گوڤارا ئەکادیمی یا زانکویا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.٩ ژ.٢، ٢٠١٩/٢٠٢٠
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة
المشاع الايداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0، e-ISSN: 2520-789X
https://doi.org/10.25007/ajnu.v9n2a697

أحكام التنازل عن الحقوق العينية
(دراسة تحليلية مقارنة)

أ.م.د عبد الكريم صالح عبد الكريم، قسم القانون، جامعة دهوك، إقليم كوردستان، العراق
م.م. هوشنك فرزندة جانكير، قسم القانون، جامعة نوروز، إقليم كوردستان، العراق

ملخص

يعالج هذا البحث موضوع التنازل عن الحق وبخاصة التنازل عن الحقوق العينية بنوعيها الأصلية والتبعية. ويكتسب الموضوع أهميته لما له من آثار خطيرة على الذمة المالية للشخص المتنازل على اعتبار أن التنازل يعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً. ولقد توصل البحث إلى أن التنازل عن الحق هو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق بقصد ترك الحق أو اسقاطه، وقد يترتب على التنازل عن الحق التحرر من التزام كان يثقل الحق محل التنازل. ولقد خلصت الدراسة إلى جواز التنازل عن الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية مع مراعاة القيود الواردة على التنازل من ضرورة عدم الاضرار بالغير والمتنازل نفسه.

1. مقدمة

1.1 أهمية البحث وأسباب إختياره

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. والحقوق تنقسم إلى نوعين مالية وغير مالية، وتعرف الحقوق المالية بأنها الحقوق التي يمكن تقييمها بالمال. وهي بدورها تكون على نوعين حقوق شخصية وحقوق عينية. ويقصد بالحق العيني سلطة يقررها القانون لشخص على شيء معين، تمكنه هذه السلطة من إستعمال هذا الشيء والإنتفاع به على نحو أو على آخر.

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 أحكام التنازل عن الحقوق العينية، وذلك من خلال تحديد أنواع الحقوق العينية ومدى قابليتها للتنازل، وآثار هذا التنازل إن وجد.

2.1 تساؤلات البحث

- ما هو مفهوم ومضمون التنازل عن الحق؟
- هل يجوز التنازل عن الحقوق العينية جميعها؟
- ما هي آثار التنازل بالنسبة للمتنازل؟
- هل للتنازل عن الحقوق العينية آثاراً بالنسبة لغير المتنازل؟

3.1 منهج البحث

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 وبيان شروطه ودراسة أحكامه، وسيتم الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل المواد القانونية وآراء الفقهاء ذات الصلة، وكذلك سيتم إستخدام المنهج المقارن لتقييم نقاط القوة والضعف في موقف القانون المدني العراقي بالمقارنة مع كل من القوانين المدنية في مصر وعمان وفرنسا.

4.1 فرضية البحث

يحاول الباحث في هذه الدراسة طرح فرضية تتعلق بمدى إمكانية إعتبار التنازل أحد طرق إنقضاء الحقوق العينية وتميزه عن غيرها من الطرق، كما تحاول الدراسة إثبات أن التنازل عن الحق جائز بالإتفاق في حالات محددة، سواء كان بعوض أو دونه.

5.1 هيكلية الدراسة

بهدف الإحاطة بمفردات البحث من كافة الجوانب فقد ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، مسبوقة بمقدمة ومبحث تمهيدي لتعريف التنازل عن الحق. حيث خصصنا المبحث الأول لشرح موضوع التنازل عن الحقوق العينية الأصلية وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، يبحث في أولهما التنازل عن حق الملكية، أما المطلب الثاني سيتطرق إلى مدى جواز التنازل عن الحقوق المتفرعة من حق الملكية. بينما المبحث الثاني، فإنه سيسلط الضوء على مسألة التنازل عن الحقوق العينية التبعية، حيث يقسم هذا المبحث إلى مطلبين. أما المبحث الثالث فإنه سيبحث في آثار التنازل عن الحق بالنسبة للمتنازل وبالنسبة لغير المتنازل. وقد أنهينا بحثنا هذا بخاتمة تضمنت أهم ما توصلنا إليه من النتائج والتوصيات.

2. المبحث التمهيدي: ماهية الحق والتنازل عنه

يرى البعض من فقهاء المذهب الفردي بأن الإنسان ولد ومعه مجموعة من الحقوق الطبيعية السابقة على القانون والتي يجب على القانون المحافظة عليها. بينما يذكر الفقيه الفرنسي ديجي (Leon Duguit) 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 وإنما 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 والإصطلاحية في مطلب أول، وتعريف التنازل عن الحق في مطلب ثان مستقل.

1.2 المطلب الأول: تعريف الحق من الناحية اللغوية والإصطلاحية

أ. 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]

ب. 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] 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).[10] ويذهب البعض الآخر إلى تعريف الحق بأنه (استئثار بشيء او بقيمة استئثاراً يحميه القانون).[11] 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،[12]

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.[13]

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.[14] وكذلك فإنه لا يجب على صاحب الحق أن يسيء في إستعمال حقه فمصلحة المجتمع ومصلحة الآخرين تقيدان سلطة صاحب الحق في التصرف بهذا الحق.[15]

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.[16] ويرى علماء اللغة ان التنازل لغة يعني الإمتناع عن الإدعاء والمطالبة، ويقال أيضاً تنازل عن الشيء اي تخلى عنه ليتسلمه غيره.[17]

وإن إستعمال مصطلح التنازل أكثر دقة وأفضل من حيث المعنى من إستعمال عبارة النزول التي استخدمتها بعض التشريعات،[18] وذلك لأن النزول في الأصل يعني الإنحطاط من علو، ونزل الشيء او الشخص يفيد بهبوطه من علو الى سفل، كتزول المطر ونزول الوحي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم.[19] ويرى أحد الباحثين،[20] 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.

اما الحق فيعني الوجوب والثبوت، وهو نقيض الباطل وجمعه حقوق،[21] كما جاء في قوله تعالى: ''ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون"،[22] كما إن الحق يعني اليقين، حيث جاء في قوله تعالى "فورب السماء والأرض إنه لحق مثل ما أنتم تنطقون".[23] وفي اللغة الإنكليزية يقال يتنازل عن حقه (Waives his Right)(24) 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.[25]

وفيما يخص موضوع بحثنا (التنازل عن الحق) اورد الفقهاء العديد من التعاريف الإصطلاحية ولعل اهمها، التنازل عن الحق هو " تصرف إرادي إنفرادي مسقط للحق".[26] 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".[27]

كما عرف التنازل عن الحق البعض الآخر من الفقهاء "بأنه تصرف قانوني يؤدي إلى إنقضاء حق حال مستحق دون نقله إلى شخص آخر".[28] 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.[29] كذلك عرف التنازل عن الحق بأنه "إنهاء الخصومة بين الأطراف من قبل صاحب الحق بطريقة رضائية".[30] ونلاحظ أن هذا التعريف أقرب أن يكون تعريفاً للصلح وليس التنازل عن الحق.

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.[31]

ونخلص مما تقدم بأنه يمكننا تعريف التنازل عن الحق بأنه تصرف قانوني يسقط به الحق أياً كان حالاً أو مؤجلاً أو إحتمالياً، سواء كان هذا التنازل بالإرادة المنفردة لصاحب الحق أو بالإتفاق مع شخص آخر، وسواء كان بعوض أو دونه.

حيث أن الإرادة المنفردة تعد مصدراً عاماً للتنازل، أما التنازل الإتفاقي فإنه يجوز إذا كان الحق غير قابل للنقل للغير، ومثال ذلك حقوق الإرتفاق حيث أن هذه الحقوق لا

تقبل نقلها للغير دون نقل ملكية العقار المخدوم.[32] 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.[33]

3. المبحث الأول: التنازل عن الحقوق العينية الأصلية

وتنقسم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية. حيث يقصد بالحقوق العينية الأصلية بأنها الحقوق التي لا تستند على حقوق أخرى لإستفادة صاحبها منها او ممارستها فهي مستقلة ولا تتوقف على حقوق أخرى.[34] حددت الفقرة 1 من المادة (68) من القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية وهي: حق الملكية و حق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والإستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الإرتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة. و نرى أن قانون المعاملات المدنية العماني قد نص في الفقرة 1 من المادة (63) على الحقوق العينية الأصلية بما يلي: (الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية والحقوق المتفرعة منه وما يعتبر كذلك بنص القانون). ولا يوجد نصوص مماثلة في كل من القانونين المدنيين الفرنسي والمصري. وبالإستناد إلى ما تقدم فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول يتنازل موضوع التنازل عن حق الملكية، أما المطلب الثاني فيخصص للتنازل عن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

1.3 المطلب الأول: التنازل عن حق الملكية

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية وذلك لأنه من أقدم الحقوق التي عرفتها البشرية وكذلك لما يمنحه لصاحبه من سلطات، فحق الملكية من أهم الحقوق الممنوحة للأفراد في الدولة، وقد كان هذا الحق حكراً على السادة والنبلاء في أغلب الحضارات السابقة كبلاد الرافدين والحضارة المصرية ، فكان السيد له حرية التملك من أراضي وقصور أما العبد فكان ملكاً لسيده هو وكل ما كان بحوزته من ملابس وإحتياجات.[35]

ويعرف حق الملكية بأنه سلطة مباشرة من صاحب الحق على محله تمكنه من إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون.[36] كما عرف المشرع العراقي الملكية بأنها الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة وأستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة .[37]

ولقد نظم القانون المدني العراقي حق الملكية ضمن الحقوق العينية، وقرر أنه لا يجوز حرمان أي شخص من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك بمقابل تعويض عادل يدفع لصاحب الحق مقدماً.[38] وفي نفس المعنى ذهب القانون المدني المصري في المادة (805) وقانون المعاملات المدنية العماني في المادة (800). ونرى أن الدستور العراقي النافذ لسنة 2005، ينص صراحة على الملكية الخاصة، ويقرر أنها ملكية مصونة من قبل القانون.[39] ولا يجوز إنتزاع الملكية للمنفعة العامة إلا بتعويض عادل.[40] ومن أهم خصائص حق الملكية:

- حق الملكية حق جامع: ويقصد بذلك أن الملكية تخول صاحبها ثلاث سلطات هي التصرف والإستغلال والإستعمال. وبهذا يتميز حق الملكية عن جميع الحقوق العينية الأخرى التي تخول لأصحابها البعض من صور الإنتفاع الممكنة لا كلها.[41] والمقصود هنا هو الملكية التامة، فإذا أدعى شخص أن له حق إنتفاع أو حق إرتفاق على شيء مملوك لغيره فعليه إثبات ذلك، فالأصل أن صاحب حق الملكية يملك السلطات الثلاث ومن يملك الأصل لا يكلف بإثباته.[42]
- حق الملكية حق دائم: ولهذه العبارة معنيان، اولهما أن حق الملكية لا ينقضي ما دام الشيء محل الحق قائماً، وثانيهما أن حق الملكية لا يزول بعدم الإستعمال، فالملكية تبقى لصاحبها حتى ولو لم يستعمل الشيء محل الحق. ومثال ذلك أن يترك صاحب المنزل منزله ويسافر لدولة أجنبية طلباً للعلم ويعود بعد خمس و عشرون عاماً للإقامة في منزله القديم، فله الحق في ذلك دون أن يستأذن أحداً.[43]
- الملكية حق مانع: أي أن حق الملكية مقصور على صاحبه ولا يجوز لأحد أن يشارك المالك في مزايا الشيء محل الحق او التدخل في شؤون ملكيته. وقد جاء المشرع المصري بهذا المعنى صراحة في المادة (802) والتي نصت على أنه: (لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه). ونرى أنه لا يوجد نص مماثل في القانون المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية العماني، ورغم ذلك فإن المالك في القانونين المذكورين يستأثر بجميع مزايا الشيء محل حق الملكية.[44]

هذا فيما يخص التعريف والخصائص، اما فيما يتعلق بالتنازل فنرى أن القانون المدني العراقي قد حسم الموضوع بالنسبة للتنازل عن ملكية المنقول وذلك بالنص (يصبح المنقول مباحاً إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته).[45] وهو ما أقرته الفقرة

الأولى من المادة (871) من القانون المدني المصري و أخذت به المادة (852) من قانون المعاملات المدنية العماني.

ونلاحظ أنه لا يوجد مثل هذا النص بالنسبة للتنازل عن حق الملكية الوارد على العقار (يعرف العقار بطبيعته أنه كل شيء له مستقر وأصل ثابت بحيث لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر دون تلف)،[46] هذا في كل من القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة.

ولذلك أنقسم الفقه الى رأيين، الأول وهو ما نؤيده،[47] رأي أول ينادي بأنه لا يمكن للشخص التنازل عن حقه في ملكية عقار، حيث أن التخلي عن العقار لا يترتب عليه إنقضاء حق الملكية بل أن العقار يبقى لمالكه لحين ان يكسب الملكية شخص آخر بطريق من طرق كسب الملكية.[48] حيث أن جميع الحقوق العينية الأصلية كحق المنفعة إذ يسقط بعدم إستعماله مدة خمس عشرة سنة،[49] عدا حق الملكية فهو حق دائم مادام محله قائماً ولايسقط بعدم الإستعمال.[50] اما الرأي الثاني فيرى أن التنازل عن حق ملكية العقار يؤدي إلى سقوط الحق وزواله عن صاحبه و الدولة هنا هي التي تكتسب ملكية هذا العقار.[51] و هو ما اخذ به المشرع التونسي في الفصل (23) حيث نص على: (العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة).[52] ونرى أن هذا النص في القانون التونسي يدل على شيئين:

- عدم جواز الإستيلاء على العقارات، لأنه في المجتمعات المتحضرة يصعب وجود عقارات لا مالك لها أصلاً، فحتى الصحاري والجبال تكون مملوكة للدولة.
- إن العقارات التي يتنازل عنها أصحابها في دائرة التسجيل العقاري، تصبح دون مالك، فتكتسب الدولة ملكيتها بقوة القانون. وقد أعطيت الدولة هذا الحق لأن للدولة ولاية عامة على الأموال التي لا مالك لها.

ونحن بدورنا نميل إلى الرأي الأول، والذي يؤكد على عدم جواز التنازل عن حق ملكية العقار. ونخلص مما تقدم، بأن التنازل عن حق الملكية جائز فقط في المنقولات، أما بالنسبة لحق الملكية الوارد على العقار فإن التنازل أمر غير متصور كقاعدة عامة، بل أن نقل الحق هو التصرف القانوني الدارج، ما عدا الحائط المشترك، فإنه يمكن التنازل عنه إستثناءاً بالرغم من كونه عقار. وسنقوم بالتطرق إلى ذلك عند تسليط الضوء على آثار التنازل عن الحقوق العينية.

2.3 المطلب الثاني: التنازل عن الحقوق المتفرعة من حق الملكية

بحث القانون المدني العراقي الحقوق المتفرعة من حق الملكية في الباب الثاني من الكتاب الثالث المخصص للحقوق العينية الأصلية وذلك في المواد (1169 إلى 1284)، وهذه الحقوق هي حق التصرف في الأراضي الأميرية وحق المنفعة وحق الإستعمال والسكنى وحق المساطحة وحقوق الإرتفاق. وسنقوم ببحثها تباعاً.

بخصوص حق التصرف في الأراضي الأميرية، فيعرف بأنه حق عيني أصلي يخول صاحبه الإنتفاع بالأراضي الأميرية وإستغلالها بهدف إستثمارها تحقيقاً للنفع العام، ويقصد بالأراضي الأميرية الأراضي التي تعود رقبتها للدولة.[53] ونلاحظ أن المشرع العراقي لم يذكر التنازل عن حق التصرف كسبب من أسباب إنقضاء الحق، لذلك ندعو المشرع العراقي بإضافة مادة إلى القانون المدني تبين بأنه يجوز للمتصرف في الأراضي الأميرية التنازل عن حقه بإرادته المنفردة، ويكون ذلك إما صراحةً أو ضمناً وذلك من خلال ترك إستغلال الأرض لمدة سنتين متواليتين دون عذر مشروع.[54] حيث أن المشرع قد ذكر ترك الإستغلال لمدة ثلاث سنوات دون عذر صحيح كأحد الأسباب التي تؤدي إلى إنقضاء الحق في المادة (1233) من القانون المدني العراقي، وبرأينا بأن ترك الإستغلال ما هو إلا تنازل ضمني عن حق التصرف.[55]

اما فيما يتعلق بحق المنفعة، والذي يعرف بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء معين مملوك للغير تخوله إستعمال هذا الشيء وإستغلاله لمدة معينة.[56] ومن هذا التعريف يمكننا إستخلاص خصائص حق المنفعة وهي:

- حق المنفعة هو حق عيني: فهو يخول صاحبه (المنتفع) سلطة مباشرة على الشيء محل الحق ومن دون حاجة إلى تدخل شخص لتمكينه من الإنتفاع. وفي هذا يتميز حق المنتفع عن حق المستأجر، حيث أن حق المستأجر حق شخصي فلا يمكنه الإستفادة من الشيء محل الإيجار إلا عن طريق المؤجر الذي يلتزم بتمكينه من الإنتفاع.[57]
- حق المنفعة حق مؤقت: حيث يؤكد المشرع العراقي في المادة (1257) من القانون المدني العراقي بأن حق المنفعة ينتهي بإنقضاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقرراً مدى حياة المنتفع، وإن حق المنفعة ينقضي بوفاة المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل. وفي نفس المعنى أخذ المشرع المصري في المادة (993) من القانون المدني، وكذلك المشرع العماني في المادة (963) من قانون المعاملات المدنية. كما أن المشرع الفرنسي يوضح في المادة (617) من التقنين المدني بأن حق

الإنتفاع ينقضي بوفاة المنتفع الطبيعية أو المدنية، أو بإنتهاء الوقت المحدد، أو بإجتماع صفتي المنتفع والمالك بشخص واحد، او بالهلاك التام للشيء محل حق الإنتفاع، أو بعدم إستعماله مدة ثلاثين سنه. إذن يختلف حق المنفعة عن حق الملكية بأنه مؤقت وينتهي بموت المنتفع بعكس حق المالك فإنه حق دائم وينتقل للورثة من بعد وفاته.

وبالنسبة للتنازل عن حق المنفعة، فإن أغلبية الفقهاء يتفقون أن للمنتفع التنازل عن حق الإنتفاع، ولكن البعض من الفقهاء الفرنسيين (ريبير وبلانيول) يرون أنه لا يجوز للمنتفع التنازل عنه بإرادته المنفردة. وذلك لأن هذا التنازل قد يسبب إرهاقاً لمالك الرقبة، وذلك في حالة عدم قدرته على تغطية تكاليف المنفعة.[58] ونحن نوافق الرأي الأول، بأنه يجوز للمنتفع التنازل عن حقه، وكرد على الفقهاء المعارضين، فإن نفقات المال محل حق الإنتفاع كانت قائمة قبل أن ينقل المالك حق الإنتفاع للمنتفع، ولم يطرأ شيء جديد تسبب به المنتفع مما يضر بالمالك.

ونلاحظ أن كل من المشرع العراقي والمصري والعماني، لم يوردوا نصاً صريحاً متعلقاً بالتنازل عند تطرقهم لموضوع حق المنفعة، بالمقارنة فإن التقنين المدني الفرنسي حدد بأن للمنتفع أن يتنازل عن حق المنفعة، بشرط عدم إلحاق الضرر بحقوق دائنيه، و إلا سيكون للدائنين حق الطعن بهذا التصرف.[59] لذا ندعو المشرع العراقي أن يضيف نصاً للقانون المدني ينص بجواز تنازل المنتفع عن حقه.[60] ويكون النص كالآتي: (للمنتفع التنازل عن حقه بإرادته المنفردة على أن لا يضر هذا التنازل بدائنيه). فلا يجوز للمنتفع هنا التنازل عن حق المنفعة بالإتفاق وذلك لأن حق المنفعة كقاعدة عامة حق يقبل النقل من ذمة مالية إلى أخرى، فإذا تم الإتفاق مع مالك الرقبة يعد ذلك نقلاً للحق وليس إسقاطاً.

أما فيما يتعلق بحق الاستعمال وحق السكنى، فقد جاء في القانون المدني العراقي في المادة (1263) من أنه: (لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناءاً على شرط صريح ومبرر قوي). ويلاحظ على هذا النص أنه يخرج من نطاق دراستنا، ذلك لأن النزول عن الحق متى كان للغير فإنه نقل لهذا الحق سواء كان بمقابل أو دون مقابل، أما التنازل فيفترض فيه إرجاع سلطات الحق إلى المالك كما في حق الاستعمال أو حق السكنى وهو أمر جائز.

ويعد حق المساطحة من الحقوق العينية الأصلية المذكورة في المادة (68) من القانون المدني العراقي، وعرفه المشرع العراقي بأنه حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغلتزاماتهغراس على أرض الغير بمقتضى إتفاق بينه وبين صاحب الارض، ويحدد هذا الإتفاق حقوق المساطح والتزاماته.[61] ونلاحظ من هذا التعريف، بأن المساطح بموجب الإتفاق مع صاحب الأرض يحق له أن يقيم بناءاً للسكن أو منشآت أخرى كالمخازن أو المعامل عدا الغراس، حيث إستثناه المشرع العراقي. وبالنسبة للتنازل فإنه لا يجوز في حق المساطحة لأنه حق مؤقت ينشأ بإتفاق، لذا فإنه لا يجوز للمساطح التنازل عن هذا الحق بإرادته المنفردة لما قد يحدثه من ضرر بالنسبة لصاحب الأرض، بل إن حق المساطحة ينقضي بالإتفاق بين المساطح وصاحب الأرض قبل إنتهاء مدة المساطحة.[62] ولكن إستثنى المشرع حالة واحدة، ألا وهي حالة عدم تحديد مدة للمساطحة، فإنه يجوز للمساطح أن يتنازل عن حقه بإرادته المنفردة بعد ثلاث سنوات من تنبيه صاحب الأرض بذلك.[63]

أما النوع الأخير من الحقوق المتفرعة من حق الملكية هي حقوق الإرتفاق، وقبل أن نتطرق إلى قابليتها للتنازل من عدمه، نستعرض المقصود بحقوق الإرتفاق، حيث عرفها المشرع العراقي بقوله: (الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر)،[64] وكذلك أفاد المشرع الفرنسي بأن (الإرتفاق عبء يفرض على عقار لإستعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر).[65] ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن حق الإرتفاق يتعلق بعقارين بطبيعتها (أي أن المنقول لايصلح أن يكون محلاً لحق الإرتفاق، ونفس الحكم يطبق على كل من الأشجار التي تعتبر عقاراً والعقار بالتخصيص)،[66] أحدهما مثقل بحق الإرتفاق والآخر مستفيد من الإرتفاق، وهذان العقاران مملوكين لشخصين أي لا يكون العقاران مملوكان لنفس الشخص.[67] ونرى الفرق بين التعريفين المذكورين أعلاه في أن المشرع الفرنسي إستعمل كلمة (يفرض) بينما تحاشى المشرع العراقي في ذلك، وذلك لأن حقوق الإرتفاق مصدرها قد يكون الإتفاق بالإضافة إلى القانون كمصدر أساسي، وهذا موقف يحسب للمشرع العراقي.

والإرتفاق يكون له وجهان، فهو من جهة يكون قيداً على إستعمال المالك لملكه، ومن جهة ثانية فإن الإرتفاق يعتبر تخويلاً لشخص للقيام بأعمال إدارة على عقار أجنبي عنه ألا وهو العقار المرتفق به.[68] ومن أهم خصائص حق الإرتفاق:

- حق تابع: أي أنه تابع للعقار المرتفق ولا يمكن فصله عن ذلك العقار، فإذا بيع العقار المرتفق أو رهن أو حجز، فإن حق الإرتفاق يلحق العقار بالحكم.[69] ولا

يجوز لصاحب العقار المرتفق أن ينقل حق الإرتفاق دون العقار إلى شخص آخر بأي تصرف قانوني كان سواء كان بيعاً او تبرعاً او رهناً.[70]

- حق دائم: كما ذكرنا آنفاً بأن حق الإرتفاق هو حق تابع لذا فإنه يكون دائم أيضاً ما دام العقار المرتفق قائماً، ولكن يلاحظ أن صفة الدوام هنا وإن كانت من طبيعة حق الإرتفاق فإنها ليست من مستلزماته، أي أنه يجوز أن يتفق كل من مالكي العقار المرتفق والعقار المرتفق به على تحديد حق الإرتفاق بوقت معين.[71]
- حجة على الكافة: بما أنه حق عيني فإن حق الإرتفاق يحتج به في مواجهة مالك العقار الخادم المرتفق به وكذلك في مواجهة الكافة.[72]
- حق لا يقبل التجزئة: إن حق الإرتفاق حق غير قابل للتجزئة سواء في إنشائه أو في زواله، وهذا يعني إن كان العقار المرتفق المخدوم مملوكاً ملكية شائعة، وقسم بعد ذلك هذا العقار، فإن حق الإرتفاق يبقى مقرراً لكل جزء من هذا العقار. وكذلك إذا كان العقار المرتفق به الخادم مملوكاً بالشيوع، فإن كل جزء من العقار يبقى مثقلاً بحق الإرتفاق بعد القسمة.[73] إلا إذا كان طبيعة الإرتفاق تسمح ببقائه على بعض أجزاء العقار المرتفق به، وكان العقد و القانون لا يمنعان ذلك.[74] وهذا يعني أنه إذا تنازل أحد الشركاء في حقه في الإرتفاق فإن ذلك لا يعني إنقضاء حق الإرتفاق بالنسبة للشركاء الآخرين.[75]

ويكون لحق الإرتفاق عدة أنواع، فقد يكون ظاهراً كحق المرور وقد يكون خفياً كإرتفاق خاص بعدم البناء او بعدم تعلية البناء. ومن جهة أخرى، فإن حق الإرتفاق يكون تارةً إيجابياً كحق المجرى وتارةً أخرى سلبياً كالإرتفاق بعدم البناء. وهناك أيضاً إرتفاقات مستمرة لا تحتاج لتدخل مالك العقار إلا في بداية الأمر كالإرتفاق الخاص بالمسيل، بينما الإرتفاقات الغير مستمرة فهي التي تحتاج لتدخل صاحب العقار المخدوم كحق المرور.[76]

وفيما يخص التنازل، فإن حقوق الإرتفاق تقبل التنازل وهذا ما أجمع عليه الفقهاء، ويكون التنازل بالإرادة المنفردة لصاحب الحق او بالإتفاق مع المستفيد من سقوط الحق أو من لديه سند قانوني لإكتساب الحق بعد سقوطه. وذلك لأن حق الإرتفاق هو حق قابل للإسقاط وليس النقل.[77]

ونلاحظ أن القوانين المدنية في كل من العراق ومصر وفرنسا، لم تورد نصاً بشأن التنازل عن حقوق الإرتفاق. بل تركت هذا الأمر للفقه وللمبادئ العامة، أما المشرع العماني فقد ذكر بأنه يجوز لصاحب حق الإرتفاق أن يتنازل عن حقه وإبلاغ صاحب العقار المرتفق به بذلك.[78] وتجدر الإشارة هنا أن المشرع العراقي تلافى هذا النقص، وذلك من خلال المادة (243) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، والتي تنص على: (ينقضي حق الإرتفاق في الحالات الآتية: 1- عند إنتهاء الأجل المحدد. 2- إتحاد ملكية العقار الرتفق والعقار المرتفق به. 3- تنازل مالك العقار المرتفق عن حق الإرتفاق لمالك العقار المرتفق به بعوض أو بدون عوض).

4. المبحث الثاني: التنازل عن الحقوق العينية التبعية

بعد أن تطرقنا إلى النوع الأول من الحقوق العينية ألا وهي الحقوق العينية الأصلية والتنازل عنها في المبحث السابق، فسنقوم بالبحث في إمكانية التنازل عن الحقوق العينية التبعية. حيث نظم المشرع العراقي الحقوق العينية التبعية في الكتاب الرابع والأخير من القانون المدني تحت عنوان (الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية)، وتشمل الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز. ولذلك قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. المطلب الأول يتطرق إلى مسألة التنازل عن الرهن التأميني. أما المطلب الثاني فيسلط الضوء على إمكانية التنازل عن الرهن الحيازي، والمطلب الأخير يوضح ماهية حقوق الإمتياز ومدى إمكانية التنازل عنها.

1.4 المطلب الأول: التنازل عن حق الرهن التأميني

تعتبر الذمة المالية للمدين هي الضمان العام للدائن في سبيل الحصول على حقه، ولا شك أن هذا الضمان يحقق للدائن قدراً من الأمان يتمثل في قدرته على التنفيذ على أموال مدينه لإسترداد حقه. ولعدم كفاية الضمان العام لتحقيق الغرض في الكثير من الحالات، ظهرت فكرة الضمان الخاص والذي يقصد به ذلك الضمان الذي يتمثل في تخصيص مال معين لغرض وفاء حق المدين. حيث أنه بهذا التخصيص يتقي الدائن خطر تصرف مدينه في المال المثقل بالضمان، وذلك بفضل ميزتي التتبع والتقدم اللتين يمنحها الضمان الخاص. وفي هذا الضمان الخاص تتمثل الحقوق العينية التبعية او التأمينات العينية، فهي حقوق عينية لأنها ترد على شيء معين بالذات، عقاراً كان ام منقولاً، وتخول صاحبها (الدائن) سلطات مباشرة على الشيء الذي ترد عليه، وتسمى بالتبعية لأنها تكون تابعة لحق شخصي بقصد ضمان الوفاء به.[79] بالنتيجة فإن الحق العيني التبعي يتقرر لضمان الوفاء بإلتزام معين.

نظم المشرع العراقي الحقوق العينية التبعية في القانون المدني، وتشمل الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز. ونرى أن المشرع العراقي قد إستبعد حق

الإختصاص،[80] والذي ينظمه القانون المدني المصري، وهو تأمين يتقرر لدائن على عقار مملوك لمدينه بمقتضى أمر يصدر من القاضي إثر حصوله على حكم لصاحله بالدين.[81] ونرى أن المشرع العراقي قد نجح في هذا الإستبعاد لما في هذا النوع من التأمين من عيوب، حيث أنه يؤدي إلى تفضيل الدائن الذي يتقرر له هذا التأمين على غيره من الدائنين، لمجرد أنه سبق وحصل على حكم بدينه، رغم أن التأخير في الحصول على الحكم من دائن آخر قد يرجع لأسباب لا دخل له فيها كتأخر الدعوى وتأجيلها لمرات عديدة. وكذلك فإن هذا التأمين يدفع الدائنين إلى التسابق في مقاضاة المدين ومايترتب على ذلك من زيادة في المصروفات.[82] وبنفس الإتجاه ذهب المشرع العماني في إستبعاد حق الإختصاص من التأمينات العينية.

ويقصد بالرهن التأميني، عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدئنين العاديين التالين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.[83] وبالنسبة للتنازل عن حق الرهن التأميني، فقد كان المشرع العراقي صريحاً في أن للمرتهن التنازل عن حقه في الرهن التأميني دون الدين.[84] أي له الحق في التنازل عن أمرين هما الدين وينقضي به الرهن بالتبعية، وإما يتنازل عن الرهن لوحده دون الدين أي بصفة أصلية. ويصح أن يكون التنازل صريحاً أو ضمنياً ومع ذلك يجب التأشير على هامش تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري.[85] والتنازل هنا عن الرهن يعتبر عملاً إنفرادياً يتم بإرادة المرتهن دون حاجه لقبول الراهن. وهذا ما ذهب إليه قانون المعاملات المدنية العماني، في المادة (1052). وبنفس المعنى ذهبت المادة (2488) من التقنين المدني الفرنسي. أما القانون المدني المصري فلم يرد فيه نص يوضح جواز تنازل المرتهن عن حقه في الرهن التأميني.

2.4 المطلب الثاني: التنازل عن الرهن الحيازي

النوع الثاني من الحقوق العينية التبعية هو الرهن الحيازي، فيعرفه المشرع العراقي بأنه "عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن إستيفاؤه منه كلاً أو بعضاً، مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، في أي يد كان هذا المال".[86] وكذلك بين المشرع المصري بأن الرهن الحيازي يرد على كل مال يمكن بيعه إستقلالاً في المزاد العلني، سواءاً كان منقولاً أو عقاراً.[87] وهو ما سبقهم به المشرع الفرنسي والذي يجيز الرهن الحيازي العقاري.[88] أما المشرع العماني فقد عرف الرهن الحيازي " هو إحتباس مال منقول في يد الدائن أو أي يد عدل، ضماناً لحق يمكن إستيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين".[89]

نلاحظ مما تقدم، أن المشرع العماني خالف كل من المشرع العراقي والمصري والفرنسي، حيث أنه قد جعل الرهن الحيازي محصوراً في المنقولات فقط، وهو موقف ممتاز يتماشى مع آراء الفقه القانوني الحديث. حيث تتجه أغلب الإتجاهات الحديثة، بحصر الرهن الحيازي بالمنقولات فقط، وذلك لأن الرهن الحيازي يثقل كاهل المدين حيث يحرمه من الإنتفاع بالعقار المرهون. ولكن في المنقولات التي لا تسمح طبيعتها بالتسجيل، فإن للرهن الحيازي أسباب لإستمراره و شيوعه، كحمايته من تصرفات المدين الراهن للغير حسن النية، والذي يستطيع بعد ذلك الإحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.[90]

ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن التأميني بما يلي:

- إن الشيء المرهون في القانون المدني العراقي يجوز أن يكون منقولاً او عقاراً في الرهن الحيازي، أما التأميني فمحله دائماً هو العقار.
- إن مصدر الرهن التأميني كما أشرنا آنفاً هو عقد شكلي (التسجيل في السجل العقاري)، أما الرهن الحيازي فهو بالإضافة الى الشكلية المتمثلة بالتسجيل إذا ورد على عقار، فإنه عقد عيني، أي لا يتم إلا بتسليم المرهون إلى المرتهن.
- إن الرهن التأميني ملزم لجانب واحد، حيث أنه يرتب إلتزامات في ذمة الراهن فقط، أما الرهن الحيازي فيرتب إلتزامات في ذمة الراهن والمرتهن فيكون ملزم لجانبين، فالراهن يلتزم بالإمتناع عن التعرض للمرتهن، أما المرتهن فيلتزم بالمحافظة على المال المرهون وإستثماره ورده بمجرد إستيفاء الدين.[91]
- بالإضافة لحقي التتبع و التقدم اللذان يمنحهما الرهن التأميني، فإن الرهن الحيازي يمنح صاحبه حق حبس المرهون لحين إستيفاء الدين.[92]

اما بالنسبة للتنازل عن الرهن الحيازي، فإن القانون المدني العراقي يجيز للمرتهن أن يتنازل عن حقه في الرهن الحيازي دون الدين، وقد جعل المشرع مجرد التخلي عن الحيازة او عدم التحفظ على تصرف الراهن تنازلاً ضمنياً من قبل المرتهن.[93] وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (1113) من القانون المدني، و كرسه أيضاً المشرع العماني في الفقرة 1 من المادة (1084)، من قانون المعاملات المدنية. والأصل أن التنازل عن الرهن يسقط الحق، ولكن هذا الأثر لايترتب إذا كان حق الغير قد

تعلق بهذا الرهن، كأن يقوم المرتهن برهن الدين المضمون للغير، فهنا لا يسري التنازل بحق هذا الغير إلا إذا أجازه.[94]

3.4 المطلب الثالث: التنازل عن حقوق الإمتياز

لقد عالج المشرع العراقي حقوق الإمتياز في المواد: (1361 إلى 1380). حيث عرف المشرع حق الأمتياز بأنه "أولوية في الإستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين".[95] ويؤخذ على هذا التعريف إستخدام المشرع العراقي لعبارة سبب هذا الدين، حيث أن الإمتياز يقرر لصفة الدين وليس لسببه.[96] وبالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع لم يتطرق إلى حق التتبع والذي يعد من ركائز البعض من حقوق الإمتياز إلى جانب التقدم (الأولوية).[97]

وإن سبب الإمتياز يختلف بإختلاف الديون الممتازة، فالسبب في بعضها هو الخدمة التي يقوم بها الدائن بتأديتها للدائنين الآخرين، كحالة المصروفات القضائية. وبعضها سببه إعتبارات إنسانية، كالدين الناتج من أجور الخدم والعمال، فإنها لازمة لتعيشهم. وبعض الإمتيازات مبنية على فكرة أن الدائن أدخل الشيء في ملك المدين، مثل إمتياز بائع المنقول أوالعقار.[98]

ولحق الإمتياز عدة خصائص، أهمها:

- إنه حق عيني: لأن جميع حقوق الإمتياز تمنح صاحبها حق تقدم وتتبع، ولكن القانون يحرم التتبع في البعض من حقوق الإمتياز، وذلك عند الإحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.[99]
- إنه حق عيني تبعي: شأنه شأن الرهن التأميني والحيازي، حيث أن حق الإمتياز يتبع الدين وجوداً وعدماً.[100]
- الإمتياز حق مصدره إرادة المشرع دائماً، ولا يتقرر بعقد ولا بحكم قضائي.
- الإمتياز لا يتجزأ، فهو يبقى على الشيء المثقل به حتى ينقضي الدين بأكمله، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك.[101]
- كل الأموال جائزة بأن تكون محلاً لحق الأمتياز، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، مادية أو معنوية، عدا ما يخرج من دائرة التعامل والأشياء التي يمكن بيعها في المزآد إستقلالاً.[102]

ومما تقدم يمكننا تعريف حق الإمتياز بأنه حق عيني تبعي يقرره القانون لشخص معين ضماناً لوفاء بعض الديون مراعاةً لصفتها دون إعتبار لشخص الدائن، ويمنح هذا الحق صاحبه حق تقدم في إستيفاء دينه، وحق تتبع المال المثقل بالإمتياز ما لم يتعارض مع حقوق المحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

وبعد تحديد تعريف حق الإمتياز وبيان خصائصه، فإنه يمكننا التفرقة بين حق الإمتياز وحق الرهن بنوعيه، بما يلي:

- من حيث المصدر: إن القانون هو المصدر الوحيد لحقوق الإمتياز بينما الإتفاق هو منشئ الرهن.
- من حيث ضرورة الشهر (التسجيل): إن حق الإمتياز إذا ورد على منقول أو مجموع أموال المدين من منقول وعقار لا يحتاج شهره، في حين أن الرهن التأميني والرهن الحيازي العقاري يجب تأشيرهما في السجل العقاري.[103]
- من حيث الأثر: إذا كان محل حق الامتياز مال منقول فإن حق الامتياز يمنح صاحبه حق التقدم فقط دون التتبع، وذلك بسبب تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. بينما الرهن بنوعيه يمنح صاحبه مزيتي التقدم والتتبع.[104]
- من حيث مرتبة الدائنين: في الرهن كما أوضحنا سابقاً، تكون الأولوية للأسبق في التسجيل، ولو ورد الرهن الحيازي على منقول فإن الأولوية تكون للأسبق في ثبوت التاريخ. أما في حق الإمتياز فإن الأولوية تكون بحسب صفة الديون لا للأسبق في الديون.[105]

وتكون حقوق الإمتياز إما عامة او خاصة، وذلك بالإعتماد على المحل الذي يرد عليه حق الإمتياز. فحقوق الإمتياز العامة ترد على جميع أموال المدين، وتخول الدائن سلطة إستيفاء دينه مفضلاً على غير الدائنين.[106] أما حقوق الإمتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين.[107]

وينقضي حق الإمتياز بطريقة تبعية (بإنقضاء الدين)، أو بطريقة أصلية وهي عدة حالات، فقد يكون بالتطهير،[108] أو بالبيع الجبري عن طريق المزاد العلني، أو بإتحاد الذمة أو بهلاك الشيء محل الإمتياز.[109]

وبالنسبة للتنازل عن حق الإمتياز، فإنه يجوز لصاحب الإمتياز أن يتنازل عن حقه إما صراحةً أو ضمناً، وكما شرحنا سابقاً عند التطرق إلى التنازل عن الرهن. حيث نصت المادة (1367) من القانون المدني العراقي النافذ على: (ينقضي حق الإمتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن التأميني والحيازي، ووفقاً لأحكام إنقضاء هذين الحقين، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك). و بنفس المعنى نص القانون المدني المصري

في المادة (1136). و كذلك فإن المشرع الفرنسي نص في المادة (2488) على: (تسقط الإمتيازات والرهون العقارية: 1. بسقوط الإلتزام الأصلي. 2. بتنازل الدائن. 3. بإتمام الشروط والإجراءات المفروضة على الغير واضعين اليد من أجل تطهير الأموال التي تملكوها. 4. التقادم).

5. المبحث الثالث: آثار التنازل عن الحق العيني

سنلقي الضوء على آثار التنازل عن الحق في هذا المبحث من خلال مطلبين، نخصص المطلب الأول لشرح آثار التنازل عن الحق بالنسبة للمتنازل. أما المطلب الثاني فسيتناول أثار التنازل عن الحق بالنسبة لغير المتنازل.

1.5 المطلب الأول: أثر التنازل عن الحق بالنسبة للمتنازل

يعتبر التنازل عن الحق من التصرفات القانونية الخطيرة، لأنه من أهم وأبرز التصرفات الضارة بالمتنازل ضرراً محضاً. ويكون للتنازل عن الحق بالنسبة للمتنازل أثرين مهمين هما، إنقضاء الحق محل التنازل وتحرر المتنازل من إلتزام عيني، وذلك عندما تكون غاية التنازل هي التخلص من الإلتزام العيني المتعلق بالحق المتنازل عنه. ففي الحالة الأخيرة يصبح التنازل عن الحق وسيلة للمحافظة على الذمة المالية للمتنازل، حيث أنه من خلال التنازل عن الحق يفقد المتنازل أحد العناصر الإيجابية المكونة لذمته المالية، ولكن في الوقت نفسه يتخلص المتنازل من إلتزام عيني يمثل عنصر سلبي في ذمته المالية. وسنبحث كلا الأثرين في فرعين مستقلين.

1.1.5 الفرع الأول: الأثر الإنقضائي للتنازل عن الحق

يشكل التنازل عن الحق إهداراً للعناصر الأيجابية للذمة المالية، مما يجعله من التصرفات الضارة ضرراً محضاً،[110] وهذا ما تم تأكيده من خلال دراستنا عند التطرق لتعريف التنازل عن الحق.

ويعتبر إنقضاء الحق محل التنازل هو الأثر الأساسي الذي يحققه التنازل عن الحق، ويرتبط هذا الأثر إرتباطاً وثيقاً بالطبيعة الإسقاطية لهذا التصرف. فبينا سابقاً بأن التنازل عن الحق هو إسقاط للحق.

تتمثل الطبيعة الإسقاطية للتنازل عن الحق بخروج الحق المتنازل عنه من الذمة المالية للمتنازل دون نقله لأحد.

إن التنازل عن الحق يؤدي إلى إسقاط الحق بالنسبة للمتنازل إسقاطاً كلياً. فالحق هنا سواء كان شخصياً أو عينياً يتلاشى ويضمحل ولايبقى له وجود، ويعد الأثر الإنقضائي أثراً بديهياً. فبموجب هذا الأثر يفقد المتنازل عن الحق صفته كصاحب حق، وتبعاً لذلك يفقد جميع السلطات التي كان القانون يخولها له على الحق المتنازل عنه. كما يفقد في ذات الوقت الحماية القانونية التي كان يتمتع بها، كعنصر من عناصر الحق الذي تنازل عنه. ويحدث التنازل بإعتباره تصرفاً قانونياً وضعاً قانونياً جديداً يختلف عن الوضع الذي سبق التنازل سواء كان الحق المتنازل عنه شخصياً أو عينياً، أصليا أم تبعياً.

فيسقط حق الملكية (أهم الحقوق العينية الأصلية)، يسقط بالتنازل عنه من قبل صاحبه، وهذا التنازل يؤدي إلى خسارة المالك لسلطاته المخولة له من قبل القانون والمتمثلة بالتصرف والإستعمال والإستغلال.[111] فالمتنازل عن حق الملكية يفقد صلاحيته في التصرف بالشيء محل الحق، سواء كان هذا التصرف مادياً أو قانونياً. فعلى سبيل المثال، لا يستطيع المالك المتنازل عن حقه هدم الحائط المشترك الذي تنازل عن ملكيته. وفي ذات الوقت، لا يمكن للمالك المتنازل القيام بأي تصرف قانوني كالبيع والرهن والهبة، فهو قضى على سلطة التصرف بالشيء، بعد تنازله عن حقه.

أما فيما يخص سلطة الإستعمال التي منحها أياه القانون، فإنها أيضاً تتلاشى. فلا يستطيع المتنازل إستعمال الخشب في بناء عقاره، بعد أن تنازل عن ملكية هذا الخشب، وأكتسبه الغير بالإستيلاء. ومن ناحية أخرى، فإن المتنازل عن الحق يقضي على حقه في إستغلال الشيء محل الحق المتنازل عنه. فلا يستطيع الحصول على ثمار وغلة الشيء بعد تنازله، ولا يمكنه أيضاً القيام بأي عمل من أعمال الإدارة المتعلقة بالحق المتنازل عنه كإبرام عقد إيجار.[112]

وتعد ميزة الإستئثار من الميزات الأساسية في حق الملكية، وتعني أن الحق مقصور على المالك، فللمالك وحده أن يستأثر بكل مزايا ملكه، ويمنع الغير من التدخل في شؤون ملكيته.[113] ومن خلال التنازل عن الحق ينتهي حق المالك بالإستئثار في ملكه، ولا يستطيع الإحتجاج بحقه العيني على الغير ولا حتى الدفاع عن هذه الملكية. وبغياب الإستئثار فإن المتنازل عن الحق لا يمكنه منع الغير من الإستفادة بمزايا هذا الملك الذي فقده. فإذا تنازل مالك المنقول عن ملكيته فإنه لا يستطيع منع أي شخص من الإستيلاء عليه. وكذلك فإن المتنازل عن ملكية الحائط المشترك لا يمكنه بعد ذلك منع الجار من الإستئثار به. ويلاحظ أيضاً أن تلاشي ميزة الإستئثار يفقد المتنازل عن

الحق وسائل الحماية القانونية التي كان يتمتع بها، فلا يجوز له رفع دعوى إسترداد الحيازة،[114] أو دعوى التعويض عن الأضرار التي تلحق الشيء المتنازل عنه.

ونلاحظ كنتيجة التنازل عن حق المنفعة، تنقطع العلاقة التي تربط بين الحق وصاحب الحق، فصاحب حق المنفعة يفقد سلطتي الإستعمال والإستغلال، وبذلك يحرم من قبض الثمار والغلة وكلها تعود إلى مالك العين.[115] سواء كان هذا التنازل بعوض او دون عوض.

كما أن صاحب حق الإستعمال والسكنى يفقد حقه بالتنازل عنه، فلا يجوز له إستعمال الشيء بعد التنازل وكذلك فإنه يخرج عن حق السكنى من الدار. ويسترجع مالك الشيء سلطة الإستعمال كاملة بقوة القانون بعد إنقضاء الحق العيني للمتنازل.

وفيما يخص حق الإرتفاق، فإن المتنازل عنه يخسر المنفعة التي كانت مخولة لعقاره، فيتوقف عن إستخدامه. فيحرم المتنازل عن حق المرور أو المجرى وبحسب نوع الإرتفاق، إلا إذا كان هناك عدة أشخاص يتمتعون بنفس حق الإرتفاق، فإن تنازل أحدهم يحرمه وحده من الإستفادة بالحق ويرتب أثره الإسقاطي والإنقضائي تجاه المالك المتنازل وحده.[116]

ركزنا في كل ما سبق على الحقوق العينية الأصلية وأثر التنازل عنها بالنسبة للمتنازل عن الحق، أما الآن سنتطرق إلى الحقوق العينية التبعية وأثر التنازل عنها بالنسبة للمتنازل. حيث أن التنازل عن الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) يؤدي إلى إنقضائها دون الدين الذي يبقى موجوداً. وبتنازله عن الحق العيني التبعي، يفقد الدائن صفته كدائن مرتهن ويصبح مجرد دائن عادي ليس له إلا حق شخصي في ذمة المدين.

ويخسر المتنازل عن الحق العيني التبعي حقه بالتقدم وبذلك يزاحمه الدائنون الآخرون في إستخلاص دينه، ويقصد بحق التقدم بأنه الحق الذي يمنحه القانون لبعض الدائنين بهدف إستيفاء دينهم من ثمن بيع محل الحق العيني التبعي قبل غيرهم من الدائنين.[117] ونظراً إلى أن دين المتنازل يصبح ديناً عادياً فهو يستوفيه وفق قواعد الضمان العام وعلى أساس المساواة وما يترتب عليها من قسمة أموال المدين قسمة غرماء كل على قدر نسبة دينه.[118] ونلاحظ أنه بتنازل الدائن عن حقه العيني فإن التأمين هنا يفقد قوته ويفرغ من محتواه. وبالرجوع للفقرة (1) من المادة (1350) من القانون المدني العراقي، فإنه عند تنازل الدائن المرتهن رهناً حيازياً وارداً على منقول، سوف يحرم من حقه في حبس الشيء. وبالإضافة إلى فقدان حق التقدم بالتنازل عن الحق العيني التبعي، فإن حق التتبع أيضاً يسقط.

وبالنسبة لحق التتبع في التأمينات العينية غير الحيازية، فإنه يخول الدائن صاحب التأمين العيني التنفيذ على المال المرهون في أي يد يكون. أما في التأمينات العينية الحيازية فإن حق التتبع يعطي الدائن الحق في إسترداد حيازة المال محل التأمين من الحائز الجديد، مع العلم أن حق التتبع يقيد إذا كان الشيء المرهون منقولاً لأنه يصطدم بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية).[119] ويرتبط حق التتبع إرتباطاً وثيقاً بحق التقدم بإعتباره يوسع نطاق ممارسة حق التقدم، حيث أنه يمكن صاحب الحق من التمسك به تجاه الغير الذي أنتقلت إليه ملكية محل حق العيني التبعي (الرهن). فيخول الدائن بأن يحجز محل الحق العيني التبعي ويبعه بيعاً جبرياً بهدف الحصول على حقه من ثمن الشيء بالتقدم على الدائنين الآخرين، لذلك نرى بأن حق التتبع يعتبر مكملاً ضرورياً لحق التقدم.

نخلص مما تقدم، أن التنازل عن الحق العيني التبعي يفقد الدائن الصلاحيات المخولة له قانوناً لذلك يعد تصرفاً مضراً به. ويكون هذا التنازل له أبعاد أخطر بكثير إذا كان هذا التأمين محل التنازل هو التأمين الوحيد الذي يتمتع به الدائن. أما إذا كان للدائن ضمانات عديدة لدينه فإن التنازل عن أحدها لا يرتب ذاك الضرر الجسيم، ولا يؤثر بصفة كبيرة في وضعية الدائن. كمن يتنازل عن الرهن التأميني الوارد على عقار والذي تكون إجراءاته معقدة، لأنه يتمتع بكفالة شخصية وهو متأكد أن كفيل المدين يمتلك ما يكفي بأن يسدد مبلغ دينه الثابت في ذمة المدين.[120]

2.1.5 الفرع الثاني: الأثر الإبرائي للتنازل عن الحق

في كل الأحوال يحدث التنازل عن الحق أثره الإنقضائي، فهذا الأثر يعد هو الأثر الرئيسي العام للتنازل، وإلى جانب هذا الأثر يحقق التنازل أثراً إبرائياً خاصاً من الإلتزام التبعي المرتبط بالحق محل التنازل، ويكون هذا الإلتزام تابعاً للحق ومرتبطاً به.

وخلافاً للأثر الإنقضائي للتنازل عن الحق، والذي يعتبر من أخطر التصرفات التي ترد على الذمة المالية لإنتمائه إلى التصرفات الضارة المحضة، فإن الأثر الإبرائي الذي يحدثه التنازل عن الحق يبين أن هذا التصرف يمكن أن يكون وسيلة للمحافظة على الذمة المالية لصاحب الحق والتي تكون مثقلة بهذا الإلتزام، عندما يتم التنازل عن الحق بغرض التخلص من الإلتزام التابع له.

وبما أننا وصفنا هذا الإلتزام بأنه تابع للحق محل التنازل، فأن لهذا الإلتزام خصائص يمكن تحديدها بما يأتي:

- يتحقق الإبراء من هذا الإلتزام التبعي بتنازل صاحب الحق عن حقه.
- ينتقل هذا الإلتزام مع إنتقال الحق إلى الخلف الخاص او العام.[121]

ومن أهم التطبيقات على الإلتزام التبعي هو إلتزام الشريك في الحائط المشترك. حيث أن المشرع يضع على عاتق الشريك في الحائط المشترك إلتزاماً بدفع مصاريف ترميم أو إعادة بناء هذا الحائط في حالة إنهدامه. وقد ورد هذا الإلتزام في الفقرة الثانية من المادة (1087) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: "وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادةً فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة".

أما المشرع المصري فقد جعل نفقات الترميم وإعادة البناء تكون على الشركاء كل حسب حصته من ملكية العقار،[122] وهو نفس موقف المشرعين العماني،[123] والفرنسي.[124] ونحن بدورنا نوافق الأستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون في نقدهم للمشرع العراقي، حيث كان الأولى بالمشرع العراقي أن يقرر بأن هذه النفقات يتحملها الشركاء كل بمقدار حصته.[125]

ومما يجد الإشارة إليه، أن المشرع العماني منع المالك في الحائط المشترك من التنازل عن حقه في ملكية الحائط للتخلص من تكاليف الصيانة والترميم وإعادة البناء.[126] ونلاحظ أن المادة (656) من القانون المدني الفرنسي، والتي تجيز للمالك في الحائط المشترك أن يعفي نفسه من المساهمة في مصاريف تصليح وترميم و إعادة بناء الحائط المشترك وذلك من خلال تنازله عن حق الشراكة في الحائط، بشرط ألا يشكل هذا الحائط دعامة لبناءه. وقضت محكمة النقض المدنية في فرنسا، بحكمها المرقم (473)، في 26 تشرين الثاني، عام 1969: (لا يجوز لأحد المالكين الشركاء أن يمارس حق التنازل بهدف إعفاء نفسه من مصاريف ترميم و إعادة بناء الحائط المشترك، خاصة إذا كانت الأضرار اللاحقة بالحائط المشترك ناتجة عن خطأه).[127]

وبرأينا المتواضع فإن المشرع العماني قد أجاد النص في مسألة التنازل عن الحائط المشترك، حيث أن المشرعين العراقي والمصري قد أعطوا المجال للشريك في الحائط المشترك من التهرب من التكاليف بمجرد تنازله عن ملكية هذا الحائط، ولذلك فإننا نطالب المشرع العراقي بأن يحذو حذو المشرع العماني، وإضافة مادة جديدة إلى أحكام الحائط المشترك تقضي بعدم جواز تنازل الشريك عن نصيبه في الحائط المشترك إذا كان التنازل غايته التخلص من مصاريف ترميم الحائط المشترك وإعادة بنائه.

2.5 المطلب الثاني: آثار التنازل عن الحق بالنسبة لغير المتنازل

ذكرنا بأن التنازل يعتبر من أخطر التصرفات التي ترد على الذمة المالية للشخص المتنازل، فهو يندرج تحت عنوان التصرفات القانونية الضارة ضرراً محضاً. ومثلما يكون لهذا التصرف أثراً إنقضائياً وإبرائياً على المتنازل، فإنه يكون له أثراً بالنسبة للغير في ثلاث حالات هي، تنازل المدين المعسر وتنازل المريض مرض الموت وتنازل الولي أو الوصي أو القيم عن حقوق من هم تحت رعايتهم. وسنبحث كل حالة على حدة في فرع مستقل.

1.2.5 الفرع الأول: أثر التنازل عن الحق بالنسبة لدائنين المتنازل

بكل الأحوال يؤثر تنازل الدائن عن حقه على الجانب الإيجابي لذمته المالية، ولكن الوضع القانوني يتغير إذا كان هذا المتنازل عن حقه مديناً للغير. حيث أن المدين يكون إما معسراً أو موسراً، والمدين المعسر هو من تزيد ديونه على حقوقه.[128] فلو فرضنا أن المتنازل عن حق المنفعة أو الملكية هو مدين معسر فإن تصرفه هذا سيضر بذمته المالية ويزيد في إعساره، وهو ما ينعكس سلباً على دائنيه، الذين تعتبر الذمة المالية لمدينهم ضماناً عاماً لديونهم.[129] ويختلف الضمان العام عن الضمان الخاص لدائن معين، حيث أن الضمان العام يرد على جميع أموال المدين من ناحية و يتساوى جميع الدائنين قبله من ناحية أخرى.[130] وقد نصت على ذلك المادة (260) من القانون المدني العراقي بقولها "1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".[131]

ولقد أجاز المشرع العراقي في المادة (263) من القانون المدني، وكذا فعل المشرع المصري والعماني والفرنسي، للدائن بالطعن في التصرفات الضارة لمدينه المعسر بدعوى عدم نفاذ التصرف (ويسميها البعض بالدعوى البوليصية نسبة للبريتور الروماني الذي ابتدعها وأسمه بولص)، وذلك بهدف المحافظة على الضمان العام وعدم نفاذ هذا التصرف في حقه.[132]

يشمل نطاق دعوى عدم نفاذ التصرف التصرفات القانونية فقط، فلا يجوز للدائن أن يطعن بالتصرفات المادية لمدينه حتى لو كانت مضره، كأن يقوم المدين بإتلاف أمواله. ومن أهم شروط دعوى عدم نفاذ التصرف هي:

- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وبهذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة في أن الحق في الدعوى غير المباشرة يكفي أن يكون موجوداً.
- أن يكون التصرف الذي قام به المدين مفقراً، كأن يكون تبرعاً أو تنازلاً. أما إذا كان المدين قد تصرف معاوضة، فإنه يجب على الدائن إثبات تواطؤ المدين مع الغير.
- يجب أن يكون التصرف المطعون فيه مؤدياً إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. أما إذا كان التصرف لا يؤدي إلى الإعسار أو الزيادة فيه، فلا يقبل الطعن فيه حتى لو كان مفقراً للمدين.[133]

نخلص مما تقدم، أن التنازل عن الحق العيني بإعتباره تصرفاً قانونياً، فإنه يجوز الطعن فيه من قبل الدائنين، إذا كان هذا التنازل صادراً من المدين، وأدى هذا التنازل إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. حيث سيكون لهذا التنازل أثراً ليس على ذمة المدين فقط، بل على دائنيه أيضاً بإعتبار الذمة المالية للمدين ضماناً عاماً لإستيفاء حقوقهم.

2.2.5 الفرع الثاني: تنازل المريض مرض الموت عن الحق

يكون للتنازل عن الحق آثاراً ممتدة إلى الغير في حالة تنازل المريض مرض الموت. ولم يحدد كل من المشرع العراقي والمصري والعماني والفرنسي معنى مرض الموت، بالرغم من إستخدامهم لهذا المصطلح، بل تركوا ذلك لإجتهاد الفقهاء وحرية القضاء للأخذ بأي تعريف يلائمهم. بينما نلاحظ أن المشرع الأردني قد عرف مرض الموت في القانون المدني رقم 43 لسنة 1976، إذ نص على: "هو المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".[134] وكذلك نرى أن مجلة الأحكام العدلية كانت قد عرفت مرض الموت في نص المادة (1595) بأنه "ذلك المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحة خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن، وإن أمتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حالة واحدة، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته صحيحة مالم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو أشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد مرضه إعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت". ويلاحظ أن محكمة التمييز العراقية قد بينت في القرار المرقم 447/حقوقية/66، والصادر في 1966/10/12، أن المقصود بمرض الموت "هو المرض الذي يمنع المريض عن مزاولة أعماله المعتادة، والذي يغلب فيه الهلاك، ويؤدي إلى وفاة المريض".[135] كما عرفه القضاء المصري بأنه "المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته وينتهي بالموت، بحيث يشعر المريض بقرب إنتهاء أجله، ولا يشترط أن يكون المريض طريح الفراش".[136]

يتضح مما تقدم من تعاريف تشريعية وقضائية، بأن المرض يعد مرض موت إذا توفرت فيه عدة شروط، وهي:

أ. عجز المريض عن متابعة أعماله المعتادة: وتمثل هذه الأعمال بما يقوم به الشخص تبعاً لوظيفته أو حرفته، كتوقف الأستاذ الجامعي عن دوامه بسبب المرض أو المحامي الذي يتوقف عن المثول أمام المحاكم أو الزوجة التي توقفت عن مزاولة أعمالها المنزلية بسبب المرض.[137]

ب. أن يغلب في المرض الموت: ويقصد بذلك أن يكون المرض من الأمراض الخطيرة والتي تنتهي غالباً بالموت، أو أن يكون مرضاً بسيطاً، ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض خطيرة بحيث يخشى عليه من الموت. ولتحديد ما إذا كان المرض يغلب فيه الموت من عدمه، فهو أمر يرجع معرفته إلى الأطباء المختصين ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في التحقق من توافر شروط مرض الموت.[138] وإذا أصيب الشخص بمرض بسيط في الجهاز التنفسي او الهضمي، فإنه لا يعد مرض الموت ولو أدى إلى وفاة المريض، لأن مثل هذه الأمراض لا يغلب فيها الموت وإنما يغلب فيها الشفاء. أما إذا كان المرض من الأمراض التي يغلب فيها الوفاة كالسرطان، وأصاب مناطق حساسة في الجسم كالدماغ والكبد والرئة، فإنه يعد مرض الموت.[139]

ج. إنتهاء المرض بالموت: يشترط في مرض الموت أن ينتهي المرض بالموت فعلاً، وأن لا تزيد مدة المرض عن سنة، إحتساباً من لحظة نزول المرض به، ويمكن إثبات هذه المدة من خلال التقارير الطبية على أساس أول مراجعة للمريض للمستشفى.[140] وإن إمتد المرض لمدة تزيد على السنة فلا يعد مرض الموت، بل يعد من الأمراض المزمنة ولا يؤثر على تصرفات المريض.[141] وقد نص المشرع الأردني على هذه المدة في المادة (543)، لكنه إستثنى من ذلك

الأمراض التي تأخذ بالإزياد وتؤدي بحالة المريض إلى التدهور وتستمر على هذا الحال إلى حين الوفاة. ونلاحظ أن المشرع العراقي والمصري والعماني لم يحددوا أية مدة لمرض الموت، ويعتبر ذلك قصوراً من قبلهم.

ينص المشرع العراقي في القانون المدني على أن: "كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له".[142] وقد نصت الفقرة (2) من المادة (1108) من القانون المدني العراقي على أنه: "وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة". يفهم من النصين المذكورين أعلاه، أن التبرع الصادر من المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية، وبالقياس مع التنازل، فإن التنازل أيضاً يأخذ حكم الوصية، بإعتبار أن التنازل أيضاً من التصرفات القانونية الضارة ضرراً محضاً كالتبرع. فتنازل المريض مرض الموت عن حق من حقوقه يعتبر صحيحاً ونافذاً إذا كان هذا الحق في حدود ثلث التركة، أما إذا زاد عن الثلث فإن الزيادة تكون موقوفة على إجازة الورثة.

3.2.5 الفرع الثالث: تنازل الولي أو الوصي أو القيم عن حقوق المحجورين

لا يشترط أن يصدر التعبير عن الإرادة من الشخص الذي يؤثر التصرف في ذمته المالية، فقد يصدر هذا التعبير من نائب عن هذا الشخص. وتعرف النيابة بأنها سلطة تثبت لشخص يسمى النائب، وتخوله إنشاء التصرفات القانونية عموماً بأسم ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل.[143] وتكون النيابة من حيث المصدر والسلطات الممنوحة للنائب على ثلاثة أنواع: إتفاقية أو قضائية أو قانونية، وما يهمنا هنا هي النيابة القانونية والنيابة القضائية.

نصت المادة (102) من القانون المدني العراقي على أن "ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة". وبعد صدور قانون رعاية القاصرين ذو الرقم 78 لسنة 1980 فقد حصر الولاية على الصغير بالأب ثم المحكمة.[144] وبما أن القاعدة القانونية تحكم بأن النص الخاص يقيد العام، فإن ولي الصغير هو أبوه أو المحكمة. أما فيما يخص الوصي، فهو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير ثم من تنصبه المحكمة، وتكون للأم الأولوية إذا لم يكن في ذلك ضرر لمصلحة الصغير، فإن لم يكن أحد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً. ويشترط في الوصي أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على ممارسة شؤون الوصاية.[145] وبكل الأحوال تنتهي الولاية والوصاية ببلوغ الصغير سن الرشد، ولكن تستطيع المحكمة تمديدها إذا رأت في مصلحة الأصيل ذلك.(146)

اما القيم، فهو من تختاره المحكمة لكي يدير أموال شخص لا يستطيع أن يعبر عن إرادته بسبب مانع مادي أو قانوني.[147] ويتمثل المانع المادي في حالتي الغائب والمفقود، أما المانع القانوني فيتمثل بالحكم على الشخص بعقوبة جناية. والمقصود بالغائب هو من تكون حياته معلومة ولكنه هجر بلده ولا يعرف محل إقامته. أما المفقود فهو الغائب الذي إنقطعت أخباره ولا تعرف حياته من موته. وحيث أنه يترتب على الحالات المذكورة أعلاه تعطيل مصالح الشخص أو مصالح غيره فإنه يتوجب تعيين قيم ليقوم بإدارة أمواله.[148]

وحرصاً من المشرع العراقي على مصالح وحقوق القاصرين وغيرهم من المحجورين، فقد فرض قيوداً على تصرفات الأولياء والأوصياء والقيمين، حيث تنص المادة (43) من قانون رعاية القاصرين "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك:

- أولاً- جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.
- ثانياً- التصرف في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية. ثالثاً- الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر..... سابعاً- التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الاحكام".

نستخلص مما تقدم، أن تنازل الولي أو الوصي أو القيم عن حق من حقوق من يمثلونهم، يعد تصرفاً موقوفاً على إجازة دائرة رعاية القاصرين، ويجوز لمن يمثل هذه الدائرة أن يجيز التصرف إذا وجد أن في التنازل مصلحة للقاصر أو للمحجور بحكم جنائي أو فقد أو غيبة. ومثال ذلك تنازل الوصي عن حق عيني للصغير بسبب النفقات الباهضة لإدامة هذا الحق. وهذا ما أقره القضاء العراقي في القرار الصادر من محكمة إستئناف النجف بصفتها التمييزية المرقم 321/ت/ج/2016، والصادر بتأريخ 2016/9/20: "وإن المحكمة المختصة لم تراعي في إصدارها للحكم تطبيق أحكام القانون تطبيقاً صحيحاً حيث لم تعطي الحق للمدعي بالحق الشخصي بمراجعة المحاكم المدنية

للمطالبة بالتعويض، وذلك لأن التنازل الذي قام به الولي لا يسري على حق الحدث كونه ضار بحقوقه ضرراً محضاً".

6. الخاتمة

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

1.6 النتائج

- يقصد بالتنازل عن الحق تصرف قانوني يسقط به الحق أياً كان حالاً أو مؤجلاً أو إحتمالياً، سواء كان هذا التنازل بالإرادة المنفردة لصاحب الحق أو بالإتفاق مع شخص آخر، وسواء كان بعوض أو دونه.
- جواز التنازل عن حق الملكية الوارد على المنقول، أما حق الملكية العقاري فالتنازل عنه غير وارد ما عدا في التنازل عن ملكية الحائط المشترك.
- يعتبر أهم أثر للتنازل عن الحق هو إسقاط الحق، ويقصد بالإسقاط إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق. وهذا ما يميز التنازل عن الحق عن غيره من التصرفات القانونية كالبيع والهبة اللذان ينقلان الحق لشخص آخر.
- يكون للتنازل عن الحق أثرين على المتنازل، فللتنازل أثر إنقضائي للحق لا محالة وقد يضاف إلى هذا الأثر أثر إبرائي من خلاله يتجرد المتنازل عن الحق من إلتزام كان يشغل ذمته المالية.
- يكون للتنازل عن الحق أثر على الغير في عدة حالات، كتنازل المدين المعسر عن حق من حقوقه، وتنازل المريض مرض الموت، وتنازل الولي أو الوصي أو القيم عن حقوق المحجورين الذين يمثلونهم.

2.6 التوصيات

- عند قيام المشرع العراقي بذكر أسباب إنقضاء حق المنفعة بإعتباره أحد الحقوق العينية الأصلية، فإنه لم يتطرق إلى التنازل. لذلك نوصي المشرع العراقي بإضافة نص قانوني في القانون المدني يوضح فيه أن للمنتفع أن يتنازل عن حقه كأحد أسباب إنقضاء حق المنفعة.
- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل المواد القانونية التي تتعلق بالرهن الحيازي، وحصر الرهن الحيازي بالمنقول فقط، وذلك تماشياً مع الأرآء الفقهية الحديثة وهو نفس موقف المشرع العماني. حيث أن الرهن الحيازي الوارد على العقار يحرم المدين من الإنتفاع بعقاره المرهون وهذا يثقل كاهله بالرغم من أنه مدين.
- نوصي المشرع العراقي بإضافة مادة إلى القانون المدني تبين بأنه يجوز للمتصرف في الأراضي الأميرية التنازل عن حقه بإرادته المنفردة، ويكون ذلك إما صراحةً أو ضمناً وذلك من خلال ترك إستغلال الأرض لمدة سنتين متواليتين دون عذر مشروع.
- نوصي المشرع العراقي بأن يحذو حذو المشرع العماني، ويضيف مادة جديدة إلى أحكام الحائط المشترك تقضي بعدم جواز تنازل الشريك عن نصيبه في الحائط المشترك إذا كان التنازل غايته التخلص من مصاريف ترميم الحائط المشترك وإعادة بنائه.

7. قائمة المصادر

1.7 القران الكريم.

2.7 المعاجم اللغوية

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

3.7 الكتب القانونية

1. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، ذات السلاسل، الكويت، 1998.

2. د. ابراهيم ابو الليل و د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1986.
3. د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1959.
4. المستشار أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون، مطبوعات جامعة بغداد، بغداد، 1976.
6. د. دريد محمود علي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام- دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2012.
7. حبيب عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
8. د. حسن عبد الفتاح السيد محمد، التنازل عن الحق كوسيلة من وسائل فض النزاع عند تساوي الحقوق وتعارضها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
9. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي: الحقوق العينية الأصلية، الرابطة للطبع والنشر، بغداد، 1954.
10. د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية والنظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
11. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، منشورات جامعة بنها، السعودية، 2009.
12. د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
13. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
14. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.
15. د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الشارقة، 2010.
16. د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
17. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
18. د. شاكر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، الطبعة الأولى، مطبعة الإعتماد، بغداد، 1947.
19. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1961.
20. د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
21. د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، بيروت، د س ن.
22. د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني: الحقوق العينية التبعية، ج9، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
23. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، آثار الإلتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن.
24. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، حق الملكيةمع شرح مفصل للإشياء والأموال، ج8، دار الإحياء التراث العربي، د س ن.
25. 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.
26. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ.م محمد طه البشير، القانون المدني: أحكام الإلتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة 2010.
27. علي أكرم كاظم السعدي، التصرف القانوني بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
28. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.
29. فريد فتيان، مصادر الإلتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني، بغداد، 1957.
30. د. محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، منشورات جامعة بنها، مصر، د س ن.
31. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
32. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون: نظرية الحق، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
33. د. محمد حسن قاسم، مصادر الإلتزام، العقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء قانون العقود الفرنسي الجديد 2016، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، 2018.
34. أ. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: الحقوق العينية التبعية، ج3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص178.
35. أ.م. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، د س ن.
36. د. محمد عبد الحميد مكي، التنازل عن الشكوى كسبب لإنقضاء الدعوى الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

37. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، تنقيح محمد علي سكيكر و معتز كامل مرسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005

38. د. محمد لبيب شنب، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الإسراء للطباعة، القاهرة، 2004.

39. د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط2، دار الثقافة، عمان، 2006.

40. د. محمود المظفر، نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها القانونية والشرعية، الطبعة الأولى، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة.

41. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الإلتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الأولى، احسان للنشر والتوزيع، اربيل، 2014.

42. د. مصطفى الجمال، أحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن.

43. د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2010.

44. د. هام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، الكفالة – الرهن الرسمي – حق الإختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الإمتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

45. د. هام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

4.7 القوانين

1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
4. قانون الإصلاح الزراعي العراقي المعدل، رقم 117 لسنة 1970.
5. قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971.
6. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
7. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.
8. قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013.

5.7 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.
2. أ. م. حسنين ضياء نوري الموسوي، آثار حقوق الإرتفاق، دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة أبحاث ميسان، المجلد 13، العدد 25، 2017.
3. د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، بحث منشور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، 1964، مطبعة جامعة الإسكندرية.
4. 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.
5. د. ضحى محمد سعيد، التصرف القانوني للشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، 2011.
6. عمار محسن الزرفي، دور النيابة في إنشاء التصرفات القانونية، بحث منشور، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 18، 2010.
7. يمينة شودار، أحكام حقوق الإمتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2011.

6.7 المصادر الإنجليزية والفرنسية

1. John M Peterson, Property Rights, The Article is published on the Internet, for more details visit this website: (27-11-2019) https://www.academia.edu/37080861/Property_Rights
2. Oxford Dictionary: English to Arabic, 0xford University press, Third edition, United Kingdom, 2011.
3. Raynaud Pierre, La renonciation a un droit, Reveue trimestrielle de droit civil, tome 35, 1936.
4. Silvio Lessona, Essai D'une Theorie Generale de la Renonciation en Droit Civil, Revue Trimestreielle de Droir Civil, Tome 11, Paris, 1912.

8. 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، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، 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، ص 188.
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. حسن كيرة، مصدر سابق، ص441.
11. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ، ص386.
12. تجدر الإشارة هنا بأن الفقيه دابان عرف الحق بأنه (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). للمزيد راجع د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010، ص 144.

13. ينظر في هذا المعنى، د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص35.

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

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، ص32.

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

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

18. المشرع المصري استعمل مصطلح النزول في المواد (388) و (871) في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 المعدل، واستعمل المشرع العراقي 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.

19. محمد عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1989 ، ص696.

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

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

22. سورة البقرة، الآية 42.

23 . سورة الذاريات، الآية 23.

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

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

26. Raynaud Pierre, La renonciation a un droit, Reveue trimestrielle de droit civil, tome 35, 1936, p766.

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

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

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

30. 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

31. تجدر الإشارة هنا أن التنازل عن الحق يختلف أيضاً عن التنازل عن مرتبة الحق، وذلك لأن التنازل عن الحق يسقط الحق بينما التنازل عن مرتبة الحق فإن مرتبة الدائن المرتهن تتغير فقط بمرتبة دائن مرتهن آخر دون تأثر حقه، فالحق باقي وثابت. كذلك فإن التنازل عن الحق يختلف عن الإبراء في أن الإبراء يمكن رده من المدين بينما التنازل عن الحق فلا يرد.

32. أ.م. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، د س ن، ص 323.

33. 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.

34. د. سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الشارقة، 2010، ص 216.

35. John M Peterson, Property Rights, The Article is published on the Internet, For more details visit this website: (27-11-2019) https://www.academia.edu/37080861/Property_Rights

36. د. هام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 29.

37. المادة (1048)، مدني عراقي.

38. المادة (1050)، مدني عراقي.

39. المادة (1/23) من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.

40. الفقرة ثانياً، من المادة أعلاه.

41. د. شاكر ناصر حيدر، أحكام الأراضي و الأموال غير المنقولة، الطبعة الأولى، مطبعة الإعتماد، بغداد، 1947، ص 48.

42. د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، دار الوهدان للطباعة والنشر، مصر، ص 243.

43. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، منشورات جامعة بنها، السعودية، 2009، ص22.

44. د.علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص 32.

45. المادة (1104)، مدني عراقي.

46. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي: الحقوق العينية الأصلية، الرابطة للطبع والنشر، بغداد، 1954، ص 10.

47. تجدر الإشارة هنا أن الفقه العراقي لم يتطرق إلى هذه المسألة، و عند زيارتنا لمديرية التسجيل العقاري في مدينة الموصل ومدينة دهوك في إقليم كوردستان العراق تبين بأنه لايوجد أي حالة لإسقاط شخص ملكيته الواردة على عقار، بل أن التصرفات القانونية التي تقع على العقار هي نقل حق الملكية لشخص آخر أو وقف العقار للأوقاف الدينية أو رهن للعقار، أما بخصوص التنازل عن ملكية العقار وعدم نقلها لأحد فهو أمر غير متصور.

48. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، حق الملكيةمع شرح مفصل للإشياء والأموال، ج8، دار الإحياء التراث العربي، د س ن. ص 536.

49. المادة (1260)، مدني عراقي.

50. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006 ص21.

51. د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1959، ص 53.

52. مجلة الحقوق العينية التونسية، قانون صادر بتأريخ 12 شباط 1965. للمزيد هذا القانون منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط الآتي: (تاريخ الزيارة 2018/11/13) www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/code_droits_reels_12_07_2010.pdf

53. أ.م. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 269.

54. وهذا ما تقرره المادة (13/ب) من قانون الإصلاح الزراعي العراقي المعدل، رقم 117 لسنة 1970، والتي تنص على: (كل ارض زراعية مملوكة ملكا صرفا للاشخاص الطبيعية او المعنوية الخاصة او موقوفة صحيحا او غير صحيح او مملوكة للدولة مثقلة بحق التصرف للاشخاص، تترك زراعتها سنتين متواليتين دون عذر مشروع، تعتبر ملكا للدولة دون تعويض، وتناط ادارتها بالاصلاح الزراعي وفقا لاحكام القانون وتسجل في دائرة التسجيل العقاري باسم وزارة المالية ملكا صرفا بعد اكتساب القرارات الصادرة فيها من اللجان المختصة الدرجة القطعية). حيث نلاحظ أن مدة الترك قد تم تقليصها إلى سنتين.

55. من الجدير بالذكر أن المشرع المصري لم يتطرق إلى حق التصرف في الأراضي الأميرية عند بحثه للحقوق العينية الأصلية في القانون المدني، بينما قام المشرع العراقي بشرحه في قانون المعاملات المدنية بإعتباره حق عيني أصلي ولكن دون أن يحدد طرق إنقضائه.

56. د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، دار الوهدان للطباعة والنشر، مصر، 2008، ص387.
57. المادة (722)، مدني عراقي.
58. نقلاً عن د. جلال العدوي، مصدر سابق، ص 191.
59. المادة (622)، مدني الفرنسي.
60. من الجدير بالذكر أن للمنتفع كصاحب أي حق آخر، أن يتصرف في حقه معاوضةً أو تبرعاً ، ويستفاد هذا القول من نص المادة (1/1253) مدني عراقي حيث ذهبت إلى أنه: (للمنتفع أن يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً ما لم يكن في السند الذي أنشأ هذا الحق أحكام تخالف ذلك). وهنا المقصود من قبل المشرع العراقي هو نقل الحق وليس التنازل عنه أي إسقاطه.
61. المادة (1/1266)، مدني عراقي.
62. أ.م. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 321.
63. المادة (1267)، مدني عراقي. وتجدر الإشارة بعدم تطرق القوانين المدنية في كل من فرنسا، مصر وعمان على هذا الحق العيني الأصلي.
64. المادة (1271)، مدني عراقي.
65. المادة (637)، مدني فرنسي.
66. أ.م. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 322.
67. أ. م. حسنين ضياء نوري الموسوي، آثار حقوق الإرتفاق، دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة أبحاث ميسان، المجلد 13، العدد 25، 2017، ص 144.
68. د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 223.
69. د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 229.
70. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، تنقيح محمد علي سكيكر و معتز كامل مرسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 483.
71. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج8، ص 1284.
72. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ص323.
73. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 535.
74. المواد (1279 و1280)، مدني عراقي. وبنفس المعنى ينظر المادة (700) مدني فرنسي.
75. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 324.
76. بن حموش تسعديت، النظام القانوني لحق الإرتفاق في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، السنة الدراسية، 2014، ص 10 ومابعدها.
77. د. عصام أنور سليم، أداة النزول المسقط للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 86.
78. المادة (4/1007)، معاملات مدنية عماني.
79. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، ذات السلاسل، الكويت، 1998، ص5 -6.
80. وبنفس الإتجاه ذهب المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية، ينظر المواد من 1010 إلى 1086.
81. د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، مصدر سابق، ص 422.
82 د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 8.
83. المادة (1285)، مدني عراقي.
84. المادة (1318)، مدني عراقي.
85. أ. محمد البشير و د. غني حسون، الحقوق العينية التبعية، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، د س ن، ص 479.
86. المادة (1321)، مدني عراقي.
87 المادة (1097)، مدني مصري.
88. المادة (2387)، مدني فرنسي.
89. المادة (1057)، معاملات مدنية عماني.
90. د. هام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، الكفالة – الرهن الرسمي – حق الإختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الإمتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 573.
91. أ. محمد البشير و د. غني حسون، الحقوق العينة التبعية، مصدر سابق، ص 489.
92. أ. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: الحقوق العينية التبعية، ج3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص178.
93. المادة (1349/ ج)، مدني عراقي.
94. أ. محمد البشير و د غني حسون، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 552.
95. المادة (1/1361)، مدني عراقي.
96. للمزيد، المادة (1130) مدني مصري تنص على أن: (الإمتياز، أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته).
97. أ. محمد البشير و د. غني حسون، مصدر سابق، ج2، ص 565.
98. د. محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 370.
99. د. هام زهران، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 646.
100. أ. محمد البشير و د. غني حسون، مصدر سابق، ج2، ص 566.
101. أ.د. محمد وحيد الدين، مصدر سابق، ص 284.
102. أ. محمد البشير و د. غني حسون، مصدر سابق، ج2، ص 566.
103. محمد البشير و د. غني حسون، مصدر سابق، ج2، ص 568.
104. د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني: الحقوق العينية التبعية، ج9، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص 578.
105. د. محمد كامل باشا، مصدر سابق، ص 372.
106. المستشار أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 524.
107. المادة (1/1363)، مدني عراقي.
108. يقصد بالتطهير، قيام الحائز بعرض على الدائنين المرتهنين إستعداداً لدفع مبلغ مساوي للقيمة الحقيقية للعقار المرهون، وللحائز الحق في عرضه للتطهير بمجرد تسجيل سند ملكيته دون إنتظار حلول أصل الدين، للمزيد راجع، السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج10، ص 956.
109 يمينة شودار، أحكام حقوق الإمتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2011، ص 84.
110. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1961، ص 9.
111. المادة (1048)، مدني عراقي. وفي نفس المعنى المادة (802) مدني مصري، والمادة (798)، معاملات مدنية عماني.
112. د. ضحى محمد سعيد، التصرف القانوني للشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، 2011، ص 18.
113. أ. محمد طه البشير و د. غني حسنون طه، مصدر سابق، ج1، ص 44.
114. يقصد بدعوى الإسترداد، هي الدعوى التي تهدف إلى إعادة وضع يد الحائز على العقار الذي سلبت منه حيازته. وهذه الدعوى لا تحمي سوى حيازة العقارات، لأنها في المنقولات تصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. للمزيد يراجع: أ. البشير و د. غني حسون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 215.
115. د. علي حسن الذنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 347.
116. د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص 484.
117. د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج10، ص 494.
118. المصدر نفسه، ص2.
119. د. محمد كامل مرسى باشا، مصدر سابق، ص 334.

120. يقصد بالكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الإلتزام. لاحظ المادة (1008)، قانون مدني عراقي. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية في المادة (736). كما عرفها المشرع المصري في المادة (722): " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

121. أ.د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج1، ص 14.

122. المادة (2/814)، مدني مصري.

123. المادة (1/845)، معاملات مدنية عماني.

124. المادة (655)، مدني الفرنسي.

125. أ. م. محمد طه البشير و د. غني حسون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص 137.

126. المادة (2/845)، معاملات مدنية عماني.

127. القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص 701.

128. د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج2، ص 953.

129. د. عبد المجيد الحكيم، و آخرون، مصدر سابق، ج2، ص 85.

130. د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص 266.

131. وفي نفس المعنى، المادة (234)، مدني مصري. والمادة (268)، معاملات مدنية عماني.

132. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، مصدر سابق، ص 81.

133. د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 274.

134. المادة (1/543)، مدني أردني.

135. نقلاً عن: حبيب إدريس المزوري، حبيب عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 27.

136. قرار رقم (2705) استئناف، الصادر بتأريخ 1909/12/21. نقلاً عن، أ. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية: الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، ج6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص310.

137. سميرة توفيق الجليس، مرض الموت وأثره على عقد البيع، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2017، ص 30.

138. حبيب عيسى المزوري، مصدر سابق، ص 37.

139. د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ط2، دار الثقافة، عمان، 2006، ص505.

140. حبيب إدريس المزوري، مصدر سابق، ص 44.

141. د. محمد يوسف الزعبي، مصدر سابق، ص 506.

142. المادة (1/1109)، مدني عراقي.

143. د. محمد حسن قاسم، مصادر الإلتزام، العقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء قانون العقود الفرنسي الجديد 2016، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، بيروت، 2018، ص 112.

144. المادة (27)، قانون رعاية القاصرين العراقي.

145. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص 67.

146. المواد (31، 39)، قانون رعاية القاصرين العراقي.

147. عمار محسن الزرفي، دور النيابة في إنشاء التصرفات القانونية، بحث منشور، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 18، 2010، ص 238.

148. د. دريد محمود علي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام- دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 131.