوات المدة المنصوص عليها في قانون التجارة .

ومن جانب آخر ذهب رأيٌ إلى أن الالتزام الصرفي هنا يتحول إلى التزام طبيعي [1] ، إذا مضت المدة القانونية المنصوص عليها في قانون التجارة ، وذلك قياساً على الأثر المترتب على تخلُّف عنصر المسؤولية من الالتزام المدني وتحوله إلى التزام طبيعي بسبب مرور الزمان المانع من سماع الدعوى المدنية[2] ، ولهذا فإن المدين بالالتزام الصرفي إذا وفى بالتزامه ، رغم عدم سماع دعوى الدائن ، يُعدُّ وفاءً صحيحاً .

لكننا ، وانطلاقاً من فلسفتنا في الحقّ ، لدينا رأيٌ آخر ، وهو أن الأثر المترتب على تقادم الورقة التجارية يتمثّل في تحوّلها إلى ورقة عادية ، وبالتالي ستكون خاضعة للتقادم العادي ، ذلك أن هذا الحل يعطي حماية أفضل لصاحب الحقّ (الدائن) ، كما أن ما استند إليه أصحاب الرأي الذي يذهب إلى سقوط حقّ الدائن كلياً من دعامة منطقية لتنظيم التقادم بنصٍ خاص ، أرى أن حكمته لا تختلف عن الحكمة وراء تنظيم أحكام الأوراق التجارية بأسرها ، فالحوالة التجارية إن تخلَّف عنها بيان من البيانات الالزامية التي نصّ عليها القانون ، تتحول

(1) لاحظ : د . عزيز العكيلي ، ص 201 . ولاحظ أيضاً : د . محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الثالث ، الأوراق التجارية ، دار الثقافة ، عمّان ، 2007 ، ص 103 .

(2) لاحظ : الأستاذ عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي ، ج 3 ، أحكام الالتزام ، (تنفيذ الالتزام) ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1971 ، ص522 .

إلى حوالة مدنية[1] ، وبالتالي فإن جزاء تخلف البيان الالزامي ينبغي ألاّ يختلف عن جزاء مرور الزمان ، لأن الدائن ستَفرق معه فقط التسهيلات التي أتاحها قانون الصرف في تحصيل قيمة الورقة التجارية وسهولة تداولها .

269) - الهروب من السجن :

تفرض القوانين بعض العقوبات السالبة لحرية الإنسان ، كالحبس والسجن ، جزاءً لما ثبت على المعاقب بهذه العقوبة من أفعال جُرمية تستوجب ، عند مؤاخذة مرتكبها عليها ، أن تفرض عليه هذه العقوبة ، وعادة ما تواجه المؤسسات العقابية وسلطة الدولة ، حالة قيام بعض المدانين بجرائم يعاقب عليها القانون بالحبس أو السجن ، قيام المحكوم عليه بالهروب من محبسه ؛ وعادة ما تواجه الأنظمة المعتمدة على فلسفة النظام هذه الظاهرة بشدة مبالغ فيها ، إذ تتيح بعض الانظمة وتسمح لقواتها الأمنية في مطاردة الهارب وإباحة قتله ، ثم توجيه عقوبة إضافية ، فضلاً من عقوبته الأصلية ، على جريمة هروبه من السجن .

والحقيقة أن من حقّ فلسفة النظام النظر إلى هذه المسألة على أنها خرق للنظام ، وبالتالي فإن كل خرق للنظام ، على وفق هذه الفلسفة ، يستحق العقاب . في حين أن فلسفة الحقّ ترى أن كل خرق للحق يستحق العقاب ، وإذا أمعنّا النظر في هروب السجين أو المحبوس أو المقيدة حريته وراء الأسوار ، لتحقيق الحرية ، فإن هذا الفعل لا يشكل أي خرق للحق ، لا سيما الحقّ العام الذي يقضي هذا الشخص المقيدة حريته عقوبته مقابلاً له ، إلاّ أن هذا مقيد باعتبارين :

---

(1) لاحظ : د . فوزي محمد سامي ود . فائق محمود الشماع ، ص 92 .

1- تحقق المظلومية : إذا كان المقيدة حريته مظلوماً في الحكم الذي صدر بحقه ، وأدى هذا الحُكم الظالم إلى تنفيذ هذه العقوبة عليه ، فإن من حقه مطلقاً طلب الحرية لنفسه بل السعي لها ، فلا احترام لأيَّما نظام تضيع بسببه الحقوق ؛ لكن هذا الأمر قد يُنشئ حالة من الفوضى ، إذ ما المعيار المعتمد في عد المسجون أو المحبوس أو المقيدة حريته مظلوماً ؟ ! . حتى ومع وجود المعيار ، فإن الاحتكام إليه قد يخلق حالة من عدم الاستقرار التي تؤدي إلى ضياع مزيدٍ من الحقوق .

لكن المعيار الوحيد المتحقق في اعتماد أمر المظلومية ، هو أن تكون الجريمة المعاقب عليها ذات طبيعة غير حقوقية ، بمعنى أن القانون الوضعي قد جرّم افعال ما كان ينبغي عليه تحريمها ، والمثل الأبرز على ذلك الجريمة السياسية وجرائم التعبير عن الرأي ضد السلطة وما شاكل ذلك . لكن من الذي سيتقيد بهذا المعيار ؟ ! هل السلطة العامة التي سجنت المظلوم ، هي التي ستتقيد به ؟ وإذا كان في نظرها مظلوماً فلما العقوبة أصلاً ! ؟ .

الحقيقة أن هذا المعيار يتم التعامل معه وفقاً للمفاهيم الطبيعية للحقوق ، وليس وفقاً لوضعيتها ، إذ لا ينبغي ، وفقاً له ، تجريم فعل التستر على الهارب من السجن بتهمة ظالمة ، كما لا يجوز تجريمه عن الهروب ومعاقبته بعقوبة خاصة بحالة الهروب ، وربما تفرض هذه الأمور النواميس الأخلاقية العامة التي تفرض نفسها على التشريعات ، كما فرضت إرادتها في فروض عديدة[1] .

(1) كحالة عدم جواز إجبار الأقارب على الابلاغ عن الجرائم التي يرتكبها ذويهم وأقربائهم . وكذلك عدم اجبارهم على ادلاء الشهادة ضد أقربائهم ، وفي هذا الخصوص نصت المادة (68) من قانون أصول ←

2- تحقق الإقرار بالذنب : إذا كان المسجون أو المحبوس أو المقيدة حريته ، يُنفِّذ عقوبته عن جريمة أقر واعترف بارتكابها ، فإن اعترافه هذا يكون قبولاً منه بتوقيع العقوبة عليه ، وبالتالي عليه أن يتحمل ما ارتضاه لنفسه . لكن خروجه من السجن طمعاً في الحرية لا يجوز أن يُدان عليه إطلاقاً ، لأن البحث عن الحرية أسمى من أي قيمة أخرى .

ولا ينبغي للسلطات العامة إلاّ أن تلتزم بواجباتها تجاه الجماعة في الحفاظ على المحكومين ومنع هروبهم ، مثلما عليها مراعاتهم وعدم المساس بكرامتهم أو سلامتهم .

270) - الحقّ والضرورات وإباحة المحظورات :

هناك قاعدة أشتهر بها الفقه الإسلامي ، وهي : ((الضرورات تبيح المحظورات)) [1] . وقد طبق القانون المدني هذه القاعدة ونصّ عليها في الكثير من التشريعات العربية[2] ، وهي تطبيق لقاعدة حالة الضرورة المعروفة في القانون

←

المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 ، على أنه : ((ا - لا يكون احد الزوجين شاهدا على الزوج الاخر ما لم يكن متهما بالزنا أو بجريمة ضد شخصه أو ماله أو ضد ولد احدهما .

ب - لا يكون الأصل شاهدا على فرعه ولا المطلب شاهدا على اصله ما لم يكن متهما بجريمة ضد شخصه أو ماله .

جـ - يجوز أن يكون احد الاشخاص المتقدم ذكرهم شاهد دفاع للآخر ويهدر من الشهادة الجزء الذي يؤدي إلى ادانة المتهم.))

(1) لاحظ : شرح هذه القاعدة ، لدى : أ . د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، ايضاح الفوائد في شرح القواعد ، أربيل ، 2013 ، ص 214 .

(2) كالقانون المدني الأردني ، المادة (222) منه ، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، المادة (43) منه .

المدني بوصفها مانع للمسؤولية المدنية[1] ، ونقلتها القوانين الجنائية لترتب عليها الأثر ذاته فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية[2] . وحالة الضرورة هي الحالة التي يُجْبَرُ فيها الإنسان لارتكاب عمل بخطره القانون لضرورة دفعته لذلك ، وغالباً ما يترتب على حالة الضرورة ارتكاب جريمة ، أو على الاقل ارتكاب فعل ضار بالغير ، وقد جعل المُشرِّع هذه الحالة مانعاً للمسؤولية أو سبباً لتخفيف الجزاء المترتب عليها في القانون المدني وهو التعويض ، لكن في حالة ما امتنع قيام المسؤولية في جهة هذا المضطر ، وأصيب الغير بضرر ، من الذي سيكون مسؤولاً عن التعويض ؟

إن فلسفة الحقّ قائمة على الدوام ألاّ تجعل هناك حقّ منتهك دون عقاب أو جزاء ، حتى وإن تم انتهاكه لضرورة معتبرة ، ولهذا فإنه من الواجب أن تتحمَّل الجماعة التي قدَّرت فقررت عدم مساءلة المضطر عمَّا نتج من فعله من ضرر

---

(1) نصت المادة (212) مدني عراقي على أنه : ((1 - الضرورات تتيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها .

2 - فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، والا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)) . وقد خلط المشرع العراقي بين حالة الضرورة والدفاع الشرعي ، إذ كان عليه أن ينظم حالة الضرورة في المادة التي تليها ، وهي المادة (213) حيث نصت على أنه : ((. 1 - يختار أهون الشرّين فإذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ، ولكن الاضطرار لا يبطل حقّ الغير ابطالاً كلياً .

2 - فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا سكون ملزماً إلاّ بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً .))

(2) لاحظ : المادة (62) من قانون العقوبات العراقي .

بالغير ، أن تتحمل هي تعويض المتضرر ، أو يستند التعويض لشخص استفاد من تحقق حالة الضرورة لدرء الخطر أو الضرر عنه .

271) - الحقّ واليمين :

اليمين هو قسم يؤديه أحد الخصوم في الدعوى القضائية لصد إدعاء خصمه عليه[1] ، وهذه اليمين قد تكون حاسمة للدعوى وقد تكون متممة لأحد أدلتها ، وهي لا تُعدُّ طريقاً عادياً للإثبات ، وتختص بالقضاء المدني ، أما في القضاء الجنائي ، فلا يجوز تحليف المتهم (المدعى عليه) أو (المشكو منه) ، وعدم الجواز هذا تدعمه الكثير من الدعائم ، لكن أقواها الدعامة المنطقية ، إذ كيف نأمن لشخص سرق أو قتل أو اغتصب أن يحلف اليمين صدقاً ؟ ! ، لكن أليست هذه الدعامة متوافرة في الكثير من القضايا المدنية ؟ إذ لمَّا كانت اليمين احتكام لضمير الخصم مع يقين القاضي بأن هذا الخصم لا ضمير له ، فما المانع في أن يحلف يميناً يُفترض فيها الكذب ؟ فما الفرق - مثلا - بين الغاصب لملك الغير ، أو خائن الأمانة ، وخائن اليمين ؟ اليس بإمكان خائن الأمانة أن يخون اليمين من دون عناء [2] ؟ ! .

ومن هنا فإن فلسفتنا في الحقّ تقتضي عدم إعطاء اليمين دوراً في الدعاوى

---

(1) لاحظ كذلك : د . عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الإثبات ، ص 389 .

(2) وعلى الرغم من أن قانون الإثبات لم يسمح بتوجيه اليمين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب ، حسب نص الفقرة (1) من المادة (116) منه ، إلا أنه رجع ، في الفقرة (2) من المادة ذاتها ، وأجاز للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام أو الآداب أن يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه .

- كأصلٍ عام - ، ولا يلجأ لها القاضي في الدعاوى التي ينطوي موضوعها على طابع يمس أخلاقيات لا توفر رادعاً للخصم في أداء اليمين أو الحنث عنها .

272) - الحقّ والحظ :

في بعض الحالات ، قد تنعدم وتنفد معايير العدالة فيلجأ القانون ، موجهاً القاضي ، أو المنفذ له ، إلى الاحتكام إلى الحظ ، كما في قسمة المنقول الشائع قسمة عينية[1] ؛ من جانب آخر فإن الحقوق قد تعتمد على الحظ في التوزيع ، كما هو الحال بالنسبة لنظام الميراث ، وأحياناً يتعرض احد الدائنين لعارض يمنعه عن استيفاء حقه من مدينه ، ولا يمكن إرجاع هذا العارض إلاّ لحظه السيئ ، إذ قد يموت المدين أو يعسر أو يظهر له دائنين آخرين ينافسون الدائن الأول ويزاحموه في الضمان العام[2] .

---

(1) نصت الفقرة (4) من المادة (1072) مدني عراقي على أنه : ((وإذا كان المشاع منقولاً يفرز إلى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه ، وتوزع على الشركاء بالقُرعة)) .

(2) من الممكن النظر إلى الحظ من منطلقات متباينة ، (ويجوز تعريفه من نواح متفاوتة وبعبارات وتعابير مختلفة ، لكن كل هذه الاختلافات في الأسلوب والوسائل تتجه نحو كشف حقيقتين اثنتين فقط ، أولاهما ، أن الحظ مرتبط بالاستحقاق لا محالة وجوداً وعدماً ، سواء أكان ذلك الاستحقاق إيجاباً أم سلباً ، فإن كان أولهما كان حظاً حسناً ، وإن كان ثانيهما كان حظاً سيئاً . أما الحقيقة الثانية فهي أن الحظ يدور في فلك اللاإرادية ، فينزل على الإنسان واقعاً لا مفر منه رضيه أم أباه ، وإن كان هذا الأخير غير مجد . كما يقوم الحظ على عنصرين أساسيين ، أحدهما المنفعة وهي التي تقع في استحقاق أحد ويصدق بها تعريف الحظ من حيث هو حصول منفعة أو مضرة رغماً عن إرادة الإنسان ، ويشترط في المنفعة أن تكون جدية ومتحققة ، وأن لا تكون مستحقة لأحد على وجه التحديد قبل تحققها ، وثاني العنصرين هو المصادفة والمفاجأة ، أو عدم التوقع في تحقق المنفعة . كما يتسم الحظ بخصيصتين مهمتين ، هما الإجبار الذي يمثل الجانب اللاإرادي في الحظ ، والإفاضة التي تؤيد الجانب الاستحقاقي ←

ولربما يكون اعتماد حل الحظ . متعارضاً مع فلسفة الحقّ ، وضرورة احقاقه ، لكن هذا الحل هو الذي يفرضه الواقع لضرورة معينة ، إذ لا يمكن الالتجاء إليه للوهلة الأولى ؛ أما فيما يتعلق بالميراث ، فالكلام فيه كثير ، لكن نُوجزه بكلمة مفادها ، أن توزيع الانصبة على الورثة ، بحيث يأخذ بعضهم الكثير ، ويأخذ بعضهم القليل ، ويحجب بعضهم ، وهكذا ، كل هذا مرجعه في فلسفتنا إلى أن الشخص عندما يموت يترك ماله في الحياة ، والحقيقة أن هذا المال الذي تركه المتوفى ينبغي أن يذهب إلى الجماعة التي ينتمي إليها ، وبالتالي فإن هذه الجماعة هي التي ستقرر من الذي يستخلف الميت في تركته ، ولهذا نرى أن أنظمة الميراث تتباين من مجتمع إلى آخر ، ومن دولة إلى أخرى ، ذلك ان الحقّ الذي يرثه الوارث من مورثه لا يعدو أن يكون حقًّا وضعياً ناشئاً بسبب وضع القرابة ، والجماعة هي التي تقرر أي القرابة أقرب إلى الميت ، وبالتالي تكون مستحقة لخلافته في عموم أمواله[1] .

←

في الحظ ، فالحظ واقع جبري مفروض على الإنسان ، وليس له إلا القبول به ، لأنه واقع مقطوع من حيث الوقوع ، معجز للتحكم الإرادي من حيث الوقوع واللا وقوع ، لذا أن عدم قبوله لا يؤثر عليه البتة ، لكن الاختلاف في وجهات النظر حول الإفاضة كخصيصة للحظ قد يؤدي إلى قبول الحظ ، وقد يؤدي إلى رده ، فالمسألة هنا نسبية ترتبط بمستوى تفكير كل إنسان في ذاته وأحقيته ومدى قنوعه وخنوعه للواقع ، لكن مع كل هذه لا يوجد مانع أمام الإنسان ليشرع في تحسين حظوظه إذا ما تم ذلك بالوسائل المشروعة) . لاحظ : د . إسماعيل نامق حسين ، النظرية العامة للحظ في القانون الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 ، ص 291 .

(1) ولهذا تتباين قواعد توزيع الارث من مجتمع إلى آخر ، فأحياناً تجد أن البنت (بنت المتوفى) تحجب عمها (أخو المتوفى) في مجتمع ، وفي آخر يرث معها ، وفي آخر هو الذي يحجبها ؛ كما أن بعض الأنظمة تجعل المورث هو القائم على توزيع تركته قبل موته بوصية ؛ وهكذا ؛ لكن ينبغي التنويه إلى ←

لكن إذا لم يكن للمتوفى أقرباء ، فالدولة وارث من لا وارث له ، وقد يعتقد الفقه أن هذه القاعدة تُطبَّق استثناءً عند عدم وجود وارث ، لكنها بالحقيقة ، وبموجب رؤيتنا الخاصة ، يجب أن تكون القاعدة العامة التي تحكم موضوع الميراث ، إذ الأصل أن تنتقل أموال كل ميت إلى خزينة الدولة ، ثم تقوم ، عبر تشريعاتها ، بتوزيعها على أقرباء الميت ، وهذا لا يعني الدعوة لتعقيد سُبُل توزيع التركة على الورثة ، بل أن العملية تتم بسلاسة ، لكن بعلم الجهاز الذي يمثل الجماعة الوضعية التي ينتمي إليها الميت ، والممثلة بالدولة .

273) - الحقّ وملكية الثروات الطبيعية :

ما الفرق أن نقول أن ملكية الثروات الطبيعية ، كالنفط والغاز والمعادن ، مملوكة للدولة ، أو أنها مملوكة للشعب ؟

الحقيقة أن الفرق كبير على المستويين الاقتصادي والقانوني :

أ- فعلى المستوى الاقتصادي ، يكون لكل فرد في الدولة نصيب من الثروات الطبيعية على اقليمها ، إذا ما سلّمنا بفكرة ملكية الشعب لها ، وبالتالي فإن الاتفاق على تمشية أمور الدولة وسير مرافقها العامة ، سيؤخذ من الشعب ، إذ ستخصم من حصّة كل فرد نسبة لتغطية التكاليف العامة . أما

←

احترام الحدود الدنيا لما استقر عليه الناموس الطبيعي من عدم تأسيس الحرمان من الميراث إلا لأسس تتفق مع معايير العدالة التي يتقبَّلُها العقل السليم ، لهذا فليس من العدل أن يُحرم الإنسان من إرث قريبه لكونه أُنثى ، أو لكونه الأخ الأصغر ، أو لكونه مختلف الدين عن مورثه أو مختلف الجنسية (إلا في حدود ما تراه الجماعة بخصوص ملكية العقارات وفي نطاق ضيِّق) ، أو ما شاكل من موانع الميراث الأخرى .

لو قُلنا أن ملكية الثروات الطبيعية تعود للدولة بوصفها شخصاً معنوياً لها ذمة مالية مستقلة ، فهي التي ستقوم بالإنفاق لتغطية التكاليف العامة ؛ فإذا ما فاض فسيعود لمنفعة الشعب .

قد لا يبدو هناك فرق في النتيجة بين الفرضيتين من الناحية الاقتصادية ، بقدر ما هو فرق في شخوص المالك والمنتفع .

ب- وعلى المستوى القانوني : سيعرف كل فرد حصته الحقيقية من الثروات الطبيعية ، فيما لو كانت ملكيتها عائدة له ، أم إذا كانت عائدة للدولة ، فالأمر فيه جهالة .

وقد لاحظنا كيف أن الخيرات الناجمة عن هذه الثروات تم تبديدها في الكثير من الدول ، لا سيما في بلدنا العراق ، عندما اعتمدت الدولة خيار عائدية ملكية ثرواتها الطبيعية لها وليس للشعب ، على الرغم من أن الدستور العراقي قد نص على خلاف ذلك ، حيث نصت المادة (111) منه على أن : ((النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الاقاليم والمحافظات)) [1] .

---

(1) كما نصت المادة (112) من الدستور العراقي أيضاً على : ((أولاً : - تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة ، على أن توزع وارداتها بشكلٍ منصفٍ يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع انحاء البلاد ، مع تحديد حصة لمدةٍ محددة للأقاليم المتضررة ، والتي حرمت منها بصورةٍ مجحفة من قبل النظام السابق ، والتي تضررت بعد ذلك ، بما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة من البلاد ، وينظم ذلك بقانون .

ثانياً : - تقوم الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة معاً برسم السياسات الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز ، بما يحقق أعلى منفعةٍ للشعب العراقي ، معتمدةً احدث تقنيات مبادئ السوق وتشجيع الاستثمار)) .

وينبغي إعمال هذه المادة ، بأن توزع عائدات الثروات الطبيعية في البلاد على جميع أفراد الشعب ، ثم يتم استقطاع نسبة مساهمة الشعب ، مع الدولة ، في تحمُّل التكاليف العامة والنفقات ، كمعاشات الموظفين وتغطية نفقات إقامة المشاريع وتطوير البنية التحتية ، وكل ما يؤدي إلى استمرار الحياة العامة ، من حصة كل فرد [1] .

بهذه الطريقة سنُطبق بشكل جيد المقصود من عائدية ملكية الثروات الطبيعية للشعب ، ثم أن كل فرد من أفراد الشعب سيراقب الحكومة بشكل دقيق ويراقب مصروفاتها ، لأنه يعلم أن تلك المصروفات قد خُصمت من حصته في الملكية الجماعية .

ولا يعني هذا الحل تجريد الدولة ، بوصفها شخصية قانونية ، من ذمتها المالية ، فذمّتها موجودة وتتألف من مجموع الإيرادات الأخرى ، غير الدخل الناجم عن الثروات الطبيعية ، كإيراداتها من الضرائب والرسوم على مختلف صورها ، كالرسوم الجمركية والرسوم العدلية والفضائية ورسم الطابع وأجور

(1) فلو افترضنا أن عائدات بيع النفط – مثلا – مطروحاً منها تكاليف الإنتاج ، يتم تخمينها على سعر معين واقعي وتقريبي لسعر البرميل الواحد من النفط مضروباً في عدد البراميل المنتجة منه يومياً ، فلو افترضنا أن عائدات النفط الصافية تبلغ (65) مليار دولار في السنة ، وجمعنا معها عائدات الغاز وغيرهما من الثروات الطبيعية الأخرى ، وبلغ المجموع الكلي – مثلاً – (90) مليار دولار سنوياً ، فإذا كان عدد أفراد الشعب (30) مليون فرد ، قسمت العائدات البالغة (90) مليار دولار على (30) مليون ، فيساوي (3) ألف دولار للفرد الواحد سنوياً ، تخصم من هذا المبلغ النسبة التي يتحملها الشعب من التكاليف العامة ، كرواتب الموظفين وغيرها ، فيبقى الصافي لكل فرد ، حتى وإن لم يبقَ لكل فرد سوى (500) دولار سنوياً نوزع على الأفراد نهاية كل عام .

النقل العام وغير ذلك من النفقات العامة ، ومجموع التكاليف العامة يجب أن يتم تغطيتها من ايرادات الدولة وإيرادات الشعب على حد سواء بنسب تتناسب مع طبيعة كل مرحلة وكل ظرف .

المهم هو أن لا نخلط بين حقّ الدولة وحق الشعب ، فحق الشعب يتجسد في الملكية الجماعية للثروات الطبيعية ، ولا تمارس الحكومة إلاّ دور النائب عن الشعب في استحصال الايرادات وتوزيع الحصص وخصم التكاليف .

إن وجهة النظر المتقدمة التي انطلقنا بها من فلسفتنا للحق ، وإن كانت ، تبدو ، ذات طابع اقتصادي ، لكنها تعد تطبيقاً للتوجّه العام بأن ملكية الثروات الطبيعية يجب أن تكون للشعب ، وهو رأي نراه كفيل بالقضاء على أوجه الفساد المالي المستشري في هيئات الدولة ومختلف مؤسساتها .

الفرع الثاني
الإتيان بأفكارٍ جديدة

274) - الحقّ يسمو على كل شيء في الحياة القانونية :

عندما تعرضنا في الفرع السابق إلى بعض الموضوعات ، أردنا بها التمثيل على حالة إعمال فلسفة الحقّ في بعض النظم والأوضاع التي يهتم علم القانون بدراستها ، لكنها ليست التطبيقات الوحيدة التي يمكن تطبيق فلسفة الحقّ في تصحيح مسارها أو تغيير أحكامها ، فالتطبيقات في الحياة القانونية كثيرة ولا يمكننا حصرها أو إحصاءها بدقة ، لكن علينا دائماً أن تنطلق في سن التشريعات

أو تفسيرها أو تطبيقها في إعلاء كلمة الحقّ على ما سواها ، وأن يقف كل عمل نقوم به على أرضية الحقّ ، فالحقّ يعلو ولا يعلى عليه في الحياة القانونية .

ولكون الحقّ يسمو على كل شيء في الحياة القانونية ، لا بد من التساؤل هنا هل الحقّ قيمة مطلقة أم أنه قيمة نسبية ؟ ! والحقيقة أن الحقّ في الفلسفة هو قيمة من القيم المطلقة في مباحث الأكسمولوجيا لكن الحقّ في هذا الجزء المهم من الفلسفة ، قد يُعنى به الصواب ، أو الصدق ، لأنه مرتبط بالتقويم العقلي ، لكنه عندما يرتبط بالسلوك فإن القيمة الوحيدة المطلقة المرتبطة بالسلوك هي قيمة الخير ، وهذا قد يتعارض مع اعلاء الحقّ على الخير في الحياة القانونية .

لا شك في أن قيمة الخير أسمى من قيمة الحقّ ، وأنها قيمة مطلقة في دائرة السلوك ، في حين أن الحق قيمة نسبية ، ذلك أن قيمة الحقّ هي قيمة مرتبطة بطبيعة الإنسان المجبول من الخير والشر ، وبالتالي ، ولضرورة إقامة التوازن بين الأفراد ، وتحقيق العدل بينهم ، فإنه يتم اعتماد قيمة الحقّ أساساً لهذا التوازن ، لكن تبقى غاية الحقّ السامية على الدوام هي إشاعة الخير بين الناس ، إذ ان اشاعة الخير بين الناس تُعزز مكارم الأخلاق فيهم ، وتحفر في داخلهم ينابيع من الفضائل السامية التي ، إن سادت في المجتمع ، يسود معها العدل والإحسان والمحبة والمؤاخاة ، كذلك يتحقق بها الأمن والنظام ، فضلاً عن تحقيق كل فرد للسعادة التي ينشدها ، كما أنها تقتل فيهم كل جشع أو نزاع أو صدام أو حسد أو حقد أو كراهية أو ما شاكل ، وبالتالي يتحول المجتمع من مجتمع يقوم على التوازن إلى مجتمع تجاوز هذه المرحلة واتخذ من الخير والإحسان معياراً للتقابل بين أفراده .

والدليل على عد قيمة الحقّ قيمة نسبية ، هو الاختلاف الذي يحصل عقلياً ونقلياً ، حول ما يعد حقًّا وما لا يعد حقًّا من الاوضاع ، كما تحصل اختلافات وجهات النظر بين الفقهاء والقضاء أو فيما بينهم ، في حل النزاعات ووضع الحلول الفقهية لتزاحم الحقوق ، فترى بعضهم يميل إلى نصرة طرف ، وترى آخرين يميلون لنصرة آخر ، وهكذا ، ولا يبقى في الحياة القانونية سوى الحقوق الطبيعية التي يتفق عليها الجميع لاتِّصالها الوثيق بكيان الإنسان .

إن سيادة الحقّ في المجتمع هو الهدف الرئيس على مدى مراحل التطور التي مرّت بها الإنسانية ، وسمو الحقّ في المجتمع كفيل بإشاعة الخير ، ذلك أنه لا يمكن أن نبلغ الغاية النهائية لمجتمعاتنا في إشاعة الخير ، ما لم يسود الحقّ أولاً ، فيعرف كل إنسان ما له وما عليه ، وله بعد ذلك أن يعفو ويصفح عن ما له ، ويُقدم ما عليه للآخرين بكل محبة وإيثار .

إن تحقيق الغاية البعيدة للمجتمعات الإنسانية في تحقيق قيمة الخير في قوانينها ، قد تبدو صعبة المنال بصورة مطلقة ، لأنها لا تتفق مع الطبيعة الإنسانية الميّالة لحب الذات والاستئثار بالمنافع والكسب ، وإلا فإن الإنسان إن تجرد عن طبيعته تحوّل إلى كائن آخر ، وبالتالي فهو لا يحتاج لقيمة الحقّ المُتّصلة بكيانه الإنساني القديم ، بل يحتاج لقيمة أخرى .

275) - علمنة القانون :

لا نقصد بعلمنة القانون ، المعنى الضيق للعلمنة المتوارد في الأذهان والشائع في الاستخدام والدال على معنى ابعاد قواعد الدين عن قواعد

القانـون ، أو كمـا هـو معـروف فـي الـسياسة بفـصل الـدين عـن الدولـة[1] ،

(1) العلمانية عبارة عن مفهوم يقصد به ؛ الاهتمام والاختصاص بجميع الأمور الدنيوية والعمل على فصل الأمور الدينية عن الاتجاهات والآراء السياسية ، فكل واحدة مستقلة عن الأخرى . والعلمانية تعمل على القيام بالتخلص من جميع الأوامر التي تلزمها الحكومة لأفرادها كإجبارهم على اعتناق دين معين ، أو الالتزام بعادات وتقاليد معينة لا تروق لهم ، أي أنها لا تلزمهم بشيء فليس للدولة دين أو عرف أو تقاليد محددة لكل فرد الحرية في اختيارها . وأصول العلمانية متجذرة في آرائها القائلة بأن أي نشاط خاص بالأفراد في أي مجال كان ، وقراراتهم في أمر كان لا يحق لأحد القيام بالتأثير أو التدخل فيها فهذا حقّ شخصي لجميع الأفراد من ذواتهم . وتعد العلمانية من المعتقدات المرنة ، إذ ليس لها شروط أو أسس تلتزم بها إنما هي قابلة للتعديل والتطوير والزيادة وتتكيف في أي بيئة توجد فيها وفي أي مجتمع تظهر به وبين أي من الأفراد كانوا . والعلمانية هي في حد ذاتها لا تعتبر نفسها معارضة لأمور الدين بل هي لا تتدخل به وتقف محايدة دوماً تجاهه ، بل يعدها الكثيرون أنها هي التي حافظت على الدين من تدخلات الحكومات والدول فيها . والعلمانية الحديثة انبثقت في عصر التنوير في البلاد الأوروبية ، وكان لعدد من المفكرين الأوروبيين اليد في إخراجها ونشرها ؛ ك توماس وفولتير وجيفرسون . وقد كانت عملية فصل الدين عن السياسة التي قام بها العلمانيون ناتجة عن ما تعرّض له العديد من الفقراء والمظلومون الذين كانوا ضحايا للقساوسة الذين عملوا على الاستيلاء على الأراضي والأموال باسم الدين ، فكان الدين وسيلة لتحقيق مصالحهم . والعلمانية تؤمن بأن بالإيمان المادي المطلق في كل شيء ، فهي تؤمن إيمان تام بكل شيء محسوس وملموس ، وتنكر كافة الأمور الغيبية . _كما أن العلمانية تنظر إلى كافة الأمور الاقتصادية والسياسية وحتى الدينية من ناحية عقلية فقط وتقوم بإيجاد الحلول لها أيضاً بذات التفكير ، فهي تجردها من القداسة أو الدين وكل شيء وتحولها إلى قضية ملموسة بحتة . كما تهدف العلمانية إلى توجيه اهتمام جميع الأفراد في الحياة الدنيا وفي النظر إلى المستقبل دوماً وإيقافهم عن التفكير في الآخرة وفي الأمور الغيبية وتحويل نظرتهم من نظرة دينية إلى نظرة مادية . والأسس التي تقوم عليها العلمانية هي : المواطنة ، ولا تنظر للدين على أنه أساس مهم لتحقيق الانتماء ، كما أنها تؤمن بأن أساس التشريع في الدولة يجب أن يعتمد على المصلحة العامة والمصلحة الخاصة فقط . ونظام حكم أي دولة عادل تكون شرعيته معتمدة على الدستور ، ويجب تطبيق القوانين الملزمة بتحقيق حقوق الإنسان . (المقال لشيراز حرز الله ، منشور على الموقع الآتي " mawdoo3.com " ، تاريخ الزيارة : 2016/3/22) .

وإنما نقصد به المعنى العام القائم على جعل قواعد القانون ذات صبغة عالمية مقبولة من الجميع . ولم أرد استعمال كلمة عولمة لاقتصار هذا المصطلح على جعل القانون يتفق مع ثقافة هيمنت بالقوة على العالم دون غيرها ، كما لم أود استخدام لفظة العالمية ، لأنها قد تدل على معنى مثالي أكثر مما هو واقعي ؛ أما العلمنة بمفهومها العام ، فهي تجريد قواعد القانون من أي نزعات فئوية مهما كانت ، أي يجب أن تكون قواعد القانون متجردة ليس فقط من قواعد الدين ، بل متجردة أيضاً من التوجهات القومية والإثنية والطائفية والمذهبية ، وعن أي نزعة من شأنها أن تُفضِّل بعض الناس على بعضهم الآخر ، بل تنظر بعين عامة ومجردة إلى الجميع على قدم المساواة .

وهنا لا بد من اعادة النظر في جميع القواعد القانونية المتأثرة بقواعد الدين أولاً ، ثم القواعد القانونية المتحيِّزة إلى الانتماء القومي ، ثم التي توغل في التفرقة بين الناس على اعتبارات غير حقوقية .

أ / فلا يجوز لقواعد القانون أن تُميِّز المسلم من غير المسلم في دولة يكثر فيها السلمون ، كما لا يجوز لهذه القواعد أن تُميِّز المسيحي من غير المسيحي في دولة يكثر فيها المسيحيون ، كما لا يجوز لهذه القواعد أن تُميِّز اليهودي من غير اليهودي في دولة يكثر فيها اليهود ، وهكذا ؛ ذلك أننا إن سمحنا لأنفسنا في التمييز عن بعضنا ، فمن حقّ هذا البعض أن يُميِّز نفسه عنا ، وهكذا تضيع الإنسانية بين التفريق الديني ، كل يرى في دينه الحقّ ، وكل يرى أن الجنة كُتِبَت له لا لغيره ، وكل يرى أن اعتقاده هو الصحيح ، وهذا إن كان له محل على

الأرض ، فيجب ألا يكون له محل في القانون أبداً .

إذ كيف تسمح قواعد القانون ، وهي ما يُفترض فيها أنها عامة مجردة ، أن يتزوَّج المسلم من غير المسلمة ، ولا تسمح للمسلمة أن تتزوج غير المسلم ؟ [1] وكيف تسمح بعض القواعد بتخصيص خطابها للمسلم مع إمكانية شمول غيره بالخطاب ؟ ! [2] وكيف تسمح قواعد أخرى أن تُميِّز بين المسلم والذمي وغيرهما في تملك بعض الأموال ! [3] وكيف تسمح قواعد قانون آخر لأي مواطن أن يغيِّر دينه إلى الإسلام ولا تسمح للمسلم بتغيير ديانته ؟ هل هذه قواعد قانونية بحق السماء ؟ ! .

ومن جهة ثانية ، كيف تسمح قواعد القانون أن تضع شريعة ما مصدراً عاماً للقانون دون غيرها من الشرائع [4] ؟ ! ثم كيف تسمح قواعد القانون أن تطبق

---

(1) نصت المادة (17) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه : ((يصحُّ للمسلم أن يتزوج بكتابية ، ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم)) . (لاحظ للتفصيل : د . فاروق عبد الله كريم ، ص 46) .

(2) نصت المادة (613/ج) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : ((يحرم البيع والمقايضة ويقعا فاسدين في الحالات الآتية : - ج - إذا باع المسلم على بيع المسلم أو اشترى على شرائه ، أو قايض على مقايضته في زمن أحد خياري المجلس والشرط)) . (احظ لمزيد من التفصيل ، بحثنا : تقويم مدى الابداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، ص 305) .

(3) نصت المادة (1208) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : ((ما يطرحه البحر من مال لم يتقدم عليه ملك لأحد ، فهو لواجده الذي وضع يده عليه أولاً ، فإن تقدم عليه ملك لغير مسلم ، أو ذمي ، فخمسه لبيت المال ، والباقي لواجده ، وإن تقدم عليه ملك لمسلم أو ذمي ، فهو لربّه ، إن علم ، فإن لم يُعلم سرى عليه حكم اللقطة)) . (لاحظ بحثنا السابق ذكره ، ص 306) .

(4) لاحظ المادة الأولى في كثير من القوانين المدنية العربية . ولاحظ : كتابنا ، خواطر مدنية ، ص 37 .

قواعد ميراث استقتها ، ليس فقط من دين معين ، بل من مذهب معين ، وتفرضها على جميع من يدين بهذا الدين وإن اختلفت المذاهب ؟ ! .

ثُمَّ ما معنى أن يُحدد دستورٍ ما دين الدولة ! ، فهل للدولة دين [1] ؟ ؟ !

ب /ثم كيف يمكن بنا أن نقوِّم قانوناً ينص دستوره على أن الدولة فيه تنتمي انتماءً قومياً أو قبلياً أو دينياً ، هل ما زلنا في القرون الوسطى أم ماذا ؟ لماذا نُقصِّر على أنفسنا أن نكون جزءاً من الامة العربية أو الأمة الإسلامية ، ولا نكون جزءاً من الإنسانية جمعاء ! ثم ما هي فائدة النص عن ذلك أو غايته[2] ؟ ! .

ثم ما الحكمة من تفضيل مذهب على مذهب في التطبيق ، وصاحب المذهب إنسان مثلنا وضع مذهبه في فترة مظلمة من الزمن ، ونحن نعيش اليوم عالماً متفتحاً ومنفتحاً [3] .

---

(1) نصت المادة (2) من الدستور العراقي على أنه : ((أولاً : - الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدرٌ أساس للتشريع :

أ - لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام .

ب - لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع مبادئ الديمقراطية .

ج - لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور .

ثانياً : - يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي ، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية ، كالمسيحيين ، والايزديين والصابئة المندائيين)) .

(2) نصت المادة (3) من الدستور العراقي على أن : ((العراق بلدٌ متعدد القوميات والأديان والمذاهب ، وهو عضوٌ مؤسسٌ وفعالٌ في جامعة الدول العربية وملتزمٌ بميثاقها وجزءٌ من العالم الإسلامي)) .

(3) لاحظ : المادة (1) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

276) - أنسنة الشرائع :

إن المدارس الطبيعية ، وعلى الرغم من مثاليَّتها وبُعدها بعض الشيء عن الواقع ، لكنها قدمت لنا دليلاً نيّراً على قوة العقل البشري في أن يصنع قانوناً موحداً للبشرية جمعاء ، قانون تسود فيه المساواة بين كل بني البشر ، قانون ينعم فيه الجميع بالخير ، قانون لا يضع الفوارق بين الناس على أسس عنصرية أو إثنية أو دينية أو طائفية .

يجب ، وأننا نتحدث في نطاق الحقوق ، أن نترك لكل فرد معتقداته الخاصة التي تنظم علاقته بربه وبنفسه ، لكن العلاقات بين الناس يجب ألا تسودها القواعد التي من شأنها أن تُفَضِّل بعض الناس على بعضهم ، بل يجب أن تكون المساواة بين الناس هي السائدة في علاقاتهم ، ويجب أن تكون المساواة بين كل الناس ، لا بينهم داخل طائفة معينة ، فالناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربي على غيره أو لفرنسي على غيره أو لصيني على غيره ، في حقوقه الطبيعية إلاّ ما اختلف بينهم من أوضاع .

ان القانون ، بما يحمل من قواعد ملزمة ، لا يحكم إلاّ الحياة المادية التي يعيشها الإنسان بالفعل ، أما ما عدا هذه الحياة ، فهو غير مختص بها ولا مسؤول عنها ، ولهذا ففي هذه الحياة ليس للمسلم أن يقول أنا الأفضل لأن ديني هو الأفضل ، كما ليس للمسيحي أن يقول ذلك ، وكذلك اليهودي ، فليس هناك شعب مختار ، ولا يوجد عنصر سامي وعنصر غير سامي ، وفئة مؤمنة وأخرى ضالة ، ولا يوجد من بين البشر من هم مُفضَّلين على غيرهم لكونهم أولادٌ لله عزّ

وجل ، ولا يوجد شيء اسمه (كفر) أو (شرك) في القانون ، وليس هناك شيء اسمه (عبادة) في القانون ، وليس هناك شيء اسمه (دين) في القانون[1] ، وكل

(1) ذلك أن القانون علم حسّي ، والدين جُلُّه قائمٌ على الميتافيزيقا . وإذا ما تساءلنا الآن : هل هناك حقًّا تعارض لا يمكن تحاشيه بين العلم والدين ؟ وهل يسعى العلم بالفعل إلى هدم الدين ؟ فإننا نجد أن الإجابة عن هذين السؤالين قد أثارت جدلاً واسعاً طوال قرون عديدة ، كما أنها أثارت قدراً كبيراً من التشاحن المرير . فإذا نظرنا إلى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، مثلاً ، سنجد أنه ساد خلالهما الاعتقاد بأن هناك تصادماً لا يمكن تجنبه بين المعرفة العلمية والإيمان الديني ، واستقر رأي لدى كثيرين على أنه قد آن الأوان للاستعاضة عن العقائد الدينية بالعلم ، وأن العقيدة الدينية التي تستند إلى حقائق العلم خرافة يجب مقاومتها . وقد نظر مفكرو القرن الثامن عشر إلى نظرية نيوتن بوصفها نظرية علمية جديدة أرقى في نوعها من كل ما سبقها من نظريات . في الوقت نفسه تعرض الدين لهجوم شديد إلى حد ما ، في أوربا الغربية في بادئ الأمر ، من جراء خيبة الأمل التي سببتها الحروب الدينية في القرنين السادس عشر والسابع عشر . ومن ثم كانت المقابلة بين العلم بوصفه صورة من صور المعرفة الموثوق بها ، وبين المعتقدات الدينية التي أحيط ادعاؤها بأنها معرفة بقدر كبير من الشك . ولقد وقف ((ديفيد هيوم)) موقفاً معادياً من الدين ، وقد دعا إلى إلقاء الكتب التي تتحدث عن ((الألوهية أو الميتافيزيقيا)) إلى النار ، لأنها لا تتضمن ((سوى سفسطة وأوهام)) . أما ((كانط)) فقد وقف موقفاً أكثر تعاطفاً تجاه الدين ، فقد ميز بين الدين والعلم ، واعتقد – رغم قوله باختلاف الدين عن العلم – أنه ما زال ممكناً إلى حد ما ، تقديم تبرير للدين ، فهو يؤكد في كتابه ((الدين في حدود العقل)) أن الدين يجب ألا يرتبط بالعواطف بل بالعقل . وأنه من الخطأ أن نعتقد أن الدين هو الضابط للأخلاق ، في حين أن الأخلاق وحدها هي التي يمكن أن توصلنا إلى الدين . فالقانون الأخلاقي العقلي يتفق مع إرادة الله جل قدره ، والأخلاق التي ينص عليها الدين تختلف عن الشعائر والعبادات الخارجية التي نتمسك بها . والحقّ ان وجهة نظر ((كانط)) في الدين تختلف كل الاختلاف عن النظرة التقليدية إلى الدين ، لأن الدين في نظر اللاهوتيين ورجال الكنيسة يعد بالثواب وبالسعادة الأبدية ، وينذر بالعقاب والعذاب الأليم . أما ((كانط)) فيعتقد ان الدين الحقّ ، الدين بمعناه الصحيح لا بد أن ينبع من الأخلاق ، فالواجب الأخلاقي كما يفرضه العقل لا يمكن أن يختلف عن الأمر الإلهي ، لذلك لا بد أن يتبع علم اللاهوت علم الأخلاق ، لا أن يكون سابقاً عليه . ولقد دل الخلاف الذي ثار في الولايات المتحدة الأمريكية نهاية القرن المنصرم ، على أن هذه المشكلات الدينية ما زالت مثيرة للجدل . إذ ظل المثقف العادي ، لفترة طويلة من الزمن ينظر إلى نظرية التطور لدارون ←

هذه المصطلحات تدخل في مكامن النفس وتبقى فيها ، ولا يسمح بإظهارها إلى العلن لغرض ترتيب آثار قانونية ، أما إذا كان ظهورها إلى العلن لترتيب آثار لا قانونية ، فلا شأن للقانون بها ، ما دامت لا تُرتِّب ضرراً للغير[1] .

اليوم وفي عصر الانفتاح على الآخرين في ظل هذه القرية الصغيرة التي اسمها الأرض ، ما عاد ينفع أن نَعْصُب أعيننا عن رؤية الآخرين ، وبالخصوص نحن معاشر الاقوام غير المنتجة ، فحاجتنا إلى غيرنا أكبر بكثير من حاجتنا إلى أنفسنا ، ولهذا ليس من المنطق ولا من الأخلاق في شيء ، أن نحتاج لغيرنا ، وفي الوقت نفسه نلغي وجودهم ، أو على الأقل نعتقد أننا أفضل منهم ، وهم ، بما يقدمونه للإنسانية من خدمات ، أفضل منا بكثير .

فلستَ أنتَ من تُقيِّم من سيدخل الجنة أو النار ، فهذا أمره لخالقهما ، ولهذا ليس حلياً بالقانون أن يهتم بهذا ، ولستُ أنا من أقيِّم أيّ الناس مؤمن وأيُّهم

←

على أنها نظرية علمية ، كما نظر إلى سفر التكوين لنشأة الأنواع بوصفه تفسيراً أسطورياً . (لمزيد من التفصيل ، لاحظ : د . حسين علي حسن ، الأسس الميتافيزيقية للعلم ، ص 27 . ولاحظ أيضاً في حقَّانية الدين : مصطفى ملكيان ، مقالات ومقولات في الفلسفة والدين والحياة ، ترجمة : أحمد القبانجي ، مؤسسة الانتشار العربي ، بيروت ، 2013 ، ص 227) .

(1) من الغريب أن نذكر أن الدكتور فايز محمد حسن ، بعد أن عرضَ الكثير من تعريفات فلسفة القانون ، عرَّفَ فلسفة القانون بأنها : (الدراسة التي تتناول الأسس الأولية الكامنة فيما وراء الظاهرة القانونية ، وتهدف إلى الوصول إلى قانون تتحقق فيه الغايات النهائية للإنسان ، في ضوء معطيات معينة تشتق من الطبيعة الإنسانية في اطار البعد الديني للإنسان) . لاحظ ، مؤلفه : نشأة فلسفة القانون وتطورها ، ص 41 . ولا شك أن في هذا تضييقٌ لا مبرر له لدائرة فلسفة القانون ، وخلطٌ لا مسوغ له لمجالات العلوم والأفكار .

كافر ، فهذا مرتبط بمكامن الأنفس وما استقرت عليه عقيدة كل إنسان ، وليس لائقاً بالقانون أن يهتم بذلك ، ولستَ أنت من يقرر معبودي أو مسلكي الروحي ، وكل هذا وغيره مما شابه خارج عن نطاق القانون ، ولهذا ولكون الأمر مرتبط بالسلوك الإنساني ، علينا أن نؤمن بوجود شريعة واحدة في العالم ، هي شريعة الإنسان المجرد ، وهي ما يمكن أن أطلق عليها بالشريعة الإنسانية التي يجب أن تكون مصدراً لجميع القواعد القانونية .

إنها الشريعة الإنسانية التي تجعل الحياة حقًّا للجميع ؛ إنها الشريعة الإنسانية التي تجعل كرامة الإنسان فوق كل اعتبار ؛ إنها الشريعة الإنسانية التي لا تفضلني عليك لكوني مسلم وأنت مسيحي أو بالعكس ؛ انها الشريعة الإنسانية التي لا ترى في شعب ما أنه المختار من لدن الرب ؛ انها الشريعة الإنسانية التي تضع جانباً كل المعتقدات ؛ فيكون لكل فرد معتقده وطقوسه الدينية ؛ انها الشريعة الإنسانية التي لا تقرر عليك الخيارات ، إلاّ خيار احترام وجود الآخر واحترام رأيه وتوجهاته ورغباته ؛ انها الشريعة الإنسانية التي لا تُفضِّل الرجل على المرأة التي مكثنا في رحمها جميعاً نحو تسعة أشهر ؛ إنها الشريعة الإنسانية التي يسمو فيها الحقّ على كل شيء ؛ انها الشريعة الإنسانية التي يشيع فيها الخير للجميع .

277) - اعادة النظر في العلاقة بين القانون والأخلاق :

لا ريب في مدى الأهمية العظمى في أن تُساغ نظرية للشريعة الإنسانية ، تُقاربها من مبادئ القانون الطبيعي ، وتجعل من العقل البشري أداة للوصول إليها ، بحيث تكون على وجه وبمضمون تجعل قواعد القانون أقرب ما تكون إلى قواعد

الاخلاق[1] .

رأينا كيف أدّى ظهور المدرسة الوضعية في القانون إلى وجود حالة من التباعد بين القانون والأخلاق ، ذلك أن هذه المدرسة تتّجه إلى عبادة التشريعات ، حتى وإن كانت قد صدرت في ظل أنظمة استبدادية ووحشية وظالمة ، وقد رأينا زيف ما اتجهت إليه هذه المدرسة ، فالقانون ، وعلى الرغم من تباينه مع الاخلاق ، لكنه ، وبحكم كونه يدور حول الحقوق وجوداً وعدماً في هذه المرحلة ، التي ينبغي النظر إليها على أنها مرحلة وقتية تقود إلى إفشاء قيمة الخير في المجتمع ، وبالتالي تصبو لارتقاء المجتمع إلى درجة عالية من العيش القائم على الرفاهية والتسامح والإحسان ، حتى وإن لم تتحقق هذه الغاية ، فهذا لا يعني أن نكفّ عن العمل على تحقيقها ، فالقانون خُلق ليسود مرحلتنا الراهنة وصولاً لنقلنا إلى عالم تسود فيه قواعد الأخلاق فحسب ، ولهذا فإننا سنصل إلى تلك المرحلة كلّما جعلنا قواعد القانون أقرب إلى قواعد الأخلاق بحكم محاكاتنا للواقع .

وبناءً على ما تقدّم لا يوجد فاصل قاطع بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق[2] ، على الرغم من تباينهما ، لكن تبقى قواعد الأخلاق هي المقوِّم

---

(1) لاحظ في المعنى نفسه : هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ص 109 .

(2) يرى "هيجل" ان القواعد الأخلاقية قواعد لا تفرضها القوانين الوضعية ولكن يمليها الضمير ، وبهذا ينتقل الامر من مجرد الحقّ إلى (الواجب) الذي يصدر من صاحبه عن نية وقصد ، ويلاحظ ان هذا الواجب الخلقي لا يتفق دائماً مع إرادة الفرد ، أي ان هناك تضادا بين نية الفرد وإرادته أي بين القصد والتنفيذ . والحكم الفصل بين الخير والشر هو (الضمير) ، ولكن الضمير وحده لا يكفي إذ قد اريد ←

النهائي لأيّما نظام قانوني وضعي ، وذلك بالنظر إلى الغاية الخارجية التي يستهدفها هذا النظام ، ولما كانت هذه الغاية الخارجية التي يرمي إليها نظام قانوني معين هي ، في معظم الحالات ، الغاية نفسها التي ترمي إليها قواعد الأخلاق في مجتمع ما ، لذا يتعذر التسليم بما ينادي به أنصار الوضعية القانونية من الفصل بين القانون والأخلاق[1] . وهذا ما ينادي به أصحاب الفلسفة الطبيعية أو المثالية في القانون ، وكذلك قسم من أنصار الفلسفة الوضعية[2] .

وعلى سبيل المثال فإن "بنتام" يذهب إلى القول بأن التمييز بين ما هو قانوني وما هو أخلاقي ينصب على النطاق فحسب ، أما الهدف فهو هدف مشترك وهو

←

الخير ولكن لا يتاح لي ان اعلم ما هو الخير ، فقد يأمرني الضمير ان اعمل ما تستحثني رغبتي الخاصة أو رأي الشخصي ان اعمله ، وقد يكون العمل الذي ينبعث عن غريزة عمياء سيئاً مهما كانت نية فاعله خيِّرة ، اذن لا يكفي للفرد أن يكون له دافع شخصي ولكنه يتطلب إلى جانب ذلك مقياساً خارجياً نقيس به خيرية عمله أو ضرره . كذلك يجب أن يكون ثمة نقطة اسمى تتحدد عندها الدوافع الاخلاقية العمل مع شرعية هذا العمل ، وهذه النقطة السامية التي تلتقي عندها أخلاقية العمل مع شرعيته هي (الاخلاق الاجتماعية) التي لا نشعر معها بأن الدافع الاخلاقي مجرد غريزة شخصية ودافع ذاتي ، بل أنه أمر عام يأتينا من الخارج ، وهنا يتنازل الفرد عن فرديته الخالصة وعن حكمه الشخصي لكي يعترف بسلطة الجماعة القائمة . (لاحظ : د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ص 85) .

(1) لاحظ : د . نصار عبدالله ، دراسات في فلسفة الأخلاق والسياسة والقانون ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ط1 ، 1999 ، ص111 .

(2) ولعل آراء أصحاب مذهب المنفعة العامة وبوجه خاص "بنتام" و"جون ستيوارت مل" تمثل أوضح تعبير عن وجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه ، فعلى الرغم من أن "بنتام" و"مل" كليهما من أنصار الفلسفة الوضعية بوجه عام ، إلا أن آراءهما تنطوي على رفض واضح للموقف المتشدد الذي ذهبت اليه الوضعية القانونية بوجه خاص . (للمزيد من التفاصيل لاحظ : د . بهار محمود فتاح ، ص 54 والتي تليها) .

تحقيق أكبر قدر من السعادة لأكبر عدد من الناس [1] ، غير أن القانون لا يطول وليس بوسعه أن يطول كل الأفعال الإنسانية ولا بد لجانب منها أن يظل بعيداً عن متناوله . ويضيف "بنتام" اعتباراً آخراً يتمثل في أن كل فرد أقدر من غيره على معرفة مصلحته الخاصة ، وليس لنا أن نتصور أن المُشرِّع أقدر على معرفة مصلحة إنسان معين من هذا الإنسان نفسه ، وبالتالي فإن تدخل المُشرِّع لتنظيم سائر أوجه النشاط الإنساني قد يترتب عليه عرقلة تحقيق الإنسان لمصلحته ، فضلاً عن أنه سوف يضعف من روابط التعاطف الإنساني حينما يكون كل شيء محدداً بقوة القانون [2] . ولمَّا كان الأمر كذلك ، ولمّا كانت أحكام القانون لا يمكن أن تمتد إلى سائر أوجه النشاط الإنساني ، نجد أن "بنتام" يُفرِّق بين اعتبارين أولهما هو اعتبار المنع وثانيهما هو اعتبار الدفع :

– أما بالنسبة للاعتبار الأول ، فإنه هو الذي يحدد الدائرة التي تقع فيها الغالبية من أحكام القانون ، والتي تستهدف منع الإنسان من الحاق الأذى بالآخرين سواء تعلق الأذى بأجسامهم وحياتهم أو تعلق بممتلكاتهم أو تعلق بسمعتهم وأعراضهم ، وفي رأي "بنتام" أن أحكام القانون في هذا المجال قد لا تصل بالضرورة إلى مستوى ما ينبغي أن يكون ، حيث أنها تكتفي بالمستوى الذي يضمن حداً من الأمان لكل إنسان ضد أي عدوان محتمل من الآخرين ، أما ما ينبغي أن يكون فهو أمر موكل إلى قواعد الأخلاق [3] .

---

(1) لاحظ : د . حسن علي الذنّون ، فلسفة القانون ، ص77 .

(2) Jeremy Bentham , Principles of morals and legislation , Watts co . , 1982 , p68 .

(3) Jeremy Bentham , op , cit , p 70 .

– وأما بالنسبة للاعتبار الثاني ، اعتبار الدفع فهو يحدد حدود الدائرة التي تقر في نطاقها تلك القواعد التي تستهدف دفع المخاطبين بأحكامها إلى القيام بتلك الأفعال التي تستهدف تحقيق النفع للآخرين ، وهنا يلاحظ "بنتام" أن هذه الدائرة _ خلافاً للدائرة السابقة – لا يقع فيها إلا الجزء الأقل من دائرة الأحكام القانونية ، في حين يظل الجزء الأكبر داخلاً في نطاق دائرة الأخلاق [1] .

وقد اتجهت ، بالفعل ، بعض المجتمعات إلى اشاعة الخير في قوانينها ، كالقانون المدني الياباني إذ يتضمن هذا القانون مجموعة من قيم الخير السامية بصورة مباشرة ، أي أن المُشرِّع نصَّ عليها بصورة صريحة في التشريع ، ونجد أكثرية هذه القيم في الكتاب الأول من هذا القانون الذي يحمل عنوان الأحكام العامة ، ووجود هذه القيم في الكتاب الخاص بالأحكام العامة ، إن دَلَّ على شيء ، فإنه يدل على أن المُشرِّع المدني الياباني يريد أن يجعل من هذه القيم الأساس الذي تُبْنى عليه جميع القواعد القانونية والأحكام الموجودة في الكتب الأخرى الذي يتضمنها هذا القانون ، إلاّ أن هذا لا يعني أن الكتب الأربعة الأخرى جاءت خالية من هذا النوع من القيم الخلقية ، بل أن هذه القيم موجودة في جميع أجزاء هذا القانون لكن بصورة أقل ؛ ويأتي على رأس ما نصّ عليه القانون المدني الياباني[2] ما جاء في المادة (2) من هذا القانون بقوله : ((يجب أن يفسر هذا القانون وفقاً لاحترام كرامة الأفراد والمساواة الأساسية لكلا الجنسين)) . وعنوان هذه القاعدة هي (معيار التأسيس) ، وهذا يعني أن المُشرِّع المدني الياباني أراد أن يجعل من هذه القاعدة معياراً يؤسس عليها جميع

(1) Jeremy Bentham , op , cit , p72 .

(2) لاحظ لمزيد من التفصيل : د . بهار محمود فتاح ، ص 180 .

أحكام قانونه المدني ، فكرامة الإنسان تعني أن يكون هناك حد أدنى للاحترام ، والكرامة في معناها الشخصي هو مجموع القيم المعنوية التي يخلعها الشخص على نفسه ، أما في معناها الموضوعي فهي تقدير الناس للشخص . ويحصل الإخلال بالكرامة بالحط من قدر الشخص ، فهذه القيمة الأخلاقية (احترام كرامة الإنسان) هي أصلاً تعد قيمة أخلاقية عالمية وهي من مبادئ حقوق الإنسان[1] .

278) - التحول في التوصيفات والتقسيمات من الصفة القانونية إلى الصفة الحقوقية :

لا ضير في اضفاء الصفة القانونية على الاعمال والتوصيفات والتقسيمات ، لكن الأفضل هو وصفها بالصفة الحقوقية ، ذلك أن الحقوق هي جوهر القانون ، وما القانون إلا وسيلةً لتحقيقها وحمايتها ، وهذا ما نجده في تحوّل تسميات كليّات القانون إلى كليّات الحقوق في العديد من الجامعات ؛ لكن ، وبتأثير

(1) لذلك فإنها موجودة في المادة (13) من الدستور الياباني لسنة 1947 حيث جاء فيها ((كل الناس لهم الحقّ في أن تلقي الاحترام كأفراد ، ويكون حقهم في الحياة والسعي لتحقيق سعادتهم بما لا يتعارض مع الصالح العام هو الاعتبار الأسمى في التشريع وسائر المسؤوليات الحكومية)) . فاحترام كرامة الإنسان والمساواة بين الجنسين من أهم القيم الأخلاقية ، ووجوده يؤدي تلقائياً إلى وجود عدد من القيم الأخرى ، حيث أن احترام كرامة الإنسان تعني الكثير من القيم ، فهو تعني وضع كل فرد في مكانه الحقيقي في المجتمع ، كما وتعني أن يتوجه القانون هدفه نحو تحقيق سعادة الأفراد . فإعادة هذه المادة في القانون المدني هو للتأكيد على وجوب تفسير المواد حسب هذه القيم الأخلاقية السامية ، وهذا يدل على حرص المشرع المدني الياباني على سعادة الأفراد واحترام إنسانيتهم دون النظر إلى جنسهم ويلزم القاضي عند تفسيره بذلك . (لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 181) .

المدرسة الوضعية ، ما زالت هذه الكليّات تتّبع التقسيم التقليدي الوضعي للقانون ، والّذي يُقسّمه إلى قسم القانون الخاص وقسم القانون العام ، والمعيار الفاصل بينهما هو معيار وجود الدولة بوصفها صاحبة سيادة وسلطة ، ولربما آن الأوان ، ونحن نضع اليوم حجر الأساس للانطلاق بفلسفتنا للحق إلى النور ، أن يُعاد تقسم الحقوق ، بدلاً من القانون ، وأن يكون التقسيم ليس له أساس وضعي ، بل على أساس حقوقي صرف .

لذا فإنه من الأفضل أن نقسم الحقوق إلى حقوق طبيعية وحقوق وضعية ، وأن تتحول دراسة القانون في كليات القانون أو الحقوق ، إلى دراسة الحقوق كعلم وفن ، فيتمُّ دراسة الحقوق والقوانين التي تنظمها . وبهذا يجب أن يضُمَّ قسم الحقوق الطبيعية جميع العلوم والفنون الحقوقية العامة ، فضلاً عن دراسة الحقوق الطبيعية ، ويضُمُّ قسم الحقوق الوضعية التشريعات الوضعية وغيرها من الحقوق الناجمة عن أوضاعها .[1]

(1) ففي مقابلة تقسيم القانون إلى قانون خاص وقانون عام ، إذ يضمّ القانون الخاص : القانون المدني ، والقانون التجاري وقانون الأسرة ، وقانون الإجراءات المدنية ، والقانون الدولي الخاص . يضُمُّ القانون العام فروع : القانون الجنائي ، والقانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والتشريع الضريبي ، والقانون الدولي العام . نرى في تقسيم الحقوق إلى حقوق طبيعية وحقوق وضعية هو الأفضل والأمثل ؛ وبعيداً عن النظرة الوضعية للحقوق ، والتي تجعل الدولة المعيار الأساس في تقسيم القانون ، وكأن القانون مرهون بها ، يُحقق التقسيم المنبثق من فلسفتنا للحق هدفاً حقوقياً موضوعياً ذاتياً ، إذ ينصب على طبيعة الحقوق ذاتها دون أن يُدخل معيار خارجي عنها ؛ فيتم تقسيمها بأي تقسيم يتأسس على مستند علمي نابعٍ من منظومة الحقوق ، فالحقوق يمكن تقسيمها إلى عامة وخاصة ، أو يمكن تقسيمها إلى طبيعية ووضعية ، وإذا ما عملنا على التقسيم الأخير ، فسيكون لكل قسم فروعه الخاصة ؛ ولكون المجال غير متسع هنا للتفصيل في هذا التقسيم ، إذ نترك تفصيله وتبرير أسسه ودعائمه لمشاريع بحثية قادمة ، أُقدّمها أو يُقدّمها أحد طلبتي ، بإذن الله تعالى ، لكن لا ضير من رسم عام لهذا التقسيم .
إذ يضمُّ قسم الحقوق الطبيعية ، دراسة مجمل العلوم الحقوقية (القانونية) ، كالمدخل لدراسة علم الحقوق (علم القانون) ، وتاريخ القانون ، وفلسفة القانون ، وعلم القانون المقارن (أو أصول ←

←

الدراسات الحقوقية المقارنة) ، والحقوق الدستورية (القانون الدستوري) والشريعة العامة (القانون المدني) ، وقوانين الحماية (المدنية والجزائية) المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية ، وتجريم الأفعال المعتدية على الحقوق (القانون الجنائي) .

أما قسم الحقوق الوضعية فيضم جميع التشريعات الأخرى ، ما عدا القانون المدني (بما فيه قانون الاسرة) والقانون الدستوري والقانون الجنائي ، فيضم هذا القسم دراسة : الحقوق التجارية (القانون التجاري بمختلف فروعه) وهي الحقوق الناجمة عن وضع التاجر ؛ وحقوق الخدمة ، سواء أكانت خدمة عامة (حقوق الموظفين) أو خاصة (حقوق العمال) ، وهي الحقوق الناجمة عن وضع الخدمة ؛ والحقوق الدولية ، سواء أكانت حقوق الدولة في الداخل (كإدارة) ، أو في الخارج (كونها دولة) ، وكذلك الحقوق الدولية الخاصة التي يتميز بها المواطنون عن الأجانب ؛ كما يشمل هذا القسم دراسة الأوضاع الإجرائية ، سواء أكانت أوضاع مدنية (مرافعات وتنفيذ مدني) أو جزائية (أصول محاكمات جزائية) ، وهي حقوق ناجمة عن وضع النزاع .

ولو ترجمنا ما سبق على كليات الحقوق ، تكون المواد الدراسية لكلا القسمين حسب الآتي :

أولاً : قسم الحقوق الطبيعية : ويضم تدريس المواد الآتية :

1- المدخل إلى علم الحقوق .
2- تاريخ القانون .
3- فلسفة الحقّ .
4- أصول الدراسات الحقوقية المقارنة .
5- الحقوق الدستورية والنظم السياسية .
6- المدخل لدراسة الشريعة الإنسانية .
7- حقوق الإنسان .
8- الحقوق المدنية غير المالية .
9- مصادر الحقوق المدنية المالية .
10- الحقوق المدنية المالية 1 / الشخصية .
11- الحقوق المدنية المالية 2/ العينية .
12- الحقوق المدنية المالية 3/ المعنوية .
13- الحقوق الأسرية .
14- إثبات الحقوق .
15- قواعد فض تزاحم الحقوق . (تنازع القوانين) .
16- الحماية الجزائية للحقوق .
17- الحماية المدنية للحقوق .
18- الشريعة الجزائية العامة .

←

279) - تحقيق العدالة أولى من تطبيق القانون :

يجب على القاضي أن يعلم جيداً حقيقة مهنته ، فهو ليس آلة أو أداة لتطبيق القانون ، بل هو قيمة جديرة بالاحترام لكونه يسعى لتحقيق العدالة ، إذ بهذا التحقيق يكون قد طبق القانون ، ذلك أن مهنة القضاء ظهرت قبل أن تظهر فكرة

←

19- الشريعة الجزائية الخاصة .

20- أصول الفقه الحقوقي .

21- انتقال الحقوق /1 (بالعقود) .

22- انتقال الحقوق / 2 (الميراث والوصية) .

ثانياً : قسم الحقوق الوضعية : ويتم تدريس المواد الآتية :

1- الحقوق التجارية (ويضم حقوق التاجر وأعماله التجارية) .

2- الشركات التجارية .

3- الاوراق التجارية .

4- العقود التجارية والتجارة الدولية .

5- عمليات المصارف .

6- حقوق الإدارة / (الحقوق الداخلية للدولة) (القانون الإداري) .

7- حقوق الموظفين / قانون الوظيفة العامة .

8- حقوق العمل / (قانون العمل) .

9- الحقوق المالية للدولة / الضرائب والرسوم .

10- حقوق الدولة الخارجية / القانون الدولي .

11- التنظيم الدولي . (المنظمات الدولية) .

12- التنظيم القانوني للأجانب / الجنسية والموطن ومركز الأجانب .

13- الإجراءات المدنية / المرافعات والتنفيذ المدني .

14- التحكيم وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية .

15- الإجراءات الجزائية / الأصول الجزائية .

16- الضمان الاجتماعي / تقاعد الموظفين والعمال .

17- الرقابة الإدارية / القضاء الإداري .

18- النظام القانوني لسوق الأوراق المالية .

ومن الممكن إضافة مواد أخرى ، إلزامية أو اختيارية ، إلى كل من القسمين ، حسب طبيعة الحقوق وأوضاعها .

الدولة ، وقبل أن تكون هناك تشريعات فيها ، إذ كان الناس يختارون ، أفقههم وأنزههم وأكثرهم خُلقاً لكي يحتكموا عنده ، لذلك كان يُنظر إلى القاضي بالأمس أنه ما كان ليكون قاضياً لولا تحلّيه بهذه الصفات التي دفعت الناس إلى اختياره حكماً قاضياً في نزاعاتهم ، ولهذا يجب ألا يحصر القاضي فكرة وشخصه في خدمة الدولة وأدواتها ، وما القوانين أو التشريعات التي تصدرها الدولة إلاّ معايير لتذكير القاضي إلى أسهل الطرق في احقاق الحقوق .

ولربَّما يكون مناسباً هنا أن نُوضِّح أن انتشار الآثار السلبية لشيوع أفكار المدرسة الوضعية وذيوعها في مختلف مناطق العالم ، أدى إلى إساءة فهم الدور الذي تلعبه نصوص القانون ، إذ ظهر تيارٌ يقدسها لدرجة أنه ممنوع على القاضي مخالفتها أو الحياد عنها ، مما أدى إلى أنه بات يُفهم اليوم أن دور القاضي هو تطبيق القانون وحسب . لقد أدرك العالم ، المتحضِّر ، خطورة ما أفرزته بعض الأفكار المغالية في المدرسة الوضعية على العدالة وإحقاق الحقوق بين الناس ، والتي أدَّت إلى العودة إلى عصر النصوص المُقدسة ، التي خلطتها بالوحي الالهي ، مما حدا بقلة من الانتهازيين إلى الزعم باحتكار معرفتها ، والنصب على الناس والتدخل في حياتهم ومفرداتها وعلاقاتهم وتفصيلاتها لتحقيق مآرب شخصية وأنانية ، مُستغلين في ذلك الوازع الديني لدى الناس وخوفهم المضطرد من المجهول الغائب .

ففي الوقت الذي أدرك فيه الانكليز ، ومنذ زمن ليس بالقريب ، أن قانون العدالة هو أساس كل القوانين ، فلم يلجؤوا إلى النصوص إلا في حالات

نادرة[1] ، مستمرين في هذا النهج ومُرسخين لفكرة أن القاضي هو حارس العدالة ، لم تمنع حركة التقنين في فرنسا ، ولا سيما بُعيد تولي "نابليون" للسلطة فيها ، النظر إلى نصوص القانون على أنها مجرد ضوابط وليست قواعد قانونية ، فالقاعدة القانونية يجب أن يُنظر إليها على أنها حصيلة يُفرزها العدل[2] بين النص

---

(1) لاحظ : د . مجيد العنبكي ، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الانكليزي ، ص 15 . بل أن مجلس اللوردات في إنكلترا ، بوصفه محكمة استئناف عليا في البلاد ، قد حرر نفسه في عمله ، وأصبح غير ملزم بالسوابق القضائية التي أصدرها ، وذلك بموجب الإعلان الذي صدر سنة 1966 ، والذي سمي بـ (إعلان طريقة العمل) إذ جاء في هذا الإعلان : (يعتبر اللوردات استخدام السابقة أساساً لا يستغني عنه في تقرير القانون وتطبيقه على القضايا الفردية . إن هذه لطريقة تعطي على الأقل قدراً من اليقين يمكن أن تعتمد عليه الأفراد في إدارة شؤونهم ، بالإضافة إلى كونها أساساً لتطور منتظم للقواعد القانونية . ومع ذلك فإن اللوردات يعترفون بأن التطبيق الجامد للسابقة قد يؤدي إلى حالة اللا عدل في قضايا معينة وتقييد التطور الاعتيادي للقانون . لذلك فإنهم يقترحون تعديل طريقة عملهم الحالية بالعدول عن قرار سابق عندما يبدو ذلك صحيحاً ، معتبرين في غضون ذلك ، القرارات السابقة ملزمة عادة . وبهذا الخصوص فإن اللوردات سيضعون نصب أعينهم خطورة أن يضطرب ، وبأثر رجعي الأساس الذي بالإسناد إليه تم إبرام العقود والتسويات والترتيبات المالية ، إضافة إلى الحاجة الخاصة لليقين فيما يتعلق بالقانون الجنائي . إن هذا الإعلان لا يقصد به التأثير على الالتزام بالسابقة في أية جهة أخرى غير هذا المجلس) . نقلاً عن : د . مجيد العنبكي ، المدخل ، ص46 ، 47 .

(2) وهنا يُنظر إلى العدل أنه قاعدة وليس مجرد معيار ، فالنظر إلى العدل أنه معيار ، يعني أنه يتدخل بوصفه ميزاناً يزن ويقدر النتائج القانونية التي تترتب على عمل الأفراد ، فهو لا ينظر فيما إذا كان العمل غير المشروع قد حوسب عليه صاحبه أم لم يحاسب ، ولا فيما إذا كان العمل الصالح قد كوفئ عليه صاحبه أم لم يُكافأ ، فهذه آثار يُرجع فيها إلى مقتضيات أخلاقية أو قانونية ، وإنما يتدخل العدل – بوصفه معياراً – ليحدد فقط مقدار العقاب أو الثواب على وفق جسامة العمل أو قيمته . أي أن العدل لكونه معياراً لا يتدخل للمطالبة بالعقاب لمن أساء العمل ، وبالثواب لمن أحسنه ، وإنما يتدخل ليُقدّر العقاب أو الثواب إذا اقتضهما اعتبارات أخرى ، هذا إذا نظرنا إلى العدل على أنه معيار ؛ أما إذا نظرنا إليه على أنه قاعدة ، فإنه يتدخل لتوقيع العقاب على من أساء ، وترتيب الثواب على من أحسن . (للتفصيل : لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، القانون ، ص 207) . والحقيقة أن العدل قاعدة لا محال ، ←

والعوامل التي تؤثر فيه[1] .

ولم يكن ادراك هذا الأمر وليد عصرنا الحالي ، بل أن الرومان توصلوا إليه من خلال الوسائل التي التجأوا إليها لتطوير شريعتهم ، ومنها الحيلة والعدالة[2] ،

←

ويجب أن يتم النظر إلى النص على أنه ضابط أو معيار .

(1) وللضوابط القانونية خصائص هي :

46-1 - أنها تحوي جانباً كبيراً من الحكم الأدبي على سلوك الشخص ونهجه ، فتراها تارة تستلزم أن يكون معقولاً في تصرفه ، وتارة أن يكون حكيماً حذراً ، وأخرى أن يكون مدبراً ، وفي النهاية أن يكون حي الضمير ومخلصاً . هذه الصفات الأدبية تتصل بحسب الأحوال بالضوابط القانونية المختلفة ، وفقاً لتنوع موضوعات المنازعات المعروضة .

2 - أن تطبيق هذه الضوابط لا يستلزم معرفة واسعة بالقانون ، بل أن للتجربة والإدراك الشخصي والذوق السليم ، دوراً كبيراً في الوصول إلى الحلول الملائمة .

3 - إن الضوابط القانونية ليست مطلقة ، بل إنها نسبية ، تتغير من واقعة إلى أخرى بحسب تغير المكان والزمان وظروف كل حالة على حدة . ولهذا قبل أن استخدم أسلوب (الضابط القانوني) إنما يؤدي إلى (تفريد العدالة) .

والضوابط القانونية تختلف عن لقواعد القانونية في الآتي :

- إن القاعدة القانونية عامة ومجردة ، واما الضابط القانوني فهو خاص بأحوال حقيقية .

- إن القاعدة القانونية ملزمة للقاضي ، فهو مضطر للحكم بها ، بخلاف الضابط فهو يكتفي بإرشاد القاضي إلى الاتجاه الذي يلزمه اتباعه .

- القاعدة القانونية تكون جامدة في اغلب الأحوال ، ولا يمكنها أن تتطور بسهولة مع الوقائع الجديدة التي يمكنها أن تنشأ في الجماعة ، بخلاف الضابط فهو يمتاز بمرونة وبسهولة انطباقه على ما يمكن أن يستجد من وقائع . (لاحظ : د . حسن كيرة ، ص188 . د . حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع ، ص261 . بحثنا : فكرة التطور القانوني ، 334) .

(2) د . محمود عبد المجيد مغربي ، الوجيز في تاريخ القوانين ، ص222 وص 256 . د . علي محمد جعفر ، تاريخ القوانين والشرائع ، ص127 .

كما أن المسلمين فعلوا ذلك في التعامل مع نصوص القرآن الكريم ، ولا سيما في عهد متقدم جدا وفي بدايات الظهور الأول للإسلام[1] ، حتى أن النصوص القرآنية

(1) و خاصة في عهد الخليفة عمر بن الخطاب ، حيث عطّل العمل ببعض النصوص القرآنية ، على الرغم من قدسيتها ، مثل النص الذي خصص حصة من الزكاة للمؤلّفة قلوبهم ، والنص الذي حدد ميراث الأخوة لأم ، وهنا لا بد أن نُذكر بمسألة إرثية مشهورة عنه ، اُشتهرت بالمسألة العمرية أو المشتركة ، وهي تحصل عندما يجتمع كل من الزوج والأم وأربعة من الإخوة لأم وثلاث أخوات شقيقات وأخوين شقيقين ، وتشبهها كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم واثنان فصاعدا من الأخوة لأم وعصبة من الأخوة لأب ، لأنها الصورة التي تستغرق فيها الفروض كل التركة ، ولا يبقى للإخوة الأشقاء شيء . وقد سُميت هذه المسألة بالمشتركة أو المشركة ، لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين أخوة المتوفى من الأبوين وأخوته من الأم ، فقسمه بينهم بالتساوي على أنهم جميعا أخوة أم . وتسمى هذه المسألة أيضاً بالحمارية لأنه يروي أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أسقط أخوة المتوفى من الأبوين ، فلم يورثهم فقال بعضهم : يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً ، أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم . ويقال إن الذي قال ذلك بعض الصحابة فسميت الحمارية . وتسمى أيضا الحجرية واليمّيّة ، لأن بعض أخوة المتوفى من الأبوين قال لعمر ابن الخطاب : يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أو حجراً ملقى في اليم ، أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم . وهذه المسألة اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الصحابة ومن جاء بعدهم على رأيين :

الرأي الأول : يذهب إلى نفي التشريك ، ويسقط أخوة وأخوات المتوفى من الأبوين فلا يعطيهم شيئاً ، وإلى هذا الرأي ذهب : علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبو موسى الأشعري – رضي الله عنهم جميعا – وبهذا الرأي قال الشعبي والعنبري وشريك أبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وبه قضى عمر بن الخطاب في أول الأمر ، ثم رجع عنه في العام التالي عندما روجع في ذلك . واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية :

1- قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ۚ ﴾ . ووجه الاستدلال بالآية : لا خلاف بين العلماء في أن المراد بهذه الآية الأخوة من الأم على الخصوص ، فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالف لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۗ ﴾ ، والمراد بهذه الآية الإخوة والأخوات من ←

←

الأبوين أو لأب ، والمشركون في هذه المسألة يسوون بين الذكور والإناث .

2- قوله عليه الصلاة والسلام : " الحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأول رجل ذكر " . وجه الاستدلال بالحديث : أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - في هذا الحديث بإعطاء أصحاب الفروض فروضهم ، وما بقي بعد أصحاب الفروض فهو لأولى رجل ذكر ، ومن شرك في هذه المسألة لم يلحق الفرائض بأهلها .

3- انعقد الإجماع على انه لو كان في هذه المسألة واحد من الأخوة لأم ، ومائة من أولاد الأبوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي ، لكل واحد منهم عشرة عشرة ، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله ، لم لا يجوز لاثنين أو أكثر إسقاطهم ؟ وإذا قال المشركون أن الجميع تساووا في قرابة الأم ، لكن الأخوة لأم فارقوا أولاد الأبوين في أنهم أصحاب فرض ، بينما الآخرون عصبة ، والشرع ورد بتقديم أصحاب الفروض وتأخير العصبات ، ولذلك يقدم الأخ لأم على الأخ من الأبوين في المسألة المشتركة .

الرأي الثاني : يذهب إلى تشريك أخوة المتوفى من الأبوين ، أي الأشقاء ، مع أخوته من الأم في نصيبهم ، والمراد بالتشريك الغاء قرابة الأب (جهة التعصيب) من الأشقاء واعتبارهم جميعاً أخوة من جهة الأم ، فيشتركون جميعاً في فرض الأخوة لأم بالتساوي من غير فرق بين ذكرهم وأُنثاهم . وإلى هذا الرأي ذهب عمر بن الخطاب أخيراً وعثمان وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم - في أشهر الروايتين عنه ، وتابعهم على الرأي مالك والشافعي في المشهور عنه . واستدل أصحاب هذا الرأي بالآتي :

1- الشقيق قريب من جهتين - جهة كونه أخا لأب ، وجهة كونه أخا لأم - وبهذا الاعتبار كان عصبة ، فإذا أُلغيت قرابة الأب زالت صفة التعصيب تبعا لها ، ولا يلزم من أخذه تعصيباً أن لا يأخذ بالاعتبار الآخر - وهو قرابة الأم - ونظير ذلك ابن العم الذي هو أخ لأم في الوقت نفسه فلو وجد العم لا يأخذ ابن العم بسبب كونه عصبة ، ولكنه يأخذ باعتبار كونه أخا لأم ، فكذلك الشقيق ، لمَّا لم يأخذ لاستغراق الفروض التركة ، فإنه يرث بقرابة الأم ، فيكون وارثا باعتبار وغير وارث باعتبار آخر .

2- الإرث مبني على تقديم الأقوى على الأضعف ، وأدنى أحوال الاقوى مشاركته للأضعف ، وليس في أصول الميراث سقوط الأقوى بالأضعف ، والأخ الشقيق أقوى من الأخ لأم في قرابته ، فإذا لم يزده أبوه قوة ، فلا أقل من أنه لا يضره ، وأسوأ الأحوال أن يكون وجوده كعدمه . هذا وقد أجاب أنصار هذا الرأي على أدلة النافين للتشريك بالآتي :

1- أن الشقيق في المسألة المشتركة يشترك مع الإخوة لأم في قرابة الأم ، فعندما تعطيهم من الثلث

←

نفسها أشارت إلى تقديم الحكم بالعدل على الحكم بالنص[1] .

ولمَّا كان الاجتهاد هو جوهر عمل القاضي ، فلا يعني هذا أنه يجتهد في البحث عن النص ، وليس من الحكمة أن يقف عن الاجتهاد على اعتبار أنه : ((لا مُساغ للاجتهاد في مورد النص[2])) ، بل عليه الاجتهاد حتى في مورد النص[3] ، من خلال تطويعه لصالح حكمه العادل ، وليس الجهر بمخالفته والنيل

←

باعتبار أنهم أخوة لأم ، فلا مخالفة لظاهر الآية الكريمة ، لأن توريث الأشقاء فيها إنما هو باعتبارهم أخوة لأم .

2- أن الشقيق في المشتركة ولد أم حكما ، فإذا أعطى الجميع فرض أخوة لأم الثلث فقد ألحقت الفرائض بأهلها . (لاحظ ، لمزيدٍ من التفصيل : د . جمعة محمد محمد براج ، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار يافا العلمية ، عمّان ، 1999 ، ص 369 والتي تليها . ولاحظ أيضاً : د . أحمد علي الخطيب ، موجز أحكام الميراث ، ص 159 والتي تليها) . ولا شك أن الناظر للرأيين سيجد فيهما اتجاهين ، أحدهما مُقدِّسٌ للنص ، والثاني يتَّبع العقل ، لا سيَّما عندما يترتب على الأخذ بالنص نتائج غير منطقية ، وإن كان النصُّ مقدَّساً . ونحن - بلا أدنى شك - مع الاتجاه الثاني ؛ وإن كنتُ أرى أن الوقت قد حان لتوحيد قواعد الميراث مع قواعد الانتقال المنصوص عليها في القانون المدني ، (المواد : 1187-1199/ مدني عراقي) لنجاعتها ومنطقيتها ، وتطبيقها على جميع حالات الاستخلاف العام في الأموال ، هذا بعد اعادة النظر شمولياً في النظام القانوني القائم ، إذ ليس من المنطق أن تُعطى الأنثى نصيب الذكر ، وما زال الذكرُ ينفق عليها ، ويدفع لها المهر .

(1) ومن هذه النصوص : ما مذكور في سورة (ص) الآية (26) : ((يا داؤود إنا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحقّ)) ، ولم يقل : فاحكم بين الناس بالزبور ، كما أن هناك الكثير من الآيات التي تشير إلى وجوب الحكم بالعدل وبالقسط وبالحقّ والميزان ، وقد سبق لنا أن أشرنا إليها ، ولم تحتوِ على وجوب الحكم بالنصوص .

(2) وهذه القاعدة اعتمدتها الكثير من القوانين المدنية ، ومنها القانون المدني العراقي / المادة(2) منه .

(3) لاحظ في جواز الاجتهاد في مورد النص : د . نجم الدين قادر كريم الزنكي ، الاجتهاد في مورد النص ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2006 ، ص 54 .

منه . فالاجتهاد هو صلب عمل القاضي لا لأجل تطبيق القانون بل من أجل تحقيق العدالة[1] ، ذلك أن القانون بسنِّه للنصوص أراد تحقيق العدل بين الناس ، فإذا كان تطبيق النص يؤدي إلى غير ذلك ، وجب على القاضي الركون إلى حنكته والاعتماد على ذكائه وفطنته ، فيعمل على تحقيق العدالة دون أن يمس النص بسوء [2] .

إن صب عمل القاضي في قالب تطبيق القانون ، قد يؤدي إلى نتائج غير محمودة ، فعين القاضي يجب أنْ لا تكون معصوبة عن العدالة ، فيجب أن يرمي دوما إلى تحقيقها ، وهو لا يلجأ إلى النص ابتداءً ، بل انتهاءً ، عندما يفرغ من الوصول إلى الحكم ، وهنا يجتهد في أن يبحث في النصوص عن سند قانوني لحكمه ، لا أن يُقيِّد عقله وفكره في هتون النصوص وأحكامها . ومن الجدير بالملاحظة أن قضاءنا اليوم يشهد انتكاسة حقيقية ، ففي ظل هذا العصر الذي تجاوز فيه العالم مرحلة عبادة النصوص ، وتجاوز أيضاً مرحلة سيادة الدولة ، بل أن الكثير من الدول تجاوزت مرحلة سيادة القانون ، وتعيش بعضها في مرحلة سمو الحقوق ، وبعضها الآخر يتهيَّأ للدخول في مرحلة علو قيمة الخير والخضوع

(1) كما عُدَّ العدل بما يخلق من حالة المساواة بين الناس ، وسيلةً لقانون مستقبلي يعده البعض أكثر جمالاً بصورة مضطردة . (لاحظ في المعنى نفسه ، مجموعة من كتاب فرنسيين ، المدخل إلى نقد الحقوق ، ص 78) .

(2) فالقاضي يمكن أن يتعرَّض لتهمة إنكاره للعدالة ، في حين لا توجد في القاموس القانوني تهمة امتناعه عن تطبيق النصوص .

لقواعد الأخلاق ، ما زلنا نشهد قضاءً عابداً للنصوص ، همه الوحيد أن يخرج بقرارٍ قضائي موافقٍ لها ، وأحياناً لا توافق قراراته النصوص المنصفة ، فيتجرأ على الحقوق ويمضي في اضاعتها بدلاً من صونها وحمايتها ، بل يبتعد بعض القضاة أكثر من مجرد أن يكونوا عَبَدَةً للنصوص إلى رموز للطغيان على الحقوق ، فترى الكثير من هذا البعض متلذذاً بتقييد حقوق الناس ، وإنزال جام غضبه عليهم ، وكأنهم عبيد عنده ، وترى آخرين لا يبالي بالقيم الخُلقية التي تقوم عليها مهنته ، بل أكثر من ذلك ، ولانعدام الرقابة ، ترى بعضهم يستهتر في التعامل مع ما يصدره من أحكام فيُغيِّب عنها التسبيب دون مبالاة أو حدٍ أدنى من الحرص[1] .

وقد تسببت هذه التصرفات ، أشد التسبيب ، في اضاعة الحقوق وإهدارها ، وقادت المجتمع إلى حالة من الكراهية لهذا الجهاز العتيد ، الذي انقلبت وظيفته تماماً عن تحقيق غاياتها النبيلة ، إلى العبث في حقوق الناس والنيل من كرامتهم وحرياتهم ؛ فضلاً عن كل ذلك ، فقد شكَّلت بعض أحكام القضاء عاملاً قانونياً سيِّئاً ألقى بظلاله على ظهور الكثير من المشكلات السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

---

(1) إن مرحلة سمو الحقّ التي يُفترض ، أو ينبغي أن يعيشها عالمنا اليوم ، لتفرض على القاضي ألا يُبين السبب وراء حكمه فحسب ، بل عليه أن يوضِّح الحكمة من القرار الذي توصل إليه ، فالأحكام القضائية ليست قرائن على تطبيق القانون ، بقدر ما هي أسانيد يتم الاتّكاء عليها مستقبلاً في تعديل التشريعات غير الناجعة ، ولهذا لا يكفي تسبيبها بل لا بدَّ من بيان الحكمة منها ، ليتسنى عدّها ركائز داعمة لتطوير القانون في المستقبل . (وللأصوليين كلام جميل في مدى جواز التعليل بالحكمة ، للاستزادة ، لاحظ : د . فاروق عبد الله كريم ، الاستحسان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2012 ، ص 159) .

كما أنه أصبح من اللافت للنظر وجود قضاة غير مستقلين سياسياً أو فكرياً ، وقد أدى استقلال السلطة القضائية في بعض الدول المتأخرة حضارياً ، إلى ظهور الكثير من الذرائع وراء هذا الاستقلال الصوري ، فانخرط القضاة في التحيُّز لتوجهات معينة ، وأثر تحيُّزهم هذا على أحكامهم ؛ وهنا لا بد من القول أنه بالنظر إلى المهمة الجليلة المنوطة بعمل القاضي شخصياً ، لا بعمل مهنته الموضوعية ، فإنه ليس مهماً أن يكون القضاء مستقلاً ، بقدر ما هو مهم أن يكون القاضي شخصياً متمتعاً بالاستقلالية والنزاهة ، إذ ما فائدة أن نعمل على استقلال القضاء وفصله عن السلطة التنفيذية ، والقضاة ما زالوا غير مستقلين ، والحكم يصدره القاضي وليس القضاء ، وبالتالي فإن بقاء القاضي واستقلاله في ظل السلطة التنفيذية أسلم من استقلال القضاء وفيه قضاة غير مستقلون .

280) - الحقّ قيمة نسبية :

وأخيراً ، وليس آخراً ، فقد يقرأ البغض في فكرنا أن تمجيداً ما بدر منا للحق ، جعلته يلتقط موجةً تقول له أن الحقّ قيمة مطلقة ، ولا شك أن هذه الموجة ليست موجتنا ، فالإيمان القاطع بفكرة الحقّ لا يجعل منه قيمة مطلقة بالضرورة ، بل أن الواقع يفرض نفسه هنا ، إذ لا مندوحة من كون الحقّ قيمة نسبية لاعتباراتٍ كثيرة ، نذكر منها على عُجالة :

1- إن التوجُّه السائد في القوانين نحو تحقيق العدل ، غايةً أساسية للقانون ، جعل الحقّ هو مرتكز القواعد القانونية ، لكن الحقّ

ليس مجرَّداً من كونه أداةً لتحقيق غاية أسمى منه ، وهي الخير ؛ فليس هناك ما يمنع – منطقاً أو عقلاً – أن نسأل المُشرِّع عن سبب تحقيقه للعدل ، والجواب سيكون ، في نهاية المطاف ، إشاعة الخير بين الناس [1] . ولهذا فإن الاعتداد بغايتين وجعلهما قيمتين ، وحُصول إحداهما غاية للأخرى ، تجعل من الأولى نسبية ومن الثانية مطلقة .

2- لو كان الحقُّ قيمة مطلقة ، لأمكن أن نحتار في جميع الهيئات القضائية قاضياً واحداً للحكم بين الناس ، لكن اضطرار المُشرِّع لتشكيل الهيئات القضائية في بعض التخصصات ، هو ناجم من التسليم بفرضية اختلاف الآراء حول ما قد يُعدُّ حقًّا من عدمه ، وبالتالي فالحقّ قيمة نسبية ، قد أراها ولا تراها ، أو بالعكس ، وإن كان هذا لا يحصل إلا في حالات أقل من تلك التي ينعقد الاتفاق على كونها من ذاك القبيل أو من هذا القبيل .

3- وربطاً بالفقرة السابقة ، فلو أن الحقّ قيمة مُطلقة ، لأمكن عدّ الدعوى أداةً مُعبرةً عنه ، وهي ليست كذلك ، إذ لا يتعرَّض من يخسر دعواه للمحاسبة أو المُعاقبة أو يلزم سلفاً بتقديم كفالة ،

(1) كما أن القاضي قد يُسأل بهذا السؤال ، حتى وإن كان حكمه لا ريب في موافقته للعدالة ، فقد تتعدد سلسلة اجاباته إلى أن يصل إلى مُنتهى الغايات المطلوب تحقيقها قانوناً ، والمتمثلة في اشاعة الخير بين الناس .

فالدعوى حُريةً أكثر مما هي حقّ ، وفي هذا يقول البعض[1] : (يعني الطابع الحر لحق الدعوى أن الإخفاق في ممارسة هذا الحقّ لا يرتب مسؤولية من مارسه ، لأن مجرد عدم كسب الدعوى لا يعتبر خطأ مرتباً للمسؤولية التقصيرية . ومن جهة أخرى فإن إخفاق الخصم في دفع ادعاءات خصمه ودحضها ، وهو الوجه الآخر لحق الدعوى ، لا يترتب عليه مسؤوليته مسؤولية تقصيرية هو الآخر . كما يعني هذا المبدأ عدم تقييد حقّ التقاضي بأي قيود مالية تكون عبئاً على ممارسة الدعوى كحرية[2] ، وأن يخول الأجنبي كالوطني حرية الالتجاء إلى قضاء الدولة . أي حقّ الدعوى . ويجد المبدأ السابق تبريره فيما يلي :

أ- إن قرار المحكمة النهائي لا يمكن معرفته على وجه مؤكد

---

(1) الدكتور عزمي عبد الفتّاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى ، ص 195 .

(2) ومن بوادر عدّ الدعوى ممارسة حرية أن القانون الفرنسي لم يأخذ (م 18 من مرسوم 67 - 1210 في 1967/12/22) بفكرة الكفالة المسبقة في حالة الطعن بالنقض . ولكنه قرر توقيع غرامة بقوة القانون في حالة رفض الطعن وأجاز للمحكمة إقالة الطاعن منها ومع عدم الإخلال بالتعويضات . وقد ألغى قانون المرافعات الفرنسي الجديد (م628) هذا النص حيث رفع الحدين الأقصى والأدنى للغرامة واشترط لتوقيعها وجود التعسف بحيث لا توقع لمجرد الفرض . وبذا يمكن القول بأن الدعوى في القانون الفرنسي هي ممارسة دائماً لحرية . وتأكيداً لهذا القول فقد ألغى القانون 75 - 596 في 1975/7/9 المادة 16 من القانون المدني الفرنسي التي كانت تلزم المدعي الأجنبي الذي يطالب بحق في مواجهة مدعى عليه فرنسي بدفع كفالة تكون بمثابة كفالة إذا رفضت دعوى المدعي الأجنبي وبذلك أصبحت القاعدة في القانون الفرنسي أنه لا كفالة عند استعمال حقّ الدعوى . (المرجع السابق نفسه ، ص 197) .

سلفاً لأن الوقائع التي يقدمها الخصوم محل شك واقتناع القاضي بها أمر غير معروف سلفاً ، كما أن ثبوت القانون على وجه اليقين لا يمنع من الاختلاف حول تفسير نصوصه ولا يعرف عند رفع الدعوى أي تفسير سيعتنقه القاضي . وبعبارة موجزة فليس أمام المدعي يقين واضح بحيث يسأل إذا خرج عنه وفصل في ادعائه .

ب-أن تقرير مسؤولية الفرد المعتاد الذي لا يتأثر بأهوائه وعواطفه لعدم حسن تأسيس طلبه سيدفع أصحاب الحقوق إلى الإحجام عن المطالبة بها قضاءً ، وهو ما يؤدي إلى عواقب وخيمة على المستوى الفردي والمستوى الاجتماعي) [1] .

4- وليس عدُّ الحقّ قيمة نسبية انتقاصاً منه ، ذلك أن القول بنسبية قيمة الحقّ هو في ذاته قولٌ نسبي ، فليس الحقّ بقيمة نسبية إلا لكونه ، وعلى الرغم من كونه غاية ، أداةً لتحقيق غاية أسمى منه ، فلو نظرنا بنظرة تجريدية في عالم القانون المنفصل عن عالم الأخلاق ، لوجدنا أن الحقّ قيمة مطلقة ، لكن هذه النظرة التجريدية لا تستقيم

(1) وقد يُعترض على القول السابق بأن إلزام خاسر الدعوى بالمصاريف يتعارض مع هذا القول ، لكن ذلك غير صحيح لأن الالتزام بالمصاريف التزام قانوني يستقل تماماً عن فكرة الخطأ . والدليل على ذلك أن خاسر القضية يلتزم بالمصاريف بصرف النظر عن حسن نيته أو سوئها . (المرجع السابق نفسه ، ص 196) .

واقعاً أو منطقاً ، فليس القانون بمنفك الصلة بالأخلاق ، وليس الحقّ بمنأى عن قيمة الخير ؛ ومع كون الحقّ قيمة نسبية ، نسبة لارتباطه بالخير ، فإنه يمثل قيمة عظيمة في مرحلتنا الراهنة التي سنعبر من خلالها من عالمٍ كانت تسوده فلسفة النظام وحسب ، مروراً بعوالم تسودها أحياناً حالة من التأرجُح بين هذه الفلسفة وفلسفة الحقّ ، وأحياناً أخرى فلسفة خالصة للحق ، وأحياناً ثالثة حالة من التأرجُح بين هذه الفلسفة وفلسفة الخير ، إلى أن نصل إلى عالمٍ مثالي تسوده فلسفة خالصة للخير .

5- كما أن نسبية الحقّ تجعلنا نؤمن بقيام حالة التعسف في استعماله ، وما يُرتّبه القانون من أثر على هذا التعسف[1] .

ومن الجدير بالذكر أن الفضل في تحديد نسبية الحقوق ، وإن قال بها كل من "اهرنج" و"سالي" و"فولتير" حين قال : " ان الحقّ الذي يتمادى فيه صاحبه ينقلب إلى ظلم " . لكنه يرجع بلا منازع إلى الفقيه الفرنسي "جوسران" ، إذ وضع نظرية التعسف في استعمال الحقوق بين المبادئ الأساسية التي تحكم القانون وتعلو على النصوص ، فالحقوق

(1) لمزيدٍ من التفصيل حول موضوع التعسف ، لاحظ : د . حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ص 68 والتي تليها . ولاحظ أيضاً : د . محمد شوقي السيد ، التعسُّف في استعمال الحقّ ، ص 73 والتي تليها .

التي ينظمها المُشرِّع لا تظل معلقة في الهواء بل تعمل في بيئة اجتماعية معينة لبلوغ اهداف محددة ، فمصيرها تحقيق العدالة ومتى تنكرت لهذا المصير استحقت توقيع الجزاء . [1] .

ولمَّا كان الحقّ قيمة نسبية تهدف للخير ، فالخير غايته ، ولهذا وجب أن يتم تعيير مسألة التعسف بعدم تحقيق الحقّ للخير في استعماله [2] .

---

(1) لاحظ : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص629

(2) و هذا قريب من توجّه بعض الفقهاء المسلمين ، كنهي الأب عن التعسف في استعمال حقّ ولايته على ابنه ، واعتبار الرضاع حقًّا للأم وواجبا عليها ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " . والخروج عن غاية الحقّ فيه اضرار المجتمع ، ولو لم يؤد إلى الاضرار بشخص معين بالذات . وكان لعمر رضي الله عنه رأي في مسألة التزوج بالكتابيات الأجنبيات . فبعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية ، لم يجدوا كثير مسلمات فتزوجوا نساء كتابيات ، وبعد حين كثرت النساء المسلمات . فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بعد ما ولاه المدائن يقول : " بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها " . فكتب اليه : لا أفعل حتى تخبرني ، أحلال (هذا الزواج) أم حرام ؟ فكتب اليه : " لا بل حلال ، ولكن في نساء الأعجام خلابة فإن أقبلتم عليهن غلبتكم على نسائكم " .

هكذا نهى عمر عن أمر مباح ، اتقاء لضرر أكبر ، وحماية للمصلحة الاجتماعية . (نقلاً عن : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص 640) .

كلمة ختامية

بعد أن أتممنا - بفضل الله تعالى - كتابنا في فلسفة الحقّ، نخلص مما قدمناهُ وما وضعناه من حجر أساس جديد لفلسفة، قد تكون متجددة، في علم الحقوق، تستند عليها جميع الموضوعات والقيم القانونية على اختلاف أشكالها ومضامينها. ويمكن سرد أهم النتائج التي توصلنا إليها في النقاط الآتية:

1- أثبتنا في مؤلفنا هذا أن الحقّ قيمة موجودة، على الرغم من المحاولات الكثيرة لإنكار وجودها، أو استبدالها بأفكار أخرى، لا بل أن الحقّ قيمة ملازمة لكيان الإنسان، وكونه موضوعا لقواعد القانون التي تسعى دائما إلى تحقيق كل أوجه السعادة له واستقرار أوضاعه، فالحقّ في نطاق القانون هو أعلى القيم، فهو يعلو ولا يعلى عليه، وتندرج كل البدع التي أظهرها الفقه على مراحل متفاوتة، تحت إبطه، ولو سلمنا بأن لكل شخص مكانته الاجتماعية في الحياة، فإن له كذلك مكانة قانونية في مجتمعه مناطها الحقّ، إذ به نعرف ما للشخص وما عليه، وبه نتعرف على دوره ووظيفته ومدى ما يقدم من خدمات لمجتمعه، يُقاس عليها حجم المقابل الذي يستحقه.

2- إن الجدلّ المُستدام حول مدى وجود الحقّ، يرجع

لعوامل عديدة ، أهمها وعلى رأسها الصراع الأزلي والأبدي بين الطبيعيين والوضعيين ، ففي الوقت الذي تنطلق فيه الأفكار الطبيعية في تصوير القانون على أنه مبادئ العدالة التي يتعرف عليها الإنسان بعقله وضميره ، تحصر الأفكار الوضعية القانون في مفهومه الخاص وهو التشريع التي تصدره السلطة في الدولة . وهذا طبيعي ، إذ أن الفكر الوضعي ظهر بعد ظهور فكرة الدولة ، وقد تصدى لأفكار المدرسة الطبيعية ، ونال منها ، بعض الشيء ، ردحاً من الزمن ، وعلى أثر انتشاره ، وتغيُّب أفكار المدرسة الطبيعية ، اعتنقت التشريعات الكثير من أفكاره ، وعلى رأسها اضعاف فكرة الحقّ وتقسيم القانون إلى خاص وعام . لكن سُرعان ما عادت الأفكار الطبيعية بنسيجٍ جديد ، واستطاعت أن تقلل من تأثير الأفكار الوضعية .

3- أما عن تعريف الحقّ ، فالحقّ ليس إرادة وليس مصلحة وليس كلاهما معاً ، ليس بمركز يخلقه القانون ، وليس مقتصراً على استئثار الأشياء ، كما أنه ليس لفظاً أو معنًى مختزلاً في نطاق الأموال أو الأعمال ، بل هو يشمل كل ذلك ، ويستغرق كل المعاني التي وُضعت له ، فالحقّ قيمة تدخل في داخلها معنى الممارسة القائمة على دور الإرادة ، كما يدخل فيها المصالح المبتغى تحقيقها بها ، وهي تشمل على أوضاع يخلقها أو يحددها القانون ، لكن يبقى لهذه القيمة مكانة في المجتمع ، فهي التي تحدد الموقع الذي يكون فيه الإنسان على الخارطة القانونية ، وهي بذلك تستدعي لوجود الحقّ وجود إنسان ، ولوجود إنسان وجود جماعة ، وبالتالي فإنها قيمة لكيان

الشخص في الجماعة ، سواء الجماعة بمفهومها الطبيعي التي تشمل الجماعة الإنسانية جمعاء ، أو الجماعة بمفهومها الوضعي التي يتحدد في داخل حدود المجتمعات والدول .

4- كما أن الحقّ بوصفه قيمة جديرة بالحماية ، يعد غاية سامية للقانون ، وسبب وجوده ، فالقانون ظهر لإحقاق الحقوق وحمايتها ، ومن هذه الزاوية يسمو الحقّ على القانون ، ولهذا السمو آيات كثيرة ، منها ، أن الحقّ قيد على سيادة القانون مثلما هو قيد على سيادة الدولة .

5- والحقّ ليس بقيمة مطلقة ، إذ هو قيمة محددة بمرحلة يسعى القانون فيها إلى اشاعة العدل بين الناس ، مروراً لخلق أجواء ملائمة لشيوع فلسفة الخير في الجماعة القائمة على الفضائل الاخلاقية السامية التي يسعى الجميع إلى تحقيقها وتطبيقها بشكل قانوني ، وليس فحسب بشكل أخلاقي لا يكون لازماً للبعض في أحايين كثيرة .

6- ولا شك ان فكرة الحقّ ، فكرة يكتنفها الغموض لدى البعض ، فهي قد تكون من الأفكار الميتافيزيقية التي لا أساس علمي لها في الواقع ، فهي تعبر عن ناموس اخلاقي اكثر مما هو قانوني ، لدرجة ان البعض انكر وجود الفكرة من الأساس ، والكثير ممن اعترف بها احتار في وضع تعريف خاص للحق . لكن فكرة الحقّ

ليست عصيّة على الفهم ، كما أنها ليست فكرة ميتافيزيقية مطابقة ، ولا تعبر فحسب عن ناموس أخلاقي .

7- الحقّ فكرة منكرة لدى المدرسة الاجتماعية ، التي استعاضت عنها بفكرة (المركز القانوني) ، بحسب رأي المفكر الفرنسي (ديكى) ، لكن هذه الاستعاضة لا تعدو أن تكون استعاضة لفظية ، لخلوها من أي معنى ، سوى إنكار فكرة الحقّ ليس إلا .

8- الحقّ - وفقاً لمدرسة القانون الطبيعي - ميزة أزلية للإنسان مقررة له طبعاً ، فالحقّ الطبيعي للإنسان لا يستلزم وجود الجماعة ، وهذا ما انكرناه على هذه المدرسة ، فالحقّ يستلزم وجود الجماعة ، لأن الإنسان اجتماعي بطبعه .

9- اما فكرة الحقّ عند بعض أنصار مدرسة القانون الوضعي ، فهي احد مخلوقات القانون ، فالقانون هو الذي يخلق الحقوق وهو مصدر انشائها وكيسها وتقلها وإلغائها ، وقد انتقدنا هذا التّوجّه بأن الحقوق سابقه في النشوء على القانون ، ولا نفرق بين حقّ اخلاقي أو حقّ قانوني للشخص ، فالحقّ جزء من شخصية الشخص ، ومقرر للإنسان وملازم لكيانه ، فالحقّ هو مصدر القانون وليس العكس .

10- وضعت تعاريف كثيرة للحق ، لكن جميعها منتقدة من قبلنا ، لا سيما تعريف الفقيه البلجيكي (دابان) الذي لاقى قبولاً من قبل الكثير من الفقهاء والكتّاب والشرّاح ، إذ انه يدخل في تعريف

الحقّ عناصر خارجة من ماهيته ، كالحماية القانونية ، كما أنه يرى في السلطة الممنوحة لصاحب الحقّ على الشيء ، سلطة قانونية ، أي أن القانون منحها للشخص ، وهذا غير صحيح ، لذا فقد ثم تعريف الحقّ من قبلنا ، تعريفاً فقهياً ، بأنه : ميزة مقرونة بالشخص ، مكفولة بالقانون ، تقرها الجماعة لتعزيز وجوده في استجلاب الخير ودرء الشر . كما عرفنا الحقّ بتعريف آخر فلسفي شاملاً لمعانيه المتنوعة في نطاق علم القانون ، فالحقّ قيمة كيان الشخص في المجتمع جديرة بالحماية .

11- الحقّ يسمو على القانون ، ومنزلة الحقّ من القانون ، منزلة الغاية من الوسيلة ، فالقانون وسيلة لإحقاق الحقوق ، وعادة ما تكون منزلة الغاية ارقى من منزلة الوسيلة .

12- الحقّ ، قيمة تنشأ مع الشخص ، فلا شخص من دون حقّ ، فهي قيمة كيانه ، سواء أكان هذا الشخص إنساناً في بطن أمه ، أم خرج منها إلى الحياة ، مهما صغر أو كبر ، أو اقتضت الضرورة في افتراض وجوده حياً على الرغم من وفاته ، أو انضم إلى غيره في تكوين جماعة خاصة ، كالأشخاص المعنوية ، أو كان جزءاً من نسيج اجتماعي عام ، شخص الجماعة ، أم تحول افتراضاً إلى نظام أو شكل اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي ، فإن الميزة لا تنفك عنه ، أو عن الشخص بصفة عامة مهما كانت طبيعة هذا الشخص ومدركاته ووجوده الحقيقي أم الافتراضي ، فالحقّ مناط الشخصية ، ولكونه قيمة

كيانية تناط بالشخص ، نشأ القانون لكفالته وحمايته وتنظيم التعارض بين الحقوق والمصالح ، فلولا وجود الحقّ قيمة للشخص لما نشأ القانون ، شأنه شأن النطق كميزة في الإنسان فلولاه لما نشأ علم اللسانيات .

13- إن لفكرة سمو الحقّ على القانون ، حجج وأسانيد ، تكمن في خمسة نقاط مهمة هي :

أ - إقرار نظرية العقد الاجتماعي في تفسير نشوء الدولة .

ب - كفالة الدستور للحقوق ، فهو لا يمنح الحقوق بل يكفلها .

ج - حقيقة وظيفة القضاء ، وهي احقاق الحقّ وليس تطبيق القانون .

د - التطبيق السليم للقانون ، معياره هو تحقيق العدالة بإحقاق الحقّ .

هـ - ان مهام القاضي في تبسيط الشكلية مقيّد بعدم ضياع جوهر الحقّ أو التفريط به .

14- مما لا شك فيه ان فكرة سمو الحقّ على القانون ، نابعة من ادراك طبيعة الحقّ في كونه قيد على سيادة القانون ، إذ أن إقرار مبدأ سيادة القانون جاء من أجل صيانة واحترام الوسيلة المؤدية إلى حماية الحقوق ، فإذا كان من شأن هذا المبدأ الإساءة أو التقييد للحقوق ، فلا

يعمل به ، بمعنى أن سمو الحقّ مطلق الرعاية على سيادة القانون ، فلا سيادة لقانون خارقٍ للحقوق ، كما لا ينبغي احترام القوانين الجائرة ؛ فضلاً عن أن الحقوق يجب أن لا تقيدها القوانين إلاّ في نطاق منع أو فض التعارض في استعمالها بين الاشخاص .

15- كما ان الحقّ يعد قيدا على مبدأ سيادة الدولة ، لا سيما بعد ظهور القوانين الدولية الإنسانية التي تهدف إلى الدفاع عن حقوق الإنسان ، بحيث أصبح بإمكان المجتمع الدولي ، من خلال ما بات يعرف بتدويل السيادة ، أن يتدخل في الشؤون الداخلية للدول دفاعاً عن حقوق الإنسان ، فأضحت هذه الحقوق قيداً بارزاً وواضحاً على سيادة الدول .

16- المصالح والحقوق أصبحت اليوم غاية الأحكام في جميع فروع القانون ، فلم تعد غاية القانون محصورة في التنظيم الاجتماعي وإشاعة الأمن والطمأنينة والاستقرار والنظام في المجتمع ، بل أصبحت سعادة الإنسان هي غاية القانون ، لا سيما وأن الإنسان لا تكتمل سعادته في المجتمع ، إلاّ بالعيش الآمن في مجتمع نظامي يحترم الحقوق والحريات الفردية ويحافظ على الهدوء والاستقرار ، فسعادة الإنسان شاملة لكل هذه الامور .

17- ان فكرة الحقّ وسموه على القانون تلازمها معان عدة :

أ - الحقّ ميزة مقرونة بالشخص ، فالإنسان لكونه يتمتع

بحقوق ، يصبح شخصاً .

ب – الحقّ ميزة مقرونة بالإنسان أو بما ينجم عن إرادته من تجمّعات خاصة أو عامة ، أي أن الحقّ حالة مقرونة بالشخصية الإنسانية ، حقيقية كانت هذه الشخصية أم مجازية ، لذا فإن الحيوانات والنباتات والجمادات ليس لها حقوقاً إلاّ من زاوية ما يمس حياة الإنسان ومصالحه ، فحق الحيوان في عدم الانقراض ، هو حقّ للإنسان في أن لا يفقد احد عناصر سعادته في التعامل مع هذا الحيوان لإشباع بعض حاجاته ورغباته ، وكذلك الحال بالنسبة للنباتات والجمادات .

ج – أن تمتع الشخص بالحقّ هو سبب ظهور الحاجة إلى القانون ، **فالقانون هو طبيب الحقوق ومهندسها** ، ولكنه ليس بمُشرِّعها ومكسبها ، فالحقوق هي التي أظهرت الحاجة إلى إصدار القوانين ، وليس العكس .

د – الحقّ ميزة تقرها الجماعة للشخص الكائن بينها ، فالبعد الجماعي للحق مهم في تمتع الإنسان به ، لا سيما وأن الإنسان جزء من نسيج الجماعة يؤثر بها ويتأثر بتوجهاتها ، وتأثره بها أقوى من تأثيره فيها .

هـ – عندما يفترض أن يكون لشخص حقّ ، فإن إمكان تصادم هذه الحقوق وتزاحمها وتعارضها أمر وارد ، لذا فإن وضعية القانون تقتصر على الكشف عن هذه الحقوق وضمان عدم تعارضها وفك تزاحمها وكفالة استحصالها عند التعطيل .

18- ان سمو الحقّ على القانون نابع من الإطلاق الحسن لمصطلح الحقّ ، فالحقّ لا يمكن أن يوصف بصفة غير حسنة ، والا انتقلنا إلى الباطل ، لكن القانون يمكن أن يوصف بصفات غير حسنة ، إذ من المتصور أن يكون هناك قانون ظالم ، لكن لا يمكن أن نتصور وجود حقّ ظالم ؟! إلا إذا تعلّق الأمر باستعماله ، إذ من الممكن أن تنهض حالة التعسف في استعمال الحقّ . كما أن الحقّ صفة حسنة في كل الأحوال وتستحق أن تسمو على القانون الذي لا يكون حسناً إلا إذا كان محققاً للحقوق .

19- ان اعتماد الخير قيمة لعلم الأخلاق وموضوعاً له ، جعل الغاية من اعتمادها هو الوصول إلى غاية فاضلة وصفها افلاطون بتحقق المدينة الفاضلة ، كما أن الأديان حثّت عليها ، لا سيّما الدين الإسلامي في القرآن الكريم ، إذ أفرد القرآن سورة كاملة تناولت أخلاقيات المدينة الفاضلة القائمة على قواعد الأخلاق المؤسسة على قيمة الخير ، وهي سورة الحجرات ، التي اختصت بوضع قواعد اخلاقية في المخاطبة وذم الغيبة والنميمة والتجسس والسخرية ، والحث على التعاون البار والتآخي واللحمة والتصالح والتعارف بين الأمم والقبائل والتقارب بينها وما إلى ذلك من القواعد المبنية على تحقيق الخير للمدينة وصولاً إلى تحقيق صورتها المثالية ، وهي المدينة الفاضلة ، ومع احتواء قيمة الحقّ على عدد من تلك القواعد التي أرستها قيمة الخير تحقيقاً للمدينة الفاضلة ، فإن هدف قيمة الحقّ

لا يعدو تحقيق صورة أقل مثالية من صورة المدينة الفاضلة ، وهي صورة المدينة المتوازنة ، أي التي تتوازن فيها حقوق الناس وواجباتهم فيعرف كل واحد حدوده ويلتزم بها ، فيأخذ ما له ويؤدي ما عليه للآخرين ، وإلى هذا الحد تقف حدود القانون .

20- الناس سواسية في حقوقهم الطبيعية ، فلا تفضيل لأحدهم على الآخر ، ذلك ان هذه الحقوق متلازمة مع الكيان الإنساني ذاته ، إذ لا ينبغي لأي إنسان أن يعيش من غير التمتع بهذه الحقوق .

21- والحقوق الطبيعية للإنسان هي المنطلق في تحديد قيمته لدى الجماعة ، ذلك أن هذه الحقوق تعطي قدراً عالياً من المعصومية لهذا الإنسان ، تجعله سيد نفسه ، ومُقدساً ، على الأقل في ظل الحياة القانونية .

22- إن وجود تشريعات في دول معينة تحمي الحقوق الطبيعية للإنسان ، وانعدام مثل هذه التشريعات في دول أخرى ، لا يعني أنه بفضل وجود الحماية التشريعية في الدولة الأولى ، يكون مواطنيها أفضل من مواطني الدولة الثانية التي تنعدم فيها التشريعات الحمائية لحقوق مواطنيها الطبيعية ؛ ذلك أن الإنسان يكتسب حمايته من الجماعة الإنسانية جمعاء ، إذ حقه هنا حقّ طبيعي ، وقيمته فيه تحدد كيان وجوده ضمن الجماعة الإنسانية ككل ، وبهذا فإن جدارة الحقّ الطبيعي للإنسان ، تأتي من كونه فرداً ، ليس في جماعة دولته ، بل فرداً في عموم الجماعة الإنسانية .

23- إن الحقّ الوضعي هو الحقّ الذي يكتسبه الإنسان نتيجة وضع معين ، ومهما كان هذا الوضع ، فالحقّ الوضعي يلازم ذلك الوضع ، ويكون الوضع هو المُحدّد لنطاق هذا الحقّ ، وأحياناً هو مصدر نشأته ، وغالباً ما يتدخل القانون لإنشاء هذه الأوضاع التي تفرز حقوقاً وضعية للأفراد ، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الأشخاص المعنوية ، فهي حقوق معنوية استحدثها القانون لضرورة عملية تسهيلاً لإجراء التصرفات القانونية ، وكذلك الحقوق الوضعية المقررة للمواطنين في ظل الدولة الواحدة ، كتوزيع حصة من الثروات الطبيعية للدولة على مواطنيها ، وكذلك الحقوق الوضعية التي تنجم عن ممارسة مهنة أو حرفة ، وما إلى ذلك من أوضاع يصعب تحديد جميعها .

24- والحقوق الوضعية على نوعين ، حقوق ملازمة لشخص الإنسان ، وحقوق ناجمة عن دخوله في رابطة ، فالأولى ناجمة عن ميزة أو وضع يتمتع به الإنسان ، اكتسب حقوقه على أساسها ، كحقوق الطفل ، وحقوق المرأة ، وحقوق الرجل ، وحقوق المعاقين ، وحقوق العجزة وحقوق المبدعين ، وغير ذلك من الحقوق ؛ فهذه الحقوق لازمت شخص الإنسان ذاته ، فهل هو ذكر أم أنثى ؟ وهل هو سليم أم مُعاق ؟ وهل هو كفوء أم عادي ؟ وهل هو قادر أم عاجز ؟ وما إلى ذلك من الأوضاع التي يكون عليها الإنسان ، كونه إنسان ، دون أن يلزم دخوله في رابطة معيّنة . أما النوع الثاني من الحقوق

الوضعية ، فهي الحقوق الناجمة عن الدخول في رابطة ، وهذه الرابطة ، إما أن تكون رابطة بين الأشخاص ، وإما أن تكون رابطة بين شخص وشيء بمعناه العام ، فالأولى رابطة اقتضاء والثانية رابطة تسلط ، والحقوق الناجمة عن الدخول في هذه الروابط هي التي تأخذ الحيز الأكبر لمجموع الحقوق التي يتمتع بها الإنسان . فالحقوق التعاقدية وحق الشخص في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب فعل ضار صدر من غيره ، وحقه في النفقة من غيره ، وحقه في استيفاء أجره عن وظيفته أو عمله ، وحقه تجاه الدولة كونه مواطناً لديها ، وحقه تجاه زوجه ، وحقه تجاه التجمعات التي انتمى إليها كالشركات والجمعيات والأحزاب ، وغير ذلك هي حقوق وضعية ناجمة عن رابطة اقتضائية .

25- وكون الحقوق وضعية لا يعني أن القانون هو مصدرها الوحيد ، بل أن وضعها هو مصدرها .

26- الناس متساوون طبعاً مختلفون وضعاً ، وبالتالي ، ففي الوقت الذي يحكم مبدأ المساواة حقوقهم الطبيعية ، ترى أن مبدأ التكافؤ هو من يحكم حقوقهم الوضعية ، فهم ليسوا متساوين في حقوقهم الوضعية ، وهذا أمر يقرُّهُ المنطق لعدم تساويهم في أوضاعهم التي أنشأت هذه الحقوق ، ((وليس الذكر كالأنثى)) ، ولهذا كان الحقّ الوضعي للرجل مختلفاً عن الحقّ الوضعي للمرأة ، وليس الذي يعمل كالذي لا يعمل ؛ وليس من يعمل عملاً معيناً متساوٍ مع من

يعمل عملاً آخر ، وليس المتضرر من فعل ضار كالذي لم يتضرر من فعل شبيه به ، وليس . . وليس . . وليس . . إلى ما لا نهاية من الوضعيات التي يخلقها الواقع . فالأوضاع كثيرة ومتنوعة ، وتكثر وتتنوع معها حقوق الأشخاص الوضعية .

27- تسود في عالم القانون فلسفتين هما : فلسفة النظام وفلسفة الحقّ ، وكل من الفلسفتين لها رؤيتها الخاصة في جميع الوقائع والأحداث والأوضاع والتصرفات والأعمال وغيرها ، لكن هذا لا يعني أن فلسفة النظام منقطعة الصلة تماماً بفلسفة الحقّ ، فهما ليسا في دائرتين منفصلتين بل في دائرتين متقاطعتين ، هناك منطقة مختلطة ما بين هاتين الفلسفتين ، إذ أن الكثير من الأنماط والوقائع القانونية والتصرفات التي أقرها المُشرِّع وبنى لها أحكاماً ، لا يختلف حكمه فيما لو كان قد انطلق من فلسفة النظام أو أخذ بالاعتبار فلسفة الحقّ ، إذ سيكون الموقف ذاته في كلتا الفلسفتين . لكن في بعض الأحيان تترتب بعض الأحكام أخذاً بالاعتبار بفلسفة النظام وهجر فلسفة الحقّ ، وفي أحيانٍ أخرى نرى العكس هو الصحيح ، لكن أحياناً تؤدي مراعاة فلسفة النظام إلى مراعاة فلسفة الحقّ ولكن بصيغة غير مباشرة ، كما أن فلسفة الحقّ ومراعاتها قد يؤدي إلى مراعاة فلسفة النظام دون أن يشعر واضع القانون ، ومن الجدير بالذكر أن الإقرار ببعض النظم انطلاقا من اعتبار فلسفة الحقّ قد يؤدي إلى تحقيق النظام أكثر من اعتماد فلسفة النظام بحيث يؤدي اعتمادها إلى

تحقيق الحقّ .

28- إن تحول فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ يبدو واضحا ، عندما يتحول اهتمام واضع القانون من الحفاظ أو مجرد الحفاظ على النظام والأمن والنظام العام والاستقرار الاجتماعي وتقوية سلطة الدولة . . . الخ ، إلى احترام الحقوق والحريات ، فالهدف الأسمى سيتغير بالنسبة لهذا المُشرِّع ، إذ كان في البداية هدفه الأسمى هو المحافظة على النظام السائد والمحافظة على النظام الأمني والنظام العام . . . الخ ، أما الآن فهو يرمي إلى الحفاظ على الحقوق الفردية والحريات العامة وكذلك الخاصة ، وهذا يتّضح من خلال فهم حكم الفرضيات التي تضعها التشريعات في قواعدها القانونية .

29- إن إعمال فلسفة الحقّ تقودنا إلى إعادة فهم الكثير من الأنماط والأوضاع والأحكام ، فبفضلها توصلنا إلى أن الدستور ميثاق حقوق ، كما أن بها أدركنا قيمة الكثير من الحقوق للإنسان ، كمقاومة الطغيان ، وأرجحية تحقيق العدالة ، وطبيعة العلاقة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق ، فضلاً عن أنها تجعلنا نعتنق فكراً نيِّراً في القانون أساسه وهدفه الإنسان ، وغايته السامية ديمومة سعادته في هذه الحياة ، للوصول به إلى حياة سعيدة تسودها القيم الخُلقية التي ترتكن على قيمة الخير .

30- وأخيراً ، فإن فلسفة الحقّ فادتنا إلى فهم حقيقة المرحلة التي نعيشها اليوم ، في ظل الفوضى العارمة ، التي لم تُشكل انحرافاً

في مسار فلسفة النظام بقدر ما شكّلت ضربة موجعة لفلسفة الحقّ ، إذ ضاع الكثير من الحقوق والحريات ، وأُنتهكت حُرمات الإنسان ، وسيقت كرامته إلى زرائب التوحّش ، وظلّ الإنسان ينهش في لحم الإنسان ، وبقيت كلمة القوة فوق نضال الأحرار ، وانتكست الرايات حزناً لفقد أسمى المبادئ التي تربى عليها الفكر الباني للحضارات ؛ إذ لم نُشاهد أو نلمس تعانقاً بين متناقضات ، كما شهدها عصرنا اليوم ، العصر الذي يُشاهد فيه الإنسان وهو يحرق أخاه الإنسان ، ويتلذذ بتعذيبه وترهيبه ، باسم مبادئ ما عادت مبادئ ، وباسم ديمقراطية ما هي إلا ديماغوجية ، وباسم حرية ما هي إلا حبسٌ للضمير ؛ اليوم علينا أن ننتفض أولاً على فكرنا ، فنرمي منه ما لا يليق باحترام إنسانيتنا ، التي فضلنا بها الله على كثير ممن خلق تفضيلاً ، ثم على سلوكنا المنافي لمكارم الأخلاق التي يعرفها كل الناس ، بلا استثناء ، وتربوا على فضائلها ، ومعرفة محاسنها من خلال العقل لا النقل ، وأخيراً الانتفاض على أي نظام في الكون ، لا يجد في إحقاق الحقّ ، إحقاقاً لذاته .

المراجع

أولا : كتب الفلسفة العامة والخاصة : -

1- د . أحمد إبراهيم حسن ، غاية القانون ، دراسة في فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2000 .

2- د . أحمد عبد خضير ، فلسفة الأخلاق عند جورج ادوارد مور ، بغداد ، 2011 .

3- أرسطو طاليس ، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس ، ج2 ، ترجمة : أحمد لطفي السيد ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1994 .

4- إسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكلنبوي ، البرهان ، مطبعة السعادة ، مصر ، (بدون ذكر سنة نشر) .

5- د . إسماعيل نامق حسين ، النظرية العامة للحظ في القانون الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 .

6- د . إمام عبدالفتاح إمام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) .

7- د . ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، جامعة بغداد ، 1976 .

8- ثيودور أويزرمان ، تطور الفكر الفلسفي ، ترجمة : سمير كرم ، دار الطليعة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1974 .

9- جان جاك روسو ، في العقد الاجتماعي ، ترجمة ذوقان قرقوط ، دار القلم ، بيروت ، (دون ذكر سنة نشر) .

10- جورج طرابيشي ، معجم الفلاسفة ، دار الطليعة ، بيروت ، 2006 ، ط 3 .

11- جورجو ديل فيكيو ، فلسفة القانون ، ترجمة : د . ثروت أنيس الأسيوطي ، عمان ، 1998 .

12- جون لويس ، مدخل إلى الفلسفة ، دار الحقيقة ، بيروت ، ترجمة : انور عبدالملك ، 1978 ، ط 3 .

13- د . حسن عبدالرحمن قدوس ، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ، 1997 .

14- د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1975 .

15- د . حسين علي حسن ، الأسس الميتافيزيقية للعلم ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1997 .

16- دياس ، فلسفة القانون ، ترجمة - هنري رياض ، دار الجيل ، بيروت ، (بدون سنة نشر) .

17- د . روبرت ألكسي ، فلسفة القانون ، ترجمة : د . كامل فريد السالك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013 .

18- روسكو باوند ، مدخل إلى فلسفة القانون ، ترجمة ، صلاح دبّاغ ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1967 .

19- د . سعدى محمد الخطيب ، فلسفة القانون وحقوق الإنسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013 .

20- د . سمير خيري توفيق ، مبدأ سيادة القانون ، دراسة في الفلسفة القانونية ، منشورات وزارة الثقافة والفنون ، بغداد ، 1978 .

21- د . عادل البكري ، الفلسفة لكل الناس ، منشور ضمن الموسوعة الصغيرة ، العدد (155) ، بغداد ، 1985 .

22- د . عبد الرحمن بدوي ، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل ، دار الشروق ، القاهرة ، 1996 .

23- الشيخ عبد الكريم محمد المدرس ، الوسيلة في شرح الفضيلة ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، 1972 .

24- د . علي حرب ، نقد الحقيقة ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، بيروت ، 2000 .

25- د . غلام حسين الإبراهيمي الدنياني ، القواعد الفلسفية العامة في الفلسفة الإسلامية ، دار الهادي ، بيروت ، 2007 .

26- د . فايز محمد حسن ، فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007 .

27- د . فايز محمد حسن ، فلسفة القانون عند ابن خلدون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .

28- د . فايز محمد حسن ، نشأة فلسفة القانون وتطورها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

29- ليون ديگي ، دروس في القانون العام ، ترجمه إلى العربية : د . رشدي خالد ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1981 .

30- د . مأمون محمد سلامة ، الفكر الفلسفي وأثره في التجريم والعقاب ، القاهرة ، 1997 .

31- د . محمد سليمان الأحمد ، قاعدة (نصل اوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مركز ابحاث القانون المقارن ، اربيل ، 2010 .

32- د . محمود أبو زيد ، القانون والنظام الاجتماعي ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 1987 .

33- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، فلسفة القانون ، أربيل ، 2008 .

34- د . مصطفى سيد أحمد صقر ، فلسفة العدالة عند الاغريق ، مكتبة الجلاء الجدية ، المنصورة ، 1989 .

35- د . مصطفى غالب ، في سبيل موسوعة فلسفية ، 19 ، ديكارت ، دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، 1989 .

36- مصطفى ملكيان ، مقالات ومقولات في الفلسفة والدين والحياة ، ترجمة : أحمد القبانجي ، مؤسسة الانتشار العربي ، بيروت ، 2013 .

37- د . ملحم قربان ، قضايا الفكر السياسي القانون الطبيعي ، مجد ، بيروت ، 1982 .

38- د . منذر الشاوي ، الإنسان والقانون ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، 2015 .

39- د . منذر الشاوي ، الدولة الديمقراطية في الفلسفة السياسية والقانونية ، الكتاب الأول ، الفكرة الديمقراطية ، منشورات المجمع العلمي ، بغداد ، 1998 .

40- د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، المجمع العلمي العراقي ، بغداد ، 1994 .

41- د . منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، (بدون سنة نشر) .

42- مونتسكيو ، روح الشرائع ، ترجمة : عادل زعيتر ، دار المعارف ، القاهرة ، 1953 .

43- د . نازلي إسماعيل حسن ، تاريخ الفلسفة اليونانية ، المكتبة القومية ، القاهرة ، 1981 .

44- د . نصار عبدالله ، دراسات في فلسفة الأخلاق والسياسة والقانون ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ط1 ، 1999 .

45- د . نعيم عطية ، في النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1965 .

46- هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة د . أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1986 .

47- د . هلالي عبدالله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (دون ذكر سنة نشر) .

48- هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة : د . سموحي فوق العادة ، دار منشورات عويدات ، بيروت ، 1972 .

49- هيجل ، أصول فلسفة الحقّ ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، 1996 .

50- هيجل ، موسوعة العلوم الفلسفية ، المجلد الثاني ، ترجمة : د . امام عبد الفتاح امام ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، (بدون ذكر سنة نشر) .

51- ول ديورانت مل ، قصة الفلسفة ، ترجمة : د . فتح الله محمد المشعشع ، مكتبة المعارف ، بيروت ، 1975 .

52- د . يس محمد محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون ، المكتب الجامعي الحديث ، (بدون ذكر مكان نشر) ، 2012 .

ثانياً : الكتب الفقهية في نطاق المعاملات والحقوق الخاصة :

1- د . احمد شرف الدين ، الاحكام الشرعية للأعمال الطبية ، الكويت ، 1983 .

2- د . أحمد علي الخطيب ، موجز أحكام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978 ، ط 3 .

3- د . أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978 ، ط2 .

4- د . أحمد علي الخطيب ود . مصطفى إبراهيم الزلمي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المواريث والوصفية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982 .

5- أحمد محمد الأيوبي ، القانون المدني اللبناني للأموال ، ج 1 ، لبنان ، 2007 .

6- د . أحمد محمود سعد ، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .

7- د . الشهابي إبراهيم الشرقاوي ، تثبيت الجنس وأثاره ، القاهرة ، 2002 .

8- بمو برويز الدلوي ، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

9- د . بمو برويز خان الدلوي ، النظرية العامة للحماية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 .

10- د . بيرك فارس الجبوري ، حقوق الشخصية وحمايتها المدنية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2009 .

11- د . جابر إبراهيم الراوي ، القانون الدولي الخاص في الجنسية ، منشورات جامعة بغداد ، 1977 .

12- د . جمعة محمد محمد براج ، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار يافا العلمية ، عمّان ، 1999 .

13- د . جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 .

14- د . حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، شركة الرابطة ، بغداد ، 1954 .

15- د . حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، بغداد ، 1970 .

16- د . حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج 2 ، الخطأ ، دار وائل للنشر ، عمّان ، 2006 .

17- د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المصادر ، بغداد ، دون ذكر سنة نشر) .

18- د . حسن الهدّاوي ، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي ، جامعة بغداد (دون ذكر سنة نشر) .

19- د . حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، مطبعة مصر ، القاهرة ، 1947 .

20- د . رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 .

21- د . سعدي إسماعيل عبد الكريم البرزنجي ، الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الإسلامي ، جامعة بغداد ، 1974 .

22- د . شوقي السيد ، في مواجهة البطلان ، دار الشروق ، القاهرة ، 2014 .

23- د . صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، دار الثقافة ، عمّان ، 2001 .

24- د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، دار الثقافة ، عمّان ، 1999 .

25- عبد الباقي البكري ، شرح القانون المدني العراقي ، ج 3 ، أحكام الالتزام ، (تنفيذ الالتزام) ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1971 .

26- د . عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982 .

27- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 .

28- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 .

29- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، الإثبات وآثار الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 .

30- د . عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج8 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ط3 .

31- د . عبد السلام داؤد العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، القسم الأول ، مكتبة الأقصى ، عمان ، 1974 .

32- عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، المجلّد الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 .

33- د . عبد الكريم صالح عبد الكريم ، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 .

34- د . عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، بغداد ، 1980 .

35- د . عبد المنعم البدراوي ، دروس في إثبات الالتزام ، القاهرة ، 1993 .

36- د . عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، 1958 .

37- د . عبد الناصر توفيق العطّار ، الأجل في الالتزام ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، 1964-1965 .

38- المحامي عبد الوهاب عبد الرزاق عبد المجيد التحافي ، بحثه ، الحماية القانونية للآثار العربية ، منشور مع مجموعة باحثين ، في مؤلف الحماية القانونية للآثار العربية ، بيت الحكمة ، بغداد ، ط 1 ، 2001 .

39- د . عبود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 .

40- د . عزمي عبد الفتاح ، أساس الادعاء ، جامعة الكويت ، 1987 ، ط 1 .

41- د . عزمي عبد الفتّاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1986 .

42- د . عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، ج 2 ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة ، عمّان ، 2005 .

43- د . عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الإثبات ، منشورات جامعة جيهان ، أربيل ، 2012 .

44- د . عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .

45- د . غسان رباح ، الوجيز في عقوبة الاعدام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .

46- د . فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي ، دار البشير ، عمّان ، 1998 .

47- د . فخري عبد الرزاق الحديثي ود . خالد حميدي الزعبي ، شرح قانون العقوبات / القسم العام ، دار الثقافة ، عمّان ، 2009 .

48- د . فوزي محمد سامي ود . فائق محمود الشمّاع ، القانون التجاري (الأوراق التجارية) ، جامعة بغداد ، 1992 .

49- د . لطفي البلشي ، قبول المخاطر الرياضية ودوره في تحديد المسؤولية المدنية ، (بدون ذكر مطبعة أو مكان النشر) ، 1994 .

50- د . ماهر عبد شويش الدرّة ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، 1990 .

51- د . مجيد حميد العنبكي ، اثر المصلحة في التشريعات ، الكتاب الأول ، في التشريع الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط 1 ، 2002 .

52- د . محمد خليل خير الله ، الواقعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2011 .

53- د . محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1977 ، ط 2 .

54- د . محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 .

55- د . محمد سليمان الأحمد ، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في التشريع العراقي ، مكتب التفسير ، أربيل ، 2008 .

56- د . محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

57- د . محمد سليمان الأحمد ، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية ، دار وائل للنشر ، عمّان ، 2005 .

58- د . محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، مطبعة الوعي والفكر ، السليمانية ، 2009 .

59- د . محمد سليمان الأحمد ، كسب الملكية بضمان ضرر المال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

60- د . محمد سليمان الأحمد ، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .

61- د . محمد سليمان الأحمد ود . نضال ياسين حمو ، المنشطات الرياضية ، دار جُهينة ، عمّان ، 2002 .

62- د . محمد شوقي السيد ، التعسُّف في استعمال الحقّ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1979 .

63- د . محمد محمد عبد اللطيف ، القانون العام الاقتصادي ، جامعة الكويت ، 2012 .

64- د . محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الثالث ، الأوراق التجارية ، دار الثقافة ، عمّان ، 2007 .

65- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة السعدون ، بغداد ، 2000 .

66- منير القاضي ، ملتقى البحرين (الشرح الموجز للقانون المدني العراقي) ، المجلد الأول ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1951 .

67- د . ناصر كريش خضر الجوراني ، نظرية التوبة في القانون الجنائي ، دار الحامد ، عمّان ، 2009 .

68- د . نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984 .

69- د . نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 1977 .

70- د . هشام صادق ود . عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007 .

71- د . هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، المجلد الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1977 .

72- د . هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ج 2 ، مركز الأجانب ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1977 .

ثالثاً : الكتب الفقهية في نطاق الهيئات والحقوق العامة :

1- د . إحسان حميد المفرجي ود . كطران زهير نعمة ود . رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، جامعة بغداد ، 2007 ، ط 2 .

2- د . إسماعيل الغزال ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، المؤسسة الجامعية ، بيروت ، 1982 ، ط 1 .

3- د . أيمن عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، بيروت ، 2002 .

4- أوستن رني ، سياسة الحكم ، ترجمة : د . حسن علي الذنون ، المكتبة الأهلية ، بغداد ، 1964 .

5- د . أيمن محمد شريف ، الازدواج الوظيفي والعضوي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة السياسية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

6- د . جاسم محمد زكريا ، مفهوم العالمية في التنظيم الدولي المعاصر ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 .

7- د . حمدي أبو النور السيد عويس ، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2011 .

8- د . حميد حنون خالد ، الأنظمة السياسية ، جامعة بغداد ، 2008 .

9- د . حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، جامعة بغداد ، 2012 ، ط 3 .

10- د . ذنون أحمد الرجبو ، بحث في عدم القانونية وعدم المشروعية ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، 1986 .

11- طه عمر رشيد ، الظلم القانوني كخرق لحقوق الإنسان ، مطبعة شقان ، السليمانية ، 2008 .

12- د . عصام العطية ، القانون الدولي العام ، دار الكتب ، بغداد ، 2001 ، ط 6 .

13- د . عصمت عبد الله الشيخ ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة لدى أفراد المجتمع السياسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

14- عمر عبد السلام الصفراني ، مجلس الأمن وحق التدخل لغرض احترام حقوق الإنسان ، منشورات جامعو قاريونس ، بنغازي ، ليبيا ، 2008 .

15- د . غازي حسن صباريني ، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الثقافة ، عمّان ، 1997 .

16- د ، فيصل شطناوي ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الحامد ، عمان ، 1998 .

17- د . ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 .

18- مجموعة من كتاب فرنسيين ، المدخل إلى نقد الحقوق ، ترجمة : د . سليم حداد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1981 .

19- د . محمد سعيد مجذوب ، النظرية العامة لحقوق الإنسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2014 .

20- د . محمد كاظم المشهداني ، النظم السياسية ، جامعة الموصل ، 1991 .

21- د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج 2 ، العانات لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2007 ، ط 2 .

22- القاضي نبيل عبد الرحمن حيّاوي ، ضمانات الدستور ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ط 2 .

23- د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة ، عمّان ، 1999 .

رابعاً : كتب المداخل والمناهج والأصول :

1- د . إبراهيم أبو الليل ود . محمد الألفي ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحقّ ، جامعة الكويت ، 1986 .

2- ابن إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج2 ، مصر ، (دون ذكر سنة نشر) .

3- إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011 .

4- د . توفيق حسن فرج ود . محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، (دون ذكر سنة نشر) .

5- د . جعفر الفضلي ود . منذر الفصل ، المدخل للعلوم القانونية ، دار الكتب ، الموصل ، 1987 .

6- د . حسن كيرة ، المدخل إلى القانون : منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1975 ، ط5 ، .

7- د . حمد عبيد الكبيسي ود . محمد عباس السامرائي ود . مصطفى الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، دار المعرفة ، بغداد ، 1980 .

8- د . حمدي عبد الرحمن أحمد ، مقدمة القانون المدني ، القاهرة ، 2003 .

9- د . رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (النظرية العامة للحق) ، الدار الجامعية ، بيروت ، (بدون سنة نشر) .

10- د . سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، جامعة بغداد ، 1982 .

11- د . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، (دون ذكر سنة نشر) .

12- د . صوفي حسن أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 .

13- د . عباس الصراف ود . جورج حزبون ، المدخل إلى علم القانون ، دار الثقافة ، عمّان ، 1997 .

14- د . عبد الله مبروك النجار ، المدخل المعاصر لفقه القانون ، دار النهضة العربية القاهرة ، (دون ذكر سنة نشر) .

15- عبد الباقي البكري ، وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1989 .

16- عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، 1972 .

17- د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1970 .

18- د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، (الحقّ) ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1970 .

19- د . عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1958 ، ط2 .

20- د . عبد الرزاق السنهوري ود . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (بدون ذكر سنة نشر) .

21- د . عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، دار احسان ، طهران 1998 ، ط4 .

22- د . عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 .

23- د . عبد المنعم فرج الصدّة ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1982 .

24- المحامي عبد الهادي عبّاس ، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري ، دار الحكمة ، دمشق ، بيروت ، 1988 ، ط1 .

25- د . عصمت عبدالمجيد بكر ، أصول تفسير القانون ، بغداد ، (بدون ذكر سنة نشر) .

26- د . علي محمد جعفر ، تاريخ القوانين والشرائع ، بيروت ، 1982 .

27- د . فاروق عبد الله كريم ، الاستحسان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2012 .

28- د . محمد أحمد مصطفى السرياقوسي ، التعريف بمناهج العلوم ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1986 .

29- د . محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ج1 ، القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006-2007 .

30- د . محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ج2 ، نظرية الحقّ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 .

31- د . محمد حسين منصور ، نظرية الحقّ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2009 .

32- د . محمد سليمان الأحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، دار الحامد ، عمّان ، 2002 .

33- د . محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقات والشؤون الدينية ، بغداد ، 1981 .

34- د . محمود عبد المجيد مغربي ، الوجيز في تاريخ القوانين ، بيروت ، 1979 .

35- د . محمود قاسم ، المنطق الحديث ومناهج البحث ، مكتبة الأنجلو مصرية ، القاهرة ، 1966 ، ط 4 .

36- د . مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، جامعة بغداد ، 1989 .

37- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، مطبعة شهاب ، أربيل - 2010 ، ط 22 .

38- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1989 .

39- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، معين القضاة في تحقيق العدل والمساواة ، C . L . P . O للطباعة والنشر ، اربيل ، 2008 ، ط 1 .

40- د . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، الكتاب الثاني ، نظرية الحقّ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1995 .

41- د . نجم الدين قادر كريم الزنكي ، الاجتهاد في مورد النص ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2006 .

خامساً : الكتب الأخرى :

1- إبراهيم العيسوي ، العدالة الاجتماعية والنماذج التنموية ، المركز العربي للأبحاث ، بيروت ، 2014 .

2- ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، المجلّد الثاني ، دار الفيحاء ، دمشق ، دار السلام ، الرياض ، 1998 ، ط 2 .

3- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، دار صادر ، بيروت ، 1997 .

4- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثالث ، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ط 1 .

5- أبو الحسن الجرجاني ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (دون ذكر سنة نشر) .

6- أبو هلال العسكري ، الفروق اللغوية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000 .

7- د . أحمد محمد عبد الخالق ، معجم ألفاظ الشخصية ، من منشورات مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2000 .

8- العلامة الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، 1996 .

9- د . أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية ، دار الثقافة ، عمّان ، 2008 .

10- أوليفيه دوهاميل وأيف ميني ، المعجم الدستوري ، ترجمة : منصور القاضي ، مراجعة : د . زهير شكر ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، 1996 .

11- ب . ن . بونو ماريوف ، القاموس السياسي ، ترجمة : عبد الرزاق الصافي ، (دون ذكر مطبعة ومكان النشر وزمانه) .

12- د . حسن صعب ، علم السياسة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1977 .

13- د . خضر حضر ، مفاهيم أساسية في علم السياسة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2011 .

14- د . سامان فوزي عمر ، دراسات معمَّقة في قانون الاعلام ، دار سردم للطباعة والنشر ، السليمانية ، 2011 .

15- د . سهيل حسين الفتلاوي ، منظمة التجارة العالمية ، دار الثقافة ، عمّان ، 2009 .

16- شهاب الدين القرافي ، الفروق ، المجلد الثالث ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1998 ، ط1 ،

17- عبدالكريم المدرس ، مواهب الرحمن في تفسير القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط1 ، 2014 .

18- د . عماد الدين خليل ، مقال في العدل الاجتماعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1984 ، ط2 .

19- د . فوزية عبدالستار ، مبادئ علم الاجرام وعلم العقاب ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1978 .

20- د . محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، جامعة الكويت ، 1999 .

21- د . محمد سليمان الأحمد ود . وديع ياسين التكريتي ود . لؤي غانم الصميدعي ، الثقافة بين القانون والرياضة ، دار وائل للنشر ، عمّان ، 2005 .

22- العلامة محمد علي الثهانوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج1 ، لبنان ناشرون ، بيروت ، 1996 ، ط1 .

23- موريس دوفرجيه ، المدخل إلى علم السياسة (في الفكر السياسي) ، ترجمة : د . جمال الأتاسي ود . . سامي الدروبي ، دار دمشق ، دمشق ، (دون ذكر سنة نشر) .

24- د . نظام بركات ود . عثمان الرواف ود . محمد الحلوة ، مبادئ علم السياسة ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، 2008 ، ط6 .

25- د . نظلة أحمد الجبوري ، مفهوم الجندر وتمكين المرأة العراقية ، منشورات مجلس النواب ، بغداد ، 2014 .

سادساً : البحوث والرسائل :

1- آرام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2008 .

2- آرام محمد صالح سعيد ، الحقوق المكتسبة في القانون المدني ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2015 ، (غير منشورة) .

3- آوات عمر قادر حاجي ، النظام القانوني لمبدأ استقرار المُعاملات ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2006 .

4- بهار محمود فتّاح ، قيمة الخير في الفلسفة التشريعية ، القانون المدني الياباني نموذجاً ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2014 .

5- د . ثروت انيس الاسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، العدد 2 ، السنة الثامنة ، 1966 .

6- د . ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد (3) ، السنة الثالثة ، 1959 .

7- د . حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع ، دراسة في فلسفة القانون الخاص ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة الثانية ، 1932 .

8- شاكر ناصر حيدر ، المسؤولية المدنية الناشئة من النقل المجاني للأشخاص في القانون العراقي المقارن ، مجلة القانون المقارن ، العدد (16) ، 1985 .

9- د . صبري حمد خاطر ، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، العدد الأول ، 2001 .

10- طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون – جامعة الموصل ، 2002 ، (غير منشورة) .

11- د . عامر عبد الفتاح الجومرد ، تدخل الأمم المتحدة في شؤون الدول ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الثالث ، 1997 .

12- د . عامر عبد الفتاح الجومرد ، السيادة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الأول ، 1996 .

13- د . عباس العبودي ، المبادئ الجديدة في قانون الإثبات العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون بجامعة بغداد ، العددان الأول والثاني ، 1986 .

14- عباس مبروك محمد الغزيري ، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1996 .

15- عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة ، مفهومها وميزاتها ووسائل ادراكها ، بحث مستور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون ، جامعة بغداد ، عدد خاص ، مارس ، 1984 .

16- د . عبد الرؤوف مهدي ، الاتجاهات المعاصرة في أساس ونظام إباحة الجريمة الرياضية ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد 3 ، السنة 27 ، 1983 .

17- د . عبد القادر حوبة ، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بين مفهوم المنظومة القانونية الدولية وخصوصيات المجتمعات الإسلامية ، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الحاج لخضر باتنة - الجزائر ، العدد 6 ، مارس 2015 .

18- لقمان عثمان أحمد ، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة الموصل ، 2003 ، (غير منشورة) .

19- لقمان عثمان أحمد ، تدويل السيادة - دراسة في المفهوم المعاصر لسيادة الدولة ، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية ، 2009 ، (غير منشورة) .

20- د . مجيد العنبكي ، الإنسان غاية القانون ، مقالة منشورة في مجلة دراسات قانونية ، يصدرها بيت الحكمة ، بغداد ، العدد الأول ، السنة الثانية ، 2000 .

21- محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، نصدرها كلية القانون بجامعة الموصل ، العدد (5) ، 1998 .

22- محمد سليمان الأحمد ، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع ، بحث منشور في مجلة (بحوث مستقبلية) ، نصدرها كلية الحدباء الجامعة في الموصل ، العدد الأول ، 2000 .

23- د . محمد سليمان الأحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعا (دراسة مقارنة) ، منشور في مجلة (الشريعة والقانون) تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة في العين ، ع13 ، فبراير ، 2000 .

24- د . محمد سليمان الأحمد ، فكرة سمو الحقّ على القانون ، مجلة القاضي ، يصدرها اتحاد قضاة اقليم كوردستان - العراق ، أربيل ، العدد 3 ، 2011 .

25- د . محمد سليمان الأحمد ، "قنونة" العقد ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، 2013 .

26- د . محمد سليمان الأحمد ، المصلحة الأسرية والدور السلبي للتشريع فيها ، بحث قدّم للمؤتمر الدولي الأول لجامعة دهوك بالتعاون مع منظمة مناهضة العنف ضد المرأة في دهوك ، (سعادة الأسرة واجبنا جميعا) ، للفترة من 20-2011/11/21 ، والمنشور في مجلة جامعة دهوك ، للعلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 15 ، العدد 2 ، 2012 .

27- د . محمد سليمان الأحمد ، حقيقة القصد التشريعي في اشتراط التظلُّم وسيلة ممهدة أو بديلة للدعوى الإدارية ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، العدد 5 ، السنة 3 ، 2015 .

28- د . محمد سليمان الأحمد ود . نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد الأول ، العدد 17 ، السنة 8 ، 2003 .

29- د . محمد صبري الجندي ، فكرة العقد الفاسد ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة في العين ، العدد 28 ، 2006 .

30- نارا قاسم قادر ، الجندر والجنس ، مفهومهما وأثرهما في قانون الأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2015 .

31- د . هادي مسلم يونس ، الثبات التشريعي والاستثمار الأجنبي ، مجلة جامعة نوروز ، العدد (0) ، أيلول ، 2012 .

32- وسام نعمت إبراهيم محمد السعدي ، المنظمات الدولية غير الحكومية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2001 ، (غير منشورة) .

سابعاً : القوانين والمواثيق :

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة ، 1948 .

2- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، 1978 . (سيداو) .

3- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789 .

4- دستور العراق لعام 2005 .

5- الدستور الياباني لسنة 1947 .

6- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .

7- قانون التجارة العراقي رقم (36) لسنة 1984 .

8- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .

9- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل .

10- قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية في اقليم كوردستان العراق قانون رقم (15) لسنة 2008 ، المنشور في جريدة وقائع كوردستان ، العدد (95) في 12/30/ 2008 .

11- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 .

12- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة1979 .

13- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 .

14- قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل .

15- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (160) لسنة 1979 المعدل

16- قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 .

17- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم (14) لسنة 1991 .

18- قانون تقاعد الوظائف العليا في إقليم كوردستان العراق رقم (36) لسنة 2004 .

19- قانون السلطة الفضائية الكوردستاني رقم (22) لسنة 2007 .

20- قانون مجلس شورى اقليم كوردستان العراق رقم (14) لسنة 2008 .

21- القانون المدني الأردني الصادر عام 1976 .

22- قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر عام 1985 .

23- المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لستة 1985 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 ، من منشورات وزارة العدل الإماراتية ، (دون ذكر سنة نشر) .

24- الميثاق الأولمبي ، الصادر من اللجنة الأولمبية الدولية .

25- التعديل الأول لدستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1789 .

26- التعديل التاسع للدستور الأمريكي الصادر عام 1789 .

27- القانون الفرنسي رقم 2015-177 في 16 فبراير 2015 ، المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والشؤون الداخلية ، تعديل القانون المدني الخاص بالوضع القانوني للحيوان .

ثامناً ، المواقع الإلكترونية :

1- موقع المعرفة www . marefa . org/index . php/ .

2- www . elibrary4arab . com/ebooks/manteq-w-falsafa/nafetha-3la- صادق الساعدي ، نافذة على الفلسفة .

3- أحمد إسماعيل إبراهيم التل ، تحقيق الكلام في قدم العالم وحدوثه بين الفلاسفة والمتكلمين ، ص 25 ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www . pdffactory . com .

4- السيد محمد حسين الطباطبائي ، بداية الحكمة ، ص18 . متاح على الموقع الإلكتروني : http : //hajrnet . net/hajrvb/showthread . php?t=403023032

5- رابط مذاهب فكرية في الميزان على الموقع الآتي : http : //www . hurras . org/vb/archive/index . php/t-45605 . html

6- رابط المستشار القانوني على الموقع http : //legalcounsel . own0 . com/t111-topic

7- www . ahlulbaitonline . com

8- مقال عن الفرق بين الإباحة والملكية ، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، منشور على الموقع www/ . startimes . com/

9- موقع النهار الجديد www/ . ennahar . online . com/

10- موقع /com . rt . arabic/news/

11- تعريف المواطنة ، لدى الموقع : /com . kwsfna/ .

12- د . عثمان بن صالح العامر ، مفهوم المواطنة وعلاقته بالانتماء ، منشور على موقع آفاق ، /com . aafaqcenter/ .

13- د . محمد المجذوب ، "الحداثة ومذهب الحرية الفردية ، تأملات في الحدث الأمريكي . زواج المثليين " ، تاريخ المقال : 2015/7/1 ، منشور على الموقع : /com . hurriyatsudan . www/ .

14- د . محمد معافي المهدلي ، مقال بعنوان : (نظام الكوتا النسائية محاولة للفهم) ، منشور على موقع مأرب برس . / net . marebpress/ .

15- نظام الكوتا : نماذج وتطبيقات حول العالم ورقة بحثية منشورة على موقع نظرة للدراسات النسائية ، /org . nazra/ .

16- أبو الكلام شفيق القاسمي المظاهري ، على الموقع/www . alukah . net/ .

17- مقال حول الموت الدماغي ، على الموقع /com . altibbi/

18- مقال عن العلمانية ، لشيراز حرز الله، منشور على الموقع الآتي «com . mawdoo3» .

19- موقع (الجزيرة نت) . www . aljazeera . /net/news/sport/2015/10/17/

20- مقال عن "اليوثانيجيا" على موقع

. /com . lilhayat/marcharbel/internet/htm . euthae/

المؤلف في سطور

- الاسم : محمد سليمان محمد أحمد شكاك .

- الشهرة : د . محمد سليمان الأحمد .

- مواليد الموصل - العراق ، 1973/2/1 .

- السكن : السليمانية / كوردستان - العراق .

- متزوّج وله طفلة .

- بكالوريوس قانون - جامعة الموصل ، 1994-1995 . المرتبة الأولى على الدفعة .

- ماجستير قانون خاص - جامعة الموصل ، 1997 . بامتياز .

- دكتوراه الفلسفة في القانون الخاص - جامعة الموصل ، 2000 . بامتياز .

- عمل في المجال الأكاديمي ، وتحديداً في تدريس القانون المدني ، في كليات لجامعاتٍ عراقية وعربية عديدة ، منذ العام

الدراسي 1995-1996 ، ولحد الآن .

- نال لقب الأستاذية في تاريخ : 29 / 4 / 2010 ، من جامعة السليمانية - كوردستان- العراق .

- عمل مستشاراً لمجلس شورى اقليم كوردستان- العراق للأعوام من 2009-2014 .

- له(42) بحثاً منشوراً ، و(6) بحوث معده للنشر .

- له (17) مؤلفا منشوراً ، و(6) كتب معدة للنشر .

للمؤلف

1. كسب الملكية بضمان ضرر المال . منشور في مصر . 2004 .

2. النظرية العامة للقصد المدني . منشور في لبنان . 2009 .

3. الوجيز في العقود الرياضية . منشور في مصر . 2005 .

4. الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين . منشور في الأردن . 2000 .

5. دور الضمان في كسب الملكية تبعا . منشور في الإمارات العربية المتحدة . 2000 .

6. الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص . منشور في لبنان . 2008 .

7. تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية . منشور في الأردن . 2006 .

8. المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية . منشور في الأردن . 2002 .

9. الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية . منشور في الأردن . 2000 .

10. المنشطات الرياضية بمنظور قانوني ، منشور في الأردن . 2003 .

11. المدخل لدراسة الضمان . منشور في الأردن . 2001 .

12. عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها . منشور في الأردن . 2002 .

13. الثقافة بين القانون والرياضة . منشور في الأردن . 2005 .

14. الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي . منشور في العراق/ أربيل . 2008 .

15. خواطر مدنية ، آراء وأفكار في القانون المدني . منشور في العراق / السليمانية . 2009 .

16- قاعدة (نصل أوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة . أربيل 2010 .

وغيرها من كتب وبحوث قانونية .

- حالياً : أستاذ القانون المدني / جامعة السليمانية .

للتواصل مع المؤلف : موبايل :

(00964)-0-7702177000

(00964)-0-7507413811

E-mail: prof.alahmed@gmail.com

salahmed2002@yahoo.com

محتويات الكتاب

الإهداء 7

توطئة 11

مقدمة 13

1) – من نظرية الحقّ إلى فلسفة الحقّ 13

2) – القانون والحقّ فكرتان متلازمتان 14

3) – منهجنا في فلسفة الحقّ 17

4) – الحقّ من الديالكتيك إلى البرهنة 22

5) – فلسفاتٌ سابقة في الحقّ 24

6) – تقسيم 26

مبحث تمهيدي : مُدخلات فلسفة الحق 29

7) – الفلسفة محبة الحكمة 31

8) – الفلسفة بين الحقّ والقانون 33

9) – فلسفتي الحقّ والنظام والتمايز بينهما 37

10) – تأثير فلسفتي الحقّ والنظام على توجُّه المُشرِّع 38

11)– التفلسف في الحقّ والميتافيزيقا..... 42

12) – موقع التفلسف في الحقّ ضمن فروع الفلسفة 43

13) – منطق التفلسف في الحقّ 48

14) – منطلق التفلسف في الحقّ 52

15) – الحقّ منطقاً وقانوناً 61

16) – بين فلسفة الحقّ وفلسفة الخير 62

17) – فلسفة الحقّ وفلسفة الخير بين صورتي المدينة المتوازنة والمدينة الفاضلة..... 64

18) – الحقّ أحق أن يُتَّبَع 65

19) – الحقّ مناط تدخل القانون في العلاقات الإنسانية 67

20) – الحقّ وسلطة الدولة 67

الباب الأول : الحقّ في ميزان الوجود (انطولوجيا الحقّ) 73

21) – فكرة الحقّ بين الوجود والعدم 75

الفصل الأول : إنكار فكرة الحق 81

22) – ميتافيزيقية الحقّ..... 81

23) – تحديد الاعتبارات الدافعة إلى الإنكار 82

24) -النزاع حول مدى وجود الحقّ أساسه الصراع السرمدي بين الطبيعيين والوضعيين 83

25) - الحقّ ، القانون ، الدولة ، بين التصويرين الطبيعي والوضعي 87

26) - العيب الجسيم لفكرة الحقّ في نظر " ديگي" 89

المبحث الأول : الاعتبارات غير الحقوقية في إنكار فكرة الحقّ 92

27) - قاسم الاعتبارات غير الحقوقية 92

المطلب الأول : الاعتبارات السياسية 93

28) - فكرة الحقّ تعبير صارخ عن سياسة الفكر الفردي 93

29) - تعارض فكرة الحقّ مع فكرة الدولة الديمقراطية 98

30) - عجز فكرة الحقّ أن تكون أساسا للدولة القانونية 99

31) - تعارض فكرة الحقّ مع فكرة سيادة الدولة على ممتلكاتها 102

32) - فكرة الحقّ تساهم في تركيز السلطة 103

المطلب الثاني : الاعتبارات الاقتصادية 105

33) - تصوير " ديگي " لطبيعة العلاقة بين الدائن والمدين على وفق مفهومه لـ (الثروة) 105

34) - الملكية ليست حقًّا في نظر " ديگي" 106

35) – تعارض فكرة الحقّ مع الأفكار الاقتصادية الاشتراكية 111

المطلب الثالث : الاعتبارات الاجتماعية 114

36) – رأي "أوجيست كونت" في فكرة الحقّ 114

37) – التوجّه العام لرأي " ليون ديگي" في إنكاره لفكرة الحقّ 118

38) – رفض دور الإرادة 119

39) – الضرورة في وجود جماعة ، تنافي فكرة الحقّ 121

المبحث الثاني : الاعتبارات الحقوقية (الوضعية) في إنكار فكرة الحق ... 122

40) – تحديد معنى الوضعية 122

41) – استبدال فكرة المركز القانوني بفكرة الحقّ 123

42) – لا يجوز ، في نظر " ديگي " ، أن ينشأ مركز قانوني من مسلك غير قانوني 126

43) – إنكار "ديگي" لقدرة العقد على إنشاء الحقوق 127

44) – تعارض فكرة الحقّ مع التناسق الداخلي للقانون الوضعي 128

45) – إخضاع الحقّ ، أو ما أطلق عليه "هانس كلسن " بالقانون الذاتي ، للقانون الموضوعي 130

46) – فكرة شرط تطبيق القاعدة القانونية 132

47) – استبدال لفظة القانون الذاتي بلفظة الحقّ 132

48) – اقتصار النظام القانوني على القواعد القانونية فقط برأي " كلسن"134

الفصل الثاني : اعتبارات الوجود 135

49) – أساس الحتمية في وجود الحقّ..... 135

50) – تحديد الاعتبارات الدافعة لإثبات وجود فكرة الحقّ 137

51) – مواطن ضعف التوجّه العام للقائلين بالإنكار 138

المبحث الأول : الرد على تصوير الاعتبارات غير الحقوقية 141

52) – لا يؤلم الجرح إلا من به ألم ! 141

المطلب الأول : الرد على تصوير الاعتبارات السياسية 142

53) – فكرة الحقّ ليست تعبيراً عن سياسة الفكر الفردي وفلسفته 142

54) – عدم تعارض فكرة الحقّ مع أي نمط للدول 147

55) – إنكار التعارض بين الحقّ والديمقراطية 150

56) – فكرة الحقّ أساساً للدولة القانونية 152

57) – تصويب فكرة سيادة الدولة على وفق منطق فكرة الحقّ 156

58) – فكرة الحقّ وتوزيع السلطة 157

59) – الحقّ في ميدان الحياة السياسية لا تغني عنه فكرة الولاية السياسية 159

المطلب الثاني : الرد على تصوير الاعتبارات الاقتصادية 163

60) – فكرة الحقّ تصوير لمركز الفرد الاقتصادي في المجتمع 163

61) – الحرية الاقتصادية تعزيز لوجود فكرة الحقّ 165

62) – نقض مفهوم الثروة لدى "ديگي" 167

63) – الملكية ، بما تحمله من مفهوم اقتصادي ، تأكيد للطابع الحسّي للحق 169

64) – مقاومة فكرة الحقّ للتوجهات الاشتراكية 171

المطلب الثالث : الرد على تصوير الاعتبارات الاجتماعية 173

65) – نقض استعاضة فكرة الواجب بفكرة الحقّ 173

66) – إعادة النظر في توظيف الحقّ اجتماعياً 175

67) – أهمية دور الإرادة 188

68) – الضرورة في وجود جماعة تأكيد لوجود فكرة الحقّ 197

المبحث الثاني : الرد على الاعتبارات الوضعية 204

69) – الرد على التوجّه العام للمدرسة الوضعية 204

70) – فكرة الحقّ والتناسق الداخلي للقانون 206

71) – الحقّ ليس مجرد شرط لتطبيق القاعدة القانونية 208

72) – نقض فكرة القانون الذاتي 209

73) – القواعد القانونية مخلوقة لحماية الحقوق وتنظيمها 218

74) – فكرة المركز القانوني لا تُغني من الحقّ شيئا 219

75) – نقد فكرة "ديگي" عن المراكز القانونية 221

76) – فكرة الحقّ لا تستلزم تدرُّجاً في الإرادات بغير اعتبار 230

77) – الرد على تصوير "ديگي" للعمل غير المشروع ودورُهُ في إنشاء حقٍّ للمتضرر 235

78) – إثبات قدرة العقد على إنشاء الحقوق 237

79) – قانونية الأعمال المادية ، بوصفها أوضاعاً محركة للحقوق 240

80) – حتمية الوجود لفكرة الحقّ 244

81) – فكرة الحقّ من الدوغماتية إلى البراغماتية 248

82) – وجود الحقّ وتعيينه 254

83) – نسبية الحقّ والبعد الاجتماعي له 256

84) – تقسيم للحقوق ، بديل لفكرة المراكز القانونية 260

الباب الثاني : الحقّ في ميزان المعرفة (أبستمولوجيا الحقّ) 263

85) – الحقّ من الوجود إلى المعرفة 265

الفصل الأول : تحديد هُويّة الحق 267

86) – تعدُّد معاني الحقّ..... 267

المبحث الأول : الاتجاهات القديمة والمستطرفة في تحديد هُويّة الحق 273

87) – عدم وضوح فكرة الحقّ عند القدماء 273

المطلب الأول : الاتجاهات القديمة في تحديد هُوية الحق 274

88) – الخلاف في تعريف الحقّ..... 274

الفرع الأول : النظرية الشخصية في تعريف الحق 276

89) – منظار النظرية 276

المقصد الأول : مضمون النظرية الشخصية 277

90) – أولاً / نظرية (سافيني) في سلطة الإرادة 277

91) – ثانياً / نظرية السلطة القانونية (فندشايد) 283

المقصد الثاني : النقد الفقهي للنظرية الشخصية 285

92) – منطلق النقد الفقهي للنظرية 285

93) – أولاً : عدم واقعية النظرية الشخصية 286

94) – ثانياً : عدم منطقية النظرية الشخصية 292

95) – ثالثاً : الخلط بين جوهر الحقّ وإعماله والاعتداء عليه ... 294

الفرع الثاني : النظرية الموضوعية في تعريف الحقّ : (نظرية المصلحة) 298

96) – منظار النظرية الموضوعية 298

المقصد الأول : مضمون النظرية الموضوعية..... 299

97) – الحقّ في هذه النظرية هو مصلحة يحميها القانون 299

المقصد الثاني : النقد الفقهي للنظرية الموضوعية..... 302

98) – منطلق النقد الفقهي للنظرية 302

99) – أولاً : الخلط بين جوهر الحقّ والغرض منه 303

100) – ثانياً : عدم واقعية النظرية الموضوعية..... 304

101) – ثالثاً : عدم منطقية النظرية الموضوعية 306

الفرع الثالث : النظريات المختلطة 310

102) – محاولات الجمع بين مضموني النظريتين 310

المقصد الأول : مضمون توجهات الجمع بين نظريتي الإرادة والمصلحة 312

103) – أولاً : التوجّه القائم على تغليب عنصر المصلحة 312

104) – ثانياً : التوجّه القائم على تغليب عنصر الإرادة..... 315

المقـصد الثانـي : النقد الفقهي لتوجهات الجمع بين نظريتي الإرادة والمصلحة 318

105) – منطلق النقد الفقهي لتوجهات الجمع 318

المطلب الثاني : الاتجاهات المستطرفة في تحديد هُويّة الحق 320

106) – هجر الأفكار القديمة 320

الفرع الأول : نظريتي المشروعية والمركز القانوني 321

المقصد الأول : نظرية المشروعية 321

107) – منطلق نظرية المشروعية 321

108) – تعريف الحقّ من خلال عناصره الثلاثة 321

109) – تعريف الحقّ بما يخرج عن ماهيته 323

المقصد الثاني : نظرية المركز القانوني 324

110) – نظرية الأستاذ "روبييه" 324

111) – نوعا المراكز القانونية في نظر " روبييه " 328

أ – المراكز القانونية الشخصية (أو الذاتية) 328

ب – المراكز القانونية الموضوعية (غير الذاتية) 330

112) – النظرية لم تُقدِّم تعريفاً 331

113) – النظرية تخلط الحقّ بمحله 332

الفرع الثاني : نظرية الانتماء 333

114) – نظـرية "دابـان" لتعـريف الحـقّ على أساس تحليله لأربعة عناصر 333

المقصد الأول : مضمون نظرية الانتماء 334

115) – عنصران داخليان وآخران خارجيان في الحقّ..... 334

116) – أولاً : عنصر الانتماء (الاختصاص والاستئثار) 335

117) – ثانياً : عنصر السلطة (التسلُّط)..... 342

118) – ثالثاً : احترام الغير 347

119) – رابعاً : الحماية القانونية 351

المقصد الثاني : تقويم نظرية الانتماء 353

120) – شيوع نظرية الانتماء 353

121) – أولاً : اقتصار التعريف في نطاق القانون الخاص 355

122) – ثانياً : الحقّ لا يفرز سلطة على الدوام 357

123) – ثالثاً : احترام الغير لا يدخل في ماهية الحقّ..... 358

124) – رابعاً : ليست حماية القانون بعنصرٍ في الحقّ 359

125) – خامساً : تداخل العناصر 364

126) – سادساً : عدم وضوح دور الإرادة 366

الفرع الثالث : المحاولات الحديثة في تعريف الحق 367

127) – تعريفات متعددة للحق 367

المقصد الأول : مضمون نظرية المكنة 368

128) – للحق عنصران : المكنة والمصلحة 368

129) – أولاً : العنصر الأول/ المكنة القانونية المحددة 369

130) – ثانياً : العنصر الثاني / المصلحة الذاتية المباشرة 371

المقصد الثاني : تقويم نظرية المكنة 372

131) – التوجُّه الوضعي للنظرية 372

132) – الدوران في فلك نظرية المركز 373

المبحث الثاني : اتجاهنا في تحديد هُويّة الحق 375

133) – الحقّ ميزة للإنسان 375

المطلب الأول : تعريفنا للحق 379

134) – الحقّ – قبل كل شيء – قيمة 379

الفرع الأول : أبعاد تعريفنا للحق ومزاياه 383

135) – أولاً : أبعاد تعريفنا للحق 383

136) – ثانياً : مزايا تعريفنا للحق 387

137) تحديد مفهوم الجماعة 389

الفرع الثاني : عناصر الحقّ على وفق تعريفه الجديد 392

138) – عنصران في الحقّ ينتجان أثرين 392

139) – أثران يترتبان على الحقّ 397

المطلب الثاني : الحقّ بين الطبعية والوضعية 399

140) – الحقّ إما طبعي أو وضعي 399

الفرع الأول : الحقّ الطبيعي 401

141) – ملازمة الحقّ الطبيعي للإنسان 401

142) – مساواة الناس جميعاً في حقوقهم الطبيعية 403

الفرع الثاني : الحقّ الوضعي 404

143) – ملازمة الحقّ الوضعي لوضع الإنسان 404

144) – تباين الحقوق باختلاف الأوضاع 406

145) – عدم مساواة الأشخاص في الحقوق الوضعية ، إلا في حالة إتّحاد الوضع 406

146) – تحديد دور القانون في وضعية الحقوق 407

147) – القانون وتنظيم الحقوق 411

148) – أفكار راسخة في القوانين ، أن القانون هو مصدر الحقوق المالية ، الشخصية والعينية 413

الفصل الثاني : تحديد دائرة الحق (تمييز الحقّ مما يلتبس به) 415

149) – الحقّ يلتبس بما له علاقة به 415

المبحث الأول : تمييز الحقّ من منابع انبثاقه ومُشتقاته 417

150) – للحق جذور وفروع 417

المطلب الأول : الحقّ ومنابع انبثاقه 417

151) – الحرية والإباحة أساسان لظهور الحقّ 417

الفرع الأول : الحقّ والحرية 418

152) – أرضية انبثاق الحقّ من الحرية 418

153) – الحرية والرخصة 426

154) – وحدة مفهوم الحرية في القانون 427

155) – أوجه الاختلاف بين الحقّ والحرية 429

الفرع الثاني : الحقّ والإباحة 439

156) – معنى الإباحة 439

157) – فحوى العلاقة بين الحقّ والإباحة 441

المطلب الثاني : الحقّ ومشتقاته 446

158) – المكنة (الخيار) والوظيفة والولاية ، مشتقات للحق 446

الفرع الأول : الحقّ والخيار (المكنة) 446

159) – ألفاظ الخيار القانوني ومعانيه 446

160) – أوجه العلاقة بين الحقّ والخيار 452

161) – أهمية التفرقة بين الحقّ والخيار 456

الفرع الثاني : الحقّ والوظيفة 462

162) – الحقّ ومدى كونه وظيفة اجتماعية 462

163) – حقّ الملكية بين الاستحواذ والإسهام 465

الفرع الثالث : الحقّ والولاية 469

164) – حاجة الحقوق إلى نظام الولاية 469

المبحث الثاني : تمييز الحقّ من مترتباته وغاياته 472

165) – الحقّ بين مترتباته وغاياته 472

المطلب الأول : الحقّ ومترتباته 473

166) – الغيرية والحماية نتيجتان للحق 473

الفرع الأول : الحقّ والحماية 474

167) – معنى الحماية القانونية 474

168) – نوعا الحماية القانونية للحق 476

الفرع الثاني : الحقّ والدعوى 482

169) – تعريف الدعوى ومدى كونها حقًّا 482

170) – الربط بين الحقّ والدعوى في الفقه القديم 483

171) – الدمج بين الدعوى والحقّ في الفقه التقليدي 485

172) – الانتقادات التي وجهت إلى الفكر التقليدي 488

173) – استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي في الفقه الحديث 491

174) – مدى استقلال الدعوى عن الحقّ الموضوعي 496

المطلب الثاني : الحقّ وغاياته 500

175) – اختلاف غاية الحقّ عن غاية القانون 500

الفرع الأول : الحقّ والعدل 503

176) – اختلاط بعض معاني الحقّ ببعض معاني العدل 503

177) – أوجه الاختلاف بين الحقّ والعدل 506

178) – اختلاط معنى الحقّ بمعنى العدالة في الفكر الأرسطي 508

الفرع الثاني : الحقّ والمصلحة 510

179) – معنى المصلحة 510

180) – الصلة بين الحقّ والمصلحة 511

181) – أوجه الاختلاف بين الحقّ والمصلحة 517

الباب الثالث : الحقّ في ميزان القيم (أكسمولوجيا الحقّ).....529

182) – ما معنى أن نضع الحقّ في ميزان القيم (الأكسمولوجيا) ؟ 531

الفصل الأول : حياة الحقّ ومنزلته 533

183) – الحقّ المحور الأساس للدراسات القانونية 533

184) – لا قانون بغير حقوق 534

المبحث الأول : حياة الحق 537

185) – حياة الحقّ بين العَيْمَمَة والتشخيص 537

المطلب الأول : سريان القانون في مواجهة الحقوق 539

186) – توحُّد المبرر الفلسفي لتدخل القانون في تقييد الحقوق... 539

187) – سريان القانون إلى الماضي 541

188) – مديات سريان القانون 544

المطلب الثاني : المراحل العمرية للحق 547

189) – الحقّ بين الوجوب والممارسة 547

الفرع الأول : ولادة الحقّ وقابليته للممارسة 549

190) – المصدر المولد للحق 549

191) – مصدر إقرار الحقّ وحمايته 551

192) – الإرادة مناط حماية القانون للحق 552

الفرع الثاني : موت الحق 554

193) – زوال الحقّ 554

194) – انقضاء الحقّ 556

195) – سقوط الحقّ 558

المبحث الثاني : منزلة الحق 560

196) – الأسبقية في النشوء بين الحقّ والقانون 560

المطلب الأول : منزلة الحقّ من القانون 562

197) – أرضية سمو الحقّ على القانون 562

الفرع الأول : دعامات سمو الحقّ على القانون 563

198) – البُعد الغائي لفكرة السمو 563

199) – الجذور الفلسفية لفكرة سمو الحقّ على القانون 564

الفرع الثاني : حجج سمو الحقّ على القانون 566

200) – منطلق التوجُّه لحُجج السمو 566

201) – أولاً : العقد الاجتماعي 568

202) – ثانياً : كفالة الدستور للحقوق 571

203) – ثالثاً : حقيقة وظيفة القضاء..... 572

204) – رابعاً : التطبيق السليم للقانون..... 573

205) – خامساً : تبسيط الشكلية 575

المطلب الثاني : منزلة الحقّ من الواجب 576

206) – العنصر الملازم للحق (الواجب) 576

207) – دليل الملازمة بين الحقّ والواجب..... 578

208) – المقابلة بين الحقّ والواجب 581

الفرع الأول : دور الحقّ في التمييز بين الواجب والالتزام..... 583

209) – الواجب والالتزام 583

210) – المعيار الأنسب في التميز بين الإلزام والواجب 592

211) – الحقائـق الداعمة لمعيار الحقّ الشخصي في التمييز بين الإلزام والواجب 593

212) – الحقائق التي يُوصلنا إليها هذا المعيار 594

الفرع الثاني : دور الحقّ في التمييز بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني 602

213) – معايير التميز بين الواجب القانوني والواجب اللا قانوني .. 602

214) – الحقّ معياراً للتمييز بين الواجب القانوني والواجب اللا القانوني 604

215) – الأساس الأخلاقي للواجب اللا قانوني 608

216) – الأساس الأخلاقي للواجب القانوني 614

217) – فحوى الاقتران بين الحقّ والواجب..... 618

218) – ضابط الاقتران بين الحقّ والواجب 619

219) – المقابلة الثابتة والمتحركة بين الحقّ والواجب وتأثيرها على ضابط الاقتران بينهما 620

220) – الحقّ والواجب ما بين الاقتران والمقابلة 622

221) – الحقّ والواجب وأسبقية الاقتران 624

الفصل الثاني : اعتبار الحقّ وتوظيف فلسفته 629

122) – الاعتبار العملي للحق..... 629

المبحث الأول : اعتبار الحق 633

223) – الحقّ ، القيد الغائي 633

المطلب الأول : اعتبار الحقّ قيداً على السيادة وغاية للأحكام..... 634

224) – الحقّ والسيادة ونتائج سموه على القانون 634

الفرع الأول : اعتبار الحقّ قيداً على السيادة 635

225) – أولاً : الحقّ وقيده على سيادة القانون 635

226) – ثانياً : الحقّ قيد على سيادة الدولة 640

الفرع الثاني : الحقّ والبعد الغائي للأحكام 649

227) – الحقّ والارتباط الوثيق بين الإنسان ومصالحه 649

228) – أولا : فكرة جعل الإنسان غاية القانون 649

229) – ثانياً : فكرة إدراك المصلحة في تقرير الأحكام 652

المطلب الثاني : نتائج فلسفة الحقّ في ظل فكرة سموه على القانون .. 658

230) – نتائج تترتب على الاخذ بفكرة سمو الحقّ على القانون ... 658

الفرع الأول : النتائج المتصلة بالتشريع 658

231) – أولاً : نتائج مُتّصلة بسن التشريع 658

232) – ثانياً : النتائج المتصلة بتفسير التشريع 662

233) – ثالثاً : النتائج المتصلة بتطبيق التشريع 663

الفرع الثاني : اعتناق نظرة المدرسة الطبيعية للحقوق 669

234) – مُجمل أفكار المدرسة الطبيعية وتطوّرها 669

235) – تعزيز دور المدرسة الطبيعية في إحقاق الحقّ 676

المبحث الثاني : توظيف فلسفة الحق..... 688

236) – ترجمة فلسفتي الحقّ والنظام إلى أرض الواقع 688

المطلب الأول : توظيف فلسفة الحقّ في ظل سموّها على فلسفة النظام689

237) – التحول من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ وبالعكس 689

الفرع الأول : اختلاف رؤى الفلسفتين 690

238) – فحوى اختلاف رُؤى الفلسفتين 690

239) – وكالة الجماعة عن صاحب الحقّ..... 691

240) – تعدد الجنسية 692

241) – تملك الأجنبي للعقار 696

242) – الدستور ميثاق حقوق..... 698

243) – الدستور وكفالة الحقّ 703

244) – نظام المرور 704

245) – المصلحة العامة..... 705

246) – تملك المواطن وتنقله 708

247) – دفع الفدية لتحرير الرهائن 709

248) – فكرة المواطنة 711

249) – النظام المالي للزوجين 713

250) – زواج المثليين 715

251) – حماية الأوضاع الظاهرة 717

252) – التصرفات التي لم تراعِ الشكلية 719

الفرع الثاني : التحول إلى إعمال فلسفة الحق 720

253) – فحوى التحول من فلسفة النظام إلى فلسفة الحقّ 720

254) – فكرتي النظام العام والآداب 722

255) – شرعية السلطة الحاكمة 725

256) – تشكيل الحكومات إبّان الثورة أو الانقلاب 728

257) – التدخل الإنساني لحماية حقوق الإنسان 734

258) – العقوبة وإيقاف تنفيذها 735

المطلب الثاني : وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ 738

259) – كيفية وضع فلسفة الحقّ موضع التنفيذ 738

الفرع الأول : تصحيح مسار بعض الأفكار 739

260) – الحقّ ونظام " الكوتا " 739

261) – الحقّ والمساواة بين الجنسين 743

262) – معصومية الجسد وتغيير الجنس 752

263) – الموت الرحيم 755

264) – الشرعية والمشروعية 757

265) – عقوبة الإعدام 762

266) – عزل الموظف 767

267) – نبذ فكرة البطلان 768

268) – تقادم الورقة التجارية 769

269) – الهروب من السجن 774

270) – الحقّ والضرورات وإباحة المحظورات 776

271) – الحقّ واليمين 778

272) – الحقّ والحظ 779

273) – الحقّ وملكية الثروات الطبيعية 781

الفرع الثاني : الإتيان بأفكارٍ جديدة 784

274) – الحقّ يسمو على كل شيء في الحياة القانونية 784

275) – علمنة القانون 786

276) – أنسنة الشرائع 791

277) – اعادة النظر في العلاقة بين القانون والأخلاق 794

278) – التحول في التوصيفات والتقسيمات من الصفة القانونية إلى الصفة الحقوقية 799

279) – تحقيق العدالة أولى من تطبيق القانون 802

280) – الحقّ قيمة نسبية 811

كلمة ختامية 817

المراجع 832

المؤلف في سطور 864

للمؤلف 866

محتويات الكتاب 869