تحديث النظرية العامة للحوالة
(نحو اعتبار حوالة العقد نظاما قانونيا مستقلا)

إعداد

د./ محمد محمد القطب مسعد سعيد
مدرس بقسم القانون المدنى
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

المقدمة

لطالما انتصرت النظرية العامة للالتزامات والعقود للحرية الفردية من خلال إعلاء شأن سلطان الإرادة في تحديد مضمون العقد والتزامات أطرافه، إذ تعتبر فكرة الحق الطبيعي أهم العوامل التي خلقت مبدأ سلطان الإرادة الذي يقدس حرية الأفراد، مما جعل الإرادة الشخصية والحرية التعاقدية مظهران للحرية الطبيعية، بحيث تعتبر الإرادة أساس التصرف القانوني؛ فهي التي تنشئه وتحدد آثاره.

ومن الأمور المستقر عليها أن الإرادة عندما تنشئ التصرف القانوني فإنها تكون محررة من أي قيد يستلزم وروده في شكل معين، أو يفرض آثاره على أشخاص بعينهم، ومن ثم أصبح تكوين العقد وتحديد آثاره رهين الإرادة وحدها بإعتبارها تمثل الشخصية الإنسانية، تثبت ذاتها وتؤكد دوافعها وأغراضها.

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، والعقد شريعة المتعاقدين، بما يرتبه ذلك من حق كل متعاقد في المناقشة والجدال فيما يتفقان عليه، ومتى أبرم العقد فإنه يصبح حجة على أطرافه، فحرية التعاقد هي التي تملي على الأفراد قانون العقد.

ومتى ما تم الاتفاق على العقد وضوابطه أصبح هناك التزام على عاتق أطرافه بمقتضي مبدأ القوة الملزمة باحترام ما اتجهت إليه إرادة أطرافه من التزامات.

بيد أن مبدأ القوة الملزمة لم يعد ممكنا الأخذ به على اطلاقه، بسبب الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية التي يواجهها المتعاقدين في كافة مراحل العقد، والتي من شأنها احداث خلل في التوازن بين المتعاقدين، أو تؤدي إلى تعذر تنفيذ العقد وفق ما تم الاتفاق عليه بين أطرافه، مما حدا بأطراف العقد محاولة إعادة تنظيمه من خلال تغيير عنصر أو عدة عناصر في العقد أما بالانتقاص أو بالإضافة من أجل المحافظة على

العقد. فالعقد أصبح أداة لتبادل الأموال والخدمات، وهو كالالتزامات يخضع لمبدأ العدالة التبادلية، ولابد من المحافظة عليه وعلى استمراريته في مواجهة أي ظرف يعرض لأحد طرفيه أو لكلاهما، ويكون من شأنه إعاقة تنفيذ العقد أو تكملة ما نفذ فيه من آثار.

ويعتبر الالتزام تبعا للفكرة القديمة التي سادت في القانون الروماني رابطة شخصية بين الدائن والمدين لا يمكن أن تنفك عنهما دون أن ينقضي، لهذه العلة كان إقرار حوالة الالتزام وقتئذٍ أمرًا غير متصور سواء من الجانب الإيجابي حيث يكون الانتقال من دائن إلى دائن، أو من الجانب السلبي حيث يكون الانتقال من مدين إلى مدين. ولقد بالغ الرومان في تقدير مبدأ الرابطة الوثقى بين الالتزام وطرفيه، فمنعوا فكرة استخلاف الغير في هذه الرابطة باعتبار أن الالتزام رابطة شخصية تدوم مادام أطرافها وتزول بزوالهم نظرًا لكونه يقوم على الثقة وعلى إتباع شكليات محددة تستمر لصيقة بالقائمين بها، وكل تغيير يطال أحدهم يستلزم القيام بشكليات جديدة لا تؤدي إلى نقل الالتزام القديم ذاته بصفاته وخصائصه، ولكن تؤدي إلى نشوء التزام جديد ذي صفات وخصائص جديدة. مما دفع بالأشخاص البحث عن بدائل مناسبة؛ ففي مرحلة أولى توصلوا لذلك عبر التجديد بتغيير الدائن والوكالة في استيفاء الحق، ثم نقل الديون في مرحلة ثانية كالتجديد بتغيير المدين والوكالة في قضاء الدين.

إلا إنه بظهور المفهوم الموضوعي للالتزام أصبح من الممكن انتقال الالتزام منفصلا عن أشخاصه، فكان من نتيجة ذلك أن بدأ العنصر الشخصي الذي يشكل عقبة تعيق انتقال الالتزام بين الأشخاص يخفف من غلوه فاسحا المجال لإمكانية انفصال الالتزام حقا أو دينا عن شخص الملتزم بواسطة حوالة الحق وحوالة الدين.

وإذا كانت القوانين الحديثة قد تمكنت بعد جهد كبير من إقرار حوالة الحق في مرحلة أولى، ثم مرحلة الدين في مرحلة لاحقة، فإن هذين النظامين مازالا قاصرين

على الاستجابة لمتطلبات العصر وما يشهده من تطور متسارع، حيث أن نظام حوالة الحق وحوالة الدين قد وضعا لمواجهة انتقال حق معين بذاته، وبالتالي لا يصلحان لتنظيم انتقال العقد كوحدة واحدة بما يرتبه من التزامات وحقوق.

لذا ظهرت الحاجة إلى ضرورة إقرار نظام جديد يمكن من خلاله نقل المركز العقدي للغير بصفة مستقلة. لذا كانت أهم الوسائل المستحدثة التي من شأنها تحقيق ذلك وتهدف في ذات الوقت المحافظة على العقد وانقاذه من الفسخ حوالة العقد؛ فمن شأنها مواجهة الحالة التي يتعذر فيها تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته المتفرعة عن العقد نتيجة الظروف الاقتصادية أو السياسية، حيث ينقل بمقتضاها أحد المتعاقدين مهمة تنفيذ العقد لشخص أخر لم يكن طرفا فيه، بحيث يتحمل تنفيذ الالتزامات المتفرعة عن هذا العقد وفي ذات الوقت يحق له التمتع بكافة المزايا الناتجة من هذا العقد.

أهمية البحث:

شهدت كافة المجتمعات تطورًا غير مسبوق حول المفهوم الاجتماعي والاقتصادي والفكري؛ مما جعل المبادئ الحاكمة للعقد كمبدأ القوة الملزمة ومبدأ نسبية أثر العقد يواجهان اضطرابات وتحديات قانونية عنيفة جراء التحولات الاقتصادية وتغير المفهوم الاجتماعي للعقد، وأظهر قصورهما وعدم تأقلمها مع بعض المستجدات الحديثة، كفكرة امتداد أثار العقد لشخص من الغير، يرتأي فيه أحد أطراف العقد المقدرة على الحلول محله في عقد سبق وأن أبرمه، تحت مسمى جديد أطلق عليه حوالة العقد، والتي أحدثت هزة نوعية حول مستقبل المبادئ الحاكمة للعقد، وساد بشأنها الخلاف الفقهي بين مؤيد ومعارض. حيث بدأ كل اتجاه منهما يؤسس الحجج التي تؤيد وجهته، حتى جاء المشرع الفرنسي بسياسة مستحدثة من خلال التعديلات

التي أجراها على نظرية العقد في فبراير ٢٠١٦، وغير من خلالها نظرته لطبيعة الالتزام التي طالما كان الطابع الشخصي للالتزام هو المنبسط عليه لفترات طويلة. لذا كان من الأهمية التعرض لهذا الموضوع بالدراسة والبحث للوقوف على مدى إمكانية تبني المشرع المصري لنهج نظيره الفرنسي في تطوير نظرية الحوالة، وإضافه حوالة العقد لتلحق بسابقتيها من حوالة الحق وحوالة الدين كضلع ثالث يكتمل به مثلث انتقال رابطة الالتزام.

مشكلة البحث:

من المستقر عليه أنه ومنذ الأزل فثمة مبادئ قانونية ثابتة تشكل قانونا للعقد، يحظر المساس بها أو مخالفتها من قبل المتعاقدين، وتتجسد في مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ نسبية أثر العقد، ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود. فالثابت من جهة أن الالتزامات العقدية المنشأة على نحو صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا، أو في الحالات المنصوص عليها قانونا؛ مما يجعل للعقد الصحيح سلطان في تنظيمه العلاقة بين طرفيه، يمتنع على أيهما التنكر لسلطانه. بيد أن البنيان الذي تقوم عليه حوالة العقد وهو التخلي من قبل أحد المتعاقدان عن العقد لغيره، واحلاله محل نفسه في عقدًا لم يكن طرفًا فيه منذ البداية جعل فكرة المواءمة بين حوالة العقد ومبدأ سلطان الإرادة محلاً للجدل، كما أنه ومن جهة أخرى لا خلاف بشأن الالتزامات وما يحكمها من قواعد، أهمها أن الالتزامات المتولدة عن العقد لا تلزم إلا من كان طرفا فيه، بحيث لا يضر العقد أو ينفع إلا من كان طرفا فيه، ولا علاقة للغير به إلا في الحالات المحددة قانونا، حيث يعتبر العقد وفق ذلك ذا سلطان في تنظيمه لعلاقة طرفيه بالغير، وهو ما يطرح التساؤل بشأن مدى إمكانية المواءمة بين ما يفرضه ذلك من أحكام تخص علاقة المتعاقدين بالغير وبين ما يؤدي إليه أثر حوالة العقد من نتائج تتناقض وهذه الأحكام ؟، كذلك فإن المستقر عليه أنه يحظر على أي من

أطراف العقد التخلي عن مركزه العقدي بإرادته المنفردة خاصة إذا كان ذلك متعلقا بعقد أبرم للاعتبار الشخصي وفق ما يقضي به مبدأ شخصية العقود، لذا يثور التساؤل أيضا بشأن كيفية المواءمة بين ما يقتضيه هذا الحظر، وبين قوام فكرة حوالة العقد التي تسمح بتغيير شخصية أحد المتعاقدان وحلول شخصية جديدة لشخص من خارج العقد محلها؟، هذا وتعد حوالة العقد تصرف بمقتضاه ينقل المحيل مركزه العقدي إلى المحال له في مواجهة المحال عليه، لذا تثور إشكالية البحث عن طبيعة الرابطة التي تنشأ بين المحال له والمحال عليه بمجرد إبرام الحوالة، وهل يلزم رضاء المحال عليه كشرط في هذه الحوالة، وإن كان رضائه مطلب ضروري، فهل يكون شرطا لنشأتها، أم شرطا لنفاذها؟ كما يثور التساؤل بشأن طبيعة مركز المحيل بعد ابرام الحوالة، هل بمجرد الحوالة قد خرج عن دائرة العقد وبرأت ذمته تجاه المحال عليه، أم يبقى ضامنا للمحال له؟ وما هو أثر التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على نظرية العقود فيما يخص تبنيه فكرة حوالة العقد، وهل وفق المشرع الفرنسي في تنظيمه لأحكامها؟

لذا نحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على إجابات لهذه التساؤلات.

منهج البحث:

تنحو الدراسة إلى اتباع منهج تحليلي تأصيلي مقارن: حيث نقوم بتحليل النصوص ومطابقتها، وهو منهج تأصيلي على سند من القول بأن الحديث عن حوالة العقد لن يتم إلا من خلال الرجوع أولا إلى جذور النظرية العامة للالتزامات، حيث إنه من خلال هذا المنهج نستطيع رد الفروع إلى أصولها العامة، حتى يمكن التوصل إلى حكم ينظمها. وهو منهج مقارن، اعتبارًا، من فوائد الدراسة المقارنة لبعض التشريعات المقارنة.

خطة البحث:

نقسم الدراسة في هذا البحث على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: ماهية حوالة العقد.

الفصل الأول: التردد الفقهي بشأن مدى قبول حوالة العقد نظاما قانونيا مستقلا.

الفصل الثاني: أحكام حوالة العقد باعتبارها نظاما قانونيا مستقلا.

المبحث التمهيدي

ماهية حوالة العقد

تواتر الفقه الحديث على تعريف الالتزام أو الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية بين دائن ومدين يترتب بمقتضاها على هذا الأخير واجب القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو نقل ملكية شيء لصالح الدائن، وقد اعتبر العقد منذ زمن بعيد أهم مصدر للالتزام؛ لذلك حظيت أحكام العقد دائما باهتمام كتابات الفقه على مدار الزمان.

ويعد نظام الحوالة حديث النشأة نسبيا، حيث نظمت بعض القوانين الحوالة بمفهومها الإيجابي فقط (حوالة الحق) حيث كان المشرع الفرنسي يعارض تنظيم حوالة الدين ضمن أحكام التقنين المدني الفرنسي، نظرا لسيادة النزعة الشخصية للالتزام في فرنسا على مدار سنوات طويلة، والبعض الأخر أضاف له المفهوم السلبي (حوالة الدين)، حيث نظم المشرع المصري كلا من أحكام حوالة الحق وحوالة الدين ضمن نطاق أحكام القانون المدني المصري.

أما حوالة العقد فتعد ذات منشأ فقهي تأخر دخولها عالم القانون، ولم تأنس بها الساحة القانونية إلا حديثا، حيث تطرقت لها معظم التشريعات المقارنة كالتشريع المدني الإيطالي والفرنسي والهولاندي، أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يتطرق لهذا المصطلح وإن وردت بعض صور له ضمن نصوص خاصة متفرقة فيما يخص التنازل عن عقد الإيجار، وانتقال عقد التأمين للغير عند انتقال ملكية العين المؤمن عليها للغير.

من هنا تكتسب حوالة العقد أهمية كبيرة على المستوى النظري والتقني والعملي فعلى المستوى النظري فأهميتها تكمن في كونها تطرح النقاش حول مفهوم العقد أو المركز العقدي المتداول. أما على المستوى التقني فأهميتها تتمثل في كونها تحتفظ للعقد بهويته وتقيه مغبة الفسخ أو الزوال. وأخيرًا فإن أهميتها على المستوى العملي تتجلى في اكساب العقد استقرارًا ملحوظا يشكل مطلبا لكثيرا من فئات المجتمع.

لذا يكون من الضروري أن نعرض أولا للمقصود بحوالة العقد وبيان أهميتها؟

ثم نعرض ثانيا لكيفية تميزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف حوالة العقد وبيان أهميتها.

المطلب الثاني: تمييز حوالة العقد عن الأنظمة القانونية المشابهة.

المطلب الأول

تعريف حوالة العقد وبيان أهميتها

أولا: تعريف حوالة العقد:

تعتبر حوالة العقد حديثة النشأة، حيث لم تدخل الحقل القانوني إلا مؤخرًا على خلاف حوالة الحق وحوالة الدين، لذا لم تورد التشريعات المقارنة وتطبيقاتها القضائية

تعريفا مباشرا لها[١]، وتبعا لذلك فإن الفقه المصري لم يتعرض لمسألة تعريفها على وجه الدقة[٢].

ومن الملاحظ أن موقف الفقه قد اختلف في صياغة تعريف محدد لحوالة العقد فهناك اتجاه اعتمد الجانب الموضوعي في تعريفها جاعلا محل الحوالة أساسا لذلك؛ فعرفها البعض بقوله إن حوالة العقد " هي نقل المركز العقدي للطرف المتعاقد بما يتضمنه هذا المركز من الحقوق والالتزامات"[٣].

وعلى ذات النهج عرفها الفقيه الفرنسي Charless Lapp على أنها "اتفاق يُنقل بمقتضاه إلى الغير وعلى عهدته مجموع الروابط القانونية الناشئة من عقد معين"[٤].

كما عرفها الفقيه الفرنسي Larroumet بأنها "نظام يخول المتعاقد أن ينقل إلى الغير ليس فقط اقتصاديا وإنما أيضا قانونيا مجموع مركزه الناتج عن عقد ما "[٥].

---

(١) عرفت محكمة النقض المصرية التنازل عن عقد الإيجار كأحد تطبيقات حوالة العقد بالقول بأنه" اتفاق يقصد به نقل حقوق والتزامات المستأجر الناشئة عن عقد الإيجار إلى المتنازل إليه". طعن رقم ٢٤١٠ لسنة ٦١ قضائية، جلسة ١٥-١٢-١٩٩٦، مجموعة أحكام المكتب الفني، ج٤، ص١٥٤٤.

(٢) د. فوزية مشرقة، العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، أطروحة لنيل الدكتوراه، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠٠٣، ص٦٥.

(3) Paynaud (Pierre) ; les contrats ayant pour objet une obligation, cours de DEA de droit privé général 1977.78, Paris, le cours de droit 1978, p.89.

(4) LAPP (Charles) ; Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, thèse, Strasbourg, 1953, p.9.

(5) Larroumet (Christian); La descente aux enfers de la cession de contrat, D. 2002, p. 1555.

بينما اعتمد اتجاه أخر الجانب الشخصي في تعريفها بقولهم إن حوالة العقد عبارة عن " تصرف يكون محله استبدال الطرف بالغير في رابطة عقدية معينة"[١].

كما عرفها البعض بأنها" التصرف القانوني الذي يكون من شأنه إحلال الغير محله في أداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينهما"[٢].

ويمكننا تعريف حوالة العقد بأنها تصرف بمقتضاه ينقل أحد أطراف العقد (المحيل) مركزه العقدي في عقد لم يستنفد أثاره بعد إلى شخص من الغير (المحال له) ليتولى تنفيذ العقد أو تكملة تنفيذه في مواجهة الطرف الأخر.

ثانيا: أهمية حوالة العقد:

تكتسب حوالة العقد أهمية كبيرة بالنسبة لكثير من العقود التي تكون محلاً لها؛ فعلى مستوى عقود العمل فمن شأنها أن تُكسب العقد استقرارًا ملحوظًا خاصة بالنسبة لطائفة العمال من خلال الإبقاء على عقود عملهم بذات خصائصها وأثارها حال وقوع تغيير في المركز القانوني لرب العمل، الأمر الذي يحقق مصلحة المؤسسة الاقتصادية من جهة، كما يحقق مصلحة فئة كبيرة من طوائف المجتمع هي فئة العمال، أي العمال المحولين لخدمة صاحب العمل الجديد بعقود عملهم الأصلية [٣]. كما أنه وعلى مستوى عقد الإيجار، فمن شأنها أن تحقق مصلحة طرفي العقد في استمراريته حال انتقال

(1) Flour(Jacques), Jean-Luc, Aubert, Eric Savaux ; Droit civil ; Les obligations, t. 3 ; Le rapport d'obligation, Sirey, éd. 9ème, 2015, p. 811.

(٢) د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٥، ص ١٥٨.

(٣) د. غالي كحلة، استمرارية علاقة العمل وتغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، رسالة دكتوراة، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١١٢.

ملكية المأجور لشخص أخر خلاف المؤجر، حيث ينتقل عقد الإيجار بذات تفصيلاته إلى المالك الجديد في مواجهة المستأجر مما يحقق مصلحة طرفي العقد حيث يحقق مصلحة المؤجر في تسهيل مكنة التصرف بعقاره رغم وجود التزامات على العقار محل التصرف، كما تحقق مصلحة المستأجر في استمرار انتفاعه بالمأجور بذات الأجرة ووفق الضوابط العقدية التي تضمنها عقد الإيجار المبرم بينه وبين المالك الأول.

وفي العموم تحقق حوالة العقد فوائد عديدة من خلال اكساب المعاملات مرونة تعزز من مقدرة أطراف العقد على التكيف مع مختلف الظروف التي قد تعرض لأحدهم، وتمنعه من مواصلة العقد مع المتعاقد الأخر من خلال إحلال طرف بديل محله في تنفيذ أليات العقد.

كما أنها تحقق بعض المرونة على خلاف فرضية إنهاء العقد وابرام عقد جديد بما ترتبه من توقي المتعاقد المحال عليه مراحل تكوين العقد من مفاوضات ومعاينة فضلا عن تخطيها شكليات تمام العقد، وتحول دون التعقيدات والاشتراطات الجديدة مما يحول دون المشقة والتعقيد[1]، ويجنب المتعاقدين إهدار الوقت، بما يتوافق مع متطلبات السرعة في التعامل التي تقتضيها المعاملات التجارية والإقتصادية على وجه الخصوص.

وأيضا تتميز حوالة العقد عن الأليات القانونية الأخرى بتحقيقها فوائد عملية جمة، إذ ترتب أثرا خاصا في الفرضية التي يُسن فيها قانون جديد، فيكون من شأنها التأكيد على ما يقضي به مبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد، ومن ثم المحافظة على استمرار خضوع العقد الأصلي المحال به لذات أحكام القانون القديم، حال دخول

(1) Flour(Jacques), Jean-Luc, Aubert, Eric Savaux ; Droit civil ; Les obligations, op.cit. p. 811.

قانون جديد مختلف في أحكامه حيز النفاذ عند إبرام الحوالة [١]، حيث إن الحفاظ على التوازن العقدي وتحقيق الثقة التي يضعها في العقد تقتضي استمرار سريان القانون القديم[٢].

وليست حوالة العقد بوصفها انتقالا لمركز المتعاقدين عمل الإرادة وحدها، بل إنها تشكل في بعض الأحيان عمل من أعمال القضاء، حيث يكون القضاء سبب قانوني لها، ثم إن حوالة العقد بالنظر إلى نطاقها، تقنية قانونية تصلح لانتقال العقود الانفرادية والتبادلية سواء تلك التي في طور التنفيذ أم تلك التي ما زالت في طور المفاوضات والتمهيد.

وإذا كانت غاية حوالة العقد مهما كان العقد المحال به هي تحقيق خلافة خاصة في المركز العقدي للمحيل على النحو الذي يخرج معه هذا الأخير بريء الذمة من الرابطة العقدية التي يدخلها بدلا منه المحال له، فإن هذه الغاية لا تمثل سوى أقصى ومنتهى درجات حوالة العقد التي قد تنعقد غير مدركة لهذه الغاية إما دون أثر لها في مواجهة المحال عليه أو بإضافتها إلى مركز المحيل مركزا جديدا يشغله من تعاقد على الحوالة مع المحيل، وبالتالي فإن تغيير أحد أطراف العقد ليس سببا في إلغاء العقد

---

(1) Lzorche (M.L.); Information et cession de contrat, D. 1996, p. 4.

(٢) حيث استقر الفقه على أن أساس امتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية للعقود السابق ابرامها هو مبدأ التنوع والاختلاف، ويبقى العقد هو الوسيلة الأنسب لتحقيق ذلك في العلاقات بين الأفراد، فالأطراف يتوقعون من ابرامهم العقد في ظل قانون معين، تحقيق مصالحهم، ومن ثم إذا ترتب على القانون الجديد تعديل آثار العقود التي تم تحديدها على أساس الاختيار والتوقع، لاختلت الثقة في الوسيلة التي أعطاها القانون للأفراد لتحقيق الاختلاف والتباين في مراكزهم الفردية، لأجل هذا يجب عدم المساس بحق الاختيار الممنوح للأطراف بغية تحقيق مصالحهم من جهة وحفاظا على استقرار المعاملات من جهة أخرى. انظر د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٦٨، ص٩٦٨.

وإنما يكون هدفًا لاستمرارية العقد ومن أجل ذلك ظهرت حوالة العقد في كثير من الأنظمة القانونية الحديثة(١).

المطلب الثاني

تمييز حوالة العقد عن الأنظمة القانونية المشابهة

نظرا لأن حوالة العقد تفضي إلى تغيير يحصل في شخص أحد المتعاقدين فإن التباسها ببعض التصرفات مثل التجديد والاشتراط لمصلحة الغير، والعقود الفرعية يبقى لهذه العلة أمرا واردا.

لذا نحاول رفع هذا الالتباس من خلال التمييز بين حوالة العقد وبعض الأنظمة المشابهة على النحو الآتي:

أولا: تمييز حوالة العقد عن التعاقد من الباطن:

كان الاتجاه التقليدي في الفقه يستند في التفرقة الدقيقة بين حوالة العقد وبين الإيجار من الباطن لعقد الإيجار على نص المادة ١٧١٧ مدني فرنسي التي كانت تنص على أنه: " للمستأجر حق التأجير من الباطن، كما أن له أن يتنازل عن إيجاره ". فاستنادًا لهذه المادة حاولوا التمييز بين الإيجار من الباطن وحوالة عقد الإيجار،

(١) تنظم العديد من القوانين الأوروبية حوالة العقد ضمن أحكامها، مثل المشرع الإيطالي والمشرع البرتغالي، كما يستخدم نظام حوالة العقد على نطاق واسع في سويسرا وألمانيا باعتباره نظاما مستقلا. لمزيد من التفاصيل في ذلك انظر:

- Broche (Christophe) ; » La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle ? » Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p.2.

بادعائهم أن الإيجار من الباطن وحوالة عقد الإيجار ليس لهما نفس المحل، غير أنه لم يأخذ بهذه التفرقة في العمل حيث أن هناك عقود تمثل في حقيقتها حوالة لعقد الإيجار كيفت على أنها إيجار من الباطن والعكس صحيح، وفي الواقع لم يكن هناك في القانون الفرنسي القديم فرق بين حوالة العقد والتعاقد من الباطن من حيث طبيعة العمل نفسه وإنما كان الفارق موجودا من حيث الدرجة، أي من حيث المقدار الذي يقع عليه العمل؛ فإذا كان المستأجر قد قام بتأجير كل العين فإن ذلك يعد حوالة لعقد إيجاره، أما إن اقتصر الأمر على تأجير جزء من العين كنا بصدد ايجار من الباطن[١].

ويميل جانبا أخر من الفقه، إلى التفرقة بين نظام حوالة العقد والإيجار من الباطن على أساس تحليل كلا النظامين انطلاقا من الحقوق والالتزامات، ويحاول أن يقيم التفرقة بينهما على أساس محل كل منهما، فأحدهما حوالة الحق والآخر عبارة عن إيجار أو تأجير للمنفعة المتحصلة من الحق في الإيجار أو جزء منه[٢]، وبالتالي فكل واحد منهما يخضع لنظام قانوني مختلف عن الأخر، فالأول يخضع لنظام حوالة العقد والثاني يخضع لنظام الإيجار سواء من حيث انعقادهما أو إثباتهما أو أثارهما.

وتوصل بعض الفقه إلى وجود التفرقة بين نظام التعاقد من الباطن ونظام حوالة العقد، حيث أوجدوا نظام مستقل للأخيرة، ذلك لأنه إذا كانت الآداءات الناشئة من العقد الأساس (العقد الأصلي) تشكل في كلا النظامين محلا للعقد، إلا أن بينهما فرقا رئيسيًا لا يمكن إنكاره يكمن في الأثر الذي يقصده كل من طرفي العقد؛ حيث يمكن التمييز بين النظاميين من خلال التفرقة بين الأثر؛ فالأثر الذي يسعى إليه المتعاقدين المحيل والمحال له في حوالة العقد هو نقل الأول(المحيل) مركزه العقدي إلى الثاني(المحال له)

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٨٦.

(٢) د. جليل حسن الساعدي، د. لبنى عبد الحسن السعيدي، حوالة العقد في القانونين الفرنسي والإنجليزي، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العراق، ٢٠٢١، ص٨.

الذي يدخل مكان المحيل بديلا مباشرا في مواجهة المحال عليه، أما الأثر الذي يقصده المتعاقدان الأصلي والفرعي في عقد الإيجار من الباطن هو إلحاق عقد ثان بالعقد الأصلي دون المساس بالمركز العقدي للمتعاقد الأصلي في علاقته بمتعاقده، فالمحيل في حوالة العقد يتصرف في صفته إلى المحال له الذي تنشأ بينه وبين المحال عليه علاقة تبادلية مباشرة منشئها الحوالة ذاتها، بيد أن المتعاقد الأصلي في التعاقد من الباطن يستثمر صفته مع المتعاقد الفرعي، الذي يظل أجنبيا عمن تعاقد مع المتعاقد الأصلي، فالبنسبة لحوالة العقد نجد أن هناك تنازل عن الصفة التعاقدية أو المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل، فيترتب على ذلك نشوء علاقة مباشرة ومتبادلة فيما بين المحال عليه والمحال له، أما فيما يخص المتعاقدين من الباطن فإن أحد الأطراف مقاول أو مستأجر يتعاقد مع الغير (المقاول من الباطن أو المستأجر من الباطن) لينشئ علاقة جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة لا تختلف معها ولا تندمج فيها وتنحصر هذه العلاقة الجديدة فيما بين المتعاقدين[١] .

- النتائج التي تترتب على التمييز بين حوالة العقد وبين التعاقد من الباطن:

تتعدد النتائج التي تترتب على التفرقة بين كلاً من النظامين، نكتفي بذكر بعضها على النحو الآتي:

١- في حوالة عقد الإيجار تكون الشروط واحدة سواء فيما بين المؤجر والمستأجر، وفيما بين المستأجر والمحال له، إذ في حوالة العقد ينتقل عقد الإيجار نفسه من المستأجر إلى المحـــال له. أما في الإيجار من الباطن فقد تختلف شروط الإيجار فيما بين المؤجر والمستأجر من الباطن من جهة، وما بين المستأجر الأصلي

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص٨٧.

والمستأجر من الباطن من جهة أخرى، باعتبار أن هناك عقدان كل منهما يستقل عن الأخر [١].

٢- تعد حوالة عقد الإيجار تصرفا قانونيا، لذا يلزم أن يتوافر لدى أطرافها أهلية التعاقد، بينما يعد الإيجار من الباطن من قبيل أعمال الإدارة لذا يكفي أن تتوافر أهلية الإدارة.

٣- في حوالة عقد الإيجار ليس للمستأجر الأصلي (المحيل) حق إمتياز على ما يوجد في العين المؤجرة من منقولات يملكها المحال له، أما في الإيجار من الباطن فيكون للمستأجر الأصلي حق امتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة في العين المؤجرة.

٤- في حوالة عقد الإيجار لا يضمن المستأجر المحيل إلا وجود الحق المتنازل عنه، أما في الإيجار من الباطن فيضمن المستأجر الأصلي التعرض عنه، أما في الإيجار من الباطن فيضمن المستأجر الأصلي التعرض الحاصل للمستأجر من الباطن في الحدود المقررة قانونا.

٥- في حوالة الإيجار لا يستطيع المحال له الإيجار أن يطلب من المستأجر إجراء الترميمات الضرورية، أما في الإيجار من الباطن يستطيع المستأجر الفرعي أن يطلب من المستأجر الأصلي القيام بهذه الترميمات.

٦- يرتب الفقه على ذلك ضرورة اخضاع حوالة عقد الإيجار للإجراءات التي تخضع لها الحوالة، بينما الإيجار من الباطن يخضع لأحكام عقد الإيجار؛ ففي حال قيام المستأجر بحوالة عقده لأكثر من محال له، يفضل المحال له الذي أعلن المحال عليه (المؤجر) بحوالته، بينما في حال الإيجار من الباطن لأكثر من مستأجر

(١) د. جليل حسن الساعدي، د. لبنى عبد الحسن السعيدي، المرجع السابق، ص٨.

فرعي يفضل من كان منهم أسبق لتسجيل عقده، أو الأسبق منهم في إستلام العين المأجورة.

٧- بالنسبة للإثبات فإن حوالة عقد الإيجار يثبت وفقا للقواعد العامة للإثبات، أما الإيجار من الباطن، وبصفة خاصة في العلاقة فيما بين الطرفين، لا يجوز اثباتها إلا طبقا لقواعد خاصة في القانون الفرنسي (١).

ويقترح بعض الفقه المصري معيارا أخر للتفرقة بين نظام حوالة العقد والتعاقد من الباطن، إذ يرى أن معيار التفرقة بينهما يكمن في طبيعة العملية القانونية ذاتها؛ ففي حوالة العقد، يكون هناك تنازلا عن الصفة التعاقدية أو المركز العقدي الثابت في رابطة عقدية مسبقة، حيث يحل المحال له محل المحيل في العقد برمته بما يشتمله من حقوق والتزامات، أما بالنسبة للتعاقد من الباطن، فإن أحد أطراف العقد كالمستأجر أو المقاول يتعاقد مع شخص من خارج العقد هو المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن، لينشيء 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 تنشيء علاقة مباشرة ومتقابلة، كما هو الحال في حوالة العقد بين الغير والمتعاقد الآخر في العلاقة الأصلية، المؤجر أو رب العمل (٢).

ثانيا: التمييز بين حوالة العقد وبين الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير عبارة عن عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشترط على الطرف الأخر ويسمى المتعهد التزاما لمصلحة شخص ثالث لا

(١) رغم أن نقاط التفرقة بين حوالة العقد والتعاقد من الباطن قد تركزت هنا في نطاق عقد الإيجار، إلا أنها تعطي دلالة واضحة للفوارق بين النظامين.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، ص٨٨ وما بعدها.

يكون طرفا في العقد ويسمى المنتفع، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد.

وعلى الرغم من وجود قاسم مشترك بين نظامي حوالة العقد والاشتراط لمصلحة الغير من حيث التصرف الوسيط، حيث تتطابق خصائص هذا التصرف في النظامين من حيث مصدره الذي قد يكون قانونيا وقد يكون اتفاقيا ومن حيث استقلاليته عن العقد الأصلي ومن حيث طابعه العوضي أو المجاني، إلا أن هناك فوارق جوهرية تميز كل نظام عن الآخر، ولعل معيار السبب ومعيار الأثر المنشئ هما الأبرز في إيضاح الفارق بينهما.

أ- معيار السبب: وفق هذا المعيار يتمثل أساس التفرقة بين النظامين في السبب الدافع للتعاقد، فالعقد لمصلحة الغير وجه بداءة لإشباع مصلحة هذا الأخير، بينما يعد العقد المحال أداة لإشباع مصلحة المحيل قبل اشباع مصلحة المحال له. وهذا الرأي يرتب فروقا تتجسد في تباين النطاق الزمني إذ أن ما يميز العقد لمصلحة الغير هو حلول هذا الأخير محل الوسيط (المشترط) بأثر رجعي بيد أن ما تتفرد به حوالة العقد هو استخلاف الغير للوسيط (المحيل) دون أثر رجعي. وسواء تعلق الأمر بالحلول أو الاستخلاف فإن المحل فيهما واحد هو العقد بما ينشأ عنه من حقوق وديون وحقوق إرادية.

ب- معيار الأثر المنشئ: يرى الأستاذ Lourroumet أن حقوق وديون الغير حقوقا وديونا مستقلة تقضي ذاتيها ألا تكون مستمدة من ذمة أخرى كما في حوالة العقد بل مباشرة لسببين: أولهما اشتغال ذمة الغير بها أول مرة، وثانيهما اعتبار شخص الغير من محددات طبيعة العقد، وهما سببان جعلا الأستاذ

Larroumet يستبعد أن يكون مركز الغير في الاشتراط لمصلحة الغير هو نفس مركز المحال له بالعقد[١].

ويمكن القول إنه بالنظر إلى أن المشرع الفرنسي لم يكن يعترف بحوالة الدين ولم يكن قد أقر حوالة العقد بعد، فإن الدين كان يمكن نقله عبر الاشتراط لمصلحة الغير، باعتبار أن الوسيلة التي يمكن أن تحقق أثار تقترب من حوالة العقد هي الاشتراط لمصلحة الغير. فهو كنظام قانوني لم يقصد به أن يكون وسيلة مباشرة لنقل الدين، ولكن عدم تنظيم المشرع الفرنسي لحوالة الدين وبالتالي استحالة تحقيق عملية التنازل عن العقد دفع للجوء لنظام الاشتراط لمصلحة الغير من أجل تحقيق نفس الأثار العملية والاقتصادية لحوالة العقد. وبذلك فقد يبدو ظاهرا أن هناك ثمة تشابه بين حوالة العقد والاشتراط لمصلحة الغير[٢]، حيث نجد في الأولى حلول المحال له بدل المحيل وفي الثانية حلول المستفيد بدل المشترط، بيد أنه وفي حقيقة الأمر تبدو العديد من الفوارق بينهما، نوضحها فيما يأتي:

- إن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب الغير حقوقا دون أن يحمله التزامات ولا يوجد شيء من ذلك في حوالة العقد حيث إن المحال له يحل محل المحيل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في نفس الوقت.
- إن الاشتراط لمصلحة الغير يعطي للمستفيد حقا مباشرا في مواجهة المتعاهد دون أن يمر بذمة المشترط وليس هناك شيء من هذا القبيل في حوالة العقد حيث إن المحيل ينقل ما هو ثابت له وما يدخل في ذمته من حق إلى متنازل له إلى جانب ما عليه من التزامات.

---

(1) Larroumet (Christian) ; Op.cit, p. 1565.

(2) Jeuland (Emmanuel) ; Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, L.G.D.J, Paris, 1999, n°84, pages 76-77.

- في الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حقا مباشرا قبل المتعاهد بتنفيذ الاشتراط، بينما في حوالة العقد فإن المحال له لا يكتسب أي حق الا بتعاقده هو شخصيا أو من ينوب عنه.

- إن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب المستفيد حقا ذاتيا جديدا بينما في حوالة العقد لا تكسب المحال له إلا ما هو ثابت في العقد [1].

وبالإضافة لما سبق فإن طبيعة الإشتراط لمصلحة الغير تقتضي أن يكتسب المستفيد حقا مباشرًا قبل المتعهد وهذا الحق ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط، وهو بلا شك عقد متميز ومختلف عن الحق الذي كان للمستفيد قبل المشترط، ومختلف أيضا عن الحق الذي للمشترط قبل المتعهد. فالعملية إذن ليست تنازلا عن العقد وبالتالي لا يؤدي الاشتراط إلى أن يخلف المتعهد المشترط في دينه قبل المستفيد ولا إلى أن يخلف هذا الأخير المشترط في حقه قبل المتعهد، والنتيجة المنطقية لهذا أن الدفوع والتأمينات المتعلقة بحق المستفيد قبل المشترط لا تنتقل إلى حقه قبل المتعهد، فلا يستفيد الدائن المستفيد قبل المدين الجديد المتعهد من التأمينات التي كانت له قبل المدين القديم (المشترط) كما لا يحتج المدين الجديد الجديد في مواجهة الدائن بالدفوع التي كانت للمدين القديم، وعلى العكس من ذلك يتأثر حق المشترط قبل المتعهد بالدفوع الناشئة عن عقد الاشتراط الذي يعد مصدرا منشئا له.

ثالثا: تمييز حوالة العقد عن التجديد:

إذا كانت حوالة العقد إجراء يقي العقد من خطر الفسخ أو الزوال حال تعسر تنفيذه أو الاستمرار فيه من قبل أحد أطرافه، فإن حرية أطرافه في احداث تغيير في

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، ص١٠٣.

جوهر العقد بتغيير أطرافه، واحلال شخص من الغير محل أحدهما يتولى مهمة تنفيذ الالتزامات العقدية في مقابل تمتعه بالحقوق المقابلة، تدفع للتساؤل عن مصير العقد الأصلي، فهل تعني حوالة العقد استمرارا للرابطة العقدية الأصلية، أم تنقضي تلك الرابطة وتنشأ رابطة جديدة، أي هل تصبح حوالة العقد نوعا من التجديد؟

يعرف التجديد بأنه: اتفاق أطراف العقد على انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله وهو إما أن يكون تجديد موضوعي وإما تجديد شخصي، لذا فهو هو يتخذ ثلاثة صور:

الصورة الأولى: تكون بتغيير الدين مع بقاء كل من طرفي الالتزام، وتغيير الدين يكون إما بتغيير محل الالتزام أو بتغيير مصدره.

الصورة الثانية: تكون بتغيير المدين مع بقاءء الدين والدائن على حالهما، وهي تتم باتفاق بين المدين الأصلي وبين شخص أخر، على التزام هذا الأخير بالدين بدلا من المدين.

الصورة الثالثة: وتكون بتغير الدائن مع بقاء المدين والدين كما هما.

وبالتالي فقد يثور الخلط بين حوالة العقد والتجديد في الصورتين الثانية (التجديد بتغيير المدين- حوالة الدين)، والثالثة (التجديد بتغيير الدائن - حوالة الحق).

وحاول جانب من الفقه الاعتماد على نظام التجديد لتفسير عملية التنازل عن العقد مستندين في ذلك إلى عدة أحكام قضائية صادرة عن القضاء الفرنسي. لعل أهم هذه الأحكام الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 24 فبراير ١٩٥٨ الذي يتلخص منطوقه في القول بأنه "إن التنازل عن الحق أو التجديد عن طريق تغيير المستأجر لا يفترض" حيث علق بعض الفقه على هذا الحكم بقوله " إن هذا الحكم يتعلق بمعرفة ما إذا كان إعطاء المؤجر ايصالا للمستأجر يعتبر في حد ذاته قبولا

للتنازل عن الحق، وكان ذلك باعتباره مسألة عارضة"[١] ورتب على ذلك رأيه في عدم تصور أن يصبح التنازل عن العقد بمثابة التجديد، لأنه سوف يصبح في هذه الحالة تجديدا بتغيير الدائن والمدين في نفس الوقت، الأمر غير المقبول باعتبار أن القانون المدني الفرنسي وقبل التعديلات التي أجراها في فبراير ٢٠١٦ لم يكن يعترف سوى بحوالة الحق فقط دون حوالة الدين أو حوالة العقد، وبالتالي يصبح تكييف حوالة العقد بكونها نوعا من التجديد أمرا غير صحيح [٢]. ويؤيد ذلك الموقف اللاحق لمحكمة النقض الفرنسية التي أصدرت حكما في ٦ يناير سنة ١٩٦٠ تعرضت فيه بصفة مباشرة لمدى صحة الادعاء باعتبار حوالة العقد نوعا من التجديد، حيث أدانت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية تشبيه حوالة عقد الإيجار بالتجديد، وجاء في حكمها: "إن الاتفاق محل النزاع يجب تحليله وكما أكده الحكم المطعون فيه على أنه تنازل عن العقد أصبح تاما برضـــــــــاء المؤجر، وعلى ذلك يصبح من غير المجدي ما أبداه الطعن من اعتبار هذه العملية ليست إلا تجديدا بتغيير المدين" وبالتالي عززت التكييف السابق لمحكمة الموضوع باعتبار أن الاتفاق محل الالتزام يعد حوالة لعقد الإيجار.

ومن الأحكام الأخرى أيضا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ ٥ أكتـــــوبر 1960، وتتلخص وقائع القضية في أن المؤجر قام بتأجير شقة إلى المستأجر، ثم قام بعد ذلك بتأجير العقار كلـــــه إلى مستأجر آخر ثم ادعى أن المستأجر الأول قد أصبح عن طريق التجديد مستأجرا من الباطن للمستأجر الثاني ودون أن يرغب في ذلك، وذلك تطبيقا للمادة ١٢٧٤ من القانون المدني

(1) Simont (L.); « Cession de bail», La transmission des obligations, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1980, p. 282,

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص٩٨ وما بعدها.

الفرنسي والتي تنص على أن " التجديد بتغيير المدين يمكن أن يتم دون موافقة المدين الأول" بيـــد أن المحكمة انتهت إلى العكس، حيث اعتبـــرت أن حلول المستأجر الجديد محل المستأجر الأصلي لا يعتبر تجديدا بتغيير المدين بل تنازل عن الإيجار[١]. وبالتالي فإن هذا النوع من التنازل عن الإيجار يقترب لحوالة العقد أكثر من اعتباره مجرد تجديد.

وعلق جانب من الفقه على مسألة الخلط بين حوالة العقد والتجديد بقوله إنه بالرغم من وجود فوارق شكلية وموضوعية بين النظامين إلا أن الالتباس بينهما لا زال قائما من حيث اشتراكهما في عنصر الاستبدال الذاتي الحاصل في رابطة الالتزام القائمة أي إحلال الغير الأجنبي عن الرابطة محل الدائن أو المدين فيها[٢]، لذا فمن أجل التفرقة بينهما يجب تبنى معيار السبب حيث أن سبب الالتزام التعاقدي الجديد هو المحدد الرئيسي للتفرقة بينهما، فإذا كان المتعاقد الجديد يروم بواسطة تعهده الجديد السعي إلى ذات الغرض من العقد الأصلي، كيفت العملية على أنها مجرد تغيير لا ينال من العقد، وهذه هي حوالة العقد، أما إن كان يهدف من تعهده الجديد تحقيق غرض آخر يختلف عن غرض العقد الأصلي كيفت العملية تجديدا[٣].

رابعا: التمييز بين حوالة العقد والإنابة:

الإنابة نظام قانوني يتم فيه الوفاء للدائن من أجنبي مع المدين أو مكانه وذلك بعد رضا الدائن، أي هي اتفاق المدين مع شخص أخر على أن يقوم بوفاء دينه بدلا

(1) Pactet (Christiane); De la realisation de la novation, Rev. Tr.dr.Civ.1975, p. 49 et 50.

(2) Delforge (Catherine) ; la modification unilaterale du contrat, ed. Dujeune barreau de bruxelles, 2008.p.147.

(٣) د. فوزية مشرفة، المرجع السابق، ص٦٨ وما بعدها.

عنه، وفيها يكون المدين منيبا ويكون الشخص الذي وعد وفاء الدين منابا ويكون الدائن منابا لديه. وفي الإنابة نجد أن المناب قد تربطه بالمنيب علاقة مديونية سابقة ولكنه يقبل الإنابة وفاء لدينه، وقد لا تربطه بالمنيب علاقة مديونية سابقة ولكنه يقبل الإنابة مقابل أن ينشأ لصالحه دين على المنيب. فهي نظام قانوني، يحصل فيه المدين على قبول الدائن بأداء شخص أجنبي مبلغ الدين بدلاً منه. وقد نصت المادة (٣٥٩/أ) من القانون المدني المصري على أنه: "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بأن يقوم أجنبي بوفاء الدين معه أو مكانه." فالإنابة فيها ثلاثة أطراف، نائب، وهو الأجنبي الذي قبل أداء الدين، ومنيب وهو المدين، والمناب إليه، وهو الدائن. وهذا الأجنبي النائب، قد تكون بينه وبين المدين (المنيب) علاقة مديونية، بحيث أن وفاءه لهذا الدين، يكون في الحقيقة وفاء لدين في ذمته لصالح المنيب (المدين). ولكن ذلك ليس بالضرورة فقد يكون النائب متبرعاً أو مقرضاً للمنيب. ومن هنا فقد نصت المادة (٣٥٩/ب) من القانون المدني المصري على أنه: "ب) ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبي".

وقد تكون الانابة كاملة أو ناقصة، والانابة الكاملة هي عملية استبدال للمدين، فيحل المناب، وهو الأجنبي، محل المدين، ويصبح هو المدين بدلاً منه وقد تكون تجديد للدين بتغيير شخص الدائن، وذلك عندما تكون هناك علاقة مديونية بين المنيب (المدين)، والمناب (الأجنبي)، ومثال ذلك أن يبيع المدين سيارة، ثم يطلب من المشتري دفع الثمن لشخص ثالث له بذمة البائع دينًا، فهنا نكون أمام تجديد للالتزام بتغير الدائن، لأن مشتري السيارة وافق على الوفاء لدائن جديد غير البائع، وهو دائن البائع فهذا تجديد للالتزام بتغيير الدائن.

وقد تكون الانابة ناقصة وهي الصورة الغالبة للانابة، وتعدّ بمثابة التأمين الشخصي للدائن، وذلك لكونها اتفاق بين الدائن (المناب إليه، والمدين (المنيب) على قيام شخص ثالث، وهو المناب أو النائب بأداء دين المنيب دون أن تبرأ ذمة هذا المنيب بمواجهة المناب إليه. فالدائن في هذه الحالة أصبح لديه مدينان بعد أن كان له مدين واحد، والمدينان هما المنيب (المدين الأصلي) والمناب أو النائب، وهو الأجنبي الذي

قبل به الدائن، كمدين إلى جانب مدينه الأصلي، وبهذا فإن هذه الإنابة بمثابة تأمين شخصي، يترتب عليها ما يترتب على التضامن السلبي فيما بين المنيب (المدين)، والمناب (الأجنبي)، وذلك دون أن تختلط هذه النيابة بهذا التضامن السلبي [١].

والجدير بالذكر أن هذه الصورة للانابة أضحت هي الصورة الغالبة للانابة، فالأصل في الانابة أنها ناقصة وليست كاملة، إلا إذا كان هناك اتفاق على تجديد الدين، وذلك لأن التجديد لا يفترض، فمجرد الانابة، دون هذا الاتفاق تعني الانابة الناقصة. وثمة فروق بين حوالة العقد والانابة أهما ما يأتي:

- في الانابة ناقصة كانت أم كاملة لا ينتقل الالتزام وإنما تنشأ علاقة جديدة بين المناب والمناب لديه، بينما في حوالة العقد فإن العلاقة العقدية القائمة تنتقل كاملة إلى المحال إليه.

- في الإنابة يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا [٢]، كما يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي في ذمة المناب للمناب لديه لعدم وجود علاقة بين الدين وبين الالتزام الجديد الذي ينشأ في ذمة المناب للمناب لديه، أما في حوالة العقد فإن العلاقة القانونية تنتقل بنفس طبيعتها وخصائصها وما يرد عليها من دفوع وبما يتضمنها من تأمينات.

---

(١) يمكن القول بأن التزام المنيب مع المناب في النيابة الناقصة التزام تضاممي، وليس التزام تضامني، إذ لا يتصور القول بوجود الالتزام التضامني، بالنظر لاختلاف مصدر التزام كل منهما انظر: د.عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

(٢) انظر نص المادة ٣٦١ من القانون المدني المصري.

ورغم وجود هذه الفروق بين العمليتين إلا أننا نجد أن هناك خلط بينهما من طرف بعض الفقهاء و كذلك من جانب القانون الفرنسي، و لعل هذا يرجع إلى عدم تنظيم القانون الفرنسي لنظام حوالة الدين، لهذا حاول بعض الفقه تفسير عملية التنازل عن العقد على أساس نظام الانابة، لكون هذا الأخير يحقق نفس المزايا التي يحققها نظام حوالة الدين الذي لم ينظمه المشرع الفرنسي، وبالتالي إمكانية تنظيم الاتفاق على حوالة العقد.

بيد أن هذا الرأي محل رد ففي الانابة عند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب للمناب لديه. ويعد الالتزام الجديد التزاما مجردا بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المناب للمنيب[١]. أما فيما يخص حوالة العقد فإن ذات المركز العقدي القائم بين المحيل والمحال لديه هو الذي ينتقل للمحال له، ومن ثم فسوف ينتقل بذات طبيعته وذات خصائصه بما يرد عليها من دفوع وما يضمنها من تأمينات[٢].

ففي حوالة العقد يستطيع المحال لديه أن يدفع ببطلان هذه العلاقة، أو أن يفسخها أو أن يتمسك بالدفع بعد التنفيذ في مواجهة المحال له، مثلما كان من حقه أن يتمسك بذلك في مواجهة المحيل، وبالمثل فإن للمحال له أن يتمسك بكل ذلك في مواجهة المحال لديه، كما أن المحال لديه من حقه أن يتمسك بما له من امتياز في مواجهة المحال له.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١، ص ٧٨٠.

(٢) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٩٦.

الفصل الأول

الجدل الفقهي حول قبول حوالة العقد نظاما قانونيا مستقلا

يعرف العقد بأنه اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء علاقات الزامية بينهم تكون مصدر للحقوق والالتزامات، فالعقد المتبادل يتضمن حقوقا والتزامات لمصلحة أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر، فالعقد بالمفهوم الدقيق يكون منشئا لنوعين من المراكز القانونية، مركز التزامي، ومركز عقدي، والمركز الالتزامي يكسب صاحبه إما صفة الدائن و إما صفة المدين. في حين المركز العقدي الذي يستغرق المركز الالتزامي فيكسب صاحبه صفة المتعاقد الذي تخوله الاستفادة من الآثار العقدية اللصيقة بالعقد ذاته والتي لا يقوى المركز الالتزامي على تخويلها إياه، وباعتبار حوالة العقد يكون من شأنها حلول الغير في الرابطة العقدية التي كانت قائمة، فقد أثير جدل فقهي كبير حول مدى قبول فكرة حوالة العقد كنظرية عامة تضاف لباب انتقال الالتزام.

ونقسم هذا الفصل لثلاث مباحث، يعنون المبحث الأول منهم بحوالة العقد بين الرفض والتأييد، بينما يعرض المبحث الثاني للتردد الفقهي حول الطبيعة القانونية لحوالة العقد، بينما يتناول المبحث الثالث التردد الفقهي حول موائمة حوالة العقد لقانون العقد. وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: حوالة العقد بين الرفض والتأييد.

المبحث الثاني: التردد الفقهي حول الطبيعة القانونية لحوالة العقد.

المبحث الثالث: التردد بشأن مدى اندماج حوالة العقد مع قانون العقد.

المبحث الأول

حوالة العقد بين الرفض والتأييد

إذا كانت معظم القوانين قد تمكنت بعد جهد كبير من إقرار حوالة الحق في مرحلة أولى ثم حوالة الدين في مرحلة لاحقة، فإنها لم تواصل التطور إلى غايته بإقرارها حوالة العقد أو التنازل عن العقد بما يتضمنه من تنازل عن الحقوق والديون المترتبة عن العقد إلى الغير. بل لا زال المشرع الفرنسي وحتى وقت قريب جدا متحفظا بشأن الاعتراف بحوالة الدين ضمن نصوص القانون المدني الفرنسي، مما أثير معه الجدل والنقاش في الفقه الفرنسي عن آلية انتقال الالتزام من أحد أطرافه إلى شخص جديد، وترددت معه الآراء وتعددت حول مدى قبول امكانية حوالة العقد بما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى الغير من عدمه على مدار العديد من السنوات.

وعليه نعرض في مطلبين متتابعين لكلا الاتجاهين الرافض والمؤيد لفكرة حوالة العقد على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتجاه الرافض لفكرة حوالة العقد.

المطلب الثاني الاتجاه المؤيد لفكرة حوالة العقد.

المطلب الأول

الاتجاه الرافض لفكرة حوالة العقد

تبعا للفكرة القديمة التي سادت في القانون الروماني فإن الالتزام عبارة عن رابطة شخصية بين الدائن والمدين، لا يمكن أن تنفك عنهما دون أن تنقضي، لهذه العلة كان انتقال الالتزام أمرًا غير متصورًا سواء في جانبه الايجابي (حوالة الحق)، أو في جانبه السلبي (حوالة الدين)، أو من الجانبين معا (حوالة العقد)، وذلك تمسكا بالمفهوم الشخصي السائد آنذاك للالتزام.

حيث يرجع أصل المذهب الشخصي للالتزام إلى القانون الروماني الذي يعتبر مصدر لكل القوانين الحديثة، ولفهم الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب والنتائج المترتبة عنه لا بد من الرجوع إلى القانون الروماني. حيث يعرف الالتزام في القانون الروماني بأنه رابطة قانونية تربط بين شخصين أحدهما يسمى الدائن والآخر يسمى المدين، ويكون هذا الأخير موضع اعتبار واهتمام فهي رابطة ملتصقة به لا تنفك عن شخصه وتعطي للدائن سلطة عليه[1]. وهذه السلطة التي يباشرها الدائن على مدينه تعد سلطة مطلقة تصل إلى جسم المدين، وتبلغ حد الاسترقاق الكامل أو القتل، حيث كان للدائن في حالة عدم الوفاء أن يقبض على مدينه ويسجنه في سجنه الخاص بعد تقييده بالسلاسل، فإذا لم يوف بالدين خلال مدة معينة فله أن يتصرف فيه إما بقتله، أو بتقطيع جسمه وتوزيعه على الدائنين حال تعددهم أو يتم بيعه خارج روما كرقيق، فالعلاقة بين الدائن والمدين كانت شخصية منصبة على جسم المدين لا على أمواله. بيد أن الأمر ما

(١) د. عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٢، ص٧.

لبث أن تغير؛ فبتطور القانون الروماني نشأت التعهدات التعاقدية التي منعت الدائن من قتل مدينه أو حبسه أو استرقاقه، حيث أصبح التنفيذ يتم على أموال المدين لا على جسمه.

وبناء على ذلك كان الالتزام وفق المفهوم الشخصي لا يقوم إلا بوجود طرفين معينين، فهو يقوم في أساسه على الاعتبار الشخصي، حيث أن الدائن ما كان ليرتبط لولا شخصية المدين والعكس صحيح، حيث أن هذه الرابطة تعد رابطة أدبية بحتة تقوم على ثقة الدائن في شخص المدين، والمدين عندما يلتزم فإنه يلتزم بشرفه، وبالتالي عند عدم تنفيذه لالتزامه يعد مرتكبا لجريمة مزدوجة، جريمة ضد الجماعة يعاقب عليها بإساءة السمعة، وجريمة ضد الدائن تجعل المدين عرضة لانتقام الدائن، لأن ثقة الدائن لا تُمنح للمدين إلا مراعاة لاعتبارات شخصية فيه، وبالقياس على تجريم عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فإنه ولذات العلة لا يكون من المقبول السماح له بنقل التزامه إلى الغير.

وبالإضافة لاهتمام الرومان بالرابطة الشخصية للالتزام فكانوا أيضا يهتمون بمبدأ استقرار المعاملات، فالقانون الروماني ككل القوانين القديمة لا يرحب بتسهيل تداول الأموال؛ لأنه يرى في الثروة عنصرا من عناصر السيادة الاجتماعية أكثر من كونها قيما اقتصادية قابلة للتداول، وحرصا على مبدأ استقرار المعاملات، سادت الشكلية كركن في التصرفات القانونية، ومن ثم فتفرض الشخصية البحتة في آثار العقد، فلا ينشئ العقد آثارًا إلا بين أطرافه الذين استوفوا هذه الطقوس والإجراءات الشكلية المطلوبة، وبالتالي فإن فكرة حوالة العقد من شأنها أن تستلزم إعادة هذه الإجراءات الشكلية من جديد ويكون أيضا من آثرها انقضاء الالتزام الأصلي القديم وحلول التزام أخر جديد محله.

وجدير بالذكر أن كثيرا من الفقهاء الأوروبيون قد تأثرو بالطابع الشخصي للالتزام، ويعتبر الفقيه "سافني " (Savigny) من أشهر الفقهاء الذي نادوا به في ألمانيا، فيرى بأن الالتزام في حقيقته رابطة شخصية تُخضع المدين للدائن، وهي صورة مصغرة من الرق، فالسلطة التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة، وهذا المدلول أقرب إلى الرق الكامل والملكية التامة، و قد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين، فيترتب على ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكن ليس إياها، فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين يسمى بالالتزام(١). ومن ثم يعد الالتزام سلطة يباشرها أحد المتعاقدين على الأخر، وتكون الملكية والالتزام في نظر هذا الفقيه من طبيعة واحدة لا تختلف إلا من حيث الدرجة فقط.

وأيضا تأثر بذات الطابع الشخصي للالتزام الفقيه (Planiol)" بلانيول" الذي يعرف الالتزام بأنه: "علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الأخر وهو المدين".

والملاحظ أن هؤلاء الفقهاء قد تأثروا بالمفهوم الروماني للالتزام، فهم يرون بأن العنصر الجوهري للالتزام يكمن في الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين، ولا يتصور في نظرهم أن ينشأ الالتزام إلا بوجود شخصين أحدهما دائن والأخر مدين، كما لا يتصور أن يتغير أحد أشخاص هذه الرابطة دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام ونشوء التزام جديد.

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص١٣٨-١٣٩.

ولـم يكـن تأثير القانون الروماني قاصـرا على الفقه فقط، بل تأثرت به معظم القوانين الحديثة، ففي فرنسا انتقلت أحكام القانون الروماني إلى المجموعة المدنية الفرنسية عن طريق ما كتبة الفقيه بوتيه

(Pothier) ومنذ أن صدرت تلك المجموعة سنة ١٨٠٤، أخذت كثير من الدول أحكامها القانونية عنها، ولقد لعب القانون الفرنسي دور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة، ومن بين المفاهيم التي تأثر بها القانون الفرنسي هو المفهوم الشخصي للالتزام. فكون علاقة الالتزام في المذهب الشخصي لا تنعقد إلا بوجود طرفين معينين، يجعلهـا تقوم في أساسها على الاعتبار الشخصي، حيث أن الدائن ما كـان ليرتبط لولا شخصية المدين ولا المدين كان ليرتبط لولا شخصية الدائن، وبالتالي يكون هناك عائق كبيرا بالنسبة لقبول فكرة انتقال الالتزام سواء في جانبه الإيجابي (حوالة الحق)، أو في جانبه السلبي (حوالة الدين)، أو في الجانبين معا (حوالة العقد). حيث يكون من شأن السماح بدخول طرف جديد في الرابطة العقدية عدم انتقال الالتزام، بل تجديده.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لحوالة العقد

على النقيض من الاتجاه الرافض وبشدة لقبول فكرة حوالة العقد، فقد لاقت حوالة العقد قبولا من جانب أخر من الفقه الذين تمسكوا بالمفهوم الموضوعي للالتزام ونادوا بترجيحه على حساب المفهوم الشخصي للالتزام.

وتعتبر المدرسة الجرمانية حاملة لواء المذهب الموضوعي للالتزام بزعامة الفقيه الفرنسي "جييرك" (Gierke) والذي يعد من أشهر الفقهاء الألمان الذين عمدوا إلى بعث أفكار القانون الجرماني من جديد لتخليص القانون الألماني من النظريات ذات الأصل الروماني وتغليب النظريات الجرمانية عليها، وهو بذلك يعتبر من الرافضين لمنطق المذهب الشخصي للالتزام، حيث أخذ على عاتقه محاولة إيضاح وبيان فكرة الالتزام في الفكر الجرماني، بحيث تكون العبرة في الالتزام بمحله أو موضوعه دونما النظر إلى أشخاصه، وبالتالي يذوب الالتزام بمحله ويصبح بذلك شيئا ماديا ذو قيمة مالية مجردا عن أطرافه، حيث أن علاقة الالتزام القانونية هي علاقة بالدرجة الأولى بين ذمتين مستقلتين عن أشخاص الالتزام.

وعلى ذات النهج فقد لقي المذهب المادي للالتزام رواجا لدى جانب من الفقه الفرنسي، وعلى رأسهم الفقيه "سالي" (Saleilles)، الذي جاهد كثيرا من أجل نشر فكرته، غير أنه جهده لم يكلل بالنجاح، نظرا لغلبة التيار الفكري المتشبع بالنزعة الشخصية للالتزام مما جعل محله عنصرا ثانويا.

وعلى مستوى الفقه في ألمانيا، كان للاتجاه الفقهي المتزعم للمفهوم الموضوعي للالتزام دورا كبيرا في محاولة التقريب بين الحقين العيني والشخصي، بما يكون له الأثر البالغ في بلورة المفهوم الموضوعي للالتزام، حتى خطى الحق الشخصي في أخر المطاف خطوة نحو الحق العيني، إذ يبقى حق الدائن شخصيا إلى حين التنفيذ، وإذا تحقق ذلك بأن استلم الدائن دينه صار حقه عينيا على ما تسلمه، فهو حق شخصي ابتداء عند نشوئه، يصير عينيا انتهاء عند تنفيذ الالتزام، وبالتالي يتقرر للدائن حق مباشرة كافة السلطات على الشيء الموفى به، بما له من سلطة مباشرة عليه[1].

(١) عزوز عبد الحميد، المرجع السابق، ص٤٤.

وقد بنى هذا الاتجاه حجته الأساسية على قصور المفهوم الشخصي في مسايرة كافة أوجه التطور التي لحقت بكافة المجالات، وبالأخص تلك التي لحقت بميدان المعاملات المالية مما جعل الحاجة ماسة لايجاد أدوات وإجراءات قانونية مرنة تنجح في استيعابها. فالأساس الذي يقوم عليه المفهوم الشخصي للالتزام والذي يتعذر معه إحداث أي تغيير في أطراف الالتزام دون بتر الالتزام القديم وإنشاء أخر جديد جعل من اللجوء للمفهوم الموضوعي طوق نجاة لايجاد سبل وأدوات مرنة تجابه كافة المقتضيات التي يفرزها التطور الحديث، من خلال الاستعانة بفسلفته للتسليم بجواز انتقال الالتزام باعتباره قيمة ككل القيم الاقتصادية، يشكل عنصرا من عناصر الذمة المالية وجزءً من رأس المال يكون في مقدور صاحبه أن يتصرف فيه كأي مال يملكه، وأضحى من الممكن فصله عن شخصية أطرافه بحيث أصبحت ترد عليه سائر التصرفات التي ترد على الحق العيني كالبيع والهبة والرهن. وبالرغم من أن الالتزام بالقيام بعمل يتطلب تدخل المدين تدخلا شخصيا مما قد يفرض بعض الإشكاليات، فإنه يمكن التغلب على ذلك من خلال إجبار المدين على دفع مبلغ من النقود في حالة عدم تنفيذه لالتزامه، وبالتالي أصبحت القيمة الاقتصادية هي العنصر الغالب في الالتزام وأصبح الاعتبار الشخصي لأطراف الالتزام معه عنصرا ثانويا، فلم يعد يهم الدائن سوى الحصول على ثمار دينه بتنفيذ المدين لالتزامه، أو الحصول على التعويض حال تعذر إتمام التنفيذ.

وقد حاول بعض الفقهاء انتقاد هذه النظرية على أساس أنها ترتكز على فكرة موضوعية محضة للالتزام، مجردة إياه من الرابطة الشخصية المكونة له، مما جعل من العقد بمثابة القيمة المالية التي لا تعبأ أو تولي اهتماما للرابطة الشخصية التي تنشئه، فقديما كان الالتزام لا يقبل الانتقال، حتى في جانبه الإيجابي، لأنه كان ينظر إليه على

أنه ليس إلا رابطة بين شخصيين. أما قبول حوالة العقد فتعني أن العقد لم يعد له إلا قيمة اقتصادية أو مالية [1].

بيد أن النقد ليس صحيحا في مطلقه، إذ بالرغم من وضوح الفكرة التي يقوم عليها المفهوم الموضوعي للالتزام، فإن الجانب الشخصي للالتزام لم يتم إهماله بالمطلق؛ إذ إن أنصار النظرية الموضوعية لا يتجاهلون الدور المهم الذي تلعبه أطراف العلاقة القانونية في بعض الأحيان، و يسلمون بأن هناك التزامات تكـــــون لشخصية الدائن أو المدين أثـرًا كبيـرا في تكوينهـا، وهـي الالتزامـات التي تقوم على الاعتبار الشخصي المحض لأحد أطراف العقد، وبالتالي فإن محل الحق يستمد قيمته المالية من شخـصية الـدائن أو شخـصية المـدين، مثل التزام مغن مشهور بإحيـاء حفل غنـائي، فالتزامه كـــان قائما على اعتبار شخصي لدى المتعاقد معه وبالتالي لا يجوز تحويله. وتماشيا مع النظرة الموضوعية للالتزام والتي فرضتها الظروف الجديدة، فإن ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة من إجازة حوالة العقد يدل فعلا على النظرة المتبصرة للمعطيات المادية والنفسية للواقع الـــذي نعيـــشه، والذي يلقي بكل ثقله ليدفع بعجلة التغيير إلى الأمام ويساير المنطق القانوني الذي يفترض أن كـــل القواعد القانونية تنبت في البيئة الاجتماعية لتتولى فيما بعد تنظيم علاقات الأفراد فيها، وفقـــــــا لما يقتضيه التطور الاقتصادي وما يمليه نمو التجـارة مـن حلـول عمليـة للمـشاكل القانونيـة التـي أصـبح يطرحها الواقع الجديد، وذلك بتوفير الإطار القانوني الملائم وإيجاد الوسائل التي تلبي متطلبات عامل السرعة الذي تتطلبه المعاملات المالية والاقتصادية، وذلك في إطار النظرة المادية للالتزام التي طغت عليها الصبغة الاقتصادية المحضة وهذا بتوصلها إلى تصور آخر للالتزام غير انقضائه، حيث أصبح من الممكن استثماره بالتـــــصرف فيه

(1) Larroumet (Christian); op.cit, p. 244.

بانتقاله من ذمة إلى ذمة أخرى دون أن ينقض وهذا لتنشيط الحياة التجارية وتسهيل تداول الأموال والثروات بين الأشخاص.

وأيضا فإن النظرية الموضوعية لم تهمل اعتبار العقد رابطة شخصية، بدليل اشتراطها رضاء المتنازل لدية كشرط ضروري لقيام التنازل ذاته. وبالتالي فأين هذا الإهمال للرابطة الشخصية في العقد، فضلا عن كون هذه النظرية هي الأنسب لمجابهة الظروف الحالية في المجتمعات الحديثة التي تقوم على فكرة الائتمان من ناحية وتزايد أهمية القيم المنقولة من ناحية أخرى [١].

وبالتالي فإنه إذا كان الفقه الرافض قد اعتبر أن حوالة العقد غير ممكنة تمسكا بالمفهوم الشخصي للالتزام، فالاتجاه المؤيد يقر إمكانية العملية وهذا تمسكًا بالمفهوم الموضوعي.

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص٧٩.

المبحث الثاني

التردد الفقهي بشأن الطبيعة القانونية لحوالة العقد

مما لاشك فيه أن حوالة العقد باتت تفرض نفسها اليوم بوصفها مفهوما قانونيا لازما، إلا إنه وبرغم ذلك فما زال الخلاف قائما كما سبق القول بشأن تحديد تعريف دقيق لها، مما ينعكس بدوره على تحديد الطبيعة القانونية لحوالة العقد؛ وهو ما أوجد على الساحة القانونية إتجاهين في شأن تحديد الطبيعة القانونية؛ اتجاه ينظر إلى العقد نظرته إلى الالتزام فيحدد مفهومه في كونه مجرد خليط من الحقوق والديون ولا تعدوا أن تكون حوالة العقد سوى حوالة حق تضاف اليها حوالة دين، واتجاه ثاني ينظر إلى العقد نظرة موحدة لا فصل فيها بين مكوناته، ونعرض لتفصيل ذلك في مطلبين متتالين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتجاه التفكيكي لحوالة العقد (الاتجاه التقليدي).

المطلب الثاني: الاتجاه الآحادي لحوالة العقد (الاتجاه الحديث).

المطلب الأول

الاتجاه التفكيكي لحوالة العقد (الاتجاه التقليدي)

يرى أنصار هذا الاتجاه تفكيك العقد إلى حقوق وديون حتى يتأتى لهم البناء القانوني لحوالة العقد، وهنا ظهرت نظريتان: النظرية المادية ثم النظرية الشخصية.

أولا: النظرية المادية: مهدت الساحة القانونية الأوربية لظهور فكرة حوالة العقد على عكس الساحة القانونية العربية التي لم تتعرض لهذه الفكرة إلا عرضا:

في الساحة القانونية الأوربية: يعتبر الفقيه الفرنسي Lapp أول من اجتهد لعرض نظرية تفكيك حوالة العقد إلى حوالة حق وحوالة دين حيث حاول رفع الصعوبة التي تحول دون قابلية الدين للحوالة في القانون الفرنسي من خلال التوفيق بين الأثر المباشر لعقد الحوالة بمجرد الاتفاق بين المحيل والمحال له ومراعاة مصالح المحال عليه بحفظ ضمانه الذي تشكله ذمة المحيل ويمكن الوصول إلى هذه الغاية بموجب تصرف قانوني يتضمن انتقالا مباشرا للدين من المحيل إلى المحال له لكن لا يحتج به في جميع مكوناته في مواجهة المحال عليه(١).

وبالتالي فإن حوالة الحق وحوالة الدين ما هما إلا عبارة عن تحويل الرابطة القانونية التي تربط الدائن بالمدين عن ذمة الدائن إلى شخص أخر يحل محله، أو عن ذمة المدين إلى شخص أخر يصبح ملزما بالدين بدلا منه مع المحافظة على الالتزام ذاته بجميع صفاته ومميزاته وتوابعه، بحيث يخلف الدائن الجديد الدائن الأصلي في الحق ذاته الذي كان له، أو يحل المدين الجديد محل المدين الأصلي في التزامه بالدين مع إبراء ذمة الأخير منه (٢).

ويرى البعض (٣) أن حوالة العقد تنقسم أولا إلى استخلاف على الحق، توجد به حوالة حق بين المحيل والمحال له، ويكون موضوع الحوالة هو الحق المتصل بالمال

---

(1) LAPP (Charles) ; op.cit. , p.120

(2) د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٧، ص ٣٩٨.

(3) Goubeaux (G.) ; la règle de l'accessoire en droit privé, thése, L.G.D.J.paris, 1969, p.157.

موضوع العقد المحال به، وهي تنقسم ثانيا إلى استخلاف على الالتزام بحيث نكون فيها بصدد حوالة دين بمقتضاها يحيل المدين ما في ذمته من ديون إلى المحال عليه في عقد الحوالة. وتكيف طبيعة حوالة الحق وحوالة الدين وفقا لهذا الرأي على أنها حوالة ضمنية للعقد وليست حوالة صريحة. بيد أنهم قد اختلفوا في مسألة تبرير فكرة الحوالة الضمنية تلك، فذهب بعضهم إلى القول بوجود حوالة ضمنية لعدم بقاء مصلحة للمحيل في هذه الحقوق والالتزامات، والتي أصبحت تعني المحال له وحده، بينما ذهب البعض الأخر إلى أن الحوالة تكون هنا ضمنية إذا كانت من مستلزمات التعاقد طبقا للقانون والعرف والعدالة حسب ما نصت عليه المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي[١].

وأسس جانب من الفقه الفرنسي[٢] القائل بهذه النظرية الكثير من تطبيقات أثار العقد من السلف للخلف على نظرية حوالة العقد المفككة. فالبنسبة لعقد بيع العقار، طبق أنصار هذا الاتجاه نظرية حوالة العقد بالنسبة لعقد ايجار العقار محل البيع التي سبق وأن أبرمها البائع مع المستأجر. كما طبقوا ذات المبدأ على التزام مشتري المؤسسة أو المشروع الصناعي بعقود العمل التي سبق وأن أبرمها صاحب العمل الأصلي مع عمال المشروع، وأسسا ذلك بوجود حوالة عقد ضمنية الزامية بنص القانون.

وعلى ذات النهج فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الحقوق والالتزامات الشخصية لا تنتقل بقوة القانون إلى الخلف، بل الحقيقة التي تتفق وطبيعة هذا المركز-

---

(1) تنص المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي على أنه " الاتفاقات لا تلزم فقط بما هو مذكور فيها صراحة، بل تلزم أيضا بكل ما تخوله العدالة أو العرف أو القانون للالتزام من نتائج بحسب طبيعته وعدم الاقتصار على المعنى اللغوي للألفاظ".

(2) Lepargneur (Jean) ; de solidarité passive en matiere commerciale, thése parise, 1951, p.505.

هي أن إرادة أصحاب الشأن-هي التي تحكم العلاقة في مجموعها. إن نقطة البداية في هذا التنظيم هو أنه إنتقال إرادي للحق الشخصي، من ناحيته السلبية والإيجابية- هو في صميمه حوالة للحق وحوالة للدين، والدليل القاطع على ذلك أنه عندما كانت حوالة الدين غير مسموح بها، كان الانتقال أو الاستخلاف للدين غير ممكن، ولقد كان تحريم حوالة الدين مانعا قانونيا من تقرير هذه النظرية إلى آخر مداها. ولكن المشرع المصري إذ قررها ونظمها في التقنين الجديد، أصبح الطريق أمامه لكي يضع انتقال الالتزام شاملا تاما[١].

وبخصوص انتقال عقد الإيجار يصور أستاذنا الجليل الدكتور السنهوري التنازل عن عقد الإيجار، بأن المستأجر في حالة التنازل عن عقده لمستأجر جديد يقوم بينه وبين المتنازل له عن عقد الإيجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه، وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته، أما علاقته بالمؤجر فهي التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه في الحقوق وعلاقة محيل بمحال له في الالتزمات. وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار هي علاقة المحال له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له[٢]. حيث انتهي في تحليله إلى وجود معوقات كثيرة تحول دون تطبيق قواعد الحوالة على التنازل عن الإيجار، خاصة فيما يتعلق بنفاذ حوالة الحق أو حوالة الدين، وعبر دون قصد عن حقيقة التنازل عن الإيجار بقوله" أن المستأجر إنما يتنازل عن حقوقه والتزاماته المستمدة من عقد الإيجار الأصلي، فهذا العقد نفسه هو الذي يتحول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق

(١) د.وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٨٥ وما بعدها.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، ١٩٦٣، فقرة ٤٦٦، ص٦٩٦.

والتزامات وشروط دون أي تحوير فيها، ويحل المتنازل إليه محل المستأجر الأصلي في كل ذلك، ويصبح هو المستأجر في عقد الإيجار بدلا من المستأجر الأصلي"[١]. ويضيف إلى ذلك: أن الأسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها إنهاء عقد الإيجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الإفلاس أو الإخلال بالالتزام، يرجع فيها لا إلى المستأجر، بل إلى المتنازل له عن الإيجار[٢]. ورغم ذلك ما لبث أن انتهي إلى التأكيد على أن التنازل عن الإيجار، إذن، هو حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد [٣].

ثانيا: النظرية الشخصية: على عكس ما جاءت به النظرية المادية وجدت نظريات تمسكت بالطابع الشخصي للالتزام حيث لم تقبل أن يقع الدين محلا للحوالة بل انها تشبثت بضرورة اللجوء لنقل الدين إلى تقنية بديلة تراعي الطابع الشخصي المذكور وهذه التقنية تختلف في نطاقها، حيث هناك من جعلوها اشتراط لمصلحة الغير ومن جعلوها إنابة في الوفاء.

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧، ص٦٩٨.

(٢) جدير بالذكر وعلى مستوى المشرع المصري، كان هناك ثمة تردد واضح في المشروع التمهيدي للمادة ٥٩٥ من القانون المدني المصري بخصوص هذه المسألة، فقد كان النص يجري على أنه" في حالة التنازل عن الإيجار يحل المتنازل إليه في علاقته مع المؤجر، محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار ، ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل إليه في تنفيذ التزاماته" حيث كان النص ليفهم بتبني المشرع تكيفيا مختلفا لمسألة حوالة العقد أو ما يطلق عليه التنازل عن العقد باعتباره ذا طبيعة خاصة لا تقتصر فقط على حد القول بأنه يمثل نوعا مشتركا من حوالة الحق وحوالة الدين، إلا أنه ما لبث أن تم العدول عن النص السابق وتعديل الفكرة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، حيث ورد فيها " ففي التنازل عن الإيجار يحل المتنازل إليه محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار، ويكون هذا بمثابة الحوالة في الحقوق والديون في وقت واحد". وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة المتنازل له بالمؤجر في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد والأحكام العامة للحوالة. لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

(٣) السنهوري المرجع السابق، فقرة ٤٦٧، ٦٩٩.

المطلب الثاني

الإتجاه الآحادي لحوالة العقد (الاتجاه الحديث)

انطلق الإتجاه الآحادي من اعتبار حوالة العقد تصرف يختلف عن مجرد اعتباره مكونا من حوالة الحق وحوالة الدين من حيث وحدة البنية والمحل والسبب والأثر:

فمن ناحية وحدة البنية؛ فلأن اطرافها وهم يريدون تحقيق انتقال العقد يصدرون تعبيرا إراديا موحدا ينصرف محله إلى العقد بوصفه كلاً موحدا، وليس مجرد حوالة للحق وحوالة للدين، فالمتعاقدان لم تتجه إرادتهما عند التنازل إلى فصل الجانب الإيجابي عن الجانب السلبي للعقد، ولكن تتجه إرادتهما إلى التنازل عن العقد ككل[١].

وهي من ناحية وحدة المحل لكون هذا الأخير لا يتجسد من منظور تفكيكي في الحقوق والديون بل من منظور أحادي يكمن في مجموع الروابط الأصلية أو في تمام الرابطة العقدية بوصفها نتاجا موحدا للعناصر الايجابية والسلبية أو في صفة المتعاقد أو في اعتبار العقد مالا في ذاته، يتم تداوله كباقي الأشياء [٢].

وهي من ناحية وحدة السبب لأن الحوالة بصفتها ذات وظيفة نوعية واقتصادية واجتماعية سببا واحدا وخاصا يكمن في الانتقال الموحد لمركز عقدي قائم أو الاستخلاف الخاص فيه رضاء، وهي من ناحية أخيرة موحدة الأثر لأنها تتضمن ليس

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٧٨.

(2) Julie (Colliot) ; La cession de contrat consacrée par le Code civil. In: Revue juridique de l'Ouest, 2016, p.34.

فقط انتقالا للحقوق والديون بل أيضا انتقالا للحقوق الإرادية وهو أثر تعجز عن تحقيقه رابطة الالتزام.

هذا ويعد الفقيه الفرنسي Aynes أول من تزعم هذه النظرية حيث اعتبر حوالة العقد انها ليست بالجانب الايجابي أو الجانب السلبي ولكنها حوالة القوة الملزمة للعقد، رغم تغيير أحد أطرافه بخلاف ما تنص عليه نظرية التجزئة، واعتبر أن غاية حوالة العقد تكمن في ضمان استمرارية العقد ذاته عن طريق الاحتفاظ بقوته الملزمة بالرغم من التغيير الحاصل في شخص أحد الأطراف ولا يسوغ إدراك هذه الغاية إلا بموجب تصرف قانوني موحد [١].

ويؤيد بعض الفقه هذه النظرية الثانية منتقدا النظرية التفكيكية الأولي بقوله إن النظرية التفكيكية التي تصور حوالة العقد بأنها نوع من حوالة الحق وحوالة الدين غير صحيحة للأسباب الآتية:

- إن المشرع الفرنسي اكتفي وقبل التعديلات الأخيرة بتنظيم حوالة الحق فقط ولم ينظم حوالة الدين، مما أدى بدوره إلى انقسام الفقه الفرنسي حول مدى جواز حوالة الدين، فذهب جانب من الفقه الفرنسي متوسلا في ذلك بمبدأ سلطان الإرادة، إلى جواز أن يتفق ذوي الشأن على حوالة ويكون اتفاقهم ملزما منتجا لأثاره مادام أنه لا يخالف النظام العام والأداب العامة، بينما ذهب البعض الأخر من الفقه إلى عدم جواز حوالة الدين لأنها تهدر قيمة شخص المدين ولا تعتد إلا بالقيمة المادية للالتزام، وتخالف بذلك الاتجاهات العامة للقانون الفرنسي[٢].

---

(١) د.فوزية مشرقة، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) د. طارق كاظم عجيل، الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩، ص٢١٦.

- عدم جواز تصور حوالة الحق والدين في العقد الملزم للجانبين، على أساس أن الحق والدين في مثل هذه العقد مرتبطان أحدهما بالأخر ارتباطا وثيقا بحيث لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الأخر.

- إن حوالة الحق وحوالة الدين عند أنصار النظرية السابقة لا تنشأ إلا باتفاق خاص بين أطراف العقد، وهو ما يعني أن الالتزامات والحقوق المرتبطة بالشيء لا تنتقل إلا جملة واحدة من المحيل إلى المحال له ومن خلال الاتفاق الخاص على ذلك، وهو ما ينفي فكرة اتجاه الإرادة إلى فصل موضوع العقد إلى حوالة للالتزامات على حدة (حوالة دين)، وحوالة ثانية للحقوق على حدة (حوالة حق).

المبحث الثالث

التردد بشأن مدى قابلية حوالة العقد للاندماج مع قانون العقد

مما لا شك فيه أنه قد أصبح للعقد مبادئ مستقرة، باتت تشكل قانونا للعقد يتعين احترامها من قبل المتعاقدين والأغيار على السواء، ومن أهم هذه المبادئ، مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ نسبية أثر العقد، ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود.

فمن المستقر عليه أن الالتزامات العقدية المنشأة على نحو صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها، فلا يجوز الغاؤها أو تعديلها إلا برضاء المتعاقدان معا، أو في الحالات المنصوص عليها قانونا، فالعقد طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود إذا ما نشأ صحيحا يصبح له سلطان في تنظيمه للعلاقة بين أطرافه، بحيث يمتنع على أي منهما التنكر لسلطانه، بيد أن المحيل وهو يبرم حوالة العقد يترك مكانه في العقد لغيره، كما يبرم المحيل والمحال له اتفاقا على الحوالة في مواجهة المحال عليه، مما يجعل مواءمة حوالة العقد لسلطان العقد الداخلي أمر مثير للجدل.

ومن ناحية ثانية، فإن المتعارف عليه أن الالتزامات العقدية لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فلا يضار الغير أو ينتفع بأثار علاقات عقدية لم ينتمي إليها ولم يكن طرفا فيها إلا في الحالات التي نص عليها القانون. فالعقد وفقا لهذا المبدأ يصير ذا سلطان في تنظيمه لعلاقة أطرافه بالغير مما يحول دون انتفاعهم أو تضررهم به، في حين أن مركز المحال عليه في حوالة العقد يدعو للتساؤل عن مدى مواءمة حوالة العقد ومبدأ الأثر النسبي للعقد، ومن جهة ثالثة فإن الثابت أيضا أنه يمتنع على المتعاقدان أو أحدهما التخلي عن المركز العقدي الناشئ عن العقد المبرم للاعتبار الشخصي بسبب

مبدأ شخصية العقود وبالتالي يثور التساؤل أيضا حول مدى مواءمة حوالة العقد ومبدأ شخصية العقود.

ترددت آراء الفقه حول تلك التساؤلات ما بين قائل بالتعارض الصريح لحوالة العقد مع المبادئ الحاكمة، وبين قائل بأن حوالة العقد ماهي إلا وسيلة جديدة هدفها المحافظة على تلك المبادئ. لذا يقسم هذا المبحث لثلاث مطالب متتالية على النحو الآتي:

المطلب الأول: مدى مواءمة حوالة العقد لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

المطلب الثاني: مدى مواءمة حوالة العقد لمبدأ نسبية أثر العقد.

المطلب الثالث: مدى مواءمة حوالة العقد لمبدأ شخصية العقود.

المطلب الأول

مدى مواءمة حوالة العقد لمبدأ القوة الملزمة للعقد

كان لتطور الحياة الاقتصادية أثره على نظرية العقد بحكم ظهور أشكال ونماذج جديدة من العقد تتسم بالتعدد والتخصص والتكتل في مجموعات فبعد أن كانت تعبيرا عن الإرادة الحرة لأطرافه أصبح موجها ومفروضا، وبات الفقه المعاصر يتحدث عن أزمة العقد وعن ظاهرة العقد غير المستقر. وراح الفقه يتحدث عن مبادئ جديدة لقانون العقد مثل الأخوة العقدية والتوازن العقدي والتناسبية وحوالة العقد. وبالتالي يثور التساؤل عن جوهر التجديد الذي لحق نظرية الحوالة وهل مثل إثراءً لها أم خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد فمن المسلم به أن للعقد قوة تلزم أطرافه الذين

ارتضوه وتوافقوا عليه، وبالتالي متى أبرم العقد صحيحا بأركانه وشروطه صار شريعة للمتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله من قبل أحد المتعاقدين إلا باتفاق جديد بين أطرافه أو وفقا للأحوال التي ينظمها القانون، وإلا ترتبت جزاءات على الاخلال بذلك، حيث يسبغ هذا المبدأ على العقد قدسية خاصة تفرض احترامه وتنفيذه بأمانة وإخلاص.

هذا وقد ساد المذهب الفردي في القرنين الثامن والتاسع عشر الميلادي مؤيدا بنظريات فلسفية اقتصادية مشبعة بالروح الفردية المطلقة. حيث ساد الاعتقاد بأن طبيعة الإنسان تحتم أن يصاحبه منذ مولده حقه الطبيعي في الحرية، ومقتضى هذه الحرية ألا يتحمل التزاما إلا إذا كان مبناه رضاءه الحر، ومن ثم لا يجوز انتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد بإجباره على أداء التزام لم يكن حرا في التعهد به ولم تتجه ارادته إليه [(١)]، وبما إن الإنسان حر بطبيعته، ولا يمكن أن تقيد حريته إلا بإرادته، فأساس الالتزام هو إرادة الإنسان وليس القانون ، ويقتصر دور القانون فقط على الاعتراف بالأثر الملزم للعقد، وضمان تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، بفرض الجزاء المناسب عند الاخلال، إذ يعتبر أن إرادة المتعاقدين في العقد هي التي تنشأ الالتزامات وتحدد موضوعه وأشكاله ونطاقه.

وعلى النقيض وكأثر للتطورات الاقتصادية والاجتماعية ظهر اتجاه فقهي حديث يري ضرورة التحرر من الجمود الذي يفرضه الالتزام بما يقتضيه مطلق مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث أن الأمور لا تسير دائما كما يجب، فالعلاقات التعاقدية قد تصطدم بعد ابرامها بظروف مغايرة تحول دون تنفيذها أو استمرار مفعولها حسب ما اتفق عليه، ووفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فتبدو الحاجة ماسة لحوالته للغير، لذا يرى البعض في حوالة العقد فكرا محدثا لمبدأ القوة الملزمة للعقد لا متعارضا معه.

(١) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية،١٩٧٣، ص٦٠.

ونعرض في فرعين متتابعين للاختلاف الفقهي بشأن ذلك، وحقيقة مدى الادعاء بخرق حوالة العقد لمبدأ القوة الملزمة على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول مدى التوافق أو التعارض بين حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة.

الفرع الثاني: حقيقة خرق حوالة العقد لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

الفرع الأول

التردد الفقهي حول مدى التوافق أو التعارض بين حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة

يرى بعض الفقه ممن تمسكوا بالرضائية في الفقه الحديث أن حوالة العقد تصطدم في وجودها وجوهرها بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والذي يمتنع بموجبه على أحد الطرفين أو كلاهما العدول عن العقد أو التعديل فيه بما يضيق من حدود تعهدات أطرافه[1]، وبالتالي لا يكون بمقدور من أبرم عقدا صحيحا أن ينقل إلى أحد الأغيار صفته العقدية، أو أن يتحرر بمجرد عقد الحوالة المعقود بينه وبين الغير من التزاماته العقدية التي شغلت ذمته بمقتضى العقد المراد حوالته في مواجهة من تعاقد معه، فإن هو فعل ذلك، فإنه يكون قد أصاب العقد في قوته وجرده من سلطانه بما قد يؤدي إليه ذلك من تحريف للمبادئ القانونية الثابتة، مما يؤدي إلى الاخلال بتوازن

(1) Billiau (M) ; Cassion de contrat ou délégation de contrat ? » Étude du régime juridique de la prétendue Cassion conventionnelle de contrat, In.J.C.P 1994, doct.no 3758, p199 et s.

العناصر المكونة للعقد من أجل فكرة جديدة يراها غير ضرورية في ظل وجود وسائل بديلة[١]. فالعقد التام بين المحيل والمحال له لا يشكل سوى حوالة داخلية أو حوالة ناقصة لأعباء العقد [٢]، لا تقوى لذاتها على تخليص المحيل من أثار العلاقة العقدية التي أنشأها مع المتعاقد الأصلي، فإذا بقى المحيل ملتزما في مواجهة المحال عليه، فإن العبء النهائي يقع على عاتق المحال له يتحمله بقوة عقد الحوالة[٣]. فمبدأ القوة الملزمة للعقد يعد مبدأ عالمي[٤] لا يحكم العقد فقط عند تكوينه وإنما يكون له الأثر الأكبر طوال فترة تنفيذه، فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يعدل في العقد بما يضيق من نطاق تعهداته في مواجهة الطرف الأخر، بأن يصبح بعد عقد الحوالة ملتزما بضمان تنفيذ المحال له لعقد الحوالة بعدما كان ملتزما أصليا بالتنفيذ[٥]. وبالتالي وفقا لأنصار هذا الاتجاه فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد يحظر على أي من أطراف العقد التصرف على وجه الحوالة لمركزه العقدي دون رضاء المتعاقد الأخر المحال عليه[٦]، حيث إن ميلاد الالتزام العقدي يبقى العنصر الأكثر أهمية بالنسبة للعقد، لأن هذا الأخير بدون عنصر

(1) Larroumet (Christian); Jean Brè; P Chauveau; Jean Derruppé; le opérations juridiques à trois personnes en droit privé.thése, Université de Bordeaux,1968, p694.

(2) Larroumet (Christian); Jean Brè; P Chauveau; Jean Derruppé: op.cit.,p694.

(3) Larroumet (Christian); Jean Brè; P Chauveau; Jean Derruppé, op.cit, p689.

(4) Aynès (Laurent), Mallaurier (philippe), et Stoffel-Munck (philippe) ; Droit des obligations, L.G.D.J s, Paris, France, 11e éd., 2020, p. 360 .

(5) Larroumet (Christian); op.cit, p298.

(٦) د. عابد فايد عبد الفتاح عابد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٦.

الإلزامية، لا يحقق غايته. فالمقصود بإلزامية تنفيذ العقد هي أن كل طرف في العلاقة العقدية مجبر على الوفاء بتعهداته كاملة وبحسن نية[١].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن رضاء المحال عليه لا يؤدي إلى التسليم بالحوالة الاتفاقية للعقد، وذلك بنقله الوصف القانوني لعقد الحوالة من مجرد حوالة ناقصة إلى حوالة تامة، وإنما يترتب على رضائه نشأة عقد جديد أطرافه المحال عليه والمحال له[٢].

ويصيغ هذا الجانب من الفقه حجة ذات وجهين لتبرير نظرتهم السابقة، حيث يرون من جهة أولى أن سندهم في قولهم السابق هو نية الطرفين في عقد الحوالة، حيث ينوي المحيل وهو يعبر عن ارداته بحوالة مركزه العقدي إلى التخلص من روابط العقد الذي يتحلل منه لا راغبا في تنفيذه ولا قادرا عليه، بينما لا ينوي المحال له أيضا حين إبداء رغبته التعاقد مع المحال عليه أن يتحمل مخاطر العقد المتولدة زمن تنفيذه من طرف المحيل، وهو ما يؤدي إلى قطع الروابط العقدية لا استمرارها[٣].

وأما الوجهة الثانية فتعتمد على طريقة تكوين الحوالة، حيث إن المحال عليه والمحال له حين يرتضيان على وجه متبادل أن يتمسك كل منهما في مواجهة الأخر بالعقد المحال به، إنما يتبادلان الرضاء وفق الطريقة التقليدية لتكوين العقود؛ إيجاب من المحال له يتجسد في أن هذا الأخير يقبل، حين أبرم عقد الحوالة مع المحيل بأن يكون المحال عليه عوض المحيل متعاقدا له. وقبول من المحال عليه موضوعه أن هذا

(1) Ancel (Pascal) ; Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. oct – déc 1999, p. 794.

(2) Billiau (M.) ; op.cit, p199-200.

(3) Billiau (M.) ; op.cit, p.199-200.

الأخير يقبل، بدون تحفظ تمسك المحال له بالعقد المحال به في مواجهته، أي أن الايجاب الموجه إليه، يلتصق به القبول بالتغيير الحاصل في شخص المتعاقد معه يؤدي لنشوء عقد جديد يكون له نفس سمات وخصائص العقد الأول [١].

مؤدي هذه الحجة التي ساقها أنصار هذا الرأي أن رضاء المحال عليه وإن كان يفيد في رفع المنع المفروض بمقتضي مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنه وبالمقابل لا يقود إلى التسليم بالذاتية القانونية لحوالة العقد الاتفاقية على نحو تستمر معه القوة الإلزامية للعقد المحال به، وإنما يفضي ذلك إلى إنشاء عقد جديد بين المحال له والمحال عليه تنشأ معه قوة ملزمة جديدة[٢].

وعارض بعض الفقه اعتبار رضاء المحال عليه ذا طابع انشائي، على اعتبار أن رضاء المحال عليه عندما يكون منشئا لعقد جديد له نفس سمات العقد الأصلي فإنه من شأن ذلك الإضعاف من سلامة عملية حوالة العقد، مما يجعل تفسير بعض الحلول المقررة في القانون الوضعي أمرا متعذرا، فإذا تم التسليم بأن رضاء المحال عليه منشئا لعقد جديد فإن النتيجة حتما ستكون عدم وجود هذا العقد طالما لم يقترن بهذا الرضاء رضا المحال له أيضا [٣].

وعلى النقيض من ذلك، يرى جانب أخر من الفقه أن غاية حوالة العقد ليست هي انتقال الحق التعاقدي أو انتقال الدين التعاقدي، وإنما هي الإبقاء على القوة الملزمة للعقد على الرغم من التغيير الحاصل في شخص أحد المتعاقدين، فالشخص حين يرضى

---

(1) Larroumet (Christian); Jean Brè; P Chauveau; Jean Derruppé, op.cit, p.689.

(٢) د.مصطفى مالك، ذاتية الحوالة الاتفاقية للعقد، مجلة المناهج القانونية، المجلد ١١، العدد ١٢، ٢٠٠٨، ص٣٦.

(3) Lachieze (Christophe) ; La autonomie de la cession conventionnelle de contrat, Dalloz, 2000, p.188.

بأن يلتزم في مواجهة شخص أخر يكون مدفوعا بغاية يحددها لنفسه ويهدف من التزامه أن يحققها بوصفها جزء لا يتجزأ من التعبير عن الإرادة المنشئة للالتزام، الذي ليس إلا أداة لتحقيق عملية اقتصادية لا وجوب فيه وقد ارتبط سببه أن يشكل أداة للطرفين المتعاقدين وحدهما، بل يمكن أن يستمر بين أحدهما والغير، شريطة أن يبقى مقرونا لدى هذا الغير بذات الغاية المراد تحقيقها[١] . وتكون هذه الغاية أكثر بروزا كما هو الحال في حوالة الحق حيث تكون الرغبة في استمرارية قيام الرابطة القانونية بين المحال عليه والمحال له قائمة، وذات الأمر في حوالة العقد التي تشتمل على ما ينبئ باستمرارية القوة الملزمة للعقد من خلال انضمام المحال له إلى العقد الأصلي والخضوع لقوته الملزمة دونما تفرقة بين جانبة الإيجابي وجانبة السلبي[٢]. ويكفي إذن كي يحيا العقد ويحتفظ بأصل قوته الملزمة وبذات هويته وفعاليته أن يرغب الغير بواسطة الالتزام تحقيق نفس الغاية التي يسمح بتحقيقها هذا الالتزام والتي ليست إلا سببا له في حقيقتها[٣]. فالسبب يكون مبرر القوة الملزمة للعقد وأساس لها ورابطة تصل بين اعتبار الحاضر وإرادة المستقبل. ويكون بهذا الشكل مبررا يقود إلى جعل العقد فضلا عن اعتباره اتفاقا إراديا سكونيا، وسيلة غايتها إشباع حاجه معينة تحركه، دون أن يختزل في مجرد دافع أو باعث شخصي أصيل وخفي يظهر الإرادة عناصر موضوعية تسمح بتقدير نفعية العقد، ذات الصلة بالوضعية المادية للمتعاقدين وإمكانية تغييرها بفضل القوة الملزمة للعقد.

---

(1) Aynes (Laurent) ; La cession de contrat nouvelles précisions sur le Rôle du cédé, Dalloz.1998, p.85.

(2) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.85.

(3) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.87.

وجدير بالذكر أن القوة الملزمة للعقد تكون ثابته ولا تتغير بالحوالة، طالما لم يتغير لدى الغير سبب العقد الأصلي، الذي يستمر دون أن تقف مهمته عند تكوين العقد في القيام بوظيفته كضابط لنفعية العقد طوال تنفيذه، أما إن زال السبب أو تغير خلال فترة التنفيذ زال معه العقد الذي يحمله وامتد الزوال بالتبعية إلى قوته الملزمة [١]. وبالتالي فإن العقد بعد أن يكون قد نشأ صحيحا فإن مآله الزوال إذا لم يقم المتعاقدان أو أحدهما بتنفيذ الالتزامات المتفرعة عنه نظرا لأن التزام المتعاقد الأخر يصبح دون سبب، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية" في العقد التبادلي، يعد سبب التزام أحد الطرفين هو التزام الطرف الأخر، والحكم متبادل على نحو إذا لم ينفذ أحد الالتزامين مهما كان الدافع صار الالتزام الأخر دون سبب" [٢]. ومهما اختلف الفقه في الأساس المعتمد لتبرير جزاء عدم التنفيذ، فإن النتيجة التي ينعقد عليها الإجماع، لماذا ينشأ العقد صحيحا حين يكون له سبب ويزول عندما لا ينفذ؟ ببساطة لأنه قد تم المساس بالقوة الملزمة للعقد، فبين وجود العقد وزواله توجد منزلة وسطى هي نقل السبب الذي ينتج عن نقله الإبقاء على هذه القوة الملزمة والذي يمكن تحقيقه من خلال حوالة العقد.

ولا يقف السبب عند اعتباره مبدأ لفاعلية العقد وقوته، بل يعد عاملا لمرونته طالما أن وجوه يستغرق مرحلتي تكوين وتنفيذ العقد، فقد ينتهي العقد لوقوع ظروف تحول دون إمكانية التنفيذ من طرف المدين، أو تبدد المصلحة في التنفيذ بالنسبة للدائن، فالالتزام من جهة ضيق الصلة بمقدرات التنفيذ المادية للمدين المتجسدة في شكل موارد مادية أو بشرية أو هما معا والتي دونها يصبح الالتزام العقدي مستحيل

(1) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.93.

(2) Css Civ .14 avril 1981.D.P.1981, I.329 note planiol.

التنفيذ، وهو من جهة عكسية، يستلزم في شخص الدائن وجود بعض الشروط التي تجعل التنفيذ مفيدا له والتي بانعدامها يفقد العقد فائدته بالنسبة للدائن، وبالتالي لا يكون من مصلحة الطرف المتعاقد الإبقاء على الرابطة العقدية بين الطرفين في ظل هذه الظروف المستجدة، كما لا يجديه نفعا القيام بإنهائها؛ بل لابد هنا من البحث عن خيار ثالث يراعي سبب العقد والتوقيعة التعاقدية هو حوالة العقد والذي بواسطته يمكن الإبقاء على قوته الملزمة رغم التغيير الحاصل في شخص المتعاقد الأصلي [1].

الفرع الثاني

حقيقة التنافر بين حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد

للوقوف على حقيقة مدى خرق حوالة العقد لمبدأ القوة الملزمة للعقد من عدمه، نعرض لنص الفقرة الأولي من نص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري التي تنص" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق المتعاقدين...." لمحاولة تفسير أمريين أولا: المقصود بمصطلح المتعاقدين، وبيان ما إذا كان المحال اليه في حوالة العقد يعد متعاقدا أم لا، ثانيا: المقصود بمصطلح نقض وتعديل، فهل نقل المحيل مركزه العقدي للغير يعد نقضا للعقد الذي التزم فيه أو مجرد تعديل فيه؟

لا شك أن المتعاقدين هما الأطراف الذين أنشؤا العقد أو التصرف القانوني وعبرا عن ارادتيهما الالتزام بأحكامه، ومن ثم فالمتعاقد لابد وأن يكون أحد طرفي العقد، والطرف وفقا للتصور الفردي والإرادي يبنى أساسا على فكرة أن لا التزام إلا برضاء، ومن ثم فالمعيار الذي يضبط صفة الطرف هو ارادة التعاقد خلال تكوين العقد.

(1) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.96.

فالعقد ينشأ ويحيا أثره حبيس من أنشأه، وبالتالي قد يبدو من غير اللائق أن نعترف بامتداد صفة المتعاقد إلى كل من يخضع لأثر العقد ولو لم يعبر عن ارادته في نشأته، وبالتالي فإن المحال إليه في حوالة العقد وفق هذا المعنى الضيق ليس طرفا في العقد المحال به، لأنه لم يعبر عن ارادته في انشائه، ومن ثم كان البديهي ألا ينتفع أو يضار منه، وبالنتيجة لذلك فقد يبدو ظاهرا ثمة تعارض بين فكرة حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

بيد أن تطور مفهوم العقد حديثا، وتحديث بعض المفاهيم القانونية والدعوة لبناء أسس جديدة للنظرية العامة للالتزامات كما جاء به المشرع الفرنسي في تعديلات فبراير ٢٠١٦ أدى إلى تبني معايير جديدة في ضبط صفة الطرف، وسعت من النطاق الضيق، بحيث أصبح مفهوم الطرف يمتد ليشمل بالإضافة لمن أنشأ العقد كل من يقبل الارتباط به أيا كانت الوسيلة لذلك(١). فبدأ الفقه بمحاولة وضع قواعد قانونية تفسر تطور مركز الغير في العلاقات التعاقدية، والخروج من قاعدة النسبية المطلقة التي كانت تعني استقلال العقد عن غير أطرافه وعدم التأثير في كل من يخرج عن هذا النطاق.

وبالتالي فإنه وفق المفهوم الحديث فإن صفة الطرف أصبحت تخرج عن معناها الضيق المنبثق من آنية العقد وتنحصر في مرحلة تكوينه، وتأخذ مفهوما مرنا يجعل تصور العقد مدرجا في الزمن، بمعنى أنه يستوي في صفة الطرف أن تكون أصلية تنشأ إما بموجب القانون أو الإرادة لمن أنشأ العقد عند تكوينه، أو مكتسبة يكتسبها كما هي بمقتضى القانون أو الإرادة كل من ارتبط بالعقد بعد تكوينه، فإذا كان المبدأ العام أن

(1) Ghestin (J) ; Nouvelles propostitions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, in RTD.civ. 1994, p.789 et s.

التوقيع على العقد يكسب صاحبه وصف الطرف، إلا أن هذه النتيجة ليست حتمية، ولا هي بالمعيار الثابت، فقد يرد ذكر الشخص أو توقيعه في العقد، ومع ذلك لا يعد طرفا في العقد، إذا الأمر يتوقف في النهاية على صلته بالأثر المترتب على العقد، فضلا عن صفته التي بمقتضاها قد وقع عليه. والمثال الأبلغ على ذلك أنه قد يعد شخص من الغير بالنسبة لحظة ابرام عقد الإيجار، ومع ذلك يأخذ وصف الطرف في وقت لاحق حال تنفيذ العقد، كالقريب الغير مقيم مع قريبه المستأجر، والذي يعد غيرا بالنسبة لعقد الإيجار المبرم، لكن يتصادف وأن يقيم هذا الشخص مع قريبه المستأجر إقامة دائمة قبل وفاة المستأجر مما يثبت له العلاقة الإيجارية، فيصبح طرفا في العقد.

كما قد تكون هناك فائدة في اسباغ وصف الطرف على من يوقع على العقد ولو كان توقيعه لاحقا لإنشائه، ومضمون تلك الفائدة يكمن في أن كل طرف بما فيهم ذلك الموقع لاحقا سيعول على صفته تلك، مما يجعله حريصا على التعرف على من سيلتزم في مواجهته، فيرتب أوضاعه التعاقدية وفق هذا الأساس [1].

وبالتالي فإن العائق سابق الإشارة إليه وفقا للتفسير الضيق يصبح لا محل له وفق هذا الاتجاه المحدث لأليات العقد. كما يمكن القول بأن حوالة الحق التي تعد في أغلب صورها حوالة عقد انفرادي تختلف عن حوالة الحق في صورتها البسيطة، من حيث أنها تدخل المحال له بديلا مكان المحيل لا بوصف هذا الأخير صاحب مركزي التزامي، أي دائن بالحق فقط وإنما بوصفه صاحب مركز عقدي نشأ له من العقد الانفرادي المولد للحق التعاقدي مع ما يترتب على اختلاف محل الحوالة من أثار قانونية. فإذا كنا لا نقبل القول بأن حوالة الحق تنتهك مبدأ القوة الملزمة، فكذلك لا

(١) د.محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانونين الإنجليزي والمصري، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٨، ص١١٨.

يمكن التسليم أيضا بتعارض حوالة العقد مع مبدأ القوة الملزمة، بل أن الحوالة عموما تجري تغييرا شخصيا لا صلة له بموضوع العقد. وبذلك فإن اتساع مجال العلاقات التعاقدية وتطور القواعد القانونية، أورد الكثير من القيود على مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أضحى هذا الأخير يتراجع أمام عجلة التطور في الوقت المعاصر، بدافع تلبية احتياجات الأفراد اللامتناهية، والمحافظة على التوازنات والمصالح الاجتماعية. وهذا التوجه أثر بشكل كبير ومباشر على حرية الأفراد في التعاقد مع الشخص الذي يفضلونه، وبالشروط التي يتراضون بشأنها، وبذلك أصبح العقد منظما، بل تجاوز الأمر ذلك، حيث قد يتدخل المشرع في مرحلة تكوين العقد وفي مرحلة تنفيذه، بأن يفرض عليهم في بعض الحالات أثناء تنفيذ العقد تعديلا أو أكثر لاتفاقهم(١).

وبالتالي قد نصادف من يعد طرفا في العقد رغم أنه لم يكن من منشيئه ولو يكن له توقيع عليه، كل ما في الأمر أن هذا الشخص قد تأثر إقتصاديا بالعقد، ولو اقتصر دوره على المساهمة فقط في تنفيذ العقد(٢).

أما بشأن مصطلح النقض أو التعديل، فيمكن تفسير قصد المشرع بأنه أراد أن ينصرف معناهما إلى التصرف الانفرادي الصادر عن أحد المتعاقدين والذي يكون من نتيجته إما تعديل الالتزام التعاقدي على نحو يحدث معه مسخ في طبيعته وهويته وإما إلى نقضه أو إنهائه.

وبالتالي يتجسد المفهوم عموما في زوال الأداء المقابل للالتزام التعاقدي زوالا يتعين فهمه بشكل موسع. فالمتعاقد الذي ينهي العقد، هادفا من إنهائه أن يكون في حل من أمره يكون بفعله هذا قد أزال أداءه العقدي مما يترتب عنه أن يصبح الأداء العقدي

(١) د.عابد فايد، المرجع السابق، ص٣٠.

(٢) د.حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥، ص٣٣٠.

لمتعاقده دون أداء مقابل، والمتعاقد الذي يعدل الالتزام العقدي بشكل تتغير معه ذاتيته يكون بعمله هذا قد أوجد التزاما تعاقديا لم يكن محط رضاء مشترك زمن ابرام العقد الذي يحمله، ما دام أن هذا الرضاء كان قد انعقد بشأن التزام قبل أن تطاله يد التغيير.

ومن هذا المنطلق يثار التساؤل هل يكون المتعاقد وهو يحيل مركزه العقدي إلى غيره، ملغيا لالتزامه العقدي وجاعلا التزام المتعاقد الأخر بدون أداء مقابل؟

لا شك أن الإجابة تكون هنا بالنفي باعتبار أن المتعاقد عندما يحيل مركزه العقدي إلى غيره فإنه يُبقى من الناحية الموضوعية على التزامه دونما تحريف أو تبديل كما كان عليه الحال قبل الحوالة، غاية الأمر أن منفذ ذات الالتزام لا يكون هو المتعاقد الأصلي وانما متعاقد جديد فالتغيير يحصل في الأداة البشرية التي تنفذ الالتزام وليس في الالتزام ذاته، وهو ما لا يجعل التغيير في شخص المتعاقد داخلا تحت معنى الإلغاء[١].

هذا وقد يدل الظاهر على أن استبدال شخص محل شخص أخر في علاقة عقدية ملزمة من شأنه أن يزيل القوة الملزمة لهذه العلاقة، وينشأ محلا منها قوة ملزمة جديدة منقطعة الصلة بها، غير أن ذلك الظاهر مرود عليه بأنه وإن كان الشخص لذاته عنصرا مكونا وجوهريا في رابطة الالتزام التي تقوم به وتستمر بوجوده وتزول بزواله، كما هو الحال بشأن التجديد الشخصي أي التجديد بتغيير شخص الدائن؛ إلا أن التغيير الشخصي أي العنصر الجديد في تقنية التجديد لا يقوى لذاته -دون نية التجديد – على إنهاء القوة الملزمة تطبيقا لقاعدة أن التجديد لا يفترض.

(١) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٣٨.

ومن ثم فإن الاستمرارية الذاتية للالتزام التعاقدي ترجع لعدم تغير نواته (السبب والمحل) لذلك نجد المحال عليه من حيث مبدأ الحوالة غير مهدد بضرر يلحقه، ما دام أداؤه العقدي المقابل ذاته يستمر موجودا في ذمة المحال له، حيث التغيير أثناء تنفيذ العقد، لا يهدف إلى إنهاء العقد، بل إدخال تغيير عنصر من عناصره، وهو شخص المحيل دون إزالة العقد أو نقضه(١).

فقط قد تمثل حوالة العقد خطرا على المحال عليه في الحالة التي تنعدم فيها لدى المحال له مقومات تنفيذ هذا الأداء العقدي، وهنا تكون موافقة المحال علية على الحوالة ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بمكنة قبول شخص المحال له. لذلك فإن الاحتفاظ للمحال عليه بحق قبول شخص المحال له تكون أمرا هاما حتى في الحالات التي تفترض فيها الموافقة الضمنية من جانبه على حوالة العقد؛ فالمحيل عندما يتصرف في مركزه العقدي إلى الغير لا يكون تبعا لفكرة الرضاء الضمني المفترض قد تنكر لمبدأ سلطان الإرادة في العقد المحال به، بل يكون على العكس من ذلك قد خضع لهذا السلطان وأعمل حقا عقديا استمده بداية من العقد المحال به وهو الحق الذي نشأ له من الرضاء المبدئي والضمني بالحوالة، المفترض التعبير عنه في جانب المحال عليه. وطالما أن المحال عليه لم يضمن العقد منذ بداية نشأته ما يمنع به على المتعاقد الأخر حوالة مركزه العقدي للغير فإنه يكون قد رضى ضمنا وافترضا بإمكانية حوالة العقد ما لم يقم مانع طبيعي أو قانوني يمنعه من إجرائها كما لو كانت شخصية المتعاقد محلا للاعتبار لدى المحال عليه. فعلى هذا الأساس يمكن القول إن حالة اتفاق أطراف العقد على مراجعة بعض البنود ومنها انتقال الالتزام للغير، تعتبر ضمن الحالات البديهية لتعديل العقد، مادام أن التصرف القانوني هنا يتم بالإرادة إنشاء أو تعديلا. فالأطراف

(١) د.عابد فايد، المرجع السابق، ص٩.

يمكن لهم الاتفاق على تعديل العقد ونقله، بأن يضمنوا اتفاقهم شروط تعرف عند البعض بشروط تكييف العقد [١].

وبالتالي تكون النتيجة وفق هذا التحليل عدم التعارض بين مبدأ القوة الملزمة للعقد وحوالة العقد.

المطلب الثاني

حوالة العقد ومبدأ الأثر النسبي للعقود

يعد مبدأ نسبية أثر العقد من المبادئ القديمة راسخة الجذور في مختلف القوانين، ويعني هذا المبدأ قصور العقد على عاقديه، وعدم سريانه في حق الغير كأصل عام، وتبناه القانون المدني المصري ونظم أحكامه، والتي أهمها أنه ليس بإمكان أي شخص التمتع بالحقوق المترتبة على العقد أو الالتزام ببنوده إذا لم يكن طرفا في هذا العقد، وبالتالي بموجب هذا المبدأ لا يمكن إلا لأطراف العقد تنفيذ هذا العقد تجاه بعضهم البعض، كما عرفه بعض الفقه بأنه ذلك المبدأ الذي يحظر على أي شخص لم يكن طرفا في العقد إقامة الدعوى استنادا على أحد بنود ذلك العقد للمطالبة بتنفيذه أو المطالبة بأحد الحقوق المترتبة عليه [٢].

---

(١) د.عابد فايد، المرجع السابق، ص٣٠.

(2) Mckendrick (Ewan) ; contract law, 6th edition, Palgrave Macmillan, 2005, P.138.

ووفقا لطبيعة هذا المبدأ وما يرتبه من أثار فقد يبدو التعارض بينه وبين حوالة العقد واضحا، إذ يشكل الأثر النسبي كقاعدة عامة مانعا يحول دون أن يفرض المحال له نفسه -وهو يبرم الحوالة فقط مع المحيل – كمتعاقد جديد على المحال عليه دون رضائه، وأن يطلب من المحال عليه إعطائه حقوقا تتفرع عن هذا العقد.

لذا نحاول من خلال هذا المبحث أن نقف على حقيقة الأمر، وبيان ما إذا كان مبدأ الأثر النسبي للعقد يقف حائلا دون إقرار حوالة العقد بما ترتبه من أثار أهمها حلول الغير إلى مركز قانوني لم ينشئه ولم يكن طرفا فيه منذ بداية تكوينه.

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب لفرعيين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاتجاه الرافض لحوالة العقد لتعارضها مع مبدأ نسبية العقد

الفرع الثاني: حقيقة التعارض بين مبدأ نسبية العقد وحوالة العقد.

الفرع الأول

الاتجاه الرافض لحوالة العقد لتعارضها مع مبدأ نسبية أثر العقد

يتمثل الأساس القانوني الذي بنى عليه أنصار الاتجاه الرافض لحوالة العقد في نص المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي(١) المقابلة لنص المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه" ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين

(1) L’art. 1165 du code civil Français L. n° 07-02-1804 du 17/02/1804 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

والخلف العام دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام". ويعرف الفقه مبدأ نسبية أثر العقد بأنه ذلك المبدأ الذي لا يمكن بمقتضاه إلا لأطراف العقد اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، فأثار العقد، لا تنصرف كأصل عام إلا إلى المتعاقدين ولا تنصرف إلى غير المتعاقدين إلا استثناء وهو ما يعرف بأثر العقد النسبي من حيث الأشخاص.

لذا يرفض جانبا من الفقه فكرة الحوالة العقد لتعارضها مع مبدأ نسبية العقد، ويسندون أساس رفضهم للأسباب الآتية:

١- بالنظر لكون المحال له في حوالة العقد أجنبيا عن العقد المحال به فلا يمكن له أن يتحمل أي عبء أو التزام ناشئ عنه باعتباره لم يكن طرفا فيه، لأنه من غير المعقول في أي نظام قانوني قيام طرفي العقد بفرض التزامات عقدية على الغير الأجنبي عن العقد والذي يجهل تماما هذه الالتزامات.

٢- لا يمكن للمحال له أن يقيم الدعوى استنادا على ذلك العقد المحال به للمطالبة بتنفيذ العقد، أو التمتع بالحقوق المترتبة عليه، حتى إذا كان العقد قد أبرم مسبقا لمنفعة ذلك الشخص فحسب [1].

٣- من أهم خصائص مبدأ نسبية أثر العقد هو قصور حكم العقد على عاقديه وعدم سريانه في حق الغير الأجنبي عن العقد، وبالتالي فإن المحال عليه -ولكونه ليس طرفا في عقد الحوالة المبرم بين المحيل والمحال له-ليس بإمكانه تنفيذ ذلك العقد والاستفادة من أثاره.

---

(1) Peel (Edwin) ; The law of contract, Sweet and Maxwell, 2011, P.616.

٤- وفقا لفكرة مقابل الالتزام التي تعد أحد أركان العقد في القانون الإنجليزي فإنه ليس بإمكان العقد أن يمنح الحقوق أو يفرض الالتزامات المترتبة عليه على أي شخص أخر بخلاف أطرافه [١].

٥- يشكل الأثر النسبي مانعا يحول دون أن يصبح المحال له طرفا في العقد وهو يبرم عقد الحوالة فقط مع المحيل نفسه، حيث يكون بمثابة متعاقد جديد أدخل على المحال عليه دون رضائه [٢].

٦- من غير المقبول القول بأن المحيل الذي يعد طرفا في العقد المحال به، قد نقل صفة الطرف إلى المحال له، وأن المحال له صار بذلك طرفا بعد أن كان غيرا، فأمكنه تبعا لنقلها له أن يتمسك بها تجاه المحال عليه، وذلك لأن المحيل ذاته يبقي محتفظا بصفته، ولا يملك نقلها لغيره، وإلا أعطي المحال له من الحقوق ما يعجز عقد الحوالة ذاته عن إعطائها له[٣].

٧- لا يمكن الاستناد لفكرة أن المحال عليه يقبل أن يتمسك المحال له تجاهه بالعقد المحال به، لأن هذا القول يفترض أن المحال عليه قد قبل الحوالة المبرمة بين المحيل والمحال له، وهو الأمر المستبعد لانعدام تصور الحوالة أصلا في هذه الفرضية؛ إذ أن تبادل الرضا بين المحال له والمحال عليه من شأنه أن ينشيء عقدا جديد له نفس خصائص العقد المحال به[٤].

---

(١) د.يونس صلاح الدين، مبدأ خصوصية العقد في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية مقارنه بمبدأ نسبية أثر العقد حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي والمصري، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص٣٥.

(2) Billiau (M) ; op.cit, p.132.

(3) Ghestin (J) ; Nouvelles propostitions pour un renouvellement, op.cit., p.753 et s.

(4) Billiau (M) ; op.cit, p.200.

الفرع الثاني

حقيقة التعارض بين مبدأ نسبية العقد وحوالة العقد

نجح الفقه الحديث في تخطى اللبس الذي وقع فيه الفقه التقليدي، عندما تداخل لديه مفهوم أثر التصرف مع نفاذه، وكان ذلك من خلال محاولة الدفاع عن مبدأ نسبية العقد بوصفه مبدأ قانونيا أصيلا ما زال يتمتع بفاعلية في إطار تنظيم العلاقة مع الغير، وقد انتقد الفقه الحديث انتقادا قاسيا من قال إن هذا المبدأ قد آن الآوان لانـدثاره، لأن مثل هذا القول لا يدرك حتما أن هذا المبدأ يقتصر دوره على الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ولا يختص بالتصرف القانوني بوصفه واقعة ذات نفاذ تجاه الكافة.

فالبنظر لبساطة العلاقات العقدية قديما، فلم يعن الفقه في إطارها بالتمييز بين الأثر الملزم والنفاذ، إذ كان يمكن القول ببساطة أن الغير لا شأن له بالتصرف مادام ليس طرفا فيه. غير أن ازدياد العلاقات وتداخلها بين الأشخاص ساعد على ظهور الوجه الآخر للتصرف، فإذا كان التصرف في جوهره إرادة، فإن له مظهرًا ماديا في مواجهة الغير. وقد حاول البعض أن يطبق مبدأ نسبية أثر العقد على هذا المظهر، أي على العقد بوصفه واقعة، إلا أنه لاحظ أن هذا غير ممكن، لأن الواقعة تستلزم من الغير احترام وجودها وأن بالإمكان أن يستند المتعاقدان إلى هذه الواقعة للاحتجاج بها على الغير، مثلما للغير أن يحتج بها على المتعاقدين، وبدلا من أن يلتفت الفقه التقليدي إلى محاولة وضع نطاق محدد لمبدأ نسبية أثر العقد بدأ ينقد هذا المبدأ على نحو ساد فيه الشعور أن هذا المبدأ قد انهار أو كاد ينهار. لكن الفقه الحديث لم يسلم بذلك بل أخذ على عاتقه مهمة بيان الموقف القانوني في ظل التطور في العلاقات القانونية، وبدأ

يميز بين نفاذ التصرف وأثره، واعتمد على الآراء القديمة في هذا الفقه ليجد فيه أساسا للنفاذ ثم تشكل نطاق النفاذ على نحو ذلك[١].

فيري جانب من الفقه[٢] أن حوالة العقد يمكن أن تجد أساسها في نص المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي، التي لا تنظم مصير الالتزامات الناشئة في وقت الانتقال سواء كان محل الالتزام ذمة أو مالا معينا[٣]، وإنما تنظم مصير العقود الجارية المهددة بزوال قوتها الملزمة عندما يحصل من الوقائع ما يصبح معه تنفيذ العقد مستحيلا في المستقبل مع أحد المتعاقدين الأصليين، الذي أصبح يفتقد إما لوسائل التنفيذ للعقد أو للمصلحة في التنفيذ، وبذلك سوف يعتبر المحال له في مركز الخلف بواسطة حوالة العقد وتعد مبدأ لانتقال العقد في المستقبل، ومقتضى لإخراج حوالة العقد من نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، طالما أنه وفقا لهذه المادة يفترض في المتعاقد أن يشترط لنفسه ولورثته وخلفه.

بيد أنه يشترط لصحة هذا القول ضرورة استجماع حوالة العقد لشرطين كي يكتسب المحال له بواستطها صفة الخلف، الشرط الأول منهما أن يتبوأ المحال له مركز أحد المتعاقدين في العقد المحال به، وأن يعبر بذات المركز عن اراداته في متابعة نفس الغاية التي ابتغاها المحيل. وهو ما يقتضي حدوث عملية انتقال لأن التصرفات الخالية منها لا تكسب الشخص صفة الخلف كالعقود النيابية لمصلحة الغير التي لا تجعل من الأصيل خلفا للنائب، لعلة أن العقد نشأ بداية في عهدة الأصيل. ولا شك أن هذه العملية تنقسم إلى عنصرين لازمين: أ-تخل أو رفع يد يصدر من أحد المتعاقدين، وبدونه لا يعد

(١) د. حليمي ربيعة، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص٧٦.

(2) Aynes (Laurent) ; op.cit, p.179.

(3) Aynes (Laurent) ; op. Cit, p.150.

الغير المحال له خلفا للمحيل ولا يتلقى حقا عنه ولا يتلقى منه صفة الطرف، ولو واصل تنفيذ العقد. ب-تسلم من الغير غايته مواصلة العقد المحال به.

أما الشرط الثاني فيختلف مداه باختلاف محل الانتقال الذي لا يخلو الفرض فيه من صورتين: إما أن يكون ذمة أو يكون حقا، سواء أكان شخصيا أم عينيا، فإن كان ذمة فإن المستخلف فيها يعد محالا له بعقودها الجارية لا لأنه تابع بواسطتها ذات الغاية التي ابتغاها منها سلفه، ولكن لأن القانون فرض عليه ذلك، ومن ثم فهو لا يعد لتخلف الشرط الثاني خلفا لسلفه.

ويضيف الفقيه Aynes أنه إذا كان محل الانتقال حقا شخصيا فإن عقد الحوالة اعتبارا للطابع غير المباشر لهذا الحق لا يضع المحال له موضع المحيل المادي، بل يتضمن وجوبا بالنسبة لشخص المحال له، العنصر الذاتي للسبب، أي الرغبة في متابعة ذات الغاية التي ابتغاها المحيل[1]. وأما إذا كان محل الانتقال حقا عينيا ترتبط به عقود معينة فإن شرط متابعة الغاية التي قصد إليها السلف من هذه العقود يتعين أن يحصل اعتبارًا للطابع المباشر لهذا الحق بإرادة خاصة تصدر عن مكتسبي الشيء المتصرف فيه، ولا يمكن أن تستفاد المتابعة من مجرد الانتقال ذاته لهذا الحق.

ولكي يمكننا الوقوف على حقيقة ما إذا كان حوالة العقد تمثل خرقا لمبدأ نسبية العقد أم لا فإن ذلك يتوقف على تحديد صفة أو مركز المحال عليه في عقد الحوالة، هل يعد غيرًا فيه بحيث لا يفيد من أثره ولا يضار به وتكون حوالة العقد هنا اخلالا بمبدأ نسبية أثر العقد، أم إنه يعتبر طرفا فيه ينصرف إليه أثره نفعا وضررا، ولا تعدو أن تكون حوالة العقد سوى تطبيقا للمبدأ السابق أم أن المحال عليه يكتسب صفة من طبيعة خاصة تجعله يتبوأ منزلة وسطى بين منزلتي الغير والطرف؟

---

(1) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.157.

يمكن التماس الحل هنا من فكرة الرضاء الضمني المفترض، فلا شك أن الرضاء بالحوالة عموما يستجمع وظيفتين: كونه يدخل المركز العقدي دائرة التعامل فيكون لهذه العلة قبولا للحوالة من حيث المبدأ، وكونه أداة يستخدمها هذا الأخير لمراقبة القدرة التنفيذية لدى المحال له فيكون لهذا السبب قبولا لشخص المحال له[1].

إذ لا مناص من القول بأن الرضاء الضمني المفترض هو رضاء بالحوالة فحسب، لم يؤدي إلا الوظيفة الأولى فقط، أما شخص المحال له فيحتفظ المحال عليه بحق قبوله عقب ابرام عقد الحوالة بعد التحقق من وضعيته التنفيذية.

ومثال ذلك أنه إذا ابرم شخصين عقد الإيجار أحدهما المؤجر والأخر مستأجرا، ولم يضمن الطرفين عقدهما شرطا يمنع من حوالة المحيل لمركزه العقدي، هنا لا يعد المستأجر غيرا محضا بالنسبة لعقد الحوالة بسبب أنه رضى أن يبرم لذاته في غياب معرفته لشخص المحال له الذي يحتفظ بمكنه قبوله مستقبلا أو رفضه، فإن رفضه وكان رفضه مبررا فإن رضاءه المبدئي الذي افترضناه في جانبه، يزول لتحقق علة الرفض ويصبح في حكم من لم يعبر عن رضائه قط، فتلتصق به صفة الغير التامة الناجزة، ويعجز عقد حوالة الإيجار اعمالا لمبدأ الأثر النسبي عن تحقيق أثاره في مواجهة المستأجر المحال عليه.

ومن ناحية أخرى، يمكن القول بأن المحال عليه الذي رضى ضمنا وافتراضا ومن حيث مبدأ الحوالة ذاته بحوالة المتعاقد الأخر لمركزه العقدي إلى الغير، لا يعد طرفا محضا في عملية الحوالة والسبب أنه وإن رضى بالحوالة، إلا أنه لم يرض بها إلا من حيث المبدأ فقط ليكون رضائه ناقصا ينعكس نقصانه تبعا لمعيارية الرضاء في

(١) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٤٥.

اكساب صفة الطرف على صفته في عملية الحوالة، فالمحال عليه لم يكتسب بفضل رضائه المبدئي سوى صفة طرف ناقصة موقوفة يتحقق تمامها عندما يقبل المحال عليه بشخص المحال له متعاقدا مباشرا له بديلا عن المحيل(١).

فصفة الطرف تكون منقوصة موقوفة، لعلة وقوف الرضا ذاته على قبول المحال عليه بشخص المحال له ويسرى هذا القبول حال توافره بأثر رجعي إلى تاريخ نشوء عقد الحوالة.

ومن ثم إذا ما صرف أثر عقد الحوالة إلى المحال عليه فليس في صرفه خرق لمبدأ الأثر النسبي ما دام المحال له والمحال عليه أصبحا متعاقدين بل إن صرف الأثر يكون تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد.

فصفة المحال عليه وفقا لفكرة الرضاء الضمني المفترض لا تتحدد في كونه غيرًا ولا في كونه طرفًا وانما تتجسد في كونه ذا صفة تدور بين الغير والطرف فهو أي المحال عليه وقد افترضنا رضائه ضمنا بمبدأ الحوالة لا يكون برضائه المبدئي هذا داخلا في زمرة الأغيار، إذ الغير في العقد يكون من لم يرض به اطلاقا، والمحال عليه قبل بعقد الحوالة المحتمل ابرامه من جانب المحيل وان كان رضائه يعد ناقصا، ومن ثم فلا يكون المحال عليه غيرًا محضا(٢).

لكن ليس معنى ذلك أن صفة الغير لا يمكن أن تلحق به بل يتوقف الأمر على قبوله أو رفضه شخص المحال له، فإن رفضه رفضا مبررا أصبح المحال عليه برفضه هذا في زمرة الغير.

---

(١) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ٤٩.

(٢) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٥٠.

المطلب الثالث

حوالة العقد ومبدأ الاعتبار الشخصي

تعد فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال العقود، سواء كانت عقودا مدنية أم إدارية، بحيث تكون شخصية المتعاقد المراد التعاقد معه محل اعتبار في العقد(١)، بمعنى أن شخصية المتعاقد المراد التعاقد معه هي الباعث الذي دفع المتعاقد المقابل إلى التعاقد. ومن هنا فقد اختلف الفقه القانوني حول وضع تعريف دقيق وشامل لفكرة الاعتبار الشخصي، فهناك من عرفه بأنه ارتباط صفات المتعاقد بمضمون التعاقد، مما يعني أن اعتبار الشخص الذي تم التعاقد معه هو الذي دفع إلى رضا المتعاقد الأخر إلى التعاقد (٢)، وعرفه البعض الأخر بذلك التعاقد الذي تكون فيه صفة المتعاقد عنصرا جوهريا، مما يؤكد على دور على الدور الهام للإرادة في تحديد شخص المتعاقد الأخر، أو في صفة من صفاته في العقد(٣).

وتكون شخصية المتعاقد محلا للاعتبار للعديد من الأسباب، التي تتنوع ما بين أسباب نفسية كانحصار الثقة في أحد الأشخاص دون غيره، أو لأسباب اجتماعية كصلة

---

(١) بالنظر لكون الإدارة طرفا رئيسيا في العقود الإدارية، فإن الاعتبار الشخصي في ابرام هذه العقود منصبا على ضرورة تمتع المتعاقد مع الإدارة بامتيازات خاصة تؤهله لقبول التعاقد معه من جانب الإدارة مثل الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو الجنسية أو الخبرة السابقة، باعتبار أن موضوع هذه العقود يكون متعلق بالمرفق العام وللصالح العام. انظر في ذلك: رفاه كريم رزوقي، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، ٢٠١٦، ص ٥٨٩.

(2) AZOULAT ; L'elimination de l'intutins personae dans le contract, la tendance ala stabilite du Rapport contractual, Paris, 1960, P.1 et s.

(3) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.233.

قرابة بينه وبين من يريد أن يتعاقد معه، أو لاعتبارات أخلاقية معينة يحملها الشخص المراد التعاقد معه، وقد تكون الأسباب والاعتبارات سياسية أو حتى اقتصادية (١).

وبرغم تعدد الأسباب التي تجعل من شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار لدى الأخر، إلا أن ميزة التخصص أو عنصر الخبرة الذي يحظى به أحد الأشخاص تكون من أكثر العوامل المؤثرة لجعل شخصية أحد المتعاقدين محلا للاعتبار الشخصي لدى الأخر، فالمريض قد يعتمد على شخصية طبيبه المعالج بما يتمتع به من شهرة وخبرة في مجال عمله كسبب لابرام عقد العلاج معه، والموكل الذي يبني أماله على خبرة وكفاءة محاميه في الدفاع عن حقوقه كسبب للتعاقد معه.

فضلا عن ذلك فإنه وإن كان الغالب أن يكون الاعتبار الشخصي متحققا من جانب واحد، بأن تتحقق لديه القناعة التامة بأن متعاقده الأخر هو الأجدر بالتعاقد معه دون غيره، إلا أنه أيضا قد يكون الاعتبار الشخصي متبادلا من الجانبين، فتكون شخصية كل متعاقد ذات اعتبار للطرف الأخر.

وجدير بالذكر أن الاعتبار الشخصي لا يكون على درجة واحدة في العقود، بل تتدرج مراتبه فيها قوة وضعفا، وفيصل التفرقة بينهما يرد إلى مدى اندماج شخص المتعاقد بمحل العقد أو سببه (نواة العقد) فإن كان محل العقد أو سببه مندمجا بشخص المتعاقد، بحيث يتعذر الفصل بينهما، كان الاعتبار الشخصي بنيويا ينبثق من بنية العقد ذاتها، أما إذا لم يكن محل العقد أو سببه مندمجا في شخص المتعاقد كان الاعتبار الشخصي تأمينيا. ونقسم هذا المطلب لفرعيين على النحو التالي:

الفرع الأول: حوالة العقد والاعتبار الشخصي البنيوي.

الفرع الثاني: حوالة العقد والاعتبار الشخصي التأميني.

---

(١) د. هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٢٩، العام ٢٠١٩، ص٦٣.

الفرع الأول

حوالة العقد والاعتبار الشخصي البنيوي

إذا اتصف العقد بالطابع الشخصي، فيكون لمدى إجازة حوالته أهمية كبيرة، مما سيترتب عليه اختلاف الحكم بالنسبة للعقد ذي الطابع الشخصي عن العقد ذي الطابع الموضوعي، لذا نبين الحكم في الحالة التي يكون فيها شخص المتعاقد محلا للعقد، وتلك الحالة التي يكون فيها شخص المتعاقد سبب للعقد.

أولا: شخص المتعاقد محل للعقد:

لا يخلو الفرض في محل الالتزام من فرضين إما أن يكون شيئا بطبيعته وهو الثابت قانونا، وإما أن يكون مشيئا. والمشيأ يأخذ حكم الشيء قياسا، فيدخل مثله في دائرة التعامل، فالمتعاقد كشخص تخرجه طبيعته الأدمية من زمرة الأشياء، ولكن حين يتم ادماجه مباشرة في الشيء ذاته محل العقد على نحو يلتصق أحدهما بالأخر فإن طبيعته هذه لا تحول دون تشييئه، ومن ثم يصبح محلا للتعاقد[1].

ويمكن أن نصنف العقود التي يتماذج فيها الطرف والمحل في العقد إلى عقود تنصرف محالها إلى عمل ينبثق في ذهن المتعاقد، وأخرى تنصرف محلها إلى ذاته أو بدنه.

أما الطائفة الأولى فتدخل ضمنها العقود التي يكمن محلها في استغلال موهبة شخص كعقود التمثيل المسرحي أو الإنتاج السينمائي أو كفاءته العقلية كعقود الهندسة المعمارية أو النيابة القانونية أو قدرته على الابداع أو الابتكار كعقود الملكية الأدبية والفنية.

(١) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٥٣.

وأما الطائفة الثانية فتشمل على عقود قد تنصرف محلها إلى جسد المتعاقد كعقود الجراحة أو العلاج أو إلى ما تجسد عن شخصه كالعقود التي يكون محلها استغلال صوت المتعاقد أو صورته [١].

وبالتالي فإن العامل المشترك بين هذه العقود واحد هو الصلة الضيقة التي تربط الأداء – محل الالتزام الرئيسي في العقد-بشخص المدين ذاته. وقد اختلف رأي الفقه في شأن هذه العقود هل تجوز حوالتها أم لا، فمن قال بحوالتها استند إلى أن مثلية الأشخاص تتحقق إذ رضي المحال عليه بالحوالة. فالأطراف بمقتضى رضائهم بالحوالة لهم الحرية في أن يقرروا أو يقيموا مثلية أو عدم مثلية شخص المتعاقد معه دون قيود تحد من ارادتهم الخاصة. فالمحال عليه سيد موقفه يمنح رضاءه بالمحال له أو يرفضه تبعا لما يتمخض عن الحوالة من نفع لصالحه أو ضرر يتهدده[٢].

وأما الذين قالو بعدم جواز الحوالة، فحجتهم أنها تصيب العقود المحال بها في عنصر من عناصرها هو المحل[٣].

وإذا كان الرأي الأخير قد أدرك وجه الصواب، فإن الحجة التي استند إليها الرأي الأول قد جانبها الصواب؛ لأن خروج المتعاقد من الإطار التعاقدي يشكل زوالا لمحل العقد ذاته طالما أن شخص المتعاقد ومحل العقد عنصر واحد مما يجعل الالتزام دون محل، وهو ما يؤدي إلى زوال العقد لهذا السبب. أما المثلية المقول بها فإنها وإن كانت جائزة في الأشياء، فإنه يتعذر التسليم بها بالنسبة للأشخاص. فكيف نتصور حوالة المريض لمركزه العقدي في عقد العلاج مثلا، حيث يثور التساؤل عن الكيفية التي

---

(1) Aynes (Laurent) ; op. Cit. no2, p.233.

(٢) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٥٥.

(3) Aynes (Laurent) ; op. Cit. no2, p.235.

يستطيع بها الطرف الذي تعهد اعتبارا لصفات مميزة فيه، أن يستبدل في عقد ذي اعتبار شخصي دون أن يعدل موضوعيا، بل إن البعض [١] يصف سلطة الأطراف المزعومة في إضفاء طابع التبادلية على الأداءات المثلية بالسخافة، حيث يجب على الأطراف لإدراك البديل في إحلال الغير محل المتعاقد الأصلي، اللجوء إلى تقنية التجديد فما يصدق على عقود الاعتبار الشخصي البنيوي لا يصدق البته على عقود الاعتبار الشخصي التأميني، فإذا كان من غير الممكن حوالة العقد المبرم مع رسام مشهور ولو إلى رسام يملك ذات الشهرة فلأن الذي كان محل اعتبار في العقد الأول هو شخص الرسام الذي اندمج في الأداء العقدي بحيث يصير الفصل بين شخصه والأداء العقدي أمرا متعذرا[٢]. وإذا اتفق مقاول شخصيته محل اعتبار مع أخر على تنفيذ التزامه بدلا منه ووافق رب العمل على ذلك، فرغم تلك الموافقة فلا يعتبر ذلك الاتفاق حوالة للعقد، وإنما هو إنهاء لالتزام قديم، وإنشاء لالتزام جديد في آن واحد [٣]. فهنا يصبح الالتزام القديم الذي كان مرتبطا بشخص المدين قد تغير، وأصبح التزاما جديدا مرتبطا بشخص أخر وهو المحال عليه، ويكون الدائن قد اعتد بشخصية المحال عليه أو أحد صفاته حال اقراره الاتفاق، لذلك عندما تراعي شخصية المقاول أو صفاته في العقد فلا يتصور تحويل الالتزام إلى شخص لطبيعته الخاصة المرتبطة بشخص أو صفات المدين، فإذا تغير المدين فسوف يؤدي ذلك انقضاء الالتزام.

---

(1) Carrezi (F) ; op.cit.p. 51.

(2) Carrezi (F) ; op cit. no2, p.51.

(٣) د. عبد الودود يحي، حوالة الدين، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ٢٠٧.

ثانيا: شخص المتعاقد سبب للعقد:

قد لا يقصد الشخص من وراء تعاقده جني المنفعة الاقتصادية من الأداء العقدي المقابل، بل يرمي إلى مجرد القيام بعمل من أعمال الخير والإحسان لشخص ما يختاره للتعاقد معه وغالبا ما تجمعه به روابط عائلية أو اجتماعية، حيث يطلق على مثل هذه العقود التي يغلب عليها طابع التبرع بعقود التفضل أو الإحسان مثل عارية الاستعمال والوديعة والوكالة والكفالة.

فالالتزام الرئيسي لأحد المتعاقدين يجد سببه في شخص المتعاقد الأخر، ويتم تبريره تبعا لاعتبارات خاصة تخلو من الطابع الاقتصادي، تكون هي سبب العلاقة بين المتعاقدين [١].

وإذا كان من غير المقبول أن يحيل المتعاقد مركزه العقدي في عقود الفئة الأولى بسبب أن الحوالة من شأنها أن تجعل العقد دون محل، فأيضا ليس من المقبول أن يحيل الدائن بالالتزام الرئيس (المستعير والمودع والموكل...) مركزه العقدي في هذه الفئة الأخيرة من العقود، ذلك أن حوالتها تصيب العقد المحال به في سببه مما يجعل المدين بالالتزام الرئيسي يلتزم دون سبب[٢].

وتطبيقا لذلك نصن المادة ٦٣٩ من القانون المدني المصري على أنه " ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك طبقا لما بينه العقد، أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف. ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع".

---

(1) Aynes (Laurent) ; op cit. no2, p.234.

(٢) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٥٧.

وقد يقال إن المشرع وفقا لنص المادة (٧٢٠) قد سمح للمودع عنده حال وجود الإذن أن يحل الغير محله في حفظ الوديعة، رغم أنها تعد من عقود الاعتبار الشخصي، لكن الغرض الذي دفع بالمشرع إلى ايراد ذلك هو أن المودع لديه قد لا يقوى لأسباب تقنية أو لضرورة ملجئة على حفظ الوديعة، فلو منعه المشرع من الاحلال لكان مآل العقد حال حوالته البطلان في الوقت الذي كان من المتعين أن يحمي فيه مصالح المودع.

ولقد اختلف أيضا فيمن يمنع من حوالة العقود السابقة هل المدين فيها بالالتزام ذي الاعتبار الشخصي أم الدائن به أم هما معا؟

لا يقبل رأي أن يكون الاعتبار الشخصي إلا ملزما لجانبين؛ للدائن بالالتزام الرئيسي وللمدين به، ولا يمكن إثاراته من جانب واحد؛ وعلة هذا النفي أن الاعتبار الشخصي يصيب العقد في بنيته ذاتها[1]. إذ إنه في العقود الملزمة للجانبين يؤدي الغلط في شخص المتعاقد إلى انحلال العقد واستعادة كل طرف لما أداه، وبالأولى فإنه حال كانت شخصية كلا المتعاقدين محلا للاعتبار فلا تقبل حوالة العقد لغيرهما من أي من الطرفين دائنا كان أم مدينا.

بينما يذهب رأي أخر إلى أنه ليس من الضرورة أن يكون الاعتبار الشخصي ملزما للمتعاقدين وإنما يلزم أحدهما دون الأخر ووجه الاستدلال لدى هذا الرأي أن الاعتبار الشخصي إنما يصيب الالتزامات الناشئة عن العقد لا العقد ذاته، والاعتبار الشخصي في التعاقد قد يكون في جانب كل من المتعاقدين بأن يعتبر كل متعاقد أن لشخص المتعاقد الأخر أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إتمام العقد، فكل منهما

(1) Aynes (Laurent) ; op cit. no2, p.235.

يكون محل اعتبار في نظر المتعاقد الأخر، لكن الغالب في الأمر أن يكون الاعتبار الشخصي في التعاقد في جانب أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة فإن التنازل عن العقد يكون ممتنعا من جانب المتعاقد الذي هو محل اعتبار في التعاقد[١].

الفرع الثاني

الاعتبار الشخصي التأميني

لا يمس شخص المدين، في صورة الاعتبار الشخصي التأميني كيان العقد، وإنما تتجسد وظيفته فقط في ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي[٢]، لعلة أن دائنه لا يهدف من وراء تعهده سوى منفعة اقتصادية أو مصلحة مالية يتوخى استحصالها من الشيء محل الالتزام بفضل جودة التنفيذ التي تضمنتها صفات المدين حيث يكون الالتزام عينيا [٣]، أو تؤمنها ملاءة ذمته المالية؛ بمعنى أن تلعب الكفاية المالية للشخص دورا حاسما في تنفيذ التزاماته، كما تعزز الثقة لدى المتعاقد الأخر بإمكانية متعاقده على تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد حيث يكون الالتزام نقديا[٤].

وتنفيذ الالتزام إما أن يقوم به المدين بنفسه وإما أن يقوم به شخص من الغير، أما وجوب تنفيذه من المدين شخصيا فقد يكون بمقتضى شرط صريح أو ضمني في العقد، ويكون الاشتراط صريحا إذا ما التزم المدين صراحة أن يؤدي الالتزام بنفسه،

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، ص١٠٧-١٠٨.

(2) Azoulai (marc), L'élimination be intutins personae dans le contrat la tendance a la stabilite des rapport contractnal, L.G.P.J., Paris, 1960, p.235.

(3) Aynes (Laurent) ; op. cit. no2, p.237-238.

(٤) د.ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، ٢٠١١، ص ١٩٠.

وفي هذه الحالة لا يجوز أن يجعل الغير مكانه ولو كان هذا الأخير أفضل منه في أدائه، أما الاشتراط الضمني فيتحقق بالنظر إلى طبيعة الالتزام أو الظروف التي لا تسمح إلا بأن يكون أداء الالتزام شخصيا من الملتزم به، كأن يتمتع هذا الأخير بمهارة شخصية تشكل أحد دوافع ابرام العقد.

أما الاعتبار الشخصي الناتج من طبيعة الالتزام أو من الظروف، فيفترض أن منشئه الإرادة الضمنية لأطراف التعاقد، ومن ثم فإن جماع الاعتبارين في الصورتين هو اندماج شخص المدين بأدائه.

ولكن ألا يمكن تفسير الاعتبار الشخصي في إطار نص المادة ١٢٣٧ من القانون المدني الفرنسي بفكرة المصلحة؟ (١)

عمد بعض الفقه إلى ضم مفهوم المصلحة إلى مفهوم الاعتبار الشخصي باعتبار أن مصلحة الدائن تكون في وجوب تنفيذ الالتزام من المدين شخصيا، فتعد مصلحة جوهرية تأخذ مفهوم الاعتبار الشخصي البينيوي. وقد تكون فقط في تنفيذ الالتزام بصرف النظر عن شخص المتعاقد المنفذ، فتعتبر مصلحة تنفيذية تأخذ مفهوم الاعتبار الشخصي التأميني (٢).

وأما إمكانية تنفيذ الالتزام بواسطة الغير ولو دون إرادة الدائن به فإنها تتاح في غير حالتي الاشتراط المذكورتين. ولكن لماذا جعل الاعتبار الشخصي في الحالتين السابقتين مانعا من تنفيذ الالتزام بواسطة الغير؟ إن الاعتبار الشخصي في الصورتين أعلاه يشكل عنصرا ضروريا في توازن العقد طالما أن مرجعه إرادة الطرفين أو طبيعة الاتفاق.

---

(١) تنص المادة ١٢٣٧ من القانون المدني الفرنسي على أنه" لا يجوز تنفيذ الالتزام بعمل من طرف الغير ضد إرادة المدين، إذا كان لهذا الأخير مصلحة في أن ينفذ المدين بنفسه".

(٢) د. مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٦٠.

فالإرادة العقدية، حين أدرجت الاعتبار الشخصي في العقد، إنما كان دافعها هو أن تجعل من الاعتبار المدرج عنصرا شخصيا ومكونا يندمج في الأداء العقدي الذي ينتظر من المدين ذاته أن يشبع بفضل القيام به مصلحة الدائن؛ الإشباع الذي يستحيل حصوله إذا كان منفذ الالتزام شخصا من الغير. فما بنته الإرادة راغبة فيه لا بد أن يقوم به من حددته الإرادة بشخصه. بمعنى أن الدائن لا يريد من وراء تعهده تنفيذ الالتزام وإنما تنفيذه شخصيا من المدين.

ولعل هذا السبب هو الدافع الرئيس للتمسك بمنع تنفيذ الالتزام من غير المدين به، ولو كان الغير أفضل منه في أدائه، لأن مبعث الإرادة العقدية شخص المدين ذاته وليس صفاته.

أما في الحالة التي لا يجب فيها تنفيذ الالتزام من المدين شخصيا، فيجوز للغير أن ينفذ الالتزام بدلا من المدين ولو ضد إرادة الدائن، الذي يهمه في النهاية تنفيذ الالتزام أكثر مما يهمه تنفيذه من المدين شخصيا. كما هو الحال في عقد الإيجار، فشخصية المؤجر ليست محلا للاعتبار في تنفيذ تعهداته العقدية بالصيانة اللازمة، وبالتالي قد يحل الغير محل المؤجر في القيام بها دون أن يتوقف الأمر على رضاء المستأجر. حيث رخص المشرع للدائن الحصول على تنفيذ الالتزام بعمل بنفسه على نفقة المدين عندما لا يتطلب تنفيذه تدخل المدين شخصيا.

إذن فإمكانية التنفيذ بواسطة الغير تجوز في غير الحالات التي يندمج فيها الالتزام العقدي بشخص منفذه، أي حين لا يشكل المتعاقد عنصرا مكونا في العقد، ضروريا لتوازنه. وهو ما يفيد في أنه لا مانع من أن تشكل عقود الاعتبار الشخصي التأميني محلا للحوالة شريطة ألا تنال هذه من ضمان المحال عليه.

الفصل الثاني

نحو الاعتراف بحوالة العقد كمبدأ عام

بعد كثير من التردد، أقرت العديد من التشريعات اعتبار حوالة العقد نظاما قانونيا مستقلا، حيث كان السبق للقانون الألماني والإيطالي في وضع القواعد القانونية المنظمة لحوالة العقد، وتأخر المشرع الفرنسي في الإقرار بها، غير أنه ما لبث أن قطع شوطا كبيرا ساير به الركب، فرغم تردده إلى الأن في إقرار نظام حوالة الدين، إلا أنه وفي تعديلات فبراير ٢٠١٦ قام بإضافة نصا قانونيا مكون من ثلاث فقرات نظم به مسألة حوالة العقد هو نص المادة ١٢١٦ [1]. بينما ظل المشرع المصري مقتصرا في موقفه من حوالة العقد على بعض النصوص الخاصة التي نظمت التنازل عن العقد بالنسبة لبعض العقود على سبيل الحصر.

وبعد أن عرضنا للجدل الفقهي حول حوالة العقد في الفصل السابق، وبعد أن علمنا أن حوالة العقد أضحت مبدأ قانونيا عاما في معظم التشريعات المقارنة، فسوف نقسم هذا الفصل لمبحثين نعرض في الأول منهما لأحكام انعقاد حوالة العقد، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة الأثار القانونية لحوالة العقد.

المبحث الأول: أحكام انعقاد حوالة العقد.

المبحث الثاني: أثار حوالة العقد.

---

(1) art.1216, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

المبحث الأول
أحكام انعقاد حوالة العقد

جاءت أحكام المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي لتغلق باب الجدل الفقي حول مسألة الاعتراف بحوالة العقد من عدمه، لتجعل منها أصلا ومبدأ عاما من خلاله يحق لأي متعاقد الاتفاق على حوالة العقد للغير. بيد أنه وبرغم ما حققه المشرع الفرنسي من تقدم بإقراره حوالة العقد نظاما قانونيا مستقلا، إلا أن التنظيم الذي جاء به لأحكام حوالة العقد وأثارها قد شابه النقص والغموض، فمن ناحية اقتصر هذا التنظيم على مادة واحدة مكونة من ثلاث فقرات فقط لم تستوعب كامل الأحكام القانونية لهذا النظام الجديد، ومن ناحية أخرى جاءت صياغة بعض الفقرات عامة بشكل غير حاسم للعديد من التساؤلات التي طالما اختلف الفقه وتعارضت آرائه حولها قبل نفاذ النص الجديد.

ومن المؤكد أن حوالة العقد هي في حقيقتها اتفاق أو عقد من خلاله يستطيع أي من المتعاقدين أن يحيل مركزه العقدي بعنصريه السلبي والايجابي بصورة موحدة لشخص ما، لكي يحل هذا الشخص محله في تنفيذ العقد في مواجهة المحال عليه. ويدعونا ذلك لفرض بعض التساؤلات حول الأركان والشروط اللازمة لانعقاد وصحة ونفاذ هذا الاتفاق؟، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ماهي طبيعة الوصف القانوني للمحال له، فهل بذلك قد أصبح طرفا في العقد المحال به، أم أنه ما زال خلفا خاص للمحيل في مركزه العقدي؟

لذا يقسم هذا المبحث لمطلبين متتاليين على النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط انعقاد حوالة العقد ونفاذها.

المطلب الثاني: صفة المحيل له في حوالة العقد.

المطلب الأول

شروط انعقاد حوالة العقد ونفاذها

جاء نص المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي المعدل على النحو الآتي:

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

إذ تعني هذه الفقرة أنه قد أصبح بمقدور المحيل أن يحيل مركزه كطرف في العقد إلى طرف ثالث هو المحال إليه، بموافقة المتعاقد الأخر المحال علية.

وأضافت المادة أنه:

« Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte ».

أي أنه يمكن الاتفاق مقدما على حوالة العقد بين المحيل والمحال له، وتعتبر نافذة في حق المحال عليه عندما يتم اخطاره أو علمه بها.

وجاء في نهاية المادة أنه:

« La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité »

أي يجب أن يكون الاتفاق مكتوبا، وإلا كان باطلا.

وبالتالي فإنه ثمة شروط موضوعية وأخرى شكلية لانعقاد ونفاذ حوالة العقد. ونعرض لكليهما في فرعين متتاليين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط العامة لحوالة العقد.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لحوالة العقد.

الفرع الأول

الشروط العامة لحوالة العقد

حوالة العقد في طبيعتها اتفاق بين طرفين هما المحيل والمحال له، وبالتالي فلابد أن تتوافر ذات الشروط اللازمة لإبرام العقد عامة من رضاء ومحل وسبب، فضلا عن ضرورة توافر الأهلية اللازمة في طرفيها، وباعتبار أن هذه الشروط العامة لحوالة العقد لا تختلف في أحكامها عن غيرها، فإننا سنقصر دراستنا للشروط العامة فيما يخص حوالة العقد على شرطين رئيسين فقط لابد من توافرهما لصحة انعقاد الحوالة، وهما أولا: ضرورة توافر رضاء المحال عليه في حوالة العقد. وثانيا: ضرورة أن يكون الاتفاق على حوالة العقد مكتوبا. ونعرض لهما بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

أولا: ضرورة توافر رضاء المحال عليه في حوالة العقد:

بمقتضى حوالة العقد أصبح المحال له دائنا بالحقوق الناشئة عن العقد المحال به في مواجهة المحال عليه، كما أنه يعتبر في ذات الوقت مدينا بالالتزامات المتقابلة والناشئة عن ذات العقد المحال به، مما يعنى أن أثر حوالة العقد يرتب تغيير شخص الدائن والمدين بالنسبة للمحال عليه.

واشترط المشرع الفرنسي ضرورة توافر رضاء المحال عليه بحوالة العقد إلى شخص أخر، مما يثور معه التساؤل عن طبيعة الرضاء المطلوب من جانب المحال عليه، هل هو شرط لانعقاد الحوالة ذاتها، وبالتالي يرتب تخلفه انعدام حوالة العقد وتصبح غير صحيحة قانونا، أم إنه مجرد شرط لنفاذ حوالة العقد في مواجهة المحال عليه والغير.

رتب الغموض الذي اكتنف نص المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي خلاف الفقه القانوني حول طبيعة رضاء المحال عليه في حوالة العقد، حيث مال البعض إلى تبني الطبيعة الإنشائية لرضاء المحال عليه التي تجعل من رضاءه شرطا لانعقاد حوالة العقد، بينما تبنى جانب أخر الطبيعة الكاشفة لرضاء المحال عليه في حوالة العقد التي تجعل من رضائه فقط شرط لنفاذ أثر الحوالة من شأنه إبراء ذمة المحيل تجاه المحال عليه بعد حوالته لمركزه العقدي.

أ- رضاء المحال عليه شرط لانعقاد حوالة العقد:

وفقا للاتجاه الفقهي الذي يتبنى الطبيعة الإنشائية لرضاء المحال عليه، فإن توافر رضاء المحال عليه يصبح شرط وجود لحوالة العقد، بوصفها عقد ثلاثي الأطراف، بحيث لا تعدو حوالة العقد دون توافره أن تكون مشروعا للعقد خال من الأثر في مواجهة المحال عليه[1].

وبالتالي فإن العقد يثبت وجوده منذ اللحظة التي يعلن فيها المحال عليه رضائه بحوالة العقد، وبالتالي تنشأ العلاقة بين المحال له والمحال عليه، ومن ثم فإن رضاء المحال عليه هنا يعد بمثابة شرط ضروري لا يكون لحوالة العقد دونه إلا أثر نسبي

(1) Larroumet (Christian) ; Op.cit, p. 261.

قاصر على المحيل والمحال له، ولا يجوز الاحتجاج بها على المحال عليه، فلا يلتزم بمواصلة العقد مع المحال له، كما يكون من حقه أن يتجاهل وجود المحال له، ويطلب أي المحال عليه من المحيل تنفيذ العقد بنفسه.

ووفقا لهذا الاتجاه فإن رضاء المحال عليه يعد شرطا جوهريا لانعقاد حوالة العقد، فله أن يقبلها فتصبح الحوالة منعقدة وصحيحة وترتب جميع أثارها، وأما ألا يرضى بها فلا يكون ثمة وجود لأثار حوالة العقد في مواجهته، ولا يعدو الاتفاق الذي تم بين المحيل والمحال له أن يكون سوى حوالة داخلية غير حقيقية فيما بينهما. ويحق للمحال عليه تجاها الخيار بين أحد أمرين إما أن يطلب فسخ العقد الذي بينه وبين المحيل لإخلال الأخير بالتزامه تنفيذ العقد بنفسه، أو أن يطلب التعويض الذي يجبر الأضرار التي لحقته جراء ما حصل [١].

وتبنى المشرع المصري لهذ الرأي ضمن أحكام عقد الإيجار التمويلي، حيث تنص المادة ١٦ من قانون الإيجار التمويلي رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، على أنه " لا يجوز للمستأجر الأصلي أن يكون ضامنا للمتنازل إليه، في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ما لم يوافق المؤجر على غير ذلك، ويلتزم المتنازل إليه أن يؤدي إلى المؤجر مباشرة الأجرة المستحقة بموجب العقد، وذلك من تاريخ إخطار المؤجر له بموافقته على التنازل، ولا يجوز للمتنازل إليه أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من أجرة قبل هذا التاريخ" إذا اعتبر المشرع المصري أن رضاء وموافقة المحال عليه (المؤجر) ضرورية لقيام التنازل عن عقد الإيجار [٢].

---

(1) Flour (Jacques) et (yvonne), Aubert (Jean-Luc) et Savaux (Eric), Droit civil, les obligations, le rapport d'obligation, Ed., Sirey, 2015, n396.p.246.

(٢) د. نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٥٣.

وجدير بالذكر أن المشرع الإيطالي قد تبنى ذلك الاتجاه الذي يجعل من رضاء المحال عليه ذا طبيعة انشائية يترتب على تحققه انعقاد حوالة العقد، حيث تنص المادة ١٤٠٦ من التشريع المدني الإيطالي على أنه " يجوز لكل طرف شريطة رضاء الطرف الأخر، أن يحل الغير محله في الروابط الناشئة من عقد ذي أداءات تبادلية لم تنفذ بعد" (١).

ويثور التساؤل هنا بشأن رضاء المحال عليه باعتباره ضروريا لانعقاد حوالة العقد، فهل يقتصر أثره فقط على تحقيق هذه الغاية أم يكون من نتائج توافره براءة ذمة المحيل في مواجهة المحال عليه أيضا؟

أجاب على هذا التساؤل بعض الفقه الفرنسي مفرقا بين فرضين (٢):

الفرض الأول: حال اعلام المحال عليه من طرف المحيل أو المحال له بالغاية التي يقصدانها من نقل المركز العقدي للمحال له والتي تتمثل في تحمله مهمة تنفيذ العقد بدلا من المحيل وبراءة ذمة الأخير من تنفيذ التزامه، فهنا لا يمكن أن يترتب الإبراء تلقائيا بل لابد من الحصول على موافقة صريحة من جانب المحال عليه.

الفرض الثاني: في حالة عدم اعلام المحال عليه برغبة المحيل والمحال عليه السابقة، فهنا يفسر الرضاء الصادر من المحال عليه على أنه قد انصرف إلى مجموع الغاية المتوخاة من قبل المحيل والمحال له.

---

(1) 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 ». Art 1406 du Code civil italien.

(2) Larroumet (Christian) ; Op.cit, p. 261.

ويمكننا إيجاد التبرير لرؤية أنصار هذا الاتجاه في إضفاء الطابع الإنشائي على رضاء المحال عليه في المفهوم التقليدي للالتزام، والذي يقيد من تداول الالتزام في شقه السلبي (حوالة الدين)، طالما كانت العبرة في العقد بأثره وليس بذاته؛ فوجود الدين إلى جانب الحق في العقد التبادلي، يحتم أن يكون لرضاء المحال عليه طابع منشىء، بالنظر لكون المحيل والمحال له يتصرفان بالحوالة في مال يخص المحال عليه، مما يستوجب ضرورة رضائه، احتراما لمبدأ نسبية أثر العقد.

ب- رضاء المحال عليه شرطا لنفاذ حوالة العقد:

ذهب جانب أخر من الفقه إلى أن رضاء المحال عليه ليس شرطا لانعقاد حوالة العقد بل هو شرطا تقريريا أو كاشفا لحوالة العقد [1]. وبالتالي لا مناص من القول بأهمية رضاء المحال عليه لكي يجعل حوالة العقد نافذة في حق المحال عليه حال توافره، ولا يؤثر في وجود اتفاق حوالة العقد بين المحيل والمحال له تخلف رضاء المحال عليه، فالحوالة تكون موجودة وصحيحة غاية الأمر أنه لن يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المحال عليه في هذا الفرض.

ويبرر تبني هذا الاتجاه الطبيعة الكاشفة لرضاء المحال عليه، في نظرتهم المادية للالتزام، حيث ينظروا إلى الدين مثلما ينظرون إلى الحق، وبالتالي فكما أن حوالة الحق تنعقد غير موقوفه على رضاء المحال عليه، وتتم بالاتفاق بين المحيل والمحال له، بحيث لا يعدو رضاء المحال عليه فيها أن يكون تصرفا قانونيا من جانب واحد يصدر عن الأخير بعد اعلامه بالحوالة من جانب المحيل أو المحال له، فكذلك

(1) LAPP (Charles) ; cit.p94 et s.

يكون الأمر نفسه بالنسبة للدين طالما أن كلاهما ينتقلان معا عبر حوالة العقد بغير انفصال لأحدهما عن الأخر.

ويضيف جانب أخر من مؤيدي هذا الاتجاه قولهم بأن رضاء المحال عليه يكون له أثر محدد لطبيعة مركز المحيل بعد ابرامه للحواله، من حيث بقائه ضامنا للمحال له أو تبرء ذمته نهائيا ولا يتحمل أي ضمان [١].

وفي هذا الاتجاه أيضا ذهبت محكمة النقض البلجيكية في أحد أحكامها إلى أن توافر رضاء المحال عليه يكون له أثرا خاصا لا علاقة له بنشأة حوالة العقد أو تمامها، بل بالإضافة إلى كونه شرطا لنفاذها في مواجهة المحال عليه، فإنه أيضا يعد شرطا لإبراء ذمة المحيل نهائيا من تنفيذ التزامه المتفرع عن العقد المحال به، ومن إبراء ذمته كذلك حتى من اعتباره ضامن للمحال له في تنفيذ الالتزامات العقدية التي أحيلت له [٢].

بينما يرى جانب أخر عدم ضرورة توافر رضاء المحال عليه على حوالة العقد في جميع الحالات، ويرون في التمسك بتوافر رضائه نوعا من التزيد غير المبرر، فليس بالضرورة أن يتوافر الرضاء كشرط لوجود حوالة العقد[٣]. بل يجردا رضاء

(1) Tosi (Jean-pierre) ; le droit des obligations au sénégal, L.G.D.J, Paris, 1982.p. 349.

(2) » La question de la décharge du cédant ne doit pas être confondue avec la question de la possibilité de céder le contrat. S'il est impossible pour les parties qui concluent le contrat de cessions de décider de libérer le cédant de ses obligations, sans le consentement du cédé, il est en revanche toujours possible de céder le contrat sans le consentement de ce dernier ». Cour de cassation de Belgique, Rapport annuel 2017, p. 40 .

(3) Aynes (Laurent) ; op.cit.p. 137

المحال عليه من أي أثر سواء أكان أثرا انشائيا أم إلزاميا، حيث لا يرمي المحيل والمحال له من ابرامهما لحوالة العقد إبراء ذمة المحيل من تنفيذ التزاماته العقدية، ولا يهدفان أيضا إنشاء رابطة ملزمة بين المحال له والمحال عليه، تجعل من الأخير طرفا في الحوالة، ولكن السبب الحتمي وراء ابرام حوالة العقد هو انتفاء المنفعة المتوخاة بالنسبة للمحيل من العقد المحال به أو لرغبته في الحفاظ على استمرارية هذا العقد وعدم إنهائه بسبب عجزه عن المضي في تنفيذه، كما أنه ليس من الصحيح القول بأن المحال له يتعهد بالحوالة بغية إبراء ذمة المحيل، وإنما يتعهد بها لما تحققه من مصلحة له باعتباره خلفا للمحيل في تحقيق ذات الغاية التي كان المحيل يقصدها من ابرامه العقد المحال به قبل أن يكتشف عجزه المضي في تنفيذه[1].

ولا شك لدينا أن هذا الرأي الأخير الذي يجرد رضاء المحال عليه من أي قيمة وينفي عنه وصف الشرط الضروري أو الجوهري لنشأة الحوالة أو حتى لنفاذها في مواجهته ليس بصحيح في حجيته، إذ يترتب عليه وفق هذا المفهوم اعتبار حوالة العقد عملية قانونية ثلاثية الأطراف، وأنها أقرب في وصفها إلى اعتبارها نوعا من تجديد الالتزام بتجديد أطرافه، مما قد يؤدي إليه ذلك من نتائج أبرزها، زوال التأمينات المنشأة مسبقا لفائدة المحال عليه أو التي كان مفروضة عليه كضمان للمحيل.

جـ-حقيقة طبيعة شرط الرضاء في حوالة العقد:

بعد أن عرضنا للخلاف الفقهي القائم حول طبيعة شرط الرضا في حوالة العقد، فنقوم بمناقشة حجج كلا الاتجاهين لتقريب الأمر من أجل الوقوف على حقيقة طبيعة شرط رضاء المحال عليه.

---

(1) Aynes (Laurent) ; op.cit.p. 166.

فلا شك أن الاتجاه الأول الذي تبنى الطابع المنشيء لرضاء المحال عليه لديه قولان أولهما قول يرتب على إنشائية رضاء المحال عليه زوال العقد الأصلي وقيام عقد جديد، فنقل الحقوق إلى طرف ثالث ليس طرفا في العقد الأصلي المحال به، والتي يكون محلها نقل المنفعة أو المصلحة دون أن تتعداه لنقل الالتزامات أو لعبء الاثبات، كما هو الحال بالنسبة لنقل الحقوق إلى الممثلين الشخصيين للمتعاقدين حال وفاة أحدهما أو وفاة كليهما والتي تمثل صورة حوالة العقد بقوة القانون(١)، أما حوالة العقد التي تنتقل بها الحقوق والالتزامات بشكل مرتبط لا يقبل الانفصال فلا يمكن أن تتم من دون موافقة الطرف الثاني في العقد (المحال عليه) وتكون الوسيلة الوحيدة التي تنتقل بها الالتزامات هي التجديد وتتطلب موافقة الطرف الثاني في العقد، فلا يحق للمحيل التنازل دون موافقة الطرف الآخر، لأن التنازل سيمتد إلى جميع الحقوق والفوائد الناشئة بمقتضى العقد، بما في ذلك الحق في أي تعويضات، فضلا عن أن رضاء المحال عليه يكون ضروريا حال كون العقد المحال به من عقود الاعتبار الشخصي، حيث تتخذ الحوالة هنا شكل التجديد الذي يتم من خلاله ابطال العقد الأصلي واستبداله بعقد جديد يتعامل فيه طرف ثالث مع الحقوق والالتزامات التي تتطابق مع حقوق والتزامات أحد الأطراف في العقد الأصلي، فلا يلغي التجديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد الأصلي، ولا يتم إلا برضاء الأطراف المتعاقدة الأصلية إضافة إلى الطرف الجديد، كما يجب أن يكون هناك مقابلا للصفقة(٢).

أما القول الثاني فيبقي على تكييف حوالة العقد بوصفها عقد ثلاثي الأطراف بالنسبة للعملية المتولدة عن رضاء المحال عليه على الرغم من طبيعته الإنشائية.

---

(١) د.مجيد حميد العنبكي، مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الإنجليزي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ٣، العدد ٣، ١٩٩٩، ص٨٩.

(٢) د.مجيد حميد العنبكي، المرجع السابق، ص ٩٠.

ولا شك لدينا أن هذا الاتجاه بقوليه محل رد؛ إذ التضييق من نطاق الرضاء على نحو يجعله حبيس المفهوم الإنشائي الواجب لتكوين العقود، في حين أن الرضاء قد يكون إراديا منشئًا وقد يكون عبارة عن إقرار يكتسي شكل إقرار بعقد قد تم مسبقا بين منشئيه. كما أن حصر دور الرضاء في إنشاء العقود من شأنه أن يعطل نظاما قانونيا قائما بذاته هو حوالة الحق، فثمة أنظمة قانونية ثلاث لنشوء رابطة قانونية بين المحال له والمحال عليه الذي يتدرج فيها رضاؤه، قوة وضعفًا، هي: إما وجوب رضائه بالحوالة، وإما كفاية إعلامه بها. وفي الفرض الذي يكون رضاء المحال عليه واجبا لنشوء الرابطة المذكورة، فإن من شأنه وفقا للرأي السابق أن ينشىء عقد جديد بين المحال له والمحال عليه، فنكون بصدد تجديد للعقد [١].

ونؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه في ذلك من القول بأن الاشكالية فيما تبناه الاتجاه الأول، أن تأكيدهم على معيارية رضاء المحال عليه في تكوين عقد جديد، لهي اشتمال العقد المحال به على جانب سلبي هو الديون، فضلا عن الجانب الإيجابي أي الحقوق، على نحو يكون الرضاء بنقل الدين منشئا لعقد جديد، فهذا القول كان ليجانبه الصواب حال كان شخص المدين يندمج في الدين، بحيث يصبح المحل والطرف عنصرا واحدا، بالشكل الذي ترتبط فيه جدة الدين بجدة المدين، وهو ما يرفضه الفقه الحديث، مقررًا وجوب الفصل بين شخص المدين وذمته، فما يكفل الدين ليس شخص المدين وإنما ذمته المالية[٢].

كما أنه وبالنسبة للقول الذي يجعل من رضاء المحال عليه منشئا لحوالة العقد، مع ابقائه على هذا الوصف، ففي ذلك نوعا من التزيد القانوني باعتبار أن الأصل في

---

(1) LAPP (Charles) ; op. cit.p94 et s.

(٢) د.مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٢٧.

العقود قابليتها للحوالة ما لم يحظر ذلك بمقتضى طبيعة العقد المراد حوالته بسبب قيامه على الاعتبار الشخصي البنيوي، أو بسبب نص القانون، أو بمقتضي اتفاق الأطراف (الشرط المانع). ومن ثم ففي الفرض الذي يبرم فيه شخصان عقدا للإيجار مثلا، ولم يرد بشأنه نصا يمنع حوالته إلى الغير، كما وقد سكت أحد المتعاقدين عن إيراد أي شرط يمنع حوالة العقد، فيفترض أن المحال عليه هنا قد رضى ضمنا بمقتضى شرط موافقة ضمني على حوالة العقد من جانب متعاقده الأخر (المحيل) لطرف ثالث، بحيث لا يحتفظ المتعاقد (المحال عليه الاحتمالي) بعد الحوالة سوى بإقراره بشخص المحال له، والذي لم يكن على علم مسبق بشخصه حين رضائه الضمني بحوالة العقد لحظة ابرام عقد الإيجار المحال به، فكيف نشترط هنا إعادة توافر رضاء المحال عليه بحوالة العقد التي رضى بها ضمنا في السابق، وإلا طلبنا منه أن يصدر رضائه مرتين.

وفي هذا يذهب المشرع المصري من خلال نص المادة ٥٩٣ من القانون المدني المصري إلى أنه: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، وذلك عن كل ما استئجره أو بعضه، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك" حيث يفهم من النص أن رضاء المؤجر (المحال عليه) يستنتج ضمنيا، عند عدم إيراده لأي شرط مانع للتنازل عن الإيجار للغير.

فإذا كان رضاء المحال عليه لا يخرج عن كونه إقرارا، فهل الأمر مرجعه كله إلى المحال عليه إن شاء أهمل الإقرار وإن شاء أعمله؟

فهنا قد توافر رضاء المحال عليه ضمنا بالحوالة عند ابرام العقد المحال له، ولم يحتفظ لنفسه سوى الحق في مراقبة ملاءة ذمة المحال له، باعتبار أن العبرة ليست بشخص المحال له، وإنما بذمته. فإن كان دينه مكفول الوفاء ممن أحيل إليه العقد، فلا

مانع أمامه إذن أن يقر عقد الحوالة خلال أجل معقول من تاريخ اعلامه بالحوالة، وإلا كان متعسفا برفضه الإقرار.

وأيد هذا المنطق الأستاذ الدكتور السنهوري بقوله في شأن التنازل عن الإيجار، بأن المؤجر ما دام لم يمنع المستأجر من التنازل بموجب الشرط المانع، يكون قد قبل مقدما أن يتنازل المستأجر عن الإيجار، والتزم بهذا القبول بمقتضى عقد الإيجار نفسه، ففيما إذن نوجب إقرار المؤجر للتنازل حتى يكون نافذا في حقه، وهذا الإقرار أمر مفروغ منه، وقد افترض القانون أنه قد صدر فعلا من المؤجر منذ إبرام عقد الإيجار ولم يدرج فيه الشرط المانع [١].

ثانيا: ضرورة أن يكون الاتفاق على حوالة العقد مكتوبا.

ورد نص الفقرة الثالثة من المادة ١٢١٦من القانون المدني الفرنسي على النحو الآتي:

".La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité..."

وبالتالي فإنه وفقا لهذا النص فقد اشترط المشرع الفرنسي ضرورة أن يكون عقد الحوالة مكتوبا، وإلا كان باطلا. الأمر الذي يعني أن المشرع الفرنسي جعل حوالة العقد أمرا شكليا، لابد من توافر الكتابة وإلا كانت الحوالة باطلة[٢].

بيد أنه وبرغم اشتراط الكتابة لصحة حوالة العقد، غير أننا نعتقد أن صياغة المشرع الفرنسي جاءت مشوبة ببعض الغموض، فلم يوضح النص مقصد المشرع من اشتراطه الكتابة، هل قصد به أن تكون الكتابة هنا ركنا لانعقاد حوالة العقد أم شرطا من شروط صحتها، أم فقط يقصد أن تكون الكتابة شرطا للإثبات؟ ومن جهة أخرى، لم

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٧١٤ وما بعدها.

(2) Julie (Colliot) ; op.cit. p. 46.

يوضح النص طبيعة الأثر المترتب على تخلف الكتابة هل يقصد المشرع البطلان النسبي أم يكون أثر تخلف الكتابة هو البطلان المطلق؟

هذا الغموض الذي أحاط بالنص نتج عنه اختلافا في موقف الفقه الفرنسي [١]، فالبعض ذهب إلى اعتبار الكتابة شرطا لصحة العقد، بحيث يكون الجزاء المترتب على تخلفها هو البطلان النسبي وذلك من أجل توفير الحماية للمتنازل عليه، والحد من الأثار الضارة لحوالة العقد [٢]. بحيث تنعقد حوالة العقد صحيحة، لكنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة المحال عليه حال تمسكه بتخلف الكتابة المطلوبة.

بينما يميل اتجاه أخر من الفقه الفرنسي [٣] إلى القول بأن الكتابة المطلوبة هنا تُعد ركنا لانعقاد حوالة العقد، بحيث يترتب على تخلفها البطلان المطلق، وأن هذا التشدد يكون الهدف منه حماية مصالح أطراف حوالة العقد الثلاثة (المحيل – المحال له – المحال عليه) وليس طرفا بعينه، ومن شأنها أيضا أن تقدم الخدمة لمصلحة الضرائب لتحصيل ما قد يترتب على العقد المحال به من حقوق ضريبية.

وجدير بالذكر أن قانون الملكية الإنجليزي لسنة ١٩٢٥ المعدل قد نص من خلال المادة (١٣٦) على ضرورة أن تكون الحوالة مكتوبة وموقعة من قبل المحيل، وأن عدم توافر هذا الشرط يؤدي إلى تغير وصف الحوالة من حوالة قانونية كاملة إلى

(1) Chénedé (François) ; Le Nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, lre éd., 2016, spéc. Nos 42. 13 1 et s. p.171..

(2) Aynes (Laurent) ; op.cit.p. 169.

(3) Bénabent(Alain), Droit des obligations, LGDJ, coll. « Précis Domat », 19 éd., 2021, p.227.

حوالة إنصافية لا تتوافر فيها جميع الشروط وهذه الحوالة تتطلب وجود الطرف المحيل، حتى لا تنقطع العلاقة بينه وبين المحال عليه [1].

الفرع الثاني

الشروط الخاصة لحوالة العقد

بالإضافة إلى الشروط العامة السابق بيانها، يلزم توافر شروط خاصة، تتمثل في كون العقد المراد حوالته عقدا لم ينفذ بعد أو تم تنفيذه جزئيا فقط، وألا يوجد مانع يحول دون حوالة العقد. وهو ما نعرض له فيما يأتي:

أولا: ألا يكون العقد قد نفذ كليا:

جاء نص الفقرة الأولى من المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي عامًا، غير محدد لاشتراطات خاصة بطبيعة العقد الذي يمكن الاتفاق على حوالته للغير، فهل يمتد نطاق حوالة العقد لجميع العقود بصرف النظر عما إذا كانت عقود فورية أم مستمرة، أم أن حوالة العقد تتصور فقط بالنسبة للعقود المستمرة؟

برغم عمومية النص إلا أن الاتجاه الراجح فقها يشترط لصحة انعقاد حوالة العقد أن يكون العقد المراد حوالة المركز العقدي فيه لشخص من غير أطرافه ما زال قائما، أي لم ينقضي بعد، أي أنه ما زال في طور التنفيذ لعدم تنفيذه كليا، أو بالنظر إلى

(1) " Art. 1216.- « ….La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité ». UK Law of Property Act 1925. Under that section, the basic requirements for a legal assignment are as follows…... The assignment must be in writing and signed under hand by the assignor.

أن ما تم التنفيذ فيه يعد جزء من العقد وليس كامله. حيث أن العقد الذي يكون قد نفذ وانقضت أثاره تكون الغاية من حوالته غير ذي جدوى باعتبار تحقق الغاية التي رمى إلى تحقيقها، وبالتالي إذا تمت الحوالة رغم تنفيذ العقد تنفيذا كليا كانت الحوالة باطلة، لأنه انعقد بمحل غير موجود[1].

ويتحقق الشرط بأحد فرضين، أولهما ألا يكون العقد قد نفذ ابتداء، مثال رب العمل الذي يتعاقد مع مقاول معين على بناء منزل مكون من عدة طوابق، ثم يحيل أحدهما عقد المقاولة إلى أحد الأغيار – والغالب أن المقاول هو من يقوم بحوالة عقد المقاولة إلى مقاول أخر يتولى تنفيذ العقد بدلا منه، لوجود تداعيات مفاجئة أو ظروف حالت بينه وبين تنفيذ ما تعاقد مع رب العمل عليه. وثانيهما أن يكون أطراف العقد قد بدأوا في تنفيذ التزاماتهم العقدية دون أن تكتمل بعد، ثم يحيل أحدهما ما تبقى منها إلى شخص من الغير ليتولى استكمالها، كأن يكون المقاول قد شرع في بناء طابق أو أكثر من المنزل ثم يحيل المقاولة لشخص أخر يتولى تكملة عدد الطوابق المتفق عليها مع رب العمل.

ولا شك أن هذا الشرط يتوافر بالنسبة للعقود الزمنية التي يلعب الزمن دورا جوهريا في تنفيذها، حيث لا يمكن تحقيق أثار العقد كاملة إلا بعد مرور فترة من الزمن طالت أم قصرت، كما هو الحال بالنسبة لعقد الإيجار وعقد التأمين وعقد المقاولة.

والعقود الزمنية قد تكون مستمرة التنفيذ أو دورية، فجميعها يضفي عليها الزمن قيمة اقتصادية كبيرة، إذ كلما طالت المدة كلما شكلت ثروة ومالا أكثر، وبالتالي زاد مستوى الاستفادة من هذه العقود، وهو ما يجعل المراكز القانونية الناشئة عنها

(1) Julie (Colliot) ; op.cit. p. 36.

محلا للحوالة، سواء قبل البدء في تنفيذ العقد أم عقب البدء وقبل تمام العقد أي خلال التنفيذ.

أما بالنسبة للعقود الفورية وهي التي تنقضي فيها التزامات المتعاقدين بمجرد انعقاد العقد، وبالتالي لا يعلب فيها الزمن دورا جوهريا، كعقد البيع الذي يلتزم أطرافه بالوفاء بالتزاماتهم المتفرعة عنه عقب ابرامه مباشرة، بحيث ينقل البائع الملكية للمشتري، ويدفع المشتري في مقابل ذلك الثمن المتفق عليه فورا؛ فإنها لا تقبل حوالة العقد ولا يمكن من خلالها نقل المركز العقدي لغير أطرافه باعتبار أن المركز العقدي يتكون وينقضي عقب ابرام العقد مباشرة، فلا تكون الغاية من الحوالة هنا متوافرة أو ذات قيمة، وبالتالي يصبح أي اتفاق على حوالة مثل هذه العقود باطلا.

بيد أن التساؤل يثار بشأن العقود الفورية متراخية التنفيذ، أي تلك التي تستلزم مرور فترة من الزمن ما بين ابرام العقد وما بين تنفيذه، فهل تقبل مثل هذه العقود أن تكون محلا لحوالة العقد، وهل تقبل المراكز العقدية الناشئة عنها أن تنتقل إلى شخص من غير أطراف العقد ؟؟

ومن أمثلة هذه الطائفة من العقود عقد البيع الذي يتم الاتفاق على تعليق نقل الملكية إلى المشتري فيه على وفاء الأخير بكامل الثمن، حتى لو تم تسليم المبيع، بحيث إذا ما تم الوفاء بكامل الثمن المستحق، انتقلت الملكية بأثر رجعي مستندة إلى وقت البيع.

يتجه الرأي الغالب في الفقه [١]، إلى أن هذه الطائفة من العقود تصلح لأن تكون محلا للحوالة، باعتبار أنها الالتزامات فيها أضحت مضافه إلى أجل [٢]، إذ أن قاعدة انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد قاعدة مفسرة يمكن الاتفاق على ما يخالفها، بحيث يتفق على تأجيل نقل الملكية إلى حين الوفاء بكامل الثمن كما في المثال أعلاه، بحيث يكون هذا الاتفاق بمثابة ضمان لوفاء المشتري بالثمن المستحق في ذمته.

ثانيا: ألا يكون العقد محل الحوالة من عقود الاعتبار الشخصي:

تتصف بعض العقود بصفات شخصية ينظر فيها لأهمية شخص المتعاقد في تنفيذ الالتزام الناشيء عن العقد، وقد تتصف العقود بصفات موضوعية يكون فيها محل الالتزام موضوع العقد. فإذا اتصف العقد في الصفات الشخصية أصبح يعرف بالاعتبار الشخصي في التعاقد، وهذا المصطلح يجسد حرية الإرادة واستقلالها في إبرام العقود والذي يعني اعتداد أحد أطراف التعاقد أو كلاهما بذات شخص المتعاقد الآخر أو بصفة من صفاته بحيث يكون لهذه الذات أو لتلك الصفة أثر في إرضاء المتعاقد الأخر. وكثيرا ما تثار فكرة الاعتبار الشخصي بصدد تبرير الحلول القانونية المختلفة المتعلقة بالعقد، فتترك أثرا ملموسا بضرورة تنفيذ أحد المتعاقدين بشخصه لالتزاماته الناشئة عن العقد، ومن ثم يفرض عليه ذلك الأمر الامتناع عن حوالة عقده أو التنازل عنه للغير [٣].

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١١٧.

(٢) قد يتراخى التنفيذ إلى أجل يحدد أما اختياريا باتفاق الطرفين كما لو اتفق على تأجيل تسليم المبيع أو تأجيل دفع الثمن، وإما أن يكون أجل إجباريا كبيع شيء في حالته المستقبلية، إذ يجب مرور بعض الوقت لحين تحقق وجود المبيع بالفعل. السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، ص١٦٥.

(٣) يذهب اتجاه بالفقه إلى ضرورة إلغاء فكرة الاعتبار الشخصي في العقود حيث ذهب إلى القول بأن الالتزامات الناشئة عن العقد هي دائما شخصية ترتبط بالأشخاص الذين يساهمون في إبرام العقد، ومن ثم يعد مانعا أمام حوالة العقد أو التنازل عنه، دون أثر يذكر للاعتبار الشخصي على ذلك المنع. كما أن التركيز على شخص المتعاقد في تنفيذ العقد يؤدي إلى الاخلال باستقرار العلاقة العقدية، ففي العقود الملزمة للجانبين =

ويعرف بعض الفقه الاعتبار الشخصي في العقد بأنه: " اعتبار الشخص الذي تم التعاقد معه والذي دفع إلى رضا العاقد أو المتعاقدين الآخرين"[1]. وبالتالي تبدو أهمية الاعتداد بشخص أحد المتعاقدين في عقد ما في كونها تعد باعثا دافعا لرضاء الطرف الأخر بالتعاقد.

وبالتالي فإنه في عقود الاعتبار الشخصي يكون هناك ارتباطًا وثيقًا بين الباعث الدافع على التعاقد وبين الاعتبار الشخصي في التعاقد، لأن الشخص في الغالب له بواعث عدة تدفعه إلى إبرام العقد، وهذا لا يعني أن الاعتبار الشخصي يكون هو سبب العقد دائما، فلا تلازم بين السبب والاعتبار الشخصي في جميع العقود، فقد تكون شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته لها اعتبارا أو قيمة لدى المتعاقد الأخر، بحيث أنه لا يبرم العقد لكون المتعاقد الأخر يتمتع بصفة معينة أو لكون شخصه مهم حصرا، وإنما لتحقيق مصلحة شخصية لذاته، وتكون صفة المتعاقد أو شخصه عاملا مساعد في تحقيق هذه المصلحة.

والعلة في كون الاعتبار الشخصي مانعا لحوالة العقد، أن طبيعة الالتزام في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي توجب أن يقوم المتعاقد محل الاعتبار بتنفيذ التزامه، بحيث أن تنفيذ الالتزام في هذه العقود يتأثر بشخص المدين محل الاعتبار أو بصفاته، مما يؤدي إلى وقوع تفاوت بالتنفيذ إذا قام به الغير، لذلك يجوز للمتعاقد أن

=

يؤدي الغلط في شخص المتعاقد إلى انحلال العقد واستعادة كل متعاقد لما أداه من للطرف الأخر، وفي العقود المستمرة يظل الالتزام قائما حتى ينفذ أخر التزام، وذلك لأن التنفيذ لصيق بالشخصية أي لا يقبل التنفيذ من الغير، مما يؤدي إلى إضعاف العقد نتيجة لذلك الاعتبار. انظر:

Azoulai (marc); op.cit. 1960, P.2.

(١) د. سمير إسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥، ص١٥.

يرفض تنفيذ الغير للالتزام[١]، فلو اتفق مقاول شخصيته محل اعتبار مع أخر على تنفيذ التزامه بدلا منه ووافق رب العمل على ذلك، فإنه بالرغم من تلك الموافقة فلا يعتبر ذلك الاتفاق حوالة عقد، وإنما هو إنهاء لالتزام قديم، وإنشاء لالتزام جديد في آن واحد[٢]، وبالتالي يصبح الالتزام القديم الذي كان مرتبطا بشخص المتعاقد (المحيل) قد تغير، وأصبح التزاما جديدا مرتبطا بشخص أخر (المحال له)، ويكون رب العمل باعتباره المحال عليه قد اعتد بشخصية المحال له أو بأحد صفاته حال إقراره الاتفاق، وبالتالي فإنه عندما تراعي شخصية المقاول أو صفاته في العقد فتصبح حوالة العقد غير متصورة .

بيد أننا لا نتفق مع هذا الرأي في مطلقه، حيث يصح هذا التحليل بالنسبة للتنازل عن المقاولة من الباطن دون علم رب العمل ابتداء، ثم موافقته على شخص المقاول من الباطن بعد ذلك، فنكون بصدد تجديد لعقد المقاولة بتغيير شخص المقاول، أما بالنسبة لحوالة العقد فإن موافقة رب العمل على تغيير شخص متعاقده كما يذهب هذا الرأي من شأنه أن يعدم كل أثر للاعتبار الشخصي المتوافر ابتداء حال ابرام العقد المحال به، وبالتالي يصبح العقد المحال به من غير عقود الاعتبار الشخصي انتهاء ومن ثم فلا يكون هناك مانعا من حوالته. وذات الأمر يتحقق بالنسبة لعقد العلاج الذي تكون فيه شخصية الطبيب محل اعتبار شخصي، وبالنسبة للتعاقد مع رسام مشهور لرسم لوحة معينه، حيث تكون مثل هذه العقود قد روعيت فيها شخصية المتعاقد ومن

(١) مشعل حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، دراسة مقارنة وفقا للقانون الكويتي والقوانين المقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، المجلد ٣٣، ٢٠٠٩، ص ٩٥.

(٢) د. عبد الودود يحي، حوالة الدين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٢٠٧.

ثم يمتنع على أي من هؤلاء حوالة عقودهم للغير لهذا الاعتبار، ما لم يوافق المريض أو رب العمل على ذلك [١].

ثالثا: ألا يوجد مانع قانوني أو اتفاقي من حوالة العقد:

من الشروط الخاصة أيضا عدم وجود مانع قانوني أو اتفاقي من حوالة العقد، فقد يرجع المنع من ابرام أحد المتعاقدين لحوالة العقد نص قانوني، حيث يقوم المشرع بموجب نص قانوني خاص بسلب سلطة أطراف عقد معين في القيام بحوالة المركز القانوني الناشيء عنه، وغالبا ما قد يرد هذا المانع القانوني على عقود الإيجار عامة وعقود الإيجار التمويلي خاصة.

ولا شك أن المنع القانوني يختلف عن الاعتبار الشخصي بالمعنى السابق توضيحه، إذ فيصل التفرقة بينهما هو طبيعة الالتزام؛ فإذا كانت شخصية المتعاقد جوهرية في العقد عد ذلك من قبيل الاعتبار الشخصي، أما إن لم تكن شخصيته جوهرية ومع ذلك وجد نص قانوني يحظر حوالة العقد كنا بصدد مانع قانوني.

بيد أن النص القانوني الذي يرد من خلاله المنع قد يكون نصا آمرًا، وقد يكون نصا مفسرًا، وبالتالي فإنه في حالة تضَمن المنع نصًا آمرًا، فيكون جزاء الاتفاق على حوالة العقد برغم النص هو بطلان الحوالة، أما في الحالة التي يتضمن المنع نصا من النصوص المفسرة، فيكون من الجائز أن يتفق المتعاقدان على حوالة العقد رغم النص، باعتبار أنه يجوز لهم الاتفاق على مخالفة ما تضمنته النصوص المفسرة من أحكام.

وقد يكون المانع من حوالة العقد راجعا إلى اتفاق المتعاقدان، وهو ما يتحقق حينما يدرج المتعاقدان شرطا مانعا من حوالة العقد ضمن بنود العقد وشروطه. وقد يرد

---

(١) د. سمير إسماعيل حامد، المرجع السابق، ص٢٠٢.

هذا الشرط صريحا أو ضمنيا، فالشرط الصريح هو الذي يكون قاطعًا في دلالته على منع حوالة العقد من قبل أحد المتعاقدان، أما الشرط الضمني فهو ذلك الشرط الذي يستفاد من ظروف التعاقد ما دامت الظروف قاطعة الدلالة في ذلك كما لو كانت شخصية المحيل محل اعتبار لدى المتعاقد الأخر (المحال عليه) [١].

فالشرط المانع هو شرط يضمنه أحد المتعاقدين للعقد المبرم، يمنع به نفسه أو المتعاقد الآخر من القيام بنقل المركز العقدي لأحد الأطراف إلى الغير. وبالتالي فإنه متى تضمن العقد مثل هذا الشرط تعين على أطرافه احترامه، والامتناع عن حوالة مركزهما العقدي للغير.

وقد يرد الشرط المانع في العقد مقيدًا أو مطلقًا، فيكون الشرط مطلقًا بحيث يشمل جميع أنواع التصرفات ولأي شخص ولكافة مكونات العقد وأجزاؤه، ولا يكن بمقدور المحيل حياله أن يرفع المنع مهما كانت الوسيلة، أما صفة التقييد فتفترض إمكانية حوالة العقد بداية غير أنها تكون مقيدة بشروط معينة ومحددة، كالتقييد بضرورة توافر رضاء المحال عليه أو موافقته على شخص المحال له.

ففي عقد الإيجار يجوز للمستأجر باعتباره صاحب حق شخصي أن يباشر جميع التصرفات القانونية الجائزة بحقه طبقا للقواعد العامة ومن ضمن هذه التصرفات حوالة عقد الإيجار للغير، غير أن ورود شرطا مانعا أدرجه المؤجر ضمن بنود عقد الإيجار من شأنه أن يقيد رخصة التصرف بواسطة حوالة العقد بصفة مطلقة أو مقيدة [٢]. هذا وقد أكد القضاء المصري على ذلك حيث قرر أنه: " إذا تضمن عقد الإيجار مثلا بندًا

(١) د. حبيب عبيد العماري، الشرط المانع في عقد الإيجار، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة، بدون سنة نشر، ص٣١٦.

(٢) د. حبيب عبيد العماري، المرجع السابق، ص٣١٤.

يحظر على المستأجر أن يحيل عقده للغير لأي سبب من الأسباب دون الحصول على إذن كتابي من المؤجر وتمت الحوالة، اعتبرت في هذه الحالة باطلة، وكان شرط الحصول على رضا المؤجر بالحوالة يلحق الشرط المانع المطلق في الأثر، فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع له دون أن يملك مناقشة الأسباب التي جعلت المؤجر يفرضه عليه، فطالما أجاز المشرع مطلقا أو مقيدًا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه..." [١].

بيد أن المشرع المصري قد أفرد بعض المبادئ في خصوص التنازل عن عقد الإيجار، إذ جعل الأصل هو حق المستأجر في التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن في كل ما استأجره أو بعضه، وجعل الاستثناء هو منع التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن [٢].

وبالتالي فإنه يجب لصحة انعقاد حوالة العقد ألا يكون هناك شرطا مانعا يحظر بمقتضاه أحد المتعاقدان على الأخر حوالة العقد أما صراحة أو ضمنا، غير إذا أبرمت حوالة العقد رغم وجود الشرط المانع، فقد تصبح الحوالة صحيحة رغم وجود الشرط المانع، إذا تنازل المحال عليه عن الشرط وأقر حوالة العقد بعد إبرامها.

فالشرط المانع من الحوالة قد يكون مقررًا لمصلحة المحال عليه، وبالتالي قد يتنازل عنه في أي وقت، إما من خلال تنازل صريح بموجب تصريح كتابي موجه إلى المحيل والمحال له، أو يمكن على رأي البعض أن يكون التنازل ضمنيا يستدل عليه من

(١) نقض مدني، ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٠٩، صفحة ٥٥٨.
(٢) انظر نص المادة (٥٩٣) من القانون المدني المصري.

ظروف الحال كما لو سكت المحال عليه ولم يعترض على حوالة العقد بالرغم من وجود الشرط المانع، أو قام بالتعامل مع المحال له فيما يخص أثار العقد المحال به [١].

غير أننا نرى أنه إن كان بإمكان المحال عليه أن يتنازل عن الشرط المانع خاصة في الحالات التي يكون هذا الشرط قد ضرب في العقد لمصلحته أن يكون تنازله صريحا ومكتوبا، من أجل سد باب النزاع حول هذا الأمر، بما يحقق مصلحة الأطراف الثلاثة في حوالة العقد.

وأيضا وبخصوص عقد الإيجار فقد أعطى المشرع المصري للقاضي سلطة تقديرية في تعطيل الشرط المانع من حوالته من قبل المستأجر، إذ تنص المادة (٥٩٤-٢) من القانون المدني المصري على أنه: " .... ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشأ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق". وبالتالي أجاز المشرع للقاضي أن يعطل الشرط المانع وأن يقضي بصحة حوالة عقد الإيجار من قبل المستأجر بالرغم من وجود الشرط المانع شريطة توافر حالة من حالات الضرورة وعدم إصابة المحال عليه (المؤجر) بضرر محقق [٢]. وكنا نأمل لو أن المشرع لم يقيد صلاحية

---

(١) د. حبيب عبيد العماري، المرجع السابق، ص٣١٩.

(٢) وفي ذات الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه " من المقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل أن المشرع في المادة ٣١ / ٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة للمادة ١٨ / ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد حظر على المستأجر التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن إلا إذا صرح له المؤجر بذلك كتابة، واستثناء من هذا الشرط المانع نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ من القانون المدني على حق المستأجر لمكان أنشأ فيه متجراً أو مصنعاً في أن يتنازل عنه للغير بأن يبيعه له بالجدك إذا اقتضت الضرورة ذلك دون ما حاجة لموافقة المؤجر على هذا التنازل ، إلا أن ذلك مشروط بأن تتوافر في البيع بالجدك كافة الشروط التي يتطلبها هذا النص القانوني ... وبديهي بأن عدم توافر تلك الشروط يجعل =

القاضي في تعطيل الشرط المانع من حوالة العقد بقيد الضرورة لبيع المصنع أو المتجر، ذلك لأن المستأجر (بائع المصنع أو المتجر) لن يقدم على بيع منقولاته في المصنع أو المتجر إلا بناء على مبرر يدفعه لذلك، فضلا عن الصعوبة في تحديد معيار ثابت ومحدد لحالة الضرورة التي تبرر بيع المصنع أو المتجر في مثل هذه الظروف.

وجدير بالذكر إنه يحسب للمشرع المصري في هذا الشأن، أنه أجاز حوالة العقد بالنسبة لعقد الإيجار رغم وجود الشرط المانع من ذلك، حيث شرع قانونا خاصا لمعالجة ما أسفر عنه تطبيق نص المادة (٥٩٤-٢) من القانون المدني المصري من مشاكل عملية، إذ تنص المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه: " .... يقضي بإلزام المستأجر في الحالات التي يجوز فيها النزول عن الإيجار بتخويل المالك نسبة ٥٠% من مقابل التنازل بعد خصم قيمة المنقولات التي 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 مخصوما منه نسبة ال ٥٠% المشار إليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار إيداعا مشروطا بالتنازل عن عقد الإيجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الإعلان. وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك مباشرة نسبة ال ٥٠% المشار إليها"[1].

=

التصرف الصادر من المستأجر تنازلاً مخالفاً للحظر الوارد في القانون وهو ما يبرر للمؤجر طلب إخلاء المكان المؤجر ما لم يوافق على هذا التنازل أو يكون قد تنازل ضمناً عن التمسك بالشرط المانع وحقه في الإخلاء " . انظر الطعن رقم ٧١٥٦ لسنة ٧٧ قضائية، جلسة ٢٠٤-٢٠٠٨. دوائر الإيجارات.

(١) نص المادة رقم (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ومن جانب أخر وعلى ذات النهج فإن المشرع المصري قد أجاز لمستأجر المكان لغرض مزاولة مهنة المحاماة أو لورثته حوالة عقد الإيجار لهذا المكان لمستأجر أخر يزاول نفس المهنة (المحاماة) مع عدم الإخلال بحق المالك في الحصول على نسبة ٥٠% من مقابل التنازل عن حق الانتفاع المنصوص عليه في المادة رقم (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر [١].

وبذلك فإننا نلحظ حرص المشرع المصري على تحقيق الموازنة بين مصلحة المحال عليه من جانب، والمحيل والمحال له من جانب أخر فيما يخص إمكانية الاتفاق على حوالة عقد الإيجار المحال به رغم وجود شرط مانع من الحوالة، فضلا عن حرص المشرع من خلال ذلك على تحقيق المصلحة العامة من خلال تشجيع ممارسة بعض الأنشطة المهنية كنشاط المحاماة. ونأمل في أن يمتد هذا الحكم لغيره من الحالات الأخرى التي تقتضيها حماية المصلحة العامة في تشجيع كثير من الأنشطة المماثلة مثل حالات الإيجار للمستشفيات الخاصة والصيدليات والمجمعات الخدمية، بحيث يمكن للقائمين على هذه المجالات حوالتها للغير الذي يكون بمقدوره أن يستكمل النشاط حال حدوث أي طارئ أو عذر قهري يمنع المستأجر القائم على هذه الأنشطة من استكمال نشاطه، ووجود شرط مانع يحظر عليه حوالة عقده للغير. فستفيد من نفس الحكم الخاص بمهنة المحاماة لاتحاد العلة في الحالتين.

(١) نص المادة رقم (٥٥-٢) من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

المطلب الثاني

صفة المحال له في عقد الحوالة

يثور الجدل الفقهي حول صفة المحال له بعد إقرار حوالة العقد كنظام مستقل من قبل المشرع الفرنسي ومن قبله المشرع الإيطالي، حيث يكيف البعض مركز المحال له بأنه يعد خلفا خاصًا للمحيل في العقد المحال به، بينما يتجه البعض الأخر إلى اعتباره طرفا في العقد المحال به.

ونعرض لحقيقة صفة المحال له في العقد المحال به من خلال فرعين متتالين:

الفرع الأول: المحال له خلفا للمحيل في العقد المحال به.

الفرع الثاني: المحال له طرفا في العقد.

الفرع الأول

المحال له خلفا خاصا للمحيل في العقد المحال به

يميل جانب من الفقه إلى القول بأن الحق العيني وحده هو الذي يكون محلا للخلافة الخاصة، فالخلف الخاص هو من يخلف السلف في حق عيني، وبالتالي يخلص هذا الاتجاه إلى تعريف الخلف بأنه من يتلقى ملكية شيء أو حقا عينيا على هذا الشيء بموجب عقد سواء كان من عقود المعاوضات أو من عقود التبرع [١].

(١) د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٥٥.

والملاحظ أن نطاق الخلافة الخاصة يضيق وفق هذا التعريف دون سند مقبول، اذ تقتصر صفة الخلف على من يتلقى حقا عينيا أو شيئا من الأشياء فقط، وبالتالي لا يشمل وصف الخلف من يتلقى حقا من الحقوق الشخصية، أو دينا شخصيا أو كلاهما كما هو الحال بالنسبة لحوالة العقد، فضلا عن أن الخلافة الخاصة في نظر هذا الاتجاه لن تقوم إلا بالنسبة للعلاقات التي تربط فيها علاقة السلف بالخلف الخاص علاقة ذات طابع تعاقدي، مع أن انتقال الحق للخلف الخاص بقوة القانون يعد أحد مصادر الخلافة الخاصة.

وعلى ذلك فإنه وفق هذا الاتجاه المضيق سوف يقتصر وصف الخلف الخاص فقط على من يتلقى حق عينيا من السلف، أما الحقوق الشخصية أو الالتزامات فلا تقع فيها الخلافة الخاصة، ولعل التبرير الذي اعتمد عليه هذا الجانب من الفقه يتمثل في القول بأنه إذا كان لا يجوز طبقا للعدالة والمنطق أن يجد الخلف الخاص نفسه ملزما بموجب عقد لم يكن يساهم في انعقاده لا صراحة ولا ضمنا، فبالمقابل إذا نشأ عن العقد حق يتعلق بالشيء الذي انتقل للخلف الخاص على النحو الذي لا تكون لهذا الحق فائدة دون هذا الشيء، فإن المنطق يقضي بأن يستفيد الخلف الخاص من هذا الحق متى أصبح مالكا للشيء، لأن الانتقال لا يضر أحد في هذه الحالة[١].

وعلى عكس هذا الاتجاه المضيق يرى الفقه الغالب أن الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في أي حق من الحقوق أيا كانت طبيعة الحق سواء أكان حقا عينيا أم حقا شخصيا[٢]، وبالتالي فإن الخلف الخاص عندما يتلقى عن سلفه عنصرا من عناصر

(١) د. طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٦.

ذمته المالية يكسب في ذات الوقت قابلية حيال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود أبرمها السلف، بحيث أن هذه القابلية تشبه تلك التي تثبت للخلف العام عند موت السلف. وبالتالي فإن الحق الشخصي يمكن أن يكون محلا للخلافة سواء في جانبه الإيجابي أو السلبي، وبالتالي يثور التساؤل حول مدى صحة القول بكون المحال له خلفا خاصا للمحيل في العقد المحال به.

يذهب البعض في ذلك إلى القول بأن الخلف الخاص مثلما يكون له قابلية تلقي الحق عن سلفه، فإن له ذات القابلية أيضا بالنسبة للالتزام الناشىء عن عقد السلف، شريطة أن يكون الالتزام قد نشأ على أساس وجود الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص، وألا يكون بمقدور السلف أن ينفذ التزامه بنفسه بسبب انتقال الشيء إلى خلفه [١].

وبالتالي ووفقا لهذا الاتجاه فإنه لا يوجد ما يمنع من اعتبار المحال له في العقد المحال به خلفا خاصا لسلفه المحيل، يتمتع بالحقوق الناشئة عنه، ويتحمل أيضا بالالتزامات المترتبة عليه، وليس ثمة ما يلحق بالمحال عليه ضرر من ذلك ما دام أن من مصلحته أن يتم تنفيذ الالتزام وما دام أن السلف قد أصبح في وضع لا يستطيع فيه تنفيذ هذا الالتزام. ولجأ البعض في تبرير ذلك استنادا لنص المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي ليستنتج منها أن المحيل بارتباطه مع المحال عليه في العقد المحال به، يفترض أنه تعاقد لمصلحة المحال له، مما يعني أن المحال عليه يفترض عكسيا أنه ارتبط بالمحال له، بحيث تظهر الإرادة من جديد في شكل قرينة، مما تصبح معه حوالة العقد الاتفاقية ممكنة [٢].

---

(١) د. طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص ٣٨.

(2) Aynes (Laurent) ; op.cit., p.258.

وذهب البعض من الفقه [١] إلى القول بأنه حتى يعتبر المحال له بمثابة الخلف الخاص للمحيل فإنه لابد من توافر الشروط التي حددت بمقتضى نص المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". حيث وضعت شروطا لانتقال أثار العقد إلى الخلف الخاص والتي تتمثل في ضرورة أن تكون الحقوق والالتزامات متصلة بالشيء الذي انتقل، وأن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء، وأن يعلم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات وقت تحقق انتقال الشيء.

غير أن هذا التحليل ليس صحيحا في مطلقه، إذ إنه وبالتطبيق على حوالة العقد فلا يمكن القول إن حوالة العقد من مستلزمات الحق، فمثلا الحوالة القانونية لعقد العمل ليست من مستلزمات تشغيل المنشأة التي بيعت، كما وأن شرط علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات ليس متوافرا بالنسبة لحوالة العقد القانونية لأنها تتم بقوة القانون سواء أكان المحال له عالما بها أم لا، حيث أن العلم هنا غير ضروري وليس من المهم البحث عن توافر رضاء المحال، إذ يصبح الغير المحال له طرفا في العقد ويلتزم بالتزامات المتعاقد بمجرد انتقال العين المستخلف فيها إليه، ومن ثم يصبح المحال له طرفا في هذا العقد الذي لم يكن قد شارك في ابرامه، وتكون له جميع حقوق المتعاقد، وبالتالي فإن القانون هو الذي حدد الإطار العام لهذه الأثار[٢].

(١) د. طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها.

(٢) د. محمدي سليمان، مبدأ نفاذ العقد، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٧٦ وما بعدها.

وبالتالي فإن نص المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري والتي يقابلها نص المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي لا تصلحان أساسا لتحديد صفة المحال له باعتباره خلفا خاص للمحيل، مما يدفع إلى القول بأن القانون هو الذي يحدد أثار حوالة العقد القانونية نظرًا لوجود اعتبارات معينة سواء تعاقدية أو لوجود مصلحة اجتماعية، مما يجعل أثار العقد تستمر في مواجهة شخص من الغير ويصبح ملزما به بمقتضى القانون.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل ذات الحكم ينطبق على حوالة العقد الاتفاقية، فهل يصبح المحال له طرفا في العقد المحال به بناء على الاتفاق المبرم بينه وبين المحيل؟

الفرع الثاني

المحال له طرفا في العقد المحال به

يذهب البعض إلى اعتبار المحال له طرفا في العقد المحال به، رغم أنه يساهم في إبرامه زمن الانعقاد، حيث يرون أن صفة الطرف تستبدل، بحيث تنتقل من المحيل إلى المحال له بمقتضي الاتفاق على الحوالة.

تلك الرؤية عارضها البعض من الفقه استنادا إلى نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي[1]، باعتبار أنها تحظر على المحيل أن يتحرر وحده من العقد

(1) « La force obligatoire du contrat interdit que l'une des parties se substitue un tiers sans le consentemnt de l'autre, sauf bien sûr lorsque la loi l'y autorise ». Art 1134 du franceis civil law.

الذي يربطه بالمحال عليه، وبالتالي فإن اتفاق الحوالة لا يسمح للمحيل أن ينقل للمحال له صفة الطرف طالما أن المحيل يظل محتفضا بصفته كطرف في العقد المحال به رغم اتفاق الحوالة. بل أن صفة الطرف لا تنتقل من المحيل إلى المحال له ولو كان المحال عليه قد رضى بالحوالة أو وافق عليها، إذ أن رضائه يترتب عليه نشوء عقد جديد بإيجاب وقبول جديدان بين المحال له والمحال عليه يكون له نفس خصائص العقد المحال به. كما يستند أنصار هذا الاتجاه إلى مبدأ نسبية أثر العقد، والتي من أثاره أن يظل العقد حبيس أطرافه، فتترتب أثاره سلبا وايجابا فقط في حق طرفيه، ولا تتجاوزهما إلى الغير، حيث يتمسك أنصار هذا الرأي بحرفية مبدأ نسبية أثر العقد، فمن لم يكن طرفا في العقد منذ بداية انعقاده لا يستفيد منه ولا يضار من أثاره [١].

وبالتالي فإن فكرة حوالة العقد إذا رتبت انتقال صفة الطرف للمحال له فإنها بذلك تكون قد خالفت مقتضيات مبدأ نسبية أثر العقد.

غير أنه يمكن الرد على الرأي السابق، حيث أن العقد الجديد الذي يتكون بين المحال له والمحال عليه، سيكون فعلا عقدا مختلفا عن العقد المحال به، فحوالة العقد تصبح التقنية الوحيدة التي تسمح باستبدال أحد طرفي العقد بشخص من الغير بجميع ما يستمل عليه من أركان وشروط دون تحوير فيها [٢]. فلا شك أن حوالة العقد من شأنها أن تحافظ على القوة الملزمة للعقد بما في ذلك السبب لا أن تنتهكها، وهذا ما يفسر إمكانية أن يصبح المحال له دائنا ومدينا، وبالتالي طرفا في عقد قائم، فمضمون العقد لم يتغير من حيث المحل والسبب، فليس هناك خروج عن القوة الملزمة للعقد التي لا تتطلب عدم تغيير العقد من حيث المضمون والسبب ولا تخص الطرف، فمادام أن

(١) د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٨٣.

القوة الملزمة للعقد لم تمس فليس هناك مانع من الحوالة وصيرورة المحال له طرفا في العقد المحال به.

وبالتالي ليس هناك ما يمنع من أن يعتبر المحال له طرفا في العقد المحال به طالما أن أطرافه لم يدرجا شرطا مانعا للحوالة لحظة انعقادها، ولم يؤكدا على أن شخصية أحدهما محل اعتبار بحيث لا يمكن استبدالها.

ونخلص مما سبق إلى القول بأن المفهوم الحديث للالتزام، ووفقا للنظرية الموضوعية أصبحت صفة الطرف تخرج عن معناها الضيق الذي كان محصورا في مرحلة تكوينه، وتدخل معنى مرن يجعل العقد متدرجا في الزمن، بمعنى أنه أصبح يستوي في صفة الطرف أن تثبت ابتداء بموجب القانون أو الإرادة لمن أنشأ العقد عند ابرامه أم يكتسبها بمقتضى القانون أو الإرادة من ارتبط بالعقد بعد ابرامه وأثناء تنفيذه، بحيث يغلب اعتبار الإبقاء على استمرارية العقد على اعتبار صفة أطرافه، خاصة عندما لا يتواجد من الأسباب التي تحول دون ذلك.

المبحث الثاني

أثار حوالة العقد

حوالة العقد عملية ثلاثية الأطراف، ينشأ عنها ثلاث علاقات مختلفة، علاقة بين المحيل والمحال له، وعلاقة بين المحيل والمحال عليه، وعلاقة بين المحال له والمحال عليه. وبالتالي فمتى نشأت حوالة العقد بشكل صحيح رتبت أثارًا تتعلق بأطرافها الثلاثة، وهو ما نعرض له من خلال المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: أثار حوالة العقد في العلاقة بين المحيل والمحال له.

المطلب الثاني: أثار حوالة العقد في العلاقة بين المحيل والمحال عليه.

المطلب الثالث: أثار حوالة العقد في العلاقة بين المحال له والمحال عليه.

المطلب الأول

أثار حوالة العقد في العلاقة بين المحيل والمحال له

بموجب عقد حوالة العقد يحيل المحيل مركزه العقدي إلى المحال له، سواء أكان ذلك بمقابل أم بغير مقابل. ويترتب على ذلك أن يتمتع المحال له بكافة الحقوق التي يرتبها المركز العقدي المحال، ويلتزم بكافة الالتزامات الناشئة عنه، إضافة لانتقال الحقوق الإرادية التي تخوله إما إنشاء مركز قانوني، أو تعديل مركز قانوني موجود مسبقا أو انهاؤه. وبموجب حوالة العقد تترتب العديد من الالتزامات التي يتحملها

المحيل، كما تترتب بعض الالتزامات التي يتحملها المحال له. لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين متتالين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التزامات المحيل.

الفرع الثاني: التزامات المحال له.

الفرع الأول

التزامات المحيل

يقع على عاتق المحيل في مواجهة المحال له ثلاثة التزامات رئيسية هما الالتزام بضمان مركزه العقدي، والالتزام بالحفاظ على المركز العقدي للمحال له، والالتزام بدفع مقابل الحوالة.

أولا: الالتزام بالضمان:

يقع على عاتق المحيل التزاما بالضمان في مواجهة المحال له، وقد اختلفت التشريعات في محل هذا الضمان، فمنها من فرض على المحيل التزام بضمان صحة العقد كالمشرع الإيطالي [١]، ومنها ما فرض على المحيل الالتزام بضمان تنفيذ العقد كالمشرع الفرنسي [٢]، ومنها ما فرض على المحيل ضمان المركز العقدي كالمشرع البرتغالي [٣].

(١) انظر نص المادة (١٤١٠) من القانون المدني الإيطالي.

(٢) انظر نص المادة (١٢١٦-١) من القانون المدني الفرنسي.

(٣) انظر نص المادة (٤٢٦) من القانون المدني البرتغالي.

وجدير بالذكر أن المحيل عندما يضمن وجود العقد وصحته، فإنه يضمن بذلك ما يتضمنه المركز العقدي الناشيء عن هذا العقد من حقوق والتزامات ارادية، ويضمن أيضا ما يرتبط بالعقد من تأمينات وضمانات، ومن ثم إذا انقضت هذه الحقوق أو الالتزامات لأي سبب من أسباب الانقضاء، فإن المحيل يكون ضامنا لذلك [١].

وترتيبا على ذلك، فإذا كان العقد المحال الذي تنشأ عنه الحقوق والالتزامات باطلا، فإن المحيل لا بد وأن يضمن للمحال له ذلك، حيث تكون الحقوق التي تم احالتها للمحال له بمقتضى حوالة العقد موجودة وقت الحوالة، أما لو انقضى العقد الأصلي بعد ذلك فانتهت بانقضائه الحقوق التي انتقلت للمحال له، فلا يضمن المحيل انتهائها في مثل هذه الحالة، فإذا كان عقد الإيجار الأصلي المحال به غير ثابت التاريخ وباع المؤجر العين المؤجرة، فينتهي الإيجار بالبيع وتنتهي معه حقوق المحال له [٢].

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد يتفق المحيل والمحال له على تشديد الضمان أو تخفيفه، بحسب الدوافع التي يرمي إليها كلا من الطرفين، ومن أوجه التشديد التي قد يتفق عليها الطرفان، اتفاق المحيل والمحال له على أن يضمن المحيل يسار المحال عليه لفائدة المحال له وقت الحوالة، أو الاتفاق على أن يلتزم المحيل بضمان تنفيذ العقد المحال من طرف المحال عليه. والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد اشترط لتشديد ضمان المحيل لتنفيذ العقد من جانب المحال عليه عدم وجود شرط مخالف يقضي بالإعفاء من هذا الضمان أو الاعفاء منه [٣].

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٤١.

(٣) انظر نص المادة (١٢١٦-١) من القانون المدني الفرنسي.

أما الاتفاق على تخفيف الضمان فمن صوره أن يتم الاتفاق على اعفاء المحيل من الضمان بصفة مطلقة، كالاتفاق على عدم ضمان المحيل وجود المركز العقدي أو صحته [١]، احترازا من مطالبته بضمان وجود مركز عقدي لا يكون هو نفسه أي المحيل مستوثقا من خلوه من العيوب، وإن كان هذا الفرض مستبعد من الناحية العملية.

ونتفق مع بعض الفقه في رفض تكيف حوالة العقد على أنها تعد نوعا من البيوع حينما تكون الحوالة بمقابل، بينما تكون هبة حال انعدام المقابل، بالنظر إلى هذا القول ليس دقيقا في مطلقه، إذ إن نطاق ضمان المحيل تجاه المحال له يعد قاصرا، ولا يقارن بالضمانات التي يفرضها عقد البيع على البائع، حتى في الحالة التي تكون فيها الحوالة بمقابل، فلا يلتزم المحيل للمحال له بضمان التعرض الصادر له من الغير، فضلا عن أنه وبرغم التزام المحيل بالتسليم كما سوف نري في الالتزام الثاني من التزامات المحيل؛ إلا أن المحيل لا يضمن للمحال له العيوب الخفية التي قد تعتري محل الحوالة [٢].

ثانيا: الالتزام بالحفاظ على المركز العقدي للمحال له:

لما كان محل حوالة العقد بالنسبة للمحيل هو مركزه العقدي، فإن المحيل يلتزم بتسليم المحال له المركز العقدي على وفق ما تم الاتفاق عليه دون أي تبديل أو تغيير، وإلا كان المحيل مسؤولا في مواجهة المحال له.

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٦.

وبالتالي يكون المحيل مسؤولا في مواجهة المحال له متى اختلف المركز العقدي المتفق على تحويله والمركز العقدي الذي تمت حوالته فعليا، سواء في جانبه الإيجابي (الحقوق)، أو في جانبه السلبي (الالتزامات) [١]، ويكون للقاضي عند النزاع سلطة تقديرية في تطبيق القواعد العامة لفسخ العقود، وبالتالي سلطة تقدير مدى توافر مبررات الحكم بفسخ عقد الحوالة، أو الاقتصار على الحكم بالتعويض من عدمه [٢].

كما يجب على المحيل في ضوء هذا الالتزام بتمكين المحال له من ممارسة حقوقه الناشئة من العقد، من خلال ضرورة تزويده بالمعلومات المتعلقة بالعقد، كما يلتزم المحيل أيضا بتسليم المحال له كافة الوثائق والمستندات اللازمة لإثبات العقد المحال.

ثالثا: التزام المحيل بدفع مقابل الحوالة:

إذا كان الواقع يفرض أن من يدفع مقابل الحوالة هو المحال له، باعتبار أن ذلك سيكون ثمن نقل المحيل لمركزه العقدي، فإن هناك حالات أخرى يلتزم فيها المحيل بدفع مقابل الحوالة كما هو الحال في الفرض الذي يحيل فيه المقاول مركزه العقدي الناشيء عن عقد المقاولة إلى مقاول من الغير، يتولى تنفيذ العقد بدلا منه أو تكملة ما نقص من تنفيذه، بحيث يدفع المقاول الأصلي للمقاول المحال له ثمن ما سيقوم بتنفيذه بدلا منه.

---

(1) Jeuland (Emmanuel); op.cit. p 13.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٧.

الفرع الثاني

التزامات المحال له

يلتزم المحال له بمواجهة المحيل بالتزامين هما أولا: الالتزام بتنفيذ المركز العقدي المتفق على حوالته، وثانيا: الالتزام بدفع مقابل الحوالة، وهو ما نعرض له تباعا على النحو الآتي:

أولا: الالتزام بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن المركز العقدي:

لما كانت حوالة العقد عقدا ملزما للجانبين، يتخلى بموجبه المحيل عن الحقوق الناشئة عن العقد المحال به إلى المحال له في مقابل تحمل الأخير بالالتزامات التي تقع عليه من هذا العقد، وقد تكون حوالة العقد قد تمت بمقابل أو بدون مقابل، وفي الحالتين يلزم المحال له بتنفيذ المركز العقدي الذي أحيل إليه، أي يلتزم بتنفيذ جميع الالتزامات التي كانت ملقاة على عاتق المحيل في مواجهة المحال عليه قبل انعقاد الحوالة، ففي حالة حوالة عقد الإيجار، يحل المتنازل له محل المستأجر الأصلي في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار.

ويفرق بعض الفقه [1] بين الحوالة التامة والناقصة في بيانه لهذا الالتزام، حيث يرى أنه في الحوالة التامة والتي يكون فيها رضاء المحال عليه على حوالة المحيل لمركزه العقدي متوافرا، فإن المحيل تبرأ ذمته تجاه المحال عليه، ويخرج من الرابطة العقدية التي تجمع المحال له بالمحال عليه، وبالتالي فلا يعنيه ما إذا كان المحال له سوف يتم تنفيذ المركز العقدي المحال من عدمه، وبالتالي تبرأ ذمة المحال له من ضمان هذا الالتزام في مواجهة المحيل، أما في حالة الحوالة الناقصة، حيث لا تبرأ ذمة

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٧.

المحيل فيها، إما لرفض المحال عليه إبراءه، أو لوجود التزام مسبق للمحيل بضمان تنفيذ العقد المحال به من قبل المحال له، ففي هذه الحالة لابد أن يقوم المحال له بتنفيذ العقد المحال به حتى تبرأ ذمة المحيل.

ويثور التساؤل بشأن مدى تنفيذ المحال له للالتزامات التي كانت في ذمة المحيل للفترة السابقة على حوالة العقد، والتي لم يتم الوفاء بها؟

لا شك أن المحال له لا يلتزم بدفع ما يترتب على هذه الالتزامات السابقه من مبالغ، كما وأنه غير ملزم بتنفيذها طالما كانت مفروضة على المحيل في الفترة السابقة على عقد الحوالة، بيد إنه قد يضطر إلى دفعها أو يجبر على تنفيذها نتيجة لجوء المحال عليه للدفع بعدم التنفيذ، فيكون للمحال له بعد أن دفعها أن يرجع على المحيل بمقدار ما أوفاه وفقا لقواعد دفع غير المستحق، ما لم يكن هناك اتفاق بمقتضى عقد الحوالة ينص على أن المحال له يقع على عاتقه تنفيذ هذه الالتزامات [1].

ثانيا: الالتزام بدفع مقابل الحوالة:

كأثر لحوالة العقد تنشأ علاقة مباشرة بين المحيل والمحال له، لذا فإن نطاق ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات لكل من الطرفين يتحدد وفقا لهذا الاتفاق. وتعد حوالة العقد اتفاق ملزم للجانبين حيث يعد كل طرف منهما دائن ومدين في نفس الوقت، فالمحيل يتنازل عن مركزه العقدي في مقابل تحمل المحال له للالتزامات الناشئة عن هذه الحوالة، وقد تكون حوالة المركز العقدي للمحيل قد تمت بمقابل أو بدون مقابل، وفي الحالة التي تكون الحوالة قد تمت بمقابل فإن المحال له يلتزم بدفعه للمحيل، فمثلا لو كان العقد المحال به هو عقد إيجار فإن المحال له يدفع للمحيل مقابل لهذه الحوالة

(1) Simont (L.); op.cit. no12, p311.

بالإضافة إلى الأجرة التي يلتزم المحال له بدفعها للمحال عليه (المؤجر)، وهي نفس الأجرة التي كان المستأجر الأصلي المحيل يدفعها قبل ابرامه لحوالة العقد، وهي في العادة تدفع أقساطا، غير أنها بالفعل تختلف عن مقابل الحوالة التي نص المشرع المصري في قانون ايجار الأماكن على ضرورة حصول المؤجر على ٥٠% منها كما سبق بيانه والتي غالبا ما تدفع دفعة واحدة وليس على دفعات كبدل الإيجار.

وجدير بالذكر أن مقابل حوالة العقد الذي يلتزم المحال له بدفعه قد يكون في صورة عينية، كما يكون في صورة نقدية بحسب ما يتم الاتفاق عليه بين المحيل والمحال عليه [١].

وبغض النظر على طبيعة مقابل حوالة العقد أو طريقة دفعه، فإن المقابل أو الثمن لا يكون مضمونا بامتياز المؤجر، وإنما يكون مضمونا بامتياز بائع المنقول، وهذا راجع لكون العلاقة بين المستأجر والمحال له هي علاقة حوالة وليست علاقة إيجار [٢].

(١) د. ليلى لبيض، الضمان في التنازل عن الإيجار، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان، الجزائر، المجلد السابع، العدد الأول، ٢٠١٤، ص١٠١.

(٢) د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد الإيجار، المنشورات الحقوقية، الطبعة الرابعة، بيروت، ١٩٩٩، ص٧٨٥.

المطلب الثاني

العلاقة بين المحيل والمحال عليه

لا شك أن الغاية التي يرمي أطراف حوالة العقد إلى تحقيقها، هي نقل المركز العقدي للمحال له بما يتضمنه من حقوق والتزامات وحقوق إرادية، بما يرتبه ذلك الأمر من أثر مفاده نشوء علاقة جديدة مباشرة بين المحال له والمحال عليه. ويطرح هذا الأثر التساؤل الآتي: هل يترتب على نشأة هذه العلاقة الجديدة بين المحال له والمحال عليه خروج المحيل منها وبراءة ذمته قبل المحال عليه، أم يبقى ضامنا رغم حوالة مركزه العقدي؟

لبيان ذلك يجب التمييز بين حالتين، حالة الحوالة التامة، وحالة الحوالة الناقصة، ونعرض لكل منهما في فرع مستقل على النحو الآتي:

الفرع الأول: بالنسبة لحوالة العقد الكاملة.

الفرع الثاني: بالنسبة لحوالة العقد الناقصة.

الفرع الأول

بالنسبة لحوالة العقد الكاملة

تعد حوالة العقد كاملة حال أبرمها المحيل والمحال له، ثم قبلها المحال عليه، حيث تنشأ علاقة مباشرة بين المحال له والمحال عليه، ويخرج المحيل من الرابطة العقدية التي كانت تربطه بالمحال عليه، وبذلك تبرأ ذمته، وتنقطع أي علاقة ناشئة عن

العقد المحال به، باعتبار أن سبب العلاقة كان متعلقا بالعقد وقد انتقل للغير بواسطة حوالة العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن إقرار المحال عليه بالحوالة يعتبر بمثابة اعتراف منه بعقد الحوالة، وقبول بأن تسري أثار عقد الحوالة بمواجهته بأثر رجعي إلى تاريخ نشوئه بين المحيل والمحال له [١].

وفيما يخص عقد الإيجار فقد ذهب أستاذنا السنهوري إلى القول بأن عقد الحوالة المبرم بين المحيل والمحال له لسائر العقود كافٍ لترتيب أثار الحوالة من إبراء لذمة المحيل في مواجهة المحال عليه، ونشوء علاقة مباشرة بين المحال له والمحال عليه، دون حاجه إلى قبول المحال عليه أو حتى إعلانه بها [٢]. بيد أنه بالنسبة لحوالة عقد الإيجار يبقى المحيل ضامنا للمحال له في تنفيذ التزاماته، فإذا ما قبل المحال عليه الحوالة بعد حصولها، برئت ذمة المحيل من هذا الضمان، استنادا إلى أن غيبة الشرط المانع من الحوالة في عقد الإيجار يكون بمثابة إقرار ضمني من قبل المحال عليه بالحوالة، وبالتالي فإن الحوالة تكون نافذة في حق المؤجر دون حاجه إلى إقرارها فتترتب أثار الحوالة من إبراء للمحيل ونشوء العلاقة الجديدة بين المحال له والمحال عليه، ولكن حفاظا على مصلحة المؤجر المحال عليه يتم الإبقاء على ضمان المحيل لتنفيذ المحال له للالتزامات [٣].

وبالتالي فإنه يترتب على حوالة العقد الكاملة حلول المحال له في المركز العقدي بديلا للمحيل في جميع ما له من حقوق وما عليه من التزامات، بحيث يستمر العقد

---

(١) د.مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٦٠.

(٣) د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٥٤.

المحال به في التنفيذ، أما المحيل فيخرج كليا من هذا العقد، وبالتالي لا يبق أمام المحال له سوى مدين واحد هو المحال له بمقتضى العلاقة المباشرة التي تنشأ بينهما [١].

غير أنه وبالتدقيق في نص المادة ١٢١٦ فقرة ١ من القانون المدني الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي قد اشترط موافقة المحال عليه صراحة على إبراء ذمة المحيل من أي ضمان، من خلاله نصه على أنه:

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

والذي يعني أن تبرأ حوالة العقد ذمة المحيل بالنسبة للمستقبل، إذا وافق عليها المحال عليه صراحة[٢].

وجدير بالذكر أن المشرع الإيطالي قد انتهج ذات نهج نظيره الفرنسي في تحديد أثار حوالة العقد فيما يخص العلاقة بين المحيل والمحال عليه، إذ تنص المادة (١٤٠٨) من القانون المدني الإيطالي على أنه"

«Le cédant est libéré de ses obligation envers le contractant cédé, à partir du moment ou la substitution deviennent efficace envers celuici.

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

(1) Jeuland (Emmanuel); op.cit. p 10. Art. 1216-1 du Code civil français

(2) Art. 1216-1 du Code civil français.

précédant, le contractant cédé doit donner connaissance au cédant de l'inexécution par le cessionnaire, dans les quinze jours à compter de celui ou l'inexécution a été constaté, à défaut il est tenu à la réparation du dommage ».

بمعنى أنه تبرأ ذمة المحيل من التزامه بالضمان بمواجهة المحال عليه عندما يصبح الحلول مرتبا لأثره في مواجهة المحال عليه، ومع ذلك يمكن للمحال عليه إذا صرح بعد إبرائه للمحيل أن يرجع عليه بالضمان عند عدم تنفيذ المحال له لالتزاماته، وفي هذه الحالة يجب على المتعاقد المحال عليه أن يبلغ المحيل بعدم تنفيذ المحال له لالتزاماته خلال ١٥ يوما ابتداء من معاينة عدم التنفيذ تحت طائلة جبر الضرر.

وفي شأن التأمينات التي تضمن دين المحيل في هذا النوع من حوالة العقد، يجب التفرقة بين ما إذا كانت التأمينات مقدمة من قبل المحيل أم مقدمة من قبل الغير، إذ في الحالة الأخيرة تسقط التأمينات ما لم يرض الغير بالإبقاء عليها صراحة، أما إذا كانت مقدمة من قبل المحيل نفسه، فإنها تستمر قائمة باعتبار أن المحال عليه رغم إبراءه ذمة المحيل إلا أنه يفترض أن احتفظ بالتأمينات المقدمة من المحيل ضمنا. وفي ذلك تنص المادة ١٢١٦ فقرة ٢ من القانون المدني الفرنسي على أنه:" تبقى التأمينات التي قد عقدت قائمة إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل منها، وفي غير هذه الحالة لا تبقى التأمينات التي قدمها الغير إلا بموافقته، أما إذا تم إبراء المحيل يبقى شركائه في الدين المتضامنين ملزمين بعد خصم حصته من الدين"[1].

(1) Art. 1216-3 “"Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.".

الفرع الثاني

حوالة العقد الناقصة

في حالة حوالة العقد الناقصة وهي تلك الحوالة التي تتطلب إقرارا من المحال عليه حتى تنفذ، يجب التفرقة بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: ما قبل الاقرار بالحوالة من قبل المحال عليه:

قبل الإقرار بالحوالة من جانب المحال عليه، فإنها لا ترتب أي أثر في مواجهته [1] نظرا لكون الحوالة عقد يبرم بارتباط وتوافق بين إرادة المحيل والمحال له دون اشتراط رضا المحال عليه، وبالتالي فإن عدم إقرار المحال عليه للحوالة لا يعدم وجودها، وإنما فقط يؤثر على نفاذها في حقه، فهو شرط نفاذ وليس شرط انعقاد، ولكن هناك جانب من الفقه كان ينظر إلى حوالة العقد على أنها عبارة عن حوالة دين وحوالة حق، لذا فهو يذهب إلى القول بأنه وقبل إقرار المحال عليه لحوالة العقد يكون المحيل ضامنا للمحال له، على اعتبار أن الحوالة تتم صحيحة باتفاق المحال له والمحيل وتترتب آثارها بمجرد هذا الاتفاق، حيث تنشأ علاقة مباشرة بين المحال له والمحال عليه يكون من شأنها إبراء ذمة المحيل، طالما أن العقد المحال به لم يتضمن شرطا مانعا من الحوالة، بحيث يعتبر عدم ادراج العقد مثل هذا الشرط بمثابة القبول الضمني من قبل المحال عليه، وحماية للمحال عليه يبقى المحيل ضامنا للمحال له حتى يتوافر إقرار المحال عليه، والذي يرتب براءة ذمة المحيل.

(١) د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٦٧.

المرحلة الثانية: بعد إقرار الحوالة من المحال عليه:

أما بعد إقرار الحوالة، فالأصل أن أثار الحوالة تترتب في مواجهة المحال عليه من إبراء لذمة المحيل وإنشاء علاقة مباشرة بين المحال له والمحال عليه، لكن إذا تحفظ المحال عليه ضد المحيل، أي اشترط الإبقاء على المحيل لاعتبار شخصه في مواجهته، فإن هذا يفضي إلى الإبقاء على المحيل ملتزما إلى جانب المحال له في مواجهة المحال عليه. ويبقى المحيل ملتزما بالضمان في مواجهة المحال عليه مهما تعدد المحال إليهم، بحيث يكون المحيل مسؤولا عن تنفيذ كل الالتزامات والشروط الواردة في العقد المحال به في مواجهة المحال عليه، ولا يمكنه التخلص من الضمان على رأي البعض إلا من خلال إدراج حوالة العقد شرطا فاسخا في حال عدم قيام المحال بدفع الالتزامات المستحقة عليه(١). كما أنه وفيما يخص حوالة عقد العمل ورغم إقرار العامل باعتباره المحال عليه، فلا تبرء ذمة المحيل، حيث أن صاحب العمل القديم يظل متضامنا مع صاحب العمل الجديد، حيث يقرر المشرع المسئولية التضامنية بينهما، بحيث يستطيع العامل المحال عليه أن يرجع على أيهما، أو عليهما معا للمطالبة بالحقوق المترتبة له قبل ابرام الحوالة (٢). وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها، حيث قضت بأن " مجرد قبول المحال عليه لاستبدال شخص المحيل بالمحال له حتى ولو لم يكن مقترنا بتحفظ، فإنه لا يعني في حالة عدم وجود شرط صريح أن المحال عليه قد نوى إبراء ذمة المحيل من الضمان"(٣).

---

(١) د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٢) د.محمد أشرف خالد القهيوي وآخرون، أثر تغير صاحب العمل على عقود العمل والحقوق العمالية التي نشأت قبل انتقال ملكية المشروع، مجلة البحوث والدراسات القانونية، بدون سنة نشر، ص ٢٠٣١.

(3) " La seule acceptation de la substitution par le créancier d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en =

وبالتالي يكون لإقرار المحال عليه وظيفتين: الأولى تكمن في اعتباره منشئا للعلاقة المباشرة بين المحال له والمحال عليه، والثانية كونه يبرأ ذمة المحيل. والأصل في الإقرار أن يستجمع الوظيفتين معا ما لم يرفقه المحال عليه بتحفظ على المحال له، فيكون الإقرار وقتها قد صدر فاقدا لوظيفته الإبرائية تاركا له وظيفته الإنشائية مما يؤدي إلى الإبقاء على المحيل إلى جانب المحال له ملتزما في مواجهة المحال عليه بالالتزامات الناشئة عن العقد المحال به.

أما الصفة التي يستمر فيها المحيل ملتزما في مواجهة المحال عليه، فقد أثارت جدلاً في الفقه، وتعددت بشأنها الآراء، حيث ذهب البعض إلى اعتبار المحيل بمثابة الكفيل للمحال له، ويكون من حق المحال عليه الرجوع عليه إذا نكل المحال له عن تنفيذ أي من الالتزامات المتفرعة عن العقد المحال به، ويكون للمحيل في مقابل ذلك أن يدفع رجوع المحال عليه بالتجريد [١].

غير أنه يؤخذ على الرأي السابق عدم الدقة، فليس من المقبول إضفاء صفة الكفيل على المحيل، لوجود اختلافات جوهرية بين نظام الكفالة ما ترتبه من آثار عن نظام حوالة العقد وما ترتبه من آثار، فالكفالة تنشأ باتفاق بين الدائن والكفيل، بينما المحيل يستمر ضامنا لأداء المحال له بناء على إرادة المحال عليه، كما أن الكفيل يلتزم بالتضامن مع المدين الأصلي، في حين تكون مسئولية المحيل مسئولية من الدرجة الثانية. كما يختلف الالتزام بالضمان الناشيء عن عقد الحوالة عن ذلك الناشيء عن عقد الكفالة فيما يتعلق بأسباب انقضائه، فينقضي الأول بقبول المحال عليه لعقد

=

l'absence de déclaration expresse, que ce créancier ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette". Cour de cassation - Troisième chambre civile 12 décembre 2001 / n° 00-15.627.

(١) د.أنور طلبة، المستحدث في إيجار الأماكن، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦، ص٤٥٣.

الحوالة قبولا صريحا أو ضمنيا، بينما ينقضي الالتزام بالكفالة بأداء الدين أو تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين.

بينما يذهب البعض الأخر إلى تكييف مسئولية المحيل على أنها مسئولية احتياطية بطريق الرجوع، حيث يرجع بواسطتها المحال عليه على المحيل حال عدم تنفيذ المحال له للالتزامات المتفرعة عن العقد المحال به، من غير أن يعد كفيلا.

ويميل البعض الأخر من الفقه إلى اعتبار مسئولية المحيل مسئولية تضامنية احتياطية، فحوالة العقد ليس من شأنها أن ترتب امتيازًا لمصلحة المحال عليه، بل تتمثل الغاية منها في حلول المحال له في المركز العقدي للمحيل بما ينشأ عنه من حقوق والتزامات، وبالتالي فالمحيل إذا بقي ملتزما في مواجهة المحال عليه، فإنه لا يلتزم إلا باعتباره مدينا احتياطيا، ويتم الرجوع عليه في حالة عدم تنفيذ المحال له لالتزاماته قبل المحال عليه.

وقد نصت المادة ٥٩٥ من القانون المدني المصري على أنه: " في حال التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته".

ويؤكد هذ النص حرص المشرع المصري على اعتبار المستأجر الأصلي ضامنا للمتنازل له في مواجهة المؤجر وبالتالي إذا طالب المؤجر المتنازل له بتنفيذ أي من الالتزامات التي انتقلت إلى ذمته ووجده معسرا رجع بالضمان على المتسأجر المتنازل، وهو برجوعه عليه بالضمان لا يرجع بنفس الالتزام الذي كان في ذمته بموجب عقد الإيجار، لأن هذا الالتزام قد انتقل نهائيا بالتنازل إلى ذمة المتنازل له، وإنما يرجع عليه بموجب التزام جديد لم ينشأ من عقد الإيجار بل من عقد التنازل، وهو عقد يرتب في ذمة المستأجر التزاما بضمان يسار المتنازل إليه وقت المطالبة. ومن ثم إذا رجع

المؤجر على المستأجر الأصلي بالضمان كان للأخير أن يرجع على المتنازل له بما أوفاه.

وبالنسبة لمدة الضمان، فهل يظل التزام المحيل بالضمان قائما إلى ما لا نهاية؟

لا شك أن الوضع الطبيعي لحوالة العقد ترتب نتيجة مفادها أنه بمجرد قبول المحال عليه لحوالة العقد، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة المحيل وخروجه من العلاقة العقدية التي تربطه بالمحال عليه، ويحل محله فيها المحال له، ما لم يشترط المحال عليه رغم قبوله الحوالة بقاء المحيل ضامنا لتنفيذ المحال له لالتزاماته، ومن ثم يظل المحيل ضامنا تنفيذ المحال لالتزاماته طوال الفترة السابقة لصدور قبول المحال عليه.

بيد أنه ليس معنى ذلك أن تعطي حوالة العقد للمحال عليه مميزات إضافية، بحيث تجعل أمامه مدينان بدلا من مدين واحد، إنما هو التنازل عن المركز العقدي أو الصفة العقدية بما يتضمنه أو يترتب عليه من حقوق والتزامات للمحال له، وحلول الأخير محل المحيل الذي يخرج نهائيا من هذه العلاقة.

والملاحظ أن قبول المحال عليه المبرء لذمة المحيل من الضمان، والمرتب لخروجه من نطاق العلاقة التي تربطه بالمحال عليه يتحقق بالإعلان الصريح عن الرغبة في إبراء الذمة، أما مجرد القبول بحوالة العقد فقط دون التصريح بالرغبة في إبراء ذمة المحيل فلا يخرجه من العلاقة ولا يعفيه من الضمان، مما يعني أنه وفقا لذلك يعد الضمان هو الأصل والاستثناء هو براءة الذمة بناء على اعلان رغبة المحال عليه.

بيد أن المشرع الفرنسي بإقراره حوالة العقد حديثا قد تبنى اتجاها مخالفا، إذ جعل الأصل هو براءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة وقبولها من قبل المحال عليه، والاستثناء هو الضمان إذا صدر قبول المحال عليه مقترنا بتحفظ أو شرط بقاء المحيل ضامنا لأداء المحال له لالتزامه، حيث ورد نص المادة (١٢١٦-١) وفقا للسياق

الآتي" في غير هذه الحالة، وما لم يوجد شرط مخالف، يكون المحيل ملتزما على سبيل التضامن بتنفيذ العقد [١].

وبالنسبة لمصير التأمينات في الحوالة الناقصة فإنها تبقى ضامنة للدين المحال به، لا موجب لسقوطها ما دام المحيل المضمون دينه يمكث إلى جانب المحال له ملتزما بكافة الالتزامات الناشئة عن العقد المحال به، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (١٢١٦-٣) والتي تقضي ببقاء التأمينات التي عقدت قائمة إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل منها، في غير هذه الحالة لا تبقى التأمينات التي قدمها الغير إلا بموافقته [٢].

المطلب الثالث

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

متى تمت حوالة العقد صحيحة ونافذة فإنه يترتب على ذلك نشأة علاقة مباشرة بين المحال له والمحال عليه، حيث يحل المحال له بديلا للمحيل في التحمل بالالتزامات والتمتع بالحقوق المتفرعة عن العقد المحال به بجميع مقوماتها وخصائصها وصفاتها وضماناتها ودفوعها وتوابعها. كما يستطيع المحال عليه بمقتضي تلك العلاقة الناشئة أن يطالب المحال له بجميع التزامات المحيل، ويحق للمحال له أن يطالبه بالوفاء بكافة

(1) Art. 1216-1.”….A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l’exécution du contrat”.

(2) Art. 1216-3.

الحقوق التي كان المحيل يستحقها قبل انعقاد حوالة العقد. ويكون لأي منهما الحق في التمسك بالدفوع التي من شأنها تعزيز هذه المطالبة، فضلا عن التمسك بالتأمينات التي تنتقل مع المركز العقدي، والتي من شأنها أن تدعم حق المحال له.

ونعرض لذلك تباعا من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التمسك بالدفوع.

الفرع الثاني: انتقال الضمانات.

الفرع الأول

التمسك بالدفوع

يحق لكل من الطرفين التمسك بجميع الدفوع الممكنة، وتلك الدفوع إما أن تكون ناشئة عن عقد الحوالة، أو تكون ناشئة عن العقد المحال.

أولا: الدفوع الناشئة عن عقد الحوالة:

تختلف الدفوع التي قد يعتد بها من قبل المحال له أو المحال عليه في مواجهة الأخر، بحسب ما إذا كانت حوالة العقد عملية قانونية ثلاثية الأطراف يلزم لانعقادها توافر رضا المحيل والمحال له والمحال عليه، أم عبارة عن علاقة قانونية ثنائية الأطراف يلزم لانعقادها توافر رضا المحال له والمحيل فقط، ويكون رضا المحال عليه شرط لنفاذ عقد الحوالة.

فإن كان عقد الحوالة عملية قانونية ثلاثية الأطراف لدى الاتجاه القائل بهذه الوجهة، بحيث يكون كل من المحيل والمحال له والمحال عليه أطرافا في عقد حوالة العقد، فهذا يفضي إلى القول بأن للمحال له والمحال عليه أن يتمسكا تبادليا بالدفوع

اللاحقة بعقد الحوالة، فمثلا يستطيع المحال عليه أن يدفع رجوع المحال له عليه ببطلان حوالة العقد، أو بعدم نفاذ حوالة العقد بحقه لتوافر الشرط المانع من الحوالة في العقد المحال به.

وبالنسبة للحالة التي تكون حوالة العقد عملية قانونية ثنائية الأطراف، فإن كلا من المحيل والمحال له يكونا طرفي الحوالة، أما المحال عليه فيكون رضاءه ضروري لنفاذ حوالة العقد في مواجهته، وهنا لابد من التميز بين الدفوع التي ترتبط بالرضا والدفوع التي ترتبط بالعقد المحال به. ففيما يتعلق بالدفوع المتعلقة بالرضاء، فإن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بتخلف رضائه في مواجهة المحال له، كما أن له أن يتمسك ببطلان رضائه على فرض وجوده لتوافر عيب من عيوب الإرادة أو لنقص أهليته، حيث تعد حوالة العقد غير نافذة في حقه، وفي تلك الحالة يعتبر عقد الحوالة كأن لم يكن على اعتبار أنه يكون عقدا موقوفا على رضا المحال عليه، وبتخلف الرضاء أو بطلانه تعتبر حوالة العقد وكأنها لم تكن بالنسبة للمحال عليه.

أما فيما يخص العلاقة بين المحيل والمحال له فلا أثر لهذه العيوب التي لحقت رضاء المحال عليه على حوالة العقد بالنسبة لهما، باعتبار أن رضاء المحال عليه ليس شرطا لانعقادها، بل شرط لنفاذها في مواجهته[1].

ثانيا: الدفوع الناشئة عن العقد المحال به:

الدفوع الناشئة عن العقد المحال قد تكون دفوعا ترجع إلى بنية العقد المحال به، أو دفوعا تنفيذية تتعلق بتنفيذ العقد المحال به.

(١) د.مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

فالدفوع التي تتعلق ببنية العقد قد تكون ناشئة وقت تكوين العقد، كالغلط أو التغرير مع الغبن الفاحش أو الإكراه أو نقص الأهلية، فيمكن في هذه الحالة للمحال له أو للمحال عليه أن يتمسك بهذه الدفوع تجاه بعضهما البعض، فإذا كان المحيل هو من تعيب رضاه فإن للمحال له الذي أصبح في مركز المحيل أن يتمسك في مواجهة المحال عليه بكافة الدفوع التي كانت قد نشأت لفائدة المحيل. وكذلك الحال بالنسبة للمحال عليه الذي تعيب رضاه فإن له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من هذه العيوب في مواجهة المحال له[١].

كما قد تكون هذه الدفوع ناشئة بسبب بند من بنود العقد، كحالة تعليق الالتزام على شرط واقف لم يتحقق بعد، كالشرط الذي يقتضي بزيادة الأجرة التي يدفعها المحال له بمجرد تشغيل المصعد الكهربائي ودخوله نطاق العمل فعليا، في تلك الحالة يمكن للمحال له أن يتمسك بهذا الدفع تجاه المحال عليه[٢].

أما الأسباب المتعلقة بشخص المحيل، كأسباب إنهاء الإيجار مثل الاعسار والإفلاس والوفاة مثلا، فمدى قابلية هذه الأسباب للانتقال من عدمها كانت محل جدال وخلاف لدى الفقه[٣]، حيث ذهب البعض إلى أن هذه الأسباب يعتد فيها بشخص المحال له لا بشخص المحيل، لأن المحال له قد أصبح في مركز المحيل العقدي. فالدفع بالمقاصة الذي كان للمحال عليه التمسك به في مواجهة المحيل لا يمكن له أن يتمسك

(١) د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٤٩.

(٢) د.مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

(٣) د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٥٠.

به في مواجهة المحال له[١] ما لم يحتفظ لنفسه بهذا الدفع صراحة وقت موافقته على الحوالة[٢].

بيد أن استثناء المقاصة من دائرة الدفوع التي يملكها المحال عليه قد شهد تطورا في الآونة الأخير وتغيرت نظرة الفقه تجاهه حيث قرر بعض الفقه ضرورة التفرقة بين المقاصة التي استجمعت شروطها قبل حوالة العقد ولم يتم التمسك بها، وبين المقاصة التي تم التمسك بها قبل الحوالة مستنفذة بذلك أثرها، فهذه المقاصة الأخيرة يمكن للمحال عليه التمسك بها، بينما في الحالة الأولى لا يمكنه التمسك بها[٣].

أما فيما يتعلق بالدفوع التي تتعلق بتنفيذ العقد، فإن المحال له لا يكون ملزما إلا عن الالتزامات التي تستحق ابتداء من تاريخ الحوالة، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، فأي إخلال من قبل المحيل بتنفيذ العقد قبل الحوالة لا يؤسس دفعا لمصلحة المحال عليه في مواجهة المحال له. وإذا قام المحال له بالوفاء بما استحق على المحيل قبل تاريخ الحوالة، وذلك لتمسك المحال عليه بالدفع لعدم التنفيذ، فإنه في هذه الحالة يمكن للمحال له أن يرجع على المحيل على أساس الدفع غير المستحق[٤].

إذن فالدفوع التي يمكن لأي من المحال له والمحال عليه التمسك بها في مواجهة الأخر هي تلك الدفوع التي تستمد من أخطاء عقدية يقوم بها أيهما بعد الحوالة، فيجوز لأي منهما أن يرفع دعوى مباشرة في مواجهة الآخر للمطالبة بالالتزامات عن العقد المحال به. مع ضرورة الإشارة إلى أن أحقية تمسك المحال له

---

(1) Anelli (Franco); Cessione del contrcatto, in R.D.C, 1996, P.291.

(٢) د.مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(3) Lachièze (Christophe); le regime des exceptions dans les operations juridues a trois personnes en droit civil, these, Bordeaux, 1996, p.522.

(٤) د.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٤٦.

بدفوع ناشئة عن أخطاء عقدية من قبل المحال عليه قبل الحوالة هي محل خلاف بين الفقه، حيث يتجه البعض إلى منح المحال له هذا الحق في التمسك بالدفوع إذا كانت هذه الأخطاء العقدية من شأنها الإضرار بالمحال له، أو لكون الحق الذي أخل به المحال عليه يعد حقا تابعا لحق أصلي. بينما يتجه جانب أخر إلى أن الأخطاء العقدية التي يرتكبها المحال عليه قبل الحوالة لا تصلح لأن تكون أساسا لدفوع يتمسك بها المحال له، باعتبار الأثر الفوري لحوالة العقد.

ويمكن للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل قبل نفاذ الحوالة بحقه، كأن يحتج المحال عليه بأن العقد المحال به باطل لتوافر سبب من أسباب البطلان، كما أن من حقه أن يدفع بفسخ العقد لتخلف المحيل عن تنفيذ التزاماته العقدية، وفي ذات الوقت يستطيع المحال له أن يتمسك بهذه الدفوع.

وبمطالعة موقف المشرع الفرنسي نجد أنه أكد على إمكانية تمسك المحال له ببعض الدفوع قبل المحال عليه، بيد أنه قد ميز بين الدفوع اللصيقة بالدين ذاته كالبطلان والدفع بعدم التنفيذ والفسخ أو المقاصة بين الدينين المرتبطين، والدفوع الشخصية للمحيل، فأجاز التمسك بالأولى دون الثانية، حيث نصت المادة ١٢١٦-2 على ما يأتي" يجوز للمحال له أن يحتج قبل المحال عليه بالدفوع الملازمة للدين، كالبطلان والدفع بعدم التنفيذ والفسخ ومقاصة الديون المترابطة، ولا يجوز له الاحتجاج قبله بالدفوع الخاصة بالمحيل.." [1].

(1) Art. (1216-2)"Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant…."

الفرع الثاني

انتقال الضمانات

انتقال الضمانات يختلف فيما إذا كانت حوالة العقد ناقصة أم حوالة كاملة، فإذا كانت الحوالة ناقصة فإن تأمينات الدين كالكفالة والرهن وحقوق الامتياز تبقى ضامنة للدين المحال به، وذلك لأن المحيل يبقى ملتزما إلى جانب المحال له.

أما إن كانت الحوالة تامة، فلابد من التفرقة بين الرهن والامتياز؛ ففيما يتعلق بالرهن إن كان مقدمه الغير، فإن الرهن ينقضي ولا ينتقل بالحوالة، ما لم يتوافر رضا الغير بالإبقاء عليه صراحة.

أما إذا كان مقدم الرهن هو المحيل نفسه، فإن الضمان ينتقل بالحوالة ويستمر. أما بالنسبة لحقوق الامتياز فينبغي الاعتماد في الإبقاء عليه على الحالات الضارة بدائني المحال له [1].

(١) د.مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

الخاتمة:

عرضنا في هذا البحث لحوالة العقد باعتبارها أحد أركان تطوير نظرية الحوالة، حيث قُسمت خطة الدراسة لفصليين، عالج الأول منهما التردد الفقهي حول قبول فكرة حوالة العقد، بينما تعرض الفصل الثاني لحوالة العقد باعتبارها نظاما قانونيا مستقلا، فبين شروطها وأحكامها.

وتوصلت هذه الدراسة لجملة من النتائج أهمها:

- حوالة العقد عبارة عن نظام قانوني يمكن من خلاله إحلال أحد المتعاقدين لشخص من الغير في المركز العقدي الناشيء عن عقد معين مازال في طور التنفيذ، بحيث يحل المحال له محل المحيل في هذا المركز العقدي في مواجهة المحال عليه.
- حوالة العقد تعد اتفاق، وبالتالي تخضع لذات أحكام ابرام العقود من ضرورة توافر أركانها من تراضي ومحل وسبب، فضلا عن ضرورة توافر الشكلية التي قد يتطلبها القانون.
- تكتسب حوالة العقد أهمية كبيرة على المستوى النظري والتقني والعملي فعلى المستوى النظري فأهميتها تكمن في كونها تطرح النقاش لمفهوم العقد أو المركز العقدي وأيضا لقصور المشرع المصري على تقنين محكم ومنظم لها. أما على المستوى التقني فأهميتها تتمثل في كونها تحتفظ للعقد بهويته، وأخيرا أهميتها على المستوى العملي تتجلى في اكساب العقد استقرارا يشكل مطلبا لكثيرا من الفئات.
- إن حوالة العقد لها مميزات وخصائص تميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة، حيث العديد من أوجه الاختلاف والتباين التي كشفت عنها الدراسة.

- بالنظر إلى غياب التنظيم القانوني لحوالة العقد الاتفاقية في غالب التشريعات، فقد ساد الخلاف والتردد الفقهي حول قبولها حقبة زمنية طويلة، ما لبث أن توقف بعد تدخل المشرع الفرنسي في فبراير ٢٠١٦ بإدخال تنظيما قانونيا لفكرة حوالة العقد ضمن التعديلات التي أجراها على نظرية العقد.

- يعتبر المفهوم الشخصي للالتزام أهم العوائق القانونية التي مازالت تمثل حائطا للصد في مواجهة حوالة العقد، وما زالت تمثل عقبة أمام اقتناع المشرع بقبول حوالة العقد نظاما قانونيا مستقلا في معظم التشريعات، رغم انعكاس ظلال التطور على ذلك المفهوم الضيق للالتزام، والذي أطاح بالنظرة المقيدة للالتزام التي تعتبره فكرة شخصية بحتة، بحيث أصبح الالتزام يمثل قيمة مالية تقبل التداول والانتقال مثلها مثل أي عنصر في الذمة المالية.

- أصبحت حوالة العقد تفرض نفسها اليوم بوصفها مفهوما قانونيا، إلا أن الجدال لا زال قائما كما سبق القول في شأن تحديد تعريف دقيق لحوالة العقد مما ينعكس ذلك على تحديد الطبيعة القانونية لحوالة العقد وهو ما أوجد على الساحة القانونية اتجاهين في شأن تحديد الطبيعة القانونية : اتجاه ينظر إلى العقد نظرته إلى الالتزام فيحدد مفهومه في كونه مجرد تركبة من الحقوق والديون ولا تعدوا أن تكون حوالة العقد سوى حوالة حق تنضاف اليها حوالة دين، واتجاه ثاني ينظر إلى العقد نظرة منظوماتية واحدية لا يفصل في حوالته بين المكونات التي تنتظم داخله.

- لا تمثل حوالة العقد انتهاكا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن المحيل وهو يتصرف في مركزه العقدي عن طريق الحوالة، لا يكون مخلا بقوة عقد نشأ صحيحا بينه وبين من تعاقد معه، وإنما يكون مباشرا لحق تعاقدي، نشأ لصالحه بمقتضى الرضاء

الضمني المفترض للمحال عليه. فالمحيل يقصد من ابرامه حوالة العقد الحفاظ على القوة الملزمة للعقد بضمان استمراريته بواسطة الغير، وليس بقصد الغاء أو إزالة الأداء العقدي، إذ الأداء باق وإنما فقط تغيرت الأداة الشخصية القائمة على تنفيذه لتحل محلها أداة مماثلة.

- أيضا لا تمثل حوالة العقد خروجا على مقتضيات مبدأ نسبية العقد، باعتبار أن الذي أبرم العقد الأصلي مع المحيل، وهو راض ضمنا وافتراضا بمبدأ الحوالة، أي بإدخال المركز العقدي للمحيل دائرة التعامل، يكون قد أخرج نفسه من زمرة الأغيار، دون أن يدخلها في دائرة الأطراف، حيث يكون في مرتبة وسطى ما بين الغير والطرف بسبب طبيعة رضائه الذي لم يستنفد إلا الوظيفة الأولى، وبالتالي لا تتحدد صفته إلا باتخاذه موقفا من تصرف المحيل، إما بقبوله شخص المحال له، فيصبح طرفا محضا، وبالتالي ينعدم وجود أي خرق لمبدأ نسبية العقد.

- يترتب على حوالة العقد أن تبرء ذمة المحيل تجاه المحال عليه كأصل عام، ومن ثم خروجه من الرابطة العقدية، بينما يدخل المحال له في هذه الرابطة ويصبح ملتزما تجاه المحال عليه بما كان يلتزم به المحيل، غير أن ذلك الأثر مقيد بضرورة عدم اشتراط المحال عليه لبقاء المحيل ضامنا تنفيذ المحال له لالتزاماته المترتبة على عقد الحوالة.

التوصيات:

- بالرغم من أن القواعد العامة في القانون المدني المصري يمكن اسقاطها على حوالة العقد، وبالتالي يمكن للمتعاقدين الاتفاق على حوالة مراكزهم العقدية، تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، غير أن الركون إلى القواعد العامة فقط في تنظيم هذا الموضوع لا يعد كافيا، بل لابد من إيجاد تنظيم تشريعي مفصل لحوالة العقد يسمح

بمقتضاها لكل طرف في العقود المتضمنة لأداءات تبادلية أن يحيل إلى الغير مركزه العقدي بموافقة الطرف الأخر قبل أو بعد تمام الحوالة.

- من أجل تحديد أثار حوالة العقد ينبغي تحديد الوقت الذي تصبح فيه حوالة العقد ذات أثر تجاه المحال عليه، بحيث نوصي بأن يدرج المشرع نصا يحسم به الأمر، من خلال التأكيد على أن موافقة أحد الطرفين مقدما على حوالة العقد لأحد الأغيار، فإن الحوالة تصبح لها أثرا في مواجهته عند إبلاغه بها أو قبوله لها.

- لمواجهة المشكلات القانونية التي تظهر كأثر لنشأة العلاقة المباشرة بين المحال له والمحال عليه، نوصي المشرع بضرورة النص على أن يكون انتقال المركز العقدي إلى المحال له بجميع صفاته وضماناته وملحقاته، وبما يتصل به من دفوع.

- ضرورة إبقاء المحيل باعتباره ضامن لتنفيذ المحال له لالتزاماته الناشئة عن العقد المحال به ما لم يعفيه المحال عليه من هذا الضمان باتفاق صريح.

- بهدف رفع الخلط أو التشابه بين حوالة العقد والأنظمة القانونية المشابهة، وبما يبرز خصوصية حوالة العقد عن غيرها من تلك النظم لابد من بيان العلاقة التي تنشأ بصورة مباشرة عن حوالة العقد والتي تتخذ من العلاقة العقدية المحالة محلا لها، لذا يجب النص على ضرورة تمكين المحال عليه من التمسك بجميع الدفوع الناشئة عن العقد دون تلك التي تستند إلى رابطة شخصية خاصة بالمحيل.

- ضرورة وضع المشرع لأحكام قانونية خاصة تضبط الأثار القانونية المترتبة على حوالة العقد لضبط العلاقات الناشئة عن حوالة العقد، وعدم الاكتفاء بما تقرره القواعد العامة في ذلك.

أولا: المراجع العربية:

- د.ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، ٢٠١١.

- د. أنور طلبة، المستحدث في إيجار الأماكن، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦.

- د. جليل حسن الساعدي، د. لبنى عبد الحسن السعيدي، حوالة العقد في القانونين الفرنسي والإنجليزي، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العراق، ٢٠٢١.

- د. حبيب عبيد العماري، الشرط المانع في عقد الإيجار، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة، بدون سنة نشر.

- د.حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥.

- د. حليمي ربيعة، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٦.

- د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.

- رفاه كريم رزوقي، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، ٢٠١٦.

- د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٧.

- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد الإيجار، المنشورات الحقوقية، الطبعة الرابعة، بيروت، ١٩٩٩.

- سمير إسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥.

- د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٦٨.

- د. طارق كاظم عجيل، الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان،٢٠٠٩.

- د. عابد فايد عبد الفتاح عابد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨١.

- د. عبد الودود يحي، حوالة الدين، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

- د. عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٢.

- د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية،١٩٧٣.

- غالي كحلة، استمرارية علاقة العمل وتغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، رسالة دكتوراة، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٧.

- د. فوزية مشرقة، العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، أطروحة لنيل الدكتوراه، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠٠٣.

- د. ليلى لبيض، الضمان في التنازل عن الإيجار، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان، الجزائر، المجلد السابع، العدد الأول، ٢٠١٤.

- مجيد حميد العنبكي، مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الإنجليزي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ٣، العدد ٣، ١٩٩٩.

- د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

- د. محمدي سليمان، مبدأ نفاذ العقد، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤.

- د.محمد أشرف خالد القهيوي وآخرون، أثر تغير صاحب العمل على عقود العمل والحقوق العمالية التي نشأت قبل انتقال ملكية المشروع، مجلة البحوث والدراسات القانونية، بدون سنة نشر.

- د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٥.

- مشعل حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، دراسة مقارنة وفقا للقانون الكويتي والقوانين المقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، المجلد ٣٣، ٢٠٠٩.

- د.مصطفى مالك، ذاتية الحوالة الاتفاقية للعقد، مجلة المناهج القانونية، المجلد ١١، العدد ١٢، ٢٠٠٨.

- د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

- د. نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

- د. هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٢٩، العام ٢٠١٩.

- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥.

- د.يونس صلاح الدين، مبدأ خصوصية العقد في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية مقارنه بمبدأ نسبية أثر العقد حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي والمصري، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.

ثانيا: المراجع الفرنسية:

- Ancel (Pascal) ; Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. oct – déc 1999.

- Aynès (Laurent), Mallaurier (philippe), et Stoffel-Munck (philippe) ; Droit des obligations, L.G.D.J s, Paris, France, 11e éd., 2020.

- Aynes (Laurent) ; La cession de contrat nouvelles précisions sur le Rôle du cédé, Dalloz.1998.

- Azoulai (marc), L'élimination be intutins personae dans le contrat la tendance a la stabilite des rapport contractnal, L.G.P.J., Paris, 1960.

- Bénabent(Alain), Droit des obligations, LGDJ, coll. « Précis Domat », 19 éd., 2021.

- Billiau (M) ; Cassion de contrat ou délégation de contrat ? » étude du régime juridique de la prétendue Cassion conventionnelle de contrat, In.J.C.P 1994.

- Broche (Christophe) ; » La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle ? » Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

- Chénedé (François) ; Le Nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, lre éd., 2016.

- Delforge (Catherine) ; la modification unilaterale du contrat, ed. Dujeune barreau de bruxelles, 2008.

- Flour (Jacques) et (yvonne), Aubert (Jean-Luc) et Savaux (Eric), Droit civil, les obligations, le rapport d'obligation, Ed., Sirey, 2015.

- Ghestin (J) ; Nouvelles propostitions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, in RTD.civ. 1994.

- Goubeaux (G.) ; la règle de l'accessoire en droit privé, thése, L.G.D.J.paris, 1969.

- Jeuland (Emmanuel); Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, L.G.D.J, Paris, 1999.

- Julie (Colliot) ; La cession de contrat consacrée par le Code civil. In: Revue juridique de l'Ouest, 2016.

- Lachieze (Christophe) ; La autonomie de la cession conventionnelle de contrat, Dalloz, 2000.

- Lachièze (Christophe); le regime des exceptions dans les operations juridues a trois personnes en droit civil, these, Bordeaux, 1996.

- LAPP (Charles) ; Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, thèse, Strasbourg, 1953.

- Larroumet (Christian); Jean Brè; P Chauveau; Jean Derruppé; le opérations juridiques à trois personnes en droit privé.thése, Université de Bordeaux,1968.

- Larroumet (Christian) ; La descente aux enfers de la cession de contrat, D. 2002.

- Lepargneur (Jean) ; de solidarité passive en matiere commerciale, thése parise, 1951.

- Lzorche (M.L.); Information et cession de contrat, D. 1996.

- Pactet (Christiane); De la realisation de la novation, Rev. Tr.dr.Civ.1975.

- Paynaud (Pierre) ; les contrats ayant pour objet une obligation, cours de DEA de droit privé général 1977.78, Paris, le cours de droit 1978.

- Simont (L.); « Cession de bail», La transmission des obligations, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1980

- Tosi (Jean-pierre) ; le droit des obligations au sénégal, L.G.D.J, Paris, 1982.

ثالثا: المراجع الإنجليزية:

- Mckendrick (Ewan) ; contract law, 6th edition, Palgrave Macmillan, 2005.

- Peel (Edwin) ; The law of contract, Sweet and Maxwell, 2011.