القسم الثاني

نظرية الحق

وجود الحق والتعريف به

١- وجود الحق:

- أن فكرة الحق لم تكن من الافكار التي سلم بها فقهاء القانون جميعًا إذ تعرضت فكرت الحق ولا زالت لانتقادات كثيرة في جدواها، وفي فائدتها وبالتالي انكروا وجودها القانوني.
- ابرز المنتقدين الفقيه الفرنسي ديجي الذي اعتبر فكرة الحق فكرة ميتافيزيقية غير واقعية. فهي في تقديره فكرة دخيلة على عالم القانون.
- الحق حسب نظرية ديجي: هو تسلط ارادة صاحب الحق على ارادات غيرة من الافراد والمكلفين باحترام الحق وبالتالي خضوع ارادات انسانية لأرادات انسانية اخرى.

٢- التعريف بالحق:

- لقد اختلف الفقهاء في تعريف الحق؛ وذلك لاختلاف وجهات نظرهم، والمدى الذي يقصدونه من الحق.

١- النظرية الشخصية (نظرية الإرادة)

- يعرف الحق بموجب هذه النظرية بانه تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي الشخص من الأشخاص في نطاق معلوم. فجوهر الحق هو القدرة الإرادية التي تثبت لصاحبه لكن هذه الإرادة محكومة بالقانون فهو الذي يمنحها أي أنها لا توجد خارج نطاق القانون.
- فالحق وفقا للنظرية التقليدية هو سلطة للإرادة يتولى القانون منحها وحياتها والحق هو سلطة لإرادة الفرد يقوم بكل ما يساعد على تحقيق الأهداف التي يكفلها النظام القانوني.
- أبرز أنصار هذا الاتجاه الفقيهان الألمانيان (وند شايد، سافيني).

الانتقادات الموجة لهذه النظرية:

١- تأكيد النظرية على أن الحق قدرة إرادية معناه ضرورة وجود الإرادة لدى كل من اكتسب حقا وهذا خلاف ما تأخذ به كل الشرائع من أن عديمي الإرادة كالمجنون والصبي غير المميز حقوقا كحائزيها سواء بسواء بل أن الحق قد يثبت للغائب دون علمه ودون تدخل إرادته.

٢- عدم الاعتراف بالأشخاص المعنوية ذلك أنه إذا كان لهذه الأشخاص إرادة فإنها ليست إرادة حقيقية على كل حال وبالتالي فإنه سيكون من العسير وفقا لهذا المنظور القول بأن لها حقوقا.

٣- آن تعريف الحق بانه قدرة إرادية يؤدي إلى الخلط بين وجود الحق واستعماله او بين الحق ومباشرته فالحق يوجد ولو دون تدخل الإرادة اما استعمال الحق فلا يأتي إلا عن

طريق الإرادة فعديم الإرادة تثبت له الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها لذلك فإن القانون بعينه وصيا أو وليا لكي يباشر عما بدلا منه.

٢- النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة):

- يعرف الحق وفقا لهذه النظرية بأنه: مصلحة يحميها القانون
- واضع هذا التعريف للحق هو الفقيه الألماني أيرنج الذي نظر إلى الحق من ناحية موضوعة والغاية منه لا من حيث صاحبه ذلك لأنه لاحظ بأن يثبت لذوي الارادة وهو يثبت أيضا لعديمي الإرادة على السواء كذلك فالعبرة ليست بالإرادة التي تنشط دوانها العبرة بغاية الإرادة اي الغرض الذي نشطت من اجله فحين تنشط إرادة الوصي أو الولي للقيام بعمل لمصلحة الصغير فإن الحق يثبت لهذا الصغير وليس لهؤلاء فالمصلحة إذن هي جوهر الحق والمصالح آيا كان نوعها سواء كانت مادية أو معنوية هي حقوق فحق الحياة وحق إبداء الرأي والشرف وهي حقوق معنوية تستوي لدي أيرنج مع حق الملكية الذي هو حق مادي يمكن تقويمه بالنقود في أنها جميعا مصالح مشروعة يحميها القانون أي حقوق بالمعنى الصحيح وإذا كانت المصلحة هي العنصر الأول للحق وفق مفهوم ايرنج فالحماية القانونية هي العنصر الثاني للحق وتستمد هذه من الدولة بالطبع فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق إلى تحقيقها وإلى إدراكها.

<u>الانتقادات الموجة لهذه النظرية:</u>

١- أنها عرفت الحق بهدفه والغاية منه وهي المصلحة وهي غاية الحق ومن الحملات . الحق بالغاية منه إذ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته (المصلحة) وذلك لأن الحق ما هو الا وسيلة لتحقيق المصلحة وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون الحق شيئا آخر غير الغاية من هذا فالتعريف يجب أن يذهب عليه.

٢- أنها جعلت من الحماية القانونية العنصر الثاني للحق فعنصر الحماية بموجب بن النظرية فيصل وجود الحق أو عدم وجوده بالرغم من أن الحماية هي نتيجة للتسليم بن الحق وتالية لقيامه فهي تأتي بعد أن يوجد الحق فالقانون يحمي الحق إذا وجد هذا وبالتالي فلا يمكن اعتبار الدعوى عنصرا او ركنا من أركان الحق وإنا هي وسيلة لحمايته تأتي بعد نشوئه ووجوده فالحق ليس كذلك لأن القانون يحميه بل الصحيح أن القانون يحميه لأنه حق.

٣- النظرية المختلطة:

تجمع هذه النظرية بين النظريتين السابقتين وقد أبرز أنصارها في تعريفهم للحق ناحية الإرادة وناحية المصلحة فبينوا بأن الحق إذا كان سلطة إرادية فهو في الوقت نفسه مصلحة محمية

أي انهم جمعوا بين عنصر الإرادة وعنصر الحق. ولما كانت هذه النظرية قائمة على الجمع بين النظريتين السابقتين فالحق ليس الإرادة وهو ليس المصلحة وهو ليس هذا وذاك معا.

٤- النظرية الحديثة (نظرية دابان):

- يعرف دابان الحق بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن ينصرف في مال أقر القانون باستئثار به باعتباره مالكا أو باعتباره مستحقا له في ذمة الغير.
- فعناصر الحق بموجب هذا التعريف هي: الاستئثار بال او قيمة معينة ثم تسلط صاحب الحق ولزوم وجود آخرين لاحترام هذا الحق ثم الحماية القانونية.

١- **الاستئثار او الانتماء:** فالحق هو اختصاص صاحب الحق بقيمة معينة أو بال معين بحيث يتيح له ذلك بأن يقول أن هذا المال له أو هذه القيمة متاعا خاصا به.

- فالحق علاقة استئثار أو انتماء بين شخص وشيء وهو يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوفر فيه الإرادة وموضوع الاستئثار يرد على الأشياء المادية المستقلة عن الشخص كالمنقولات والعقارات فيرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الانسان و سلامة بدنه والحريات.
- يرد ايضا على أشياء مادية ومعنوية ذات كيان خارجى عن الشخص ويكون هو الذي اوجدها فهي تنتمي إليه بسبب أنه هو الذي أنشأها كحق المؤلف.

٢- **التسلط:** ويقصد بالتسلط القدرة على التصرف فإذا كان الشيء يخص صاحب الحق كانت له السلطة عليه إذ هو بالنسبة لهذا الشيء المتسلط ويوضح عنصر التسلط عن طريق بيان مضمونة بالنسبة لحق الملكية على شيء مادي فنقول: إن التسلط يضمن القدرة المالك الشيء والحرية في أن يفعل من حيث الأساس فيما يملكه فيستطيع أن يستعمله وإن يستغله سواء لصالحه او الصالح الغير كما يستطيع أن يتصرف فيه تصرا قانونيا.

٣- **احترام الغير للحق:** أن جميع الناس غير صاحب الحق ملزمون باحترامه واحترام الحق يقع على الناس كافة فإذا وقع العدوان من الغير كان لصاحب الحق أن يدفع هذا العدوان عن طريق الاقتضاء.

٤- **الحماية القانونية:** وهي العنصر الأخير للحق بموجب نظرية دابان وهو عنصر أساسي لا يمكن أن يوجد الحق بدونه فالحق بمعناه الحقيقي هو ذلك الحق الذي يحميه المجتمع عن طريق ما بضعه من وسائل قانونية للدفاع عنه فالحق الذي لم تتولى

الجماعة حمايته لا يكون موجودا من الناحية القانونية ولو اعتبر موجودا من الناحية الأخلاقية.

٥- **تعريف الحق في مشروع القانون المدني العراقي:** عرفت المادة (٨٨) من مشروع القانون المدني العراقي الحق بأنه (الحق ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة اجتماعية)