

شعاع

محاضرات في القانون المدني

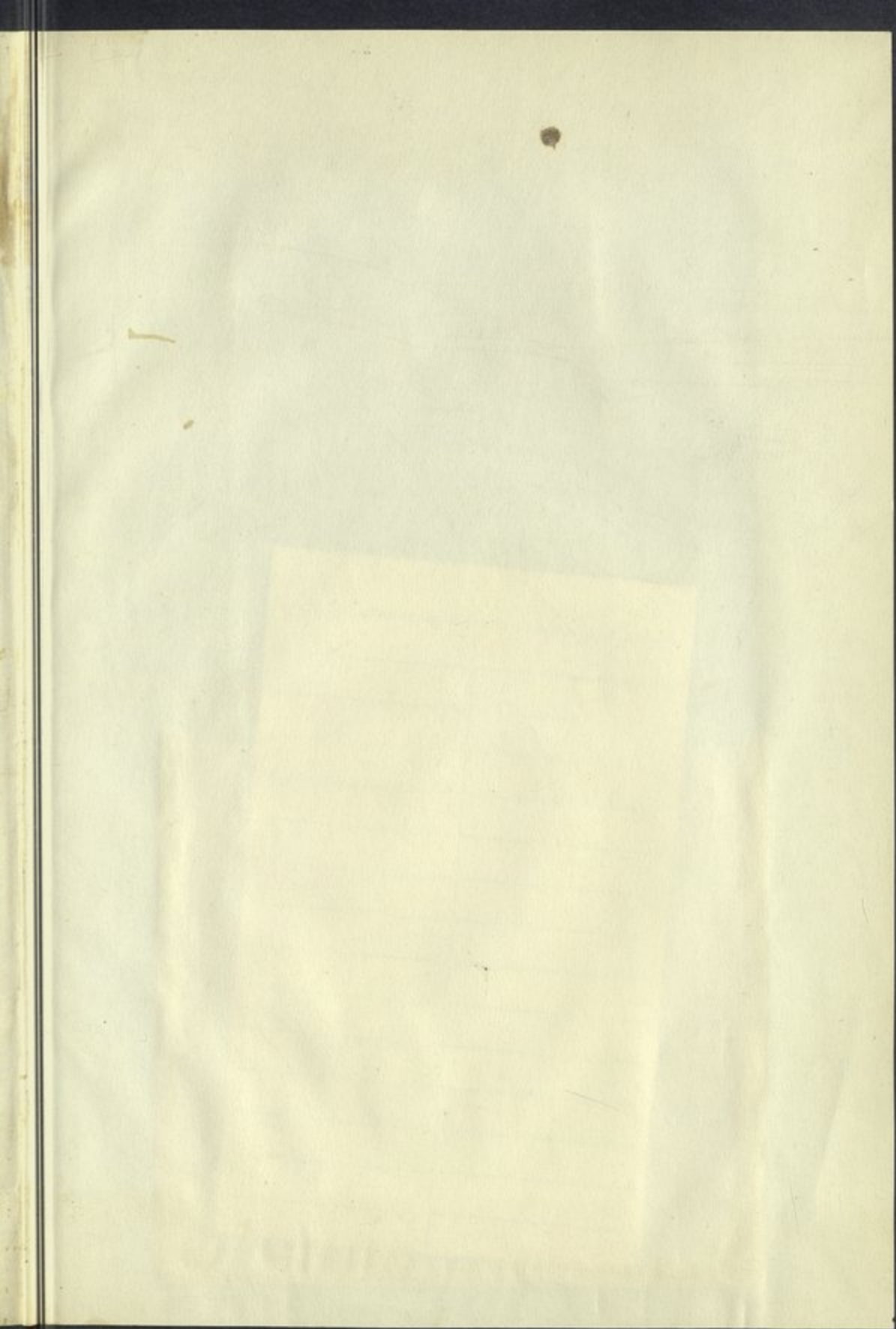
تجليد
صالح الناصر
أبوت - الزر

340.5:Sh52mA

شحاته، شفيق.

محاضرات في القانون

340.5
Sh52mA



القانون المدني

مؤلفة الحق في قوانين البلاد العربية

فوائد من القرآن

تفسير المصنف رحمه الله تعالى

معهد الدراسات العربية العالية

محاضرات

في

القانون المدني

مؤالة الحق في قوانين البلاد العربية

ألقاها

الدكتور

شفيق شحاتة

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

القاهرة

طبعة دار الهدى

١٩٥٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَدَامُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ

تَبَاخُلُ

رَفِيعُ الْمَنَاقِبِ



تَبَاخُلُ الْمَدَامُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ

لَقَدْ

مَرَّ

بِهَا

[قَدْ مَرَّ بِهَا]

3097

قَدْ

مَرَّ

3097

فى انتقال الالتزام

١ - عرفت المادة ١٢١ من مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى الالتزام بقولها إنه : « حالة قانونية يجب بمقتضاها على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل » .

والالتزام بهذا المعنى ، مجرد تصور ، فهو حالة يكون عليها أحد الأشخاص ، وهو الملتزم ، قبل شخص آخر وهو الملتزم له . على أن الالتزام بمعناه الضيق هو فقط ذلك الواجب الذى يقع على عاتق الملتزم والذى يقابله حق الملتزم له وهو الحق المعروف اصطلاحاً بالحق الشخصى . ذلك أن الحالة القانونية التى يعبر عنها بلفظ الالتزام لها ناحيتها السلبية ولها ناحيتها الإيجابية .

ومن المفيد أن نوضح هنا أن الالتزام الذى ينظمه القانون المدنى هو الالتزام أو الحق الشخصى باعتباره حقاً مالياً . ومن ثم لا تعتبر التزامات بالمعنى الفنى ، تلك الالتزامات التى تقع على عاتق بعض أفراد الأسرة قبل البعض الآخر وفقاً لأحكام قانون الأسرة ، ولا ذلك الواجب العام الذى يقتضى من الناس جميعاً احترام حقوق الغير العينية والشخصية .

٢ - وقد أفرد القانون المدنى المصرى الباب الرابع من أبواب الكتاب الأول - وهو الكتاب الذى ينظم الالتزامات بوجه عام - أفرده لموضوع انتقال الالتزام ، فدل ذلك على أن الالتزام بهذا المعنى الاصطلاحي الذى سبق تحديده ، قد ينتقل من ذمة إلى ذمة دون أن ينقضى . فهو قد ينتقل من الدائن - صاحب الحق الشخصى - إلى شخص آخر يحل محل الأول فى العلاقة القانونية التى تربط ما بينه وبين المدين ، وهذه هى حواله الحق - موضوع الفصل الأول من ذلك الباب ؛ كما قد ينتقل من المدين ، وهو

الملتزم إلى شخص آخر يصبح مديناً مكانه قبل الدائن الذي يبقى هو هو — وهذه هي حوالة الدين ، موضوع الفصل الثاني من الباب المذكور .

٣ — وانتقال الحق الشخصي أو الالتزام بمعناه الضيق من ذمة إلى ذمة يبدو غريباً إذا ما نظر إلى العلاقة القانونية التي تربط ما بين الملتزم والملتزم له على أنها علاقة نشأت بين شخصين معينين ، أو على أنها رابطة من روابط القانون . فالواقع أنه مع استبعاد المذهب الشخصي الذي أراد المشرع المصري أن يتجنبه عند تعريفه للالتزام ، يبقى أن هناك حقاً من الحقوق قد تقرر لأحد الأشخاص ثم إذا به يصبح حقاً لشخص آخر ، وإذا جاز في المنطق أن تتصور حلول حق محل حق آخر ، فإن تصور حلول شخص محل آخر في نفس الحق يبدو بعيداً عن المنطق (١) . إن الدائن الذي يحل محل دائن آخر يصبح صاحب حق قبل المدين ويدخل معه في علاقة قانونية كانت قائمة من قبل فيما بين المدين وشخص آخر : كيف تبقى هذه العلاقة هي بعينها العلاقة القديمة بعد خروج صاحبها الأول منها ؟

٤ — إن فقهاء الرومان لم يسلموا أبداً بإمكان نقل الحق الشخصي من ذمة إلى ذمة ، لا من الناحية الإيجابية ولا من الناحية السلبية . ويقال في العادة إن عدم تقبلهم لنظام الحوالة مرده إلى أنهم كانوا ينظرون إلى الالتزام على أنه رابطة للاعتبار الشخصي فيها أهميته الكبرى (٢) . ولكننا نلاحظ

(١) راجع Oct. Ionescu, *Notion de droit subjectif*, p. 165

“L'intransmissibilité au point de vue de la stricte logique est correcte. Les droits sont inhérents à la personne et ce qu'on appelle transmission n'est qu'un remplacement de droits”.

(٢) وفي القانون البيزنطي كانت الحقوق جميعها غير قابلة للانتقال ولذلك كانوا يفرقون ما بين الحق والدعوى أي المطالبة ، فالحوالة تنقل المطالبة ولكنها لا تنقل الحق أبداً .

راجع في ذلك Stanislas Cugia, *Il diritto incorporale*

in Bolletino dell' Istituto di Diritto romano Vittorio Scialoja, Nuova serie, vol. I. 1934, XIV, p. 432—452.

أن الفقهاء الإسلاميين هم أنفسهم وقد نظروا إلى الدين نظرة مادية، فاعتبروه « مالا حكيمياً في الذمة » (١)، لم يتقبلوا هم الآخرون فكرة انتقال الدين من ذمة إلى ذمة، ووجتهم في ذلك أن هذا المال الحكمي غير مقدور التسليم أي أن انتقاله من شخص إلى شخص من قبيل المحال.

هـ - والواقع أن الذي وصلت إليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو إباحة الاستخلاف ما بين الأحياء في الحق الواحد كما يحدث تماماً عند وفاة الشخص بالنسبة إلى مجموعة حقوقه. فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم في الحق الشخصي، فلا ينشأ حق جديد ولا ينتقل الحق القديم إلى شخص جديد. بل إن شخصاً يحل محل آخر في نفس الحق، من طريق ما يسمى خطأ في القوانين الوضعية « بالحوالة » (٢).

أما أن الحق لا ينتقل فذلك لأن الحق لا يمكن أن يرد عليه حق آخر، ولا يمكن اعتباره من الناحية المنطقية شيئاً من الأشياء، يرد عليه التعامل كما يرد على الأشياء المادية. وإذا كان الفقهاء المسلمون لم يسلبوا بإمكان نقل الحق، فما ذلك إلا لأن الحقوق في نظرهم ليست بأشياء، فهي مما لا يمكن تسليمه أو التعامل به. والواقع أن الحقوق الشخصية لا تباع ولا تشتري باعتبارها أشياء، وهي أيضاً لا توهب ولا ترهن على أنها كذلك. ومن الأوهام

(١) البدائع، ٥ : ١٤٨.

(٢) راجع في ذلك Saleilles, *Etude sur la théorie générale*

de l'obligation, p. 64, no. 74:—

« Cette substitution d'une personne à une autre, en ce qui touche au droit, correspond à la transmission du droit. Mais le mot de *succession* est plus exact ; tous les droits étant attachés à la personne, quand on aliène, cela veut dire qu'une personne nouvelle devient le sujet du droit et succède à l'aliénateur en ce qui touche le droit qui est l'objet du transfert. La vraie formule ne serait même pas de dire qu'on succède au droit d'autrui, mais que l'on succède à une personne par rapport à tel ou tel droit. »

ولذلك فإن عنوان الباب قد كان في مشروع القانون المدني الألماني : في الاستخلاف الخاص

في الالتزام . De la succession particulière à l'obligation

الشائعة أن الحقوق هي بمثابة الأشياء وهي لذلك تسمى في الفقه التقليدي بالأشياء المعنوية . على أن الفقه التقليدي هو نفسه لا يستطيع أن يسلّم بأن من يبيع حقاً شخصياً ينقل ملكية هذا الحق إلى المشتري ، وإلا لآدى به منطقته إلى القول بأن كل صاحب حق شخصي هو في نفس الوقت صاحب حق عيني ، فإذا ما باع حقه الشخصي نقل إلى المشتري حقاً عينياً على حق شخصي ، وفي هذا من اللغو ما فيه .

٦ - والصحيح أن يقال إن الحقوق الشخصية تقبل الاستخلاف ، أي الحوالة في الاصطلاح الدارج ، وإنها لا تنقضي بالاستخلاف ، بل إنها تبقى في ذمة الخلف كما كانت في ذمة السلف تماماً .

ويبدو أن هذا النظام مقصور على الحقوق الشخصية دون العينية ، فقد وردت النصوص المتعلقة بالحوالة في باب الالتزامات . ولكننا إذا سلمنا بأن حق الملكية يرد عليه الانتقال بمعنى أن الشيء وهو محل التصرف يصبح بعد إتمام البيع أو الهبة محلاً لحق عيني قائم بذاته وهو حق المشتري (١) فإن هذا المعنى لا يتحقق فيما لو افترضنا أن صاحب حق الانتفاع أراد أن يبيع حقه هذا . ذلك أن صاحب حق الانتفاع يستطيع بخلاف صاحب حق الاستعمال أو السكنى أن ينزل عن حقه لآخر ، ونزوله عن حقه معناه أنه قد حول ذلك الحق إلى المنتفع الجديد ، أي أنه قد استخلف شخصاً آخر في حقه العيني (٢) .

ولذلك فإنه في الحق العيني المتفرع عن الملكية حيث يواجه صاحب

(١) والواقع أن حق الملكية هو الآخر لا ينتقل ، بل إن البيع محله العين المبيعة لا حق الملكية المبيعة ، والبائـم بما له من حق التصرف في العين يرتب بموجب عقد البيع حقاً عينياً للمشتري على العين المبيعة ، وهذا الحق ينشأ للمشتري في حدود حق البائـم ، لأن البائـم لا يستطيع أن يملك أكثر مما يملك . (راجع في ذلك كله كتابنا في الأموال ، ص ١١٤ ، العدد ٩٠ والحاشية رقم ٣) .

(٢) راجع في عكس هذا الرأي مطول بلانيول وريبير ، ٧ : ٤٨٩ : ١١١٢ حاشية ٣

الحق العيني مالك الرقبة ، يستطيع هذا المالك أن يشترط على صاحب حق الانتفاع مثلاً عدم جواز حوالة حقه لآخر ، كما يستطيع طرفا الحق الشخصي الاتفاق على عدم جواز حوالة لآخر ؛ هذا في حين أن اشتراط المنع من التصرف في العقد المنشئ لحق عيني لا يكون صحيحاً إلا إذا روعيت فيه القيود التي نص عليها القانون . ففي هذا الفرق دليل على أن التصرف غير الحوالة . ويبدو أن هذا هو التصوير الذي يتجه إليه التقنين اللبناني . فقد جاء بالمادة ٢٨٦ من قانون الموجبات أن قواعد الحوالة وتسمى فيه بالتفرغ : « لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط بل تطبق أيضاً على التفرغ من الحقوق بوجه عام ، إلا إذا كان في القانون نص مخالف أو كان في ماهية الحق ما يمنع تطبيقها ، » .

أما في القانون المدني المصري فالأصل أن الحوالة لا ترد إلا على الحقوق الشخصية ، والاستخلاف في غير الحقوق الشخصية لا يخضع لأحكام الحوالة التي وردت في باب الالتزامات (١) .

٧ - والآن يتعين علينا أن نستعرض الأوضاع القانونية لهذا الاستخلاف المسمى بالحوالة في القوانين الوضعية . ودراستنا له ستقوم أساساً على نصوص المجموعة المدنية المصرية الجديدة وما يقابلها في نصوص القانون المدني السوري المنقول عنها . على أننا سوف نقارن أحكام هذين القانونين بأحكام القانون اللبناني باعتباره قانوناً لبلد عربي ذا طابع عربي واضح ، ثم بأحكام القانون العراقي باعتباره قانوناً لا يزال إلى حد كبير مطبوعاً بطابع الفقه الاسلامي . ذلك أن المقارنة تكون مجدية إذا قامت بين قوانين مختلفة النزعة وعلى أساس قانون واحد منها ، وهو في هذه المحاضرات ، القانون المدني المصري الجديد ، الذي جمع بين دفتيه بين هذه النزعات المختلفة فلم يرفض جديداً صالحاً ولم يترك قديماً تأصلت جذوره في البلاد .

(١) راجع مع ذلك المادة ٦٩ ؛ وما بعدها التي وردت في باب البيع ، وهي تنظم بيع المتوق المنتزع فيها تنظيماً شاملاً لحوالة الحق الشخصي وغيره من الحقوق أباكانت .

الباب الأول

أركان حوالة الحق

الفصل الأول

الاتفاق

٨ - قد يحل الشخص محل آخر في حق من الحقوق الشخصية، من طريق الاتفاق ، كما قد يحل فيه بسبب واقعة مادية رتب عليها القانون ذلك الأثر . أما الواقعة المادية التي يرتب عليها القانون ذلك الأثر ، فهي إما واقعة الوفاة ويترتب عليها حلول الوارث محل المورث في جميع حقوقه الشخصية ، وهذا الاستخلاف العام لا يدخل في نطاق هذه المحاضرات ، فهو من موضوعات نظام الموارث ، والوارث كما نعلم خلف عام تنتقل إليه جميع حقوق المورث بمجرد الوفاة .

وكذلك الموصى له بسهم شائع في التركة كالسدس مثلاً ، فإنه يعتبر خلفاً عاماً بمعنى أنه يكون له حق أيضاً في الديون التي كانت للموصى (المادة ٤٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) . على أن حقه هذا يستند إلى الوصية وهي تصرف قانوني لا إلى واقعة الوفاة .

وقد يكون الموصى به ديناً معيناً ، وفي هذه الصورة أيضاً تعتبر الوصية سبباً من أسباب انتقال الحق الشخصي ، فيحل الموصى له محل الموصى في حقه ، كما لو كانت هناك حوالة للحق ، والفقهاء الإسلاميون يميز الوصية بالدين قياساً على الإرث ، فالأصل في الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث

(المادة ١٠ من قانون الوصية) والتركبة تشمل في الفقه الإسلامي الديون التي للمورث في ذمة غيره . (١)

وفي جميع الصور المتقدمة يحل شخص محل غيره في حق من الحقوق الشخصية بعد وفاته لا حال حياته . (٢)

٩ - أما بين الأحياء فقد يحل شخص محل آخر في دين من الديون بناء على واقعة مادية رتب عليها القانون ذلك الأثر، ويتحقق ذلك في صورة الوفاء مع الحلول . فقد نصت المادة ٣٢٦ م م على أنه : « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه ، في أحوال أربعة أوردتها المادة المذكورة وسوف تتناولها دراستنا عند الكلام على الوفاء مع الحلول في باب انقضاء الالتزامات (٣) . والوفاء يعتبر فيما بين الموفي والدائن تصرفاً قانونياً ، ولكن الحلول هنا لا يكون سببه القانوني إيجاب الموفي وقبول الدائن له ، إنما يستند الحلول هنا إلى نص القانون الذي يرتب على هذا التصرف باعتباره واقعة مادية أثراً قانونياً وهو الحلول . (٤)

(١) الشيخ أحمد إبراهيم ، إنتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته ص ١٣ : « وكذا الديون فإنها من ضمن الأموال » ؛ والشيخ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ص ٩٨ : « والدين الذي له في ذمة غيره » .

(٢) هذا وتقول المادة ٢٧٩ من القانون اللبناني إنه : « تنتقل الموجبات بالوفاء أو بين الأحياء . . . وبخاصة الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث بوصية أو بغير وصية » .

(٣) وراجع حالة خامسة وردت في عقد التأمين (المادة ٧٧١) .

(٤) وكذلك يترتب على الاتفاق الناقل للملكية باعتباره واقعة مادية انتقال الحقوق الشخصية المعتمدة من مستلزمات الشيء متى كان الذي انتقل إليه الشيء على علم بها وقت انتقال الشيء إليه . فقد نصت المادة ١٤٦ من القانون المدني على أنه : « إذا أُنشئ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تنصل شيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » .

وأخيراً فإن القانون قد يلزم الدائن بإحلال دائته محله في بعض الأحوال ، كما ورد بالمادة ٧٢٣ م م من باب الوديعة التي تقضى بأنه : « إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية ، فليس عليه لما سلكه إلا رد ما قبضه من الثمن ، أو التنازل له عن حقوقه على المشتري » .

١. — أما الاتفاق الذي يعتبر سبباً لانتقال الحق الشخصي ، فهو إما ذلك الاتفاق المسمى اصطلاحاً بالحوالة ، وقد يتم في صورة بيع أو هبة أو رهن أو غير ذلك من العقود أو في صورة الوفاء بمقابل ؛ وقد يتم في صورة صريحة عند قيام الغير بالوفاء عن المدين في غير الأحوال الأربعة التي سبقت الإشارة إليها . فقد نصت المادة ٣٢٧ م م على أن : « للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء . » وهذه هي حالة الوفاء مع الحلول عندما يكون اتفاقاً . ولذلك فإننا نترك دراسة تلك الحالة الآن لأنها ستكون محل دراستنا عند الكلام على الوفاء مع الحلول في مختلف صورته ، في باب انقضاء الالتزامات . والذي يهمنا أن نبرزه الآن هو أن هذه الحالة من أحوال انتقال الحق الشخصي من ذمة إلى أخرى فيما بين الأحياء ، قد تكون أظهر وأوضح أحوال الانتقال جميعها . ويبقى علينا بعد ذلك أن نتكلم فقط على ذلك الاتفاق المسمى بالحوالة وقد وردت أحكامه بالمادة ٣٠٣ وما بعدها من القانون المدني المصري (المادة ٣٠٣ وما بعدها من القانون السوري) .

١١ — قلنا إن انتقال الحق يتم في الحوالة من طريق الاتفاق . فالاتفاق هو سببه القانوني . والاتفاق غير العقد ، ذلك أن الاتفاق هو توافق الإرادتين على إنشاء أو إنهاء أو نقل الحقوق أو التعديل فيها ، أما العقد فهو التوافق الذي يكون أثره نشوء التزامات في ذمة المتعاقدين (١)

== على أن الحلول هنا يتم بموجب الحوالة التي يلزم وارث المودع عنده باجرائها ، طبقاً لنس المادة ٧٢٣ ، لا بموجب نص المادة . وراجع في هذا نص المادة ١٣٠٣ م ف الواردة في باب انقضاء الالتزامات بسبب الاستعانة بوجه عام ، والمادة ١٢٥٩ مدني لإيطاليا التي تقابلها وهي لم تعلق الحلول هنا على واقعة الحوالة ولكن على مجرد إبداء الدائن لرغبته في ذلك . وراجع في القانون الإيطالي :

G. Andreoli, *Note critiche in tema di subingresso ex art. 1259 c.c.*
(١) راجع المادة ١٦٥ من القانون اللبناني . فهي تفرق ما بين العقد والاتفاق .

على أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى (الأعمال التحضيرية ، ٢ : ١٠٠ بالهامش) لا ترى التفرقة ما بين الاتفاق والعقد ، وقد جاء فيها ما يأتى : « قد هجرت التقنيات الحديثة هذه التفرقة لخلوها من الفائدة العملية . . وإذا كان تعريف العقد فى المشروع التمهيدى لم يذكر بين آثار العقد أنه ينقل الرابطة القانونية فيرجع ذلك الى أن هذا النقل ليس إلا نتيجة لإنشاء الرابطة ، فالعقد الذى يقصد منه الى نقل الالتزام لا ينقله مباشرة وإنما ينشئ التزاماً بنقله ، وينفذ هذا الالتزام بمجرد نشوئه . . ولكن كيف يمكن التسليم بأن الاتفاق على الحوالة ينشئ التزاماً محله نقل الالتزام ؟ إن مؤدى هذا القول أن الحوالة عبارة عن عقد ناقل لحق عيني على التزام ، أى لحق عيني محله حق شخصى وهو ماسبق لنا تفنيده . والأصح أن يقال إن الحوالة تصرف قانونى ناقل بطبيعته للالتزام وإن هذا هو مقصود التصرف . أما افتراض الالتزام بالنقل ثم القول بانقضائه بمجرد نشوئه فهو تصوير فيه الكثير من العمل . ذلك أن هذا الالتزام على فرض إمكان تصوره يكون التزاماً غير ذى موضوع : أن الالتزام لا يوجد إلا إذا كان هناك عمل أو امتناع مطلوب من الملتزم . فما الذى يطلب هنا من الملتزم القيام به ؟ (١)

والواقع أن الحاجة الى تصور هذا الالتزام قد تقوم فى الفقه التقليدى الموروث عن الرومان ، عند ما يكون التصرف مقصوداً به إنشاء حق عيني . أما فى مجال الحقوق الشخصية فلا محل لهذا الافتراض ، لاسيما أن الفقه الحديث ينزع إلى اعتبار العقد مصدراً كذلك للحقوق العينية . فلماذا يراد بالاتفاق على الحوالة أن يكون منشئاً لمجرد التزام بنقل الالتزام لا ناقلاً بطبيعته للالتزام ؟ فالحوالة عبارة عن اتفاق على إحلال شخص محل آخر فى الالتزام الواحد ، وكما أن القانون قد رسم طرق انقضاء الالتزام كذلك نجده قد رسم

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى الأموال ، ص ٢٠١ رقم ١٨٧

طريقاً للإبقاء على الالتزام بالرغم من تغير شخص الدائن أو المدين فيه وهذا هو طريق الحوالة .

١٢ - على أن الحوالة قد تتم عملاً بمقابل أو بدون مقابل ، وقد تتم على سبيل التأمين ليس إلا ، فهي تتشكل حتماً بشكل من الأشكال . وشأنها في ذلك شأن الصلح في الفقه الإسلامي . فهي قد تتشكل بشكل عقد البيع أو بشكل عقد الهبة أو بشكل عقد الرهن كما قد تتشكل بشكل الوفاء بمقابل (١)

والحوالة في جميع هذه الصور تحدث أثرها القانوني باعتبارها وسيلة فنية لإحلال شخص محل آخر في الالتزام ، أما الالتزامات التي قد تنشأ في ذمة طرفها فتعتبر أثراً للعقد الذي انعقد بينهما وقد يكون عقد بيع أو هبة أو رهن كما ذكرنا .

وكذلك فإن الحوالة باعتبارها اتفاقاً يكفي لانعقادها فيما بين الطرفين التراضي عليها . ولكنها إذا انطوت على عقد يستلزم القانون لانعقاده شكلاً خاصاً ، فإن هذا الشكل يكون مطلوباً أيضاً توافره في الحوالة .

١٣ - وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢٨٢ من القانون اللبناني على أنه إذا كان : « التفرغ مجاناً فيئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء » . ولم يرد بالمجموعة المصرية نص مقابل ولكن الرأي الصحيح أن حوالة الحق لا تعتبر هبة غير مباشرة إلا إذا تمت من طريق التظهير في السندات القابلة له أو من طريق القيد في الدفاتر في السندات الاسمية . أما السندات المدنية ، فإن حوالاتها تعتبر هبة صريحة إذا تمت بدون مقابل (٢) . ولن

(١) راجع قضا ١٣ / ٢ / ١٩٤١ ، المجموعة الرسمية . ٤٢ : ٤٤٥ . ٢١٦ : « وإذا كانت الحوالة بالدين حاصلة بقصد الوفاء للمحتال فإنها تنقل إليه المسكية في الدين » .

(٢) راجع موسوعة دالوز المدنية ٢ : ٣٥٠ : ٥٣٩ وما قبلها . وقارن كامل مرسي ، العقود المسبقة ١٠٢ : ٨٩ ، وحكم محكمة طنطا الابتدائية ٣ بوليه سنة ١٩٣٦ المجموعة ٣٧ رقم ٤١ الذي أشار إليه وقد جاء فيه : « من المتفق عليه فقهاً أن هبة الديون بغير عقد رسمي لا تقع إلا في إحدى حالات ثلاث : (١) تحويل السندات القابلة للتحويل وهذا يدخل في الهبات المستترة (٢) تسليم السندات التي لا ذن حاملها (٣) حالة الأبراء من الدين الثابت في القمة والصادر من الدائن للمدين بتسليم السند إليه » . وظاهر أن الرسمية لا تكون مطلوبة في صورة فقط ما إذا كان الدين الموهوب ثابتاً بسند قابل للتحويل . وهذا بخلاف ما جاء بالمتن من أنه « نكون الحوالة هبة غير مباشرة إذا حول الدائن دينه بغير مقابل لمصلحة الشخص الذي يريد التبرع له » .

يعني تسليم السند عن شرط الرسمية ، لأن الهبة اليدوية لا تكون إلا في الأشياء المادية (١). وفي ذلك دليل على أن الحوالة ليست في حد ذاتها عقداً من العقود ، إنما هي مجرد وسيلة فنية لنقل الحق أو إحلال شخص محل آخر في ذات الحق .

١٤ - أما إذا كانت الحوالة قد تشكلت بشكل عقد الرهن ، فإن الرهن الوارد على الدين يكون حتماً من رهون الحيازية ، ولا يلزم لانعقاد عقد الرهن الحيازي شكل خاص .

هذا ومتى كان الحق المحال مضموناً برهن رسمي : فإن حوالة الحق ، تستتبع حتماً حوالة الرهن الرسمي للدائن الجديد . وإذا كان انعقاد الرهن الرسمي يتوقف على استيفاء الشكل الرسمي ، فإن حوالة هذا الرهن لا تشترط فيها أية رسمية . وقد كانت المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدي تقرر في ذلك أنه : « لا يشترط في انعقاد الحوالة شكل خاص ، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمي أو بأى تأمين عيني آخر » . ولكن حوالة الرهن الرسمي وكذلك حوالة الرهن الحيازي العقاري أو حق الامتياز العقاري الخاص لن تتم إلا إذا حصل التأشير بالحوالة على هامش القيد الذي أنشأ التأمين العيني العقاري . فالتراضي على الحوالة ينقل في هذه الصورة الحق الشخصي وحده دون التأمين العيني ، أما التأمين العيني فانتقاله معلق على واقعة الشهر والشهر هنا يتم من طريق التأشير ، وتقول في ذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٨٤ السابق الإشارة إليها (وتراجع المادة ١٩ من قانون الشهر العقاري) : « ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلي لهذا التأمين » . والواقع أن التأمين العيني لا أثر له إلا بالنسبة إلى الغير ، فإذا لم نكف الحوالة لاعتبار نقله نافداً في حق الغير ، كان معنى ذلك أن الحوالة لم يكن لها أى أثر بالنسبة إلى التأمين العيني . والتأشير أمره موكل إلى الدائن الجديد ، فهو لا يلو من إلا نفسه إذا لم يقم بذلك الاجراء الذي ينقل إليه التأمين العيني الضامن للحق المحال .

الفصل الثاني

طرفا الحوالة

١٥ - طرفا حوالة الحق هما الدائن المحيل والدائن المحال له . أما المدين المحال عليه فليس من أطرافها . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٣ م م :
 « يجوز للدائن أن يحوّل حقه إلى شخص آخر ... وتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .

وقد كانت المادة ٣٤٩ من القانون المدنى المصرى السابق تقضى بأنه :
 « لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة » . وقد قيل فى تبرير هذا النص الذى انفرد به القانون المدنى الأهلى دون القانون المختلط إن المشرع المصرى كان قد استوحاه من أحكام الشريعة الإسلامية ، على أنه فى الأحوال الخاصة التى تجوز فيها حوالة الحق فى الفقه الإسلامى لا يكون رضا المدين شرطاً لصحتها (١) .
 ويسدو أن المشرع المصرى قد تأثر عند وضعه لنصوص المجموعة السابقة بأحكام حوالة الدين فى الفقه الإسلامى ونقل عنها شرط قبول المدين على اعتقاد منه أن حوالة الدين فى الفقه الإسلامى هى حوالة الحق المعروفة فى الفقه الحديث . على أن اشتراط قبول المدين قد يكون مفهوماً إذا ما وردت الحوالة على الدين من ناحيته السلبية . أما إذا وردت على الناحية الإيجابية

(١) راجع فى ذلك E. Tyan, *Cession de dette et cession de créance*. dans la *théorie et la pratique du droit musulman*, Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth, 1946, p. 36.

للا التزام أى على الحق ، فإن اشتراط قبول المدين لا يكون ظاهر الفائدة (١) .
ولذلك فإن المشرع المصرى قد عدل عن اشتراط قبول المدين في المجموعة
المدنية الجديدة ، ولا نجد لهذا الشرط أثراً كذلك في القانون العراقى بالرغم
من انطباعه بالطابع الإسلامى (٣٦٢ م.ع) ولا في قانون الموجبات اللبناني
إذ تقضى المادة ٢٨٢ منه بأنه : « يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول
الاتفاق بينهم » .

فالحوالة باعتبارها اتفاقاً تنعقد صحيحة وتستكمل أركانها إذا توافقت إيجاب
المحيل مع قبول المحال له ، أما قبول المحال عليه فليس ركناً من أركانها ولا
يعتبر لذلك شرطاً من شروط انعقادها ، في مختلف القوانين العربية الحديثة .
١٦ - هذا ويلاحظ أنه إذا كان العقد الذى تشكلت به الحوالة
يستلزم أهلية خاصة في طرفيها ، فإن تلك الأهلية يكون توافرها مطلوباً كذلك
في الحوالة . ومن ثم فإن الحوالة التبرعية لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت من
يملك التبرع في ماله : فهي لا تكون صحيحة إذا صدرت من ناقص الأهلية أو
فاقدتها ولو أجازها الوصى أو الولي .

(١) راجع استثناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٤١ . (الحاماة ٢٢ : ١٠٠ : ٤٨) .
« لم ينح الشارع الأهلى فيما قرره من مبادئ خاصة بالحوالة منحي الشارعين الفرنسى والمختلط ،
ولأنما سار فيها على غرار مبادئ الشريعة الإسلامية وهي تشترط لصحة الحوالة رضا المحال
عليه بها بحيث لا تنتقل ملكية الدين للمحال له بمجرد تراضيه هو والمحيل ، بل لابد من رضا
المحال عليه أيضاً .. والحكمة من اشتراط رضا المدين بتحويل الدين الذى في ذمته إلى آخر ،
هي أن المدين في غالب الأحيان يلجأ عند الاستدانة إلى اختيار دائته ممن يتوسم فيه الارتياح
إلى معاملته ويطمئن إلى بقاء الأمر بينهما سرا مكتوماً وقد لا يلجأ إلى تحويل دين لآخر إلا
لفرض النكابة بالمدين والتشهير به والإضرار بسمعته . »

الفصل الثالث

محل الحوالة

١٧ - قلنا إن محل الحوالة في القانون المدنى المصرى هو الحق الشخصى . والأصل العام أن الحقوق الشخصية جميعها تقبل الحوالة من شخص إلى آخر ، ولايهم ما إذا كان الحق الشخصى محله عمل أو مجرد امتناع عن عمل كحق المستأجر قبل المؤجر أو كحق التاجر الذى اشترط على منافسه عدم فتح محل تجارى فى منطقة معينة . على أن الغالب فى الحوالة أن ترد على حق اقتضاء مبلغ من النقود (١) .

ولا يهم كذلك ما إذا كان الالتزام مقترباً بأجل أو معلقاً على شرط أو ما إذا كان الالتزام ثابتاً بالكتابة أو بغير الكتابة (٢) .

ولكن هل تصح الحوالة لو وردت على التزام مستقبل أو على مجرد التزام احتمالى ؟ ليس هناك فى النصوص ما يمنع من ورود الحوالة على التزام مستقبل أو إحتمالى . وقد جاء بالمادة ١٠٤٠ من المجموعة المدنية الجديدة أنه «يجوز أن يترتب الرهن ضمناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى ، فالحق الاحتمالى أو الحق المستقبل له كيان قانونى فى المجموعة المدنية المصرية ولذلك فإن حوالة تكون صحيحة ، ومن ثم فإن لمالك العقار أن يحول حقه فى الأجرة قبل إجارته للعقار وكذلك المقاول يستطيع أن يحول ما قد يستحق له فيما لورسا عليه عطاء عملية معينة (٣) .

وقد ورد بالقانون اللبنانى نص صريح فى هذا الشأن ، فقد جاء بالمادة ٢٨١ من قانون الموجبات أنه : «يجوز التفرغ من حقوق معلقة بظرف ما وإن تكن استقبالية محضة ،

(١) الأعمال التحضيرية ، ٣ : ١١٣

(٢) مطول بلانيول وريبير ، ٧ : ٤٨٩ : ١١١٢

(٣) » » » » ، ٧ : ٤٩١ : ١١١٤

١٨ — هذا ولا شك أن الحق المتنازع فيه ترد عليه الحوالة كما ترد على الحقوق الثابتة تماماً ، إلا أن أثر هذه الحوالة بالنسبة إلى المدين يخضع لأحكام خاصة وردت بالمادة ٦٩٤ ، وما بعدها من القانون المدنى المصرى . (وراجع المادة ٢٨١ من قانون الموجبات اللبناى ، وقد وردت فى باب انتقال الديون) .

١٩ — ويلاحظ أخيراً أن الحق الذى ثبت لصاحبه بموجب حكم صادر من الجهة القضائية لا تتغير طبيعته ، وتخضع حوالتة للأحكام الواردة فى باب حوالة الحق ، متى كان من الحقوق الشخصية . (١)

على أن الحق الثابت فى ورقة من الأوراق التجارية يتحول من الدائن الى غيره ، وفقاً للأحكام الواردة فى القانون التجارى ، ولا يهم ما إذا كان الدين تجارياً بطبيعته أو مدنياً ثابتاً فى ورقة من الأوراق التجارية ، كالكيميالات والسندات تحت الاذن . وقد جاء بالمادة ٤٤٢ من المشروع التمهيدى أنه : « يجوز إثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند حامله . وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم . ويجوز لصاحب السند فى هذه الحالة ان يحتج بجميع الدفع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها . فالحوالة تتم وفقاً للأوضاع المقررة فى قانون التجارة ، إلا أن أثر الحوالة بالنسبة إلى المدين يظل خاضعاً لأحكام القانون المدنى فيما يتعلق بالدفع ، متى كان الحق المحال من الحقوق المدنية لا التجارية .

٢٠ — الاستثناءات : الأصل ، كما رأينا ، أن الحوالة ترد على مختلف الحقوق الشخصية أياً كانت ، ولكن المادة ٣٠٣ تستثنى من هذا الأصل العام الحقوق التى يمنع من حوالتها نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام .

(١) استئناف مغلط : يونيو سنة ١٩٤٢ (مجموعة ٥٤ : ٢٢٦) ؛ واستئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ (المقامة ٢٤ : ٢٠) : « إن الأحكام قد استقرت على أن الحكم الصادر فى دين تنبع بالنسبة لحواله سند الديونية الذى كان أساساً للحكم » . وراجع فى ذلك الهلاى وحامد زكى ، البيع ، بند ٧٨٩

٢١ - أما عن طبيعة الالتزام ، فقد يكون شخص الدائن محل اعتبار في العلاقة التي تربط ما يدينه وبين المدين ، وفي هذه الحالة تكون الحوالة ممتنعة ، كما لو تعاقد أحد أصحاب المسارح المشهورة مع ممثل ثم أراد حوالة حقه قبل الممثل لمسرح آخر ، فإن الحوالة لا تكون جائزة لما لشخص الدائن من اعتبار هنا . والحوالة تكون ممتنعة في هذه الحالة سواء أوجد اتفاق على عدم جوازها أم لم يوجد وسواء أنص القانون صراحة على ذلك أم لم ينص . وفي ذلك تقول المادة ٢٨٠ من قانون الموجبات اللبثاني : « إلا إذا كان ... التفريغ ممنوعاً ... لكون الموجب شخصياً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التخيير » .

٢٢ - أما عن نص القانون ، فقد تسكفل المشرع في مناسبات مختلفة بالنص صراحة على عدم جواز حوالة الحق لاعتبارات روعيت فيها مصلحة المدين ، كما في دين النفقة .

على أن المجموعة المدنية قد أوردت في ذلك نصاً عاماً ، إذ قضت المادة ٣٠٤ منها بأنه : « لا يجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز » . ومقتضى هذا النص أن ما لا يجوز الحجز عليه من الديون كمرتبات الموظفين لا يجوز كذلك حوالة . وقد ربط القانون هنا بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة ولو أن الأصل العام في الحقوق العينية أن ما لا يجوز الحجز عليه من الأموال لا يعتبر حقاً خارجاً عن دائرة التعامل . وينبني على هذا النص الجديد أن المبالغ المودعة في صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة لأن الحجز عليها ممتنع بنص القانون . (١)

٢٣ - وأخيراً قد يتفق الطرفان في العقد المنشئ للحق أوفى وقت لاحق له على عدم جواز حوالة الحق . وهذا الاتفاق يكون دائماً صحيحاً منتجاً

(١) فأن في ذلك بالنسبة إلى حكم القانون المدني السابق: الهلال وحامد زكي ، فقرة ٦١٨ بالحاشية ، وحشمت أبو سنيت ، الالتزامات . ص ٥٤١ ، حاشية ٢

لآثره . فقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري .
والأصل العام في شرط المنع من التصرف أنه لا يكون صحيحاً إلا إذا كان
الباعث عليه مشروعاً وكان المنع مقصوراً على مدة معقولة (المادة ٨٢٣ م.م) .
ولكن الحوالة ، وهي ليست بتصرف بالمعنى الدقيق — على ما سبق أن
عرفنا — لا ترد عليها هذه القيود ، وللملتزم والملتزم له أن يقررا أن الالتزام
الناشئ في ذمة أحدهما قبل الآخر هو التزام غير قابل للحوالة ، فتمتنع
بذلك حوالة حتماً (١) .

(١) رابع استئناف مغلط ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ (مجموعة ٥٤ : ٢٤٥) الذي يقضى بعدم
جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم في صندوق الادخار تحت شرط هدم جواز حوالة

الباب الثاني

آثار حوالة الحق

٢٤ - متى انعقدت الحوالة صحيحة أنتجت أثرها وهو ينحصر في حلول الدائن المحال له محل الدائن المحيل في الحق المحال - وهذا كله فيما بين طرفيها . أما بالنسبة إلى المدين ، فإنها لا تحدث ذلك الأثر إلا عند إعلانه بها ، إذا لم يكن قد قبلها أو علم بها فتحدث أثرها من وقت قبوله لها أو علمه بها . وأما بالنسبة إلى غير المدين ، فإنها لا تكون نافذة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ ، وهي لا تعتبر ثابتة التاريخ إلا إذا أعلنت إلى المدين على يد محضر أو كان تاريخ قبول المدين لها ثابتاً .

ويتضح من ذلك أن الحوالة باعتبارها اتفاقاً بين المحيل والمحال له يقتصر أثرها على طرفيها وفقاً لقاعدة نسبية الاتفاقات ، إلا أن الحوالة ، شأنها في ذلك شأن سائر العقود ، لا تكون حجة على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . أما المدين ، فهو ليس من الغير ، في باب الحوالة ، ومن طبيعة الحوالة أن يظهر أثرها في حق المدين المحال عليه بمجرد انعقادها ، حيث لم يشترط قبوله لها لانعقادها ، ولكن المدين قد لا يعلم بها ولذلك فإنه لا يكون مطالباً بأحكامها إلا إذا ثبت علمه بها . وهو يكون حتماً عالماً بها إذا كان قد قبلها ، أما إذا لم يقبلها فإن إعلانه بها يوصلها إلى علمه ، ويخضعه لأحكامها .

هذا ويلاحظ أخيراً أن نفاذ الحوالة على غير المدين يخضع للقواعد العامة من حيث وجوب ثبوت تاريخها باعتبارها حجة على الغير (١) وليس في الإعلان أو القبول شرط خاص أخضعت له الحوالة دون غيرها

(١) الأعمال التحضيرية ٣ : ١١٦ : « وليس هذا سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة » .

من العقود . إلا أن القانون لم يتطلب هنا ثبوت تاريخ الورقة المثبتة للاتفاق ولكنه قد يتطلب ثبوت تاريخ الورقة المتضمنة لقبول المدين ، وبهذا القدر يكون ما تطلبه القانون في باب الحوالة خارجاً على أحكام القواعد العامة .

الفصل الأول

علاقة المحيل بالمحال له

٢٥ — إن أثر الحوالة في علاقة المحيل بالمحال له حلول المحال له محل المحيل في الحق المحال . فيمتنع على المحيل بعد الحوالة مطالبة المدين المحال عليه بالوفاء له . فإذا أوفى له المدين بالدين بعد انعقاد الحوالة ، كان للمحال له أن يرجع على المحيل بدعوى الضمان متى كان العقد الذي تشكلت به الحوالة يرتب في ذمة المحيل التزاماً بالضمان .

٢٦ — ولا ترتب الحوالة هي نفسها التزامات في ذمة المحيل قبل المحال له ، ولكن الحوالة قد تشكل بشكل من الأشكال التي تجعل المحيل ملتزماً بالتزامات معينة ، وسنتناول هنا أهم هذه الالتزامات وهو الالتزام بالضمان بالدراسة ولو أن الضمان في الحقيقة أثر من آثار العقد الذي قد تتضمنه الحوالة ، شأنه في ذلك شأن الالتزام بدفع الثمن الذي قد ينشأ عن الحوالة التي تشكل بشكل البيع مثلاً .

٢٧ — ويقال في العادة إن المحيل ملتزم بتسليم سند الحق إلى المحال له وقد كانت المادة ٤٣٤ من المشروع التمهيدي تنص على أنه : « يجب على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به وأن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه » . وقد حذفت هذه

المادة من المجموعة المدنية المصرية ولسكنها نقلت إلى القانون المدني العراقي بنصها السابق ، فأصبحت فيه المادة ٣٦٧ ، وتقابلها في قانون الموجبات اللبناني المادة ٢٨٤ التي نقضى بأنه : « يجب على المتفرغ أن يسلم إلى المتفرغ له سند الدين وأن يخوله كل ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه » .

والواقع ، كما لاحظت ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، (١٢٠:٣) ، أن التزام المحيل بتسليم سند الحق « لا يتفرغ على عقد الحوالة ، بل هو التزام مصدره القانون يصادف نظيره في الحوالة القانونية (الحلول القانوني) . وذلك معناه أن السند يصبح من حق المحال له بمجرد انعقاد الحوالة لأن السند دليل الحق والحق بعد تمام الحوالة للمحال له لا للمحيل . وقد يكون الحق غير ثابت بالكتابة فلا تكون هناك حاجة إلى تسليم سند ما إلى المحال له .

٢٨ - الالتزام بالضمان - تنص المادة ٣٠٨ م م في باب الحوالة على أنه : « إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق للمحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً لوجود الحق ، . وتنص المادة ٣١١ بعدها على أنه : « يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان ، . (وتقابل هذين النصين المادتان ٣٦٨ و ٣٧١ من القانون المدني العراقي) . وكذلك تنص المادة ٢/٢٨٤ من القانون اللبناني على أن المتفرغ « يضمن للمتفرغ له - فيما خلا التفرغ المجاني - وجود الحق المتفرغ منه وقت إجراء التفرغ مع صحة هذا الحق ، غير أنه لا يضمن ملامة المديون ، .

ومفهوم هذه النصوص أن الحق للمحال يجب أن يشغل فعلاً ذمة المدين ، فيلزم فيه أن يكون قد نشأ عن عقد صحيح لا باطل ، وألا يكون قد ورد عليه

سبب من أسباب الانقضاء ، فإذا ما اتضح عكس ذلك أى أن الحق لم يكن مصدره صحيحاً أو أنه كان قد انقضى وقت صدور الحوالة ، فإن المحيل يكون ملزماً بالضمان (١) .

على أن المحيل يكون كذلك ملزماً بالضمان فيما لو انقضى الدين بعد تمام الحوالة ، لسبب يرجع إلى فعله الشخصى ، أو إلى تعديه كما يقول القانون العراقى (٢) .

ومن المسلم أن الضمان يشمل كذلك توابع الحق المحال من التأمينات العينية والشخصية ، فلو تبين أن الرهن الذى كان الدين مضموناً به لم يعد له وجود ، رجع المحال له على المحيل بالضمان .

٢٩ - وواضح أن النصوص المتقدمة تفرق ما بين الحوالة بعوض والحوالة بدون عوض ، فالالتزام بالضمان يختلف أثره تبعاً لاختلاف العقد

(١) ولكن هل تكون الحوالة صحيحة إذا لم يكن الدين موجوداً وقت انعقادها ؟ وإذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها فكيف يكون للمحال له الرجوع على المحيل بناء على الالتزام بالضمان والفرس أنه لم ينشأ هذا الالتزام بسبب بطلان الحوالة هى نفسها ؟ لا يعرض الكتاب أبداً لهذا الموضوع ولو أنهم يسلّمون فى الجملة بأن الرجوع بدعوى الضمان لا يكون له محل فى عقد البيع إلا إذا كان البيع صحيحاً أو إذا كان البيع قابلاً للإبطال ولما يطلب إبطاله بعد .

هذا وما لاشك فيه أن الالتزام بالضمان قد يتحقق فى باب الحوالة فى غير حالة انعدام الحق المحال . كما لو كان الحق موجوداً ولكن لمصلحة غير المحيل ، فنطبق على الحوالة أحكام بيع ملك الغير . أو إذا كان الحق المحال به قيمته الحقيقية أدنى من القيمة التى وردت فى السند المثبت له . أو كان الحق المحال قد سبق رهنه لآخر وقت انعقاد الحوالة (راجع فى ذلك كله دى باج ، بند ٤٢٧ وبودرى ، البير ، بند ٨١٨)

أما فى غير هذه الأحوال فإن أساس الالتزام بالضمان يكون الخطأ عند تكوين العقد Culpa in contrahendo — وجزء الالتزام بالضمان فى باب الحوالة ينحصر فى تلك الناحية السلبية التى تكون معتبرة دون غيرها عند الحكم بالتعويض بناء على نظرية الخطأ عند تكوين العقد على أن المشرع المصرى قد رفض الأخذ بتلك النظرية بعد أن كان المشروع التمهيدى قد نسى عليها . (م ٢٠٤ مشروع)

(٢) ومن ثم إذا سقط الدين بالتقادم بعد إتمام الحوالة ، فلا يكون هناك محل لدعوى الضمان ولكن إذا انقضى الدين بعد انعقاد الحوالة بسبب الوفاء للمحيل مثلاً ، فإن المحيل يكون ضامناً لذلك ، كما لو كان سبب الانقضاء سابقاً على الحوالة تماماً .

الذى تشكلت به الحوالة ، وهو في الواقع التزام يرتبه العقد الذى تضمنته الحوالة لا الحوالة هى ذاتها ، كما سبق أن قلنا .

فإذا كانت الحوالة قد تشكلت بشكل البيع التزم المحيل فى الأصل بأحكام الضمان التى وردت فى باب البيع . فالبايع كما نصت على ذلك المادة ٤٤٣ الواردة فى باب البيع يضمن للبشرى ملكية المبيع أى وجود الحق ، ثم إنه ، يكون مسؤولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ولو اتفق على عدم الضمان ، كما تقول المادة ٤٤٦ م م . ومن ثم يمكن أن يقال إن النصوص الواردة فى باب الحوالة هى مجرد ترديد لما جاء فى باب البيع — فى الصورة التى تكون فيها الحوالة منطوية على عقد بيع .

أما لو انطوت الحوالة على عقد هبة ، فالأصل كذلك تطبيق أحكام الهبة ، فقد جاء بالمادة ٤٩٤ من القانون المدنى المصرى أن الواهب لا يضمن استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . . . ، على أن الواهب يكون مسؤولاً عن فعله العمد أو خطئه الجسيم ، كما تقول المادة ٤٩٦ الواردة فى باب الهبة أيضاً . والأحكام الواردة فى باب الحوالة تردد ما جاء بشأن الضمان فى باب الهبة . ولكن يلاحظ مع ذلك أن المادة ٣٠٨ وردت فى صيغة مطلقة فلم ترتب التزاماً ما على عاتق المحيل إذا كانت الحوالة بغير عوض . على أن هذا الإطلاق لا يمنع من تطبيق القواعد العامة فيما لو كان المحيل قد تعمد إخفاء سبب انعدام الحق . ويلاحظ أيضاً أن المشروع التهيدى كان يحيز الاتفاق فى الحوالة بغير عوض على خلاف ما تقضى به المادة ٣٠٨ ، وقد حذف النص الذى يبيح ذلك الاتفاق على اعتبار أن المحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يردده فى حالة الضمان المتفق عليه ، (١) . هذا فى حين أن المادة ٩٤ الواردة فى باب الهبة تبيح الاتفاق على الضمان بالرغم من انعدام المقابل فى عقد الهبة . ذلك أنه فى وسع القاضى دائماً أن يقدر الموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر

كما تقول المادة ٤٩٤ هي نفسها . وظاهر أن المشرع قد خرج هنا وبهذا القدر على القواعد المتعلقة بالضمان في عقد الهبة . ويلاحظ أخيراً أن المادة ٣٠٨/٢ لم تواجه صورة الهبة بعوض والهبة بعوض شأنها شأن البيع يضمن فيها الواهب الاستحقاق بقدر ما أداه الموهوب له من عوض (المادة ٤٩٤/١ م م) .

٣٠ - تشديد أحكام الضمان - كما أنه من الجائز الاتفاق على تشديد أحكام الضمان المترتب على عقد البيع (المادة ٤٤٥/١ م م) ، فإنه يجوز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين لا مجرد وجود الحق المحال . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٩ الواردة في باب الحوالة ، فقالت في فقرتها الأولى : « لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » . وتضيف الفقرة الثانية إنه : « إذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » . وهذا المعنى تسكره المادة ٣٦٩ من القانون العراقي وتقول المادة ٣/٢٨٤ من القانون اللبناني في ذلك إنه : « إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يتعلق بملاءة المدينين ، فيجب أن يكون النص الراجع إليه مقتصرًا على الملاءة الحاضرة وأن تقتصر التبعة على قيمة التفرغ إلا إذا كان هناك تصريح مخالف » . وينبنى على ذلك أن المحال له قد يشترط على المحيل ضماناً خاصاً من مقتضاه أن يطمئن المحال له إلى أنه سوف يحصل فعلاً على حقه ، ويتم ذلك من طريق اشتراط ضمان يسار المدين . على أن مجرد اشتراط ضمان اليسار يستلزم أن يكون اليسار متحققاً وقت الحوالة . وإذا أريد ضمان اليسار وقت حلول الدين ، تعين على المتعاقدين التصريح بذلك . وهذا الاتفاق لا يجعل من المحيل كفيلاً ، فالمحال له لن يرجع متى تحقق سبب الضمان إلا بما دفعه ثمناً للحوالة على ما سوف نعرف ، في حين أن الكفيل يكون ملزماً بالدين جميعه إذا لم يحصل الدائن على حقه من المدين الأصلي .

ولا يمكن الاتفاق بجمال من الأحوال على جعل المحيل مسؤولاً عن الدين جميعه، فقد منعت المادة ٣١٠ من ذلك، والمنع هنا لسبب يتعلق بالنظام العام، ذلك أن العلة فيه هي الضرب على أيدي المرايين الذين يشترون الحقوق بأبخس الأثمان ثم يرجعون بها كاملة على المحيل (١) والغريب أن النص الذي أورده القانون اللبناني في هذا الشأن لا يمنع مثل هذا الاتفاق في حين أن التشريعات المختلفة مجمعة على تحريره (راجع المادة ١٦٩٤ من القانون المدني الفرنسي).

٣١ - التخفيف من أحكام الضمان - وكما يجوز التشديد في أحكام الضمان يجوز أيضاً التخفيف منها لا بل يجوز الاتفاق على الإعفاء من الالتزام بالضمان اعفاء تاماً (راجع المادة ١/٤٤٥ الواردة في باب البيع). على أن هذا الاتفاق لن يفتج أثره فيما لو كان الاستحقاق يرجع إلى فعل الملتزم بضمانه (المادة ١/٤٤٦ الواردة في باب البيع). وهذه الأحكام قد ردها المشرع في باب الحوالة، إذ نصت المادة ١/٣٠٨ على جواز الاتفاق على خلاف ما تقتضى به من إلزام المحيل بالضمان ثم جاءت المادة ٣١١ فقضت بأن المحيل يكون مسؤولاً عن أفعاله الشخصية ولو اشترط عدم الضمان.

وإذا اتفق على الإعفاء من الالتزام بالضمان، فإن هذا الاتفاق لن يحول دون حق المحال له في طلب رد الثمن الذي دفعه، ذلك أن تحقق سبب الضمان وقت الحوالة يجعل منها عقداً باطلاً ولا يعود للالتزام بالثمن سبب يستند إليه، فيتعين رده مع فوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية (٢). وسوف نعرف أن الالتزام بالضمان ينحصر في وجوب رد الثمن مع الفوائد والمصروفات ومن ثم لا يكون لشرط الإعفاء من الضمان أثر يذكر في القانون المدني المصري.

(١) مطول بلانبول وريبير، ٥٣٠ ساشية ٣

(٢) وإن لم يكن العقد باطلاً فإن المحال له يستطيع دائماً استرداد الثمن من طريق دعوى الفسخ.

أما في القانون اللبناني ، فإن الضمان لا يقتصر أثره على مجرد رد الثمن وفوائده ، بل هو ينتج أثره الكامل ، كما في عقد البيع ، ما لم يكن المحال له قد اشترط يسار المدين ، ففي هذه الصورة فقط يقتصر أثر الضمان على « قيمة بدل التفرغ » (المادة ٢٨٤ في آخرها) .

وعلى ذلك ، فإن شرط عدم الضمان يكون مفيداً في حكم القانون اللبناني ، إذ هو يؤدي إلى قصر حق المحال له على رد الثمن ، في حين أنه عند عدم وجود هذا الشرط يكون المحيل مسؤولاً أيضاً عن التعويض الذي قد يبلغ قدرأ مساوياً لقيمة الدين المحال .

هذا ولا شك أن شرط عدم الضمان يكون ذا أثر في القانون المصري إذا كان المحال له قد قبل الحوالة على أنها عقد احتمالي أى على ما بها من غرر فهو يكون قد اشترى في هذه الحالة وهو ساقط الخيار ولا يعود له حق ما قبل المحيل إذا ما تحقق سبب الضمان ، ولا يكون له أيضاً أن يطالب برد الثمن . لأنه يكون قد تحمل في هذه الصورة تبعه الهلاك (المادة ٤٤٦) الواردة في باب البيع ، وهي تقرر قاعدة عامة تنطبق حتماً على الحوالة أيضاً). وكثيراً ما يحدث ذلك في حوالة الحقوق المتنازع فيها .

٣٢- جزاء الالتزام بالضمان - تقضى المادة ٣١٠ بأنه: «إذ أرجع المحال له بالضمان على المحيل ... فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . » (وراجع المادة ٣٧٠ من القانون العراقي) .

والقواعد العامة في ضمان الاستحقاق تجعل الملتزم به مسؤولاً عن قيمة الشيء المستحق وعن التعويض (المادة ٤٤٣ الواردة في باب البيع) . ومؤدى هذه القواعد أن يكون المحيل ملزماً ليس فقط برد الثمن مع الفوائد والمصروفات ، بل أيضاً بدفع تعويض مساو لما لحق المحال له من خسارة وما فاته من كسب ، وبعبارة أخرى قد يصبح المحيل ملزماً بموجب هذه القواعد بدفع مبلغ مساو لقيمة الدين المحال فضلاً عن المصروفات .

ولكن المشرع المصري قد خرج هنا على حكم القواعد العامة فلم يجعل للمحال له حقاً في أكثر من الثمن المدفوع منه مع فوائده والمصروفات، ومنع كل اتفاق يخالف . وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية (٣ : ١٢٧) أنه قد قصد من النص على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين ، (١) .

ولكن يلاحظ أن قصر حق المحال له على الثمن وملحقاته يكون مفهوماً في صورة اشتراط ضمان اليسار إذ من غير المعقول أن ينزل الدائن عن حقه قبل مدينه في مقابل ثمن بخس نظراً إلى عدم يسار المدين المحال عليه ثم يلتزم بأن يدفع إلى المحال له الدين المحال جميعه ، فيكون حاله كحال من اقترض مبلغاً معيناً من المال على أن يرد مبلغاً أزيد . وهذا الاتفاق يكون باطلاً لما ينطوى عليه من شبهة الربا (بودرى ، بند ٨٢٢ ، ص ٧٤٥) .

أما نزول الدائن عن الحق في مقابل ثمن معين ، دون ضمان ليسار المدين المحال عليه ، فهو الصورة العادية لحوالة الحق ، وليس فيها ما يدل على أن الدائن قد حوّل حقه نظراً لإعسار المدين ، والحيل ملتزم في هذه الصورة بضمان مجرد وجود الحق ، فإذا لم يثبت وجود الحق ، تعين على المحيل الوفاء بالتزامه ، ومقتضى هذا الالتزام تعويض المحال له عن كل ما لحقه من خسارة أو مافاته من كسب . ومن ثم إذا تبين أن المحال عليه لم يكن معسراً وقت حلول الدين ، وأن الحوالة لولا العيب الذي لحقها كانت ستؤدي إلى حصول المحال له على حقه كاملاً وجب على المحيل تعويضه ، وقد يبلغ التعويض قدرأ يتساوى فيه مع قيمة الحق المحال . أما إذا تبين أن المحال عليه كان معسراً وقت حلول الدين ، فإن الضرر يكون قد انتفى ولا يعود المحيل ملزماً بالتعويض ولكنه يبقى ملزماً فقط برد الثمن مع ملحقاته .

(١) راجع بهذا المعنى مطول بلا نيول وريبير ، رقم ١١٣٢ ، ص ٥٢٨ — ولكن راجع في عكس هذا الرأي اوبرى ورو ٥ : ٣٥٩ مكرر ، ص ١٦٤

هذا هو الحكم الذي يجب الأخذ به وإلا أصبح الالتزام بالضمان لغواً ، فقد سبق أن بينا أن اشتراط عدم الضمان لن يحول دون مطالبة المحيل برد الثمن فكأن الضمان وعدمه سيان في حكم القانون المدني المصري .
ومما لا شك فيه أنه لو كان سبب الضمان يرجع إلى فعل المحيل ، فإن المحال له يستطيع أن يرجع على المحيل بالتعويض كاملاً ، ذلك أن المادة ٣١١ التي جعلت المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية قد وردت بعد المادة ٣١٠ وقد حددت المادة ٣١٠ حق المحال له على الوجه الذي ذكرنا فيما لو رجع المحال له على المحيل بدعوى الضمان طبقاً للمادتين السابقتين عليها ، حيث يكون سبب الضمان أجنبياً عن فعل المحيل (راجع نص المادة ٣١٠ م م) .

الفصل الثاني

علاقة المحيل بالمدين المحال عليه

٣٣ - تقرر المادة ٣٠٥ أنه : « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين ... إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها » .

ومعنى ذلك أن المدين المحال عليه يستطيع أن يفي إلى الدائن القديم بالرغم من انعقاد الحوالة ، إذا كان لم يعلن بها أو لم يقبلها . فالحوالة قد نقلت الدين إلى الدائن الجديد بمجرد انعقادها ولكن هذا الانتقال لا يتأثر به المدين إذا كان لم يعلن بالحوالة أو لم يقبل تلك الحوالة .

وقد كانت المادة ٣٢/١ من المشروع التمهيدي تنص على ذلك صراحة؛ وقد انتقل نص هذه المادة إلى القانون المدني العراقي حيث تقول المادة ٣٧٢ منه إنه : « تبرأ ذمة المحال عليه إذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بها » .

٣٤ - ولكن ما الحكم إذا أوفى المدين بالدين للمحيل بالرغم من علمه بالحوالة ، وقبل إعلانه بها أو قبله لها ؟

تقول المادة ٤٣٢ من المشروع التمهيدى في فقرتها الثانية : « ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، إذا أثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة . » وقد انتقل هذا النص إلى القانون العراقى حيث أوردت المادة ٣٧٢ في فقرتها الثانية الحكم الذى نصت عليه المادة ٤٣٢/٢ . ولنا أن تتسامل بعد ذلك ماهى الوظيفة التى يؤدىها الإعلان أو القبول فى ظل التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أصبح مجرد علم المدين بالحوالة كافياً لاعتبارها نافذة فى حقه ؟

٣٥ - نلاحظ أولاً أن حذف المادة ٤٣٢ من المشروع النهائى ليس معناه أن المشرع المصرى قد عدل عن الأخذ بحكمها . فقد ورد بمحضر لجنة المراجعة أنها قد حذفت « لتضمنها حكماً تفصيلياً رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة » (الأعمال التحضيرية ٣ : ١١٩) .

ونحن نرى أن الحوالة وقد انعقدت صحيحة بمجرد التراضى عليها لا تعود فى حاجة إلى قبول من جانب المدين لتنتج أثرها ، فقبول المدين ليس ركناً من أركانها فى التقنين المدنى المصرى الجديد . وكذلك إعلانها إلى المدين ليس إجراء شكلياً يتوقف عليه انتقال الدين إلى الدائن الجديد ، فالمدين ليس من الغير بالمعنى الفنى (١) . إن انتقال الدين إلى الدائن الجديد لا يكون له معنى إذا لم يترتب عليه أن يصبح المحال عليه مديناً للدائن الجديد . ذلك أن المحال عليه هو أحد طرفى العلاقة التى انتقلت بمجرد انعقاد الحوالة إلى المحال له . غير أن اعتبار المدين المحال عليه مسؤولاً عن الوفاء الذى يصدر منه قبل علمه بالحوالة يكون من قبيل الإعنات ، وفى الواقع إن الوفاء الذى يصدر من المدين قبل علمه بالحوالة ، لا يعتبر صحيحاً على أنه قد وقع لشخص لا يزال صاحب الحق ، فالوفاء لم يقع فى هذه الصورة لشخص الدائن ، ولكن القانون

(١) راجع السهوى ، الموجز فقرة ٥٢٤ ، وعكس ذلك : حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٧

يصحح هذا الوفاء رعايةً منه لحسن نية المدين الموفى ، وهذا الحكم مظهر من مظاهر الحماية التي يضيفها القانون على التصرف الصادر عن حسن نية .

٣٦ - وإذا لم يتوافر حسن النية فإن الأمر يعود إلى أصله ، أى أن الوفاء يكون قد وقع لغير الدائن فلا يعود صحيحاً ، ولا حاجة بعد ذلك إلى الإعلان أو القبول إلا إذا أريد بهما إثبات علم المدين على صورة لا تحتل الشك ، فالقبول حاسم في معنى العلم ، والإعلان وسيلة لمنع المدين من التمسك بعدم علمه .

هذا هو الرأى الذى يجب الوقوف عنده . وقد كانت المسألة محل خلاف فى ظل التقنين المدنى السابق (١) ، وهى لا تزال كذلك فى فرنسا . والرأى السائد فى الفقه التقليدى (٢) أن تواطؤ المدين مع المحيل على الوفاء له إضراراً بالدائن المحال له يحل وفاءه للمحيل باطلاً ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى المسؤولية وعلى اعتبار أن إبطال الوفاء يكون خير تعويض للمحال له عن الضرر الذى ألحقه به المدين (٣) وفى هذا الرأى لا يكفى مجرد العلم للحكم بإبطال الوفاء الصادر للمحيل ، بل يلزم إثبات خطأ المدين .

على أن هناك من الشراح الفرنسيين هم أنفسهم من يذهب إلى أن القبول الذى يتطلبه القانون لنفاذ الحوالة فى حق المدين يجب أن يفهم على أنه مجرد إقرار من المدين بعلمه بالحوالة والإعلان يقوم مقام القبول عند عدمه (٤) .

٣٧ - هذا ويلاحظ أن القانون الألمانى (م ٤٠٧) وكذلك القانون

(١) راجع استئناف مختلف ٢٠ / ١٢ / ١٨٩٩ م ١٢ : ٤٩ ادى قضى بأن مجرد العلم بالحوالة لا يكفى لا اعتبارها نافذة فى حق الغير .

(٢) راجع الهلالى وحامد زكى ، البيوع والحوالة ، فقرة ٦٣٥

(٣) راجع فى ذلك الأعمال التحضيرية ٣ : ١١٨

(٤) مطول بلانول وريبير ٥٠٢ : ١١٢١ .

L'acceptation doit s'entendre simplement comme l'aveu par le débiteur de la connaissance qu'il a du transport effectué, et c'est pourquoi elle peut remplacer la signification.

ويسلم كولان وكايتان ودى لاموراندير ، بند ٢٩ - ، بأن المحيل لا يستطيع بعد انعقاد الحوالة وقبل الاعلان أو القبول مطالبة المحال عليه بالدين .

السويسرى (م ١٦٧) قد أخذنا صراحة بهذا المبدأ فلم يشترطاً إعلان المدين أو قبوله لتنفيذ الحوالة في حقه ، ولم يعتبرنا وفاء المدين إلى الدائن المحيل صحيحاً إلا إذا تم بحسن نية . أما الإعلان فهو وسيلة لإثبات سوء نية المدين المحال عليه (المادة ٤١٠ م ألماني) (١) .

ويبدو أن المشرع المصرى أراد أن يترسم خطى هذين التشريعين ، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بعد الكلام عن أحكام هذين التشريعين : « وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة منطقية للتصوير الفرنسى في هذا الشأن ، (الأعمال التحضيرية ، ٣ : ١١٩) (٢) »

٣٨ — على أن التقنين اللبناني لا يزال في هذه المسألة متمسكاً بالأوضاع التقليدية ، فقد جاء بالمادة ٢٨٣ من قانون الموجبات أن : « الانتقال لا يعتبر موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث ولا سيما بالنظر إلى المديون ... إلا بإبلاغ هذا التفرغ إلى المديون أو بتصريح المديون في وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ . وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم يصح للمديون أن يبرىء ذمته لدى المتفرغ » . وواضح أن القانون اللبناني قد جعل حكم المدين حكماً الغير تماماً فلم يفرق بين المدين والغير ، ثم إنه قد نص صراحة على أن الوفاء للمحيل يكون صحيحاً إذا ما تم قبل القبول أو الإعلان أى سواء كان المدين عالماً بالحوالة أم جاهلاً لها . لا بل إن المشرع اللبناني قد اشترط

(١) راجع دروس الاستاذ شيرون في الحوالة ص ٢٦ — ٣٧ .

(٢) وجاء بها أيضاً (٣ : ١١٢) : « ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المحيل والمحال فيما بينهما بيد أن المدين قد يحيل هذا الاتفاق ، بل والغالب فيه أن يحمله ، وهذه العلة تقع وقاؤه للمحيل صحيحاً ما بقى جاهلاً بالحوالة » .

على أنه من غير السليم أن يقال إن هذا المبدأ يعتبر نتيجة منطقية للتصوير الفرنسى التقليدى فالواقع أن افتراض الخطأ في جميع الصور يقلب ذلك التصوير رأساً على عقب . والمشرع الألماني لم يقرر بطلان الوفاء للمحيل بعد علم المدين بالحوالة على أساس الخطأ بل على أساس أن الحوالة صحيحة نافذة ، فلا يشترط المشرع الألماني إعلان المدين بها إلا لإثبات سوء نيته .

ثبوت تاريخ الورقة المتضمنة للقبول لاعتبار الحوالة نافذة في حق المدين هو نفسه ، وهو ما لا يمكن تبريره بحال من الأحوال .

٣٩ — يخلص مما تقدم أن الحوالة في القانون المصري بخلاف القانون اللبناني تنتج أثرها في حق المدين المحال عليه بمجرد انعقادها . وتنقطع بذلك علاقة المحيل بالمحال عليه ، على أن وفاء المحال عليه للمحيل يعتبر صحيحاً إذا ما كان قد صدر منه قبل عليه بالحوالة ، أى أن الوفاء لغير الدائن لا يكون وفاء باطلاً في هذه الصورة ، لأنه يكون قد تم بحسن نية .

الفصل الثالث

علاقة المحال له بالمدين المحال عليه

٤٠ — متى انعقدت الحوالة صحيحة حل المحال له محل المحيل في علاقته بالمدين المحال عليه . على أن المحال له لا يستطيع مطالبة المدين المحال عليه بأحكام الحوالة إلا إذا كان قد علم بها فعلاً .

وينبئ على ذلك أنه لو أوفى المدين بالدين الى المحال له اختياراً قبل إعلانه بالحوالة أو قبله لها فإن وفاءه هذا يكون وفاء صحيحاً ومبرئاً لذمته تماماً ، فواقعة الوفاء تتضمن علم المدين بالحوالة وقبوله لأحكامها (١) .

وكذلك إذا طالبه المحال له بالوفاء وضمن طلبه هذا إخطاراً بالحوالة ، فإن وفاء المدين بالدين بناء على هذه المطالبة يكون وفاء صحيحاً مبرئاً لذمته (٢) .

٤١ — وواضح مما تقدم أن المدين يستطيع قبل علمه بالحوالة أن يفي بالدين الى المحيل ولسكنه بعد علمه بها يتعين عليه الوفاء بالدين الى المحال له

(١) مطول بلانول وريبير ؛ ص ٢٢٠

(٢) المرجع السابق .

دون المحيل ، والواقع أن صاحب الحق بعد انعقاد الحوالة هو المحال له لا المحيل ، فإذا تم الوفاء له كان هذا الوفاء صحيحاً في جميع الصور ، والبحث في علم المدين بالحوالة أو جهله لها ، لا يكون مفيداً إلا لتبين حكم الوفاء الذي تم بعد انعقاد الحوالة بين يدي المحيل . فهذا الوفاء قد يكون صحيحاً وقد يكون باطلاً تبعاً لما إذا كان المدين المحال عليه جاهلاً للحوالة أو عالماً بها . أما الوفاء الذي يتم بين يدي المحال له ، فهو يعتبر في جميع الأحوال وفاء صحيحاً ، متى انعقدت الحوالة صحيحة .

على أنه إذا تم الوفاء بحسن نية بين يدي المحيل لا المحال له بعد انعقاد الحوالة ، فإن حق المحال له قبل المحال عليه ينقضي ولا يكون للمحال له سوى الرجوع على المحيل بدعوى الضمان . ولذلك يقال إن علم المدين بالحوالة أو جهله لها يؤثر كذلك في حق المحال له قبل المحال عليه .

٤٢ — ولذلك تنص المادة ٣٠٥ م م على أن الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين . . . إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، فالذي تقصده هذه المادة هو أن المدين لا يعود — بعد الإعلان الذي يثبت العلم أو بعد القبول الذي يتضمنه — في حل من الوفاء بين يدي المحيل . فالواقع أنه مالم يستطع الدائن المحال له إثبات علم المدين بالحوالة ، يكون من حق المدين الوفاء إلى المحيل أو إلى المحال له ، دون حرج ؛ ولذلك فإن القانون قد رسم طريقاً للدائن المحال له يستطيع به أن يمنع المدين من التمسك بحسن نيته ومن العبث بحققة قبله . وهذا الطريق هو طريق الإعلان على يد محضر . على أنه لا تكون هناك حاجة إلى الإعلان إذا كان المدين قد سبق له قبول الحوالة فثبت بذلك علمه بها .

٤٣ — ولما كان حق المحال له قبل المدين ينشأ عن الحوالة التي انعقدت فيما بينه وبين المحيل ، وقبل الإعلان ، فإنه يكون من حقه دائماً أن يتخذ من الإجراءات ما يراه مناسباً لصيانة حقه والمحافظة عليه . وقد نصت المادة ٣٠٦ م م على ذلك صراحة إذ قالت : « يجوز قبل إعلان الحوالة أو

قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه. فللمحال له أن يحدد قيد الرهن الذي كان يضمن الدين المحال وللمحال له كذلك أن يحجز تحت يد مدين المدين على ما يكون مطلوباً منه للمدين (١) وحق المحال له في اتخاذ الإجراءات التحفظية لا يختلف عن حق أى دائن آخر والنص على ذلك صراحة في باب الحوالة يزيل الشبهة التي قد تقوم في ظل النظرية التقليدية على أساس أن حق المحال له قبل المدين لا ينشأ إلا بعد إعلانه بالحوالة. على أن للمحال له قبل المحيل، في النظرية التقليدية هي نفسها حقاً احتمالياً، ومن المسلم أن لصاحب الحق الاحتمالي أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يراه مفيداً (٢).

٤٤ - إعلان المحال عليه بالحوالة - قلنا إن الإعلان هو الطريق الذي رسمه القانون لمنع المدين من التمسك بحسن نيته والعبث بحق المحال له قبله.

وهذا الإعلان قد يصدر في الأصل من الدائن المحال له، فهو صاحب المصلحة الأولى في الإعلان. ولكنه قد يصدر كذلك من الدائن المحيل، لأن الوفاء الذي يقع من المدين بين يديه بعد انعقاد الحوالة وقبل ثبوت علم المدين بها، لا يعتبر في الأصل وفاء صحيحاً وقد اعتبر كذلك مراعاة فقط لحسن نية المدين، ولذلك فإن الدائن المحال له يستطيع في هذه الصورة الرجوع على المحيل بدعوى الضمان. فإذا أراد المحيل التخلص من التزامه بالضمان أعلن المدين بالحوالة، ومنع بذلك المدين من الوفاء له. والإعلان هو عبارة عن ورقة من الأوراق التي يتولى إبلاغها المحضرون، ولا بد من أن يتم الإعلان على يد محضر، ويجب أن يتضمن ما يفيد حصول الحوالة وشروطها الجوهرية (٣).

(١) مطول بلاتول ورير، ص ٥٢٠.

(٢) الأعمال التحضيرية (٣ : ١١٩) : « ولو كان حقه معدوماً على خطر الوجود ».

(٣) أعمال تحضيرية ٣ : ١١٦.

وقد يتم الإعلان في ضمن ورقة التكليف بالحضور أمام المحكمة (١) ، كما قد يتم ضمناً عند المطالبة بالتنفيذ ، إذا كان السند المحول واجب التنفيذ . والمهم في هذا كله أن تكون واقعة الحوالة قد وصلت إلى علم المدين من الطريق الرسمي الذي يقطع على المدين سبيل التمسك بحسن نيته .

٤٥ — قبول المحال عليه للحوالة — على أن قبول المدين للحوالة يغني عن الإعلان ، فالقبول هو عبارة عن إقرار المدين بعلمه بالحوالة ، والعلم يثبت من طريق القبول على وجه لا يرقى إليه الشك بحال من الأحوال . ولذلك فإنه لا يعتد بالقبول إلا إذا كان لاحقاً للحوالة ، أما القبول السابق فلا أثر له لأنه لا يتضمن العلم بواقعة الحوالة (٢) .

والقبول يثبت وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فلا يلزم أن يكون القبول ثابتاً من طريق الكتابة (٣) ، وإن كان الأحوط إثباته كتابة ، فسوف نعرف أن القبول لا يجعل الحوالة نافذة في حق الغير إلا إذا كانت الورقة المثبتة له ثابتة التاريخ .

والورقة المثبتة لقبول المحال عليه لا يشترط فيها أي شكل خاص ، فالورقة العرفية تكني لإثبات القبول ، حيث يشترط إثباته كتابة (٤) .

٤٦ — حلول المحال له محل المحيل — إن أثر الحوالة في علاقة المحال له بالمدين ينحصر في حلول الأول محل المحيل في الحق المحال .

ويتفرع عن ذلك الأصل فرعان . الأول : أن يكون من حق المحال له مطالبة المدين بجميع الدين الذي يشغل ذمته ، وكذلك بملحقات هذا الدين

(١) استئناف محتاط ٣ يناير سنة ١٩٤٥ (مجموعة ٥٧ : ٧٣)

(٢) مطول بلاتبول ورير ، ٥٠٢ : ١١٢١ ، الحاشية ٢٠١ ؛ وعكس ذلك : السهوري الموجز ، ص ٥٣١ ، رقم ٥١٥ والأحكام التي أشار إليها بالحاشية رقم ٣ .

(٣) وذلك بخلاف ما كان يقضى به القانون المدني المصري السابق .

(٤) والقانون المدني الفرنسي يشترط إفراغ القبول في الشكل الرسمي لاعتباره نافذاً في حق الغير (م ١٦٩٠)

فالدين لم تتغير طبيعته ، بل هو يبقى شاغلاً لذمة المدين بعد الحوالة كما كان شاغلاً لها قبلها ، وفي الحدود التي كانت ذمة المدين مشغولة به فيها .

والثاني : أن يكون من حق المدين المحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل قبل الحوالة .

٤٧ - مطالبة المدين بالدين جميعه وبملحقاته - إن دين المحال له قبل المدين هو دين المحيل بعينه ، فقد حل فيه المحال له محل المحيل وليس من أثر الحل أن يغير في طبيعة الدين . فإذا كان الدين تجارياً بقى كذلك بعد حوالته وإذا كان الدين موصوفاً بأجل ، أو مقترناً بشرط بقى بعد حوالته مضافاً إلى ذلك الأجل أو مقترناً بهذا الشرط (١)

فالحوالة لا يترتب عليها تجديد الدين ، ذلك أنها ليست طريقاً من طرق انقضاء الالتزامات ، وهي كذلك ليست عقداً منشئاً لالتزام جديد .

والمحال له يحل محل المحيل في الدين جميعه ، كما هو الأصل في الحل ، وذلك بخلاف ما إذا كان الحل سببه الوفاء عن الغير ، فإن الشخص الذي يوفى بدين غيره يحل محل الدائن في حدود المبلغ الذي دفعه ، ولا يكون له حق مطالبة المدين بأكثر من ذلك (م ٣٢٩ م) (٢) . أما المحال له فيكون من حقه المطالبة بالدين جميعه ولو كان قد دفع في مقابلة حصوله عليه ثمناً لا يبلغ مبلغ الدين المحال .

وكذلك يكون من حق المحال له المطالبة بفوائد الدين أو بالأقساط التي استحققت منه قبل الحوالة ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٧ حيث قالت ، إن حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (٣) . ولا شك

(١) راجع المادة ٢٨٥ ق ل : « إن التفرغ ينقل إلى التفرغ له . . . الخصائص الملازمة له (أى للدين) » .

(٢) راجع استئناف مصر ٧ / ٥ / ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ : ٥٢٥ : ٢٦٧ ، في الفرق ما بين الحوالة والوفاء مع الحل .

(٣) ونقابها المادة ٣٦٥ من القانون العراقي .

أن ما يحل بعد الحوالة منها يكون من حق المحال له وقد أصبح هو الدائن دون المحيل .

وأخيراً فإن المحال له ينتفع كذلك بالتأمينات الضامنة للدين المحال . فقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٧ في شطرها الأول وقالت : « تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن ، (١) والواقع أن التأمينات المختلفة تعتبر أوصافاً للالتزام ولذلك هي تنتقل معه حتماً . ولا حاجة إلى قبول الكفيل لاعتباره ملزماً قبل المحال له كما كان ملزماً قبل المحيل ، ولكن يراعى أن التأمين العيني العقاري لا يكون من حق المحال له إلا إذا تم التأشير به على هامش القيد الأصلي الذي أنشأه ، على ما سبق أن عرفنا (٢) .

٤٨ — هذا ويقال في العادة إن الحوالة تشمل الدعاوى المؤكدة للحق لا الدعاوى المنافية له ، فلو كان الدين المحال عبارة عن ثمن لما يدفع ، فإن للمحال له أن يطلب فسخ البيع ؛ أما إذا كان الدين نشأ عن عقد قابل للإبطال ، فإن دعوى الإبطال لا تكون من حق المحال له .

والواقع أن الدعاوى التي تحمي الحق تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الحق ولذلك فإن للمحال له وقد أصبح صاحب الحق أن يرفع الدعاوى التي تحمي حقه هذا . أما دعوى الإبطال فهي ليست من الدعاوى التي تحمي حقه ، وهي لا تكون له في الأصل . وإذا كان حق المحيل قابلاً للإبطال ، فإنه قد انتقل إلى المحال له في وقت كان العقد المنشئ له صحيحاً ، ولذلك فإن حق المحال له يعتبر قائماً ولا يعود مهدداً بالإبطال بعد أن أصبح طلب الإبطال ممتنعاً على المحيل بسبب زوال صفته كدائن (٣) .

(١) ومثلها المادة ٣٦٥ من القانون العراقي والمادة ٢٨٥ من قانون الموجبات اللبنانية : « إن التفريغ ينتقل إلى الدين مع جميع ملحقاته كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة وفقاً للصنع والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينية . »

(٢) راجع المادة ٢٨٥ ق ل ، بالخاصة السابقة . وراجع العدد ١٤ فيما تقدم

(٣) عكس ذلك : مطول بلاتبول وريير ، ص ٥١٥ ، بند ١١٢٦ .

وتقول المادة ٢٧٥ من قانون الموجبات اللبثاني : « إن التفرغ ينقل إلى المتفرغ له ... جميع العيوب الملتصقة بالدين » . وقد يفهم من هذا النص أن للمحال له أن يتمسك بإبطال العقد المنشئ للدين المحال . ولكن ذلك لا يمكن التسليم به لما سبق أن قلناه ، ولأن حق الإبطال يتميز عن الحق محل الحوالة ؛ فما لم يبين أن الحوالة تنصرف إلى العقد هو نفسه لا إلى الحق الناشئ عنه ، فإن حوالة الحق لا تكون شاملة لدعوى الإبطال .

ويجب دائماً التمييز ما بين حوالة الحق وحوالة العقد ، وهي حوالة شاملة لجميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد جملة واحدة . وهذه الحوالة الأخيرة محل خلاف في الفقه التقليدي وتنتج إلى تصحيحها التشريعات الحديثة (١) .

ولذلك فإنني لا أرى أن حوالة الحق تشمل حتماً دعوى الفسخ ، ذلك أن فسخ عقد البيع مثلاً لا يعتبر جزءاً لا يتجزأ من حق البائع في الثمن . وإذا قيل بأن دعوى الفسخ قد أصبحت من حق المحال له بموجب الحوالة ، فإن ذلك يكون معناه أن تصبح العين المباعة مملوكة للمحال له .

فهل هذا هو ما أراده الطرفان عند اتفاقهما على حوالة الحق في الثمن ؟ إن هذه النتيجة لا يمكن التسليم بها إلا إذا اتفق الطرفان على حوالة عقد البيع هو نفسه وهو ما لم يحصل في حوالة حق البائع في الثمن (٢) .

هذا وبما لا شك فيه أنه إذا كان المحيل قاصراً فإن التقادم يقف سريانه بالنسبة إليه ، ولكن المحال له لا يستطيع أن يتمسك بذلك ، بعد أن أصبح صاحب الحق ، لأن وقف التقادم ليس وصفاً من الأوصاف التي تلحق الدين ، والدين الذي أصبح من حق المحال له غير القاصر لم تتغير أوصافه ، فإذا كان قد استحق دفعه منذ عشر سنوات مثلاً تعين على المحال له أن يطالب به في خلال الخمس سنوات الباقية .

(١) راجع Lapp, Essai, sur la cession du contrat synallagmatique à titre particulier thèse, Strasbourg, 1950.

وراجع المواد ١٤٠٦ — ١٤١٠ من القانون المدني الإيطالي .

(٢) من هذا الرأي : لوران ، ٢٤ : رقم ٥١٥ . وقد أشار إليه دى باج ، م. ٤٠٠ ، حاشية ٤

٤٩ - الدفوع التي يدفع بها المدين مطالبة المحال له - لما كان المحال له قد حل محل المحيل في حقه فإن مطالبة المحال له به تتأثر بالدفوع التي تندفع بها مطالبة المحيل هو نفسه . ذلك أن المحال عليه لا تصبح ذمته بعد الحوالة مشغولة بأكثر مما كانت مشغولة به قبلها ، أو بغير ما كانت مشغولة به من دين ، وهذا هو الأثر السلبي لحلول المحال له محل المحيل في الحق .

وقد نصت على هذا الأثر المادة ٣١٢ من القانون المدني المصري ، فقالت :
 « للدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » . (١)

٥٠ - وذلك معناه أن المدين يستطيع دفع مطالبة المحال له بدعوى البطلان ، إذا كان العقد الذي أنشأ الدين المحال عقداً باطلاً ، وكذلك هو يستطيع أن يطلب إبطال العقد المنشئ . للالتزام المحال ، إذا كان الإبطال مقررًا لمصلحته . (٢)

وإذا كان الدين قد انقضى بسبب الوفاء أو التقادم أو غير ذلك من الأسباب بوجه عام ، فإن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بانقضاء الدين في مواجهة المحال له كما لو كان الدين لا يزال من حق المحيل هو نفسه .

(١) وراجع كذلك المادة ٣١٦ م مع فهي منقولة عنها بالحرف الواحد ، والمادة ٢/٢٨٥ م ل التي تنص بأنه : « يحق للمدين أن يدلي بأسباب الدفع والدفاع التي كان يحق له أن يدلي بها تجاه المتفرغ » .

(٢) ولكن المحال عليه لا يستطيع أن يدفع بصورة التصرف الذي أنشأ الدين وذلك فيما لو كان المحال له حسن النية ، فالمحال له يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التصرف ، وهو يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان ذلك في مصلحته ، وفقاً للقواعد العامة . راجع استئناف مخطوط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ (مجموعة ٥٨ : ٥٩) ونقض ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤٦ : ١٦٦ : ٥ .

ولكن المشرع قد استثنى المقاصة من بين أسباب الانقضاء وجعل لها حكماً خاصاً ، فقد نصت المادة ٣٦٨ م م (وتقابلها المادة ٣٦٦ م م والمادة ١٧٤ م ع) الواردة في باب المقاصة على أنه : « إذا حوّل الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة ، وهذا النص يمنع المحال عليه الذي كان له دين قبل المحيل من التمسك بالمقاصة إذا كان قد قبل الحوالة دون تحفظ . أما في غير حالة القبول ، فإنه يستطيع دفع مطالبة المحال له بالمقاصة ما بين دينه على المحيل ودين المحال له قبله .

٥١ - فالأصل إذاً أن للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بجميع الدفعات التي كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل ولو كان قد قبل الحوالة بدون تحفظ ، فالقبول في الأصل لا يفيد سوى إقرار المحال عليه بأنه على علم بواقعة الحوالة ، ولا ينطوي على معنى النزول عن الدفع ، كما أنه لا يربط في ذمة المحال عليه التزاماً جديداً لمصلحة المحال له ، إلا أن قبول المحال عليه للحوالة بدون تحفظ في الوقت الذي كان يدين فيه المحيل ، يعتبر في نظر المشرع نزولاً منه عن الدفع بالمقاصة ، ما لم يثبت التحفظ عكس ذلك .

على أن المشرع اللبناني قد أتى هنا بحكم مخالف لما يقضي به القانون المصري في هذا الشأن ، فقد نصت المادة ٢٨٥ / ٢ من قانون الموجبات اللبنانية على أنه : « إذا كان المدين قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط فهو يعد إذ ذاك عادلاً عن وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك الحين ، . فالمشرع اللبناني قد جعل من واقعة القبول قرينة على النزول عن الدفع جميعها ما لم يثبت التحفظ غير ذلك ، أي أنه لم يقصر تلك القرينة على الدفع بالمقاصة دون غيره من الدفع ، بل اعتبرها قرينة عامة شاملة لجميع أنواع الدفع .

ونلاحظ أن المشرع اللبناني قد خرج بذلك على المعنى الذي ينطوى عليه القبول ، فقد قلنا إنه عبارة عن إقرار بالعلم ، وهو لا يزيد على معنى الحوالة شيئاً ، فإذا أدى إلى إسقاط حق المحال عليه في الدفع التي كانت له من قبل يكون في الواقع قد عدل من أحكام الحلول ، وقرَّب ما بين الحوالة والتجديد ، وهو ما لا يمكن التسليم به .

٥٢ — هذا ويلاحظ أن المادة ٣١٢ م م تقرر أن للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل «وقت نفاذ الحوالة في حقه» . ومعنى ذلك أنه إذا انقضى الدين لسبب من أسباب الانقضاء وقع قبل إعلان الحوالة إلى المدين أو قبل قبوله لها ، فإن للمدين أن يتمسك بذلك الانقضاء قبل المحال له ؛ أما إذا انقضى الدين لسبب من الأسباب بعد إعلان الحوالة أو بعد قبولها ، فإن المدين يكون ملزماً بالوفاء إلى المحال له ، كما لو لم يكن هناك انقضاء .

ولسكننا نرى أنه بعد انعقاد الحوالة لا يعتبر الوفاء إلى المحيل في الأصل وفاء صحيحاً ، كما أن إبراء المحيل للمدين بعد انعقاد الحوالة ، لن يصادف محلاً ، ولن يؤدي إلى انقضاء الدين ، فليست هناك دفع يرجع سببها إلى ما بعد انعقاد الحوالة ويكون من حق المدين التمسك بها لسبقها على الإعلان أو القبول . فإذا كان قد نشأ للمحال عليه دين على المحيل بعد انعقاد الحوالة وقبل إعلانها ، فالأصل أن المقاصة لن تقع هنا بسبب اختلاف شخص الدائن في كل من الدينين ، ولذلك فإن الدفع بالمقاصة يكون ممتنعاً على المدين ، كما لو كان دينه قد نشأ بعد إعلان الحوالة (١) .

ويلاحظ فقط أنه لو كان المدين في جميع هذه الصور حسن النية ، فإن التصرف يكون صحيحاً منتجاً لأثره ، ويكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بانقضاء الدين .

(١) أما إذا سقط الحق بالتقادم فإنه يكون من حق المحال عليه الدفع بالتقادم سواء أ كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل الإعلان أم بعده .

٥٣ - ولذلك نقول إنه متى انعقدت الحوالة صحيحة ترتب عليها أثرها في علاقة المحال له بالمحال عليه ، ومن أثرها أن يصبح المدين المحال عليه ملزماً بالدين الذي كان يشغل ذمته قبلها ، فإذا لم يكن هناك دين أو كان العقد المنشئ له مشوباً بعيب يؤدي إلى إبطاله ، كان من حق المحال عليه التمسك بالدفع التي تؤدي إلى إظهار براءته من الدين أو إلى هدم العقد الذي رتب ذلك الدين في ذمته . أما ما قد ينتاب الدين بعد ذلك من أحداث فلن يؤثر شيء منه سواء أوقع بعد الإعلان أو القبول أم قبلهما في حق المحال له قبل المدين الذي كان يعلم بواقعة الحوالة (١) .

٥٤ - وينبني على ذلك أنه لا حاجة إلى تقييد حق المدين بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل ، وقت نفاذ الحوالة ، كما تقول المادة ٣١٢ م .

وبلاحظ أن المادة ٢/٣٨٥ من القانون اللبناني تقضي بأنه « يحق للمدين أن يدلي بأسباب الدفع والدفاع التي كان يحق له أن يدلي بها تجاه المتفرغ » . فالنصر قد ورد فيه مطلقاً من كل قيد ، على أن الحوالة لا تنتج أثرها في حق المدين وفقاً لأحكام القانون اللبناني إلا عند الإعلان أو القبول ، ولذلك فإن القيد الوارد بالمادة ٣١٢ م قد يكون منسجماً مع أحكام القانون اللبناني ؛ أما في القانون المدني المصري فهو يعتبر أثراً باقياً من التصوير القديم الذي أراد المشرع الجديد تجنيبه .

(١) ولذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون السويسري تنص صراحة على أن المدين يستطيع أن يمتنع قبل المحال له بجميع الدفع التي كان يملكها في الوقت الذي علم بالحوالة فيه . وقد جاء في شرح القانون السويسري للأستاذ فونك ، ص ١٢٣ ، أن التجديد والمقاصة وسائر طرق انقضاء الالتزامات يكون حكمها حكم الوفاء ، أي أنها تبرئ المدين المحال عليه ، فيما لو وقعت بحسن نية : وذلك . مناه كما نقض بذلك المادة ١٦٩ فقرة ثانية أن المحال عليه يستطيع أن يدفع بالمقاصة إذا كان له دين قبل المحال له نشأ سببه قبل الحوالة ، أما إذا كان قد نشأ سببه بعد الحوالة ، فإن الدفع به يصبح ممنوعاً ، ولكن لا يشترط لإمكان الدفع بالمقاصة قبل المحال له أن يكون الدين الذي نشأ للمحال عليه قبل المحيل قد حل قبل إتمام الحوالة .

٥٥ - هذا وتقول المادة ٣١٢ م أن المحال عليه يستطيع التمسك أيضاً بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ، فلو كان الاتفاق على الحوالة مشوباً بعيب يؤدي إلى بطلانه ، فإن للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له ببطالان الحوالة ، ذلك أن الحوالة يظهر أثرها في حقه عندما تكون صحيحة ، فإذا كانت باطلة لم تكن للمحال صفة في المطالبة .

ولكن ما الحكم إذا كانت الحوالة قابلة للإبطال أو للفسخ ولم يستعمل المحيل حقه في ذلك ؟

إن مقتضى النص أن يكون للمحال عليه حق طلب إبطال الحوالة أو فسخها ، ومعنى ذلك أن الحوالة ليست تصرفاً قانونياً مجرداً منعزلاً عن سببه (راجع الأعمال التحضيرية ٣ : ١٥٤ ، حيث جاء بها عكس ذلك تماماً) وأن المحال عليه يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له على أساس أن حق المحال له قبله مرتبط بحق المحال له قبل المحيل . ونحن نشك في أن هذه هي النتيجة التي أرادها المشرع ، الذي نقل هذا النص عن المادة ٣٢٠ الواردة في حوالة الدين . فقد كان نص المادة ٣١٢ في المشروع التمهيدى يجرى على الوجه الآتى : « كما يجوز له (أى للمحال عليه) أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » (أعمال تحضيرية ٣ : ١٢٩) ولكن النص قد تعدل إلى الصيغة التي عرفناها للتنسيق بين هذه المادة والمادة ٤٥٣ (المادة ٣٢٠ من القانون) الواردة في باب حوالة الدين (أعمال تحضيرية ٣ : ١٣٠)

ومما لا شك فيه أن للمحال عليه في حوالة الدين أن يتمسك قبل الدائن بالدفع المستمدة من عقد الحوالة لأنه لا يلتزم بالدين بدلاً من المدين الأصلي إلا بسبب العلاقة التي كانت تربط بينهما ، ولذلك فإن للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع بعدم الوفاء مثلاً استناداً إلى تخلف المدين الأصلي عن الوفاء بالتزامه في بيع عقد بينهما (أعمال تحضيرية ٣ : ١٥٥) . ولكن كيف يتسنى للمحال عليه في حوالة الحق أن يتمسك بعدم الوفاء

بشأن الحوالة التي لم يكن هو طرفاً فيها للتخلص من التزامه قبل المحال له ؟
 ماهو الأساس القانوني لهذا الدفع ، إذا كان من المسلم كما تقول المذكورة
 الإيضاحية (٣ : ١٥٤) أن حوالة الحق تصرف قانوني مجرد منعزل عن
 سببه ؟

وغنى عن البيان أن المحال عليه يستطيع دائماً دفع مطالبة المحال له بالدفع
 الخاصة به هو نفسه ، كما لو نشأ له دين في ذمة المحال له ، فوقعت بذلك
 المقاصة ما بين الدينين . وقد كانت المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدي تشير
 إلى هذا المعنى ، حيث تقول : « كما يجوز له (أى للمحال عليه) أن يحتج
 بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » . وقد استبدلت بهذه العبارة العبارة
 التي تشير إلى جواز التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ، وهي تختلف
 عنها في مدلولها كما تبين .

٥٦ — وللدين المحال عليه في حوالة الحق المتنازع فيه أن يدفع مطالبة
 المحال له ، بدفع المبلغ الذي دفعه المحال له ثمناً للحق ، فيتخلص بذلك من
 التزامه بالدين . وقد نصت على ذلك المادة ٤٦٩ م م ، إذ قضت بأنه : « إذا
 كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل
 ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي
 دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . وهذا النص الاستثنائي
 قصد به المشرع إلى قطع السبيل على المضاربين ولذلك فهو لا ينطبق على
 الأحوال التي تنتفي فيها نية المضاربة والتي أوردتها المادة ٤٧٠ م م ، ولو أن الحق
 يكون فيها أيضاً متنازعا عليه . ولا تدخل دراسة هذا النص الاستثنائي في
 نطاق هذه المحاضرات فهو ينطبق على حوالة الحقوق الشخصية وعلى البيوع
 بوجه عام (١) .

(١) وراجع فيما يتعلق بحوالة الحق المتنازع فيه المادة ٢/٢٨١ من قانون الموجبات والبنات

الباب الثالث

نفاذ الحوالة على الغير

٥٧ - يحل المحال له محل المحيل في الحق المحال بمجرد انعقاد الحوالة ويظهر أثر ذلك في ذمة المحال عليه على التفصيل السابق ، ولكن الحوالة قد تتأثر بها حقوق الغير ، كما لو كان المحيل قد حوّل الحق مرة أولى ثم مرة ثانية ، فإن كل واحد من المحال لها يعتبر غيراً بالنسبة إلى الآخر ، وكذلك لو كان المحيل دائن وكان ذلك الدائن قد أوقع الحجز تحت يد المدين المحال عليه ، فإن الدائن الحاجز يعتبر من الغير بالنسبة إلى المحال له .

٥٨ - من هو الغير في باب الحوالة - ومن ثم نستطيع أن نقول إن الغير في باب الحوالة هو كل من كسب حقاً من شأن الحوالة أن تؤثر فيه ، فهو تارة المحال له الآخر وتارة الدائن المرتهن للحق المحال وتارة أخرى الدائن العادي الذي أوقع حجزاً تحت يد المدين المحال عليه (١) والغير بهذا المعنى هو الغير الذي لا تكون الأوراق حجة عليه إلا إذا كان تاريخها ثابتاً على الوجه الذي رسمه القانون لذلك . ومن ثم فإن الحوالة لن تكون نافذة في حق هذا الغير إلا إذا كانت الحوالة ذات تاريخ ثابت ، وهي تعتبر كذلك إذا كانت قد أعلنت على يد محضر وتضمنت الورقة الرسمية للإعلان البيانات التي انطلت عليها الحوالة ، أو إذا كانت الورقة المتضمنة

(١) وكذلك في حالة الإفلاس أو الإعسار يعتبر الدائنون من الغير بعد أن تعلقت لهم حقوق بمال المفسر أو الميسر .

وراجع استئناف مخلاط ١٨ بوتيو سنة ١٩٤٢ (مجموعة ٥٤ : ٢٤٥) الذي اعتبر الحارس على أموال الأعداء من الغير .

لقبول المدين قد ثبت تاريخها وفقاً للأوضاع التي رسمها القانون لثبوت التاريخ بوجه عام (المادة ٣٩٥ م م) .

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٥ حيث تقول : « لا تكون الحوالة نافذة ... قبل الغير إلا إذا ... أعلن بها (المدين) . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، . (راجع المادة ٣٦٣ م م والمادة ١/٢٨٣ من قانون الموجبات اللبسانى التى تنص على أن الحوالة تعتبر نافذة : « بابلاغ هذا التفرغ إلى المديون أو بتصريح فى وثيقة ذات تاريخ ثابت مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ . »)

٥٩ - وينبى على ذلك أن ثبوت تاريخ الورقة المتضمنة للاتفاق على الحوالة لا يعتبر كافياً إن لم يكن قد اتخذ الصورة التى نصت عليها المادة ٣٠٥ أى إذا لم يثبت ذلك الاتفاق فى الإعلان الرسمى الموجه إلى المدين . والحوالة تعتبر نافذة فى هذه الصورة من تاريخ ذلك الاعلان ، كما أنها تعتبر نافذة فى صورة القبول من تاريخ هذا القبول لا من تاريخ الاتفاق عليها ولو كان ثابتاً وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٩٥ م م .

٦٠ - وقد قيل لذلك إن هذا الإجراء الذى تطلبه القانون لاعتبار الحوالة حجة على الغير هو نوع من أنواع الشهر ، فكما أن بيع العقار كان لا ينفذ فى حق الغير إلا من تاريخ التسجيل ، كذلك الحوالة لا تنفذ فى حق الغير إلا من تاريخ الإعلان الرسمى أو القبول الثابت التاريخ .

ولكننا نلاحظ أنه إذا لم يعلم الغير بواقعة الحوالة فإن الإعلان الذى يوجه إلى المدين دون غيره وكذلك قبول المدين ليس من شأنه أن يوصل الحوالة إلى علمه . وإذا كان الغير يستطيع الاستعلام من المدين عن واقعة الحوالة كما يقال ، فإنه كذلك يستطيع الاستعلام عنها من المحيل هو نفسه . والواقع أن اشتراط ثبوت تاريخ الورقة المتضمنة للقبول كاشتراط الإعلان الرسمى لاعتبار الحوالة نافذة فى حق الغير ، هو أثر من آثار

النظرية التي كانت تعلق نفاذ الحوالة في حق المدين هو نفسه على واقعة قبوله أو على إعلانه، أما وقد قلنا إن المبادئ التي اعتنقها المشرع المصري تؤدي إلى اعتبار الحوالة نافذة في حق المدين منذ انعقادها، فإن اشتراط ثبوت تاريخ القبول أو الإعلان لا يعود له مبرر.

٦١ - هذا ولا يصح قياس حوالة الحق على بيع العقار حيث يعتبر التسجيل واقعة مادية يتوقف عليها انتقال الملك بالنسبة إلى غير المتعاقدين، فالإعلان الرسمي أو القبول الثابت التاريخ تقتصر وظيفتهما على إثبات تاريخ الحوالة في حق الغير، شأنهما في ذلك شأن الورقة المتضمنة لعقد بيع وارد على منقول حيث يتطلب القانون ثبوت التاريخ لا اعتبار البيع حجة على الغير

٦٢ - تطبيقات : ١ - تعدد الحوالات - إذا حوّل الدائن حقه أكثر

من مرة لأشخاص مختلفين، كانت الحوالة التي أعلنت قبل غيرها أو التي قبلها المدين بورقة ثابتة التاريخ قبل غيرها هي الحوالة النافذة في حق المحال لهم الآخرين، ولا عبرة بتاريخ صدور الحوالة هي نفسها. فالحوالة التي ثبت تاريخها قبل غيرها وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون تعتبر سابقة في التاريخ على غيرها من الحوالات، ولذلك فإن المحال له في هذه الحوالة يستطيع التمسك بحوالته تلك قبل الغير ولا يستطيع الغير أن يزاحمه في الحق المحال، فالحق بعد الحوالة يكون له ولا يكون لغيره شيء منه. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣١٣ م م، فقالت : « إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير، (١) »

وإذا كان الحق المحال قد سبق رهنه، فإن رهن الحق يتم من طريق الحوالة، ويكون التزام ما بين المحال له المرتهن والمحال له الآخر خاضعاً

(١) وتقابلها المادة ٣٧٣ م م؛ وكذلك المادة ٢٨٣ م ل التي تنص على أنه : « إذا كان المنفرد قد أحرى فراغين متتابعين لدين واحد فالمنفرد له الذي سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً ».

لأحكام التعدد السابق بيانها ، وذلك معناه أن الدائن المرتهن لا يفضل على المحال له إلا إذا كانت الحوالة التي انعقدت في صورة رهن قد أعلنت أو قبلت وثبت تاريخ قبولها قبل الحوالة الأخرى . وبلاحظ مع ذلك أن حق الرهن لا ينشأ في صورة الحوالة التأمينية إلا إذا كان الدائن المرتهن قد تسلم فعلاً السند المثبت للحق المرهون ، وينبني على ذلك أن الدائن المرتهن لن يستطيع التمسك بحقه قبل المحال له الآخر ، إلا إذا كان قد تسلم فعلاً السند المثبت للحق وثبت تاريخ الحوالة وفقاً للإجراءات السابقة الإشارة إليها .

٦٣ - هذا وما لا شك فيه أن للمحال له الآخر الذي سبقه غيره أن

يرجع على المحيل بدعوى الضمان ، وسبب الضمان هنا يرجع إلى فعل المحيل الشخصي . كما يلاحظ أن الفرض فيمن يتمسك بالتاريخ الثابت أنه حسن النية ، فإن لم يكن كذلك تقدم عليه المحال له الآخر (١) .

٦٤ - ب - تراحم الدائن الحاجز مع المحال له - إذا أوقع أحد دائني المحيل حجزاً تحت يد مدينه بعد ثبوت تاريخ الحوالة على الوجه المبين فيما تقدم ، فإن الحجز لن يكون له أثر ما ، لأنه يكون قد ورد على غير حق المدين .

أما إذا كان الحجز قد توقع على الحق قبل ثبوت تاريخ الحوالة ، فإنه يكون حجزاً صحيحاً ، ولكن الحجز لا يجعل الدين من حق الحاجز ، وللمحال له باعتباره دائناً للمحجوز عليه أن يقتسم الحق مع الحاجز قسمة غراماً . وفي ذلك تقول المادة ١/٣١٤ م م : « إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر » .

٦٥ - ولكن المسألة قد تتعقد ، فقد تقع الحوالة ما بين حجزين ، أي قد تكون الحوالة مسبقة بحجز ثم يرد على الحق المحال حجز آخر لدائن

(١) ولا حاجة إلى اشتراط التواطؤ لإبطال حوالة المحال له سوء النية فمجرد تطبيق القواعد التي تحكم ثبوت التاريخ بوجه عام يؤدي إلى عدم الاعتداد بتلك الحوالة .

ثان . وتطبيق القواعد العامة يؤدي هنا إلى حصر القسمة في الدائن الحاجز السابق وفي المحال له ، فلا يكون للحاجز المتأخر نصيب في الحق المحال بعد أن انتقل إلى غير مدينه . ولكن يعترض على ذلك بأن الأصل عند تعدد الحاجزين اشتراكهم جميعاً في اقتسام الحق المحجوز عليه ، وفي تطبيق القواعد العامة ما يؤدي إلى إخراج أحد الحاجزين من القسمة . وقد اقترح الفقهاء حلولاً عدة لمعالجة هذا الإشكال ، ولكل منها عيوبه . وقد اختار المشرع المصري من بينها الحل الذي نصت عليه المادة ٣١٤/٢ ، وهي تقول : « إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير . فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة ، (١) (وتقابلها المادة ٣٧٤ م ع) . ومؤدى هذا النص أن للحاجز المتأخر نصيباً في الحق المحال ، إذا كان يفيض منه شيء بعد الوفاء بحق المحال له كاملاً .

٦٦ — أما وقد عرفنا أن الأصل العام في اعتبار الحوالة نافذة في حق الغير هو ثبوت تاريخها وفقاً للأوضاع التي رسمها القانون لذلك ، فإننا نلاحظ أن القانون قد خرج على هذا الأصل العام في باب الإيجار ، إذ نصت المادة ١١ من قانون الشهر العقاري على أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات لا تكون نافذة في حق الغير إلا إذا تم تسجيلها .

وهذا معناه أن ثبوت التاريخ لا يكون كافياً في هذه الصورة ، بل يلزم إلى ذلك أن يكون الاتفاق المتضمن للحوالة مسجلاً بمصلحة الشهر العقاري ، فتعتبر الحوالة نافذة في حق الغير من يكون قد كسب حقاً على العقار المؤجر ، منذ تاريخ تسجيل ذلك الاتفاق . على أن الحوالة تكون نافذة دائماً وبلا حاجة إلى تسجيل في حدود إيجار ثلاث سنوات .

(١) فلو كان الحق عبارة عن مبلغ من النقود قدره ١٢٠٠ جنيه وحول منه الحبل مبلغاً قدره ٦٠٠ جنيه وكان قد توقع حجز نظير دين قدره ٦٠٠ جنيه مرة قبل الحوالة ومرة بعدها فإن نصيب الحاجز الأول يكون ٤٠٠ جنيه (أى الثلث) والثاني ٢٠٠ جنيه، أما المحال له فيأخذ حقه كاملاً وهو ٦٠٠ جنيه .

الباب الرابع

حوالة الحق في الفقه الاسلامي الحنفى

٦٧ - لما كانت الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة المشتركة للبلاد العربية جمعاء فإن المقارنة ما بين القوانين الوضعية للبلاد العربية المختلفة تستدعى كذلك المقارنة ما بين هذه القوانين من جهة وذلك القانون العربي الموحد الذى يتمثل في الشريعة الإسلامية من جهة أخرى .

والشريعة الإسلامية كانت مطبقة فعلاً في مختلف البلاد العربية مدى أجيال طويلة وكانت تحكم المعاملات فيها في الوقت الذى بلغت فيه المدنية العربية القمة - تلك المدنية التى تركت آثاراً خالدة في مختلف مناحى العلوم والفنون .

٦٨ - على أن دراستنا للفقه الإسلامى يجب أن تقوم على أساس علمى واضح المنهاج . وطريقتنا في ذلك أن نتقصى المسائل التى عرض لها الفقهاء الإسلاميون وأن نستعرض الحلول التى أوردوها لهذه المسائل ، ثم نستنبط بدورنا من هذه الحلول أحكاماً عامة ننظمها جميعاً وتجعل منها وحدة متماسكة تقوم المقارنة على أساسها ما بين النظم الإسلامية وغيرها من النظم .

ولما كانت هناك في الفقه الإسلامى مذاهب متعددة ، فإن الدقة العلمية تقتضيان أن نبدأ باستخلاص النظريات العامة لكل مذهب من هذه المذاهب على حدة وألا نخلط ما بين الحلول التى يأخذ بها مذهب معين بالذات والحلول التى يؤثرها مذهب آخر من هذه المذاهب - بحيث تقوم النظرية العامة في الموضوع الواحد على حلول تستوحى جميعها صياغة فقهية واحدة وفى ضوء هذه الخطة نتناول بالدراسة موضوع حوالة الحق في الفقه الحنفى دون غيره من المذاهب .

الفصل الأول

المسائل

٦٩ - لو قال شخص لآخر: « بعت منك هذا الدين الذي في ذمة فلان بكذا . . . لم يجز » (١) هذه هي المسألة الأولى التي تستوقف الباحث في موضوع حوالة الحق . ويتضح من هذا النص أن بيع الحق غير جائز . فالدين الذي يريد أن يبيع حقه في مقابل مبلغ من النقود يمتنع عليه ذلك ويعتبر بيعه للحق بيعاً باطلاً ، وفي بعض النصوص أنه « غير منعقد » أصلاً (٢) . ولن نبحت هنا في العلة التي من أجلها أبطل الفقهاء بيع الديون أي الحقوق ، فنحن نستعرض أولاً الحلول ، ثم نعرض للنظريات في الفصل الثاني من هذا الباب .

ولما كان بيع الحقوق غير جائز . فقد جاء في ابن عابدين (٣) أنه : « إذا كان لرجل جامكية في بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل : بعني جامكيتك التي قدرها كذا بكذا أنقص من حقه في الجامكية فيقول له بعتك . . . لا يصح هذا البيع » . وكذلك الحكم فيما لو باع الإمام حظه أي النصيب المرتب له من الوقف (٤) .

٧٠ - وقد رتبوا على ذلك أيضاً أن قسمة الدين فيما بين الورثة ممتنعة ، فالقسمة تنطوي على مبادلة مال بمال كالبيع ولذلك فإنه إذا كان للثبوت في ديون في ذمة أشخاص متعددين واقتسمها الورثة على أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث الآخر ، لا يصح . وفي هذه الصورة مهما حصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر (٥) .

(١) الكاساني ، ٥ : ١٨٢

(٢) الكاساني ، ٥ : ١٤٨ « لا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين »

(٣) ابن عابدين ، ٤ : ١٨ (٤) ابن عابدين ، ٤ : ١٨

(٥) راجع المادة ١١٢٣ من المجلة .

وكذلك لا يجوز التخارج عن ميراث إذا كان به ديون (١).
 ٧١ - ولما كان الوفاء بمقابل في الفقه الحنفي نوعاً من البيوع، فإنهم قد
 نصوا كذلك على أنه لو قال شخص: «اشتريت منك هذا الشيء بالدين
 الذي في ذمة فلان» (٢) فإن هذا البيع يكون كذلك باطلاً، ذلك أن المشتري
 يكون هنا قد باع إلى البائع ديناً في مقابل شرائه منه العين المبيعة.
 ٧٢ - ولكن إذا لم يبع الدائن الحق صراحة أو ضمناً، فإن حوالة
 الحق لا تكون باطلة. فقد قالوا إنه: «لو اشتري شيئاً بشئ دين ولم يصف
 العقد إلى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذي له عليه
 جازت الحوالة» (٣).

ويجب أن نلاحظ هنا أن النص يشير إلى حوالة الحق لا إلى حوالة
 الدين، فالمشتري لا يحيل دينه على مدينه، بدليل أن هذا المدين ليس طرفاً
 في العلاقة، وليس هناك ما يفيد قبوله لهذه الحوالة، إن الذي نحول هنا هو
 حق المشتري قبل مدينه، فهو قد أحال البائع على غريمه بدينه أي بحقه الذي
 له (أي للمشتري) عليه (أي على مدينه). والنص يطلق على هذا التصرف
 القانوني لفظ الحوالة ويعتبرها صحيحة لا باطلة في هذه الصورة.

نستطيع إذاً أن نقول منذ الآن إن الحوالة قد ترد على الحق كما ترد على
 الدين في الفقه الحنفي، وأنه إذا كان يبيع الدين ممنوعاً، فإن حوالة ليست كذلك.
 ففي هذا النص لم يبع الدائن حقه ولكن حوالة إلى شخص آخر، فاعتبرت
 حوالة صحيحة، حيث لم تتشكل الحوالة بشكل البيع أو ما يقوم مقامه.

ولن نبحث هنا في العلة التي من أجلها صحح الفقهاء الحوالة في هذه الصورة
 ولكننا نسارع فنقول إن المحال له قد اعتبر هنا بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه
 من المحال عليه (٤)، مما يؤكد أن الحوالة هنا واردة على الحق، لا على الدين.

(١) ابن عابدين، ٤: ٦٦٤، ولو أن هناك حيلة لتفادي هذا الحكم ذكرها ابن
 عابدين هو نفسه حيث قال في نفس الموضع: «والحيلة في ذلك أن يبيعه كفاً من تمر أو نحوه
 بقدر الدين ثم يحياهم على الغرماء» والحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق.

(٢) الكاساني، ٥: ١٨٢ (٣) الكاساني، ٥: ١٨٢

(٤) الكاساني، ٥: ١٨٢

٧٣ — هذه الحوالة تظهر أيضاً في باب المضاربة ، حيث نجد نصاً يفيد أنه : « إذا انفسخت المضاربة (وهي نوع من أنواع الشركات) ومال المضاربة ديون على الناس ... قيل (للمضارب) أحل رب المال بالمال على الغرماء ... ويؤمر المضارب أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه ، لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر إلا بالحوالة من العاقد ، فيلزمه أن يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه (١) » .

وهذا معناه أن على الشريك المضارب وهو صاحب الحق قبل المدين أن يحول حقه هذا لشريكه الآخر عند انتهاء الشركة . والحوالة هنا صحيحة بل يؤمر بها الشريك المضارب ، وليس هناك دين على المضارب لرب المال ، فما لا شك فيه أن الحوالة في هذه الصورة هي حوالة حق لا حوالة دين . وقد اعتبرت بالرغم من ذلك حوالة بل هي حوالة صحيحة .

وقد جاء في «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد (٢) صراحة أن الإحالة قد تستعمل في نقل التصرف على سبيل التوكيل — أشار إليه في المضاربة — وقد تستعمل في نقل الديون . ويتضح من ذلك أن الحوالة على نوعين ، حوالة حق وحوالة دين . أما أن حوالة الحق مجرد نقل للتصرف على سبيل التوكيل فسوف نعود إلى مناقشته فيما بعد ، ويكفي هنا أن نقول هنا إن الحوالة بهذا المعنى الجديد ظهرت في باب المضاربة بوضوح تام (٣)

(١) الكاساني ، ٦ : ١١٤

(٢) مخطوط رقم ١٢٠ فقه حنفي بدار الكتب — أول كتاب الحوالة .

(٣) أما أنه قد وردت كذلك صورة لحوالة الحق في باب حوالة الدين عندما تكون حوالة الدين مقيدة ، كما يقول بعض الكتاب (راجع مايقوله الأستاذ مصطفى الزرقا في كتاب الحقوق المدنية ، ج ٢ ، ص ٣٠ بالهامية ، ومايقوله كذلك الأستاذ إميل تيان في مقال له منشور بمجلة كلية الحقوق ببيروت تحت عنوان *Cession de dette et cession de créance dans la théorie et dans la pratique du droit musulman* , p. 29-30 . فالواقع أنه في الحوالة المقيدة ، يكون المحال عليه مديناً لمعجل ولكن الحوالة لا تنتقل هذا الدين إلى المحال ، إنما تنتقل دين المعجل قبل المحال إلى المحال عليه . أما دين المحال عليه قبل المعجل فيعتبر مخصصاً للوفاء بالدين المحال به . وقد لا يكون هناك دين بل مجرد عين مودعة لدى المحال عليه فنخصص كذلك للوفاء بالدين المحال . ولا يمكن أن يقال في هذه الصورة إن ملكية العين قد انتقلت من المعجل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة .

٧٤ — هذه الحوالة التي ترد على الناحية الإيجابية للالتزام تزداد وضوحاً إذا رجعنا إلى كتب الفقه العملي . فهناك كتاب للفقيه الطحاوي وهو فقيه مصري عاش في القرن الرابع الهجري (توفي سنة ٣٢١ هـ) وهو من الأئمة المجتهدين ، يعرض فيه كيفية كتابة العقود والشروط كما كان يقال ، وهو إذ يورد نموذجاً للسند الذي يكتبه المدين على نفسه ويحتفظ به الدائن تحت يده أي ، لذكر الحق ، كما كان يقال — يصّمنه العبارة الآتية : « وكلما أحال فلان بن فلان (أي الدائن) على فلان بن فلان (أي المدين) بهذه الكذا كذا الدينار المسماة في هذا الكتاب أو بشيء منها أحداً من الناس أقر (أي المدين) لمن يحيله عليه به بما يحيله عليه به من ذلك » . (١)

ويفهم من ذلك أن المدين كان يقر في سند المديونية بأن للدائن أن يحوّل حقه لمن يشاء ، والمدين كان يقبل مقدماً هذه الحوالة ، وهي حوالة حق لا شك في ذلك . وليس لشخص الدائن اعتبار لدى المدين بدليل أنه يقبل في هذا الصك انتقال الحق لأي شخص ، وكلما أراد ذلك الدائن الأصلي ؛ فالصك على هذه الصورة هو بمثابة صك اذني كما نقول الآن (٢)

== على أن الذي يقطع في الدلالة على أن حوالة الدين المقيدة لا تنطوي على حوالة حق ، هو النص (راجع السكاساني ، ٦ : ١٧) الذي يقضى بأنه إذا مات المحيل لا يكون المحال أحق بالدين المقيدة به الحوالة من سائر الغرماء . وكذلك النص الذي يقضى (نفس المرجع) بأنه لو أعسر المحال عليه فإن المحال يرجع على المحيل . مما يشعر بأن الهلاك على المحيل ، وأن الحق لا يزال في ذمته . ويقول الزيلعي في ذلك صراحة : « إن هذا مال المحيل لم يملكه المحال » . (١٧٣ : ٤) . ويقول الأستاذ تيان إنه لما كان إبطال العقد الذي أنشأ الدين فيما بين المحيل والمحال عليه لا يؤثر في حق المحال له قبل المحال عليه (٦٩٣ م من المحلّة) فإن ذلك يكون معناه أن الحق قد انتقل نهائياً إلى المحال له . ولسكننا نرى أن الإبقاء على حق المحال له قبل المحال عليه بالرغم من بطلان الدين المقيدة به الحوالة . معناه أن الحوالة عقد مجرد وأن الدين المحال قد انشغل به ذمة المحال عليه أي كان سبب ذلك الانشغال . (راجع ص ٢٩ من مقال الأستاذ تيان) .

(١) الطحاوي ، أذكار الحقوق ، ٤ ، وه .

(٢) وفي ذلك يقول الطحاوي : « وقد يجوز أن يحيل المقر له بالدين رجلاً ببعض الدين ثم يريد أن يحيل آخر ببقية الدين ؛ وقد يجوز أيضاً أن يحيل رجلاً بالدين ثم يتفاسخ الحوالة فيريد أن يحيل آخر بالدين . . فإذا كتب ما كتبنا وجب له بذلك الحوالة كلها شاء . »

٧٥ - ولا يبدو أن قبول المدين كان شرطاً لانتقال الحق الى الدائن الجديد ، فالفقيه الطحاوى يقول : « وإنما كتبنا اشتراط الحوالة لأن بعض البصريين كان يقول إذا كان لرجل على رجل مال فأقر له به وجعل إليه المطالبة به إنه لا يجب على المقر قبول الحوالة عليه بذلك ولا دفع المال الذى أحيل عليه إلا أن يكون المقر له قد اشترط ذلك عليه وأجابه إليه المقر وأوجبه له على نفسه ... فكتبنا ما كتبنا احتياطاً من هذا القول . » (١)

فقبول المدين لنفاذ الحوالة فى حقه كان شرطاً فقط عند بعض البصريين أما رأى الذى يرجحه الطحاوى فهو أن الحوالة تتم بلا حاجة إلى قبول المدين ، وإذا كانت الصيغة التى اختارها تتضمن قبول المدين لما قد يصدر عن الدائن من حوالة مستقبلاً ، فهى صيغة أريد بها الاحتياط السكلى ومنع كل شبهة .

٧٦ - وهذه الحوالة التى يذكرها لنا الطحاوى فى ذكر الحق ، هى بعينها الحوالة التى أشارت إليها كتب الفقه فى باب المضاربة وفى باب البيع ، فهى حوالة الحق بالمعنى الصحيح . وهذا الذى يذكره لنا الطحاوى هو الفقه المعمول به فى البلاد الإسلامية ، لا بل قد شاء الحظ أن يعثر على ورقة بردية يرجع تاريخها إلى سنة ٢٣٣ هـ أى قبل كتابة الطحاوى لأذكاره ، وإذا بها مكتوبة وفقاً للطريقة التى ذكرها الطحاوى تماماً .

وهذه الورقة تتضمن اعترافاً بدين كان عبارة عن مؤخر صدق (٢) ونصها كالاتى :

« ذكر حق بونة ابنة حلبص (٩) على زوجها يزيد بن قاسم الجزار (٩) عليه عشرة الدنانير وزن المئاقيل الجديدة عينا ذهباً نقد جيد ، وهذه العشرة الدنانير حالة لبونة ابنة حلبص (٩) على زوجها يزيد بن قاسم الجزار (٩) والعشرة الدنانير

(١) الطحاوى . أذكار الختوق ، ٥ .

(٢) هذه الورقة منشورة فى مجموعة جروهمان ، الورقة رقم ٤٨ (ج ١ ، ص ١٠٩)
وراجع أيضاً الورقة رقم ١٠٢ المنشورة بالجزء الثانى من ١١٧ والهاشية الواردة فى ص ١١٨ .

بقية صداقها ، ومن قام بالذكر الحق اقتضى ومن أحال عليه أقر لها بحقها ،
شهد بذلك . . . الخ .

حوالة الحق كانت مشترطة في السند الذي أعطاه يزيد لزوجته بونه
وبموجب هذا الشرط كانت تستطيع بونه أن تحول حقها قبل زوجها إلى من
تشاء فيكون دفع الدين للدائن المحال له واجبا على الزوج (١) .

الفصل الثاني

النظر في ريات

٧٧ - يقال في العادة إن حوالة الحق غير جائزة في الفقه الحنفي بخلاف
حوالة الدين (٢) . أما عن حوالة الدين فسوف نعرض لها في موضعها .
وأما حوالة الحق ، فالذي اتضح لنا بعد استقراءنا للمسائل فيما تقدم أن
الحكم بعدم جوازها هو في الواقع حكم مبسر .
لا شك أن الحق المجرد لا يكون أبداً محلاً لعقد يبيع في الفقه الحنفي .
وهذا هو المعنى الذي يقصده الفقهاء الأحناف عندما يقولون إن بيع الدين
منهى عنه لأنه « بيع ماليس عند البائع » (٣) أو لأنه يبيع شيء غير مقدور
التسليم ، فالحق هو مجرد مال حكى في الذمة أو هو مجرد فعل وكلاهما غير
مقدور التسليم (٤) . ولذلك فإن البيع لا يكون منعقداً في هذه الصورة

٧٨ - ولكن الحق باعتباره « مطالبة » أي علاقة ما بين الدائن والمدين ،
يقبل التحول ، بمعنى أن الشخص قد يحل فيه محل شخص آخر ، وهذا المعنى
لم يرفضه الفقهاء الإسلاميون . فالحق ينتقل من المورث إلى الوارث عند

(١) قد يبدو أن الزوج المقر هو الذي يحل ولكن هذه القراءة لا يمكن الأخذ بها لأن
الزوج لا يستطيع أن يقر على غيره . والظاهر أن هناك خطأ قد وقع سهواً عند الكتابة أدى
إلى استبدال المذكر بال مؤنث .

(٢) راجع رسالتنا ، العدد ١٠١ ؛ والشيخ أحمد إبراهيم ، في الالتزامات ، ص ٢١٩

(٣) الكاساني ، ٦ : ٤٣ (٤) الكاساني ، ٥ : ١٤٨

الوفاة ، والحق يرد عليه الإيصاء فيحل فيه الموصى إليه محل الموصى . وهذا هو الاستخلاف بالمعنى الصحيح .

ثم إن الشخص يستطيع أن يفى بدين غيره على أن يحل في الحق محل الدائن . ولم يجمع الفقهاء الأحناف على منع الحلول في هذه الصورة ، فقد ذهب فريق منهم إلى أن « من قضى دين غيره ليكون له ما على المطلوب ، فرضى ، جاز » (١) وهذا معناه أن الموفى قد حل محل الدائن في الحق الذي أوفى به إليه . وما من شك في أن الكفيل والمحال عليه يحلان محل الدائن عند وفائهما بالدين إليه ، فيرجعان على الموفى عنه بما كان للدائن قبله (٢) .

٧٩ - الواقع إذاً أن الاستخلاف في الحق جائز فقهاً ، وليس هناك حائل يحول دونه ، وإن كان التعامل على الحق باعتباره شيئاً من الأشياء يعتبر تعاقداً غير ذي محل .

ولذلك فإنهم أجازوا الحوالة عندما ترد على الحق في غير صورة البيع أو ما يشبهه . وهم في إجازتهم لها قد أطلقوا عليها صراحة كلمة الحوالة . فاعتبروها تصرفاً ناقلاً للبطلالة من المحيل إلى المحال له (٣) .

٨٠ - على أنهم يتخرجون في العادة من اعتبار الحوالة ناقلة للحق ، ويعتبرون المحال له في هذه الصور بمثابة الوكيل ، فيقول الكاساني مثلاً : « إن هذا توكيل بقبض الدين ، فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال عليه ... ويكون قبضه (أى قبض المحال له) كقبض وكيله (أى وكيل المحيل) » (٤) .

ولكننا نلاحظ أن المحال له يعتبر عندهم في هذه الصور بمثابة الوكيل لا وكيلاً حقيقة ، في حين أنهم قد صرحوا بأن من يريد بيع حقه له أن يحتمل

(١) راجع الأشباه لابن نجيم ٢ : ٢١٣ ، ووافعات المتنين عن الفتية ، ص ١٩٤ وعكس ذلك : ابن عابدين ، ٤ : ٧١٨

(٢) الكاساني ، ٦ : ١٥ ، ورسالتنا العدد ١٠٤

(٣) راجع النص المنقول عن شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد فيما تقدم ، العدد ٧٣

(٤) الكاساني ، ٥ : ١٨٢ ، وراجع الطحاوى هو نفسه في أذكار الحقوق ، ٥ ، ويقول

ابن نجيم في ذلك (٦ : ٢٥١) : « لفظ الحوالة مستعمل في الوكالة مجازاً » .

على ذلك من طريق تسليط المشتري للحق على القبض وهبة الدين إليه ، وأن المسلط في هذه الحالة يمكن دائماً عزله ، فهو وكيل ليس إلا . وهذه الحيلة الشرعية التي تمكن من بيع الحق تجعل المحال له وكيلاً حقيقة ، وهي لا تسمى أبداً بالحوالة (١) . فهناك فرق إذا ما بين صورة الحوالة الواردة على الحق وصورة التوكيل بالقبض مع هبة الدين للوكيل . أما الأولى فهي حوالة حقيقية . وأما الثانية فهي وكالة قصد بها التحويل . وما لا شك فيه أن الوكيل في الأصل يمكن عزله في أي وقت ، وقد نصوا على ذلك صراحة عند الكلام على الوكالة التي تخفى حوالة (٢) . ولكنهم في الحوالة الصريحة ، لم ينصوا على جواز عزل المحال ، لا بل نجد في باب المضاربة أن المضارب مأمور بالحوالة ، والأمر بها يمنع حتماً جواز الرجوع عنها .

٨١ - وقد رأينا أن حوالة الحق كانت معروفة في العمل وأنها كانت تؤدي إلى انتقال الحق من الدائن إلى غيره ، وفي الصيغ التي وضعت لذلك لم يذكر الدائن الجديد على أنه وكيل الدائن الأصلي ولكنه سمي بالمحال له صراحة والصيغ الموضوعية تجعل الالتزام بالدفع قائماً قبله تماماً كما كان قائماً قبل المحيل (٣) .

٨٢ - وهذه الحوالة التي ظهرت في العمل وفي الفقه النظري هو نفسه تتميز تماماً عن الحيل الشرعية التي لجأ إليها الفقهاء لتصحيح بيع الحقوق . فقد عرفنا أن من هذه الحيل الحيلة التي كانت تجعل المشتري وكيلاً عن البائع بعد هبة الدين إليه لكيلا يرجع عليه البائع بعد قبضه للدين .

وقد كانت هناك حيلة أخرى ذكرها الفقهاء تؤدي إلى نفس النتيجة ، فقد كان الدائن يقر بالدين لشخص آخر على أنه الدائن الحقيقي ، وإقراره هذا كان ينقل الحق إلى المقر له فيما بينه وبين المقر ، ولكن المدين كان غير مطالب بالدفع إلى المقر له ، ما لم يكن قد صدق هو نفسه على هذا الإقرار

(١) ابن عابدين ٤ : ٢٣٠ ، وراجع المادة ٥١١ من مرشد الحيران .

(٢) ابن عابدين ، ٤ : ٧١٧ .

(٣) وراجع أذكار الطحاوي ٥٢ : « ولنا نحفظ أن المقر لو أجاب المقر له إلى قبول ذلك منه أن له بعد ذلك إبطال ما أجابه إليه أم لا » .

(المجلة. المادة ١٥٩٣). وقد وردت هذه الحيلة في كتاب الحيل للخصاف حيث يقول: «أقر بأن المال الذي باسمه على فلان المطلوب هو لهذا الكفيل وأن اسمه ذلك عارية ووكله بقبضه وأقامه فيه مقامه، فهذا جائز مستقيم (١)». وظاهر أن حيلة الاسم المستعار كانت تحتاج أيضاً إلى وكالة، لأن المقر له لا يستطيع الاحتجاج على المدين بهذا الإقرار إلا إذا كان قد صادق عليه (٢).

٨٣ - ولذلك عمد الشرطيون إلى تضمين الإقرار نصاً يجعل هذا الإقرار نافذاً على المدين. ويقول لنا الطحاوى إن أبا حنيفة ومحمداً وأبا يوسف كانوا يكتبون في ذكر الحق: «ومن قام بهذا الذكر الحق، فهو ولى ما فيه... (فهم) جعلوا لمن قام بذلك الذكر الحق ولاية بما فيه (٣)». ويقول نجم الدين النسفي في كتابه «الاصطلاحات الفقهية»، (٤) إن هذا معناه أن «من أخرج الصك وقام بطلب هذا الحق فله ولاية ذلك». وهذا الذى جرى عليه العمل كان يؤدى فى الواقع وظيفة الحوالة، بل إنه كان يؤدى إلى انتقال الحق من يد إلى يد بمجرد تسليم السند الذى يصبح فى هذه الصورة سنداً لحامله كما يقال الآن.

ولكن الطحاوى يذكر لنا أن «يوسف بن خالد وهلال بن يحيى كانا يكتبان مكان ذلك: «ومن أحال فلان بن فلان على فلان بن فلان بهذه الدنانير المسماة فى هذا الكتاب أو بشيء منها أقر له به... وهو أحسن مما ذكرناه عن أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد»، (٥).

٨٤ - ويبدو أن حوالة الحق قد ظهرت نتيجة لهذا التطور وخضوعاً لمقتضيات العمل، فدل ذلك على أن الفقه الإسلامى كان قانوناً حياً يتجاوب مع ضرورات الحياة ويتلاءم مع حاجات المدنية.

(١) الخصاف، الحيل ١٨٠.

(٢) على أن المقر له يستطيع إذا أنكر المدين الدين إطلافاً أن يقيم البينة عليه ويحصل منه على الدين. فقد جاء فى كتاب جامع الفصولين (١ : ٤٠): «جاء بصك باسم غيره على رجل وقال هذا المال الذى فى هذا الصك باسم فلان عليك قد أقر به فلان لى ولى البينة على ذلك فلو أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء فهو خصم تقبل بينة هذا المدعى؛ لا لو أقر».

(٤) ص ١١٦ - ١١٧.

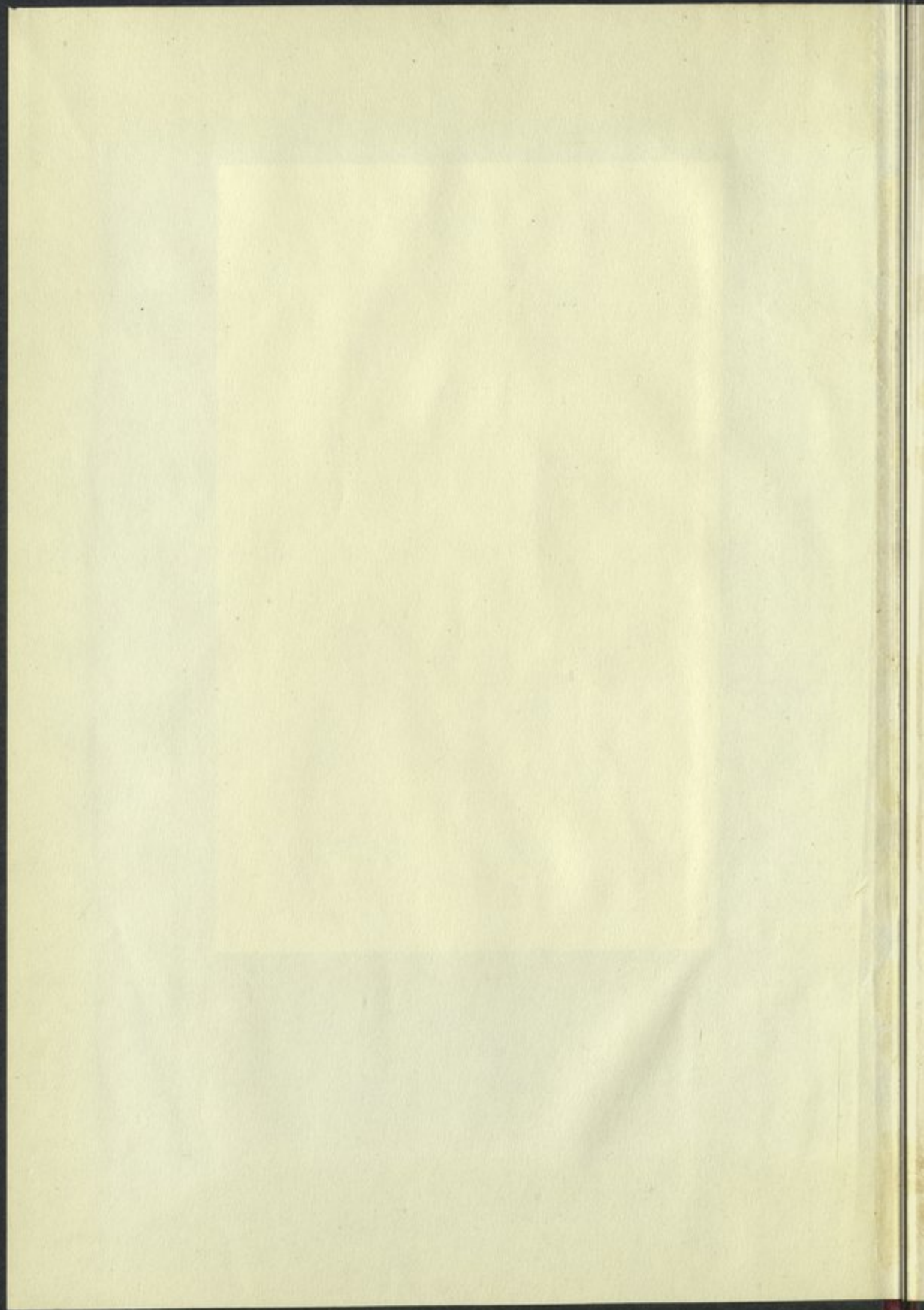
(٣) الطحاوى، المرجع السابق.

(٥) الطحاوى، المرجع المتقدم.

الفهرس

بند	صفحة	الموضوع
٧- ١	٥	تمهيد في انتقال الإلزام
		الباب الأول : أركان حوالة الحق
١٤- ٨	١٠	الفصل الأول : الإنفاق
١٦- ١٥	١٦	الفصل الثاني : طرفا الحوالة
٢٣- ١٧	١٨	الفصل الثالث : محل الحوالة
		الباب الثاني : آثار حوالة الحق
٢٤	٢٣	تمهيد
٢٧- ٢٥	٢٤	الفصل الأول : علاقة المحيل بالمحال له
٢٩- ٢٨	٢٥	الإلزام بالضمان
٣٠	٢٨	تشديد أحكام الضمان
٣١	٢٩	التخفيف من أحكام الضمان
٣٢	٣٠	جزاء الإلزام بالضمان
٣٩- ٣٣	٣٢	الفصل الثاني : علاقة المحيل بالمدين المحال عليه
٤٣- ٤٠	٣٦	الفصل الثالث : علاقة المحال له بالمدين المحال عليه
٤٤	٣٨	إعلان المحال عليه بالحوالة
٤٥	٣٩	قبول المحال عليه للحوالة
٤٦	٣٩	حلول المحال له محل المحيل
٤٨- ٤٧	٤٠	مطالبة المدين بالدين جميعه وملحقاته
٥٦- ٤٩	٤٣	الدفع التي يدفع بها المدين مطالبة المحال له
		الباب الثالث : نفاذ الحوالة على الغير

الموضوع	صفحة	بند
تمهيد	٤٩	٥٧
من هو الغير في باب الحوالة	٤٩	٥٨ - ٦١
تطبيقات: (أ) تعدد الحوالات	٥١	٦٢ - ٦٣
(ب) نزاحم الدائن الحاجز مع المحال له	٥٢	٦٤ - ٦٥
استثناء	٥٣	٦٦
الباب الرابع - حوالة الحق في الفقه الإسلامي الحنفى		
تمهيد	٥٥	٦٧ - ٦٨
الفصل الأول: المسائل	٥٦	٦٩ - ٧٦
الفصل الثاني: النظريات	٦١	٧٧ - ٨٤



340.5:Sh52mA:c.1

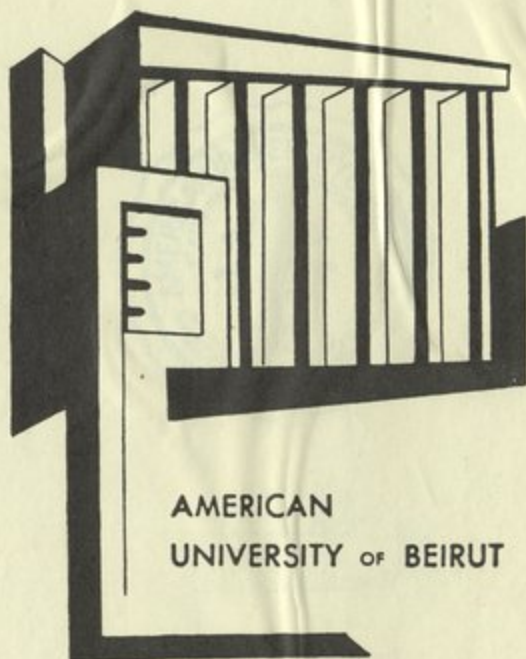
معهد الدراسات العربية العالية

محاضرات في القانون المدني

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01017992



AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT

340.5
Sh52mA
C.I