



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل / كلية القانون

حق الإمكان القانوني

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون / القانون الخاص

من قبل الطالبة

نجوان محمد راضي ابو حسنة

بإشراف الدكتور

منصور حاتم محسن

أستاذ القانون المدني

٢٠٢١ م

١٤٤٣ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَءَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا ﴾ ٨٤

صدق الله العلي العظيم

سورة الكهف (٨٤)

ب

الإهداء

إلى

... مقام النبي الأكرم محمد ابن عبد الله ﷺ

... سادتي و أئمتي أهل البيت عليهم صلوات الله وسلامه

إلى الذين سطروا بدمائهم الزاكية أروع و أنصع صفحات المجد والفداء
والتضحية والعطاء... شهداء وطني العراق

إلى من قال فيهما الحق

وَ أَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴿٢٤﴾

أبي الغالي ... قدوتي ، أطل الله في عمرك

أمي العزيزة... صاحبة الفضل من بعد ربي

إلى روح عمي الغالي (رسول فخري راضي) ((رحمك الله واسكنك فسيح جناته))

إلى من هم لفؤادي و حياتي خير أنس و بهاء أختي و أخوتي

إلى من شاركني الألم و الأمل واشعل شموع التضحية حباً وكرامة... زوجي المخلص

إلى فلذات كبدي أبنائي ... (يوسف , علي , رسل)

إلى الأيادي المخلصة التي ساعدتني ... أساتذتي الأعزاء

الباحثة

قال تعالى في محكم كتابه العزيز:

«وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ»

(لقمان ١٢)

نَحْمَدُ اللَّهَ وَنَشْكُرُهُ دَائِماً وَ أَبَداً عَلَى وَافِرِ النِّعَمِ وَالْفَضْلِ لِإِتِمَامِ هَذِهِ
الرسالة العلمية

كما وأتوجه بِجَزِيلِ الشُّكْرِ وَعَظِيمِ الْإِمْتِنَانِ إِلَى كُلِّ مَنْ :

- (أ.د منصور حاتم محسن) لتفضله بقبول الاشراف على رسالتي، ولما قدمه من عون ومساعدة، وتوصيه و إرشاد ، أسأل الله العلي القدير له دوام التوفيق والنجاح.
- رئيس وأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، أسأل الله ان يأخذ بأيديهم ليكونوا عوناً لي بتقييمهم رسالتي وتصويب الهفوات.
- أساتذتي في جامعة بابل / كلية القانون المحترمين ، لكم مني فائق الشكر والإمتنان لما قدمتموه طوال فترة دراستي.
- الشكر والإمتنان الى الاساتذة المؤلفين للمصادر العلمية، التي كانت اساساً لإنجاز هذ الرسالة.
- زملاء الدراسة لكم مني فائق الشكر والامتنان.

الباحثة

كشف الفقه الألماني عن طائفة من الحقوق تتسم بطابع خاص هو أنها تتيح لأصحابها استحداث آثار جديدة أو تعديل آثار قائمة أو إزالة هذه الآثار ، سميت هذه الطائفة من الحقوق بتسميات متعددة فمن تسمياتها بالحقوق الارادية او الحقوق المنشئة الى تسميتها بحقوق الامكان القانونية ، وتقوم فكرة هذه الحقوق على أساس مبدأ الحرية والاختيار أو ما يطلق عليه بمبدأ (القدرية القانونية) ، فيجوز لصاحب حق الإمكان القانوني أن يعمل أو لا يعمل ، أن يتصرف أو ألا يتصرف كل ذلك في حدود القانون .

حيث يكون للشخص القدرة على أن يحدث آثاراً قانونية بإرادته المنفردة ومن جانب واحد ، وذلك في مواجهة شخص أو أكثر لا يلزمون على أثر ذلك بأي أداء ، بل يكونوا في حالة خضوع وإمتثال لا يستطيعون معه أن يتخلصوا من الأثر القانوني الذي أحدثه صاحبه، وإذا كان حق الإمكان القانوني بهذا الوصف ، فهو إذن يختلف عن مجرد الحرية ، فالأخيرة تمنح للناس كافة دون تحديد أو تعيين مع مراعاة أحكام الأهلية ، بعكس حق الإمكان القانوني الذي يمنح لإشخاص محددين ويقتصر أثره على التخيير بين بدائل معينة ، كما يختلف حق الإمكان القانوني عن الحق العادي ، فالأخير يقابله واجب قانوني يقع على عاتق الغير ، فالعلاقة هنا اما ان تكون علاقة إستثمار أو تسلط أو قد تكون علاقة إقتضاء ، بعكس الحال مع حق الإمكان القانوني الذي لا يلزم الغير الا بالخضوع والامتثال دون أن يصل ذلك الى حد الالزام .

ولحق الإمكان القانوني تطبيقات متعددة ، تتوزع في مختلف مجالات الحقوق الشخصية والعينية ، ففي مجال الحقوق الشخصية نجد حق الإمكان القانوني الممنوح للواهب في الرجوع عن هبته ، وحق الإمكان القانوني بالتمسك بالمقاصة ، أما في مجال الحقوق العينية فنجد حق الإمكان القانوني الممنوح للشفيع ، وكذلك حق الإمكان القانوني الممنوح للدائن المرتهن في ممارسة ميزتي التتبع والتقدم.

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	٣_١
الفصل الاول / مفهوم حق الإمكان القانوني	٥٤_٤
المبحث الاول / ماهية حق الإمكان القانوني	٣٦_٤
المطلب الاول / التعريف بحق الإمكان القانوني	١٥_٥
الفرع الاول / تعريف حق الإمكان القانوني	١١_٥
الفرع الثاني / الأساس القانوني لحق الإمكان	١٥_١٢
المطلب الثاني / عناصر حق الإمكان القانوني	٢٦_١٥
الفرع الاول / العناصر العامة للحق	٢٢_١٥
الفرع الثاني / العناصر الخاصة بحق الإمكان القانوني	٢٦_٢٣
المطلب الثالث / طبيعة حق الإمكان القانوني	٣٦_٢٦
الفرع الأول / الرأي الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية لحق الإمكان القانوني	٣٢_٢٧

٣٦_٣٢	الفرع الثاني/ الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني
٥٤_٣٧	المبحث الثاني / أنواع حق الإمكان القانوني وتمييزه عن غيره
٤٥_٣٧	المطلب الاول / أنواع حق الإمكان القانوني
٣٩_٣٨	الفرع الاول / حقوق الإمكان المنشئة
٤٢_٤٠	الفرع الثاني / حقوق الإمكان المعدلة
٤٥_٤٢	الفرع الثالث / حقوق الإمكان المنهية
٥٤_٤٥	المطلب الثاني / تمييز حق الإمكان القانوني عن غيره
٥٠_٤٦	الفرع الاول / تمييز حق الإمكان القانوني عن الحرية
٥٤_٥٠	الفرع الثاني / تمييز حق الإمكان القانوني عن الحق العادي
١١٠_٥٥	الفصل الثاني / أحكام حق الإمكان القانوني
٩٨_٥٥	المبحث الاول / شروط ممارسة حق الإمكان القانوني
٦٦_٥٦	المطلب الاول / التعبير عن الرغبة في ممارسة حق الامكان القانوني في المدة المتفق عليها قانوناً
٦١_٥٦	الفرع الاول / التعبير عن الرغبة في ممارسة حق الامكان القانوني
٦٦_٦١	الفرع الثاني / ممارسة حق الامكان القانوني في المدة المتفق عليها قانوناً
٩٨_٦٦	المطلب الثاني/عدم تجاوز النطاق الذي رسمه القانون في إستعمال حق الإمكان

٨٨_٦٧	الفرع الأول / في نطاق الحقوق الشخصية
٩٨_٨٨	الفرع الثاني / في نطاق الحقوق العينية
١١٠_٩٩	المبحث الثاني / سقوط حق الإمكان القانوني
١٠٤_٩٩	المطلب الأول / السقوط الإرادي لحق الامكان القانوني
١٠١_١٠٠	الفرع الأول / التنازل عن حق الإمكان القانوني
١٠٤_١٠١	الفرع الثاني / عدم استخدام حق الإمكان القانوني خلال المدة المحددة قانوناً
١١٠_١٠٤	المطلب الثاني / السقوط اللاإرادي لحق الإمكان القانوني
١٠٦_١٠٥	الفرع الأول / استحالة استعمال حق الإمكان القانوني
١١٠_١٠٧	الفرع الثاني / وفاة صاحب حق الإمكان القانوني
١١٢_١١١	الخاتمة
١٢١_١١٣	المصادر

المقدمة

أولاً : جوهر فكرة البحث

كان لمصطلح الحق بالرغم من اتساعه واستعماله على نطاق واسع إلا إنه وُلِدَ إختلافاً كبيراً وجدلاً دائماً، ذلك ما من مصطلح قانوني حضي بهذا الكم من التعريفات مثل مصطلح الحق، إلا أن الخلط بينه وبين حق الإمكان القانوني والحرية لم تتم دراسته بالشكل الذي درس به الحق فبالرغم من كل ما يميز بين هذه المصطلحات ، لايزال امر الخلط بينهم وارداً فإذا كان الحق العادي يقابله واجب على الشخص الآخر، فان حقوق الامكان القانونية تمنح أصحابها سلطة التأثير على مراكز قانونية موجودة من قبل ، بتغيير هذه المراكز أو محوها أو إنشاء مراكز جديدة دون أن يقابلها واجب على الغير .

وبالرغم من أن حق الإمكان القانوني أضحى أمراً مسلماً به الا ان طبيعة هذه الحقوق وما ترتبه من آثار لا سيما وأنها تخرج عن مبدأ عدم إجبار الغير على التعاقد دون رضاه أفرزت الكثير من الإشكاليات المرتبطة أصلاً بالطبيعة القانونية لهذه الحقوق .

ثانياً : أهمية البحث

جاء سبب إختيار الموضوع بهدف إثارة النقاش حول حقوق الإمكان القانونية ، تلك الحقوق التي لاتزال تُدرس ضمن مفاهيم قانونية مشابهة لها ، فكثيراً ما يتم الخلط بين حقوق الإمكان من جهة والحق والحرية من جهة أخرى ، بالرغم من ما تتميز به هذه الحقوق من خصائص تكفل لها الاستقلالية ، ومن مضامين تلك الاستقلالية التأثير على المراكز القانونية للغير نتيجةً للطبيعة الخاصة التي تتميز بها ، ومن هنا أكتسبت هذه الحقوق أهميتها كونها تعتبر أستثناءً على أصل عام لا يبيح التأثير على مراكز الغير دون إرادتهم ، ولا تقف أهمية هذه الحقوق عند هذا الحد بل أن تأثيرها سيمتد للغير الذي سيكون بموقف الخضوع والامتثال لما ترتبه هذه الحقوق من آثار قانونية .

ثالثاً : مشكلة البحث

أفرز أستعمال حقوق الإمكان القانونية جملة من التساؤلات المتعلقة أصلاً بطبيعة هذه الحقوق ، فقد شاع فقهاً أمر الخلط بين مصطلح حق الإمكان القانوني والحرية والحق بصورة عامة ، هذا التداخل بالمفاهيم أفرز عدة مشاكل ، فمن جهة نلاحظ اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لحق الإمكان القانوني ، فهناك من يرى بأنه حق من الحقوق الشخصية وآخر يقول بأنه حق عيني ورأي يذهب إلى إنه شبه عيني ورأي فقهي يرى بأنه يعد من مظاهر الأهلية القانونية ، ورأي يضفي عليه الصفة الإرادية ، ومن جهة أخرى برزت لنا أشكالية الأساس الذي يستند عليه صاحب حق الإمكان بإستعماله لحقه بالإمكان ومن ثم التأثير على مراكز قانونية للغير، فهل يمكن إعتبار القانون هو مصدر هذه الميزة الممنوحة لصاحب الحق بالإمكان ؟ أم إن أساس إستعمال حق الإمكان راجع إلى الإرادة المنفردة لصاحبه بناء على ما يكون له من وضع خاص .

رابعاً : نطاق البحث

تتضمن هذه الدراسة إعطاء مفهوم عام حول حقوق الإمكان القانونية وتحديد طبيعتها القانونية ، والاساس القانوني التي تستند عليه وعناصرها الخاصة وأستبعدنا من نطاق بحثنا حقوق الإمكان الاتفاقية .

خامساً : منهجية البحث

أن دراستنا لموضوع حقوق الإمكان القانونية ستتخذ المنهج التحليلي المقارن ، وللإحاطة بجوانب الموضوع المتعددة سنعد المقارنة بين نصوص القوانين ذات العلاقة ، المتمثلة بالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي .

سادساً : خطة البحث

لإحاطة بموضوع حقوق الإمكان القانونية، ارتأينا تقسيم بحثنا هذا على فصلين ،
بينما مفهوم حق الإمكان القانوني في الفصل الأول حيث قسمنا هذا الفصل على مبحثين ،
ندرس في المبحث الأول منه ، ماهية حق الامكان القانوني ، بينما سندرس أنواع حق
الامكان القانوني وتمييزه عن غيره في المبحث الثاني . أما الفصل الثاني فقد خصصناه
لدراسة أحكام حق الإمكان القانوني وقد قسمنا هذا الفصل على مبحثين ، ندرس في المبحث
الأول شروط ممارسة حق الإمكان القانوني ، بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة سقوط
حق الإمكان القانوني . وفي النهاية سنختم بحثنا بخاتمة نحدد فيها ماتوصلنا اليه من نتائج

الفصل الأول

مفهوم حق الإمكان القانوني

لم يُعط لموضوع حق الإمكان القانوني الأهمية الخاصة به ، ويرجع ذلك إلى التشابه الكبير بينه وبين الحرية والحق بالرغم من كل الجوانب التي تميز بين كل هذه المصطلحات ، حيث شاع الخلط بين مفاهيم الحق والحرية وحق الإمكان ، الأمر الذي أدى إلى إعتبار الكثير من التطبيقات القانونية لحق الإمكان ضمن مفهوم الحرية أو الحق ، بالرغم من إستقلال كل منهما بمعناه الخاص ومضمونه الذاتي^(١) .

وفي ضوء ما تقدم فإننا سنحاول دراسة مفهوم حق الإمكان القانوني بالشكل الذي يمنحنا القدرة على إعطاء تعريف خاص به ، من هنا فإنني سأقسم هذا الفصل على مبحثين ، ندرس في المبحث الأول منه ، ماهية حق الإمكان القانوني ، بينما سندرس أنواع حق الإمكان القانوني وتمييزه عن غيره في المبحث الثاني .

المبحث الأول

ماهية حق الإمكان القانوني

لبيان ماهية حق الإمكان القانوني يتطلب منا ان ندرس تعريف حق الإمكان القانوني وبيان عناصره وطبيعته . وهذا ما سندرسه في ثلاث مطالب ، ندرس في المطلب الاول

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، تنفيذ وطبع ذات السلاسل ، ١٩٩٤ ، ص ٢٠ . وفي هذا الشأن يلخص الدكتور إبراهيم الدسوقي في كتابه خيار الشفعة إلى " أن كلا من الحق والرخصة والحرية هي مراكز قانونية تخول إباحات بمعنى قدرات وسلطات معينة ، فالحق يخول صاحبه إباحة خاصة ، من حيث تقريرها ونشوؤها ، متسعة غير مقيدة _ بحسب الأصل _ من حيث استعمالها ، ولكونها إباحة خاصة بصاحبها مقصورة عليه بما تعنيه من الانفراد والاستثثار ، فهي تمثل ميزة قانونية ، أما الرخصة فهي تمثل إباحة خاصة قاصرة على صاحبها ولكنها تتميز عن الحق بكونها ميزة ضيقة محدودة تقتصر على ميزة الخيار بين بدائل محددة ، وأما الحرية فهي إباحة عامة مشتركة تثبت للكافة وليست مقصورة على شخص معين كما هو الحال في الحق والرخصة " للمزيد حول ذلك ينظر د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة ١٢ ، ع ٢ ، ١٩٨٨ ، ص ٤٩ _ ٥٠ .

التعريف بحق الإمكان القانوني ، بينما سندرس في المطلب الثاني عناصر حق الإمكان القانوني ، وسنعد الاختصاص في المطلب الثالث لدراسة طبيعة حق الإمكان القانوني .

المطلب الأول

التعريف بحق الإمكان القانوني

للتعريف بحق الإمكان القانوني يتعين علينا بيان المقصود بهذا الحق ، من ثم بيان الأساس القانوني الذي يستند عليه هذا الحق . من هنا سنقسم دراستنا على فرعين ، ندرس في الأول : تعريف حق الإمكان القانوني ، بينما سنخصص الثاني لدراسة الأساس القانوني لحق الإمكان .

الفرع الأول

تعريف حق الإمكان القانوني

استعمل الفقه القانوني للدلالة على حق الامكان^(١) القانوني تسميات متعددة ومتنوعة^(٢)، وهذا يرجع بالاساس لإختلاف الزاوية التي يتم النظر بها الى الحق وطبقاً للفكر السائد

(١) يُعرف حق الإمكان في اللغة بأنه الإمكان " مصدر أمكن ، ومكنته من الشيء تمكيناً : جعلت له عليه سلطاناً وقدرة وأمكنني الأمر : سهل وتيسر ، فلان عند السلطان (مكانة) وزان ضخم ضخامة عظم عنده وأرتفع فهو (مكين) و (مكنته) من الشيء (تمكيناً) جعلت له عليه سلطان وقدرة ، كقوله تعالى [ومكن لهم في الأرض]، وقوله تعالى [في قرار مكين] وقوله تعالى [وليمكنن لهم دينهم الذي ارتضى لهم] صدق الله العلي العظيم ، ففي كل هذه الأمثلة وردت كلمة الإمكان بمعنى القدرة ، (فتمكن) منه و (أستمكن) قدر عليه وله مكنة أي قوة وشدة. ويقال "فلان لا يمكنه النهوض : لا يقدر عليه ، وتمكن عند الناس علا شأنه. للمزيد انظر المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، ط٤، ٢٠٠٨، ص ٨٨٢.

(٢) عرفت الشريعة الإسلامية حق الإمكان القانوني ولكن بتسمية أخرى ، وهي تسمية المنزلة الوسطى وكان أول من نبه الى وجود حق الإمكان في الشريعة الإسلامية هو الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه " النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية " إذ ضرب الأستاذ شفيق مثلاً يتعلق بالدين المشترك حيث يقول في هذا الصدد " المقبوض هو أذن ملك القابض خاصة ، على ان للدائن الشريك حق ثابت في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ولو إنه لا يستطيع تتبع المقبوض في يد الغير " ، وهو يصف هذا الحق بأنه حق شبه عيني إذ إنه لا يستطيع تتبع الشيء في يد الغير . أنظر في ذلك د . شفيق شحاتة ، النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص ١٩٦ وما بعدها . هذا وأن اتفق الدكتور السنهوري مع الأستاذ

في الزمان والمكان ، فقد استعمل الفقه الفرنسي كلمة (faculte)^(١) أما الفقه العربي فقد استعمل مصطلحات عديدة للدلالة على حق الإمكان القانوني^(٢) .

ومن هنا ونظرا لما سبق فقد عرف الفقه القانوني حق الإمكان القانوني بتعاريف عدة ، فقد عرفه الفقيه فون تور بأنه " قدرة الشخص بناء على مركز قانوني خاص على أن يحدث بارادته وحدها أثراً قانونياً " ^(٣) وهذا التعريف لحق الإمكان القانوني يركز على تبيان عنصرين مهمين في حقوق الإمكان القانونية ، العنصر الأول يتمثل بالارادة ، فكما هو معلوم فإن هذا النوع من حقوق مرتبط بالارادة المنفردة لصاحبه ، بمعنى آخر فإن حق الإمكان هو ميزة يمنحها القانون لشخص يستعملها بالارادة المنفردة له ، أما العنصر الثاني فيتمثل بالخضوع او الامتثال من قبل الطرف المقابل في حق الإمكان ، فالأخير وإن كان هو درجة من درجات الحق إلا إنه لا يصل الى درجة الالتزام القانوني للحق العادي ومن ثم فهو يقتصر على مجرد الخضوع والامتثال دون ان يتعداه الى درجة الالتزام القانوني الكامل الذي ينفرد به الحق العادي .

شفيق شحاته فيما يخص حق الدائن الشريك في الشيء المقبوض إلا إنه يختلف معه بخصوص وصفه للمنزلة الوسطى بأنه حق شبه عيني ، حيث يعتبر الدكتور السنهاوري بأن حق الدائن الشريك هنا هو منزلة وسطى وليس حق شبه عيني ، للمزيد حول ذلك أنظر د . عبد الرزاق السنهاوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مجلد ١ ، ج ١ ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ١٠ .

(١) أنظر في هذا الخصوص كلاً من د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية الحق ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ ، ص ١١٨ . كذلك ثارم محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٩ .

(٢) منها تسمية (الحق الارادي) وهي تسمية للدكتور عبدالحى حجازي ليستعويض بعد ذلك بتسمية الإمكان القانوني او المكنة القانونية . وسمي أيضا بالـ (الحق التخييري) كما سمي بالـ (الحق الترخيصي) وأيضاً بالـ (المنزل الوسطى) وهي تسمية ذُكرت في مؤلفات السنهاوري متأثراً بالفقه الإسلامي . أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهاوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص ٩ ، ويفضل البعض تسمية هذا الحق بالـ (الحق المنشئ) كونه يرتب وينشئ أثراً لم يكن لينشأ لولا استعمال هذا الحق بالارادة المنفردة لصاحبه وهذا الأثر قد يكون تعديل مركز قائم او خلق مركز جديد أو أنقضاء مركز قائم ، أنظر أستاذنا د. منصور حاتم محسن ، مفهوم الحق المنشئ ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، ع ١ ، مجلد ٢٧ ، ٢٠١٩ ، ص ١٢٣ .

(٣) نقلاً عن : د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية الحق ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

ويعرفه (كابيتان) بأنه " الحق المعترف به للفرد في مباشرة أو عدم مباشرة بعض الاعمال التي تتصف بشرعيتها وحمايتها من كل اعتداء يقع من الغير " (١) وقد أشكل البعض (٢) على تعريف الفقيه (كابيتان) إنه يعرف حق الإمكان القانوني بما يكون خارجاً عن ماهيته ، إلا أننا نرى أن هذا الانتقاد يجافي الواقع فحق الإمكان القانوني وإن كان لا يصل الى درجة الحق العادي فهو درجة من درجات الحق وإن كان يختلف معه ، فحق الإمكان القانوني لا يصل إلى ما يصل إليه الحق العادي من إلزام قانوني يقع على عاتق الغير ، بموجبه يلتزم الغير بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ، من ثم فإن وصف حق الإمكان القانوني بأنه (حق) أمر لا غبار عليه (٣).

في حين عرفه الفقيه الإيطالي كيوفندا بأنه " قدرة الشخص على أن يستحدث بتعبير عن الإرادة أثراً قانونياً له مصلحة فيه أو يزيل وضعاً قانونياً ضاراً به " (٤) .

حصر الفقيه الإيطالي كيوفندا أثر حق الإمكان بالإستحداث أو الإزالة للمراكز القانونية للغير ، في حين أن حق الإمكان القانوني لا يقتصر على ذلك ، فكثيراً ما يكون إستعمال حقوق الإمكان القانونية لتعديل مراكز قانونية موجودة فعلاً دون أن يصل الأمر إلى حد إلغائها (٥).

(١) نقلاً عن : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة، مصدر سابق، ص ١٧٨ .

(٢) أنظر في هذا الخصوص ثارم محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٠١ .

(٣) ينبغي الإشارة الى أن المشرع العراقي في القانون المدني قد أستعمل لفظ الحق عندما وصف تطبيق من تطبيقات حق الإمكان القانوني ، وذلك في المادة (١١٢٨) عندما عرف الشفعة بأنها " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " .

(٤) نقلاً عن : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

(٥) تنص المادة (٣٢٨) من القانون المدني العراقي على " ١ _ في جميع الاحوال التي يبرئ فيها الدائن احد المدينين المتضامنين سواء أكان الابراء من الدين ام من التضامن يكون لباقي المدينين ان يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه من حصة المعسر وفقاً للمادة ٣٣٤ . ٢ _ على انه اذا ثبت ان الدائن اراد ان يخلي المدين الذي ابراه من اية مسؤولية عن الدين فان الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة العسر " .

كما يعرفه الفقيه الفرنسي (روبييه) بأنه " الخيار الممنوح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له بأن يعدل مركزه القانوني وفقاً لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة فهي نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح للشخص بأن يغير مركزه القانوني " (١) .

أوضح الفقيه الفرنسي (روبيه) في معرض تعريفه لحق الإمكان القانوني إن الأخير هو عبارة عن خيار يتم منحه لشخص معين يمكنه من التأثير على المراكز القانونية ، ويكون إستعمال هذا الخيار مرتبطاً بما يكون لصاحب حق الإمكان القانوني من مصلحة ، فيستعمل حقه في الخيار طالما كان ذلك في مصلحته الشخصية ، وإذا كان حق الإمكان القانوني بهذا الوصف وفقاً لتعريف الفقيه (روبيه) فإنه لم يبين تأثير إستعمال حق الإمكان على سلوك الغير (الذي يتم إستعمال حق الإمكان في مواجهته) فالإطلاق الذي جاء به الفقيه (روبيه) يوحي للغير بأن حق الإمكان يمنح صاحبه سلطة مطلقة تصل إلى حد إلزام هذا الغير بما يكون ممنوحاً لصاحب الحق بالإمكان وهذا الأمر لا ينطبق مع ما يمنحه حق الإمكان من تأثير ، فهو وإن كان يؤثر على مراكز الغير القانونية إلا أنه لا يصل إلى ما يصل إليه الحق العادي من إلزام قانوني .

أما الفقه القانوني العربي فقد عرف حق الإمكان القانوني بأنه " قدرة الشخص على أن يستحدث بفعله نتيجة قانونية دون أن يقابل هذه القدرة التزام على الغير " (٢) .

هذا التعريف لحق الإمكان القانوني وإن أشار إلى عدم الالتزام القانوني الذي لا يترتبه حق الإمكان القانوني فإنه لم يشر إلى عنصر مهم من عناصر حق الإمكان القانوني والمتمثل في خضوع الشخص الذي يتم أستعمال حق الإمكان القانوني في مواجهته ، فالأخير وإن لم يصل إلى درجة أن يكون ملزماً بالاثار القانونية التي يترتبه استعمال حق الإمكان القانوني إلا أنه يبقى خاضعاً وممثلاً لما يترتبه حق الإمكان القانوني من أثار،

(١) د. رمضان أبو السعود وجلال علي العدوي ، المراكز القانونية دون ناشر ، دون مكان نشر ، ١٩٨٨ ، ص ٤٩ .

(٢) نقلاً عن د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

سواء كانت تلك الآثار القانونية هي تعديل أو الغاء لمراكز قانونية موجودة فعلاً أو يكون أثر حق الإمكان القانوني هو إنشاء لمراكز قانونية لم تكن موجودة أصلاً .

وقد عُرف حق الإمكان القانوني من قبل الدكتور عبدالحى حجازي بأنه " حق إمكان التأثير في مراكز قانونية موجودة من قبل ، بتغيير في هذه المراكز أو محوها أو إنشاء مراكز أخرى جديدة " (١) .

من خلال إستعراض التعريف الذي أتى به الدكتور عبدالحى حجازي لحق الإمكان القانوني متأثراً بتعاريف كلاً من الفقيه (أوجست تون) والفقيه (فون تور) ، نلاحظ إعتبار الدكتور حجازي لحق الإمكان القانوني بأنه درجة من درجات الحق (٢) ، مميزاً بذلك حق الإمكان القانوني عن مجرد الرخصة ومشيراً إلى إن هذا الحق يؤثر بالمراكز القانونية للغير تعديلاً وإنشاءً وإلغاءً ، لكنه لم يبين أساس هذا الحق المتمثل بالقانون ، كما لم يبين تأثير إستعمال هذا الحق تجاه صاحب المراكز القانونية المتأثرة بحق الإمكان القانوني ، فهل يصل التأثير إلى حد إلزام أم إنه يقتصر على مجرد الخضوع والإمتثال ؟ .

أما الدكتور السنهوري فانه لم يذكر تعريف حق الإمكان القانوني مكتفياً بتعاريف الفقهاء بعد مقارنتها بما يسمى بالمنزلة الوسطى (٣) وهي التسمية التي تقابل حق الإمكان

(١) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

(٢) أتجه الدكتور عبدالحى حجازي إلى تأييد الرأي الفقهي القائل بضرورة إعتبار الحقوق التقديرية هي حقوق إمكان قانونية ، بإعتبار إن هذه الحقوق تقوم على أساس تقدير صاحبها المطلق دون تعقيب للقاضي في مناقشة القرار الذي أتخذه صاحب الحق بالإمكان القانوني ، إذ لو جاز للقاضي ، بعد أن أتخذ صاحب الشأن قراره على نحو معين ، أن يناقش هذا القرار لكان مؤدى ذلك ان صاحب القرار الحقيقي سيكون في نهاية الأمر هو القاضي لا صاحب الحق التقديري ، من هنا ذهب بعض الشراح بحق الى ان الحقوق التقديرية ، ليست حقوق بالمعنى الصحيح بل حقوق إمكان قانونية وإنها بهذا الوصف تقوم على تقدير مطلق لصاحبها لا يبيح للقاضي مناقشة القرار الذي أحتفظ به المشرع لصاحب حق الإمكان القانوني ، للمزيد حول ذلك أنظر د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ .

(٣) عبر الشيخ الطوسي عن المنزلة الوسطى بتعبير " مَلَكٌ ان يَمْلِك " فعبر عن ذلك بقوله " فإن كان العافي هو الشفيع صح عفوهُ ، وتوفر الحق على المشتري لأنه ما ملك وإنما ملك ان يملك ، فكان له الخيار بين العفو والأخذ ، وأن كان العافي المشتري لم يصح عفوهُ عن حقه ، لأنه ملك النصف بالشراء ملكاً صحيحاً فلا يزول ملكه بالعفو " للمزيد أنظر الشيخ الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج ٢ ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي ، ص ٥٧٠ . أما القرافي وهو من فقهاء المالكية فقد ذهب إلى التفرقة بين المنزلة الوسطى وبين مجرد رخصة التملك ، فيقول عن صاحب الرخصة ((من

القانوني بالفقه الإسلامي ، (١) ، فقد عرف بالفقه الإسلامي بأنه " حق الشخص في أن يمتلك شيئاً ولو في الجملة بإرادته وحده ، بعد وجوب سبب من أسباب التملك ، وقبل ثبوت الملك " (٢)

أما الدكتور وليم سليمان قلادة فقد عرف حق الإمكان القانوني بأنه " الحق الشخصي الذي يتجه إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق آخر بتصرف إرادي منفرد " (٣) .

من خلال هذا التعريف لحق الإمكان القانوني ، بين لنا الدكتور وليم سليمان بأن حق الإمكان هو حق يتم منحه لإشخاص محددين في مواجهة أشخاص محددين أيضاً ، فيمنح حق الإمكان بهذا الوصف صاحبه ميزة تمكنه من التأثير بالمراكز القانونية للغير ، كما أن حق الإمكان القانوني وبما يكون له من تأثير على المراكز القانونية فإن محل هذا الحق سيكون معنوياً دائماً ، ذلك إن أثر هذا الحق يرد على حقوق الغير ، فضلاً عن ذلك فإن إستعمال حق الإمكان القانوني إنما يتوقف على إرادة صاحبه ، فهو ميزة ممنوحة بموجب القانون لصاحب حق الإمكان إن شاء إستعملها وإن شاء لم يستعملها .

ملك أن يملك)) وعن صاحب المنزلة الوسطى ((من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك))، وينكر على الأول أن يكون مالكاً إطلاقاً أما الثاني فهو محل نظر ،وبين الدكتور السنهاوري رأي القرافي أعلاه ، إذ يشير الى ان القرافي يميز بين أوضاع ثلاث : أولاً : وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاه ... فهؤلاء لا يملكون وإنما لهم رخصة التملك . ثانياً : وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك كما في حيازة الغنيمة بالنسبة الى المجاهدين وهي هنا دون الملك وفوق الرخصة . ثالثاً : وضع حق جرى له سبب التملك كمن أشتري داراً فهذا هو من له حق الملك . ينظر شهاب الدين بن أحمد بن ادريس القرافي ج ٣ ، انوار الفروق في انواع الفروق ،مجلد ٣،دار الكتب العلمية ،١٩٩٨، ص ٢٠.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

(٢) أبو العباس شهاب القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، ص ٢٢ وما بعدها .

(٣) نقلاً عن د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانوني المدني المصري ، ط ١ ، القاهرة ، المطبعة التجارية المدنية ، ١٩٥٥ ، ص ١٠٩ .

كما تم تعريف حق الإمكان القانوني بأنه " الميزة التي ينطوي عليها الحق وليست هي الحق في ذاته " (١) .

هذا التعريف لا يمكن القبول به كتعريف لحق الإمكان القانوني ، فتعريف حق الإمكان القانوني بأنه الميزة التي ينطوي عليها الحق لا الحق ذاته ، تعريف عام وواسع فالحقوق تنطوي على كثير من الميزات والتي تمنح لإصحابها بحسب طبيعة هذه الحقوق والغرض منها ، فحق الملكية يمنح صاحبه ميزة التصرف بملكه بما شاء من التصرفات الجائزة ، وهكذا بالنسبة إلى بقية الحقوق .

ومن كل ما سبق ذكره من تعاريف لحق الإمكان القانوني وإن اختلفت التعبيرات أو المصطلحات إلا أننا نرى أن حق الإمكان القانوني يتمحور حول مجموعة من العناصر التي يتكون منها والتي تتمثل بـ عنصر القدرة والامتثال والمصلحة الخاصة بحق الإمكان القانوني ، فالقدرة تتمثل بما يكون لصاحب حق الإمكان من إرادة تمكنه من إستعمال حقه في الإمكان القانوني ، أما الامتثال فيتمثل بما يكون واجباً على الغير الذي يتم إستعمال حق الإمكان القانوني في مواجهته حيث يكون هذا الأخير في وضع لا يسعه فيه سوى أن يخضع للأثار القانونية التي تترتب نتيجة إستعمال حق الإمكان القانوني ، أما المصلحة فتتمثل بالعلة التي على أساسها أعطى المشرع الحق لصاحبه والتي تتمثل بالحماية التي يرى المشرع إن صاحب حق الإمكان جديراً بها لإعتبارات متعددة ومن ثم فإن أي تعريف لحق الإمكان القانوني ينبغي ان يشتمل على هذه العناصر جميعاً .

عليه ولكل ما تقدم يمكن لنا تعريف حق الإمكان القانوني بأنه (قدرة أو ميزة يمنحها القانون لشخص تمكنه من القيام أو عدم القيام بعمل يقابلها خضوع وإمتثال من قبل الغير وفي حدود القانون ودون أن يصل هذا الخضوع إلى درجة الالتزام) .

(١) د. عبد الله مبروك النجار ، تعريف الحق ومعياري تصنيف الحقوق ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٥٢ .

الفرع الثاني

الأساس القانوني لحق الإمكان

تقوم فكرة حق الإمكان القانوني على ما يسمى بمبدأ القدرية القانونية (١)، وهو مبدأ الحرية والإختيار الممنوح للشخص ، فيكون له بموجب هذه الحرية أن يتصرف بها أو لا يتصرف ، أن يعمل بها أو لا يعمل كل ذلك في حدود ما رسمه القانون ، فحق الإمكان القانوني يتيح لصاحبه ميزة تمكنه من التأثير على المراكز القانونية للغير الذي يتلقى هذا التأثير بخضوع وإمتثال ، وإذا كان حق الإمكان بهذا الوصف فإنه يعتبر حقاً إستثنائياً كونه سيؤثر بالمراكز القانونية للغير رغماً عن إرادتهم ، من هنا توصف الميزة التي يمنحها حق الإمكان القانوني بأنها ميزة مؤقتة وإستثنائية (٢) .

لكن وبغض النظر عن طبيعة الميزة التي يمنحها حق الإمكان القانوني ، فإن الأخير سيؤثر إستعماله من قبل صاحبه على المراكز القانونية للغير ، سواء كان ذلك تعديلاً أو إلغاءً أو إنشاءً ، وإذا كان الأمر كذلك فالتساؤل الذي يطرح هنا سيكون حول الأساس الذي يستند عليه صاحب حق الإمكان بإستعماله لحقه بالإمكان ومن ثم التأثير على مراكز قانونية للغير ؟ فهل يمكن اعتبار القانون هو مصدر هذه الميزة الممنوحة لصاحب الحق بالإمكان أم إن أساس إستعمال حق الإمكان راجع إلى الإرادة المنفردة لصاحبه بناء على ما يكون له من وضع خاص ؟ .

للإجابة على ذلك نقول : إن قيام مشروع ما بمنح ميزة التأثير على المراكز القانونية للغير لا يكون بدون مبرر ، بل إن المشروع دائماً ما يراعي تحقيق غاية أو هدف يرى بأنه جدير بهذه الحماية ، فالمشروع عند سنه للقوانين المنظمة لعلاقات أفراد المجتمع نجده يحاول الموازنة قدر الإمكان بين المصالح المتعارضة وصولاً لتحقيق نوع من الاستقرار المنشود ، وهذا الأمر هو الذي دفع المشروع إلى منح أفراد محددين ميزات معينة يمارسونها بإرادتهم

(١) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

(٢) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٥٠ . أنظر أيضاً ، نارام محمد صالح سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

المنفردة وتبعاً لمصلحتهم تمكنهم من التأثير على مراكز الغير القانونية ، من ثم فإن أساس ممارسة صاحب حق الإمكان القانوني إنما يكمن بما منحه إياه المشرع ووفقاً للحدود التي رسمها له ، فالدائن المرتهن رهناً حيازياً وهو صاحب حق إمكان قانوني لا يكون له حق حبس الشيء المرهون إلا وفقاً للشروط والأحوال التي حددها المشرع " ١ _ يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن، وإذا عاد الى حيازة الرهن لأي سبب كان، جاز للمرتهن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً دون اخلال بما قد يكون للغير من حقوق ٢ _ ومع ذلك يجوز لراهن العقار رهناً حيازياً أن يستأجره من المرتهن ويجب أن يذكر في عقد الايجار في سند الرهن إذا اتفق عليه وقت الرهن وإن اتفق عليه بعد ذلك وجب أن يؤشر به على هامش تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري " (١) .

والى قريب من ذلك إتجه المشرع الفرنسي ، إذ تنص المادة (٢٣٨٩) من القانون المدني الفرنسي على " يقوم الدائن بتحصيل ثمار العقار الذي تم التعهد به كضمانات ويخصمها من الفوائد إن وجدت ، وإلا فمن أصل الدين ، ويجب على الدائن ان يحافظ على العقار وصيانته ويجوز له استخدام الثمار التي تم جمعها قبل خصمها من الدين ، ويمكنه التخلص من هذا بإعادة المال المرهون الى مالكه " (٢).

من هنا ولكل ما تقدم فإن أساس حق الإمكان هو القانون الذي يحدد نطاق ممارسته والكيفية التي يتم بها والأثر المترتب على إستعماله ، أما بخصوص كون إن العقد قد يكون أساساً لحق الإمكان القانوني ، فهذا قول لا يمكن الإعتداد به ، ذلك إن حق الإمكان القانوني لا يكون إلا قانونياً أما ما ينتج عن العقد فهي لا تعدوا إلا أن تكون أثراً لهذا العقد

(١) نص المادة (١٣٣٧) من القانون المدني العراقي .

(٢) [Article ٢٣٨٩](#) créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette.

Il est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire.

من ثم فهي حقوق بالمعنى الدقيق للكلمة ، ولا يضر بعد ذلك أن يكون لصاحبها الحق باستعمالها أو لا ، فلا يصح إستعمال عبارة حق إمكان بالنسبة لما يكون لإحد أطراف عقداً ما من حقوق ناشئة عن العقد فهذه الحقوق التي تنشأ عن العقد هي حقوقاً عادية لا حقوق إمكان قانوني (١) ، فللأطراف بعقد العمل الجماعي مثلاً إنهاءه بإرادتهم المنفردة إذا ما كان غير محدد المدة " ينتهي الاتفاق الجماعي في إحدى الحالات الآتية : أولاً : ج - بإنهاءه من أحد الأطراف بعد مرور (٣) ثلاث سنوات على نفاذه إذا كان غير محدد المدة او كانت مدته اكثر من (٣) ثلاث سنوات بشرط اشعار الطرف الآخر بذلك قبل (٩٠) تسعين يوماً من انتهاء " (٢) فلا يمكن هنا إعتبار حق إنهاء عقد العمل غير محدد المدة أو ذلك الذي يتجاوز الثلاث سنوات من قبل أحد أطرافه بأنه حق إمكان قانوني ، بل هو حق بالمعنى الدقيق ينشأ عن العقد وبناءً عليه .

وإذا كان من غير المتصور إعتبار الحقوق الناشئة عن العقود بأنها حقوق إمكان قانونية فإنه لا يمكن الإعتداد بالقول الذي يذهب إلى إعتبار الأساس المزدوج لحق الإمكان القانوني (القانون والإرادة المنفردة) (٣) فالقول إن حق الإمكان القانوني قد ينشأ نتيجة للمركز القانوني الذي يتواجد فيه صاحبه والذي ينشأ من الإرادة قول غير مقبول ، فالقانون عندما يبيح لإشخاص محددين ميزات معينة لا يراعي بذلك إرادتهم ، بمعنى آخر فإنه لا يراعي أين تتجه إرادتهم ، بل هو يراعي مصلحة مشروعة يسعى لتوفير الحماية لها إعتقاداً منه إنها جديرة بالحماية وذلك في إطار مراعاته للموازنة بين المصالح المتعارضة أما الآثار التي تنتج عن حق الإمكان القانوني فلا تترتب إلا إستناداً الى إرادة صاحب حق المنفردة .

من ثم فإن ما ينتج عن هذه العلاقات التعاقدية من آثار تبيح لإطرافها ميزات معينة لا يمكن عدها من قبيل المكنتات القانونية ، بل هي حقوق تامة تلزم الطرف المقابل بالقيام بعمل أو الإمتناع عنه أو أداء شيء معين وهذا ما لا نجده مع حقوق الإمكان القانونية التي

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ .

(٢) أنظر نص المادة (١٥٦) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ .

(٣) ثارام محمد صالح سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

لا تصل إلى حد إلزام الطرف المقابل ، بل إنها تقف عند حد الخضوع والإمتثال لما قد ينتج عنها من آثار قانونية .

المطلب الثاني

عناصر حق الإمكان القانوني

قلنا إن حق الإمكان القانوني يختلف عن الحق العادي ، من هنا يتوجب علينا لبيان عناصر حق الإمكان القانوني ان ندرس العناصر العامة للحق ، من ثم التطرق الى العناصر الخاصة بحق الإمكان القانوني ، وهذا ما سندرسه في فرعين ، ندرس في الأول العناصر العامة للحق ، بينما سنخصص الفرع الثاني لدراسة العناصر الخاصة بحق الإمكان القانوني .

الفرع الأول

العناصر العامة للحق

يختلف مفهوم الحق ^(١)، باختلاف الأفكار السائدة في المجتمع وبالرغم من استقرار فكرة الحق لدى اغلب الفقهاء إلا أن الخلاف حوله لازال كبيراً ، وهو لم يمنع الفقهاء من إعطاء تعاريف للحق اختلفت باختلاف الأفكار السائدة حينها ، ففي الوقت الذي كان فيه مبدأ سلطان الإرادة هو السائد أسبغ الفقهاء الصفة الشخصية على تعريف الحق ، وفي الوقت الذي تراجع فيه مبدأ سلطان الإرادة أهتم الفقهاء بابرار الجانب الموضوعي للحق ، ليبرز بعد ذلك جانب اخر من الفقهاء حاول الجمع بين ما سبق ، في حين ان الاتجاه

(١) أنكر بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه ديكي فكرة الحق واستعاض بالمراكز القانونية بدلاً عنها ، ذلك ان فكرة الحق وفقاً لهذا الاتجاه يعني ان يكون هنالك إرادة تفوق غيرها من الارادات وهذا الامر يتناقض مع ما يقصده القانون الوضعي والذي يسعى الى المساواة بين الارادات في مقابل القانون بحيث لاتوجد إرادة هي اعلى ، فالحق هنا يكون ذو وظيفة اجتماعية ينشأ بواسطة المعاشية الاجتماعية للمزيد حول ذلك أنظر د. حمدي عبدالرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٤ .

الحديث أبرز تعريف الحق عن طريق تحليل الأخير الى العناصر التي يتكون منها (١) ، فظهرت على أثر ذلك عدة نظريات ، فالنظرية الشخصية والتي نادى بها الفقيه (سافيني) عرفت الحق بأنه " قدرة او سلطة ارادية لشخص ما يستعملها في ظل حماية القانون " (٢) ، هذا الاتجاه وبالرغم من ما يشكله من أهمية بالنسبة الى صاحب الحق إذ إنه يربط استعمال الحق أو التصرف فيه بصاحبه ، إلا أنه يخلط بين الحق وبين استعماله أو بين وجود الحق وبين مباشرته .

لتظهر بعد ذلك النظرية الموضوعية والتي ذهبت الى أن الارادة ليست جوهر الحق ، بل إن جوهر الحق هو المصلحة التي ترمي الارادة الى تحقيقها ، فالارادة لا تتدخل وفق هذه النظرية إلا بناء على المصلحة ومن ثم فالارادة لا تعد من عناصر الحق (٣) ، وقد عُرف الحق من قبل الفقيه (أهرنج) وهو الفقيه الرائد في هذا الاتجاه بأنه " مصلحة يحميها القانون " (٤) ، يمكننا القول بأن تعريف الحق بالغرض منه وهي المصلحة وإن اعتبر من أشهر التعريفات إلا أنه غير دقيق ، ذلك أنه يعرف الحق بالمصلحة وهي هدف من اهداف الحق ومن ثم فهي عنصر خارج عن الحق .

وعليه ، فإن هذه النظرية قد وجهت لها الانتقادات التي وجهت إلى النظرية السابقة وهو ربط الحق بأمور خارجة عن كيان الحق الذاتي ، لیتجه جانب آخر من الفقه الى الجمع بين فكرتي الارادة والمصلحة وذلك بقصد تلافي القصور في النظريات السابقة ، وإن

(١) د. مصطفى مصباح شليبيك ، المدخل للعلوم القانونية ، (نظرية القانون _ نظرية الحق) دار الكتب الوطنية ، ط ١ ، طرابلس ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٠٩ .

(٢) . نبيل إبراهيم سعد ، المدخل الى القانون ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٤٠ .

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل و د . محمد الالفي ، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق ، جامعة الكويت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٢٢ .

(٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، جامعه بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ٢٦٠ .

اتفق أصحاب هذا الاتجاه في الجمع بين فكرتي الإرادة والمصلحة الا انهم لم يتفقوا في مسألة تغليب أحد العناصر على الآخر (١).

وبعد هذا التمهيد البسيط لدراسة الحق نبين عناصر حق الإمكان القانوني بوصفه مرتبة من مراتب الحق تتمثل بـ (الاستثناء ، التسلط ، الرابطة القانونية ، الحماية القانونية) .

١ _ الاستثناء

يقصد به اختصاص شخص طبيعي أو معنوي بقيمة مادية ، كالعقارات أو المنقولات أو بقيمة معنوية كالشرف أو السمعة ، استثنائاً مشروعاً يعترف به القانون ويحميه ، من ثم فإن استثناء شخص بشئ مسروق أو مغصوب لا يعد استثنائاً مشروعاً وبالتالي فإنه لا ينهض كعنصر للحق ، والاستثناء بهذا الوصف من يسبب ويحدد التسلط (٢) وهو يثبت لصاحب الحق وان لم تكن له إرادة كالقاصر ، فالحق ليس المصلحة كما يقول (إهرنج) وإنما هو الاستثناء بمصلحة ، وينبغي الا يكون للشئ موضوع الاستثناء مفهوماً ضيقاً فهو لايرد على الأموال المادية فحسب بل يشمل كذلك الأموال والقيم الخاصة بالشخص طبيعياً كان او معنوياً (٣) .

أما بخصوص ممارسة ذلك الاستثناء ، فهو قد يمارس بصورة مباشرة ودون تدخل من قبل الغير ويكون في صورة علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التي يرد عليها الاستثناء ، كمن يملك سيارة خاصة به فهو يستأثر بها دون سائر الناس ودون توقف على

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٢ ، ص ٣١٣ .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، القسم الثاني ، النظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٣ ، ص ٤٥٥ .

(٣) د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١١ .

الغير ، وقد يمارس الاستثناء بصورة غير مباشرة ، وذلك عندما يكون تدخل شخص آخر امر ضروري لإنقاذ صاحب الحق بالقيمة التي يسعى للإنقاذ بها كما في الحقوق الشخصية ، حيث ينبغي للطرف المقابل في علاقة الإقتضاء أن يتدخل شخصياً وبشكل طوعي للوفاء بما في ذمته من التزام ، فإن لم يفعل جاز للدائن أن يقتضي ذلك عن طريق القضاء " أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه" (١) ، إلا إن هذا لا يعني بالضرورة أن يكون هناك ترابط بين الاستثناء الشيء والإنقاذ به ، فصحيح إن صاحب الشيء غالباً ما ينتفع به ، إلا إن ذلك ليس بالقاعدة المطلقة فكثير ما ينتفع بالشيء شخص آخر غير صاحب الملك ، فالمستأجر ينتفع بالدار العائدة للمالك رغم إنه ليس بصاحب الملك . ويترتب على ذلك نتيجتان :

النتيجة الاولى _ لا إرتباط بين الاستثناء بالشيء وبين الانتفاع به

إذا كان الاستثناء أمر متعلق بالإنقاذ الشيء فأن ذلك لا يعني الترابط بينهما ، فكثير من الأحيان ولا سيما في ظل الإقتصاديات الرأسمالية يلجأ أصحاب الملكية إلى جعل الإنقاذ الشيء المملوك لهم بيد الغير بناءً على عقد أو مصلحة . من هنا دحض الفقيه دابان نظرية المصلحة ، فالإنتماء بهذا الوصف يكون سبباً لتحقيق المصلحة المقصودة ومن ثم فإنه ليس المصلحة بذاتها.

النتيجة الثانية _ لا إرتباط بين الاستثناء والإرادة

بما أن الحق هو إنتماء شيء لشخص معين ، فإن لا ترابط بين إكتساب الحق ووجود الإرادة ، فيستطيع الشخص عديم الإرادة كالمجنون وناقصها كالصغير أن يكتسب الحقوق ، فالصغير وهو شخص ناقص الأهلية يستطيع أن يملك ما شاء من الأعيان دون

(١) نص المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي .

أن يكون لنقص أهليته أثر بذلك ، بل إن المشرع دائماً ما يتدخل بالأموال التي يملكها الصغير سعياً منه لتوفير الحماية له (١) .

وبهذا أصبح فاقد الاهلية برغم من فقدان إرادته وإدراكه أهلاً لإكتساب الحقوق ولا يتوقف ذلك على أي شيء آخر .

والإستئثار بالوصف المتقدم قد يرد على أشياء مادية كما هو الحال بالنسبة إلى الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة ، وقد يرد على أشياء معنوية كما هو الحال بالنسبة إلى المصنفات الذهنية ، بل إن الإستئثار قد يرد على عمل يلتزم الغير بالقيامه به لمصلحة شخص آخر (٢) .

٢ _ التسلط

وهو يمنح صاحب الحق القدرة على استعمال واستغلال والتصرف في الشيء محل الحق تصرفاً مادياً او قانونياً ، وهو بهذا الوصف النتيجة الطبيعية للاستئثار ويراد به " سلطة صاحب الحق على ماله وهو بهذا الوصف يعني قدرة صاحب الحق في المطالبة أو عدم المطالبة به أو التنازل عنه أو إبراء المدين أو تحويله للغير" (٣) وهو يثبت لكل صاحب حق حتى لو وجد مانعاً قانونياً او مادياً يحول دون ظهوره ، فالتسلط يبقى من حق المحجور عليه ومن حق القاصر الا ان مباشرة ذلك يكون بواسطة من يمثل هؤلاء ، هذا يعني ان الإرادة ليست لازمة للتسلط فمن لا يملك الإرادة لا يكون محروماً من التسلط إذ إن الأخير يمكن ان تتم ممارسته بواسطة من ينوب عنه .

(١) ينظر د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ ، ينظر ايضاً استاذنا د. منصور حاتم محسن ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ .

(٢) د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، القاهرة ، ص ٣١

(٣) د. عبد القادر محمد شهاب ، أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي ، ط ١ ، دار الكتب الوطنية، بنغازي ، ١٩٩٤ ، ص ٢٣٣ .

هذا ويختلف عنصر التسلط عن عنصر الاستثناء أو الإنتماء أو الإختصاص كما يطلق عليه البعض في أن التسلط غير ملازم للاستثناء فقد يملك شخصاً ما حرية التصرف بالشيء دون ان يكون مالكا له فمن يقوم بإدارة أموال الصغير هو لا يستأثر بالأموال بل انها تبقى من اختصاص الصغير ولكن بسبب صغر سن الصغير ومايرتبه ذلك من ضرورات عملية تقتضي أن تتم إدارة تلك الأموال من شخص يكون كامل الإرادة نجد ان من يختص بإدارة تلك الأموال هو الوصي أو القيم أو الولي بحسب الأحوال ^(١) ويختلف التسلط سعةً وضيقاً بحسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحقوق ، فالأشياء المادية تتسع لتسلط كامل وتضيق بالحقوق اللصيقة بالشخص فالتسلط لايعني حق التصرف فيها بالتنازل عنها أو نقلها الى الغير ^(٢) .

٣ _ الرابطة القانونية

الحق لا يوجد إلا بالنظر الى الأشخاص الآخرين وهذا مايسمى بـ (شرط الغيرية) ومن ثم فإنه يجب أن يضاف الى ما سبق من عنصري (الاستثناء والتسلط) علاقة أخرى وهي علاقة صاحب الحق بالغير فنطاق العنصرين السابقين يكون قاصراً على صاحب الحق ومن ثم فإنه يجب أن يضاف اليه الاحتجاج بالحق على الغير ، ويقصد بالغير هنا كافة أشخاص المجتمع دون تحديد أو تعيين، فالحق يفترض وجود الشخص في جماعة يحترم أشخاصها استثناء صاحب الحق بالشيء وتسلطه عليه ^(٣) .

وإذا كانت الرابطة القانونية كعنصر من عناصر الحق تعني الاحتجاج بالحق الذي يتسلط عليه الشخص تجاه الغير فأن هذا الاحتجاج على الغير يترتب عليه نتيجتين أثبتن

(١) تنص المادة (٤١) من قانون رعايا القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ " على الولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصر وله القيام بأعمال الإدارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل الماجور بذله وفقا لأحكام القانون المدني " . يقابلها نص المادة (٤) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ " يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله أدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الاحكام المقررة في هذا القانون " .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٤٥٨ .

(٣) د. مصطفى مصباح شليبيك ، مصدر سابق ، ص ٢١٦ .

النتيجة الأولى وهي عدم الاعتداء ، فعدم الاعتداء يعني فرض الحق على الغير ووجوب إحترامه وعدم الاعتداء عليه وبأي وسيلة كانت ، أما النتيجة الثانية فتتمثل بالإقتضاء والذي يعني إمكانية صاحب الحق من اللجوء الى القضاء في حالة وقوع إعتداء على حقه ، ويكون ذلك عن طريق الوسيلة القضائية التي تكفل لصاحب الحق المحافظة على حقه من إعتداء الآخرين عليه ، فالحماية القانونية أمر لازم للحق يفقد بفقدانها الحق قيمته القانونية ليتحول إلى حق ذو قيمة إخلالية ، يتوقف أمر تحققه على ضمير الغير (١) .

٤ _ الحماية القانونية

إذا ما وجدت عناصر الحق الثلاث (الاستثناء و التسلط والاحتجاج على الغير) فإن هذا يكفي لوجود الحق ، إلا أن ذلك لا يجعل الحق فعالاً بل يكون الحق ناقصاً او غير فعالاً إلا اذا وجدت الحماية القانونية ، وتتمثل الأخيرة فيما توفره القوانين من نصوص توقع على كل من يعتدي على الحق وما توفره أيضاً من نصوص لصاحب الحق في اللجوء الى القضاء لدفع كل ما قد يتعرض إليه من اعتداء على حقوقه المادية او المعنوية ، وتعد الدعوى من أهم الوسائل في توفير تلك الحماية لصاحب الحق ، غير إنه وإن كانت الحماية لازمة للحق إلا أنها لا تختلط به ، أي أن الحق لا يختلط بالدعوى ، فالحماية وإن كانت تتبع الحق إلا أنها تخول حقاً جديداً متميزاً عن الحق المحمي وهو الحق في الدعوى (٢) .

وقد ميز الفقيه البلجيكي (دابان) حالة وجود الحماية القانونية وذلك من خلال التمييز بين الحالة الأخلاقية والحالة القانونية ، وتختلف المطالبة القانونية في كلا الحالتين بالسند الذي تقوم عليه ، ففي الحالة الأخلاقية فإن عناصر الحق تعتبر موجودة ويمكن هنا لصاحب الحق ان يطالب بمضمون حقه الا انه لا يجد من السند غير الضمير الإنساني ، في حين ان المطالبة بالحق في الحالة القانونية تجد أساساً لها من الناحية القانونية ، وتعتبر الحماية إقرار من المجتمع بالاستثناء ، ويكون الاستثناء جديراً بالحماية اذا راعى

(١) د. نبيل إبراهيم سعد و د. همام محمد محمود ، المدخل للقانون ، نظرية الحق ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٣ وما بعدها .

(٢) د . نبيل إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

مصلحة الجماعة على انه لا تتقرر الحماية لاي حق ، فهي تتقرر للحق المشروع ، فالسارق يستأثر بالشيء المسروق ، ومع ذلك لا يعد استثنائه حقاً لان القانون لا يحميه (١) ، " فالقانون أذ يضيف حمايته على الاستثناء إنما يفعل ذلك لأن هذا الاستثناء يكون جديراً بالحماية ، ومعيار هذه الحماية هو مصلحة الجماعة فاذا أصبح هذا الاستثناء غير متفق مع هذه المصلحة سحب القانون حمايته " (٢) .

من هنا يتجه الدكتور عبد الحي حجازي إلى القول " بأن الحق لا يوجد بدون وجود الحماية القانونية ، فمن ناحية القانون الوضعي يجب أذن أن يقال أن الحق لا يكون كاملاً إلا إذا قامت الجماعة على حمايته ، فإذا لم تتول الجماعة حمايته فلا يوجد حق من الناحية القانونية ولو أعتبر موجوداً من الناحية الأخلاقية ، لا سيما أن نظام الدولة الحديث لا يبيح للفرد ان يستعمل العنف في إقتضاء حقه ، ومن ثم لا يجدي الالتجاء إلى القهر الخاص " (٣)

وبعد بيان ماهية العناصر التي يتكون منها الحق يجب ان نشير الى ان العنصرين الأوليين (الاستثناء و التسلط) هما عنصران داخليان للحق بعكس (الرابطة القانونية والحماية القانونية) واللذان يكونان عنصرين خارجيين عن الحق ، من هنا يجب القول بأن وجود الحق لا يتوقف على وجود عنصري الرابطة القانونية والحماية القانونية فالحق موجود أصلاً قبل وجودهما ، فلا يتوقف وجود الحق بالملكية مثلاً على الحق بالمطالبة القانونية في حالة الاعتداء عليها الا ان هذا الاعتداء على الملكية هو احتمال وارد وهذا يكفي لكي يعتبر هذا العنصر ضروري لوجود الحق ومكماً لعناصره الأخرى .

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص ٣١٥ .

(٢) نقلاً عن د. محمد سليمان الأحمد ، فلسفة الحق ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص ٣٤ .

(٣) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

الفرع الثاني

العناصر الخاصة بحق الإمكان القانوني

قلنا ان حق الإمكان القانوني هو حق يخول صاحبه وبارادته المنفردة إحداث اثار في المراكز القانونية سواء كان ذلك بالتعديل او الانقضاء او الانشاء وما على الطرف المقابل الا الخضوع لإرادة صاحب الحق .

ومن خلال هذا يتضح لنا ان هذا الحق يقوم على عنصرين ، القدرة وهي تعني قدرة الشخص على استعمال الميزة الممنوحة له بموجب القانون ، والامتثال من قبل الغير ، ولاهمية هذا الموضوع سندرس هذه العناصر تباعاً .

أولاً : القدرة

اذا كان حق الإمكان القانوني يقرر ميزة لشخص معين في احداث آثار قانونية معينة بإرادته المنفردة ، فهل ان هذا الوضع وحده يكفي لظهور حق الإمكان القانوني الى العلن ؟ للإجابة على ذلك نقول : ان هذا الامر غير كافٍ ، ومن ثم فإننا يمكن ان نقول في هذا الصدد ان استعمال حق الإمكان القانوني مرتبط بقدرة صاحب الحق ومن ثم فانه لا قدرة لمن لا إرادة له ، فإذا كان صاحب الحق ناقص الاهلية فيكون استخدام الحق من قبل نائبه ومن ثم يتم البحث عن قدرة الولي أو الوصي أو القيم (١) .

وهذه القدرة لصاحب الحق يكون مصدرها القانون ، بمعنى أن القانون هو الذي أعطى السماح لصاحب حق الإمكان القانوني بممارسة هذه القدرة ، كما هو الحال في حقوق الارتفاق وهي حقوق تحد من منفعة عقار مملوك لمالك آخر ، والى ذلك أشار المشرع الفرنسي في المادة (٦٨٦) من القانون المدني الفرنسي على " يجوز للمالكين أن ينشؤوا على عقاراتهم ، أو لصالح ممتلكاتهم ، حقوق الارتفاق التي يرونها مناسبة لكن فقط

(١) نازم محمد صالح سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

على عقار ولصالح عقار آخر ، بشرط ألا تتعارض هذه الخدمات بأي حال من الأحوال مع النظام العام " (١) .

فبموجب هذا الحق يكون لصاحب العقار المخدم (المرتفق) القدرة على ممارسة هذا الحق على العقار الخادم (المرتفق به) دون أن يكون لصاحب العقار الخادم المعارضة ، وما عليه سوى الإمتثال والسماح لصاحب العقار المخدم بإجراء الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق (٢).

ومن هنا نلاحظ القدرة في الاجازة او النقص الممنوحة من قبل القانون لصاحب الحق ، فاذا ما اختار احد هذين الخيارين فلا يكون امام الغير الا ان يمثل للخيار الذي سلكه صاحب الحق ، فالشفيع وهو صاحب حق إمكان قانوني فإنه يمتلك المشفوع إذا ما اختار تملكه وفقاً للشروط والإجراءات التي حددها القانون ، ولا يكون بعد ذلك للغير وهم كل من البائع للعقار المشفوع والمشتري له إلا أن يخضعوا لما يترتب على ذلك من آثار قانونية " يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري او عند التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في حالة التراضي على الشفعة" (٣) .

وهنا نلاحظ مدى أهمية القدرة القانونية التي جعلت المشرع يأخذ بعين الاعتبار قدرة الشخص في احداث الأثر القانوني من عدمه وذلك مرتبط بالطبع بمدى توفر عنصر الإرادة القانونية فنلاحظ انه جعل سريان المدة يبدأ عند زوال السبب الذي انتقص من الإرادة .

(١) [Article ٦٨٦](#) Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

(٢) تنص المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي على " الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر " .

(٣) نص المادة (١١٤١) من القانون المدني العراقي .

ثانياً : الامتثال

ان من أهم ما يميز حق الإمكان القانوني هو عنصر الامتثال ، فحق الإمكان القانوني لا يتضمن تسليط شخص على شيء كما في الحقوق العينية ، ولا علاقة اقتضاء بين شخص واخر كما في حقوق الدائنية ، فليس ثمة أداء يطلب صاحب حق الإمكان القانوني من شخص آخر أن يقوم به ، بل انه مجرد سلطة ، او قدرة لا يقابلها واجب على شخص اخر يقتضيه ان يعمل شيء او ان لا يعمل ، فهو حق بلا واجب يقابل السلطة التي يتضمنها ذلك الحق ، فلا يجد صاحبه من يكون ملتزماً في مواجهته كما في حق الدائنية مثلاً ، بل يجد خصماً لا يسعه الا ان يتحمل الاثار التي يستحدثها بإرادته المنفردة (١) .

وهذا بالتحديد ما يميز حق الإمكان القانوني عن الحق العادي وعن الحرية ، فالحق العادي ينطوي على سلطة قانونية لصاحبه يقابلها واجب او التزام على شخص آخر ، بخلاف حق الإمكان القانوني اذ يتسم بسمه خاصة هي انه حق في التدخل في علاقات قانونية للغير لا يقابله أي التزام على هذا الغير ، سواء كان التزام بعمل أو امتناع عن عمل ، وعلى ذلك فحيث توجد سلطة لا يقابلها واجب على الغير لا يكون ثمة حق عادي بل انه حق إمكان قانوني ، هذا من جهه ومن جهة أخرى وبوجود عنصر الامتثال يختلف حق الإمكان القانوني عن مجرد الرخصة او الحرية ، فالأخيرة لا تتضمن وجوب الامتثال من قبل الغير بل هي تقتصر على مجرد اباحة تصرف ما للشخص دون ان يقابلها أي التزام كما في الحق او دون ان يقابلها أي أمتثال كما في حق الإمكان ، كما هو الحال في حرية التعاقد ، فالأخيرة هي حرية لكل شخص في ان يبرم ما يشاء من العقود دون ان يقابل تلك الحرية أي التزام يقع على عاتق الآخرين ، من هنا قال البعض بأن حق الإمكان القانوني هو منزلة وسطى بين الحرية والحق العادي ، فهو في مرتبة أعلى من الحرية التي لا تتضمن أي التزام من جهة ، ومن جهة أخرى فهو لا يصل الى درجة الحق العادي الذي

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

يقابله التزام يقع على عاتق الطرف الآخر كونه ينشأ عن رابطة قانونية بين دائن ومدين . (١)

وعلى أساس ماتقدم فالذي يشتري حصة شائعة من عقار شائع يبقى في حالة أمثال وخضوع للشفيع في حالة ما اذا أستخدم هذا الأخير حقه في تملك المبيع ولو جبراً على المشتري فليس امام الأخير اذا قام الشفيع بكامل الإجراءات التي تطلبها القانون " على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري او دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع او المشتري والا سقط حقه، ويجب ان يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبياناً الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع ومحل اقامته والا كان الانذار باطلاً" (٢) .

المطلب الثالث

طبيعة حق الإمكان القانوني

يرتب حق الإمكان القانوني آثار قانونية على المراكز القانونية للغير بالارادة المنفردة لصاحبه ودون أن يكون للغير الذي يتم مباشرة حق الإمكان القانوني في مواجهته سوى الخضوع والامتثال لما ينتج من آثار قانونية نتيجة إستعمال حقوق الإمكان ، وهذه الآثار القانونية التي يربتها حق الإمكان القانوني تختلف باختلاف طبيعة الحق ومن ثم فان الأثر

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، خيار الشفعة ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

(٢) نص المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي . أنظر أيضا المادة (١١٣٩) منه أيضا والتي تنص " ١ _ يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته والا سقط حقه . ٢ _ وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة " كذلك نص المادة (١١٤٠) منه والتي تنص على " على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فان لم يتم الايداع سقطت شفيعته " . في حين ذهب المشرع المصري الى ضرورة إيداع كل المبلغ الذي تم به البيع بين البائع والمشتري مع مراعاة أن يتم هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة ، إذ تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري على " ٢ _ وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تأريخ هذا الاعلان يجب ان يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الايداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الاخذ بالشفعة " .

الذي يترتب على حق الإمكان القانوني قد يكون معدلاً أو منشئاً أو منهيّاً لمراكز قانونية موجودة أصلاً .

لذا فقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لحق الإمكان القانوني ، فهناك من يرى بأنه حق من الحقوق الشخصية وآخر يقول بأنه حق عيني ورأي يذهب إلى إنه شبه عيني ورأي فقهي يرى بأنه يعد من مظاهر الأهلية القانونية ولكن من أبرز الآراء التي تتناسب مع مضمون وحقيقة حق الإمكان القانوني هو الطبيعة الإرادية ، فهذه الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني يترتب عليها مجموعة من النتائج التي تتناسب مع هذا الحق .

لذا ولكل ماتقدم ، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، ندرس في الفرع الأول الرأي الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية لحق الإمكان القانوني ، بينما سنخصص الفرع الثاني لدراسة الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني.

الفرع الأول

الرأي الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية لحق الإمكان القانوني

يُصنف حق الإمكان القانوني كأحد درجات الحق العادي ، فهو وأن لم يتوفر على جميع عناصر الحق العادي ، إلا إن ذلك لا يمنع من إعتباره حقاً ، فهو حق غير مكتمل العناصر ، هذا الأمر يجعل حق الإمكان القانوني يقف عند حدود ما يفرضه من واجب الخضوع والامتثال دون أن يصل الى مدى الحق العادي المتمثل بالالزام الذي يقع على عاتق الطرف المقابل ، فحق الإمكان القانوني لا يلزم الغير بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

من هنا يتضح ان حق الإمكان القانوني يمنح صاحبه سلطات أو ميزات قانونية أوسع مما تمنحه الرخصة ، وأقل مما يمنحه الحق العادي . فيتوجب علينا وفقاً لذلك، بيان طبيعة هذا الحق ، وهل يمكن إعتباره حقاً شخصياً أو حقاً عادياً ؟
إختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق إلى عدة آراء .

أولاً _ حق الإمكان القانوني حق شخصي

إتجه أصحاب هذا الرأي إلى إعتبار حق الإمكان القانوني حقاً شخصياً ، معللين ذلك بأن حق الإمكان القانوني هو حق ينشأ بالإرادة المنفردة لصاحبه والذي يكون له أن يؤثر على المراكز القانونية للغير سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء ، ولا يكون أمام هذا الغير سوى أن يخضع لتلك الإرادة (١) ، وبهذا يتطابق مع طبيعة الحق الشخصي ، ذلك إن الحق الشخصي وكما هو معلوم رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاها يطالب الدائن مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عنه ، من ثم فإن الحق الشخصي يتوفر على خصيصة وجود الغير الذي يكون ملزماً تجاه صاحب الحق الشخصي نظراً لعلاقة المديونية التي بينهما (٢) .

الا اننا نرى بأن هذه الخصيصة لا يتوفر عليها حق الإمكان القانوني ، حيث لايجد صاحب حق الإمكان تجاه حقه سوى خصماً لا يسعه سوى الإمتثال لإرادته ، فلا يوجد من يلتزم تجاهه بأي إلتزام ، فصحيح أن حق الإمكان القانوني يتطابق مع الحق الشخصي في أن كلاً منهما حقاً محمياً بموجب المبادئ القانونية والقواعد العامة إلا إنهما ينفصلان في المحل الذي ترد عليه هذه الحماية ، فإذا كانت الحماية في الحق الشخصي تختلف باختلاف طبيعة هذا الحق فهي في حق الإمكان القانوني منصبة على قدرة صاحبها في إستعمال الخيار الذي منحه آياه القانون ، فالشفيع وهو صاحب حق إمكان قانوني يكون

(١) د . وليم سليمان قلادة ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

(٢) د. محمد أحمد المعداوي ، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، دون سنة نشر ، ص ٢٨ .

محمياً قانوناً من أي تعرض من الغير من شأنه أن يعرقل من إستعماله لحقه في الإختيار بين تملك العقار المبيع جبراً على المشتري أو عدم رغبته بالتملك (١) .

كما أن حق الإمكان القانوني وأن كان يشترك مع الحق الشخصي في ان كلاً منهما يمنح لصاحبه ميزة قانونية خاصة ، إلا إن هذه الميزة تختلف ، فهي في الحق الشخصي ميزة أصلية ، أما في حقوق الإمكان القانونية فهي ميزة طارئة وعلى هذا الأساس نجد لها في حقوق الإمكان لا تمارس الا ضمن نطاق محدد وضيق بعكس ما عليه الحال في الحقوق الشخصية (٢) .

ثانياً_ حق الإمكان القانوني حق عيني

إتجه أصحاب هذا الرأي في معرض إجابتهم حول طبيعة حق الامكان القانوني إلى القول بأن هذا الحق يندرج تحت نطاق الحقوق العينية ، وهو أمر لا يمكن أن ينسجم مع طبيعة الاثار التي يترتبها حق الإمكان القانوني ، فهذا الأخير لا يعطي لصاحبه أي سلطة مباشرة على الشيء او المال ، ذلك أن محل حقوق الإمكان دائماً يكون شيئاً معنوياً ، إذ إن محله هو المراكز القانونية للغير ، ذلك إن هذا الحق يتسم بسمة خاصة هي انه حق في التدخل في علاقات قانونية للغير (٣) ، بعكس الحال مع الحقوق العينية التي تعطي لصاحبها ميزة التسلط على الشيء ، فيكون لصاحب الحق العيني أن يتسلط على شيء معين وفي مقابل ذلك يكون هناك من يلتزم في مواجهته ، كون الحق العيني ينطوي على

(١) تنص المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي على " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " .

(٢) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

(٣) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ .

سلطة قانونية لصاحبه يقابلها واجب أو ألتزام قانوني على شخص آخر ، أو هو بالأحرى سلطة إعمال ذلك الواجب (١) .

ثالثاً _ حق الإمكان القانوني هو حق شبه عيني

بموجب هذا الرأي صاحب حق الإمكان القانوني ليس له حق ملكية ، إلا أن له حق تتبع الشيء والأولوية في إستيفائه مقدماً على الغير ، وهذه الآثار إنما توجد في الحقوق العينية ، ولكن لا يتفق مع الحقوق العينية ولا يدخل تماماً ضمنها ولكنها تعد شبه عينية وضرب أصحاب هذا الرأي مثلاً بما يسمى بالدين المشترك ، فمتى ما أستقل أحد الدائنين بقبض جزء من هذا الدين ، كان للدائنين البقية الحق في هذا الجزء المقبوض ، وبالتالي فأن حق الدائنين هنا على الشيء المقبوض هو حق إمكان قانوني ، وهو حق يبيح لهم تتبع الشيء والأولوية في استيفائه في مواجهة الدائن القابض للشيء دون الغير، إذ يستعرض الأستاذ شفيق شحاتة في هذا الصدد بأن " المقبوض هو إذاً ملك القابض خاصة ، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض . وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ولو إنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير . هذا الحق إذن هو حق شبه عيني . فصاحبه ليس له حق ملكية بل حق في أن يملك ولهذا الحق نظائر في الشرع " (٢) .

رابعاً _ حق الإمكان القانوني مظهر من مظاهر الاهلية القانونية

إتجه أصحاب هذا الرأي الى القول بأن حق الإمكان القانوني ما هو إلا مظهر من مظاهر الاهلية ، ذلك أن أثر حق الإمكان القانوني والمتمثل بإنشاء أو تعديل أو إلغاء

(١) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

(٢) د. شفيق شحاتة ، النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

المراكز القانونية للغير إنما هو من نتائج إعمال تلك الأهلية القانونية ، فهذه الأخيرة كما تكون عامة مجردة تكون بنفس الوقت خاصة محددة ، ويترتب على ذلك أن تعد "حقوق الإمكان القانوني نوع من أنواع الأهلية القانونية الخاصة المحددة ، ومن ثم فإنه يتوقف إعمال حق الإمكان القانوني منشئاً كان أم معدلاً أم لاغياً على محض إرادة الشخص الممنوح له هذه الميزة ، فهي حق خاص به وهذا يفسر لنا سبب عدم قابلية حق الإمكان القانوني للنزول عنه والتصرف فيه" (١) .

واعتبار حق الإمكان القانوني بأنه مظهر من مظاهر الأهلية وفقاً للرأي الفقهي أعلاه لم يبين طبيعة حق الإمكان القانوني ، فهو لم يعط تفسيراً يبين طبيعة حق الإمكان القانوني وإنما أخذ بنظر الاعتبار الأثر المنشئ أي ما يتولد عنه من آثار معدلة أو منهيّة أو خالقة لمراكز قانونية ، وبالنظر لعدم قبول أي من الآراء التي قيلت بشأن الطبيعة القانونية لحق الإمكان القانوني والانتقادات الموجهة لها ، يرى جانب آخر بأن حق الإمكان القانوني ذو طبيعة خاصة (٢) ، فهذا الحق لا يُعطي سلطة لصاحبه على شيء معين كما في الحقوق العينية ، كما إنه لا يعطي سلطة لصاحبه تجاه شخص آخر كما هو الحال في الحقوق الشخصية ، وهو بالتأكيد ليس حقاً شبه عينياً ، بإعتبار إن ما ينتج من ميزة تتبع إنما ناتج عن أستعمال صاحب حق الإمكان القانوني لإرادته المنفردة ، بل إن ما يعطيه هذا الحق لصاحبه ينحصر في الميزة الممنوحة له ، والتي تمكنه من التأثير على المراكز القانونية للغير دون أن يكون لهذا الغير سوى الخضوع والامتثال ، هذه الميزة تكون مقرونة بإرادة صاحب حق الإمكان .

فترتيب أثر حق الإمكان القانوني يكون بالإرادة المنفردة لصاحبه ، حيث يتميز حق الإمكان القانوني بأنه حق إرادي محض ، إذ إن الخيار الذي يتضمنه يتوقف على إرادة ومشية من تقرر له دون توقف على إرادة أخرى ، فترتيب آثار حق الإمكان القانوني معدلة

(١) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ١٢٣-١٢٤ .

(٢) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة ، مصدر سابق ، ص ٤٣ ، كذلك أستاذنا د. منصور حاتم محسن ، الحق المنشئ ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

كانت أو منشئة أو معدمة إنما يكون بإرادة صاحب حق الإمكان القانوني ، ففي حالة الملكيات الشائعة يكون للشريك أن يملك الحصة المباعة ولو جبراً على المشتري والبائع حيث لا يكون للطرف الآخر وهو هنا كلاً من البائع والمشتري سوى الخضوع والإمتثال رغم الآثار التي يحدثها ذلك الخيار في المراكز القانونية للغير ، والتي تجعل فيه مخالفة للقواعد العامة ، والتي تستلزم بالضرورة الاتفاق بين الأطراف المعنية وذلك لترتيب مثل هذه الآثار القانونية (١) .

وإذا ما إتقنا على الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني، فإن هناك عدة نتائج قانونية تترتب على هذه الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني ، وهذا ما سندرسه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني

تتأتى الطبيعة القانونية الخاصة لحق الإمكان القانوني لما يكون لصاحبه من ميزة ترتيب الآثار القانونية المتعلقة بالتعديل أو الإلغاء أو إنشاء المراكز القانونية للغير ، وهذا التأثير على المراكز القانونية للغير يكون بالإرادة المنفردة لصاحب حق الإمكان القانوني ودون توقف على إرادة الغير الذي لا يكون بوسعه سوى الخضوع والإمتثال لما يتقرر من آثار قانونية ناجمة عن إستخدام صاحب حق الإمكان القانوني للخيارات الممنوحة له بموجب القانون ، وعليه فإن حق الإمكان القانوني ونظراً للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها كونه يترتب آثار قانونية على المراكز القانونية للغير دون أن يكون لهذا الأخير سوى

(١) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

الخضوع والامتثال، فإنه يترتب نتائج قانونية خاصة به بإعتباره درجة من درجات الحق ، له طبيعة خاصة^(١) .

إذ يترتب على الطبيعة الخاصة لحق الإمكان القانوني ، هو الصفة الارادية المحضة لهذا الحق ، إذ يتوقف إعمال حق الإمكان القانوني على إرادة صاحبه المحضة دون أن يتوقف على إرادة الغير، هذا الأخير تبعاً لذلك لا يكون بوسعه سوى أن يخضع لما يترتبه حق الإمكان القانوني من أثار قانونية بالتعديل أو الإلغاء للمراكز القانونية أو إنشاءً لها ، فحق الإمكان القانوني يقتضي جريان سبب أو واقع معين مستمد من القانون ، وإستعمال هذا الحق بمقتضى هذا السبب ينتهي إلى التغيير في المراكز القانونية ، ودون توقف على الغير^(٢).

هذه الصفة الإرادية تتقرر لحق الإمكان القانوني رغم إن الأخير يؤثر، ليس فقط في المركز القانوني لصاحب حق الإمكان بل إنه يؤثر أيضاً في المركز القانوني للغير الذي يتم ممارسة حق الإمكان في مواجهته ، فهذا الأخير لا يسعه المشاركة في إستعمال حق الإمكان القانوني وترتيب أثاره ، بإعتبار إن حق الإمكان القانوني حق أرادي محض يتوقف على محض إرادة ومشئئة صاحبه ، من هنا فإن إستعمال هذا الحق يكون بواسطة الإرادة المنفردة لصاحب حق الإمكان ، فالأخير وبإرادته المنفردة يستطيع أن يعبر عنها تعبيراً صريحاً أو ضمناً ليحافظ على حقه بالإمكان القانوني^(٣).

وكذلك يتميز المحل في حق الإمكان القانوني بأنه معنوياً دائماً ، ذلك إن حق الإمكان القانوني لا يرد على شئ مادي كما في الحقوق العينية ، ولا يرد أيضاً على أعمال كما في الحقوق الشخصية ، بل أن حق الامكان القانوني يرد على المراكز القانونية للغير، فيؤثر فيها إنشاءً أو ألغاءً أو تعديلاً^(٤) ، فلأن حق الإمكان القانوني يتوقف على محض إرادة

(١) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المصدر السابق ، ص ٥٠ .

(٢) د. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٥٨ وما بعدها .

(٤) نأرام محمد صالح سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

ومشيئة صاحبه ، فأن محله يختلف عن محل الحق العادي ، شخصيا كان أم عينيا ، فمحل حق الإمكان القانوني يتمثل في مركز قانوني يتعلق بشخص آخر ، لذلك يقال ان محل حق الإمكان القانوني يكون مجردا أو شيئا معنويا وليس ماديا (١) ، ولهذه الخاصية التي يتميز بها حق الإمكان القانوني فإن صاحبه لا يملك سلطة إقتضاء أداء من شخص ما ، ولا سلطة مباشرة على شيء مادي معين ، وإنما يتمثل محله في المراكز القانونية للغير ، لذلك فأن محل هذا الحق يمكن الا ينشأ الا لحظة إعماله ، أي عند وجود الحق نفسه تحت شكل مركز قانوني مستقل (٢) .

من جهة أخرى ، يمنح المشرع لصاحب الحق في الإمكان خيارات متعددة لممارسة حقه مراعاةً لمصلحة يراها المشرع جديرة بالرعاية، إلا إن ذلك لا يكون على إطلاقه ، فالمشرع دائماً ما يحاول التقريب بين هذه المصالح المتعارضة وإيجاد نوع من العدالة في تفضيل أحدها على الأخرى ، من هنا فلا يكون بإمكان صاحب الحق في الإمكان أن يختار جزء ويترك الجزء الآخر ، لما في ذلك من إضرار بالغير ، فصاحب حق الإمكان يكون أمام عدة خيارات أو ميزات مقررة قانوناً ويكون عليه الاختيار بين هذه الخيارات ، ففي المكنة الممنوحة في الشفعة فأن صاحب حق الإمكان هنا وهو الشفيع لا يكون أمامه لممارسة حقه في تملك المبيع سوى التعبير عن إرادته بتملك المبيع جميعه خلال مدة معينة وإلا سقط حقه، فالشفعة هي رخصة إلا إنها رخصة محددة وهي مقصورة على الشفيع فقط دون غيره ، وإذا كانت الشفعة كذلك فهي بحق مكنة قانونية ، فالشفيع وبما يكون له من مركز قانوني يمكنه من التأثير على المراكز القانونية للغير ، إذ إنه وخلافاً للأصل وبما يمنحه المشرع من ميزة قانونية يكون له التدخل بعلاقة قانونية قائمة بين كلاً من البائع والمشتري ، إذ يكون له أن يملك الحصة المباعة إذا ما قام هو بالإجراءات المطلوبة ولا يكون بوسع البائع أو المشتري إلا الخضوع لإرادة الشفيع والإمتثال لها ، ومن ثم فإنه يعاب على المشرع العراقي تعريف الشفعة بأنها حق ، إذ تنص المادة (١١٢٨) من قانونه

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

(٢) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٥٩ _ ٦٠ .

المدني على " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " وكان الإجراء به تعريفها بأنها مكنة قانونية أو حق إمكان قانوني (١) ، وإلى ذلك تنص المادة (١٤-٨١٥ Article) من القانون المدني الفرنسي على " يُطلب من المالك الشريك الذي ينوي نقل كل أو جزء من حقوقه في الممتلكات غير المجزأة أو في واحد أو أكثر من هذه الأصول ، مقابل ، إلى شخص خارج الحياة المشتركة ، أن يخطر عن طريق إجراء غير قضائي إلى الطرف الآخر بما يلي: أصحاب السعر وشروط التحويل المقترح وكذلك اسم ومحل محل ومهنة الشخص الذي يعتزم الاستحواذ.يجوز لأي مالك متضامن ، خلال شهر من تاريخ هذا الإخطار ، إبلاغ المتنازل عن طريق إجراء خارج نطاق القضاء ، بأنه يمارس حق الأولوية بالأسعار والشروط التي يبلغه بها.في حالة الشفعة ، يكون لدى الشخص الذي يمارسها فترة شهرين لاستكمال صك البيع من تاريخ إرسال رده إلى البائع، بعد هذه الفترة ، يصبح إعلان الشفعة لاغياً وباطلاً تلقائياً ، بعد خمسة عشر يوماً من بقاء الإشعار الرسمي غير فعال ، ودون المساس بالأضرار التي قد يطلبها البائع منه.إذا مارس العديد من المالكين المشتركين حقهم في الشفعة ، فيعتبرون ،

(١) يُنتقد المشرع المصري أيضاً لتعريفه الشفعة بأنها رخصة ، إذ تنص المادة (٩٣٥) من قانونه المدني على " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية " .

ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك ، أن يحصلوا معاً على الجزء المعروض للبيع بما يتناسب مع حصتهم في الملكية المشتركة" (١)

في حين أوجب المشرع العراقي على صاحب حق الإمكان برفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً وإلا سقط حقه (٢) .

وإذا كان من الواجب ممارسة حق الإمكان القانوني خلال مدد زمنية محددة ، فإنه من غير المتصور ان يتم تعليق استعمال حق الإمكان القانوني على شرط أو إضافته إلى أجل ، كما لا يمكن أن يخضع استعمال حق الإمكان الى التقادم ، ذلك إن استعماله متروك لإرادة صاحبه فلا يمكن تصور خضوع حق الإمكان القانوني للتقادم ، إلا إنه يخضع لنظام السقوط الذي يتلاءم مع مبدأ إستقرار المعاملات (٣) .

(١) [Article ٨١٥-١٤](#) L'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir.

Tout indivisaire peut, dans le délai d'un mois qui suit cette notification, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, qu'il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés.

En cas de préemption, celui qui l'exerce dispose pour la réalisation de l'acte de vente d'un délai de deux mois à compter de la date d'envoi de sa réponse au vendeur. Passé ce délai, sa déclaration de préemption est nulle de plein droit, quinze jours après une mise en demeure restée sans effet, et sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent lui être demandés par le vendeur.

Si plusieurs indivisaires exercent leur droit de préemption, ils sont réputés, sauf convention contraire, acquérir ensemble la portion mise en vente en proportion de leur part respective dans l'indivision.

(٢) تنص المادة (١١٣٩) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته والا سقط حقه " .

(٣) د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ .

المبحث الثاني

أنواع حق الإمكان القانوني وتمييزه عن غيره

حق الإمكان القانوني هو ميزة يمنحها القانون لشخص معين لترتيب آثار معينة على مختلف المراكز القانونية، هذه الآثار القانونية قد تكون إنشاءً لمراكز قانونية جديدة ، أو قد تكون تعديلاً أو إنهاءً لمراكز موجودة أصلاً ، وهذا الحق قد ينشأ قبل نشوء هذه المراكز القانونية ، أو قد ينشأ أثناء استقرار المراكز القانونية ، من هنا فإن مجال أعمال حقوق الإمكان يجعلها تقترب مع الكثير من المفاهيم القانونية كالحرية والحق ، بالرغم من كل ما يميز بينهما وبين حق الإمكان القانوني ، حيث يرد استعمال مصطلح الحرية أو الحق في موضع هو في الأصل حق إمكان قانوني ، وإذا كان لحق الإمكان القانوني ما يميزه عن غيره من المفاهيم القانونية فإن له طبيعته الخاصة المتأتية من الآثار التي يرتبها حق الإمكان القانوني بوصفه حق إرادي يتوقف أمر إعماله على إرادة صاحبه .

ولأجل ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، ندرس في المطلب الأول أنواع حق الإمكان القانوني ، بينما سنخصص المطلب الثاني لدراسة تمييز حق الإمكان القانوني عن غيره .

المطلب الاول

أنواع حق الإمكان القانوني

حق الإمكان القانوني يرتب آثاراً قانونية تمس المراكز القانونية للغير ، وهذا الأخير لا يكون أمامه إلا الخضوع لتلك الآثار الصادرة بالإرادة المنفردة لصاحب حق الإمكان القانوني ، إلا أن هذه الآثار لا تكون على درجة واحدة ومن ثم فهي تختلف باختلاف مضمون الحق نفسه وعلى ذلك فهي قد تكون حقوق منشئة إذا ما أدى استعمال حق الإمكان إلى إنشاء حق أو مركز قانوني ، وحقوق إمكان معدلة إذا ترتب على استعمال حق

الإمكان تعديلاً لمراكز قانونية موجودة ، وحقوق إمكان قاضية إذا ترتب على استعمال حق الإمكان إنهاء مراكز قانونية .

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المطلب على فروع ثلاث ، ندرس في الفرع الأول منه حقوق الإمكان المنشئة ، بينما سنخصص الفرع الثاني لدراسة حقوق الإمكان المعدلة ، في حين سنعقد الإختصاص في الفرع الثالث لدراسة حقوق الإمكان المُنْهية .

الفرع الأول

حقوق الإمكان المنشئة

وهي نوع من أنواع حقوق الإمكان القانونية والتي يترتب على إستعمالها من قبل صاحب حق الإمكان إنشاء حقوق أو مراكز قانونية لم تكن موجودة قبل ذلك وهي سميت بالحقوق المنشئة انطلاقاً من تلك الآثار التي ترتبها في المراكز القانونية للغير (١) والأمثلة على هذا النوع من الحقوق كثيرة كحق الإمكان القانوني الممنوح في حالة قبول الإيجاب الملزم أو حق الإمكان القانوني في التمسك بالشفعة من قبل الشفيع .

ومن حقوق الإمكان القانونية المنشئة هو حق الإمكان القانوني الممنوح للمشتراط في عقد الاشتراط لمصلحة الغير فهنا يكون من حق المشتراط ان يعين شخصاً اجنبياً عن العقد يحصل على منفعة مباشرة من العقد " ١ _ يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او أدبية ٢ _ ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد ٣ - ويجوز كذلك للمشتراط ان يطالب بتنفيذ ما اشترطه

(١) د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

لمصلحة الغير إلا إذا تبين من العقد ان الغير وحده الذي يجوز له ان يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط" (١) .

ومن حقوق الإمكان المنشئة هي تلك الحقوق الممنوحة لصاحب العقار بموجب عقد او ميراث او وصية والتي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار اخر يملكه مالك آخر (حقوق الارتفاق) فالحق الممنوح لمصلحة صاحب العقار المرتفق او كما يسمى بالعقار المخدوم هو حق إمكان قانوني يتمكن من خلاله الأخير من ممارسة حقه ولا يكون أمام صاحب العقار المرتفق به (الخادم) سوى الخضوع والامتثال لإرادة صاحب العقار المخدوم " ١ _ لصاحب العقار المرتفق، ان يجري من الاعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه، الا انه يلزمه ان يستعمل حقه على الوجه الذي لا ينشأ عنه الا اقل ضرر ممكن ٢ _ ولا يجوز ان يترتب على ما يستجد من حاجات العقار المرتفق، اية زيادة في عبء الارتفاق " (٢) .

والى مثل ذلك أشار المشرع الفرنسي وذلك في المادة (٦٩٦) من قانونه المدني على " عندما تنشأ حق ارتفاق ، من المفترض أن تمنح كل ما هو ضروري لاستعمال هذا الارتفاق وبالتالي فإن الارتفاق في سحب الماء من ارض الغير يستلزم بالضرورة حق المرور لاستعمال حق الارتفاق (٣) .

(١) نص المادة (١٥٢) من القانون المدني العراقي . يقابل ذلك في القانون المدني المصري المادة (١٥٤) والتي تنص على " ١ _ يجوز للشخص ان يتعاقد بإسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او أدبية . ٢ _ ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد " .

(٢) نص المادة (١٢٧٦) من القانون المدني العراقي . وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المصري في المادة (١٠٢٠) والتي تنص على " ١ لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن ٢ ولا يجوز ان يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الارتفاق" .

(٣) تنص المادة ٦٩٦ من القانون المدني الفرنسي على

الفرع الثاني

حقوق الإمكان المعدلة

لا يقتصر أثر حق الإمكان القانوني على مجرد إنشاء حقوق او مراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل ، بل ان تأثيره يمتد ليشمل حقوق ومراكز قانونية موجودة بالفعل وينحصر أثره هنا بالتعديل على تلك المراكز القانونية من هنا جاءت تسمية هذا النوع من حقوق الإمكان القانوني بالمعدلة .

والامثلة على مثل هذا النوع من الحقوق كثيرة ومتعددة كحق الإمكان القانوني باستعمال الخيار في الالتزامات التخيرية ففي هذا النوع من الالتزامات يكون محله أحد أشياء قيمة او مثلية ولكنها متعددة فقد تكون شيئين أو أكثر ويرجع تحديد ذلك الى من له حق الإمكان القانوني وهو اما ان يكون الدائن او المدين فاذا أطلق الخيار فهو للمدين ألا اذا قضى القانون او الاتفاق بغير ذلك " ١ _ يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيمة او مثلية من اجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين او للدائن ٢ _ واذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، الا اذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن " (١) ، وإلى قريب من ذلك إتجه المشرع الفرنسي ، إذ تنص المادة (١٣٠٧) من القانون المدني الفرنسي على " يعد الالتزام تخييرياً إذا كان موضوعه عدة أداءات وكان تنفيذ أحدها يبرئ المدين " (٢)، ويكون الاصل لدى المشرع الفرنسي هو ان المدين هو من

“ Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user Ainsi la servitude de puiser l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage “

(١) نص المادة (٢٩٨) من القانون المدني العراقي . يقابلها نص المادة (٢٧٥) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على " يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك " .

(٢) [Article ١٣٠٧](#) L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur.

يختار الاداء طالما لم يتم منح ذلك للدائن صراحاً إذ تنص المادة (١٣٠٧-١) من القانون المدني الفرنسي على "الاختيار بين الخدمات متروك للمدين، إذا لم يتم ممارسة الاختيار خلال الوقت المتفق عليه أو خلال فترة زمنية معقولة ، يجوز للطرف الآخر ، بعد إشعار رسمي ، ممارسة هذا الاختيار أو إنهاء العقد " الاختيار الذي يتم إجراؤه نهائي ويؤدي إلى فقدان الالتزام بطابعه البديل (١).

وكذلك في حق الدائن بالمطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض بدلاً من التنفيذ المتأخر (٢) وفي حالة التضامن السليبي والذي يكون بين مجموعة من المدينين الذين يكونون مسؤولين مسؤولية تضامنية تجاه الدائن فهنا يكون للأخير ان يقوم ببراء احد المدينين من أي مسؤولية فينتقل الدائن باستعماله حق الامكان هذا من دائن الى مدين بمعنى ان الدائن هنا سيكون مسؤولاً عن المدين المعفي تجاه الغير " ١ _ في جميع الاحوال التي يبرئ فيها الدائن احد المدينين المتضامنين سواء أكان الالبراء من الدين ام من التضامن يكون لباقي المدين ان يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه من حصة المعسر وفقاً للمادة ٣٣٤ ، ٢ _ على انه إذا ثبت أن الدائن أراد ان يخلي المدين الذي ابراه من اية مسؤولية عن الدين فان الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر (٣) من هنا نلاحظ ان الخيار الممنوح للدائن في حالة التضامن السليبي هو حق امكان قانوني قد رتب أثر بمراكز قانونية موجودة بالفعل .

(١) [Article ١٣٠٧-١](#) Le choix entre les prestations appartient au débiteur.

Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat.

Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif.

(٢) د. أحمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، ج ٢ ، (أحكام الالتزام) ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٩ .

(٣) نص المادة (٣٢٨) من القانون المدني العراقي . وهذا نفس موقف المشرع المصري ، إذ تنص المادة (٢٩١) منه على " ٢ _ على أنه إذا أخلي الدائن المدين الذي أبراه من كل مسؤولية عن الدين ، فان هذا الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر " .

ومن حقوق الإمكان المعدلة أيضا هي حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامات المترتبة عليه تنفيذاً عينياً ، وهو الأصل في التنفيذ ففي مثل هذه الأحوال يتم اللجوء الى وسائل أخرى من اجل التنفيذ سواء اكانت تلك الوسائل هي التنفيذ بواسطة التعويض او التنفيذ العيني المتأخر ، ويصار الى الدائن في الاختيار بين هذا الوسائل ، هذه الميزة الممنوحة للدائن ماهي الا حق إمكان قانوني منحه المشرع الى الدائن ليختار ما يراه مناسباً وبالارادة المنفردة له ولا يبقى أمام المدين سوى الخضوع والامتثال لتلك الإرادة .

الفرع الثالث

حقوق الإمكان المنهية

يشترك هذا النوع من حقوق الإمكان القانونية مع حقوق الإمكان المعدلة في ان كلا منهما يؤثر على حقوق او مراكز قانونية موجودة بالفعل ، الا ان هذا النوع من حقوق الإمكان والذي يسمى أيضاً بحقوق الإمكان القاضية او المُعْدِمة يؤدي استعماله من قبل صاحب حق الإمكان الى إنهاء مراكز قانونية بالارادة المنفردة .

ومن التطبيقات الواردة بالقانون المدني هو حق الإمكان القانوني الممنوح للمدين والمتمثل بالإقرار بالدين الذي في ذمته لمصلحة الدائن بدلاً من إستعمال حقه بالتمسك بالتقادم ، فدعوى الدائن بالالتزام إذا ما تركها لمدة خمسة عشرة سنة بدون عذر مشروع لا تسمع ضد المدين إذا ما تمسك الأخير بسقوطها بالتقادم ، ولكن قد لا يتمسك المدين بالتقادم وإنما يختار أن يقر بالدين الذي في ذمته لمصلحة الدائن هذا الاختيار إنما يوصف بأنه إستعمال لحق الإمكان الممنوح له ، وهذا الإستعمال لحق الإمكان يؤدي بالنتيجة إلى تفويت الفرصة على نفسه بالتمسك بالتقادم المانع من سماع الدعوى (١) .

ومن حقوق الإمكان القانونية التي تؤدي إلى إنهاء المراكز القانونية هو حق الإمكان القانوني الممنوح للدائن والمتمثل بحقه بإسقاط الدين في ذمة مدينه عن طريق الإبراء ، ذلك

(١) تنص المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي على " الدعوى بالالتزام ايأ كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة " .

إن الدائن يعد في مواجهة مدينه صاحب حق إمكان قانوني متمثل بقدرته بإبراء ما في ذمة مدينه " إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين " (١) ومن ثم فانه متى ما استعمل صاحب حق الإمكان القانوني هذا النوع من حقوق الإمكان ترتب على أثرها أنتهاء الرابطة العقدية التي نشأت صحيحة من الناحية القانونية مابينه وبين الطرف المقابل في العقد فهي تتحل بإرادته المنفردة ومشئته وما على الطرف المقابل سوى الخضوع والامتثال لهذه المشيئة وتحمل الاثار القانونية المترتبة على ذلك (٢).

ومن الأمثلة الأخرى على مثل هذا النوع من المكن القانونية القاضية هو حق الشريك في الشيوخ ، إذ يكون للأخير أن يطلب قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشيوخ وإختصاص كل شريك بجزء مفرز يساوي ما كان يملكه عند الشيوخ ، إذا كان من المقرر إن المشرع يمنح للشريك في الشيوخ سلطة في طلب القسمة بما يسهم في إختصاصه بجزء مفرز يساوي ما كان يملكه في الشيء قبل قسمته ، فالتساؤل الذي يُثار هنا هو طبيعة هذه السلطة الممنوحة للشريك ، فهل هي حق ممنوح للشريك بإعتبار ما يملكه من حصة في الشيء الشائع ؟ أم إن مطالبة الشريك هنا لا تعدو كونها حرية ممنوحة له ؟ أم إن القسمة هي غير كل ذلك ؟ .

للإجابة على ذلك نقول : إن المشرع العراقي قد نص في القانون المدني على إن لكل شريك المطالبة بالقسمة طالما لم يكن مجبراً على ذلك (٣) .

(١) أنظر نص المادة (٤٢٠) من القانون المدني العراقي .

(٢) د. علاء جريان تركي الحمداني ، الغاء العقد بالإرادة المنفردة ، (دراسة مقارنة في القانون المدني) ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، ٢٠١٩ ، ص ٨٩ .

(٣) تنص المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي على " لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص او شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين، فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة اطول او مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمس سنين، وينفذ شرط البقاء في الشيوخ في حق الشريك وفي حق من يخالفه " .

كما نص المشرع العراقي أيضاً على ان عدم اتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع أو كان بينهم محجور يبيح للشريك إجراء القسمة قضائياً (١) .

ومن خلال ما نص عليه المشرع العراقي في المادتين أعلاه نلاحظ ، إنه أعطى للشريك في الشيوع مكنة مطالبة شركاءه بإنهاء الشيوع وإختصاص كل واحداً منهم بجزء مفرز ، إذا لم يكونوا مجبرين على البقاء في الشيوع بموجب نص أو شرط ، وبذلك يكون طلب القسمة ميزة ممنوحة لشخص أو أشخاص محددين مسبقاً ومن ثم فلا يمكن عد طلب القسمة من قبل الشريك في الشيوع بأنه حرية ، كون الأخيرة تمنح لجميع الناس في مراكز متساوية من هنا يكون لها صفة العموم والاطلاق خلافاً لما هو الحال بالنسبة إلى طلب قسمة المال الشائع والذي ينحصر في شخص الشريك ، وهذا الموقف للمشرع العراقي هو نفسه موقف المشرع المصري ، إذ أعطى المشرع المصري الحق لكل شريك بمطالبة بقية شركاءه بالقسمة طالما لم يكن ممنوعاً من ذلك بموجب القانون أو الاتفاق ، فإذا كان ممنوعاً بموجب الاتفاق فإنه ينبغي للاتفاق ألا يتجاوز الـ خمس سنين (٢) .

كذلك يعتبر الحق الممنوح للحائز في تطهير العقار المرهون مما يكون عليه من رهن ، يعتبر حق إمكان قانوني مُعدم إذ بإختيار الحائز للخيار القانوني الممنوح له وبإرادته المنفردة أن يعدم جميع الرهون المترتبة على العقار المرهون " إذا تمت اجراءات التحرير سواء باستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدة على غيره، فان الحقوق المسجلة على العقار تنتضي نهائياً حتى لو فسخت ملكية الحائز لأي سبب من الأسباب " (٣) ، وإلى مثل ذلك أشار المشرع الفرنسي ، إذ نص على إن لا يمكن إجبار أي شخص على البقاء في حياة مشتركة للملكية ويكون دائماً بإمكان أحد الشركاء أن يطلب إنهاء حالة الشيوع ،

(١) تنص المادة (١٠٧٢) من القانون المدني العراقي على " ١ _ إذا لم يتفق الشركاء على القسمة، او كان بينهم محجور، فللشريك الذي يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة البداية لإزالته " .

(٢) تنص المادة (٨٣٤) من القانون المدني المصري على " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه " .

(٣) نص المادة (١٣١٢) من القانون المدني العراقي .

إذ تنص المادة (٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على " لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع ويمكن دائماً مباشرة القسمة مالم يتم إيقاف ذلك بموجب حكم أو اتفاق " (١).

المطلب الثاني

تمييز حق الإمكان القانوني عن غيره

يقترّب مفهوم حق الإمكان القانوني مع غيره من المفاهيم القانونية والتي تتداخل معه في بعض الخصائص ، فبالرغم من كل ما يميز به حق الإمكان القانوني من خصائص تكفل له الاستقلال عن غيره من المفاهيم التي تقترب منه ، إلا إن هناك الكثير من الخلط بين هذه المفاهيم ، كما هو الحال مع الحق أو الحرية ، ومن ثم فإن إشتراك حق الإمكان القانوني مع الحرية أو الحق في جوانب معينة لا يعني بطبيعة الحال ترادفهما .

ولبيان ما يميز حق الإمكان القانوني مع كل من الحرية من جهة والحق من جهة أخرى ، أرتأينا أن نقسم دراستنا في هذا المطلب على فرعين ، ندرس في الفرع الأول منه تمييز حق الإمكان القانوني عن الحرية ، بينما سنعدد الاختصاص في الفرع الثاني لدراسة تمييز حق الإمكان القانوني عن الحق العادي .

(١) [Article ٨١٥](#) Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention.

الفرع الأول

تمييز حق الإمكان القانوني عن الحرية

الحرية او الرخصة القانونية هي الاباحة ، فيجوز فيها للشخص ان يفعل او ان لا يفعل ولا يترتب عليه في فعله او امتناعه أية مسؤولية ، كحرية العمل وحرية التنقل وحرية الايضاء وحرية التعاقد او التملك وغير ذلك الكثير من الحريات (١) ومن ثم فالحرية تدل على معاني كثيرة غير محدودة فهي تعني القدرة او الامكانية لعمل ما يكون مباح للجميع بنفس القدر، ويراد بالحرية عموماً "هي مطلق الخيار لدى الشخص في الاختيار وهذا يعني ان الشخص غير مجبر او غير مضطر للقيام بعمل او عدم القيام بعمل والحرية بهذا الوصف لا يمكن ان تكون من درجات الحق فهي لاتصل الى درجة الحق لكونها تختلف عنه من حيث الماهية والمضمون ، واذا كان كلاً من الحرية وحق الإمكان القانوني يشتركان في ضرورة إحترام الغير لهما وعدم جواز التعرض لهما الا ان ذلك لا يمنع بطبيعة الحال الاختلاف بينهما.

أولاً : ان أبرز ما يميز حق الإمكان القانوني عن الحرية يتمثل بالخضوع او الامتثال من قبل الغير ، فإذا كانت الحرية تشترك مع حق الإمكان في ان كلاً منهما لا يترتب إلزام أو أجبار على عاتق الغير، الا ان حق الإمكان القانوني يرتب واجب الامتثال ، فصحيح ان حق الإمكان القانوني لا يفرض علاقة إقتضاء او تسلط كما في الحقوق الشخصية والعينية على التوالي الا انه يفرض على الغير واجب الامتثال او الخضوع لهذه الآثار بعكس ما هو عليه الحال في الرخصة او الحرية القانونية ، من هنا قيل ان حق الإمكان القانوني يكون في مرتبة أسمى من الحرية (٢) .

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .

(٢) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ .

ثانياً : الحرية القانونية هي قيمة مطلقة تمنح خيارات غير محددة فهي " مكنة يعترف بها للناس كافة دون ان يكون محلاً للاختصاص الحاجز " (١) ومن ثم فان الحرية هي عبارة عن خيارات يمنحها القانون لكافة الناس دون تحديد او تخصيص وبموجبها يتاح للجميع الفرصة في ترتيب الاثار القانونية في اكتساب الحقوق بعكس الحال في حق الإمكان القانوني والذي يضع خيارات محددة أمام صاحبه ، من هنا فأن حق الإمكان القانوني أكبر من الحرية القانونية إذ هو يتضمن خضوع أو إمتثال من سيستعمل ذلك الحق في مواجهته ، فمن يجوز له أن يملك أو أن يوصي أو يتعاقد لا يكون له مع ذلك ان يرتب على هذا الجواز القانوني الممنوح له أثراً قانونية يجب على الغير أن يلتزم بها ، إذ لا يزال بإمكان الغير أن يرفض التعاقد أو أن يرفض الوصية وهكذا ، بخلاف الامر مع حق الإمكان القانوني ، فمن يكون له حق إمكان قانوني بالتمسك بالتقادم في مواجهة المالك الأصلي فإنه يرتب آثار قانونية على هذا المالك لا يستطيع على إثرها إلا أن يمتثل لها (٢) .

ثالثاً : بما ان الحرية القانونية ذات قيمة مطلقة وتمنح خيارات غير محددة وتجاه أشخاص غير محددين فإنه لا مجال للحديث عن أسباب تلك المطالبة طالما هي ممنوحة للجميع ، بعكس الحال في حق الإمكان القانوني فإنه دائماً ما تكون هنالك مصلحة او سبب في وجهة نظر المشرع ، ففي حالة الشفيع تكمن المصلحة في رغبة المشرع في تقليل حالة الشيوع وأختصاص كل مالك بملكه (٣) .

(١) د. محمد حسين منصور ، د. محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون ج ٢ ، نظرية الحق ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ص ٥٢ .

(٢) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٢٠-١٢١ .

(٣) د. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ٥١ .

رابعاً : حق الإمكان القانوني يرتبط بمدد زمنية محددة يكون استخدامه في حدود تلك المدد وهذا راجع الى كون حق الإمكان القانوني يتعلق بضم أشخاص محددين ومن ثم فإن المشرع لا يرغب ببقاء هذه الحقوق معلقة بضم الأشخاص لفترات طويلة ، لذلك نلاحظ ان المشرع غالباً ما يحدد مدد زمنية يفرض من خلالها على صاحب حق الإمكان القانوني إستعمال الخيارات الممنوحة له خلال مدد زمنية محددة ، فحرصاً من المشرع العراقي على إستقرار القسمة وعدم إمكانية تعرضها إلى النقض لفترات طويلة ، أوجب (١) ، أن ترفع دعوى الطرف المغبون خلال ستة أشهر من أنتهاء القسمة وهي مدة بطبيعة الحال مدة سقوط لا مدة تقادم ، وبالتالي لا يرد عليها وقف ولا إنقطاع ، في حين جعلها المشرع المصري سنة كاملة بعد القسمة ، فقد أجاز للمتقاسم المغبون أن يرفع دعواه خلال السنة التالية لإجراء القسمة (٢) .

وفي هذا الاطار نجد ان المشرع الفرنسي قد أنفرد بإتاحة الفرصة أمام كل شريك طلب تعليق التقسيم المقدم إذا ما كان للتقسيم ضرر يهدد بقية الممتلكات الغير مقسمة ، حيث يجوز للمحكمة المختصة تعليق طلب القسمة لمدة أقصاها سنتين (٣) .

(١) تنص المادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة، بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من أنتهاء القسمة، وللمدعي عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل نقداً أو عيناً، ما نقص من حصته " .

(٢) تنص المادة (٨٤٥) من القانون المدني المصري على " ٢ _ ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته " .

(٣) [Article ٨٢٠](#) A la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai. Ce sursis peut s'appliquer à l'ensemble des biens indivis ou à certains d'entre eux seulement.

S'il y a lieu, la demande de sursis au partage peut porter sur des droits sociaux.

كذلك حق الإمكان القانوني الممنوح لمن تعرضت إرادته إلى عيب من عيوبها ، فيكون له حق إمكان قانوني يتمثل بحقه بالتمسك بالإبطال لوجود ذلك العيب ، ويكون ذلك بالطبع خلال مدد معينة يحددها المشرع مراعيًا بذلك إستقرار المعاملات وضرورة عدم إشغال الذمم لفترات طويلة ، مثال ذلك حق الإمكان القانوني الممنوح لمن إستغلت حاجته أو طيشه فيكون له خلال سنة من وقت العقد ان رفع الغبن إلى الحد المعقول " اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه" (١) .)

والى قريب من ذلك أعتبر المشرع الفرنسي أن مهلة دعوى البطلان تسري من اليوم التي تم اكتشافها فيه ، أما في حالة العنف ففي اليوم الذي يتوقف فيه العنف ، حيث نصت المادة (١١٤٤) من القانون المدني الفرنسي على " تسري مهلة دعوى البطلان فقط ، في حالة الخطأ أو الاحتيال ، من اليوم الذي تم اكتشافهما فيه ، وفي حالة العنف ، من اليوم الذي توقفت فيه" (٢) .

خامساً : قلنا ان حق الإمكان هو درجة من درجات الحق العادي فهو وان لم يصل الى مرتبة الحق العادي الا ان ذلك لا يمنع من اعتباره حقاً ، واذا كان حق الإمكان القانوني كذلك فهو يخضع لتطبيق نظرية التعسف باستعمال الحق ، حيث يرى اتجاه من الفقه ان نظرية التعسف باستعمال الحقوق لا يمكن ان تطبق على حقوق الإمكان القانونية ، فمعظم الشراح الفرنسيين يتجهون إلى ان هذه النظرية وان كانت تطبق على الحقوق بصفة عامة فانها لا تطبق على نوع معين من هذه الحقوق يسمى بالحقوق التقديرية فهذه الأخيرة يجب

(١) أنظر نص المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي .

(٢) [Article ١١٤٤](#) Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé.

ان يكون أساسها راجع لتقدير صاحبها ودون تدخل القاضي اذ لو جاز للقاضي ان يتدخل او يناقش القرار الذي أتخذه صاحب الشأن هنا لكان ذلك يعني ان صاحب القرار هنا هو القاضي وليس صاحب الحق التقديري ، في حين يرى اتجاه اخر من الشراح الى خضوع الحقوق التقديرية او ما تسمى بالممكنات القانونية الى نطاق نظرية التعسف باستعمال الحقوق بل ان للطرف المقابل لصاحب حق الإمكان ان يدفع بالتعسف في مواجهة وبالطالي عدم مطالبته بالامتنال الذي يرتبه حق الإمكان كأثر على الأطراف الأخرى كل ذلك بعكس ما هو عليه الحال في الحرية القانونية والتي لا تخضع لنظرية التعسف باستعمال الحق وباتفاق جميع الفقهاء كونها لا تعد حقاً (١).

سادساً : يختلف حق الإمكان القانوني عن الحرية القانونية من حيث مجال إعمال كلاً منهما ، ففي الوقت الذي يرد فيه حق الإمكان القانوني في مرحلتي إنشاء المراكز القانونية وأستعمالها نجد ان الحرية لاتقع الا في مرحلة انشاء المراكز القانونية اي قبل نشوء الحق .

الفرع الثاني

تمييز حق الإمكان القانوني عن الحق العادي

يشترك حق الإمكان القانوني مع الحق العادي بخصائص عدة ، فمن جهة يتشابه حق الإمكان القانوني مع الحق العادي في ان كلاهما واضح المعالم والحدود ، ومن جهة أخرى نلاحظ ان حق الإمكان هو درجة من درجات الحق فكلاهما يمثلان وسيلة قانونية تمكن أصحابها من احداث اثار قانونية معينة ، كما انهما يشتركان بالحماية التي يوفرها المشرع لهما وان كانت هذه الحماية تختلف ففي الوقت الذي يلتزم فيه الطرف المقابل في الحق العادي التزاماً تاماً ، نجد ان الطرف المقابل في حق الإمكان القانوني يلتزم بالخضوع او الامتنال للآثار التي تنتج عن أستعمال صاحب حق الإمكان لحقه .

(١) د. عبدالحى حجازي، مصدر سابق ، ص ١٢٧-١٢٨ .

من هنا نلاحظ ان لحق الإمكان القانوني باعتباره درجة من درجات الحق لا تصل إلى مرتبة الحق العادي ،خصائص تميزه عن الحق العادي ،ويترتب على ذلك إختلافات عديدة منها:.

أولاً : أن أبرز ما يميز حق الإمكان القانوني عن الحق العادي هو درجة الالتزام أو الخضوع لما ينتج من استعمالهما من آثار قانونية ، ففي الوقت الذي تقتصر فيه تلك الآثار القانونية على مجرد الخضوع أو الامتثال من قبل الغير للآثار التي ينتجها صاحب حق الإمكان بإرادته المنفردة فليس هنالك من واجب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فهو حق بلا واجب يقابل السلطة التي يتضمنها ذلك الحق ، نجد ان تلك الآثار تتسع في الحق العادي من مجرد الامتثال أو الخضوع الى الالتزام القانوني الكامل فهي اما ان تكون علاقة أقتضاء وذلك في الحقوق الشخصية او علاقة تسلط كما في الحقوق العينية (١) .

ثانياً : يختلف حق الإمكان القانوني عن الحق العادي في مجال أعمال كلاً منهما ، فكما هو معلوم فان الحق العادي لا يقع الا في مجال آثار المراكز القانونية فهو اما ان يكون علاقة أقتضاء او علاقة تسلط ومن ثم فان أثره يظهر بعد إنشاء المراكز القانونية لا قبل ذلك ، في حين نجد ان حق الإمكان القانوني قد يقع في مجال إنشاء المراكز القانونية أو قد يقع في مجال آثار المراكز القانونية ، من هنا فإن مجال أعمال حق الإمكان القانوني أوسع من مجال أعمال الحقوق العادية .

ثالثاً : حق الإمكان القانوني هو قدرة الشخص وإرادته المنفردة على ان يؤثر في المراكز القانونية للغير من هنا فان محل حق الإمكان القانوني دائماً ما يكون معنوياً ذلك " ان محله هو إمكانية التغيير في المركز القانوني للغير ، فلا يكون شيئاً أو أداءً يلتزم به المقابل وإنما سيكون محله مجرداً أو شيئاً معنوياً ، فهو ليس سلطة إقتضاء أو تسلط على شيء معين وإنما محله هو إنشاء أثر معدل أو خالق أو مُعَدَم في المراكز القانونية للغير ، لذلك فإن

(١) د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٥٣ .

محله ، أي الأثر المنشئ لا يتقرر إلا لحظة إعماله بإرادة منفردة من صاحبه " (١) ، بعكس الحال في الحقوق العادية والتي يكون محلها الأشياء إذا كانت حقوق عينية أو الأعمال اذا كانت حقوق شخصية كالالتزام بعمل أو الإمتناع عنه أو تسليم شيئاً ، حيث يتميز المحل في حق الإمكان القانوني بأنه معنوياً دائماً ، ذلك إن حق الإمكان القانوني لا يرد على شيء مادي كما في الحقوق العينية ، ولا يرد أيضاً على أعمال كما في الحقوق الشخصية ، بل أن حق الامكان القانوني يرد على المراكز القانونية للغير ، فيؤثر فيها إنشاءً أو إلغاءً أو تعديلاً (٢) ، فلأن حق الإمكان القانوني يتوقف على محض إرادة ومشئئة صاحبه ، فإن محله يختلف عن محل الحق العادي ، شخصياً كان أم عينياً ، فمحل حق الإمكان القانوني يتمثل في مركز قانوني يتعلق بشخص آخر ، لذلك يقال ان محل حق الإمكان القانوني يكون مجرداً أو شيئاً معنوياً وليس مادياً (٣) ، ولهذه الخاصية التي يتميز بها حق الإمكان القانوني فإن صاحبه لا يملك سلطة إقتضاء أداء من شخص ما ، ولا سلطة مباشرة على شيء مادي معين ، وإنما يتمثل محله في المراكز القانونية للغير ، لذلك فإن محل هذا الحق يمكن الا ينشأ الا لحظة إعماله ، أي عند وجود الحق نفسه تحت شكل مركز قانوني مستقل (٤) .

رابعاً : بما ان حق الإمكان القانوني واستعماله يتوقف على إرادة صاحبه ، فان حق الإمكان القانوني بناءً على ذلك لا يخضع لنظام التقادم ، الذي يكون بمثابة طريقة لإسقاط الحق ناتجة عن تقاعس صاحب الحق لفترة من الزمن ، حيث تنص المادة (٢٢١٩) من القانون المدني الفرنسي على " التقادم المسقط هو طريقة لإسقاط حق ناتج عن تقاعس

(١) أستاذنا د. منصور حاتم محسن ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

(٢) ثارم محمد صالح سعيد ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

(٤) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٥٩ _ ٦٠ .

صاحبها عن العمل لفترة معينة من الزمن" (١) ، خاصة ان الخيارات الممنوحة لصاحب حق الإمكان القانوني لا تتضمن وجوب او الزام صاحبها باستعمالها ، لكن وبما ان عدم استعمالها يؤدي الى استمرار حالة الشك وعدم اليقين بالنسبة لوضع من يواجه صاحب حق الإمكان وهذا بالطبع يتنافى مع مبدأ مهم وهو مبدأ استقرار المعاملات من هنا فان حق الإمكان يخضع لنظام السقوط وهذا الأخير يختلف عن نظام التقادم ، ففي الوقت الذي يكون فيه التقادم قابل للانقطاع او الوقف فان ذلك لا يتحقق مع نظام السقوط (٢) .

خامساً : يتقرر حق الإمكان القانوني لاعتبارات معينة وهو خاص بصاحبه ومن ثم فانه " من غير المتصور ان يتم استخدامه من قبل الغير ، فمثلاً لو كان هنالك دائنين لصاحب حق الإمكان فانه من غير المتصور قدرة هؤلاء على استخدام الدعوى غير المباشرة مثلاً كوسيلة لاستحصال دينهم" (٣) .

سادساً : يختلف حق الإمكان القانوني عن الحق العادي في إمكانية الأخير في التجزئة ، ففي حق الملكية يجوز للمالك ان يستعمل ملكه مايشاء من الاستعمالات الجائزة او ان يتصرف به ماشاء من التصرفات وسواء كان ذلك بشكل كلي يقع على كل الملك او بشكل جزئي يقع على بعض هذا الملك دون غيره ، في حين نجد ان ذلك غير ممكن مع حق الإمكان القانوني ، فالشفيح مثلاً وهو صاحب حق إمكان قانوني يكون امامه اما القبول بتملك العقار المبيع بما قام عليه من ثمن وتكاليف وخلال المدة المحددة بذلك او ان يرفض التملك فينتقل العقار المبيع الى المشتري (٤) .

(١) Article ٢٢١٩ La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps.

(٢) د. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٤ .

(٣) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أربيل ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٩٦ .

(٤) د. عبدالمنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص ٦٨٠ .

سابعاً : قلنا ان حق الإمكان القانوني هو حق يقرر لصاحبه التأثير على مراكز قانونية أخرى بالارادة المنفردة لصاحبه ، ومن ثم فانه حق استثنائي واذا كان كذلك فهو حق محدد بفترات زمنية لا يمكن تجاوزها من ثم فانه لا يجوز ان يتم إطالة أمد هذا الحق وبأي وسيلة كانت ، يترتب على هذا القول عدم إمكانية تعليق استعمال حق الإمكان القانوني على شرط أو أضافتها الى أجل كون ذلك يتعارض مع صفة التأقيت التي يتميز بها حق الإمكان وهذا بدوره يتماشى مع مبدأ استقرار المعاملات بعكس ما هو عليه الحال في الحقوق العادية والتي يصح أضافت اوصاف الالتزام لها^(١) الا ما تم أستثناءه بنصوص قانونية^(٢) ، حيث يجوز تعليق الحقوق على شرط سواء كان هذا الشرط يعتمد على حدث وقع بالفعل ولكنه غير معروف للإطراف المتعاقدة فيسري الالتزام من يوم التعاقد عليه أو يكون التعليق على حدث مستقبلي غير مؤكد الوقوع فهنا لا يمكن تنفيذ الالتزام الا بعد وقوع هذا الحدث ، حيث تنص المادة (١٣٠٤) من القانون المدني الفرنسي على "أن يكون الالتزام مشروطاً عندما يعتمد على حدث مستقبلي وغير مؤكد ، ويكون الشرط معلقاً عندما يجعل الوفاء به الالتزام صافياً وبسيطاً ، إنها حاسمة عندما يؤدي الوفاء بها إلى فناء الالتزام " ^(٣) .

كذلك الأمر بالنسبة إلى حقوق الإمكان القانونية الممنوحة للمدين في الإختيارات بين الاداءات وذلك في الإلتزامات التخيرية ، فإنه ينبغي على المدين وهو صاحب الحق بالإمكان القانوني أن يمارس حقه ذلك خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة وإلا فإن ذلك الخيار سينتقل بعد الإعذار إلى الطرف الآخر .

(١) نص المادة (٢٩١) من القانون المدني العراقي " يجوز ان يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد او انقضاءه " . يقابلها نص المادة (٢٧١) من القانون المدني المصري والتي تنص على " ١ _ يكون الالتزام لإجل إذا كان نافذه أو إنقضائه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع " .

(٢) نص المادة (٢٩٢) من القانون المدني العراقي " لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل " .

(٣) L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.

La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.

Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.

الفصل الثاني

أحكام حق الإمكان القانوني

أوضحنا أن المراد بحق الإمكان القانوني القدرة التي يمنحها القانون لشخص معين والتي من خلالها يمكنه أن يحدث آثاراً قانونية ، تتمثل بالتعديل أو الأنشاء أو الإنهاء لمراكز قانونية ، وبالارادة المنفردة لصاحبها دون أن يتمكن الغير سوى الخضوع والامتثال لما يتم تقريره ، فالميزة الممنوحة لصاحب حق الإمكان تكمن في خيار ضيق ومحدد ، ومن ثم فإن ممارسة حق الإمكان لا يكون الا وفق شروط محددة ، فالقانون سواء كان بنصوص صريحة أو ضمنية ، يحدد شروط ممارسة واستعمال حق الإمكان القانوني ، سواء من حيث تحديد مشروعية حق الإمكان القانوني أو من حيث عدم تجاوز صاحبه في ممارسته لحقه بالإمكان القانوني مبدأ التعسف في الاستعمال ، فإذا لم يتم مراعاة تلك الحدود التي رسمها المشرع في استعمال حق الإمكان القانوني ، فسنكون أزاء سقوط لهذه الميزة ، فإذا لم يستعمل صاحب الحق بالإمكان حقه خلال المدة المقررة له مثلاً ، فلا يمكنه بعد ذلك التمسك بحقه.

ولكل ما تقدم ومن أجل الإحاطة أكثر بشروط ممارسة حق الإمكان القانوني وطرق إنتهائه فإنني سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، ندرس في المبحث الأول : شروط ممارسة حق الإمكان القانوني ، بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة سقوط حق الإمكان القانوني .

المبحث الأول

شروط ممارسة حق الإمكان القانوني

لا تتم ممارسة حق الإمكان القانوني الا وفقاً لما هو محدد من شروط قانونية يضعها المشرع لتنظيم ممارسة هذه الحقوق من جهة ، ورعاية لمصالح الغير الذي تتم ممارسة حق الإمكان في مواجهته ، خاصة إذا ما عرفنا ان حقوق الإمكان القانونية تعتبر خروجاً صريحاً من قبل المشرع عن القاعدة العامة المتمثلة بعدم إجبار الغير على التصرف دون موافقته ،

وطالما كان الامر كذلك نرى أن المشرع يضع شروط قانونية لممارسة حقوق الإمكان القانونية ، هذه الشروط تتمثل بالرغبة التي ينبغي على صاحب الحق بالامكان التعبير عنها خلال مدة معينة ، فضلا عن عدم تجاوز ما رسمه المشرع من نطاق لممارسة حق الإمكان القانوني .

من هنا ولبيان الشروط القانونية لممارسة حق الإمكان القانوني ، فإننا سنقسم مبحثنا هذا الى مطلبين ، ندرس في المطلب الأول : التعبير عن الرغبة في ممارسة حق الإمكان القانوني في المدة المتفق عليها قانوناً ، بينما سنخصص المطلب الثاني لدراسة عدم تجاوز النطاق الذي رسمه القانون في إستعمال حق الإمكان القانوني .

المطلب الأول

التعبير عن الرغبة في ممارسة حق الإمكان القانوني في المدة المتفق عليها قانوناً

يسعى المشرع دائماً الى تحقيق نوع من الموازنة بين الحقوق والمصالح المتعارضة ، فنجده وفي سبيل تحقيق ذلك وبعد أن أعطى ميزة قانونية لإشخاص محددين دون غيرهم مراعاةً لهم وحماية لمصالحهم ، نلاحظه قد أجبرهم بممارسة هذه الميزات القانونية خلال مدد محددة مراعاةً منه لإستقرار المعاملات والا سقط حقهم .

من هنا ولبيان المقصود بالتعبير عن الرغبة في ممارسة حق الامكان القانوني ، فإنني سأقسم هذا المطلب إلى فرعين ، أدرس في الفرع الأول التعبير عن الرغبة في ممارسة حق الإمكان القانوني ، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة ممارسة حق الإمكان القانوني في المدة المتفق عليها قانوناً.

الفرع الاول

التعبير عن الرغبة في ممارسة حق الامكان القانوني

إن من اهم مضامين حق الإمكان القانوني هو الإرادة ، فحق الإمكان القانوني يرتب آثاره القانونية المختلفة عندما تتجه إرادة صاحب الحق بالإمكان القانوني في الاختيار بين

عدة بدائل قانونية ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يشترط من أجل التمتع بالمميزات القانونية التي يوفرها حق الإمكان القانوني ، أن يعبر صاحب هذا الحق عن رغبته في ممارسة حق الإمكان القانوني وهو لا يفعل ذلك إلا إذا ما تعدت ممارسة هذه الخيارات مرحلة الحرية ، فحق الإمكان القانوني وأن كان يشترك مع الحرية فيما يمنحه من خيارات بين البدائل ، إلا أنه لا يمنح صاحبه القدر الكبير منها ، فحق الإمكان القانوني موجه لإشخاص محددين من أجل ممارسة خيارات محددة عكس الحرية غير محددة الأشخاص والبدائل (١) .

من هنا ولبيان مضمون هذا الشرط فإننا سنقسم فرعنا هذا الى فقرتين ، ندرس في الفقرة أولاً : يجب ان يكون ممارسة الخيار قد تجاوز مرحلة الحرية ، بينما نخصص الفقرة ثانياً: لدراسة ان يكون هناك تعبير عن رغبة صاحب الحق في ممارسة حق الإمكان القانوني .

أولاً : يجب ان يكون ممارسة الخيار قد تجاوز مرحلة الحرية

يتمتع كافة الناس بما توفره الحرية من ميزات وبدائل ، فيكون جميع الناس متساوين فيما توفره الحرية من خيارات ، فمن يتمتع بالحرية يكون في مركز قانوني متساوي مع غيره من الناس الذين يتمتعون بنفس القدر منها ، فلا يكون بإمكانه ان يغير من المركز القانوني الذي يتمتع به مع الآخرين ، فالحرية وان كانت تشابه حق الإمكان القانوني في كونها تخول صاحبها نوعاً من الإباحة والقدرة ، إلا ان هذه الإباحة تكون مع الحرية عامة مشتركة يتساوى فيها الجميع ، بعكس حق الإمكان القانوني ، الذي يمنح صاحبه إباحة خاصة ذاتية لصاحبه لا يشاركه فيها أحد (٢) ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يشترط لممارسة حق الإمكان القانوني أن تكون هذه الخيارات التي يمنحها القانون قد تجاوزت مرحلة الحرية ، بمعنى آخر فإنه يشترط بالخيارات الممنوحة أن تكون خيارات محددة ومشروطة ولأشخاص محددين ، حتى يكونوا في مركز قانوني يمكنهم من التأثير على المراكز القانونية للغير ، فكما بينا أن

(١) د. رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٥١ .

(٢) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

حق الإمكان القانوني يغير من المراكز القانونية للغير ، وهو لا يفعل ذلك طالما كان صاحبه لم يتجاوز مرحلة الحرية ، فالأخيرة توفر إباحة يشترك ويتساوى فيها الجميع ، من ثم فإنه لا يكون بإمكان أحدهم التأثير على الآخر طالما كانوا متساوين في المراكز القانونية وهو الوضع الذي يكونوا فيه طالما كانوا في مرحلة الحرية ، بعكس الحال إذا ما تجاوزت تلك المرحلة الحرية ، فتصبح الإباحة التي يوفرها القانون إباحة خاصة يتمتع بها شخص معين ومقصورة عليه وحده ، وتتميز هذه الإباحة بمضمون خاص بها يختلف عن مضمون الإباحة العامة التي تتحقق مع الحرية (١) .

والسبب الذي يدفع التشريعات الى اشتراط ان تكون ممارسة هذه الخيارات قد تجاوزت مرحلة الحرية هو أن الأخيرة ممنوحة للجميع وبخيارات واسعة ، ولا يوجد سبب يقتضي المطالبة بها ، فحرية التملك تكون ممنوحة للناس كافة في ان يملكوها ما يرغبون به طالما كان الشيء المراد تملكه قابلاً للتملك دون حاجة الى إثبات الداعي الى ذلك ، بعكس الحال مع حق الإمكان القانوني ، فحق الشفيع بتملك العقار المباع ما شرع الا لوجود سبب يقتضي ذلك وهو ان الشفيع شريك في العقار الشائع ، من ثم فإن له الأولوية في أن يملك العقار الشائع وهو الأمر الذي يؤدي بالضرورة الى إنهاء نظام قانوني غير مرغوب فيه من قبل المشرع وهو الشيوع (٢) .

ويمكننا القول : أن حق الإمكان القانوني يبدأ باللحظة التي يتجاوز فيها التصرف القانوني مرحلة الحرية ذات الخيارات غير المحددة ليصل الى مرحلة الحق ، حيث تتحدد الخيارات والأشخاص ، فالشفيع وهو صاحب حق إمكان قانوني ليس بإمكانه ان يمارس حقه بتملك العقار المبيع طالما لم يتم بيع العقار الشائع بينه وبين شريكه (البائع) ، فعند عدم البيع يكون الشريك في مرحلة الحرية ، وهي مرحلة تمكنه من البقاء في الشيوع او طلب إنهاءه طالما لم يكن مجبراً على البقاء فيه ، وإنهاء الشيوع هي أخراج المالك من

(١) د. جميل الشرقاوي ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٩١ ومابعدها .

(٢) د. رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، مصدر سابق ، ص ٥١ .

الملك الشائع الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء (١) ، وإذا كانت هذه المرحلة تمكنه من البقاء على ملكه فإنها لا تمكنه من أن يمتلك العقار ، ذلك ان الخيار الممنوح للشريك هنا لم يتجاوز بعد مرحلة الحرية ، وهو يتجاوزها عند قيام الشريك بالتصرف بحصته الشائعة الى الغير ، فهنا تتجاوز الخيارات الممنوحة للشريك مرحلة الحرية لتصل الى مرحلة التأثير على المراكز القانونية للغير ، فيكون بإمكان الشريك ان يمتلك العقار المبيع جبراً على المشتري (٢) .

ثانياً : ان يكون هناك تعبير عن رغبة صاحب الحق في ممارسة حق الإمكان القانوني

لا يكفي لممارسة حق الإمكان القانوني ان تتجاوز الخيارات الممنوحة للأشخاص مرحلة الحرية ، بل ينبغي على الشخص الذي يروم الاستفادة من الميزة التي يوفرها حق الإمكان القانوني أن يعبر عن رغبته في ممارسة حق الإمكان القانوني ، فكما بينا سابقاً ان حق الإمكان القانوني هو حق استثنائي يتقرر خلافاً للأصل العام ، وإذا كان الأمر كذلك فإن ممارسته تكون وفقاً للشروط ، هذه الشروط تقتضي من صاحب الحق بالإمكان القانوني ان يعلن عن رغبته الى من يتم ممارسة هذا الحق في مواجهته ، فالآثار القانونية لحق الإمكان القانوني لا تتم الا إذا أتجهت إرادة صاحب حق الإمكان القانوني نحو الغير ، والارادة هي أمر كامن في نفس صاحبها ولا تظهر للعيان الا إذا عبر عنها صاحبها (٣) .

فإرادة صاحب الحق بالإمكان القانوني في ممارسة حق الإمكان لا تكفي وحدها في المحافظة على حقه بالإمكان القانوني ، فيجب علينا ان نفرق بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي لها والذي يبرز الى العالم الخارجي (٤) ، فالتعبير عن الإرادة هو المظهر الخارجي لها ، من هنا يتضح ان إرادة صاحب الحق بالإمكان القانوني وحدها غير كافية ، بل يجب فوق ذلك ان يتم التعبير عنها الى الغير ، فما دامت في نفس صاحبها

(١) د. نبيل أبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٥٩ .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٤٨ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٧٠ ، ص ١٨٦ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ١٤٩ .

فليس لها قيمة قانونية في ترتيب أثارها ، فلا يكفي الاتفاق بين الأطراف مثلاً على التعاقد ، بل يجب فوق ذلك أن تتجه إرادة كلاً منهما نحو الآخر حتى يتكون العقد (١) .

والتعبير عن الرغبة هنا قد يكون صريحاً أو ضمناً ، ويراد بالتعبير الصريح هنا كل تعبير يفصح عن الإرادة وذلك بحسب المؤلف عند الناس (٢) ، أما التعبير الضمني (٣) ، فيراد به كل تعبير يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، وذلك بإستنباط التعبير عنها من أفعال يقوم بها الشخص ، هذه الأفعال لاتعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة لكنها تكشف عن تلك الإرادة وما ينطوي عليها (٤) .

وفي هذا الخصوص يشير المشرع العراقي الى جواز التعبير عن الإرادة بالمشافهة أو بالإشارة الشائعة أو أتخاذ أي مسلك يدل على التعبير عن الإرادة (٥) ، فالتعبير الصريح هو ما يتخذ شكل الكلام أو الكتابة أو أي إشارة أخرى لا تدع مجالاً للشك في التعبير عن الإرادة ، وهنا يجب علينا أن لا نخلط بين الإعلان الصريح للإرادة و والاعلان الرسمي ، فهذا الأخير يتم بواسطة الجهات الرسمية دون غيرها (كاتب العدل) ، فمن تنطبق عليه صفة الشفيع مثلاً ، عليه ان يبادر الى الإعلان عن رغبته بتملك العقار المبيع الى كل من

(١) د. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ط ٢ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٨٤ .

(٢) د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٨٦ .

(٣) قد نص المشرع المصري بشكل صريح على التعبير الضمني للإرادة ، إذ تنص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على " ٢ _ ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريح " .

(٤) د. همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للإلتزام ، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٢ .

(٥) تنص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي على " كما يكون الإيجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي " . يقابلها نص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري والتي تنص على " ١ _ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، أما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود ٢ _ ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

البائع والمشتري أو الى دائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار المبيع ضمن دائرتها ويجب ان يتم الإعلان عن الرغبة خلال خمسة عشر يوما من تأريخ الإنذار والا سقط حق الشفيع في الشفعة (١)، هذه المبادرة بالإعلان عن الرغبة من قبل الشفيع لا يشترط فيها أن تكون إعلاناً رسمياً ، وأن كان هو المفضل تيسيراً للإثبات وقطعاً للمنازعات ، وبهذا يصح وفقاً للمشرع العراقي ان يعلن الشفيع عن رغبته بالأخذ بالشفعة بأي طريق ، كأن يكون خطاباً مسجلاً أو عادياً وبهذا يخالف المشرع العراقي ما سار عليه المشرع المصري والذي يذهب الى ضرورة ان يكون إعلان الشفيع هنا إعلاناً رسمياً يتم بواسطة كاتب العدل والا كان باطلاً (٢) .

الفرع الثاني

ممارسة حق الإمكان القانوني في المدة المتفق عليها قانوناً

لا يكون استعمال حق الإمكان القانوني مطلقاً ولا سيما من حيث الزمان ، حيث يقيد المشرع من السلطة الممنوحة لصاحبه من خلال إجبار صاحب حق الإمكان القانوني بضرورة استعماله خلال مدة معينة .

(١) تنص المادة (١١٣٨) على من يريد الأخذ بالشفعة ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري او دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع او المشتري، والا سقط حقه ويجب ان يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بيانا واضحا وبيانا الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع ومحل اقامته والا كان الانذار باطلاً .

(٢) تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري على " ١ _ إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل ٢ _ وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الاعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة . "

من هنا ولبيان المقصود بالمدة في استعمال حق الإمكان القانوني ، فإنني سأقسم هذا الفرع على فقرتين ، أدرس أولاً : التعريف بالمدة ، بينما نخصص ثانياً لدراسة الطبيعة القانونية للمدة .

أولاً : التعريف بالمدة واجراءاتها

يراد بالمدة في إطار إستعمال حقوق الإمكان القانونية ، الفترة الزمنية التي يتوجب على صاحب حق الإمكان القانوني أستعمال حقه فيها ، فبما أن حق الإمكان القانوني هو حق يقرره القانون لأشخاص محددين ، فهو حق إستثنائي وتقديره إنما يكون خروجاً عن القاعدة العامة ، والتي تقضي بأن الشخص لا يلزم بحسب الأصل الا بإرادته ، ومن ثم فإنه إذا ما أقتضت مصلحة المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليه بالرغم عن إرادته ، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق نطاق ممكن ، فالارادة الحرة وحدها هي من تملك إنشاء العقد وتحديد أثاره ، وليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته ، ويجب أن تمارس أيضاً في نطاق محدد ، ومن مضامين ذلك هو أن يتم أستعمال هذه الحقوق والتعبير عن الرغبة بمارستها خلال مدد زمنية محددة (١) .

فالشفيع مثلاً وهو صاحب حق إمكان قانوني نجد المشرع قد أعطاه ميزة قانونية تمكنه من تملك المبيع جبراً على المشتري دون رضاه وهو يعتبر خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة ، الا ان ذلك لا يكون مطلقاً فنجد المشرع قد ألزم ذلك الشفيع بممارسة هذا الحق خلال مدد معينة ، فالتعبير عن الرغبة في تملك المبيع وهو أول إجراء يقوم به الشفيع إذا ما أراد تملك العقار المبيع هو اجراء وجوبي يتعين على الشفيع ان يسلكه تجاه البائع

(١) د. أمجد منصور ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٥ ، ص ٢٧ .

والمشتري ، إذ يتعين عليه ان يتوجه بإعلان رغبته أليهما ، وأعلان أحدهما لا يغني عن وجوب اعلان الآخر (١) .

وقد حدد المشرع العراقي فترة زمنية أمدھا خمسة عشر يوماً من تأريخ أنذاره من قبل البائع أو المشتري أنذاراً رسمياً والا سقط حقه بالشفعة ، (٢) .

ولا يقف شرط ممارسة حق الإمكان القانوني الممنوح للشفيع خلال مدة معينة على ضرورة إعلان رغبته بتملك المبيع ، بل إنه يمتد الى حالة رفع الدعوى القضائية من قبل الشفيع إذا لم يسلم المشتري بحق الشفيع بالشفعة ، ففي هذه الحالة لا يكون أمام الشفيع الا ان يرفع دعواه على كل من البائع والمشتري ويجب ان يتم ذلك خلال ثلاثين يوماً من تأريخ إعلان رغبته والا سقط حقه ، فإذا تعدد البائعون أو المشترون رفعت دعوى الشفعة عليهم جميعاً (٣) .

وفي هذا الخصوص تنص المادة (١١٣٩) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته، والا سقط حقه " (٤) .

(١) د. طلبه وهبه خطاب ، النظام القانوني للشفعة في التقنين المدني المصري ، ط ١ ، دار نصر للطباعة والنشر ، ٢٠٠٥ ، ص ٧٨٢ .

(٢) وفي هذا الإطار تنص المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي على " على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري او دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع او المشتري والا سقط حقه، ويجب ان يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبياناً الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع ومحل اقامته والا كان الانذار باطلاً " . يقابلها نص المادة (٩٤٠) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كلاً من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك " .

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، دار الفضيلة للطباعة، ١٩٩٨ ، ص ٢٤٤ .

(٤) يقابلها في مصر نص المادة (٩٤٣) من قانونها المدني والتي تنص على " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة " .

وبمناسبة الحديث عن ممارسة حق الإمكان القانوني الممنوح للشفيع خلال مدة معينة ، لابد لنا من الإشارة الى ما سماه المشرع المصري ب (ميعاد المسافة) حيث تكون هناك مسافة بين موطن الشفيع من جهة وموطن البائع والمشتري من جهة أخرى ، هذه المسافة يحسب لها حساب وميعاد آخر ، فالشفيع مكلف بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في موطن البائع والمشتري ، فإذا كان هذا الموطن يبعد مسافة عن موطن الشفيع وجب ان يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة (١) .

وكان الاجدى بالمشرع العراقي ان يسير على ما سار عليه المشرع المصري من النص على ميعاد المسافة لما يشكله ذلك من ضرورة تستوجبها بعد المسافة بين موطن الشفيع وكلاً من البائع والمشتري .

ثانياً : الطبيعة القانونية للمدة

يجب ان يتم إستعمال حق الإمكان القانوني خلال المدة المحددة بذلك والا ترتب على عدم القيام بذلك سقوط حقه بالتأثير على المراكز القانونية للغير ، وإذا كان الأمر كذلك فالتساؤل الذي يطرح سيكون حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه المواعيد ؟ وإذا ما كانت مدد سقوط وبالتالي لا يرد عليها إنقطاع ووقف ، أو مدد تقادم فتخضع بذلك للوقف والإنقطاع . للإجابة على ذلك نقول : ان هذه المواعيد المحددة من قبل التشريعات محل المقارنة والخاصة بحق الإمكان القانوني هي بطبيعة الحال مواعيد سقوط لا مواعيد تقادم ، فالتقادم هو عبارة عن نظام قانوني يقضي بإنقضاء الحق إذا مرت عليه مدة زمنية معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه وهو بهذا الصدد يشمل الحقوق

(١) تنص المادة (٩٤٠) من القانون المدني المصري على " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك . وتجدر الإشارة الى ان قانون المرافعات المصري نص في المادة(١٦) على (إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة اجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كم بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال اليه وما يزيد من الكسور على الثلاثين كم يزداد له يوم على الميعاد ولا يجوز ان يجاوز ميعاد المسافة اربعة ايام ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود.

العينية والشخصية (١) ، وإلى قريب من ذلك أعتبر المشرع الفرنسي التقادم المسقط بأنه طريقة لإسقاط الحق ناتجة عن تقاعس صاحب الحق لفترة من الزمن (٢) .

والتقادم المسقط بهذا الوصف يقوم على عدة إعتبارات أهمها أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة طويلة من الزمن قرينة على أنه قد أستوفى هذا الحق وإن لم يكن قد أستوفاه فقد أهمله ، وفي كلتا الحالتين يجب أن ترفض الدعوى ، وهي بطبيعة الحال رغبة من المشرع في عدم إرهاب المدين وذلك بمنع تراكم الديون عليه لسنوات عديدة عن طريق إسقاط ما مضى عليه من الزمن فترة طويلة ومعاقبة الدائن المهمل الذي ترك حقه طوال هذه الفترة (٣) .

من هنا فإن التقادم كنظام قانوني (٤) لا تنطبق خصائصه والتي تتسم بطول فترته الزمنية مع طبيعة المدد الممنوحة لصاحب حق الإمكان القانوني ، فالمدة الممنوحة لصاحب حق الإمكان القانوني هي مدد قصيرة كما إنها تسري على الجميع بمن فيهم ناقص الاهلية او الغائب ، ولا يرد عليها وقف او انقطاع الا لقوة قاهرة كموت الملتزم باتخاذ الاجراء او الموجه إليه الاجراء ، وهذا بطبيعة الحال راجع الى الطبيعة الاستثنائية لحق الإمكان القانوني ، كونه يؤثر على مراكز قانونية للغير ودون إرادتهم ، من هنا توصف المدة الممنوحة لصاحب حق الإمكان القانوني بمدة سقوط ، وهذه المدة وإن كانت تتشابه مع التقادم المسقط الا إن لها غاية غير الغاية التي تسعى إليها مواعيد التقادم المسقط ، فكما قلنا ان لهذه المواعيد الخاصة بالتقادم المسقط أهداف تتعلق بحماية الأوضاع العامة أو

(١) د. جلال محمد إبراهيم ، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام ، مطبعة الاسراء ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٣٣ .

(٢) Article ٢٢١٩ La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps.

(٣) د. عبدالقادر الفار ، أحكام الإلتزام ، آثار الحق في القانون المدني ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢١٧ .

(٤) تنص المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي الدعوة بالإلتزام ايأ كان سببه لاتسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة .

تتعلق بإهمال الدائنين أو لتقوم كقرينة على الوفاء^(١) ، في حين أن غاية مدد السقوط تتعلق بتعيين الميعاد الذي يجب على صاحب الحق أن يمارس فيه حتماً عملاً معيناً أو استعمال رخصة معينة ، فهي مواعيد حتمية يجب أن يتم العمل فيها والا تعرض للسقوط، ويغلب عليها أن تكون مواعيد قصيرة على خلاف مواعيد التقادم ، كما يغلب عليها أن يتدخل المشرع نفسه لبيان ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم أو ميعاد سقوط^(٢) .

فإذا توفي الشفيع خلال ميعاد إعلان الرغبة ، وقف الميعاد بقوة القانون حتى يتحقق علم ورثته بحصول البيع وإنذار مورثهم ، ومن تأريخ تحقق هذا العلم يستأنف الميعاد سيره من حيث توقف ، وبالتالي يجب على الورثة إعلان رغبتهم خلال الفترة الباقية من الميعاد ، والا سقط حقهم بالشفعة^(٣) .

المطلب الثاني

عدم تجاوز النطاق الذي رسمه القانون في استعمال حق الإمكان القانوني

يمنح حق الإمكان القانوني ميزة قانونية لصاحبه تمكنه من التخيير بين بدائل معروفة مقدماً ولسبب معتبر في نظر القانون فالشفيع وهو صاحب حق إمكان قانوني يكون له تملك العقار الشائع إذا ما أقدم شريكه على بيعه ، فإذا ما فعل الشريك ذلك يكون للشفيع أن يملك العقار بما قام عليه من الثمن والنفقات أو عدم القيام بذلك ، هذا الأمر يعد مخالفاً وخروجاً صريحاً من القواعد العامة في القانون والتي لا تبيح سلطة إجبار الغير على التعاقد^(٤) .

(١) د. عبدالرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٠٠ .

(٢) د. نبيل صقر ، التقادم في التشريع الجزائري ، دار الهدى للطباعة ، ٢٠١٧ ، ص ١٨ وما بعدها .

(٣) المستشار أنور طلبية ، الشفعة والتحيل لإسقاطها ، المكتب الجامعي الحديث ، دون سنة نشر ، ص ٢٥٧ .

(٤) د. محمد خير محمود ، د. عبد السلام علي الفضل ، تصدع الطبيعة العقدية للتأمين بفعل الإيجار القانوني ، كلية القانون ، جامعة اليرموك ، الأردن ، ص ١٦٧ .

ولبيان ذلك تفصيلاً ، أرتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، ندرس في الفرع الأول : عدم التجاوز في نطاق الحقوق الشخصية ، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة عدم التجاوز في نطاق الحقوق العينية .

الفرع الأول

في نطاق الحقوق الشخصية

تتنوع حقوق الإمكان القانونية في إطار علاقة المديونية والقائمة على أساس الخيار القانوني ، والتي تعطي لصاحبها الحق في الخيرة بين عدة بدائل قانونية في سبيل إستيفاء حقه ، هذه الحقوق لا تقتصر على الدائن فقط ، بل تتسع لتشمل كل أطراف علاقة المديونية

ولكون حقوق الإمكان القانونية في نطاق الحقوق الشخصية متعددة ، فإننا سنقتصر بالحديث عن حقوق الإمكان القانونية بالنسبة الى كل طرف من أطراف علاقة المديونية ، ولبيان ذلك بشكل أكثر تفصيلاً ، أرتأينا أن نقسم دراستنا الى ثلاث فقرات ، ندرس في الفقرة الأولى نطاق ممارسة الدائن لحقه بشراء شيء من نفس نوع الالتزام الذي لم يف به المدين ، ونخصص الفقرة الثانية لدراسة نطاق ممارسة المقاصة القانونية ، في حين سنخصص الفقرة الثالثة لدراسة نطاق حق الإمكان القانوني في الرجوع عن الهبة .

أولاً : نطاق ممارسة الدائن لحقه بشراء شيء من نفس نوع الالتزام الذي لم يف به المدين

من بين حقوق الإمكان القانونية الممنوحة للدائن في إطار علاقة المديونية ، هو حقه بشراء شيء من نفس نوع محل الالتزام الذي لم يف به المدين من تلقاء نفسه ، وعلى نفقة ذلك المدين (١) ، وإذا كان هذا الحق بالإمكان القانوني الممنوح للدائن بإستيفاء حقه

(١) تنص المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي على " ١ _ اذا ورد الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينقل الحق الا بتعيين الشيء بالذات ٢ _ فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان

يلبي متطلبات العدالة العقدية في ضرورة استحقاق الدائن لحقه قبل المدين ، فأن ممارسة ذلك الحق لا يكون الا وفقاً لما رسمه المشرع ، هذا الأخير بعد أن أعطى الدائن ميزة شراء شيء من نفس نوع محل التزام المدين، فإنه اشترط على الدائن أن يستأذن المحكمة في الأحوال العادية ، أو بغير استئذنها في حالة الاستعجال ، من هنا لا يحق للدائن شراء شيء آخر على نفقة المدين الا بعد الحصول على إذن المحكمة بذلك طالما كانت الظروف طبيعية ولا يوجد ما يدعو الى الاستعجال من جانب الدائن ، أما بالنسبة الى مايتعلق بحالة تحقق صفة الاستعجال من عدمه فإنها تخضع لتقدير سلطة قاضي الموضوع (١) .

ثانياً : نطاق ممارسة المقاصة القانونية

تفترض المقاصة بشكل مسبق أن هناك شخصين يتصف كلاهما بصفة الدائن والمدين بنفس الوقت ، ومن ثم فأن الدينين سينقضيان دون الحاجة الى أن يدفع أيأ منهما الى الآخر الا إذا كان الدينين غير متساويين ، فأن الدين سينقضي بقدر الأقل منهما .

من هنا يبرز دور المقاصة باعتبارها وسيلة يتلافى بها الأطراف نفقات الوفاء وماينطوي عليه من جهد وخطورة ، من هنا وليبيان حق الإمكان القانوني في المقاصة فأننا سندرس تعريف المقاصة في الفقرة الاولى ، وبيان صور المقاصة في الفقرة الثانية .

١ : تعريف المقاصة

المقاصة في القانون المدني العراقي " إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه " (٢) .

يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذنها في حالة الاستعجال، كما انه يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض " .

(١) د. عبدالمجيد الحكيم ، د. عبدالباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، القانون المدني و أحكام الالتزام ، ج٢ ، ط٤ ، ٢٠١٠ ، ص٢٤ .

(٢) نص المادة (٤٠٨) من القانون المدني العراقي ، يقابل ذلك المادة (٣٦٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على " ١ _ للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، ولو اختلف

واضح من تعريف المشرع العراقي للمقاصة إنها لا تقوم الا إذا توفرت عدة متطلبات ، فالمقاصة كما بينا تقتض وجود علاقة مديونية سابقة بين الأطراف يكون كل طرف فيها حاملاً لصفة الدائن والمدين بنفس الوقت ، حيث عرفت المقاصة بإنها " طريق من طرق انقضاء الالتزام يتم فيها الانقضاء بتقابل دينين في ذمتي شخصين بحيث يكون كل منهما دائناً للآخر ومديناً له " (١) .

وبناءً على ذلك وبهدف التيسير على الأطراف شرعت المقاصة كوسيلة وفاء يتجنب من خلالها كل طرف أن يوفي بالدين الذي عليه للآخر طالما كان الدينان متساويين ، فإذا ما كان هنالك تفاوت بين الدينين فإنه ينقضي الدين بالقدر المتيقن منه وهو القدر الأقل ، ويكون واجباً على المدين أن يوفي بما تبقى في ذمته من دين بطريق الوفاء العادي (٢) .

وفي هذا الإطار تنص المادة (١٢٨٩) من القانون المدني الفرنسي على " إذا كان شخصان مديونين لبعضهما البعض ، تحصل بينهما مقاصة تسقط ديونهم على الوجه وفي الأحوال المبينة " (٣).

سبب الدينين ، إذا كان موضوع كلا منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كلا منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء " .

(١) د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ٤٤٧ .

(٢) د. محمد كمال عبدالعزيز ، مصدر سابق ، ص ٣١٣ .

(٣) [Article 1289](#) Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

٢ : صور المقاصة

للمقاصة بإعتبارها وسيلة لإنقضاء الالتزام نوعان، فهي إما أن تكون قانونية (جبرية) تقع بحكم القانون وضمن شروط معينة ، أو تكون مقاصة إختيارية بإتفاق الطرفين دون الحاجة الى توفر متطلبات معينة في الدين ، بل يكفي توافق الطرفين على إسقاط الديون المتقابلة بينهما .

وإذا كانت المقاصة ذات صورتين ، قانونية وإختيارية ، فالسؤال الذي يثار في هذا الخصوص هو : أياً من أنواع المقاصة يمكن إعتباره حق إمكان قانوني يبيح للشخص ميزة التأثير على المركز القانوني للغير دون أن يكون لهذا الغير سوى الخضوع والامتثال لما قد ينتج من أستعمال لهذا الحق من أثار قانونية ؟

للإجابة على ذلك نقول أن الأمر مرتبط بضرورة توفر عناصر حق الإمكان القانوني (القدرة ، الامتثال ، المصلحة) في أي وسيلة قانونية حتى يمكن إعتبارها مكنة قانونية . وبخصوص المقاصة فإنه ينبغي علينا التطرق لأنواع المقاصة للوقوف على مدى توفر هذه العناصر في كل نوع من أنواع المقاصة ، ومن ثم التعرف على مدى إمكانية إعتبار المقاصة بأنواعها حق إمكان قانوني من عدمه .

أ _ المقاصة القانونية

تُعرف المقاصة القانونية بأنها إنقضاء دينين متقابلين بين شخصين في حدود الأقل منهما بقوة القانون ومعنى ذلك أن القانون يفرضها بمجرد توافر جميع أركانها وشروطها وأسباب قيامها وبدون أن يكون لإرادة الطرفين أي دخل في قبولها أو رفضها ، أي إنها تقع جبراً وهي تمثل نوع من أنواع المقاصة والتي تقع بحكم القانون ، وتسمى بالمقاصة الجبرية

باعتبار إنها تقع بمجرد توفر شروطها القانونية من ضرورة كون الدينين متحدين جنساً وقوة وضعاً ووصفاً وحلولاً وبحكم القانون

والى ذلك ذهب المشرع الفرنسي في قانونه المدني ، فقد نصت المادة (١٢٩٠) على ان المقاصة القانونية تحدث بشكل تلقائي وبقوة القانون ، حتى بدون علم المدينين ، حيث يتم إطفاء الدينين بشكل متبادل وفي نفس الوقت الذي يحدث فيهما (١).

وإذا أمعنا النظر في المقاصة القانونية ، وخاصةً فيما يتعلق بضرورة التمسك بوقوعها من قبل الأطراف المتداينة ، فإننا سنرى وبوضوح أن المقاصة القانونية هي حق إمكان قانوني ، وذلك لتوفر كافة عناصر الأخير فيها ، فبالنسبة الى ما يتعلق بعنصر القدرة فهي متوفرة في المقاصة القانونية إذ يفترض بمن يتمسك بها أن تكون له الإرادة في التمسك بوقوعها ، أما بخصوص عنصر الامتثال ، فإنه وبمجرد تحقق شروط المقاصة القانونية وتمسك صاحبها بوقوعها فإنها ستقع بحكم القانون جبراً على الطرف الآخر ، من ثم لا يكون أمامه سوى الإمتثال لما ينتج لها من آثار قانونية ، وأما بخصوص عنصر المصلحة والتي هي علة استخدام حق الإمكان القانوني فهي الأخرى متوفرة في المقاصة القانونية ، فمن يتمسك بالمقاصة القانونية هو لا يفعل ذلك الا نتيجة كون التمسك بالمقاصة يحقق مصلحته والمتمثلة بإسقاط الدين الذي عليه ومن ثم التخلص من تكاليف ونفقات الوفاء . من هنا يمكنني القول إن المقاصة القانونية هي المجال الرحب لإعمال التمسك بحق الإمكان القانوني .

(١) Article ١٢٩٠ La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives

ب _ المقاصة الاتفاقية

إذا ما إختل شرط من شروط المقاصة القانونية فلا يكون أمام الأطراف المتداينة اللجوء الى الاتفاق على إجراء المقاصة ، من ثم فإن المقاصة الاتفاقية هي إتفاق الأطراف على إسقاط مابينهما من دين ، فلو كان أحد الدينين مستحق الأداء والدين المقابل له لم يكن كذلك ، بأن كان مؤجلاً فهذا لا يمكن إجراء المقاصة القانونية لتخلف شرط من شروط إجرائها بأن يكون كلا الدينين مستحق الأداء ، من ثم لا يكون أمام الطرفين سوى اللجوء الى المقاصة الاتفاقية (١) .

والمقاصة الاتفاقية بنظرنا ووفقاً لما تقدم فأنها لا تعد حق إمكان قانوني ، كون الأخير مقتصرأ على الأوضاع التي يكون مصدرها القانون فقط ، ذلك أن حق الأماكن القانوني يمنح صاحبه ميزة التأثير على المراكز القانونية للغير دون التوقف على أرادة ذلك الغير والذي لا يكون بوسعه سوى الخضوع لما يقرره صاحب الحق بالإمكان وهذا الأمر بطبيعة الحال لا يتفق مع المقاصة الاتفاقية والتي تقتضي بالضرورة موافقة الطرف الآخر .

أعطى المشرع لإطراف علاقة المديونية إذا ما كان هناك دينان متقابلان فيما بينهم إسقاط الدين المطلوب لاحدهم من غريمه في مقابلة الدين المطلوب من ذلك الشخص لغريمه ، فالمقاصة القانونية طريق من طرق إنقضاء الالتزام تقتضى وجود شخصين كل منهما دائن ومدين بنفس الوقت ، أي أن بين هذين الشخصين التزامين ، وبدلاً من ان يوفي كلا منهما بدينه الذي عليه للآخر ، فإن الالتزام سينقضي بالقدر الأقل منهما ، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه ، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ، ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاءً عادياً (٢) ، وإذا كانت المقاصة القانونية تعطي الحق لإطراف علاقة المديونية بإسقاط ما بينهم من ديون ، فإن إستعمال هذه الميزة القانونية لا

(١) د. عبد القادر الفار ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق، ص ٥٠ .

(٢) د. رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ٣٨٨ .

يتم الا ضمن النطاق الذي رسمه القانون ، فلكي تقع المقاصة قانوناً فإن هناك شروطاً ينبغي توافرها بالدينين الذين يراد إسقاطهما وهذه الشروط هي كالآتي :

١ _ التقابل بين الدينين

يجب لوقوع المقاصة القانونية أن يكون هناك دينين متقابلان ، ومعنى التقابل أن يكون كل شخص دائن ومدين للآخر في ذات الوقت وبذات الصفة ، وفي هذا الإطار تنص المادة (١٢٨٩) من القانون المدني الفرنسي على " إذا كان شخصان مديونين لبعضهما البعض ، تحصل بينهما مقاصة تسقط ديونهم على الوجه وفي الأحوال المبينة " (١) ، ولهذه الأسباب لاتجوز المقاصة القانونية إذا أصبح المدين دائناً لدائنه بعد إعلانه بحالة الحق ، كما لا تجوز المقاصة القانونية بين دين للمدين وحق للغير ، فلا يجوز للمدين ان يحتج بالمقاصة الا فيما يكون مستحقاً له في ذمة دائنه لا عما يكون في ذمة دائنه للغير ولو كان هذا الغير مديناً له ، كما لاتجوز المقاصة القانونية بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن ، ولكن يجوز للكفيل ان يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، ومتى وجد دينان متقابلان بالمعنى المتقدم وقعت المقاصة القانونية حتى ولو لم يكن المدين أهلاً للوفاء أو الدائن أهلاً للإستيفاء لأن المقاصة نوع من الوفاء الجبري يتم فيها وفاء دينين متقابلين ومتماثلين من ناحية الجنس والوصف ، ذلك ان المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين متقابلين صالحين للمطالبة القضائية ، وهي بهذا الوصف واقعة مادية لا تصرف قانوني (٢)

(١) [Article ١٢٨٩](#) Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

(٢) د. رمضان ابوالسعود ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٨٨ .

والى ذلك ذهب المشرع الفرنسي في قانونه المدني ، فقد نصت المادة (١٢٩٠) على ان المقاصة القانونية تحدث بشكل تلقائي وبقوة القانون ، حتى بدون علم المدينين ، حيث يتم إطفاء الدينين بشكل متبادل وفي نفس الوقت الذي يحدث فيهما (١) .

وبناءً على ما سبق ، فإنه يشترط لصحة وقوع المقاصة القانونية أن نكون إزاء شخصين يكون كل واحدٍ منهم حاملاً لصفة الدائن والمدين بصفة أصلية في نفس الوقت ، من ثم فإنه لا يمكن التمسك بالمقاصة إذا كان أحد المتقاصين دائناً بصفة غير أصلية بأن كان وصياً مثلاً (٢) .

٢ _ تماثل الدينين في المحل

يشترط لوقوع المقاصة القانونية أن يكون الدينين متماثلين من ناحية الجنس والوصف ، بأن يكونا من جنس واحد ونوعية واحدة والا فإن المقاصة القانونية لا تقع (٣) .

فالمقاصة لا تقع الا بين النقود وفيما بين المثليات ، ويشترط في المثليات التي تجري المقاصة بينها أن تتحد من النوع والجودة ، فإذا اختلف النوع لم تقع المقاصة ، فلا مقاصة بين التزام بتوريد قمح والالتزام مقابل توريد قطن مثلاً ، ويجب فضلاً عن ذلك اتحاد المحلين في الصنف أي درجة الجودة ، والا أمتعت المقاصة ، حيث لا تقع المقاصة بين غير النقود والمثليات نوعاً وجودة ، فلا مقاصة بين التزام بعمل وان تماثلاً ، ولا بين التزام بإمتناع وآخر ، ولا بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل (٤) .

٣ _ صلاحية الدينين للمطالبة القضائية

(١) Article ١٢٩٠ La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives

(٢) د. محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة وهبة للطباعة والنشر ، ٢٠٠٣ ، ص ٣١٣ .

(٣) نصت المادة (٢/٤٠٩) "من القانون المدني العراقي ويشترط لحصول المقاصة الجبرية لاتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلواً وقوة وضعفاً...."

(٤) د. عبدالمجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ٢٩٢ _ ٢٩٣ .

يفترض لصحة المقاصة القانونية أن يكون كلاً من الدينين صالحاً للمطالبة به أمام القضاء ، من ثم لا تقع المقاصة بين دينين أحدهما التزاماً طبيعياً ، كون الأخير قائم على أساس عدم الإجماع القانوني فيكون حقاً طبيعياً للدائن ، وبالتالي لا تصح المطالبة به (١) ، ومثال ذلك كأن يكون قد مضى مدة التقادم على الدين ، فلا تصح المقاصة به لعدم صحة تلك المطالبة إذا ما وقعت ، لأنه سيكون عندئذ التزاماً طبيعياً على المدين، أما إذا كان الدينان قد مضت عليهما مدة التقادم ، ففي هذه الحالة يسقط الدينان معاً بالتقادم وليس بالمقاصة (٢) .

٤ _ خلو الدينين من النزاع

المقاصة القانونية هي وسيلة وفاء إجباري ، من ثم فإن المدين غير مجبر على الوفاء إذا ما كان الدين الذي في ذمته متنازع عليه أو غير ثابت في ذمته (٣) .

والدين يكون خالياً من النزاع إذا كان مؤكداً في وجوده ومحدد في مقداره ، وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان الدين معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو كان الدين مستقبلاً أو احتمالياً حيث يعد مثل هذا الدين غير مؤكد في وجوده فلا يصلح للمقاصة مع دين آخر مؤكد الوجود ، وفيما يتعلق بالنزاع الذي يحول دون وقوع المقاصة فإنه يشترط به أن يكون جدياً ، وذلك للحيلولة دون إثارة المدين لمنازعة مصطنعة في دين ثابت حتى يحول دون وقوع المقاصة (٤) .

٥ _ أن يكون الدينان قابليين للحجز

لا تقع المقاصة القانونية الا بين دينين قابليين للحجز ، ذلك ان المقاصة كما بينا سابقاً وسيلة وفاء إجبارية، والدين الغير قابل للحجز عليه لا يمكن إجبار صاحبه على الوفاء به ،

(١) د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ط١، دار الثقافة ، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٦٤ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص ٨٩٣ .

(٣) د. عبدالقادر الفار ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٤) د. رمضان ابوالسعود ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٨٩ .

من ثم إذا ما كان أحد الدينين يتعلق بالأوراق التجارية القابلة للتداول كالحوالة والكمبيالة وغيرها فهذا لا يمكن للمدين بها أن يتمسك بالمقاصة ، بإعتبار انها من الديون التي لا يمكن الحجز عليها " لا يجوز حجز او بيع الأموال المبينة ادناه لقاء الدين .. حادي عشر _ السفاتج وسندات الأمر وسائر الأوراق التجارية القابلة للتداول " (١) .

كذلك الحال مع حق النفقة فهو لا يصلح للمقاصة القانونية ، فإذا أقرض زوج زوجته مبلغاً ثم حكم لها بالنفقة عليه فلا مقاصة بين دين الزوج الناشئ عن القرض ودين النفقة الواجب عليه ، كذلك لا تجوز المقاصة بين أجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل .

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز وقوع المقاصة القانونية على إطلاقها الا في ثلاث حالات تمتنع فيها المقاصة (٢) وهي كالآتي :

أ _ الغصب : فإذا ما أعتصب الشيء من صاحبه فلا يمكن للغاصب ان يطالب بالتمسك بالمقاصة بين الشيء الذي في حيازته والدين الذي على المغصوب منه ، كون أن حيازته هي حيازة غير قانونية ، من ثم فإنه يمتنع عليه المطالبة بالمقاصة . ب _ طلب إعادة الوديعة والقرض ، وفقاً لنص المادة (١٢٩٣) من القانون المدني الفرنسي فإنه لا يحق المطالبة بوقوع المقاصة إذا كان المال الموجود لدى أحد الأطراف هو نتيجة قرض او وديعة . ج _ إذا كان الدين ناتجاً عن نفقة معفاة من الحجز .

(١) نص المادة (٦٢) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ .

(٢) [Article ١٢٩٣](#) La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas:

°١ De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé;

°٢ De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage;

°٣ D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

ثالثاً : نطاق حق الإمكان القانوني في الرجوع عن الهبة

من حقوق الإمكان القانونية الممنوحة للمدين في إطار علاقة المديونية هو حق الإمكان القانوني الممنوح للواهب ، حيث يكون للأخير أن يرجع في هبته حتى مع عدم رضا الموهوب له (١) .

فالهبة هي عقد من العقود التي خصها المشرع العراقي بتنظيم خاص بها ، فهي من العقود المسماة فيه ، تتم ما بين الأحياء وبدون عوض إذ إن نية الواهب هي التبرع لا المعاوضة ، فعرف المشرع العراقي الهبة بأنها " تملك مال لآخر بلا عوض " ، في حين عرفها المشرع الفرنسي بأنها " تصرف بين الأحياء يتخلل بمقتضاه الواهب ، حالاً وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي يقبلها " (٢) .

والهبة بهذا الوصف هي عقد ملزم لجانب واحد وهو الواهب ، حيث يلتزم الأخير بنقل ملكية الموهوب الى الموهوب له ولا يكون على الأخير أي التزام ، إلا إن الهبة قد تكون بعوض ويكون ذلك في الحالات التي يشترط فيها الواهب الحصول على عوض مقابل ما يوهبه للغير فيكون لهذا المقابل الدور الكبير في تكييف العقد ، إذ سيكون العقد معاوضة إذا ما كان المقابل ذو قيمة مقاربة لقيمة الموهوب ، أما إذا كان الموهوب ذو قيمة كبيرة بحيث لا يقارن مع العوض الذي يدفعه الموهوب له كنا أزاء عقد هبة ، وهنا لا يمكن للواهب إذا ما قبض العوض أن يرجع عن هبته ولو كان العوض أقل بكثير من الموهوب به (٣) .

(١) تنص المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي على " للواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع " ، يقابلها نص المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على " ١- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك . ٢- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبولاً ولم يوجد مانع من الرجوع " .

(٢) تنص المادة (٨٩٤) من القانون المدني الفرنسي على

“ la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se _depouille actuellement et irrevocablement de la chose donnee en faveur du donataire qui laccepte “

(٣) د . حسين عامر ، إلغاء العقد ، ط ١ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص ٢٩١ .

ولبيان مفهوم حق الإمكان القانوني للواهب في الرجوع عن الهبة ، سنقسم دراستنا في هذا الفرع على قسمين ، ندرس في الفقرة الاولى تعريف حق الرجوع عن الهبة ، بينما نخصص الفقرة الثانية لدراسة الشروط القانونية للرجوع عن الهبة .

١ : تعريف حق الرجوع عن الهبة

يعرف حق الرجوع في الهبة بأنه نقض العقد القابل لذلك بالارادة المنفردة للواهب ، ويكون الرجوع بالقول أو قد يكون بالفعل (١).

من هنا يمكننا أن نعرف الرجوع في الهبة بأنه (مكنة قانونية تتيح للواهب الرجوع في ما وهبه للغير وذلك بقبول الموهوب له على حل الرابطة العقدية التي بينهما ، أو بدون قبول الموهوب له شريطة أن يكون هناك عذر مقبول للرجوع وعدم وجود ما يمنع ذلك) .

وقد أشار المشرع العراقي الى أن " للواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع " (٢) .

يتضح من خلال نص المشرع العراقي أعلاه ان الواهب يمكن أن يرجع في هبته وفق المشرع العراقي في حالتين :

أ _ الرجوع التوافقي

يكون للواهب وفق التشريع العراقي وبدون الحاجة الى أي شروط ، الرجوع في الهبة طالما كان ذلك بموافقة الموهوب له ويكون التراضي هنا بإيجاب وقبول جديدين ما بين

(١) د. علي بن محمد بن رمضان الرشيدي ، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٨٥ .

(٢) نص المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي . يقابلها نص المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصري والتي تنص على " ١ _ يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك. ٢ _ فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبولا ولم يوجد مانع من الرجوع.

الواهب والموهوب له ، وبذلك فأن توافق الرجوع في الهبة يختلف عن التوافق الذي أنعقدت به الهبة (١) .

ب _ الرجوع القضائي

الهبة هي إضافة عناصر إيجابية في الذمة المالية للموهوب له ، ومن ثم فأن موافقة الموهوب له على الرجوع في الهبة هو أمر مستبعد ، فإذا ما كان الأمر كذلك فإنه لا يكون أمام الواهب في هذه الحالة الا اللجوء الى القضاء من أجل فسخ عقد الهبة ، وذلك لا يكون ممكناً إذا ما وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة أو في حالة عدم وجود عذر مشروع

(١) كانت مجلة الأحكام العدلية تفرق بين الرجوع في حالة عدم قبض الموهوب والرجوع في حالة قبض الموهوب ، ففي الحالة الأولى يكون بإمكان الواهب أن يرجع في هبته مطلقاً بدون تقيد حقه هذا بأي شرط ، فسواء قبل الموهوب له أو لم يقبل ، إذ تنص المادة (٨٦٢) من مجلة الاحكام العدلية على " للواهب أن يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له " ، أما الحالة الثانية فلا يمكن للواهب أن يرجع في هبته الا بموافقة الموهوب له أو حكم من المحكمة ، ويكون ذلك في حالة قبض الموهوب إذ تنص المادة (٨٦٤) من مجلة الاحكام العدلية على " للواهب ان يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضى الموهوب له وان لم يرضى الموهوب له راجع الواهب الحاكم ، وللحاكم فسخ الهبة إن لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع .. " . ويرجع سبب التفرقة بين قبض الموهوب له للموهب أو عدم قبضه إلى إنه في حالة قبض الموهوب له للشئ الموهوب يكون الأخير ملكاً خالصاً للموهوب له فلا يمكن الرد الا بموافقة ، بعكس الحال عند عدم قبض الموهوب من قبل الموهوب له ، فلا يكون الموهوب قد دخل في ملكية الموهوب له من ثم لا يتوقف الرد على موافقته ، للمزيد حول ذلك أنظر د . منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة العاني ، ١٩٤٩ ، ص ٢٤١ . ولا أهمية للتفرقة أعلاه في التشريع العراقي ، ذلك ان عقد الهبة هو عقد ينشأ بالإيجاب والقبول غير إنه لا يتم الا بالقبض أو ما يحل محل القبض ، ففي المنقول لا تتم الهبة الا بالقبض إذ تنص المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي على " ١ _ لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة " وفي العقار يلزم التسجيل لإتمام العقد إذ تنص المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي على " اذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة " . في حين أجاز المشرع المصري للهبة في المنقول أن تتم بالشكلية أو القبض خلافاً لما هو وارد في المشرع العراقي ، حيث نصت المادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري على " ١ _ تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢ _ ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية " .

للوأهب يمكنه من الرجوع في هبته " للأهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فإن لم يرض كان للأهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع " (١) .

٢ : الشروط القانونية للرجوع عن الهبة

بينما أن الوأهب لا يحتاج إلى تحقيق أي شروط لإستخدام مكنته في الرجوع عن الهبة طالما كان ذلك الرجوع بالاتفاق مع الموهوب له ، لكن الأمر يختلف في حالة عدم موافقة الموهوب له على رجوع الوأهب في الهبة وهو التصرف المتوقع من الموهوب له ، فلا يكون أمام الوأهب في هذه الحالة أن يرجع في هبته إلا عن طريق القضاء ، إذ يتوجب على الوأهب لتحقيق ذلك أن يتقدم بطلب إلى المحكمة المختصة لفسخ عقد الهبة وإعادة الموهوب به إلى الوأهب ، والمحكمة لا يسعها أن تحكم بذلك إلا عند تحقق شرطين هما : أن يكون للأهب سبب أو عذر مشروع يبيح له طلب الرجوع في الهبة وأن لا يكون هناك ما يمنع ذلك ، حيث تنص المادة (٦٢٠) على " للأهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فإن لم يرض كان للأهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع " .

أما لدى المشرع الفرنسي فأن الأصل فيه هو أن يكون عقد الهبة عقداً لازماً لا يمكن الرجوع فيه ، وهذه هي القاعدة العامة لدى المشرع الفرنسي ، ويكون للأهب أن يرجع في الهبة إستثنائاً إذا ما كانت الهبة بين زوجين وفقاً لما هو موجود في نص المادة (١٠٩٦) من القانون المدني الفرنسي (٢) ، أو إذا تحققت حالة من الحالات الواردة في المادة (٩٥٣) من القانون المدني الفرنسي ، وتتمثل هذه الحالات بطبيعة الحال حول نكران الجميل من

(١) نص المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي .

(٢) [Article ١٠٩٦](#) La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable.

قبل الموهوب له أو ظهور الأطفال لدى جانب الواهب ، او عدم تطبيق الشروط التي وضعها الواهب (١) .

وبذلك يكون الرجوع عن الهبة لا يكون مطلقاً ، حيث ان رجوع الواهب لا يكون الا وفقاً لما هو مرسوم له في القانون ووفق الشروط المحددة بذلك (٢)، وهذه الشروط هي :

أ _ إذا تحقق سبب مقبول . ب _ إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع ، فإذا تحقق للواهب هذان الشرطان معاً كان له ان يتقدم بطلب الى المحكمة المختصة بذلك طالباً فيه فسخ عقد الهبة وإعادة الموهوب له . ولبيان ذلك سنتطرق الى هذين الشرطين تالياً :

١ _ العذر المقبول

لا يكون الرجوع في الهبة مباحاً أمام رغبة الواهب عند رفض الموهوب له ذلك إلا أن يكون هناك سبب مقبول يبرر رجوعه ، والمشرع العراقي في هذا الصدد نراه قد راعى مصلحة الطرفين عندما قيد مكنة الرجوع بالعذر المقبول ، فقد راعى مصلحة الواهب خاصة عندما تستجد ظروف تثقل كاهله ، أو لا يقوم الموهوب له بما هو واجب عليه تجاه الواهب ، فالأخير وان لم يكن طالباً للعوّض من قبل الموهوب له بإعتبار ان نيته هي التبرع ، إلا إنه لا ينتظر في نفس الوقت أن لا يقوم الموهوب له بما هو واجب عليه تجاه الواهب ، هذا

(١) [Article ٩٥٣](#) La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants

(٢) نصت المادة (٦٢٠) من القانون المدني العراقي "لواهب ان يرجع في الهبة برضاء الموهوب، فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع"

من جانب ، ومن جانب آخر نرى أن المشرع قد راعى مصلحة الموهوب له بأن لا يكون الرجوع سلطة مطلقة بيد الواهب يستخدمها كيفما شاء .

والمشرع العراقي قد ذكر أسباب الرجوع التي تبيح للواهب مكنة الرجوع في الهبة حيث نصت المادة (٦٢١) على جملة منها (١) .

ومن خلال النص المادة(٦٢١) يتبين لنا جلياً بأن المشرع العراقي قد ذكر أسباب أو أعذار الرجوع على سبيل المثال لا الحصر ، ويظهر ذلك من استخدامه لعبارة " يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة " (٢) ، وحسناً فعل المشرع العراقي بعدم ذكر هذه الحالات على سبيل الحصر ، ليعطي سلطة تقديرية أوسع للقاضي من أجل أن يحكم بما يراه مناسباً وفقاً لحالة الطرفين .

٢ _ عدم وجود ما يمنع الرجوع

لا يكفي العذر المشروع لوحده لكي يكون الأساس الذي يستند عليه الواهب في الرجوع عن هبته ، بل يشترط فوق ذلك ان يكون العذر المشروع مقترناً بشرط عدم وجود ما يمنع الرجوع (٣) ، ذلك ان هناك موانع عدة لا يمكن مع تحققها للواهب أن يرجع في هبته ، وهذه الموانع يمكن تقسيمها الى قسمين :

(١) تنص المادة (٦٢١) من القانون المدني العراقي على " يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة : أ - ان يخل الموهوب له اخلاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحوداً غليظاً . ب - ان يصبح الواهب عاجزاً عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية او ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير . ج - ان يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يبقى حياً الى وقت الرجوع، او ان يكون للواهب ولداً يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي . د - ان يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول " .

(٢) والتي أستخدمها عند إستهلاله لنص المادة (٦٢١) من القانون المدني العراقي . وهو أيضاً موقف المشرع المصري الذي أشار في بداية المادة (٥٠١) منه إلى إنه يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة ، وهذه العبارة تشير وبشكل مؤكد إلى إن المشرع المصري إنما أراد بما ذكره من أعذار مثلاً لما يمكن إعتباره عذراً مقبولاً .

(٣) تنص المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي على " يمنع الرجوع في الهبة : أن يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع. ب - ان يموت احد المتعاقدين. ج - ان يتصرف الموهوب له تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً فإذا اقتصر التصرف في بعض الموهوب، جاز للواهب ان يرجع في الباقي. د - ان تكون الهبة

أ - وتشمل تلك الموانع التي تتبع الهبة وتصدر معها ، ومن ثم فإنه يتعذر على الواهب ان يرجع بها طالما أن سبب المنع متحقق بصدور الهبة ، فالهبة بين الأزواج تعتبر هبة نافذة ولازمة ولا يجوز الرجوع فيها وأن وقعت الفرقة بعد ذلك ، وهدف المشرع العراقي من ذلك هو الحفاظ على العلاقة الزوجية ومن أجل ان لا يكون الرجوع في الهبة سبباً للتفريق بين الزوجين .

وهذا الحكم هو خلاف ما هو موجود لدى التشريع الفرنسي ، إذ إن الهبة بين الأزواج في القانون الفرنسي تعتبر إستثناءً من الأصل الذي يعتبر الهبة من العقود اللازمة ، ومن ثم فإن الهبة بين الأزواج في القانون الفرنسي يجوز الرجوع فيها ، إذ تنص المادة (١٠٩٦) من القانون المدني الفرنسي على " جميع الهبات التي تتم بين الزوجين حال قيام الزوجية تكون قابلة للرجوع في جميع الأحوال " (١).

ومن موانع الرجوع أيضاً ، أن يكون الموهوب له ذي رحم محرم ، وهذا المانع يرجع الى قول النبي (ﷺ) (إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها) ، من ثم فإنه يتمتع على الواهب ان يرجع في الهبة إذا كان الموهوب له من أقاربه ، والمقصود بالقرابة هنا هي ماتحرم التزاوج ، وفلسفة المشرع في منع الرجوع بين الأقارب هو للمحافظة على أواصر

من احد الزوجين للآخر ، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة . ه - ان تكون الهبة لذي رحم محرم. و - ان يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله او بسبب اجنبي او بسبب الاستعمال، فإذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي، وكذلك اذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به اسمه كالحنطة اذا طحنت دقيقاً . ز - ان يعطي للهبة عوض يقبضه الواهب بشرط ان يكون العوض بعض الموهوب، فإذا كان العوض بعض الموهوب فللواهب ان يرجع في الباقي واذا استحق العوض عاد حق الرجوع . ح - ان يهب الدائن الدين للمدين. ط - ان تكون الهبة صدقة" .

(١) ويرجع هذا الحكم وفقاً لرأي فقهي الى ان ما دعا المشرع في فرنسا الى اعتبار الهبة بين الأزواج قابلة للرجوع هو أخذه بنية الأطراف ، حيث رأى بأن النية في الهبة في مثل هذا النوع من العلاقات هي الا يلزم الواهب نفسه بما وهبه بشكل نهائي . للمزيد حول ذلك أنظر د . حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، الشركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٥٦ .

القربة وعدم تفكك المجتمع ذلك ان الرجوع في مثل هذه الحالات يؤدي الى قطع صلة القربة (١) .

كذلك منع المشرع العراقي الواهب من الرجوع في الهبة ، إذا كانت الهبة صدقة يسعى من ورائها التقرب الى الله عز وجل (٢) ، كذلك يتمتع على الواهب الرجوع في الهبة إذا ما كان الموهوب له هو مدينه ، فهنا يكون الواهب قد أبرء الموهوب له وهو المدين من الدين الذي عليه فلا يكون له بعد ذلك أن يرجع بما إبراءه من دين (٣) ، كما يتمتع على الواهب الرجوع في الهبة في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض ، شريطة ان يكون ذلك العوض بعض الموهوب ، فإذا كان كذلك فإنه يتمتع عليه الرجوع وله أن يرجع فيما تبقى منه ، ذلك ان الواهب بقبضه للعوض وكون الأخير بعض الموهوب فإنه يكون قد أخذ غرضه الذي أرتضاه عن الهبة .

ب _ موانع تطراً بعد صدور الهبة

قد تصدر الهبة ولا يوجد ما يمنع من رجوع الواهب عنها وقت صدورها ، فيكون للواهب أن يرجع بما وهبه طالما كان له عذر مشروع يبرر له الرجوع ، إلا إنه قد تستجد ظروف معينة تمنع الواهب من الرجوع هذه الظروف قد تتعلق بالشئ الموهوب به ، كما لو حصلت زيادة متصلة للموهوب به تزيد من قيمته ، وعلة هذا الحكم واضحة ، فمع حصول الزيادة لا يمكن إعادة الحال الى ما كان عليه ، ذلك ان الهبة لم ترد على الزيادة ومن ثم فإنه لا يمكن أن تُرد الهبة بدون الزيادة وطالما ان الأخيرة لا يمكن ان تُرد فإنه يتعذر

(١) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام _ تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط ١ ، الناشر دار الجيل ، ١٩٩١ ، ص ٤٠٩ .

(٢) حسناً فعل المشرع العراقي عندما أكتفى بالنص على أن الرجوع في الهبة ممتنع في حالة كون الهبة صدقة ، دون الإشارة الى القبض كما فعلت ذلك مجلة الأحكام العدلية بالمادة (٨٧٤) حيث نصت المادة سالف الذكر على " لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه " ذلك أن الصدقة لا تتحقق أصلاً إلا بعد تقديم المال الى الغير .

(٣) د. مصطفى الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج ١ ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٤٣ .

الرجوع في الهبة . أو يحصل أن يتم التصرف بالشيء الموهوب به تصرفاً ناقلاً للملكية ، كما لو باع الموهوب له الشيء الموهوب به الى الغير فهنا لا يحق للواهب ان يرجع بالهبة وأن عاد الموهوب به الى ملكية الموهوب له ، فلو حصل ان تم إقالة للعقد الذي تصرف بموجبه الموهوب له بالشيء الموهوب به الى الغير وعاد الموهوب به الى الموهوب له فإنه يتمتع على الواهب أن يرجع على الموهوب له ، ذلك ان الموهوب له سيكون حينها في حكم المشتري ، أو يحصل ان يهلك الموهوب به بيد الموهوب له سواء كان ذلك الهلاك بسبب أجنبي أو بسببه ، فإذا هلك الموهوب به في جزء منه جاز للواهب ان يرجع بما تبقى منه، ولا يكون للواهب أن يضمن الموهوب له ، لان الأخير يعتبر مالكا للشيء الموهوب به وقت هلاكه .

أو قد لا تتعلق الظروف المستجدة بالشيء الموهوب به ، كما في الصور التي ذكرناها أعلاه ، وإنما قد تتعلق الظروف بإحد المتعاقدين ، فإذا ما توفي أحد المتعاقدين في عقد الهبة سواء كان الواهب او الموهوب له ، فأن حق الرجوع سيبطل ولا يكون بمتسع الورثة ان يطالبوا بالرجعة ، بإعتبار ان حق الرجعة حق شخصي يتعلق بشخص الواهب وهو لا ينتقل تبعاً لذلك بالموت (١) .

وإذا كان للواهب أن يرجع في هبته إذا ما رزق بولد ظل حيّ لحين الرجوع في الهبة ، فأن ذلك لا يشمل حالة إذا ما كان للواهب ولد وقت الهبة ثم رزق ولداً بعد ذلك فليس له الرجوع ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية : بأن المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصري تشترط للرجوع في الهبة ان يستند الواهب في الرجوع الى عذر يقبله القاضي ، فإذا كان ماتعل به الواهب لتبرير حقه في الرجوع عن تنازله عن الأجرة من وقوعه في غلط قد ثبت فساده ، لكون ما يدعيه من دين الأجر غير قابل للإنقسام غير

(١) د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١٥٨ .

صحيح في القانون ، لأن دين الأجرة وأن كان أصلاً للمورث الا إنه ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (١) .

فإذا ما أستعمل صاحب حق الإمكان القانوني هنا وهو الواهب حقه في الرجوع في الهبة ، وتقدم بطلب الى المحكمة بذلك ، فلها بعد التأكد من مطابقة الطلب للشروط القانونية ان تحكم بفسخ العقد ، وهو موقف مطابق لما اتجه إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص إعتبار الحكم هنا فسخاً إذا ما تم بمعية القضاء (٢) .

لدى التشريع الفرنسي ترتيب آخر فيما يتعلق بالرجوع في الهبة ، فالأصل لدى هذا التشريع هو عدم جواز الرجوع في الهبة ، ومن ثم فإن عقد الهبة إذا تم بالشكل الذي يتطلبه القانون يكون لازماً الا في ثلاث حالات تم التطرق لهن في نص المادة (٩٥٣) بالإضافة الى حالة أخرى أشارت إليها نص المادة (١٠٩٦) من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالرجوع في الهبة بين الأزواج ، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نقسم حالات حقوق الإمكان الممنوحة للواهب في الرجوع عن الهبة الى قسمين ، وكالاتي :

١ _ حق الإمكان القانوني في الرجوع عن الهبة وفق ما ذكرته المادة (٩٥٣) من القانون المدني الفرنسي (٣)، حيث أجازت المادة سالفه الذكر للواهب ان يرجع في هبته إذا تحققت حالة من حالات الرجوع وهي :

أ _ في حالة عدم تطبيق الشروط الواردة في عقد الهبة وذلك في حالة الهبة المشروطة .

ب _ نكران الجميل من قبل الموهوب له .

ج _ في حالة ظهور الأطفال للواهب .

(١) د. حسن محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٦ .

(٢) د. وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠١٠ ، ص ٤١٢ .

(٣) [Article ٩٥٣](#) La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants.

٢ - حق الإمكان القانوني في الرجوع عن الهبة بين الأزواج وفق مذكرته المادة (١٠٩٦) من القانون المدني الفرنسي (١) ، حيث أجازت المادة أعلاه وخلافاً لما هو موجود في التشريعات العربية الرجوع في الهبة بين الأزواج ، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خالف ما هو مستقر عليه في التشريعات العربية ومنها العراق ، حيث منعت المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي الرجوع في الهبة بين الأزواج ولو وقعت الفرقة بينهما بعد عقد الهبة (٢) ، كذلك فعل المشرع المصري ، والذي اعتبر في المادة (٥٠٢) من قانونه المدني الزوجية مانعاً من موانع الرجوع في الهبة (٣) .

وأساس لزوم عقد الهبة في التشريعات العربية وعدم إمكانية الرجوع فيها من قبل الواهب إذا كانت الهبة بين الأزواج يرجع الى الرغبة من قبل تلك التشريعات في الحض على تقوية رباط الزوجية ، ومنع أحد الزوجين من الإقدام على ما يسيئ للآخر ، وأما أساس عدم الرجوع في الهبة بين الأزواج بعد إنقضاء رابطة الزوجية ، فيمكن في أن تمام الهبة أثناء قيام الزوجية كان فيه دلالة واضحة على أن الواهب لم يكن مقصوده العوض ، وإنما كانت الزوجية مانعاً من موانع الرجوع في الهبة ، لأن من الزوجية نظير القرابة القريبة ، ولهذا يتعلق بها توارث بين الجانبين بغير حجب ، فاقضى ذلك أن يجري مكرمي الررم المكرم في منع الواهب من الرجوع في الهبة ، وأيضاً فأن الواهب منهما كان زوجاً للآخر وقت الهبة كان مقصوده الاحسان ، فأمتنع الرجوع لذلك ، بخلاف لو كان الواهب

(١) [Article ١٠٩٦](#) La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable. La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les [articles ٩٥٣ à ٩٥٨](#). Les donations faites entre époux de biens présents ou de biens à venir ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants

(٢) تنص المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي على " يمنع الرجوع في الهبة :

د - ان تكون الهبة من احد الزوجين للآخر ، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة " .

(٣) تنص المادة (٥٠٢) من القانون المدني المصري على " يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية " .

منهما أجنبياً وقت الهبة ، فأن مقصوده غالباً ما يكون عوضاً مادياً ، فإذا لم يعوض كان له أن يرجع^(١) .

الفرع الثاني

في نطاق الحقوق العينية

لا تختلف حقوق الإمكان القانونية الممنوحة في إطار الحقوق العينية عن تلك الممنوحة في إطار الحقوق الشخصية من حيث ضرورة عدم تجاوز النطاق المرسوم في إستعمالها ، لا بل يمكننا القول : ان المشرع غالباً ما يتشدد بالإجراءات المتبعة بشأن حقوق الإمكان القانونية الواردة في إطار الحقوق العينية ، كون أن هذه الحقوق ترتب نتائج خطيرة .^(٢)

من هنا ولبيان نطاق ممارسة أو إستعمال حقوق الإمكان القانونية الواردة في إطار الحقوق العينية فإنني سأقسم دراستي إلى فقرتين ، أدرس أولاً : نطاق ممارسة الشفيع لحقه بالإمكان القانوني ، بينما سأخصص ثانياً : لدراسة نطاق ممارسة الدائن المرتهن لميزتي التقدم والتتبع .

أولاً : نطاق ممارسة الشفيع لحقه بالإمكان القانوني

الشفعة هي إحدى طرق التملك التي بمقتضاها يحق لصاحب ملك عقاري ، بصفته شريكاً ، أخذ المبيع من المشتري مقابل دفع الثمن والرسوم والمصاريف ، والشفعة بهذا الوصف حق إمكان قانوني لانه يعطي الحرية امام الشفيع في تملك المبيع من عدمه دون توقف على إرادة الغير ، ونتيجة لذلك يوصف حق الشفعة بأنه حق ضعيف ، وارد على خلاف القياس ، نظراً لما فيه من تقييد لحرية التملك والتعاقد وحق الملكية^(٣) .

(١) د. حسن محمد بودي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية الحق ، ط٢ ، مطبعة النهضة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٢٩ .

(٣) د. خليل جريح ، الرسالة العلمية في الشفعة ، مطبعة جان دارك ، بيروت ، ١٩٤٧ ، ص ١١ .

وللوقوف على مفهوم الشفعة ، سنقسم دراستنا على قسمين ، ندرس في الفقرة الاولى
: تعريف الشفعة ، بينما نخصص الفقرة الثانية لدراسة: أصحاب حق الشفعة ومراتبهم .

١: تعريف الشفعة

قد عرفها الفقهاء بإنها (حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري
بما قام عليه من الثمن)^(١) .

كما تم تعريف الشفعة بإنها حق يثبت للشفيع جبراً وبالقوة دون إرادة الطرف الثاني
(البائع الأصلي) وله ان ينتزع المشفوع فيه أو حصة شريكه التي باعها لشخص أجنبي^(٢)
.

ويعرفها جمهور المشرعين الفرنسيين بإنها " حق اخذ صفقة الغير والحلول محله فيها
" ، فإذا كام لشخص عقار وأجرى بيعه فان الشارع يرى ان بعض الناس أولى من البعض
بشرائه ومادام ان البائع لا غاية له من البيع الا الحصول على الثمن ولا فرق بين ان يدفعه
شخص أو آخر "^(٣) .

أما المشرع العراقي فقد عرفها بإنها " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً
على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة "^(٤) .

(١) نص المادة (٩٥) من مرشد الحيوان .

(٢) د. نعيم عبدالوهاب المصري ، شفعة الجوار ، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر ، مجلد ١٢ ، ع ١ ، ٢٠١٠ ،
ص ٤ .

(٣) علي العربي ، الشفعة في القوانين المصرية ، ط ١ ، القاهرة ، ص ٢ .

(٤) نص المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي . من خلال هذه التعاريف للشفعة ، يتضح لنا إنها تتميز بجملة من
الخصائص وهي _
أ_ حق استثنائي

تعد الشفعة حقاً استثنائياً ، فهي تثبت خلاف الأصل لأنها تؤدي الى ان يملك صاحب حق الإمكان للمبيع جبراً
على المشتري ، فوفقاً للقواعد العامة لايجوز تملك ملك الغير دون رضاه ، وباعتبار ان حق الشفعة حق استثنائي فإنه لا
يمكن التوسع بإحكامها خاصة من حيث التفسير .

ب _ حق غير قابل للتجزئة

والذي يلاحظ على موقف المشرع العراقي إنه قد عرف الشفعة بأنها حق ، وهو رأي الإتجاه الغالب في الفقه ، في حين ذهب إتجاه ثاني إلى تعريف الشفعة بأنها رخصة ، وهو موقف المشرع المصري حيث عرف الشفعة بأنها " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية " (١) .

أما المشرع الفرنسي فقد تناول حق الشفعة في المواد من (٢١٠_١ L) الى (٢٤٠_٣ L) ، تحت عنوان الشفعة وإحتياجات الأرض ، الا إنه لم يعط تعريفاً محدداً لحق الشفعة ليكتفي بالإشارة الى إنه حق أولوية في تملك الحقوق والعقارات وفق الشروط والحدود التي وضعها ، كما إنه (المشرع الفرنسي) قد أعطى بالمادة (٢١١_٥ L) من قانونه المدني للبائع الحق بعرض العقار المملوك له على الشفيع لغرض تملكه وبالسعر المحدد من قبله ويجب هنا على الشفيع ان يعلن عن رغبته خلال شهرين من الاقتراح المذكور والا فلا يستفيد الشفيع من حقه بالشفعة (٢)

الشفعة من الحقوق التي لا يمكن تجزئتها ، فإذا ما ثبت للشفيع الحق بالأخذ بالشفعة فلا يمكنه بعد ذلك أن يأخذ بجزء ويترك الباقي والا كان ذلك تفريق للصفقة وإضراراً بالمشتري ، ولا تكون التجزئة في الشفعة جائزة الا إذا اتحد البائع وتعدد المشترون ، فيكون للشفيع أن يأخذ نصيب أحد هؤلاء المشترون دون غيرهم .
جـ_ حق قابل للإرث

إذا ما ثبتت الشفعة كحق إمكان قانون للشفيع فإنها لا تسقط بوفاة أحد أشخاصها ، سواء مات البائع أو المشتري أو حتى الشفيع ، ومن ثم فإنها لا تتعلق بإشخاصها ، فتنتقل بذلك الى الورثة.
د _ حق لا يجوز التصرف فيه للغير

قلنا ان حق الشفعة هو حق أستثنائي ، وطالما كان كذلك فإنه حق لا يمكن التوسع فيه ، ومن مضامين ذلك هو عدم إجازة التصرف في حق الشفعة ، فالأخيرة إنما يمنحها المشرع لاعتبارات معينة يرى من خلالها ان بعض المشتريين أولى من البعض الآخر ، وطالما كانت الشفعة كذلك فإنه متى ما ثبتت للشفيع فلا يمكن له ان يبيعها أو يتنازل عنها للغير .

(١) نص المادة (٩٣٥) من القانون المدني المصري .

(٢) [Article L211-5](#) Tout propriétaire d'un bien soumis au droit de préemption peut proposer au titulaire de ce droit l'acquisition de ce bien, en indiquant le prix qu'il en demande. Le titulaire doit se prononcer dans un délai de deux mois à compter de ladite proposition dont copie doit être transmise par le maire au directeur départemental des finances publiques.

فإذا ما تصرف الشريك في ملكه بالبيع فإنه يكون للشفيع حق تملك هذا المبيع بالثمن الذي يقوم عليه ووفق الشروط التي يحددها المشرع^(١)، وأن اختلفوا في تحديد الوقت الي يثبت فيه هذا الحق للشفيع ، حيث يذهب الاتجاه الغالب إلى أن حق الشفيع في التملك يكون بعد إتمام عقد البيع بين الشريك و الغير ويكون ذلك من خلال تسجيله في الدائرة المختصة (٢) .

في حين يذهب إتجاه آخر إلى إن حق الشفيع يثبت حتى قبل إتمام عقد البيع بين الشريك والمشتري ، حيث يقول أحد الفقهاء^(٣) : " وليس ما يمنع دائرة الطابو من وقف التسجيل بناء على طلب الشفيع ، إذا تبين لها من سجلاتها ، إنه مالك مجاور أو شريك ،

(١) شروط الشفعة

لا يثبت حق الإمكان القانوني للشفيع الا إذا توفرت شروط الشفعة أصلاً ، ومن خلال الجمع بين نصوص المادتين (١١٢٩) و (١١٣٣) من القانون المدني العراقي ، يمكننا القول بأن شروط الشفعة هي :

١_ أن يكون كل من المشفوع والمشفوع به حصة شائعة في دار او شقة سكنية .

حصرت المادة (١١٢٩) من القانون المدني العراقي إمكانية الأخذ بالشفعة في الدار السكنية أو الشقة السكنية ، ويترتب على ذلك إنه لا شفعة إذا كان المراد منها هو أرض أو أي عقار غير سكني ، كما لا تثبت الشفعة بطبيعة الحال في المنقول إلا إذا كان تابعاً للدار او الشقة السكنية الشائعة وإذا ثبتت الشفعة فإنها لا تقبل التجزئة .

٢_ عدم إمتلاك الشفيع داراً أو شقة سكنية على وجه الإستقلال

يشترط لثبوت حق الشفعة للشفيع ألا يكون الأخير مالكاً لدار على وجه الإستقلال ، فإذا ما قام أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة في دار أو شقة سكنية فلا يمكن لشريكه مثلاً والذي يملك دار أخرى على وجه الإستقلال أن يأخذ بحق الشفعة ، فلا يمكنه مطالبة البائع أو المشتري بتملك المبيع كونه يملك دار أخرى .

٣_ أن يكون التصرف بيعاً

من الشروط الأخرى لثبوت حق الشفعة أن يكون التصرف الذي خرج به العقار عن ملك صاحبه بيعاً ، فلا تثبت تبعاً لذلك إذا ما خرج العقار عن ملك صاحبه بطرق أخر غير البيع كالميراث أو الوصية مثلاً ، وإذا كان نص المشرع العراقي يقرر عدم ثبوت حق الشفيع بتملك المشفوع إلا بالبيع ، فإنه ينبغي الا يفهم من ذلك إطلاق النص ، بل إن هناك من التصرفات ما تأخذ حكم البيع فيكون للشفيع تبعاً لذلك أن يأخذ بالشفعة فيها ، مثل المقايضة والصلح والإقالة والوفاء بمقابل .

(٢) د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ١٧٩ .

(٣) حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ج ١ ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، ١٩٦٤ ، ص ٢٣٢ .

على أن تمهله مدة معينة ليراجع المحكمة ، ليحصل منها على أمر بوقف إجراءات التسجيل ، حتى صدور حكم منها بحقه في الشفعة ...".

٢ : أصحاب حق الشفعة ومراتبهم

لقد حصر المشرع العراقي حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة أو الشقة السكنية الشائعة وذلك وفقا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل بتاريخ ٢٤ / ٢ / ١٩٧٨ (١) ، وبهذا فإنه من غير المتصور أن يتزاحم الشفعاء من مراتب مختلفة ، وفقا للمشرع العراقي أما التزاحم بين المرتبة الواحدة فما يزال ممكنا ، فإذا كنا أزاء دار للسكن أو شقة سكنية مملوكة لأكثر من مالك ، وباع أحد الشركاء المشتاعين حصته الشائعة لاجنبي ثبت حق الأخذ بالشفعة لشركاءه الآخرين ، فإذا طلبها كل منهم ، فأن الاستحقاق بالشفعة يكون بينهم بالتساوي ، أي ان المشفوع يقسم على عدد الرؤوس لا بنسبة سهامهم لانهم متساوون في سبب الاستحقاق ، وهو الشركة ، ولذا فأنهم يكونون متساوين في الحكم (٢) .

(١) ألغى هذا القرار الصادر بتاريخ ١٩٧٨ نص المادة ١١٢٩ من القانون المدني العراقي والتي كان بموجبها تثبت الشفعة لثلاث أشخاص هم الشريك في العقار الشائع ، والخليط ، والجار الملاصق ، وأحل محلها ما يلي " ١_ ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال .
ب_ تعتبر الشقة السكنية بحكم دار للسكن لإغراض هذا القرار " .

(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج ١ ، ط ١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ١٨٢ .

أما المشرع المصري فقد وسع من الأشخاص الذين يحق لهم الآخذ بالشفعة ، ليشمل كلاً من مالك الرقبة والشريك في الشيوع وصاحب الحق بالانتفاع بالإضافة الى مالك الرقبة في الحكر ، وللجار المالك في أحوال معينة (١) .

في حين أجاز المشرع الفرنسي لكل شريك في الممتلكات غير المقسمة أن يطالب بالشفعة خلال شهر واحد من تأريخ الإخطار بالبيع ، حيث يتوجب على كل شريك يرغب ببيع حصته أن يخطر شركاءه بذلك ، فأن أرادو تملك تلك الحصة جميعاً اعتبروا مالكين لها كلاً بقدر حصته (٢) .

وتبعاً لذلك فإنه لا بد لمن يريد أن يتمسك بهذا الحق أن يقوم بهذه الأعمال ، وقد رسم ملامحها المشرع العراقي ، وهي كالآتي :

(١) تنص المادة (٩٣٦) من القانون المدني المصري على " يثبت الحق في الشفعة: أ _ لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . ب _ للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي . ج _ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها . د _ لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة . هـ _ للجار المالك في الأحوال الآتية : إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى . إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل " .

(٢) [Article ٨١٥-١٠](#) L'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir...

أ_ الاعلان عن الرغبة

ينبغي على من تتوفر فيه شروط الشفعة أن يعلن عن رغبته بتملك المبيع إلى كل من البائع والمشتري ، ويكون ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تأريخ إنذاره بالبيع من قبل البائع والمشتري والا سقط حقه بالامكان القانوني بتملك المبيع (١) .

أما عن طريقة هذا الاعلان ، فلم يشترط المشرع العراقي بخلاف المشرع المصري أن يكون توجيه الاعلان بشكل رسمي (٢) ، بل إنه إكتفى بأن يكون هناك إعلان يوجه الى البائع والمشتري معاً أو إلى دائرة التسجيل العقاري ، ونرى إنه كان الإجدى بالمشرع العراقي أن يسير على ما سار عليه المشرع المصري في ضرورة أن يكون الإعلان رسمياً ، تسهياً للإثبات وقطعاً لأي نزاع ممكن أن يثور بخصوص وقوع الإعلان من عدمه .

ب_ رفع دعوى الشفعة

إذا لم يرضخ المشتري لطلب الشفيع بحقه بالامكان القانوني بتملك العقار المشفوع ، فعلى الشفيع حتى يحافظ على حقه بالامكان القانوني أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري وخلال ثلاثين يوماً من تأريخ إعلان رغبته والا سقط حقه (٣) .

(١) تنص المادة (١١٣٨) من القانون المدني العراقي على " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تأريخ إنذاره بالبيع أنذاراً رسمياً من البائع والمشتري والا سقط حقه ... " .

(٢) تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري على " ١ _ إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل ٢ _ وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الاعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

(٣) تنص المادة (١١٣٩) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته، والا سقط حقه ٢ _ وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة " .

والعلة من اشتراط المشرع العراقي ضرورة أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً ، هي ان الآخذ بالشفعة هو تحويل للحقوق والالتزامات الناشئة بين البائع والمشتري بسبب البيع الى ما بين البائع والشفيع " فهي عملية قانونية تدور بين خصوم ثلاث كل واحد منهم خصم قانوني فيتحتّم إختصامهم جميعاً في جميع مراحل الدعوى لكي يكون الحكم الصادر واحداً بالنسبة إلى الشفيع والبائع والمشتري " (١) .

وإذا تعدد البائعون أو المشترون رفعت دعوى الشفعة عليهم جميعاً ، فيجب إختصامهم جميعاً وفي جميع مراحل الدعوى والا كانت الدعوى غير مقبولة (٢) .

ج - إيداع نصف الثمن الحقيقي

أشترط المشرع العراقي على الشفيع لكي يحافظ على حقه بالامكان القانوني بتملك العقار المشفوع في حالة قيامه برفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أن يقوم بإيداع نصف الثمن الحقيقي (٣) والا سقط حقه بالشفعة ، ويراد بالثمن الحقيقي للعقار هو الثمن الذي حصل الإتفاق عليه بين البائع والمشتري ، أما فيما يتعلق الأمر بكون هذا الثمن سورياً ، فالذي يتضح من موقف المشرع العراقي أن الشفيع لا يمكنه أن يطعن بتلك الصورية إذا ما حدثت (٤) ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز صراحةً من أن الثمن

(١) قرار لمحكمة التمييز منشور في مجلة القضاء ، العدد ٢ ، السنة ٣٣ ، ١٩٦٨ ، ص ١٠٧ .

(٢) د. عبدالنصار توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، دار الفضيلة للطباعة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٤٤ .

(٣) وهو خلاف ما ذهب اليه المشرع المصري ، والذي ذهب إلى ضرورة إيداع كل الثمن الحقيقي ، فقد نصت المادة (٩٤٢) من القانون المدني المصري على " ... ٢ - وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الاعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الآخذ بالشفعة" .

(٤) تنص المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي على " لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري " .

الحقيقي هو " البذل الذي حصل الإتفاق عليه فعلاً بين البائع والمشتري والذي سجل بدائرة التسجيل العقاري " (١) .

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز لكل شريك في واحدة أو أكثر من الممتلكات غير المقسمة أن يبلغ شريكه في هذه الممتلكات بأنه سيمارس حق الأولوية في تملك العقار المبيع ، ويجب على صاحب حق الامكان القانوني هنا ان يبلغ عن رغبته تلك خلال شهر واحد من تأريخ الإخطار الذي يجب على الشريك الذي ينوي بيعه حصته أن يقوم به تجاه شريكه (٢) .

ثانياً : نطاق ممارسة الدائن المرتهن لميزتي التقدم والتتبع

أعطى المشرع للدائن المرتهن حق أولوية في إستيفاء دينه من المال المرهون وذلك عندما يزاحمه دائنون آخرون لنفس المدين أو دائنون مرتهنون على العقار نفسه ، كما أعطى المشرع ميزة أخرى للدائن المرتهن في تتبع العقار المرهون في أي يد يكون وبأي سبب من الأسباب من أجل استيفاء دينه من ثمنه بعد التنفيذ عليه (٣) حيث أجاز المشرع

(١) قرار لمحكمة التمييز ، منشور في المجلة القضائية ، ع ١٤ ، ١٩٩٦ ، ص ٨٨ .

(٢) [Article ٨١٥-١٠](#) L'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir...

(٣) د. عوض احمد الزعبي ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٦٠ .

الفرنسي للدائنين المرتهنين حق تتبع الممتلكات التي تكون خاضعة للرهن ، كما أجاز لهم التدخل من أجل طلب التقسيم للممتلكات الشائعة وذلك بالنيابة عن مدينهم (١) .

وإذا كان المشرع قد أعطى الدائن المرتهن ميزة التقدم والتتبع في سبيل إستيفاءه لدينه من ثمن المال المرهون ، فإن ذلك لا يكون الا وفقاً لما رسمه المشرع ، فإذا ما خرج العقار المرهون من يد الراهن فإن الدائن المرتهن لا يمكنه أن يتتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه الا بتوافر عدة شروط ، وهذه الشروط هي :

١ _ حلول أجل الدين المضمون بالرهن

يرتبط الرهن بالدين المضمون ارتباطاً وثيقاً ، فلا يمكن التنفيذ على العقار المرهون وهو الهدف من مباشرة حق التتبع طالما لم يحل أجل الدين المضمون ، وهنا تظهر الصفة التبعية للرهن فهو يتبع الدين المضمون ، من ثم فإنه لا يمكن للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون وأن ينفذ عليه طالما كان دينه معلق على شرط واقف مثلاً أو مضاف الى أجل ولم يتحقق ذلك الشرط أو يحل ذلك الأجل (٢) ، وهذا ما تأكده نص المادة (١٣٠٦) من القانون المدني العراقي (٣) ، حيث تربط هذه المادة حق المرتهن بنزع الملكية بحلول أجل الدين المرهون .

(١) [Article ٨١٥-١٧](#) ' Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis.

(٢) د. محمد وحيد الدين ، الحقوق العينية التبعية ، دار العلوم للتحقيق والطباعة ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٠ .

(٣) تنص المادة (١٣٠٦) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين، الا اذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن " .

٢ _ يجب أن يكون الرهن سارياً تجاه الحائز

لكي يتمتع الدائن المرتهن بميزتي التقدم والتتبع للعقار المرهون لضمان دينه ينبغي عليه أن يسجل حقه بالرهن بدائرة التسجيل العقاري ، ذلك أن هذا الحق يعد حقاً عقارياً ، وهذا الأخير يراد به كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو زواله أو تغييره ، من ثم فإنه لا ينعقد الا بالتسجيل بدائرة التسجيل العقاري (١) ، وهو أمر نص عليه المشرع العراقي صراحاً (٢) .

من هنا فإنه يشترط لكي يسري حق الرهن تجاه الغير ان يكون الرهن مسجلاً قبل إكتساب الغير حقاً عينياً عليه (٣) .

مما سبق يتضح لنا جلياً ، ان حق الإمكان القانوني الممنوح للدائن المرتهن لضمان دينه وما يمنحه من ميزة التقدم والتتبع لا تمارس الا وفق الشروط المحددة قانوناً ، فينبغي ان يكون الرهن سارياً تجاه الحائز وهو الشخص الذي سيتم أستعمال حق الإمكان القانوني تجاهه ، كما ينبغي ان يكون أجل الدين المضمون قد حل ، والا فلا يكون بإمكان الدائن المرتهن سوى القيام ببعض الإجراءات الضرورية للمحافظة على المرهون من الهلاك أو أي خطر يهدده .

(١) تنص المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري في العراق رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على " ١ _ التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة " .

(٢) تنص المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي على " ١ _ لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود " .

(٣) د. أحمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ ، ص ٢٤١ .

المبحث الثاني

سقوط حق الإمكان القانوني

يقرر المشرع حقوق الإمكان القانوني لصاحبها كميزة تمنحه التأثير على الحقوق والمراكز القانونية الأخرى بالارادة المنفردة له ولا يكون امام الغير سوى الخضوع والامتثال لهذه الاثار ، الا ان إقرار المشرع بمثل هذا النوع من الحقوق انما يأتي لاعتبارات تتعلق بمبادئ العدالة ، وهي غالباً ما تتقرر بصورة مخالفة للقواعد العامة ، ومن ثم فان حقوق الإمكان القانونية هي حقوق استثنائية وينبغي استعمالها ضمن النطاق والمدد القانونية التي رسمها المشرع من ثم فان عدم استعمالها يؤدي الى سقوطها ، وسقوط حق الإمكان القانوني قد يرجع الى إرادة صاحب الحق بالإمكان القانوني ، وذلك بعدم إستعماله لحقه بالإمكان القانوني خلال المدة المحددة قانوناً ، أو نتيجة لتنازل صاحب حق الإمكان القانوني عن حقه ، أو قد يسقط دون إرادة صاحبه ، وذلك إذا ما أستحال على صاحب الحق إستعمال حقه ، أو نتيجة لوفاة صاحب حق الإمكان القانوني .

من هنا يمكن لنا أن نقسم مبحثنا الى مطلبين ، ندرس في المطلب الأول : السقوط الإرادي لحق الامكان القانوني ، بينما سندرس في المطلب الثاني السقوط اللاإرادي لحق الامكان القانوني.

المطلب الأول

السقوط الإرادي لحق الامكان القانوني

بقاء حقوق الإمكان القانونية بصورة دائمية أمر لا يتفق مع مبدأ إستقرار المعاملات ، فلا يمكن للمشرع أن يسمح ببقاء حقوق الغير معلقة لفترة طويلة ، من هنا فأن حقوق الإمكان القانونية قد تسقط لسبب يعود لارادة صاحبها ، فهذا الأخير قد يتنازل عن حقه في الإمكان القانوني أو إنه لم يستعمل حقه خلال المدة المحددة قانوناً .

من هنا ولبيان ذلك بشكل أكثر تفصيلاً أرتأينا ان نقسم هذا المطلب الى فرعين ، ندرس في الفرع الأول : التنازل عن حق الإمكان القانوني ، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة عدم استخدام حق الإمكان القانوني خلال المدة المحددة قانوناً .

الفرع الأول

التنازل عن حق الإمكان القانوني

قد يسقط حق الإمكان القانوني بإرادة صاحبه ، وذلك عندما لا يستعمل حقه بالإمكان القانوني أو لا يعلن عن رغبته خلال المدة المحددة قانوناً ، ويراد بالتنازل هنا صدور أي قول أو فعل (صريحاً كان ام ضمناً) من قبل صاحب حق الإمكان يفيد معنى التنازل عن حقه ، يعبر صاحب الحق في الإمكان القانوني عن أرادته بالتنازل عن حقه صراحاً كما هو الحال بالنسبة الى الشفيع " د - اذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة او دلالة ولو قبل البيع " (١) .

وفي هذا الإطار يذهب المشرع الفرنسي الى إشتراط ان يكون التنازل الصادر من قبل الدائن تنازلاً صريحاً وبتوقيع من قبل الدائن نفسه ، وهذا الأمر سيعتبر دليلاً على الإعفاء (٢) .

والنزول الصريح عن حق الأخذ بالشفعة بعد ثبوته ، يمكن ان يكون بالكتابة ، رسمية كانت او عرفية ، كما يصح ان يكون شفهيّاً ، وفي الحالة الاخيرة يقع على صاحب المصلحة الذي يتمسك بهذا النزول عبئ الاثبات طبقاً للقواعد العامة ، كما لو كان المشتري او حتى بائع العقار المشفوع فيه ، ويصح ان يكون هذا النزول الى أي وقت الى يوم

(١) نص المادة (١١٣٤) من القانوني المدني العراقي يقابلها في التشريع المصري نص المادة (٩٤٨) والتي تنص على ان " يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : أ _ إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع . ب _ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . ج _ في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون " .

(٢) [Article ١٢٨٢](#) La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération.

صدور الحكم بثبوت الشفعة ، إذ من المقرر ان الشفيع له ان يترك الشفعة قبل الحكم أما بعده فلا يصح (١) .

وهذا يعني أن التنازل المعتبر هو ما يتم قبل الحكم بها أو التراضي عنها ، فإذا حكم بالشفعة لمصلحة الشفيع فلا عبرة عندئذ بالتنازل عنها ، كما ان تنازل الشفيع عن بعض حقه دون البعض الآخر يؤدي بالشفعة الى السقوط ككل ، ذلك أن حق الامكان القانوني الممنوح للشفيع حق غير قابل للقسمة (٢).

وتطبيقاً لذلك ، يعتبر نزول الشفيع ، نزولاً ضمناً ، إذا صدر منه ما يفيد أنه قد أعتبر المشتري مالكا للمبيع بصفة نهائية ، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية ، بأن الشفيع لا يعتبر متنازلاً عن حقه في الشفعة الا إذا صدر منه ما يفيد أنه أعتبر المشتري مالكا نهائياً للمبيع ، ولا يكفي في ذلك ان يكون الشفيع ، وهو مستأجر الارض المشفوع فيها ، قد أتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهدها له بتسليمها الى المشتري ولم يبادر الى طلبها قبل ان يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها (٣) .

الفرع الثاني

عدم استخدام حق الإمكان القانوني خلال المدة المحددة قانوناً

المقصود بمضي المدة (٤) هنا هو إنقضاء المدة المحددة لاستعمال صاحب حق الإمكان القانوني حقه سواء كان ذلك بالإيجاب او الرفض ، على إنه يجب الملاحظة أن استعمال حق الإمكان القانوني خلال المدة المحددة قانوناً قد لا يتوقف على قبول أو رفض صاحب حق الإمكان القانوني ، بل أن الأمر قد يتعلق بما هو واجب عليه القيام به ، كما

(١) د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٣ ، ١٩٥٢ ، ص ٥٧٠ .

(٢) تنص المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي على " الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع ان يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه ، لكن اذا تعدد المشترون واتحد البائع ، فللشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي " .

(٣) د. محمود أحمد عمر ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٨ ، ص ٥٦٨ .

(٤) المدة هنا هي مدة سقوط لا مدة تقادم ذلك لأنها لا تقف ولا تنقطع .

لو تطلب القانون صدور أعمال قانونية من قبل صاحب حق الإمكان القانوني ، كما هو الحال بالنسبة الى الشفيع ، وهو صاحب حق إمكان قانوني ، فإن إستعماله لحقه بالإمكان القانوني لا يتوقف على مجرد التعبير عن الرغبة خلال المدة المحددة قانوناً ، بل ينبغي عليه القيام بإعمال مادية تتمثل برفع دعوى الشفعة وإيداع نصف الثمن ، على أن هذه المدد المحددة لإصحاب حق الإمكان القانوني هي مدد سقوط لا تقادم ومن ثم فإنه لا تقف ولا تنقطع ، وهي في الاغلب تكون مدة قصيرة تتلاءم مع إستثنائية حق الإمكان القانوني (١) .

وفي هذا الإطار يذهب المشرع العراقي الى سقوط حق الإمكان القانوني للشفيع إذا أنقضت مدة ستة أشهر من تأريخ تمام البيع ، ويسري هذا الميعاد حتى في مواجهة المحجور والغائب (٢) ، في حين أن المشرع المصري قد جعل المدة أقصر مما هي عليه لدى المشرع العراقي ، إذ إنه يذهب الى سقوط حق الإمكان القانوني للشفيع بمرور مدة أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (٣) .

في حين جعلها المشرع الفرنسي بمدة شهرين ، حيث يجب على الشفيع ان يمارس تلك الإجراءات خلال شهرين من تأريخ إرسال رده للبائع ، بعدها يعتبر طلبه للشفعة باطلاً ، إذ تنص المادة (٨١٥ _ ١٤) من القانون المدني الفرنسي على " يجوز لأي مالك متضامن ، خلال شهر من تاريخ هذا الإخطار ، إبلاغ المتنازل عن طريق إجراء خارج نطاق القضاء ، بأنه يمارس حق الأولوية بالأسعار والشروط التي يبلغه بها. في حالة الشفعة ، يكون لدى الشخص الذي يمارسها فترة شهرين لاستكمال صك البيع من تاريخ إرسال رده إلى البائع .بعد هذه الفترة ، يصبح إعلان الشفعة لاغياً وباطلاً تلقائياً ، بعد خمسة عشر يوماً من بقاء الإشعار الرسمي غير فعال ، ودون المساس بالأضرار التي قد

(١) د. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٣ .

(٢) تنص المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي على " لا تسمع دعوى الشفعة: و - اذا انقضت ستة اشهر من يوم تمام البيع، ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين " .

(٣) تنص المادة (٩٤٨) من القانون المدني المصري على " يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : ... ب _ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع " .

يطلبها البائع منه. إذا مارس العديد من المالكين المشتركين حقهم في الشفعة ، فيعتبرون ، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك ، أن يحصلوا معاً على الجزء المعروض للبيع بما يتناسب مع حصتهم في الملكية المشتركة. (١) .

وإذا كان من الضروري استعمال حقوق الإمكان القانوني خلال مدة معينة ، فإن عدم استعمالها خلال تلك المدة يؤدي الى سقوطها ، الا ان هذه المدة قد لا يتم تحديدها لا بواسطة القانون ولا من قبل الافراد فهنا يجب ان يتم استعمال حق الإمكان خلال المدة المعقولة وذلك بحسب طبيعة العقد وما تتجه اليه النية المشتركة للإطراف كما هو الحال في رد التوكيل الصادر من قبل الموكل ، " ١ _ تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها، لكن اذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك ٢ _ واذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل او كان الوكيل قد عرض خدماته علناً بشأنها ولم يرد الوكالة في الحال عدت مقبولة " (٢) .

وأستعمال صاحب حق الإمكان القانوني لحقه خلال مدة معينة لا ينحصر في مجرد التعبير عن ارادته لفظياً أو القيام ببضعة أعمال مادية ، بل قد يكون ذلك الاستعمال هو عبارة عن الامرين معاً ، كما هو الحال في حق الشفيع في تملك المبيع فهنا ينبغي على

(١) [Article ٨١٥-١٤](#) L'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir.

Tout indivisaire peut, dans le délai d'un mois qui suit cette notification, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, qu'il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés.

(٢) نص المادة (٩٢٩) من القانون المدني العراقي . يخلو المشرع المصري من نص مشابه ، الا إن ذلك لا يعني أختلافه عن ما يقرره المشرع العراقي ، إذ ان تنفيذ الوكالة من قبل الوكيل يعتبر قبولاً ضمناً ، وهذا ما ينسجم مع نص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على " ١ _ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، أما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود ، ٢ _ ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

الشفيع لكي يكون قد استعمل حقه القيام بالتعبير عن ارادته من جهة ومن ثم القيام بكافة الاعمال القانونية الأخرى والتي حددها المشرع كرفع دعوى الشفعة مثلاً (١) من جهة أخرى .

أما الامر الثاني فيُحمل السكوت او عدم الإفصاح عن الإرادة على انه رفض كما هو الحال بالنسبة الى حوالة الحق ، حيث أن المحال له في الحوالة إذا ما حدد أجلاً له للقبول أو الرفض ، فأن سكوته خلال تلك المدة سيُفسر على إنه رفض للحوالة (٢) .

المطلب الثاني

سقوط اللاإرادي لحق الإمكان القانوني

يسقط حق الإمكان القانوني في هذه الأحوال دون إرادة صاحبه ، فيما أن حقوق الإمكان القانونية مرتبطة بمدد زمنية هي في الغالب مدد سقوط لا تقادم فإنها ستسقط بمجرد مرور هذه المدة ، ومن ثم فإنها لا تقبل التوقف بالعدر الشرعي ، فإذا ما تعرض صاحب حق الإمكان القانوني لطارئ ما ترتب عليه عدم قدرته على استعمال حق الإمكان القانوني خلال المدة المحددة قانوناً ، فأن نتيجة ذلك ستكون سقوط حقه بالإمكان القانوني ، وأن كان صاحب حق الإمكان القانوني غائب أو محجور .

(١) تنص المادة (١١٣٩) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته والا سقط حقه . ٢ _ وتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة " وأيضاً نص المادة (١١٤٠) منه على " على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فان لم يتم الايداع سقطت شفيعته" .

(٢) تنص المادة (٣٤٠) من القانون المدني العراقي على " ١ _ الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تتعقد موقوفة على قبول المحال له ٢ _ واذا قام المحيل او المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له اجلاً معقولاً لا لقبول الحوالة ثم انقضى الاجل دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له فضلاً للحوالة " .

من هنا ولبيان حالات سقوط حق الإمكان القانوني الإرادي فسنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، أدرس في الفرع الأول : استحالة استعمال حق الإمكان القانوني ، بينما سأخصص الفرع الثاني لدراسة وفاة صاحب حق الإمكان القانوني .

الفرع الأول

استحالة استعمال حق الإمكان القانوني

حق الإمكان القانوني هو حق استثنائي يمنحه المشرع لإشخاص بقصد أحداث آثار قانونية في المراكز والحقوق القانونية للغير وذلك بالارادة المنفردة لصاحب حق الإمكان ولا يكون أمام الغير سوى الخضوع لهذه الآثار وطالما كان حق الإمكان حق استثنائي فهو حق مؤقت ، فاذا كان من الصحيح القول بان حق الإمكان القانوني يستجيب لإعتبارات تتعلق بالعدالة الا أنه من الصحيح ايضاً أن إطلاق هذه الحقوق يتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات ومن ثم فاننا نجد ان المشرع وفي محاولة منه لإيجاد نوع من التوازن بين متطلبات العدالة وضرورة استقرار المعاملات نجده قد أوجب على صاحب حق الإمكان القانوني أن يستعمل ذلك الحق خلال مدة زمنية محددة ، وكما بينا سابقاً فإن الاستعمال أما ان يكون بالتعبير الصريح او الضمني او اتخاذ أي اجراء او عمل يتطلبه القانون (١) .

فإذا كان الامر كذلك فان استحالة قيام صاحب حق الامكان أو عدم قدرته على التعبير عن ارادته أو عدم تمكنه من القيام بما يتطلبه المشرع من أعمال مادية كرفع دعوى أو غيرها فإن الأثر المترتب على ذلك هو سقوط أو أنقضاء تلك الميزة التي منحها المشرع له وبغض النظر عن سبب عدم أمكانية صاحب حق الإمكان عن التعبير ، ذلك ان المدة التي منحها المشرع والتي غالباً ماتكون مدة قصيرة هي في الواقع مدة سقوط لا مدة تقادم.

(١) كما هو الحال في الشفعة ، فيفترض بالشفيع ان ليحافظ على حقه في استعمال حق الإمكان القانوني ان يعبر عن ارادته بتملك المبيع وغيرها من الاعمال المادية للمزيد انظر كلاً من المادة (١١٣٩) والمادة (١١٤٠) من القانون المدني العراقي سبق الإشارة لكلاً منهما . كذلك فعل المشرع المصري بالمادة (٩٤٠) والتي سبق الإشارة إليها .

برأينا يرجع السبب في اعتبار تلك المدة الممنوحة لممارسة حق الإمكان القانوني أنها مدة سقوط لا مدة تقادم هي رغبة المشرع في الحد من إطلاق حقوق الإمكان باعتبارها حقوق استثنائية .

وفي هذا الإطار ينص المشرع الفرنسي في المادة (٧٠٣) من قانونه المدني على " تتوقف التسهيلات عندما تكون الأشياء في مثل هذه الحالة التي لم يعد من الممكن استخدامها" (١)

كذلك الحال مع حق الإمكان القانوني الممنوح للمشتري في حالة العيب الموجب للضمان ، فإن هلاك المبيع المعيب يستحيل معه لصاحب حق الإمكان القانوني هنا وهو المشتري أن يرجع بالمبيع لهلاكه فلا يكون أمامه سوى المطالبة بإنقاص الثمن ، ويحدد البائع والمشتري ما يجب أن يتم تنقيصه ، فإذا اختلفا فإن القاضي سيتولى تحديد ذلك مستعيناً بإهل الخبرة (٢) .

وقد يرى البعض (٣) ان الحكم بسقوط حق الإمكان القانوني هو حكم مجافي للعدالة فقد تحدث ظروف استثنائية في عموم البلد ومن ثم فان استعمال صاحب حق الإمكان لحقه يغدو أمراً غير ممكن ذلك أن استعمال حق الإمكان قد يتطلب مثلاً إقامة دعوى امام المحكمة المختصة وهذا الامر لا يمكن تصور حدوثه في ظل ظروف استثنائية فيسقط حق صاحب الإمكان القانوني نظراً لعدم قدرته على استعمال حقه.

(١) [Article ٧٠٣](#) Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

(٢) نصت المادة (٥٦٤) من القانون المدني العراقي "اذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(٣) نارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

الفرع الثاني

وفاة صاحب حق الإمكان القانوني

الأصل ان وفاة صاحب حق الإمكان القانوني لا يمنع من انتقال ذلك الحق للورثة كما هو الحال مثلاً بالنسبة الى وفاة صاحب حق الإمكان القانوني في الخيار بالتجربة ، فأن كان البيع معلق على شرط تجربة المشتري له للتأكد من مدى صلاحية المبيع للغرض المقصود منه وقام البائع بتمكين المشتري من ذلك ولم يعلن المشتري عن موقفه من تجربة المبيع سواء كان بالرفض او القبول ، فأن سكوته سيكون بمثابة القبول^(١) .

وإلى ذلك أشار المشرع الفرنسي ، إذ أعتبر في المادة (٧٢٤) من قانونه المدني إن الورثة كقاعدة عامة مستحقين للحقوق والممتلكات وبشكل تلقائي ، حيث يتم إدخال الموروثات وفقاً للشروط المنصوص عليها^(٢) .

(١) تنص المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقي على " ١ _ في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع ٢ _ ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، الا اذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ " . وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المصري ، إذ تنص المادة (٤٢١) منه على " ١ _ في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبول " .

Article ٧٢٤ Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.

Les légataires et donataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre II du présent livre.

A leur défaut, la succession est acquise à l'Etat, qui doit se faire envoyer en possession

كذلك الحال بالنسبة الى حق الإمكان القانوني الممنوح للشفيع (١)، فإن موت الاخير بعد ثبوت حق الشفعة وذلك من خلال قيام الشفيع بما تطلبه المشرع من إجراءات كالاعلان عن رغبته ورفع دعوى شفعة خلال المدد القانونية لا يؤثر على حقه بتملك المبيع من المشتري ، فطالما قام الشفيع وهو صاحب الحق بالإمكان القانوني بالإجراءات التي يتطلبها القانون كالاعلان عن الرغبة وإيداع نصف الثمن الحقيقي للمبيع لتثبت بعد ذلك الشفعة للشفيع ، فإنه لا تأثير بعد ذلك بموت أي من الأطراف فسواء مات صاحب حق الإمكان القانوني (الشفيع) أو مات من يتم أستعمال حق الإمكان القانوني في مواجهته (البائع أو المشتري) (٢) .

كذلك الحال بالنسبة الى وفاة الدائن المرتهن فان ذلك لا يؤثر على حق الإمكان القانوني الممنوح له ، حيث يكون للدائن المرتهن حق إمكان قانوني يقضي بتتبع المرهون والتقدم على سائر الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، فإذا ما ثبت الرهن لإحد الدائنين فإن الرهن سيبقى ولا تأثير بعد ذلك بموت الراهن أو المرتهن (٣) ، والعبرة في عدم سقوط حقوق الامكان في كل ما تقدم يرجع الى ان شخصية صاحب حق الامكان غير معتبرة ومن ثم فإن موت الاخير لا يمنع من انتقال حق الامكان للورثة .

وإذا كان هذا هو الاصل فإن الاستثناء يتجسد في حالة كون شخصية صاحب حق الامكان محل اعتبار ونظر كما هو الحال بالنسبة الى حق الامكان الممنوح للمشتري والذي

(١) تسقط الشفعة بموت الشفيع عند الحنفية ، سواء بعد الطلب أو قبله لان حق الشفعة لايرث عندهم ، أما الظاهرية والحنابلة فقد فصلوا في الأمر ، فإذا مات الشفيع قبل ان يطلب الشفعة سقطت شفعته ، وتورث الشفعة ان طالب بها الشفيع ثم مات وكان قد أشهد الغير على مطالبته ، للمزيد ينظر أبن حزم ، المحلى في شرح المجلى ، ج ٩ ، دار الفكر ، بيروت ، بدون تأريخ نشر ، ص ١١٧ .

(٢) تنص المادة (١١٣٣) من القانون المدني العراقي على " ١ _ لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع ٢ _ ويشترط في المال المشفوع ان يكون عقاراً مملوكاً، وان يكون بيعه قد تم قانوناً، ويشترط في العقار المشفوع به ان يكون ملكاً للشفيع، وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مملوكاً له الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها ٣. _ ومتى ثبتت الشفعة، فلا تبطل بموت البائع المشتري او الشفيع " .

(٣) تنص المادة (١٣٢٠) من القانون المدني العراقي على " لا يبطل الرهن التأميني بموت الراهن او بموت المرتهن " . لا يوجد ما يقابل ذلك في القانون المدني المصري .

لم يرى المبيع بعد (خيار الرؤيا) فإن الاثر المترتب على موت صاحب حق الامكان هنا يؤدي بالنتيجة الى أنقضاء حق الامكان الممنوح للمشتري إذ أن شخصية الاخير هي محل اعتبار " ١ _ يسقط خيار الرؤية بموت المشتري وبتصرفه في المبيع قبل ان يراه وباقراره في عقد البيع انه قد رأى الشيء وقبله بحالته وبوصف الشيء في عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت وبتعيب المبيع او هلاكه بعد القبض وبصدور ما يبطل الخيار قولاً او فعلاً من المشتري قبل الرؤية او بعدها ويمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون ان يراه " (١) .

كذلك الحال بالنسبة الى حق الامكان القانوني في البيع بشرط الخيار والذي يتم فيه البيع بشرط الخيار لمصلحة البائع او المشتري او لشخص أجنبي وكما هو معلوم فان الشخص الذي يمنح له الخيار تكون شخصيته محل اعتبار في هذا الشأن ومن ثم فإن وفاة من يملك الخيار يُسقط حق الامكان الممنوح له بفسخ العقد " يصح ان يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري، سواء كان الخيار للبائع او للمشتري او لهما معاً او لأجنبي " (٢) .

وقد يحدث ان يموت صاحب حق الامكان القانوني بعد استخدامه لحقه ولكن قبل أن يصل ذلك الى علم الطرف الاخر ، كما في حالة التعاقد بين غائبين (٣) ، فاذا ما صدر

(١) نص المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي . أقتصر المشرع المصري على مادة واحدة في بيان خيار الرؤيا ، إذ نص في المادة (٤١٩) منه على " ١ _ يجب أن يكون المشتري عالماً بالبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه ، ٢ _ إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " والمشرع المصري هنا حاول ان يقرب بين قواعد خيار الرؤيا والقواعد الخاصة بتعيين المبيع بهدف إيجاد نوع من القاعدة العامة التي يمكن الرجوع إليها في كلا الحالتين ، إلا إن ذلك برأينا أوقعه في غلط بين ، ذلك ان التعيين هو مرحلة سابقة لمرحلة العلم ومن ثم فان عدم التعيين للمعقود عليه يجعل العقد باطلاً ، ذلك أن تعيين المبيع هو شرط لصحة العقد بينما شرط العلم هو شرط للزوم العقد لا لصحته .

(٢) نص المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي .

(٣) تنص المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على " ١ _ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك ٢ _ ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما " .

إيجاب من أحد الاطراف فإنه يكون للطرف الآخر حق إمكان قانوني برفض ذلك الايجاب أو قبوله فإذا أستعمل من وجه اليه الايجاب حقه في قبول الايجاب الصادر من الموجب ثم حصل ما ينقص أهليته أو يعدمها كموت القابل أو نقص أهليته قبل ان يصل القبول الى علمه ، فهل ينتج حق الإمكان القانوني اثاره القانونية من حيث التأثير على الحقوق والمراكز القانونية للغير أم لا ؟ وللإجابة نقول أن المشرع العراقي أغفل ذلك (١) ، ومن ثم فإنه يمكننا القول وأمام واقع متمثل بعدم وجود نص قانوني يمكن ان يُستد على ان القبول لا يمكن ان ينتج أثاره في حالة موت القابل بعد القبول وقبل وصول ذلك القبول الى علم الموجب (٢) .

(١) بخلاف المشرع المصري والذي ذهب الى ان وفاة صاحب حق الإمكان بعد القبول وقبل ان يصل ذلك الى علم الموجب لا يؤثر على أنعقاد العقد ومن ثم فإنه لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصاله بعلم من وجه اليه طالما لم تكن شخصية من توفى هي محل اعتبار وذلك بحسب طبيعة التعامل ، اذ تنص المادة (٩٢) من القانون المدني المصري على " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدت أهليته ، قبل ان ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " .

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٣٧ .

الخاتمة

بعد إن إنتهينا من دراسة حق الإمكان القانوني ، لم يبق لنا إلا أن نوجز أهم ماتوصلنا إليه من النتائج.

النتائج:..

١ _ يمكن تعريف حق الإمكان القانوني بأنه قدره او ميزة يمنحها القانون لشخص تمكنه من القيام أو عدم القيام بعمل يقابلها خضوع وإمتثال من قبل الغير وفي حدود القانون ودون أن يصل هذا الخضوع الى درجة الالتزام .

٢ _ حق الإمكان القانوني هو حق يقع في مرتبة وسط بين الحرية والحق العادي ، فهو في مرتبة أعلى من الحرية التي يشترك فيها الجميع حيث تكون ممنوحة للناس كافة دون تحديد أو تعيين ، وهو درجة من درجات الحق إلا إنه لا يصل الا مرتبة الحق العادي ، فهو اقل نطاقا ومضموناً منه ، فالحق يقابله واجب قانوني على من يستعمل في مواجهته ، بخلاف حق الامكان القانوني فانه يمكن لصاحبه ،وبارادته المنفردة ان يرتب اثراً على الطرف الآخر الذي يسري في مواجهته، يتمثل هذا الاثر بانشاء مركز قانوني او تعديله او انهاءه.

٣ _ ان الأساس الذي يستند عليه صاحب حق الإمكان بإستعماله لحقه ومن ثم التأثير على المراكز القانونية للغير هو القانون، فهو الذي يحدد نطاق ممارسته ، والكيفية التي يتم بها والآثر المترتب على استعماله.

٤ _ يتميز حق الإمكان القانوني بالإضافة الى العناصر العامة ، بوصفه مرتبة من مراتب الحق ، بعناصره الخاصة المتمثلة بالقدرة والتي تعني قدرة الشخص على إستعمال الميزة الممنوحة له بموجب القانون والإمتثال من قبل الغير .

٥ _ ميز الفقه الاسلامي هذا الحق واصفاً إياه بالمنزلة الوسطى والتي تقابل تسمية حق الإمكان القانوني في الفقه القانوني ، إذ يكون صاحبه في مركز (من جرى له سبب يقتضي

المطالبة بالتمليك) ، وبذلك يميز الفقه الاسلامي بينه وبين الحرية بـ(ملك أن يملك) ، وبين الحق العادي بـ(من جرى له سبب الملك) ، وكان الاستاذ شقيق شحاته هو اول من تنبه إلى وجود هذا الحق في الفقه الاسلامي.

٦_ إن حق الإمكان القانوني ذو طبيعة خاصة ، فهذا الحق لايعطي سلطة لصاحبه على شيء معين كما في الحقوق العينية، كما إنه لايعطي سلطة لصاحبه تجاه شخص آخر كما هو الحال في الحقوق الشخصية ، وهو بالتأكيد ليس حقاً شبه عينياً ، بإعتبار أن ماينتج من ميزة تتبع إنما ناتج عن إستعمال صاحب حق الإمكان القانوني لإرادته المنفردة ، بل أن مايعطيه هذا الحق لصاحبه ينحصر في الميزة الممنوحة له ، والتي تمكنه من التأثير على المراكز القانونية للغير دون ان يكون لهذا الغير سوى الخضوع والإمتثال ، هذه الميزة تكون مقرونة بإرادة صاحب حق الإمكان.

٧_ ان الآثار القانونية التي يربتها حق الإمكان القانوني والتي تتمثل بالتأثير على المراكز القانونية للغير دون إرادة هذا الغير تعد خروجاً صريحاً على مبدأ سلطان الإرادة.

٨_ رغبةً من المشرع في تحقيق نوع من الموازنة في إستعمال حق الإمكان القانوني ، نلاحظه يقيد أستعمال هذه الحقوق بمدد معينة مراعاةً لمبادئ العدالة ، فلا يمكن ان تبقى المراكز القانونية للغير معلقة الى ما لانهاية أو الى فترات طويلة .

المصادر

(١) كتب الفقه الاسلامي

- ١- الشيخ الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج ٢ ، تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة .
- ٢- شهاب الدين بن احمد بن أدریس القرافي ، ج ٣ ، انوار الفروق في انواع الفروق ، مجلد ٣ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٨

(١) الكتب القانونية

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، تنفيذ وطبع ذات السلاسل ، ١٩٩٤ .
٢. إبراهيم الدسوقي أبو الليل و د . محمد الالفي ، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق ، جامعة الكويت ، ١٩٨٦ .
٣. أحمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ .
٤. أحمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، ج ٢ ، (أحكام الالتزام) ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٥. احمد شوقي محمد عبدالرحمن ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٦. أمجد منصور ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٥ .

٧. أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقهاء الاسلامي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥.
٨. توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ٢٠٠٧.
٩. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، القسم الثاني ، النظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٣ .
١٠. جلال محمد إبراهيم ، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام ، مطبعة الاسراء ، ٢٠٠٠.
١١. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٨.
١٢. جميل الشرقاوي ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
١٣. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، ج ١ ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، ١٩٦٤.
١٤. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤.
١٥. حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، الشركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤.
١٦. حسن محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠.
١٧. حسين عامر ، إلغاء العقد ، ط ١ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٣.

١٨. حمدي عبدالرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٧٦.
١٩. خليل جريح ، الرسالة العلمية في الشفعة ، مطبعة جان داراك ، بيروت ، ١٩٤٧.
٢٠. رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٨٥.
٢١. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
٢٢. رمضان أبو السعود وجلال علي العدوي ، المراكز القانونية ، بدون مكان نشر، ١٩٨٨ .
٢٣. رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٢٤. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، جامعه بغداد ، ١٩٨٢ .
٢٥. شفيق شحاته ، النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٣٦ .
٢٦. طلبه وهبه خطاب ، النظام القانوني للشفعة في التقنين المدني المصري ، ط ١ ، دار نصر للطباعة والنشر ، ٢٠٠٥.
٢٧. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية الحق ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .

٢٨. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مجلد ١ ، ج ١ ، بيروت ، ١٩٩٨ .
٢٩. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ .
٣٠. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٧٠ .
٣١. عبد الله مبروك النجار ، تعريف الحق ومعياري تصنيف الحقوق ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٣٢. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، دار الفضيلة للطباعة، القاهرة ، ١٩٩٨ .
٣٣. عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية الحق ، ط ٢ ، مطبعة النهضة الحديثة، القاهرة ، ١٩٦٥ .
٣٤. عبدالقادر الفار ، أحكام الالتزام ، آثار الحق في القانون المدني ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .
٣٥. عبد القادر محمد شهاب ، أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي ، ط ١ ، بنغازي ، ١٩٩٤ .
٣٦. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، بغداد ، ١٩٦٧ .
٣٧. عبد المجيد الحكيم ، د. عبدالباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، القانون المدني و أحكام الالتزام ، ج ٢ ، ط ٤ ، ٢٠١٠ .
٣٨. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام، ج ١ ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .

٣٩. عبدالمنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٢ .
٤٠. علاء جريان تركي الحمداني ، الغاء العقد بالارادة المنفردة ، (دراسة مقارنة في القانون المدني) ط١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، ٢٠١٩ .
٤١. علي العرابي ، الشفعة في القوانين المصرية ، ط١ ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
٤٢. علي بن محمد بن رمضان الرشيد ، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ .
٤٣. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام _ تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط١ ، دار الجيل ، ١٩٩١ .
٤٤. علي محمد علي ، الصلح القضائي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٥ .
٤٥. عوض احمد الزغبى ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٣ .
٤٦. محمد أحمد المعداوي ، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، بدون سنة نشر .
٤٧. محمد حسين منصور ، د. محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون ج ٢ ، نظرية الحق ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة نشر .
٤٨. محمد خير محمود ، د. عبد السلام علي الفضل ، تصدع الطبيعة العقدية للتأمين بفعل الإجبار القانوني ، كلية القانون ، جامعة اليرموك ، الأردن ، بدون سنة نشر .

٤٩. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٩.
٥٠. محمد سليمان الأحمد ، فلسفة الحق ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧ .
٥١. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج ١ ، ط ٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠.
٥٢. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ٣ ، بدون مكان نشر ، ١٩٥٢.
٥٣. محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة وهبة للطباعة والنشر ، ٢٠٠٣.
٥٤. محمد وحيد الدين ، الحقوق العينية التبعية ، دار العلوم للتحقيق والطباعة ، ٢٠٠٦.
٥٥. محمود أحمد عمر ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٨.
٥٦. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨.
٥٧. المستشار أنور طلبة ، الشفعة والتحويل لإسقاطها ، المكتب الجامعي الحديث ، دون سنة نشر.
٥٨. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ط ٢ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤.

٥٩. مصطفى الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، ج ١ ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠.
٦٠. مصطفى مصباح شليبيك ، المدخل للعلوم القانونية ، (نظرية القانون _ نظرية الحق) دار الكتب الوطنية ، ط ١ ، طرابلس ، ٢٠٠٢ .
٦١. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أبريل ، ٢٠٠٦.
٦٢. منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة العاني ، ١٩٤٩.
٦٣. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.
٦٤. نبيل إبراهيم سعد ، المدخل الى القانون ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦ .
٦٥. نبيل إبراهيم سعد و د. همام محمد محمود ، المدخل للقانون ، نظرية الحق ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٦٦. نبيل صقر ، التقادم في التشريع الجزائري ، دار الهدى للطباعة ، ٢٠١٧.
٦٧. همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للإلتزام ، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
٦٨. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانوني المدني المصري ، ط ١ ، القاهرة ، المطبعة التجارية المدنية ، ١٩٥٥ .
٦٩. وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠١٠ .
٧٠. نأرام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ .

(٣) : المقالات والبحوث

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة ١٢ ، ع ٢ ، ١٩٨٨.
٢. منصور حاتم محسن ، مفهوم الحق المنشئ ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، ع ١ ، مجلد ٢٧ ، ٢٠١٩ .
٣. نعيم عبدالوهاب المصري ، شفعة الجوار ، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر ، مجلد ١٢ ، ع ١ ، ٢٠١٠.

(٤) المجموعات القضائية

١. قرار لمحكمة التمييز منشور في مجلة القضاء ، العدد ٢ ، السنة ٣٣ ، ١٩٦٨ .
٢. قرار لمحكمة التمييز ، منشور في المجلة القضائية ، ع ١ ، ١٩٩٦.

(٥) القوانين العراقية

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢. القانون التسجيل العقاري في العراق رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
٣. قانون التنفيذ العراقي رقم(٤٥) لسنة ١٩٨٠.
٤. قانون رعايا القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.
٥. قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥

(٦) القوانين الاجنبية

- ١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- ٣- قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

Abstract

German jurisprudence revealed a set of rights that have a special character that they allow to their owners creating new antiquities or modifying existing antiquities or removing these antiquities, this class of rights is called with multiple names, among its designations are voluntary rights, creator rights, or legal possibility rights the idea of these rights is based on the principle of freedom and choice, or what is called the principle of (fatalism legal), the holder of the right of legal possibility may or may not work, act or not all of this acts within the limits of the law.

Where a person has the ability to create legal effects of his or her unilateral will one, and that in the face of one or more people, they are not obligated to perform in any way, but rather they are in a state of submission and compliance with which they cannot get rid of the legal effect created by the owner the right of legal possibility, and if the right of legal possibility is this description, then it is different from Just freedom, the latter is granted to all people without limitation or appointment, taking into account the provisions of eligibility, In contrast to the right of legal possibility that is granted to specific persons and its effect is limited to the choice between certain alternatives, just as the right of legal possibility differs from the normal right, so the latter is offset by a duty legal falls on the shoulders of others, so the relationship here is either that of monopoly or domination, or it may be an exigency relationship, unlike the case with a legal right of possibility, which only binds others to submission and compliance without this amounting to commitment .

The right of legal possibility has multiple applications, distributed in various areas of personal rights In the realm of personal rights, we find the right of the legal possibility granted to the donor to return about his gift, and the right of the legal possibility to adhere to the set-off, as for the rights in rem, we find the right of legal possibility granted to the intercessor, as well as

Republic of Iraq
Ministry Of Higher Education
And Scientific Research
University of Babylon
Collage of Law



The Right of Legal Possibility

(comparative Study)

Introduction letter

**To the Council of the Collage of law – University
of Babylon**

**It is part of the requirements to obtain
a master's degree in / Law Private**

By the student

Najwan Mohamad Radhi Abohasna

Supervised by

Dr .prof. Mansor Hatem Mohsen
Professor of civil law

