القسم الثاني

نظرية الحق

مقدمة:

لقد برزت حاجة الإنسان الفرد للعيش ما بين أفراد الجماعة منذ العصور الغابرة، و ذلك من أجل المحافظة على كيانه من الأخطار الخارجية من جهة، وإشباع حاجياته التي لا يستطيع إشباعها بجهد فردي من جهة أخرى، غير أن العيش في الجماعات سواء أكانت كبيرة أو صغيرة في صورة دولة أو صورة عائلة، يجب أن يكون بطريقة منظمة يتم فيها التوفيق بين المصالح المتضاربة[1]، وتنظيم السلوكات الاجتماعية وعلاقة الأفراد فيما بينهم، هنا كان لزاما أن توجد مسطرة أو منهج يحدد هذا الأمر.

هذه القواعد أو التنظيم يسمى القانون، فيتدخل القانون ليقيم نظام للمجتمع، يحكم سلوك الأفراد فيه وذلك عن طريق فرض تكاليف وواجبات على أعضاء المجتمع من ناحية، وتقرير حقوق لهم من ناحية أخرى، إذ هو يوازن(بين المصالح المتضاربة والمتعارضة التي قد تحدث في المجتمع.

إن تشابك مصالح الأفراد في علاقاتهم و ما قد ينتج من تعارض بين هذه المصالح أدى بالمشرع أن يعمل على تغليب بعض المصالح على بعض عندما تتوافر بعض الشروط المحددة سلفا ويجعل مقابل ذلك على الكافة واجبا عاما بالاحترام لتلك المصالح[2].

والقانون بذلك يختلف عن الأخلاق التي تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق، لأن المشرع عندما يتدخل لتنظيم علاقات الأطراف فيما بينها، يقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر، وهذا ما لا نجده في مجال الأخلاق، التي تكتفي بوضع الواجبات دون الحقوق.

---

1 - عباس الطراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2008، ص 18.

2 - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، طبعة 1973، ص 421.

وإذا كانت هناك علاقة حميمة جدا بين القانون والحق، فالفقهاء يطرحون دائما إشكالية صعبة فيما إذا كان القانون هو أساس الحق أم أن الحق هو أساس القانون؟، ومردّ هذا الاختلاف هو المذهب الذي تنتمي إليه كل فئة من هؤلاء الفقهاء، ومع ذلك يجب أن نسلّم أن الحق سنده دائما هو القانون الوضعي، فيستمد منه وجوده وحمايته و الاعتراف به من طرف الغير، إذ لا يمكن لنا أن نتصوّر مجتمع منظم فيه حقوق لا يقرها القانون أو يحميها ولكن لا يجب أن يفهم هذا على إطلاقه، بل يجب أن نقر أن هناك مجموعة من الحقوق لا يستند وجودها على القانون، ومرجعها الحياة الاجتماعية والعدالة.

وبالرغم من أن الحق لا يتغيّر معناه في اللغة و القانون، فأي شخص عادي، يدرك المعنى الذي يعنيه لفظ الحق، كإدراك رجل القانون، فإذا قيل أن عمر له الحق في ملكية هذا المنزل، أمكن بكل سهولة إدراك أن هذا الشخص يحق له دون غيره أن يستعمل هذا المنزل وأن يستغله و يتصرف فيه تصرفات قانونية كما يشاء، بيعا أو إيجارا أو هبة.

وبالرغم من استقرار وجود فكرة الحق لدى الغالبية من رجال القانون ولدى أغلب التشريعات، فإن الخلاف مع ذلك موجود و على نطاق واسع في شأن تعريف الحق تعريفا معينا غير مختلف فيه، ويعود السبب إلى صعوبة وضع تعريف معيّن لظاهرة قانونية معينة، لاسيما إذا كانت هذه الظاهرة تتمتع بوصف التجريد الذي يجعلها تنطبق على حالات فردية لا يمكن حصرها.

ودراسة الحق تتطلب من كل شخص يريد تناول هذا الموضوع، أن يتناوله من كل جوانبه، فهو يتعلق بالأخص صاحب الحق، وبموضوع الحق، في حمأته وإثباته وأنواعه ومصادره، وقبل كل هذا تعريفه و تقسيماته ومقارنته بأنظمة مشابهة له.

وبناء على التفصيلات السابقة لموضوع الحق، يمكن لنا أن نتّبع الخطة التالية:

. الفصل الأوّل: التعريف بالحق

. المبحث الأوّل: فكرة الحق

. المبحث الثاني: تعريف الحق

. المبحث الثالث: الحق والأنظمة المشابهة له

. الفصل الثاني: أنواع الحقوق

. المبحث الأوّل: الحقوق غير المالية

. المبحث الثاني: الحقوق المالية

. المبحث الثالث: الحقوق المعنوية

. الفصل الثالث: عناصر الحق.

. المبحث الأوّل: أشخاص الحق

. المبحث الثاني: محل الحق

. الفصل الرابع: نشوء الحق وإثباته وانقضاؤه

. المبحث الأوّل: نشوء الحق وإثباته

. المبحث الثاني: حماية الحق وانقضاؤه

الفصل الأوّل
التعريف بالحق

نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، نخصص المبحث الأوّل لفكرة الحق والمبحث الثاني لتأكيد وجود فكرة الحق رغم إنكار بعض الفقه لذلك، أما المبحث الثالث فنتناول فيه مكانة الحق في النظام القانوني أو بعبارة أخرى الحق والأنظمة المشابهة له.

المبحث الأوّل
فكرة الحق

ترتكز فكرة الحق على حقائق تاريخية واجتماعية و قانونية تؤدي إلى التسليم بها وصعوبة إنكارها. لقد أصبحت فكرة الحق ركيزة أساسية وحقيقة واقعية في كافة الأنظمة القانونية المعاصرة، بل هي فكرة مترسخة في كل فروع القانون، بل أن التطوّر يبين لنا بصورة واضحة تنوّع الحقوق وزيادتها، فلم يعد الأمر قاصرا على الحقوق التقليدية، بل اتسع مجال الاقتصاد والفكر والسياسة ليشملها مثل ما حدث الأمر مع الحقوق المعنوية: حق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والأدبية، لم تعد الحقوق تمثل مجرد ثروة مادية لأصحابها بل أصبحت تمثل قيما قانونية في نشاط الجماعة على صعيد الائتمان والمعاملات المختلفة. نتناول في هذا المبحث نقطتين أساسيتين هما:

. انتقاد فكرة الحق؛

. وجود فكرة الحق.

المطلب الأوّل

انتقاد فكرة الحق

تعرّضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض المذاهب الفقهية، والتي أنكرت وجودها القانوني وعدم جدوتها وأهميتها، فنعرض أوّلا هذه الفكرة والحجج التي ارتكزت عليها، ثم نناقش هذه الحجج ولكن نكتفي بمذهبين فقط من بين المذاهب الكثيرة في هذا الموضوع[1].

. <u>أوّلا</u> : مذهب القانون الطبيعي التقليدي

إذا ما راجعنا كتب تاريخ القانون، نجد أن جميع الفقهاء يؤكدون بصورة جازمة أن القانون الروماني لم يكن يعرف فكرة الحق[2]، إذ أن كلمة Jus عند الرومان كانت تعني الحصة التي تعود على الفرد في التنظيم الاجتماعي ، وكلمة حصة « Part » كانت تعني وتحتوي على مركب من المزايا والأعباء، ولم تعني أبدا سلطة لفرد معين أو مكنة أو ميزة لصاحبه.

هذه الفكرة كانت تقابل فلسفة القانون الطبيعي التقليدي، فطبقا لهذه الفلسفة، فإنه لا يوجد نظام طبيعي يستلزم أن يوضع كل عنصر من عناصر الكون في موضعه الصحيح والعادل، وعليه كان من الضروري أن تقام علاقات الأفراد والأشياء والأنظمة، حيث يسود العدل الكوني، ولتلك الأسباب فلا مجال للحرية أو السلطة أو المزايا الممنوحة للإنسان، لأن التفكير في السلطة، لا يكون الأمن خلال التفكير في الفرد بينما القانون يمثل علاقة أعلى، علاقة بين الأفراد، هذه العلاقة لا تنشأ بطريقة

---

1 - Dabin, le droit subjectif, 1952

Le Fur, les grands problèmes du droit, 1937.

2 - Villey, les instituts de gaisus et l'idée du droit subjectif, Revue du droit 1946, p. 201 et s.

- La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, arch. Philo, du droit, 1964, p. 97 et s, Spec p. 104 et s.

- أشار إليه نبيل إبراهيم سعد، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، ط 2006، ص 13.

تحكمية من جانب المشرّع، ولكن نجد منبعها الحقيقي والطبيعي هو السعي للصالح العام الذي يفرضه نظام الطبيعة.

ونتيجة لهذا التحليل، يذهب هذا المذهب إلى القول أن الاعتراف بفكرة الحق يعتبر أمرا سيّئا، حيث أنها تبين وتظهر أنانية الفرد في الاستئثار والتسلّط، وبالتالي هذا يتنافى وقيم العدالة والمصلحة العامة والمساس بالطبيعة الحقيقية للعلاقات بين الأفراد، وجعلها مجرد سلطة بين الأفراد[1].

فإن الدفاع عن الحق وصاحبه ومصالحه، فكرة ضد ما هو قانوني، لأنها تتناقض والوظيفة الأساسية للقانون وهي إقامة العدل، وعليه يجب أن تشطب هذه الكلمة . الحق . من أفكارنا ولا يجوز إلاّ الاعتناء بالعلاقات القانونية الموضوعية، أي العلاقات بين الأفراد التي قد تعطي مزايا ولكن في نفس الوقت تحدد الواجبات.

إن هذه المدرسة التي تنكر فكر الحق بنت فكرتها على مفهوم القانون الطبيعي كما حدده كل من أرسطو وتُماس الأكويني، وهو أمر منطقي وسليم، ولكن هذه الأفكار انتقدت مما أدى بأصحابها أن يعطوا مفاهيم مغايرة للقانون الطبيعي، وهو ما جاءت به مدرسة القانون الطبيعي الجديد والمسماة: القانون الطبيعي ذو المضمون المتغيّر[2].

. <u>ثانيا</u> : مذهب المدرسة الواقعية لفكرة الحق

يتزعم هذه المدرسة كل من **ديجي Duguit وكلسن Kelsen**:

1. <u>نظرية ديجي</u>[3]: منهج هذه النظرية أو نظرية **ديجي** هي المنهج العلمي بالمعنى الدقيق الذي لا يسلم إلاّ بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة، هذا المنهج يهدف به صاحبه إلى تنظيف وتطهير القانون من كل الأفكار غير الواقعية والتي تستند إلى فكرة المشاهدة والتجربة وفي مقدمتها فكرة الحق، أنها فكرة فلسفية.

---

1 ـ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 14.

2 - Ginsberg, la philosophie du droit, arch de phil du droit, 1932 n°3-4, pp. 564-574.
- Geny, Science et technique en droit privé positif, t. II, n° 98-114.

3 - Duguit, Leçons de droit public général, 1926, pp. 38-72.

ينطلق **ديجي** ابتداء بإنكار وجود فكرة الحق و ذلك بإنكاره ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي تولد مع كل فرد و تثبت له باعتباره إنسانا و لهذا يكون ضد الأفكار التي نادى بها المذهب الفردي و التي روجها فلاسفة هذا المذهب، إن القول بوجود حقوق أساسية ولدت مع الفرد وثابتة، يعتبره **ديجي** مجرد إدعاء يستحيل إثباته بدليل مادي محسوس.

وفي الواقع يرى **ديجي** أن الاعتراف بالحق معناه الاعتراف والتأكيد على علو إرادة صاحب الحق على إرادات أخرى، و على ذلك فإن مشكلة الحق تتمثل في السؤال التالي: هل هناك إرادات لها على نحو دائم أو مؤقت صفة خاصة تقتضيها السلطة في أن تفرض نفسها على إرادات الآخرين؟، الإجابة لا تكون إلاّ بالنفي لأنه يستحيل إيجاد تفسير ممكن لهذا التدرج في الإرادات.

ويذهب هذا الفقيه أن ما يمكن أن نلاحظه هو فقط القواعد القانونية، هذه القواعد من خلال تطبيقها على الأفراد يمكن تحديد مراكزهم، وعلى ذلك فإنه لا محل إذن للكلام عن الحقوق وإنما عن المراكز القانونية، فالمراكز القانونية إيجابية كانت أو سلبية، ليس إلاّ القواعد القانونية ذاتها منظور إليها من جانبها الشخصي، أي عند تطبيقها على شخص معيّن، فالمسألة إذن تتعلق بموقف الشخص سلبيا أو إيجابا إزاء القاعدة القانونية.

ومن هنا وصل **ديجي** إلى اعتبار فكرة الحق فكرة فلسفية قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع وإذا كان **ديجي** ينكر فكرة الحق على أساس هذا المنهج الذي اتبعه واعتبرها فكرة غير علمية، فهو أيضا يرفض الحق لانعدام جدوى هذه الفكرة، ذلك أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق، ليس عنده إلاّ القاعدة القانونية نفسها التي تطبق على الأفراد في علاقاتهم فيما بينهم، وبذلك يخلص **ديجي** إلى أنه ليس تم حقوق و واجبات للأفراد أو عليهم، وإنما يوجد الأفراد في مراكز قانونية معينة إيجابية أو سلبية.

2. <u>نظرية كلسن Kelsen</u>[1]: تتمثل فكرة كلسن في جملة واحدة وبسيطة هي أنه لا توجد حقوق وإنما يوجد تدرّج لقواعد وضعية.

ينطلق هذا الفقيه من زاوية مختلفة عن الفقيه **ديجي**، ليصل إلى نفس النتيجة التي وصل إليها **ديجي** أو قريبة منها.

يرى هذا الفقيه أن فكرة الحق لا تتماشى والنظرية العامة للقانون، وتقوم هذه النظرية لديه على أن القانون نظام تدرجي هرمي يرتكز على قمة ويتكون النظام القانوني من قواعد قانونية متدرجة ترتكز على قاعدة أساسية تليها عدة درجات تبدأ بقواعد الدستور، ثم التشريع ثم العرف ثم اللوائح والقرارات الإدارية والأحكام القضائية والعقود الإدارية.

وتتولد على القواعد القانونية بدرجاتها السابقة عدة واجبات لا تقابلها حقوق، فلا يوجد في النظام القانوني ..... قواعد قانونية تقتصر على إنشاء التزامات قانونية على عاتق الأفراد تشمل في وجوب إتباع طريق معيّن وإلاّ قام بذلك جبرا في حالة مخالفته لذلك الالتزام.

ويقرّ الفقيه **كلسن** بوجود مصطلح الحق الشخصي ولكن ليس في ذاته بل باعتبار أنه حق انعكاسي أي مجرد انعكاس للالتزام الذي فرضته القاعدة القانونية على عاتق الفرد أو الأفراد، حيث يترتب على هذا الالتزام وجود مركز قانوني شخصي يتحوّل إلى قاعدة قانونية حقيقية.

وعلى ذلك نجد أن **كلسن** شأنه في ذلك شأن **ديجي**، لم يلجأ إلى فكرة مكانة الشخص، فالأساس عندهما هو الخضوع للنظام القانوني.

. <u>تقدير الاتجاه الرافض لفكرة الحق</u>: يجب أن نعترف أن ما قال به هذا الاتجاه انتقادا لوجود فكرة الحق، ساهم مساهمة فعّالة في الكشف عن الحالات الناشئة

1 - Kelsen, Aperçu d'une idée générale de l'Etat, Revue droit public, 1926, p. 561 et s.

عن تطبيق القاعدة القانونية، كما ساهمت في الكشف أيضا عن التبسيط المخل للفكرة التقليدية للحق[1]، ويمكن أن نجمع الانتقادات التي وجهت للاتجاه الرافض لفكرة الحق كالآتي :

. بالنسبة لنظرية ديجي: يمكن أن يوجه له الانتقاد بأنه كان عليه أن يكتفي برفض ما تدعيه بعض المذاهب كالمذهب الفردي من قيام الحق على أساس القانون و وجود حقوق لا تستند إلى القانون دون أن ينكر تماما وجود فكرة الحق.

الانتقاد الثاني الذي يوجه لنظرية **ديجي**، يتمثل في أنه مقابل نقد مواجهة فكرة الحق بفكرة القانون، ورفض الفكرة الأولى وعدم الاعتراف بها وبوجودها، نجده من جهة ثانية أن يقابل القانون بما سماه المركز القانوني، بالرغم من أنه القائل لا وجود إلاّ للقانون، فكيف قبل بأن يقول أن هناك مراكز و ليست حقوق، إذن هناك مصطلح جديد هو المركز يقابله بالقانون، بالرغم من أن القانون عنده هو كل شيء ولا وجود لغيره[2].

بالنسبة لنظرية كلسن يوجه له الانتقاد بأن نظرته تتصف بالتجريد والشكلية أكثر منها بالموضوعية، وأنها تتجاهل الحياة الاجتماعية التي تكون جوهر القاعدة القانونية، وأن انتقاداته لفكرة وجود الحق، تستند إلى تصوير معين للحق في ظل المذهب الفردي لا إلى فكرة الحق ذاتها، كما أنه في الأخير لم ينكر بوجود صورة للحق وإن أعطى لها تفسيرا مغايرا[3].

---

1 - يذهب حسن كيرة في هذا الاتجاه بقوله " إذا بقيت تم كلمة تقال في مجال التعقيب على أفكار ديجي لفكرة الحق، فهي كلمة إنصاف لهذا الفقيه العظيم، فموقفه في هذا الصدد، إنما أملاه عليه عداؤه الشديد للمذهب الفردي و خشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنانية لأصحابها على مساس الصالح العام...."، المرجع السابق، ص 430.

- راجع أيضا:

Aubert (J.L), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, collection Armand colin, 1984, p. 178.

2 - Ghestin (J) et Gaubeaux (G), Traité de droit civil, introduction générale, L.G.D.J , 1977, P. 118.

3 - Marty et Raynaud, Introduction générale, n°137.

المطلب الثاني

وجود فكرة الحق وصمودها

لم تقف الانتقادات الموجهة لفكرة الحق أمام صمود هذه الفكرة وحياتها والدفاع عنها من طرف الفقه، فهي فكرة أصبح استخدامها شائعا في الحياة اليومية للأفراد ومن الصعب بمكان أن نفهم القانون الخاص في وقتنا الحاضر دون اللجوء إلى كلمة حق، فهذه الفكرة أصبحت من الحقائق المسلمة في فقه القانون، وهي تعبر عن حقيقة جوهرية في القانون[1].

وقد ساهمت أسباب كثيرة في التمسّك بفكرة الحق وصمودها والدفاع عنها، يمكن أن نحددها كما يلي:

. هناك أسباب تاريخية لعبت دورا مهما في صمود فكرة الحق والدفاع عنها، ألا و هي الإعلانات الرسمية لحقوق الإنسان والمواطن :

. ميثاق إعلان الاستقلال في 1776 في أمريكا.

. ميثاق إعلان حقوق الإنسان في فرنسا 1789.

. الميثاق الإنجليزي للحقوق والحريات الشخصية 1688، والذي كان قد سبق الميثاق الفرنسي والميثاق الأمريكي في هذا المجال.

وقد سبق كل هذه المواثيق القول الشهير للفاروق عمر رضي الله عنه "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا".

وهناك أسباب اقتصادية، إذ أن التطوّر الذي عرفته الدولة اقتصاديا واجتماعيا قد ساهم بظهور مخترعات تكنولوجية حديثة، دفعت بالمشرع أن يقوم بإعطاء حماية أكثر للأشخاص، ثم ظهور مجموعة من الحقوق لم تكن معروفة من

1 ـ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 20.

قبل مثل الحق في العطلة والحق في الضمان الاجتماعي، وحقوق الملكية الصناعية والفكرية.

يذهب **حسن كيرة** تأييدا لأنصار فكرة الحق بقوله " أن فكرة الحق تستعصي على الرفض والإنكار وأن أفكار **ديجي** لها لم تفلح في هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها، فظل الفقه في غالبيته الكبرى مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون، بل أن أخلص أتباع **ديجي** أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا على التسليم بوجود فكرة الحق، وبذلك نستطيع القول أن وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون، بل أن هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية"[1].

المبحث الثاني
تعريف الحق

للحق مفهوم واسع، ولقد تنوعت وتباينت التعريفات التي عرفت الحق، والحق كما يرى ثروت أنيس الأسيوطي هو الأمر الثابت نقيض الباطل وهو الحظ والنصيب[2]، والحق في اللغة العربية قد يعني العدل[3] ﴿**وقد جاء الحق وزهق الباطل، إن الباطل كان زهوقا**﴾، وقد قال الله تعالى في كتابه الكريم ﴿**لقد حقّ القول على**

1 ـ المرجع السابق، ص 429. ـ راجع نفس الاتجاه :
- Reglade, Valeur sociale concepts juridiques, normes et technique, 1950, pp. 82-92.
Hassan KIRA, la théorie de l'abus de droit en droit français et en droit Egyptien, thèse, Paris, 1952, pp. 54-62.

2 ـ منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، ج2، القاهرة، ص 3.

3 ـ منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة، 2009، ص 304.

أكثرهم فهم لا يؤمنون﴾، وقوله تعالى ﴿**ليحق الحقّ ويبطل الباطل﴾**، ولم يبتعد فقهاء الشريعة الإسلامية في فهمهم للحق عن المعنى الوارد في اللغة العربية[1].

ولعل أوضح هذه المعاني للحق، هو المقصود به أن تقرر لمصلحة شخص معين بذاته سلطة أو سلطات قانونية معينة يستأثر بها و يوجد واجب عام محل الكافة باحترامها[2].

وبالرغم من هذا، فقد أثار تعريف الحق الكثير من الآراء والجدل، وتباينت الاتجاهات والنظريات المختلفة حول المسألة، نعرض هذه النظريات في اتجاهين رئيسيين:

المطلب الأوّل
الاتجاهات التقليدية في تعريف الحق

يمكن إجمال هذه الاتجاهات في ثلاثة مذاهب أساسية هي: المذهب الشخصي، المذهب الموضوعي، المذهب المختلط.

. <u>أوّلا</u> : المذهب الشخصي

تزعم هذا المذهب بعض الفقهاء من الألمان أمثال **سافيني Savigny** و**ويندشايد Windscheid**.

1. <u>مضمون هذه النظرية</u>: تعتد هذه النظرية بشخص الحق وما هو متاح له من سلطات إرادية، فالحق ينشأ حيث يستند السلطة الإرادية على قاعدة قانونية تضفي الشرعية عند مباشرة هذه السلطة، فالحق ما هو إلا السلطة الإرادية المقررة قانونا

1 - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، نظرية الحق، دار الكتاب الحديث، ط 2005، ص 37 و38.
2 - عصام أنور سليم، نظرية الحق، ط 2007، ص 12 و13.

للشخص وبناء على ذلك فإن حق الملكية هو السلطة الإرادية للشخص باستعمال الشيء محل هذا الحق واستغلاله والتصرف فيه، والحق الشخصي هو السلطة الإرادية للدائن في مطالبة مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء[1].

وعليه يرى هذا الاتجاه أن تعريف الحق يجب أن يتحدد انطلاقا من شخص هذا الحق أي من صاحب الحق، فإرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري الذي يميّز الحق، فالحق في هذه النظرية هو "قدرة أو سلطة إرادية يخوّلها القانون لشخص معيّن"[2]، وفي نطاق هذه الحدود يوجد الحق، فلا يتصور الحق بلا إرادة فردية، فالشخص الذي لا يريد لا ينشأ له الحق أو ينتقل إليه، وهكذا أي أن القانون لا يمكن فرض حق على إنسان لا يريده[3].

ويتبين من هذا المفهوم أن الحق يقوم على عنصرين هما :

. العنصر الأوّل: لا يتصوّر وجود الحق إلاّ بوجود شخص يستحقه ويباشره.

. العنصر الثاني: لا يوجد حق إلاّ إذا أراد الشخص ذلك في حدود القانون، لأن الحق سلطة إرادية لا يمنحها الشخص لنفسه بل أن القانون هو الذي يمنح هذه السلطة للإرادة ويرسم حدودها، ولهذا ينبغي أن تكون تلك الإرادة دائما في نطاق القانون وفي حدوده.

2. <u>نقد هذا المذهب</u>: واجه هذا الاتجاه عدة انتقادات أهمها أن هذا التعريف يرتكز على السلطة الإرادية، وبعبارة أخرى أنه يستلزم وجود الإرادة لاكتساب الحقوق، في حين أن القانون يقرر الحقوق لبعض الأشخاص بصرف النظر عما إذا كانت تتوافر لديهم الإرادة أم لا، كالمجنون والصبي غير المميز والمعتوه، وهذا معناه أن الأخذ بتعريفهم للحق يتعارض مع القاعدة القانونية التي تقضي بأهلية هؤلاء في اكتساب الحق[4].

---

1 - راجع : عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2008، ص 127.

2 - عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 125.

3 - محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 51.

4 - عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 127 و ما يليها.

كما انتقدت هذه النظرية أيضا بسبب خلطها بين جوهر الحق واستعماله فالحق يثبت للشخص حتى ولو لم يباشر صاحبه السلطة المخولة له، بل أن الحق ينشأ لشخص حتى ولو لم يعلم به صاحبه، كما لو كان الشخص جاهلا بحقه في الإرث أو في الوصية[1].

. ثانيا : المذهب الموضوعي

في مواجهة الاتجاه الشخصي في تعريف الحق، قام الفقيه الألماني **إهرينج Ihring** بتعريف الحق على أساس موضوعي[2].

1. مضمون هذه النظرية: يرى **إهرينج** أن الحق ليس إلاّ مصلحة يحميها القانون، وهو بذلك أهمل كلية الإرادة في تعريف الحق و ركّز على موضوع الحق والغاية منه، إذن استبعد هذا الفقيه الشخص كعنصر يعرف على أساسه الحق وانحاز إلى موضوع الحق ليجعل منه النقطة الأساسية في التعريف المعطى للحق، وأضاف على عنصر المصلحة أو الغاية عنصرا، فالغاية العملية من الحق هي الفائدة أو المنفعة التي تعود على صاحبه سواء كانت منفعة مادية أو معنوية، بالإضافة إلى الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة أي الحماية القانونية أي الدعوى، فمجموع هذين العنصرين يمثل الحق، أما الإرادة عندما تتدخل فلا يكون لها إلاّ دور ثانوي، لا يظهر إلاّ عند استعمال الحق[3].

ويتضح من هذا التعريف أن الحق يتكوّن من عنصرين: أحدهما **موضوعي** والآخر **شكلي**، ويتصل العنصر الموضوعي بالغاية العملية من الحق، فهو من الناحية الموضوعية قيمة مالية أو أدبية، أما من الناحية الشخصية، فهو يمثل مصلحة لصاحبه، هذه المصلحة قد تكون مالية وقد تكون معنوية لمصلحة الإنسان، في حماية

---

1 - راجع أكثر تفصيلا ي هذه المسألة : جلال العدوي، المراكز القانونية، ص 22 أشار إليه نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 25.

2 - IHRING l'esprit du droit romain,……

أشار إليه حسن كيرة، المرجع السابق، ص 433.

3 - راجع عصام أبو سليم، المرجع السابق، ص 20.

شرفه وحريته وروابطه الأسرية، أما العنصر الشكلي فيتمثل في حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية.

ويتضح من هذا أن جوهر الحق يتمثل في الفائدة والمصلحة و ليس في الإرادة، فصاحب الحق هو من يدعي المنفعة أو المصلحة المقصودة من ورائه وليس من يدّعي الإرادة.

2. <u>نقد هذا المذهب</u>: لم تحظ هذه النظرية هي الأخرى بموافقة الفقه لها، فاستهدفت بالعديد من الانتقادات أهمها:

فقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها لم تعرف الحق بجوهره، وإنما بالغاية المقصود منه، ولا يكفي في التعريف على أساس بيان الشيء المعرّف، وإنما يلزم أن ينطوي التعريف على تحديد جوهره، وليس جوهر الحق هو المنافع التي يحصل عليها صاحب الحق.

وقد انتقدت أيضا أن هناك مصالح لا ترقى أن تكون حقوقا، فمثلا حين تفرض الدولة رسوما جمركية على بعض الواردات الأجنبية، فإن المصلحة هنا عامة، ولكن الغرض من هذه الرسوم يؤدي أيضا إلى حماية المصالح الخاصة للمنتجين فهم يستفيدون منها، ففي مثل هذا المثال تحققت حماية قانونية عرضا لمصالح خاصة بمناسبة حماية عامة، برغم أن المصالح الخاصة هنا لم تكن هي المقصودة أصلا بالحماية القانونية، و لذلك لا تكون هذه المصالح الخاصة حقوقا بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة[1].

وأخذت على هذه النظرية أنه قد توجد هناك مصالح معينة لا ترتفع إلى مرتبة الحق، فمثلا لو اشترط مستأجر الدور العلوي لمنزل على المؤجر أن يقوم بإنارة السلّم، فلا شك أن ساكني الأدوار العلوية يستفيدون من هذا الشرط، ومع ذلك فهم ليسوا أصحاب حق في هذا، بمعنى أن مصلحتهم له تعطيهم الحق في إلزام المؤجر بإنارة

1 - راجع حسن كيرة، المرجع السابق، ص 424.

السلّم، إذ لا يتمتع بهذا الحق إلاّ صاحب الدور العلوي بناء على الاتفاق المبرم بينه وبين المؤجر[1].

ويتبين أن المذهب الموضوعي عاجز على التعريف بالحق تعريفا كاملا وشاملا، يبين فيه مقومات الجوهرية و خصائصه الذاتية فهو أخطأ عندما عرّف الحق بناء على عناصر خارجة عن كياني الذاتي كمصلحة والغاية والدعوى.

. ثالثا: الاتجاه المختلط

1. مضمون هذه النظرية: هذا الاتجاه يجمع في تعريف الحق بين عنصري الإرادة والمصلحة، ولكن أنصاره مختلفين فيما بينهم من حيث تغليب أحد العنصرين وتقديمه على الآخر، فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة، فيعرف الحق بأنه "القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون"، والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الإرادة فيعرف الحق بأنه " المصلحة التي يحميها القانون وتقدم على تحقيقها و الدفاع عن قدرة إرادية معينة"[2].

2. نقد هذه النظرية: ومهما يكون من الأمر، فهذه النظرية المختلطة نظرية غير مقبولة للاتجاهين اللذين تولدت منهما وقد توجه لها نفس الانتقادات التي وجهت للنظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، وأهمها أنه لم يعرف الحق ذاته ويبين جوهره، فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة وبالقطع ليس هذا أو ذاك بالقطع[3].

---

1 ـ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 424.

2 - Jean Dabin, le droit subjectif, 1952.

3 ـ أنظر أكثر تفصيلا توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية 1981، ص 455 وما بعدها.

ـ أشار إليه نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 29.

المطلب الثاني

الاتجاهات الحديثة في تعريف الحق

إن الاتجاه التقليدي في تعريف الحق بنظرياته الثلاثة، غير مقنع لأنه لم يتوصل إلى تعريف الحق انطلاقا من ذاته، حتى نتمكّن من تمييزه عن الأنظمة القانونية التي قد تتشابه معه، لذلك سلكت الاتجاهات الحديثة مسلكا آخر في تعريف الحق، ولكن الاتجاهات الحديثة في تعريف الحق، تعددت وتنوعت لذا نختار منها الأهم:

. أوّلا : نظرية دابان Dabin

1. مضمون النظرية: يرى **دابان** أن الحق يشمل أساسا الاستئثار والتسلط وأن هذا الاستئثار هو الذي يسبب و يجدد التسلط.

وإن عنصر الاستئثار هو الذي يميّز الحق عن غيره من الأنظمة المشابهة له، إذ أنه ينشئ علاقة بين صاحب الحق و محله فهذه العلاقة هي التي تمثل الاستئثار، ويجب أن نلاحظ أن الاستئثار هنا لا يجب أن يفهم بمعناه الضيّق، أي الأموال المادية، وإنما أنه يشمل الأموال والقيم اللصيقة بالشخص الطبيعي والمعنوي، صاحب الحق، كحمايته وسلامة بدنه وحريته كما يمتد إلى الأشياء المادية وغير المادية وأيضا الأداءات أيا كانت والمستحقة لشخص آخر، وحتى الواجبات والوظائف.

أما عنصر التسلّط وهو النتيجة الطبيعية للاستئثار والتي يقصد بها سلطة صاحب الحق على ماله أي السلطة في التصرّف القانوني الحر في الشيء محل الحق، إذا كان الاستئثار والتسلط يميزان الحق بالنظر إلى صاحبه فإنه يجب تكملة التعريف بالنظر إلى الحق من زاوية الغير، فالحق لا يوجد إلاّ بالنظر للآخرين وعليه يجب أن يضاف إلى عنصر الاستئثار وعنصر التسلّط عنصرا ثالثا ألا وهو الاحتجاج بالحق على الغير، هذا الاحتجاج على الغير يترجم في الواقع بفكرتين هما : عدم

الاعتداء والاقتضاء، فعدم الاعتداء على الحق يفرض على الغير كما أن صاحب الحق يستطيع أن يقتضي احترام حقه.

وأخيرا، يجب إضافة عنصر الحماية، فمن جهة الأخلاق يكفي في تكوين الحق الاستئثار والتسلّط و ما ينتج عنهما من احتجاج، لكن على نطاق القانون الوضعي يجب أن يتدخل الضمان الذي تعطيه الدولة، هذا الضمان يتمثل في الدعوى التي تمنحها الدولة لصاحب الحق أن يلجأ إليها ويمنع المساس بحقه، غير أنه يجب الملاحظة التالية، أن الدعوى وإن كانت لازمة للحق لحمايته، فهي لا تختلط به، بل أن الحق قد تولد عنه حق آخر ألا وهو الحق في الدعوى، فصاحب الملكية له حق يختلف عن محل الدعوى المقررة لحمايته، فمحل الدعوى هو دائما التوصل إلى فرض الحماية على الحق، ولذلك فإن تحريك الوسيلة أي الدعوى يستوجب دائما وجود مصلحة إذ لا دعوى بدون مصلحة[1].

وخلاصة هذا الاتجاه، يرى "**دابان**" أن عنصر الاستئثار وعنصر التسلّط عنصران يكوّنان الحق في مواجهة صاحبه أما في مواجهة الغير فيجب أن يتوافر عنصر ثالث لقيام الحق، هو وجوب احترام الناس كافة للحق واستطاعة صاحبه أن يقتضي هذا الاحترام أما العنصر الرابع فهو الحماية القانونية لهذا الحق، حيث يرى "**دابان**" أن الحق لا يوجد في نطاق القانون الوضعي إلاّ بتوفر هذه الحماية القانونية، وذلك بأن يحول صاحب الحق الوسيلة التي يستطيع أن يقتضي حماية حقه من الناس جميعا وأن يجعل الغير يحترم حقه.

2. <u>نقد وتقدير هذه النظرية</u>: لقد وفق "**دابان**" وهو يعرّف الحق في حالتين جديرين بالاهتمام: الأولى أن فكرة الاستئثار والتسلّط تشكلان فعلا الزاوية المميزة

1 - راجع في ذلك، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 31.

للحق و أصبح لها اهتمام من طرف الفقه عامة، و الثانية أن لهذا الرأي الفضل في إبراز عنصر الرابطة، ففعلا الحق لا يوجد إلاّ في العلاقة مع الغير[1].

ومع ذلك فقد وجهت له انتقادات أهمها : إذا كان تعريف الحق كاستئثار وتسلّط، فإن هذا يتفق تماما مع حق الملكية و لكنه يحتاج إلى جهد لتطبيقه على الحقوق الأخرى، إذ أن عنصر التسلّط قد ينتفي في بعض الحقوق خاصة إذا كان القانون يمنع هذا التسلّط أي هذا التصرف في الحق كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخص كالحرية و الحياة[2].

. <u>ثانيا</u>: نظرية روبييه[3]

1. <u>مضمون النظرية</u>: إن **روبييه** لا ينكر وجود المكنات أو الميزات الفردية كما فعل ذلك **ديجي**، بل هو يطلب فقط وضعها في مكانها المناسب والصحيح. فالحقوق بالنسبة له، يجب ألاّ تشمل كل الحالات التي يكون للشخص فيها سند أو مبرر أمام المحاكم و إنما تقتصر فقط على الفروض التي يوجد فيها مكنة أو ميزة محددة أي تكون مالا معينا.

لذلك فإن الأمر يتعلق إذن بالمكنة التي تكون قابلة من حيث المبدأ للانتقال، ولذلك فإن هذه المكنات أو المزايا مكفول حمايتها عن طريق الدعوى التي منحها القانون لصاحب الحق، ولذلك فإنه في كل مرة تجتمع تلك الصفات يكون هناك حماية قانونية عن طريق الدعوى وهذا مثل ما هو الأمر في حق الملكية، حق الدائنية، حق المؤلف.

2. <u>تقدير ونقد</u>: إن هذه النظرية كان لها الفضل في الكشف عن وجود واجبات إلى جانب الحقوق، فهذه النظرية كرّست جزءً كبيرًا لدراسة التكاليف مما يعد مساهمة كبيرة لأنها بذلك تعيد التوازن إلى النظام القانوني، كما أن لهذه النظرية

1 - جلال العدوي، المرجع السابق، ص 31، أشار إليه نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 32.
2 - Gestin (J) et Gaubeaux (G), op.cit, p. 128.
3 - Roubier (P), les prérogatives juridiques, arch, philosophie du droit, 1960, p. 65.

الفضل في تحديد نطاق الحق من حيث اللغة إذا كان هذا هو تقدير الفقه لهذه النظرية، فإنها لم تسلّم من بعض الانتقادات وأهمها ما وجهه **دابان** لها بقوله " إن الجهد المبذول من جانب **روبييه** لتحديد نطاق الحق قد أوقعه في خلط بين الحق ومحله، فمن الاختلاف بين مجال المكنات قد استخلص **روبييه** الفارق بين هذه المكنات ذاتها"[1].

يذهب البعض[2] على ضوء تعريف "**دابان**" والتعريفات في الفقه الحديث أن الحق يتحلل إلى عناصر جوهرية يتكون منها: الاستئثار والتسلط، واحترام الكافة لاستئثار صاحب الحق وتسلطه وإمكانية المطالبة باحترام هذا الحق لذا يقترح التعريف التالي: "الحق بأنه الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلّط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"، هذا التعريف يتميز بأنه يلقى الضوء على جوهر الحق وهو الاستئثار، وأنه يقره القانون وبالتالي تظهر العلاقة بين الحق والقانون، كما أن هذا الاستئثار قد يكون بقيمة مادية أو معنوية، هذا الاستئثار قد يتجسد في الواقع في صورة تسلط على شيء، كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية أو في صورة اقتضاء أداء معين وذلك بالك كما هو الحال بالنسبة لحق الدائنية واستبعد هذا الرأي عنصر الحماية، أي منح صاحب الحق دعوى ذلك لأن وسيلة الحماية ليست عنصرا من عناصر الحق فهي تكون تالية لنشوئه ولاحقة على وجوده"[3].

المبحث الثالث

تمييز الحق عن أنظمة مشابهة له

1 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 38/37.
2 - دابان، المرجع السابق، ص 25.
3 - راجع هذا التعريف : نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 38-39.

قد يختلط مصطلح الحق في بعض الأحيان مع بعض المصطلحات ويتشابه معها، لذا كان لزاما أن نوضح الصورة و حتى يتبيّن لنا أن الحق ليس هو القانون، ولا الحرية ولا السلطة ولا الرخصة، فهو له علاقة بهذه الأنظمة ولكن يختلف عنها.

المطلب الأوّل
الحق والقانون والواجب

يتمثل القانون في مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع والتي تكفل السلطة العامة الإجبار على طاعتها عند الاقتضاء. تقوم القاعدة القانونية بمهمتها في تنظيم المجتمع من خلال ما تتضمنه من أحكام تكليفية وضعية. ويتضمن الحكم الوضعي ترتيب أثر معيّن نتيجة لتحقيق غرض معين، فهو يربط بين حدث وآخر فيجعل من أمر سببا لآمر آخر أو شرطا له أو مانعا منه، فالقرابة مثلا تكون سببا للميراث[1].

أما الحكم التكليفي فيأمر بسلوك معين أو ينهي عنه أو يبيحه، فقد يأمر الشخص بفعل معيّن كوجوب الوفاء بالالتزام و قد ينهاه عن عمل معين كوجوب امتناع البائع عن التصرّف في الشيء المباع للمشتري.

عندما يصدر القانون أمرا تكليفيا أو وضعيا إنما ينظّم علاقات الناس بترتيب مصالحهم وبيان ما يعتبر جديرا بالرعاية، ويقيم نوعا من التقابل بين المصالح والموازنة بينها ليحدد مركز كل من أصحابها.

يقرر القانون ما يعتبر مصلحة مشروعة لكل شخص ويبيّن المزايا والتي يتمتّع بها صاحب هذه المصلحة، ويتضمّن القانون في ذات الوقت بيان الحدود التي

1 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 19 و ما يليها.

يلتزم بها الشخص في استعماله لتلك المزايا والسلطات، ويتضمن القانون من جهة أخرى أمرا إلى كافة الناس للامتناع عن التعرض لذلك الشخص ومثال ذلك حق الملكية، حيث يبيّن القانون الشروط التي بمقتضاها يكون الشخص مالكا للشيء، ويرسم القانون حدود تلك السلطة المخوّلة له، ومن هنا يتضح لنا الصلة الوثيقة بين القانون والحق، فالقانون هو الذي يكفل احترام كل الحقوق.

لا يتمتع الحق بوجود فعلي إلاّ إذا التزم الغير باحترامه، ولا يتم ذلك إلاّ بوجود قاعدة قانونية، لذا لا يتصور قيام حق لا يستند إلى القانون.

وإذا فرض القانون على الكافة و هم جميع الأشخاص عدا صاحب الحق أن يمتنعوا عن التعرّض له في استعمال حقه، كنا أمام واجب عام وهو واجب سلبي لا يلزم الناس بالقيام بأي عمل بل مجرد الامتناع عن الاعتداء على حق الغير.

أما الواجب الخاص فيوجد بصدد نوع معيّن من الحقوق هو الحق الشخصي، هذا الحق عبارة عن رابطة بين شخصين، يلتزم فيها أحدهما وهو المدين قبل الآخر، وهو الدائن بأداء معيّن، يرد الواجب الخاص هنا على العمل موضوع الحق الشخصي، يعتبر هذا العمل موضوع حق بالنسبة للدائن وهو في ذات الوقت موضوع واجب بالنسبة للمدين، بعبارة أخرى يتمثل الحق والواجب في قيمة يختص بها الشخص ويحميها القانون، بحيث يفرض القانون على الشخص أو الأشخاص . واجب عام أو واجب خاص . احترام هذه القيمة وعدم التعرّض لصاحبها في استعمالها، فيتّضح من ذلك أن القانون عندما يقرر حقا من الحقوق يقرر في ذات الوقت واجب احترام هذا الحق، لذا يقال بأن كل حق يقابله واجب عدم التعرض لصاحب الحق في مباشرته[1].

ويستنتج من كل هذا أن الحق الشخصي يقابله واجبان: الواجب الخاص المقرر على المدين، والواجب العام السلبي بعدم الاعتداء على ذلك الحق، وهو واجب

1 ـ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار الجامعة، ط 1985، ص 7 و ما يليها.

مقرر على الكافة، أما الحقوق الأخرى فيقابلها واجب واحد هو الواجب العام السلبي، مثال ذلك حق الملكية حيث يستطيع المالك الانتفاع بملكه والتصرّف فيه دون حاجة لتدخل أحد، وينبغي احترام هذا الحق من قبل الكافة، وهنا نستطيع القول من كل هذا أنه لا يمكن أن يقوم حق دون أن يستند إلى قانون وضعي، كما لا يمكن أن نتصور من جهة أخرى أن يكون هناك حق دون أن يقر له القانون الوضعي واجبا عاما أو خاصا أو كلاهما معا، و هنا تبرز لنا العلاقة بين القانون والحق والواجب.

المطلب الثاني

الحق والمركز القانوني

يقوم القانون بتنظيم سلوك الأفراد في الجماعة من خلال إقامة التوازن بين مصالحهم المتقابلة، وتعتني القاعدة القانونية تحديد المركز الخاص بكل صاحب مصلحة قبل الآخرين، وذلك عن طريق تحديد ما له من سلطات وما عليه من واجبات، وعليه يتبين لنا أن المركز يتكوّن من مجموعة السلطات والواجبات المتقابلة التي يقررها القانون للشخص.

تعتبر السلطات الجانب الإيجابي للمركز القانوني، بينما تعد الواجبات الوجه السلبي له، وكلاهما وجهان لعملة واحدة، لا يمكن الفصل بينهما كما لا يمكن تصوّر وجود أحدهما دون الآخر، فالمالك يعتبر في مركز قانوني يخوّله سلطات حق الملكية

والمتمثلة في سلطة الاستعمال وسلطة التصرف، ويفرض عليه واجبات محددة قبل الجيران مثل واجب عدم إتيان مضار غير مألوفة[1].

ويتمتع المركز القانوني حسب رأي **روبييه**[2] **Roubier** بثلاث خصائص: الشرعية Légitimité، احترام الغير opposabilité والجزاء Sanction.

. أما الشرعية فمعناها أن يتطابق المركز القانوني مع القواعد القانونية التي تنظم المجتمع و هذه الشرعية يتم تقديرها و وزنها إما وفقا لسند اتفاقي أو قانوني أو قضائي.

. واحترام الغير للمركز القانوني، معناه أن يكون المركز القانوني حجة على الغير، وهذا الغير قد يكون هم الناس جميعا، وقد يكون شخص معين بالذات.

. أما الجزاء فمعناه أن يتمتع المركز القانوني بحماية قانونية من جانب السلطة القضائية و يستفيد صاحب المركز من هذه الحماية وفقا للقانون.

وهنا يلاحظ أن الحقوق إذ تفترض وجود روابط قانونية، إنما تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض، فتضع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخوله من سلطات، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذاك الاقتضاء على سبيل الاستئثار والانفراد دون سائر الناس في نفس الوقت الذي يفرض فيه القانون واجبا قد يكون عاما أو قد يكون خاصا، أو كلاهما معا على الكافة أي جميع الناس أو على المدين عندما نكون أمام الحق الشخصي.

المطلب الثالث

1 - و هو ما نصت عليه المادة 691 مدني بقولها " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.
- و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصه له".

2 - Roubier (p), op.cit, p. 65 et s.

الحق والحرية والرخصة

الحق هو كل سلطة تثبت للشخص على سبيل التخصيص، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون، أما الحرية فهي سلطة يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز أي أن الحرية لا تفرض وجود روابط قانونية، بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله السلطات[1]، ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستئثار والتسلط أو الانفراد بل يتمتع الكافة جميعا بالحرية دون استئثار واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين، فحرية السير في الطريق العام، لا يفترض وجود رابطة قانونية، كما لا تتم بأن يتمتع أحد الأفراد دون غيره من الأفراد الآخرين بهذه الحرية، و ينطبق ذلك على كل الحريات العامة التي يكفلها الدستور، كحرية الاعتقاد وحرية التنقل وحرية التعاقد، وحرية التعبير.

ويتضح من ذلك أن الحرية تختلف عن الحق من عدة وجوه:

. يرد الحق على موضوع محدد أو قابل للتحديد، أما الحرية فهي مجرد إباحة للشخص في أن يمارس كل ما لم يمنعه القانون من نشاط.

. يتميّز الحق بطابع الخصوصية، أما الحرية فلها صفة العمومية.

. ترتبط نشأة الحق بوجود واقعة قانونية (المصدر)، تؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية، أما الحرية فتستند إلى المبادئ العامة و من ثم فهي موجودة ولو لم توجد وقائع أو قواعد محددة، و على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 827 مدني بقولها: " من حاز منقولا أو حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة دون انقطاع".

1 - H. Capitant, sur l’abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 372.

ولقد عبر الأستاذ حسن كيرة على الفرق بين الحق والحرية بقوله "فالفارق بين الحقوق وبين الحريات ... كالفارق بين الطريق الخاص والطرق العام: الأوّل يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس، والثاني لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء"[1].

أما مسألة الحق والرخصة، فإذا كان البعض يسوي بين الحرية والرخصة، فيعتبرهما مترادفين لنفس المعنى، ولكن الرأي الراجح يذهب إلى أن الرخصة هي منزلة وسطى بين الحرية والحق، فمثلا هناك حق الملك وحرية التملك، و يوجد بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يتملك و تلك هي الرخصة.

فالرخصة تمثّل تجاوز الشخص لمرحلة الحرية و تقدمه نحو الوصول إلى الحق، ويقتضي ذلك وجود سبب أو واقع معيّن مستمد من القانون، غير أن هذا السبب لا يؤدي إلى وجود الحق وإنما ينشأ عنه ما هو دون الحق، وهي الرخصة، مثال ذلك رخصة الوصي له بصدد قبول الوصية، فله أن يقبلها أو يرفضها، وكذلك الرخصة الممنوحة للشريك في المال الشافع في أن يطلب القسمة أو لا يطلبها.

فقد نصت المادة 794 مدني بقولها " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، ويستفاد من هذا النص الصريح أن الشفعة رخصة وليست حقا وهي سبب من أسباب كسب الملكية ولا تكون إلا على عقار[2].

ويلاحظ أن الفقه الغربي قد توصل إلى الفارق الموجود بين الحق والرخصة، فعرفها **فون تور Vontuhr** بأنها " **مكنة تعطي للشخص بسبب مركز قانوني خاص، في أن يحدث أثرا قانوني بمحض إرادته"، وعرفها أيضا روبييه Roubier**

---

1 - راجع حسن كيرة، المرجع السابق، ص 20.

2 - راجع : محمد بن أحمد تقية، ا؟لإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، مؤسسة الكتب الثقافية، ط 1999، ص 127.

بأنها " الخيار الممنوح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقا لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة، فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح لشخص معين بأن يغيّر مركزه القانوني"[1].

وبعبارة أخرى يمكن أن نقول أن الرخصة هي نوع من القدرة القانونية على الاختيار كما هو الأمر في قبول أو رفض الوصية.

على ضوء ما سبق من تحليل الحق وتعريف ومعرفة عناصره ومقارنته بالأنظمة كالحرية والرخصة والواجب والقانون يمكن القول بأن التعريف الأكثر دقة ووضوح هو التعريف الذي قال به الأستاذ **حسن كيرة** " هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"[2,3].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه أهمل الحماية القانونية للحق، و لكن تبرير ذلك يعود إلى أن الحماية القانونية تكون عن طريق منح المشرع دعوى لصاحب الحق، وهذه الوسيلة خارجة عن العناصر الذاتية للحق، فهي تؤدى بعد أن يتم الاعتداء والمساس بالحق، وعليه يمكن القول أنه أحد التعاريف التي أصابت عند تعريف الحق.

الفصل الثاني

أنواع الحق

يقوم الفقه عند تقسيمه للحق وتحديد أنواعه بإعطاء تقسيمات مختلفة حسب الزاوية التي ينطلق منها، علما أن هذه التقسيمات ليست كلها مهمة وليست أيضا كلها مستقلة عن بعضها البعض، بل هي متداخلة فيما بينها.

---

1 ـ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 205.

2 ـ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 441.

3 ـ راجع: تعريف الحق، الأستاذ أحمد محمد الخولي، نظرية الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ويقوم التقسيم التقليدي للحقوق على تصنيف الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، إن الحقوق عديدة وذات خصائص متباينة، ولعل أهم تصنيف لها هو تقسيمها إلى حقوق مالية و حقوق غير مالية.

وتطلق الفقه الفرنسي على الحقوق المالية مصطلح الأموال، فهي ذات قيمة مالية مثل حق الملكية أو حق الدائنية، وهي داخلة في دائرة التعامل وهذا ما يؤدي إلى القول بأنها قابلة للتصرف فيها بكل أوجه التصرف من بيع ورهن ووصية و هبة، وهي قابلة لنقلها من شخص إلى آخر[1].

أما الحقوق غير المالية فتشمل في الواقع عدة أنواع من الحقوق الطبيعية الثابتة لكل إنسان لمجرد أنه إنسان، وهي الحقوق التي يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الملازمة للشخصية، كما يشمل الحقوق السياسية وحقوق الأسرة.

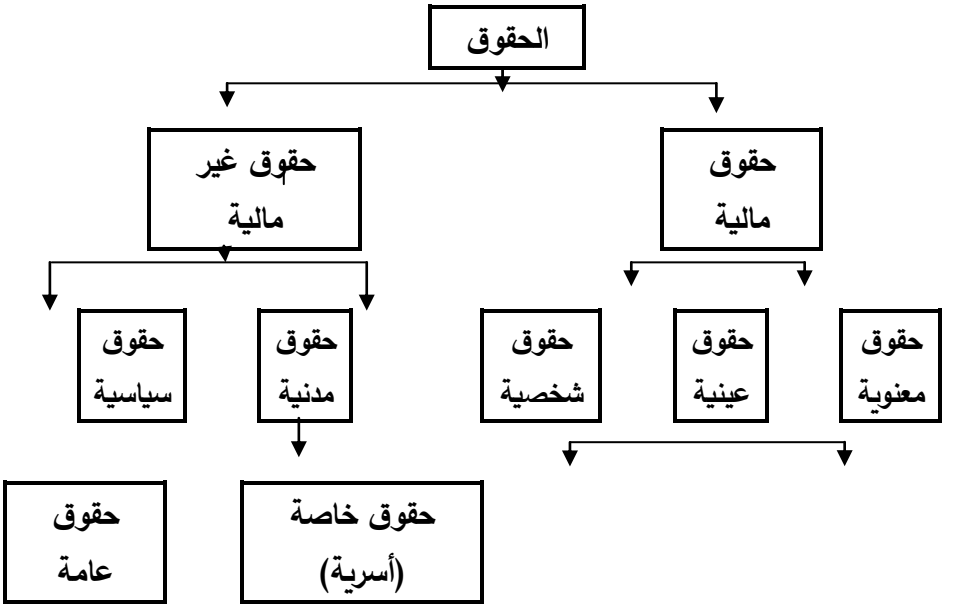
والحقوق غير المالية ليست ذات قيمة مالية، فهي لا تظهر في عناصر ثروة الشخص، فهي ليست أموالا، ثم أن هذه الحقوق حقوقا لصيقة بشخص صاحبها، فلا يجوز بيعها ولا رهنها وحجزها ولا هبتها.

والحقوق المالية تنقسم إلى قسمين كبيرين هما : الحقوق العينية والحقوق الشخصية، التي يطلق عليها حقوق الدائنية، على أن هناك طائفة من الحقوق لها طبيعة مزدوجة فهي مالية من جهة، وغير مالية من جهة أخرى، فلا هي حقوق مالية بالمعنى المطلق، ولا هي حقوق غير مالية، إنما هي طائفة الحقوق الذهنية كحق المؤلف.

---

1 - Starck (B), Roland (H) et Boyer (L), Introduction au droit, 4ème éd, Litec Paris, 1966, p. 443.

2- أنظر أيضا : طلال عبد الله محمود، الموقع: Talal955@yahoo.com



و بناء على هذا نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين اثنين هما :

. الحقوق المالية

. الحقوق غير المالية.

المبحث الأوّل
الحقوق غير المالية

هناك مجموعة من الحقوق التي لا تقوم بالمال لأنها ذات قيمة معنوية ومن ثم فهي لا تدخل في دائرة التعامل، ولكن يجب أن نلاحظ أن بعض الحقوق غير المالية يستتبع آثار مالية، فمثلا حق البنوة يستتبع الإرث وحق الطلاق يستتبع النفقة،

كما أن الاعتداء على هذه الحقوق غير المالية، يرتب حقا ماليا يتمثل في التعويض عن الأضرار الناجمة عن التعدي.

تتضمن الحقوق غير المالية كل من الحقوق السياسية والحقوق العامة وغيرها من الحقوق غير المالية[1].

المطلب الأوّل

الحقوق السياسية

الحقوق السياسية هي سلطات تقررها فروع القانون العام لبعض الأشخاص لتمكينهم من القيام بأعمال معينة، فهي تلك الحقوق التي تمنح للشخص باعتباره عضوا في المجتمع، فهذه الحقوق مقررة لتحقيق غاية معينة هي السماح للأفراد في المشاركة في حكم الجماعة التي ينتمون إليها.

وأهم هذه الحقوق: حق الانتخاب، وحق الترشح، وحق تولي الوظائف العامة، و تتميز هذه الحقوق بالخصائص التالية :

. إن هذه الحقوق ليس لها طابعا ماليا وبالتالي لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها أو اكتسابها بالتقادم أو انتقالها بالميراث.

. هذه الحقوق خاصة بالمواطنين دون الأجانب.

. ينظر لهذه الحقوق باعتبارها تكاليف وليست حقوقا والقانون الدستوري هو القانون الذي يعتني بتنظيم هذه الحقوق، وتدخل دراستها في هذا الإطار[2].

المطلب الثاني

1 ـ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 134.

2 ـ وهناك تقسيم حديث للحقوق اللصيقة بالشخصية، تقسم الحقوق ؟إلى ثلاث فئات هي :
ـ الحقوق المدنية والسياسية وتسمى بالجيل الأوّل للحقوق، وهي مرتبطة بالحريات وتشمل الحقوق التالية: الحق في الحياة والحرية والأمن وعدم التعرض للتعذيب والمشاركة السياسية وحرية الرأي والتعبير والتفكير والدين والتجمعات و التجمع.
ـ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية (وتسمى بالحقوق الجيل الثاني) ـ الحقوق البيئية والثقافية والتنمية (وتسمى بحقوق الحيل الثالث).

حقوق الأسرة

قد تنشأ هذه الحقوق عن مركز الفرد في محيط أسرته، وهذا معناه أن هذه الحقوق تقوم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه في الأسرة، و بعض هذه الحقوق ينشأ عن العلاقة بين الزوجين، فهذه العلاقة تفرض على كل من الزوجين على سبيل المثال التزاما بالإخلاص، كما ينشأ عنها حقوق متبادلة لكل من الزوجين، حق الزوج في طاعة زوجته، وحق الزوجة في الإنفاق عليها ورعايتها، هناك أيضا بعض الحقوق التي تنشأ عن العلاقة بين الآباء والأبناء ويترتب على هذه العلاقة أيضا آثارا مميزة[1].

ويجب أن نلاحظ أن القانون الذي يحكم حقوق الأسرة هو قانون الأسرة أو ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية[2] وتتميز هذه الحقوق بأنها لا تخوّل لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم أيضا واجبات في نفس الوقت، وهي تتميز أيضا أنها ليست حقوقا مالية، فلا يمكن الحجر عليها ولا تسقط بالتقادم ولا يمكن التصرف فيها بأي طريقة من طرق التصرف، بيع كان أو رهنا أو هبة أو وصية.

المطلب الثالث

الحقوق الفردية والحقوق الاجتماعية

يقصد بالحقوق الفردية الحقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية وتسمى أيضا بالحقوق الطبيعية وبحقوق الإنسان ويسميها البعض بالحقوق العامة[3]،

1 ـ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 135.
2 ـ صدر قانون الأسرة تحت رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
3 ـ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 135.

وهذه الحقوق تثبت للفرد بصفته إنسانا وترتبط بشخصيته في مظاهرها المختلفة المادية والمعنوية والفردية والاجتماعية، وهي حقوق ذات طابع عام تثبت لكل الأفراد دون تمييز بين الجنس أو الدين أو اللون، لذا يطلق عليها أيضا الحريات الأساسية للإنسان. هذه الحقوق، تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتنص عليه دساتير كل الدول ومن هذه الحقوق حق الفرد في الحياة، وسلامة جسمه وشرفه وحق المساواة وحرية التفكير وحق الاعتقاد وحرية التنقل وحرية تكوين الأسرة.

أما الحقوق الاجتماعية، فقد ذكره أوّل مرة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فنص على أن لكل شخص بوصفه عضوا في المجتمع الحق في الضمان الاجتماعي والحق في العمل والحق في الأجر العادل، والحق في تكوين النقابات والحق في الأحزاب والحق في العطلة.

ويجب أن نلاحظ أن الحقوق الاجتماعية ترتب أعباء مالية على الدولة، وتأخذ نصيبا كبيرا من الأموال، وهي حقوق ترفعها دائما النقابات في وجه الدولة، وتطالب بها، و بتحسينها والزيادة في فعاليتها.

يمكن أن نلخص أن الحقوق الفردية هي تلك الحقوق التي تسمى بالحقوق اللصيقة بالشخص، وهي الحقوق الطبيعية التي يتمتع بها كل إنسان ومصدرها القانون الطبيعي، ويشترك فيها كل المواطنين والأجانب.

هذه الحقوق وإن كانت ذات علاقة بالشخصية وما يرتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء، إلا أنها صعبة التحديد، ولا يمكن حصر هذه الحقوق بصفة مطلقة وكل ما هو في الأمر أن دراسة كل وجه من أوجه الشخصية يبين لنا الحقوق المكرسة للحماية.

فهناك الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان المادي للشخصية مثل الحق في الحياة و الحق في سلامة بدنه أو جسده.

وهناك أيضا الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان المعنوي للشخصية مثل الحق في الاسم، الحق في الخصوصية، الحق في الصورة، الحق في الصوت، الحق في حرمة المسكن، الحق في السرية والحق في الشرف.

أما الحقوق الاجتماعية فهي وإن كانت من الحقوق التي تعود إلى القانون الطبيعي إلاّ أنها تعد من المكتسبات الناتجة عن الصراع الذي خاضته الطبقة العمالية والنقابات ضد أصحاب العمل عبر التاريخ المشترك لهذه الطبقة وهذه النقابات، خاصة بعد التطور الذي عرفته الدول في الصناعة والزراعة مثل الحرية الفردية . الملكية الفردية . ومبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وهي مبادئ أدت في النهاية إلى الزيادة في معاناة العمال والفلاحين والطبقة الضعيفة في المجتمع عموما.

المطلب الرابع

الحقوق المطلقة والحقوق النسبية

هناك الحق المطلق والحق النسبي: قد استعمل الحق المطلق عند الكلام عن مفهوم الحق الفردي للحق، بمعنى حرية صاحب الحق المطلقة في أن يستخدم ويستعمل حقه كيفما شاء وحينما شاء دون قيد أو شرط، غير أن هذه النظرية للحق تغيرت وحلت محلها النظرة الاجتماعية الحديثة أي أصبح للحق وظيفة اجتماعية وتدخل المشرع للحد من ممارسة الحق وقيده بقيود عدة بالقدر الذي يتفق والمصلحة العامة للجميع وعدم التعارض مع حقوق الآخرين و خاصة في مجال التعسف في استعمال الحق[1].

أما الحق النسبي فهو الحق الذي ينشأ عن رابطة مباشرة بين صاحب الحق (الدائن) وبين شخص معين (المدين) حيث يلتزم هذا الأخير بمقتضى هذه الرابطة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء معين[2].

المبحث الثاني

الحقوق المالية

إن كل حق مالي، خالص في طبيعته المالية لا يخرج عن أن يكون من قبيل الحقوق العينية أو حقوق الدائنية التي يطلق عليها أيضا الحقوق الشخصية، بعبارة

1 - راجع المادتين 124 مكرر و 691 من القانون المدني

2 - راجع المادة 54 مدني.

أخرى أن الحقوق التي هي من طبيعة مالية خالصة لا تخرج عن أن تكون إما حقوق عينية أو حقوق شخصية.

إن الحقوق المالية تنقسم إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية، فالأولى ترد على منقول أو عقار، أما الثانية فهي رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء لشخص آخر هو الدائن، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال ما هو الحق الشخصي وما هو الحق العيني؟ و ما الفرق بينهما؟..

والأصل في الحقوق أن تنشأ بذاتها على نحو مستقل إلاّ أن هناك طائفة من الحقوق لا تنشأ إلاّ متصلة بحق آخر رئيسي تعتبر مساعدة له أو متولدة عنه، كذلك هناك حقوق عينية أصلية وأخرى عينية تبعية، والحقوق الأصلية أو الرئيسية مثل الحقوق الشخصية وحق الملكية، أما الحقوق التبعية فهي الحقوق التي تستند في وجودها إلى حق أصلي آخر ومثله حقوق الضمان من كفالة و رهن.

هناك نوع ثالث من الحقوق، لا هو حق مالي خالص ولا هو حق غير مالي خالص، تسمى هذه الحقوق بالحقوق الذهنية وهي حقوق مزدوجة، فهي مالية من جهة و غير مالية من جهة أخرى، فلا هي حقوق مالية ولا هي حقوق غير مالية.

هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق نتناولها في مطالب ثلاث:

. المطلب الأوّل: الحقوق العينية

. المطلب الثاني: الحقوق الشخصية

. المطلب الثالث: الحقوق الذهنية.

نتناول هذه الحقوق بالتفصيل الذي تستحقه.

المطلب الأوّل

الحقوق العينية

الحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي يخوّل صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالاستئثار بقيمة مالية فيه، ويكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشيء دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه، لأن هذا الحق ينصب مباشرة على الشيء، فلا يوجد ثمة وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق[1].

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

. المجموعة الأولى وتسمى بالحقوق العينية الأصلية، وهي حقوق عينية تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، وإنما توجد مقصودة لذاتها بما تمنحه لأصحابها من سلطة الحصول على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية.

. أما المجموعة الثانية فهي الحقوق العينية التبعية وهي على عكس الحقوق العينية الأصلية، لا تقوم بذاتها مستقلة وإنما تستند في وجودها إلى حق شخصي آخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به، كما يطلق على هذه الحقوق العينية التبعية اصطلاح التأمينات العينية[2].

ويلاحظ أن المشرع قد نظم الحقوق العينية الأصلية، العينية التبعية بالمواد من 670 إلى 1001 من القانون المدني، كما يجب أن يلاحظ أيضا أنه على العكس من الحقوق الشخصية، فإن الحقوق العينية قد جاءت في القانون على سبيل الحصر، ذلك أنه لما كان الالتزام لا يخرج عن كونه رابطة بين طرفين هما الدائن والمدين، فإنه يحق لهذين الطرفين، بإرادتهما أن ينشأ من خلال إبرام العقود، ما شاء من روابط، ما دام أن هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام والآداب[3].

أما الحقوق العينية، فإن كل حق منها يتمثل في كونه سلطة مباشرة لصاحب الحق العيني يباشرها مباشرة على الشيء دون وساطة أحد، و ما دام أن الأمر هكذا،

---

1 - يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 1997، كوميت للتوزيع، القاهرة، ص 238.

2 - يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 244.

3 - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 48، أيضا راجع :

Mestre (J) et Putman € et Billiour (M) ? traité de droit civil, droit spécial des surtés réelles 1997, p.6 et s.

فإنه من غير المتصور أن تباشر هذه السلطة دون أن يعطيها المشرع بنص قانوني، مما يعني أن القانون هو وحده دون غيره الذي ينظم كل حق من الحقوق العينية، ومن ثم فإن المشرع هو الذي يعطي التسمية لهذه الحقوق وينظمها على سبيل الحصر، فلا يجوز بالتالي أن يتم إنشاء حقوق عينية من طرف الأشخاص دون أن يكون قد أشار إليه القانون ونظمه.

إن الحقوق العينية تنقسم بدورها إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، كما أشرنا إلى ذلك في البداية، وعليه نتناول هذا في فرعين اثنين:

. <u>الفرع الأوّل</u>: الحقوق العينية الأصلية

إن الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، والحق العيني الأصلي يخوّل لصاحبه الحصول على المزايا والمنافع المالية للشيء المادي محل الحق، أي يخوّل له سلطة الاستئثار بالقيمة الاقتصادية للشيء، و هذا الاستئثار قد يتّسع ليشمل كافة السلطات المتصورة على الشيء، وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف[1].

وقد يضيق الحق العيني على أن لا يشمل كافة هذه السلطات، فلا يشمل منها سوى بعضها، فحيث تتجمع هذه السلطات في يد صاحب الحق، يسمى **حق الملكية** و حيث تتوزع هذه السلطات وتتجزأ، يسمى الحق **بالحق العيني** المتفرّع عن حق الملكية[2]، وقد نظم المشرع الحقوق العينية الأصلية، أي حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه بالمواد من 674 إلى 881 من القانون المدني.

نتناول أوّلا حق الملكية، ثم ثانيا الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه.

. <u>أوّلا</u>: حق الملكية

---

1 ـ عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانوني،الحق وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص 236.

2 ـ محمد حسين منصور، الحقوق العينية، الكفالة في القانون اليميني، مطبعة الإسكندرية، دون سنة، ص 513، عبد الجواد السرميني وعبد السلام النرمانيني، الحقوق العينية، الجزء1، الحقوق العينية الأصلية، طبعة 1965، ص23.

حق الملكية هو الحق العيني الأصلي، لأن الحقوق العينية الأصلية الأخرى، ما هي إلاّ حقوقا عينية متفرقة عنه، وبدونه لا وجود لها إطلاقا، وهذا لا يعني أنها حقوق عينية تبعية.

1) . <u>تعريف حق الملكية</u>: عرّفت المادة 674 مدني الملكية بأنها "حق التمتّع والتصرّف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرّمه القوانين والأنظمة"[1]، ويعرفها أحد الفقهاء بأنه "سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين يخوله في حدود القانون استعماله واستغلاله والتصرف فيه"[2].

إن أي تعريف لحق الملكية يجب أن يرتكز على العناصر المكونة له أي السلطات التي تكون لمالك الشيء، كما يجب أن يبرز الاستئثار والتسلط باعتبارهما جوهر الحق، وأخيرا يجب أن يبين التعريف بوضوح أن لمالك الشيء كل السلطات الممكنة التي يخوّلها الحق و لكن في حدود القانون[3]، نلاحظ أن المشرع قد أحاط في تعريفه لحق الملكية بجميع عناصرها.

وبمراجعة النصوص القانونية المنظمة لحق الملكية، نكتشف بكل جلاء أن المشرع اهتم بحق الملكية و نظمها بكل تفاصيلها، كما أنه حماها وقدّسها على باقي الحقوق، فقد نص في المادة 675 مدني على ذلك بقوله " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكية إلاّ في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون"، غير أنه يلاحظ أن المشرع قيد في بعض الحالات استعمال هذا الحق، وذلك عندما نص في المادة 690

---

1 ـ علي هادي، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 1999، ص 15.

- Baude (J) et Belvaux (P.A), cours de droit civil, cedosamsom, Bruxelles, 7ème éd, p. 40.

2 ـ راجع أيضا : محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد مصطفى شلبي، المدخل في تعريف الفقه الإسلامي و قواعد الملكية و العقود، بيروت 1985، ص 34.

ـ هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق ط 1989، ص 489.

3 ـ نظم المشرع حق الملكية بالمادة 674 و ما بعدها من القانون المدني.

مدني على أنه "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة..."، .

كما نصت المادة 691 مدني على أن لا يتعسف صاحب الحق في استعمال حقه و ذلك بقولها " يجب على المالك ألاّ يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار...".

2) . <u>خصائص حق الملكية</u>: يمتاز حق الملكية بخصائص عديدة منها خصائص مشتركة بين سائر الحقوق العينية كوروده على شيء مادي معين وتخويله ميزتي التتبع والتقدم، ومنها خصائص ينفرد بها دون سواه من الحقوق العينية الأخرى، هذه الخصائص تتمثل في أنه حق جامع ودائم ومانع[1].

أ . الملكية حق جامع: يمتاز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى بأنه حق يعطي صاحبه جميع السلطات المحتملة على الشيء، والتي تمكنه من استفادة كاملة منه، وأن يحصل على جميع المزايا، فهو يعطيه حق الاستعمال والانتفاع وحق التصرّف، هذه المزايا التي لا نجدها عند الحقوق العينية الأخرى.

ب . حق الملكية حق مانع: يعني هذا أن مالك الشيء وحده الذي يستأثر بالمزايا التي تعود على حق الملكية دون غيره، فمن حقه أن يمنع أي شخص آخر يريد مشاركته في ذلك، وإن لم يلحقه ضرر في هذه المشاركة[2]، هذا هو الأصل وترد عليه بعض الاستثناءات، إذ يرى البعض أنه ليس الحق الوحيد الذي يمتاز بهذه الخاصية، بل أن أي حق كان، يكون مقصور على صاحبه، فعلى سبيل المثال :

---

1 - راجع : حسن كيرة، أصول القانون المدني، الجزء 1، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية.
- راجع أيضا : فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، سلسلة القانون، ط 2004/2003، ص 28 و ما يليها.

2 - في هذا تنص المادة 713 مدني على " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم عير مقررة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحقوق متساوية...."

المستأجر يستطيع بموجب حقه في الإيجار أن ينتفع بالعين المؤجرة ويمنع سواه من الانتفاع بها[1].

ج . حق الملكية حق دائم: يقصد بخاصية الدوام :

. أن حق الملكية يبقى ما دام محله باقيا.

. أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال ما لم يقم شخص آخر بحيازة الشيء بغية تملكه بالتقادم المكسب[2].

د . حق الملكية حق مطلق: يعني هذا أن صاحبه يستطيع الاحتجاج به قبل الناس كافة كشأن الكثير من الحقوق، بمعنى أن للمالك السلطة المطلقة في استعمال الملكية على النحو الذي يريده، غير أنه يلاحظ أن هذا المفهوم تغيّر وأصبح للملكية وظيفة اجتماعية.

3). <u>عناصر حق الملكية</u>: يقصد بعبارة عناصر حق الملكية في الفقه السلطات التي يتمتع بها المالك، والتي يستطيع ممارستها على الشيء المملوك له للاستفادة من مزاياه، فحق الملكية كما أشرنا هو حق جامع وعليه فإنه يخول لصاحبه ثلاثة سلطات، لا يمنحها أي حق عيني آخر، سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرّف، إذن حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقا، لأنه يخوّل صاحبه كل السلطات على الشيء أي أن المالك يستأثر باستعماله واستغلاله و التصرّف فيه في حدود القانون[3].

أ . <u>الاستعمال</u>: هو الإفادة من الشيء مباشرة عن طريق الأعمال المادية، وذلك باستخدام الشيء فيما أعد له وفيما يصلح له ومن مختلف الأوجه، و ذلك

---

1 ـ وحيد الدين سوار، حق الملكية في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط 1، السنة 1993، ص 73 هامش 1.

2 ـ تنص المادة 827 مدني " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمر حيازته له مدة خمس عشر سنة بدون انقطاع".

3 ـ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 13 و ما يليها.

ـ و قد جاء في مرشد الحيران " الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا و منفعة و استغلالا".

للحصول على ما يمكن أن يؤديه من خدمات ومنافع، وعلى سبيل المثال كركوب السيارة، وسكن المنزل وزراعة الأرض، وارتداء الملابس.

ويتمتع المالك بحرية استعمال الشيء في كافة أوجه الاستعمال بشرط عدم مجاوزة القيود التي يفرضها القانون، فلا يجوز أن يتم الاستعمال بطريقة تخالف قواعد النظام العام والآداب، وألاّ ينتج عنه مضار للجيران تجاوز المضار المألوفة[1]، فالاستعمال بالمفهوم المبسط هو الانتفاع المباشر بالشيء[2].

وقد يختلط الاستعمال بالاستغلال عندما يتمحض الاستعمال على الحصول على ثمار الشيء كما في زراعة الأراضي الزراعية، و قد يختلط بالتصرّف المادي عندما يتمحض عن استهلاك الشيء كما في تناول الطعام.

ب . <u>الاستغلال</u>: يقصد به الحقوق على ثمار الشيء، أي استثمار الشيء بعمل من الأعمال القانونية، و يتم ذلك بطريق غير مباشر عن طريق قيام شخص آخر باستعمال الشيء مقابل أن يدفع للمالك مقابلا له، أي أن المالك يحصل على ما يوفره الشيء من ربح أو دخل، و ذلك كتأجير المالك لأرضه الزراعية أو لدار يملكها.

ويجب أن نميز بين الاستعمال والاستغلال، إذ سبق أن قلنا أنه لا يعطي لصاحبه الحق في الثمار، فاستعمال المنزل بالسكن فيه، أما تأجيره فلا يعتبر استعمالا بل استغلالا، إذ يخول المؤجر المالك الحصول على الأجر، وهي ثمار، لكن يجب أن نشير أنهما قد يختلفا أحيانا كما هو الحال بالنسبة للأرض الزراعية إذ يصعب أن نتصور استعمالها بغير زراعتها والحصول على استثمارها[3].

بعبارة أخرى أن الاستغلال يقصد به القيام بالأعمال اللازمة لاستثثار الشيء، أي الحقوق على ثماره ولمالك الشيء استغلاله والحصول على ما ينتج عنه من ثمار.

---

1 ـ المادة 691 مدني.
2 ـ علي هادي، المرجع السابق، ص 21.
3 ـ علي هادي، المرجع السابق، ص 22.

ويذهب الفقه إلى تقسيم الثمار إلى ثلاث أنواع :

. ثمار طبيعية وهي التي يغلّها الشيء طبيعيا دون تدخل من جانب الإنسان، مثل كلأ الطبيعي في المراعي.

. ثمار صناعية أو مستحدثة وهي التي يغلها الشيء نتيجة لتدخل الإنسان مثل محاصيل الأرض الزراعية.

. الثمار المدنية وهي التدخل الدوري والمنتظم الذي يغله الشيء عن طريق قيام الغير بالوفاء به مقابل انتفاعه بهذا الشيء، كإيجار المباني والأراضي الزراعية و فوائد النقود وأرباح الأسهم و فوائد السندات.

ويجب أن نلاحظ أنه ليس هناك أهمية للتفرقة بين الثمار والمنتجات بالنسبة للمالك، لأن حقه يخوله الحصول على كلا النوعين الأولين ولكن نظرا لأهميته بالنسبة للغير المالك بالمنتفع المستأجر وغيرهما، إذ يحق لهما الحصول على الثمار دون المنتوجات كما أنه ليس هناك أهمية للتفرقة بين الثمار الطبيعية والصناعية ولكن تبرز أهمية التفرقة بين هذين النوعين من جهة و بين الثمار المدنية من جهة أخرى، فبخصوص تعيين الوقت الذي تعتبر فيه الثمار مقبوضة من قبل الحائز.

ج . <u>التصرّف</u>: هو استخدام المالك للشيء على نحو ينفذ سلطانه عليه كلّيا أو جزئيا، ذلك أن المالك يستأثر بالتسلّط على كيان الشيء ووجوده.

والتصرّف نوعان:

. تصرّف مادي يتمثل في القضاء على مادة الشيء عن طريق استهلاكه أو إتلاف أو تغيير شكله ومادته.

. تصرف قانوني ومعناه أن صاحب الحق المالك يستطيع أن يتنازل عن ملكية الشيء، أو بعض السلطات عليه إلى شخص آخر بمقابل أو بدون مقابل.

والواقع أن سلطة التصرّف هي التي تميز حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى، حيث تثبت هذه السلطات دائما للمالك، بينما يجوز أن تثبت سلطتا الاستعمال والاستغلال أو إحداهما لشخص آخر غير المالك[1].

وأخيرا يجب أن نشير إلى أن حق الملكية لم يبق حقا مطلقا يخول سلطات مطلقة، فبعدما كان حق الملكية من الحقوق المقدسة التي لا يمكن المساس بها ولصاحبها مطلق الحرية في التصرف بها، أصبح ذا وظيفة اجتماعية، إذ بهذه الطبيعة الجديدة لدور الملكية، وضع المشرع قيودا قانونية على هذا الحق، بعض هذه القيود منها ما يكون مقررا لحماية المصلحة العامة ومنها ما هو مقررا لحماية المصلحة الخاصة، التي تكون جديرة بالصيانة والرعاية ومن أبرز هذه القيود ما نصت عليه المادة 677 بقولها "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكية إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليا في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

. <u>ثانيا</u> : الحقوق المتفرقة عن حق الملكية

هناك بعض الحقوق العينية التي تتفرع عن حق الملكية، أي تخوّل أصحابها بعض مزايا الملكية، حيث يتم اقتطاع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك، وهذه الحقوق هي: **حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكن، حق الارتفاق.**

1) . <u>حق الانتفاع (de l'Usufruit)</u>: نظم القانون المدني حق الانتفاع في المواد من 844 إلى 854، و نصت المادة 844 منه أن حق الانتفاع يكسب بالتعاقد و بالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون وبالوصية[2].

---

1 ـ عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 132.

2 ـ تحديد هذه المصطلحات : بالتعاقد أي عن طريق العقد (المادة 54م) ـ بالشفعة وبالتقادم وبالوصية بالقانون، هنا القانون هو المصدر المباشر الوحيد لحق الانتفاع.

حق الانتفاع هو حق متفرّع عن حق الملكية، قرر لشخص على شيء مملوك للغير، ويضم سلطتي الاستعمال و الاستغلال، يكون للمنتفع صاحب هذا الحق سلطة استعمال الشيء، واستغلاله فقط دون التصرّف فيه، تبقى سلطة التصرّف في الشيء للمالك، الذي يسمى في هذه الحالة مالك الرقبة ويسمى حقه على الشيء ملكية الرقبة[1].

ويكون محل حق الانتفاع عقارا، وهذا هو الغالب، ولكن يرد أيضا على المنقول، وهو ما يفهم من نص المادة 851 مدني والتي جاء فيها " إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة له..."

ويتضح من النصوص المنظمة لحق الانتفاع في القانون المدني أن حق الانتفاع هو الحق العيني الذي خوّل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله في مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، ومن هنا يمكن القول أن حق الانتفاع يقوم على تجزئة حق الملكية، فيحتفظ المالك بحق التصرف في الشيء و ينتقل إلى المنتفع حق الاستعمال و الاستغلال وهما مكونان لحق الانتفاع.

ويجب أن نلاحظ أن حق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل المعين أما إذا كان الأجل غير معين، فإنه يعتبر مقررا لمدى الحياة أي حياة المنتفع و لكن ينتهي بانتهاء المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين وهو ما نصت عليه المادة 852 مدني التي جاء فيها: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين الأجل عد مقررا بالحياة المنتفع، و هو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين...".

- راجع أيضا: سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ط 1994، القاهرة، ص 180 وما يليها.

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 513.

كما يجب أن نشير إلى أن حق الانتفاع لا ينتقل إلى الورثة وهو ما يفهم من المادة 852 مدني التي جاء فيها " ... وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجره إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

وينتهي حق الانتفاع على كل حال بهلاك الشيء محل حق الانتفاع وبعدم استعماله مدة خمسة عشر سنة[1].

2) . <u>حق الاستعمال و حق السكن</u> (<u>De l'usage et d'habitation</u>):

حق الاستعمال يخوّل لصاحبه سلطة استعمال الشيء الذي يرد عليه، فإذا كان بصدد أرض زراعية كان لصاحب حق الاستعمال زراعتها، والحصول على غلتها الطبيعية، وليس له أن يؤجرها للغير أو يتصرف بها لأنه لا يملك سلطة التصرف[2].

أما حق السكن فهو أضيق نطاقا من حق الاستعمال، لأنه يخوّل لصاحبه استعمال الشيء على وجه معيّن، فهو الاستعمال بطريق السكن حيث يرتبط بالعقارات المبينة، فلا يجوز لصاحب هذا الحق استعمال العقار في غير السكن، فليس له أن يستغله بتأجيره للغير أو يفتح فيه متجرا مثلا.

نظم المشرّع الجزائري حق الاستعمال وحق السكن بالمواد من 855 إلى 857 من القانون المدني، فبعد أن حددت المادة 855 مدني نطاق حق الاستعمال وحق السكن بقولها "نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم"، أحالت المادة 857 مدني إلى القواعد القانونية التي نظمت حق الانتفاع بقولها " تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين و ذلك مع مراعاة الأحكام المتقدمة".

يتضح من هذه النصوص المنظمة أن حق الاستعمال وحق السكن هي عبارة عن صورتين للانتفاع على نطاق محدود، أي أن كل منهما يعتبر صورة مقيدة لحق

1 ـ المادتان 853 و 854 من القانون المدني.
2 ـ أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ط4، ص 192.

الانتفاع، حيث يتحدد نطاقهما بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته الخاصة لأنفسهم، إذ يراعي في تقرير هذين الحقين سد حاجة المستفيد عائلته فقط، لذلك فإن حق الاستعمال وحق السكن ينقضيان حتما بوفاة المنتفع ولا يجوز التنازل عنهما للغير[1].

ويجب أن نلاحظ أن حق الاستعمال يرد على عقار أو على منقول، لكن حق السكن لا يرد إلاّ على عقار[2]، حيث أن محله محصور في بناء المسكن أي حق الاستعمال.

لأن حق الاستعمال لا يخول صاحبه إلاّ استعمال الشيء في حدود ما يحتاجه هو وأسرته، و إذا كان استعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره كما هو الشيء في استعمال الأرض الزراعية فإن صاحبه يستحق من هذه الثمار بمقدار ما يسد حاجته هو وأسرته.

3) . <u>حق الارتفاق</u>: هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخصا آخر، فهو بعبارة أخرى تكليف مقرر على عقار يسمى بالعقار الخادم، لمصلحة عقار غيره يسمى بالعقار المخدوم مملوك لشخص آخر[3].

وقد عرفته المادة 867 مدني بقولها " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

ونظم المشرع حق الارتفاق بالمواد من المادة 867 إلى المادة 881 مدني، وهو حق سار المشرع في تنظيمه على منوال القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري[4].

---

1 ـ سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، جامعة بغداد، ط 1982، ص 338.
2 ـ سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 338.
3 ـ أكثر تفصيلا في حق الارتفاق راجع : فؤاد ظاهر، حقوق الارتفاق في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان سنة 2002.
4 ـ عليوات راضية، حق الارتفاق العيني العقاري في القانون الجزائري، جامعة الجزائر، 2001، غير منشور.

إن مناط حق الارتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المخدوم أو المرتفق وليست منفعة شخصية للمالك العقار، فالاتفاق على حق المرور عبء عيني يكون بمقتضاه لصاحب العقار المخدوم أو المرتفق حق المرور عبر العقار الخادم أو المرتفق به، فحق المرور تقرر لمنفعة العقار المخدوم ذاته، و بالتالي فهي ليست منفعة لمالك العقار المخدوم، لذلك فهي ترتبت لكل مالك لهذا العقار عند تعاقب الملاك على نفس العقار.

ويتميز حق الارتفاق بأنه حق عيني عقاري، بمعنى أنه لا يرد إلاّ على عقار يستمد من منفعة لفائدة عقار غيره مملوك لشخص آخر و لذلك هو دائما حق عقاري. كما أن الارتفاق يدوم و يستمر بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به[1].

إن من شأن حق الارتفاق أن يجعل أحد العقارين في خدمة الآخر وذلك بأن يكون لصاحب العقار المرتفق استعمال العقار المرتفق به على وجه معين، فالارتفاق بالمرور مثلا يعطي صاحبه حق المرور بأرض الجار ليصل إلى الطريق العام.

الطريق العام

قطعة	**حق المرور**	**قطعة زراعية (أ)**	**قطعة**
قطعة		**قطعة زراعية (ب)**	**قطعة**

1 - محمد سالم مذكور، المرجع السابق، ص 123.

قطعة	قطعة	قطعة

هناك حق ارتفاق لصاحب القطعة (ب) والمتمثل في حق المرور على القطعة (أ)، فالقطعة (أ) عقار خادم والقطعة (ب) عقار مخدوم.

ونظرا أن حق الارتفاق يتقرر لمنفعة عقار معين فإنه يرتبط به وليس بشخص مالكه، لذا فإنه يظل قائما ولو تغيّر مالك العقار ويكتسب حق الارتفاق عن طريق العقد أو الميراث أو بسبب الموقع الطبيعي للأمكنة[1]، إلاّ أنه لا تكسب بالتقادم إلاّ الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.

وحق الارتفاق ينتهي بانقضاء الأجل المحدد له، أو بهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد[2].

كما ينتهي بعدم استعماله لمدة عشرة سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاثة و ثلاثين سنة، إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة[3].

خلاصة لذلك، يمكن القول أن حق الارتفاق ينتهي للأسباب التالية:

. انقضاء الأجل المحدد له.

. هلاك العقار المرتفق به.

. اجتماع العقار الخادم والعقار المخدوم.

. عدم استعمال حق الارتفاق لمدة عشر سنوات.

. عدم استعمال حق الارتفاق لمدة 33 سنة إذا كان له علاقة[1] بمصلحة مال موروث تابع لعائلة.

---

1 ـ المادة 868 مدني.
2 ـ المادة 878 مدني.
3 ـ المادة 879 مدني.

وأخيرا يجب أن نشير إلى أن حقوق الارتفاق تنقسم إلى عدة أنواع[2] :

. <u>الارتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة</u>: وتظهر هذه التفرقة بينهما من خلال مدى وجود علامات مادية ظاهرة تدل على وجود الارتفاق بمجرد النظر، ومن أمثلة ذلك حق المجرى وحق المرور أما الارتفاق على أرض بعدم البناء فهو ارتفاق غير ظاهر.

. <u>الارتفاقات الإيجابية والسلبية</u>: فالأوّل يخوّل لمالك العقار المخدوم سلطة القيام ببعض أعمال إيجابية على العقار الخادم كحق المجرى وحق المرور، أما الارتفاق السلبي فيقتصر على الحد من سلطة العقار الخادم فقط، كالارتفاق بعدم البناء أو عدم التعلية عن ارتفاع معين.

. <u>الارتفاق المستمر وغير المستمر</u>: فالأوّل هو الذي يستمر استعماله بمجرد وجوده دون حاجة إلى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المخدوم، كارتفاق بالمطل أو بعدم البناء، أما الثاني أي الارتفاق غير المستمر فيحتاج إلى تدخل من جانب صاحبه كالارتفاق بالمرور.

. <u>الفرع الثاني</u>: الحقوق العينية التبعية

يتعرض الدائن لمخاطر متعددة، فقد يحدث عند تحقق الأجل أن يصبح المدين معسرا أو أن يكون للمدين عدة دائنين، فلا يحصل الدائن على شيء من حقه أو يحصل على جزء من هذا الحق، لذلك تنشأ حاجة الدائن إلى طلب التأمين اللازم لحماية نفسه من تصرفات مدينه.

أعطى المشرع للدائن ضمان عام يلجأ إليه كلما امتنع المدين على الوفاء، أو كلما حان أجل الوفاء، وزودته بمجموعة من الدعاوي، يلجأ إليها لحماية حقه من

---

1 ـ راجع أسباب أخرى أشارت إليها المادة 880 مدني و المادة 881 مدني.

2 ـ هذه الأنواع أشار إليها المشرع ونستخلص من المواد المنظمة لحق الاتفاق، خاصة المادتين 869 و 870 مدني.

تصرفات المدين، كما سمح له أن يطالب مدينه بتقديم من يكفله (كفيل شخصي)، ولكن هذه الوسيلة ليست ناجعة، فقد يكون هذا الكفيل نفسه معسرا، لهذا نجد أن الدائن لا يكفيه كل هذه الضمانات ولا هذه الوسائل التي نظمها المشرع، فيحتم عليه الأمر أن يطالب مدينه من تقديم تأمين عيني على مال معين.

هذه النقاط ونقاط أخرى هامة نتناولها حسب هذا المنهج:

. أوّلا: الضمان العام

. ثانيا: أهمية وضرورة الحقوق العينية التبعية وخصائصها

. ثالثا: أنواع الحقوق العينية التبعية.

ونفصل هذه النقاط جميعها في حدود ما يحتاجه طالب السنة الأولى[1].

. <u>أوّلا</u>: الضمان العام

الأصل أن يستجيب المدين إلى عنصر المديونية في الالتزام، فينفذ الأداء الملقى عليه طوعا واختيارا، وهو في ذلك يؤدي واجبا دينيا، وفقا لقوله تعالى [**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**)، وقوله تعالى [**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا**)، وواجبا قانونيا بناء على ما نصت عليه المادة 160 مدني في فقرتها الأولى "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهّد به".

وكذلك أن التنفيذ الاختياري من شأنه تدعيم الثقة في التعامل وتشجيع الائتمان، أما إذا امتنع المدين من الاستجابة الاختيارية لعنصر المديونية، فإن الدائن بمقتضى عنصر المسؤولية له أن يستخدم حقه في الاقتضاء، لقهر المدين الممتنع وحمله على التنفيذ جبرا، وذلك بناء على المادة 164 مدني التي تنص بقولها "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا"، فإذا استحال التنفيذ وهو ما نصت عليه المادة 176 مدني بقولها " إذا

1 ـ تدرس مادة التأمينات الشخصية والعينية في الفصل السادس من دراسة الحقوق في كلية الحقوق.

استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه ...".

وحاصل القول أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه وهو ما نصت عليه المادة 188 مدني بقولها " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

1. **خصائص الضمان العام:** يتضح من نص المادة 188 مدني المشار إليها سابقا، أن أموال المدين هي الضمان العام لدائنيه وأن هذا الضمان يرتكز أو يقوم على قاعدتين أو خاصتين أساسيتين وهي :

2.

- **الأولى:** أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ويترتب على ذلك :

. أن الدين لا يغل يد المدين في التصرف في أمواله.

. أن الأموال محل التنفيذ هي الأموال الموجودة عند التنفيذ على المدين ويجب أن لا تكون محضورة الحجز عليها[1].

. ليس لأي من الدائنين العاديين حق تتبع ما تصرف فيه المدين من أمواله، كما ليس لأي دائن حق الأفضلية على الآخرين[2].

- **الثانية:** الدائنون العاديون متساوون في الضمان العام بمعنى أن لا يزاحم أحدهم الآخر، وهذه المساواة تعني أن جميع الدائنون يتمتعون بحق اقتضاء ديونهم من أموال المدين دون تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها ديونهم ولكن المساواة هي بين من قاموا بالإجراءات التنفيذية على أموال المدين، أما الدائنون الآخرون الذين لم يشاركوا في التنفيذ أو تخلوا عنه، فلا يكون لهم حق المشاركة في التوزيع[3].

---

1 ـ أنظر بشأن الأموال التي لا يجوز حجزها المواد من 369 إلى 399 من قانون الإجراءات المدنية.
2 ـ أنظر الفقرة الثانية من المادة 188 مدني.
3 ـ شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط 1959، ص 30.

2. مخاطر الضمان العام[1]: إن الضمان العام وإن كان قد تضمن أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه، فهذا غير كاف لحماية الدائن وضمان الوفاء به كاملا في جميع الحالات، فحق الدائن في الضمان العام يهدده خطران:

. خطر أوّل لأنه لا يغل يد المدين من التصرف في أمواله و لا يمنعه من إبرام عقود جديدة قد ينتج عنها ديون جديدة على عاتقه ولا يزود الدائن بأية سلطة قانونية تمنحه منع المدين من إبرام تصرفات جديدة.

. الخطر الثاني، فيظهر نتيجة من مبدأ المساواة بين الدائنين، فهذه المساواة تقضي بمشاركة كل الدائنين في قسمة أموال مدينهم دون أن يكون لأحدهما ميزة التقدم على الآخرين.

3. الوسائل القانونية للمحافظة على الضمان العام[2]: لم يترك القانون الدائن تحت رحمة المدين الذي تنقصه الأمانة، فيتعمد إلى التصرف بأمواله ليخرجها من ذمته المالية وبالتالي من الضمان العام :

هذه الوسائل تعددت وتنوعت ويمكن أن نضعها في ثلاثة مجموعات:

. وسائل احتياطية: يلجأ إليها الدائن لحماية حقه من السقوط كقطع مرور الزمن أو منع المدين من التصرف في أموال أو البعض منها[3].

. وسائل تنفيذية: وهي الوسائل القانونية التي يلجأ إليها الدائن للحصول على حقه بواسطة القضاء إذا لم يبادر المدين إلى الوفاء ومن أبرز هذه الوسائل الحجز التنفيذي أما الغرامة التهديدية وحق الحبس[4]، فهما وسيلتان تمهدان للتنفيذ.

. وسائل متوسطة: ويقصد بها الوسائل القانونية التي تمهد سبيل التنفيذ دون أن تؤدي إلى تمامه، فهي أقوى من الوسائل الاحتياطية أنها ليست مقصودة على

---

1 - راجع: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، ص6 وما يليها.

2 - راجع أكثر تفصيلا، عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2004، ص 80 و ما يليها.

3 - راجع القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي، ص 205.

4 - و قد نص المشرع على الغرامة التهديدية في المادة 174 مدني أما حق الحبس فنظمه بالمواد من 200 إلى 2002.

مجرد التحفظ على أموال المدين وهي أضعف من الوسائل التنفيذية لأنها تؤدي مباشرة إلى استيفاء حق الدائن، تهدف هذه الوسائل إلى المحافظة على الضمان العام وحمايته من إهمال المدين، وهذه الوسائل هي التي أقرها المشرع في الفصل الثالث من الباب الثاني من القانون المدني، وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والدعوى الصورية، هذه الدعاوي نظمها المشرع بالمواد من 189 مدني إلى 199 من نفس القانون، نتعرّض لهذه الدعاوي بصورة موجزة :

. الدعوى غير المباشرة: هي "وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن ومن أجل حفظ حقه في الضمان العام بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق ضمن شروط معينة"[1]، وهي التي نصت على المادة 189 مدني بقولها " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلاّ ما كان منها خاص بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلاّ إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق و أن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد".

. الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرّف: قد يقوم المدين عمدا إلى التصرّف في أمواله لاحقا لإخفائها على دائنين أو يقدم بهذا التصرف أضرارا بهم وعليه نجد المشرع قد أعطى الوسيلة القانونية للدائن بأن يعتبر هذا التصرّف الذي قام به المدين كأنه لم يتم بالنسبة له، و بعبارة أخرى أن المشرع قرر حماية للدائن عن طريق عدم نفاذ التصرّف في مواجهته[2]، وقد نصت المادة 191 مدني على هذه الدعوى بقولها " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد انقض من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية"[3].

---

1 ـ عبد القادر الفار، المرجع السابق، أحكام الالتزام، ص 83.

2 ـ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 100.

ـ عماري فتيحة، دعوى نفاذ التصرف، الدعوى البوليصية، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

3 ـ المادة 192 مدني، و ما بعدها.

. الدعوى الصورية: الصورية " معناها ستر عقد حقيقي بين الطرفين المتعاقدين (العقد المستتر) بآخر ليس له في الظاهر إلاّ صورة العقد (العقد الصوري)، حيث يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد المستتر والحقيقي مع التظاهر بالقصد على العقد الصوري".

وقد نصت عليه المادة 188 مدني بقولها "إذا أبرم عقد صوري فلدائنين المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، كما نصت المادة 199 مدني أنه "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو الحق الحقيقي"

بالرغم من وجود الضمان العام ومنح بعض الوسائل القانونية لحماية الدائن العادي من تصرفات مدينه، إلاّ أنها تبقى قاصرة لذا نجد أن الدائن يسعى إلى أن يضع نفسه في مركز ممتاز عن باقي الدائنين مما يوفر أكثر فاعلية في استيفاء حقه، وهو ما تقدمه له التأمينات العينية.

فهذه الوسائل ليست قادرة على تجنب المخاطر التي تهدده، أما الدعوى غير المباشرة فيقتصر شأنها على تفادي إهمال المدين في المطالبة بحق من حقوقه، وهي لا تقضي إلى وصول الدائن إلى حقه كاملا، وفيما عدا ذلك، فإن الفائدة التي تنجم عنها تدخل في الضمان العام لجميع الدائنين، ولا يستأثر الدائن رافع الدعوى وحده بهذه الفائدة، وكذلك الدعوى البوليسية، فإن الدائن لا يرفعها إلا عند تحقق الإعسار، ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف، أفاد منه جميع الدائنين، لا رافع الدعوى وحده. ثم إن لهذه الدعوى شرائط قد لا تتوافر، وأهمها أن تصرف المدين بعوض لا يعد غير نافذ في مواجهة الدائنين، إلا إذا كان منطويا على غش، وظاهر أن الغش لا يكون ....

. <u>ثانيا</u> : أهمية وضرورة الحقوق العينية التبعية وخصائصها

ينطوي الحق العيني التبعي على ضمان عيني للحق الشخصي للدائن ويتميز بالتالي وضع الدائن المزود بالحق العيني التبعي في وضع الدائن العادي حيث ينحصر ضمان هذا الأخير على الجانب الإيجابي للذمة المالية لمدينه وهو ما يسمى

بالضمان العام للدائنين، فلا يرتكز ضمان الدائن على مال معين وإنما على الذمة المالية في مجموعها مستقلة عن مفرداتها، ومن هنا فإن الدائن العادي يتعرض كما رأينا إلى خطرين : حرية المدين في التصرف، وقاعدة المساواة بين الدائنين العاديين، وعلى العكس فإن الحق العيني التبعي يرد على الشيء، ويخول صاحبه سلطة استيفاء حقه من قيمة هذا الشيء، ويلجأ الدائن دائما إلى مطالبة مدينه بتأمينات خاصة لضمان استيفاء حقه.

هذه التأمينات على نوعين :

. تأمينات شخصية (Sûretés personnalisés) وتكون بضم ذمة أو أكثر إلى الذمة الأصلية، بحيث يصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر، جميعهم مسؤولون عن الدين، إلاّ أن هذا النوع من التأمينات لا يوفر دائما الضمانة الكافية للدائن للحصول على حقه بالتمام، فلأن هؤلاء قد يكونون بدورهم في حالة إعسار.

ومن صور التأمينات الشخصية: التضامن الإيجابي والتضامن السلبي وكذلك عدم قابلية الالتزام للتجزئة[1]، غير أن التأمين الشخصي لا يتحقق في هذه الصور إلاّ إذا تعدد المدينون بالالتزام الذي لا يقبل التجزئة ومن صور التأمينات الشخصية أيضا و أهمها الكفالة[2].

. أما التأمينات العينية (Sûretés réelles) فهي تقوم على تخصيص مال معين للوفاء بحق الدائن ويظل هذا المال قائما حتى يتم استيفاء الدائن لحقه من المدين، ومن هنا يظهر أهمية هذه التأمينات العينية، فلا إعسار يهدد الدائن و يمنعه

---

1 ـ نظم المشرع التضامن بالمواد من 217 إلى 235 من القانون المدني، و جاء في المادة 218 " إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين الوفاء بالدين لأي منهم ما لم يمانع أحدهم في ذلك..." وهذا هو التضامن.

و جاء في المادة 222 " إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم للدين مبرئ ذمة الباقين".

أما عدم قابلية الالتزام للتجزئة فقد نظمه المشرع بالمواد من 236 إلى 238، إذ تنص المادة 236 مدني على " لا يقبل الالتزام الانقسام".

2 ـ نظم المشرع الكفالة بالمواد من 644 إلى 673 من القانون المدني وقد عرفت الكفالة بالمادة 644 بقوله " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص نتيجة التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

من الحصول على حقه لأن الضمان قائم و محدد ومخصص لا يستطيع أحد أن ينازعه فيه ومن هنا يقال بأن التأمينات العينية تعتبر ضمانات تنفيذ الالتزام[1].

1. <u>خصائص التأمينات العينية</u>: تتميز التأمينات العينية بالخصائص التالية :

أ . أن التأمينات العينية تمنح سلطات مباشرة يقررها القانون للدائن على الأموال المنتقلة بها بقطع النظر عن وجود أي رابطة بين صاحب التأمين و بين ذلك المال المنتقل بالتأمين والذي قد يكون المدين نفسه أو أي شخص آخر يعرف باسم الكفيل العيني، وبناء على هذه السلطة يستطيع الدائن أن يتبع المال محل التأمين في أية يد قد يكون وأن ينفذ عليه بالحجز ثم البيع للحصول على حقه كاملا[2].

ب . أنها حقوق عينية تبعية، أي أنها لا توجد لذاتها مستقلة، بل وجدت من أجل ضمان الوفاء بحق شخص، وتكون ثابتة وجودا أو عدما بوجود الأصل أو عدمه، ويترتب على هذا أن التأمين العيني لا ينشأ إلاّ إذا وجد الحق الشخصي الذي يقوم لضمانه.

ج . أنها حقوق لا تقبل التجزئة، أي أنها تضمن الدين بكامله وكل جزء منها، فإذا أوفى المدين جزء من الدين، فإن التأمين لا ينقضي بمقدار الجزء الموفى به بل يبقى كما هو ضامنا لكل الدين[3].

2. <u>السلطات الممنوحة للدائن بناء على الحقوق العينية التبعية</u> :

ما دام أن الحق العيني التبعي يرد على الشيء، و يخول لصاحبه سلطة استيفاء، حقه من قيمة الشيء، فإن هذا يمنحه سلطتين هامتين هما :

1 ـ القاضي حسن عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 22.
2 ـ عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترمانيني، الجزء الثاني، الحقوق العينية، ص 26.
3 ـ القاضي حسن عبد اللطيف، ا لمرجع السابق، ص 45.

أ . **سلطة الأفضلية**: بحيث أن الحق العيني لا يقبل المزاحمة، فإن الدائن المزود بهذا الحق أن يستوفي حقه من قيمة الشيء محل الحق، فالأولوية عن غيره من الدائنين العاديين وأصحاب الحقوق العينية التبعية المتأخرين في المرتبة.

ب . سلطة التتبع: فالحق العيني يرد مباشرة على شيء، لذلك فإنه يظل قائمة طالما وجد الشيء محل الحق ومن هنا الدائن صاحب الحق العيني التبعي أن يتتبع الشيء في يد أي شخص أيّا كان حتى ولو تم التصرف فيه ويجوز له بالتالي أن ينفذ عليه في يد المتصرف إليه ويستوفي حقه منه[1].

3. تعداد الحقوق العينية التبعية[2]: لقد حدد المشرع الحقوق العينية التبعية كما يلي : حق الرهن الرسمي، حق الرهن الحيازي، حق الاختصاص، حق الامتياز حصريا دون زيادة ولا نقصان، غير أن هذه الحقوق تختلف فيما بينها من حيث المصدر والمحل والحيازة[3].

. من حيث المصدر: ينشأ كل من الرهن الرسمي و الرهن الحيازي بمقتضى عقد، أما حق الاختصاص فإنه يتقرر بناء على أمر القضاء، وبالنسبة لحقوق الامتياز فإنها تستمد من نص القانون.

. من حيث المحل: حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص يردان على عقار فقط، أما الرهن الحيازي والامتياز، فإنهما يردان على العقار والمنقول على حد سواء.

. من حيث الحيازة : تظل حيازة الشيء في يد المدين بالنسبة للرهن الرسمي وحق الاختصاص وبعض حقوق الامتياز، بينما تنقل الحيازة إلى الدائن في الرهن الحيازي وبعض حقوق الامتياز.

ولقد نظم المشرع الحقوق العينية التبعية تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية من الكتاب الرابع من القانون المدني، وذلك بالمواد من 882 على

---

1 أ إدوار عيد، التأمينات العينية، القاهرة، ط 1978، ص 10 و ما يليها

2 - راجع: علي فيلالي، نظرية الحق، طبعة موقم للنشر، الجزائر 2011، ص 117 وما يليها.

3 - عبد السلام الترمانيتي، الحقوق العينية التبعية، منشورات جامعة حلب، سوريا، ط 1990، ص 5 و ما يليها.

999، وهي حسب ورودها في هذا القانون تشمل الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الاختصاص وحقوق الامتياز.

. ثالثا : أنواع الحقوق العينية التبعية

كما ذكرنا سابقا فإن الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية قد حددها المشرع بأربعة أنواع هي الرهن الرسمي، وحق التخصيص، والرهن الحيازي وحقوق الامتياز[1].

1) . الرهن الرسمي[2] : Le Droit D'hypothèque

نظمه المشرع من المادة 882 إلى المادة 936 مدني، و قد عرفته المادة 882 بقولها " الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

ويتبين من هذا النص :

. أن الرهن الرسمي ينشأ من اتفاق بين الدائن المرتهن وبين الراهن، ويجب أن يكون هذا الاتفاق رسميا أي يجب أن يتم أمام الموثق[3].

. الرهن الرسمي لا يرد إلاّ على عقار ولكن ليس بشرط أن يكون هذا العقار مملوكا للمدين، ويسمى الشخص الذي قدم التأمين لضمان دين المدين بالكفيل العيني[4].

---

1 ـ راجع همام محمد محمود زهران، التأمينات، الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص، منشأة المعارف، ط

2 ـ راجع أكثر تفصيلا : محمد طه البشري، الوجيز في الحقوق العينية، ط 1971، بغداد،
ـ شوقي بناسي، المختصر في أحكام عقد الرهن الرسمي، ط 2008/2007،.
ـ محمدي سليمان، الرهن الرسمي، ط 2001/2000
ـ راجع أيضا : لحميم زوليخة، إنشاء الرهن الرسمي وانقضاؤه في القانون المدني، ماجستير جامعة الجزائر، 1997.

3 ـ المادة 883 مدني.

4 ـ المادة 884 مدني.

. يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقفه وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن الرسمي ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلاّ كان الرهن الذي تم بين الطرفين باطلا بطلانا مطلقا[1].

. إن حيازة العقار تظل للراهن، فلا ينتقل إلى الدائن المرتهن وعليه يستطيع الراهن أن يتصرف فيه، على أن هذا التصرّف لا يؤثر على حق الدائن المرتهن[2].

. إن الرهن الرسمي يخول للدائن المرتهن أولوية وأغلبية في استيفاء حقه من ثمن العقار قبل أي دائن عادي أو دائن مرتهن آخر يليه في الرتبة، كما يخول الرهن الرسمي للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار تحت أي يد يكون إذا قام المدين بالتصرّف فيه[3].

حاصل القول أن الرهن الرسمي يتميز بما يلي :

. حق عيني تبعي مصدره العقد أو القانون أو الحكم القضائي.

. حق عيني تبعي شكلي.

. حق عيني تبعي لا يرد إلاّ على عقار.

. حق عيني تبعي تبقى الحيازة فيه في يد المالك.

. حق عيني تبعي يخوّل لصاحبه حق التتبع و الأفضلية.

2) . <u>حق التخصيص</u>: Droit D'affectation

حق التخصيص أو حق الاختصاص[4] كما يسميه البعض هو حق عيني تبعي، فيجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين

---

1 ـ المادة 886 مدني.
2 ـ المادة 894 مدني.
3 ـ المادة 907 مدني وما يليها.
4 ـ راجع نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 82.

بشيء معيّن، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 937 مدني، نظم المشرع هذا الحق بالمواد من 937 إلى المادة 947 مدني.

ومصدر حق التخصيص هو الحكم القضائي على خلاف الرهن الرسمي الذي يكون مصدره العقد الرسمي، غير أن له ذات الآثار، فتكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص ذات الحقوق التي للدائن الذي يقرر له حق الرهن الرسمي، وبالذات تكون للدائن صاحب الحق حق التخصيص أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التاليين له في المرتبة[1].

وهو حق عيني يتقرر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة لصالح الدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ بحقه على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، ويخوله ميزتي التقدم والتتبع ضمانا لاستيفاء حقه، ويترتب على بناء على النصوص المنظمة لحق الاختصاص، فإنه يجب أن تتوافر عدة شروط للحصول على حق الاختصاص منها شروط موضوعية وأخرى شكلية.

أ . <u>الشروط الموضوعية للحصول على حق الاختصاص</u>:

ـ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 142.

ـ راجع أيضا : شناوي محمد الهادي، حق التخصيص في القانون الجزائري، ماجستير 1999، جامعة الجزائر.

1 ـ و هو ما نصت عليه المادة 947 مدني بقولها " تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي و يسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي...".

. بالنسبة للدائن الذي يطلب حق الاختصاص: يجب أن يكون حسن النية أما فيما يتعلق بالمال الذي يتقرر عليه الاختصاص يجب أن يكون عقارا بطبيعته و أن يكون معينا مملوكا للمدين وقت تقرير الحق بالاختصاص[1].

. بالنسبة للحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه: يجب أن يكون هذا الحكم حكما قضائيا، و واجب التنفيذ، و أن يكون قد صدر عن موضوع الدعوى وملزما المدين بأداء شيء معين.

. بالنسبة لوقت أخذ الاختصاص: فإن المشرع قد قيد حق الدائن في أخذ الاختصاص بحالتين: لا اختصاص بعد وفاة المدين، فبعد وفاة المدين لا يستطيع أن يأخذ الدائن حق اختصاص على عقار في التركة[2]، وهي الحالة الأولى، أما الثانية فهي حالة شهر إعسار المدين.

ب . الإجراءات الخاصة بتقرير حق الاختصاص:

(أي الشروط الشكلية لحق الاختصاص)

. إن المحكمة المختصة في استصدار الأمر بالاختصاص هي المحكمة التي في دائرتها العقار المراد الاختصاص به.

. وقد استلزم المشرع أن يرفق الدائن بعريضة صورة رسمية من الحكم أو شهادة حكم كتاب المحكمة التي أصدرت مدوّن عليه فيها منطوق الحكم المراد أخذ اختصاص بمقتضاه.

. كما ألزم المشرع استعمال العريضة على مجموعة من البيانات ذكرتها المادة 941 مدني بقولها " ...اسم الدائن ولقبه و مهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعنيه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة.

. اسم المدين ولقبه ومهنته وموطنه،

. تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته،

---

1 ـ المادة 940 مدني.
2 ـ المادة 937 مدني.

. مقدار الدين، .....

. تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها".

وإذا توافرت الشروط الموضوعية والإجرائية، يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالتخصيص[1]، وبالتالي تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي وأثره وانقضائه مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة[2].

3 . الرهن الحيازي[3] : Le Droit de Gage

حق الرهن الحيازي هو حق عيني تبعي حيث يلتزم شخص بمقتضى العقد ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلّم إلى الدائن أو على شخص أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوّله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون[4].

وقد نظم المشرع الرهن الحيازي بالمواد من 948 إلى المادة 981 مدني.

ويتبين من هذا التعريف الذي أورده المشرع ما يلي :

. أنه لا يشترط أن يكون عقد الرهن الحيازي عقدا رسميا على عكس الحال في الرهن الرسمي، غير أنه يجب الإشارة إلى أنه لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا العقد

---

1 ـ المادة 942 مدني.
2 ـ المادة 947 مدني.
3 ـ راجع أكثر تفصيل : علي هادي العبدي، المرجع السباق، ص 383.
4 ـ المادة 948 مدني.

الأحكام الخاصة بصدد الرهن الرسمي[1]، أما إذا كان الرهن منقولا، فإنه شرط لنفاذ المنقول عن الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن أن يدوّن في ورقة ثابتة التاريخ يبيّن فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا و يحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن[2].

. إن الرهن الحيازي كما يرد على المنقول يرد أيضا على العقار، بينما الرهن الرسمي لا يقع إلاّ على العقار.

. إن حيازة الشيء المرهون في الرهن الحيازي تنتقل إلى الدائن المرتهن أو على شخص آخر يعينه المتعاقدان على خلاف الرهن الرسمي.

. إن هذا الرهن يخوّل للدائن المرتهن الأفضلية على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة من أصحاب الحقوق العينية الأخرى.

وينتهي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون و يعود له إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، وينقضي أيضا بالأسباب المذكورة في المادة 965 مدني و هي :

. إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق.

. إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

. إذا هلك الشيء أو انقص الحق المرهون.

وخلاصة القول يمكن القول أن الرهن الحيازي والرهن الرسمي يشتركان في أن كلاهما من التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد، لأن الرهن الحيازي لا يشترط فيه الرسمية التي هي ركن أساسي في الرهن الرسمي، وهما يختلفان في أن الرهن الحيازي، عقد ملزم للجانبين أي يرتب التزامات متبادلة في جانب كل من الطرفين، نجد أن الرهن الرسمي الذي هو عقد ملزم لجانب واحد لا يرتب التزامات إلاّ في جانب المدين الراهن.

---

1 ـ المادة 966 مدني.
2 ـ المادة 969 مدني.

من جهة أخرى، نجد أنهما يتفقان في أن كلا من الحقين هو حق عيني تبعي، غير قابل للتجزئة، ولكن يختلف الرهن الحيازي على الرهن الرسمي في أنه يستلزم نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن كما أن الرهن الحيازي يمن أن يرد على منقول كما يمكن أن يرد على عقار، نجد أن الرهن الرسمي الذي لا يقع إلاّ على عقار.

4 . حقوق الامتياز[1] : Le Droit de Privilège

حق الامتياز هو تأمين عرفته المادة 982 مدني بقولها "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معيّن مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلاّ بمقتضى نص القانون".

نظم المشرع هذا الحق بالمواد من 982 إلى 1001 مدني، وعليه فإن مصدر حقوق الامتياز هو القانون دون سواه من المصادر الأخرى[2].

ويجب أن نلاحظ أنه من الصعوبة بمكان أن نعطي تعريف شاملا ودقيقا لحقوق الامتياز، بسبب عدم وجود حق امتياز واحد من نوع واحد يرد على محل من طبيعة واحدة وذو خصائص مشتركة، فحقوق الامتياز متعددة بعضها عام يرد على جميع أموال المدين سواء كانت منقولة أو عقارية بغير تخصيص، بحيث تكون أقرب على أن تكون وصفا من أوصاف الالتزام الذي مكن صاحبه من التقدم في استيفاء حقه قبل غيره من أصحاب الحقوق، وبعضها خاص يرد على مال معين من أموال المدين سواء كان عقارا أو سواء منقولا بما يجعله أقرب للحق العيني لما يقوله حق تتبع[3].

فقد يرى المشرع في دين معين أنه أولى بالرعاية، ولذلك يجب أن يتم الوفاء به قبل غيره من الديون، فقد لاحظ المشرع صفة معينة في الحق ذاته لا صفة معينة في شخص صاحبه، مثال ذلك دين النفقة، فقد رأى المشرع وجوب رعاية دين النفقة

---

1 - راجع أكثر تفصيلا : جميل الشرقاوي، التأمينات الشخصية و العينية، طبعة 1972 ، ص 215

2 - بالإضافة للنصوص الموجودة في القانون المدني توجد نصوص أخرى في بعض القوانين كالقانون التجاري و قانون العمل.

3 - راجع علي هادي العبدي، المرجع السابق، ص 424.

ولذلك قرر لهذا الامتياز، بمعنى أنه يجب الوفاء بدين النفقة قبل غيره من الديون، كما قد يرى المشرع في الحق الواجب للدولة أنه أولى بالرعاية ولذلك يجب الوفاء به قبل غيره من الديون رعاية للمعالجة العامة، ومثل ذلك الضرائب.

ويلاحظ أن جميع حقوق الامتياز تشترك في مسألة الأولوية كما تشترك في أنها جميعها مصدرها القانون.

أ. **خصائص حقوق الامتياز**: يتميز حق الامتياز بأنه حق عيني، تبعي، لا يقبل التجزئة، يرد على الأموال المنقولة وغير المنقولة، مصدره القانون، ويتقرر لصفة في الدين.

ونعرض لهذه الخصائص تباعا:

. **حقوق الامتياز حقوق عينية**: الامتياز حق عيني، لأنه في غالب صوره، يولي الدائن سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، وبهذه الصفة يخوّل الامتياز صاحبه، ميزتي الأفضلية والتتبع كغيره من الحقوق العينية الأخرى.

ونجد النص على عينية حق الامتياز في المادة 117 التي تقول: "إن الامتياز في المسائل العقارية، هو حق عيني...".

غير أن القول بأن الامتياز حق عيني، إذا كان لا يلقى اعتراضا بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة التي ترد على مال معين بالذات، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لحقوق الامتياز العامة التي ترد على أموال المدين جميعها منقولة كانت أم غير منقولة[1].

. حقوق الامتياز حقوق تبعية: لأنه كغيره من التأمينات العينية الأخرى يقوم لضمان الوفاء بحق أصلي، هو الدين المضمون به. ويترتب على ذلك أن يتبع هذا الدين وجودا وعدما، فيبقى ببقائه، وينقضي بانقضائه. فإذا تم الوفاء بالدين المضمون أو حكم ببطلانه، ينقضي الامتياز ويزول بالتبعية.

[1] ـ هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول أنها ليست حقوقا عينية لأنها لا ترد على مال معين بالذات من أموال المدين ولا تخول لصاحبها حق تتبع الأموال التي تخرج من ذمة المدين، راجع: شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 566.

. حقوق الامتياز حقوق لا تقبل التجزئة: فيبقى على الشيء المثقل به، ما بقي على جزء من الدين المضمون لم يوف به. فكل جزء من الشيء المثل بالامتياز، ضامن لكل الين الممتاز، وكل جزء من الدين الممتاز، مضمون بكل الشيء المثقل بالامتياز.

. حقوق الامتياز حقوق ترد على الأموال المنقولة وغير المنقولة: لا فرق في ذلك بين الأموال المادية والأموال المعنوية، ولا يستثنى من ذلك إلاّ الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل والتي لا يمكن بيعها بالمزاد العلني. وبهذا يختلف حق الامتياز عن حقوق التأمين التي لا ترد أساسا إلاّ على العقارات، بينما يتفق مع حقوق الرهن التي يمكن أن تجري عليها.

. حقوق الامتياز حقوق مصدرها القانون: وهذا ما أكدته المادة ... من القانون المدني بقولها في فقرتها الأولى: "إن الامتياز أولوية يقررها القانون"، ثم بقولها في فقرتها الثانية: "لا يكون للحق امتياز إلاّ بمقتضى نص في القانون".

ب . أنواع حق الامتياز: اتخذ المشرع من المحل الذي يرد عليه حق الامتياز معيارا لتقسيمه :

. حق الامتياز العام.

. حق امتياز الخاص على منقول.

. حق امتياز الخاص على عقار.

ج . حقوق الامتياز العامة : هي الامتيازات التي ترد على كل أموال المدين سواء كانت منقولات أو عقارات، ومثال هذه الامتيازات امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم[1]، وكذلك المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين و بيعها[2]، كما يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار المبالغ المستحقة للعمال و كل أجير آخر من

1 ـ المادة 991 مدني.
2 ـ المادة 990 مدني.

أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان، وكذلك المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعولهم من مأكل وملبس، كذلك النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه[1].

ويتمثل وجه الامتياز الذي تخوله لصاحب الحق في أنها تقرر له أفضلية في استيفاء حقه بالمرتبة التي يحددها القانون، ولقد جعل المشرع لحقوق الامتياز العامة أسبقية في المرتبة، أي حق امتياز عقاره آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ جيّد[2].

- حقوق الامتياز الخاصة: فهي ترد على مال معين من أموال المدين، سواء كان هذا المال منقولا أو عقارا، وهي تخوّل للدائن حق التقدم وحق التتبع وهي على نوعين:

- حق الامتياز الخاص على منقول: وهو يرد على منقول معين أو منقولات معينة وبالتالي فهو يقرر للدائن حق عينيا تبعيا على المنقولات الذي ورد عليها ووجه الامتياز الذي تقدمه هو الأفضلية في استيفاء الحق ثمن هذا المنقول والأسبقية على غيره من الديون بحسب المرتبة التي يحددها المشرع وفق تتبعها في أي يد تكون.

وقد حدد المشرع حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول كالآتي:

. المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال[3].

. المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع آخر لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن.

. المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم يكون لها امتياز محله كله.

---

1 ـ المادة 993 مدني.
2 ـ المادة 986 مدني.
3 ـ المادة 986 مدني.

. حق امتياز على العقار: وهذا الحق يرد على عقار معين أو عدة عقارات معينة للمدين وبالتالي فهو تقرر للدائن حقا عينيا تبعيا على العقار، ويلزم شهره كشرط لنفاذه وتتحدد مرتبته بحسب تاريخ العقد، ثم أنه يخول صاحبه حق تتبع محل حق الامتياز ولقد أحال المشرع في نصوص أحكام الامتياز الواقعة على عقار إلى أحكام الرهن الرسمي.

وقد نصت المادة 999 مدني على أنه "ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع"، كما نصت المادة 1000 مدني على أن "المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أوفي ترميمها أوفي صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت".

د . آثار حقوق الامتياز: رأينا أن حق الامتياز هو حق عيني، وبهذه الصفة يترتب عليه ما يترتب على الحقوق العينية، من أفضلية وتتبع. ولصاحب حق الامتياز أن يستوفي دينه من ثمن الشيء المثقل به، بالأفضلية على غيره من الدائنين، كما له أن يتتبع هذا الشيء في أي يد يكون لينفذ عليه بدينه[1].

3. انقضاء حقوق الامتياز: لم ينص القانون على أسباب خاصة لانقضاء الامتياز، إلا أن الامتياز باعتباره حقا تابعا للدين المضمون به، يخضع من حيث انقضائه، لما تخضع له الحقوق التابعة الأخرى كالرهن والتأمين، وبالتالي فهو ينقضي بصورة تبعية أي تبعا لانقضاء الدين المضمون به، أيّا كان سبب هذا الانقضاء (الوفاء . الإبراء . المقاصة...).

وينقضي بصورة أصلية، أي مع بقاء الدين المضمون به، وذلك بتنازل صاحب الامتياز عن حقه فيه، أو بهلاك العقار المثقل بحق الامتياز، أو ببيعه بالمزاد

[1] - راجع: القاضي حسن ، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص.ص. 113-114.

العلني، على أنه في الحالتين الأخيرتين ينتقل حق الامتياز إلى مبلغ التعويض، أو إلى الثمن الذي حل محل العقار الهالك أو المبيع.

وتطبق في انقضاء حق الامتياز الوارد على عقار، الأحكام التي تطبق على انقضاء التأمين والرهن العقاري، كما تطبق على انقضاء حق الامتياز.

حاصل القول من كل هذا، نستطيع القول أن خصائص حق الامتياز هي:

. أنه حق عيني يمنح صاحبه ميزتي التقدم و التتبع.

. أنه حق عيني ينبغي كحق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي لذا لا يقوم بذاته و إنما يستند في وجوب إلى الدين المضمون.

. أنه حق عيني غير قابل للتجزئة فكل جزء من الشيء ضامن كل الدين الممتاز وكل جزء من الدين الممتاز مضمون بكل الشيء.

. أنه حق مقرر بنص القانون مراعاة لصفة الدين وليس لاعتبارات خاصة بالدائن.

المبحث الثاني

الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية)

يتمثل الحق الشخصي في رابطة قانونية بين شخصين تخوّل لأحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فالحق الشخصي يخوّل الدائن سلطة اقتضاء أداء معيّن من المدين.

ولا ينصب الحق الشخصي على شيء معيّن كما هو الحال بالنسبة للحق العيني، بل يقوم على أداء معيّن لا يمكن للدائن أن يحصل عليه مباشرة بل لابد من تدخل شخص آخر هو المدين، استيفاء حقه، بل يجب على الدائن لتمكينه من أن يطالب المدين أن يوفي بما التزم به لذلك سمي بالحق الشخصي لأنه يتمثل في التزام

يقع على عاتق شخص معيّن يجب عليه الوفاء به، أي علاقة بين شخصين، بحيث لا يستطيع صاحب الحق مباشرته إلاّ بواسطة المدين[1].

وقد شاع في التشريع ولدى الفقه النظر إلى هذه العلاقة أساسا من ناحية المدين لا من ناحية الدائن والتعبير عنها بمصطلح الالتزام لا بالحق الشخصي، ولعل السبب يعود إلى رغبة المشرع في تأكيد أهمية الالتزام بما يعنيه من إيراد قيد خاص على حرية المدين[2].

وقد سمي هذا الحق بالحق الشخصي لأننا ننظر إلى العلاقة من وجهة الدائن صاحب الحق، لذا يطلق عليه اصطلاح "حق الدائنية" على اعتبار أن صاحبه دائن لشخص آخر بأداء معين، أما إذا نظرنا إلى تلك العلاقة من ناحية المدين، فإنها تكون واجبا أو التزاما، فالحق الشخصي أو الالتزام تعبيران عن علاقة واحدة أي المصطلحين يعبران عن نفس المضمون، ويستعملان كمرادفين لمعنى واحد[3].

و يجب أن نشير أن الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية هي التي تكون الطائفة الثانية من الحقوق المالية، إذ أن محلها قابل للتقويم بالنقود وهي لا تنصب على شيء معين كما هو الأمر في الحقوق العينية، بل أن الحق الشخصي يعطي استئثارا بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة وإنما عن طريق شخص آخر سمي المدين.

والسؤال الذي يطرح ما هي أركان الحق الشخصي وأنواعه وهل يمكن أن نقربه للحق العيني أو أن لكلاهما نظام و طبيعة الخاصة به.

المطلب الأول

1 ـ محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأوّل، مصادر الالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، ط2، 1993، ص 8 و ما يليها.

2 ـ راجع: حسن كيرة، المرجع السابق، 469

3 ـ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 7، 2007، ص 8 و ما يليها.

أركان الحق الشخصي

يتبين من التعريف المعطى للحق الشخصي، بأنه رابطة قانونية بين شخصين تخوّل لأحدهما مطالبة الآخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[1]، أن له أركان يقوم عليها وهي:

1. طرفا الحق: طرفا الحق هما الدائن والمدين، وقد يتعدد أطراف الحق فيكون بعدد أكثر من دائن أو مدين في ذات العلاقة، ويشترط القانون الأهلية بالنسبة للأطراف[2]، وأن تكون إرادة الأطراف سليمة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[3].

2). المحل: محل الحق الشخصي يتمثل في العمل الذي يقوم به المدين، وقد يكون هذا العمل عملا إيجابيا أو سلبيا، أي التزامه بأداء عمل معيّن أو الامتناع عن عمل محدد أو إعطاء شيء معيّن[4]، و يشترط في المحل أن يكون مشروعا و معينا أو قابل للتعيين.

3). سبب الحق: سبب الالتزام هو السبب الذي من أجله التزم الشخص، هذا السبب قد يكون مباشرا، فحصول البائع على الثمن هو السبب وراء التزامه بتسليم الشيء المبيع، و قد يكون السبب غير مباشر، كالباعث النفسي وراء البيع أو الشراء الذي يتمثل في الإنفاق أو عمل مشروع أو غير ذلك، و يشترط في السبب أن يكون موجودا ومشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب[5].

---

1 - المادة 54 مدني
2 - المادة 40 و ما يليها من القانون المدني.
3 - المواد من 81 إلى 91 مدني.
4 - من المادة 92 مدني إلى 95 مدني.
5 - راجع المادتين 97 و 98 مدني.

هذه الأركان الثلاثة المشار إليها سابقا: الأطراف، المحل، السبب، شروط عامة لجميع الحقوق، إلاّ أن هناك ركن رابع خاص بعقود معينة.

4). <u>الشكل الرسمي</u>: فضلا عن تلك الأركان العامة المطلوبة في أي تصرّف قانوني يقوم به الأفراد، فإن المشرع يضيف شكل الرسمية لبعض التصرّفات مثل عقد الشركة، عقد بيع العقار، رهن العقار، الهبة... وغيرها من التصرفات التي اشترط فيها المشرع الشكلية الرسمية[1].

وقد نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني أنه " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو خفض فيها، أو عقود إيجار أو زراعية أو تجارية، أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ....."

يجب أن نشير أن المشرع رتب جزاء في حالة عدم توفر ركن من أركان الحق . الالتزام . المشار إليها سابقا أو شرطا من شروط صحته، هذا الجزاء يختلف حسب العيب الذي قد يعيب الحق أو الالتزام في ركن أو شرط من شروط صحته، وهذا الجزاء قد يكون بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا"[2].

وقد منح المشرع لصاحب الحق دعوى قضائية يستطيع من خلالها حمل المدين جبرا على تنفيذ التزامه إذا لم يقم بالتنفيذ باختياره، فالمدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به[3]، وقد يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا[4].

---

1 - راجع المادة 324 من القانون رقم 88-14 بتاريخ 1988/05/03.
2 - المواد من 99 إلى 105 مدني.
3 - المادة 160 مدني.
4 - المادة 164 مدني.

المطلب الثاني

أنواع الحقوق الشخصية

يجب أن نلاحظ أن الحقوق الشخصية لا يمكن حصرها كما هو الشأن في الحقوق العينية التي حصرها وعددها المشرع صراحة، فالحقوق الشخصية تتنوع بتنوع الأداء الذي يلتزم المدين بالقيام به، والقاعدة في هذا الصدد أن للأفراد الحرية في أن يتفقوا على ما يروق لهم من حقوق لتنظيم مصالحهم طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وحريتهم في هذا ولا يحدها إلاّ أن يكون اتفاقهم غير مخالف للنظام العام والآداب وتوافرت فيه الشروط المطلوبة قانونا، وهذا مبدأ عام نصت عليه المادة 106 مدني بقولها " العقد شريعة المتعاقدين ....".

ويلاحظ أيضا أن الأداء الذي يلتزم المدين بالقيام به تتعدد صوره، فعلى أساس هذا الأداء ينقسم الالتزام إلى التزام بإعطاء، والتزام بعمل والتزام بامتناع عن عمل، ونلاحظ أخيرا أن مضمون الأداء في كافة صوره، عمل يقوم به المدين، غير أن هذا العمل قد يكون عملا سلبيا وهذا هو الالتزام بالامتناع عن عمل.

. <u>أوّلا</u> : الالتزام بالعمل[1]

وهو الالتزام بالقيام بعمل إيجابي، ومثاله التزام العامل بعمل لدى صاحب العمل، والتزام المقاول ببناء منزل، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها والتزام الممثل بالعمل في مسرح معيّن، وقد نظم المشرع هذا الالتزام بالمواد 168 إلى 172 مدني.

. <u>ثانيا</u>: الالتزام بالامتناع عن عمل[2]

وهذا هو الالتزام السلبي، حيث يجب على المدين الامتناع عن القيام بعمل كان يملك القيام به قانونا، من ذلك التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري

1 - راجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 14.
2 - راجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 4.

آخر من نفس النوع في المنطقة التي يوجد فيها المحل الأوّل، ويسمى هذا الالتزام بالالتزام بعدم المنافسة ومثاله أيضا التزام الممثل القيام التمثيل إلاّ في الأفلام التي تنتجها الشركة التي تعاقد معها طوال مدة التعاقد، وعليه أن يمنع عن الالتزام بعمل في أية شركة آخر.

وقد نصت المادة 173 مدني على هذه الصورة بقولها " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخّل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة عن نفقة المدين".

. ثالثا : الالتزام بإعطاء[1]

يلاحظ أنه في الالتزام بإعطاء لا يكون محل الالتزام هو الشيء الواجب نقل ملكية أو إنشاء حق عين آخر عليه، بل أن المحل هو العمل الذي يجب على المدين أن يقوم به لكي يتم نقل الحق أو إنشاؤه.

فالبائع أو الواهب يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع أو الموهوب إلى المشتري أو الموهوب له، وقد يلتزم مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر، أو يلتزم بإنشاء رهن عليه ضمانا لدين في ذمته، وقد نظم المشرع الالتزام بإعطاء شيء بالمواد من 165 على 167 من القانون المدني، فقد نصت المادة 165 مدني بقولها "الالتزامات بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل لحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

ونصت كذلك المادة 166 على حالة الشيء غير المعين بقولها "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلاّ بإفراز هذا الشيء".

---

1 - راجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 13.

المطلب الثالث

محاولات لتقريب الحق الشخصي والحق العيني

لقد حاول البعض من الفقهاء التقريب بين الحقوق المالية عموما وبين الحق الشخصي والحق العيني خاصة، ولكن جهودهم باءت بالفشل بسبب انطلاق كل فئة منهم من فكرة تغليب حق من الحقين على الآخر، وذلك إما بالمحاولة لطمس العلاقة بين صاحب الحق الشخصي (الدائن)، وبين من يقع عليه الالتزام وإبراز الناحية المالية على حساب طمس تلك العلاقة الشخصية أو طمس الناحية المالية للحق العيني وإبراز الناحية الشخصية[1]، نتناول هذه المحاولات في ثلاثة نقاط هي :

1. تقريب الحق العيني من الحق الشخصي.
2. تقريب الحق الشخصي من الحق العيني.
3. مقارنة الحق العيني والحق الشخصي لإثبات فشل المحاولتين.

. <u>أوّلا</u> : تقريب الحق العيني من الحق الشخصي

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الكبير **PLANIOL**، فهو قبل أن يبرز رأيه ينطلق من توضيح الاتجاه القائل بأن هناك اختلاف كبير بين الحق العيني والحق الشخصي، فيقول أن الحق العيني يوجد عندما يكون الشيء تحت السيطرة التامة لشخص و ذلك بمقتضى العلاقة المباشرة في مواجهة أي شخص آخر.

فالحقيقة الجوهرية بالنسبة لهذا الرأي هي وجود علاقة مباشرة بين شخص وشيء ويراد من ذلك الانتهاء إلى أنه لا يوجد في الحق العيني وسيط بين شخص صاحب الحق والشيء الذي يقع حقه عليه.

1 - راجع أكثر تفصيلا في المسألة، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 274.

يرى **بلانيول** "أن الحق العيني هو عبارة عن علاقة قانونية بين شخص يمثل الجانب الإيجابي، وجميع الناس الآخرين الذين يمثلون الجانب السلبي الذي يتمثل بالتزام الناس كافة على الامتناع عن كل ما من شأنه أن يعكر الحيازة الهادئة التي يريد القانون ضمانها لصاحب الحق"[1].

وبالتالي هنا نلاحظ أن **بلانيول** يريد تقريب الحق العيني من الحق الشخصي أو بعبارة أوضح أنه يضفي بما يسمى بالحق العيني من أجل الحق الشخصي.

وقد انتقد **بلانيول** في هذه النقطة بالذات أن ما قال به بخصوص وجود التزام من الناس كافة بأن لا يتعرضوا لصاحب الحق ما هو في الحقيقة إلاّ الواجب العام الذي فرضه المشرع على الناس كافة باحترام حقوق الآخرين وعدم التعدي عليها، وهذا الالتزام موجود بالنسبة للحق الشخصي كما هو مقرر بالنسبة للحق العيني[2].

. <u>ثانيا</u> : تقريب الحق الشخصي من الحق العيني

فقيهان كبيران يتزعمان هذه المحاولة هما **سالي (Saleilles) ولامبير (Lambert)** وقد ذهب هذا الاتجاه إلى أن المهم في الحق الشخصي هو القيمة المالية للأداء الذي يلتزم به المدين، والحق الشخصي هو كالحق العيني هو عنصر من العناصر المميزة للذمة المالية، يستطيع صاحبها أن يتصرف فيها بالبيع أو الهبة أو الرهن أو بأي تصرف قانوني كان، ولذلك فإنه حان الأوان للقول بأن الحق الشخصي لم يعد رابطة بين شخصين وذلك لاعتبار الحق الشخصي حق على مال المدين دون شخص هذا الأخير[3].

وهكذا نصل أن الاتجاهات الفقهية التي حاولت أن تبقي على نوع واحد من الحقوق المالية، من جهة أو تغليب الحق العيني عن الحق الشخصي من جهة أخرى،

---

1 ـ راجع عرض هذا الرأي عند عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 275 و كذلك عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1970، ص 8.

2 ـ عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 8.

3 ـ السنهوري، المرجع السابق، ص 104.

هذه المحاولة فشلت ويجب الاعتراف بأن الحقوق المالية هي حقوق عينية و حقوق شخصية.

وظهرت حقوق ثالثة هي الحقوق الذهنية ولا يمكن الدمج بينهم، لما يمتع به كل حق منهم من خصائص ومميزات، فالفوارق كثيرة وإن تشابهت هذه الحقوق أحيانا.

. ثالثا : الإبقاء على التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني

إن محاولة التقريب بين الحق الشخصي والحق العيني، انتهت إلى الفشل لأسباب عدة أهمها الفوارق الكثيرة الموجودة بينهما، هذه الفوارق التي لم ينكرها أي فقيه حتى الذين قاموا بمحاولة دمج الحقين معا، نتعرض أوّلا للأساس ثم النتائج المترتبة على التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني[1].

1). أساس التفرقة بين الحق العيني و الحق الشخصي: إن تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية هي تفرقة تقليدية، وهي تقوم على أسس اقتصادية، فالثروة عند رجال الاقتصاد تتكوّن من أموال و خدمات[2]، ومن ثم يجب أن تختلف الحقوق باختلاف مجالها، فهي عينية إذا انصبّت على الأشياء، وهي شخصية إذا انصبّت على قوى الإنسان.

ومن الناحية القانونية فإن أساس التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي يتمثل في أن الحق العيني يخوّل صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية، فلا يوجد في الحق العيني إلاّ عنصران : شخص صاحب الحق و شيء هو محل الحق، أما الحق الشخصي أو حق الدائنية فهو يعطي لصاحبه سلطة مطالبة شخص وهو المدين بعمل أو امتناع أو إعطاء شيء، و ذلك بناء" على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية، بحيث يتوافر في هذا الحق عناصر ثلاثة وليس كما هو الأمر في الحق العيني: طرف إيجابي هو صاحب الحق أو الدائن، وطرف سلبي وهو

1 - راجع : السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ط 1999، ص 147.

2 - راجع : سعيدان علي، الوجيز في الاقتصاد السياسي، الجزء الأول، ط الأولى، دار فسيلة، الجزائر، ص 208.

المدين أي الملزم، ومحل الحق وهو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء.

وبالرغم من هذا الوضوح في التمييز الموجود بين الحق العيني والحق الشخصي، إلاّ أن هناك من عارضها وحاول التقريب بينهما وهذا ما سبق أن رأيناه، ولكن مهما تفرقت الاتجاهات والمحاولات إلاّ أنه يجب أن يلاحظ أن الإبقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تثبتها النصوص القانونية وأثبتها الواقع التطبيقي، خاصة أن الاختلاف واضح من حيث العمل، فمحل الحق العيني هو شيء من الأشياء المادية ومحل الحق الشخصي هو أداء معين قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء.

2). <u>النتائج المترتبة عن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي</u>[1]: إن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي هي تفرقة تمس جوهر كل من الحقين، ولهذه التفرقة نتائج مهمة هي:

. إن الحق العيني وطالما كان سلطة مباشرة للشخص على الشيء، فإن مقتضى ذلك أن هذا الحق لابد أن يرد على شيء محدد بالذات، فلا بد في حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنه، يجب أن يكون المحل محددا بالذات.

أما إذا أنشأت رابطة قانونية بصدد شيء غير محدد بالذات، فإن هذه الرابطة لا ترتب سوى حق شخصي، فالبيع مثلا قد يرد على شيء غير معيّن بالذات[2]، كالتاجر الذي يبيع كمية من القمح دون أن تحدد الكمية المباعة بالذات، فيكون مدينا بنقل ملكية ما تعهد به، و لا تكون للمشتري سوى حق شخصي ولا يصبح مالك إلاّ بإفراز الكمية المباعة أي بعد التعيين بالذات[3].

. طالما كان الحق العيني يخوّل سلطة فرد مباشرة على الشيء، فلابد من وجود هذه السلطة أن يوجد الشيء الذي ترد عليه، أي يجب أن يكون الشيء محل

1 - راجع : السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 145 و ما يليها.
2 - المادة 165 مدني.
3 - المادة 166 مدني.

الحق العيني حالا، فالعقود التي ترد على أشياء مستقبلية كبيع المحصول قبل ظهوره، وهي عقود صحيحة طبقا للقانون[1]، لا تنشئ إلاّ حقوق شخصية محلها عمل المدين فحسب، أما الحق العيني فلا يوجد إلاّ بوجود الشيء.

. الحق العيني هو حق مطلق والحق الشخصي هو حق نسبي، فالحق العيني يحتج به و ينتج آثاره في مواجهة الكافة، بينما لا ينتج الحق الشخصي أثرة ولا يحتج به إلاّ في مواجهة شخص أو أشخاص معينين.

. طالما كان الحق العيني يتمثل في سلطة مباشرة على شيء، فإنه يترتب على ذلك أن يكون في استطاعة صاحبه أن يباشره في أي يد يكون، بمعنى أنه يتبع الشيء محل الحق إذا انتقلت حيازته إلى شخص آخر، وهذا ما يطلق عليه حق التتبع، أما الحق الشخصي فلا يخوّل لصاحبه حق التتبع حتى ولو تعلق الحق بشيء ما.

. يخوّل الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق الأفضلية، فالحق العيني يرد مباشرة على شيء فهو يفترض حتما إذا نشأ صحيحا مستكملا لعناصر وجوده، أنه لا يوجد على الشيء حق آخر يتعارض معه، ولذلك فمن جوهر الحق العيني هو استبعاد كل مزاحمة في حدود مضمونة، وهذا هو حق الأفضلية، فالحقوق العينية لا تتزاحم محل ذات الشيء الواحد، ولكنها تتتابع، فيأتي بعضها في أثر بعض، وميزة الأفضلية تبدوا أكثر وضوحا في شأن الحقوق العينية التبعية.

أما الحق الشخصي فهو لا ينصب على شيء معين وإنما يرد على عمل المدين، ولذلك يتضمن هذا الحق ميزة الأفضلية، فإذا تعدد الدائنون الشخصيين كانوا جميعا سواء بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم.

. إن الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر، فأي عمل أو امتناع عن عمل يمكن أن يكون محلا للحقر الشخصي طالما تم ذلك في حدود النظام العام والآداب،

---

1 - المادة 92 مدني.

أما الحقوق العينية فقد وردت في القانون على سبيل الحصر، فلا تستطيع إرادة الأفراد ابتداع حق عيني لم يرد ذكره في القانون.

. ومن النتائج التي يرتبها الفقه على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، إن التنازل عن الحق الشخصي يقتضي موافقة المدين وفقا لقواعد الإجراءات ويرجع السبب في هذه القاعدة إلى أن الحق الشخصي هو رابطة بين الدائن و المدين[1].

أما بالنسبة للحق العيني، فإن انتفاء وجود الطرف السلبي المحدد واعتباره سلطة مباشرة على الشيء تتحقق بغير وساطة أحد، تؤدي إلى إمكان التنازل عن الحق بترك الشيء دون توقف على إرادة أحد.

. إن الحيازة ترد على الحقوق العينية والتي تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، كما هو الحال في الرهن الحيازي، ولذلك يجوز أن تكسب هذه الحقوق بالحيازة والتقادم.

أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها حيازة، ولهذا لا يمكن أن تكسب بالحيازة أو التقادم، ولكن يستثنى من ذلك الدين الثابت في سند لحامله، حيث يأخذ حكم المنقول المادي، فيكتسب ملكية كل من يحوزه بمقتضى سبب صحيح، إذا كان حسن النية وقت حيازته.

1 - راجع المواد من 239 إلى 275 مدني.

جدول مقارن: الحق العيني والحق الشخصي [1]

الموضوع	الحق العيني	الحق الشخصي
من حيث الأطراف	لا يوجد إلا طرف واحد هو صاحب الحق، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء الذي يرد عليه هذا الحق.	يوجد طرفان، أحدهما صاحب الحق (الدائن)، و الآخر الملتزم (المدين).
من حيث المحل	هو سلطة لشخص على شيء معين بالذات	هو سلطة مقررة على شخص آخر محلها القيام بعمل/ الامتناع عن عمل/ إعطاء شيء.
من حيث المدة	يكون الحق العيني حقا دائما أو طويل المدة، مثال حق الملكية هو حق مؤبد وإن كانت بعض الحقوق العينية لفترات مؤقتة ولكنها لفترات طويلة كخمسين سنة أو تقيد حرية المدين مدة طويلة.	الحق الشخصي هو دائما حق مؤقت لأنه يقيد من حرية المدين، فلا يجوز أن يكون الحق الشخصي لفترة طويلة لذلك نجد عقد العمل لا يجوز أن يكون أكثر من 5 سنوات لأنه لا يجوز أن يكون القيد على حرية العامل أكثر من 5 سنوات لأن المشرع لا يسمح.
من حيث الآثار	يخول صاحبه ميزتين :	أصحاب الحق الشخصي لا يتقدم أحد على الآخر، بينما يتم

1 - Mashael A. Alhajeri, Principes of law 2007-2008.

قسمة مال المدين بينهم قسمة غرماء أي كل واحد يأخذ حصته بمقدار دينه الذي له على المدين.	1 . التتبع، و يقصد به تتبع الشيء الذي ينصب عليه الحق، اللحاق به لاسترجاعه في أي يد يكون (استثناء، إذا كان الشيء منقول مادي و حازه بطريق حسن النية فتنتقل الملكية في هذا المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكية وهذا استثناء على القاعدة العامة). 2 . التقدم، و مؤداه أن صاحب الحق العيني يقدم على غيره من الدائنين العاديين لحصوله على حقه.	