

النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص*

للدكتور جلال المدوي

أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق

مقدمة

١ - بقدر ما طبع الشخص على التمسك بما قد يكون له من حقوق أو بما قد يضعه فيه القانون من مراكز قانونية (١) ، بقدر ما قد يجد نفسه مدفوعاً لا إلى مجرد عدم التمسك بحقه أو بمركزه القانوني وإنما إلى النزول عن هذا الحق أو المركز نزولاً يسقطه عنه ويؤدى إلى انقضائه .

٢ - والحياة القانونية زاخرة بمثل هذا النزول المسقط . فمالك المنقول قد يتخلى عنه بقصد النزول عن ملكيته . ومالك العقار المرتفق به قد يتخلى

* لسونا - نحو نظرية عامة للنزول في القانون المدني ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩١٢ ص ٣٦١ وما بعدها . ديكون - نحو نظرية عامة للنزول في القانون المدني الفرنسي ، رسالة من ليون ١٩١٣ . سيبكيانو - نظرية عامة للنزول عن الحقوق العينية ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٨ ص ٢٦١ وما بعدها . ريتو - النزول عن الحق : طبيعته ونطاقه في القانون المدني ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٦ ص ٧٦٣ وما بعدها . كاريونيه - النزول عن الميزة القانونية في القانون الخاص ، أعمال جماعة هنري كايبتان ع ١٣ ص ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ٢٨٣ وما بعدها . برافو - النزول عن الميزة القانونية في القانون الخاص الاسباني ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٢٩٨ . فان دن برج - النزول عن الميزة القانونية في القانون الخاص الهولندي ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٣١٣ . ينج - النزول عن الميزة القانونية في القانون الخاص السويسري ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٣٢١ . بریدن - النزول عن الميزة القانونية في القانون الخاص الفرنسي ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٣٥٥ . كامرلينك - النزول عن الميزة القانونية في قانون العمل الفرنسي ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٣٨١ ريجو - النزول عن الميزة القانونية في القانون المدني البلجيكي ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٣٨٥ . بریز - النزول عن الميزة القانونية في القانون المدني الاسباني ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٤٤١ . بستاكويجلى - النزول عن الميزة القانونية في القانون التركي ، أعمال جماعة هنري كايبتان العدد السابق ص ٤٦٣ .

(١) انظر : Dig.L. 25 De probat «الأصل أن الانسان لا يبلغ به الامل إلى درجة تخليه عن حقوقه» .

هو الآخر عنه تخلصاً مما قد يقع عليه من القيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والحفاظة عليه . والدائن المرتهن قد تتجه ارادته إلى النزول عما له من حق رهن رسمي أو حيازي . والمدين قد يعبر عن ارادته في النزول عن التمسك بالتقادم أو بالمقاصة أو بالحق في الحبس . ومن شاب ارادته عيب من العيوب قد ينزل عن حقه في المطالبة بإبطال التصرف بإجازته له . والمضروب قد ينزل عن حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر أو عن الجزء المحتمل من هذا الضرر . والمستأجر قد ينزل عن حقه في استرداد ما دفعه زيادة عن الحد الأقصى للأجرة أو عن حقه في عدم دفع ما يزيد عن هذا الحد . والعامل قد ينزل عن حقوقه قبل صاحب العمل أو قبل هيئة التأمينات الاجتماعية . والمدعى قد ينزل عن الخصومة بتركها كما قد ينزل عن اجراء من اجراءاتها .

٣ - ومثل هذا النزول ، الذي يعد ما أشرنا اليه منه مجرد قلة من كثرة أو قطر من غيث ، يثير في أعماق الفكر القانوني وجهين من أوجه إعمال هذا الفكر .

٤ - أما الوجه الأول، فهو تحليل ما يعرض من ذلك النزول المسقط . هذا التحليل الذي يطرح على بساط البحث خضماً من دقائق الفكر القانوني . فتميز النزول عن غيره من التصرفات يطرح للبحث التفرقة بين النقل والاسقاط . وتحديد ما يمكن النزول عنه يطرح للبحث قابلية الحقوق المختلفة وغيرها من المراكز القانونية للنزول عنها ، كما يطرح ما هو أخطر من ذلك ألا وهو قابلية القواعد القانونية للنزول عن تطبيقها . وتحديد سبب النزول يطرح للبحث ما إذا كان إلى جانب نية التبرع توجد نية أخرى هي نية الاسقاط . وتحديد أداة النزول يطرح للبحث ليس فقط ما إذا كان النزول يمكن أن يكون بالارادة المنفردة ، وإنما أيضاً ما إذا كان النزول لا يمكن إلا أن يكون بالارادة المنفردة . وأدق من ذلك كله ما يثيره تحديد قيود النزول من التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المتعلقة بالنظام العام ، وما إذا

كان لهذا النظام العام مدلول خاص في مجال النزول ، وهل لا يمكن النزول عن الحقوق المتعلقة بالنظام العام إن صح ان من الحقوق ما يتعلق به . وقد بلغ من دقة هذه المشكلة أن حار فيها القضاة المصري فتضاربت أحكامه وأنقسم على نفسه حتى لا نكاد نعرف له اتجاهاً بصدد ما انهال عليه من منازعات بشأن نزول المستأجر عن حقه في عدم دفع ما يزيد عن الحد الأقصى لأجره الأماكن .

٥ - وأما الوجه الثاني ، من أوجه أعمال الفكر القانوني ، فهو محاولة تجميع شتات ما تزخر به الحياة القانونية من نزول في اطار نظرية عامة ترد فيها الفروع إلى الأصول والجزئيات إلى الكليات وتعقد فيها القواعد وتعمم الأحكام . وإذا كانت محاولات المتقدمين الرائدة لم يحالفها التوفيق ، وإنما انتهت إلى أنه ما من جامع يجمع حالات النزول سوى كلمة النزول التضامنا وفيما وراء هذه الكلمة تختلف طبيعة النزول وشكله وموضوعه وسببه (١) ، فإن الفقه لم يفتر وإنما تجددت محاولاته وتعددت مناحيها .

٦ - فمن الفقهاء من اتجه إلى أن اقامة نظرية عامة للنزول يقتضى بذل توضحية هي تضييق نطاقه وحصره في الحالات التي يمكن أن يجمعها جامع مانع . وهذا الجامع المانع لا يمكن أن نجده إلا في أن النزول يكون تصرفاً انفرادياً يتم بالارادة المنفردة . وبذلك يخرج عن نطاق النزول العديد من الحالات التي يبدو أو يدعى أنها من حالات النزول (٢).

٧ - ومن الفقهاء من اتجه إلى أن اقامة نظرية عامة للنزول لا يمكن أن يكون على أساس تحديد نطاقه وحصره في النزول الانفرادي ، ولا على

(١) ماينيل - النزول في القرون الوسطى والقانون القديم ، المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي ١٩٠٠ ص ١٠٨ ، ١٩٠١ ص ٢٤١ ، ٦٥٧ ، ١٩٠٢ ص ٤٩ ، ٦٤٩ ، ١٩٠٤ ص ٦٩٨ .

(٢) رينو - النزول عن الحق ، طبيعته ونطاقه في القانون المدني ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٦ ص ٧٦٤ .

أساس وجود خصائص مشتركة بين حالاته ، وإنما على أساس القيود المشتركة التي ترد عليه . فهذه القيود المشتركة دون سواها هي التي يمكن أن تضيف على النزول من الوحدة والاصالة ما يحيطه باطار نظرية عامة (١) .

٨ - ولنا أن نحاول أن نعمل الفكر مع من أعماله ، وأن نتابع الاجتهاد بعد من كان لهم فضل السبق اليه ، عسى أن يوفقنا الله بفضل منه إلى أن ندفع بالبحث خطوة إن لم تكن تصل به إلى غايته فحسبنا أن نتقدم به على الصراط السوي .

والتخطيط الذي رسمناه لمحاولتنا هو أن نعرض في باب أول لتحديد ماهية النزول ، حتى إذا تم لنا ذلك عرضنا في باب ثان لقيود هذا النزول .

(١) بريدن - النزول عن الميزات القانونية في القانون الخاص الفرنسي ، أعمال جماعة هنري كايبتان ع ١٣ ص ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ٣٧٠ ، ٣٧٩ .

البَابُ الْأَوَّلُ

ماهية النزول

٩ - إذا تساءلنا عن ماهية النزول ، وتطلعنا إلى اجابة علمية دقيقة ، فلا يجب أن نتلمس هذه الاجابة في تعريف أو آخر يضعه لنا فقيه أو آخر (١) أو نضعه لأنفسنا ثم نأخذ في التحقق من صدقه ودقته . فتعريف النزول هو ما يجب أن ننهى اليه من تحديدنا لماهيته ، أما ما يجب أن نبدأ منه فهو تحرى الغاية من النزول ووسيلته . فالنزول عملية قانونية تحقق غاية معينة بوسيلة معينة . وفي هذه الغاية وتلك الوسيلة يجب أن نتلمس ماهية النزول وما له من ذاتية في محيط ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عمليات قانونية .

ولسنا ممن يقدمون الوسيلة على الغاية ، فالغاية هي المحرك وهي المهيمن . ولهذا نبدأ بتحري الغاية من النزول لتقودنا إلى تحديد وسيلته .

(١) يعرف اوبرى ورو النزول بالمعنى الواسع بأنه تصرف به يتخلل شخص أو يترك حقاً يخصه (٣٢٣ر٣٢٤ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧) .

ويعرف لسونا النزول بأنه تصرف الغرض منه إما انقضاء حق حال دون نقله إلى آخر ، وإما منع نشوء حق (محاولة لنظرية عامة للنزول في القانون المدنى ، المحلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٣٦١) .

ويعرف رينو النزول بأنه تصرف ارادى انفرادى مسقط للحق (البحث السابق الاشارة اليه ٣٠ ر ص ٧٩١) .

ويعرف مالورى النزول بأنه تصرف يتخلل به شخص عن حق يخصه ويكون سبباً لانقضاء الحق بارادة صاحبه وحدها . (موسوعة د الوز ر ١) .

ويعرف ينج النزول بأنه تصرف ارادى يتخلل به شخص عن حق أو ميزة قانونية دون نقلها إلى الغير (أعمال جماعة هنرى كايبتان السابق الاشارة اليها ص ٣٣٢) .

الفصل الأول

الغاية من النزول

” الاسقاط “

١٠ - لتحديد الغاية من النزول ينبغي ، من ناحية ، أن نرجع إلى حالة مؤكدة من حالات النزول لنستقي منها ما يحتمل من غاية ، كما ينبغي ، من ناحية أخرى ، أن نتناول بين هذه الغاية والغاية التي يحققها ما عدا النزول من تصرفات .

١١ - ولعل أبرز حالة مؤكدة من حالات النزول هي تلك التي تمدنا بها المادة ٨٧١ من التقنين المدني بنصها في فقرتها الأولى على أنه «يصبح المنقول لا مالك له إذا نُحِلَ عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته . فمن هذا النص يتبين أن الغاية التي يحتملها النزول عن ملكية المنقول هي سقوط الملكية عمن كان مملكه بحيث يصبح لا مالك له . وهذه الغاية تختلف اختلافاً واضحاً عن الغاية التي يحتملها أى تصرف آخر غير النزول سواء أكان بعوض كالبيع أم تبرعاً كالهبة . فمضى الحالين لا ينقضى الحق وإنما ينتقل من المتصرف إلى المتصرف إليه .

١٢ - وإذا كانت الغاية التي يحتملها النزول والتي تميزه عن غيره من التصرفات هي استمط ما يرد عليه النزول لانقله إلى شخص آخر ، فإن ذلك لا ينفي مجال أن النزول قد يفيد ، بل غالباً ما يفيد ، شخصاً آخر دون أن ينقل إليه الحق الذي نزل عنه صاحبه وإن كان يتيح له في بعض الحالات اكتساب إليه هذا الحق لا بتمتضي التصرف الذي تم به النزول عنه وإنما بتمتضي سند آخر (١).

(١) انظر في ذلك : ليسونا - البحث السابق ص ٣٦٢ ، سيبيكيانو - الرسالة السابقة ٢٨٦ ، برتون البحث السابق ر ٦٤ ص ٣٤٩ وما بعدها ، رينو - البحث السابق ر ٢٢ ص ٧٨٢ ، بينج - البحث السابق ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ريجو - النزول عن الميزات القانونية في القانون المدني =

١٣ - ففي بعض الحالات يفيد نزول الشخص عن حقه شخصاً آخر هو الذي كان لصاحب الحق أن يتمسك به قبله . فجدد سقوط حق المطالبة بالابطال بالنزول عنه يفيد الطرف الآخر في العقد الذي كان مهدداً بهذا الابطال (١) . ومجرد سقوط الحق في التمسك بالتقادم بالنزول عنه يفيد الدائن أو المالك الذي كان التمسك بالتقادم سيجرده من حقه (٢) .

١٤ - وفي بعض الحالات يفيد نزول الشخص عن حقه شخصاً آخر هو المالك الذي كان الحق الذي نزل عنه صاحبه ينقص من ملكيته أو يثقل عقاره . فالنزول عن حق الانتفاع يفيد مالك الرقبة بأن يستكمل له ملكيته ، لا ينقل حق الانتفاع اليه ، وإنما باسقاط هذا الحق الذي ما أن يسقط حتى تكتمل الملكية . والنزول عن حق الارتفاق يفيد مالك العقار المرتفق به ، لا ينقل حق الارتفاق اليه وإنما بتحرير عقاره من هذا العبء الذي كان يثقله (٣) . وشأن النزول عن حق الانتفاع أو حق الارتفاق في ذلك شأن انقضاء هذين الحتمين بانتهاء مدتهما إذ لا يقال عندئذ أنهما ينتقلان إلى مالك الرقبة أو مالك العقار المرتفق به .

= البلجيكي ، أعمال جماعة هنري كايبتان السابق الاشارة اليها ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ . دلاموت التصرف القانوني الانفرادي ، باريس ١٩٥١ ر ٢٥٤٩ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ . وراجع ، محكمة السين المدنية ٢٥ فبراير ١٩٤٩ ، داللو ١٩٤٩ ص ٣٢٥ .

(١) أنظر في ذلك : ينج - البحث السابق ص ٣٣٣ .

(٢) أنظر في ذلك : رينو - الموضوع السابق ، وقارن : بريدن - البحث السابق ص ٣٦٧ حيث يشكك في أن النزول عن التقادم بنوعيه المسقط والمكسب لا يترتب عليه سوى اسقاط الحق في التمسك به . ويستند في ذلك إلى أن القانون يستلزم للنزول عن التقادم توافر أهلية التصرف كما يجيز للدائنين الطعن في النزول بالدعوى البولصية . ولكن الواقع أن استلزام أهلية التصرف إنما يرجع إلى أن التصرف في الحق كما يكون بنقله قد يكون باسقاطه . أما جواز طعن الدائنين في النزول عن التقادم بالدعوى البولصية فلا يرجع كما قال رينو إلى اعتبارات عملية وهو ما لم يره بريدن مقتعاً وإنما إلى أن النزول يتقيد كما سوف نرى بعدم الاضرار بالغير .

(٣) انظر في ذلك : ينج - الموضوع السابق .

١٥ - وفي بعض الحالات يفيد من نزول الشخص عن حقه شخص آخر كان من نزل عن حقه يزاحمه في تملك شيء أو محجبه عن تملكه . فنزول أحد الشفعاء عن الشفعة يفيد الشفيع الآخر الذي كان سيأخذ معه بالشفعة أو كان محجوباً به عن الأخذ بالشفعة فإذا به هو الذي يأخذ بالشفعة . وهذا مالا يرجع نحال إلى أن حق الشفيع الذي نزل عن الشفعة قد انتقل إلى الشفيع الآخر ، وإنما إلى أن سقوط ذلك الحق بالنزول عنه يؤدي إلى انحصار الشفعة في الشفيع الآخر أو زوال حجبه (١) .

١٦ - وفي بعض الحالات يفيد من نزول الشخص عن حقه شخص آخر يكتسب هذا الحق أو يكون له أن يكتسبه ، لا بمقتضى التصرف الذي تم به النزول عنه وإنما بمقتضى سند آخر . وهذا هو الشأن في حالة نزول مالك العقار المرتفق به عنه تخلصاً مما قد يقع عليه من القيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق أو المحافظة عليه (٢) ، كما أن هذا هو الشأن في حالة نزول الشريك في الشيوع عن حقه تخلصاً من نصيبه في نفقات المال الشائع (٣) . فالاجماع يكاد ينعقد على أنه إذا كان مثل هذا النزول يتيح للمالك العقار المرتفق اِكساب ملكية العقار المرتفق به أو يتيح لباقي الشركاء في الشيوع

(١) يقرب من ذلك في فرنسا حالة النزول عن الميراث إذ يؤدي هذا النزول إلى زوال حجب الورثة اللاحقين الذين لا ينتقل اليهم حق الوارث المتقدم الذي نزل عن حقه وإنما يرثون بصفتهم ورثة . فالنزول لا يكون هو سبب حقهم وإنما مجرد شرط لظهور هذا الحق . انظر ، رينو - البحث السابق ص ٧٨٢ - ٧٨٣ . وراجع نقض مدني ١٧ أكتوبر ١٩٣٣ ، سيرى ١٩٣٥ - ١ - ١٢١ وتعليق سافاتييه عليه في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٤ ص ١٩١ .

(٢) نصت على ذلك المادة ١٠٢٢ مدني فقرة ثانية ونصها «فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه مالك العقار المرتفق» . وانظر أيضاً المادة ٦٩٩ مدني فرنسي .

(٣) كانت المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني المقابلة للمادة ٨٣١ من هذا التقنين تنص على أن لكل شريك أن يتخلص من نفقات المال الشائع إذا تخلى عن حصته فيه . ولكن هذا الحكم حذف على أساس أنه تطبيق لفكرة عامة لا حاجة للنص عليها خاصة وإن اجراء حكمها يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها . وانظر المادتين ٦٥٦ ، ٦٦٧ مدني فرنسي .

اكتساب حصة شريكهم ، فان اكتساب هذا الحق أو هذه الحصة لا يكون بمقتضى التصرف الذى تم به النزول عن أيهما ، وانما بمقتضى سند آخر اختلف الرأى حوله (١) .

فمن رأى البعض أن اكتساب ذلك الحق أو تلك الحصة يكون تلقائياً بمقتضى القانون وليس بمقتضى التصرف الارادى الذى تم به النزول ، إذ يستوى أن تكون ارادة من صدر عنه هذا التصرف قد اتجهت أو لم تتجه إلى أن يكتسب مالك العقار المرتفق أو باقى الشركاء الحق الذى تم النزول عنه (٢) .

ومن رأى البعض أن اكتساب ذلك الحق أو تلك الحصة لا يكون تلقائياً وجبرياً ، وانما يمنح القانون للمالك العقار المرتفق أو باقى الشركاء فى الشروع ممكنة اكتساب الحق الذى تم النزول عنه ، بحيث يتوقف اكتسابهم لهذا الحق ، فى رأى ، على قيامهم بوضع اليد على الشئ بنية تملك الحق الذى تم النزول بحيث يكون اكتسابهم لهذا الحق بمقتضى الاستيلاء (٣) ، وفى رأى آخر ، على قيامهم بالتعبير عن اتجاه ارادتهم إلى اكتساب ذلك الحق أو عدم قيامهم بالتعبير عن اتجاه ارادتهم إلى عدم اكتسابه (٤) . وبذلك لا يكون النزول

(١) انظر ، برتون - البحث السابق ر ٦٤ ص ٣٤٩ وما بعدها ، رينو - البحث السابق ر ٢٥ ص ٧٨٥ ، سبيكيانو - الرسالة السابقة ٢٨٦ ، ليسونا - البحث السابق ص ٣٦٢ . دلاموت - الرسالة السابقة ١١٠ ص ١١٠ . وراجع ، محكمة السين المدنية ٢٥ فبراير ١٩٤٩ السابق الاشارة اليه . وقارن ، رينو - البحث السابق ٢٥ ص ٧٧١ .

(٢) انظر فى ذلك : ميشون الالتزامات العينية فى القانون المدنى ، رسالة من نانسى ١٨٩١ ر ١٧٤ - ١٧٧ (أشار اليه برتون فى الموضوع السابق) . دى جيغلار الالتزامات العينية ، رسالة من بورردو ١٩٣٧ ص ٢٩٦ . جينوسار - الحق العينى الملكية والدين ، باريس ١٩٦٠ ر ٦١ ص ١٥٩ - ١٦٠ . حامد زكى - نحو تنظيم تشريعى للملكية الشائعة فى مصر ، مجلة جمعية التشريع المقارن ١٩٣٣ ١٥١ ر ١٥٢٨ اسماعيل غام - الحقوق العينية الأصلية ج ١ ر ٦٤ ص ١٣٣ .

(٣) بودرى لاكتنبرى وشوفو ج ١١٣١ ر ١١٣١٦ .

(٤) برتون - البحث السابق ص ٣٥١ .

هو سبب اكتساب الحق الذى نزل عنه صاحبه وانما مجرد شرط لاكتساب هذا الحق (١). فثمة عمل قانونى لا حق على النزول ومنفصل عنه هو الذى يعد السبب التماونى لاكتساب الحق الذى نزل عنه صاحبه .

١٧ - إلا أن تحديد الغاية من النزول لا يمكن أن يقف عند مجرد أنها اسقاط لى . فلا يزال يثور ، بعد ذلك ، أكثر من تساؤل حول هذه الغاية .

فن ناحية ، يثور التساؤل حول ما إذا كانت الغاية التى يحققها النزول تنحصر فى اسقاط حق من الحقوق ، أم يمكن أن تمتد إلى اسقاط المراكز التماونية حتى تصل إلى حد اسقاط تطبيق التواعد القانونية . ولهذا ينبغى أن نعرض ، فى مبحث أول ، لحل الاسقاط : هل يرد على المراكز القانونية كما يرد على الحقوق ، وهل يمكن أن يرد على التواعد القانونية كما يرد على المراكز القانونية .

ومن ناحية أخرى ، يثور التساؤل ، حول ما إذا كان الاسقاط باعتباره الغاية من النزول يستلزم انتفاء العوض كما يستلزم انتفاء نية التبرع ، بحيث يكون مجرداً عن أى منهما ، أم يمكن أن يكون على سبيل التبرع كما يمكن أن يكون على سبيل المعاوضة . ولهذا ينبغى أن نعرض ، فى مبحث ثان ، لسبب الاسقاط ، هل يمكن أن يكون نية التبرع أو الحصول على عوض ، أم يلزم أن يكون النية المجردة فى النزول ؟.

للمبحث الأول

حل الاسقاط

١٨ - يتجه رأى إلى أن الاسقاط لا يرد على كافة الحقوق . فن الحقوق ما يقبل بطبيعته الاسقاط وان كان اسقاطه يتقيد بأن يكون مشروعاً ،

(١) دى باج ج ٨ - ١ - ٣٥١ ص ٣٧ .

بينما من الحقوق ما لا يقبل بطبيعته الاسقاط بحيث يكون اسقاطه غير ممكن أصلاً .

ويتجه رأى إلى أن الاسقاط لا يرد إلا على الحقوق دون سواها من المراكز القانونية التي لاتعد مراكز قانونية شخصية كالحقوق وانما مراكز قانونية موضوعية ومن ثمة لا تقبل الاسقاط .

ويتجه رأى إلى أن الاسقاط قد يكون اسقاطاً لقاعدة قانونية كان سيترتب على تطبيقها نشوء حق أو مركز قانونى معين ، بحيث يحول اسقاطها دون نشوء ذلك الحق أو المركز القانونى أو يؤدي إلى نشوء حق أو مركز مغاير له .

ولهذا ينبغي أن نتحقق ، أولاً ، مما إذا كان الاسقاط لا يرد على كافة الحقوق ، وثانياً ، مما إذا كان الاسقاط لا يرد إلا على الحقوق ، وثالثاً ، مما إذا كان الاسقاط يمكن أن يرد على القواعد القانونية .

§ ١ - هل لا يرد الاسقاط على كافة الحقوق؟

١٩ - يقتضى التحقق مما إذا كان من الحقوق ما لا يقبل الاسقاط بطبيعته أن نظوف بطوائف الحقوق المختلفة لئرى ما إذا كان منها ما يحول طبيعته دون اسقاطه . ومن المثير أنه لا تكاد توجد طائفة من طوائف الحقوق سلمت من قول قائل بأن من بين الحقوق التي تدرج فيها ما لا يقبل بطبيعته الاسقاط: فكل من الحقوق غير المالية والحقوق الغيرية وحقوق الدائنية وحق الملكية العقارية والحقوق المستقبلية وجدت من يقول بأنها لا تقبل الاسقاط . وهذا ما يبدو صارخاً إذ لا يكاد يبقى من الحقوق ما يقبل الاسقاط إلا قدر محدود بل جد محدود .

٢٠ - الحقوق العائلية :

حتى يمكن أن نتيقن مما إذا كان مجرد انتهاء الحق إلى طائفة الحقوق للعائلية يحول أو لا يحول دون قابليته للاسقاط ، حسبنا أن نقارن بين حق

الحضانة وحق النفقة وحق الزوجه في أى يكون أمرها بيدها إذا فوضها الزوج في ذلك .

٢١- فأما النفقة ، فمن المحقق أنها تقبل الاسقاط بالابراء على الأقل في حدود ما استحق منها (١) . وقد يبدو أن حق النفقة يعد حقاً مالياً خالصاً ويخرج عن نطاق حقوق الأسرة (٢) ، ومن ثمة لا يكون لقبليته للاسقاط وزن في معرض التحقق من قابلية المحقوق العائلية للاسقاط . ولكن الواقع أن الحق لا يمكن أن يعد حقاً مالياً خالصاً مجرد أن محله أداء مالى ، وإلا خرج حق الزوجة في المهر من نطاق الأحوال الشخصية ليدخل في نطاق الأحوال العينية . ثم أن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء صريحة في أن النفقة من مسائل الأحوال الشخصية (٣).

٢٢ - وأما الحضانة ، فإذا كان قد اختلف حول قابليتها للاسقاط ، فإن الواقع أن ذلك إنما يرجع إلى الاختلاف حول ما إذا كانت حقاً للحاضنة أم للولد أم لهما معاً (٤) . فمن يقولون بأن الحضانة حق للحاضنة يجعلون لها

(١) راجع المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، إذ تنص هذه المادة على أن دين النفقة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . وانظر ، الكاساني - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٩ . عبد الوهاب خلاف - أحكام الأحوال الشخصية ص ١١٧ . محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص ٢٤٧ . بدران أبو العين بدران أحكام الزواج والطلاق ١٩٧٧ ص ١٨٧ .

(٢) من هذا الرأي ، حسن كبيرة - أصول القانون ٢٤٠ ص ٥٧٦ ، شفيق شحاته ٢١ ص ٢٠ ، وعكس ذلك ، منصور مصطفى منصور - نظرية الحق ص ٤٠ . شمس الدين الوكيل - الموجز في المنسل لدراسة القانون ص ٣٨٨ . اسماعيل غانم - نظرية الحق ص ٢٧ .

(٣) لم يبلغ قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ من أحكام قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ إلا ما يتعارض مع أحكام القانون الجديد الذى لم يعرض لتحديد الأحوال الشخصية فبقيت محكمة بالمادتين ١٣ ، ١٤ من قانون نظام القضاء .

(٤) القول بأن الحضانة حق للحاضنة قول الشافعى وأحمد والثورى وهو أيضاً رواية عن مالك . والقول بأن الحضانة حق للولد قاله بعض الحنفية . والقول بأن الحضانة حق للحاضنة والولد معاً هو الصحيح في المذهب الحنفى . انظر في ذلك ، أبو زهرة - المرجع السابق ٣٤٥ ص ٤١٢ .

أن تنزل عنها في أى وقت شاءت . ومن يقولون بأن الحاضنة حق للولد يبطلون نزول الحاضنة عنها . أما من يقولون بأن الحاضنة حق للحاضنة وللولد معا ، ففهم من يبطل نزول الحاضنة عنها باطلاق ، ومنهم من لا يبطل نزولها إلا إذا لم تكن له حاضنة أخرى من المحارم أهل الحضانة (١) . وهذا ما يكشف عن حقيقتين جوهريتين . الأولى أن الأساس بطلان اسقاط الحاضنة ليس مجرد أنها من الأحوال الشخصية ، وإنما أنها من الحقوق غير الخالصة التي يطلق عليها الفقه الحديث الحقوق الغيرية والتي سوف نعرض لها فيما بعد . والحقيقة الثانية ، أن مجرد أن الحق ليس من الحقوق الخالصة وإنما من الحقوق الغيرية لا يستتبع عدم قابليته للنزول وإنما يستتبع تقييد النزول عنه بعدم الأضرار بالغير بحيث يمكن النزول إذا انتفى الأضرار بالغير على نحو ما يرى الرأى القائل بأن اسقاط الحضانة لا يكون باطلا إذا وجدت حاضنة أخرى من المحارم تكون أهلا للحضانة . إذ بوجود مثل هذه الحاضنة ينتفى الضرر عن تشمله الحضانة باسقاط سواها لحقها في الحضانة .

٢٣ - وأما حق الزوجة في الطلاق إذا فوضها الزوج أن يكون أمرها بيدها ، فنالحق أنه يقبل الاسقاط بحيث يكون لها أن تنزل عنه ، وذلك بالرغم من أن الطلاق من صميم الأحوال الشخصية ، ومن أن اسقاط الزوج لحقه في الطلاق يكون باطلا . والذي يفسر لنا ذلك هو أن اسقاط الزوجة لحقها في الطلاق التفويضى لا يتعارض مع النظام العام ، في حين يتعارض اسقاط الزوج لحقه في الطلاق مع النظام العام . وهذا ماينفى أن الحق في الطلاق لا يقبل الاسقاط بطبيعته .

٢٤ - حقوق الشخصية :

قد يبدو أن هذه الحقوق لانقبل بطبيعتها الاسقاط وهي التي توصف بأنها لصيقة بالشخصية . وهذا ماقد يوحى به أيضا مانص عليه التقنين المدني من أنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولاالتعديل في أحكامها (م ٤٨) ، ومن

(١) انظر في ذلك ، بدران - المرجع السابق ر ٣٦٣ ص ٣٢٩ ، وهو يؤيد الاتجاه الأخير الذى اختاره بعض المحققين .

أنه ليس لأحد النزول عن حرите الشخصية (م ٤٩). ولكن الواقع أن الأعمال التحضيرية لا تدع مجالاً للشك في أن المناط هو النظام العام الذي يتقيد النزول بصفة عامة بعدم المساس به . فالمذكرة الايضاحية واضحة في أنه لا يجوز للشخص أن ينزل عن حرته ولا أن يقيد بها إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب ، فليس له أن يلتزم التزاماً أبدياً ولا أن يقيد حرته في العمل كأن يتعهد بالأبداً مباشرة حرفة معينة طول حياته (١) . ومؤدى ذلك أنه يجوز للشخص النزول عن حرته في مباشرة حرفة معينة في منطقة معينة لمدة معقولة لأن ذلك لا يتعارض مع النظام العام .

٢٥ - كذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية (٢)، مستلهمة اتجاهها فقهيّاً عريقاً (٣) إلى أنه إذا كان لا يجوز نزول الشخص عن حالته لما في ذلك من مساس بالنظام العام ، فإنه يجوز النزول عن منازعة الشخص في حالته لما في ذلك من تحقيق لما يقتضيه النظام العام من استقرار وسلام . وهذا بدوره ما يكشف عن أن النزول عن حقوق الشخصية لا يكون دائماً غير ممكن وإنما قد يكون غير مشروع لمخالفته للنظام العام الذي يعد قييداً عاماً على النزول على نحو ما سوف نرى عند دراستنا لقيود النزول .

٢٦ - الحقوق الغيرية أو الوظيفية :

تتميز هذه الحقوق ، لا بأنها تنقرر لمصلحة الغير ، وإنما بأنها تنقرر لمصلحة أصحابها والغير معاً ، وإلا ما كان يمكن أن تعد حقوقاً . ولهذا لا تكون هذه الحقوق خالصة لأصحابها ، وإنما يداخلها حق للغير أو واجب قبله ، بحيث إذا لم تكن مجرد وظيفة فإنها لا تخلو من مثل هذه الوظيفة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٦٣ .

(٢) نقض مدني ٢٦ يونيو ١٩٥٦ ، دالوز ٥٦ ص ٦٠٥ تعليق مالورى ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٧ ص ٩٩ .

(٣) يرتد هذا الاتجاه إلى مرلن وتروننج ، انظر مالورى في تعليقه على الحكم السابق الاشارة اليه .

٢٧ - وبينما يرى البعض أن النزول عن تلك الحقوق يكون غير مشروع لأنها تنقرر لاعتبارات متعلقة بالنظام العام أو تخرج عن دائرة التعادل (١) ، يرى البعض الآخر أن النزول عنها لا يكون غير مشروع وإنما غير ممكن فنياً . فهذه الحقوق تكون محملة بواجب وتغلب فيها الوظيفة على المكنته بحيث تكون تابعة لها . ولما كان لا يمكن النزول عن الواجب أو الوظيفة فانه لا يمكن النزول عن الحق الذي يكون محملاً بالواجب أو عن المكنته التي تكون تابعة للوظيفة (٢).

٢٨ - وكما لا يبدو لنا القول بعدم مشروعية النزول عن تلك الحقوق مقنعاً ، لا يبدو لنا القول بعدم امكان النزول عنها أكثر اقناعاً . فالواقع أن النزول عن تلك الحقوق لا يكون غير مشروع ، كما لا يكون غير ممكن ، وإنما يكون غير نافذ مالم تقره السلطة المختصة إذا لم يكن فيه اضرار بالغير الذي تتداخل مصلحته مع مصلحة من يتقرر له الحق . فلا يجب أن نخاطب بين تقييد النزول بعدم المساس بالنظام العام وإلا كان غير مشروع ، وتقييد النزول بعدم الاضرار بالغير وإلا كان غير نافذ .

٢٩ - وهذا ما يفسر لنا ما نص عليه المشرع من جواز تمنحي الولي عن الولاية باذن المحكمة (٣) . فهذا الاذن انما هو اقرار للنزول عن الولاية التي يتقيد النزول عنها بعدم الاضرار بمن تثبت الولاية عليه ، بحيث يكون نفاذ النزول متوقفاً على ذلك الاذن أو الاقرار . ولولا أن النزول عن الولاية يتقيد فحسب بعدم الاضرار بمن تنقرر الولاية عليه لما أجاز المشرع النزول عن الولاية باذن المحكمة . فجواز هذا النزول مع مجرد تقييده بأن يكون بإذن المحكمة ينفي أنه يكون غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو لخروج محله عن دائرة التعامل ، كما ينفي أنه

(١) من هذا الرأي : أوبري وروج ٣٢٣ ص ٣٠٧ . ديكون الرسالة السابق ذكرها ص ٣٢ . سيبكيانو - الرسالة السابق ذكرها ص ٢٠ وما بعدها . ريدن - البحث السابق ذكره ص ٣٧٤ .

(٢) من هذا الرأي : رينو - البحث السابق ص ٧٩٢ ، ٧٩٦ . ريجو البحث السابق ص ٤١٠ - ٤١١ .

(٣) انظر المادة الأولى من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

يكون غير ممكن لارتباط الحق في الولاية بواجب القيام بها . هذا الواجب الذي ينبغي أن نرى فيه واجباً كنهائياً لا واجباً عينياً ، شأنه في ذلك شأن الواجب المقترن بحق الحضانة الذي لايجوز دون نزول الحاضنة عن الحضانة إذا وجدت حاضنة أخرى أهل للحضانة على نحو ما حققه البعض وما سبق أن بينا بصدد الحقوق العائلية .

٣٠ - حقوق الدائنية :

إذا كان من المقطوع به أن حقوق الدائنية تنقضي بالابراء ، فإن الخلاف مع ذلك ، محتدم حول قابلية هذه الحقوق للنزول . فمن الفقهاء من يجحد أن الابراء يعد نزولاً عن حق الدائن كما يجحد أن هذا الحق يمكن النزول عنه (١) . ومن الفقهاء من يجحد أن الابراء يعد نزولاً عن حق الدائن ولكنه لا يجحد امكان النزول عن هذا الحق (٢) . ومن الفقهاء من لا يجحد أن الابراء يعد نزولاً عن حق الدائن وإن اختلف هذا الفريق بعد ذلك فيما إذا كان يمكن النزول عن هذا الحق بغير الابراء (٣) .

٣١ - ويستند الرأي الذي يجحد أن الابراء يعد نزولاً عن حق الدائن ، كما يجحد امكان النزول عن هذا الحق ، إلى حجيتين .

(١) رينو - البحث السابق ١٧ - ١٨ ص ٧٧٨ - ٧٨٠ .

(٢) من هذا الرأي : ليسونا - البحث السابق ص ٣٧٧ ، ديكون - الرسالة السابقة ص ١٤٦ ، سيبيكيانو - الرسالة السابقة ص ١١٧ . دلاموت - الرسالة السابقة ص ٣٠٢ - ٣٠٦ . ريجو - البحث السابق ص ٤٠٧ ، ٤٠٩ .

(٣) من هذا الرأي : أوربي وروج ٣٢٣ر٤ ص ٣٠٧ . لوران ج ١٨ ٣٣٧ ومن رأيه أن النزول عن حق الدائنية لا يكون بغير الابراء الاتفاق فلا يمكن أن يكون بالارادة المنفردة . بلانيول وريبير واسمن ج ١٣٠٤ر٧ ص ٧١٤ - ٧١٥ ، ومن رأيهم أن النزول عن حق الدائنية كما يكون بالابراء الاتفاق قد يكون بارادة الدائن المنفردة . والقول بامكان النزول عن حق الدائنية بارادة الدائن المنفردة يرجع إلى باربرياك كما أن بوتيه لم يستبعده من الناحية النظرية وإن استبعده من الناحية العملية . أنظر في عرض رأي هذين الفقيهين : ريجو - البحث السابق ص ٤٠٤ ، دلاموت - الرسالة السابقة ٣٢٨ ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

٣٢ - اما الحجة الأولى ، فهي أن النزول لا يكون إلا تصرفاً انفرادياً (١) ، بينما الإبراء لا يكون إلا اتفاقاً لأنه ينطوي على هبة غير مباشرة والهبة لا تكون إلا بالاتفاق (٢) . ولما كان حق الدائنية رابطة ثنائية بين شخصين فان طبيعته تحول دون أن يخرج الدائن من هذه الرابطة بارادته المنفردة . فما ينشأ بالاتفاق لا يمكن أن ينتقضى بالارادة المنفردة . يضاف إلى ذلك أن في نزول الدائن عن حقه بارادته المنفردة مساس بالمدين الذي قد تكون له مصلحة مادية أو أدبية في عدم فض رابطة الالتزام ، ولهذا لا يتم الإبراء إلا بموافقته (٣) .

٣٣ - وهذه الحجة المركبة تنطوي على مقدمات غير ثابتة . فسوف نرى عند دراستنا لوسيلة النزول أنه لا يلزم أن يكون انفرادياً ، وبذلك تمهارة المقدمة الأولى التي تفني عليها تلك الحجة . وحتى إذا فرضنا جدلاً أن النزول لا يكون إلا انفرادياً ، فان طبيعة حق الدائنية لا يمكن أن تحول دون أن ينزل عنه الدائن بارادته المنفردة .

٣٤ - فمن ناحية ، إذا كانت طبيعة الالتزام أو حق الدائنية لم تعد تحول دون حوالة الدائن لحقه دون توقف على موافقة المدين ، فانها لا يمكن أن تحول دون امكان نزول الدائن عن حقه بارادته المنفردة (٤) .

٣٥ - ومن ناحية ثانية ، إذا صحح أن وسيلة النزول عن الحق يجب أن تكون مماثلة لوسيلة انشائه ، بحيث لا يمكن للدائن بارادته المنفردة أن يقضى

(١) انظر في ذلك ، رينو - البحث السابق ر٥٥ ص ٧٧٧ .

(٢) انظر في عرض ونقد ذلك ، ريجو - البحث السابق ص ٤٠٦ .

(٣) انظر في ذلك ، رينو - البحث السابق ر١٧ - ١٨ ص ٧٧٨ - ٧٨٠ .

(٤) قارن ، ريجو - البحث السابق ص ٤٠٧ حيث يرى أنه لا يمكن قياس النزول على الحوالة التي تبررها فائدتها العملية في حين أن النزول ليس له الا فائدة عملية ضئيلة جداً لوجود الإبراء . يضاف إلى ذلك أن وجود الإبراء يجعل من الصعب التعرف على ما إذا كان الدائن قد أراد ابراء المدين بحيث لا يكون ملزماً إلا إذا قبله المدين أم أراد مجرد النزول عن حقه فلا يكون له حق الرجوع . ومن الواضح أن ما يستند اليه هذا الفقيه ينتفى تماماً في القانون المصري حيث يتم الإبراء بالارادة المنفردة طبقاً للمادة ٣٧١ مدني .

على التزم نشأ بالاتفاق ، لكن مؤدى ذلك أن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون لا يمكن أن تنقضى بالاتفاق أو الإبراء . والواقع أن مصدر الالتزام لا يمكن أن يكون له أثر على وسيلة النزول عنه (١) . فكما أنه يمكن الإبراء من الالتزام القانوني فكذلك يمكن النزول بالارادة المنفردة عن الالتزام العقدي.

٣٦ - ومن ناحية ثالثة ، إذا كان لا يمكن اجبار المدين على أن ينقضى دينه دون وفاء بارادة الدائن المنفردة لما قد ينطوى عليه ذلك من اضرار ولو أدنى به ، فان النزول يتقيد ، كما سوف نرى عند دراستنا لقيوده ، بعدم الاضرار أو المساس بالغير ، بحيث يكون نفاذ النزول متوقفاً على اقراره أو برتد برده . كذلك إذا كان لا ينبغي اجبار المدين على أن يثرى بارادة الدائن المنفردة ، فان ذلك لا يمنع من أن يتم النزول بارادة الدائن المنفردة على أن يكون للمدين أن يردّه (٢).

٣٧ - ومن ناحية رابعة ، أدى ذلك الرأي ببعض الأحكام إلى ابتداع تفرقة مصطنعة بين الالتزامات التي تهم المدين وتلك التي لا تهمه كالتزام المقابل لحق امتداد الايجار التجاري أو لحق مسأجرى المساكن في البقاء بها . وعلى أساس هذه التفرقة المبتدعة وصلت تلك الأحكام إلى امكان نزل الدائن وهو المستأجر عن حقه بارادته المنفردة (٣).

(١) انظر في ذلك : فان دن برج - البحث السابق ص ٣١٦ . رينجو - البحث السابق ص ٤٠٥
(٢) لم يصل الفقه الأجنبي إلى فكرة الرد التي وصل اليها الفقه الاسلامي ، الا أن هذه الفكرة يقابلها في الفقه الأجنبي ما يذهب اليه البعض من أن للمدين أن يعرض الوفاء عرضاً حقيقياً رغم نزول الدائن عن حقه . انظر في ذلك ، لسونا ص ٣٧٧ ، سيببكيانو ص ١٢٥ ، ١٢٧ وقارن رينو ص ٧٨٠ .

ويصل البعض إلى نفى أن في نزول الدائن بارادته المنفردة ارغام للمدين على عدم وفاء دينه بالقول بأن النزول لا يترتب عليه سوى سقوط عنصر المسؤولية أما عنصر المديونية فيظل قائماً وبذلك يكون للمدين أن يفي بالدين باعتباره التزاماً طبيعياً . دى لا موت - التصرف القانوني للانفرادى ٣٢٢ - ٣٣٥ ص ٣٠٢ - ٣٠٦ .

(٣) راجع ، نقض تجارى ٦ اكتوبر ١٩٥٣ ، دالوز ١٩٥٣ ص ٦٩٥ ، باريس ٢٧ نوفمبر ١٩٥٠ ، الأسبوع القانوني ٦٠٣٦ وانظر في نقد تلك التفرقة المبتدعة ، بريدن البحث السابق ص ٣٦٨ .

٣٨ - ومن ناحية خامسة ، فان طبيعة حق الدائنية لم تحل دون أن يأخذ التقتين المدنى المصرى بما يذهب اليه الفقه الاسلامى من أن البراء يتم بارادة الدائنين المنفردة وإن كان يرتد برد المدين (١) .

٣٩ - ومن ناحية سادسة ، ليس ثمة ما يحتم أن يكون التبرع اتفاقياً . فاذا كان لا يمكن اجبار الشخص على تلقي التبرع ، فانه يكفى أن يكون له الحق فى رده . ولقد كان للفقه الاسلامى فضل تبصير المشرع عند وضع التقتين المدنى الحالى بأن طبيعة البراء التبرعية لا تحول دون أن يتم بارادة الدائنين المنفردة على أن يكون للمدين أن يرده .

٤٠ - **واما الحجة الثانية** التى يستند اليها ذلك الرأى الذى يجحد قابلية حق الدائنية للنزول ، فهى أن النزول لا يمكن أن يكون تبرعياً ، بينما البراء لا يمكن إلا أن يكون تبرعياً (٢) . وهذه الحجة مردودة من ناحيتين :

فن ناحية ، سوف نرى عند دراستنا لسبب الاسقاط باعتباره الغاية من النزول ، أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكون النزول على سبيل التبرع .

ومن ناحية أخرى ، حتى إذا سلمنا جدلاً بأن النزول لا يمكن أن يكون على سبيل التبرع ، فانه ليس ثمة ما يمنع من أن يكون البراء مجرداً من نية التبرع (٣) .

(١) تنص المادة ٣٧١ مدنى على أنه «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم البراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده» . وتنص المادة ١٥٦٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه «لا يتوقف البراء على القبول ولكنه يرتد بالرد ..» وانظر فى نفى أى شبهة قد تثور حول تمام البراء بالارادة المنفردة رغم ارتداده بالرد ، عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ٣ ص ٣٠٩ - ٣١٠ .

(٢) رينو - البحث السابق ١٨ ص ٧٧٩ .

(٣) دى لاموت ٣٢٦٦ ص ٢٩٩ ، وهو يضرب أمثلة لذلك بحاله المصلح الواقى من الافلاس . وحاله ما إذا أراد الدائن تقادى أداء الضريبة على حقه وحاله ما إذا كان المدين معسراً أو كان أصل الدين غامضاً انظر ٣٢٩٩ ص ٢٠١ . وقارن ، حجازى المرجع السابق ص ٣١٠ ، حيث لا يكفى بأن ينفى أن يكون البراء على سبيل المعاوضة وانما يصل إلى نفى البراء إذا لم تتوافر نية التبرع كما هو الشأن فى الصلح الواقى من الافلاس . وفى نفس المعنى ، السهورى - الوسيط ج ٣ ص ٥٧٩ ر ٩٦٨ .

فاذا كانت تسرى على الابرء الأحكام الموضوعية التى تسرى على التبرعات (١)، فان ذلك لا يحتم أن يكون من التبرعات . ما دام من المتصور أن تنتفى نية التبرع لدى المبرء ، ومادام سريان أحكام التبرع الموضوعية يبرره أن الابرء يكون بدون عوض حتى ولو انتفت نية التبرع .

٤١ - وبذلك نكون قد فندنا الرأى الذى يجحد قابلية حق الدائنية للنزول ، وبالتالي تحققنا من قابلية هذا الحق للنزول . ولسنا بحاجة ، بعد ذلك ، إلى أن نقف من الرأىين الآخريين ، إذ أنهما يساهمان بقبالية ذلك الحق للنزول ، وإن كان أحدهما يفرق بين النزول عنه والابرء منه ، بينما يتجه الآخر إلى أن الابرء نوع من النزول .

٤٢ - الحقوق العينية :

من المحقق أن الحقوق العينية التبعية تقبل النزول عنها (٢). فالمادة ١١١٣ مدنى صريحة فى أن حق الرهن الحيازى ينقضى إذا نزل عنه الدائن المرتهن . كذلك كانت المادة ١٥٠٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه

(١) تنص المادة ٣٧٢ مدنى فقرة أولى على أنه يسرى على الابرء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع . وتقول المذكرة الايضاحية لهذا النص أن الابرء يعتبر تبرعاً فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية .

(٢) انظر : اورى وروج ٢٩٢٣ ص ٦٦٢ ، بلانيول وريبير وبكيه ج ٨ ص ٨٦٠ . برتون - البحث السابق ص ٢٨٣ . رينو - البحث السابق ص ٧٧٦ . ديكونان - الرسالة السابقة ص ١٣٠ . دلاموت الرسالة السابقة ص ١١٢ . عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات الشخصية والعينية ط ١٣٧١ ص ٤٧٠، ٥١٠، ٦٢٩ ، ٥٤٣ ص ٦٦٩ . شمس الدين الوكيل التأمينات العينية ر ١٢٨ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧، ٢٠٨، ٥٦٢ . منصور مصطفى منصور - التأمينات العينية ص ١٥٠ ، ٢٣٠ .

وقارن ، بودرى لاكتنيرى - الموجز ج ١٥٠٠ ر ٣ ص ٩١٣ حيث لا يسلم بأن للدائن أن ينزل بارادته المنفردة عن حق الرهن لأن النزول عن هذا الحق لا يقصد به مجرد اسقاطه وانما نفع شخص آخر ومن ثمة لزم قبوله . وحسبنا للرد على ذلك ما سبق أن ذكرناه بالنسبة للنزول عن حق الدائنية . فكما أن حق الدائنية يمكن النزول عنه بالارادة المنفردة كما سبق أن بينا ، فكذلك يمكن النزول عن حق الرهن الذى يضمنه بالارادة المنفردة .

يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي وإذا كان هذا النص قد حذف فان حكمه مسلم به دون نص .

٤٣ - أما الحقوق العينية الأصلية ، فمنها ما لا ينازع أحد في قابليته للنزول ، ومنها ما ينازع البعض في قابليته لهذا النزول .

٤٤ - فبينما ما من منازع في قابلية حق الارتفاق للنزول عنه ، ينازع البعض في قابلية حق الانتفاع للنزول عنه بإرادة المنتفع المنفردة . وتستند هذه المنازعة إلى أن ذلك النزول قد يكون فيه ارهاق للمالك الرقبة ، كما إذا لم يكن في طاقته تحمل تكاليف الانتفاع (١) . ولكن الواقع أن ذلك إنما يرجع إلى أن مسؤولية صاحب حق الانتفاع عن التكاليف المعتادة وأعمال الصيانة غير الجسيمة ليست مسؤولية شاملة وإنما مسؤولية محددة لا تتجاوز حقه ، سواء قلنا بأن الالتزام بتلك التكاليف والأعمال التزام عيني أو التزام شخصي . وما دامت مسؤولية صاحب حق الانتفاع محددة بحقه فإنه يكون له أن ينزل من حقه فتكتمل بذلك ملكية مالك الرقبة لا بانتقال حق الانتفاع اليه وإنما مجرد سقوط هذا الحق على نحو ما سبق أن بينا .

٤٥ - كذلك ، بينما ما من منازع في قابلية حق ملكية المنقول للنزول عنه ، وهو ما تقطع به المادة ٨٧١ مدني فقرة أولى ، ينازع البعض في قابلية حق ملكية العقار للنزول عنه (٢) ، رغم أن من المقطوع به إمكان التخلي عن

(١) بلانيول وريبير وبولانجيح ج ٣٦٢٦١ ص ١٢١٣ .

(٢) انظر في الاتجاه المتنازع : بلانيول وريبير وبولانجيح ج ٢٨٥٥٢ ص ٩٦٦ . ريبيير دروس للدكتوراه ١٩٣٠ - ١٩٣١ ص ١٥٠ . شفيق شحاته - النظرية العامة للحق العيني ١٩٩٩ ص ٢١١ . حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية ط ٥٢٢٢ ص ١٦٨ - ١٧٠ . توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٠ - ٣١ . وراجع مرائض ط ١٢ يوليو ١٩٠٥ ، دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٤١ . وهذه المنازعة في إمكان إسقاط ملكية العقار بالنزول عنها تتفق مع الأصل المقرر في القانون الروماني ، انظر ، جيرار ط ٨ ص ٣٠١ ، هيفلان ج ١ ص ٥٣٠ . وانظر في الاتجاه المؤيد : إسماعيل غانم - الحقوق العينية الأصلية ج ١٨١ ص ٣٤ ، ٣٣ . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية ١٣ ص ٢٠ و ٣٥ . وراجع أعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية =

العقار تخلصاً من الالتزامات أو التكاليف العينية التي قد تكون مفروضة على المالك بصفة عينية لا بصفة شخصية (١) . فهل لا يعد ذلك التخلي نزولاً عن حق ملكية العقار ؟ وما الذي يحول دون امكان النزول عن ذلك الحق ؟

٤٦ - فاذا ما بدأنا بالتساؤل عما إذا كان التخلي عن العقار تخلصاً مما قد يفرضه القانون من تكاليف عينية لا يعد نزولاً عن ملكية العقار ، وجدنا أنه قد يبدو لأول وهلة أن ذلك التخلي لا يقتصر على اسقاط ملكية العقار وإنما ينقل هذه الملكية إلى من يكون التخلي لصالحه . فقد يبدو أن تخلي مالك العقار المرتفق به عنه تخلصاً من القيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق أو المحافظة عليه إذا كان هو المكلف بها يمتد أثره إلى نقل ملكية العقار المرتفق به إلى مالك العقار المرتفق . وقد يبدو أن تخلي الشريك على الشيوع عن حصته تخلصاً من دفع نصيبه في نفقات وتكاليف المال الشائع يمتد أثره إلى نقل ملكية حصته إلى باقي الشركاء في الشيوع . وإذا صح ذلك فإن التخلي لا يكون نزولاً عن الحق لأن النزول عن الحق مجرد اسقاط له . ولكن الواقع أنه ما دام التخلي عن العقار المرتفق به أو عن الحصة الشائعة يتم بإرادة المالك المنفردة ، فإن أثره لا يمكن أن يتعدى اسقاط ملكيته إلى نقل هذه الملكية إلى مالك العقار المرتفق أو باقي الشركاء في الشيوع رغماً عنهم . وإذا كان مالك العقار المرتفق يكتسب أو يكون له أن يكتسب ملكية العقار المرتفق به ، كما أن باقي الشركاء في الشيوع يكتسبون أو يكون لهم أن يكتسبوا ملكية الحصة التي نزل عنها شريكهم ، فإن ذلك لا يكون بمقتضى التصرف الذي تم به النزول وإنما

حيث كانت اللجنة الفرعية قد اقترحت مادة تنص على أنه تنقضي الحقوق العينية الواردة على المنقولات والعقارات متى عبر صاحب الحق على صورة لا تحتل الشك عن ارادته في التخلي عن حقه . ولكن اللجنة العامة انتهت إلى حذفها لأن التخلي مجرد تطبيق للقواعد العامة ولكن النص عليه يحتاج إلى تفصيل يحسن تجنبه . وقد كان الرأي الغالب اجازة التخلي ولكن اتجاه الأغلبية إلى الحذف قام على ما يثيره ذلك من صعوبات عملية . ومن التشريعات ما نص صراحة على النزول عن ملكية العقار كالقانون الألماني م ٩٢٨ والقانون السويسري م ٧٢٩ .

(١) انظر ما تقدم ر ١٦ ص ١٧٨ .

بمقتضى واقعة قانونية أو عمل قانوني يصدر عنهم بما يمنحه لهم القانون من مكنة تملك ما نزل عنه مالكة على نحو ما سبق أن بينا (١). ولهذا فإن ذلك التخلي لا يعدو أن يكون مجرد نزول مسقط للحق .

٤٧ - فإذا ما انتقلنا إلى التساؤل عما إذا كان ثمة ما يحول دون النزول عن ملكية العقار أجبنا من ينازعون في ذلك بأن مجرد التخلي عن حيازة العقار لا يعنى بحال التخلي عن ملكيته . فالمالك غير ملزم باستعمال حقه ، والملكية لا تستقط بعدم الاستعمال . ولهذا لا يمكن أن ندرك ما إذا كان المالك قد تخلى عن ملكيته مالم يقرر ذلك رسمياً . وهذا التقرير الرسمي لهم يرد بشأنه نص في القانون الفرنسي . وإذا كان هذا القانون يقر التخلي عن ملكية العقار للدولة تخلصاً من التكاليف التي تقع عليه بمجرد اخطار العمدة بذلك ، فإن هذا التخلي شأنه شأن التخلي عن الحصة الشائعة تخلصاً من نفقات المال الشائع ، لا يعرض العقار لأن يبقى بلا مالك لأن أثره لا يقتصر على اسقاط الملكية وإنما يمتد إلى نقلها . يضاف إلى ذلك أن مجرد نزول المالك عن ملكية عقاره لا يمكن أن يمتد إلى الكفاة (٢).

٤٨ - وهذه الاجابة لا تبدو لنا مقنعة .

فمن ناحية ، إذا كانت الملكية لا تفقد بعدم الاستعمال ، فإن النزول عن حق ملكية العقار لا يقتصر على مجرد عدم استعمال هذا الحق وإنما يمتد إلى ترك الشيء بحيث يكون تحت تصرف الغير مع انتفاء احتمال مجرد التسامح (٣).

ومن ناحية ثانية ، فإن التعرف على ما إذا كان المالك يقصد النزول عن ملكية عقاره يمكن أن نصل اليه من اتخاذ المالك لموقف يدل على ذلك دون حاجة إلى أن يقرر ذلك رسمياً . فإذا كان يدق التعرف على توافر ذلك القصد

(١) انظر ما تقدم ص ١٧٩ - ١٨٠

(٢) أنظر ، بلانيول وريبير وبولانجه - الموضع السابق .

(٣) انظر في هذا المعنى ، رويبييه - الحقوق الشخصية والمراكز القانونية ص ٤٣١ .

فان ذلك لايعنى بحال أن ملكية العقار لا يمكن النزول عنها ، وإنما مجرد أن النزول عنها يصعب اثباته أو على أقصى فرض يتعذر اثباته .

ومن ناحية ثالثة ، فقد سبق أن بينا أن التخلي عن العقار تخلصاً مما قد يفرضه القانون من تكاليف عينية يعد نزولاً عن ملكية هذا العقار ، وهذا مايدل على قابلية تلك الملكية للنزول . وإذا كان الأمر كذلك ، فما هى الاعتبارات التى تقتضى قصر النزول عن ملكية العقار على حالة ما إذا كان بقصد التخلص من تكليف عيني ؟ قد يقال أن الاعتبارات التى تقتضى ذلك هى تفادى تعرض العقار لأن يبقى بلا مالك لما فى ذلك من تعطيل للأموال يتعارض مع النظام العام . وفضلاً عن أن المقارنات التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة (١) ، فان ذلك لايعنى بحال عدم قابلية ملكية العقار للنزول عنها وإنما مجرد تقييد هذا النزول بعدم المساس بالنظام العام بحيث لا يكون النزول غير ممكن وإنما غير مشروع . يضاف إلى ذلك أن الوضع قد لا يختلف عن ذلك فى حالة التخلي عن العقار للتخلص من التكاليف العينية ، إذ قد لا يستعمل مالك العقار المرتفق أو باقى الشركاء على الشيوخ المكنة التى منحها لهم القانون فى تملك العقار المرتفق به أو الحصة الشائعة بعد أن تسقط الملكية عن المالك الذى نزل عنها على نحو ما سبق أن بينا .

ومن ناحية رابعة ، إذا كان مجرد النزول عن ملكية العقار لا يمكن الاحتجاج به على الغير ، فليس معنى ذلك أن هذا النزول غير ممكن وإنما غير نافذ لأن انتضاء الحقوق العينية الأصلية ، شأنه شأن نقل هذه الحقوق ،

(١) تنص المادة ٥٣٩ مدنى فرنسى على أن كل الأموال الشاغرة ولا مالك لها .. تدخل فى الملكية العامة . وإذا كانت المادة ٨٧٤ مدنى مصرى لا تنص الا على أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة ، فان ذلك لم يمنع البعض من أن يتجه إلى أنه إذا حصل التخلي عن حق ملكية عقار آلت ملكيته هذا العقار إلى الدولة (الصدرة - المرجع السابق ٥ ٤ ص ٢٠) . ولقد انتهت لجنة مراجعة التشريعات المدنية إلى اقتراح تعديل المادة ٨٧٤ بحيث تنص على أن المقارنات التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة .

لا ينتج أثره إلا إذا تم شهر التصرف الذي يستهدف تحقيق ذلك الأثر ، وهو في حالتنا النزول الذي يعد تصرفاً قانونياً على نحو ما سوف نرى .

٤٩ - الحقوق الذهنية والتجارية :

من المحقق أن الحق المالى الذى تنطوى عليه الحقوق الذهنية والتجارية يمكن اسقاطه بالنزول عنه كما يمكن نقله بالتنازل عنه لشخص معين . فثلاً الحق فى العلامة التجارية أو فى براءة الاختراع يمكن اسقاطه بعدم الاعتراض على استعمال الغير له بصفة مضطردة وعلى نحو يفتى معه التسامح (١).

ولما كان الحق الأدبى الذى تنطوى عليه تلك الحقوق الذهنية والتجارية يعد من حقوق الشخصية ، فإنه يصدق عايه ماسبق أن أبديناه بصدده هذه الحقوق من أن النزول عنها لا يكون غير ممكن وإنما غير مشروع لمخالفته للنظام العام .

٥٠ - الحقوق الاحتمالية والمستقبلية :

يتنازع قابلية الحقوق الاحتمالية والمستقبلية اتجاهان ، أولهما يقر قابلية الحقوق الاحتمالية دون المستقبلية للنزول عنها ، وثانيهما يقر قابلية كل من الحقوق الاحتمالية والمستقبلية للنزول عنها .

٥١ - ولا بد قبل أن نعرض لكل من هذين الاتجاهين أن نكون على بينة من فكرة الحق الاحتمالى والحق المستقبلى .

وترتكز فكرة الحق الاحتمالى على أن من الوقائع التى يقيمها القانون سبباً لنشوء الحق ما هو مركب أو ما يتوقف على اجتماع عدة عناصر يتتابع توافرها بحيث لا يكون قيام الواقعة فورياً وإنما ممتداً . وإذا كان عدم استكمال كافة عناصر الواقعة يحول دون نشوء الحق نهائياً ، فإن توافر العناصر الأساسية

(١) انظر روبييه - حق الملكية الصناعية ج ١ ص ٤١١ ، ج ٢ ص ٢٤٥ ، ص ١٢٠ وما بعدها ، ر ١٣٧ ص ٥٥ .

للواقعة من شأنه أن يجعل الحق محتملاً إلى حد يجدر معه حماية المصلحة القائمة ، بحيث ينشأ مركز قانوني حال أو حق حال موضوعه اكتساب الحق الاحتمالي في المستقبل . ونشوء هذا الحق الحال هو الذي يميز الحق الاحتمالي عن الحق المستقبل . فالحق المستقبل لا يوجد حق حال في اكتسابه وإنما مجرد أمل في هذا الاكتساب (١) .

وأبرز مثال يضربونه للحق الاحتمالي هو الحق في التعويض عن الجزء الذي لم يتحقق من الضرر . هذا الضرر الذي يعد من عناصر الواقعة المنشئة للحق في التعويض بحيث يحول عدم توافره دون اكتساب حق نهائي في التعويض . إلا أنه مادام قد توافر العنصر الأساسي في تلك الواقعة وهو الخطأ فان الحق في تعويض الجزء غير المحقق من الضرر يعد حقاً احتمالياً تجدر حمايته بحيث ينشأ مركز قانوني حال أو حق حال مؤقت موضوعه اكتساب الحق الاحتمالي في المستقبل (٢) .

والواقع أن ما تركز عليه فكرة الحق الاحتمالي من توافر العناصر الأساسية للواقعة القانونية المنشئة للحق تقابله فكرة أدق وأعمق في الفقه الاسلامي . فلقد بصر فقهاء الشريعة الاسلامية بثاقب بصرهم بأن الحكم قد يكون له سبب وشرط ، كما بصروا بأنه إذا كان الحكم لا يمكن أن يتقدم على سببه فانه يمكن أن يتقدم على شرطه بعد وجود سببه (٣) . ولاشك أن التفرقة بين سبب الحكم وشرطه أدق من التفرقة بين العناصر الأساسية وغير الأساسية للواقعة المنشأة للحكم فمن يقولون بهذه التفرقة لا يقدمون لنا معياراً دقيقاً لها (٤) .

(١) انظر ، فردييه - الحقوق الاحتمالية ، باريس ١٩٥٥-٣٧٣-٣٧٦ ص ٢٩٩-٣٠١ .

(٢) انظر ، ديموج - الحقوق الاحتمالية ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٠٥ ص ٧٢٤ .
ريجو - البحث السابق ص ٤١٦ .

(٣) انظر ، القرافي - الفروق ج ١ الفرق ٣٣ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٤) انظر في التفرقة بين السبب والشرط ، الشاطبي - الموافقات ج ١ ص ١٨٥ .

وبعد أن وقفنا على فكرة الحق الاحتمالى والحق المستقبل يمكننا أن نعرض للاتجاهين اللذان يتنازعان قابلية كل من هذين الحقين للنزول عنه .

٥٢ - **فاما الاتجاه الاول** الذى يقر النزول عن الحقوق الاحتمالية التى يسبق اكتسابها حق حال يحتمى هذا الاكتساب ، دون الحقوق المستقبلية التى لا يوجد سوى أمل فى اكتسابها ، فقد سار فيه الفقه التقليدى الوضعى كما أن له ما يقابله فى فقه الشريعة الاسلامية .

٥٣ - فاذا ما بدأنا بالفقه التقليدى الوضعى وجدناه يقيم اتجاهه على أساس أن عدم وجود حق حال وإنما مجرد أمل فى اكتساب حق مستقبل يحول دون قابلية هذا الحق للنزول ، لأن النزول اسقاط حق ومجرد الأمل فى اكتساب حق لا يعدو أن يكون واقعة لاتقبل الاسقاط (١).

٥٤ - وعلى هذا الأساس لا يكون النزول مقدماً عن التمسك بالتقدم قبل اكتمال مدته غير مشروع وإنما غير ممكن ، إذ لا يوجد حق حال وإنما مجرد أمل فى اكتساب مكنته التمسك بالتقدم عند اكتمال مدته (٢) . وعلى نقيض ذلك يمكن النزول عن الحق الاحتمالى فى تعويض الجزء الذى لم يتحقق بعد من الضرر ، وذلك لأنه لا يوجد مجرد أمل فى اكتساب ذلك الحق الاحتمالى فى التعويض وإنما يوجد حق حال موضوعه اكتساب ذلك الحق فى المستقبل .

٥٥ - إلا أنه إذا كانت القاعدة وفقاً لهذا الاتجاه هى عدم امكان النزول مقدماً عن الحق المستقبل الذى لا يوجد سوى مجرد أمل فى اكتسابه ، فانه استثناء من هذه القاعدة يعد النزول عن مجرد الأمل فى اكتساب حق مستقبل صحيحاً ، إذا كان هذا الحق متعلقاً بالمصلحة الخاصة ، وكان النزول عنه

(١) انظر ، اورى ورو ج ٢٢٣ر٤ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ . استئناف وطنى ٢٩ مايو ١٨٩٣ ، الحقوق ص ٩ ص ٢٢٥ .

وقارن ، لوران ج ١٨٣ر٣٢ ص ١٩٠ .

(٢) انظر اورى ورو - الموضوع السابق . وقارن ، لوران الموضوع السابق .

ملحقاً باتفاق بقصد تضييق آثاره أو مدها ، ولم يوجد نص يمنع من ذلك كما هو الشأن في الاتفاقى على النزول مقدماً عن المقاصة أو نظرة الميسرة (١).

٥٦ - ومن الفقهاء الحديثين من يؤيد القاعدة التى استنتها ذلك الاتجاه بينما ينتقد الاستثناء الذى أورده عليها (٢) .

٥٧ - ويستند هذا التأييد للقاعدة التى استنتها ذلك الاتجاه إلى أن النزول مقدماً عن التمسك بالتقادم مثلاً ، لا يكون نزولاً عن التمسك بحق وإنما عن تطبيق قاعدة قانونية . فتميل اكتمال مدة التقادم لا يكون للمدين أى حق ولو احتمالاً وإنما يكون فى مركز فعلى أو واقعى . ولهذا فإن نزوله مقدماً عن التمسك بالتقادم لا يعدو أن يكون نزولاً عن تطبيق القاعدة القانونية التى تمنح حق التمسك بالتقادم إذا توافرت الواقعة التى تقيمها هذه القاعدة سبباً لاكتساب هذا الحق وهى مضى مدة التقادم ، فسواء تحققت هذه الواقعة أو لم تتحقق ، فإن قاعدة تقادم الحق بمضى المدة لن تطبق ، وإنما يكون من أثر ذلك النزول المقدم أن الحق لا يتقادم بمضى المدة . ولا يمكن أن يكون للنزول مثل هذا الأثر ، ومن ثمة يكون النزول الذى يقصد به ترتيب ذلك الأثر غير ممكن (٣) .

ولكن الواقع أن هذا التأييد غير مقنع . ذلك أن النزول مقدماً عن التمسك بالتقادم هو فى حقيقته نزول عن حق التمسك بالتقادم عندما يكتسب المدين هذا الحق باكتمال مدة التقادم . فهو نزول معلق على اكتساب المدين لذلك الحق بحيث لا ينتج أثره إلا عند اكتسابه (٤) . ولهذا فإن مثل هذا النزول لا يحول دون تطبيق القاعدة القانونية التى تمنح المدين حق التمسك بالتقادم عند

(١) انظر ، أوبرى ورو - الموضع السابق ٦٨ .

(٢) ريجو - البحث السابق ص ٤١٥ .

(٣) ريجو - الموضع السابق .

(٤) انظر فى هذا المعنى ، ينج - البحث السابق ص ٣٣٨ . فوق تير - الالتزامات ر ٢٨

اكتمال مدته ، وإنما على العكس من ذلك يفترض تطبيق تلك القاعدة واكتساب المدين لذلك الحق . وإذا كانت المادة ٢٢٢٠ مدني فرنسي قد نصت على أنه لا يمكن النزول مقدماً عن التقادم فإنه لا يجب الوقوف عند حرفية العبارة وإنما يجب حملها على أنه لا يجوز النزول مقدماً عن التقادم على نحو ما نصت عليه المادة ٣٨٨ مدني مصري .

٥٨ - وأما النقد الذي وجه إلى ما أورده ذلك الاتجاه من استثناء على القاعدة التي استنتجها فيستند إلى أن النزول لا يكون إلا انفرادياً ، ولهذا فإن ما يتضمنه الاتفاق من عدم تمسك أحد طرفيه بالمقاصة أو عدم المطالبة بنظرة ميسرة لا يعد نزولاً حتمياً وإنما مجرد شروط تعاقدية . ومثل هذه الشروط تحل محل التواعد التماثلية إذا كانت لا تمنع تحت طائلة البطلان لمخالفتها للنظام العام أو الآداب (١) . وإذا كان لا يسعنا إلا أن نسلم بأن ما يتضمنه الاتفاق من تلك الشروط إنما يبتدع بعدم المساس بالنظام العام أو الآداب ، فإنه لا يسعنا أن نسلم بأن النزول لا يكون إلا انفرادياً . فسوف نرى عند دراستنا لوسيلة النزول إنه كما قد يكون انفرادياً قد يكون اتفاقياً .

٥٩ - فإذا ما انتقلنا إلى فقه الشريعة الإسلامية ، وجدنا القراقي يفرق في فروقه بين أحوال ثلاثة من الاستقاط (٢) . الحالة الأولى أن يتقدم الاستقاط على سبب الحكم وشرطه . ومثل هذا الاستقاط لا يعتبر إجماعاً . والحالة الثانية أن يتأخر الاستقاط على سبب الحكم وشرطه . ومثل هذا الاستقاط يعتد به إجماعاً والحالة الثالثة ، أن يتوسط الاستقاط بين سبب الحكم وشرطه . ومثل هذا الاستقاط يختلف العلماء في كثير من صورته . فالشئعة سببها بيع العقار المشروع فيه وشرطها الأخذ بها . فإذا أسقط الشئع الشئعة قبل البيع لم يعتبر استقاطاً لأنه استقاط لاحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه وهذا محال (٣) .

(١) ريجو - البحث السابق ص ٤١٥ - ٤١٧ .

(٢) القراقي - الفروق ج ١ الفرق ٣٣ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٣) القراقي - المرجع السابق ص ١٩٧ . الكاساني - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩ .

أما إذا اسقط الشفيع الشفعة بعد البيع، وقبل الأخذ بها سقطت بلا خلاف .
والقصاص له سبب هو انفاذ المقاتل وشرط وهو زهوق الروح. فان عفا عن
القصاص قبلهما لم يعتبر عفوه . أما إذا عفا بعد وجود سبب القصاص وقبل
توافر شرطه نفذ عفوه إجماعاً (١). ونفقة الزوجة سببها في رأى الزواج وشرطها
التمكين ، وفي رأى آخر سببها التمكين أو حق الحبس . ولقد كان مقتضى الرأى
الأول أن اسقاط الزوجة لنفقتها المستقبلية يعتمد به لأنه اسقاط بعد وجود السبب
وإن كان قبل تحقق الشرط . إلا أن أصحاب هذا الرأى لا يعتدون بهذا
الاسقاط ويجعلون للمرأة المطالبة بعد ذلك بنفقتها ، وذلك على أساس ضعف
أرادة الزوجة (٢) . أما وفقاً للرأى الآخر فان اسقاط الزوجة لنفقتها المستقبلية
لا يعتمد به لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان ، ومن ثمة
يكون اسقاط مالم يجب منها اسقاط لحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه وهو
التمكين أو الحبس الذى يتجدد بتجدد الزمان (٣) .

٦٠ - وينبغى أن نربط بين موقف الفقه الاسلامى من النزول مقدماً عن
الحق قبل وجود سببه وموقف هذا الفقه من التعاقد على محل غير موجود وإن
كان قابلاً للوجود .

فوفقاً للمذهبين الحنفى والشافعى لا يمكن التعاقد على محل غير موجود
إلا استثناء للضرورة ، وذلك استناداً إلى قيام الدليل على النهى عن بيع المعدوم
ولأن آثار العقد وجودية فلا تظهر في معدوم (٤). ولهذا فان عدم امكان اسقاط
الحق مقدماً قبل وجوده يستقيم مع موقف هذين المذهبين من عدم امكان
التعاقد على محل غير موجود .

(١) القرانى - المرجع السابق ص ١٩٨ . الكاسانى - المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٨ .

(٢) القرانى - المرجع السابق ص ٢٠٠ .

(٣) الكاسانى - المرجع السابق ج ٤ ص ٢٩ .

(٤) انظر ، على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ط ٣ ص ٢٦٧ ، محمد مصطفى شلبى

المدخل ط ١٩٦٢ ص ٤٣٥ .

ووفقاً للمذهب المالكي لا يشترط وجود المعقود عليه وقت التعاقد في التبرعات ولا في الرهن ، إذ لا ضير على المتبرع إذا لم يوجد المعقود عليه بعد التعاقد كما أن شيئاً يتوثق به خير من عدمه (١). ولهذا يبدو لنا أن عدم إمكان اسقاط الحق مقدماً قبل وجوده لا يتسق مع موقف هذا المذهب من التعاقد على محل غير موجود .

ووفقاً للمذهب الحنبلي لا يجب وجود المعقود عليه وقت التعاقد . إذ ليس في الكتاب ولا في السنة ما يدل على أن بيع المعدوم لا يجوز، وإنما في السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيها النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة ، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود بل الذي وردت به السنة النهى عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء أكان موجوداً أو معدوماً. (٢) ولهذا ، إذا كان في اسقاط الشئمة للشئمة قبل البيع روايتان عن الإمام احمد أحدهما عدم سقوط الشئمة والثانية سقوطها (٣) . فان الراوية الثانية هي التي تتسق مع عدم وجوب وجود المعقود عليه وقت التعاقد .

٦١ - **وأما الاتجاه الثاني** ، الذي يقرباً مكان النزول مقدماً ، ليس فقط عن الحقوق الاحتمالية التي يوجد حق حال في اكتسابها ، وإنما أيضاً عن الحقوق المستقبلية التي لا يوجد سوى مجرد أمل في اكتسابها ، فهو الاتجاه السائد في الفقه الحديث (٤).

٦٢ - فالسائد في الفقه الحديث أن النزول المقدم عن الحق المستقبل الذي لا يوجد سوى مجرد أمل في اكتسابه يكون ممكناً في ذاته . ذلك أنه إذا كان ترتيب النزول لأثره وهو اسقاط الحق يفترض وجود هذا الحق ، فان

(١) انظر ، محمد يوسف موسى - الفقه الاسلامي ط ٣ ر ٢٣ ص ٥٢٣ ص ٣٥٨ .

(٢) انظر ، ابن القيم - اعلام الموقعين ج ١ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

(٣) انظر ، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٥٤١ - ٥٤٢ .

(٤) انظر : ديموج - البحث السابق ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٦ ص ٣٠٧ .

لسونا - البحث السابق ص ٣٦٦ . ديكران - الرسالة السابقة ص ٥٢ . رينو - البحث السابق

ص ٧٩٢ - ٧٩٣ . ينج - البحث السابق ص ٣٣٨ .

ذلك لا يستتبع عدم امكان النزول مقدماً عن الحق ، وإنما يستتبع تعليق هذا النزول على وجود الحق بحيث لا يرتب أثره إلا عند وجوده (١) . ولهذا فان النزول المقدم لا يكون غير ممكن وإنما غير منجز .

٦٣ - وإذا كان القانون يمنع النزول مقدماً عن بعض الحقوق التي لا يوجد سوى مجرد أمل في اكتسابها ، كما هو الشأن في النزول مقدماً عن حق التمسك بالتقدم أو بالمقاصة ، فان هذا المنع إنما يتقرر بقواعد خاصة تواجه حالات خاصة ، ولا يعنى بحال أن النزول عن التقدم غير ممكن في ذاته وإنما قد يكون غير جائز لاعتبارات خاصة في حالات خاصة (٢) .

٦٤ - وما يؤيد امكان النزول مقدماً عن الحق المستقبل الذي لا يوجد سوى مجرد أمل في اكتسابه امكان الالتزام بنقل مثل هذا الحق قبل وجوده . فكما أن محل الالتزام يمكن أن يكون نقل حق مستقبل وعندئذ يكون الالتزام ملحقاً على وجود محله ، فكذلك يمكن أن يكون محل الاسقاط حقاً مستقبلاً وعندئذ يكون الاسقاط ملحقاً على وجود محله (٣) .

٦٥ - كذلك مما يؤيد أن النزول مقدماً عن الحق الذي لا يوجد سوى مجرد أمل في اكتسابه ممكن في ذاته ، ما أورده التقنين المدني المصرى من تطبيقات لهذا النزول المقدم . فالمادة ٩٤٨ مدنى صريحة في أن حق الأخل بالشفعة يسقط إذا نزل الشئيع عن حقه ولو قبل البيع . فلو أن النزول المقدم عن الحق غير ممكن لما نصّ المشرع على امكانه في هذه الحالة ، إذ ليس بوسع المشرع أن ينص على امكان ما ليس ممكناً (٤) .

(١) انظر : بينج - الموضع السابق . فون تير - الموضع السابق .

(٢) انظر : رينو - الموضع السابق . فان دن برج - البحث السابق ص ٣١٨ .

(٣) قرب ذلك : ديموج - البحث السابق ص ٣٠٧ .

(٤) من تطبيقات النزول المقدم أيضا ماتضمنته المادتان ٤١٩ ف ٢ مدنى و ٨٤٧ مرافعات . فالمادة ٤١٩ ف ٢ تسقط حق المشتري في طلب ابطال عقد البيع إذا ذكر في العقد أنه عالم بالمبيع ، وهذا ما يقوم على أساس نزول المشتري مقدماً عن حقه . (انظر اشمايل غانم - عقد البيع ص ٧١ ، أنور سلطان وجلال العلوى - عقد البيع ٢٢٥ ص ١٧٣) . والمادة ٨٤٧ مرافعات =

٦٦ - وليس الفقه وحده هو الذى يتجه إلى امكان النزول مقدماً عن الحق الذى لا يوجد سوى مجرد أمل فى اكتسابه ، وإنما يتجه القضاء أيضاً إلى ذلك . ففى ظل التقنين المدنى القديم الذى لم يكن ينص على سقوط حق الشفعة بنزول الشفيع عنه قبل البيع ، قضت محكمة النقص بأنه «لما كان الاستشفاع حقاً يخول كسب الملك ، فانه يجوز التنازل عنه مقدماً وفقاً للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل» (١) . ولنا أن نتجاوز عن وصف هذا الحكم لحق الشفيع بأنه حق محتمل الوجود رغم أنه لا تتوافر له مقومات الحق الاحتمالى .

٦٧ - إلا أنه إذا كان النزول مقدماً عن الحق المستقبل ممكناً فى ذاته ، فان امكان هذا النزول يتوقف على ما إذا كان التعبير عن اتجاه الارادة إلى النزول عن الحق لا يجب أن يقترن بالقيام بعمل لا يمكن القيام به قبل اكتساب الحق كما هو الشأن فى النزول عن ملكية المنقول حيث يجب أن يقترن قصد النزول بالتخلي عن المنقول . ولما كان لا يمكن التخلي عن المنقول قبل اكتساب ملكيته فان النزول عن هذه الملكية لا يكون ممكناً قبل اكتسابها (٢) . وواضح

= تنص على عدم جواز استئناف حكم المحكمين إذا كان الخصوم قد تنازوا صراحة عن حق الاستئناف . وإذا كان من الفقهاء (أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء وبالصلح ر ٣٠ ص ٦٢) من يرى أنه عندما يميز المشرع النزول عن الحق قبل أن ينشأ ينص صراحة على ذلك فان السياق الذى أبدى فيه هذا الرأى يدل على أنه إنما يواجه مشروعية أو عدم مشروعية النزول المقدم لا مكانه أو عدم مكانه . ومن هذا القبيل أيضاً ما قاله الأستاذ السهورى من أنه «لا يجوز النزول عن حق قبل اكتسابه (الوسيط ج ٢٨٣ ص ٩٧٤) ، وما قضت به محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها ، إذ أن الانسان إنما يتنازل عما يثبت له (استئناف ٢٩ مايو ١٨٩٣ الحقوق ص ٩ ص ٢٢٥) .

(١) نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٥٢ ، المحاماة ص ٣٣ ر ٦٤٦ ص ١٤٦٩ .
(٢) انظر ، بينج - البحث السابق ص ٣٣٨ . وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة للحقوق العينية الأصلية المقاربية التى لا تزول إلا إذا تم تسجيل التصرف الذى من شأنه زوالها طبقاً للمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى . إلا أنه إذا كان النزول فى مثل هذه الحالات لا يترتب عليه أثره وهو اسقاط الحق فانه ينشأ عنه التزام شخصى بالقيام بالاجراء الذى يتوقف عليه ترتيب هذا الأثر .

أن النزول المقدم عن الحق في مثل هذه الحالة لا يكون غير ممكن لأن محله لا يقبل النزول عنه ، وإنما لأن وسيلة هذا النزول تقتضي وجود ذلك المحل .

§ ٢ - هل لا يرد الاسقاط الا على الحقوق ؟

٦٨ - من الفقهاء من يفرق بين الحقوق والميزات القانونية ، دون أن تصل به هذه التفرقة إلى استبعاد اسقاط الميزات القانونية كلية وإنما يقر قابلية هذه الميزات للاسقاط في بعض الحالات (١) .

ومن الفقهاء من يفرق بين المراكز القانونية الشخصية والمراكز القانونية الموضوعية ، تفرقة تصل به إلى قابلية الأولى دون الثانية للاسقاط (٢) .
وبذلك نكون بين اتجاهين ينبغي أن نسبر غورهما .

٦٩ - التفرقة بين الحقوق والميزات القانونية :

يتمتzy تقدير الاتجاه الذى يفرق بين الحقوق والميزات القانونية دون أن يصل إلى استبعاد اسقاط هذه الميزات كلية أن نقف على كنه التفرقة التي يقيمها بينها وبين الحقوق وكيف لم تصل به هذه التفرقة إلى استبعاد قابليتها للنزول كلية .

٧٠ - فإذا ما بدأنا بتقصي كنه التفرقة التي يقيمها هذا الاتجاه بين الحقوق والميزات القانونية ، وجدنا أن هذه التفرقة تختلف عن التفرقة العريقة بين الحق الشخصي والمصلحة المشروعة .

٧١ - فالتفرقة بين الحق الشخصي والمصلحة المشروعة ، التي يمكن أن نرجع بها إلى العلامة اهرنج ، تقوم على أساس أن الحق الشخصي مصلحة يحميها القانون لذاتها حماية مقصودة ، بينما المصلحة المشروعة مصلحة يحميها

(١) انظر : بينج - النزول من الميزات التي يمنحها القانون ، أعمال جماعة هنرى كاييتان ع ١٣ من ١٩٦٣ ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ .
(٢) انظر : رويبييه - الحقوق الشخصية والمراكز القانونية ، باريس ١٩٦٣ ص ٥٢٦ .

القانون بصفة عرضية غير مقصودة في الحدود التي تتفق فيها مع المصلحة العامة التي تكون مقصودة أصلاً بالحماية . فمثلاً فرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية يقصد به أصلاً حماية المصلحة العامة ، ولكنه يحقق عرضاً حماية المصالح الخاصة لأصحاب المصانع الوطنية . ولهذا لا يكون لهؤلاء حق شخصي وإنما مجرد مصلحة مشروعة في فرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية(١).

أما التفرقة التي يقيّمها الاتجاه الذي نعرض له بين الحقوق الشخصية والميزات القانونية ، فهي في الواقع تفرقة بين وسائل مختلفة من وسائل الحماية المقصودة التي لا تنحصر وفقاً لهذا الاتجاه في منح الشخص حقاً شخصياً تتوقف حمايته على إرادته وإنما قد تكون بمنح الشخص ميزة قانونية لا تتوقف حمايتها على إرادته . فالحماية القانونية للمصالح الخاصة لا تكون حماية مقصودة في الحق الشخصي وعرضية في الميزات القانونية، وإنما هي مقصودة في كل منهما ، إلا أنها تكون في الحق الشخصي متوقفة على إرادة صاحبه بينما لا تكون في الميزات القانونية متوقفة على إرادة من تمنح له(٢).

فحيث يرفع القانون المصلحة الخاصة التي يقصد حمايتها إلى مصاف الحق الشخصي ، فإن حمايته لها تكون حماية شخصية ، بحيث يكون لمن يمنحه القانون هذا الحق الشخصي أن يطالب أو لا يطالب بحمايته . ولهذا لا يمنح القانون الشخص حقاً شخصياً إلا عندما يوجد ما يبرر أن يترك لصاحب المصلحة تقرير استيفائها

(١) انظر : اسماعيل غانم - النظرية العامة للحق ط ٢ ص ١٢ . عبد الحى حجازى - نظرية الحق ص ١٧ ، ١٨ وأن كان يدرج في المصالح المشروعة ليس فقط المصالح المحمية حماية عرضية وإنما تلك المحمية حماية شرطية كصلاحية من يحصل على ترخيص بشغل جزء من الطريق العام إذ يحمي القانون مصلحته طالما لم تتعارض مع المصلحة العامة . وهذه المصالح المحمية حماية شرطية ترقى عن أن تكون مجرد مصالح مشروعة بحيث يرى فيها البعض حقوقاً مشروطة ، أنظر ديولوجو - القانون الجنائي وتطبيقه ، مصر ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ٣٢ .

(٢) انظر في ذلك : بينج - البحث السابق ص ٣٢٦ .

أو الدفاع عنها ضد أى اعتداء عليها (١). وهذا ما يتحقق ، إما عند ما تتعلق المصلحة بالشخص وحده دون أن ترتبط بمصالح الغير أو بالمصلحة العامة ، وإما عندما يقدم القانون مصلحة الشخص على ما قد يرتبط بها من مصالح الغير (٢).

أما حيث يقتصر القانون على أن يمنح من يقصد حماية مصلحته ميزة قانونية فإن حمايته لهذه المصلحة تكون حماية موضوعية لا تتوقف على مطالبة أو عدم مطالبة صاحب المصلحة بحمايتها، وإنما يقوم القضاء بحمايتها من تلقاء نفسه (٣). ولهذا يعهد القانون إلى منح هذه الميزات القانونية عندما يقدر أن المصلحة العامة لا تتحمل تفریط الشخص في حماية مصلحته الخاصة (٤).

٧٢ - ووفقاً للاتجاه الذى نعرض له يتبع القانون عدة وسائل لحماية المصالح الخاصة حماية موضوعية لا تتوقف على إرادة صاحبها بحيث تكون له مجرد ميزة قانونية وليس حقاً شخصياً .

فأما الوسيلة الأولى ، فهي فرض واجبات على الغير لا تقابلها حقوق شخصية . فليس من الدائم أن تقابل الواجبات التى يفرضها القانون حقوق شخصية (٥). ومن الواجبات التى لا تقابلها حقوق شخصية ما يفرضه القانون على الكافة لمصلحة الكافة ويعد الاخلال به عملاً غير مشروع . فمثلاً ليس لأحد حق شخصى فى المحافظة على ذمته المالية ، وبالرغم من ذلك يعد الاعتداء عليها فى حالات معينة عملاً غير مشروع . وقد يكون الواجب الذى

(١) انظر ، ينج - البحث السابق ص ٣٢٦ ، ديولوجو - المرجع السابق ص ٣٢ .

(٢) انظر ، ديولوجو - أسباب الإباحة ، دروس للدكتوراه ١٩٥٢ - ١٩٥٣ ص ١٦٠ .

(٣) انظر ، ينج - البحث السابق ص ٣٢٩ .

(٤) انظر ، ديولوجو - المرجع السابق ص ٨ ، ٩ .

(٥) انظر ، ينج - البحث السابق ص ٣٢٧ . ديولوجو - القانون الجنائى وتطبيقه ١٦٢ ص ٣٢ .

ومن القوانين القديمة كالقانون الصينى القديم ما يقتصر على أن يفرض واجبات على الأفراد ولا يمنحهم حقوقاً ، انظر اسكارا - الفكرة الصينية للقانون ، سلسلة فلسفة القانون ١٩٣٥ .

يقابله حق شخصي مفروضاً على شخص معين لمصلحة شخص آخر معين . وهذا هو الشأن فيمن يجب عليه بصفته ولياً أو وصياً أو قياً رعاية من تكون له الولاية على شخصه أو ماله ، الذي يتمتع بميزات قانونية ولكن لا يكون له حق شخصي لأنه لا يتوقف على ارادته قيام من تكون له الولاية عليه أو على ماله بواجباته ، كما أنه لا تكون له دعوي للمطالبة بتنفيذ هذه الواجبات (١).

وأما الوسيلة الثانية ، فهي تقييد حقوق الغير بقيود لا تقابلها حقوق شخصية وإنما ميزات قانونية : فتقييد حق الغير ينطوي بلا شك على ميزة قانونية لمن كان يمكن أن يباشر هذا الحق قبله . وإذا كان من القيود التي يقيد بها القانون حق أحد الأشخاص ما يقابله حق لشخص آخر ، كما هو الشأن في قيود حق الملكية التي تقابلها حقوق شخصية تدخل ضمن حق ملكية الجار ، فإن من القيود التي ترد على بعض الحقوق مالا تقابله حقوق شخصية ، وإنما مجرد ميزات قانونية لا تتوقف على إرادة من يباشر الحق قبله . ولهذا فإن من يستفيد من تقييد حق الغير إنما يستند إلى انتفاء هذا الحق لا إلى أن له هو حقاً شخصياً . كذلك يكون للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه القيود التي فرضها القانون على حق الغير . وهذا هو الشأن بالنسبة لمدة سقوط الحق والأعباء أو الكاليف التي تقع على المشتري أو المؤمن له باخطار البائع أو المؤمن بالعيب أو الحادث الموجب للضمان (٢) .

وأما الوسيلة الثالثة ، فهي تقييد سلطات الشخص الذي يقصد القانون حمايته لمنع من أن يلحق الضرر بنفسه بالقيام بأعمال مضره بمصالحه . وهذا هو الشأن في أغلب حالات بطلان العقد وخاصة لعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون . فهذا البطلان لا يتوقف على إرادة المتعاقد ، ولهذا لا يكون له حق شخصي وإنما ميزة قانونية ، وذلك على نقيض الابطال الذي يعد حقاً شخصياً لمن يتقرر لمصلحه (٣) .

(١) انظر ، ينج - الموضع السابق .

(٢) انظر ، ينج - البحث السابق من ٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٣) انظر ، ينج - البحث السابق من ٣٢٨ - ٣٢٩ .

هذه هي التفرقة التي يقيّمها الاتجاه الذي نعرض له بين الحق الشخصي والميزة القانونية ، فما هو موقف هذا الاتجاه من اسقاط الميزات القانونية ، هل وصلت به تلك التفرقة إلى استبعاد أو عدم استبعاد النزول عن هذه الميزات ؟ .

٧٣ - فاذا ما انتقلنا إلى موقف الاتجاه الذي نعرض له من امكان أو عدم امكان اسقاط الميزات القانونية ، وجدناه يسلم بما يبدو لأول وهلة من تعارض اسقاط الميزات القانونية مع طبيعة هذه الميزات . فدامت القاعدة القانونية لا تمنح حقاً شخصياً وإنما ميزة قانونية ، فانها تكون واجبة التطبيق تلقائياً بل ورغماً عن ارادة الشخص الذي تحميه ، ومن ثمة لا يمكن ، منطقياً ، أن يكون للشخص اسقاط الميزة التي يمنحها له القانون (١).

وهذا الذي يبدو لأول وهلة يتأيد بمقارنة البطلان المطلق بالبطلان النسبي أو الابطال . ففي حالات قابلية التصرف للابطال لعيب في الارادة يكون لمن شاب ارادته العيب حق المطالبة بابطال التصرف ، ومن ثمة يكون له اسقاط هذا الحق . أما في حالات البطلان المطبق لانعدام الارادة أو عدم توافر الشكل أو استحالة المحل أو عدم مشروعية السبب فللقاضي أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه وليس لمن له مصلحة في البطلان أن ينزل عنه إذ ليس له حق في البطلان يقبل الاسقاط وإنما مجردة ميزة قانونية لا تقبل الاسقاط (٢).

٧٤ - إلا أنه بالرغم من ذلك يقر الاتجاه الذي نعرض له ما أقره القضاء والفقهاء من أنه توجد حالات يمكن فيها اسقاط الميزات التي يمنحها القانون بقواعد يجب على القضاء تطبيقها من تلقاء نفسه (٣). وحسبنا أن نسوق حالتين من هذه الحالات حتى نكون صورة واضحة لذلك الاتجاه ، وحتى يتسنى لنا من بعد أن نعقب عليه :

(١) ، (٢) انظر : بينج - البحث السابق ص ٣٢٩ .

(٣) انظر ، بينج - الموضوع السابق .

ولعل من أبرز هذه الحالات تلك التي يسلمون فيها للمدعى عليه باسقاط
الميزة القانونية التي ينطوى عليها القاء عبء الاثبات على المدعى ، وذلك بالرغم
من أن القاعدة التي تحدد من يقع عليه عبء الاثبات من القواعد التي يطبقها
القاضي من تلقاء نفسه . إلا أنهم لا يسلمون باسقاط تلك الميزة إلا في المسائل
التي تسود فيها حرية التعاقدون تلك التي تتعلق بحقوق غير جائز التصرف فيها (١).

وإلى هذه الحالة نضيف حالة أخرى يسلمون فيها باسقاط ميزة قانونية
هي تلك التي ينطوى عليها عدم جواز استرداد مادفع لباعث غير مشروع أو
مخالف للأداب . فالقاعدة التي تقضى بذلك قاعدة أمرة يطبقها القاضي من
تلقاء نفسه ، وهي لا تمنح حقاً شخصياً في عدم الرد وإنما مجرد ميزة قانونية ،
وبالرغم من ذلك يكون لمن تثبت له هذه الميزة أن يسقطها بأن يتعهد كتابة برد
ماقبضه باعتبار أنه يقر بالتزام طبيعي (٢) .

٧٥ - ويخلص ذلك الاتجاه من هذا إلى أن اسقاط الميزات القانونية
متصور في حالتين . الحالة الأولى ، إذا قرر القانون أو القضاء أن القاعدة التي
تمنح الميزة القانونية يمكن أن تفسح السبيل لارادة من يتمتع بها إذا عبر عن
إرادة اسقاطها . والحالة الثانية ، إذا كانت القاعدة التي تمنح الميزة القانونية
تعطى للقاضي سلطة تقديرية بحيث يكون التعبير عن ارادة اسقاطها دافعاً
لسلب هذه الميزة (٣) . هذا هو كل ما خلاص اليه ذلك الاتجاه لايزيدعاه شيئاً .

٧٦ - وبعد أن وقفنا على التفرقة التي يقيمها ذلك الاتجاه بين الحق
الشخصي والميزة القانونية وموقفه من اسقاط هذه الميزة ، يأتي دور التعقيب عليه .

(١) انظر ، ينح - البحث السابق ص ٣٣٠ .

(٢) انظر : ينح - الموضوع السابق . ويراعى أن القول بوجود التزام طبيعي في هذه الحالة
يمكن أن يؤخذ عليه انه لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام (م ٢٠٠ مدني) .

(٣) ، (٤) انظر ، ينح - الموضوع السابق .

٧٧ - فمن ناحية ، إذا صح أن حماية الحق الشخصي تتوقف على مطالبة صاحبه أو عدم مطالبته بحمايته^(١)، فليس بصحيح أن حماية ما يقال أنه ميزة قانونية لا تتوقف على مطالبة أو عدم مطالبة من تثبت له هذه الميزة وإنما تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها . ولنا في مواعيد السقوط التي يرى فيها ذلك الاتجاه ميزة قانونية خير حجة على ذلك . فالراجح أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان ميعاد السقوط مقررًا لمصلحة عامة أو لمصلحة خاصة ، فإن كان مقررًا لمصلحة خاصة فلا يكون للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وإن كان مقررًا لمصلحة عامة كان للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه^(٢). فهل من المقبول أن نرى في ميعاد السقوط حقاً شخصياً عندما يجب التمسك به ، بينما نرى فيه مجرد ميزة قانونية حيث يكون للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ؟ وهل لا بغنى بتقييد النزول بعدم المساس بالمصلحة العامة أو الاضرار بالغير عن تلك التفرقة بين الحق الشخصي والميزة القانونية ؟ لاشك أن ميعاد السقوط لا يمكن أن يكون في حالة حقاً وفي أخرى ميزة قانونية. ولا شك أيضاً في أنه لا وجه للتفرقة التي يقول بها ذلك الاتجاه ، مادام مناطها هو ما إذا كان تفريط الشخص في حماية مصلحته يمس بالمصلحة العامة أو يضر بالغير ، ومادام النزول سواء أكان عن حق أو عما يرون فيه ميزة قانونية يتقيد كما سوف نرى بعدم المساس بالنظام العام أو الاضرار بالغير .

(١) يتفق ذلك مع نظرية الإرادة أو النظرية الشخصية للحق دون نظرية المصلحة أو النظرية الموضوعية للحق (انظر ، دابان - الحق الشخصي ص ٥٩) فن رأى العلامة اهرنج أنه إذا كان للإرادة سلطة التخل عن الحق أو الدفاع عنه في حالة الاعتداء عليه فإن ذلك يعد ثانوياً إذ من الممكن أن يوجد الحق دون أن يكون قابلاً للنزول عنه (اهرنج - روح القانون الروماني ج ٤ ص ٣٣٨).

(٢) انظر في ذلك البيردراوى - أثر مضي المدة في الالتزام - ٥٠ ، أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ٥٠٩ ص ٤٤٩ . بلانيول وريبيرور أدوان ج ١٤٠٣ ص ٨٢٠ . وهذا هو الراجح بالنسبة للدفع بعدم القبول بصفة عامة ، فليس المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إلا إذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام ، أحمد أبو الوفا المرافعات ط ٢٠٧٨ ص ٢٨١ وما بعدها .

٧٨ - ومن ناحية ثانية ، إذا كانت الميزات القانونية تجب حمايتها دون توقف على ارادة من يمنحها له القانون بل ورغمما عن ارادته كما هو الشأن بالنسبة للبطلان المطلق ، فكيف أقر القضاء والفقهاء وأقر معهما ذلك الاتجاه اسقاط تلك الميزات القانونية في بعض الحالات رغم ما في ذلك من تعارض وتناقض . هذا ما لم يفسره لنا ذلك الاتجاه . كذلك قصر ذلك الاتجاه عن أن يبين لنا الحالات التي يمكن فيها اسقاط تلك الميزات . فنن القصور الواضح القول بأن اسقاط الميزات القانونية يكون ممكناً إذا قرر القضاء أو الفقه أن القاعدة القانونية التي منحت الميزة القانونية يمكن أن تفسح السبيل لارادة من منحت هذه الميزة إذا عبر عن إرادة اسقاطها . فلاشك أن القضاء أو الفقه لا يمكن أن يتحكم في تحديد ذلك وإنما لابد من أساس لهذا التحديد .

٧٩ - والواقع أنه إذا كان القضاء والفقهاء قد أقر اسقاط بعض ما يرى فيه ذلك الاتجاه ميزات قانونية ، فانما ذلك لأن اسقاط هذه الميزات لا يمس بالنظام العام ولا يضر بالغير ، ولهذا لا يكون ثمة وجه لحماية تلك الميزات دون توقف على ارادة من منحت له أو رغمما عن إرادته . وإذا كان الأمر كذلك ، فان الميزات القانونية لا تكون قابلة للاسقاط في حالات دون أخرى وإنما يتقيد جواز اسقاطها بنفس القيود التي يتقيد بها اسقاط الحقوق ، وفي مقدمة تلك القيود عدم المساس بالنظام العام أو الاضرار بالغير على نحو ما سوف نرى .

٨٠ - التفرقة بين المراكز الشخصية والمراكز الموضوعية :

يفرق الفقيه القدير روبييه تفرقة عميقة بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز القانونية الشخصية ، والمراكز القانونية الموضوعية (١) .

(١) روبييه - الحقوق الشخصية والمراكز القانونية ، ١٩٦٣ .

٨١ - (١) المراكز القانونية الشخصية : يميز الأستاذ روبييه المراكز

القانونية الشخصية بخصائص ثلاثة يضمنها تعريفه لها (١) . الخصيصة الأولى هي أنها مراكز تقوم بصفة أصلية وليست مجرد رد فعل من النظام القانوني لوجود فعل أو تصرف ينهى عنه . والخصيصة الثانية هي أنها مراكز تتفرع عنها ، بصفة رئيسية ، مكانات تكون لمصلحة من يمنحها له القانون وتجب ما قد يقترن بها من أعباء أو واجبات ، وهذه المكانات هي وحدها التي تعد حقوقاً شخصية . والخصيصة الثالثة ، هي أنها مراكز يمكن ، في الأصل ، التصرف فيها أو النزول عنها ، وذلك لأن الحق الشخصي الذي يتولد عن هذه المراكز هو في جوهره منفعة لا فريضة (٢) . فإذا لم يكن للارادة دورها في انشاء أو تحديد آثار تلك المراكز الشخصية ، فان لها دورها في التنحي أو عدم التنحي عنها (٣) .

٨٢ - وهذا ما يستوقف النظر من عدة أوجه .

فمن ناحية ، قد ينشأ مركز شخصي وبالتالي حق شخصي عن الاخلال بواجب قانوني بحيث نكون بصدد ما يرى فيه الأستاذ روبييه رد فعل قانوني . وهذا ما يسلم به هو نفسه بالنسبة للحق في التعويض عن العمل المشروع . ففي نفس الوقت الذي يرى فيه أن دعوى التعويض عن العمل غير المشروع تعد رد فعل قانوني لهذا العمل وبالتالي تعد من المراكز الموضوعية لا الشخصية يسلم بأن هذه الدعوى تؤدي غالباً إلى نشوء مركز شخصي وبالتالي حق شخصي (٤) ولا يستقيم ذلك إلا إذا كان الحكم بالتعويض ليس حكماً مقررأ

(١) روبييه - المرجع السابق ص ٧٢ ، ٧٣ .

(٢) روبييه - المرجع السابق ص ٦٧ و ٤٣٠ .

(٣) روبييه - المرجع السابق ص ٦٧ .

(٤) روبييه - المرجع السابق ص ٧٤ .

ولإنما حكماً منشئاً للحق في التعويض وهذا مالا يسعنا أن نسلم به (١) ، وما يفتيه قول ذلك الفقيه نفسه بأنه ما أن يقع الضرر حتى ينشأ الحق في التعويض إذا كانت شروط المسؤولية متوافرة (٢).

ومن ناحية ثانية ، فإن من مقتضى القول بأن من خصائص المراكز الشخصية قابليتها للنزول أن هذه المراكز الشخصية هي وحدها التي تقبل النزول ، وهذا أن صح يجعلنا ندور في حلقة مفرغة . فحتى يعد المركز القانوني من المراكز الشخصية يجب أن يكون قابلاً للنزول عنه . وحتى يكون المركز القانوني قابلاً للنزول عنه يجب أن يكون مركزاً شخصياً .

ومن ناحية ثالثة ، ليست المراكز الشخصية وما يتفرع عنها من حقوق شخصية هي وحدها التي تقبل النزول عنها . فالدعاوى التي يلحقها الأستاذ روبييه بالمراكز الموضوعية تقبل الاسقاط في بعض الحالات ، كما هو الشأن بالنسبة لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع التي يسلم بقابليتها للنزول بعد نشوئها (٣) ، وكما هو الشأن بالنسبة لدعوى البطلان التي يسلم بقابليتها للنزول عن طريق الاجازة في بعض الحالات (٤) . ثم هناك أيضاً الرخص التي يعتبرها من المكنتات التي يترتب على استعمالها نشوء مركز قانوني لا من المكنتات التي تتولد عن وجود مركز قانوني (٥) . فهذه الرخص ، ومن أمثلتها استرداد الحصة الشائعة ، تقبل النزول ، وإن كان ذلك الفقيه لم يبد رأيه بشأنها .

(١) انظر ، السهري - الوسيط ج ١ ط ٦٣٨ ر ٢ ص ١٠٨٧ - ١٠٨٨ أنور سلطان النظرية العامة للالتزام ج ٥٠٢ ر ١ ص ٥٦٧ . الصده - مصادر الالتزام ٤٨١ ص ٥٢٠ . ريبير (لوسيان) - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، رسالة من ربا يس ١٩٣٣ ١٢١ وما بعده . مازو - المسؤولية المدنية ج ٢٢٥٣ ر ٣ ، ٢٢٦٠ .

(٢) روبييه - المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٣) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ٤٢٩ .

(٤) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ٧٥ .

(٥) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ١٣٩ - ١٤١ .

٨٣ - (ب) **المراكز القانونية الموضوعية** : تتميز هذه المراكز ، وفقاً لرأى ذلك الفقيه ، بأنها تغلب فيها الواجبات على المكنتات ويفرضها القانون فرضاً بنصوص أمرة لا تستهدف تحقيق رغبات الأفراد وإنما تحقيق بعض مقتضيات النظام العام (١). وهو يقسم هذه المراكز إلى مراكز Réactionnelles ومراكز Institutionnelles .

٨٤ - فأما مراكز رد الفعل ، فيرى أنها مجرد رد فعل من النظام القانوني لوجود فعل أو تصرف . وهذه المراكز تحميها دعاوى مستقلة لاتستند إلى حق سابق ، كدعاوى التعويض عن العمل غير المشروع والأضرار بلاسبب والبطلان والفسخ والحيازة . فتل هذه الدعاوى ليست جزاء للاعتداء على حق سابق وإنما للاخلال بواجب قانوني ، كواجب عدم الاضرار بالغير أو الاضرار بلاسبب على حسابه (٢) . ومما له دلالة على وجود مثل هذه الدعاوى التي لاتستند إلى حق سابق مانصت عليه المادة ١١٦٦ م ف من أن الدائن استعمال حقوق ودعاوى مدنية . فلو أن الدعوى يلزم أن تستند إلى حق لما كان ثمة وجه للنص على استعمال الدائن لدعاوى مدنية إلى جانب استعماله لحقوق هذا المدين (٣) . ولا ينبغي القول بأن من تكون له مثل هذه الدعوى يكون له حق فيها ، لأن مؤدى ذلك أنه لا يكون له حق إلا في حدود ماله من دعوى ، بينما من يكون له حق تكون له دعوى في حدود حقه (٤) .

٨٥ - وأما المراكز النظامية ، يرى أنها مراكز مهياة وليست مجرد رد فعل قانوني ، ولكنها تختلف عن المراكز الشخصية في أنه تغلب فيها الواجبات على المكنتات ولا يمكن التخلص منها بالنزول عنها . فاذا كانت هذه المراكز

(١) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ٧٣ .

(٢) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ٧٣ - ٧٥ .

(٣) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ٥٥ .

(٤) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ١٣١ .

لا تخلو من ميزات ، فان القانون لا ينظر اليها من هذه الزاوية ، كما أنها تكون ميزات غير مباشرة ولا تعد حقوقاً شخصية . كذلك إذا كان من هذه المراكز ما يتولد عن تصرف إرادى كالزواج ، فان الإرادة لا تستطيع بعد ذلك أن تتخلص من المركز القانونى بالنزول عنه. وهذا النوع من المراكز إنما يعرض فى نطاق حالة الأشخاص وتنظيم الأسرة، كما هو الشأن بالنسبة للزواج والبنوة والسلطة الأبوية والوصاية والاسم والأهلية (١) .

٨٦ - والتأمل فى هذه المراكز الموضوعية بنوعها وموقف ذلك الفقيه من النزول عنها يقودنا إلى مجادلته فيما يتجه اليه، ومجادلته تقودنا إلى مخالفته .

٨٧ - فمن ناحية ، لا يسعنا إلا أن نجادل ذلك الفقيه بادىء ذى بدء ، فى أثر فرض القانون للمراكز الموضوعية بقواعد أمرة تستهدف تحقيق بعض مقتضيات النظام العام . فالواقع أن ذلك فى ذاته لا يقتضى عدم قابلية هذه المراكز للنزول ، وإنما مجرد تقييد النزول عنها بعدم المساس بما يقتضيه النظام العام . ولهذا فانه بينما لا يجوز نزول الشخص عن حالته لما فى ذلك من مساس بالنظام العام، فانه يجوز النزول عن منازعة الشخص فى حالته لعدم تعارض ذلك مع النظام العام ، على نحو ما انجهدت محكمة النقض الفرنسية مستلهمة اتجاهها فقهياً عريقاً(٢).

٨٨ - ومن ناحية ثانية، لا يسعنا إلا أن نجادل ذلك الفقيه فيما يتجه اليه من أن تلك المراكز الموضوعية تغلب فيها الواجبات على الممكنات، بحيث يبدو أن طبيعة هذه المراكز تحول دون قابليتها للنزول . فالواقع أن ذلك لا يصدق على الطائفة الأولى من المراكز الموضوعية التى يصفها بأنها مراكز فعل قانونى .

(١) انظر ، روبييه - المرجع السابق ص ٧٥ - ٧٧ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ يونيو ١٩٥٦ ، دالوز ٥٦ - ٦٥ تعليق لالمورى الذى يرجع هذا الاتجاه إلى مرى وترونج ، انظر ما تقدم ره ص ١٨٤ .

ففى المركز القانونى الذى تحميه دعوى التعويض عن العمل غير المشروع أو دعوى الاثراء بلاسبب لانرى وجها لتغليب واجب عدم الاضرار بالغير أو عدم الاثراء على حسابه بلاسبب على مكنة المطالبة بالتعويض أو بالاسترداد. بل أنه لا مجال فى مثل هذه المراكز للقول بغلبة الواجب على المكنة ، إذ أن ذلك يفترض اجتماع الواجب والمكنة فى شخص واحد . وإذا كان ذلك يصدق على المراكز الموضوعية النظامية كالسلطة الأبوية والولاية الشرعية ، فإنه لا يقتضى نفي قابلية هذه المراكز للنزول بقدر ما يقتضى تقييد هذا النزول بعدم الاضرار بمن يتقرر الواجب لمصلحته . وليس أدل على ذلك من أن القانون أجاز للأب أو الجد النزول عن ولايته باذن المحكمة (١) . فالولاية ، إذآ ، تقبل النزول ولكن هذا النزول مقيد بالحصول على إذن من المحكمة .

٨٩ - ومن ناحية ثالثة ، لا يسعنا إلا أن نجادل ذلك الفقيه فيما يتجه اليه من أن الدعاوى التى تحمى المراكز الموضوعية لاتستند إلى حق سابق ، ومن ثمة فإنه قبل أن تنشأ هذه الدعاوى لا يكون هناك ما يمكن النزول عنه . فالواقع أن هذه الدعاوى تسبقها مصلحة مشروعة أو حق سابق لا يمكن انكاره . فانكار وجود حق سابق تستند اليه دعوى حماية الاسم يتعارض مع ما قطعت به المادة ٥١ مدنى من أن لمن وقع اعتداء على اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء ولو لم يلحقه ضرر (٢) . وانكار وجود حق سابق تستند اليه دعوى التعويض عن العمل غير المشروع يتعارض مع وجوب موافقة المريض أو ذويه على اجراء جراحة له (٣) ، ، كما يتعارض مع توقف قيام المسؤولية على توافر

(١) انظر ما تقدم ر ٢٩ ص ١٨٥ .

(٢) انظر فى ذلك ، شمس الدين الوكيل - الموجز فى المدخل لدراسة القانون ص ٣١٧ .

(٣) انظر فى ذلك ، منصور - نظرية الحق ص ٣١ .

ركن الضرر الذي لاجدال في أنه اخلال بحق أو بمصلحة مشروعة (١). وهذا الحق وهذه المصلحة المشروعة تسبق بالضرورة الاخلال بها، وبالتالي تسبق الدعوى التي تحميها. فإذا كان يتمتع النزول عن الاسم أو عن سلامة الشخص فان ذلك لا يرجع إلى عدم وجود حق في الاسم أو الحياة ، وإنما إلى أن هذا النزول يكون غير مشروع لتعارضه مع النظام العام . ولهذا يجوز النزول عن المراكز التي تحميها دعوى التعويض عن العمل غير المشروع إذا كان هذا للنزول لايتعارض مع النظام العام (٢). وهذا التعارض ينتفى إذا لم يكن الخطأ جسماً وكان الضرر مما يلحق المال لا الشخص (٣). فما الذي يحول دون امكان

(١) انظر في ذلك ، السنهورى - الوسيط ج ١ ط ٧١٢ ر ٥ ص ٩٧١ . أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٥٢١ .

(٢) يرى الفقه التقليدى في فرنسا ، كما استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر ، على أن اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التقصيرية تكون دائماً مخالفة للنظام العام ولهذا تكون باطلة دوماً. وهذا ما عللت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى مانصت عليه المادة ٢١٧ ف ٣ من أنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع . انظر في ذلك كله ، محمود جمال الدين زكى - اتفاقات المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٠ - ٤٧ - ٤٩ ص ٦١٦ - ٦٢٣ ، والمراجع والأحكام التي أشار إليها . وانظر في نقد ذلك ، مازو وتنك - المسؤولية ج ٢٥٧١٣ ص ٧٣٢ وما بعدها .

(٣) هذا ما يتجه اليه الفقه الفرنسى الحديث ، انظر في ذلك ، جوسران ج ٤٧٤ ر ٢ ص ٢٨٢ - ٤٧٩ ص ٢٨٥ . مازو وتنك - المسؤولية ج ٢٥٧١٣ ص ٧٣٢ وما بعدها . ريبيير - القاعده الخلقية ١٣٢٢ . ديموج ج ١١٩٨ - ١١٩٩ . أضمن - أثر قبول المصاب المحتمل للخطر ، المحللة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٨ ص ٣٩٣ - ٣٩٤ . ستارك - نحو نظرية عامة للمسؤولية المدنية ، باريس ١٩٤٧ ص ٤٧١ وما بعدها . أما الفقه المصرى فانه وجد نفسه مقيدا بصريح نص المادة ٢١٧ ف ٣ مدنى فاقصر على أن ينقل النقد الذى يوجهه الفقه الفرنسى للاتجاه التقليدى الذى قنته المادة ٢١٧ ف ٣ . انظر ، السنهورى - الوسيط ج ١ ط ٦٥٣ ر ٢ ص ١١٠٧ - ١١٠٨ . أنور سلطان ج ١٩١ ص ٥٨٠ . الص ٥ - مصادر الالتزام ٤٨٩ ص ٥٣٤ . وفى لجنة مراجعة القانون المدنى اقترحتنا ضمن المشروع الذى أهدناه للنصوص الخاصة بآثار الالتزام تعديل المادة ٢١٧ بحيث تنص المادة المقابلة لها فى المشروع على أنه «٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه أو التأخر فيه إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ... ٣- ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية عن الضرر الذى يلحق شخص الدائن » . إلا أن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح . ولقد كانت الاغلبية التي حارصت الاقتراح تمثل القضاء بينما كانت الأقلية التي أيدهت تمثل الفقه .

أو مشروعية نزول الجار عن الرجوع على جاره بالتعويض عما قد يصيب ماله من مضار غير ناشئة عن خطأ جسيم. الواقع أنه ليس في ذلك أي مساس بالنظام العام والواقع أيضاً ، أن مجرد كون النزول سابقاً على نشوء الدعوى لا يحول دون إمكان هذا النزول ، فما من فارق بين النزول مقدماً عن دعوى والنزول مقدماً عن حق . فإذا كان يمكن النزول مقدماً عن الحق فانه يمكن النزول مقدماً عن الدعوى . ثم أليس النزول عن دعوى المطالبة بالتعويض في حقيقته نزولاً عن الحق في التعويض؟ هذه حقيقة مؤكدة. فإذا كان ذلك الفقيه يأبى في موضع أن يرى في دعوى التعويض حقاً في حالة الحركة (١)، فإننا قد سبق أن سجلنا عليه ما أقر به في موضع آخر من أنه ينشأ حق في التعويض بمجرد وقوع الضرر رأى في نفس الوقت الذي تنشأ فيه الدعوى (٢) . وبذلك لا تكون هذه الدعوى سوى حماية لذلك الحق .

ولهذا كان لنا أن نخالف ذلك الفقيه في رأيه فلا نقسم المراكز القانونية إلى مراكز تقبل النزول ومراكز لا تقبل النزول ، وإنما نقيّد هذا النزول بعدم المساس بالنظام العام أو الاضرار بالغير على نحو ماسوف نرى عند دراستنا لقيود النزول .

§ ٣ - هل يرد الاسقاط على القواعد القانونية ؟

٩٠ - من قواعد القانون القديم التي نقلها اليها تقنين جسنينيان أن "من جاء النص لمصلحته فله ترك التمسك به" (٣). وقد يبدو أن هذه القاعدة من الواضح بحيث لا تحتمل اجتهاداً أو تأويلاً. ولكن الواقع أن التمعن يكشف عن أن من يجيء النص لمصلحته بحيث يكون له أن ينزل عن التمسك به إنما هو من

(١) أنظر ، روبييه- المرجع السابق ص ٤٢٩ .

(٢) أنظر ، روبييه- المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٣) أنظر : C. L. 29 De Factis عبد العزيز فهمي-قولجد وآثار فقهية رومانية ،

القاهرة ١٩٤٧ ، ص ٣١٦ .

يقرر له النص حقاً أو يسبغ عليه ميزة قانونية، بحيث يكون، من وجه، نزولاً عن التمسك بالنص، ومن وجه آخر، نزولاً عن حق أو ميزة قانونية. وإذا كان الأمر كذلك فلماذا تختلف الواجهة التي ننظر منها إلى النزول، فترى فيه حينئذ نزولاً عن القانون، ونرى فيه أحياناً نزولاً عن حق أو ميزة قانونية؟ ومادامت تلك القاعدة تختمل هذا التساؤل كان لا بد لنا من أن نجتهد لنجد له جواباً.

٩١ - وتلقنا الدراسة التاريخية أن النزول عن القانون هو الذي عرفته القرون الوسطى حيث تفشى النزول إلى حد بلغ معه مبلغ الشروط الدارجة التي لا يكاد يخلو منها تصرف (١). إلا أن الدراسة التاريخية الحقة كما نفهمها وكما ينبغي أن تكون لا يمكن أن تقف عند مجرد أن تسرد علينا ما كان، وإنما ينبغي أن تلقنا لماذا ما كان قد كان، كما ينبغي أن تبصرنا بالعوامل التي أدت بما كان إلى ما هو كائن لنصل من بعد إلى ما يجب أن يكون.

وهذا ما يمكن أن نستمد من الاطار التاريخي الذي أحاط بتصوير النزول في القرون الوسطى كنزول عن القانون. فالواقع أن هذا النزول إنما تفشى على أثر غزو القانون الروماني لما غزاه من مجتمعات لم تكن تألف قواعده وما حوتها من قيود. فكان من الطبيعي أن تقابل قواعد القانون الروماني التي لا تنسجم مع الضمير القانوني لتلك المجتمعات بالمقاومة، وكان النزول عن التمسك بهذه القواعد هو الأداة الطيبة لمقاومتها. ولهذا كان النزول ظاهرة اجتماعية عامة، كما كان موجهاً ضد القانون ذاته متمسكاً بالعداء له (٢). فن كان يقدم على النزول لم يكن يعتقد أنه ينزل عن حق له وإنما عن قاعدة يأبى ضميره أن يتمسك بها حتى ليقسم على نزوله عنها.

(١) أنظر: مانيال- النزول في القرون الوسطى والقانون القديم، المجلة التاريخية الجديدة ١٩٠٠ ص ١٠٨، ١٩٠١ ص ٢٤١ و ٦٥٧ و ١٩٠٢ ص ٤٩، ١٩٠٤ ص ٢٩٨.
كاربونييه - البحث السابق ص ٢٨٣. بریدن- البحث السابق ص ٣٥٧.
(٢) أنظر المراجع المشار إليها في الهامش السابق.

٩٢ - وكما كان لابد أن يتطور القانون وأن يتطور المجتمع ؛ كان لابد أيضاً أن يتطور النزول . ولم يقف هذا التطور عند مجرد انحسار موجه النزول بعد أن استتببت سيادة القانون وتحقق بينه وبين المجتمع من الاتساق ما لا يمكن معه إلا أن يغمد سلاح النزول (١) ، وإنما امتد التطور إلى أن يتحول النزول أو تتحول النظرة إليه وجهة أخرى . فإذا كان النزول قد انحسرت موجته كأداة لمقاومة القانون ، فإنه لم يتلاش وإنما تغيرت غايته وتغيرت بالتالي صورته ، فتحول من نزول عن القانون إلى نزول عن الحقوق الشخصية وغيرها من المراكز القانونية . وعلى هذه الصورة الأخيرة وصلنا النزول .

٩٣ - إلا أن هذه الصورة التي وصلنا عليها النزول أخذت تهتأمام الأعين حتى أصبحت بحاجة ، إما إلى أن تثبت ، وإما إلى أن تستبدل :

٩٤ - فن الفقهاء من يربط بين تصوير النزول على أنه نزول عن حق شخصي وفلسفة المذهب الفردي التي تنظر إلى كل مشكلة من زاوية الفرد ؛ وهذا ما يجب ما في النزول من مقاومة أو اعتداء على القانون . فإذا كانت العلاقة بين القانون والأفراد قد تغيرت من انفصال وتضاد إلى اتساق وتوازن فإن ذلك لا يتحقق دائماً ، بحيث لا يزال النزول أداة لمقاومة القانون . فهو القانون ، لا الحق ، الذي ينبغي أن ننظر من زاويته إلى النزول (٢) .

ولكن الواقع أن التحول من الفردية إلى الاشتراكية لا يؤدي إلى التحول من النزول عن الحقوق إلى النزول عن القانون . فلا يجب أن نخلط بين ما يرد عليه النزول ومدى مشروعية هذا النزول . وإذا كان القانون ، لا الحق ، هو

(١) أنظر في ذلك ، بريدن - البحث السابق ص ٣٥٧ - ٣٥٨ ، كاربونييه - البحث السابق

ص ٢٨٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، بريدن - البحث السابق ص ٣٥٩ - ٣٦٠ ، وقارن فاندن - برج -

البحث السابق ص ٣١٤ حيث يرى أن النزول عن الحق ليس نتيجة أو ليس مجرد نتيجة للفلسفة الفردية .

الذي ينبغي أن ننظر من زاويته إلى مدى مشروعية النزول ، فان الحق أو المركز القانوني ، لا القانون ، هو الذي ينبغي أن ننظر من زاويته إلى محل النزول .

٩٥ - ومن الفقهاء من يفرق بين الحق المكتسب وغيره من المراكز القانونية . فحيث لا يكون الأمر متعلقاً بحق شخصي مكتسب ومحدد ، وإنما بحق مستقبل أو ميزة قانونية أو مركز قانوني غير محدد ، فان النزول ينطوي ، شئنا أم أبينا ، على نزول عن القانون (١) ، هذا النزول عن القانون التي عاد فاستجمع من جديد مقوماته كظاهرة اجتماعية . فمن ناحية ، يتوافر لهذا النزول العنصر المادي لتلك الظاهرة الاجتماعية وهو الاضطراب ، إذ من الدارج النزول عن بعض القواعد القانونية التي جاءت بها التشريعات الخاصة كتشريعات الأيجار . ومن ناحية ثانية ، يتوافر لذلك النزول العنصر النفسى لتلك الظاهرة الاجتماعية ، وهو قصد مقاومة أو على الأقل استبعاد القاعدة القانونية ذاتها لا مجرد الحق الذي تمنحه ، لأنها لا تنسجم أو لم تنسجم بعد مع الواقع الاجتماعي (٢) .

ولا ينكر من يرى ذلك أن التفرقة بين النزول عن الحق والنزول عن القانون قد تكون إلى حد ما تفرقة لفظية أو مذهبية . فما يطلق عليه أنه نزول عن حق هو نفسه قد يطلق عليه أنه نزول عن القانون . فهي نفس الفكرة يعبر عنها تارة بتعبير موضوعي وأخرى بتعبير شخصي (٣) .

ويتساءل من يرى ذلك عما إذا كان للنزول عن القانون بالرغم من ذلك فائدة عملية . وهو يجيب على ذلك بأن هذا النزول تكون له فائدته كعملية شاملة على غرار حوالة العقد التي تشمل حوالة كافة الحقوق وحوالة كافة

(١) أنظر في ذلك ، كاربونييه - البحث السابق ٢٨٧ .

(٢) أنظر في ذلك ، كاربونييه - تعقيب على الأبحاث المقدمة في موضوع النزول ، أعمال جامعة هنري كايبتان السابق الإشارة إليها ص ٤٨٣ .

(٣) أنظر في ذلك ، كاربونييه - الموضوع السابق .

الديون الناشئة عن العقد . فبدون تحديد أو تخصيص لحقوق أو ميزات معينة يرد النزول على قاعدة قانونية أو نظام قانوني بجملة بحيث يشمل كافة ما ترتبه تلك القاعدة أو ذلك النظام القانوني من حقوق والتزامات مقابلة، مما يغنى عن أن يتعدد النزول من جانب كل من الطرفين بحيث يتحقق الاقتصاد في الوسائل (١).

٩٦ - وحتى يمكن أن نقيّم هذا الرأي ونحدد موقفنا تحديداً مستنيراً يجدر أن نعرض للحالات التي يبدو فيها أن النزول إنما يكون نزولاً عن القانون. هذه الحالات التي منها ما يعرض في مجال الاتفاق على عكس القواعد المكتملة، ومنها ما يعرض في مجال تنازع القوانين من حيث المكان، ومنها ما يعرض في مجال التحكيم بالقضاء وبالصلح، ومنها ما يعرض في مجال الاحتكام إلى الشرائع الدينية.

٩٧ - في مجال الاتفاق على عكس القواعد المكتملة :

قد يبدو أن المتعاقدين باتفاقهما على عكس ما تنص عليه قاعدة من القواعد المكتملة لارادتهما ينزلان عن تطبيق هذه القاعدة . إلا أن ما يبدو من ذلك لا يصمد للنظرة الفاحصة . ذلك أن القواعد المكتملة لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا لم يتفق على ما يخالفها . وما دام عدم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المكتملة يعد شرطاً لانطباقها ، فإن الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة لا يعد نزولاً عن تطبيقها وهي التي لم يتوافر شرط انطباقها (٢) .

٩٨ - فحيث يتفق الطرفان ، مثلاً على عدم ضمان الاستحقاق أو العيوب على خلاف ما تقضي به القواعد المكتملة التي ترتب للمشتري أو المستأجر حق الرجوع على البائع أو الموجر بالضمان ما لم يتفق على غير ذلك،

(١) أنظر في ذلك كاربونييه - البحث السابق ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٢) قرب ذلك ، ينح - البحث السابق ص ٣٤٢ . ريجو - البحث السابق ص ٤٢٢ - ٤٢٣ .

فان عدم تطبيق تلك القواعد المكلمة انما يرجع إلى تخلف شرط انطباقها وهو عدم الاتفاق على عكسها . ولهذا لا يكون لنا أن نرى في الاتفاق على عدم الضمان نزولا عن تطبيق القواعد المكلمة التي ترتب الحق في الضمان ، وانما مجرد نزول عن هذا الحق إذا توافر في المستقبل شرط وجوده وهو استحقاق المبيع أو ظهور عيب خفى فيه .

٩٩ - ومن الجلي أنه ينتقى في مثل هذه الحالة قصد مقاومة القانون الذي يتميز به النزول عن القانون عند القائلين بأن هذا النزول قد بعث من جديد . فلا ريب في أن مخالفة القواعد المكلمة لأرادة المتعاقدين لا ينطوى على قصد مقاومة القانون ، وهو الذي اشترط لانطباق هذا النوع من القواعد عدم الاتفاق على ما يخالفها .

١٠٠ - كذلك من الجلي أن الفائدة العملية التي يقال ان النزول عن القانون يحققها وهي شمول النزول لجملة حقوق متقابلة لا تتوافر في مجال الاتفاق على عكس القواعد المكلمة . ذلك أنه لاغنى عن الاتفاق على ما يخالف كل قاعدة من هذه القواعد في حالة تعددها . فلا يمكن الاتفاق على مجرد عدم تطبيق القواعد المكلمة وانما يجب الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد (١) .

١٠١ - في مجال تنازع القوانين من حيث المكان :

قد يبدو أنه حيث يختار المتعاقدان قانوناً آخر غير قانون موطنهما المشترك أو قانون الدولة التي تم فيها العقد ليسرى على التزاماتهم التعاقدية ، فانهما ينزلان بذلك عن تطبيق هذين القانونين (٢) . الا أن ما قد يترامى من ذلك يتبدد بمجرد القاء نظرة فاحصة . ذلك أن كلامنا من قانون الموطن المشترك وقانون الدولة التي تم فيها العقد لا يكون واجب التطبيق الا إذا

(١) قرب ذلك ، ريجو - البحث السابق ص ٤٢٣ .

(٢) أنظر في ذلك ، ينج - البحث السابق ص ٣٣١ .

لم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه (م ١٩ مدنى) .
فقاعدة الاسناد التى تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
بأنه قانون موطن المتعاقدين المشترك والا قانون البلد الذى تم فيه العقد ،
لا تعدو أن تكون قاعدة مكملة لارادة المتعاقدين بحيث لا تسرى إذا اتفق
على ما يخالفها (١) . ولهذا لا يكون لنا أن نرى فى الاتفاق على تطبيق قانون
آخر نزولاً عن تطبيق القانون الذى كان سيطبق لو لم يتفق الطرفان على
تطبيق قانون آخر سواه .

١٠٢ - كذلك قد يبدو أنه إذا كان القاضى لا يلتزم بتطبيق القانون
الأجنى الا بناء على طلب الخصوم ، لأن تطبيق هذا القانون لا يعتبر من
النظام العام (٢) ، فان عدم تمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنى يعد نزولاً
عن تطبيقه . ولكن الواقع ان هذه النظرة غير صائبة . ذلك أنه حتى وفقاً للرأى
القائل بأن القاضى لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنى الا بناء على طلب الخصوم
يجوز للقاضى أن يطبق هذا القانون من تلقاء نفسه إذا أراد . وهذا ماينفى
أن عدم التمسك بتطبيق القانون الأجنى يعد نزولاً عن تطبيقه ، إذ لو كان
الخصوم قد نزلوا عن تطبيق ذلك القانون لامتنع على القاضى تطبيقه من
تلقاء نفسه .

١٠٣ - فى مجال التحكيم بالقضاء وبالصلح :

تنص المادة ٨٣٤ مرافعات على أنه «يتبع المحكمون والخصوم الأصول
والمواعيد المتبعة أمام المحاكم الا إذا حصل اعفاء المحكمين منها صراحة .
ويصدر الحكم منهم على مقتضى قواعد القانون» .

(١) أنظر فى ذلك ، منصور - تنازع القوانين ر ٧٧ ص ٣٠٤ .

(٢) هذا مااستقر عليه القضاء الفرنسى ، أنظر فى عرض ونقد ذلك شمس الدين الوكيل -

دراسة مقارنة فى اثبات القانون الأجنى ، مجلة كلية الحقوق ص ٦٤/٦٣ ص ١١١ .

وتنص المادة ٨٣٥ مرافعات على أن «المحكّمون المفوضون بالصلح معفون من التقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون المتبعة» .

فهل يمكن أن نرى في الاتفاق على عدم اتباع الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم في حالة التحكيم بالقضاء نزولا عن تطبيق قواعد المرافعات؟ وهل يمكن أن نرى في الاتفاق على تفويض المحكمين بالصلح حيث لا يتقيد المحكّمون لا بأوضاع المرافعات ولا بقواعد القانون نزولا عن كل من القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية؟ للتحقق من ذلك ينبغي أن نتمعن النظر في كل من الاعفاء من اتباع أوضاع المرافعات ، والاعفاء من التقيد بقواعد القانون .

١٠٤ - (١) الاعفاء من اتباع اوضاع المرافعات :

من الفقهاء من يرى فيما ينطوي عليه الاتفاق على التحكيم بالصلح من اعفاء المحكمين من التقيد بأوضاع المرافعات ، وفيما قد يتضمنه الاتفاق على التحكيم بالقضاء من اعفاء المحكمين من اتباع الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم ، نزولا عن تطبيق قواعد قانون المرافعات (١) .

١٠٥ - ونلاحظ ، اولا ، أن تعبير «الأصول» المتبعة أمام المحاكم الذي استعملته المادة ٨٣٤ مرافعات لا يبرر أن نرى في الاتفاق على الاعفاء من هذه الأصول نزولا عن تطبيق قواعد قانون المرافعات. فاذا كان من الفقهاء من يرى أن الأصول المتبعة أمام المحاكم يقصد بها المبادئ الأساسية في التقاضي ، فإن ذلك يتعارض مع ما يقولون به من أنه حتى عند اعفاء المحكم من تلك الأصول فإنه لا مفر من الزامه بمراعاة أسس التقاضي (٢) . يضاف إلى ذلك أن المقصود بتلك الأصول لا يمكن أن يختلف عن المقصود بتعبير أوضاع

(١) أنظر في ذلك ، جان رويبر - مطول التحكيم المدني والتجاري ط ٤٩٠٢ ص ٦٣، ٦٤

(٢) أنظر أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء بالصلح ص ٢٠٨ .

المرافعات الذي استعملته المادة ٨٣٥ ، وهذه الأوضاع لا يمكن أن تنصرف
الا إلى اجراءات ومواعيد المرافعات .

١٠٦ - ونلاحظ، **ثانياً**، أن قواعد المرافعات الواجبة التطبيق أمام المحاكم
ما كانت لتسرى في حالة التيجيم لولا أن المادة ٨٣٤ مرافعات قد نصت
على اتباع الاجراءات والمواعيد التي تنص عليها تلك القواعد أمام المحكمين
ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك . وهذا ما يدل على أمرين . الأمر الأول،
أن المادة ٨٣٤ تتضمن قاعدة مكملة لارادة المتعاقدين، وهي التي يجوز الاتفاق
على عكسها . ولقد سبق أن بينا أن الاتفاق على عكس القواعد المكتملة لا يعد
بحال نزولا عن تطبيقها (١) . والأمر الثاني، أن قواعد المرافعات الواجبة
التطبيق أمام المحاكم لا تكون واجبة التطبيق أمام المحكمين إلا إذا لم يتفق
على عدم تطبيقها . وحيث لا تكون القاعدة واجبة التطبيق إلا إذا لم يتفق
على عدم تطبيقها فإنه هذا الاتفاق لا يمكن أن يعد نزولاً عن تطبيق القاعدة .
فكما أن قيام الدائن تحت شرط واقف بالعمل الذي علق الالتزام على عدم
القيام به لا يعد بحال نزولا عن الحق المقابل لهذا الالتزام ، فكذلك لا يعد
الاتفاق على عدم تطبيق قاعدة من القواعد نزولاً عن تطبيقها إذا كان
يشترط ألا يتفق على عدم تطبيقها .

١٠٧ - ونلاحظ، **ثالثاً**، انه حتى إذا كان الاتفاق على عدم اتباع
الاجراءات والمواعيد المتبعة أمام المحاكم ينطوي على نزول فإنه ما من فائدة
عملية في أن نرى في هذا النزول نزولاً عن قواعد قانون المرافعات وليس نزولاً
عن الضمانات التي يحققها اتباع اجراءات ومواعيد المرافعات . ففي الحالتين
يتقيد نطاق هذا النزول أو مشروعيته بنفس القيد وهو عدم المساس بالنظام
العام (٢) . وفي الحالتين، أيضاً يمكن أن يكون النزول عاماً شاملاً دون حاجة

(١) أنظر ماتقدم ر ٩٧ - ٩٨ . ص ٢٢٢ .

(٢) أنظر ، جان روبر - المرجع السابق ر ٤٩ ص ٦٣ . وراجع دورا ، مايو ١٩٥١

دالوز ١٩٥١ ص ٤٧٦ .

إلى تحديد الاجراءات أو المواعيد التي يعنى من اتباعها ، كما يمكن أن يقتصر النزول على اجراء بعينه أو قاعدة بعينها (١) . كذلك في الحالتين ينتقى قصد مقاومة القانون الذى قيل بأنه من خصائص النزول عن القانون كظاهرة اجتماعية .

١٠٨ - (ب) الاعفاء من التقيد بقواعد القانون :

من الفقهاء من يرى في تفويض المحكمين بالصلح نزولاً عن القانون لما يترتب على هذا التفويض من عدم تقيد المحكمين بقواعد القانون ، ويستدلون بذلك على امكان النزول عن القانون (٢) . الا أنه إذا كان عدم تقيد المحكمين المفوضين بالصلح بقواعد القانون يثير شبهة قوية في أن تفويض المحكمين بالصلح ينطوى على نزول عن القانون، فان هذه الشبهة تنفيها، من ناحية، طبيعة النزول، ومن ناحية أخرى ، طبيعة التحكم بالصلح .

فن ناحية ، تنفى طبيعة النزول شبهة أن نرى في اعفاء المحكمين بالصلح من التقيد بقواعد القانون نزولاً عن هذه القواعد. فالنزول مستمط بطبيعته، بحيث يكون من أثره انقضاء ما يرد عليه . ومجرد اعفاء المحكمين بالصلح من التقيد بقواعد القانون لا يترتب عليه مجال اسقاط تطبيق هذه القواعد على النزاع المطروح على المحكمين . ذلك أن أثر اعفاء المحكمين بالصلح من التقيد بقواعد القانون يقتصر على عدم التزامهم بتطبيق هذه القواعد، ولا يمتد إلى التزامهم بعدم تطبيقها . فكما يجوز للمحكمين بالصلح عدم تطبيق قواعد القانون والفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدالة، يجوز لهم أيضاً تطبيق قواعد القانون والفصل في النزاع بمقتضاها (٣) . وما دام يجوز للمحكمين بالصلح تطبيق قواعد القانون ، فان تفويضهم بالصلح لا يترتب عليه اسقاط تطبيق هذه القواعد ، وبالتالي لا يمكن أن يعد نزولاً عن تطبيق القانون .

(١) أنظر ، جان رويبر - الموضع السابق .

(٢) أنظر في ذلك ، كاربونييه - البحث السابق ص ٢٩٢ - ٢٩٣ . ينج - البحث السابق

ص ٣٣١ . بریدن - البحث السابق ص ٣٧٠ .

(٣) أنظر في ذلك : جان رويبر - المرجع السابق ١٤٢ ص ١٣٥ .

١٠٩ - ومن ناحية أخرى ، تنفى طبيعة التحكيم بالصلح شبهة أن نرى فيه نزولا عن قواعد القانون لمجرد أن المحكم المصالح يعنى من التقييد بقواعد القانون . فالتحكيم بالصلح يجمع بين طبيعة التحكيم وطبيعة الصلح . فهو صلح لا يجريه الخصوم بأنفسهم أو يوكلون من يقومون باجرائه نيابة عنهم ، وإنما يحتكمون فيه إلى محكمين يتولون اجراءه (١) . ولما كان المحكم المصالح إنما يجرى صلحاً ، والصلح لا يكون الا بنزول كل خصم عن جزء من ادعائه (٢) ، فان تفويض المحكمين بالصلح لا يعدو أن يكون تفويضاً بالنزول عن جزء من ادعاء كل من الخصوم . ولهذا «لا يجوز للمحكم المصالح أن يجرد أحد أطراف الخصومة من كل ما يتمسك به من حقوق والا كان هذا الصلح مخيبة وكان أداة للنزول عن كامل حقوق الخصم ، وهو ما نزل عنها وما رغب في النزول عنها جميعها وإنما شاء فقط أن ينزل عن بعضها مقابل أن ينزل خصمه أيضاً عن بعض ما يتمسك به أو يعترف له بحقه أو بعضه» (٣) . كذلك لا يقبل حكم المحكم المصالح التجزئة لأنه بمثابة صلح والصلح لا يتجزأ الا إذا ارتضى الخصوم خلاف ذلك عملاً بالمادة ٥٥٧ف٢ مدني (٤) . وكما أن الصلح الذي يجريه الخصوم بأنفسهم لا ينطوي على نزول عن القانون وإنما عن حق أو جزء من حق متنازع عليه ، فكذلك لا ينطوي تفويض المحكمين بالصلح على نزول عن القانون وإنما عن حق أو جزء من حق متنازع عليه .

١١٠ - يضاف إلى ذلك أن القول بأن تفويض المحكمين بالصلح ينطوي على نزول عن القانون لا يحقق ما يعزى إلى هذا النزول من فائدة عملية .

- (١) أنظر في ذلك : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٦٦-١٦٩ .
(٢) تنص المادة ٥٤٩ مدني على أن «الصلح عقد يجسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه» . وإذا استبعدنا ما جاء في صدر هذه المادة من أن الصلح عقد فان تعريفها للصلح يصدق على الصلح الذي يجريه المحكم .
(٣) أنظر في ذلك : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٦٦ .
(٤) أنظر في ذلك : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٦٩ .

فالتفويض بالصلح ، وان كان لا ينطوى على نزول عن القانون وإنما عن جزء من ادعاء أو حق متنازع عليه ، عملية قانونية شاملة تحقق نزولا متقابلا ، وبالتالي تحقق الاقتصاد في الوسائل . هذا فضلا عن أن مشروعية التفويض بالصلح إنما تقتيد بنفس القيد الذى يقتيد به النزول عن الحق وهو عدم المساس بالنظام العام .

١١١ - في مجال الاحتكام الى الشرائع الدينية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الاسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا . على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى (١) .

(١) لم يبلغ هذا النص بصور القانون المدنى اللاحق عليه والذى نص في المادتين ٨٧٥ف و٩١٥ على أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها . ذلك أن حكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حكم خاص يورد استثناء على القاعدة العامة بينا حكم المادتين ٨٧٥ أو ٩١٥ مدنى حكم عام والحكم العام لا يفسخ أو يلغى الحكم الخاص السابق عليه . أنظر في ذلك : حسن كيره - أصول القانون ص ٤٠٣ - ٤٠٤ . توفيق فرج - الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ط ٢ ص ٦٨-٦٩ . أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية ط ٢٦٤ ر ٢٧٩ ص ٣٨١-٣٧٩ . حسن بندادى - الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لمواريث غير المسلمين ووصاياهم ، مجلة الحقوق ص ١١٣ .

وقارن : عبد المنعم الشراوى - المرافعات المدنية والتجارية ١٣١ ص ١٩٩ . رمزى سيف الوجيز فى قانون المرافعات ، ١٩٥٧ ر ٧٠ ص ١٧٥ . عبد المنعم فرج الصده - نظرية الحق ر ٣٨ ص ٥٢-٥١ . جميل الشراوى - الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ١٩٥٩-١٩٦٠ ، ج ٤ ص ١٢-١٣ . ويستند هذا الفريق من الفقهاء فيما يتجهون اليه من الغاء القانون المدنى لذلك النص الى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى التى جاء فيها أن قانون الملة لا ينطبق حتى ولو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . الا أنه يرد على ذلك بأن ماقالته المذكرة الايضاحية للمشروع يتعارض مع نص هذا المشروع . فشروع المادتين ٨٧٥ف و ٩١٥ كان يتضمن عبارة « وذلك فيما لم يرد بشأنه نص أو حكم خاص » . واذا كانت هذه العبارة قد حذفت لأنها محض تطبيق للقواعد العامة فان ذلك لا يبنى أن مذكرتها الايضاحية كانت تتعارض معها بحيث لا يمكن الاستناد الى ماقالته تلك المذكرة .

فهل يمكن القول بأن هذه المادة إذ تجيز لورثة غير المسلم في حكم الشريعة الإسلامية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى تجيز لهم بذلك أن ينزلوا عن تطبيق الشريعة الإسلامية ، بحيث نكون بصدد نزول عن قاعدة قانونية لا عن مجرد نزول عن حق شخصي (١) .
للتحقق من ذلك ينبغي أن نعرض لموقف الفقه من تأصيل حكم تلك المادة.

١١٢ - ومن الفقهاء من اتجه إلى أن «اجازة اتفاق الورثة غير المسلمين على تقسيم التركة وفق شريعتهم يجب ألا يفهم منه أنه يسمح بأن يوجد في مصر أكثر من قانون يحكم الموارث ، بل كل ما في الأمر أن تطبيق شريعتهم يؤدي إلى تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الإسلامية ممثلة في القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ . وبعبارة أخرى ، فإن هذا الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة هو في حقيقة الأمر اتفاق على تقسيم التركة بعد ثبوت الحق فيها . ومثل هذا الاتفاق جائز حتى بالنسبة للمسلمين (٢) . ويقرب من هذا ما اتجه إليه البعض من قياس الاتفاق على الاحتكام إلى شريعة المورث على التخارج الذي نصت عليه م ٤٨ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، والذي يتصالح بمقتضاه الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم (٣) . فكل من التخارج والاتفاق على الاحتكام إلى شريعة المورث الدينية ينطوى على توزيع للتركة بعد ثبوت الحق فيها . وموئدى ذلك أن الاتفاق اعلى الاحتكام إلى شريعة المورث يعد نوعاً من التخارج .

١١٣ - ومن الفقهاء من ينتقد هذا الرأي إذ يفهم منه أن توزيع التركة يتم بارادة الأفراد بينما الواقع أنه يتم طبقاً لشريعة المورث بحيث لا يمكن قياسه على التخارج .

-
- (١) في القانون السويسرى يوجد وضع قريب من ذلك . فالمادة ٢٢ من قانون ٢٥ يونيو ١٨٩١ تمنح حق اختيار القانون الذى يسرى على الميراث . ويدرج البعض هذه الحالة بين حالات النزول عن القانون ، أنظر ، ينج - البحث السابق ص ٣٣١ .
(٢) أنظر ، أحمد سلامه - الأحوال الشخصية ط ٢ ص ٥٨ .
(٣) أنظر ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية ط ٨ ر ٢٦٤ ص ٣٨١ .

فن ناحية ، يكون المقصد الحقيقي من اتفاق الورثة هو الاحتكام إلى الشريعة الملية . وهذه الشريعة هي التي تفصل في تحديد الأنصبة وليست ارادة الأفراد . فدور الارادة يقتصر على الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى . والنصيب الذي يوؤل إلى الشخص لا يوؤل اليه عن طريق الاتفاق مباشرة وانما عن طريق الميراث (١) .

ومن ناحية أخرى ، لا يمكن قياس هذه الحالة على حالة التخارج الذي يكون بعد أن يثبت حق الشخص في الميراث ويتحدد نصيبه فيه . فبعد أن يتحدد هذا النصيب يتفق الوارث مع وارث آخر أو مع باقي الورثة على الخروج من التركة وترك نصيبه في الميراث في مقابل معين يتفق عليه . ولهذا فان قواعد الميراث في الشريعة الاسلامية تكون قد طبقت بكاملها سواء من حيث تحديد صفة الشخص كوارث أو من حيث النصيب الذي يحصل عليه . فاذا تخارج أحد الورثة بعد ذلك فانه انما يتصرف في نصيبه المحدد بعد أن ثبت له الحق فيه . أما في حالة الاتفاق على التوريث طبقاً لشريعة المتوفى ، فان الشخص تثبت له صفته كوارث طبقاً للشريعة الاسلامية ، ويثبت له نصيبه في التركة طبقاً للشريعة الدينية للمتوفى . واختلاف التخارج عن الاتفاق على التوريث طبقاً لشريعة المتوفى هو الذي دعا المشرع إلى الحرص على أن ينص على جواز هذا الاتفاق (٢) .

ولهذا ، فان القواعد التي تحكم الميراث تنقسم إلى : قواعد عامة تسرى أصلاً على الجميع وهي التي نص عليها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ والتي تستكمل بما عليه الفتوى في المذهب الحنفي ، وقواعد خاصة بغير المسلمين لا تسرى الا إذا احتكم اليها من تثبت لهم صفة الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية بالاتفاق فيما بينهم (٣) .

(١) أنظر ، توفيق فرج - المرجع السابق ر ١٧ ص ٦١ .

(٢) أنظر ، توفيق فرج - المرجع السابق ر ١٨ ص ٦٥-٦٧ .

(٣) أنظر ، توفيق فرج - المرجع السابق ر ١٨ ص ٦٤ .

١١٤ - ولا يسعنا الا أن نويد هذا الرأى الأخير ، وإن كنا لا نقف عند ما انتهى اليه . فنحن نويد ما اتجه اليه هذا الرأى من أن اتفاق الورثة على الاحتكام إلى شريعة المتوفى ليس من قبيل التبخارج . فالتوريث في هذه الحالة لا يكون وفقاً لارادة الورثة وانما وفقاً لشريعة المتوفى . كذلك نويد ما اتجه اليه هذا الرأى من أنه إلى جانب قواعد الميراث العامة توجد قواعد خاصة بغير المسلمين يتوقف سريانها على الاحتكام اليها .

الا أننا لا نقف عند ما اتجه اليه هذا الرأى من أن تحديد صفة الشخص كوارث يكون طبقاً للشريعة الاسلامية، وتحديد نصيبه في الميراث يكون طبقاً لشريعة المتوفى . فالواقع أنه لا يمكن القول بأن أنصبة الورثة لم تكن محددة قبل أن تتحدد طبقاً لشريعة المتوفى ، كما لا يمكن القول بأن تطبيق هذه الشريعة يقف عند تحديد أنصبة الورثة .

فن ناحية ، ما دام الاتفاق على الاحتكام إلى شريعة المتوفى يجب أن يكون بين من تثبت لهم صفة الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية، فان احتكامهم إلى شريعة المتوفى لا ينفي بحال أن أنصبتهم كانت محددة من قبل ومنذ وفاته المورث طبقاً للشريعة الاسلامية ، سواء أكان هذا التحديد معلوماً أو غير معلوم لهم .

ومن ناحية ثانية ، لا يقف تطبيق شريعة المتوفى عند تحديد أنصبة الورثة وانما قد يصل إلى حرمان أحدهم من الميراث . فقد لا تورث شريعة المتوفى من تورثه الشريعة الاسلامية ، كما هو الشأن في الشريعة اليهودية التي تورث الابن دون الابنه (١) .

وما دامت أنصبة الورثة تكون محددة من قبل طبقاً للشريعة الاسلامية، وما دام تطبيق شريعة المتوفى قد يؤدي إلى عدم توريث من كان يرث طبقاً للشريعة الاسلامية ، فان الاحتكام إلى شريعة المتوفى ينطوى على نزول من الورثة عن حقهم طبقاً للشريعة الاسلامية ليثبت لهم بعد سقوط هذا الحق

(١) انظر في ذلك ، توفيق فرج المرجع السابق ص ٦٨ ١٥ .

عندهم حق آخر طبقاً لشريعة المتوفى . ولا يعنى ذلك مجال أن توزيع التركة يكون وفقاً لارادة الورثة . فهذه الارادة يقف دورها بحسب طبيعة النزول عند مجرد اسقاط حق الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية . وهذا الاسقاط هو الذى يفسح السبيل لتطبيق شريعة المتوفى التى يجرى التوريث طبقاً لها لا طبقاً لارادة الورثة .

وعلى ضوء ذلك يتجلى لنا أنه إذا كان الاتفاق على الاحتكام إلى شريعة المتوفى ينطوى على نزول، فإنه لا يكون نزولاً عن تطبيق الشريعة الاسلامية وإنما عن الحق الذى تقرره هذه الشريعة . وليس أدل على ذلك من أن الاتفاق يجب أن يكون بين الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية ، التى تطبق ابتداءً ، والتى ثبتت للورثة طبقاً لها حق فى الميراث حتى ينزلوا عن هذا الحق .

وحتى إذا كان الاتفاق على الاحتكام إلى شريعة المتوفى ينطوى على نزول يودى إلى استبعاد تطبيق قواعد الميراث العامة وتطبيق قواعد الميراث الخاصة بغير المسلمين ، فإنه لا يمكن أن نرى فى ذلك نزولاً عن القانون بل تطبيقاً للقانون . فحيث يخير القانون الأفراد بين تطبيق قاعدة أو أخرى من القواعد القانونية ، فإن اختيارهم لاحد اهدا دون الأخرى لا يمكن أن يعد نزولاً عن القانون (١) ، فكل منهما قاعدة قانونية وتطبيقها تطبيق للقانون.

١١٥ - فى مجال الميزات القانونية والحقوق المستقبلية :

يقتضى التحقق من صدق ما يراه البعض (٢) من أن النزول يعد نزولاً عن القانون إذا كان متعلقاً بميزة قانونية أو بحق مستقبل ، أن نتحرى عما إذا كان لهذه النظرة ما ترتكز عايه .

(١) أنظر فى هذا المعنى ، بيريز - النزول من الميزات القانونية فى القانون المدنى الاسبانى ، أعمال جماعة كاييتان ع ١٣ ص ٤٤١ .

(٢) أنظر ، كاربونييه - البحث السابق ص ٢٨٧ . بينج - البحث السابق ص ٣٢٥ - ٣٢٦ .

١١٦ - وقد يبدو أن النظرة إلى النزول على أنه نزول عن القانون إذا كان متعلقاً بميزة قانونية لا يحق بالمعنى الدقيق تركز على أن القانون هو الذي يمنح الميزات القانونية (١) ، ومن ثمة يكون النزول عنها نزولاً عن القانون الذي منحها . ولكن الواقع أن هذه ركيزة لا يمكن الركون إليها . ذلك أنه إذا كان المتصوّد بأن التانون هو الذي يمنح الميزة القانونية أن مصدرها غير ارادى ، فما أكثر الحقوق التي يكون مصدرها غير ارادى بحيث يصدق عليها أن القانون هو الذي يمنحها ، وبالرغم من ذلك يرون في النزول عنها نزولاً عن حق لا عن القانون (٢) .

١١٧ - كذلك قد يبدو أن النظرة إلى النزول على أنه نزول عن القانون إذا كان متعلقاً بحق مستقبل تركز على أن الحق المستقبل لا يمكن أن يكون محلاً للنزول الذي انما يكون نزولاً عن القاعدة القانونية التي يترتب على تطبيقها اكتساب ذلك الحق . وهذا ما سبق أن فندناه بصدد بحثنا لقابلية الحقوق المستقبلية للنزول عنها مقدماً ، حيث بينا أن النزول عن هذه الحقوق يكون معلقاً على وجودها في المستقبل ، مما ينفي أن النزول عنها مقدماً ينطوى على نزول عن القاعدة المرتبة لها . فالنزول لا ينتج أثره المسقط للحق الا عندما يوجد هذا الحق في المستقبل طبقاً للقاعدة التي ترتبه (٣) .

١١٨ - فاذا أضفنا إلى ذلك أنه سواء نظرنا إلى النزول على أنه نزول عن القانون أو عن ميزة قانونية أو حق مستقبل ، فإنه يثير نفس المشاكل (٤) كما يتقيد بنفس القيود التي تحد من مشروعيته ، تبيننا أنه لا وجه ولا فائدة لأن نرى فيه نزولاً عن القانون .

(١) أنظر في ذلك : ريجو - البحث السابق ص ٤٠٠ .

(٢) قرب ذلك ، سافاتييه - تعقيب على أبحاث جماعة كايبتان السابق ذكرها ص ٤٦٨ .

(٣) أنظر ماتقدم ص ٥٧٢ - ١٩٨ - ١٩٩ .

(٤) أنظر في ذلك ، اسمن - تعقيب على أبحاث جماعة كايبتان السابق ذكرها ص

لهذا كله كان لنا ألا نرى في النزول سوى مجرد نزول عن حق أو مركز قانوني . فهي الحقوق والمراكز القانونية التي يمكن أن نرى فيها محلاً للنزول أو للاسقاط .

وبذلك تكون قد نمت لنا دراسة محل الاسقاط ، وآن لنا أن ننتقل إلى دراسة سبب هذا الاسقاط .

المبحث الثاني

سبب الاسقاط

١١٩ - الاسقاط هو الغاية القانونية التي تتجه اليها الارادة بالنزول عن الحق أو المركز القانوني الذي يرد عليه هذا النزول . وإذا كان من المحقق أنه لا بد من سبب لانجاه الاراده نحو تحقيق تلك الغاية ، فإنه ينبغي أن نتحقق مما إذا كان هذا السبب لا يعدو أن يكون باعفاً شخصياً غير مباشر يختلف من شخص إلى آخر ، أم أنه بجانب هذا الباعث الشخصي يوجد سبب موضوعي مباشر لا يختلف باختلاف الأشخاص شأنه في ذلك شأن سبب الالتزام . فطبيعة الاسقاط الذي ليس التزاماً وإنما أثراً قانونياً آخر هو انقضاء حق أو مركز قانوني تحمل على التساؤل عما إذا كانت نظرية سبب الالتزام تصدق على الاسقاط ، بحيث يمكن أن تكون أسباب الالتزام أسباباً للاسقاط .

فن ناحية ، لنا أو علينا أن نتساءل عما إذا كانت نية التبرع يمكن أن تكون سبباً موضوعياً مباشراً للاسقاط كما قد تكون سبباً موضوعياً مباشراً للالتزام .

ومن ناحية ثانية ، لنا أو علينا أن نتساءل عما إذا كان الحصول على العوض يمكن أن يكون سبباً موضوعياً مباشراً للاسقاط كما قد يكون سبباً موضوعياً مباشراً للالتزام .

ومن ناحية ثالثة ، لنا أو علينا أن نتساءل عما إذا كان للاسقاط سبب موضوعي مباشر غير نية التبرع أو الحصول على العوض ، أم أنه يمكن أن يكون مجرداً عن مثل هذا السبب .

§ ١ - هل تكون نية التبرع سبباً للاسقاط ؟

١٢٠ - اثار ت طبيعة الاسقاط خلافاً عميقاً حول ما إذا كان النزول يمكن أن يكون على سبيل التبرع بحيث تكون نية التبرع هي السبب الموضوعي المباشر لاسقاط الحق أو المركز القانوني الذي يرد عليه النزول . ولقد بلغ من عمق هذا الخلاف ودقته أن تردد بعض أئمة الفقه بين الاتجاهات التي تنازع تلك المشكلة ، والتي منها ما يتجه إلى أن النزول قد يكون على سبيل التبرع بحيث يعد هبة غير مباشرة ، ومنها ما يتجه إلى أن النزول لا يمكن أن يعد هبة غير مباشرة حتى إذا كان صادراً عن نية التبرع ، ومنها ما يتجه إلى أن النزول ونية التبرع نقيضان لا يجتمعان . وقبل أن نسبر غور هذه الاتجاهات المتنازعة يجدر أن نبرز دقة ما يدور حوله الخلاف بأن نعرض للموقف المتردد التي وقفه البعض منها .

١٢١ - وحسبنا أن نطلع ، من ناحية ، على ما جاء في مطول بلانيول وريبير ، ومن ناحية أخرى ، على ما جاء في وسيط هذين الفقهاء ، ومن ناحية أخيرة ، على ما جاء في تعليق للأستاذ ريبير على أحد الأحكام ، حتى نلمس موقفاً متردداً متشككاً بصدد تلك المشكلة .

ففي مطول بلانيول وريبير نقرأ أن النزول يمكن أن يتخذ أحياناً صفة التبرع إذا كان التصد الخاص منه افادة شخص آخر بحيث يضيف هذا التصد الخاص وهو نية التبرع على التصرف طبيعته فيجعل منه تبرعاً يعد هبة غير مباشرة ، سواء في ذلك أكان النزول مستقلاً أو ناقلاً (١) .

(١) أنظر ، بلانيول وريبير وتراسيو - المطول ج ٥ ط ١ ١٩٩ ص ٤٢٦ - ٤٢٨ . ولقد ورد ما نقلناه في المتن ضمن تطبيقات « الهبات غير المباشرة التي يتضمنها تصرف محايده » ١٢٢ ص ٤٢٢ .

وفي وسيط هذين الفقيهين نقرأ أن الهبة غير المباشرة قد تتحقق عن طريق تصرف مجرد لا تتوقف صحته على البحث عن سببه (١). ومن هذه التصرفات المحررة النزول عن الحق الذي يعد أداة قانونية يمكن استخدامها لتحقيق تبرع إذا كان صادراً عن نية التبرع. إلا أنه يعترض ذلك عقبة معينة هي أن القانون هو الذي يحدد من يفيد من النزول بحيث يكون لهذا الشخص سند قانوني. ولهذا يجب أن نتساءل عما إذا كان من يفيد من النزول يمكن أن يعد خلفاً لمن صدر عنه هذا النزول، إذ من الواضح أن من يوثل إليه الحق الذي نزل عنه صاحبه لا يمكن أن يعد موهوباً له إلا إذا كان قد تلقى الحق من نزل عنه (٢). وتلك الصعوبة إنما تعترض النزول المسقط دون النزول الناقل (٣). ويقوى الشك بصدد نزول الوارث عن التركة لمصلحة غيره من الورثة. فمن المشكوك فيه شكاً قوياً أن يعد هذا النزول هبة غير مباشرة (٤). حقاً تتوافر نية التبرع في هذه الحالة، إلا أن النزول لا يكون هو السبب المنشئ لحق الورثة الآخرين الذين يفيدون من النزول، إذ يكون لهم سند قانوني لاكتساب ذلك الحق ولا يتلقونه عن نزل عن حقه (٥).

وفي تعليق للأستاذ ريبير على أحد الأحكام (٦) نقرأ أن من المؤكد أن النزول عن التركة لمصلحة وارث آخر أو وارث لا حق يعد هبة غير مباشرة إذا توافرت نية التبرع. وهنا يشير هذا الفقيه القدير إلى المطول الذي اشترك فيه ثم يستطرذ فيقول إن استعمال النزول عن التركة كأداة

(١) أنظر، بلانيول وريبير وبولانجي - الوسيط، ج ٣ ط ٣ ر ٣٢٢٧ ص ١٠٥٤

١٠٥٥

(٢) أنظر المرجع السابق ر ٣٣٣٦ ص ١٠٥٧.

(٣) أنظر، المرجع السابق ر ٣٣٣٧ ص ١٠٥٧.

(٤) أنظر، المرجع السابق ر ٣٣٤١ ص ١٠٥٧، وراجع ١٥ ص ١٠٥٨ حيث جاء

أن بلانيول كان يقول في وسيطه بما قال به البعض من أن النزول التبرعي له دائماً صفة الهبة غير المباشرة.

(٥) نبادر فנסجل على هذا القول أنه يخلط بين السبب القصدى الذى يدور حوله البحث والسبب المنشئ الذى لا نعرض له. فالبحث إنما يدور حول ما إذا السبب القصدى للاسقاط يمكن أن يكون نية التبرع. وهذا ما سمعود إليه عند مناقشة الاتجاهات المتنازعة.

(٦) محكمة مراجعة موناكو ٦ مايو ١٩٥٥، دالوز ١٩٥٦ ص ٤٧٢.

قانونية انما يمكن الموهوب له من اكتساب المال الذي تم النزول عنه لصالحه لأن لديه سند قانوني لاكتسابه . وهذا ما يرجع إلى أمرين . الأول أن النزول عن الحق انما يتيح تحقيق هبة غير مباشرة لأنه يمكن أن يعد تصرفاً مجرداً . وهنا يشير ذلك الفقيه إلى الوسيط الذي اشترك فيه . والأمر الثاني أن اكتساب الموهوب له للمال يجب أن يكون من أثر التصرف المستعمل . واذا كان هذا التصرف يمكن أن يستمد صفته كعمل من أعمال التبرع من نية من استعماله ، فانه لا يمكن لهؤلاء استعمال التصرف لانتاج ذلك الأثر إلا إذا كان الموهوب له وسيارة أو سند لاكتساب المال .

وهكذا يشككنا ما ورد في وسيط هذين الفقهاء فيما جاء بطولهما ليأتي بعد ذلك تعليق أحدهما فيؤكد ما تشكك فيه . وليس أبلغ من ذلك على عمق المشكلة ، مما يقتضى أن نسبرغور الاتجاهات التي تتنازعها على ضوء ما لمسناه من تردد موقف البعض منها ، بادئين بالاتجاه الذي يرى أن النزول يعد من التبرعات ثم نعرض للاتجاه الذي يرى أن النزول لا يمكن أن يكون بنية التبرع فلا يعد من التبرعات ، وأخيراً نعرض للاتجاه الذي يرى أن النزول لا يعد من التبرعات وان كان بنية التبرع .

١٢٢ - الاتجاه الاول : النزول قد يكون من التبرعات :

من المحقق في الفقه الاسلامي أن الاسقاط قد يكون من التبرعات . فن صور التبرعات في الشريعة الاسلامية اسقاط الحق أو الملك (١) . فالعفو عن القصاص ، وهو اسقاط لحق ، يعد من التبرعات (٢) . والوقف ، وهو اسقاط أو ازالة للملك ، يعد أيضاً من التبرعات (٣) . وهذا ما يصدق كذلك على الاعتاق إذا لم يكن بعوض .

(١) انظر ، أحمد ابراهيم - التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ص ٢ ص ٦٠٥ .

(٢) انظر الكاساني - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ .

(٣) انظر ، أحمد ابراهيم - البحث السابق ص ٦٥٧ .

١٢٣ - كذلك التقى رأى جانب من الفقه الوضعى على أن النزول قد يكون من التبرعات (١) . الا أن هذا الجانب من الفقه يختلف بعد ذلك فيما بينه من ناحيتين .

فمن ناحية ، يرى البعض أن النزول يعد من التبرعات إذا كان بنية التبرع أو التفضل ، وليس بقصد التخاص من عبء معين أو لتحقيق مصلحة شخصية أو مجرداً عن أى سبب (٢) . وعلى النقيض من ذلك يرى البعض الآخر أن النزول قد يعد من التبرعات سواء أكان صادراً أم غير صادر عن نية التبرع للشخص أو الأشخاص الذين يكون هذا النزول من صالحهم (٣) .

ومن ناحية أخرى ، يرى البعض أنه إذا لم يحدد من يكون النزول التبرعى لصالحه ، فإن هذا النزول يعد هبة غير مباشرة تتحقق عن طريق تصرف آخر غير عقد الهبة ، إذ أن الموهوب له لا يستمد الحق الذى يكسبه من النزول مباشرة وإنما يكون له سند قانونى لاكتساب هذا الحق (٤) . أما إذا حدد من يكون النزول لصالحه ، فإن هذا النزول لا يكون مسقطاً وإنما ناقلاً ، ومن ثمة لا يعد هبة غير مباشرة وإنما هبة مباشرة يلزم افراغها فى الشكل الخاص بالهبة (٥) .

(١) أنظر ، أوربى ورو واشمن ج ٦٥٩ر١٠ ص ٥٢٢ . جوسران ج ١٣١٥ر٣ ص ٧٩٩ . كولان وكابيتان ج ١٦٣٠ر٣ ص ٨٤٣ . ديبيرو - العمل التبرعى ، باريس سنة ١٩٥٥ ، ر ٢٤٧ ص ٢٥٧ . بونسار - الهبات غير المباشرة ، ديجون ١٩٤٦ ص ٥١ . بازيل - الهبات عن طريق النزول ، باريس ١٩٢٩ . مالورى ، موسوعة دالوز ، النزول ر ٧٣ . السهورى - الوسيط ج ٥٠ ص ٨٠ . وراجع أيضاً ، نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦١ ، المحلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦١ ص ٧١٥ .

(٢) انظر ، جوسران - الموضوع السابق . كولان وكابيتان - الموضوع السابق .

(٣) أنظر ، أوربى ورو واشمن - الموضوع السابق . ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٦٥ ص ٢٦٩ ، حيث يرى أنه إذا كان يلزم توافر نية التبرع فى النزول الاقترادى ، فإنه لا جدوى من البحث عن هذه النية فى النزول التعاقلى مادام لا يوجد التزام مقابل .

(٤) انظر ، جوسران - المرجع السابق ر ١٣١٦ ص ٨٠٠ . وهذا ما قال به أوربى ورو

ولكن لم يأخذ به اشمن فى الطبعة الحادية التى أصدرها لمؤلفهما ، أنظر ج ٩٨١٠ ص ٥٢٢ .

(٥) أنظر كولان وكابيتان ، المرجع السابق ر ١٦٣٢ ص ٨٤٤ . اشمن على أوربى ورو

الموضوع السابق .

وعلى النقيض من ذلك يرى البعض أن النزول التبرعى يعد هبة غير مباشرة لا تخضع اشكل الهبة سواء حدد أو لم يحدد من يكون النزول لصالحه (١) ما دامت نية التبرع غير معلنة (٢) .

١٢٤ - وإذا كان يجدر ألا نبادر بتحديد موقفنا من هذا الاتجاه ، وإنما نرجى ذلك إلى أن نعرض للاتجاهين المناهضين له حيث ستقف على ما وجه إليه من نقد ومدى ما في هذا النقد من سداد أو بعد عن السداد ، فإن ثمة ما لا يحتمل الارجاء وهو أن نفى الزعم بأن النزول قد يكون ناقلاً . فلاسقاط هو حد النزول الذى لا يمكن تجاوزه . فيحث يكون هناك نقل لا يكون هناك نزول . فاذا كان الحق الذى نزل عنه صاحبه قد يتلقاه شخص آخر أو أشخاص آخريين ، فإن ذلك إنما يكون بمقتضى ما لهذا الشخص أو لهؤلاء الأشخاص من سند قانونى . ولهذا فإن النزول لا يمكن أن يكون لصالح شخص أو أشخاص غير الشخص أو الأشخاص الذين حددهم القانون وفى حدود ما يكون لهم من سند قانونى . فالنزول عن حق الانتفاع لا يمكن أن يكون لصالح شخص آخر غير مالك الرقبة (٣) . فاذا تعدد من تكون لهم ملكية الرقبة ، فإن النزول عن حق الانتفاع لا يمكن أن يكون لأحدهم دون الآخريين ، إذ ليس لأحدهم سند قانونى فى تلقى ملكية الرقبة كاملة (٤) . ولهذا فإن ما يقال انه نزول لشخص معين أو لأشخاص معينين على خلاف

(١) انظر ، اسمن على أورى ورو - الموضع السابق .

(٢) انظر فيما تطوى عليه عبارة «النزول الناقل» من تناقض ، سيبكيانو-الرسالة السابقة ٧٦ ص ٧٠ . دلاموت - الرسالة السابقة ١٣٣ ص ١٣١ . وقارن مالورى - موسوعة دالوز النزول ٦٨ - ٧٠ .

(٣) انظر ، السنورى ج ٥٠ ص ٢٥٨٠ حيث لم يقل أن النزول عن حق الانتفاع لغير مالك الرقبة يكون هبة مباشرة وإنما قال ان هبة حق الانتفاع لغير مالك الرقبة تكون هبة مباشرة . فهذه دقة فى التعبير تفيد أن النزول عن حق الانتفاع لا يكون الا لملك الرقبة .

(٤) قارن ، مالورى - موسوعة دالوز ، النزول ٧١ .

ما حدده القانون لا يكون في الحقيقة نزولاً وإنما تصرفاً ناقلاً للحق (١) يخرج عن نطاق دراستنا سواء أكان هبة مباشرة أو غير مباشرة .

١٢٥ - الاتجاه الثاني : النزول لا يمكن أن يكون بنية التبرع فلا يعد من التبرعات :

التقى رأى جانب آخر من الفقه حول اتجاه يبدأ من أن النزول ونية التبرع نقيضان لا يجتمعان ، وينتهي إلى أن النزول لا يمكن أن يعد من أعمال التبرع ما دام لا يمكن أن يكون بنية التبرع (٢) . فلنتعقب هذا الاتجاه من حيث بدأ إلى حيث انتهى .

فأما ما بدأ منه هذا الاتجاه من أن النزول لا يمكن أن يكون بنية التبرع فيرتكز على أن عملية النزول تقف عند مجرد اسقاط ما يرد عليه ، ومعنى ذلك أن من يقدم على النزول إنما يقطع الصلة القانونية الخاصة بينه وبين ما ينزل عنه دون أن يعنيه مصيره بحال . فالخصيصة الأساسية للنزول أنه مسقط ومستقط فحسب . ولهذا لا يمكن أن تنصرف ارادة من يقدم على النزول إلى ما يعقب اسقاط ما يرد عليه هذا النزول ، فلا تتجه هذه الارادة إلى افادة أحد من النزول ، لا يعنها ما إذا كان قد يفيد أحداً ، وإنما تنصرف

(١) تنص المادة ٧٨٠ مدني فرنسي على أنه يعد قبولاً للتركة نزول الوارث ولو على سبيل التبرع لوارث آخر أو لبعض الورثة الآخرين . وبالرغم من أن هذه المادة قد استعملت تعبير النزول ، فإن الواقع أنه ما من نزول في هذه الحالة كما يدل على ذلك حكم تلك المادة . فإما دام الوارث يعد في هذه الحالة قد قبل التركة ، فإنه لا يكون قد نزل عن حقه لمن حدده من الورثة الآخرين وإنما نقل اليهم هذا الحق . ذلك أن الوارث الذي ينزل عن التركة يعد كأنه لم يكن وارثاً أبداً طبقاً للمادة ٧٨٥ مدني فرنسي . وهذا ما يفترض أنه لم يقبل التركة . يضاف إلى ذلك أن قبول الوارث للتركة ينفي وجود سند قانوني لباقي الورثة في تلقى التركة . أنظر في نفي النزول في هذه الحالة ، دلاموت الرسالة السابقة ر ١٣٣ ص ١٣٢ .

(٢) أنظر ، لسونا - البحث السابق ص ٣٦١ وما بعدها . ديكوان - الرسالة السابقة ص ١٧٥ وما بعدها . سيبكيانو - الرسالة السابقة ص ١٧٥ وما بعدها . دلاموت - الرسالة السابقة ص ١٣٢ ، ٢٩٨ . ريجو - البحث السابق ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

فحسب إلى مجرد التخلي عما يرد عليه النزول . وهذا ما يحول دون أن يقترن النزول بنية التبرع . فاذا توافرت هذه النية ، فان الإرادة لا تكون قد اتجهت إلى نزول مسقط وإنما إلى تنازل ناقل (١) .

ويبنى ذلك الاتجاه على ما بدأ منه من أن النزول لا يمكن أن يكون بنية التبرع أنه لا يمكن أن يكون من أعمال التبرع . ولما كان النزول لا يمكن أيضاً ، وفقاً لهذا الاتجاه ، أن يكون بعوض لتعارض ذلك مع ماله من طبيعة مسقطه بحتة ، فان أصحاب هذا الاتجاه ينتهون إلى أن النزول لا يكون من التبرعات ولا من المعاوضات ، وإنما يعد تصرفاً محايداً أو غير متصف سببه نية الاسقاط *animus abdicandi* التي يقابلون بينها وبين نية التبرع *animus donandi* (٢) .

١٢٦ - وما كان يمكن الا أن يتعرض هذا الاتجاه للنقد (٣) ، كما أنه ما كان يمكن الا أن نؤيد هذا النقد وندعمه . فالواقع أن النزول ونية التبرع ليسا بتقيضين لا يجتمعان ، بل ليس ثمة ما يمنع أن يجتمعان وكثيراً ما يجتمعان . فطبيعة النزول المسقطه لا تحول بحال دون أن توافر لدى من ينزل عن حقه نية التبرع لمن يكون له سند قانوني لاكتساب الحق من جديد بعد سقوطه . ذلك أن توافر نية التبرع لا ينفي بحال أن النزول ينحصر أثره في اسقاط الحق دون نقله . وإذا كان المتبرع له قد يكسب الحق من جديد بعد سقوطه ، فالواقع انه يكسب حقاً جديداً بمقتضى ماله من سند قانوني لا بمقتضى النزول . وما دامت الإرادة ، رغم توافر نية التبرع ، إنما تنصرف إلى مجرد اسقاط الحق دون نقله ، وما دام الحق الذي يكسبه المتبرع له بعد سقوط حق المتبرع حق جديد يتلقاه عن القانون لا عن المتبرع ، فان توافر نية التبرع لا يمكن

(١) انظر في ذلك ، دلاموت - الموضع السابق .

(٢) انظر في ذلك ، سيبكيانو - الرسالة السابقة ص ٧٩ ، ١٧٠ - ١٧٨ . ويقف البعض عند القول بأن النزول لا يكون تبرعاً ولا معاوضة مستبعدين فكرة التصرف المحايد لغرابتها ، ريجو - البحث السابق ص ٣٩٧ .

(٣) انظر في ذلك ، ديبيرو - الرسالة السابقة ٢٤٣ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .

أن يغير من طبيعة التصرف ، بحيث لا يمكن القول بأننا نكون بصدد تنازل ناقل لا نزولا مسقط . فالقول بذلك ينطوى على تعديل لما اتجهت اليه الإرادة بحيث ينسب لها ما لم تنصرف اليه . ولنا في الإبراء على ما نقول شهيد . فتوافر نية التبرع لدى المبرء لم يحل دون أن يكون الإبراء سبباً من أسباب انقضاء الالتزام أى مجرد اسقاطه لا نقله (١) .

ولما كان ما انتهى اليه ذلك الاتجاه من أن النزول لا يمكن أن يكون من أعمال التبرع يقوم على أساس أن النزول لا يمكن أن يكون بنية التبرع ، فان انهيار هذا الأساس بالتحقق من أن النزول قد يكون بنية التبرع يدعو إلى التساؤل عما إذا كان النزول لا يمكن أن يكون من التبرعات رغم أنه قد يكون بنية التبرع . وهذا ما ينتقل بنا إلى الاتجاه الثالث الذى يرى ذلك .

١٢٧ - الاتجاه الثالث : النزول لا يعد من التبرعات وان كان بنية التبرع :

يتجه فقيه قدير ، هو الأستاذ رينو ، إلى أن النزول لا يمكن أن يعد تبرعاً أو هبة غير مباشرة وان كان لا ينكر بل يسلم بأن سببه قد يكون نية التبرع .

ولا يخفى هذا الفقيه أنه يبدو غريباً ، عملاً ، أن ننكر صفة التبرع على تصرف سببه نية التبرع . ومع ذلك يرى هذا الفقيه أنه لا يمكن قانوناً أن نضيف صفة التبرع على النزول لأنه لا يكون هو سبب اكتساب من يفيد منه للحق الذى نزل عنه صاحبه بعد خروجه من ذمته . وهو يستند فى ذلك أن الهبة أياً ما كان شكلها إنما هى تصرف يفترض مرور قيمة من ذمة إلى أخرى ويستلزم أن يكون افتقار احدهما سبب اثر الأخرى . والنزول

(١) إذا كان البعض لا يعتبر الإبراء نزولاً عن الحق على أساس أن النزول انفرادى بينا الإبراء فى القانون الفرنسى اتفاق ، فان هذا البعض يقر أن الإبراء ليس ناقلاً وإنما مسقط . أنظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ٢٣٣ ص ٢٩٧ . وقارن ريبير - دراسة انتقادية لفكرة التبرع ، دروس للدكتوراه ، باريس ١٩٣١ ص ٢٩٢ ، أشار اليه ديبيرو فى رسالته السابق الإشارة اليها .

لا يمكن أن يقوم بهذا الدور نظراً إلى طبيعته المسقطه التي تحول دون أن يكون افتقار من نزل عن حقه هو سبب اثناء من يفيد من النزول وهو الذى يكتسب الحق بما له من سند قانونى لا بمقتضى النزول . ويستشهد ذلك الفقيه بما أبرزه العلامة ريبير من أن لفكرة الهبة عنصر مادي اقتصادى هو رابطة السببية بين الاثراء والافتقار ولا يمكن أن نجرد الهبة من هذا العنصر الاقتصادى بحيث تغدو فكرة نفسية محضة قوامها مجرد نية التبرع .

١٢٨ - وإذا كان ذلك الفقيه قد استشعر ما يبدو من غرابة ما أنتجه اليه فاحتمى وراء سياج فنى لفكرة الهبة ، فان هذا السياج الفنى تعرض وعرض معه الاتجاه الذى احتضى به ، لنقد عنيف نقف بينه وبين ذلك الاتجاه موقفاً وسطاً. ولهذا نعرض أولاً لأوجه ذلك النقد ، ثم نحدد موقفنا بينه وبين الاتجاه الذى وجه اليه .

١٢٩ - فأما عن أوجه ذلك النقد فتدور حول محورين :

فمن ناحية ، أخذ على ذلك الاتجاه أن نفى وجود رابطة سببية كافية بين الافتقار والاثراء فى حالة النزول بنية التبرع ينطوى على تطرف فى . صحيح أنه لا توجد رابطة سببية مباشرة بين اسقاط ملكية منقول بتركه على قارعة الطريق واكتساب عابر سبيل للملكية هذا المنقول بالاستيلاء عليه . ولكن من العسير أن ننكر توافر رابطة سببية مباشرة بين الافتقار والاثراء حيث يحدد القانون من يفيد من النزول ويكون النزول ويكون بنية التبرع إليه (١) .

ومن ناحية أخرى ، أخذ على ذلك الاتجاه أنه لا يلزم أن يكون الموهوب له خلفاً للواهب ، إذ لا يلزم أن تكون الهبة تصرفاً ناقلاً (٢) . ويستشهدون على ذلك بالاشتراط لمصلحة الغير والابراء . ففى الاشتراط لمصلحة الغير لا يعد المنتفع خلفاً للمشترط ، وبالرغم من ذلك لا يتردد أحد فى أن يعتبر

(١) انظر فى ذلك ، ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٤٥ ص ٢٥٥ .

(٢) انظر فى ذلك ، ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٤٦ ص ٢٥٦ .

المتنفع موهوباً له إذا كان الاشتراط بنية التبرع (١) . وكذلك الإبراء ليس بحال تصرفاً ناقلاً وإنما مجرد تصرف مسقط ، وبالرغم من ذلك لا ينكر أحد أنه يمكن أن يعد هبة . فإذا كانت الأغلبية الساحقة من الهبات تكون باتفاق ناقل ، فإنه ليس من جوهر الهبة أن تكون بتصرف ناقل (٢) . وحتى من يرون أن التصرف في المال دون عوض الذي يعد من جوهر فكرة الهبة معناه أن يلتزم الواهب بنقل حق عيني أو أن يلتزم بحق شخصي بإعطاء شيء ، يقصرون ذلك على الهبة المباشرة (٣) دون الهبة غير المباشرة حيث يكتسب الموهوب له حقاً على سبيل التبرع دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب (٤) . ومجرد وصف الهبة بأنها غير مباشرة لا ينفي أنها هبة .

١٣٠ - وأما عن موقفنا بين ذلك النقد والاتجاه الذي وجه إليه ، فهو موقف وسط . فإذا كنا لا نؤيد الاتجاه المنتقد فيما يتطرق إليه من أن النزول بنية التبرع لا يعد من أعمال التبرع ، فإننا لا نؤيد أيضاً النقد الذي وجه إلى ذلك الاتجاه فيما يصل إليه من أن النزول بنية التبرع يعد هبة ولو غير مباشرة . ذلك أنه لا يسعنا أن نسلم بفكرة الهبة غير المباشرة ، وهي التي يقصر الفقه دورها على عدم سريان قواعد الهبة المتعلقة بالشكل أو بالعينية وسريان قواعد الهبة الموضوعية كجواز الرجوع في الهبة والظعن بالدعوى البولصية وأهلية التبرع والتصرف في مرض الموت وغير ذلك من الأحكام (٥) .

- (١) انظر في ذلك ، ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٤٥ ص ٢٥٥ .
- (٢) انظر في ذلك ، ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٤٦ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ .
- (٣) انظر في ذلك ، السنهوري - الوسيط ج ٣ ص ٣٠٥ - ١٠ - ١١ .
- (٤) انظر ، السنهوري - المرجع السابق ر ٤٩ ص ٧٩ - ٨٠ . وراجع ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٤ ص ٢٤٤ حيث جاء «لا يكون الإبراء من الدين والاشترط لمصلحة الغير الهبة غير مباشرة لأنها لا تشمل على التزام بنقل الملكية» .
- (٥) انظر ، السنهوري - المرجع السابق ر ٥٣ ص ٨٥ . وانظر في عدم وضوح فكرة الهبة غير المباشرة ، أوبري ورو واتمن ج ١٠ ر ٦٥٩ ص ٨٥٥٢٢ حيث جاء أنه يجمع تحت اسم الهبة غير المباشرة كل الهبات التي يعفيها القضاء من الشكل غير الهبات اليدوية والمستترة وليس بين تلك الهبات ما يمكن أن يسمى حقاً هبة غير مباشرة سوى ما يتحقق عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، أما ما عداها فهبات يتم الوعد بها أو ينتقل المال دون أن يعان من صفتها التبرعية من طريق تصرف يمكن أن يكون على سبيل المعاوضة .

فمن ناحية ، إذا كانت قواعد الهبة المتعلقة بالشكل أو بالعينية لا تسرى على ما يقال أنه هبة غير مباشرة ، فانما ذلك لأنه ليس هبة بل تبرع من نوع آخر .

ومن ناحية ثانية ، ليست قواعد الهبة المتعلقة بالشكل والعينية هي وحدها التي لا تسرى على ما يقال أنه هبة غير مباشرة ، وانما من قواعد الهبة الموضوعية مالا يسرى عليها . فالقاعدة التي تضمنتها المادة ٤٨٧ مدني بنصها في فقرتها الأولى على أنه لا تتم الهبة الا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه ، قاعدة موضوعية لا تسرى على ما يقال أنه هبة غير مباشرة ، وهو الذي قد يكون تصرفاً انفرادياً كما هو الشأن في النزول بنية التبرع (١) . والقاعدة التي تضمنتها المادة ٤٩٣ مدني بنصها على أنه إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب ، فان الواهب يلتزم بتسليمه اياه ، قاعدة موضوعية لا تسرى على ما يقال انه هبة غير مباشرة . فالمشترط في الاشتراط لمصلحة الغير لا يلتزم بتسليم ما تبرع به ، ومن ينزل عن حقه لا يلتزم بتسليم الشيء الذي كان يرد عليه لمن كان النزول عنه لصالحه . والقاعدة التي تضمنتها المادة ٤٩٤ مدني بنصها في فقرتها الثانية على أنه إذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى ، قاعدة موضوعية لا يمكن أن تسرى على النزول التبرعي الذي تحول طبيعته المسقطه دون أن يعد من يكسب الحق بعد نزول صاحبه عنه خلفاً له بحيث لا يتلقاه عنه وانما يكسبه ابتداء بمقتضى ما له من سند قانوني .

ومن ناحية ثالثة ، إذا كان من قواعد الهبة الموضوعية ما يسرى على ما يقال أنه هبة غير مباشرة ، فانما ذلك في الحدود التي يمكن أن نرى في هذه القواعد قواعد عامة تسرى على كل تبرع وبالقدر الذي يتفق مع نوع التبرع الذي تسرى عليه . وهذا ما يفسر لنا ما نصت عليه المادة ٣٧٢ مدني

(١) استند البعض إلى ذلك لنفي اعتبار النزول هبة غير مباشرة . انظر ، سافاتييه - تعليق على نقض مدني ٢٧ مايو ١٩٦١ ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦١ ص ٥٧/٧١٥ .

في فقرتها الأولى من أنه يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع . فالقواعد المتعلقة بأهلية التبرع وانطقن في التصرفات بالدعوى البولصية وصدور التصرف في مرض الموت ليست قواعد خاصة بالهبة وانما هي قواعد عامة تسرى على كل تبرع . وهذا هو الشأن أيضاً في قواعد الرجوع في الهبة فهذه القواعد ليست قواعد خاصة بالهبة وانما يمكن أن نرى فيها قواعد عامة تسرى على كل تبرع . فاذا كان من التبرعات مالا يمكن الرجوع فيه كما هو الشأن في التبرع بالقيام بعمل ، فان ذلك لا يرجع إلى أن قواعد الرجوع خاصة بالهبة وانما إلى استحالة الرجوع نظراً لعدم امكان استرداد ما تم التبرع به ، وهو العمل وليس مقابله (١) . ولهذا تسرى قواعد الرجوع حيث يكون هذا الرجوع ممكناً ، كما هو الشأن في الاشتراط لمصلحة الغير .

وما دام ما يقال أنه هبة غير مباشرة لا يخضع لكافة قواعد الهبة الموضوعية وانما يخضع لبعض القواعد التي تسرى على الهبة كما تسرى على كل تبرع فانه يكون لنا أن نستبعد فكرة الهبة غير المباشرة وأن نأبي أن نرى في الزول التبرعي هبة غير مباشرة وانما مجرد عمل من أعمال التبرع التي لا تعدو الهبة أن تكون نوعاً منها .

§ ٢ - هل يكون الاسقاط عل سبيل المعاوضة؟

١٣١ - لم يقف تقدم الفقه الاسلامي وعمقه عند مجرد ارساء تقسيم التصرفات إلى نقل واسقاط ، وانما واصل تقدمه فقسم الاسقاط إلى اسقاط بعوض واسقاط بغير عوض . فإكان يخفى على ثاقب بصر هذا الفقه أن طبيعة الاسقاط لا تحول دون أن يكون بعوض . وهذا ما يكشف عنه قول اقرافي ان الاسقاط «إما بعوض كالحلح والعفو على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح

(١) ونرى أنه اذا كان العمل من الأعمال المستمرة فانه يمكن الرجوع في التبرع به بالنسبة للمستقبل إذا توافر سبب من أسباب الرجوع ، وبذلك تكون قواعد الرجوع قواعد عامة تسرى على كل تبرع .

على الدين والتعزير . فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى البازل ما كان يملكه المبدول له . وإما بغير عوض كالأبراء من الديون والقصاص والتعزير وحدهم القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها . فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول (١) . أولان نجد قولاً يجمع بين ما قل ودل كقول ذلك الفقيه أنه في جميع صور الاسقاط بعوض «يسقط الثابت ولا ينتقل إلى البازل ما كان يملكه المبدول له» . فهذه العبارة الموجزة القاطعة تعبر بجلاء عن معنيين عميقين .

فمن ناحية ، تعبر تلك العبارة عن أن الحصول على عوض لا يتعارض مع طبيعة الاسقاط ، مادام الحق الثابت لا ينتقل إلى من يؤدي العوض وإنما يسقط عن يحصل على هذا العوض ، بحيث لا يكون ثمة نقل وإنما مجرد اسقاط .

ومن ناحية أخرى ، تعبر تلك العبارة عن أن سقوط الحق وعدم انتقاله إلى الطرف الآخر لا ينفي أنه يحصل على عوض عما يؤديه إلى من أسقط حقه . فالعوض كما قد يكون إيجابياً قد يكون سلبياً . واسقاط الحق ، شأنه شأن الالتزام بالامتناع عن عمل ، يمكن أن يكون عوضاً سلبياً يتفق اثره مادياً أو معنوياً سلبياً أو إيجابياً مباشراً أو غير مباشر . هذا في الفقه الاسلامي .

١٣٢ - أما في الفقه الوضعي ، فإن ما بصر به أوبري ورو من أن النزول قد يكون على سبيل المعاوضة (٢) ، قد ارتبط في ذهن البعض بالتقسيم المتقدم للنزول إلى نزول مسقط ونزول ناقل ، كما حججه عن

(١) انظر ، القرافي - الفروق ، الفرق ٧٩ ص ١١٠ .

(٢) انظر ، أوبري ورو واسمن ج ٣٢٣ ر ٤ ص ٣٠٧ ، حيث جاء انه عندما يكون النزول مقابل ثمن أو أي أداء آخر فإن أهلية من ينزل ومن يكون النزول لصالحه تتحدد طبقاً للقواعد المتعلقة بمقود المعاوضة . وانظر في تأييد هذا التقسيم ، ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٦٥ ص ٢٦٩ .

تصور البعض الآخر نزعته الى أن النزول لا يكون الا انفرادياً ولا يمكن أن يكون اتفاقياً .

١٣٣ - فمن الفقهاء من يربط بين تقسيم النزول إلى نزول على سبيل المعاوضة ونزول على سبيل التبرع وتقسيمه إلى نزول مسقط ونزول ناقل (١) ولا ريب في أن هذا الربط فاسد وينطوي على خلط معيب من شأنه أن يشوه صورة النزول على سبيل المعاوضة . ذلك أن مجرد حصول من ينزل عن حقه على عوض لا يعنى بحال أن الحق الى نزل عنه لا يسقط فحسب وإنما ينتقل إلى من يؤدي اليه العوض . كذلك فان مجرد انتقال العوض إلى من نزل عن حقه لا يعنى بحال أن النزول لا يكون مسقطاً وإنما ناقلاً ، إذ أن العبرة انما تكون بما يرد عليه النزول . فإدام الحق أو الميزة التي يرد عليها النزول لا تنتقل ممن نزل عنها إلى من يفيد من النزول ، فان مجرد أداء عوض عن النزول لا يعنى بحال أنه لا يكون مسقطاً وإنما ناقلاً . فليس هناك تلازم بين النقل والمعاوضة كما أنه ليس هناك تعارض بين الاسقاط والمعاوضة .

١٣٤ - ومن الفقهاء من حجب عنه تصويره الانفرادى للنزول أن يتصور أن يكون النزول على سبيل المعاوضة ، إذ بينما لا يمكن أن يكون النزول اتفاقياً ، لا تكون المعاوضة الا اتفاقية ، ومن ثمة لا يتصور وفقاً لرأيهم إن يكون النزول على سبيل المعاوضة (٢) . ويسلم من يرى ذلك بأن ثمة اتفاقات متعددة تكون لها طبيعة مسقطه ويمكن أن تكون على سبيل المعاوضة وان كان لا يمكن أن تعد نزولاً (٣) . وهذا ما يؤكد أن الذي يحول دون

(١) انظر ، مالورى - موسوعة دالوز ، النزول / ٦٧ - ٦٨ .

(٢) انظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ١٤٣ وما بعده ص ١٤٠ وما بعدها . ريجو -

البحث السابق ص ٢٨٩ .

(٣) انظر ، دلاموت - الموضع السابق .

أن يكون النزول على سبيل المعاوضة ، وفقاً لذلك الرأي ، ليس صفة النزول المسقطه وانما صفته الانفرادية .

١٣٥ - ولكن الواقع أنه إذا كان النزول الانفرادى لا يمكن أن يكون على سبيل المعاوضة ، فانه ليس ثمة ما يمنع أن يكون النزول اتفاقياً وعندئذ يمكن أن يكون على سبيل المعاوضة . وحسبنا أن نقف على الحجج غير المقنعة التي يستند اليها ذلك الرأي في تفرقة بين النزول المسقط والاتفاقات المسقطه التي يأتي أن يرى فيها نزولاً حتى يتبين لنا أن تلك الاتفاقات المسقطه ما هي الا صورة من صور النزول الذي يمكن أن يكون اتفاقياً ، وبالتالي يمكن أن يكون على سبيل المعاوضة .

١٣٦ - **فاما الحجة الاولى** التي يستند اليها القول بأن الاتفاقات المسقطه لا تعد نزولاً ، فهي اختلاف القواعد التي تحكم وجود وصحة كل منهما . فبينما تخضع الاتفاقات المسقطه لقواعد العقد بحيث يكون لمن صدر عنه يجب باستطاعته أن يرجع في إجابته ما دام لم يلتحق به القبول ، فان النزول المستطع يخضع لقواعد التصرف الانفرادى بحيث لا يجوز لمن عبر عن اتجاه ارادته إلى النزول عن حقه أن يرجع في نزوله لأن هذا النزول يتم بالارادة المنفردة (١) .

وهذا ما لا نراه مقنعاً . ذلك أن العبرة يجب أن تكون بالنتيجة أو الغاية لا بالمصدر أو الوسيلة . فكما أن الوكالة الاتفاقيه تعد نيابة شأنها شأن الولاية القانونية ، فكذلك يعد الاسقاط الاتفاقى نزولاً شأنه شأن الاسقاط الانفرادى . كذلك من المتصور أن يطالب المدين من الدائن أن يراه من المدين فيقبل الدائن ونذكرن بصدد اتفاق بين المدين ودائنه، ولا يمكن أن ننكر أن هذا الاتفاق يعد

(١) انظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ر ١٥٠ ص ١٤٠

إبراء شأنه في ذلك شأن الإبراء الذي يتم بإرادة الدائن المنفردة طبقاً للمادة ٣٧١ مدني . أما عن دقة التعرف على ما إذا كانت إرادة صاحب الحق قد اتجهت إلى مجرد توجيهه إيجاباً باسقاط الحق أم إلى النزول عنه بالإرادة المنفردة ، فزى أن الأصل هو أن تكون إرادة صاحب الحق قد اتجهت إلى النزول عنه بالإرادة المنفردة ما لم يتبين العكس من التعبير عن الإرادة كما هو الشأن إذا تضمن هذا التعبير اشتراط عوض عن اسقاط الحق .

١٣٧ - **وأما الحجة الثانية** التي يستند إليها القول بأن الاتفاقات المسقطه لا تعد نزولاً مسقطاً ، فهي اختلاف مدى الاسقاط في أحدهما عن الآخر . فالنزول المسقط يترتب عليه انقضاء الحق في مواجهة الكافة ، بينما الاتفاق المسقط يترتب عليه مجرد التزام بعدم استعمال الحق في مواجهة الطرف الآخر طبقاً للأثر النسبي للاتفاق (١) .
وهذه الحجة بدورها غير مقنعة .

فمن ناحية ، ليس بصحيح أن الاتفاقات المسقطه يترتب عليها مجرد التزام بعدم استعمال الحق ، بل الصحيح أنه يترتب عليها انقضاء هذا الحق والافانها لا يمكن أن تكون مسقطه . وإذا رجعنا إلى الأمثلة التي ساقها من قال بذلك وجدناه يسلم في كل منها بأن الحق ينقضي . فهو يقر بأنه يترتب على عقد الصلح انقضاء حق الدعوى (٢) ، كما يقر بأنه يترتب على ترك الخصومة الذي يتوقف على قبول الخصم الآخر انقضاء إجراءات الخصومة (٣) ، وهذا ما عبرت عنه المادة ٣١٠ مرافعات مصرى بنصها على أنه يترتب على الترك الغاء جميع إجراءات الخصومة .

ومن ناحية ثانية ، فإن قاعدة نسبية أثر الاتفاقات انما تعني أن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى غير أطرافه ، ولا تحول بحال دون أن يحتج به على

(١) انظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ر ١٥١ ص ١٤٦ - ١٤٧ .

(٢) انظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ر ١٤٤ ص ١٤١ - ١٤٢ .

(٣) انظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ر ١٤٦ ص ١٤٣ - ١٤٤ .

الغير شأنه في ذلك شأن التصرف الانفرادى (١) . يضاف إلى ذلك أنه إذا كان النزول الاتفاقى عن التركة في القانون الفرنسى لا يحتج به على الغير فإما ذلك لأن هذا القانون يتطلب شهر النزول الانفرادى . وهذه حالة خاصة لا يجب تعميم حكمها (٢) .

١٣٨ - **وأما الحجة الثالثة** التى يستند إليها القول بأن الاتفاقات المسقطه لا تعد نزولا ، فهى أن هذه الاتفاقات إذا كانت تبادلية كعقد الصلح جاز فسخها عند الاخلال بها ، بينما النزول الانفرادى لا يقبل الفسخ (٣) .
وهذه الحجة كسابقتهما غير مقنعة .

فن ناحية ، قد يكون عقد الوديعة ملزماً لجانب واحد فلا يقبل الفسخ وقد يكون ملزماً للجانبين فيقبل الفسخ ، دون أن يغير ذلك بحال من أنه وديعة في الحالى . ولهذا فان قابلية الاسقاط الاتفاقى للفسخ وعدم قابلية الاسقاط الانفرادى لهذا الفسخ لا يمكن أن تحول دون أن نرى في كل منهما نزولا عن حق أو مركز قانونى .

ومن ناحية أخرى ، لا يتعارض الفسخ مع الاسقاط حتى على القول بأن الساقط لا يعود . ذلك أن الفسخ يكون له أثر رجعى بحيث يمحو الاسقاط فيعد كأن لم يكن .

١٣٩ - وليس أفضل من الرأيين السابقين ما يراه البعض من أن النزول يمكن أن يكون على سبيل المعاوضة إذا كان بالاتفاق مع شخص آخر غير من يكون له قانوناً أن يكسب الحق بعد سقوطه ، أما إذا كان الاتفاق مع هذا الشخص فانه لا يعد نزولا سواء أكان بعوض أم بغير عوض (٤) .

(١) هذا ما يسلم به دلاموت نفسه ، انظر ٤١٥ ص ١٤٧ .

(٢) انظر في ذلك ، ديبيرو - الرسالة السابقة ر ٢٦٢ ص ٢٦٧ ر ٢٦٣ ص ٢٦٧ - ٢٦٨

(٣) انظر ، دلاموت - الرسالة السابقة ر ١٥٢ ص ١٤٨ - ١٤٩ .

(٤) انظر ، برتون - النزول عن الحقوق المبنية ، المحلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٨ ر ٢٨

١٤٠ - فالواقع أنه ما من فارق بين أن يتفق صاحب حق الانتفاع مع شخص آخر غير مالك الرقبة على إنهاء حق الانتفاع لقاء عوض ، وبين أن يتم هذا الاتفاق مع مالك الرقبة نفسه ، ففي الحالتين يكتمل حق مالك الرقبة لا بانتقال حق الانتفاع اليه وإنما بسقوط هذا الحق ، بحيث نكون بصدد اسقاط لحق الانتفاع لا بصدد نقل لهذا الحق . وليس بمقتنع القول بأن توافر مكنة النزول بالارادة المنفردة يحول دون توجيه مجرد ايجاب بالنزول عن الحق ، على أساس أن الايجاب عرض ومن تتوافر له مكنة احداث أثر قانوني لا يكون لديه ما يعرضه على غيره إذ ما عليه الا أن يستعمل ماله من مكنة (١). فهذا القول مردود بأنه إذا كان للشخص أن ينزل عن حقه بارادته المنفردة دون مقابل فان عليه إذا أراد أن ينزل عنه بمقابل أن يوجه ايجاباً بذلك إلى أن يكون له قانوناً أن يكسب الحق بعد النزول عنه . يضاف إلى ذلك أنه إذا كان للشخص أن ينزل عن حقه بارادته المنفردة ، فان له أن يأتي الانفراد بالنزول عن حقه بحيث يعلق هذا النزول على قبول من يفيد منه .

١٤١ - الا أن ذلك لا يعنى أن كافة الحقوق يمكن النزول عنها على سبيل المعاوضة ، وإنما يجب أن نفرق بين ما إذا كان الحق يمكن أو لا يمكن أن ينتقل إلى من يكون له أن يكسبه بعد سقوطه بحيث يمكنه بدلا من ذلك أن يتلقاه عن صاحبه بسبب من أسباب الانتقال . فاذا كان هذا الشخص لا يمكنه أن يحصل على الحق بسبب من أسباب الانتقال كما هو الشأن بالنسبة لحق الارتفاق الذى لا يقبل الانتقال إلى مالك العقار المرتفق به ، فانه يمكنه الاتفاق مع صاحب العقار المرتفق على النزول عن حق الارتفاق على سبيل المعاوضة . أما إذا كان الشخص الذى يتوافر لديه سند قانوني لاكتساب الحق بعد سقوطه يمكنه بدلا من ذلك أن يتلقى هذا الحق عن صاحبه بسبب من أسباب الانتقال كما هو الشأن فى الشريك على الشيوع الذى يكون له أن يشتري حصة شريكه كما يكون له أن يكسبها بمقتضى القانون بعد نزول صاحبها عنها تحاصفاً

(١) انظر ، برتون - البحث السابق ص ٢٩٨ .

من نصيبه في نفقات المال الشائع ، فان اتفاه مع صاحب الحق على أن يؤدي اليه عوضاً عن حقه لا يعد نزولاً مسقطاً وانما تصرفاً ناقلاً للحق .

§ ٣ - هل يكون النزول لا على سبيل التبرع ولا على سبيل المعارضة ؟

١٤٢ - سبق أن تحققنا من أن النزول قد يكون على سبيل التبرع وقد يكون على سبيل المعاوضة . وبقي أن نتحقق مما إذا كان النزول قد لا يكون على سبيل التبرع ولا على سبيل المعاوضة ، وعندئذ يثور التساؤل عما إذا كان لمثل هذا النزول سبب موضوعي آخر غير نية التبرع أو الحصول على العوض أم أنه لا يكون له مثل هذا السبب .

١٤٣ - ولا ريب في أن النزول قد لا يكون على سبيل التبرع ولا على سبيل المعاوضة . فقد لا يكون النزول بنية التبرع ولا بقصد الحصول على عوض وانما لتحقيق مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية . فالنزول عن الحق العيني قد يكون لتحقيق مصلحة مادية لصاحب الحق هي التخلص من التكاليف العينية (١) . وهذا مانصت عليه صراحة المادة ١٠٢٢ مدني بصدد التخلي عن العقار المرتفق به . والنزول عن التمسك بالتقادم قد يكون لتحقيق مصلحة أدبية للمدين إذ قد يأني عليه ضميره أو علاقته باللدائن أن يتمسك بالتقادم (٢) . وإذا كانت المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني قد قالت أن النزول عن التقادم يعتبر بمنزلة التبرع (٣) ، فان ذلك لا يعني أنه يعد تبرعاً (٤) . وليس أدل على ذلك من أن الوفاء بالالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن التقادم لا يعد تبرعاً (٥) ، إذ أن الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني طبقاً للمادة ٢٠٢ .

(١) انظر ريجو - البحث السابق ص ٣٩٥ .

(٢) انظر ، ريجو - البحث السابق ص ٣٩٦ .

(٣) انظر ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٤٥ .

(٤) انظر ، أنور سلطان - أحكام الالتزام ر ٥٠٧ ص ٤٩٧ .

(٥) انظر ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٠٠ . أنور سلطان - المرجع السابق

١٤٤ - وكما أنه لا ريب في أن النزول قد لا يكون سببه نية التبرع ولا قصد الحصول على العوض ، فكذلك لا ريب في أن مثل هذا النزول يكون لباعث شخصي يدفع إليه . فمن المحقق أن الإرادة لا يمكن أن تتجه إلى النزول إلا لباعث يدفعها إلى ذلك . ولكن الذي يجب أن نتحقق منه هو ما إذا كان لا يوجد لمثل ذلك النزول الذي لا يكون سببه نية التبرع ولا قصد الحصول على عوض سبب آخر موضوعي ، أم أنه يكون مجرداً عن مثل هذا السبب الموضوعي بحيث لا يكون له سوى باعث شخصي .

١٤٥ - ومن الفقهاء من يرى أن كل نزول يجد سببه الموضوعي في إرادة التخلي أم نية الاسقاط (١) . وهذا ما نراه ينطوي على خلط بين مضمون الإرادة أو الغاية القانونية والسبب القصدى . فالتخلي أو الاسقاط هو الغاية القانونية التي تتجه الإرادة إلى تحقيقها ، بينما السبب القصدى هو جواب من يسأل لماذا اتجهت الإرادة إلى تحقيق تلك الغاية . ولهذا لا يمكن أن نرى فيما يطلق عليه نية الاسقاط مقابلاً لنية التبرع . ذلك أن نية التبرع لا تختلط بالارادة أو بالغاية القانونية التي تتجه إليها هذه الإرادة وهي التصرف في مال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل بدون عوض . أما الاسقاط فهو الغاية القانونية أو الأثر القانوني الذي تتجه إليه الإرادة ، بحيث لا يمكن أن يعد سبباً بل لا بد له من سبب .

١٤٦ - ومن الفقهاء من يرى انه إذا كان النزول عن الحق العيني تخصّصاً من الأعباء العينية ، فانه يكون نزولاً مسبباً (٢) . وهذا ما قد يوحى بأنه في غير هذه الحالة لا يكون النزول مسبباً . فاذا أضفنا إلى ذلك ما يراه البعض من أن التخصّص من الأعباء العينية ليس سبباً موضوعياً وإنما مجرد باعث شخصي (٣) ، وان النزول عن الحق العيني تصرف مجرد (٤) ، فانه قد يبدو أنه ما من سبب موضوعي للنزول سوى نية التبرع وقصد الحصول

(١) انظر ، ريجو - البحث السابق ص ٣٩٥ .

(٢) انظر في ذلك ، دى باج ج ٥ - ٨٢٤ .

(٣) انظر في ذلك ، ريجو - البحث السابق ص ٣٩٥ .

(٤) انظر في ذلك ، برتون - البحث السابق ر ٣٨ ص ٣١٦ .

على عوض ، بحيث إذا لم يتوافر أحد هذين السببين ، فإن النزول لا يكون له سبب أو يتجرد عن السبب .

١٤٧ - ولكن الواقع أننا إذا تعقبنا حالات النزول الذي لا يكون سببه نية التبرع ولا قصد الحصول على عوض ، وتسألنا لماذا نزل الشخص عن حقه ، فلا يمكن إلا أن نلقى اجابة واحدة هي الضرر من الحق أو تحقيق مصلحة من وراء النزول عنه . ولهذا يكون لنا أن نرى في ذلك الضرر وتلك المصلحة سبباً موضوعياً للنزول ، نضيفه إلى نية التبرع وقصد الحصول على عوض ، ولا نخلط بينه وبين الباعث الشخصي على النزول . ففي النزول عن التمسك بالتقادم يكون السبب الموضوعي هو ضرر المدين من التمسك به ومصلحته في النزول عنه ، أما الباعث الشخصي فقد يكون قرابة المدين للدائن أو ارضاء ضمير المدين أو حاجته إلى قرض جديد من الدائن . وفي النزول عن العقار المرتفق به تخلصاً من تكاليف حق الارتفاق يكون السبب الموضوعي للنزول مصلحة مالك العقار المرتفق به في التخلص من تلك التكاليف ، أما الباعث الشخصي فقد يكون ضخامة تلك التكاليف أو فقد العقار المرتفق به لقيمته . وتظهر أهمية التفرقة في حالة ما إذا تخاف السبب الموضوعي ، كما هو الشأن إذا تبين أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق لا تقع على مالك العقار المرتفق به ، إذ يترتب على ذلك بطلان النزول .

١٤٨ - وبذلك تكون قد تمت لنا دراسة سبب الاسقاط ، بعد أن كانت قد تمت لنا دراسة محل هذا الاسقاط .

ومن دراستنا محل الاسقاط تبين لنا : أولاً ، أن الحقوق تقبل الاسقاط سواء أكانت عائلية أم عينية أم شخصية أم غيرية أم مستقبلية ، بحيث يكون اسقاطها ممكناً وان كان قد يكون غير مشروع لخالفته للنظام العام أو غير نافذ لاضراره بالغير . ثانياً ، أن الاسقاط لا يرد على الحقوق أو المراكز القانونية الشخصية وحدها وإنما يمكن أن يرد على المراكز الموضوعية . ثالثاً ، أن الاسقاط لا يمكن أن يرد على القواعد القانونية بحيث لا يكون ثمة نزول عن القانون كما كان في القانون القديم .

ومن دراستنا لسبب الاسقاط تبين لنا : أولاً ، ان الاسقاط يمكن أن يكون من التبرعات وان كان لا يجب أن نرى فيه هبة غير مباشرة . ثانياً : ان الاسقاط قد يكون على سبيل المعاوضة إذ ما من تعارض بين الاسقاط والمعاوضة كما أنه ما من تلازم بين النقل والمعاوضة . ثالثاً ، ان الاسقاط قد لا يكون على سبيل التبرع ولا على سبيل المعاوضة أذ لا تنحصر التصرفات في التبرعات والمعاوضات ، كما أن أسبابها لا تنحصر في نية التبرع أو قصد الحصول على عوض وانما يوجد سبب موضوعي آخر كشفنا عنه هو التضرر أو المصلحة .

ومما تبين لنا من دراستنا لمحل الاسقاط وسببه ومن تفرقتنا بين النقل والاسقاط باعتبار هذا الاسقاط هو الغاية التي يحققها النزول والتي تميزه عن غيره من التصرفات تبلورت أمامنا ماهية النزول بحيث يكفي أن نقول أنه اسقاط حددنا محله وسببه فتحددت لنا غايته وماهيته .

وبذلك تم البحث الأول في سلسلة احاث النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص ، وفقنا الله في متابعتها كما وفقنا بفضلته في أن نستهلها بهذا البحث الأول .