

المكتبة القانونية



التنازل عن العقد

نطاق التنازل عن العقد
أحكام التنازل عن العقد

الدكتور

نبيل إبراهيم سعد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامى بالنقض

٢٠٠٤



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوثير - الأزاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

التنازل عن العقد

التنازل عن العقد

نطاق التنازل عن العقد


أحكام التنازل عن العقد

دكتور

نبيل ابراهيم سعد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية
والمحامي بالنقض

٢٠٠٤

 دار الجامعة الجديدة
٢٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت، ٩٩٠٩٦٨٤

2024
10/10/2024
10/10/2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«وقل رب زدني علما»

صلوات الله العظيمة

مقدمة

١ - ارتباط انتقال الالتزام بتطور فكرة الالتزام:

إن فكرة انتقال الالتزام قد ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بتطور فكرة الالتزام ذاتها. فانتقال الالتزام لم يكن يتلاءم والنظرة الشخصية المحضة التي ترى أن الجوهر في الالتزام هي تلك الرابطة التي تربط بين شخصين: الدائن والمدين، حيث إن انتقال الالتزام يفترض، علاوة على هذه الرابطة، أن يمثل الالتزام في ذاته قيمة مالية بالمعنى القانوني والاقتصادي لهذه الكلمة.

ولم تستقر فكرة الالتزام بهذا المعنى إلا بعد أن مرت بمراحل تطور طويلة في كل من ألمانيا وفرنسا^(١). وقد وصل الأمر ذروته عندما عرض M. Ginossar في رسالته أن الحق الشخصي ليس إلا مالا يختص به الدائن ويعتبر مكوناً لعنصر من عناصر ذمته المالية، وذلك بما له من حق ملكية عليه^(٢)، أليس للدائن أن يتنازل عن حقه، كمالك العقار الذي يمكنه بيعه^(٣).

وقد اقترح هذا الفقيه تصنيفاً جديداً للحقوق المالية. ويكفي أن نشير هنا، ودون الدخول في التفاصيل، إلى أنه يفرق بصدد الحق الشخصي بين الرابطة التي تربط الدائن والمدين فقط، وهي مايسمونها الفقه الحديث برابطة الالتزام، وبين حق الملكية الذي للدائن على هذا الحق، وهو الذي

(١) انظر في نفس هذا المعنى إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٦٨، فقرة ٩ ص ٢١ وما بعدها، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء ٣، ١٩٥٨، فقرة ٢٣٩ ص ٤١٨.

(2) Ginossar, Droit réel, propriété et Créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L. G. D. J. 1960, p. 35.

(3) Ibid, pp. 85, 86.

يمثل علاقته بالغير، حيث يستطيع أن يقتضى احترام الغير لهذا الحق، أى أنه كأى حق عيني، يحتج به على الكافة^(٤).

حتى ولو أننا لم نأخذ بنظرية، M. Ginossar، فإن الالتزام يعتبر، على الأقل فى جانبه الايجابى، الحق الشخصى، قيمة مالية، كما أن الاحتجاج به على الكافة لايتعارض مع اعتباره حقا شخصيا وفقا للفقهاء التقليدي^(٥) فالحقوق الشخصية باعتبارها استثنائا قاصر على أصحابها، ففى هذه الحدود تكون بطبيعتها قابلة للاحتجاج بها على الكافة^(٦).

وعلى ذلك فإنه بالرغم من أن الحق الشخصى يعتبر قيمة مالية، إلا أنه يتميز بخاصية معينة، وهى سلطة الدائن فى اقتضاء أداء معين من المدين. فالحق الشخصى يتضمن إذن قيودا على حرية الغير لصالح صاحبه، وهو بهذا المعنى يفرض على الكافة احترام حق الدائن، وهذا ما أصطلح على تسميته بقابلية الحق الشخصى للاحتجاج به على الغير. لكن بالنسبة لشخص الملزم بتنفيذ الأداء فإن الحق الشخصى ينتج عنه عدم مساواة استثنائية^(٧). وكما لاحظ M. Dabin أنه «من حيث أن الالتزام ينشئ رابطة

(4) V. les critiques de Cette Thèse, j. Dabin, une nouvelle - définition du droit réel, Rev. trim. dr. civ. 1962, pp. 20 et s. et la réponse de M. Ginossar pour une meilleur définition du droit réel et du droit personnel, ibid, pp. 573 et S. et V. en général. sur l'analyse et la critique de la thèse de Ginossar, J. Chestin, et G. Goubeaux, Traité de droit civil, introduction général, L. G. D. J, 1977, n os 220 et s. pp. 168 et s.

(5) En ce Sens, J. Flour, et J. L. Aubert, Droit civil, les obligations, V. I, l'acte juridique, 1975, no 18, note 2, p. 12.

(6) J. Ghestin, et G. Goubeaux op. cit, no 189, p. 134, et no 222 p. 171.

(7) Ibid, no 191, p. 139.

بين الدائن والمدين، فإن حرية المدين لم تتقيد فحسب، بل إنها تعرض لسلطان الدائن، فالمدين قد التزم بشخصه⁽⁸⁾ لذلك يمكن القول في حدود معينة، أن الحق الشخصي يعتبر سلطة عدوان ضد المدين *Un pouvoir d'agression contre le débiteur*⁽⁹⁾.

من الناحية التاريخية لم يكن انتقال الالتزام جائزا إلا في مرحلة متأخرة. ففي القانون الروماني كان الالتزام عبارة عن حق شخصي للدائن على المدين، وكان يمكن أن يصل إلى درجة أن يكون حق حياة أو موت. بالإضافة إلى ذلك فإن الالتزام لم يكن ينشأ إلا باتباع إجراءات شكلية معينة من جانب الدائن والمدين نفسه. وعلى ذلك فلكي يتغير شخص المدين أو الدائن فإنه يجب اتباع نفس الإجراءات الشكلية لينشأ التزام جديد، وذلك دون أن يتصور نقل الالتزام ذاته بخصائصه وبضماناته.

وقد عرف القانون الروماني بعد ذلك انتقال الحقوق والالتزامات بالميراث، وإن كان التطور قد بدأ بالسماح أولاً بانتقال الحقوق، ثم بعد ذلك بقرنين من الزمان يبدو أنه سمح بانتقال الديون. وقد استقر هذا الأمر في نهاية عصر الجمهورية الرومانية. وقد كان تبرير ذلك يستند إلى مجاز محض وهو أن شخصية الوارث تعتبر امتدادا لشخصية المورث. وقد كان من أثر ذلك اعتراف، في الواقع بالصفة المالية للالتزامات.

أما بالنسبة لانتقال الالتزام فيما بين الأحياء، فإنه يجب التفرقة بين حوالة الحق وحوالة الدين. ففيما يتعلق بحوالة الحق فإن القانون الروماني لم يعترف اطلاقاً بمبدأ قابلية الحق للحوالة. لكن قد أدى تطور التجارة والائتمان إلى تحريف هذا المبدأ وذلك عن طريق وسائل متنوعة. يكفي هنا

(8) J. Dabin, le droit subjectif, p. 181.

(9) J. Ghestin, et G. Goubeaux. op. cit. 191, p. 139

أن نشير إلى فكرة تجديد الالتزام بتغيير شخص الدائن، وذلك عن طرق إنشاء التزام جديد. وكذلك الالتجاء إلى الوكالة: *La procuratio in rem suam* وتحقق بأن يوكل الدائن الأصلي من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين.

ومع ذلك يجب أن نقرر، منذ البداية، أنه لم يتحقق أى حوالة للحق طبقاً لأى من هذه الوسائل - ففي التجديد ينقضى الالتزام الأصلي وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التي كانت للالتزام الأصلي. وفي حالة الوكالة فإنها إذا كانت تسمح للوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين، إلا أن هذه الطريقة لم تكن مأمونة. لأن الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين^(١٠).

وفي عصر لاحق اعترفت الدساتير الامبراطورية بإمكانية حوالة الحق، وذلك عن طريق دعوى معينة *La denunciatio*، والتي بمقتضاها يعلن المدين بعدم قيامه بالوفاء المبرئ بين يدي المتنازل. وهذه الدعوى تعتبر الأصل التاريخي للمادة ١٦٩٠ من القانون المدني الفرنسي^(١١).

في القانون الفرنسي القديم قد استبعد في العمل مبدأ عدم قابلية الالتزام للانتقال، وذلك رغم تأكيد الشراح على هذا المبدأ. ولذلك قد تم تشبيه اعلان المدين المتنازل لديه بالتسليم الذي تنتقل به الحقوق العينية. وتعتبر هذه أول خطوة نحو الاعتراف بمالية الحقوق الشخصية.

(10) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français Vol. Z, no 622, p. 425.

وأنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، جزء ٣، ١٩٥٨، ٢٣٩ فقرة ٤١٧.

(11) J. Chestin, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations, Travaux des IXes Journées d'études juridiques jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, L. G. D. J. 1980. p: 7.

وفي القرن الثامن عشر قد تأكد مبدأ قابلية الحقوق الشخصية للحوالة. ولم يتردد Pothier في الكلام عن «ملكية الحقوق الشخصية» في مطوله الخاص بعقد البيع^(١٢).

وقد تأثر التقنين الفرنسي بهذا التطور وأقر حوالة الحق في مواده من ١٦٨٩ إلى ١٧٠١ والمتعلقة «بنقل الحقوق». le transport des créances.

ومنذ هذا التاريخ قد تطورت فكرة القيمة المالية للحق الشخصي وانكمش الطابع الشخصي للالتزام. وذلك نتيجة الطابع المالي للعلاقات التعاقدية والتي تتسم بقابليتها للانتقال، وبعدم قيامها، بصفة عامة، على الاعتبار الشخصي. كما أن استعمال السندات القابلة للتداول قد أعطى لانتقال الحقوق انطلاقة جديدة.

لكن من جانب آخر فإن التقنين الفرنسي لم يتضمن أية إشارة إلى حوالة الديون، وذلك على عكس ما فعل بالنسبة لحوالة الحقوق. ومع ذلك فإنه تحت ضغط الحاجة في الحياة العملية قد أدى التطور التاريخي إلى ظهور وسائل فنية تؤدي إلى الوصول إلى نفس النتيجة. وقد كان ذلك بالالتجاء إلى ما هو معروف من أنظمة قانونية، كالتجاء إلى الإنابة. كاملة أو ناقصة، إلى الاشتراط لمصلحة الغير. فهكذا يتطور القانون على مر العصور، كيف اكتشف القانون المدني الفرنسي فكرة الإثراء بلا سبب في القرن التاسع عشر، وكيف عرف فكرة الاشتراط لمصلحة الغير التي حرمها قانون

(12) Traité de la vente, nos 552 - 559, Vo Sur l'ensemble de cette évolution. P. Raynaud, les contrats ayant pour Objet une obligations, Cours, D. E. A. Paris II 1977. 1978: pp: 7 à 11; V aussi A. Weill, et F. Terré, Droit civil, les obligations, 1975, no 954, p. 991 - 992; J. Carbonnier, Droit Civil, t. 4, les obligations, no 123, p 488.

نابليون؟ أليس بالاستناد إلى فكرة الفضالة، بالاستناد إلى ما هو مستقر ومعروف؟ وهذه الطريقة ليست وليدة اليوم، أو القرن التاسع عشر، وإنما كانت الأسلوب المألوف والمتبع عبر التاريخ. فهكذا كان يفعل الرومان، فكيف سمح هؤلاء الجهابذة بقابلية الحقوق للانتقال فيما بين الأحياء؟ أليس بالاستناد إلى الوكالة، بالاستناد إلى ما هو معروف لديهم، وقد حملوا لفظ الوكالة مالا يحتمل وظهرت *La procuratio in rem suam* ولا يخفى على أحد ما ترتب على هذا الأسلوب من غموض اكتنف كثيرا من النظم القانونية، مما أدى إلى اضطراب في الحلول العملية.

وترجع الصعوبات التي تصادف قبول فكرة حوالة الدين في التقنين المدني الفرنسي إلى أن شخصية المدين في الالتزام أكثر خطرا وأهمية من شخصية الدائن، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه يتوقف قيمة الدين ذاتها. فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفا في هذا التحويل عن طريق التجديد. لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه مدينه دون رضائه، ويعنيه من تغيير مدينه مالا يعنى المدين من تغيير دائنه^(١٣). ولذلك بقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور ولم تستكملها إلى غايتها^(١٤).

وقد كان تطور فكرة الالتزام ذاتها في ألمانيا أسرع منه في فرنسا، وذلك نتيجة للتطور الاقتصادي في القرن التاسع عشر وما ترتب عليه من ضرورة التطور في الفن القانوني والصياغة القانونية، وذلك لتلبية الحاجات والأوضاع

(١٣) السهوري، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٣٩ ص ٤١٧.

(١٤) ومع ذلك قارن القانون الإيطالي والقانون البرتغالي.

- V. E. Gaudement, Etude sur le transport de dette à titre particulier, Thèse Dijon, 1898, et Cf. Saleilles, la cession de dettes, Anuales de droit commercial, 1890, p. 1et s.

القانونية الجديدة ولذلك لم تكن تتلائم النظرة الشخصية الضيقة للالتزام مع هذا التطور الهائل ، وظهرت الحاجة إلى كل من حوالة الحق وحوالة الدين ، وكذلك إمكانية شئء الالتزام قبل أن يتحدد شخص الدائن طالما أنه قابل للتجديد. ويضاف إلى ما تقدم اتجاه كثير من الفقهاء الألمان إلى التخلص من النظريات الرومانية، ومنها النظرية الشخصية في الالتزام، وبعث القانون الجرماني الجديد. ولذلك قد ظهرت نظرية مادية أو موضوعية للالتزام. وهذه النظرية تركز على موضوع الالتزام أكثر مما تركز على أشخاصه. وبناء عليه فإن الالتزام يمكن أن يستقل عن شخص الدائن وعن شخص المدين وتكون العبرة فيه بقيمته المالية أكثر من اعتباره رابطة شخصية^(١٥)

وقد عرف كل من التقنين المدني الألماني (م ١٤١٤ - ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥ - ١٨٣)، إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين. وقد تابع التقنين المدينى المصرى الجديد هذا التطور ونظم فى نصوصه حوالة الحق (م ٣٠٣ - ٣١٤) وحوالة الدين (م ٣١٥-٣٢٢) كما أقر الاشتراط لمصلحة الغير (م ١٥٤-١٥٦) والوعد بجائزة (م ١٦٢).

وبالرغم من أن حوالة الدين لم تنظم فى التقنين المدينى الفرنسى، وبألتالى ليس من الجائز حوالة الدين بمفرده، الا أن فى الحياة العملية أصبح عملية مألوفة وذلك عن طريق التنازل عن العقود، مثل عقد الإيجار، عقد التوريد، عقد التأمين... الخ. فالتنازل عن العقود الملزمة للجانبين يتضمن بالضرورة تنازلا عن الحقوق والالتزامات كما سنرى فيما بعد. كما أن حوالة الدين متصورة ومألوفة أيضا عندما يتم بالتبعية للتصرف فى مال معين، وذلك كما هو الحال بالنسبة للخلف الخاص. وعلى ذلك فإن حوالة الدين

(١٥) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩ ص ٢٢

بالرغم من اعتبارها منذ وقت طويلة مستحيلة في القانون الفرنسي، إلا أنها اليوم أصبحت واقعا، بل أصبحت جزءا من القانون الوضعي.

والجدير بالملاحظة أنه إذا كان في الوقت الحاضر قد تأكدت الصفة المالية للالتزام، مما أدى إلى السماح بانتقاله، إلا أن هذا لا يمنع من أن الالتزام مازال يعبر أيضا عن رابطة بين شخصين: الدائن والمدين^(١٦).

وكما هو واضح من العرض السابق، إنه لكي تصل القوانين الوضعية في بلدان العالم المختلفة إلى إقرار فكرة انتقال الالتزام قد مرت بهذا التطور التاريخي الطويل، وما صاحبه من مجهود فقهي كبير في استنتاج القواعد واختيار الوسائل الفنية لتحقيق هذا الانتقال. وبالرغم من كل ذلك فإن نظام حوالة الحق وحوالة الدين مازال قاصرا عن الاستجابة لمتطلبات العصر الحاضر. ويرجع ذلك إلى أن نظام حوالة الحق قد وضع لمواجهة انتقال حق معين بذاته، وكذلك الحال بالنسبة لحوالة الدين. وقد ترتب على ذلك أن هذه القواعد وتلك الأنظمة قعدت عن أن تصلح لتنظيم انتقال العقد كوحدة واحدة، بما فيه من التزامات وحقوق وما يتضمنه من حقوق ترخيصية وما يضيفه من صفات وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن وضع مشكلة التنازل عن العقد.

٢- وضع مشكلة التنازل عن العقد:

نتيجة التطور الاقتصادي الهائل في العصر الحديث وما عاصره من ظهور أهمية القيم المنقولة، وقد أدى ذلك إلى تطور في الوسائل القانونية لتستجيب إلى هذه الأوضاع القانونية المستجدة التي أفرزها هذا التطور. ومن أهم مظاهر هذا التطور في المجال القانوني فكرة التنازل عن العقد. فظهر في

(١٦) قارن استاذنا الدكتور جلال العدوي، مبادئ الالتزامات الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٣، ص ٧.

الحياة العملية التنازل عن عقد الإيجار، عقد التوريد، عقد التأمين، عقد العمل، حصص الشركات، عقد المقاولة. كما ظهر في العمل تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر، وما يتضمنه ذلك من تنازل متبادل عن عقود الإيجار، والتنازل عن عقد شراء وحدة سكنية تحت التشطيب، والتنازل عن عقد شراء سيارة محجوزة، أو سفينة أو طائرة تحت التشطيب. وإلى جانب ذلك نجد أن هناك تنازلا عن العقد بالتبعية للتصرف في العقار، وذلك كالتنازل عن عقد القرض المضمون برهن، وعقد التأمين، وعقود الإيجار، وعقد المرتب مدى الحياة، وكانتقال عقد الإيجار بالتبعية لبيع المحل التجاري... الخ.

فالتنازل عن العقد أصبح حقيقة واقعة في قانوننا الوضعي، وبالرغم من ذلك فإنه لا توجد قواعد قانونية عامة تنظمه^(١٧) - وقد يتدخل المشرع من حين إلى آخر ليضع نظاما قانونيا خاصا بالتنازل عن عقد معين.

وتظهر أهمية هذا البحث في محاولة استقصاء المشاكل التي يثيرها التنازل عن العقد، والبحث عن مدى ملائمة القواعد العامة القائمة في تنظيمه، وذلك لاقتراح الحلول والقواعد الواجبة التطبيق في هذا الصدد.

فبالرغم من أهمية مشكلة التنازل عن العقد، فإن الفقه في كل من فرنسا ومصر، يذهب إلى أن هذا التنازل لا يعدو أن يكون حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، ومن ثم كفاية القواعد العامة الواردة في هذا الصدد

(١٧) ومع ذلك انظر التقنين المدني الإيطالي الصادر من ١٤٠٦ إلى ١٤١٠، والتقنين المدني البرتغالي، المواد من ٤٢٤ إلى المادة ٤٢٧. وتتضمن هذه المواد القواعد العامة المنظمة للتنازل عن العقد، انظر الملحق في نهاية الكتاب

لتحكم التنازل عن العقد - وقد أثبتت الحياة العملية، كما سوف نرى، قصور هذه الفكرة، وهذا ما دلت عليه الدراسات الكثيرة التي كرس لبحث هذا الموضوع في الآونة الأخيرة^(١٨).

ففى التنازل عن العقد الملزم للجانبين يكون لدينا متنازل ومتنازل له ومتنازل لديه، وبطبيعة الحال العقد المتنازل عنه واتفاق التنازل بين المتنازل والمتنازل له. وفى حوالة الحق مثلا نجد أن هناك محيلا وهو الدائن ومحالا له وهو شخص أجنبى ومحالا عليه وهو المدين، وبطبيعة الحال الحق المحال والحوالة. بالنسبة للتنازل عن العقد الملزم للجانبين فإن الأمر مختلف تماما حيث نجد أن كلا من المتعاقدين دائن ومدين فى نفس الوقت، فكيف يتسنى لنا تطبيق قواعد حوالة الحق وحوالة الدين بحرفيتها فى هذه الحالة؟؟ وخاصة وأنه فى حوالة الحق يجب إعلان الحوالة أو قبول المدين لها حتى تكون نافذة فى حقه فى الوقت الذى يلزم فيه إقرار المدين بحوالة الدين لكى تنفذ فى حقه. وسوف نرى هذه الصعوبات فى كتابات الفقهاء فيما بعد.

ويتطبيق قواعد حوالة الحق وحوالة الدين على التنازل عن العقد الملزم للجانبين يبقى التساؤل قائما، هل يمكن أن يطالب المتنازل له المتنازل لديه بالحقوق المحالة بمجرد إعلانه، وبالرغم من عدم إقرار المتنازل لديه لحوالة الدين؟ هل يمكن فصل الحقوق عن الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين

(18) Ch. Lapp. Essai Sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Thèse strasbourg. 1950; Vilar, la cession de contrat, Thèse Montpellier 1968, Ch. Larroumet, les opérations à trois personnages, Thèse Bordeaux. 1968; Ph. Malaurie, La Cession de contrat, Cours de Doctorat Paris II, obligation, Cours D. E. A. Paris II, 1972. 1973, Vo Les différents rapports in La transmission des obligations op. cit.

بالرغم من تقابلهم، ومن اعتبار العقد وحدة واحدة لاتقبل التجزئة؟
فلنأخذ مثلا عمليا وليكن التنازل عن عقد الإيجار، الذي يقتضاه يتنازل
المستأجر (المتنازل) عن عقد إيجاره (العقد المتنازل عنه) لشخص آخر يسمى
المتنازل له (والطرف الثاني في اتفاق التنازل) بحيث يحل هذا الأخير محله
في حقوقه والتزاماته الناشئة عن هذا العقد. فالسؤال الطبيعي هل يحل
المتنازل له، بمجرد التنازل، محل المتنازل في حقوقه والتزاماته؟ أو بمعنى
آخر:

- ١- هل للمؤجر (المتنازل لديه) حق في مواجهة المستأجر الجديد (المتنازل له)، هل يستطيع أن يرجع عليه مباشرة بعد أن تم التنازل؟
- ٢- وهل للمستأجر الجديد (المتنازل له) أيضا حق في مواجهة المؤجر؟
- ٣- وهل يترتب على هذا التنازل براءة ذمة المستأجر الأول (المتنازل) من التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار في مواجهة المؤجر (المتنازل لديه).
- ٤- هل يلزم قبول المؤجر (المتنازل لديه) لهذا التنازل؟ أو بعبارة أخرى هل قبول المؤجر (المتنازل لديه) شرط لقيام التنازل أم أنه مجرد شرط لنفاذه في مواجهته؟ وبصفة عامة، ما هو دور المتنازل لديه في عملية التنازل؟
- ٥- هل التنازل نظام قانوني مستقل عن التجديد والإنابة والتعاقد من الباطن، أم أنه يختلط بهم في بعض الأحيان؟ وهل التنازل عن العقد هو في حقيقته مجرد حوالة للحقوق والالتزامات أم أنه شيء آخر؟
ويترتب على هذه التساؤلات انعكاسات وآثار خطيرة، فمثلا:

- ١- هل يترتب على التنازل عن العقد انتقال التأمينات التي للمتنازل لديه في مواجهة المتنازل (مدينه الحالى)، وهل يمكن أن يستفيد منها في علاقته بالمتنازل له؟

٢- أليس هناك مخاطر من أن يكون المدين الجديد (المتنازل له) معسراً، وما يترتب على ذلك من ضرورة البحث في الحصول على تأمينات جديدة.

٣- قد يترتب على العلاقات المركبة الناشئة عن التنازل، مخاطر البطلان أو الفسخ، وبالتالي التساؤل عن مدى امكانية الاحتجاج بالدفع وبصفة خاصة في العلاقة فيما بين المتنازل له والمتنازل لديه؟

٤- تداخل هذه العلاقات قد يستدعي اعلان أو إخطار ذوى الشأن وما يترتب على ذلك من امكانية الاحتجاج بهذه العلاقات، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن كيفية نفاذ التنازل عن العقد؟

هذه الأسئلة وغيرها من تساؤلات وما يترتب عليها من آثار وانعكاسات هي التي تشكل محور هذا البحث، والذي من خلاله سوف نتعرف على موقف التشريعات المختلفة من هذه المشاكل المتعددة والمتنوعة.

٣- محاولة لتصنيف حالات التنازل عن العقد:

على ضوء الأمثلة السابق بيانها، وأيضاً على ضوء المشاكل السابق إثارها يمكن تصنيف التنازل عن العقد بحسب الزاوية التي تنظر منها إلى التنازل إلى عدة تقسيمات مع العلم بأن بعض هذه التقسيمات أو التصنيفات قد يتداخل في التطبيقات العملية:

أولاً: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى مصدره:

يمكن تقسيم التنازل عن العقد إلى تنازل قانوني، وتنازل اتفاقي.

في التنازل القانوني نجد أن مصدره المباشر هو القانون، وهذا التنازل يفرضه القانون على أطرافه^(١٩). ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣٠ من

(19) Marty et Raynaud, Traité de droit civil, les obligations, t. II, no 825.

القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، تنص على أنه «استثناء من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدني، تسرى عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ انتقال الملكية». فهذا النص يتضمن تنازلاً قانونياً عن عقود الإيجار القائمة على العقار من المالك القديم للمالك الجديد بالتبعية للتصرف في هذا العقار، وسواء أكانت هذه لعقود ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة التاريخ قبل تاريخ انتقال الملكية. ونخلص من ذلك بأنه يجب على المالك الجديد للعقار أن يلتزم بعقود الإيجار المبرمة بواسطة المالك القديم، إذ بمقتضى هذا التنازل القانوني سيصبح هو المؤجر في هذه العقود ويحل محل المالك القديم في الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العقود. ومن أمثلة التنازل القانوني أيضاً بقاء عقود العمل بالرغم من التصرف في المؤسسة، وتغيير رب العمل، وكذلك بقاء عقود التأمين بالرغم من التصرف في العقار المؤمن عليه (م ١٩ من قانون ١٣ يولييه ١٩٣٠ في فرنسا)^(٢٠).

أما في التنازل الاتفاقي، نجد أن التنازل يتم بمحض إرادة الأطراف (المتنازل والمتنازل له)، ودون أن يكون تابعا للتصرف في مال معين، أو مفروضاً بنص خاص.

ثانياً: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى آثاره:

ونقطة البداية في هذا التصنيف تتركز على أن التنازل قد يؤدي إلى براءة ذمة المتنازل، وفي أحيان أخرى لا يرتب هذا الأثر، حيث يوجد في هذه الحالة للمتنازل لديه مدينان. المتنازل، والمتنازل له. ولذلك يمكن أن نسمى

(٢٠) قارن نص المادة ١٩ مكرر من نفس القانون والخاصة بالتأمين على الأشياء ذات المحرك، والتي تجمل للتصرف فيها أثر واقف لعقد التأمين.

التنازل في الحالة الأولى بالتنازل التام *la Cession parfaite* ، وفي الحالة الثانية بالتنازل الناقص ، أو التنازل الجمعي أو الضمي *la Cession imparfaite* ou *la Cession Cumulative*

ثالثا: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى موضوعه أو محله:

فقد ينصب التنازل على عقد ملزم للجانبين، حيث يتضمن تنازل عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد في آن واحد. وقد يكون التنازل موضوعه أو محله عقد ملزم لجانب واحد، بحيث يقتصر إما على حوالة حق أو على حوالة دين، حسبما إذا كان التنازل من جانب الدائن أم من جانب المدين. وستقتصر دراستنا في هذا البحث على دراسة التنازل عن العقد الملزم للجانبين نظرا لما يثيره من مشاكل عملية هامة.

٤ - خطة البحث:

ونحن نرى لدراسة التنازل عن العقد يجب أن تتبع خطة تتسم بالوضوح وبالبساطة حتى نستطيع أن نجمع عناصر هذه المشكلة المعقدة أو المركبة. وعلى ذلك تنقسم الدراسة إلى بابين:

الباب الأول: نطاق التنازل عن العقد.

الباب الثاني: أحكام التنازل عن العقد:

الباب الأول

نطاق التنازل عن العقد

نتناول في هذا الباب مشكلتين أساسيتين، في الفصل الأول، نعرض للتعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته القانونية، وفي الفصل الثاني: نعرض لتمييز التنازل عما يشته به من أنظمة قانونية.

الفصل الأول: التعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته القانونية.

في هذا الصدد يجب أن نقوم بدراسة وتحليل حالات التنازل عن العقد في مبحث أول، ونعرض بعد ذلك في المبحث الثاني للتنازل عن العقد بين التجزئة والوحدة.

المبحث الأول: عرض وتحليل لحالات التنازل عن العقد:

وحيث إن حالات التنازل عن العقد تتنوع وتتعدد، فإنه يجب أن نعرض لها أولا في القانون الخاص بصفة عامة، ثم بعد ذلك نقوم بتحليل عملية التنازل عن العقد ذاتها.

المطلب الأول: تنوع حالات التنازل عن العقد وتعددتها.

قد ظهر في الحياة العملية العديد من حالات التنازل عن العقد، لكن لم يكن ذلك نتيجة لدراسة سابقة أو تطبيق لنظام قانوني محكم، وإنما ظهر التنازل عن العقد ليستجيب لمتطلبات معينة فرضتها الظروف الاقتصادية أو الاعتبارات القانونية.

أولا: حالات التنازل في القانون المدني.

١- عقد التوريد: فمثلا إذا أبرمت مؤسسة زراعية عقدا مع إحدى شركات صناعة المعلبات تلتزم بمقتضاه بتوريد منتجاتها الزراعية وذلك خلال

مدة طويلة، ثم قد تم التصرف في المؤسسة الزراعية، أليس من المناسب في هذه الحالة أن يتم التنازل أيضا عن عقد التوريد، ويصبح المتصرف إليه مستفيدا من هذا العقد وملتزما به في نفس الوقت، أى أنه يحل محل البائع، ولذلك يصبح عقد التوريد، عندئذ، ملزما للشركة الصناعية (التنازل لديه) والمتصرف إليه، المالك الجديد للمؤسسة الزراعية (التنازل له)، وهذا يحقق استقرار الروابط العقدية ويسر في التعامل.

٢- عقد بيع عقار مقترن بقرض:

ومثاله أن شخصا يشتري عقارا، دون أن يكون معه رأس المال الكافى لتمويل هذا الشراء، ولذلك حاجته للاثتمان تصبح ضرورية، والوسائل القانونية لهذا الائتمان، كما نعرف، متنوعة للغاية.

لكن المثال الواضح والبسيط لمثل هذا الائتمان هو القرض. فيكفى أن يمنح أحد المقرضين، وعادة يكون بنكا، قرضا للمشتري وعن طريق مبلغ القرض يمكن المشتري أن يدفع الثمن للبائع. من الناحية القانونية فإن الأمر يتعلق بعقد بيع فوري، إلى جانب عقد آخر متميز عنه، وهو عقد القرض. أما من الناحية الواقعية، فهو لا يعدو أن يكون عقد شراء بالأجل، فمن طريق القرض، استطاع المشتري أن يجعل عبء تمويل شرائه مؤجلا، أى أنه استفاد بأجل معين فى سداد هذا المبلغ.

ولكن مما تجدر ملاحظته أن القرض لا يستنفد فكرة الائتمان أو يستغرقها أى لا يعتبر الوسيلة الوحيدة للائتمان. فالبيع بالأجل، والبيع مقابل مرتب مدى الحياة، والبيع مقابل دفع بعض الديون المؤجلة تسمح للمشتري بأن يؤجل تمويل شرائه للعقار. ولكننا للتبسيط، سوف نقتصر على أخذ

المثال البسيط والمعبر، وهو القرض التابع لعقد البيع.

والمشكلة تتلخص الآن في أن المشتري يريد أن يبيع هذا العقار، فهو يبحث عن شخص يشتري العقار وفي نفس الوقت يأخذ على عاتقه الوفاء بالقرض. وهذا يعنى أنه سيتعاصر مع عقد البيع تنازل عن عقد القرض. فيصبح القرض من الآن فصاعداً بين المتصرف إليه (المتنازل له) والمقرض (المتنازل لديه). لكن يبقى التساؤل قائماً حول: ١- إلى أى مدى تبرأ ذمة المشتري الأول (المتنازل) في مواجهة المقرض؟ ٢- ما هى حقوق وتأمينات المقرض (المتنازل لديه) في مواجهة المشتري الثانى (المتنازل له)؟ ٣- ما هى نوع العلاقة بين المشتري الأول (المتنازل) والمشتري الثانى (المتنازل له)؟

فى فرنسا تدخل المشرع بالمرسوم فى ٢٠ مايو ١٩٥٥ والخاص بالقروض المخصصة للبناء، والممنوحة عن طريق مؤسسة الائتمان العقارى، لينظم فى المادة التاسعة منه حالة إعادة بيع العقار المثقل برهن فى صالح الائتمان العقارى. وقد رتب هذه المادة، وبدون أى تدخل من جانب المقرض، ثلاثة آثار على هذا البيع:

- ١- تبرأ بقوة القانون ذمة المقرض الأول من التزاماته فى مواجهة المقرض.
- ٢- المتصرف إليه يحل بقوة القانون محل المقرض ويصبح هو المدين الجديد.
- ٣- تبقى التأمينات العينية قائمة وضامنة للوفاء بالقرض من المدين الجديد.

ويعتبر هذا النص مستحدثاً، ليس فقط لأنه ينظم حوالة الدين، التى لا يعرفها القانون الفرنسى، أو أنه يبرى ذمة المدين الأصلى بقوة القانون، وإنما لأنه سمح بهذا الحلول الكامل محل المدين فى العقد دون أدنى موافقة من الدائن، مؤسسة الائتمان العقارى. فهل يمكن تفسير ذلك، فى نطاق

القانون المدني، بأن هناك رضا مسبق من مؤسسة الائتمان العقاري ببراءة ذمة مدينه في حالة اعادة بيع العقار⁽¹⁾.

لكن خارج نطاق هذا النص، فإنه طبقا للقواعد العامة، وما يجرى عليه العمل، في حالة القرض المخصص لتمويل شراء عقار، نجد أن هناك شرطا ينص على الاستحقاق المبسر للقرض. وهذا الشرط يجرى عليه العمل لدرجة أنه أصبح شرطا مألوفا في هذا النوع من عقود القرض. فنجد أن عقد القرض ينص على أنه «في حالة تصرف المقرض في العقار المثلث بالرهن، فإن المبلغ الأصلي، والفوائد، والمصاريف وغيرها من التوابع تصبح مستحقة الأداء في الحال».

وعلى ذلك يترتب على بيع العقار المثلث برهن ضامن للقرض، ودون تدخل من جانب المقرض، ثلاث نتائج للحوالة الداخلية للدين، ولحق الرهن وللشرط الفاسخ المبسر:

١- يبقى المقرض الأول ملتزما بالدين، ومن ثم يستطيع المقرض أن يرجع عليه.

٢- وحيث إن القرض مضمون برهن يثقل العقار المتصرف فيه، فإن المقرض يستطيع تتبع العقار في يد المتصرف اليه (الحائز) للتنفيذ بدينه في حدود قيمة العقار.

٣- يصبح القرض مستحق الأداء في الحال.

وللتخفيف من هذه النتائج فإن العمل قد جرى على الالتجاء إلى وسيلتين: الأولى، تتعلق بالتنازل عن عقد القرض تنازلا تاما، بمعنى أن المقرض الأول تبرأ ذمته من القرض ويلتزم محله المتصرف إليه بسداد القرض

(1) V. Mazeaud, La vente d'un logement hypothèque en garantie d'un prêt à la Construction. Mélange Julliot de la Morandière 1964, p. 367.

ويكون للدائن حق مباشر في مواجهة هذا المدين الجديد، مع الاستفادة من التأمينات العينية المحمل بها العقار. والوسيلة الثانية، تتلخص في أن البنك يقبل التصرف في العقار دون أن يصبح القرض مستحقا في الحال، على أن يكون له حق مباشر في مواجهة المتصرف إليه الجديد إذا قبل هذا الأخير أن يأخذ هذا القرض على عاتقه، لكن دون أن يبرئ، مع ذلك، ذمة المقترض الأول. وقد يكون في ذلك مفاجأة للمقترض، وخاصة وأنه قد يعتقد أن بيع العقار وأخذ المتصرف إليه على عاتقه القرض سيؤدي إلى براءة ذمته من الالتزامات الناشئة عن القرض، ولذلك يكون من المناسب:

١ - إعلام المتصرف بكل هذه التفاصيل.

٢ - حتى يتسنى له أن يأخذ التأمينات اللازمة لضمان رجوعه على المتصرف إليه في حالة ما إذا اضطر إلى رد القرض الذي يقع على عاتقه خاصة وأن قواعد الوفاء مع الحلول قد تعرضه للمخاطر، كما أن امتياز البائع قد لا يحقق له الضمان الكافي^(٢).

ذهبت بعض أحكام القضاء^(٣) وجانب من الفقه^(٤) إلى أن أخذ

(٢) انظر في تفصيل ذلك

Ph Malaurie, op. cit, p. 39 et 40.

(٣) بعض أحكام القضاء ذهبت إلى أن تحمل المتصرف إليه بالمرتب مدى الحياة دون براءة ذمة الملتزم به يعتبر من قبيل الإنابة الناقصة وذلك حتى ينفي اعتباره تجديدا والبعض الآخر اعتبر التحمل بعقد 3, 5 juin 1970. rejet D. 1970. 727, Bull, civ. III, no 287 التزويد، دون براءة ذمة المدين الأول من قبيل حوالة الدين.

Com. 10 févr. 1975, Bull. civ. IV, no 38.

وفي حكم حديث قد قرر أن أخذ القرض والتحمل به، دون براءة ذمة المقترض الأول لا يعتبر تجديدا عن طريق تغيير المدين، مما قد يفهم منه أنه يعتبر كذلك إذا كان هناك براءة لذمة المقترض الأول.
Com. 8 Juill. 1975, Bull. civ. IV, no 195.

(٤) انظر بصفة خاصة

Dagot, La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire J.C.P. 1975. 1 - 2693

المتصرف إليه القرض على عاتقه يعتبر من قبيل الإنابة، الكاملة أو الناقصة، أو من قبيل التجديد عن طريق تغيير المدين مع الاحتفاظ بالتأمينات العينية، وقد انتقد الفقه بشدة هذا التكييف القانوني^(٥).

وفى نظرنا لا يمكن اعتبار هذا الاتفاق من قبيل الإنابة، حيث أن جوهر الإنابة هو عدم الاحتجاج بالدفع، ولهذا السبب تذهب غالبية الفقهاء إلى اعتبارها تصرفا مجردا^(٦)، على الرغم من أن القاعدة العامة في القانون المدني أن التصرف لا يكون صحيحا إلا إذا كان له سبب، وعلى سبيل الاستثناء، توجد بعض التصرفات المجردة، بحيث إن غياب السبب لا يؤثر على صحتها، ولا تعتبر باطلة حتى ولو أثبت خلوها من السبب.

ولا يهم كثيرا أن تكون الإنابة ناقصة، بمعنى أن المناب لديه لا يبرئ ذمة المنيب، فهذا أثر للإنابة تجاه المنيب دون أن يكون له أى تأثير على صحة الإنابة، خاصة فيما يتعلق بالعلاقة فيما بين المناب والمناب لديه^(٧).

وهذا يعنى أن تعهد المناب (المتصرف إليه الجديد) تجاه المناب لديه (المقرض) سيكون مستقلا عن العلاقة بين كل من المنيب بالمناب لديه (المقرض الأول بالمقرض) والمناب بالمنيب (المتصرف إليه الجديد) والمتصرف

(٥) أنظر فى النقد الحاسم لاعتبار هذا الاتفاق نوع من الإنابة

Ch - Larroumet, Thèse précitée, no/ 02.

ويعتقد نفس النقد والتعليل بالنسبة للتجديد.

(٦) أنظر على سبيل المثال

Marty et Raynaud, op. cit, no 842

B. Starck, Droit civil obligations, 1972, no 2376; H. Capitant. Mazeaud. Leçons de droit Civil. t. II, 1971, par M. De Juglart, no 1246; A. Rieg, in Rep. civ., 2eme éd. 1971, Vo Délégation, no 34.

(٧) أنظر المراجع السابق الإشارة إليها، وانظر عكس ذلك

Maury, in Rep. civ, 2e ed 1970 Vo Cause, no 179.

المحيل) مما يترتب على ذلك نتيجة جائرة، بحيث إذا كان القرض، لسبب أو لآخر، باطلا. أو البيع كان باطلا أو فسخ، فإن المتصرف إليه يبقى ملتزما بدفع القرض دون أن يتلقى أدنى مقابل.

قد يقال إن الانابة كتصرف مجرد ليس بالقاعدة الآمرة أو الملزمة، إذ يجوز للمتاب أن يعلم المتاب لديه صراحة بالسبب الذى دفعه للالتزام، أى أنه يجعل سبب التزامه فى مواجهة المتاب لديه الحق الذى منحه إياه المتيب. ونحن نعتقد أنه لا يكفى، لجعل الانابة، سببا، أن المناسب يخطر المتاب لديه صراحة بأن التزامه تجاهه سببه ما هو ملتزم به تجاه المتيب^(٨)، إذ، يبدو لنا، أنه من الوقت الذى يصبح فيه للإنابة سبب لاتعتبر بأية حال إنابة حقيقية.

كما لا يمكننا أن نسلم، من باب أولى، بأن هذا الاتفاق يعتبر من قبيل التجديد، حيث إن التجديد، بحسب تعريفه ووضعه، ينشئ التزاما جديدا، بعد انقضاء الالتزام الأصلي، بتوابعه، بينما هنا الأمر على خلاف ذلك حيث أن نفس الالتزام هو الذى ينتقل من المتصرف (المقترض) إلى المتصرف إليه.

بالإضافة إلى ذلك فإنه فى التجديد يحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمانات وصفات ودفع قد تختلف عن تلك التى كانت للالتزام الأصلي. فإذا اعتبرنا إن هذا الاتفاق تجديدا فإنه يلزم لنقل التأمينات الضامنة للوفاء بالدين أن يتم الاتفاق على ذلك وقت التجديد، وأن تراعى الأحكام المتعلقة بالشهر، وذلك حتى تنفذ فى حق الغير. أما إذا اعتبرنا أن الأمر يتعلق بالتنازل عن عقد القرض فإن من مقتضيات ذلك بقاء نفس التأمينات الضامنة

(٨) مع ذلك قارن

H. Capitant, op. cit., no 178, p. 384.

للعقود بالدين^(٩)، وذلك بشرط موافقة دائن (المقرض) على براءة ذمة المدين الأول.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا التردد وأصحف بقانون ١٦ يوليو ١٩٧١ فقرة ٢ إلى المادة ١٢٧٩ من التقنين المدني الفرنسي والمتعلقة بالتجديد والتي بمقتضاها سمح ببقاء التأمينات العينية، والامتيازات الضامنة للدين وذلك بشرط رضا المالك الجدد للمال المحمل بها وذلك لضمان تنفيذ التزام المدين الجديد^(١٠).

وفي مصر يرى الأستاذ الدكتور السنهوري، أن جولة الدين أفضل بكثير من التجديد، حيث إنها تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفعه لمصلحة كل من الدائن والمدين. ويقول أيضا «والواقع من الأمر إن التجديد لم يعد له، إلى جانب الحوالة مكان يذكر، فإن الحوالة تظني عليه ويؤثرها الناس في تعاملهم...»^(١١).

وقد جاء التقنين المدني المصري بنص خاص في هذه المسألة لأهميتها العملية. فقد نصت المادة ٣٢٢ مدني على أنه «١ - لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا إذا

(٩) انظر:

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil Français, 2e éd. t. VII 1954 par Radauant, no 1269, p. 675; et Comp. H. Mazeaud, la Vente d'un logement, op. cit, p. 367; Christian Pactet. De la réalisation de la novation, Rev. tr. dr. civ. 1975, 655, no 47.

(١٠) وقد أبدى M. Foyer تردده في قبول هذا الاصلاح، واعتبر أن هذا الأمر قد تم ارجحالا، حيث أن وضع النص بهذه الصورة وفي هذا المكان لا يتفق مع الحقيقة، إذا أن الأمر يتعلق بحوالة دين وليس متعلقا بالتجديد عن طريق تغيير المدين، ومع ذلك قد تم صياغة الفقرة بطريقة أخرى وقد تم اقرارها.

J. O Déb. Assem. Nat: 1971: 2827.

(١١) السنهوري، الوسيط، جزء ٣، ١٩٥٨، فقرة ٢٤٢ ص ٤٣٩.

كان هناك اتفاق على ذلك، ٢٥- فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع. تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يت برأى أعتبر سكوته إقرارا.

يجب أن نشير أولا إلى أن التقنين المدني المصري وضع الأمور في نصابها الطبيعي، ونص على حكم هذه المسألة بصدد تنظيمه لحوالة الدين وليس التجديد. وعلى ضوء هذا النص، فإنه لكي يتم التنازل عن عقد القرض من البائع إلى المشتري بالتبعية لبيع العقار، المحمل برهن ضامن لهذا القرض، يجب الاتفاق على ذلك. وهذا لا جديد فيه، حيث إن التنازل لا يفترض، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض التنازل عن القرض المضمون بالرهن، بل لا بد من أن يكون هناك اتفاق خاص على هذا التنازل.

لكن إذا تم الاتفاق على التنازل عن عقد القرض بين البائع والمشتري، أي بين المتنازل والمتنازل له، ثم سجل عقد البيع، وتم إعلان التنازل من البائع أو المشتري إعلانا رسميا للدائن، ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يقر التنازل أو يرفضه في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر من وقت إعلانه بالتنازل، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر المتنازل أو يرفضه، اعتبر سكوته إقرارا بالتنازل لا رفضا له، وذلك خلافا للقواعد العامة في صدد حوالة الدين.

ويسر الخروج على القواعد العامة في هذا الصدد، اعتبارات عملية، فمن المصلحة، بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشتري، وأصبح ملزما بالدين عينيا بحكم ملكيته للعقار، أن ينتقل الدين إلى ذمته حتى تتفق مسؤوليته الشخصية مع مسؤوليته العينية. ومن ثم شجع النص على الوصول

إلى هذه النتيجة، بأن تولى تحديد ميعاد، ليس بالطويل، يكون انقضاءه مع سكوت الدائن إيذانا بإقرار التنازل لا برفضه^(١٢).

ويكون إقرار الدائن بالتنازل صريحا أو ضمنيا، كما لا يشترط فيه شكل خاص. ويكون إقرار الدائن للتنازل إقرارا ضمنيا إذا استوفى الدين أو جزء منه من المتنازل له دون تحفظ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه المدين. ويثبت إقرار الدائن بالتنازل بجميع الطرق، وفقاً للقواعد العامة، لأنه تعبير على الإرادة، فهو تصرف بالإرادة المنفردة.

والقاعدة أن الدائن حر فى إقرار التنازل أو رفضه، فإن أقره انتقل بالنسبة إليه ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات من ذمة المدين الأصلي (التنازل)، إلى ذمة المتصرف إليه (التنازل له). وأن رفضه فإن ذمة المدين الأصلي (التنازل) لا تبرأ فى مواجهته، ويبقى مسئولاً بالمدين أمامه.

وعلى ذلك فإن التنازل عن عقد القرض ينعقد بمجرد التراضى بين المتنازل (البائع) والمتنازل له (المتصرف إليه) وذلك قبل إقرار الدائن له. فالإقرار الذى يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كامل التكوين لا يساهم الإقرار فى تكوينه، بل كل ماله من أثر هو أن يجعل هذا العقد نافذاً فى حق الدائن. ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل، فيكون له أثر رجعى يستند إلى وقت انعقاد التنازل لا إلى وقت صدور الإقرار.

ومتى صدر إقرار الدائن على النحو الذى سبق بيانه، أصبح التنازل نافذاً

(١٢) أنظر فى تفصيل ذلك، السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٣١٩ ص ٥٧٢، ٥٧٣ وانظر المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٣٢٢ مدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية، ٣ ص ١٦١، ١٦٢.

فى حقه، وانتقل عقد القرض، بما يرتبه من حقوق وما ينشئه من التزامات، من المتنازل (المصرف) إلى المتنازل له (المصرف إليه) ويترتب على التنازل النتائج الآتية:

١- براءة ذمة المدين الأصلي المصرف (المتنازل).

٢- يحل محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات المصرف إليه (المتنازل له).

٣- تبقى التأمينات العينية ضامنة للوفاء بالدين (القرض). كما أن الدين ينتقل بكل صفاته ودفعه.

أما إذا رفض الدائن إقرار التنازل عن العقد، فى هذه الحالة، لا يكون التنازل نافذا فى حقه، ومن ثم لا تترتب الآثار السابقة، بحيث يبقى المدين الأصلي ملتزما بالدين التزاما شخصيا، والمصرف إليه يصبح مسؤولا عينيا عن الدين، باعتباره حائزا. ولا تتحقق الفوائد العملية المبتغاة من التنازل. ولهذا السبب رأينا المشرع قد توسع فى حالات إقرار الدائن للتنازل فى هذه الحالة بالذات كما سبق بيانه.

٣- بيع عقار تحت التشطيب:

وهذا يتعلق بالفرض التالى، أن يقوم شخص بشراء بناء لم يكتمل بعد، وينبغى الانتهاء من بنائه خلال فترة معينة. وقبل أن يتم البناء يتنازل المشتري عن عقده^(١٣). وقد يرجع ذلك لأسباب مختلفة، كما لو أنه لم يحسن تقدير نطاق التزاماته بالمقارنة لموارده، أو أنه قد حدث تغيير فى حياته العائلية أو المهنية .. الخ.

(١٣) إذا تم التنازل عن العقد بعد تمام البناء فنحن نكون بصدد الفرض السابق، والمتعلق ببيع العقار

المقترن بعقد قرض، انظر نص المادة ٤/١٦٠١ من القانون المدنى الفرنسى، والمادة ٣/١٨٣١

مدنى فرنسى.

والأمر هنا يتعلق بالتنازل عن عقد ملزم للجانبين، حيث توجد التزامات متقابلة، فالمشتري ينبغي عليه أن يدفع الثمن، والمتعاقد الآخر (وهو هنا المقاول وفي نفس الوقت البائع) ينبغي عليه أن يتم البناء ويقوم بتسليمه. وهذا العقد قد يكون بيعا لأجل، أى أن الملكية لا تنتقل إلا بعد تمام البناء، وينتج هذا البيع آثاره بأثر رجعى، أى من يوم البيع (انظر المادة ٢/١٦٠١ مدنى فرنسى La vente à terme) وقد نصت هذه المادة على أن «عقد البيع لأجل، هو العقد الذى يمقتضاه يلتزم البائع بتسليم البناء عند الانتهاء منه، كما أن المشتري يلتزم باستلامه ودفع الثمن فى التاريخ المحدد للتسليم. وتنتقل الملكية بقوة القانون من وقت الإقرار الرسمى للانتهاء من العقار، وينتج هذا العقد آثاره بأثر رجعى من وقت البيع».

وقد يكون هذا العقد بيع للبناء فى حالته المستقبلية والمكتملة La vente en l'état Futur d'achèvement وفى هذه الحالة فإن ملكية الأرض والبناء الموجود تنتقل بمجرد التعاقد، أما ما يتم بناؤه فى المستقبل فتنتقل ملكيته بالتدريج. لكن يبقى هناك تساؤل له أهميته، ما هى طبيعة الحقوق المتنازل عنها؟ هل هى حقوق منقولة أم حقوق عقارية؟

وحيث إن الحقوق المتنازل عنها من المتنازل لها نفس الطبيعة التى اكتسبها من البائع، وعلى ذلك فتحديد الطبيعة القانونية لحقوق المتنازل لها أهميتها فى معرفة طبيعة حقوق المتنازل له، وهل هى عقارية أم منقولة؟

وهذا التساؤل ليس له أهمية نظرية فحسب، بل إنه يترتب عليه نفس النتائج التى تترتب على التفرقة بين العقار والمنقول، سواء من حيث قواعد الشهر، والتى يختص بها كقاعدة عامة العقار، والتأمينات العينية، وخاصة الرهن الرسمى والاختصاص، حيث إنهما لايردا إلا على عقار، والأهلية المطلوبة للتصرف فى العقار تختلف عن الأهلية المطلوبة للتصرف فى

المنقول، وكذلك من حيث الحجز أو التنفيذ، فإن الحجز والتنفيذ على عقار يختلف عنه في المنقول، وبعض النصوص الخاصة بالغبن، فهي تتعلق كقاعدة عامة بالعقار.

وبالنظر إلى هذا العقد، نجد أن من آثاره نقل ملكية حصة المتنازل في الأرض والجزء المقام من المبنى إلى المتصرف إليه، وليس هناك أدنى شك في أن هذه الحقوق تعتبر حقوقا عقارية. وعلى ذلك فإذا تنازل المتنازل عن حقوقه، فإنه يكون من بين محل عقد التنازل حقوق عقارية، بما تمثله الأرض والجزء المقام من المبنى لحظة التنازل. لكن يجب أن نلاحظ أن لعقد البيع الأول محلا آخر، غير الأرض والجزء الذى يتم بناؤه، وهو التزام البائع (المقاول) بتشييد البناء - ولهذا فإن المشتري (المتنازل) ليس له أى حق عينى على البناء الذى لم يوجد بعد، ومن ثم فليس للمتنازل له حق إلا بقدر ما للمتنازل. فللمتنازل أن يطالب البائع (المقاول) بتنفيذ التزامه بالقيام بالعمل الذى تعهد به فقط.

وعلى ذلك فإن الأمر يتعلق، إلى جانب الحقوق العقارية، بالتزام بعمل، والذى هو فى جوهره دائما التزام منقول *une obligation mobilière* حتى الالتزام بعمل ولو كان يتعلق بعقار فإنه يعتبر أيضا منقولا، حيث إن محله عمل إنسان وليس الشيء نفسه. ومثل ذلك التزام المهندس المعماري، الذى يلتزم ببناء منزل، حيث إنه لا يلتزم الا بسلسلة من الأعمال^(١٤). وبناء عليه فإذا تنازل المتنازل للمتنازل له عن حقه فى الزام المتنازل لديه بتشييد البناء فإنه يكون قد تنازل له عن حق منقول.

(14) Planiol et Ripert, op. cit., t. III 2e èd, 1952. par Picard, no 94.

وهكذا فإننا نجد أن المتنازل قد تنازل للمتنازل له عن حقين: أحدهما ذو طبيعة عقارية (الأرض والجزء الذى تم بناؤه)، والآخر ذو طبيعة منقولة (حقه فى الزام المقاول بتشبيد البناء). وقد انقسم الفقه إلى فريقين بصدد هذا الوضع:

فبعض الفقهاء يرى أن نقطة البداية الصحيحة للتحليل القانونى هى أن طبيعة الحقوق محل التنازل تتطور تبعاً لتقدم العمل، فهذه الحقوق تصبح أكثر فأكثر حقوقاً عقارية.. فعندما يكون العمل مازال فى البداية فإن هذه الحقوق تكون حقوقاً ذات طبيعة منقولة، حيث إن الأساس يتمثل فى إمكانية المطالبة بتنفيذ العمل المطلوب، أى أن الالتزام بعمل هو الذى يكون العنصر الأهم. وبالعكس إذا كان قد تم إنجاز جزء مهم من العمل، كأن يكون البناء قد اكتمل تقريباً، فإن الحقوق تكون ذات طبيعة عقارية، حيث أن نقل الملكية هو الذى يكون العنصر الأهم. وعلى ذلك فإن الحقوق المتنازل عنها ستكون حقوقاً مختلطة *des droits mixtes* (فهى فى نفس الوقت منقول وعقار) وهى أيضاً حقوق تطويرية *évolutifs* وبمعنى أنها تصبح أكثر فأكثر حقوقاً عقارية كلما تقدم فى تنفيذ العمل^(١٥).

ويترتب على هذا التحليل نتيجتان: الأولى، خاصة بامتياز المتنازل، والأخرى، خاصة بالغبن. فبالنسبة لامتياز المتنازل فإن طبيعة هذا الامتياز تتوقف على طبيعة الحق المتنازل عنه. فإذا كان موضوع التنازل حقوقاً عقارية فإن المتنازل يستفيد من امتياز بائع العقار، أما إذا كان موضوع التنازل، حقوقاً منقولة، فإن المتنازل لا يستفيد إلا بامتياز بائع المنقول، وما

(15) J. M. Durand, La Cession de droit résultant d'une vente d'immeuble à construire rapport présenté à journée de versailles du Guidon, Paris nov. 1976.

يترتب عليه من اصطدام حقه في التتبع بقاعدة الحيابة في المنقول بحسن نية تعتبر سند الحائز^(١٦).

ولذلك يقترح أصحاب هذا الرأي تجزئة الثمن الواجب دفعه في الأجل المضروب، فيخصص جزء للنق العقارى وجزء يقابل الحق المنقول. وذلك لأن الامتياز الضامن للجزء الأول يوجد فيه حق التتبع، أما بالنسبة للامتياز الضامن للجزء الثانى لا يوجد فيه هذا الحق. وقد استشعر أصحاب هذا الرأى الخطر الذى يمكن أن يتعرض له المتنازل، حيث إنه قد يحرم من ضمان عينى فعال فى مواجهة المتنازل له، وعلى ذلك فليس أمام المتنازل إلا الحصول على رهن رسمى على العقار المتنازل عنه.

أما بالنسبة للغبن، فهذا الرأى يسمح بقبول الدعوى، لكن يرى بالنسبة لتقدير الغبن ينبغى ألا يؤخذ فى الاعتبار إلا ثمن المتنازل، وذلك لمقارنته بقيمة الأموال الموجودة وقت المتنازل.

ونحن نرى أن هذا التحليل لا يستقيم مع القواعد العامة، كما أن تجزئة الثمن على النحو السابق تؤدي إلى تعقيد الأمور أكثر من تبسيطها أو حلها. والاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء، فى فرنسا ومصر، عندما يكون هناك اتفاق مركب، لا يميل إلى تجزئة العقد واخضاعه لقواعد قانونية مختلفة، وإنما يحاول جاهدا أن يعطى للعقد تكييفاً واحداً، يفرضه مضمون العقد، وذلك عن طريق البحث عن العنصر الأساسى فيه. ومثال ذلك الهبة مع تكليف، وهل هى عقد تبرع أم عقد معاوضة؟ فالأصل أنها عقد تبرع مالم تكن قيمة التكليف كبيرة بحيث تقترب من قيمة الشئ الموهوب. ومن ثم

(١٦) أنظر نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢، فقرة ١٨٩، ص ٢٣٠، وفقرة ٢٢٨ ص ٢٤٠. وفى فرنسا انظر الخلاف حول مدى تمتع بائع المنقول بحق التتبع الناشئ عن الامتياز من عدمه

Marty et Raynaud. op. cit, t. III, no 442.

فإن عنصر العرض يجب هنا نية التبرع، فيكون عقد معاذرة. فالمعيار هو إما هذا العنصر أو ذاك، وليس العنصرين معا.

فإذا طبقنا هذا المعيار على تنازل المشتري لعقار تحت التشطيب عن عقده، نجد أن الالتزام الأساسي هو نقل الملكية، فالحق الأساسي للمشتري (المتنازل)، وبالتالي للمتنازل له، يعتبر حقا عقاريا وبصفة خاصة، وأنه ينصب في جزء منه على الأرض. ونحن نعلم ما للأرض من اعتبار أساسي في نظرية التبعية، منذ أيام الرومان، فمنها القاعدة التي تقضى «بأن كل ما على الأرض يتبع لها»

"tout ce qui est sur le sol relève de sol"

"Superficies solo cedit"

والقاعدة التي تقضى بأن «كل ما يقام على الأرض يتبعها»

"tout ce qui édifié appartient au sol"

٤ - عقد شراء السيارة المحجوزة:

وتتلخص هذه الحالة في أنه في حالة زيادة الطلب على العرض في بعض السلع، مثل السيارات، فإن شركات بيع السيارات تلجأ إلى البيع عن طريق الحجز. وتقتصر مدة الحجز أو تطول بحسب تناسب العرض مع الطلب أو تفاوته. وفي أثناء فترة الحجز قد يعين للمشتري أن يبيع السيارة المحجوزة لسبب أو لآخر. وبيع السيارة المحجوزة لا يعدو أن يكون تنازلا عن عقد الشراء، بما يتضمنه من حقوق والتزامات. وعلي ذلك يحل المتنازل له محل المشتري (المتنازل) فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع (المتنازل لديه) وبما في ذلك الأولوية. وهذه الصورة من التنازل شائعة في الحياة العملية. لكن يبقى التساؤل قائما ما هي القواعد التي تحكم هذا التنازل؟؟ تجيب محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها «بأن الأمر يتعلق

بحوالة حق . ومن ثم يجوز حوالة الحقوق الناشئة عن طلب حجز السيارة .
وينتقل الحق المحال به بمجرد انعقاد الحوالة .

« إذا كان طلب حجز السيارة المقدم من الطاعنة قد أنشأ لها
حقا قبل الشركة الموزعة من شأنه أن يجعل لها أسبقية لحجز
التالية، بحيث يكون حقها شراء السيارة عند موافقة الشركة المنتجة
علي طلبها، وكذلك استرداد مقدم الثمن الذي دفعته بموجب
ايصال الحجز في حالة عدم موافقة الشركة المذكورة، علي الطلب أو عدولها
هي عنه، كما أن لها الحق في الرجوع على الشركة الموزعة بالتعويض إذا
هي رفضت تسليمها السيارة رغم قبول الشركة المنتجة للطلب . وهي
جميعها حقوق يصح أن تكون محلا للتعامل وتقبل التنازل عنها بطريق
حوالة الحق .

« ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الاتفاق تضمن
تنازل الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة
ذاتها وأن المطعون عليه يصبح مالكا لها عند استلامها من الشركة،
فإن الاتفاق على هذه الصورة هو حوالة حق وبمقتضاه ينتقل الحق المحال به
من الطاعنة إلى المطعون عليه بمجرد انعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها في
حق الشركة المنتجة وهي المحال عليها لا يغير من ذلك أن الحق في شراء
السيارة لم يوجد بعد عند ابرام الاتفاق أو أنه معلق على شرط قبول الشركة
المنتجة لطلب الحجز لأنه تجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق
المستقبل^(١٧) .

وواضح من هذا الحكم أن محكمة النقض لم تقطع بتكييف قانوني

(١٧) نقض مدني في ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٧٣٢ .

معين بالنسبة «لطلب الحجز». كما أن محكمة النقض لم تفصح عن مصير التزامات الحاجز قبل الشركة، فهل تبقى على عاتقه رغم حوالة حقوقه؟ وهل يجوز الفصل بين الحقوق والالتزامات في اتفاق يشكل وحدة واحدة؟ وعلى فرض أن الالتزامات قد انتقلت أيضا إلى المتنازل له عن طريق حوالة الدين، فهل تبرأ ذمة المتنازل بمجرد التنازل أم أنه يبقى مسئولاً أمام الشركة إلى جانب المتنازل له؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل المتنازل يعتبر هنا مدينا أصليا إلى جانب المدين الجديد وبالتالي يكون للشركة مدينان؟ وهل هذان المدينان متضامنان؟ وما هو مصدر هذا التضامن؟ وإن لم يكن الأمر كذلك فهل يعتبر المتنازل هنا ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزامه؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب فما هو مركز هذا الضامن؟ هل هو كفيل؟ أم يقع عليه مجرد التزام بالضمان؟ وما هو مصدر هذا الالتزام؟

كل هذه تساؤلات تكشف عن قصور فكرة الحوالة، عند تطبيقها على التنازل عن العقد، كما أن هذه التساؤلات تكشف أيضا عن تعقد مشكلة التنازل عن العقد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن ما يصدق على السيارة يصدق على أي نوع من أنواع السلع المعمرة أو غيرها^(١٨). كما نجد أنه يتحقق للمتنازل فائدة مزدوجة في أن يتنازل عن العقد من أن يعيد بيع هذه السلع. ففي حالة إعادة بيع السلع التي لم تسلم بعد، قد يتعرض المشتري لمخاطر عدم التنفيذ من جانب، ومن ثم فهو البائع يعجز عن تنفيذ التزامه بتسليم السلعة، وتكون نتيجة ذلك أن يلتزم بتسليم المتصرف إليه السلعة على نفقته الخاصة، وذلك لأن عدم تنفيذ البائع لا يعتبر سببا أجنيا يعفيه من مسؤوليته في

(18) Civ. 3 juil 1827. S. 25. 27. 1. 631 Cie: 6 mai 1857, D. P. 57. 1.

مواجهة المتصرف اليه. بينما على العكس من ذلك في حالة التنازل عن العقد، فإن المتنازل لا يلتزم بضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه، كما أن المتنازل ليس ضامنا للعيوب الخفية في السلعة التي ستسلم من المتنازل لديه الى المتنازل له. فالمتنازل لا يضمن إلا وجود العقد وصحته، وقابليته للتنازل. وهذا ما يؤكد أن المتنازل لا يعتبر مجرد بيع عادي كما يعتقد كثير من الفقهاء.

والقانون المدني حافل بكثير من تطبيقات التنازل عن العقد، منها على سبيل المثال، لا الحصر، التنازل عن عقد المعاولة، التنازل عن عقد الوعد بالبيع، التنازل عن عقد الوكالة. وغير ذلك من حالات التنازل التي يخطئها الحصر.

١- بيع المصنع أو المتجر وإبقاء الإيجار للمشتري:

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ من التقنين المدني على أنه «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق».

فهنا يبيح القانون للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار لغيره، بالرغم من وجود الشرط المانع، وبالرغم من عدم تنازل المؤجر عن هذا الشرط صراحة أو ضمنا - ففي هذه الحالة نجد أنه لا يتصور بيع المصنع أو المتجر دون أن يتنازل البائع عن عقد إيجار العقار للمشتري، لأن شراء المصنع أو المتجر دون بقاءه في العقار الذي أنشئ فيه يعرض المشتري لخسارة كثير من عملاء المصنع أو المتجر. واستجابة لهذه الاعتبارات العملية أجاز القانون للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار للمشتري، على الرغم من وجود شرط مانع، إذا كان

هناك ضرورة ملجئة لذلك، وإذا لم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق وقدم المشتري ضمانا كافيا^(١٩).

وجاء القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى مادته ٢٠ لينظم بيع الجدك، فنصت على أنه «يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز له فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال، بعد خصم قيمة المنقولات بالعين. وعلى المستأجر قبل إبرام الاتفاق إعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصوصا منه نسبة الـ ٥٠٪ من الثمن المشار إليه خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار ايداعا مشروطا بالتنازل عن عقد الايجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الاعلان».

«وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشتري بأن يؤدي للمالك مباشرة نسبة الـ ٥٠٪ المشار إليها».

وطبقا لهذا النص فإن المستأجر الأصلي لمحل تجارى أو مصنع، إذا قامت بالنسبة له ضرورة ملجئة يضطر بسببها إلى بيع المتجر، يستطيع أن يبيع هذا المحل أو المصنع بشرط أن يستعلم من مالك العقار عما إذا كان يرغب فى أن

(١٩) انظر نقض مدنى فى ١٢/٢/١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩، ص ٥٥٨ ونقض مدنى فى ٦/١٢/١٩٧٨، نفس المجموعة، ص ١٨٥٩، نقض مدنى فى ٣/١/١٩٨١ طعن رقم ١٠٧ لسنة ٥٠ ق مجله ادارة قضايا الحكومة، ابريل - يونيو ١٩٨١ ص ١٥٧، وانظر نقض مدنى فى ١٤/٢/١٩٨٣ الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٤٨ق، مجلة خريجي حقوق الاسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ١٢٩ حيث قضت بأنه لا محل لاعمال هذا النص فى حالة تأجير الجدك من الباطن. وانظر نقض فى ٧/٤/١٩٨٣، الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥٢ق، نفس المجلة، ص ١٣٢ وأيضاً حكمها فى ٢٨/٤/١٩٨٣ الطعن رقم ١٨ لسنة ٤٧ق، نفس المجلة ص ١٣٧، ١٣٦.

يشترى هو المتجر أو المصنع بنصف الثمن المعروض على المستأجر، بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين، فإذا لم يكن المالك راغباً في الشراء فإن المستأجر يستطيع أن يبيع للمشتري الذي تقدم للشراء بشرط أن يعطى المالك ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل، بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين.

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ لتبين الإجراءات الواجبة الاتباع في هذه الحالة. لكن الذي يهمنا في هذا الصدد هو أن يبيع المحل التجارى أو المصنع لابد، وأن يتضمن تنازلاً عن الإيجار. وعلى ذلك فإن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يجيز في مادته ٢٠ التنازل عن عقد الإيجار في حالة بيع المحل التجارى أو المصنع، بمعنى أن المشتري (المتنازل له) سيحل محل البائع (المتنازل) فيما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات، وذلك إذا توافرت الشروط الواردة في النص.

ثانياً: حالات التنازل في قانون الإيجار:

١- بقاء عقود الإيجار بالرغم من التصرف في العقار المؤجر:

تنص المادة ٦٠٤ من القانون المدنى على أنه «١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية» ٢- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه».

ثم جاء القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لينص في المادة ٣٠ منه على أنه «استثناء من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدنى تسرى عقود الإيجار

القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية» .

وليس هناك معنى لهذه النصوص إلا إذا كان هناك تنازل عن عقد الإيجار من المالك القديم إلى المالك الجديد قد فرضه القانون، وذلك لأن نفس عقد الإيجار بما يرتبه من حقوق والتزامات هو الذى يستمر ويحكم العلاقة فيما بين المالك الجديد والمستأجر^(٢٠) .

وهذا يعتبر مثل واضح للتنازل القانونى عن العقد. فالتنازل هنا قد فرضه القانون، حيث إن التصرف فى العقار المؤجر لا يترتب عليه إنهاء عقود الإيجار، وإنما القانون يفرض بقاء هذه العقود مع المتصرف إليه، المالك الجديد، ومن ثم فإن التنازل عن العقود قد فرض على المؤجر والمستأجرين، ولا يملك المتصرف إليه استبعاد هذا التنازل. وعلى إثر هذا التنازل القانونى يصبح طرفا عقد الإيجار، المالك الجديد والمستأجر، ودون تغيير فى بنود العقد.

ويلاحظ هنا أن التنازل لم يكن موضوعا مباشرا للاتفاق، وإنما فرض بالتبعية لتصرف آخر، كما أن التنازل عن العقد لم يكن من التوابع الضرورية لبيع العقار المؤجر وإنما فرضه القانون لتحقيق نوع من استقرار الروابط العقدية بالنسبة للمستأجرين. وحسب التعبير المستعمل فى القانون الايطالى، فإن المركز التعاقدى لم ينتقل نتيجة اتفاق الطرفين، وإنما تم بقوة القانون.

(٢٠) نجد أن معظم التشريعات تعرف تنظيمًا مشابه، أنظر نص المادة ١٧٤٣ مدنى فرنسى، والمادة ٥٧١ من التقنين المدنى الألمانى، والمادة ٢٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى. وانظر فى التطور التاريخى لهذا النص السنهورى، الوسيط، جزء ٦، ١٩٦٣، فقرة ٤٣٦ وما بعدها ص ٦٣٣ وما بعدها.

٢- تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر:

تنص المادة ٣/٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ السابق الإشارة إليه، على أنه «في البلد الواحد يجوز تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر وذلك في البلاد وبين الأحياء وطبقا للحالات ووفقا للقواعد والشروط والإجراءات والضمانات التي يحددها قرار من وزير الإسكان والتعمير»^(٢١).

وقد أوردت اللائحة التنفيذية للحالات التي يجوز فيها تبادل الوحدات السكنية بالتطبيق للفقرة الأخيرة من المادة ٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، فنصت المادة ٣ من هذه اللائحة على الحالات الآتية:

أولا: بعد موقع العمل الأصلي لكل من المستأجرين راغبي التبادل عن محل إقامته على نحو يترتب عليه إذا ما تم التبادل بينهما توفير الوقت والتخفيف من استعمال وسائل المواصلات.

ثانيا: مقتضيات الحالة الصحية لأي من المستأجرين راغبي التبادل أو كليهما إذا كانت تستلزم انتقاله إلى مسكن آخر أكثر ملاءمة لظروفه الصحية.

ولا تثبت هذه الحالة إلا بتقرير قاطع من اثنين من الأطباء المتخصصين يتضمن بيانا تفصيليا بالحالة الصحية للمستأجر، وما تقتضيه من تغيير لمسكنه بسببها.

ثالثا: تغير الظروف الاجتماعية للمستأجرين الراغبين في التبادل أو لأحدهما مثل: تغيير حجم الأسرة ما يترتب عليه من ضيق أو اتساع في المسكن الذي تشغله.

ويكون التبادل في الحالة المبينة في أولا وفيما بين مدن كل إقليم من

(٢١) قارن نص المادة ٧٩ من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ في فرنسا

Vo. P. Raynaud, Cours D. E. A. Précité p: 95 et ٩.

وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٧/١٠/٤ بعدم دستورية هذا النص (القضية رقم ٧ لسنة ١٩ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٤٢ في ١٦ أكتوبر ١٩٩٧).

الأقاليم الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧. ويكون التبادل فى الحالين المذكورين فى ثانيا وثالثا فى عواصم المحافظات وغيرها من البلاد التى تسرى فيها أحكام الباب الأول من القانون المشار إليه سواء فى عقار واحد أو بين عقار وآخر داخل البلد الواحد.

ويشترط فى جميع الأحوال الإجراء التبادل:

١- وفاء كل من المستأجرين الراغبين فى التبادل بجميع التزاماته المالية الناشئة عن عقد الإيجار قبل البدء فى إجراءات التبادل.

٢- يشترط أن يكون قد انقضى على إقامة كل من المستأجرين فى سكنه سنة كاملة على الأقل سابقة على البدء فى تلك الإجراءات وذلك فى غير حالة التبادل بسبب مقتضيات الحالة الصحية.

ويبقى المستأجران ضامنين متضامنين كل منهما للآخر فى جميع الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الإيجار فى مواجهة الملاك لمدة ستين من تاريخ اتمام التبادل (م٤).

وتبدأ الإجراءات بأن يحرر المستأجران راعبا التبادل خمس نسخ من النموذج الخاص بذلك والمرفق بهذه اللائحة، ويخطر المستأجران كلا من ملاك العقارين المراد التبادل فىهما بنسخة من هذا النموذج موقع عليه منهما ومرفق به المستندات الدالة على صحة ما يتضمنه من بيانات وذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، وعلى كل من الملاك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره برغبة المستأجرين ابلاغهما بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول برأيه فى طلباتهم، ويعتبر انقضاء هذه المدة دون رد من المالك بمثابة رفض منه للتبادل (م٥).

وتبادل الوحدات السكنية يتضمن بالضرورة تنازل كل من المستأجرين راعبى التبادل عن عقد الإيجار الخاص به للمستأجر الآخر وذلك

بعد رضاء الملاك أو صدور حكم من القضاء بالتبادل ويخطر كل منهما الملاك بذلك بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول ويلتزم كل من الملاك خلال خمسة أيام من تاريخ اخطاره بهذا التنازل بتسليم عقد إيجار محرر منه للمستأجر والذي تم التنازل اليه بذات شروط عقد المستأجر المتنازل (م٦).

فإذا ما توافرت الشروط اللازمة للتبادل ورفض بعض الملاك أو كلهم صراحة أو ضمنا اجرائه، يقوم الحكم الصادر لصالح المستأجرين مقام العقد اللازم لإثبات التبادل طبقاً لأحكام المادة السابقة (م٧).

ونجد أن هذا التنظيم القانوني للتنازل عن العقد يتميز بعدة مزايا:

١- قد حدد القانون نطاق هذا التنازل ومقتضياته.

٢- قد نص هذا التنظيم صراحة على أن يبقى المستأجران ضامنين متضامنين كل منهما للآخر في جميع الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الإيجار في مواجهة المتنازل لديهم (الملاك) ولمدة سنتين من تاريخ اتمام التبادل. لكن مازال التساؤل قائماً حول طبيعة هذا الضمان، فهل يعتبر المستأجران مدينين متضامنين؟ أم أن يكون كل منهما كفيلاً متضامناً للآخر؟؟ أم أن يكون هناك التزام بالضمان على عاتق كل منهما؟

٣- بيان الإجراءات الواجبة الاتباع لإجراء التبادل. مع ملاحظة أن عقد التبادل عقد رضائي، وبالتالي عدم إفراغه في النموذج الخاص لا يترتب عليه بطلان هذا العقد^(٢٢).

٤- إن جعل رضاء المالك شرط لقيام التنازل وليس مجرد شرط لنفاذه.

(٢٢) انظر نقض مدني الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٥١ جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ منشور في مجلة خريجي حقوق الاسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ١٢٠.

وفي نفس الوقت وضع الضمانات لعدم تعسف الملاك في استعمال حقهم في الموافقة على التنازل، وذلك بأن جعل حكم القاضى لصالح المستأجرين يقوم مقام العقد اللازم لاثبات التبادل، وقيام التنازل، وذلك في حالة ما إذا توافرت الشروط اللازمة للتبادل ورفض مع ذلك، بعض الملاك أو كلهم صراحة أو ضمناً، اجرائه، أى عدم رضائهم بالتنازل.

٥- التأكيد على أهم مزايا التنازل وهو بقاء العقد المتنازل عنه بنفس شروطه دون أدنى تغيير.

٣- انتقال عقد الايجار إلى من يقيم مع المستأجر عند وفاته أو تركه للعين:

المبدأ فى القانون المدنى أنه «لا ينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ما لم يطلب ورثة المستأجر إنهاء العقد» (م ٦٠١ مدنى). وإذا لم يعقد الايجار بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد» (م ٦٠٢ مدنى).

وواضح أن هذا المبدأ يتفق مع المبادئ العامة فى القانون المدنى. فمن ناحية، نجد أن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، وما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعاقد أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام (م ١٤٥ مدنى) وعلى ذلك فإن أثر عقود السلف تنصرف إلى الخلف العام، فتنتقل اليهم بوفاء السلف حقوقه والتزاماته. فالخلف العام ليس من الغير بالنسبة لعقود سلفه. ومن ناحية أخرى، نجد أن قاعدة انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام ليست قاعدة مطلقة، بل ترد عليها عدة

استثناءات، منها أن العقود التي يكون لشخص العاقد فيها اعتبار خاص لا تنصرف آثارها إلى ورثته (مثل الوكالة م ٧١٤ مدني، والشركة م ١/٥٢٨ مدني)^(٢٣).

ولكن الجديد هو ما جاء في نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حيث أنها تنص على أنه «مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون، لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقي فيها زوجة أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسب أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل»^(٢٤).

«في جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق في الاستمرار في شغل العين ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريقة التضامن بكافة أحكام العقد».

«إذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو

(٢٣) انظر في تطبيق هذه المبادئ بطريقة مفصلة حكم محكمة النقض في ١٦/٦/١٩٧٩ مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٣٠ العدد ٢ ص ٦٥٢، وقارن حكمها في ١٩٧٩/٤/٧، نفس المجموعة ص ٥٥.

(٢٤) وهذا النص يقابل نص المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩. مع بعض التعديل في الصياغة، وذلك لحسم ما تار من خلاف حول الصياغة السابقة. وانظر تفسير محكمة النقض للنص السابق حكمها في ١٩٧٩/٤/٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٣٠ العدد ٢ ص ٢١، وانظر في تفسير النص الحالي نقض مدني الطعن رقم ٦٣٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١٧ مجلة خريجي حقوق الاسكندرية ابريل ١٩٧٩ ص ٩٨.

حرفى فلا ينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال.

وهذا النص يجب القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى، ويتجاوزها بكثير من حيث الأحكام الجديدة الواردة فى هذا الصدد. وهذه الأحكام الجديدة جاءت لتستجيب لظروف وأوضاع جديدة خاصة فى ظل أزمة الاسكان المستحكمة فى الوقت الراهن. ولذلك فإن هذه الأحكام تعتبر ذات صفة استثنائية، أى لا تتفق مع الأصول العامة فى القانون المدنى. ولتفصيل ذلك، ننظر إلى المادة ١/٢٩ نجدها تعرض لحالتين:

الحالة الأولى: حالة وفاة المستأجر. وهذه الحالة تتفق مع القواعد العامة من ناحية، وتختلف عنها من ناحية أخرى، ولذلك يجب أن تفرق بين فرضين:

الفرض الأول: حالة وفاة المستأجر ووجود زوجه أو أولاده أو أى من والديه. فى هذه الفرض فإن عقد الايجار لا ينتهى بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ما لم يطلب ذلك ورثة المستأجر، (م ٦٠١ مدنى) وقد رأينا أن هذا الحكم يتفق والمبادئ العامة فى القانون المدنى والخاصة بالخلافة العامة. حيث إن أثر عقود السلف تنصرف إلى الخلف العام، فتنتقل إليهم بوفاة السلف حقوقه والتزاماته. وأن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفة. ولا يشترط بالنسبة لهم أى شرط سوى أنهم كانوا يقيمون مع المستأجر الأسمى وقت وفاته. وليستفيد الزوج من هذا الحكم وذلك إذا كان عقد الايجار باسم الزوجة المتوفية. وقصر المشرع انتقال العقد على من قيم مع المستأجر وقت وفاته أمر قد فرضته الاعتبارات العلمية واعتبارات العدالة. فمن ناحية أراد المشرع أن يحول دون التنازع بين من يقيمون ومن لا يقيمون من الخلف العام. ومن ناحية ثانية أن هذا الشرط يتفق والسياسية التشريعية من حيث تحقيق الاستقرار للروابط العقدية، وخاصة فى ظل أزمة الاسكان الحالية.

الفرض الثاني: حالة وفاة المستأجر ووجود ما عدا هؤلاء من أقاربه نسبا أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة. وفي هذا الفرض لا ينتهي عقد ايجار المسكن بوفاة المستأجر. وهذا حكم جديد، خلافا للقواعد العامة. وهذا النص يفرض التنازل عن عقد الايجار لصالح هؤلاء الاشخاص. وهذا التنازل يعتبر تنازلا قانونيا، لأن المشرع هو الذي فرضه على المؤجر (المتنازل لديه). وتشمل هذه الطائفة من الأقارب الأخوة والأخوات لأى من الزوجين الذى يعتبرون أقارب من الدرجة الثانية للمستأجر، والأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولاد الأخوة والأخوات الذين يعتبرون أقارب من الدرجة الثالثة. وتستفيد هذه الطائفة من هذا التنازل.

ويشترط لكى يتم التنازل عن العقد بقوة القانون، اقامة أى من أشخاص هذه الطائفة مع المستأجر الأصيلى اقامة معتادة لمدة سنة على الأقل قبل الوفاة. فإذا قلت مدة شغل المستأجر الأصيلى للعقار المؤجر عن سنة فيشترط الاقامة طوال هذه المدة على الأقل. كما يشترط أيضا أن تكون هذه الاقامة مستقرة، دون أن تشتت الاقامة الفعلية لحظة الوفاة^(٢٥)، وعلى ذلك فالانقطاع عن الإقامة لسبب عارض - كالإعارة للخارج - لا يفيد

(٢٥) انظر حكم النقض فى ١٩٧٨/١٢/٢٠ ومجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩ ص ١٩٨٣ ولما كان نص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين المنطبق على واقعة الدعوى - قد أطلق القول فى صدد انتقال حقوق المستأجر الى سائر الأقارب حتى الدرجة الثالثة من غير زوجة أو أولاده أو ولديه بشرط اقامتهم معه بصفة مستمرة مدة سنة على الأقل سابقة على وفاته أو مدة شغله السكن أيهما أقل فإن القرابة المعنية بالفقرة الثانية. بالمادة آنفة الذكر تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة بحيث يعتبر أقارب أحد الزوجين فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وفق المادة ٣٧ من القانون المدنى..... وهذا ما أوضحه نص المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية م ٢٩ فيما نصت عليه من استمرار عقد ايجار المسكن عند ترك المستأجر الأصيلى لصالح أقاربه، بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة فى ١٩٨٧/٢/٧، وكذلك حكمت بعدم دستورية هذا النص فيما يتعلق بما تضمنه من استمرار عقد ايجار المسكن عند وفاة المستأجر الأصيلى لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة فى ١٩٩٧/١/٤، وكذلك فيما يتعلق بأقاربه نسبا حتى الدرجة الثالثة فى ١٩٩٧/٨/٢.

انهاؤها^(٢٦)، ولا يلزم أيضا أن يكون المستأجر الأصلي ذاته مقيما اقامة فعلية بالعين المؤجرة، وإنما يكفي أن تكون العين في حوزته وتحت إمرته بحيث يستطيع أن يقرر من يقيم فيها من أقاربه^(٢٧). لكن يشترط أن يكون عقد الإيجار قائما وقت الوفاة أو الترك. «فإذا كان زوج الطاعنة قد اتفق مع المطعون عليها - المؤجرة - على إنهاء العقد، وأعقب ذلك طلاقه لها، فإن هذا الانهاء وقد صدر منه بصفته الطرف الأصيل في العقد، يسرى في حق الطاعنة - الزوجة - وليس لها من سند للبقاء في العين»... وذلك لأن الترك الذي يجيز لهؤلاء المقيمين مع المستأجر البقاء في العين المؤجرة وبالامتداد القانوني للعقد، في مفهوم المادة ١/٢٩، هو الترك الفعلي من جانب المستأجر مع بقاء من كانوا يقيمون معه وقت حصول الترك بشرط استمرار عقد ايجاره مع المؤجر قائما^(٢٨).

الحالة الثانية: ترك المستأجر للعين. وهذه الحالة تمثل حكما جديدا

جاءت به قوانين الإيجار المتعاقبة. ويجب أن نفرق في صده بين فرضين:

الفرض الأول: ترك المستأجر للعين مع بقاء زوجته فيها، أو أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الترك. وفي هذا الفرض لا ينتهى

(٢٦) أنظر نقض مدنى فى ١٩٨١/٣/٧ الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٥٠ ق مجلة خريجى حقوق الاسكندرية ابريل ١٩٨٥ ص ١٠٠.

(٢٧) أنظر نقض مدنى فى ١٩٨٠/٣/٢٦ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٩ ق مجلة القضاة يناير - ابريل ١٩٨١ ص ٢٨٩... ويكفى لترتيب هذا الأثر أن يكون من شرع امتداد العقد لصالحه قد أقام فى العين المؤجرة ولو فترة وجيزة وظل بها حتى وفاة المستأجر أو تركه العين دون حاجة لاشتراط الإقامة المشتركة بينهما لأن المستأجر طالما تسلم العين المؤجرة فإنها تكون فى حوزته ويحق له أن يشغلها بنفسه أو زوجه أو أولاد أو والديه، فإذا أسكنهم فيها فإنهم يعتبرون من المقيمون معه ولو لم يشاركهم الإقامة بالفعل.

(٢٨) أنظر نقض مدنى فى ١٩٨١/١/١٧ الطعن رقم ٦٣٨ لسنة ٥٠ ق، مجلة خريجى حقوق الاسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ٩٨. لكن لا يشترط ثبوت الزوجية بوثيقة رسمية، نقض مدنى الطعن رقم ١٥٣٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٩ نفس المجلة ص ١٢١.

عقد الإيجار بترك المستأجر للعين، وإنما ينتقل إلى هؤلاء عقد الإيجار بقوة القانون. وهذا يعتبر أيضا من قبيل التنازل القانوني الذي فرضه النص. فنفس العقد بشروطه يحكم العلاقة فيما بين الزوجة أو الأولاد أو أى من الوالدين والمؤجر. كما أن المؤجر لا يستطيع أن يرفض ذلك، حيث إن التنازل قد فرض عليه بقوة القانون. ولا يشترط لكى يقع التنازل لهم سوى الإقامة مع المستأجر الأصلي وقت الترك ودون اشتراط أى مدة دنيا لهذه الإقامة المعتادة.

الفرض الثانى: ترك المستأجر للعين وبقي فيها فيما عدا هؤلاء من أقاربه نسبا أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة. وفي هذا الفرض لا ينتهى عقد الإيجار بترك المستأجر للعين. وإنما ينتقل العقد بحقوقه والتزاماته إلى من يقيم معه من أقاربه إلى الدرجة الثالثة. ولكن يشترط حتى يتم هذا الانتقال أن تكون إقامته فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على ترك المستأجر العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل. وهذه أيضا حالة من حالات التنازل عن العقد بقوة القانون.

وفى جميع الأحوال يشترط لكى يتم التنازل بقوة القانون للأشخاص المذكورين فى النص ألا يكون للمتنازل له مساكن أخرى بنفس المدينة، وذلك طبقا لنص المادة ٨ والذى تشير اليه الفقرة الأولى من المادة ٢٩، حيث أن هذا النص يحظر على الشخص أن يحجز فى البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتضى (وقد حكم بعد دستورية هذا النص فى ١٥/١١/١٩٩٧).

- وواضح إذن أنه يوجد فى جميع الفروض تنازل عن عقد الإيجار بقوة القانون، فيما عدا الفرض الأول من حالة وفاة المستأجر، أى بقاء الزوجة أو الأولاد أو أى من والديه فى العين. المؤجرة عند وفاة المستأجر، فهذا تطبيق للخلافة العامة طبقا للمبادئ العامة فى القانون المدنى، ولذلك لا يشترط بصدها أى شروط سوى الإقامة مع المستأجر الزملى وقت وفاته أما

الفروض الأخرى نجد أن القانون قد فرض التنازل على المؤجر، ومن ثم يتم هذا التنازل عن العقد، متى توافرت شروطه، بقوة القانون. ويحكم نفس العقد العلاقة فيما بين المؤجر ومن بقى فى العين المؤجرة ممن ذكرهم النص من الأقرباء دون تمييز.

ولذلك لا نتفق مع ما يذهب إليه البعض^(٢٩) من أن هذا النص يعتبر من حالات الامتداد. حيث إن الامتداد يعنى أن المؤجر لا يستطيع إخراج المستأجر من المكان المؤجر له ولو بعد انتهاء مدة الإيجار بل يبقى شاغلا له مادام موفيا بالتزاماته على النحو الذى فرضه عقد الإيجار وأحكام القانون. وذلك لأن تشريعات الإيجار المتعاقبة قد قيدت فى شأن إيجار الأماكن الخاضعة لأحكامها نصوص القانون المدنى المتعلقة بانتهاء مدة الإيجار، وجعلت عقود إيجار تلك الأماكن ممتدة تلقائيا ويحكم القانون إلى مدة غير محددة بالنسبة للمؤجر والمستأجر على السواء طالما بقيت سارية تلك التشريعات الخاصة والتي أملت اعتبارات النظام العام وحماية المستأجر وحلا لأزمة الإسكان، ما لم يرغب المستأجر فى ترك المكان المؤجر مراعيًا فى ذلك مواعيد التنبيه بالإخلاء أو إذا أخل بالتزاماته القانونية مما يحق للمؤجر أن يتخذ الإجراءات التى رسمها القانون لإنهاء العقد، ووضع حداً لامتداده لأحد الأسباب التى حددتها تلك التشريعات^(٣٠).

هذا هو المفهوم الحقيقى للامتداد القانونى لعقد الإيجار، أى أن العقد بنفس أطرافه وبنفس ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات يمتد امتدادا قانونيا بعد انتهاء مدة الإيجار - أما ما نحن بصددده فى الفروض السابقة فهو انتقال لعقد الإيجار بقوة القانون إلى من بقى فى العين المؤجرة، ممن ورد ذكرهم

(٢٩) برهام عطا الله، الوسيط فى قانون إيجار الأماكن، ١٩٨٢، ص ٢٧٨ وما بعدها.

(٣٠) أنظر نقض مدنى فى ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة أحكام محكمة النقض. السنة ٢٤ ص ٤٩٠.

في النص، عند وفاة المستأجر أو تركه العين متى توافرت الشروط المنصوص عليها^(٣١). فالوفاة أو الترك لا يضع حدا لعقد الإيجار وإنما يستمر العقد، ولكي يستمر فلا بد أن ينتقل إلى شخص آخر يحل محل المستأجر فيما له من حقوق وما عليه من التزامات. وعلى ذلك فعند انتهاء عقد الإيجار بالوفاة أو الترك، واستمرار العقد يستلزم بالضرورة انتقال العقد، وهذا هو التنازل القانوني. فالامتداد وإن كان يفيد الاستمرار إلا أنه لا يفيد تغيير الأشخاص، وذلك على العكس من التنازل فإنه يفيد الاستمرار وتغيير أحد أطراف العقد عن طريق انتقال العقد إلى من حل محل الطرف الذي خرج من العلاقة التعاقدية القائمة.

ومما يؤكد هذا المعنى، أن الامتداد القانوني للعقد والتنازل عن العقد بقوة القانون يمكن أن يجتمعا. فمثلا إذا حدثت وفاة المستأجر أو تركه العين قبل انتهاء مدة الإيجار فإن العقد ينتقل بقوة القانون، متى توافرت شروطه، إلى من بقى في العين المؤجرة، ممن ورد ذكرهم في النص عند الوفاة أو الترك. فإذا ما وصل بعد ذلك العقد إلى أجله المضروب، فإنه يمتد إمتدادا قانونيا، أي نفس العقد، بنفس أطرافه يبقى ساريا منظما للعلاقة بين المستأجر (المتنازل له) وبين المؤجر (المتنازل لديه) دون أن يملك هذا الأخير أن يرفض لا التنازل ولا الامتداد حيث أن كليهما يتم تلقائيا وبحكم القانون متى توافرت شروطه. وعلى ذلك يجب ألا نخلط بينهما حيث إنه لا يغني أحدهما عن الآخر^(٣٢).

كما يجب أن نلاحظ أن التزام المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق

(٣١) قارن نقض مدني في ١٩٧٨/١٢/٢٠، مجموعة أحكام النض، السنة ٢٩، ص ١٩٨٣ والسابق الاشارة إليه.

(٣٢) قارن حكم محكمة النض في ١٩٧٨/١١/٢٥، مجموعة أحكام النض، السنة ٢٩ ص ٣٢٧.

فى الاستمرار فى شغل العين، لى إا ترجمة للتنازل بقوة القانون، فى الواقع، وخاصة لما ىترتب عله من فوائد عملفة، كطلب الحصول على بعض الخدمات، كالتلفون والتلكس، أو النور والمفاة وغير ذلك مما ىستلزم عادة صورة من العقد لإثبات العلاقة التعاقدفة. كما أنه ىقطع دابر المنازعات المتعلقة حول صفة من كانوا ىقفلون فعلا مع المسأجر وقت الوفاة أو ترك العين وخاصة بعد أن ىتقادم العهد. وهذا الالزام لى له قفمة فى ذاته، وإنما هو أثر من آثار التنازل. كما ىتضح مما سبق، أن هذا التكفف، التنازل عن عقد الإلجار بقوة القانون، ىتفق مع الواقع والحقفة، حبث أن نفس العقد، وبما ىرتبه من التزامات وما ىنشئه من حقوق، هو الذى ىحكم العلاقة القائمة بفن المؤجر (المتنازل لدفه) ومن بقى فى العين (المتنازل له) عند وفاة المسأجر أو تركه للعين. كما أن هذه الحالة لا ىختلف كثيرا عن حالة التنازل بقوة القانون عن عقود الإلجار فى حالة التصرف فى العقار المؤجر المحمل بها. حبث أنه على أثر هذا التصرف ىحل المالك اللفد محل المالك القدفم فى عقود الإلجار القائمة. فبالمثل على إثر وفاة المسأجر أو تركه للعين ىحل من بقى ممن ورد ذكرهم فى النص محل المسأجر فى العقد القائم. وهذه أيضا صورة من صور التنازل القانونف.

وقد جاءت المادة ٢٩ فى فقرتها الأخرة أيضا بحكم فدف، ىخالف القواعد العامة فى التنازل، اذ نصت على التزام الشاغلون (المتنازل لهم) بطرف التضا من بكافة أحكام العقد.

٤- حالة وفاة المسأجر أو تركه لعلن مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعف أو مهنف أو حرفف. (حكم مدم دستورفة هذه الفقرة فى ١٩٩٧/٢/٢٢) فى هذه الحالة ىجب أن نفرق بفن فرضفن:

الفرض الأول: وفاة المسأجر لهذه العين وتركه ورثة فى هذا الفرض فإن عقد الإلجار لا ىنتهى (طبقا لنص المادة ٦٠٢ مدفن) وىجوز فقط للورثة إنهاء العقد وذلك دون أن ىملك المؤجر ذلك. وعلى ذلك فإن الورثة ىخلفون سلفهم ففما ىترتب على هذا العقد من حقوق وما ىنشأ عنه من التزامات

طبقا للقواعد العامة للخلافة. ولا يشترط أن يكون الوارث ممارسا لنفس نشاط المستأجر الأصلي أى نشاط السلف. وإذا كان المستأجر شريكا فى شركة فإن العلاقة بين ورثته وبين الشركاء تخضع لاتفاق المشاركة الذى كان قائما بين المستأجر الأصلي وشركائه.

الفرض الثانى: ترك المستأجر لهذه العين مع وجود من يعتبر من ورثته، لو فرض وفاته، أو شركاء. فى هذا الفرض، وهذا حكم جديد لم يرد فى القواعد العامة، فإن عقد الإيجار لا ينتهى بترك المستأجر للعين وإنما يتم التنازل بقوة القانون أما لصالح من يعتبر من الورثة لو فرض وفاته، وإما لصالح الشركاء. فإذا ترك المستأجر، فى حالة المشروع الفردى، العين المؤجرة لمزاولة النشاط التجارى أو الصناعى أو المهنى أو الحرفى، لأى سبب من الأسباب، وكان هناك من يعتبر من الورثة لو فرض وفاته يعمل معه ينتقل بقوة القانون إلى من يعتبر من ورثته لو فرض وفاته والذى كان يباشر معه النشاط. ولذلك نحن نعتقد أنه يشترط، وعلى سبيل القياس على نص الفقرة الأولى من نفس المادة، أن يكون هذا الشخص يمارس النشاط المعتاد مع المستأجر الاصلى إلى يوم الترك^(٢٣).

وقد يترك المستأجر الأصلي، فى حالة وجود شركة، العين المؤجرة لمزاولة النشاط التجارى أو الصناعى أو المهنى أو الحرفى، فهل يعنى أن ترك المستأجر الأصلي للعين المؤجرة يترتب عليه انتهاء عقد الإيجار، وبالتالي انتهاء الشركة؟ فالمرجع لم يرد هذه النتيجة ونص على أن يتم التنازل عن عقد الإيجار بقوة القانون لصالح شركائه. (حكم بعدم دستورية هذه الجزئية فى ١٩٩٦/٧/٦) وفى جميع الأحوال فإن التنازل لهم يكونون متضامنين فى

(٢٣) وبالرغم من غموض النص الا أننا نفضل هذا لتفسير لأنه يقابل فروض عملية كثيرة. كما أن هذا التفسير يتسق مع الفقرة الأولى من نفس المادة، بالاضافة إلى أنه يتسق مع فلسفة المشرع فى هذا النص بصفة عامة، وهى تحقيق الاستقرار للروابط العقدية، انظر حول هذا التساؤل برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ٢٩٩، ٣٠٠ هامش (١).

تنفيذ عقد الإيجار المتنازل عنه .

وقد تناولت أحكام هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة ٢٩ بنصها على أنه « فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى فلا ينتهى العقد بوفاء المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال » .

وهذه الفقرة تتفق فى شق منها مع القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى فى المادة ٦٠٢ وتختلف فى الشق الثانى . وسبق أن رأينا أن المادة ٦٠٢ مدنى تنص على أنه « إذا لم يعقد الإيجار لا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد » وقد فسرت محكمة النقض المصرية هذا النص على خلاف ما يبدو فى ظاهرة وما يتبادر للذهن فقضت بأنه فى حالة انعقاد الإيجار بسبب حرفة المستأجر فإن الورثة فقط هم الذين يستطيعون إنهاء العقد بعكس حالة ما إذا كان العقد قد عقد لاعتبارات تتعلق بشخص المستأجر فهنا يستطيع كل من المؤجر والورثة طلب إنهاء العقد (٣٤) .

وعلى ذلك نحن نرى أن التحليل الدقيق لنص المادة ٢٩ سواء فى فقرتها الأولى أو الثانية يكشف لنا عن فروض فيها يكون التكييف القانونى الصحيح هو التنازل عن عقد الإيجار بقوة القانون ، حيث أنه فى هذه الفروض يكون هناك انتقال ، لنفس العقد ، إلى شخص أو أشخاص آخرين غير المستأجر الأصلى (التنازل) . وحيث يكون هناك انتقال للعقد وحلول فى المركز العقدى ، سواء بما يربته من حقوق والتزامات ، فإنه يكون هناك تنازل عن العقد كما سوف نرى .

(٣٤) حكم محكمة النقض فى ٧٧/١٠/٢٦ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، سنة ٢٨ ، ص ١٥٧٣ . وقد تم تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بالنص فى مادة الأولى على أن « يستبدل بنص الفقرة الثانية من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر النص الآتى : « فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى ، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقاً للعقد أزواجاً وأقارب حتى الدرجة الثانية ، ذكوراً وإناثاً من قصر وبلغ ، يستوى فى ذلك أن الاستعمال بالذات أو ==

٥- انتقال عقد الإيجار إلى المساكين للمستأجر الأصلي منذ بدء الإجارة وذلك عند وفاته أو تركه للعين:

اتجهت محكمة النقض في أحكامها الحديثة إلى استحداث طائفة جديدة ممن يمكن أن ينتقل إليهم عقد الإيجار عند وفاة المستأجر الأصلي، أو تركه العين المؤجرة. وهذه الطائفة لا تدخل في إطار الفئات المسموح لها بذلك طبقاً لنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، والقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧.

فقضت محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٨، بأن المساكنة التي تنشئ للمتفعين بالعين المؤجرة من غير المشار إليهم بالمادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المنطبقة على واقعة الدعوى حقا في البقاء فيها رغم ترك المستأجر الأصلي العين أو وفاته تستلزم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة حصول المشاركة السكنية منذ بدء الإجارة، فطالما لم تنقطع إقامة هؤلاء المشاركين بالعين فإنه يحق لهم بهذه الصفة البقاء فيها طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانوني بعد انتهائها دون اشتراط باستمرار بقاء المستأجر الذي أبرم العقد باسمه في العين المؤجرة. فإن انتفى هذا الشرط أصبح شغل المتفعين المشار إليهم دون سند، وتعين إخلاؤهم منها عند ترك المستأجر الأصلي للعين أو وفاته^(٣٥).

لكن يبقى التساؤل قائما حول التكييف القانوني لبقاء هؤلاء المساكين للمستأجر الأصلي منذ بدء الإجارة في العين المؤجرة عند وفاته أو تركه لها؟

= بواسطة نائب عنهم. «واعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشر هذا القانون المعدل، لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء في العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي دون غيره ولمرة واحدة.

(٣٥) مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩ ص ١٩٢٠.

فهل هناك انتقال للعقد إلى هؤلاء الاشخاص، ومن ثم يكون هناك تنازل عن العقد؟

أجابت محكمة النقض على هذا التساؤل في حكمها الصادر في ٢٥ يناير ١٩٧٨ بقولها إن «المساكنة التي لا يصدق عليها وصف التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار في معنى المادة ٢/ب من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يستلزم حصول المشاركة السكنية منذ بدء الاجارة، وطالما لم تنقطع اقامة هؤلاء المشاركين بالعين المؤجرة، فإنه يحق لهم بهذه الصفة البقاء في العين المؤجرة طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانوني بعدم انتهائها دون اشتراط اقامة المستأجر الذي أبرم العقد باسمه في العين المؤجرة»^(٣٦).

وهذا الحكم يجب أن يفهم على ضوء اتجاه محكمة النقض إلى اعتبارها أن السكن على سبيل الايواء والتسامح، أثناء قيام العقد، لا يعتبر تنازلاً عن الإيجار أو إيجاراً من الباطن، ومن ثم لا يسوغ للمؤجر طرد المستأجر لمخالفته لنص القانون المانع لذلك. لكن إذا كانت المساكنة منذ بدء الاجارة واستمرت دون انقطاع حتى وفاة المستأجر أو تركه للعين فإنه يترتب عليها انتقال العقد إلى المساكن، وبالتالي يحق له البقاء في العين المؤجرة طوال مدة العقد والاستفادة بالامتداد القانوني بعد انتهائها وذلك دون اشتراط اقامة المستأجر الذي أبرم العقد باسمه في العين المؤجرة.

ويبدو لنا أن التكييف القانوني الصحيح لبقاء المساكن في العين المؤجرة عند وفاة المستأجر أو تركه للعين هو التنازل عن عقد الإيجار الذي يقع بقوة القانون اذا ما توافرت شروط، معاصره المساكنة لبدء الإيجار واستمرارها دون

(٣٦) مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٢٩، ص ٣٢٧، وواضح من هذا الحكم أنه يفرق تماماً بين الامتداد القانوني والتنازل عن العقد.

انقطاع حتى وفاة المستأجر أو تركه للعين. وعلى ذلك فإن المساكن يحل محل المستأجر في عقد الإيجار، فما يترتب من حقوق والتزامات، طوال مدة الإيجار. كما أن هذا المساكن (المتنازل له يستفيد من الامتداد القانوني لعقد الإيجار عند انتهاء مدته والدليل على إجراء هذا التنازل القانوني هو عدم اشتراط الإامة المستأجر الذي أبرم العقد باسمه في العين المؤجرة، حيث إنه لم يعد له صفة بعد أن تم التنازل.

ونحن نعتقد أن المحكمة قضت بهذا القضاء على سبيل القياس على النصوص القانونية التي تعطى للزوجة والأولاد والوالدين والأقرباء للدرجة الثالثة حق البقاء في العين عند وفاة المستأجر الأصلي أو تركه للعين المؤجرة وذلك لاتحاد العلة. كما أن ذلك يتفق مع السياسة التشريعية في هذا المجال وهي تحقيق الاستقرار في الروابط العقدية، وخاصة في ظل ظروف أزمة الاسكان الحالية.

ثالثاً: في قانون العمل:

بالرغم من أن المبدأ الذي يحكم العلاقات التعاقدية هو مبدأ الحرية التعاقدية، إلا أن القانون يتدخل في بعض الأحيان ليفرض التنازل عن العقد، وقد سبق أن رأينا أمثلة عديدة لذلك.

وفى إطار هذه الفلسفة نجد أن المشرع تدخل في نطاق قانون العمل وقرر أنه في حالة أى تغيير لشخص رب العمل وبصفة خاصة نتيجة الميراث أو البيع أو الاندماج فإنه لا يترتب على هذا التغيير انتهاء عقود العمل الفردية التي أبرمها مع عماله^(٣٧). ومعنى هذا

(٣٧) أنظر في القانون الفرنسى

art. L. 122 - 12 al. 2, Code de travail.

أن هناك تنازلاً عن عقود العمل الفردية بقوة القانون إلى التنازل له، مالك المؤسسة الجديد. ولا يملك صاحب المؤسسة الجديد أن يرفض هذا التنازل، أو أن ينهى عقد العمل الفردي الذي يربطه بالعامل، كما لا يملك أن يغير من شروط هذا العقد، ما لم يكن ذلك لمصلحة العامل أو لمصلحة عامة. ويحقق العنازل في مثل هذه الأحوال استقراراً للروابط العقدية بالنسبة للعمال.

وقد نصت المادة ٢/٩ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه «وفيما عدا حالات التصفية والافلاس والاعلاق النهائي المرخص فيه يظل عقد استخدام عمال المنشأة قائماً ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة».

ويتضح من هذا النص أن هناك تنازلاً بقوة القانون عن عقود العمل الفردية في حالة انتقال المنشأة بالبيع أو الهبة أو الوصية أو الادماج أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات^(٣٨). كما أن هذا النص جعل التنازل له مسؤولاً بالتضامن مع المتنازليين السابقين من تنفيذ جميع الالتزامات التي تقع على عاتقه للعامل. كما أن هذا النص حرص على النص على بقاء عقود العمل الفردية أياً كان نوع التصرف لدرجة أنه نص على حالة الإيجار وأضاف عبارة «أو غير ذلك من التصرفات».

رابعاً: في قانون التأمين:

في حالة التصرف في الشيء المؤمن عليه فإن عقد التأمين يستمر بقوة القانون لمصلحة المتصرف إليه، الذي سوف يحل محل المؤمن في هذه العقد.

(٣٨) أنظر الفقرة الأولى من المادة ٩ حيث أنها تنص على أنه «لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون حل المنشأة أو تصفيتها أو اغلاقها أو افلاسها أو ادماجها في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ولو كان بالمراد العلى أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات».

وعلى ذلك يصبح المتصرف إليه ملتزماً بتنفيذ ما ينشأ عن هذا العقد من التزامات في مقابل الاستفادة بما ينشأ عنه من حقوق. ولا يجوز الاتفاق على عدم الانتقال، وإن كان يمكن لأى من الطرفين فسخ العقد.

ويترتب على هذا الانتقال براءة ذمة المؤمن الأول من الأقساط المستحقة، كما أنه لا يعتبر ضامن، من الوقت الذى يخطر فيه المؤمن لديه بخطاب موصى عليه بالتصرف فى الشيء المؤمن عليه.

وفى هذه الحالة نجد أن هناك تنازلاً عن عقد التأمين، وبما ينشأ عنه من حقوق والتزامات، بالتبعية للتصرف فى الشيء المؤمن عليه. ولكن يشترط إخطار شركة التأمين بالتصرف، وذلك حتى يتم براءة ذمة المتنازل، مع إمكانية الفسخ لكل من الطرفين^(٣٩).

خامساً: فى القانون التجارى:

هناك حالات كثيرة للتنازل عن العقد فى نطاق القانون التجارى، وسوف تقتصر فقط على بعض الأمثلة البارزة والعملية، وتترك الأمثلة الأخرى الفنية والتي تخرج عن نطاق دراستنا^(٤٠).

(39) Article L. 121- 10, alinéa 1 er du Code des assurances

وانظر فى مصر السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٣٠٧ من ٥٥٤.
(٤٠) انظر:

K. H. Neumayer, la transmission des obligations en droit comparé, in Travaux des IX es Journées d'études Juridiques Jean Dabin, op. cit, p. 196 et notamment p. 261, p. 267, p. 270: et Vo Y, chaput, la transmission des obligations en droit bancaire français, ibid, p. 371 et s., et J. Pardon. rapport en droit belge, p. 387. Vo p. coppens. et F. Kint, le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés, ibid, p. 423.

وغير ذلك من التقارير المقدمة فى هذا الصدد.

عقد شراء السفينة أو الطائرة تحت التشطيب:

من المعلوم أن شراء السفن أو الطائرات يحتاج إلى مفاوضات طويلة بين البائع والمشتري. وإذا ما أسفرت هذه المفاوضات عن عقد بيع فإن البائع يبدأ فى إعداد السفينة أو الطائرة حسب مواصفات ومتطلبات المشتري المتفق عليها فى عقد البيع. وهذا الإعداد يستغرق وقتا طويلا وذلك لما تحتويه كل من السفينة أو الطائرة فى الوقت الحاضر من أجهزة فنية متطورة ومعقدة.

قد يحدث أثناء تشطيب السفينة أو الطائرة أن يتنازل المشتري، لسبب أو لآخر، عن السفينة أو الطائرة. فهذا التنازل يتضمن حلول المتنازل له محل المشتري (التنازل)، فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فى مواجهة البائع (التنازل لديه). وهذا التنازل يقابل ضرورات الحياة العملية، ويلبى احتياجات المتعاقدين.

والتنازل عن عقد شراء السفينة أو الطائرة يفضل إعادة البيع، وذلك لأنه فى التنازل لا يضمن المتنازل سوى صحة العقد وقت التنازل. كما أنه فى حالة إعادة البيع لشيء غير موجود فى يد المشتري قد يعرضه لمخاطر عدم التنفيذ من جانب البائع وبالتالي يعجز هو عن تنفيذ التزامه فى عقد البيع الجديد مما يترتب عليه مسئوليته أمام المتصرف اليه، حيث إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه فى العقد الأول لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى تعفيه من مسئوليته فى مواجهة المتصرف إليه. بينما فى التنازل عن عقد الشراء فإن المتنازل لا يلتزم بضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه. بالإضافة إلى ذلك فإن المتنازل لا يضمن العيوب الخفية فى الشيء الذى سيسلم من المتنازل لديه إلى المتنازل له. وهذا ما يؤكد ما سبق بيانه بصدد التنازل عن عقد شراء السيارة المحجوزة.

سادسا: فى القانون الزراعى:

فى قوانين الإصلاح الزراعى نجد أن حق الدولة يتعلق بالقدر الزائد عن الحد الاقصى. للملكية من تاريخ العمل بالقانون. فالدولة تعتبر مالكة لهذا القدر حكما وإلى أن تتم اجراءات الاستيلاء الفعلى، إلا أن هذه الإجراءات قد تستغرق وقتا طويلا، والسؤال الآن إذا كانت هذه الأرض ستبقى فى يد المالك الخاضع لقانون الإصلاح الزراعى أثناء هذا الوقت، فما هو مركزه القانونى؟ فهو قطعا ليس بمالك لهذا القدر، حيث إن الملكية انتقلت إلى الدولة من وقت العمل بالقانون وعلى ذلك فإن ما تغله هذه الأرض يجب أن يكون بمقابل، ولهذا فإن القانون يفرق فى هذا الصدد بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون المالك قائما بزراعة الأرض على الذمة. فى هذه الحالة يعتبر المالك الخاضع لقانون الإصلاح الزراعى بالنسبة للقدر الزائد عن الحد الاقصى للملكية فى حكم المستأجر لهذا القدر من تاريخ أيلولة ملكيته إلى الدولة، وتحسب الأجرة بسبعة أمثال الضريبة. وبظل الوضع على هذا النحو منذ تاريخ العمل بالقانون وإلى أن يتم الاستيلاء الفعلى عليها.

الفرض الثانى: وهو الذى يهمنى فى هذا الصدد، إذا كان المالك يستغل الأرض بطريق التأجير. فقد قرر القانون انتقال العلاقة الايجارية من المالك إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، وذلك من تاريخ الاستيلاء الاعتبارى عليها، لتصبح هذه العلاقة بين مستأجرى الأرض والهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

وهذا يعنى أن الهيئة العامة للإصلاح الزراعى تحل محل المؤجر فى نفس العلاقة وذلك من تاريخ العمل بالقانون ودون أدنى تعديل بشروط هذه العلاقة. ولكن يشترط لتحقيق هذا الحل أن يكون العقد الأسمى مودعا

بالجمعية الزراعية المختصة وذلك منعاً لتحاييل الملاك عن طريق تمكين أشخاص معينين من وضع اليد على أرضه. وجزاء عدم إيداع عقد الإيجار بالجمعية هو أن يكون للهيئة الحق في أن تستمر في تأجير الأرض لوضع اليد أو توجرها إلى آخرين^(٤١). وهذا الفرض يمثل صورة من صور التنازل القانوني عن العقد.

المطلب الثاني: تحليل عملية التنازل عن العقد

إن الانطباع العام الذي يمكن أن نخرج به من العرض السابق هو أهمية حالات التنازل عن العقد وتوسعها في القوانين الوضعية. كما يمكن أن نلاحظ أن التقنيات المتعاقبة في الزمن قد تطورت واتجهت نحو إعطاء مكان متزايد للتنازل عن العقد. فإذا كان تقنين نابليون (١٨٠٤) لا يعرف سوى حوالة الحق، فإن التقنين الألماني (١٩٠٠) والتقنين السويسري للالتزامات (١٩١٢) يعرفان حوالة الحق، وحوالة الدين، وإن كانا يجهلان التنازل عن العقد. وعلى العكس من ذلك فإن التقنين المدني الإيطالي (١٩٤٢) والتقنين المدني البرتغالي (١٩٦٦) يعرفان صراحة الأنظمة الثلاثة. ونحن نتعجب للموقف السلبي للتقنين المدني المصري (١٩٤٨) من التنازل عن العقد.

وعلى أية حال فإن مبدأ التنازل عن العقد قد اعترف به حتى في البلدان التي لم تتضمن قوانينها قواعد عامة منظمة لهذا التنازل. وقد كان للقضاء، وبصفة خاصة الفقه، سبق، في كل من إيطاليا والبرتغال، في إقرار التنازل قبل التقنين المدني. كما أنه في ألمانيا قد كان للفقه والقضاء نفس الدور، رغم التزام الصمت من جانب التقنين المدني بالنسبة للتنازل عن العقد. أما في فرنسا وسويسرا، فإنه يبدو أن القضاء والفقه أقل تحمسا لإقرار التنازل عن

(٤١) أنظر نبيل سعد، القانون الزراعي، الجزء الأول، الملكية - الإيجار، ١٩٨٤، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

العقد كمنظريّة عامّة. لكن يمكننا أن نقول إن المحصلة النهائيّة هي أن التنازل عن العقد أصبح جزءاً لا يتجزأ من القانون الوضعي في البلدان المختلفة، وأن له نفس الخصائص العامّة، والاختلاف ينحصر فقط حول الوسائل الفنيّة لتحقيقه كما سوف تبيّن فيما بعد.

ولكن يجب أن نفرّق، في هذا الصدد، بين التنازل القانوني من ناحية، والتنازل الاتفاقي من ناحية أخرى لنقف على خصائص وسمات كل منهما. أولاً: التنازل القانوني عن العقد وسماته العامّة:

تتميز حالات التنازل القانوني بعدة خصائص نعرض لأهمّها هنا:

١- رضا المتنازل لديه ليس بضروري في التنازل القانوني:

في معظم حالات التنازل القانوني نجد أن التنازل يتم دون حاجة إلى رضا المتنازل لديه بالتنازل، حيث أن هذا التنازل غالباً ما يكون مفروضاً عليه. لكن هذا لا يمنع من أن القانون في بعض الحالات يخول للمتنازل لديه رخصة فسخ العقد المتنازل عنه، كما هو الشأن في عقد التأمين.

أما بالنسبة لتنفيذ التنازل عن العقد، نجد أنه في غالب الأحوال يكون التنازل القانوني نافذاً دون حاجة إلى أي إجراء من جانب المتنازل له ومع ذلك فإنه في بعض الأحيان يتطلب القانون إخطار المتنازل لديه بالتنازل.

٢- براءة ذمّة المتنازل من التزاماته، كلياً أو جزئياً، بقوة القانون:

في العقود الملزمة للجانبين يكون هناك ارتباط وتبادل بين الحقوق والالتزامات فطالما أن القانون فرض التنازل عن الحقوق وانتقالها إلى المتنازل له فإنه من المنطقي أن يترتب على ذلك براءة ذمّة المتنازل من التزاماته، ويتحملها عنه المتنازل له بالتقابل لما انتقل إليه من حقوق.

فمثلاً في عقد التأمين نجد أن المتصرف إليه، المتنازل له عن عقد

التأمين بالتبعية للعقار المشتري، مسئول عن الأقساط المستحقة بعد التصرف. كما أن البائع، المتنازل عن عقد التأمين بالتبعية للعقار المبيع، يعتبر مسئولا عن الأقساط التي استحققت قبل التصرف. وإذا كان القانون لم يصرح بذلك إلا أن هذا يعتبر نتيجة منطقية لافتصاديات عقد التأمين نفسه. فهذا العقد تحكمه قاعدة الارتباط المتبادل بين الاقساط ومدة التأمين. وهذا يعتبر تطبيق لمبدأ عام يحكم العقود الملزمة للجانبين بصفة عامة، والذي يمقتضاه أن أى من طرفي العقد يجب ألا يتحمل بأى التزام الا فى حدود ماعاد عليه من حق.

ونجد تطبيقا لذلك أيضا أن المادة ٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم علاقة المؤجر والمستأجر تنص على أنه «يشترط فى جميع الأحوال لاجراء التبادل وفاء كل من المستأجرين الراغبين فى التبادل بجميع التزاماته المالية الناشئة عن عقد الايجار قبل البدء فى اجراءات التبادل».

ومع ذلك فقد نجد أن هناك نصوصا تبقى على التزام المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه، مع اختلاف فى تكييف مركز المتنازل وهل هو مدين بالتزام^(٤٢) أم أنه كفيل متضامن أو غير متضامن^(٤٣)، أم أنه مجرد ضامن^(٤٤).

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٣/٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه «يبقى المستأجران ضامنين متضامنين كل منهما

(٤٢) سليمان مرقس: شرح القانون المدنى، ٣، العقود المسماة، المجلد الثانى، عقد الايجار، ١٩٦٨
فقرة ٢٥٥ ص ٥٧٨، منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون المدنى، العقود المسماة،
البيع المقايضة، الايجار، ١٩٥٦ - ١٩٥٧، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠.

(٤٣) عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، ١٩٥٢، فقرة ٢٧٤، ص ٤٢٩.

(٤٤) السنهورى، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، ١٩٦٣، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨.

للآخر في جميع الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الايجار في مواجهة الملاك لمدة سنتين من تاريخ اتمام التبادل .

وفي فرنسا نجد أن الدكرينو الصادر في ٢٠ مايو ١٩٥٥ والخاص بقروض الائتمان العقاري ينص في المادة ١/٩ على حلول المتصرف اليه محل المتصرف وبراءة ذمة المتصرف، المدين السابق. بينما نجد أن المادة ٣/١٨٣١ مدني فرنسي والخاصة بالتنازل عن عقد مقاوله البناء تنص على حلول التنازل له محل التنازل بقوة القانون، في العقد ككل، أي في جانبه الايجابي والسلبي. ومع ذلك يبقى التنازل ضامنا لتنفيذ التنازل له للالتزامات الناشئة عن العقد التنازل عنه بينما نجد أن نص المادة ٤/١٦٠١ مدني فرنسي والخاص بالتنازل عن عقد بيع عقار تحت الانشاء ينص على الحلول بقوة القانون دون أدنى ذكر لبراءة ذمة التنازل.

وبالرغم من هذه النصوص فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يبرئ التنازل لديه التنازل من الضمان. وقد يكون هذا البراء صريح أو ضمنى^(٤٥). فإذا ماتم ذلك فإن التنازل عن العقد يصبح تنازلا تاما أو كاملا.

٣- تبعية التنازل القانوني لتصرف قانوني أولواقعة قانونية:

نجد أن أغلب حالات التنازل القانوني عن العقد تتم بالتبعية لتصرف قانوني، كما هو الحال في التنازل عن عقود الايجار بالتبعية للتصرف في العقار المؤجر، والتنازل عن عقود العمل بالتبعية للتصرف في المؤسسة، والتنازل عن عقد الايجار في حالة بيع المتجر أو المصنع، والتنازل عن عقد التأمين بالتبعية للتصرف في الشيء المؤمن عليه، والتنازل عن عقد القرض بالتبعية للتصرف في العقار المحمل برهن ضامن لهذا القرض، والتنازل عن

(٤٥) انظر السهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأولى، فقرة ٤٧٧، ص ٧١٦ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقى، عقد الايجار، ١٩٥٢، فقرة ٢٧٤، ص ٤٢٦.

عقد الايجار بالتبعية للاتفاق على التبادل بين المستأجرين.

كما أننا نجد أيضا أن هناك بعض حالات للتنازل القانوني عن العقد تتم بالتبعية لواقعة قانونية معينة، كالتنازل عن عقد الايجار عند وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة وذلك حسب التفصيل السابق بيانه، أو التنازل عن عقد الايجار الزراعي نتيجة للاستيلاء الاعتباري على القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية في قوانين اصلاح الزراعي.

وسواء كان التنازل القانوني عن العقد قد تم بالتبعية لتصرف قانوني أم بالتبعية لواقعة قانونية معينة، فإن المشرع يقوم بفرض هذا التنازل ويجعله يتم بقوة القانون، وذلك استجابة لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو قانونية وجدها المشرع جديدة بالحماية، على النحو الذي بسطناه في عرضنا لهذه الحالات. كما يجب علينا أن نقرر أن التنازل القانوني في جوهره، وهو انتقال مركز أحد المتعاقدين في الرابطة العقدية القائمة وبما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، لا يختلف عن التنازل الاتفاقي، سوى في المصدر المرتب لهذا الأثر.

ثانيا: التنازل الاتفاقي عن العقد وخصائصه:

إن من أبرز ما يتميز به اتفاق التنازل هو أنه اتفاق ملزم للجانبين كما أن محل هذا الاتفاق غالبا ما يكون عقد ملزم للجانبين. فالعقد المتنازل عنه ذاته يرتب التزامات متبادلة فيما بين الطرفين. ونحن نعتقد أن هذا يعتبر من أهم أوجه الصعوبة والتعقيد في عملية التنازل عن العقد.

وفي ضوء استقرار حالات التنازل الاتفاقي عن العقد يمكننا أن نخلص إلى أن التنازل عن العقد عبارة عن نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له. فالتنازل عن العقد يتمثل

في اتفاق بين المتنازل والمتنازل له بمقتضاه ينقل المتنازل مركزه العقدي في العلاقة القانونية الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له. فالتنازل عن العقد يتضمن حلول المتنازل له محل المتنازل في العقد المتنازل عنه Contrat cédé في جانبه الإيجابي، أي الحقوق، وفي جانبه السلبي، أي الالتزامات، في آن واحد، بالإضافة إلى ما يترتب على هذا المركز العقدي أو الصفة العقدية من بعض الحقوق الترخيفية - Les droits Formateurs ou potestifs التي تتضمنها هذه الرابطة العقدية كما سوف نرى فيما بعد.

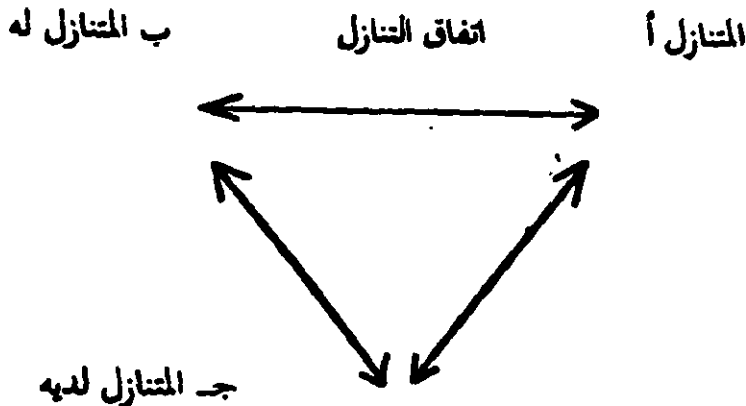
فالتنازل يعني من وراء هذا الاتفاق التنازل عن حقوقه للمتنازل له في مقابل تحمل هذا الأخير ما يقع على عاتقه من التزامات، والعكس المتنازل له ما قبل التحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلا لأنه سيفيد بالحقوق المقابلة لها.

أما بالنسبة للمتنازل لديه، نجد أن المتنازل له قد حل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة المتنازل لديه. ولذلك نجد أن موقف المتنازل لديه يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل في حقوقه أو في التزاماته. ففيما يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق فإن المتنازل لديه لا يمكنه إلا أن يقر هذا الحل، أي تغيير شخص دائنه. أما فيما يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فيما عليه من التزامات فإن المتنازل لديه موقفه لا يمكن أن يكون سلبيا، حيث أن سوف يترتب على هذا الحل تغيير شخص مدينه.

والسؤال الآن هل اتفاق التنازل عقد ملزم لثلاثة أطراف أي Un contrat trilatéral، بمعنى أنه ينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة بين أطراف ثلاثة، كعقد الشركة مثلا، أم أنه عملية قانونية ثلاثية الأطراف. أي

Une opération à trois personnes
مركبة Rappports triangulaires .

في الحقيقة إن التنازل عن العقد ينشأ عنه عملية قانونية مركبة ثلاثية الأطراف، أو ذات أطراف ثلاثة، ولكنه لا ينشئ علاقة قانونية ثلاثية.



ففي التنازل عن العقد يستطيع المتنازل له أن يياشر دعوى التنفيذ في مواجهة المتنازل لديه دون وساطة المتنازل. وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الفسخ، أو بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ. وبالمثل يستطيع المتنازل لديه أن يياشر مثل هذه الدعاوى وهذا الدفع في مواجهة المتنازل له وبدون وساطة المتنازل^(٤٦).

ويتميز التنازل عن العقد أيضا بأن الحلول يكون في نفس الحقوق وفي نفس الالتزامات، كما أن هناك ارتباطا بين الجانب السلبي، والجانب الإيجابي. وعلى ذلك فإن المتنازل له يحل محل المتنازل في نفس الرابطة القانونية القائمة، أي أن التنازل يهدف إلى نقل العقد المتنازل عنه كما هو من المتنازل إلى المتنازل له. هذا

(٤٦) أنظر في نفس المعنى نقض مدني في ١٤/٤/١٩٨٣، الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤٨ ق في مجلة خريجي حقوق الاسكندرية، أبريل ١٩٨٥، ص ١٣٣.

التحليل للتنازل له انعكاسات عميقة على نظام التنازل ذاته كما سنرى. هذا التحليل يؤدي بنا أيضا إلى طرح السؤالين الآتيين، ماهو دور إرادة المتنازل لديه، وما هو مداها في اتفاق التنازل؟ هل هي شرط فقط لنفاذ اتفاق التنازل في مواجهة المتنازل لديه أم أنها شرط أساسي لانعقاد اتفاق التنازل؟ ويرتبط بهذا السؤال سؤال آخر هام هل يبقى المتنازل ملتزما في مواجهة المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له أم أنه تبرأ ذمته بمجرد اتفاق التنازل؟ أو بعبارة أخرى هل مجرد موافقة المتنازل لديه على التنازل تؤدي إلى براءة ذمة المتنازل، أم أنه يبقى في جميع الأحوال ملتزما في مواجهته؟ وللإجابة على هذه الأسئلة يجب أن نحدد طبيعة التنازل.

المبحث الثاني: التنازل عن العقد بين التجزئة والوحدة

ان التنازل عن العقد مازال في معظم التقنينات المقارنة نظاما قانونيا غير محدد وغير مكتمل. فنجد أن البعض ينظر إلى التنازل على أنه بيع للعقد أو هبة^(٤٧) وقد سبق لنا أن بينا أن هذا غير دقيق من الناحية القانونية حيث إن التنازل لا يخضع لكل قواعد البيع، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالثمن، عدم مسؤولية المتنازل عن عدم تنفيذ المتنازل لديه، عدم مسؤولية المتنازل عن ضمان العيوب الخفية وغير ذلك من قواعد كما سوف نرى تفصيلا فيما بعد. وفي بعض الأحيان، كما في ألمانيا، يطلق على التنازل عقد الحلول أو استئناف العقد *La reprise de contrat (Vertragsubernahme)* كل هذا يكشف عدم

(٤٧) أنظر في القانون المصري، السنهوري، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٢
وفي فرنسا Planiol et Ripert, op. cit., t. x, no 550 p. 762 note 3.

الوضوح والتردد الذي يحيط بنظام التنازل^(٤٨).

حتى بالنسبة لمحل التنازل فإن هناك اختلافا فيما بين الفقهاء. فمثلا في إيطاليا، نجد أن بعض الفقهاء يرى أن اصطلاح التنازل عن العقد اصطلاح غير دقيق، حيث إنه ليس العقد الذي يتم التنازل عنه وإنما الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد^(٤٩).

وحول طبيعة التنازل انقسمت التقنيات إلى قسمين: قسم يرى أن التنازل ليس إلا حوالة حق، وحوالة دين في نفس الوقت وهذا القسم يشمل معظم التقنيات، وقسم آخر يرى أن التنازل عن العقد نظام قانوني مستقل عن حوالة الحق وحوالة الدين، ولذلك أورد قواعد قانونية عامة منظمة له، وهذا هو مسلك كل من التقنين الايطالي والبرتغالي^(٥٠) فلنعرض لكل من النظريتين، ثم نبرز أهمية العملية للاختلاف بين النظريتين.

(٤٨) انظر:

Ph. Malaurie, op. cit, p. 203. et Rapport présenté par K. H. Neumayer, la transmission des obligations en droit comparé in la transmission op. cit. p. 259.

(٤٩) انظر:

- Finzi, la riassicurazione et la Cession de portafoglio, Rivista de Diritto Commerciale et del Diritto Generale delle obbligazione, 1932, xxx, lère partie 660 cité par Ph. Malaurie, op. cit, p. 108; Carnelutti. Teoria giuridica della circolazione, padoue, 1933, p. 44, cités par Ph. Malauri, op. cit, p. 203.

(٥٠) انظر:

- K. H. Neumayer, la transmission des obligations en droit comparé, in la transmission op. cit, p. 259; v. les autres rapp présentés Sur ce sujet, ibid.

المطلب الأول: عرض وتقييم للنظريتين

نجد أن معظم التقنيات تتجه إلى تجزئة التنازل عن العقد إلى عمليتين مختلفتين، أحدهما حوالة للحق والثانية حوالة للدين، وإن كان كلا من هاتين العمليتين تتم في نفس الوقت. وعلى ذلك فإن القواعد التي تحكم التنازل عن العقد ليست، بطبيعة الحال، إلا القواعد المنظمة لحوالة الحق وحوالة الدين. بينما يذهب كل من التقنين الإيطالي والتقنين البرتغالي إلى أن عملية التنازل عملية قانونية واحدة لا تقبل التجزئة، كما أن التنازل عن العقد عملية ذات طبيعة خاصة، وبالتالي فإنها يجب أن تخضع لقواعد خاصة به.

أولاً: نظرية تجزئة التنازل:

Théorie de la décomposition de la cession

نقطة البداية في هذه النظرية أنه طالما لم توجد قواعد عامة تتعلق بتنظيم التنازل عن العقد، فإنه لامناص من اللجوء إلى القواعد الموجودة في هذا المجال. وحيث أنه لا يوجد في هذه المسألة إلا القواعد التي تحكم حوالة الحق من ناحية، وحوالة الدين من ناحية أخرى، إذن فهذه القواعد هي التي تطبق على التنازل عن العقد.

وإذا كان الأمر كذلك، فإننا نعلم بأن حوالة الحق وحوالة الدين عمليتان قانونيتان متميزتان، والنتيجة المنطقية لذلك هي تجزئة العقد إلى حقوق والتزامات، وبالتالي فإن التنازل عن العقد لا يعدو أن يكون حوالة حق وحوالة دين، في وقت واحد^(٥١)، ويجب أن تطبق القواعد الخاصة بالحوالة

(٥١) أنظر السنهوري، الوسيط، جزء ٣، فقرة ٢٥٠ ص ٤٥١، وجزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣

على التنازل عن العقد. وبناء عليه فإن حوالة الحق تتم دون حاجة إلى رضا المدين، إلا أنها لا تكون نافذة قبله إلا إذا قبلها أو أعلن بها. أما بالنسبة لحوالة الدين فإنها تتم باتفاق المدين والمحال عليه، إلا أنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها. وكما هو واضح فإن دور التنازل لديه ليس إلا الانضمام إلى اتفاق موجود وصحيح ونافذ فيما بين عاقديه، التنازل والتنازل له، وأن هذا التدخل لا يقصد به سوى اعطاء هذا الاتفاق فعاليته ونفاذه، وهذه النظرية هي السائدة في كل من القانون الألماني والسويسرى والمصرى^(٥٢).

ونظرة فاحصة على هذا التحليل يتبين لنا بوضوح التكلف والتصنع - فالعقد يكون كلا متكاملًا. والقانون الحديث يقف ضد أى تجزئة للعملية العقدية، والمثل الواضح على ذلك موقف القانون الدولى الخاص الذى يهدف دائما إلى تركيز للعلاقات العقدية وعدم تجزئتها. كما أن التنازل ينصب على العقد المتنازل عنه، ككل متكامل - وبناء عليه فإن قواعد الحوالة تصبح عاجزة عن أن تستجيب لعملية التنازل عن العقد، حيث إنها عملية مركبة ومتداخلة، بينما قواعد الحوالة وضعت لتواجه حوالة حق أو دين كل على حده.

كما أنه ليس صحيحا أبدا أن مجموع حوالة الحق، وحوالة الدين يساوى فى كل الأحوال التنازل عن العقد ككل. ونحن نعتقد أن هذا هو سبب الكثير من الصعوبات التى تواجه الفقه والقضاء عند تطبيق قواعد الحوالة على التنازل عن العقد.

وفى البلدان التى لم تأخذ تشريعاتها بفكرة التنظيم المستقل والخاص

(٥٢) أما بالنسبة للقانون الفرنسى فإن تقنين نابليون لا يعرف سوى حوالة الحق، ولم ينظم حوالة الدين، ونجد أن الفقه الغالب يذهب إلى أن القانون الوضعى الفرنسى يعرف حوالة الدين، وبالتالي، وطبقا لهذا الاتجاه. فإنه يأخذ بنظرية التجزئة فى التنازل انظر:

- Lapp. La cession de contrat, Thèse strasbourg. 1950, no 16 ets.

للتنازل عن العقد، كالمانيا وسويسرا وفرنسا ومصر، نجد أن الفقه والقضاء مازال مترددا بين التحليل التقليدي، أى أن التنازل ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، والتحليل الحديث الذى ينظر إلى التنازل على أنه عملية قانونية مركبة ذات طبيعة خاصة، تختلف عن مجرد حوالة الحق وحوالة الدين^(٥٣) وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما بعد.

أما فى مصر فنجد هذا التردد واضحا فى كتابات الفقهاء - فنجد مثلا الأستاذ الجليل الدكتور السنهورى يصور التنازل عن عقد الإيجار فيما يلى «يمكن القول، بادئ ذى بدء، أن المستأجر فى هذه الحالة (حالة التنازل) يقوم بينه وبين المتنازل له عن الإيجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه، وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته أما علاقته بالمؤجر فهى فى التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه فى الحقوق وعلاقة محيل بمحال له فى الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار هى علاقة المحال له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له.....»^(٥٤).

ثم وجد هذا الأستاذ الجليل صعوبات جمة لتطبيق قواعد الحوالة على التنازل، وبصفة خاصة فيما يتعلق بنفاذ حوالة الحق أو حوالة الدين^(٥٥)

(٥٣) انظر فى تحليل مستفيض للقضاء الفرنسى وتردده

- Calvao Télés La cession de contrat. Rev. int. de droit comparé 1951 p. 226 ets.

Ph Malaurie, op. cit

وانظر فى كل من المانيا وسويسرا

K. H. Neumayer, op. cit, 259.

(٥٤) انظر السنهورى، الوسيط، جزء، المجلد الأول، فقرة ٤٦٦ ص ٦٩٦.

(٥٥) انظر أمثلة على هذه الصعوبات السنهورى، المرجع السابق الاشارة إليه، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣،

وفقرة ٤٧٤ ص ٧١١، وفقرة ٤٧٥ ص ٧١١، وفقرة ٤٧٦ ص ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥.

ولذلك نجد بعض الفقهاء يعترف بأن «حوالة الدين التي يتضمنها التنازل عن الإيجار هي حوالة من نوع خاص.....»^(٥٦).

بل أكثر من ذلك نجد أن الأستاذ الدكتور السنهوري، يعبر، دون قصد، عن حقيقة التنازل، فيقول بالحرف الواحد «ذلك أن المستأجر إنما يتنازل عن حقوقه والتزاماته المستمدة من عقد الإيجار الأصلي، فهذا العقد نفسه هو الذي يتحول إلى التنازل إليه بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أى تحوير فيها، ويحل التنازل إليه محل المستأجر فى كل ذلك، ويصبح هو المستأجر فى عقد الإيجار بدلا من المستأجر الاصلى»^(٥٧).

ويستمر الأستاذ الجليل ليؤكد تلك الحقيقة بقوله «ويترتب على ذلك أن الأسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها انتهاء عقد الإيجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الافلاس أو الاخلال بالالتزام، يرجع فيها لا إلى المستأجر، بل إلى التنازل له عن الإيجار»^(٥٨) أى أن التنازل عن العقد ليس مجرد حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت وإنما هو شىء أكثر من ذلك كما سوف نرى فيما بعد.

والغريب من الأمر أن هذا التردد كان واضحا فى المشروع التمهيدي للمادة ٥٩٥ مدنى، وهذا النص كان يجرى على الوجه الآتى «فى حالة التنازل عن الإيجار يحل التنازل إليه، فى علاقته مع المؤجر، محل المستأجر فى جميع الحقوق والإلتزامات الناشئة عن عقد الإيجار ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل إليه فى تنفيذ التزاماته» ونحن نعتقد أن

(٥٦) أنظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٧ هامش ١ ومع ذلك قارن ما قاله فى فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨.

(٥٧) السنهوري المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.

(٥٨) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨، ٦٩٩ هامش ٣.

هذا النص يعتبر أبلغ تعريف للتنازل، كما أنه يكشف عن حقيقته وجوهره، ومن ثم طبيعته الخاصة. وبالرغم من ذلك نجد تراجعا واضحا عن هذه الفكرة في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي حيث إنها تقول «ففى التنازل عن الإيجار يحل التنازل اليه محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار. ويكون هذا بمثابة الحوالة فى الحقوق والديون فى وقت واحد». وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة التنازل له بالمؤجر فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة»! (٥٩).

وعلى ضوء ذلك يعود ويؤكد الأستاذ الدكتور السنهورى على هذه الحقيقة بقوله «فالتنازل عن الإيجار، إذن، هو حوالة حق وحوالة دين فى وقت واحد» (٦٠).

ثانيا: نظرية وحدة التنازل : Théorie Unitaire de la cession

وقد ظهرت هذه النظرية فى التقنين الإيطالى، ثم فى التقنين البرتغالى وهذه هى النظرية التى يؤيدها غالبية الفقهاء فى فرنسا (٦١) كما أن هناك اتجاه فقهى فى ألمانيا يؤيد هذه النظرية، التى تعرف تحت اسم Einheitstheorie أى théorie unitaire (٦٢) مع أن التقنين المدنى الألمانى (B.G.B) لا يتضمن إلا قواعد خاصة بحوالة الحق وحوالة الدين ولا توجد به قواعد عامة تتعلق بتنظيم التنازل عن العقد.

وطبقا لهذه النظرية، أن التنازل عن العقد لا ينظر إليه باعتباره مجموع

(٥٩) مجموعة الأعمال التحضيرية، ٤ ص ٥٦٣ - ص ٥٦٥ وانظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩ وفقرة ٤٧٧ ص ٧١٦ هامش ١.

(٦٠) المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩.

(61) V. J. Ghestin, la transmission des obligations. en droit positif français, in la transmission, op. cit, p. 4 et 5; Ph. Malaurie, op. cit, Comp. P. Raynaud. op. cit. Chr. Larroumet, thèse précitée.

(62) Vo Ph. Malaurie, op. cit, p. 204.

الحقوق والديون منظورا إليها بطريقة منفصلة، وإنما هو عبارة عن نقل للرابطة العقدية Le rapport contractuel باعتبارها وحدة واحدة متكاملة، أو هو عبارة عن تنازل عن المركز العقدي La position contractuelle في العلاقة العقدية القائمة. ويترتب على التنازل عن المركز العقدي أو صفة المتعاقد La qualité de contractant اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الناشئة عن ذلك المركز أو هذه الصفة.

وهذا التحليل يركز على أساسين: أحدهما شخصي، والآخر موضوعي. فمن ناحية نجد أن هذا التحليل يركز على قصد المتعاقدين، فالمتعاقدان لم تتجه إرادتهما عند التنازل إلى فصل الجانب الإيجابي عن الجانب السلبي للعقد، ولكن على العكس تتجه إرادتهما إلى التنازل عن العقد ككل، فمحل التنازل هو العقد المتنازل عنه في ذاته. ومن ناحية أخرى فإن هذا التحليل يركز على فكرة بسيطة قوامها أن محل التنازل ليس هو المجموع الحسابي للحقوق والديون وإنما هو شيء آخر غير ذلك، أنه التنازل عن صفة المتعاقد أو مركزه العقدي، فهدف المتعاقدين من التعاقد هو حلول التنازل له محل التنازل في الرابطة العقدية التي تربطه بالمتنازل لديه، وبكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، لاتقف عند حد انتقال الحقوق والالتزامات.

وقد حاول بعض الفقهاء انتقاد هذه النظرية على أساس أنها تركز على فكرة موضوعية محضة للالتزام، مجردة إياه من الرابطة الشخصية المكونة له. وهذا يعنى أيضا أن العقد، وذلك بعد تطور طويل، أصبح يمثل قيمة مالية دون أدنى اعتبار للرابطة الشخصية التي تنشئه. فقديمًا كان الالتزام لا يقبل الانتقال، حتى في جانبه الإيجابي. لأنه كان ينظر إليه على أنه ليس الا رابطة

بين شخصين. أما اليوم فإن العقد بأكمله يقبل الانتقال، لأنه ليس الا قيمة مالية أو اقتصادية⁽⁶³⁾.

وواضح أن هذا الانتقاد في غير محله، حيث إن هذه النظرية لم تهمل اعتبار العقد رابطة شخصية بدليل اشتراطها رضاء المتنازل لديه كشرط ضروري لقيام التنازل ذاته. فأين اذن هذا الاهمال للرابطة الشخصية في العقد؟ بالاضافة إلى ذلك أن هذه النظرية هي الأكثر ملاءمة للظروف الحالية في المجتمعات الحديثة التي تقوم على فكرة الائتمان من ناحية وتزايد أهمية القيم المنقولة من ناحية أخرى.

المطلب الثاني: الأهمية العملية لاختلاف النظريتين

بطبيعة الحال هناك أهمية عملية كبرى لهذا الاختلاف، حيث أن الأخذ بأى من النظريتين له أثر واضح في شروط التنازل وأيضاً في آثاره. وسوف نعرض هنا لأثر الاختلاف باختصار حيث أننا سوف نعرض له بالتفصيل عند الكلام عن شروط التنازل وآثاره في الباب الثاني المتعلق بأحكام التنازل.

أولاً: على نطاق شروط التنازل:

نجد أن نظرية وحدة التنازل تشترط رضاء الأطراف الثلاثة في التنازل، فطبقاً لهذه النظرية فإن اتفاق التنازل ثلاثي الأطراف، ففي العلاقة بين المتنازل والمتنازل له، نجد أن الأمر يبدأ بالمفاوضات بينهما، ثم ينتهي باتفاق التنازل. وبمقتضى هذا الاتفاق نجد أن المتنازل يهدف إلى التنازل عن حقوقه الناشئة من العقد المتنازل عنه في مقابل تحمل المتنازل له للالتزامات الناشئة

(63) Vo Larroumet, op. cit, no 103, pp. 244 - 246, d'une manière moins tranchante, Galvao Télès. op. cit, pp. 229 - 230.

من نفس العقد. وبالمثل فإن المتنازل له لا يرغب في تحمل الالتزامات الناشئة من العقد المتنازل عنه إلا في مقابل استفادته من الحقوق المقابلة لذلك. أما بالنسبة للمتنازل لديه، فإنه لن يتدخل إلا ليصرح بالتنازل. فبالنسبة للتنازل عن الحقوق فإن تدخله لا يعدو أن يكون اقراراً لهذا التنازل، وتغيير شخص دائته. أما بالنسبة للتنازل عن الالتزامات أو الديون فإن المتنازل لديه لا يمكن أن يكون موقفه سلبياً، إذ لا بد أن يوافق على تغيير مدينه.

ويتضح من ذلك أن رضاء المتنازل لديه ليس مجرد شرط لنفاذ التنازل في مواجهته وإنما هو شرط ضروري لانعقاد التنازل، بمعنى أنه عند رفض المتنازل لديه للتنازل يصبح هذا الاتفاق عديم القيمة من الناحية القانونية. ويفسر الفقهاء ذلك بأنه يتفق وقصد المتعاقدين، وبالارتباط بين الحقوق والديون. فالمتنازل لم يقبل التنازل عن حقوقه إلا لأنه سوف تبرأ ذمته من ديونه، مما يستلزم رضاء المتنازل لديه^(٦٤).

بينما لو جزأنا العقد، فإنه يمكن القول، عند تخلف رضاء المتنازل لديه، بأن الحقوق قد تم انتقالها دون الديون، أو أن هناك انتقالاً لكل من الحقوق والديون لكن دون أن تبرأ ذمة المتنازل في مواجهة المتنازل لديه، وهذا هو رأى بعض الفقهاء في كل من ألمانيا وفرنسا^(٦٥).

ثانياً: على نطاق آثار التنازل:

إن نظرية وحدة التنازل تشترط رضاء المتنازل لديه، وذلك لأن من آثار التنازل براءة ذمة المتنازل في مواجهته.

ويؤكد بشدة كل من التقنيين: الإيطالي والبرتغالي على أن من آثار

(٦٤) انظر للعرض للفقهاء الإيطالي والبرتغالي ومقارنتهما يعنى

Ph. Malaurie, op. cit, p. 209.

Larroumet, op. cit, no 110, p. 273

(٦٥) أنظر في ذلك:

التنازل عن العقد براءة ذمة المتنازل. والتقنين المدني البرتغالي لا يعرف إلا هذا النوع من التنازل (م ٤٢٤)، بينما التقنين المدني الإيطالي ينص، إلى جانب ذلك، على امكانية التنازل عن العقد مع عدم براءة ذمة المتنازل، م ١٤٠٨. وعلى أية حال فإن التنازل في مفهوم نظرية الوحدة هو حلول المتنازل له محل المتنازل، مما يترتب عليه، حتما، خروج المتنازل من الرابطة العقدية. وهذا يعنى بطبيعة الحال براءة ذمته من الالتزامات، نتيجة لرضاء المتنازل لديه بالتنازل، أو لنص القانون الذي ينظم التنازل. فبراءة ذمة المتنازل في مفهوم هذه النظرية يعتبر أثر طبيعي للتنازل.

أما بالنسبة لنظرية التجزئة، فإن الأصل هو انتقال الحقوق دون الالتزامات، وإن كان هناك انتقال للحقوق والالتزامات فإن المتنازل لا تبرأ ذمته في مواجهة المتنازل لديه ما لم يعلن هذا الأخير ذلك صراحة.

وينشأ عن بقاء المتنازل إلى جانب المتنازل له مشكلة تكيف مركزه القانوني؟ هل هو مدين أصلي بالالتزام إلى جانب المتنازل له فيكون للمتنازل لديه مدينان؟ وهل هذان المدينان متضامنان؟، أم هل هو مدين احتياطي، فهل إذا كان كذلك يعتبر كفيلا؟؟ وإذا كان كفيلا فهل له الدفع بالتجريد؟ فإن لم يعتبر هذا أو ذاك فهل يمكن اعتباره ضامنا للتنفيذ، أى يقع عليه التزام قانوني بضمان التنفيذ؟ أسئلة كثيرة تبحث عن إجابة، وتدل دلالة قاطعة على قصور نظرية التجزئة. كما سوف نرى ذلك تفصيلا فيما بعد عند دراسة آثار التنازل.

وكما هو واضح فإن الأخذ بأى من النظريتين يرتب آثارا عميقة على أحكام التنازل بصفة عامة كما سوف نرى في الباب الثاني.

الفصل الثانى

تمييز التنازل عن العقد عما يشته به من أنظمة قانونية

فى البداية، لم يكن التنازل عن العقد سوى مسألة أكاديمية، أو بالأحرى مجموعة من الأسئلة، كان السؤال الأول الطبيعى يدور حول مشروعيتها من عدمها، ثم عن مدى إمكانية تحقيقه، ثم بعد ذلك أصبح السؤال يدور حول نظامه القانونى، وبصفة خاصة حول شروطه وآثاره: وهل للمتنازل لديه حق فى مواجهة المتنازل له؟ وهل للمتنازل له حق فى مواجهة المتنازل لديه؟ وهل المتنازل برأت ذمته، أم أن المتنازل لديه يمكنه، مع ذلك، متابعتها؟

وعلى ذلك فإنه لم يكن فى العمل نظام قانونى، أو فكرة واضحة للتنازل عن العقد. ولذلك كان الأمر الطبيعى هو الالتجاء الى الأنظمة القانونية الموجودة من قبل، كالاتجاء إلى الوكالة، التجديد، الانابة أو حتى إلى الاشتراط لمصلحة الغير. وهذا هو دأب القانون دائما بصدد ما يجد من مسائل ومعاملات، وبذلك كان يتطور القانون على مر العصور.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لكل حكم جديد فى بدايته، إلا أن هذا الأمر لا يستمر طويلا. فهذا الأسلوب المؤلف فى العمل، إذا كان يستند الى استمرارية القانون وثباته، ويكشف عن ثراء التراث القانونى، ويتجنب من ثم الفراغ القانونى، إلا أنه فى كثير من الحالات يكشف التطبيق العملى قصور الأنظمة القانونية الموجودة سلفا عن أن تستوعب جميع عناصر وجزئيات المسائل الجديدة، أو الأحكام المستحدثة. ثم تتصل حلقات التطور إلى أن يكشف التطبيق العملى والتحليل النظرى ذاتية واستقلالية النظام الجديد.

وهانحن اليوم نحاول جاهدين البحث عن تلك الذاتية وهذه الاستقلالية بالنسبة للتنازل عن العقد.

وعلى ذلك فإنه يجب تمييز التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن. ثم نحاول بعد ذلك وضع الحدود الفاصلة بين التنازل عن العقد والعمليات القانونية ذات الاشخاص الثلاثة التي قد تشتبه به.

المبحث الأول: التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن

إذا كانت التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، بات من المسلم بها الآن⁽¹⁾، إلا أنها مازالت تدق في كثير من الأحيان، ومحل خلاف فيما بين الفقهاء. فأصبح من المسلم به الآن أنه يجب التفرقة بين الايجار من الباطن، والمقاولة من الباطن، والوكالة من الباطن من ناحية والتنازل عن الايجار، والتنازل عن المقاولة، والتنازل عن الوكالة من ناحية أخرى، لكن كيف؟ هذا هو محل الخلاف ومصدر الدقة.

وهذه التفرقة تعتبر حديثة نسبياً، ويرجع ذلك إلى أن الاشتقاق اللغوي، في اللغة الفرنسية، لم يكن ينهض سندا لقيامها. وذلك لأنه عند الحديث عن آثار التنازل عن العقد يقال عادة أن المتنازل له يحل "Substitue" محل المتنازل. وحيث أن Substituer تأتي من الأصل اللاتيني للكلمة Substituere de Sub: sous, et Statuere. établir فكلمة établir, substituer تشير في الذهن التعاقد من الباطن le sous- Contrat أكثر من التنازل عن العقد. ويبدو أن ذلك هو السبب في عدم وضع تفرقة قاطعة بين النظامين في تقنين نابليون⁽²⁾ ولذلك سنعرض لموقف الفقه التقليدي من هذه التفرقة،

(1) V. Larroumet, op. cit, no 90 à 93, Teyssie, les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 1975, préface. J. Mousseron.

(2) Vo Ph. Malaurie op. cit, p. 23.

ثم نعبه بموقف الفقه الحديث وفي النهاية نعرض للمعيار المختار للفرقة.
أولا: موقف الفقه التقليدي من الفرقة:

وقد أقام بعض الفقهاء هذه الفرقة العلمية الدقيقة، يحذف ومهارة،
استنادا إلى قراءة فطنه لنص المادة ١٧١٧ مدني فرنسي. وهذه الفرقة ترجع
إلى بداية القرن الماضي^(٣).

فيرى هؤلاء الفقهاء أنه إذا كان نص المادة ١٧١٧ ينص على أن
«المستأجر حق التأجير من الباطن، كما له أن يتنازل عن إيجاره» فإن ذلك
يعنى أن المشرع يميز بين التأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار، وخاصة
وأن التنازل والتأجير من الباطن ليس لهما نفس المحل.

وبالرغم من هذه الفرقة الفنية الدقيقة، فإنه لم يؤخذ بها في العمل.
وكثير من العقود هي في حقيقتها تنازل عن الإيجار تم تكييفها على أنها
إيجار من الباطن والعكس صحيح.

والى جانب ذلك فقد انبرى بعض الفقهاء، اللامعين، لمحاربة هذه
الفرقة. فنجد Paul Esmein قد انتقد هذه الفرقة بشدة^(٤)، واعتبر أن هذه
الفرقة ليست الا تصورا ذهنيا يقوم على تجاهل لحقائق الأشياء. وقد كان
هذا مدعاة لسخريته من الفقهاء الذين يميلون إلى التجريد، وينفصلون عن
الواقع والحقيقة، ثم يقول إنه عندما يتم التأجير من الباطن فهذا معناه أن
يترك المستأجر الشيء المؤجر لغيره، وكذلك الحال تماما بالنسبة للتنازل عن
الإيجار^(٥).

وقد سبقه إلى ذلك الفقيه Planiol عندما أعلن عدم رضاه عن هذه

(3) De Merlin, Répertoire, 1828, Vo Sous location.

(4) Rev. tr. dr. civ. 1924, p. 252.

(5) op. cit, p. 259 - 260.

التفرقة، ولكن لسبب آخر، هو سوء التعبير في التقنين المدني الفرنسي، وخاصة في نظر فقيه مرتبط كثيرا بالتقاليد مثل Planiol، فقد أعلن أنه لمن الخطأ التاريخي^(٦) الإصرار على مثل هذه التفرقة التي وضع زينها. فبعد أن تم الالتجاء إلى الاسراف في التعليل القانوني، والتحليل النظري الدقيق، والذي تم في غير محله، أقيمت هذه التفرقة التي لم يكن لها أي صدى في الحياة العملية. فهذه التفرقة ليست في الحقيقة إلا فخ قد نصب للمتعاقدين، فكأننا نقول لهم بمتنهي الصراحة، أنتم أحرار في اختياركم للتعبير الذي تريدون أن تستخدموه، لأن كلا من التعبيرين ليس له نفس المعنى أو الخصائص، فحسب ما تقولون: تنازل عن الإيجار، أو إيجار من الباطن. سوف تجدون أنفسكم أمام عمليتين قانونيتين مختلفتين تماما^(٧).

في الواقع لم يكن هناك في القانون الفرنسي القديم فرق بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن من حيث طبيعة العمل نفسه، وإنما كان الفرق موجودا من حيث الدرجة، أي من حيث المقدار الذي يقع عليه العمل. وعلى ذلك فإذا كان المستأجر قد قام بتأجير كل العين فإن ذلك يعتبر تنازلا عن الإيجار، وإذا كان الأمر قاصرا على تأجير جزء من العين عد ذلك إيجارا من الباطن.

ثانيا: موقف الفقه الحديث من التفرقة:

في الوقت الحاضر فإن التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن لم تفترض ولكنها تقابل في الحقيقة التعقد المتزايد للعلاقات الاجتماعية في المجتمعات الحديثة. فالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، وغيرها من أنظمة حديثة، تعتبر وسائل فنية تترجم في الواقع التعقد المتزايد للأنظمة القانونية

(6) note D. 1892. 2. 521.

(7) op. cit.

ذات الصياغة الفنية الدقيقة والتي تتميز بها القوانين الحديثة. ولذلك فإن مبدأ التفرقة لم يعد محل مناقشة أو خلاف، وإنما الخلاف ينحصر فقط في تحديد معيار التفرقة بينهما.

ويذهب الفقه الحديث إلى تحليل مضمون كل من النظامين، من حيث الحقوق والإلتزامات، وقيم التفرقة بينهما على أساس محل كل منهما. فأحدهما حوالة حق (حق الإيجار) والذي يخضع لشرط تحمل الاعباء المقابلة^(٨)، والآخر هو عبارة عن إيجار، أى تأجير للحق فى الإيجار أو لجزء من هذا الحق. ويترتب على ذلك أن كلا منهما يخضع لنظام قانونى مختلف عن الآخر، فالأول يخضع لنظام التنازل والآخر يخضع لنظام الإيجار، سواء من حيث انعقادهم أو إثباتهم أو آثارهم.

فى التنازل عن الإيجار لا يوجد إلا عقد الإيجار الأصلى بين المؤجر والمستأجر، وبمقتضى اتفاق التنازل يحل المتنازل له محل المستأجر فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن ذات هذا العقد. أما فى الإيجار من الباطن فىوجد عقد إيجار أصلى ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد إيجار من الباطن بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن، وما يترتب على ذلك من عدة نتائج:

١- فى التنازل عن الإيجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر، وفيما بين المتنازل له والمستأجر (المتنازل). أما فى الإيجار من الباطن فقد تختلف شروط الإيجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن.

٢- يترتب الفقه على ذلك ضرورة إخضاع التنازل للإجراءات التى تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين (م ٣٠٥ مدنى مصرى والمادة ١٦٩٠

(8) Vo Planiol et Ripert, op. cit, t. 10 2e ed, par Tunc 1956, no 551. p. 764.

مدنى فرنسى والمادة ١/٣١٦ مدنى مصرى بالنسبة لحوالة الدين). وسوف نرى ذلك فيما بعد. أما بالنسبة للإيجار من الباطن فيخضع لأحكام عقد الإيجار.

٣- ومن حيث المحل فإن الإيجار من الباطن، وليس التنازل، يمكن أن يكون جزئياً. كما أن المستأجر من الباطن، وليس المتنازل له، يمكن أن يدفع إيجاراً مختلفاً عن إيجار المستأجر الأصلي.

٤- ومن حيث الآثار، نجد أن المستأجر الأصلي، وليس المتنازل، له حق امتياز على ما يوجد في العين المؤجرة من منقولات للمستأجر من الباطن.

٥- يجوز للمستأجر أن يؤجر العين من الباطن للمؤجر نفسه، أما إذا تنازل له عن الإيجار فإن هذا يعد تقايلاً عن الإيجار الأصلي.

٦- بالنسبة للآثار فإن التنازل عن الإيجار يثبت طبقاً للقواعد العامة، أما الإيجار من الباطن، وبصفة خاصة في العلاقة فيما بين الطرفين، لا يجوز إثباتها إلا طبقاً لقواعد خاصة في القانون الفرنسي.

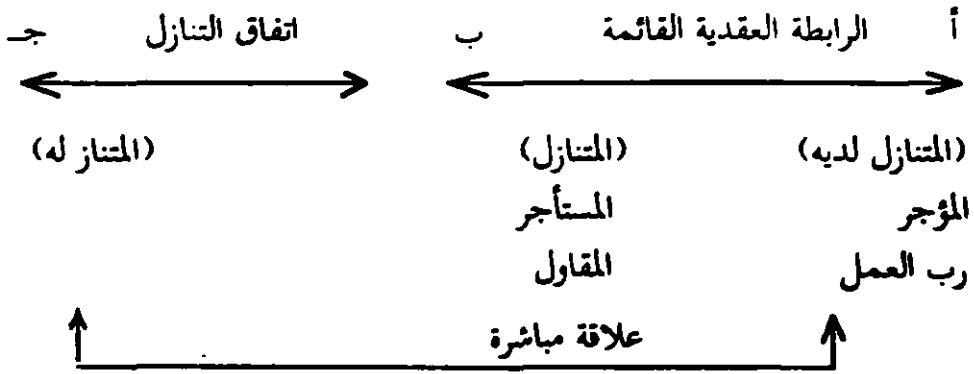
وكما هو واضح فإن جهود الفقه في التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن قد تركزت في نطاق عقد الإيجار، ولكنها تعطي دلالة واضحة للمشكلة ككل.

ثالثاً: المعيار المقترح للتفرقة

نحن نرى أن معيار التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن يكمن في طبيعة العملية القانونية.

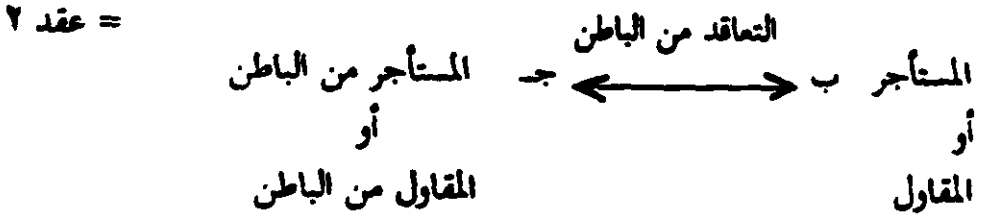
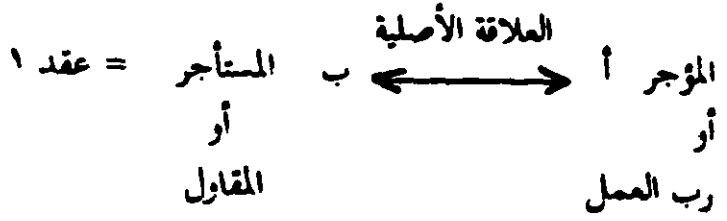
ففي التنازل عن العقد نجد أن هناك تنازلاً عن الصفة التعاقدية، أو المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل، بحيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في الرابطة العقدية

الموجودة، وكذلك ما يترتب على تلك الصفة من آثار ونتائج قانونية، أى عملية التنازل عن العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين كما يرى الفقه، وإنما هى شئ أكثر من ذلك. وتأخذ العملية القانونية الشكل الآتى:



وكما هو واضح من الشكل السابق فإنه يترتب على التنازل عن العقد أن تنشأ علاقة مباشرة ومتبادلة فيما بين المنازل لديه (أ) والمنازل له (ب). ولكن يبقى السؤال قائم حول مدى براءة ذمة المنازل (ب) فى مواجهة المنازل لديه (أ) وهذه هى إحدى مشاكل التنازل عن العقد التى سوف نعرض لها فيما بعد.

أما بالنسبة للتعاقد من الباطن، فإن أحد أطراف العقد، المقاول أو المستأجر، يتعاقد مع الغير، المقاول من الباطن أو المستأجر من الباطن، لينشئ علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة لا تختلط معها ولا تندمج فيها. وتنحصر هذه العلاقة الجديدة فيما بين المتعاقدين، المقاول أو المستأجر والغير فقط، فلا تنشئ علاقة مباشرة ومتقابلة، كما هو الحال فى التنازل عن العقد، بين الغير والمتعاقد الآخر فى العلاقة الأصلية، المؤجر أو رب العمل، وتأخذ هذه العملية الشكل الآتى:



وعلى ضوء هذا الرسم التوضيحي نجد أنه ليس هناك، نتيجة للتعاقد من الباطن، أية علاقة مباشرة بين (أ) المؤجر أو رب العمل و (ج) المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن. كما أن (ب) المستأجر أو المقاول يبقى مسئولاً في مواجهة (أ) المؤجر أو رب العمل طبقاً للعلاقة الأصلية، وبالتالي مشكلة براءة ذمة أى منهما من التزاماته ليست محل أى تساؤل، حيث أنه لا علاقة بين (أ) و (ج). فإذا كان هناك إعفاء للمستأجر أو للمقاول (ب) من التزاماته، فإنه لا بد وأن يقبل المؤجر أو رب العمل أن يكون المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن مديناً مباشراً له، فإن حدث ذلك، فإننا نكون بصدد حلول وبراءة ذمة للمدين الأصلي، وهذا يعنى إما تجديد للالتزام أو تنازل عن العقد وليس تعاقد من الباطن.

وإذا كان معيار التفرقة يرتكز على تخلف العلاقة المباشرة فى التعاقد من الباطن بين المتعاقد الآخر فى العلاقة الأصلية والغير، وإذا كان هذا المعيار يمكن أن يصطدم، مع ذلك، بعدة اعتراضات، فإن هذه الاعتراضات يسهل تفنيدها:

تفنيده الاعتراض الأول: وجود دعوى مباشرة:

فمثلا المادة ٥٩٦ مدني تنص في فقرتها الأولى على أنه «يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن يندره المؤجر» (م ١٧٥٣ مدني فرنسي)^(٩). فهل يمكن أن نستنتج من ذلك وجود علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن؟ الاجابة على ذلك، بطبيعة الحال، تكون بالنفي وذلك راجع إلى أن هذه الدعوى ليست مقررة على سبيل التبادل وإنما مقررة في اتجاه واحد من المؤجر الى المستأجر من الباطن، فهي تسمح للمؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي، لكنها لا تسمح للمستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر باجراء الترميمات الضرورية مثلا، وإنما له أن يطالب المستأجر الأصلي بها. وعلى ذلك لا يستطيع المستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر بما يفرضه عليه عقد الإيجار الأصلي من التزامات، كما ليس له أن يطالبه به. بطريق غير مباشر عن طريق المستأجر الأصلي. وهذا يؤكد المعيار المقترح وهو انتقاء العلاقة المباشرة في التعاقد من الباطن بين المتعاقد الآخر في العلاقة الأصلية والغير.

تفنيده الاعتراض الثاني: حق التجديد:

في فرنسا نجد أن المادة ٢٢ من المرسوم بقانون في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ تجيز للمستأجر من الباطن أن يلجأ مباشرة إلى المؤجر ليطلبه بتجديد عقد إيجار المحل التجاري. لكن الفقه في فرنسا يرى أن هذه الرخصة تتضمن، كما هو واضح من صريح النص، انتهاء لعقد الإيجار الأصلي، وعقد الإيجار من الباطن، ليحل محله عقد إيجار بين المستأجر الباطن (ج) والمؤجر

(٩) أنظر أيضا المادة ١/٦٦٢ مدني مصري بالنسبة لعقد المقاوله، والمادة ١٢ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بالنسبة لعقد المقاوله في فرنسا.

وخروج المستأجر الأصلي من هذه العلاقة^(١٠). وما يؤكد هذه الحقيقة أنه طالما وجد عقد الايجار الاصلى، فإن المستأجر من الباطن ليس له أى علاقة مع المؤجر، وإنما علاقته أساسا مع المستأجر الأصلي (المادة ١/٢٢ من المرسوم).

تفنيد الاعتراض الثالث: البقاء فى العين المؤجرة:

فى فرنسا، نجد أن قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ (م ٢/٤) يسمح للمستأجر من الباطن أن يطالب مباشرة المالك بالبقاء فى العين المؤجرة. ويرى الفقه أن هذا النص لا يعنى أن هناك علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر، وذلك لأن المستأجر من الباطن لا يستند فى طلبه إلى سند عقدى، وإنما إلى صفته كشاغل للعين بحسن نية، وبالتالى الاستفادة من مركز قانونى، وهو البقاء فى العين^(١١).

وبعد عرض هذه الاعتراضات وتفنيدها تأكد لنا سلامة المعيار المقترح للتفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد. وسوف يتأكد لنا ذلك أكثر عند الدراسة التفصيلية لأحكام التنازل.

(10) Vo Chr. Larroumet, op. cit, no 91 note 15 p. 191.

(11) Vo Ph. Malaurie, op. cit, p. 88.

وانظر فى محاولات للتفرقة بين المعاولة من الباطن والتنازل عن المعاولة.

- Planiol., et Ripert, op. cit, t. x1, 2e éd par Rouast, Distinction exacte, no 929 p. 168 - 169.

- Baudry - Lacantinerie et Wahl, Traité de droit civil, t. xx11, 1907, Distinction mal conçue, no 4060, p. 1161.

المبحث الثاني: التنازل عن العقد والعمليات القانونية

ذات الأشخاص الثلاثة التي قد تشبه به

سبق أن بينا الفارق الواضح بين العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة L'opération à trois personnes والعقد الملزم لثلاث أطراف le contrat trilateral، كعقد الشركة، والذي يتمثل في أن العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة ينشأ عنها ثلاث علاقات، أما العقد الملزم لثلاثة أطراف، فينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة لثلاثة أطراف في مراكز قانونية متماثلة. وقد وجدنا أن التنازل عن العقد يعتبر من بين العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة. فالتنازل عن العقد ينشئ، علاوة على العلاقة الأصلية بين المتنازل والمتنازل له، علاقتين: إحداهما بين المتنازل والمتنازل لديه، والثانية بين المتنازل له والمتنازل لديه.

ومن الأنظمة القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، والتي يمكن أن تختلط بالتنازل عن العقد، الإنابة، والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير^(١٢). كما يمكن أن يتشابه التنازل عن العقد بالنيابة. ففي النيابة نجد أن هناك علاقة

(١٢) أنظر في هذا الخلط:

- Civ3. 5 juin 1970. rejet, D. 1970. 727; Bull. civ III no 387, qui qualifié la reprise de rente sans libération du débirentier, de délégation imparfaite; D'autres qualifié la reprise du contrat de fournitures, sans libération du débiteur initial de "cession dettes pour souligner qu'il ne s'agissait pas d'une novation, Com. 10 févr, 19 Bull. civ - IV, no 28; un autre décide que la reprise de prêt de de l'emprunteur. initial n'était pas une "novation par changement de débiteur, Com. 8 Juil 1975, Bull. Civ. Iv, no 195. ce que parait impliquer qu'il y aurait en novation si le débiteur avait été libéré.

قانونية تنشأ مباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد مع النائب وذلك دون حاجة لوساطة النائب. ولكن رغم هذا التشابه الظاهري نجد أن في النيابة شخصية النائب ليس لها وجود في العلاقة، ليس لأنه خرج منها، وإنما لأن لم يدخل فيها، حيث أنه لا يتعاقد باسمه ولحسابه، وإنما يتعاقد باسم ولحساب الأصيل. وهذا الاختلاف في الطبيعة له أثر واضح في تحديد النظام القانوني للنيابة وبصفة خاصة الدفوع ووسائل الدفاع المختلفة. ولكن التشابه يتزايد بين التنازل عن العقد والإنابة والتجديد والاشتراط لمصلحة الغير مما قد يؤدي الى الخلط أو للبس. ولذلك سوف نعرض تفصيلا للتمييز بين التنازل عن العقد وهذه الأنظمة القانونية قريبة الشبه به.

أولاً: التنازل عن العقد والإنابة

كثيراً ما تدق التفرقة بين التنازل عن العقد والإنابة، وذلك لأن وجه الشبه بينهما كبير. ففي الإنابة نجد أن المدين يحصل على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدنى مصرى) ويمكن أن تأخذ الإنابة شكلاً عملياً على النحو التالى: ففي عقد البيع الذى لم يكن المشتري قد دفع فيه الثمن. فإنه يمكنه أن يبيع الشئ مرة ثانية ويحصل على موافقة المتصرف اليه بدفع الثمن الذى فى ذمته إلى البائع. وفى هذا المثال نجد أن المتصرف اليه يعتبر مناباً من قبل المشتري الذى يسمى منيباً، فى مواجهة البائع، والذى يسمى مناباً لديه. بعد ذلك نجد أن هذه الإنابة قد تكون كاملة أو إنابة قاصرة بحسب ما إذا قبل البائع أو لبراءة ذمة المشتري فى مواجهته: فإذا قبل فإن المشتري يختفى من هذه العلاقة ولا يكون مسئولاً أمام البائع، المناب لديه، سوى المتصرف إليه، المناب، وهذه هى الإنابة الكاملة أو التامة. أما إذا لم يقبل فإن يصبح للبائع، المناب لديه، مدينان، المشتري، المنيب، والمتصرف إليه، المناب، وهذه هى الإنابة القاصرة أو الناقصة.

والفارق الجوهرى بين الإنابة والتنازل عن العقد يكمن فى أن الإنابة، كاملة أو ناقصة، لا تنتقل الالتزام وإنما تنشئ علاقة قانونية جديدة بين المناب والمناب لديه^(١٣). أما فى التنازل فإن العلاقة القانونية القائمة، وبما ينشأ عنها من حقوق والتزامات هى التى تنتقل من المتنازل إلى المتنازل له. ويترتب على ذلك أننا نجد أن دستور الإنابة، كاملة أو ناقصة، هو تجريد العلاقة فيما بين المناب والمناب لديه، بمعنى أن يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (م ٣٦١ مدنى مصرى).

ففى الإنابة، عند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثانى أن يحتج على الأول بالدفع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب فى الدين الذى للمنيب فى ذمة المناب، فإنه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمة المناب للمناب لديه. ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً obligation abstraite بالنسبة إلى الالتزام الذى فى ذمة المناب للمنيب^(١٤).

أما بالنسبة للتنازل عن العقد فإن نفس الرابطة القانونية القائمة بين المتنازل والمتنازل لديه هى التى تنتقل إلى المتنازل له، ومن ثم تنتقل بنفس

(13) Comp. Marty et Raynaud. op. cit, t. II, no 802 p. 807.

(14) Marty et Raynaud, op. cit. no 842, B. Starck, op. cit, no 2376; Capitant, la Cause des obligations, 1925, no 179; Comp. toutefois, Mazeaud, op. cit, t II no 1246; A. Rieg, in rep. civ. 2e éd, 1971, Vo Délégation, no 34; Vo Contra. Maury, in Rep. civ. 2e éd, 1970, Vo Cause, no 179.

وانظر فى نفس هذا المعنى فى الفقه المصرى السهوى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة

٥٢٤ ص ٨٧٠.

طبيعتها وخصائصها وما يرد عليها من دفع وما يضمنها من تأمينات .
ففى التنازل يستطيع المتنازل لديه أن يدفع ببطلان هذه العلاقة، أو
بفسخها، وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى مواجهة المتنازل له، كما كان
له أن يتمسك بكل ذلك تماما فى مواجهة المتنازل، وبالمثل فإن للمتنازل له
أن يتمسك بكل ذلك فى مواجهة المتنازل لديه. كما أن المتنازل لديه
يستطيع أن يتمسك بما له من امتياز فى مواجهة المتنازل له. ولكن قد تدق
التفرقة إذا ما اتفق فى الإجابة على بقاء التأمينات أو الدفع. ولكننا نتساءل
أى إجابة هذه؟ ! فلو تم الاتفاق على ذلك فلم يبق لهذه العملية القانونية
من الإجابة إلا الاسم^(١٥).

وبالرغم من وضوح هذه التفرقة من الناحية النظرية، إلا أننا نجد أن
هناك خلط واضح فى استعمال كل من الإجابة والتنازل عن العقد فى
القضاء الفرنسى وفى الحياة العملية. فنجدهم غالبا ما يطلقون لفظ الإجابة
على عمليات قانونية ليست فى الحقيقة إلا تنازلا عن العقد، وبالمثل نجد أنه
بالرغم من أن كثير من الأحكام تتكلم عن التنازل عن العقد^(١٦) إلا أن
بعضها يتكلم عن حوالة الدين^(١٧) والبعض الآخر يتكلم عن الإجابة^(١٨).
وأخيرا البعض يتكلم عن التجديد بتغيير المدين^(١٩) وذلك كله عن حالات

(١٥) أنظر فى ذلك مع أسلوب فيه كثير من السخرية

Vo Ph.Malaurie. op. cit, p 26 et p. 41.

(16) Civ 7 Jan 1947, J. C. P. 1947 II, 3510, note Becqueé; D. 1947,
201; Rev. tr. dr. civ 1947, 201; obs. J. Carbonnier; Soc: 9 nov:
1956; Caz, Pal. 1957. I. 120; Rev. tr. dr. Civ. 1557; 356, obs. J.
Carbonnier.

(17) Com. 10 févr. 1957; Bull. civ. IV, no 38.

(18) Civ 3, 5 Juin . 1970. Bull. civ. III, no 387; Civ. 29 juin 1972,
ibid, no 140.

(19) Com. 8 Juil 1975, Bull. civ. IV, no 195.

ليست في الواقع إلا تنازلاً عن العقد كما أن الفقه لم يسلم من هذه الخلط^(٢٠).

ثانياً: التنازل عن العقد والتجديد

يتم التجديد أما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد، وأما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلاً بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره (م ٣٥٢ مدني مصري)^(٢١).

ونقطة التقاء التجديد بالتنازل عن العقد تنحصر في الصورتين الأوليتين، التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين، حيث إن في كل من التجديد والتنازل يتم تغيير كل من المدين والدائن. وقد لجأ بعض الفقهاء إلى نظرية التجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهى. وقد استندوا في ذلك إلى عدة أحكام وهذه الإدانة كانت في الحكم الأخير أوضح وأكثر صراحة للتجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهى. وقد استندوا في ذلك إلى عدة أحكام قضائية^(٢٢).

(20) Vo Dagot, la novation par le changement de débiteur, et le droit hypothécaire, J. C. P. 1975. I. 2693. Precigout, J.C:P: 1974 éd N. 5657; Vo aussi Roulet et peisse, Gaz. pal 21 avr. 1975 p. 720 col concernant la sous traitance.

(21) Christiane Pactet, De la réalisation de la novation, Rev. tr. dr. Civ. 1975, 657 no 49 et 50.

(22) Soc. 6 Jan. 1960, Bull. civ. IV, no 7, qui a qualifié l'opération "de novation par changement de débiteur de" novation par =

وما يجب أن نشير إليه هنا هو الأهمية العملية للرجوع إلى المراجع التي لجأ إليها هؤلاء الفقهاء، ليس فقط للتحقق من صحتها من الناحية المادية المحضة، وإنما أيضا للتحقق من الاستنتاج الذي انتهوا إليه. وبالرجوع إلى هذه الأحكام اتضح أنها ليس لها نفس الدلالة التي أعطتها لها هؤلاء الفقهاء. فلنر ذلك بشئ من التفصيل.

- في حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ فبراير ١٩٥٩ (٢٢)

كانت المسألة المطروحة هي معرفة ما إذا كان المؤجر قد قبل أن يتحول المستأجر من الباطن فيما بعد إلى مستأجر أصلي، ربما الأمر يتعلق بالتجديد، إلا أنه لا يتعلق بالتأكيد بالتنازل عن الإيجار، ومن ثم لا يمكن أن تستند إلى هذا الحكم فيجعل التنازل عن الإيجار نوعا من التجديد.

- في حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ فبراير ١٩٥٨ (٢٣)

كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان إعطاء المؤجر ايصالا للمستأجر يعتبر في حد ذاته قبولا للتنازل، وكان ذلك باعتباره مسألة عارضة، ولتفرض محكمة النقض ذلك قد جاء في حكمها «أن التنازل عن الحق أو التجديد عن طريق تغيير المستأجر لا يفترض» ونحن نرى أن التنازل عن العقد لا يمكن أن يكون

= substitution d'un nouveau débiteur de loyer"; Soc. 5 oct. 1960. ibid no 809 "de novation par changement de locataire; Soc. 24 oct. 1958, ibid, IV, no 1087, "de novation par changement de personne"; Soc. 27 fèvr 1959; ibid, no 318, on pourra ajouter à cette liste l'arrêt de la 3ème chambre civil du 21 Janvier 1976; Gaz. Pal. 24 mars 1976; panorama de la Cour de Cassation p. 12, qui peut être rapproché de celui d'octobre 1958.

(٢٢) السابق الاشارة إليه في هامش ٢١

(٢٣) السابق الاشارة إليه في هامش ٢١

تجديداً، وذلك لأنه في هذه الحالة سيكون تجديداً بتغيير الدائن والمدين في نفس الوقت، وهذا أمر يجهله القانون المدني الفرنسي، ومن ثم فإن هذا التكييف يعتبر غير صحيح.

بل أكثر من ذلك نجد أن قاضي الموضوع قد حكم بأنه لا يوجد تنازل عن العقد، ولا تجديد. ولأجل ذلك نجد أن محكمة النقض اضطرت إلى الكلام عن التجديد وذلك لتقرر أنه في الواقع لا يوجد هذا التجديد. وعلى ذلك لا يصح أن نستخلص من ذلك بمفهوم المخالفة أنه من الناحية القانونية تعتبر هذه العملية نوعاً من التجديد. ولهذا يجب أن نقرر أن الاستنتاج من مجرد حيثية واحدة من الحكم للاستناد إليها في تدعيم وجهة النظر المدافع عنها تعتبر طريقة سيئة في الاستنتاج والتفسير.

حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢١ يناير سنة ١٩٧٦^(٢٤) ولمعرفة حقيقة حكم ٢٤ أكتوبر ١٩٥٨ يجب أن نقره من الحكم الصادر في ٢١ يناير ١٩٧٦ والذي كان يتعلق أيضاً بمعرفة ما إذا كان قبول المؤجر للايجار المدفوع من المتنازل له يؤدي إلى براءة ذمة المتنازل. وقد حاول الطعن في الحكم، وبطريقة لا سند لها من القانون، أن يصور الأمر على أنه تجديد. فرفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن، وحتى دون أن تتكلم على الإطلاق عن التجديد، على أساس أن «استلام ايجار الشهر المدفوع من الغير لا يفيد قبول المؤجر هذا الغير محل المستأجر في الالتزامات الناشئة عن عقد الايجار».

وعلى ذلك يصعب أن نرى في هذه الأحكام تشبيه التنازل عن الايجار بالتجديد. وهذا الانطباع العام يؤكد لنا الحكم الذي ستعرض له الآن.

(٢٤) السابق الإشارة إليه في هامش ٢١

حكم محكمة النقض الفرنسية في ٥ أكتوبر سنة ١٩٦٠^(٢٥) : وقد كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان المستأجر قد تحولت صفته إلى مستأجر من الباطن، الأمر الذي يبدو شاذاً أو غريباً. في الحقيقة هذه القضية كانت غامضة بعض الشيء، ويسدو أن المؤجر قد قام بتأجير شقة إلى المستأجر، ثم بعد ذلك قام بتأجير العقار كله إلى مستأجر آخر، ثم ادعى أن المستأجر الأول قد أصبح، عن طريق التجديد، مستأجراً من الباطن للمستأجر الثاني، ودون أن يرغب في ذلك وذلك تطبيقاً للمادة ١٢٧٤ مدني فرنسي والتي تنص على أن «التجديد بتغيير المدين يمكن أن يتم دون موافقة المدين الأول».

وقد انتهت محكمة النقض إلى العكس، وقالت إن حلول المستأجر الجديد محل المؤجر الأصلي لا يعتبر تجديداً بتغيير المدين. هذا النوع من التنازل عن الإيجار، والذي هو محل النزاع، لا يعتبر تجديداً. فهذا الحكم يقابل تماماً بين التنازل عن الإيجار والتجديد. وبالتالي يتضمن التفرقة بين التنازل عن العقد والتجديد.

حكم محكمة النقض الفرنسية في ٦ يناير سنة ١٩٦٠^(٢٦) وهذا الحكم له دلالة قطعية في هذا الصدد، حيث أنه تعرض مباشرة للمسألة التي يهمنا بحثها الآن. فقد ادعى في الطعن المقدم أن التنازل عن الإيجار ينبغي تحليله على أساس أنه مجرد تجديد. وقد أدانت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية تشبيه التنازل عن الإيجار بالتجديد. واستطردت محكمة النقض قائلة، إن الاتفاق محل النزاع يجب تحليله، وكما أكدته الحكم المطعون فيه، على أنه تنازل عن العقد أصبح تاماً برضاء المؤجر. وعلى ذلك

(٢٥) السابق الإشارة إليه في هامش ٢١.

(٢٦) الحكم السابق الإشارة إليه في هامش ٢١

يصبح من غير المجدى ما أبداه الطعن من اعتبار هذه العملية ليست إلا تجديدا بتغيير المدين» .

ويلاحظ على هذا الحكم أنه لم يقتصر على إدانة التكييف غير الصحيح فقط وإنما أيد تكييف قاضى الموضوع، والذي ذهب إلى اعتبار أن الاتفاق محل النزاع إنما هو تنازل عن العقد. وبذلك لم يصبح اصطلاح التنازل عن العقد مجرد اصطلاح فقهي، وإنما أصبح كذلك اصطلاحا قضائيا يتردد كثيرا فى أحكام القضاء الفرنسى والتي جذبت انتباه الفقهاء^(٢٧) .

بعد هذا التوضيح لموقف القضاء الفرنسى، فإننا يمكننا أن نؤكد على حقيقة ثابتة هو أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصيل وينشئ مكانه التزاما جديدا بتغيير الدائن أو المدين، بينما التنازل عن العقد عبارة عن حلول التنازل له محل التنازل فى نفس الرابطة القانونية الموجودة من قبل، وبما ينشأ عنها من التزامات وحقوق، وتحتفظ هذه الرابطة بكل مقوماتها وخصائصها، كما تنتقل بضماناتها وصفاتها ودفعها. أما فى التجديد فيحل محل الالتزام الأصيل التزاما جديدا بضمانات وصفات ودفع تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصيل^(٢٨). ومن هذا العرض يتبين لنا أفضلية التنازل عن التجديد^(٢٩) .

(27) Civ. 7 Janv. 1947; J.C.P. 1947: II: 3510. note Becqué, Rev. tr: dr. civ. 1947, 201. Janv. obs. J. Carbonnier; Soc 12 nov. 1954; D: 1955, 22, Rev. tr. dr. civ. 1955 334, obs: J: Carbonnier; Soc: 9 nov: 1956, Gaz. Pal., 1957. 1. 120, Rev. tr civ 1957: obs. J: Carbonnier.

(٢٨) انظر المادة ٣٥٦ مدنى مصرى والمادة ١٢٧١ مدنى فرنسى وما بعدها.

(٢٩) انظر السهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٤٢ ص ٤٣٩.

ثالثاً: التنازل عن العقد والاشتراط لمصلحة الغير:

يبدو في الظاهر أن هناك تشابهاً بين الاشتراط لمصلحة الغير والتنازل عن العقد، وخاصة من حيث إنه في التنازل عن العقد نجد حلول شخص محل آخر، بأن يحل المتنازل له محل المتنازل، وفي الاشتراط لمصلحة الغير حيث إن المستفيد، وهذا هو تشابه ظاهري، يحل محل المشتري. ولذلك نجد أن بعض الأحكام القضائية في فرنسا قد ذهبت إلى تكييف التنازل عن الوعد بالبيع بأنه اشتراط لمصلحة الغير^(٣٠).

بل وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التنازل عن الإيجار يعتبر أساساً حوالة حق، ولا يمكن، في نظرهم، أن يعتبر حوالة دين، حيث أن حوالة الدين لا يعرفها القانون الفرنسي. ويترتب على ذلك أن الدين لم تتم حوالاته، وبالتالي يبقى المستأجر هو الملتزم بالأجرة ولا يستطيع المؤجر أن يطالب المتنازل له بها^(٣١). وقد لفت نظر هؤلاء الفقهاء ما للمؤجر من دعوى مباشرة قبل المتنازل له، وقد فسروا ذلك بأن هناك اشتراط لمصلحة الغير ضمنى بين المتنازل والمتنازل له، يلتزم هذا الأخير بمقتضاه بدفع دين المستأجر، وبطبيعة الحال، فإنه ليس هناك ما يمنع من استمرار التنازل، من حيث المبدأ، في الالتزام بدفع الأجرة. أما إذا أبرأ المؤجر المستأجر من التزامه بدفع الأجرة فإن العملية تصبح إنابة وليس تنازلاً عن الإيجار. وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات شديدة^(٣٢).

(30) Civ. 3 2 Juill 1969. D. 1970, 150. note Aubert.

(31) H. L. et J. Mazeaud. Leçons de droit civil, par M. de Juglart, t. III, 4e éd, no 1081; Vo P. Van Ommeslaghe, la transmission des obligations en droit positif belge. in la transmission, op. cit, no 69 P. 167.

(32) Marty et Raynaud, op. cit, t. II, no 831, p. 831.

ويمكن أن نلخص الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي فيما يلي :

١- إن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقوقا دون أن يحمل الغير بالتزامات. ولا يوجد شيء من ذلك في التنازل عن العقد، وبصفة خاصة الملزم للجانبين، حيث إن التنازل له محل محل التنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في نفس الوقت.

٢- أن الاشتراط لمصلحة الغير يعطى للمستفيد حقا مباشرا في مواجهة المتعهد دون أن يمر بذمة المشرط. وليس هناك شيئا من ذلك في التنازل عن العقد، حيث أن التنازل ينقل ما في ذمته من حق ثابت الى التنازل له، إلى جانب ما عليه من التزامات متقابلة بطبيعة الحال.

٣- في الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى تم هذا العقد صحيحا. وينشأ هذا الحق للمستفيد دون حاجة إلى قبوله. ولا يتضمن التنازل عن العقد شيء من ذلك، حيث أن التنازل له لا يكتسب أى حق إلا بتعاقد هو شخصيا أو من ينوب عنه.

٤- في الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حقا مباشرا قبل المتعهد. وهذا الحق يختلف عما يكون ثابتا للمستفيد قبل المشرط. ولا يوجد شيء من ذلك في التنازل عن العقد، حيث أن التنازل له لا يكتسب قبل التنازل لديه إلا ما هو ثابت من حق للمتنازل.

ويمكننا أن نجمل القول في أن المناب في الإنابة، والمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير يكتسبان حقا ذاتيا جديدا، وذلك بخلاف التنازل له الذي يكتسب ما للمتنازل من حقوق وما عليه من التزامات قبل التنازل لديه.

Handwritten text, possibly a signature or a name, located in the center of the page. The text is faint and difficult to decipher, but appears to be written in a cursive or semi-cursive style.

الباب الثاني

أحكام التنازل عن العقد

بعد عرض حالات التنازل وتحليلها، ومن ثم الوقوف على الطبيعة القانونية للتنازل، استطعنا التمييز بين التنازل عن العقد، وما قد يشتبه به من أنظمة قانونية. وقد حان الوقت الآن لمعرفة الأحكام القانونية للتنازل. وسوف نعرض لهذه الأحكام في فصلين على التوالي:

الفصل الأول: وجود التنازل عن العقد ونفاذه.

الفصل الثاني: آثار التنازل عن العقد.

الفصل الأول: وجود التنازل عن العقد ونفاذه

من الثابت أن التنازل الاتفاقي عن العقد ليس إلا عقداً، ومن ثم يجب أن يتوافر فيه، علاوة على الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد، شروط خاصة تتفق وطبيعته. بالإضافة إلى ذلك نجد أن التنازل بمقتضاه يحل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق والتزامات في علاقة قانونية قائمة، أحد أطراف هذه العلاقة، المتنازل لديه، ليس طرفاً في اتفاق التنازل، في غالب الأحوال، ولذلك تثار مشكلة كيفية نفاذ هذا الانقضاء في مواجهته. وعلى ذلك سوف تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: شروط التنازل عن العقد.

المبحث الثاني: اجراءات وشروط نفاذ التنازل عن العقد.

المبحث الأول

شروط التنازل عن العقد

سبق أن قلنا إن التنازل الاتفاقي عن العقد يعتبر في ذاته عقداً، ومن ثم يستلزم توافق ارادتين. بين المتنازل والمتنازل له. كما أن هذا الاتفاق يرد على محل معين وله سبب معين. وهذه هي الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد، لكن يجب أن نعرض لها بشئ من التفصيل، وذلك لمعرفة ما إذا كان لذاتية التنازل أثر عليها. ثم نعرض بعد ذلك للشروط الخاصة بالتنازل عن العقد.

المطلب الأول

الشروط العامة

ونقصد بها الشروط الواجب توافرها في كل عقد، وهي التراضي والمحل والسبب. ولنتكلم الآن بشئ من التفصيل عن التراضي والمحل والسبب في التنازل عن العقد.

أولاً: التراضي

حيث إن التنازل عن العقد تتولد عنه علاقات ثلاثية، لذلك يجب أن نحدد بدقة الرضا المطلوب لانعقاد عقد التنازل.

بطبيعة الحال يبدأ التنازل عن العقد بمفاوضات بين المتنازل له. وتدور هذه المفاوضات حول شروط هذا التنازل. فإذا ما انتهت هذه المفاوضات الى تلاقى ارادتهما، يوجد لدينا اتفاق بين طرفين على التنازل. وهذا الاتفاق يهدف إلى حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق والتزامات في الرابطة العقدية القائمة من قبل بين المتنازل والمتنازل لديه.

ويعتبر التنازل عن العقد عقدا رضائيا لا يلزم لانعقاده اشتراط أى شكل خاص . كما أن اثباته يخضع للقواعد العامة فى الاثبات .

لكن يجب أن تكون إرادة كل من الطرفين فى اتفاق التنازل خالية من العيوب . الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، فإذا ماشاب إرادة أى من الطرفين عيب من هذه العيوب فإن عقد التنازل يكون قابلا للإبطال لمصلحة من تعيبت إرادته^(١) .

وغالبا ما يتم الاتفاق صراحة على التنازل عن العقد بين المتنازل له والمتنازل . لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتم هذا الاتفاق ضمنا ، بأن يستفاد من مسلك كل من الطرفين ، كاتخاذ مواقف ايجابية من جانب كل منهما يمكن أن يستشف منها اتجاه ارادتهما إلى إبرام اتفاق التنازل ، كاعطاء السند المثبت للعقد المتنازل عنه ، ووجود مراسلات متبادلة بين الطرفين تتعلق بكيفية تنفيذه ، أو أن يقوم المتنازل له بتنفيذ العقد . ولكن ينبغى التحرز فى تقدير هذه المواقف وتحديد مداها ، اذ يلزم أن تكشف بوضوح عن ارادة الطرفين .

والتنازل عن العقد يعتبر بالنسبة للمتنازل ، عمل من أعمال التصرف ، وبناء عليه يجب أن يتوافر لديه أهلية التصرف . أما بالنسبة للمتنازل له ، فإن الأمر يتعلق باكتساب عقد ملزم للجانبين . يتضمن التزامات واجبة التنفيذ ، ولذلك يجب أن يتوافر لديه أهلية الالتزام^(٢) .

(١) انظر فى نفس هذا المعنى :

Ch. Lapp. Encyclopédie Dalloz 1970, Vo Cession de contrat, no 20 p. 2.

(2) Vo Ch. Lapp. Encyclopédie Dalloz, op. cit, no 21 p.2

وقارن السنهورى ، المرجع السابق ، جزء ٦ ، المجلد الأول ، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٤ .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان هناك نيابة في التنازل، فإن طبيعة التنازل، كعمل من أعمال التصرف أو كعمل من أعمال الإدارة، تحدد نوع الوكالة، خاصة أو عامة، كما أنها تحدد مدى سلطات النائب في النيابة القانونية.

لكن يجب أن نشير هنا إلى أن للطبيعة الخاصة للتنازل انعكاس مباشر على كيفية انعقاده. وذلك مرجعه إلى أن التنازل عن العقد يجعل التنازل له طرفاً، محل التنازل، في علاقة قانونية قائمة يكون طرفها الآخر معه التنازل لديه. فالسؤال الآن هل يلزم رضاء التنازل لديه بهذا التنازل؟ وإذا كانت الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، فما هو مدى رضاء التنازل لديه في اتفاق التنازل ودوره؟

والسبب في التساؤل الأول يرجع إلى أنه بمقتضى التنازل يصبح التنازل له دائماً بالحقوق الناشئة عن العقد التنازل عنه في مواجهة التنازل لديه، كما أنه يعتبر في نفس الوقت مديناً بالالتزامات المتقابلة والناشئة عن نفس العقد في مواجهة التنازل لديه. وهذا يعني أنه بحلول التنازل له محل التنازل في العلاقة القانونية القائمة قد تغير شخص الدائن والمدين بالنسبة للمتنازل لديه.

فبالنسبة لتغيير شخص الدائن فإن أمره لا يهم المدين بنفس الدرجة التي يهم بها تغيير شخص المدين بالنسبة للدائن. وعلى ذلك فإن التنازل لديه لا يلزم أن يرضى بالدائن، التنازل له، وإنما يكفي أن يعلم أو يقر هذا التغيير. أما بالنسبة لتغيير المدين، نتيجة التنازل، فإن التنازل لديه لا يجبر على قبوله حتى ولو كان أكثر يساراً من المدين الأول، ولذلك لا بد من رضاء التنازل لديه بهذا المدين. وحيث أنه في العقود الملزمة للجانبين يكون كل من الطرفين دائن ومدين في نفس الوقت، فإن هذا يكشف عن جانب آخر من

جوانب تعقيد مشكلة التنازل عن العقد. وسوف نعرض لذلك تفصيلا عند الكلام عن نفاذ التنازل عن العقد للارتباط الشديد بينهما كما سوف نرى. ولكن هذا التحليل لا يكفي لحسم هذه المشكلة، اذ يبقى التساؤل قائما حول مدى قبول التنازل لديه في اتفاق التنازل ودوره، فهل هو شرط لقيام التنازل ذاته؟ بحيث إن تخلفه يجعل عقد التنازل لا وجود له من الناحية القانونية، أم أنه مجرد شرط لنفاذه في مواجهة التنازل لديه، بحيث تخلفه يجعل اتفاق التنازل غير نافذ في مواجهة التنازل لديه، ولكن هل عدم النفاذ ينصب على الحقوق والالتزامات، أم ينصب فقط على الالتزامات؟ وحيث إن هذا الموضوع يحتاج إلى تفصيل أكثر فسوف نرجع الحديث عنه إلى المبحث الخاص بنفاذ التنازل عن العقد وذلك للارتباط الوثيق بينهما.

ثانيا: المحل:

سبق أن رأينا أن التنازل الاتفاقي عن العقد له صفة العقود الملزمة للجانبين من ناحيتين، من ناحية عقد التنازل نفسه، من حيث اعتباره مصدرا لالتزامات متبادلة ومتقابلة، كما سوف نرى فيما بعد، ومن ناحية محله، حيث إن محل التنازل ذاته يكون عقدا ملزما للجانبين.

فمن حيث إن محل التنازل هو العقد الملزم للجانبين ذاته، فإنه قد يعترض على ذلك بالقول بأن محل التنازل ليس العقد ذاته، وإنما حقوق والتزامات المتعاقد. فالعقد ليس في حقيقته رابطة قانونية، وإنما بالأحرى هو مصدر لهذه الروابط، وأن الرابطة القانونية الحقيقية والتي تقبل التنازل هي الالتزام. وإذا كان هذا الاعتراض له وجاهته من الناحية المنطقية البحتة إلا أننا لنا عليه عدة ملاحظات:

أولا: أن التنازل عن العقد أصبح مصطلحا قانونيا شائعا في الحياة العملية والعلمية، وربما لأن هذا المصطلح رغم شدة اختصاره إلا أنه ناطق

بداته، ومعبر بطريقة وافية، عن العملية القانونية المتضمن لها.

ثانياً: أن التنازل عن عقد ملزم للجانبين، ليس له إلا محل واحد وهو العقد الذى ينشئ التزامات وحقوق متقابلة بين طرفيه، مؤجر ومستأجر، رب عمل وعامل.. الخ، وهذا ما يميزه عن التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد والذى لا يعدو أن يكون حوالة حق أو حوالة دين بحسب ما ينشئه هذا العقد من حق أو التزام.

ثالثاً: أن التنازل عن العقد لا يتضمن، حوالة حق وحوالة دين فى آن واحد. فالتنازل لا يؤدي إلى تجزئة العقد المتنازل عنه، وإنما يرد على الرابطة العقدية برمتها وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، وأيضاً بما تشتمل عليه من حقوق ترخيصية، وما يترتب عليها من إكساب صفة معينة لأحد المتعاقدين، أو غير ذلك من النتائج والآثار القانونية.

فالتنازل ما قبل التنازل عن حقوقه إلا لأن المتنازل له سيتحمل عنه الالتزامات المقابلة لهذه الحقوق، والمتنازل له ما قبل التحمل بالالتزامات إلا لأنه مستفيداً بالحقوق المقابلة لها. إذن جوهر التنازل عن العقد الملزم للجانبين هو التنازل عن المركز العقدى أو الصفة العقدية فى الرابطة القانونية القائمة، وما يترتب على ذلك المركز أو هذه الصفة من حقوق والتزامات وآثار قانونية. فالتنازل يتنازل عن مركزه العقدى أو صفته العقدية فى العقد الملزم للجانبين، أى باعتباره دائن ومدين فى نفس الوقت.

ثالثاً: السبب:

إن التنازل عن العقد هو فى ذاته عقد. وهذا العقد يعتبر من العقود الملزمة للجانبين. كما أن محل هذا العقد هو أيضاً عقد ملزم للجانبين. وعلى ذلك فإنه بالنسبة لسبب عقد التنازل فإن الأمر لا يخلو من أحد فروض ثلاثة:

الفرض الأول: هو أن يتم التنازل عن العقد بمقابل. وفي هذه الحالة فإن سبب التزام المتنازل بالتنازل عن العقد، حقوقا والتزامات، هو الحصول على المقابل. كما أن سبب التزام المتنازل له بدفع المقابل هو الحل محل المتنازل في الرابطة العقدية القائمة، حقوقا والتزامات. بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يكون الباعث الدافع إلى هذا التنازل مشروعاً.

الفرض الثاني: هو أن يتم التنازل عن العقد بدون مقابل. بمعنى أن محل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق ويتحمل ما عليه من التزامات دون أن يدفع المتنازل له أى مقابل لهذا التنازل. فهل يمكن القول أيضاً بأن هذا العقد يعتبر هبة؟ إذا نظرنا إلى حقيقة الأشياء نجد أن هناك التزامات وحقوقاً متقابلة بين المتنازل والمتنازل له، فهناك تنازل عن الالتزام من جانب والتحمل بهذا الالتزام من جانب آخر. كما أن تنازل المتنازل عن حقوقه يقابله تحمّل المتنازل له بالالتزامات. وتحمل المتنازل له بالالتزامات يقابله الاستفادة من الحقوق المقابلة والناشئة عن نفس العقد. فبالرغم من انتفاء المقابل في عقد التنازل، فإنه مع ذلك لا يمكن القول بأن هذا العقد يعتبر هبة، وذلك بسبب التقابل في الأداءات وهو ما يتعارض وطبيعة عقد الهبة. ونجد في هذه الحالة أن سبب تنازل المتنازل عن حقوقه هو تحمّل المتنازل له بالتزاماته الناشئة عن ذات العقد، وسبب تحمّل المتنازل له بالالتزامات هو - الاستفادة من الحقوق المقابلة لها، وذلك لأن جوهر التنازل وهدفه هو الحل في العلاقة القانونية القائمة.

الفرض الثالث: أن يتم التنازل عن العقد دون مقابل، على أن يحل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه ويتحمل بالتزاماته. والجديد في هذا الفرض أن المتنازل لديه لا يقر هذا التنازل. كذلك يبقى المتنازل ملتزماً بالتزاماته الناشئة عن العقد المتنازل عنه قبل المتنازل لديه. فالسؤال الآن هل

يوجد في هذه الحالة أيضا تقابل في الالتزامات؟ ومن ثم يكون هذا التقابل هو سبب الالتزام؟ نستطيع أن نقرر وجود مثل هذا التقابل، وإن كان أقل وضوحا مما سبق، وذلك لأن المتنازل له ملتزم، طبقا لعقد التنازل، بأن يتحمل العبء النهائي للالتزام. فإذا كان المتنازل ملتزما بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه في مواجهة المتنازل لديه، إلا أنه في النهاية العبء كله سيقع على المتنازل له وحده.

وعلى ذلك يمكن القول أنه يوجد في هذا الفرض، من الناحية الاقتصادية والقانونية، انتقال للدين أو للالتزام، ولكن هذا الانتقال غير نافذ في مواجهة المتنازل لديه. كما أنه يوجد، في حدود معينة، تقابل في التزامات المتعاقدين. وسبب التنازل يكمن إذن في التقابل في التزامات المتعاقدين.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الباعث الدافع إلى التنازل مشروعاً والا وقع التنازل باطلاً بطلانا مطلقاً.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة: القابلية للتنازل

فيما سبق تكلمنا عن الشروط العامة الواجب توافرها في عقد التنازل، وهي الشروط الواجب توافرها في أي عقد، لكن حاولنا التحري في كيفية تطبيق هذه الشروط على التنازل. والآن يجب علينا أن نعرض للشروط الخاصة بالتنازل والتي فرضتها طبيعة هذا العقد. وهذه الشروط تدور كلها حول قابلية العقد للتنازل، وهي تتلخص في شرطين: الأول: ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، والثاني: ألا يكون العقد قد تم تنفيذه.

أولاً: ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي:

سبق أن رأينا أنه بعد أن كان ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية محضة ترى أن الجوهرى فيه هى تلك الرابطة التى تربط بين شخصين بحيث لا يتصور أن ينشأ الالتزام دون أن يوجد وقت نشوئه دائن ومدين معينان، ولا يتصور أن يتغير أحد طرفى الرابطة دون أن تتغير الرابطة ذاتها، أصبح، فى الوقت الحاضر، ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية لا يعنىها فى الالتزام أشخاصه بقدر ما يعنىها موضوعه، وبذلك استقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين، بحيث تكون العبرة فيها بقيمته المالية⁽¹⁾.

وإذا كان قد تأكدت، فى الوقت الحاضر، الصفة المالية للالتزام وما ترتب عليها من السماح بانتقاله، إلا أنه لا يمكن إغفال النظر تماماً على أن الالتزام مازال يعبر عن رابطة بين شخصين: الدائن والمدين. ولذلك فى الوقت الذى أصبح فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار فى نظر المتعاقدين، أو فى نظر أحدهما فإن العقد فى هذه الحالة يكون غير قابل للتنازل عنه. فالاعتبار الشخصى فى التعاقد يعتبر من موانع التنازل.

وما يؤكد أن العقد لم يصبح فقط مجرد قيمة مالية أو اقتصادية يمكن التصرف فيه كأمى مال، وأنه ما يزال يمثل رابطة قانونية بين شخصين، أنه بالنسبة للعقود التى يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، فإن مجرد الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة جوهرية من صفاته يؤدى إلى إبطال العقد طالما كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد. كما أنه فى مثل هذه العقود لا يمكن، من باب أولى، تغيير شخص المتعاقد الذى هو

(3) Vo E. Gaudemet, Thèse précitée, Saleilles, op. cit; J. Ghestin rapport précité.

محل اعتبار، وذلك عن طريق التنازل عن هذا العقد، أو حتى عن طريق التعاقد من الباطن.

ويمكن القول بصفة عامة إن العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها. ففي العقود ذات الصبغة الفنية فإن شخص المتعاقد، بصفة عامة، محل اعتبار، فعند التعاقد مع مهندس معماري مشهور، فإن لشخص هذا المهندس الدور الحاسم في التعاقد. كما أن الاعتبار الشخصي قد يتعلق بصفة من صفات المتعاقد، كالثقة في نزاهة المقاول ومهارته مثلا في عقد المقاولة⁽⁴⁾ أو الثقة في القدرة المالية أو الكفاءة الفنية للملتزم بالمرفق العام، في عقد التزام المرافق العامة مثلا⁽⁵⁾.

لكن يجب ملاحظة أن الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة وعقد التزام المرافق العامة يكون أكثر وضوحا في حالة المقاول والملتزم بالمرفق العام الفرد، بينما يكون أقل وضوحا عندما يكون المقاول أو الملتزم بالمرفق العام مؤسسة معينة، لذلك إذا ماتم التنازل عن هذه المؤسسة برمتها، لسبب أو لآخر، فإن الاعتبار الشخصي لا يعتبر عقبة أو مانع في سبيل هذا التنازل، طالما أن المؤسسة ذاتها بنفس صفاتها الفنية والمالية مازالت قائمة وأن التغيير اقتصر فقط على مجرد شخص المالك.

والاعتبار الشخصي في التعاقد *L'intuitu personae* قد يكون في جانب كل من المتعاقدين، بأن كل متعاقد يعتبر أن لشخص المتعاقد الآخر أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في اتمام التعاقد، فكل منهما محل اعتبار في نظر المتعاقد الآخر. لكن الغالب من الأمر أن يكون الاعتبار الشخصي في التعاقد

(4) CF. J. Mazeaud, Rep. civ. Vo Contrat d'entreprise, no 57.

(5) Vo Ph. Maulaurie, op. cit, p. 162.

في جانب أحد المتعاقدين، في هذه الحالة فإن التنازل عن العقد يكون ممتنعا من جانب المتعاقد الذي هو محل اعتبار في هذا التعاقد.

وقد لا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، مع ذلك يكون هذا العقد غير قابل للتنازل. وقد يرجع ذلك إلى نص في القانون أو إلى شرط مانع في العقد ذاته. وفي حالة تضمن العقد شرط مانع، فإنه يجب عدم التوسع في تفسيره^(٦).

وتطبيقا لما سبق قد نصت المادة ١/٦٦١ مدني مصري على أنه «يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم يكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية» وبطبيعة الحال ما يصدق على التعاقد من الباطن يصدق، من باب أولى، على التنازل عن العقد^(٧).

وقد رتب التقنين المدني على ذلك أن «ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار...» (م ٦٦٦ مدني مصري، م ١٧٩٥ مدني فرنسي).

كما نصت المادة ٦٢٥ مدني مصري على أنه «لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الأيجار أو أن يؤجر الأرض من الباطن إلا برضاء المؤجر». ونتيجة للاعتبار الشخصي في عقد المزارعة قد رتب القانون المدني على ذلك النتائج المنطقية فنص على أنه «لاتنقضي المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنقضي بموت المستأجر» (م ٦٢٦ مدني).

(٦) أنظر في تفصيل ذلك، السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٥ ص ٦٦٨، فقرة ٤٥٦ ص ٦٦٩ وما بعدها، فقرة ٤٥٦ ص ٦٨٦ وما بعدها.

(٧) قارن المادة ٢٠٨ مدني مصري والتي تنص على أنه «في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين» انظر المادة ١٢٣٧ مدني فرنسي.

وقد تنص بعض القوانين الاستثنائية على عدم قابلية العقد للتنازل إلا بإذن من الطرف الآخر. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حيث أنها تجيز للمؤجر اخلاء المكان المؤجر «إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير اذن كتابي صريح من المالك للمستأجر، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً...».

لكن يبقى مع ذلك التساؤل قائماً حول جزاء التنازل عن العقود ذات الاعتبار الشخصي.

نحن نرى أنه تطبيقاً للقواعد العامة، أن التنازل عن هذا العقد لا يسري في حق الطرف الآخر، ومن ثم يستطيع أن يتجاهل وجود مثل هذا التنازل ويتصرف على أساس عدم وجوده. فإذا ترتب مثلاً على هذا التنازل أى آثار، كشغل المتنازل له العين المؤجرة مثلاً، فإن للطرف الآخر فى العقد الأصلي أن يطالب باخلائها، ويعامل المتنازل له معاملة المقتصد الذى ليس له عقد. كما أن للطرف الآخر فى العقد الأصلي أن يطلب فسخ هذا العقد؛ لأن مثل هذا التنازل يعتبر إخلالاً بهذا العقد الذى يتحتم أن يكون تنفيذه من الطرف الذى هو محل الاعتبار، (انظر المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والمادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى بالإضافة إلى المادة ١٥٧ مدنى مصرى والمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى). كما يجوز له، فى جميع الأحوال، أن يطالب بالتعويض إن كان له مقتضى. كل ذلك طبقاً للقواعد العامة.

فالاعتبار الشخصى فى التعاقد له وزنه عند إبرام العقد، وتكون القابلية للابطال جزءاً الغلط فى شخص هذا التعاقد، أو فى صفة من صفاته، وعند تنفيذه، يكون الفسخ جزءاً عدم تنفيذ العقد من جانب المتعاقد الذى هو محل اعتبار فى العقد

أما بالنسبة للعلاقة فيما بين المتنازل والمتنازل له فيحكمها العقد الذى تم بينهما. وسيكون لموقف الطرف الآخر فى العقد الأسمى أثر واضح على هذا العقد. فإذا ما طالب هذا الطرف بالتنفيذ العىنى، كاخلاء المتنازل له من العين المؤجرة، فإن المتنازل له يستطيع أن يرجع على المتنازل بدعوى ضمان الاستحقاق إذا كان لا يعلم بأن شخص المتنازل محل اعتبار فى العقد الأسمى. أما إذا كان يعلم بذلك فلا رجوع له لأنه يكون مخاطرا. أما إذا ما طالب الطرف الآخر فى العقد الأسمى بفسخه وقضى له بذلك فإن هذا الحكم بالفسخ يسرى فى حق المتنازل له، وليس له إلا أن يرجع على المتنازل بالتعويض إذا كان غير عالم بأن شخص المتنازل محل اعتبار فى العقد الأسمى. أما إذا حكم بالتعويض فى الحالتين، حالة الفسخ وحالة التنفيذ العىنى، فإن المتنازل هو المسئول عن ذلك لا المتنازل له.

ثانيا: الا يكون العقد قد تم تنفيذه:

وهذا الشرط يقتضيه منطق التنازل ذاته، حيث إن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فكيف لنا إذن أن تصور هذا الحلول إذا ما تم تنفيذ العقد المتنازل عنه.

وعلى ذلك فإن التنازل عن العقد لا يتصور الا بالنسبة للعقود التراخية فى التنفيذ. وليس معنى ذلك، أن التنازل عن العقد يقتصر فحسب على العقود الزمنية، مستمرة أو دورية، وإنما يمتد ليشمل أيضا العقود الفورية التى تتراخى فى التنفيذ.

فحلول المتنازل له محل المتنازل لدى الغير فى حق أو التزام، يفترض أن هذا الغير مازال ملتزما بالتزامه تجاه المتنازل، أو أن المتنازل نفسه مازال ملتزما تجاه الغير فيما عليه من التزام.

والنتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك هو أن ينشأ عن التنازل عملية قانونية ثلاثية الأطراف، ومن ثم تنشأ ثلاث علاقات قانونية: علاقة بين المتنازل

والتنازل له، وعلاقة بين التنازل والتنازل لديه، وعلاقة بين التنازل له والتنازل لديه. أما إذا كان قد تم تنفيذ الالتزام من جانب التنازل للدائن، أو أن التنازل استوفى حقه من المدين، ففي أى شيء يكون الحلول؟ وفي مواجهة من يكون هذا الحلول.

فبعد تنفيذ الالتزام أو استيفاء الحق لانتشاً إلا علاقة بسيطة بين دائن ومدين. فإذا قام شخص بالوفاء بما عليه من التزام عن طريق الاقتراض من شخص آخر، فإن الأمر لا يعدو أن يكون انقضاء للالتزام الأول بالوفاء، ونشوء التزام آخر بين المقرض والمقترض، رابطة التزام عادية تحكمها القواعد العامة. وبالمثل إذا استوفى شخص ماله من حق قبل مدينه، ثم قام بعد ذلك باقتراض هذا المبلغ، فإن الأمر في هذه الحالة لا يعدو أيضاً أن يكون استيفاء للحق يترتب عليه انقضاء التزام المدين، ونشوء التزام جديد بين المقرض والمقترض، رابطة التزام عادية تحكمها أيضاً القواعد العامة.

لكن في التنازل الأمر يختلف تماماً، فمثلاً في حالة التنازل عن الإيجار، نجد أن التنازل له يحل محل التنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، في رابطة عقدية قائمة. فالتنازل له يحل محل التنازل في الانتفاع بالعين المؤجرة، ويلتزم في مقابل ذلك بدفع الأجرة المنصوص عليها في العقد.

كما أنه في حالة بيع منزل محمل برهن ضامن لقرض استخدام في بنائه، يمكن أن يستبيع هذا البيع تنازل عن عقد القرض، وبالتالي يحل المشتري محل البائع في عقد القرض، ويستفيد من التفسير المتفق عليه في هذا العقد وكذلك من سعر الفائدة المحدد والمنصوص عليه في هذا العقد، ويصبح المشتري هو المسئول أمام البنك (التنازل لديه) بدفع الاقساط المستحقة وفوائدها، كما أن البنك يستفيد من الرهن الضامن لهذا القرض،

حيث إنه يترتب على التنازل انتقال العقد بنفس شروطه، وتبقى الضمانات الضامنة للوفاء به قائمة، كما يحتفظ الدين بأوصافه وصفاته وكل ما يرد على هذا العقد من دفع ووسائل دفاع تبقى سارية.

المبحث الثاني

شروط واجراءات نفاذ التنازل عن العقد

إذا نظرنا إلى التنازل عن العقد، نجد أن هناك علاقة بين التنازل له والتنازل موضوعها حلول الأول محل الثاني فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، بمقابل أو بدون مقابل، وعلى ذلك فالتنازل لم يرض بالتنازل عن حقوقه الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلا لأن المتنازل له أخذ عن عاتقه الالتزام الناشئة عن العقد، وبالمثل فإن المتنازل له لم يقبل التحمل بالالتزامات الناشئة من العقد المتنازل عنه إلا لأنه حل محل المتنازل فيما له من حقوق.

ومع ذلك فإن هذا الاتفاق، محله رابطة عقدية تربط بين المتنازل والمتنازل لديه. والغاية من هذا الاتفاق هو أن يحل المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية التي تربطه بالمتنازل لديه. فالسؤال الآن ما هو دور المتنازل لديه بالنسبة لهذا الاتفاق؟ فهل يلزم أن يقبل هذا التنازل ويرتضى المتنازل له طرفاً معه في العقد القائم بدلاً من المتنازل؟ وما هو مصير التنازل عن العقد إذا ما رفض المتنازل لديه هذا التنازل؟

فإذا ما دفعنا التحليل أكثر إلى الأمام، نجد في العقود الملزمة للجانبين أن كل طرف يعتبر دائناً ومديناً في نفس الوقت. وبناء عليه فإن التنازل عن العقد الملزم للجانبين يؤدي إلى تغيير الدائن والمدين في نفس الوقت. فإذا ما نظرنا للتنازل عن العقد من زاوية تغييره للدائن نجد أن الأمر لا يستلزم رضاً من جانب المدين المتنازل لديه، بهذا التغيير، طالما أن شخص الدائن ليس

محل اعتبار في التعاقد، وإنما يكفي أن يعلن أو يقر المتنازل لديه هذا التغيير. ولكن الأمر يتجاوز هذا الموقف السلبي بالنسبة للجانب السلبي من العقد الملزم للجانبين، أي بالنسبة لتغيير المدين بالالتزامات، فإن الأمر يتطلب رضا المتنازل لديه بالمدين الجديد: المتنازل له. فطبقا للقواعد العامة إن الدائن لا يجبر على قبول مدين جديد حتى ولو كان أكثر يسارا من مدينه السابق. وبناء على ذلك فإن قبول المتنازل لديه للمتنازل أمر تفرضه طبيعة التنازل ذاته. والسؤال الآن هل يعتبر قبول المتنازل لديه أو رضاه شرطا ضروريا لوجود التنازل ذاته، أم أنه مجرد شرط لازم لنفاذ التنازل في مواجهته؟

لايضاح ذلك أكثر نبحث أثر عدم قبول المتنازل لديه للتنازل على عقد التنازل. هل إذا ما رفض التنازل يصبح هذا العقد عديم القيمة من الناحية القانونية، أم أن أثر رفضه ينحصر فقط في عدم نفاذ التنازل، رغم وجوده، في مواجهته؟ الأمر المتيقن منه في حالة رفض المتنازل لديه للتنازل، أن المتنازل يبقى ملتزما في مواجهته بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه.

والسؤال التالي الآن هو معرفة ما إذا كان قبول المتنازل لديه للتنازل يترتب عليه براءة ذمة المتنازل وخروجه من الرابطة العقدية أم أنه يبقى بالرغم من ذلك ملتزما في مواجهته الى جانب المتنازل له؟

نجد في هذا الصدد موقف التشريعات متباين. فبينما نجد أن التقنين المدني الإيطالي، ومن بعده التقنين المدني البرتغالي يعتبران أن رضاه المتنازل لديه أو موافقته شرط لازم لانعقاد التنازل عن العقد، مما يعطى الانعقاد التنازل بموافقة المتنازل لديه فعالية ترتب عليه كامل آثاره، وبصفة خاصة من حيث براءة ذمة المتنازل في مواجهة المتنازل لديه وخروجه من الرابطة العقدية القائمة، ومن حيث نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، يعنى أن هذا التنازل يعتبر تنازلا تاما *Une cession parfaite*.

تجد في جانب آخر التقنين المدني الفرنسي والمصري والألماني والسويسري وهذه التقنينات لم يرد فيها تنظيم مستقل للتنازل عن العقد، ومن ثم لم يتحدد على نحو قاطع مدى ودور إرادة المتنازل لديه في التنازل، كما فعل كل من التقنين الإيطالي والبرتغالي. والمرجع الآن لتحديد هذا الدور ومداه هو القواعد العامة في هذه التقنينات. وسوف نعرض على وجه التفصيل موقف كل من القانون الفرنسي والقانون المصري.

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء في فرنسا

هذه المسألة قد مرت بمراحل تطور طويلة. وأهم ما يلاحظ على غالبية الفقهاء وأحكام القضاء. هو اعتبار التنازل عن العقد، حوالة لحق المتنازل (المحيل) في مواجهة المحال عليه. وفي الوقت الحاضر يتساءل الفقه عن جدوى الالتجاء إلى حوالة الحق لتفسير التنازل عن العقد. كما أنه يتساءل عن كيفية التفرقة بين التنازل عن عقد الإيجار مثلاً وحوالة الحق في الأجرة⁽⁸⁾.

فالاختلاف حول التنازل عن العقد يبدأ بالاختلاف حول التكييف القانوني لهذه العملية. فبينما يذهب الفقه الحديث في فرنسا إلى أن التنازل عن الإيجار مثلاً، في حقيقته ليس حوالة حق فحسب، لأن المستأجر ليس مجرد دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة فقط، وإنما أيضاً مدين يدفع الأجرة مقابل هذا الانتفاع، وإنما يعتبر حوالة حق وحوالة دين في آن واحد. وهذا هو السبب الحقيقي للصعوبات التي يواجهها التنازل عن العقد بصفة

(8) Vo. J. Carbonnier op. cit. IV, 8e éd, 1975 no 125 p 467 et sur la discussion, Vo Larroumet, op. cit, no 24. p 34 à 40.

عامة، حيث إن القانون الفرنسى لا يعرف حوالة الدين. ولذلك حاول بعض الفقهاء الالتجاء إلى الإنابة أو الاشتراط لمصلحة الغير، بل وإلى التجديد لتفسير التنازل عن العقد.

فذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن التنازل عن الإيجار هو فى حقيقته ليس إلا حوالة حق، ولا يمكن أن يكون بحال حوالة دين، لأن هذه الحوالة لا يعرفها القانون الفرنسى، وبناء على ذلك فإن الدين لا ينتقل نتيجة هذا التنازل، وإنما يبقى المستأجر الأصيل هو الملتزم بدفع الأجرة، وإن كان المؤجر يستطيع مطالبة التنازل له أيضا بها، فإن ذلك لا يرجع إلى التنازل وإنما يرجع إلى الاشتراط لمصلحة الغير الضمنى الذى أبرم بين التنازل والتنازل له والذى التزم بمقتضاه هذا الأخير بدفع الأجرة للمؤجر، ومن ثم أصبح للمتنازل لديه دعوى مباشرة ضد التنازل له. كل هذا لا يمنع من أن التنازل يبقى، من حيث المبدأ، ملتزما بدفع هذا الدين. أما إذا أبرأ المؤجر المستأجر الأصيل من التزاماته فإن هذه العملية تصبح إنابة وليس تنازلاً⁽⁹⁾. وقد ذهب البعض الآخر إلى تفسير التنازل عن طريق التجديد⁽¹⁰⁾ وقد انتقدنا ذلك عند الكلام عن تمييز التنازل عن غيره من أنظمة قانونية، ونكتفى بما سبق أن قلناه فى هذا المجال.

فإذا ما تجاوزنا الاختلاف حول طبيعة التنازل وتساءلنا عن مدى ودور ارادة التنازل لديه فى عقد التنازل، نجد أيضا أن هناك اختلافا فى الفقه والقضاء فى فرنسا حول هذه المسألة.

فبينما نجد أن بعض الفقهاء المحدثين يذهب إلى أن التنازل عن الإيجار، كغيره من حالات التنازل عن العقد، ينشئ بقوة القانون علاقة مباشرة بين

(9) Vo H. L. et J. Mazeaud, op. cit, t: III, no 1081.

(10) Vo Chr. Pacté. op. cit, no 49 et p 657.

المتنازل له والمتنازل لديه، دون أن يكون هناك حاجة لقبول المتنازل لديه أو رضاه بهذا التنازل، بل وبدون حاجة إلى إخطاره^(١١).

نجد أن بعض الفقهاء التقليديين يذهب إلى نتيجة مشابهة لهذه النتيجة ولكن على أساس قانوني آخر، كما أنهم لا يمدون هذا الحكم إلى كل حالات التنازل. ونقطة البداية عند هؤلاء الفقهاء هي عدم جدوى تطبيق المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي على التنازل عن الإيجار. والسبب في عدم تطبيق المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي على التنازل عن الإيجار راجع إلى أن حق المستأجر يعتبر حقا عينياً^(١٢) وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية هذا التكييف لحق المستأجر، واعتبرت أن هذا الحق حق شخصي، ومن ثم رأت ضرورة تطبيق المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي.

بينما يذهب J. Carbonnier^(١٣)، إلى أن اعلان التنازل، باعتباره مجازاً نوع من العلانية، لا يمكن أن يضيف شيئاً جديداً ومفيداً إلى العلانية المادية والمتحققة بحيازة المتنازل له للعين المؤجرة، ومن ثم دخوله هذه العين والانتفاع بها، فواقعة الحيازة تكفي في حد ذاتها لتحقيق العلانية الفعلية، ودون ما حاجة إلى أي إجراء آخر. فاتباع إجراء أو شكل معين لا يحقق الا نوعاً من العلانية المحدودة وذلك بخلاف الحيازة.

بينما نجد أن القضاء الفرنسي يذهب الى خلاف ذلك، فمحكمة النقض الفرنسية ومنذ عام ١٩٢٥، تذهب الى أن المادة ١٦٩٠ مدني لا

(11) Vo Larroumet, op. cit, no 110. 111 et 125, p. 290 et S

(١٢) وذلك قبل الطبعة السادسة التي تم اصداها بواسطة P. Esmein والذي هجر هذا التحليل

Aubry et Rau, Droit civil français P. Esmein

CF. t. 5 & 359 note 25 - 2.

(13) Rev. tr. dr. civ. 1951 - 391.

تميز بين حوالة وأخرى^(١٤). وهذا يعتبر في ذاته هجر وإدانة في نفس الوقت لهذه النظريات. ولكن إذا كان القضاء الفرنسي يذهب إلى تطبيق المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي على التنازل، فإن ذلك سيكون بطبيعة الحال مع ما ورد على هذا التطبيق من تخفيف وتسهيل.

فالقضاء الفرنسي يخفف من شكلية المادة ١٦٩٠ مدني عن طريق الأخذ بالإجراء المعادل في القوة والأثر. فمحكمة النقض الفرنسية تذهب إلى أن القبول في ورقة عرفية يعادل القبول في ورقة رسمية، بل أكثر من ذلك أن القبول يمكن أن يكون ضمنيا. فكل إجراء معادل في القوة والأثر للإجراء المشروط في المادة ١٦٩٠ مدني يقوم مقامه. لكن محكمة النقض تتردد كثيرا بصدد الإعلان. والسؤال الآن: هل يعتبر مجرد علم المدين بالتنازل معادلا للإعلان؟ فالهدف من الاعلان هو إخطار المتنازل لديه، المدين، بالتنازل، فماذا يفيد هذا الإعلان إذا كان، المتنازل لديه، قد أحيط علما من طريق أو آخر؟

وقد ذهبت بعض أحكام محكمة النقض إلى أن التنازل عن الإيجار يعتبر ساريا في مواجهة المؤجر؛ لأنه قد قبله ضمنا، وذلك باستلامه الإيجار من المتنازل له. لكن هذا الحكم وإن كان يعتبر تخفيفا للشكلية المتعلقة بالقبول في ورقة رسمية إلا أنه لم يفصح عن قبوله للإجراء المعادل في القوة والأثر للإعلان.

وقد صدر حكم في ٢٧ ديسمبر ١٩٣٣ يسمح بنفاذ التنازل في مواجهة المدين المتنازل لديه بالرغم من عدم اتمام الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٦٩٠ مدني. وقد استنتجت المحكمة وجود القبول والعلم الخاص

(14) Cass. Com 17 Janv 1951. J. C. P. 1951 II 697 not chaen; Rev. tr. dr. civ 1951. 391 note Carbonnier.

والشخصى فى نفس الوقت^(١٥). ونحن نرى أن هذا من قبيل اللغو، لأنه إذا كان هناك قبول فإن هذا يفيد بالحتم علمه، لكن العكس غير صحيح؛ لأن علمه لا يفيد بالضرورة قبوله. كما أن هذا الحكم لا يمكن الاستناد إليه للقول بأنه يأخذ بفكرة الإجراء المعادل للإعلان، ولكن الذى يمكن أن يستفاد منه هو أنه يسمح بذلك إلى جانب الإجراء المعادل للقبول فى ورقة رسمية.

كما أنه يلاحظ على هذا الحكم أن الإجراء المعادل للإعلان من حيث القوة والأثر ليس أى إجراء، حيث لا يكفي مجرد العلم، وإنما اشترطت المحكمة أن يكون العلم علماً خاصاً وشخصياً. وقد تساءل J. Carbonnier عن ماهية الفروق الدقيقة التى تميز العلم الخاص والشخصى عن مجرد العلم. فالقانون المدنى، وخاصة فى قانون يقيم وزناً كبيراً للجوانب النفسية كالقانون الفرنسى، قد أثبت، خلال مراحل تطوره، أن هناك الكثير من الصعوبات التى تنشأ نتيجة التباين والتنوع فى المواقف. ولذلك يجد أن موقف محكمة النقض فيه، بلا شك، إفراط فى الدقة ينبغى هجره والإقلاع عنه، والعودة إلى الواقع، أى العودة إلى المركز القانونى ذاته^(١٦).

وقد عادت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى إلى الواقع، واعتبرت أن استلام المؤجر للإيجار من المتنازل له يعتبر علماً بالتنازل يعادل الإعلان المنصوص عليه فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى^(١٧).

(15) Req. 27 dec. 1933, D. 1934. 113 rapport Pilon.

(16) note précitée

(17) Cass. Com. 11 Juillet, 1949, Rev. Loyers, 1949. 724; J. C : P IV, 130.

لكن لم يستمر الأمر كذلك، وإنما أدخلت محكمة النقض بعض التعديلات على قضائها السابق، وقضت بأن التنازل عن الإيجار لا يكون نافذاً في مواجهة المؤجر، عند تخلف الإجراء المطلوب في المادة ١٦٩٠ مدني، إلا إذا علم به وقبله، ولو كان هذا القبول ضمناً^(١٨) وبذلك تكون محكمة النقض قد أكدت قضاءها السابق، والذي قررت فيه أن مجرد استلام الأجرة لا يعني أن المؤجر قد قبل تغيير المستأجر وخاصة وأنه لم يعلن به بالطريق القانوني المرسوم في المادة ١٦٩٠ مدني^(١٩).

نخلص من كل هذه الأحكام إلى أنه، إذا تخلف الإجراء المنصوص عليه في المادة ١٦٩٠ مدني فرضي، فإن (١) مجرد العلم، حتى ولو كان خاصاً وشخصياً، بالتنازل لا يكفي لجعله نافذاً في حق للتنازل لديه.

(٢) ينبغي قبول التنازل من جانب المتنازل لديه، وأنه بصفة خاصة، مجرد استلام الأجرة من جانب المؤجر دون أن يعطى إيصال بها لا يعادل القبول.

هذا التحليل قد تأكد بصفة نهائية في خمسة أحكام المحكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية في ٢٢ أبريل ١٩٧١^(٢٠). لكن أمام إصرار قضاة الموضوع على أن الإعلان المنصوص عليه في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي يعتبر لقيمة له إذا ما تسلم المؤجر الأجرة من المتنازل له، أي لاداعي بعد ذلك لمثل هذا الاعلان، قد عرض الأمر على جمعية محكمة النقض منعقدة بكامل هيئتها في ١٤ فبراير سنة ١٩٧٥^(٢١). وقد أيدت الجمعية قضاء الدائرة الثالثة مدني لمحكمة النقض الفرنسية، وقررت أن الإجراءات المنصوص

(18) Cass. Civ 24 Janv. 1969, Bull. civ. III no 75.

(19) Cass. civ. 11 déc. 1961, Bull. civ: III, no 467.

(20) Bull. Civ. III. no 247.

(21) D. 1975. 349.

عليها في المادة ١٦٩٠ مدني، لا يمكن أن تكون دون فائدة في خصوص جعل التنازل نافذا في مواجهة المؤجر، إلا إذا كان يعلم بالتنازل، كاستلامه الأجرة من المتنازل له، بالإضافة إلى قبول التنازل دون لبس أو غموض.^(٢٢) وقد صدرت ثلاثة أحكام للدائرة الثالثة مدني لمحكمة النقض الفرنسية لتؤكد هذا القضاء^(٢٣).

وقد حاول بعض الفقهاء، بعد عرض تفصيلي للأصل التاريخي للمادة ١٦٩٠ مدني فرنسي^(٢٣)، أن يحدد المقصود الحقيقي للإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة. ولذلك يذهب هؤلاء الفقهاء إلى أنه يوجد فارق مهم وجوهري بين إجراءات الشهر أو العلانية والإجراءات الواردة في المادة ١٦٩٠. ففي نظام لشهر أو العلانية تعتبر الإجراءات، من حيث المبدأ، شكلية ولا يسمح بصدها بفكرة الاجراء المعادل في القوة والأثر، فالعلم، حتى ولو كان يقيني، لا يمكن أن يقوم مقام أى من هذه الإجراءات. فالتصرف الذي يتم شهره يفترض العلم به، والتصرف الذي لا يتم شهره يفترض أنه مجهول. بينما وجدنا أن القضاء الفرنسي، بصدد المادة ١٦٩٠ مدني، قد أخذ بفكرة الاجراء المعادل في القوة والأثر، وان كان ذلك في نطاق محدود، فاعتبر قبول المدين في ورقة عرفية يعادل قبوله في ورقة رسمية، بل أن القضاء قد أخذ بفكرة القبول الضمني^(٢٤).

أليس من المناسب إذا أن نفرق بين الإخطار والشهر أو العلانية، وبين المدين المتنازل لديه والغير^(٢٥)!

(22) Civ3, 5 mai 1975, Bull. civ. III, no 150; 16 Juillet 1975, ibid no 252; 21 Janv. 1976, Panorma de la jurisprudence de la Cour de cassation, Gaz. Pal. 24 mars 1976, p 12.

(23) Vo Ph. Malaurie, op. cit. p. 104 et s.

(24) Ph. Malaurie, op. cit, p. 106.

(25) Larroumet, op. cit, no 36 p. 68.

فبالنسبة للغير، بالمعنى الفنى الدقيق، الدائن الحاجز، والدائن المرتهن، والمتنازل لهم الآخرين، فإن الأمر يتعلق هنا بفكرة الاحتجاج بالتنازل عن العقد فى مواجهة الغير، ومن ثم الإجراء المطلوب هنا يكون من اجراءات الشهر أو العلانية.

أما بالنسبة للمدين المتنازل لديه لايمكن اعتباره من الغير بهذا المعنى، ولهذا يكفى اتخاذ إجراء من الإجراءات التى تفيد إخطاره، وذلك حتى:
١- لايجهل وجود التنازل ٢- وتنشأ علاقة قانونية بينه وبين الدائن الجديد. فأى وسيلة تؤدى إلى تحقيق هذا الغرض تكفى، بل حتى مجرد علمه فى الواقع بأن هناك تنازل عن العقد الذى هو طرف فيه يكفى القيام هذه العلاقة بين المتنازل له وبينه.

لكن هذا التحليل رغم وجاهته فإنه لايعدو أن يكون، أمام موقف القضاء الصلب والحازم، مجرد تحليل أكاديمى. ولكن هذا لايمنع من أن هؤلاء الفقهاء يعتبرون أن موقف القضاء الأخير مغرق فى الشكلية، والتمسك بحرفية النصوص. كما أنه يسمح للمؤجر سئ النية، حيث إنه يعلم فى الواقع بوجود التنازل، بأن يكون فى وضع قانونى أفضل، إذ يستطيع حرمان المتنازل له من الايجار^(٢٦).

فاذا ما انتهينا إلى ضرورة قبول للتنازل لديه أو رضاه بالتنازل وأن هذا القبول أو الرضاء يعتبر شرطاً لنفاذ التنازل فى مواجهته، فسوف نقف فيما بعد، عند الكلام عن آثار التنازل، على نطاق هذا النفاذ. ومع ذلك يبقى التساؤل قائماً حول أثر رفض المتنازل لديه للتنازل، أو بصفة عامة، عدم اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى؟

(26) Ph. Malaurie, op. cit, p. 107.

قد ذهب غالبية الفقهاء إلى أنه في حالة تخلف رضاء المتنازل لديه أو قبوله التنازل فإنه يكون هناك تنازل فقط عن الحق دون أن يكون هناك تحمل بالالتزام، وبالتالي يبقى المتنازل مسئولاً عن التزاماته في مواجهة المتنازل لديه^(٢٧).

ويترتب على ذلك نتيجة عملية شاذة، هو أن يكون هناك تنازل عن العقد إذا ما قبل المتنازل لديه، ويكون هناك حوالة للحق وتحمل متعاصر بالالتزام من جانب المتنازل والمتنازل له في حالة عدم موافقة المتنازل لديه أو عدم قبوله.

وعلى ذلك فإن المتنازل لديه يمكن أن يرجع على كل من المتنازل والمتنازل له ليطالبهم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، بينما لا يستطيع له أن يطالبه مباشرة بحقوق المقابلة لهذه الالتزامات^(٢٨).

وهذه النتيجة الشاذة أدت ببعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا كان هناك ترخيص بالتنازل، من جانب المتنازل لديه، في العقد الأصلي، فإن التنازل عن هذا العقد يؤدي تلقائياً إلى براءة ذمة المتنازل من التزاماته بمجرد اختطار المتنازل لديه بالتنازل. وأنه إذا لم يتضمن العقد مثل هذا الترخيص، فإنه بمجرد أن يباشر المتنازل لديه دعواه في مواجهة المتنازل له فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة المتنازل. فالمتنازل لديه لا يمكنه، سواء كان يجهل التنازل أم قبله، أن يكسب مديناً جديداً نتيجة هذا التنازل مع رفضه الاعتراف بالأثر الطبيعي للتنازل وهو براءة ذمة المتنازل من التزاماته^(٢٩). وهذا ما سبق أن أكدته J. Carbonnier، حيث يقول إنه «إذا كان في التنازل عن العقود الملزمة للجانبين من فائدة حقيقية فهي في أن يكون هناك تنازل حقيقي عن

(27) Larroumet, op. cit. no 110 p. 273.

(28) L. Simont, rapport. La cession de bail, in la transmission, op. cit, no 12 p. 294.

(29) Raffary Les substitutions de Contractants en cours d'exécution du contrat, no 377 à 380, 417 et 450.

الالتزامات، مع براء ذمة المدين الأصلي، مقترنا بتنازل عن الحقوق»^(٣٠)
وعلى ذلك فإن تحرير التنازل من التزاماته لا يقتضى إلا قدراً ضئيلاً من
الرضا من جانب الدائن^(٣١).

لكن لنا أن نتساءل عن الأساس القانوني لرجوع التنازل لديه على
التنازل له في هذه الحالة؟

ذهب Lapp في رسالته إلى أن عقد التنازل هو الذى يؤدي إلى انتقال
الدين إلى التنازل له، ومن ثم يستطيع التنازل لديه أن يطالبه بالتنفيذ. أما
بالنسبة للحقوق فإن انتقالها يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة، ويمكن
للجميع أن يتمسك بها. فعقد التنازل لا يحتج به على التنازل لديه الا في
الحدود التي يمكن أن يضره كحرمانه من مدينه الأصلي. ولكن تحسبا
للاعتراض الذي يمكن أن يثار ضد هذا الرأي، والذي يمتقتضاه أنه لا يوجد
تنازل حقيقى عن الدين إلا إذا تحرر التنازل من التزامه، قد أجاب على ذلك
بأنه، منذ قيام التنازل، فإن المسؤولية عن الدين تنتقل إلى التنازل له وهو
الذى سيتحمل العبء النهائى عنها اذا ما قام التنازل بالوفاء بها^(٣٢).

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن دين التنازل له لا يمكن أن يكون
هو ذات الدين الذى يظل التنازل ملتزماً به، فلا يمكن أن يوجد نفس الدين
في ذمتين ماليتين في نفس الوقت^(٣٣).

بينما ذهب Larroumet إلى أن حق التنازل لديه قبل التنازل له ينشأ
من التنازل ذاته، وانضمام التنازل لديه لعقد التنازل يؤدي فقط إلى تحرير
التنازل من التزامه بأثر رجعى^(٣٤).

(30) Rev. tr. dr. civ. 1947, p: 202.

(31) Rev. tr. dr. civ. 1957, p: 357.

(32) Thèse précitée, p: 48 et s.

(33) L. Simont, op. cit, no 14 p. 297.

(34) Thèse précitée. no 110. 111 et 125.

وما تتميز به هذه الرسالة أنها ترى أنه لا يوجد تنازل عن العقد إلا إذا كان تنازلاً تاماً Une Cession parfaite فإذا لم ينضم المتنازل لديه لعقد التنازل فإن هذا العقد سيكون، من حيث المبدأ، أثراً بعد عين La Cession serait en principe anéantie⁽³⁵⁾ ولكن هذا الفقيه يسمح، مع ذلك، لإرادة الأطراف بأن تحتفظ بأى من هذين الأثرين، قيام علاقة قانونية بين المتنازل له والمتنازل لديه، أو أنها تعلق تحرير المتنازل من التزامه على موافقة الدائن، المتنازل لديه. هذا التحليل لا يشير أدنى مشكلة في حالة انضمام المتنازل لديه للتنازل.

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي من ناحيتين: الأولى، أن هذا التحليل يركز أساساً على انضمام المتنازل لديه للتنازل، بينما في الحياة العملية يمكن أن نصادف حالة رفض المتنازل لديه للانضمام للتنازل، أو رفضه لتحرير المتنازل من التزاماته. والثانية، أن هذه الرسالة لم تقدم أساس قانوني معقول لرجوع المتنازل لديه على المتنازل له⁽³⁶⁾.

وقد ذهب Vilar في رسالته⁽³⁷⁾ إلى تطوير فكرة Demogue وهي نظرية ما بعد التصرف La théorie de l'après acte⁽³⁸⁾. وطبقاً لهذه النظرية، أن أحد من الغير يمكن، بمجرد انضمامه بمحض رضاه، أن يصبح طرفاً في عقد موجود من قبل. فعقد التنازل عن الإيجار يتضمن انضمام المتنازل له للإيجار المتنازل عنه وينشئ علاقة قانونية تبرر الدعوى التي سمح بها القضاء للمتنازل لديه ضد المتنازل له.

ويرى هذا الفقيه أن انضمام المتنازل له يعتبر تصرفاً بالإرادة المنفردة

(35) Larroumt, op. cit, p 295.

(36) L. Simont, op. cit, no 14 p. 298.

(37) Thèse précitée, p 217 et s.

(38) Demogue, Traité des obligations en général, t. II, no 530 quater, et t. VII, no 656 bis.

منشئ للالتزامات. ومن هذه الزاوية قد هوجمت هذه النظرية هجوما شديدا، حيث هناك تحفظ شديد تجاه التصرف القانوني بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الفرنسي^(٣٩).

وواضح من هذا العرض أن هناك صعوبة شديدة في تكييف الأوضاع القانونية الناشئة عن التنازل عن العقد بصورته الممسوخة في القانون الفرنسي، أى باعتباره مجرد حوالة للحق وللدين في آن واحد. وعجز الفقهاء عن الترجيح بين هذه الآراء^(٤٠) كما أن القضاء مازال بعيدا عن أن يحسم هذه المشكلة، ومازال يسوده التردد والتخبط. وإذا كان الأمر كذلك في القانون الفرنسي فما هو موقف الفقه والقضاء في مصر؟

المطلب الثانى

موقف الفقه والقضاء فى مصر

يجب أن نقرر منذ البداية خلو التقنين المدنى المصرى من القواعد العامة المنظمة للتنازل عن العقد. ونحن نسجل أسفنا لهذا القصور، خاصة وأن هذا التقنين قد صدر بعد صدور التقنين الايطالى (١٩٤٢) وما كان يجب أن يفوت واضعيه الاستهداء بالقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى الايطالى، خاصة وأنه قد بذل فقاؤه جهدا ضخما فى وضعه، ورجعوا إلى العديد من تقنينات العالم، وذلك حتى يظهر فى صورته المشرفة والتي لا ينقصها الا القليل من اللمسات حتى تكتمل.

وبناء على ذلك فإن طبيعة التنازل عن العقد تتحدد على ضوء القواعد

(39) Raffary. op. cit, p. 170 et 171.

وهذا التحليل قد صادف قبولا وحماسا شديدا من جانب

L. Simont, op. cit, no 15 p. 299 et s, no 16 p. 301

(40) P Raynaud, Cours précité, p. 89 et s, et notam. p. 90 et p: 100.

العامة للقانون المدني . كما أن ما ينشأ عنه من مشاكل تخل على ضوء تلك القواعد .

والفقه في مصر قد تعرض لمشكلة التنازل بإفاضة بصدد التنازل عن عقد الإيجار، والذي ورد بصدده تنظيم خاص في القانون المدني . وهذا الفقه في مجموعته ينظر إلى التنازل عن عقد الإيجار على أنه حوالة للحق وحوالة للدين في آن واحد، ومن ثم يجب أن يطبق بصدده القواعد العامة في حوالة الحق وحوالة الدين^(٤١) .

وسوف نتعقب كيفية تطبيق الفقه لقواعد حوالة الحق وحوالة للدين على التنازل عن العقد لنبرز الصعوبات الجمة التي يصادفها في هذا الصدد، كما نوضح أن تطبيق الفقه لهذه القواعد كان يؤدي في كثير من الأحيان إلى التسليم بالطبيعة الخاصة بالتنازل عن العقد، وإن كان لم يصرح بذلك . ولنأخذ ما كتبه الأستاذ الدكتور السنهوري، باعتباره ممثلاً لهذا الفقه في مجموعة، فنجده يقول ما يلي «يمكن القول، بادئ ذي بدء، إن المستأجر في هذه الحالة يقوم بينه وبين المتنازل له عن الإيجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته أما علاقته بالمؤجر فهي في التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه في الحقوق، وعلاقة محيل بمحال له في الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر

(٤١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٢ وما بعدها وفقرة ٤٦٧ ص ٦٩٧ وما بعدها، سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ٣ العقود المسماة، المجلد الثاني، الإيجار، ١٩٦٨ فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٨ وما بعدها، ص ٥٣٩ وما بعدها، فقرة ٢٥٧ ص ٥٨٨ وما بعدها، محمد علي إمام، الإيجار، ١٩٥٣، فقرة ١٧٠ ص ٤١٣، عبد الفتاح عبد الباقي، الإيجار، فقرة ٢٧٣ وما بعدها، عد المنعم البدر اوى، الإيجار ص ١١٠ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، البيع والمقايضة والإيجار، فقرة ٢٢٥ ص ٥٧٧ وما بعدها توفيق فرج. عقد الإيجار في القانون اللبناني ١٩٧٥ فقرة ١٥٧ ص ٣٥٩ وما بعدها.

والتنازل له عن الايجار هي علاقة المحيل له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له....^(٤٢).

«فالتنازل عن الإيجار إذن هو حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد»^(٤٣).

وبالنسبة لعلاقة المستأجر بالمؤجر «فإن التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة حق وحوالة دين، فالمستأجر بالتنازل قد حول حقوقه قبل المؤجر إلى التنازل له عن الإيجار، فلم يصبح له حق قبل المؤجر. ولما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر هي التزامات المؤجر نحوه، فإن المؤجر لم يعد منذ التنازل لدينا للمستأجر، كذلك المستأجر بالتنازل قد حول التزاماته نحو المؤجر إلى التنازل عن الإيجار، فلم يصبح في ذمته التزام نحو المؤجر، ونرى من ذلك أن المستأجر لم يعد، بعد أن تنازل عن الإيجار، دائئا للمؤجر ولا مدينا له، فاختلفت بذلك وساطته بين المؤجر والتنازل له عن الايجار وأصبحت العلاقة بين هذين الآخرين علاقة مباشرة كما سنرى. ولا تقوم أية علاقة بين المستأجر والمؤجر تستند الى عقد الايجار، فقد تنازل المستأجر عن هذا العقد بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، وانما يكون المستأجر، بحكم القانون لا بحكم عقد الايجار كما سنرى، ضامنا للمؤجر تنفيذ الالتزامات التي انتقلت إلى ذمة التنازل له عن الايجار»^(٤٤).

وبالرغم من وضوح كلام الأستاذ الدكتور السنهوري عن أن التنازل عن العقد ليس إلا حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، إلا أننا نجد في ثنايا هذا الكلام ما يكشف بوضوح عن الطبيعة الخاصة للتنازل عن العقد، وقد

(٤٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٦ ص ٦٩٦.

(٤٣) السنهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩.

(٤٤) السنهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٧٤ ص ٧١٠، ٧١١.

وضعنا تحت هذا الكلام خطأ وذلك لظاهره. كما أن عباراته قاطعة في أنه يترتب على التنازل حلول التنازل له محل التنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، ومن ثم نشوء علاقة مباشرة بين التنازل له والتنازل لديه، وبراءة ذمة التنازل وخروجه من العقد التنازل عنه، لكن متى يتحقق ذلك؟

لكن لما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر تنتقل بموجب حوالة الحق كما قدمنا، ولما كانت حوالة الحق لا تصبح نافذة في حق المدين إلا بإعلانه بالحوالة أو بقبوله إياها، ولا تنفذ في حق الغير إلا من تاريخ الاعلان الرسمي أو التاريخ الثابت لقبول المدين (م ٣٠٥ مدني) وكان المفروض أن المؤجر (أي المدين قد قبل التنازل مادام لم يشترط في عقد الايجار عدم جواز التنازل كما سيأتي، فإنه اذا عرض التنازل على المؤجر تعين عليه قبوله. ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الايجار، كحوالة حق، ساريا في حق المؤجر من وقت اخطاره بالتنازل حتى يفي بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، ولا حاجة إلى قبوله أو إعلانه رسميا^(٤٥).

وإذا سلمنا أنه لا حاجة لرضاء المدين لانعقاد الحوالة (م ٣٠٣ مدني) وذلك على خلاف ماذهب إليه التقنين المدني السابق، حيث كان يشترط رضاء المدين، ويرجع السبب في ذلك أن انتقال الحق من دائن الى دائن آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضرارا يستوجب تختيم رضائه لانعقاد الحوالة، ففي أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالمدين، وهو عندما يحرص على الا يتغير عليه دائنه يستطيع أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه أو بإعلانه. أما نفاذ الحوالة في حق المدين لا يكون الا برضائه أو بإعلانه^(٤٦).

(٤٥) السهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وقارن

Ph. Malaurie, op. cit, p. 106 et Vo Raffary, op: cit. no 377 à 380.

(٤٦) السهوري، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٠ ص ٤٦٧.

وعلى ذلك فإن إعلان المدين بالحوالة أو قبوله إياها يعتبر شريطاً لازماً لتنفيذها في مواجهته. ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر فلا يكفي الإعلان الشفوي، ولا الإعلان المكتوب ولو في كتاب مسجل، لكن أية ورقة رسمية تشتمل على بيانات الحوالة وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان، كإعلان صحيفة الدعوى التي يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بوفاء الحق المحال به، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ في حقه وفي حق الغير^(٤٧). وقبول المدين للحوالة لا يعني أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة، فأصبحت سارية في حقه، وصار واجباً عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل. فالقبول، إذن لا يفيد أكثر من إقرار من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً في عقد الحوالة، لأن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله، ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة، أمكن الاستغناء عن قبوله بإعلان الحوالة إليه، فالإعلان كالقبول يفيد حتماً علم المدين بوقوع الحوالة^(٤٨).

وليس للقبول شكل خاص، فيصح أن يكون في ورقة رسمية، كما يصح أن يكون في ورقة عرفية ثابتة التاريخ. أو في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلاً، فيكون قبولا شفويًا، وقد يكون قبولا ضمنياً، كما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (م ٥٩٧ / ثانياً مدني).

فإذا كان المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها هو إثبات علمه

(٤٧) نقض مدني في ١٩٧٦/٥/٢٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ٢٧ ص ١١٧١.

(٤٨) أنظر في نفس المعنى السهوري، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٧ ص ٤٧٩.

بوقوعها، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول، تكون الحوالة نافذة في حقه؟

يجيب الفقيه على ذلك بألا يكون علم المدين بوقوع الحوالة أى قيمة طالما أنه لم يكن حاصلًا بالطريق الذى رسمه القانون. «فلا يكون هذا العلم مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته، بل ولو أقربه المدين نفسه، كافيا فى جعل الحوالة نافذة فى حقه. ذلك أن القانون متى رسم طريقا محددًا للعلم بتصرف معين، فلا يجوز استظهار العلم الا بهذا الطريق. فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذا فى حق الغير إلا عن طريق التسجيل. والقيود طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية، فلا تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير الا بالقيود. وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالإعلان أو القبول»^(٤٩) هذه هى القاعدة، ولا تحتل استثناء الا فى حالة الغش.

وهذا الاتجاه متأثر كثيرا باتجاه الفقه التقليدى فى فرنسا^(٥٠). كما أن هذا الاتجاه يخلط بين اجراءات الاخطار الواردة فى المادة ٣٠٥ مدنى وبين اجراءات الشهر والعلانية، كما أن هذا الاتجاه لم يفرق بين المتنازل لديه وبين الغير بالمعنى الفنى الدقيق^(٥١).

وهذا التشدد الواضح من جانب هؤلاء الفقهاء لا يتفق مع موقفهم من نفاذ التنازل عن عقد الايجار، إذ فى نظرهم أن عدم اشتراط المدين فى عقد الايجار عدم جواز التنازل، يعتبر قبولا لحوالة الحق التى تتم بعد ذلك فى

(٤٩) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٨ ص ٤٨١.

(٥٠) وهذا واضح من المراجع المشار إليها فى الهامش ٣ ص ٤٨١.

(٥١) انظر فى مثل هذه الانتقادات

Ph. Malaurie, op. cit, p 107; Larroumet, op. cit, no 36 p. 68.

حالة التنازل عن الإيجار. وعلى ذلك فإنه إذا عرض المتنازل على المؤجر تعين قبوله. ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الإيجار، كحوالة حق، ساريا في حق المؤجر من وقت اختطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، ولا حاجة إلى قبوله أو إعلانه رسمياً^(٥٢).

ولهذا السبب فإن الرأي السائد في مصر هو أن التنازل عن الإيجار، كحوالة حق، لا ينفذ في حق المؤجر إلا من وقت إعلانه بالتنازل أو من وقت قبوله به^(٥٣).

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يعلن المؤجر بالحوالة أو لم يقبلها، فإن العلاقة بينه وبين المستأجر المتنازل تبقى قائمة ويستطيع المؤجر أن يتجاهل وجود المتنازل له عن الإيجار، أى لا توجد أى علاقة بين المتنازل له والمؤجر.

أما بالنسبة لالتزامات المستأجر نحو المؤجر فإنها تنتقل أيضا بالتنازل إلى المتنازل له عن طريق حوالة الدين. فلا يصبح المستأجر مدينا للمؤجر، لا بدفع الأجرة. ولا باستعمال العين فيما أعدت له، ولا بالمحافظة عليها وما يدخل في ذلك من القيام بالترميمات التأجيرية والمسئولية عن الحريق، ولا برد العين، ويصبح المدين بكل ذلك هو

(٥٢) وقد أدانت محكمة النقض المصرية هذا الرأي في حكمها في ١٩/١١/١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠ ص ٦٨٤ حيث أنها قررت أن قبول المدين للحوالة حتى تنفذ قبله هو القبول الذي يصدر منه وقت الحوالة أو بعدها. ولا يعد قبولا تصريح المدين في سند الدين أنه يقبل مقدما حوالة حق للغير وذلك حتى يتحقق الغرض الذي يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين... بالنسبة للشخص الذي يجب أن يوفى له الدين عند حلول المعاد الاستحقاق.

(٥٣) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٩، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش ١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٣١٨.

المتنازل له عن الإيجار.

لكن لا يتحقق ذلك إلا بعد نفاذ حوالة الدين في حق المؤجر. فمتى ينفذ التنازل في مواجهة المؤجر؟ فالأمر يتعلق إذن بنفاذ حوالة الدين في حق المؤجر، والقاعدة العامة في هذه الحوالة أنها لا تكون نافذة في حق الدائن الا إذا أقرها (م ١/٣١٦ مدني) فهل تنطبق هذه القاعدة العامة في حوالة الدين على التنازل عن الإيجار، ولا تبرأ ذمة المستأجر من التزاماته نحو المؤجر ويصبح المتنازل له هو المدين بها الا من الوقت الذي يقر فيه المؤجر التنازل؟^(٥٤)

بطبيعة الحال لا يمكن أن يعيننا القانون الفرنسي في هذه المسألة، إذ إن هذا القانون لا يعرف حوالة الدين، وقد رتب الفقه والقضاء في فرنسا على ذلك أن المستأجر في التنازل عن الإيجار يبقى هو المدين نحو المؤجر ولا يصبح المتنازل له مدينا لهذا الأخير، فالمستأجر اذا كان يستطيع أن ينقل حقوقه لا يستطيع أن ينقل التزاماته، على النحو السابق بيانه، وقد كان هذا هو أيضا الحكم في التقنين المدني المصري القديم حيث أنه كان لا يعرف أيضا حوالة الدين.

وعندما وضع التقنين المدني الجديد نظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن نقرر دون صعوبة أن المستأجر تبرأ ذمته من التزاماته نحو المؤجر وتنتقل هذه الالتزامات إلى المتنازل له، لكن يبقى أن نعرف متى يتم هذا الانتقال؟ وهل نطبق في هذه المسألة القاعدة العامة في حوالة الدين فلا تبرأ ذمة المستأجر من التزاماته الا من وقت أن يقر المؤجر التنازل؟

يجيب الفقه المصري على هذا التساؤل بالاجاب. ويذهب إلى تطبيق

(٥٤) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقر ٤٧٦ ص ٧١٢

القاعدة العامة في حوالة الدين، فلا تنراً ذمة المستأجر عن التزاماته نحو المؤجر إلا من وقت أن يقر المؤجر التنازل. أما قبل ذلك، فإن التنازل له لا يكون ملزماً مباشرة نحو المؤجر، بل يكون ملزماً نحو المستأجر بالوفاء بهذه الالتزامات للمؤجر في الوقت المناسب (م ١/٣١٧ مدني).

ويقول الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور «فقبل الإقرار يبقى المستأجر التنازل ملتزماً قبل المؤجر بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار، وعلى ذلك يلتزم كل من التنازل له والتنازل نحو المؤجر، لأن الأول قد التزم بهذه الالتزامات بمقتضى الحوالة، والثاني لم تبرأ ذمته منها مادام المؤجر لم يقبل الحوالة، ولهذا نص المشرع في المادة ٥٩٥ على أنه «في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته»^(٥٥).

ويتشكك الأستاذ الدكتور السنهوري، في هذا الرأي، بالرغم من اجماع الفقه عليه، على أساس «أن حوالة دين المستأجر تختلف عن حوالة الدين بوجه عام في شيء هام. ففي حوالة الدين بوجه عام لم يكن الدائن قد أقر الحوالة مقدماً قبل حصولها، ولذلك صح أن يقال في هذا الصدد: «إن الدائن حر في إقرار الحوالة أو رفضها ولا شيء يجبر الدائن على اقرار الحوالة، مهما يكن المحال عليه مليئاً، حتى لو كان أكثر ملاءمة من المدين الأصلي...، فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل، فهذا أمر يرجع تقريره إليه هو، وإذا رفض إقرار الحوالة فلا بد أن يكون من الأسباب

(٥٥) المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، وقارن عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨، محمد كامل مرسى، الإيجار، فقرة ١٩٣ ص ٢٤٧ - ٢٤٨، محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٤١٥ - ٤١٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٧ ص ٥٩٠ وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩١، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، ص ١١، ١١٢، عبد المنعم فرج الصده، الإيجار، فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٢.

ما يبرر في نظره الرفض، وهذا كاف ولا تعقيب عليه في تقريره، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه^(٥٦).

«فهل هذا القول ينطبق على المؤجر في حالة تنازل المستأجر عن الإيجار؟ أليس المفروض أن المؤجر، مادام لم يمنع المستأجر من التنازل بموجب الشرط المانع، قد قبل مقدما أن يتنازل المستأجر عن الإيجار والتزم بهذا القبول بموجب عقد الإيجار نفسه^(٥٧)، ففيم إذن نوجب اقرار المؤجر للتنازل حتى يكون نافذا في حقه، وهذا الاقرار أمر مفروغ منه وقد افترض القانون أنه قد صدر فعلا من المؤجر منذ أن أبرم عقد الإيجار ولم يدرج فيه الشرط المانع؟ وإذا نحن أوجبنا عرض التنازل على المؤجر ليقره، أيملك هذا ألا يفعل وهو ملزما بأن يقره كما سبق القول؟ أليس من العبث أن تتقدم إلى المؤجر في اقرار التنازل ونحن نعلم أنه لا يملك الا أن يقره؟^(٥٨).

لذلك يذهب الدكتور السنهوري إلى اعتبار التنازل عن الإيجار نافذا في حق المؤجر دون حاجة إلى اقراره، فإن هذا الإقرار قد صدر منه مقدما منذ صدور عقد الإيجار. وتبرأ ذمة المستأجر من التزاماته بمجرد التنازل، ومن هذا الوقت أيضا يصبح المتنازل له هو المدين بهذه الالتزامات للمؤجر^(٥٩) ويستدرك الدكتور السنهوري في الهامش فيقول «يقي أن المؤجر قد لا يعلم بالتنازل عن الإيجار، ولكن هذا ليست له أهمية عملية، فالمؤجر إذا كان لا يعلم بالتنازل، سيطالب المستأجر بالتزاماته، وعند ذلك يخطر المستأجر بالتنازل، فإذا شاء المؤجر التحفظ، أخطر المستأجر بأنه سيرجع على المتنازل له

(٥٦) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٣٢١ ص ٥٧٥.

(٥٧) فارن مع ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٧ هامش ١ ومع ذلك انظر ماقرره في فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨.

(٥٨) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٤.

(٥٩) السنهوري، نفس المرجع، نفس الموضوع ص ٧١٥.

ولكن دون أن يخلى ذمة المستأجر من الضمان. وإذا لم يتحفظ المؤجر على هذا النحو يكون قد قبل التنازل بعد حصوله قبولا ضمنيا، فتبرأ ذمة المستأجر من الضمان كما سيأتي. ومن ذلك يرى أن التنازل ينفذ أثره في حق المؤجر من وقت حصوله، أما إخطار المؤجر به فالمقصود منه أن يعلم هذا أن التنازل له قد أصبح هو المدين له»^(٦٠).

ويضيف الأستاذ الدكتور السنهوري إلى ما تقدم أنه «ومن أجل هذا أراد المشرع، بعد أن استغنى عن إقرار المؤجر للتنازل بعد حصوله مكتفيا بالإقرار الضمني الصادر قبل التنازل، ألا يحرم المؤجر من تأمين تكميلي، فيجعل المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته كما سنرى، وأبقى هذا الضمان مقترنا بالإقرار الضمني الصادر قبل التنازل حتى إذا صدر من المؤجر إقرار لاحق للتنازل فإن ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمان»^(٦١).

ونجد الأستاذ الدكتور السنهوري يكشف، وبدون قصد، عن حقيقة التنازل عن العقد فيقول «وعلى ذلك يكون التنازل وحده كافيا لحللول التنازل له محل المستأجر (التنازل) في جميع الحقوق. والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار، فتنتقل الحقوق من ذمة المستأجر، وتبرأ ذمته من الالتزامات، ولكنه يبقى ضامنا للمتنازل له في تنفيذ الالتزامات (طبقا لنص القانون ٥٩٥ مدني)، فإذا ما قبل المؤجر التنازل بعد حصوله، برئت ذمة المستأجر من هذا الضمان»^(٦٢).

وأهم ما يلاحظ على رأى الأستاذ الدكتور السنهوري بصدد نفاذ حوالة الدين هو عدم تناسقه مع رأيه في نفاذ حوالة الحق والتي يعتبرها سارية في

(٦٠) السنهوري، نفس المرجع، نفس الموضع، هامش ١.

(٦١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

(٦٢) السنهوري، نفس المرجع، نفس الموضع.

حق المؤجر من وقت إخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر ودون حاجة إلى قبوله أو إعلانه الرسمي، بينما بصدد حوالة الدين لم يشترط حتى مجرد الاخطار رغم خطورة حوالة الدين عن حوالة الحق لما تؤدي إليه من تغيير شخص المدين، وهو أمر له خطورته كما قرر الأستاذ الدكتور السنهوري نفسه عند الكلام عن القواعد العامة لحوالة الدين والسابق الإشارة إليها.

كما أنه لا يمكن بأية حال تفسير عدم اشتراط المؤجر وقت الإيجار عدم التنازل عن الإيجار بأنه إقرار مسبق لهذا التنازل، الذي قد يتم أو قد لا يتم، فلم يخطر ببال الاطراف ولم يدر بخلدهم، أى لم تتجه إلى ذلك إرادتهم لا الصريحة ولا الضمنية، وأن القول بغير ذلك هو محض افتراض يخالف الواقع وصريح حكم القانون في هذه الحالة، اذ يجب أن ينصب الاقرار على عملية التنازل ذاتها التي أبرمها المستأجر، وهذا لا يتسنى ولا يتحقق إلا بعد انعقادها^(٦٣).

التحليل المقترح: وجوب الأخذ في الاعتبار الطيبة الخاصة للتنازل

نحن نرى أن طبيعة التنازل، باعتباره حلول شخص محل شخص آخر في علاقة قانونية تفرض ضرورة قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، أى قبول أن يكون المتنازل له، بدلا من المتنازل، طرفا معه في العلاقة القائمة، وحيث إن التنازل عن العقد يعتبر تنازلا عن المركز العقدي أو الصفة العقدية في العلاقة القانونية القائمة، بما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وما يشتمل عليه

(٦٣) انظر في نفس هذا المعنى منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧ ص ٥٨١، وانظر

في فرنسا. Ph. Malaurie op. cit, p 234.

وانظر نقض مدني في ١٩٧٨/١/٥، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩ ص ٦١.

ونقض مدني في ١٩٧٨/٦/٢١ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٩ ص ١٥١٠.

من حقوق ترخيصية وأى آثار قانونية أخرى مترتبة على ذلك المركز أو هذه الصفة، لذلك فإن المنازل لا يمكن أن يخرج من هذه العلاقة طالما أن المنازل لديه لم يقبل هذا التنازل، وهذا ما يفرضه الأثر النسبي والقوة الملزمة للعقد.

أما بالنسبة لمعرفة أثر تخلف قبول المنازل لديه على اتفاق التنازل فيما بين المنازل والمنازل له، فإنه يجب أن نقرر بداءة أن المنازل، في هذه الحالة، يبقى ملتزما في مواجهة المنازل لديه، ثم بعد ذلك فإن الأمر مرجعه إلى الإرادة، إرادة الأطراف سواء في عقد التنازل أو في العقد المنازل عنه.

فإذا كان العقد المنازل عنه قد جعل التنازل مشروطا بموافقة الطرف الآخر فيه، المنازل لديه، فإن التنازل، في مثل هذه الحالة، لا وجود له، بل وإن إبرام مثل هذا التنازل يعتبر في ذاته عدم تنفيذ للألتزامات الناشئة عن العقد المنازل عنه، مما قد يؤدي إلى الفسخ.

لكن يجب، علاوة على ذلك، أن نفحص عقد التنازل ذاته، حيث إن المنازل والمنازل له يمكنهما تحديد نطاق التزاماتهما، فإذا أعلن المنازل أنه لا يرغب في التنازل عن حقوقه إلا إذا برأت ذمته من الألتزامات المقابلة، فإن الأمر بات واضحا، حيث إن قبول المنازل لديه أصبح ضروريا لوجود التنازل ذاته، ورفضه يجعل هذا الاتفاق عديم القيمة. أما إذا قبل المنازل بأن يبقى مدينا للمتنازل لديه، رغم التنازل، فإن هذا لا يمنع من انتقال الحقوق الى المنازل له، وإن كان هذا لا يمثل الوضع العادى للتنازل. فالوضع العادى للتنازل يستلزم التنازل عن المركز العقدى أو صفة المتعاقد، بما يتضمنه ذلك عن حقوق والتزامات، مما يتحتم معه خروج المنازل من العقد المنازل عنه، ومن ثم براءة ذمته من التزاماته.

الفصل الثانى

آثار التنازل عن العقد

سبق أن رأينا أن التنازل عن العقد لا يعدو أن يكون اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى علاقة قانونية قائمة من قبل. فالتنازل عن العقد يتولد عنه علاقات ثلاثية: علاقة بين المتنازل والمتنازل له، وعلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وعلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه. ولندرس هذه العلاقات الثلاث على التوالى.

المبحث الأول

العلاقة بين المتنازل والمتنازل له

هذه العلاقة يتأثر مداها بالطبيعة القانونية للتنازل التى تتبناها، كما أن مضمون هذه العلاقة يختلف بالنسبة للمتنازل عنه بالنسبة للمتنازل له. فلندرس هاتين النقطتين على التوالى.

المطلب الأول

مدى هذه العلاقة وأثر طبيعة التنازل عليه

هذه العلاقة تنشأ مباشرة عن اتفاق التنازل. ولذلك فإن نطاق ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات لكل من الطرفين يتحدد وفقاً لهذا الاتفاق. واتفاق التنازل عن العقد هو اتفاق ملزم للجانبين يعتبر كل من الطرفين دائن ومدين فى نفس الوقت. فالمتنازل يتخلى عن حقوقه الناشئة من العقد المتنازل عنه للمتنازل له فى مقابل تحمل هذا الأخير بالالتزامات التى تقع على عاتقه من هذا العقد. وقد يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.

فاذا كان هناك مقابل للتنازل فإن التنازل له يدفعه للمتنازل إلى جانب تحمله بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه في مواجهة المتنازل لديه - فمثلا لو كان العقد المتنازل عنه عقد ايجار فإن التنازل له يدفع للمتنازل مقابل لهذا التنازل بالإضافة إلى الأجرة التي يلتزم بها المتنازل له للمؤجر (التنازل لديه)، وهى نفس الأجرة التي كان يدفعها المستأجر (التنازل)، وهى فى العادة تدفع أقساطا، ثم هى مضمونة بامتياز المؤجر، وهى فى ذلك تختلف عن مقابل التنازل.

وقد يكون التنازل عن العقد بغير مقابل. ويقع ذلك بوجه خاص اذا باع المستأجر متجرا لمشتري على العقار المؤجر، وتنازل فى الوقت ذاته عن الايجار لمشتري المتجر، فإنه فى هذه الحالة لا يتقاضى مقابلا محدد عن التنازل عن الايجار، أو هو ان تقاضى مقابلا فإنه يدخل فى جملة ما يدفعه المشتري ثمنا للمتجر^(١).

ويتضح مما سبق أننا نجد فى التنازل عن العقد أن العقد المتنازل عنه نفسه هو الذى يتحول إلى التنازل له بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أى تحوير فيها، ويحل المتنازل له محل المستأجر فى كل ذلك، ويصبح هو المستأجر فى عقد الايجار بدلا من المستأجر الاصلى^(٢).

وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٥٩٥ مدنى يؤكد هذا المعنى، اذ كان يجرى على الوجه الآتى: «فى حالة التنازل عن الايجار يحل المتنازل اليه، فى علاقته مع المؤجر، محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل اليه فى

(١) السنهورى المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.

(٢) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضوع.

تنفيذ التزاماته». وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي: «ففي التنازل عن الايجار يحل المتنازل اليه محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ويكون هذا بمثابة الحوالة في الحقوق والديون في وقت واحد» وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة المتنازل له بالمؤجر في لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة»^(٣).

ويبدو لنا أن تبرير المذكرة الايضاحية للحذف لم يكن موفقا، وذلك لأنه على الرغم من وضوح جوهر فكرة التنازل في ذهن واضعي التقنين المدني المصري إلا أنهم لم يمكنهم التخلص كلية من تصوير الفقه التقليدي في فرنسا للتنازل عن العقد^(٤). كما قد تأثر بذلك الفقه المصري فيما بعد.

فالتنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحقوق والديون في وقت واحد منظور إلى كل منها على حدة، وإنما هو عبارة عن التنازل عن الرابطة العقدية كاملة، وباعتبارها وحدة واحدة، أو بعبارة أخرى التنازل عن المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل. وهذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية، ومبررات موضوعية في نفس الوقت: - فقصد المتعاقدين في اتفاق التنازل لا يرمى إلى الفصل بين الجانب الايجابي والجانب السلبي في العقد، وإنما على العكس يهدف إلى التنازل عنهما معا كوحدة واحدة. كما أن محل التنازل ليس مجرد الجمع الحسابي بين الحقوق والديون وإنما هو شيء أكثر من ذلك، إنه التنازل عن «صفة المتعاقد» في الرابطة العقدية

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، ٤، ص ٥٦٣ - ٥٦٥.

(٤) أنظر في ذلك:

Ph. Malaurie, op. cit, J. Ghestin, rapport, op. cit.

الموجودة. فالعقد المتنازل عنه فى ذاته عقد ملزم للجانبين. وفى العقود الملزمة للجانبين يكون كل طرف فيها دائما ومدينا فى نفس الوقت، كما أنه ينشأ عن هذه العقود حقوق والتزامات متقابلة ومتداخلة، وهذه وتلك تكون وحدة واحدة، حيث إن هذه العناصر، وتلك الآثار غير قابلة للانقسام.

وما يعزز هذا التحليل تطور فكرة الالتزام ذاتها. فلم يعد الالتزام مجرد رابطة شخصية محضة فحسب. وإنما أصبح أيضا قيمة مالية، عنصرا من عناصر الذمة المالية. وهذا يعنى أن العقد ذاته أصبح، وذلك بعد تطور طويل، قيمة مالية، قيمة اقتصادية قابلة أيضا للانتقال مثله مثل أى عنصر من عناصر الذمة المالية⁽⁵⁾.

وعلى ذلك فإن التنازل عن العقد ليس التنازلا عن رابطة عقدية موجودة من قبل، وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، ومنظورا إليها باعتبارها وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة. ولهذا فإن المتنازل لديه لا يمكنه أن يرجع على المتنازل له بما له من حقوق إلا إذا قبل هذا الأخير التحمل بالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه. وهذا ليس إلا تطبيقا لمبدأ التقابل بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين⁽⁶⁾.

فالتنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحقوق والديون فى وقت واحد، وإنما هو شئ أكثر من ذلك، حيث يتضمن أيضا انتقال الحقوق الترخيفية Les droits potestatifs.

(5) Larroumet, op. cit, no 103. pp 244 - 246.

(6) CF. Larroumet, op. cit, no 103 et 104 pp. 242 - 249.

وإن كانت فكرة الحقوق الترخيضية لم تأخذ مكانها المناسب بعد في القانون الوضعي الفرنسي والمصري، إلا أنها موجودة في شكل تطبيقات متناثرة في القانون الوضعي^(٧). ومهد فكرة الحقوق الترخيضية هو القانون الألماني والقانون الإيطالي، وقد انتقلت إلى القانون السويسري مع بعض التحفظ وتحت اسم *Les droits formateurs*^(٨).

ولالقاء نظرة سريعة على فكرة الحقوق الترخيضية، نرجع إلى بعض تطبيقاتها في القانون الوضعي: فنجد أن هناك الحقوق الترخيضية الذاتية أو المستقلة *Les droits potestatifs autonomes*، مثل إعلان الرغبة في الوعد بالتعاقد، وإلى جانب ذلك هناك الحقوق الترخيضية المساعدة *Les droits potestatifs auxiliaires*، ومثلها حق الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود غير المحددة المدة، حق طلب إبطال العقد لعيب من عيوب الإرادة المنفردة أو لنقص الأهلية، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، أو حق إغذار المتعاقد، أو حق اختيار محل الوفاء في الإلتزامات التخيرية.

ويمكن القول بصفة عامة إن الحقوق الترخيضية هي الحقوق التي

(٧) أنظر مع ذلك:

Louis Boyer, *Les Promesses Synallagmatiques de Vente*, Rev. tr. dr. Civ. 1949, p 26, no 27; Rep. civ: 2e éd: 1971. vo Contrats et Conventions no 127; Lapp. *La Cession de Contrat*, thèse précitée no 20 et 29- 32; I. Naggar *le droit d'option*, Thèse, Paris 1967.

وانظر أحمد سلامة، القانون الزراعي - الملكية والإيجار ١٩٧٧، فقرة ٢٩ ص ٩٢ حيث إنه يشير إلى أن الحق في توفيق أوضاع الأسرة طبقاً لقوانين الإصلاح الزراعي يعتبر حق ترخيصي *Un droit Formateur* وانظر نقض مدني في ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ١٩، ص ٣٥٧.

(8) Engle, *Traité des obligation en Droit swiss*, Neufchatel, 1973, pp. 31- 34.

تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، وينشأ عنها مركز قانوني جديد منشيء لحقوق والتزامات. وهذه الحقوق لها قيمة مالية. أما بالنسبة للحقوق الترخيضية المساعدة، فإنها ترتبط بمركز عقدي معين أكثر من ارتباطها بشخص معين - ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدي المرتبطة به.

والمثل الواضح على ذلك هو التنازل عن العقد غير المحدد المدة، ففي مثل هذا العقد نجد أن القانون يخول لمن تعاقد، لمدة غير محددة، سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة. وهذا التعاقد يستعمل هذا الحق كلما وجد أن العقد لم يعد يحقق مصالحه. ومركز هذا التعاقد يمكنه من استعمال هذا الحق لأنه هو الذي يستطيع أن يقدر ما إذا كان العقد مازال يحقق مصالحه أم لا، أى تقدير ما يعود عليه من نفع وما يلحقه من خسارة، حيث أن صاحب هذا المركز، في جانبه الإيجابي والسلبي ولهذا لنا أن نتساءل عن الفائدة التي يمكن أن يجنيها شخص أجنبي، ليس طرفا في العقد، عندما يطلب إنهاء هذا العقد؟ كما أن انتقال حق الانهاء ليس له أى معنى عندما يكون هناك حوالة فقط، لأن المحال له لا يرى أى داع لوضع حد لمركز لا يمثل الا فائدة محضة له. كما أن المحيل لا يمكن أن يطلب الانهاء والا رجع عليه المحال له بالضمان. ولذلك لا تبدو مصلحة التنازل له، في التنازل واضحة في انتهاء العقد الا إذا كان قد وضع في نفس مركز التنازل، أى يوجد تنازل عن المركز العقدي ذاته، بما يتضمنه من حقوق والتزامات.

ويترتب على ذلك أن حق طلب إنهاء العقد غير المحدد المدة، كحق ترخيصي، ينتقل مع المركز العقدي، مع العقد، بينما لا يمكن نقله استقلالا، أو نقله مع مجرد حوالة الحق.

وقد وجدنا في ثنايا كتابات بعض الفقهاء في مصر^(٩)، ما يدل على

(٩) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٧، ص ٦٩٨

ذلك، حيث يرى هؤلاء الفقهاء فى التنازل عن الإيجار أن «عقد الإيجار نفسه هو الذى يتحول إلى التنازل إليه بجميع ما يشتمل من أركان وحقوق والتزامات وشروط ودون تحوير فيها، ويحل التنازل إليه محل المستأجر (التنازل) فى كل ذلك ويصبح هو المستأجر فى عقد الإيجار بدلا من المستأجر الأصلي» ويترتب على ذلك أن الأسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها إنهاء عقد الإيجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الافلاس أو الاخلال بالالتزام، ويرجع فيها لا إلى المستأجر (التنازل) بل إلى التنازل له عن الإيجار^(١٠) لأن التنازل له قد أصبح بالتنازل هو المستأجر وانقطعت صفة المستأجر التنازل^(١١).

وواضح من هذا العرض أثر طبيعة التنازل عن العقد على مدى العلاقة بين التنازل والتنازل له. وهذا يؤكد مرة أخرى أن للتنازل عن العقد طبيعة خاصة تختلف عن مجرد حوالة الحقوق والديون فى نفس الوقت.

المطلب الثانى

مضمون هذه العلاقة

ولتحديد مضمون هذه العلاقة ينبغى أن نتعرف على التزامات كل من التنازل والتنازل له.

أولاً: التزامات التنازل:

ينشئ اتفاق التنازل على عاتق التنازل التزامين أساسيين:

(١٠) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٦٧، ص ٦٩٨، ٦٩٩، هامش ٣.
(١١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ٣، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩، ص ٣٧٩ هامش ٢، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ٣١٦ - وأنظر ما يؤكد ذلك أيضا، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥، ص ٧٢٧ هامش

الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم.

بالنسبة للالتزام بالضمان، فإن المتنازل لا يضمن إلا وجود العقد وصحته، وقابليته للتنازل، وبصفة خاصة ما ينشأ عنه من حقوق. وعلى ذلك فإذا كانت هذه الحقوق قد انقضت لأي سبب من أسباب الانقضاء، أو أنها زالت نتيجة المطالبة بالفسخ، أو أنها قد شلت نتيجة الدفع بالبطلان أو الإبطال، فإن المتنازل يكون ضامنا، فالمتنازل لا ينقل إلى المتنازل له من حقوق أكثر مما هو ثابت له^(١٢).

وعلى العكس من ذلك، فإن المتنازل لا يضمن للمتنازل له يسار المتنازل لديه، ما لم يتفق على ذلك صراحة. كما أن ضمان المتنازل لا يمتد ليشمل ضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه. وعلى ذلك فإن المتنازل يستحق المقابل المتفق عليه في اتفاق التنازل حتى لو لم يحم المتنازل لديه بتنفيذ العقد المتنازل عنه^(١٣) كما أن المتنازل لا يضمن للمتنازل له التعرض الصادر من الغير. وإذا كان المتنازل لديه ملتزما طبقا للعقد المتنازل عنه بتسليم شيء معين فإن المتنازل لا يلتزم بضمان العيوب الخفية في هذا الشيء.

ويمكن الاتفاق على تشديد التزام المتنازل بالضمان أو تخفيفه. ولذلك يمكن أن يتفق على أن يضمن المتنازل ليس فقط يسار المتنازل لديه، وإنما يضمن أيضا تنفيذ هذا الأخير للعقد المتنازل عنه. وعلى العكس يمكن للمتنازل أن يخفف من التزامه بالضمان بالاتفاق على إعفائه حتى من

(12) Civ. 22 janv. 1957, D. 1957, 598; Civ3- 24 oct. 1968, Bull: Civ: II, no. 409.

(13) Civ. 6 Juin 1857; D. P. 57. I: 289. Vo aussi ch Lapp: Encyclopédie Dalloz. Cession de Contrat, no 35, 36. 37 p.3.

ضمان وجود العقد وصحته، الا فى حالتى الغش والخطأ الجسيم. وان كان يجوز له أن يتفق على إعفائه من هذا الإلتزام حتى فى حالتى الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ الإلتزام (انظر م ٢/٢١٧ مدنى مصرى).

ومضمون التزام المتنازل بالضمان على هذا النحو يكشف الفرق الجوهرى بين التنازل عن العقد والبيع.

أما بالنسبة للإلتزام بالتسليم، فإن المتنازل يلتزم بأن يسلم العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له. ويعتبر المتنازل مسؤولاً فى مواجهة المتنازل له إذا كانت الحقوق التى انتقلت فعلاً إلى هذا الأخير لا يتفق نطاقها مع ما هو متفق عليه، أو إذا كانت الأعباء التى انتقلت إلى المتنازل له أشد مما كان يعتقد فى اضطلاعها بها طبقاً للعقد المتنازل عنه.

والقاضى يقدر فى مثل هذه الحالات ما إذا كان عدم التنفيذ يكفى لفسخ اتفاق التنازل من عدمه، أو إذا كان هناك محل للتعويض من عدمه.

كما يجب على المتنازل أن يعطى المتنازل له كافة المستندات والأوراق اللازمة لاثبات العقد المتنازل عنه أو التى تخول له ممارسة حقوق الناشئة عن هذا العقد. وهذا الأمر لا يصدق إلا فى حالة براءة ذمة المتنازل كلية فى مواجهة المتنازل لديه.

ثانياً: التزامات المتنازل له:

ولما كان محل التنازل عن العقد هو الرابطة العقدية، بما تتضمنه من حقوق والتزامات بين المتنازل والمتنازل لديه، والذى أدى إتفاق التنازل إلى حلول المتنازل له فيها محل المتنازل، فانه بطبيعة الحال سيلتزم المتنازل له

بالإلتزامات التي كانت تقع على عاتق المتنازل في مواجهة المتنازل لديه. جملة القول إن المتنازل له يلتزم بمقتضى اتفاق التنازل إن يدفع مقابل هذا التنازل. إذا كان التنازل بمقابل، بالإضافة إلى التزامه بكافة الإلتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه والتي كان يلتزم بها المتنازل في مواجهة المتنازل لديه.

لكن هل يلتزم المتنازل له، في العقود المستمرة، بدفع ما كان مستحقاً على المتنازل عن الفترة السابقة على التنازل، والذي لم يحم بالوفاء به؟ في الحقيقة إن المتنازل له لا يلتزم، كمساعدة عامة، إلا عن الإلتزامات التي تستحق ابتداء من تاريخ التنازل، هذا ما لم يوجد اتفاق على خلافه، فإذا اضطر المتنازل له إلى الوفاء بما كان مستحقاً على المتنازل له عن الفترة السابقة على التنازل وذلك نتيجة لالتجاء المتنازل لديه للدفع بعدم التنفيذ، فإنه يكون له أن يرجع بما وفاه عن المتنازل وذلك طبقاً لقواعد دفع غير المستحق، ما لم يكن ضامناً له في التنفيذ أو لم يكن قد برأت ذمته في مواجهة المتنازل لديه.

المبحث الثاني

العلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه

سبق أن رأينا أن للتنازل عن العقد اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل في رابطة عقدية قائمة من قبل، وبما تتضمنه هذه الرابطة من حقوق والتزامات. فالمتنازل له يحل محل المتنازل، فيما له من مركز عقدي، في صفته العقدية. فالعقد المتنازل عنه نفسه هو الذي يخول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون تحوير فيها..^(١٤) فإذا ما حل المتنازل له محل المتنازل، فإنه لا يوجد إلا عقد

(١٤) السهري، المرجع السابق. جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٧، ص ٦٩٨.

إيجار واحد يقوم بين المؤجر (المتنازل لديه) وبين المتنازل له ويخرج المستاجر (المتنازل) بذلك من هذه العلاقة، ويفقد بالتالي صفته كمستاجر، مع انتقال هذه الصفة إلى المتنازل له،^(١٥).

وبعد التنازل لم يعد المتنازل دائماً للمتنازل لديه ولا مديناً له، فاختلف بذلك وساطته بين المتنازل لديه والمتنازل له وأصبحت العلاقة بين هذين الأخيرين علاقة مباشرة^(١٦) وعلى ذلك يكون التنازل وحده كافياً لحلول المتنازل له محل «المتنازل» في جميع الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، فتنقل الحقوق من ذمة المتنازل، وتبرأ ذمته من الإلتزامات^(١٧).

وعلى ذلك فإنه نتيجة للتنازل تقوم علاقة مباشرة بين المتنازل لديه والمتنازل له، بموجبها يستطيع المتنازل لديه أن يطالب المتنازل له بجميع التزامات المتنازل، ويستطيع المتنازل له أن يطالب المتنازل لديه بجميع حقوق المتنازل، فيكون لكل منهما أن يرفع دعوى مباشرة على الآخر، ويختفى من بينهما المتنازل كوسيط^(١٨).

ويترتب على ذلك أن للمتنازل لديه أن يتمسك قبل المتنازل له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المتنازل وقت نفاذ التنازل في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد التنازل، ومن ثم يجوز للمتنازل لديه أن يدفع رجوع المتنازل له عليه ببطلان عقد التنازل، أو بعدم

(١٥) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص ٣١٦.

(١٦) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٤، ص ٧١١.

(١٧) السنهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٧٦، ص ٧١٥.

(١٨) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٨٣، ص ٧٢٥، ٧٢٦. وانظر نقض مدني في ١٦/٤/١٩٣٦ الموسوعة الذهبية للقواعد القانوني التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١، حسن القلهاني، وعبد المنعم حسني، الاصدار المدني، الجزء الثالث، ١٩٨٢، ص ٧٥٢ رقم ١٣٥٨ وأيضاً نقض مدني في ١٩٧٦/٣/٣ مجموعة أحكام النقض، ص ٢٧، ص ٥٥٦، الموسوعة ص ٧٦٤ رقم ١٣٨٠.

نفاذ هذا العقد في حقه لأنه أحل بشرط مانع في العقد المتنازل عنه . كذلك يجوز للمتنازل لديه أن يحتج على المتنازل له بأن العقد المتنازل عنه ذاته باطل أو قابل للإبطال ويطلب إبطاله، أو قابل للفسخ ويطلب فسخه، وله أن يحتج إذا رجع عليه المتنازل له بتعويض ناشئ عن عدم تنفيذ العقد المتنازل عنه بمقاصة قضائية تقع بين هذا التعويض وبين ما تأخر في ذمة المتنازل^(١٩) .

وكذلك يجوز للمتنازل لديه أن يرفع دعوى مباشرة على المتنازل له ليطلبه فيها بالتزامات المتنازل نحوه والناشئة من العقد المتنازل عنه والتي حل فيها المتنازل له محله .

ويفسر الفقه والقضاء في مصر بأن التنازل عن العقد ما هو إلا حوالة حقوق، وحوالة ديون في وقت واحد . وعلى ذلك فإن المتنازل، باعتباره دائماً، يحول حقوقه قبل المتنازل لديه إلى المتنازل له، فيحل هذا الأخير محله ويصبح هو الدائن المباشر للمتنازل لديه، ذلك طبقاً لقاعد حوالة الحق^(٢٠) .

وبالرغم من هذا التفسير السائد نجد أن الفقه في مصر يؤكد على أن الأسباب المتعلقة بشخص المستأجر، والتي من شأنها أن تنتهي الإيجار،

(١٩) أنظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٨٤، ص ٧٢٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فترة ٢٥٩، ص ٥٩٥ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ١ .
(٢٠) أنظر السنهوري، المرجع السابق، نفس الموضوع، سليمان مرقس، نفس الموضوع، عبد الفتاح عبد الباقي، نفس المرجع، نفس الموضوع، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص ٥٨٢، عبد المعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣، ص ٢٧٦، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٥٩، ص ٣٧١، وأنظر الأحكام السابق الإشارة إليها، بالإضافة إلى نقض مدني في ١٩٧٨/١/٢ السابق الإشارة إليه، نقض مدني في ١٩٧٨/٦/٢١ السابق الإشارة إليها، بالإضافة إلى نقض مدني في ١٩٧٨/١/٢ السابق الإشارة إليه، نقض مدني في ١٩٧٨/٦/٢١ السابق الإشارة إليها.

كالاغسار والإفلاس والوفاء، يعتد فيها بشخص المتنازل له لا بشخص المستأجر، لأن المتنازل له قد أصبح هو المستأجر^(٢١). كما أنه إذا كان العقد المتنازل عنه ثابتاً في سند رسمي، فإن المتنازل لديه يستطيع أن ينفذ مباشرة بموجب هذا السند الرسمي على أموال المتنازل له كما كان له أن ينفذ بموجب هذا السند على أموال المتنازل، حتى لو كان عقد التنازل غير ثابت في سند رسمي^(٢٢).

فالتنازل عن العقد يترتب عليه حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في رابطة قانونية قائمة، ولذلك فإنه يترتب عليه انتقال الحقوق والالتزامات بجميع مقوماتها وخصائصها وصفاتها وأوصافها وضمائمها ودفعها وتوابعها. كالحقوق الترخيفية، وغيرها من الدعاوى التي تؤكد الحق. فالتنازل ليس مجرد حوالة حقوق وحوالة ديون وإنما هو شيء أكثر من ذلك، فهو حلول المتنازل له محل المتنازل في مركزه العقدي، أو صفته العقدية، في رابطة قانونية موجودة من قبل، بكل ما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وغيرها من أوصاف أو آثار قانونية أخرى على النحو السابق بيانه^(٢٣).

وهذا الذي نقول به يتفق وطبيعة التنازل الخاصة، ولا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون المدني المصري. بينما نجد صعوبات كثيرة تصادفه في

(٢١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ٢، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٥٩٦ هامش ٢، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ص ٦٩٨، ٦٩٩، هامش ٣.

(٢٢) أنظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٧ هامش ١، الوسيط جزء ٣، فقرة ٢١٤، وعبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٢٨٢ ص ٤٤٤ هامش ٤.

(٢٣) أنظر مثل هذه الخلاصة في القانون المقارن

M. Fontaine, La transmission des obligations de l'age ferenda, in la transmission, op. cit, p. 646, 647.

القانون المدني الفرنسي، وذلك لأن التقنين المدني الفرنسي لا يعرف حوالة الدين. وبالرغم من ذلك نجد أن الاتجاه الحديث في القانون الفرنسي يذهب إلى التسليم بالطبيعة الخاصة للتنازل عن العقد^(٢٤) بل ويذهب البعض إلى أنه يترتب على مجرد التنازل عن العقد قيام علاقة مباشرة بقوة القانون بين المتنازل له والمتنازل لديه وبدون حاجة إلى قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، بل حتى لو لم يعلن إليه^(٢٥).

بينما نجد القضاء الفرنسي يجعل وجود حقوق المتنازل له قبل المتنازل لديه متوقفا على اتباع الاجراءات الشكلية الواردة في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي، أي ضرورة قبول المتنازل لديه، حتى لو كان هذا القبول ضمنيا كما سبق بيانه، في الوقت نفسه يسمح بقيام حقوق المتنازل لديه مباشرة قبل المتنازل له، ودون اتباع الاجراءات الشكلية الواردة في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي وذلك على النحو السابق بيانه.

أما بالنسبة للفقهاء الذين يتشككون في وجود التنازل عن العقد، يترددون في السماح بقيام هذه العلاقة المباشرة. فنجد البعض يذهب إلى أن المتنازل له يمكن أن يكون دائماً للمتنازل لديه، لكن لا يمكن أن يكون مدينا له^(٢٦)، وهذا يبدو مخالفا لطبيعة العقد الملزم للجانبين كما سبق البيان. بينما يذهب البعض الآخر منهم إلى الاعتراف للمتنازل لديه بدعوى مباشرة قبل المتنازل له ولكنهم لا يسمحون بفكرة حوالة الدين، ولذلك يضطرون إلى تبرير ذلك بالالتجاء إلى الاشتراط لمصلحة للغير الضمني الذي يكون

(٢٤) أنظر

Lapp. op. cit, nos 38 et 39, Vilar, op. cit, p. 199 et 201, Larroumet, op. cit, p241, Raffary, op. cit, p. 140 et 14, Ph. Malaurie, op, cit p: 25 á 27 et p: 79 et s. CF. P. Raynaud. Cours précité.

(25) Larroumet, op. cit, nos 110, 111, et 125 p. 290 et s.

(26) Planiol et Ripert, op. cit, tx, par. A. Tunc, 1959, no 560 p. 786

بالتبعية للتنازل عن العقد^(٢٧) ويبدو لنا أن هذا التفسير غير مجد، ومجازى، وغير دقيق كما سبق البيان تفصيلاً.

المبحث الثالث

العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه

إن العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه تعتبر من أهم العلامات المميزة للتنازل عن العقد الملزم للجانبين، وذلك لأنها تشير العديد من المشاكل الأساسية للتنازل والتي تركزت حولها الكثير من المناقشات. ومن أهم هذه المشاكل هي معرفة ما إذا كان يترتب على التنازل براءة ذمة المتنازل من التزاماته، ومن ثم خروجه من الرابطة العقدية القائمة والتي حل فيها محله المتنازل له في مواجهة المتنازل لديه، أم أنه يبقى ملتزماً في مواجهه المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له؟ وإذا بقي ملتزماً بالرغم من التنازل؟ فما هو مركزه القانوني هل يعتبر مدينأ أصلياً مع المتنازل له، أم أنه يعتبر مجرد مدينأ احتياطياً، أم أنه يعتبر مجرد ملتزم بضمان التنفيذ من قبل المتنازل له. وقد سبق أن عرضنا لهذه المشاكل تفصيلاً، والآن نعرض لها في حدود ما يلزم لمعرفة مدى العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه. ونحن نعتقد أن خير وسيلة لذلك هو أن نفرق، في هذا الصدد، بين التنازل التام أو الكامل وغيره من صور التنازل.

(27) MM. Mazeaud, op. Cit, no 1081.

المطلب الأول

التنازل التام أو الكامل

La Cession Parfaite

والتنازل التام أو الكامل هو الذى يمثل الوضع العادى فى التنازل عن العقد، ولذلك فهو لا يثير أدنى مشكلة، وبصفة خاصة فى العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه.

وصورة هذا التنازل تتمثل فى أن يتم التنازل فيما بين المتنازل والمتنازل له، ثم يقبله أو يوافق عليه المتنازل لديه، فى هذه الحالة تنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وتبرأ ذمة المتنازل من جميع التزاماته، ويخرج بالتالى من هذه العلاقة، التى يصبح طرفاها: المتنازل له والمتنازل لديه.

وعلى ذلك فإنه فى التنازل التام أو الكامل يوجد، فى نفس الوقت، حلول للمتنازل له محل المتنازل فى جميع ماله من حقوق وما عليه من التزامات، وبراءة ذمة المتنازل من التزاماته. وفى هذه الحالة يستمر العقد المتنازل عنه مع المتنازل له، أما المتنازل فيخرج كلية من هذا العقد، والمتنازل لديه لم يبق له سوى مدين واحد هو المتنازل له.

فى فرنسا يرى بعض الفقهاء أن مجرد التنازل عن العقد ينشئ علاقة مباشرة بقوة القانون بين المتنازل له والمتنازل لديه. وبدون حاجة إلى قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، بل حتى لو لم يعلن إليه^(٢٨). فبالنسبة لهؤلاء الفقهاء إنه لا يوجد تنازل عن العقد إلا فى صورته التامة أو الكاملة. فإذا ما رفض المتنازل لديه أن ينضم إلى التنازل فإن هذا التنازل يصبح لا قيمة له^(٢٩).

(28) Larroumet, op cit, nos. 110. III et 125 p. 290 et s.

(29) Larroumet, op. cit. p. 295.

بل إننا نجد في مصر من الفقهاء من يذهب إلى رأى قريب من ذلك، حيث يقرر هؤلاء الفقهاء أنه في حالة عدم وجود شرط مانع في العقد المتنازل عنه، فإن هذا يعنى قبول المتنازل لديه سلفاً لهذا التنازل. ويترتب على ذلك نتيجة في غاية الأهمية أنه بمجرد التنازل فإن حقوق المتنازل تنتقل إلى المتنازل من وقت إخطار المتنازل لديه،^(٣٠) كما أن المتنازل له يصبح مدينة بالتزامات المتنازل في مواجهة المتنازل لديه، وتبرأ ذمة المتنازل من وقت التنازل ودون حاجة إلى إقرار المتنازل لديه، لأن هذا الإقرار قد صدر منه مقدماً منذ صدور العقد المتنازل عنه^(٣١).

ولذلك يرى هؤلاء الفقهاء أن التنازل يتضمن حوالة حق وحوالة دين، فالمتنازل بالتنازل قد حول حقوقه قبل المتنازل لديه إلى المتنازل له عن العقد، فلم يصبح له حق قبل المتنازل لديه من وقت إخطاره. ولما كانت حقوق المتنازل قبل المتنازل لديه هي التزامات المتنازل لديه نحوه، فإن المتنازل لديه لم يعد منذ التنازل مدينة للمتنازل. كذلك المتنازل بالتنازل قد حول التزاماته نحو المتنازل لديه إلى المتنازل له عن العقد، لم يصبح في ذمته التزام نحو المتنازل لديه.

ويرى من ذلك أن المتنازل لم يعد، بعد أن تنازل عن العقد، دائماً ولا مدينة له، فاختلفت بذلك وساطته بين المتنازل لديه والمتنازل له عن العقد وأصبحت العلاقة بين هذين الأخيرين علاقة مباشرة. ولا تقوم أية علاقة بين المتنازل والمتنازل لديه تستند إلى العقد المتنازل عنه^(٣٢).

(٣٠) السهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣ ومع ذلك قارن فقرة ٤٧٥ ص ٧١١، وهامش ٢.

(٣١) أنظر السهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦، ص ٧١٥.

(٣٢) السهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٧٤، ص ٧١٠، ٧١١.

أيا كان الأمر في خصوص وقت قيام العلاقة المباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، ووقت براءة ذمة المتنازل من التزاماته، فإن المستقر عليه في مصر أن التنازل عن العقد في صورته التامة أو الكاملة يتحقق من وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين في حق المتنازل لديه^(٣٣).

المطلب الثاني

التنازل الناقص أو التنازل الجمعي أو الضمى

La Cession imparfaite ou la cession Cumulative

وهذا النوع من التنازل يشمل صورتين: الصورة الأولى، وهي تتعلق بعدم نفاذ التنازل في حق المتنازل لديه، أو رفضه له. والصورة الثانية تتعلق بحالة ما إذا قبل المتنازل لديه التنازل ولكن اشترط صراحة بقاء المتنازل ملتزما في مواجهته بالوفاء بجميع حقوقه وتنفيذ جميع التزاماته والشروط الواردة في العقد المتنازل عنه. ولتداخل الصورتين في الفقه والقضاء الفرنسى فاننا سنعرض أساسا لهذا الشرط الأخير ومن خلاله نتعرف على موقف الفقه والقضاء في فرنسا من هذه المشكلة بصفة عامة.

ولدراسة هذا الشرط يجب أن نبحت نطاقه سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

أولا: نطاق هذا الشرط من حيث الأشخاص:

فهذا الشرط لا يقع فقط على عاتق المتنازل، وإنما يمتد إلى كل المتنازل

(٣٣) السهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وفقرة ٤٧٦ ص ٧١٥ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٧، وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٧٩ وما بعدها، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش ١، وفقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

لهم المتعاقبين، أى الواقعين بين المتنازل له الأخير والمتنازل. وهذا يعنى أن المتنازل له عندما يقوم هو نفسه بالتنازل عن العقد، ثم بعد ذلك يقوم المتنازل له التالى بالتنازل مرة أخرى عن العقد، وهكذا دواليك؛، فإن هذا الشرط يبقى ساريا على كل هذه التنازلات، ومن ثم يبقى المتنازل دائماً، مسئولاً مع المتنازل له فى مواجهة المتنازل لديه^(٣٤).

وقد كان القضاء الفرنسى فيما مضى يذهب إلى العكس، لأنه كان يرى أن «المتنازل لهم المتعاقبين، بتنازلهم عن حقهم قد أعفوا من التزامهم»^(٣٥) وهذا يعنى أن القضاء كان يسمح بالحلول فى الحقوق والالتزامات الذى يؤدى إلى براءة ذمة المتنازل من التزاماته، وهذا لا يصدق بالنسبة إلى المتنازل لهم المتعاقبين فحسب وإنما يصدق أيضا بالنسبة إلى المتنازل الأول. ولكن هذا الاتجاه يؤدى إلى أن يفرض على الدائن تغيير مدينه، وهذا أمر غير مناسب ومستحيل فى نفس الوقت. ولهذا السبب رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه وتبنت موقف آخر لا يستقيم أيضا وحقائق الاشياء. فابتداء من ١٩٢٠ كان هناك تحول قضائى حيث أصبح من المقرر أن المتنازل والمتنازل لهم المتعاقبين لا تبرأ ذمتهم من التزاماتهم بمجرد التنازل، ما لم يفصح عن ذلك صراحة المتنازل لديه. ويتضح من ذلك أن القضاء الفرنسى تخلى عن مبدأ الترابط بين الجانب الايجابى والجانب السلبى فى العقود الملزمة للجانبين كما سبق بيانه.

(34) Civ. 20 Juill. 1920, s. 1921. I: 79; 7 Janv. 1947, J. C. P. 1947. II. 3510, note Becqué, rev. tr. dr. civ. 1947. 101, note Carbonnier, Soc. 9 nov. 1956, Gaz Pal. 1957. I. 120; rev. tr. dr. civ: 1957, 356 note Carbonnier.

(35) Civ. 18 Juin 1876, S. 1876. I. 475.

ثانيا: نطاق هذا الشرط من حيث الموضوع:

ومفاد هذا الشرط من حيث الموضوع أن المتنازل مسئول، محل المتنازل له، عن تنفيذ كل الالتزامات والشروط الواردة في العقد المتنازل عنه في مواجهة المتنازل لديه. وعلى ذلك فيستطيع المتنازل لديه أن يرجع على المتنازل ليطالبه بتنفيذ العقد. فمثلا في حالة التنازل عن الايجار يستطيع المتنازل لديه أن يرجع على المتنازل ليطالبه بالأجرة. فإذا دفعها فإنه يكون له حق الرجوع على المتنازل له. وفي هذه الحالة لا يستطيع المتنازل أن يستفيد من حق امتياز المؤجر، وذلك لأن التنازل ليس عقد ايجار، كما أن المتنازل ليس له صفة المؤجر. ويستطيع المتنازل أن يتغلب على هذه العقبة بأن يضمن عقد التنازل شرط فاسخ كجزء لحالة عدم قيام المتنازل له يدفع الالتزامات المستحقة عليه والتي قام المتنازل بدفعها محله. هذا فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية.

لكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك، وجعلت المتنازل مسئولا عن الحريق الذي تسبب فيه المتنازل له، وذلك في الحالات التي يعتبر فيها هذا الأخير مسئولا عن هذا الحريق. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية، كعادتها، إلى نصوص المواد ١٧٣٣، ١٧٣٥ مدني فرنسي^(٣٦). ويبدو لنا أن هذا الحل فيه تجاوز إلى حد كبير، لأن لم يدر بخلد المتنازل قط أنه يمكن أن يعتبر مسئولا حتى عن الحريق الذي تسبب فيه المتنازل له، وحتى اذا ما أشير عليه بأن يؤمن ضد مثل هذه المخاطر، لاعتبر ذلك أمر مجاف للعقل والمنطق.

وهكذا نجد أن التزاما مرهقا يقع على عاتق المتنازل دون أدنى توقع له،

(36) Civ. 19 mai, 1971, Bull. civ. IV no 324.

ودن أدنى حماية أو تأمين. ونحن نعتقد أنه لو علم بخبر هذا الحكم في الحياة العملية، فإنه لا يمكن أن تتصور أن شخص يقبل أن يقدم على التنازل عن عقد أمام هذه المخاطر التي يمكن أن تقع على كاهله...

أما بالنسبة لالتزام المتنازل له برد العين المؤجرة في نهاية الإيجار، فإن هناك تخبطا في قضاء محكمة النقض الفرنسية في خصوص تحميل المتنازل عبء التعويض المستحق على المتنازل له في حالة استمراره في شغل العين المؤجرة بدون وجه حق. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية «بأن المتنازل ضامن لدفع الأجرة كما أنه ضامن لتنفيذ المتنازل له لعقد الإيجار والالتزام برد العين المؤجرة عند نهاية العقد» ولذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه «يعتبر سائغا قانونا ما استخلصه قاضى الموضوع من أن المتنازليين يعتبرون ملتزمين بالتضامن حتى طرد المتنازل له أو دفع التعويض عن شغل العين بدون وجه حق. وهذا الالتزام مصدره عقد التنازل ذاته» (٢٧).

ثم بعد ذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بحكم مخالف تماما للحكم السابق، حيث إنها قضت بعدم مسؤولية المتنازل عن التعويض الناشئ عن شغل المتنازل له للعين المؤجرة بدون وجه حق، وذلك على أساس أنه لا يجوز تجاوز حدود الكفالة، وذلك استنادا إلى نص المادة ٢٠١٥ مدنى فرنسى (٢٨).

ويمكن تلخيص حيثيات محكمة النقض الفرنسية على التالى:

١ - حيث إن المتنازل ضامن للمتنازل له باعتباره كفيلا، وذلك بالنسبة

(37) Civ3. 17 Juill. 1968, Gaz. Pal. 1968, II: 322, Rev. tr. dr. Civ. 1969, 139 note Cornu.

(38) Civ 3. 14 nov. 1973, Gaz. Pal. 1974, I, 275; Bull. civ. III. no 579; Rev. tr. dr. civ. 1974. 633. note Cornu.

للاللتزامات الناشئة عن عقد الإيجار ٢ - وحيث إن التعويض المستحق عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق ليس له الصفة التعاقدية، وإنما هو مستحق نتيجة لخطأ شبه عقدي قد أرتكبه المتنازل له، وذلك باحتفاظه بدون وجه حق بالعين المؤجرة ٣ - بناء على ما تقدم، فإن الكفيل لا يمكن أن يضمن هذا الالتزام غير التعاقدى.

والتساؤل الآن هو: هل حقا أن التزام المتنازل له بدفع تعويض عن شغله للعين المؤجرة بغير وجه حق يعتبر التزاماً غير عقدي؟ وكما لاحظ بحق M. Comu أنه إذا كان صحيحاً أن التعويض عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق لا يعادل الإيجار، وإنما يقابل الضرر الذى حاق بالمؤجر، فإنه مع ذلك ليس بالضرورة أنه عندما يقال تعويض يعتبر تعويضاً عن فعل غير مشروع، حيث أنه يوجد أيضاً تعويض عقدي. ففي واقع الأمر أن التعويض المستحق عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق يعتبر تعويضاً عن اخلال بالتزام عقدي، وهو الالتزام بالرد، فهو جزاء لعدم التنفيذ.

وعلى إثر هذا الحكم قد تساءل M Comu عما إذا كان الالتزام الذى يقع على المتنازل بدفع ما هو مستحق على المتنازل له قد بدأ فى الزوال، وهذا مما ينبئ بتطور معين فى هذا الصدد: بمعنى أنه فى التنازل عن الإيجار إذا ما تم بموافقة المتنازل لديه، فإنه يترتب على ذلك أن تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته، أي يكون هناك تنازل تام، حلول للمتنازل له محل المتنازل فى الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، وبراءة ذمة المتنازل من التزاماته (٣٩).

ومنذ عام ١٩٥٧ و M. Carbonnier يتمنى ألا يتوقف براءة ذمة المتنازل من التزاماته إلا على قدر أدنى من رضاء المتنازل لديه بالتنازل

(39) Rev. tr. dr. civ. 1974. 633.

d'un minimum d'assentiment de cedé^(٤٠) وهذا الحل المقترح مأخوذ من نصوص التقنين المدني الإيطالي حيث إن المادة ١/١٤٠٧ منه تنص على أنه «إذا رضى، مقدما، أحد الاطراف بأن يقوم الطرف الآخر بإحلال غير محله فى الرابطة العقدية الناشئة عن العقد، فإن هذا الحلول ينتج آثاره فى مواجهته منذ الوقت الذى يتم فيه إعلانه بالحلول أو قبوله له» وتنص المادة ١/١٤٠٨ على أنه «تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته فى مواجهة المتنازل لديه من الوقت الذى يصبح فيه الحلول نافذا فى حق هذا الأخير. ومع ذلك فإن المتنازل لديه الذى يشترط عدم براءة ذمة المتنازل فى مواجهته، أن يرجع على المتنازل اذا لم يتم المتنازل له بتنفيذ التزاماته التعاقدية».

وعلى ذلك فإنه فى نطاق التنازل عن العقد يجب أن نرجع دائما وأبدا إلى إرادة المتعاقدين، حيث أنها هى الحكم الفصل فى هذا الصدد فإذا كنا نكتفى بمجرد رضاء المتنازل لديه لبراءة ذمة المتنازل من التزاماته، فإنه يجب، على الأقل أن تكون إرادته واضحة فى ذلك. كما أن المتنازل لديه يستطيع أن يسمح بالتنازل ولكنه يتمسك، مع ذلك، ببقاء المتنازل ملتزما بالتزاماته. أى بعدم براءة ذمته فى مواجهته، وهذا هو موقف التقنين المدني الإيطالي.

أما فى فرنسا، ولظروف تاريخية معينة، نجد أن هناك قرينة على أن سماح المتنازل لديه بالتنازل لا يكفى لتحرير المتنازل من التزاماته، بل على العكس يبقى المتنازل دائما مسؤولا عن تنفيذ العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه مالم يصدر عن هذا الأخير ما يفيد صراحة براءة ذمته من التزاماته.

- اذا كان هذا هو الوضع فى القانون المقارن، فما هو موقف القانون

المصرى؟

(40) Rev. tr. dr. civ. 1957, 356.

إن الفقه المصري، وإن كان يتمسك بصدد التنازل عن العقد بأهداب حوالة الحق وحوالة الدين، إلا أنه عندما يعرض للأحكام التفصيلية للتنازل يكشف بوضوح عن الطبيعة الحقيقية للتنازل عن العقد كما سبق أن وضحناها. والحديث عن التنازل عن العقد يتركز أساساً حول التنازل عن الأيجار. وإن كان هناك اختلاف فإنه ينحصر في وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين، وخاصة إذا لم يتضمن العقد الأصلي شرط يمنع التنازل عنه.

فبينما يرى بعض الفقهاء أن «التنازل وحده كافياً لحل التنازل له محل المستأجر (التنازل) في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الأيجار، فتنتقل الحقوق من ذمة المستأجر، وتبرأ ذمته من الالتزامات، ولكن يبقى ضامناً للمتنازل له في تنفيذ الالتزامات. فإذا ما قبل المؤجر التنازل بعد حصوله، برئت ذمة المستأجر. «التنازل من هذا الضمان» (٤١).

ولتأكيد ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء يقولون «أن القانون جعل المستأجر (التنازل) ضامناً للمتنازل له قبل قبول المؤجر (التنازل لديه) للتنازل، ويسقط الضمان عن المستأجر (التنازل) بهذا القبول. والمستأجر (التنازل) لا يكون ضامناً للمتنازل له إلا إذا كان هذا الأخير هو المدين الأصلي للمؤجر «التنازل لديه) ومعنى ذلك أن التنازل له يصبح مديناً أصلياً للمؤجر (التنازل لديه) قبل قبول هذا الأخير للتنازل. واذن يكون التنازل قد سرى في حق المؤجر وجعله دائماً للمتنازل له قبل قبوله للتنازل، فلا يكون اذن قبول المؤجر شرطاً لسريان التنازل في حقه لأن التنازل يسرى قبل هذا القبول» (٤٢).

(٤١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

(٤٢) السنهوري، نفس المرجع، نفس الموضوع، ص ٧١٦.

ويؤكد هؤلاء الفقهاء «إن المستأجر (المتنازل) تبرأ ذمته من التزاماته نحو المؤجر (المتنازل لديه) بمجرد تنازله عن الإيجار. ولما كان المؤجر (المتنازل لديه) لم يقبل التنازل إلا قبولا ضمنيا وقبل حصوله اذ هو قد اقتصر على عدم منع المستأجر من التنازل، فقد أراد المشرع الا تخلى ذمة المستأجر اخلاء تاما في هذه المرحلة، فأبقاه كما قدمنا ضامنا للمتنازل له في تنفيذ الالتزامات التي انتقلت منه إلى هذا الأخير. وقد نصت المادة ٥٩٥ من التقنين المدني على هذا الحكم اذ تقول: «في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته» (٤٣).

وقد نخرج المشرع بهذا الحكم عن الأحكام العامة في حوالة الدين، والتي تقضى بأن يضمن الخيل في حوالة الدين أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحولة (م ٣١٩ مدني)، وذلك فإن شدد هذا الالتزام بالضمان، فلم يكتف بأن يضمن المستأجر يسار المتنازل له وقت التنازل، بل جعله يضمن يسار المتنازل له وقت مطالبة المؤجر (المتنازل لديه) اياه بتنفيذ التزاماته، فيكون في هذه الحالة بالنسبة للمتنازل له في موقف يشبه موقف الكفيل. فإذا طالب المؤجر المتنازل له بتنفيذ التزام من الالتزامات التي انتقلت إلى ذمته، ووجده معسرا، رجع بالضمان على المستأجر. وهو برجوعه عليه بالضمان لا يرجع بنفس الالتزام الذي كان في ذمته بموجب عقد الإيجار، فإن هذا الالتزام قد انتقل هائيا بالتنازل إلى ذمة المتنازل له. وإنما يرجع بالتزام جديد لم ينسأ من عقد الإيجار بل من عقد التنازل، وهو عقد يرتب في ذمة المستأجر التزاما بضمان يسار المتنازل له وقت المطالبة. ولا يرجع المؤجر على المستأجر بالضمان إلا بعد أن يرجع أولا على المتنازل له

(٤٣) السهوي، نفس المرجع. قرة ٤٧٧ ص ٧١٦.

Larroumet, op. cit, nos 110, 111, et 125 p 290 ets.

فيجده معسراً. فإن رجع مباشرة على المستأجر، كان لهذا أن يطلب منه البدء بتجريد المتنازل له. ولا يكلف بأن يدل المؤجر على مال للمتنازل له يستوفى منه المؤجر حقه كما يكلف الكفيل بذلك، فإن المستأجر لا يكون مسئولاً بموجب الضمان إلا إذا أثبت المؤجر أنه رجع على المتنازل أولاً فوجده معسراً. وإذا رجع المؤجر على المستأجر بالضمان، فإن لهذا الأخير أن يرجع على المتنازل له بما وفاه، (٤٤).

«والضمان يبقى في ذمة المستأجر على النحو المتقدم الذكر، مادام مقتصرًا على قبول التنازل قبولاً ضمناً سابقاً على حصوله التنازل عن طريق أنه لم يمنع المستأجر في عقد الإيجار من التنازل كما سبق القول. فإن خطأ المؤجر خطوة أخرى، وقبل التنازل بعد حصوله قبولاً صريحاً أو ضمناً، فإن هذا القبول اللاحق للتنازل يبرئ ذمة المستأجر (التنازل) من الضمان. فيكون المؤجر في هذه الحالة قد قبل التنازل مرتين، المرة الأولى كان قبوله سابقاً على التنازل، وهو قبول ضمني مستخلص من أنه لم يمنع المستأجر في عقد الإيجار من التنازل، وهذا القبول يكفي لإبراء ذمة المستأجر من التزاماته إذ تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة المتنازل له، ولكنه لا يكفي لإبراء ذمة المستأجر من ضمان المتنازل له في تنفيذ هذه الالتزامات. والمرة الثانية كان قبول المؤجر لاحقاً للتنازل، وهو قبول صريح أو ضمني، وبمجرد صدوره تبرأ ذمة المستأجر حتى من الضمان. وهذا ما تقضى به المادة ٥٩٧ من التقنين المدني، إذ تنص على ما يأتي: «تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار وفيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار

(٤٤) السهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧ من ٧١٧.

من الباطن: (أولا) إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار، أو الإيجار من الباطن (ثانيا) إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلى،^(٤٥).

وأهم ما يلاحظ على هذا الرأى، أنه جعل التنازل يرتب كافة آثاره بمجرد انعقاده، ودون انتظار إقرار، أو قبول من جانب المتنازل لديه، لا لشيء إلا أن هذا الأخير لم يشترط عدم التنازل فى العقد الاصلى. وهذا الرأى يتفق مع طبيعة التنازل عن العقد، كما أنه يتفق مع الطابع السريع فى المعاملات فى الوقت الحاضر^(٤٦) ومع ذلك فإنه يتناقض مع نقطة البداية التى انطلق منها، هو تصوير التنازل على أنه مجرد حوالة حق وحوالة دين، وبالتالي اصطدم مع ما هو ثابت فقها وقضاء بأن «قبول المدين للحوالة حتى تنفذ قبله هو القبول الذى يصدر منه وقت الحوالة أو بعدها. ولا يعد قبولا المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدما حوالة الحق للغير وذلك حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق»^(٤٧).

كما أن هذا الرأى يذهب إلى أن المشرع أراد، بعد أن استغنى عن إقرار المؤجر للتنازل بعد حصوله مكتفيا. لإقرار الضمنى الصادر قبل التنازل، ألا

(٤٥) السهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، ص ٧١٨.

(٤٦) أنظر نفس هذا الرأى تقريبا

Larroumet op. cit mos 110 111 et 125 p 290 ets.

(٤٧) نقض مدنى فى ١٩٥٩/١١/١٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص ١٠ ص ٦٨٤ نقض

مدنى فى ١٩٧٨/١/٢، مجموعة النقض، ص ٢١ ص ٦١، نقض مدنى فى ٧٨/٦/٢١

مجموعة النقض، ص ٢٩ ص ١٥١٠.

يحرم المؤجر من تأمين تكميلي، فجعل المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته، وأبقى هذا الضمان مقترنا بالإقرار الضمني الصادر قبل التنازل، حتى اذا صدر من المؤجر اقرار لاحق للمتنازل فإن ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمان^(٤٨). وهذا الضمان «قد رسم القانون وحده حدوده»^(٤٩). ثم يعود ويقرر التزام المستأجر بالضمان يعتبر التزاما جديداً، لم ينشأ من عقد الايجار، بل من عقد التنازل^(٥٠) والسؤال الآن هو: هل هذا الالتزام بالضمان الذي يقع على عاتق المتنازل يرجع إلى طبيعة التنازل ذاته، وبالتالي يمكن أن نصادفه في أى تنازل عن العقد، أم أنه التزام بالضمان مصدره القانون، في صدد التنازل عن الايجار فقط؟ وعلى ضوء ما نقلناه لا يمكن أن نصل في هذا الصدد إلى اجابة محددة، مما يكشف عن الغموض الذي يحيط هذه المسألة في الفقه المصري.

وأهم ما يلاحظ على هذا الرأي أيضا أنه قد حسم مسألة طبيعة مركز المتنازل، في حالة التزامه بضمان التنفيذ، وبطريقة أيضا تتسم بالغموض. فهو يقول بأن المتنازل في هذه الحالة بالنسبة للمتنازل له في موقف يشبه موقف الكفيل. وطبق بعض قواعد الكفالة كقاعدة وجوب الرجوع أولا على المدين قبل الرجوع على الكفيل، ثم الدفع بالتجريد، لكنه لم يطبق قاعدة وجوب أن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين كافية للوفاء بالالتزام. والسؤال الآن هل يعتبر المستأجر (المتنازل) في هذه الحالة كفيلا أم مدينا أصليا؟ فيجيب هؤلاء الفقهاء «إنه يضمن تنفيذ التزامات المتنازل له كما يضمن البائع والمؤجر التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. ففي هذه الحالة لا نقول

(٤٨) السهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

(٤٩) السهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧، ص ٧١٨.

(٥٠) السهوري، نفس المرجع، نفس الموضوع.

أن البائع أو المؤجر كفيل للمشتري أو للمستأجر، بل نقول أنه ضامن garant لفعل معين. وهناك فرق بين الضمان garantie والكفالة Cautionnement^(٥١). وواضح هنا الخلط بين المدين الأصلي والمدين الاحتياطي débiteur subsidiaire فالبايع أو المؤجر يعتبر مدينا أصليا بالالتزام بضمان الاستحقاق أو العيوب الخفية، بينما المستأجر (المتنازل) في التنازل يعتبر مدينا احتياطيا débiteur subsidiaire ولذلك يعتبر القياس ممتنعا في مثل هذه الحالة^(٥٢). والدليل الواضح على صحة هذه النتيجة أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم يطبقون جل قواعد الكفالة، على المستأجر (المتنازل) في هذه الحالة. كما نجدهم يؤكدون ذلك عندما يقررون «أن المستأجر في التزامه بالضمان لا يعتبر مدينا أصليا ينضم إلى المتنازل له فيصبح للمؤجر مدينان في نفس الدين....»^(٥٣) وهذا التناقض يكشف عن الغموض الذي يحيط بالتنازل عن العقد في الفقه المصري.

ولذلك يذهب غالبية الفقهاء في مصر إلى أنه «إذا نزل المستأجر عن الإيجار إلى آخر، اعتبر محيلا حقه قبل المؤجر إلى المتنازل له ونفذت هذه الحوالة قبل المؤجر بقبوله إياها أو بإعلانه بها وفقا للمادة ٣٠٥ مدني. ولكن لا يعتبر هذا النزول حوالة بالدين نافذة في حق المؤجر إلا إذا قبل الأخير هذه الحوالة»^(٥٤).

«وبناء على ذلك يترتب على النزول عن الإيجار أن تنتقل حقوق المستأجر الأصلي قبل المؤجر إلى المتنازل له بمجرد إعلان النزول إلى المؤجر. وبالرغم من عدم قبول الأخير إياه، فلا يجوز للمستأجر بعد النزول عن

(٥١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨ هامش ٤٠.

(٥٢) قارن سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩٣.

(٥٣) السنهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨.

(٥٤) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩١.

الإيجار وإعلانه إلى المؤجر أن يطالب الأخير بتسليمه العين المؤجرة ولا بضمان التعرض أو العيوب الخ، ولكن المستأجر يبقى ملتزما نحو المؤجر بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار مادام المؤجر لم يقبل حوالة الدين، فيجوز للمؤجر أن يطالبه بتنفيذ التزاماته الناشئة من الإيجار وبخاصة أن يطالبه بالأجرة وباجراء الترميمات التأجيرية وباستعمال الشيء فيما أعد له وبالمحافظة عليه ورده عند انتهاء الإيجار مادام هو لم يقبل حوالة دين المستأجر الأصلي إلى المتنازل له، ويكون المستأجر الأصلي مسئولاً في ذلك كله عن فعل المتنازل له أى أن فعل الأخير لا يعتبر بالنسبة إليه سبباً أجنبياً.

«وهذا ما قصده المشرع بالنص في المادة ٥٩٥ مدني على أنه «في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته» (٥٥).

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى عبارة النص ليقرروا أن المادة ٥٩٥ مدني تنص على أنه يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته «الأمر الذي يشعر بأنه لا يجعل الحوالة منشئة التزاماً جديداً في ذمة المستأجر المحيل إزاء المؤجر، وإنما يقتصر على أن يبقى التزامه الأصلي إزاء المؤجر إلى جانب التزام المتنازل إليه نحوه أيضاً» (٥٦).

ويبدو لنا سبب الخلاف في الفقه المصري يرجع إلى التمسك بأهداب حوالة الحق وحوالة الدين، عند الكلام عن التنازل عن العقد مما يؤدي إلى التناقض، حيث أن بعضهم يسلم، ضمناً، بالطبيعة الخاصة بالتنازل عند التعرض تفصيلاً لأحكام التنازل عن العقد، بينما غالبية الفقه تتمسك

(٥٦) سليمان مرقس، المرجع السابق، ٢٥٨ ص ٥٩٢، ولذلك يرفض هؤلاء الفقهاء اعتبار المتأجر كفيلاً للمتنازل له، أنظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

بحرفية الأحكام العامة في حوالة الحق وحوالة الدين عند تطبيقها على التنازل عن العقد.

ونحن نرى أنه إذا لم يتضمن العقد أى شرط يمنع التنازل عنه فإنه في هذه الحالة يجوز للطرف المسموح له بذلك أن يتنازل عن العقد، وينتج هذا الحلول أثاره في مواجهته المتنازل لديه من الوقت الذى يتم فيه إعلانه أو قبوله إياه، ومعنى ذلك أن الأصل هو حلول المتنازل له محل التنازل فى الرابطة العقدية، بحيث تنشأ بين المتنازل له والمتنازل لديه علاقة مباشرة، كما أنه يترتب على ذلك الحلول خروج المتنازل من هذه الرابطة وبراءة ذمته، كل ذلك من الوقت الذى يصبح فيه هذا التنازل نافذا. لكن ليس هناك ما يمنع أن يتمسك المتنازل لديه ببقاء المتنازل مسئولاً فى مواجهته، وبالتالي عدم براءة ذمته تماماً، بشرط أن يعلن ذلك صراحة. وعلى ذلك فإن إرادة المتعاقدين تكون هى المرجع لتحديد العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه.

ونخلص من كل ما تقدم أن الوضع الطبيعى فى التنازل هو أن مجرد قبول المتنازل لديه للتنازل أو إعلانه به يؤدي إلى خروج المتنازل من العلاقة التعاقدية القائمة ليحل محله فيها المتنازل له، وتبعاً لذلك تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته، هذا ما لم يشترط المتنازل لديه صراحة ببقاء المتنازل ضامناً لتنفيذ المتنازل له لإلتزاماته. فههدف التنازل عن العقد ليس هو منح مزايا للمتنازل لديه، بأن يكون له مدينان بدلاً من مدين واحد، وإنما هو التنازل عن المركز العقدى أو الصفة العقدية، بما يتضمنه أو ما يترتب عليها من حقوق والتزامات للمتنازل له وحلول هذا الأخير فيها محل المتنازل الذى يخرج نهائياً من هذه العلاقة.

وعلى ذلك فى حالة بطلان أو فسخ اتفاق التنازل فإن مقتضى ذلك

إعادة الحال إلى ما كان عليه، فتعود العلاقة مرة أخرى بين المتنازل والمتنازل لديه بمقتضى العقد المتنازل عنه.

وفي حالة اشتراط المتنازل لديه عدم براءة ذمة المتنازل فإنه في هذه الحالة، يبقى المتنازل مسؤولاً أمام المتنازل لديه عن تنفيذ المتنازل له للالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه. ومركز المتنازل في هذه الحالة يكون في مركز المدين الاحتياطي. ولا يشترط أن يكون هذا المدين الاحتياطي كفيلاً. حيث أن الكفيل لا يجب مركز المدين الاحتياطي. وفي هذه الحالة يمكن أن نطبق على مركز المدين الاحتياطي بعض القواعد الخاصة بالكفيل والتي تتفق مع طبيعة مركز المتنازل في عملية التنازل وهذا يعتبر الوضع الاستثنائي في التنازل. وهذا يبدو لنا أنه التفسير المعقول في مثل هذا الوضع.

ولذلك نرى بالنسبة للتنازل عن الإيجار، أن هذا التنازل يعتبر نافذاً في حق المؤجر إذا قبله أو أعلن به، ولكن يجب أن نفرق بين حالة القبول وحالة الإعلان. ففي حالة قبول المؤجر (المتنازل لديه) للتنازل فإنه في هذه الحالة يصبح التنازل نافذاً في حقه، وتنشأ - من ثم - علاقة مباشرة بينه وبين المتنازل له، ويخرج المتنازل من هذه العلاقة القائمة، وتبرأ ذمته من جميع التزاماته. أما إذا كان التنازل قد أعلن إلى المؤجر (المتنازل لديه) فإن هذا التنازل يعتبر سارياً في حقه، لكنه مع ذلك لم يتخذ أى موقف يعبر عن قبوله للمتنازل له كطرفاً معه في العقد القائم وباعتباره دائناً ومديناً، ولذلك فإنه في هذه الحالة يبقى المتنازل ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته، إلى أن يتضح موقف المتنازل لديه من التنازل له (م ٥٩٥ مدنى) فإذا ما صدر منه ما يفيد قبوله الصريح أو الضمني للمتنازل له باعتباره طرفاً، دائناً ومديناً، معه في العلاقة العقدية القائمة. فإنه في هذه الحالة تبرأ ذمة المتنازل

(المستأجر) من الضمان أيضا، ويخرج كلية من العلاقة القائمة، والتي تستمر بين المتنازل لديه والمتنازل له فقط، ومركز المتنازل (المستأجر) في التزامه بضمان تنفيذ المتنازل له لالتزاماته الناشئة عن العقد المتنازل عنه، هو مركز المدين الاحتياطي، والذي يمكن أن نطبق عليه قواعد الكفالة في الحدود التي تتناسب مع طبيعة مركز المتنازل في التنازل.

الختامة

بعد الدراسة التحليلية المقارنة للتنازل نستطيع أن نقول إن التنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحق وللدين في وقت واحد ومنظور إلى كل منهما على حده، وإنما هو عبارة عن التنازل عن المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل، وبما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات وصفات وأوصاف. وبذلك يفترق التنازل عن عقد الإيجار عن حوالة الحق في الأجرة.

وقد وجدنا أن هذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية وموضوعية. فمن ناحية نجد أن قصد المتعاقد أن في اتفاق التنازل لا يرمى إلى الفصل بين الجانب الايجابي والجانب السلبي في العقد الملزم للجانبين، وإنما على العكس يهدف إلى التنازل عنهما معا وباعتبارهما وحدة واحدة. ومن ناحية ثانية فإن محل التنازل ليس مجرد الجمع الحسابي بين الحقوق والديون وإنما هو شيء أكثر من ذلك، فهو حلول التنازل له محل التنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في رابطة قانونية قائمة ومستمرة. ولذلك فإنه يترتب على التنازل انتقال الحقوق والالتزامات بجميع مقوماتها وخصائصها وصفاتها وأوصافها وضمائنها ودفوعها وتوابعها، كالحقوق الترخيضية وغيرها من الدعاوى على النحو السابق بيانه.

ولعل أهم ما يمكن أن نخرج به من هذه الدراسة أيضا هو أن موضوع التنازل وهدفه هو حلول التنازل له محل التنازل في رابطة قانونية قائمة ومستمرة، طرفها الآخر هو التنازل لديه. ولذلك قد كان لهذه الطبيعة والذاتية الخاصة للتنازل أثر واضح في تحديد عناصره، الرضا المتطلب لقيامه، محله وسببه، كما أن هذه الطبيعة كان لها أثرها أيضا على نفاذ التنازل وآثاره. ولعل من أهم هذه المشاكل التي صادفناها هي معرفة ما اذا كان

يمكن أن يحل المتنازل له محل المتنازل في هذه الرابطة القائمة والمستمرة دون رضا الطرف الآخر فيها، المتنازل لديه؟ وقد كان للإجابة على هذا التساؤل أثرها الواضح والعميق على وجود التنازل ونفاذه، وذلك بحسب اعتبار هذا الرضا شرطا للوجود أو شرطا للنفاذ. وقد وجدنا أنه طبقا للمبادئ العامة في القانون المصرى، إن رضا المتنازل لديه يعتبر، كأصل عام، شرطا لنفاذ التنازل فى مواجهته. وقد انتهينا إلى ضرورة تحليل كل من اتفاق التنازل والعقد المتنازل عنه للوقوف على مدى هذا النفاذ.

لكن الجدير بالذكر فى هذه الخاتمة هو أننا نرى ضرورة تدخل المشرع لتنظيم التنازل عن العقد تنظيمًا مستقلا عن حوالة الحق وحوالة الدين. كما يجب على المشرع أن يأخذ فى الاعتبار تطور فكرة الالتزام، من حيث إن الالتزام لم يعد مجرد رابطة شخصية محضة فحسب، وإنما أصبح أيضا قيمة مالية، أصبح عنصرا من عناصر الذمة المالية. وهذا يعنى أيضا أن العقد ذاته أصبح قيمة مالية، قيمة اقتصادية قابلة أيضا للانتقال مثله مثل أى عنصر من عناصر الذمة المالية.

وبناء عليه يجب أن يكون انتقال العقود هو الأصل العام، والاستثناء هو عدم انتقالها، إما لشرط أو نص صريح أو لطبيعتها الخاصة. ولذلك فإنه يجب أن يكون المبدأ الذى يهيمن على التنظيم المستقبل للتنازل هو ان «يجوز التنازل عن العقد الملزم للجانبين ما لم يكن قائم على اعتبار شخصى أو أن يكون هناك نص أو شرط مانع صريح من التنازل. وينفذ هذا التنازل بمجرد اخطار المتنازل لديه به. وفى جميع الأحوال يجب أن يضمن المتنازل له فى تنفيذ التزاماته» وبذلك المبدأ يتحقق التوازن المطلوب فى أحكام التنازل.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

مصادر البحث الأساسية

أولاً: باللغة العربية:

(١) المراجع العامة

- أحمد سلامة
- القانون الزراعي - الملكية والايجار، ١٩٧٧
- إسماعيل غانم
- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٦٨
- برهام عطا الله، الوسيط في قانون ايجار الأماكن، ١٩٨٢ .
- توفيق حسن فرج، عقد الايجار في القانون اللبناني، ١٩٧٥ .
- جلال على العدوى، مبادئ الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٣ .
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، جزء ٣، العقود المسماة، المجلد الثاني، عقد الايجار ١٩٦٨ .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء ٣، ١٩٥٨، جزء ١ المجلد الأول ١٩٦٣ .
- عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار ١٩٥٢ .
- عبد المنعم البدر اوى، الايجار والتأمين ١٩٦٨ .
- عبد المنعم فرج الصده، الايجار .
- محمد على إمام، عقد الايجار ١٩٥٣ .
- محمد كامل مرسى، عقد الايجار ١٩٥٣ .

- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والايجار ١٩٥٦ - ١٩٥٧.

- نبيل إبراهيم سعد

التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢ القانون الزراعي، الجزء الأول، الملكية والايجار ١٩٨٤.

(٢) المجموعات والمجلات العلمية

- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني - الاصدار المدني - الجزء الثالث ١٩٨٢.

- مجموعة أحكام النقض - المكتب الفني.

- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني.

- مجلة القضاة - يناير ابريل ١٩٨١.

- مجلة إدارة قضايا الحكومة ابريل يونيو ١٩٨١.

- مجلة خريجي حقوق الاسكندرية ابريل ١٩٨٥.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

(I) Ouvrages généraux

-Baudry. Lacantinerie et Wahl, Traité de droit civil t. XXII, 1907.

- Carbonnier (J), Droit civil, t. 4. les obligations, 1980.

- Colin (A) et Capitant (H), Cours élémentaire de droit civil français. vol. 2.

- Démogue (R), *Traité des obligations en général*, t. VII, 1923 - 1933.
- Engel, *Traité des obligations en droit Suisse Neufchatel*, 1973.
- Flour (J) et Aubert (J. L.) *Droit Civil. les obligations V. I, l'acte juridique*, 1975.
- Ghestin (J). et Goubeaux (G), *Traité de droit civil, introduction générale*, L. G. D. J. 1977.
- Marty (G) et Raynaud (P), *Traité de droit civil les obligations*, t II.
- Mazeaud (H. L. et J) et De Juglart (M), *Léçons de droit civil*, II, 1971.
- Planiol (M) et Ripert (G). *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd, t. VII, 1954, par Radouant (J) et t. x par Tunc (A), t. x1 par Rouast (A).
- Pothier, *Traité de la Vente*.
- Starck (B) *Droit Civil, obligations*. 1972.
- Weill (A) et Terré (F). *Droit civil, les obligations*, 1975.

(II) Ouvrages Spéciaux et Thèses

- Capitant (H) *La Cause des obligations*, 1925.
- Dablin (J) *Le droit subjectif*.

- Gaudemet (E), Etude sur le transport de dette à titre particulier, Thèse Dijon, 1898.
- Ginossar (S), Droit réel propriété et Créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L. G. D. J. 1960.
- Lapp. (Ch.) Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier. Thèse stasbourg 1950.
- Larroumet (Ch) les opérations à trois personnages Thèse Bordeaux 1968.
- Malaurie, (Ph) la Cession de contrat, Cours de Doctorat Paris II, 1975 - 1976.
- Raffary, les substitutions de contractants en Cours d'exécution du contrat.
- Raynaud (P), les contrats ayant pour objet une obligation, Cours D. E. A. Paris II, 1977 - 1978 et 1978 - 1979.
- La transmission des obligations. Travaux des IX es Journées d'études juridiques Jean Dabin Organisées par le Centre de Droit des obligation L. G. D. J. 1980.
- Vilar, la Cession de cotnrat, Thèse Montpellier, 1968.

(III) Articles et Notes

- Aubert, note D. 1970, 150.
- Becqué, note J. C. P. 1947 II. 3510

- Boyer (L) les promesses synallagmatiques de vente Rev. tr. dr. civ. 1949, p 26.
- Carbonnier (J) obs Rev. tr. dr. civ, 1947 - 201
obs. Rev. tr. dr. civ, 1951 - 391.
obs. Rev. tr. dr. civ, 1957 - 356
- Cohen, note J. C. P. 1951 II 6297.
- Cornu, note, Rev. tr. dr. civ. 1947, 633.
- Dabin (J), une nouvelle définition du droit réel. Rev. tr. dr. civ. 1962, p 20.
- Dagot la novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire, J. C. P. 1975 I 2693.
- Durand (J.M.), La Cession de droit résultant d'une Vente d'immeuble à construire, rapport présenté à la journée de Versailles du Cridon Paris nov. 1975.
- Esmein (P), Rev. tr. dr. civ. 1924, p 252.
- Ginossar (S) Pour une meilleur définition du droit réel et du droit personnel, Rev. tr. dr. civ. 1962. p 573.
- Lapp. (Ch) Cession de contrat, Encyclopédie Dalloz 1970.
- Maury, in Rep. civ. 2e éd 1970, Vo Cause.
- Mazeud (H), La vente d'un logement hypothéqué en grantie d'un prêt à la construction, Mélange Julliot de la Morandière 1964, p 367.

- Merlin (De), Répertoire 1828, Vo Sous location.
- Paclet (ch) De la réalisation de la novation, Rev. tr. dr. civ. 1975, 655.
- Planiol (M), note D. 1892 2. 521.
- Rièg (A) in Rep. civ. 2e ed 1971, Vo Délégation.
- Roulet et Peisse, Gaz. Pal, 21 avril 1975. p 72.
- Saleilles, la cession de dettes, Annales de droit Commercial 1890, p 1.
- Télès (Galvao) La cession le contrat, Rev. int. de. dr. comparé 1951, 226.

11

12

ملحق البحث
الأحكام العامة في التنازل
في كل من التقنين المدني
الايطالي والبرتغالي

CODE CIVIL ITALIEN

Livre quatrième : Des obligations

Titre II : Des contrats en général

Chapitre VIII : De la cession du contrat

Article 1406 Notion: Chaque partie peut se substituer un tiers dans les rapports dérivant d'un contrat à prestations respectives qui n'ont pas encore été exécutés. pourvu que l'autre partie y consente.

Article 1407 Forme: Si une partie a consenti par avance à ce que l'autre partie substitue un tiers dans les rapports contractuels, la substitution produit ses effets envers elle quand elle lui a été notifiée ou qu'elle l'a accepté si tous les éléments du contrat résultant d'un document dans lequel est insérée la clause "à ordre" ou une autre clause équivalente, l'endossement du document emporte la substitution de l'endossé dans la position de l'endosseur.

Article 1408 Rapports entre contractant cédé et cédant: Le cédant est libéré de ses obligations envers le contractant cédé, à partir du moment où la substitution devient efficace envers celui-ci. Toutefois, le contractant cédé qui a déclaré ne pas libérer le cédant, peut agir contre lui si le cessionnaire ne remplit pas les engagements contractés. Dans le cas prévu par l'alinéa précédent, le contractant cédé doit donner connaissance au cédant de l'inexécution par le cessionnaire, dans les quinze jours à compter de celui où l'inexécution a été constaté, à défaut, il est tenu à la réparation du dommage.

Article 1409 Rapports entre contractant cédé et cessionnaire: Le contractant cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions dérivant du contrat, mais non celles fondées sur d'autres rapports avec le cédant, à moins qu'il n'en ait fait la réserve expresse au moment où il a consenti à la substitution.

Article 1410 Rapports entre cédant et cessionnaire: Le cédant est tenu de garantir la validité du contrat. Si le cédant promet la garantie de l'exécution du contrat, il répond comme caution des obligations du contractant cédé.

CODE CIVIL PORTUGAIS

Livre II : Droit des obligations

Titre I : Des obligations en général

Chapitre II : Source des obligations.

Section I : Contrats.

Sous - Section 4 : Cession de la position contractuelle.

Article 424, Notion. Conditions:

1- Dans les contrats comportant des prestations réciproques. Chaque partie peut transmettre à un tiers sa position contractuelle, pourvu que le cocontractant (N.D.T. Le Cédé) ait consenti à la cession avant ou après la conclusion du contrat.

2- Si le consentement du cocontractant (N. D. T. le cédé) était antérieur à la cession, celle-ci ne produirait effet que lorsqu'elle a été Signifiée ou connue (littéralement reconnue).

Article 425; Régime

La forme de la cession, la capacité de disposer et de recevoir, l'absence et les vices de la volonté, et les relations entre les parties dépendent de la nature du contrat de cession.

Article 426 Garantié de l'existence de la position contractuelle:

1- La garantie que le cédant doit au cessionnaire a pour objet l'existence de la position contractuelle cédée, au moment de la cession; son régime dépend de la nature, gratuite ou onéreuse de la cession.

2- La garantie de l'exécution des obligation n'existe que Si elle a été stipulée

Article 427 Relations entre cédé et le cessionnaire:

Le cocontractant (N. D. T. le cédé) peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions tirées du contrat , mais non celles qu'il pourrait tirer d'autres relations avec le cédant, à moins qu'il ne les ait réservées en consentant à la cession.

فهرس

الموضوع	صفحة
مقدمة البحث	
١- ارتباط انتقال الالتزام بتطور فكرة الالتزام	٧
٢- وضع مشكلة التنازل عن العقد	١٤
٣- محاولة لتصنيف التنازل عن العقد	١٨
أولاً: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى مصدره	١٨
ثانياً: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى آثاره	١٩
ثالثاً: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى موضوعه أو محله ...	٢٠
٤- خطة البحث	٢٠

الباب الأول

نطاق التنازل عن العقد

الفصل الأول: التعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته

القانونية	٢١
المبحث الأول: عرض وتحليل لحالات التنازل عن العقد	٢١
المطلب الأول: تنوع حالات التنازل عن العقد وتعددتها	٢١
أولاً: حالات التنازل في القانون المدني	٢١
ثانياً: حالات التنازل في قانون الأيجار	٤١
ثالثاً: حالات التنازل في قانون العمل	٥٩
رابعاً: حالات التنازل في قانون التأمين	٦٠
خامساً: حالات التنازل في القانون التجارى	٦١
سادساً: حالات التنازل في القانون الزراعى	٦٣

- المطلب الثاني: تحليل عملية التنازل عن العقد ٦٤
- أولا: التنازل القانوني عن العقد وسماته العامة ٦٥
- ثانيا: التنازل الاتفاقي عن العقد وخصائصه ٦٨
- المبحث الثاني: التنازل عن العقد بين التجزئة والوحدة ٧١
- المطلب الأول: عرض وتقييم للنظريتين ٧٣
- أولا: نظرية تجزئة التنازل عن العقد ٧٣
- ثانيا: نظرية وحدة التنازل عن العقد ٧٧
- المطلب الثاني: الأهمية العملية لاختلاف النظريتين ٧٩
- أولا: على نطاق شروط التنازل ٧٩
- ثانيا: على نطاق اثار التنازل ٨٠
- الفصل الثاني: تمييز التنازل عن العقد عما يشبهه به من أنظمة قانونية.** ٨٣
- المبحث الأول: التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن ٨٤
- أولا: موقف الفقه التقليدي من التفرقة ٨٥
- ثانيا: موقف الفقه الحديث من التفرقة ٨٦
- ثالثا: المعيار المقترح للتفرقة ٨٨
- المبحث الثاني: التنازل عن العقد والعمليات القانونية ذات الاشخاص الثلاثة التي قد تشبه به. ٩٣
- أولا: التنازل عن العقد والإصابة ٩٤
- ثانيا: التنازل عن العقد والتجديد ٩٧
- ثالثا: التنازل عن العقد والاشتراط لمصلحة الغير ١٠٢

الباب الثاني

١٠٥ أحكام التنازل عن العقد
١٠٥ الفصل الأول: وجود التنازل عن العقد ونفاذه
١٠٦ المبحث الأول: شروط التنازل عن العقد
١٠٦ المطلب الأول: الشروط العامة
١٠٦ أولا: التراضي
١٠٩ ثانيا: المحل
١١٠ ثالثا: السبب
١١٢ المطلب الثاني: الشروط الخاصة: القابلية للتنازل
 أولا: الا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار
١١٣ الشخصية.
١١٧ ثانيا: الا يكون العقد قد تم تنفيذه
١١٩ المبحث الثاني: شروط واجراءات نفاذ التنازل عن العقد
١٢١ المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء في فرنسا
١٣٢ المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء في مصر
 التحليل المقترح: وجوب الأخذ في الاعتبار الطبيعة
١٤٣ الخاصة للتنازل
١٤٥ الفصل الثاني: آثار التنازل عن العقد
١٤٥ المبحث الأول: العلاقة بين التنازل والمتنازل له
١٤٥ المطلب الأول: مدى هذه العلاقة وأثر طبيعة التنازل عليه
١٥١ المطلب الثاني: مضمون هذه العلاقة

١٥١	أولا: التزامات المتنازل
١٥٣	ثانيا: التزامات المتنازل له
١٥٤	المبحث الثاني: العلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه
١٥٩	المبحث الثالث: العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه
١٦٠	المطلب الأول: التنازل التام أو الكامل
		المطلب الثاني: التنازل الناقص أو التنازل الجمعي أو
١٦٢	الضمي
١٦٢	أولا: نطاق هذا الشرط من حيث الاشخاص
١٦٤	ثانيا: نطاق هذا الشرط من حيث الموضوع
١٧٨	- خانمة
١٨١	- قائمة المراجع
١٨٢	- مصادر البحث الأساسية
١٨٩	- الملاحق
١٨٩	- ملحق البحث
		الأحكام العامة في التنازل في كل من التقنين المدني الايطالى والبرتغالى
١٩٣	- الفهرس



