

خيار الشفعة

دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي
والفقه الاسلامي

الدكتور ابراهيم الدسوقي ابوالليل
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

١ - تتميز الشفعة باعتبارها وسيلة لكسب الملكية، وغيرها من الحقوق العينية، بنظام قانوني خاص يخرج بها في العديد من احكامه عن القواعد القانونية العامة والمبادئ المسلم بها، ويتوج خروج الشفعة عن القواعد القانونية العامة في تمكينها للشفيع من اجبار مشتري العقار، وبصفة عامة المال الذي ترد عليه الشفعة، على التخلي عنه لصالحه، أي لصالح الشفيع، بما يتضمنه ذلك من اقصاء للمشتري ونزع للملكية الفردية لصالح الخاص للشفيع وليس للصالح العام. ولذلك فالشفعة تتقرر على خلاف الاصل العام في التملك الذي يستند الى الرضاء والاتفاق.

من هنا كان النظام القانوني للشفعة مثار خلاف شديد، سواء فيما يتعلق بطبيعتها القانونية باعتبارها سببا لكسب الملكية، او فيما يتعلق بماهية المركز القانوني الذي تمنحه للشفيع والذي يمكنه من تملك المبيع دون توقف على ارادة المشتري ورضائه.

ورغماً من ان الشفعة، وفقاً لتنظيمها في مصر والكويت وغيرها من الدول العربية، نظام اسلامي استمدت احكامه من فقه الشريعة الاسلامية، الا ان هذا التنظيم القانوني الاسلامي يتحد في الكثير من قواعده واحكامه مع النظم

القانونية الوضعية التي تجعل منها - اي من الشفعة - وسيلة جبرية لكسب الملكية بالارادة المنفردة للشفيع، وهو موقف الفقه الاسلامي نفسه.

واذا كانت الشفعة وسيلة لكسب الملكية، فهي تتميز، الى جانب كونها وسيلة جبرية، بانها وسيلة تبعية غير اصلية حيث تفترض بالضرورة سبق تصرف المالك فيما يملك الى المشتري، فتأتي الشفعة لتنتقل هذا التصرف الى الشفيع، اما بدون هذا التصرف فلا يمكن للشفعة اكساب الشفيع الملكية، وذلك بخلاف اسباب كسب الملكية الاخرى.

لهذه الاهمية الخاصة للشفعة جاء بحثنا لها، الذي نقصره على تكييفها القانوني، دون تعرض لاحكامها واثارها الا بالقدر الذي يعيننا على الوصول الى هذا التكييف.

٢ - ورغم تعدد الاراء التي قيلت بصدد طبيعة الشفعة وتكييفها القانوني. الا انه يمكن ارجاع هذه الاراء الى اتجاهين متميزين : اما الاتجاه الاول فيتميز باقتصاره على تحديد المركز القانوني الذي تمنحه الشفعة للشفيع، غافلا عن زاوية اخرى هامة في الشفعة، تسهم كثيرا في تحديد ماهيتها القانونية، الا وهي وسيلتها في نقل الملكية للشفيع. وفي داخل هذا الاتجاه لم يتفق انصاره في رؤيتهم للشفعة، فمنهم من رأى فيها حقا تمنحه للشفيع يمكنه من تملك المال المباع الى المشتري، ومنهم من لم ير فيها حقا، بل رخصة، او مجرد حرية او اباحة، وهناك ايضا من جمع فيها بين الحق والرخصة معا.

واما الاتجاه الثاني فقد نظر الى الشفعة على انها سبب لكسب الملكية، لذلك قصر اهتمامه على تحديد الوسيلة التي تمثلها الشفعة في ذاتها والتي تجعل منها سببا لنقل الملكية الى الشفيع بدلا من المشتري، ورغما من ارادته بالمخالفة للقواعد العامة التي تحول دون امكان ذلك، واغفل هذا الاتجاه بدوره تحديد المركز القانوني الذي يتواجد فيه الشفيع والذي يخوله الأخذ بالشفعة وتملك المبيع ولو جبرا. وداخل هذا الاتجاه تعددت - أيضا - وجهات نظر أنصاره، فمنهم من رأى في الشفعة نقضاً لعقد البيع المبرم بين البائع والمشتري وقياماً لعقد جديد لصالح الشفيع، ومنهم من ذهب الى فكرة الحلول، ورأى في الشفعة حلولا

قانونيا للشفيع محل المشتري في العقد الاصلي الذي ابرمه هذا الاخير مع البائع .

وهكذا وقفت الاراء التي قيلت بصدد ماهية الشفعة وطبيعتها القانونية عند ما اذا كانت حقا - بالمعنى الواسع لهذه الكلمة - ام مجرد وسيلة لكسب الحق، لذلك فالاختلاف بين الاتجاهين الاساسيين في تكييف الشفعة، ليس اختلافا حول طبيعتها بقدر ما هو خلاف نحو الزاوية او الفكرة التي ركز عليها كل اتجاه من الاتجاهين السابقين، اما الاختلاف الحقيقي فيمكن في تعدد وتنوع الاراء التي قيلت داخل كل من هذين الاتجاهين . فكل من الاتجاهين، وبالتالي كافة الاراء التي قيلت في فلكيهما، نظر إلى الشفعة نظرة قاصرة لا تكفي لايضاح طبيعتها وماهيتها القانونية .

٣ - والاصح في نظرنا، للوصول الى التكييف الحقيقي للشفعة، هو الجمع بين وجهتيها معا، وذلك بايضاح حقيقة المركز القانوني الذي تمنحه للشفيع، ثم تحديد وسيلتها في نقل الملكية من المشتري الى الشفيع والتي تحدد طبيعتها القانونية باعتبارها سببا لكسب الملكية . فالشفعة كما تظهر في المركز القانوني للشفيع، باعتبارها مصدر هذا المركز بما يخول من سلطات، تظهر ايضا في نقل الملكية الى الشفيع، باعتبارها وسيلة هذا النقل . ومن هنا فان تحديد التكييف القانوني للشفعة لا يتعين قصره على احد وجهتيها دون الاخرى، بل يجب الجمع بينهما .

في ضوء ما تقدم نقوم في بحثنا الحالي بدراسة التكييف القانوني للشفعة من حيث تحديد المركز القانوني الذي تخوله للشفيع، على ان نسبق ذلك بدراسة اولية هامة تساعدنا على تحديد حقيقة مركز الشفيع وذلك بايضاح وتحديد المراكز القانونية المختلفة، والتي يتردد بينها مركز الشفيع .

وبذلك تشمل دراستنا موضوعين اساسيين نجعل لكل منها فصلا خاصا، وذلك على الوجه الاتي :

الفصل الاول : التمييز بين المراكز القانونية المختلفة .

الفصل الثاني : المركز القانوني للشفيع او خيار الشفعة .

الفصل الاول

التمييز بين المراكز القانونية المختلفة

تمهيد :-

٤ - تعددت الآراء واختلفت حول حقيقة المركز القانوني الذي تمنحه الشفعة للشفيع، فالبعض رأى انها تخول حقا، وبعض آخر رأى انها تخول رخصة أو مجرد اباحة، وجمع رأي ثالث بين الحق والرخصة معا، واخيرا، هناك من رأى ان المركز القانوني للشفيع لا هو حق ولا هو رخصة، بل هو مركز وسط بينهما.

والاتي كلمة موجزة عن كل من الآراء السابقة.

الشفعة حق :-

٥ - صورت بعض تعريفات الفقه الاسلامي الشفعة على انها حق، من ذلك تعريف الرملي، من فقهاء المذهب الشافعي، الذي يرى انها «حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر»^(١).

وعرفها ابن قاسم الغزي بانها «الحق الممنوح من الشارع للشريك الاصلي في الملك لنزع ملكية الشريك الجديد بمقتضى حقه بالشركة، شرط ان يعاد اليه الثمن المدفوع للصفقة»^(٢).

وعرفها ابن عرفة، من فقهاء المذهب المالكي «بانها الحق العائد لكل شريك على الشيوع بأن يأخذ من يد المشتري الاجنبي بعد التعويض عليه النصيب الذي اشتراه من الشريك الآخر»^(٣).

(١) شمس الدين شهاب الدين بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٥ ص ١٩٢.

(٢) ابراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على بن القاسم الغزي على مختصر ابي شجاع، ج ٢، ص ١٦٠.

(٣) محمد بن احمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٦.

وعرفت الشفعة في مرشد الحيران بانها «حق تملك العقار المبيع او بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن»^(١).

وبالتصوير السابق نفسه، اي اعتبار الشفعة حقا، اخذت بعض التشريعات العربية، من ذلك المادة ١١٢٨ من القانون المدني العراقي التي تعرف الشفعة بانها «حق تملك العقار المبيع او بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات»^(٢). وبالتعريف نفسه - ايضا - يأخذ القانون الاردني^(٣).

كذلك تعرف المادة ١/٢٣٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني الشفعة بانها «... حق يميز لصاحبه ان ينتزع العقار المبيع من المشتري».

وتعرف المادة ٨٩١ مدني كويتي الشفعة بانها «حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار والمنقول...».

وينضم جانب من الشراح الى الاتجاه السابق ويكيف الشفعة بانها حق، حق عيني لدى بعض^(٤) وحق شخصي لدى بعض آخر^(٥)، وحق شخصي عيني

(٤) وتعريف الشفعة كحق يستنبط ايضا بسهولة من المواد من ٩٥١ الى ٩٥٣ من مجلة الاحكام العدلية.

(٥) اصبحت المادة ١٠٦٥ حسب التسلسل الجديد.

(٦) راجع المادة ١١٥٠ من القانون المدني الاردني التي تعطي التعريف نفسه.

(٧) انظر زهدي يكن، الشفعة، ص ٥٣، الذي يرى ان حق الشفعة حق عيني يتعلق بتملك العقار المباع، وتقام الدعوى فيه على المشتري في محل وجود العقار... وهو حق عقاري خاضع للتسجيل. وانظر في مبررات اعتباره الشفعة حقا عينيا أصليا، نفس المرجع ص ٤٩، ٥٠.

وقد ذهبت بعض احكام القضاء المصري في ظل القانون القديم الى اعتبار الشفعة حقا عينيا مستندة في ذلك الى ان ملكية العقار الشافع تحول ماله حقا عينيا على العقار المشفوع فيه. راجع على سبيل المثال استئناف مختلط ١٨٨٩/٤/٤، المجموعة - ١ - ص ١٤٧/٣/١، ١٩٢١، المجموعة - ٣٣ - ص ١٩٠، ١٩٢٤/١/٢٢، المحاماة - ٤ - رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧، استئناف اهلي ١٩٢٥/٦/٢٢، المحاماة - ٦ - رقم ١٠٢ ص ١٠٤.

(٨) انظر دي هيلتس، القانون المدني المصري، ج ٣، فقرة ٦، وانظر ايضا مصنفه الهجائي للقانون المدني المصري القديم ج ٣، ص ٢١١ وراجع في ذلك الاتجاه فورجير، الشفعة في القانون المصري، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٢٠ ص ١٢٢، حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، ج ١، رقم ٣١٩.

لدى بعض ثالث، حق شخصي بالنسبة الى الشفيع، وحق عيني بالنسبة الى العقار المشفوع فيه.^(٩)

يمكن ان نضم الى هذا الاتجاه - ايضا - ذلك الرأي الذي كيف الشفعة على انها حق، ولكنه ليس حقا شخصيا ولا حقا عينيا، وانما حق من نوع خاص، حق من حقوق الخيار او الامكان القانوني.^(١٠)

الشفعة رخصة :-

٦ - على العكس من الاتجاه السابق نظر اتجاه آخر الى الشفعة على انها مجرد رخصة وليست حقا، وفي ذلك تقرر المادة ٩٣٥ مدني مصري ان الشفعة : «رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري...»^(١١)

وبالنظر السابق يأخذ بعض الفقه^(١٢).

ويمكن أن ندرج ضمن هذا الاتجاه، ذلك الرأي الذي ذهب الى ان الشفعة تعني الاباحة، ذلك أن حقيقة المقصود بالاباحة لدى هذا الرأي هو = ونوه - هنا - الى ان المقصود بالحق الشخصي - لدى هذا الاتجاه - ارتباطه بشخص صاحبه، وليس الحق الشخصي بمعناه الدقيق المقابل للحق العيني.

وانظر في الاحكام التي أخذت بالاتجاه الذي يرى في الشفعة حقا شخصيا بالمعنى الذي حددناه، استئناف مختلط ١٩٢٦/١٢/٢١ المجموعة - ٣٩ - ص ١٠٢ .

(٩) انظر في هذا الاتجاه، عبدالسلام ذهني، الاموال، ١٩٢٦ فقرة رقم ٤٥٩ .

(١٠) انظر في هذا الاتجاه في الفقه المصري، حسام الاهواني، اسباب كسب الملكية في القانون المدني الكويتي، الكويت، ذات السلاسل ١٩٨٧، ص ٢٠٥، رقم ١٧٦ .

وانظر في الفقه الفرنسي ابراهيم نجار :

Ibrahim Najjar :

- Le droit d' option, contribution à l' étude du droit potestatif et de l' acte unilatéral, Paris, 1967, 154.

Corinne Saint - Alary - Houin : وانظر كذلك مدام كورين سانت الاري هوان

- Le Droit de Préemption, Paris, 1979, P. 461.

(١١) وانظر في المعنى نفسه، اي النص على ان الشفعة رخصة، المادة ٩٣٩ مدني لبيي، المادة ٧٤٥ مدني صومالي، والمادة ٧٩٤ مدني جزائري .

(١٢) انظر في هذا التكييف ياسين محمد يحيى، الشفعة في القانون المدني والشرعية الاسلامية، دراسة مقارنة، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة ١٩٨٢ ص ١٠ .

الرخصة، اذ ما زال الخلط قائماً - لدى بعضهم - بين الرخصة والحرية أو الاباحة. فقد صور بعض احكام القضاء المصري القديم الشفعة على انها مجرد اباحة للتوصل الى كسب حق الملكية بشروط وفي احوال مخصصة، وهذه الاباحة لا تنتج حقاً الا اذا استعملت...»^(١٣).

الشفعة حق ورخصة :-

٧ - الى جانب الاتجاهين السابقين في تحديد ماهية الشفعة، هناك من جمع بين الوصفين معاً، فجعل من الشفعة حقاً ورخصة في آن واحد، فهي رخصة قبل استعمالها من الشفيع، وهي حق بعد استعمالها، فهي رخصة من حيث ان الشفيع لا يجبر على استعمالها، وهي حق من حيث ان استعمالها يؤدي إلى التزام المشتري بها.^(١٤)

وفي ازدواج صفة الشفعة قرر القضاء المصري القديم ان الشفعة، لكونها مجرد طريق من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، فلا تكون حقاً يؤثر لذاته في الشيء، وانما «هي مجرد اباحة للتوصل الى كسب حق الملكية. وهذه الاباحة لا تنتج حقاً الا اذا استعملت».^(١٥)

الشفعة مرتبة وسطى بين الحق والرخصة :-

٨ - واخيراً وجد اتجاه لا يرى في الشفعة حقاً ولا رخصة، وانما مرتبة وسطى بينهما، هي ما اطلق عليها تسمية حق الشخص في ان يملك ويقصد بذلك المركز القانوني الذي اذا تهيأ سببه لشخص استطاع أن يكسب الحق بارادته المفردة.

ونجد هذا التفكير واضحاً لدى الاستاذ الدكتور السنهاوري، فبعد ان قرر ان هذا المركز اذا تهيأ للشفيع منحه «رخصة» في ان يملك العقار المشفوع

(١٣) انظر على سبيل المثال استئناف وطني ١٢ ابريل ١٨٩٥، مجلة القضاء، ص ٧٧.

(١٤) صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ١٩٦٠، شركة الطبع والنشر الاهلية، ص ٢٨١.

(١٥) استئناف اهلي ٢٠ ابريل ١٨٩٥، مجموعة القضاء - ٣ - ص ١٠٧.

فيه^(١٦)، عاد وحدد انه من الادق «ان يقال ان هذا المركز القانوني لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك بل يتولد عنه حق الشخص في ان يملك. وذلك انه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك، هي حق الشخص في ان يملك»^(١٧).

وفكرة المرتبة الوسطى بين الحق والرخصة ترجع الى ما ادلى به الامام القرافي بصدد تمييزه بين مركزين من المراكز القانونية يسبقان الحق، وهما: الرخصة، ومعها يكون صاحبها قد «ملك ان يملك». ومركز آخر اعلى منها، ولكنه لم يصل الى مرتبة الحق، وهو الذي يتحقق لدى من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك»، وجعل هذا المركز بين الحق والرخصة، لانه وان كان قد تجاوز الرخصة الا انه لم يصبح حقا بعد.^(١٨)

٩- تلکم هي الاراء المختلفة التي قيلت بصدد المركز القانوني الذي تخوله الشفعة للشفيع، وما نلاحظه على هذه الاراء انه وان كان قد اصاب بعضها الحقيقة جزئيا، الا ان ايا منها لم يصور الشفعة تصويرا كاملا، بل نظر اليها في مرحلة من مراحل تطورها، غافلا عن مراحلها الاخرى، فالشفعة تمنح الشفيع مركزا قانونيا متطورا وفق تطور مراحلها المختلفة، وليس مركزا واحدا ثابتا. من هنا تعين للوصول الى حقيقة المركز القانوني للشفيع، النظر الى كل مرحلة من مراحل الشفعة على حدة، هذا ما سنضطلع به بعد ان نقوم بالتمييز بين المراكز القانونية المختلفة، إذ في ضوء ذلك يمكننا تحديد مركز الشفيع في كل مرحلة من مراحل الشفعة.

(١٦) الوسيط، ج ٩ رقم ١٦٢ ص ٤٤٩.

(١٧) المرجع السابق، ص ٤٤٩ هامش رقم (١). وراجع لنفس المؤلف، الوسيط، ج ١ ط ٢ فقرة

رقم ٣٣، ص ١٤٤ هامش رقم (١) وكذلك مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ١ ص ٨.

(١٨) راجع في ذلك القرافي، انوار البروق في انواء الفروق، ج ٣، ص ٢٠٨.

المقصود بالمركز القانوني :-

١٠ - يقصد بالمركز القانوني ذلك الوضع الذي يتواجد فيه الشخص، ويرتب عليه القانون اثارا ونتائج قانونية معينة^(١٩). واذا كان الحق يأتي في مقدمة المراكز القانونية، الا انه يوجد بجانبه العديد من المراكز القانونية الاخرى، بعضها يقترب منه باعتبار ان هدفه الاساسي يكون هدف الحق نفسه، اي منح صاحبه مزايا وقيماً معينة تترجم بسلطات وقدرات قانونية يقرها ويعترف بها القانون، كالرخصة والحرية، وبعض آخر من المراكز القانونية يغلب عليه الطابع التنظيمي، لذلك تظهر فيها الواجبات بصورة اكثر من سابقتها.

وفي دراستنا الحالية في التمييز بين المراكز القانونية سنقتصر على النوع الاول منها، الذي يشمل الحق والحرية والرخصة، وغير ذلك من المراكز التي تمنح صاحبها مزايا وقيماً محددة، وهي التي يتردد مركز الشفيع بينها، كما سبق ان اشرنا.

١١ - يمكننا باديء ذي بدء القول ان كلا من الحق والرخصة والحرية يجمع بينها عامل مشترك يتمثل في تلك القدرة أو «الاباحة» التي يخولها كل منها لصاحبه، والتي تمكنه من التصرف على وجه معين نظرا لما يملك من قدرات وسلطات ترتبط بالمركز القانوني الذي يتواجد فيه^(٢٠)، والذي يعطي لهذه القدرة

(١٩) راجع في تحديد المركز القانوني بانه النطاق الذي نجد فيه المزايا التي تترتب اثر الحريات والرخص والحقوق، ولكنه لا يمكن ان يستبدل هذه المزايا الاخيرة، ابراهيم نجار، رسالته سابق الاشارة اليها، رقم ٩٠ ص ٩١.

اما الفقيه روبييه فيعرف المركز القانوني كالآتي :

«Des situations régulièrement établies, soit par acte volontaire, soit par la Loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leur bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent d' ailleurs en principe renoncer».

Paul Roubier : Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Paris, 1963, P. 73.

(٢٠) لذلك لا يمكن اعتبار «الامل» او مجرد الامل كما يقال، مركزا قانونيا يقف بجانب الحق والرخصة والحرية، ذلك ان مجرد الامل لا يخول صاحبه اية مكنة او اباحة، فهو في الواقع يبعد عن مجال القانون، هو انعدام قانوني كما يعبر عنه فردييه، راجع رسالته في الحقوق الاحتمالية :

Verdier : Les droits éventuels : Contribution à L'étude de la formation successive des droits, Paris, 1953

او الاباحة الصفة القانونية، اي اباحة يقرها القانون ويعترف بها، ويحول صاحبها امكانية تحقيقها، فالذي يجمع بين هذه المراكز القانونية المختلفة هو ما تتضمنه من «اباحة» لصاحبها، اما مدى ومضمون هذه الاباحة فتختلف فيه هذه المراكز، الامر الذي يمكننا معه جعل هذه الاباحة محور التمييز بين المراكز القانونية المختلفة.

وهكذا يمكننا تقرير ان كلا من الحق والحرية والرخصة يشكل مركزا قانونيا يخول صاحبه نوعا من الاذن او الاباحة، وهذا هو عامل الاشتراك بين هذه المراكز، اما بعد ذلك فيستقل كل منها بمعناه الخاص ومضمونه الذاتي، وهذا ما نحاول ايضاحه بالتعرض لكل من الحق والحرية والرخصة لبيان المقصود بكل منها وما يميزه عن غيره من المراكز الاخرى.

الحق :-

١٢ - نعتقد انه ما من مصطلح قانوني حظى بذلك الكم الضخم من التعريفات مثل مصطلح الحق، فقد تصدى له عدد لا يحصى من الفقهاء وشرح القانون بالتعريف والتحديد، ولا نقصد هنا الاسهام في زيادة هذا الرتل من التعريفات، خاصة وانه قد سبق لنا ان ادلينا بدلونا في هذا الصدد، حيث عرفناه بانه مركز قانوني يخول صاحبه ميزة الاستثثار بشيء او اداء معين، ويكفل له السلطات اللازمة لاقتضاء هذه الميزة.^(٢١)

من ناحية اخرى فنحن لا نقصد بتناولنا فكرة الحق، هنا، تعريفه في ذاته، وانما هدفنا يقف عند تحديد الجوانب التي تميز بينه وبين غيره من المراكز القانونية الاخرى التي تقترب منه، بصفة خاصة فكري الحرية والرخصة. من هنا كان تناولنا لفكرة الحق يقتصر على هذا الجانب فقط.

= ومن ناحية اخرى، لا نرى ان تكون المكنة في ذاتها، والتي استعملت من قبل بعض الفقه، مركزا قانونيا بالمعنى السابق توضيحه اذ هي لا تخرج عن كونها اثرًا او نتيجة المركز القانوني الذي يتواجد فيه الشخص، والذي يمنحه «مكنة» او سلطة القيام باعمال معينة. لذلك فالمكنة هي مجرد تعبير عن القدرات والسلطات التي تمنحها المراكز القانونية المختلفة، من حق او حرية او رخصة، وليست المركز ذاته.

(٢١) راجع مؤلفنا في اصول القانون، ١٩٨٣ ص ٢٢٢.

والواقع ان تحليل التعريفات التي قيلت لتحديد فكرة الحق يمكننا من استخلاص بعض العناصر المشتركة في غالبية هذه التعريفات. هذه العناصر شبه المجمع عليها يمكن ردها الى عنصرين لا يثور بشأنها خلاف يذكر. هذان العنصران هما : العنصر الاول : ان الحق مركز قانوني، حيث لاحق دون سند من القانون.^(٢٢) والعنصر الثاني، ان الحق اباحة او ميزة قانونية يتمتع بها

(٢٢) فنتظرية الارادة ترى في الحق سلطة يخولها القانون للشخص، فبدون تدخل القانون واقراره الحق للشخص فلا وجود لهذا الحق.

راجع في عرض هذه النظرية.

H. Coing : Signification de la notion de droit subjectif. Archives de philosophie du droit, No. 9, 1964, P. 1 et s.

اما نظرية المصلحة فتجعل من تدخل القانون واقراره لمصلحة صاحب الحق احد العنصرين الرئيسيين لهذا الحق، الذي لا يوجد بدونها. كما يتضح تصوير الحق كمركز قانوني من تعريف الفقه الحديث للحق، فالفقيه البلجيكي دابان يجعل من الحق قدرة يمنحها القانون لشخص معين ويضيف عليها حمايته. راجع مؤلفه في الحق الشخصي. Le droit subjectif, Paris, 1952., P. 87. في نفس المعنى ايضا راجع الفقيه الفرنسي روبييه في مؤلفه الشهير الحقوق والمراكز القانونية، حيث جعل الحق احد هذه المراكز

Roubier : Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, 1963, P. 129.

وانظر كذلك مقالاً له بارشيف فلسفة القانون، ١٩٦٠ ص ٨٣، ومؤلفه في النظرية العامة للحق، ط ٢، ١٩٥١.

وانظر في الفقه المصري : السنهاوري، حيث يعرف الحق بانه «مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون» مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ١ ص ٥.

جميل الشرفاوي الذي يجعل من الحماية القانونية للحق عنصراً فيه، اصول القانون، ٧٩. حسن كيرة، فالحق لديه «رابطة قانونية...»، المدخل للقانون ص ٤٤١، واصول القانون، ص ٥٦٧.

اسماعيل غانم، الذي يعرف الحق بانه استئثار يحمي القانون... نظرية الحق، ص ١٧. توفيق حسن فرج، فالحق لديه استئثار... يحمي القانون، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٨١ ص ٤٦٣، وفي المعنى نفسه شمس الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، ص ١١. نعمان جمعة، الذي يعرف الحق بانه «المركز القانوني الذي...»، المدخل للعلوم القانونية، ج ٢، ١٩٧٨ ص ٣١٧.

انظر في المعنى نفسه، سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية ص ٢٣.

صاحبها، بعض يعبر عن هذه الميزة مباشرة^(٢٣) وبعض آخر يكتفي باظهار مظاهرها من سلطات وقدرات يتمتع بها صاحب الحق^(٢٤).

(٢٣) راجع في تعريف الحق كميزة قانونية، دابان، المرجع السابق، ص ١٠٥. روبييه، مقاله بارشيف فلسفة القانون، ص ٦٦، الذي يشترط لوجود الحق وكأساس له ان توجد ميزة لصاحبه، فهذه الميزة هي التي تميز الحق كمركز قانوني عن الواجب او الالتزام. وانظر سليمان مرقص، المرجع السابق، والذي يرى في الحق استئثار شخص بمزية يقررها القانون له.

في المعنى نفسه - ايضا - نعمان جمعة، حيث يحدد الحق بأنه المركز القانوني الذي يتمتع صاحبه بميزة يستأثر بها... المرجع سابق الاشارة اليه. (٢٤) راجع في هذا الاتجاه نظرية الارادة، التي تربط بين الحق والارادة حيث ركز انصار هذه النظرية على ما يجنوه الحق من سلطات وقدرات لصاحبه، معبرين عن ذلك بقولهم ان الحق سلطة ارادية «Pouvoir de volonté» انظر في عرض هذه النظرية، وبصفة خاصة رأي الفقيه سافيني، دابان، مؤلفه سابق الاشارة اليه، ص ٥٦ وبعده، راجع كذلك كوانج H. Coing، ارشيف فلسفة القانون ١٩٦٤، ص ١ وبعده بونارد، حقوق الادارة، مجلة القانون العام ١٩٣٢ ص ٧٢٠، الرقابة على الادارة، باريس ١٩٣٤، رقم ١٣ ص ٤١. اما انصار نظرية المصلحة، فقد ادخلوا الميزة التي يمنحها الحق لصاحبه تحت عنصره المادي لديم، الذي يتمثل في الهدف الذي يحققه الحق لصاحبه. راجع في ذلك اهرنج، روح القانون الروماني، ج ٣ ط ٣ ص ٣١٧. وانظر في عرض هذه النظرية، دابان، المرجع السابق، ص ٦٥ وبعدها. كما يظهر ربط الحق بالسلطة او القدرة التي يمنحها لصاحبه في تعريف الفقه الحديث للحق فالفقيه دابان يجعل جوهر الحق في استئثار صاحبه لقيمة معينة، وما يفترضه هذا الاستئثار من قدرة وتسلط، راجع مؤلفه سابق الاشارة اليه ص ٨٧.

كما يعرف بونارد، المرجع السابق، الحق بأنه سلطة اقتضاء شيء ما. راجع في الاتجاه نفسه لدى الفقه المصري : - جميل الشرقاوي، الذي يرى أن الحق قدرة شخص على التصرف او السلوك بطريقة معينة، اصول القانون، ١٩٧١ رقم ٨٤ ص ٨٥. - توفيق حسن فرج، فالحق لديه استئثار بشيء او بقيمة، مرجعه سابق الاشارة اليه، ص ٤٦٣، وفي المعنى نفسه شمس الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، ص ١١. - حسن كيرة، اصول القانون، ص ٤٤١، ويعبر عن السلطة التي يمنحها الحق لصاحبه بالانفراد والاستئثار بالتسلط على الشيء او اقتضاء اداء ما.

وهكذا، يمكننا القول ان الحق يتميز بكونه مركزا قانونيا يخول صاحبه اباحة او ميزة قانونية. (٢٥)

فالذي يميز الحق - اذن - انه مركز قانوني يخول صاحبه اباحة تمثل ميزة قانونية لصاحبه. وهذا التحديد للحق وان كان يكفي للتمييز بينه وبين المراكز القانونية الاخرى التي لا تمنح صاحبها اباحات او مزايا قانونية، كالواجب، او الالتزام، الا انه لا يكفي للتمييز الحق عن بعض المراكز القانونية الاخرى، وهي التي تمنح مثله اباحات في مجال القانون ولا تفرض واجبات والتزامات مثل الحرية والرخصة، فهذه المراكز القانونية الاخيرة تشترك مع الحق في كونها مراكز قانونية، وتشترك معه ايضا في انها تمنح لصاحبها اباحة قانونية. غير ان هذا التشابه لا يعني التماثل والتطابق القائم بين كل هذه المراكز القانونية، ومن هنا تأتي ضرورة تحديد الحق تحديدا كافيا بما يسمح بالتمييز بينه وبين هذه المراكز القانونية القريبة منه. فاذا ما رجعنا الى التعريفات السابق الاشارة اليها، والتي عرف بها الفقه

(٢٥) استعملنا - بصفة مؤقتة - مصطلحي الاباحة والميزة القانونية كمترادفين للتدليل على ما يمنحه الحق لصاحبه، الا ان مصطلح الميزة اكثر دقة وتعبيرا عن حقيقة المركز القانوني الذي يمنحه الحق لصاحبه، كما سنرى لاحقا في المتن، ذلك ان الميزة تعني تميز صاحب الحق وانفراده عن غيره من الاشخاص بمضمون الحق بعكس الاباحة التي تعني مجرد المباح وعدم الحظر والتقييد وذلك لا يقتصر على صاحب الحق، بل يتحقق بالنسبة لاصحاب المراكز القانونية الاخرى. من ناحية اخرى، فان الميزة القانونية التي تميز صاحب الحق، تأتي نتيجة اباحة، فالاباحة من حيث المضمون اعم من الميزة التي تعني التمييز والتخصيص، اي الاستثناء والانفراد وهذا ما يتحقق مع الحق على ما سنرى تفصيلا بالمتن.

فالاباحة تعرف تعرف شرعا بانها : «اذن من الشارع يقربه مكنة». (انظر في هذا التعريف، فتحي الدبريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، بيروت ١٩٧٧، ص ٢٨٣). فالاباحة تدل في معناها العام على الانطلاق وعدم التقيد، والمباح يعني الاذن والاطلاق. (راجع في ذلك محمد سلام مذكور، الحكم التخيري، نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء، ط ١٩٦٢، دار النهضة العربية، القاهرة ص ٦ وما بعدها). من هنا فقد تردد الاصوليون وفقهاء الشريعة الاسلامية في استعمال الاباحة بما يفيد التخير بين فعل الشيء وتركه، والاذن. انظر في تعريف الاباحة بانها «الاذن باتيان الفعل كيف شاء الفاعل» الجرجاني في كتاب التعريفات، المطبعة الخيرية، ص ٢، اشار اليه محمد سلام مذكور، المرجع السابق ص ٤٤.

الحق، فإن أول وأهم ما نلاحظه من هذه التعريفات ان الحق يتميز بان المركز القانوني الذي يتمتع به صاحبه يكون خاصا به قاصرا عليه، لا يشاركه فيه احد، بل يستأثر وينفرد به. لذلك فالاباحة التي يخولها الحق لصاحبه تتميز بكونها اباحة خاصة بصاحبها، وليست عامة مشتركة، الامر الذي يرقى بها من مجرد اباحة عامة الى مرتبة الميزة الذاتية القاصرة على صاحبها لا يشاركه فيها احد، والتي تخصه بذلك بمركز قانوني خاص متميز عن غيره من الاشخاص ممن لا يملكون الحق نفسه، فيتميز بهذه الميزة الخاصة عنهم.

من ناحية اخرى فان الاباحة الخاصة، اي الميزة القانونية التي يمنحها الحق لصاحبه تتميز بكونها غير مقيدة، بل هي، بحسب الاصل، مطلقة لا تخضع لقيود سوى تلك القيود التنظيمية التي نظمها المشرع بقصد حماية المجتمع ومصالحه العامة، ومن ثم فلا يتقيد الحق سوى بمشروعية استعماله، اما خارج ذلك النطاق فلا ترد قيود على صاحب الحق في استعمال حقه، بصفة خاصة فهو لا يلزم باستعمال حقه على وجه دون آخر، طالما كان الاستعمال مشروعاً.

مضمون وطبيعة الميزة القانونية التي تميز الحق :-

١٣ - تتميز الاباحة التي يخولها الحق لصاحبه بانها خاصة به مقصورة عليه، تخوله - هو فقط - الانفراد بمضمون الحق من سلطات وقدرات، لذلك فالاباحة التي يخولها الحق، والتي تمثل مضمونه وجوهره، تتميز بكونها اباحة خاصة. ولأن هذه الاباحة خاصة يستأثر بها صاحب الحق، فانها تضعه بذلك في مركز قانوني يتميز به غيره من الاشخاص، وبذلك تصبح هذه الاباحة ميزة قانونية ينفرد بها صاحب الحق، فهو فقط الذي يستقل بمضمون الحق ويتمتع بمزاياه وقيمه، ومن ثم يتميز بذلك عن غيره من الافراد.

ولان الاباحة التي يمنحها الحق هي ميزة خاصة مقصورة على صاحبه، فهو ينفرد ويستأثر بالمزايا والقيم التي يخولها له الحق. فالحق يتميز بكونه ميزة تتضمن قدرة تثبت لشخص معين على سبيل التخصيص والافراد.^(٢٦)

(٢٦) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، ج ١، ص ٢٠١.

ولأن هذه الميزة الخاصة لا يتمتع بها الجميع على قدم المساواة، كما هو الحال مع الحرية كما سنرى لاحقا، فإن مجال الحق لا يصل الى اهمية مجال وموضوع الحرية، وهذا ما يبرر ذلك التمييز الذي يقيمه الحق بين صاحبه والآخرين، فالمرکز القانوني الذي يخوله الحق لصاحبه يكون خاصا به مقصورا عليه لا يشاركه به احد، لانه لا يصل في اهميته وحيويته إلى ضرورة تمتع الجميع به دون تمييز.

ونظرا لما يتضمنه الحق من ميزة قانونية خاصة، فهو يتميز بالوضوح والتحديد لما يفترضه الميزة التي يخولها الحق من تمييز بين الافراد، وما يستوجبه ذلك التمييز من اعتداء على حريات الآخرين، بقدر ما يمنح الحق من مزايا خاصة ذاتية.^(٢٧) وللعلة نفسها فإن الحق يرد على محل محدد، كما يستلزم ان يكون موضوعه محددًا ايضا، وكذلك هدفه. لذلك فإن الحق لا يمنح الا لشخص معين بالذات.

ومن هنا فإن الحقوق تمثل النطاق الحقيقي لنظرية التعسف، لما تتصف به من حدود معينة، واهداف محددة لا يجوز الخروج عنها والا تحقق التعسف. ومن ناحية اخرى، فإن الحق بما يخوله لصاحبه من ميزة خاصة وما يستوجبه من حجب مجال لصاحبه يحتكره ويستأثر به، ويستبعد عنه الآخرين، فانه يكون بذلك مصدرا لعدم المساواة بين الافراد.^(٢٨)

(٢٧) دابان، الحق الشخصي، ص ٩٥.

Villey :

(٢٨)

- Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, P. 160.

وفي المعنى نفسه، دابان، المرجع السابق ص ٩٥، جستان، القانون المدني الفرنسي، ج ١، ص ١٣٧. غير ان عدم المساواة التي يفترضها الحق، تتميز بانها عدم مساواة مشروعة لا تتقرر عنوة وانما اعمالا للقواعد القانونية. فكما سنرى في المتن كل حق ولا بد ان يستند الى سند خاص يقرره ويسنده الى صاحبه، وإلى هذا السند القانوني تستند عدم المساواة التي يفرضها الحق.

راجع لمزيد من التفاصيل

Sortais :

Le titre et L'emoullument, essai sur La structure des droit subjectifs. thèse, Paris, 1959, éd, L.G.D.J., 1961.

ولأن الحق يقيم تمييزاً بين الافراد، على الوجه السابق، فانه يتطلب شروطاً خاصة فيمن يتمتع به، فهو مشروط في نشأته اذن، حيث يتطلب وجوده تحقق شروط معينة. (٢٩) كما انه يتطلب مصدراً او سبباً خاصاً يسنده الى صاحبه بعد تحقق وتوافر شروط اسناده. لذلك فهو يفترض وجود رابطة قانونية خاصة تنشأ بين صاحب الحق وغيره. (٣٠)

يلاحظ اخيراً عدم الخلط بين الحق وما يخوله من سلطات وقدرات، والتي كثيراً ما يطلق بعضهم عليها تسمية الحق، رغم انها لا تخرج عن كونها أثراً او نتيجة تترتب على الحق، فاستعمال صاحب حق الملكية للملكه والانتفاع به ليس بحق وانما هو استعمال لهذا الحق، أي استعمال حق الملكية وتمتع به.

الحرية :-

١٤ - حددنا الحق فيما سبق بانه مركز قانوني يخول صاحبه اباحة خاصة تمثل ميزة قانونية، وهي ميزة غير مقيدة بحسب الاصل، تبيح له قدرات وسلطات معينة.

(٢٩) وذلك على العكس من الحرية التي تكون من حيث الاصل غير مشروطة، وانما يتم التمتع بها بالاستناد الى المبادئ العامة، وطبائع الاشياء.

راجع روبييه، ص ١٤٧، سعيد الصادق، نظرية الحق، الكويت ١٩٨٧ ص ٢٤٠. (٣٠) رأى بعضهم ان الحق غالباً ما يستند في نشوئه وتكوينه الى حرية من الحريات، كحرية التعاقد وحرية التملك، فحق الملكية يسبقه في الكثير من الحالات حرية التملك، وحق المؤلف يسبقه حرية الرأي والانتاج الذهني. لذلك يقرر انصار هذا الاتجاه ان الحريات هي اصل الحقوق جميعها. راجع في ذلك روبييه، الحقوق والمراكز القانونية، رقم ٢٠ ص ١٤٥ وبعده، جوسران روح القوانين ونسبتها - نظرية سوء التعسف في استعمال الحق، ط ٢، باريس ١٩٣٩ فقرة رقم ٢٣٠ ص ٢٧٥. وانظر سعيد الصادق، المرجع السابق، ٢٣.

غير ان القول السابق يجب الا يعني انه يتعين لوجود الحق ان يسبقه دائماً وفي جميع الاحوال حرية من الحريات كما يجب الا يعني - ايضاً - ان كل حرية تؤدي بالضرورة الى انشاء حق. فالمقصود فقط - في نظرنا - انه لكي ينشأ الحق يتعين ان يتحقق لدى صاحبه القدرة على ان يصبح صاحب حق، بما يستلزمه ذلك من انشاء علاقة قانونية محددة. ومن هنا فالحرية لا يمكنها ان تؤدي الى الحق الا اذا صاحبها قيام علاقة قانونية محددة. لكن ذلك لا يحول دون امكان وجود الحق دون استناد الى الحرية. فحق الارث مثلاً يتقرر للشخص تلقائياً ولا يحتاج الى فكرة الحرية.

والحرية تشترك مع الحق في كونها مركزا قانونيا، حيث لا حرية ما لم تستند الى القانون، وتشترك معه ايضا في انها تخول صاحبها اباحة قانونية معينة، هي مضمون الحرية. والى هنا يقف التشابه بين الحرية والحق حيث يختلفان بعد ذلك فيما يتعلق بطبيعة ومضمون الاباحة التي يخولها كل منهما لصاحبه، فبينما يخول الحق اباحة خاصة تجعل منها ميزة قانونية لصاحبه، فان الحرية لا تخول صاحبها مثل هذه الميزة الخاصة التي يستأثر وينفرد بها دون غيره، بل تخوله اباحة عامة غير قاصرة عليه، وانما يشترك فيها الجميع على قدم المساواة، ولا تقيم تمييزا بين الافراد.^(٣١)

وترجع علة اباحة الحرية للجميع الى طبيعة ومضمون الاباحة التي تخولها لصاحبها. وكونها تعبر عن متطلبات الانسان الضرورية التي لا غنى له عنها. لذلك فهي تتمثل فيما يباح للشخص ان يقوم به دون ان يمنعه القانون، وبمعنى آخر اباحة كل ما ليس محظورا قانونا.^(٣٢)

وامام هذه الصفة الجوهرية الملحة للحرية فهي تستند الى مجرد المبادئ القانونية العامة، ولا تحتاج لتقريرها الى قواعد او نصوص تشريعية خاصة، كما انها لا تحتاج الى روابط قانونية لاعمالها، فهي لا تبيح لصاحبها اكثر مما يتمتع به غيره، ولا تقيم تمييزا بين الافراد كما انها تقتصر على منحه ما يجب ان يكون له.

(٣١) والحرية بهذا المعنى نقصد بها الحرية القانونية، اي حرية الشخص في التصرف في المجال الذي يتركه له القانون هو شأنه دون تحريم منه، تمييزا لها عن الحرية بمفهومها العام المتسع اي الحرية المادية التي تعني عدم تبعية الشخص لغيره والتي طالما طالب بها الانسان في عهود الرق والعبودية. انظر عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - الحق - الكويت ١٩٧٠ ص ١٣٤.

(٣٢) لذلك فلا يمتد مجال الحرية في معناها القانوني الدقيق الى كل مايكون خارج القانون، اي خارج نطاقه وخارج قبضته، والا لخرج عن نطاقه وامتنعت عنه الصفة القانونية، وفي ذلك تختلف الحرية القانونية عن الحرية في نطاق القواعد الدينية والحرية في نطاق القواعد الاخلاقية. راجع عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - ٢ - الحق، الكويت، ١٩٧٠ ص ١٢٠ هامش (٢).

وللصفات السابقة للحرية، فهي لا تتطلب - بحسب الاصل - شروطاً أو اسباباً خاصة للتمتع بها، بل هي مكفولة للجميع، تثبت للناس كافة دون حاجة الى قيام سبب معين فيمن يتمتع بها، لذلك فالحرية - بحسب الاصل - غير مشروطة، فلا تتطلب اية شروط غير تلك التي يحددها القانون بصفة عامة. فهي المبدأ الذي يضح كل ما ليس محظوراً^(٣٣).

ويترتب على تمتع الكافة بالحرية وثبوتها للجميع، انها تقوم على المساواة بين المتمتعين بها، فتثبت لهم دون تفرقة أو تمييز^(٣٤). فلا حرية دون مساواة، ومن ثم، فالحرية تأبى الاستثناء وتتنافى مع الافراد والتخصيص.

١٥ - غير ان عموم الحرية وعدم تطلبها لشروط أو اسباب معينة فيمن يتمتع بها لا يعني اطلاقها من كل قيد، بل يمكن أن تكون محلاً لبعض القيود التنظيمية أو المادية، والتي لصفاتها هذه لا تؤثر في مبدأ عموميتها وتساوي الافراد امامها. فقد تستوجب ضرورات تنظيم المجتمع ان يحرم بعض الاشخاص من حرية يتمتع بها غيرهم، فالموظف مثلاً لا يتمتع بحرية ممارسة الاعمال التجارية، ومن يسجن تنفيذاً لعقوبة جنائية نظير فعل آثم اقترفه يحرم من حرية التنقل خارج السجن. فمثل هذا التقييد لبعض الحريات، يكون استثنائياً بحثاً قصد منه تنظيم المجتمع وحمايته، اي تقرر للمصالح العام وليس للمصالح الفردي، لذلك فان كل من لا تنطبق عليه شروط فئة مستبعدة، يبقى متمتعاً بالحرية، ومن هنا فهذا التقييد لا يحول دون قيام الاصل العام وهو المساواة في الحريات بين الافراد كافة^(٣٥).

(٣٣) روبييه، المرجع السابق ص ٨٣. وقد عرفتها المادة الرابعة من الاعلان الفرنسي للحقوق الصادر عام ١٧٨٩ بانها «القدرة على اتيان ومباشرة كل مالا يضر الغير».

Kalinowski

(٣٤) كالينوسكي

Logique et philosophie du droit subjectif, Archives de philosophie du droit, 1964, P. 39.

وفي المعنى نفسه، جستان وجوبو، القانون المدني، مقدمة عامة، باريس ١٩٧٧ ص ١٣٤.

(٣٥) جستان وجوبو، المرجع السابق ص ١٣٥.

ومن ناحية اخرى، فان ظروف الحال قد تحول دون تمتع بعض الافراد بحرية يتمتع بها الآخرون، فحرية التنقل بالسيارات قاصرة بالضرورة على من يملك هذه الوسيلة^(٣٦)، وازدحام الطرقات نتيجة ازدياد عدد المركبات، قد يحول دون حرية تنقل بعض مالكي السيارات وبمعنى اعم فان استعمال البعض لحرياتهم قد يؤثر على حريات الآخرين ويمثل نوعا من الاعتداء عليها. هنا ايضا لا يكون في عدم المساواة في الحريات الناتج عن ظروف الواقع اي اخلال بمبدأ المساواة في الحريات.

تمييز الحرية عن الحق :-

١٦ - يتضح لنا مما سبق ان الحرية والحق يختلفان، بصفة خاصة من حيث المجال الذي يعمل فيه كل منهما، فالحرية تنشط في ذلك المجال الذي يتركه القانون للفرد هو شأنه^(٣٧)، اي في مجال سيادة الفرد واستقلاله بنوع من النشاط يجد ذاته فيه ويكون معه بمأمن من الحظر والتقييد.

اما الحق فيقرر في مجال سيادة القانون، اي ذلك المجال الذي يستقل القانون بتنظيمه ولا يسمح للفرد باقتحامه الا وفق شروط محددة.

من هنا كانت الاباحة مطلقة مع الحرية، حيث يعمل الفرد في مجال سيادته، مقيدة مع الحق حيث يعمل الفرد فيما يسمح به القانون ويتقيد بالغرض الذي يحدده له.

(٣٦) راجع جستان، المرجع السابق ص ١٣٥، والواقع اننا في هذه الحالة لا نكون امام حرية، وانما امام حق، وبالتحديد حق التملك، وهذا يتطلب، كما سنرى لاحقا، شروطا معينة يجب توافرها فيمن يريد ان يملك، ومن ثم، فالتقييد معه يكون متصورا لكونه حقا وليس حرية.

Kalinowski (Georges);

(٣٧) جورج كالينوسكي

Logique et philosophie du droit subjectif.

Archives de philosophie du droit, No . 9, 1964, P.39.

حقيقة قد يعبر بعضهم عن الحرية تعبيراً متسعا مضميا عليها صفة الحق، بالقول - في معنى عام متسع - ان للشخص «الحق» في استعمال حرياته المختلفة، ومن ثم يتمثل الحق لديه في ممارسة كل ما ليس محظوراً قانوناً، بمعنى ان كل ما لا يحظره القانون يكون «حقاً» بالنسبة لمن يستعمل حريته^(٣٨).

الا ان هذا القول يخلط الحرية بالحق^(٣٩) على الرغم من انفصالهما وتمييزهما^(٤٠).

فالحرية وان كانت تشابه الحق في كونها تخول صاحبها نوعاً من الاباحة والقدرة، الا ان هذه الاباحة تكون مع الحرية عامة مشتركة يتساوى فيها الجميع، بعكس الحق، الذي يمنح اباحة خاصة ذاتية لصاحبه لا يشاركه فيها احد، الامر الذي يجعل من هذه الاباحة ميزة قانونية لصاحب الحق تميزه عن غيره، وتجعل الحق اكثر تحديداً من الحرية، في ذاته وفي اهدافه. فالحق يتقرر لهدف خاص ومحدد اما الحرية فتقرر اباحة مطلقة دون تقييد، كأصل عام، كما سبق انوضحنا.

(٣٨) انظر في ذلك كاليانوسكي، المرجع السابق.

(٣٩) ويزداد هذا الخلط اذا ما عرفنا ان الحرية تمنح الافراد اباحات وسلطات يسبغ عليها القانون حمايته ضد اي اعتداء يقع عليها، الامر الذي ادى بالكثير من الفقهاء الى خلط الحرية بالحق، بمعناه الاصطلاحي الدقيق، واطلق عليها تسمية الحق. راجع على سبيل المثال حسن كيرة، اصول القانون، ١٩٦٧ ص ٥٥٦. راجع ايضا في الخلط بين الحق والحرية رينيه كابيتان، دراسته المنشورة تحت عنوان «طبيعة الحقوق العينية» ١٩٤٠، سيري ص ٢٩.

روبييه، مؤلفه في الحقوق والمراكز القانونية سابق الاشارة اليه. وراجع دابان Dabin; - Droits subjectifs et situation juridique, examen des thèse de M. Paul Roubier, Mémoire de l' académie royale de Belgique, T. 54, fasc. 3, P. 73.

(٤٠) وان كان هذا لا يمنع ان يكون مضمون الحق «حرية بالنسبة» لصاحبه. جستان، المرجع السابق ص ١٣٤ هامش رقم ٥٦. ولكن هنا ايضا نشير الى ان المقصود بالحرية ليس بمعناها الدقيق محل دراستنا الان، وانما مجرد الحرية في استعمال الحق او عدم استعماله، كقاعدة عامة، ولكنها لا تعني حرية استعماله ايا كانت طريقة او نتيجة هذا الاستعمال. بمعنى اخر الحرية - هنا - مع الحق تكون مفيدة وليست مطلقة كما في الحرية بمعناها الدقيق، اي باعتبارها مركزاً قانونياً.

واذا كان الحق يتميز بالوضوح والتحديد، فإن الحرية تتسم، على النقيض من ذلك، بالابهام وعدم التحديد، فهي مجرد افكار ومبادئ فضفاضة متسعة^(٤١)، تعني الكثير في داخلها.

واستنادا الى ما يتميز به الحق من وضوح وتحديد، بعكس الحرية التي تمثل مجرد اباحات عامة غير واضحة المعالم، فقد قيل ان الحق هو الذي يصلح ان يكون محلا لنظرية التعسف واساءة الاستعمال. اما الحريات، ولكونها اقل انضباطا وتحديدا، مقارنة بالحق، فلا تقبل اساءة الاستعمال او التعسف، لذلك يطبق بالنسبة لها قواعد المسؤولية عن الخطأ^(٤٢).

ولأن الحرية اباحة عامة تثبت للجميع دون تفرقة فانها تكون، بعكس الحق، غير مشروطة، فلا تتطلب شروطا خاصة فيمن يتمتع بها، كما تتميز - ايضا - بكونها لصيقة بشخص صاحبها فلا يجوز له النزول عنها،^(٤٣) اما الحق فهو يقبل - من حيث الاصل - النزول عنه، ما لم يكن لصيقا بشخص صاحبه استثناء.

قيل ايضا في التمييز بين الحق والحرية، ان الحق لا يكون الا ايجابيا اما الحرية فتكون ايجابية وسلبية معا. فحرية الايضاء، مثلا، تكون مصحوبة في الوقت نفسه بحرية عدم الايضاء، وكذلك حرية الزواج تقترن بها حرية عدم الزواج^(٤٤).

١٧ - ورغم التمييز بين الحق والحرية، على الوجه الذي وضحناه، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالاباحة الخاصة التي تقتصر على الحق دون

(٤١) جوسران، مرجعه سابق الاشارة اليه، ص ١٦٠.

(٤٢) راجع حسن كيرة، اصول القانون، رقم ٣٦١ ص ٨٩٩ وبعدها وانظر عكس ذلك جوسران الذي لا يرى فارقا بين الحق والحرية فيما يتعلق بفكرة التعسف، ويقرر فقط ان التعسف يكون من السهل تبيينه والوصول اليه مع الحق اكثر من الحرية، روح القوانين ص ١٦٢.

(٤٣) خاصة وان الحرية تثبت للجميع - بحسب الاصل - ومن ثم، لا تكون هناك حاجة للنزول عنها للغير، الذي يكون متمتعاً بها اصلا.

(٤٤) روبييه، مرجعه السابق في الحقوق والمراكز القانونية، ص ١٤٧.

الحرية، والتي تجعل من الحق ميزة قانونية مقصورة على صاحبه، الا ان هناك من ساوى بينهما، راثيا ان الحرية كالحق تكفل لصاحبها القدرة على مباشرة عمل معين، كما ان القانون يكفل حمايته لهذه القدرة في الحرية كما في الحق. هذا بالاضافة الى ان الاستثثار المميز للحق، موجود ايضا مع الحرية، والمساواة المميزة للحرية، والتي تنفي عنها صفة الحق، من المتصور تحققها بالنسبة للحق ايضا، كحق الملكية مثلا. (٤٥)

غير ان الرأي السابق وان كان صحيحاً فيما يتعلق بالمساواة بين الحرية والحق من حيث ان كلا منهما يخول صاحبه قدرا من الاباحة، بما يتضمنه ذلك من قدرة وسلطة معينة، ومن ثم حرية في ممارسة هذه الاباحة، الا ان هذا التشابه بين الحرية والحق يقف عند هذا الحد ليختلفان بعد ذلك في العديد من المسائل الجوهرية الاخرى، بصفة خاصة من حيث مدى الاباحة التي يرتبها كل منهما.

فبينما تكون الاباحة عامة مع الحرية يشترك ويتساوى فيها الجميع، فهي اباحة خاصة ذاتية مع الحق يستأثر بها صاحبه ولا يشاركه فيها احد. فصاحب الحق الى جانب تمتعه بالاباحة العامة التي تثبت له ولغيره من الافراد نظير تمتعهم بحرية ما، كحرية التملك مثلا، فهو يملك اباحة اخرى، خاصة ومقصورة عليه وحده اثر تملكه شيئا معيناً، اي اثر تملكه لحق ما. وتتميز هذه الاباحة الاخرى بمضمون خاص بها يختلف عن مضمون الاباحة العامة التي تتحقق مع الحرية. من هنا نرى ان الحق يتضمن الحرية، اما الحرية فلا تعني الحق. للعللة نفسها، ايضا - نرى ان الحق يتضمن، بصفة خاصة عند استعماله، تقييدا لحرريات الاخرين.

خلاصة ما سبق ان الحرية تختلف عن الحق، ويكون معيار التمييز بينهما في الاباحة التي يرتبها كل منهما. فاباحة الحق خاصة مقيدة. ولكونها خاصة فهي تمثل ميزة لصاحب الحق. اما اباحة الحرية فهي عامة مشتركة يتمتع بها الكافة.

(٤٥) جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، ص ١٩١، اصول القانون، نظرية الحق. ١٩٧٠، ص ٢٩.

الرخصة :-

١٨ - نبادر، بصدد تحديدنا للمعنى القانوني للرخصة، باستبعاد ذلك المعنى الذي يجعل منها مجرد القدرة على القيام ببعض الاعمال المادية، سواء كانت تلك القدرة مادية بحتة^(٤٦)، او كانت نتيجة ممارسة حق من الحقوق بمعناه الدقيق^(٤٧). فما يهمننا في الرخصة - هنا - هو باعتبارها فكرة قانونية، اي باعتبارها مركزا قانونيا يرتب اثارا محددة يقرها القانون. وهذا المعنى القانوني للرخصة لم يكن معروفا في القانون الروماني. وظهر حديثا نسبيا في علم القانون عندما لاحظ بعض الفقهاء ان هناك بعض المراكز القانونية التي تمنح صاحبها سلطات وقدرات، اي اباحات، فتقترب بذلك من الحق، الا انها تتميز عنه بعدم خضوعها مثله للتقادم، هذه المراكز القانونية هي التي عرفت باسم الرخص، وكان القصد من هذا التمييز بينها وبين الحق هو استبعاد الرخص من نطاق التقادم^(٤٨).

(٤٦) ومن تطبيقات الرخصة كفعل مادي بحث، تبعد عن مجال القانون، القول ان للشخص «رخصة» القيام بعمل من اعمال المجاملة، كدعوة صديق على الغداء مثلا. راجع في هذا المعنى، تروبلونج التقادم، ج ١ فقرة رقم ١١٢ - الذي يحدد الرخصة بانها الوسيلة التي يمكن للشخص بمقتضاها ان يحقق اهدافه كإنسان او كمواطن، بما يعني قدرته واهليته على القيام بأنشطته المادية، ولذلك فهو يرى ان الرخصة تمارس في مواجهة الشخص نفسه وليس في مواجهة الغير، وارجع الى ذلك عدم حمايتها بدعوى قضائية.

راجع كذلك في تعريف الرخصة كفعل مادي، كايبتان، قاموس المصطلحات القانونية، تحت كلمة رخصة facultée.

وانظر في نقد واستبعاد هذا المعنى للرخصة بول روبييه، المرجع السابق بارشيف فلسفة القانون ١٩٦٣، ص ٩٢.

(٤٧) انظر في هذا المعنى ما جاء بالمادة ١/٩٤٩ مدني مصري من عدم قيام الحيازة على عمل يأتيه الشخص على انه مجرد رخصة من المباحات. وقريب من ذلك المادة ٩٠٧ مدني كويتي.

فالمقصود بالرخصة في هذا المعنى مجرد الممارسة لحق الملكية، لذلك فهي لا تعني سوى القدرة على القيام باعمال مادية وليست مزايا قانونية مستقلة.

(٤٨) يرجع بعض الفقهاء ظهور تعبير الرخصة في المجال القانوني الى تلك القاعدة التي تقرر عدم قابليتها للتقادم، وهي «res facultatis non prescription» وانظر في ذلك بوتيه، احكام التقادم، ج ١١ المادة ١٨١٩، فقرة رقم ٣٢.

والرخصة، كفكرة قانونية يكتنفها غموض كبير، وكثيرا ما كانت محلا للبس والخلط من قبل الفقه. ويمكن بصدد تحديد المفهوم القانوني للرخصة التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسية تشترك جميعها في اعتبارها الرخصة مركزا قانونيا يخول صاحبه اباحة قانونية، ثم تختلف هذه الاتجاهات بعد ذلك، فالاتجاه الاول يخلط بين الرخصة والحرية، والاتجاه الثاني يخلط بينها وبين الحق، اما الاتجاه الثالث فيعترف للرخصة بمعنى وكيان ذاتي مستقل.

١٩ - فالرخصة تستخدم، في اتجاه اول، في معنى متسع مبهم لتفيد الحرية بمعناها السابق ايضاحه، اي بمعنى المركز القانوني الذي يخول صاحبه اباحة عامة غير مقيدة، فكثيرا ما يستخدم الفقه الرخصة كمراذف للحرية العامة كحرية التملك وحرية التنقل وحرية الزواج، وفي هذا المعنى، الذي ينطوي على الخلط بين الرخصة والحرية يعرف الاستاذ الدكتور السنهوري الرخصة بانها «مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، او هي اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة...»^(٩٩) كما يعرفها الفقيه كاييتان بانها «الحق المعترف به للفرد في مباشرة، او عدم مباشرة، بعض الاعمال التي تتصف بشرعيتها وحمايتها من كل اعتداء يقع من الغير» ثم يمثل لهذه الرخص بحرية الزواج والمجيء، وحرية العقيدة، وحرية العمل... فكل هذه الحريات المختلفة، وغيرها تتضمن الحق في ممارسة كل الاعمال التي تتصل بها...»^(١٠٠)

(٤٩) مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ١ ص ٩ كما يقرر «وان حرية التملك رخصة، اما الملكية فحق».

(٥٠) المرجع السابق، وواضح ان الفقيه كاييتان يخلط ايضا بين الرخصة والحق وليس فقط الحرية وانظر في الاتجاه لاروميه الذي يرى في الرخصة تعبيراً عن حرية الانسان، : ج ٢ تعليق على المادة ١١٦٦، فقرة رقم ١٧، حسن كيرة، الذي يستعمل كل من الحرية والرخصة كمترادفين، المرجع السابق، ص ٧٨٣.

عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص ١٢٠ رقم ١٢٥ سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٧ ص ١٤٦ منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٧ ص ١٤٦ منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية ج ٢ نظرية الحق، ص ٣٠٢، توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٦ فقرة رقم ٤٨٢ ص ٨١٣ احمد سلامة، نظرية الحق، ص ٣٦٥ وهامش رقم (١).

٢٠ - وفي اتجاه ثان تستخدم الرخصة في معنى اكثر تحديدا لتعني الحق بمعناه الدقيق، اي ذلك المركز القانوني الذي يخول صاحبه ميزة قانونية خاصة. فهذا الاتجاه يخلط الرخصة بالحق ويجعلهما مترادفين بمعنى واحد، رغم ما بينهما من خلاف واضح. فهي هو الفقيه الكبير لوران يعتبر الرخصة حقاً، وان كان يصفها بانها حق من نوع خاص، لكونها لا تسقط بعدم استعمالها ولا تقبل التعامل فيها.^(٥١) في الاتجاه نفسه - اي خلط الرخصة بالحق - وبصورة أكثر وضوحاً ما كانت تنص عليه المادة الخامسة من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من ان «الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره، ورخص قانونية او حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة».^(٥٢)

٢١ - اما الاتجاه الثالث في استخدام الرخصة وتحديد مفهومها القانوني فيمنحها معنى مستقلاً يميزها عن غيرها من المراكز القانونية القرينة منها، بصفة خاصة، الحق والحرية واللذان طالما وقع الخلط بينهما وبينها، وفي هذا الاتجاه نلمس تطوراً ملحوظاً نحو اقامة مفهوم ذاتي للرخصة.

ففي البداية ذهب بعض الفقه الى فكرة التقادم كمعيار مميز للرخصة. وفي ذلك يقرر الفقيه لاروميه ان الرخصة لكونها ليست حقاً، حيث انها تمارس دون فرض او الزام على الشخص، فهي لا تخضع للتقادم، وذلك على خلاف الحق، فلأنه يفرض واجبا على الشخص، فانه يخضع للتقادم هو وما يقابله من واجب. ويضيف لاروميه قائلاً ان الرخصة وان كانت لا تتضمن اي حق الا انها تعني اكثر من حق، فهي تعبير عن حرية الانسان.^(٥٣) فكل مالك ملاصق لحائظ تثبت

= راجع كذلك في الخلط بين الرخصة والحرية ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على المادة الخامسة من المشروع، والتي الغيت في الصياغة النهائية، بصفة خاصة قولها... اما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون ان تكون محلاً للاختصاص الحاجز، فرخص او اباحات كالحرية العامة وما اليها.

(٥١) مبادئ القانون المدني الفرنسي، ج ٣٢، رقم ٢٢٧.

(٥٢) الغيت هذه المادة في لجنة المراجعة باعتبارها ادخل في عمل الفقه منه في عمل المشروع.

(٥٣) لاروميه، القانون المدني الفرنسي، ج ٢، تعليق على المادة ١١٦٦، رقم ١٧. ووضح ان لاروميه لا يقصد بكلمة «حرية» التي تعبر عنها الرخصة، الحرية بمعناها الدقيق سابق الإشارة اليه، والا لخلط بذلك بين الرخصة والحرية.

له رخصة جعل هذا الحائط مشتركا، هذه الرخصة اي رخصة اكتساب الاشتراك في الحائط، لا تسقط بعدم استعمالها، فالرخص لا تتقادم.^(٥٤)

في المعنى السابق - ايضا - يقرر الفقيهان دي ارجنتريه^(٥٥)، ودينود^(٥٦)، ان المميز الاساسي للرخصة هو عدم قابليتها للسقوط بالتقادم لكونها تستمد من الطبيعة.

وكذلك تتميز الرخصة لدى لوكونت بعدم تقادمها بسبب طبيعتها ومضمونها، ولكونها تؤمن لصاحبها حاجات دائمة متجددة^(٥٧).

وقد قسم لوكونت الرخص الى مجموعتين: الاولى اسمها رخص الاكتساب «Facultés d'acquisition» وهي الرخص التي تكون حقوقا عامة مشتركة يتساوى امامها الكافة، لذا فهي تكون لصيقة بشخص صاحبها. أما المجموعة الثانية فاطلق عليها تسمية الحقوق التخيرية «droits facultatifs» وهي التي يتوقف استعمالها على مشيئة صاحبها وتقديره المحض، الذي يكون له ان يستعملها، أو لا يستعملها، فهي تخوله الخيار بين التمسك بالميزة التي تمنحها له الرخصة وبين النزول عنها وعدم التمسك بها.^(٥٨)

وهكذا، تتمثل الرخصة، وفقا لهذا الاتجاه، في المزايا والسلطات القانونية التي تثبت للشخص تبعا لوجوده في مركز قانوني مستمر لا يخضع للتقادم، الامر الذي يسبغ على الرخصة صفة الدوام وعدم القابلية للتقادم، فهي في ذاتها ليست

(٥٤) راجع المادة ٦٦١ مدني فرنسي، وفي نفس المعنى المادة ٨١٦ مدني مصري التي ترخص «للجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية ان يصبح شريكا في الجزء المعلق، اذا هودفع نصف ما انفق عليه وقيمة نصف الارض التي تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة».

(٥٥) D'Argentre : Coutume de Bretagne, Art. 266.

(٥٦) Dunod : Traité des prescriptions., éd, 1793, Part I, ch. 12, P. 80, à, 91.

(٥٧) Lecompte : Essai sur la notion de faculté en droit civil, thèse 1930, P.59 et S.

ويلاحظ ان لوكونت يجعل الرخصة مجرد نوع من الحق، حيث انه يميز بين نوعين من الحقوق : الاول مقيد ومؤقت، ويقصد به الرخصة، والثاني غير مقيد وهو الحق بمعناه الدقيق الذي يمنح للشخص اثر مركز طارئ لواقعة غير متجددة، راجع رسالته ص ١١٢.

(٥٨) راجع في تفصيل ذلك رسالته ص ١٣٦ وبعدها، ص ١٦٧ وبعدها ونلاحظ هنا ايضا ان الفقيه لوكونت قد خلط بين الحق والرخصة ولم يفصل بينهما فصلا تاما.

حقاً، وليس لها حياة ذاتية، وإنما ترتبط وجوداً وعدمياً بالمركز الذي تلحق به، وتقرر للشخص ليستعملها وفق حاجاته.^(٥٩)

٢٢ - غير ان الاتجاه السابق الذي يميز الرخصة عن الحق استناداً الى فكرة عدم قابليتها للتقادم، بعكس الحق الذي يقبل التقادم، يعيبه عدم دقته، نظراً لوجود العديد من الرخص التي تخضع للتقادم^(٦٠) كما يعيبه - ايضاً - ما وقع فيه من خلط بين الرخصة والحرية، فهذه الاخيرة تتميز ايضاً بعدم قابليتها للتقادم. والواقع ان عدم القابلية للتقادم ليست صفة مقصورة على الرخص، وإنما هي تخص كل المراكز القانونية التي ترتبط بالحاجات الاساسية للفرد التي لا غنى له عنها.

٢٣ - امام النقد السابق الذي تعرضت له فكرة التقادم كميزم للرخصة، رأى اتجاه ثان ان ما يميز الرخصة ليس هو عدم قابليتها للتقادم، وإنما ما تتضمنه من خيار محدد تمنحه لصاحبها، فالرخص لدى الفقيه روبييه «نوع من القدرة القانونية على الخيار تمنح للفرد في مجال انشاء المراكز القانونية»^(٦١) فالذي يميز الرخصة، لدى الفقيه روبييه، ما تتضمنه من خيار محدد تمنحه لصاحبها. ورغم ان الخيار الذي يملكه الشخص يمكن ان يترتب اما بحكم القانون، واما بالاتفاق، الا ان روبييه يستبعد الخيار التعاقدي من مجال الخيار بمعناه الدقيق - لديه - اي الذي يرتبط بفكرة الرخصة، حيث يرى ان الخيار التعاقدي لا يهدف الى انشاء مركز قانوني جديد، بل يتقرر نتيجة حق وجوده سابق، ويقتصر دوره على مجرد ممارسة واستعمال هذا الحق، اعمالاً وتنفيذاً للاتفاق مصدرة، اما الخيار، بمعناه الدقيق، والذي تتضمنه الرخصة ويميزها عن الحق، فيتعلق بانشاء مركز قانوني جديد، ولا يكون مصدرة - لدى روبييه - الا القانون.

من ناحية اخرى، فان الخيار، وفقاً لمفهوم روبييه، ومن ثم الرخصة، لا

(٥٩) لوكونت، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٦٠) راجع في النقد، روبييه، ص ٩٥، ابراهيم نجار، رسالته، رقم ٦٤ ص ٦٠.

(٦١) بول روبييه، الحقوق والمراكز القانونية، باريس، دالوز ١٩٦٣ ص ١٦٣.

يتضمن - كمبدأ عام - سوى الخيرة بين بدلين او ثلاثة على الاكثر، لذلك فالخيار الذي تمليه الرخصة يكون محددًا وضيقًا للغاية.^(٦٢)

٢٤ - لاقت فكرة الخيار المميز للرخصة اهتمام احد الفقهاء^(٦٣) الذي قام بدراستها دراسة متعمقة، لينتهي بوجودها مستقلاً عن الرخصة، منتقداً بذلك ما ذهب اليه الفقيه روبييه من ان الرخصة تتميز بتضمنها لفكرة الخيار، على الوجه السابق عرضه، فظهر بذلك اتجاه جديد يرى ان الرخصة والخيار وان كانا فكرة واحدة، الا ان الاساس والجوهر في هذه الفكرة ليس الرخصة ذاتها، وانما الخيار الملازم لها، فالرخصة لدى هذا الاتجاه لا وجود ذاتياً مستقلاً لها، بل هي اما ان تكون مجرد حرية، واما ان تكون حقاً، لذلك فهي لا تمثل مركزاً قانونياً ثالثاً بجانب الحقوق والحريات.^(٦٤) وحيث انه لا وجود ذاتياً مستقلاً لفكرة الرخصة - يقرر هذا الاتجاه - فلا يمكن التعبير عن الخيار الذي تتضمنه بانه رخصة، وانما هو

(٦٢) راجع لمزيد من التفاصيل، الحقوق والمراكز القانونية، ص ٩٦. وفي توضيح استبعاد الرخص الاتفاقية، اي التي ترتب اثر عقد او اتفاق يقرر روبييه ان كل الحقوق تتضمن عنصراً اباحياً permissif بمقتضاه لا يجبر صاحب الحق على استعماله، ويبيح له النزول عنه، فيمكن القول - مع التجاوز في التعبير - ان كل حق يتضمن رخصة، بالمعنى العام لهذه الكلمة التي تطلق على كل حالة يتحقق فيها الخيار للشخص اما الرخصة بمعناها الدقيق فلا ترتب اثر عقد، حيث تكون امام حقوق وليس رخصاً، وان كان الاستعمال الدارج يطلق عليها - خطأ - تسمية رخصة. فمع الوعد بالبيع، والبيع الوفاي - يقرر روبييه لانكون امام رخص بالمعنى الدقيق، وانما نواجه حقوقاً بمعناها العادي، اذ نكون في مجال اثار قانوني موجود، نكون بصدد استعمال حق سبق وجوده وتقريره، فلا توجد رخص تعاقدية، وانما تكون فقط قانونية، لهذا يستبعد روبييه الرخص من مرحلة اثار المراكز القانونية ويقصرها على مرحلة انشاء هذه المراكز. وهكذا يميز روبييه بين الرخص والحقوق، فيضع الاولى اي الرخص في مرحلة تكوين المراكز القانونية، اما الحقوق فمجالها مرحلة اثار المراكز القانونية.

وانظر في نقد رأي روبييه، جستان وجوبو، ج ٤ ص ١٣٥.

(٦٣) انظر بصفة خاصة ابراهيم نجار الذي جعل فكرة الخيار موضوعاً لرسالته للدكتوراه، سابق الاشارة اليها. كما تناولها بالدراسة من قبله كل من روبييه، ولوكونت، في دراستيهما سابق الاشارة اليهما.

(٦٤) نجار، رسالته ص ٧٠ رقم ٧٥.

حق، حق في الخيار droit d'option، وهو حق من نوع خاص، وليس حقا بمعناه الدقيق، هو حق ارادي محض يتوقف على محض ارادة ومشئته صاحبه^(٦٥).

وهذا الاتجاه، وان كان يعترف بفكرة الرخصة، الا انه يجعل الاهمية ليس لها وانما لما تتضمنه من خيار الذي يطغى عليها ليخفيها ويظهر بدلا منها نظرا لما تتضمنه من محتوى ومضمون محسوس كما يعبر انصاره^(٦٦)، اما الخيار ذاته فهو حق ارادي بحت.

٢٥ - وفقا لهذا المعنى الاخير للرخصة، الذي يربطها بفكرة الخيار، والذي اخذ ينضم اليه الفقه^(٦٧)، ينظر الى الرخصة على ان لها وجودا مستقلا الى جانب الحق والحرية، اذ حتى من رأى فيها حقا فقد جعله حقا من نوع خاص، لا ينضم الى طائفة الحقوق التقليدية، وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية، فكل من الحق والحرية والرخصة تمثل مراكز قانونية تخول صاحبها اباحة معينة، تكون هذه الاباحة عامة مشتركة مع الحرية، وتكون خاصة مع الحق، اما مع الرخصة فتكون اباحة خاصة مقيدة يقتصر مضمونها على منح صاحبها الخيرة بين بدائل محددة يختار بينها. بذلك تتميز الرخصة عن الحرية في نطاق الاباحة التي تتضمنها كل منهما، فاذا كانت اباحة الحرية عامة مشتركة تثبت للكافة، فان اباحة الرخصة تكون خاصة مقصورة على صاحبها، الامر الذي يجعل منها ميزة قانونية لا يتمتع بها سوى من تقررت لاجله. والرخصة وان كانت بذلك تقترب كثيرا من الحق، باعتبار ان كلا منها يمنح ميزة خاصة لصاحبه يستأثر بها دون غيره، الا انها تختلف عن الحق في مضمون هذه الاباحة او الميزة الخاصة، فالاباحة مع الرخصة تقتصر على تخيير صاحبها بين بدائل محددة مسبقا، فتكون بذلك اباحة ضيقة مقيدة، بعكس الحق الذي تكون اباحته وميزته اكثر اتساعا.

٢٦ - والمعنى السابق للرخصة، والذي يجعل منها ميزة قانونية محدودة ومقيدة، ويميزها بالتالي عن مجرد الحرية، وعن الحق بمعناه الدقيق، كان للفقه

(٦٥) انظر في المعنى نفسه - ايضا كورين سانت - الارى - هوان رسالتها سابق الاشارة اليها رقم ٥١.
(٦٦) سنرى لاحقا انه لا تمييز بين الرخصة والخيار، وان كليهما يعبر عن نفس الفكرة فهما مترادفان لمعنى واحد.

(٦٧) انظر، على سبيل المثال، كاربونييه، رقم ٤٠ ص ١٤٨.

الاسلامي فضل السبق في معرفته، فهذا الفقه ينظم بين الاباحة العامة، اي الحرية، والاباحة الخاصة، بمعنى الحق، نوعا ثالثا من الاباحة، تقع في مرتبة وسطى بينهما، فهي وان كانت اباحة خاصة مما يقربها من الحق ويبعدها عن الحرية، الا انها تكون مقيدة في مضمونها مما يبعدها عن الحق لكونها تقتصر على منح صاحبها سلطة محددة تتمثل في الاختيار بين بديلين محددتين، هذه الاباحة الوسطى او المقيدة هي التي يعبر عنها الفقه الاسلامي بالحق في كسب حق معين لتحقيق سبب خاص بذلك، ويمثل لهذا الحق بمركز الموجه اليه الايجاب بالبيع الذي يكون له عندئذ الخيار بين تملك الشيء بمجرد قبوله، الذي يتم بمحض ارادته، وبين رفض التملك. فالفقه الاسلامي يميز بصدد تكوين حق الملكية وقيامه، بين مراحل ثلاث، تبدأ بحرية التملك وتنتهي بالملك التام، اي بحق الملك، ويتوسطهما ما يسمى بالحق في التملك الذي يتوفر لدى من قام لديه سبب من اسباب الملك.

٢٧ - ويقصد بحرية التملك في الفقه الاسلامي، مجرد الاباحة، اي اباحة تملك شيء غير معين، فهي مجرد الامكان والصلاحية للملك شرعا، بما يفيد المباح، اي ما يخير فيه الشخص بين الفعل والترك. وواضح ان هذا المعنى هو نفسه معنى الحرية في فقه القانون الوضعي لذلك فحرية التملك او المباح في الفقه الاسلامي تطلق على كل من ملك ان يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك، لعدم تعلق ذلك المباح بشيء معين، فالفقه الاسلامي ينظر الى حرية التملك على انها من «الحقوق» المجردة او الضعيفة التي لا تقوى بذاتها على اكساب الملك لصاحبها، ما لم تنتقل وترتق الى وضع آخر اعلی واقوى منها، وذلك بتحقيق سبب من اسباب التملك يوجبها ويثبتها في شيء معين، لذلك فلا ترتقي الحرية ولا تنتقل الى وضع اعلی منها بمجرد القول الصادر من صاحبها تعبيرا عن ارادته المحضة.^(٦٨)

(٦٨) راجع القرافي، انوار البروق في انواء الفروق، ط اولى ١٣٤٦هـ - ج ٣ ص ٢٠ وبعدها - محمد طوم، الحق في الشريعة الاسلامية، القاهرة ١٩٨٨ ص ١٧ وبعدها.

٢٨ - اما الملك او حق الملك ، فيقصد به «الحق المقرر في عين معينة تثبت لصاحب الحق، والذي بمقتضاه تثبت لصاحبه كل الحقوق المترتبة على الملكية، وتمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية التي تثبت للمالك»^(٦٩).

٢٩ - يتبقى ذلك المركز الوسط بين الملك وفيه يتمتع صاحبه بمرتبة وان كانت أعلى من مجرد الحرية في التملك، الا انها ادنى من حق الملك التام. هذا المركز هو الذي عبر عنه القرافي بانه من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، ويعني بذلك قدرة الشخص على تملك شيء محدد بمجرد ارادته دون توقف ذلك على ارادة غيره، وذلك كمن وجه اليه ايجاب بالبيع، فهو يصبح بالخيار بين القبول والرفض، فاذا قبل اصبح مالكا واكتسب حق الملكية على المبيع بمجرد قبوله، اي بمحض ارادته^(٧٠).

الرخصة وفكرة الحق الارادي المحض :-

٣٠ - وضعنا فيما سبق ان الرخصة باعتبارها مركزا قانونيا يخول صاحبه مزايا قانونية معينة، تختلف عن غيرها من المراكز القانونية الاخرى، بصفة خاصة الحق والحرية من حيث مضمون الاباحة التي يمنحها كل منها، وحددنا ان الاباحة التي تخولها الرخصة، وان كانت اباحة خاصة وليست عامة الامر الذي يجعل منها ميزة قانونية، الا ان هذه الميزة تكون مقيدة محدودة قاصرة على ميزة الخيار بين خيارات محددة معلومة مقدما. غير ان هذه الميزة الخاصة المقيدة، او ميزة الخيار، ليست المميز الوحيد للرخصة، ذلك ان هذا الخيار الذي تتضمنه، يتوقف على ارادة صاحبه ومشيتته المحضة، اي لمن تقررت له الرخصة، فهو يمثل مزية او سلطة ارادية محضة، وبذلك فهي تندرج تحت تلك الطائفة المسماة بالحقوق الارادية المحضة او الحقوق الانشائية التي ظهرت حديثاً في الفقه، ولا شك ان هذه الصفة الثانية التي تميز الرخصة تساعدنا كثيرا على تحديد احكامها وطبيعتها القانونية.

(٦٩) على الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، ص ٢٨، محمد الحسيني حنفي، المدخل في الفقه الاسلامي ص ٣١٠، احمد ابو سنة، نظرية الحق، ص ١٢٨.

(٧٠) القرافي، المرجع السابق، الفرق الحادي والعشرون والمائة، ج ٣ ص ٢٠، وانظر الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، ج ٢ ص ١٤٤، الدر المختار، ج ٤ ص ٣٤٠.

٣١ - والحق الارادي المحض ظهر حديثا في الفقه الالماني والسويسري والايطالي، ثم انتقل الى الفقه الفرنسي وغيره في البلاد المختلفة، وقد عرف بالحق المنشئ او حق الامكان القانوني، ويقصد به ذلك الخيار الذي يمنح للشخص ويمكنه بمقتضاه التعديل في مراكز قانونية سابق وجودها بمحض ارادته المنفردة، دون توقف على ارادة احد.^(٧١)

وقد حاول الفقه التمييز بين هذا الحق - الارادي المحض - وبين مجرد الحرية من ناحية والحق العادي من ناحية اخرى، ف قيل ان الحق الارادي المحض، او الحق الانشائي، والحرية يشتركان معا في ان كلا منهما يتضمن اباحة او امكاناً قانونياً، ومن ثم فان كلا منهما يمثل وسيلة قانونية يمكن للشخص بمقتضاها ان يحدث اثارا قانونية معينة، غير ان الحق الانشائي يتميز عن الحرية في أنه يتضمن بالضرورة حالة من الخضوع والتبعية تتمثل في خضوع وامثال من سيستعمل الحق في مواجهته للأثار التي يحدثها صاحب ذلك الحق. اما الحرية فلا يتمثل معها وجوب امثال الغير وخضوعه لهذه الاثار فممارسة حرية التعاقد او حرية الزواج لا يمكنها في ذاتها التأثير في المركز القانوني للطرف الاخر، ولا يمكنها ترتيب اثار في مواجهة من يتعين عليه الخضوع لها. اما ممارسة الحق الانشائي، او الحق الارادي المحض، فترتب ذلك الاثر بمجرد الارادة المنفردة. فمن يقبل الايجاب الموجه له يمكنه بمجرد قبوله، اي بمجرد ارادته المنفردة ان يحدث اثرا قانونيا هو ابرام العقد، لا يكون للطرف الاخر بالنسبة له سوى الخضوع والامثال، من هنا يتبين علو الحق الانشائي على مجرد الحرية.^(٧٢)

اما عن اختلاف الحق الارادي المحض عن الحق بمعناه العادي فيتمثل في علو الثاني على الاول فيما يتعلق بمضمون كل منهما، فبينما يتضمن الحق العادي

(٧١) راجع في التعريفات المختلفة التي قيلت لهذا الحق :

- L' Huillier : La notion du droit formateur en droit privé Suisse. Thèse, Genève, 1947.

- Ahmed Salama : La Conception de L'engagement unilatéral en droit civil comparé.

منشورة بمجلة القانون والاقتصاد، ١٩٦٤ العددان الاول والثاني.

- روبييه، مقاله بارشيف فلسفة القانون، سابق الاشارة اليه.

- ابراهيم نجار، رسالته رقم ٩٨ وبعده.

- عبدالحى حجازي، المرجع السابق رثم ١٢٣ ص ١١٨.

(٧٢) راجع ابراهيم نجار، رسالته رقم ٣١ وبعده.

نوعاً من السلطة تتمثل في ميزة التسلط في الحق العيني، وميزة الاقتضاء في الحق الشخصي، فإن الحق الإرادي المحض لا يتضمن مثل هذه السلطة، ويقتصر مضمونه على مجرد التأثير في المراكز القانونية القائمة. ويترتب على اختلاف مضمون الحقين أن الحق الثاني يقابله واجب قانوني أو التزام يتحمله شخص أو أشخاص آخرون، أما الحق الأول فلا يفرض مثل هذا الواجب. لذلك فقد وصف هذا الحق بأنه حق بلا واجب يقابل الميزة التي يتضمنها.^(٧٣)

٣٢- من عرضنا السابق يتبين لنا أن للرخصة، باعتبارها مركزاً قانونياً، وجوداً ذاتياً مستقلاً، يميزها عن كل من الحق والحرية، وهذا التمييز يتمثل أولاً في مضمون الرخصة، أي الإباحة أو الميزة القانونية التي تخولها لصاحبها، حيث تبين لنا أنها تمنح ميزة قانونية خاصة، ولكنها مقيدة، تقتصر على الخيار بين بدائل محددة.

كما تتميز الرخصة بصفاتها الإرادية المحضة، إذ أن الخيار الذي تتضمنه يتوقف على محض إرادة ومشئة من تقرر له دون توقف على إرادة أخرى، رغم الآثار التي يحدثها ذلك الخيار في مراكز الآخرين، والتي تجعل فيه مخالفة للقواعد العامة. التي تستلزم ضرورة الرضاء والاتفاق لترتيب مثل هذه الآثار.

وإذا كانت الميزة التي تقررها الرخصة لصاحبها تتميز بكونها ميزة مقيدة تقتصر على الخيار، فإننا لا نؤيد ما ذهب إليه الفقه من إطلاق تسمية الحق الإرادي المحض أو الحق الانشائي أو حق الامكان القانوني على هذه الرخصة. والالو قعنا في خلط بينها وبين الحق بمعناه العادي والذي يخول صاحبه ميزة خاصة غير مقيدة وغير قاصرة على الخيار كما هو الحال مع الرخصة. ولعل ذلك الخلط هو الذي دفع بالفقه إلى تقرير أنها حق من نوع خاص وليس حقاً عادياً. وما دام الأمر كذلك، وكان الفقه يعترف بالفارق بين الرخصة والحق، فالأولى، دفعاً لكل خلط ولبس محتمل، أن نضع الأمور في نصابها، ونجعل للحق مجاله بقصره على الحالات التي لا تكون فيها الميزة الخاصة مقيدة بالخيار، أما الرخصة فيكون مجالها ذلك الخيار.

(٧٣) عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص ١٢١ رقم ١٢٦.

بناء على ما سبق نرى الفصل والتمييز بين الرخصة والحق، الى جانب التمييز بينها وبين الحرية، استنادا الى مضمونها الخاص والقاصر على فكرة الخيار، وصفتها الارادية البحتة، لنخلص الى ان المقصود بالرخصة، ذلك المركز القانوني الذي يخول صاحبه الخيار، بمجرد ارادته المنفردة، بين عدة بدائل محددة، ذلك المعنى الذي سنقوم بتعميق ايضاحه بالتمييز بينه وبين الحق والحرية، وذلك بعد ان نتعرض لمعناه لغة ولدى الاصوليين.

الرخصة لدى الاصوليين :-

٣٣ - المعنى السابق ايضاحه للرخصة وهو الذي يفيد ميزة الخيار الممنوح لصاحبها، هو الذي يتفق مع معناها في اللغة، وكذلك عند الاصوليين.

فالرخصة لغة تعني اليسر والسهولة، اي التخفيف. اما في اصطلاح الاصوليين فهي تعني ما شرعه الله من الاحكام تخفيفا على المكلف في حالات تقتضي التخفيف^(٧٤)، فهي تبيح ما هو محظور بحسب الاصل، لكونها تثبت بما تغير عن الحكم الاصيل لعارض الى تخفيف ويسر^(٧٥).

والرخصة تتقرر استثناء من اصل كلي يقتضي المنع مطلقا^(٧٦).

لذلك فالرخصة تعني الاباحة على خلاف الاصل^(٧٧)، اي اباحة امر هو اصلا غير مباح للتخفيف والتيسير. ومن هنا، فان الاباحة التي تقررها الرخصة ليست اباحة اصلية وانما اباحة اضافية او اباحة طارئة، كما يعبر عنها بعض الفقهاء^(٧٨)، من اجل ذلك فاباحة الرخصة تكون مقيدة، قاصرة على ما قررت

(٧٤) راجع في هذا التعريف عبد الوهاب خلاف، علم اصول الفقه ١٩٨٣، ص ١٨١، محمد سلام مذكور، الحكم التخيري او نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء ١٩٦٥، ص ٣٧٨.

(٧٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ١ ص ٩١.

(٧٦) الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة، ج ١ ص ٢١٠.

(٧٧) والاباحة عند الاصوليين هي تخيير من الشارع بين الفعل والترك مع استواء طرفي الفعل والترك. انظر بدران ابو العنين، اصول الفقه، الاسكندرية ١٩٦٩، ص ٨١. لذلك فالاباحة او المباح في معناه العام هو الفعل المخير في فعله او تركه، ولم يطلب الشارع ان يفعل المكلف هذا الفعل ولم يطلب ان يكف عنه، عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق ص ١١٥.

(٧٨) محمد سلام مذكور، المرجع السابق ص ٣٧٨.

من اجله^(٧٩). فالرخصة سبب في الاباحة في الجملة او على التحديد والتعيين.^(٨٠) والى جانب ما تعنيه الاباحة التي تقررها الرخصة من اليسر والتخفيف، على الوجه السابق ايضاحه، فهي تعني ايضا - لدى جمهور الفقهاء - التخيير بين الفعل والترك^(٨١)، حيث يكون الشخص معها في سعة واختيار بين الاخذ بالاصل - وهو العزيمة والاخذ بالرخصة، وبمعنى اخر يكون الشخص مع الرخصة فقيه نفسه في الاخذ بها او رفضها، لأن سببها المشقة، وهي تختلف من شخص الى اخر^(٨٢).

ومن انواع الرخص، كما يشير اليها الاصوليون، اباحة المحظورات عند الضرورات، اي اباحة الفعل المحظور عند الضرورة او الحاجة التي ينزل بها منزلة الضرورة.^(٨٣) ومنها أيضاً، اباحة التصرفات التي يحتاج الناس اليها مع مخالفتها للقواعد العامة المقررة في نوعها والادلة الشرعية التي تمنعها^(٨٤).

مما سبق نرى ان الرخصة تعني لدى الاصوليين اباحة التخيير او الخيار، بما يعني التسوية بين الفعل والترك، اما سببها فهو المشقة والحاجة.^(٨٥)

وهكذا تؤكد دراستنا للرخصة لدى الاصوليين ما سبق ان توصلنا اليه من كونها اباحة مقيدة تفيد مجرد التخيير بين بدائل محددة، كما توضح لنا ان مجال الرخصة هو الاباحة الاضافية او الطارئة، اي الاباحة التي تتقرر على خلاف الاصل العام وهو الحظر والمنع. فالرخصة اذن تعني الاباحة على خلاف الاصل العام. بعكس الحق والحرية فاباحة كل منهما، اباحة اصلية لا خروج فيها عن القواعد العامة.

(٧٩) وفي ذلك يقول الشاطبي ان الاباحة تطلق حقيقة بمعنى ما شرع لعذر شاق استثناء من اصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على موضع الحاجة فيه، الموافقات ج ١ ص ٢١٠.

(٨٠) محمد سلام مذكور، المرجع السابق ص ٣٨٧.

(٨١) اما لدى الشاطبي، فهي تعني رفع الحرج وليس التخيير بين الفعل والترك، انظر الموافقات، ص ٢١٨. لذلك فلا يترتب على الرخصة - لدى الشاطبي - الا الاباحة فقط.

(٨٢) الشاطبي، المرجع السابق، ج ١ ص ٢١٨.

(٨٣) عبدالوهاب خلاف، المرجع السابق ص ١٢٠.

(٨٤) زكي الدين شعبان، اصول الفقه الاسلامي، طبعة جامعة الكويت، ص ٢٤٦.

(٨٥) محمد سلام مذكور، ص ٣٨٧.

على ضوء تحديدنا السابق للرخصة ننتقل الان الى التمييز بينها وبين كل من الحق والحرية.

تمييز الرخصة عن الحق والحرية :-

٣٤ - خلصنا من دراستنا للرخصة الى ان ما يميزها عن غيرها من المراكز القانونية الاخرى هو ذلك الخيار الذي تتضمنه والذي يجعل منها ميزة قانونية خاصة مقيدة، خاصة لانها مقصورة على صاحبها ومقيدة لانها تقتصر على سلطة الاختيار بين بدائل محددة، كما تتميز هذه الميزة بانها تقرّر خلافا لاصل عام. يتبقى علينا اذن بيان ما تتميز به الرخصة عن كل من الحق والحرية، والذي يجعل منها مركزا قانونيا مستقلا عن كل منها.

يشترك كل من الحق والحرية والرخصة، بمعنى الخيار في ان كلا منها يمثل مركزا قانونيا يخول صاحبه اباحة معينة. اما فيما يتعلق بمدى هذه الاباحة ومضمونها فتختلف المراكز الثلاثة.

فالحق يتميز بانه يمنح صاحبه اباحة خاصة ذاتية مما يجعل منها ميزة قانونية. ولأن الحق ميزة قانونية فهو لا يتقرر للكافة، وانما لشخص معين، لذلك فهو يحتاج لشروط واسباب خاصة لوجوده.

اما الحرية فتتميز بانها اباحة عامة مشتركة، فهي من حيث تقريرها ووجودها مكفولة للجميع، ومن حيث استعمالها فانها تترك - بحسب الاصل - لمحض تقدير صاحبها، فحرية التعاقد هي حرية مكفولة للجميع ويترك استعمالها لمحض تقدير كل فرد.

٣٥ - واما الرخصة - باعتبارها خيارا - فهي وان كانت ميزة قانونية خاصة، حيث لا تمنح الا لشخص معين، ولسبب خاص قام فيه، الا ان هذه الميزة تكون مقيدة مقصورة على الخيار والاختيار بين بدائل محددة، فهي تخير صاحبها بين قبول مركز قانوني معين او رفضه، لذلك فهي لا تؤثر لذاتها، وانما هي مجرد مرحلة من مراحل تكوين المراكز القانونية. ولهذا السبب فان الرخصة لا بد وان تكون موقته فهي لها فترة محددة، اما ان تتحول الى حق خلالها واما ان تسقط

وتنقضي بانقضاء هذه الفترة، ومن ثم فالرخصة تخضع لفكرة السقوط وليس التقادم.

٣٦ - ولأن الرخصة تخضع في ممارستها لشروط معينة يحددها القانون، فانها تمنح ميزة قانونية مشروطة شأنها في ذلك شأن الحق، فصاحب الرخصة لا يملك سوى خيار محدود بين بدائل معلومة ومحددة مسبقاً، ويتعين ممارسته خلال فترة محددة كقاعدة عامة، كما يحدث ان يقيد القانون استعمال الرخصة ببعض الشروط التي يضعها، مثل الاهلية، او اتخاذ اجراءات معينة او اتباع شكلية خاصة بقصد اعلان الخيار للجمهور، كما قد تخضع الرخصة لبعض القواعد التنظيمية. ^(٨٦) كتحديد قواعد للاولوية في حالة تعدد المستفيدين منها كما هو الحال بالنسبة لقواعد تزامن الشفعاء وتحديد اولوية كل منهم. ولا شك ان كل هذه القيود تجعل من الرخصة ميزة مشروطة وليست مطلقة.

بيد انه تجب ملاحظة ان الشروط والقيود التي تخضع لها الرخصة، وتجعل منها ميزة مشروطة، لا تؤثر في مبدأ حرية الاختيار الذي تتضمنه الرخص، اذ يبقى دائماً لصاحب الرخصة حرية توجيه ارادته تجاه اي من الخيارات التي تقدمها له، فمع الرخصة يوجد ويبقى الخيار، ولكنه خيار واختيار محدود ومقيد. لذلك لا نرى صحة ما ذهب اليه بعضهم ^(٨٧) من ان الرخصة لا تمنح خياراً، وانما تفرض التزاماً بالخيار خلال فترة معينة.

وفي تقييد الميزة او الخيار الذي تمنحه الرخصة على الوجه المتقدم ذكره، فانها تختلف في ذلك عن الحرية التي تمنح خياراً متسعاً متشعباً متعدد الوجهات، يمكن ان يؤدي الى عدد غير محدود من الحلول والنتائج لا يمكن توقعها مقدماً سواء فيما يتعلق بهدفها او اتجاهها. ^(٨٨)

٣٧ - واذا كانت الرخصة تتفق مع الحق في انها تمنح لصاحبها ميزة قانونية خاصة، فانها تختلف عنه في مضمون هذه الميزة وطبيعتها فهي تقتصر مع الرخصة على ميزة الخيار بمعناه الدقيق، اي الخيرة بين بدلين او اكثر سابق تحديدهما، فلا

(٨٦) راجع روبييه، المرجع السابق، ص ٩٦، ٩٧.

(٨٧) انظر لو كونت، رسالته، ص ٥٧.

(٨٨) روبييه، المرجع السابق ص ٩٨.

تعمل ارادة صاحب الرخصة الا في هذا المجال الضيق ، اما ميزة الحق فهي اكثر اتساعا حيث لا تفرض على صاحبه بدائل وخيارات محددة .

كما تختلف ميزة الرخصة عن ميزة الحق من حيث الطبيعة ، فالاولى تثبت بخلاف الاصل العام الذي يحظر استقلال الشخص بالتأثير في المراكز القانونية للغير .

ولذلك فهي ميزة او اباحة اضافية وطارئة وليست اصلية ، اما الميزة التي يمنحها الحق فلا خروج معها على القواعد والاصول العامة ، لذلك فهي اباحة مطلقة اصلية .

هناك ايضا من ميز بين الحق والرخصة من زاوية اخرى ، حيث رأى ان الرخصة لا تتواجد الا في مجال انشاء الحقوق والمراكز القانونية ، وليس في مجال اثار هذه المراكز التي تكون قاصرة على الحق^(٨٩) .

٣٨ - ونظرا لما يتسم به الخيار الذي تتضمنه الرخصة من صفة تقديرية محضة ، فان الرخصة تكون بذلك بمنأى عن نظرية التعسف ، التي يقتصر مجاها على الحقوق . والرخص ، وان كانت تقترب - من هذه الزاوية - من الحريات باعتبار ان كلا منها لا يخضع لفكرة التعسف^(٩٠) . الا انه ما زال هناك فارق

(٨٩) راجع في ذلك الاتجاه روبييه ، مقاله سابق الاشارة اليه ، ص ١٠٠ ، ١٠١ ، الذي يرى ايضا ان هذا الخلاف بين الحق والرخصة يكون من ناحية اخرى نقطة تشابه بين الرخصة والحرية ، فالحرية كالرخصة ، لا تثار الا عند انشاء المراكز القانونية ، حيث يكون للأفراد حرية انشاءها ، فاذا ما انشئت هذه المراكز واصبحت في مرحلة ترتيب اثارها ، فلا يكون هناك مجال للكلام عن الحرية وانما نكون بصدد حقوق وواجبات يرتبها المركز القانوني ، واذا كان احد الطرفين في مركز حرية بالنسبة للآخر ، فذلك لان المركز القانوني ، أنشأ له حقا وبالنسبة للآخر واجبا ، ولا وجود للحرية .

(٩٠) انقسم الفقه فيما يتعلق بنطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، فقال البعض بشمول النظرية للحقوق والحريات بما فيها الرخص ، راجع في هذا الاتجار :

Josserand :

جوسران :

- De l' esprit des droit et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droit)

Paris, 1927, No. 240.

انور سلطان ، مصادر الالتزام ، ج ١ فقرة رقم ٤٣٣ ط ١٩٥٥ اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٤٦ ، ١٥٠ ، تحديد عقد العمل المحدد المدة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ٤ يوليو ١٩٦٢ .

اساسي يميز بينهما حتى داخل هذا المجال، فاذا كانت الحرية تستبعد من دائرة التعسف فذلك يرجع الى ما يتميز به هدفها، ومن ثم استعمالها، من عدم الوضوح والتحديد. اما استبعاد الرخصة من مجال التعسف فيرجع الى طبيعة الخيار الذي تتضمنه وكونه خيارا اراديا محضا يتوقف على مشيئة وارادة صاحبه، تلك الصفة التي لا تسمح للقاضي بحث استعماله والتعقيب عليه كقاعدة عامة.^(٩١)

الخلاصة :-

٣٩ - نخلص من دراستنا السابقة الى ان كلا من الحق والرخصة والحرية هي مراكز قانونية تحول اباحات بمعنى قدرات وسلطات معينة، فالحق يخول صاحبه اباحة خاصة، من حيث تقريرها ونشوؤها، متسعة غير مقيدة - بحسب الاصل - من حيث استعمالها، ولكونها اباحة خاصة بصاحبها مقصورة عليه بما تعنيه من الانفراد والاستثثار، فهي تمثل ميزة قانونية.

= وقصر بعض آخر نظرية التعسف على الحق فقط، راجع في هذا الاتجاه : السنهاوري، الوسيط، ج ١ فقرة رقم ٦٤٤. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٥٨ فقرة ٣٤٥. سليمان مرقص، اصول الالتزام، ج ١ فقرة رقم ٤٢٤. حسن كيرة، اصول القانون ص ١١٣٦.

وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١ ص ٢٠١ وراجع في موقف الفقه الاسلامي من نظرية التعسف والذي يرى شمولها لكل من الاباحة (الحرية والرخصة) والحق، مع خلاف في الرأي، فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ٢٨٣، ٢٨٤. (٩١) يضيف الفقيه روبييه الى الصفة التقديرية للرخصة، كأساس لاستبعادها من مجال التعسف، فكرة اخرى تقوم على التمييز بين الحق والرخصة، فلأن الرخصة لا تثار لديه الا بصدد اكتساب الحقوق، فلا تكون حقا مكتسبا، بل مجرد مركز قانوني في طور التكوين والوصول الى هذا الحق، وبالتالي فلا تخضع لفكرة التعسف التي تقتصر على الحقوق. ولأن الرخص لدى روبييه لا تثار إلا في مرحلة تكوين المراكز القانونية وليس مرحلة ترتيب اثارها فانه لا يعد ما يسمى برخصة الفسخ او رخصة الرجوع في العلاقة التعاقدية التي تكونت فعلاً وبالتالي أثر من اثارها، ومن ثم تكون قابلة للتعسف فيها وتخضع لنظرية التعسف راجع ص ١٠٤ وبعدها من مقالة بارشيف فلسفة القانون سبأب الإشارة اليه.

والواقع ان استبعاد الخيار او الرخصة من مجال نظرية التعسف يرجع الى طبيعة هذا الخيار وكونه يخول صاحبه سلطة هي مقيدة بطبيعتها ومحددة مسبقا فهي لا بد وان تكون مشروعة. فاي من الخيارات التي تمنحها الرخصة، وعادة ما تكون خيارين، لا بد وان تكون مباحة ومشروعة والا لما رخص بها المشرع، هذا بجانب الصفة الارادية للخيار.

اما الرخصة فهي تمنح اباحة خاصة ايضا قاصرة على صاحبها ومن ثم تكون بذلك ميزة قانونية خاصة كالحق، ولكنها تتميز عن ميزة الحق بكونها ميزة ضيقة محدودة تقتصر على ميزة الخيار بين بدائل محددة. الامر الذي يجعل تسمية الرخصة بالخيار اكثر دلالة وتعبيرا عن مضمونها، كما تتميز الرخصة او الخيار - حسب تسميتها لها - بانها تثبت على خلاف الاصل، الذي يحظر مثل هذا الخيار، فتأتي الرخصة لترخص به استثناء، لذلك فالاباحة التي تمنحها الرخصة او الخيار، تكون طارئة اضافية وليست اصلية كما في الحق.

واما الحرية فهي اباحة عامة مشتركة تثبت للكافة وليست مقصورة على شخص معين كما هو الحال في الحق والرخصة وهي اباحة اكثر اتساعا، لكونها تمنح اباحة اصلية وتكتفي بتقرير ما هو كائن، اي ما هو ضروري للانسان، فهي لا تعني الاباحة والاذن بما يخالف الاصل كما هو الحال مع الرخصة، لذلك فان اباحتها لا تكون مقيدة ولا محددة مسبقا، حيث لا يمكن التنبؤ بنتائج استعمالها.

وهكذا يكمن معيار التمييز بين هذه المراكز القانونية المختلفة فيما تتضمنه وتمنحه من اباحة، وبالتحديد في مضمون ومدى الاباحة التي يمنحها كل منها.

٤٠ - وكما سبق ان وضعنا اضاف الفقه روبييه تمييزا اخر بين الرخصة والحق مفاده ان الرخصة لا تثار الا بصدد انشاء المراكز القانونية، بعكس الحق الذي يجد مجاله بعد تكوين هذه المراكز وبصدد اعمال وترتيب اثارها. اعمالا لذلك الاتجاه، فلا تختلط الرخصة بالحق، اذ بالفرض انها تسبق وجود الحق الذي لا يتواجد الا بعد استعمال الرخصة. اما قبل ذلك فلا يملك صاحب الرخصة سوى الخيار في اكتساب الحق الذي تؤدي اليه او التنازل عنه، فهي مجرد طريق للحق وليست الحق ذاته.

ونحن من جانبنا وان كنا نؤيد ونؤكد التمييز بين الحق والرخصة الا اننا لا نرى قصر الرخصة على مرحلة انشاء الحقوق والمراكز القانونية، اذ يمكن ان ترتب الرخصة - بمعنى الخيار - بدورها اثر استعمال حق من الحقوق المكتسبة كما هو الحال مع خيار الفسخ وخيار الرجوع في التعاقد، ففي مثل هذه الحالات وغيرها، نتواجد امام خيار حقيقي يتميز بكونه خاصا ومقيدا، اما كونه قد ترتب

اثر مركز قانوني او اثر حق مكتسب فهذا لا يغير من طبيعته .

وهكذا تنتهي الى انه كما يترتب على استعمال الرخصة كسب للحق ، فقد يترتب ايضا على استعمال الحق وجود رخصة بمعنى الخيار ، فالعبرة في وجود الرخصة هو بما تتضمنه من خيار يمثل ميزة قانونية خاصة بصاحبه يترك استعماله لمحضر ارادته ومشئئة تقديره ، وهذا يمكن ان يتحقق بالارادة والاتفاق ، اي اعمالا لحق تقرر بالفعل ، كما هو الحال في خيار الفسخ وخيار الرجوع في التعاقد ، فكون مصدر هذا الخيار هو العقد لا يؤثر في طبيعته واحتوائه العناصر المميزة له ، ومن ثم ، فلا ينفي عنه صفة الخيار .

واذ ميزنا بين الحق والحرية والرخصة او الخيار على الوجه السابق ، نبداً في تحديد مركز الشفيع من هذه المراكز القانونية الثلاثة ، وهذا ما نتعرض له في الفصل التالي .

الفصل الثاني المركز القانوني للشفيع

تمهيد :-

٤١ - لا يبدأ المركز القانوني للشفيع في الظهور في المجال القانوني الا بعد البيع ، وما في حكمه من التصرفات المسببة للشفعة ، فمن ذلك التاريخ يبدأ المركز القانوني للشفيع في الظهور والتكوين ، حيث يبيح له القانون ميزة تملك المبيع ولو جبرا .

غير ان المشرع لم يجعل تملك الشفيع للمشفوع فيه يتم تلقائيا ، وانما علق ذلك على بعض الاجراءات والتصرفات القانونية التي يتعين على الشفيع مراعاتها ، واول هذه الاجراءات واهمها هو اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة ، فاذا تم ذلك واتبعت سائر الاجراءات الاخرى ، ومع فرض توافر الشروط المطلوبة يترك الشفيع المشفوع فيه اما رضاء واتفاقا ، واما قضاء اذا تعذر الاتفاق .

فاذا اقتصرنا على المرحلة السابقة على اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة ، لوجدنا المشرع يترك للشفيع الخيار - بمحض ارادته - بين الاخذ بالشفعة والترك وعدم الاخذ .

فما المقصود بخيار الشفعة هذا الذي يحدد مركز الشفيع في مرحلتنا الحالية ؟ .

هذا ما نتناوله بالتحديد ، بعد ان نقوم اولا بايضاح وتحديد مفهوم «الخيار» بصفة عامة .

نتناول اذن مفهوم الخيار وطبيعته القانونية في مبحث اول ثم خيار الشفعة في المبحث الثاني .

المبحث الاول مفهوم الخيار وطبيعته القانونية

تقسيم :-

٤٢ - في تحديدنا لمفهوم الخيار وطبيعته القانونية نتعرض في مطلب اول لمفهوم الخيار، وذلك بتعريفه وتحديد المقصود به، مستعينين في ذلك بما سبق ان توصلنا اليه عند تحديد الرخصة والمقصود بها، باعتبار انها مترادفان، ويعنيان شيئا واحدا.

ثم نتعرض، في مطلب ثان لماهية الخيار وطبيعته القانونية، بصفة خاصة موقفه من كل من الحق والحرية.

المطلب الاول مفهوم الخيار

٤٣ - وضحنا ان الشفيع، بمجرد بيع المال محل الشفعة، يصبح بالخيار بين الأخذ بالشفعة وتملك المبيع بدلا من المشتري وبين عدم الأخذ. هذا الخيار، بمعناه اللغوي، الذي يوجد امامه الشفيع، يطلق ايضا على المركز القانوني الذي يخول صاحبه الاذن والترخيص، اي اباحة امر محظور اصلا. وهو المعنى نفسه الذي يطلقه الاصوليون على الرخصة، بما يناقض العزيمة، لذلك، وكما سبق ان وضحنا، فان الخيار والرخصة مترادفان بمعنى واحد، فالرخصة تفيد الخيار بين فعل العزيمة - او الاصل العام - وتركها، والخيار يفيد الترخيص بالاباحة، اي بترك الاصل العام او العزيمة، وفقا لمشئته الشخص وظروفه، بحيث يكون الشخص معه فقيه نفسه كما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية.

ونظرا لتحقيق هذا المعنى بالنسبة للشفيع، بعد البيع، حيث «يرخص» المشرع له بالأخذ بالشفعة، وان كان لا يلزمه بذلك، فيكون الشفيع «بالخيار» بين الاخذ بالشفعة او عدم الاخذ بها، فيمكننا القول ان الشفيع في هذه المرحلة يتمتع برخصة او خيار الشفعة، وكما وضحنا سابقا تتميز الرخصة، باعتبارها مركزا يخول اباحة او ميزة قانونية، بخصوصية هذه الميزة وتقييدها، وكونها تثبت

على خلاف الاصل^(٩٢). لذلك فالمقصود بالخيار او الخيرة ذلك المركز القانوني الذي يخول صاحبه ميزة قانونية محددة وضيقة تتمثل في الخيار الممنوح له، والذي يتوقف على محض ارادته ومشئته، بين بدائل محددة مسبقا.

فالخيار - هنا - أي باعتباره مركزا قانونيا خاصا - يختلف عن الخيار او الاختيار بمعناه الدارج المتسع، والذي يتميز باتساع مجال الاختيار معه، فلا يتقيد بدائل محددة معلومة مسبقا، عادة ما تكون متناقضة، وانما يخول سلطة واسعة في الاختيار، غير محددة وغير قاصرة على خيارات محددة.

فالاختيار بمعناه المتسع يتضمن معنى الحرية، اي الاباحة العامة، بالمعنى السابق تحديده، اما الخيار بمعناه الدقيق، فهو اباحة مقيدة وقاصرة على الاختيار بين عدة خيارات وبدائل محددة.

والاختيار الذي يتضمنه «الخيار» لا يتكون من مجرد امكانية التصرف او عدم التصرف، فهو ليس الخيار بين ابرام تصرف قانوني وعدم ابرامه، كما هو الحال مع حرية التعاقد أو الايضاء، فالاختيار او الخيار هنا - اي مع الحريات العامة - يقصد به حرية الاختيار Choix بمعناه العام والذي يتميز بان ممارسته لا تكون اجبارية ولا نهائية، بمعنى ان الشخص لا يكون ملزما بالاختيار بين هذين البديلين بصفة نهائية فله ان يتصرف وله الا يتصرف، وهو ان لم يتصرف في الحال فله ان يتصرف مستقبلا. بعكس الخيار بمعناه الدقيق، المميز للرخصة، والذي يحتم الاختيار بين تصرف قانوني وآخر، وحيث يكون المقصود موقفا ايجابيا فيه يتعين الاختيار بين موقفين او مركزين قانونيين ايجابيين، او اكثر^(٩٣) ومن ثم يكون الاختيار هنا اجباريا ونهائيا.

وفي ضوء ما سبق يعرف بعضهم الخيار، او حق الخيرة، كما يسميه، بانه الميزة القانونية التي يعترف بها القانون او الاتفاق لشخص ما، بأن يتخير هذا البديل او ذاك مما يعرض عليه.^(٩٤)

(٩٢) راجع ما سبق فقرة رقم ١٨ وما بعدها.

(٩٣) نجار، رسالته، فقرة رقم ٣٦ ص ٣٧.

(٩٤) نجار، رسالته سابق الاشارة اليها، رقم ٣ ص ٤. وانظر نفس المرجع ص ٤٤، فقرة رقم ٤٥، حيث يستكمل التعريف ويعمقه ليصل الى انه ميزة قانونية تمنح لصاحبها سلطة تعديل مركز =

٤٤ - هذا الخيار بمعناه الدقيق يرجع فضل اظهاره وبلورة دوره القانوني الى الفقيه لوكننت الذي اولاه اهتماما خاصا بصدد دراسته لفكرة الرخصة في القانون المدني.^(٩٥) وحيث خلص الى امكان التمييز بين اربع وجهات مختلفة للخيار في الوجهة الاولى يظهر الخيار كامكانية وقدرة على اكتساب حق جديد او رفضه وعدم قبوله، وهذا ما يحدث مع خيار الارث في القانون الفرنسي، وخيار زوجة الفرنسي في اكتساب جنسية زوجها، وفي الوجهة الثانية، يظهر الخيار كوسيلة بيد احد المتعاقدين يمكنه بمقتضاها اما المطالبة بالاحتفاظ بالعقد مع التعويض او فسخه.^(٩٦)

وتتمثل الوجهة الثالثة للخيار في امكانية الاختيار بين وسائل مختلفة لممارسة الحق^(٩٧) اما الوجهة الرابعة والاخيرة فتعني امكانية الاختيار بين عدة طرق لتنفيذ الالتزام، كما هو الحال في الالتزام التخيري.

ثم اكمل الفقه اللاحق مجهودات لوكوننت في بناء فكرة الخيار حيث اظهر العديد من صور الخيار الاخرى التي ساهمت في بناء نظريته، من ذلك خيار الشفعة وخيار قبول الاشتراط لمصلحة الغير، وخيار الاسترداد، وخيار قبول الايجاب.^(٩٨)

٤٥ - وكما سبق ان وضحنا، كان الفقه الاسلامي اسبق الى معرفة فكرة الخيار باعتبارها مرتبة وسطى بين الحرية او المباح، حسب تسميته، والحق والتي عبر عنها بمركز «من انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك» والذي يكون بذلك

= قانوني غير اكيد، بمجرد ارادته المنفردة، عن طريق بدائل محددة ومعروفة مقدما. وانظر في تعريف الخيار، باعتباره رخصة، روبييه، مقاله السابق، حيث يحددها بانها «الخيار المتروك لشخص معين وبمقتضاه يسمح له القانون بان يعدل في مركزه القانوني وفقا لمصلحته، وفي حدود هذه المصلحة».

Lecompte :

(٩٥)

- Essai sur la notion de Faculté en droit civil, thèse, Paris, 1930

- (٩٦) راجع في تطبيقات اخرى لهذه الوجهة لوكوننت، رسالته ص ٣٩ وبعدها.
(٩٧) راجع من تطبيقات ذلك المادة ٥٥٥ مدني فرنسي الخاصة بمن يبي او يغرس في ارض الغير.
(٩٨) راجع بصفة خاصة بول روبييه، مرجعه سابق الاشارة اليه، ابراهيم نجار، رسالته في حق الخيرة، بصفة خاصة ص ٣ وبعدها.

مناسبا لان يصير مالكا من حيث الجملة، «تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب، واقامة للسبب البعيد مكان السبب القريب»^(٩٩).

ويعرف الفقه الاسلامي هذه المرتبة المقابلة للخيار بانها : «حق الشخص في ان يملك شيئا محددًا ولو في الجملة بارادته وحده، بعد وجوب سبب من اسباب التملك، وقبل ثبوت الملك»^(١٠٠).

فهذا «الحق» وإن لم يصل الى حق الملك بعد، الا انه اعلى من المباح او الحرية، اذ يمكن لصاحبه، وبمجرد ارادته المنفردة، ان يترقى به الى حق الملك، لانه اصبح بالخيار.^(١٠١)

ولكن ما طبيعة وماهية الخيار؟ هل هو حق ام رخصة ام ان له طبيعته الذاتية؟ هذا ما نراه في المطلب الاتي.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للخيار

٤٦ - سبق ان ذكرنا ان الخيار، باعتباره مركزا قانونيا يخول صاحبه سلطات معينة، ظهر في الفكر القانوني كمرادف للرخصة، اي للتعبير عن قدرة الشخص على التأثير في المراكز القانونية بمحض ارادته واختياره، ولكونه كذلك فهو يتضمن ميزة قانونية خاصة مقصورة على صاحبها. لذلك فهو وان كان من هذه الزاوية، اي من حيث مدى او نطاق ما يخول من اباحة او ميزة قانونية، يقترب من الحق، باعتبار ان كلا منها يمنح ميزة قانونية خاصة، إلا أنه يبتعد عن الحرية التي لا تمنح ميزة قانونية، وانما مجرد اباحة عامة مشتركة يتمتع بها الجميع. واستنادا الى وحدة نطاق الميزة بين الخيار والحق فقد سوى الفقه بينهما، فالحق

(٩٩) راجع في هذا المعنى، القرافي. الفروق، ج-٣ ص ٢٢ - ٢٥، محمد طوموم، الحق في الشريعة الاسلامية، ١٩٨٨ ص ٢٤ وبعدها.

(١٠٠) محمد طوموم، المرجع والاشارة السابقتان.

(١٠١) محمد طوموم، المرجع السابق.

يتميز بانه يمنح صاحبه ميزة خاصة، يستأثر بها دون غيره، وكذلك الخيار. فالخيار اذن حق.^(١٠٢)

اما عند تحديد ماهية هذا الحق، والى اي طائفة من الحقوق ينتمي، فقد ظهرت صعوبة كبيرة. فالحقوق، في تصنيفها التقليدي، تقسم الى حقوق شخصية واخرى عينية، فاذا حاولنا ادراج الخيار تحت اي من هاتين الطائفتين تعذر ذلك، فالحقوق الشخصية تحول صاحبها سلطة الاقتضاء التي تمارس تجاه شخص المدين، بما يعني وجود علاقة مباشرة بين صاحب الحق، الدائن، مع المدين، الذي يلتزم باداء لصالحه. وهذا المعنى لا يتحقق مع الخيار الذي لا يملك صاحبه اية سلطة تجاه شخص معين.

والحقوق العينية تحول صاحبها سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، وهذا المعنى لا يتحقق ايضا مع الخيار، حيث لا يملك صاحبه اي ميزة او سلطة مباشرة على المال الذي يكون محلا للشفعة.

وامام تعذر الحاق الخيار الى اي من طائفتي الحقوق، الشخصية والعينية، فقد اتجهت جهود الفقه الى طائفة ثالثة من الحقوق، ظهرت حديثا نسبيا، وهي الحقوق الارادية المحضة، تتميز هذه الطائفة الثالثة من الحقوق بانها تحول صاحبها سلطة خاصة تختلف عن تلك التي تمنحها كل من الحقوق الشخصية والحقوق العينية، فهي لا تمنح سلطة تجاه شخص، ولا تمنح سلطة مباشرة على شيء، وانما تمنح سلطة تجاه مركز قانوني معين، هذه السلطة تتوقف على محض ارادة ومشئة صاحب الحق، واكثر من ذلك فان هذه الطائفة الجديدة من الحقوق تتميز بنفس ما يتميز به الخيار من حيث ضيق السلطة التي يمنحها وعدم اتساعها. هذه الطائفة المستحدثة من الحقوق، وهي التي عرفت بالحقوق الارادية المحضة، وفقا لتسمية الفقه الايطالي، والفقه الفرنسي، او بالحقوق الانشائية، وفقا للفقه السويسري والاماني^(١٠٣). وهي ايضا نفس الطائفة من الحقوق التي سبق للفقه

(١٠٢) انظر في هذا الاتجاه، بصفة خاصة، ابراهيم نجار، رسالته سابق الاشارة اليها رقم ٧٥، وفي الاتجاه نفسه، كورين سانت - الارى - رسالتها سابق الاشارة اليها فقرة رقم ٥١.

L. Huillier :

(١٠٣) راجع ليليه

- Le droit formateur en Suisse, 1947.

الاسلامي ان عرفها تحت تسمية «الحق في كسب حق» بمعنى «من انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتملك»^(١٠٤).

٤٧ - ويقصد بالحق الارادي المحض السلطة التي بمقتضاها يمكن لصاحبها ان يؤثر في المراكز القانونية السابق وجودها، بتعديلها او انائها، او انشاء جديد بدلا منها، وذلك بمجرد الارادة المنفردة لصاحب الحق.^(١٠٥)

ولأن الحق الارادي المحض يستقل بوجوده الخاص، الى جانب الحق الشخصي والحق العيني، فانه يستقل بتمييزاته وخصائصه التي تميزه عنها، وبصفة عامة تميزه عن الحق بمعناه العادي. فهو يتميز بانه يتوقف على محض ارادة صاحبه، كما يتميز بانه يولد حالة من التبعية والخضوع لدى من يمارس هذا الحق في مواجهته، ولصالح صاحب الحق، واخيرا يتميز الحق الارادي المحض بمضمونه ومحلّه الخاص، فمحلّه مجرد، وموضوعه التأثير في الحقوق والمراكز القانونية الاخرى.

والاتي توضيح لما أوجزناه من خصائص ومميزات الحق الارادي المحض.

اولا : الصفة الارادية للحق الارادي المحض :-

٤٨ - يتميز الحق الارادي المحض - وفقا لعرض الفقه له - بانه يتوقف على محض ارادة صاحبه، لذلك فان استعماله يتم بمجرد ارادة ومشئته من تقرر له هذا الحق، ويرتب اثره تلقائيا دون توقف على ارادة من يمارس الحق في مواجهته، وذلك رغم انه يؤثر، ليس فقط في المركز القانوني لصاحبه، وانما ايضا في مركز الطرف الاخر الذي يمارس في مواجهته هذا الحق^(١٠٦). فهذا الطرف لا يمكنه المشاركة في استعمال الحق وترتيب اثاره^(١٠٧) لان الحق الارادي المحض يتوقف على محض ارادة ومشئته صاحبه.

(١٠٤) راجع القرافي، الفروق، ج ٣ ص ٢١ وبعده، وراجع سابقا فقرة رقم ٣٠، ٣١، ٥٧.

(١٠٥) راجع في هذا المعنى ليليه، الرسالة السابق الاشارة اليها، ص ٧٠ احمد سلامة، رسالته سابق الاشارة اليها ص ١٥٩، ابراهيم نجار رسالته رقم ٩٩.

(١٠٦) كورين سانت - لاري - هوان، رسالته، رقم ٥١١.

(١٠٧) نجار، رسالته، ص ١٠٣.

من هنا فان استعمال هذا الحق لا يتم - بحسب الاصل - عن طريق دعوى انشائية «Formatrice» ترفع امام القضاء، وانما يمارس بمجرد الارادة المنفردة التي يمكن التعبير عنها صراحة او ضمنا، كمبدأ عام^(١٠٨). وهذا التصرف الانفرادي، وإن كان ضرورياً لممارسة الحق، إلا أنه كافٍ بذاته^(١٠٩)، فلا يحتاج أمراً آخر، بصفة خاصة لا يحتاج لموافقة الطرف الاخر الذي يمارس الحق في مواجهته. وحتى في الحالات التي يحتاج استعمال الحق فيها الى الدعوى القضائية^(١١٠)، فان ارادة صاحب الحق يكون لها دور السيادة عندئذ، بمعنى ان القاضي لا يمكنه رفض اعمال الحق وترتيب اثاره^(١١١)، ويكون حكمه مقررًا وليس منشأ.

ثانيا : محل الحق الارادي المحض :-

٤٩ - لان الحق الارادي المحض يتوقف على محض ارادة ومشئئة صاحبه، فان محله يختلف عن محل الحق العادي، شخصيا كان ام عينيا، فمحل الحق الارادي المحض ليس عينا او شيئا ماديا كما في الحق العيني، وليس شخصا كما في الحق الشخصي، وانما يتمثل في مركز قانوني يتعلق بشخص آخر، لذلك يقال ان محل الحق الارادي المحض يكون مجردا *une abstraction*^(١١٢)، او شيئا معنويا وليس ماديا، فهو يتميز بعدم مادية محله^(١١٣).

ولخاصية الحق الارادي المحض هذه، وكونه لا يرد على شيء مادي ولا يتعلق بشخص معين، فلا يملك صاحبه سلطة اقتضاء اداء من شخص ما، ولا سلطة مباشرة على شيء مادي معين، وانما يتمثل محله في المراكز القانونية للغير.

(١٠٨) راجع احمد سلامة، رسالته، ص ١٦٥. وانظر في الصفة الارادية لاستعمال هذا الحق مارتان دي لاموت : Martin de la Moutte - L' acte juridique unilaterale, 1961, No. 104 ونوه الى اننا لا نعني بالتصرف الانفرادي هنا ضرورة ان يتم استعمال الحق الارادي المحض عن طريق تصرف قانوني، فقد يتحقق ذلك وقد لا يتحقق. فليس هناك ما يحول دون امكان ممارسة هذا الحق عن طريق دعوى قضائية، وهي لا تعد تصرفا قانونيا.

(١٠٩) ليليه، رسالته، سابق الاشارة اليها.

(١١٠) كما في حالة ابطال التصرف القانوني، مثلا.

(١١١) ليليه، رسالته ص ٧٥ وبعده، احمد سلامة ص ١٥٩.

(١١٢) ليليه، رسالته ص ٦٩، ٧٤، سانت - الارى - هوان، رسالتها ص ٤٦٢، ٤٦٦.

(١١٣) سانت - الارى - هوان، رسالتها، رقم ٥١٠ ص ٤٦٣.

لذلك فان محل هذا الحق يمكن الا ينشأ الا لحظة اعماله، اي عند وجود الحق نفسه تحت شكل مركز قانوني مستقل.^(١١٤)

ثالثا : مضمون الحق الارادي المحض :-

٥٠ - نظرا للطبيعة الخاصة للحق الارادي المحض، فان مضمونه، اي السلطة او الميزة التي يخولها لصاحبه، ليس كمضمون الحق العادي، فهو لا يخول السلطة نفسها التي يخولها هذا الأخير، وانما يخول سلطة اقل اتساعا، سلطة محدودة ومقيدة، تتمثل في سلطة او ميزة الخيار بمعناه الدقيق، اي الخيار بين بدائل محددة سلفا. لذلك فان الحق الارادي المحض لا يفرض على من يستعمل في مواجهته، اي الطرف السلبي فيه، التزاما او واجبا معيناً^(١١٥). ويقتصر موقفه على الخضوع والاذعان لاستعمال صاحب الحق له، فهو وان كان لا يتحمل بالتزام معين، الا انه يتقيد بارادة صاحب الحق.^(١١٦)

وهكذا، اذا كان صاحب الحق الارادي المحض يمكنه ممارسة حقه في مواجهة شخص معين، فان هذا الاخير ليس عليه سوى الخضوع والاذعان لهذا الاستعمال ونتائجه، فهو لا يمكنه مخالفة هذا الحق والاعتداء عليه لعدم تصور مثل ذلك الاعتداء. فالفرض ان استعمال هذا الحق يتوقف على محض ارادة

(١١٤) ليليه، ص ٧٤.

(١١٥) استند بعض الفقهاء على عدم وجود التزام يقابل الحق الارادي المحض لينكر عليه صفة الحق، باعتبار ان كل حق لا بد وان يقابله التزام، راجع في هذا النقد بويه، ص ٦٣

Boyer (L.) :

- La notion de transaction, contribution à l' étude des concepts de cause et d'acte déclaratifs, Sirey, 1947.

وراجع في الرد على ذلك مدام كورين سانت - الارى - هوان، التي ترى ان الاتجاه الحالي يجعل العبرة والاعتداد في وجود الحق بمحله وموضوعه، باعتبار ان جوهر الحق يكمن في السلطة التي يخولها لصاحبه، متفقة في ذلك مع ما قرره رينو (المدخل، ص ٢٦٠).

وتأكيدا لذلك - تقرر مدام كورين - ان الحق العميني هو حق بالمعنى الدقيق، ومع ذلك لا يتضمن بطريقة واضحة ومباشرة التزاما يتحمله شخص معين، فمع هذا الحق تتحقق الى حد كبير حالة الخضوع والتبعية التي يتميز بها الحق الارادي المحض.

(١١٦) بويه، المرجع الساب ص ٦٢.

ومشيئة صاحبه، وما على الغير سوى تحمل نتائج استعماله. لذلك فان الاثر الذي يرتبه هذا الحق يكون اكثر جسامه من غيره.^(١١٧)

رابعاً : استعمال الحق :-

٥١ - لأن الحق الارادي المحض يتوقف على ارادة ومشية صاحبه، فهو يلحق بتلك الطائفة من الحقوق المسماة بالحقوق التقديرية او المطلقة^(١١٨) غير المسببة في استعمالها، التي لا تخضع وفقاً للاتجاه الغالب في الفقه والقضاء لرقابة القاضي فيما يتعلق باستعمالها، حيث لا يملك القاضي بشأنها سلطة بحث وتقدير هذا الاستعمال وبواعثه. فالحق الارادي المحض لا يتطلب استعماله تبريراً او باعاً معيناً، بل تمكن ممارسته ايا كان الباعث الى هذا الاستعمال، طالما كان مشروعاً.^(١١٩) يرتبط بشخص صاحبه ويتصل به اتصالاً وثيقاً، ويترتب على ذلك بعض النتائج الهامة، من ذلك عدم جواز التنازل عن هذه الحقوق، وعدم حوالتها للغير.^(١٢٠)

وفما يتعلق بالوقت الذي يرتب فيه هذا الحق اثاره، بعد استعماله، فلا توجد قاعدة مطلقة في هذا الصدد، فالاصل العام الا تترتب اثار استعمال الحق الا بعد ممارسته مباشرة، دون تعجيل او تأجيل، بيد انه توجد حالات يمكن أن

(١١٧) مدام كورين سانت - الارى - هوان، ص ٤٤٦.

(١١٨) راجع في هذه الحقوق، وفي التمييز بينها وبين الحقوق غير المطلقة او المراقبة، رواست، مقاله بالمجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٤ - ١.

(١١٩) ومع ذلك فهناك من رأى اخضاع هذه الحقوق لرقابة القضاء. راجع في عرض ذلك حسن كيرة، المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري، ١٩٦٧، فقرة رقم ٣٦٧ ص ٩٣١ - ٩٣٦، وراجع رواست، مقاله سابق الاشارة اليه.

(١٢٠) يأخذ القانون الاميركي بالنسبة للحقوق الارادية البحتة ذات الطبيعة المالية، كما في الوعد بالتعاقد وخيار الاسترداد في بيع الوفاء، بعكس الحل الذي وضحه بالمتن، ويميز التنازل عن هذه الحقوق وحوالتها للغير، راجع لمزيد من التفاصيل، بلانيول وريبير وبولانجييه، القانون المدني الفرنسي، ج ٣ رقم ١٤٠٧.

وانظر في انتقال الخيارات، وهي تطبيق لفكرة الحق الارادي المحض، في الفقه الاسلامي، مقالنا الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضاء - دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الاسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي، تصدرها جمعية المحامين الكويتية، ص ٨ عدد يوليو - سبتمبر ١٩٨٥ رقم ١٢٢ ص ١٢٥، والمراجع المشار اليها به.

ترجأ فيها اثار استعمال هذا الحق لفترة لاحقة لاستعماله، وعلى العكس، ثمة حالات اخرى يكون لاستعماله اثر رجعي^(١٢١).

ولا استعمال الحق الارادي المحض بعض القواعد الخاصة به والتي تجب مراعاتها حتى تترتب عليه اثاره، نذكر منها، بصفة خاصة :

- وحدة ممارسة الخيار وعدم قابليته للتجزئة، فاما ان يستعمل الحق الارادي المحض ككل، واما ان يترك ككل^(١٢٢).

- عدم جواز الرجوع في ممارسة الحق، فاذا تم استعماله ترتبت اثاره، ولا يجوز لصاحبه ان يستقل بالرجوع فيه ومنع ترتيب هذه الاثار^(١٢٣).

- عدم جواز تعليق استعمال الحق على شرط او اضافته الى اجل، فيجب ان يكون استعماله منجزا غير موصوف بوصف يعدل في اثاره.

وقد اثار مدى امكان استعمال الدائن لحقوق مدينه الارادية المحضة، انقساماً في الفقه، فذهب رأي - هو الغالب - الى تحويل الدائن استعمال حقوق مدينه ولو كانت هذه الحقوق ارادية محضة^(١٢٤). وذهب رأي آخر الى التمييز بين الحقوق التي تم اكتسابها بالفعل واجاز للدائن استعمالها اذا ما تقاعس مدينه عن استعمالها، اما الحقوق الاخرى التي لم تكتسب بعد، فلا يجوز للدائن استعمالها بدلا من مدينه^(١٢٥). وجعل رأي ثالث الاصل العام هو خضوع هذه الحقوق للقاعدة العامة التي تجيز للدائن استعمال حقوق مدينه طالما توافرت شروط الدعوى غير المباشرة، ما لم تكن هذه الحقوق مرتبطة بشخص صاحبها، كما في استرداد الحصة الشائعة، وخيار الشفعة، فلا يمكن للدائن استعمالها^(١٢٦)، لارتباطها الوثيق بشخص صاحبها.

(١٢١) راجع في تفصيل ذلك ليلييه، رسالته، ص ١٥٤ - ١٥٧، احمد سلامة، رسالته ص ١٥٩، نجار، رسالته ص ٣٢٧ رقم ٣١٤.

(١٢٢) نجار، رسالته، ص ٢٩٥.

(١٢٣) احمد سلامة، ص ١٦٣.

(١٢٤) انظر في هذا الاتجاه، بلانيول وريبير، ج ٧، ط ٢ رقم ٩٠٠ - ريبير وبولانجييه، ج ٢ رقم ١٣٧٠ - بونار، دالوز ١٩٤٩ - ١.

(١٢٥) ديموج، احكام الالتزامات، ج ٢ سنة ١٩٣٣، رقم ٩٢٦.

واخيرا وفيما يتعلق بمدى تقادم الحق الارادي المحض، فان طبيعة هذا الحق، وكونه يتوقف على محض ارادة ومشئته صاحبه، تحول دون خضوعه لنظام التقادم^(١٢٧)، خاصة وان هذا الحق لا يتضمن التزاما على صاحبه باستعماله. ولكن، لما كان عدم استعمال الحق الارادي المحض يؤدي الى استمرار حالة الشك وعدم اليقين بالنسبة للمركز القانوني للغير الذي يستعمل هذا الحق في مواجهته، وما يترتب على ذلك من الاضرار بمصالح هذا الاخير ومن مساس باستقرار التعامل، الامر الذي يستوجب سرعة البت في مصير هذه المراكز، لذلك فان هذه الحقوق تخضع لنظام آخر يقوم مقام فكرة التقادم، وهو نظام السقوط، الذي يتميز بعدم قابليته للوقف والانقطاع^(١٢٨)، كما لا يتخلف عنه التزام طبيعي كما في نظام التقادم^(١٢٩).

تعقيب :-

٥٢ - وضحنا ان الفقه يجعل من الخيار حقا، ولكنه حق من نوع خاص، لا هو حق شخصي ولا حق عيني، وانما حق ارادي محض. ثم عرضنا لاحكام وخصائص هذا النوع من الحقوق، وهي بلا شك تنطبق في مجموعها، على الخيار، الذي يخضع لنفس الاحكام التي يخضع لها الحق الارادي المحض الذي يقول به الفقه، كما يتمتع بالخصائص والمزايا نفسها. ورغم ذلك فنحن لا نرى ان الخيار يدرج ضمن طائفة الحقوق الارادية المحضة، بل ولا نرى فيه حقا كلية، فالخيار، وكما سبق ان وضحنا تفصيلا^(١٣٠)، هو رخصة، والرخصة تتميز عن الحق سواء فيما يتعلق بنطاق ومدى الميزة القانونية التي يمنحها كل منهما والتي تكون مع الرخصة او الخيار مقيدة بعكس الحق، او فيما يتعلق بمضمون وطبيعة هذه الميزة، والتي تكون اباحة اضافية تخالف الاصل العام - وهو الحظر - مع الرخصة، وليس كذلك مع الحق.

(١٢٦) نجار، رسالته رقم ٢١١ ص ٢٢٣ وبعدها.

(١٢٧) ليليه، رسالته ص ٢٠٨، احمد سلامة رسالته، ص ١٦١.

(١٢٨) جوسران، ج ٢ ص ٢٥٩ رقم ١٠٠٥ وبعده.

(١٢٩) نجار، رسالته ص ٢١٤.

(١٣٠) راجع ما سبق فقرة رقم ٢١ وبعدها.

غير ان عدم اعتبارنا الخيار حقا، لا يعني عدم خضوعه لاحكام الحق الارادي المحض السابق عرضها، ذلك ان هذه الاحكام ليست قاصرة على الحقوق التي من هذا النوع، وانما هي تطبق على كل مركز او تصرف قانوني يتميز بالصفة الجوهرية التي تتميز بها هذه الحقوق والتي تستوجب تطبيق هذه الاحكام الخاصة عليها، ونقصد بذلك الصفة الارادية المحضة، فهذه الصفة هي مناط ومعيار تطبيق الاحكام الخاصة التي رأيناها، فاذا ما توافرت هذه الصفة الارادية المحضة في مركز قانوني آخر، سواء كان حرية او رخصة طبقت عليه تلك الاحكام. والخيار بطبيعته، ودائما، يتمتع بالصفة الارادية المحضة، لذلك تطبق عليه الاحكام التي اشرنا اليها، ليس لانه حق ارادي محض، وانما لانه رخصة او خيار، يتميز بالصفة الارادية المحضة، ويكون بذلك جديرا بتطبيق تلك الاحكام عليه، باعتبار انه يكون بالطبيعة وبحسب الاصل اراديا محضا، بعكس الحق الذي لا يكون كذلك الا استثناء، بل واننا نتشكك في احتفاظ الحق بهذه الصفة، اي صفة الحق، في الحالة التي يكون فيها اراديا محضا، ونرى انه يكون خيارا في هذه الحالة، خاصة وان الميزة التي يخولها عندئذ تكون قاصرة على ميزة الخيار فعلا، اي تكون ميزة خاصة مقيدة، وهذا ما ينطبق على الرخصة او الخيار، وانما نعتقد عدم امكان وصف الحق بانه ارادي محض، ذلك ان هذه الصفة تتعلق باستعمال الحق، اي استعمال الميزة التي يخولها، على ان هذه الصفة لا تقتصر على الحق، بل تتحقق لكافة المراكز القانونية الاخرى، بدرجة او باخرى، فالحرية تظهر فيها هذه الصفة اكثر من ظهورها مع الحق، كما تتحقق هذه الصفة مع الخيار - اي الرخصة - وان كانت بصورة مختلفة، فيها ترتبط هذه الصفة في الاختيار الذي يملكه صاحب الرخصة او الخيار بين البدائل التي تعرض عليه. اما فيما يتعلق بالاستعمال ذاته، فلا يكون اراديا محضا، بل يتعين عليه استعمال الخيار، والا سقط بمضي مدة معينة، فالصفة الارادية المحضة مع الخيار تتعلق بطريقة او وجه الاستعمال، وليس بالاستعمال ذاته.

وهكذا نخلص الى ان فكرة الحق الارادي المحض فكرة غير دقيقة، لان كل حق، الاصل في استعماله ان يكون اراديا محضا، اما حقيقة ما يميز هذه الفكرة فهو قدرة الارادة المنفردة على ترتيب اثار قانونية في المراكز القانونية للغير،

دون توقف على رضا ذلك الغير، وهذا لا يكون عملا الا عن طريق ميزة الخيار وليس الحق، فنظرا لخطورة هذا الاثر فلا يتصور ان يكون مطلقا دون قيود، اي لا يتصور ان يكون مع الحق بل يجب ان يكون مقيدا، عن طريق الخيار.

المبحث الثاني خيار الشفعة

تمهيد :-

٥٣ - وضحنا ان الخيار المرادف للرخصة، يعني تلك الميزة التي تثبت للشخص خاصة، والتي تمكنه بمجرد ارادته من التأثير في المراكز القانونية للغير. فما يميز الخيار عن غيره من المراكز القانونية، كونه ميزة خاصة تثبت لشخص معين، وليس اباحة عامة للجميع، كما يتميز الخيار بانه يتوقف في استعماله - بالمعنى السابق ايضاحه - على محض ارادة ومشئة صاحبه، رغم ما يتضمنه من التأثير في المراكز القانونية للغير، الامر الذي كان يستلزم موافقة هذا الغير، وفي ذلك خروج على القواعد العامة، لذلك فالميزة التي يخولها لصاحبه ميزة استثنائية تثبت على خلاف الاصل.

ايجازا لما سبق يتميز الخيار بكونه ميزة قانونية خاصة، ومقيدة مقصورة على الخيار، ارادية بحتة، تثبت على خلاف الاصل العام الذي يحظر مثل هذه الميزة. وهذا المعنى للخيار، بما يتضمنه من خصائص تميزه عن غيره من المراكز القانونية القريبة منه كالحق والحرية، يتحقق مع الشفعة، فهو ميزة خاصة لا تثبت الا لمن توافرت فيه شروطها، والذي يختص بصفة وتسمية الشفيع، وهي تمكن هذا الشفيع من تملك المال المبيع بمجرد ارادته، دون توقف على ارادة البائع او المشتري، لذلك فهي ميزة ارادية بحتة، وفيها خروج عن القواعد العامة، فهي تقررت على سبيل الاستثناء من الاصل العام في التملك وهو الرضاء والاتفاق، وهي ميزة مقيدة لانها تقتصر على الخيار بين الاخذ بالشفعة وعدم الاخذ بها. فالشفعة اذن - بعد البيع وقبل اعلان الرغبة - ليست مجرد حرية، وليست حقا، وانما هي خيار، بمعناه المرادف للرخصة، والخيار الذي تمنحه للشفيع هو خيار الشفعة.

توضيحا لما سبق نتعرض فيما يلي للموضوعات الثلاثة الآتية :-
الشفعة ليست حرية، ونجعل له المطلب الاول.
الشفعة ليست حقا، ونجعل له المطلب الثاني.
الشفعة خيار، ونجعل له المطلب الثالث.

المطلب الاول

الشفعة ليست حرية

٥٤ - سبق ان اشرنا الى ان هناك من اعتبر الشفعة مجرد حرية او اباحة.^(١٣١)

والواقع ان الاتجاه الذي رأى في الشفعة حرية، اما انه يقصد بذلك المرحلة السابقة على بيع المال المشفوع فيه^(١٣٢) وهذا غير صحيح^(١٣٣). واما انه يخلط بين الحرية والرخصة فيطلق على الرخصة تعبير الحرية، ويأخذ المصطلحين بمعنى واحد، رغم ما بينهما من خلاف سبق لنا ان وضحناه^(١٣٤).

لذلك فاستبعاد خيار الشفعة، الذي يتقرر للشفيع بعد بيع المال محل الشفعة، من مجال الحريات او الاباحات العامة لا يثير ادنى شك، طالما اخذنا الحرية على معناها الدقيق وهي مجرد الاباحة العامة التي تثبت للكافة دون تخصيص او تمييز.

ويتأكد ذلك القول اذا ما علمنا ان الحرية في استعمالها، هي مجرد احتمال قد يتحقق وقد لا يتحقق، فليس هناك ما يوجب استعمال واستخدام الحريات كاصل عام. وعلى العكس من ذلك فان خيار الشفيع يتعين استعماله، سواء تم ذلك صراحة، بالاخذ بالشفعة او رفضها والتنازل عنها، او تم ضمنا او حكما وذلك بالسكوت وعدم اعلان الرغبة في الاخذ بها خلال الفترة التي تحدد لذلك،

(١٣١) راجع ما سبق فقرة رقم ٦، وهامش رقم (١٣).

(١٣٢) انظر في هذا الرأي، اي اعتبار الشفعة قبل البيع مجرد حرية او اباحة محمد طوموم، الحق في الشريعة الاسلامية، القاهرة ١٩٨٨ ص ١٩، رمضان ابو السعود، الاحكام الناقلة للملكية، الاسكندرية ١٩٨٢ ص ١٠٧، مسقطات الشفعة، الاسكندرية ١٩٨٧ ص ٧٥.

(١٣٣) لعدم ظهور الشفعة بعد.

(١٣٤) راجع ما سبق الفقرة ١٤ وما بعدها.

وحيث يسقط الخيار بانقضائها. فخيار الشفعة له مدة محددة يتعين البت فيه خلالها^(١٣٥)، والا سقط وكل هذه الاحكام تبعد كلية عن الحرية.

حقيقة ان من تقرر له خيار الشفعة، اي الشفيع، يتمتع بحرية مطلقة فيما يتعلق بالاخذ بها او عدم الاخذ الامر الذي يمكن معه القول ان مضمون هذا الخيار ليس الا «حرية» لصاحبه، الا ان المقصود بالحرية هنا يكون ذلك المعنى الخاص بالخيار، اي الحرية المقيدة في طرق استعمالها والتي تقتصر على حرية الاختيار بين بدلين او خيارين، اما الاخذ بالشفعة واما رفضها، اما خارج هذا النطاق الضيق للاختيار فلا يملك الشفيع اية حرية.

وهكذا نصل بسهولة الى ان خيار الشفعة، وهو الذي يتقرر للشفيع بعد بيع المال المشفوع فيه، لا يعد حرية بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح. فالحرية تمنح اباحة عامة مطلقة، اما الشفعة فتمنح اباحة خاصة - اي ميزة - مقيدة بالخيار، بين الاخذ بها او الترك. هذا بالإضافة الى ان الاباحة التي تقررها الحرية تكون اباحة اصلية، لا خروج فيها على القواعد والمبادئ العامة، اما اباحة الشفعة فهي اباحة طارئة استثنائية تتضمن خروجاً على الاصل العام الذي لا يجوز التملك الا بالارادة والاتفاق. واخيراً فان اباحة الشفعة مقصورة على الشفيع دون غيره.

المطلب الثاني

الشفعة ليست حقاً

تمهيد :-

اذا كان خيار الشفعة الذي يثبت للشفيع بعد البيع لا يثير صعوبة فيما يتعلق باستبعاده من مجال الحرية، فعلى العكس من ذلك فيما يتعلق بعلاقته بالحق، حيث يذهب اتجاه كبير الى اعتبار ذلك الخيار حقاً، ان لم يكن حقاً عادياً،

(١٣٥) وفقاً للمادة ٩٤٠ مدني مصري تسقط الشفعة اذا لم يعلن الشفيع رغبته في الاخذ بها الى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجهه اليه البائع او المشتري. كما تسقط، اعمالاً للمادة ٩٤٢ / مدني مصري اذا لم يودع الشفيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وذلك خلال ثلاثين يوماً على الاكثر من تاريخ اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة. كذلك تسقط الشفعة اذا لم ترفع الدعوى بها =

فهو حق من نوع خاص . فهل خيار الشفعة يعد - في مرحلتنا الحالية وهي مرحلة ما قبل اعلان الرغبة - حقا كما ذهب هذا الاتجاه؟ هذا ما لا نراه ايضا، وفي سبيلنا لاثبات عدم اعتبار خيار الشفعة حقا، نوضح اولا عدم اعتباره حقا شخصيا، ثم عدم اعتباره حقا عينيا، واخيرا عدم اعتباره حقا من نوع خاص .
وسنجعل لكل من هذه الموضوعات فرعاً خاصاً .

الفرع الاول

خيار الشفعة ليس حقا شخصيا

٥٥ - اذا كان الحق - بصفة عامة يتميز بتلك السلطة او الاباحة الخاصة التي يخولها لصاحبه دون غيره من الاشخاص، والتي يصبح بمقتضاها في مركز متميز، الامر الذي يجعل من هذه الاباحة ميزة قانونية لصاحبه، فان الحق الشخصي يتميز عن سائر الحقوق الاخرى ان هذه الميزة الخاصة التي يتضمنها تمارس تجاه شخص آخر، لذلك فهو يتسم بما يفرضه من علاقة تبعية وخضوع^(١٣) من شخص معين - هو المدين - تجاه صاحب الحق، الدائن بالاداء الذي يلتزم به المدين . فالحق الشخصي يتميز اذن بتلك العلاقة الشخصية التي يقيمها بين طرفي الحق، الدائن والمدين .

وتترجم هذه العلاقة الشخصية بالتزامات محددة يلتزم بها المدين تجاه صاحب الحق، ينتهي الحق بتنفيذها . لذلك فالحق الشخصي هو حق موقت بطبيعته .

= في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الاخذ بالشفعة . وفي حالة عدم انذار الشفيع بالبيع فان الشفعة تسقط بانقضاء اربعة اشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك اعمالا للمادة ٩٤٨ / ب مدني مصري .

وراجع في نفس المدد المسقطة للشفعة في القانون المدني الكويتي المادتين ٨٩٧، ٨٩٨ باستثناء حالة عدم انذار الشفيع حيث تسقط بمضي ثلاثة اشهر من يوم تسجيل البيع، اذا كان البيع عقارا، اعمالا للمادة ٩٠٣ مدني كويتي .

راجع لمزيد من التفصيلات في المدد المسقطة للشفعة، رمضان ابو السعود، مسقطات الشفعة، ص ١٤٢ وبعده .

(١٣٦) راجع في هذا المعنى، كاربونيه، القانون المدني، ج ٣ ص ٤٣ فقرة رقم ١٣ .

ويتميز الحق الشخصي عن الحق العيني، بأنه يتعلق بشخص، أي يمارس تجاه شخص، ولا يرد على شيء، حتى في الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي متعلقا بعين ما، وحيث لا تثبت لصاحبه سلطة مباشرة تجاه هذه العين.

وبصدد مقارنة خيار الشفعة بالحق الشخصي، نظرا لتماثلهما في خصوصية الميزة التي يمنحها كل منهما، وكونها ليست اباحة عامة للجميع، فقد رأى البعض أن هذا الخيار يتضمن تلك العلاقة الشخصية التي يتميز بها الحق الشخصي، والتي تتحقق في علاقة الشفيع بكل من البائع والمشتري، هذا بالإضافة إلى أن الشفعة تتضمن بعض الالتزامات يتحملها البائع، يأتي في مقدمتها احترامه لرغبة الشفيع في تملك المبيع^(١٣٧) ومن ناحية أخرى فإن «حق الشفيع» يكون كالحق الشخصي مؤقتا بطبيعته، كما لا يخول صاحبه أية سلطة على المال الذي يتعلق به. وهكذا ينتهي الرأي السابق إلى أن خيار الشفعة هو حق شخصي،^(١٣٨).

٥٦ - ولكننا لا نسلم باعتبار خيار الشفعة حقا شخصيا، ذلك أن الحق الشخصي يخول صاحبه سلطات متسعة تمكنه من اقتضاء هذا الحق، إضافة إلى تنوع السلطات والقدرات التي يمكنه منها التمتع بهذا الحق، والتي لا يمكن حصرها مقدما، وبالمقابل لهذه السلطات فإن المدين بالحق الشخصي يلتزم بعدة التزامات تدور حول تمكين الدائن من اقتضاء حقه. وكل ذلك غير متحقق مع خيار الشفعة، فمن حيث السلطات التي يملكها الشفيع فهي تقتصر على الاختيار بين الأخذ بالشفعة وعدم الأخذ، أما عن الالتزامات التي يتحملها المدين بهذا الخيار - على افتراض وجود ذلك المدين - فلا وجود لها، أما عن الالتزامات التي قيل بتحمل البائع لها، فهي في الواقع ترجع إلى صفته كمالك للمال المبيع، وليس نتيجة علاقة دائنية تنشأ بينه وبين الشفيع التي يتواجد معها الحق الشخصي، لذلك فالشفعة تقرر بصرف النظر عن شخصية المالك، فظهوره قبل

Raynaud (P.)

(١٣٧) راجع رينو

- Les droit d'acquisitions préférentielles en droit civil et en droit rural Français (Préemption et retraits), Ass. Int. de dr. Comp., 1967, P. 21.

(١٣٨) رينو، مقاله المشار إليه بالهامش السابق، ص ٢١.

اعلان الشفيـع رغبته في الاخذ بالشفعة يكون باعتباره مالكا وليس مدينا بحق شخصي، كذلك تقوم الشفعة بصرف النظر عن شخصية الشفيـع والذي قد يكون مجهولا من المالك^(١٣٩).

من ناحية اخرى، فان الالتزامات التي يتحملها البائع او المشتري تجاه الشفيـع، وبصفة خاصة الالتزام باحترام الشفعة واختيار الشفيـع الاخذ بها، فانها تترتب بعد الاخذ بالشفعة بالفعل اي بعد ان يصبح الشفيـع مالكا اعمالا لخياره، اما قبل ذلك، اي قبل اعلان الشفيـع رغبته في الاخذ بالشفعة، فلا توجد التزامات حقيقية يتحملها اي من البائع او المشتري تجاه الشفيـع، اما مركز كل من البائع والمشتري في هذه المرحلة فهو مجرد انتظار وتوقع لموقف الشفيـع وما اذا كان سيأخذ بالشفعة ام لا، ولا شك ان هذا الموقف بعيد كلية عن علاقة الدائنية التي يفترضها الحق الشخصي.

خيار الشفيـع - اذن - قبل اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة ليس حقا شخصيا^(١٤٠)، فهل هو حق عيني؟. هذا ما قال به بعضهم، وما سنراه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

خيار الشفعة ليس حقا عينيا

٥٧ - ان المميز الرئيسي للحق العيني هو محل هذا الحق، فهو لا يرد إلا على شيء مادي معين بالذات، لذلك فإن السلطات والمزايا التي يمنحها هذا الحق لصاحبه ترد على الشيء محله مباشرة، فالحق العيني يخول صاحبه ميزقي التقدم والتتبع وترتبط كلتاها بالشيء محل الحق.

كما يتميز الحق العيني، باعتباره سلطة مادية مباشرة للشخص على الشيء محل الحق، بصفتي الدوام والاطلاق - كاصل عام -، فهل تتجمع في خيار

(١٣٩) في هذا المعنى كورين سانت - الارى - هوان. ص ٤٤٣ رقم ٤٨٧.

(١٤٠) لذلك فان غالبية من قال بان الشفعة حق شخصي يقصد بذلك ارتباط الشفعة بشخص صاحبها، اي انها حق يتصل بشخص صاحبه اتصالا وثيقا وليس حقا شخصيا بمعناه المقابل للحق العيني.

الشفيع هذه الصفات حتى تجعل منه حقا عينيا، كما زعم بعضهم^(١٤١)؟ فكما سبق ان وضحنا هناك من رأى في الشفعة حقا عينيا، مستندا في ذلك إلى ما تخوله الشفعة للشفيع من ميزة يمكنه بمقتضاها تملك المبيع بدلا من المشتري، فقد رأى هذا الاتجاه في تلك الميزة حقا للشفيع يرد على المال المشفوع فيه مباشرة، كما يؤكد رأيه هذا بما يملكه الشفيع من سلطة تتبع المال محل حقه في أي يد يكون ليملكه بالأولوية على كل شخص آخر. ومن ثم تكون له سلطتنا التتبع والتقدم المميزتان للحق العيني.

من ناحية أخرى فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن العبرة في الحق العيني ليست في السلطة ذاتها التي ترد على الشيء، ولا في مداها، وإنما فيما أسماه بالطريقة أو الصفة العينية لهذه السلطة والتي تتضمن انتقاصا لحق وسلطات مالك الشيء الذي يرد عليه الحق، وما يترتب على ذلك من مساس بمبدى وإطلاق هذا الحق^(١٤٢). فإذا صح هذا التعريف للحق العيني لاقترب خيار الشفعة منه إلى حد كبير.

والواقع أن هناك بعض التقارب بين خيار الشفعة والحق العيني، يظهر، بصفة خاصة، من حيث الاحتجاج بهذا الخيار على الغير وما يمنحه لصاحبه، أي الشفيع، من ميزق التتبع والتقدم بالنسبة للمال المشفوع فيه الذي تعلق به الخيار، مما يجعل لهذا الخيار صفة الاحتجاج المطلق تجاه الغير الذي لا يملك تجاهله.

كما يظهر التقارب بين خيار الشفعة والحق العيني في ارتباط ذلك الخيار بالمال المشفوع فيه، وليس بشخص ماله، فخيار الشفعة يتقرر للشفيع تجاه المالك بصفته مالكا للمال وليس بصفته الشخصية، لذلك فهو يتبع المال أينما وجد.

(١٤١) راجع في اعتبار الشفعة حقا عينيا ما سبق، فقرة رقم ٥ هامش رقم (٧).

Dabin (J.) :

(١٤٢) أنظر في ذلك دابان :

- Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D.C., 1962, P. 28.

٥٨ - ورغم التقارب والتشابه السابق بين خيار الشفعة والحق العيني، إلا أنه يتعذر اعتبار خيار الشفعة حقاً عينياً، وذلك للاعتبارات الآتية: -
- ففيما يتعلق بالاحتجاج المطلق بالشفعة، فليس بحجة على كون الشفعة حقاً عينياً، ذلك أن الاحتجاج بالحق تجاه الغير ليس مقصوراً على الحق العيني، فالوعد بالترتيب المترتب على عقد التفضيل، يحتاج به على الغير، رغم أن الحق المترتب على هذا الوعد حق شخصي وليس حقاً عينياً، ولذلك لا يملك الموعود له عند مخالفة الوعد إلا دعوى شخصية بالتنفيذ أو التعويض^(١٤٣).

الحل نفسه نجده أيضاً مع شرط المنع من التصرف، الذي يحتاج به على الغير، إذا ما تم تسجيله^(١٤٤)، رغم أنه لا يرتب حقاً عينياً. والواقع أن الاحتجاج بالشفعة على الغير كما سنرى لاحقاً، يرجع إلى ما يترتب عليها من حلول الشفعين محل المشتري في عقد البيع^(١٤٥) وليس لكونها حقاً عينياً.

- أما عن ميزتي التبع والتقدم اللتين تمنحهما الشفعة للشفيع، وبهما يقترب خيار الشفعة من الحق العيني، فليستا إلا نتيجة الاحتجاج بهذا الخيار على الغير، لذلك فهما ليستا بمعياري مطلق لتمييز الحق العيني^(١٤٦).

- أخيراً، وبصفة خاصة، فإن المميز الأساسي للحق العيني، وهي السلطة المباشرة لصاحب الحق على العين لا تتحقق مع خيار الشفعة، فالشفيع قبل الأخذ بالشفعة لا يملك أية سلطة مباشرة على المال المشفوع فيه، ذلك أن محل الشفعة ليس الشيء نفسه، وإنما ملكية هذا الشيء.

(١٤٣) أنظر في هذا المعنى محكمة ليون ١٢ مارس ١٩٦٤، المجلة العامة للقوانين ١٩٦٤ - ٢٤٩ ص ٦٣٧، تعليق ستارك.

(١٤٤) أنظر في الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف على الغير، مؤلفنا في البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، الكويت ١٩٨٤ ص ٢٦٢ فقرة رقم ٢٠٦.

(١٤٥) أنظر في اعتبار الشفعة حلاً محل المشتري، المادة ٨٩١ مدني كويتي.

Deruppe (J):

(١٤٦)

- La nature juridique de droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse Toulouse, 1952, P. 241, No. 209.

٥٩ - وإذ أنكرنا فيما سبق إمكان اعتبار الشفعة حقا عينيا، وفقا للمفهوم التقليدي لهذا الحق، الذي يربطه بالسلطة المباشرة التي يتمتع بها صاحب الحق على الشيء محل الحق، فهل يتغير الحل إذا أخذنا الحق العيني وفقا لتصويره لدى الفقيه دابان، الذي يجعل مناطه مدى التأثير الذي يحدثه على سلطات صاحب الشيء الذي يرد عليه الحق، وحيث يتحقق الحق العيني - لديه - كلما ترتب على الحق إنقاص لسلطات مالك الشيء؟ هنا أيضا مع افتراض قبولنا لرأي دابان، لا يمكن اعتبار الشفعة حقا عينيا، ذلك أن الشفعة قبل إعلان الشفع رغبته في الاخذ بها، لا تتضمن أي إنقاص لسلطات مالك المال المشفوع فيه. فالشفعة وإن كان قد يترتب عليها تقييد لسلطات المالك من حيث اطلاقها، إلا أنها لا تتضمن أي تقليل أو إنقاص من السلطة ذاتها التي تبقى عناصرها كما هي دون مساس، إذ يظل المالك متمتعاً بسلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وإذا كان يترتب على الشفعة تقييد لهذه السلطة الأخيرة، أي سلطة التصرف، في جانبها الايجابي أي التصرف لمن اختاره المالك، فإن هذا التقييد المحدود - حيث لا يؤثر في سلطة المالك السلبية في عدم التصرف - لا يظهر إلا في مرحلة تالية، وهي مرحلة ما بعد اعلان الشفع رغبته والأخذ بالشفعة، أما قبل ذلك فلا يترتب على الشفعة أي تقليل أو تقييد لسلطات المالك، ويحتفظ المالك بحرية التصرف أو عدم التصرف. أما التقييد الوحيد الذي يترتب على الشفعة فيتعلق بحرية التصرف لشخص معين، وهذا لا يكون إلا بعد تمام الأخذ بالشفعة، ومن ثم، فإنه لا يتضمن في مرحلتنا الحالية أي اعتداء حقيقي على سلطات المالك.

وهكذا، ننتهى برفض اعتبار الشفعة حقا عينيا حتى مع نظرية الفقيه دابان.

٦٠ - غير أن السلطة المباشرة التي تثبت لصاحب الحق العيني على الشيء محل حقه، المعيار المميز للحق العيني، تعرضت للانتقاد من جانب بعض الفقهاء. فهناك أولا أنصار نظرية شخصية الحق العيني الذين يرفضون فكرة السلطة المباشرة للشخص على الشيء كمعيار للحق العيني، ومن ثم يخلطون الحق العيني بالحق الشخصي ولا يرون تمييزا بينهما، وهناك ثانيا من ميز بين

الحق العيني والحق الشخصي، ليس استنادا إلى فكرة السلطة المباشرة للشخص على الشيء في الحق العيني، وإنما إستنادا إلى فكرة أخرى ترجع إلى صفة الالتزام المقابل للحق العيني والذي يتميز بكونه التزاما عينيا.

فهل تجعل هذه التصويرات الحديثة للحق العيني - على افتراض صحتها - من الشفعة حقا عينيا؟ .

هذا ما نتعرض له في الآتي .

نظرية شخصية الحق العيني : -

٦١ - يرفض أنصار مذهب شخصية الحق العيني وجود الرابطة أو السلطة القانونية المباشرة للشخص صاحب الحق على الشيء محل حقه، فهذه الرابطة لا تعني - لديهم - سوى الحيازة، أي حيازة الشخص للشيء، حيازة صاحب الحق العيني للشيء محل حقه^(١٤٧).

فأنصار هذا المذهب الشخصي يرون أن الرابطة القانونية التي يتضمنها الحق العيني لا يمكن أن تكون بين الشخص صاحبه والشيء محله، إذ كل علاقة قانونية لا بد أن تكون - لديهم - بين أشخاص، بين شخص وآخر، وليس بين شخص وشيء . فالحقوق جميعها - يقرر أيضا أنصار هذا المذهب - شخصية أم عينية هي روابط وعلاقات بين أشخاص، وإذا كانت هذه العلاقات تظهر بوضوح ومباشرة مع الحق الشخصي، فإنها تتحقق أيضا مع الحق العيني، الذي يكون صاحبه هو الطرف الايجابي، أما الطرف الآخر أو السلبي فيتمثل في كل أفراد المجتمع، الذين يقع عليهم احترام الحق العيني وعدم التعرض لصاحبه في مباشرته له وتمتعه به .

(١٤٧) راجع في هذه النظرية بلانيول، أحكام القانون المدني، ط أولى ١٨٩٧، ط ٤، ١٩٠٦ رقم

٢١٥٩ . وقد تأثر عدد من الفقهاء بنظرية بلانيول نذكر منهم : Michas: Le droit réel

considéré comme une obligation passive universelle, Paris, 1900.

Quéru : Synthèse du droit réel et du droit personnel, th. Caen, 1905.

Prodan : Essai d'une théorie générale des droits réels, th. Paris, 1909.

Minéi : Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance, th.

Paris; 1912.

Basque : De la distinction des droits réels et des obligations, th. Mont. 1914.

فكل شخص ملزم تجاه صاحب الحق العيني بعدم التعرض له ، لذلك فإن الحق العيني يفرض التزاما سلبيا عاما يلتزم به كل أفراد المجتمع^(١٤٨).

٦٢ - وفقا لهذا الاتجاه الشخصي في تعريف الحق العيني ، فإن الشفعة يمكن أن تكون حقا عينيا ، حيث لا تكون بحاجة إلى السلطة المباشرة لصاحب الحق - الشفع - على الشيء محل الشفعة ، وهي التي حالت دون اعتبارها حقا عينيا وفقا للمفهوم التقليدي لهذا الحق . فالاتجاه الشخصي يكتفى بذلك الالتزام السلبي العام المفروض على الكافة ، وهذا يتحقق مع الشفعة التي يحتاج بها على الكافة ، فكل من تنتقل إليه ملكية المال محل الشفعة ، يلتزم باحترام «حق» الشفع على هذا المال ، وهذا الالتزام يكفي ، - وفقا للمذهب الشخصي - لجعل الشفعة حقا عينيا .

٦٣ - غير أن الاتجاه السابق الذي يقرب الحق العيني من الحق الشخصي منتقد من جمهور الفقهاء ، نظرا لعدم دقته وعدم صحته .

فهو غير صحيح فيما يدعيه من أن الرابطة القانونية لا توجد إلا بين الأشخاص ، أي بين شخصين أو أكثر ، حقيقة أن الشخص فقط هو الذي يمكن أن يكون طرفا للحق ، إيجابيا أو سلبيا ، لكن هذا لا يحول دون إمكان وجود علاقة قانونية دون طرف سلبي ، أي ذات وجهة إيجابية فقط ، تمنح طرفها الإيجابي ، سلطة لا يقابلها التزامات على عاتق شخص آخر ، وهذا ما يتحقق بالفعل مع الحق العيني ، حيث يكون لصاحبه حق أي سلطة مباشرة على الشيء محل حقه ، فالشيء هذا يكون محلا للحق وليس طرفا فيه^(١٤٩).

من ناحية أخرى ، فإن الاتجاه السابق اتجاه نظري بحث ، ويخالف الواقع والحقيقة ، حيث لا وجود لذلك الالتزام السلبي العام المدعى به ، والذي يقوم عليه هذا الاتجاه . فهو في الواقع يخلط بين الالتزام والاحتجاج بالحق على الغير^(١٥٠).

(١٤٨) لذلك فإن الالتزام السلبي ، الذي يتواجد مع الحق العيني ، والمفروض على الكافة ، وفقا لهذا الاتجاه لا يمكن معه تحديد من يتحمله مسبقا ، وإنما يتحدد هذا الطرف السلبي عند الاحتجاج بالحق من صاحبه ، أي عند ممارسته له ، راجع في ذلك بلايول ، الاموال رقم ٣٩ .
(١٤٩) راجع في ذلك ، مازو ، دروس في القانون المدني ، ج ١ رقم ١٦٦ ص ٢٠٤ .
(١٥٠) راجع في تفصيل ذلك مارتى ورينو ، مقدمة عامة ، رقم ٣٠٤ مازو وجيجلار ، ج ١ ، =

أما عدم دقة الاتجاه السابق فتتضح من قوله أن الالتزام المفروض على الغير لا يتواجد إلا عند الاعتداء على الحق العيني . ذلك أن منطق هذا القول أن الحق لا يتواجد إلا عند إنكاره والاعتداء عليه ، وهذا مالا يمكننا التسليم به إذ لا يتصور أن يقوم الالتزام قبل تحديد شخص المدين به .

من ناحية أخرى فإن الواجب أو ما أسماه الاتجاه السابق بالالتزام السلبي العام ، وإن كان موجودا بالنسبة لكل الحقوق إلا أنه لا يكون مع الحق العيني التزاما ماليا يصلح أن يكون عنصرا في الذمة المالية في جانبها السلبي . بعكس الميزة التي تقررها الشفعة للشفيع ، والتي قد تؤثر في قدرة المالك على التصرف في المال ، إذ قد يتردد المشتري في الأقدام على شرائه خشية تعرضه للشفعة ، لذلك فمع الشفعة نواجه عبئا غير عادي يتميز عن ذلك العبء العادي الذي يتواجد مع الواجب السلبي العام^(١٥١) .

وأمام عدم صحة الاتجاه الشخصي في تعريف الحق العيني ، على الوجه السابق عرضه ، فلا يمكن التسليم بأن الشفعة حق عيني .

نظرية الالتزام العيني : -

٦٤ - بعكس الاتجاه الشخصي ، السابق عرضه ، والذي يخلط الحق العيني بالحق الشخصي ، ولا يرى تمييزا بينهما ، فإن نظرية الالتزام العيني تقوم على التمييز بين الحقين ، ولكنها لا تقيم التمييز على المعيار التقليدي الذي يتكون في السلطة المباشرة لصاحب الحق العيني على محل حقه ، وإنما لجأت إلى معيار آخر يكمن في صفة الالتزام المقابل للحق العيني ، والذي وصفته بأنه التزام عيني يختلف عن الالتزام الشخصي الذي يفرضه الحق الشخصي^(١٥٢) .

= الكتاب الاول - مقدمة عامة ، رقم ١٠٦ ، فيل المقدمة العامة رقم ٢٠٩ ، فلور واووير ، الالتزامات ، ج ١ رقم ١٦ ، جستان وجوبو ، القانون المدني ، مقدمة عامة ، ١٩٧٧ ، ص ١٦٧ فقرة رقم ٢١٩ .

(١٥١) كورين سانت - الارى - هوان ، رسالتها رقم ٥٠٠ ص ٤٥٣ .

Ginossar (M.);

(١٥٢) راجع في هذه النظرية جينوسار

- Droit réel, propriété et Créance, élaboration d'un système rationnel edes droits

= patrimoniaux, L.G.D.J., 1960.

ويقصد بالالتزام العيني، لدى هذا الاتجاه، ذلك الالتزام الذي يتحمله الشخص بسبب ملكيته لعين ما^(١٥٣). فهو إذن الحق العيني، منظوراً إليه من وجهته السلبية، أي من خلال متحمل هذا الحق، المدين به، وليس من خلال صاحبه. هذا الالتزام العيني هو معيار ومناطق الحق العيني. فالحق، وهو رابطة قانونية بين طرفين، لدى هذا الاتجاه^(١٥٤) يتوقف وصفه وما إذا كان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً على طبيعة الالتزام الذي يفرضه، فإذا كان الالتزام عينياً، بالمعنى الذي حددناه، كان الحق الذي يقابله حقاً عينياً، أما إذا رتب التزاماً شخصياً، فيكون حقاً شخصياً.

تطبيقاً لذلك الاتجاه، لا يكون حق الملكية حقاً عينياً، حيث لا يقابله التزام عيني، فحق الملكية ليس حقاً يملكه شخص على شيء مملوك للغير، وإنما هو يرد على ما يملكه صاحب الحق، لذلك فلا يوجد معه طرف سلبي يتحمل الالتزام^(١٥٥)، وبمعنى آخر، لأن حق الملكية حق مطلق يحتج به على الكافة، فلا يفرض التزاماً عينياً على شخص معين، ومن ثم، فلا يكون حقاً عينياً.

يترتب على فكرة الالتزام العيني، هذه، أن الحق العيني ينتقل تلقائياً من السلف إلى الخلف تبعاً لانتقال العين التي يرد عليها هذا الالتزام، بعكس الحق الشخصي الذي لا ينتقل تلقائياً، بل يشترط الرضاء والاتفاق اعمالاً لنظام حواله الحق.

ومن ناحية أخرى فإن الالتزام العيني الذي يتحقق مع الحق العيني تتحدد مسئولية متحمله في المال الذي يرد عليه الالتزام، وليس في كل ذمته المالية، لذلك يتمتع هذا الالتزام بميزة التبع.

= Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, Rev. int. dr. civ. 1962, P. 573.

وأنظر في عرض هذه النظرية برهام عطا الله، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٧ ص ٤٠٥.

(١٥٣) جينوسار، الحق العيني والملكية والدائنية، المرجع السابق ص ١٠٠ رقم ٤٦.

(١٥٤) وهو في ذلك يتفق مع الاتجاه الشخصي للحق العيني.

(١٥٥) جينوسار، المرجع السابق ص ١٠٩ رقم ٤١.

وهكذا نرى أن الحق العيني - مع هذا التفكير ينظر اليه ، ليس على أنه سلطة مباشرة على شيء ، وإنما على أنه حق يلتزم به الغير بسبب ملكيته للشيء . وكما هو واضح يرتبط هذا الرأي بالاتجاه الشخصي للحق من حيث أنه يرجع - مثله - الحقوق جميعها إلى ما يقابلها من التزامات ، ولكنه يتميز عنه في كونه أكثر تحديدا عنه ، لاعتماده على فكرة الالتزام العيني الذي يتحمله شخص معين ، هو مالك الشيء الذي يرد عليه الحق ، لذلك فهو يميز بينه وبين الحق الشخصي الذي لا يوجد معه مثل هذا الالتزام .

٦٥ - وواضح أن هذا الاتجاه ، الذي يعتمد على فكرة الالتزام العيني ، يجعل من الشفعة حقا عينيا ، فهي تنقل مالا أو عينا مملوكة للغير بحيث يصبح بمقتضاها للشفيع حق يقابله التزام عيني يتحمله مالك المال محل الشفعة ، ويتمثل في احترام الشفعة . والتزام المالك بالشفعة وتقيد به يرجع إلى تملكه للعين التي ترد عليها الشفعة ، إذن فالتزامه يكون عينيا ، فتكون الشفعة حقا عينيا .

ويتأكد هذا الحق العيني للشفعة - وفقاً لهذا الاتجاه - بما يتمتع به الشفيع من ميزة تتبع محل الشفعة ، وتملكه في أي يد تكون .

وهكذا ، إعمالاً للاتجاه السابق يمكن النظر إلى الشفعة نظرة مزدوجة ، فهي من وجهتها الإيجابية حق يقرر للشفيع على مال مملوك للغير ، ولذلك فهو - أي الحق - يرتبط بالمال محله في وجوده وانتقاله وانتهائه .

ومن وجهتها السلبية ، هي التزام يفرض على مالك المال الذي ترد عليه ، باعتباره مالكا ، فيكون المال بذلك مثقلا بالتزام عيني .

٦٦ - بيد أنه على الرغم من الاغراء الذي تنطوى عليه النظرية السابقة من حيث اعتبارها الشفعة حقا عينيا ، على الوجه السابق لنا عرضه ، إلا أننا لا يمكننا أن نسلم بما تنتهي اليه ، نظرا لما تنطوي عليه من مبالغة واضحة في إظهار الجانب السلبي للحق العيني وتحليله على أنه حق يمارس تجاه مالك الشيء محل هذا الحق . ذلك أن الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء ذاته بحيث يمكنه - مع هذه السلطة - التمتع بحقه دون حاجة لتدخل مالكة .

فالجوهر والأساس في الحق العيني هو تلك السلطة المباشرة التي يتمتع بها صاحب الحق على شيء مملوك للغير. ونظرا لغياب مثل هذه السلطة مع الشفعة حيث لا يملك الشفيع أية سلطات على الشيء الذي ترد عليه، فلا يمكن عدها حقا عينيا^(١٥٦).

الخلاصة :-

٦٧- نخلص من دراستنا السابقة إلى أن الشفعة ليست حقا، لاحقا شخصياً ولا حقا عينياً. ليست حقا شخصياً، لأن الشفيع لا يملك أية سلطة تجاه البائع أو المشتري، ولا يمكنه مطالبة أي منها باداء ما، فهو لا يملك سلطة الاقتضاء المميزة للحق الشخصي فالشفيع لا يواجه شخص المدين بالمعنى المعروف مع الحق الشخصي، كما أن البائع والمشتري لا يلتزم أي منها تجاه الشفيع بأي التزام، حيث أننا بالفرض ما زلنا في مرحلة ما قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة.

والشفعة ليست حقا عينياً أيضاً، وذلك على الرغم من ارتباطها وتعلقها بالمال محلها والذي يكون مملوكاً للغير، ذلك أن الشفيع لا يملك - قبل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة -، تلك السلطة المباشرة الحالة على المال الذي ترد عليه.

بايجاز، الشفعة ليست حقا لأن الحق يتميز بمحله الذي قد يكون شخصياً أو عينياً، والشفعة ليس محلها الشخص، ولا العين التي يملكها، وإنما يتحدد محلها في تملك هذه العين.

فإذا لم تكن الشفعة حقاً ولا حرية، فماذا تكون؟ هذا ما نراه في المطلب التالي.

(١٥٦) راجع في نقد نظرية جينوسار، جستان وجوبو، ج- ١٩٧٧، ص ١٧١ رقم ٢٢٢، دابان، تعريف جديد للحق العيني، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٢ ص ٢٠.

المطلب الثالث الشفعة خيار

٦٨- يتضح من دراستنا للتنظيم القانوني للشفعة أنها مركز قانوني يتواجد فيه الشفيع يسمح له بتملك المال المبيع ولو رغما عن المشتري، فهي إذن ترخيص أو إباحة قانونية، ولأن هذه الإباحة ليست عامة بل هي مقصورة على الشفيع، أي أنها ميزة خاصة، فإنها لن تخرج عن كونها إما حقا وإما رخصة، باعتبار أن هذين المركزين هما فقط اللذان يمنحان الميزات القانونية الخاصة^(١٥٧).

وقد أثبتنا في المطلب السابق أن الشفعة ليست حقا، لذلك فهي لن تكون إلا رخصة، ويتأكد ذلك إذا ما تذكرنا أن الرخصة تتميز عن الحق بكونها تحول صاحبها ميزة مقصورة على الخيار بين بدائل محددة^(١٥٨)، كما أن الإباحة التي تقرها تكون خلافا لأصل عام يحظرها^(١٥٩)، وهذا ما يتحقق بالفعل مع الشفعة، فهي تمنح الشفيع الخيار بين تملك المال المبيع أو رفضه، كما وأن هذه الميزة تكون خلافا لأصل العام الذي يحظر التملك دون الرضاء والاتفاق. فالشفعة إذن رخصة وليست حقا وليست حرية.

وقد سبق لنا أن وضعنا المقصود بالرخصة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا بجانب الحق والحرية، وانتهينا إلى أنها تعني الخيار بمفهومه السابق لنا تحديده. نخلص إذن إلى أن الشفعة خيار، والخيار الذي تمنحه هو خيار الشفعة. وتكييف الشفعة على أنها خيار أخذ به العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية: فالمالكية يعتبرون الشفعة خياراً يثبت للشفيع لدفع الضرر^(١٦٠) وأنها

(١٥٧) راجع ما سبق فقرة رقم ١٨ وبعدها.

(١٥٨) راجع ما سبق فقرة رقم ٣٥.

(١٥٩) راجع ما سبق رقم ٣٧.

(١٦٠) أنظر المنتقى شرح موطأ الامام مالك للقاضي ابن الوليد سليمان الباجي الاندلسي، ج ٦

ص ٢٢١.

خيار جعل للتمليك أشبه بخيار القبول^(١٦١). ويقرر فقهاء الشافعية - كذلك - أن الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال^(١٦٢).

وفي المعنى نفسه يقرر الحنابلة أن الشفعة خيار جعل للتمليك أشبه بخيار القبول^(١٦٣)، وأنه ثابت لدفع الضرر^(١٦٤).

كما أخذ بعض فقهاء القانون الوضعي الشفعة على أنها خيار كما سبق أن أوضحنا، وإن كانوا قد عبروا عنه بالرخصة^(١٦٥).

٦٩ - وقد سبق لنا أن تعرضنا لفكرة الخيار في ذاتها، وباعتبارها مركزاً قانونياً يخول صاحبه ميزة خاصة تخالف أصلاً عاماً، وهو المعنى المرادف للرخصة. هذا الخيار يتعين لتحقيقه توافر بعض العناصر الأساسية التي نستعرضها فيما يلي، مع بيان مدى تحققها مع الشفعة والتي تجعل منها تطبيقاً من تطبيقات الخيار.

فيتعين أولاً لتحقيق الخيار أن نكون بصدد مركز قانوني يتميز بالقلق وعدم الاستقرار، الأمر الذي يجعل من يتواجد في هذا المركز القانوني في حالة انتظار وترقب لمصير هذا المركز القلق غير الأكيد^(١٦٦).

وهذا المركز القانوني غير المستقر وغير الأكيد يتحقق بالفعل مع الشفعة، ونقصه به مركز مشتري العقار أو المال المعرض لأخذه بالشفعة من الشفيع،

(١٦١) أنظر أوجز المسالك إلى موطأ مالك، محمد زكريا، ج ١٢ ص ٨٣ وراجع الفروق للإمام القرافي، الذي يقرر أن خيار الشفعة صفة للعقد فينتقل مع العقد، ج ٣ ص ٢٧٥.

(١٦٢) المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ١ ص ٣٨٣.

(١٦٣) المغني لابن قدامة، ج ٥ ص ٣٧٥.

(١٦٤) المبدع في شرح المقنع، ج ٥ ص ٢٢٢، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، ج ٢ ص ٤٣٣.

(١٦٥) أنظر بصفة خاصة رمضان أبو السعود، الأحكام الناقلة للحقوق، ص ١٠٧ الذي يضيف الشفعة، قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها على أنها رخصة، أي خيار على حسب ما أوضحنا. وأنظر ياسين يحيى المرجع السابق، الذي قرر أن الشفعة رخصة دون تحديد لأي مرحلة من مراحلها.

(١٦٦) راجع في هذا المعنى، نجار، رسالته، رقم ٣١ ص ٣٣.

إعمالاً للميزة التي منحها له القانون والتي يتوقف استعمالها والاستفادة منها على محض إرادته، فبعد بيع المال وقبل أن يفصح الشفيع عن موقفه يكون المشتري في حالة قلق وانتظار، ويكون مركزه كمشتري للمال ومالك له متوقفاً على محض إرادة الشفيع، الأمر الذي يجعله في حالة خضوع وتبعية لقرار الشفيع في الأخذ بالشفعة أو عدم الأخذ.

وإذا كان الخيار يتميز بأن محله لا يرد على شيء مادي ولا على شخص، وإنما يكون مجرداً، أي شيئاً معنوياً وليس مادياً، فإن ذلك يتحقق أيضاً مع الشفعة، التي يتمثل محلها، ليس في العين المملوكة للبائع والتي باعها إلى المشتري، ولا في شخص البائع ولا المشتري، وإنما يتمثل في شراء المشتري لهذه العين، وهذا ليس بشيء مادي وإنما معنوي مجرد، فالاستشفاع كما تقرر محكمة النقض المصرية يرد على شيء معنوي لا يدرك إلا بالتصور^(١٦٧).

٧٠ - كما يتعين لوجود الخيار بمعناه الدقيق - المرادف للرخصة - ألا يكون أمام صاحبه سلطة متسعة يستعمل بمقتضاها خياره كما يشاء، وإنما يتحقق له فقط خيار ضيق محدد يتمثل في الاختيار بين بدلين أو أكثر، سابق تحديدهما. كما يتميز هذا الخيار بأنه إيجابي تتم فيه الخيرة بين تصرف قانوني أو آخر، فالمقصود هنا موقف إيجابي بمقتضاه يتعين الاختيار بين هذا التصرف أو ذاك، وليس مجرد الاختيار بين التصرف وعدم التصرف، أي الخيار العام المطلق غير المقيد وغير الملزم الذي يتحقق مع الحرية^(١٦٨).

وهذا العنصر المميز للخيار يتحقق أيضاً مع الشفعة، فالشفيع بعد البيع لا تكون له سلطة مطلقة حيال المال محل الشفعة، وإنما يثبت له الخيار فقط بين أمرين محددين مسبقاً: فهو يملك إما الأخذ بالشفعة، أي تملك المشفوع فيه بنفس الشروط التي يملك بها المشتري، وأما الامتناع عنها فخيار الشفعة إذن محدد ومقيد وينحصر بين الأخذ بالشفعة أو الرفض، وليس له سلطة ثالثة،

(١٦٧) ٣١ يناير ١٩٤٦، مجموعة عمر - ٥ - رقم ٣٣ ص ٨٠.

(١٦٨) في هذا المعنى نجار، رسالته رقم ٣٦ ص ٣٧.

وليس له سلطة نحو أي من الخيارين، فهو لا يملك تجزئة الشفعة، ولا يملك أن يأخذ بها تحت شرط أو مضافة إلى أجل.

من ناحية أخرى فإن كلا البدلين اللذين يملكهما الشفيع إيجابياً، فإذا اختار الأخذ بالشفعة فهو اختيار إيجابي لما يترتب عليه من آثار إيجابية تتمثل في نزع ملكية المشتري للمال لصالحه. وإذا رفض الأخذ بالشفعة، فالرفض هنا أيضاً، وإن كان ظاهره سلبياً، إلا أنه يكون إيجابياً من حيث الآثار المحددة التي تترتب عليه، وهي إنهاء حالة الشك واليقين، وانتهاء حالة الانتظار والتبعية التي كان يتواجد فيها المشتري^(١٦٩) وبشوت ملكية هذا الأخير بصفة نهائية غير مهددة بالزوال.

٧١- وإلى جانب العنصرين السابقين اللذين يشترط تحققهما لوجود الخيار، يمكننا - في ضوء دراستنا السابقة لفكرة الخيار - إضافة شرطين آخرين، الأول يتمثل في طبيعة استعمال هذا الخيار وكونه يتوقف على محض إرادة ومشئته صاحبه. ^(١٧٠) والثاني يتعلق بطبيعة الميزة التي يمنحها الخيار وكونها ميزة أو إباحة استثنائية تقرر على خلاف الأصل. وكلا الشرطين متحقق أيضاً مع الشفعة.

ففيما يتعلق بالصفة الارادية المحضة التي يتميز بها استعمال الخيار فهي متحققة مع الشفعة، ذلك أن أخذ الشفيع بالشفعة وتملكه المال المشفوع فيه بدلاً من المشتري أو عدم أخذه، يتوقف على محض إرادته ومشئته، ولا يتوقف الأثر الذي يترتب على اختياره على قبول المشتري أو البائع، ولا يملك أي منها

(١٦٩) في هذا المعنى كورين سانت - الارى - سوان، رسالتها ص ١٣٦.

(١٧٠) أنظر في ثبوت الشفعة على خلاف الأصل لدى الفقه الاسلامي: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢ ط ٤ ١٣٩٥ هـ، ١٩٧٥ م ص ٢٥٧، ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٣٠٨، ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج ٢، ١٩٦٨ ص ١٣٩ الاندلس، المنتقى، ج ٦، ط ١، ص ٢٩٩.

وأنظر في فقه القانون الوضعي: محمد علي عرفة، ص ٤٧٧، حسام الاهواني، ص ٢٠٠
فقرة ١٧١.

تجنب هذه الآثار. فخيار الشفعة خيار ارادي محض ومطلق يحتاج به على الكافة.

وإذا كان يحدث في بعض الحالات اللجوء إلى القضاء فإن دور القاضي يقتصر عندئذ على التأكد من شروط الشفعة واجراءاتها، ولا يملك سلطة تقديرية إزاءها، ويكون حكمه مقررًا وليس منشئًا.

أخيرًا، وفيما يتعلق بطبيعة الميزة التي يمنحها الخيار، وكونها ميزة تثبت على خلاف الأصل العام، فذلك متحقق أيضًا مع الشفعة، حيث يجمع الفقه على أنها تثبت على خلاف الأصل، نظرًا لما تتضمنه من نزع جبيري للملكية المشتري لصالح الشفيع، الذي يحل محله في عقد البيع، دون حاجة لموافقة أو موافقة البائع.

نتائج اعتبار الشفعة خيارًا :-

٧٢- يترتب على تكييف الشفعة بأنها خيار العديد من النتائج القانونية الهامة التي ترجع - بصفة خاصة - إلى الصفة الارادية البحتة لهذا الخيار، نذكر منها:

أولاً : ممارسة الخيار بالارادة المنفردة للشفيع :-

نظرًا للصفة الارادية المحضة لخيار الشفيع، فإن آثاره تترتب بالارادة المنفردة لهذا الشفيع، فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن أثره يترتب دون توقف على ارادة المشتري أو البائع، فاستعمال الشفيع لخياره - أي لخيار الشفعة - تصرف قانوني يتم بالارادة المنفردة^(١٧١).

واستعمال الخيار بالارادة المنفردة للشفيع، وإن كان تصرفًا قانونيًا إلا أنه لا يعد مجرد قبول، أي قبول لايجاب ينعقد بمقتضاه عقد بين الشفيع والبائع، وإلا لكانا في هذه الحالة بصدد عقد واتفق وليس إرادة منفردة. كما أن القبول يستلزم أساسًا له سبق الايجاب باعلان للارادة من جانب البائع أو المشتري

(١٧١) راجع في هذا المعنى مارتى ورينو، القانون المدني، ج ١ رقم ١٤٩ ص ٢٧٢.

برغبته في التعاقد. وهذا لا يتحقق مع الشفعة، التي ترتب آثارها دون حاجة لمثل هذا الإيجاب، بل ونعتقد أن هذا الإيجاب يحول دون وجود الشفعة ويحولها إلى تعاقد عادي^(١٧٢).

فالأخذ بالشفعة إذن، إعمالا للخيار الممنوح للشفيع، تصرف قانوني يتم بالارادة المنفردة^(١٧٣) فمناط ومعيار هذا التصرف ليس فردية Unilateralisme اثاره، وإنما فردية المصالح التي يرتبها^(١٧٤). وهذا ما يتحقق مع الأخذ بالشفعة، التي تتقرر لمصلحة الشفيع وحده وليس لمصلحة البائع أو المشتري^(١٧٥).

ولأن خيار الشفيع هو تطبيق لفكرة التصرف الارادي المحض، الذي يتم بالارادة المنفردة، فإنه يخضع للقواعد التي تحكم هذا التصرف، بصفة عامة. ترتباً لذلك فإن الخيار ينتهي وينقضي تلقائياً بمجرد استعماله وترتيب أثره، إذ بمجرد اكتساب الشفيع ملكية المال المشفوع فيه يصبح الخيار دون محل يرد عليه فينقضي ويسقط في حدود ما رتب من آثار.

ولأن خيار الشفعة يرتب آثاره، ومن ثم ينقضي بمجرد استعماله، فلا يكون قابلاً للرجوع فيه، فإذا اكتسب الشفيع ملكية المشفوع فيه، أثر اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فلا يمكنه الرجوع في هذا الخيار بارادته المنفردة، عادلاً عن طلب الشفعة^(١٧٦).

(١٧٢) فهناك من رأى في الشفعة بيعاً جديداً ينعقد بين الشفيع والبائع أثر إيجاب صادر من هذا الأخير لصالح الشفيع.

(١٧٣) راجع في التصرف القانوني الذي يتم بالارادة المنفردة وعناصره اللازم توافرها لوجوده، مارتان دي لاموت، رسالته في التصرف القانوني الانفرادي، رقم ٢٨ وما بعده، أحد سلامة رسالته، سابق الإشارة إليها، والمنشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، سابق الإشارة إليها.

(١٧٤) مارتان دي لاموت، ص ٤١ رقم ٣١.

(١٧٥) كورين سانت - الارى - هوان، رقم ١٥٨ ص ١٣٩.

(١٧٦) كورين سانت - الارى - هوان ص ٤٧٤.

(١٧٧) السنهوري، الوسيط، ج ٩ رقم ٢٠٥ ص ٦٣١.

ونظرا للأثر الخطير الذي يترتب على استعمال خيار الشفعة من تملك الشفيع للمبيع بدلا من المشتري، وما يتضمنه ذلك من خروج على القواعد العامة في التملك، فإن هذا الاستعمال يجب أن يكون دون شروط أو قيود، ودون تحفظات، فالشفعة لا تكون، في الأخذ بها، مشروطة، لأنها خيار بين بدائل محددة لا يملك الشفيع التعديل فيها.

كما يتميز خيار الشفعة، أيضا، ولأسباب السابق ذكرها، بأنه لا يتجزأ - كأصل عام -، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون بعضه الآخر^(١٧٨).

ثانيا : يترتب على الشفعة التأثير في المركز القانوني للمشتري : -

٧٣ - الأمر الهام والخطير في خيار الشفعة ليس في كون استعماله يتم بالارادة المنفردة، وإنما يكمن في تلك الآثار الهامة التي تترتب على استعماله باعلان الرغبة في الشفعة، وهي اقضاء المشتري والحلول محله في تملك المبيع بما يؤدي إلى تحول العلاقة القانونية التي قامت بين البائع والمشتري لتصبح بين البائع والشفيع. وهنا يظهر تأثير خيار الشفعة على المركز القانوني للمشتري، ورغم خطورة هذا الاثر فإنه يتم بالارادة المنفردة للشفيع.

وإذا كان التأثير في المراكز القانونية للغير، سواء بانهاؤها أو بالتعديل فيها أو بإنشاء بدل منها، يعد من نتائج الصفة الارادية البحتة للخيار عامة، إلا أن خيار الشفعة يتميز بأنه يجمع بين هذه الآثار جميعها، فهو ينهى المركز القانوني للمشتري، وينشئ مركزا جديدا للشفيع بدلا منه، ومن ثم فهو يجري تعديلا جوهريا في العلاقة القانونية السابق وجودها، بين البائع والمشتري.

فخيار الشفيع لا يقتصر - أثر اعلانه - على التعديل في المركز القانوني الخاص به، ولا في المركز القانوني لمالك المال المشفوع فيه، بل يمتد التعديل إلى المركز القانوني للغير، وهو المشتري، لذلك فإن أثر هذا الخيار أشد من الآثار

(١٧٨) نقض مدني مصري ٧ مارس ١٩٥٧، مجموعة أحكام النقض، س ٨ ص ٢١٤. وأنظر في المقصود بعدم تجزئة الشفعة حسام الاهواني فقرة رقم ٢١٧ ص ٢٥١ وبعدها.

التي ترتبها الحقوق العادية نظراً لما يتضمنه من تعدد على حقوق الغير ومراكزهم القانونية.

ونظراً للأثار الهامة التي تترتب على خيار الشفعة وما ينطوي عليه من اعتداء على حقوق الغير، فقد استوجب المشرع اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال مدة قام بتحديددها. ^(١٧٩) ولذلك فإن خيار الشفعة يعد من التصرفات القانونية واجبة التسلم. ^(١٨٠) ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي أن أثر الخيار، وهو نقل الملكية من المشتري إلى الشفيع، يترتب في الوقت الذي ينتج فيه هذا الاعلان أثره، وهو وقت العلم به ^(١٨١) إعمالاً للقواعد العامة، حيث لم ينص المشرع على غير ذلك.

ولأن الأثر الذي يترتب على استعمال خيار الشفعة يمتد إلى الشفيع نفسه حيث يلتزم، إذا ما اختار تملك المال المشفوع فيه، بالشروط نفسها التي التزم

(١٧٩) أنظر المادة ٩٤٠ من القانون المدني المصري التي تلزم من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري. وأنظر في نفس المعنى المادة ٨٩٧ مدني كويتي. أما في حالة عدم الانذار فتتمدد المدة إلى أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وفقاً للمادة ٩٤٨ مدني مصري، وإلى ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد بيع العقار وفقاً للمادة ٥/٩٠٣ مدني كويتي.

(١٨٠) أنظر في المقصود بالتصرفات القانونية واجبة التسلم، والتمييز بينها وبين التصرفات القانونية غير واجبة التسلم، أوبر

Aubert (J.L.):

- Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L.G.D.J., 1970, P. P. 168, 177.

ونوه إلى أن التمييز بين التصرفات واجبة التسلم والتصرفات غير واجبة التسلم ما زال يشوبه الغموض وعدم التحديد، إلا أن جوهر هذه التفرقة يقوم على مدى فعالية التصرف وما إذا كان ترتيب آثار التصرف يتطلب اعلانه للغير، أم أنه لا يحتاج لهذا الاعلان. ويرى الفقه أنه إذا كان التصرف يترتب عليه الاعتداء على حقوق الغير، فإنه يكون واجب التسلم.

راجع مارتان دي لامونت، رسالته سابق الإشارة إليها، ص ١٨٢، ١٨٧. وأنظر أوبر، رسالته ص ١٧٧ وبعدها.

(١٨١) راجع في هذا المعنى نقض مدني فرنسي، ١١ يونيو ١٩٧٦، دالوز ١٩٧٦ - ٢٦٦ قضاء.

بها المشتري، فقد ثار التساؤل عما إذا كان خيار الشفعة يعد تطبيقاً لنظرية الالتزام بالارادة المنفردة.^(١٨٢) غير أننا نرى عدم صحة القول بأن الشفعين يلتزم، إذا ما رغب في الشفعة، بمحض ارادته، لما في ذلك من تناقض مع ما هو مسلم به من أن الأثر الذي ترتبه الشفعة يجد مصدره في القانون، الذي ينظم الشفعة ويجعلها سبباً لكسب الملكية للشفيع بالأولوية على المشتري، لذلك فإن تحمل الشفعين للالتزامات المشتري يكون مقابلاً لتمتعه بحقوقه وحلوله محله.^(١٨٣) أخيراً، ونظراً لما يترتب على خيار الشفعة من حالة قلق وانتظار لدى المشتري الأصلي، ولعدم إطالة هذه الحالة، فإن خيار الشفعة لا يخضع لنظام التقادم العادي، وإنما يخضع لفكرة السقوط سابق الإشارة إليها.

ثالثاً: خيار الشفعة لصيق بشخص صاحبه :-

٧٤- سبق أن أوضحنا أن الخيار بصفة عامة يرتبط بطبيعته بشخص صاحبه^(١٨٤)، وهذا ما ينطبق على خيار الشفعة، حيث يثبت للشفيع خاصة، باعتباره مالكا لمال يتصل بالمال المشفوع فيه، دفعا لضرر المشتري عنه^(١٨٥).

ويترب على اتصال خيار الشفعة بشخص الشفعين، أن استعمال الخيار يكون بيده وحده، حيث أنه يقوم على اعتبارات شخصية يستقل هو بتقديرها، لذلك فإن استعمال الشفعين لخيار الشفعة يستبعد من رقابة القضاء، الذي لا يملك التعقيب على أخذ الشفعين بالشفعة أو رفضه ذلك. كما يترتب على تلك الصفة الشخصية لخيار الشفعة عدم إمكان استعماله من غير الشفعين، وعدم إمكان حوالته إلى الغير^(١٨٦).

(١٨٢) راجع في عرض هذا الاتجاه ونقده مارك ورينو، القانون المدني، ج ٢، الكتاب الأول ص ٢٦٧ وبعدها.

(١٨٣) أنظر في نفس المعنى نجار، ص ٢١٩ رقم ٢٠٣، كورين سانت - الارى - هوان، ص ١٣٩ رقم ١٠٦.

(١٨٤) راجع ما سبق فقرة رقم ٤٦.

(١٨٥) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، ص ٤٥٤.

(١٨٦) والمقصود بذلك عدم إمكان حوالة الخيار منفصلاً عن المال المشفوع فيه، أما إذا انتقل هذا المال، انتقل الخيار معه، وتبعاً لهذا الانتقال. فهو خيار يتصل ويتبع المال المشفوع فيه. ولا ينفصل عنه. لكن إذا كان خيار الشفعة لا تمكن حوالته استقلالاً، فهو يقبل النزول عنه، =

وبناء على الصفة الشخصية لخيار الشفيع، فلا يملك دائنو الشفيع استعمال هذا الخيار نيابة عنه.^(١٨٧) ومع ذلك فهناك من ذهب إلى أن الخيار - بصفة عامة - لكونه حقاً، وليس رخصة - لديه - فهو يخضع للدعوى غير المباشرة، ومن ثم، يجوز للدائن استعماله نيابة عن مدينه الشفيع^(١٨٨).

ولكننا لا نؤيد الرأي السابق فيما ذهب إليه، بصفة خاصة عند تطبيقه على خيار الشفعة، نظراً لاتصاله الوثيق بشخص صاحبه، الأمر الذي يستوجب ابعاده عن نطاق الدعوى غير المباشرة، خاصة وأننا لا نتواجد في حالة عدم استعمال الشفيع لخيار الشفعة، أمام إهمال صادر منه في استعمال حقوقه، وذلك لسببين الأول، أننا نكون أمام حالة تعتمد من الشفيع في عدم الأخذ بالشفعة لاعتبارات يقدرها هو نفسه، والثاني، أننا نواجه خياراً وليس حقاً، مما يعده عن دائرة الدعوى غير المباشرة.

وأخيراً، فإن الأخذ بالشفعة ليس بميزة مطلقة للشفيع، إذ يترتب عليه تحمله بالالتزامات المقابلة لتملكه المال المشفوع فيه، وهذا لا يملكه الدائن^(١٨٩).

= صراحة أو دلالة، سواء تم النزول بعد تحقق سببه وهو بيع المال المشفوع فيه، اعمالاً للقواعد العامة، أم تم قبل ذلك، فقد رتب المادة ٩٤٨ مدني مصري على هذا النزول سقوط الشفعة. وإذا كان في ذلك الحل الأخير خروج عن القواعد العامة، فإنه يجد تبريره في اتجاه المشرع نحو التضييق في الأخذ بالشفعة وضماناً للمشتري، أنظر في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٦ ص ٤٤٥، ٤٤٦. وراجع المادة ٨٩٣/ج مدني كويتي التي جعلت من نزول الشفيع عن الشفعة وقت البيع أو قبله، مانعاً من الأخذ بالشفعة وليس سبباً لسقوطها، راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٦٨٢. (١٨٧) في المعنى نفسه، السنهوري، الوسيط: ج ٩ ص ٤٥٢، رقم ١٦٣ ويرجع الأستاذ الدكتور السنهوري عدم إمكان استعمال خيار الشفعة من دائني الشفيع إلى سببين: الأول أن الشفعة رخصة، والثاني أنها متصلة بشخص الشفيع، وواضح أن كلا السببين نتيجة للآخر وترتب عليه.

(١٨٨) نجار، رقم ٢١٣ ص ٢٢٥، وهو في ذلك يتحدث عن خصائص الخيار بصفة عامة دون تمييز لخيار معين.

(١٨٩) في نفس المعنى، كورين سانت - الارى - هوان رقم ١٦٣ ص ١٤٤.

٧٥ - غير أن اتصال خيار الشفعة بالشفيع لا يرجع إلى شخصية الشفيع المحضة، وإنما باعتباره مالكا للمال المشفوع به نظرا للصلة التي تربطه بالمال المشفوع فيه، لذلك فإن هذا الخيار ينتقل بانتقال المال المشفوع به من صاحبه، سواء إلى الغير، أو إلى الورثة، وهنا يستوي أن تكون وفاة المورث - الشفيع - بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أو قبل ذلك.

فإذا توفي الشفيع بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فإنه يكون قد استعمل خياره، فنتقل آثار هذا الاستعمال إلى الورثة.

وإذا توفي الشفيع بعد بيع المال محل الشفعة وقبل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن الخيار ينتقل بانتقال المال الشافع إلى الورثة، فيثبت لهم الخيار باعتبارهم ملاكاً لهذا المال المشفوع به ومن ثم، يمكنهم استعماله، طالما لم تكن مدته قد انقضت^(١٩٠).

(١٩٠) راجع في هذا الاتجاه:

- عبد المنعم فرج الصلدة، محاضرات في القانون المدني - الملكية في قوانين البلاد العربية - ٣ - أسباب كسب الملكية، ١٩٦٣ معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، القاهرة ص ١٨٧ رقم ٢٨٨، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٨، فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨.
- منصور مصطفى منصور، حق الملكية ١٩٦٥ فقرة رقم ١٥٠ ص ٣٥٧.
- محمد كامل مرسي، القانون المدني، ج ٣، رقم ٥٥٤ ص ٥٦١.
- شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العيني، ١٩٥١، فقرة رقم ٢٥٨.
- محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الاصلية، القاهرة ١٩٧٨. فقرة رقم ٢١٠.
- محمد ليب شنب، موجز في الحقوق العينية الاصلية، القاهرة ١٩٧٢ فقرة رقم ١٠٢.
- وأنظر في عدم سقوط الشفعة بموت الشفيع وانتقالها إلى ورثته المادة ٩٠٤ مدني كويتي، وفي تأييد ذلك حسام الاهواني، ص ٢٠٩، ٢٠٧.

وانظر في هذا الاتجاه حكم حديث لمحكمة النقض المصرية، نقض مدني مصري ٢٤ فبراير ١٩٨١، طعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٠ ق، لم ينشر وأشار إليه الأستاذ الدكتور حسام الاهواني هامش رقم ٢١ ص ٢٠٨ من مؤلفه، أسباب كسب الملكية سابق الإشارة اليه.

وانظر في انتقال خيار الشفعة إلى الورثة إذا تمت وفاة الشفيع بعد إبرام البيع وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية في ١٦/٢/١٩٨٤.

غير منشور. وراجع في نقد ذلك الحكم محسن البيه، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، =

خلاصة الفصل الثاني : -

٧٦- نخلص من دراستنا السابقة للمركز القانوني للشفيع بعد البيع وقبل اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إلى أن الشفيع يتمتع في هذه المرحلة بخيار، هو خيار الشفعة، بمعناه المرادف للرخصة، وهو يتميز بصفته الارادية المحضة، مع ما يترتب على ذلك من نتائج تعرضنا لها. والواقع أن هذا الخيار هو الذي تكيف به الشفعة إذا ما أطلقت دون تحديد لمرحلة معينة من مراحلها، ذلك أنه قبل البيع لا وجود للشفعة حتى يمكن تكييفها، وبعد البيع واعلان الرغبة في الأخذ بها تكون قد تمت الشفعة وانتقلنا إلى حق كامل، إذا ما رغب الشفيع في الأخذ بالشفعة، أو انتهاء وسقوط للشفعة إذا رفضها.

= كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول - السنة الأولى، أكتوبر ١٩٨٦، ص ٢٠٧ وبعدها، وبصفة خاصة ص ٢٣٦-٢٣٨.

وأنظر عكس ذلك، أي في عدم إنتقال خيار الشفعة إلى الورثة:
محمد على عرفة، شرح القانون المدني، ج ٢، أسباب كسب الملكية، ١٩٥٥، فقرة رقم ٣٦٠ - عبد المنعم البدرأوي، شرح القانون المدني، في الحقوق العينية الاصلية، ط ٢، ١٩٥٦ فقرة رقم ٤٢٢.

اسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية، ج ٢ ص ٩٢. حسن كيرة، مصادر الحقوق العينية الاصلية، ص ٢٥.
عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، فقرة رقم ٢٦٠.
السنهوري، الوسيط، ج ٩، فقرة رقم ١٦٣، ص ٤٦٨ وبعدها.
رمضان أبو السعود، مسقطات الشفعة ص ١٣٨، ١٣٩.

وللمزيد من التفاصيل هذه المسألة التي انقسم حولها الفقه الاسلامي وكذلك التشريعات العربية، وأحكام القضاء، راجع، بالإضافة إلى الفقهاء المشار اليهم بعاليه، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ٥ رقم ٦٢ وما بعدها رمضان أبو السعود، مسقطات الشفعة، ١٩٨٧ ص ٨٢ وبعدها.

