

The Concept of the Creative Right "A Comparative study"

Mansoor Hatem

College of Law / University of Babylon

mansoorhatem@yahoo.com

Submission date: 25 /11/2018 **Acceptance date:** 3/1/2019 **Publication date:** 28/2 /2019

Abstract

The Creative right is a kind of right that gives the owner the ability to create an effect on others that includes the modification, termination or creation of a legal status for others, and third parties to comply and submit to this effect. Islamic jurisprudence knows middle status that corresponds to the Creative right in jurisprudence. The Creative right is a degree of right, but less of a scope and content than the ordinary right because it does not create an obligation on others.

Key words: right, Creative, Will, effect, Obligation

مفهوم الحق المنشئ "دراسة مقارنة"

منصور حاتم محسن

كلية القانون / جامعة بابل

الخلاصة

الحق المنشئ هو نوع من أنواع الحق، يخول صاحب الحق وبإرادته المنفردة، القدرة على إنشاء أثر تجاه الغير يتضمن تعديل مركز قانوني قائم أو انتهاءه أو خلق مركز جديد للغير، وما على الأخير سوى الامتثال لهذا الأثر المنشئ. والفقهاء الاسلاميون يعرفون المنزلة الوسطى التي تقابل الحق المنشئ في الفقه القانوني. ويعد الحق المنشئ درجة من درجات الحق، فهو أقل نطاقاً ومضموناً من الحق العادي، لأن الحق المنشئ لا يفرض التزاماً على الغير بعكس الحق العادي الذي يرتب التزاماً على الغير.

الكلمات الدالة: الالتزام، الأثر، الإرادة، المنشئ، الحق.

١ - المقدمة

١-١ جوهر الموضوع وأهميته: الحق هو مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، إلا أن الخلط بينه وبين الحق المنشئ أو المكنة أو المنزللة الوسطى، وبين الحرية من جهة أخرى، لم تتم دراسته بالشكل الذي دُرِس به الحق، لذا كان من المهم الدراسة والبحث بالمنطقة الوسطى التي هي أعلى من الحرية أو الرخصة في اكتساب الحق، وهل يمكن عدّها نوعاً من أنواع الحقوق، باعتبار صاحب الحق المنشئ، الذي يقع في هذه المنطقة، لديه القدرة على التغيير في مراكز قانونية قائمة ولا يمكن للغير إلا الامتثال له دون معارضة أو مناقشة.

مما تقدم اقتضت الدراسة معرفة مفهوم هذا الحق، وبماذا يتميز عن الحق العادي؟، وهل يعد نوعاً من أنواع الحقوق؟ وما طبيعته؟، وهل يرقى إلى أن يكون نظرية عامة تستوعب التطبيقات التشريعية؟، وهل يتضمن عناصر الحق، وما هو مصدره، كل هذه التساؤلات اقتضت اختيار هذا الموضوع عنواناً للبحث، بالإضافة إلى دراسة مفهوم الحق المنشئ في الفقه الإسلامي والتي اقتصرنا على تحديد مفهومه وصوره في الفقه الإسلامي.

ولابد هنا أن نذكر بأننا اعتمدنا على الأبحاث القانونية المتفرقة التي كانت بصفحات قليلة، نتحدث عن ذلك، ورسالة الماجستير عن المكنة القانونية للباحث ثارم محمد صالح المقدمة إلى كلية القانون جامعة السليمانية، ولكننا لم نعتمد الرؤية نفسها التي جاء بها الباحث في هذه الرسالة، وخاصة في نكرانه صفة الحق واعتماده على تحديد طبيعته بأنه مجرد مكنة أو رخصة لا ترقى إلى أن تصل إلى حق، لذا كانت تلك الدراسة بعيدة عن فكرة بحثنا وتوجهنا الذي اعتمدناه.

٢-١ منهجية البحث ونطاقه: كانت دراسة الحق المنشئ في القانون العراقي والمصري والفقه القانوني على وفق هذه القوانين، وبعض الفقه القانوني المقارن كلما اقتضت الحاجة لذلك، وكذلك الفقه الإسلامي في بعض المذاهب الإسلامية التي تحدد مفهوم الحق المنشئ وبعض صوره.

٣-١ خطة البحث: تمت دراسة الموضوع في ثلاثة مباحث، خصصنا الأول لدراسة التعريف بالحق المنشئ في مطلبين الأول لتعريف الحق والثاني لتعريف الحق المنشئ، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة تكييف الحق المنشئ في مطلبين الأول لتحديد مراتب الحق والثاني لطبيعة هذا الحق. أما المبحث الأخير فسيكون مخصصاً لدراسة عناصر الحق المنشئ، نخصص المطلب الأول فيه لدراسة العناصر العامة للحق المنشئ، أما الثاني فسيكون مخصصاً لدراسة العناصر الخاصة للحق المنشئ ونختتم البحث بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها.

٢ - المبحث الأول/ التعريف بالحق المنشئ

للتعريف بالحق المنشئ يتطلب أولاً تحديد مفهوم الحق والتعريفات التي قيلت بشأنه، وبعد ذلك يمكن دراسة تعريف الحق المنشئ، لذا سيكون المطلب الأول عنوانه تعريف الحق، أما المطلب الثاني فسيكون عنوانه تعريف الحق المنشئ.

١-٢ المطلب الأول/تعريف الحق

اختلف الفقهاء في مفهوم الحق وكذلك اختلفت وجهات نظرهم حول وجود فكرة الحق وإنكاره، وتولدت وجهات نظر حديثة في تعريف الحق، لذا سنتناول ذلك في ثلاثة فروع نخصص الأول لفكرة إنكار

الحق، والثاني لفكرة إقرار وجود الحق، ولأهمية النظرية الحديثة نخصص الفرع الثالث لدراساتها بعنوان مفهوم الحق على وفق نظرية دابا.

٢-١-١ الفرع الأول/إنكار فكرة الحق

يعد الفقيه ديكي من تزعم فكرة إنكار الحق، لأن الأخذ بفكرة الحق وفقاً لرأيه، يعني تخويل صاحبه فرض ارادته على إرادة الآخرين وهذا يعني وجود إرادة أعلى من إرادة الآخرين، وهذا يكشف عن تناقض مع ما يتجه إليه المفهوم الذي تبناه عن القانون الوضعي، التي لا تسمح بوجود إرادة أعلى تخضع لها إرادة أدنى منها. ولكي يبرر ديكي نظريته، يقدم بعض الفروض التي لا يتمتع فيها الشخص بحقوق، فعند وقوع فعل يشكل جريمة، هنا لا يمكن القول بوجود حق لا قبل وقوع الجريمة ولا بعد وقوعها، وعلى وفق هذا الافتراض فإنه لا حق للمجني عليه قبل القبض على الجاني وجمع الأدلة لإدانته ومعاقبته^[١]. كما أن ديكي ينفي وجود حق طبيعي يُولد مع الإنسان، لأن الحق وفق مفهومه إنما ينشأ من خلال المعاشية الاجتماعية والارتباط مع غيره من الأفراد بروابط وعلاقات، وكما رفض ديكي فكرة وجود الحق للفرد فإنه يرفض ذلك للجماعة وللحاكمين^[٢]. فهو يعد الحق وظيفة اجتماعية، وإن أصحاب الحقوق ما هم إلا موظفو عامون يوكل إليهم أمر باستعمال هذه الحقوق خدمة للمصلحة العامة، فمثلاً حق الملكية وظيفة اجتماعية لخدمة المجتمع^[٣]. ويضع ديكي بديلاً عن فكرة الحق، هي فكرة المراكز القانونية التي تضع الفرد بارتباط مع الآخرين بإطار من الالتزام الإيجابي أو السلبي، فالقاعدة القانونية تقتضي من الكل أداء مهمة معينة وتخولهم سلطة اتخاذ الإجراءات أو القيام بالأعمال اللازمة للوفاء بتلك المهمة، إذ تنشأ بسبب هذه العلاقة مراكز قانونية تحت القانون، فالحق عند ديكي هو مجرد تطبيق لقاعدة قانونية^[١، ص ٥].

وتعرضت أفكار ديكي إلى انتقادات نذكر أهمها الآتي: أن الاستعاضة بفكرة المركز القانوني بدلاً من فكرة الحق لا يعدو أن يكون تبديلاً للمصطلح، فلا يوجد فرق بين أن يُقال أن للفرد حقاً أو أن ينشأ له مركز قانوني، فكلا المفهومين يهدفان إلى توفير الحماية للفرد، وأن القانون عندما يضع شخصاً في مركز إيجابي فإنه يضع مقابله شخصاً في مركز سلبي، وهذا التقابل في المراكز إنما يكشف عن ميزة للمستفيد بذمة المحمل بها.

وعليه، فإن الحق، بوصفه فكرة لا يمكن إنكارها، فالحق لدى أنصاره إنما يتقرر في ظل نظام قانوني قائم وفي حدود هذا النظام، كما أن فكرة الواجب لا تؤدي إلى نفي حقيقة موجودة مفادها أن الحق يعني الاعتراف لشخص معين بالاستئثار بقيمة معينة والانتفاع بها وممارسة بعض السلطات بصدها^[٣، ص ١٦]. وعلى هذا الأساس لابد من التطرق إلى تعريف الحق والاتجاهات الفقهية بخصوص ذلك وهذا ما سيكون محوراً لدراسة الفرع الثاني.

٢-١-٢ الفرع الثاني/إقرار فكرة الحق

للانتقادات الموجهة لفكرة إنكار الحق وإحلال المراكز القانونية، فقد ظهر اتجاه يمثل غالبية من الفقهاء الذين تعرضوا لفكرة الحق، وقد تمثل هذا بثلاث نظريات، هي النظرية الشخصية، النظرية الموضوعية والنظرية المختلطة، سنتناولها في الفقرات الآتية:

أولاً- النظرية الشخصية: نادى بهذه النظرية الفقيهان الألمانيان فند شايد وسافيني، وتتظر للحق من خلال أشخاصه، فهو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين وفي نطاق محدد، فالقانون عند تصديده لتنظيم العلاقات بين الأفراد فإنه يرسم لكل طرف المجال الذي يجب أن يتحرك فيه وما يترتب عليه القيام به للطرف الآخر، وهذه القدرة تتولد من مناسبة ممارسة الفرد النشاط قبل الآخرين في نطاق يحدده القانون، أما مجرد

قدرة الفرد منفردا القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فلا تكون بحد ذاتها حقا شخصياً، إنما تكون مجرد إحدى الحريات^[١٣].

وقد وجه لهذه النظرية نقداً، أنها تجعل من قدرة الاقتضاء جوهرًا للحق، مع أن هذه القدرة هي إحدى عناصر الحق، وأنها تتجاهل الهدف من الحماية القانونية بمعنى أنها تتجاهل موضوع الحق، لذا فهي تصطدم بعدة انتقادات تتركز في أغلبها إنها تتعارض مع ما جاء به القانون المدني^[١٤].

ثانياً- النظرية الموضوعية: تعتمد هذه النظرية في تعريف الحق على الجانب الموضوعي، أي موضوع الحق دون النظر لشخص صاحبه، وكان الفقيه الألماني إهرنج من تزعّمها، فالحق مصلحة يحميها القانون، ويتكون من عنصرين، الأول موضوعي أو مادي يتمثل في الغاية التي يهدف إليها، وهي ميزة أو منفعة معينة، فالحق من حيث الموضوع يشكل قيمة مادية أو أدبية، ومن الناحية الشخصية يمثل المصلحة، وقد تكون مادية أو شخصية، فمتى ما كان الحق من الحقوق المالية فالحق مادي، ومتى كانت المنفعة معنوية أو أدبية كان الحق غير مادي. والعنصر الثاني، هو الحماية القانونية.

وقد انتقدت هذه النظرية بأنها تعرف الحق بغايته وهي المصلحة، وأنها تجعل من الحماية القانونية العنصر الثاني للحق، بينما الحماية القانونية هي اثر يترتب على وجود الحق وليس عنصراً فيه^[١٥].

ثالثاً- النظرية المختلطة: بسبب الانتقادات الموجهة لكلا النظريتين، حاول البعض من الفقهاء الجمع بين النظريتين مع الاختلاف في التي تغلب، الإرادة، أو المصلحة، فقد عرف فيرار الحق أنه "قدرة الإرادة على إشباع مصلحة يحميها القانون"^[١٦].

وفريق آخر، غلب فكرة المصلحة على فكرة الإرادة فيعرفه: "هو مصلحة يحميها القانون عن طريق الاعتراف بقدرة الإرادة على تمثيلها والدفاع عنها"، فالمصلحة على وفق هذا المفهوم هي العنصر الغالب، وما الإرادة إلا الوسيلة اللازمة لحماية المصلحة والدفاع عنها^[١٧].

ففي خضم هذا الاختلاف في المفهوم، والترجيح الحاصل بتعريف الحق بين الإرادة والمصلحة، حيث إن النظريات التي قيلت هي على طرفي نقيض، فحين تغلب نظرية فند شايد الإرادة، تغلب نظرية إهرنج المصلحة، وهذا دفع البعض مثل "يلينيك" الجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة في تعريف الحق، دون بيان لأي منهما تكون الغلبة، إذ إن القول بأن الحق سلطة موجهة إلى مصلحة يجعل من المصلحة في المقام الثاني، هذا دفع فقيهين فرنسيين هما: ميشو "و"سالي"، فإنطلقا لتجنب الانتقادات الموجهة لنظريتي الإرادة والمصلحة، فذهب اتجاه إلى تغليب المصلحة وكونها العنصر المهم ويأتي بعده عنصر الإرادة، والإرادة يتمحور دورها في إعمال المصلحة التي هي الغرض العملي للحق، لذا عُرِف الحق على وفق هذا التوجه: "مصلحة تحميها سلطة إرادة الإنسان، أو هو مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون بإعطاء صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة"، في حين اتجاه آخر يذهب إلى تغليب عنصر الإرادة في المقام الأول وعدّها العنصر الجوهرى، فالحق سلطة الإرادة الإنسانية التي يعترف بها القانون ويحميها، وهي تنصب على مال أو مصلحة، أو هو قدرة الإرادة على إشباع مصلحة يحميها القانون^[١٨].

٢-١-٣ الفرع الثالث/مفهوم الحق على وفق نظرية دابا

تقوم نظرية الفقيه البلجيكي دابا^[١٩] على أن عناصر الحق أربعة، عنصر الانتماء - أو الاختصاص وعنصر التسلط، وثبوت الحق في مواجهة الغير، وعنصر الحماية القانونية، وعلى وفق هذه العناصر فإن تعريف الحق: "مكنة يسندها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها في ما يملكه (الحق العيني) أو في ما هو مستحق له (الحق الشخصي) .

فعنصر الانتماء بمعنى ينتمي الحق لصاحبه حسب ما يراه الفقيه دابا، فإن كل حق يعني وجود مال أو قيمة لهذا الحق، يخول صاحبه أن يعد هذا المال مقصورا عليه وخاصة به لا يشاركه غيره فيه، أن الأشياء التي يمكن أن تنتمي لصاحب الحق، أما تكون أن أشياء مادية - منقولات وعقارات - وهذه منفصلة ومستقلة عن الشخص، ولكن بفعل عنصر الانتماء يستفاد منها بصورة ملكية أو استعمال، أو تكون أشياء لصيقة بصاحبها كالحياة وسلامة البدن والحريات.

ومهما كانت تسمية هذا العنصر^[٨]، سواء عنصر الاختصاص أم الانتماء فهو العنصر الجوهرى في الحق، وبه يستأثر شخص بحق معين دون غيره من الأفراد، وقد يتمثل في علاقة مباشرة بين من يملك الحق وبين القيمة التي يرد عليها الحق، كما هو الحال في الملكية وبقيّة الحقوق العينية، وقد تكون ممارسة مالك الحق لحقه بطريق غير مباشر يتطلب تدخلا من المدين حيث يترتب عليه إلزام القيام بما يجب عليه بإرادته وفي حال تمنّعه من ذلك، فإن الحماية القانونية تبرز لحماية حق المعتبر على حقه.

أما عنصر التسلط فيقصد به هو ما يكون لصاحب الحق من سلطة على الشيء، تمكنه من التصرف فيه، وهذه من مقتضيات العنصر الأول - الانتماء، فحيث يوجد الأخير يوجد التسلط، ولابد هنا من التفرقة بين عنصر التسلط بالمعنى آنفا وبين مباشرة الحق، فالتسلط يثبت لصاحب الحق على وفق التعريف، في حين أن مباشرة الحق قد تكون له أو لغيره كما في النائب أو الوكيل، ومع قيام التصرف لشخص آخر إلا أن عنصر التسلط يبقى ملازما لصاحب الحق، إذ إن وجود مانع من مباشرة صاحب الحق للتصرف فلا ينفك عنه التسلط ولأي سبب كان^{[٨]، ص ١٠٠}.

وكذلك يجب ثبوت الحق بمواجهة الغير وبموجب ذلك يلتزم الغير باحترام الحق وعدم التعرض لصاحبه بأي شكل من أشكال التعرض، إذ يلتزم الجميع الامتناع عما من شأنه الحيلولة بين الحق وصاحبه، وهذا يكون في جميع الحقوق شخصية أم عينية، مع فارق في الحق الشخصي أنه فضلا عن الالتزام العام على الجميع، فإن هناك التزاماً محدداً على عاتق المدين به. أي يوجد شخص أو أكثر يسري الحق في مواجهتهم وقد يكون معيناً وقد يكون غير معين^{[٦]، ص ٣٤٨}.

وأخيراً تشكل الحماية القانونية العنصر الأخير من عناصر الحق، حيث تقسم الحقوق من جهة توافر هذا العنصر وعدمه على حقوق كاملة وحقوق ناقصة، فالحق العادي أو الكامل هو الحق الذي توافرت فيه كافة عناصر الحق، أي توافر فيه عنصران المديونية والمسؤولية، أما الحق الناقص أو ما يقابله الالتزام الطبيعي، فهو الحق الذي توافرت فيه عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، أي أن هذا الحق لا توجد له حماية، إما لانقضاء الدليل، أو لمضي مدة التقادم المسقط لوسيلة الحماية للحق وهي الدعوى^[٩]، حيث إن النظام القانوني في أي بلد يضمن الحقوق التي تم الاعتراف بها، وتعد الدعوى من أهم وسائل الحماية القانونية، ومع ذلك فإن الفقيه دابا لا يخلط بين الحق والدعوى، فالدعوى هي من وسائل حفظ الحق، والحق في إقامة الدعوى حق مستقل عن الحق بنفسه، فتنازل المدعي عن الدعوى إبطال عريضة الدعوى لا يحول بين الحق وصاحبه وحمايته، كما أن الحق في الدعوى قد يتوافر لشخص لا يكون مزوداً بحق، بالمعنى الدقيق بل يستفيد من حماية يضيفها القانون، فدعوى الحيازة، توفر الحماية لواقعة مادية وفقاً لشروط معينة على الرغم من ليس له حق بالمعنى الفني للحق.

٢-٢ المطلب الثاني/تعريف الحق المنشئ

عرّف الحق لدى الفقه القانوني بالحق المنشئ أو حق الإمكان القانوني، وتسميات متعددة أخرى سنتطرق لها في موضوع الحق المنشئ في الفقه القانوني، كما عرف لدى الفقه الاسلامي بـ (المنزلة

الوسطى)، لذا فإن معرفة هذا الحق، يتطلب التعريف به وتحديد أنواعه، وسنتناول كل من ذلك في ثلاثة فروع، نخصص الأول لتعريف الحق المنشئ في الفقه القانوني والثاني لتعريف الحق المنشئ في الفقه الإسلامي والثالث لأنواع الحق المنشئ.

٢-٢-١ الفرع الأول/تعريف الحق المنشئ في الفقه القانوني

يعد الفقهاء الألمان أول من تنبه لهذا النوع من الحقوق في الفقه القانوني، الذي يكون أثره ((تعديل حقوق أخرى)) حيث أول من لاحظها عام ١٨٧٨ أوجست تون إذ ذكر بأنه ((توجد حقوق أثرها هو تعديل حقوق أخرى))^[١٠]، وقد عرفه فون تور، الفقيه الألماني بأنه ((قدرة الشخص بناء على مركز قانوني خاص، على أن يحدث بإرادته وحدها أثراً قانونياً))، وكذلك عرفها الفقيه الإيطالي كيوفندا بأنه ((قدرة الشخص على أن يستحدث بتعبير عن الإرادة أثراً قانونياً له مصلحة فيه أو يزيل وضعاً قانونياً ضاراً به))^[٨، ص ١١٩].

كما عرفه الفقيه الفرنسي الأستاذ روبيه في مقاله المنشور في أرشيف فلسفة القانون لسنة ١٩٦٠ بأنه ((الخيار الممنوح لشخص معين والذي بمقتضاه يسمح له بأن يعدل مركزه القانوني وفقاً لمصلحته في حدود هذه المصلحة، فهي نوع من امكانية الاختيار مستمدة من القانون لكي يسمح للشخص بأن يغير مركزه القانوني))^[٣، ص ٢٤]. وكذلك الفقيه الفرنسي كابيتان ((بأنه الحق المعترف به للفرد في مباشرة أو عدم مباشرة بعض الاعمال التي تتصف بشرعيتها وحمايتها من كل اعتداء يقع من الغير))^[٣، ص ٢٤].

أما الفقه القانوني العربي فقد تأثر بالفقه الألماني أعلاه، وقد كانت أول من أشار لذلك، حسب علمنا، هو الدكتور وليم سليمان قلادة إذ عرفه بـ ((الحق الشخصي الذي يتجه الى إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق آخر، بتصرف إرادي منفرد))^[١٠، ص ١٠٩] وأشار في بيان هذا التعريف الى الصفات التي يمتاز بها وهي: أن كل حق منشئ يتضمن حق الافضلية، التي هي سلطان لا يمنح إلا لصاحبه، فالحق المنشئ يفترض هذه الافضلية، إلا أنه يضاف إليها وعلى العكس من ذلك، فحين يصل الإيجاب الى الموجه إليه، يتولد لهذا حق شخصي في قبوله، وهذا حق منشئ لا يملكه سوى من تقرر له.

ب- ويتميز الحق المنشئ عن غيره بسبب محله الخاص، فالمحل في الحق المنشئ هو حق آخر بينما يكون محل الحقوق الأخرى أشياء مادية أو غير مادية أو أشخاصاً.

ت- والميزة الثالثة للحق المنشئ، هو أن استخدامه يتم بإرادة صاحبه المنفردة، والحق ينشأ بمجرد وجود ذلك التعبير، وليس لأحد إبطال حدوثه، وهنا يبلغ سلطان الإرادة ذروته وآخر مداه.

وبعد ذلك عرفه الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي متأثراً بالفقه الألماني، إذ عرفه بأنه ((حق إمكان التأثير في مراكز قانونية موجودة من قبل، بتغيير في هذه المراكز أو محوها أو إنشاء مراكز أخرى جديدة))^[٨، ص ١١٨]. كما هو الحال في حق الشفيع في أن يرتب أثراً، عند إيداء رغبته لا قبل للمشفوع منه أن يرددها.

أما الدكتور السنهاوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي فلم يتطرق الى تعريف الحق المنشئ وإنما أشار الى بعض التعريفات أعلاه وقارنها مع الفقه الإسلامي حيث عدّها تقابل وتماثل المنزلّة الوسطى التي يعرفها الفقه الإسلامي، كما سنرى لاحقاً، تلك المنطقة الوسطى بين مجرد الرخصة وبين الحق^[١١].

ونحن نفضل تسمية هذا الحق بـ ((الحق المنشئ)) كونه يرتب ويُنشئ أثراً لم يكن ليُنشأ لولا استعمال هذا الحق بالإرادة المنفردة لصاحبه وهذا الأثر قد يكون تعديل مركز قائم أو خلق مركز جديد أو انقضاء مركز قائم. علماً أن الفقه القانوني العربي لم يستقر، على مصطلح واحد يعبر فيه عن هذا الحق، البعض يصفه بـ ((الحق الإرادي)) استناداً الى الإرادة المنفردة هي التي لها دور في وجوده^[٨، ص ١١٨] وآخر يسميه بـ ((الحق

(الترخيصي). ومنهم يسميه (الحق التخييري)^[١٢]، والبعض يسمي هذا الحق بـ (حق الخيار)^[١٣]، ص ٤٤٦، أما الدكتور عبدالحی حجازي فيفضل تسميته بـ (حق الإمكان القانوني) أو (المكنة القانونية)^[١٤]، ص ١١٨ أو (القدرة الإرادية) وذلك تماشياً مع الفقه الألماني الذي أشار إليه إذ يطلق عليها بـ (الحق المنشئ) (Gestaltungrecht) أو حق الامكان (Kann Recht) أو حق الامكان القانوني (Recht des rechtlichen Kannens) ويفضل الدكتور الحجازي المصطلح الأخير، فحسب رأيه، أن المصطلح الألماني هو ما يدل على الحقوق القدرية أو حق الامكان القانوني أو المكنة القانونية لان التغيير في مراكز أخرى يحصل بناء على إرادة منفردة لصاحب الحق، أما نحن فنميل الى تسمية هذا الحق بـ (الحق المنشئ)، لأنه لا يوجد فارق من حيث المعنى بين حق الامكان القانوني والحق المنشئ، ولكن يُرجح لفظ الحق المنشئ لأنه يرتبط بوجود هذا الحق وبأثره، في أن واحد، فاستخدامه لا يتم إلا بإرادة صاحبه المنفردة، والحق يُنشئ بمجرد وجوده آثاراً يمكن ترتيبها عند التعبير الصادر من صاحب الحق، ولفظ الحق المنشئ يقربه من طائفة الحق أكثر من مصطلح المكنة القانونية، وفي الوقت نفسه يُبقي على الميزة الأساسية في وجوده وهي القدرة الإرادية والتي هي لها حق في انشاء الآثار القانونية في مراكز قانونية أخرى، ذلك كله يكون مصدره هو نص القانون.

وعليه يمكن أن نعرف الحق المنشئ بأنه حق يعطى لصاحبه، وبأرادته المنفردة، القدرة على انشاء آثاراً معدلة أو منهية لمركز قانوني للغير أو خالقة لمركز جديد باتجاه الغير، وما على الغير سوى الامتثال لهذا الأثر المنشئ.

يتضح من التعريفات الفقهية المتقدمة، بأن أساس الحق المنشئ هو إرادة صاحب الحق المنشئ والذي سمح القانون لها بأن تُنشئ آثاراً قانونية في مراكز قانونية أخرى للغير، وما عليه إلا أن يمثل للآثار التي يُحدثها صاحب الإرادة المنفردة. ولكن هل يعد نوعاً من انواع الحقوق أم يبقى مجرد رخصة وهذا ماسيكون بيانه في المطلب القادم، ولكن قبل ذلك لابد من بيان موقف الفقه الاسلامي من هذه الحقوق، إذ تميز هذا الفقه ببيان هذا الحق وكان أول فقيه قانوني تنبه الى وجود المنزلة الوسطى في الفقه الاسلامي التي تقابل الحق المنشئ في الفقه الوضعي هو الاستاذ شفيق شحاته في كتابه ((النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية))^[١٥]، ص ١٠٠ وهذا سنبحث فيه، في الفرع التالي.

٢-٢-٢ الفرع الثاني/تعريف الحق المنشئ في الفقه الإسلامي

ذكرت كتب الفقه الاسلامي الحق المنشئ الذي يمثل المنزلة الوسطى بين الحرية والحق. وأشارت هذه الكتب الى ذلك الحق بمناسبة الحديث عن (مَلَكٌ أَنْ يَمْلَكَ) وذلك في مواضيع عديدة، وبما يسبق زماناً ما ذكره الشيخ القرافي الذي نقل عنه الدكتور السنهاوري عبارته في تحديد مفهوم الحق المنشئ^[١٦]، ص ١٠٠. وللاطلاع على ما ذكره الفقه الاسلامي حول هذا التعبير، ومواضع ذكره والمراد منه، نستقري اقوال الفقهاء وحسب ما يأتي:

فقد ذكر الشيخ الطوسي وهو أحد أعلام الإمامية في القرن الخامس الهجري تلك المنزلة الوسطى بتعبير (مَلَكٌ أَنْ يَمْلَكَ) ضمن موضوع الشفعة بقوله ((فإن كان العافي هو الشفيع صح عفو، وتوفر الحق على المشتري لأنه ما ملك وإنما ملك أن يملك، فكان له الخيار بين العفو والأخذ، وإن كان العافي المشتري لم يصح عفو عن حقه، لأنه ملك النصف بالشراء ملكاً صحيحاً فلا يزول ملكه بالعفو))^[١٧]، ويفسر بعض فقهاء الإمامية تلك العبارة (مَلَكٌ أَنْ يَمْلَكَ) في موضوع استيلاء المسلمين على غنائم الكفار بقوله ((المراد ملك أن يملك هذا الشيء المخصوص، أعني: الغنيمة، وهذا خاص بالغانمين، فإن قلت: أي شيء يراد بملكه أن يملك؟ قلت: الظاهر أن المراد به حصول الأولوية، كما في أولوية التحجير في الأرض المباحة وحيازة المباحات

واللقطة ونحو ذلك))^[١٤] أما الشهيد الأول من أعلام الإمامية للقرن الثامن الهجري فذكر ((الملك قد يكون للرقبة وقد يكون للمنفعة وقد يكون للانتفاع، وقد يكون للملك وهو المعبر عنه بقوله ملك أن يملك))^[١٥].

أما القرافي من فقهاء المالكية فقد ذهب الى أبعد من ذلك، في تحديد مفهوم الحق المنشئ إذ فرق في كتابه الفروق بين الحق المنشئ أي المنزلة الوسطى، وبين مجرد رخصة التملك، فيقول عن صاحب الرخصة ((من ملك أن يملك)) وعن صاحب المنزلة الوسطى ((أو الحق المنشئ) يقول عنه ((من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك))، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقاً ويجعل الثاني محل نظر^[١٦]. إذ ذكر في الفرق الحادي والعشرين والمائة بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا وبين قاعدة من أنعد له سبب المطالبة بالملك هل يعد مالكا أم لا ((هذه القاعدة باطلة وتلك الفروع لها مذكر غير ما ذكره..... وبين بطلانها ان الانسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين... اذا كان الان قادراً على أن يتزوج فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه؟ قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها والانسان مالك أن يملك خادماً أو دابة فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لهما فيجب عليه كلفتها ومؤونتها على قول من الاقوال الشاذة او الجادة، بل هذا لايتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفق،..... ونظائر هذه الفروع الكثيرة لا تعد ولا تحصى، ولا يمكن أن تجعل هذه من قواعد الشريعة البتة، بل القاعدة التي يمكن ان تجعل قاعدة شرعية، ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها. أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطي حكم من ملك؟ قد يختلف في الأصل في بعض الفروع، ولذلك مسائل:(المسألة الأولى) إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا؟ قولان، فقليل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الإمام الشافعي، وقليل لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب الامام مالك..... (المسألة الرابعة) الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشخص المبيع بالشفعة، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك، فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا، جرى له سبب التملك، في تمشيتها عسر، لأجل كثرة النقوض عليها. أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة. أما اذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة. اما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الامكان والقبول للملك، وذلك في غاية البعد عن المناسبة فلا يمكن جعله قاعدة))^{[١٦] ص ٣٩}.

ويوضح ويبين الدكتور السنهوري رأي القرافي أعلاه، إذ يشير الى ان القرافي يميز بين أوضاع

ثلاثة: -

أولاً: وضع من ملك أن يملك، كمن ملك أن يملك أربعين شاه..... فهؤلاء لا يملكون، ويقابل ذلك في الفقه الغربي أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك، وانما لهم رخصة التملك، والرخصة أو الحرية ليست بحق. ثانياً: وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك كما في حيازة الغنيمة بالنسبة الى المجاهدين، وفي بيع الشريك لنصيبه بالنسبة الى شريكه الشفيع، هؤلاء ايضاً على خلاف في الرأي، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتمليك، فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة، والشفيع لا يملك المبيع إلا اذا أخذ بالشفعة.... ويقابل ذلك في الفقه الغربي ان هذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك، فهي دون الملك وفوق الرخصة.

ثالثاً: وضع حق جرى له سبب الملك، كمن اشترى داراً أو شفع في دار، فهذا هو الذي له حق (الملك) [١١٢-١١٣].

يتضح من أقوال فقهاء المسلمين المتقدمة، أن تعبير (مَلَكٌ أَنْ يَمْلَكَ)، يتضمن، في قسم منه، المعنى نفسه لمصطلح ((الحق المنشئ)) الذي يعرفه الفقه القانوني. إذ لا فرق بين الفقه القانوني والفقه الاسلامي في ذلك، سوى أن الحق المنشئ في الفقه الاسلامي لم يرد تحت هذا المسمى، وإنما ورد تحت عبارة ((مَنْ مَلَكَ أَنْ يَمْلَكَ)) لذلك يكون نطاقاً واضحاً في الحقوق التي تؤدي الى انشاء الملك، إذ تكون في التملك وفروعه، بينما في القانون والفقه القانوني الذي عدّ الحق المنشئ كل تصرف بإرادة منفردة ينشئ آثار في ذمة الغير دون أن يكون للغير إلا الامتثال، سواء كانت أسباباً لكسب حق الملكية أو غيرها، أو الحقوق الشخصية سواء كانت منشأة لها أو معدلة أو منهيّة لها.

من جهة أخرى، فإن (قاعدة مَنْ مَلَكَ أَنْ يَمْلَكَ) في الفقه الاسلامي يمكن أن تقتصر على الرخصة في كسب حق الملكية، ويمكن أن تقتصر بسبب يقتضي المطالبة بالتمليك عندها ترتفع قوة لتصل الى مرتبة الحق المنشئ التي يعرفها الفقه القانوني، فإذا كانت مجردة من السبب عندها تبقى مجرد حرية في التملك. ومع ذلك لا يمكن القول بأن نطاق الحق المنشئ في الفقه الاسلامي أقل مما هو عليه في الفقه القانوني أو القوانين الوضعية، لأنه يمكن تفسير (الملك) بمعناه الواسع الذي يشمل الحقوق العينية وكذلك الحق الشخصي الذي يعد الدائن (مالكاً) للأداءات التي له حقّ فيها، شأنه شأن المالك بمعناه الدقيق.

٢-٣ - الفرع الثالث/انواع الحق المنشئ

الحق المنشئ يكون على انواع، ويعتمد ذلك التقسيم على الاثر الذي يترتب له الحق المنشئ على محله، فمحل الحق المنشئ هو حق آخر، ولكن أثر الحق المنشئ قد يكون منشأً أو خالفاً لهذا المحل (محل الحق المنشئ)، وقد يكون معدلاً وقد يكون منهيّاً له، لذلك فإن انواع الحق المنشئ تعتمد على الأثر المتعلق بمحل الحق، وتنقسم الى ثلاثة انواع هي الحقوق المنشئة الخالقة، والحقوق المنشئة المعدلة والحقوق المنشئة المنهيّة^[٨] ص ١٢٦.

النوع الأول: الحقوق المنشئة الخالقة

وهي الحقوق المنشئة التي يكون أثرها إنشاء رابطة قانونية (حقاً) لم تكن موجودة لولا وجود الحق المنشئ، بمعنى تؤدي هذه الحقوق الى اكتساب حق جديد لم يكن قائماً قبل التعبير عن الحق المنشئ^[١٠] ص ١١٠-١١١. أي هي فرع من الحقوق تنشأ من استعمالها، آثار قانونية تتمثل في نشوء حقوق أو مراكز قانونية جديدة لم تكن موجودة من قبل، لذا سميت بالخالقة، انطلاقاً من الأثر المتعلق بمحل هذه الحقوق، وهو انشاء حق جديد لم يكن قائماً من قبل. من امثلة هذه الحقوق، مكنة ممارسة حقوق الارتفاق فهو حق يحد من منفعة عقار مملوك لمالك آخر^[٩]، فبموجب هذا الحق لصاحب العقار المخدوم (المرتفق) القدرة على ممارسة هذا الحق على العقار الخادم (المرتفق به) دون أن يكون لصاحب العقار الأخير المعارضة، وماعليه سوى الامتثال والسماح لصاحب العقار المرتفق المخدوم بإجراء الاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق^[٥] ص ١٠٩.

كذلك، من أهم تطبيقات الحقوق المنشئة الخالقة هو حق الشفيع في التمسك بالشفعة، إذ عرف القانون المدني العراقي في المادة ١١٢٨ منه ، الشفعة بأنها ((حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)) وقد استمد المشرع ذلك من المادة (٩٥) من مرشد الحيران الذي جاء فيها ((الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن))، أما

المشرع المصري في القانون المدني قد عرف الشفعة في المادة (٩٣٥) منه ((رخصة تجيز بيع العقار في الحل محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية)) إذ وفقاً لهذه النصوص ينشأ حق منشأ للشفيع، (الشريك في دار او شقة سكنية)، إذ يُنشأ (أو يُخلَق) حقاً للشفيع في تملك العقار المشفوع، وهذه المكنة مصدرها القانون ولا يمكن للمشتري والبائع، إلا أن يمتثل لرغبة صاحب الحق المنشئ (الشفيع)، فالتملك (كسب حق الملكية) لا ينشأ إلا باستخدام هذا (الحق المنشئ الخالق) وهو لا يظهر في الوجود القانوني إلا في اللحظة التي ينتج فيها الحق المنشئ أثره^[١٠١، ص ١١١].

وهناك الكثير من التطبيقات للحقوق المنشئة الخالقة، منها الحق المنشئ الذي يكون للمنتفع في الأستراط لمصلحة الغير، حقاً منشأ خالفاً في قبول الأستراط لمصلحته دون أن يكون للمشتري أو المتعهد من اجباره على القبول والرفض إذ جاء في المادة (٥٢/ف ٢) من القانون المدني العراقي ((ويترتب على هذا الأستراط أن يكسب الغير، أي المنتفع، حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك.....)). وكذلك حق الموجب له في قبول الإيجاب الموجه له، في الإيجاب الملزم، فإن له حقاً منشأ في قبول الإيجاب أو رفضه وعلى الموجب الامتثال. وكذلك الحق المنشئ الخالق يكون للأصيل فيما ابرمه النائب المتجاوز حدود النيابة، وغيرها من التطبيقات التي تنشئ حقاً منشأ لصاحبه لم يكن موجوداً قبل أن ينتج الحق المنشئ أثره.

النوع الثاني: الحقوق المنشئة المعدلة

في هذا النوع من الحق هناك مركز قانوني قد نشأ بواحد من أسباب نشوء الحق، أي أن الحق المنشئ هنا لا يخلق مركزاً جديداً، بل أنه يعمل على تعديل مركز سابق، ففي الالتزام التخييري، تكون إزاء عقد موجود من قبل ولكن محله غير معين بدقة، إذ قد يكون أحد شيئين أو أكثر، ولا يتحدد ذلك قبل الكشف عن إرادة من قرر الخيار لمصلحته، وقد عالج المشرع العراقي هذا النوع من الحق في المواد (٢٩٨ - ٣٠١)، إذ نصت المادة ٢٩٨ على: "يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثالية من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن"، فهنا استعمال من قرر الخيار لمصلحته لا ينشأ مركزاً جديداً، وإنما يعدل مركزاً قانونياً قائماً، فرابطة الالتزام موجوده قبل استعمال حق الخيار نفسه.

ومن تطبيقات الحقوق المنشئة المعدلة هو الحق المنشئ الذي يكون للدائن، إما أن يستخدمه أو لا يستخدمه وهو حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض بدلاً من التنفيذ المتأخر، فهنا نكون امام تعديل مراكز قانونية قائمة موجودة من قبل، واثار الحق المنشئ هو مجرد التعديل فيها، إذ انه اذا لم يكن بالامكان تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً يتم التنفيذ بطريق التعويض ويكون كذلك عن طريق اتفاق المتعاقدين على العدول عنه الى التنفيذ بطريق التعويض، فيكون التنفيذ عن طريق التعويض لكن هناك حالات قد يطالب المدين بإمهاله مدة زمنية ليتمكن من التنفيذ أو أن المحكمة تفرض على الدائن من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدين، التنفيذ العيني المتأخر، هنا للدائن حق منشئ معدلاً لمركز قانوني قائم، يتمثل هذا الحق بأن يطالب المدين بالتنفيذ بطريق التعويض بدلاً من التنفيذ العيني المتأخر^[٨، ص ١٢٧]. وكذلك يعد حقاً منشأ معدلاً استعمال الدائن حقه المنشئ في ابراء احد المدينين المتضامنون من أبة مسؤولية عن المدين في حالة التضامن السلبي، ففي هذا الحق، يتحمل الدائن صاحب الحق، حصة المدين المعسر بدلاً من المدين الذي أبرأه من كل مسؤولية، أي ان الدائن بإستعماله هذا الحق قد حول نفسه من صاحب الحق في الدين الى مركز المسؤول عنه^[٨، ص ١٢٧].

النوع الثالث: الحقوق المنشئة المُعَدِّمة

وهي حقوق تمكن صاحبها وبإرادته المنفردة إنهاء مراكز قانونية كانت موجودة، وقائمة قبل استخدام هذه الحقوق من قبل اصحابها، أي ان الارادة المنفردة لصاحب هذا الحق تُنتهي حقاً قائماً، وينطبق ذلك على كل حق يعطي لصاحبه فسخ العقد وابطاله، كما ينطبق على حق الدائن في طلب التنفيذ الجبري على اموال المدين، اذ ينهي بذلك حقاً قائماً وبإرادة منفردة للدائن [٨، ص ١٢٧].

ومن التطبيقات الاخرى للحقوق المنشئة المُعَدِّمة، حق الشريك في طلب قسمة المال الشائع، اذ ينهي حق الملكية الشائعة، وحق الحائز في طلب تحرير أو تطهير العقار مما يكون عليه من رهون، اذ بإرادة الحائز المنفردة تنعدم حقوق الرهن المثقل به العقار المرهون، وكذلك حق الدائن المرتهن في طلب بيع الشيء المرهون، عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون بالرهن، اذ ان طلب الدائن المرتهن ينهي حقاً قائماً قبل استعمال ارادته المنفردة في طلب البيع، وكذلك يكون حقاً منشئاً معدماً أو منهيّاً لمركز قانوني حق الدائن بالتمسك بالمقاصة، وكذلك حق المتعاقد في انتهاء عقد ميرم لمدة غير محدودة [٨، ص ١٢٧]. وكذلك حق الدائن في ايراد المدين من الدين المشغولة ذمته به، اذ يترتب على الابراء سقوط الحق الذي كان قائماً قبل استعمال حق الدائن المنشئ بإبراء مدينه.

ونتفق مع من يقول (يعد من الحقوق المنشئة القاضية استعمال المدين مكنة الاقرار بالدين بدلاً من التمسك بالتقادم، اذ بأقراره يفوت على نفسه فرضية التمسك بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى) [٩، ص ١١٣]. اذ نرى بأنه يعد حقاً منشئاً ينشئ أثراً معدماً، حق المدين باستعمال الاقرار بالدين ليسقط بذلك حقه في التمسك بالتقادم، وذلك لأن الإقرار يؤدي الى إنهاء حق قائم كان موجوداً مسبقاً وهو حق التمسك بالتقادم. فبعد استعماله من المدين، يثبت للدائن بصورة نهائية اذ يعد بمثابة تنازل عن التمسك بالتقادم، وبذلك لا يكون معرضاً هذا الحق للإلغاء بعد ذلك. فالحق المنشئ المعدم يؤدي الى سقوط الحق الذي كان قائماً من قبل أو سقوط المطالبة به، لاختلاف القانون المدني العراقي عن القوانين المدنية الاخرى في آثار التقادم بعد التمسك به، فالقانون المدني العراقي يرى سقوط المطالبة بالحق نتيجة التمسك بالتقادم بينما ترى القوانين الاخرى سقوط الحق نفسه [١٧].

٣- المبحث الثاني/تكييف الحق المنشئ

لتكييف الحق المنشئ، لابد من بيان تحديد مراتب الحق، لبيان موقع الحق المنشئ من هذه المراتب، وأخيراً تحديد طبيعة الحق المنشئ. كل ذلك سيتم دراسته في مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة مراتب الحق، أما المطلب الثاني فسيكون عنوانه طبيعة الحق المنشئ.

٣-١ المطلب الأول/مراتب الحق

دراسة مراتب الحق لها اهمية بالنسبة لتحديد طبيعة الحق المنشئ، لأن الحق ليس واحداً من حيث القوة، وهذا التدرج يحدد مكانة الحق المنشئ وعلاقته بالحق العادي. كما سنرى. من جهة أخرى، قد يلتبس الحق بالحرية، لذا لابد من التمييز بين الحق والحرية، لأن الحرية تعد وسيلة للوصول الى الحق، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نخصص الاول لتحديد مفهوم الحرية في القانون، والثاني لتحديد العلاقة بين الحق المنشئ والحق العادي.

٣-١-١ الفرع الأول/ مفهوم الحرية في القانون

عرفها جون لوك بأنها ((القدرة والطاقة اللتان يوظفهما الإنسان لأجل القيام بعمل معين أو تركه))^[٦]، وعرفها جون استيورات ميل ((ان الحرية عبارة عن قدرة الانسان على السعي وراء مصلحته التي يراها بحسب منظوره، شريطة أن لا تكون مفضية الى إضرار الآخرين))^[٦]، ص ٤١٩.

ويرى الدكتور محمد سليمان الاحمد، بأن الحرية هي مطلق الخيار لدى الشخص في الاختيار. ومعنى ذلك ان الحرية مطلق الخيار للشخص في الإختيار، فإن الخيار يستدعي عدم الإجبار، والاختيار يستدعي الأمكان، فمطلق الخيار للشخص يعني أنه غير مُجبر وغير مُكره وغير مُضطَر، فعدم اجبار الشخص في الخيار نابع من وجود غيره، واختياره ممكن بوجود غيره، بمعنى ان الغيرية لازمة لتحقيق الحرية، والغير ليس لديه القدر نفسه من الحرية، الأمر الذي يتعين معه تقييد بعضها بعضاً وفقاً لمعيار ما. بمعنى ان يمارس الجميع حريته دون المساس بحرية الآخرين، وهنا انبثقت الحقوق من الحرية انبثاقاً من وجود الجماعة، فالحرية هي أصل الحقوق^[٦]، ص ٤٢١.

يتضح مما تقدم بأن الحرية لا يمكن أن تكون ضمن معنى الحق، أي لاتصل الى مرتبة الحق، لأن الحرية مختلفة عن الحق من حيث الماهية والمضمون. فالحرية قيمة مطلقة لا تقيدها شروط، إلا تلك المتعلقة بالامكان والغيرية، وهي شروط متعلقة كممارستها، بينما الحقوق لاتعطي لأصحابها سلطات مطلقة. واهم اختلاف بين الحرية والحق هو ان الواجب عنصر ملازم للحق بالاقتران او المقابلة، إذ يفرض واجبات على الغير تتحقق من خلالها الحقوق، أما الحرية فلا يقابلها أي واجب وانما هي إتاحة الإمكان من قبل الغير. من جهة ثالثة، فالحق يرد على محل محدد بطبيعته أو قابل للتحديد، اما الحرية فلا ترد على محل محدد بطبيعته أو قابل للتحديد بأي طريقة، فهي عبارة عن أوضاع عامة غير منضبطة وليست واضحة المعالم، ولا تنقيد بمسلك معين يجب إتباعه، كما هو الحال في حرية العقيدة أو الزواج، ويترتب على هذا التمييز، إن فكرة التعسف في استعمال الحق يكون مجالها الحقوق وليست الحريات، لان الحق ذو طابع إيجابي كونه محدداً واضح المعالم بينما الحريات فذات طابع إيجابي وسلبى في آن واحد، بمعنى ان الحقوق خاصة بأشخاص معينين بينما الحريات تنصف بالعمومية — أي يمكن للجميع استعمالها، وعلى أساس هذه الاختلافات المتقدمة بين الحق والحرية^[٦]، ص ٤٢٩، نصل الى نتيجة مفادها هو ان الحرية لا يمكن أن تكون من مشتقات الحق أو من مراتبه بعكس الحق المنشئ أو المنزلة الوسطى بين الحق والحرية، إذ تكون من مراتب الحق ومن مشتقاته، كما سنرى ذلك في الصفحات القادمة.

من جهة أخرى، الحق المنشئ اكبر من مجرد رخصة أو حرية، إذ هو يتضمن خضوعاً أو امتثالاً ممنّ سيسعمل ذلك الحق في مواجهته، للآثار التي يحدثها صاحب ذلك الحق، بينما في الحرية أو الرخصة التي لا يتوافر فيها الامتثال أو الخضوع للآثار فمن يجوز له أن يملك أو أن يتعاقد أو أن يوصي لا يستطيع مع ذلك أن يرتب على هذا الجواز أو تلك الرخصة آثاراً يجب على الغير أن يخضع لها، اذ لا يزال في وسع الغير أن يرفض التعاقد معه أو لا يقبل الوصية، وهكذا. بينما في الحقوق المنشئة، كالشفيع الذي يستطيع متى توافرت شروط الشفعة أن يرتب على إبداء رغبته في الشفعة آثاراً لا يمكن للمشفوع منه أن يرددها، كذلك من يتمسك بالتقادم في مواجهة المالك الأصلي يُرتب آثاراً على هذا التمسك لا يستطيع المالك إلا أن يمتثل لها^[٨]، ص ١٢٠-١٢١.

٣-١-٢ الفرع الثاني/العلاقة بين الحق المنشئ والحق العادي

لا يصل الحق المنشئ الى مرتبة الحق العادي، لان الأخير يشترط لوجوده أن يقابله واجب على الغير، وهذا هو فيصل التفرقة والتدرج بين مرتبة الحق المنشئ ومرتبة الحق العادي، فالاول لا يقابله واجب على الغير، وانما مجرد اثر يمكن ان يرتبه صاحب الحق المنشئ بإرادته المنفردة بإنشاء مركز قانوني جديد أم تعديل مركز قانوني من قبل او القضاء على هذا المركز، ولكن حتى ترتب مثل هذا الاثر لا يوجد أي واجب ليشغل ذمة الغير.

ويرى الدكتور ابراهيم نجار بأن الحق الانشائي أو الحق المنشئ يشترك مع الحرية في أن كلاً منهما يتضمن إباحة أو إمكان قانوني، ومن ثم فإن كلاً منهما يمثل وسيلة قانونية يمكن للشخص بمقتضاها أن يحدث آثار قانونية معينة، غير ان الحق الانشائي يتميز عن الحرية في أنه يتضمن بالضرورة حالة من الخضوع والتبعية تتمثل في خضوع وامتنال من سيسعمل الحق في مواجهته للآثار التي يحدثها صاحب ذلك الحق. أما الحرية فلا تتضمن وجوب امتثال الغير وخضوعه لهذه الآثار، فممارسة حرية التعاقد او حرية الزواج لا يمكنها في ذاتها التأثير في المركز القانوني للطرف الآخر، ولا يمكنها ترتيب آثار في مواجهة من يتعين عليه الخضوع لها. بينما ممارسة الحق الانشائي أو الحق المنشئ فيرتب ذلك الأثر بمجرد الإرادة المنفردة، فمن يقبل الإيجاب الموجه له يمكنه بمجرد قبوله، أي بمجرد إرادته المنفردة ان يحدث أثراً قانونياً هو ابرام العقد، ولا يكون للطرف الآخر سوى الامتنال، وهذا يبين علو الحق المنشئ على الحرية. بينما يعلو الحق العادي على الحق المنشئ لان الأول يتضمن فرض واجبات على الغير تجاه صاحب الحق، وليس مجرد استعمال لخيار معين دون واجب معين كما في الحق المنشئ^[١٨].

وهذا ما أيده الدكتور ابراهيم الدسوقي أبو الليل، في جانب منه، حيث يرى بأن ((الحق والرخصة والحرية هي مراكز قانونية تخول إباحات بمعنى قدرات وسلطات معينة، فالحق يخول صاحبه إباحة خاصة بصاحبها مقصورة عليه، بما تعنيه من الانفراد والاستثناء فهي تمثل ميزة قانونية، اما الرخصة فهي تمنح إباحة خاصة قاصرة على صاحبها ومن ثم تكون ميزة خاصة كالحق، ولكنها ميزة ضيقة محدودة تقتصر على ميزة الخيار بين بدائل محددة.... بينما الحرية إباحة عامة مشتركة تثبت للكافة وليست مقصورة على شخص معين كما هو الحال في الحق والرخصة))^[١٨، ص ٤٩-٥٠].

اما في الفقه الاسلامي، فقد علمنا من بيان تعريف الحق المنشئ في الفقه الاسلامي بأن الفقهاء المسلمين عرفوا هذه المراتب الثلاث، وان المرتبة الاولى (مجرد رخصة أو حرية) يُسمى صاحبها من ملك أن يملك، بينما صاحب المرتبة الثانية أي المنزللة الوسطى او مرتبة الحق المنشئ يسمى صاحبها بـ (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك)، فالشريك اذا منح حصته في المال الشائع تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الحصة المبيعة بالشفعة^[١١، ص ١٠-١٢].

٣-٢ المطلب الثاني/طبيعة الحق المنشئ

في الفرع السابق، علمنا بأن الحق المنشئ يتميز عن مجرد الرخصة او الحرية، وكذلك يختلف عن الحق العادي، فهو لا يعد مجرد حرية ولا يعد حقاً عادياً، فهناك اختلاف واضح، بين الحرية أو الرخصة وبين الحق المنشئ والحق العادي، فلا يوجد ترادف من حيث المعنى بين هذه المصطلحات الثلاثة، من جهة اخرى يتميز الحق المنشئ بالصفة الارادية المحضة لصاحبه في إنشاء آثار قانونية في المراكز القانونية للغير، وهذه الصفة هي التي تحدد طبيعته، ويترتب نتائج على هذه الطبيعة، لذا ستكون دراسة هذا المطلب في فرعين،

نخصص الأول لدراسة الطبيعة الخاصة للحق المنشئ، أما الفرع الثاني فسيكون عنوانه، النتائج المترتبة على الطبيعة الخاصة للحق المنشئ.

٣-٢-١ الفرع الأول/ الطبيعة الخاصة للحق المنشئ

تبين، مما تقدم، أن الحق المنشئ هو درجة من درجات الحق، إلا أنه يختلف في مدى ونطاق هذه الآثار عن الحق العادي، ومعنى هذا أن الحق المنشئ هو أحد درجات الحق، أي يمكن أن تقسم الحقوق إلى حقوق عادية وحقوق منشئة، فعدم توافر جميع مميزات الحق العادي في الحقوق المنشئة لا ينفي كون الأخيرة حقوقاً، وهذا الأمر ليس غريباً في مجال القانون، فهناك العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين والعقد النافذ والعقد غير النافذ، من جهة أخرى هناك الالتزام المدني والالتزام الطبيعي على الرغم من أن الأخير يفقد لعنصر الالتزام وهو المسؤولية، ومع ذلك لم يتجرد من رابطة الالتزام، إذ بقي أحد أنواع الالتزام.

فالحقوق المنشئة كالحقوق العادية واضحة المعالم والحدود، فالقانون هو الذي يحدد نطاق هذه الحقوق جميعاً، سواء أكانت عادية أم منشئة، ففي الأخيرة، هناك تخيير بين بدائل معروفة مقدماً ومحددة أو ممكنة التحديد، فهناك مبدأ الحرية أو الاختيار، أي مبدأ القدرة القانونية الممنوحة للشخص، فيجوز له أن يعمل وأن لا يعمل، أن يتصرف وأن لا يتصرف، وذلك كله في نطاق القانون وما يحدده لصاحب الحق^[٦]، ص ٤٥٢-٤٥٣. إلا أن الحقوق المنشئة تمنح صاحبها ميزة وسلطة أقل لما يمنحه الحق العادي، فهو لا يقابله واجب أو التزام قائم لحظة وجود الحق المنشئ بعكس الحق العادي الذي يقابله واجب على الغير، ولكن في الوقت نفسه، يعد الحق المنشئ، بما يتضمنه، نموذجاً لأعلى درجات سلطات الإرادة، حيث بموجب الإرادة المنفردة لصاحب الحق يستطيع الأخير أن يغير أو يخلق أو ينهي مركزاً قانونياً للغير.

مما تقدم، يتضح أن الحق المنشئ يعد درجة من درجات الحق له عناصر الحق، ولكن يختلف عن الحق العادي من حيث نطاقه ومضمونه وأثره، وهذا الاختلاف لا يغير من كون الحق المنشئ وما يترتب عليه من أثر يعد حقاً وليس رخصة مجردة من أثر قانوني معين، فهو يمنح الخيار لصاحبه ولا يسمح للغير سوى الامتثال لهذا الخيار. وبعد الوصول إلى كون الحق المنشئ درجة من درجات الحق، يتوجب علينا تحديد طبيعة هذا الحق.

اتجه رأي فقهي^[١٠ ص ١٠٩] إلى عد الحق المنشئ، نوعاً من أنواع الحق الشخصي، فالحق المنشئ هو حق شخصي يتجه إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق آخر، بتصرف ارادي منفرد، إذ يرى بأنه حق شخصي يختلف عن الرخصة التي لا أثر لها.

ونحن نتفق مع الرأي أعلاه، في كون الحق المنشئ لا يعد مجرد رخصة تُعطى أو تُمنح لأي شخص، فلا يمكن أن تعد امكانية توجيهه إيجاباً إلى شخص آخر من أجل إبرام عقد، حقاً منشئاً، هذه الإمكانية مصدرها الوحيد هو أهلية إنشاء الروابط القانونية، ويتمتع بها كل شخص بلا استثناء، وحسب ما يحدده القانون، فالحق المنشئ يتضمن هذه الأفضلية المعطاة ولكن يضاف لها أثر لا يمكن أن يوجد في الأفضلية المجردة، بينما لو وصل الإيجاب إلى الموجه إليه يتولد لهذا الأخير حق منشئ في قبوله، وهذا الحق لا يملكه سوى هذا الشخص وحده، الذي يكون قادراً على أحداث أثر قانوني في مواجهة الغير دون أن يكون للأخير سوى الامتثال. ولكننا لا نتفق مع الرأي المتقدم من حيث كون الحق المنشئ هو حق شخصي، لأنه لا يجد صاحبه من يكون ملتزماً في مواجهته كما هو في الحق الشخصي، إذ يكون هناك مدين في مواجهة الدائن، بينما في الحق المنشئ يجد خصماً (الغير)، لا يسعه إلا أن يتحمل الآثار التي يستحدثها صاحب الحق بإرادته

المنفردة، فلا توجد علاقة اقتضاء بين شخص وآخر كما في حقوق الدائنية، فهو (أي الحق المنشئ) قدرة ارادية لا يقابلها واجب ولذلك فهو ليس حق شخصي.

ومن جهة أخرى، لا يمكن وصف الحق المنشئ بأنه حق عيني، لأنه لا يتضمن تسلط شخص على شيء كما في الحقوق العينية، فلا يملك صاحب الحق المنشئ أي ميزة أو سلطة مباشرة على المال محل الأثر الذي يُنشئ الحق وهذا يرجع إلى ما يتميز به محل الحق المنشئ، فهذا المحل هو ليس شيئاً مادياً أو غير مادي أو أداءً يترتب على شخص، وإنما محله الأثر المنشئ أو الأثر الذي يترتب عليه الحق المنشئ من تعديل مركز قانوني أو خلق مركز جديد أو إنهاء مركز قائم أي أن محله هو حقوق أخرى تنتج عن استعمال الحق المنشئ، تسمى عند الفقه بالحقوق المتفرعة أو الثانوية^[١٠]، ص ١١٠-١١١، لذلك تم تقسيم الحقوق المنشئة إلى حقوق منشئة خالقة ومعدلة و مُعدمة.

ومن جهة ثالثة، يرى أحد الفقهاء^[١١]، ص ١١٠ أن الحق المنشئ هو حق شبه عيني، وهو ما ذهب إليه الأستاذ شفيق شحاته في كتابه في (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية)، إذ يستعرض المقبوض في الدين المشترك، وهو الدين الذي يملكه أكثر من دائن واحد، فإذا قبض أحد الدائنين شيئاً منه، كان للباقي حق في المقبوض، وهذا الحق هو الحق المنشئ وهو حق شبه عيني، فصاحبه ليس له حق ملكية، ولكن له حق في التمتع والأولوية فهو حق شبه عيني، لا تتفق مع القول بأن الحق المنشئ هو حق شبه عيني، لأن هذه الآثار متولدة من استعمال صاحب الحق لإرادته المنفردة وهي ليست الحق نفسه، فالحق نفسه هو حق صاحبه في التعديل والإلغاء والإنشاء لمراكز قانونية للغير وما على الغير سوى الامتثال.

استناداً إلى هذه الآراء المتعلقة بتحديد طبيعة الحق المنشئ والانتقادات التي وجهت إليها والتي تنفي كون الحق المنشئ حقاً شخصياً أو حقاً عينياً أو حقاً شبه عيني، ظهر اتجاه في الفقه^[٨]، ص ١٢٣-١٢٤، إذ يرى بأن الحقوق المنشئة يمكن عدّها من قبل مظاهر الاهلية القانونية التي كما تكون عامة مجردة تكون خاصة محددة، وعلى ذلك تعد أنواعاً من الاهلية القانونية الخاصة المحددة، ويترتب على إعمالها إنشاء حقوق أو تعديل حقوق أو القضاء على حقوق موجودة من قبل، وعند التمعن بهذا الرأي، نجد أنه لم يعط تفسيراً يبيّن طبيعة الحق المنشئ وإنما أخذ بنظر الاعتبار الأثر المنشئ أي ما يتولد عنه من آثار معدلة أو منهية أو خالقة لمراكز قانونية.

وعلى أساس ما تقدم، نرى بأن الخيار الذي يعطى لصاحب الحق المنشئ في ترتيب آثار في مراكز قانونية للغير، بإرادة صاحب الحق المنفردة، يحدد طبيعة هذا الحق بأنه حق من نوع خاص لا هو حق شخصي ولا هو حق عيني، وإنما حق ارادي محض، فهو نوع من الحقوق يمنح لصاحبه سلطة تختلف عن السلطة الممنوحة لصاحب الحق الشخصي والحق العيني، فالحق المنشئ لا يمنح سلطة تجاه شخص أو سلطة على شيء وإنما يمنح سلطة تجاه مركز قانوني معين، وهذا السلطة تتوقف على محض إرادة ومشيئة صاحب الحق، فهي حقوق ارادية محضة تولد آثارها على الإرادة المنفردة لصاحبها^[١٨]، ص ٥٧.

أما في الفقه الإسلامي فقد عرف هذا النوع من الحقوق تحت عنوان "من انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك"، كما سبق أن بيّنا ذلك، وهناك رأي في الفقه الإسلامي المعاصر^[١٩] يرى بأنها حقوق لأنها تتضمن معنى السلطنة فالحق عنده سلطنة ضعيفة على المال، ورأي آخر في الفقه الإسلامي^[٢٠]، يكيّف الحق المنشئ بأنه حق شبه عيني، كحق الشفعة ففي هذه الحالة أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عيناً ولو لم يعد مالكا له، فله أن يتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها، كما هو في حق الدائنين في تركة المتوفى المستغرقة بالدين هو أيضاً حق شبه عيني، لهم الحق في تتبع مال المدين المتوفى والحصول عليه قضاءً من

الأيدي التي هو فيها، وهذا الحق ليس بحق عيني محض لأنه حق شخصي متعلق بذمة المدين في أثناء حياته، ويرجح هذا الرأي أنه شبه عيني وليس عيني، هو أن للورثة أن يخلصوا التركة من دائيتها بدفع ما على التركة، وهنا ليس لدائتي التركة الامتناع عن قبول هذا العرض والتمسك بالاحتفاظ بالتركة، لأن أصل حقهم في مالية التركة لا في عينيها.

وعليه، فإن الحق المنشئ لا يمكن أن يكون نوعاً من أنواع الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية، ولا حتى حقاً شبه عيني، وإنما له طبيعة خاصة متأتية من كونه يرتب آثاراً في مراكز قانونية تعود للغير دون أن يكون للغير سوى الامتناع، إذ يكون ذلك بالإرادة المنفردة لصاحب الحق، ويترتب على الطبيعة الخاصة للحق المنشئ عدة نتائج وخصائص يمتاز بها الحق المنشئ دون غيره من الحقوق، وهذا ما ستم دراسته في الفرع القادم.

٣-٢-٢ الفرع الثاني/النتائج المترتبة على الطبيعة الخاصة للحق المنشئ

ترجع الطبيعة الخاصة للحق المنشئ إلى الصفة الإرادية للحق، كونه يتوقف على محض إرادة صاحبه التي لها ترتيب الآثار المتعلقة بالتعديل أو الإلغاء لمركز قانوني أو خلق مركز قانوني جديد، وإنشاء هذا الأثر، سواء المعدل أو المدمر أو الخالق، يكون بإرادة ومشئته من تقرر له هذا الحق، لذلك يُسمى هذا الحق بالحق المنشئ أو الحقوق الانشائية. وهذه الطبيعة الخاصة للحق المنشئ تجعله يقترب من الحق العادي ويتعد عن مجرد الحرية أو الرخصة، إذ أن صاحب الحق يختار بين خيارات وبدائل معروفة ومحددة أو ممكنة التحديد، وذلك في حدود ما يقرره القانون [٤٠٢].

ويترتب على الطبيعة الخاصة للحق المنشئ هو تلقائية ترتيب أثر الحق، دون توقف على إرادة من يمارس الحق في مواجهته، فهذا الأثر سواء بالتعديل أو الإنهاء أو الخلق في مركز قانوني للغير الذي يمارس في مواجهته الحق المنشئ سيتحقق تلقائياً دون أن يكون للغير المشاركة في استعمال الحق وترتيب هذه الآثار، وإنما عليه الامتناع، لأن الحق المنشئ يتوقف على محض إرادة ومشئته صاحبه، فإن إرادة صاحبه سيكون لها دور السيادة عندئذ، بمعنى أن القاضي لا يمكنه رفض أعمال الحق وإنشاء أثره، وإنما يكون حكم القاضي مقررًا وليس منشئًا [١٨، ص ٥٨-٥٩]، ومن ثم سيكون محله مختلفاً عن محل الحق العادي، فلا يكون شيئاً أو أداءً يلتزم به المقابل وإنما سيكون محله مجرداً أو شيئاً معنوياً، فهو ليس سلطة اقتضاء أو تسلط على شيء معين وإنما محله هو إنشاء أثر معدل أو خالق أو مُدمر في المراكز القانونية للغير، لذلك فإن محله، أي الأثر المنشئ، لا يتقرر إلا لحظة إعماله بإرادة منفردة من صاحبه. وفي الوقت نفسه فإن هذا الحق لا يفرض على من يستعمل في مواجهته التزاماً أو واجباً معيناً، وإنما يقتصر موقف الغير على الخضوع والاذعان والامتناع لاستعمال صاحب الحق لحقه، ومن ثم يتقيد بإرادة صاحب الحق واختياره، وعليه أن يتحمل النتائج والآثار المترتبة على استعمال الحق المنشئ الذي سيكون أثره أقوى من الأثر الذي يترتب عليه الحق العادي، من حيث أن الأثر المنشئ يكون بمحض إرادة ومشئته صاحبه دون أن يكون للطرف الآخر سوى الامتناع [١٨، ص ٥٩، ٦٠].

وكذلك يترتب على الطبيعة الخاصة للحق المنشئ، أي الصفة الإرادية المحضة لهذا الحق التي تجعله يختلف عن العادي، بأن استعمال هذا الحق من قبل صاحبه غير قابل للتجزئة، فصاحب الحق عليه أن يختار بين بدائل وخيارات محددة، بمعنى لا يجوز له أن يختار جزءاً منها ويترك الباقي، وإن استعمال الحق سيؤدي تلقائياً إلى ترتيب أثره المنشئ ولا يمكن الرجوع عنه، لذا من غير الممكن تعليق استعماله على شرط أو إضافة إلى أجل. من جهة أخرى، فإن هذا الحق لا يخضع إلى نظام التقادم، لأن استعماله متروك لمحض إرادة صاحبه، ولكن لاستقرار المعاملات من الحق المنشئ يخضع لنظام السقوط الذي يتميز بعدم قابليته للانقطاع

او الوقوف بعكس مدد التقادم. وكذلك لايجوز لدائني من تقرر لهم استعمال الحق المنشئ، استعماله نيابة عن مدينهم صاحب الحق المنشئ، عن طريق الدعوى غير المباشرة، لان استعماله متروك لمشئته واردة صاحبه [٦، ص ٤٥٥-٤٥٦].

وأيضاً، يترتب على الطبيعة الخاصة للحق المنشئ، انه يعد درجة من درجات الحق، وعليه فإن معيار سريان القانون الجديد من حيث الزمان هو معيار الاثر المباشر للقانون، أي ان القانون الجديد يسري على المراكز القانونية التي تكون قائمة وقت صدور القانون الجديد، فإن العناصر التي تكونت في ظل القانون القديم تخضع لحكمه، أما العناصر التي اكتملت في ظل القانون الجديد فإنه يسري عليها دون أن يقال عنه بأنه يسري بأثر رجعي، بل حتى المراكز القانونية التي كانت مستمرة في انتاج اثارها وقت صدور القانون الجديد تخضع هذه الاثار للقانون الجديد، بمعنى تخضع له بأثر مباشر لا بأثر رجعي، وهذا يعني بأن الطبيعة الخاصة للحق المنشئ جعلت القانون الجديد يسري على المراكز القانونية التي هي محل الاثر المنشئ للحق دون ان يوصف القانون الجديد بأنه يسري بأثر رجعي [٨، ص ١٢٧-١٢٨].

وأخيراً يترتب على الطبيعة الارادية المحضة للحق المنشئ، وانه درجة من درجات الحق، ويختلف عن مجرد الحرية أو الرخصة، خضوع الحق المنشئ لنظرية التعسف في استعمال الحق، اذ لايتفق مع مَنْ يرى بأن الحقوق المنشئة وهي الحقوق غير المسببة أو الحقوق التقديرية [٨، ص ١٢٨] لاتخضع لنظرية التعسف في استعمال الحق، فلا يجوز للقاضي أن يناقش القرار الذي اتخذه صاحب الحق المنشئ، لانه لو أُجيزَ للقاضي ذلك، لكان مؤدى ذلك هذا ان صاحب القرار الحقيقي هو القاضي لا صاحب الحق المنشئ. وعليه، فإننا نرى وجوب أن يُشمل الحقوق المنشئة كبقية الحقوق العادية بنظرية التعسف في استعمال الحق، اذ يمكن لصاحب الحق المنشئ او صاحب الحق العادي ان يكون متعسفاً في استعمال حقه، لافرق بين الاثنين في ذلك [٥، ص ١٢٨].

وعليه فإن الطبيعة الإرادية للحق المنشئ تُبقي على الحق في دائرة التعسف في استعمال الحق، وان الحق المنشئ يمكن ان يكون صاحبه قد تعسف في استعمال الخيار المُعطى له من قبل القانون وعندها يُسأل عن الضرر الذي يلحق بالغير الذي يسري الحق في مواجهته، في هذا الصدد يذهب الدكتور محمد سليمان الاحمد، في تطبيق نظرية التعسف على الحق المنشئ (أو حسب مايفضل تسميته بحق الخيار) إذ يذكر [٦، ص ٤٦١] ((إن الحق العادي يقابله واجب، أما الخيار يقابله امتثال من قبل الطرف الآخر، والذي يكون محدداً دائماً فمن أهم ما يُميز الحق عن الخيار هو ان الحق يقابله واجب على الغير، اما الخيار او المكنة يقابلها امتثال من الشخص الذي تمارس المكنة في مواجهته، فهو ليس لديه القدرة التي بيد صاحب الخيار، فلا يستطيع دفعها ولا الهروب منها، بل هو في حالة خضوع وامتثال وانتظار لما قد يقوم به صاحب المكنة في الاختيار بين ما أنيط به من خيارات قانونية أو اتفاقية، اللهم في حالة إساءة استعمال الخيار، إذ للمقابل ان يطعن فيها ويثبت ان صاحب الخيار أو المكنة قد اساء استعمالها، وعليه فإن الشخص الذي أخل بالالتزام العقدي، يقف في حالة امتثال للطرف الاخر في استخدام خياراته القانونية، فإن شاء أمضى في العقد، وإن شاء فسخه، وإن شاء طالب بالتنفيذ العيني الجبري، وإن شاء طالب بتحريك دعوى المسؤولية العقدية. وكذلك فإن المشتري لحصة شائعة في عقار شائع يبقى في حالة امتثال امام الشريك في إستخدامه لخيار الدفع بالشفعة، وكذلك الحال في الحبس للضمان، إذ للحابس مكنة حبس المال عن صاحبه استناداً الى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، وغير ذلك من أمثلة عديدة)).

وهذه الطبيعة الخاصة للحق المنشئ، وكون مضمونه هو السلطة أو الميزة التي يخولها لصاحبه، سلطة محددة ومقيدة، بالخيار بين بدائل محددة، وان من يسري الحق في مواجهته ما عليه سوى أن يمثل للأثر المنشئ الذي رتبته صاحب الحق، وهذا يؤدي الى ان هناك عناصر خاصة تميز الحق المنشئ عن الحق العادي بالإضافة الى العناصر العامة للحق عموماً، وهذا سيكون محور دراسة المبحث القادم.

٤ - المبحث الثالث/عناصر الحق المنشئ

بما ان الحق المنشئ هو درجة من درجات الحق فهو ليس مجرد رخصة، لذا فإن الحق المنشئ يتكون من عناصر الحق، بالإضافة الى عناصر خاصة تميز الحق المنشئ عن غيره من الحقوق العادية، وعليه سيكون هذا المبحث على مطلبين في المطلب الاول ندرس العناصر العامة للحق المنشئ وفي المطلب الثاني العناصر الخاصة للحق المنشئ.

٤-١ المطلب الأول/العناصر العامة للحق المنشئ

يتألف الحق المنشئ كغيره من الحقوق من العناصر التي يجب ان تكون في كل حق، والتي جاءت بها النظرية الحديثة في تعريف الحق، نظرية الفقيه البلجيكي دابا، وهي عنصر الانتماء وعنصر التسلط وعنصر احترام الغير للحق وأخيراً عنصر الحماية القانونية للحق، وهذه ستكون عناوين الفروع الاربعة لهذا المطلب.

٤-١-١ الفرع الأول/عنصر الانتماء

ذهب دابا الى أن كل حق يقتضي وجود مال او قيمة تنتمي لشخص، حيث يعد هذا المال او هذه القيمة متاعاً خاصاً به ومقصوراً عليه ولا يشاركه غيره فيه. ان هذا الاستثناء قد يمارس دون تدخل احد، حيث يمثل علاقة مباشرة بين الشخص والقيمة التي يرد عليها، فمن يملك ارضاً فهو يملكها دون غيره ومن ثم فهو يستأثر على منافع هذه الارض دون ان تتوقف على تدخل شخص اخر فله أن يستعمله وأن يتصرف به، والاستثناء هنا مباشرة. وقد يكون الاستثناء غير مباشر فقد يقتضي الحصول على المنافع تدخل شخص اخر وهو المدين فإن امتنع أمكن إكراهه عن طريق السلطة العامة للوفاء به فهنا الاستثناء غير مباشر^[٦] ص ٣٣٥-٣٣٦، ويترتب على ماتقدم نتيجتان:

النتيجة الاولى: ليس من الصحيح وصف المصلحة او المنفعة بأنه لباب الحق او جوهره، فليس صاحب الحق هو دائماً من ينتفع به، وان كان هذا الغالب، لكن هناك حالات يحصل غير صاحب الحق على منفعة، كالمغتصب وواضع اليد على مال الغير، فهو ينتفع بالمال دون ان يكون صاحب الاستثناء به، لذلك استبدل (دابا) فكرة المصلحة بفكرة الاستثناء، وبالمحصلة فالاستثناء هو الذي يحقق المصلحة المقصودة ولكنه ليس المصلحة نفسها، وبذلك يتضح الفرق بين جوهر الحق والمزايا والمنافع التي يؤدي إليها.

فكرة الانتفاع لا تطابق الحق فهي اما ان تنقص عنه كما في يد الغاصب فهو ينتفع بالشيء دون ان يكون مالكا، وقد تزيد فكرة الانتفاع على الحق كما هو انتفاع من تقرر له حق انتفاع على ملك الغير، فهو يستحوذ او يستأثر على منافع الشيء دون ان يكون مالكا له ومن ثم فإن الحق هو انتماء شيء لشخص يتعلق به هذا الشيء ويكون ذو أهمية عنده، ليس لأنه ينتفع به وانما لان هذا الشيء ينتمي اليه خاصة^[٨] ص ٩٦.

النتيجة الثانية: يتبين من كون الحق انتماء شيء لشخص بأن لا يكون للحق صلة حتمية بالإرادة ولا بأي مظهر من مظاهرها فيستطيع الصغير والمجنون ان يكتسب الحق ومن ثم تكون هناك اموال تنتمي اليه، وقد تكون للشخص اموال دون علمه.

والاشياء التي يمكن ان تنتمي الى صاحب الحق اشياء مادية (منقولات أو عقارات) منفصلة عن الشخص، وقد تكون لصيقة بالشخص بالحياة وغيرها من انواع لحقوق.

وفي ضوء ماتقدم، فإن هذا العنصر يعد من اهم عناصر الحق مهما كانت النتيجة بالنسبة للتسمية التي تطلق عليه سواء اطلق عليه الاختصاص أو الانتماء أو الاستثناء، فمن خلالها يستأثر شخص معين بمال معين دون غيره من الاشخاص وقد يكون الاستثناء مباشراً كما في الحقوق العينية وغير مباشر كما في الحقوق الشخصية. ومن ثم فإن عنصر الاستثناء من اهم العناصر التي تميز الحق المنشئ حيث ان صاحب الحق يستأثر به حيث هو الوحيد الذي يستطيع ان يستعمل هذا الحق وذلك بالتعبير عن ارادته سواء كان بطريقة مباشرة بنفسه أو عن طريق غير مباشر، كما في حالة إنابة من يمثله في التعبير عن إرادته ومن ثم استعمال الحق المنشئ يُمكن أن تنشأ عنه حقوق عينية أو شخصية.

٤-١-٢ الفرع الثاني/عنصر التسلط

يقصد به أن يكون للشخص سلطة على الشيء الذي ينتمي اليه، تمكنه من التصرف به، فالسلطة نتيجة لعنصر الانتماء فحيث يوجد الانتماء توجد السلطة، فالفرق بين الانتماء والسلطة، فالانتماء خاصة في الشيء، اما السلطة فخاصية في الشخص تنصب على الشيء [٢١].

ومن ثم فإن السلطة والانتماء عنصران متلازمان فإذا خول القانون لشخص الاستثناء في قيمة معينة فإنه بالضرورة يخوله السلطة في التصرف بحرية في هذه القيمة. والتصرف بالحق دائماً ملازم لصاحب الحق ، ولا يجوز ان ينفك عنه، على العكس من حق الادارة في الشيء فقد تكون لصاحب الحق وقد تكون لشخص آخر كالوكيل، فالذي تتميز به السلطة هي امكان التصرف وليس إمكان الادارة والأصل هي حرية التصرف من قبل صاحب الحق دون اخلال بما يوجد من قيود مقررة بموجب القانون أو الاتفاق وإن كل مانع يمنع من استعمال الحق يعد مؤقتاً [٦١، ص ٣٤٢].

وفي ضوء ما تقدم فإن عنصر التسلط يعد من العناصر المهمة في الحق المنشئ فصاحب الحق المنشئ يملك سلطة استعمال هذا الحق ولا سلطان لأحد عليه من احد سواء ما حدده القانون من كيفية استعمال هذا الحق، إلا ان هذه السلطة في الحق المنشئ تتضمن التدخل في علاقات قانونية للغير، لا يقابلها أي التزام على هذا الغير سوى الامتثال، وان ممارسة هذه السلطة في الحق المنشئ تكون غير قابلة للتجزئة على العكس من الحق التام (العادي).

٤-١-٣ الفرع الثالث/وجود الغير

الحق وان كان يختص به صاحبه، إلا أنه يقتضي وجود شخص أو أكثر يسري الحق في مواجهتهم وهذا الغير اما أن يكون معين كما في الحقوق الشخصية (الانتماء غير المباشر) وهو المدين بأداء محل الحق وهو دائماً شخص معين، وقد يكون الشخص الذي يسري عليه الحق غير معين كما في الحقوق العينية (الانتماء المباشر) حيث ينصب حق الشخص على الشيء مباشرة ويكون على الجميع احترامه.

فوجود الغير عنصر في الحق لا ينشأ الحق الا بوجود الغير، فلا يوجد حق في مكان لا يوجد الا شخص واحد ففي هذه الحالة يوجد الاستثناء والسلطة ولكن لا يوجد الحق إلا بوجود الغير الذي يسري الحق في مواجهته. ومن ثم على الغير ان يحترم هذا الحق ولا يجوز له ان يأتي بأي فعل من شأنه الاضرار بصاحب الحق كما ان صاحب الحق يستطيع أن يطالب بازالة هذا الاعتداء.

والغير في الحق المنشئ دائماً يكون شخصاً معيناً، وهو كل شخص يتأثر مركزه بإعمال ارادة صاحب الحق المنشئ، فإنه طرف في العلاقة القانونية التي تناولها صاحب الحق المنشئ بالتعديل أو الالغاء أو

الإنشاء، فمثلاً في حق الشفعة يكون الغير، هما طرفا عقد بيع حصة الشريك، مهما كان عددهم فهؤلاء الذين يلتزمون بالامتثال لسلطة صاحب الحق المنشئ. ومن ثم فإن وجود الغير يحقق الامتثال، فالامتثال نتيجة لوجود الغير في الحق المنشئ.

٤-١-٤ الفرع الرابع/الحماية القانونية

يقصد بها ان يتدخل القانون لنقل عنصر الاستثناء من حالة واقعية الى حالة قانونية يحميها القانون، وذلك لايعد حقاً إلا إذا حماه القانون، حيث إن مجرد احترام الغير لهذا الحق لا يكفي في حد ذاته فالسارق مثلاً يستأثر بقيمة ما سرق مع ذلك لايعد حقاً وذلك لعدم حماية القانون له.

وتكون الحماية عن طريق الوسائل التي وفرها القانون لصاحب الحق، حيث إن الحق دائماً مقترنا بدعوى قضائية، فالدعوى القضائية تعد من أهم وسائل حماية الحق، فإذا فقد الحماية القانونية يتحول من حق قانوني الى حق اخلاقي. كما ان مباشرة هذه الدعاوى، لا تعد تنازلاً عن الحق فضلاً عن التنازل عن الدعوى بعد مباشرتها، كما أنها لا تعد تنازلاً عن الحق [٢١، ص ٢٧].

٤-٢-٤ المطلب الثاني/العناصر الخاصة بالحق المنشئ

بعد أن عرفنا، بأن الحق المنشئ هو حق صاحبه في أن يرتب الأثر المنشئ، وبارادته المنفردة، في ذمة الغير الذي عليه أن يخضع ويمتثل لهذه الارادة وينفذ مضمون الاثر المنشئ سواء بتعديل مركز قانوني أو إيجاد، أو إنهاء مركز قانوني، لهذا فإن العناصر التي تميز الحق المنشئ عن الحقوق العادية، هي القدرة التي تكون لصاحب الحق في أن يرتب وبارادته المنفردة الأثر المنشئ، والعنصر الثاني يعد مكمل للاول، ولايقوم الحق المنشئ بدونه وهو الامتثال من قبل الغير. وعليه سيكون دراسة كل من هذين العنصرين في فرع مستقل.

٤-٢-٤ الفرع الأول/القدرة

وهذا العنصر هو الذي يميز الحق المنشئ عن غيره، فقدرة صاحب الحق وبارادته المنفردة على إنشاء الغير، فبموجب القدرة الارادية لصاحب الحق المنشئ، يترتب ذلك الأثر، فمن يقبل الأيجاب الموجه له يمكنه بمجرد قبوله، أي بمجرد إرادته المنفردة أن يحدث أثراً قانونياً هو إبرام العقد، ولايكون للطرف الثاني إلا الخضوع والامتثال، وهذا العنصر هو ما يميز الحق الانشائي أو الحق المنشئ لذا يتم وصفه بالحق الارادي المحض [١٨، ص ٤٢]. والذي عرفه الفقه الاسلامي تحت تسمية ((الحق في كسب حق)) بمعنى من انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك.

وعلى هذا يتميز الحق المنشئ بالصفة الارادية، المتمثلة بقدرة صاحبه على إنشاء الآثار المنفردة، فالارادة المنفردة قادرة على النشوء في مواجهة الغير والقدرة عندها تكون مرتبطة بالإرادة [٨، ص ١١٩]. وعليه، فلا قدرة لمن لا إرادة له، ولذلك فإن كان الشخص صاحب الحق ناقص الإرادة، عندها ينوب عنه الولي أو الوصي أو القيم.

والقدرة الإرادية قد يكون مصدرها المباشر القانون وقد يكون مصدرها المباشر هو العقد، وعلى وفق النوع الاول، الحقوق المنشئة التي يكون مصدرها القانون، ما جاء في المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي ((١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه. ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدین أو المالك الاصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة. ٢- ويجب أن يستعمل خيار الأجازة أو النقص خلال ثلاثة اشهر فأذا لم يصدر في هذه المدة مايدل على الرغبة في نقض العقد عُدَّ العقد نافذاً. ٣- ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من

الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير. وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد)).

يتضح من هذه المادة، عنصر القدرة الإرادية التي تعطي لصاحب الحق المنشئ في الخيار بين الإجازة والنقض خلال المدة المحددة، فإذا اختار صاحب الحق أيّاً من هذين الطريقتين، فعلى المتعاقد الآخر الامتثال والخضوع لذلك، وصاحب الحق عليه الاختيار بين الإجازة والنقض خلال هذه المدة التي قررها القانون، فإذا كانت إرادته معيبة بالإكراه، فلا يستطيع استخدام حقه في نقض العقد أو إجارته إلا بعد أن يرتفع الإكراه، وكذلك الواقع في الغلط التعاقدي لا يستطيع أن يستخدم إرادته في نقض العقد أو إجارته إلا بعد أن يتبين له أنه قد وقع في الغلط، أما قبل ذلك، فلا يستطيع أن يستعمل حقه، وكذلك الحال من وقع في التغرير مع الغبن. أما إذا كان صاحب الحق صغيراً غير قادر على إجازة العقد أو نقضه بسبب نقص أهليته أو انعدامها، فإن الولي يستطيع استعمال حق الصغير في نقض العقد أو إجارته وتحسب المدة التي حددها المشرع من وقت علم الولي بصدور العقد.

اذ يتبين من هذا العنصر المميز للحق المنشئ، نشوء الحق لصاحبه في التغيير في المراكز القانونية للغير بالأرادة المنفردة لصاحب الحق، ووفقاً لذلك يختلف عن الحق العادي الذي ينشأ برابطة قانونية بين دائن ومدين، بينما في الحق المنشئ جوهر الحق هو الفائدة أو القيمة التي تعود لصاحبه نتيجة التغيير في المراكز القانونية للغير سواء بالتعديل أو الانشاء أو الانهاء، وهذه الإرادة المنفردة لصاحب الحق تخضع للقواعد نفسها المتعلقة بأهلية المتعاقد وخلو إرادته من العيوب التي تعيب الإرادة.

٤-٢-٢ الفرع الثاني/الامتثال

يعد هذا العنصر من العناصر التي تميز الحق المنشئ عن غيره، وذلك لأن صاحب الحق المنشئ بقدرته الإرادية يرتب أثراً في ذمة الغير الذي لا يكون له سوى الامتثال والخضوع لذلك الأثر المنشئ، وبذلك يختلف عن الحرية وعن الحق العادي، فالحرية لا تتضمن وجوب امتثال الغير وخضوعه للأثار التي يمارسها صاحب الحرية، كما هو في حرية التعاقد، وكذلك يختلف الحق المنشئ عن الحق العادي، لأن الأول لا يرتب واجباً أو التزاماً، وإنما مجرد لديه القدرة في إنشاء أثر في المراكز القانونية للغير، بينما صاحب الحق العادي يقابله واجب أو التزام كونه ينشأ عن رابطة قانونية بين دائن ومدين^[١٨]، ص ٤٢. وعليه يعد الخضوع أو الامتثال جوهر الحق المنشئ، إذ يتضمن خضوع من سيستعمل الحق في مواجهته، فليس لهذا القدرة التي بيد صاحب الحق المنشئ، فلا يستطيع دفعها ولا الهروب منها، بل هو في حالة خضوع وامتثال وانتظار لما قد يقوم به صاحب الحق المنشئ في الاختيار بين ما أنيط به من خيارات قانونية أو اتفاقية، اللهم إلا في حالة إساءة استعمال صاحب الحق لحقه، إذ يكون للمقابل أن يطعن فيها ويثبت أن صاحب الحق من تعسف في استعمال حقه في الخيار بين البدائل المعروفة، فالمشتري لحصة شائعة في عقار شائع يبقى في حالة امتثال أمام الشريك في استخدامه لخيار الدفع بالشفعة، وكذلك الحال في الحبس للضمان، إذ للحابس الحق في حبس المال عن صاحبه استناداً إلى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ. وكذلك المتعاقد الذي أحل بالتزامه العقدي يقف في حالة امتثال للطرف الآخر في استخدام خياراته القانونية فإن شاء أمضى في العقد وإن شاء فسخه، وإن شاء طالب بالتنفيذ العيني الجبري وإن شاء طالب بتحريك دعوى المسؤولية العقدية والمطالبة بالتعويض^[٦١].

وكذلك الأمر، في حالة من يتمسك بالمقاصة بين حقه على دائنه، وبين حق دائنه عليه، إنما يستطيع بهذا أن يحدث أثراً قانونياً لا يسع دائنه إلا أن يمثل له، وهو انقضاء الدينين في حدود، الأقل منهما، وكذلك

من يتمسك بالتقادم في مواجهة المالك الأصلي، يرتب آثاراً على هذا التمسك لا يستطيع المالك إلا أن يمثل لها^[٨، ص ١٢١].

٥ - الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة الحق المنشئ من حيث المفهوم ، دراسة تضمنت الإشارة الى آراء الفقه القانوني في هذا الحق، وبعض الاشارات للفقه الاسلامي، نسجل اهم الاستنتاجات الآتية:

١- أن الحق المنشئ يعد نوعاً من انواع الحقوق ودرجة من درجات الحق، فهو أقل نطاقاً ومضموناً من الحق العادي، إذ يمكن ان يكون الحق عادياً يتضمن التزاماً أو واجباً على الغير، ويمكن ان يكون حقاً منشئاً لايفرض التزاماً أو واجباً على الغير وانما يمكن لصاحب الحق المنشئ بإرادته المنفردة أن يُنشئ أثراً على الطرف الآخر الذي يسري في مواجهته يتمثل هذا الأثر إما بتعديل أو انتهاء مركز قانوني قائم أو خلق مركز قانوني جديد لم يكن موجوداً من قبل. وعلى هذا يمكن أن نعرف الحق المنشئ بأنه ((حق يخول صاحب الحق وبإرادته المنفردة، القدرة على انشاء أثر تجاه الغير، يتضمن تعديل مركز قانوني أو انتهاء أو خلقاً لمركز قانوني جديد للغير، وعلى الغير الامتثال لهذا الاثر المنشئ)). ويكون للحق المنشئ تطبيقات تشريعية في القوانين المدنية المقارنة.

٢- عرّف الفقه الاسلامي المنزلة الوسطى التي تقابل الحق المنشئ في الفقه القانوني، إذ يكون صاحبه في مركز ((من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك)) وبذلك يفرق الفقه الاسلامي بين الحرية التي يصفها بـ (من ملك أن يملك) وبين الحق المنشئ وهو (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك) وبين الحق العادي (من ملك) وهو اعلى من الحق المنشئ.

٣- يختلف الحق المنشئ عن الحق العادي، لأن الحق المنشئ لايفرض التزاماً على الغير، بعكس الحق العادي الذي يرتب التزاماً على الغير، وكذلك يبتعد الحق المنشئ عن الرخصة التي لا ترتب أي أثر على الغير، بينما الحق المنشئ يرتب صاحبه بإرادته المنفردة آثاراً على الغير وما على الغير سوى الخضوع والامتثال لهذا الأثر المنشئ، الذي يكون معدلاً أو معدماً لمركز قانوني أو خالقاً لمركز جديد. وعليه تكون القدرة لصاحب الحق وبإرادته المنفردة العنصر الذي يجب أن يرتبط بعنصر آخر هو الامتثال والخضوع من قبل الغير، فالعناصر المميزة للحق المنشئ، والتي تميزه عن غيره من الحقوق.

CONFLICT OF INTERESTS

There are no conflicts of interest

٦ - مصادر البحث

- (١) د. حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، دون مكان نشر، دون تاريخ، ص ٤ وما بعدها.
- (٢) د. رمضان أبو السعود وجمال علي العدوي، المراكز القانونية، دون ناشر ودون مكان نشر، ١٩٨٨، ص ٤٩.
- (٣) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، القاهرة - مصر، ١٩٨٥، ص ٩.
- (٤) الاستاذ عبد الباقي البكري، المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، اصدار بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٢٢.

- (٥) ثارام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٣١.
- (٦) نقلاً د. محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٧، ص ٣١٠-٣١٦.
- (٧) الدكتور منذر الشاوي / فلسفة القانون / مطبوعات المجمع العلمي العراقي / ١٩٩٤/ ص ٢٧٣ وما بعدها.
- (٨) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٩٦-٩٨.
- (٩) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، ط ٥، مطبعة النديم، بغداد، دون سنة طبع، ص ١٦.
- (١٠) نقلاً عن د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، الطبعة الاولى، القاهرة، المطبعة التجارية المدنية، ١٩٥٥، ص ١٠٩.
- (١١) د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ١٩٩٨، ص ١٠.
- (١٢) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٠٢، ص ٣٢٥ هامش (١).
- (١٣) الشيخ الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، الجزء الثاني، تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة / ص ٥٧٠.
- (١٤) الشيخ الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، الجزء ٥، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ص ٤٠٩.
- (١٥) محمد بن مكي العاملي، الدروس في فقه الامامية، ج ٢، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، ط ٢، طهران، ص ٧٨٦.
- (١٦) شهاب الدين بن احمد بن ادريس القرافي، ج ٣، ص ٢٠-٢١، انوار الفروق في انواع الفروق، المجلد الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨ ص ٣٩.
- (١٧) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، شركة الطبع والنشر الاهلية. بغداد، ١٩٦٧، ص ٥٢٨-٥٣٠.
- (١٨) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل في بحثه، خيار الشفعة، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٢، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ٤٢.
- (١٩) السيد كاظم الحائري، فقه العقود - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه القانوني، الجزء الاول، مجمع الفكر الاسلامي، قم - ايران، ص ١١١ وما بعدها.
- (٢٠) الشيخ مصطفى احمد الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط ١، دار القلم، دمشق - سوريا، ١٩٩٩، ص ٤٩.
- (٢١) د. نبيل ابراهيم سعد ود. همام محمد محمود، المدخل للقانون، نظرية الحق، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٣-٢٤.