ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The legal nature of assigning a construction contract

Prof. Dr. Safwan Muhammad Ahmad
College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

tujr@tu.edu.iq

Researcher. Abdul Aziz Dawood Khalaf
College of Law, Tikrit University, Salahaddin, Iraq

tujr@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 22 March 2023
- Accepted 5 April 2023
-Available online 1 June 2026

Keywords:
-

Abstract: Multiple opinions have emerged in jurisprudence regarding the legal nature of the assignment of a construction contract. Some have considered that the assignment of such a contract amounts merely to an assignment of rights and an assignment of obligations. In contrast, another opinion holds that the assignment cannot be fragmented; rather, it constitutes a single legal operation that transfers the contractual position as a whole. In light of this divergence, most legal systems have not recognized the unity of the contract upon its transfer, due to the absence of specific regulation. Nonetheless, it appears that the view favoring the unity of the assignment—despite criticisms—is more compelling, as transferring the contract or the contractual position in its entirety preserves the contractual relationships and their effects, whereas fragmenting the contract into rights and obligations hinders the transfer of licensing rights.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

الطبيعة القانونية للتنازل عن عقد المقاولة

أ.د.صفوان محمد احمد

كلية القانون، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق

tujr@tu.edu.iq

الباحث. عبد العزيز داود خلف

كلية القانون، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق

tujr@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:

- الاستلام : ٢٢ / اذار/ ٢٠٢٣
- القبول : ٥ / نيسان/ ٢٠٢٣
- النشر المباشر: ١/حزيران /٢٠٢٦

الكلمات المفتاحية :

-

الخلاصة: برز في الفقه اكثر من رأي في تحديد الطبيعة القانونية للتنازل عن عقد المقاولة، منهم من وجد أن التنازل عن عقد المقاولة لا يتعدى أن يكون حوالة حق وحوالة دين، فيما ذهب رأي آخر إلى أن التنازل لا يمكن أن يتجزأ بل هو عملية واحدة، تنقل المركز العقدي، وامام هذا الاختلاف لم تعرف معظم القوانين وحدة العقد عند نقله بسبب عدم تنظيمه، ومن ثم نرى أن الاجدر بالتأييد رغم الانتقادات هو وحدة التنازل، لان نقل العقد او المركز العقدي دفعة واحدة يحافظ على روابط العقد وعلى آثاره، وان تجزئة العقد الى حقوق والتزامات يحول دون نقل الحقوق الترخيصية.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : يعد عقد المقاولة أحد العقود المسماة ذات الطابع الفني، التي تستند إلى الاعتبارات الشخصية في إبرامها، نظراً لارتباطها غالباً بمهارات وخبرات فنية معينة يملكها المقاول، ومن هنا، يثور التساؤل حول مدى إمكانية التنازل عن هذا العقد، وما إذا كان التنازل يؤدي إلى نقل الالتزامات والحقوق المتعلقة به بصورة جزئية أو كلية، وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا التنازل، بين من اعتبره مجرد حوالة حق أو دين، ومن رأى فيه نقلاً للمركز العقدي كوحدة غير قابلة للتجزئة.

ثانيا: أهمية الموضوع

تكمن أهمية هذا الموضوع في تأثيره المباشر على استقرار العلاقة التعاقدية، وحماية مصالح أطراف العقد، ولا سيما رب العمل، الذي قد لا يوافق على التعامل مع طرف بديل عن المقاول الأصلي. وبذلك، يصبح من الضروري الوقوف على الإطار القانوني الناظم لهذا التنازل، وتحليل آثاره القانونية، في ضوء التشريعات الوطنية والاتجاهات الفقهية المختلفة.

ثالثا: مشكلة البحث

عدم وجود نصوص قانونية واضحة تعالج مسألة التنازل وتنظم احكامه، وغياب النص التشريعي أدى الى نشوب خلاف فقهي حول طبيعة هذا العقد، وفيما اذا كان العقد يتميز بطبيعة واحدة تنقل العقد بكامل ضماناته وحقوقه والتزاماته، ام أن نقل العقد يتجزأ بين نقل للحقوق ونقل للالتزامات.

رابعا: هدف البحث

يهدف البحث إلى التعرف على الطبيعة الخاصة للتنازل عن عقد المقاولة هل هي طبيعة ثنائية أم احادية وموقف التشريعات المقارنة من هذه الطبيعة.

خامسا: منهجية البحث

سنعتمد في هذا البحث المنهج التحليلي من لتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية من حيث تحليلها وبيان الراجح منها، كذلك اعتمدنا المنهج المقارن للمقارنة بين القانون العراقي والقوانين الأخرى التي تطرقت لها الدراسة.

سادسا: هيكلية البحث

سنقسم هذا البحث الى ثلاثة مطالب، المطلب الأول: التنازل عن عقد المقاولة ذو طبيعة ثنائية، والمطلب الثاني: التنازل عن عقد المقاولة ذو طبيعة أحادية، المطلب الثالث: موقف التشريعات من طبيعة التنازل عن عقد المقاولة.

المطلب الأول

التنازل عن عقد المقاولة ذو طبيعة ثنائية

يرى اصحاب هذا الرأي ان غياب النصوص القانونية التي تنظم عملية التنازل عن عقد المقاولة، يصبح من الضروري الركون الى القواعد العامة المتاحة في هذا السياق، وبما أنه لا توجد سوى القواعد التي تنظم حوالة الحق من جهة، وحوالة الدين من جهة أخرى فإن هذه القواعد هي التي يجب أن تُطبق على التنازل عن العقد ومن ثم تجزئة العقد محل التنازل [١].

ويطلق على اصحاب هذا الرأي مؤيدي النظرية التقليدية، اذ يذهب هؤلاء عند تفسيرهم لطبيعة التنازل عن عقد المقاولة إلى اعتبار هذه العملية عبارة عن حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، فالمتنازل في اتفاق التنازل عن عقد المقاولة يحيل الحقوق التي اكتسبها عن عقد المقاولة الاصلي إلى المتنازل له وكذلك يحيل ما يقع على عاتقه من التزامات ناتجة عن ذات العقد إلى المحال له وهذا يحتم الركون إلى القواعد المتاحة في هذا السياق والتي تتمثل بحوالة الحق وحوالة الدين [٢].

فحوالة الحق هي عبارة عن "عقد يتم بين المحيل والمحال له بمقتضاه ينقل المحيل وهو الدائن ما له من حق قبل المدين الى المحال له، بحيث يكون لهذا الاخير مطالبة المحال عليه، وتقسم هذه الحوالة بمقابل فتأخذ حكم المعاوضات، او بدون مقابل فتأخذ حكم التبرعات"[٣] اما حوالة الدين فيقصد "بها انتقال دين المدين الى مدين آخر وهذا ما يعبر عنه بالانتقال السلبي للالتزام، فيحل المدين الجديد محل المدين الاصلي في تحمل الدين نفسه بجميع مقوماته"[٤] وبناءً على ذلك فإن حوالة الحق تنشأ من دون الحاجة إلى رضا المدين، الا أنها لا يمكن ان تكون نافذة قبله إلا في حال قبلها أو أعلن بها، أما حوالة الدين فإنها تنشأ باتفاق بين المدين والمحال عليه، إلا أنها لا تكون نافذة في حق الدائن الا إذا أقرها هذا الاخير، ويتجلى من ذلك إن دور المتنازل لديه يقتصر على الانضمام إلى اتفاق قائم وصحيح ونافذ بين

---

(١) ينظر د. نبيل ابراهيم سعد، التنــازل عن العقد، دون ط، دار الجامعة الجـديدة للنشـر، سنة ٢٠٠٤، ص٧٣.

(٢) Charles lapp، Thèse، la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، Université de Strasbourg، 1950، p. 53 et suiv..

(٣) عزالدين بن حسن القوطالي، حوالة الحق في الفقه والقانون، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص ٥٢-٥٣.

(٤) د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في احكام الالتزام المدني، دون دار نشر، ٢٠٠٥، ص ٢٧٩-٢٨٠.

المتعاقدين، وهم كل من المتنازل والمتنازل له، وأن هذا التدخل لا يقصد به سوى اعطاء هذا الاتفاق فعاليته[١] وهذا الرأي يجد الاساس الخصب الذي يمكن من خلاله تطبيق هذه النظرية في القوانين التي نظمت احكام كل من حوالة الحق وحوالة الدين مثل القانون العراقي والمصري والقوانين الاخرى التي نحت هذا المنحى[٢].

وقد تعرض هذا الرأي لمجموعة من الانتقادات، اذ يلاحظ على هذا الرأي بوضوح التكلف والتصنع، فالعقد يفضل ان يكون وحدة متكاملة، والقانون الحديث يهدف للوقوف ضد أي تجزئة للعملية العقدية، والمثل الواضح على ذلك موقف القانون الدولي الخاص الذي دائماً ما يهدف إلى تركيز للعلاقات العقدية وعدم تجزئتها، كما أن التنازل عن عقد المقاولة ينصب على العقد ذاته المحال به كوحدة متكاملة، وبناء عليه فإن قواعد الحوالة تصبح عاجزة عن أن تستجيب لنظام التنازل عن عقد المقاولة حيث إن التنازل عملية مركبة ومتداخلة، بينما قواعد الحوالة وضعت لتواجه حوالة حق من جهة أو حوالة دين من جهة اخرى [٣].

كما ان الركون إلى اعتبار التنازل عن عقد المقاولة حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد فأن ذلك سيؤدي إلى تجزئة العقد، وهذا يتعارض مع القانون الذي يرفض كل ما يؤدي الى تجزئة الروابط العقدية، وبما ان التنازل يقع على العقد كوحدة واحدة فمن الطبيعي ان تعجز قواعد الحوالة عن الاستجابة له لما يتمتع به من خصوصية نظراً لكون التنازل عن عقد المقاولة عبارة عن عملية مركبة ومتداخلة تختلف عن احكام كلا الحوالتين التي وضعت لتحكم انتقال الحقوق والالتزامات بشكل منفرد[٤] بالإضافة الى ما سبق فأن تجزئة العقد الى حقوق والتزامات يترتب عليه استحالة انتقال الحقوق الترخيصية بسبب التصاق هذه الحقوق بالعقد ذاته وليس بالالتزام حقاً او دينا ومن الامثلة على الحقوق الترخيصية حق الفسخ

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٢) في حين نجد ان القانون الفرنسي المتمثل في تقنين نابليون لا يعرف سوى حوالة الحق اذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين والحال نفسه ينطبق على القانون الاردني.

(٣) د. محمد السعيد، حوالة العقد، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٨١. ٢٠٢٢، ص ٩٣٥.

(٤) زهراء سلمان عناد ، حوالة العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٢٢، ص ٥٧.

المحتمل للعقد [١] وبالإضافة الى ما تقدم فأن البعض من الفقه الفرنسي زاد على ذلك ان القانون الفرنسي لم ينظم حوالة الدين ولم يضع احكاما خاصة بها فكيف يتم تطبيق قواعد قانونية غير موجودة اصلا[٢] ونتيجة الانتقادات التي واجهت هذا الرأي ذهب رأيي من الفقهاء المؤيدين له إلى البحث عن انظمة بديلة يمكن الركون اليها في عملية نقل الدين مثل نظام الاشتراط لمصلحة الغير والانابة[٣].

ولم يسلم الرأي القائل بالبحث عن نظام بديل يمكن من خلاله معالجة مسألة انتقال الدين لان تفسير طبيعة التنازل عن عقد المقاولة على أنها عملية تتكون من تصرفين، هما حوالة الحق لنقل الحقوق، واشتراط لمصلحة الغير لنقل الديون، لا يتماشى مع مفهوم التنازل عن العقد، فحوالة الدين وفق تعريفها، تفترض استبدال المدين في الالتزام الأصلي، مما يعني أن الدائن يحصل على مدين جديد بدلاً من المدين الأصلي، وينتقل إليه الدين بجميع ضماناته وصفاته القانونية، في المقابل، لا يمكن للاشتراط لمصلحة الغير تحقيق هذا الأثر، لأنه يهدف فقط إلى إنشاء رابطة قانونية جديدة بين المتعهد والمستفيد، تكون أسبابها مختلفة عن سبب الدين الذي يربط بين المستفيد والمشترط، واستناداً لما سبق، فإن الاشتراط لمصلحة الغير لا يؤدي إلى استبدال مدين بآخر، ولا يسقط الالتزامات السابقة ما بين المستفيد والمشترط او ما بين المشترط والمتعهد[٤].

وفي ذات الوقت نجد أن نظام الانابة لا يستطيع تعويض حوالة الدين، مما يعني أنه لا يمكن نقل الأثر السلبي للعقد من خلال هذا النظام، فحوالة الدين تنقل الدين نفسه إلى مدين آخر، بينما الإنابة في الوفاء لا تنقل الدين، بل تؤدي إلى إنشاء دين جديد بجانب الدين الأصلي بين المدين والمناب لديه، أو تقوم بخلق التزام جديد يحل محل الالتزام السابق، وبالتالي فإن التزام المناب تجاه المناب لديه يكون مستقلاً عن التزامه تجاه المنيب من حيث الخصائص والمقومات، بل إنه دفوع الالتزام القديم لا تأثير لها

---

(١) الحقوق الترخيصية هي الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة وينشأ عنها مركز قانوني جديد منشئ لحقوق والتزامات وهذه الحقوق لها قيمة مالية، والامثلة على هذه العقود كثيرة منها حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية وحق اعذار المتعاقد. د. نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٢) عماد محمد ثابت، النزول عن العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص ٧٥

(٣) Mazeaud (H. L. et J) et De Juglart (M)، Léçons de droit civil، II، 1971، p351.

نقلاً عن د. نبيل ابراهيم سعد مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٤) ياسمين عباس اسماعيل، رسالة ماجستير كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠٢٢، ص ٣٢-٣٣.

على الالتزام الجديد[١]. واستنادا لما سبق نجد ان حتى نظام الاشتراط لمصلحة الغير والانابة لم تسعف القائلين بهذا الرأي في مسألة نقل الدين من المدين إلى المحال اليه.

امام جملة الانتقادات التي وجهت للقائلين بهذا الرأي حاول الاستاذ لاب تقديم هذا الرأي ولكن بحلة جديدة اذ يرى هذا الفقيه ان الذي ينتقل ليس العقد بحد ذاته وانما العلاقات القانونية الناشئة عن هذا العقد ومن ثم فأن موضوع التنازل يتمثل بنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الى الغير، لكن الاستاذ لاب لا يحلل العملية على انها حوالة حق وحوالة دين في الوقت ذاته وانما كتنازل عن الحقوق التي تعرف بالحقوق الترخيصية، الا ان ذلك التحليل لا يمكن التسليم به لكون هذا التحليل يتعارض مع حوالة الدين التي لم ينظمها القانون الفرنسي، في حين يرفض الفقيه لاب نظامي الانابة والاشتراط لمصلحة الغير كبديل عن نظام التنازل عن عقد المقاولة لان مزايا هذا الاخير هي معتبرة اذا ما تمت مقارنتها مع الانابة في والوفاء والاشتراط لمصلحة الغير إذ ان التزام المستفيد ينشأ بموجب الاتفاق الذي يبرم بينه وبين المتنازل ويكون التزامه هو ذات التزام المتنازل من حيث الخصائص والصفات، بخلاف نظامي الانابة في الوفاء والاشتراط لمصلحة الغير[٢].

ولما كان القانون الفرنسي القديم يستبعد مبدأ عدم قابلية الالتزام للانتقال، رغم التأكيد على هذا المبدأ من قبل الشراح، لذلك تم تشبيه اعلان المدين المتنازل لديه بالتسليم الذي تنتقل به الحقوق العينية وتعتبر هذه هي الخطوة الاولى نحو الاعتراف بمالية الحقوق الشخصية[٣] ويضيف الفقيه (laap) لا بد من اعتبار الحقوق كالديون لها قيمة مالية، ومن ثم إذا اعتبرنا الالتزام قيمة مالية فيصبح بالإمكان نقله من شخص إلى آخر باستثناء ما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، ويتم ذلك من خلال اتفاق يبرم بين المتنازل والمتنازل له ولكن غير نافذ في حق الدائن إلا اذا قبله، فالاتفاق المبرم بين المتنازل عن عقد المقاولة والمتنازل له هو الذي يضمن تحويل الديون مثل الحقوق، اما المتنازل لديه ليس له الا أن يدفع بعدم نفاذ الاتفاق في حقه ويبقى المتنازل عن العقد في هذه الحالة ملزما تجاه المتنازل لديه ومن ثم لا تبرأ ذمة المتنازل في هذا الفرض [4].

---

(١) ياسمين عباس اسماعيل، المصدر نفسه، ص ٣٢.

(٢) Ghestin، Billiau et Jamin، droit civil les effets du contra، 2eme edition، LG.DJ، p 740-742.

(٣) Weill، et F، Terré، Droit civil، les obligations، 1975، no 954، p. 991-992

نقلا عن د. نبيل ابراهيم سعد. التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص ١١.

(4) Ghestin، Billiau et Jamin، op.cit، p 742.

ان ما تقدم بحثه انما هو يمثل رأي الفقه الفرنسي التقليدي حول الطبيعة القانونية للتنازل عن عقد المقاولة، واذا ما رجعنا إلى موقف الفقه العربي التقليدي من هذه الطبيعة فأننا نجد خلو معظم كتابات الفقهاء وشروحاتهم من تناول هذا الموضوع باستثناء بعض الاشارات المتفرقة، ونعتقد ان عدم بحث هذا الموضوع من قبل الفقه العربي يرجع الى عدم تناول موضوع التنازل عن عقد المقاولة من قبل الفقهاء بشكل وافي على الرغم من إن التنازل عن عقد المقاولة لا يقل اهمية عن التنازل عن عقد الايجار الذي تناوله هؤلاء الفقهاء في شروحاتهم، لذلك يمكن ان نستدل على موقف الفقه العربي من خلال الركون الى المراجع العامة، اذ يذهب العلامة السنهوري في معرض حديثه عن عقد الايجار" يمكن القول بادئ ذي بدء، إن المستأجر في هذه الحالة تقوم بينه وبين المتنازل له عن الإيجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته، وتقوم بينه وبين المستأجر من الباطن علاقة مؤجر بمستأجر بموجب الإيجار من الباطن، أما علاقته بالمؤجر فهي في التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه في الحقوق وعلاقة محيل بمحال له في الالتزامات"[1] .

ومن خلال ما سبق يمكن ان نستشف ان الفقه العربي ممثلا بالعلامة السنهوري لم يخرج عن الرأي التقليدي للفقه الفرنسي اذ يرى السنهوري ان التنازل عن الايجار لا يعدو ان يكون حوالة حق بالنسبة للحقوق وحوالة دين فيما يتعلق بالديون وبالنتيجة فإننا لا يمكن ان نسلم بهذا الرأي في تحديد الطبيعة القانونية للتنازل عن عقد المقاولة لجملة الاسباب التي استعرضناها فيما سبق وعليه فأن هذا الرأي لا يستجيب لفرضية ان التنازل عن عقد المقاولة يجب ان ينتقل كوحدة واحدة بجميع حقوقه والتزاماته وضماناته من ذمة المتنازل إلى ذمة المتنازل له، ومن ثم اذا ما اردنا ان نسلم بالرأي السابق فهذا يعني تجزئة المركز العقدي الى حقوق والتزامات وهذا ما يرفضه الفقه الحديث، لأنه لا يحتفظ للعقد بهويته ولا نستطيع ان ننقل العقد كوحدة واحدة لذا دعت الضرورة الى البحث آليه أخرى، فوجد رأي آخر يمكن ان من خلاله تفسير الطبيعة القانونية للتنازل عن عقد المقاولة.

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- العقود الواردة على العمل- المقاولة، والوكالة، والوديعة، ج٧، دون ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤، ص ٦٩٦.

المطلب الثاني

التنازل عن عقد المقاولة ذو طبيعة احادية

في مقابل الرأي التقليدي الذي يذهب إلى ان التنازل عن عقد المقاولة لا يعدو ان يكون حوالة حق وحوالة دين وجد رأي آخر يذهب الى اعتبار التنازل عن عقد المقاولة هو اتفاق ذو طبيعة خاصة ينتقل بموجب هذا التنازل كامل المركز العقدي وبهذا فأن التنازل عن العقد وفق هذا الرأي هو انتقال العلاقة العقدية بالكامل من الشخص المتنازل الى شخص المتنازل له اذ اعتمد الفقه الفرنسي النظرية الأحادية التي قدمها الأستاذ (Aynes) إذ يرى أن حوالة العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين في آن واحد، بل هي نقل للرابطة القانونية المرتبطة بالمركز العقدي الناشئ عن العلاقة العقدية الأصلية، ومن ثم فإن حوالة العقد تعني نقل المركز العقدي بالكامل، حيث يبقى مضمون العقد، المتمثل في المحل والسبب، دون تغيير، وعليه لا يوجد أي خروج عن القوة الملزمة للعقد، إذ يعتبر العقد في نظره مجرد مال يمكن نقله بحرية ودون أي عوائق [1].

ويتفق لاشياز مع هذا الرأي، حيث تركز وجهة نظرهما على أهمية الحفاظ على سبب العقد، أي الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدان. طالما أن سبب العقد قائم، يمكن التنازل عنه لتحقيق منفعة اقتصادية معينة. ومع ذلك، يختلفان في مسألة قبول المحال بمواجهته. حيث يعتبر أينس أن قبول المحال بمواجهته ليس ضرورياً، لأن الهدف من الحوالة هو استمرار العقد وليس استيفاء الدين، بينما يرى الففيه لاشياز أن موافقة المتنازل لديه ضرورية ليصبح طرفاً في تعاقد ثلاثي الأطراف، مما يبرئ المتنازل من التزاماته، ويجب أن يؤخذ في الاعتبار عدم تعسف المتنازل لديه في حق الرفض، وإلا فإن التنازل قد يفرض عليه جبراً إذا كان تعسفه غير مبرر [2] .

بالإضافة لذلك ان التنازل عن عقد المقاولة في الحقيقة لا يهدف إلى تحرير المتنازل، حيث يبقى سبب العقد هو العنصر الأهم ثابتًا رغم تغيير الأطراف بموجب التنازل، وفي هذا السياق من الضروري التمييز بين التعديل الذي يمس الجانب الموضوعي والتعديل الذي يمس الجانب الشخصي، وبما أن

---

(1) Laurent Aynès، la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، Paris، Economica، 1984، pages 85-86

(2) Christophe Lachièze، l'autonomie de la cession conventionnelle de contrat، recueil Dalloz، 2000، page 189.

التنازل عن عقد المقاولة يبرز تأثيره على الجانب الشخصي دون الموضوعي إذ يبقى سبب العقد دون تغيير، يمكن القول إن نظام حوالة العقد يضمن استمرارية العقد رغم تغيير الأطراف في العلاقة، ومن منظور ثاني إذا تغير السبب الذي استند عليه العقد عند تكوينه، في هذه الحالة لن نكون أمام تنازل عن عقد وإنما سنكون أمام قيام ،تكوين عقد جديد تماماً، مما يجعل عملية التنازل عن العقد غير ممكنة في هذه الحالة [1].

وإذا سلمنا بأن القائلين بهذا الرأي يتبنون رؤية موحدة بشأن التنازل عن عقد المقاولة، إلا اننا نجدهم يختلفون في الطريقة التي يتم بها تكوين هذا التنازل، البعض من الفقهاء يعتبرون أن التنازل عن عقد المقاولة بمثابة بيع او هبة العقد بحسب الأحوال [٢]إلا أنه يؤخذ على هذا التحليل ليس أنه دقيقًا من الناحية القانونية، لكون التنازل عن عقد المقاولة لا يخضع لكافة القواعد التي تحكم البيع، حيث إن المتنازل لا يضمن للمتنازل له تنفيذ العقد من قبل المتنازل لديه. ومن ثم يحق للمتنازل الحصول على المقابل المتفق عليه في عقد التنازل حتى لو لم يقم المتنازل لديه بتنفيذ التزاماته العقدية، كما أن المتنازل لا يتحمل مسؤولية ضمان عدم التعرض ضد المتنازل له من قبل الغير، وإذا كان المتنازل لديه ملزمًا وفقًا للرابطة العقدية بتسليم شيء ما، فإن المتنازل لا يكون ملزمًا تجاه المحال له بضمان العيوب الخفية فيه، وبالنتيجة إن المتنازل عن العقد يقتصر الضمان الذي يقدمه على قابلية هذا العقد للتنازل من حيث توفر اركان العقد وشروطه، الامر الذي يؤكد ان التنازل عن عقد المقاولة لا يعد بيع عادياً [٣].

في حين يذهب جانب آخر إلى أن الهدف من التنازل عن عقد المقاولة لا يقتصر فقط على نقل الحقوق والديون، بل يتجاوز ذلك إلى ضمان استمرارية العقد وقوته الملزمة حتى في حال تغيير أحد أطراف العلاقة العقدية. ويعتمد تحقيق هذه الغاية على استمرار سبب العقد؛ فإذا كان بالإمكان نقل هذا السبب، فلا يوجد ما يمنع من بقاء القوة الملزمة للعقد، من هذا المنطلق يتوصل هذا الجانب إلى نتيجة مفادها أن المتنازل لديه لا يُعتبر من الغير بالنسبة للمتنازل له، حتى وإن لم يكن طرفًا في عقد التنازل المبرم بين بين اطراف العلاقة العقدية كل من المتنازل والمتنازل له في هذه العلاقة، والمحصلة فإن موافقة المتنازل لديه على أن يصبح المتنازل له هو الطرف المباشر في العقد، لا تعدو كونها تجسيدًا لموافقته التي صدرت عنه عند نشوء العقد الأصلي، طالما أن سبب العقد لم يتغير واستمر كما هو في

---

(1) Laurent Aynès، op، cit.، page 86.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ،ج٧، مصدر سابق، ص٦٦٢.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص ١٥٢.

مواجهة المتنازل له رغم تغيير أحد الأطراف، لذا فإن السبب في التزام المتنازل لديه تجاه المتنازل له لا يختلف عن سبب التزامه السابق تجاه المتنازل عن عقد المقاولة[1].

ويمكن ان نستدل على تبني الفقه الانكليزي هذا الرأي من خلال حديثه عن التنازل العقد بالقول "قد يكون من الاساسي ان نتساءل عما هي طبيعة التنازل عن العقد؟ هل هي عقد ناقل للملكية ام هي ائتمان؟" ومن ثم فأنهم يصلون الى نتيجة مفادها ان التنازل عن العقد عبارة عن عقد ناقل لملكية غير ملموسة لا يوجد فيه اختلاف عن باقي العقود الناقلة لملكية الاشياء الملموسة[2] ولما كانت الملكية تشمل كلاً من الأشياء المادية الملموسة وغير المادية الغير ملموسة، فإن الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد تُعتبر من الاشياء الغير ملموسة، ولا يوجد ما يمنع من أن تُدرج ضمن إطار حق الملكية، فقد أتاح القانون الإنكليزي إمكانية نقل الملكية غير الملموسة من خلال مستند يثبت ذلك، تمامًا كما يحدث مع ملكية الأشياء الملموسة التي تنتقل عبر تسليم الحيازة [3].

ورغم التأييد الواسع لهذا الرأي لم يسلم القائلين به من النقد، اذ واجه هذا الرأي بعض الانتقادات التي تمثلت بأن هذا الرأي يستند إلى مبدأ استمرارية السبب، مما يضمن بقاء العقد ساريًا حتى في حال تغير أحد الأطراف، بهدف تحقيق عملية اقتصادية معينة، وباعتماد هذا التحليل على مفهوم موسع لركن السبب، يصبح هو الأساس لوجود العقد، في المقابل يصبح الرضا الذي يعتبر ركن من الأركان الجوهرية للعقد مقلصاً بشكل كبير في إطار المفهوم الموضوعي للالتزام، لأن السبب يحمل مفهومًا وظيفيًا قبل أي شيء آخر، ولا ينبغي أن يستخدم بشكل مفرط [4]. وكذلك من الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي أنه يعتمد على مفهوم موضوعي بحت للالتزام، مما يجرّد هذا الالتزام من الرابطة الشخصية التي تشكله، وهذا يعني أيضًا أن العقد، بعد فترة طويلة من التطور أصبح يعبر عن قيمة مالية متجرداً من أي اعتبار

---

(1) Laurent Aynès، op cit، page 87. et suiv

(2) Michael G،Bridge ، The nature of assignment and nonassignment clauses.The Author، version available at: http://eprints.lse.ac.uk/61892/ Available in LSE Research Online: May 2015 p12.

(3) GREG TOLHURST The Assignment of Contractual OXFORD AND PORTLAND، OREGON 2006-p36.

نقلا عن زهراء سلمان عناد، مصدر سابق، ص ٦٢.

(4) Ghestin،Billiau et Jamin، op.cit، p 746.

للرابطة الشخصية التي انشأته في الماضي، فالالتزام كان في الماضي غير قابل للانتقال، حتى في جانبه الإيجابي، لأنه كان يُعتبر مجرد رابطة بين شخصين إما اليوم فأن العقد بأكمله قابل للانتقال كونه يمثل قيمة مالية [1].

ويرى البعض أن هذا الانتقاد لا مبرر له، إذ إن هذا الرأي لم يتجاهل اعتبار العقد كرابطة شخصية حيث تشترط رضا المتنازل لديه كشرط أساسي لقيام عملية التنازل. فكيف يمكن الحديث عن إهمال الرابطة الشخصية في العقد؟ علاوة على ذلك، يعتبر هذ الرأي الأنسب للظروف الراهنة في المجتمعات الحديثة، التي تعتمد على مفهوم الائتمان من جهة، وتزداد فيها أهمية القيم المنقولة من جهة أخرى [٢].

ونتيجة لما سبق نجد ان الرأي القائل بوحدة التنازل عن عقد المقاولة كوحدة واحدة من غير تجزئة لهذا العقد هو الاجدر بالتأييد رغم الانتقادات التي واجهت هذا الرأي لعدة اسباب يمكن ان نجملها بالاتي ان نقل العقد او المركز العقدي دفعة واحدة يحافظ على روابط العقد وعلى آثاره، اضافة لذلك ان تجزئة العقد الى حقوق والتزامات يحول دون امكانية انتقال الحقوق الترخيصية، ومن ثم نعتقد ان هذا الرأي هو الاصلح لتفسير طبيعة عملية التنازل عن عقد المقاولة كونه يحافظ على ديمومة هذا العقد من خلال نقل كامل المركز العقدي إلى ذمة المتنازل له.

المطلب الثالث

موقف التشريعات من طبيعة التنازل عن عقد المقاولة

من خلال الاطلاع على التشريعات المقارنة نجد معظمها لم تنظم موضوع التنازل عقد المقاولة وكثير من العقود الأخرى باستثناء بعض التشريعات، وانما عالجت هذه التشريعات الموضوع من خلال القواعد العامة المتوفرة، في القوانين المدنية الامر الذي جعل معالجة مسألة التنازل عن عقد المقاولة تخضع لأحكام هذه القواعد.

---

(1) Christian Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse, dactyl, Bordeaux, 1968,p 244-246.

نقلا عن د. نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص٧٨- ٧٩.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص٧٩.

فالتشريع الفرنسي اذا ما اردنا الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني لسنة ١٨٠٤ نجده عالج حوالة الحق في باب البيع، وتحديدا في المواد ١٦٨٩-١٦٩٥ وباعتبار حوالة الحق من القواعد العامة التي يمكن تطبيقها في كل ما لم يرد بشأنه نص، لذلك يمكن ان نستدل على طبيعة التنازل عن عقد المقاولة من خلال تطبيق قواعد حوالة الحق ونصوص المواد بهذا الخصوص، على الرغم من ان القانون الفرنسي لم ينظم حوالة الدين بشكل صريح وانما نظمها ضمناً مع حوالة الحق، لكن الرأي الغالب يذهب الى ان القانون الفرنسي اخذ بالرأي الذي يجزئ التنازل عن عقد المقاولة الى حوالة حق وحوالة دين[1] وتجدر الاشارة الى ان هذا الموقف هو موقف القانون الفرنسي القديم، الا ان المتمعن بالتعديلات التي طالت القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ يجد ان القانون الفرنسي تنازل عن موقفه السابق واعترف بالتنازل عن العقد كنظام مستقل له خصوصيته التي تميزه عن حوالة الحق وحوالة الدين وهذا ما ذهب اليه القانون المدني الفرنسي، بالنص على "ان ما يتم التنازل عنه هو المركز العقدي بالكامل" [2].

وما يثبت أن التنازل عن العقد يعتبر نظاماً قانونياً مستقلاً له خصوصيته، وليس مجرد وسيلة للتعامل مع الالتزامات الناتجة عنه، هو موقع المادة التي نظمت التنازل عن العقد، فلا يعد هذا الأمر محظ صدفة، اذ لاحظنا أن المادة (١٢١٦) وُضعت في الفصل الرابع من الباب الفرعي الأول، بعيداً عن الفصل الثاني من الباب الفرعي الثاني الذي يتناول العمليات المتعلقة بالالتزامات، بما في ذلك العمليات الخاصة بنقل الحقوق حوالة الحق ونقل الديون حوالة الدين، ومن ثم يبدو من المنطقي أن تُدرج المواد المتعلقة بالتنازل عن العقد ضمن القسم الذي تم تخصيص مواده لآثار العقد، بين الأحكام المتعلقة بمدد هذا العقد وتلك المتعلقة بالأخلال في تنفيذه لان الهدف هو الحفاظ على هوية العقد[3] وقد سبق المشرع الإيطالي المشرع الفرنسي في هذا الجانب إذ نظم القانون المدني الإيطالي احكام التنازل عن العقد[٤] بنصوص صريحة في متن القانون القانوني وهذا يعني ان المشرع الإيطالي أخذ بالرأي القائل عدم تجزئة العقد حقوق والتزامات وانما ينقل باعتباره وحدة واحدة.

---

(1) نقلا عماد محمد ثابت، مصدر سابق، ص ٩٦.

(2) ينظر المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ١٨٠٤ المعدل.

(3) ياسمين عباس اسماعيل، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٤) ينظر المواد ١٤٠٦-١٤١٠ من القانون المدني الإيطالي.

اما التشريع الاردُني فالمتمعن في نصوصه يجد ان القانون المدني لم يتطرق إلى موضوع الحوالة في الباب الثاني من الكتاب الأول الذي يتناول آثار الحق، بل عالج هذا الموضوع في الباب الخامس من الكتاب الثاني، الذي يتناول عقود التوثيقات الشخصية على اعتبار ان الحوالة لديه ترد ضمن هذه العقود، فهو تناول الحوالة المدنية من دون تمييز بين حوالة الحق وحوالة الدين في المواد ٩٩٣- ١٠١٧ من القانون المدني الاردني[1] .

فالحوالة المدنية لم يحدد المشرع المقصود بها هل هي حوالة الدين ام حوالة الحق، فجاء مفهوم الحوالة في هذا القانون عاماً إذ نص القانون المدني الاردُني على ان الحوالة "نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"[2] فهذا القانون لم يوضح صفة المحيل هل هو الدائن كي نكون امام حوالة حق ام هو مدين كي نكون امام حوالة دين، انما ترك هذا المفهوم عاما من غير تحديد على اعتبار ان الحوالة التزام يتم استبدال احد الاطراف فيه الدائن او المدين مع استمرار الالتزام كما كان في السابق [3] ونجد أن المشرع الأردني ابتعد عن التقسيم الحديث للحوالة المدنية الذي سارت عليه معظم التشريعات، واضعا لها تقسيم آخر أخذه التشريع الاردُني من الفقه الإسلامي إذ قسم الحوالة إلى حوالة مطلقة، وحوالة مقيدة، وهذا التقسيم يستوعب نوعي الحوالة في الفقه الحديث أي حوالة الحق، وحوالة الدين كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني[4].

إن تأثر القانون المدني الاردني بالفقه الاسلامي فيما يخص تقسيم الحوالة المدنية الى مطلقة ومقيدة، وعدم اخذه بالتقسيم الذي سارت عليه معظم التشريعات المدنية تسبب في اختلاف وتناقض احكام القضاء الاردُني، فبينما نجد بعض احكام محكمة التمييز تذهب بتعرض القانون المدني الاردُني الى حوالة الحق عند معالجته احكام الحوالة وان كل ما ينطبق على حوالة الدين ينطبق على حوالة الحق[5] .

---

(1) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠، ص ٢٠٥.

(2) ينظر المادة ٩٩٣ من القانون المدني الاردني.

(3) د. امير احمد فتوح، آثار عقد الحوالة المدنية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٨، ص ١٣.

(4) نقلا عن د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام- آثار الحق في القانون المدني، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١٩٥.

(5) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية المرقم ١٩٩٣/١٥٤٦ ، اشار اليه امير احمد فتوح، مصدر سابق، ص ١٧.

نجد احكام اخرى لمحكمة التمييز تذهب إلى ان نصوص القانون المدني الاردُني عالجت حوالة الدين ولم تعالج حوالة الحق الا إن نصوص هذا القانون لا تنفي وجود هذه الحوالة في الواقع العملي كونها عقد من العقود الغير المسماة تخضع للقواعد العامة في القانون المدني[1] .

واستناداً لما سبق نجد ان المشرع الاردني لم يعالج حوالة الحق في القانون المدني واكتفى بتنظيم حوالة الدين، الامر الذي جعل محكمة التمييز تقر بجواز تطبيق قواعد حوالة الدين على حوالة الحق مرة وتنكر ذلك مرة اخرى، وبأي حال هذا لا يمكن التسليم به لاختلاف قواعد حوالة الدين عن قواعد حوالة الحق، وإذا كانت حوالة الحق لا توجد نصوص تعالجها اصلا، فكيف اذن يمكن ان نطبق قواعد حوالة غير منظمة اصلا على التنازل عن عقد المقاولة لو افترضنا إن هناك عقد يتم التنازل عنه.

اما التشريع المصري وبالرجوع الى القانون المدني نجده عالج موضوع الحوالة المدنية بشكل مفصل ومنفرد يختلف عما ذهب اليه المشرع الاردُني، إذ افرد القانون المصري للحوالة المدنية الفصلين الاول والثاني من الباب الرابع والذي جاء تحت عنوان انتقال الالتزام، اذ ينتقل الالتزام وفقا للقانون المصري اما عن طريق حوالة الحق اذا كان الدائن من يتنازل عن حقه، او بطريق حوالة الدين اذا كان التنازل من قبل المدين وهذا ما عالجته مواد القانون المدني المصري التي خصصت لموضوع الحوالة المدنية[2] وبهذا فأن المشرع المصري ومن خلال القواعد العامة التي يتم اللجوء اليها في حالة معالجة مسألة التنازل عن عقد المقاولة نجد انه يأخذ بالتقسيم الثنائي أي حوالة الحق بالنسبة لنقل الحقوق وحوالة دين بالنسبة لنقل الديون.

اما التشريع العراقي فالمتمعن بنصوص القانون المدني يجدها خالية من أي إشارة للتنازل عن العقد الامر الذي يجعل القواعد العامة المتاحة في هذا الجانب هي واجبة التطبيق على أي مسألة او حكم يتعلق بالتنازل عن عقد المقاولة، وباعتبار حوالة الحق وحوالة الدين هما من القواعد العامة التي يمكن تطبيقها في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص[٣]، ولما كان الامر متعلقا بنقل الالتزام بجانبيه الإيجابي والسلبي أي بحقوقه والتزاماته، لذا سيكون الركون لحوالة الحق وحوالة الدين في معالجة هذه المسألة

---

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية، المرقم ١٩٩٩/٣٩ ، اشارت اليه دانية صبحي الخطيب، حوالة العقود الملزمة للجانبين إلى الغير، رسالة ماجستير، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا- جامعة فيلادلفيا،٢٠٢٣، ص ١٧.

(2) ينظر المواد ٣٠٣- ٣٢٢ من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر المواد ٣٣٩- ٣٧٤ من القانون المدني العراقي.

وبناءً على ذلك يمكن ان نستدل على طبيعة التنازل عن عقد المقاولة في التشريع العراقي من خلال تطبيق القواعد العامة التي تجزء عملية التنازل الى حقوق والتزامات ومن ثم يمكن القول ان المشرع العراقي اخذ بالتقسيم الثنائي للتنازل عن عقد المقاولة، لذا نجد إن تنظيم احكام التنازل عن العقد أصبحت ضرورة ملحة في الوقت الحاضر.

الخاتمة

أولا: النتائج

١. توصل البحث إلى ان طبيعة التنازل عن عقد المقاولة لا يمكن ان تكون طبيعة ثنائية أي حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، لعجز هذين النظامين عن نقل المركز العقدي من المتنازل إلى المتنازل له، وانما للتنازل عن عقد المقاولة طبيعة خاصة يتميز بها عن نظامي حوالة الحق وحوالة الدين.
٢. توصل البحث الى أن طبيعة التنازل عن عقد المقاولة هي طبيعة خاصة تمكن المتنازل عن العقد من نقل مركزه العقدي بالكامل الى المتنازل له بما يتضمن من حقوق والتزامات وضمانات.
٣. معظم القوانين العربية لم تنظم التنازل عن عقد المقاولة ومن ثم فأنها ركنت للطبيعة الثنائية التي تجزأ العقد الى حقوق والتزامات استنادا للقواعد العامة التي تضمنتها وهي كل من حوالة الحق وحوالة الدين.

ثانيا: التوصيات

١. ندعو المشرع العراقي الى ضرورة تنظيم التنازل عن عقد المقاولة بنصوص قانونية صريحة في القانون المدني لان القواعد العامة المتوفرة في هذا المجال تقف عاجزة عن نقل المركز العقدي من المتنازل الى المتنازل له.
٢. ندعو المشرع العراقي إلى أن تكون النصوص التي تنظم التنازل عن عقد المقاولة نصوص دقيقة لا تقبل التأويل حتى يمكن الاستناد لها في معالجة التنازل وإبراز الطبيعة الخاصة لهذا العقد.

قائمة المصادر

أولا: الكتب

١. د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في احكام الالتزام المدني، دون ط، دون دار نشر، ٢٠٠٥.

٢. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠

٣. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- العقود الواردة على العمل- المقاولة، والوكالة، والوديعة، ج٧، دون ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤

٤. د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام- آثار الحق في القانون المدني، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

٥. عزالدين بن حسن القوطالي، حوالة الحق في الفقه والقانون، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٥.

٦. ينظر د. نبيل ابراهيم سعد، التنــازل عن العقد، دون ط، دار الجامعة الجـديدة للنشـر، سنة ٢٠٠٤.

ثانيا: الرسائل والاطاريح

١. امير احمد فتوح، آثار عقد الحوالة المدنية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٨.

٢. دانية صبحي الخطيب، حوالة العقود الملزمة للجانبين إلى الغير، رسالة ماجستير، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا- جامعة فيلادلفيا،٢٠٢٣.

٣. زهـراء سلمـان عناد، حـوالة العقد، رسـالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٢٢.

٤. عزالدين بن حسن القوطالي، حوالة الحق في الفقه والقانون، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٥.

٥. عماد محمد ثابت، النزول عن العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٩٢.

٦. ياسـمين عبـاس اسمـاعيـل، رسـالة ماجستيـر كليــة القانـون الجـامعة المستنصـرية، ٢٠٢٢.

ثالثا: البحوث

١. محمد السعيد، حوالة العقد، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٨١. ٢٠٢٢.

رابعا: المصادر الاجنبية

1. Laurent Aynès، la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، Economica، Paris، 1984.
2. Christophe Lachièze، l'autonomie de la cession conventionnelle de contrat، recueil Dalloz، 2000.
3. Bridge، Michael G، The nature of assignment and nonassignment clauses.The Author، This version available at: http://eprints.lse.ac.uk/61892/، Available in LSE Research Online: May 2015>
4. GREG TOLHURST The Assignment of Contractual OXFORD AND PORTLAND
5. Charles lapp، la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، Thèse، Université de Strasbourg، 1950،

خامسا: القوانين

٦. القانون المدني العراقي رقم ٤٩ لسنة١٩٥١.

٧. القانون المدني المصري رقم ١٣٨ لسنة ١٩٤٨.

٨. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٩. القانون المدني الإيطالي لسنة ١٩٤٢.

١٠. القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ١٨٠٤ المعدل لسنة ٢٠١٦.