



جامعة اليرموك
كلية القانون
قسم القانون الخاص

رسالة ماجستير بعنوان:

الحقوق المالية ما بين الإطلاق والنسبية

"دراسة تحليلية"

The Financial Rights Between Absolute and Restriction

"An analytical study"

إعداد الطالب

صدام حسين الهزايمة

إشراف الدكتور

حلو أبو حلو

الفصل الدراسي الصيفي

2017م

قرار لجنة المناقشة

الحقوق المالية ما بين الإطلاق والنسبية

"دراسة تحليلية"

إعداد الطالب

صدام حسين الهزيمه

بكالوريوس قانون، جامعة جدارا، 2013

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص القانون المدني، جامعة اليرموك، الأردن، إربد.

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور حلو أبو حلو مشرفاً ورئيساً

الدكتور "محمد خير" محمود العدوان عضواً

الدكتور عبدالله خالد السوفاني عضواً

تاريخ مناقشة الرسالة 27 / 7 / 2017م

الإهداء

إلى الذي عمل وكد وجد فقاس ثم غلب

حتى وصلت إلى هدي في هذا

إلى المصباح الذي لا يبخل أمدادي بالنور

إلى المنارة التي إضاءت ظلمة الزمان

إلى من شق الحياة بجد وزهق معنى الحرمان

والدي العزيز...

إلى التي حملتني وهنا على وهن

وقاست وتألمت لألمي

إلى من مرعتني بعطفها وحنانها وسمعت طرب الليل من أجلي

إلى من ذاقت علقم الزمان لتترداد حياتنا سرور

إلى من لم تعرف طعم النوم لتيقظنا مع صوت الطيور

إلى أول كلمة نطقت بها

أُمِّي الحبيبة...

وإلى أخوتي وأسرتي جميعا.....

الشكر والتقدير

الحمد لله على نعمه، والشكر له على آياته، حمداً يكون سبباً مديناً من رضاه، وشكراً يكون مقرباً من الفوز بمغفرته، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتخبين.

واقترء بقول رسولنا الكريم " الصادق الأمين " من لا يشكر الناس لا يشكر الله، فإنني أتوجه بعظيم الشكر والتقدير والعرفان في المقام الأول والأخير لأستاذي الفاضل الدكتور حلو أبو حلو، لتفضله بقبول الإشراف على هذا العمل، والذي لم يال جهداً ولم يدخر وسعاً في توجيه النصح والإرشاد، وتحملني طوال مدة بحثي وكثرة أخطائي، فلم يبخل علي بعلم ولا بوقت، فمهما عبرنا عن مشاعرنا فلا نوفي إليه بخليج أعماقنا، حتى يخرج العمل بهذه الصورة، فلا أملك إلا أن جزاك الله عنا خير الجزاء وألبسك ثوب الصحة والعافية.

ثم أقدم شكري وتقديري إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لتفضلهم بالموافقة على مناقشة رسالتي.....

الدكتور "محمد خير" محمود العدوان

الدكتور عبدالله خالد السوفاني

هذا وارجو من الله العلي العظيم، أن يوفقني لما فيه خير وصلاح المعرفة، ومن الله نستمد العون والتوفيق.

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	قائمة المحتويات
ح	الملخص باللغة العربية
1	المقدمة
2	أهمية الدراسة
2	دوافع الدراسة
3	أهداف الدراسة
3	إشكالية الدراسة وتساؤلاتها
4	منهج الدراسة
4	محددات الرسالة
5	الدراسات السابقة

الفصل الأول: الأساس القانوني لفكرة الحق وعلاقتها بماهية الإطلاق والنسبية

8	المبحث الأول: نشأة الحقوق ومفهومها في الفقه الإسلامي والقانوني
9	المطلب الأول: نبذة تاريخية في الحقوق المالية

الصفحة	الموضوع
--------	---------

9	الفرع الأول: الحقوق المالية في القانون الروماني
33	الفرع الثاني: الحقوق المالية في القوانين القديمة
41	المطلب الثاني: مفهوم الحق في الفقه الإسلامي والفقه القانوني
41	الفرع الأول: فكرة الحق في الفقه الإسلامي
50	الفرع الثاني: فكرة الحق في الفقه القانوني
67	المبحث الثاني: تقييد الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون
68	المطلب الأول: تقييد فكرة الحق في الفقه الإسلامي
69	الفرع الأول: الأسس التي يعتمد عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي
76	الفرع الثاني: أثار تقييد الحق في الفقه الإسلامي
80	المطلب الثاني: فكرة تقييد الحق في الفقه القانوني
81	الفرع الأول: الحماية في نطاق العقد
87	الفرع الثاني: الحماية في نطاق الملكية

الفصل الثاني: تطبيقات على تقييد الحقوق المالية في القانون الأردني

99	المبحث الأول: تطبيقات على القيود في القانون المدني الأردني
100	المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق
101	الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
108	الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني

الصفحة	الموضوع
115	المطلب الثاني: القيود القانونية الواردة على سلطات المالك.....
116	الفرع الأول: القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك في استعمال ملكه....
120	الفرع الثاني: القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك في استغلال ملكه....
121	الفرع الثالث: القيود التي ترد على سلطة المالك في التصرف في ملكه.....
128	المبحث الثاني: تطبيقات على القيود في التشريعات الخاصة.....
129	المطلب الأول: القيود الواردة في قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.....
130	الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على حق المؤلف.....
142	الفرع الثاني: قيد حق الترخيص على حق المؤلف.....
148	المطلب الثاني: قيود على حق الملكية في القوانين الخاصة.....
149	الفرع الأول: قيود على الملكية في قانون التنفيذ.....
150	الفرع الثاني: قيود على الملكية في قانون الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.....
152	الخاتمة.....
152	النتائج.....
154	التوصيات.....
156	قائمة المراجع.....
163	الملخص باللغة الإنجليزية.....

المخلص

الحقوق المالية ما بين الإطلاق والنسبية

تتناول هذه الدراسة مسألة الحقوق المالية ما بين الإطلاق والنسبية في القانون المدني الأردني وبعض التشريعات الخاصة، والتي تثير إشكالية من حيث ما مدى تأثير القيود الواردة على الحقوق المالية، وبين مدى استنثار الأفراد بالحقوق المالية الممنوحة لهم، حيث تتمثل الحقوق المالية في كل من الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق الذهنية، مما يجعل منها ذات أهمية بالغة في الحياة العملية، حيث تعكس الدراسة مدى تدخل المشرع في تقييد الحقوق وغاية المشرع في الموازنة بين النزعة الفردية والجماعية لتحقيق العدالة في المجتمع، وهكذا فإن هذه الدراسة تأتي لتسليط الضوء على هذا الموضوع من خلال التحليل لنصوص القانون المدني الأردني والتشريعات الأخرى من خلال:

البحث في موضوع الحقوق المالية ما بين الإطلاق والنسبية، وذلك في فصلين رئيسيين: نتناول في الفصل الأول الأساس القانوني لفكرة الحق وعلاقتها بماهية الإطلاق والتقييد موزعة على مبحثين: يتناول المبحث الأول: نشأة الحقوق ومفهومها في الفقه الإسلامي والقانوني، أما المبحث الثاني فيتناول تقييد الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون.

أما الفصل الثاني من هذه الدراسة فيتناول تطبيقات على تقييد الحقوق المالية في القانون الأردني موزعة على مبحثين: يتناول المبحث الأول: تطبيقات على القيود في القانون المدني الأردني، أما المبحث الثاني فيتناول تطبيقات على القيود في التشريعات الخاصة.

المقدمة

منح القانون للأشخاص العديد من الحقوق وقام الفقه بتقسيمها إلى تقسيمات عديدة ومن التقسيمات التي جرى عليها اغلب الفقه واتبعه في ذلك اغلب التشريعات هو تقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، ويمكن تأصيل التفرقة بين هذين النوعين من الحقوق من حيث دخولهما في الذمة المالية وقابليتها للتصرف والحجز والتقادم والإرث من عدمها، ويمكن تعريف الحقوق المالية بأنها سلطات أو اختصاصات يقرها القانون المدني ويحول أصحابها القيام بأعمال لتحقيق مصلحة يمكن تقويمها بمبلغ من المال.

تتمثل الحقوق المالية في الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق الذهنية، وستناول هذه الحقوق ما بين الإطلاق والنسبية، حيث أن لكل حق من الحقوق مبادئ وحدود لا يمكن أن يستخدمها الأفراد إلا ضمن هذه المبادئ والحدود، وقد أوجد المشرع ونظم حالات استعمال الحقوق وبين مدى حدودها ووازن بين تمتع الفرد بحقوقه وما قد ينتج عنه من أضرار، حيث أن استثناء وتسلب أصحاب الحقوق المالية لها مدى محدد لا يستطيع أصحاب هذه الحقوق مجاوزة الاستثناء والتسلب والانفراد بحقوقهم.

تتمثل مدى نسبية الحقوق في مدى القيود التي تفرض على هذه الحقوق، وتحد من مدى استثناء وتسلب أصحاب الحق بها، حيث تعمل القيود إلى جعل الحقوق نسبية، وفي ظل هذه القيود لا وجود للحقوق المطلقة، حتى ومع احترام المشرع لمبدأ سلطان الإرادة في الحقوق الشخصية إلا أنه تدخل بفرض بعض القيود في بعض الحالات، أما عن حق الملكية فقد كانت المجال الأوسع للمشرع بفرض القيود عليها، وذلك لغايات متعددة سواء عامة أو خاصة، وتتوعدت القيود التي

فرضت على الحقوق الذهنية سواء للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة أو على شكل تراخيص إجبارية، جميع ما سبق يذهب بالحقوق من الإطلاق إلى النسبية في ظل فرض المشرع لهذه القيود.

أهمية الدراسة

تبرز أهمية الدراسة من أهمية موضوع الحقوق المالية التي تتمثل في الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق الذهنية والتي تشكل الحقوق التي تمنح للأفراد وبيان مدى الاستئثار للحقوق، حيث تشكل هذه الحقوق أهمية بالغة كون استئثارها والتمتع والتسلط عليها يتم بشكل كبير، ولا يتخيل وجود هذه الحقوق من دون وجود أفراد يستأثرون ويتمتعون بهذه الحقوق مما يجعل لها أهمية كبيرة في تحديد مدى استئثار أصحاب الحقوق بحقوقهم.

دوافع الدراسة

1. الرغبة الذاتية والأكيدة في البحث بموضوع الحقوق المالية مابين الإطلاق والنسبية حيث

أنه لا يوجد أي دراسة بحثت عن تقييد الحقوق المالية والقيود التي ترد عليها.

2. تدرج المراحل التي ظهرت فيها القيود على الحقوق المالية في التشريعات والتطور التاريخي

في ظل هذه القيود.

3. أن الحقوق المالية تظهر في الواقع العملي بشكل واسع، حيث يمارسها الأفراد بشكل

متكرر، السبب الذي دفعني إلى بيان هذه القيود وأثرها على ممارسة الأفراد لحقوقهم

المالية.

4. توضيح أحكام القيود الواردة على الحقوق المالية، وتوضيح ما يحكم هذه القيود من

اعتبارات زمانية أو مكانية أو اعتبارات شخصية وغيرها.

أهداف الدراسة

1. استجلاء موقف المشرع الأردني من الحقوق المالية والقيود التي ترد عليها.
2. مناقشة المبدأ العام الذي ينظم الحقوق المالية والاعتبارات في تسلط واستثناء صاحب الحق والقيود التي ترد على تصرفاته.
3. تحليل النصوص القانونية من أجل بيان السياسة التشريعية التي أتخذها المشرع عند تنظيمه هذه الحقوق ومنح أصحابها حق استثناءها والتسلط عليها.
4. بيان القيود التي ترد على الحقوق المالية مما يجعل منها حقوق نسبية مع وجود هذه القيود.
5. تدرج القيود على مر الزمان وظهورها سواء أن كانت من بدايتها في القانون المدني وظهورها في التشريعات الخاصة بشكل متدرج.
6. بيان النزعة التي اعتمدها المشرع عند تقريره هذه القيود على الحقوق المالية.

إشكالية الدراسة وتساؤلاتها

تتمحور إشكالية الدراسة في الحقوق المالية بالشكل الذي شرعت به ومدى فعالية وتلائم القيود، التي تجعل من استثناء أصحاب الحقوق المالية بشكل نسبي، لأنه على الرغم من أن المبدأ العام هو استثناء صاحب الحق وتسلطه عليه، إلا أن المشرع قد عمد إلى تقييد هذا الاستثناء، وذلك بتحديد مدى الاستثناء على هذه الحقوق، فما مدى التوافق بين استثناء أصحاب الحقوق وتسلطهم عليها في ظل القيود التي فرضها المشرع عليهم، وهل كان فرض القيود يضمن استثناء

أصحاب الحقوق بدون مغالاة وبدون أن يتعدى الشخص على الآخرين وهذه الإشكالية تثير بعض التساؤلات وهي:

1. هل هناك حقوق مالية مطلقة بدون قيود؟ أم أن هناك قيود تحد من الإطلاق؟
2. هل وفق المشرع بأن وضع قيودا على مبدأ الحرية المطلقة في الحقوق؟
3. هل كانت القيود التي فرضها المشرع تنسجم مع طبيعة الحقوق المالية؟
4. هل القيود التي أوردتها المشرع غير مبررة أم ضرورة تقتضيها قواعد العدالة؟
5. هل وردت القيود في القواعد العامة فقط أم أنها وردت نصوص بشكل خاص سواء في القانون المدني والتشريعات الخاصة؟

منهج الدراسة

سننتبع في إطار معالجتنا إشكاليات الدراسة بشكل أساسي المنهج التحليلي لنصوص القانون التي عالجت الحقوق المالية والقيود التي وردت عليها، وأن استخدام هذا المنهج لا يمنع من استخدام المنهج المقارن كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

محددات الرسالة

تتحدد هذه الدراسة بالبحث في الحقوق المالية والقيود التي ترد عليها في نصوص القانون المدني وبعض التشريعات الخاصة.

الدراسات السابقة

لم يتمكن الباحث من العثور على دراسة متخصصة في هذا الموضوع وأن كل الذي وجدته

عناوين متفرقة في بطون الكتب، وكذلك لم يعثر على موضوع متخصص بموضوع الرسالة.

وعليه سنقسم هذه الدراسة إلى فصلين رئيسيين على النحو التالي:

الفصل الأول: الأساس القانوني لفكرة الحق وعلاقتها بماهية الإطلاق والنسبية.

الفصل الثاني: تطبيقات على تقييد الحقوق المالية في القانون الأردني.

الفصل الأول: الأساس القانوني لفكرة الحق وعلاقتها بماهية الإطلاق والنسبية.

أن الإنسان مدني بطبيعته، لأنه مفطور على العيش في جماعة يتبادل معها المصالح والمنافع، ولا يوجد سبيل له من أجل تلبية رغباته وسد احتياجاته إلا بتعامله مع غيره من بني جنسه وذلك بوجود نظام قانوني يحدد الحقوق ويبين وسائل حمايتها والحفاظ عليها.

وجدت فكرة الحق بوجود أول أسرة على الأرض، ومع ذلك لم يوجد تعريف واضح وجامع للحق على مر العصور التي توالى على الأرض، ولم تتفق جميع الحضارات في تشريعاتها المختلفة على تعريف يوضح ويشمل الحقوق وتقسيماتها، حيث كانت التشريعات في كل عصر تعتمد في التعريف على المصدر الذي تتخذ منه تشريعاتها.

مع تعاقب العصور والحضارات تعددت الحقوق وطرق اكتسابها وطرق حمايتها ومدى نطاقها، ولقد رافق هذا التعاقب فناء العديد من الحقوق أو طرق استعمالها أو حمايتها، ومنها ما تم التعديل عليه سواء كان التعديل بإطلاق الحق أو تقييده، ومنها ما بقي موجودا حتى يومنا هذا، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف المصدر الذي كانت تستمد منه الحضارات تشريعاتها.

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريف الحق، حيث كان منهم يحاول تعريفه حسب انتمائه الفقهي، فكان هناك العديد من النظريات التي قامت بتعريف الحق حسب أصحاب هذه النظرية، وتمثل هذه النظريات في النظريات التقليدية والنظريات الحديثة وسيتم دراستها.

تبرز مهمة القانون والهدف الأساسي منه هو حماية الحقوق وكيفية تنظيمها وتبين كيفية ممارستها وتحديد نطاقها، وعند القول بتحديد نطاقها أي فرض قيود عليها وتحديدتها، ومن الممكن تعريف الحق بأنه " المركز القانوني الذي يتميز صاحبه بميزة يستأثر بها ويستطيع أن يفرض

احترامها على الغير " والاستثناء لم يأتي مطلق حيث أن هناك العديد من القيود على الحقوق، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون، فما هي الغاية من فكرة تقييد الحقوق وما هو الأساس القانوني لذلك وما هو الأثر المترتب على ذلك.

سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين، نتكلم في المبحث الأول في نشأة الحقوق المالية ومفهومها في الفقه الإسلامي والقانوني، وسنتكلم في المبحث الثاني عن تقييد الحقوق المالية في الفقه الإسلامي والقانوني.

المبحث الأول: نشأة الحقوق ومفهومها في الفقه الإسلامي والقانوني.

جاءت الحقوق المالية في الفقه الإسلامي والتي عرفها بالملكية بأنها عبارة عن علاقة الإنسان بالمال وما في حكمه من المنافع، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها، ومن هذا يتبين أن الملكية ليست شيئاً مادياً وإنما هي حق من الحقوق حيث أن الحق من الاعتبار الشرعي، أن أسباب الملكية في الفقه الإسلامي التي جاءت على سبيل الحصر أربعة وهي إحراز المباحات والعقود والخلفية والتولد من المملوك.

للحق مفهوم واسع ولكنه، ولقد تنوعت وتباينت التعريفات التي عرفت الحق ولعل أوضحها القول بأن المقصود بالحق " أن يتقرر لمصلحة شخص معين بذاته سلطة أو سلطات قانونية معينة يستأثر بها ويوجد واجب عام على الكافة احترام هذه السلطات ".

أن الحقوق عديدة وذات خصائص متباينة ويمكن القول بأن التصنيف الرئيسي لها هو تقسيمها إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، حيث جاء في الفقه الفرنسي أن الحقوق المالية والتي يطلق عليها الأموال مثل حق الملكية والحق الشخصي وهي داخلة في دائرة التعامل، وهذا يعني أنها قابلة لنقلها من شخص إلى آخر فيتغير صاحبها، حيث أن للمالك الحق في أن يبيع أو يهب ما يملك أو يقايض عليه، ومن ثم فإن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري ومن الواهب إلى الموهوب له... وهكذا فالحقوق المالية داخلة في دائرة التعامل.

وعلى هذا فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين نتحدث في المطلب الأول عن تاريخ الحقوق المالية في بعض العصور القديمة ونشوء وتعريف فكرة الحق فيها، وسنبحث في المطلب الثاني عن فكرة الحق وتعريفها وتقسيمها في الفقه الإسلامي والفقه القانوني.

المطلب الأول: نبذة تاريخية في الحقوق المالية .

لقد اتفقت جميع النظريات العلمية على أن حياة الفرد لا تستوي إلا ضمن مجتمع ينتمي إليه بالولادة أو الاختيار، مما أدى إلى اندثار الفكرة الفردية لتحل محلها فكرة الجماعة. أن تطور المجتمعات لم يكن واحداً في مختلف الحضارات والأدوار التاريخية، بل كان على ادوار متفاوتة، وكان هذا التفاوت تبعاً للظواهر الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمعتقدات الدينية التي تبرز في المجتمع بدافع من حاجاته، ويتأثر من احتكاكه بالمجتمعات الأخرى وتفاعله معها.

لا بد من ضابط ينظم العلاقات بين الناس في المجتمع البشري وضابط ينظم العلاقات بين هذه المجتمعات المختلفة فقد نشأت الحاجة إلى القانون، حيث أنه يستحيل تصور مجتمع بشري دون قانون يحكم العلاقات ما بين الأفراد ويبين ما لهم من حقوق وما يترتب عليهم من التزامات مما يدفعنا إلى دراسة تاريخ الحقوق المالية في القوانين القديمة ومن أبرز هذه القوانين وأهمها التي ما زال أثرها موجود في وقتنا الحاضر ومال زال جزء من نصوصها موجود حتى وقتنا الحاضر ولو لم يبقى بحرفيته وهي القانون الروماني والقانون المصري القديم وقانون بلاد ما بين النهرين والقانون اليوناني وهذا ما سنتطرق إليه كالتالي:

الفرع الأول: الحقوق المالية في القانون الروماني.

بدا العصر الملكي بتأسيس مدينه روما عام 754 ق. م، وانتهى بسقوط الملكية عام 509 ق. م نتيجة الثورة التي ترتب عليها طرد الملوك وإعلان النظام الجمهوري ثم استمرت الجمهورية حتى عام 27 قبل الميلاد إلى حد قيام الإمبراطورية والتي استمرت إلى عام 284 ميلادية.

ومع تعاقب العصور واتساع الفتوحات الرومانية مما أدى إلى انتشار التجارة، حيث اقامت روما علاقات تجارية مع الشعوب التي أخضعها لسيطرتها، مما ترتب عليه من تحويل الاقتصاد الروماني من اقتصاد زراعي مغلق قائم المبادلة إلى اقتصاد حر يعتمد على التجارة وتبادل الثروة. وقد ترتب على ازدهار التجارة ظهور النقود المضروبة، كما ترتب على ذلك أيضاً ظهور أهمية الثروة المنقولة إلى جانب الثروة العقارية¹.

عند الحديث عن الحقوق المالية في القانون الروماني مما يلزمنا إلى الحديث عن الحقوق الشخصية (الالتزامات) ثم الحديث عن الملكية والحقوق العينية المقررة على مال الغير.

أولاً: الحقوق الشخصية (الالتزامات).

كل شخص يتمتع بالأهلية القانونية تثبت له ذمة مالية. والذمة المالية هي مجموع الحقوق والالتزامات التي للشخص أو عليه والقابلة للتقويم بالمال.

فالذمة المالية تتكون من عنصرين أحدهما ايجابي وهو مجموع الحقوق التي للشخص، والآخر سلبي وهو مجموع ما عليه من ديون أو التزامات.

أما بالنسبة للحق الشخصي أو الالتزام فهو عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين، أحدهما صاحب الحق وهو الدائن والآخر من يقع على عاتقه الالتزام وهو المدين يكون للدائن بمقتضاها مطالبة المدين سواء بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين في حين لا يتمكن الدائن من

¹ حسن، أحمد ابراهيم، والمجذوب، طارق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 207.

الحصول على حقه إلا عن طريق المدين وبواسطته لأن حقه يقوم على مجرد رابطة قانونية بينه وبين المدين ولا يقع مباشرة على شيء معين¹.

لكي نتعرف على نظرية الالتزام في القانون الروماني سوف نعرض بإيجاز تعريف الالتزام وبيان أركانه، ثم نشأة فكرة الالتزام وتطورها عند الرومان ثم نعرض تقسيمات الالتزامات في القانون الروماني.

- تعريف الالتزام وبيان أركانه.

• تعريف الالتزام:

ورد تعريف الالتزام في مدونة جسنيان (3-13- الفاتحة) " بأنه رابطة قانونية تضطرننا بحكم قانوننا المدني إلى أداة شيء من الأشياء ".

كما وجاء تعريف آخر للالتزام في موسوعة الفقه الروماني منسوباً إلى الفقيه بول، يقول به "أن الأمر الجوهري في الالتزام ليس في حصولنا على ملكية شيء أو على حق ارتفاق، وإنما هو في إجبار الغير على نقل ملكية أو على القيام بعمل أو أداء أمر لمصلحتنا " (الموسوعة: 44 - 7- 3 الفاتحة).

• اركان الالتزام:

يتضح من تعريف الالتزام أنه لا بد من ضرورة توافر ثلاثة أركان وهي:

- طرفا الالتزام: حيث أن الالتزام عبارة عن رابطة قانونية تربط بين شخصين هما الدائن والمدين.

¹ حسن، أحمد ابراهيم، والمجذوب، طارق، مرجع سابق، ص 437.

- محل الالتزام: يكون محل الالتزام هو الأمر الذي يلتزم المدين بادئه لصالح الدائن، وهذا الالتزام يتتوع فقد يكون التزام بإعطاء شيء أو نقل ملكية شيء ما، وقد يكون التزام بعمل ما أو بالامتناع عن عمل.

- الجزاء: الدائن في الحق الشخصي لا يستطيع الحصول على المنفعة محل الالتزام مباشرة دون وساطة المدين، يستطيع الحصول عليه فقط عن طريق إجبار المدين على الوفاء له بمقتضى الرابطة القانونية التي تربط بينه وبين المدين.

أن الوسيلة القانونية التي يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه هي الدعوى، أي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتنفيذ ما هو مستحق له¹.

- نشأة فكرة الالتزام وتطورها لدى الرومان.

أن نظرية الالتزام كما وردت في القانون الروماني، في العصر العلمي هي محصلة تطور تاريخي طويل، لا يزال العلماء مختلفون حول مصادرها ومراحل تطورها.

إن الوقائع والتصرفات القانونية التي أوجدت الأنواع الأولى للالتزامات لا تزال غير معروفة جيدا، حيث لا يزال الفقهاء مختلفون حول مصادر الالتزام ومراحل تطوره في القانون الروماني لذلك فكرة الالتزام يكتنفها الكثير من الغموض ويرجع ذلك إلى ندرة النصوص الخاصة واختلاف الفقهاء في تأويل هذه النصوص، ويرجع الفضل في تشييد النظرية العامة للالتزام في القانون الروماني إلى فقهاء العصر العلمي من ناحية وإلى شراح القانون الروماني في العصور الوسطى وفي العصر

¹ حسن، أحمد ابراهيم، والمجذوب، طارق، المرجع نفسه، ص441.

الحديث من ناحية أخرى، مما يدفعنا إلى التمييز بين ما هو روماني الأصل وما هو من عمل شراح القانون الروماني في العصور الوسطى أو العصر الحديث¹.

• المفهوم البدائي لفكرة الالتزام في القانون الروماني:

يبرز المفهوم المادي لفكرة الالتزام والتي تفسر بالخضوع الجسماني من قبل شخص ما إلى سلطة شخص آخر، ومن ناحية أخرى فإن هذه السلطة لا تصبح حقيقة، ولا تتحول إلى سلطة مادية للدائن على جسم المدين إلا في حالة عدم قيام الدائن بتنفيذ ما وجب عليه طوعاً².

ومن النقد الذي تعرضت له هذه النظرية من قبل الأستاذين بيتي Betti وفيشر Vischer والذين اثبتا أنه من الخطأ رد أصل الالتزام أو نشأة الالتزام إلى الجريمة، لأن الجريمة كان ينشأ عنها في العصور البدائية مجرد حق للمضرور في الانتقام الفردي أو في التصرف في شخص الجاني، دون أن يترتب عليها في نفس الوقت أي حق للجاني في افتداء نفسه بالقيام ببعض الأمور لمصلحة المجني عليه³.

• مفهوم الالتزام في القانون الروماني القديم:

يجمع الفقه على أن القانون الروماني القديم لم يعرف نظرية الالتزام كفكرة مجردة تعبر عن شيء غير مادي، وذا طبيعة واحدة أياً كان المصدر المنشئ له، سواء كان تصرف قانوني أو جريمة فلذلك لم يعرف الأشياء غير المادية.

¹ حسين، فايز، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998، ص137.

² جعفر، علي محمد، تاريخ القوانين والشرائع، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1982، ص52.

³ حسن، أحمد إبراهيم، والمجنوب، طارق، مرجع سابق، ص445.

أن القانون الروماني القديم لم يعرف صورة موحدة لفكرة الالتزام بل عرف صور للالتزام مختلفة في طبيعتها القانونية وفي أهميتها الاجتماعية ومن أهم هذه الصور هي:

1- الالتزامات الدينية: وهي التزامات غير محددة قائمة أساساً على الوفاء بالقسم. إلا أن هذه الالتزامات لم تكن محمية بدعوى قضائية، وإنما كانت واجبة النفاذ على الصعيد الديني والإخلال بها يترتب عليه تقديم الشخص كضحية للآلهة¹.

2- الأشياء المعينة الواجبة الأداء في القانون المدني: وهذه الأشياء المحددة الواجبة الأداء التي هي محل لعمل مشروع من أعمال الائتمان كالقرض المجاني بين الأقارب والذي يكون محله نقود أو أشياء مثلية قابلة للاستهلاك وهو ينعقد بنقل ملكية هذه الأشياء من المقرض إلى المقترض وتعهد المقترض برد القرض عند حلول الأجل يلتزم بها الشخص في ماله، ومضمون هذا الأداء بمقتضى دعوى شخصية منذ عهد قانون الألواح الاثني عشر وهي دعوى الرهان الشخصية².

3- الأشخاص الملتزمة بأجسادهم: كان في عصر القانون القديم أشخاص يلتزمون بأجسادهم، حيث كانت العلاقة بين الدائن والمدين علاقة مادية منصبة على جسد المدين وليس على ماله وهؤلاء الأشخاص هم:

أ- المحكوم عليهم: وهم الذين صدر ضدهم أحكام قضائية، فإذا لم ينفذوا تلك الأحكام في الميعاد القانوني المحدد يصبحون ملتزمين بأجسادهم، ويتم القبض عليهم بمقتضى دعوى إلقاء اليد.

¹ حسن، أحمد إبراهيم، والحفناوي، عبد المجيد، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص 384.
² المرجع نفسه، ص 387.

ب- المجرمون: وهم الذين ارتكبوا جرائم كالسرقة أو الإيذاء ويكونوا مسؤولون بأجسادهم ويقبض عليهم بأمر الحاكم القضائي.

ت- المدينون في عقد القرض القديم: حيث أن المدين في هذا العقد يسأل في جسده وليس في ماله، في حالة تخلف المدين عن الوفاء يقبض عليه ويسجن في سجن خاص فإذا لم يف بالدين خلال سنتين يوماً للدائن أن يتصرف به كيفما يشاء فله قتله أو بيعه كرقيق خارج روما.

ث- الكفلاء: وهم الضامنون الذين يلتزمون أمام القضاء بجانب شخص آخر، كانوا يلتزمون بأجسادهم في حالة تخلفهم عن التنفيذ، اي عن الوفاء بالدين المكفول¹.

• تطور فكرة الالتزام في العصور اللاحقة:

مع تقدم الأفكار وتنوع المعاملات وتهذيب المبادئ القانونية نحو المفهوم التقليدي للالتزام باعتباره حق شخصي يمثل قيوداً على إرادة المدين ولا يتناول حريته أو شخصه، فقد أخذت الحالات التي يلتزم بها الشخص بجسده تتلاشى تدريجاً فقد تطورت أغلب الالتزامات القديمة، فتحول الالتزام من رابطة مادية منسوبة على جسم المدين إلى رابطة قانونية محلها ذمة المدين المالية لا شخصه، فقد ألغيت بغض الالتزامات الدينية والتزامات الموالاة بين السادة واختفى نظام الكفلاء وحل محلهم مدينون عاديون يلتزمون في كفالتهم للدين المضمون في ذمتهم المالية وليس في أشخاصهم، كما والغي عقد القرض القديم وتم التعديل على دعوى إلقاء اليد في الكثير من أحكامها حيث اتسع نطاقه فأصبح للدائن وضع يده على المدين بدون حكم سابق، وتم التخفيف من أثاره فقد أصبح من حق المدين الذي وضع اليد عليه الدفاع عن نفسه بنفسه دون ان يدافع عنه احد، وقد تم التوسع

¹ حسن، أحمد ابراهيم، والحفاوي، عبدالمجيد، مرجع سابق، ص 391.

في مجال الالتزامات المشروعة حيث أخذت أنواعها بالتزايد منذ مطلع العصر العلمي فأخذت تتبلور في القانون الروماني تحت تأثير الفلسفة اليونانية، ففي فكرة الحقوق المادية أو المعنوية والتي منها الالتزامات أو الحقوق الشخصية، وألغي نظام الالتزام بالأجساد وأصبح الالتزام مجرد حق معنوي يتمثل في مجرد رابطة قانونية بين الدائن والمدين¹.

- تقسيمات الالتزام.

تتنوع الحقوق الشخصية أو الالتزامات بتنوع الروابط الشخصية، وقد عمل الفقهاء من أجل تسهيل دراستها تقسيمها إلى عدة أقسام من أجل تسهيل دراستها تختلف باختلاف الأساس القانوني الذي يتخذ معياراً للتقسيم ومن أهم هذه التقسيمات:

• تقسيم الالتزامات من حيث المصدر:

يعتبر تقسيم الأساس للالتزامات من حيث المصدر، أي من الواقعة المسببة لها وتم تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها إلى أربعة أنواع وهي:

1- الالتزامات الناشئة عن عقد سواء كان العقد من العقود الكتابية كالقيد في دفاتر الدائن أو العقود العينية كالقرض والعارية والوديعة، أو من العقود اللفظية كالاشرط الشفوي، أو من العقود الرضائية كالبيع والإيجار والشركة والوكالة.

2- الالتزامات الناشئة عن شبه العقد وهي التي تنشأ عن أعمال قانونية دون أن يصحبها اتفاق سابق مثل الفضالة والإثراء بلا سبب والالتزام الوصي الناشئ عن إدارته لأعمال القاصر.

¹ حسن، أحمد ابراهيم، والمجذوب، طارق، مرجع سابق، ص 447.

3- الالتزامات الناشئة عن جريمة وهي الالتزامات الناشئة عن جريمة من جرائم القانون الخاص مثل السرقة والسب والاعتداء.

4- الالتزامات الناشئة عن شبه جريمة وهي الالتزامات التي لم تكن ناشئة عن جريمة من الجرائم المعروفة في القانون الروماني، بل عن وقائع تشبه الجريمة وتتمثل في أفعال ضارة تقع عن خطأ وإهمال من جانب الفاعل¹.

• تقسيم الالتزامات من حيث أطرافها:

ينشأ الالتزام عادة عن دائن واحد ومدين واحد ولكن قد يتعدد أطراف الالتزام فقد يتعدد الدائنون وقد يتعدد المدينون أو كلاهما، ولهذا فإن الالتزامات تنقسم من حيث إطرافها إلى التزامات بسيطة إذا كان طرفا الالتزام دائن واحد ومدين واحد، وإلى التزامات مشتركة أو التزامات تضامنية إذا تعدد أطراف الالتزام الدائنون أو المدينين أو كلاهما².

• تقسيم الالتزامات من حيث محلها:

تنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى تقسيمات متعددة:

1- الالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل: الالتزام بإعطاء شيء يشمل الالتزام بدفع مبلغ من النقود أو بنقل ملكية شيء معين أو حق عيني، والالتزام بالقيام بعمل ما مثل التزام المقاول بإقامة البناء، أما الالتزام بالامتناع عن عمل فيشمل الالتزام بعدم الغش أو عدم المنافسة غير المشروعة.

¹ العبودي، عباس، تاريخ القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، الطبعة الأولى، 1989، ص 179.

² المرجع نفسه، ص 182.

2- الالتزامات المعينة والالتزامات غير المعينة: بحسب ما إذا كان محلها معيناً أو غير معين بالفعل، فيكون محل الالتزام معين إذا كان التزام بإعطاء شيء، ويكون محل الالتزام غير معين إذا تضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

3- الالتزامات البسيطة والالتزامات التخيرية والالتزامات البديلة: يكون الالتزام بسيطاً إذا كان محله شيئاً واحداً أو عدة أشياء يجب الوفاء بها جميعاً، ويكون الالتزام تخيرياً إذا كان محله متعدداً إذا كان محله متعدداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا وفى بواحدة منها، ويكون الالتزام بديلياً إذا كان موضوعه شيئاً واحداً فقط، ولكن يكون للمدين أن يتخلص من التزامه بأداء شيئاً آخر بدلاً منه.

4- الالتزامات القابلة للانقسام والالتزامات غير القابلة للانقسام: يكون الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل للانقسام بحسب ما إذا كان محله يقبل التجزئة أم لا فيكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا كان محله غير قابل للتجزئة مثل الالتزام بنقل ملكية شيء معين، ويكون الالتزام قابلاً للانقسام إذا أمكن تقسيم محاه بسهولة إلى عدة أجزاء مثل الالتزام بدفع مبلغ من النقود¹.

• تقسيم الالتزامات من حيث الجزاء: تنقسم الالتزامات من حيث الجزاء أو الحماية المقررة لها إلى:

1- الالتزامات المدنية وهي تلك الالتزامات التي يحميها القانون المدني بدعوى والتي يستطيع بها الدائن إجبار المدين على الوفاء بالتزامه.

¹ العبودي، عباس، مرجع سابق، ص186.

2- الالتزامات البريتورية وهي الالتزامات التي أنشأها البريتور لكي يسد بها النقص في القانون المدني ويخفف من شدته ويحميها البريتور بدعاوى ودفع أنشأها استناداً إلى سلطته القضائية.

3- الالتزامات الطبيعية وهي تلك الالتزامات التي لا يحميها القانون المدني أو القانون البريتوري ولا تحميها دعوى ولا يستطيع الدائن أن يكره المدين على الوفاء بها¹.

ثانياً: الملكية العقارية والحقوق العينية المقررة على مال الغير.

الملكية العقارية

كان حق الملكية وما يزال ابرز الحقوق العينية وأعظمها شأنًا، ويمكن تعريفه بأنه الحق الذي يمكن صاحبه من الاستئثار بالشيء والتمتع بجميع ما يتضمنه من فوائد ومنافع، ويمنح هذا الحق صاحبه سلطات ثلاث حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف.

ولقد تطورت الملكية في القانون الروماني تطور طويل متعدد المراحل وعرفت العديد من الصور ولقد اهتم القانون الروماني بطرق اكتساب الملكية وانتقالها، وأيضاً وسائل حمايتها مما يلزمنا إلى البحث في تاريخ الملكية وصورها ومحل الملكية وطرق اكتسابها ووسائل حمايتها.

- تاريخ الملكية وصورها: تدرجت الملكية في القانون الروماني بتاريخ طويل ومراحل متعددة لكل منها خصائصها ومميزاتها، ويمكن التمييز بين ثلاث مراحل أساسية على النحو التالي:

1- الملكية في عصر القانون القديم لقد عرف القانون الروماني في هذا العصر نظام الملكية الفردية ويتضح هذا من نصوص القانون في قانون الألواح الاثني عشر حيث وردت فيه

¹ العبودي، عباس، مرجع سابق، ص 190.

تعبيرات مختلفة للدلالة على الذمة المالية وهي تفيد بوضوح أن حق الملكية كان قاصراً في البداية على الأموال المنقولة.

أما الملكية الجماعية فقد ظهرت في البداية على العقارات حيث كانت أراضي الرعي والزراعة مملوكة للجماعة على الشيوع¹.

كما عرفت روما في هذا العهد أيضاً نظام ملكية الأسرة، فقانون الألواح الاثني عشر تحدث عن نوع من أنواع الملكية على العقار يطلق عليه الأموال العائلية أو ملكية الأسرة حيث كان هذا فقد للعقارات الموجودة داخل مدينة روما ثم تدرجت بالتطور لتشمل الملكية الأراضي التي تقع خارج مدينة روما وبعد ذلك تطورت الملكية من حق الانتفاع ليصبح لرب الأسرة حق التصرف سواء بالبيع أو الوصية، وأصبح رب الأسرة هو المالك الوحيد للمال حيث ظهرت الملكية الفردية على العقارات في شخص رب الأسرة².

2- الملكية في العصر العلمي تعددت صور الملكية في العصر العلمي، فكان إلى جانب الملكية الرومانية في هذا العصر الملكية الأجنبية والملكية الإقليمية والملكية البريتورية (القضائية) وسوف نقوم بعرضها لكل نوع بإيجاز.

- الملكية الرومانية كانت هذه الملكية قاصرة على طائفة محددة من الناس كان يلزم لقيامها توافر ثلاثة شروط وهي:

أ- أن يكون المالك يحمل الجنسية الرومانية.

ب- أن يكون المال رومانيا أي يجب أن يكون يقع في الأراضي الرومانية.

¹ العبودي، عباس، مرجع سابق، ص152.

² الدواليبي، محمد، الحقوق الرومانية وتاريخها، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثالثة، 1959، ص535.

ت- ان تكون الملكية قد اكتسبت بطريقة رومانية المنصوص عليها بالقانون المدني كالإشهاد والدعوى الصورية.

وقد تميزت الملكية الرومانية بعدة خصائص والتي ما زالت تلازم الملكية بصفة عامة حتى الان:

أ- الملكية حق مطلق ومقصورة على صاحبه، فالمالك وحده هو الذي يتمتع بالفوائد التي يتضمنها حق الملكية.

ب- الملكية حق دائم ولا تزول هذه الصفة من صاحبها إلا برضائه أو بوقوع حادثة تؤدي إلى فناء الشيء محل الملكية.

- الملكية الأجنبية حيث لم يكن للأجانب (الخاضعون لسلطان الدولة الرومانية) حق التملك وفقاً للقانون المدني، فإذا حاز الأجنبي مالا فإنه لا يعد مالكا ملكية رومانية ولا يتمتع بالحماية التي يمنحها القانون بل يتمتع بنوع آخر من الملكية يطلق عليه الملكية الأجنبية وهي لا تخضع لأحكام القانون الروماني بل لأحكام قانون المدينة التي ينتمي الأجنبي أو لقواعد قانون الشعوب الذي كان يطبقه الحاكم القضائي للأجانب في روما¹.

- الملكية الإقليمية تتميز هذه الملكية عن الملكية الرومانية وعن الملكية الأجنبية، حيث أن هذه الملكية بقيت من الناحية النظرية مملوكة للدولة الرومانية حتى نهاية العصر العلمي، ولم يحرم سكان هذه الولايات من حقهم على تلك العقارات في الحيازة والانتفاع والحماية القانونية على هذه الحقوق، وعلى الرغم من ذلك لم تكن هذه الحماية القانونية كاملة فقد ظلت أكثر عرضة

¹ فرج، توفيق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1985، ص255.

لنزع الملكية للمنفعة العامة حيث أنها بقيت من الناحية النظرية ملك للدولة الرومانية، فالرقبة للدولة وتستطيع أن تسترد كامل الملكية إذا استدعى ذلك أسباب تتعلق بالصالح العام¹.

- الملكية القضائية وهي الملكية التي لا يعترف بها القانون المدني الروماني وإنما يحميها الحاكم القضائي بدعوى ودفع استمدها من سلطته القضائية استنادا إلى مبادئ العدالة وقانون الشعوب².

وقد أطلق على هذا النوع من الملكية اسم الملكية القضائية نسبة إلى الحاكم القضائي الذي أخذ على عاتقه حمايتها بأساليب جديدة خصيصا لذلك.

3- الملكية في عهد جستينيان لقد أدى تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع الروماني اقتراب الملكية الرومانية في أحكامها من الصور الأخرى للملكية، وتوحدت صور الملكية في عصر الإمبراطورية السفلى وبصفة خاصة في عهد الإمبراطور جستينيان ويرجع ذلك إلى عدة عوامل:

- صدور دستور كراكلا: حيث ترتب على صدوره منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الإمبراطورية ما عدا الأجانب المستسلمين.

- زوال التفرقة بين العقارات الإيطالية والعقارات الإقليمية: حيث خضعت جميع الأراضي للضريبة العقارية التي كانت تخضع لها الأراضي الإقليمية فقط وأصبح فرض الضريبة يمثل نصيب كل مالك من الأعباء العامة.

¹ فرج، توفيق، مرجع سابق، ص 258.

² المرجع نفسه، ص 301.

- زوال الطريقتين الرسميتين لنقل الملكية: حيث تم في عهد الإمبراطور جستنيان زوال الطريقتين لنقل الملكية وهما الإثهاد والدعوى الصورية¹.

وهكذا توحدت صور الملكية، في القانون الروماني في عهد جستنيان في نظام عام واحد، وان ظلت بعض قواعد الملكية الرومانية تمثل الأساس الذي بني عليه هذا النظام الموحد للملكية كما استمد بعض خصائصه من الصور الأخرى للملكية فأصبح التسليم هو الطريقة لنقل الملكية بطريقة اختيارية.

- محل الملكية: ترد الملكية على كل ما يعد مالا في نظر القانون الروماني، والمال هو كل شيء نافع للإنسان يمكن أن يمتلكه شخص ويستأثر به دون غيره بشرط أن يكون داخلا في دائرة التعامل، حيث أن حق الملكية في القانون الروماني لم يرد إلا على الأشياء المادية الداخلة في دائرة التعامل.

أن الأشياء الداخلة في دائرة التعامل، هي التي تعتبر أموالا بالمعنى الصحيح، ويمكن تقدير قيمتها ماليا، ولقد قسم الرومان هذه الأموال إلى تقسيمات مختلفة. وسوف نعرض أهم هذه التقسيمات كما يلي:

1- الأموال النفيسة والأموال غير النفيسة: يعد هذا التقسيم خاص بالرومان وحدهم وغير معروف في الشرائع الأخرى².

ويعرف الفقيه جايوس الأموال النفيسة بأنها الأشياء التي تنتقل ملكيتها بالإشهاد، كما اقتصر فقهاء الرومان على بيان الأموال النفيسة في قائمة ظلت على سبيل الحصر وتعتبر هذه

¹ حسن، أحمد إبراهيم، والمجنوب، طارق، مرجع سابق، ص 330.

² العبودي، عباس، مرجع سابق، ص 150.

الأموال على وجه التحديد العقارات الإيطالية من أرض ومباني، وحقوق الارتفاق المقررة لصالحها، والأرقاء وحيوانات الحمل والجر، ما عدا الإبل والفيلة، وكل ما هو غير هذه الأموال فهو من الأموال غير النفيسة ولذلك فهي لا تقع تحت الحصر، على سبيل المثال العقارات التي تقع في الولايات الرومانية خارج إيطاليا¹.

2- الأموال المنقولة والعقارية: لم ينشأ هذا التقسيم ولم يكتسب شأنًا يذكر في القانون الروماني إلا على أثر تساؤل أهمية تقسيم الأموال إلى نفيسة وغير نفيسة.

الأموال العقارية هي الأموال الثابتة التي لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون ان تتغير وهي تشمل الأرض وما يتصل بها من بناء أو غرس. أما الأموال المنقولة فهي الأموال التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، أو التي يمكن أن تتحرك من تلقاء نفسها².

3- الأموال المثلية والأموال القيمية: الأموال المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، فهي غير معينة بذاتها ويوجد ما يماثلها في الأسواق مثل القمح. أما الأموال القيمية فهي التي لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، بل هي محددة بذاتها وصفتها الخاصة مثل العبد المعين.

4- الأموال المادية والأموال المعنوية: لم يعرف القانون الروماني، في البداية سوى الأموال المادية فقط والتي تقع تحت الحواس كالسلع والحيوانات. ولكن بعد التطور في العصر العلمي وتحت تأثير الفلاسفة الإغريق، عرف القانون الروماني الأموال المعنوية، والتي هي في الحقيقة عبارة عن حقوق لا تقع تحت الحواس ولا تدرك الا بالذهن، أي أن الأموال

¹ جعفر، علي محمد، مرجع سابق، ص 51.

² العبودي، عباس، مرجع سابق، ص 151.

المادية هي التي تقع تحت تأثير الحواس ولها وجود مجسم في الطبيعة. أما الأموال المعنوية فهي التي لا تقع تحت الحواس وليس لها وجود إلا بالذهن.

- طرق اكتساب الملكية: يمكن تعريفها بأنها تلك الأعمال القانونية أو الوقائع المادية التي يترتب عليها دخول حق الملكية في ذمة شخص ما¹.

- تنقسم طرق اكتساب الملكية إلى طرق منشئة للملكية وإلى طرق ناقلة للملكية، ولهذا سنتناولها كالتالي:

1- الطرق المنشئة للملكية: أن هذه الطرق تتمثل في 1- الاستيلاء والذي يمكن تعريفه هو وضع اليد على مال مباح غير مملوك لأحد بقصد تملكه، فيكتسب واضع اليد ملكية هذا المال في الحال بمجرد وضع اليد عليه، ويتضح من تعريف الاستيلاء لكسب الملكية لا بد من توافر عدة شروط أولها ان يكون المال الذي تم وضع اليد عليه شيء مباح غير مملوك لأحد وقابل للتملك الفردي ويشترط ثانياً أن يكون هناك وضع يد وأن يكون وضع اليد قد تم بنية التملك. 2- التبعية أو الإضافة أو الالتصاق والتي يمكن تعريفها بأنها اتحاد شيء تبعي بشيء أصلي اتحاداً يتعذر معه فصله عنه بدون تلف، مما يؤدي إلى أن مالك الشيء الأصلي يصبح أيضاً مالكا للشيء التبعي، مع تعويض صاحب الشيء التبعي في الأحوال التي لا يكون الالتصاق قد تم بقصد منه. ويتضح من تعريف التبعية أو الالتصاق أنه يشترط في اتحاد الشيء الأصلي بالشيء التبعي شيء بسيط يتعذر فصلهما دون تلف. 3- التنويع: وهو تغيير نوع الشيء بالصنع، أي إيجاد شيء جديد من مادة يملكها شخص آخر دون رضائه، مثل تحويل الخشب إلى مقعد، أو تحويل العنب إلى

¹ عباس العبودي، مرجع سابق، ص 159.

نبيذ. 4- اكتساب الثمار: تعرف الثمار بأنها ما ينتج عن الشيء بطريقة دورية ومنتظمة

مثل منتجات الماشية وحاصلات الثمار¹.

2- الطرق الناقلة للملكية: هناك نوعين من طرق انتقال الملكية وهما طرق اختيارية لنقل

الملكية سنتناول كل طريقة على حدى:

- الطرق الاختيارية لنقل الملكية ويقصد بها تلك الطرق التي تنتقل بها الملكية من شخص إلى آخر بإرادتهما لا جبرا عنهما، والطرق الاختيارية لنقل الملكية، في القانون الروماني ثلاثة أنواع وهي: الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم، حيث أن الإشهاد والدعوى الصورية استعمالها كان قاصر على من يتمتع بالجنسية الرومانية أما التسليم فهو ليس حكرا على احد حيث يشمل الرومان وغيرهم من الأجانب.

• الإشهاد: هو عملية رسمية لنقل الملكية الرومانية من نظم القانون المدني ولذلك كان مقصورا استعماله على المواطنين الرومان، ويلزم لصحته حضور الطرفين الناقل والمكتسب وخمسة شهود وحامل الميزان ويشترط أن يكون هؤلاء الأشخاص جميعا من المواطنين الرومان الذكور البالغين².

• الدعوى الصورية: تعتبر الدعوى الصورية طريقة اختيارية لنقل الملكية وهي من نظم القانون المدني، وكذلك فأن الإشهاد عبارة عن بيع صوري، فهذه الطريقة أيضاً عبارة عن دعوى صورية، ترفع في شكل استرداد الملكية أمام الحاكم القضائي³.

¹ حسن، أحمد إبراهيم، تاريخ القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 149.

² البدرابي، عبدالمعتم، التطور التاريخي للقانون عبر المؤسسات والأحداث الاجتماعية، جدة، الطبعة الأولى، 1980، ص 105.

³ البرازي، محمد محسن، الحقوق الرومانية، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1935، ص 41.

• التسليم: هو طريقة اختيارية مجردة من الشكلية لنقل الملكية، وهو ليس من نظم القانون المدني، بل من نظم قانون الشعوب، ولذلك لم يكن استعماله قاصراً على الرومان¹.

- الطرق الإجبارية الناقلة للملكية: أن الطرق الإجبارية الناقلة للملكية في القانون الروماني ثلاثة أنواع وهي: نقل الملكية بنص القانون ونقل الملكية بحكم القضاء ونقل الملكية بالتقادم أو مضي المدة.

• نقل الملكية بنص القانون: هناك حالات قرر القانون نقل الملكية ممن كان له الحق فيها طبقاً للقواعد العامة إلى شخص آخر وذلك على سبيل العقوبة. ومن ذلك ما قرره قوانين جوليا من حرمان الوارث الأعزب أو من ليس له أولاد من نصيبه في الإرث، إلى وارث آخر له أولاد أو إلى الخزينة العامة، وأيضاً ما قرره القانون الصادر من مجلس الشيوخ من تملك الشريك على الشيوع نصيب شريكه الذي لم يقم في خلال أربعة أشهر من اعداره بدفع نصيبه في مصاريف إصلاح المال الشائع والتي تكبدها الأول من ماله الخاص، وأيضاً ما قرره الدساتير الإمبراطورية الصادرة في القرن الرابع الميلادي من حرمان المالك الذي يسترد ماله بالقوة من يد الحائز دون الالتجاء إلى القضاء، إضافة إلى ذلك حيث كان يقرر القانون منح بعض الأشخاص حق الملكية على سبيل المكافأة ولمن كان يضع يده على أرض متروكة ويقوم باستصلاحها وزراعتها².

• نقل الملكية بحكم القضاء: تنتقل الملكية بحكم القضاء في ثلاثة دعاوى وهي دعوى قسمة التركة ودعوى قسمة الأموال الشائعة في حال اختلاف الورثة أو أحد الشركاء على الشيوع فان القاضي هو الذي يقوم بهذه القسمة ودعوى فصل الحدود بين الجيران في حالة النزاع بين

¹ البرازي، محمد محسن، مرجع سابق، ص 49.

² حسن، أحمد ابراهيم، والمجنوب، طارق، مرجع سابق، ص 331.

الجيران ورفع الأمر إلى القضاء للفصل بينه وبين جاره فلا يجد القاضي حداً فاصلاً بطريقة واضحة بين الجارين، فيقوم بتعديل الحدود بنقل ملكية جزء من عقار أحد الجارين إلى الجار الآخر¹.

• اكتساب الملكية بمضي المدة (التقادم): يعد التقادم أهم الطرق الإيجابية الناقلة للملكية وأكثرها شيوعاً. وهي طريقة تكتسب بها الملكية بناءً على وضع اليد الذي يستمر مدة معينة متى توافرت الشروط القانونية، أي أنه يؤدي إلى تحويل وضع اليد الذي هو مجرد سلطة فعلية إلى حق وسلطة قانونية².

• وسائل حماية الملكية: تنقسم طرق حماية الملكية إلى ثلاثة أقسام وهي حماية الملكية الرومانية وحماية الملكية القضائية وحماية الملكية الإقليمية والملكية الأجنبية سنتناولها كما يلي:

• حماية الملكية الرومانية: أن الملكية الرومانية هي الملكية التي يعترف بها القانون الروماني ووضع القانون الروماني دعاوي عديدة لحمايتها أهمها دعوى الاسترداد ودعوى الإنكار.

1- دعوى الاسترداد: تعتبر دعوى الاسترداد الوسيلة الأساسية التي قررها القانون المدني لحماية الملكية الرومانية، وتفترض دعوى الاسترداد أن المالك قد فقد وضع يده على ماله وأنه يسعى لاسترداده باعتباره مالكاً أي استناداً إلى حق الملكية الذي يتمتع به على الشيء³.

¹ حسن، أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 336.

² البرازي، محمد محسن، مرجع سابق، ص 44.

³ حسن، أحمد إبراهيم، والجنوب، طارق، مرجع سابق، ص 339.

2- دعوى الإنكار: هي دعوى مدنية عينية مقررة لحماية الملكية الرومانية وذلك بأنها ترفع على المالك على شخص لا ينازعه في ملكيته، بل يدعي أن له على المال حقا عينيا آخر غير حق الملكية كحق ارتفاق أو حق انتفاع، وفيها ينكر المالك حق المدعي أو ينفي وجوده ولذلك سميت بدعوى الإنكار¹.

• حماية الملكية القضائية: أن الملكية القضائية لا يحميها القانون المدني لأنها لم تنشأ طبقا لأحكامه، ولكن يحميها الحاكم القضائي بدفوع ودعوى استمدها من السلطة القضائية استنادا إلى مبادئ العدالة وقانون الشعوب.

1- الدفع: هي الوسائل القانونية التي يمنحها الحاكم القضائي لصاحب حق الملكية القضائية والتي تمكنه من رد الدعاوى التي تقام عليه لانتزاع الشيء موضوع حقه من تحت يده.

2- الدعوى المقررة لحماية الملكية القضائية: أن السبب الذي دعا إلى وجود مثل هذه الدعوى أن صاحب حق الملكية القضائية حينما يكون واضعا يده على الشيء فإن هدفه اكتساب الملكية الرومانية بمضي المدة، ولذلك رأى أن حقه جدير بالحماية وإلى أن يعاد إليه وضع اليد، وهذه الدعوى تصدر في صورة دعوى الاسترداد المدنية مع افتراض أن المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قد تحققت².

¹ حسن، أحمد إبراهيم، والمجنوب، طارق، مرجع سابق، ص 341.

² المرجع نفسه، ص 361.

• حماية الملكية الإقليمية والأجنبية:

1- الملكية الإقليمية: يرى البعض أن حكام الأقاليم منحوا ملاك الأراضي الإقليمية دعوى الاسترداد المدنية بطريق التوسع، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بأنه كان لهم دعوى استرداد على غرار دعوى الاسترداد القضائية يفترض بها أن الأراضي الإقليمية أراضي رومانية.

2- الملكية الأجنبية: لم يكن للأجنبي حماية حقه عن طريق أي دعوى، ولكن منح الحاكم القضائي للأجانب في روما وحكام الأقاليم كانوا يمنحون الأجانب دعوى استرداد خاصة وذلك عن طريق الافتراض والتحايل، أي افتراض أن الأجنبي روماني¹.

الحقوق العينية المقررة على مال الغير

هي حقوق عينية مثل حق الملكية، حيث أنها واقعة مباشرة على الشيء. كما أن لهذه الحقوق دعوى عينية تحميها مثل الدعوى التي تحمي حق الملكية، ويبرز الفرق عن حق الملكية في أنها تقع على مال مملوك للغير وأنها لا تعطي لصاحبها حق الاستغلال بالشيء أو التصرف فيه، فقط تعطي صاحبها جزءا من السلطة الممنوحة عادة للمالك على ملكه².

لم يعرف القانون الروماني في عصر القانون القديم من تلك الحقوق سوى حقوق الارتفاق، ثم ظهرت في العصور التالية العديد من الحقوق مثل الرهن الحيازي والحكر والاستقرار وإجارة الأراضي الخراجية والرهن غير الحيازي.

¹ فرج، توفيق، مرجع سابق، ص 345.

² المرجع نفسه، ص 351.

حقوق الارتفاق: تعد حقوق الارتفاق من أقدم الحقوق عهداً وأنها وحدها من الحقوق المدنية، وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق ارتفاق عينية وهي عبارة عن تكاليف مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر مثل حق المرور وحق المجرى، وحقوق ارتفاق شخصية وهي عبارة عن حقوق مقررة لمنفعة شخص معين على مال مملوك للغير مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى. أن من أبرز خصائص حقوق الارتفاق أنها حقوق عينية تخول لصاحبها الانتفاع بمال مملوك للغير يتمتع بحق عيني على هذا المال يحتج به في مواجهة الكافة، وتمتاز أيضاً بأنها حقوق مقررة على مال الغير حيث أنها لا ترد إلا على مال مملوك للغير، وأيضاً أنها قيود استثنائية على حق الملكية لأنها عبارة عن عبء على المال المرتفق به ويحد من سلطة صاحب المال في استعمال ماله، كما وإنها من الأموال المعنوية فهي أشياء غير مادية بعكس حق الملكية الذي يختلط بالشيء المادي الذي يرد عليه ¹.

نظام الاستقرار: هو حق عيني يتضمن انتفاع مستأجر الأرض بالمباني التي موجودة عليها بالتفاق مع المالك.

لقد نشأ هذا النظام في البداية لصالح مستأجري أراضي الدولة حيث جرى العرف على بقاء المباني المقامة على أراضي الدولة لمستأجري هذه الأراضي. حيث أن حق الاستقرار يختلف عن حق الانتفاع حيث أن حق الانتفاع مرتبط بصاحبه وينتهي بوفاة في حين أن نظام الاستقرار ينتقل من صاحبه إلى غيره وينتقل إلى ورثته ².

إجارة الأراضي الخراجية: وجد نظام إجارة الأراضي المملوكة للدولة أو للمدن أو للمؤسسات الدينية الصالحة للزراعة في بداية العصر الإمبراطوري، بهدف تشجيع المزارعين على

¹ العبودي، عباس، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، دار الكتب للنشر والتوزيع، الموصل، 1988، ص 159.

² المرجع نفسه، ص 163.

استثمارها بأجر زهيد، وهو استئجار هذه الأراضي لمدد طويلة أو لا نهاية لها مقابل دفع ضريبة. كان المستأجر يتمتع بمركز مختلف عن المستأجر العادي، حيث كان الحاكم القضائي يتدخل لحمايته ويمنحه أوامر وضع اليد ودعوى عينية، كما وكان مستأجر الأراضي الخراجية يتمتع بحق عيني يجوز له التصرف فيه أثناء حياته وينتقل إلى ورثته بعد وفاته¹.

نظام الحكر: هو نظام مستمد من التقاليد اليونانية بهدف إحياء الأراضي غير الصالحة للزراعة، حيث كان يتم تأجير هذه الأراضي لمدد طويلة بقصد غرسها وزراعتها مقابل مبلغ يدفعه المحكر للمالك.

كان هذا النظام في البداية قاصرا على الأراضي التي يملكها الإمبراطور، وعندما دعت الحاجة للأباطرة إلى تأجير أراضيهم الميتة للأفراد لمدد طويلة للعمل على استصلاحها مقابل أجرة بسيطة. نشأ نظام الحكر دون الحاجة إلى أي شكل خاص وقد اختلف الفقهاء فيما انه يبيع أة إجارة، فقام الإمبراطور زينون قانونا لحسم الخلاف القائم بين الفقهاء حول تحديد طبيعة هذا الاتفاق نص فيه أن الحكر لا يعد بيعا أو إجارة بل عقدا مستقلا بذاته².

وفي عهد الإمبراطور جستينيان ادمج نظام إجارة الأراضي الخراجية في نظام الحكر وجعل منهما نظاما واحدا أطلق عليه اسم الحكر، وأصبح هذا النظام يرد على الأراضي الغير صالحة للزراعة سواء كانت مملوكة للدولة أو لأحد الأفراد، كما قام بإدخال عليه بعض التعديلات مثل

¹ حسن، أحمد إبراهيم، والمجنوب، طارق، مرجع سابق، ص 344.

² المرجع نفسه، ص 349.

سقوط الحق اذا لم يتم المحتكر بدفع المبلغ المطلوب لمدة ثلاث سنوات وأن يخطر المحتكر المالك في حال رغبته في البيع خلال شهرين أما أخذ الأرض بالثمن المعروض أو يصادق على البيع¹.

الفرع الثاني: الحقوق المالية في القوانين القديمة.

أولاً: الحقوق المالية في مصر القديمة.

سنقسم دراسة الحقوق المالية في مصر القديمة إلى نظام الملكية فيها وإلى نظام الالتزامات والعقود.

• نظام الملكية في مصر الفرعونية:

كانت الطبيعة الإلهية كما زعم البعض يجعله مصدراً للتشريع فهو يقول القانون وينهض به بين الناس بإقامة العدل، ومع هذه السلطة المطلقة لفرعون في الظاهر للتشريع والقضاء فإنه لم تكن في الواقع كذلك، فكان قيد من فكرة الإلهة الفرعونية عند المصريين وضرورة انضباطها على المعايير لموضوعية للحق والعدل².

الأموال هي الأشياء التي يمكن أن تكون موضوعاً لحق ولها قيمة مالية أو الأشياء التي تجلب المنفعة للإنسان وتصلح لتكون موضوعاً للملكية الخاصة.

تقسم الأموال من حيث طبيعتها إلى قيمية ومثلية ومادية ومعنوية وعقارية ومنقولة وأن من أهم التقسيمات تقسيم الأموال إلى أموال منقولة وأموال غير منقولة.

¹ الحفناوي، عبدالمجيد، مرجع سابق، ص 246.

² بدر، محمد، تاريخ القانون الفرعوني (2)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، ص 138.

الأموال المنقولة هي التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، وتشمل النقود وكل ما جرى التعامل به كأداة للمبادلة. والأموال الثابتة أو العقارات هي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف كالأرض والبناء¹.

عرف القانون المصري تقسيما آخر للأموال محل الملكية لا يقوم على أساس طبيعة الشيء محل الملكية بل يقوم على مدى حق الملكية ونطاقه فعرف الملكية التامة وهي الملكية الفردية وهي التي تعطي للمالك السلطة المطلقة على المال وتعطي صاحب الحق حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، والملكية الناقصة والتي يمكن تعريفها بأنها تقتصر على حق الانتفاع فقط، والملكية المقيدة والمخصصة لغرض معين، سنتناولها كما يلي:

- الملكية المطلقة أو الفردية

أن مصر لم تعرف نظام الملكية الفردية على الأراضي الزراعية، في الوقت الذي أجمع فيه علماء القانون على أن المنقولات بصفة عامة كانت محلا لتملك الأفراد وكان للفرد عليها سلطة مطلقة تشمل عناصر الملكية المختلفة من استعمال واستغلال وتصرف، لم تعرف مصر نظام الملكية الفردية على الأراضي الزراعية فقد كانت تلك الأراضي ملكا للملك الذي كان يملك لنفسه مساحات واسعة يقوم باستغلال عن طريق المزارعين الذين يتقاضون في مقابل ذلك على جزء من المحصول، وكان الملك يوزع مساحات أخرى على الأفراد للانتفاع بها على سبيل المنحة مع احتفاظ الملك بملكية الرقبة، وكان الملك يخصص مساحات من الأراضي للمعابد².

¹ بدر، محمد، مرجع سابق، ص140.

² الحفاوي، عبدالمجيد، تاريخ القانون المصري، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ص 129.

- الملكية الناقصة

تتمثل الملكية الناقصة في حق الانتفاع الذي يمكن تعريفه بأنه يخول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال، ويظل للمالك حق التصرف أو ما يسمى بملكية الرقبة وهو حق مؤقت مرتبط بمدة معينة، والانتفاع عرفه القانون المصري منذ عهد الدولة القديمة، حيث منذ عهد الأسرتين الثالثة والرابعة جرت العادة على أن تمنح كبار موظفيها الانتفاع ببعض أراضيها كراتب لهم طوال فترة أدائهم لمهام وظيفتهم، ثم بعد ذلك تحول هذا الحق إلى حق مؤقت محدد بحياة المنتفع، بدأ حق الانتفاع في الانتشار بعد انهيار الملكية الفردية في العصر الإقطاعي نتيجة لزيادة المنح الملكية، وتحول حق الانتفاع إلى نوع من الملك وينتقل من المنتفع إلى الورثة، مما أدى إلى اقتراب حق الانتفاع من حق الملكية ولم يبق للمالك الرقبة سوى مجرد حق اسمي وذلك لان المنتفع هو الذي يمارس من الناحية الفعلية حق الملكية على العين، حيث اجتازت الأسرة الثالثة في سبيل تطوير الملكية إلى السلطة المطلقة، اذ تحقق لها توحيد النظم الملكية وأعمالها¹

- الملكيات المقيدة

عرفت مصر الفرعونية مجموعة من الأموال العقارية التي خصصت لغرض معين فخرجت بذلك عن دائرة التعامل فمالك هذه الأموال أو حائزها يملك حق الاستغلال لا حق التصرف وتشمل تلك الأموال أموال المؤسسات والأموال المقطعة، حيث أعتقد المصريون القدامى بالحياة الآخرة بعد الموت ولكي يضمنوا تلك الحياة كان يتعين عليهم تقديم القرابين وإقامة الشعائر الدينية لأرواحهم بصفة منتظمة، ولهذا كان يهب الفرد بعض أمواله للكهنة في مقابل قيامهم بتقديم القرابين بعد وفاته

¹ الحفناوي، عبدالمجيد، وبدر، محمد، تاريخ القانون المصري في العصر الفرعوني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ص 290.

وإقامة الشعائر الدينية لروحه، وكان يشترط الواهب على الموهوب عدم جواز التصرف في الأموال الموهوبة، وكانت تسمى بحقول الكهنة وهذا ما كان نظام أموال المؤسسات¹.

بدأ نظام الأموال المقطعة في الظهور منذ بداية الأسرة الخامسة مع تبلور نظام الامتيازات، فقد كان الملك بمنح أتباعه من الأفراد وكبار الشخصيات قطعاً كبيرة من الأراضي مقابل التزام يقع عليهم، ويكتسب المقطع حق الانتفاع الذي يعطيه سلطتي الاستعمال والاستغلال دون سلطة التصرف التي تظل للملك.

• نظام الالتزامات والعقود في مصر الفرعونية

من الصعب الحديث عن نظرية عامة للالتزامات في القانون المصري الفرعوني، ويرجع السبب إلى ندرة المصادر التشريعية التي تضع قواعد عامة صالحة للتطبيق على تلك التصرفات وإلى عدم العثور على أي مؤلف فقهي في هذا الصدد.

يعد العقد المصدر الرئيسي للالتزام في القانون الفرعوني فالعقد كان تصرفاً رضائياً يكفي لانعقاده إرادته المتعاقدين أيًا يكن الشكل الذي تصاغ فيه الإرادة، وذهب الفقه إلى اعتبار العقد في القانون المصري تصرفاً قانونياً من طرف واحد تنشأ فيه الالتزامات على عاتق كل طرف على حدة.

مع أن العقد هو المصدر الأساسي للالتزام فإنه لم يكن المصدر الوحيد فقد وجدت مصادر أخرى كانت ذا أهمية مثل الفعل الضار وأشارت لها بعض النصوص إلى التزام صاحب الحيوان

¹ الحفناوي، عبدالمجيد، مرجع سابق، ص 131.

بالتعويض عن الضرر الناشئ عن فعل الحيوان حيث تلزم بتعويض المالك عما اصابه من ضرر¹.

عرف القانون الفرعوني العديد من العقود الموجودة في الوقت الحاضر، وأن تلك العقود شيوعاً كان البيع والإيجار لما كان لهما دور بارز في الحياة الاقتصادية لمصر القديمة.

- عقد البيع: يعد عقد البيع الوسيلة الأولى لانتقال الأموال وتبادلها من يد إلى أخرى وكان عقد البيع يتم باتفاق طرفيه على الشيء المبيع والتمن ويرتب التزامات على عاتق البائع والمشتري حيث أن مصدر التزام كل متعاقد يكمن في إرادته المنفردة وليس في توافق الإرادتين، حيث كان إذا استحق المبيع ولم يكن البائع مالكا له كان للمشتري الرجوع عليه بالضمان أي بفسخ العقد والحصول على التعويض المناسب، وكان البائع ملتزماً بضمان العيوب الخفية².

والالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري هو التزامه بأداء الثمن، وكان الأصل دفع الثمن فوراً ومع ذلك أن عدم دفع الثمن في الحال لا يترتب عليه البطلان للعقد لأن البيع المؤجل جائز وفي هذه الحالة يلتزم المشتري بدفع الثمن عند حلول الأجل المتفق عليه.

- عقد الإيجار: عرف القانون المصري نوعين من الإيجار الأولى إيجار الأشياء فكانت تتعلق بإيجار العقارات وبالأخص الأراضي الزراعية والثانية إيجار الأشخاص فكانت تنصب على عمل الأفراد وهم عمال زراعيون يعملون في أراضي الدولة أو لدى الملاك الكبار، وكانت عقود الإيجار في ذلك الوقت مدونة في محرر وتخضع لإجراءات التسجيل وأن لم تكن الكتابة شرطاً

¹ الحفناوي، عبدالمجيد، مرجع سابق، ص244.

² الجراح، شفيق، تاريخ النظم القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص387،388.

لانعقاد العقد أو صحته بل كانت لإثباته فقط، حيث كان الإيجار ينعقد بالإيجاب والقبول عن المؤجر والمستأجر¹.

أنقلب عقد الإيجار في عصور الإقطاع إلى عقد مؤبد من عقد محدد المدة، فلقد أصبحت إجارة الأراضي تنعقد لمدى حياة المستأجر وحياة ورثته من بعده فتحول حق المستأجر من حق شخصي إلى حق عيني لصيق بالعين المؤجرة وقابلاً للانتقال من المستأجر إلى ورثته، وبعد انتهاء عصور الإقطاع عاد عقد الإيجار إلى طبيعته الأولى أي انه عاد عقداً محدد المدة يقوم على رابطة شخصية بين طرفيه.

ثانياً: الحقوق المالية في بلاد ما بين النهرين

سنقوم بدراسة القواعد الخاصة بالملكية وتنظيم التعامل بين الأفراد في بلاد ما بين النهرين. لقد أحاطت التشريعات العراقية ملكية الأراضي والعقارات بإجراءات وقواعد تتناسب مع أهمية ملكية الأرض وهذه الملكية بنوعها العام والخاص كانت معروفة في العهود المختلفة من تاريخ وادي الرافدين.

إضافة إلى الملكية الفردية كانت هناك ملكية جماعية التي تنتمي إلى العائلة الواحدة وملكية الدولة للأراضي، وأيضاً ملكية الأراضي للآلهة أو المعابد التي هي ملكية عامة من نوع خاص.

حيث يتصل حق الانتفاع بملكية الأرض عن طريق ممارسة حق الاستغلال للأراضي التي تعود للملك، حيث كان الملك يمنح هذا الحق إلى من يقدمون خدمات معينة إلى الدولة وأجازت

¹ الحفناوي، عبدالمجيد، مرجع سابق، ص 246.

القواعد القانونية الخاصة بملكية الأراضي انتقال حق الانتفاع عن طريق الدولة مع وضع قيود خاصة لنقل الملكية، ووردت تشريعات مختلفة تتناول كل ما يتصل بالزراعة (كشف الترع والقنوات وتنظيم شؤون الأراضي الزراعية وتقاسم المياه) حيث أن الأراضي في بلاد الرافدين كانت منذ أقدم العصور صالحة للزراعة بصورة عامة¹.

والى جانب الأحكام الخاصة بالقرض والفائدة كان هناك أحكام خاصة بالشركات ونقل البضائع، وتنظيم أعمال الصرافة وحفظ الأموال واستعمال وسائل النقل المختلفة، وأحكام خاصة بالتعامل التجاري الخارجي والداخلي، وتنظيم تأجير وسائل النقل النهرية، وتحديد مسؤولية عامل بناء السفينة ومسؤولية الملاح حين غرق السفينة².

ووجدت وثائق على شكل ألواح ومحركات كان موضوعها توثيق المعاملات التجارية وما يتعلق بها كالعقود والسندات، ويستفاد من ذلك أن إجراءات معينة كان يجب استيفاؤها عند كتابة تلك العقود، وأن العقود لا تعتبر ذات قوة قانونية مازكة ما لم تكن قد حررت بشكل معين مفروض.

وكان هناك قواعد للتعامل بين الأفراد تنظم العلاقة بين رب العمل ومن يستأجره للعمل، ويستفاد من تشريع حمورابي أن التدخل من جانب الدولة في العلاقة بين العامل وصاحب العمل كان معروفاً وكان يأخذ في بعض الأحيان صورة الحد الأدنى للأجور. ومن قواعد التعامل أحكام بتحديد أجر الأطباء والبنائين ومسؤوليتهم التقصيرية³.

¹ الجراح، شفيق، دراسات في تاريخ الحقوق، جامعة دمشق، الطبعة الأولى، ص136.

² المرجع نفسه، ص 137.

³ المرجع نفسه، ص139.

ثالثاً: الحقوق المالية في المجتمع اليوناني

سنقوم بدراسة القواعد الخاصة بالملكية كما سنقوم بدراسة القواعد الخاصة بالعقود

• الملكية في القانون اليوناني

بعد إقرار حق الإرث لجميع الأولاد وبالإضافة إلى عوامل أخرى أدى ذلك إلى تقليص مساحة الأراضي المملوكة من المواطنين، ومع أن ملكية الأرض كانت حكراً على المواطنين فقد أخذت الدولة سياسة خاصة بالملكية، فأقرت مبدأ الاستملاك للمنفعة العامة، وفرضت على المزارعين زراعة أنواع معينة دون غيرها في بعض المناطق بهدف استثمار أفضل، وأنشأ بعض المدن اليونانية سجلاً خاصاً لتنظيم الملكية العقارية وتم اقتباس مبدأ التأمين العقاري عن الشرقيين الذي كان له نتائج مزدوجة تعود بالنفع على المزارعين في مجال القروض وتعود عليهم بالضرر إذا لم يستطيعوا الوفاء بديونهم، مما أدى التوسع في ملكية الممولين الكبار والمصارف المقرضة¹.

• العقود في القانون اليوناني

خضع التعاقد في ظل القانون اليوناني إلى الديموقراطية الأثينية لمبدأ الحرية، فكان من حق المواطنين أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون شرط أن يراعوا مقتضى النظام والآداب العامة والأحكام القانونية، ومبدأ حرية التعاقد لم يكن يعني غياب العقود المنظمة، فقد كانت هناك عقود نموذجية جاهزة في موضوعات الشركات والبيع والإيجار والقروض وغيرها².

¹ حسن، أحمد إبراهيم، والمجنوب، طارق، مرجع سابق، ص 187.

² المرجع نفسه، ص 189.

المطلب الثاني: مفهوم الحق في الفقه الإسلامي والفقه القانوني.

للحق مفهوم واسع، وقد تعددت التعريفات التي تطرقت إلى تعريف الحق ولعل أوضحها القول بأن الحق تقرر لمصلحة شخص معين بذاته يمنحه سلطة أو سلطات قانونية معينة يستأثر بها ويوجد على الكافة احترامها، وعلى هذا النحو سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين أساسيين نتحدث في الفرع الأول عن فكرة الحق في الفقه الإسلامي من حيث تعريفه تعريفا مبسطا وإلى أنواع الحقوق المالية في الفقه الإسلامي، ونتحدث في الفرع الثاني عن فكرة الحق في الفقه القانوني وأنواع الحقوق المالية.

الفرع الأول: فكرة الحق في الفقه الإسلامي.

يستدعي البحث في الحقوق المالية ما بين إطلاقها ونسبيتها النظر في تعريف الفقه الإسلامي وتحليله، وذلك من أجل بيان ماهية هذا الحق فقد جرى إطلاق كلمة الحق على كل ما يخول صاحبه اختصاصا واستثنائا بموضوعه المعين دون سائر الناس كحق الملكية مثلا.

أولا: تعريف الحق وتحليله.

1- تعريف الحق في اللغة: يطلق الحق على الملك والمال والأمر الموجود الثابت، أو الثبوت والوجود من حق الشيء إذا ثبت ووجب ومنه قوله تعالى " لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون "، وكل ما يورد لكلمة حق يدور معها الثبوت والوجوب.

2- تعريف الحق عند الفقهاء المسلمين: لم يقد الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع بل اعتمدوا على المعنى اللغوي لتعريف الحق، وتبريرهم في ذلك أنه واضح من التعريف اللغوي ولا يحتاج إلى تعريف¹.

غير أن صاحب البحر الرائق عرفه بأنه " الحق ما يستحقه الرجال " نرى أن هذا التعريف يكتنفه الغموض حيث لفظ ما يدل على الغموض، وورد في شرح المنار أن الحق هو الشيء الموجود من كل وجه، ومنه قوله عليه السلام " السحر حق والعين حق "، كما وعرف حق الملكية للحاوي القدسي فيما نقله ابن نجيم بأنه اختصاص حاجز وهذا التعريف يحمل في طياته عن أهم خاصية من خصائص الحق بمعناه العام حيث أن الاختصاص جنس في التعريف وأنه هو نفسه الجوهر لكل حق أي أنه عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشيء تمنح صاحبها استئثارا على موضوعها، وهذه التعريفات جميعها حول المعنى اللغوي للحق².

3- تعريف الحق عند الأصوليين: قام الأصوليين بتقسيم الحق في " باب المحكوم به " وهو فعل المكلف الذي يتعلق به خطاب الشارع، وقد قسموه إلى قسمين رئيسيين: حق الله وهو " ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد، وإضافته إلى الله تعالى لعظيم خطره وشموع نفعه، وحق الفرد وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة³.

غير أنهم لم يتعرضوا لتعريف الحق بما يزيد على معناه اللغوي فقالوا الحق في اللغة عبارة عن الموجود من كل وجه وجودا لا شك فيه ومنه هذا الدين حق أي موجود بذاته صورته ومعنى،

¹ الخفيف، علي، الحق والذمة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1945، ص 36.

² المصري، الامام آبن نجيم، البحر الرائق، ج 6، ص 148.

³ السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ج 1، ص 9.

ولفلان حق في ذمة فلان، أي شيء موجود من كل وجه فلم يخرجوا في تعريفه عن المعنى اللغوي.

تعريف الحق بأنه: حكم يثبت من أمر ونهي، هو منشأ الحق وسببه، لا الحق في ذاته. غير أن البعض يقول في تعريفه " الحق الموجود " والمراد به هنا الثابت حيث أنه يرد على عدة أمور:

- أنه ينبىء عن منشأ الحق، حيث أن الحق لا يعتبر حقا في نظر الشرع إلا إذا قرره الشارع وأيضاً يكون هذا التقرير بحكم.

- أن الحكم، إذا راد به خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً، فالحق ليس هو نفس الخطاب وإنما هو الأثر الثابت بالخطاب، فعلاقة الحق بالخطاب هي علاقة المسبب بالسبب.

- على أنه لو أريد بالحكم الأثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمة والإباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء، فالتعريف غير مانع لأن الأحكام الوضعية مما هو شرط لمشروط، أو مانع لحكم أو سبب لمسبب، ليست حقا لاحد مع أنها حكم ثابت، فأن ما ورد على سبيل التخيير أو الندب، وليس اي منهما حقا بل رخصة أو إباحة.

والخلاصة في ذلك أن هذا التعريف كان عاما ويرجع التبرير في ذلك إلى أن لكل حق حكم ولكن ليس لكل حكم حق.

4- تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين: أورد بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين

تعريفات مختارة للحق نتناول أهمها:

- الحق مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لكلاهما معا يقرها الشارع الحكيم، ان ما يؤخذ على هذا التعريف أنه تطرق إلى تعريف الحق بالغاية وذلك أن الحق بذاته ليس مصلحة بل هو وسيلة إلى مصلحة، فعند تعريف الحق بالمصلحة خطأ شائع عند الفقهاء وكأنهم أرادوا بالحق ما يبتغى من مصلحة.

أن علماء الفقه الإسلامي ذكروا في باب " المحكوم به " وهو الحقوق بمختلف أنواعها أن الحق هو فعل الإنسان الذي يتعلق به خطاب الشارع - أي ما يطلب من الإنسان القيام به من قبل المشرع لمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معا، وهذا التعريف يستدل منه أن الحق هو الغاية وذلك من التعريف لمصلحة الفرد أو المجتمع حيث أن اللام هنا هي للتعليل¹.

- وعرف بعضهم أن الحق " ما ثبت للإنسان استيفاءؤه " ويقصد ما ثبت بمقتضى الشرع، ونرى من هذا التعريف أنه يتطرق إلى موضوع الحق ولا يظهر به جوهر الحق ويظهر ذلك من خلال لفظ كلمة ما في ما ثبت للإنسان استيفاءؤه، فلفظ ما يدل على العموم فيشمل جميع الأشياء والقيم التي يستأثر بها صاحب الحق، وأيضاً أن هذا التعريف يشمل الرخصة والإباحة إذ هي مما يثبت استيفاءؤه شرعا وهناك اختلاف بالمعنى الدقيق بين الحق والرخصة، كما أن هذا التعريف لا يشمل حقوق الأسرة مثل حق الولي في تأديب الصغير إذ المصلحة عائدة على غير صاحب الحق².

- وعرفهم بعضهم بأن الحق مصلحة مستحقة شرعا وهذا التعريف جعل جوهر الحق مصلحة فإنه يرد عليه ما يرد على التعريف السابق.

¹ موسى، محمد يوسف، تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، 1958، ص211.

² المرجع نفسه، ص 213.

5- تعريف الحق في المفهوم الشرعي: بناء على التعريفات السابقة يمكن تعريف الحق في

الشرع بما يلي " اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر

تحقيقا لمصلحة معينة¹."

ويظهر في هذا التعريف أن الحق اختصاص أي انفراد واستتثار وهو علاقة تقوم بين

المختص والمختص به وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق

الله تعالى وقد يكون شخصا حقيقيا وهو الإنسان أو معنويا كالدولة وبيت المال وجماعة المسلمين

والشركات والمؤسسات وغيرها من الشخصيات الاعتبارية.

غير أن قولنا عن الحق أنه اختصاص يخرج الاباحات والحقوق العامة التي هي مباحة

للكافة الانتفاع بموضوعها على سبيل الاشتراك دون استتثار.

وجاء في التعريف يقر به الشارع سلطة حيث أنه قيد يخرج الاختصاص الواقعي مثل

السارق والغاصب، وسلطة على شيء اقتضاء أداء من آخر حيث أن هذه السلطة تكون منصبية

على شيء وهذا ما يسمى بالحق العيني كحق الملكية وحق الارتفاق، أو تكون سلطة لشخص

منصبية على اقتضاء أداء من آخر فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتمزم

وموضوع العلاقة أداء التزام معين كالثمن المؤجل أو منفعة الأجير وهذا هو الحق الشخصي،

والأداء قد يكون ايجابيا كالقيام بعمل أو سلبيا كالامتناع عن عمل، وتحقيقا لمصلحة معينة اي

تحقيق المصلحة المعنية المطلوب من صاحب الحق العمل على توحيها وتحقيقها شرعا².

¹ الخفيف، علي، احكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1947، ص30-32.

² الخفيف، علي، الحق والذمة، مرجع سابق، ص 38.

أهم ما يستنتج من هذا التعريف:

- أن هذا التعريف يميز بين الحق وغايته، وأن الحق ليس هو المصلحة وإنما هو وسيلة إليها.
- أن هذا التعريف جامع يشمل حقوق الله وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية بنوعها العينية والشخصية.
- بين هذا التعريف مدى استعمال الحق وهو تحقيق مصلحة معينة وتبقى هذه المصلحة محمية ما دامت المصلحة في حدود الاختصاص ولم يخرج التصرف عن الغاية.
- استبعد هذا التعريف المصلحة والإرادة من تعريف الحق، لأن المصلحة هي غاية الحق بينما الإرادة هي شرط لمباشرة الحق واستعماله.
- أن هذا التعريف شمل حقوق الأسرة وحقوق المجتمع وغيرها من الحقوق التي لا ترجع المصلحة فيها إلى صاحب الحق بل إلى الغير.
- أن هذا التعريف لم يجعل الحماية الشرعية للحق عصرا فيه بل جعلها من مستلزمات وجود الحق، كذلك الدعوى ليست من مقومات الحق بل وسيلة تلك الحماية.

ثانيا: الحقوق المالية في الفقه الإسلامي.

أقر الشرع العلاقة الاختصاصية بين الإنسان والمال التي تثبت بالملك، بينما تنتفي هذه العلاقة بانتفاء الملك، والملك في اللغة معناه احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به (لسان العرب)، أما في الاصطلاح فقد أجمع الفقهاء على أنه " اختصاص حاجز شرعا يسوغ لصاحبه التصرف إلا المانع " وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية سواء من ملكية الأعيان أو المنافع

أو الديون، ومن هذا التعريف يتضح أن الملك هو عبارة عن علاقة الإنسان بالمال وما في حكمه من المنافع، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها¹.

أن أسباب التملك التي أقرها التشريع الإسلامي تنحصر في أربعة وهي إحراز المباحات ،
والعقود، والخلفية، والتولد من المملوك، وسنقوم فيما يلي بتوضيح أسباب الملكية الأربعة التي أقرها
الشرع الإسلامي:

1- إحراز المباحات: المباح هو المال الذي لم يدخل في ملك مكتسب بحق شرعي، ولا يوجد
مانع شرعي من تملكه، كالماء في المنابع، والكأ في منابته، والأشجار في البراري، وصيد
البر والبحر ومثل ذلك.

نستخلص مما سبق أن كل شخص يستطيع الحصول على أي من هذه المباحات بقصد
التملك فهي ملكه وأصبح له دون سائر الناس، وعليه فملكية إحراز المباحات تتوقف على شرطين
الأول أن لا يكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص سابق لان القاعدة تنص " من سبق إلى مباح
فقد ملكه " فلو جمع إنسان ماء المطر في وعاء وتركه فليس لغيره أن يأخذه لأنه قد خرج عن حكم
الإباحة عندما قام الأول بإحرازه وأصبح مملوكا له، بينما الشرط الثاني وهو قصد التملك وذلك وفقا
للقاعدة الشرعية " الأمور بمقاصدها " أي أن تكون نية التملك عند الحائز ومثال ذلك كمن يبني
برج في البرية ويعيش فيه الحمام فهنا يقدر على أخذه من غير اصطياد إذا كان قد أعده لهذه
الغاية، فهنا هو ملكه أما غير ذلك فلا يستطيع.

¹ الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، مطبعة الأديب، دمشق، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، 1968،
ص241.

2- العقود: وهي ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المعقود، وأيضاً يمكن تعريفه بأنه اتفاق شخصين فأكثر على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهاء مثل البيع والإجارة والهبة والكفالة والإقالة.

والعقود هي من أعظم أسباب الملكية وأكثرها وقوعاً وأهمها شأنها في الاعتبار المدنية والوزن القانوني، لان بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني في المحاور الاقتصادية والحقوقية وكون حاجات الإنسان تستلزمها في معظم تحركاته ومعاملاته اليومية.

هناك حالتان تكون العقود هي سبب الملكية الحالة الأولى تكون في العقود الجبرية التي تقوم بإجرائها السلطة القضائية مباشرة بالنيابة عن من تجب عليهم وامتنعوا عن إجرائها مثل بيع مال المدين جبراً لأجل وفاء دينه، أما الحالة الثانية وهي التمليك الجبري تقع على صورتين تكون الصورة الأولى في الشفعة وهي حق ممنوح شرعاً للشريك والخليط والجار الملاصق في أن يمتلك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن والنفقات، وتكون الحالة الثانية في الاستملاك لأجل المصالح العامة ومثال ذلك فلقد أجاز الشرع الإسلامي استملاك الأرض المجاورة للمسجد جبراً على أصحابها إذا امتنعوا عن بيعها وضاق المسجد بأهله واحتاج إليها¹.

3- الخلفية: وهي حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زال في الحقوق، وتكون على نوعين الأولى خلفية شخص عن شخص وهي الإرث، والثانية خلفية شيء عن شيء وهي التضمين أو التعويض.

الإرث هو خلفية يحل بها الوارث محل المتوفى في ملكية أمواله المخلفة التي تسمى " تركة " وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة. حيث أن الإرث سبيل لتحويل نتائج جهود السلف إلى

¹ الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص 248.

الخلف من رأس المال، فهو بذلك يجعل حبل الإنتاج والفعالية الاقتصادية متصلة بنسبة من القوة فلا يحتاج الخلف إلى إنشاء وسائل الحياة والإنتاج من البداية¹.

التضمين (التعويض): وهو اذا اتلف أحد لآخر شيئاً أو غصبه منه فهلك أو فقد، وبهذا يكون قد الحق الضرر بغيره سواء جباية أو تسبب، فهنا يجب عليه ضمان ما أتلفه وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به، وعندها يملك المعوض له العوض ملكاً إلى سبب الخلفية، حيث ان هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو ومثال ذلك الدية أو الأرش².

4- التولد من المملوك: من القواعد المقررة أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك مملوك، حيث أن مالك الأصل هو أولى بفرعه فثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها وأمثال ذلك كلها مملوكة لصاحب الأصل³.

وبناء على ذلك يمكننا تقسيم الملك من حيث المحل إلى ثلاثة أنواع النوع الأول وهو ملك العين أو ما يسمى بملك الرقبة فهو أن تكون ذات الشيء ومادته مملوكة مثل الأموال المنقولة وأموال غير منقولة مثل المتاع والحيوان والعقار، أما النوع الثاني فهو ملك المنفعة أي أن يملك الإنسان حق الاستفادة فقط من الشيء مع المحافظة على عينه، أما النوع الثالث فهو ملك الدين فهو كمثل مبلغ لأحد في ذمة آخر بسبب ما كثر من مبيع على مشتريه أو بدل قرض على مقترضه أو قيمة مال متلف على من أتلفه ومثل ذلك.

¹ مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 249-250.

² المرجع نفسه، ص 251.

³ المرجع نفسه، ص 252-253.

الفرع الثاني: فكرة الحق في الفقه القانوني.

تعددت التعريفات التي تقررت إلى تعريق الحق في الفقه بوجود عدد من النظريات التي قامت بتعريف الحق وتعرضت هذه النظريات إلى النقد مما يلزمنا الحديث عن تعريف الحق، وحيث أن عديدة وذات خصائص متباينة وأن التقسيم الرئيسي لها هو تقسيمها إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، حيث أننا سنقوم بالحديث عن تعريف الحق في الشق الأول وسنقوم بالحديث عن الحقوق المالية في الشق الثاني من هذا الفرع والتي تشمل الحق الشخصي وحق الملكية والحق المالي للمؤلف.

أولاً: تعريف الحق.

ثار بشأن تعريف الحق الكثير من الجدل والأقوال وتباينت النظريات المختلفة في هذا الشأن سوف نبدأ بعرض النظريات التقليدية ثم نبين النظريات الحديثة في تعريف الحق.

1- النظريات التقليدية: يمكن أجمال النظريات التقليدية في تعريف الحق بين اتجاهات ثلاثة وهي الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي والاتجاه المختلط.

- المذهب الشخصي

يعتبر المذهب الشخصي من أقدم المذاهب في تعريف الحق ويطلق عليه أيضاً مذهب

الإرادة، تزعم هذا المذهب الفقيهان الألمانيان: فيندشايد WINDSCHEID وسافيني

SAVIGNY¹.

¹ منصور، محمد، نظرية الحق، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2004، ص 456.

يمتاز هذا الاتجاه بالنزعة الذاتية أو الشخصية على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى شخص صاحبه، فإرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهرية الذي يميز الحق، فالحق هو قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون للشخص في نطاق معلوم، حيث يبرز من هذا التعريف أن للحق عنصران:

الأول: أنه ومن غير المتصور وجود الحق إلا بوجود شخص صاحب إرادة يستحق الحق وبيئته، فالحق صفة تلحق الشخص وتجعله قادراً على القيام بعمل معين.

الثاني: أن القانون هو الذي يمنح السلطة للإرادة ويرسم حدودها، ولهذا ينبغي أن تكون تلك الإرادة دائماً في نطاق القانون وفي حدوده¹.

يتضح من هذا التعريف أن جوهر المذهب الشخصي يكمن في أنه لا يوجد حق إلا إذا أراد الشخص في حدود القانون ونطاقه. أي أن هذا المذهب يتصل اتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة الذي يقرر للإرادة سلطة إنشاء الحقوق وتغييرها وإنهائها، وذلك أن يكون لصاحب الحق قدرة استعمال أو عدم استعمال القاعدة القانونية التي تحدد سلوك الشخص الذي يثبت الحق في مواجهته، ويكون لصاحب الحق سلطة إنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية سابقة كحق المالك في التصرف في ملكه وحق الدائن في إسقاط الدين، تعرض هذا المذهب إلى العديد من الانتقادات ومن أهم هذه الانتقادات أنه يمكن أن يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة أو دون تدخل من الإرادة في اكتساب الحق، وأنه من المسلم به أن هنالك بعض الحقوق التي تثبت للأشخاص المعنوية بالرغم من أنها لا تتمتع بإرادة حقيقية، وأيضاً أن هذا المذهب يخلط بين الحق

¹ منصور، محمد، مرجع سابق، ص 457.

واستعماله أو بين جوهر الحق ووجوده وبين مباشرته، فالقدرة الإرادية لازمة لمباشرة الحق في الغالب وليس لثبوت الحق إذن هي ليست جوهر الحق فالحق قائم ولو لم يباشر صاحبه سلطاته¹.

- المذهب الموضوعي

أن صاحب هذا المذهب هو الفقيه الألماني اهرنج IHERING. ويعتمد في تعريف الحق على موضوعه دون شخص صاحبه ويرى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون، ويتضح أن الحق يتكون من عنصرين أحدهما موضوعي والآخر شكلي².

يتمثل العنصر الموضوعي أو المادي بالغاية الملية من الحق، حيث تعبر هذه الغاية عن الميزة أو المنفعة التي يحققها الحق لصاحبها، حيث يمثل الحق من الناحية الموضوعية قيمة مالية أو أدبية، أما من الناحية الشخصية فهو يمثل مصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية كمصلحة الإنسان في حماية شرفه وحرية وروابطه الأسرية.

ويتمثل العنصر الشكلي في حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية حيث أن لكل حق دعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها.

يتضح من ذلك أن جوهر الحق يكون في الفائدة والمصلحة وليس في الإرادة فصاحب الحق هو من يدعي المنفعة أو المصلحة المقصودة ولا يدعي الإرادة، حيث أن الإرادة في خدمة الحق وأيضاً من الممكن أن يكون صاحب الحق شخصاً غير الشخص الذي يقوم بممارسته مثل الوصي لناقص الأهلية، وقد تعرضت هذه النظرية إلى الانتقاد في أنها تعرف الحق طبقاً إلى الهدف أو الغاية المقصودة منه دون بيان ماهيته وجوهره، أي أن ينصب التعريف على ذات الشيء

¹ المرجع نفسه، ص 458.

² سرور، محمد شكري، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1979، ص 18.

وليس مجرد الهدف منه، كما وانتقدت هذه النظرية في أن الدعوى أو الحماية القانونية ليست عنصرا في الحق بل هي نتيجة أو اثر للتسليم بوجوده، فالدعوى ليست مناط وجود الحق بل هي لاحقة على وجوده أو أنها وسيلة لحمايته¹.

- المذهب المختلط

ظهر مذهب ثالث في تعريف الحق يجمع بين الاتجاهين السابقين، ولهذا أطلق عليه المذهب المختلط، حيث جمع هذا المذهب بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة بحيث ينظر إلى الحق من خلال صاحبه وموضوعه في آن واحد، فالحق إذا كان سلطة أو قدرة إرادية فإنه في ذات الوقت مصلحة محمية أي إرادة ومصلحة في نفس الوقت².

لقد اختلف أنصار هذا المذهب فيما بينهم بصدد تغليب أحد العنصرين على الآخر فبعضهم يغلب الإرادة على المصلحة فيعرف الحق بأنه قدرة إرادية لشخص يعترف بها القانون ويحميها في سبيل تحقيق مصلحة معينة، ومنهم يغلب دور المصلحة على الإرادة فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية لشخص من الأشخاص، لم يقبل هذا الاتجاه حيث تعرض لمجموع النقد الذي وجه إلى المذهبين السابقين، فالحق ليس قدرة أو مصلحة، لذا فإن الجمع بينهما في تعريف واحد لا يؤدي إلى تحديد جوهر الحق وبيان ماهيته³.

2- النظرية الحديثة في تعريف الحق: اتجه الفقه الحديث في تعريف الحق إلى محاولة الكشف عن مضمونه وجوهره وبيان ذاتيته والخصائص المميزة ويتمثل الاتجاه المعاصر فيما يسمى بنظرية الاستتار والتسلط، وكان صاحب هذه النظرية هو الفقيه البلجيكي دابان

¹ سرور، محمد شكري، مرجع سابق، ص 19.

² المرجع نفسه، ص 20.

³ المرجع نفسه، ص 21.

Dabin وقد قام هذا الفقيه بدراسة النظريات السابقة ونقدها ثم قام بتحليل فكرة الحق وإبراز العناصر التي يتكون منها ويتميز بها، حيث يرى أن الحق يتضمن عناصر أربعة: عنصران داخليان هما: الانتماء والتسلط، وعنصران خارجيان هما: ثبوت الحق في مواجهة الغير والحماية القانونية¹.

- عنصر الاستثناء (الانتماء - الاختصاص): يقصد بالاستثناء اختصاص شخص بمال أو بقيمة معينة، فالحق هو استثناء يثبت للشخص على قيمة معينة على سبيل التخصيص والافراد.

يحقق الاستثناء المصلحة المقصودة ولكنه ليس المصلحة ذاتها، فالمصلحة هي هدف الحق وليست هي الحق ذاته أي الاستثناء بالقيمة أو المصلحة حيث يستأثر المالك بقيمة الشيء بهدف الحصول على مزاياه، ومن هنا يتضح الفارق بين الاستثناء كجوهر الحق وبين المزايا والمنافع التي يؤدي إليها، ولا تصبح المصلحة حقا إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل التخصيص والافراد أي على سبيل الاستثناء، لا يوجد ارتباط بين الاستثناء وبين الإرادة فقد يثبت الاستثناء لشخص لا تتوافر لديه الإرادة فالمجنون أو الصغير غير المميز يظل صاحب حق بما له من استثناء ببعض الأشخاص ولو انعدمت الإرادة لديه، ولا يوجد ارتباط بين الاستثناء بالحق والانتفاع به، أي أن الحق هو ليس الانتفاع، فقد ينتفع بالشيء شخص غير مالكة أو غير صاحب الحق عليه، وفي ممارسة الاستثناء غالبا ما يتم بطريق مباشر دون تدخل أحد من الناس من خلال علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التي يرد عليها، فمالك الشيء ينتفع في ملكه دون أن يتوقف ذلك على تدخل أحد، حيث أن موضوع الاستثناء في هذه الحالة يكون شيئا معيناً كحق

¹ منصور، محمد، مرجع سابق، ص 459.

الملكية وغيره من الحقوق العينية. وقد يمارس صاحب الحق استثنائه بطريق غير مباشر حيث يلزم تدخل أحد الأشخاص للحصول على منفعة القيمة، فصاحب الحق الشخصي لا يختص بقيمته إلا عن طريق قيام المدين بالوفاء بما عليه، حيث أن موضوع الاستثناء في هذه الحالة يكون أداء معيناً أي عملاً أو امتناعاً معيناً يلتزم به شخص تجاه صاحب الحق وهو الحق الشخصي¹.

أما عن أسباب الاستثناء فقد ينشأ من فعل الله سبحانه وتعالى كما هو الحال لحق الحياة، وقد ينشأ عن فعل الإرادة البشرية عن طريق الاتفاق بين الأفراد أنفسهم كالحقوق الناشئة عن العقود، وقد ينشأ عن إرادة المشرع نفسه.

- عنصر التسلط: يعتبر عنصر التسلط هو الوجه الآخر للحق على اعتبار أن الحق للشخص هو الوجه الأول، يعتبر التسلط نتيجة ملازمة للاستثناء، ذلك أن ثبوت الحق للشخص يؤدي حتماً إلى التسلط، فطالما أن الشيء مملوك لصاحب الحق فإنه يعطي صاحبه نوع من التسلط عليه. ويقصد بالتسلط هو ما يكون لصاحب الحق من سلطة على الشيء والقدرة على التصرف بهذا الشيء موضوع الحق، حيث أن القانون يمنح لصاحب الحق السلطة والتصرف به بكل حرية، وتعني حرية التصرف إمكانية قيام صاحب الحق بالتصرف المادي أو القانوني في الشيء أو باستعماله أو بعدم استعماله².

يختلف التسلط عن مباشرة الحق أو استعماله، فالتسلط لا يثبت إلا لصاحب الحق ولو وجد مانع بينه وبين مباشرته كنقص أو انعدام التمييز، أما الاستعمال فقد يتم بواسطة شخص آخر، كما ويختلف مضمون التسلط ومداه بحسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق، فأن التسلط يكون

¹ منصور، محمد، مرجع سابق، ص 461-462. راجع محمد شكري سرور مرجع سابق، ص 22-23.

² محمد منصور، المرجع نفسه، ص 462.

كاملا في حالة الأشياء المادية حيث تخضع خضوعا تاما للإنسان فيكون له حرية استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، ويكون التسلط وسطا بالنسبة للحق الشخصي الذي يكون موضوعه أداء معين يقدمه شخص آخر هو المدين، حيث يكون للدائن المطالبة أو عدم المطالبة بحقه أو النزول عنه أو حوالة للغير، ولكن ليس له المساس بشخص المدين وذلك أن التسلط يقع فقط على الأداء باعتباره قيمة مالية معينة¹.

- ثبوت الحق في مواجهة الغير: توجد بجانب علاقة صاحب الحق وموضوعه علاقة أخرى بين صاحب الحق والناس، حيث أن عصري الاستثناء والتسلط يكونان الحق في مواجهة صاحبه، أما في مواجهة الغير فيجب توافر عنصر ثالث لقيام الحق هو وجوب احترام كافة الناس لهذا الحق وتمكين صاحبه من اقتضاء هذا الاحترام حيث يتمتع جميع أفراد المجتمع عن كل ما من شأنه المساس باستثناء صاحب الحق وتسلطه عليه.

يقوم هذا العنصر بالنسبة لكل أنواع الحقوق العينية والشخصية والذهنية، ولكن يبدو هذا العنصر بارز في الحقوق الشخصية حيث يكون المدين ملتزما بالتزام محدد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حين يكفل الجميع إلى جانب المدين في احترام هذا الحق، ويعني ثبوت الحق في مواجهة الحق أمران يكون الأول في وجوب احترام الغير والامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار أو المساس بصاحب الحق في استثناءه وتسلطه، في حين يكون الثاني لصاحب الحق اقتضاء احترامه وعدم الاعتداء عليه فيكون له الحق في الدفاع عنه واسترداده، وهذا الاقتضاء ليس هو مضمون الحق بل هو نتيجة له.

¹ منصور، محمد، مرجع سابق، ص 463.

- عنصر الحماية القانونية: لا يكتمل الحق إلا إذا قامت السلطة العامة بضمان حمايته وتنظيمه، وذلك بأن يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضي احترام الغير لحقه، حيث أن مهمة النظام القانوني والدولة لا تقف عند تحديد الأفراد، بل أن مهمتها الجوهرية هي أن تضمن تلك الحقوق وهذا الضمان أو حماية الحقوق عن طريق الدعوى أو الدفع أمام القضاء.

أن وسيلة حماية الحق هي الدعوى، لذا ينبغي التمييز بين الدعوى والحق المحمي لاختلاف محل كل منهما، فالحق في الدعوى لا يتوافر إلا بتعرض الحق المحمي للاعتداء أو التهديد إذ لا دعوى بلا مصلحة والتنازل عنها لا يعد تنازل عن الحق، كما أن الأصل في الحق في الدعوى يكون لصاحب الحق نفسه فيكون له سلطة استعماله أو عدم استعماله¹.

.... يتضح من الاتجاه الحديث في تعريف الحق أنه استثناء شخص بحق معين طبقاً للقانون، حيث يكمن جوهر الحق في ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، والقيمة التي يستأثر بها الشخص إما أن تكون قيمة مالية أو معنوية كالحق في الحرية ولا يكون الاستثناء إلا إذا تمتع بحماية القانون وتمثل تلك الحماية عن طريق منح الشخص كافة الوسائل التي تخوله الحصول على المزايا المرجوة من القيمة موضوع الحق، يعني الاقتضاء إلزام المدين بأداء معين من جهة وكفالة احترام الكافة لموضوع الحق، فالحق الشخصي يعطي الدائن القدرة على مطالبة المدين بأداء ما التزم به، أما التسلط فمعناه سلطة للشخص على شيء معين أي أن القانون يكفل للشخص مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق الاستثناء بالقيمة المالية².

¹ منصور، محمد، مرجع سابق، ص 465.

² المرجع نفسه، ص 463-464.

أن الحماية القانونية المتمثلة في الاقتضاء والتسلط بالمعنى السابق تختلف عن وسيلة هذه الحماية وهي الدعوى أو الدفع، فالدعوى مجرد وسيلة لتحقيق الحماية القانونية، فهي لا تعتبر عنصرا لوجود الحق بل هي نتيجة لوجوده.

ولا يضيف القانون حمايته إلا على الحقوق الجديرة بالحماية وهي تلك الحقوق الجديرة بالحماية وهي تلك الحقوق الجديرة بالحماية وهي تلك الحقوق الجديرة بالحماية

ثانيا: الحقوق المالية في الفقه القانوني.

أن الحقوق التي تكون ذات طبيعية مالية خالصة لا تخرج عن أن تكون إما حقوقا عينية أو حقوق شخصية أما بالنسبة إلى حقوق المؤلف التي لا تكون حقوق مالية خالصة. ومثال الحقوق العينية حق الملكية الذي يكون لمالك الشيء على الشيء المملوك له، ومثال الحقوق الشخصية حق البائع في اقتضاء دين الثمن الذي يلتزم به المشتري.

حيث أنه في الواقع كل حق شخصي يقابله التزام في ذمة شخص آخر يكون مدينا به لصاحب الحق الشخصي فيكون صاحب الحق الشخصي دائئا، فما هو المقصود بالحق الشخصي؟ وما هو المقصود في الحق العيني؟ وما هو جانب الحق المالي في حق المؤلف؟ هذا ما سوف نعرضه فيما يلي:

- الحق الشخصي (الالتزام).

يكون جوهر الحق الشخصي رابطة بموجبها يجعل القانون للدائن مطالبة المدين بأداء معين ذي قيمة مالية، أي بأداء يمكن تقدير قيمته بالنقود سواء كان هذا الأداء عبارة عن إعطاء أو

قيام بعمل أو امتناع عن عمل، إذا نظرنا إلى الحق الشخصي من الناحية الايجابية أي من ناحية الدائن فهو حق الدائنين، بينما يسمى دينا إذا كان النظر إليه من الناحية السلبية - من ناحية المدين، وهكذا فإن التزام المشتري بدفع الثمن للبائع فيكون دائنا به البائع الذي يكون له حق شخصي امام المشتري الذي تشغل ذمته بدفع الثمن، فيبدو الدين كعنصر سلبي في ذمة المدين بينما يكون عنصر ايجابي في ذمة الدائن، وللدائن أن يجبر مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، بالطرق التي رسمها القانون في حالة إذا كان التنفيذ الجبري ممكن، لأن استحالة التنفيذ الراجعة إلى القوة القاهرة التي لا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها ولا تكون راجعة إلى خطأ المدين أو خطأ الغير، ففي هذه الحالة للدائن في الالتزام الغير منفذ أن يقتضي بالتنفيذ المقابل على أموال مدينه من خلال الحجز على أمواله النقدية¹.

نستخلص مما سبق أن الذمة المالية للشخص ضامنة لديونه حتى أن للدائن الحق في الضمان العام على أموال مدينه، حيث أن لكل شخص ذمة مالية هي عبارة عن مجموع ما له من حقوق موجودة فعلا أو قد توجد في المستقبل وما عليه من ديون موجودة فعلا أو قد توجد في المستقبل، إن الحق الشخصي لا يتصور وجوده، دون أن يكون هناك مدين يلتزم بالقيام بالأداء محل الحق الشخصي، أي لا يمكن لصاحب الحق الشخصي، اي الدائن اقتضاء هذا الأداء، عملا كان أو امتناعا عن عمل، إلا بوساطة المدين الملتزم بهذا العمل أو الامتناع عن عمل، وأن الحق الشخصي يقابله التزام على المدين.

¹ سليم، عصام، نظرية الحق، الطبعة الأولى، 2007، ص 45.

- الحق العيني.

هو عبارة عن سلطة معينة أو سلطات معينة جعلها القانون لصاحب الحق على شيء معين. أي أنه لا يفترض وساطة شخص غير صاحبه في حصول صاحبه على ما يخوله من مزايا، أي أن صاحب الحق له سلطة مباشرة يباشرها على الحق دون وساطة من أحد، فمالك الشيء مثلا هو صاحب حق عيني أصلي هو حق الملكية ويعد حق الملكية من أقوى الحقوق العينية الأصلية الذي يعطي السلطة للمالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف على شيء معين¹.

وعليه فإن كل حق عيني عبارة عن سلطة مباشرة لشخص على شيء فإنه من غير المتصور أن يعطى السلطة المباشرة التي ينطوي عليها الحق العيني إلا القانون ذاته، مما يعني أن القانون هو وحده الذي ينظم كل حق من الحقوق العينية.

• الحق العيني إما أن يكون أصليا أو تبعيا:

إن الحقوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج إلى شيء آخر تستند إليه، أما الحقوق العينية التبعية فلا تقوم بذاتها، بل تستند في قيامها إلى حق شخصي تضمن وفائه، ولهذا سميت بالتأمينات العينية، فهي حقوق مؤقتة تزول بزوال الدين الذي تكفله، كما أن الديون لا يجوز تأييدها².

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1993، ص 21.

² سليم، عصام، مرجع سابق، ص 59.

1- الحقوق العينية الأصلية.

أن أول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية وهو الأصل الذي تنفرع عنه كافة الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، حيث يتفرع عن حق الملكية حقوق عينية أصلية خمسة: حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق المساطحة، وحق الحكر¹.

قضى القانون بأن لمالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. فهذا هو المراد بحق الملكية جاءت المادة (1018) من القانون المدني في أنه " حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً"، فهذا هو المراد بحق الملكية لمن يملكه يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه بموجب السلطات التي يعطيها القانون لمالك الشيء².

أما حق الانتفاع فيمكن تعريفه بأنه حق عيني يجعل لصاحبه، استعمال واستغلال شيء مملوك لغيره دون التصرف، فللمنتفع أن يستعمل الشيء له حق استعماله فيما أعد له، كما أن له كذلك الحصول على ثماره، كما ويلتزم المنتفع بالمحافظة على الشيء وأن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، كما وعليه أن يرد هذا الشيء عندما ينتهي حق الانتفاع، وينتهي حق الانتفاع بأقرب الأجلين موت المنتفع أو انقضاء الأجل المعين أو بهلاك العين المنتفع بها أو بتنازل المنتفع أو بحكم المحكمة³.

¹ العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني-حقوق عينية-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2011، ص31.

² القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ المادة 1215 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره. وهو حق يجعل لصاحبه استعمال الشيء لنفسه وأسرته، أي يكون حق الاستعمال محدود بحاجات صاحبه الشخصية وأسرته، وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة فيكون مقيد في بعض حالاته إلا بناء على شرط صحيح ومبرر قوي¹.

أما عن حق السكن الذي يعتبر فرعاً من حق الاستعمال، أي أنه مقصور على نون معين من الاستعمال هو السكن وبالتالي فلا يكون من المتصور إلا أن يكون محل حق السكن داراً، يسكن فيها صاحب الحق وأسرته، التي تشمل زوجه وأولاده وأقاربه وخدمه.

أما عن حق المساطحة ورد في المادة (1225) من القانون المدني الأردني بأنه " يعطي صاحبه في إقامة بناء أو غراس على ارض الغير " .

أما عن حق الحكر فهو أيضاً حق عيني أصلي ينشأ عن عقد الحكر الذي يكتسب فيه المحنكر حقا عينيا على ارض موقوفة، يخوله الانتفاع بإقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأي غرض آخر، وذلك في مقابل أجره معينة.

ويعود هذا الحق في أصله إلى الشريعة الإسلامية والذي يرتب لصاحبه حق عيني على ارض الغير، ويراد به الانتفاع بهذه الأرض مدة طويلة.

وهكذا فإن المحنكر يستلم الأرض المحكرة التي هي في حاجة إلى إصلاح وتعمير ثم يقوم بالبناء عليها أو بالغرس فيها، في مقابل دفع أجره المثل أي الأجرة التي تدفع لمثل هذه الأرض ويتملك المحنكر ما يقيمه على الأرض من بناء أو غراس ملكا تاما وله أن يتصرف فيه على حدة أو مع حقه في الحكر.

¹ المادة 1223 من القانون نفسه .

2- الحقوق العينية التبعية.

هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز (التوثيق العيني بنص القانون).

أما حق الرهن التأميني فهو حق عيني تبعي يترتب ضمانا لدين وبموجب عقد رسمي يكسب الدائن هذا الحق العيني التبعي المخصص لوفاء ما له من دين، وهو يكسبه على عقار فيكون له بمقتضى هذا الحق العيني أن يتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون¹.

وأما حق الرهن الحيازي فهو حق عيني تبعي يترتب ضمانا لدين، ويكون ناشئا عن عقد الرهن الحيازي والذي يلتزم فيه شخص ضمانا لدين عليه أو لغيره، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص يعينه المعاقدين ويسمى العدل شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، حيث أن الدائن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون، ولا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار².

أما حق الامتياز فهو حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه مراعاة لصفته ويتقرر بنص القانون. ويتضح من التعريف أن الحق هو الممتاز وليس الدائن، وذلك لأن الامتياز

¹ العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 252.

² سليم، عصام، مرجع سابق، ص 64.

يرجع إلى طبيعة الحق، والقانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقتضي طبيعتها أن تكون ممتازة وكما يعين مرتبة هذا الامتياز¹.

وعلى سبيل المثال فإن المصرفوات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال وفقا لما تقضي به المادة (1432) من القانون المدني الأردني.

- الحق المالي للمؤلف.

نصت المادة (9) من قانون حق المؤلف الأردني على أنه " يتمتع المؤلف أو من يخلفه بالحقوق المالية الاستثنائية التالية على مصنفه ولا يجوز للغير القيام بأي تصرف مما هو مبين أدناه دون إذن:

أ- استنساخ المصنف بأي طريقة أو شكل سواء كان بصورة مؤقتة أو دائمة بما في ذلك التصوير الفوتوغرافي أو السينمائي أو التسجيل الرقمي الإلكتروني.

ب- ترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو اقتباسه أو توزيعه موسيقيا أو إجراء أي تحويل عليه.

ج- تأجير النسخة المشروعة من المصنف أو نسخ منها شريطة ان لا يلحق ذلك التأجير ضررا ماديا بصاحب الحق أو يحول دون حقه الاستثنائي في الاستنساخ.

د- توزيع المصنف أو نسخه عن طريق البيع أو أي تصرف اخر ناقل للملكية.

¹ المرجع نفسه، ص 64.

هـ - استيراد نسخ من المصنف بكميات تجارية وإن كانت هذه النسخ قد أعدت بموافقة صاحب الحق فيه.

و- نقل المصنف إلى الجمهور عن طريق التلاوة أو اللقاء أو العرض أو التمثيل أو البث الإذاعي أو التلفزيوني أو السينمائي أو أي وسيلة أخرى¹.

للمؤلف وحده حق استثناء مصنفه ماليا وأدبيا بأية طريقة من طرق الاستثناء. ولا يجوز لغير المؤلف مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه، حيث جاء مضمون نص القانون أن للمؤلف حق نشر مصنفه ونسخه واختيار الوسيلة التي يراها لنقله إلى الجمهور، وله أيضاً حق ترجمته أو السماح للغير بنقله إلى لغة أخرى وكما أن له الحق في إبراز المصنف في إطار جديد كتعديله أو تحويله من أي لون من ألوان الأدب أو الفن إلى لون آخر².

يتميز الحق المالي بعدة خصائص تتمثل في:

1- الحق المالي قابل للتصرف فيه: حيث أن يجوز للمؤلف التنازل عن حق الاستثناء المالي للمصنف للغير، حيث يمكنه نقله إلى الغير مثل أي حق مالي آخر، وقد يكون التصرف على الحق كاملاً أو على جزء منه.

2- عدم قابلية الحق المالي للحجز: حيث أنه لا يجوز الحجز على حق المؤلف في حياته لأن الحجز لا يكون مجدياً لأن الاستغلال لا يتحقق إلا بنشر المصنف على الجمهور، وحتى أنه في حالة نشر المؤلف لمصنفه فإنه يجوز الحجز على النسخ الموجودة منه ولا يرد الحجز على حق الاستغلال، حيث أن لا يرد إلا على أشياء مادية ذات قيمة مالية.

¹ قانون حماية حق المؤلف رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته.

² سليم، عصام، مرجع سابق، ص 113.

3- انتقال الحق المالي إلى الورثة: ينتقل الحق المالي إلى الورثة بعد وفاة المؤلف طبقاً للقواعد التي ينتقل بها أي مال آخر إلى الورثة، وكما وينتقل الحق المالي بالوصية حيث يجوز للمؤلف أن يوصي بحق الاستغلال لأشخاص معينين بالذات.

4- توقيت حق المؤلف: يتمتع الحق المالي بطبيعة مؤقتة بخلاف الحق الأدبي، عند انتهاء هذه المدة يدخل المصنف إلى الملك العام والغاية من ذلك أنه معد للجمهور وتقضي المصلحة العامة بأن يصبح جزءاً من الثروة الفكرية على مر الأجيال، حيث يتمتع المؤلف بالحقوق المالية مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف، كما وإن المشرع حدد مدة لجميع الحقوق الواردة على الحقوق المجاورة، حيث أن الحقوق المالية ذات طبيعة مؤقتة تنتهي بانتهاء المدة¹.

¹ منصور، محمد، مرجع سابق، ص284.

المبحث الثاني: تقييد الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون.

أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الحقوق مجرد مراكز قانونية فقط، بل هي ميزة يتمتع بها الفرد بمقتضى حقه، ومن ثم فهو يمارس حقه لمصلحته الذاتية، مقيدا بالمحافظة على حق غيره من الفرد أو المجتمع، حيث وفي أن اعتبار الحق مركزا قانونيا وتحويله بذاته إلى وظيفة اجتماعية، مما يجعل المصلحة العامة هدفا للشريعة، حيث أن الأصل العام لمقاصد الشريعة هو جلب النافع ودرء المفسد. وبهذا تكون الشريعة الإسلامية واقعية في تشريعها، لا تتجاهل أي من المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، في حين أنها تقدم المصلحة العامة على الخاصة، مع الاحتفاظ بالتعويض للفرد في مقابل حقه.

يعتبر القانون أهم وسيلة للضبط الاجتماعي سواء أكان المقصود القانون كنصوص أو كقوة للحكم الجماعي بما لها من نشاط فعال في تشكيل وضبط السلوك في المجتمع، في حين أن الضبط الاجتماعي يعتبر ضرورة للمجتمع الإنساني بالنظر إلى حاجات الأفراد إليه، وبدون عوامل الضبط الاجتماعي يصعب للمجتمع البقاء.

أورد المشرع العديد من القيود على الحقوق المالية من أجل تحقيق العدالة والضبط الاجتماعي، تتمثل هذه القيود في ما يسمى القيود القانونية كون أن القانون هو من يقرر هذه القيود بالإضافة إلى أن هناك قيود تقرر بمقتضى شرط يرد في وصية أو عقد وهي ما تسمى بالقيود الإرادية.

سنقوم في هذا المبحث بالبحث في فكرة تقييد الحق في الفقه الإسلامي في المطلب الأول، وسنقوم في المطلب الثاني بالبحث في فكرة تقييد الحق في الفقه القانوني.

المطلب الأول: تقييد فكرة الحق في الفقه الإسلامي .

وضع الشارع الحكيم المقاصد الأساسية وما يتبعها (المصالح) وهي غايات الحقوق ولم يترك للمجتهدين سلطة ابتداع المصالح، بل ترك لهم تفصيلها والكشف عنها عن طريق الأدلة الموجودة في الشرع سواء من الكتاب والسنة والإجماع، والقياس، والاستدلال الصحيح المستند إلى روح الشريعة¹.

أن غاية الفقه الإسلامي في الحقوق غاية مزدوجة تتمثل في مصلحة الفرد والمصلحة العامة، وشرع من القواعد العامة ما يكفل التنسيق بينهما عند التعارض، على مقتضى من الحكمة والعدل والمنطق التشريعي السليم.

حيث اعترف التشريع الإسلامي بالملكية الفردية كدعامة أساسية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وكفل حمايتها وصونها، كما واعترف أيضاً بالملكية الجماعية في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة من أجل أبعاد الضرر الأشد عن المجتمع الإسلامي.

أن الحق في الشريعة مجرد وسيلة لصاحبها تهدف إلى تحقيق الغاية المرجوة من الحق، وهي المصلحة أو الغاية التي من أجلها شرع الحق ومنح للأفراد، حيث ويقتصر استعمال صاحب الحق لحقه في اقتضاء المصلحة المرجوة من الحق، فلا استعمال للحق في غير ما شرع له.

جاءت القواعد العامة ومنها مقاصد الشريعة والنصوص الخاصة التي تعد التقييد للحق ووسائل التقييد، ومن هذا أن الشريعة الإسلامية هي أصل الحق لأنه مقيد بما قيدته الشريعة ولهذا الأصل في الحق التقييد وليس الإطلاق.

¹ الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1997، ص20.

وعلى هذا الأصل فإنه يتبين أن منح الحق هي مصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق، كما وان الأصل في الحق التقييد كون المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق، فهذا يترتب أن تصرف الفرد مقيد بما يحقق تلك المصلحة، أي أن الحق وسيلة إلى مصلحة شرع الحق من أجلها.

ولهذا سنقوم بهذا المطلب بالتطرق إلى فرعين أساسيين نتكلم في الفرع الأول عن الأسس التي يعتمد عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني أثار تقييد الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الأسس التي يعتمد عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي.

قال تعالى " ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن " ¹. حيث جاءت الشريعة الإسلامية مبنية على مصالح العباد المستمدة من أدلة الشرع وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستدلال.

أن أساس السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي هي المصلحة والعدل وقد عمدت في ذلك إلى إعطاء ولي الأمر سلطات تقديرية واسعة، وتعني هذه السلطات التقديرية القيام بأعمال تقتضي تنظيم مرافق الدولة وتدبير شئونها ورعاية المصالح العامة (كل ما يجلب منفعة أو يدرأ مفسدة)، حيث لم يرد نص من الكتاب أو السنة يحدد هذه السلطات التقديرية ولكنها تعتبر روح الشرعية ومقاصدها العامة وفي هذا يقول ابن القيم في تعريف السياسة التشريعية نقلاً عن ابن عقيل " السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح أبعد عن الفساد وأن لم يضعه الرسول ولا نزل فيه الوحي " .

¹ سورة المؤمنون الآية (71).

يلزمنا الحديث عن الأسس التي يعتمد عليها الفقه الإسلامي في تقييد الحق وهذا ما

ستأوله كما يلي:

الأساس الأول: المصلحة غاية الحق.

يقول الأمام الشاطبي " إن وضع الشرائع انما هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا " يعتمد في ذلك على الاستقراء من النصوص التي جاءت في القران والسنة والتي كانت دليل على أن الأحكام شرعت لمصالح العباد وأن هذه المصالح التي تعتبر الأساس التشريعي هي المقاصد التي قسمها الشاطبي إلى ثلاث مراتب حيث قال " فتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد ثلاثة أقسام:

الأول: أن تكون ضرورية.

الثاني: أن تكون حاجية.

الثالث: أن تكون تحسينية.

حيث ثبت أن المصالح معتبرة في تشريع الأحكام وأن الشارع جعل هذه المصالح بذاتها محلا للتكليف، ويرجع السبب في ذلك إلى إقامة وتنمية المصالح الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، وقررت الحقوق كوسائل لتحقيق هذه المصالح¹.

¹ بن عبدالسلام، عزالدين، قواعد الأحكام في مصالح الانام، ج2، المطبعة الحسينية، القاهرة، 1352 هجري، ص58.

أي أن استعمال الحق شرعية إلى تحقيق الغاية منه أي أن الأصل تقييد استعمال الحق، أي أنه يجب أن يكون القصد متجها إلى تحقيق مقصد الشرع، وكما وأنه لا يجب أن يكون العمل مخالفا للشرعية.

الأساس الثاني: التضامن الاجتماعي في الإسلام.

التضامن الاجتماعي هو ما تقتضيه ضرورات العيش في المجتمع وطبيعة الاستمرارية، إذن فهو ضرورة واقعية لا يمكن إنكارها.

أن التضامن الاجتماعي في الشريعة الإسلامية لا يقتصر فقط على سد حاجة الأفراد في المجتمع من حيث الغذاء والكساء والسكن أي ليس فقط ما يلزم لقيام الحياة في صورتها المادية، بل يمتد ليشمل كل ما يلزم الإنسان في الحياة من حفظ دينه ونفسه وماله ونسله وعقله.

حيث أن التضامن الاجتماعي لم يكن نتيجة التشريع بل كان أصل عام يقوم عليه التشريع الإسلامي، حيث أن التضامن الاجتماعي بني على عدة أمور أولها الرحمة، فالرحمة هي أساس أنزال التشريع " وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين "، وأيضاً من الأمور التي بني عليها التضامن الاجتماعي هو الأخوة "إنما المؤمنون إخوة"، وكذلك الولاية والتناصر " المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض"، وكذلك المحبة والتعاون على البر والتقوى¹.

يترتب على التضامن الاجتماعي تقييد الحق لعدة أطراف وهي تقييده بالنسبة للمصلحة العامة وكذلك تقييده بالنسبة للمصلحة الخاصة كما يلي:

¹ الدينيني، فتحي، مرجع سابق، ص 294-295.

جاءت القواعد التالية " الضرر يدفع بقدر الإمكان " ¹ وقاعدة " الضرر يزال " ² وقاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف " ³ وقاعدة " يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام " ⁴ في مجلة الأحكام العدلية.

التضامن الاجتماعي سبب لتقييد الحق بالنسبة للمصلحة العامة:

إذا كان الضرر عام تطبق عليه قاعدة " يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام " حيث مفاد هذه المادة أنه إذا قام الفرد بتصرف مشروع لجلب منفعة أو درء مفسدة ونشأ عن هذا التصرف الفردي المشروع بأصله ضرر عام يلحق بالمسلمين عامة أو في قطر من أقطارها، فهنا يترتب على الفرد التعويض العادل بسبب إخلاله بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة، فإنه إذا غلب على وقوع التصرف ضرر للعامة فإنه يمنع من هذا التصرف وخلاف ذلك يلتزم بالتعويض ⁵.

يعود سبب هذا التقييد إلى الموازنة بين المصلحة التي التي شرع التصرف لأجلها وبين ما يلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة، فهنا أصبح التصرف غير مشروع لتعارضه مع قصد الشارع مع أنه كان في الأصل مشروع، حيث أن القيد يجعل للحق معنى اجتماعي يتمثل في التعاون أو المصلحة العامة، كما وأنه يجعل صاحب الحق الفردي مرتبط بالمجتمع برابطة التعاون والمصلحة العامة.

ومثال ذلك قول الشاطبي " كالمنع من تلقي الركبان " حيث أن المنع في الأصل ممنوع، والمقصود فيه منع الارتفاق وأن أصله من الضروريات من أجل العامة (أهل السوق)، إلا أنه من

¹ مجلة الأحكام العدلية، المادة 31.

² المادة 20.

³ المادة 27.

⁴ المادة 26.

⁵ الشاطبي، أبي اسحق، الموافقات في أصول الشريعة، المطبعة الرحمانية، ج3، ص 259.

جهة التعاون هنا أقوى من أجل أهل السوق وتضمنين الصناعات أيضاً وله العديد من النظائر، فهذا يكون التعاون هو الأهم من أجل القيام بمصالح المسلمين.

ومن الأحكام التي قيدت الحق الفردي من أجل المصلحة العامة:

1- الحجر على السفينة، وذلك حرصاً على مصلحته ومصلحة دائنيه وأسرته ومصلحة أموال

الأمة خوفاً من أن يصبح هو وأولاده عائلة على بيت المال¹.

2- اتفاق المسلمين على تضمين الصناعات مع أن الأصل فيهم الأمانة².

3- بيع مال المدين المحبوس لقضاء دينه وذلك لدفع الضرر عن الدائنين الغرماء.

4- النهي عن تلقي السلع أو بيع الحاضر للبادي إذا كان ذلك ضاراً بأهل البلد.

5- بيع بضائع المحتكر جبراً عنه عند الحاجة في حال امتناعه من البيع، وذلك دفعاً للضرر

العام، وكما أيضاً وجوب التسعير عند تعدي أصحاب البضائع في البيع بغين فاحش.

التضامن الاجتماعي سبب لتقييد الحق بالنسبة للمصلحة الخاصة:

تتعدد القيود التي يفرضها مبدأ التضامن الاجتماعي على المصلحة الخاصة حيث تتمثل

في قيود تفرض على حق الملكية وقيود تفرض على حق الدائنية سنتناولها كما يلي:

- القيود التي يفرضها مبدأ التضامن الاجتماعي على حق الملكية:

ذهبت المذاهب إلى تقييد حق الملكية في حالة تمخض قصد الإضرار بالغير، أي في

حالة أن يكون غرض المالك فقط الإضرار بالغير من خلال استعمال حقه، وأيضاً حتى لو كان

¹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 121.

² الشاطبي، أبي إسحق، ج 2، مرجع سابق، ص 350.

استعمال المالك استعمالاً صحيحاً وكانت طريقة الاستعمال الطريقة المعتادة ولكن من خلال الاستعمال لحق الغير ضرر جراء هذا الاستعمال¹.

وهذا الاستعمال من المتصور وقوعه على صورتان الأولى ايجابية وهي قيامه بأفعال تضر بغيره ويكون القيد عليها بعدم القيام بالفعل الايجابي، وتكون الثانية سلبية وذلك عن طريق امتناعه عن القيام بفعل ويكون القيد عليها القيام بفعل.

ومن الحالات المتصورة في ذلك:

1- استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أي ان الغرض الذي يهدف اليه المالك من استعمال حقه هو الإضرار بالغير.

2- اذا اجتمع قصد الإضرار بالغير وغرض المالك الصحيح فإنه ينظر إلى الفعل فيما اذا كان لازماً وملائماً لذلك الغرض أو اذا كان طريقة أخرى لتحقيقه، فإن كان طريقة أخرى ولم يتجه اليها المالك مع علمه بوجود الضرر يعتبر متعسفا في استعمال الحق.

3- إجبار المالك على الآذن لغيره بالارتفاق على ملكه مع عدم وجود ضرر يلحق بالمالك، في حال امتناع المالك في هذه الحالة يعتبر متعسفا في استعمال حقه².

- القيود التي يفرضها مبدأ التضامن الاجتماعي على حق الدائنية:

ان القيد الذي فرضه مبدأ التضامن الاجتماعي على حق الدائنية هو أنظار المعسر، حيث أن حق الدائنية يعطي صاحبه سلطة على الاقتضاء بدينه من المدين، وهذه السلطة في نظر

¹ الدريني، فتحي، مرجع سابق، ص311.

² المرجع نفسه، ص312-313.

الشريعة الإسلامية تعد غير مشروعة اذا زان المدين معسر فلا تحل مطالبته، ويعود السبب في ذلك أن استعمال الحق اذا علم صاحبه أنه لا يحقق مقصوده كان محلا للتعسف في استعمال الحق.

نرى أن الشريعة الإسلامية قيدت حق الدائن في المطالبة والاقتضاء للحق، ففي حالة إعسار المدين يعتبر حق المطالبة والاقتضاء من المدين المعسر تعد تعسفا في استعمال الحق. أي أنه لا يجوز استعمال الحق الا إذا كان يفضي إلى مصلحة ولا يكون هناك قصد الأضرار أي عدم استعمال الحق الا لمصلحة أو ثمرة ويقول الأمام العز: " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل " ومثال ذلك حبس المدين مع العلم بإعساره.

الأساس الثالث: الخلافة الإنسانية في الأرض.

الخلافة تعني التقييد بالأحكام والحدود التي رسمها الشرع في الالتزامات الايجابية والسلبية والحقوق والأموال، وتكون هذه الخلافة قيد من القيود عند قيام والتزام الفرد بتوجيه قصده في العمل إلى موافقة قصد الله في التشريع المنبثق عن أساس خلافته في الأرض¹.

لقد أمر الشارع سبحانه وتعالى المحافظة على الضروريات من الحاجيات والتحسينات كونه هو الذي يباشر الحقوق فيتوجب عليه مباشرتها بالطرق التي رسمها الله تعال في الشرائع وأودع في العقود إدراكها، فالمطلوب من أي فرد من أفراد الولاية العامة أو الخاصة أن يكون قائما مقام من استخلفه يجري أحكامه ومقاصد مجاريها.

¹ الموافقات ج 2 ص 331.

الأساس الرابع: الوسطية في التصرف.

دعت الشريعة إلى هذه القاعدة في المراعاة في التصرفات حتى المباحات، فلم تبح الإفراط أو التقريط حيث يعتبر كليهما تطرف على روح الشرعية ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى "ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك، ولا تبسطها كل البسط، فتقعد ملوما محسورا".

يتبين من هذه القاعدة أنها أساس يؤيد فكرة تقييد الحق، أي أن فكرة الاقتصاد أو الاعتدال في التصرف ينتج عنها نتيجة لا تقضي إلى الاكتساب أو الاستعمال المذموم وحيث أن أصل الفعل مباحا¹.

الفرع الثاني: آثار تقييد الحق في الفقه الإسلامي.

أن الفقه الإسلامي فقه تقويمي يعتمد في قواعده على مصادر سماوية تجعل القيم العليا المقام الأول في تشريعها، حيث نراها تجمع بين قواعد الخلق والتشريع ويكون الجمع واضح في تشريعاتها، فيجمع بين العدل والإحسان، والاقتضاء والتسامح، والمقاصة والعفو، ويدعو إلى التعاون على البر واجتناب الإثم والعدوان.

أن الهدف الرئيسي من تقييد الحق المحافظة على المقاصد الضرورية الخمسة²، وقد شرع هذا التقييد من أجل حماية حقوق الغير، وتدعيم التكافل الاجتماعي في نفس الوقت وحفظ المقاصد الأساسية في التشريع ورعاية الصالح العام.

تساهم القيم الخلقية بجزء كبير في تقييد الحق وحمايته من أجل تحقيق التكافل الاجتماعية، فإنه لا يوجد تقييد لأي حق لشخص ما إلا من أجل حماية غيره ذلك أن الشريعة تأمر بالامتناع

¹ الموافقات ج3 ص217.

² وهي: الدين والنفس والعرض والعقل والمال.

عن الإضرار وتحريمه حيث أنه واجب خلقي أيضاً، ففي تحريمها لهذا التصرف تأكيداً لحق الغير في حفظ ماله وعرضه ونفسه، أي المحافظة على المقاصد الأساسية الخمسة، فإن أي نهى خلقي يقيّد سلوك الأفراد في ظرف معين لم يشرع لمجرد الأمر أو النهي، بل المقصود فيه حماية حق الغير¹.

نستنتج مما سبق أن كل حق للفرد يشمل حق الله وهو المحافظة على حق الغير، كما وأن القواعد الخلقية ارتقت إلى مستوى القواعد الشرعية الملزمة سواء أكان في قضاء الدولة المدعوم بسلطان الدولة التي تكفل قيام الجزاء الدنيوي، وذلك من أجل حماية القيم الإنسانية في المجتمع ودعمًا للتكافل، وتحقيقاً للمقاصد الأساسية للشرعية، وحماية حق الغير.

حيث أن القواعد الشرعية مثل قاعدة نفي الضرر وقاعدة نفي الحرج وقاعدة الأمور بمقاصدها، جميعها قواعد خلقية في الأصل، وأصبحت قواعد شرعية لحماية قيم الإنسانية في المجتمع، وأن الفقه الإسلامي يتمسك بكل قاعدة فقهية كانت أو خلقية وذلك من تأكيد الأصل العام الذي قامت عليه الشرعية، وهو جلب المصالح ودرء المفساد².

الأوامر والنواهي في الفقه الإسلامي هي منشئ الحقوق والواجبات، وأن الأوامر والنواهي تشمل القواعد الخلقية والقواعد الشرعية، فهي في نفس المرتبة من حيث وجوب الامتثال والتنفيذ، ومن هنا تقيّد الحق بهما في الشريعة ويترتب نفس الأثر، أي إن تقييد الحق بكل من القواعد الخلقية والقواعد الشرعية لوحدة مصدرهما وقوتهما الإلزامية، ولهما نفس الأثر في التقييد والتحديد.

¹ الدريني، فتحي، مرجع سابق، ص 151.

² المرجع نفسه، ص 152.

ومن القواعد الخلقية التي انعكست أثارها على الحقوق والمعاملات تحديدا وتقييدا، قاعدة " وجوب التعاون " كقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان " وقاعدة " نفي الضرر " في قوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار " وقاعدة تحريم الغرر والغش والتدليس " ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة " وقاعدة انظار المعسر " وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " ¹.

نستخلص من ذلك أن عملية مزج القواعد الخلقية مع القواعد الشرعية كان ذا أثر في بناء التكافل الاجتماعي بين الأفراد بعضهم قبل بعض ومن جهة أخرى بين الأفراد والمجتمع والدولة.

يؤكد المعنى الاجتماعي للحق في الشريعة في ضوء القيم الخلقية المبنية فيه، أنها لا ترغب في نطاق المعاملات والحقوق الفردية بوجه عام في المعاملة بالمثل أو المعادلة في الاقتضاء، بل تحت على تجاوز العدل إلى الفضل والإحسان والتسامح كما أنها تأمر الدائن بانظار المعسر وتحثه إلى التصديق عليه بالدين أو إبرائه منه، كما أنها تحث إلى مقابلة الإساءة بالإحسان.

وعلى هذا فإن فكرة المزج ما بين القواعد الخلقية والقواعد لبناء التكافل الاجتماعي يبعد فكرة الحق عن السلطة المطلقة التي تؤدي إلى نشوء التضارب ما بين مصلحة الفرد والمجتمع، حيث نستخلص من تعاليم الشريعة فيما يتعلق بالمعاملات واقتضاء الحقوق أن المعاملة في نظر القرآن الكريم تقوم على أساس العفو والإيثار والفضل، وعليه أن الشريعة رغبت في التسامح وحثت

¹ الدريني، فتحي، مرجع سابق، ص154.

على تجاوز العدل إلى الفضل في المعاملات والتصدق بالحقوق، فهي جعلت الحق مقيد بما لا يضر بحقوق الغير¹.

اذن فالحق المطلق لا وجود له في الشريعة الإسلامية، ولا يتناسب مع روحها وقواعدها وأهدافها، فلا يوجد مكان للأناية الفردية في استعمال الحقوق.

كما أن الأعمال معتبرة بمصالح العباد ذلك هو أصل المشروعية، لان المصالح مقصود الشرع وهذا ما يؤكدده الأمام الشاطبي أيضاً بقوله " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير مشروع.

اي أنه لا يكفي توخي المصلحة التي شرع العمل من أجلها، بل لا بد فيها من نية امتثال أمر الله، أي أن العمل الذي هو وسيلة تنفيذ الحق إذا كان تعبدية، أي يقصد به امتثال أمر الله واجتناب نهيه، فإن المصلحة هنا تعبدية.

وعليه أن المبادئ الخلقية كما تقيد الحق بمنع الأضرار تصون وترعى المصلحة العامة، وتقضي على التحايل على قواعد الشريعة، كما أنها نتيجة لذلك تساهم في بناء التكافل الاجتماعي، وتحقق مقاصد التشريع².

¹ الدينيني، فتحي، مرجع سابق، ص155.

² المرجع نفسه، ص157.

المطلب الثاني: فكرة تقييد الحق في الفقه القانوني .

يسعى النظام القانوني إلى تحقيق النظام الاجتماعي كونه الذي يحقق السكنية أو الاستقرار القانوني، حيث أن الاستقرار القانوني يعد من الغايات الأساسية التي تهدف إلى تحقيقها كل الأنظمة القانونية، وأن الاستقرار القانوني يؤدي إلى تحقيق السكنية الاجتماعية واليقين والثبات في المراكز القانونية، ووجود الاستقرار القانوني يؤدي بالنتيجة إلى إحلال النظام محل الفوضى.

تعتبر العدالة الغاية الأساسية التي يسعى القانون إلى تحقيقها، فالارتباط وثيق ما بين العدالة والقانون، حيث أن القاعدة القانونية التي لا تحقق العدل لا تصلح بأن تكون قاعدة قانونية بل وتعد أيضاً قاعدة غير مشروعة، ومن هذا نجد أن العدالة تتفق في أهدافها مع أهداف الاستقرار القانوني وحتى يتمكن القانون من تحقيق أهدافه لا بد له من التوفيق بينهما حيث وجود أحدهما دون الآخر لا يساوي شيء.

تعد فكرة الحق وطبيعته من أهم ما يتمتع به الأشخاص في المجتمع ويكفل وجودهم، وعمد القانون إلى تمكين الأشخاص من هذه الحقوق وحمايتهم لهم، ومع ذلك راعى المشرع بين تمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم وبين تحقيق العدالة والاستقرار القانوني، حيث ذهب المشرع إلى التوازن بين مصالح الفرد والمجتمع.

أن عملية التوازن تحتاج إلى البحث في نطاق الحماية التي يوفرها القانون لها، مما يلزمنا في المطلب إلى البحث في فرعين أساسيين نتكلم في الأول الحماية في نطاق العقد وفي الفرع الثاني عن الحماية في نطاق حق الملكية.

الفرع الأول: الحماية في نطاق العقد.

جاء في المادة (87) من القانون المدني الأردني على أنه "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويرتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

حيث أن الفرد حر في التعاقد، حيث أن إرادته هو نفسه التي تتحكم في ان يتعاقد أو لا، اي أنه بمقتضى سلطان الإرادة عند تكوين العقد يكون للمتعاقد حرية مزدوجة: فهو حر في أن يتعاقد وفي أن لا يتعاقد، وفي حال أن تعاقد يكون حر في تحديد شروط عقده ثم إنه يكون حراً في إنهاء عقده.

ولكن هل كفل المشرع حماية الفرد في نطاق العقد أم أنه اكتفى بتكوين العقد، وهل كفل المشرع حماية الجماعة في نطاق العقد، هذا ما سنقوم ببيانه:

أولاً: حماية الفرد في نطاق العقد.

نصت المادة (90) من القانون المدني الأردني على أنه "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول" ونصت المادة 1/199 على أنه "يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر - ما لم ينص القانون على غير ذلك -، كما نصت المادة 213 من نفس القانون على أنه "الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماء في التعاقد".

أن القانون المدني الأردني لم يقيم في حماية الفرد في نطاق العقد، بل قام بفسخ المجال للحرية الفردية، فقام بإظهار الحماية في إعلان مبدأ سلطان الإرادة حسب ما جاء في المادة 90

من القانون المدني الأردني المذكورة أعلاه، اي أن للعقد وجود اعتباري بمجرد تراضي الطرفين ويقوم هذا الوجود في الأصل على قوة إرادتهما، كما أن المادة 93 من القانون ذاته نصت على " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي " حيث ان الواضح والصريح من النص أن التراضي هو الشريطة الأساسية لقيام العقد.

أي بمعنى أن المشرع الأردني لم يحمي الفرد في نطاق العقد بل أنه قام بحمايته في مبدأ سلطان إرادته، فقام بترك حرية انعقاد العقد مبنية على حرية الأطراف حسب ما تتجه إرادتهما، حيث نصت المادة 1/214 من القانون المدني الأردني على أنه " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني "، وأيضاً المادة 2/239 من نفس القانون التي نصت على أنه " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ....."، من خلال استقراء هذه النصوص يتضح لدينا أن المشرع شرع في إعلان مبدأ سلطان الإرادة وان العقد يعتمد على إرادة الأطراف في ذلك.

نصت المادة 241 من القانون المدني على أنه " إذا كان العقد صحيحاً لازماً، فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون " حيث أن هذا النص يعلن تأكيد مبدأ سلطان الإرادة بعد قيام العقد، حيث أن لكل متعاقد أن يتمسك بالعقد وأن يرفض تدخل السلطة العامة كون أن المتعاقد الآخر لم يدعوها، ولذلك ليس لأحد ان يعيد النظر في العقد وكذلك ليس لأحد أن يعدل في أحكامه وهذا هو الأصل العام بعيداً

عن أن هناك استثناءات جاء بها المشرع، فيبقى الأصل إعلان مبدأ سلطان الإرادة حتى بعد قيام العقد¹.

نستخلص مما سبق أن المشرع الأردني لم يحمي الفرد في مجال العقد بل أنه أعطى الأفراد حرية التعاقد وإعلانه لمبدأ سلطان الإرادة، أي أن الأفراد يتمتعون بمبدأ سلطان الإرادة في العقود، حيث أن المشرع ابرز حمايتهم بإعطائهم حرية الاختيار في التعاقد ما دام أن العقد قد قام على تراضي وقوة إرادة الطرفين.

ثانياً: حماية الجماعة في نطاق العقد.

لقد أعطى المشرع الأفراد شأن في التعاقد وقد علأ بمنزلتهم وصان سلطان إرادتهم في مجال التعاقد، فإنه لم يغفل في ذات الوقت عن شأن المجتمع والتأكيد على المصلحة العامة وتحقيق النفع العام، وأن ما يؤكد هذه النزعة الجماعية أحكامه المثبوتة في نطاق العقد.

أورد المشرع الأردني قيود على مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية في مجالين يتمثل الأول في أعمال الإرادة الظاهرة، والثاني في اشتراط المشرع مطابقة العقد للمقتضيات الاجتماعية.

- الإرادة الظاهرة: جاء في المذكرة الإيضاحية " تركز نظرية العمل القانوني في هذا القانون على الإرادة الظاهرة، أي على التعبير عن الإرادة، لا على الباطنة، فالعقد لا يتم بمجرد توافق الإرادتين ولكن عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين " كما تقول أيضاً " فالعبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة....." وهذا ما يؤكد انحياز القانون المدني الأردني إلى نظرية الإرادة الظاهرة.

¹ سوار، محمد، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص 117 .

لقد أخذ المشرع الأردني بالإرادة الظاهرة في تكوين العقد وفي آثاره، حيث أن الإرادة الظاهرة تشكل قيда على مبدأ سلطان الإرادة وابرز مثال على ذلك نص المادة 1/368 من القانون المدني الأردني حيث جاء بها " إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضرب بهم "، يبرز هذا القيد على مبدأ سلطان الإرادة في أن المشرع جعل للغير التمسك في العقد الظاهر وليس في العقد المستتر، مما يجعل الإرادة الظاهرة قيدا على مبدأ سلطان الإرادة¹.

- مطابقة العقد للمقتضيات الإجتماعية: أن المقتضيات الاجتماعية تشكل قيدا على مبدأ سلطان الإرادة، وكان الهدف من هذه القيود التي تحد من سلطان الإرادة تطابق العقد مع المقتضيات الاجتماعية سواء من لياقة، ونزاهة، وعدل، ونفع، فإذا خلا منها العقد كان مخالفا للنظام العام أو مشوبا بالغرر أو يمسه الظلم.

أن العقد ليس مجرد أداة فردية فقط، بل هو أداة إجتماعية، حيث أن للمجتمع أن يتدخل به عن طريقة مباشرة من خلال الشروط التي يفرضها على العقد من الخارج.

• اللياقة التعاقدية: يرتبط هذا الشرط بالنظام العام والآداب فقد جاءت المواد 163-166 من القانون المدني وهي التي تلزم في أن لا يخالف محل العقد وسببه النظام العام والآداب، مما يجعل من النظام العام والآداب قيدا على مبدأ الحرية التعاقدية، حيث نصت المادة 2/163 من القانون المدني الأردني على أنه " فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ".

¹ سوار، محمد، مرجع سابق، ص 119.

وجاء القانون المدني الأردني في المادة 3/163 بأمثلة للنظام العام والآداب حيث نصت المادة على أنه " ويعتبر من النظام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية " وكما أكدت المادة 1/164 على وجوب اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة، كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير واقترن تحقيق هذا الشرط بشرط آخر وهو أن يكون النفع لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام والآداب والا فإنه يؤدي إلى بطلان العقد، وجاء مضمون المادة 165 من القانون المدني في أن السبب هو الغرض أو الغاية المقصودة من العقد ويجب أن يكون السبب مباح وغير مخالف للنظام العام والآداب¹.

• نزاهة العقد: أن لياقة العقد لم تكن هي القيد الوحيد على الحرية التعاقدية بل أن القانون المدني الأردني اشترط مبدأ نزاهة العقد الذي يعد قيدها، حيث كان المشرع الأردني تابع في أحكامه نهج أحكام الفقه الإسلامي التي تخشى الغرر وتبتعد عنه في أحكامها.

نصت المادة 1/160 من القانون المدني على أنه " يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا انتفى الغرر " وعلى سبيل النقيض في هذه المادة انه إذا وجد الغرر في العقد فيقع باطل في وجوده، وهذا ما أكدت عليه المادة 259 من نفس القانون والتي تنص على أن " إذا غرر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر " حيث أنه وجب الضمان على الشخص الذي غرر وذلك لانتفاء النزاهة، ووجود النزاهة العقدية شرط خلوه من الغرر، وخصصت

¹ سوار، محمد، مرجع سابق، ص 123.

المادة 1/161 من القانون المدني المعاوضات المالية حيث نصت على أنه " يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيننا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة " حيث أن هذه المادة وجبت انتفاء الجهالة الفاحشة في تعيين المحل وذلك لتحقيق النزاهة العقدية وتلافي الجهالة.

- نفع العقد: نصت المادة 166 من القانون المدني الأردني على أنه " 1- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. 2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يعم الدليل على غير ذلك ".

أن وجود هذا النص في القانون المدني الأردني فإنه ينبغي لوجوده شرطا في العقد أن يكون مفيدا وبانتهاء الفائدة تجعل على غير صحيح، حيث أن شرط النفع يعد قييدا على الحرية التعاقدية بين المتعاقدين، حيث لا بد من أن يعود من العقد الفائدة لطرفي التعاقد وبالتالي المجتمع، أي أنه هناك علاقة طردية في نفع العقد بالنسبة للمتعاقدين والمجتمع، لأن الفائدة تعم على كافة أرجاء المجتمع، حيث أن الشرط لصحة العقد تكمن في وجود الفائدة والنفع للأفراد والمجتمع.

- سعى المشرع الأردني إلى احترام عدل العقد، مما يشهد أن المشرع الأردني حرص على النزعة الجماعية، وتصدي الدولة لحماية العاقد الذي وقع ضحية الظلم وذلك بالوسائل التي تمكنه من التخلص من العقد المتضمن الغبن.

ومن الأمثلة التي وضعها المشرع للمتعاقدين نص المادة 205 من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة

فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " وأيضاً أن المشرع قد عمد في عدد من المواد إلى تحقيق العدل بين أرجاء المجتمع.

الفرع الثاني: الحماية في نطاق الملكية.

جاء في المادة (1018) من القانون المدني الأردني " 1- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً. 2- ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة ويغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً ".

ونصت المادة (1021) من القانون المدني الأردني على أنه " للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ".

نرى في النص الأول أن المشرع قد منح المالك سلطة مطلقة في أن يتصرف في ملكه سواء منفعة أو استغلال أو استعمال، وفي النص قيده بأكثر من أمر، فهل وازن المشرع في مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة؟ وهذا ما سنقوم ببيانه في هذا الفرع.

أولاً: حماية الفرد في نطاق حق الملكية.

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية التي يكتسبها الشخص، ويمنح صاحبها سلطات واسعة على الشيء المملوك، حيث عرف القانون المدني الأردني حق الملكية بأنه سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً، وأن ابرز خصائص هذا الحق أنه حق

جامع حيث يعطي صاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، كما أنه حق مانع كونه مقصور على صاحبه دون غيره ولا يشاركه فيه أحد، كما أن حق الملكية حق دائم¹.

وجاء المشرع الأردني في المادة 1018 من القانون المدني والتي سبق ذكرها أعطاء المالك سلطة التصرف المطلق في المملوك سواء كان هذا التصرف عيناً أو منفعة أو استغلال، وأن هذا التصرف من أهم السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك وهي التي تميز هذا الحق عن باقي الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق والانتفاع والسكنى، وينقسم التصرف إلى تصرف مادي وتصرف قانوني، ويمكن تعريف التصرف المادي بأنه " التصرف الذي يشمل كل الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى استهلاك الشيء أو إعدامه أو التغيير فيه مثل هدم المنزل أو كقطع الأشجار، وقد يكون التصرف المادي جزئي كهدم غرفة من المنزل"، أما التصرف القانوني فهو يشمل كل الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى زوال الحق من صاحبه كلياً أو جزئياً سواء كانت بتصرف ناقل للملكية مثل البيع أو الهبة أو بترتيب أحد الحقوق العينية على الشيء الصالح الغير كحق الانتفاع أو الارتفاق أو السكنى وفي هذه الحالة انفصلت ملكية الرقبة عن ملكية المنفعة أي الزوال الجزئي للحق، أو بترتيب أحد الحقوق العينية التبعية على الشيء كرهن تأميني أو رهن حيازي حيث تبقى ملكية الشيء للمالك ولكنها تكون مقيدة بحق الرهن².

لقد قام المشرع الأردني بحماية المالك وإعطائه سلطة التصرف وتمكينه من هذا التصرف سواء في العين ذاته أو في منفعته أو في استغلاله، وإعطائه الحق المانع له وحده في الانتفاع بالعين المملوكة في غلتها وثمارها ونتاجها.

¹ عبيدات، يوسف، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2011، ص 24-25.

² سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص 128.

نصت المادة (1020) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- لا ينزع ملك أحد بلا سبب شرعي. 2- ولا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون "، ويتفق هذا النص مع المادة (11) من الدستور الأردني وقد جاء فيها " لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون " كما ونصت المادة (97) من مجلة الأحكام العدلية على أنه " لا يجوز لأحد ان يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي " كما ونصت في المادة (1216) على أنه " لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤد ثمنه ".

عند استعراض النصوص السابقة جميعها نجد أنه من غير الممكن أن ينزع من أحد ملكه بلا سبب شرعي، وبهذا حماية القانون للفرد في ملكه وعدم تعرضه للنزع أو للحد من استغلاله للعين المملوكة ما لم يتم هناك سبب شرعي، وقد استثنى من ذلك المنفعة العامة ولكن اقترنت بالتعويض العادل، حيث أنه حتى لو أستملك العين من صاحبه للمنفعة العامة استوجب التعويض العادل للمالك.

وقضت محكمة التمييز الأردنية، على أنه: "لا يجوز استملاك أي عقار إلا لمشروع يحقق نفعاً عاماً و لقاء تعويض عادل..."¹.

وما هذا إلا حماية للمالك في ملكه وتمكينه منه، وضمان حماية الملك بموجب نصوص القانون لينفرد المالك ويستأثر في ملكه سواء كان ذلك في المنفعة أو الاستعمال أو الاستغلال للعين المملوكة وفي غلة هذه العين وثمارها ونتائجها، ويكون له جميع التصرفات في هذه العين المملوكة ما دامت هذه التصرفات جائزة شرعاً.

¹ تمييز/حقوق، رقم 2008/2532، هيئة خماسية، منشورات عدالة.

ثانيا: حماية الجماعة في نطاق حق الملكية.

تكلما في السابق عن حماية الفرد في نطاق حق الملكية، وكيف مكن المشرع الفرد من حق الملكية، ولقد وصف المشرع في المادة (1018) من القانون المدني بأن سلطة المالك سلطة مطلقة، وأن هذه السلطة المطلقة لا تتفق مع القيود العديدة التي أوردتها المشرع على حق الملكية، كون أن هذه القيود وردت على حق الملكية كونه حق ذا وظيفة اجتماعية، وبالتالي أن النتيجة المحتملة من هذه القيود تصب في مصلحة الجماعة.

وتتقسم هذه القيود إلى قيود قانونية نص عليها المشرع وقيود إرادية تتم بإرادة الأفراد (الشرط المانع من التصرف)، وبالنسبة للقيود القانونية منها ما يتعلق بالمصلحة العامة كنزع الملكية الخاصة لتحقيق المنفعة العامة وغيرها من القيود المتعلقة بالأمن والنظام العام، وهناك من القيود ما يتعلق بالمصلحة الخاصة مثل القيود التي ترجع إلى الجوار والمتعلقة بالمرور والمتعلقة بالتلاصق في الجوار.

مما يستوجب علينا ذكر هذه القيود حسب ما جاء بها المشرع الأردني.

• الشرط المانع من التصرف.

نصت المادة (1028) من القانون المدني الأردني على أنه " ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقدا كان أوصية شروطا تقيد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محددة "، ونصت المادة (1029) من القانون ذاته على أنه " يقع باطلا كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوفر فيه أحكام المادة السابقة ".

حيث لا بد من أن يكون الباعث في الشرط من التصرف مشروعاً، ويكون كذلك إذا كان الهدف منه تحقيق مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، وأن نطاق التصرفات التي تضمن شرط المنع من التصرف تشمل العقد أو الوصية أي تشمل المعاوضات والتبرعات، أي أن المشرع الأردني جعلها مطلقة، ولم يقر المشرع بتحديد مدة المنع من التصرف، بل أعطى للأفراد حرية تحديد المدة مع إلزامهم بتحديد المدة¹.

يعتبر الشرط المانع من التصرف من الشروط التي تخالف الأصل وهي حرية المالك في التصرف في ملكه ويعود ذلك إلى سببين يتمثل السبب الأول وهو السبب القانوني حيث أن هذا الشرط يحرم المالك أهم سلطة من السلطات التي يمنحها حق الملكية والتي تتمثل في سلطة التصرف حتى ولو كانت بشكل مؤقت، أما السبب الثاني وهو السبب الاقتصادي حيث يترتب على حرمان المالك من التصرف في ملكه حبس الشيء المملوك عن التداول مما يضر بالحياة الاقتصادية².

قضت محكمة التمييز على أنه: "للمالك سلطة التصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً... ومع ذلك لا يجوز له أن يشترط في تصرفه شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة..."³.

• منع الضرر الفاحش.

نصت المادة (1021) من القانون المدني الأردني على أنه " للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 98-99.

² الحقوق العينية الأصلية والتبعية، بحث منشور على الانترنت ص 7-8.

³ تمييز/حقوق، رقم 2005/449، هيئة خماسية، منشورات عدالة.

العامة أو المصلحة الخاصة"، وكما نصت المادة (1027) من ذات القانون على أنه " 1- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. 2- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق".

يتضح من المواد السابقة أن المشرع راد أن يحمي جار المالك في حالة الضرر الفاحش (الضرر غير المألوف) وبالتالي تقييد حق المالك في استعمال حقه، ولكن نوه المشرع على أن يكون الضرر فاحش حتى يتمكن الجار من المطالبة بإزالة هذا الضرر، وفي ذات الوقت لم يتطلب المشرع أن يكون الضرر نتيجة عن الاستعمال الخاطئ لحق الملكية من المالك أو سوء النية للإضرار بالجار وإنما نتجت عن الاستعمال لحق الملكية من قبل المالك.

وقد اشترط المشرع ليكون المالك مسؤول عن الضرر أن يكون هناك غلو في استعمال حق الملكية، ويمكن تعريف الغلو بأنه كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار، وعليه فإن الاستعمال العادي لحق الملكية لا يوجب مسؤولية المالك، كما واشترط أيضاً أن يؤدي هذا الغلو إلى الإضرار بالجار، فشرط الضرر هو الذي يترتب المسؤولية ويشترط في الضرر أن يكون غير مألوف والضرر غير المألوف هو الضرر الفاحش الذي يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء والذي يزيد عن الحد الذي لا يمكن تحمله من قبل الجار،

ومن الأمثلة على المضار غير المألوفة الروائح الكريهة التي تخرج من المصانع، والإزعاج الذي يصدر عن المسارح ودور السينما والمستشفيات.....الخ¹.

أن معيار قياس الضرر غير المألوف تقاس بمعيار موضوعي وليس بالمعيار الشخصي أي بمعيار الرجل المعتاد الذي يزعجه ما يزعج الناس ويتحمل ما جرى العرف على تحمله فيما بين الجيران.

ومن الاعتبارات التي تؤخذ لبيان إذا كان بهذا الضرر مألوف أو غير مألوف ما يلي:

- العرف: جرى العرف بأن يتحمل الجيران بعضهم البعض في بعض الأضرار فلا يجوز للجار المطالبة بإزالتها باعتبارها إضراراً مألوفة بحكم العادة والعرف ومثال ذلك أن يتعود أحد الملاك الخروج مبكراً مستعملاً سيارته وما يصدر عنها من صوت قد يزعج جاره النائم وأيضاً ما جرى عليه العرف في مناسبات الأفراح أو المآتم أو الحفلات.
- طبيعة العقارات: ومثال ذلك إذا كان يقام على العقار محلاً عاماً أو مقهى أو فندق فإنه يتحمل من الضوضاء والإزعاج أكثر من ما يتحمله المسكن الهادئ وقياس ذلك.
- موقع كل عقار بالنسبة إلى الآخر: ومثال ذلك صاحب العقار الذي يجاور خطوط السكك الحديدية يتحمل من الأضرار ما لا يتحمله صاحب العقارات البعيدة عن السكك الحديدية، وصاحب الأسفل يتحمل ما أكثر من ما يتحمله صاحب العلو.

¹ العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 46.

- الغرض الذي خصص له العقار: أي أن ما يعتبر مألوفاً في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهي والمحلات العامة يعتبر ضرراً غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للسكن دون غيره¹.

ويجب أن يكون الضرر الفاحش ضرراً فعلياً لا ضرراً احتمالي، فقد قضت محكمة التمييز بأن "الفتحات والشبابيك الموجودة في الطابق الثالث للمدعى عليه التي تكشف سطح بناء المدعين قد تلحق ضرراً بهما في حالة قيامهما بالبناء على السطح أو على جزء منه لا تثبت الضرر لأنه مبني على الاحتمال"².

نستخلص مما سبق هناك قيد على المالك في حق الملكية وهو منع الضرر الفاحش (الضرر غير المألوف) ويصب هذا القيد في مصلحة الجار، حيث يمنع المالك من الحاق الضرر على جاره من خلال استعماله لحقه.

• القيود المتعلقة بالمرور.

نصت المادة (1290) من القانون المدني الأردني على أنه "1- لصاحب العقار الذي لا يتصل بالطريق العام أو أن وصوله إليه يتم بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة حق المرور في الأرض المجاورة بالقدر المألوف لقاء مقابل عادل. 2- على أن هذا الحق لا يقوم إلا في موضع يتحقق فيه نفعه ويقل ضرره."

¹ عبيدات، يوسف، مرجع سابق، ص 37.

² تمييز حقوق رقم 91/672 مجلة نقابة المحامين، سنة 1993، ص 1250.

أن حق المرور هو حق صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام بالمرور في أرض الغير للوصول إلى هذا الطريق فهو يثبت بحكم القانون لمالك الأرض المحبوسة، ولهذا يعد قيودا من القيود على ملكية الأراضي المحاذية للطريق العام¹.

يتبين من النص السابق أن حق المرور يعد من القيود القانونية على حق الملكية، فهو يحد من سلطة المالك على ملكه عند تقرير حق المرور، وبالتالي فهو حماية للغير الذي يستحق حق المرور.

وقد أكدت محكمة التمييز على ذلك في إحدى قراراتها حيث جاء فيه أنه: "أعطت المادة 1/1290 من القانون المدني الحق لمن لا يتصل عقاره بالطريق العام أو أن وصوله إليه يتم بنفقه باهظة أو مشقة كبيرة حق المرور في الأرض المجاورة إلا أن هذا الحق مقيد بما تضمنته المادة 1291 مدني التي تقضي بعدم جواز طلب المميز إذا كان المنع عن الطريق العام بسبب تجزئة العقار إلا في أجزاء هذا العقار"².

• القيود المتعلقة بالملكية الشائعة.

نصت المادة (1034) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- يكون رأي أغلبية الشركاء في إدارة المال ملزما للجميع وتعتبر الأغلبية بقيمة الأنصبة. 2- فإن لم يتفق الشركاء جاز لهم أن يختاروا مديرا وأن يضعوا لإدارة المال والانتفاع به نظاما يسري على الشركاء وعلى خلفائهم سواء أكان الخلف عاما أم خاصا أو أن يطلب أحدهم من المحكمة أن تتخذ ما يلزم لحفظ المال وأن تعين مديرا للمال الشائع".

¹ العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص239.

² تمييز/حقوق، 1989/245، هيئة خماسية، منشورات عدالة.

حيث أن الملكية الشائعة صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لأكثر من شخص دون أن يتم تعيين لكل منهم نصيب مادي محدد، وإنما يكون لكل منهم حصة شائعة فيه يرمز لها بنسبة حسابية كالنصف والتلث والرابع، والأصل أن هذه الحصص متساوية ما لم يقيم الدليل على غير ذلك¹.

يتضح من النص السابق أن المشرع سعى إلى النزعة الجماعية في إدارة المال الشائع وتكريس التضامن بين الجماعة، مما جعل من هذا النص قييدا على المالك الفرد. وسار المشرع على نهجه فيما يتعلق في ملكية الأسرة وفي ملكية الطبقات وفي معيار توزيع النفقات المشتركة بين الشركاء تكريسا لمبدأ التضامن.

• القيود المتعلقة بالمطلات والمناور.

نصت المادة (1025) من القانون المدني الأردني على أنه " حجب الضوء عن الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه والا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعا للضرر ".

يتضح من النص أنه يشكل قييدا على حق المالك في ملكه عند منعه من أحداث بناء يسد ويحجب الضوء عن جاره، مما يشكل قييدا على المالك في ملكه، مما يشكل حماية للجار من المالك في استعمال ملكه بصورة تلحق الضرر به².

¹ العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 55.

² سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص 177.

• القيود المتعلقة بالأعمال والترميمات لمنع سقوط العلو .

نصت المادة (1072) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. 2- فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات فللمحكمة بناء على طلب المتضرر أن تأمر بإجراء الترميمات اللازمة وللمتضرر الرجوع على صاحب السفل بما يصيبه من النفقات "

يتضح من النص أن المشرع قد ألزم مالك السفل بأجراء الترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، حيث يشكل هذا الإلزام قيوداً على المالك بأجراء الترميمات اللازمة، ويصب هذا القيد في مصلحة صاحب العلو تحقيقاً للعدالة الاجتماعية، كما أنه في حالة امتناع صاحب العلو عن إجراء هذه الترميمات يحق للمحكمة بناء على طلب المتضرر بأجراء الإلزام، ومن ثم يعود بالنفقات على صاحب السفل، فهنا إلزام صاحب السفل بالنفقات يعد أيضاً قيوداً على حرية المالك في ملكه، ويصب هذا القيد أيضاً في مصلحة صاحب العلو¹.

الخلاصة... لقد عرف القانون المدني الأردني حق الملكية بأنه سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً، وأنه من المآخذ على المشرع الأردني بأنه وصف السلطة بالتصرف المطلق، وذلك أنه قام بوضع العديد من القيود التي تحد من سلطة المالك في استعمال ملكه، وأن هذه القيود تصب في مصلحة الغير مما يحقق العدالة الاجتماعية بين الأفراد.

¹ عبيدات، يوسف، مرجع سابق، ص 84.

الفصل الثاني: تطبيقات على تقييد الحقوق المالية في القانون الأردني.

أن خاصية الإطلاق في الحقوق لم تنعكس أثارها على الأحكام التفصيلية لهذه الحقوق، حيث أن الأحكام تظهر النزعة الجماعية للمشرع، ينتج عنها تقييد الحقوق، وتوظيف هذه الحقوق لخدمة الجماعة، فلا إطلاق للحق وتسخيره من أجل مصلحة الفرد، ويقول الأستاذ حامد مصطفى، في هذا الصدد، " إن شرح القانون المدني يكادون يجمعون اليوم على أن مفهوم حق الملكية قد تطور، فانقل من حالة القصر والإطلاق إلى مفهوم الوظيفة الاجتماعية لذلك الحق ".

جاء في القانون المدني العديد من القيود التي ترد على الحقوق المالية، وكان النصيب الأكبر يقع على عاتق حق الملكية، في حين أن القيود على الحقوق الشخصية كانت محصورة وقليلة، ويرجع تبرير ذلك إلى إعلان المشرع لمبدأ سلطان الإرادة بين المتعاقدين، ولكن هذا لم يمنع المشرع من إضفاء القيود على ذلك مع موازنة إعلان مبدأ سلطان الإرادة وما في ذلك من تدخل المشرع في موضوع الإرادة الظاهرة أو موضوع اللياقة التعااقية وقد سبق الحديث عنها فيما سبق.

أما فيما يتعلق عن القيود التي وردت على حق الملكية فهي عديدة، حتى أنه يمكننا القول بأنه ليس هناك حق مطلق، سواء كان في القيود التي جاءت صريحة في نص القانون أو في ما يمكن وضعه تحت موضوع التعسف في استعمال الحق.

أن القيود لم تاتي محصورة فقط في القانون المدني، حيث أن المشرع جاء بالعديد من القيود في القوانين الخاصة، حتى أن بعض التشريعات الخاصة جاءت بقيود على حقوق منحها المشرع في القانون المدني.

سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تطبيقات على القيود في القانون المدني الأردني.

المبحث الثاني: تطبيقات على القيود في التشريعات الخاصة.

المبحث الأول: تطبيقات على القيود في القانون المدني الأردني.

منح القانون المدني للأشخاص العديد من الحقوق للأفراد، حيث قسم القانون المدني الحق إلى ثلاثة أنواع وهي: الحق الشخصي وهو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹، والحق العيني وهو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، ويكون هذا الحق أما أصليا أو تبعا²، والحق المعنوي وهو الحق الذي يرد على شيء غير مادي مثل حقوق المؤلف والمخترع³.

لقد أعطى المشرع الأفراد الحرية في التعاقد، وصان سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أعلننا لمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، وذلك بإعطائهم حرية الاختيار في التعاقد، كما أنه لم يغفل في التأكيد على المصلحة العامة لتحقيق النفع العام، حيث أورد قيودا على مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية، تتمثل هذه القيود في الإرادة الظاهرة، ومطابقة العقد للمقتضيات الاجتماعية وقد سبق الحديث عنها فيما سبق.

وجاء المشرع الأردني في المادة (66) من القانون المدني والتي تنص على أنه " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع"، حيث أن المشرع أطلق استعمال الحق لصاحبه في بعض النصوص، ولكنه جعل في النص السابق قيودا على هذا الإطلاق، فهل ينحصر هذا القيد، وما معيار الاستعمال الغير المشروع.

¹ المادة 68 من القانون المدني الأردني.

² المادة 69 من القانون المدني الأردني.

³ المادة 71 من القانون المدني الأردني.

وصف المشرع في نص المادة (1018) من القانون المدني سلطة المالك بالسلطة المطلقة، مع أنه قام بوضع العديد من القيود في النصوص، حيث لم يجعل بهذه القيود مكان لإطلاق سلطة المالك سواء كان ذلك في الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف.

على ما سبق سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين نتكلم في المطلب الأول عن التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون، ونتكلم في المطلب الثاني عن القيود الواردة على سلطات المالك.

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق.

قال قديما الرومان " من استعمل حقه لم يضر أحدا " حيث أن القانون الروماني القديم اقترن استعمال الحق في عدم الأضرار بالغير، وفي حالة الأضرار لا يعد هذا الفعل استعمال للحق.

أن عبارة " إساءة استعمال الحق " قد استخدمت لوصف الفعل الخاطيء الذي سيأتي في عملية استعمال الحق، والذي سيؤدي إلى مسؤولية الفاعل عن الفعل الضار، لأنه في جميع الحالات لا يمكن أن تكون ممارسة الحق فعل غير مشروع.

عرف الفقه الإسلامي التعسف في استعمال الحق بأنه " أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع.

حيث أن ما تخول الحقوق والإباحات من أفعال مشروعة لمباشرتها، تكون مجرد وسائل لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها، مما يشكل قيوداً عاماً على الحقوق في استعمالها لتحقيق المصلحة المرجوة منها.

جاءت المادة (1/66) من القانون المدني الأردني على أنه " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع " حيث ألزم المشرع الضمان في حالة الاستعمال غير المشروع مما يدخل القيد على استعمال الحق وذلك بصورة إلزام مباشرة الحق في استعماله مشروع.

وسنقوم في هذا المطلب في الحديث عن التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، وبيان دوره في تقييد الحقوق وذلك في فرعين مستقلين سنتكلم في الأول عن التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني عن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني.

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

لقد سبق وتحدثنا أن الفقه الإسلامي قد نظر إلى الحق نظرة اجتماعية، فقام بتقييد الحق بالنسبة إلى صاحبه وبالنسبة إلى الغير، وكان الهدف من هذه القيود هو المحافظة على مقصود الشرع، والمحافظة على حقوق الغير.

وقال الإمام الشاطبي " وجلب المنفعة أو دفع المفسدة ' إذا كان مأذوناً فيه على ضربين: أحدهما أن لا يلزم عنه إضرار الغير، والثاني: أن يلزم عنه ذلك، وهذا الثاني ضربان: أحدهما: أن يقصد الجالب أو النافع - وهو صاحب الحق أو الإباحة - ذلك الإضرار، والثاني: أن لا يقصد

بأحد إضرارا بأحد"، أن مفاد هذا النص يفيد بأن تقييد الحق الشخصي من حيث الباعث أو القصد، بالمحافظة على مقصود الشريعة وبالمحافظة على حق الغير¹.

حيث أن الفقه الإسلامي لم ينظر إلى الفرد كوحدة مستقلة عن المجتمع، ولم ينظر إلى حقه على أنه غاية في ذاته، بل اعتبر الفرد وحدة إنسانية تعيش في إطار اجتماعي، يرتبط بمصالح متبادلة، وهدف مشترك، أي تنتفي الصفة المطلقة للفرد على حقه وتقيديها من أجل تحقيق المعنى الاجتماعي، حيث حرص الفقه الإسلامي على إبقاء الصفة المزدوجة للحق.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن قاعدة التعسف لم تقتصر فقط على استعمال حق الملكية، حتى لو كان أظهر الحقوق وأوسعها مجالا لتطبيق هذه القاعدة، بل أنها شملت كل الحقوق والمباحات.

والتعسف في اللغة: أخذ الشيء على غير طريقته².

وعند القانونيين انحراف بالحق عن غايته أو استعمال الحق على وجه غير مشروع³.

أما في الفقه الإسلامي فقد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا⁴.

سننكلم في هذا الفرع بداية عن التكليف الفقهي للتعسف في استعمال الحق وتأصيله ثم سننكلم عن قواعد التعسف في الفقه الإسلامي في الفرع الثاني.

¹ الدريني، فتحي، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دار البشير، عمان، 1998، ص34.

² المصلح، عبدالله، قيود الملكية الخاصة، دار المؤيد، الرياض، الطبعة الثانية، 1995، ص496.

³ المرجع نفسه، ص496.

⁴ المرجع نفسه، ص496.

أولاً: التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق.

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة "تعسف" أو "إساءة" في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون في الغرب، ولكنه ورد في بعض كتب الأصول كلمة "الاستعمال المذموم" تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق، ووردت أيضاً كلمة "المضارة في الحقوق" في كتاب الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية، التي تفيد نفس المعنى¹.

يذهب بعض الأصوليين - كالإمام الشاطبي في موافقاته - إلى أن التعسف في استعمال الحق من باب "التعدي بطريق التسبب" يبرز ذلك من تأصيله للمسؤولية في التعسف وأن مبناها هو "التعدي" ويظهر هذا في تفصيله لحالات الضرر الذي يترتب على استعمال الحق.

حيث فرض أن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أي لمجرد هذا القصد، وأن حكمها هو المنع مع الإشارة إلى أساس الحق عملاً بقوله ص "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" وجاء من الصور التي فرضها أن يقصد فيها الفرد نفع إلى نفسه وإلى ضرر غيره معاً، وليس في القضية نفع عام، ولا فساد عام، فقال فيها "فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير، فإنه يمنع منه فيصير غير مأذون فيه، ويكون عليه إثم ما قصد.

أن الإمام الشاطبي يكيف التعسف بأنه "تعدي" بطريق التسبب، ولا يلتزم في ذلك ضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء، وأن عناصر التعدي عند الإمام الشاطبي هي:

1- تمخض قصد الإضرار بالفعل، وهو يعتبر تعدياً من الطراز الأول.

¹ المصلح، عبدالله، مرجع سابق، ص 44.

2- مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن، والمظنات.

3- الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الإسلام.

حيث جعل الإمام الشاطبي معيار التعدي ذاتيا قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار، أو المظنات، أو الإهمال والتقصير¹.

بعد ذلك تطورت فكرة التعدي في الفقه الإسلامي فلم تعد تعتمد على المعيار الموضوعي وهو مجرد ارتكاب الفعل الخارج عن حدود الحق، بل شملت عناصر نفسية، مثل عدم التبصر والإهمال، كما جعلها الإمام الشاطبي شاملة للإساءة في استعمال الحق، حيث يقيد سلطات صاحب الحق بواجبات تفرض عليه عند استعمال سلطاته مثل التبصر والحرص والاحتياط، وذلك في سبيل عدم التسبب في إيقاع الضرر بالغير، فيكون وجوب تجنب قصد الإضرار عند استعمال الحقوق².

ولقد جاء في الفقه الحنبلي ما يؤيد اعتبار الإهمال أو التقصير في الاحتياط تعديا حيث جاء في المغنى: " لا ضمان على الراعي إذا لم يتعدى" ويقول صاحب المغنى في تعلييل ذلك: " ولنا أنه مؤتمن على حفظها، فلم يضمن من غير تعد، كالمودع، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة، فلم يضمنها من غير تعدي، مالمعين المستأجرة، فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بلا خلاف، مثل أن ينام عن السائمة، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد منه، أو تغيب عن نظره وحفظه.....مما يعد تقريبا وتعديا³.

¹ الدريني، فتحي، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 56-57.

² الزرقا، مصطفى، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، مجلد/2، ص 109.

³ المقدسي، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة، المغنى، الجزء الخامس، ط أولى، مطبعة المنار، القاهرة، 1348هـ/496.

وجاء تعريف التعسف بأنه هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع.

ومثال ذلك: قيام شخص بإقامة ببناء في أرضه وضمن حدودها، حائطاً عالياً، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد، أو بعبارة أخرى، تعطلت المنافع المقصودة من الملك، وهو ما يسمى بالضرر الفاحش والذي سبق وأن تحدثنا عنه، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال حقه.

ولقد عرف الأصوليين التعسف بأنه عبارة عن " تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله ". ولهذا فإن التعسف محرماً في الشريعة الإسلامية مما يؤكد على أنه قيد على الحقوق وبهذا لا يكون حقوق مطلقاً في ظل الفقه الإسلامي، وذلك بتحريمه للتعسف.

ثانياً: قواعد التعسف في الفقه الإسلامي.

أن للتعسف قواعد وفق منظور فقهاء الشريعة أخذ بها جمهور الفقهاء ويمكن إيجازها بالقواعد الخمسة التالية:

1- أن يستعمل الإنسان حقه بقصد الإضرار بالغير.

وتقتضي هذه القاعدة ان استعمال الإنسان لحقه بقصد الإضرار بالغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك.

أن قصد الإضرار بالغير هو أوضح حال من حالات التعسف بل أنها تشير إلى سوء الخلق والتصرف لان القصد العام في الحقوق هو تحقيق مصالح العباد لا الإضرار بالناس، وبذلك يكون الفاعل قد ناقض هدف الشارع من إيجاد الحق، والإضرار أيضاً مفسدة يجب ردعها فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام، كما قال الأمام الشاطبي في أحوال التعسف (.....فيما يلزم عنه إضرار الغير - ضريان - احدهما ان يقصد الجالب أو الدافع ذلك الإضرار فلا أشكال في منع القصد إلى الإضرار لثبوت الدليل على ان لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)¹.

وفي هذه القاعدة تكمن سبب وأهمية القيد على الحق، لكي لا يتعسف صاحبه في استعماله بقصد الإضرار بالغير تحت ذريعة أنه صاحب الحق.

2- أن يستعمل حقه المشروع بقصد تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه الشرع. تؤسس الشريعة الإسلامية أحكامها حسب مقاصد الفاعلين، انطلاقاً من القاعدة " الأمور بمقاصدها"، فالواجب أن تكون تلك المقاصد موافقة لمقاصد الشريعة، لان الشريعة لها مقصد عام، وهو حفظ المصالح الضرورية، ومقصد خاص وضع للتصرفات، وهذه المقاصد هي الأصل وغير الجائز أن يكون قصد الفاعل مناقضاً لقصد الشريعة.

حيث أن قصد الشارع هو المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والتحسينات والتي سبق وتحدثنا عنها في الفصل الأول، وهي عين ما كلف به العبد فلا بد ان يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك لأنه خليفة الله في الأرض لإقامة هذه المصالح².

¹ العمري، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، منشورات بسام، الطبعة الأولى، الموصل، 1974، ص136.

² المرجع نفسه، ص140.

3- أن يستعمل الإنسان حقه المشروع بقصد تحقيق مصلحة أو دفع ضرر فيرتب عليه ضرر بالغير أعظم من المصلحة المجلوبة والضرر المدفوع أو مفسدة أعظم أو مساوية لها¹.

أن الأصل في هذه القاعدة قول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرر " ، وعليه فإن التعسف في استعمال الحق يتحقق إذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر عام بالجماعة أو خاص بفرد أو أفراد، ولكنه أكبر من مصلحة صاحب الحق اذا استعمل حقه أو من الضرر اللاحق به إذا لم يستعمل حقه فالضرر هنا على نوعان:

- ضرر عام: وهو كل ضرر يلحق ببلاد المسلمين أو أي قطر من أقطارها أو جماعة.
- الضرر الخاص الأكبر من مصلحة صاحب الحق: حيث إذا ترتب على استعمال الحق ضرر لاحق بفرد من أفراد الجماهير وكان هذا الضرر أكبر من المصلحة التي يربوها من استعمال حقه كان هذا الاستعمال تعسفا يمنع عنه.

حيث أن جمهور الفقهاء اتفقوا على قاعدة " ان الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف، في شأن المفسدة الأعظم، أما في شأن المفسدة المساوية فلقد اتفق الفقهاء على قاعدة " درء المفسد مقدم على جلب المنافع " ².

4- أن يستعمل الإنسان حقه الثابت في ملكه أو بعقد استعمالا غير متعارف عليه بين الناس.

¹ الدريني، فتحي، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص37.

² العمري، إسماعيل، مرجع سابق، ص146.

ومثال ذلك: من سقى زرعه بطريقة غير معتاد عليها الزراع فاتفق بذلك زرع جاره لكثرة الماء، فهنا يضمن، لان الحكم في الحق هو " المعتاد أما غير المعتاد فهو غير مأذون به لذلك يضمن، والمعول عليه هو العرف في الاستعمال معتادا كان أو غير معتاد ¹.

5- أن يستعمل الإنسان حقه الذي يكون بطبيعته عرضه لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس لكنه يستعمله دون احتراس فيما يمكن فيه الاحتراس فيقضي هذا إلى الإضرار بالغير ².

والخلاصة في ذلك أن الشارع قد قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة، تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي، مما جعل منها قيودا على سلطات الفرد في التصرف بحقوقه.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني.

نصت المادة (1/66) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع. 2- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ. إذا توافر قصد التعدي. ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

يتضح من نص المادة أن المشرع الأردني قد ألزم الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع، ويعرف هذا الاستعمال الغير المشروع بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل ³.

¹ الدريني، فتحي، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 39.

² العمري، إسماعيل، مرجع سابق، ص 150.

³ أبو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 18.

وكما ذكرنا في السابق إلى أن الحقوق يجب ألا يتعارض استعمالها مع الأهداف والإغراض الاجتماعية التي أخذ بها المشرع، وأن أبرز صور معارضتها هي إساءة استعمال الحق، حيث نص المشرع على الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع، وهي عند توافر قصد التعدي، وإذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة، أو إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر، أو إذا تجاوز الاستعمال للحق ما جرى عليه العرف والعادة، أي أن المشرع حصر صور الاستعمال الغير مشروع للحق في هذه الصور، وجعلها معيار استعمال الحق استعمالاً غير مشروع وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولاً: توافر نية الإضرار لدى صاحب الحق.

أن استعمال الحق يكون غير مشروع، إذا كان القصد منه الإضرار بالغير، حيث أن المشرع يعتمد معياراً ذاتياً أو شخصياً بمعنى أنه ينظر إلى نية صاحب الحق في استعماله، فأن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه فائدة من الاستعمال كان متعسفاً في هذا الاستعمال¹.

أي أنه إذا قصد من استعمال حقه نية الإضرار بالغير فيعتبر فعله إساءة لاستعماله لحقه، ويجبر على دفع التعويض جبراً للضرر ومن الأمثلة على ذلك:

- أن يحفر صاحب الأرض بجوار جدار جاره، وفي هذه الحالة لا يكون الهدف إلا لانتهيار هذا الجدار، أو يقيم فوق بنائه جداراً عالياً أصم، لا يكون الهدف منه إلا حجب الهواء عن ملك جاره.

¹ شكولو، نزيه نعيم، دعاوي التعسف وإساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص120.

- ان يقوم المالك بإقامة مدخنة بسطح منزله تواجه نافذة جاره بقصد إيذائه، أو أن يحفر في أرضه قاصداً منع ورود المياه إلى أرض جاره، أو أن يقوم المالك بترك كلبه طليقا في حديقة منزله غير المسور بغير ما يستوجبه الأمر¹.

يتضح من الأمثلة السابقة جميعها توافر نية الأضرار لدى المالك، حيث أن نتيجة استعمال الحق هي التي تبين فيما إذا أسيء استعماله أم لا، أي أنه لا اعتبار للنية لأن الغير ليس ملزماً بتحمل ضرر مباشر الحق أي أن الأضرار الذي يحصل سواء بخطأ أو إهمال المالك وما يترتب عليه من ضرر يكون سببه مباشرة فعل غير مشروع وليس بسبب سوء استعمال الحق، ويكون المالك ملوماً بالتعويض.

ومن الأمثلة على ذلك صاحب المصنع الذي يتصاعد منه الدخان المضر بالصحة أو الغازات الكريهة نتيجة إهماله وتقصيره باتخاذ الاحتياطات اللازمة، وحيث أن بإمكانه تجنبها². حيث أن خلاصة ذلك في أنه إذا كان الحق للمالك في التصرف في ملكه كيفما شاء، فليس له أن يتعسف في استعمال هذا الحق بغير منفعة شخصية مشروعة له، وإلا أنه سوف يضمن ما يقع من ضرر نتيجة الفعل الغير المشروع.

وأيضاً مثلما تترتب المسؤولية على القيام بالأعمال الإيجابية المؤدية إلى الإضرار بالغير فإن الامتناع السلبي كذلك له نفس الحكم إذا كان مجرد قيامه بصورة الامتناع الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير، ومثال ذلك في عدم قيام مالك البناء بصيانة عقاره ويهمله فيتصدع ويؤدي إلى إتلاف عقار جاره.

¹ الحنبلي، مازن، الحقوق، المكتبة القانونية، دمشق، الطبعة الأولى، 2003، ص 27.

² المرجع نفسه، ص 29.

أن هذا المعيار ذاتي إذ ينظر إلى فيه إلى الشخص نفسه، فلا بد من توافر نية الإضرار بالغير، وأن القضاء هو من يقدر ذلك¹.

ثانياً: عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من الفعل.

أن للحقوق غاية إجتماعية تجعل من الضروري أن يتلائم استعمالها مع النظام العام الذي يقوم عليه كيان المجتمع، ومع ما يلزم هذا المجتمع من أخلاقيات لضمان استقراره، وعليه فإن استعمال الحق يكون غير مشروع، باعتباره استعمالاً تعسفياً، إذا كانت المصالح المرجوة تحقيقها من الفعل غير مشروعة، تخالف النظام العام والآداب، ومثال ذلك: من يدير مسكنه كمنزل للدعارة، أو لتزييف العملة، أو كمن يحيط أرضه المجاورة لنادي الطيران بأعمدة عالية تعلوها أسياخ مدببة ليجبر إدارة النادي على شراء أرضه بسعر مرتفع².

أي أن هذه الحالة تجعل المالك يسعى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة من جراء استعماله لملكه، فيكون بذلك متعسفاً في استعمال حقه، كمن يقوم باستقبال المشتبه بهم والمجرمون ويجعل منزله ملتقى لهم³.

وخلاصة ذلك أن الحقوق شرعت لتحقيق غايات نبيلة ومصالح عامة كانت أو خاصة، أي أنها لم تشرع عبثاً، أو لقصد الإفساد والحق الأذى بالغير، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة التي منح من أجلها، فإذا استعمل الحق لا في غير ما شرع من أجله، فإنه يكون استعمالاً غير مشروعاً، ويكون صورة من صور التعسف.

¹ أحمد، إبراهيم، التعسف في استعمال الحق، دار الفكر العربي، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص32.

² شكولو، نزيه نعيم، مرجع سابق، ص121.

³ الحنبلي، مازن، مرجع سابق، ص23.

ثالثاً: عدم تناسب المصلحة مع الضرر الحاصل.

وهذا المعيار يقصد به الاختلال في توازن المصالح المتعارضة أو انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير، حيث يكون المالك هنا متعسفا في استعمال حقه بسبب عدم تناسب المصلحة مع

الضرر الذي يلحق بالغير، حيث انه لا يكفي لانعدام سوء استعمال الحق أن يترتب على الفعل مصلحة ما ولو تافهة، بل لا بد من أن تكون المصلحة متناسبة مع الأضرار التي تنجم عن هذا الفعل، فيكون الاستعمال من قبيل التعسف، لما يترتب عليه من مفاصد وأضرار لاحقة بالغير¹.

أن هذه الحالة لا تعني في المطلق أن مالك الحق قد قصد محض الإضرار بجاره من خلال استعماله للحق، وإنما تكون المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب هذه المنفعة مع ما قد يصيب الغير من أضرار بسببها، أي أنه لا يبالي بما قد يصيب الغير من أضرار تحت ذريعة المصلحة الغير جدية، أو قد تكون ليست بذات أهمية².

حيث أن صاحب الحق يكون متعسفا في استعماله، ولو كان يقصد من هذا الاستعمال تحقيق مصلحة شخصية له، ما دام أن هذه المصلحة لا تتناسب على الإطلاق مع ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، شريطة أن يكون التفاوت شاسعا، أو أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق باستعماله قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما قد يصيب الغير من ضرر بسببها.

¹ أبو حجير، مجيد محمود، مرجع سابق، ص44.

² الحنبلي، مازن، المرجع نفسه، ص23.

رابعاً: تجاوز الإنسان في استعمال حقه ما جرى عليه العرف والعادة.

عندما تعرضت المذكرة الإيضاحية الأردنية لضوابط عدم المشروعية الثلاث الأولى بشيء من الإيضاح، ولم تتعرض للرابع بشيء منه، وأيضاً أن هذا المعيار لا وجود له في القانون المدني المصري والمدونات المستمدة منه، ويرى بعض الشراح أن هذا المعيار ينطوي على خلط بين تجاوز حدود الحق وبين التعسف ضمن حدود الحق، إذ يقول الشيخ الزرقا: "فما جاوز ما جرى عليه العرف ليس بحق من أصله، بل هو تعد، فيخرج عن موضوع التعسف ونطاقه".

وتعرض هذا إلى النقد، وذلك بسبب في أنه يخلط بين مضمون الحق ومحلّه على ما بينهما من فارق، ومضمون الحق هو السلطات التي يعطيها الحق أما محل الحق فهو ما يقع عليه الحق من شيء أو فعل¹.

أن المقصود في هذا المعيار هو أن "لا يجاوز مستعمل الحق مضمون الحق عرفاً (أي السلطات التي يقرها العرف لمستعمل الحق) لا محلّه، أي أن مستعمل الحق في حال تجاوز السلطات التي جرى العرف على تخويلها له، يعد متعسفاً في استعماله².

وقد قضت محكمة التمييز بأنه: "يستفاد من أحكام المواد 61 و 66 و 121 و 1024 و 1027 و 256 من القانون المدني أن المشرع قد بين نطاق استعمال الحق والقيود التي أوردها على تصرف المالك في ملكه حيث أن استعمال صاحب الحق حقه استعمالاً غير مشروع بتوافر

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص72.

² المرجع نفسه، ص73.

قصد التعدي لديه إذا كانت المصلحة المرجوة منه غير مشروعة أو المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر أو إذا تجاوز ما جرى عليه العرف أو العادة...¹.

وأنا نتفق مع هذا الرأي لأنه حين يتجاوز الإنسان محل حقه، لا يبقى محل للحق لإضفاء صفة التعسف على فعله، لأنه خرج عن حدود حقه.

... أن إساءة استعمال الحق صورة من أهم صور تقييد صاحب الحق في حقه، لأنها تتعارض مع الأهداف والأغراض الاجتماعية التي سعى المشرع إلى تحقيقها، من خلال الموازنة بينها وبين استعمال أصحاب الحقوق لهذه الحقوق، حيث بينا في هذا المطلب القواعد التي استند إليها الفقه الإسلامي في التعسف استعمال الحق، والمعايير التي اعتمدها المشرع الأردني في اعتبار ما إذا استعمال الحق غير مشروع، وهذه المعايير جميعها مأخوذة من الفقه الإسلامي.

لقد حرص الفقه الإسلامي على تحقيق العدل المطلق، وهذا العدل فلا يمكن تحقيقه إلا من خلال عدم إساءة استعمال الحق، ولو كانت هذه تشكل قيد على استعمال الحقوق، لان الغاية المراد تحقيقها اجتماعية، تعود على المجتمع ككل، وليس على فرد معين، حتى ولو كانت في صور منها يكون المستفيد شخص واحد.

استسقى المشرع الأردني معايير كون استعمال الحق غير مشروع من الفقه الإسلامي، ولقد حرص على التوازن الاجتماعي في المجتمع، من خلال منع صاحب الحق الإضرار بغيره تحت ذريعة استعماله لحقه، وإلزامه بالضمان في حالة إساءة استعماله لحقه، مما يشكل قيد على صاحب الحق في سبيل عدم الأضرار بغيره.

¹ تمييز/حقوق، 2013/4168، هيئة عادية، منشورات عدالة.

المطلب الثاني: القيود القانونية الواردة على سلطات المالك.

عرف المشرع الأردني في المادة (1/1018) من القانون المدني حق الملكية بأنه سلطة

المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً.

يستفاد من هذا النص أن سلطة المالك في التصرف أو الاستعمال أو الاستغلال هي سلطة

مطلقة، وكما أن المطلق يجري على إطلاقه.

نصت المادة (1019) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- مالك الشيء يملك كل

ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عن غيره دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير. 2-

وكل من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقا إلا إذا نص

القانون أو قضى الاتفاق بغير ذلك " .

يتضح من النص السابق أن ملكية الشيء تشمل الشيء وعناصره الجوهرية، وكل ما يتفرع

عن هذا الشيء، وإذا كان هذا الشيء المملوك عبارة عن أرض فإنه يشمل ما فوقها وما تحتها.

أن وجود هذين النصين لم يمنع المشرع من تقييد سلطة المالك على ملكه وما يتفرع عن

هذا الملك، حيث أن حق الملكية لم يعد حق مطلق، بل أنه مقيد بالعديد من القيود لا يمكن

حصرها، ويرجع هذا التقييد كون حق الملكية هو الوحيد الذي يعطي صاحبه كل السلطات

المتصورة على الشيء المملوك، فلا بد من تقييد هذه السلطات، وأيضاً أن حق الملكية ليس ميزة

للمالك وحده، بل أنه ذا وظيفة اجتماعية، فلا بد من تقييده لتحقيق هذه الوظيفة¹.

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 60-61.

يمنح حق الملكية صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، مما يدفعنا في هذا المطلب إلى دراسة القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك في استعمال ملكه في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني عن القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك في استغلال ملكه، وأخيرا في الفرع الثالث عن القيود القانونية التي ترد على المالك في التصرف في ملكه.

الفرع الأول: القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك في استعمال ملكه.

تتمثل القيود التي ترد على سلطة المالك في استعمال حقه، واجب المالك في عدم مضار الجوار غير المألوفة، وقيود ناشئة عن التلاصق في الجوار، وسيتم بيانها كالتالي:

أولا: مضار الجوار غير المألوفة.

نصت المادة (1197) من مجلة الأحكام العدلية على أنه " لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبدا، الا إذا كان ضرره لغيره فاحشا ". وعرفت المادة (1199) الضرر الفاحش بأنه " كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء، كالسكنى، أو يضر بالبناء، أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه ". ثم جاءت المادة (2000) بأتمثلة عديدة عن الأضرار غير المألوفة الواجب إزالتها، فقالت " يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان ".

ومثال ذلك: لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون، وكان من طرق الحديد أو دوران الطاحون يحصل وهن للبناء أو أحداث في جانبها فرن أو معصرة، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن، ورائحة المعصرة، حتى تعذرت عليه السكنى، وكذا لو كان لرجل أرض عرصة متصلة بدار آخر، فشق فيها نهرا إلى طاحونة، وجري الماء يوهن جدار الدار، أو اتخذ واحد في أساس جدار جاره مزيلة، وإلقاء القمامة يضرب الجدار، وكذا لو أحدث رجل بيبرا في قرب دار لآخر، وبمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار، حتى لا يطبق الإقامة فيها، وكذا لو أحدث رجل بناء

مرتفع في قرب بيدر لآخر، وسد مهب ريحه، ففي جميع هذه الأحوال أقرت المجلة للمتضرر تكليف جاره رفع الضرر¹.

نصوص القانون المدني التي تقيد سلطة المالك في استعمال حقه من جانب عدم مضار الجوار غير المألوفة.

• نص المادة (1021) وقد سبق الحديث عنها في الفصل الأول، والتي تتحدث عن الضرر الفاحش، والذي عرفته نص المادة (1024) بأنه " هو ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء " .

• نص المادة (1023) التي تنص على أنه " إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفا ضارا إلا بإذن صاحب الحق " . نستنتج من النص السابق أنه هناك قيد في تصرف المالك في ملكه، إذا تعلق به حق للغير يستوجب منه طلب الإذن في حال كان التصرف ضارا.

• نص المادة (1025) وقد سبق الحديث عنها في الفصل الأول، والتي تتعلق بحجب الضوء عن الجار، كونه تصرف يعد ضررا فاحشا.

• نص المادة (1026) التي تنص على أنه " إذا كان لأحد ملك يتصرف فيه تصرفا مشروعاً فأحدث غيره بناء تضرر من الوضع القديم فليس للمحدث أن يدعي التضرر من ذلك وعليه أن يدفع الضرر عن نفسه " . مثال للتوضيح : إذا بنا شخص منزلا للسكنى بجوار مصنع قائم من قبل، فهل يحق له أن يرجع على صاحب المصنع، وهو الذي سعى إلى مجاورته، بالأضرار

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص74.

التي تلحق به، بسبب وجود المصنع، كالأضرار الناجمة عما يحدثه المصنع من ضوضاء وما يتصاعد منه من دخان.

اختلف الفقه في ذلك، فمنهم ما أقام معيار التفرقة بين ما إذا كانت اسبقية الاستغلال جماعية أم فردية، فإذا كانت أسبقية الاستغلال جماعية، كما لو قدم الجار الحديث، ووجد الحي كله مليئا بالمصانع والمحال المقلقة للراحة، على نحو أصبح فيه الضرر غير المألوف على وجه فردي، مألوفاً على وجه جماعي في هذا الحي، فعندئذ لا يحق له أن يرجع بالتعويض على صاحب المصنع المجاور عن الأضرار التي تلحق به بسبب هذا الجوار، بعد أن أقدم عليه طائعا مختارا، أما إذا كانت أسبقية الاستغلال فردية، فعندئذ لا يجوز للمالك القديم، على أي حال، أن يدعي أنه كسب لمجرد أسبقيته، حقا في أن يتحمل منه جيرانه، ولو استجدوا، ضررا غير مألوف، دون أي تعويض¹.

أنا نرى في أنه لا داعي لأسبقية الاستغلال سواء كانت فردية أم جماعية، لان المالك الجديد في جميع الأحوال لا يحق له المطالبة بالتعويض، كون نص المادة جاء واضحا ولم يميز حول أسبقية الاستغلال فردية كانت أم جماعية، فلا يوجد سبب لتحميل النص أكثر مما جاء فيه، حيث أن على المالك الجديد أن يدفع الضرر عن نفسه.

• نص المادة (1027) والذي سبق الحديث عنه في الفصل الأول، والذي يتحدث عن مضار الجوار غير المألوفة.

¹ السنهوري، عبدالرزاق، السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج 8، 1967، ص 702.

ثانياً: القيود الناشئة عن التلاصق في الجوار.

جاءت هذه القيود في النصوص التالية:

• نص المادة (1308) والتي تنص على أنه " 1- على مالك العقار أن يهيئء سطحه بصورة

تسيل معها مياه الأمطار في أرضه أو في الطريق العامة، مع مراعاة القوانين والأنظمة

الخاصة.2- ولا يجوز إسالة هذه المياه في الأرض المجاورة."

نستج من النص، أنه يجب على مالك العقار تهيئء سطح منزله، من اجل عدم مسيل مياه

الإمطار على عقار غيره، فعليه أن مستعد لمسيلها أما في أرضه أو في الطريق العام.

• نص المادة (1279) والتي تنص على أنه " 1- لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة

حائط أو غيره على حدود ملكه ولا يجوز النزول عن جزء من حائط أو من الأرض القائم عليها

الحائط.2- وليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر

ملكه بالحائط."

ان ما يهمننا من النص هي الفقرة الثانية، التي تشكل قيد على مالك الحائط في عدم هدمه،

ما دام الهدم مضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط، إلا إذا كان هناك عذر قوي لمالك الحائط.

• نص المادة (1025) والتي سبق الحديث عنها في الفصل الأول، والتي تتعلق بحجب الضوء

عن الجار.

نوصي على المشرع الأردني على أن يتبع نهج المشرع الإماراتي، فيما يتعلق بالقيود

الناشئة عن غرس الأشجار بالقرب من حدود الجار حيث نصت المادة (1141) من القانون

المدني الإماراتي على أنه " 1- لمالك الهواء أو منفعتة الذي امتدت فيه أغصان شجرة غيره

مطالبته بإزالة ما امتد إلى هوائه، ولو لم يترتب على ذلك ضرر له، فإن إبي، ضمن ما تلف بسببه، وله بلا حاجة إلى حكم القضاء، إزالة ما امتد إلى ملكه، ولو بالقطع، إذا لم يمكن إزالة الضرر إلا به، ولا شيء عليه " نتمنى على المشرع الأردني أن يورد نص يعالج هذه الإشكالية.

الفرع الثاني: القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك في استغلال ملكه.

نصت المادة (717) من القانون المدني الأردني على أنه " إذا انقضت مدة إيجار الأرض قبل أن يدرك الزرع لسبب لا يد للمستأجر فيه ترك بأجر المثل حتى يتم إدراكه وحصاده "، ونصت المادة (733) من القانون ذاته على أنه " ينتهي عقد المزارعة بانقضاء مدتها فإذا انقضت قبل أن يدرك الزرع فللمزارع استبقاء الزرع إلى أن يدرك وعليه أجر مثل الأرض بقدر حصته من المحصول عن المدة اللاحقة وتكون نفقة ما يلزم للزرع على كل من صاحب الأرض والمزارع بقدر حصصهما " .

أن الأصل العام ان المالك حر في استغلال ملكه، سواء أكان يستغله ام لا يستغله، وأن عدم قيام المالك بعدم استغلال ملكه، لا يؤدي إلى إسقاط حقه في الاستغلال، وله كامل الحق في أن يستغله على الشكل الذي يشاء¹.

ولكن إذا كان هذا الأصل العام لحق المالك في استغلال ملكه، فلم يمنع المشرع من أن يورد عليه بعض القيود، حيث عمد المشرع إلى منع المالك من استثمار ملكه كما رأينا في النصوص أعلاه، التي تجبر مؤجر الأرض الزراعية على إبقاء مستأجر الأرض حتى تنتج الغلة.

كما ونصت المادة (1216) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا انقضى الأجل المحدد للانتفاع أو مات المنتفع في أثناءه وكانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزرعه تركت الأرض

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، مرجع سابق، ص 91.

للمنتفع أو ورثته بأجر المثل حتى يدرك الزرع ويحصد ما لم ينص القانون على غير ذلك"، حيث يستفاد من نص المادة ان المشرع قد عمد إلى إجبار مالك الرقبة على إبقاء المنتفع في الأرض المنتفع بها حتى ينضج الزرع ويحصد.

الفرع الثالث: القيود التي ترد على سلطة المالك في التصرف في ملكه.

أن الأصل العام ان المالك حر في التصرف في ملكه، وله كامل الحق في أن يتصرف فيه على الشكل الذي يشاء، على أن هذه الحرية قد تنقيد بقيود عندما يتقرر للغير من حقوق على الشيء المراد التصرف فيه، وان هذا التنقيد يكون بصورة مؤقتة بمقتضى الاتفاق والقانون.

ومن التطبيقات على ذلك نص المادة (1312) من القانون المدني الأردني والتي تنص " لا يجوز لصاحب العقار الخادم أن يأتي بعمل من شأنه التأثير على استعمال الحق المجرد أو تغيير وضعه إلا إذا كان الانتفاع في المكان القديم أصبح أشد إرهاقا لمالك العقار الخادم أو كان يمنعه عن القيام بالإصلاحات المفيدة، وحينئذ لمالك هذا العقار أن يطلب نقل الحق إلى موضع يتمكن فيه من استعمال حقه بسهولة الموضع القديم"، حيث يعتبر هذا النص من حالات التنقيد الاتفاقي بصورة منع صاحب العقار المرتفق به بأن يأتي بعمل من شأنه التأثير على استعمال حق الارتفاق أو تغيير وضعه.

كما ويعتبر الشرط المانع من التصرف من حالات التنقيد الاتفاقي (حالة أن يتضمن العقد أو الوصية، شرطا يقضي بمنع المالك من التصرف في ملكه (م 1028 وم 1029/اردني) وقد سبق الحديث عنها في الفصل الأول.

كما ونصت المادة (1020) من القانون المدني على أنه " 1- لا ينزع ملك أحد بلا سبب شرعي. 2- ولا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون".

يتضح من نص المادة أن لا يجوز نزع ملك أحد بلا سبب شرعي، ويعد هذا صيانة لحق الملكية، وأن عملية الاستملاك تكون فقط للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل.

يعتبر موضوع نزع ملكية العقار قيذا على حق التملك، وهو موضوع في غاية الأهمية، وتعود هذه الأهمية إلى الآثار التي ترتب على نزع الملكية الخاصة الثابتة للأفراد، حيث أن المشرع كفل حماية حقوق الأفراد في الدستور.

ويرر المشرع موضوع نزع الملكية للمنفعة العامة، في مبدئين أساسيين الأول: أن المصلحة العامة تغلو على أي مصلحة أخرى، وفي حال تعارضت المصلحة العامة مع أي مصلحة أخرى يتم تغليب المصلحة العامة، أما المبدأ الثاني: هو حماية حقوق الأفراد، فلا يجوز التضحية بالمصلحة الخاصة حتى في سبيل المصلحة العامة إلا في حدود ضيقة، فإنه عند قيام المشرع بنزع الملكية للمنفعة العامة يلجأ المشرع إلى وضع قواعد موضوعية وأخرى إجرائية لتحقيق أهدافه من التمكين للإدارة من ممارسة هذا القيد وضمان حماية حقوق الأفراد في نفس الوقت¹.

مع أن المشرع جعل قيد نزع الملكية للمنفعة العامة، إلا أنه لم يجعله مقيدا بل أنه قيده أيضاً ببعض الشروط التي يجب تواجدها، حتى يتم نزع الملكية للمصلحة العامة ويكون هذا النزع موافق للقانون وهذه الشروط هي:

¹ خلاف، وفاء، رسالة دكتوراه بعنوان قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، ص 219.

1- عدم جواز نزع الملكية إلا إذا كان ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة.

2- أن يكون هناك نص في القانون يجيز نزع الملكية الخاصة فلا يكفي أن يصدر قرار إداري

بجواز نزع الملكية مهما كان القرار أو علا بل لا بد من تدخل المشرع.

3- وجوب تعويض المالك الذي تم نزع ملكه للمصلحة العامة تعويضاً عادلاً.

كما وقضت محكمة التمييز الموقرة بأنه: "لا ينزع ملك أحد بلا سبب شرعي ولا يستملك إلا

لمشروع يحقق منفعة عامة ومقابل تعويض عادل..."¹.

أي أنه لا يجوز للإدارة أن تنزع الملكية من أي فرد لصالح المنفعة العامة، إلا بعد استيفاء

الشروط السابق ذكرها².

الواضح في النص السابق أن المشرع جعل ضمانات حتى يتم النزع للمنفعة العامة، وهذه

الضمانات هي:

1- تقرير المنفعة العامة:

أن تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أمراً مسلماً به، حيث جاء مضمون

المادة (1020) من القانون المدني الأردني بأنه لا يجوز نزع ملك أحد بلا سبب شرعي، ولا

يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل، حيث ان التشريع يكفل حماية الملكية

الخاصة وفي ذات الوقت، هناك استثناء للدولة بنزع ملكية العقارات ما دامت تحتاج إلى هذه

العقارات، ولكن يجب أن تكون هذه الحاجة للمنفعة العامة، حيث أن المنفعة العامة هي الركن

¹ تمييز/حقوق، 2008/2523، هيئة خماسية، منشورات عدالة.

² السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ج 8 ص 617-632.

الأساسي الذي تركز عليه الدولة في إباحة نزع الملكية الخاصة، وأنه بدون توافر المنفعة العامة لا يكون لقرار نزع الملكية أي سند قانوني.

أن معنى عبارة " المنفعة العامة " تشمل أيضاً نزع الملكية من أجل التحسين، حيث أن المشرع جاز نزع الملكية إضافة عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلي أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على الأعمال أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع، أي أن مع بقائها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب ¹.

تشمل المنفعة العامة كل ما يتعلق في حماية المجتمع وحفظ كيانه ضد الأخطار الخارجية المتمثلة في صد أي هجوم أو عدوان خارجي ، أو حماية المجتمع ضد الأخطار التي تهدده كالكوارث الطبيعية، أو أي عمل تقوم به الدولة من أجل تقديم المجتمع ورفقيه، فأي عمل تقوم به الدولة يكون الهدف منه الازدهار والتقدم في شؤون الحياة، سواء كان هذا التقدم اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، كما تشمل المنفعة العامة تنظيم وضمان أداء المرافق العامة لوظائفها ².

على ذلك فأننا نرى، أن فكرة نزع الملكية للمنفعة العامة، مع أنها قيد على الملكية الخاصة، إلا أنها واسعة، حيث تتضمن كل ما يشمل النفع العام.

¹ خلاف، وفاء، مرجع سابق، ص 229.

² المرجع نفسه، ص 231.

2- عدم جواز نزع الملكية إلا استناداً إلى قانون.

يتمحور هذا الشرط، في أنه لا يجوز نزع الملكية بقرارات إدارية، إلا إذا استندت هذه القرارات إلى قانون، حيث أنه لكي يتحقق شرط استناد نزع الملكية إلى قانون، لا يكفي إتباع الشروط الموضوعية التي تجيز نزع الملكية وإنما يجب عليها تستند إلى قانون¹.

حيث أن إجراءات نزع الملكية هي إجراءات استثنائية وذلك بخروجها عن حق أساسي مقرر في الدستور، ولهذا يجب أن تستند إلى نص قانوني ينظم إجراءاته والتعويض عنه، وكما هو معروف أن نزع الملكية هو قانون خاص يقيد القواعد العامة.

3- التعويض العادل:

وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويض عادل، والتعويض العادل يجب أن يشمل ما يلحق المالك من خسارة وما يفوته من كسب من جراء استملاك حقه².

حيث أن المشرع على الرغم من احترامه لمبدأ المصلحة إلا أنه ضمن التعويض العادل للفرد المنزوعة ملكيته، حيث أنه لم يترك الملكية الخاصة تنزع لأغراض يدعى أنها للمصلحة العامة ولا يريد أيضاً أن يبخص قيمة العقار المنزوع ملكيته، حيث سعى المشرع إلى تحقيق العدالة والموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، من جهة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن جهة أخرى ضمن التعويض العادل للفرد المنزوعة ملكيته.

¹ السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص 617.

² خلاف، وفاء، مرجع سابق، ص 239.

ومن هنا نرى كيفية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة كيف كانت قيّداً على المالك في التصرف في ملكه، وكيف وازن المشرع بين حماية الفرد في ملكيته الخاصة، وفي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

نصت المادة (1150) من القانون المدني الأردني على أنه " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات " كما وبين المشرع الأشخاص الذين يثبت لهم حق الشفعة في المادة (1151) من القانون ذاته وهم الشريك في نفس المبيع، وللخليط في حق المبيع، وللجار الملاصق، ثم قام المشرع بتقييد حق الشفعة ليثبت فقط للشريك في نفس المبيع، وكان هذا التقييد من أجل المصلحة الاقتصادية وتقييد الحق في الشفعة مما يجعل الاستقرار في المعاملات الاقتصادية، مما يوسع التعامل الاقتصادي وضمان التخفيف من استعمال حق الشفعة.

كما أننا لو رأينا إلى حق الشفعة من جانب آخر، لوجدنا أنه كحق يشكل قيد على الملكية، حيث أنه عند النظر إلى المشتري لوجدنا أنه أصبح مالك، وللمالك الحق في التصرف في ملكه كيفما يشاء طالما أن تصرفه لم يكن مضراً بالغير أو مخالفاً للقوانين، فعندما يأتي حق الشفعة على المالك الجديد ويجبره على نزع ملكيته منه مما يشكل قيّداً على المالك في التصرف في ملكه،

أي أن تملك المالك الجديد ينشئ حقاً للشريك في نفس المبيع الا وهو حق الشفعة، مما يشكل قيّداً على هذا المالك.

الخلاصة... من خلال استعراض بعض من القيود الموجودة في القانون المدني الواردة على حق الملكية، نرى أن المشرع الأردني قد استسقى غالبية أحكامه من الفقه الإسلامي، وأن الفقه الإسلامي قد ذهب في مذهبه إلى ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الجماعي،

حيث أنه من الملاحظ، أن كلا من المذهبيين متطرف في حال لو أخذ كل منهما لوحده، حيث ينتهي المذهب الجماعي بتقديس الجماعة وصالحها مما يؤدي إلى تحكم الدولة واستبدادها وتحكمها بحريات الأفراد، مما ينتج عنها هدر الصالح العام والقضاء على الدافع الشخصي للأفراد، وينتهي المذهب الفردي بتقديس الفرد وحرية مما ينتج عنه، تحكم فريق من الأفراد في فريق، حيث تكون السلطة لمن لهم غلبة اقتصادية واجتماعية¹، ولهذا ذهب الفقه الإسلامي إلى ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والجماعي، وذلك من أجل تحقيق التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية، وطبيعته الاجتماعية، مما يؤدي في النتيجة إلى إتاحة صالح الفرد دون إهدار صالح الجماعة، حيث سار الفقه الإسلامي بهذا النهج، وتبعه المشرع الأردني باستسقاء أحكامه من الفقه الإسلامي.

¹ سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص 112.

المبحث الثاني: تطبيقات على القيود في التشريعات الخاصة.

تنوعت وتعددت القيود التي فرضها المشرع على الحقوق المالية، منها ما ضيق سلطة المالك في استعماله لحقه، ومنها ما ألغى بعض الحقوق في حالات معينة.

لم يكن المقصود من المشرع بتقييد سلطة صاحب الحق في استعمال أو استغلال أو التصرف في حقه، بل كان المشرع يسعى بفرضه القيود إلى تحقيق المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية، حيث أن المشرع عند فرضه القيود يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وطرق الموازنة بينهما.

جاءت التشريعات الخاصة بالعديد من القيود على الحقوق المالية، كانت جميعها في سبيل تحقيق المنفعة العامة والمنفعة الخاصة، وأن من أبرز التشريعات التي جاء فيها قيود قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث وردت فيه استثناءات وتراخيص إجبارية تشكل قيود على المؤلف تحد من استغلاله لحقه المالي في مصنفه، وتشكل هذه القيود أهمية بالغة، حيث أن هذه القيود تصب في صالح المجتمع سواء أكانت واردة للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة أو على شكل تراخيص إجبارية.

أن المشرع لم يكتفي بالقيود التي أوردها على حق الملكية في القانون المدني، حيث قام بتقييد هذا الحق في التشريعات الخاصة ومن هذه التشريعات، قانون التنفيذ وقانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.

على ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الأول القيود الواردة في قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، وفي المطلب الثاني سنتناول قيود على حق الملكية في القوانين الخاصة.

المطلب الأول: القيود الواردة في قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

أن حق المؤلف ذا طبيعة مزدوجة، حيث يمنح حق المؤلف نوعين من السلطة لصاحبه، حق مالي وحق معنوي.

أن الحق المادي يرتبط مباشرة بالمصنف المحمي، بينما يرتبط الحق المعنوي بشخص المؤلف، وأن الحق المعنوي يعمل على حماية الرابطة التي تجمع كل مؤلف بمصنّفه، فإن هذا الحق حق مطلق للمؤلف ويسمى على الحق المادي للمؤلف، كونه يشكل العمود الفقري لحق المؤلف، ويعود سبب سمو الحق المعنوي على الحق المادي للمؤلف، أن الحق المادي يمنح للمؤلف حق استغلال مصنّفه، بأي شكل من أشكال الاستغلال، ولكن في الحدود التي يرسمها القانون.

وينشأ حق الاستغلال المالي بمجرد ظهور المصنف إلى الوجود، أي في حالة تكون مظهر مادي للمصنف، والمصنف هو إنتاج فكري وليد العقل البشري، وبذلك يكون شيء مادي غير ملموس، ولك عند قيام المؤلف بوضعه في متناول الجمهور أي بإخراجه إلى حيز الوجود، يصبح

الحق للمؤلف في أن ينتفع منه مادياً، والحق المالي هو حق يمنح للمؤلف سلطة على مصنفه وذلك بالتصرف بكافة التصرفات المعترف فيها قانوناً¹.

كما منح المشرع المؤلف حق الاستغلال للمصنف في الحدود التي يرسمها القانون، فإن المشرع أورد تراخيص إجبارية تعتبر استثناء على المصنفات المحمية يستوجب أن يكون هناك مصنف واجب الحماية، غير أن المصلحة العامة تستوجب الاستفادة من هذا المصنف كله أو بعضه.

حيث أن المشرع قيد سلطة المؤلف في التصرفات، مما يلزمنا الحديث عن القيود التي وضعها المشرع على حق المؤلف، فسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتكلم في الفرع الأول عن الاستثناءات الواردة على حق المؤلف، وفي الفرع الثاني عن التراخيص الإجبارية على حق المؤلف.

الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على حق المؤلف.

يمكن تقسيم الاستثناءات الواردة على ما يتمتع به المؤلف من حقوق على مصنفه إلى

قسمين:

الأول: الاستثناءات الواردة على المصنف لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة.

الثاني: الاستثناءات الواردة على المصنف لأغراض شخصية.

¹ خاطر، نوري، قراءة في قانون حق المؤلف الأردني رقم (22) لسنة 1992، مجلة مؤتمه للبحوث والدراسات، جامعة مؤتمه، مجلد (12)، العدد (1)، 1997، ص380.

وسنعرض فيما يلي لهذه الاستثناءات في ما يلي:

أولاً: الاستثناءات الواردة على المصنف لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة.

نصت المادة (7) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته على أنه " لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية إلا إذا تميزت مجموعات هذه المصنفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب:

(أ) القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر

الوثائق الرسمية والترجمات لهذه المصنفات أو لأي جزء منها.

(ب) الأنباء المنشورة أو المذاعة أو المبلغة بصورة علنية.

(ج) المصنفات التي آلت إلى الملكية العامة.

(د) الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والاكتشافات والبيانات المجردة.

- الوثائق الرسمية.

لا تشمل الحماية لحق المؤلف القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية والترجمات الرسمية لهذه المصنفات أو لأي جزء منها.

حيث تعتبر ملكاً للمجتمع ولهم الاطلاع عليها في أي وقت ومعرفة مضمونها وتشمل القوانين والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية وغيرها مما يصدر عن الجهات الرسمية، وحيث لا

تتمتع هذه الوثائق بالحماية لانتفاء عنصر الابتكار حتى ولم قام شخص بوضعها في كتاب حيث لم يصف بصمة شخصية عليها.

أما إذا قام بوضعها بطريقة مختلفة مما أضفى عليها نوعاً من الابتكار والجهد الشخصي، فإنها تتمتع بالحماية، كما لو رتب الأحكام القضائية حسب نوع الحكم أو الجهة التي أصدرته¹.

حيث أن الوثائق الرسمية تعتبر مما يؤول إلى الملك العام بمجرد نشرها ولا يمكن أن تدعي السلطة العامة حق المؤلف عليها، وبذلك يحق أن يقوم الأشخاص بتجميعها ونشرها بطريقة مغايرة للصورة التي صدرت بها عن الجهة الرسمية، فإذا كان هنالك جدية وابتكار تم إضافته على هذه الوثائق تخضع للحماية وذلك لتغير صورتها، وبذلك تخرج عن القيود الواردة على حق المؤلف².

- أخبار الحوادث والوقائع الجارية.

وهي عبارة عن معلومات تنتشر في الصحافة أو أي وسيلة اتصال أخرى حيث تتكلم عن الوقائع حديثة العهد من أخبار يومية سواء كانت مجلة أو دورية، إلا أن هنالك أسلوب وابتكار يعود إلى إضهار شخصية الصحفي في كيفية تقديم التغطية لهذه الأحداث وأسلوب عرضها مما يعني أن هناك ابتكار، حيث أن الصحفي عندما يقوم بتغطية الحروب أو الكوارث الطبيعية فإن في ذلك نوع من المغامرة والمخاطرة، مما يعني ضرورة أن يكون هنالك نوع من الحماية لهذا الجهد، فكان هنالك القانون الخاص بردع المنافسة الغير مشروعة الذي يمكن الاستناد إليه في دفع مثل تلك

¹ عبداللطيف، عبدالرزاق، الحماية الجنائية لحق المؤلف "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد "4"، 2011، ص 406.

² النجار، عبدالله، الحق الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار المريخ للنشر، السعودية، ص 173-174.

الاعتداءات، ونلاحظ ذلك إذا قدمت محطة فضائية أخبارا أو حوادث أو وقائع فإنها تبرز بعد ذلك بأن الحقوق محفوظة للقناة، ومثل ذلك ¹.

كما أن الأخبار في الغالب تتسم في نشرها دون اهتمام بالكيفية التي تقدم فيه مما يعني غياب الخصوصية والإبداع في طريقة الأداء مما يعني غياب الحماية عنها، مما يجعل منها قيد على حق المؤلف².

حيث أن الأخبار الصحفية وكذلك ما تنشره القنوات التلفزيونية والإذاعية لا تعدو إلا أن تكون سرد لأحداث ووقائع جارية سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو غير ذلك ولا تتطوي على أي ابتكار أو مجهود ذهني للصحفي، أما إذا كان هنالك نوع من الإبداع والابتكار كالتحقيق الصحفي والمقالات حيث يظهر فيها الإبداع والابتكار والجهد مما يعني توافر الحماية لها وبالتالي خرجها عن القيود الواردة عن حق المؤلف³.

- المصنفات التي آلت الملك العام.

في هذه الحالة تكون قد أنقضت مدة الحماية المقررة لمثل هذه المصنفات ولا يوجد أي حق لأحد عليها مع عدم المساس بسلامتها والحق الخاص باحترام المؤلف وذكر اسمه عليها وعدم إحداث تغيير جوهري عليها⁴.

¹ كنعان، نواف، حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 269-270.

² النجار، عبدالله مرجع سابق، ص 155-156.

³ عبداللطيف، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص 407-407.

⁴ كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 265.

فهي قد أصبحت مشاعة للجميع وأصبحت من الأملاك العامة يعني ليس لأحد عليها حق خاص به، ويجوز نشره دون أخذ إذن من المؤلف الأصلي أو خلفه، وهنا لو قام شخص بنشر هذا المصنف فإنه ليس له أن يمنع أحدا غيره من نشره مرة ثانية، أي أن القانون لا يسبغ حمايته على المصنف الذي آل إلى الحق العام أو أي مصنف مشتق منه، وبالتالي مما يجعل منه قيد على حق المؤلف عندما يؤول إلى الملك العام¹.

- الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية.

في حين أنه لا يمكن تصور الحماية للفكرة في ذهن صاحبها ما لم تخرج إلى حيز الوجود بكل محسوس، حيث أن الفكرة التي ما زالت في ذهن صاحبها ولم تبرز إلى حيز الوجود على شكل مادي محسوس، لا تتوفر لها الحماية²، حيث أن الأفكار لا يستأثر بها أحد، بل هي ملك للجميع مما يعني أن الحماية تنصب على الشكل.... لا على الفكرة إلا أن هذا الرأي منتقص وذلك كون هناك أفكار ظهرت إلى الوجود المحسوس ورفع القانون والفقهاء والقضاء الحماية عنها كالمصنفات التي آلت إلى الملك العام³.

أي أنه مجرد الفكرة ليست ملكا لأحد ولا حكرها على أحد، فإذا نقل شخصا الفكرة عن آخر وقام بصياغتها بشكل مصنف فإنه يتمتع بالحماية وليس صاحب الفكرة الأول وذلك لعدم ظهورها إلى الوجود المحسوس، أي أنه بقيام الشخص الآخر الذي قام بإعادة الصياغة وإخراجها على شكل مصنف، وبذلك يتمتع بالحماية لحقه وبذلك يمكن استغلاله لهذا الحق بكافة طرق الاستغلال، بينما صاحب الفكرة الأول لا يتمتع بالحماية لفكرته كونها لم تخرج إلى حيز الوجود، فلا يمكن إضفاء

¹ النجار، عبدالله، مرجع سابق، ص 172-173.

² كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 206.

³ النجار، عبدالله، مرجع سابق، ص 140-141.

الحماية عليها، وعليه لا يمكن لصاحب الفكرة استغلالها بكافة طرق الاستغلال، مما يشكل كقيد على صاحب الفكرة بعدم إضفاء الحماية عليها.

أن ما يسري على صاحب الفكرة أو الأفكار بشكل عام يسري على كل ما جاء في الفقرة (د) من المادة (7) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والتي تشمل " الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والاكتشافات والبيانات المجردة ".

خلاصة ذلك..... أن المشرع الأردني أباح للأشخاص سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا التمتع بالمصنفات المحمية دون اشتراط الحصول على إذن من مؤلف المصنف أو من خلف المؤلف بعد وفاته، وذلك يعتبر قيد بخروجه عن القاعدة العامة، التي تقتضي الحماية القانونية لهذه المصنفات وهذا ما يطلق عليه الاستعمال المباح - الحر - للمصنفات¹، أي أنه بهذا يكون إمكانية استعمال المصنف المحمي مجانا ودون أي تصريح من المؤلف فيما يتعلق بكيفية أو مدى الاستعمال، وذلك مع الاحتفاظ على الحقوق المعنوية للمؤلف، ويعود تبرير ذلك أن الباعث الأساسي للاستعمال الحر للمصنفات، تحقيق أهداف وأغراض للمجتمع، وهذه الأهداف أو الاغراض لا تتعارض مع الاستغلال العادي للمصنف، ولا تضر بالمصالح المشروعة للمؤلف، من أمثلة ذلك البحث أو التدريب أو التدريس أو عرض الأحداث الجارية، أو النقد أو التعليق وغير ذلك من الأغراض التي تكون في الغالب ذات غرض تربوي أو إعلامي.

¹ أبو حمد، أبرار دياب، رسالة ماجستير بعنوان "القيود والاستثناءات الواردة على حق المؤلف في القانون الأردني"، جامعة اليرموك، 2011، ص 19.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المصنف لأغراض شخصية.

نصت المادة (17) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته الأردني على أنه " يجوز استعمال المصنفات المنشورة دون إذن المؤلف شريطة أن لا يتعارض ذلك مع الاستغلال العادي للمصنف ولا يسبب ضررا غير مبرر بالمصالح المشروعة لصاحب الحق في أي من الحالات التالية:

أ- تقديم المصنف أو عرضه أو القاؤه أو تمثيله أو إيقاعه إذا حصل في اجتماع عائلي خاص أو في مؤسسة تعليمية أو ثقافية أو اجتماعية على سبيل التوضيح للأغراض التعليمية ويجوز للفرق الموسيقية التابعة للدولة إيقاع المصنفات الموسيقية، ويشترط في ذلك كله أن لا يتأتى عنه مردود مالي، وأن يتم ذكر المصدر واسم المؤلف.

ب- الاستعانة بالمصنف للاستعمال الشخصي الخاص وذلك بعمل نسخة واحدة منه بواسطة الاستساخ أو التسجيل أو التصوير أو الترجمة أو التوزيع الموسيقي.

ج - استعمال المصنف وسيلة إيضاح في التعليم بواسطة المطبوعات أو البرامج أو التسجيلات الصوتية أو السمعية البصرية لأهداف تربوية أو تثقيفية أو دينية أو للتدريب المهني وذلك في الحدود التي يقتضيها تحقيق تلك الأهداف شريطة أن يقصد من استعمال المصنف في هذه الحالة تحقيق أي ربح مادي وأن يذكر المصدر واسم مؤلفه على أن لا يتضمن ذلك نسخ المصنف أو استعماله كاملا أو أجزاء رئيسية منه.

د- الإستشهاد بقرات من المصنف في مصنف آخر بهدف الإيضاح أو الشرح أو المناقشة أو النقد أو التثقيف أو الاختبار وذلك بالقدر الذي يبرره هذا الهدف على أن يذكر المصدر واسم مؤلفه.

وهذه الاستثناءات أو القيود يمكن حصرها في:

- الاقتباس من مصنف سبق نشره.

أن المقصود بهذا الاستثناء أنه يجوز نقل فقرة أو نبذ أو سطر من مصنفات أدبية أو فنية متمتعة ومشمولة بحماية حق المؤلف، ويكون الهدف منها توضيح فكرة ما أو شرحها أو الاستشهاد بها أو مناقشتها أو مناقضتها أو إضفاء المزيد من القوة عليها أو عمل تقرير عن المصنف المحمي وهذا ما يسمى بالاقتباس¹.

حيث أن الاقتباس يكون بطريقة التلخيص من مصنف علمي أو أدبي ويكون ذلك بصورة صحيحة عما أراد صاحب المصنف الأصلي إيصاله إلى الجمهور، إلا أن الملخص أضفى شخصيته وبذل جهداً، فإذا كان المصنف الذي قام الملخص بإجراء التلخيص عليه ما زال يتمتع بالحماية من قبل المؤلف فإنه يجب أن يحصل على إذن من المؤلف أو خلفه فإذا حصل على الإذن فإنه يصبح مؤلفاً للملخص وله عليه حقوق المؤلف، وأن صاحب المصنف الأصلي هو مؤلف هذا المصنف وله عليه حقوق المؤلف².

مع أن الاقتباس من مصنف يعد قيوداً على الحماية لحق المؤلف، ولكن بشرط أن لا يغير في عملية الاقتباس من الهدف المنشود من المصنف، وأن تكون عملية الاقتباس بالقدر الضروري للغاية المراد تحقيقها، وأن يشير إلى أصل المصنف المقتبس منه واسم المؤلف للمصنف المقتبس منه وذلك حماية للحقوق الأدبية للمؤلف، أي أن هذا يشكل قيوداً على القيد الأول الذي يسمح بالاقتباس من أي مصنف، ولكن يجب أن لا يحدث فيه أي تغيير عند عملية الاقتباس.

¹ أبو حمد، أبرار دياب، مرجع سابق، ص 35.

² السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص 209.

وفي حالة ما إذا تجاوز الشخص الهدف الحسن من الاقتباس، كأن يقوم بالأساءة إلى المصالح المشروعة للمؤلف أو كانت عملية الاقتباس غير مشروعة، فإن الشخص هنا يكون قد ارتكب جرم يسأل عنه قانونا، حيث أن الاقتباس يتم بنية حسنة وفقا للعرف السليم في حدود ما يلزم لإيضاح فكرة معينة، كل ذلك إذا حصل تجاوز فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك عندما يعرض النزاع على القضاء¹.

وهذا ما جاء في الفقرة (د) من نص المادة (17) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة حيث نصت " الاستشهاد بفقرات من المصنف في مصنف آخر بهدف الإيضاح أو الشرح أو المناقشة أو النقد أو التنقيف أو الاختبار وذلك بالقدر الذي يبرره هذا الهدف على أن يذكر المصدر واسم مؤلفه.

- نسخ المصنفات.

وينقسم نسخ المصنفات إلى ثلاثة أقسام:

1- يكون الهدف الأساسي من عملية النسخ هو التعليم فقط حكومي أو خاص.

في أي مرحلة يكون عليها المصنف، يجب مراعاة ما تنص عليه اتفاقية برن بشأن عدم تعارض هذا الاستعمال مع الاستغلال الطبيعي العادي للمصنف، وذلك من أجل أن لا يسبب هذا الاستعمال إضرارا للمصالح المشروعة للمؤلف، ويجب أن يكون الاستعمال في حدود الهدف المشروع متفق مع العرف السليم وأن يذكر اسم مؤلف المصنف المستخدم في المطبوع أو البرنامج

¹ عبداللطيف، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص 411-413.

الإذاعي أو التسجيل الصوتي وأن يكون هذا المطبوع قد أنتج لغايات تعليمية بحثه، سواء كان سمعياً أو بصيراً¹.

إن الصعوبة في تحديد الحدود التي يجب استعمال هذا الاستثناء بحدودها كان محل اهتمام جهات عدة من مؤلفي ومنتجي المواد التعليمية والمنظمات المعنية بحقوق المؤلفين ليتم التوصل إلى حلول، يتم فيها التوازن بين حقوق الفريقين، مما يعني عدم تعوّل طرف على آخر².

وهذا ما نصت عليه الفقرة (ج) من نص المادة (17) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته " استعمال المصنف وسيلة إيضاح في التعليم بواسطة المطبوعات أو البرامج أو التسجيلات الصوتية أو السمعية أو البصرية لأهداف تربوية أو تثقيفية أو دينية أو للتدريب....".

2- استنساخ المقالات المنشورة في الصحف أو الدوريات أو المذاعة عن موضوعات سياسية أو اقتصادية أو دينية من موضوعات الساعة.

حيث تتميز المقالات الصحفية بالإبداع وهي مشمولة بالحماية، وأن الاستثناء بالسماح بالاستنساخ هذا أن يسبق ما تم نشره في الصحف أو أذيعت بوسائل الإعلام المختلفة، وأن تكون مدار البحث لدى المجتمع سواء كانت دينية أو سياسية أو اقتصادية، ولم يتم الإشارة إلى الحصرية فيها وأن تم نشرها الإشارة إلى المصدر³.

¹ عبداللطيف، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص 414-415.

² كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 276.

³ المرجع نفسه، ص 177-276.

وقد جاء نص المادة (18) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم 22 لسنة 1992 بالنص على أنه ".....يجوز للصحف أن تنقل ما ينشر في الصحف الأخرى من المقالات ذات الطابع الإخباري السياسي والاقتصادي والديني التي تشغل الرأي العام إلا إذا ورد في الصحيفة التي نشرت فيها تلك المقالات ما يحظر نقلها صراحة، ويشترط في جميع الحالات الإشارة إلى المصدر الذي نقلت عنه".

خلاصة ذلك أنه رغم أن المقالات مشمولة بالحماية، إلا أنه يجوز للصحف الأخرى نقل ما جاء فيها من أخبار سوا أكانت اقتصادية أو دينية أو اجتماعية أو سياسية، ولكن بشرط أن لا تكون هذه الأخبار تتمتع بالحصرية، وهنا قيد على قيد، أي أنه في حال ورود ما يحظر نشرها ونقلها صراحة، فإنه لا يجوز نقلها، وفي جميع الحالات يجب الإشارة إلى المصدر الذي نقلت عنه.

3- نسخ المصنف للاستعمال الشخصي.

الاستعمال الشخصي يكون باستعمال أي مصنف منشور بالحصول على نسخة واحدة من المصنف سواء أكان ذلك بالاستنساخ أو الترجمة أو الاقتباس أو التعديل أو التحوير أو بأي شكل آخر، وذلك بهدف استعماله لأغراض شخصية بحتة في بعض الحالات مثل الدراسة أو البحث أو الترفيه¹.

أن الاستعمال الشخصي من الأمور المتفق عليها حيث أنه لا يعني الاستعمال الجماعي للمصنف بل أنه يتعارض معه، كما أنه يفترض في هذا الاستعمال انعدام نية الربح ومن الأمثلة

¹ أبو حمد، أبرار دياب، مرجع سابق، ص41.

الشائعة للاستعمال الخاص للمصنف المنشور المتمتع بالحماية، الطالب الذي يستنسخ بعض نصوص مصنف لإنجاز بعض بحوثه أو دراساته¹.

لقد قصرت بعض التشريعات هذا الاستثناء بالشخص الطبيعي دون المعنوي بحيث لا يعتبر الاستعمال للنسخة الواحدة سواء المنسوخة أو المصورة من المصنف الأصلي المتمتع بالحماية ضمن شركة أو أي شخص معنوي آخر، استعمالاً شخصياً خاصاً².

أن المشرع الأردني جاء في بالنص³ مطلقاً، وحيث أن المطلق يجري على إطلاقه، بحيث يكون للشخص الطبيعي أو المعنوي الحق في عمل نسخة واحدة من المصنف دون إذن المؤلف لغايات الاستعمال الشخصي، ولكنه قيد هذا النسخ بشرط عدم معارضته مع الاستغلال العادي للمصنف، وأن لا يسبب ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة لصاحب الحق.

أي أن الاستعمال الشخصي للمصنف لا يشكل أي اعتداء على حقوق المؤلف الأدبية، وذلك لأنه يرغب بالاستعانة بالمصنف للاستعمال الشخصي، سواء أكان ذلك بعمل نسخة منه أو تصوير نسخة، وهذا التصوير أو النسخ يكون للنسخة كما هي دون إدخال أي تغيير عليها ومع بقائها منسوبة لمؤلفها، ولكن هذا الاستثناء الممنوح للغير سواء الشخص الطبيعي أو المعنوي بعمل نسخة واحدة من المصنف للاستعمال الشخصي سيلحق ضرراً بحقوق المؤلف المالية، حيث أن

¹ كنعان، نواف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. الطبعة الأولى، 2004، ص 280.

² أبو حمد، أبرار دياب، مرجع سابق، ص 41.

³ أنظر نص المادة 17/ب، من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته الأردني.

هناك العديد من الأشخاص في المجتمع سيقومون بعمل النسخة المجازة لهم، وذلك دون أن يتمكن المؤلف الاعتراض على ذلك¹.

وهذه هي القيود التي ترد على حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون الأردني سواء أكانت من أجل تحقيق منفعة عامة، أو من أجل تحقيق أغراض شخصية، وأيضاً هناك تراخيص ترد على حماية حق المؤلف تشكل قيوداً أخرى وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: قيد حق الترخيص على حق المؤلف.

يعرف الترخيص بأنه الإذن الذي يمنحه المؤلف أو صاحب حق المؤلف (المرخص) للمستفيد من المصنف (المرخص له) من أجل استعماله بالطريقة والشروط المتفق عليها بينهما في العقد الذي يسمى عادة اتفاق الترخيص².

هناك نوعين من التراخيص، الأول تراخيص اختيارية وهي التي يمنحها المؤلف للمرخص له لاستعمال مصنف محمي بطريقة محددة وبشروط معينة مقابل مكافأة محددة، وتتم هذه التراخيص برضا صاحب حق المؤلف³، ويحق للمؤلف أن يرخص للغير إما تراخيص حصرية أو تراخيص غير حصرية، ويتمثل الفرق بينهما أن المؤلف في التراخيص الحصري يتعهد بعدم إعطاء أي رخصة في ذات الحق المرخص له به لأي شخص آخر، والتراخيص الحصرية قد تكون حصرية بمنطقة جغرافية معينة، وقد تكون تراخيص حصرية على إطلاقها.

¹ هارون، جمال، الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص 159.

² سلطان، ناصر محمد، حقوق الملكية الفكرية، دار إثراء للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 182.

³ أنظر نص المادة 9، من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته الأردني.

أما النوع الثاني، فهو التراخيص الإجبارية وهي التي تهمننا في هذا الموضوع كونها تشكل قيد على حماية حق المؤلف، وتعرف التراخيص الإجبارية بأنها التصريح الذي تمنحه السلطات المختصة أو يتم منحه بواسطة منظمات أو شركات إدارة حقوق المؤلفين بشروط محددة ولاستعمال المصنفات في أغراض معينة مقابل دفع مكافأة منصفة للمؤلف أو لمن تعود له حقوق المؤلف وتحدده القوانين الوطنية¹.

إن الحصول على التراخيص الإجبارية أمراً استثنائياً لا يلجأ إليه إلا عند وجود صعوبات لا يمكن التغلب عليها للحصول على ترخيص رضائي ومن هذه الصعوبات امتناع المؤلفين عن نشر مصنفاتهم والمغالاة في أثمانها، مما يستلزم منح حق الترخيص وبالتالي فإن هذا الحق يشكل قيوداً على حق المؤلف والحقوق المجاورة.

وعليه سنقوم في هذا الفرع بالبحث أولاً في شروط منح التراخيص الإجبارية، وثانياً نتحدث عن أنواع التراخيص الإجبارية:

أولاً: شروط منح التراخيص الإجبارية.

يتطلب الحصول على التراخيص الإجبارية توافر عدة جاءت في المادة (11) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، ومن أبرزها:

1- أن يكون المصنف المراد ترجمته أو نسخه محمياً.

دلت المادة الثالثة² من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني على المصنفات المحمية، حيث تتطلب هذه المصنفات صياغة الأفكار في شكل مادي معد للنشر، وأن يكون

¹ أنظر نص المادة 11، من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته الأردني.

² أنظر نص المادة (3)، من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته الأردني.

المؤلف انطوى على شيء من الابتكار، وعليه فإن الترجمة أو النسخ بانتهاء المدة المحددة لهما فإن الحق الإستثنائي يعود للمؤلف الأصلي وله منع الغير من الترجمة أو النسخ¹.

2- أن يقدم طالب الترخيص أنه استنفذ الطرق الودية للحصول على الترخيص.

يجب على طالب الترخيص أن يقدم ما يثبت أنه طلب من صاحب الحق (المؤلف الأصلي أو خلفه) التصريح بالعمل بالمصنف، وقام المؤلف أو خلفه برفض الطلب، أو أن طالب الترخيص تعذر الوصول إلى المؤلف أو خلفه.

3- أن تكون هناك مصلحة.

حيث يجب أن تتوافر لدى طالب الترخيص مصلحة مشروعة، وتبعاً لذلك فإنه يجب أن تكون مدة ونطاق الترخيص الإجباري محدودتين، بحدود خدمة الغرض الذي أجاز لأجله وذلك لأغراض التعليم والبحوث، ولا يجوز أن تكون لأغراض تجارية، حيث كان هدف المشرع وغايته، حصول توازن بين مصلحة المؤلف ومصلحة المجتمع من خلال الاستفادة من هذه المصنفات المفيدة.

4- أن لا يكون الترخيص الإجباري إستثنائياً.

ويظهر ذلك من خلال نص المادة (11/أ) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة حيث نصت على أنه " يحق لأي مواطن أردني، أن يحصل على رخصة غير حصرية...."، حيث يقصد بذلك أن منح ترخيص إجباري لا يحول دون قيام المؤلف باستغلال مصنفه بنفسه أو

¹ خليل، سيد عبدالله محمد، الحق في الترجمة- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2012، ص224.

بالترخيص للغير باستغلاله على الرغم من قيام المرخص له باستغلاله، كما يجوز للدولة منح أكثر من ترخيص إجباري لاستغلال المصنف.

5- لا يجوز لمن رخص له باستغلال المصنف ترخيصا إجباريا التنازل عنه للغير.

ويظهر ذلك من خلال نص المادة (11/أ) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة حيث نصت على أنه " يحق لأي مواطن أردني، أن يحصل على رخصة غير حصرية وغير قابلة للتنازل إلى الغير....." ومفادها أنه لا يجوز التنازل عن حق الترخيص المعطى له للغير.

6- أن يكون هناك تعويض عادل متناسب مع معايير حقوق المؤلف المالية.

ويظهر ذلك من خلال نص المادة (11/د) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة حيث نصت على أنه "..... يستحق تعويضا عادلا متناسب مع معايير حقوق المؤلف المالية المتعارف عليها في عقود الرخص الاختيارية بين أشخاص في المملكة وبين أشخاص في دولة المؤلف" ويقصد بها هنا المقابل المالي الذي يدفعه المرخص له لصاحب حق المؤلف أو من يخلفه.

7- أن لا تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو المساس بالإستغلال

العادي للمصنف.

حيث يجب على الوزارة أن تمتنع عن إصدار الترخيص إذا كان هذا الترخيص من شأنه إلحاق ضرر بمصالح المؤلف، مثلا بأن يكون الهدف من الحصول على الترخيص لأغراض تجارية، ويكون الحق للمؤلف في اللجوء إلى القضاء للحكم بإلغاء الترخيص إذا كانت هناك إساءة في استعماله من قبل المرخص له.

يشترط لمنح الترخيص، انقضاء مدة معينة وهي ثلاث سنوات على تاريخ أول نشر لهذا المصنف وذلك في الترجمة إلى اللغة العربية، أما في النسخ ثلاثة أو خمسة أو سبعة سنوات وذلك حسب نوع المؤلف¹.

ثانياً: أنواع التراخيص الإلزامية.

نص المشرع الأردني على أنواع التراخيص الإلزامية في المادة (11) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث تنقسم هذه التراخيص إلى نوعين:

1- تراخيص الترجمة.

يقصد بهذه التراخيص إعطاء الحق لكل مواطن من مواطني الدول النامية في الحصول على ترخيص لترجمة مصنف بإحدى اللغات، وذلك لغايات التعليم المدرسي أو الجامعي أو البحوث، ونشر هذه الترجمة على شكل مطبوع أو مستنسخ أو أي شكل مشابه، ويتم ذلك بطلب من الجهة المختصة² في الدولة المتقدمة المراد ترجمة المصنف فيها وذلك بعد انقضاء مدة معينة³.

ومن الأمثلة الأكثر شيوعاً على هذا النوع من التراخيص، التراخيص الممنوحة للناشرين لغايات توزيع نسخ من مصنف مترجماً أو بلغته الأصلية، وكذلك التراخيص الممنوحة لهيئات

¹ أنظر نص المادة (11) فقرة (أ،ب)، من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته الأردني.

² تعتبر الجهة المختصة وفقاً لأحكام المادة (11) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني، الوزير أو من يفوضه، وحددت المادة الثانية من القانون ذاته الوزير: بوزير الثقافة.

³ أبو حمد، أبرار، مرجع سابق، 61. أنظر كنعان، نواف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 298.

الإذاعة والتلفزيون لغايات ترجمة نصوص مسجلة في شكل تسجيلات صوتية أو سمعية أو بصرية نشرت لأغراض تعليمية.

2- تراخيص الاستنساخ.

ويقصد بهذه التراخيص إعطاء الحق لكل مواطن من مواطني الدول النامية في الحصول على ترخيص الاستنساخ للمصنف ونشره لغايات التعليم المدرسي أو الجامعي، على شكل مطبوع وبأي وسيلة موجودة أو سوف توجد مستقبلاً وتسمح بعمل نسخ منه وتعمل على إيصاله إلى متأول الجمهور، كأن يتم النسخ عن طريق الطباعة أو الرسم أو التسجيل أو النسخ أو أشرطة مسموعة أو مرئية، ويتم ذلك بطلب من الجهة المختصة¹.

إلا أن المشرع الأردني قد أورد استثناء على هذا النوع من التراخيص في الفقرة (ب) من المادة (17) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني، حيث أجاز استنساخ المصنفات المحمية لغايات الاستعمال الشخصي بنسخة واحدة فقط، ودون الحاجة إلى الحصول على ترخيص لذلك، ولكن بشرط أن لا يخل عمل النسخة الشخصية في الاستغلال العادي للمصنف، وأن لا يترتب على ذلك أي ضرر يصيب المصالح المشروعة للمؤلف².

حيث أنه لو أجاز المشرع الاستنساخ بشكل مطلق لأدى ذلك إلى حرمان المؤلف من الكسب المالي العائد عليه من استغلال المصنف، حيث من الممكن لأي شخص الحصول على المصنف تحت مسمى النسخة الشخصية.

¹ أبو حمد، أبرار، مرجع سابق، ص 68.

² أنظر نص المادة (17/ب)، من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته الأردني.

... تتمثل القيود الواردة على حماية حق المؤلف وأصحاب الحقوق المجاورة في القانون الأردني، في الاستثناءات التي تنقسم إلى استثناءات واردة على المصنف لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة، واستثناءات واردة على المصنف لأغراض تتعلق بالمصلحة الشخصية، وفي التراخيص الإجبارية، وجميع هذه القيود تصب في تقييد الحق المالي للمؤلف أو خلفه دون التأثير على الحق المعنوي للمؤلف.

المطلب الثاني: قيود على حق الملكية في القوانين الخاصة.

سعى المشرع الأردني إلى تقييد الحقوق بما يتوازن مع العدالة الاجتماعية في المجتمع، حيث أنه ذهب إلى الجمع بين النزعة الجماعية والنزعة الفردية، وذلك بما يحقق العدالة المجتمعية وتحقيق المصلحة العامة، مع ضمان حماية حقوق الفرد.

أورد المشرع العديد من القيود على سلطة المالك في ملكه، سواء في حقه في استغلال ملكه أو استعماله أو استغلاله في القانون المدني، ومع ذلك لم يكتفي المشرع بالقيود التي فرضها في القانون المدني، حيث أورد العديد من القيود في التشريعات الخاصة، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب، حيث سنتكلم عن قيود فرضها المشرع على حق الملكية في قانون التنفيذ في الفرع الأول، وقيود فرضها المشرع على حق الملكية في قانون الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: قيود على الملكية في قانون التنفيذ.

نصت المادة (104/أ) من قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007 الأردني على أنه " لا يجوز لمن أحيل عليه المال غير المنقول أن يتصرف في ذلك المال بالبيع أو الرهن أو المبادلة أو الهبة

أو الإفراز خلال سنة من تاريخ تسجيل المال باسمه إذ يحق خلال هذه المدة استرداد هذا المال إذا قام المدين أو ورثته بدفع بدل المزايدة مع الرسوم والنفقات".

يتضح من نص المادة أن المشرع قد قيد تصرف المشتري بالعقار المحال خلال سنة من تاريخ تسجيل قرار الإحالة القطعية، فلا يجوز أن يتصرف في ذلك العقار بالبيع أو الرهن أو المبادلة أو الهبة أو الإفراز خلال سنة من تاريخ تسجيل المال باسمه، وأعطى المشرع الحق للمدين أو ورثته بدفع بدل المزايدة مع الرسوم والنفقات، في حين أنه ابقى للمشتري بعض التصرفات مثل حق تأجير العقار والحقوق الأخرى حيث أنه حصر التصرفات التي لا يجوز للمشتري القيام بها وهي البيع والإفراز والهبة والرهن والمبادلة¹.

جاء هذا القيد فيما يتعلق بالبيع التي تتم بالمزايدة العلنية للأموال غير المنقولة التي تتم عن طريق دائرة التنفيذ، وحسب أحكام هذا القانون فإن من تتم عليه قرار الإحالة القطعية ويقوم بدفع الثمن وإجراءات التسجيل يعتبر مالكا لهذا العقار، وفي نص المادة السابقة قام المشرع بتقييد المشتري الذي أصبح مالكا ببعض التصرفات وهي البيع والهبة والمبادلة والإفراز والرهن، وهذه التصرفات تعد من التصرفات الجوهرية للمالك مما شكل قيودا قويا على سلطة المالك الذي صدر له قرار الإحالة، وذلك اعتبارا من تاريخ تسجيل العقار باسمه ولغاية سنة، وخلال هذه السنة فإنه يستطيع المدين أو ورثته استرجاع العقار عند دفع الثمن والنفقات ما يجعل القيد بشكل أوسع مما يجعل من عدم استقرار عملية البيع التي تتم عن طريق المزايدة العلنية في دائرة التنفيذ.

¹ شوشاري، صلاح الدين، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية والشرعية، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009، ص 263-264. أنظر العبودي، عباس، شرح أحكام قانون التنفيذ، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2006، ص 139. و الكيلاني، محمود محمد، موسوعة القضاء المدني، قواعد الاثبات وأحكام التنفيذ، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2010، ص 299.

الفرع الثاني: قيود على الملكية في قانون الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.

نصت الفقرة الثالثة من المادة (2) من قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة

لسنة 1958 على أنه " لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة إذا:

- أ- حصل البيع أو الفراغ بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.
- ب- حصل البيع أو الفراغ بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
- ج - كان العقار قد بيع أو أفرغ ليجعل منه محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.
- د- حصل التفويض من جانب الدولة.
- هـ - اذا حصل البيع أو الفراغ من مؤسسة الإسكان إلى أحد المنتفعين من مشاريعها، أو من جمعية إسكان إلى أحد أعضائها أو من الجمعية الخيرية للقوات المسلحة إلى أحد ضباط أو أفراد القوات المسلحة.
- و - حصل البيع بموافقة مجلس الوزراء لنقابة مهنية أو عمالية لغايات استخدامها لإقامة مشروع سكني لمنفعة منتسبيها.

جاءت هذه القيود على نوعين من الحقوق وهما:

حق الشفعة: وهي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات، ويثبت هذا الحق بموجب القانون المدني للشريك في نفس المبيع، وللخليط في حق المبيع، وللجار الملاصق¹.

حق الأولوية: هو الحق في الأراضي الأميرية التي جرى فراغها ويكون ببديل المثل عند الطلب على الترتيب الآتي، أولا للشريك في الأرض ثم للخليط ثم للمحتاج من أهل القرية التي تقع في نطاقها الأرض².

بعد ذلك جاء قانون الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة بتقييد هذا النص ليصبح الحق في الشفعة والأولوية فقط، للشريك في المال غير المنقول³.

وفي القانون ذاته قام المشرع بتقييد الشريك في المال غير المنقول بحق الشفعة أو الأولوية في بعض الحالات التي نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة⁴.

¹ أنظر المادة (1150) و(1151)، من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² أنظر المادة (1168)، من القانون ذاته.

³ أنظر المادة (1/2)، من قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة لسنة 1958.

⁴ أنظر المادة (3/2)، من القانون ذاته.

الخاتمة

بينت هذه الدراسة مدى استنثار وتسلب أصحاب الحقوق المالية على حقوقهم في ظل القيود التي فرضها المشرع الأردني على أصحاب هذه الحقوق بوجه عام، وقد كان المشرع في اغلب القيود التي فرضها يسلك النهج السليم والصحيح، حيث أنه كان موفق في صياغة نصوص القانون التي فرضت القيود على الحقوق المالية، وذلك بإتباعه نهج الفقه الإسلامي في المزج ما بين النزعة الفردية والنزعة الجماعية في سبيل تحقيق العدالة والاستقرار وتحقيق الصالح العام مع عدم الإخلال بمصالح الفرد المشروعة، وبعد انتهاء الباحث من هذه الدراسة توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن عرضها كما يلي:

النتائج :

1. نشأت الحقوق المالية منذ العصور القديمة، وأنه منذ نشأتها لم تعرف الحقوق المطلقة بشكل كامل ومع تدرج العصور وتطور التشريعات القانونية اتسع نطاق القيود التي تحد من استنثار الأفراد لحقوقهم.
2. أن المشرع في القانون المدني الأردني اتبع نهج الفقه الإسلامي في منح الحقوق للأفراد واستنثارهم فيها، وسار نهجه في القيود التي تفرض عليهم، إلا أن الفقه الإسلامي كان نطاقه أوسع في فرض القيود حيث أن لا وجود للحق المطلق في الشريعة الإسلامية، ولا يتناسب مع روحها وقواعدها وأهدافها.
3. أن الفقه الإسلامي تعامل مع القيود كوسيلة من وسائل الضبط الاجتماعي، لما لها من نشاط فعال في تشكيل وضبط السلوك في المجتمع، حيث أن الضبط الاجتماعي يعتبر

ضرورة للمجتمع الإنساني بالنظر إلى حاجات الأفراد وبدون عوامل الضبط الاجتماعي يصعب للمجتمع البقاء.

4. أن النظام القانوني يسعى من خلال فرضه القيود إلى تحقيق النظام الاجتماعي كونه هو الذي يحقق السكينة والاستقرار القانوني، حيث أن الاستقرار القانوني يعد الغاية الأساسية التي تهدف إلى تحقيقه كل الأنظمة القانونية، وأن نتيجة هذا الاستقرار هي العدالة التي إحدى وسائلها منع أصحاب الحقوق من الاستئثار بحقوقهم بشكل مطلق مما ينتج عنا الأضرار بمصالح الآخرين.

5. وضع المشرع العديد من القيود في القانون المدني وكان النصيب الأكبر والأوسع يقع على عاتق حق الملكية لعمومية هذا الحق وشموليته، مما كان للمشرع إلا أن يقيد به بالعديد من القيود لضمان عدم تعسف وتعدي أصحاب حق الملكية على الآخرين، وأن بعض القيود فرضت من أجل المصلحة العامة، كما وأن هناك أيضاً حقوق ترتكز على حقوق أخرى فلا بد من فرض القيود لضمان عدم تعسف أحدهما على الآخر.

6. تعددت القيود التي فرضت على حق المؤلف وأصحاب الحقوق المجاورة، فمنها ما كان في سبيل تحقيق المصلحة العامة ومنها ما كان في سبيل المصلحة الخاصة ومنها ما كان على شكل تراخيص إجبارية، حيث كان الهدف من كل هذه القيود تحقيق النفع العام والاستفادة من المصنفات المحمية بعدة أشكال من أجل المساهمة في بناء مجتمع يتمتع بما لديه من مصنفات محمية.

7. أنه حسب ما جاء في قانون التنفيذ يمنع المالك الذي أصبح مالكا عبر تملكه في المزاد العلني في دائرة التنفيذ من تصرفات جوهرية تتمثل في البيع والهبة والإفراز والمبادلة

والرهن وتشكل هذه القيود قيود واسعة وذلك بهدف إعطاء الحق للمدين (المالك السابق) أو ورثته من إرجاع العقار المبيع عبر المزاد العلني، وذلك خلال سنة من تاريخ تسجيل العقار باسم المشتري.

8. تساهم القيود في تحقيق المصالح الاقتصادية، فقد عمد المشرع إلى تقييد حق الشفعة وذلك بجعله فقط للشريك في نفس العقار، وذلك بهدف تحقيق الاستقرار الاقتصادي من خلال تقليل الأشخاص الذين يحق لهم حق الشفعة.

التوصيات:

1. نوصي على المشرع الأردني تعديل المادة (1018) من القانون المدني حيث ورد عبارة أن المالك يتصرف تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلال وأن هذه العبارة لا تتسجم مع ما يندرج تحتها من أحكام، وأنه لا وجود لهذا التصرف المطلق مع ما يوجد من أحكام تتعلق في حق الملكية من خلال القيود التي تنفي التصرف المطلق.

2. نوصي على المشرع الأردني أن يتبع نهج المشرع الإماراتي فيما يتعلق بالقيود الناشئة عن غرس الأشجار بالقرب من حدود الجار حيث نصت المادة (1141) من القانون الإماراتي على أنه " 1- لمالك الهواء أو منفعته الذي امتدت فيه أغصان شجرة غيره مطالبتة بإزالة ما امتد إلى هوائه، ولو لم يترتب على ذلك ضرر له...." ننمى على المشرع الأردني أن يورد نص يعالج هذه الإشكالية.

3. نوصي على المشرع الأردني بتوضيح الحدود في قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة فيما يتعلق بإجازته بخصوص الاعتماد على المصنف المحمي في الإيضاح في

التعليم لأهداف تربية أو تثقيفية أو دينية أو للتدريب المهني، حيث أن النص جاء فضفاضاً، ومن هنا تثار الصعوبة من الناحية العملية في معرفة الحدود المصرح بها في استخدام المصنف المحمي أو أجزاء منه بحرية لأغراض تعليمية أو بهدف التوضيح فقط.

4. نوصي على المشرع الأردني أن يقوم بإلغاء نص المادة (1/14) من قانون التنفيذ وذلك من أجل ضمان الاستقرار الاقتصادي للمعاملات وتشجيع التجارة، وأن المقصر أولى بالخسارة فلا يوجد سبب يستحق إعطاء المدين حق إرجاع المال غير المنقول الذي تمت عملية بيعه عن طريق المزاد العلني وكون البيع قد تم حسب الأصول في قانون التنفيذ وأنه حتى لو استعاد المدين أو ورثته القدرة المالية فإنه بإمكانهم شراء عقارات جديدة من دون أن يتم تقييد التصرف في العقارات المباعة عبر المزاد العلني في دائرة التنفيذ وبالتالي تجميد حركة العقارات مما يعيق الاقتصاد المحلي.

قائمة المراجع

أولا - الكتب:

أبو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان،
الطبعة الأولى، 2002.

أحمد، إبراهيم، التعسف في استعمال الحق، دار الفكر العربي، الإسكندرية، الطبعة الثانية،
2002.

البدراوي، عبدالمنعم، التطور التاريخي للقانون عبر المؤسسات والأحداث الاجتماعية، جدة، الطبعة
الأولى، 1980.

البرازي، محمد محسن، الحقوق الرومانية، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني،
1935.

بن عبدالسلام، عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المطبعة الحسينية، القاهرة، الجزء
الثاني، 1352 هجري.

الجراح، شفيق، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.

الجراح، شفيق، دراسات في تاريخ القانون، جامعة دمشق، الطبعة الأولى.

جعفر، علي محمد، تاريخ القوانين والشرائع، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة
الأولى، 1982.

حسن، أحمد إبراهيم، تاريخ القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

حسن، أحمد إبراهيم، والحفناوي، عبدالمجيد، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى، 1992.

حسن، أحمد إبراهيم، والمجذوب، طارق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

حسين، فايز، الموجز في نظرية الالتزامات، في القانون الروماني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.

الحفناوي، عبدالمجيد، تاريخ القانون المصري، الاسكندرية، الطبعة الأولى.

الحنيلي، مازن، الحقوق، المكتبة القانونية، دمشق، الطبعة الأولى، 2003.

الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1947.

الخفيف، علي، الحق والذمة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1945.

خليل، سيد عبدالله محمد، الحق في الترجمة - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2009.

الدريني، فتحي، التعسف في استعمال الحق في الفقہ الإسلامي، دار البشير، عمان، 1998.

الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1997.

الدواليبي، محمد، الحقوق الرومانية وتاريخها، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثانية، 1959.

الزرقا، مصطفى، الفقہ الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني.

الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، مطبعة الأديب، دمشق، الطبعة التاسعة، الجزء الأول،

1968.

سرور، محمد شكري، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1979.

سلطان، ناصر محمد، حقوق الملكية الفكرية، دار إثراء للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2009.

سليم، عصام، نظرية الحق، الطبعة الأولى، 2007.

السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني "حق الملكية"، دار النهضة العربية،

القاهرة، الجزء الثامن، 1967.

السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة

الأولى الجزء الأول.

سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996.

سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى،

1993.

الشاطبي، أبي إسحق إبراهيم بن محمد، الموافقات في أصول الشريعة، المطبعة الرحمانية، الجزء

الثالث.

شكولو، دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة

الأولى، 2006.

شوشاري، صلاح الدين، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية والشرعية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

العبودي، عباس، تاريخ القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1989.

العبودي، عباس، تاريخ القانون، دار الكتب للنشر والتوزيع، الموصل، الطبعة الأولى، 1988.

العبودي، عباس، شرح أحكام قانون التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006.

عبيدات، يوسف، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2011.

العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني - حقوق عينية -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2011.

العمرى، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، منشورات بسام، الموصل، الطبعة الأولى، 1974.

فرج، توفيق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 1985.

كنعان، نواف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2004.

كنعان، نواف، حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، عمان،

2009.

الكيلاوي، محمود محمد، موسوعة القضاء المدني - قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ -، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010.

المصري، الامام أبين نجيم، البحر الرائق، الجزء السادس.

المصلح، عبدالله، قيود الملكية، دار المؤيد، الرياض، الطبعة الثانية، 1990.

المقدسي، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامه، المغنى، الجزء الخامس، مطبعة المنار، القاهرة،

1348 هجري.

منصور، محمد، نظرية الحق، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.

موسى، محمد يوسف، تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، 1958.

النجار، عبدالله، الحق الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دار المريخ للنشر، السعودية.

هارون، جمال، الحماية المدنية للحق الادبي للمؤلف في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006.

ثانيا - الأبحاث والرسائل الجامعية:

أبو حمد، أبرار دياب، رسالة ماجستير بعنوان " القيود والاستثناءات الواردة على حق المؤلف في

القانون الأردني "، جامعة اليرموك، 2011.

الحفناوي، عبد المجيد، بدر، محمد، تاريخ القانون الفرعوني (2)، مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، العدد الثاني.

الحفناوي، عبدالمجيد، بدر، محمد، تاريخ القانون المصري في العصر الفرعوني، مجلة العلوم

القانونية والاقتصادية، العدد الأول.

الحفناوي، عبدالمجيد، بدر، محمد، التطور التاريخي، للقانون عبر المؤسسات والأحداث

الاجتماعية، جدة، الطبعة الأولى، 1980.

الحقوق العينية الأصلية والتبعية، بحث منشور على الانترنت.

خاطر، نوري، قراءة في قانون حق المؤلف الأردني رقم (22) لسنة 1992، مجلة البحوث

والدراسات، جامعة موتة، مجلد 12، العدد "1"، 1997.

خلاف، وفاء، رسالة دكتوراه بعنوان " قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي، دار النهضة العربية.

عبداللطيف، عبدالرزاق، الحماية الجنائية لحق المؤلف " دراسة مقارنة " مجلة الحقوق، العدد "4"،

2011.

ثالثاً - المصادر التشريعية

القانون المدني الأردني رقم 46 لسنة 1976م.

مجلة الأحكام العدلية.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته الأردني رقم 22 لسنة 1992.

قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007.

قانون محل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958.

Abstract

The Financial Rights Between Absolute and Restriction

This study examines the issue of Absolute and Restriction of the financial rights in the Jordanian civil law and other related special laws. This issue raises a legal concern in whether these restrictions affect the financial rights in the light of whether the individuals can practice the ownership on these rights. These financial rights are embodied in the personal rights, property rights and intellectual property rights. Therefore, this resemble an importance to these kind of rights especially in examining whether legislature can restrict these rights and the rationale behind such restriction. The role of the legislature in striking a balance between the individual desire and the public interest may achieve justice at the society level. Therefore this study aims to analysis this issue in the light of the provisions of the civil law and other related laws through:

Examining the issue of Absolute and Restriction of the financial rights in two chapters. In the first chapter, an examination of the idea of the right and its relation with the issue of restriction and non-restriction will be introduced. This chapter will be divided into two sections. The first one will examine the source of the right and its legal concept and in the Islamic fiqh while in the second an examination of the restriction of rights in the Islamic and legal literature.

While the second chapter this study will examine some cases in restricting the financial rights in two sections. The first one examines the application of this concept in the Jordanian civil law while the second section examines some cases of restriction these rights in other related special laws.