التوافق الوضعي بين حوالة العقد وقانون العقد دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والانكليزي

The positive compatibility between the assignment of the contract and the law of the contract comparative study with the French and English laws

زهراء سلمان عناد

Zahraa Salman Enad

zahraa.salman1201a@colaw.uobaghdad.edu.iq

College of Law - Baghdad University

أ.د. جليل حسن الساعدي

Professor Jaliel Hasan AL-Saiedy

Dr.jalel@colaw.uobaghdad.edu.iq

College of Law - Baghdad University

الملخص

من المعروف أن هناك مبادئ قانونية مختلفة يتوجب أحترامها من قبل أطراف العقد , وذلك لأنها تشكل قانوناً للعقد , وتتمثل في مبدأ القوة الملزمة , ومبدأ الأثر النسبي , حيث أن الألتزامات التعاقدية الناشئة بشكل صحيح تقوم مقام القانون , حيث يتوجب أحترامها من قبل أطراف العقد , بعدم الغاءها أو تعديلها إلا بموافقة أطرافها , ولما كانت حوالة العقد تجعل المحيل خارج المسرح التعاقدي حيث يحل الغير محله في الرابطة العقدية القائمة بينه وبين المحال عليه , فأنها تطرح جدلاً في مدى موائمة حوالة العقد لمبدأ القوة الملزمة للعقد , ومن جانب أخر يثور التساؤل حول مركز المحال إليه بالنسبة للمحال عليه فهل يعتبر طرفاً في العقد ومن ثم لا يشكل خرقاً لمبدأ نسبية أثر العقد .

الكلمات المفتاحية :حوالة العقد , مبدأ القوة الملزمة للعقد , خصوصية العقد , مبدأ نسبية أثر العقد

Summary

It is known that there are different legal principles that must be respected by the parties to the contract, because they constitute a law of the contract, and are represented in the principle of binding force, and the principle of relative effect, as the contractual obligations arising correctly take the place of the law, where they must be respected by the parties to the contract, not Cancellation or modification except with the consent of the parties, and since the assignment of the contract makes the transferor outside the contractual stage where a third party replaces him in the contractual bond existing between him and the assignee, it raises a controversy as to the extent to which the assignment of the contract is compatible with the principle of binding force of the contract, and on the other hand, the question arises about the status of the transferor. As for the transferee, is he considered a party to the contract, and then it does not constitute a breach of the principle of relativity of the effect of the contract.

keywords : Assignment of the contract, the principle of binding force of the contract, the specificity of the contract, the principle of relativity of the effect of the contract.

المقدمة

Introduction

اولاً : مدخل تعريفي بموضوع البحث / يعتبر الحق الشخصي وفقاً للفكرة القديمة السائدة في القانون الروماني رابطة قانونية بين شخصين, أحدهما دائن والأخر مدين , يحق للدائن بمقتضاها مطالبة المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل , لذا كان أنتقال الألتزام حينئذ أمر غير متصور , ذلك لأنه أنتقال الألتزام لم يكن ينسجم مع النظرية الشخصية , فعلى الرغم من أن الحق الشخصي يمثل قيمة مالية , إلا أنه يتميز بخصائص معينة , وهي سلطة الدائن في أقتضاء أداء معين من المدين , فالحق الشخصي إذن يشكل قيداً على حرية الغير لصالح صاحبه , وهو بهذا المعنى يفرض على الكافة أحترام حق الدائن , وهذا ما أصطلح على تسميته بقابلية الحق الشخصي للأحتجاج على الغير .

إلا أنه بظهور المفهوم الموضوعي للألتزام , أصبح من الممكن أنتقال الألتزام منفصلاً عن أطرافه , فكان نتيجة ذلك أن أصبح العنصر الشخصي الذي شكل عقبة إمام أنتقال الألتزام بين الأشخاص , يخفف

من غلوه فاسحاً بذلك المجال لأمكانية أنتقال الألتزام حقاً أو ديناً عن شخص الملتزم بواسطة نظامي حوالة الحق وحوالة الدين .

وإذا كانت القوانين الحديثة قد أخذت بنظامي حوالة الحق وحوالة الدين , إلا أن هذان النظامين مازالا عاجزين عن مواكبة متطلبات العصر الحديث, والتقلبات المالية والأقتصادية , وكذلك التحولات الأجتماعية والثقافية , والعلة في ذلك أن نظام حوالة الحق يحكم أنتقال حق معين بذاته وكذلك بالنسبة لنظام حوالة الدين , ومن ثم فما لا يصلحا لتنظيم أنتقال العقد كوحدة واحدة , وبما فيه من حقوق وألتزامات , وما يتضمنه من حقوق ترخيصية (الحقوق الأرادية) , فكان نتيجة للتطور الهائل في العصر الحديث وما رافقه من ظهور أهمية للقيم المنقولة , كان لابد من الأستجابة لتلك التطورات , وأيجاد نظام قانوني يستجيب لهذه الأوضاع ويتمكن من نقل العقد كوحدة واحدة , فظهرت بذلك حوالة العقد بوصفها وسيلة لنقل الرابطة العقدية بما تتضمنه من حقوق وألتزامات .

وقد بدأت الدراسات الأولى لهذا النظام المستحدث بوصفه ثالث زاوية في مثلث أنتقال الرابطة العقدية بعد حوالتي الحق والدين , في رحاب الدراسات الألمانية , ثم بعد ذلك أنتقلت إلى الأوساط الفقهية , في كل من البرتغال وأيطاليا , في حين لم تظهر في فرنسا إلا في منتصف القرن العشرين , نتيجة لتناميها كفكرة بفعل القيمة المالية التي أصبح العقد يحظى بها أحيانا .

وقد كان لحوالة العقد أهمية في طرح مفهوم جديد للمركز العقدي , بعيداً عن النظرة التفكيكية لعناصر العقد , فضلاً عن أنها تحفظ للعقد هويته , حيث تمكن من مواصلة العقد ذاته , مع شخص من الأغيار الذي حل محل أحد المتعاقدين , كما من شأنها أن تكسب المعاملات مرونة يتكيف معها العقد ومختلف الظروف , التي قد يؤول إليها أحد أطراف العقد , فتمنعه من الأستمرار بالعقد مع الطرف الأخر .

وعلى الرغم من الأهمية التي تتمتع بها حوالة العقد , بصيرورتها حقيقة واقعية في حياتنا اليومية , فأنها لم تحظى بتنظيم في نصوص عامة في أغلب القوانين ومنها القانون العراقي , وأن كان هناك نصوص خاصة تأخذ بها ولكن بصورة ضمنية , وتحت مسمى التنازل .

ثانياً : مشكلة البحث تتجسد مشكلة البحث في بيان كيفية الملائمة بين النظام القانوني لحوالة العقد , وبين المنظومة القانونية التي يقوم عليها العقد , وبمعنى أخر هل يمكن لهذا النظام المستحدث المعروف بحوالة العقد التعايش مع مبادئ العقد الثابتة (مبدأ القوة الملزمة , مبدأ نسبية أثر العقد) ؟

ثالثاً : منهجية البحث / سنعمد في دراستنا التوافق الوضعي بين حوالة العقد وقانون العقد على المنهج التحليلي المقارن , وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القوانين المدنية , والأراء الفقهية والأحكام القضائية التي تعنى بالتنازل عن العقد , وتأصيلها في القانون العراقي , فضلاً عن المقارنة مع قانونين هما القانون الفرنسي والقانون الأنكليزي , الأول بأعتباره مصدراً أستقى منه القانون العراقي بعض أحكامه , وبأعتباره من القوانين التي نظمت حوالة العقد في أطار قاعدة عامة في تعديلها الأخير لسنة 2016 , والقانون الأنكليزي بوصفه مدرسة قائمة بذاتها , والتي كان لها الأسبقية في تنظيم حوالة العقد , منذ عام 1925

رابعاً : اهداف البحث / أن التطور الحاصل في مجال أنتقال الألتزام , بحيث أصبح ذا قيمة مالية , ويدخل ضمن أطار دائرة التعامل , بفعل التحولات والتطورات الأقتصادية السريعة , وخلو التشريع العراقي من تنظيم عام لحوالة العقد والأكتفاء ببعض الملامح التشريعية التي يتدخل بها من وقت لأخر , إما لغرض فرضها أو منعها , كما أن أغفال المشرع العراقي التطرق لها بشكل صريح وبنص واضح ينسجم مع الأهمية التي أصبحت تتمتع بها دفعنا إلى أختيار هذا الموضوع للبحث , لذا أرتأينا عقد هذه الدراسة عن حوالة العقد محاولة منا للأجابة عن التساؤل الذي يدور حول مدى أعتبار هذا التصرف المتمثل بحوالة العقد يعد خرقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الأثر النسبي للعقد , بأعتبار أن المحيل قد تصرف بأرادته المنفردة في العقد المبرم بينه وبين المحال عليه , في ظل خلو التشريع العراقي من تنظيم قانوني في نصوص عامة لحوالة العقد .

خامساً : خطة البحث / يقتضي الألمام بهذا الموضوع تقسيمه إلى مطلبين نخصص المطلب الأول للكلام عن حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد , ونعقد المطلب الثاني للبحث عن التوافق بين حوالة العقد ومبدأ نسبية أثر العقد.

المطلب الأول

حوالة العقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد

يرى البعض من الفقه الحديث ممن تمذهبوا بالرضائية , أن حوالة العقد تصطدم في صحتها ووجودها بالمبدأ الثابت : العقد قانون منشئيه , الذي نصت عليه المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي , والتي يمنع بموجبها , على أحد المتعاقدين أو كلاهما أمران : التنحي عن الرابطة العقدية من جهة , ومن جهة أخرى التضييق من حدود التعهد .

حيث لا تسمح المادة أعلاه مطلقاً للمتعاقد الذي أبرم عقداً صحيحاً مع متعاقد أخر , أن ينقل إلى عهدة أحد من الأغيار صفته العقدية , أو أن يتحرر بمجرد عقد الحوالة بينه وبين الغير من الألتزامات التعاقدية التي تشغل ذمته بمقتضى العقد المراد حوالته , فأن فعل ذلك , رغم وجود النص المانع , فأنه يعد قد أصاب العقد في قوته وجرده من سلطانه .

وليست قاعدة العقد قانون منشئيه حبيسة الألتزام العقدي من حيث المبدأ , بل تنطبق عليه من حيث مداه, إذ لا يسوغ للمحيل بأرادته المنفردة , أن يضيق من نطاق تعهداته في مواجهته المحال عليه , بصيرورته بعد عقد الحوالة ملتزماً بضمان المحال إليه عن تنفيذ الألتزام بعد أن كان ملتزماً أصلياً [1].

وصفوة القول لدى أنصار الرأي أعلاه , أن قاعدة العقد قانون منشئيه تمنع المحيل من القيام بالتصرف بالعقد على وجه الحوالة , من حيث المبدأ أو من حيث المدى , من غير رضاء متعاقده المتمثل بالمحال عليه .

ومع ذلك فأن رضاء المحال عليه تبعاً للفقه السابق , لا يؤدي إلى التسليم بالحوالة الأتفاقية للعقد , وذلك بنقله الوصف القانوني لعقد الحوالة من حوالة عقد ناقصة إلى حوالة عقد تامة , وأنما يؤدي بطبيعته إلى أنشاء عقد جديد يكون طرفاه المحال عليه والمحال إليه .

ويعللون ما توصلوا إليه بحجة ذات وجهين , الوجه الأول ترجع إلى أن نية المحيل وقت التعبير عن أرادته , تنصرف إلى التحلل من الرابطة العقدية القائمة , بينما لا ينوي المحال إليه عند أظهار أرادته للتعاقد مع المحيل , أن يتكبد مخاطر العقد المتولدة في وقت تنفيذه من قبل المحيل .

[1] - مراد يبة, حوالة العقد , رسالة ماجستير , جامعة محمد الاول ,- كلية العلوم القانونية والأجتماعية – وجدة , 2020, ص66

إما الوجه الثاني فمرده إلى طريقة تكوين الحوالة , فالمحال إليه والمحال عليه عندما يرضى كلاً منهما على وجه متبادل , بأن يتمسك في مواجهة الأخر بالعقد محل الحوالة , أنما يكونان قد تبادلا الرضا وفقاً للطريقة التقليدية لتكوين العقد , أي يكون هناك أقتران للأيجاب الصادر من المحال إليه الذي يتجسد في أن هذا الأخير عندما أبرم حوالة العقد مع المحيل كان عالماً بأن المحال عليه هو من سيحل محل المحيل , مع قبول المحال عليه , المتجسد بعدم أعتراضه على تمسك المحال إليه بالعقد محل الحوالة في مواجهته , أي أنه يقبل التغير الحاصل في شخص متعاقده الأصلي وهو المحيل , وبالتالي فأن أقتران الأيجاب مع القبول يؤدي إلى أنشاء عقد جديد طرفاه المحال إليه والمحال عليه , ويكون ذا صفات متطابقة مع العقد الأول[2] .

وصفوة النظر لدى الفقه السابق , تكمن في أن رضاء المحال عليه وأن كان سيؤدي إلى رفع المنع المشار إليه في المادة 1134 , إلا أنه لا يؤدي إلى التسليم بالذاتية القانونية لحوالة العقد الأتفاقية , وعلى نحو تستمر وأياه القوة الملزمة للعقد محل الحوالة , وأنما سيقود إلى أنشاء عقد جديد بين المحال إليه والمحال عليه , له قوة ملزمة جديدة , ولهذا فهم يستبدلون عبارة حوالة العقد بالأنابة في العقد , ولكن ما يلاحظ على نظرية الأنابة في العقد أن صاحب النظرية Billiau جعل الأنابة شاملة لعنصر الدين والحق وهما العنصرين المكونيين للعقد في نظره , فأذا كان المبرر الذي أستند إليه الشخصانين بوجه عام و Billiau صاحب نظرية الأنابة بوجه خاص , هو أن الدين لا ينتقل وأنما يصبح محلاً للأنابة أو التجديد , فما المبرر لجعل الحقوق التعاقدية محلاً للأنابة[3] ؟

وعلى خلاف الرأي السابق , يرى جانب من الفقه , أن غاية حوالة العقد لا تكمن في أنتقال الحق أو الدين التعاقدي , وأنما تتمثل في الأبقاء على القوة الملزمة للعقد , على الرغم من تغير أحد أطراف العقد [4], فالشخص عندما يقبل بأن يلتزم في مواجهة شخص أخر , يكون قاصداً غاية يروم إلى تحقيقها , بوصفها جزءاً لا يتجزأ من التعبير عن أرادة أنشاء الألتزام , الذي يعتبر أداة لتحقيق عملية أقتصادية معينة , ولا يقتصر على المتعاقدين وأنما يمكن أن يستمر مع أحد المتعاقدين والغير , بشرط أن يبقى

[2] - مصطفى ملك , ذاتية الحوالة الأتفاقية (بحث في النظرية), مقال منشور بمجلة المناهج القانونية , عدد11-12, 2008, ص34-35-36

[3] - مصطفى ملك , ذاتية الحوالة الأتفاقية (بحث في النظرية) , مصدر سابق ,ص37

[4] - AYNES (LAURENT)- la cession contrat de de les juridiques a trois personnes, édition economica. Paris 1984.p21

مقترناً لدى الغير بذات الغاية التي يراد الوصول إليها , وعليه يمكن القول أنه يمكن للعقد أن يحتفظ بقوته الملزمة , عقب أنتقاله إلى الغير أن يروم هذا الأخير إلى تحقيق ذات الغاية التي يسمح بتحقيقها ذلك الألتزام , والتي تعبر سبباً لنشوئه في حقيقتها [5].

فالسبب يعتبر أساس القوة الملزمة للعقد ومبرراً لها , ورابطة بين أعتبار الحاضر وأرادة المستقبل , وكذلك هو ضرورة تستجيب لحاجة منطقية , تتمثل بملاءمة الوسيلة للغاية , فالسبب وفقاً لهذا التصوير , يجعل من العقد فضلاً عن أعتباره أتفاقاً إرادياً سكونياً , وسيلة تهدف إلى أشباع حاجة معينة تحركه , من غير أن يختزل في مجرد أعتباره دافعاً أو باعثاً شخصياً خفياً وأصيلاً يظهر الأرادة , عناصر موضوعية تسمح بتقدير نفعية العقد , فضلاً عن ذلك تكون ذات صلة بالحالة المادية للمتعاقدين , وإمكانية تغيرها بموجب القوة الملزمة للعقد .

والقوة الملزمة تكون ثابتة في العقد لا تتغير بحوالته إلى الغير, طالما لم يتغير لدى هذا الأخير سبب العقد الأصلي , وعليه لو زال هذا السبب خلال تنفيذ العقد زال معه العقد الذي يحمله , وأصاب هذا الزوال العقد في قوته , فالعقد بعد أن نشأ صحيحا , مآله الزوال إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ألتزامه , والعلة في ذلك أن ألتزام المتعاقد الأخر يصير بلا سبب , حيث جاء في ذلك قرار لمحكمة النقض الفرنسية (في العقد التبادلى , يعد سبب ألتزام أحد المتعاقدين , هو ألتزام الطرف الأخر , والحكم المتبادل , على نحو إذا لم ينفد أحد الألتزامين , مهما كان الدافع وراء ذلك , صار الألتزام الأخر بلاسبب) [6].

ومهما أختلف الفقه في الأسس المعتمدة لتبرير جزاء عدم التنفيذ , فأن النتيجة التي أجمعوا عليها هي : لماذا العقد ينشأ صحيحاً عندما يكون له سبب , ويزول إذا لم يتم تنفيذه ؟ , ببساطة لأن ذلك يشكل مساساً بالقوة الملزمة للعقد , فبين وجود السبب وزواله تكون هناك مرتبة وسطى هي نقل السبب , حيث ينتج عن نقل هذا الأخير الأبقاء على القوة الملزمة للعقد , وبالتالي هذا يقودنا إلى أهمية حوالة العقد [7].

ولا يقف السبب إلى الحد الذي يكون معه العقد متمتعاً بالقوة والفعالية , وأنما يعتبر عاملاً لمرونته , طالماً أن وجوده أستغرق كلاً من مرحلتي تكوين وتنفيذ العقد , فالعقد قد ينتهي بسبب وقوع حادث ما يصيب إما مصلحة التنفيذ بالنسبة للدائن , أو إمكانية التنفيذ من جانب المدين , فالألتزام من جهة ضيق الصلة بقدرة

[5] - Aynes,op.cit ,p84 -85-86
[6] -Cass.civ. 14 avril 1891. D.P.1891.1.329 note Planiol
[7] - Aynes , op .cit ,p93

المدين المادية على تنفيذ العقد , والتي تتجسد بشكل موارد بشرية أو مادية أو كلاهما معاً , والتي بأنعدامها يصبح الأداء التعاقدي مستحيلاً , وهو من جهة معاكسة يتطلب توافر بعض الشروط في شخص الدائن , والتي من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مفيداً , وبأنعدامها سوف يفقد العقد فائدته بالنسبة للدائن , ولايكون هناك أي جدوى من أحتفاظ الملتزم بالرابطة العقدية بين الطرفين , أو أنهاءها , بل لا مناص من خيار ثالث يراعى فيه التوقع العقدي وسبب العقد هو حوالة العقد , عن طريق الأبقاء على قوته الملزمة رغم تغير شخص المحيل [8].

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو هل تشكل حوالة العقد حقيقة خرقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد ؟

أن الفقه الأنكليزي[9] يرى أن حوالة العقد لا تشكل خرقاً لمبدأ القوة لملزمة للعقد , فهم يرون أن الحوالة ليست إلا عملية قانونية يتم عن طريقها نقل الحقوق التعاقدية لمصلحة شخص أخر غير الدائن الأصلي ودون رضا المدين الأصلي , فهي تكون نافذة بمجرد أن تتوافر شروطها من غير الحاجة إلى توافر مقابل متبادل (reciprocal consideration) , ومن ثم لا تشكل مساساً بالقوة الملزمة للعقد , ذلك [10]لان الطرف المتعاقد عندما يقوم بتحويل المنافع التي حصل عليها من العقد الذي قام بأبرامه مع الطرف الأخر إلى الغير الأجنبي عن العقد , فإنه يقوم في الواقع بتحويل مركزه القانوني الذي يسمح له في تنفيذ العقد إلى الطرف الثالث الأجنبي عن العقد , مع بقاء العقد محتفظاً بقوته الملزمة[11].

إما المشرع العراقي فقد جسد مبدأ القوة الملزمة للعقد في المادة 145 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951النافذ التي نصت على أنه (أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد , فأن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) و المادة 146 من القانون المذكور التي تنص على أنه (إذا نفذ العقد كان لازماً ولايجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) .

---

[8]- Aynes , op.cit ,p95-96

[9] - حيث نظم القانون الأنكليزي حوالة العقد قبل غيره في قانون الملكية المعدل لسنة 1925 , للمزيد أنظر – منى نعيم جعازالشياعي , مضمون العقد دراسة مقارنة مع القوانين الفرنسي والانكليزي ,أطروحة دكتوراه ,كلية القانون – جامعة بغداد ,2019 , ص151 .

[10] - إلا أننا نجده يشترط لقيام هذا العقد أتجاه نية أطرافه إلى خلق علاقات قانونية بينهما , ينظر حازم اكرم صلال الربيعي ,أثر الأرادة الباطنة في العقد دراسة في القانونين العراقي والإنكليزي , أطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد ,2017 ,ص194 , ينظر أيضاً رغد فالح دالم العكيلي , النظام القانوني القانوني لعقد الرحلة المنظمة , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة بغداد , 2021 , هامش رقم 4 , ص89

[11] - يونس صلاح الدين علي , مبدأ خصوصية العقد في القانون الأنكليزي – دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون العراقي , بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية , جامعة كركوك , المجلد 5, العدد20, 2017 , ص64

والنتيجة المباشرة لهذا المبدأ أن العقد لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بموجب أتفاق الطرفين أو أستناداً للأسباب التي يقررها القانون [12]، فالعقد متى ما أنعقد صحيحاً خلصت له قوة ملزمة , فالعقد بالنسبة للمتعاقدين وفي حدود العلاقات التي ينظمها يعد بمثابة قانون للمتعاقدين , وبمعنى أخر هو شريعة للمتعاقدين , فهو يعادل القانون من حيث قوته الملزمة , فكما يلزم الشخص بأحكام القانون , فأن عليه الألتزام بأحكام العقد متى ما كان طرفاً فيه [13], ويثور التساؤل هنا هل المحال له يعتبر شخصاً أكتسب صفة الطرف أم أنه يأخذ صفة الخلف الخاص ؟

لقد أنقسم الفقهاء في فرنسا إلى قسمين , القسم الأول ذهب إلى عدم جواز أنتقال أثار العقد بما يتضمنه من حقوق وألتزامات إلى الخلف الخاص , في حين ذهب الأتجاه الأخر من الفقه الفرنسي إلى أعتبار المحال له خلفاً خاصاً في عقد الحوالة , وأساس الخلاف بين كلا الفريقين هو نص المادة 1122[14] من القانون المدني الفرنسي .

فالأتجاه الرافض لفكرة أنتقال أثار العقد إلى الخلف الخاص لا يوافق على تفسير " Stipuler " بمعنى "يتعاقد " ولا يوافق على لفظ الخلف الخاص , بل يذهب إلى تفسيره بمعنى الخلف العام " ayant cause universel" ليكمل به لفظ الورثة الذي جاء قبله , وحجة هذا الأتجاه تكمن في أن الحقوق والألتزامات لا تنتقل إلى الخلف إلا إذا كان خلفاً عاماً .

كما ويرى هذا الأتجاه عدم قابلية أنتقال الألتزامات المتمخضة عن العقد إلى الخلف الخاص , ويعللون ذلك بقولهم أنه ليس من المعقول أن يصبح الشخص مديناً بعقد لم يشارك في أبرامه , وحجتهم في ذلك نص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي , حيث تضمنت هذه المادة كلمة "Stipuler" " أشترط " وهي تعني أكتساب الحقوق من غير تحمل الألتزامات .

---

[12] - زوبر مصطفى , أستثناءات الواردة على العقد , بحث منشور على الموقع الألكتروني

أخر زيارة للموقع 9/1 / 2022 Zuber MUSTAFA | Professor | Cihan University of Sulaimaniya | Law Department (researchgate.net)

[13] - Sherzad aziz sulaiman, & Younis Othman Ali. (2020). The Principle Of Binding Force Of A Contract And Its Legal Basis - A Comparative Study. QALAAI ZANIST JOURNAL, 5(3), 385–414. https://doi.org/10.25212/lfu.qzj.5.3.16 Last vaist (2/4/2022)

[14] - 1122 (On est sensé avoir stipulé pour soi et pour héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

كما ويرون أنه لا يمكن أفتراض قبول الشخص (المحال إليه) لعقد لم يشارك فيه , خاصة وأن القانون الفرنسي لم يعرف حوالة الدين , كما لا يمكن أن نجبر الدائن على تغيير مدينه , فعلى الرغم من قبول المحيل بأعتباره خلفاً خاصاً تحمل ألتزامات سلفه الناشئة عن العقد الذي أستخلفه فيه ,ةقبول الدائن الخلف مديناً له بدلاً من السلف قبولاً صريحاً إلا أننا لا نكون أمام حوالة للعقد وأنما أمام تجديد بتغير المدين , مما يؤدي إلى أنقضاء الألتزام القديم ونشوء ألتزام جديد , أما بالنسبة للحقوق فهي تنتقل لأن لفظ Stipuler يعني أشترط أي أكتساب الحقوق من غير تحمل الألتزامات [15].

إما الأتجاه المؤيد لفكرة أنتقال أثار العقد إلى الخلف الخاص , فأنه يرى أن لفظ الخلف الذي ورد في نص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي يراد به الخلف الخاص وليس الخلف العام لأن هذا الأخير يتضمنه لفظ الورثة , كما أن هذا الأتجاه قد توسع في تفسير لفظ Stipuler بمعنىContracter , وعليه فالسلف يتعاقد لمصلحة الخلف الخاص , فتنصرف أثار العقد إلى هذا الأخير.

الأمر الذي جعل Aynes يلجأ إلى نص المادة 1122 ليستنتج منها أن ارتباط المحال عليه والمحيل يفترض معه أنه تعاقد لمصلحة المحال إليه , وهذا يعني أن المحال عليه يفترض عكسياً أنه أرتبط بالمحال إليه وهكذا تظهر الأرادة في شكل قرينة من جديد , مما يجعل عملية حوالة العقد الأتفاقية ممكنة [16].

في حين ذهب جانب من الفقه العربي إلى الأستناد في أنتقال الحقوق والألتزامات المتمخضة عن العقد من السلف إلى الخلف الخاص إلى فكرة حوالة الحق وحوالة الدين في آن واحد , إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد , لأن تأسيس فكرة أنتقال العقد إلى الخلف الخاص على أساس حوالة الدين وحوالة الحق يؤدي إلى تجزئة العقد , لأن حوالة الدين لا يتم تنفيذها من غير أقرار الدائن .

إما بالنسبة للفقه في العراق فيرى أن الحقوق والألتزامات الناشئة عن العقد الذي يبرمه السلف لا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا إذا كانت من مستلزمات الشيء , أي أن المحال له سوف يأخذ مركز الخلف الخاص في الحوالة القانونية ويستندون في ذلك إلى المادة 142 من القانون المدني العراقي التي تنص (إذا أنشأ العقد ألتزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص , فأن هذه الألتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء , إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت أنتقال الشيْ إليه) .

وضعت المادة السابقة شروطاً لأنتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص والتي تتمثل بما يأتي :

---

[15] - عفافسة مفيدة , التنازل عن العقد , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية ,- جامعة الجزائر بن عنكون , 2011, ص39

[16] - Aynes ,op.cit ,p253

1- أن يكون العقد الذي أبرمه السلف وأنشأ بموجبه الحقوق والألتزامات والأشياء المراد نقلها إلى الخلف سابقاً على أنتقالها إلى الخلف , أي أن السلف أبرم العقد قبل أنتقال الحقوق والألتزامات والأشياء إلى الخلف الخاص[17] .

2- أن يكون العقد الذي قام السلف بأبرامه متعلقاً بالشيء الذي أنتقل إلى الخلف الخاص , أي أنه أبرم العقد بخصوص هذا الشيء .

3- حيث أن تكون الحقوق والألتزامات المراد نقلها من السلف لمصلحة الخلف من مستلزمات الشيء الذي أنتقل إليه , وتكون الحقوق والألتزامات من مستلزمات الشيء, إذا كانت مكملة له ,أي من شأنها أن تقويه أو تدرأ عنه ضرراً ما , أو أن تزيد في منافعه وقيمته[18].

4- أن يكون الخلف الخاص عالماً بأنتقال الحقوق والألتزامات إليه , إذ يشترط توافر هذا العلم لديه وقت أنتقال الشيء إليه , وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 142 من القانون المدني العراقي[19].

إلا أن هذا الرأي تعرض هو الأخر لسهام النقد ,حيث يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن القول أن حوالة العقد القانونية من مستلزمات الحق وتنتقل إلى الخلف الخاص تطبيقاً لنص المادة 142 من القانون المدني العراقي , فعلى سبيل المثال أن عقد العمل ليس من مستلزمات المؤسسة التي بيعت ,كما ويؤكد هذا الجانب على أن الألتزام الذي يحد من حق الخلف الخاص ويعتبر من مستلزماته , يجب أن يكون حقاً عينياً , لأن القول أن أي ألتزام شخصي ذا صلة بالحق العيني ينتقل إلى الخلف الخاص يلزم هذا الأخير , يؤدي إلى القضاء نهائياً على مبدأ نسبية أثر العقد , لهذا لا يمكن الركون إلى فكرة مستلزمات الشيء لحوالة عقد العمل أو الأيجار.

كما وأن من شروط أنتقال الحقوق والألتزامات إلى الخلف الخاص أن يكون عالماً بها , وهذا لا يصدق على الحوالة القانونية التي تتم بقوة القانون سواء أكان المحال إليه عالماً بها أو غير عالم , وفي هذا الشأن يرى بعض الفقه ..أنه إذا كان هذا العلم غير ضروري , ولا يمكن البحث في ذلك عن الرضا

---

[17]- , عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج1 , دار النهضة العربية , 1998, ص 608

[18] - عبد المجيد الحكيم , الموجز في شرح القانون المدني , ج1 , مصادر الألتزام , شركة الطبع والنشر الأهلية – بغداد, 1963, ص295

[19] - عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير , الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي , ج1 ,مصادر الألتزام ,وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , 19980 , ص137

سواء أكان صريحاً أو ضمنياً , فيصير الغير طرفاً في العقد ويلتزم بجميع ألتزامات المتعاقد المتعاقد بمجرد أن تنتقل إليه العين المستخلف فيها إليه , فيصير الخلف الذي هو في الأصل من الغير طرفاً بمقتضى القانون في عقد لم يشارك في أبرامه وتكون للمحال إليه جميع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد , كحق الفسخ والتعديل بالنسبة للعقود الجارية (أي تلك العقود التي لا تزال قائمة ولم تنقضِ بعد) التي يم يشارك فيها, ويلزم كذلك بالأستمرار في العقود التي أبرمها سلفه ..... فلابد من تقبل أن القانون هو من وضع الأطار العام لتلك الأثار , ومن ثم فالقانون ولأعتبارات معينة كالعدالة التعاقدية أو وجود مصلحة أجتماعية تملي عليه ذلك , يستطيع أن يجعل أثار العقد مستمرة في مواجهة شخص من الغير , حيث يصير هذا الأخير ملزما بعقد لم يشارك في أبرامه ولكن أستناداً إلى القانون [20].

فأذا كان أنتقال الحقوق الشخصية المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص يمكننا تبريره بأعتبارها من الملحقات , إلا أن الألتزامات الشخصية لا تنتقل إلى الخلف الخاص , فالتكليف العيني هو من يحد من الحق العيني , سواء أكان تكليفاً قانونياً كالأرتفاقات العينية , أو تكليفاً أتفاقياً كحق أرتفاق , فالألتزامات الشخصية المحضة لاتحد من حق الخلف الخاص ولا ينتقل إليه , وإذا كان البعض يرى أن أشتراط المشرع في المادة 142 من القانون المدني العراقي علم الخلف الخاص بها يعني أفتراض قبوله الشخصي , وذلك لأنه علم الخلف الخاص بوجود هذا الألتزام في وقت تلقيه الحق يفيد رضاه , لأنه كان في وسعه رفض التعاقد , وعليه فأن أقدامه على التعاقد , يفيد قبوله تحمل الألتزامات , وبالتالي يؤدي ذلك أنتقال الألتزام إلى الخلف الخاص كما أنتقل الحق إلى هذا الأخير , ويثور تساؤلاً في هذا الصدد هل أن الألتزامات تنتقل إلى الخلف الخاص في الأحوال التي لا يقوم الدليل على علمه بها ؟ .

يمكن القول أنها لا تنتقل إليه , لأن العلم الفعلي يتطلب رضاه ضمنياً وبالتالي يكون الخلف الخاص بمثابة المتعاقد عند قبوله الحلول محل المدين , ولكن أستخلاص الرضا الضمني من مجرد العلم أمر خطير, ذلك لأنه يجعل الخلف الخاص يلتزم بجميع الألتزامات الشخصية إلى جانب أنه لا يمكن أفتراض العلم , بل لابد من توافر العلم الفعلي في جميع الأحوال , فالقول بأن علم الخلف الخاص يعني القبول الضمني للألتزام قد يؤدي إلى أفتراض أرادة ضمنية غير موجودة , وعليه لا يمكن لنا الأستناد إلى نص المادة 142 لتأصيل فكرة حوالة العقد كنظام قانوني مستحدث , ذلك لأن من شروطها أن تكون هذه الحقوق والألتزامات من مستلزمات الشيء , أضافة إلى ذلك شرط العلم .

[20] - عفافسة مفيدة , مصدر سابق ,ص41

وخلاصة القول لا يمكن تأصيل فكرة حوالة العقد على أساس فكرة الخلافة الخاصة , ذلك لأن القانون هو من يحدد أثار الحوالة القانونية للعقد , نظراً لوجود أعتبارات معينة كالعدالة التعاقدية أو مصلحة أجتماعية, مما يجعل أثار العقد مستمرة في مواجهة شخص من الغير والذي يصير ملزماً به بموجب القانون , وبالتالي يمكن القول إذا كانت الأرادة ضرورية لتكوين العقد , فبأستطاعة القانون أضفاء صفة الطرف على شخص لم يشارك في أبرام العقد , ولكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد , هل يمكن للمحال إليه أن يصبح طرفاً في العقد المحال بناءً على الأتفاق بينه وبين المحيل ؟.

يرى رافضو فكرة حوالة العقد أنها تشكل مساساً بمبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 1143[21] من القانون المدني الفرنسي , حيث تحظر هذه المادة على المحيل أن يتحرر بمفرده من العقد الذي يربطه بالمحال عليه , فعقد الحوالة لا يتيح له إذن أن ينقل إلى الغير صفته كطرف في العقد , طالما بقي هو طرفاً في العقد محل الحوالة , وبتعبير اخر أن السماح للمحال إليه من الأفادة من صفة الطرف في العقد محل الحوالة في مواجهة المحال عليه , يعد أمراً مستحيلاً طالما أن المحيل المحتفظ بتلك الصفة تعذر عليه نقلها , وبالمقابل إذا قبل المحال عليه أن يستفيد المحال إليه من العقد محل الحوالة أتجاهه , ففي هذه الفرضية يمنح المحال عليه موافقته لكي يصبح المحال إليه شريكه في العقد , ولا يعود من الممكن الكلام عن حوالة العقد , ذلك لأن تبادل الرضا بين المحال عليه والمحال إليه ولد عقداً جديداً تكون له ذات خصائص العقد الأصلي المراد حوالته , ونعود في هذه الحالة إلى الوضع التقليدي لأبرام العقد , بصدور الأيجاب من المحال إليه وقبول من المحال عليه , حيث تتلاقى أرادة كلاً منهما لتكوين عقد جديد موضوعه وسببه معروفاً لدى طرفي عقد الحوالة , طالما أنهما مشابهان لموضوع العقد محل الحوالة وسببه [22].

ويستند أنصار هذا الأتجاه إلى مبدأ نسبية أثر العقد , حيث تمسك أنصار هذا الأتجاه بحرفية هذا المبدأ , فمن لم يكن طرفاً في العقد لا يستفيد ولا يضار منه , وفي هذا الشأن نصت المادة 1665[23] من القانون المدني الفرنسي على أن العقد ليس له أثار إلا بين طرفيه المتعاقدين , ولا أثراً له

[21] -1143 «La force obligatoire du contrat interdit que l'une des parties se substitue un tiers sans le consentemnt de l'autre, sauf bien sûr lorsque la loi l'y autorise ».

[22] - Ghestin, (M) Billiau et Jamin, droit civil les effets du contrat 2eme edition, LG.DJ,p750 -751

[23] -1665 conventions n'ont d'effet qu entre les parties contractantes. Elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

بالنسبة للغير , فطرفا العقد دون غيرهما يصلحا أن يكونا دائن ومدين , وهي بذلك توفر حماية مزدوجة , فمن جهة توفر حماية للغير من أن يكون ملزماً بألتزامات ناشئة عن عقد لم يشارك في أبرامه , ومن جانب أخر أنها تؤدي إلى حماية المتعاقدان من تدخل الغير في العلاقة العقدية التي تربطهما , ومع ذلك فأن هذه المادة تضع أستثناء يتمثل بالأشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليه بالمادة 1121 من القانون المدني الفرنسي , وبناءً على ما تقدم ففكرة حوالة العقد تكون مخالفة لهذا المبدأ , ذلك لأن المحال إليه سيصبح طرفاً في عقد لم يشارك في أبرامه [24].

ويرد على الرأي السابق, بأن العقد الجديد الذي يكون بين المحال عليه والمحال إليه سيكون مختلفاً عن العقد الأصلي , فحوالة العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها أستبدال أحد طرفي العقد بشخص أجنبي عن العقد , وبجميع ما يشتمل عليه من حقوق وألتزامات , فضلاً عن أركانه وشروطه من دون أي تحوير فيها[25] , فلا شك أن حوالة العقد تبقي على القوة الملزمة للعقد بما في ذلك السبب , وهذا يفسر لنا أمكانية أن المحال إليه يعد طرفاً في العقد القائم , ذلك لأن مضمون العقد لم يتغير من حيث المحل والسبب وعليه فلا يكون هناك أي خروج عن القوة الملزمة للعقد , فمضمون العقد لم يتغير , وأنما أطرافه فحسب, وبالتالي فما دامت حوالة العقد لا تمس مبدأ القوة الملزمة للعقد , فليس هناك مانعاً من الحوالة وصيرورة المحال إليه طرفاً في العقد القائم[26] .

وعليه فمادام حلول المحال إليه محل المحيل لا يؤثر على تنفيذ العقد , فتكون حوالة العقد ممكنة في حال عدم تمكن المحيل من تنفيذ العقد مالم تكن الحوالة ممنوعة بأتفاق الطرفين .

وتأسيساً على ذلك يرى البعض أن رضا المحال عليه يعد شرطاً لقيام حوالة العقد, حيث يصبح المحال إليه طرفاً في علاقة قانونية ثلاثية [27].

في حين يرى البعض الأخر أن المحال إليه لا يعتبر طرفاً في العقد ويبقى من الغير , ذلك لأن حوالة العقد لاتنشئ أي ألتزام جديد على عاتق المحال إليه , مادام هناك حلول في نفس المركز العقدي القائم , ولا يهم بعد ذلك أن يبقى المحيل ضامنا للمحال إليه أم لا , حيث هذا يرجع إلى أتفاق الطرفين ,

[24] - Emmanuel Jeuland, essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, op.cit, p 161.

[25] -نبيل أبراهيم سعد , التنازل عن العقد , دار الحامعة الجديدة للنشر , 2004 , ص83

[26] - عفافسة مفيدة , مصدر سابق , ص42

[27] - عفافسة مفيدة , مصدر سابق , ص45-46

وإذا لم يرد أي أتفاق بشأن الضمان , فالمفروض أن لا يبقى المحيل ضامناً للألتزامات التي تعقب عملية الحوالة[28] .

كما أن هناك تساؤل بصدد مصطلح الطرف هل يقتصر على من ساهم في أنشاء العقد أم يمكن أن يدخل في نطاق العقد من لم يكن طرفاً فيه منذ البداية ؟ .

لقد تباينت الأراء بشأن مفهوم الطرف , حتى كاد هذا التباين أن ينعكس على مفهوم الطرف بصيرورته مفهوماً غير مستقر , حيث يرى Aubert et Savax, Flour أن مبدأ نسبية أثر العقد موجود بالفعل ولكنه لا يمتلك النطاق المطلق , حيث أن الطابع الأنفرادي يسند إليه في بعض الأحيان بطريقة تعسفية , فهم يعتبرون حوالة العقدهو أحد الأستثناءات التي ترد على مبدأ نسبية الأتفاقات , فهو يجعل من المحال إليه طرفاً في العقد محل الحوالة .

إما Savatier et Vilar فهما يريان أن نص المادة 1665 من القانون المدني الفرنسي يحظر على الغير أن يصير دائن ومدين , بينما نجد في حوالة العقد الملزم للجانبين أن المحال عليه هو دائن ومدين بموجب العقد محل الحوالة , والذي كان طرفاً فيه هذا من ناحية , ومن ناحية أخرى نجد أن المحال إليه يصير دائناً ومديناً بمقتضى عقد الحوالة الذي هو من أطرافه , ومن ثم فلا يكون هناك مجال لتطبيق هذه المادة في حوالة العقد [29].

أما Chestlin فهو يضفي صفة الطرف على أي شخص متى ما توافر فيه شرطان , أولهما أن يتحمل هذا الشخص أثراً من أثار العقد , وثانيهما : أن يكون قد عبر عن أرادته من أجل أنشاء الأثر القانوني المقصود , وعليه فهو يقسم أطراف العقد إلى صنفين : صنف الأطراف المتعاقدة , وهم من عبروا عن أرادتهم وقت أبرام العقد , وصنف الأطراف المرتبطة , والذين يعرفون بالأطراف المنظمين , وهذا يعني أن صفة الطرف تثبت لكل شخص أرتبط بالعقد , لذا يعرف Chestlin الطرف بأنه كل من أرتبط برضائه الفعلي , اياً كان شكل هذا الأرتباط وتوقيته بأثار العقد الملزمة , إما الغير فهو كل شخص لم يعبر عن أرادته مطلقاً , والغير على صنفين , الغير المرتبط بالعقد , وهو من كان ملتزماً بالعقد بمقتضى احكام القانون , ويدخل ضمن أحكام هذا الصنف كل الأغيار الذين يحق لهم أستعمال

[28] - Aynes ,op.cit ,p163
[29] - récupéré à partir de: http://fr.jurispedia . Org/index.PHp/la cession du contrat en droit français: p50

الدعوة المباشرة على مدين مدينهم , الغير المطلق هو من لا يسري بحقه أثر العقد (الأثر الداخلي وأنما يلزم فقط بأحترامه بأعتباره حجة عليه (الأثر الخارجي) .

وأنتقد المعيار الذي وضعه Chestlin لأضفاء صفة الطرف , فهو يؤسس نظريته على أساس أن مبدأ سلطان الأرادة قد تراجع , ولم يعد قادراً على حكم نظرية العقد , فلم تعد القوة الملزمة للعقد مستندة إلى مبدأ سلطان الأرادة وأنما لمبدأ المنفعة الأجتماعية , حيث نجده يمنح صفة الطرف لكل من المستفيد من الأشتراط لمصلحة الغير والخلف العام والخلف الخاص والشخص الذي يقبل التعهد , بينما نجده لا يضفي صفة الطرف على المحال إليه في حوالة العقد , حيث يتساءل Aubert عن السبب في ذلك , فمركزه مشابه لمركز الخلف العام , فكليهما لم يشاركا في أبرام العقد , فلماذا نمنع هذه الصفة عن المحال إليه , في الوقت الذي نمنحها إلى الخلف العام , لا سيما وإن المحال إليه هو من يتحمل جميع الحقوق والألتزامات الناشئة عن العقد المحال [30].

ونظراً للأنتقادات التي تعرض لها Chestlin , عاد وأقترح معياراً أخر لتحديد صفة الطرف , يتمثل بأن صفة الطرف لا تمنح إلا للأشخاص الذين لهم مركز قانوني مماثل لأطراف العقد أو من حلو محلهم , على أن يتمتعوا بذات الصلاحيات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة للعقد .

وصفة الطرف وفقاً للمفهوم السابق تثبت لكل من تعاقد بنفسه أو عن طريق ممثل قانوني , وأستناداً لذلك نجده يعتبر المحال إليه من الغير ولا تثبت له صفة الطرف , ويعلل ذلك بقوله أن أرادته لم تشارك في أبرام العقد محل الحوالة , فمجرد تمتعه بالحقوق والألتزامات لا يكفي لمنحه صفة الطرف .

إما من حيث الصلاحيات , فيرى Chestlin, أن صفة الطرف لا تمنح إلا لمن تثبت له صلاحية تعديل العقد أو أنهاءه بصورة أتفاقية , إذن الطرف عند Chestlin وفقاً لمعياره الجديد يثبت للأشخاص الذين أبرموا العقد أو أكتسبوا حق تعديل العقد أو الذين أكتسبوا حق تعديله أو أنهاءه بطريق الأتفاق , وهذا المعيار يتوافق مع نص المادة 146 من القانون المدني العراقي , حيث جاء في فقرتها الأولى (إذا نفذ العقد كان لازما , ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) , فالنص المتقدم يتضمن أشارة إلى المعيار الذي تبناه المشرع العراقي في تحديد صفة الطرف, من خلال بيانه أن تعديل العقد أو ألغاءه بالتراضي , هو حق مقتصر على طرفيه دون غيرهم[31].

[30] - جليل حسن الساعدي ,محمد عبد الوهاب , المفهوم الحديث للطرف في العقد, جامعة بغداد –كلية القانون , مجلة العلوم القانونية , المجلد 2017 , العدد 2 , ص11

[31] - جليل حسن الساعدي ومحمد عبد الوهاب , المفهوم الحديث للطرف , مصدر سابق , ص12

وعليه فالمحال إليه لا يعد طرفاً في العقد المحال به , فأرادة الأرتباط ليست كافية لأضفاء صفة الطرف على الشخص الذي يرغب بالأرتباط بالعقد , إذا كان فاقداً لحق تعديل العقد أو ألغاءه . والنتيجة أن المادة 146 تعد عائقاً قانونياً يحول دون التسليم بنظام حوالة العقد .

إلا أن تطور مفهوم العقد في الوقت الحاضر , وتحديث بعض المفاهيم القانونية , قاد الفقه الحديث إلى تبني معايير مرنة في ضبط صفة الطرف , بحيث أصبح لا يقتصر على من عبر عن أرادته وقت أنشاء العقد , وأنما يشمل أضافة إلى ذلك كل من يقبل الأرتباط به مهما كانت وسيلة تنفيذه .

فهذا المفهوم الحديث جعل صفة الطرف تخرج عن معناها الضيق الذي كان محصوراً في مرحلة تكوينه , وتدخل معنى مرناً متدرجاً في الزمن . حيث يستوي أن تكون صفة الطرف أصلية تنشأ بمقتضى القانون أو الأرادة لمن أنشأ العقد عند تكوينه , أو تكون مكتسبة أكتسبها بموجب القانون أو الأرادة لمن أرتبط بالعقد بعد تكوينه , وهذا الأمر ينطبق على حوالة العقد التي تقوم على أحلال المحال إليه محل المحيل في مرحلة تنفيذ العقد , وهذا يعني الأخذ بالنظرية الموضوعية للألتزام , حيث لا يصبح لأطراف العقد أهمية إذا تم الأبقاء على أستمرار العقد , خاصة في المشاريع الأقتصادية الكبرى , حيث بدلاً من أن ينقضِ العقد يم أستبدال المحيل بأخر , هو المحال إليه , حيث يصبح طرفاً في العقد في مرحلة تنفيذه [32].

ولكن هل أن المتعاقد الذي يحيل مركزه العقدي إلى الغير ملغياً للألتزام التعاقدي , وجاعلاً ألتزام متعاقده من غير مقابل ؟ .

أن المتعاقد وهو يحيل مركزه التعاقدي إلى الغير , يبقي على الناحية الموضوعية للألتزام ذاته من غير تحوير أو تغير, وعلى الحالة التي كان عليها قبل أنشاء الحوالة , ولكن كل ما في الأمر أن منفذ ذات الألتزام سيكون متعاقداً جديداً بدلاً من المتعاقد الأصلي , فالتغير هنا يكون قد أنصب على الأداة البشرية التي تنفذ الألتزام , دون أن يمس هذا التغير الألتزام ذاته .

وصفوة القول أن أستبدال شخص بأاخر , لا يعد سبباً لزوال القوة الملزمة الأصلية , ونشوء قوة ملزمة جديدة محلها , تكون منقطعة الصلة بها , على أعتبار أن حوالة العقد تتعلق بالتعديلات الشخصية دون أن تمس الناحية الموضوعية , وعليه فما دام نواة العقد لم تتغير , فأنه يمكن لهذا النظام القانوني

[32] - مراد يبة , مصدر سابق , ص71

المستحدث , أن يضمن أستمرارية العقد رغم تغير أطرافه , وعلى العكس من ذلك فأن تلك التغيرات أذا أصابت العقد في الجانب الموضوعي , فلا تصبح حوالة العقد ممكنة , والأفضل أبرام عقد جديد .

المطلب الثاني

حوالة العقد ومبدأ الأثر النسبي للعقود

يشكل مبدأ الأثر النسبي للعقد لدى البعض مانعاً يحول دون أن يفرض المحال إليه نفسه كمتعاقد جديد على المحال عليه , وهو يبرم عقد الحوالة مع المحيل فقط .

ولا يصح في نظر البعض القول الذي مقتضاه , إن المحيل الذي يعد طرفاً في العقد محل الحوالة , قد نقل صفة الطرف إلى المحال إليه , ومن ثم أصبح هذا الأخير طرفاً في العقد بعد أن كان غيراً , ذلك لأن المحيل يبقى محتفظاً بها , ولا يملك نقلها إلى الغير , وإلا فالمحال إليه يكون قد منح ما يعجز عقد الحوالة بذاته عن منحه إياه .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي , أنه يفترض قانونا أن المحال عليه قد قبل الحوالة , في حال قبول هذا الأخير أن يتمسك المحال إليه اتجاهه في العقد المحول , ولكن يرد على هذا الرأي , أن تبادل الرضا بين المحال عليه والمحال إليه من شأنه أنشاء عقد جديد , ومن ثم لايمكن تصور الحوالة أطلاقاً [33].

بينما يرى البعض الأخر منهم , أن أساس حوالة العقد هو نص المادة 1122[34] من القانون المدني الفرنسي , التي لا تنظم مصير الألتزامات الناشئة عن العقد في وقت الأنتقال , أياُ كان محلها ذمة أو مالأ, وأنما تنظم مصير العقود القائمة , والتي تكون مهددة بزوال قوتها الملزمة , ذلك بسبب حدوث وقائع من شأنها أن تجعل تنفيذ الألتزامات الناشئة عن العقد غير ممكنة مستقبلاً مع أحد المتعاقدين الأصليين , ويرجع ذلك إما لأن تلك الوقائع قد أعدمت وسائل التنفيذ أو المصلحة في تنفيذ العقد , وعليه فأن صفة الخلف الواردة في المادة 1122 , والتي يكتسبها المحال إليه بموجب حوالة العقد , غير مجدية في الحالة الأولى , بينما تعد الحالة الثانية مبدأ يحكم أنتقال العقود في المستقبل , ومقتضى لأخراج حوالة العقد من نطاق مبدأ نسبية أثر العقد .

[33] - مصطفى مالك , ذاتية الحوالة الأتفاقية للعقد , مصدر سابق , ص46

[34] - 1122 (on est sensé avoir stiqulé pour soi et pour héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention)

وعليه يجب أن تتوافر في حوالة العقد شرطين , حتى يكتسب المحال له صفة الخلف , أولهما : أن يتبوء المحال إليه مركز أحد أطراف العقد المحول , وثانيهما : أن يعبر بذات المركز عن أرادته في متابعة ذات الغاية التي كان المحيل يبتغيها .

وبذلك يكون المحال عليه خلفاً .. لكونه قد أستجمع الشروط الازمة لأكتساب هذه الصفة , ومن ثم يدخل في حكم المادة 1122, ليخرج من طائفة الغير الذين يحكمهم مبدأ نسبية أثر العقد [35].

في حين يرى جانب أخر من الفقه الفرنسي أن مبدأ الأثر النسبي للعقود يمكن تخفيفه , وأن الأطراف بأستثناء الأمتثال للأحكام القانونية الآمرة , لهم الحرية في تكوين عقودهم على النحو الذي يرون مناسباً , ومن ثم يعد المبدأ المنصوص في لمادة 1165 ليس من النظام العام , ذلك لأنه هذه المادة قد نصت على نظام الأشتراط لمصلحة الغير كأستثناء وارد على هذا المبدأ , (فالغير أصبح طرفاً في تنفيذ عقد لم يشارك في أبرامه) , وعليه يكون من الممكن أستبعادها بموجب أتفاق الطرفين , وظهور حوالة العقد دليل على ذلك [36].

والقول برضاء المحال إليه , وجعله ذو أثر أنشائي ليس فيه مساس بمبدأ الأثر النسبي للعقد , ذلك أن حوالة العقد هي التقنية الوحيدة التي يمكن من خلالها أستبدال أحد أطراف العقد بأخر , وبجميع ما يشتمل عليه العقد من أركان وشروط وحقوق وألتزامات من دون أي تغير , فالمشرع الفرنسي وعلى الرغم من أنه أشترط في المادة 1216 رضا المحال عليه , إلا أنه لم يجرد تلك العملية من وصفها الحقيقي المتمثل بحوالة العقد, حيث يهدف هذا النظام القانوني المستحدث إلى المحافظة على أستقرار العقد , ووضعه القانوني , ودون أن يتعرض للفسخ والبطلان , ولا أي شي أخر يؤدي إلى زوال العقد , فتغير أحد الأطراف ليس سبباً في ألغاء العقد , وأنما هدفاً لأستمراريته , وهذا هو هدف حوالة العقد[37].

ويقابل مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الفرنسي , مبدأ خصوصية العقد في القانون الأنكليزي , ومعناه قصور حكم العقد على عاقديه وعدم سريانه في مواجهة الغير [38], حيث عرفه جانب من الفقه الأنكليزي بأنه (المبدأ الذي لا يمكن بمقتضاه إلا لأطراف العقد , أكتساب الحقوق وتحمل الألتزامات الناشئة عن العقد) , وعرف أيضاً بأنه (المبدأ الذي لا يمكن بمقتضاه إلا لأطراف العقد تنفيذ ذلك العقد ,

[35] -Aynes ,op.cit ,p150-151
[36] - récupéré à partir de: http://fr.jurispedia , op.cit ,p50
[37] - مراد بية , مصدر سابق , ص73-74
[38] - Chris Turner , KEY CASES CONTRACT LAW . 2nd edition , HODDER EDUCATION AN HACHETTE UK COMPANY , without publication year , p364

تجاه بعضهم البعض , حتى وأن أنصرفت نية أطراف العقد من وراء أبرامه , إلى تحقيق هدف وحيد يتمثل في منح حقوق أو ترتيب ألتزامات على عاتق شخص ثالث وهو الغير الأجنبي عن العقد , ويقصد بأطراف العقد , بأنهم الأشخاص الذين يتحقق من أتصالهم مع بعضهم البعض بأحدى وسائل التعبير عن الأرادة ميلاد العقد وظهوره إلى حيز الوجود) [39], وعليه فأن هذا المبدأ يشير إلى أن العقود ملزمة فقط للأطراف المذكورة في العقد, حيث لا يجوز للغير الأجنبي عن العقد تنفيذ ذلك العقد[40] .

ويقوم مبدأ خصوصية العقد في القانون الأنكليزي على أساس فكرة مقابل الألتزام (Consideration) ,أذ يرتبط بها أرتباطاً وثيقاً , حيث يرى الفقه الأنكليزي أن السبب في عدم تأثر الأجنبي عن العقد بالحقوق والألتزامات الناشئة عن العقد , يكمن في عدم تقديم هذا الأخير لمقابل الألتزام , ففي قضية Tweddle v. Atkinson أبرم والد المدعي (john Tweddle) , ووالد زوجة المدعي (William) Guy) عقداً , وعد William Guy المدعي بدفع مبلغ من النقود إذ ما تزوج بأبنة المدعى عليه (William GuY), كان هذا العقد يتضمن بند يخول المدعي (William Tweddle) بأقامة دعوى في محاكم القانون أو الأنصاف , في حال عدم دفع أطراف العقد المذكورين المبلغ المحدد , حيث كان والد المدعي(john Tweddle) قد دفع المبلغ المحدد , إما والد الزوجة (William Guy) فتوفى ولم يدفع المبلغ المقرر, فأقام المدعي(William Tweddle) دعواه على منفذ وصية والد زوجته , إلا أنه أخفق في دعواه لأنه لم يقدم المقابل , وقد أسس قضاة الموضوع الثلاثة (Wightman) و (Crompton) و (Blackburn حكمهم على أساس فكرة مؤداها , عدم قدرة الغير الأجنبي عن العقد على تنفيذ الحقوق والألتزامات التي تترتب على العقد , وأن مبدأ قصور حكم العقد على طرفيه يعني أن أحد العاقدين قدم قدم مقابلاً لألتزام الطرف الأخر بأبداء الوعد له [41].

وقد تأكد هذا المبدأ في قضية (dunlop pneumatic tyre company ltd v. selfridge &ltd 1915) حيث سعى المدعين وهم الشركة المنتجة للأطارات , إلى بيع منتجات شركتهم وفقاً لقائمة أسعار ثابتة , ومن أجل تحقيق تلك الغاية , فقد سعوا للحصول على وعد من شركة موردة تعرف ب(Dew &

[39] - يونس صلاح الدين علي , مبدأ خصوصية العقد في القانون الأنكليزي , مصدر سابق , ص32

[40] - Jason Gordon, Privity (Contract law) - Explained , Available on https://thebusinessprofessor.com/122296-law-transactions-amp-risk-management-commercial-law-contra-p0ct-payments-security-interests-amp-bankruptcy/privity-definition Last vaist (2/4/2022)
see - Geoffrey Samuel- LAW OF OBLIGATIONS AND LEGAL REMEDIES- Second Edition- 2001 - p364

[41] - All Answers ltd, 'Tweddle v Atkinson - 1861' (Lawteacher.net, May 2022)
See - Jill Poole , Contract Law , 13th edition , OXFORD UNIVERSITY PRESS , 2016 , p11

co), من أجل الحصول على تعهد مكتوب يقدمه أي طرف ثالث يشتري الأطارات من شركة (Dew) بعدم بيعها بأقل من السعر الذي حددته الشركة الأصلية (Dunlop), حيث قام المدعى عليه selfridge ( ) بشراء مجموعة من الأطارات , متعهداً بعدم البيع مجدداً إلا بالسعر المحدد بالقائمة الأصلية , وأستناداً إلى التعهد الذي قدمه (selfridge) , حصل على شحنة من الأطارات من قبل شركة (Dew) , إلا أنه أخل بألتزامه وقام بالبيع بأقل من السعر المقرر في القائمة الأصلية , مما دفع (Dunlop) إلى رفع دعوى على شركة (selfridge), إلا أن المحكمة ردت الدعوى على أعتبار أن (selfridge) ليس طرفاً في العقد , لأنها لم تقدم المقابل , حيث يتضح لنا أن الأساس القانوني لمبدأ خصوصية العقد يكمن في فكرة مقابل الألتزام [42] .

وعليه فأن المبادئ الأساسية لقانون العام للعقد تمنع أي شخص ان يقاضي أو يقاضى بموجب عقد لم يكن طرفاً فيه , ذلك أن الحقوق والألتزامات التي تنشأ عن العقد تقتصر على طرفيه دون غيرهم [43], إلا أن هذا المبدأ خضع لأستثناءات عديدة بموجب التشريعات والقضايا , وعليه فحوالة العقد تعد من الأستثناءت التي وضعها القضاء الأنكليز في ضوء السوابق القضائية للمحاكم الأنكليزية , حيث أتجه القضاء إلى تجاوز مبدأ نسبية أثر العقد , بما يعد تطبيقاً من تطبيقات الخلافة الخاصة , عند تعارضه مع مفاهيم قانون الملكية (The Law Property) , وتفصيل ذلك من بين السلطات التي تثبت للمالك سلطة أستغلال ملكه , وبالتالي فأذا قام (A) بتأجير عقار يملكه ل (B) , فأن ذلك العقد من شأنه أن يرتب ألتزامات متقابلة على عاتق طرفيه , ومن المتصور أن يقوم أحدهما بحوالة حقوقه (Transfes his Interest), أو يقوم بنقل ألتزامه إلى شخص أخر يحل بدلاً عنه , وعليه فأن الشخص الثالث الأجنبي يستفيد من التعهدات والألتزامات الأصلية , مما يجعل الأتفاق الجديد ثلاثي الأطراف [44].

إما المشرع العراقي فقد أخذ بذات المبدأ المعروف في القانون الأنكليزي مع أختلاف التسمية , إذ أطلق عليه مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص , حيث يقوم هذا المبدأ على فكرة القوة الملزمة

---

[42] - All Answers ltd, 'Dunlop v Selfridge - 1915' (Lawteacher.net, May 2022) .
See- MINDY CHEN-WISHART , CONTRACT LAW , FOURTH EDITION , OXFORD UNIVERSITY PRESS , 2012 , p 166 .

[43] - مجيد حميد العنبكي , مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الانكليزي , بحث منشور في مجلة كلية الحقوق , - جامعة النهرين , مج4 , العدد 5 , 2000, ص81

[44] - محمد محيى الدين أبراهيم سليم , نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الأنجليزي والمصري (دراسة مقارنة) , بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والأقتصادية , كلية الحقوق – جامعة المنوفية , المجلد 7 , العدد19 , 1998 , ص137-138

للعقد , فالعقد يتمتع بقوة ملزمة من حيث الأشخاص , وبموجبها يكون العقد ملزماً لأطرافه دون غيرهم , فيكون العقد نسبياً من حيث الأشخاص , لا تترتب أثاره إلا في مواجهة طرفيه , وهو ما يعرف بقصور أثر العقد أو حكمه على طرفيه , فأطراف العقد هم من يكونوا ملزمين بمقتضاه , ويكتسبون الحقوق بموجبه , وهذه القاعدة العامة تكملها قاعدة عامة أخرى , مؤداها عدم أنصراف أثار العقد إلى الغير [45] , فأثار العقد لا تنصرف إلى غير العاقدين أو من يمثلهم , فلا يتحمل الأجني عن العقد ألتزاماً ولا يكتسب حقوقاً عن عقد لم يكن طرفاً فيه [46].

وجسد المشرع العراقي مبدأ نسبية أثر العقد في نص المادة 142 التي جاء فيها (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ...) , و إذا كان هذا المبدأ هو الأصل في القانون المدني فأنه ترد عليه بعض الأستثناءات , خرج فيها المشرع العراقي عن مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص وسمح بأنصراف أثار العقد إلى الغير الأجنبي , وتتمثل هذا الأستثناءات بالأشتراط لمصلحة الغير , الدعوى المباشرة , وعليه فأن فكرة حوالة تكون مخالفة لهذا المبدأ على أعتبار أن المحال إليه سيصبح طرفاً فيه عند أبرامه , فهل تشكل فعلاً حوالة العقد خرقاً أم تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي ؟ .

يمكن القول أن ذلك رهين بتحديد صفة المحال أو مركز المحال إليه في عقد الحوالة , فأذا أعتبرناه من الغير , بحيث لا يضار ولا بفيد منه , شكلت حوالة العقد أخلالاً بالمبدأ المشار إليه , إما أذا أعتبرناه طرفاً فيه بحيث ينصرف إليه أثره نفعاً وضرراً , عدت حوالة العقد تطبيقاً لهذا المبدأ .

وعليه فأن مسالة تحديد فيما إذا كانت حوالة العقد تشكل مساساً بمبدأ نسبية أثر العقد في القانون العراقي يختلف بأختلاف المعيار التقليدي والحديث في ضبط صفة الطرف :

أ- أن المحال إليه يعد من الغير وفقاً للأتجاه التقليدي الذي يركز معيار الأرادة كضابط أساسي لتقرير من يتمتع بصفة الطرف , ذلك لأنه يقصر صفة الطرف على من ساهم في تكوين العقد أو من ينصرف إليه أثر العقد , وهذا لا ينطبق على المحال إليه الذي لم يساهم في تكوين العقد الأصلي , ولم ينصرف إليه أثر العقد , ذلك أن يأخذ مركز المحيل في العقد الأصلي , ومن ثم تشكل حوالة العقد خرقاً لمبدأ نسبية اثر العقد وفقا للفقه التقليدي

[45] - عبد المجيد الحكيم , مصدر سابق , ص337

[46] - علاق عبد القادر ومامون عبد الكريم , أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها , رسالة ماجستير , جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان , 2008 , ص11 .

ب- أن حوالة العقد وفقاً للمفهوم الذي وضعه الفقه الحديث للطرف , لا تشكل خرقاً لمبدأ نسبية أثر العقد , ذلك لأنهم يرون أن مصطلح الطرف يطلق على كل شخص يتمتع بمركز قانوني مماثل الأطراف العقد أو الذين يحلون محلهم , على أن يكون له ذات الصلاحيات التي يتمتع بها المتعاقد الأصلي بالنسبة للعقد , وهذا القول ينطبق على المحال إليه , ذلك لأنه يحل محل المتعاقد الأصلي ويتمتع بكل الصلاحيات التي كان يتمتع بها المحيل , ومن ثم يعتبر طرفاً في العقد , وهذا يؤدي إلى القول أن حوالة العقد لا تشكل مساس بمبدأ نسبية أثر العقد .

ت-ويذهب الدكتور مصطفى مالك في تفسير ملائمة حوالة العقد لمبدأ الأثر النسبي إلى القول أن المحال عليه المفترض عنما يبرم العقد الأصلي مع المحيل , وهو راضٍ ضمناً وأفتراضاً بمبدأ الحوالة , يكون قد أخرج نفسه دائرة الأغيار من غير أن يدخلها في زمرة الأطراف , وعليه فهو يحتل منزلة وسطى بين منزلتي الطرف والغير , فرضتها طبيعة رضائه , الذي لم يستنفذ إلا وظيفته الأولى , ومن ثم فأن صفته لا تتحدد إلا بعد أن يتخذ موقفاً من تصرف المحيل , إما بقبوله شخص المحال إليه فيصبح طرفاً محضٍ , ومن ثم فلا يكون هناك أي خرق لمبدأ نسبية أثر العقد , وأما برفضه أياه فيصبح غير محضاً , ويسقط عن رضائه الأفتراض والضمنية لزوال المصلحة , وإلا كان هناك خرق لهذ المبدأ , وعليه فهو يرى أن صفة المحال عليه التي يحددها موقفه من المحال إليه بأعمال الوظيفة الثانية الرضائه هي من تحدد فما إذا كان هناك مساس أو خرق للمبدأ المذكور[47] .

الخاتمة

Conclusion

بعد الأنتهاء من دراسة حوالة العقد توصلنا إلى جملة من النتائج , وفي ضوء هذه النتائج كان لزاماً علينا أن نقترح بعض التوصيات الخاصة بهذا النظام القانوني المستحدث على أمل أن يكون هناك تنظيم خاص من لدن المشرع العراقي وفي نصوص عامة .

1- القوة الملزمة تكون ثابتة في العقد لا تتغير بحوالته إلى الغير, طالما لم يتغير لدى هذا الأخير سبب العقد الأصلي , وعليه لو زال هذا السبب خلال تنفيذ العقد زال معه العقد الذي يحمله , وأصاب هذا

[47] - مصطفى مالك , حوالة العقد , الطبعة الأولى , مطبعة النجاح الوطنية , الدار البيضاء, 2008 , ص241

الزوال العقد في قوته , فالعقد بعد أن نشأ صحيحا , مآله الزوال إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ألتزامه , والعلة في ذلك أن ألتزام المتعاقد الأخر يصير بلا سبب

2- أن الفقه الأنكليزي يرى أن حوالة العقد لا تشكل خرقاً لمبدأ القوة لملزمة للعقد , ذلك لان الطرف المتعاقد عندما يقوم بتحويل المنافع التي حصل عليها من العقد الذي قام بأبرامه مع الطرف الأخر إلى الغير الأجنبي عن العقد , فإنه يقوم في الواقع بتحويل مركزه القانوني الذي يسمح له في تنفيذ العقد إلى الطرف الثالث الأجنبي عن العقد , مع بقاء العقد محتفظاً بقوته الملزمة

3- جسد المشرع العراقي مبدأ القوة الملزمة للعقد في المادة 145 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951النافذ التي نصت على أنه (أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد , فأن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه), و المادة 146 من القانون المذكور التي تنص على أنه (إذا نفذ العقد كان لازماً ولايجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي).

4- لا يمكن تأصيل فكرة حوالة العقد على أساس فكرة الخلافة الخاصة , ذلك لأن القانون هو من يحدد أثار الحوالة القانونية للعقد , نطراً لوجود أعتبارات معينة كالعدالة التعاقدية أو مصلحة أجتماعية, مما يجعل أثار العقد مستمرة في مواجهة شخص من الغير والذي يصير ملزماً به بموجب القانون.

5- أن تطور مفهوم العقد في الوقت الحاضر , وتحديث بعض المفاهيم القانونية, قاد الفقه الحديث إلى تبني معايير مرنة في ضبط صفة الطرف , بحيث أصبح لا يقتصر على من عبر عن أرادته وقت أنشاء العقد , وأنما يشمل أضافة إلى ذلك كل من يقبل الأرتباط به مهما كانت وسيلة تنفيذه .

6- أن المفهوم الحديث جعل صفة الطرف تخرج عن معناها الضيق الذي كان محصوراً في مرحلة تكوينه , وتدخل معنى مرناً متدرجاً في الزمن . حيث يستوي أن تكون صفة الطرف أصلية تنشأ بمقتضى القانون أو الأرادة لمن أنشأ العقد عند تكوينه , أو تكون مكتسبة أكتسبها بموجب القانون أو الأأرادة لمن أرتبط بالعقد بعد تكوينه , وهذا الأمر ينطبق على حوالة العقد التي تقوم على أحلال المحال إليه محل المحيل في مرحلة تنفيذ العقد , وهذا يعني الأخذ بالنظرية الموضوعية للألتزام, حيث لا يصبح لأطراف العقد أهمية إذا تم الأبقاء على أستمرار العقد , خاصة في المشاريع الأقتصادية الكبرى , حيث بدلاً من أن ينقضِ العقد يم أستبدال المحيل بأخر , هو المحال إليه , حيث يصبح طرفاً في العقد في مرحلة تنفيذه

7- أن أستبدال شخص بأخر , لا يعد سبباً لزوال القوة الملزمة الأصلية , ونشوء قوة ملزمة جديدة محلها , تكون منقطعة الصلة بها , على أعتبار أن حوالة العقد تتعلق بالتعديلات الشخصية دون أن تمس الناحية الموضوعية , وعليه فما دام نواة العقد لم تتغير , فأنه يمكن لهذا النظام القانوني المستحدث , أن يضمن أستمرارية العقد رغم تغير أطرافه , وعلى العكس من ذلك فأن تلك

التغيرات أذا أصابت العقد في الجانب الموضوعي , فلا تصبح حوالة العقد ممكنة , والأفضل أبرام عقد جديد .

8- أن حوالة العقد لا تشكل خروجاً عن القوة الملزمة للعقد , فلاشك أن حوالة العقد هي الأبقاء على هذه القوة , وهذا ما يفسرلنا لنا إمكانية أن يصبح المحال إليه دائناً ومديناً في آن واحد , ومن ثم صيرورته طرفاً في عقد قائم , ذلك لان مضمون العقد لم يتغير , ومن ثم فليس هناك ما يمنع من أحالته العقد للغير وصيرورة المحال إليه طرفاً , وهذا يقود إلى النظرية الموضوعية للألتزام , حيث لا يكون لأشخاص العقد أي أهمية , ويصير الهدف هو أستمرار العقد .

9- يشكل مبدأ الأثر النسبي للعقد لدى البعض مانعاً يحول دون أن يفرض المحال إليه نفسه

10- كمتعاقد جديد على المحال عليه , وهو يبرم عقد الحوالة مع المحيل فقط . ولا يصح القول , إن المحيل الذي يعد طرفاً في العقد محل الحوالة , قد نقل صفة الطرف إلى المحال إليه , ومن ثم أصبح هذا الأخير طرفاً في العقد بعد أن كان غيراً , ذلك لأن المحيل يبقى محتفظاً بها , ولا يملك نقلها إلى الغير , وإلا فالمحال إليه يكون قد منح ما يعجز عقد الحوالة بذاته عن منحه إياه.

11- أن مسالة تحديد فيما إذا كانت حوالة العقد تشكل مساساً بمبدأ نسبية أثر العقد في القانون العراقي يختلف بأختلاف المعيار التقليدي والحديث في ضبط صفة الطرف.

المصادر

أولاً : الكتب العربية

1. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير , الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي , ج1 ,مصادر الألتزام ,وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , 19980
2. عبد المجيد الحكيم ,الموجز في شرح القانون المدني ,ج1 , مصادر الألتزام ,شركة الطبع والنشر الأهلية – بغداد , 1963 .
3. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج1 , دار النهضة العربية , 1998
4. نبيل أبراهيم سعد ,التنازل عن العقد , دار الجامعة الجديدة للنشر , 2004
5. مصطفى مالك ,حوالة العقد , الطبعة الأولى ,مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء , 2008

ثانياً : الرسائل والأطاريح

1. حازم أكرم صلال الربيعي , أثر الأرادة الباطنة في العقد دراسة في القانونين العراقي والأنكليزي , أطروحة دكتوراه , كلية القانون – جامعة بغداد , 2017
2. رغد فالح دالم العكيلي ,النظام القانوني لعقد الرحلة المنظمة , رسالة ماجستير , كلية القانون – جامعة بغداد , 2021
3. عفافسة مفيدة ,التنازل عن العقد , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الجزائر –بن عكنون , 2011
4. علاق عبد القادر , مامون عبد الكريم , أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها , رسالة ماجستير , جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان , 2008 .
5. مراد بيه, حوالة العقد , رسالة ماجستير, جامعة محمد الأول – كلية العلوم القانونية والأجتماعية – وجدة ,2020 .
6. منى نعيم جعاز الشياعي , مضمون العقد – دراسة مقارنة مع القوانين الفرنسي والانكليزي , أطروحه دكتوراه , كلية القانون – جامعة بغداد , 2019

ثالثاً : البحوث

1. مجيد حميد العنبكي,مضمون العقد ونطاقه وحوالته في القانون الأنكليزي ,بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ,جامعة النهرين ,مج 4 ,العدد 5 , 2000 .
2. محمد محيى الدين أبراهيم سليم , نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الأنجليزي والمصري (دراسة مقارنة) , بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والأقتصادية , كلية الحقوق – جامعة المنوفية , المجلد 7 , العدد19 , 1998
3. مصطفى ملك , ذاتية الحوالة الأتفاقية للعقد (بحث في النظرية), مقال منشور بمجلة المناهج القانونية , عدد 12-11 , 2008.
4. يونس صلاح الدين علي , مبدأ خصوصية العقد في القانون الأنكليزي – دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون العراقي , بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية , جامعة كركوك , المجلد 5, العدد20, 2017
5. جليل حسن الساعدي و محمد عبد الوهاب , المفهوم الحديث للطرف في العقد, جامعة بغداد – كلية القانون , مجلة العلوم القانونية , المجلد 2017 , العدد 2 .
6. زوبر مصطفى , أستثناءات الواردة على العقد , بحث منشور على الموقع الألكتروني التالي

Zuber MUSTAFA | Professor | Cihan University of Sulaimaniya | Law Department (researchgate.net)

رابعاً : المصادر الاجنبية

1- AYNES (LAURENT)la cession de contrat de les juridiques a trois personnes, édition economica. Paris 1984.

2- Chris Turner , KEY CASES CONTRACT LAW . 2nd edition , HODDER EDUCATION AN HACHETTE UK COMPANY , without publication year

3- EMMANUEL JEULAND CESSION DE CONTRAT (RECUEIL-CONTRATS ET OBLIGATIONS ENCYCLOPEDIE QUE 07JURIDIQUE DALLOZ PUBLICATION TRIMESTRIELLE AVRIL 2003 EDI. DALLOZ 31 35 FROIDEVAUX 75685 PARIS CEDEX 14.1
4- Ghestin, (M) Billiau et Jamin, droit civil les effets du contrat 2eme edition, LG.DJ
5- Geoffrey Samuel- LAW OF OBLIGATIONS AND LEGAL REMEDIES- Second Edition- 2001
6- récupéré à partir de: http://fr.jurispedia . Org/index.PHp/la cession du contrat en droit français
7- Jason Gordon, Privity (Contract law) - Explained , Available on https://thebusinessprofessor.com/122296-law-transactions-amp-risk-management-commercial-law-contra-p0ct-payments-security-interests-amp-bankruptcy/privity-definition
8- Jill Poole , Contract Law , 13th edition , OXFORD UNIVERSITY PRESS , 2016 ,
9- MINDY CHEN-WISHART , CONTRACT LAW , FOURTH EDITION , OXFORD UNIVERSITY PRESS , 2012 .
10- Sherzad aziz sulaiman, & Younis Othman Ali. (2020). The Principle Of Binding Force Of A Contract And Its Legal Basis - A Comparative Study. QALAAI ZANIST JOURNAL, 5(3), 385–414. https://doi.org/10.25212/lfu.qzj.5.3.16