

حوالة الدين بين القانون المدني وقانون الصفقات العمومية الطابع العملي للنظرية

مصطفى قويدري

أستاذ محاضر بجامعة الجزائر

مقدمة :

تعد حوالة الدين، في النظام القانوني الجزائري، نظرية قائمة بذاتها، ثابتة، مستقرة، غير أن ما يهم في هذا المقام، هو أساسا، الطابع العملي لهذه النظرية أو هذا العقد: عقد حوالة الدين، بغية دراسته كوسيلة يلجأ إليها في التعامل الاقتصادي اليومي، أكثر مما هي نظرية، تقوم على مبادئ مستقاة من الطابع المادي لنظام يرتكز على الزمة المالية لأشخاص العلاقات التعاقدية، بدلا من الاستناد على الطابع الشخصي للالتزام. نظرية حوالة الدين لها فوائد كثيرة و عملية في تسهيل التعاملات وجعلها مرنة، لهذا السبب أخذ المشرع الجزائري بهذا النظام، على غرار التشريعات العربية: مصر، سوريا، العراق، و كذلك التشريعات الغربية¹، مثل ألمانيا و سويسرا و إيطاليا²؛ أما فرنسا فلم تأخذ بحوالة الدين كنظام مستقل قائم بذاته³، مثلما أخذت بنظام حوالة الحق⁴. وذلك رغم المحاولات الفقهية الكثيرة التي تدعو إلى اعتناق هذا النظام من أجل الفوائد التي يتضمنها، ولعل ذلك راجع إلى أن المشرع الفرنسي يتبنى النزعة الشخصية للالتزام التي تربط بين المتعاقدين وتهيمن على الالتزام، رغم أنه قذن بعض تطبيقات حوالة الدين، كما في حالة بيع العين المؤجرة بمقتضى عقد إيجار، لم تنته مدته بعد؛ فعندما يشتري شخص منزلا مؤجرا، فإن البائع يعد قد تنازل عن حقوقه و التزاماته في عقد الإيجار للمشتري؛ و من التطبيقات المعتمدة في التشريع الفرنسي: قاعدة انتقال العين بالتزاماتها إلى الخلف الخاص، ففي هذه الصورة، فإن من يشتري عينا مرهونة أو مثقلة برهن رسمي، فإنها تنتقل إليه، مثقلة

بحق الرهن و يصيح، بصفته مشتريا مسدً ولا مسؤولية عينية عن الدين المضمون بالرهن.⁶

و يقتصر مجال هذا البحث في إطار القانون الجزائري، على بعض التشريعات، من ضمنها، على وجه الخصوص: القانون المدني - بالطبع - و قانون الصفقات العمومية، وكذلك قانون العمل.

إن كثيرا ما يحدث أن يتنازل صاحب مؤسسة اقتصادية عن مؤسسته بما فيها من أصول وخصوم (أموال وديون)، أو مقاول عن عقد مقاوله لمقاول من الباطن، بما له من حقوق و ما عليه من التزامات، في إطار المقاوله الفرعية، عملا بأحكام المادة 564 من القانون المدني⁷؛ وهو الأمر الذي تقتضيه حاجات التعامل من تيسير و مرونة؛ كما قد يتنازل أي شخص - طرف في عقد ملزم للجانبين - إلى الغير عن هذا العقد، بما ترتب عليه من التزامات في ذمته، كما يتنازل عما أكسبه من حقوق، عن طريق حوالة الحق.

كما أنه يمكن أن لا يجد مدين ما لا يسدد به ديناً في ذمته، فيعقد - بصفته مدينا محيلا - اتفاقا مع شخص آخر، يسمى المدين الجديد أو المحال عليه، على أن يؤدي هذا الأخير الدين عنه، و قد يعد هذا الاتفاق بمثابة إقراض مبلغ من المال للمدين الأصلي.

ففي جميع هذه الأمثلة يتيسر التنازل عن الديون عن طريق حوالة الدين؛ و تعد حوالة الدين وسيلة لانتقال العقد في ناحيته السلبية أو انتقال الالتزام أو الدين، من ذمة إلى أخرى - وهي الوسيلة موضوع بحثنا.

و بادئ ذي بدء، نلاحظ أن حوالة الدين لها فعلا فوائد كثيرة و عملية في جعل التعامل مرنا، و من بين فوائدها أنها ترتب أثر تحرير المدين الأصلي إزاء الدائن⁸.

و قد يكون مبدأ حوالة الدين في بعض الأحيان مفروضا على المتنازل من طرف المشرع لحماية للدائن عندما يكون هذا الأخير طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية، و على وجه الخصوص في إطار علاقات العمل؛ و بالتالي، فإذا طرأ تعديل على الوضع القانوني لصاحب العمل، فإن علاقة العمل لا تتغير بذلك؛ و بالتالي، فلا تأثير على مصير عقود العمل في حالة التصرف ما بين الأحياء، ومثال ذلك في التنازل عن المقاوله أو الهيئة المستخدمة - وهو المثال الذي ذكرناه في الفرض السابق⁹.

وبالعكس من هذا الاتجاه، لكن دائماً لغرض حماية مصلحة الدائن، فإن المشرع ضيق من دائرة التعامل تجاه الدائن، ولاسيما في حالة ما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، كالمحامي والطبيب والرسام، والمقاول وكذلك المتعامل الاقتصادي، أو المتعامل المتعاقد مع الإدارة - غالباً - في إطار الصفقات العمومية، الذي يرغب في اللجوء إلى تكليف غيره ببعض الأعباء، أو ما يسمى بالتعامل الثانوي.

ويجدر التذكير بأن حوالة الدين تنعقد حسب طريقتين أو صورتين، الأولى تنعقد بين الدائن والمحال عليه، وقد نظمت هذه الطريقة المادة 257 من القانون المدني، التي نصت على أنه: "تم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه على أن يتقرر فيه أن هذا الأخير يحل محل المدين الأصلي في التزامه...". وفي هذه الصورة تكون الحوالة نافذة مباشرة بمجرد انعقادها.

و لا نتطرق في هذا المقام، لهذه الطريقة، ونكسر جهدنا لدراسة ما تشتمل عليه الصورة الثانية التي تنعقد من خلالها الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه، وفيها يشترط لنفاد الحوالة أن يقرها الدائن، لأن تغيير المدين قد يترتب عليه خطر على مصالح الدائن. وتثير هذه المسألة عدة مشاكل وتساؤلات:

هل للدائن الحق في رفض الحوالة، في كل الحالات؟ وهل له أن يعترض حتى على انعقادها؟

و تتمثل أهم إشكالية في هذا الموضوع في التساؤل التالي:

هل يعد رضا الدائن مجرد شرط لنفاد حوالة الدين في حقه، أم هل يرقى رضا الدائن إلى درجة ركن في الحوالة، بحيث لا تنعقد صحيحة، كاملة، بدونها؟

المبحث الأول : رضا الدائن كمجرد شرط لنفاد حوالة الدين في حقه :
ولتبيان هذا الرأي يتعين التذكير بالعناصر المكونة للموضوع، وذلك عن طريق الإجابة عن التساؤلات التالية: ما هو جوهر أو كنه حوالة الدين وكيف يتم انعقادها، وما هي الآثار المترتبة عليها قانوناً؟

وردا عن هذه التساؤلات يقتضي أن نبين ماهية حوالة الدين بتحديد مفهومها وتعريفها وتمييزها عن المؤسسات أو الأنظمة المشابهة لها - مطلب أول - و مادام أنها عبارة عن تصرف قانوني، فهي تحتاج لانعقادها، توافر أركان وشروط - مطلب ثان - و ذلك من أجل أن ترتب الآثار القانونية المتفق على تحقيقها - مطلب ثالث.

المطلب الأول : في كنه حوالة الدين

تقتضي دراسة حوالة الدين البحث في تحديد مفهومها من أجل تعريفها وتمييزها عن الأنظمة المشابهة (الفرع الأول)، وكذا كيفية انعقادها وتحديد أركانها التي لا تقوم بدونها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم حوالة الدين

أولا : تعريف حوالة الدين

لقد نظم المشرع الجزائري، في القانون المدني، في الفصل الثاني من الباب الرابع، تحت عنوان: انتقال الالتزام، في المواد من 251 إلى 257، حوالة الدين كنظام عام أو نظرية عامة قائمة بذاتها، لملها من أهمية بالغة في تيسير المعاملات، ولقد تأثر المشرع في ذلك بالمذهب المادي، فأجاز انتقال الالتزام من ذمة شخص إلى ذمة آخر، لم يعرف المشرع حوالة الدين إنما اكتفي ببيان طريقة إبرامها، وذلك من خلال مضمون المادة 251 من القانون المدني التي تنص: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين".

وبالرجوع إلى الفقه نجد أنها قد عرفت بأنها: "ذلك العمل القانوني الذي بموجبه يدخل شخص كمدين في التزام قائم بدلا من المدين الأصلي، دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في مضمون الالتزام"⁽¹⁰⁾.

وعليه نجد أنه في حوالة الدين "يتفق المدين مع أجنبي على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضمائنه ودفعه"⁽¹¹⁾.

وبالنسبة إلى أطراف حوالة الدين، نجد أن المدين يسمى محيلا، لأنه يحيل على الشخص الآخر الدين الذي في ذمته، ويسمى الشخص الآخر محالا عليه، لأن المدين أحال عليه الدين، ويسمى الدائن محالا أو محالا إليه، لأن المدين أحال الأجنبي إليه.

ثانيا: تمييز حوالة الدين عن الأنظمة المشابهة لها.

هناك عدة أنظمة قانونية تتقارب مع حوالة الدين، والتي قد يبدو أنها تحقق آثارا تقرب من آثارها، فيقتضي تمام التعريف بحوالة الدين أن نبرز تميزها عن هذه الأنظمة. وتمثل هذه الأنظمة في التجديد و الإنابة في الوفاء و الاشتراط لمصلحة الغير؛ و تفي كل منها بالدين أو الالتزام من قبل غير المدين الأصلي، و لكن تختلف فيما بينها في بعض الأمور.

تمييز حوالة الدين عن التجديد

التجديد عبارة عن اتفاق يحل بموجبه التزام جديد محل الالتزام القديم، بسبب تغيير محله أو سببه، أو تغيير الدائن أو المدين. التجديد تنظمه المادة 291 من القانون المدني بنصها على: " يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه و إنشاء التزام جديد مكانه "؛ و يترتب على التجديد انقضاء الدين السابق، و نشأة دين جديد محله؛ و عليه يختلف التجديد عن حوالة الدين، لأن في التجديد ينشأ دين جديد، مكان الدين السابق بأوصاف و دفع و ضمانات جديدة؛ أما في حوالة الدين فيتغير المدين دون تغيير الدين، الذي يبقى قائما بأوصافه و دفعه و ضماناته. هذا فيما يتعلق بأوجه الخلاف، وأما وجه الشبه بينهما، فيتمثل، أساسا، في براءة ذمة المدين القديم قبل الدائن و تحمل ذمة المدين الجديد الدين أو الالتزام¹².

تمييز حوالة الدين عن الإنابة

تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، والتي قد تكون كاملة إذا اتفق المتعاقدان على إبراء ذمة المنيب(المدين)، وهي

بذلك تعتبر تجديدا للدين بتغيير المدين، أي أن ينقضي الدين السابق وينشأ دين جديد بدلا منه، وبالتالي تنقضي الدفوع والتأمينات التي كانت للدين السابق، فهذه الآثار تختلف عن آثار الحوالة، إذ فيها رغم تغيير المدين لا يتغير الدين ولا يتجدد.

أما إذا كانت الإنابة ناقصة، فيظل المدين (المنيب) ملتزما بالدين إلى جانب المدين الجديد (المناوب)، فهي لا تؤدي إلى براءة المدين، وبذلك تختلف عن الحوالة في أهم أثر لها وهو براءة المدين.

تميز حوالة الدين عن الاشتراط لمصلحة الغير .

الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يشترط أحد أطرافه (المشترط) على المتعاقد الآخر (المتعهد) التزاما لصالح شخص ثالث (المنتفع) أجنبي عن العقد، فينشأ من هذا العقد حق مباشر للمنتفع تجاه المتعهد.

فيبدو ذلك كما لو كان طرفا حوالة الدين هما المتعاقدان؛ ويؤدي الاشتراط إلى أن يكسب المنتفع حقا مباشرا من العقد، دون أن يجعله طرفا فيه، كما أن هذا الاكتساب لا يرتب براءة المدين القديم (المشترط).

ومن ناحية أخرى فالاشتراط لا يؤدي إلى أن يخلف المتعهد المشترط في دينه قبل المستفيد، فهذا الدين يختلف عن دين المتعهد قبل المستفيد الذي ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط، وعليه فإن الدفوع والتأمينات الخاصة بدين المشترط تجاه المستفيد لا تنتقل إلى دين المتعهد تجاه المستفيد.

تميز حوالة الدين عن حوالة الحق

تعتبر حوالة الدين هي النظام المقابل لحوالة الحق، فالدين والحق وجهان متقابلان لكل التزام، ولأنه بالإمكان أن يتغير الطرف الإيجابي للالتزام، كذلك يمكن أن يتغير الطرف السلبي في الالتزام، أي أن يخلف مدين جديد المدين الحالي دون تغيير الالتزام.

فإذا ما قارنا حوالة الدين بحوالة الحق، وجدنا كما أن الحق يمثل قيمة اقتصادية للدائن قبل المدين، فإن الدين عبء يقع على عاتق هذا الأخير، ولذلك تختلف طريقة انتقالهما ذلك أن انتقال الحق يتم بعقد بين الدائن ومن سيخلفه دون مشاركة المدين¹³، إذ يستوي لدى هذا الأخير على من يكون الوفاء، أما في حوالة الدين، فلا يمكن أن يخلف مدين جديد المدين الحالي دون مشاركة الدائن، ذلك أن تغيير شخص المدين يؤثر تأثيراً جوهرياً في مصالح الدائن، فلا يمكن جبره على قبول مدين جديد قد يكون معسراً أو متقاعساً، بدل مدينه الحالي.

إن حوالة الدين نظراً لما تحققه من ضمانات وما توفره من حماية كافية لمصالح جميع الأطراف، فإنها تعد أفضل بكثير من الأنظمة المشابهة لها، مثل الإنابة في الوفاء والتجديد الشخصي بتغيير المدين. لهذا السبب انتهجت سبيلها التشريعات الجرمانية على نطاق واسع، حتى وصلت إلى حد حذف التجديد كلية من تشريعها، وهو ما سار عليه المشرع الألماني⁽¹⁴⁾. من المستحسن على المشرع الجزائري أن يقوم بإلغاء التجديد الشخصي والإبقاء على الحوالة كما فعلت التشريعات الجرمانية، مادام أن الحوالة تحقق نفس الغرض الذي يحققه التجديد ومادام أن التجديد لا يوفر الحماية الكاملة التي توفرها حوالة الدين لمصالح جميع الأطراف.

الفرع الثاني : انعقاد حوالة الدين

نتناول في انعقاد حوالة الدين أركانها التي لا تقوم بدونها، ثم كيفية انعقادها.

أولاً : أركان حوالة الدين

مادام أن حوالة الدين عقد بين طرفين، فلكي تنعقد بشكل صحيح، يجب أن تتوافر فيها أركان العقد طبقاً للقواعد العامة، المتمثلة في المحل والسبب والتراضي. بالنسبة للتراضي، فإنه يتم طبقاً للقواعد العامة، كما أنه ليس للاتفاق شكلاً خاصاً، فأي تعبير عن الإرادة يكفي، فقد يكون تراضي الطرفين صريحاً، كما قد يكون ضمنياً، العبرة بأن تكون الإرادة واضحة لا لبس فيها، في حوالة الدين.

فتكون مثلا إرادة المدين الأصلي واضحة في الإبراء من الدين وتحويله إلى ذمة المحال عليه، الذي تكون إرادته واضحة في تحمل هذا الدين وإبراء المدين الأصلي منه. وبالنسبة لأهلية الأطراف، فالمدين يكفي أن تتوفر فيه أهلية التمييز، وكذلك بالنسبة للمحال عليه، إلا إذا كانت الحوالة تبرعية؛ وبالنسبة لمحل عقد الحوالة فهو الدين المراد إحالته، فيجب أن تتحقق فيه الشروط العامة للمحل، وبالنسبة للسبب، فهو الغاية أو الباعث عن الحوالة، والذي يختلف من طرف لآخر، وبعد تحديد بإيجاز شديد، أركان الانعقاد العامة، يتعين التصدي لكيفية انعقاد الحوالة.

ثانيا : كيفية انعقاد حوالة الدين

يتغير شخص المدين ليحل محله مدين آخر يتحمل عنه الدين، فالحوالة تنعقد بعيدا عن الدائن، أي دون اشتراكه فيها أو رضائه بها، مع أنه صاحب المصلحة الأولى في هذا الدين، كما أن لشخصية المدين أهمية كبيرة، ليس من ناحية مدى يساره فحسب، بل أيضا من ناحية حسن استعداده للوفاء أو عدمه، لذلك فرض المشرع إقراره للحوالة لنفاذها في مواجهته، طبقا للمادة 252 من القانون المدني.

ويكون إقراره بعد إعلانه بالحوالة أو علمه بها قبل الإعلان، وإعلانه يتم عن طريق إخطاره من المدين أو المحال عليه؛ ولم يتطلب القانون للإعلان شكلا محددًا.

ويعتبر الإقرار تصرفا قانونيا من جانب الدائن يفيد أنه يوافق على حوالة الدين التي تمت بين المدين والمحال عليه وأنه يقبل نفاذ آثارها في حقه. ولا يتطلب القانون شكلا معينًا في الإقرار، كما أن للدائن مطلق الحرية في أن يقر أو يرفض الحوالة، كما قد يكون التعبير عن إقرار حوالة الدين صريحا أو ضمنيا بحيث يمكن أن يستنتج من وقائع تدل على صدوره، فإذا مثلا ما قبل الدائن التسديد الجزئي من طرف المحال عليه أو منحه أجلا للتسديد، فهذا يعد تعبيرًا ضمنيا على أن الدائن قبل هذه الحوالة.

إن الإقرار وما دام أنه تعبير عن الإرادة فإنه لا يرتب أي أثر قانوني، إلا بعد وصوله إلى علم من وجه إليه، سواء إلى المدين الأصلي أو إلى المحال عليه، ويعتبر وصول تعبير

الإقرار إلى موطن أحدهما قرينة على العلم به، عملا بأحكام المادة 61 من القانون المدني.

المطلب الثالث: آثار حوالة الدين

تنص المادة 251 على أن: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"، هذا النص صريح و واضح فعقد الحوالة يتم بين طرفين في غياب الدائن. ومعنى ذلك أن الاتفاق بين المدين الأصلي و المدين الجديد ينعقد تماما، صحيحا، دون تدخل الدائن، فلا حاجة للبرهنة على أن موافقة الدائن لا يسوغ أن تكون شرطا في تكوين عقد الحوالة، وإنما دورها لا يتعدى قبول نفاذها في حقه، عملا بأحكام المادة 252، التي تنص على أن: "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها".

و ترتب حوالة الدين آثارا عديدة تجاه الدائن والمدين الأصلي والمحال عليه. ويتعين تناول آثار حوالة الدين في مرحلتين، الأولى قبل إقرار الدائن للحوالة، والثانية بعد إقرارها، أو رفضها من طرفه.

الفرع الأول: الآثار المترتبة قبل تحديد موقف الدائن

بالنسبة لطرفيها، فإن الحوالة ترتب الآثار التي اتفق عليها المتعاقدان، إذ يحق لهما أن يحددا الآثار التي يمكن أن تترتب على هذه الحوالة، فلهما أن يعلقا الحوالة على إقرار الدائن لها مثلا، فإذا تحقق هذا الشرط نفذت الحوالة بينهما، وإذا لم يتحقق اعتبرت كأن لم تكن⁽¹⁵⁾، كما أن هذه الحوالة تبقى ملكا لطرفيها ما دام الدائن لم يقرها، فيجوز لهما أن يعدلا فيها أو أن يعدلا عنها باتفاقهما دون أن يجوز للدائن الاعتراض على ذلك.

كما أن المادة 253 من القانون المدني تنص على أنه: "مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك...".

وعليه فالحوالة ملزمة للمحال عليه نحو المدين الأصلي حتى في الفترة ما قبل تحديد الدائن لموقفه منه إقرارا أو رفضا، بحيث يلتزم المحال عليه بتخليص ذمة المدين الأصلي من الدين في الوقت المناسب، وهو وقت حلوله، ولا مانع أن يكون هو وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالدين، وسواء قام المحال عليه بالوفاء بهذا الدين للدائن مباشرة أو أنه قدمه للمدين الأصلي ليوفيه إلى الدائن يكون قد نفذ التزامه، أما إذا لم يتم المحال عليه بذلك يكون قد أخل بالتزامه، وتبعاً لذلك يستطيع المدين أن يرجع عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁶⁾.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن مادام هو لم يتم بما التزم به قبل المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة، وهذا ما قضت به المادة 253 من القانون المدني، ومثال ذلك، في عقد البيع، إذا كان سبب الحوالة هو وفاء بدين الثمن الذي على المحال عليه، فلهذا الأخير إذا طالبه المدين الأصلي (وهو البائع) بتنفيذ التزامه المتمثل في تسديد ثمن المبيع إلى الدائن، أن يتمسك، في مواجهة المدين الأصلي بالدفع بعدم التنفيذ؛ في حالة ما إذا لم يكن المحيل (وهو البائع) وفى بالتزامه بتسليم المبيع⁽¹⁷⁾.

أما بالنسبة للدائن، ولأن هذه الحوالة تتطلب إقراره للحوالة المنعقدة بين المدين الأصلي والمحال عليه، لتكون نافذة في حقه، فهو ليس معنياً بها، ولا يترتب في ذمته أية آثار تنشأ عنها إلى غاية إقراره لها.

فهذه الحوالة لا تغير من وضع المدين الأصلي إزاء الدائن، فيظل هذا المدين ملزماً بالوفاء إلى الدائن، ولا تبرأ ذمته من الدين، وليس له الحق في إحالة الدائن، إذا ما طالبه بالدين، إلى المدين الجديد⁽¹⁸⁾.

القاعدة العامة تقتضي بأن السكوت يعد قبولا إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، ويعد السكوت رفضاً إذا كان الإيجاب ليس في مصلحته، وبما أن الحوالة تشكل خطراً على مصلحة الدائن فسكوته يعتبر رفضاً، و عملاً بأحكام المادة 252 فإنه إذا قام المدين

الأصلي أو المحال عليه بإعلانها إلى الدائن، وعين له أجل ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار، اعتبر سكوته رفضاً للحوالة.

وبالعكس من ذلك فيما يتعلق بحوالة الدين المضمون برهن عقاري، فالسكوت يساوي قبولا، عملاً بأحكام المادة 935 من القانون المدني؛ أما في بيع العقار المثقل برهن فالثابت هو عدم انتقال الدين بصفة آلية، تبعية، إذ لا بد من اتفاق بين المتعاقدين وموافقة الدائن.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة بعد تحديد موقف الدائن

تختلف الآثار المترتبة عن الحوالة في هذه المرحلة على حسب موقف الدائن منها، فإذا ما رفضها لا تكون نافذة في حقه، إنما يقتصر سريان آثارها على طرفيها دون الدائن وذلك طبقاً للمادة 253 التي تنص "... ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة...". أي الحكم نفسه للمرحلة قبل تحديد الدائن لموقفه من الحوالة، والذي رأيناه سابقاً.

أما إذا أقر الدائن الحوالة، فإنها تكون نافذة في مواجهته، وهذا هو الذي نعرض له من خلال العلاقات الثلاث بين الأطراف.

أولاً: علاقة الدائن بالمدين الأصلي

لكي تؤدي حوالة الدين إلى براءة المدين، يقتضي الأمر أن يقرها الدائن، فإذا أقرها الدائن واتصل هذا الإقرار بعلم من وجه إليه، رتبت آثارها كاملة، طبقاً للمادة 252 من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها...". فتكون نافذة في حق الدائن، صبيحيت يمكن الاحتجاج عليه بآثارها، ويمكنه هو أن يتمسك بها على طرفيها؛ ومعنى ذلك أن انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المدين الجديد (المحال عليه) يكون سارياً في مواجهة الدائن، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين، ويلتزم المحال عليه بدلا منه.

ولإقرار الدائن للحوالة أثر رجعي إلى وقت انعقاد الحوالة، إذ تسري عليه آثارها منذ ذلك الحين، لا من تاريخ إقراره لها، فهذا الإقرار ليس إلا اعترافاً منه بالحوالة، وقبولا بأن

تسري في مواجهته آثارها، وهو اعتراف بالعقد منذ نشأته وقبول لسريان آثاره في مواجهته منذ ذلك التاريخ⁽¹⁹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن براءة المدين الأصلي تتم بقوة القانون، فلا يشترط أن يصرح الدائن في إقراره أنه يتخلى عن مدينه الأصلي، وهي براءة نهائية، فإذا ما أعسر المحال عليه بعد ذلك فلا يعطي هذا للدائن حقاً في الرجوع على المدين الأصلي⁽²⁰⁾، إلا أن ذلك لا يعني براءة المدين نهائياً في مواجهة الدائن، لأنه يكون ضامناً ليسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك، طبقاً للمادة 255 من القانون المدني التي تنص على أنه "يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك".

ثانياً: علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

بعد إقرار الدائن للحوالة ينتقل الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه وتبرأ ذمة المدين الأصلي من هذا الدين، فيعتبر أنه قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به والذي تحمله عذ المحال عليه، وهذه هي الغاية المقصودة من خلال الحوالة، وهي نتيجة العقد المبرم بينهما (الحوالة) التي قد تكون معاوضة، كما لو قصد المحال عليه أن يفي بئمن لشيء اشتراه من المدين الأصلي، كما قد تكون تبرعاً⁽²¹⁾.

ثالثاً: علاقة الدائن بالمحال عليه

يصبح المحال عليه مديناً بمجرد إقرار الدائن لحوالة الدين، وينصرف ذلك بأثر رجعي إلى تاريخ انعقاد الحوالة⁽²²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المحال عليه يخلف المدين الأصلي في الدين نفسه الذي كان مترتباً في ذمة هذا الأخير، إذ ينتقل بصفاته وضماناته ودفوعه إلى المحال عليه، طبقاً للمادتين 254 من القانون المدني التي تنص على أنه "يحال الدين بكامل ضماناته..."، والمادة 256 التي تنص على أنه "يتمسك المحال عليه قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة".

فأما انتقال الدين بصفاته، فمثاله أن يكون معلقا على شرط أو يكون مضافا إلى أجل، فينتقل بشرطه أو بأجله، أما انتقاله بكامل ضماناته، فيكون بدون حاجة إلى اتفاق خاص، وعلى الخصوص إذا كانت هذه الضمانات مقدمة من المدين الأصلي كرهن رسمي أو حيازي⁽²³⁾، لكن إذا كانت الضمانات مقدمة من الغير، كالكفالة الشخصية أو العينية أو الاثنين معا، فإنها لا تنتقل مع الدين إلا إذا رضي الكفيل العيني أو الشخصي بذلك، والعلة في ذلك أن هذا الأخير يعتبر أجنبيا عن الحوالة، وقد كان كفيلا لشخص المدين، وقد تغير، مما يحتاج إلى رضا جديد، وذلك ما قضت به المادة 254 فقرة 2 بنصها على أنه: "... لا يبقى للكفيل، عينيا كان أو شخصا، التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة".

أما انتقال الدين إلى المحال إليه بالدفع نفسها، فمعنى ذلك أن هذا الأخير يستطيع أن يتمسك بكل الدفع التي كانت للمدين الأصلي في مواجهة الدائن، كالدفع ببطلان التصرف الصادر بين الدائن والمدين الأصلي لعدم مشروعية السبب أو المحل، أو بتقادم الالتزام، أو استحالة تنفيذه، أو لعدم تنفيذ الدائن لالتزامه، إذا كان هذا التصرف هو عقد ملزم للجانبين⁽²⁴⁾.

وللمحال عليه كذلك أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخصه كالمقاصة مثلا، لكن لا يجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين الأصلي، كالدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة بدين نشأ في ذمة الدائن للمدين الأصلي بعد الحوالة. كما قد تكون الدفع مستمدة من عقد الحوالة ذاته، كالدفع ببطلانها، أو بقابليتها للبطلان لصالح المحال عليه، وهذا ما أشارت إليه المادة 256 من القانون المدني بأنه: "يتمسك المحال عليه قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة".

المبحث الثاني: الرضا كركن في انعقاد حوالة الدين

هل أن موافقة الدائن على الحوالة، تعد بمثابة ركن في الحوالة، طالما أن تدخل الدائن يسبق انعقاد الحوالة، فيختلف الأمر عن مجرد إقرار الدائن لها، كي تصبح نافذة في حقه.

ففي هذا السياق، يخول التشريع الجزائري، لإرادة الدائن، في عدة حالات، دورا إيجابيا في انعقاد الحوالة، بحيث أنه من دون صدور إذن من طرف الدائن، فإن الحوالة لا تنعقد صحيحة؛ وذلك باعتبار إقرار الدائن ركنا في انعقادها. ولا يترتب عنها أية نتيجة حتى بالنسبة إلى طرفيها.

ومن بين هذه الحالات ما سنتناوله، بمناسبة التعرض لأحكام القانون المنظم للصفقات العمومية، فيما يتعلق بالتعامل الثانوي من طرف المتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة، لاسيما الدولة ومؤسساتها، الأشخاص المعنوية العامة، وفي هذا التقييد حماية لمصلحة الدائن، لأن في تغيير المدين خطرا على مصالح الدائن، خطرا على صحة التنفيذ و حسن أدائه، وذلك لاسيما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، كما أن الوظيفة يجب أن يؤديها الموظف الذي اختير من أجل أدائها، وأن واجب أداء العمل يؤدي من طرف العامل الأجير ذاته، لا غيره.

و هل حظر حوالة الدين أو التقييد بالالتزام شخصا، دون اللجوء إلى حوالة الدين بمحض إرادة المدين، أمر خاص يتميز به التشريع الجزائري، بهدف حماية مصلحة الدائن، أم هو نظام لا يخفى تطبيقه على التشريعات الأخرى؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة؟

المطلب الأول : حماية مصلحة الدائن في التشريع الجزائري

حسب نظام نظرية الحوالة، فإن المدين الأصلي، كمقاول مثلا قد يلجأ إلى التعامل من الباطن، أو المقاول الفرعية، ليتحمل مدين أجنبي عن العقد أعباءه. فهل يجوز له أن يحيل محل التزامه إلى مدين آخر، دون موافقة الدائن المسبقة، ويتخلص، بهذه الطريقة، من التزاماته؟ فهل يمكن - على وجه الخصوص - للمتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يتملص من أعبائه بعد إبرام الحوالة حتى في حالة الموافقة عليها من طرف الدائن؟ يبدو أنه لا يوجد شيء من هذا القبيل، في نظام الصفقات العمومية، وذلك حماية لمصلحة الدائن، بصفته ممثلا للمصلحة العامة.

فالقانون المنظم للصفقات العمومية قد ضيق من مجال تطبيق حوالة الدين، و وضع قيودا من أجل تضيق مجال سبل اللجوء إلى التعامل من الباطن؛ و دائما في إطار مصلحة الدائن، فقد ذهب المشرع إلى حد حظر الحوالة، وذلك إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، وكمثال عن ذلك، عندما يكون المدين المحيل هو الموعد لديه في عقد الوديعة، عملا بأحكام المادة 593 من القانون المدني؛ كما لا تقبل حوالة الدين بمناسبة إنجاز مهمة أو خدمة أو أداء وظيفة من طرف مدين غير المدين الأصلي دون رضا الدائن؛ ويتعلق الأمر بالمهندس المعماري، أو الفنان، وكذلك الموظف و العامل الأجير، و هو ما تقتضيه أحكام المادة 169 من نفس القانون.

الفرع الأول : حماية المصلحة المتعاقدة في إطار قانون الصفقات العمومية
 - القانون المنظم للصفقات العمومية، كان يمنع - في هذا الإطار - على المتعامل الاقتصادي، التنازل لصالح متعامل آخر، يحل محله من أجل إنجاز كل أو بعض محتوى الصفقة؛ فاللجوء، في هذا المجال، إلى تفعيل حوالة الدين كان أمرا محظورا²⁵. أما في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فإنه بإمكان المتعاقد مع الإدارة، في إطار الصفقات العمومية، اللجوء إلى ما يسمى بالتعامل الثانوي؛ ولكن لا يسوغ ذلك إلا ضمن شروط ذكرتها بالتحديد، المواد من 107 إلى 109 من هذا المرسوم.

هل يسوغ لنا أن نقول بأن المشرع أراد من وراء هذا التعديل إضفاء صيغة المرونة على التعامل مع المؤسسات التي ميزانيتها من النقود العامة؟ لاسيما في الوقت الراهن، حيث تحوز شركات كبرى، على وجه الخصوص دولية، مشاريع إنجازات هامة - في إطار الإعلانات عن صفقات تفوق طاقات العديد من الشركات الوطنية، مثل إنجاز الطريق السريع؛ فإن لم تتمكن هذه الأخيرة، عن طريق التعامل الثانوي، من الحصول على بعض أجزاء الصفقات و بالتالي، اكتساب نصيب من الثروة التي تستغلها كبرى الشركات الأجنبية، كان ذلك تجسيدا للغاوة في التسيير و بالنتيجة أضحى جل عمال مؤسساتنا الصغيرة مهددين بالبطالة.

و يرجوعنا إلى نصوص المرسوم السابق الذكر نجد أنه، حسب اعتقادنا، إنما اكتفى فقط بتنظيم أدق لموضوع التعامل من الباطن أو التعامل الثانوي، بحيث وضع قيودا يتعين على المتعامل المتعاقد باسم المصلحة المتعاقدة أن يتقيد بها، لكي يقبل منه اللجوء إلى التعامل الثانوي. ومن ضمن هذه القيود أنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يتعاقد مع غيره من أجل تحميل هذا الأخير الالتزام الناشئ عن عقد الصفقة بكامله؛ وإنما يسمح له أن يعهد إلى متعامل ثانوي بإنجاز جزئ فحسب من حجم الصفقة، وذلك وفقا لما قرره المادة 107 التي تنص على أنه: "يشمل التعامل الثانوي جزء من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة". وبالتالي فإننا لا نجد في هذا أثرا لحوالة الدين بالمعنى المعهود الذي يترتب عليه تحويل التزام المدين الأصلي أو المتعامل المتعاقد إلى شخص ثانٍ أجنبي عن العقد، فيصبح هذا الأخير بصفته محالا عليه مدينا تجاه الدائن، أي في هذا الإطار: المصلحة المتعاقدة.

و دائما في هذا السياق، فمن الثابت في إطار نظرية الحوالة أن المدين الأصلي أو المتعامل المتعاقد يتخلص من التزاماته وأعبائه كافة بعد إبرام الحوالة والموافقة عليها من طرف الدائن. لكننا لا نرى شيئا من هذا الأثر في نظام الصفقات العمومية بحيث أن المصلحة المتعاقدة، بالرغم من إقرارها للتعامل الثانوي في جزء من موضوع الصفقة، إلا أنها لا تسمح للمتعامل المتعاقد معها بالتملص من مسؤوليته إزاءها، وهو الأمر الذي تؤكد عليه المادة 108، بنصها على أن: "المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء من الصفقة المتعامل فيها بصفة ثانوية". يتبين من هذا التأكيد على المسؤولية، والذي نجد له انعكاسا في القانون المدني²⁶، حرص المشرع على تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المحددة، وحسب الشروط المرسومة؛ ذلك أن الالتزامات التي تتضمنها الصفقة العمومية تتعلق بمشاريع هامة، مندرجة ضمن مخططات تتعلق بإنجازات ذات أولوية وتخصص، في غالب الأحوال، بناء و إعداد مدارس، مستشفيات، مساكن... في وقت محدد، لا يتحمل التأخير و لا التنفيذ بصفة غير متقنة، أو بوجه مناف

لشروط العقد؛ ففي تمسك المصلحة المتعاقدة بمسئولية المتعاقد معها وحده، عبارة صريحة بالتذكير لهذا الأخير بجدية المهمة التي التزم من أجلها وحمله على التفكير بمنتهى الوعي، في خطر ما أقدم عليه، من أجل تفادي التهاون والاستخفاف في إنجاز ما يسد بالنقود العامة.

و بالإضافة إلى القيود السالفة الذكر فإن المرسوم وضع شروطا يستلزم التقيد بها وفقا لنص المادة 109 منه، و بالتالي، فإنه: " يجب أن يحدد في الصفقة صراحة المجال الرئيسي للجوء إلى المتعامل الثانوي، و في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك". و بعبارة أخرى فإن المصلحة المتعاقدة لا يسوغ لها أن تكثفي بالترخيص للمتعامل معها باللجوء إلى التعامل الثانوي، في حدود جزء فقط من موضوع الصفقة، بل لا بد عليها أن تشتترط على المتعاقد معها إبراز المجال الرئيسي الذي يشملها اللجوء إلى التعامل الثانوي، وذلك كتابة في العقد المتضمن الصفقة العمومية، كما ورد في نص ذات المادة.

و ينبغي أن يستحق المتعامل الثانوي، مسبقا، ثقة المصلحة المتعاقدة التي تتأكد من حسن اختيار هذا المتعامل الثانوي، و التحقق من اكتسابه للمؤهلات المطلوبة للقدرة على إنجاز الشطر الذي يتضمنه المجال المحدد في الصفقة، كما تتحقق من أمانته واستقامته، وهو الأمر الذي تؤكد عليه الفقرة الثانية من نفس المادة بنصها على ما يلي: " ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما، مع مراعاة أحكام المادة 52 من هذا المرسوم، التأكيد من أن مؤهلاته ومواصفاته المهنية ووسائله البشرية و المادية مطابقة للأعمال التي ستكون محل التعامل الثانوي". وذلك مع العلم أن موضوع المادة 52 ينصب أساسا، على نزاهة المتعامل الثانوي، في مجال الجباية والجمارك، والتجارة، وعلى سبيل المثال: يجب ألا يكون معنيا بالإفلاس.

يتبين مما سبق أن المصلحة المتعاقدة لها دور أساسي في انعقاد الحوالة، فهذا العقد لا يمكن أن يبرم صحيحا دون موافقة المصلحة المتعاقدة مقدما، فالأمر لا يتعلق بإقرار يأتي بعد إتمام اتفاق المحيل والمحال عليه، في مرحلة التنفيذ، لتوافق على الاتفاق أو ترفضه. و بغض النظر عن هذا الدور الإيجابي في تكوين الحوالة، فإن المصلحة المتعاقدة

تتدخل مباشرة في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن الحوالة، لصالح المتعامل الثانوي، حتى في غياب المتعامل المتعاقد - مدينها المباشر- على كل حال دون موافقته، و قد ورد النص على ذلك كما يلي: " - عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي منصوفا عليها في الصفقة، فإنه يمكن هذا الأخير قبض مستحققاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة...". وبالطبع فإنه: "... يخضم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها في إطار التعامل الثانوي محليا"²⁷.

المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، القسم السادس: التعامل الثانوي.

الفرع الثاني: شخصية المدين محل اعتبار

الحالات التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار، لم يحددها القانون بالرغم من مصدرها القانوني، و لا مانع من أن تكون اتفاقية.

أولا / عقد الوديعة

- تقتضي المادة- من القانون المدني منع حوالة الدين، في عقد الوديعة، من خلال نصها صراحة على أنه: " ليس للمودع لديه أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة، دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة و عاجلة".

ثانيا / شركة الأشخاص

و تكون شخصية المدين محل اعتبار، مثل أعضاء أو شركاء في شركة الأشخاص، مثل شركة التضامن حيث يسأل الشركاء حتى في أموالهم الخاصة، فهم " مسئولون ومن غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة"، عملا بنص 551 من القانون التجاري. من الثابت إذا أن شركة التضامن تحظى بثقة داينها وبالتالي، فإنه لا يجوز لهذه الشركة اللجوء إلى حوالة الدين.

الفرع الثالث : طبيعة الالتزام :

وفي هذا السياق، تنص المادة 169 ق م: "في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الالتزام أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

في هذا الباب و بالتحديد، في قانون العمل، فإنه لا يجوز للعامل أن يكلف غيره لأداء وظائفه محله؛ فواجب أداء العمل يؤدي من طرف العامل الأجير ذاته؛ هذا الواجب المرتبط بمنصب العمل يتمثل في الواجب الرئيسي من بين الواجبات الأخرى ذلك أن العامل يجهز "قوة عمله" مقابل أجر.

ويتحقق تنفيذ الالتزام من طرف العامل نفسه، وبعناية ومواظبة ويترتب الطابع الشخصي لالتزام الأجير عن طبيعة علاقات العمل في حد ذاتها²⁸.

يبدو واجب تنفيذ العمل من طرف العامل ذاته كنتيجة للمبدأ الذي وضعه القانون المدني، في المادة 169.²⁹

يستخلص من هذه المادة أنه لا يجوز للأجير إنابة غيره في أداء الأعمال الموكولة له دون ترخيص من المستخدم.

وتعد هذه القاعدة من قبيل الخاصية التي يمتاز بها عقد العمل والتي ترجع إلى كون شخصية العامل محل اعتبار. بالتالي لا يحق له اللجوء إلى استعمال حوالة الدين.

مما لا جدال فيه أن تنفيذ العامل لواجب العمل يعد من قبيل الالتزام بفعل أو الالتزام بعمل. وهل في حالة أداء هذا الواجب بدون العناية المطلوبة، نتيجة توكيل أو إحالة الالتزام إلى الغير تقوم مسؤولية العامل؟ وعلى أي معيار يرتكز لتحديد تلك المسؤولية سواء أكان ذلك بمناسبة إنجاز عمل أو في الامتناع عن إنجازه؟

ومن نتائج الصفة الشخصية لمنفعة العمل أنها لا تؤدي من طرف ورثة العامل.

المطلب الثاني : في الفقه الإسلامي

هل في الفقه الإسلامي و في القاذون المقارن لتغيير المدين تأثير على مصالح الدائن؛ وهل له الخيار بين الموافقة على الحوالة أو رفضها فحسب أو له الحق في أن يتدخل حتى في انعقادها والمشاركة في تأسيسها، علما أن تغيير شخص المدين فيه خطر عليه طالما أنه قد يمس بمصالحه؟ يتأسس الفقه الإسلامي، في هذا المجال، على رأيين: الرأي الأول يذهب إلى أبعد مما اتسعت له التشريعات المعاصرة ما دام أن هذه الأخيرة تكتفي بنفاذ الحوالة في مواجهة الدائن بعد إقراره لها، في حين يأخذ أصحاب هذا الرأي بالزامية موافقة الدائن عليها ، إذا كان المدين الجديد موسرا؛ أما الثاني فيرى بأن الحوالة تنعقد موقوفة على قبول الدائن.

أولا : مدى حرية الدائن في إقرار الحوالة :

إن تغيير المدين قد يمس بمصالح الدائن، فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه، لأن تغيير المدين أمر خطير بالنسبة له، وإنما يبقى له الخيار بين إقرار الحوالة أو رفضها⁽³⁰⁾.

وبالرجوع إلى المذهب الحنبلي، نجد فقهاء هذا المذهب يقولون بأن الدائن مجبر على موافقته لحوالة الدين إذا كان المحال عليه موسرا⁽³¹⁾ ، معللين موقفهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي يقول: "إذا أحيل أحدكم على ملء فيحتل".

إن فقهاء المذهب الحنبلي يفسرون هذا الحديث الشريف، على أنه أمر وجوبي ينطوي على تكليف الدائن باستيفاء حقه من المحال عليه ويعتبرون أن الدائن غير محق في الممانعة عن اتفاق لا يضار منه وبالتالي فإن الدائن الذي يرفض حوالة الدين بالرغم من أنه أحيل على شخص آخر مليء الذمة يعتبر شخصا متعسفا وممتنعا وعلى القاضي أن يجبره على قبول الحوالة إن اقتضى الأمر⁽³²⁾.

وهذا ما كان منصوفا عليه في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والذي ينص على ما يلي: "على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار، إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء" ، إلا أن أنصار المذهب الحنفي يعارضون بشدة ما ذهب إليه المذهب الحنبلي، مستدلين دائما بنفس الحديث الشريف وذلك بقولهم بأن الحديث المشار إليه في

الحقيقة لا يعد أمرا وجوديا أو تكليفا على عكس ما ذهب إليه المذهب الحنبلي، بل هذا الحديث هو أمر استحباب أو إباحة، وعللوا موقفهم هذا على أساس أن المدينين رغم يسارهم فقد تتفاوتت ذممهم في حسن القضاء والمطل ولهذا قد يتضرر الدائن إذا أُجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه حتى ولو كان موسرا ولهذا فإن من المشهور عند الحنفية أن حوالة الدين تنعقد موقوفة على قبول الدائن لها، كما أشرنا إليه سابقا.

إن إجبار الدائن على قبول الحوالة قد يسبب أضرارا كبيرة للدائن، لأنه ارتضى أن يتعامل مع مدين دون غيره لأسباب متعددة⁽³³⁾، لهذا فإن المشرع المصري تراجع عن المشروع التمهيدي، بموجب المادة 316 من القانون المدني المصري³⁴.

ومن خلال تحليل نص هذه المادة، نجد أن المشرع المصري لا يجبر الدائن على إقرار الحوالة، فهو حر في إقرارها أو رفضها، وهذا ما أخذ به أيضا المشرع الجزائري في المادة 02/252 من القانون المدني.

إن تغيير المدين يؤثر تأثيرا جوهريا على مصالح الدائن؛ لذا هل له الخيار بين الموافقة على الحوالة أو رفضها؟

ثانيا / الحوالة تنعقد موقوفة على قبول الدائن :

أما الحنفية فيرون أن الحديث الشريف ينطوي على استحباب فحسب، معللين رأيهم على كون المدانين تتفاوتت ذممهم في القضاء؛ وبالتالي يرون أن الحوالة تنعقد موقوفة على قبول الدائن³⁵.

إذا لم يتحقق الشرط الواقف بطلب الحوالة، لا يكون له أثر حتى بين طرفيها. تلخيصا لأوجه النظر في الفقه الإسلامي يستشف أنه حسب المذهب الحنبلي فالدائن مجبر على إقرار الحوالة، طالما أن المدين المحال عليه موسر؛ الحنابلة يؤسسون موقفهم على حديث نبوي: "إذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل"؛ وبالتالي فإذا رفض الدائن الإقرار اعتبر متعسفا وعلى القاضي أن يجبره مادام أن المحال عليه ملئ الذمة³⁶. أما بناء على الرأي المخالف فلا يمكن أن يخلف مدين جديد المدين الحالي بواسطة حوالة الدين، دون

مشاركة الدائن، ذلك أن تغيير شخص المدين فيه خطر على الدائن إذ قد يمس بمصالحه ، فلا يمكن جبره على قبول مدين جديد قد يكون معسرا بدل مدينه الحالي⁽³⁷⁾ .

من القواعد العامة أن إقرار الدائن يترتب عليه أثر رجعي يعود إلى وقت انعقاد الحوالة بإقراره للحوالة فإنه يصبح طرفا في الاتفاق على الحوالة³⁸ .

يترتب عن الأثر الرجعي للحوالة نتائج هامة، من ضمنها أن حالة فقدان أحد طرفيها أهليته - في المدة ما بين انعقادها وتاريخ الإقرار- ليس له تأثير على صحة الحوالة التي تبقى قائمة؛ و السبب في ذلك أنها انعقدت صحيحة؛ وكذا إذا أصبح الدائن مدينا للمدين في نفس الفترة، فإنه لا يصح له التمسك بالمقاصة، ذلك أن الدين الذي نشأ في ذمة الدائن يكون قد نشأ بعد براءة ذمة المدين الأصلي، بموجب حوالة الدين. ومن الثابت أن من شروط المقاصة أن يكون الدينان معاصرين.

خاتمة

لا شك أن حوالة الدين تنعقد صحيحة بين المدين الأصلي والمحال عليه، إلا أنها ليست نافذة في حق الدائن، فلا يسوغ للمدين الأصلي أن يتمسك بها تجاه دائئه إلا إذا سبق أن أعلن هذا الأخير عن قبولها، نظرا لخطورة حوالة الدين على مصالح الدائن، فإنه يشترط ضرورة إقراره لها، وهو ما قضت به المادة 252 من القانون المدني بنصها على أن: " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها". هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإنه نظرا لاعتبارات خاصة تتعلق بالمصلحة العامة، مثل مسألة الصفقات العمومية، فيمنع تحويل الالتزام بتنفيذ الأشغال إلى الغير، عن طريق اللجوء إلى التعامل الثانوي، من دون الموافقة الصريحة للمصلحة المتعاقدة، أو إذا كان شخص المدين محل اعتبار، أو بسبب طبيعة الالتزام، فإن المشرع يعتبر، من هذا المنظور، رضا الدائن ركنا في الحوالة.

و طبيعة الالتزام تخص بالتحديد حوالة الالتزام بحفظ الوديعة للغير دون إذن صريح من المودع، و التي قضت بحظرها المادة 593 من القانون المدني، أو في الالتزام بعمل، حيث يتميز حق الدائن في رفض الوفاء من غير المدين، والذي نصت عنه المادة 169 من

نفس القانون. إذا، لا تبرم حوالة الدين بصفة قانونية في غياب الدائن مادام أن له دور إيجابي في انعقادها؛ وذلك لأن رضا هذا الأخير لا يحصل بعد اكتمالها إقراراً لها، بل يستبق ذلك لأنه يعد ركناً في تكوينها. ولكن ما يؤسف عليه أن هذه الحالات الأخيرة توجد مبعثرة في القانون المدني، بدلا من أن تجمع و ترد كاستثناء على المبدأ المنصوص عليه في المادة 251.

فضلا عن ذلك فإن مجال حوالة الدين في القضاء الجزائري، مجال ضيق للغاية، نظرا للنقص في تنظيمها، بعكس الحوالة التجارية التي تتداول عن طريق الأوراق المالية، من ضمنها، السفتجة، وهي في الحقيقة عبارة عن حوالة مقيدة معروفة في الفقه الإسلامي، بموجبها يحرر الساحب ورقة مالية على المسحوب عليه تمثل ثمن بضاعة، أو مبلغ قرض وهذا الدين الذي للساحب على المسحوب عليه يسمى "مقابل الوفاء"⁽³⁹⁾؛ هذه السندات التجارية، التي نظمها المشرع تنظيماً دقيقاً. و يوجد الدافع لتنظيم الحوالة تنظيماً أدق، كذلك في مثل المسلك الذي سلكته بعض التشريعات العربية الأخرى كالتشريع الكويتي، والأردني، والعراقي التي استنبطت عدة أحكام من الشريعة الإسلامية وأخذت بالحوالة المقيدة والمطلقة المعروفتين في الفقه الإسلامي، وكما فعل أيضاً من بين التشريعات الغربية، بالأخص المشرع الألماني.

يستخلص مما سبق أنه من الأنجع، ومن المستحسن على المشرع، مادام أنه جعل من حوالة الدين، نظرية قائمة بذاتها، أن يخصصها كحوالة مدنية، بتنظيم شامل، مفصل، ومدقق شبيه بتنظيم الحوالة التجارية، وذلك على غرار التشريعات العربية و التشريعات الجرمانية.

بعض المراجع :

- أنور لعروسي، حوالة الحق وحوالة الدين في القانون المدني معلقا على نصوص بالفقه وقضاء النقض، دار الفكر الجامعي 30 ش سوتير الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2000.

-رضا متوالي وهدان، تجديد الالتزام، نطاقه، تأصيله، آثاره، دار الجامعة الجديد للنشر، 38 ش سوتير الأزاريطة، الإسكندرية 1999.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 1998.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، الطبعة الثالث الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 1998.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، سنة 0117/05، دار الطبع للمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رغاية، الجزائر، سنة 2005.

- فتحي عثمان الفقي، مدى مشروعية حوالة الدين، موقع الأنترنت:

IEFPEDIA.COM /ARAB/WP

- محمدي فريدة، زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رغاية، الجزائر، 2000

-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام في الفقه وقضاء النقض، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركائه، سنة 2008.

الهوامش :

1- N-E Terki, Les obligations - Responsabilité civile et régime général,
O. P. U. Alger, 1982, p 204.

2 - قانون الالتزامات السويسري: مادة 175 و ما بعدها، القانون الألماني: فقرة 414 و ما بعدها، القانون المدني الإيطالي: مادة 1268 و ما بعدها؛ غير أن موافقة الدائن لا مفر منها.

3- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, DALLOZ, 7e édition, 1999, n°1207.

4- Aude Guiroudoux, La cession de créance et la cession de dette, octobre 2006, Master pratiques juridiques et judiciaires, Promotion. Nîmes, 2006-2007, p 02.

5- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, n°1210/2e, (art. 1743 du C civ. F).

6- Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, Les obligations, 7è éd. Cujas, 1997, p 746, n°1238.

7- تنص المادة 564 من القانون المدني على ما يلي: "يجوز للمقاول أن يوكل بتنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية...".

8- Ph. Malaurie, L. Aynès, p745, n°1237; ces auteurs citent, comme bibliographie: E. Gaudemet, Etude sur le transport de dettes) titre particulier, th Paris, 1898; L Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, th Paris II, Economica, 1984, n° 36 et s.

9- لا تأثير على مصير العقد في حالة التصرف ما بين الأحياء، وبالتالي فإذا طرأ تعديل على الوضع القانوني لصاحب العمل فإن علاقة العمل لا تتغير بذلك.

هذا فيما يتعلق بالتنازل أو بصفة عامة بحالة تغيير وضعية المؤسسة المستخدمة، فإن حقوق العامل تبقى قائمة من بينها احتفاظه بمنصبه وكذلك بالامتيازات المكتسبة من ضمنها حقه في الأقدمية، عملاً بأحكام المادة 74 من قانون 11/90 المؤرخ في 21/04/90. وفي هذا السياق فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:

"من الثابت قانوناً أن جميع علاقات العمل المعمول بها، عند التغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة تبقى قائمة بين المستخدم والعمال.

ولما قضى قضاة الموضوع بأن حقوق العامل تبقى ثابتة عند تغيير مسير المؤسسة ما دام أنها بقيت محتفظة بطابعها واستمرت في نشاطها تضاف أقدمية العامل المكتسبة إلى تلك التي اكتسبها عند المستخدم السابق فإنهم أحسنوا تطبيق القانون.

من حيث الموضوع: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام، قصور وانعدام الأساس القانوني.

... حيث أنه في قضية الحال وكما يستخلص من ديباجته وأسباب القرار المطعون فيه ومن الوثائق

الإجرائية بان الطاعن قد استخلف أبيه وأن المؤسسة الاقتصادية قد انتقلت إليه واحتفظت بطابعها واستمرت في نشاطها ومن ثم فإن العقد مازال قائما وان أقدمية العامل التي اكتسبها عند المستخدم الجديد وبفضلهم على هذا النحو، فإن قضاة الموضوع قد أحسنوا تطبيق القانون وسببوا قرارهم وبالتالي فإن الوجه غير مؤسس. (ملف رقم 196348 قرار بتاريخ 11/04/2000، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2002)؛ (انظر في هذا الموضوع كتاب المؤلف بعنوان: "عقد العمل: النظرية والممارسة"، ص 75).

10 - عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1994، ص616.

11 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2009، ص552.

12 - محمدي فريدة، زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رغاية، الجزائر، 2000، ص197.

13- Emmanuel Jeuland, Cession de contrat (Recueil V: Contrats et obligations) Tome IV, Encyclopédie juridique Dalloz, Publication trimestrielle 03 avril 2003, Edition Dalloz, 31-35, Rue Roidevaux 75685, PARIS CEDEX 14. Tome IV, p14.

14 - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق هامش ص 439.

15 - خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج2، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص208.

16 - خليل حسن قداد، نفس المرجع.

17 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص335.

18 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص660.

19 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص665.

20 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص587.

21 - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في أحكام الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص168.

22 - عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص626.

23 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص587.

24 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص337.

25 - المادة 02/96 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الصادر بتاريخ 24 يوليو 2002. يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم (الذي تم إلغاؤه بموجب المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 10 -

- 236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)؛ يمدع هذا النص تنازل المتعامل عن التزامه، في تنفيذ أشغال المشروع لمقاول آخر دون إذن صاحب المشروع.
- 26- هذا التأكيد على المسؤولية قضت به كذلك المادة 564 من القانون المدني بنصها على ما يلي: "ولكن يبقى [أي المقاول] في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".
- 27 - (م109 من نفس المرسوم).
- 28- المادة 61 من القانون الأساسي العام المعامل والمادة 14 من الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص التي تحضر أداء العمل بوساطة الفني.
- 29 - المادة 169 التي تقابلها المادة 1237 من القانون الفرنسي، التي تنص: "في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين"; (انظر في هذا الموضوع كتاب المؤلف بعنوان: "عقد العمل: بين النظرية والممارسة"، ص 75، ص143).
- 30- نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، مرجع سابق ص 288.
- 31- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق هامش ص 576.
- 32- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع.
- 33 - سليمان مرقس، أحكام الإلتزام، ص 665.
- 34 - و تراجع المشرع المصري عن هذه الفكرة التي تجبر الدائن على قبول الحوالة، و التي تضمنها المشروع، و ذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 316 من القانون المدني المصري والتي تنص على ما يلي: "... وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة" (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 567).
- 35 - السنهوري، المرجع السابق، ص 575.
- 36- انظر المادة 253 التي تقضي بأنه: "... ويسري هذا الحكم و لو رفض الدائن الحوالة"، و قارن بالمادة 258 التي تنص على: "يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170. كما يصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض".
- 37- عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 617.
- 38 - ارجع إلى مضمون نص المادة 208 من القانون المدني المتعلقة بالشرط.
- 39- برهان الدين جمل، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، السفتجة والسند لأمر، الشيك، ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1984، ص 25.

