تاريخ الاستلام:2021/09/25 تاريخ القبول: 2022/03/02

التنازل عن العقد – مفهومه وطبيعته القانونية-

Contract assignment, concept and legal nature

د. منصوري المبروك ط/د. زواقي مصطفى*

جامعة أدرار (الجزائر) المركز الجامعي تامنغست (الجزائر)

mansourielmabrouk@yahoo.fr fatmansoumer@gmail.com

مخبر البحث: الموروث العلمي و الثقافي لمنطقة تامنغست

ملخص:

التنازل عن العقد تصرف قانوني يحل بموجبه المتنازل له محل المتنازل في حقوقه و التزاماته العقدية في مواجهة المتنازل لديه، فهو يسمح للمتنازل بمغادرة المسرح العقدي كما يسمح ببقاء العقد و استمراريته رغم تغير أحد أطرافه.

بدأ الفقه و كذا بعض التشريعات مؤخرا بالاهتمام بهذه النظرية أكثر فأكثر نظرا لما تقدمه من حلول عملية في الكثير من المجالات خاصة ما تعلق منها بالمؤسسات التي يرتبط وجودها بتنفيذ العديد من العقود كعقد العمل و التوريد و التأمين و الإيجار و القرض و غيرها.

و ما زالت هذه النظرية محل جدل واسع بين الفقهاء بين متقبل لها و رافض، و بين من يرى هذا التصرف جمع بين حوالة الحق و حوالة الدين و بين من يراه تصرف مستقل بذاته غير قابل للتجزئة.

كلمات مفتاحية: التنازل عن العقد ؛ تنازل تام ؛ تنازل ناقص ؛ نظرية الوحدة ؛ نظرية التجزئة.

Abstract:

The assignment of the contract is a legal act enabling the assignee to replace the assignor who replaces him in his rights and obligations arising from the contract towards the assigned, it allows the contract to survive the change of one of its parties.

Recently, some authors and even some legislations have begun to take an interest in this theory more and more given its importance in several areas, particularly in the life of the company which is based on the contract which is the element principal of its existence, for example, the employment contract, the supply contract, the insurance contract, the lease contract, the credit contract and others.

Nevertheless, this theory arouses wide controversy within the doctrine, particularly with the rejection of some and its assimilation to an assignment of a debt, added to an assumption of a debt for others and its consideration as an autonomous unitary act for others.

Keywords: contact assignment, perfect assignment, imperfect assignment, unity theory, division theory.

* المؤلف المرسل

مقدمة

التنازل عن العقد هو تصرف قانوني يقوم به طرف في عقد موجود و هو المتنازل في مواجهة الطرف الثاني و هو المتنازل إليه، و ذلك بترك مكانه لشخص آخر أجنبي عن العقد و هو المتنازل له ليصبح طرفا أصليا في العقد و يحل محل المتنازل، الذي يغادر مسرح العقد بصفة نهائية.

في الواقع العملي يوجد عدة تطبيقات لهذا التصرف القانوني، فنجد مثلا التنازل عن الإيجار، التنازل عن المقاولة، التنازل عن عقد العمل و التنازل عن عقد التأمين و غيرها، و قد فسر الكثير من الفقهاء التنازل عن العقد الملزم لطرفيه باعتباره حوالة حق مرتبطة بحوالة دين، و هذا ما جعل الفكرة حديثة نسبيا و يعود السبب في ذلك إلى عدم تقبل القانون الروماني القديم لمبدأ انتقال الالتزام، نظرا لاعتباره الالتزام رابطة شخصية بين المدين و الدائن.

و منذ القرن الثامن عشر الميلادي و نظرا للتطور الصناعي الكبير الذي شهده العالم عموما، بدأ الطابع المالي للالتزام يطغى على طابعه الشخصي، مما سهل أكثر تقبل فكرة انتقال الحق الشخصي، و ما ساعد على ذلك أكثر ظهور استعمال السندات القابلة للتداول، و هذا ما جعل الفقهاء يؤكدون على مبدأ قابلية الحقوق الشخصية للحوالة و من بينهم نجد الفقيه الفرنسي بوتيه (Pothier)، و مع ذلك، فقد تأخر القانون الفرنسي[1] في تقبل فكرة التنازل عن العقد و تشريعها على عكس بعض القوانين مثل القانون الإيطالي[2] و البرتغالي[3] [4]، و يعود السبب في ذلك إلى صعوبة تقبل القانون الفرنسي لحوالة الدين نظرا لاعتبار شخصية المدين أكثر أهمية من شخصية الدائن، بينما القانون الألماني سبق القانون الفرنسي في هذا المجال، نظرا للتطور الاقتصادي الكبير الذي عرفته ألمانيا و الذي كان يتطلب وضع قوانين جديدة تسايره، فتخلص القانون الألماني من التبعية للنظريات الرومانية، و تم الاعتماد على النظرية المادية التي ترتكز على موضوع الالتزام أكثر من أطرافه، و عليه تكون القيمة المالية للالتزام أهم من الرابطة الشخصية التي يمثلها[5]، و قد تبع القانون المدني المصري الحديث القانون الألماني بإقراره لحوالة الدين إلى جانب حوالة الحق[6]، كما تبعه في ذلك القانون المدني الجزائري[7].

و مع وجود بعض التطبيقات العملية للتنازل عن العقد و التي فرضها الواقع العملي فتم تنظيمها بموجب قوانين خاصة، فإن الفقه و القضاء ظلا طويلا ينكران وجود التنازل الاتفاقي عن العقد الذي يتم باتفاق الأطراف، و يحاولان تفسيره باستعمال التصرفات المشابهة له كالجمع بين حوالة حق مع اشتراط لمصلحة الغير، أو الإنابة[8].

و مع منتصف القرن العشرين ميلادي، بدأت تتبلور في الفقه الفرنسي نظرية مستقلة للتنازل عن العقد من طرف مجموعة من الفقهاء معتمدين في ذلك على بعض الأعمال الأجنبية، بعد عجز التقنيات التقليدية عن تخطي حاجز حوالة الديون في القانون الفرنسي. و قد اعتمد الفقه على التحليل المزدوج للتنازل عن العقد، باعتباره حوالة حق مقترنة بحوالة دين[9].

و في سنة 1984، دافع الفقيه الفرنسي ل. أيناس (L. Aynes) عن وحدة التنازل عن العقد معتمدا في ذلك على التطور التشريعي و القضائي، معتبرا أن العقد لا يمكن اختصاره في آثاره، بل هو وحدة واحدة لا تتجزأ.[10]

و نظرا للأهمية العملية لهذا التصرف من حيث سماحه بالحفاظ على استقرار المعاملات و الحفاظ على المراكز القانونية، و كذا إعطاء الحرية لطرفي العقد للخروج من مسرح العقد كلما دعت الضرورة لذلك و دون التأثير على آثاره التي استقرت، و نظرا لحداثته و الغموض الذي يكتنفه سيكون هذا المقال محاولة للإجابة على الإشكالية المتمثلة في ما مفهوم التنازل على العقد و ما طبيعته القانونية؟ و سيكون ذلك وفق المنهج التحليلي الوصفي الذي من خلاله سنقوم بتحليل بعض المواد القانونية و آراء الفقهاء، مع استئناسنا بالمنهج المقارن كلما استدعت الضرورة لذلك.

سنتناول في المبحث الأول مفهوم التنازل عن العقد و الذي من خلاله سنتطرق لتعريف التنازل عن العقد و أنواعه و بعض تطبيقاته و كذا شروطه، كما سنتناول في المبحث الثاني الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد، متطرقين إلى نظرية التجزئة و نظرية الوحدة، و نختم بحثنا بخاتمة نوجزها أهم النتائج التي توصلنا إليها.

المبحث الأول: مفهوم التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو من التصرفات القانونية التي تربط بين ثلاثة أشخاص، المتنازل و المتنازل لديه و المتنازل له، على النحو الأتي:

- المتنازل و المتنازل لديه يربط بينهما عقد أصلي.
- المتنازل و المتنازل له يربط بينهما اتفاق التنازل الذي بموجبه، يحل المتنازل له محل المتنازل في العقد الأصلي.
- المتنازل له و المتنازل لديه يصبحان طرفي العقد الأصلي بعد اتفاق التنازل.

و لتوضيح هذا المفهوم أكثر لا بد من تعريفه و تحديد أنواعه (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك، سيتم التطرق إلى بعض تطبيقاته و كذا شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف التنازل عن العقد و أنواعه

سنقوم تعريف التنازل عن العقد في الفرع الأول ثم نتناول أنواع التنازل عن العقد في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التنازل عن العقد

التنازل عن العقد نظرية حديثة، و ما زالت محل جدل بين الفقهاء، و مع ذلك، فقد تم تشريعه بموجب نصوص عامة في القانون المدني لبعض الدول كإيطاليا، البرتغال، ألمانيا، سويسرا و مؤخرا فرنسا.

لم يتناول القانون المدني الجزائري التنازل عن العقد كنظرية عامة، بل تطرق فقط إلى بعض التطبيقات مثل التنازل عن عقد الإيجار[11]، و التنازل عن عقد الوكالة[12].

لم نجد في القانون المدني الفرنسي تعريفا صريحا للتنازل عن العقد و مع ذلك يمكننا الاعتماد على المادة **1216** فقرة أولى لتعريفه، فهي تنص: "يمكن لمتعاقد، المتنازل، أن يتنازل عن صفته كمتعاقد في عقد للغير، المتنازل له، و ذلك بموافقة المتعاقد معه، المتنازل لديه."

"un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son contractant, le cédé."

فحسب هذه المادة يكون التنازل عن العقد اتفاق مضمونه تنازل المتنازل عن صفته طرف في عقد لشخص آخر و هو المتنازل له، بموافقة المتنازل لديه و هو الطرف الثاني في العقد.

كما عرف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في مبادئه المتعلقة بعقود التجارة الدولية التنازل عن العقد بأنه "تحويل المتنازل للمتنازل له، بموجب اتفاق بينهما، لحقوق و التزامات المتنازل المتولدة عن عقد مع طرف آخر".

« Le transfert par convention effectué par une personne (le cédant) à une autre (le cessionnaire) des droits et obligations du cédant nés d'un contrat avec une autre personne (l'autre partie) »[13].

و قد ذكر أحد الفقهاء الفرنسيين "التنازل عن العقد بأنه يهدف إلى تعويض طرف في عقد بشخص من الغير خلال تنفيذ العقد، و عرف فقيه فرنسي آخر "التنازل عن العقد يعني نقل وضعية طرف في عقد بما تتضمنه من حقوق و التزامات[14].

من خلال ما سبق نخلص إلى أن التنازل عن العقد يكون بالتنازل عن كافة الحقوق و الالتزامات الناتجة عنه جملة واحدة.

الفرع الثاني: أنواع التنازل عن العقد

التنازل عن العقد يمكن أن يكون قانونيا أو اتفاقيا، فالتنازل القانوني يكون بقوة القانون، و التنازل الاتفاقي يكون باتفاق طرفيه، و التنازل عن العقد يمكن أن يكون تاما أو ناقصا، فالتنازل التام يؤدي إلى مغادرة المتنازل لمسرح العقد بصفة نهائية و براءة ذمته من آثار العقد، و التنازل الناقص لا يتمكن المتنازل بموجبه من مغادرة مسرح العقد بصفة نهائية و تبقى على عاتقه التزامات بموجب العقد الأصلي، و هذا ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل.

الفقرة الأولى: التنازل القانوني و التنازل الاتفاقي

قد يكون التنازل عن العقد قانونيا كما قد يكون اتفاقيا، لذلك سنقوم بتعريفهما كما سنحاول التميز بينهما فيما يأتي.

أولا: التنازل القانوني عن العقد

يكون التنازل عن العقد قانونيا إذا كان مصدره المباشر هو القانون، مثل التنازل القانوني عن عقد إيجار بعد انتقال ملكية العين المؤجرة للغير، فقد ورد في المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية"، كما نصت المادة 469 مكرر 4 من نفس القانون "لا يجوز للمستأجر أن يحتج على من انتقلت إليه الملكية بما دفعه مقدما من بدل الإيجار إذا أثبت هذا الأخير أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتما أن يعلم ذلك، و في حالة عدم إثبات ذلك، فلا يكون لمن انتقلت إليه الملكية إلا الرجوع على المؤجر السابق."، و هذا أكد عليه القانون المدني الفرنسي كذلك في المادة 1743 مع اشتراطه أن يكون عقد الإيجار عقدا رسميا أو له تاريخ ثابت، فهو يستثني بالتالي عقود الإيجار الشفوية[15].

من خلال هذه النصوص، يتضح بأن الشخص الذي انتقلت إليه الملكية، ملزم بعقد الإيجار الذي أبرمه المالك السابق للعين المؤجرة، و يحل محله في الحقوق و الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، فقد بقي المستأجر طرفا في عقد الإيجار، بينما تغير شخص المؤجر من المالك القديم إلى المالك الجديد و ذلك بقوة القانون.

ثانيا: التنازل الاتفاقي عن العقد

يكون التنازل عن العقد اتفاقيا، إذا وقع بإرادة طرفيه، و غير تابع لتصرف قانوني سابق، فيتم بإدراجه في بند من العقد مسبقا، بحيث يتم الاتفاق على أن يكون العقد قابلا للتنازل.

و إذا كان التنازل القانوني فرضته بعض الظروف الواقعية، فتم تشريعه بموجب نصوص قانونية، فالأمر يختلف بخصوص التنازل الاتفاقي عن العقد الذي تبقى الكثير من القوانين مترددة حول تشريعه، كما نجد هذا التردد لدى الكثير من الفقهاء و القضاء، و يكمن هذا التردد في مدى اعتبار التنازل الاتفاقي عن العقد كتصرف مستقل و كذا في دور المتنازل لديه في عملية التنازل، كاعتبار قبوله للتنازل شرطا لانعقاده أم شرطا لنفاذه[16].

ثالثا: التميز بين التنازل القانوني و التنازل الاتفاقي

يتفق كلا التصرفين في النتيجة و هي حلول شخص أجنبي عن العقد محل طرف أصلي فيه، و يكمن الفرق بين التصرفين في بعض النقاط التي نوجزها فيما يلي:

- التنازل القانوني يكون بموجب نص قانوني خاص مثل التنازل عن عقود العمل بعد بيع المؤسسة لرب عمل آخر غير رب العمل الأول، بينما التنازل الاتفاقي يحدث بتطابق إرادة طرفيه.

- التنازل القانوني يكون نافذا في حق المتنازل لديه حتى دون رضاه أو علمه، بينما في التنازل الاتفاقي يكون لرضى المتنازل لديه أهمية لانعقاد التنازل أو نفاذه في حقه.

- التنازل القانوني يكون دائما تابعا لتصرف قانوني كبيع مؤسسة، أو تابعا لواقعة قانونية كوفاة المستأجر مثلا، بينما التنازل الاتفاقي يكون مستقلا عن أي تصرف أو واقعة.[17]

الفقرة الثانية: التنازل التام و التنازل الناقص

سنتطرق إلى التنازل التام ثم التنازل الناقص أو الجمعي

أولا: التنازل التام (cession complète)

قد يؤدي التنازل عن العقد إلى براءة ذمة المتنازل بصفة كاملة فلا مجال لمتابعته من طرف المتنازل لديه، فنكون بصدد التنازل التام (cession complète)، و يحدث ذلك في حال قبول المتنازل لديه بالمتنازل له، فيحل محل المتنازل في حقوقه و التزاماته، و يؤدي ذلك إلى مغادرة المتنازل لمسرح العقد بصفة نهائية و يستمر العقد بين طرفيه المتنازل له و المتنازل لديه[18]، و هذا ما أكدت عليها المادة 1216-1 من القانون المدني الفرنسي التي تنص: "إذا قبل المتنازل لديه صراحة باتفاق التنازل يتحرر المتنازل للمستقبل"

"Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir"

و حسب القانون المدني الفرنسي كذلك، يمكن أن يتم قبول المتنازل لديه مسبقا في العقد الأصلي بينه و بين المتنازل، فيحدث اتفاق التنازل أثره بمجرد تبليغ المتنازل لديه باتفاق التنازل أو علمه به، فيتحرر المتنازل نهائيا من العقد المتنازل عنه[19].

كما يرى بعض الفقهاء بأنه إذا لم يتضمن العقد المتنازل عنه شرطا يمنع التنازل، فإن الحقوق و الالتزامات الناتجة عن العقد تنتقل إلى المتنازل له بمجرد إخطار المتنازل لديه، و دون الحاجة إلى قبول المتنازل لديه، فلا يعود للمتنازل مكانا في العقد[20].

و لكن قد يحدث التنازل دون أن يتمكن المتنازل من التحرر من العقد بصفة نهائية، و هذا ما سنراه فيما يلي.

ثانيا: التنازل الناقص أو الجمعي (cession imparfaite ou cumulative)

إذا حدث تنازل عن العقد دون أن يكون نافذا في حق المتنازل لديه أو في حال عدم قبول المتنازل لديه بالمتنازل له أو اشتراطه بقاء المتنازل ضامنا لتنفيذ العقد من طرف المتنازل له، فإن التنازل يكون ناقصا و يبقى بالتالي المتنازل مرتبطا بالعقد الأصلي تجاه المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له، ففي هذا الحالة، يكون المتنازل مدينا ببعض الالتزامات تجاه المتنازل لديه، و يكون المتنازل له مدينا كذلك بالالتزامات الناتجة عن العقد تجاه المتنازل لديه، فيكون للمتنازل لديه مدينان و هما المتنازل و المتنازل له، لذلك أطلق عليه بعض الفقهاء بالتنازل الجمعي (cession cumulative)[21].

و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري، فقد جعل المستأجر المتنازل عن عقد الإيجار ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته العقدية تجاه المؤجر المتنازل إليه في كل الحالات[22]، بينما القانون المدني الفرنسي تضمن بقاء المتنازل متضامنا مع المتنازل له لتنفيذ العقد في حال عدم قبول المتنازل لديه لاتفاق التنازل[23]، و من ناحية أخرى، نجد المشرع المصري يقر ببقاء المستأجر المتنازل عن عقد الإيجار ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته العقدية تجاه المؤجر المتنازل لديه، إلا إذا صدر من المؤجر المتنازل لديه قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من المتنازل له دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر المتنازل[24].

المطلب الثاني: تطبيقات التنازل عن العقد و شروطه

للتنازل عن العقد عدة تطبيقات عملية في عدة مجالات كقانون العمل و الإيجار و التأمين و عقد الوكالة و المقاولة و غيرها، كما أن له شروطا يجب أن تتوفر حتى يكون ممكنا، فليست كل العقود قابلة للتنازل، فالعقد الفوري مثلا غير قابل للتنازل كعقد البيع، فالتنازل عن البيع هو بيع جديد، لذلك سنتناول بعض تطبيقات التنازل عن العقد في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى شروط التنازل عن العقد في المطلب الثاني.

الفرع الأول: تطبيقات التنازل عن العقد

فرضت بعض الظروف العملية، ضرورة بقاء العقود و استمراريتها رغم تغير أحد أطرافها، كتغير رب العمل في عقد العمل نتيجة بيع المؤسسة، و تغير المؤجر في عقد الإيجار نتيجة بيع العين المؤجرة، و تغير المؤمن له في عقد التأمين نتيجة بيع الشيء المؤمن عليه، و غيرها كثير من التطبيقات العملية التي جعلت المشرع يفرض تنازلا عن العقد حفاظا على المراكز التعاقدية، و لا يمكن حصر حالات التنازل عن العقد نظرا لتعددها فنجد مثلا التنازل عن عقد الإيجار و التنازل عن عقد العمل و التنازل عن عقد التأمين كما نجد التنازل عن الوكالة و التنازل عن المقاولة و ما إلى ذلك، سنتناول فيما يلي ثلاث حالات من التنازل عن العقد بنوع من التفصيل.

الفقرة الأولى: التنازل عن عقد الإيجار

يحدث التنازل عن عقد الإيجار سواء من طرف المؤجر أو المستأجر، فالحالة الأولى تكون بعد بيع العين المؤجرة، فقد فرض المشرع أن يبقى عقد الإيجار المبرم مع المالك السابق ساريا مع المالك الجديد، و هذا ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري المادة 469 مكرر 3 منه التي تنص: ""إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية"[25]

و أكد القانون المدني الفرنسي كذلك على انتقال عقود الإيجار بانتقال ملكية العين المؤجرة، حيث تنص المادة 1743 منه: " إذا باع البائع الشيء المؤجر، فإن المشتري لا يمكنه طرد الفلاح أو المستأجر الذي له عقد إيجار رسمي أو بتاريخ ثابت" [26] ، فهذه الحالة تعبر عن تنازل عن عقد الإيجار من طرف المؤجر، كما نلاحظ عدم اعتداد القانون بقبول المستأجر أو رفضه للتنازل.

و نص القانون كذلك على جواز تنازل المستأجر عن عقد الإيجار و اشترط في ذلك أن يتم بموافقة المؤجر كتابيا و هذا ما أكدت عليه المادة 505 من القانون المدني الجزائري التي تنص: ": "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك." و المادة 506 من نفس القانون التي تنص: "في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته." [27]، كما اشترط عدم وجود نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، و نص على ذلك كذلك القانون المدني الفرنسي ، مع اشتراطه لعدم وجود مانع يمنع المستأجر من التنازل عن عقد الإيجار كاتفاق في العقد أو نص القانون[28].

الفقرة الثانية: التنازل عن عقد العمل

حفاظا على استمرارية عقود العمل المبرمة مع العمال، فقد فرض المشرع بقاءها عند تغير رب العمل نتيجة بيع المؤسسة أو انتقالها بالميراث أو الاندماج، و هذا ما يعني أن القانون قد فرض تنازلا عن عقد العمل من طرف رب العمل، فقد أصبح المالك الجديد للمؤسسة هو رب العمل الجديد، و لا يملك أن يرفض ذلك و هذا ما نص عليه القانون المتعلق بعلاقات العمل الجزائري[29]، المادة 74 فقرة أولى التي تنص: "إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد و العمال."

و نص عليه كذلك قانون العمل الفرنسي المادة L122-12 فقرة 2 التي تنص: "إذا وقع تعديل في الوضعية القانونية للمستخدم، خاصة بعد الوفاة أو البيع أو الضم أو تحويل أموال، أو تكوين شركة، تبقى كل عقود العمل المعمول بها إلى يوم التعديل قائمة بين المستخدم الجديد و عمال المؤسسة" [30]

و قد أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي على إلزامية بقاء عقود العمل قائمة بعد أي تعديل للمستخدم، حيث أكد بأنه في حالة تعديل في وضعية المستخدم، فإن عقود العمل لا تستمر بين المستخدم الجديد و عمال المؤسسة إلا بموجب نصوص القانون، كما أن هذا الانتقال يفرض على المستخدم كما يفرض على العمال[31].

الفقرة الثالثة: التنازل عن عقد التأمين

التنازل عن عقد التأمين هو تنازل قانوني ناتج عن واقعة كوفاة المؤمن له أو حل شركة التأمين أو إعلان إفلاسها، وينتج كذلك عن تصرف قانوني سابق ينقل ملكية الشيء المؤمن عليه، كالبيع أو الهبة، و يكون التنازل من طرف المؤمن له أو من طرف المؤمن.

فالتنازل عن عقد التأمين من طرف المؤمن له سواء كان بسبب الوفاة أو التصرف في الشيء المؤمن عليه، يؤدي إلى حلول الطرف المتنازل له محل الطرف المتنازل في التزاماته و حقوقه الناتجة عن عقد التأمين، فيصبح ملزما بدفع أقساط التأمين، كما يكون له الحق في التعويض إذا هلك الشيء المؤمن عليه حسب شروط عقد التأمين، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري[32] و كذلك المشرع الفرنسي[33].

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اشترط من المتنازل أن يصرح للمتنازل لديه المؤمن باتفاق التنازل ، و لم يحدد طريقة إعلام شركة التأمين، مع جعله عبئ الإعلام على عاتق كل من الوارث أو المشتري[34] المتنازل له أو المتنازل على السواء، و هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي اشترط من المتنازل أن يعلم المتنازل لديه المؤمن باتفاق التنازل سواء برسالة موصى عليها أو برسالة إلكترونية موصى عليها للتحرر نهائيا من آثار عقد التأمين، و يبقى ملزما بتسديد أقساط التأمين المستحقة إلى تاريخ الإعلام،و من ناحية أخرى فقد ترك المجال لكل من المتنازل له سواء كان وارثا أو متصرفا له و كذا المؤمن المتنازل لديه إمكانية فسخ عقد التأمين، عكس المشرع الجزائري الذي لم يورد هذه الإمكانية.

و يمكن أن يكون التنازل عن عقد التأمين من طرف المؤمن، بتحويله لكل عقود التأمين التي بحوزته أو جزء منها إلى مؤمن آخر، الذي يحل محله تجاه المؤمنين لهم في التزاماته و حقوقه، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري[35] و كذلك المشرع الفرنسي[36]،

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اشترط وجوب موافقة لجنة الإشراف على التأمينات على عملية التنازل عن عقود التأمين، و الغرض من ذلك هو الحفاظ على مصالح المؤمن لهم الذين يعتبرون الطرف المذعن في عقد التأمين و الحفاظ كذلك على حقوق الدائنين[37]، و هذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي كذلك باشتراطه وجوب موافقة سلطة الرقابة على التأمين و كذا القيام بنشر الطلب حسب كيفيات و آجال محددة.

الفرع الثاني: شروط التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو عقد بين طرفيه، كما يوجد طرف ثالث و هو المتنازل إليه، فلا بد من توفر شروط الانعقاد بين طرفيه و هو ما سنتناوله أولا، كما لا بد أن تتوفر شروط لنفاذه في حق الطرف الثالث و هو المتنازل لديه و هو ما سنتناوله ثانيا.

الفقرة الأولى: شروط انعقاد التنازل عن العقد

لانعقاد التنازل عن العقد لا بد من توافر شروط عامة و هي التي تتعلق بكافة العقود من تراض و محل و سبب و أخرى خاصة تتعلق بالتنازل عن العقد.

أولا: الشروط العامة للتنازل عن العقد

الشروط العامة للتنازل عن العقد هي التراضي و المحل و السبب

1- التراضي

التراضي و هو اتجاه إرادتي المتنازل و المتنازل له إلى إحلال المتنازل له محل المتنازل في علاقة عقدية و يكون بمقابل أو بدونه، و مع وجود التراضي يجب أن يكون صحيحا، و لا بد من أجل ذلك، أن يكون خاليا من عيوب الرضى و هي الخطأ و التدليس و الإكراه و الاستغلال، كما لا بد أن يصدر الرضى من ذي أهلية، و باعتبار التنازل من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، فلا بد إذن من توافر الأهلية الكاملة لدى المتنازل و المتنازل له، و اتفاق التنازل هو عقد رضائي و لا يشترط أي شكل من الأشكال لانعقاده، و يثبت بكافة طرق الإثبات[38] و مع ذلك فقد جعل المشرع الفرنسي الكتابة ركنا من أركانه و رتب البطلان على تخلفه[39].

2- المحل

محل التنازل عن العقد هو عقد سابق بكل ما يشمل من حقوق و التزامات، فالتنازل يكون عن الرابطة العقدية بحد ذاتها بما تتضمنه من حقوق و التزامات كما يكون المحل من الجهة المقابلة البدل الذي يتحصل عليه المتنازل مقابل تنازله عن العقد[40].

3- السبب

يجب أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا و غير مخالف للنظام العام و لا للآداب العامة و بما أن التنازل عن العقد هو بحد ذاته عقدا ملزما لطرفيه، فإن سبب تعاقد المتنازل هو البدل الذي يتحصل عليه من عقد التنازل، بينما سبب تعاقد المتنازل له هو الاستفادة من الحقوق الناتجة عن العقد المتنازل عنه[41].

ثانيا: الشروط الخاصة للتنازل عن العقد

بالإضافة إلى الشروط العامة، يجب أن يكون العقد قابلا للتنازل و ألا يكون من العقود ذات الاعتبار الشخصي، و ألا يكون فيه شرط سواء قانوني أو اتفاقي يمنع التنازل[42]، و هذا ما سنتناوله ببعض من التفصيل.

1- قابلية العقد للتنازل

تنقسم العقود من حيث تدخل عنصر الزمن في تنفيذها إلى عقود فورية و عقود زمنية، فالعقود الفورية هي التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها، فيكون تنفيذها فوريا، مثل عقد البيع بينما العقود الزمنية هي العقود التي يكون فيها عنصر الزمن جوهريا[43]، مثل عقود الإيجار و العمل و التأمين، و قد اتجه بعض الفقه إلى أن العقود التي تكون قابلة للتنازل هي العقود التي لم ينفذ التزامها الأساسي بعد[44]، لذلك فالعقود الفورية كعقد البيع و عقد الرهن و عقد الهبة غير قابلة للتنازل، لأن تنفيذ التزامها الأساسي يتم فوريا بمجرد تبادل التراضي بين طرفي العقد، بينما العقود الزمنية تكون قابلة للتنازل كعقد الإيجار و عقد العمل و غيرها[45]، بينما نجد بأن المشرع الفرنسي لم يحصر التنازل في العقود الزمنية، بل جعل كل العقود قابلة للتنازل[46].

2- الاعتبار الشخصي

العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يرتبط فيها رضى أحد المتعاقدين بشخصية المتعاقد الثاني، مثل تعاقد الشخص مع رسام لرسم لوحة فنية، أو اللجوء إلى طبيب معين للعلاج، و قد اتجه بعض الفقه إلى اعتبار هذه العقود لا يمكن أن تكون محل تنازل نظرا لكون شخصية المتعاقد محل اعتبار و لا يمكن تغييرها[47] [48]، بينما نجد بأن المشرع الفرنسي لم يستثني هذه النوع من العقود من قابليتها للتنازل[49].

3- الشرط المانع

ما دام العقد شريعة المتعاقدين، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق مسبقا على عدم التنازل عن العقد، كما يمكن أن يكون الشرط المانع قانونيا[50] [51].

الفقرة الثانية: شروط نفاذ التنازل عن العقد

انعقاد التنازل عن العقد يولد آثارا بين طرفيه، و لا يكون نافذا في حق المتنازل لديه إلا إذا توفرت بعض الشروط، و بهذا الصدد اختلف الفقه و القضاء و كذا التشريعات التي أخذت بهذا التصرف في شروط نفاذ التنازل عن العقد في مواجهة المتنازل لديه، فمنهم من جعل موافقة المتنازل لديه شرط ضروري لانعقاد التنازل عن العقد و منهم من جعل موافقة المتنازل لديه شرطا لنفاذ التنازل في مواجهته، و هذا ما سنراه فيما يلي:

أولا: موافقة المتنازل لديه شرط لانعقاد التنازل

ذهب كل من المشرع الإيطالي و البرتغالي و الفرنسي و كذا بعض الفقهاء إلى اعتبار موافقة المتنازل لديه على اتفاق التنازل شرطا لانعقاده[52]، و هذه الموافقة هي ترخيص يمكن أن يدرج في بنود العقد الأصلي يسمح بالتنازل عن العقد خلال عملية تنفيذه، و إذا لجأ المتنازل إلى إبرام اتفاق التنازل مع المتنازل له، يكون للمتنازل لديه أحد المواقف التالية: إما أن يقبل بالمتنازل له قبولا صريحا، فيؤدي إلى تحرر الطرف المتنازل من الالتزامات التي تنشأ عن العقد مستقبلا، و إما ألا يقبل بالمتنازل له أو أن يقبل به مع اشتراط بقاء المتنازل ضامنا لتنفيذ التزامات العقد[53]. و في هذه الحالتين الأخيرتين يكون التنازل غير تام و يبقى المتنازل ضامنا لتنفيذ التزامات العقد.

ثانيا: موافقة المتنازل لديه شرط لنفاذ التنازل في مواجهته

ذهب جانب من الفقه لا سيما من يكيف التنازل عن العقد بحوالة حق و حوالة دين في نفس الوقت، إلى اعتبار إقرار المتنازل لديه ضروري لتحرير المتنازل من آثار العقد للمستقبل، و في حال عدم إقراره فإنه يكون ملزما بكافة الالتزامات الناتجة عن العقد[54].

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد

اختلفت نظرة الفقهاء إلى التنازل عن العقد باعتباره عملية قانونية فمنهم من يرى بأن هذه العملية ليس لها وجود قانوني، و منهم من ذهب إلى اعتبار التنازل عن العقد ما هو إلا حوالة حق و حوالة دين في نفس الوقت، فيرى هذا الاتجاه بأن المتنازل عن العقد إنما يتنازل عن حقوقه و التزاماته في هذا العقد، فيطبقون بالتالي أحكام حوالة الحق على التنازل عن الحقوق في العقد و أحكام حوالة الدين على التنازل عن الالتزامات في العقد، كما ذهب قسم آخر من الفقهاء إلى اعتبار التنازل عن العقد هو نظام مستقل عن حوالة الحق و حوالة الدين، لأن العقد حسب هذا الاتجاه لا يمكن اقتصاره على الحقوق و الالتزامات الناتجة عنه، فهو أكثر من ذلك، لذلك سنتناول ببعض من التفصيل هذه النظريات.

المطلب الأول: عدم وجود التنازل عن العقد

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه رغم أهمية التنازل عن العقد من الناحية العملية من خلال الدور الذي يلعبه في الحفاظ على استمرارية العقد، و رغم أن المشرع قد رخص و نظم بعض عمليات التنازل عن العقد، إلا أن وجود هذه العملية ككيان قانوني مستقل ما زال يثير الجدل، خاصة عندما يتعلق الأمر بتنازل اتفاقي عن العقد بين أشخاص يقررون ذلك بأنفسهم، مما يطرح عدة تساؤلات أهمها هو مدى الحرية التعاقدية للمتنازل و تأثيرها على مصالح المتنازل لديه، و دور هذا الأخير في اتفاق التنازل، و ما يؤكد هذا الاتجاه هو الاختلافات الكبيرة في قرارات المحاكم بخصوص هذه العملية و كذلك آراء الكثير من الفقهاء، و لعل أهم الحجج التي يعتمد عليها أصحاب هذا الاتجاه لإنكار التنازل عن العقد هي اعتبار العقد رابطة قانونية شخصية بين المتعاقدين، فكل تغيير يطرأ على أحد الأطراف يتبعه بالضرورة زوال العقد، و من ناحية أخرى فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون بأن رضى المتنازل لديه باتفاق التنازل إذا اقترن برضى المتنازل له يعد عقدا جديدا مختلفا عن العقد الأول بين المتنازل و المتنازل لديه، و أخيرا فإنهم يعتبرون استعمال التنازل عن العقد ما هو إلا تعبير ظاهري عن بعض العمليات القانونية المعروفة التي تنشئ التزامات مثل التجديد و الإنابة و الاشتراط لمصلحة الغير[55]

المطلب الثاني: نظرية التجزئة

يرى أصحاب هذه النظرية بأن التنازل عن العقد لا يعدو أن يكون سوى اقتران حوالة حق و حوالة دين، و للإلمام أكثر بهذه النظرية سنقوم بتوضيح مضمونها في الفرع الأول، و سنتطرق بنوع من الإيجاز لحوالة الحق و حوالة الدين في الفرع الثاني، ثم بعد ذلك سنتناول أهم النتائج المترتبة عن الأخذ بهذه النظرية.

الفرع الأول: مضمون نظرية التجزئة

حسب هذه النظرية فإن التنازل عن عقد ملزم لجانبين لا يعدو أن يكون سوى حوالة حق و حوالة دين معا، و قد لجأ إلى هذه النظرية الفقهاء التقليديون مثل بلانيول و ريبيه و عبد الرزاق السنهوري الذي يرى بأن حولة العقد ليست إلا حوالة مجموع الحقوق و الالتزامات الناشئة من هذا العقد[56]، كما يرى بأن التنازل عن الإيجار هو حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر، وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته[57]. كما أكد على ذلك كذلك الفقيه لارومي (Laroumet) الذي يحلل التنازل عن العقد إلى حوالة الحقوق و حوالة الديون المترتبة عن هذا العقد[58].

ففكرة التنازل عن العقد لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء الأحكام السائدة، فيجزأ العقد إلى حقوق و التزامات، فتطبق أحكام حوالة الحق على التنازل عن الحقوق في العقد، بينما تطبق أحكام حوالة الدين على التنازل عن الالتزامات في العقد، فحسب هذا الاتجاه فإن التنازل عن العقد لا يعدو أن يكون سوى حوالة حق و حوالة دين في آن واحد، لذلك فإن فهم الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد و بالتالي تحديد أحكامه يستدعي فهم أحكام كل من حوالة الحق و حوالة الدين و هذا ما سنتناوله فيما يلي

الفرع الثاني: حوالة الحق و حوالة الدين

حوالة الحق و حوالة الدين تصرفات قانونية ناقلة للالتزامات وردت في القانون المدني الجزائري في الباب الرابع المتعلق بانتقال الالتزام من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات و العقود، فهي تسمح بانتقال الحق أو الالتزام من شخص لآخر دون أن يتغير الحق أو الالتزام فيبقى بكل ضماناته و دفوعه، و قد أخذها المشرع الجزائري من القانون المدني المصري، لأن القانون المدني الفرنسي لم يكن يأخذ بحوالة الدين، سنتناول حوالة الحق أولا ثم حوالة الدين.

الفقرة الأولى: حوالة الحق (cession de créance)

حوالة الحق تناولها القانون المدني الجزائري في المواد من 239 إلى 250 و التي تقابلها المواد من 303 إلى 314 من القانون المدني المصري و قد نقلها المشرع الجزائري دون أي تعديل هام، و لم يعرف كلا القانونين حوالة الحق بينما أورده القانون المدني الفرنسي في الفصل الثاني المتعلق بالعمليات على الالتزامات من الباب الرابع المتعلق بالنظام العام للالتزامات من الكتاب الثالث المتعلق بالطرق المختلفة لاكتساب الملكية، المواد من 1321 إلى 1326.

سنقوم بتعريف حوالة الحق ثم نتناول شروط انعقادها و شروط نفاذها

أولا: تعريف حوالة الحق

لقد أعطى القانون المدني الفرنسي تعريفا لحوالة الحق في المادة 1321 فقرة أولى كما يلي:

" حوالة الحق هي عقد ينقل بموجبه الدائن المحيل، بعوض أو بغير عوض، كل أو جزء من حقه في مواجهة المدين المحال عليه، للغير المحال له."

« La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire. »

كما عرفها الفقه كما يلي:

حوالة الحق هي اتفاق دائن (المحيل) مع شخص أجنبي (المحال له) يتضمن أن يحول له حقه في ذمة المدين المحال عليه، فيحل الأجنبي محل الدائن في حقه بكل مقوماته و خصائصه[59]

و تنعقد حوالة الحق بين طرفي عقد الحوالة دون الحاجة لرضا المدين (المحال عليه)، و لكن نفاذها تجاهه أو تجاه الغير لا يتم إلا إذا رضي بها أو بلغ بها، لذلك تكون لحوالة الحق شروط للانعقاد و شروط للنفاذ.

ثانيا: شروط انعقاد حوالة الحق

حوالة الحق عقد كما سبق الإشارة إليه، فانعقادها يستلزم توفر شروط عامة و شروط خاصة[60]

1- الشروط العامة لانعقاد حوالة الحق

الشروط العامة لانعقاد حوالة الحق هي التراضي و المحل و السبب

أ- التراضي

تنعقد حوالة الحق بمجرد تبادل طرفيها للتراضي، و لم يشترط المشرع الجزائري و المصري أي شكل لانعقادها، بينما نجد بأن المشرع الفرنسي اشترط كتابة العقد تحت طائلة البطلان.

ب- المحل

محل حوالة الحق هو الحق الذي يتنازل عنه المحيل هذا من جهة و من جهة أخرى يكون محل حوالة الحق هو البدل الذي يأخذه المحيل مقابل تنازله عن حقه في العقد، و يمكن أن تكون حوالة الحق بدون مقابل. و المحل يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة.

ج- السبب

السبب هو الباعث للتعاقد يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة فيجب أن يكون السبب مشروعا و غير مخالف للنظام العام و لا للآداب العامة

2- الشروط الخاصة لانعقاد حوالة الحق

الشروط الخاصة لانعقاد حوالة الحق وهي عدم وجود شرط مانع سواء كان قانونيا أو اتفاقيا، أو تعلق الشرط بطبيعة الالتزام، و لا بد من كون الحق قابلا للحجز عليه، و يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة للالتزامات لمزيد من التفصيل.

ثالثا: شروط نفاذ حوالة الحق

انعقاد حوالة الحق يرتب آثاره بين طرفيه و هما المحيل و المحال له، و لا بد من توافر شروط لنفاذه في حق المحال عليه و كذا في حق الغير، و هي إما قبول المحال عليه بالحوالة أو إعلامه بها بعقد غير قضائي[61].

الفقرة الثانية: حوالة الدين (cession de dette)

تناول القانون المدني الجزائري حوالة الدين في المواد من 251 إلى 257 التي تقابلها المواد من 315 إلى 322 من القانون المدني المصري و المواد من 1327 إلى 1328-1 من القانون المدني الفرنسي، سنقوم بتعريف حوالة الدين ثن شروطك انعقادها و شروط نفاذها.

أولا: تعريف حوالة الدين

حوالة الدين هي عقد يقوم من خلاله شخص أ (المحيل) وهو مدين لشخص آخر ب المحال، بالتنازل عن دينه لشخص ثالث ج (المحال عليه) الذي يتحمل الدين عنه[62]، له شروط للانعقاد و شروط للنفاذ.

ثانيا: شروط انعقاد حوالة الدين

حوالة الدين هي عقد و لم يشترط المشرع أي شكل لانعقادها، فهي تنعقد إذن بمجرد تبادل التراضي بين طرفيها، و شروط الانعقاد هي الشروط العامة لانعقاد العقود و هي التراضي و المحل و السبب.

و انعقاد حوالة الدين يولد آثاره بين طرفي عقد الحوالة فقط، فيكون المحال عليه ملزما بالوفاء بالدين للمحال بدلا عن المحيل، و بالمقابل يكون المحيل ملزما بالوفاء بالتزامه تجاه المحال عليه بموجب عقد الحوالة.

و لكن لا يمكن للمحيل أن يفرض عقد حوالة الدين على الدائن المحال إلا إذا أقر بها، و حتى لو أعلم بها و سكت بعد مرور الأجل الممنوح له لاتخاذ موقف منها، فإن سكوته يكيف رفضا للحوالة، و هذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري و المصري[63].

ثالثا: شروط نفاذ حوالة الدين

تكون حوالة الدين نافذة قبل الدائن إذا أقر بها، و إذا سكت بعد إعلامه بها من قبل المحال عليه أو المدين الأصلي فإن سكوته يكيف بأنه رفضا، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري و المصري[64]

فتطبيق أحكام حوالة الحق على التنازل عن عقد في جانبه المتعلق بالحقوق، يجعل التنازل منعقدا بين طرفيه المتنازل و المتنازل له، بينما لا يكون نافذا في حق المتنازل إليه، إلا إذا رضي به أو بلغ به. فرضى المدين بالتنازل عن الحق غير وجوبي، يكفي علمه بالتنازل حتى يكون نافذا في حقه[65]، بينما تطبيق أحكام حوالة الدين على التنازل عن العقد في جانبه المتعلق بالتنازل عن الالتزامات، يستلزم من الدائن أن يقر بها حتى يكون التنازل نافذا في حقه[66]. و هذه النظرية سائدة في القانون الألماني و السويسري و المصري[67]

ما يعاب على هذه النظرية، هو اختصار العقد في آثاره و اعتباره مجموعة من الحقوق و الالتزامات، بينما العقد كل لا يتجزأ، و لا يمكن اعتبار التنازل عن العقد حوالة الحق و حوالة دين، كما أن عدم إقرار المتنازل لديه باتفاق التنازل يجعل هذا الأخير غير تام، و لا يحقق الغرض منه و هو تحرير المتنازل من الرابطة العقدية، لذلك، لجأ بعض الفقهاء و تبعه في ذلك بعض التشريعات إلى الأخذ بفكرة التنازل عن العقد باعتبارها فكرة مستقلة لها نظامها الخاص.

الفرع الثالث: أهم النتائج المترتبة عن نظرية التجزئة

يعتبر أنصار هذه النظرية بأن التنازل عن العقد هو تنازل عن آثاره القانونية لشخص أجنبي عن العقد، أي أن التنازل يتعلق بالحقوق و الالتزامات الناتجة عن العقد الأصلي، فإذا كان التنازل عن الحقوق الناتجة عن العقد لا يطرح أي إشكال بخصوص رضى المتنازل لديه فهي تنتقل دون الحاجة لرضاه، فإن التنازل عن الالتزامات مرتبط برضى المتنازل لديه لاعتبار أهمية شخصية المتنازل له.[68]

في هذه الحالة ينعقد عقد التنازل و لكن لا يتحرر المتنازل من الرابطة العقدية إلا إذا وافق عليه المتنازل لديه، و في غياب ذلك يكون المتنازل ملزما تجاه المتنازل لديه بالوفاء بالالتزامات المتولدة عن العقد، كما أن المتنازل له لا يمكنه التمسك بالدفوع المتعلقة بالمتنازل لديه أو تلك المتعلقة بالعقد كالبطلان إلا إذا أقر المتنازل لديه باتفاق التنازل[69]

المطلب الثالث: نظرية الوحدة

يرى بعض الفقهاء المعاصرين بأن العقد لا يمكن تجزئته، لذلك فهم يقترحون نظرية جديدة أساسها وحدة العقد، سنتناول في الفرع لأول مضمون نظرية الوحدة كما سنتطرق في الفرع الثاني إلى أهم الآثار الناتجة عن هذه النظرية.

الفرع الأول: مضمون نظرية الوحدة

حسب هذه النظرية فإن العقد وحدة واحدة لا تتجزأ و لا يمكن اختصار العقد في آثاره، لذلك فإن التنازل عن العقد يكون تنازلا عن الرابطة العقدية أو المركز العقدي في العلاقة العقدية أو التنازل عن صفة المتعاقد[70].

و تعتمد هذه النظرية على القصد الذي يرمي إليه كل من المتنازل و المتنازل له، فهما يسعيان، من خلال التنازل عن العقد إلى الحفاظ على استمرارية العقد من خلال حلول المتنازل له محل المتنازل في العلاقة العقدية بكل ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، من براءة ذمة المتنازل من العقد الذي يتركه بصفة نهائية، و كذا تحمل المتنازل له للالتزامات الناتجة عن العقد و كذا تمتعه بالحقوق الناتجة عنه، كما يعتبر فقهاء هذه النظرية بأنه مبدئيا كل عقد قابل للتنازل، باعتبار أن رضى المتنازل لديه في العقد الأصلي وقع على العناصر الموضوعية للعقد من محل و سبب، أكثر من وقوعه على شخص المتعاقد معه، فبقاء محل وسبب العقد الأصلي يجعل التنازل عن العقد ممكنا[71]

فالتنازل عن العقد، حسب أنصار هذه النظرية، لا يختصر فقط في التنازل عن الالتزامات و الحقوق الناتجة عنه، و إنما هو تنازل عن مركز عقدي أو تنازل عن صفة المتعاقد في العلاقة العقدية القائمة، و عليه، فإن التنازل عن العقد بهذه الصفة يترتب عنه اكتساب الحقوق الناشئة عن العقد و تحمل الالتزامات الناتجة عنه، لأن إرادة المتعاقدين في عقد التنازل لم تتجه فقط إلى التنازل عن الحقوق و الالتزامات

الناتجة عن العقد الأصلي و إنما كانت إرادتهما منصبة على العقد ككل، فالهدف من التنازل عن العقد هو حلول المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية الأصلية بكل ما ترتبه من آثار قانونية[72].

و ما يعاب على هذه النظرية، هو إهمالها للرابطة الشخصية بين المتعاقدين، و اعتبارها العقد قيمة مالية بحتة قابلة للانتقال دون الأخذ بعين الاعتبار للرابطة الشخصية التي تولده، إلا أن الكثير من الفقهاء دافعوا عن هذه النظرية و اعتبروا هذا الانتقاد في غير محله على أساس أن الرابطة الشخصية في التنازل عن العقد قائمة باعتبار رضا المتنازل لديه بالتنازل شرط ضروري لقيامه، كما أن التنازل عن العقد يتماشى مع التطورات الحديثة في مجال المعاملات التي تعتمد كثيرا على الائتمان[73].

و قد أخذ بهذه النظرية التشريع المدني الإيطالي و البرتغالي و مؤخرا التشيع الفرنسي، كما نادى بها الكثير من الفقهاء في فرنسا و ألمانيا.[74].

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن نظرية الوحدة

الأخذ بنظرية الوحدة يستدعي رضى كل من المتنازل و المتنازل له و كذا المتنازل لديه بعقد التنازل، فهو اتفاق ثلاثي، حيث يكون رضى المتنازل لديه شرطا ضروريا لانعقاد عقد التنازل، و بدونه لا ينعقد العقد، على عكس نظرية التجزئة التي يكون عقد التنازل وفقا لهذه النظرية منعقدا رغم عدم رضى المتنازل لديه، فالحقوق تنتقل دون رضى المتنازل لديه، أما الالتزامات فلا يكون انتقالها نافذا تجاهه إلا بعد رضاه[75].

و حسب هذه النظرية فإن رضى المتنازل لديه يسمح بتحرير المتنازل وبراءة ذمته من الرابطة العقدية بعد اتفاق التنازل و حلول المتنازل له محله، و مع ذلك فإن انعقاد هذا الاتفاق يبقى مرتبطا بموافقة المتنازل لديه، و لا يحرر المتنازل للمستقبل إلا بقبول صريح بالمتنازل له، و إلا فإن المتنازل يبقى ضامنا لتنفيذ العقد[76] .

و قد أقر ذلك المشرع الفرنسي بعد تعديله للقانون المدني و تنظيمه التنازل عن العقد، حيث نص في المادة 1216-2 من القانون المدني: " إذا قبل المتنازل لديه باتفاق التنازل، فإن هذا الأخير يحرر المتنازل للمستقبل، و إلا، و فيما عدا شرط مخالف، فإن المتنازل يبقى ضامنا لتنفيذ العقد"، و يبقى المجال مفتوحا أمام المتعاقدين في العقد الأصلي لاشتراط قابلية العقد للتنازل مستقبلا أم لا، ففي حال تم اشتراط قابلية العقد للتنازل، يكون عقد التنازل منعقدا دون الحاجة لقبول المتنازل لديه. [77]

الخاتمة

يتضح لنا مما سبق أن التنازل عن العقد نظرية حديثة تستحق الاهتمام نظرا لما لها من أهمية من حيث بقاء العقود و استمراريتها رغم تغيير أحد أطرافها، و هذا ما يضمن استقرار المعاملات خاصة في المجال الاقتصادي.

ففي عصرنا الحديث، نجد مثلا المؤسسات الاقتصادية في حركية مستمرة، فمن تعديل للقانون الأساسي إلى حل إلى ضم إلى إدماج إلى انفصال إلى تجمع إلى غيرها من التصرفات المعدلة للأشخاص المعنوية، و هذه الأشخاص تبرم عقودا متعددة خلال حياتها من إيجار و تأمينات و عقود عمل و عقود توريد و مقاولات و غيرها، و التنازل عن العقد يسمح لها بالبقاء و الثبات رغم التعديلات التي تحصل لأطرافها.

كما يسمح التنازل عن العقد لأي طرف أن يترك المسرح العقدي و يتحرر من الالتزامات الناتجة عنه إن لم يعد له حاجة فيه.

و إذا كان التنازل القانوني للعقد موجود منذ زمن بعيد بحيث فرضته ظروف كوقائع قانونية مثل الوفاة أو تصرفات قانونية مثل البيع، فالتنازل الاتفاقي عن العقد ما زال غير مقبول من طرف الكثير من التشريعات و الفقه و القضاء، و البعض يتقبله بتحفظ، و ذلك نظرا لما يكتنفه من غموض، فقد بقي محل جدل كبير بخصوص طبيعته القانونية و لم تكتمل صورته بعد.

فالفقهاء التقليديون يرون التنازل عن العقد مجرد حوالة حق مقترنة بحوالة دين، بينما يرفض فقهاء آخرون هذا التحليل، مدافعين عن وحدة العقد، و عدم اختصاره في آثاره.

و مع ذلك فقد تخطت الكثير من التشريعات خطوة مهمة بتشريع التنازل عن العقد بموجب نصوص عامة في قوانينها المدنية، مثل إيطاليا و البرتغال و ألمانيا و سويسرا و فرنسا، مما يؤكد على انتشار هذه النظرية أكثر فأكثر، و يبقى دور البحث ضروري لتوضيح هذه النظرية و كشف اللبس عن جوانبها المختلفة و التي مازالت محل جدل، و أخص بالذكر،

- إمكانية تطبيق نظرية التنازل عن العقد لتفسير تنازل الشريك عن حصته في شركة ما سواء مدنية أو تجارية.
- ضرورة تحديد نوع العقود القابلة للتنازل.
- ضرورة تحديد دور المتنازل لديه في اتفاق التنازل و كذا وضعية الطرف المتنازل الذي يرغب في ترك المسرح العقدي، بعد إبرام اتفاق التنازل، إذا لم يقر المتنازل لديه بالاتفاق، فهل يكون ضامنا لتنفيذ العقد أم يكون ملتزما إلى جانب المتنازل له في تنفيذ التزامات العقد، أم تكون له وضعية أخرى.

كل هذه التساؤلات ما زالت تحتاج إلى بحث و توضيح للوصول إلى نظرية كاملة تصلح أن تعتمد كنظرية عامة في العقود.

قائمة المراجع:

[1] نظم المشرع الفرنسي حوالة الدين و التنازل عن العقد بعد تعديل القانون المدني الذي تم بموجب الأمر رقم 2016-131 الصادر في 2016/02/10 و الذي دخل حيز التنفيذ في 2016/10/01، انظر القانون المدني الفرنسي نسخة الكترونية متوفرة عبر الانترنيت محملة في 2018/09/27 من ليجيفرانس، www.legifrance.gouv.fr آخر تعديل بتاريخ 2018/08/06

[2] نظم القانون الإيطالي التنازل عن العقد بموجب المواد من 1406 إلى 1410 في القانون المدني الإيطالي، انظر: L.Aynes, la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, édition Economica, Paris, 1984, p79

[3] P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, les obligations, 2e édition, Editions juridiques associées, Paris, 2005, p465

[4] القانون البرتغالي كذلك نظم التنازل عن العقد بموجب المواد من 424 إلى 427 من القانون المدني البرتغالي، انظر L.Aynes, op. cit., p80

[5] نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، نطاق التنازل عن العقد، أحكام التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، نسخة الكترونية (pdf) متوفرة عبر الانترنيت، ص من 7 إلى 14

[6] القانون المدني المصري الصادر في 1948/07/19 محمل من موقع http://arbooks.tk، المواد من 303 إلى 314 المتعلقة بحوالة الحق و المواد من 315 إلى 322 المتعلقة بالحوالة الدين

[7] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ج.ر عدد 78 المؤرخة في 1975/09/30، المواد من 239 إلى 250 المتعلقة بحوالة الحق و المواد من 251 إلى 257 المتعلقة بحوالة الدين

[8] J. Ghestin, C.Jamin, M. Biliau, les effets du contrat, 3e édition, L.G.D.J, Paris, 2001, p1115

[9] Ibid, p1116

[10] L.Aynes, op. cit., p70, 71

[11] المادتين 505 و 506 من القانون المدني الجزائري

[12] المادة 580 من القانون المدني الجزائري

[13] Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Institut International pour l'unification du droit privé, Rome, 2016, du site http://www.unidroit.org.fr, section 3, cession de contrat, art 9.3.1

[14] J. Ghestin, C.Jamin, M. Biliau, Op.Cit, p1113

[15] Article 1743 du code civil français : « Si le vendeur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le matayeur ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. »

[16] Christophe Broche, la cession conventionnelle de contrat existe-t-elle ? Revue de recherche Juridique- Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, <hal-01479432>, pp 3, 4

[17] نبيل ابراهيم سعد،المرجع السابق، ص 19

[18] المرجع نفسه، ص 160

[19] Article 1216 alinéa 2 du code civil français

[20] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 161

[21] المرجع نفسه، ص ص من 162 إلى 177

[22] المادة 506 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته."

[23] Article 1216-1 alinéa 2 : « à défaut et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat »

[24] المواد 593، 595، 597 من القانون المدني المصري، انظر كذلك، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، طبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص455

[25] المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية"

[26] Article 1743 du code civil français : « Si le vendeur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le matayeur ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. »

[27] المادة 505 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك." و المادة 506 من نفس القانون التي تنص: "في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته."

[28] Article 1717 du code civil français : « le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. »

[29] المادة 74 الفقرة الأولى من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل الجزائري، ج.ر عدد 17 المؤرخة في 1990/04/25، ص 562 التي تنص: "إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد و العمال."

[30] Article L122-12, al.2 du Code de travail français, qui dispose que « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employer et le personnel de l'entreprise »

[31] J.Ghestin, C.Jamin, M. Biliau, Op. Cit. p1153, in, Cass. Soc. 16 Janvier 1990 ; Bull. civ., V, n° 11, p7

[32] المادة 24 الفقرة الأولى من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المعدل و المتمم، المتعلق بالتأمينات الجزائري، ج.ر عدد 13 المؤرخة في 1995/03/08 التي تنص: "إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف، يستمر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد، و يتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح للمؤمن بنقل الملكية."

[33] Article L 121-10 al.1 du code des assurances français, téléchargé du site www.legifrance.gouv.fr, qui prévoit : « en cas du décès de l'assuré ou de l'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur ; à charge par celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat »

[34] نلاحظ استعمال المشرع الجزائري لمصطلح المشتري و الأصح هو المتصرف إليه أو المتنازل إليه، لأن الشيء المؤمن عليه يمكن أن تنتقل ملكيته بموجب تصرفات قانونية مختلفة

[35] المادة 229 الفقرة الأولى من قانون التأمينات الجزائري المعدل و المتمم التي تنص: " يمكن شركات التأمين المنصوص عليها في هذا الأمر، بعد موافقة لجنة الإشراف على التأمينات، تحويل محفظة عقودها كليا أو جزئيا مع حقوقها و التزاماتها لشركة أو عدة شركات تأمين معتمدة."

[36] Article L 324-1 Al1 du code des assurances français qui prévoit : « Les entreprises d'assurance françaises et leurs succursales mentionnées au 1er de l'article L310-2 ainsi que les succursales françaises d'entreprises d'assurance mentionnées au 3e et 4e du même article peuvent être autorisées, dans les conditions définies au présent article, à transférer tout ou partie de leur portefeuille de contrats, couvrant des risques ou des engagements situés sur le territoire d'un état membre de l'Union européenne avec ses droits et obligations, à une ou plusieurs des entreprises d'assurance françaises ou de leurs succursales mentionnées au 1er de l'article L. 310.2, à une ou plusieurs entreprises dont l'état membre d'origine est membre de l'Union européenne ou de leurs succursales établies sur le territoire de celles-ci ou à une ou plusieurs entreprises d'assurance établies dans l'Etat du risque ou de l'engagement et agréées dans cet état. »

[37] المادة 229 فقرة 2 و 3 من قانون التأمينات الجزائري المعدل و المتمم و المادة L324 فقرة 2 و 3، مع ملاحظة عبارة "تطلع الشركة المعنية المدينين المعنيين بطلب التحويل..." في الفقرة الثانية من المادة 229 بعد تعديلها بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر عدد 15 بتاريخ 2006/03/12، بعد أن كانت في الأمر 95-07 "تبلغ الشركة المعنية طلب التحويل للدائنين..." فالأكيد أن التبليغ أو الاطلاع يكون للدائنين و ليس للمدينين، حفاظا على مصالحهم، و هذا ما تؤكده النسخة الفرنسية من القانون 06-04.

[38] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص من 106 إلى 108

[39] Article 1216 alinéa 2 du code civil français

[40] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص من 109 إلى 110

[41] المرجع نفسه، ص ص من 110 إلى 112

[42] L.Aynes, Op. Cit, p164

[43] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص من 177 إلى 181

[44] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 117

[45] L.Aynes, Op. Cit, p 192

[46] Colliot Julit, la cession de contrat consacrée par le Code civil, In, Revue juridique de l'ouest, 2016-4, document téléchargé du site : http://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2016_num_29_4_4885, p36

[47] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص من 113 إلى 116

[48] L.Aynes, Op. Cit, p 234

[49]Colliot Julit, Op. Cit, p37

[50] Ibid, p192 et P.Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, Op. Cit., p475

[51] L.Aynes, Op. Cit, p 244

[52] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص120

[53] Article 1216 du code civil français

[54] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص140

[55] Christophe Broche, Op. Cit,, p4

[56] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المرجع السابق، ص 454

[57] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص 663

[58] Christophe Broche, Op.Cit, p 7, in, Ch. Laroumet, les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeau, 1968

[59]السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المرجع السابق، ص 442

[60]المرجع نفسه، ص ص من 447 إلى 470

[61] المرجع نفسه ص ص من 471 إلى 487

[62] المادة 251 من القانون المدني الجزائري

[63] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، المرجع السابق ص ص من 561 إلى 566

[64] المرجع نفسه، ص ص من 567 إلى 578

[65] المادة 241 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ."

[66] المادة 252 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.

و إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن و عين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة."

[67] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 74

[68] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 81

[69] J. Ghestin, C.Jamin, M. Biliau, Op.Cit, p1122

[70] P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, Op. cit., p474

[71] J. Ghestin, C.Jamin, M. Biliau, Op.Cit, pp1124, 1125

[72] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 77

[73] المرجع السابق، ص 78

[74] L. Aynes, Op. cit., p 79

[75] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 80

[76] J. Ghestin, C.Jamin, M. Biliau, Op.Cit, p1130

[77] Article 1216-2 du code civil français : « Si le cédé y a expressément consenti ; la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.

A défaut, et sauf clause contraire ; le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. »