حـوالة العقــد

"دراســة مقارنـــة"

إعداد

د/ محمد السعيد السيد محمد المشد

دكتوراه القانون المدنى

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

المستخلص

لحوالة العقد أهمية عظيمة، حيث يترتب عليها حوالة المركز العقدي بما فيه من التزامات وحقوق منظورًا إليها باعتبارها وحدة واحدة لا تقبل التجزئة.

ويعتبر اصطلاح حوالة العقد حديث النشأة، لم يدخل الإطار القانوني إلا مؤخرًا.

ولم يتطرق مشرعنا المصري لهذا المصطلح، وإن كان هناك الكثير من التطبيقات القضائية على حوالة العقد. وباتت حوالة العقد تفرض نفسها اليوم بوصفها مفهومًا قانونيًا يبتعد عن نظامي حوالة الحق وحوالة الدين.

تختلف حوالة العقد عن تجديد العقد والإنابة والاشتراط لمصلحة الغير، بالإضافة إلى أنه تحترم حوالة العقد بالمبادئ قانون العقد.

وتتكون حوالة العقد من أركان عامة تتفق وباقي العقود يضاف إليها شرط خاص وهو عدم وجود مانع من حوالة العقد المحال به.

في النهاية تعتبر حوالة العقد من العمليات ذات الأشخاص الثلاثة فدورها يتمثل في نقل المركز العقدي الذي كان يتبوؤه المحيل وتحويله إلى المحال له فهي تجعل الالتزام منتجًا لأثاره في مواجهة ثلاثة أشخاص.

Abestract

The assignment of contract so important that it results in the assignment of the contractual status with its obligations and rights viewed as an indivisible unit.

The term "Assignment of Contract" is deemed to be newly originated and it has entered recently into the legal framework.

The Egyptian legislater hasn't addressed this term even through there are many judicial applications in connection with the assignment of the contract that has imposed itself nowadays as a legal concept getting away from the regimes of the assignment of right and the assignment of debt.

The assignment of contract differs from the novation of contract, delegation and stipulation in the interests of third party. Besides, the assignment of contract has respect for the principles of the contract law.

The assignment of contract consists of general elements that agree with the other contracts in addition to a special clause that is the inexistence of an impediment of assignment.

In brief, the assignment of contract is deemed to be a three person process whose role is to transfer the contractual staus the assignor has and to assign it to the assignee. It makes the obligation produce its effects vis a vis three persons.

مقدمـــة

١- كان التقنين المدني المصري القديم لا ينظم سوى حوالة الحق، أما التقنين الحالي فقد احتوى تنظيمًا لحوالة الحق إلى جانب حوالة الدين، محتذيًا في ذلك حذو التشريعات الجرمانية، ومتابعًا لها في نظرتها المادية للالتزام، باعتباره قيمة مالية، أكثر من كونه علاقة شخصية.

وقد وردت النصوص المنظمة لحوالة الحق في الفصل الأول من الباب الرابع من القانون المدني في المواد من ٣٠٣ إلى ٣١٤، وتولى المشرع المصري تنظيم حوالة الدين في المواد من ٣١٥ إلى ٣٢٢ من التقنين المدني.

وبالنسبة لحوالة العقد لم يتطرق المشرع المصري إلى هذا المصطلح، وإن كان هناك الكثير من التطبيقات القضائية على حوالة العقد. وعلى عكس ما سار عليه المشرع المصري نجد المشرع الفرنسي قد نظم أحكام حوالة العقد في المادة ١٢١٦ من المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، والذي نُشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠، وأصبح نافذًا اعتبارًا من ٢٠١٦/١٠/١.

٢- وينصبُّ بحثنا على وجه الخصوص على حوالة العقد؛ حيث تكتسب حوالة العقد أهمية كبيرة على المستوى النظري والتقني والعملي، فعلى المستوى النظري فأهميتها تكمن في كونها تطرح النقاش لمفهوم العقد أو المركز العقدي، بعيدًا عن تقديس مبدأ الروح الشخصية في الالتزام من جهة، وعن النظرة التفكيكية لعناصر العقد من جهة أخرى.

أما على المستوى التقني فأهميتها تتمثل في كونها تحتفظ للعقد بهويته، وتمكن من النظر إليه ككيان مستقل، بغض النظر عن أطرافه، فعملية انتقال العقد من شخص لآخر لا تسلب العقد شيئًا، وأخيرًا أهميتها على المستوى العملي، وتتجلى في اكتساب العقد استقرارًا، ما فتئ يشكل مطلبًا لكثير من الفئات.

وانطلاقًا مما سبق فإن موضوع البحث يطرح مجموعة من الإشكاليات، أهمها: ماذا نقصد بحوالة العقد؟ وكيف نميزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها؟ وما هي أحكام تكوين حوالة العقد وتنفيذها؟

منهج البحث:

آثرنا أنْ نَتَّبعَ في دراستنا لحوالة العقد منهجًا تحليليًّا مقارنًا، وتجدر الإشارة إلى أننا آثرنا هذين المنهجين كي نعطي فرصة لتحليل اتِّجاهات المشرِّع ومدى كفايته وقصوره في معالجة هذا الموضوع. إضافة إلى مقارنة التشريعات في مصر مع بعض التشريعات العربية والأجنبية.

خطة الدراسة:

آثرنا تقسيم البحث على النحو التالي:

الفصل الأول: الإطار القانوني لحوالة العقد

المبحث الأول: ماهية حوالة العقد

المبحث الثاني: مدى التزام حوالة العقد بقانون العقد

الفصل الثاني: الضوابط القانونية لحوالة العقد

المبحث الأول: أحكام انعقاد حوالة العقد

المبحث الثاني: آثار حوالة العقد

الفصل الأول

الإطار القانوني لحوالة العقد

تمهيد وتقسيم:

٣- إن نظرية الالتزام نظرية عتيقة؛ لأن تنوع الأوضاع القانونية المنظم لها يثير- دائمًا- إشكاليات متجددة؛ ولأن تطور الأفكار الذي تعكسه يكشف- بلا حدود- تصوراتها؛ ولأن تجدد الفرضيات التي تواجهه يثير- بلا نهاية- أساليبها. إن ذلك تجريد يجعل من حوالة العقد- بوصفها جزءًا من هذه النظرية- مظهرًا من مظاهر هذا التنوع والتطور والتجدد، وشكّل في القرن الأخير لغزًا قانونيًا محيرًا، انبرى الفقه والقضاء وبعض القوانين الوضعية يبحثون له عن حل قانوني، فأصبحت حوالة العقد من المفاهيم التي فرضت نفسها على الساحة القانونية، لكنه يبقى هناك جدل قائم حول تحديد الماهية الحقيقية لهذا العقد.

لذا؛ سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، على النحو الآتي بيانه:

المبحث الأول: ماهية حوالة العقد.

المبحث الثاني: مدى التزام حوالة العقد بمباديء قانون العقد.

المبحث الأول

ماهية حوالة العقد

٤- باتت حوالة العقد تفرض نفسها اليوم بوصفها مفهومًا قانونيًا، لكن لا زال الجدال قائمًا في شأن تحديد تعريف دقيق لحوالة العقد؛ مما ينعكس ذلك على تحديد الطبيعة القانونية لها، وهو ما أوجد على الساحة القانونية اتجاهين في شأن تحديد الطبيعة القانونية: اتجاه ينظر إلى العقد نظرته إلى الالتزام، فيحدد مفهومه في كونه مجرد تركيبة من الحقوق والديون، ولا تعدو أن تكون حوالة العقد سوى حوالة حق تضاف إليها حوالة دين؛ واتجاه ثانٍ ينظر إلى العقد نظرة منظوماتية واحدية لا تنفك، ولا يفصل في حوالته بين المكونات التي تنتظم داخله.

ومن جهة أخرى نجد أن هناك الكثير من النظم القانونية التي قد تتشابه مع حوالة العقد، منها ما يتشابه في التكوين، ومنها ما يتشابه في الآثار. وهذا الخلط الموضوعي والشكلي لحوالة العقد، يشكل عائقًا أمام البعض، ويفرض عليهم رفضهم لهذه الفكرة، مكتفيين بحوالة الحق، وحوالة الدين.

لذا؛ سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: تعريف حوالة العقد.

المطلب الثاني: تمييز حوالة العقد عما تشابه معها من نظم قانونية.

المطلب الأول

تعريف حوالة العقد

٥- يعتبر اصطلاح حوالة العقد مصطلحًا حديث النشأة؛ حيث لم يدخل الإطار القانوني إلا مؤخرًا، على خلاف مصطلح حوالة الحق، وحوالة الدين، وتبعًا لذلك لم يتعرض المشرع المصري، ولا المشرع المغربي، ولا المشرع الفرنسي لتعريف حوالة العقد، لا سيما في التعديل بالقانون رقم١٣١ لسنة ٢٠١٦م.

ويعتبر تحديد التعريفات والمفاهيم عملًا فقهيًا لا تشريعيًا؛ لذلك حَسُن فعل المشرعين بعدم وضع تعريف لحوالة العقد، وترك أمر وضع التعريفات وتحديد المفاهيم إلى الفقه القانوني.

والساحة القانونية العربية لم تتناول حوالة العقد إلا عرضًا، وذلك من خلال بعض الأعمال الفقهية العامة، ونجد البعض[١] تبنى نظرية تفكيك الحوالة إلى حوالة الدين وحوالة الحق، وذلك بتأكيده على أن حوالة العقد ليست إلا حوالة مجموعة الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد. وهذا هو ما لا نقصده بهذه الدراسة.

ويوجد تطبيق للحوالة القانونية في ثنايا القانون الزراعي المصري؛ حيث إنه في قوانين الإصلاح الزراعي نجد أن حق الدولة فيما يتعلق بالقدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية من تاريخ العمل بالقانون. فالدولة تعتبر مالكة لهذا القدر حكمًا وإلى أن

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج٣، ص٤٥٤.

تـتم إجـراءات الاسـتيلاء الفعلـي، إلا أن هـذه الإجـراءات قـد تـستغرق وقتًـا طـويلاً[١]. وبالتالي يحال إليها جميع عقود الإيجار المتعلقة بهذا القدر.

وهناك فارق كبير بين الحلول القانوني، والحلول الاتفاقي، تجدر الاشارة إلى أنه في أحد أحكام المحكمة العليا لولاية ميسوري أنها تناولت الفرق ما بين الحلول القانوني، والحوالة الاتفاقية للعقد [٢].

٦- وتعد عبارة حوالة العقد "cession de contrat" ذات منشأ فقهي، فقد نشأت إرهاصاتها الأولى – بوصفها ثالث زاوية في مثلث انتقال الرابطة القانونية، بعد حوالة الحق وحوالة الدين – في رحاب الدراسات الألمانية [٣]، ثم انتقلت إلى الأوساط الفقهية في كل من إيطاليا [٤]، والبرتغال [١]. ولم تظهر في فرنسا إلا في

---

(١) انظر: نبيل إبراهيم سعد، القانون الزراعي، ج١، الملكية – الإيجارية، ١٩٨٤، ص٢٠٥، ٢٠٦.

(2) Jennifer A. Bueler, "Understanding the Difference between the Right to Subrogation and Assignment of an Inusrance Claim- Keisker v. Farmer", Missouri Law Review, Vol.68, Issue 4, U.S.A., 2003, P. 14.

(٣) ويعد أول من اهتم بموضوع حوالة العقد في ألمانيا، والذي أرجع بناءها القانوني إلى حوالة حق ومواصلة الدين reprise de dette، هو BAHR في مؤلفه: الاشتراط لمصلحة الغير. مشار إليه لدى:

Philippe Reymond,"La cession des contrats", Cedidac No. 14, Lausanne, 1989, P.15.

(٤) من الدراسات السابقة على التنظيم التشريعي الإيطالي لحوالة العقد:

Mossa (L), Vendita del contratto, Rivista di diritto commerciale. (RDCO), 1928, II, 633; Finzi (F), la riassicurazione e la cessione di portafoglio, in RDCo, 1932, I, 356; Fontana (G), Cessione del contratto, in R.D.Co, 1934, I, 173; Pugliese (N), La cessione del contratto di copravendita, Roma, 1934; Paulco (S), La cessione del contratto, Giuffre, Milano, 1939.

مشار إليه: مصطفى مالك، ذاتية الحوالة الاتفاقية للعقد، بحث منشور بمجلة المناهج القانونية، ع ١٢/١١، ٢٠٠٨، ص١١.

أواسط القرن العشرين؛ نتيجة لتناميها كفكرة بفعل القيمة المالية والمزايا التي صار العقد يحظى بها أحيانًا، حيث قام Lapp بإنجاز أول دراسة مباشرة في الموضوع تحت عنوان "بحث في حوالة العقد التبادلي" إلى خلف خاص(٢)، وهي الدراسة التي جعلت جل الكتب الشارحة للقانون المدني الفرنسي تعرض للموضوع إشارة(٣) أو تفصيلاً(٤)، ولقد تأخر دخولها لغة القانون، ولم تستأنس بها الساحة

=

(١) من الدراسات السابقة على التنظيم التشريعي البرتغالي لحوالة العقد:

GALVAO teles, "la cession de contrat, rapport general presente au III eme congres international de droit compare", Londres, 1950, RIDC, 1951, p. 217 et s.

(٢)لمزيد من التوضيح:

Ch. Lapp, "Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier", RIDC, Année 1952.

(٣) ينظر:

M. Planiol, G. Ripert,"Traité pratique de droit civil français", tome III, Les biens, 2 éd., RIDC, Année 1955; Boris Starck,"Droit civil, Obligations", Éditeur : librairie Techniques, 1972, No. 2025, p. 598 et 2321, p. 698.

H., L.et J.Mazeaud, "Leçons de droit civil", t. II, 1er vol., Obligations. Théorie générale, 6e éd., par F. Chabas, Montchrestien Paris, 1991, no1283, p. 1299 et s; Alain Bénabent, "Droit Civil... Les obligations", Publisher: Montchrestien, à jour au 20 juillet 1994. 4ème édition, No.257, P.134 et No.765, P.375; Rémy Cabrillac,"Droit des obligations", Dalloz, Paris, 1995, No. 399, P.400, et P. 245-246 ; Jean-Luc Aubert,"Le contrat. Droit des obligations", Dalloz ; Édition : 4e édition, Paris, 15 septembre 2010, No.114, P.118 et s, P.124et s.

ومن الدراسات العربية التي ذكرت حوالة العقد على سبيل الإشارة: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٥٨، ص٤٥٤، فقرة ٢٥٢، هامش (١)؛ شفيق شحاتة، محاضرات في القانون المدني، حوالة الحق في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، ١٩٥٤، فقرة ٤٨، ص٤٢.

(٤) ينظر:

G. Marty et P. Raynaud, "Droit civil, t. I et t. II, vol. I: Les obligations", Sirey, Paris, 1962, No. 823 et s; Jean Carbonnier,"Droit civil : t. 1, Introduction, les personnes", PUF., Paris, 1982, No.127.; Weill et F. Terré,

=

القانونيـة إلا حـديثًا، وفـي نطـاق ضـيق، توسـع -وبـشكل ملحـوظ- بظهـور مـواد تـشريعية فـي تـشريعات أوربيـة؛ كالتـشريع المـدني الإيطـالي(١)، والتـشريع المـدني البرتغالي(٢).

وعلى مستوى العمل، تظهر أهمية حوالة العقد جلية، يتجسد جلاؤها في كونها تُكسب العقد استقرارًا، ما فتئ يشكل مطلبًا لكثير من الفئات، فهو على سبيل المثال، مطلب اجتماعي، تم بتدخل الشارع في كثير من الدول، فيفيد الطبقة العاملة؛ عن طريق الإبقاء على عقود العمل إذا ما وقع تغيير في المركز القانوني لرب العمل، وهو مطلب يخدم فئة عريضة من المجتمع، وهي فئة المستأجرين؛ حيث تدخلت معظم التشريعات بمواصلة عقود الإيجار في حالة بيع العقار المؤجر لا فرق، في ذلك، أن يكون الإيجار

=

"Droit civil. Les obligations", 3e éd., RIDC, 1980, No.982.; Jean-Marc Mousseron, "Technique contractuelle de Editions Francis Lefebvre", Paris, 1988, No. 1181 et s, p. 452 et s; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé,"Droit civil - Les obligations", 6ème édition, Dalloz, Paris, 1996, No. 1212 et s, p. 972 et s.

ومن الدراسات الفرنسية المباشرة:

Jacques Becqué, "la cession du contrat", travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Tome XV, Sirey, 1959, p.89 et s.; PARALAMAS (Octavio), La cession du contrat en droit comparé, thèse dactylo, Paris, 1960; Ph. Malaurie,"La cession de contrat", Les cours du droit, Defrénois, 1976, art. 31194, p.1011.

Laurent Aynès,"La Cession de contrat : et les opérations juridiques à trois personnes", Paris : Economica, 1984.

(١) القانون المدني الإيطالي المصادق عليه بموجب مرسوم ١٦ مارس ١٩٤٢، رقم ٢٦٢ (الجريدة الرسمية الإيطالية ٤-٤-١٩٤٢ عدد ٧٩ و٧٩ مكرر).

(٢) القانون المدني البرتغالي الصادر بمقتضى مرسوم – قانون رقم ٧٤٣٤٤، بتاريخ ٢٥ نوفمبر ١٩٦٦، مترجم ومتاح على الإنترنت.

سكنيًا؛ حيث يكون الاستقرار مطلبًا عائليًا، أو أن يكون تجاريًا؛ حيث يكون الاستقرار مطلبًا اقتصاديًا، أو أن يكون لمزاولة مهنة، حيث يكون الاستقرار مطلبًا مهنيًا.

وأجاز المشرع الفرنسي صراحة للمتعاقد- المحيل- أن ينقل صفته كطرف في العقد إلى الغير- المحال له- بموافقة المحال عليه.

ويجوز أن تتم هذه الموافقة مقدمًا، وبصفة خاصة في العقد المبرم بين المحيل والمحال عليه المستقبليين، في مثل هذه الحالة ترتب الحوالة أثرها تجاه المحال عليه، متى تم إخطاره بالعقد المبرم بين المحيل والمحال له، أو متى علم به[١].

وتفيد حوالة العقد -أيضًا- في إكساب المعاملات مرونة، يتكيف بها العقد ومختلف الظروف، التي قد يؤول إليها أحد المتعاقدين، فتمنعه من مواصلة العقد مع المتعاقد الآخر.

وبالتالي فإن حوالة العقد: "هي تصرف، بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين- يُدعى المحيل- مركزه العقدي في عقد لم يستنفد أداءاته [٢]، إلى شخص من الأغيار- يدعى المحال له-، في مواجهة المتعاقد الآخر- يدعى المحال عليه"[١]، [٢].

---

(١) انظر: نص المادة ١٢١٦ مدني فرنسي:

"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.; Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre le futur cédant et cédé, Auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaireLui est notifié ou lorsqu'il en prend acte".

(٢) جمع أداء وهو محل الالتزام عمومًا، والذي قد يعني -حسب السياق- إما الشيء المستحق؛ كالمبلغ المقترض (أداء نقدي) أو السكن المؤمن عليه أو العقار المبيع (أداء، بطبيعته)، أو النشاط المرتقب من المدين، والمتعلق بذات الشيء كدفع نقود أو تزويد سكن أو تسليم منقول، أو إنجاز مقاولة. انظر:

=

=

- Gérard Cornu,"Vocabulaire juridique", Association Henri Capitant, éd. Delta- Beyrouth, Paris, 1996, P.625.

(١) يلاحظ، بشأن هذه التسميات المعطاة لأشخاص حوالة العقد، أنها غير جامعة ولا مانعة. فالساحة القانونية، فقهًا وقضاءً وتشريعًا، درجت على استعمال المصطلحات، وهي: المحيل le cedant ، ويقصدون به الدائن في حوالة الحق، والمدين في حوال الدين، المحال له le cessionnaire، وهو الدائن الجديد في حوالة الحق. والدائن في حوالة الدين؛ المحال عليه le cede، وهو المدين في حوالة الحق والمدين الجديد في حوالة الدين. فهذه التسميات غير مقنعة؛ لأنها وإن كانت تصدق على أشخاص حوالة الحق وحوالة الدين كعمليتين قانونيتين منفردتين، فإنها لن تصدق على أشخاص حوالة العقد التبادلي، فليس هناك دائن أو مدين، وإنما يعد كل طرف، في العقد التبادلي، دائنًا ومدينًا في ذات الوقت.

(٢) وتتفق بعض التشريعات المقارنة، مع اختلاف طفيف في تعريفها لحوالة العقد، على أنه: "يجوز لكل طرف، شريطة رضاء الطرف الآخر، أن يُدخل الغير بديلاً له في الروابط الناشئة من عقد ذي أداءات تبادلية لم تنفذ بعد" راجع المادة ١٤٠٦ مدني إيطالي، والمادة ٤٢٤ مدني برتغالي والمادة ٢٤٤ من قانون الالتزامات المدنية والتجارية السنغالي، والمادة ١٥٩ فقرة أولى مدني هولندي، والمادة ٨٨٧ من قانون التجارة الكولومبي لسنة ١٩٧١، والمادة ٥٣٩ من القانون المدني البوليفي لسنة ١٩٧٥، والمادة ١٤٣٥ والمادة ١٥٣٦ من مشروع نفس القانون لسنة ٢٠٠١، والمادة ٥١٣ من قانون فاتح مارس. رقم ١/١٩٧٣ المتعلق بتجميع القانون المدني النظامي لمدينة نافارا Navarre بإسبانيا.

واختلف الشراح في تعريفهم لحوالة العقد، فاعتمد بعضهم معيارًا موضوعيًا، جاعلاً محل الحوالة أساسًا في تعريفها بقوله إن حوالة العقد هي: "نقل المركز العقدي للطرف بما يتضمنه هذا المركز من الحقوق والالتزامات".

Pierre Raynaud,"Les contrats ayant pour objet une obligation : DEA droit privé général" : 1977/78, Paris : les Cours de droit, impr. 1978, P.89.

وتبنى البعض الآخر معيارًا شخصيًا فقال إنه "يمكن تعريف حوالة العقد، وفقًا لمقاربة أولى، بالتصرف الذي يكون محله استبدال الطرف بالغير في رابطة عقدية".

Flour (J.), Aubert (J-L), Flour (Y.) et Savaux (E.)., "La cession de contrat. Répertoire du notariat Defrénoi"s, 2000, no 13-14 art. 37200, p 811.

بينما فضل البعض، ممن تناولوا الموضوع حديثًا، عدم صياغة تعريف لحوالة العقد. انظر:

Jean Carbonnier, Op. Cit., no. 127.; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, Op. Cit., no. 1212.

=

٧- كما عرفها الفقيه الفرنسي Charless Lapp على أنها "اتفاق يُنقل بمقتضاه إلى الغير وعلى عهدته مجموع الروابط القانونية الناشئة من عقد معين"(١). وقد عرفها الفقيه الفرنسي Larroumet بأنها "مكنة تخول المتعاقد أن ينقل إلى الغير ليس فقط اقتصاديا ولكن أيضا قانونيا مجموع مركزه الناتج عن العقد وذلك بمشاركة متعاقد آخر"(٢).

وقد عرفها البعض(٣) على أنها "تصرف بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين ويسمى "محيلا" مركزه العقدي في عقد لم تستنفذ أداءته "عقد جاري"(٤) إلى شخص من الأغيار يسمى "المحال له" في مواجهة المتعاقد الآخر "المحال عليه".

وتجد حوالة العقد قيمتها في دورها الذي يكمن في التوفيق بين حركية العقد، أبي تداولها سلامة المعاملات؛ حيث ظهرت هذه التقنية كوسيلة قانونية؛ استجابة

=

وتفسر محكمة النقض الفرنسية حوالة العقد، ممثلة في حوالة عقد الإيجار، كالآتي: "حوالة عقد الإيجار عقد من طبيعة خاصة، يتضمن حوالة الحق لفائدة المحال له، ولكنها أيضًا انتقال، على عاتق هذا الأخير؛ للالتزام بأداء الوجيبة الكرائية وتنفيذ شروط الكراء".

"La cession du bail est un contrat d'une nature particuliere, comportant cession de creance au profit du cessionnaire, mais aussi transfert à la charge de celui-ci de l'obligation de payer le loyer et d'executer les conditions de la location". Cass 12 nov. 1954, D. 1955, I, 22.

(1) Ch. Lapp, Op.,Cit., PP.375- 377.

(٢) مشار إليه: فوزية مشرقة، العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، رسالة دكتوراه، بالدار البيضاء، د.ن، ٢٠١٢، ص١٣٠.

(٣) ينظر: مصطفى مالك، حوالة العقد- دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص٨-١٠.

(٤) العقد الجاري: هو العقد الذي لا زال في طور التنفيذ، أو العقد الذي أبرم ولم تستنفد أثاره بعد، أو العقد الذي لم يتم فسخه بحكم المحكمة.

للأوضاع المستجدة التي ترتبت عن التطور الاقتصادي الهائل في العصر الحديث، فحوالة العقد هي بالأساس ذات منشأ فقهي، كما سبق وأن ذكرنا.

والآن نستطيع أن نصوغ مفهومًا نهائيًا لحوالة العقد، نرى أنه يجمع شتات الموضوع كالآتي:

٨- حوالة العقد هي: "عقد موحد، يحق بمقتضاه لأحد المتعاقدين "المحيل" أن يحيل مركزه العقدي القابل للحوالة إلى أحد الأشخاص "المحال له"، الذي يشترط كي يكون العقد مبرئًا لذمة المحيل، أن يقبله المتعاقد الآخر "المحال عليه".

الحوالة عقد؛ حيث إن حوالة العقد عقد كبقية العقود، تخضع لأحكام التكوين فيها، من ضرورة اشتراط إيجاب وقبول واقترانهما، ووجوب توفر الشرائط العامة الكامنة في الأهلية والمحل والسبب، والشروط الشكلية، والخضوع لأحكام عيوب الرضاء، كما تخضع لأحكام تنفيذ العقود تنفيذًا داخليًا في العلاقة بين الأطراف، أو تنفيذ خارجيًا في علاقة الطرفين بالأغيار.

وعقد الحوالة هو تصرف واحد، غايته نقل المركز العقدي بوصفه منظومة ذاتية متكاملة، فيخرج به الطرح التفكيكي، الذي ينظر إلى عقد الحوالة بوصفه مركب يتكون من تصرفين: تصرف يتم به نقل الجانب الإيجابي للعقد المحال به، وهو حوالة الحق، وتصرف ينقل بواسطته الجانب السلبي لهذا العقد، وهو حوالة الدين، أو تقنية بديلة بحسب وجهة الطرح التفكيكي.

ويحق بمقتضاه لأحد المتعاقدين.. وقلنا (يحق)، ولم نقل يمكن، كما جاء في معظم الصياغات التعريفية الفقهية والقضائية والتشريعية، التي اتخذت حوالة العقد محلًا لها، حتى نبرز طبيعة السلطة الممنوحة للمحيل ومصدرها في القيام بحوالة

مركـزه العقـدي، فقـد سـبق القـول بـأن مـصدر هـذه الـسلطة هـو الرضـاء الـضمني المفتـرض مـن جانـب المحـال عليـه، والمـضمن بالعقـد المحـال بـه؛ ممـا يجعـل هـذه الـسلطة حقًا ذا طبيعـة تعاقديـة، مـصدره العقـد، ولـيس إمكانيـة يمنحهـا القـانون لفائـدة المحيل[١].

وقولنـا (يحيـل) أردنـا بـه أن نبـرز الأثـر النـاقل لحوالـة العقـد، ونخـرج، بالمقابـل بعض الـنظم القانونيـة ذات الأثـر المنـشئ؛ كـالعقود الفرعيـة، والعقـود لمـصلحة الغيـر، والإنابة، والتجديد[٢].

وقولنـا (مركـز عقـدي) قـصدنا بـه جعل المركـز العقـدي محلًـا للحوالـة، وإخـراج العديد من المواقف المحددة والمعددة لمحل عقد الحوالـة، مبينـين أن هذا المركـز يـشكل منظومة ذاتية متكاملة، تأتلف داخلها العديد من الآثار العقدية.

وقولنا (مركز عقدي قابل للحوالة) أردنا به أن نثير الانتبـاه إلـى شروط القابليـة للحوالـة المتعلقـة بتحديـد نطـاق تطبيـق حوالـة العقـد وفاعليتـه. ففـي شـأن تحديـد نطـاق تطبيقهـا، أردنـا بقولنـا هـذا أن ليـست كـل المراكـز العقديـة قابلـة للحوالـة، فوحـدها تقبـل الحوالة المراكز العقدية الناشئة من عقود لم تستنفذ محالها تمامًا، مهما اختلف نوعها

(١) ينظر: مصطفى مالك، بحث ذاتية الحوالة الاتفاقية للعقد، مجلة المناهج القانونية، الرباط، ٢٠٠٨، ص١٧.

(٢) ينظر: نص المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦:

"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.; 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".

وطبيعتها (عقود تمهيدية، وعقود منعقدة، وعقود ملزمة لجانب، وعقود ملزمة لجانبين...)، ويصدق هذا الشرط على المراكز العقدية الناشئة من العقود الزمنية والعقود الفورية ذات التنفيذ الحال؛ لعلة استنفاذ المحل ذاته. أما في شأن تحديد نطاق فاعلية حوالة العقد، فقد أردنا أن ننبه، بقولنا السابق، إلى أن ثمة بعض العقود تُبرم للاعتبار الشخصي البنيوي، أي عندما يندمج شخص المتعاقد بمحل العقد أو سببه، فالمراكز العقدية الناشئة من هذه العقود لا تقبل الحوالة؛ لعلة أن حوالتها تصيب العقد في محله أو سببه، فيخرج من دائرة عدم القابلية للحوالة المراكز العقدية الناشئة من عقود أبرمت للاعتبار الشخصي التأميني؛ لعلة اتصالها بذمة المتعاقد لا بشخصه، ويأخذ حكم الاعتبار الشخصي البنيوي، بوصفه مانعًا من الحوالة، المنع الاتفاقي والمنع القانوني.

وقولنا (يشترط، كي يكون العقد مبرئًا للمحيل، أن يقبله المتعاقد الآخر) أردنا به أن ننبه إلى أن تدخل المحال عليه بقبوله شخص المحال له، شرط في فاعلية عقد الحوالة المبرم بين المحيل والمحال له، ولا يخلو الأمر في هذا القبول من مرحلتين: مرحلة ما قبل تدخل المحال عليه؛ حيث ينعقد عقد الحوالة دون إبراء للمحيل؛ ومرحلة تدخل المحال عليه، بالقبول تبرىء ذمة المحيل[1].

(١) نص المادة ١٢١٦-١ مدني فرنسي:

"Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.; A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat."

المطلب الثاني

تمييز حوالة العقد عما تشابه معها من نظم قانونية

٩- نظرًا لأن حوالة العقد تفضي إلى تغيير يحصل في شخص أحد المتعاقدين، فإن التباسها ببعض التصرفات، مثل: التجديد، والعقود لمصلحة الغير، والعقود الفرعية يبقى لهذه العلة أمرًا واردًا، لا يتم رفعه إلا بمعالجة دقيقة لطبيعة هذه الأنظمة.

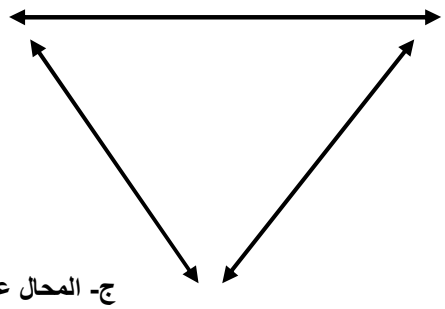
إن من أبرز ما يتميز به اتفاق الحوالة هو أنه اتفاق ملزم للجانبين، كما أن محل هذا الاتفاق غالبًا ما يكون عقدًا ملزمًا للجانبين. فالعقد المحال عليه ذاته يرتب التزامات متبادلة فيما بين الطرفين. ونحن نعتقد أن هذا يعتبر من أهم أوجه الصعوبة والتعقيد في عملية حوالة العقد.

سبق وبينا أن حوالة العقد عبارة عن نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد، بما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المحال له. فحوالة العقد يتمثل في اتفاق بين المحيل والمحال له، بمقتضاه ينقل المحيل مركزه العقدي في العلاقة القانونية الناشئة عن العقد المحال به إلى المحال له، فحوالة العقد تتضمن حلول المحال له محل المحيل بالعقد في جانبه الإيجابي، أي الحقوق، وفي جانبه السلبي، أي الالتزامات، في آن واحد، بالإضافة إلى ما يترتب على هذا المركز العقدي أو الصفة العقدية من بعض الحقوق الترخيصية، التي تتضمنها هذه الرابطة العقدة، كما سوف نرى فيما بعد[1].

(١) نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٦٩.

والسؤال الآن هل اتفاق حوالة العقد ملزم لثلاثة أطراف؟ بمعنى أنه ينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة بين أطراف ثلاثة؛ كعقد الشركة مثلاً، أم أنه عملية قانونية ثلاثية الأطراف، بمعنى أن هناك ثلاث علاقات قانونية مركبة؛ في الحقيقة إن حوالة العقد ينشأ عنها عملية قانونية مركبة ثلاثية الأطراف، أو ذات أطراف ثلاثة، ولكنه لا ينشئ علاقة قانونية ثلاثية.

أ المحيل　　حوالة العقد　　ب- المحال له



ج- المحال عليه

ففي حوالة العقد يستطيع المحال له أن يباشر دعوى التنفيذ في مواجهة المحال عليه دون وساطة المحيل، وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الفسخ، أو بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ. وبالمثل يستطيع المحال عليه أن يباشر مثل هذه الدعاوى وهذا الدفع في مواجهة المحال له، ودون وساطة المحيل[1].

(١) قريب من هذا المعنى انظر: نقض مدني في ١٩٨٣/٤/١٤، الطعن رقم ٧٨ لسنة ٣٤ق، في مجلة خريجي حقوق الإسكندرية، أبريل ١٩٨٥، ص١٣٣.

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا؛ هل حوالة العقد مع نظرية تفكيك العقد أم وحدة العقد؟

إن حوالة العقد ما زالت في معظم التقنينات المقارنة نظامًا قانونيًاغير محدد وغير مكتمل، فنجد أن البعض ينظر إلى عقد الحوالة على أنه بيع للعقد أو هبة[١]، وقد سبق لنا أن بينا أن هذا غير دقيق من الناحية القانونية؛ حيث إن حوالة العقد لا تخضع لكل قواعد البيع، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالثمن، وعدم مسئولية المحيل عن عدم تنفيذ المحال عليه، وعدم مسئولية المحيل عن ضمان العيوب الخفية، وغير ذلك من قواعد، كما سوف نرى تفصيلاً فيما بعد. وفي بعض الأحيان، كما في ألمانيا، يطلق على حوالة العقد عقد الحلول أو استئناف العقد، كل هذا يكشف عدم الوضوح والتردد الذي يحيط بنظام حوالة العقد[٢].

١٠- أولاً: نظرية تجزئة حوالة العقد (النظرية التفكيكية):

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

وإذا كان الأمر كذلك، فإننا نعلم أن حوالة الحق وحوالة الدين عمليتان قانونيتان متميزتان، والنتيجة المنطقية لذلك هي تجزئة العقد إلى حقوق والتزامات، وبالتالي فإن

(١) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٦، مج ١، فقرة ٤٥٣ ص٦٦٢ وفي فرنسا:
M. Planiol, G. Ripert,Op., Cit., No. 550, p. 762, note 3.
(2) Ph. Malaurie, Op.Cit., p. 203.

حوالة العقد لا تعدو أن تكون حوالة حق وحوالة دين، في وقت واحد[١]، ويجب أن تطبق القواعد الخاصة بالحوالة على حوالة العقد. وبناء عليه فإن حوالة الحق تتم دون حاجة إلى رضاء المدين، إلا أنها لا تكون نافذة قبله إلا إذا قبلها أو أعلن بها. أما بالنسبة لحوالة الدين فإنها تتم باتفاق المدين والمحال عليه، إلا أنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها. وكما هو واضح فإن دور المحال عليه ليس إلا الانضمام إلى اتفاق موجود وصحيح ونافذ فيما بين عاقديه "المحيل والمحال له"، وأن هذا التدخل لا يقصد به سوى إعطاء هذا الاتفاق فعاليته ونفاذه، وهذه النظرية هي السائدة في كل من القانون الألماني والسويسري والمصري[٢].

وبنظرة فاحصة على هذا التحليل يتبين لنا بوضوح التكلف والتصنع، فالعقد يكون وحدة متكاملة، والقانون الحديث يقف ضد أي تجزئة للعملية العقدية، والمثل الواضح على ذلك موقف القانون الدولي الخاص الذي يهدف دائماً إلى تركيز للعلاقات العقدية وعدم تجزئتها. كما أن حوالة العقد تنصب على العقد ذاته المحال به ككل متكامل. وبناء عليه فإن قواعد الحوالة تصبح عاجزة عن أن تستجيب لعملية حوالة العقد؛ حيث إنها عملية مركبة ومتداخلة، بينما قواعد الحوالة وضعت لتواجه حوالة حق أو دين كل على حدة.

---

(١) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٣، فقرة ٢٥٠ ص٤٥١، وج ٦، مج ١، فقرة ٤٥٣ ص٦٦٣.

(٢) أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن تقنين نابليون لا يعرف سوى حوالة الحق، ولم ينظم حوالة الدين، ونجد أن الفقه الغالب يذهب إلى أن القانون الوضعي الفرنسي يعرف حوالة الدين، وبالتالي، وطبقًا لهذا الاتجاه، فإنه يأخذ بنظرية تفكيك حوالة العقد. انظر:

Ch. Lapp,Op., Cit., No.16 et s.

كما أنه ليس صحيحًا أبدًا أن مجموع حوالة الحق وحوالة الدين يساوي في كل الأحوال حوالة العقد ككل. ونحن نعتقد أن هذا هو سبب الكثير من الصعوبات التي تواجه الفقه والقضاء عند تطبيق قواعد الحوالة على حوالة العقد(١).

أما في مصر فنجد هذا التردد واضحاً في كتابات الفقهاء، فنجد مثلاً الأستاذ الجليل الدكتور السنهوري يصور حوالة عقد الإيجار فيما يلي: "يمكن القول، بادئ ذي بدء، أن المستأجر في هذه الحالة يقوم بينه وبين المتنازل له عن الإيجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه، وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته... أما علاقته بالمؤجر فهي في التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه في الحقوق وعلاقة محيل بمحال له في الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار، هي علاقة المحال له بالمحال عليه، أو علاقة المحال عليه بالمحال له...."(٢).

بل أكثر من ذلك نجد أن البعض يعبر- دون قصد- عن حقيقة حوالة العقد، فيقول بالحرف الواحد "ذلك أن المستأجر إنما يتنازل عن حقوقه والتزاماته المستمدة من عقد الإيجار الأصلي، فهذا العقد نفسه هو الذي يتحول إلى المحال عليه بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أي تحوير فيها، ويحل المتنازل إليه محل المستأجر في كل ذلك، ويصبح هو المستأجر في عقد الإيجار بدلاً من المستأجر الأصلي"(٣).

---

(١) أنظر كثير من أحكام محكمة النقض منها:
نقض مدني، الطعن رقم ٢٣٢١، بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٨، م.م.ف، س٤٠، ج٣، ص٢١٠؛ نقض مدني، الطعن رقم ٥٩٧، بتاريخ١٩٨٣/٥/١٢، م.م.ف، السنة٣٤، ص١١٥٦؛ نقض مدني، الطعن رقم ٦١٨، بتاريخ١٩٧٩/٤/٧، م.م.ف، س٣٠، ص٤٠.

(٢) انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦٦، ص٦٩٦.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص٦٩٨.

ويؤكد البعض تلك الحقيقة بقوله "ويترتب على ذلك أن الأسباب المتعلقة بالمستأجر يكون من شأنها إنهاء عقد الإيجار أو فسخه؛ كالموت، أو الإعسار، أو الإفلاس، أو الخلال بالالتزام، يرجع فيها لا إلى المستأجر، بل إلى المتنازل له عن الإيجار"(١)، أي أن حوالة العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، وإنما هو شيء أكثر من ذلك، كما سوف نرى فيما بعد.

ومن هذا المنطلق أرى أن ما يقصده السنهوري هو حوالة عقد بمعناه الحقيقي، وليس حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد.

١١- ثانيًا: نظرية وحدة حوالة العقد (النظرية التركيبية):

وقد ظهرت هذه النظرية في التقنين الإيطالي، ثم في التقنين البرتغالي، وهذه هي النظرية التي يؤيدها غالبية الفقهاء في فرنسا(٢)، كما أن هناك اتجاهًا فقهيًا في ألمانيا يؤيد هذه النظرية(٣)، مع أن التقنين المدني الألماني (B.G.B) لا يتضمن إلا قواعد خاصة بحوالة الحق وبحوالة الدين، ولا توجد به قواعد عامة تتعلق بتنظيم حوالة العقد.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧، ص٦٩٨، ٦٩٩، هامش ٣

(2)J. Ghestin,"La transmission des obligations en droit positif français", in Le Centre de Droit des Obligations, ravaux des IX' Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980, P.4 et 5.; Ph. Malaurie, Op.Cit; Pierre Raynaud, Op.Cit; Christian Larroumet,"Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé", Thèse de Doctorat : Droit : Bordeaux 4 : 1968.

(3) Ph. Malaurie, OP.Cit., p. 204.

وطبقًا لهذه النظرية، فإن حوالة العقد لا ينظر إليها باعتبارها مجموع الحقوق والديون منظورًا إليها بطريقة منفصلة، وإنما هي عبارة عن نقل للرابطة العقدية، باعتبارها وحدة واحدة متكاملة، أو هي عبارة عن تنازل عن المركز العقدي، في العلاقة العقدية القائمة. ويترتب على التنازل عن المركز العقدي أو صفة التعاقد اكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات الناشئة عن ذلك المركز، أو هذه الصفة.

وهذا التحليل يرتكز على أساسين: أحدهما شخصي، والآخر موضوعي. فمن ناحية نجد أن هذا التحليل يرتكز على قصد المتعاقدين، فالمتعاقدان لم تتجه إرادتهما عند عقد الحوالة إلى فصل الجانب الإيجابي عن الجانب السلبي للعقد، ولكن على العكس تتجه إرادتهما إلى حوالة العقد ككل، فمحل الحوالة هو العقد المحال به في ذاته. ومن ناحية أخرى فإن هذا التحليل يرتكز على فكرة بسيطة قوامها أن محل حوالة العقد ليس هو المجموع الحسابي للحقوق والديون، وإنما هو شيء آخر غير ذلك، إنه حوالة صفة المتعاقد أو مركزه العقدي، فهدف المتعاقدين من التعاقد هو حلول المحال له محل المحيل في الرابطة العقدية التي تربطه بالمحال عليه، وبكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، لا تقف عن حد انتقال الحقوق والالتزامات.

وقد حاول بعض الفقهاء انتقاد هذه النظرية على أساس أنها ترتكز على فكرة موضوعية محضة للالتزام، مجردة إياه من الرابطة الشخصية المكونة له. وهذا يعني - أيضًا- أن العقد، وذلك بعد تطور طويل، أصبح يمثل قيمة مالية دون أدنى اعتبار للرابطة الشخصية التي تنشئه، فقديمًا كان الالتزام لا يقبل الانتقال، حتى في جانبه الإيجابي؛ لأنه كان ينظر إليه على أنه ليس إلا رابطة بين شخصين. أما اليوم فإن العقد بأكمله يقبل الانتقال، لأنه ليس إلا قيمة مالية أو اقتصادية[1].

(١) قريب من هذا المعنى انظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص٧٩.

١- حوالة العقد والإنابة في الوفاء:

١٢- كثيرًا ما تدق التفرقة بين حوالة العقد والإنابة؛ وذلك لأن وجه الشبه بينهما كبير. ففي الإنابة نجد أن المدين يحصل على رضاء الدائن بشخص أجنبي، يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، كما بينت المادة ١/٣٥٩ مدني مصري. وممكن أن تأخذ الإنابة شكلاً عمليًا على النحو الآتي: ففي عقد البيع الذي لم يكن المشتري قد دفع فيه الثمن، فإنه يمكنه أن يبيع الشيء مرة ثانية، ويحصل على موافقة المتصرف إليه بدفع الثمن الذي في ذمته إلى البائع. وفي هذا المثال نجد أن المتصرف إليه يعتبر منابًا من قبل المشتري الذي يسمى منيبًا، في مواجهة البائع، والذي يسمى منابًا لديه. بعد ذلك نجد أن هذه الإنابة قد تكون كاملة أو إنابة قاصرة بحسب ما إذا قبل البائع أو لا براءة ذمة المشتري في مواجهته: فإذا قبل، فإن المشتري يختفي من هذه العلاقة، ولا يكون مسئولًا أمام البائع "المناب لديه"، سوى المتصرف إليه "المناب"، وهذه هي الإنابة الكاملة أو التامة. أما إذا لم يقبل، فإنه يصبح للبائع "المناب لديه" مدينان (المشتري "المنيب"، والمتصرف إليه "المناب")، وهذه هي الإنابة القاصرة أو الناقصة.

ويوجد العديد من المفاهيم المهمة التي تكمل بعضهما البعض: مثل الانابة، والحوالة، وأنه يوجد خط رفيع جداً يفصل ما بين الاثنين[1].

---

(١) انظر:

Olivia, Difference Between Assignment and Delegation, December 12, 2011, Posted on internet: https://www.differencebetween. com/difference-between-assignment-and-vs-delegation/

والفارق الجوهري بين الإنابة وحوالة العقد يكمن في أن الإنابة- كاملة أو ناقصة- لا تنقل الالتزام، وإنما تنشئ علاقة قانونية جديدة بين المناب والمناب لديه[١]. أما في حوالة العقد فإن العلاقة القانونية قائمة، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات هي التي تنتقل من المحيل إلى المحال له. ويترتب على ذلك أننا نجد أن دستور الإنابة -كاملة أو ناقصة- هو تجريد العلاقة فيما بين المناب والمناب لديه، بمعنى أن يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحًا، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً، أو كان هذا الالتزام خاضعًا لدفع من الدفوع، فلا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره[٢].

ففي الإنابة، 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، فإنه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المناب للمناب لديه. ويعتبر الالتزام الجديد التزامًا مجردًا، بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المناب للمنيب [٣].

أما بالنسبة لحوالة العقد فإن نفس الرابطة القانونية القائمة بين المحيل والمحال عليه هي التي تنتقل إلى المحال له، ومن ثم تنتقل بنفس طبيعتها وخصائصها، وما يرد عليها من دفوع، وما يضمنها من تأمينات.

---

(1) G. Marty et P. Raynaud, Op.Cit., t. II, No. 802 p. 807.

(٢) انظر: نص المادة ٣٦١ مدني مصري.

(3) G. Marty et P. Raynaud, Op. Cit., No. 845; B. Starck, op. cit, no 2376; Capitant, la Cause des obligations, 1925, no 179; Comp. toutefois, H., L.et J.Mazeaud, Op.Cit., t II no 1246; A. Rieg, in rep. civ. 2e ed, 1971, Vo Delegation, no 34; Vo Contra Maurty, in Rep. vit. 2e Ed, 1970, VO Cause, no 179.

ففي حوالة العقد يستطيع المحال عليه أن يدفع ببطلان هذه العلاقة، أو بفسخها، وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المحال له، كما كان له أن يتمسك بكل ذلك تمامًا في مواجهة المحيل، وبالمثل فإن للمحال له أن يتمسك بكل ذلك في مواجهة المحال عليه، كما أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بما له من امتياز في مواجهة المحال له. ولكن قد تدق التفرقة إذا ما اتفق في الإنابة على بقاء التأمينات أو الدفوع. ولكننا نتساءل أي إنابة هذه؟ فلو تم الاتفاق على ذلك لم يبق لهذه العملية القانونية من الإنابة إلا الاسم(١).

وبالرغم من وضوح هذه التفرقة من الناحية النظرية، إلا أننا نجد أن هناك خلطًا واضحًا في استعمال كل من الإنابة وحوالة العقد في القضاء الفرنسي وفي الحياة العملية، فنجدهم غالبًا ما يطلقون لفظ الإنابة على عمليات قانونية ليست في الحقيقة إلا حوالة عقد، وبالمثل نجد أنه بالرغم من أن كثير من الأحكام تتكلم عن حوالة العقد إلا أن بعضها يتكلم عن حوالة الدين، والبعض الآخر يتكلم عن الإنابة. وأخيرًا البعض يتكلم عن التجديد بتغيير المدين، وذلك كله عن حالات ليست في الواقع إلا حوالة عقد كما أن الفقه لم يسلم من هذه الخلط(٢).

ونضرب مثالًا لاتجاه القضاء في مصر، وهو عقد شراء السيارة البنكية، وتتلخص هذه الحالة في أنه في حالة زيادة الطلب على العرض في بعض السلع، مثل: السيارات، فإن شركات بيع السيارات تلجأ إلى البيع عن طريق الحجز، وتقصر مدة

---

(١) انظر في ذلك مع أسلوب فيه كثير من السخرية

Ph. Malaurie, Op.Cit., p 26 et p. 41.

(٢) انظر:

Dagot (M.), "La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire", J.C.P., Paris, 1975, I, 2693.

الحجز أو تطول بحسب تناسب العرض مع الطلب أو تفاوته، وفي أثناء فترة الحجز قد يحق للمشتري أن يبيع السيارة المحجوزة لسبب أو لآخر. وبيع السيارة المحجوزة لا يعدو أن يكون حوالة عقد الشراء، بما يتضمنه من حقوق والتزامات. وعلى ذلك يحل المحال له محل المشتري (المحيل) فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع (المحال عليه) وبما في ذلك الأولوية. وهذه الصورة من حوالة العقد شائعة في الحياة العملية. لكن يبقى التساؤل قائمًا: ما هي القواعد التي تحكم هذه الحوالة؟ فالإجابة تفهم ضمنًا من اتجاه محكمة النقض المصرية بتعليقها على ذلك "بأن الأمر يتعلق بحوالة حق. ومن ثم يجوز حوالة الحقوق الناشئة عن طلب حجز السيارة، وينتقل الحق المحال به بمجرد انعقاد الحوالة"[١].

"ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الاتفاق تضمن حوالة الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها، وأن المطعون عليه يصبح مالكًا لها عند استلامها من الشركة، فإن الاتفاق على هذه الصورة هو حوالة حق، وبمقتضاه ينتقل الحق المحال به من الطاعنة إلى المطعون عليه بمجرد انعقاد الحوالة، دون نظر إلى نفاذها في حق الشركة المنتجة وهي المحال عليها، ولا يغير من ذلك أن الحق في شراء السيارة لم يوجد بعد عند إبرام الاتفاق أو أنه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز؛ لجواز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل[٢].

(١) نقض مدني، رقم٤٥٢، بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢٢، م.م.ف، س ٢٨، ص٧٣٢.
(٢) نقض مدني، رقم٤٥٢، بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢٢، م.م.ف، س٢٨، ص٧٣٢.

٢- حوالة العقد والتجديد:

١٣- يتم التجديد إما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد، وإما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينًا مكان المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزامًا جديدًا، يختلف عنه في محله أو في مصدره (م ٣٥٢ مدني مصري).

ويوجد إتجاه فقهي، يري أنه من الممكن حوالة فوائد العقد أي حقوقه، وعدم إمكانية حوالة الالتزامات إلا بموافقة المحيل إليه، أما التجديد فيسمح بنقل فوائد العقد وأعبائه أيضا[١].

ونقطة التقاء التجديد بحوالة العقد تنحصر في الصورتين الأوليتين، التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين؛ حيث إن في كل من التجديد وحوالة العقد يتم تغيير كل من المدين والدائن، وقد لجأ بعض الفقهاء إلى نظرية التجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهي. وقد استندوا في ذلك إلى عدة أحكام، وهذه الإدانة كانت في الحكم الأخير أوضح وأكثر صراحة للتجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهي. وقد استندوا في ذلك إلى عدة أحكام قضائية[٢].

---

(1)Graham Alty, Assignment and novation, Article, Pinsent Mason, U.S.A., 2011, p. 1.

(2) Soc. 6 Jan. 1960, Bull. Civ. IV, no 7, qui a qualifie l'operation "de novation par changement de debiteur de" novation par sunstitution d'un noveau debiteur de loyer"; Soc. 5 oct. 1960, ibid no 809" de novation par changement de locataire; Soc. 24 oct. 1958, ibid, IV, no

=

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

وبعد أن اتضح موقف القضاء الفرنسي، فإننا يمكننا أن نؤكد على حقيقة ثابتة، هي أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي، وينشئ مكانه التزام جديد بتغيير الدائن أو المدين، بينما حوالة العقد عبارة عن حلول المحال له محل المحيل في نفس الرابطة القانونية الموجودة من قبل، وبما ينشأ عنها من التزامات وحقوق، وتحتفظ هذه الرابطة بكل مقوماتها وخصائصها، كما تنتقل بضماناتها وصفاتها ودفوعها، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزاًم جديد بضمانات وصفات ودفوع، تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي(١). ومن هذا العرض يتبين لنا أفضلية حوالة العقد عن التجديد(٢).

٣- حوالة العقد والاشتراط لمصلحة الغير:

١٤- يبدو في الظاهر أن هناك تشابهًا بين الاشتراط لمصلحة الغير وحوالة العقد، وخاصة من حيث إنه في حوالة العقد نجد حلول شخص محل آخر، بأن يحل المحال له محل المحيل، وفي الاشتراط لمصلحة الغير نجد المستفيد-وهذا هو

=

1087, "de novation par changement de personne"; Soc. 27 fevr 1959; ibid, no 318, no pourra ajouter a cette liste l'arret de la 3eme chamber civil du 21 Janvier 1976; panorama de la Cour de Cassation p. 12, qui peut etre rapproche de celui d'octobre 1958.

(١) انظر المادة ٣٥٦ مدني مصري.

(٢) انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٢٤٢ ص٤٣٩.

تشابه ظاهري- يحل محل المشترط، ولذلك نجد أن بعض الأحكام القضائية في فرنسا قد ذهبت إلى تكييف حوالة العقد عن الوعد بالبيع بأنه اشتراط لمصلحة الغير.

وتجدر الإشارة أن: العقد ملزم فقط لأطرافه وليس من حق الغير أن يتنفع ولا يضار بهذا العقد تطبيقًا للأثر النسبي للعقد، والقولة الملزمة للعقد، بأن يلتزم فقط أطرافه، ولا يلتزم الغير بشي في عقد لم يكونوا طرف فيه(١).

بل وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن حوالة عقد – الإيجار- يعتبر أساسًا حوالة حق، ولا يمكن -في نظرهم- أن يعتبر حوالة دين؛ حيث إن حوالة الدين لا يعرفها القانون الفرنسي الملغي بالمرسوم الصادر ١٠فبراير ٢٠١٦. ويترتب على ذلك أن الدين لم تتم حوالته، وبالتالي يبقى المستأجر هو الملتزم بالأجر،ة ولا يستطيع المؤجر أن يطالب المحال عليه بها(٢). وقد لفت نظر هؤلاء الفقهاء ما للمؤجر من دعوى مباشرة قبل المحال عليه، وقد فسروا ذلك بأن هناك اشتراطًا ضمنيًا لمصلحة الغير بين المحيل والمحال له. وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات شديدة(٣).

(1) Michael Furmston," assignment of contractual rights and Duties: recent English developments", Western Australian Law review, Vol.23, UK, 1993, P.251.

(2) H., L.et J.Mazeaud, Op. Cit., no 1081; J. Ghestin, Op.,Cit.,No., 69, P.167.

(3) G. Marty et P. Raynaud, Op,. Cit.,, t. II, No 831, p. 831.

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

١- إن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقوقًا دون أن يحمل الغير بالتزامات. ولا يوجد شئ من ذلك في حوالة العقد، وبصفة خاصة الملزم للجانبين؛ حيث إن المحال له يحل محل المحيل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في نفس الوقت.

٢- في الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حق مباشر قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى كان هذا العقد صحيحًا. وينشأ هذا الحق للمستفيد دون حاجة إلى قبوله، ولا يتضمن حوالة العقد شيء من ذلك؛ حيث إن المحال له لا يكتسب أي حق إلا بتعاقده هو شخصياً أو من ينوب عنه.

٣- في الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حق مباشر قبل المتعهد. وهذا الحق يختلف عما يكون ثابتًا للمستفيد قبل المشترط. ولا يوجد شيء من ذلك في حوالة العقد؛ حيث إن المحال له لا يكتسب قبل المحال عليه إلا ما هو ثابت من حق للمحيل.

ويمكننا أن نجمل القول في أن المناب في الإنابة، والمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير يكتسبان حقًا ذاتيًا جديدًا، وذلك بخلاف المحال له، الذي يكتسب ما للمحيل من حقوق وما عليه من التزامات قبل المحال عليه[1].

(١) قريب من هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٠٣.

المبحث الثاني

مدى التزام حوالة العقد بقانون العقد

١٥- من المعلوم أن هناك مبادئ مختلفة تشكل قانونًا للعقد يتوجب احترامها من قبل المتعاقدين، وتتجسد في مبدأ نسبية أثر العقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود. ومما لا شك فيه؛ أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها، ولا يجوز تعديلها أو إلغاءها إلا برضاهما معًا، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون(١).

فالعقد- طبقًا لهذا المبدأ- إذا ما نشأ صحيحًا، يصير ذا سلطان في تنظيمه للعلاقة بين طرفيه، فيمنع على أحدهما التنكر لسلطانه؛ حيث إن المحيل- وهو يبرم حوالة العقد- يترك مكانه في العقد لغيره؛ ولذلك فمسألة مواءمة حوالة العقد لسلطان العقد الداخلي تصير مدعاة للجدل. كما أن الثابت من جهة ثانية أن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفًا في العقد: فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في حالات معينة في القانون(٢). فالعقد- وفقاً لهذا المبدأ- يصير ذا سلطان في تنظيمه لعلاقة طرفيه بالأغيار، يحول دون انتفاعهم، أو تضررهم به، ولكن مركز المحال عليه بالنسبة للمحال له يدعو إلى التساؤل عن مدى تلاؤم حوالة العقد والسلطان الخارجي للعقد، ومن جهة ثالثة وأخيرة، أنه يمنع على أحد المتعاقدين أن يتخلى عن مركزه العقدي الناشئ من عقد

(١) انظر نصوص القانون المدني المصري: المادة ١/١٤٧، وكذلك المواد من ١٥٣ إلى ١٥٦ (التعهد عن الغير- الاشتراط لمصلحة الغير).

(٢) حالة التعهد عن الغير وحالة الاشتراط لمصلحة الغير.

أبرم للاعتبار الشخصي، كما يقضي بذلك مبدأ شخصية العقود. ولكن السؤال المطروح الآن هو: كيف يمكن تحقيق التوفيق بين حوالة العقد وهذه المعوقات التي تشكل قانونًا عقديًا ملزمًا؟

المطلب الأول

حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد

١٦- يرى البعض[١]، ممن تمذهبوا بالرضائية في الفقه الحديث، وتعصبوا لها، أن حوالة العقد تصطدم، في وجودها أو صحتها بالمبدأ الثابت: العقد قانون منشئيه[٢]، حيث يُمنع بموجبها على أحد الطرفين، أو كليهما أمرين: التنحي عن الرابطة العقدية من جهة[٣]، والتضييق من حدود التعهد من جهة أخرى[٤].

---

(١) انظر:

- Billiau M.,"Cession de contrat ou: délégation de contrat", J.C.P, 1994, I. doct no. 3758, p. 199, et s.

(٢) تنص المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. من تختلف التشريعات في المحل الذي تنصرف إليه القوة الملزمة، فمنها ما رده إلى العقد "Contrat" كالمادة ١٣٧٢ من التشريع المدني الإيطالي التي تقضي بأن: "للعقد قوة القانون بين أطرافه"

ومنه ما صرفه إلى الالتزامات التعاقدية

- "Il contratto ha forza di legge tra le parti: Obligations contractuelles

كالفصل ٢٣٠ ق. ل.ع. م: "قانون الالتزامات والعقود المغربي".

(3) - Billiau M., Op., Cit., Art. Precite, No. 2, 199.

(4) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,"Traité de droit civil. Les effets du contrat", Droit et Société, Paris, Année 1995, No.689, pp. 751-752.

فلا تسمح المادة المذكورة مطلقًا لمن أبرم عقدًا صحيحًا مع متعاقده أن ينقل إلى عهدة أحد من الأغيار صفته العقدية[١]، أو أن يتحرر بمجرد عقد الحوالة المعقود بينه وبين الغير من الالتزامات التعاقدية[٢] التي شغلت ذمته بمقتضى العقد المراد حوالته في مواجهة متعاقده. فإن هو فعل-رغم وجود النص المانع- فإنه يكون قد أصاب العقد في قوته، وجرده من سلطانه[٣].

فالعقد التام بين المحيل والمحال له لا يشكل سوى حوالة داخلية أو حوالة ناقصة لعبء العقد[٤]، لا تقوى لذاتها على تخليص المحيل من العلاقة العقدية التي تجمعه بمتعاقده [٥]، فإذا بقي المحيل ملتزمًا في مواجهة المحال عليه، فإن العبء النهائي يقع على عاتق المحال له، يتحمله بقوة عقد الحوالة[٦].

---

(1)Billiau M., Op., Cit., No3, pp. 199-200.; Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,Op.,Cit.,No.691, P.753.

ولقد ورد بهذا المؤلف: "عقد الحوالة لا يسمح للمحيل بنقل صفة الطرف طالما يبقى هو طرف في العقد المحال به..... فمن يحتفظ بهذه الصفة لا يستطيع نقلها" (نفس الموضع)

(2) - Ch. Jamin,Op.Cit., P. 131.

(3) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,Op.,Cit,No.694, P.757.

ولقد كتب المؤلف، في هذا الشأن، أن: "الخروج عن الاقتراح الذي فرغنا من بسطه يؤدي دون جدوى إلى تحريف المبادئ القانونية الثابتة إلى حد الإخلال بتوازن العناصر المكونة للعقد، فقط من أجل قبول تقنية لا تعد ضرورتها مطلقة في معرض حلول بديلة....." (انظر الموضع نفسه).

(4) Billiau M., Op., Cit., Art precite, no2,p.199.; Jacques Ghestin, Op., Cit, No.689, p. 751.

(5) Ch. Jamin,Op.,Cit.., Art. Precite, p 131.

(6) Billiau M., Op., Cit., Art. Precite, no2, p. 199.; Jacques Ghestin, Op., Cit, No. 689, p. 751.

وليست قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حبيسة الالتزام العقدي من حيث نشأته، بل تطبق عليه من حيث مداه، إذ لا يحق للمحيل -بإرادته المنفردة- أن يضيق من نطاق تعهداته في مواجهة المحال عليه -بصيرورته- بعد عقد الحوالة، ملتزمًا بضمان المحال له عن تنفيذ الالتزام بعدما كان ملتزمًا أصليًا[١].

صفوة القول، لدى أنصار الرأي السالف ذكره، أن قاعدة العقد قانون عاقديه، تمنع المتعاقد المحيل من التصرف في العقد على وجه الحوالة؛ من حيث المبدأ، أو من حيث المدى دون رضاء متعاقده المحال عليه.

ومع ذلك، فرضا المحال عليه لا يؤدي- تبعًا للفقه السابق- إلى التسليم بالحوالة الاتفاقية للعقد وذلك بنقله الوصف القانوني لعقد الحوالة من مجرد حوالة عقد ناقصة أو داخلية إلى حوالة عقد تامة، وإنما يفضي -بطبيعته- إلى إنشاء عقد جديد طرفاه: المحال له والمحال عليه[٢].

---

(1) Jacques Ghestin, Op., Cit, No.691, pp 751-752.; Christian Larroumet, Op.Cit.,No.127, p. 298 ets

(2) Billiau M., Op., Cit., Art. Precite, no3, p. 199-200.; Jacques Ghestin, Op., Cit, No.691, p. 753-755.; Ch. Jamin,Op.,Cit.., Art precite, p. 132, note (6).

وانظر في رد هذا الرأي:

- Flour (J.), Aubert (J-L), Flour (Y.) et Savaux (E.)., Op., Cit., no13/14 art. 37200, pp 815-821.

ولقد كتب أصحاب المؤلف أعلاه، بنفس الموضع، "أن المغالاة في الشخصانية" "Exces de subjecti visme" التي تفضي إلى تحديد حرية الأطراف، والتنكر لنيتهم، هي ما يسمح بهذه النتيجة (نشوء عقد جديد عن طريق رضاء المحال عليه)... فمما لاشك فيه أن المادة ١١٣٤ لا تمنح قوة ملزمة للاتفاق إلا بالنسبة لعاقديه، ولكن ذلك لا يفرض، لهذه العلة ازدواجية عقدية: عقد بين المحيل والمحال له، وعقد بين هذا الأخير والمحال عليه، فليس ثمة مانع يحول، مبدئيًا، دون أن يكون محل العقد الثاني هو استمرارية العقد الأول. فالأمر مرده، في تحديد أثر الرضاء المذكور، على إرادة الأطراف، فلهذه الإرادة أن تجعله ذا أثر يستمر به العقد الأصلي، أو ذا أثر ينشأ به عقد جديد" في نفس المعنى انظر:

Ch. Lachièze,"L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat", Dalloz, Paris, 2000, No.12, P.189.

ويستند هذا الاتجاه على حجة ذات وجهين: وجهها الأول، فمرده إلى نية الطرفين في عقد الحوالة؛ حيث ينوي المحيل، وهو يعبر عن إرادته، التحلل من روابط العقد الذي يستنكف منه، لا راغبًا في تنفيذه ولا قادرًا عليه، بينما لا ينوي المحال له، حين إظهاره إرادته للتعاقد مع المحال عليه، أن يتكبد مخاطر العقد المتولدة- في فترة سابقة- زمن تنفيذه من طرف المحيل.

١٧- وأما الوجه الثاني، فيعزى إلى طريقة تكوين الحوالة؛ حيث إن المحال عليه والمحال له حين يرضيان -على وجه متبادل- بأن يتمسك كل منهما في مواجهة الآخر 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 قد عوض المحيل، متعاقدًا له. وقبول من المحال عليه آيته أن هذا الأخير يقبل، وغير معترض على تمسك المحال له بالعقد المحال به في مواجهته، الإيجاب الموجه إليه بقبوله التغيير الحاصل في شخص متعاقدة؛ لينشأ باقتران هذا القبول وذاك الإيجاب عقد جديد يتطابق مع سمات العقد الأول[1].

---

(1) - Jacques Ghestin, Op., Cit, No. 691, p. 753.

ويفسر الأستاذان JAMIN و Billiau رضاء المحال عليه تفسيرًا يجعل منه قبولاً مقدمًا Consentement anticipe للإيجاب بإبرام عقد جديد، انظر:

- Ch. Jamin, M. Billiau, D. 1997, jur. p. 588.; Ch. Jamin, "Le point sur La cession conventionnelle de contrat, Ipetites Affiches, 6.mai 1998, p.46.

ويوجه الأستاذ Lachieze انتقادًا للرأي السابق، مؤداه أن القول بإنشائية رضاء المحال عليه، أي أن هذا الرضاء منشئ لعقد جديد له نفس سمات العقد المحال به- يكون من أثره الإضعاف من سلامة عملية حوالة العقد؛ مما يجعل تفسير بعض الحلول المقررة في القانون الوضعي أمرًا متعذرًا، فإذا تم التسليم بأن رضاء المحال عليه منشئ لعقد جديد، فإن النتيجة تكون حتمًا عدم نشوء هذا العقد طالما لم يقترن بهذا الرضاء رضاء المحال له، ولا ينقص من قيمة هذه النتيجة قول أنصار الراي أعلاه إن =

والخلاصة التي يود الفقه السابق الوصول إليها هي أن رضاء المحال عليه، وإن كان يفيد في رفع المنع المفروض بمقتضى القاعدة السابقة، فإنه لا يقود إلى التسليم بالذاتية القانونية لحوالة العقد، على نحو تستمر معه القوة الملزمة للعقد المحال به، وإنما يفضي إلى إنشاء عقد جديد بين المحال له والمحال عليه، تنشأ معه قوة ملزمة جديدة.

ولذلك تجدهم يستبدلون عبارة حوالة العقد بعبارة الإنابة في العقد[1]. وخلافًا للاتجاه السابق، يرى بعض الفقه[1] أن غاية حوالة العقد ليست هي انتقال الحق

=

رضاء المحال عليه يشكل قبولاً مقدمًا للإيجاب بإنشاء عقد جديد؛ ذلك لأن هذا القبول يعد في الحقيقة إيجابًا وفقًا للمعنى المألوف للمصطلح، فالقبول هو آخر تعبير عن الإرادة، والإيجاب تعبير ما قبل الآخر، وحيث إن هذا الإيجاب لم يقترن بأجل، فإنه يكون قابلاً للرجوع فيه، ويعد هذا التحليل صحيحًا، حسب الأستاذ Lachieze، حتى على فرض التزام المحال عليه في العقد المحال به- أي العقد الأصلي- بحفظ إيجابه أو بقبوله الإيجاب الصادر من الغير (المحال له المستقبلي) بإبرام عقد جديد؛ لأن الإيجاب، أو القبول المقدم حسب تعبير الرأي أعلاه، سوف يشكل- حينذاك- التزامًا بالقيام بعمل ناشئ من العقد الأصلي، قد ينفذ أو لا ينفذ، انظر في شأن هذا الانتقاد:

- Ch. Lachièze, Op., Cit., Art. Precite. 188.

(1) - Billiau M., Op.,Cit., Art. Precite, no. 4, p. 200.

حيث قال: وأمر الحوالة مرده-من حيث النظام المطبق- إلى فرضيتين: الحوالة الداخلية، وهذه لا يثور بشأن نظامها أي إشكال: حيث تنظم بموجب عقد الحوالة المبرم بين المحيل والمحال له، وفرضية الحوالة الاتفاقية للعقد (الحوالة التامة)، وهذه يمكن أن يستوحي نظامها من الإنابة في الحق؛ لعلة وجود التطابق بين النظامين.

- Billiau (M),"La délégation de créance: essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations", Thèse de doctorat en Droit privé, L.G.D.J., Paris, 1988.

ويقول Billiau : إن استعارة تعبير "الإنابة" يبرر وجود التطابق بين تقنيتي الحوالة والإنابة، اللتين يتقابل فيهما أشخاص ثلاثة: المحيل / المنيب، المحال عليه/ المناب لديه، المحال له/ المناب، الذي يعد رضاؤهم واجبًا، فلا يوجد أي انتقال، وإنما تنشأ علاقة قانونية جديدة بين شخصين من بين هؤلاء (المحيل/ المنيب والمحال له/ المناب)؛ ولذلك يعتبر المؤلف أعلاه اصطلاح الإنابة الذي اقترحه أكثر دقة من غيره.

التعاقدي، أو انتقال الدين التعاقدي، وإنما هي الإبقاء على القوة الملزمة للعقد، على الرغم من التغيير الحاصل في شخص أحد المتعاقدين. فالشخص حين يرضى بأن يلتزم في مواجهة شخص آخر، يكون مدفوعًا بغاية يحددها لنفسه، يسعى بواسطة التزامه إدراكها، بوصفها جزءًا لا يتجزأ من التعبير عن الإرادة المنشئة للالتزام، الذي ليس إلا أداة لتحقيق عملية اقتصادية، لا وجوب فيه، وقد ارتبط -بسببه- بأن يشكل أداة للطرفين المتعاقدين لوحدهما، بل يمكن أن يستمر بين أحدهما والغير، شريطة أن يبقى مقرونًا لدى هذا الغير، بذات الغاية المراد إدراكها[٢]، فيكفي إذن كي يحيا العقد ويحتفظ بأصل قوته الملزمة[٣]، بذات هويته وفعاليته[٤]، أن يبتغي الغير، بواسطة الالتزام بنفس الغاية التي يسمح بتحقيقها هذا الالتزام، والتي ليست سوى سبب له في حقيقتها[٥].

=

(1) Laurent Aynès, Op.Cit. No.1, P.21.

وتبدو هذه الغاية واضحة، بخصوص حوالة الحق، في استمرارية التزام المحال عليه في مواجهة المحال له بالحق التعاقدي (no.19, p.31)، وفي قول Vilar ما ينبئ باستمرارية القوة الملزمة للعقد، إذ يقول: "ينضم المحال له، إجمالاً إلى العقد الأصلي، ويخضع إلى قوته الملزمة دونما عقد تفرقة بين جانبيه الإيجابي والسلبي".

وثمة رأي يشير -بعد نفيه امتداد القوة الملزمة بواسطة الحوالة الاتفاقية- إلى أن بعض فرضيات الحوالة القانونية للعقد هي التي يسمح فيها بامتداد القوة الملزمة للعقد الأصلي في مواجهة الغير. (حوالة عقد النشر تبعًا لانتقال الأصل التجاري)، فامتداد القوة الملزمة -هنا- امتداد مزدوج، فرض عقد الحوالة المبرم بين المحيل والمحال له على المحال عليه دون موافقته، وفرض العقد المحال به المعقود بين المحيل والمحال عليه على المحال له دون موافقته، انظر:

- Jacques Ghestin, Op., Cit, No. 709 et s, p. 768 et s.

(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.110, p. 85.

(3) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.111, p. 86.

(4) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.109, p. 84.

(5) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.113, p. 87.

١٨- فالسبب أو الغاية أساس للقوة الملزمة للعقد[١]. والقوة الملزمة للعقد ثابتة لا 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، فإن زال السبب خلال التنفيذ زال معه العقد الذي يحمله[٢].

فالعقد، بعد أن نشأ صحيحًا، مآله الزوال إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه؛ لعلة أن التزام الطرف الآخر يصير دون سبب[٣].

والسؤال الذي لا يبلى جدته مع مرور الزمن: لماذا ينشأ العقد صحيحًا حين يكون له سبب، ويزول عندما لم ينفذ؟[٤] ببساطة لأنه قد تم المساس بالقوة الملزمة للعقد[٥]، فبين وجود العقد وزواله توجد منزلة وسطى هي نقل السبب[٦]، الذي ينتج عن نقله الإبقاء على هذه القوة الملزمة، وهو ما يقودنا إلى فائدة حوالة العقد.

---

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.113, p. 87.

وقد صدر في هذا الشأن قرار مغربي، جاء فيه: "عن السبب هو شرط أساسي في صحة الالتزام....". قرار عدد ٤٥ بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٦٠ منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد ٣٥-٣٦، السنة الرابعة، يناير/ فبراير ١٩٦١، ص٢٣٨.

(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.122, p. 93.

(٣) وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية ما يلي: "في العقد التبادلي، يعد سبب التزام أحد الطرفين هو التزام الطرف الآخر، والحكم متبادل، على نحو إذا لم ينفذ أحد الالتزامين، مهما كان الدافع صار الالتزام الآخر دون سبب"

- Cass. Civ. 14 Avril 1891. D.P. 1891. 1329 note Planiol

وتذهب استئنافية الرباط إلى أن: "عقد التأمين ضد حوادث الشغل، المتعلق بالمخاطر الناجمة عن استعمال آليات مقاولة، يصير دون محل إذا توقفت المقاولة عن الاشتغال، ويجب التصريح بأن التزام المؤمن له بأداء الأقساط الذي يصير دون سبب، يعد كأن لم يكن حسب الفصل ٦٢ من ق. ل. ع. م.م" مشار إليه في بحث: مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٣٩.

(4) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.122, p. 93.

(5) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.122, p. 93.

(6) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.122, p. 95.

ولا يقف السبب عند اعتباره مبدأ لفعالية العقد وقوته، بل يعد عاملاً لمرونته ما دام أن وجوده يستغرق مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه[١]، فقد ينتهي العقد لوقوع قوة قاهرة؛ تصيب إما إمكانية التنفيذ من طرف المدين، أو مصلحة التنفيذ بالنسبة للدائن. فالالتزام من جهة، ضيق الصلة بمقدرات التنفيذ المادية للمدين، المتجسدة في شكل موارد مادية أو بشرية، أو هما معًا، والتي دونها، يصير الأداء التعاقدي مستحيلاً[٢]، وهو من جهة عكسية يستلزم في شخص الدائن وجود بعض الشروط التي تجعل التنفيذ مفيدًا، والتي بانعدامها يفقد العقد فائدته بالنسبة للدائن[٣]. ولا يُجدي الملتزم نفعًا الاحتفاظ بالرابطة العقدية بين الطرفين، ولا يُجدي إنهاؤها؛ بل لا مناص من خيار ثالث يراعي سبب العقد والحوادث التعاقدية، وهو حوالة العقد بواسطة الإبقاء على قوته الملزمة رغم التغيير الحاصل في شخص المحيل[٤].

ونحن نميل إلى الاتجاه الثاني الذى يضع للحوالة معنى ومضمونًا دقيقًا، ويتفق عليه غالبية الفقه الحديث.

والسؤال الذي يحق لنا طرحه- الآن- هو: هل تشكل حوالة العقد خرقًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد؟

للإجابة عن هذا السؤال يقتضي عرض نص المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا يجوز تعديله، إلا باتفاق الطرفين...".

---

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.123, p. 95.
(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.123, p. 95.
(3) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.124, p. 95.
(4) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.124, p. 96.

إن مُنشئ الالتزام التعاقدي -تبعًا للنص السابق ذكره- هو المتعاقد الذي عبر عن إرادته في العقد زمن إبرامه، والمشرع المصري- بهذا المعنى- يكون قد تبنى كأغلب التشريعات التصور التقليدي والفردي، والإرادي لمفهوم الطرف، الذي يبنى على فكرة أنه لا يوجد التزام تعاقدي إلا برضاء، ومن ثم فالمعيار الذي يضبط صفة الطرف هو إرادة التعاقد خلال فترة تكوين العقد.

ونعتقد أن مقصود المشرع أن العقد ينشأ ويحيا أثره حبيس من أنشأه، وبالتالي المحال له في حوالة العقد -وفق هذا المعنى الضيق- ليس طرفًا في العقد المحال به، ومن ثم ليس له أن ينفع منه، أو يضر به، والمعنى السابق يشكل عائقًا قانونيًا يحول دون التسليم بحوالة العقود، حيث إن تطور مفهوم العقد في الوقت الراهن، وتحديث بعض المفاهيم، وإنشاء نظرية عامة للعقود على أسس جديدة، قاد الفقه الحديث إلى تبني معايير مرنة في ضبط صفة الطرف، توسع بفضلها بمفهومه التقليدي الضيق، بحيث صار يشكل فضلاً عمن أنشأ العقد، كل من يقبل - مهما كانت الوسيلة- الارتباط به زمن تنفيذه(١).

١٩- إن هذا المفهوم الحديث جعل صفة الطرف تخرج عن معناها الضيق المنبثق من معاينة غير مرنة للعقد، تنحصر في مرحلة تكوينه، وتُدخل معنى مرنًا، يجعل تصور العقد مدرجًا في الزمن، بمعنى أنه يستوي في صفة الطرف أن تكون أصلية

(1) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,Op.,Cit, N.o335 et s, p. 388 et s; J. Ghestin,"Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", RTDciv., Paris, 1994, P.798 et s.

وانظر في انتقاد المفهوم المرن لصفة الطرف الذي صاغه الفقه السابق:

- Aubert, "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", RTD civ., Paris, 1993, P.263 et s.

تنشأ؛ إما بموجب القانون أو الإرادة، لمن أنشأ العقد عند تكوينه، أو مكتسبة يكتسبها كما هي، بمقتضى القانون أو الإرادة من ارتبط بالعقد بعد تكوينه.

وقد نذهب في التحليل بعيدًا فنقول أن حوالة الحق التي تعد في أغلب صورها حوالة عقد انفرادي، تختلف عن حوالة الحق في صورتها البسيطة، من حيث إنها تدخل المحال له بديلاً مكان المحيل، لا بوصف هذا الأخير صاحب مركز التزامي- أي دائن بالحق- فقط، وإنما بصفته ذا مركز عقدي نشأ له من العقد الانفرادي المولد للحق التعاقدي، مع ما يترتب عن اختلاف محل الحوالة من آثار قانونية(١).

فهل نقول في هذه الحالة أن المحيل قد خرق- لحوالة مركزه العقدي- القوة الملزمة للعقد الانفرادي؟ وما قيل عن حوالة العقد الانفرادي المنشئ للحق يقال- قياسًا- على العقد الانفرادي المنشئ للدين. الحقيقة- إذن- أن الحوالة، عمومًا تجري تغييرًا شخصيًا لا صلة له بموضوع العقد.

وبشأن مفهوم الإنهاء (نقضه...) الوارد بنص سالف الذكر نقول أن: المشرع أراد أن ينصرف معناه إلى التصرف الانفرادي الصادر عن أحد المتعاقدين، والذي يكون من نتيجته إما تعديل الالتزام التعاقدي، وإما إلى نقضه أو إنهائه.

ويتجسد مفهوم الإنهاء -عمومًا- في زوال الأداء المقابل للالتزام التعاقدي، زوالاً يتعين فهمه بشكل موسع، فالمتعاقد الذي ينهي العقد، مريدًا من إنهائه أن يكون في حل من أمره، يكون بفعله هذا قد أزال أداءه العقدي؛ مما يترتب عنه صيرورة الأداء العقدي لمتعاقده دون أداء مقابل، والمتعاقد الذي يعدل الالتزام العقدي بشكل تتغير معه

(١) قريب من هذا المعنى انظر: مصطفى مالك، الحوالة الاتفاقية للعقد، ص٤٢.

ذاتيته، يكون بعمله هذا قد أوجد التزامًا تعاقديًا لم يكن محط رضاء مشترك زمن إبرام العقد الذي يحمله، ما دام أن هذا الرضاء كان قد انعقد بشأن التزام قبل أن تطاله يد التغيير(١).

٢٠- والسؤال الذي نطرحه الآن هو هل يكون المتعاقد -وهو يحيل مركزه العقدي إلى الغير- ملغيًا للالتزام التعاقدي، وجاعلاً التزام متعاقده دون أداء مقابل؟

لا نعتقد أن الإجابة بالإيجاب تكون صوابًا؛ لأن المتعاقد، وهو يحيل مركزه العقدي إلى غيره يبقى من الناحية الموضوعية على الالتزام التعاقدي ذاته، دونما تحريف أو تبديل، تمامًا كما كان قبل إجراء الحوالة، ولكن كل ما هنالك أن منفذ ذات الالتزام لا يكون هو المتعاقد الأصلي، وإنما متعاقد جديد، فالتغيير إذن حصل فقط في الأداة البشرية التي تنفذ الالتزام التعاقدي، وليس في هذا الالتزام التعاقدي، وليس في هذا الالتزام ذاته، ومن ثم لا يكون التغيير الشخصي داخلاً في حكم الإنهاء المضمن بنص المادة ١/١٤٧من القانون المدني المصري.

والاستمرارية الذاتية للالتزام التعاقدي تُعزى إلى عدم تغير السبب والمحل؛ لذلك تجد المحال عليه، من حيث مبدأ الحوالة، غير مهدد بضرر يلحقه، ما دام أداؤه العقدي المقابل ذاته يستمر موجودًا في عهدة المحال له، إنما الذي يتهدده هو أن يعدم هذا الأخير الصفات المطلوبة لتنفيذ العقد؛ لهذه العلة سوف تجدنا نؤكد على ضرورة رضاء المحال عليه، ونفترض في جانبه شرطًا ضمنيًا بالموافقة على مبدأ الحوالة، محتفظين له مكنة قبول شخص المحال له.

(١) قريب من هذا المعنى انظر: نقض مدني، رقم١٠٧، بتاريخ ١٩٧٨/٢/١٢، م.م.ف، س٢٩، ص٥٥٨.

فالمحيل عندما يتصرف في مركزه العقدي إلى الغير، لا يكون تبعًا لفكرة الرضاء الضمني المفترض، ولا يكون قد تنكر لسلطان العقد المحال به، بل يكون على العكس من ذلك، قد خضع لهذا السلطان، وأعمل حقًا عقديًا، استمده بداية من العقد المحال به، وهو الحق الذي نشأ له من الرضاء المبدئي والضمني بالحوالة، المفترض التعبير عنه في جانب المحال عليه.

ومؤدى الفكرة التي اصطلحنا عليها بالرضاء الضمني المفترض للمحال عليه، هو أن هذا الأخير، وهو لم يُضَمِن العقد المحال به -المعقود بينه وبين المحيل المحتمل- شرطًا مانعًا للحوالة يكون قد رضي ضمنًا وافتراضًا، ومن حيث مبدأ الحوالة، بأن يقوم المحيل إن أراد حوالة العقد إلى غيره، متى لم يقم مانع قانوني أو طبيعي (الاعتبار الشخصي) يمنعه من إجرائها.

ونرى هنا أن رضاء المحال عليه ضمنيًا؛ فلأنه مفهوم من طبيعة العقد المحتمل حوالته الذي لم يتضمن شرطًا مانعًا بالحوالة؛ وتعزى علة هذه النتيجة على أنه إذا كان المحال عليه يبتغي أن يبقى الطرف الآخر، في العقد السابق، متعاقده الوحيد، فإنه كان لديه لتحقيق هذه الغاية، أن يمنع هذا الأخير من مكنة إحلاله الغير محله بمقتضى شرط يصرح به في العقد، وعندما لم يفعل، اعتبر أنه نزل عن حقه في اشتراط المنع ضد متعاقده، ورضي ضمنًا بإمكان حوالة العقد من قبل هذا الأخير[1].

ونرى- أيضًا- أن رضاء المحال عليه مفترضًا؛ فلأنه ليس في حوالة العقد- من حيث المبدأ- ضرر يتهدد مصلحته، ما دام المركز العقدي الذي كان يشغله المحيل سوف يمكث هو ذاته في عهدة المحال له دونما تحريف أو تغيير، والعلة في ثبوت ذاتية

(1)Michael Furmston, Op., Cit., P.251.

المركز العقدي للمحيل توجد في ثبوت نواة العقد ذاته، الكامنة في السبب والمحل بوصفهما شريطتين لازمتين لتكوينه؛ بحيث يتعذر معه- خلافًا للعلة السابقة-القول بقيام مصلحة المحال عليه حالة المساس بهذه النواة، عندئذٍ يسقط افتراض رضائه لزوال المصلحة، ويصبح التصريح برضائه شرطًا لا بد منه[١].

وثبوت هوية النواة في المركز العقدي هي ما يفسر الفرق بين حوالة العقد وبعض النظم الأخرى المشتبهة بها؛ كالإنابة، والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير. فجماع هذه النظم أن الرابطة القانونية، التي تنشأ بين المناب والمناب لديه، أو بين المدين الجديد والدائن، أو بين المتعهد والمنتفع غير ذات صلة، من حيث السبب بالرابطة التي كانت قد نشأت بين المنيب والمناب لديه، أو بين المدين القديم والدائن، أو بين المشترط والمنتفع، في حين أن سبب التزام المحال له في حوالة العقد يوجد في العقد المحال به ذاته[٢].

خلاصة القول وبعد التفسير السابق، والذي وفقنا فيه بين المنظورين الموضوعي والشخصي، أنه لا يوجد ما يمنع من تقبل حوالة العقد بوصفه نظامًا يتواءم ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

---

(1) Jennifer A. Bueler, op. cit, P.14.

(٢) قريب من هذا المعنى انظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٦٨.

المطلب الثاني

حوالة العقد ومبدأ نسبية أثر العقد

٢١- يشكل نسبية أثر العقد مانعًا يحول دون أن يفرض المحال له- وهو يبرم عقد الحوالة فقط مع المحيل- نفسه كمتعاقد جديد على المحال عليه دون رضائه[١].

ولا يصح في نظر البعض القول الذي يكون من مقتضاه أن المحيل الذي يعد طرفًا في العقد المحال به، قد نقل صفة الطرف إلى المحال له، الذي صار بنقلها إليه طرفًا بعد أن كان غيرًا[٢].

ولو افترضنا أن المحال عليه قد قبل أن يتمسك المحال له تجاهه بالعقد المحال به، مما يفترض معه قانونًا أنه قد قبل حوالة العقد المبرمة بين المحيل والمحال له، فإن مثل هذا الافتراض يُرد؛ لانعدام تصور الحوالة أصلاً، في هذه الفرضية؛ إذ أن تبادل الرضاء بين المحال له والمحال عليه ينشئ عقدًا جديدًا ذا مميزات تطابق مثيلاتها في العقد المحال به[٣].

---

(1)Billiau M., Op., Cit., Art. Precite no2, p. 199; Jamin (Ch), Art, precite, p. 132.; G. Marty et P. Raynaud, Op. Cit., No.828, p 834.

(2) Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau, Op.,Cit,No. 691, P.753.

(3) انظر:

Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,Op.,Cit, No. 691, P.753.; Billiau M., Op., Cit., Art. Precite, no. 3, p. 200; Billiau M. "Le point sur la cession conventionnelle de contrat" paru dans les Petites Affiches (P.A) no. 54, du 06 mai 1998, Dossier: Le contrat: Liberte contractuelle et securite juridique, Edition du 31/10/2000; Jacques =

ويعد الرأي السابق مخالفًا تمامًا للحكم الذي تبنته التشريعات المنظمة لحوالة العقد، والتي رغم تطلبها رضاء المحال عليه في انعقاد الحوالة، لم تجرد هذه العملية من وصفها الحقيقي، وهو حوالة العقد(١).

بينما يرى البعض أن حوالة العقد تجد أساسها القانوني في نص المادة ١٤٥ والمادة ١٤٦مدني مصري(٢) ونص المادة ١١٢٢ مدني فرنسي(٣)؛ حيث قد تنتقل التزامات وحقوق شخصية إلى الخلف الخاص "المحال له"، وتسري في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

فإذا كان محل الانتقال حقًا شخصيًا، فإن عقد الحوالة اعتبار للطابع غير المباشر لهذا الحق، لا يضع المحال له موضع المحيل المادي، بل يتضمن-وجوبًا- بالنسبة لشخص المحال له العنصر الذاتي للسبب، أي الرغبة في متابعة ذات الغاية التي ابتغاها المحيل(٤). وأما إذا كان محل الانتقال حقًا عينيًا ترتبط به عقود معينة، فإن شرط متابعة الغاية التي قصد إليها السلف من هذه العقود، يتعين أن يحصل اعتبارًا للطابع المباشر

=

Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,Op.,Cit, P.145.

(١) انظر: المادة ١٤٠٦ من التشريع المدني الإيطالي، والمادة ٤٢٤ من التشريع المدني البرتغالي، وانظر، في الفقه:

Flour (J.), Aubert (J-L), Flour (Y.) et Savaux (E.)., Op.Cit., P.815, No. 6.

(٢) نص المادة ١٤٥ والمادة ١٤٦ من القانون المدني المصري.

(3) - Laurent Aynès, Op.Cit. No. 206, p. 151.

(4) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.217, p. 159

لهذا الحق، بإرادة خاصة تصدر عن مكتسب الشيء المتصرف فيه[١]، ولا يمكن أن تستفاد المتابعة من مجرد الانتقال ذاته لهذا الحق[٢].

والنتيجة أن المحال له بالعقد قد يعتبر خلف لكونه استجمع كافة شروط اكتساب هذه الصفة، ماعدا براءة ذمة المحيل إلا برضاء صريح بالحوالة[٣] ، ومن ثم فهو يدخل في حكم المادة ١٤٦ مدني مصري ليخرج به، من زمرة الأغيار الذين يحكمهم مبدأ الأثر النسبي للعقود[٤].

والذي يبدو لنا أن معرفة مدى اعتبار حوالة العقد خرقًا أم تطبيقًا لمبدأ الأثر النسبي للعقود رهينة أساسًا بتحديد صفة المحال عليه في عقد الحوالة أو مركزه، هل يُعد غيرًا فيه؛ بحيث لا يفيد من أثره ولا يضار به، وتكون حوالة العقد لهذه العلة إخلالا بالمبدأ أعلاه، أم يُعتبر طرفًا فيه ينصرف إليه أثره نفعًا وضررًا، ولا تعدو أن تكون حوالة العقد سوى تطبيق للمبدأ السابق، أم المحال عليه يكتسب صفة من طبيعة خاصة تجعله يتبوأ منزلة وسطى بين منزلتي الغير والطرف؟

لهذه الغاية -إذن نرى- أن نلتمس الحل -دائمًا- في فكرة الرضاء الضمني المفترض، السابق بيانه، كالآتي:

٢٢- بادئ ذي بدء؛ نؤكد إن الرضاء بالحوالة -عمومًا- يستجمع وظيفتين: كونه يُدخل المركز العقدي دائرة التعامل، فيكون لهذه العلة قبول الحوالة من حيث

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.219, p. 159

(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.224, p. 163

(٣) يعتبر المحيل ملتزمًا بالتضامن، إذا لم يرضى المحال عليه بالحوالة صراحة؛ أنظر: نص المادة ١٢١٦-١ من قانون العقود الفرنسي الجديد.

(4) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.249, p. 179

المبدأ ما دامت الحوالة لا تمس لذاتها مصالح المحال عليه، وكونه أداة يستخدمها هذا الأخير لمراقبة القدرة التنفيذية لدى المحال له، فيكون لهذا السبب قبول الشخص المحال له.

ولا مناص من التنبيه على أن الرضاء الضمني المفترض هو قبول لمبدأ الحوالة فحسب، لم يؤدِ إلا الوظيفة الأولى، أما شخص المحال له فيحتفظ المحال عليه بإمكان قبوله عقب إبرام عقد الحوالة بعد معاينة قدرته التنفيذية.

وسبق أن بينا أن المحال عليه، الذي رضي ضمنًا وافتراضًا، ومن حيث مبدأ الحوالة ذاته، بحوالة متعاقدة لمركزه العقدي إلى الغير، لا يُعد طرفًا محضًا في عملية الحوالة؛ والعلة كامنة في أنه، وإن رضي بالحوالة فإنه لم يرض بها إلا من حيث المبدأ؛ ليكون رضاؤه ناقصًا ينعكس نقصانه، تبعًا لمعيارية الرضاء في إكساب 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 متعاقدًا مباشرًا له، بديلًا عن المحيل[1].

فصفة الطرف، التي تكون للمحال عليه وقت إبرامه العقد المحتمل حوالته، هي صفة ناقصة موقوفة؛ لعلة وقوف الرضا ذاته على قبول المحال عليه شخص المحال له. ويسري هذا القبول بأثر رجعي إلى تاريخ نشوء عقد الحوالة.

ومن ثم، فإذا انصرف أثر عقد الحوالة إلى المحال عليه، فليس في ذلك خرقًا لمبدأ الأثر النسبي ما دام المحال له والمحال عليه أصبحا متعاقدين[2].

---

(١) قريب من هذا المعنى انظر: مصطفى مالك، بحث الحوالة الاتفاقية للعقد، ص٥٠.

(٢) انظر نقض مدني الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ منشور في مجلة خريجي حقوق الإسكندرية، أبريل ١٩٨٥، ص١٢٠.

فصفة المحال عليه، وفقاً لفكرة الرضاء الضمني المفترض لا تتحدد في كونه غيرًا محضًا، ولا في كونه طرفًا محضًا، وإنما تتجسد في كونه ذات صفة تدور بين الغير والطرف، فهو- أي المحال عليه- وقد افترضنا رضاءه ضمنًا بمبدأ الحوالة، لا يكون برضائه المبدئي هذا داخلًا في زمرة الأغيار؛ إذ الغير في العقد هو من لم يرض به إطلاقًا والمحال عليه رضي وإن كان رضاؤه ناقصًا، بعقد الحوالة المحتمل إبرامه من طرف المحيل، ومن ثم لا يكون المحال عليه غيرًا محضًا.

فتحديد المحال عليه موقفه بالرفض يعد بمثابة الشرط الفاسخ الذي علق عليه رضاءه المبدئي المفترض زمن إبرام العقد المحال به، وبمثابة الشرط الواقف الذي علقت عليه صفة الغير المحض، وبالتالي فإنه يترتب على زوال الرضاء المبدئي لتحقق علة الرفض، ونشوء صفة الغير المحض لتحقق ذات العلة، عدم انصراف أثر عقد الحوالة -غنمًا وغرمًا- على المحال عليه تطبيقًا لمبدأ الأثر النسبي للعقود[1].

فانعدام الرضاء لم يكن تامًا من جانب المحال عليه؛ لأنه ضيق منه حينما رضي بالحوالة مبدئيًا، فكان منطقيًا أن لا تكون الصفة المترتبة عن انعدام الرضاء- أي صفة الغير- تامة ناجزة، وإنما صفة ناقصة موقوفة.

والمنتهى إليه أن مسألة خرق حوالة العقد أو عدم خرقها لمبدأ الأثر النسبي للعقود موكولة إلى الفصل في الصفة المختلطة للمحال عليه الناشئة له إعمالاً لفكرة الرضاء الضمني المفترض.

(١) نفس الموضع السابق.

الحقيقة أن المحال عليه، إذا كان طرفًا بالمعنى السابق، فإنه ليس إلا طرف ثانوي منضم، وليس طرفًا أساسيًا[1]، بمعنى أنه طرف لم يحضر ولم يشارك فعليًا في عقد الحوالة، وإنما اكتفى فقط بالانضمام إلى عقد سبق تمامه فعلاً بين المحيل والمحال له، ومن ثم فإعلانه بقبول المحال له لا يشكل رضاءً تكوينيًا، وإنما يعد إقرارًا يكشف عن وجود عقد سابق، فالمحال عليه يشغل مركزًا قانونيًا من طبيعة خاصة، فلا هو بالغير للأسباب المبسوطة أعلاه، ولا هو بالطرف الأساسي، لغيابه عن عقد الحوالة، بقي إذن أنه طرف لكنه طرف ثانوي. وبالتالي نعتقد أن حوالة العقد لم تخرق مبدأ نسبية أثر العقد.

المطلب الثالث

حوالة العقد ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود

٢٣- مما لا شك فيه، أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد ليس على درجة واحدة في العقود، وإنما تتدرج مراتبه فيها قوة وضعفًا، ومناط التفرقة بينهما يرجع إلى مدى إرتباط شخص المتعاقد بمحل العقد أو سببه (نواة العقد).

---

(١) وفكرة تقسيم الطرف إلى طرف أساسي وطرف ثانوي ينضم إلى عقد أبرم بين شخصين، هي في الأصل لـGAUTIER الذي اعتبر المستأجر، الذي يعطي موافقته على حوالة الإيجار التجاري، طرفًا ثانويًا في التصرف الذي تمت بمقتضاه من طرف المؤجر، انظر

Gautier,"Reforming the French Law of Obligations: Comparative", RTD civ., 1993, p. 157.

المستأجر، حسب GAUTIER، طرف في عقد الحوالة التام بين المؤجر والغير، ولكن لم يقل أحد بأن موافقته تشكل رضاءً تكوينيًا.

فإن كان محل العقد أو سببه مرتبطًا بشخص المتعاقد، بحيث يتعذر الفصل بينهما، كان الاعتبار الشخصي بنيويًا ينبثق بنية العقد ذاتها، أما إذا لم يكن محل العقد أو سببه مندمجًا في شخص المتعاقد، كان الاعتبار الشخصي تأمينيًا.

٢٤- أولاً- إرتباط شخص المتعاقد بمحل العقد أو بسببه:

٢٥- الحالة الأولى: شخص المتعاقد محل العقد.

تتمثل هذه الحالة، في صورتين: إما أن يكون شيئًا بطبيعته، وهذا هو الثابت قانونًا(١)، وإما أن يكون مشيئًا، والمشيء يأخذ حكم الشيء قياسًا، فيدخل مثله دائرة التعامل. فالمتعاقد كشخص تخرجه طبيعته الآدمية من زمرة الأشياء(٢)، ولكن حين تم إدماجه مباشرة في الشيء ذاته محل العقد على نحو يلتصق أحدهما بالآخر، فإن طبيعته تلك لا تمنع من تشييئه، وبالنتيجة صيرورته محلًا داخل دائرة التعاقد، وهو ما يطلق عليه تشييئ الذات الآدمية(٣).

وقد أطلق بعض الفقه على هذه الفرضية؛ حيث يكون من الجائز أن تقدر مشخصات المتعاقد تمامًا كما تقدر الأشياء(٤)، ويمكن أن نصنف العقود التي يتمازج

---

(١) مصطفى مالك، المرجع السابق، ص٥٢.

(2) R. Andorno, "La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles", RIDC, Paris, Année 1997, No.142, p.84.

(٣) مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ٥٣.

(4) Monique Contamine-Raynaud,"L'Intuitus personae dans les contrats", Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974, No. 28, P.33.

وتقول، في ذات الموضع "فثمة" إذا صح القول، اندماج لشخصية المتعاقد في محل الأداء ذاته، فالشخص تشيئًا؛ لأن واحدًا أو أكثر من مشخصاته يقدرك... فثمة جزء من الشخص صار قابلاً للتعامل فيه....".

=

داخلها الطرف والمحل في العقد إلى عقود تنصرف محالها إلى عمل ينبثق من ذهن المتعاقد، وأخرى تنصرف محالها إلى ذاته أو بدنه[١].

أما الفئة 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 الإبداع أو الابتكار؛ كعقود الملكية الأدبية والفنية.

وأما الفئة الثانية، فتشتمل على عقود قد تنصرف محالها إلى جسد المتعاقد؛ كعقود الجراحة، أو العلاج، أو إلى ما تجسد عن شخصه؛ كالعقود التي يكون محلها استغلال صوت المتعاقد أو صورته[٢].

فجماع هذه العقود واحد هو الصلة الضيقة التي تربط الأداء – محل الالتزام الرئيس في العقد – بشخص المدين ذاته.

وقد اختلفت الآراء في شأن هذه العقود، هل تجوز حوالتها أم لا تجوز؟ فالذين قالوا بجواز حوالتها- وهم من الفقه الإيطالي- استندوا إلى أن مثيلة الأشخاص تتحقق إذا رضي المحال عليه بالحوالة. فللأطراف بمقتضى رضاءاتهم في الحوالة الحرية في أن يقرروا أو يقيموا مثلية أو عدم مثلية شخص المتعاقد معه دون قيود تحد من إرادتهم

=

وانظر أيضًا: (no102) من ذات المؤلف، وأيضًا:

Louis Josserand, "La personne humaine dans le commerce juridique", D.H..,1932, Chron. 1.

(١) وقد توجد بعض الحالات يصعب فيها الفصل بين ما هو ذهني وما هو ذاتي، ومثاله العقد الذي يلتزم بمقتضاه لاعب رياضي في مواجهة نادٍ رياضي، فليس القدرة الجسمانية وحدها التي تشكل الأداء الذي يقوم به اللاعب، وإنما أيضًا القدرة الذهنية.

(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.335 p 233.

الخاصة. فالمحال عليه سيد موقفه يمنح رضاءه بالمحال له أو يمنعه تبعًا لما يتمخض عن الحوالة من نفع يتقرر لمصلحته أو ضرر يتهدده[١].

وأما الذين قالوا بعدم جواز الحوالة، فحجتهم أن هذه تصيب العقود المحال بها في عنصر من عناصرها، وهو المحل[٢].

وإذا كان الرأي الأخير قد أدرك وجه الصواب، فإن الحجة التي استند إليها الرأي الأول لم تصب عين الصواب؛ لأن خروج المتعاقد من الإطار التعاقدي يشكل زوالًا 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 مثلاً؟[٣].

---

(١) قريب من هذا المعنى انظر: مصطفى مالك، بحث الحوالة الاتفاقية للعقد، ص ٥٤.

(٢) انظر في هذا الاتجاه: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٠٦ وما بعدها.

(٣) ويصح ذلك حتى بالنسبة للطبيب. فبالرغم من أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت في قرار لها بوجود روابط عقدية مباشرة بين المريض والطبيب البديل، وخصوصًا وجود دعوى الأداء لفائدة الأخير ضد الأول.

فالفقه هنا يقول بأن تلك الروابط العقدية تنشأ مباشرة من عقد أبرم نتيجة تبادل الرضاء، بين المريض والطبيب البديل، فالطبيعة الخاصة للالتزام بالعمل الذي يتحمله هذا الأخير الماثل في معالجة الشخص الآدمي، يتضمن أنه لا يجوز المساس بشخص إلا بموافقته عن طريق رابطة عقدية التي يشكل فيها المريض طرفًا متعاقدًا. انظر:

- Savatier, note sous cas, precite.

- (L), op. cit, no159, p. 120.

ويرى الأستاذ Neret في استبدال الطبيب في عقد العلاج مجرد عقد علاج فرعي، راجع:

Jean Néret,"Le sous-contrat",Edité par L.G.D.J., Paris, Montchrestien, 1979,Bibliothèque de droit privé, Tome 163.

كذلك نجده ينتقد النظر السابق مخافة تعميمه على كافة العقود الفرعية، ولكن لا يخشى تعميمه؛ لأن الذي يفرض هذا الحل هو الطابع الخاص لعقد العلاج.

.Laurent Aynès, Op.Cit., p. 120, note 61

٢٦- الحالة الثانية: شخص المتعاقد سبب للعقد.

من الجائز ألا يسعى المرء من وراء تعاقده أن يجني منفعة اقتصادية يلتمسها في الأداء العقدي المقابل، بل مجرد عمل من أعمال الخير والإحسان يمنحها لمن اختاره متعاقدًا له؛ لأسباب تعود- في الغالب- إلى أواصر المحبة أو القرابة أو المودة أو الصداقة؛ لذلك سميت العقود التي يطغى عليها هذا الهدف، والتي غالبًا ما تكون عقودًا مجانية بعقود التفضل أو الإحسان؛ كعارية الاستعمال(١)، والوديعة، والوكالة، والكفالة.

فالالتزام الرئيس لأحد المتعاقدين يجد سببه في شخص المتعاقد الآخر(٢)، ويتم تبريره تبعًا لتقدير حميمي، وُجدت علته في العلاقة بين المتعاقدين، لا نتيجة لغرض اقتصادي قابل للتقييم الموضوعي تغياه الملتزم(٣).

٢٧- ثانيًا: عدم إرتباط شخص المتعاقد بمحل العقد أو سببه:

لا يمس شخص المدين، في هذه الصورة كيان العقد، وإنما تتجسد وظيفته فقط في ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي(٤)؛ لعلة أن دائنه لا يسعى من وراء تعهده سوى منفعة اقتصادية، أو مصلحة مالية يتوخى استحصالها في الشيء ذاته محل الالتزام، بفضل جودة التنفيذ التي تضمنها صفات المدين؛ حيث يكون الالتزام عينيًا(٥)، أو يؤمنها ضمانه العام حيث يكون الالتزام نقديًا.

---

(١) انظر نص المادة ٦٣٥ من القانون المدني المصري.

(2) Azoulai, Marc,"L'elimination de l'intuitus personae dans le contrat" in la tendance a la stabilite du rapport contractual ouvrage collectif sous la direction de P.Durand, L.G.D.J. 1960, no7, p. 4 et No.19, p. 11

(3) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.337, p. 234.

(4) - Azoulai (M), Art. Precite, no11, p.6.

(5) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.p347-349,et pp. 237-238.

=

وتنفيذ الالتزام إما أن يقوم به المدين بنفسه، وإما أن يجريه شخص من الغير، أما وجوب تنفيذه من المدين شخصيًا فقد يكون بمقتضى اشتراط صريح أو ضمني. ويكون الاشتراط صريحًا إذا ما التزم المدين صراحة بأن يؤدي الالتزام بنفسه، وفي هذه الحالة لا يجوز له 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 شخصيًا من الملتزم؛ كأن يتمتع هذا الأخير بمهارة شخصية تشكل أحد دوافع إبرام العقد، أو الحصول على مصلحة خاصة من وراء تنفيذ الملتزم شخصيًا للالتزام(١).

فإرادة العاقدين، حين أدرجت الاعتبار الشخصي في العقد، إنما كان دافعها هو أن تجعل من الاعتبار المدرج عنصرًا شخصيًا ومكونًا يندمج في الأداء العقدي، الذي ينتظر من المدين ذاته تنفيذه.

والعلة التي دفعت المشرع المصري من وضع مادة (٢)، والتي تمنع تنفيذ الالتزام من غير المدين به ولو كان غيره أفضل منه في آدائه؛ لأن مبعث الإرادة العقدية شخص المدين ذاته، وليست صفاته.

=

ويفصل الفقه -حين يكون الالتزام نقديًا- بين الشخص وذمته، ولا يكفي الاعتبار المالي للمدين أن يضفي على الحق صفة الاعتبار الشخصي.

Ch. Lapp, Op.Cit., No.65.

فلكي يكون ثمة اعتبار شخصي يلزم، في نظر Lapp، أن يكون الالتزام كذلك بسبب صفات الشخص الملتزم.

(١) المادة ٢٠٨ من القانون المدني المصري.

(٢) المادة ٢٠٨ من القانون المدني المصري.

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

خلاصة القول: إن الالتزام التعاقدي يرتهن وجوده ودوامه بعناصره؛ المحل، والسبب، وكل مساس بهما من أحد المتعاقدين يفضي إلى إنهاء الالتزام، على نحو يصير معه العقد دون محل أو سبب، وبديهي أنه يلزم من زوال محل العقد أو سببه زوال قوته الملزمة.

في النهاية، نؤكد أن حوالة العقد راعت بشكل كبير، وبطريقة انسيابية، قانون العقد، أو بمعنى أدق المبادئ التي تشكل قانونًا للعقد، يتوجب احترامها من قبل المتعاقدين، وتتجسد في مبدأ القوة الملزمة للعقود، ونسبية أثر العقد، والاعتبار الشخصي للعقود.

الفصل الثاني

الضوابط القانونية لحوالة العقد

٢٨- حوالة العقد لها معنى مزدوج، فهي تعني من جهة التصرف القانوني، الذي تمت الحوالة بمقتضاه، ومن جهة أخرى الأثر الذي يرتبه هذا التصرف، أي إحلال الغير"المحال له" في المركز العقدي للمحيل.

وتباينت آراء الفقه وأحكام القضاء بشأن مدى ضرورة رضاء المحال عليه لتمام انعقاد حوالة العقد، أو بمعنى آخر انقسم إلى اتجاهات متغايرة حول انعقاد حوالة العقد بين فرضين؛ الأول: يكون فيها عقد الحوالة عملية قانونية ثلاثية الأطراف، والثاني: يكون فيها عقد الحوالة بين طرفين لا ثالث لهما(١).

ومما سبق نوضح: في الفرضية الأولى، تنعقد الحوالة - ليست فقط – بتراضي المحيل والمحال له، بل أيضًا يعد رضاء المحال عليه أمرًا محتمًا وضروريًا لانعقاد حوالة العقد. وعلى العكس من ذلك، أنصار الرأي الثاني، حيث تنعقد الحوالة بتراضي طرفين فقط، هما: المحيل والمحال له، دون أي تدخل أو دور للمحال عليه(٢).

---

(١) قريب من هذا المعنى: مصطفى مالك، بحث ذاتية الحوالة الاتفاقية للعقد، المرجع السابق، ص١٧.

(٢) وقد تشكل حوالة العقد " عقدًا رباعي الجوانب، حينما يقوم كل متعاقد في العقد المحال به بحوالة مركزه العقدي إلى الغير، فالعملية تضم محيلين ومحالين لهما" انظر:

Carresi (f), Il contratto, op.cit, p. 863.

المبحث الأول

أحكام انعقاد حوالة العقد

٢٩- سبق أن قلنا بأن حوالة العقد تعتبر في ذاتها عقدًا، ومن ثم يستلزم توافق إرادتين بين المحيل والمحال له، كما أن هذا الاتفاق يرد على محل معين وله سبب معين، وهذه هي الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد، لكن يجب أن نعرض لها بشيء من التفصيل؛ وذلك لمعرفة ما إذا كان لذاتية الحوالة أثر عليها، ثم نعرض بعد ذلك شرطًا خاصًا بحوالة العقد.

وفي سياق ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: أركان حوالة العقد.

المطلب الثاني: القيمة القانونية لرضاء المحال عليه في حوال العقد.

المطلب الأول

أركان حوالة العقد

٣٠- ونقصد بها الأركان العامة الواجب توافرها في حوالة العقد، وهي التراضي، والمحل، والسبب، والشرط المفترض عدم وجود مانع لحوالة العقد، ولنتكلم الآن بشيء من التفصيل عن هذه الأركان في حوالة العقد.

٣١- أولاً: التراضي.

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

بطبيعة الحال تبدأ الحوالة بمفاوضات بين المحيل والمحال له، وتدور هذه المفاوضات حول أركان هذه الحوالة؛ فإذا ما انتهت هذه المفاوضات إلى تلاقي ارادتيهما، يوجد لدينا اتفاق بين طرفين على حوالة العقد، وهذا الاتفاق يهدف إلى حلول المحال له محل المحيل فيما له من حقوق والتزامات في الرابطة العقدية القائمة من قبل بين المحيل والمحال عليه(١).

وتعتبر حوالة العقد عقدًا شكليًا، يلزم لانعقاده الكتابة، كما أن إثباته يخضع للقواعد العامة في الإثبات، والأثر المترتب على تخلف الكتابة أن تكون حوالة العقد باطلة(٢).

معنى ذلك، أنه يشترط كتابة عقد الحوالة، وإلا كانت باطلة، فلا يتصور عقد الحوالة، بتطابق الإيجاب والقبول، بل يجب كتابة العقد لانعقاده.

أضف إلى ذلك، وجوب أن تكون إرادة كل من الطرفين في اتفاق الحوالة خالية من العيوب؛ كالغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، فإذا ما شاب إرادة أي من الطرفين عيب من هذه العيوب فإن عقد الحوالة يكون قابلاً للإبطال لمصلحة من تعيبت إرادته(٣). وحوالة العقد تعتبر بالنسبة للمحيل عملاً من أعمال التصرف، وبناء عليه يجب أن يتوافر لديه أهلية التصرف.

---

(١) في هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٠٦

(٢) انظر نص المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي:

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

(3) Ch. Lapp, Op., Cit, No. 20, P. 2.

أما بالنسبة للمحال له، فإن الأمر يتعلق باكتساب عقد ملزم للجانبين. يتضمن التزامات واجبة التنفيذ، ولذلك يجب أن يتوافر لديه أهلية أداء[1].

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

لكن يجب أن نشير هنا إلى أن للطبيعة الخاصة للحوالة انعكاسًا مباشرًا على كيفية انعقاده؛ وذلك مرجعه إلى أن حوالة العقد تجعل المحال له طرفًا محل المحيل، في علاقة قانونية قائمة، يكون طرفها الآخر معه المحال عليه.

والسؤال الآن: هل يلزم رضاء المحال عليه بهذه الحوالة؟ وإذا كانت الإجابة عن هذا السؤال بالإيجاب، فما مدى رضاء المحال عليه في اتفاق الحوالة؟ وما دوره؟

غايتنا من التساؤل الأول يرجع إلى أنه بمقتضى حوالة العقد يصبح المحال له دائنًا بالحقوق الناشئة عن العقد المحال به في مواجهة المحال عليه، كما أنه يعتبر في نفس الوقت مدينًا بالالتزامات المتقابلة والناشئة عن نفس العقد في مواجهة المحال عليه. وهذا يعني أنه بحلول المحال له محل المحيل في العلاقة القانونية القائمة قد تغير شخص الدائن والمدين بالنسبة للمحال عليه.

فبالنسبة لتغيير شخص الدائن فإن أمره لا يهم المدين بنفس الدرجة التي يهم بها تغيير شخص المدين بالنسبة للدائن. وعلى ذلك فإن المحال عليه لا يلزم أن يرضى بالدائن "المحال له"، وإنما يكفي أن يعلم هذا التغيير أو يقر به. أما بالنسبة لتغيير

---

(1) Ch. Lapp, Op., Cit, No. 20, P. 2.
وقارن السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣، ص٦٦٤.

المدين نتيجة حوالة العقد، فإن المحال عليه لا يجبر على قبوله حتى ولو كان أكثر يسارًا من المدين الأول؛ ولذلك لا بد من رضاء المحال عليه بهذا المدين. وحيث إنه في العقود الملزمة للجانبين يكون كل من الطرفين دائنًا ومدينًا في نفس الوقت، فإن هذا يكشف عن جانب آخر من جوانب تعقيد مشكلة حوالة العقد(١).

ونرى في ذلك أن ما جاء به المشرع الفرنسي في المادة ١٢١٦-١ من القانون المدني يعتبر من أفضل الحلول التي بينت مدى رضاء المحال عليه، وأثره، حيث نصت المادة ١٢١٦-١مدني فرنسي على أنه(٢): "تبريء حوالة العقد المحيل بالنسبة للمستقبل إذا وافق عليها صراحة المحال عليه، وفي غير هذه الحالة، وما لم يوجد اتفاق مخالف، يكون المحيل ملتزمًا على سبيل التضامن بتنفيذ العقد".

معنى ذلك أن المشرع الفرنسي يرى أن رضاء المحال عليه لا يخرج عن أحد فرضين، الأمر الأول: أن يصدر رضاء صريح من المحال عليه، وبالتالي يبريء ذمة المحيل تجاه التزامه بتنفيذ العقد، والفرض الثاني: أن لا يصدر رضاء صريح، أو بمعنى أخر لا يصدر رضاء، وقد يصل إلى رفضه بحوالة العقد، هنا أراد المشرع الفرنسي أن يكون لإرادة المحال عليه أثر، وهو صحة حوالة العقد، وهو عدم إبراء المحيل من التزامه، ويظل ملتزمًا على سبيل التضامن مع المحال له.

---

(١) في هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٠٨

(٢) نص المادة ١/١٢١٦ مدني فرنسي:

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

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

ويحمد للمشرع الفرنسي، أنه لم يهمل رضاء المحال عليه، ولم يشترطه أيضًا، واتخذ بين ذلك سبيلًا.

٣٢- ثانياً: المحل:

حوالة العقد لها صفة العقود الملزمة للجانبين من ناحيتين؛ من ناحية عقد الحوالة نفسه؛ من حيث اعتباره مصدرًا لالتزامات متبادلة ومتقابلة، كما سوف نرى فيما بعد، ومن ناحية محله؛ حيث إن محل حوالة العقد ذاتها يكون عقدًا ملزمًا للجانبين.

فمن حيث إن محل حوالة العقد هو العقد الملزم للجانبين ذاته، يذهب اتجاه إلى أن محل حوالة العقد ليس العقد ذاته، وإنما حقوق المتعاقد والتزاماته. فالعقد ليس في حقيقته رابطة قانونية، وإنما بالأحرى هو مصدر لهذه الروابط، وأن الرابطة القانونية الحقيقية والتي تقبل الحوالة هي الالتزام(١).

ونرى أن حوالة العقد عن عقد ملزم للجانبين، ليس له إلا محل واحد، وهو العقد الذي ينشيء التزامات وحقوق متقابلة بين طرفيه؛ مؤجر ومستأجر، ورب عمل وعامل... إلخ، وهذا ما يميزه عن حوالة العقد الملزم لجانب واحد، والذي لا يعدو أن يكون حوالة حق، أو حوالة دين، بحسب ما ينشئه هذا العقد من حق أو التزام.

من ناحية أخرى، فإن حوالة العقد لا تتضمن حوالة حق وحوالة دين في آن واحد. فحوالة العقد لا تؤدي إلى تجزئة العقد المحال به، وإنما يرد على الرابطة العقدية برمتها، وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، وأيضًا بما تشتمل عليه من حقوق ترخيصية، وما يترتب عليها من إكساب صفة معينة لأحد المتعاقدين، أو غير ذلك من النتائج والآثار القانونية، وهو ما يسمى بالمركز العقدي.

---

(١) في هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١١٠

فالمحيل ما قبل حوالة حقوقه -بمقتضى حوالة العقد- إلا لأن المحال له سيتحمل عنه الالتزامات المقابلة لهذه الحقوق، والمحال له ما قبل التحمل بالالتزامات إلا لأنه مستفيد بالحقوق المقابلة لها. إذن جوهر حوالة العقد الملزم للجانبين هو حوالة المركز العقدي أو الصفة العقدية في الرابطة القانونية القائمة، وما يترتب على ذلك المركز أو هذه الصفة من حقوق والتزامات وآثار قانونية. فالمحيل يحيل مركزه العقدي أو صفته العقدية في العقد الملزم للجانبين، أي باعتباره دائنًا ومدينًا في نفس الوقت.

٣٣- ثالثًا: السبب.

سبق وأن بيينا، أن حوالة العقد هي في ذاتها عقد، وهذا العقد يعتبر من العقود الملزمة للجانبين، كما أن محل هذا العقد هو أيضًا عقد ملزم للجانبين. وعلى ذلك فإنه بالنسبة لسبب عقد الحوالة فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين:

الفرض الأول: هو أن تتم حوالة العقد بمقابل. وفي هذه الحالة فإن سبب التزام المحيل بحوالة العقد، حقوقًا والتزامات، هو الحصول على المقابل، كما أن سبب التزام المحال له بدفع المقابل هو الحلول محل المحيل في الرابطة العقدية القائمة، حقوقًا والتزامات، بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يكون الباعث الدافع إلى هذه الحوالة مشروعًا.

الفرض الثاني: هو أن تتم حوالة العقد دون مقابل. بمعنى أن يحل المحال له محل المحيل فيما له من حقوق، ويتحمل ما عليه من التزامات، دون أن يدفع المحال له، أي مقابل لهذه الحوالة. فهل يمكن القول أيضًا بأن هذا العقد يعتبر هبة؟ إذا نظرنا إلى حقيقة الأشياء نجد أن هناك التزامات وحقوقاً متقابلة بين المحيل والمحال له، فهناك حوالة للالتزام من جانب والتحمل لهذا الالتزام من جانب آخر، كما أن حوالة المحيل لحقوقه يقابله تحمل المحال له بالالتزامات، وتحمل المحال له بالالتزامات يقابله

الاستفادة من الحقوق المقابلة والناشئة عن نفس العقد. فبالرغم من انتفاء المقابل في حوالة العقد- بهذا الفرض- فإنه مع ذلك لا يمكن القول بأن هذا العقد يعتبر هبة، وذلك بسبب التقابل في الأداءات، وهو ما يتعارض وطبيعة عقد الهبة. ونجد في هذه الحالة أن سبب حوالة المحيل لحقوقه هو تحمل المحال له بالتزاماته الناشئة عن ذات العقد، وسبب تحمل المحال له بالالتزامات هو الاستفادة من الحقوق المقابلة لها؛ وذلك لأن جوهر حوالة العقد وهدفه هو الحلول في العلاقة القانونية القائمة(١).

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الباعث الدافع إلى حوالة العقد مشروعًا، وإلا وقع حوالة العقد باطلة بطلانًا مطلقًا.

٣٤- الشرط المفترض: انتفاء موانع حوالة العقد

يعتبر شرطًا بديهيًا ومنطقيًا، بمقتضى حوالة العقد، ويتلخص هذا الشرط في نقطتين أساسيتين، هما، النقطة الأولى: الاعتبار الشخصي لطرف العقد المحال به، والثانية: أن يكون العقد متراخي التنفيذ.

٣٥- النقطة الأولى: الاعتبار الشخصي لطرف العقد المحال به:

سبق أن رأينا، أنه بعد أن كان يُنظر إلى الالتزام نظرة شخصية محضة، ترى أن الجوهري فيه هي تلك الرابطة التي تربط بين شخصين؛ بحيث لا يتصور أن ينشأ الالتزام دون أن يوجد وقت نشوئه دائن ومدين معينان، ولا يتصور أن يتغير أحد طرفي الرابطة دون أن تتغير الرابطة ذاتها، وأصبح- في الوقت الحاضر- ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية، لا يعنيها في الالتزام أشخاصه بقدر ما يعنيها موضوعه،

(١) قريب من هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١١.

وبذلك استقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين؛ بحيث تكون العبرة فيها بقيمته المالية[١].

وإذا كان قد تأكدت- في الوقت الحاضر- الصفة المالية للالتزام، وما ترتب عليها من السماح بانتقاله، إلا أنه لا يمكن إغفال النظر تمامًا على أن الالتزام ما زال يعبر عن رابطة بين شخصين: الدائن والمدين[٢]، ولذلك في الوقت الذي تصبح فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار في نظر المتعاقدين، أو في نظر أحدهما فإن العقد في هذه الحالة يكون غير قابل للحوالة. فالاعتبار الشخصي في التعاقد يعتبر من موانع حوالة العقد، كما سبق وأن بينّا.

وما يؤكد أن العقد لم يصبح فقط مجرد قيمة مالية أو اقتصادية يمكن التصرف فيه كأي مال، وأنه ما يزال يمثل رابطة قانونية بين شخصين، أنه بالنسبة للعقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، فإن مجرد الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة جوهرية من صفاته يؤدي إلى إبطال العقد، طالما كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد، كما أنه في مثل هذه العقود لا يمكن- من باب أولى- تغيير شخص المتعاقد الذي هو محل اعتبار، وذلك عن طريق حوالة هذا العقد، أو التنازل عن العقد، أو حتى عن طريق التعاقد من الباطن.

ويمكن القول بصفة عامة إن العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها. ففي العقود ذات الصبغة الفنية فإن شخص المتعاقد- بصفة عامة- محل اعتبار، فعند التعاقد مع مهندس معماري مشهور، فإن لشخص هذا المهندس الدور الحاسم في التعاقد. كما أن الاعتبار

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٤٠٤.
(٢) نفس الموضع السابق.

الشخصي قد يتعلق بصفة من صفات المتعاقد؛ كالثقة في نزاهة المقاول ومهارته مثلاً في عقد المقاولة[١]، أو الثقة في القدرة المالية أو الكفاءة الفنية للملتزم بالمرفق العام، في عقد التزام المرافق العامة مثلاً[٢].

والاعتبار الشخصي في التعاقد L'intuitu personae قد يكون في جانب كل من المتعاقدين، بأن كل متعاقد يعتبر أن لشخص المتعاقد الآخر أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إتمام التعاقد، فكل منهما محل اعتبار في نظر المتعاقد الآخر. لكن الغالب من الأمر أن يكون الاعتبار الشخصي في التعاقد في جانب أحد المتعاقدين، في هذه الحالة فإن حوالة العقد تكون ممتنعة من جانب المتعاقد، الذي هو محل اعتبار في هذا التعاقد.

وقد لا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، مع ذلك يكون هذا العقد غير قابل للحوالة، وقد يرجع ذلك إلى نص في القانون أو إلى شرط مانع في العقد ذاته، وفي حالة تضمن العقد شرطًا مانعًا، فإنه يجب عدم التوسع في تفسيره[٣].

وقد رتب المشرع المصري – ويبدو أنه دون قصد – بعض أحكام حوالة العقد ببعض مواد القانون ١٣١ لسنة ١٩٤٨؛ حيث نصت المادة ١/٦٦١ مدني مصري على أنه "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

---

(1) H., L.et J.Mazeaud, Op. Cit, no 57.

(2) Ph. Malaurie, Op.Cit., p.162.

(٣) انظر في تفصيل ذلك، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٥، ص٦٦٨، فقرة ٤٥٦ ص٦٦٩ وما بعدها، فقرة ٤٥٦ ص ٦٨٦ وما بعدها.

وبطبيعة الحال ما يصدق على التعاقد من الباطن يصدق -من باب أولى- على حوالة العقد[١].

وقد رتب التقنين المدني على ذلك أنه: "ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار..." (م٦٦٦ مدني مصري).

كما نصت المادة ٦٢٥ مدني مصري على أنه: "لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو أن يؤجر الأرض من الباطن إلا برضاء المؤجر".

ونتيجة للاعتبار الشخصي في عقد المزارعة قد رتب القانون المدني على ذلك النتائج المنطقية، فنص على أنه: "لا تنقضي المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنقضي بموت المستأجر" (م ٦٢٦ مدني).

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

٣٦- النقطة الثانية: يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ:

وهذا الشرط يقتضيه منطق حوالة العقد ذاتها؛ حيث إن المحال له يحل محل المحيل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فكيف لنا إذن أن نتصور هذه الحلول إذا ما تم تنفيذ العقد المحال به.

---

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

وعلى ذلك فإن حوالة العقد لا تتصور إلا بالنسبة للعقود التراخية في التنفيذ. وليس معنى ذلك أن حوالة العقد تقتصر فحسب على العقود الزمنية، مستمرة أو دورية، وإنما يمتد ليشمل أيضًا العقود الفورية التي تتراخى في التنفيذ.

فحلول المحال له محل المحيل لدى الغير في حق أو التزام، يفترض أن هذا الغير ما زال ملتزمًا بالتزامه تجاه المحيل، أو أن المحيل نفسه مازال ملتزمًا تجاه الغير فيما عليه من التزام.

والنتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك هو أن ينشأ عن حوالة العقد عملية قانونية ثلاثية الأطراف، ومن ثم تنشأ ثلاث علاقات قانونية؛ علاقة بين المحيل والمحال له، وعلاقة بين المحيل والمحال عليه، وعلاقة بين المحال له والمحال عليه. أما إذا كان قد تم تنفيذ الالتزام من جانب المحيل للدائن، أو أن المحيل استوفى حقه من المدين، ففي أي شئ تكون الحوالة؟ وفي مواجهة من تكون هذه الحوالة؟[١]

كما أنه في حالة بيع منزل محمل برهن ضامن لقرض استُخدم في بنائه، يمكن أن يستتبع هذا البيع حوالة عقد القرض، وبالتالي يحل المشتري محل البائع في عقد القرض، ويستفيد من التقسيط المتفق عليه في هذا العقد، وكذلك من سعر الفائدة المحدد والمنصوص عليه في هذا العقد، ويصبح المشتري هو المسئول أمام البنك (المحال عليه) بدفع الأقساط المستحقة وفوائدها، كما أن البنك يستفيد من الرهن الضامن لهذا القرض؛ حيث إنه يترتب على حوالة العقد انتقال العقد بنفس شروطه، وتبقى الضمانات الضامنة للوفاء به قائمة، كما يحتفظ الدين بأوصافه وصفاته وكل ما يرد على هذا العقد من دفوع ووسائل دفاع تبقى سارية[٢].

---

(١) قريب من هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) انظر المادة ٢/١٢١٦ مدني فرنسي:

"Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la =

المطلب الثاني

القيمة القانونية لرضاء المحال عليه في حوالة العقد

٣٧- تباينت آراء الفقه والقضاء بشأن رضاء المحال عليه في حوالة العقد بين اتجاهات أربعة؛ بين من اعتبره رضاءً مبرئًا، ومن اعتبره منشئًا، ومن جعله رضاءً كاشفًا، ومن اعتبره دون أثر.

٣٨- أولًا: اعتبار رضاء المحال عليه مبرئًا للمحيل

يعد رضاء المحال عليه في حوالة العقد مبرئًا لالتزام المحيل تجاه المحال عليه، وقد حرص المشرع الفرنسي على توضيح قيمة رضاء المحال عليه بحوالة العقد؛ حيث نصت المادة ١٢١٦-١مدني فرنسي على أنه[١]: "تبريء حوالة العقد المحيل بالنسبة للمستقبل إذا وافق عليها صراحة المحال عليه، وفي غير هذه الحالة- وما لم يوجد اتفاق مخالف- يكون المحيل ملتزمًا علي سبيل التضامن بتنفيذ العقد."

معنى ذلك أن المشرع الفرنسي يرى أن رضاء المحال عليه يبريء ذمة المحيل تجاه التزامه بتنفيذ العقد، هنا أراد المشرع الفرنسي أن يكون لإرادة المحال عليه أثر،

=

compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant.

Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant".

(١) نص المادة ١٢١٦-١ مدني فرنسي :

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

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

وهو صحة حوالة العقد، وهو عدم إبراء المحيل من التزامه، ويظل ملتزمًا على سبيل التضامن مع المحال له.

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي سار في اتجاه اعتبار رضاء المحال عليه الصريح مبرئًا للمحيل.

ويُثار أيضًا تساؤل، وهو: ما مصير التأمينات التي تكون قد عُقدت ولم يبريء المحيل منها؟

يفترض التساؤل أن المحيل- وقبل الحوالة- قد قدم تأمينات عينية للمحال عليه ضمانة لتنفيذ التزامه؛ لذا نرى للإجابة عن هذا التساؤل حول مصير التأمينات المقدمة ضمانة لتنفيذ التزامه بعد عقد الحوالة لا يخرج عن فرضين، الأول: إذا قام المحيل عليه بإبراء المحيل من هذه التأمينات هنا تنقضي التأمينات العينية المقدمة. والثاني: إذا لم يبرأ المحيل من هذه التأمينات، هنا يجب أن تبقى التأمينات قائمة.

ونجد المشرع الفرنسي في المادة ١٢١٦-٣ من القانون المدني نص على[١]: "تبقى التأمينات التي تكون قد عُقدت قائمة إذا لم يبريء المحال عليه المحيل منها. وفي غير هذه الحالة، لا تبقى التأمينات التي قدمها الغير إلا بموافقته".

ولم يقف المشرع الفرنسي عند ذلك، بل افترض تضامن أكثر من شريك في تقديم التأمينات العينية، وتم إبراء أحدهم- المحيل- فنص المادة١٢١٦-٣[٢]: "إذا تم إبراء المحيل، يبقى شركاؤه في الدين المتضامنون ملزمين، بعد خصم حصته من الدين".

---

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

"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 ".

(٢) نص المادة ١٢١٦-٣ من القانون المدني الفرنسي:

"Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette".

٣٩- ثانيًا: اعتبار رضاء المحال عليه منشئًا للحوالة:

يعد رضاء المحال عليه، لدى جانب مهم في الفقه[١] والقضاء[٢]، إلى جانب رضائي المحيل والمحال له[٣]، شرط وجود[٤] وإنشاء في حوالة العقد بوصفها عقد

---

(1) G. Marty et P. Raynaud, Op. Cit., No.828 et 834, no831, p 836-837; Ch.JAMIN, Op. Cit., P. 132.; Andreoli Marcello,"La cessione del contratto", Editore: Cedam, padova, 1951, No.10, P.39 et s; Paolo Carresi,"La cessione del contratto", published by Giuffrè, 1950, No.19, P.58.

(٢) وليس لرضاء المحال عليه بالعقد، في القضاء الإيطالي "مجرد قيمة انضمام إلى الاتفاق السابق نشوؤه بين المحيل والمحال له، ولكنه يعد عنصرًا منشئًا للحوالة

(Italiano, 1957C-1741n°344 cass. 31-1-1957, n°335, in Rep. Foro,)

فإذا تخلف رضاء المحال عليه... لا يتم المحيل والمحال له انتقال الرابطة العقدية في عناصرها الإيجابية والسلبية، مع تعليق لـ:

CARRESI Cass. 21-2-55, no509, Giurisprudenza Italiana. 1956.I.1,79

بل إن اتفاق المحيل والمحال له يُعد ملغيًا.

Catanzaro. 15-3-1956, in Rep, Foro it 1956. C 1888 no90 استئناف App

فضلاً عن العمل القضائي الإيطالي الوفير المشار إليه لدى:

CICALA (Rene), il negozio di cessione del contratto; Jovenem Napoli, 1962, p. 18, n54

انظر قرارات المجلس الأعلى الإيطالي الآتية:

- **Cass 31-3-87, no3102, Rep del Foro italiano, 1987, obligazioni e contratti 360**
- **Cass. 23-4-80, no2674, Rep Foro it, 1980, obligazione e contrattio; 233**
- **Cass. 12-1-73, no105, Giustizia civile, 1973.I.1223.**

مشار إليه: مصطفى مالك، المرجع السابق، ص ١٧.

(3) Christian Larroumet, Op.Cit. No, 109, p. 261.

(٤) ولقد تعددت الأوصاف المنعوت بها رضاء المحال عليه وإن تحدث في المعنى *G. Marty et P. Raynaud,* ينعتانه "بالشرط الجوهري" (op.cit, n°823) CARRESI, يصفه "بشرط صحة (la cessione del contratto, CEDAM, Padova, 1951, p. 41) ANDREOLI, (Op.cit, p. 59 يطلق عليه "شرط وجود تصرف حوالة العقد بصفة بـ"عنصر منشئ لتصرف الحوالة" (Art. Preci, p. 324) وإذا كان الرأي أعلاه يجعل من رضاء المحيل عليه ذا طبيعة إنشائية مع احتفاظه بوصف "حوالة العقد" فإن ثمة اتجاهاً يؤكد على إنشائية هذا الرضاء =

ثلاثي الجوانب[١]؛ بحيث لا تنعقد عملية الحوالة دون رضاء المحال عليه[٢]، فبدءًا من هذا الرضاء[٣]، إذن تنشأ رابطة قانونية

=

التي تفضي لا على نقل العقد الأصلي، بل إلى إبرام عقد جديد بين الطرف المحيل والغير، انظر:

Jacques Ghestin,"Traité de droit civil. Les effets du contrat", avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau, Droit et Société, Année 1995, No.691, P.753 et s.; M. Billiau,"Cession de contrat ou «délégation» de contrat?, JCP. G. 1994, doctrine, no. 3758, no3, p. 200.

(1)Andreoli Marcello, Op., Cit., P.54.; Renato Clarizia,"La cessione del contratto", Napoli, 1946, P. 17.

ويفرق *Christian Larroumet* بين نوعين من التصرف القانوني متعدد الجوانب: بين العقد متعدد الجوانب أو ثلاثي الجوانب وبين العمليات القانونية ثلاثية الأشخاص؛ من حيث إن الدائنين أو المدينين في العقد متعدد الجوانب، يشغلون مراكز قانونية متطابقة، بيد أن الأشخاص، في العملية القانونية الثلاثية، يشغلون مراكز قانونية مختلفة، انظر:

- Christian Larroumet, «Droit civil tome III Les obligations (Français), Economica; Édition: 4e édition, 1998, No.75 et s, p. 71 et s.

وقد تشكل حوالة العقد "عقدًا رباعي الجوانب، حينما يقوم كل متعاقد في العقد المحال به بحوالة مركزه العقدي إلى الغير. فالعملية تضم محيلين ومحالين لهما"، انظر:

- Carresi (F), II contratto, op. cit, nt 369, p. 863.

(2) - Christian Larroumet, Op.Cit., No.109, pp. 261-262.

وقيل تمامًا في مواجهة المحال عليه؛ لأن عقد الحوالة قد يرتب، في نظر LARROUMET ، أثرًا بين طرفيه، فقد يتفق المحال له مع المحيل في الاتفاق التمهيدي، على أن يقبل الأول بتعويض الثاني عن المطالبة التي قد يباشرها ضده، أو حتى أن يقوم بالوفاء لفائدة هذا الأخير في مقابل حوالة الحق التي أجراها المحيل لصالحه ضد المحال عليه. ففي هذه الفرضية، يرتب الاتفاق التمهيدي بين المحيل والمحال له أثرًا لا يجعل منه حوالة عقد بالمعنى الضيق، وإنما يتحلل إلى حوالة حق ينضاف إليها وعد بالتنفيذ (Th. Precitee, no109, p. 261)؛ انظر أيضًا

Pierre Raynaud,Op., Cit.,P.94.

(٣) وتقتضي إنشائية الرضاء أن يكون هذا الأخير (محققًا)، ويكون كذلك إذا وجد فعلاً من يعبر عنه- أي المحال عليه –، فلو فرضنا أن أحد الشركاء -في عقد شركة لم يتم بعد- قام بحوالة حصته إلى أحد من الأغيار، فإن الحوالة تقع، على فرض تصور الحوالة أصلاً في هذه الفرضية، غير منتجة لأثر؛ لعلة أن المحال عليه – الشركة – فضلاً عن علة تخلف المحل، لم يظهر إلى الوجود. فكيف يظهر رضاؤه؟ انظر في هذا المعنى:

- Scoccianti (Andrea): Il tasferimento puo essere considerato valido solo se effettuato come cessione del contratto, in guida la diritto, Il sole 24 Ore, 1999, no39, Diritto e procesura civile, societa, p. 60.

بين المحال له والمحال عليه[١].

ولقد تبنت بعض التشريعات المدنية المقارنة الحكم السابق، نذكر منها -على الخصوص: التشريع المدني الإيطالي[٢]، والتشريع المدني البرتغالي[٣]، والتشريع المدني الهولندي[٤]؛ ولكن إذا كان رضاء المحال عليه- في نظر الاتجاه السابق-

(١) ويذهب الأساتذة *Flour (J.), Aubert (J-L), Flour (Y.) et Savaux (E.).* بعد اعتبارهم رضاء المحال عليه، على غرار قرار "rougeot"

- (Cass. Com, 6 mai. 1997, Defrenois, 1997, art. 36633, p. 1012, no114, note Denis H., L.et J.Mazeaud, Op. Cit; RTD. Civ., 1997, 936. obs J. MESTRE; d. 1997, 588, note M. BILLIAU et Ch. JAMIN, d, 1998, somm, 136 obs. H. LENABASQUE.

هناك شرط ضروري لا يكون لعقد الحوالة دونه سوى أثر نسبي يرتبه بين طرفيه: المحيل والمحال له، أما الاحتجاج به، بوصفه واقعة اجتماعية، فلا يلزم المحال عليه بمواصلة العقد مع المحال له، فله- أي المحال عليه- أن يتجاهل هذا الأخير، ويطالب المحيل بتنفيذ العقد، وإذا حصل أن دخل المحال له في تنفيذ العقد، فإن الأمر غير خالٍ من صورتين: إما أن يرفض المحال عليه دخول المحال له، فله في هذه الفرضية، أن يطالب بفسخ العقد بسبب إخلال المحيل، أو يجبر الأضرار اللاحقة به، فالتصرف المبرم بين المحيل والمحال له لا يشكل سوى حوالة داخلية غير حقيقية، وإما أن يقبل المحال عليه دخول المحال له، فيكون، في هذه الفرضية قد أقر الحوالة، ويكون كمن عبر عن رضائه بشكل من الأشكال. انظر:

Flour (J.), Aubert (J-L), Flour (Y.) et Savaux (E.)., Op., Cit.,Art. Precite,P.P. 821.822.

(٢) تنص المادة ١٤٠٦ من التشريع المدني الإيطالي على ما يلي: "يجوز لكل طرف، شريطة رضاء الطرف الآخر، أن يحل الغير محله في الروابط الناشئة من عقد ذي أداءات تبادلية لم تنفذ بعد".

(٣) تقضي المادة ٤٢٤ من التشريع المدني البرتغالي لسنة ١٩٦٧ بما يلي: "يسوغ لكل طرف، في العقود المتضمنة لأداء تبادلية، أن ينقل للغير مركزه العقدي، شريطة أن يرضي متعاقده (المحال عليه) بالحوالة قبل إبرام العقد أو بعده".

(٤) وتنص المادة ١٥٩ في فقرتها الأولى من التشريع المدني الهولندي الجديد على ما يلي: "يجوز لأحد الطرفين، في عقد معين، بمشاركة الطرف الآخر، أن ينقل رابطته القانونية بهذا الأخير إلى أحد من الأغيار، بموجب تصرف يبرم بينه وبين الغير".

- Ch.JAMIN, "Cession de contrat et consentement du cede", in R.D.S., 1995; chron, P.131

ضروريًا لإتمام حوالة العقد، فهل يكون من أثره- حين صدوره عن المحال عليه- إدراك الغاية الأولى فقط؟ وهي إنشاء رابطة قانونية بين المحيل من إرادة صريحة تصدر عن المحال عليه، أم أن رضاء هذا الأخير واحد لا يتجزأ، يرتب في ذات الوقت أثرين متلازمين: أثرًا إلزاميًا Effet obligatoire، وأثرًا إبرائيًا Effet libratoire يأتي كنتيجة طبيعية لتدخل المحال عليه.

لقد عرض الأستاذ Larroumet - أمام تمنع غالبية الفقه(١)- لتحليل الإشكال، مفرقًا في غياب نص قانوني بين فرضيتين:

فرضية إعلام المحال عليه من طرف المحيل أو المحال له بالغاية التي يقصدان إليها، وهي إبراء التالي، بعد إنشاء رابطة قانونية بين الأول والأخير. ففي هذه الفرضية يتعذر القول بأن الإبراء يتم بقوة القانون، بل لا مناص في حصوله من إرادة صريحة تصدر عن المحال عليه.

---

(١) ويرجع عدم تدقيق الفقه في التفرقة بين رضاء المحال عليه بالحوالة ورضائه بإبراء المحيل إلى الخلط بين الرضاءين، الذي يعزي إلى كونهما يشكلان دائمًا موضوعًا لتعبير واحد. انظر:

- CARRESI (F), op. cit, no18, p. 54.

ويعزي LARROUMET عدم تناول أغلبية الفقه للإشكال أعلاه إلى سببين: يكمن السبب الأول في عدم تقبلهم لحوالة العقد كمفهوم مستقل؛ بحيث إنهم يستندون -بحثًا منهم عن بديل لحوالة الدين- إلى الاشتراط لمصلحة الغير أو إلى الإنابة، وفي الحالتين معًا يعد إنشاء رابطة قانونية مستقلاً عن إبراء المحيل الذي يتم إلزامًا في الإنابة؛ حيث تحل رابطة جديدة محل رابطة قديمة، أو يتم في الاشتراط لمصلحة الغير بموجب تصرف خارجي، بينما يتمثل السبب الثاني في أن الفقه أعلاه، ممن عنوا بحوالة العقد أو بحوالة الدين، قد نزع إلى تبني نظرية GAUDMET, SALEILLES التي لا تجعل من رضاء المحال عليه سوى عنصر ضروري لإبراء المحيل، فلا شأن لهذا الإبراء بإنشاء رابطة قانونية تجمع بين المحال عليه والمحال له. راجع:

- Christian Larroumet, Op.,Cit., No.109, p. 263.

فرضية عدم إعلامه- بصورة مانعة للشك- بالغاية السابقة، فيفسر رضاؤه على أنه قد انصرف إلى مجموع الغاية المتوخاة من قبل المحيل والمحال له[١].

ويجوز في التشريع المدني الإيطالي أن يدرك رضاء المحال عليه- إذا جاء مطلقًا- غايتين: إحلال المحال له محل المحيل في الروابط القانونية الناشئة من العقد المحال به، وإبراء المحيل، ويستفاد ذلك من تقريب المادتين ١٤٠٠، ١٤٠٨ مدني إيطالي، فالمادة الأولى تربط عملية الإحلال برضاء المحال عليه، والمادة الثانية ترهن إبراء المحيل من التزاماته في مواجهة المحال عليه فقط بزمن صيرورة الإحلال فعالاً[٢]، أي إذا رضي به هذا الأخير، علمًا بأن هذه المادة في فقرتها الثانية تخول للمحال عليه التصريح بعدم إبراء المحيل، والنتيجة أن المحال عليه إذا قدم رضاءه غير مستعمل، صراحة مكنة عدم إبراء المحيل، فإن رضاءه يدرك الغايتين أعلاه.

ويستند الرأي السابق في تقريره لإنشائية رضاء المحال عليه إلى المفهوم التقليدي، الذي يعيق تداول الالتزام على الأقل في جانبه السلبي[٣]، طالما أن العبرة في العقد ليست بذاته، وإنما بأثره[٤] الكامن في الحقوق والديون.

---

(1) - Christian Larroumet, Op.,Cit., No.109, pp. 265.

(٢) وتنص المادة ١٤٠٨ مدني إيطالي على ما يلي: "يبرأ المحيل من التزاماته تجاه المتعاقد المحال عليه في وقت صيرورة الإحلال (الاستبدال) فعال في مواجهة هذا الأخير). ومع ذلك يمكن للمتعاقد المحال عليه، إذا صرح بعدم إبراء المحيل، مطالبة هذا الأخير عند عدم تنفيذ المحال له التزاماته". انظر -خصوصًا- في شرح هذه المادة:

- Andreoli Marcello, Op., Cit., No.8, P.37 et s.; Renato Clarizia,Op.Cit., p. 104 e s.; Alberto M. Benedetti,"La cessione del contratto", Giuffrè, Milano, 1998, P.159 et s.

(3) - Christian Larroumet, Op.,Cit., No.109, p. 261.

(4)Ancel, Pascal,"Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", Revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1999, spe, no 3, p. 773.

فوجود الدين في العقد التبادلي إلى جانب الحق يحتم أن يكون لرضاء المحال عليه- أي الدائن- طابع منشئ[١]؛ لعلة أن المحيل والمحال له يتصرفان بالحوالة في مال يتعلق بالمحال عليه؛ مما يستوجب تدخله[٢] احترامًا لمبدأ الأثر النسبي للعقود.

٤٠- ثالثًا: اعتبار رضاء المحال عليه كاشفًا للحوالة

يعتبر رضاء المحال عليه، لدى فريق كبير من الفقه[٣] والقضاء[١] شرطًا تقريريًا أو كاشفًا لحوالة العقد، هذا الرضاء ذو غايتين: الاحتجاج بعقد الحوالة في مواجهة المحال عليه[٢]، وخروج المحيل برئ الذمة من الرابطة العقدية.

---

(1) G. Marty et P. Raynaud, Op., Cit., No.828, p. 833.

(2) CARRESI (F), La cessione….., op. cit, no19, p. 58.

وجاء في تحليل CARRESI، بنفس الموضع، أن مسألة إنشائية رضاء المحال عليه يمكن معالجتها من وجهين؛ من وجه في ضوء المبادئ العامة؛ حيث يعد هذا الرضاء منشئًا لنفس العلة التي يعتبر فيها رضاء الدائن كذلك في التصرفات الموجهة لتحقيق إحلال الغير بالمعنى الواسع مكان المتعاقد الأصلي، ومن وجه ثان، في ضوء مقتضيات المادتين ١٤٠٦، ١٤٠٨، ويقدم NATOLI، لإبراز إنشائية رضاء المحال عليه تبريرًا، ينصرف إلى نية أطراف الحوالة قائلاً إن: "المحيل يريد أن يضع الغير موضعه، ويخرج من الرابطة، والمحال له يود أن يتبوأ موضع المحيل في الرابطة.. والمحال عليه يقبل خروج المحيل من الرابطة وإحلال الغير محله فيها...." فإذا تخلف رضاء المحال عليه لم يتم تصرف الحوالة.... فالرضاء عنصر منشئ لتصرف الحوالة، انظر:

- NATOLI (Ugo),"La cessione del contratto di prestazione sportiva in ambito calcistico, in GCCC, 1946, II, 319s, p.324.

(3) - Ch. Lapp, Op., Cit., No.56, P.85, et no63, p. 94 et s

حيث ورد في قول LAPP ، أنه "يوجد الانتقال بين الأطراف وبالنسبة إليهم وبالطبع فإن رضاء المحال عليه المبرئ أو المحرر للمحيل مرغوب فيه، ولكن رغم عدم حصوله فإن عقد الحوالة يوجد منتجًا آثاره بين طرفيه في مواجهة المحال عليه في حدود عدم الإضرار به". انظر أيضًا:

BARBERO (DI), "Sistema del diritto private italiano", II, 6eme Ed. Litet, Torinom, 1958, p. 238.

Cicala Raffaele, IL negozio di cessione del contratto", Jovene, Napoli; 1962, No.30, P.246; No.26, P.174.

=

ونتيجة ذلك أن حق المحال عليه في مواجهة المحال له ينشأ من عقد الحوالة، ومنذ تكوينه.

معنى ذلك أن هذا الاتجاه يشبه رضاء المحال عليه، بالإجازة القانونية للحوالة، وهو تصرف قانوني من جانب واحد، يعتبر مقررًا لعقد سبق إبرامه.

ولقد تأثر أنصار الرأي أعلاه بالرؤية المادية للالتزام(٣)، فنظروا إلى الدين نظرتهم إلى الحق؛ إذ جعلوا انتقال الدين كانتقال الحق، يتم بمجرد إبرام عقد الحوالة

=

ويلخص CICALA في نفس الموضع، طبيعة رضاء المحال عليه، فيقول: "لا يندمج رضاء المحال عليه في التركيبة البنيوية لتصرف الحوالة، ولا يساهم مباشرة في ترتيب آثار هذا التصرف، ولا يؤثر على مضمون هذه الآثار؛ ولكن يوقف ترتبها، ويجعله غير محقق، فرضاء المحال عليه... قبول لحوالة الحق، "وتعبير عن الرغبة في الاستفادة من الاشتراط" (حوالة الدين Accollo)، وبشكل احتمالي تعبير إبرائي أي منتج لأثر إبراء المتعاقد الأصلي... ويقول (ص٢٤٥) إن إبراء المتعاقد الأصلي ليس أثرًا لتصرف الحوالة، ولكنه ينشأ من سبب خارج عنه هو التعبير الانضمامي للدائن، أي رضاء المحال عليه...." ويعد رأي CICALA رأيًا معزولاً في الفقه والقضاء الإيطاليين.

(1) Cass. Civ. 7 janvier 1947, in J.C.P. 1947, II 3510 note Becque; Christian Larroumet, Op.Cit., p. 276, note 3.

(٢) وهو ما تبنته المادة ٢٤٤ من قانون الالتزامات السنغالي، والتي جاء فيها: "يجوز لكل طرف، برضاء الطرف الآخر، أن يحل الغير محله في الروابط الناشئة من العقد.

يفيد المحال عليه من حوالة العقد، ويحتج بها في مواجهته من يوم ثبوت رضائه كتابة". فالمادة المذكورة تجعل من رضاء المحال عليه شرطًا للاحتجاج بحوالة العقد في مواجهته، ولصالح هذا الأخير؛ مما يفيد أن لا تأثير لتخلف رضاء المحال عليه على عقد الحوال.

انظر في هذا المعنى:

J.-P. Tosi, "Le droit des obligations au Sénégal"L.G.D.J, Paris, 1981 No.958, P.349.

وتنص المادة ٨٩٤م قانون التجارة الكولومبي لسنة ١٩٧١ على ما يلي: "تنتج حوالة العقد آثارها بين المحيل والمحال له منذ تمامها، ولكن لا ترتب آثارًا في مواجهة المحال عليه والغير إلا منذ الإعلان والقبول، وأيضًا المادة ٥١٣ من قانون Navarre لسنة ١٩٧٣.

(٣) انظر فيمن جاءوا بهذه الرؤية يجعلهم حوالة الدين تامة بمجرد العقد بين المحيل والمحال له:

- Raymond Saleilles,"De la cession de dette", in Annales de droit francais, etranger et international, tome 4, II, 1980, 1 et s.

بمقتضى اقتران إرادتي المحيل والمحال له[١]، وما إرادة المحال عليه -بالنسبة إلى هذا العقد- سوى تصرف قانوني من جانب واحد يصدر عن هذا الأخير، بعد إعلامه بالحوالة من أحد طرفيها[٢]؛ لإلزام المدين الجديد، وإبراء المدين القديم، بشكل نهائي في مواجهته.

---

(١) انظر في التشريعات التي اقرت حوالة الدين بمجرد اتفاق المحيل والمحال له: المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني، والمادة ٣١٥ من التقنين المدني المصري، والمادة ٣١٥ من التقنين المدني الليبي، والمادة ٢٨٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

انظر في ذلك: صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني: حوالة الحق وحوالة الدين، معهد الدراسات العربية المالية، ١٩٥٦، ص ص ٤٨، ٤٩.

(٢) وقد جاء في مذكرة الأعمال التحضيرية للمادة ١٤٠٨ من التشريع المدني الإيطالي ما يلي: "يتوجب- بالطبيعة- رضاء المحال عليه؛ لأن حوالة العقد ترتب إبراء المحيل في مواجهته ومع ذلك، فرضاؤه بالحوالة يتضمن ما لم يتفق على خلافه (المادة ١٤٠٨/٢) إبراء متعاقده الأصلي...". انظر في ذلك:

- CARRENSI (F), La cessione….., op. cit, no18, p. 56.

ولقد شكلت عبارات المذكرة الإيضاحية هذه، وعبارة المادة ١٤٠٨ مدني إيطالي الماثلة في: "في وقت صيرورة الاستبدال فعالاً" "In momento incui la sostitutizione deviene effecace" أو عبارة المادة ١٤٠٦ مدني إيطالي الماثلة في: "شريطة رضاء المحال عليه، مثار جدل فقهي في إيطاليا. انظر:

Anelli, Franco, "Cessione del contratto", Rivista Di diritto civile, No.4, P. 276.

ولقد خلص البعض (BENEDETTI, op. cit, p. 51 …….) إلى التفسير الذي يجعل من عبارة Purche l'altra parte vi conseanta "أي شريطة أن يرضي الطرف الآخر بالحوالة" مثبتة لثلاثية عقد الحوالة، خلافًا لما إذا كانت العبارة هي Quando l'altra parte "vi consenta" أي "لما يرضى الطرف الآخر بالحوالة". فالعبارة الأولى، على خلاف الثانية، تجعل رضاء المحال عليه "شرطًا" في عقد الحوالة، ولفقد ذكرت النسخة المصادق عليها من قبل مجلس النواب لسنة ٢٠٠١ من مشروع القانون المدني لجمهورية الأرجنتين مقتضيات مهمة تخص دور المحال عليه في حوالة العقد، تضمنتها المادة ١٥٣٨ تحت عنوان موافقة لمحال عليه التي نقرب معناها كالآتي: "لا يرتب الانتقال أثراً بالنسبة للمحال عليه ما لم يقدم هذا الأخير موافقته، باستثناء إذا كان العقد – الأساس ذا تنفيذ فوري متضمنًا التزامات لا تتطلب أداءً شخصيًا من المحال عليه، أو إذا كان مفعول العقد المنقول من عقود المدة، وارتضى المحال عليه الأداء =

٤١- رابعًا: اعتبار رضاء المحال عليه دون أثر:

هناك رأي لبعض الفقه يجعل رضاء المحال عليه غير مجدٍ لإتمام حوالة العقد[١]، مغيبًا فيه عنصر الأثر؛ سواء كان هذا الأثر إبرائيًا، أو إلزاميًا؛ وسبب ذلك أن غاية الأطراف من إبرامهم حوالة العقد لا تكمن لا في إبراء المحيل، ولا في إنشاء رابطة ملزمة بين المحال له والمحال عليه[٢]، ولكنها تجعل من هذا الأخير طرفًا في اتفاق الحوالة[٣].

=

المقدم من المحال له، أو إذا كان العقد المبرم بواسطة سند يتضمن كافة عناصره الخاصة قابلاً للانتقال يدويًا أو بواسطة التظهير، وحصل الانتقال اليدوي أو التظهير.

أ - يمكن أن تكون الموافقة سابقة أو مزامنة أو لاحقة للحوالة، ولا تنتج الموافقة السابقة أثرًا في مواجهة المحال عليه، الذي يعد طرفًا في عقد الانتقال، ما لم تعلن الحوالة إليه أو يعلم بها.

ب- لا تؤدي الموافقة إلى إبراء المحيل بتنفيذ الالتزامات الناتجة من العقد الأساسي، ما لم يقبل المحال عليه صراحة هذا الإبراء أو قدم إليه المحال له ضمانًا بالتنفيذ.

ج- إذا قدمت الموافقة بشأن انتقال عقد أصلي، اعتبرت مقدمة بشأن العقد التابع.

د- إذا تعدد المحال عليهم، وجب تقديم الموافقة من الجميع، ومع ذلك تعد موافقة أحدهم كافية إذا جاز فصل التزاماته الناتجة من العقد الأساس عن التزامات بقية الملتزمين، وقدم المحال له ضمانًا لتنفيذهم.

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.228, p. 165 et no190, p. 137.

(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.228, pp. 165-166.

(3) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.7.

ويصور بعض الفقه رضاء المحال عليه تصويرًا يجعل منه مكسبًا هذا الأخير صفة الطرف. انظر في ذلك:

- Christophe Jamin et Marc Billiau, Op.,Cit., No.1026 et s. spec, No.1047; No.670 et s, spec No.691.

ويترتب عن هذا الرضاء، بالتصوير السابق نتيجتان: اعتبار حوالة العقد عملية قانونية ثلاثية الأشخاص، ونشوء عقد جديد بين المحال له والمحال عليه.

- Christophe Jamin et Marc Billiau, Op.,Cit.,P. 145.

ويرد فقه آخر هذا التصوير، الذي يجعل من رضاء المحال عليه منشئًا لعقد جديد؛ لأنه خطير وغير =

فمن وجه أول، ليس صحيحًا أن يقال أن المحيل، وهو يحيل العقد إلى غيره كان يقصد إبراء ذمته مما يشغلها من التزامات تعاقدية؛ لأن هذا القصد كان يكون له من طريق الإقالة الاختيارية، طالما أن الرضاء بالإقالة لازم أيضًا، ولكنه يحيل العقد لعلتين: لعجزه مطلقًا، ولسبب ما عن إدراك الغاية المتوخاة من إبرام العقد المحال به؛ ولرغبته في تجنب إنهاء هذا العقد، ثم إنه ليس من الصحة في شيء أن يقال أن المحال له يتعهد بالحوالة؛ بغية إبراء ذمة المحيل، وإنما ينوي بوصفه خلفًا لهذا الأخير تحقيق ذات الغاية التي قصد إليها المحيل من العقد المحال به[١].

وبصرف النظر عن إبراء المحيل – الذي يستوي في حوالة العقد؛ وجوده، وعدمه-[٢] فإن تحولًا يحدث في صفة هذا الأخير، حيث يصير بعد الحوالة مدينًا احتياطيًا بعد أن كان قبلها مدينًا رئيسًا؛ وعلة فقدان المحيل هذه الصفة الأخيرة راجعة إلى كونه قد تصرف في سبب التزامه تصرفًا يعد واقعة تفرض على الكافة بمن فيهم، خصوصًا المحال عليه.

وينتج عن ذلك أن المحيل لا يلتزم بشكل انفرادي ودون أداء مقابل إلا بصفته ضامنًا[٣]، يتجسد ضمانه في التزام تعاقدي ناشئ من ممارسة مكنة الحوالة ذاتها[١].

=

حاسم، أما كونه خطيرًا لأنه يفضي إلى زوال التأمينات المنشأة سابقًا لفائدة أو من طرف المحال عليه، فضلاً عن تغيير تاريخ وحدة العقد، وأما كونه غير حاسم فلأنه يجعل دائمًا من موضوع الرضاء إبرام عقد، ومن صاحبه طرفًا متعاقدًا، والحال أن ثمة حالات يفرض فيها القانون على شخص الرضاء بعقد دون صيرورته طرفًا متعاقدًا.

انظر:

- Laurent Aynès, Op.Cit. No.3 et 4.

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.229, p.166.

(2) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.228, p. 165 et no190, p. 137.

(3) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.230, p. 167.

ومن وجه ثان، إن حوالة العقد كحوالة الحق لا تنشئ أي التزام في العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه؛ لأن مصدر هذه العلاقة يوجد في العقد الأصلي الذي تنحصر وظيفة عقد الحوالة بوصفه ذا أثر ناقل، في نقل العقد المحال به (العقد الأصلي) إلى المحال له[٢].

والنتيجة التي يسعى هذا الاتجاه إليها هي أن لا ضرورة لرضاء المحال عليه، ولا جدوى منه في حوالة العقد، ما دامت علة وجوبه- علتا الإبراء والإلزام- قد انتفت، وإلا جاء اشتراط وجوبه، من باب التزيد القانوني الذي لا موجب له[٣].

ونحن نميل إلى اعتبار رضاء المحال عليه دون أثر، مما يجعل رضاء المحال عليه غير مجدٍ لإتمام حوالة العقد، مغيبًا فيه عنصر الأثر؛ سواء كان هذا الأثر إبرائيًا، =

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.231, pp. 167-168.

ولقد ثار جدل في الفقه الإيطالي حول تحديد طبيعة التزام المحيل بعد الحوالة؛ فمنهم من جعل مسئولية المحيل مسئولية احتياطية بطريق الرجوع (CARRESI "F", op. cit, p. 98. s)؛ حيث يقول: "إن ثبات الرابطة يفسر، من وجهة نظر بنيوية، كمسئولية احتياطية بطريق الرجوع". وانظر أيضًا:

- Renato Clarizia, Op.Cit., p. 119.

ومنهم من جعلها مسئولية احتياطية تضامنية، انظر:

- CICALA (R), op. cit, p. 214

أما عن أساس نشوء التزام المحيل؛ فمنهم من رده إلى التزام قانوني لاحق، يستقل ويختلف عن الرابطة الأصلية محل الحوالة. انظر:

Renato Clarizia, Op.,Cit., p. 119; CARRESI (F), op. cit, p. 98.

ومنهم من أرجعه إلى العقد الأساس "Contratto-base" انظر:

- Andreoli Marcello, Op., Cit., pp. 58-59.

(٢) انظر:

- Laurent Aynès, Op.Cit. No.233, p: 169; Art. Precite, no8, p. 2

(٣) انظر:

- Laurent Aynès, Op.Cit. No.236, p. 170.

أو إلزاميًا؛ وسبب ذلك أن غاية الأطراف من إبرامهم حوالة العقد لا تكمن لا في إبراء المحيل، ولا في إنشاء رابطة ملزمة بين المحال له والمحال عليه[1]، ولكنها تجعل من هذا الأخير طرفًا في اتفاق الحوالة.

(1) - Laurent Aynès, Op.Cit. No.228, pp. 165-166.

المبحث الثاني

آثار حوالة العقد

٤٢ ـ تعتبر حوالة العقد من العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، فدورها يتمثل في نقل المركز العقدي الذي كان يتبوؤه المحيل وتحويله إلى المحال له، فهي تجعل الالتزام منتجًا لآثاره في مواجهة أشخاص ثلاثة.

إن اكتساب الالتزام أثره المتعدي يفرض علينا هذه العلاقة الثلاثية المترتبة عن الحوالة؛ مما يفرض علينا معالجة هذه الآثار من خلال علاقة المحيل بالمحال له، وعلاقة المحيل بالمحال عليه، وعلاقة المحال له بالمحال عليه.

سبق أن رأينا أن حوالة العقد لا تعدو أن تكون اتفاقًا يحل بمقتضاه المحال له محل المحيل، فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، وفي العلاقة القانونية القائمة من قبل فحوالة العقد يتولد عنها علاقات ثلاثية: علاقة بين المحيل والمحال له، وعلاقة بين المحال له والمحال عليه، وعلاقة بين المحيل والمحال عليه، ولندرس هذه العلاقات الثلاث في ثلاثة مطالب على النحو الآتي.

المطلب الأول: العلاقة بين المحيل والمحال له

المطلب الثاني: العلاقة بين المحال له والمحال عليه

المطلب الثالث: العلاقة بين المحيل والمحال عليه

المطلب الأول

العلاقة بين المحيل والمحال له

٤٣ ـ هذه العلاقة تنشأ مباشرة عن اتفاق الحوالة؛ ولذلك فإن نطاق ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات لكل من الطرفين يتحدد وفقًا لهذا الاتفاق. واتفاق حوالة العقد هو اتفاق ملزم للجانبين، يعتبر كل من الطرفين دائنً ومدينًا في نفس الوقت. فالمحيل يتخلى عن حقوقه الناشئة من العقد المحال به للمحال له في مقابل تحمل هذا الأخير بالالتزامات التي تقع على عاتقه من هذا العقد.

ويتضح مما سبق أننا نجد في حوالة العقد المحال به نفسه "هو الذي يتحول إلى المحال له بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أي تحوير فيها، ويحل المحال له محل المحيل في كل ذلك، ويصبح هو الطرف في العقد المحال به"[(١)].

فحوالة العقد ليست مجرد حوالة للحقوق والديون في وقت واحد منظور إلى كل منها على حدة، وإنما هو عبارة عن حواله للرابطة العقدية كاملة، وباعتبارها وحدة واحدة، أو بعبارة أخرى حوالة المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل. وهذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية، ومبررات موضوعية في نفس الوقت:ـ فقصد المتعاقدين في اتفاق الحوالة لا يرمي إلى الفصل بين الجانب الإيجابي والجانب السلبي في العقد، وإنما على العكس يهدف إلى التنازل عنهما معًا كوحدة واحدة. كما أن محل حوالة العقد ليس مجرد المجموع الحسابي بين الحقوق والديون، وإنما هو شئ أكثر

(١) قريب من هذا المعنى؛ السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٥٦ ص ٦٨٦ وما بعدها.

من ذلك، إنه حوالة "صفة المتعاقد" في الرابطة العقدية الموجودة. فالعقد المحال به في ذاته عقد ملزم للجانبين. وفي العقود الملزمة للجانبين يكون كل طرف فيها دائنًا ومدينًا في نفس الوقت، كما أنه ينشأ عن هذه العقود حقوق والتزامات متقابلة ومتداخلة، وهذه وتلك تكون وحدة واحدة؛ حيث إن هذه العناصر، وتلك الآثار غير قابلة للانقسام.

وما يعزز هذا التحليل تطور فكرة الالتزام ذاتها، فلم يعد الالتزام مجرد رابطة شخصية محضة فحسب. وإنما أصبح أيضًا قيمة مالية، وعنصرًا من عناصر الذمة المالية. وهذا يعني أن العقد ذاته أصبح- وذلك بعد تطور طويل- قيمة مالية، وقيمة اقتصادية قابلة أيضًا للانتقال مثله مثل أي عنصر من عناصر الذمة المالية[١].

فحوالة العقد- كما سبق وأن بيينا- ليست مجرد حوالة للحقوق والديون في وقت واحد، وإنما هو شيء أكثر من ذلك؛ حيث يتضمن أيضًا انتقال الحقوق الترخيصية Les droits potestatifs. وإن كانت فكرة الحقوق الترخيصية لم تأخذ مكانها المناسب بعد في القانون الوضعي الفرنسي والمصري، إلا أنها موجودة في شكل تطبيقات متناثرة في القانون الوضعى[٢].

---

(1)Christian Larroumet, Op.Cit. No.103. pp 244-246.

(2)Louis Boyer, "Les promesses synallagmatiques de vente", RTD Civ., 1949, p. 26, No. 27; Rep. civ: 2e ed: 1971. vo Con-trats et Conventions no 127; Ch. Lapp, Op.Cit. No, 20 et 29-32;1.

وانظر أحمد سلامة، القانون الزراعي – الملكية والإيجار ١٩٧٧، فقرة ٢٩، ص٩٢؛ حيث إنه يشير إلى أن الحق في توفيق أوضاع الأسرة طبقًا لقوانين الإصلاح الزراعي يعتبر حقًا ترخيصيًا Un droit Formateur وانظر نقض مدني في ١٩٦٨/٢/٢٢، م.م.ف، س١٩، ص٣٥٧.

ومهد فكرة الحقوق الترخيصية هو القانون الألماني والقانون الإيطالي، وقد انتقلت إلى القانون السويسري مع بعض التحفظ، وتحت اسم Les droits formateurs[1].

ولإلقاء نظرة سريعة على فكرة الحقوق الترخيصية، نرجع إلى بعض تطبيقاتها في القانون الوضعي: فنجد أن هناك الحقوق الترخيصية الذاتية أو المستقلة Les droits potestatifs autonomes، مثل: إعلان الرغبة في الوعد بالتعاقد، وإلى جانب ذلك هناك الحقوق الترخيصية المساعدة Les droits po-testatifs auxiliares، ومثلها حق الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود غير محددة المدة، وحق طلب إبطال العقد لعيب من عيوب الإرادة أو لنقص الأهلية، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، أو حق إعذار المتعاقد، أو حق اختيار محل الوفاء في الالتزامات التخييرية.

٤٤- ويمكن القول بصفة عامة أن الحقوق الترخيصية هي الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، وينشأ عنها مركز قانوني منشئ لحقوق والتزامات. وهذه الحقوق لها قيمة مالية. أما بالنسبة للحقوق الترخيصية المساعدة فإنها ترتبط بمركز عقدي معين أكثر من ارتباطها بشخص معين، ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدي المرتبطة به.

والمثل الواضح على ذلك هو حوالة عقد غير محدد المدة (عقد عمل مثلًا)، ففي مثل هذا العقد نجد أن القانون يخول لمن تعاقد لمدة غير محددة، سلطة إنهاء العقد

(1)P. Engel, "Traité des obligations en droit suisse", Revue internationale de droit comparé, Paris, Année 1974, pp. 31-34.

بالإرادة المنفردة. وهذا المتعاقد يستعمل هذا الحق كلما وجد أن العقد لم يعد يحقق مصالحه. ومركز هذا المتعاقد يمكنه من استعمال هذا الحق لأنه هو الذي يستطيع أن يقدر ما إذا كان العقد ما زال يحقق مصالحه أم لا، أي تقدير ما يعود عليه من نفع وما يلحقه من خسارة؛ ولهذا لنا أن نتساءل عن الفائدة التي يمكن أن يجنيها شخص أجنبي، ليس طرفًا في العقد، عندما يطلب إنهاء هذا العقد؟ كما أن انتقال حق الإنهاء ليس له أي معنى عندما يكون هناك حوالة فقط؛ لأن المحال له لا يرى أي داع لوضع حد لمركز لا يمثل إلا فائدة محضة له. كما أن المحيل لا يمكن أن يطلب الإنهاء وإلا رجع عليه المحال له بالضمان. ولذلك لا تبدو مصلحة المحال له، في حوالة العقد واضحة في إنهاء العقد إلا إذا كان قد وضع في نفس مركز المحيل، أي يوجد تحويل للمركز العقدي ذاته، بما يتضمنه من حقوق والتزامات.

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

٤٥- أولاً: التزامات المحيل:

تنشئ حوالة العقد على عاتق المحيل التزامين أساسيين؛ الالتزام بالضمان، والالتزام بالتسليم:

بالنسبة للالتزام بالضمان، فإن المحيل لا يضمن إلا وجود العقد وصحته، وقابليته للحوالة، وبصفة خاصة ما ينشأ عنه من حقوق. وعلى ذلك فإذا كانت هذه الحقوق قد انقضت لأي سبب من أسباب الانقضاء، أو أنها زالت نتيجة المطالبة

بالفسخ، أو أنها قد شلت نتيجة الدفع بالبطلان أو الإبطال، فإن المحيل يكون ضامنًا، فالمتنازل لا ينقل إلى المحال له من حقوق أكثر مما هو ثابت له[١].

وعلى العكس من ذلك، فإن المحيل لا يضمن للمحال له يسار المحال عليه، ما لم يتفق على ذلك صراحة. كما أن ضمان المحيل لا يمتد ليشمل ضمان تنفيذ العقد المحال به من جانب المحال عليه. وعلى ذلك فإن المحيل يستحق المقابل المتفق عليه في اتفاق حوالة العقد حتى لو لم يقم المحال عليه بتنفيذ العقد المحال به، كما أن المحيل لا يضمن للمحال له التعرض الصادر من الغير. وإذا كان المحال عليه ملتزمًا طبقًا للعقد المحال به بتسليم شيء معين فإن المحيل لا يلتزم بضمان العيوب الخفية في هذا الشيء.

ويمكن الاتفاق على تشديد التزام المحيل بالضمان أو تخفيفه؛ ولذلك يمكن أن يتفق على أن يضمن المحيل ليس فقط يسار المتنازل لديه، وإنما يضمن أيضًا تنفيذ هذا الأخير للعقد المحال به. وعلى العكس يمكن للمحيل أن يخفف من التزامه بالضمان؛ بالاتفاق على إعفائه حتى من ضمان وجود العقد وصحته، إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وإن كان يجوز له أن يتفق على إعفائه من هذا الالتزام حتى في حالتي الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الالتزام (انظر م٢/٢١٧ مدني مصري).

ومضمون التزام المحيل بالضمان على هذا النحو يكشف الفرق الجوهري بين التنازل عن العقد والبيع.

أما بالنسبة للالتزام بالتسليم، فإن المحيل يلتزم بأن يسلم العقد المحال به إلى المحال له. ويعتبر المحيل مسئولاً في مواجهة المحال له إذا كانت الحقوق التي انتقلت

(١) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٧٣.

فعلاً إلى هذا الأخير لا يتفق نطاقها مع ما هو متفق عليه، أو إذا كانت الأعباء التي انتقلت إلى المحال له أشد مما كان يعتقد في اضطلاعه بها طبقًا للعقد المحال به.

والقاضي يقدر في مثل هذه الحالات ما إذا كان عدم التنفيذ يكفي لفسخ اتفاق حوالة العقد من عدمه، أو إذا كان هناك محل للتعويض من عدمه(١).

كما يجب على المحيل أن يعطي المحال له كافة المستندات والأوراق اللازمة لإثبات العقد المحال به أو التي تخول له ممارسة حقوق الناشئة عن هذا العقد. وهذا الأمر لا يصدق إلا في حالة براءة ذمة المحيل كلية في مواجهة المحال عليه.

٤٦- ثانياً: التزامات المحال له:

ولما كان محل حوالة العقد هو الرابطة العقدية، بما تتضمنه من حقوق والتزامات بين المحيل والمحال عليه، ومن نتائج حوالة العقد إلى حلول المحال له فيها محل المحيل، فإنه بطبيعة الحال سيلتزم المحال له بالالتزامات التي كانت تقع على عاتق المحيل في مواجهة المحال عليه. جملة القول إن المحال له يلتزم بمقتضى حوالة العقد أن يدفع مقابل هذه الحوالة، إذا كانت حوالة العقد بمقابل، بالإضافة إلى التزامه بكافة الالتزامات الناشئة عن العقد المحال به، والتي كان يلتزم بها المحيل في مواجهة المحال عليه.

لكن هل يلتزم المحال له -في العقود المستمرة- بدفع ما كان مستحقًا على المحيل عن الفترة السابقة على حوالة العقد، والذي لم يقم بالوفاء به؟ في الحقيقة إن المحال له لا يلتزم -كقاعدة عامة- إلا عن الالتزامات التي تستحق ابتداء من تاريخ حوالة العقد، هذا ما لم يوجد اتفاق على خلافه، فإذا اضطر المحال له إلى الوفاء بما

(١) قريب من هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٧٣.

كان مستحقًا على المحيل عن الفترة السابقة على حوالة العقد؛ وذلك نتيجة لالتجاء المحال عليه للدفع بعدم التنفيذ، فإنه يكون له أن يرجع بما وفاه عن المحيل؛ وذلك طبقاً لقواعد دفع غير المستحق، ما لم يكن ضامنًا له في التنفيذ، أو لم يكن قد برأت ذمته في مواجهة المتنازل لديه.

المطلب الثاني

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

٤٧- سبق أن رأينا أن حوالة العقد اتفاق يحل بمقتضاه المحال له محل المحيل في رابطة عقدية قائمة من قبل، وبما تتضمنه هذه الرابطة من حقوق والتزامات. فالمحال له يحل محل المحيل، فيما له من مركز عقدي، وفي صفته العقدية. فالعقد المحال به نفسه هو الذي يخول إلى المحال له بجميع ما يشمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون تحوير فيها.."[١] ".

وبعد حوالة العقد لم يعد المحيل دائنًا للمحال عليه ولا مدينًا له، فاختفت بذلك وساطته بين المحال عليه والمحال له، وأصبحت العلاقة بين هذين الأخيرين علاقة مباشرة، وعلى ذلك تكون حوالة العقد وحدها كافية لحلول المحال له محل "المحيل" في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد المحال به، فتنتقل الحقوق من ذمة المحيل، وتبرأ ذمته من الالتزامات[٢].

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ٦، مج ١، فقرة ٤٦٧، ص٦٩٨.
(٢) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٧٦، ص٧١٥.

وعلى ذلك فإنه نتيجة لحوالة العقد تقوم علاقة مباشرة بين المحال عليه والمحال له، بموجبها يستطيع المحال عليه أن يطالب المحال له بجميع التزامات المحيل، ويستطيع المحال له أن يطالب المحال عليه بجميع حقوق المحيل، فيكون لكل منهما أن يرفع دعوى على الآخر، ويختفي من بينهما المحيل كوسيط(١).

ويترتب على ذلك أن المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ حوالة العقد في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من حوالة العقد، ومن ثم يجوز للمحال عليه أن يدفع رجوع المحال له عليه ببطلان عقد الحوالة، أو بعدم نفاذ هذا العقد في حقه؛ لأنه أخل بشرط مانع في العقد المحال به. وسنحاول في هذه الفقرة التركيز على علاقة المحال له بالمحال عليه في ما يخص الدفوع التي يجوز التمسك بها من قبل أحدهما في مواجهة الآخر.

وقد أجاز المشرع الفرنسي للمحال له أن يحتج قبل المحال عليه بالدفوع الملازمة للالتزام؛ كالبطلان، والدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، أو مقاصة الديون المترابطة، ولا يجوز له الاحتجاج قبله بالدفوع الخاصة بالمحيل(٢).

---

(١) السنهوري، المرجع الأسبق، ج ٦، مج ١، فقرة ٤٨٣ ص٧٢٥، ٧٢٦. وانظر نقض مدني رقم ١٣٨٠ بتاريخ ١٩٧٦/٣/٣ مجموعة أحكام النقض، س٢٧، ص٥٥٦.

(٢) نص المادة ١٢١٦-٢ من القانون المدني الفرنسي:

"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".

٤٨- أولًا: دفوع المحال عليه[١]:

١- دفوع المحال عليه المستمدة من العقد المحال به:

٤٩- يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها، وهذه الدفوع يمكن إجمالها في الدفوع التي ترجع الى انقضاء الحق الذي كان للمحيل، أو بطلانه، أو فسخه.

وعليه فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بانتهاء المركز العقدي الذي كان للمحيل قبل إبرام الحوالة، وهناك أيضًا دفوع ترجع إلى بطلان العقد المحال به أو إلى انفساخه؛ كأن يكون المركز العقدي المراد نقله مصدره عقد باطل، أو مصدره عقد معلق على شرط واقف لم يتحقق، أو معلق على شرط فاسخ وتحقق الشرط. فهذه الدفوع يجوز التمسك بها في مواجهة المحال له.

٢- دفوع المحال عليه المستمدة من عقد الحوالة:

٥٠- لايستطيع المحال عليه أن يتمسك بالدفوع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته، في كل الأحوال، فإذا كان عقد الحوالة باطلًا فإن المحال عليه يمكنه التمسك بالبطلان في مواجهة المحيل والمحال له، أما إذا كان عقد الحوالة قابلًا للإبطال أو الفسخ لمصلحة المحيل فإن المحال عليه لا يمكنه التمسك بالإبطال أو الفسخ ما دام هذان الجزآن مقررين لفائدة المحيل.

---

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

" Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant".

٥١- ثانيًا: دفوع المحال له:

ما دام المحال له يحل محل المحيل في مركزه العقدي، فإنه يستطيع أن يتمسك في مواجهة المحال عليه بكافة الدفوع التي كانت قد نشأت لفائدة المحيل ضد المحال عليه؛ بسبب عيب من العيوب التي شابت العقد المحال به، وتأسيسًا على ما سبق يمكن للمحال له الاحتجاج بكافة وسائل الدفاع التي كانت فاعلة قبل إجراء الحوالة في علاقة المحيل بالمحال عليه؛ بحيث يحق له أن يحتج قبل المحال عليه بالدفوع الملازمة للالتزام؛ كالبطلان، والدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، أو مقاصة الديون المترابطة، ولا يجوز له الاحتجاج قبله بالدفوع الخاصة بالمحيل.

المطلب الثالث

العلاقة بين المحيل والمحال عليه

٥٢- إن العلاقة بين المحيل والمحال عليه تعتبر من أهم العلامات المميزة لحوالة العقد الملزم للجانبين؛ وذلك لأنها تثير العديد من المشاكل الأساسية لحوالة العقد، والتي تركزت حولها الكثير من المناقشات. ومن أهم هذه المشاكل هي معرفة ما إذا كان يترتب على حوالة العقد براءة ذمة المحيل من التزاماته، ومن ثم خروجه من الرابطة العقدية القائمة، والتي حل فيها محله المحال له في مواجهة المحال عليه، أم أنه يبقى ملتزماً في مواجهة المحال عليه إلى جانب المحال له؟ وإذا بقي ملتزمًا بالرغم من حوالة العقد، فما هو مركزه القانوني؟ هل يعتبر مديناً أصلياً مع المحال له، أم أنه يعتبر مجرد مديناً احتياطياً، ام أنه يعتبر مجرد ملتزم بضمان التنفيذ من قبل المحال له؟

وقد سبق أن عرضنا لهذه المشاكل تفصيلاً، والآن نعرض لها في حدود ما يلزم لمعرفة مدى العلاقة بين المحيل والمحال عليه.

أعتقد أن حوالة العقد لا تثير أدنى مشكلة، وبصفة خاصة في العلاقة بين المحيل والمحال عليه.

وتتمثل العلاقة في أن تتم الحوالة فيما بين المحيل والمحال له، ثم يقبله أو يوافق عليه المحال عليه، في هذه الحالة تنشأ علاقة مباشرة بين المحال له والمحال عليه، وتبرأ ذمة المحيل من جميع التزاماته، ويخرج بالتالي من هذه العلاقة، التي يصبح طرفاها: المحال له والمحال عليه، حيث يتم حلول المحال له محل المحيل في جميع ما له من حقوق وما عليه من التزامات، وبراءة ذمة المحيل من التزاماته. ففي هذه الحالة يستمر العقد المحال به مع المحال له، أما المحيل فيخرج كلية من هذا العقد، والمحيل عليه لم يبق له سوى المحال له.

في فرنسا يرى بعض الفقهاء أن مجرد حوالة العقد ينشئ علاقة مباشرة بقوة القانون بين المحال له والمحال عليه، ودون حاجة إلى قبول المحال عليه لهذه الحوالة، بشرط الإعلام به[1].

بل إننا نجد في مصر من الفقهاء من يذهب إلى رأي قريب من ذلك؛ حيث يقرر هؤلاء الفقهاء أنه في حالة عدم وجود شرط مانع في العقد المحال به، فإن هذا يعني قبول المحال عليه سلفًا لحوالة العقد، ويترتب على ذلك نتيجة في غاية الأهمية أنه

(1) Christian Larroumet, Op.Cit., No.110,. et 125 p. 290 et s.

بمجرد حوالة العقد فإن حقوق المحيل تنتقل إلى المحال له من وقت إخطار المحال عليه[١].

وأيًا كان الأمر في خصوص وقت قيام العلاقة المباشرة بين المحال له والمحال عليه، ووقت براءة ذمة المحيل من التزاماته، فإن المستقر عليه في مصر أن حوالة العقد تتحقق من وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين في حق المحال عليه[٢].

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ٦، مج ١، فقرة ٤٥٣ ص٦٦٣ ومع ذلك قارن فقرة ٤٧٥ ص٧١١، وهامش ٣.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، جزء٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص٦٦٣، وفقرة ٤٧٦ ص٧١٥ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، جزء٣، العقود المسماة، المجلد الثاني، عقد الإيجار، فقرة ٢٤٠ ص٥٣٧، وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩٤، منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار،١٩٥٦-١٩٥٧، فقرة ٢٢٦ ص٥٧٩ وما بعدها، فقرة ٢٢٦ ص٥٨٠.

الخاتمــة

في نهاية بحثنا لموضوع حوالة العقد، نخلص إلى عدة نتائج ومقترحات.

أولاً- أهم نتائج البحث:

١- لم يتطرق المشرع المصري إلى حوالة العقد، وإن كان هناك الكثير من التطبيقات القضائية للقضاء المصري لهذا المصطلح. وعلى عكس ما سار عليه المشرع المصري نجد المشرع الفرنسي قد نظم أحكام حوالة العقد في المادة ١٢١٦ من المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، والذي نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، بتاريخ ٢٠٢٠١٦/١٠، وأصبح نافذًا اعتبارًا من ٢٠١٦/١٠/١.

٢- يعتبر اصطلاح حوالة العقد حديث النشأة؛ حيث لم يدخل الإطار القانوني إلا مؤخرًا، على خلاف مصطلح حوالة الحق، وحوالة الدين، وتبعًا لذلك لم يتعرض المشرع المصري ولا المشرع المغربي ولا المشرع الفرنسي لتعريف حوالة العقد، لا سيما في قانون الجمهورية الفرنسية ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

٣- الساحة القانونية العربية لم تتناول حوالة العقد إلا عرضًا، وذلك من خلال بعض الأعمال الفقهية العامة، تبنى الفقه العربي نظرية تفكيك الحوالة إلى حوالة الدين وحوالة الحق؛ وذلك بتأكيده على أن حوالة العقد ليست إلا حوالة مجموعة الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وهذا هو ما لا نقصده بهذه الدراسة.

٤- توصلنا من خلال هذا البحث إلى تعريف مختار لحوالة العقد، على أنها: "عقد موحد، يحق بمقتضاه لأحد المتعاقدين "المحيل" أن يحيل مركزه العقدي القابل للحوالة إلى أحد الأشخاص "المحال له"، والذي يشترط كي يكون العقد مبرئًا لذمة المحيل أن يقبله المتعاقد الآخر "المحال عليه".

٥- قديمًا كان الالتزام لا يقبل الانتقال، حتى في جانبه الإيجابي؛ لأنه كان ينظر إليه على أنه ليس إلا رابطة بين شخصين، أما اليوم فإن العقد بأكمله يقبل الانتقال؛ لأنه ليس إلا قيمة مالية أو اقتصادية.

٦- نؤكد أن حوالة العقد راعت بشكل كبير، وبطريقة انسيابية، قانون العقد، أو بمعنى أدق المبادئ التي تشكل قانونًا للعقد، يتوجب احترامها من قبل المتعاقدين، وتتجسد في مبدأ القوة الملزمة للعقود، ونسبية أثر العقد، والاعتبار الشخصي للعقود.

٧- إن حوالة العقد تعتبر في ذاتها عقدًا، ومن ثم يستلزم توافق إرادتين بين المحيل والمحال له "التراضي"، كما أن هذا الاتفاق يرد على محل معين، وله سبب معين، وهذه هي الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد، بالإضافة إلىعدم وجود مانع لحوالة العقد.

٨- تباينت آراء الفقه والقضاء بشأن رضاء المحال عليه في حوالة العقد بين اتجاهات أربعة؛ بين من اعتبره رضاءً مبرئًا، ومن اعتبره منشئًا، ومن جعله رضاءً كاشفًا، ومن اعتبره دون أثر، ونحن نميل إلى الرأي الأول.

٩- حوالة العقد ليست مجرد حوالة للحقوق والديون في وقت واحد منظور إلى كل منها على حدة، وإنما هو عبارة عن حواله للرابطة العقدية كاملة، وباعتبارها وحدة واحدة، أو بعبارة أخرى حوالة المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل. وهذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية، ومبررات موضوعية في نفس الوقت: فقصد المتعاقدين في اتفاق الحوالة لا يرمي إلى الفصل بين الجانب الإيجابي والجانب السلبي في العقد، وإنما على العكس من ذلك. كما أن محل حوالة العقد ليس مجرد المجموع الحسابي بين الحقوق والديون، وإنما هو شيء أكثر من ذلك، إنه حوالة "صفة المتعاقد" في الرابطة العقدية الموجودة.

١٠- حوالة العقد – كما سبق وأن بيّنا - ليست مجرد حوالة للحقوق والديون في وقت واحد، وإنما هو شيء أكثر من ذلك؛ حيث تتضمن أيضًا انتقال الحقوق الترخيصية Les droits potestatifs.

١١- وإن كانت فكرة الحقوق الترخيصية لم تأخذ مكانها المناسب بعد في القانون الوضعي الفرنسي والمصري، إلا أنها موجودة في شكل تطبيقات متناثرة في القانون الوضعى. ومهد فكرة الحقوق الترخيصية هو القانون الألماني والقانون الإيطالي، وقد انتقلت إلى القانون السويسري مع بعض التحفظ، وتحت اسم Les droits formateurs.

١٢- تعتبر حوالة العقد من العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، فدورها يتمثل في نقل المركز العقدي الذي كان يتبوؤه المحيل، وتحويله إلى المحال له، فهي تجعل الالتزام منتجًا لآثاره في مواجهة أشخاص ثلاثة.

١٣- يترتب على حوالة العقد علاقات بين المحيل بالمحال له، وعلاقة بين المحيل والمحال عليه، وعلاقة بين المحال له والمحال عليه، يختلف آثارها عن الآثار القانونية المترتبة عن النظم القانونية المعروفة؛ كالنيابة في التعاقد.

ثانيًا: المقترحات:

١- نوصي المشرع المصري بأن يساير ما سار عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٢١٦ من القانون العقود الفرنسي الجديد، حيث سمح بما يأتي:

أ – إمكانية حوالة المركز العقدي ويسمى حوالة العقد.

ب- اشتراط أن تكون حوالة العقد مكتوبة.

ج- استمرار التأمينات المقدمة قائمة ما لم يبريء المحال عليه المحيل منها.

٢- نوصي المحيليين المستقبلين بأن يضيفوا صراحة بعقد الحوالة، شرط التضامن مع المحال له في حالة عدم رضاء المحال عليه بالحوالة.

٣- نوصي المشرع المصري بأن يبتعد عن المعيار الشخصي للالتزام أو اعتبار الالتزام رابطة شخصية، لأنه لم يعد الأمر كذلك حاليًا فأصبح الالتزام ذو طابع مادي أو بمعنى أدق ذو طابع مالي.

٤- نوصي المشرع المصري بتحديد القيمة القانونية لرضاء المحال عليه، إما أن يكون رضاءً مبررًا كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، أو رضاءً كاشفًا كما هو الحال عليه لدى غالبية الفقه القانوني.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ. المراجع العامة:

- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، جزء٣، العقود المسماة، المجلد الثاني، عقد الإيجار، ١٩٦٨.
- شفيق شحاتة، محاضرات في القانون المدني، حوالة الحق في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، ١٩٥٤.
- صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني: حوالة الحق وحوالة الدين، معهد الدراسات العربية المالية، ١٩٥٦.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٥٨.
- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ٢٠١٧.
- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، ١٩٥٦-١٩٥٧.

ب. المراجع المتخصصة:

- أحمد سلامة، القانون الزراعي- الملكية والإيجار، ١٩٧٧.
- نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- نبيل إبراهيم سعد، القانون الزراعي، ج١، الملكية – الإيجارية، ١٩٨٤.

- مصطفى مالك، حوالة العقد- دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط١، ٢٠٠٨.

ج. الرسائل العلمية:

- فوزية مشرقة، العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، رسالة دكتوراه، بالدار البيضاء، د. ن، ٢٠١٢.

د. المجلات والبحوث:

- مصطفى مالك، بحث ذاتية الحوالة الاتفاقية للعقد، مجلة المناهج القانونية، الرباط، ٢٠٠٨.

ثانيًا: المراجع باللغات الأجنبية:

أ. المراجع باللغة الفرنسية:

1- Alain Bénabent, "Droit Civil... Les obligations", Publisher: Montchrestien, à jour au 20 juillet 1994. 4ème edition.

2- Aubert, "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", RTD civ., Paris, 1993.

3- Azoulai, Marc,"L'elimination de l'intuitus personae dans le contrat" in la tendance a la stabilite du rapport contractual ouvrage collectif sous la direction de P.Durand, L.G.D.J. 1960.

4- Billiau M.,"Cession de contrat ou: délégation de contrat", J.C.P, 1994.

5- Billiau (M),"La délégation de créance: essai d'une théorie

juridique de la délégation en droit des obligations", Thèse de doctorat en Droit privé, L.G.D.J., Paris, 1988.

6- Boris Starck,"Droit civil, Obligations", Éditeur : librairie Techniques, 1972, No. 2025.

7- Ch. Lapp, "Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier", RIDC, Année 1952.

8- Ch Lachièze,"L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat", Dalloz, Paris, 2000.

9- Ch. Jamin, M. Billiau, D. 1997, jur. p. 588.; Ch. Jamin, "Le point sur La cession conventionnelle de contrat, Ipetites Affiches, 6.mai 1998.

10- Christian Larroumet,"Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé", Thèse de Doctorat : Droit : Bordeaux 4 : 1968.

11- Dagot (M.), "La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire", J.C.P., Paris, 1975.

12- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé,"Droit civil - Les obligations",6ème édition, Dalloz, Paris, 1996.

13- Flour (J.), Aubert (J-L), Flour (Y.) et Savaux (E.)., "La cession de contrat. Répertoire du notariat Defrénoi"s, 2000.

14- J. Ghestin, "Nouvelles propositions pour un

renouvellement de la distinction des parties et des tiers", RTDciv., Paris, 1994.

15- J. Ghestin,"La transmission des obligations en droit positif français", in Le Centre de Droit des Obligations, ravaux des IX' Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980, P.4 et 5.

16- Jacques Becqué, "la cession du contrat", travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Tome XV, Sirey, 1959.

17- Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin et Marc Billiau,"Traité de droit civil. Les effets du contrat", Droit et Société, Paris, Année 1995, No.689, pp. 751-752.

18- Jean Néret, "Le sous-contrat", Edité par L.G.D.J., Paris, Montchrestien, 1979.

19- Jean-Marc Mousseron, "Technique contractuelle de Editions Francis Lefebvre", Paris, 1988.

20- Jean Carbonnier,"Droit civil : t. 1, Introduction, les personnes", PUF., Paris, 1982.

21- Jean-Luc Aubert,"Le contrat. Droit des obligations", Dalloz; Édition : 4e édition, Paris, 15 septembre 2010.

22- H., L.et J.Mazeaud, "Leçons de droit civil", t. II, 1er vol., Obligations. Théorie générale, 6e éd., par F. Chabas,

Montchrestien Paris, 1991.

23- G. Marty et P. Raynaud, "Droit civil, t. I et t. II, vol. I : Les obligations", Sirey, Paris, 1962.

24- GALVAO teles, "la cession de contrat, rapport general presente au III eme congres international de droit compare", Londres, 1950, RIDC, 1951.

25- Graham Alty, Assignment and novation, Article, Pinsent Mason, U.S.A., 2011.

26- Gérard Cornu,"Vocabulaire juridique", Association Henri Capitant, éd. Delta- Beyrouth, Paris, 1996.

27- Laurent Aynès,"La Cession de contrat : et les opérations juridiques à trois personnes : Laurent Aynès ".,Paris: Economica, 1984.

28- Louis Josserand, "La personne humaine dans le commerce juridique", D.H..,1932.

29- M. Planiol, G. Ripert,"Traité pratique de droit civil français", tome III, Les biens, 2 éd., RIDC, Année 1955.

30- Monique Contamine-Raynaud, "L'Intuitus personae dans les contrats", Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974.

31- Ph. Malaurie,"La cession de contrat", Les cours du droit, Defrénois, 1976.

32- R. Andorno, "La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles", RIDC, Paris, Année 1997.

33- Rémy Cabrillac,"Droit des obligations", Dalloz, Paris, 1995.

34- PARALAMAS (Octavio), La cession du contrat en droit comparé, thèse dactylo, Paris, 1960.

35- Philippe Reymond,"La cession des contrats", Cedidac No. 14, Lausanne, 1989.

36- Pierre Raynaud,"Les contrats ayant pour objet une obligation: DEA droit privé général" : 1977/78, Paris : les Cours de droit, impr. 1978.

37- Weill et F. Terré, "Droit civil. Les obligations", 3e éd., RIDC, 1980, No.982.

ب. المراجع باللغة الإنجليزية:

38- Jennifer A. Bueler, "Understanding the Difference between the Right to Subrogation and Assignment of an Inusrance Claim- Keisker v. Farmer", Missouri Law Review, Vol.68, Issue 4, U.S.A., 2003.

39- Gautier,"Reforming the French Law of Obligations: Comparative", RTD civ 1993.

40- Michael Furmston," assignment of contractual rights and

Duties: recent English developments", Western Australian Law review, Vol.23, UK, 1993.

41- Olivia, Difference Between Assignment and Delegation, December 12, 2011, Posted on internet: https://www.differencebetween. com/difference-between-assignment-and-vs-delegation/

ج. المراجع باللغة الإيطالية:

42- Andreoli Marcello,"La cessione del contratto", Editore: Cedam, padova, 1951.

43- Mossa (L), Vendita del contratto, Rivista di diritto commerciale. (RDCO), 1928, II, 633.

44- Finzi (F), la riassicurazione e la cessione di portafoglio, in RDCo, 1932, I, 356; Fontana (G), Cessione del contratto, in R.D.Co, 1934, I, 173; Pugliese (N), La cessione del contratto di copravendita, Roma, 1934.

45- Paulco (S), La cessione del contratto, Giuffre, Milano, 1939.

46- Paolo Carresi,"La cessione del contratto", published by Giuffrè, 1950.