حوالة العقد
دراسة في القانونين الفرنسي والانجليزي
مع الإشارة للقانوني الإيطالي والعراقي

أ.م.د لبنى عبد الحسين السعيري
كلية القانون/جامعة الامام جعفر الصادق(ع)

أ.د جليل حسن الساعدي
كلية القانون/ جامعة بغداد

الملخص

يحتل العقد مكانة مهمة في التصرفات القانونية فهو الوسيلة القانونية التي تضمن حقوق الاشخاص إزاء التزاماتهم، لذا فأن الوسيلة التي تكفل انتقالهِ يجب ان تكون متلائمة مع التطور الذي يُعزز مكانة العقد كنظام قانوني للحافظ على وحدته، فلا يُمكن اخضاع حالة انتقال العقد إلى حوالة الدين والحق، لانهما لا تلبيان حالة انتقال العقد، وهما إذا كان النظامان المذكوران يستجيبان لحالة انتقال العقد الملزم لجانب واحد، فأنهما قاصرتان عن تلبية حكم انتقال العقد الملزم لجانبين. لذا فقد صاغ المشرع الفرنسي بموجب تعديل القانون المدني لسنة ٢٠١٦، نظامًا متكاملًا يحكم حالة انتقال العقد بما يحتويه من التزامات وحقوق وما يلحق بهما من تأمينات وأوصاف ودفوع، أطلق عليها (حوالة العقد) يتم من خلالها انتقال الحقوق والالتزامات من طرف في علاقة عقدية قائمة إلى طرف ثالث خارج تلك العلاقة، ولغرض تحديد مفهوم شامل لحوالة العقد، فقد تم تقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، نعالج في اولهما ماهية حوالة العقد، ونقف في ثانيهما على الطبيعة القانونية لحوالة العقد وموقف التشريع منها، فيما نخصص ثالثهما للبحث في موانع نفاذ حوالة العقد والآثار المترتبة عنها.

Summary

The contract occupies an important place in the conduct of contractors, as it is the legal means to guarantee their rights to their obligations, so the means to ensure its transfer must be compatible with the development that enhances the status of the contract as a legal system to preserve its unity. Indeed, because they do not meet the status of contract transfer as a single unit, because they are designed to deal with the transfer of debt or the right themselves, and if they respond to the state of the contract contract

binding on one side, they are failing to meet the provision of contract binding binding on two sides. Thus, the new French Civil Code of 2016, an integrated system governing the transfer of the contract, including the obligations and rights and the subsequent insurance, descriptions and defenses, called (the Assignment of the contract) through which the transfer of rights and obligations from a party in a contractual relationship to a third party Outside of this relationship, and for the purpose of defining a comprehensive concept of contract assignment, this research has been divided into three sections, the first of which dealt with the assignment of the contract, and secondly we stand on the legal nature of the contract assignment and the position of legislation. The third is devoted to researching Contraindications the Assignment of the contract and the legal effects arising from them

المقدمة

اولًا: موضوع البحث: مما لا شك فيه أن الحق الشخصي بوصفهِ رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين، يكون للدائن بمقتضاها ان يطالب المدين بأن ينقل حقًا عينيًا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل، يُجسد في مجموعهِ قيمة مالية، فضلًا عن كونهِ ميزة بيد الدائن تمكنه من الحصول على حق معين له من المدين، فأن هذا يُعد قيدًا يحد حرية الغير لصالح من تكون بيدهِ تلك الميزة، مما يُلزم الغير احترام حق الدائن، وهو ما يُعرف بقابلية الاحتجاج بالحق الشخصي قبل الغير.

وفيما يخص فكرة انتقال الحق الشخصي، فأنها لم تكن تلائم النظرية الشخصية التي تذهب إلى أقامة أساس الالتزام على الرابطة الشخصية التي تقوم بين الدائن والمدين، الا ان فكرة الحق الشخصي لم تقف عند الحدود التي رسمتها النظرية الشخصية، بل ان الامر حتم النظر الى محل الحق الشخصي بوصفهِ العنصر الأساس الذي يجب ان يُجرد من الرابطة الشخصية، حتى يكون عنصرًا ماليًا اكثر من كونهِ علاقة شخصية، وهذا يستتبع انفصال الالتزام عن شخص الدائن وشخص المدين واندماجهِ بمحلهِ ليكون شيئًا ماديًا تكون العبرة فيهِ لقيمته المالية اكثر من كونهِ علاقة شخصية، وهذا ما أدى الى التسليم بفكرة انتقال الالتزام في اغلب التشريعات العربية والاجنبية، وذلك في انتقال الحق من دائن الى دائن اخر، أو انتقال الدين من مدين الى مدين اخر، عن طريق ما يُعرف بحوالة الحق وحوالة الدين، بيد ان هذه التشريعات لم تعرف وسيلة يتم فيها نقل المركز العقدي بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات من أحد أطراف العقد الى الغير، بما يضمن وحدة العقد.

ولما كان العقد عبارة عن توافق لإرادة شخصين أو أكثر على انشاء علاقات إلزامية بينهم، تُعد مصدرًا للحقوق والالتزامات، لذا فالعقد مَنشى لنوعين من المراكز: مركز التزامي ومركز عقدي، فالأول يكسب صاحبه إما صفة الدائن أو المدين، اما الثاني فيسكب صاحبة صفة الطرف المتعاقد الذي يخوله الاستفادة من الاثار العقدية

اللصيقة بالعقد ذاته، لذا فأن حوالة العقد تؤدي إلى حلول الغير محل أحد أطراف الرابطة العقدية.

وهكذا فأنه لابدَّ من وجود نظرية عامة تحكم انتقال العقد من أحد طرفيهِ الى الغير بما يحتويه من التزامات وحقوق وما يُلحق بهِ من تأمينات وأوصاف، لاسيما إذا علمنا بأن القواعد القانونية السائدة في بعض القوانين المدنية تقف عاجزة امام هذه التطورات التي افرزتها التطبيق العملي للعقود، بمعنى ادق أن تطبيق احكام حوالة الحق والدين على حالة حوالة العقد الملزم لجانبين في آن واحد، يُعد امرًا مستحيلًا إذ ان اطراف العقد الملزم لجانبين يكونان دائن ومدين للأخر في الوقته ذاته، وإن حوالة الحق يُشترط إعلانها أو قبولها من لدن المدين لتكون نافذة في حقهِ، فضلًا عن إقرار المدين لحوالة الدين بغية ان تنفذ في مواجهتهِ.

وبذلك نجد أن حوالة العقد تحفظ للعقد هويتهِ، وهذا ليس لأنها وسيلة لنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، بل لأنها أداة غايتها مواصلة العقد ذاته أو المركز العقدي الناشئ عنه مع شخص من الغير بدلًا عن أحد المتعاقدين.

ثانيًا: أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره: ان دراسة موضوع حوالة العقد يكتسب أهمية كبيرة، فهذه الحوالة أصبحت حقيقة واقعية في حياتنا اليومية، وعلى الرغم من ذلك لم تعمد اغلب القوانين على تنظيمها في نصوص عامة، وإن كان هناك بعض من النصوص الخاصة التي تأخذ ضمنًا بحوالة العقد ولكن تحت تسمية التنازل، وهنا ينبغي إيجاد قواعد عامة قابلة للتطبيق على جميع العقود، بدلًا عن النصوص المتناثرة، فضلًا عن ذلك يوفر موضوع البحث الحفاظ على هوية العقد، بمعنى ادق تعطي لأطراف العقد إمكانية تنفيذ العقد ذاته مع شخص من الغير، نتيجة تنازل احد المتعاقدين عن حقوقهِ والتزاماتهِ الى الغير، من دون الحاجة الى انهاء حياة العقد قبل إتمام تنفيذه، فحوالة العقد تمنح المعاملات مرونة يتكيف بها العقد مع مختلف الأطراف.

وإن استجلاء الغموض الذي يكتنف هذه الحوالة والأثر المنعكس من تطبيقها يُعد الغاية الأساسية لإختيارهِ، كي يكون مدارًا لبحثنا، ويُمكن استجلاء الغموض المشار إليهِ من الناحيتين الآتيتين:١-أن شيوع حوالة العقد في البعض من الأنظمة القانونية دون البعض الأخر منها، قد أدى إلى تباين بيّن في المفاهيم القانونية التي يُمكن أن يكون معمولًا بها لكن تحت مسمى أخر.

٢-عدم وجود نص صريح في التشريع المدني العراقي بشأن حوالة العقد، قد آثار تساؤلًا عما إذا كانت هذهِ الحوالة، تُعد خرقًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الأثر النسبي للعقد؟، وهو ما دفعنا لاستجلاء الغموض عن الاحكام القانونية التي قد تتمخض عنها.

ثالثًا: خطة البحث: وللوقوف على موضوع حوالة العقد كان لزامًا تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية حوالة العقد

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحوالة العقد وموقف التشريع منها.

المبحث الثالث: الأثار القانونية الناشئة عن حوالة العقد.

المبحث الأول: ماهية حوالة العقد

نُعرف هذه الحوالة في مطلب أول ثم نُبين خصائصها في مطلب ثانٍ، ونختم هذا المبحث بتمييزها عن بعض الأوضاع القانونية المشابهة لها في مطلب ثالث.

المطلب الأول: تعريف حوالة العقد

عرف القانون المدني الإيطالي رقم (٢٦٢) لسنة ١٩٤٢[١]، حوالة العقد في المادة (١٤٠٦) منه بأنها **"لكل طرف شريطة رضاء الطرف الآخر، أن يحل الغير محله في الروابط الناشئة عن عقد ذي أداءات تبادلية لم تنفذ بعد"[٢].**

وعرفت المادة (١٢١٦) من القانون المدني الفرنسي[٣]، الحوالة المذكورة بأنها **" للمتعاقد المحيل ان ينقل صفته كطرف في العقد الى الغير المحال له بموافقه المتعاقد معه المحال عليه"[٤].**

الا ان الفقه الفرنسي كان له قصب السبق في تعريف حوالة العقد، قبل ان يتم تنظيمها بموجب تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦، فثمة من يُعرفها بأنها **"تصرف بعوض يخلف الغير بمقتضاه أحد الطرفين في العقد محل الحوالة، جاعلًا من هذا الغير طرفًا متعاقدًا"[٥].**

وقيل في تعريفها ايضًا **" نقل المركز العقدي للطرف بما يتضمنه هذا المركز من الحقوق والالتزامات"[٦].**

وارتأى بعضهم تعريفها بأنها **" التصرف الذي يكون محله استبدال الطرف بالغير في رابطة عقدية"[٧].**

([1])Codice civile Italiano , available on : https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale, last visit (10/5/2019).

([2])**Della cessione del contratto**, **Art. 1406. Nozione** " Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.".

([3])Code civil français, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016-art.2 ,Available on: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FFEECFAE677955FFEBA3986919CD57B4.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032041424&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001, last visit (22L5L2019).

([4]) " Art.1216- 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".

([5]) " **Cession de contrat act a titre onereux par lequel un tiers, le cessionnare, succeed a une partie au contrat faisant lobject de la cession, le cedant, transformant ce tiers en partie contractante"**

See: Eric Colin Beatrice, lexique de droit civil, contrats-responsablilite, Hachette Education, paris, 1993, p.29.

([6]) "**Lescontrats ayant pour objet une obligation".** See: Paul Raynaud, cours de, D.E.A dedroit prive, paris 11, 1977-78, les cours de droit, p.89.

([7]) "**Dans une premiere approche, la cession de contratpeut se decontrat peut se definer comme lacte ayant pour objet le remplacement dune partie par un tiers dans un rapport contractuel"**

وقد عمد القضاء الفرنسي على تعريف حوالة العقد، بمناسبة عقد الايجار بأنها **"حوالة عقد الايجار عقد من طبيعة خاصة، يتضمن ليس فقط حوالة الحق لفائدة المحال له، وانما انتقالًا للالتزام ايضًا على عاتق هذا الأخير، بدفع الايجار وتنفيذ شروط عقد الايجار"**[١].

وفي الفقه الإنجليزي[٢] نجد من يُعرفها بأنها **" حوالة العقد هو ان يُسلم احد اطراف العقد الحالي (المحيل) التزاماتهِ وحقوقيهِ لطرف آخر (المحال إليهِ)" .**

وعُرفت حوالة العقد من في معرض التنظير لحوالة العقد التجاري من قبل رأي آخر في الفقه الإنجليزي بأنها **" حوالة العقد التجاري هي القدرة القانونية للطرف على التنازل عن حقوقهِ وتفويض التزاماتهِ بموجب عقد"** [٣]

اما التعريف الفقهي لحوالة العقد يكاد ان يكون معدومًا لدى الفقه العربي، ما خلا القلة القليلة التي عمدت على الإشارة الى الموضوع من بعيد، أو تعريفها على استيحاء ومنهم الفقه المصري اذ يُعرفها بأنها **" حوالة شاملة لجميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد جملة واحدة"**[٤].

وعُرفت ايضًا بـــ **"أن حوالة العقد تعني النقل وتتعلق بنقل الحقوق والالتزامات الى شخص ثالث ليس طرفًا في العقد الأصلي"**[٥].

ونحن نعرفها بأنها **"توافق إرادي ينقل بموجبه احد المتعاقدين مركزه التعاقدي في عقد اصلي قائم، الى الغير مخولًا إياه هذا المركز بما يتضمنه من حقوق والتزامات".**

المطلب الثاني: خصائص حوالة العقد

تتسم حوالة العقد بجملة من الخصائص نوردها بالآتي:

See: philippe, Laurent, cours de droit civil, obligations, 3eme edit, 1992, cujas, paris, n779, p.415.

([1]) " Lacessiondu bail est un cotratdune nature particuliere, comportant cession de creance au profit ducessionnaire, mais aussi transfert a la charge de celui-ci de lobligation de payerle loyer et dexecuter les conditions de la location". Cass 12nov.1954, D1955, I, 22.

([2]) **"An assignment of contract occurs when one party to an existing contract (the "assignor") hands off the contract's obligations and benefits to another party (the "assignee") "** . See: Richard Stim, What Is an Assignment of Contract, available on: https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/assignment-of-contract-basics-32643.html , last visit (22/11/2019)

([3]) **"the transferability of commercial contracts, including a party's legal ability to assign its rights and delegate its performance obligations under a contract that is silent on transferability**" See:Jennifer G. Cooper, David B. Levin, and Spencer Leach, Baker, Donelson, Bearman,Assignability of Commercial Contracts , with Practical Law Commercial Transactions, Practical Law Practice Note w-009-8819Westlaw © 2018 Thomson Reuters. No claim to original U.S. Government Works, p1.

([4]) د. شفيق شحاته، محاضرات في القانون المدني، حوالة الحق في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، سنة ١٩٥٤، فقرة ٤٨، ص ٤٢.

([5]) د. مجيد حميد العنبكي، مضمون العقد ونطاقه وحوالتهِ في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مج ٤، العدد ٥، سنة ٢٠٠٠، ص ٨٧.

١- **الشكلية:** إذ لا يكفي لانعقادها صحيحة توافق الايجاب والقبول بين الطرفين، وهما المحيل والمحال له، فالمشرع الفرنسي قد اشترط الكتابة لأنعقاد حوالة العقد، والا كانت باطلة، إذ نص في الفقرة الثالثة من المادة (١٢١٦) على انه **" يجب ان تتم الحوالة كتابة وإلا كانت باطلة"**[١]، بغية قطع دابر أي نزاع يُثار حول حوالة العقد وأثارها، على خلاف موقف القانون المدني الإيطالي، فلم يشترط اتباع شكل معين لأنعقاد الحوالة.

وقد اكد قانون الملكية الإنكليزي لسنة ١٩٢٥ المعدل في المادة (١٣٦)[٢] منه على هذه الخاصية لحوالة العقد، ونصها".... **يجب ان تكون الحوالة مكتوبة وموقعة من قبل المحيل"**، فعدم توافر هذا الشرط يؤدي إلى تحويل الحوالة من حوالة قانونية كاملة الى حوالة انصافية لا تتوفر فيها جميع الشروط وهذه الحوالة تتطلب وجود الطرف المحيل، بمعنى ادق لا تنقطع العلاقة بينه وبين الطرف المحال عليهِ.

٢- **الثلاثية:** أن حوالة العقد ثلاثية الأطراف وهذا ما أكد عليه الفقه الفرنسي[٣]، بالقول "حوالة العقد هي عقد ثلاثي، يتم اعداده بين المحيل والمحال إليه بموافقة المحال عليه، كشرط لصحة الحوالة، مما يعني أن عدم موافقة الأخير يؤدي إلى بطلان الحوالة، ومن ثم فأن حوالة العقد ليس حوالة دين، لان الأخيرة عقد ثنائي الأطراف لا يتطلب موافقة المدين المحال عليهِ، فالفكرة الكامنة وراء هذا الاختلاف في النظام هي أن الشخص الدائن غير مبال من حيث المبدأ بالدين، وبذلك فأن حوالة العقد أقرب الى التفويض منه الى حوالة الدين، ومع ذلك فإن شرط موافقة المحال عليهِ قد خففته الفقرة الثانية من المادة (١٢١٦) من القانون المدني الفرنسي، والتي تسمح بإمكانية تقديم هذه الموافقة مسبقًا، ومن ثم يجوز لأطراف العقد أن ينصا لحظة انعقاد العقد على إمكانية حوالة العقد إلى الغير، وفي هذه الحالة سوف تصبح الحوالة نافذة المفعول تجاه المحال عليه عندما يتم اخطاره أو عندما يُحيط بها علمًا"[٤].

([1]) " **Art. 1216**.- ….La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité".

([2]) **UK Law of Property Act 1925**. Under that section, the basic requirements for a **legal assignment** are as follows:The assignment must be in writing and signed under hand by the assignor.

([3]) Clément François, op.cit, " La cession de contrat est un contrat tripartite (art. 1216, al. 1er). L'accord du cocontractant cédé est en effet érigé en condition de validité de la cession, ce qui signifie que l'absence de son consentement est une cause de nullité de la cession. La cession de contrat n'est donc pas un décalque total de la cession de créance, puisque cette dernière est un contrat bipartite qui ne nécessite pas le consentement du débiteur cédé. L'idée qui sous-tend cette différence de régime est que la personne du créancier est en principe indifférente au débiteur.....Ainsi, en ce qui concerne ses conditions de validité, la cession de contrat s'approche davantage de la délégation que de la cession de créance. L'exigence de consentement du cocontractant cédé est toutefois assouplie par l'article 1216, alinéa 2, qui admet la possibilité que ce consentement soit donné de manière anticipée. Les parties pourront ainsi prévoir, en concluant le contrat, que celui-ci pourra être cédé. Dans ce cas, l'article prévoit que la cession de contrat deviendra opposable au cédé lorsqu'elle lui aura été notifiée, ou lorsqu'il en aura pris acte."

([4]) **Art. 1216**.- "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…."

وقد اكد الفقه الإنجليزي[١]، هذه الخاصية بالقول **" من حيث المبدأ يُريد المحيل أن ينقل إلى المحال إليهِ جميع حقوقهِ والتزاماته التعاقدية ولا يُمكن القيام بذلك مالم يُخطر الطرف الآخر في العقد بشكل صحيح"**

٣-الاستمرار والتبعية: يذهب رأي في الفقه الفرنسي الى القول[٢]: أن الميدان الخصب لحوالة العقد يكمن في العقود المستمرة التنفيذ، أي التي يكون فيها الزمن عنصرًا جوهريًا، وليس العقود الفورية ومثالها عقد البيع فهنا يتم تنفيذ العقد دفعة واحدة، فلا يُمكن ان تكون محلًا لحوالة بل يعد إعادة بيع، لان الالتزامات تكون قد نُفذت، ولكن متى ما تراخى تنفيذ الأخيرة أصبحت محلًا لحوالة العقد.

وبذلك فأنها تتسم ايضًا **بالتبعية:** فلا يُمكن تصور وجودها من غير ان تكون تابعة لعقد سابق، كحوالة عقد العمل عند بيع المصنع، وهذه الصفة تؤدي إلى أن صحة الحوالة تدور وجودًا وعدمًا مع صحة العقد الأصلي.

٤-التقابل: لما كانت حوالة العقد نظام جديد مختلف عن حوالة الحق وحوالة الدين، فأنها ترد على العقود الملزمة للجانبين، أي التي تُنشأ منذ تكوينها التزامات وحقوق متقابلة على عاتق طرفيها، فكل طرف هو دائن ومدين في الوقته ذاته، والحوالة تقوم على أحلال المحال إليه بدلًا عن المحيل تجاه المحال عليه في تنفيذ العقد، ومن هنا يُمكن القول لا يُمكن ان ترد حوالة العقد على العقود الملزمة لجانب واحد، إذ الأخيرة تخضع لأنظمة مسلم بها في القانون المدني وهي حوالة الحق لأنتقال الحقوق، وحوالة الدين لأنتقال الالتزامات.

المطلب الثالث: تمييز حوالة العقد عما يشتبه بها من أوضاع قانونية

لابد بعد ان وقفنا على تعريف حوالة العقد وخصائصها، من ان نتعرض الى حصر نطاقها بتمييزها عما قد يلتبس بها، وذلك بتأطيرها على النحو الذي تتميز به عما سواها من ظواهر قانونية قريبة، لاسيما فيما يتصل بوجود الغير في العملية العقدية، وبغية استيفاء البحث مفهومة، نستعرض الأوضاع المشابهة لحوالة العقد في النقاط الآتية:

اولًا: تمييز حوالة العقد عن التعاقد من الباطن

كثيرًا ما تدق التفرقة بين حوالة العقد والتعاقد من الباطن، ومع ذلك فأن الفارق بينهما يظهر في الوجوه الآتية:

١-من حيث الشروط: في حوالة العقد تكون شروط العقد واحدة سواء فيما بين أطراف العقد أو بين المحيل إليه والمحال عليهِ، إذ ينتقل العقد ذاته من المحيل إلى المحال إليه بكافة شروطهِ.

([1]) " deally, the assignor wants the assignee to step into his shoes and assume all of his contractual obligations and rights. In order to do that, the other party to the contract must be properly notified". See: Richard Stim, Op.cit.

([2]) See: Laurent Aynès, la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, Paris, 1984, p191.

أما في التعاقد من الباطن فقد تختلف شروط العقد الأصلي عن شروط العقد من الباطن، إذ أنه في التعاقد من الباطن ثمة عقدان كل منهما مستقل عن الآخر.

٢-من حيث طبيعة العملية القانونية: في حوالة العقد يتم نقل المركز العقدي الناشئ عن علاقة قانونية منعقدة سابقًا بين شخصين، أما في التعاقد من الباطن فأن العملية القانونية تتجسد في تعاقد أحد أطراف العقد الأصلي مع الغير (من الباطن) على ايجار حقه مثلًا في الايجار من الباطن أو بأيكال تنفيذ العمل المكلف بهِ كلًا او جزءًا الى الغير في المقاولة من الباطن.

٣-من حيث وجود العلاقة المباشرة: في حوالة العقد تُنشئ علاقة مباشرة ومتقابلة ومتبادلة بين المحال له والمحال عليهِ، اما في التعاقد من الباطن فلا تُنشئ علاقة مباشرة بين الطرف الأصلي والمتعاقد من الباطن (الغير).

ثانيًا: تمييز حوالة العقد عن التجديد

يُعرف التجديد بأنه استبدال دين جديد بدين قديم، فهو سبب من أسباب انقضاء الالتزام، إذ أنه اتفاق على انقضاء الالتزام القديم وعقد لأنشاء الالتزام الجديد، وهو في كلا الحالتين عمل قانوني يتميز فيه الدين الجديد عن الدين القديم أما بتغير الدين أو المدين أو الدائن[١].

نقطة التقاء التجديد بحوالة العقد تكمن في الفرضية التي يكون فيها محل التجديد ليس حقًا أو دينًا وإنما مركز عقدي في عقد تبادلي، كذلك في أن كلا النظامين يتطلب ان يكون المتعاقدين اهلًا لذلك العقد، ذلك ان الإرادة لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت عن ذي أهلية، وهي أهلية التصرف، الا ان الفارق الجوهري بينهما هو:

١-من حيث نية الاطراف: في حوالة العقد تكون نية أطرافها نقل المركز العقدي كما هو الى الغير، أما في التجديد فثمة ما يُعرف بنية التجديد وهي أن تنصرف نية الأطراف الى تجديد الالتزام بإنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد بالنسبة للعنصر الجديد دائنًا كان او مدينًا.

٢-من حيث الاستقرار: يبلغ الاستقرار ذروتهِ في حوالة العقد، إذ أنها عبارة عن حلول المحال إليهِ محل المحيل في الرابطة القانونية ذاتها (القديمة)، وينعدم هذا الاستقرار في حالة التجديد، إذ يُرتب القانون على الأخير انقضاء الالتزام الأصلي وينشئ مكانه التزامًا جديدًا بتغيير الدائن أو المدين، وهذا ما يدل على أن حوالة العقد أفضل من التجديد [٢].

٣-من حيث مصدر الالتزام الأول: في حوالة العقد، مصدر الالتزام الاول هو العقد الذي يسعى احد اطرافه الى نقله للغير، في حين ان الالتزام الأول (القديم) في التجديد قد يكون مصدره مسؤولية تقصيرية او كسب دون سبب أو إرادة منفردة.

---

(١) يُنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة ١٩٥٨، ص ٨١٣-٨١٤.

(٢) يُنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، المصدر السابق، ص ٤٣٩.

ثالثًا: تمييز حوالة العقد عن الانابة في الوفاء

يُقصد بالإنابة في الوفاء عمل قانوني بهِ يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه[١]، وهنا نجد ان المناب قد تربطه علاقة مديونية سابقة بالمنيب، فيقبل الإنابة وفاءًا لدينه، وقد لا تربط الأخير علاقة مديونه سابقة، بيد انه يقبل الإنابة في مقابل أن ينشأ لصالحه دين على المنيب.

وغالبًا ما تدق التفرقة بين حوالة العقد والإنابة، لوجود وجه شبه كبير بينهما، في إيجاد شخص أجنبي ملزم بالوفاء، لكن ثمة فروق جوهرية بين النظامين أهمها:

١-من حيث انقضاء الالتزام: في حوالة العقد يتم نقل العلاقة العقدية الى المحال إليه، ولا يتم انقضائها، في حين نجد ان الانابة لا تنقل الالتزام بل انها تنشئ علاقة جديدة بين المناب والمناب لديهِ.

٢-من حيث صفة التبعية: ان حوالة العقد عبارة عن عقد تابع لعقد أصلي، يدور معه صحةً وبطلانًا، على خلافة الانابة يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحًا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلًا[٢].

٣- من حيث انتقال الدفوع والتأمينات: لما كانت حوالة العقد نقل للمركز العقدي لأحد المتعاقدين الى شخص اجنبي عنها وبما يحتويهِ هذا المركز من خصائص وما يرد عليهِ من دفوع وما يتضمنه من تأمينات، فأن هذا الامر غير متحقق في الانابة إذ ان الدين الذي تنشأه الانابة في ذمة المناب هو دين مجرد لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المناب للمنيب[٣].

رابعًا: تمييز حوالة العقد عن الاشتراط لمصلحة الغير

قد يختلط الاشتراط لمصلحة الغير مع حوالة العقد، في أن هذه الاخيرة تقوم على أساس حلول شخص محل شخص آخر في المركز العقدي، إذ يحل المحال إليهِ محل المحيل، وفي الاشتراط لمصلحة الغير هو المستفيد، بيد ان التشابه بين النظامين ما هو الا تشابه ظاهري، فوجه الاختلاف بينهما يكمن في:

١- من حيث عدد العقود: في حوالة العقد يوجد عقدان، الأول هو العقد الأصلي. والثاني هو العقد التبعي (عقد الحوالة)، أما في الاشتراط لمصلحة الغير فلا يوجد سوى عقد واحد وهو العقد الذي تم بين المشترط والمتعهد لمصلحة المستفيد.

٢- من حيث تحمل الالتزامات: لما كانت حوالة العقد نقلًا للمركز العقدي فأنها تنقل جميع الحقوق والالتزامات من المحيل الى المحال إليه، على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير الذي يكسب المستفيد حقوقًا من غير تحميله لأي التزامات.

---

(١) يُنظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح احكام القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، سنة ١٩٦٧، ص ٤٤١.

(٢) يُنظر: إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، سنة ١٩٦٨، ص ٣٥٦.

(٣) يُنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة ١٩٥٨، ص ٨٧٠- ٨٧٢.

٣- **من حيث الحق المباشر:** لا يُمكن للمحال إليه ان يكتسب أي حق الا بموجب عقد مع المحيل في حوالة العقد، في حين يكون الأمر على خلافة في الاشتراط لمصلحة الغير إذ يكون للمستفيد حق مباشر تجاه المتعهد، مستمد من عقد الاشتراط ذاته وينشأ دونما حاجة لرضا المستفيد.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحوالة العقد وموقف التشريع منها

بغية الوصول بالبحث إلى غايتهِ، لابُد لنا من تبيان موقف الفقه والقانون من حوالة العقد، ونعني على نحو التحديد، ما يُسمى بالطبيعة القانونية لحوالة العقد وموقف التشريع منها، وذلك في مطلبين آتيين:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحوالة العقد

أثارت ظاهرة حوالة العقد جدلًا كبيرة في أوساط الفقه، وانقسمت الآراء بشأنها إلى اتجاهين اثنين: **الأول** يرى ان حوالة العقد ما هي الا حوالة حق ودين في أن واحد، اما **الاتجاه الآخر** فأنه يذهب الى نظرة منظوماتية واحدة، إذ ينظر الى حوالة العقد بعيدًا عن النظم المتعارف عليها، مع إعطاء ذاتيه لها مستمدة من خصوصية الاحكام الناشئة عن نقل المركز العقد، وللوقوف على حج وأسانيد هذين الاتجاهين، لابد من البحث فيهما على نحو الاستقلال، لنختم بعد ذلك بمناقشة هذه الحجج مع بيان الراجح منها وذلك في النقاط الآتية:

اولًا: النظرية الثنائية: يذهب أصحاب هذه النظرية الى أن حوالة العقد لا تعدو أن تكون حوالة حق وحوالة دين في الوقت ذاته، ومن ثم تطبق القواعد الخاصة بالحوالتين على نظام حوالة العقد، وهذا ما أكد عليه بعض الفقه[١]، بصدد معالجته لحوالة عقد الايجار بالقول **"يُمكن القول بادئ ذي بدء أن المستأجر في هذه الحالة يقوم بينه وبين المتنازل له عن الايجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقهِ وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته... أما علاقته بالمؤجر فهي في التنازل عن الايجار علاقة محيل بمحال عليه في الحقوق وعلاقة محيل بمحال له في الالتزامات، وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار هي علاقة المحال له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له".**

فوفقًا لهذه النظرية، أن انتقال حقوق العقد محل الحوالة يتم من غير حاجة الى رضا المدين، إلا أن هذا الانتقال لا يكون نافذًا في مواجهتهِ إلا إذا قبله أو اعلن به، على أن نفاذه في حق الغير يستلزم أن يكون لهذا القبول تاريخًا ثابتًا[٢].

كذلك الحال في انتقال التزامات العقد محل الحوالة، إذ تخضع لأحكام حوالة الدين، إذ يتم انتقال تلك الالتزامات بموجب اتفاق بين المدين والمحال عليهِ، على إن هذا

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ا في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة ١٩٥٨، ص ٦٩٦.

(٢) يُنظر نص المادة (٣٦٣) من القانون المدني العراقي النافذ.

الانتقال لا يكون نافذًا في حق الدائن الا من لحظة اقراره له[١]، وإذا تمت الحوالة بين الدائن والمحال عليه فأنها تصح، بيد ان ليس للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقرها الأخير[٢].

وبذلك يُمكن القول أن دور المحال عليه في عملية انتقال الحقوق والالتزامات من المحال إلى المحال إليه بموجب عقد الحوالة، لا يتعدى عن قيامهِ بالانضمام لهذا العقد عن طريق قبوله له بعد حصوله أو عند إعلانه اليه، فهذا التدخل يُعطي حوالة العقد فاعليتها ونفاذها.

وهكذا فأن ثمة صعوبات تواجه تطبيق احكام حوالة الحق والدين على نظام حوالة العقد، لاسيما فيما يتعلق بنفاذ حوالة الحق أو حوالة الدين، **فحوالة الدين التي يتضمنها التنازل عن الايجار هي حوالة من نوع خاص ..."** [٣]، وقد عبر العلامة السنهوري[٤]، عن حقيقة حوالة العقد في معرض كلامة عن الايجار بالقول **" فهذا العقد نفسه هو الذي يتحول الى المتنازل إليه 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 الايجار بدلًا من المستأجر الأصلي".**

يتضح مما تقدم أن حوالة العقد ليس مجرد حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، وإنما هي شيء أكثر من ذلك، وهذا ما سنقف عليه في النقطة القادمة.

ثانيًا: النظرية الأحادية: يؤكد أصحاب هذه النظرية على أن حوالة العقد لا يُمكن تقسيمها الى حوالة حق وحوالة دين في الوقت ذاته، بل هي عبارة عن نقل للرابطة العقدية أو هي نقل للمركز العقدي في العلاقة العقدية الاصلية، وهذا ما ذهب إليهِ رأي في الفقه الفرنسي[٥]، فحوالة العقد عندهم هي نقل للرابطة العقدية كاملة، فمضمون العقد لم يتغير من حيث المحل والسبب، ومن ثم ليس هناك خروج عن القوة الملزمة للعقد، فالعقد عبارة عن مال ومن ثم يُمكن أن ينتقل بحرية من غير أي عائق مهما كان نوعه، كما أن هدف الحوالة ليس تحرير المحيل، فسبب العقد هو العنصر المهم والذي لم يتغير رغم تغيير أحد أطرافه فهذا الفقه يُراهن على ركن السبب، وفي هذا الشأن يميز بين التعديلات على

---

(١) يُنظر: نص المادة (١/٣٤٠) من القانون نفسه.

(٢) يُنظر: نص المادة (٣٤١) من القانون نفسه

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، الاحكام العامة، ج١، دار الكتاب العربي، مصر، سنة ١٩٥٢، ص ٤٠٧، هامش ١

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق الواردة على الانتفاع بالشيء/ الايجار والعارية، ج٦، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، سنة ١٩٥٨، ص ٦٨٩.

(5) See: Laurent Aynès, op.cit, p256. " Toute personne qui consert à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'attendre par la voie de cette obligation. Le but fait partie intégrante de la manifestation de la volonté créatrice de l'obligation. On peut même dire qu'il en est l'élément essentiel... l'obligation n'est qu'un moyen pour parvenir à un but " "A contrario, quand la modification du contrat est une modification objectif la cession du contrat n'est pas imaginable et il faudra procéder à la création d'un nouveau contrat, comprenant une cause nouvelle, correspondante à l'opération envisagée ".

النطاق الشخصي والتعديلات على النطاق الموضوعي للعقد، ولما كانت حوالة العقد تتعلق بالتعديلات على النطاق الشخصي، وسبب العقد لم يتغير، فإنه يُمكن لهذا النظام أن يضمن أستمرارية العقد، على الرغم من تغير أطرافهِ، على العكس من ذلك إذ مس النطاق الموضوعي، بمعنى ادق أن سبب العقد تغير فإن حوالة العقد تصبح غير متصورة ومن الأفضل أنعقاد عقد جديد.

وقد أكد الفقه الإنجليزي[١]، على هذه النظرية بالقول **"قد يكون من الأساسي ان نتساءل عن ماهي طبيعة حوالة العقد؟ هل هي عقد ناقل للملكية؟ ام ائتمان؟"** فيصل الى نتيجة مفادها أن الحوالة عبارة عن عقد نقل ملكية غير ملموسة لا يختلف عن العقود الناقلة لملكية الشيء الملموس.

المطلب الثاني: **التنظيم التشريعي لحوالة العقد**

نظرًا لأهمية حوالة العقد من الناحية العملية، عمدت بعض التشريعات على تنظيمها بغية اكتساب العقد صفة الاستقرار، وهنا سنسلط الضوء على القوانين الناظمة لحوالة العقد ومنها: القانون الإيطالي والفرنسي والانجليزي، ولا يفوتنا ذكر موقف المشرع العراقي الذي حاول مواكبة التطور في بعض نصوصهِ، وهذا ما سنتعرف عليه في النقاط الآتية:

اولًا: القانون الإيطالي

نظم التشريع المدني الإيطالي رقم (٢٦٢) لسنة ١٩٤٢[٢]، حوالة العقد في إذ عرف حوالة العقد في المواد من (١٤٠٦) الى (١٤١٠) في الكتاب الرابع المسمى في الالتزامات في القسم الثاني المسمى بـــ " العقود بوجه عام" في الباب الثامن المسمى بـــ "في حوالة العقد" . وعمد على توضيح معنى الحوالة في المادة (١٤٠٦) وخصص المادة (١٤٠٧) لتبيان شكل الحوالة العقدية، ولم ينسَ تبيان الاثار الناشئة عن حوالة العقد، إذ خصص المادة (١٤٠٨) لتوضيح العلاقة بين المحيل والمحال عليهِ. وقد جاء المادة (١٤٠٩) لتنظيم العلاقة بين المتعاقدين والمحال إليهِ، في حين نص المادة (١٤١٠) على العلاقة بين المحيل والمحال إليهِ.

وبذلك يكون مشرع القانون المدني الإيطالي السباق في مواجهة التطور الاقتصادي الهائل في العصر الحديث، وما عاصره من ظهور أهمية القيم المنقولة، إذ عمد على تحديث النصوص ليجعلها مواكبة للأوضاع القانونية المستجدة.

ثانيًا: القانون الفرنسي

([1]) see: Bridge, Michael G,The nature of assignment and nonassignment clauses, © 2015 The Author, This version available at: http://eprints.lse.ac.uk/61892/, Available in LSE Research Online: May 2015, p.12.

([2]) Codice civile Italiano , available on : https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale, last visit (10/5/2019).

يذهب رأي في الفقه الفرنسي[١] معلقًا على التنظيم التشريعي لحوالة العقد بالقول: لم يكن القانون الفرنسي يعترف بحوالة العقد كقاعدة عامة في القانون المدني، لكن ثمة حالات منصوص عليها في نصوص خاصة منظمة لحوالة العقد ومنها حوالة عقد الايجار بين البائع والمشتري عند بيع العقار الخاضع للتأجير، يتم تحويل عقد الايجار كملحق لعقد بيع العقار وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٤٣) من القانون المدني الفرنسي، بيد ان هذا الحال لم يبقَ على حالة، إذ اعترف المشرع الفرنسي اخيرًا بحوالة العقد كنظرية عامة في القانون المدني وذلك في مادة واحدة فقط، ومن وجهة نظرهِ هذه المادة غير مكتملة لأنها غير كافية لحل جميع الأسئلة التي تُثيرها هذه الآلية.

وعمد المشرع الفرنسي على توضيح معنى الحوالة في المادة (١٢١٦) وخصص الفقرة الثالثة من المادة(١٢١٦) لتبيان شكل الحوالة العقدية، وخصص لبيان الاثار الناشئة عن حوالة العقد، المادة (١٢١٦-١) التي أضحت شرط رضاء المحال عليه يبرئ ذمة المحيل بالنسبة للمستقبل وفي حال انعدامهِ يبقى المحيل متضامنًا مع المحال إليه. وقد جاءت المادة (١٢١٦-٣) ناظمة لكيفية احتجاج المحال إليه بالدفوع في مواجهة المحال عليهِ، وفرق بين الدفوع اللصيقة بالدين ذاته والدفع بعدم التنفيذ والفسخ أو المقاصة بين الدينين المرتبطين، في حين نصت المادة (١٢١٦-٣) على مصير التأمينات الضامنة لتنفيذ العقد محل الحوالة.

وبذلك نجد ان القانون المدني الفرنسي بعد تعديل عام ٢٠١٦، قد نظم حوالة العقد في الفصل الرابع المتعلق بآثار العقد، من الباب الثالث الخاص بمصادر الالتزامات، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد اختط خطًا لنظرية عامة في حوالة العقد، حاسمًا بذلك جميع الجدل بين الفقهاء والتأكيد على ان الحوالة ترد على المركز العقدي (العقد ذاته) وليس على الالتزامات الناشئة عنه.

ثالثًا: القانون الإنجليزي

أن القاعدة العامة في القانون الإنجليزي تَجيز نقل الحقوق من شخص إلى الغير بدون موافقة الطرف الآخر في العقد، لذا بإمكان المحيل التنازل عن حقوقه بموجب عقد الحوالة إلى طرف ثالث (المحال إليه) دون موافقة الطرف الذي ضده هذه الحقوق

([1])"La cession de contrat n’est pas un mécanisme inconnu du droit français, mais il n’était jusqu’à maintenant reconnu que dans des hypothèses particulières, de surcroît ces cessions avaient souvent lieu à titre accessoire[1]. La possibilité de céder des contrats à titre autonome est – enfin, diront certains – reconnue de façon générale dans le droit commun des contrats. L’avant-projet d’ordonnance ne consacrait qu’un seul article fort lacunaire à la cession de contrat. L’ordonnance finale contient davantage de dispositions, mais celles-ci demeurent incomplètes ou imparfaites : elles sont loin de résoudre toutes les questions que ce mécanisme soulève. ....(1)Ainsi la loi prévoit-elle la cession automatique du contrat de bail d’habitation entre le vendeur et l’acquéreur lorsque l’immeuble objet du bail est vendu : le contrat de bail est transféré en tant qu’accessoire de l’immeuble (art. 1743 du Code civil)".

Clément François, LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, ATER à l'université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, IEJ Jean Domat, available on: https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect4-cession-contrat/, last visit (10/5/2019).

(المحال عليهِ) ، لكن ينبغي مراعاة الشروط الصريحة في العقد، بمعنى ادق مراعاة شرط الموافقة، بيد ان نقل الالتزام لا يتم الا بالتجديد وهنا يتطلب الامر موافقة الطرف الاخر وهو (المحال عليهِ) . **حوالة العقد في القانون الإنجليزي أما حوالة قانونية أو حوالة انصافية (عادلة)**[١]**:**

١- الحوالة القانونية: الطريقة المعتادة لحوالة أي دين أو فائدة (حق) أو أي شيء قانون آخر ويشمل ذلك العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٦) من قانون الملكية لعام ١٩٢٥المعدل[٢]، وبموجب القانون الإنكليزي فأن هذا النوع من الحوالة يجب ان تتوافر فيه الشروط الاتية:

أ- تحديد الغاية من حوالة العقد.

ب- يجب ان تكون حوالة العقد مطلقة غير مقيدة.

ج-يجب ان تكون الحوالة كاملة وليس جزئية.

د- يجب ان تكون الحوالة مكتوبة وموقعة من المحيل.

ه- يجب أن يقبل الطرف الآخر (المحال عليهِ) بحوالة العقد بأشعار صريح ومكتوب، حتى تصبح سارية المفعول.

٢- الحوالة الانصافية هي التي لا تتوفر فيها جميع المعايير المتوفرة في الحوالة القانونية[٣]: في هذه الحوالة يمكن بيان الغاية منها، ولا يشترط تقديم إشعار خطي مكتوب

([1]) "Assignment The transfer of a right from one party to another. For example, a party to a contract (the assignor) may, as a general rule and subject to the express terms of a contract, assign its rights under the contract to a third party (the assignee) without the consent of the party against whom those rights are held. Obligations cannot be transferred to a third party except by novation. An assignment may be either a legal assignment or an equitable assignment"., RESOURCE ID 1-107-6442, © 2020 THOMSON REUTERS. ALL RIGHTS RESERVED., available on: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-6442?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1, last visit (٣/١/٢٠٢٠)

([2])"The usual way of assigning the benefit of any debt or other legal thing in action under **section 136 of the Law of Property Act 1925**. Under that section, the basic requirements for a **legal assignment** are as follows:

Only the benefit of an agreement may be assigned.

The assignment must be absolute.

The rights to be assigned must be wholly ascertainable and must not relate to part only of a debt.

The assignment must be in writing and signed under hand by the assignor. Notice of the assignment must be received by the other party or parties for the assignment to take effect.

([3]) "**Equitable assignment**: An assignment which does not fulfil the statutory criteria for a legal assignment. An equitable assignment may be made in one of two ways:

The assignor can inform the assignee that he transfers a right or rights to him.

The assignor can instruct the other party or parties to the agreement to discharge their obligation to the assignee instead of the assignor. Only the benefit of an agreement may be assigned. There is no requirement for written notice to be given or received. The only significant difference between a legal assignment and an equitable assignment is that an equitable assignee often cannot bring an action in its own name against the third party contractor, but must fall back on the rules governing equitable assignments and join the assignor as party to the action

من قبل المحال عليهِ حتى تصبح سارية المفعول، والفرق الوحيد المهم بين الإحالة القانونية والإحالة العادلة هو أن (المحال إليه) لا يمكن في كثير من الأحيان رفع دعوى مباشرة ضد الطرف الثالث (المحال عليهِ)، ولكن يجب أن يُنظم إلى المحيل كطرف في العقد.

رابعًا: القانون العراقي

جاء القانون المدني العراقي خلوًا من القواعد العامة المنظمة لحوالة العقد، لكن هذا لا ينبغي أن يفسر على انه يستحيل التوصل إلى موقف قانوني من حوالة العقد على وفق القانون المدني العراقي، أو حتى تفسير سكوت المشرع على أنه رفض لفكرة حوالة العقد، ويمكن الاستعانة بالقواعد الخاصة، لاسيما القواعد المتعلقة بعقد الايجار، إذ أجاز المشرع العراقي في الفقرة (١) من المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي حوالة عقد الايجار ومساقها **" للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه يعد أن قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة، كل هذا ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغيره...."**

فنص المادة أعلاه قد أجاز حوالة العقد لكن تحت مسمى التنازل، واقتصرها على عقد الايجار، لذا يُمكن القول أن لكل مستأجر حوالة عقد الايجار الى الغير ما لم يكن هناك شرط أو عرف يحول دون ذلك، وفيما لو ثمة شرط في العقد يؤكد على ضرورة موافقة المؤجر على حوال عقد الايجار، فأنه لا يجوز للأخير الامتناع عن الموافقة إلا لسبب مشروع، وهذا ما اكدت عليه الفقرة (٢) من المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي ونصها **" فإذا اشترط أن ايجار المستأجر أو تنازله عن الايجار لا يكون الا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا ان يمتنع عن الموافقة إلا لسبب مشروع".**

وبذلك يكون المشرع العراقي قد اخذ بحوالة العقد في عقد الايجار إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يمنع المستأجر من تحويل عقد الايجار للغير، ولم يكن ثمة سبب مشروع لممانعة المؤجر على تحويل هذا العقد.

المبحث الثالث: موانع نفاذ حوالة العقد والآثار المترتبة عنها

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث موانع نفاذ حوالة العقد في مطلب أول، ثم ندرس الاثار المترتبة عليها في مطلب ثاني.

المطلب الأول: موانع نفاذ حوالة العقد

لكي تكون حوالة العقد صحيحة لابد ان يكون العقد من العقود القابلة للانتقال، لان الأخير وحده الذي يكون محلًا لحوالة العقد، والاصل أن جميع العقود قابلة للانتقال مالم تكن قائمة على اعتبار شخصي أو مالم يتم تنفيذها أو فيما لو وجد شرط يمنع ذلك، وهذا ما سنقف عليه في النقاط الثلاث الأتية:

اولًا: ألا يكون العقد محل الحوالة من العقود ذات الاعتبار الشخصي

ان الالتزام عبارة عن رابطة قائمة بين شخصين هما الدائن والمدين، متى ما أصبحت فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار في انعقاد العقد وتنفيذهِ، فأن هذا العقد يكون

غير قابل للحوالة، وذلك لأن الاعتبار الشخصي في التعاقد يُعد من موانع الحوالة، فالعقد الذي يتم اجراءه مع طبيب جراحة تجميلية، أو مع رسام لرسم لوحة فنية معينة أو مع محام يوكل للدفاع عن متهم، تُعد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، بمعنى أدق ان شخصية المتعاقد أو صفة من صفاتها قد تم مراعاتها، ومن ثم يُمنع على هؤلاء الأطراف حوالة عقدهم للغير[١].

والاعتبار الشخصي في التعاقد قد يكون في جانب كل من المتعاقدين، بأن كل متعاقد يعتقد أن لشخص المتعاقد الآخر أو لصفة من صفاتهِ الدور الكبير في تنفيذ العقد، فكل منهما محل اعتبار في نظر المتعاقد الآخر، لكن الامر الغالب أن يكون الاعتبار الشخصي في التعاقد، في جانب أحد المتعاقدين، وهنا فإن حوالة العقد تكون ممنوعة من جانب المتعاقد الذي هو محل اعتبار في هذا التعاقد.

وقد أشار القانون المدني العراقي الى مراعاة شخص المتعاقد، التي لا يُمكن القول معها بإمكانية حوالة العقد، في عدد من النصوص ومنها نص المادة (٨٨٨) التي تؤكد على انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول متى ما كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار بالعقد، وكذلك نص المادة (٧٨٤) من ذات القانون التي نصت على **" إذا لم يُعقد الايجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لأعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا فسخ العقد..."**.

وهذا ما قضي به القانون المدني الإيطالي في المادة (١٢٦٠)[٢] منه بالقول " يجوز للدائن أن ينقل حقه بعوض أو مجانًا ولو دون رضاء المدين، شريطة أن لا يكون للحق صفة شخصية محضة أو ان لا يكون الانتقال ممنوعًا بمقتضى القانون..".

ثانيًا: إلا يوجد مانع قانوني أو اتفاقي من الحوالة

إذا كانت العقود ذات الاعتبار الشخصي غير قابلة للحوالة بحسب طبيعتها، فثمة عقود تصبح غير قابلة للحوالة لوجود نص قانوني يحولها دون انعقادها أو لوجود شرط اتفاقي يحظرها إذ يُمكن للأطراف الاتفاق على حرمان المحيل من حوالة عقده إلى الغير، وهذا الشرط قد يكون صريحًا أو ضمنيًا، بيد انه في الحالة الأخيرة ينبغي أن يكون واضحًا لا لبس فيهِ، وقد أشار **الفقه الإنجليزي** إلى أن هذ الشرط يظهر في عدة صور من بينها[٣]:

١- قد يرد الشرط المانع في صيغة قاطعة وجازمة فلا يكون مجال للإفلات والتلاعب إلا بتنازل المتعاقد عنه صراحة.

([1]) يُنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢١٥.

([2]) (1260) "IIcreditore puo transferire aatitolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purche il credito non abbia carattere strettamente personale o il transferimento non sia vietato dalla legge…."

([3]) See: Bridge, Michael G,Op.Cit, p.15-16.

للتفصيل اكثر يُنظر: د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الايجار، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون ذكر سنة نشر، ص ٤٤٩ وما بعدها.

٢- كما قد يرد هذا الشرط مقيدًا من حيث الزمان أو من حيث الأشخاص أو بشروط معينة فقد يحظر الشرط المانع حوالة عقد الايجار لمن يُباشر مهنة أو صناعة يُنافس بها المؤجر، كما قد تحظر حوالة العقد في أوقات معينة.
٣- وقد يشترط المتعاقد الأصلي في العقد ألا تتم حوالة العقد إلا بموافقتهِ أو أنه لا يحول عقده إلا لشخص يرضى به هو.

فإذا حول احد المتعاقدين عقده لمصلحة الغير رغم وجود الشط المانع، فأن مخالفة هذا الشرط تعني عدم نفاذ هذا التصرف في حق المتعاقد الاخر (المحال عليهِ).

ونظرًا لانعدام التنظيم التشريعي لحوالة العقد في المبادئ العامة لأغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي، لذا سيظهر هذا الشرط في بعض نصوص العقود المسماة والتي من بينها عقد الايجار، فنجد أن قانون ايجار العقار العراقي قد اكد على الشرط المانع القانوني للحوالة في المادة (١/١١) منه والتي تنص على **" يُحظر الايجار من الباطن أو التنازل عنه كلًا أو جزءًا ويقع باطلًا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك"**، وهكذا فأن المشرع العراقي قد منع بنص صريح حوالة العقد في عقد الايجار، فليس للمتعاقدين حوالة عقدهم كليًا أو جزئيًا لمصلحة الغير، فكل اتفاق على حوالة عقد ايجار العقار يُعد باطلًا بحكم القانون.

وقد يرد هذا الشرط في صورة استحصال موافقة المتعاقد الأصلي، وهذا ما اكدت عليهِ المادة (١٣) من شروط المقاولة للأعمال الهندسة المدنية في العراقي، والتي تنص على **" لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من صاحب العمل المتنازل عن المقاولة أو أي جزء منها أو اية منفعة أو التزام أو مصلحة له منها أو بموجبها ...."**[١]، فعلى وفق هذا النص لا يجوز للمقاول حوالة عقد المقاولة للغير من دون استحصال موافقة صاحب العمل التحريرية، التي تُجيز له حوالة العقد كلًا أو جزءًا.

وعلى الرغم من أن القاعدة العامة لبعض العقود تُجيز حوالتها للغير، وإن المحيل يستمد هذا الحق في تحويل العقد، من ذات العقد فهو يُثبت له من دون الحاجة إلى اتفاق يقض بمنحه إياه، بيد ان ثبوت هذا الحق وإن كان من طبيعة العقد المراد حوالته، إلا أنه ليس من مستلزماتهِ فمن الجائز حرمان المتعاقد، ويُلزم لذلك اتفاق خاص.

وهذا ما أكد عليه القانون المدني العراقي في نص المادة (١/٧٧٥) التي أعطت الحق للمستأجر حوالة عقد الايجار للغير، مالم يوجد اتفاق في عقد الايجار يمنع من اجراء ذلك، وكذلك الحال في المادة (١/٨٨٢) التي أعطت حق للمقاول حوالة عقد المقاولة كلًا او جزءًا للغير، مالم يوجد شرط في العقد يمنع حوالتهِ.

المطلب الثاني: آثـــــــــار حوالة العقد

ان حوالة العقد لا تعدو ان تكون اتفاقًا، يحل بمقتضاه المحال إليه محل المحيل فيما له من الحقوق وما عليه من التزامات في علاقة قانونية قائمة من قبل مع المحال

---

(١) وزارة التخطيط/ جمهورية العراق/ شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية الأول والثاني/ بدون تاريخ، ص ١٤.

عليهِ، وهذا ما يؤدي إلى نشوء علاقة قانونية ثلاثية، وبغية الوقوف على هذه العلاقة الثلاثية، سندرسها في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: العلاقة بين المحيل والمحال إليه

تنشا هذه العلاقة مباشرة من عقد الحوالة، فبموجب هذا الأخير يتم إحلال المحال إليهِ محل المحيل في مركزه العقدي، مما يُرتب عليه خروج المحيل من الرابطة العقدية التي يدخلها المحال إليهِ بدلًا منه، وبناءًا على ذلك تظهر التزامات في ذمتهما، وهذا ما سنقف عليه في النقاط الآتية:

اولًا: التزامات المحيل : يُنشى عقد الحوالة على عاتق المحيل التزامين أساسيين: **الأول الالتزام بالضمان:** ينصرف مفهوم هذا الالتزام الى ان المحيل يضمن وجود العقد وصحتهِ وقابليتهِ للحوالة، ومن ثم اذا انقضى العقد لأي سبب من أسباب الانقضاء أو ابطل العقد فأن المحيل يكون ضامنًا امام المحال إليهِ، وهذا ما اكدت عليه المادة (١٤١٠) من القانون المدني الإيطالي ونصها **"المحيل يلتزم بضمان صحة العقد...."**[١].

بيد ان هذا الامر لا يعني التزام المحيل بضمان يسار المحال عليهِ مالم يُتفق على خلاف ذلك، إذ ان عقد الحوالة يخضع للقواعد العامة في الاتفاق على التشديد وتخفيف المسؤولية، فيُمكن ان يتفق على ان المحيل يضمن يسار المحال عليه ويضمن تنفيذ الأخير للعقد المحول، وعلى العكس من ذلك ايضًا إذ يُمكن للمحيل ان يُخفف من التزامه بالضمان عن طريق إعفائه حتى من ضمان وجود العقد وصحتهِ، ما خلا حالتي الغش والخطأ الجسيم. وهذا ما أشار إليه القانون المدني الإيطالي في المادة (١٤١٠) ونصها **".... إذا التزم المحيل بضمان تنفيذ العقد، يُسأل ككفيل بالنسبة لألتزامات المتعاقد المحال عليهِ"**[٢]، **وهذا هو موقف المشرع الفرنسي ايضًا إذ نصت المادة (١٢١٦-١) منه على أن "... مالم يوجد شرط مخالف، يكون المحيل ملتزمًا على سبيل التضامن بتنفيذ العقد"**[٣].

وفيما يخص الالتزام الآخر الذي يقع على المحيل يظهر في **التزام الأخير بالتسليم** : لما كان محل عقد (حوالة العقد) بالنسبة للمحيل في المركز العقدي، لذا فإن المحيل بتسليم المحال إليهِ المركز العقدي على وفق ما تم الاتفاق عليه، وفي هذا الشأن يؤكد رأي في الفقه الفرنسي[٤]، بالقول إلى أن المحيل يكون مسؤولًا في مواجهة المحال

([1]) **Art. 1410. Rapporti fra cedente e cessionario.** "Il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto…."

([2]) **Art. 1410. Rapporti fra cedente e cessionario.**".. Se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto, egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto.".

([3]) **Art. 1216-1**.- "….A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.".

([4]) See: Emmanuel Jeuland, essai sur la substitution de personnes dans un rapport d'obligation, L.G.D.J, Paris, 1999., p 13.

إليهِ متى ما اختلف المركز العقدي المتفق على تحويلهِ والمركز العقدي الذي تم تحويله، سواء في الجانب الإيجابي لهذا المركز (الحقوق) أم في الجانب السلبي (الالتزامات)، ويُعطى للقضاء سلطة تطبيق القواعد العامة في فسخ العقود، تقديرًا ما إذا كان يُلزم الحكم بالفسخ لعدم التنفيذ أم الحكم بالتعويض للمتنازل إليه جراء الاخلال بالتنفيذ.

فضلًا عن ذلك يلتزم المحيل بتزويد المحال إليه بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد، وهذا ما دفع الفقه الفرنسي[١]، للقول أن التزام المحيل هنا بالتزويد بالمعلومات هو مقارب للالتزام بالاعلام الذي يقع على عاتق البائع في عقد البيع.

ثانيًا: التزامات المحال إليهِ: لما كانت حوالة العقد هي عبارة عن عقد ملزم للجانبين، يتخلى بموجبهِ المحيل عن الحقوق الناشئة من العقد المحال به الى المحال إليهِ في مقابل تحمل هذا الأخير بالالتزامات التي تقع على عاتقه من هذا العقد، وقد تكون هذه الحوالة بمقابل أو بدون مقابل، فأن التزام المحال إليهِ يتجسد بأمرين: **الأول الالتزام بتنفيذ المركز العقدي**: بمعنى أدق يُلزم بتنفيذ جميع الالتزامات التي كانت على عاتق المحيل في مواجهة المحال عليهِ[٢]، وهذا ما اكدت عليه المادة (٧٧٧) من القانون المدني العراقي ومساقها **" في حالة التنازل عن الايجار يحل المتنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار...".**

وهنا يحق التساؤل عن مدى التزام المحال إليه بتنفيذ الالتزامات التي كانت في ذمة المحيل للفترة السابقة على حوالة العقد والتي لم يتم الوفاء بها؟ ذهب رأي في الفقه الفرنسي الى القول[٣]: لاشك أن المحال إليه غير ملزم بدفع ما قد ترتبه تلك الالتزامات من مبالغ، كما وانه غير ملزم بتنفيذها طالما كانت مفروضة على المحيل في الفترة السابقة على الحوالة، بيد انه قد يضطر الى دفعها أو أجبر على تنفيذ الالتزامات السابقة نتيجة لجوء المحال عليه بالدفع بعدم التنفيذ، فيكون للمحال إليه في هذه الحالة الرجوع بمقدار ما دفع على المحيل طبقًا لقواعد دفع غير المستحق، مالم يكن هنالك اتفاق بينهما بموجب عقد الحوالة ينص على ان المحال إليه يُلزم بتنفيذ هذه الالتزامات.

اما الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق المحال إليه فهو المقابل، إذ يُلزم الأخير بأن يدفع للمحيل الثمن المتفق عليهِ مقابلًا لحوالة العقد، بغض النظر عن معرفة تمام التنفيذ من عدمهِ مالم يُشترط ذلك في العقد.

الفرع الثاني: العلاقة بين المحيل و المحال عليه

تُعد هذه العلاقة الركيزة الأساسية في حوالة العقد، إذ انها العلاقة الأولى التي قد يتمخض عنها بعض الإشكالات التي تؤدي الى نقل المركز العقدي من المحيل الى المحال إليه، فهل تبرأ ذمة المحيل من التزاماته تجاه المحال عليه عند ابرام عقد الحوالة؟

([1])« Si l'on considère que la cession de contrat et comparable à la vente d'un lien quelconque, le cèdent serait alors tenu « d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige », ainsi que le prévoit l'article 1602 du code civil ».

([٢]) يُنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٤٢٧.

([3]) See:L. Simont, rapport, la cession de bail , la transmission, no12, p311.

ام يبقى ضامنًا بالرغم من ابرامهِ لحوالة العقد؟ ونحن بصدد الإجابة عما تقدم ينبغي التمييز بين حوالة العقد التامة والناقصة.

اولًا: حوالة العقد الكاملة: وهي التي تتم فيما بين المحيل والمحال إليه، ثم يقبلها المحال عليهِ، وهنا تنشأ علاقة مباشرة بين المحال إليه والمحال عليهِ، وتبرأ ذمة المحيل من جميع التزاماتهِ، ومن ثم يخرج من هذه العلاقة، التي يصبح طرفاها، المحال إليهِ والمحال عليهِ، ويُرتب على حوالة العقد الكاملة حلول المتنازل إليه محل المحيل في جميع ماله من حقوق وعليهِ من التزامات، وهنا يستمر العقد المحال عنه، مع المحال عليهِ، أما المحيل فيخرج كليًا من هذا العقد، والمحال عليهِ لم يبقَ له سوى مدين واحد وهو المحال إليهِ، ويُعلق بعض الفقه الفرنسي[١]، على هذا النوع من الحوالة بأنها تفضي تفضي الى انشاء علاقة مباشرة بين المحال إليه والمحال عليه، فهي اعتراف من المحال عليهِ بنقل العقد وقبوله بأن يسري في مواجهته بأثر رجعي إلى تاريخ نشوئهِ بين المحيل والمحال إليه، ويرى بعض هذا الفقه[٢]، أن حوالة العقد المنعقدة بين المحيل والمحال إليه كافية، دونما حاجة لموافقة المحال عليه، لإبراء ذمة المحيل من الالتزامات الناشئة عن العقد المحال عنه.

بيد ان القانون المدني الفرنسي قد اشترط موافقة المحال عليه صراحة من اجل ابراء ذمة المحيل، وذلك في نص المادة (١٢١٦-١) ومساقها **" تبرأ حوالة العقد المحيل بالنسبة للمستقبل إذا وافق عليها المحال عليهِ صراحة.."**[٣].

وقد ذهب القانون المدني الإيطالي في المادة (١٤٠٨) منه إلى إن ذمة المحيل تبرأ من الالتزامات لحظة صيرورة حوالة العقد فعالة تجاه المحال عليهِ، ومساقها **" يبرأ المحيل من التزاماتهِ في مواجهة المحال عليهِ في الوقت الذي يصير فيه التنازل فعالًا تجاه هذا الأخير"**[٤].

وفي شأن التأمينات التي تضمن دين المحيل في هذا النوع من حوالة العقد، ينبغي التمييز بين ما إذا كانت مقدمة من لدن المحيل أم من لدن الغير، ففي الحالة الأخيرة تسقط التأمينات ما لم يرض الغير بالابقاء عليها صراحة، وفيما إذا كانت مقدمة من لدن المحيل نفسه، فإنها تستمر لعلة أن المحال عليهِ احتفظ بهِ ضمنًا وهو يبرئ ذمة المحيل، وهذا هو موقف القانون المدني الفرنسي، إذ نصت المادة (١٢١٦-٣) منه على **"تبقى التأمينات التي قد عقدت قائمة إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل منها، في غير هذه**

---

(1) See: Emmanuel Jeuland, la cession de contrat, encyclopédie Dalloz, 2000., p 10.

(2) See: Laurent Aynès, la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, Paris, 1984.p 256.

(3) **Art. 1216-1**.-" Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir…".

(4) **Art.1408. Rapporti fra contraente ceduto e cedente.**" Il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo.."

الحالة لا تبقى التأمينات التي قدمها الغير إلا بموافقتهِ. اما اذا تم ابراء المحيل يبقى شركاءه في الدين المتضامنين ملزمين بعد خصم حصته من الدين"[١].

وهذه النوع من الحوالة نظمها القانون الإنجليزي واسماها ب**الحوالة القانونية**: وذلك في المادة (١٣٦) من قانون الملكية لعام ١٩٢٥المعدل[٢]، وقد حدد شروطها بالآتي بالآتي (تحديد الغاية من حوالة العقد، يجب ان تكون حوالة العقد مطلقة غير مقيدة، يجب ان تكون الحوالة كاملة وليس جزئية، يجب ان تكون الحوالة مكتوبة وموقعة من المحيل، يجب أن يقبل الطرف الآخر (المحال عليهِ) بحوالة العقد بأشعار صريح ومكتوب، حتى تصبح سارية المفعول).

ثانيًا: حوالة العقد الناقصة يُقصد بها نقل العقد من المحيل الى المحال إليه مع عدم براءة ذمة الأول من الالتزامات الناجمة عن العقد محل الحوالة، ويظهر هذا النوع في حالتين الأولى حالة عدم نفاذ حوالة العقد في حق المحال عليهِ نتيجة رفض الأخير، اما الحالة الثانية وهي حالة اشتراط المحال عليهِ ضمان المحيل لتنفيذ جميع الالتزامات الواردة في العقد محل الحوالة.

ويرى بعض الفقه الفرنسي[٣]، أن الاذن الصادر من المحال عليه بحوالة العقد، لا يعني براءة ذمة المحيل من الالتزامات المترتبة في ذمتهِ بموجب العقد محل الحوالة، إذ أن ذمتهِ تبقى مشغولة تجاه المحال عليه في تنفيذ تلك الالتزامات ما لم يصدر عن الأخير ما يُفيد براءة ذمتهِ من تلك الالتزامات.

والملاحظ بحق يجد ان الرأي أعلاه يشترط الإعلان الصريح من المحال عليه ببراءة ذمة المحيل، ولا يُعد مجرد الاذن بحوالة العقد موافقة منه على براءة ذمة المحيل، بيد ان هذا الرأي يُخالف موقف القانون الفرنسي إذ أكد في المادة (١٢١٦-١) على ان ذمة المحيل لا تبرأ متى ما اشترط المحال عليهِ ضمان المحيل، ونص المادة هو **" .. في غير هذه الحالة، وما لم يوجد شرط مخالف، يكون المحيل ملتزمًا على سبيل التضامن**

---

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

(2) The usual way of assigning the benefit of any debt or other legal thing in action under **section 136 of the Law of Property Act 1925**. Under that section, the basic requirements for a legal assignment are as follows:
Only the benefit of an agreement may be assigned.
The assignment must be absolute.
The rights to be assigned must be wholly ascertainable and must not relate to part only of a debt.
The assignment must be in writing and signed under hand by the assignor.
Notice of the assignment must be received by the other party or parties for the assignment to take effect.

(3) See: Larroumet, Les operations a trois personnages, these bordeaux, 1986, p.295.

بتنفيذ العقد"[١]. وبذلك نجد ان هذا القانون يشترط الإعلان الصريح بعدم براءة الذمة، فالأصل البراءة والعارض عدمها.

وفيما يخص موقف القانون المدني الإيطالي نجده قد أشار في المادة (١٤٠٨) منه إلى إن ذمة المحيل لا تبرأ من الالتزامات الناجمة عن العقد محل الحوالة متى ما اشترط المحال عليه الرجوع على المحيل في حالة عدم تنفيذ الالتزامات من لدن المحال إليه، ونص المادة هو **".. ومع ذلك فللمحال عليهِ إذا صرح بعدم إبراء المحيل، أن يرجع على الأخير إذا لم يقم المحال إليهِ بتنفيذ التزاماتهِ، ويجب على المتعاقد المحال عليه أن يُبلغ المحيل بعدم التنفيذ من المحال له، خلال ١٥ يومًا ابتداء من يوم عدم التنفيذ"**[٢].

وقد نظم القانون الإنجليزي هذه الحوالة ايضًا واطلع عليها بالحوالة الانصافية أو العادلة وذلك في المادة (١٣٦) من قانون الملكية للعام ١٩٢٥ المعدل وفحواها الحوالة الانصافية هي التي لا تتوفر فيها جميع المعايير المتوفرة في الحوالة القانونية[٣]**:**

في هذه الحوالة يمكن بيان الغاية منها، ولا يشترط تقديم إشعار خطي مكتوب من قبل المحال عليهِ حتى تصبح سارية المفعول، والفرق الوحيد المهم بين الإحالة القانونية والإحالة العادلة هو أن (المحال إليه) لا يمكن في كثير من الأحيان رفع دعوى مباشرة ضد الطرف الثالث (المحال عليهِ)، ولكن يجب أن ينضم إلى المحيل كطرف في العقد، ويذهب رأي في الفقه العراقي[٤]، إلى القول: **أن إرسال اشعار بحوالة العقد في القانون الإنجليزي مهم لسببين:الاول لتجنب إثارة أي دفع من قبل المحال عليه ضد المحال إليهِ، اما السبب الآخر:لتسجيل الاسبقية حوالة العقد.**

اما مصير التأمينات في حوالة العقد الناقصة فأنها تستمر ضامنة للدين المحال به، لا موجل لسقوطها مادام المحيل، المضمون دينه، يمكث إلى جانب المحال له، ملتزمًا بكافة الالتزامات الناشئة عن العقد المحال به، وقد أشار القانون المدني الفرنسي الى هذه

([1]) **Art. 1216-1**."….A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.".

([2]) **Art.1408. Rapporti fra contraente ceduto e cedente.**" …Tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte. Nel caso previsto dal comma precedente, il contraente ceduto deve dare notizia al cedente dell'inadempimento del cessionario, entro quindici giorni da quello in cui l'inadempimento si è verificato; in mancanza è tenuto al risarcimento del danno".

([3])**Equitable assignment** :An assignment which does not fulfil the statutory criteria for a legal assignment. An equitable assignment may be made in one of two ways:...Only the benefit of an agreement may be assigned. There is no requirement for written notice to be given or received. The only significant difference between a legal assignment and an equitable assignment is that an equitable assignee often cannot bring an action in its own name against the third party contractor, but must fall back on the rules governing equitable assignments and join the assignor as party to the action.

([4]) د. مجيد حميد العنبكي، المصدر السابق، ص ٩٠.

الحالة في نص المادة (١٢١٦-٣) منه، ومساقها **"تبقى التأمينات التي تكون قد عقدت قائمة إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل منها، في غير هذه الحالة لا تبقى التأمينات التي قدمها الغير إلا بموافقتهِ.."**[١].

الفرع الثالث: العلاقة بين المحال إليه والمحال عليه

مصدر هذه العلاقة يكمن في حوالة العقد، إذ ينشأ عن حوالة العقد علاقة مباشرة تربط المحال عليهِ وهو المتعاقد الثاني في العلاقة العقدية المنقولة، بالمحال إليهِ عن تلك العلاقة، في حين يختفي المحيل من هذه العلاقة بعد براءة ذمتهِ من التزامات العقد المنقول[٢].

وقد اكد القانون الإنجليزي في المادة (١٣٦) من قانون الملكية لعام ١٩٢٥المعدل[٣]، فحوالة العقد القانونية على شرط من شأنه تنظيم العلاقة بين المحال إليهِ والمحال عليهِ وجعلها علاقة مباشرة والشرط هو "....يجب أن يقبل الطرف الآخر (المحال عليهِ) بحوالة العقد بأشعار صريح ومكتوب، حتى تصبح سارية المفعول".

وبذلك يُمكن للمحال عليهِ مطالبة المحال إليهِ بجميع الالتزامات التي كانت بذمة المحيل قبل حوالة العقد، ويكون بأستطاعة المحال إليهِ مطالبته بجميع الحقوق التي كانت للمحيل بموجب العقد نفسه، ويُمكن لكل منها رفع دعوى مباشرة ضد الاخر، وبغية الإحاطة بهذه العلاقة سوف نقسم الفرع إلى نقطتين: نُبين في الأولى التزامات المحال إليه، وفي الثانية التزامات المحال عليهِ.

اولًا: التزامات المحال إليه : يجب على المحال إليه تنفيذ جميع التزامات المحيل والتي كانت بذمته بموجب العقد محل الحوالة قبل المحال عليه، بعد براءة ذمة المحيل من التزامات العقد، و يكون للمحال عليه عند عدم تنفيذ المحال إليه لألتزامات العقد ان يرفع عليهِ دعوى مباشرة يطالبه فيها بالتزامات المحيل نحوه، وفي هذا الشأن نسوق المثال الآتي: ففي حوالة عقد الايجار يكون للمحال عليه مطالبة المحال إليه بدفع الأجرة، وباستعمال العين فيما اعدت له، فضلًا عن المحافظة عليها عن طريق القيام بالترميمات الطفيفة والمسؤولية عن الحريق وبرد العين[٤]، ويستطيع المحال إليه التمسك تجاه المحال عليهِ بجميع الدفوع التي كان للمحيل ان يتمسك بها، كما له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من حوالة العقد ذاتها.

([1]) **Art. 1216-3**.-" Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord…"

([٢]) يُنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٦، المرجع السابق، ص ٦٩٨. د.سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الايجار، مؤسسة روز اليوسف، القاهرة، سنة ١٩٨٥، ص ٦٧٦.

([3]) The section 136 of the UK Law of Property Act 1925. Under that section, the basic requirements for a legal assignment are as follows:….Notice of the assignment must be received by the other party or parties for the assignment to take effect.

([٤]) يُنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

وبشأن إمكانية التمسك بالدفوع الشخصية استثنى بعض الفقه الفرنسي[١]، من مبدأ الاحتجاج بالدفوع في العلاقة بين المحال له والمحال عليهِ، إمكانية هذا الأخير في التمسك ببعض الدفوع الشخصية كالدفع بالمقاصة الذي يمكنه التمسك به في مواجهة المحيل، ما خلا حالة التحفظ عنها لحظة موافقتهِ على الحوالة.

بيد أن هذا الامر لم يبقَ على حاله، إذ تغيرت وجهات النظر في شأن الدفع بالمقاصة هل يُعد عدم التمسك به استثناء من مبدأ عدم التمسك بالدفوع المُميز لحوالة العقد أم لا يُعد كذلك؟ **فيذهب الرأي الأول**[٢]، الى عـــــدّ عدم التمسك بهذا الدفع استثناء ضروريًا من مبدأ الاحتجاج بالدفوع، فيما يذهب **الرأي الآخر**[٣]، الى أنه يجب التفرقة بين المقاصة التي استجمعت شروطها قبل الحوالة ولم يتم التمسك بها، وبين المقاصة التي تم التمسك بها قبل الحوالة مستنفذة بذلك أثرها، فهذه المقاصة الأخير يُمكن التمسك بها، بيد الأولى فلا يُمكن التمسك بها.

وقد اكد القانون المدني الفرنسي في المادة (١٢١٦-٢) منه، على مكنه المحال إليه من التمسك بالدفوع تجاه المحال عليه، بيد ان القانون المذكور قد ميز بين الدفوع اللصيقة بالدين ذاته، مثل البطلان والدفع بعدم التنفيذ والفسخ أو المقاصة بين الدينين المرتبطين، والدفوع الشخصية للمحيل، فأجاز التمسك بالأولى دون الثانية، ونص المادة هو **"يجوز للمحال له أن يحتج قبل المحال عليهِ بالدفوع الملازمة للدين، كالبطلان والدفع بعدم التنفيذ، والفسخ ومقاصة الديون المترابطة، ولا يجوز له الاحتجاج قبله بالدفوع الخاصة بالمحيل..."**[٤].

ثانيًا: التزامات المحال عليهِ يجب على المحال عليه تنفيذ جميع الالتزامات التي كان ملتزمًا بها تجاه المحيل والتي كانت بذمته بموجب العقد محل الحوالة قبل المحال إليه، و يكون للآخير عند عدم تنفيذ المحال عليه لألتزامات العقد ان يرفع عليهِ دعوى مباشرة يطالبه فيها بالتزامات المحيل نحوه، فإذا كان العقد الذي يتم تحويله هو عقد إيجار، فأنه ملزم بتسليم العين المؤجرة إذا كانت لاتزال تحت يده، فضلًا عن ضمان عدم التعرض أو ضمان العيوب الخفية، ويستطيع المحال عليه التمسك تجاه المحال إليهِ بجميع الدفوع التي كان للمحيل ان يتمسك بها، كما له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من حوالة العقد ذاتها فيكون له الاحتجاج على المحال إليه بأن العقد الأصلي ذاته باطل أو موقوف[٥].

وهذا هو ايضًا موقف التشريع المدني الإيطالي في المادة (١٤٠٩) ونصها **"يجوز للمتعاقد المحال عليه ان يواجه المحال له بكافة الدفوع الناشئة من العقد، دون**

([1]) See: Anelli franco, Cessione del contrcatto, in R.D.C, 1996, P.291.

([2]) See: Laurent Aynès, Op.cit, p.733

([3]) See: Lachiese Christophe, le regime des exceptions dans les operations juridues a trois personnes en droit civil, these, Bordeaux, 1996, p.522.

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

([5]) يُنظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٧٦.

الدفوع التي تستند إلى روابط أخرى مع المحيل، ما لم يحتفظ بها صراحة في وقت رضائه بالإحلال"[١].

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث نوجز توصياتهِ على النحو الآتي:

١-لم يعمد المشرع العراقي على وضع نظرية عامة لحوالة العقد، بل اكتفى بتنظيمها بنصوص خاصة، تتعلق ببعض العقود دون غيرها، لذا نقترح على المشرع العراقي ان يتضمن القانون المدني العراقي احكامًا قانونية تُجيز تطبيق حوالة العقد على جميع العقود، بوضع نظرية عامة لها وفي هذا الشأن نقترح النص الآتي **" يجوز لكل طرف في العقود المتضمنة لأداءات تبادلية أن ينقل إلى الغير مركزه العقدي، بموافقه الطرف الأخر، قبل أو بعد تمام العقد".**

٢-نظرًا لأهمية أثر حوالة العقد، ينبغي تحديد اللحظة التي تصبح فيها ذات آثر تجاه المحال عليه، لذا نقترح النص الآتي **((إذ وافق احد الطرفين مقدمًا على ان يحل الغير محله في المركز العقدي، فأن الحوالة تصبح ذات أثر في مواجهتهِ عند إبلاغه بها أو قبولها))**

٣-تنشأ عن حوالة العقد علاقة مباشرة بين المحيل والمحال إليه، لابد من تحديد مضمونها لما تثيره هذه العلاقة من مشكلات قانونية وأوضاع غريبة، وهنا ندعو المشرع العراقي إلى الاخذ بالنصوص الآتية **((يُلزم المحيل :١-بنقل المركز العقدي إلى المحال إليه بجميع صفاته وضماناته وملحقاته وما يتصل به من دفوع.٢-بضمان صحة العقد، ويُمكن الاتفاق على ضمان تنفيذ العقد، فيُسأل المحيل ككفيل بالنسبة لالتزامات المحال عليه)).**

((يُلزم المحال إليه بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد المحال به، والالتزامات المنصوص عليها في حوالة العقد)).

٤-ثمة علاقة بين المحيل والمحال عليه تمتاز بأنها سابقة على وجود حوالة العقد، فهذه العلاقة هي الركيزة الأساسية في حوالة العقد لما تُثيره من مسائل جديرة بالتنظيم، لاسيما براءة ذمة المحيل، ولتوضيح معالم هذه العلاقة نقترح النص الآتي: **((تبرأ ذمة المحيل من الالتزامات تجاه المحال عليه منذ احداث الحوالة اثرها في مواجهة هذا الأخير، اما اذا اعلن المحال عليه عدم براءة ذمة المحيل كان بإمكان المحال عليه عند عدم تنفيذ المحال إليه لإلتزاماته الرجوع على المحيل)).**

٥- بغية رفع حالة الاختلاط القائمة بين حوالة العقد والأنظمة القانونية الأخرى وبما يُعزز خصوصية واستقلالية هذه النظرية، لابد من تبيان العلاقة التي تنشأ بصورة مباشرة عن حوالة العقد، إذ تتخذ من العلاقة العقدية المحولة محلًا لها، فالعلاقة بين

([1]) **Art. 1409. Rapporti fra contraente ceduto e cessionario.** "Il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione.".

المحال عليه والمحال إليه لها خصوصية وتتمتع بأحكام خاصة تستمدها من خصوصة حوالة العقد، وفي هذا المقام نقترح ايراد النصوص الآتية: **((يُمكن للمحال إليه أن يحتج تجاه المحال عليه بجميع الدفوع الناشئة عن العقد، دون الدفوع التي تستند إلى رابطة شخصية بالمحيل، مالم يُتفق على خلاف ذلك)).**

((يُمكن للمحال عليه ان يحتج تجاه المحال إليه بجميع الدفوع التي كان بأمكانه الاحتجاج بها تجاه المحيل)).

٦-لابد من الوقوف على مصير التأمينات الضامنة لتنفيذ العقد المحال به، وفي هذا المقام نقترح النصوص الآتية **((في حوالة العقد الناقصة تنتقل التأمينات ضامنة للعقد المحال بهِ، اما في حوالة العقد الكاملة فإذا كان مقدم التأمينات من الغير سقطت، مالم يرض الأخير الإبقاء عليها صراحة، وفيما إذا كان مقدمها المحيل لم تسقط)).**

((إذا تم ابراء ذمة المحيل، يبقى شركاءه في الدين المتضامنين ملزمين بعد خصم حصتهِ من الدين)).