



الآثار القانونية لحالة العقد (دراسة مقارنة)

Legal effects of contract assignment (a comparative study)

د. ياسمين عباس إسماعيل _ كلية القانون الجامعة المستنصرية

أ.م.د. حسن مكي مشيري _ كلية القانون الجامعة المستنصرية

تاريخ ارسال المقال: 2022/10/04 تاريخ القبول: 2023/02/27 تاريخ النشر: 2023/03/25

الملخص

تعد حوالة العقد أسلوباً من أساليب الفن التعاقدي التي لا تؤدي إلى انقضاء العقد ولا إلى تجزئته على الرغم من تغيير أحد أطراف العلاقة العقدية، وإنما تؤدي إلى استمرار العلاقة العقدية منتجة لكافة آثارها، إلا أن هذه العلاقة بعد أن طرأت عليها حوالة العقد، لم تعد تلك العلاقة القائمة من قبل بين المحيل والمحال عليه يحكمها العقد الأصلي المبرم بينهما فحسب، وإنما اختلفت تبعاً لما إذا تم إبراء ذمة المحيل بصورة نهائية من قبل المحال عليه أو لم تبرأ، الأمر الذي استلزم بحث آثار حوالة العقد في ثلاث علاقات: علاقة بين المحيل والمحال له وذلك في (المبحث الأول) من هذا البحث، وعلاقة بين المحيل والمحال عليه وعلاقة بين المحال له والمحال عليه وذلك في (المبحث الثاني) منه. وقد تم التوصل من خلال هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والمقترحات، ومن أهم هذه المقترحات دعوة المشرع العراقي إلى تنظيم حوالة العقد بقواعد خاصة في القانون المدني تفصل كل الآثار الأساسية التي تترتب على انعقادها.

Abstract :

The assignment of the contract is a method of contractual art that does not lead to the termination of the contract or its fragmentation despite the alteration of one of the parties to the contractual relationship, but rather leads to the continuation of the contractual relationship producing all its effects, but this relationship after the transfer of the contract has occurred, it is no longer that The pre-existing relationship between the assignor and the assignee is governed by the original contract concluded between them only, but differed according to whether the transferor was finally discharged or not, which necessitated a study of the effects of the assignment of the contract in three relationships: a relationship between

the assignor and the assignee and that is in (the first topic) of this research, and the relationship between the assignor and the assignee and the relationship between the assignee and the assignee and that is in the (second topic) of it.

Through this research, a set of results and proposals were reached, and the most important of these proposals is the Iraqi legislator's call to organize the transfer of the contract with special rules in the civil law that explain all the basic effects of its convening.

المقدمة

يعد العقد نظام فذ وعملق من أنظمة القانون، بل هو بعد القانون نفسه أهم الأنظمة التي تستظل بظله، فإذا نظرنا إلى العقد في مجاله الطبيعي وهو المال، وجدناه يمثل المصدر الأساسي الغالب لنشأة الالتزام.

ولما كان العقد يعد مصدراً أساسياً لنشأة الالتزام، فإنه لم يكن بمنأى عن كل تطور أو تغيير لحق نظرية الالتزام، إذا لم يكن انتقال الالتزام جائزاً إلا في مرحلة متأخرة من مراحل تطور القانون الوضعي، فقد كان الرومان يرون في الالتزام رابطة شخصية تجمع بين المدين والدائن، الأمر الذي كان يحول دون إمكان تغيير أي من طرفيه، فما كان للدائن أن ينزل عن حقه لغيره، وما كان يسوغ للمدين أن يحول عبء دينه على شخص آخر يتحمل به مكانه.

ولكن بظهور المفهوم الموضوعي للالتزام أصبح من الممكن انتقال الالتزام منفصلاً عن اشخاصه وتكون العبرة فيه بقيمته المالية أكثر من اعتباره رابطة شخصية، فكان من نتيجة ذلك اقرار القوانين الحديثة حوالة الحق في مرحلة أولى ثم حوالة الدين في مرحلة ثانية.

إلا أن هذين النظامين مازالا قاصرين على الاستجابة لمطالبات العصر الحاضر ويرجع ذلك إلى أن نظام حوالة الحق قد وضع لمواجهة انتقال حقوق معينة بذاتها وكذلك الحال بالنسبة لنظام حوالة الدين وضعت لنقل ديون معينة، ومن ثم فهما لا يصلحان لتنظيم انتقال العقد الملزم للجانبين كوحدة واحدة بما فيه من التزامات وحقوق، إذ أن أطراف العقد الملزم للجانبين يكونان دائن ومدين للآخر في آن واحد، مما أدى إلى ظهور حوالة العقد، التي تقوم على فكرة، أن أحد أطراف العقد (المحيل) يتخلى عن مركزه العقدي الناشئ عن عقد لم ينفذ أداءاته بعد لشخص من الغير (المحال له)، بما يضمن انتقال آثار هذا العقد في مواجهة المتعاقد الآخر (المحال له).

فالفكرة الأساسية التي تقوم عليها حوالة العقد هي استمرار العقد بين أحد المتعاقدين والغير الذي يصبح طرفاً فيه بموجب هذه الحوالة، ومن ثم فإن حوالة العقد تعد وسيلة لخروج أحد المتعاقدين من الرابطة العقدية دون انقضائها إذ يحل محله شخص آخر، مع الملاحظة أن خروج أحد المتعاقدين

من العلاقة العقدية (المحيل)، لا يعني انتهاء العلاقة بينه وبين المتعاقد الآخر (المحال عليه)، بل تبقى العلاقة بينهما بقدر ما يتعلق من حقوق والتزامات ناتجة عن العقد لأحدهما في ذمة الآخر قبل إحالة هذا العقد، وبحسب ما إذا تم إبراء ذمة المحيل بصورة نهائية من قبل المحال عليه أو عدم إبرائها، وبقاء الأول مسؤولاً إلى جانب المحال له عن تنفيذ التزامات العقد المحال به.

وبذلك فإن حوالة العقد تنشأ عنها علاقات قانونية ثلاثية: علاقة بين المحيل والمحال له، علاقة بين المحال له والمحال عليه، وعلاقة بين المحيل والمحال عليه. وهذه العلاقات تثير الكثير من المشاكل الجوهرية، إلا أن المشكلة الأساسية التي يحاول هذا البحث الإجابة عنها تتعلق بمسألة إبراء ذمة المحيل، الأمر الذي يطرح تساؤل مفاده: مدى ضرورة موافقة المحال عليه على حوالة العقد؟ وهل يترتب على هذه الموافقة براءة ذمة المحيل؟ أم أنه سيبقى مسؤولاً إلى جانب المحال له عن تنفيذ العقد المحال به؟ فإذا كان المحيل سيبقى مسؤولاً إلى جانب المحال له في مواجهة المحال عليه فما هو مركزه القانوني؟

وبغية الإجابة عن التساؤلات أعلاه على النحو الذي يبرز أهمية هذا البحث اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن، إذ سنأخذ النصوص القانونية الداخلة في نطاق البحث، والآراء الفقهية سواء العراقية والمصري منها أو الفرنسية والقيام بتحليلها، ومن ثم نقارن بينها لأجل الإحاطة بكل ما يتعلق بموضوع الدراسة.

وقد قسمنا هذا البحث إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول العلاقة بين المحيل والمحال له، وخصصنا المبحث الثاني لبيان العلاقة بين المحيل والمحال عليه والعلاقة بين المحال له والمحال عليه، ثم أنهينا هذا البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات.

المبحث الأول: علاقة المحيل والمحال له

أن العلاقة بين المحيل والمحال له تنشأ مباشرة من عقد الحوالة، ولما كان عقد الحوالة من العقود الملزمة للجانبين، والذي يكون بمقتضاه كل طرف دائناً ومديناً للطرف الآخر في نفس الوقت، فإن نطاق ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لكل من الطرفين يتحدد وفقاً لهذا العقد. وما تقدم يوجه الدراسة للتعرف على التزامات المحيل والتي تعد حقوقاً لمصلحة المحال له (المطلب الأول)، وكذلك للتعرف على التزامات المحال له والتي تعتبر حقوقاً مقابلة للمحيل نظير حوالة هذا الأخير مركزه العقدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات المحيل

يلتزم المحيل في مواجهة المحال له بالتزامين هما: الالتزام بالضمان (الفرع الأول)، والالتزام بالتسليم (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الالتزام بالضمان

أن محل حوالة العقد وكما مر بحثه يكمن في المركز العقدي للمحيل الذي يضم بالإضافة إلى الحقوق والديون التعاقدية ما يسمى بالحقوق الترخيصية، وبذلك يتبادر إلى أذهاننا التساؤل التالي: هل أن الضمان في هذه الحوالة ينصرف إلى الحق وحده أم يشمل العقد المحال به أو بالأحرى المركز العقدي برمته؟

للإجابة عن التساؤل أعلاه نجد أن القانون المدني الفرنسي، عند تنظيمه لحوالة العقد بموجب مرسوم سنة 2016، والمتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، لم يعالج مسألة التزامات كل من المحيل والمحال له تجاه بعضهما في المادة (1216) منه بصورة عامة، وبالتالي لم يتطرق إلى موضوع الضمان الذي يلتزم به المحيل تجاه المحال له، إلا أن ثمة جانب في الفقه⁽¹⁾ والذي كان له السبق في دراسة الموضوع، يرى أن المحيل يضمن للمحال له الوجود القانوني للعقد، وصحته وقابليته للحوالة وخصوصاً ما ينشأ عنه من الحقوق، ويذهب إلى تطبيق قواعد ضمان وجود الحق على ضمان صحة العقد، نظراً لأن الضمان يهدف بطبيعته إلى تأمين المقابل في وجود مزايا الشيء أو مركز يتمخض لصالح المحال له، ومن ثم لا يمكن تصوره بشكل عام، إلا فيما يتعلق بالعناصر الإيجابية التي تنتهي إلى المنظومة العقدية⁽²⁾.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الفقه أعلاه في تطبيق أحكام ضمان وجود الحق في حوالة الحق⁽³⁾ على حوالة العقد من باب القياس، لتطابق علة الضمان في حوالة الحق والعقد وهو تأمين المقابل، كما أننا نذهب إلى ما هو أبعد من ذلك لنشمل وجوب التزام المحيل بضمان الحقوق الترخيصية إلى جانب وجود الحق، على اعتبار أن المركز العقدي يضم بالإضافة إلى الحقوق العقدية ما يسمى بالحقوق الترخيصية.

(1) Charles lapp, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Thèse, Université de Strasbourg, 1950, p.116.

أنظر كذلك د. نبيل إبراهيم سعد، نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 152.

(2) Charles lapp, Ibid, p. 116.

(3) إذ نصت المادة (368) من القانون المدني العراقي على "١- إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. 2- أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق" تقابلها المادة (308) مدني مصري، كما تقابلها بشكل قريب المادة (1326) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بمرسوم سنة 2016 والتي تنص على "يضمن من يحيل حقاً بعوض وجود الحق ولملحقاته، ما لم يكن المحال له قد اكتسب الحق على مسؤوليته أو كان على علم بالصفة غير المؤكدة له. لا يسأل المحيل عن يسار المدين إلا إذا التزم بذلك، وفي حدود الثمن الذي تقاضاه مقابل حوالة حقه. إذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة، غير أنه يمكن أن ينصرف إلى اليسار وقت الاستحقاق لكن بشرط أن يذكر المحيل ذلك صراحة".

وبذلك فإن الضمان في حوالة العقد أما أن يكون قانونياً أو اتفاقياً، ويقصد بالأول الضمان الذي يتقرر بمقتضى القانون عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين في عقد الحوالة، والذي يقتصر على ضمان المحيل وجود الحق لمصلحة المحال له وقت الحوالة، إذا تمت هذه الأخيرة بعوض⁽¹⁾، فمثلاً إذا كان عقد الإيجار باطلاً أو قابلاً للإبطال وأبطل ضمن المستأجر، أما إذا كان عقد الإيجار صحيحاً فقد نفذ المستأجر التزامه بالضمان، إذ أن الحقوق التي أحالها للمحال له موجودة وقت الحوالة، فلو إنتهى عقد الإيجار بعد ذلك فأنتهت بانتهائه الحقوق التي انتقلت إلى المحال له، لم يكن المستأجر ضامناً، مثال ذلك أن يكون الإيجار الأصلي غير ثابت التاريخ ويقوم المؤجر ببيع العين المؤجرة، فينتهى الإيجار بالبيع وتنتهى معه حقوق المحال له⁽²⁾.

كما أن المحيل يكون ضامناً ايضاً، إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ لا يعلمه المحال له، ثم تحقق هذا الشرط قبل صدور الحوالة، أو بعد صدورهما فانقضى العقد المحال به بأثر رجعي، أما إذا كان المحال له يعلم بهذا الشرط، فلا حق له بالرجوع على المحيل بالضمان إذا تحقق هذا الشرط⁽³⁾. فضلاً عن ذلك، يضمن المحيل بحكم القانون للمحال له التعرض القانوني والمادي الصادر منه، أما بالنسبة للتعرض المادي الصادر من الغير، فلا يضمنه إلا إذا تمكن المحال له من إثبات تواطؤ المحيل مع المقتصب⁽⁴⁾.

ومن الجدير بالذكر أن التزام المحيل بالضمان يتسع ليشمل توابع حقوق العقد المحال به، فإذا تبين أن هذا الحق مثقل برهن أو امتياز أو كفالة، فإن هذه التوابع يكون المحيل ضامناً لها قبل المحال له⁽⁵⁾.

ونود أن نوضح هنا أنه إذا كانت الكفالة مقدمة من الغير بقيت هذه الكفالة ضامنة لتنفيذ التزام المحال عليه وانتقلت مع الحق المحال به للمحال له، ولا تتوقف صحة انتقالها على موافقة الكفيل بل إنها تنفذ في حقه دون حاجة لرضائه، إذ أن شخص المحال عليه هو ما يهيمه ولم يتغير الأخير وإنما تغير المحيل، إلا أنه لا بد من إعلام الكفيل بحوالة العقد حتى يعلم لمن يوفي أن أخل المحال عليه بتنفيذ التزامه، فإن لم يعلم ووفي عن المحال عليه، كان وفائه صحيحاً مبرراً لذمته.

(1) د. درع حماد، أحكام الالتزام، ج2، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016، ص 223.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، دار أحياء التراث، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص 700، انظر كذلك د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، عقد الإيجار، ط5، دار محمود للنشر والتوزيع، 2001، ص 1015.

(3) أمير احمد فتوح الحجة، آثار عقد الحوالة المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 61. وبذلك تنص المادة (١_ ٢٨٩) من القانون المدني العراقي على "العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فإذا استحاله رده وجب الضمان وإذا تخلف الشرط لزم العقد" تقابلها المادة (١_ ٢٦٩) مدني مصري والمادة (١٣٠٤_ ٧) مدني فرنسي.

(4) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني_دراسة مقارنة_، منشورات تاراس_ المكتبة العامة، اربيل، ط1، 2006 ص 626.

(5) د. شفيق شحاتة، محاضرات في القانون المدني، حوالة الحق في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، 1954، ص 26.

هذا وقد يتفق أطراف حوالة العقد على تخفيف أحكام الضمان أو تشديدها، فمن ناحية تشديد الضمان، نجد قد يتفق المحال له والمحيل على أن يضمن هذا الأخير لفائدة الأول يسار المحال عليه⁽¹⁾، أو قد يتفقا على يضمن المحيل تنفيذ العقد المحال به من قبل المحال عليه، وقد يبدو في هذه الفرضية الأخيرة تعارضاً يatal مصلحة المحيل الذي يهدف من وراء حوالة العقد الخروج تماماً من العقد، إلا أنه قد يكون مدفوعاً بجني مصلحة تكمن في الإستفادة من الزيادة في ثمن الحوالة⁽²⁾. ومن ناحية تخفيف الضمان، فيمكن للمحال له والمحيل الإتفاق على جعل الأخير ضامناً بقدر ما دفع إليه من قبل المحال له نتيجة حوالة مركزه العقدي دون أي فوائد أو مصروفات⁽³⁾، وقد يذهب إلى أبعد من ذلك ويتفقا على محو الضمان مطلقاً، فلا يضمن المحيل حتى وجود الحقوق التي إنتقلت إلى المحال له⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم

يلتزم المحيل فضلاً عن ضمان وجود العقد، بأن يسلم المحال له العقد المحال به، ويعتبر المحيل مسؤولاً في مواجهة المحال له إذا كانت الحقوق التي انتقلت إلى هذا الأخير لا يتفق نطاقها مع ما هو متفق عليه، أو إذا كانت الالتزامات التي انتقلت إلى المحال له أشد مما كان يعتقد في اصطلاحه بها طبقاً للعقد المحال به⁽⁵⁾، وعليه يحل الأخير محل المحيل في نفس العلاقة التعاقدية التي كانت تربطه بالمحال عليه، فتبقى هذه العلاقة محتفظة بكافة صفاتها وشروطها وآثارها من غير أن يطرأ عليها أي تعديل أو تبديل سوى شخص المحيل⁽⁶⁾.

ويترك للقضاء في حالة أخلال المحيل بالتزامه تقدير ما إذا كان يلزم الحكم بفسخ عقد الحوالة لعدم التنفيذ أم لا، طبقاً للقواعد العامة في الفسخ، أو إذا كان هناك محل للتعويض من عدمه⁽⁷⁾. وأخيراً يجب على المحيل أن يسلم المحال له كافة المستندات والأوراق لاثبات العقد المحال به، أو التي تخول له ممارسة الحقوق الناشئة من العقد، وذلك قياساً على المادة (367) مدني عراقي

(1) Charles lapp, op.cit, p. 118

انظر كذلك من باب القياس في شأن الضمان في حوالة الحق د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص ٢٨٦ وما بعدها

(2) Charles lapp, op.cit, p. 118.

(3) مهند فوزي عمران، التنازل عن المفاولة، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، ٢٠١٩، ص ٩٧.

(4) Charles lapp, op.cit, p. 118.

(5) Charles Vilar, "La cession de contrat en droit français", thèse, dactyl, Montpellier, 1968, p. 245

انظر كذلك د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 153.

(6) مهند فوزي عمران، المرجع السابق، ص ٩٤.

(7) Charles lapp, op.cit, p. 119

انظر كذلك د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 153.

(1)، ولما كانت توابع الحق تنتقل إلى المحال له دون حاجة إلى النص عليها في عقد الحوالة، فإن التزام المحيل أذن لا يقتصر على تسليم السندات المثبتة لأصل الحق وإنما تشمل كذلك السندات المثبتة للتأمينات، والذي يضمن المحال له من خلالها استيفاء حقه، فإذا كان الحق مضموناً بكفالة أو رهن دخلت سندات هذه الكفالة أو الرهن في التزام المحيل بالتسليم أن وجدت⁽²⁾.

المطلب الثاني: التزامات المحال له

لما كانت حوالة العقد من العقود الملزمة للجانبين، فإن هناك حتماً ستكون حقوق والتزامات متقابلة بين المحيل والمحال له والتي أنشأها عقد الحوالة على عاتقهما، ولما كان محل حوالة العقد هو المركز العقدي، بما يتضمنه من حقوق والتزامات بين المحيل والمحال عليه فإن بطبيعة الحال سيلتزم المحال له بذات الالتزامات التي كانت يلتزم بها المحيل في مواجهة المحال عليه، إضافة إلى التزامات أخرى تفرضها عليه حوالة العقد⁽³⁾.

وبذلك فإن المحال له يلتزم بالتزامين هما: الالتزام بتنفيذ المركز العقدي (الفرع الأول)، والالتزام بدفع ثمن الحوالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بتنفيذ المركز العقدي

رأينا أن قيام المحيل بحوالة مركزه العقدي يتضمن حوالة لحقوقه والتزاماته، إذ لا يتصور حوالة هذا المركز إلا إذا امتدت الحوالة للحقوق والتزامات أيضاً، وبذلك يجب على المحال له الالتزام بذات التزامات المحيل، فمن غير المعقول أن تنتقل إليه الحقوق وتظل الالتزامات عالقة بالمحيل⁽⁴⁾، "ففي حوالة عقد الإيجار مثلاً، تنتقل من المستأجر (المحيل) إلى المحال له جميع الالتزامات المترتبة في ذمة المستأجر بمقتضى عقد الإيجار، مثل ذلك الالتزام بدفع الأجرة، والالتزام باستعمال العين بحسب ما أعدت له، والالتزام بالمحافظة على العين وما يتضمنه هذا الالتزام من القيام بالترميمات التأجيلية، والالتزام برد العين إلى المؤجر عند نهاية الإيجار، والالتزام الأخير برد العين إلى المؤجر لا ينتقل إلى المحال له إلا إذا كانت مدة الحوالة تستغرق مدة الإيجار الأصلي، فإن كانت مدة الحوالة تنقضي قبل انقضاء مدة الإيجار الأصلي وجب على المحال له رد العين إلى المستأجر بموجب عقد الحوالة لا بموجب عقد الإيجار ذاته، وكان على المستأجر بدوره رد العين المؤجرة إلى المؤجر عند نهاية" الإيجار بموجب عقد الإيجار الأصلي⁽⁵⁾.

(1) نصت المادة (٣٦٧) من القانون المدني العراقي على "يجب على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به وأن يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه"

(2) مهني فوزي عمران، المرجع السابق، ص ٩٨

(3) مهني فوزي عمران، المرجع نفسه، ص ٩٩.

(4) د. رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 924.

(5) د. عبد الرزاق السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص 701.

هذا ويجب التفرقة في شأن التزام المحال له بتنفيذ المركز العقدي تجاه المحيل بين الحالة التي يحتفظ بها المحال عليه بالمحيل، لكونه يرفض تماماً إبراء هذا الأخير، وبين الحالة التي تبرأ فيها ذمة المحيل، ففي الحالة الأولى لا يكون المحال له مسؤولاً عن الالتزامات المتولدة عن العقد المحال به في مواجهة المحال عليه فحسب، وإنما في مواجهة المحيل أيضاً، ولكنه لا يبقى ملتزماً في مواجهة هذا الأخير إلا إلى الوقت الذي يقبل فيه المحال عليه إبراء ذمة المحيل⁽¹⁾.

أما في الحالة الثانية، والتي يبرأ فيها المحال عليه ذمة المحيل، فإن هذا الأخير لا يكون معنياً بان ينفذ المحال له الالتزامات المتولدة عن العقد المحال به من عدم تنفيذه⁽²⁾.

وقبل أن نغادر مسألة التزام المحال له بتنفيذ المركز العقدي نجد من المناسب أن نقف متسائلين عن دور المحال له في تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمة المحيل عن الفترة السابقة على الحوالة العقد، والتي لم يتم الوفاء بها؟

للإجابة عن التساؤل أعلاه نجد ثمة رأي في الفقه وهو ما نؤيده يذهب إلى أن المحال له لا يلتزم إلا بالالتزامات الناتجة عن العقد المحال به من تاريخ الحوالة، إلا أن للأطراف الصلاحية في الإتفاق على ما يخالف ذلك⁽³⁾، ونجد أن هذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة (١٢١٦-١) من القانون المدني الفرنسي بقوله "تبرأ حوالة العقد المحيل بالنسبة للمستقبل"⁽⁴⁾، وهو ضابط منطقي، إذ لا يمكن مطالبة المحال له إلا بتنفيذ الالتزامات الناشئة ابتداء من تاريخ حوالة العقد، إما إذا اضطرت المحال له إلى الوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد المحال به والمترتبة في ذمة المحيل في الفترة السابقة، وذلك نتيجة التجاء المحال عليه للدفع بعدم التنفيذ، فإنه يكون له في هذه الحالة الرجوع على المحيل بمقدار ما دفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

الفرع الثاني

الالتزام بدفع ثمن الحوالة

إذا كانت حوالة العقد قد تمت بمقابل، فأن المحال له يلتزم بالإضافة لتنفيذ المركز العقدي، بأن يدفع للمحيل المقابل المتفق عليه لقاء الحوالة، بغض النظر عن معرفة حصول التنفيذ من عدمه، مالم يوجد شرط بذلك في العقد⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، دار الكتاب العربي، مصر، بدون سنة نشر، ص 428.

(2) Charles Vilar, op.cit, p. 244

(3) Julie Colliot, La cession de contrat consacrée par le Code civil, article dans une revue Juridique de l'Ouest, 2016, p. 51.

(4) Art. 1216.1 (...la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir...)

(5) د. محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 1016.

أما إذا كانت حوالة العقد بدون مقابل كما لو أنشأ المستأجر (المحيل) مصنعاً أو متجراً على العقار المؤجر فباعه ثم أحال مركزه العقدي الناشئ من عقد الإيجار إلى المشتري، فلا يتقاضى مقابلاً عن حوالة عقد الإيجار، فتكون الحوالة بغير عوض⁽¹⁾.

المبحث الثاني: العلاقة بين المحيل والمحال عليه، والعلاقة بين المحال له والمحال عليه

سنبحث في هذا المطلب، علاقة كل من المحيل والمحال له (الفرع الأول)، وعلاقة المحال له والمحال عليه (الفرع الثاني).

المطلب الأول: علاقة المحيل والمحال عليه

تثير هذه العلاقة الكثير من المشاكل الجوهرية، إذ أن العلاقة التعاقدية القائمة بين المحيل والمحال عليه بعد أن طرأت عليها حوالة العقد، لم تعد تلك العلاقة القائمة من قبل بين المحيل ومحال عليه يحكمها العقد الأصلي المبرم بينهما فحسب، وإنما اختلفت هذه العلاقة تبعاً فيما إذا تم إبراء ذمة المحيل من قبل المحال عليه أم لا، وهنا يتبادر على الذهن تساؤل هو: هل يبرأ المحيل من التزاماته قبل المحال عليه بمجرد إبرام حوالة العقد، أم أنه يبقى ملتزماً في مواجهته إلى جانب المحال له؟

من جانب الفقه الفرنسي، نجد أن البعض ممن كان له السبق في معالجة الموضوع يذهب في قوله إلى أن موافقة المحال عليه تعد شرطاً تقريرياً ذا هدفين: الأول الاحتجاج بعقد الحوالة تجاه المحال عليه، والثاني إبراء ذمة المحيل، كما يذهب في قوله إلى أن موافقة المحال عليه المبرئة لذمة المحيل مرغوب فيها، لكن رغم عدم حصولها فإن الحوالة توجد منتجة لآثارها بين طرفيها في مواجهة المحال عليه في حدود عدم الأضرار بهذا الأخير⁽²⁾، وبذلك فأق حق المحال عليه قبل المحال له وإبراء ذمة المحيل في نظر هذا الجانب من الفقه ينشأ منذ تكوين عقد الحوالة.

بينما يربط بعض الفقه أثر موافقة المحال عليه على إبراء ذمة المحيل بالمعلومات المقدمة إليه: فإذا لم يتم إبلاغ المحال عليه من قبل المحيل أو من قبل المحال له بالهدف الذي يسعى إليه الطرفان، والذي هو إبراء ذمة المحيل بعد إقامة علاقة قانونية بين المحال له والمحال عليه، فإن من الصعب اعتبار موافقة المحال عليه تستلزم في الواقع هذا الإبراء باعتباره حقاً، وبالتالي يجب أن يوافق المحيل صراحةً على هذا الإبراء، وعلى العكس من ذلك، إذا أبلغ المحيل والمحال له المحال عليه إنهما يعتزمان إبراء ذمة المحيل، وأن المحال عليه قد وافق على الحوالة، فسيكون الإبراء نتيجة تلقائية للإحالة، دون

(1) د. علي الجاسم، د. أمل شربا، القانون المدني، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 263.

(2) Charles Iapp, op.cit, p. 94 et suiv.



الحاجة إلى اللجوء إلى موافقة صريحة من المحال عليه على ذلك، وبالتالي إذا لم يرغب هذا الأخير في إخلاء سبيل المحيل، فعليه حينئذٍ أن يصرح بذلك صراحة⁽¹⁾.

ومن جانب القضاء الفرنسي، فقد واجه بعض الخلط بشأن هذه المسألة في الماضي، حيث لم يكن قد اتخذ موقفاً جلياً حيالها. فخلال الفترة الأولى رفض القضاء، في مجال الإيجار التجاري، أن يطالب المؤجر المستأجر (المحيل) بدفع الأجرة المستحقة، خاصة مع عدم تضمين العقد شرط تضامن بين المحيل والمحال له⁽²⁾، بينما وخلال الفترة الثانية، حدث تحول في موقف القضاء حيال أثر الحوالة على المحيل، بمعنى أن القضاء أقرب ببقاء التزام المحيل، مالم يبرئه المحال عليه صراحة⁽³⁾.

وقد قطع المشرع الفرنسي دابر هذا الخلاف عندما نص في المادة (1216_1) "تبرئ حوالة العقد المحيل بالنسبة للمستقبل إذا وافق على ذلك المحال عليه صراحةً...."⁽⁴⁾، إذ ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي وهو مانؤيده في تحليل النص أعلاه إلى القول، أن موافقة المحال عليه على حوالة العقد تستلزم فقط صحة الحوالة ولا تبرئ ذمة المحيل بأي حال من الأحوال، ولأجل إبراء ذمة هذا الأخير يجب أن يعرب المحال عليه عن موافقة ثانية صريحة مختلفة عن الموافقة الأولى يكون هدفها هذه المرة هو إخلاء سبيل المحيل⁽⁵⁾.

ويمكن أن نجد لهذا الرأي سند في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في تاريخ 27_05_2022 والذي جاء فيه أن حوالة العقد المقبولة من المحال عليه، لا تؤدي إلى إبراء ذمة المحيل حتى في حالة عدم وجود تحفظ على بقاء المحيل ملتزماً، إلا إذ وافق المحال عليه بصورة صريحة على هذا الإبراء، وأن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت أحكام القانون بإبراء شركة Emas عن كل التزام حيال

(1) Christian Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse, dactyl, Bordeaux, 1968, p. 263 et suiv.

(2) Cass. 3ème civ., 15 janv. 1992, n°90-11.289, Gaz. Pal., 4-5 nov. 1992, p.7, note J.-D. Barbi

نقلاً عن

Julie Colliot, op.cit, p. 49.

(3) Cass. 3ème éd., 12 déc. 2001, n°00-15.627 ; D. 2002, p.984, obs. M. Billiau et Ch. Jamin.

(4) Art. 1_1216. (Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir...)

(5) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, 8ème éd., 2016, n° 865.

_ Camille Baragnon, la Cession On de Contrat: Entre stabilité et incertitude, le bulletin de cheuvreux notaires, edition speciale n°5, 2017, p. 42.

_ Julie Colliot, op.cit, p. 50.

_ Clément François, La Réforme du Droit des Contrats Présentée Par L'iej de paris 1, Présentation des articles 1216 à 1216-3 de la nouvelle section 4 « La cession de contrat », available on <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect4-cession-contrat/>

_ BienheureuxAnonyme, Cession de contrat en droit civil français, 8 décembre 2020, available on

https://fr.m.wikipedia.org/wiki/Cession_de_contrat_en_droit_civil_fran%C3%A7ais#, last visit (2022_5_5)

السيد (A) وشركة H8 (المحال عليه)، على أساس عدم وجود بند في العقد ينص صراحةً على وجود تضامن بين المحيل والمحال له بتنفيذ التزامات العقد المحال به⁽¹⁾.

وبذلك نجد أن المشرع الفرنسي في النص يلقي الضوء ويركز على وجوب أن تكون موافقة المحال عليه عن إبراء ذمة المحيل صريحة، وهذا يعني أنه لا يمكن استخلاص إبراء ذمة المحيل من الموافقة الضمنية للمحال عليه، ولهذا تنص الفقرة الثانية من المادة (1216_1) على "في حالة عدم وجود ذلك (أي عند انعدام الموافقة) يلتزم المحيل على سبيل التضامن بتنفيذ العقد، ما لم يوجد شرط مخالف"⁽²⁾، ومن هنا يتضح من النص أن طبيعة العلاقة بين المحال له والمحيل عن ضمان الأخير تنفيذ الاول التزامات العقد المحال به قبل المحال عليه في حالة عدم الموافقة على إبراء ذمة المحيل، تجعله في مركز المدين الأصلي المتضامن مع المحال له بتنفيذ جميع الالتزامات التي رتبها العقد الأصلي (العقد المحال به) لمصلحة المحال عليه، وهذا ما يطلق عليه بالتضامن السلبي، والذي نستنتجه من عبارات النص الفرنسي بقوله "يلتزم بتنفيذ العقد على سبيل التضامن" فالمحيل عندما يبقى ملتزماً بتنفيذ العقد، لا يكون في مركز الكفيل أو المدين الاحتياطي، إذ أن النص لم يقل أن المحيل يضمن تنفيذ التزامات المحال له، وإنما قال يلتزم المحيل على سبيل التضامن بتنفيذ العقد، فهو إذن في مركز المدين الاصيل المتضامن، ولا شك أن اعتبار المحيل مدين أصيل متضامن مع المحال له من أجل استيفاء المحال عليه الحقوق المقررة لمصلحته، يحقق حماية كبيرة لهذا الأخير فهو بمثابة تأمين ليتجنب بذلك ضياع حقه، إذ يعد التضامن بين المدينين أقوى ضرب من ضروب التامينات الشخصية، فيستطيع المحال عليه أن يطالب أيّاً من المحال له أو المحيل بتنفيذ كل التزامات العقد، دون أن يملك الأخير حق الدفع بالتجريد أو التقسيم، كما له مطالبتها معاً، وبهذا تقضي المادة (1216_3) من القانون المدني العراقي "إذا كان المدينون متضامنين فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم وأن يطالبهم به مجتمعين ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين"⁽³⁾، على أننا نتساءل عن الفائدة التي يمكن أن تعود على المحيل، من وجوده في العقد كمدين أصلي متضامن، إذا ما لجأ المحال عليه إلى عدم إبراء ذمته؟ إذ أن ما يجب التفتن إليه هو أن المركز العقدي للمحيل قبل الموافقة الأولى لا يستمر نفسه بعد الموافقة على الحوالة المرفقة بالتحفظ على عدم إبراء هذا الأخير، والسبب في ذلك هو أن مركز المحيل الذي كان له قبل موافقة المحال عليه، والذي كان يجعله مدين

(1) للمزيد من التفاصيل حول حيثيات الدعوى أنظر،

Cass. 27 mai 2021, Cour de cassation Pourvoi, n° 19-19.529. disponible sur le site,

<https://www.courdecassation.fr/decision/60af35f510a3048b8b576615>, last visit at (2022_8_25)

(2) Art.1_1216.(... A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat)

نقلاً د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، مكتبة المنتدى، بغداد، ٢٠١٧، ص ٥٢.

(3) تقابلها المادة (285_1) مدني مصري والمادة (١٣١٣) مدني فرنسي

أصيل، تم حوالاته إلى المحال له بعد هذه الموافقة، فكيف نوفق بين حوالة هذا الصفة (ملتزم أصلي) إلى المحال له وبقاء المحيل ملتزم بهذا الوصف؟

كما أن حوالة العقد ليس غايتها منح امتياز لصالح المحال عليه بإبقاء المحيل مديناً أصلياً كالمحال له، فكل هدف حوالة العقد هو أن يحل هذا الأخير محل المحيل في مركزه العقدي بما ينتج عنه من حقوق والتزامات.

وبذلك كان الأجدر على المشرع المدني الفرنسي أن يقول أن المحيل يلتزم كمدین احتياطي، في حال أبقاء المحال عليه ملتزم بتنفيذ العقد، لا يتم الرجوع عليه إلا في حال عدم تنفيذ المحال له لالتزاماته تجاه المحال عليه.

على أن هذه القاعدة مكملّة لارادة الافراد، فلا يوجد ما يمنع من الاتفاق على إبراء المحيل بصورة تلقائية، أو بدون تحفظ من المحال عليه على قبول المحال له، فتبرئ ذمة المحيل بمجرد قبول الحوالة ذاتها، لهذا جاء في النص الجملة التالية: "مالم يوجد شرط مخالف" (sauf clause contraire) ولا شك أن للمحيل مصلحة في أن يضمن العقد شرط بإبعاد التضامن بين المحيل والمحال له⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن النص الفرنسي لم يبين اللحظة التي يتم عندها إعطاء موافقة المحال عليه عن إبراء ذمة المحيل، ومن هنا يتبادر إلى أذهاننا التساؤل التالي، هل من الممكن للمحال عليه أن يعطي موافقته مسبقاً على إبراء ذمة المحيل بشأن الديون الناشئة عن العقد المحال به، على غرار موافقته على الحوالة ذاتها؟ للإجابة عن هذا التساؤل نجد أنه لا يوجد ثمة ما يمنع إعطاء الموافقة قبل أو بعد إبرام الحوالة، إلا أن للمحال عليه مصلحة محققة في إعطاء موافقته مسبقاً عن بعض الصفات المنتظرة في المحال له.

وقصارى القول لمسبق نجد أن القانون المدني الفرنسي قد قطع الخلاف الفقهي والقضائي السابق على تعديله بمرسوم سنة 2016 وأشار بوضوح إلى، إذا لم يوافق المحال عليه على إبراء ذمة المحيل صراحة، فإن المحيل يبقى مسؤول عن تنفيذ العقد بالتضامن مع المحال له، مالم يوجد اتفاق يقضي بإبراء ذمة هذا الأخير، لكن إذا كان هذا الوضع في القانون الفرنسي، فما هو موقف القانون العراقي والمصري؟

أن الحديث عن حوالة العقد في القانون المدني المصري والعراقي يتركز أساساً حول حوالة عقد الإيجار وأن كان هناك اختلاف، إذ أن الفقه يتمسك بإهداب حوالة الحق وحوالة الدين بصدد حوالة العقد إلا أنه يكشف بوضوح عن الطبيعة الحقيقية لحوالة العقد كما مرتوضيحه.

(1) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, op.cit, n° 865.

فقد ذهب اتجاه في الفقه إلى القول أن المستأجر (المحيل) يبقى ملتزماً أصلياً بالإضافة إلى التزام المحال له في مواجهة المؤجر (المحال عليه) مادام أن المؤجر لم يقبل حوالة دين المستأجر الأصلي إلى المحال له⁽¹⁾، وحجة هذا الرأي مستفادة من المادة (٥٩٥) من القانون المدني المصري والتي تنص على "في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته" تقابلها المادة (٧٧٧) مدني عراقي، إذ يرى "أن عبارة يبقى ضامناً تنفيذ هذه الالتزامات، تشعر بأنه لا تجعل الحوالة منشئة التزاماً جديداً في ذمة المستأجر (المحيل) قبل المؤجر، وإنما يقتصر على أن يبقى التزامه الأصلي إزاء المؤجر (المحال عليه) إلى جانب التزام المحال له نحوه أيضاً"⁽²⁾

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن الحوالة وحدها كافية لحلول المحال له محل المستأجر (المحيل) في جميع الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقد الإيجار، دون حاجة لقبول المؤجر صراحةً، إذ يفترض القانون قبول هذا الأخير ضمناً منذ إبرام عقد الإيجار، طالما لم يدرج فيه الشرط المانع، فتبرأ ذمة المحيل من الالتزامات، لكن يبقى ضامناً للمحال له في تنفيذ التزاماته⁽³⁾، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في أساس هذا الضمان، فهل يستمد هذا الضمان أحكامه من الحوالة، أم من أحكام الكفالة، أم من أحكام ضمان عقد البيع أو الإيجار طالما حوالة الإيجار هو تصرف في حق الإيجار يقوم به المستأجر المحيل لصالح المحال له؟

فقد ذهب جانب من هذا الفقه إلى القول أن المؤجر المحال عليه بعد أن كان له مدين واحد (المستأجر الأصلي) أصبح له بعد الحوالة مدينان هما المحال له والمستأجر المحيل، على أن المدين الأصلي هو المحال له، أما المستأجر فهو لا يلتزم إلا على أساس أنه كفيل لهذا الأخير في تنفيذ التزاماته، على أن التزام المستأجر المحيل باعتباره ضامناً للمحال له في تنفيذ التزاماته لا يستمر إلا إلى الوقت الذي يوافق فيه المؤجر على الحوالة، فإذا وافق المؤجر على حوالة عقد الإيجار سقط عن المستأجر الضمان⁽⁴⁾.

وذهب البعض الآخر من هذا الفقه إلى أن ضمان المستأجر يستمد فكرته من الضمان في عقد البيع، فمثال المستأجر المحيل هنا كمثال المؤجر البائع في ضمانه للتعرض والاستحقاق والعيوب

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد الإيجار، بدون مكان نشر، 1993، ص ٦٧٢.

(2) د. سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص ٦٧٤.

(3) د. عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص ٧١٤ وما بعدها. د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص ٤٣٨. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008، ص ٢٨١. د. رمضان ابو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٩٢٧. د. محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني المصري وقانون إيجار الاماكن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢١٣. د. مصطفى عبد الجواد، د. جمال عبد الرحمن، عقد الإيجار في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٤٠٥. مضر مزهر المطلق، الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار في كل من القانون الأردني والمصري والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٩٣، ص ٧٧.

(4) د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

الخفية، فالمستأجر وكذلك البائع قد نقل حقه إلى الغير ولكن ذمته لم تبرا بعد وإنما تبقى شاغرة بالتزام معين هو الالتزام بالضمان⁽¹⁾

بينما ذهب الغالبية من هذا الفقه إلى القول أن المستأجر المحيل يبقى ضامن للمحال له قبل قبول المؤجر (المحال عليه) صراحة أو ضمناً للحالة، والمستأجر لا يكون ضامناً للمحال له إلا إذا كان هذا الأخير مديناً أصلياً للمؤجر، ومعنى ذلك أن المحال له يصبح هو المدين الأصلي للمؤجر (المحال عليه) قبل قبول هذا الأخير للحالة أما المستأجر المحيل فيكون في هذه الحالة في موقف يشبه الكفيل وليس كفيلاً للمحال له وإنما هو ضامن للمحال له، وقد رسم القانون حدود هذا الضمان، فإذا طالب المؤجر المحال له بتنفيذ الالتزامات التي إنتقلت إلى ذمته ووجده معسراً رجع بالضمان على المستأجر المحيل، وهو برجوعة على هذا الأخير بالضمان لا يرجع بذات الالتزام الذي كان في ذمته بموجب عقد الإيجار، إذ أن هذا الالتزام يكون قد إنتقل نهائياً بالحالة إلى ذمة المحال له، وإنما يرجع بالتزام جديد لم ينشأ من عقد الإيجار الأصلي بل من عقد الحالة⁽²⁾

ويبدولنا سلامة الرأي الأخير وصحة منطقته، إذ لا يمكن اعتبار التزام المستأجر المحيل بالضمان استمراراً لالتزاماته الناتجة عن عقد الإيجار، فهذه الالتزامات انقضت بحالة عقد الإيجار، وهذا يعني لا يمكن اعتباره مديناً أصلياً كما يذهب البعض، طالما كانت موافقة المؤجر المحال عليه على الحالة أمر مفروغ منه وقد افترض القانون صدورها منه منذ إبرام عقد الإيجار مادام لم يدرج في هذا العقد الأخير الشرط المانع، كما لا يمكن اعتبار المحيل في مركز البائع الضامن الذي يضمن التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، إذ يرد على هذا الرأي الأخير بأن التزام الضمان الذي يلتزم به البائع لصالح المشتري ينشأ من نفس عقد البيع الأصلي لصالح الطرف الآخر فيه ولضمان إفادته من محل العقد، بينما الأمر ليس كذلك في التزام المستأجر (المحيل) بضمان تنفيذ التزامات المحال له، ذلك لأنه التزام المحيل ليس محله ضمان إفادة طرف آخر من محل العقد كما في عقد البيع بل ضمان تنفيذ الالتزامات المنتقلة إلى الطرف الآخر في الحالة لمصلحة المؤجر، فالبائع يعتبر مديناً أصلياً بالالتزام بضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق، بينما المستأجر (المحيل) في حالة عقد الإيجار يعتبر مديناً احتياطياً، وخير دليل عبارات نص المادة (٧٧٧) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها المادة (٥٩٥) مدني مصري ".... يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته".

كذلك لا نسلم بما يراه البعض من أن المقصود بالضمان هو أن يكون المحيل كفيل لتنفيذ التزامات المحال له التي انتقلت بالحالة، إذ نرى أن الاقرب للصحة ما يذهب إليه البعض الآخر من

(1) د. رمضان ابو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٩٢٩ وما بعدها

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص ٧١٧ وما بعدها. مضر مضر المطلق، المرجع السابق، ص ٧٧.

التزام المستأجر المحيل يعتبر ضمان من نوع خاص يختلف عن الكفالة فهو لم ينشأ باتفاق بين الكفيل والدائن، كما يختلف عنها في أسباب الإنقضاء، فضمان المستأجر المحيل ينقضي بقبول المؤجر حوالة عقد الإيجار، لذلك الأصح أن يقال أن التزام المستأجر هو ضمان من نوع خاص، ويكون المرجع في تحديد أحكامه هو ما رسمه القانون من حدود⁽¹⁾.

وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن حوالة عقد الإيجار ترتب كافة آثارها بمجرد انعقادها دون انتظار إقرار أو قبول من جانب المحال عليه، لأن هذا الأخير لم يشترط عدم انتقال العقد إلى الغير في العقد الأصلي، وهو ما يتفق مع طابع السرعة في المعاملات في الوقت الحاضر، إلا أن المشرع المدني العراقي أو المصري أراد أن لا يحرم المؤجر (المحال عليه) من تأمين تكميلي، فجعل المستأجر (المحيل) كمدین احتياطي ضامناً للمحال له في تنفيذ التزاماته، وبقى هذا الضمان مقترناً بالموافقة الضمنية الصادرة قبل الحوالة، حتى إذا صدر من المؤجر موافقة لاحقة للحوالة فأن ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمان، مالم يجر أي تحفظ في مواجهة المحيل، فيكون هذا التحفظ حينئذ مسقطاً عن الموافقة وظيفتها الإبرائية تاركاً لها فقط وظيفة الإنشاء.

وقبل أن نغادر مسألة علاقة المحيل بالمحال عليه لابد من الإشارة أخيراً إلى أن القانون المدني الفرنسي في المادة (١٢١٦-٣) نص بوضوح على "إذا تم إبراء المحيل يبقى شركائه في الدين المتضامنين ملتزمين بعد خصم حصته من الدين"⁽²⁾، إذ يتضح من هذا النص أن الأمر يتعلق هنا بالفرضية التي يتم فيها إبرام العقد الأصلي مع عدة أشخاص ملتزمين بتنفيذ العقد على سبيل التضامن، وأراد أحد الأطراف المتعاقدة أن يحيل مركزه العقدي إلى الغير، فماذا سيكون مصير المدينين الآخرين الملتزمين على سبيل التضامن بتنفيذ العقد؟

للإجابة عن التساؤل أعلاه نجد يجب التمييز مرة أخرى بين ما إذا كان المحال عليه قد ابرأ ذمة المحيل أم لا: فإذا وافق المحال عليه على إبراء ذمة المحيل صراحة يظل شركائه المدينين ملتزمين بعد خصم حصته في الدين (المادة ١٢١٦-٣) مدني فرنسي.

أما إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل يظل المدينين المتضامنين مسؤولين عن كامل الدين، وهذا ما يمكن استنتاجه من المفهوم المخالف لعبارة نص المادة (3_1216) سابق الإشارة إليها.

المطلب الثاني: علاقة المحال له والمحال عليه

بداية أن الاثر الرئيسي لحالة العقد، هو حلول المحال له محل المحيل في العلاقة العقدية القائمة بين هذا الأخير والمحال عليه، وبذلك يترتب عليها انتقال الحقوق والالتزامات إلى المحال له بكافة

(1) قرب د. عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص ٧١٨. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص ٢٨٢. مضر مزهر المطلق، المرجع السابق، ص ٧٧.

(2) Art. 3_1216. (... Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette)

مقوماتها وأوصافها ودفعها وتوابعها، كالحقوق الملازمة لصفة الطرف، إذ يستطيع المحال له دون غيره مباشرة هذه الحقوق أو الصلاحيات العقدية (الحقوق الترخيصية)، والتي تتمثل في فسخ العقد، ومباشرة خيار القبول، وحالة العقد، والاحتجاج بالشرط الفاسخ، ومباشرة خيار تحديد الثمن من جانب واحد، والمطالبة بإعادة التفاوض في حالة وجود ظروف طارئة⁽¹⁾، ومن جانب آخر يجب عليه الالتزام بتنفيذ التزامات العقد بحسن نية، ويلتزم نحو المحال عليه بنفس الالتزامات التي كان يلتزم بها المحيل، فيدفع مثلاً في حوالة عقد الإيجار نفس الأجرة في ذات المواعيد، ويستعمل العين المؤجرة في ذات الغرض، ويلتزم بردها عند نهاية عقد الإيجار الأصلي إذا كانت مدة الحوالة تستغرق مدة عقد الإيجار الأصلي⁽²⁾.

كما يلتزم المحال عليه قبل المحال له بتنفيذ ذات الالتزامات التي كان ملتزماً بها تجاه المحيل بموجب العقد الأصلي دون أن يتعدها، ذلك أن العقد الأصلي المحال به يشكل في الأساس محلاً لعقد الحوالة وبذلك لا يستطيع المحال له أن يطالب المحال عليه بأي حق ما كان ملتزماً بتنفيذه بمقتضى العقد الأصلي⁽³⁾.

صفوة القول، أن أبرز معالم هذه العلاقة تظهر من خلال الدفع التي يستطيع المحال له و المحال عليه التمسك بها (الفرع الأول) والتأمينات التي يمكن أن تنتقل إلى المحال له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمسك بالدفع

بمجرد إجراء الحوالة، يكون لكل من المحال عليه والمحال له دفع قابل للتمسك بها بشكل متبادل بينهما.

وقد ميز الفقه في معالجة هذه الدفع بين الدفع المستمدة من عقد الحوالة (أي من عقد حوالة العقد) وتلك الناتجة من العقد المحال به، فبالنسبة للدفع الناتجة من عقد الحوالة، فقد ذهب جانباً من الفقه إلى القول أن المحال له يستطيع أن يحتج في مواجهة المحال عليه، بالدفع الناشئة من عقد الحوالة على عكس هذا الأخير، الذي ليس بإمكانه الاحتجاج تجاه المحال له سوى بالدفع التي يتم التمسك بها من قبل كل ذي مصلحة، والعلة في ذلك لدى هذا الرأي هو اعتبار المحال له طرفاً في عقد الحوالة خلافاً للمحال عليه⁽⁴⁾.

(1) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, op.cit, n° 864.

(2) د.علي الجاسم، أمل شربا، المرجع السابق، ص 264. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، ص ٧٢٧، هامش رقم ٢.

(3) مهند فوزي عمران، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(4) Charles Iapp, op.cit, p. 122, et p. 128.

Charles Vilar, op.cit, p. 248 et suiv.=

بينما ذهب رأي آخر مخالف إلى القول عند موافقة المحال عليه على حالة العقد، يكون بإمكان المحال له والمحال عليه وفقاً لمبادئ العقود وتنفيذها أن يحتج كل منهما في مواجهة الآخر بجميع الدفع المرتبطة بعقد الحوالة⁽¹⁾، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه في إطار حالة عقد الإيجار بقوله يجوز للمؤجر المحال عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، ومن ثم يجوز للمحال عليه أن يدفع رجوع المحال له بأن عقد الحوالة باطل أو بأن هذا العقد غير سار في حقه لأنه أخل بشرط مانع في عقد الإيجار الأصلي⁽²⁾.

ويبدو لنا أن الرأي الأخير أقرب للصحة ذلك لأن حالة العقد وكما أسلفنا، عملية قانونية ثلاثية الأشخاص، يشترط لتكوينها بالإضافة إلى موافقة المحال له والمحيل موافقة المحال عليه، ومن ثم يكون بإمكان المحال عليه والمحال له باعتبارهما طرفين، أن يتمسكا بشكل متبادل بالدفع المستمدة من عقد الحوالة.

أما بالنسبة للدفع المستمدة من العقد الأصلي المحال به، فقد ذهب الفقه في شأنها بالتمييز بين الدفع الناشئة وقت تكوين العقد الأصلي، وبين الدفع التنفيذية.

فمن جانب الدفع الناشئة وقت تكوين العقد الأصلي، فإن ثمة جانب من الفقه ذهب في قوله إلى أن العقد الأصلي المحال به قد يصيبه في وقت تكوينه عيوب، كالإكراه أو الغلط أو الغبن مع التغير أو نقص في الأهلية، تجعل مصير هذا العقد الإبطال في مواجهة المحيل، إذا كان الذي تعيبت إرادته هو المحال عليه، أو تجاه هذا الأخير إذا كان المحيل هو من عيبت إرادته، فإذا كان المحيل هو الذي وقع في العيب فإن المحال له الذي حل محل المحيل يستطيع أن يحتج في مواجهة المحال عليه بالدفع الناشئة من عيوب تقرر فاعليتها لفائدة المحيل، كذلك الحال بالنسبة للمحال عليه فإذا كان هو الذي تعيبت إرادته فإن لهذا الأخير أن يحتج في مواجهة المحال له بالدفع التي كانت قد نشأت لفائدته وقت تكوين العقد الأصلي قبل متعاقده المحيل⁽³⁾.

= ويقول Laurent Aynès، قريباً من هذا الإتجاه أنه في الروابط الداخلية بين المحيل والمحال له، يولد عقد الحوالة كأي عقد ناقل آخر، التزاماً بالضمان يثيره المحال له عند بطلان الحوالة أو فسخها في مواجهة المحيل المتسبب في ذلك، ولكن ليس لهذه العلة تأثير على حقوق والتزامات المحال له في مواجهة المحال عليه. ويثير Laurent Aynès رأيه، قراراً للغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية،

Cass. civ, 3.mai. 1977, Bull.civ, III, n° 195, G.P, 1978.10.1, 1978, p. 7

قررت فيه هذه المحكمة أنه لا تأثير للبطلان، الذي لحق عقد حوالة محله عقد الإيجار، على عملية إنهاء هذا العقد في مواجهة المحال له. واستفاد Laurent Aynès أن هذا القرار يؤيد استقلالية عقد الحوالة عن الرابطة القانونية التي تربط المحال له بالمحال عليه. أنظر،

Laurent Aynès, op cit, p. 99.

(1) جاك غستان، كريستوف جامان، مارك بيو، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص ٨٦٨. أنظر كذلك، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص ٢٢٦: مضر مزهر المطلق، المرجع السابق، ص ٦٦.

(3) Christian Larroumet, op.cit, p. 307 Charles lapp, op.cit, p. 120 et suiv.

Charles Vilar, op.cit, p. 246 et suiv.

وإلى جانب ما تقدم نجد رأياً في الفقه، قد تطرق في شأن الدفع التكوينية إلى الدفع التي يستطيع المحال عليه التمسك بها قبل المحال له دون الدفع التي بإمكان هذا الأخير الاحتجاج بها في وجه المحال عليه، فذهب بقوله إلى أنه يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها تجاه المحيل، فيجوز للمحال عليه أن يحتج على المحال له بأن العقد الأصلي المحال به ذاته قابل للفسخ ويطلب فسخه أو بأطل أو قابل للإبطال ويطلب إبطاله⁽¹⁾. ونحن نرى في شأن هذه الدفع أنه لا بد من التمييز بين الدفع التكوينية الملازمة للعقد المحال به وبين الدفع الشخصية للمحيل وتفصيل ذلك نبينه في موضع آخر⁽²⁾.

أما بالنسبة للدفع التنفيذية، فنجد أن ثمة رأي في الفقه يذهب في قوله إلى أنه بمجرد موافقة المحال عليه على الحوالة، تنشأ علاقة مباشرة بين المحال عليه والمحال له يكون بمقتضاها لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليهما عقب الحوالة، وكل أخلا بتنفيد هذه الالتزامات يصدر من أحدهما، يرتب دفعاً لصالح الطرف الآخر، أما بالنسبة للإخلال بالالتزامات التعاقدية الناتجة قبل حوالة العقد والصادرة من المحيل، لا تنشأ دفعاً لصالح المحال عليه قبل المحال له⁽³⁾، وهذا ما أكدته البعض في إطار حوالة عقد الإيجار، بقوله "لا يرجع المؤجر على المحال له بالدعوى المباشرة إلا بما ترتب من التزامات بعد الحوالة، فلا يرجع عليه بالإجرة التي استحققت في ذمة المستأجر المحيل قبل الحوالة"⁽⁴⁾.

ويبدو لنا أن الرأي أعلاه قد جانب الصواب، إذ أن المحال له يخلف المحيل في مركزه العقدي فيصبح بذلك المحال له هو المتعاقد المباشر للمحال عليه، فيكون المبدأ إذن أن الإخلال بالالتزامات التعاقدية الذي يرتكبه المحال له بعد الحوالة وحدها التي تمنح المحال عليه دفعاً يتمسك بها تجاه المحال له، وبذلك لا يكون هذا الأخير مسؤولاً عن الالتزامات الناشئة قبل الحوالة، فمثلاً لو أن المؤجر قام ببيع المأجور إلى الغير فإن المستأجر المحال عليه لا يجوز له أن يتمسك قبل المؤجر الجديد المحال له بعدم القيام بالإصلاحات والترميمات الضرورية المنسوبة إلى المحيل (المؤجر الأصلي) ما لم يستمر الإخلال بهذا الالتزام من قبل المحال له⁽⁵⁾.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها، كذلك في إطار حوالة عقد الإيجار أنظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص ٧٢٦. مضر مزهر المطلق، المرجع السابق، ص ٧٩.

(2) أنظر

(3) Charles Vilar, op.cit, p. 249.

Charles Vilar, op.cit, p. 123.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، المرجع السابق، ص ٧٢٨، هامش رقم ١.

(5) تنص المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي (١) - على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه. 2- إذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة أو أن يقوم بالترميم بإذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف

وفي الحقيقة أن المشرع الفرنسي قد حسم الخلاف الفقهي السابق، ونص في المادة (٢١٦-٢) من القانون المدني الفرنسي على "يجوز للمحال له أن يحتج قبل المحال عليه بالدفع الملازمة لدين، كالبطلان، والدفع بعدم التنفيذ، والفسخ أو مقاصة الديون المترابطة، ولا يجوز له الاحتجاج قبله بالدفع الخاصة بالمحيل. يمكن للمحال عليه أن يحتج قبل المحال له بجميع الدفع التي كان له الاحتجاج بها قبل المحيل"⁽¹⁾، إذ يلاحظ أن النص ميز بين الدفع التي يستطيع المحال له أن يتمسك بها في مواجهة المحال عليه، وبين الدفع التي يستطيع هذا الأخير التمسك بها قبل المحال له.

فبالنسبة للدفع التي يستطيع المحال له أن يتمسك بها تجاه المحال عليه، نجد أن النص ميز بين الدفع المرتبطة بالدين ذاته، كالبطلان والدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، ومقاصة الديون المترابطة، وبين الدفع الشخصية للمحيل، وأجاز للمحال له التمسك بالدفع الأولى دون الثانية، وهذا يعني أن المحال له يستطيع أن يتمسك في مواجهة المحال عليه بكل الدفع التي تولدت عن العلاقة القانونية بين المحيل والمحال عليه، منذ نشأة العلاقة وحتى وقت انعقاد حوالة العقد والتي كان المحيل سيعتصم بها لو لم تتم الحوالة، طالما أن هذه الدفع ملازمة للدين المحال به، لا بشخص هذا المحيل، فله أن يدفع تجاه المحال عليه بكل ما كان ليبرر للمحيل رفض الوفاء بالدين، كبطلان العقد لمخالفة محله للقانون أو للنظام العام أو الآداب⁽²⁾، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبي⁽³⁾، أو بعدم تنفيذ المحال عليه لما هو ملتزم به⁽⁴⁾، كما يستطيع أن يدفع مطالبة المحال عليه بالمقاصة المرتبطة بالدين، أي بانقضاء حق هذا الأخير بالمقاصة بينه وبين دين نشأ على عاتق المحال له للمحال عليه، بينما لا يستطيع المحال له بداهة أن يدفع مطالبة المحال عليه بانقضاء حق هذا الأخير بالمقاصة بينه وبين دين نشأ على عاتق هذا المحال عليه للمحيل، لانتهاء التقابل بين الدينين، مادام أن حوالة العقد سترتب عليها براءة ذمة المحيل، إضافة إلى ذلك أن القول بخلاف ذلك سيجعل المحال له يبرأ من التزامه تجاه المحال عليه على حساب المحيل، إذ أن ذمة هذا الأخير لم تبرأ تجاه المحال عليه إلا بمقابل الحوالة، وبذلك تعتبر المقاصة بين دين المحيل الذي في ذمة المحال عليه ودين هذا الأخير في ذمة الأول

(1) Art. 1216-2. (Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de 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)

(2) تنص المادة (١٣٠-١) من القانون المدني العراقي على "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً"

(3) تنص المادة (١٢٧-١) من القانون المدني العراقي على "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً إستحالة مطلقة كان العقد باطلاً"

(4) تنص المادة (١٢٧-١) من القانون المدني العراقي على "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته."

من الدفوع الشخصية التي لا يجوز للمحال له أن يتمسك بها ليدفع مطالبة المحال عليه له بتنفيذ الالتزام.

على أن النص الفرنسي جاء ببعض الأمثلة للدفوع الملائمة للدين ولم يأتي بأي مثال على الدفع الشخصي للمحيل، ومن ناحية أخرى لا يوجد ثمة تعريف جامع لمضمون الدفوع الشخصية، ومن هنا يتبادر للذهن تساؤل مفاده: ماهي الدفوع الشخصية التي لا يستطيع المحال له التمسك بها في مواجهة المحال عليه؟

يذهب جانباً من الفقه وهو ما نؤيده في هذا الصدد إلى القول تعتبر من الدفوع الشخصية للمحيل، التي لا يستطيع المحال له أن يتمسك بها في مواجهة المحال عليه نقص أهلية المحيل، والعيوب التي شابت رضاه في علاقته القانونية مع المحال عليه كالإكراه والغلط والتدليس، فالمحال له شخص مختلف بطبيعة الحال عن المحيل، وبالتالي لا تعتبر شخصية الأول امتداد لشخص المحيل⁽¹⁾، على أن المحال له يستطيع أن يتمسك في مواجهة المحال عليه بالدفوع الخاصة بشخصه هو، ويمكن أن نستنتج ذلك من مخالفة عبارات النص الفرنسي التالي "ولا يجوز له الاحتجاج قبله بالدفوع الخاصة بالمحيل"، أي أن المحال له يستطيع التمسك بالدفوع الخاصة به هو، ومن ثم يستطيع مثلاً، أن يتمسك بالمقاصة كما أسلفنا بين دين له في ذمة المحال عليه وبين دين هذا الأخير في ذمة الأول.

أما بالنسبة للدفوع التي يستطيع المحال عليه التمسك بها قبل المحال له، فيبين النص أن المحال عليه يمكنه أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفوع التي يمكنه الاحتجاج بها في وجه المحيل، ويبدو ذلك منطقياً ويتم تفسيره من خلال النظر، إلى طبيعة حوالة العقد وغايتها⁽²⁾، فلما كان المحال له يحل محل المحيل في العقد ويستفيد من تأميناته وملحقاته، فمن العدل أن يتحمل الدفوع التي كان باستطاعة المحال عليه الاحتجاج بها في مواجهة المحيل، وبذلك يستطيع المحال عليه التمسك بالدفوع التي ترجع إلى انقضاء الحق، وبطلان العقد أو انفساخه.

وبشأن الدفوع الشخصية، فقد استثنى بعض الفقه إمكانية المحال عليه التمسك ببعض الدفوع الشخصية، مثل الدفع بالمقاصة الذي كان يستطيع التمسك به قبل المحيل، وبذلك نجد كان الاجدر على المشرع المدني الفرنسي، أن يقول يستطيع المحال عليه التمسك بالدفوع الناشئة عن العقد، دون الدفوع التي تستند إلى روابط أخرى مع المحيل، مالم يحتفظ بها صراحة وقت موافقته على الحوالة.

(1) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, op.cit, n° 864.

_Gaël Chantepie, Mathias Latina, La Réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, coll, 2016, p. 523.

(2) Julie Colliot, op.cit, p. 52

الفرع الثاني: التأمينات

يرتبط مصير الضمانات التي تضمن دين المحيل بإبراء ذمة هذا الأخير، إذ يجب التمييز بصدد انتقال هذه التأمينات مع الدين المحال به إلى المحال له بين فرضيتين مختلفتين، الأولى: تتمثل في حالة عدم إبراء ذمة المحيل، فأن التأمينات تبقى قائمة (الرهن، الكفالة، الامتياز...) لا تسقط طالما أن المحيل المضمون دينه بها يبقى مسؤول عن تنفيذ العقد إلى جانب المحال له⁽¹⁾، وبذلك نصت المادة (١٢١٦_٣) من القانون المدني الفرنسي بقولها "تبقى التأمينات التي تكون قد عقدت قائمة إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل..."⁽²⁾ ويلاحظ على هذا النص أنه لم يبين ماهي الضمانات التي تبقى ضامنة لدين المحيل هل هي الضمانات المقدمة من قبل المحيل أم المقدمة من الغير، كما لم يبين ما إذا كانت هذه التأمينات عينية أو شخصية، وبذلك نستجد أن المشرع الفرنسي قصد في حال عدم إبراء ذمة المحيل إبقاء التأمينات التي تضمن دين هذا الأخير بصورة عامة سواء كانت مقدمة من قبله أو من قبل الغير وسواء كانت شخصية أو عينية، ويلاحظ أن الأمر هنا يتعلق بالتطبيق التقليدي لقاعدة الأثر التبعي، وهي الحفاظ على الضمان عند الحفاظ على الالتزام الرئيسي، إذ لا يبرز في هذه الحالة الطابع الناقل للحوالة بصورة كاملة⁽³⁾.

كما يلاحظ أن النص مال كما هو واضح لصالح المحال عليه، ذلك أن الموافقة على الحوالة ذاتها يختلف عن الموافقة على إبراء ذمة المحيل، وبذلك فإن بقاء التأمينات يمكن أن يشجع بدوره المحال عليه للموافقة من جانبه على الحوالة، خاصة وأنه يعلم بوجود ضمانات لصالحه تتمثل في بقاء المحيل وتأميناته⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للفرضية الثانية، والتي تتمثل في إبراء ذمة المحيل، فقد نصت المادة (١٢١٦_٣) من القانون المدني الفرنسي على "... في غير هذه الحالة لا تبقى التأمينات التي قدمها الغير إلا بموافقته"⁽⁵⁾، إذ يلاحظ أن النص يشير بوضوح إلى أن التأمينات التي تم تقديمها من غير المحيل لا تنتقل مع العقد المحال به إلى المحال له في حالة موافقة المحال عليه على إبراء ذمة المحيل، إلا بموافقة هذا الغير، وبالتالي قد تبدو حوالة العقد في مثل هذه الحالة ضارة بالمحال عليه، خاصة وأن التأمينات ذات طابع تبعي، فعلى سبيل المثال لن يكون الكفيل الذي يضمن التزامات المحيل لصالح المحال عليه مسؤولاً عن تلك التي سيتم إحالتها للمحال له، على أن لهذا الحكم ما يبرره بحكم غلبة طابع الاعتبار

(1) Charles Vilar, op.cit, p. 248.

(2) Art. 1216-3.-(Si le cédant n'est pas libéré par le cédé. les sûretés qui ont pu être consenties subsistent...)

(3) Julie Colliot, op.cit, p. 54.

(4) Agnès Kwiatkowski, la cession de contrat, étude de droit Français À la lumière du droit anglais, Thèse délivrée par L'Université de Lille, Paris, 2020, p. 282.

(5) Art. 3_1216.(...Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord)

الشخصي للكفالة، إضافة إلى ذلك أن الاعتراف ببقاء التأمين الممنوح من قبل الغير دون موافقته سيكون مخالفاً للقوة الملزمة للعقود، وبذلك يبدو أن النص أعلاه يأخذ في الاعتبار مصالح الغير الذي لم يوافق على انتقال هذه التأمينات، على أن ليس هناك ما يمنع المحال عليه من جعل موافقته على إبراء ذمة المحيل مشروطة بتقديم تأمينات جديدة⁽¹⁾.

ويلاحظ على النص أعلاه أنه لم يبين مصير التأمينات التي قد يتم منحها من قبل المحيل لضمان تنفيذ التزاماته، في حال وافق المحال عليه على إبراء ذمة الأول، فهل يعني ذلك اعتبار أن المحيل قد تم إعفاؤه أيضاً من التأمينات التي كان قادراً على منحها للمحال عليه في حالة إبراء ذمته على غرار عدم انتقال التأمينات التي يتم تقديمها من الغير؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول أنه إذا كان المشرع قد أوضح أن التأمينات المقدمة من الغير تزول في حالة الحوالة الكاملة للعقد، فقد أراد خلاف ذلك بالنسبة للتأمينات المقدمة من قبل المحيل، ذلك لأن بقاء العقد يرتب بدوره بقاء التأمينات⁽²⁾.

بينما ذهب رأي آخر مخالف في قوله إلى أن التأمينات المقدمة من المحيل تزول مع إبراء ذمة هذا الأخير، ذلك أن هذه التأمينات تعتبر من ملحقات التزام المحيل فلا بد من زوالها مع إبراء ذمته، وبذلك لا يوجد فرق بين التأمينات المقدمة من قبل المحيل وتلك المقدمة من الغير في حال عدم إبراء ذمة المحيل، فلا تنتقل هذه التأمينات إلا بموافقتهم⁽³⁾.

وبالنظر إلى هذا الجدل الفقهي وانعدام دقة النص، تم تعديل نص المادة (٣١٦_٣) بموجب قانون التصديق الفرنسي (رقم ٢٨٧ لسنة 2018)⁽⁴⁾، إذ تنص المادة (٩) منه على "في الجملة الثانية من الفقرة الأولى من المادة (٣١٦_٣) من القانون المدني تضاف كلمة محيل بعد كلمة بواسطة"⁽⁵⁾.

(1) Julie Colliot, op.cit, p. 54

(2) Christophe Juillet, Le sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun, RDC, juin 2017, p. 382.

Gaël Chantepie, Mathias Latina, op.cit, p. 524.

(3) Philippe Simler, « Cession de dette, cession de contrat », in Forti V. et Andreu L. (dir.), Le nouveau régime général des obligations, Dalloz, 2016, p. 99, spéc. p. 105.

نقلاً عن

julie Colliot, op. Cit, p. 55

(4) وقد ذهب البعض في شأن توضيحه لهذا القانون، إلى القول أن قانون التصديق يشمل على أحكام تفسيرية للمرسوم الفرنسي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ وأخرى معدلة له، فبالنسبة للأحكام التفسيرية فإنها تطبق على الحالات السابقة لدخول قانون ٢٠١٨ حيز التنفيذ ومن تاريخ ١٠_١_٢٠١٦، بينما لا يمكن تطبيق الأحكام الأخرى غير التفسيرية على العقود المبرمة قبل دخول قانون التصديق حيز التنفيذ. أنظر،

L'application dans le temps du nouveau droit des contrats, available on <https://www.lettredesreseaux.com/P-2706-451-A1-I->

application-dans-le-temps-du-nouveau-droit-des-contrats.html, last visit at, (2022_5_18).

(5) Art. 9. A la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1216-3 du code civil, après le mot : « par », sont insérés les mots : « le cédant ou par ».

وبذلك أصبحت المادة (١٢١٦_٣) بعد التعديل تنص على "تبقى التأمينات التي تكون قد عقدت قائمة إذا لم يبرأ المحال عليه المحيل منها، في غير هذه الحالة لا تبقى التأمينات التي قدمها المحيل أو الغير إلا بموافقتهم"⁽¹⁾.

وصفوة القول لما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها: أن مصير التأمينات المقدمة من المحيل أو من الغير ترتبط جد الارتباط بمسألة إبراء ذمة المحيل من تنفيذ التزاماته العقدية.

الخاتمة:

بعد أن انتهينا من بحث (الآثار القانونية لحالة العقد _ دراسة مقارنة) توصلنا إلى بعض النتائج والمقترحات وذلك على النحو الآتي:

أولاً- نتائج:

1. اتضح لنا أن المشرعين العراقي والمصري لم ينصا بشكل صريح على حوالة العقد كنظرية عامة تنظمها بشكل قانوني دقيق، وإنما اقتصرتا معالجتهما لها في إطار بعض العقود دون غيرها، أما المشرع الفرنسي فإنه لم ينص على حوالة العقد إلا حديثاً، أي بعد صدور المرسوم رقم (١٣١) الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦، والمتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، وذلك في المادة (١٢١٦) مدني فرنسي منه.

2. تبين أيضاً أن صفة المعاوضة تعد جوهرية أساسياً في حوالة العقد، وإن كانت الحوالة قد جرت بدون مقابل لمصلحة المحال له، ذلك لأن المحيل ما كان يحيل مركزه العقدي الناشئ من العقد دون مقابل إلا نظير التزام المحال له بتنفيذ التزامات العقد المحال به بدلاً عنه في مواجهة المحال عليه.

3. تبين لنا أن موافقة المحال عليه على حوالة العقد شرطاً ضرورياً لصحة الحوالة، إلا إنها لا تستلزم حتماً إبراء ذمة المحيل من جميع التزاماته الناشئة عن العقد المحال به، ولأجل إبراء ذمة هذا الأخير يجب أن يعرب المحال عليه عن موافقة ثانية صريحة مختلفة عن الموافقة الأولى يكون هدفها هذه المرة هو إخلاء سبيل المحيل.

4. كما تبين لنا أن عدم موافقة المحال عليه على إبراء ذمة المحيل من الالتزامات الناشئة عن العقد المحال به، تجعل هذا الأخير في مركز المدين الاحتياطي لا يتم الرجوع عليه إلا في حال عدم تنفيذ المحال له لالتزاماته تجاه المحال عليه.

5. يمكن للمحال له أن يتمسك قبل المحال عليه بالدفع الملازمة للعقد المحال به ولا يمكن له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص المحيل، على أنه يستطيع أن يتمسك في مواجهة المحال عليه بالدفع الخاصة بشخصه هو. كما يستطيع المحال عليه التمسك قبل المحال له بالدفع الناشئة

(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

عن العقد المحال به، دون الدفع التي تستند إلى روابط أخرى مع المحيل، مالم يحتفظ بها صراحة وقت موافقته على الحوالة.

6_ تبين أخيراً أن التأمينات الضامنة للعقد المحال به تبقى إذا لم يبرأ المحال عليه ذمة المحيل من تنفيذ التزاماته، أما في حالة عدم إبراء ذمة هذا الأخير لا تبقى التأمينات المقدمة من المحيل أو الغير إلا بموافقتهم.

ثانياً المقترحات:

نقترح على المشرع العراقي في أن يحذو حذو المشرع الفرنسي في نصه على حوالة العقد بنصوص تشريعية يفصل فيها الآثار التي تترتب على انعقاد هذه الحوالة، على أن تتضمن المحاور الرئيسية الآتية:

أ. نص يبين فيه مضمون العلاقة بين المحيل والمحال له، وليكن بالصيغة الآتية: "١_ يلتزم المحيل بضمان وجود العقد، وإذا اشترط التزم المحيل بضمان تنفيذ العقد من قبل المحال عليه فإنه يسأل ككفيل بالنسبة لالتزامات هذا الأخير.

يلتزم المحيل بتسليم المحال له كافة المستندات والأوراق اللازمة لإثبات العقد المحال به، أو التي تخول له ممارسة الحقوق الناشئة من العقد.

ب. يلتزم المحال له بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في حوالة العقد بالإضافة إلى الالتزامات المنصوص عليها في العقد المحال به."

ج. نص صريح يبين فيه طبيعة موافقة المحال عليه بتفكيكها إلىوظيفتين، وظيفة تجعل من هذه الموافقة قبولاً للحوالة من حيث المبدأ لا تبرأ ذمة المحيل من التزاماته الناشئة عن العقد المحال به، ووظيفة تجعل منها قبولاً ببراءة ذمة المحيل من التزاماته، وليكن بالصيغة الآتية: "

1. يصبح المحال له بموافقة المحال عليه ملتزماً بتنفيذ التزامات المحيل الناشئة عن العقد المحال به، ولا يستتبع ذلك بالضرورة إبراء ذمة المحيل إذ يجوز للمحال عليه أن يحتفظ بالمحيل كمدين احتياطي يطالبه بالتنفيذ إذا لم يقيم المحال له بتنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح.

2. إذا وافق المحال عليه على إبراء ذمة المحيل، برئ المحيل وثبت للمحال عليه حق مطالبة المحال له وحده بتنفيذ التزامات العقد المحال به."

3. نص يبين مضمون العلاقة المباشرة التي تنشأ بين المحال له والمحال عليه، وليكن بالصيغة الآتية: "١_ للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفع الناشئة عن العقد المحال به دون الدفع التي تستند إلى روابط أخرى مع المحيل، مالم يحتفظ بها صراحة وقت موافقته على الحوالة.

٢_ للمحال له أن يتمسك قبل المحال عليه بجميع الدفوع الناشئة عن العقد المحال به، وليس له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص المحيل، وإنما له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو".
ج_ نص صريح يبين فيه مصير التأمينات الضامنة لتنفيذ العقد المحال به، وليكن بالصيغة الآتية "تبقى التأمينات الضامنة للعقد المحال به إذا لم يبرأ المحال عليه ذمة المحيل من تنفيذ التزاماته، أما في غير هذه الحالة لا تبقى التأمينات المقدمة من المحيل أو الغير إلا بموافقتهم".

قائمة المراجع:

اولاً_ المراجع العربية:

- 1_ أمير احمد فتوح الحجة، آثار عقد الحوالة المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
- 2_ د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
- 3_ د. درع حماد، أحكام الالتزام، ج2، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016.
- 4_ د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 5_ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد الايجار، بدون مكان نشر، 1993.
- 6_ د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 7_ د. شفيق شحاتة، محاضرات في القانون المدني، حوالة الحق في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، 1954.
- 8_ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، دار أحياء التراث، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر.
- 9_ د. عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، دار الكتاب العربي، مصر، بدون سنة نشر.
- 10_ د. علي الجاسم، أمل شربا، القانون المدني، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
- 11_ د. محمد حسين منصور، أحكام الايجار في القانون المدني المصري وقانون إيجار الاماكن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
- 12_ د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، عقد الايجار، ط٥، دار محمود للنشر والتوزيع، 2001.



- 13_ د. مصطفى عبد الجواد، د. جمال عبد الرحمن، عقد الايجار في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 2005-2006.
- 14_ مضر مزهر المطلق، الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار في كل من القانون الاردني والمصري والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1993.
- 15_ د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني _دراسة مقارنة_، منشورات ثاراس _المكتبة العامة، اربيل، ط1، 2006.
- 16_ مهند فوزي عمران، التنازل عن المقاولة، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، 2019.
- 17_ د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، مكتبة المنتدى، بغداد، 2017.
- 18_ د. نبيل ابراهيم سعد، نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.

ثانياً_ المراجع الفرنسية:

1. Agnès Kwiatkowski, la cession de contrat, etude de droit Français À la lumiere du droit anglais, Thèse délivrée par L'Université de Lille, Paris, 2020 , p. 282.
2. Anelli franco , Cessione del contrcatto , in R.D.C , 1996 .
BienheureuxAnonyme,Cession de contrat en droit civil français, 8 décembre 2020, available on https://fr.m.wikipedia.org/wiki/Cession_de_contrat_en_droit_civil_fran%C3%A7ais#
3. Camille Baragnon, la Cession On de Contrat: Entre stabilité et incertitude, le bulletin de cheuvreux notaires, edition speciale n°5, 2017.
4. Charles lapp, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Thèse, Université de Strasbourg, 1950.
5. Charles Vilar, "La cession de contrat en droit français", thèse, dactyl, Montpellier, 1968 .
6. Christian Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse, dactyl, Bordeaux, 1968 .
7. Christophe Juillet, Le sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun, RDC, juin 2017.
8. Clément François, La Réforme du Droit des Contrats Présentée Par L'iej de paris 1, Présentation des articles 1216 à 1216-3 de la nouvelle section 4 « La cession de contrat » ,



available on <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3 /stire1/chap4 /sect4-cession-contrat/>.

9. Gaël Chantepie, Mathias Latina, La Réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, coll, 2016.
10. Julie Colliot, La cession de contrat consacrée par le Code civil, article dans une revue Juridique de l'Ouest, 2016 .
11. L'application dans le temps du nouveau droit des contrats, available on <https://www.lettredesreseaux.com/P-2706-451-A1-l-application-dans-le-temps-du-nouveau-droit-des-contrats.html>
12. Laurent Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, Paris, 1984.
13. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, 8ème éd., 2016.
14. Philippe Simler, « Cession de dette, cession de contrat », in Forti V. et Andreu L. (dir.), Le nouveau régime général des obligations, Dalloz, 2016.