(ماهية التنازل عن الحق)

دراسة تحليلية مقارنة

د. عبد الكريم صالح عبد الكريم
أستاذ المساعد
كلية القانون والسياسة/ قسم القانون- جامعة نوروز
إقليم كردستان العراق

هوشنك فرزندة جانكير
مدرس المساعد
كلية القانون والسياسة/ قسم القانون- جامعة نوروز
إقليم كردستان العراق

ملخص

تهدف الدراسة إلى صياغة تعريف جامع مانع للتنازل عن الحق بإعتباره من التصرفات القانونية التي غالباً ما تؤثر سلباً على الذمة المالية للمتنازل، وذلك من خلال التطرق إلى المقصود بالحق وتحديد معنى التنازل. كما تقوم الدراسة بالتمييز بين التنازل عن الحق والتصرفات القانونية لبقريبة منها، والتي يخلط أغلب الشراح بين مفهومها ومفهوم التنازل عن الحق، وأهم هذه التصرفات هي التصرفات الناقلة للحق والإبراء والتنازل عن مرتبة الحق.

1. المقدمة

1.1 أهمية الدراسة وأسباب إختيارها:

تعتبر الحقوق من أهم الأدوات التي في يد المشرع وهو يقوم بعملية تشريع القوانين بهدف تنظيم المجتمع، فعندما ينظم المشرع الحقوق نشأةً وآثاراً وإنقضاءاً، فإنه يأمر المخاطبين بالقواعد القانونية بما يشاء من واجبات إيجابية او واجبات سلبية. فالحق إذن هو الوسيلة أو الأداة التي من خلالها يصل القانون إلى غايته في التنظيم الملزم لعلاقات أفراد الجماعة.

تنقسم التصرفات القانونية من حيث تأثيرها على الذمة المالية إلى ثلاثة أنواع، تصرف نافع نفعاً محضاً، وتصرف ضار ضرراً محضاً، وتصرف دائر بين النفع والضرر. ولكل شخص ذمة مالية سواء كان شخص طبيعي او شخص معنوي. ويعتبر التنازل عن الحق موضوع بحثنا تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، حيث يؤدي إلى تناقص العناصر الإيجابية المكونة للذمة المالية، فهو يخرج الحق موضوع التنازل من الذمة المالية لصاحبه. وهنا تبرز خطورة أحكام هذا التصرف القانوني وتأثيرات مآله وبالتالي التفكير في ضرورة حماية الذمة المالية لصاحب الحق. ومن هذا المنطلق إرتأينا أن نسلط الضوء على موضوع التنازل عن الحق، وذلك من خلال تحديد المقصود بالتنازل عن الحق وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع.

2.1 تساؤلات الدراسة

- ما المقصود بالحق؟ والتنازل عنه؟
- ما الذي يميز التنازل عن الحق عن نقل الحق؟
- ما الفرق بين التنازل عن الحق والتنازل عن مرتبة الحق؟
- 34- هل من الممكن إعتبار الإبراء تنازلاً عن الحق؟

3.1 منهجية الدراسة

إلتزاماً بالمنهج العلمي للبحث بصفة عامة والبحث القانوني بصفة خاصة، ولكي نتناول الموضوع من كافة جوانبه، سنحاول في هذه الدراسة تحديد المقصود بالتنازل عن الحق و بيان شروطه ودراسة أحكامه، وسيتم الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل المواد القانونية وآراء الفقهاء ذات الصلة، وكذلك سيتم إستخدام المنهج المقارن لتقييم موقف القوانين المدنية في كل من العراق ومصر وعمان.

4.1 هيكلية الدراسة

بهدف الإحاطة بمفردات البحث من كافة الجوانب فقد ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين، مسبوقة بمقدمة. حيث خصصنا المبحث الأول لبيان تعريف التنازل عن الحق وذلك

المجلة الاكاديمية لجامعة نوروز, المجلد 9, العدد 1 (2020)
ورقة بحث منتظمة نشرت في 2020/3/31
البريد الالكتروني للباحث : abdulkareem.salih@nawroz.edu.krd
حقوق الطبع والنشر © 2017 أسماء المؤلفين. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الايداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

من خلال تقسيمه إلى مطلبين يبحث في أولهما تحديد المقصود بالحق، أما المطلب الثاني سيتطرق إلى مفهوم التنازل. وبخصوص المبحث الثاني، فإنه سيسلط الضوء على الأوضاع والتصرفات القريبة من التنازل عن الحق ومدى إختلافها عنه، حيث يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. وقد أنهينا بحثنا هذا بخاتمة تضمنت أهم ما توصلنا إليه من النتائج والتوصيات.

2. المبحث الأول: تعريف التنازل عن الحق

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول سيتناول تعريف الحق والنظريات التي قيلت في هذا الخصوص، اما المطلب الثاني فسيحدد تعريف التنازل عن الحق.

1.2 المطلب الأول: تعريف الحق

لقد تعرضت فكرة الحق لهجوم كبير من قبل بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي ديجي (Leon Duguit)، والذي كان من ألد خصوم المذهب الفردي، حيث أن هذا المذهب ينادي بأن الإنسان ولد ومعه مجموعة من الحقوق الطبيعية السابقة على القانون والتي يجب على القانون المحافظة عليها. بينما يذكر الفقيه ديجي بأنه لا وجود للحقوق الطبيعية فالإنسان إذا اعتبرناه كائناً منعزلاً وحيداً فلن تكون له حقوق، لأن مثل هذا الإنسان غير موجود، بل لابد له أن يعيش في جماعة. كما يرى ديجي بأن الحق يقتضي وجود شخصين صاحب حق و ملتزم به وإن إرادة صاحب الحق هي إرادة ممتازة عن إرادة الآخرين ما يخولها إخضاع إرادات الآخرين، فإذا وجد هذان الشخصان وجد الحق وبالتالي فنحن أمام جماعة وليس أمام إنسان منعزل يعيش لوحده، ومعنى ذلك بأن الحقوق الطبيعية غير موجودة.[1]

وقد أنتقدت أفكار الفقيه ديجي حيث أنه حينما ينكر وجود الحقوق الطبيعية فإنه لا يطعن بوجود فكرة الحق نفسها و إنما هو يرفض وجود حقوق لا تستند إلى قانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الإنسانية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن الفقيه ديجي لم يوفق في إدعائه بأن إرادة صاحب الحق هي إرادة مميزة تخضع إرادة الأشخاص الآخرين، لأن الحقيقة واضحة في أنه ليست إرادة صاحب الحق هي من تلزم الغير وتخضعه بل هي واقعة سابقة على هذه الإرادة ومنفصلة عنها، فإذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب نتيجة الصدمة، فليس معنى ذلك أن إرادة المتضرر تعلو على إرادة محدث الضرر وإنما لأن خطأ محدث الضرر هو الذي يلزمه بتعويض المتضرر.[2] ونخلص مما تقدم أن فكرة الحق هي حقيقة مسلمة في فقه القانون وإن إنكار الفقيه ديجي لها لم يزعزع الإعتقاد في وجودها. لذا سنبحث فيما يلي تعريف الحق من الناحية اللغوية اولاً و الإصطلاحية ثانياً.

1.1.2 التعريف اللغوي للحق

لقد جاء فقهاء اللغة بعدة معاني للحق ومنها، الحق نقيض الباطل وجمعه حقوق.[3] ويطلق الحق أيضاً على الموت، والأمر المقضي، والعدل، والصدق، والحزم.[4] والحق أسم من أسماء الله تعالى، ويطلق أيضاً الحق على الثابت بلا شك ويقال حق الأمر أي صح وثبت.[5] ومنه قوله تعالى: (ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ...).[6] ويطلق الحق أيضاً على الحصة والنصيب،[7] ومنه قوله تعالى: (وفي أموالهم حق للسائل والمحروم).[8]

2.1.2 التعريف الإصطلاحي للحق

أختلف الفقهاء المؤيدون لفكرة الحق حول تعريف الحق إصطلاحاً، فقد اختلفت التعاريف بإختلاف النظرة التي يُنظر فيها الحق من قبل الفقيه. فمن الفقهاء من عرف الحق بالإستناد إلى صاحب الحق، ومنهم من ركز على محل الحق من أجل صياغة التعريف، ومنهم من خلط بين صاحب الحق والمحل، وأخيراً ظهور نظرية تدعى بالنظرية الحديثة والتي نادى بها الفقيه البلجيكي (دابان).[9] وبدورنا سنقوم بعرض ما قال به الفقهاء في اربع نظريات ثم نرجح التعريف المناسب للحق.

1.2.1.2 النظرية الشخصية أو نظرية الإرادة

يعرف الحق لدى الفقهاء الذين نادوا بهذه النظرية بأنه هو تلك القدرة او السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الإشخاص يكون له بمقتضاها ان يقوم بعمل معين في حدود القانون.[10] وتتصل هذه النظرية إتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردي والذي ينادي بمبدأ سلطان الإرادة، تلك الإرادة التي تستطيع خلق وإنشاء وتغيير وإنهاء الحقوق. وقد تزعم هذه النظرية الفقيه الألماني سافيني (Savigny) والفقيه وينشيد (Windscheid).[11] وإستناداً على هذا التعريف فإن الحق يكون جوهره الإرادة والتي تمنح سلطة من قبل القانون ولا يجوز أن تخرج خارج نطاق القانون.

ولقد تعرضت هذه النظرية لعدة إنتقادات أهمها، إن الأخذ بهذه النظرية يعني عدم الإعتراف بحقوق عديمي الإرادة كالمجنون والصغير غير المميز وكذلك الأشخاص المعنوية، فالشخص المعنوي ايضاً ليس لديه إرادة حقيقية بل أن إرادته يمثلها شخص طبيعي كالمدير المفوض للشركة. وكذلك فإن التركيز على الإرادة سيسلب الحق ممن لا يعلم بإكتسابه لهذا الحق لأن ليس له إرادة وعلم في ذلك، ومثال ذلك الوارث المسافر خارج

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

البلاد التي توفي فيها مورثه.[12] ومن جهة أخرى أنتقدت هذه النظرية لأنها تخلط بين مسألتي وجود الحق وإستعماله وذلك لأن الإرادة ضرورية لمباشرة الحق وليس لوجود الحق بحد ذاته، فالمجنون تثبت له حقوق و لكن القانون او المحكمة تعين له ولياً او وصياً لكي يمارسها نيابةً عنه.[13]

2.2.1.2 النظرية الموضوعية أو نظرية المصلحة

يرى فقهاء هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه الألماني أهرنج (IHERING) أن الحق هو مصلحة يحميها القانون. إذن وفقاً لهذه النظرية فإن الحق يتكون من عنصرين موضوعي و آخر شكلي. ويقصد بالعنصر الموضوعي المصلحة أو الغاية التي تعود لصاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة هي مالية أو معنوية إذا كان الحق غير مالي. بينما يتمثل العنصر الشكلي في الحماية التي يمنحها القانون لهذا الحق. أي أبتعدت هذه النظرية من النظر إلى صاحب الحق كما فعلت النظرية الشخصية بل إنها ركزت على غاية الحق وموضوعه.[14]

وبالرجوع إلى هذه النظرية فإنه يجوز أن يقوم بمباشرة الحق شخص آخر غير صاحبه، لأن علة المباشرة هنا هي مصلحة صاحب الحق وليس من باشره، فقيام الوصي بمباشرة الحق لا يعني أن الحق هنا لا يعود للصغير.[15]

وأنتقدت هذه النظرية من قبل فقهاء المذاهب الأخرى وذلك لأن فقهاء النظرية الموضوعية أعتبروا المصلحة معياراً لوجود الحق بينما هي ليست كذلك في بعض الأحيان، حيث أن كل حق هو مصلحة لصاحبه ولكن ليس كل مصلحة حقاً، فلو إشترط مستأجر شقة في الطابق الرابع على المؤجر إنارة و فرش السلم حتى هذا الطابق، فمن الطبيعي أن سكان الطابق الثالث والثاني سيستفيدون من هذه الإنارة بالرغم من أنهم ليسوا أصحاب الحق ولكن لهم مصلحة فقط ولا يستطيعون مواجهة المؤجر إذا تعطلت الإنارة او هلك الفرش، بينما الحق هو لمستأجر الطابق الرابع فقط.[16] والإنتقاد الثاني الذي وجه إلى هذه النظرية هو جعل الحماية القانونية او الدعوى القضائية عنصراً رئيسياً يدخل في مضمون الحق، ولكن الأصل هو أن الحماية القانونية تالية لنشوء الحق ولا يمكن أعتبارها عنصراً لوجوده.[17]

3.2.1.2 النظرية المختلطة

ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه يلينيك الى الجمع بين النظريتين السابقتين، حيث أنه يجمع بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة.[18] وكان لهم في ذلك إتجاهين لتعريف الحق. فالإتجاه الأول يغلب المصلحة على الإرادة يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية لشخص، أي أنهم جعلوا الإرادة عنصراً بالإضافة إلى المصلحة والحماية القانونية. بينما يرى إتجاه ثان أن القدرة الإرادية تتغلب على فكرة المصلحة و إن الحق يمكن تعريفه بأنه قدرة لإرادة الشخص يعترف بها القانون ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة. وقد أنتقدت هذه النظرية بإتجاهيها لأنها لم تضف شيئاً جديداً او مختلفاً عن النظريتين السابقتين، بل يمكن توجيه نفس الإنتقادات التي وجهت للنظرية الشخصية والموضوعية لهذه النظرية.[19]

4.2.1.2 النظرية الحديثة (نظرية دابان)

صاحب هذه النظرية هو الفقيه البلجيكي دابان (DABIN) حيث ذكرها في كتابه الموسوم ب (الحق) الصادر باللغة الفرنسية والمنشور في باريس عام 1952م، حيث عرف الحق بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص معين وتحميها طرق قانونية، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون استئثاره به بإعتباره مالكاً له او مستحقاً له في ذمة الغير.[20] ويرى الفقيه دابان (DABIN) أن الحق يتألف من أربعة عناصر لا خامس لها، عنصران داخليان وهما الإستئثار و التسلط، وعنصران خارجيان هما إحترام الغير للحق و أخيراً الحماية القانونية.[21]

فيما يخص الإستئثار، فهو الذي يميز الحق من المكنة والحرية، حيث يختص شخص بمال او قيمة معينة على سبيل الإنفراد، ويرد الإستئثار (البعض يسميه الإنتماء)[22] على شيء مادي كالعقار والمنقول او قد يرد على شيء معنوي كالإنتاج الذهني او على عمل معين او إمتناع عن عمل. وإن الإستئثار قد يمارس من قبل الشخص صاحب الحق نفسه او من قبل من يمثله (في حالة عديم الإرادة) دون تدخل أحد من الناس حيث يتمثل بعلاقة مباشرة بين صاحب الحق ومحل الحق، فمن يملك سيارة على سبيل المثال، فهو يملكها دون غيره من الناس وله حق الإنتفاع من هذه السيارة بإستعمالها او بيعها او إستغلالها دون تدخل أحد. وقد يمارس الإستئثار بطريقة غير مباشرة حيث يقتضي تدخل شخص آخر وهو المدين من أجل الحصول على المنافع، ومثال ذلك حق الشخص لدى المقاول لبناء منزله المستند على عقد صحيح نافذ بينهما.[23]

اما العنصر الثاني فهو التسلط، وهو نتيجة طبيعية للإستئثار، فمن يستأثر بشيء يكون له سلطة التصرف فيه بحرية تامة بالحدود التي يرسمها القانون من أجل الحفاظ على المصلحة العامة.[24] إذن المقصود بالتسلط هنا هو قدرة صاحب الحق على التصرف فيه.

وبالإضافة الى العنصرين السابقين فإن الغير يجب أن يلتزم بإحترام الحق، فيكون لصاحبه مواجهة الكافة بعدم التعرض على حقه والإعتداء عليه. أما العنصر الأخير في نظرية دابان (DABIN) فيتمثل بالحماية القانونية، وهو عنصر رئيسي فلا يمكن تصور حق من دون حماية المجتمع له عن طريق ما يضعه المشرع من قواعد قانونية للمحافظة عليه وعن طريق الدعوى القضائية التي حددها القانون لتحقيق هذه الحماية فالشخص لا يمكنه رد الإعتداء الذي يتعرض له حقه من دون تدخل السلطة.[25]

وبالرغم من نجاعة نظرية دابان إلا أنها لم تسلم من الإنتقاد، وأهم هذه الإنتقادات هي:

- إن عنصر التسلط والذي يقصد به سلطة التصرف، يصعب تصوره في بعض الحقوق كالحقوق اللصيقة بالشخص كالحق في الحياة، حيث يمنع القانون التصرف بهذه الحقوق.[26]
- هناك البعض من الحقوق ليس فيها عنصر الإستئثار وإنما تقوم على أساس المساواة والإشتراك ومثالها حقوق المؤلف. حيث أن هذا الحق يعد نموذجاً على موضوع تزاحم الحقوق عند تصادمها بحقوق الغير، فالمؤلف يتم حماية إنتاجه الفكري والإستئثار بنتاج ملكه، إلا أنه مع ذلك هناك حق الجمهور في الوصول إلى المعلومة والإستفادة منها. وهنا تتعارض مصلحتان متمثلتان بحقين لشخصين مختلفين بحيث تكون الموازنة ضرورية، لذلك ينبغي أن يكون الهدف هنا ليس الإستئثار وإنما تحقيق المصلحة العامة ألا وهي تمكين الجمهور من الوصول الى المعلومة.[27]
- إن إعتبار إحترام الغير للحق من عناصر الحق ليس بصحيح، لأن إحترم الغير للحق وعدم التعرض له هو واجب مقابل للحق (أي الوجه الآخر للحق) وليس عنصراً في الحق نفسه.[28]

وعلى الرغم من الإنتقادات الموجهة الى نظرية دابان إلا أن اغلب الفقه أعتمد على العناصر التي وضعها دابان من أجل تعريف الحق وتفاوتوا بالأخذ بهذه العناصر، فمنهم من عرف الحق بأنه (تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الإنفراد والإستئثار التسلط على شيء أو إقتضاء أداء معين من شخص آخر).[29] ويذهب البعض الآخر إلى تعريف الحق بأنه (استئثار بشيء او بقيمة استئثاراً يحميه القانون).[30] ونرى أن التعريف الأول ينقصه عنصر الحماية القانونية والتي بدورها تبلور عنصر إحترام الغير للحق. اما التعريف الثاني فإننا نؤيده ونراه جامعاً مانعاً موجزاً، لأنه يستند على العناصر التي أعتمدها الفقيه دابان وينطلق من التعريف الذي قال به، حيث لخص صاحب التعريف عناصر الحق الأربعة التي نادى بها دابان بعنصرين أساسيين هما الإستئثار والحماية القانونية.

حيث أن العنصر الأول للحق هو الإستئثار وهو سبب للتسلط و إن النتيجة الحقيقية للإستئثار هو التسلط (العنصر الثاني للحق لدى دابان)، حيث أنه لا تسلط من دون إستئثار، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن الحماية القانونية تجمع بين ثناياها إحترام الآخرين للحق (العنصر الثالث للحق لدى الفقيه دابان) والحماية القانونية التي تستوجب إقامة الدعاوي ممن تعرض الغير لحقه.[31]

إستناداً إلى ما تقدم، فإن الحق لا يملك وإنما يمنح، فهو لا يمكن أن يكون سابقاً على المجتمع بل أنه لولا المجتمع لما وجد الحق أساساً. وهو لا يملك اي قيمة لولا السلطة والخضوع التي اقامها القانون الوضعي.[32] وكذلك فإنه لا يجب على صاحب الحق أن يسيء في إستعمال حقه فمصلحة المجتمع ومصلحة الآخرين تقيدان سلطة صاحب الحق في التصرف بهذا الحق.[33]

2.2 المطلب الثاني: تعريف التنازل عن الحق

يقتضي التنازل عن الحق كوضع قانوني أن نتعرض إلى مصطلحين هما التنازل والحق. فالتنازل لغةً يعني ترك او تخلى، يقال تنازل عن حقه اي تخلى عن حقه او تركه، او تسامح فيه او سقاطه. والتنازل عن الدعوى أي إسقاطها و تركها.[34] ويرى علماء اللغة ان التنازل لغة يعني الإمتناع عن الإدعاء والمطالبة، ويقال أيضاً تنازل عن الشيء اي تخلى عنه ليتسلمه غيره.[35]

وإن إستعمال مصطلح التنازل أكثر دقة وأفضل من حيث المعنى من إستعمال عبارة النزول التي استخدمتها بعض التشريعات،[36] وذلك لأن النزول في الأصل يعني الإنحطاط من علو، ونزل الشيء او الشخص يفيد بهبوطه من علو الى سفل، كنزول المطر ونزول الوحي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم.[37] ويرى أحد الباحثين،[38] بأن النزول يكون بالإرادة المنفردة بينما التنازل يكون بالإتفاق. ونحن نرد هذه العبارة وذلك لأن لا أساس لها في مراجع اللغة العربية وكذلك لأن المشرع العراقي أستخدم كلمة تنازل عند تطرقه إلى تنازل الدائن المرتهن عن الرهن وتنازل الشفيع عن مكنة الشفعة، حيث سنبين في دراستنا بأن التنازل عن الرهن والشفعة يمكن أن يكون بالإرادة المنفردة.

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

اما الحق فيعني الوجوب والثبوت، وهو نقيض الباطل وجمعه حقوق،[39] كما جاء في قوله تعالى: ''ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون"،[40] كما إن الحق يعني اليقين، حيث جاء في قوله تعالى "فورب السماء والأرض إنه لحق مثل ما أنتم تنطقون".[41] وفي اللغة الإنكليزية يقال يتنازل عن حقه (Waives his Right)[42] وتنازل عن الدعوى (Withdraw a Case).

اما إصطلاحاً فإن التنازل هو أن يترك المرء بمطلق إرادته حقاً له في مال او إرث او يتخلى عن وسيلة دفاع او عن دعوى او عن منصب حكومي او غير حكومي، والتنازل هو تصرف قانوني إنفرادي.[43]

وفيما يخص موضوع بحثنا (التنازل عن الحق) اورد الفقهاء العديد من التعاريف الإصطلاحية ولعل اهمها، التنازل عن الحق هو " تصرف إرادي إنفرادي مسقط للحق".[44] وبدورنا نوجه النقد لهذا التعريف لأنه من الممكن أن يكون التنازل عن الحق إتفاقياً، ومن الأمثلة الصريحة على التنازل الإتفاقي، الصلح الواقي من الإفلاس. ويعرف الصلح الواقي من الإفلاس بأنه عبارة عن "عقد بين المدين وجماعة الدائنين يبرم وفقاً للإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون، وهي موافقة أغلبية الدائنين على شروطه مع تصديق المحكمة عليه".[45]

كما عرف التنازل عن الحق البعض الآخر من الفقهاء "بأنه تصرف قانوني يؤدي إلى إنقضاء حق حال مستحق دون نقله إلى شخص آخر".[46] ويعرف أيضاً بأنه إسقاط للحق من جانب صاحبه، ينتج جميع آثاره القانونية ما دام قد صدر صحيحاً ممن له الحق فيه، بغض النظر عن إرادة غيره.[47] كذلك عرف التنازل عن الحق بأنه "إنهاء الخصومة بين الأطراف من قبل صاحب الحق بطريقة رضائية".[48]

ومن المصطلحات القريبة من التنازل عن الحق هو التنازل عن الدعوى، ولكن من الواضح أن التنازل عن الحق أكثر شمولاً من التنازل عن الدعوى، فيسقط الحق به ولايجوز للمتنازل أن يدعي به مجدداً، فالتنازل عن الحق يعني انقضاء الحق تماماً، بينما التنازل عن الدعوى يؤدي إلى إنقضاء الدعوى دون الحق، فيجوز للمتنازل عن الدعوى أن يرفع الدعوى مرة ثانية.

ونخلص مما تقدم بأنه يمكننا تعريف التنازل عن الحق (بأنه تصرف قانوني يسقط به الحق محل التنازل، سواء كان هذا التنازل بالإرادة المنفردة لصاحب الحق أو بالإتفاق مع شخص آخر). حيث أن الإرادة المنفردة تعد مصدراً عاماً للتنازل، أما التنازل الإتفاقي فإنه يجوز إذا كان الحق غير قابل للنقل للغير، ومثال ذلك حقوق الإرتفاق. ويذكر بأن الأهلية المطلوبة في المتنازل سواء كان التنازل بالإرادة المنفردة أو بالإتفاق هي أهلية أداء كاملة لأن التنازل يعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً.[49]

3. المبحث الثاني: تمييز التنازل عن الحق عما يشتبه به

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يبحث المطلب الأول في التمييز بين التنازل عن الحق ونقل الحق. اما المطلب الثاني فسيتناول التمييز بين التنازل عن الحق والتنازل عن مرتبة الحق، والفرق بين التنازل عن الحق والإبراء سيخصص له المطلب الثالث.

1.3 المطلب الأول: التمييز بين التنازل عن الحق ونقل الحق

لقد اجاز القانون المدني العراقي اانافذ للشخص صاحب الحق بنقل حقه الذي في ذمة المدين الى شخص آخر عن طريق حوالة الحق.[50] وتعرف حوالة الحق بأنها عقد ينقل بمقتضاه شخص هو الدائن في الإلتزام (ويسمى المحيل) حقه الى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الإلتزام (ويسمى المحال له)، قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الإلتزام (ويسمى المحال عليه).[51] وبما أن حوالة الحق تعتبر عقداً، فلا بد من توفر أركان العقد فيها من تراضي ومحل وسبب. فمن حيث التراضي، فإنه يجب أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً للتعاقد وأن لا يكون رضاء كل من المحيل والمحال له معيبا" بأي عيب من عيوب الرضا، سواء كان الإكراه او الغبن مع التغرير او الغلط او الإستغلال، وفيما يخص المحال عليه فإن القانون لم يتطلب توافر موافقته. كما إن حوالة الحق يجب أن تستند الى سبب مشروع.

وفيما يتعلق بالحق محل الحوالة فبالرجوع الى المادة (362) من القانون المدني العراقي فإنه يجوز نقل جميع الحقوق الشخصية إلا اذا وجد نص قانوني يمنع حوالة الحق او إتفاق بين المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام. حيث ان القانون يمنع نقل الحق في الحقوق الغير قابلة للحجز بنص القانون وعلى ذلك نصت المادة (364) من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة (331) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. وقد يكون المنع بإتفاق المتعاقدين كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم نقل حق الإنتفاع بالمأجور الى الغير. وقد تمنع طبيعة الإلتزام إنتقال الحق كحق التعويض عن الضرر الأدبي او الحقوق التي يكون فيها شخصية الدائن هي محل إعتبار كحق الشريك في شركات الأشخاص.[52]

ومن أجل نفاذ حوالة الحق بحق المدين المحال عليه فإن القانون المدني العراقي قد اشترط إعلانها للمدين المحال عليه او قبوله لها. وبالنسبة للغير الذي يتأثر بنفاذ الحوالة كأن ينقل الدائن حقه لأكثر من دائن جديد فيصبح كل واحد من هؤلاء الدائنين الجدد

في حكم الغير بالنسبة للآخر، فإن الحوالة تعتبر نافذة بحقه بإعلانها للمدين بواسطة الكاتب العدل او بقبول المدين لها بتأريخ ثابت.[53]

و إن التصرفات الأخرى الناقلة للحق كعقد البيع وعقد الإيجار تختلف عن التنازل عن الحق من حيث غايتها. حيث أن الغاية في التنازل عن الحق تكون واضحة ألا وهي إسقاط الحق المتنازل عنه. وخير مثال على ذلك هو حق الملكية الذي يرد على المنقول، حيث أن القانون المدني العراقي ينص على: (يصبح المنقول مباحاً إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته).[54] وبنفس الحكم اخذ قانون المعاملات المدنية العماني،[55] ولكن القانون العماني استخدم عبارة بقصد التخلي عن ملكيته بدلا من النزول عن ملكيته. وفي هذا المثال يصبح المنقول المتنازل عنه مباحاً أي لا مالك له.

وهناك البعض من الحالات التي يستفاد فيها شخص آخر من تنازل الشخص عن حقه، والذي كان هذا الحق سيستخدم ضده، وخير مثال على ذلك:

- تنازل الشخص عن حقه في إبطال العقد الذي امضاه تحت تهديد المتعاقد الآخر او الغير، او تنازل الشخص عن حقه بالتمسك بالتقادم فهنا التصرف يفيد المالك الذي كان التقادم سيجرده من حقه.
- وإن التنازل في حالات اخرى يفيد المالك الذي كان الحق الذي تنازل عنه صاحبه يثقل عقاره او ينقص من ملكيته. كمن يتنازل عن حق إرتفاق فإن الحق هنا لا ينتقل الى مالك العقار المرتفق به وإنما يستفاد منه من خلال تحرير عقاره من هذا الحق الذي كان يثقله، وبنفس الحكم هو التنازل عن حق الإنتفاع كمن يتنازل عن زراعة السنة الأخيرة لأرض استأجرها من مالكها لمدة ثلاث سنوات، فهنا لا ينتقل الحق الى صاحب الأرض وانما يتحرر عقاره من عبء كان قد أثقله.[56]
- وفي بعض الحالات فإن التنازل عن الحق يسمح لشخص آخر أن يكتسب هذا الحق بموجب سبب آخر وليس بسبب التنازل، كمن يتنازل عن ملكية منقول فيصبح مالاً مباحاً، وبعدها يأتي شخص آخر يستملكه بالإستيلاء، إستناداً للمادة (1/1098) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: (كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه).

واما بخصوص التصرفات القانونية الناقلة للحق سواء كانت معاوضة او تبرعا، فإن الغاية هي نقل الحق وليس إسقاطه او التخلي عنه. فمن يتبرع لشخص آخر بسيارته فإنه هنا ينقل حق ملكيتها الى المتبرع له. ومن يبيع عقاره فإنه ينقل حق ملكيته إلى خلفه الخاص ألا وهو المشتري.

وما عدا الغاية فإن التنازل عن الحق يختلف عن حوالة الحق بما يأتي :

أ. التنازل عن الحق يمكن ان يتم بالإرادة المنفردة لصاحب الحق، اما حوالة الحق فتتم بإتفاق بين المحيل والمحال له.

ب. التنازل عن الحق ينهي الحق ويمنع المطالبة به مجدداً مما يؤدي الى إثراء في الذمة المالية للمدين، اما نقل الحق سواء كان تبرعا او معاوضة فإنه يبقي الحق مؤكداً في ذمة المدين.

ت. ج- يمكن التنازل عن جميع انواع الحقوق المالية إلا ما أستثني بقانون، اما الحقوق غير المالية المتعلقة بشخص الدائن كحق التعبير عن الرأي والحرية والعيش بأمان فغير قابلة للتنازل، بينما مسألة نقل الحقوق فإنه لا يتم بالنسبة لبعض الحقوق إما بسبب وجود نص قانوني او إتفاق مسبق او حسب طبيعة الإلتزام كما ذكرناه آنفاً.

2.3 المطلب الثاني: الفرق بين التنازل عن الحق والتنازل عن مرتبة الحق

بالإستناد الى الرهن التأميني يكون للدائن حقا عينياً على عقار يمنحه حق تقدم على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة من أجل إستيفاء حقه من ثمن هذا العقار. فقد عرف المشرع العراقي الرهن التأميني بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقارفي أي يد يكون".[57]

ومن ناحية أخرى، تنص الفقرة الأولى من المادة (322) من قانون التسجيل العقاري العراقي ذي الرقم 43 لسنة 1971 المعدل على: (للدائن المرتهن التنازل عن مرتبته في الرهن إلى دائن مرتهن آخر على أن يأخذ كل منهما مرتبة الآخر بشرط أن لا يؤثر على حقوق الدائنين الآخرين). ويلاحظ في نفس المعنى المادة (1059) من القانون المدني المصري والمادة (1053) من قانون المعاملات المدنية العماني، اما القانون المدني العراقي النافذ فلم يشر إلى نص يتعلق بتنازل الدائن عن مرتبته في الرهن لذلك تم تلافي هذا النقص عن طريق تخصيص نص في قانون التسجيل العقاري.

يجيز الرهن التأميني للدائن بأن يتقدم على جميع الدائنين العاديين أياً كان مصدر ديونهم او تأريخ تحمل ذمة المدين بها. وقد يتزاحم الدائن المرتهن رهناً تأمنياً مع غيره من الدائنين

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

المرتهنين رهناً تأمينياً على نفس العقار، فهنا تثبت الأولوية للسابق في تأريخ التسجيل. والأسبقية تكون حسب الساعة إذا كان التسجيل من قبل الدائنين المتزاحمين في نفس اليوم، فإذا سجل المرتهنون في نفس اليوم ونفس الساعة، فلا تقدم لأحد على الآخر بل يكون الجميع في مرتبة واحدة.[58] وذلك لأن عقد الرهن التأميني عقد شكلي يستوجب تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري وهذا بعكس الرهن الحيازي الذي لا يتطلب أي شكلية، بينما يتطلب القبض لأنه عقد عيني.[59]

وكما أشرنا سابقاً، بأن القانون يجيز للدائن المرتهن بالتنازل عن مرتبته لدائن آخر متأخر عنه في المرتبة ولكن بشرط أن يكون التنازل عن مرتبة الرهن في حدود الدين المضمون بتلك المرتبة، وذلك بهدف عدم الإضرار بالدائنين المرتهنين الآخرين أصحاب مراتب الرهن التي تتوسط مرتبة المتنازل ومرتبة المتنازل له. ومثال ذلك أن يتنازل الدائن المرتهن الذي يحتل المرتبة الثانية عن مرتبته للدائن المرتهن الرابع، وبهذا التنازل لا يحرم الدائن الثاني من حق الرهن، ولكنه يصبح الدائن الرابع بعد أن كان الثاني، ويصبح الدائن الرابع هو الدائن الثاني.[60] ولو اضر هذا التنازل بمصلحة الدائنين المرتهنين الآخرين جاز لهؤلاء أن يطلبوا عدم نفاذه في حقهم.

ولهذا عرف التنازل عن مرتبة الرهن بأنه تصرف قانوني يقصد منه إنتقال مرتبة الرهن (أي حق التقدم) إلى دائن آخر متأخر، مع بقاء حق المتنازل مضموناً بالرهن.[61]

وهنا يثور التساؤل عن سبب تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته؟ وما هي شروط هذا النوع من التنازل؟

- قد يكون لدى المتنازل نية تبرع، وذلك عندما يعتمد الدائن المرتهن المتنازل على تأمين آخر، كرهن آخر مقرر له على عقار آخر يفي بكل دينه.[62]
- غالبا ما يتنازل الدائن المرتهن عن مرتبته لقاء عوض يحصل عليه من الدائن المرتهن المتنازل له، وذلك عندما يكون واثقاً من كفاية العقار المرهون لجميع الديون المرتبة عليه، او على الأقل إلى المرتبة التي نزل الدائن المرتهن إليها، او يعتمد على تأمين آخر.[63]

أما بخصوص شروط التنازل عن مرتبة الرهن، فبالرجوع الى المادة (322) من قانون التسجيل العقاري، يجب توافر الشروط التالية لصحة التنازل:

- أن يكون التنازل لصالح دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ولهما بالتالي حقوق نافذه في حق الغير، لذا فلا يجوز التنازل عن مرتبة الرهن لدائن عادي او لصالح دائن مرتهن لعقار آخر عائد للمدين.[64]
- أن يكون التنازل عن مرتبة حق الرهن في حدود حق المتنازل او أقل، أي لا يجوز أن يكون أكثر من حق المتنازل، وذلك كي لايضر هذا التنازل بحقوق الدائنين المرتهنين الآخرين الذين تقع مراتبهم في الرهن ما بين مرتبة الدائن المتنازل ومرتبة الدائن المتنازل له. ومثال على عدم صحة تنازل المدعو (أ) عن مرتبة حقه في الرهن للمدعو (ج)، أن يكون العقار مرهوناً من الدرجة الأولى لقاء ثلاث ملايين دينار لدى المدعو (أ) ومن الدرجة الثانية لقاء خمسة ملايين دينار لدى المدعو (ب)، ومن الدرجة الثالثة لقاء أربعة ملايين دينار لدى المدعو (ج)، هنا يكون التنازل باطلاً لأن دين (ج) أكبر من دين (أ). فلو كان مثلاً دين المدعو (ج) مليونين دينار لصح التنازل و أصبح دين (ج) من المرتبة الأولى، لأنه أقل من دين (أ) المتنازل، وبهذا لا يؤثر على حق الرهن للمدعو (ب).[65] بينما يرى السنهوري بأنه حتى عندما يكون دين المتنازل له أكبر من دين المتنازل فإن التنازل يصح بحدود دين المتنازل فقط، أما باقي دين المتنازل له فيبقى بنفس المرتبة ولا يرتفع، وبدورنا نؤيد ما ذهب إليه السنهوري وذلك لأنه ليس هناك ما يمنع في القانون من ذلك، لأنه لا يضر بباقي الدائنين المرتهنين، وهذا ما تؤكده الفقرة الاولى من المادة (322) من قانون التسجيل العقاري العراقي.
- أن يتم تأشير التنازل عن المرتبة في قيد الرهن، وإلا كان هذا التنازل غير نافذ في مواجهة الغير.[66]

وبعد التعرف على المقصود بالتنازل عن مرتبة الحق في الرهن التأميني، فإنه يمكننا ان نميزه عن التنازل عن الحق، حيث أن التنازل عن الحق يقضي على الحق أي ينهيه كما في تنازل الشخص عن دينه المضمون بالرهن، بينما التنازل عن مرتبة الحق لايؤدي إلى إنقضاء الحق وإنما هو تصرف قانوني يقصد منه إنتقال مرتبة الرهن (أي حق التقدم) إلى دائن مرتهن آخر متأخر.[67] وأخيرا وليس آخراً، فإن التنازل عن الحق هو أوسع نطاقاً من التنازل عن مرتبة الحق والذي يعد حالة واحدة بنص قانوني واحد أجازه المشرع ولايجوز التوسع فيه.

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

4. المطلب الثالث: التمييز بين التنازل عن الحق والإبراء

الإبراء لغةً يعني الخلاص والتخلي والمباعدة عن الشيء، يقال برئ المريض من مرضه، أي شفي وتخلص منه.[68] أما إصطلاحاً فيعرف الإبراء بأنه تصرف قانوني تبرعي حتماً لأن الدائن لو حصل على عين حقه لكان هذا وفاءاً، وإذا استوفى مقابلا كان هذا وفاءاً بالمقابل، فإذا لم يستوف حقه لا عيناً ولا مقابلاً كان هذا إبراء.[69] وكذلك يعرف الإبراء بأنه تنازل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل.[70]

إذن يعد الإبراء تصرفاً قانونياً تبرعياً يصدر من جانب واحد هو الدائن ومتى صدر بتوافر شروطه ينقضي به الدين او الإلتزام، وتبرأ ذمة المدين. وهذا ما نص عليه المشرع العراقي: (إذا ابرأ الدائن مدينه سقط الدين).[71] ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (371)،[72] و في قانون المعاملات المدنية العماني المادة (335).[73]

ويعتبر الإبراء لدى غالبية الفقه الإسلامي عدا المالكية، تصرفاً قانونياً من جانب واحد ولا يحتاج قبول من قبل المدين بل يكفي مجرد علمه به،[74] وهو نفس موقف القوانين المدنية النافذة في العراق ومصر وعمان، اما في القانون المدني المصري القديم فقد كان الإبراء عقداً (وهو نفس إتجاه القانون المدني الفرنسي النافذ) ويستلزم الشروط الكاملة لإبرام العقد من رضا (إيجاب وقبول) ومحل وسبب.[75] إذن في فرنسا الإبراء يحتاج إلى قبول من قبل المدين بينما في العراق ومصر وعمان، فإنه لا يحتاج إلى قبول بل يرتد برد المدين.

ومن خلال التعريف المذكور أعلاه فإنه يمكننا تلخيص خصائص الإبراء بما يأتي:

- الإبراء تصرف قانوني من جانب واحد: يعتبر الإبراء تصرفاً قانونيا صادراً من الدائن، وذلك في أغلب القوانين المدنية العربية (العراقي والمصري والعماني)، فلا يحتاج الى قبول من قبل المدين. نصت المادة (1/422) من القانون المدني العراقي على: (لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ولكن إذا رده قبل القبول إرتد. وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته). نرى أن الفقرة 1 من المادة (422) قد أعطت الحق للمدين برد الإبراء أي رفضه متى ما علم به، فهناك من الأشخاص من لا تقبل كرامته وشخصيته أن يتفضل عليه أحد، ولكن صياغة الجزء الأول من هذه الفقرة من قبل المشرع العراقي نراها ركيكه، حيث أنه يذكر أنه لا حاجة لقبول المدين من أجل صحة الإبراء و لكن يعود ليذكر بعدها أنه إذا رفض المدين الإبراء قبل القبول إرتد الإبراء أي بطل، فنرى أنه لا حاجة من ذكر عبارة قبل القبول في هذا الفقرة لأنه أصلاً الإبراء لا يتوقف على قبول المدين. فمن الأفضل أن تكون المادة قد صيغت كما يأتي: (لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ولكن يرتد برده). اما فيما يخص موت المدين قبل علمه بالإبراء الصادر من قبل الدائن، فهنا وبالإستناد الى نفس الفقرة من المادة 422 فإن الدين لا يؤخذ من تركة المدين المتوفي. وأيضا ننتقد صياغة المشرع العراقي حيث ذكر (وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته)، وكان الأفضل منه أن يذكر (وإن مات المدين قبل علمه بالإبراء فلا يؤخذ الدين من تركته).وبالرجوع للفقرة الثانية من نفس المادة فإن المشرع العراقي أعطى الحق للدائن بأن يبرئ الميت من دينه.[76] ونخلص مما تقدم، إلى أن الإبراء إذا وصل إلى علم المدين فإنه لا يستطيع الدائن الرجوع عنه. كما أن المادة (92) من القانون المدني المصري توضح بإنه إذا مات الدائن او فقد أهليته بعد صدور الإبراء منه فإنه يعتبر تاماً بمجرد علم المدين.[77] اما في القانون العراقي والعماني فنلاحظ أنه لا وجود لهكذا حكم بل أن المشرعين إلتزما الصمت نحو هذه المسألة.[78] لذا ندعو المشرع العراقي إلى إضافة مادة قانونية للمواد التي تبين أحكام الإبراء في القانون المدني، موضحاً فيها بأن موت الدائن أو فقد أهليته لا يؤثر على الإبراء بعد صدوره و وصوله إلى علم المدين.
- الإبراء تصرف تبرعي: حيث أن الدائن لا يحصل على أي مقابل من المدين. وهذا هو الفرق بين الإبراء و الوفاء.[79] لذلك فإذا صدر الإبراء من الدائن في مرض الموت فإنه يأخذ حكم الوصية اي لا تطبق إلا في حدود الثلث.[80]
- الإبراء تصرف رضائي: فلا يستلزم وجوده شكل معين، لأنه يمثل هبة غير مباشرة، حيث أن الشكلية تكون مطلوبة في الهبة المباشرة فقط حيث ينتقل الحق مباشرة من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له.[81]

ويشترط لصحة الإبراء توفر عدة شروط هي:

- أن يكون المبرئ أهلا للتبرع: من خلال المادة (421) من القانون المدني العراقي فإن الإبراء لا يصح إلا إذا صدر عن بالغ عاقل غير محجور عليه وأن يكون الدائن مختاراً لا مجبراً.
- أن يكون محل الإبراء هو حق ثابت قائم: فلا يصح الإبراء من حق مستقبلي ولا حق إحتمالي ولا الإبراء من الأعيان. ولكن يصح الإبراء من حق الإدعاء

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

بالأعيان، فلا تسمع الدعوى بها بعد الإبراء.[82] ولا يصح الإبراء عن حق عام كإبراء المجنى عليه للجاني من العقوبة التي صدرت بحقه.[83]

- أن يكون سبب الإبراء مشروعاً: حيث أن سبب الإبراء هو نية التبرع ويجب أن يكون مشروعاً وإلا بطل الإبراء.[84]

وبالمقابل فإن رد المدين لا يصح إلا من بالغ عاقل غير محجور عليه لسفه، وإذا كان المدين أهلاً للرد ورد الإبراء فلدائنيه الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) على رده لما فيه من تأثير سلبي على ذمة المدين.[85] ويترتب على الرد عودة الدين بكل صفاته و تأميناته.

ويصح للدائن تعليق الإبراء على شرط، كأن يعلق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر، فإن حقق المدين الشرط برء.[86] ويلاحظ أن إبراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه براءة ذمة المدينين المتضامنين الآخرين إلا بقدر حصة المدين الذي أبرأه الدائن.[87]

ونستنتج مما تقدم، أن التنازل يختلف عن الإبراء في عدة نقاط:

- يختلف الإبراء عن التنازل من حيث الغاية، فغاية التنازل هو إسقاط الحق وعدم دخوله في أي ذمة مالية أخرى، بينما الإبراء يعتبر نقل حق من الدائن للمدين دون مقابل اي وجود نية تبرع.
- يشترط لصحة الإبراء توافر ثلاثة اركان وهي المبرء (الدائن) و المبرأ (المدين) و المبرأ منه (الحق الذي يبرء منه المدين)،[88] بينما في التنازل فإن صحته تكفي توافر المتنازل والحق المتنازل عنه، كالتنازل عن حق ملكية المنقول وجعله مالاً مباحاً.
- الإبراء لا يكون إلا إذا كان الحق ثابتاً في ذمة شخص، أما التنازل فيجوز حتى في الحقوق الإحتمالية.
- يجوز أن يقترن التنازل بعوض بينما الإبراء يكون دون عوض.[89]

وبالرغم من الفروقات المذكورة أعلاه، فإننا يمكننا أن نجزم بأن الإبراء هو تنازل المدين عن حقه الشخصي الثابت في ذمة المدين، فكل إبراء يعد تنازلاً، ولكن ليس كل تنازل إبراء.

5. الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من الإستنتاجات والتوصيات، وهي كالآتي:

6. الإستنتاجات

- يقصد بالتنازل عن الحق تصرف قانوني يسقط به الحق محل التنازل، سواء كان هذا التنازل بالإرادة المنفردة لصاحب الحق أو بالإتفاق مع شخص آخر.
- يختلف التنازل عن الحق عن التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة، حيث أن التنازل يؤدي إلى إسقاط الحق بينما في التصرفات الناقلة للحق فإن الحق يتحول من ذمة مالية لشخص للذمة المالية لشخص آخر.
- التنازل عن مرتبة الحق لايؤدي إلى إنقضاء الحق وإنما هو تصرف قانوني يقصد منه إنتقال مرتبة الرهن (أي حق التقدم) إلى دائن مرتهن آخر متأخر، وبهذا فهو يختلف عن التنازل عن الحق بأنه تصرف يسقط الحق.
- يختلف الإبراء عن التنازل عن الحق في محله، حيث أن الإبراء يكون عن حق ثابت في ذمة المدين، بينما يمكن أن يكون محل التنازل حق إحتمالي. كما أن الإبراء يمكن أن يتم رده من قبل المدين أما التنازل عن الحق فلا يمكن لأحد أن ينقضه إذا صدر من قبل المتنازل. وبالرغم من ذلك، فإن كل إبراء لا يتم رده من قبل المدين يعتبر تنازلاً عن الحق، بينما لا يعتبر كل تنازل إبراءاً.

7. التوصيات

- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة مادة قانونية للمواد التي تبين أحكام الإبراء في القانون المدني، موضحاً فيها بأن موت الدائن أو فقد أهليته لا يؤثر على الإبراء بعد صدوره و وصوله إلى علم المدين.

8. قائمة المصادر

1.8 القران الكريم

2.8 المعاجم اللغوية

1. إبراهيم مصطفى و أحمد الزيات و حامد عبد القادر و محمد النجار، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.
2. ابو الحسن علي بن إسماعيل المرسي، المحكم و المحيط الأعظم، الطبعة الأولى، بيروت، 2000، ص472.
3. أبي الفضل جمال الدين محمد أبن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، 2003.

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

4. احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان، بيروت، 1987.
5. أ. د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
6. مجد الدين محمد الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005.
7. احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان، بيروت، 1987.

3.8 الكتب القانونية

1. د.ابراهيم ابو الليل و د.محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1986.
2. د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون، مطبوعات جامعة بغداد، بغداد، 1976.
3. د. حسن عبد الفتاح السيد محمد، التنازل عن الحق كوسيلة من وسائل فض النزاع عند تساوي الحقوق وتعارضها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
4. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، أحكام الإلتزام، إثبات الإلتزام، مطبعة الجامعة المستنصرية، بغداد، 1976، ص432.
5. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية والنظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
6. د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
7. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.
8. د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الشارقة، 2010.
9. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الإلتزامات، ج4، الطبعة الثانية، دون دار نشر، القاهرة، 1992.
10. د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
11. . سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
12. د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
13. د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، د س ن.
14. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون للمدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف – الحوالة – الإنقضاء، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن.
15. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
16. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ.م محمد طه البشير، القانون المدني: أحكام الإلتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة 2010.
17. علي أكرم كاظم السعدي، التصرف القانوني بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
18. فريد فتيان، مصادر الإلتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد، 1957
19. د. محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، منشورات جامعة بنها، مصر، د س ن.
20. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون: نظرية الحق، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
21. د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
22. د. محمد عبد الحميد مكي، التنازل عن الشكوى كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
23. د. محمد لبيب شنب، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الإسراء للطباعة، القاهرة، 2004.
24. د. محمود المظفر، نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية، الطبعة الأولى، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة.
25. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الإلتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الأولى، احسان للنشر والتوزيع، اربيل، 2014.
26. د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2010.

4.8 القوانين

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
3. قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013.

5.8 البحوث والرسائل والأطاريح المنشورة

1. بن ددوش نضرة، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة وهران، 2011، ص16

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

2. د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، بحث منشور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، 1964، مطبعة جامعة الإسكندرية.
3. صايل أحمد حسن الحاج، نظرية الإبراء و الإسقاط في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، مقدمة إلى قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2000.

6.8 المصادر الإنجليزية والفرنسية

1. Oxford Dictionary: English to Arabic, 0xford University press, Third edition, United Kingdom, 2011.
2. Raynaud Pierre, *La renonciation a un droit*, Reveue trimestrielle de droit civil, tome 35, 1936.
3. Silvio Lessona, *Essai D'une Theorie Generale de la Renonciation en Droit Civil*, Revue Trimestreielle de Droir Civil, Tome 11, Paris, 1912.

9. هوامش

[1]. د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص8.

[2]. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية والنظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن ، ص426.

[3]. ابو الحسن علي بن إسماعيل المرسي، المحكم و المحيط الأعظم، ط 1، بيروت، 2000، ص472.

[4]. مجد الدين محمد الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص874.

[5]. إبراهيم مصطفى و أحمد الزيات و حامد عبد القادر و محمد النجار، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص188.

[6]. سورة المؤمنون، الآية (71).

[7]. الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد أبن منظور، لسان العرب، ط 3، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، 2003، مادة حقق، ص 51.

[8]. سورة الذاريات، الآية (19).

[9]. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون: نظرية الحق، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص18.

[10]. د. توفيق حسن فرج، نظرية الحق، نقلا عن: د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، ط 1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص259.

[11]. د. حسن كيره، مصدر سابق، ص431.

[12]. د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص287.

[13]. د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، د س ن، ص222.

[14]. د. محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، منشورات جامعة بنها، مصر، د س ن، ص7.

[15]. د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص 25.

[16]. د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص434.

[17]. د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، ط 1، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2010، ص27.

[18]. د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون، مطبوعات جامعة بغداد، بغداد، 1976، ص589.

[19]. د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 27.

[20]. د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الشارقة، 2010، ص144.

[21]. د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص334.

[22]. للمزيد راجع: د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص122.

[23]. د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص28.

[24]. للمزيد راجع: د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص32.

[25]. د.ابراهيم ابو الليل و د.محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1986، ص170.

[26]. د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص23.

[27]. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 33.

[28]. د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص36.

[29]. د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص441.

[30]. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ، ص386.

[31]. ينظر في هذا المعنى، د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص35.

[32]. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص329.

[33]. د. عبد الكريم صالح، مصدر سابق، ص32.

[34]. احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير، ط 1، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص229.

[35]. أ. د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص2196.

[36]. المشرع المصري استعمل مصطلح النزول في المواد (388) و (871) في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 المعدل، واستعمل المشرع العماني مصطلح النزول في المادة (913) فقط، وعاد واستعمل كلمة التنازل في المواد (1053) و (1084)، من قانون المعاملات المدنية رقم 29 لسنة 2013، اما المشرع العراقي استعمل مصطلح التنازل في المواد (443) و (1134) و(1318) و(1349)، ولكنه عاد واستعمل مصطلح النزول مرة واحدة في المادة (1104) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

[37]. محمد عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1989 ، ص696.

[38]. علي أكرم كاظم السعدي، التصرف القانوني بالإرادة المنفردة، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص122.

[39]. ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (أبن منظور)، مصدر سابق، ص94.

[40]. سورة البقرة، الآية 42.

[41]. سورة الذاريات، الآية 23.

[42]. Oxford Dictionary: English to Arabic, 0xford University press, Third edition, United Kingdom, 2011, p769.

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634

[43]. د. بشار عدنان الملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، ط 1، دار وائل للنشر، عمان 2008، ص69.

[44]. Raynaud Pierre, *La renonciation a un droit*, Reveue trimestrielle de droit civil, tome 35, 1936, p766.

[45]. د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص37.

[46] . Silvio Lessona, *Essai D'une Theorie Generale de la Renonciation en Droit Civil*, Revue Trimestreielle de Droir Civil, Tome 11, Paris, 1912, p 367.

[47]. د. محمد عبد الحميد مكي، التنازل عن الشكوى كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص8.

[48]. صقر البدوي، التنازل عن الحق والتنازل عن الدعوى، مقال منشور، جريدة الجماهير، العدد 12710، بتاريخ 2008/11/9، متوفر على الإنترنت على الرابط: (تاريخ الزيارة 2018/7/12)
http://jamahir.alwehda.gov.sy/node/337929

[49]. د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، بحث منشور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، 1964، مطبعة جامعة الإسكندرية، ص177.

[50]. المادة (362)، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

[51]. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ.م محمد طه البشير، القانون المدني: أحكام الإلتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة 2010، ص 235.

[52]. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، أحكام الإلتزام، إثبات الإلتزام، مطبعة الجامعة المستنصرية، بغداد، 1976، ص432.

[53]. المادة (363)، القانون المدني العراقي.

[54]. المادة (1104)، القانون المدني عراقي.

[55]. المادة (852)، قانون المعاملات المدنية العماني.

[56]. د. جلال العدوي، مصدر سابق، ص177.

[57]. المادة (1285)، القانون المدني العراقي.

[58]. محمد طه البشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية: الحقوق العينية التبعية، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، دون سنة نشر، ص441.

[59]. د. أسماء صبر و د. محمد علي صاحب، رهن العقار الشائع رهناً تأمينياً، الجامعة المستنصرية، بحث منشور على شبكة الإنترنت ، ص3. تاريخ الزيارة (2019/7/28):
https://uomustansiriyah.edu.iq/media/lectures/7/7_2016_03_10!12_40_26_AM.pdf

[60]. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، ج 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن، ص516.

[61]. د. عبد المنعم البدراوي، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، 1969، ص 158.

[62]. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج3، ط 1، مطبعة المعارف، بغداد، 1979، ص427.

[63]. د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص121.

[64]. د. أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص208.

[65]. د. محمد لبيب شنب، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الإسراء للطباعة، القاهرة، 2004، ص162.

[66]. د.عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص161.

[67]. المصدر نفسه، ص 158.

[68]. إبراهيم مصطفى و آخرون، مصدر سابق، مادة برأ، ج1، ص46.

[69]. بن ددوش نضرة، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة وهران، 2011، ص16.

[70]. د. عبد الرزاق حسن فرج، الإبراء من الإلتزام، ط 1، دار الإتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1976، ص 8.

[71]. المادة (420)، القانون المدني العراقي.

[72]. المادة (371)، القانون المدني المصري والتي تنص على: (ينقضي الإلتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده).

[73]. المادة (335)، معاملات مدنية عماني والتي تنص على: (ينقضي الإلتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين).

[74]. صايل أحمد حسن الحاج، نظرية الإبراء و الإسقاط في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، مقدمة إلى قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2000، ص2.

[75]. المستشار أنور طلبة، إنتقال وإنقضاء الحقوق والإلتزامات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص279.

[76]. المادة (422/ 2)، القانون المدني العراقي.

[77]. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون للمدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف – الحوالة – الإنقضاء، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن، ص966.

[78]. فريد فتيان، مصادر الإلتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد، 1957، ص44.

[79]. د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص430.

[80]. المادة (1109/ 2)، القانون المدني العراقي.

[81]. د. عبد الحميد نجاشي الزهيري، شرح قانون المعاملات المدنية، آثار الحق و إنقضاؤه، ط 1، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص285.

[82]. د. عبد المجيد الحكيم و أ. البكري و أ.م محمد البشير، مصدر سابق، ص306.

[83]. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الإلتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، ط 1، احسان للنشر والتوزيع، اربيل، 2014، ص298.

[84]. أنور طلبة، مصدر سابق، ص282.

[85]. المادة (263)، القانون المدني العراقي. وفي نفس المعنى المادة (238) القانون المدني المصري والمادة (272) قانون المعاملات المدنية العماني.

[86]. المادة (423)، القانون المدني العراقي.

[87] . د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الإلتزامات، ج4، ط 2، دون دار نشر، القاهرة، 1992، ص823.

[88]. د. محمود المظفر، نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية، ط 1، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، ص205.

[89]. د. حسن عبد الفتاح السيد محمد، التنازل عن الحق كوسيلة من وسائل فض النزاع عند تساوي الحقوق وتعارضها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص81.

doi : 10. 25007/ajnu. v9n1a634