

**جامعة الجزائر - 1 -  
كلية الحقوق**

**مذكرة الحصول على شهادة ماجستير في القانون  
فرع العقود و المسؤولية**

**حوالة الدين**

**تحت إشراف الدكتور:  
قويدري مصطفى.**

**من تقديم الطالبة:  
مخلوفي حورية.**

**أعضاء اللجنة:**

الأستاذة : ذهبية حامق ..... رئيسا.  
الأستاذ : قويدري مصطفى ..... مقرر.  
الأستاذ : بوشاشي يوسف ..... عضوا.

**السنة الجامعية : 2010 / 2011**

## إهداء

إلى والدي الكريمين ، أطال الله في عمرهما و أمدهما الصحة و العافية.  
إليكم إخوتي و أخواتي الأعزاء .

إليك زوجي يا من سعى بكل وسعه من أجل توفير السعادة و الظروف  
الملائمة للدراسة و العمل .

إليكم أولادي الأعزاء يا قرة عيناى.

إليكي صديقتي العزيزة : نصيرة .

إليكم أساتذتي المحترمين بكلية الحقوق ببن عكنون.

إلى كل هؤلاء أهدي عملي هذا.

حورية

## كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي المشرف  
**الدكتور قويدري مصطفى**  
لإشرافه على هذه المذكرة و كذا لقيامه بتزويدي بالنصائح و الإرشادات  
التي سرت على ضوءها في تتبع مراحل هذا العمل إلى أن وصل إلى  
صورته التي هو عليها.

مخلوفي حورية

الجامعة ليست مسؤولة عن الآراء التي يبديها المترشح ضمن رسالته، كما ليس لها أن توافق أم لا عليها.

# مقدمة

كثيرا ما يكون الفرد وهو طرف في عقد ملزم للجانبين ( مثل إيجار ، تأمين ...إلخ) في حاجة إلى أن يتنازل إلى غيره عن هذا العقد فيما يرتبه من التزامات. فقد يبيع المؤجر العين المؤجرة، فيقتضي الأمر أن يتنازل عن التزامه الناشئ عن عقد الإيجار وقد يحتاج بائع عقار معين، كأن يكون مثلاً منزلاً مؤمناً عليه ضد الحريق، أن يتنازل عن التزامه المترتب عن عقد التأمين لمشتري هذا العقار. وقد يكون المدين مثقلاً بعدة التزامات، ولا تسمح له قدراته المالية الوفاء بكل هذه الالتزامات في حين يكون له مدين ، فيكون له الاتفاق مع مدينه على تحويل هذا الدين له و ذلك بأن يتحمل الدين مكانه في مواجهة الدائن وبهذا تبرأ ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن ،كما تبرأ ذمة هذا المدين تجاه المحيل. ففي جميع هذه الحالات لا يتيسر التنازل عن هذه الالتزامات، إلا عن طريق حوالة الدين.

وقد يتصل الالتزام بالعين أوثق الاتصال، فيكون من المرغوب أن ينتقل هذا الالتزام مع العين لاعتبارات عملية، كما في حالة بيع عقار مرهون رهناً رسمياً فإن العقار ينتقل إلى المشتري مثقلاً بالرهن، ويصبح المشتري مسؤولاً مسؤولية عينية عن الدين المضمون بالرهن ويبقى بائع العقار مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين تجاه الدائن، مع أن هذا العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه فيكون من المرغوب فيه أن يتخلص البائع (المدين) من الدين نهائياً ومن مصلحة الدائن أيضاً أن يواجه شخصاً واحداً على أساس المسؤولية العينية والشخصية ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بواسطة حوالة الدين.

إن حوالة الدين تستجيب لمقتضيات تطور المعاملات الاقتصادية المعاصرة نظراً لما تضيفه من سهولة ومرونة على هذه المعاملات، فإذا لم تفتح باب حوالة الدين ، فإن هذا المنع يكون حجر عثرة في طريق ما تقتضيه حاجات التعامل من مرونة.

إن الحوالة بصفة عامة هي نقل الالتزام بذاته بصفاته وخصائصه من شخص لآخر، فهو ينتقل من مدين إلى مدين آخر، وهذا ما يسمى بحوالة الدين ومن دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً، وهذا ما يسمى بحوالة الحق.

قديمًا في العهد الروماني لم يكن يتصور نقل الالتزام أصلاً بين الأحياء، سواء بحالة الحق أو بحالة الدين و هذا بسبب النظرة إلى الالتزام على أساس أنه رابطة شخصية تربط بين دائن و مدين وبحكم أنها رابطة شخصية بين شخصين بالذات، فلا يتصور أن تنتقل عنهما أو عن أحدهما دون أن تتحل (1) لهذا لما يراد نقل الالتزام من مدين لآخر فإنه يعتمد على طريق آخر و هو التجديد أو الإنابة في الوفاء .

وعلى العكس من ذلك فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت حوالة الدين وأهم ما يميز حوالة الدين لدى الفقه الإسلامي هو تقسيم الحوالة إلى حوالة مقيدة و حوالة مطلقة (2) إذ يوجد في كل من الحوالتين دائن و مدين ثم أجنبي محال عليه وهذا الأجنبي هو الذي يركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة و الحوالة المطلقة . فإن كان هذا الأجنبي مديناً للمدين وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن بالحق الذي له في ذمة الأجنبي، فهذه هي الحوالة المقيدة، أما إذا كان الأجنبي غير مدين للمدين، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فهذه هي الحوالة المطلقة، علماً بأن الحوالة المطلقة لم يسلم بها سوى في المذهب الحنفي (3).

إن فكرة النظر إلى الالتزام على أنه رابطة شخصية والتي كانت سائدة لعصور طويلة في القانون الروماني وما بعده في القوانين اللاتينية، حالت دون اعتراف هذه القوانين بحوالة الدين و بحوالة الحق.

إلا أن بعد ظهور المذهب المادي و الذي أعطى تصوراً جديداً للالتزام ، إذ أصبح ينظر للالتزام بأنه رابطة مادية أكثر مما هو رابطة شخصية، فهو رابطة بين ذمتين يتحقق بواسطتهما تبادل بعض القيم الاقتصادية ولهذا تأثرت القوانين اللاتينية نوعاً ما بهذا المذهب وأخذت بحوالة الحق ونظمتها ولكن من دون الأخذ بحوالة الدين مثل القانون الفرنسي والذي لم ينظم حوالة الدين إلى يومنا هذا، بل أخذ بهذه الحوالة كاستثناء فقط و بصفة تبعية، كما سنرى لاحقاً .

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان سنة 1998، ص 414.

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 420.

(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 421.

أما القوانين الجرمانية وعلى رأسها القانون الألماني والسويسري، فقد نظمت حوالة الدين إلى جنب حوالة الحق ويرجع الفضل في ظهور حوالة الدين لدى هذه القوانين إلى ظهور الحركة الفقهية من أنصار المذهب المادي و التي كانت تنشط آنذاك في ألمانيا والتي جاءت بعدة تصورات منطقية لحوالة الدين .

أما التقنين المدني القديم الذي كان مطبقا في الجزائر، فإنه لم يكن يعرف هو كذلك حوالة الدين باعتباره كان يطبق القانون الفرنسي.

أما بعد صدور القانون المدني الجديد في سنة 1975 ، فإن المشرع أخذ بحوالة الدين واستنبت أحكامها من القانون الألماني عن طريق التشريع المصري (1).

وهكذا فإن المشرع أخذ بحوالة الدين بصورتها، كما فعل المشرع الألماني فالصورة الأولى تنص عليها المادة 251 من القانون المدني و التي تقضي بما يلي "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين و شخص آخر يتحمل عنه الدين."

أما الصورة الثانية تنص عليها المادة 257 من نفس القانون والتي تقضي بمايلي "تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن و المحال عليه ...".

ويلاحظ من خلال تحليل نص المادة 251 المشار إليها أعلاه، أن المشرع أجاز حوالة الدين من دون رضا الدائن وهذا ما يدل على أنه أخذ بحوالة الدين بمعنى المفهوم الدقيق في القانون الألماني، إلا أنه وإن كان في حوالة الحق لا يوجد أي خطر على المدين وخاصة بعد تلطيف إجراءات التنفيذ التي كانت جد قاسية في العهد الروماني، فإن المدين لم يعد يهتم شخص الدائن، فإن حوالة الدين تشكل خطرا على الدائن، باعتبار أن شخصية المدين لها وزن و اعتبار بالنسبة للدائن فقيمة الدين تتوقف على شخصية المدين ومقدار يساره و استعدادة للوفاء بدينه وبالتالي ليس من السهل تغير المدين على الدائن، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، وكما يرى المعارضون لحوالة الدين أن حوالة الدين بالإضافة إلى أنها تتجاهل حقوق الدائن، فإنها تتجاهل حقوق الكفيل الشخصي

---

1-NOUR EDDINE TERKI:LES OBLIGATIONS . RESPONSABILITE CIVILE ET REGLE GENERALE OFFICE DES PUBLICATIONS UNIVERSITAIRES 29 RUE ABOU NOVAS , HYDRA-ALGER ,1982 P 204.

والعيني و الذي قد لا يرضى الالتزام بكفالة المدين الجديد ، لأن شخصية المدين لها اعتبار كبير بالنسبة للكفيل (1).

إلا أن بالرجوع إلى التشريعات الحديثة التي تأخذ بحالة الدين، نجد أنها تقدم من الوسائل الفنية

والقانونية اللازمة لتنظيم الحالة من دون المساس بحقوق الدائن و لا بحقوق الكفيل ، كما أن التشريعات التي تأخذ بحالة الدين لا تتجاهل إطلاقاً إرادة الدائن إلا أنها اختلفت فيما بينها في طريقة و كيفية تدخل إرادة الدائن في الحالة .

والسؤال المطروح في هذا الصدد هو كالاتي: ما مدى صحة حالة الدين من دون رضا الدائن ؟

و بعبارة أخرى هل تصح حالة الدين من دون رضا الدائن في جميع الحالات أم لا ؟

و بما أن حالة الدين تشكل خطراً على مصالح الدائن و قد تشكل أيضاً خطراً على مصالح المدين الجديد-المحال عليه-و قد تضر بمصالح الكفيل و المدين المتضامن، فما هي شروط نفاذها في حق الدائن و في حق هذا الغير ؟ و ما هي الضمانات المكفلة قانوناً لحماية مصالح جميع الأطراف و بالأخص الدائن ؟

وحتى تكون دراسة شاملة لهذا الموضوع ، فإننا نقسم هذا البحث إلى فصل تمهيدي و فصلين آخرين . فالفصل التمهيدي نتناول فيه مفهوم حالة الدين مع تمييز الحالة عن الأنظمة المشابهة لها، الفصل الأول نتناول فيه شروط الحالة أين نتعرض لشروط انعقاد الحالة بصفة عامة مع التطرق إلى مدى صحة الحالة من دون رضا الدائن و شروط نفاذ الحالة في حق الدائن و في الغير، أما الفصل الثاني فننتاول فيه الضمانات المكفلة قانوناً لحماية مصالح الدائن والمحال عليه.

---

1- FRANÇOIS CHABAS , LECONS DE DROIT CIVIL, OBLIGATIONS , THEORIE GENERALE , 9eme EDITION DELTA 2000 ,DISTRIBUTION LIBRAIRIE LE PONT , JDEIDET -EL- METN- BEYROUT LYBAN B. P 90562. P / 1298 .

## الفصل التمهيدي

### مفهوم حوالة الدين

علاقة أخرى بين الدائن والمدين الأصلي وهذا ما يجعل من حوالة الدين تتميز بطابع الالتزام المركب كون الحوالة بذاتها تعد من العمليات القانونية المركبة، لذا أفرد لها نظام خاص بها ومن الضروري الإلتجاء إلى هذا النظام للإحتكام به كلما اتجهت إرادة الأفراد إلى تحقيق هذا النوع من الاتفاقات .

وبالرغم من وجود أنظمة أخرى تتشابه إلى حد كبير مع حوالة الدين و التي تحقق نفس أغراض الحوالة، إلا أن حوالة الدين تعتبر من النظم ذات الأهمية البالغة وهذا ليس لما تحققه من فائدة من الناحية العملية و الاقتصادية فحسب ،بل لما توفره من ضمانات

وحماية لمصالح جميع الأطراف . فما هو إذا مفهوم حوالة الدين ؟ و ما هي هذه الأنظمة المشابهة لها؟ وما هي أهم نقاط تمييز حوالة الدين عن هذه الأنظمة ؟ وهذا ما سنتناول دراسته في هذا الفصل التمهيدي والذي قسمناه إلى مبحثين:

المبحث الأول: نتناول فيه تعريف حوالة الدين والذي نتطرق فيه إلى معنى حوالة الدين لغة كمطلب أول ، معنى حوالة الدين في الفقه الإسلامي كمطلب ثان ثم معنى حوالة الدين قانونا كمطلب ثالث .

أما المبحث الثاني نتناول فيه تمييز حوالة الدين عن الأنظمة المشابهة لها والذي نتطرق من خلاله إلى تمييز حوالة الدين عن التجديد كمطلب أول و تمييز حوالة الدين عن الإنابة في الوفاء كمطلب ثان ، التمييز بين حوالة الدين وحوالة الحق كمطلب ثالث ثم التمييز بين حوالة الدين وحوالة العقد كمطلب رابع ،مع ابراز مكانة حوالة الدين في كل مطلب من هذه المطالب الأربعة .

قبل التطرق إلى مفهوم حوالة الدين ، يجب أولاً تعريف معنى الدين.

**فالدين لغة:** بفتح الدال يطلق على ما له أجل ، كما يطلق أيضاً على القرض و يقال "دان -دينا- ديانة ": أي خضع و أطاع ، و "دان فلان ديناً ": أي إقترض ويقال دنته أو أدنته أي أعطيته أجل وداينته أي أقرضته وجمعه ديون و إسم فاعله دائن وإسم مفعوله مدين . (1)

**أما معنى الدين اصطلاحاً:** فله معنيان حسب إستعماله من طرف الفقهاء .  
**معنى عام:** و هو مطلق الحق اللازم في الذمة ، أو هو كل ما يجب في ذمة الإنسان بسبب من الأسباب ، سواء كان من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد.  
**معنى خاص:** و هو كل ما يثبت في الذمة من مال يقتضي ثبوته في نظير معاوضة، أو تلاف أو قرض أو قرابة، أو مصاهرة . (2)

### المطلب الأول: معنى حوالة الدين لغة .

الحوالة لغة بكسر الحاء مشتقة من التحول والتحول هو الانتقال من موضع إلى موضع آخر ومنه قول الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم "إن الذين آمنوا و عملوا الصالحات كانت لهم جنّات الفردوس نزلاً خالدين فيها لا يبيغون عنها حولا". (3) و المقصود من هذه الآية أهل الجنة فإذا دخلوا الجنة خالدين فيها لا يسأمون و لا يملون فيها، لهذا لا يبيغون عنها تحولا ولا انتقالاً ("... إن لكم أن تنعموا فلا تبأسوا أبداً)، فمعنى لا يبيغون عنها حولا أي تحولا وانتقالاً. (4)

---

(1): فتحي عثمان الفقي ، مدى مشروعية حوالة الدين ، موقع الأنترنات [ieftpedia.com/arab/wp](http://ieftpedia.com/arab/wp)

(2): فتحي عثمان الفقي ، نفس المرجع السابق ، نفس الموقع.

(3): الآية 108 من سورة الكهف .

(4): فضيلة الشيخ / سعد بن تركي الخثلان ، مكتبة دروس الأكاديمية ، الدروس المفردة -الفقه-المستوي

الخامس ، باب الحوالة و الضمان .موقع الأنترنات W.W.W.I SLAMA CADEMY- NET

عرف الفقه الإسلامي حوالة الدين وأجازها بجميع مذاهبه وقد وردت عدة تعريفات لحوالة الدين وأشهرها ماورد في مجلة الأحكام العدلية في مادتها 673 والتي تعرف حوالة الدين بأنها "نقل الدين من ذمة إلى أخرى" (1)، وفي مرشد الحيران جاء تعريف لحوالة الدين في المادة 876 " أن الحوالة هي نقل الدين و المطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه " (2) وقد جاء تعريف آخر لحوالة الدين على نحو أكثر وضوحا و شمولاً في مجلة الأحكام الشرعية عن مذهب الإمام أحمد بن حنبل إذ نصت المادة 1155 من هذه المجلة على أن الحوالة " عقد إرفاق يقتضي انتقال الدين من ذمة إلى ذمة أخرى غير جزية" (3).

ومن خلال مختلف التعريفات الواردة لحوالة الدين، يتضح بأن كل من هذه التعريفات تتفق معا في مبدأ واحد و هو أن حوالة الدين هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى.

ومن المشهور عند الحنفية أن حوالة الدين تنعقد موقوفة على رضا الدائن ولا تكون لازمة له ما دام أنه لم يقرها وهي بهذا الوصف أقرب لأن تكون صورة من صور الاتفاقات التمهيدية (4).

- 
- (1): طلبه وهبة خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية و القانون ، توزع دار الكتاب الحديث من دون طبعة و من دون سنة نشر ، ص 255 .
  - (2): طلبه وهبة خطاب، مرجع سابق ، نفس الصفحة .
  - (3): طلبه وهبة خطاب، مرجع سابق ، صفحة 255.
  - (4): أنور لعروسي، حوالة الحق وحوالة الدين في القانون المدني معلقا على النصوص بالفقه و قضاء النقض- ط 2003، دار الفكر الجامعي 20ش سوتير الأزاريطة-الاسكندرية من دون سنة نشر، ص 86.

تعرف حوالة الدين في القانون على أنها "اتفاق بين المدين و شخص آخر يتحمل عنه الدين" (1).

ومن خلال التعريف السابق ،يتبين بأن حوالة الدين هي عبارة عن عقد يتمكن المدين بمقتضاه من نقل ديونه قبل دأئنه إلى شخص أجنبي يصبح مدينا في مواجهة هذا الدائن بدلا من المدين الأصلي وهذا ما يجعل من الحوالة تتميز بالخواص الآتية :

01- تغيير الطرف السلبي للالتزام أي المدين .  
02- براءة ذمة المدين القديم.  
03- احتفاظ الدين بذاتيته الأولى ، فالدين الأصلي هونفسه الذي ينتقل من مدين إلى مدين آخر.

04- يعتبر المدين الجديد خلفا خاصا للمدين القديم.و يسمى المدين الأصلي محيلا أما الأجنبي يسمى محالا عليه ، أما الدائن يسمى بالمحال .  
إلا أن من ناحية أخرى،ليس هناك ما يمنع الحوالة باتفاق بين الدائن والغير، وإن كانت الصورة الأولى لانعقاد الحوالة هي الصورة الشائعة .  
إن التعريف القانوني لحوالة الدين هو تعريف غير كامل ، إذ لا يظهر الفائدة العملية و لا القيمة القانونية للحوالة .

فمن الناحية العملية نجد حوالة الدين تحقق فوائد مختلفة وهذا ما يؤدي بنا إلى التمييز بين حوالة دين المستقلة و التي تتحقق بصفة منفردة و حوالة دين التي تتحقق بالتبعية والتي تكون كعنصر من عملية أوسع .

فالحوالة المستقلة لا يمكن تصورها بسهولة، فتارة نتصورها كعملية قرض إذ المدين يتحصل على مدين جديد يتحمل الدين في مكانه لمدة محددة في مقابل الزامه بدفع أجرة ومصاريف تدخله وتارة أخرى نتصورها كتبرع في حالة قبول الغير تحمل الدين على سبيل التبرع.

---

(1):المادة 251 من القانون المدني .

في حين حوالة دين بالتبعية يمكن تصورها بكل سهولة ، باعتبار أن القانون بحد ذاته يعطي أمثلة على ذلك ، مثل حالة بيع العقار المرهون مع انتقال الدين

المضمون بالرهن إلى المشتري و المنصوص عليها في المادة 935 من القانون المدني.

و من ناحية النظر للقيمة القانونية للحالة ، فإن التعريف القانوني السابق يخفي جزءا جوهريا من الحقيقة وبالأخص لم يبين إذا كان من أثر الاتفاق المذكور في هذا التعريف يؤدي إلى الحلول الفعلي للمدين الأصلي من طرف الأجنبي مع براءة ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن من دون تدخل إرادة الدائن أم لا بد من تدخل الدائن لتحقيق ذلك. والسؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الصدد ، هو هل يمكن تحقق حوالة دين حقيقية تؤدي إلى براءة ذمة المدين الأصلي من دون تدخل إرادة الدائن ؟ أم لا بد من تدخله للوصول إلى النتائج المرجوة من حوالة الدين وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الآثار التي رتبها المشرع على حوالة الدين قبل إقرارها من طرف الدائن وبعد إقرارها من طرف الدائن.

## المطلب الأول: تمييز حوالة الدين عن التجديد

إن التجديد يحقق نفس الغرض الذي تحققه حوالة الدين، إذ يؤدي إلى براءة ذمة المدين الأصلي واستبدال هذا المدين بمدين جديد، كما أنه يتشابه مع حوالة الدين من حيث الانعقاد، إلا أنه يختلف عن حوالة الدين من حيث الآثار التي يترتبها.

### 01-من حيث الانعقاد /

تنص المادة 287 / 02 من القانون المدني على أنه يتجدد الالتزام بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي، على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

ومن خلال تحليل نص هذه المادة، يتبين بأن التجديد بتغيير المدين يتم بطريقتين فالطريقة الأولى تتم باتفاق بين الدائن و الأجنبي من دون رضا المدين الأصلي وهذه الطريقة للتجديد بتغيير المدين تتفق تماما مع طريقة انعقاد الحوالة و التي تتم باتفاق بين الدائن والأجنبي من دون رضا المدين الأصلي. والعلة واحدة من عدم اشتراط المشرع رضا المدين الأصلي في كل من حوالة الدين والتجديد بتغيير المدين، إذ يستطيع المدين الجديد الأجنبي تبرئة ذمة المدين الأصلي من دون رضاه.

أما الطريقة الثانية للتجديد بتغيير المدين، فإنها تتم باتفاق بين الأطراف الثلاثة أي المدين الأصلي والدائن والأجنبي، فهذه الطريقة تتفق مع طريقة انعقاد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والأجنبي بإقرار من الدائن، إلا أن الفرق الوحيد بين هاتين الطريقتين، هو أن رضا الدائن في التجديد يعد ركنا في الاتفاق، بينما رضا الدائن في الحوالة لا يعد ركنا في الاتفاق، وإن كان في بعض الحالات يعد كذلك كما سوف نرى لاحقا.

### 02-من حيث الآثار المترتبة /

فالتجديد له أثر إزدواجي وطبقا للمادة 291 من القانون المدني فإنه يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم و ينشئ في نفس الوقت التزاما جديدا على عاتق المدين

الجديد والذي يختلف عن الالتزام القديم من حيث صفاته و دفعه وتأميناته، لذا مبدئياً في التجديد لا تنتقل دفع وتأمينات الدين القديم لصالح كل من الدائن والمدين الجديد، وهذا ما هو مؤكد عليه في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، إلا أن المشرع و إستثناء من ذلك نص على جواز انتقال التأمينات في حالة وجود اتفاق على ذلك كما تقضي به الفقرة الثانية من نفس المادة، بينما حوالة الدين لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي، بل تؤدي إلى انتقال الالتزام الأصلي، أي انتقال الدين بذاته بصفاته ودفعه، كما ينتقل معه كافة الضمانات التي كانت تكفل الدين الأصلي من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد، وهذا ما تقضي به المادة 254 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي " يحال الدين بكامل ضماناته".

ويلاحظ من خلال ما ورد ، بأن المبدأ في التجديد لا تنتقل التأمينات، والاستثناء هو جواز انتقال هذه التأمينات إذا ما نص عليه القانون أو اتفاق الأطراف. وخلاصة القول إن نقل التأمينات العينية إلى الالتزام الجديد لا يترتب على مجرد الاتفاق على التجديد بقوة القانون، بل لا بد من اتفاق خاص على هذا الانتقال، وهذا هو أهم الفروق بين حوالة الدين والتجديد، فالدائن في التجديد يفقد مزية التأمين التي كانت ضمن الالتزام الأصلي، كما يفقد المدين الدفع التي كان بإمكانه التمسك بها والمتعلقة بالدين القديم، وهذا عكس الآثار المترتبة عن حوالة الدين، إذ تنتقل مع الحوالة كل التأمينات المقدمة من المدين الأصلي لصالح الدائن ومن دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك، كما تنتقل مع الحوالة جميع الدفع لصالح المدين الجديد والتي كان بإمكان المدين الأصلي التمسك بها في مواجهة الدائن (1). يلاحظ من خلال ما سبق توضيحه، بأن التجديد فيه خطر على مصالح الدائن و المدين وهذا عكس نظام حوالة الدين الذي جاء بضمانات كافية لحماية مصالح جميع الأطراف.

---

(1) المادة : 256 من القانون المدني.

إن التجديد كانت له مكانة معتبرة في ظل القانون الروماني و القوانين اللاتينية التي لم تعرف حوالة الدين، إلا أنه أصبح أقل أهمية و خاصة بالنسبة للقوانين الجرمانية والقوانين الأخرى التي تفضل الحوالة على التجديد، بل هناك من القوانين التي ألغت التجديد تماماً.

## المطلب الثاني: تمييز حوالة الدين عن الإنابة في الوفاء:

الإنابة في الوفاء هي عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص وهم المنيب والمناب أي الأجنبي والمناب لديه أي الدائن، وتقوم الإنابة كما تقضي المادة 294 من القانون المدني إذا حصل المدين -المنيب -على رضا الدائن بشخص أجنبي يقوم بالوفاء مكانه.

والغالب في الإنابة أن يكون المنيب دائناً للمناب، فيقبل المناب الإنابة ليقضي عن طريقها دينه قبل المنيب، كما لو أناب مالك العقار مستأجره في أن يدفع الأجرة إلى البنك مقرض المالك، فيقضي وفاء الأجرة في الوقت ذاته دين المستأجر لدى المالك ودين هذا الأخير لدى البنك، فعن طريق الإنابة تسوى جميع الديون بعملية واحدة .

إن الإنابة في الوفاء تختلف عن حوالة الدين من حيث طريقة الانعقاد، إذ الإنابة في الوفاء لا تتعقد إلا بطريقة واحدة فقط وتشتترط رضا الأطراف الثلاثة، و أن رضا الدائن هو ركن في الاتفاق على الإنابة، بينما رضا الدائن في الحوالة مبدئياً لا يعد ركناً في الاتفاق.

كما أن الإنابة في الوفاء تختلف من ناحية أخرى عن حوالة الدين من حيث الآثار التي ترتبها.

و قبل التطرق إلى الآثار المترتبة عن الإنابة في الوفاء، يجب بالضرورة التمييز بين نوعي الإنابة، فهناك إنابة قاصرة وإنابة كاملة .

فالإنابة القاصرة لا تؤدي إلى تبرئة ذمة المدين الأصلي، بل تضيف ذمة المدين الجديد إلى ذمة المدين الأصلي، أما الإنابة الكاملة فإنها هي التي تتشابه مع حوالة الدين باعتبارها تؤدي إلى براءة ذمة المدين الأصلي، إلا أنها تختلف عن الحوالة من حيث الآثار التي ترتبها.

وباعتبار أن هذه الإنابة ما هي في الحقيقة سوى صورة من صور التجديد بتغيير المدين (1)، فإنها ترتب نفس الآثار التي يترتبها التجديد بتغيير المدين كما سبق تفصيله.

إن الإنابة الكاملة تؤدي إلى تجديد الدين بتغيير المدين، فتقضي على الدين القديم الذي بين المنيب و المناب لديه، وتحل محله ديناً جديداً وهو دين المناب قبل المناب لديه، مثال على ذلك: بيع عقار مرهون وإنابة البائع للمشتري في دفع الثمن كله أو بعضه إلى الدائن .

إذن الإنابة في الوفاء يترتب عنها انقضاء الدين القديم بجميع صفاته و ضماناته ودفعه كما في التجديد. ويعتبر الالتزام الجديد الذي ينشأ في ذمة المناب للمناب لديه التزاماً مجرداً بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المناب للمنيب، أي عند رجوع المناب لديه على المناب لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المنيب والمتعلقة بالدين الأصلي، كما تقضي به المادة 296 من القانون المدني.

إن المناب يبقى ملزماً بتنفيذ التزامه نحو المناب لديه عن طريق التجديد في جميع الأحوال حتى ولو ثبت أن التزامه نحو المنيب بطل لأي سبب من أسباب البطلان، فلا يبقى أمامه سوى الرجوع بعد ذلك على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب(2). وهدف المشرع من جعل التزام المناب التزاماً مجرداً عن سببه هو تحقيق مبدأ إستقرار المعاملات وسرعتها، فلا يضطر المناب لديه إلى البحث عما قد يشوب العلاقة بين المنيب و المناب من عيوب ولذلك كانت للإنابة أهميتها في المعاملات التجارية حيث تشتد الحاجة إلى الإستقرار و السرعة(3).

ويلاحظ من خلال ما سبق توضيحه، أن الإنابة في الوفاء إن كانت لها أهميتها في المعاملات التجارية، فإنها تعتبر أقل أهمية بالنسبة لحالة الدين في المعاملات المدنية، لكون الإنابة في الوفاء كالتجديد تؤدي إلى انقضاء جميع التأمينات والدفع، وبالتالي لا توفر ما توفره حالة الدين من ضمانات وحماية كاملة لمصالح جميع الأطراف.

(1): المادة 295 من القانون المدني .

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 866 .

(3): رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، ط 2004، دار الجامعة العربية 38 ش سوتير الأزارطة ص 384.

### المطلب الثالث: تمييز حوالة الدين عن حوالة الحق

تعرف حوالة الحق على أنها اتفاق بين الدائن والأجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه ويسمى الدائن محيلاً والأجنبي محالاً له والمدين محالاً عليه(1).

إن حوالة الحق مثلها مثل حوالة الدين، تؤدي إلى انتقال الالتزام، إلا أن الاختلاف بين الحوالتين هو أن حوالة الحق تنقل الالتزام من جانبه الايجابي، تنقل الحق من دائن لآخر، بينما حوالة الدين تنقل الالتزام من جانبه السلبي، أي تنقل الدين من مدين لآخر، ولهذا يقال بأن حوالة الدين ما هي في الحقيقة سوى الوجه المعاكس لحوالة الحق.

كما أن الفقه الإسلامي عرف هو أيضا حوالة الحق، و تعرف لدى المذهب المالكي بإسم بيع الدين أو هبة الدين (2).

و نجد المشرع الفرنسي هو كذلك نظم حوالة الحق ضمن عقد البيع (3). أما المشرع الجزائري فقد نظم كلا من حوالة الدين و حوالة الحق في الباب المتعلق بانتقال الالتزام.

فقد يكون حق الدائن لم يحل بعد أجله، أو حل أجله ولكن هناك صعوبات عملية في الحصول على هذا الحق من المدين، في حين يكون الدائن في أمس الحاجة إلى المال فيحصل عليه من المحال له مقابل تحويل له حقه الذي في ذمة المدين، أما فائدة المحال له هو الحصول على فوائد الحق إلى يوم حلوله .

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 442.

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 422.

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذي له في ذمة مدينه ويحل أجل هذا الدين، فأحسن طريق بالنسبة للمحيل للوفاء بدينه هو أن يتنازل عن حقه و يحوله له في مقابل هذا الدين، فيكون المحال له قد إستوفى حقه الذي في ذمة المحيل بحق المحيل الذي في ذمة المدين-المحال عليه-وهذا هو الوفاء

بمقابل، لذا يقال أن حوالة الحق هي بيع حق بحق، بينما حوالة الدين ليست بيع دين بدين كما يرى الحنابلة و الذين يعتبرون أن الحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه، و هذا ما هو معتمد عليه أيضا لدى الحنفية بقولهم أن الحوالة ما وضعت للتمليك و إنما وضعت للنقل (1)

وإن كان المذهب المالكي يرى بأن حوالة الدين في الحقيقة هي بيعا، وذلك لأن المحيل يبيع ما له في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، و بما أن بيع الدين بالدين فيه غرر، و هو محذور في الشريعة الإسلامية، فإن ابن رشد الحفيد من المالكية جزم فيها إذ يقول بإطلاق: الحوالة مستثناة من بيع دين بدين (2).

إن حوالة الحق تختلف عن حوالة الدين من عدة نواحي :

#### 01- من حيث انعقاد الحوالة :

إن حوالة الحق تنعقد بطريقة واحدة فقط، وهذا ما تشير إليه المادة 239 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون رضا المدين".

ومن خلال تحليل نص هذه المادة، يتبين بأن حوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن و الأجنبي ولا تحتاج إلى رضا المدين، وذلك لأن انتقال الحق من دائن لآخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين، بينما حوالة الدين تنعقد بطريقتين، فالمادة 251 من القانون المدني تنص على الطريقة الأولى والتي تقضي بما يلي "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، أما المادة 257 من القانون المدني تنص على الطريقة الثانية والتي تقضي بما يلي " تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه على أن يتقرر فيه أن هذا الأخير يحل محل المدين الأصلي في التزامه ...".

---

(1): ملاحق تراجم الفقهاء، الموسوعة الفقهية، المصدر W.W.W. islam . g ov . kw، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المصرية، ص 19/178

(2): ملاحق تراجم الفقهاء، نفس المرجع السابق، ص 19/175.

ويلاحظ بأن طريقة انعقاد حوالة الحق تتشابه مع الطريقة الثانية لانعقاد حوالة الدين، إذ كلتا الحالتين لا تحتاج إلى رضا المدين، فحوالة الحق ليس فيها أي ضرر على مصالح المدين، وحوالة الدين تحقق فائدة للمدين، إذ تعمل على تبرئة ذمته المالية .

أما فيما يخص الطريقة الأولى لانعقاد حوالة الدين والتي تتم بين المدين والأجنبي، فإنها تختلف عن طريقة انعقاد حوالة الحق، إذ حوالة الحق تستوجب رضا الدائن لانعقاد الحوالة، بينما حوالة الدين تنعقد من دون حاجة لرضا الدائن .

**02- من حيث شروط نفاذ الحوالة :**

إن المدين في حوالة الحق بالرغم من أنه يعتبر أجنبيا عن العلاقة التعاقدية، فإن حوالة الحق تسري في حقه إذا ما قبلها أو أعلن بها، وهذا ما تقضي به المادة 241 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي "لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير، إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي".

ومعنى نص المادة أن المشرع منح خيارين لسريان الحوالة في حق المدين وهما إما قبول المدين لها أو الإعلان عنها، أي تسري الحوالة في حقه حتى ولو رفضها، إذ يكفي الإعلان له بها من أحد الطرفين.

كما أن حوالة الحق لا يحتج بها على المدين فقط، بل يحتج بها أيضا على الغير كما تشير إليه المادة السابقة الذكر والتي تشترط للاحتجاج بالحوالة على الغير، أن يكون لقبول المدين للحوالة تاريخ ثابت. والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو من هو هذا الغير؟

إن الغير في حوالة الحق هو كل من كسب حقا من جهة المحيل على الحق المحال به بتعارض مع حق المحال له ، فقد يكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول، لأن الدائن يمكن له القيام بحوالة نفس الحق مرتين، كما قد يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه.

بينما في حوالة الدين لا يمكن تصور هذا الغير بهذه الصورة، فالغير في هذه الحوالة لا يعدو أن يكون دائنا أو مدينا، وهذا حسب طريقة انعقاد حوالة الدين أو كفيلا أو مدينا متضامنا حسب الحالات.

ففي حوالة الدين بصورتها التي تتم باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد فإن الدائن هو الذي يعتبر في مركز الغير، ففي هذه الحالة لا يحتج بهذه الحوالة على الدائن، إلا إذا أقرها وهذا ما تقضي به المادة 252 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها".

أما حوالة الدين بصورتها الثانية و التي تتم باتفاق بين الدائن و الأجنبي، فإن المدين في هذه الحالة هو الذي يعد من مركز الغير، وبالرغم من أنه أجنبي عن هذا الاتفاق، فإن الحوالة تسري في حقه من دون أي شرط أو إجراءات و حتى لو رفضها، بل حتى ولو لم يعلم بها، إذ المشرع لا يشترط الإعلان عن الحوالة في هذه الحالة كما في حوالة الحق، وذلك لأن المدين في حوالة الدين لا يلتزم بأي شيء تجاه الدائن .

### 03- من حيث قابلية المحل للحوالة :

ففي حوالة الدين نجد المشرع لم يقيد الدين محل الحوالة بأي شرط ، إذ نص المادة 251 من القانون المدني الذي يجيز حوالة الدين جاء مطلقا ومن دون أي استثناء، بينما نص المادة 239 من القانون المدني الذي يجيز حوالة الحق جاء مقيدا، واستثنى بعض الحقوق والتي لا يمكن أن تكون محلا لحوالة الحق.

وهذه الحقوق المستثناة، إما أن تكون بنص قانوني نظرا لاعتبارات ترجع في الغالب إلى أنها تتصل اتصالا وثيقا بشخص الدائن، مثال على ذلك ما تقضي به المادة 542 من القانون المدني والتي تنص على أنه لا يجوز للمستعير دون إذن المعير أن يتنازل عن الإستعمال للغير.

كما أنه بالرجوع إلى المادة 240 من القانون المدني نجدها لا تجيز حوالة الحق، إلا إذا كان الحق قابلا للحجز، وهذا معناه أن كل الحقوق غير القابلة للحجز والواردة في المواد من 636 إلى 639 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي من بينها النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لا تجاوز ثلثي الأجر، الأجور والمرتبات ومعاشات التقاعد أو العجز الجسماني لا تصح أن تكون محلا للحوالة.

وإما أن يكون هذا الاستثناء بمقتضى اتفاق منذ البداية بين الدائن والمدين على عدم حوالة الحق الذي في ذمة المدين، أو أن الحوالة لا تجوز إلا برضا المدين.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن الحق يكون غير قابل للحوالة بسبب طبيعة الالتزام كما هو عليه الحال في الحقوق التي تتعلق بالعقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد، كحق الشريك في شركة الأشخاص، وحق المستأجر في إيجار اعتبرت فيه شخصيته، وكذلك الحقوق التي تكون بطبيعتها متصلة اتصالا وثيقا بشخص

الدائن مثل حق الدائن في النفقة وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي ما لم يطالب به أمام القضاء .

#### **04-من حيث الآثار المترتبة عن الحوالة :**

إن الحوالة ترتب نفس الآثار، سواء كانت حوالة حق أو حوالة دين، فحوالة الحق تنتقل الحق بذاته إلى دائن جديد أي بصفاته ودفوعه و ضماناته كالكفالة و الامتياز و الرهون ،كما تشمل ما حل من أقساط، وهذا ما تقضي به المادة 243 من القانون المدني.

وحوالة الدين تنتقل الدين بذاته بصفاته ودفوعه وكل ضماناته إلى المدين الجديد إذتقضي المادة 254 من القانون المدني على أن يحال الدين بكامل ضماناته، إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة تستثني انتقال الكفالة سواء كانت شخصية أو عينية والتي تنص على مايلي "غير أنه لا يبقى للكفيل عينا كان أو شخصيا التزام تجاه الدائن، إلا إذا رضي بالحوالة".

إن الكفالة لا تنتقل في حوالة الدين، لأن المدين يتغير بالنسبة للكفيل ،ولا يمكن إجبار الكفيل على كفالة مدين مدين آخر من غير رضاه ،باعتبار أن الكفالة تقوم على أساس الثقة،بينما الكفالة في حوالة الحق تنتقل مع الحق إلى المحال له و من دون حاجة إلى رضا الكفيل ،لأن الشخص الذي يتغير في حوالة الحق هو الدائن وليس المدين .

**أما فيما يخص التزام المحيل:**ففي حوالة الحق نجد المحيل(الدائن) غير ملزم قانونا بضمان يسار المدين المحال عليه وقت الحوالة كما تقضي به المادة 01/245 من القانون المدني،بينما المحيل ( المدين) في حوالة الدين فهو ملزم قانونا بمقتضى المادة 255 من القانون المدني بضمان يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة،والعلة في عدم الزام المشرع المحيل في حوالة الحق بضمان يسار المدين هو أن هذا المحيل ملزم قانونا بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة إذا كانت الحوالة بعوض،أما إذا كانت الحوالة من دون عوض فبطبيعة الحال فهو بالإضافة إلى أنه غير ملزم بضمان يسار المحال عليه فهو غير ملزم أيضا بضمان وجود الحق وقت الحوالة وهذا ما تقضي به المادة 244 من القانون المدني.

## **20**

وخلاصة القول أن كلا من الحوالتين لهما فائدة من الناحية العملية والاقتصادية ولهما مكانتهما الخاصة،ويجب الأخذ بهما معا،لأن في الحقيقة وإن كان لكل نظام قواعده الخاصة،فهما يعتبران نظامين متكاملين.

#### **المطلب الرابع: تمييز حوالة الدين عن حوالة العقد**

إن أهم نقاط تمييز حوالة الدين عن حوالة العقد تتمثل فيما يلي:  
**01- من حيث التنظيم:**

إن حوالة الدين نظمها المشرع في نظام خاص، بينما حوالة العقد لم تنظم، بل أشار إليها المشرع في بعض النصوص المتفرقة ولم ينظم سوى حالة واحدة من العقود الملزمة للجانبين وهو عقد الإيجار بإسم التنازل عن عقد الإيجار في المواد 505، 507، 506 من القانون المدني .

**02- من حيث محل الحوالة :**

إن حوالة الدين هي اتفاق ينقل بموجبه الدين من المدين الأصلي إلى المدين الجديد والذي يحل محل المدين الأصلي في التزامه السلبي فقط، بينما حوالة العقد هي عبارة عن تنازل كلي للعقد وهي تصرف قانوني ينقل بموجبه مركز أحد المتعاقدين في العلاقة القانونية الناشئة عن العقد القائم بما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، بالإضافة إلى ما يرتب هذا المركز العقدي أو الصفة العقدية من بعض الحقوق الترخيصية التي تتضمنها الرابطة العقدية. (1) و يقصد بالحقوق الترخيصية هي تلك الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة (2)، مثل حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وحق الانهاء بالارادة المنفردة للعقد غير محددة المدة، أو حق اختيار محل الوفاء في الالتزامات التخييرية.

- 
- (1):نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام ،دار المعرفة الجامعية،ش  
سوتير الأزاريطه ، الاسكندرية ، ط 1999 ، ص 297 .  
(2):نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 341.

**03- من حيث مصدر الحوالة:**

إن مصدر حوالة الدين هو الاتفاق، بينما حوالة العقد يكون مصدرها الاتفاق أو القانون، فهناك عدة حالات أين نص المشرع على الحوالة القانونية للعقد في بعض النصوص المتفرقة، مثال على ذلك ما نص عليه المشرع فيما يخص حوالة عقد التأمين، فإذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف، فإن

أثر التأمين يستمر لفائدة الوارث أو المتصرف إليه، شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقدو أن يتم التصريح بذلك لشركة التأمين(1).

وكذلك ما نص عليه المشرع أيضا في المادة 496 مكرر 3 من القانون المدني والتي تقضي بما "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية وكذلك ما نص عليه المشرع، على أنه لا يمكن تحويل رخصة إبلاغ المصنف إلى الجمهور للغبر دون موافقة مسبقة من المؤلف أو من يمثله، إلا في حالة تحويل المحل التجاري (2).

إذا حوالة العقد بمختلف أنواعها فإنها تؤدي إلى تنصيب الأجنبي-المتنازل له- في مركز المحيل سواء برضاه أو من دون رضاه حسب الأحوال ، فالمتعاقد- المحال عليه -يصبح مرتبطا بطرف متعاقد جديد في تنفيذ التزامات العقد(3).

---

(1): المادة 24 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 13.

(2): المادة 103 من الأمر 97-10 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 13.

3-EMMANUEL JEULAND . CESSION DE CONTRAT ( RECUEIL -CONTRATS ET OBLIGATIONS ENCYCLOPEDIE RUE 07JURIDIQUE DALLOZ PUBLICATION TRIMESTRIELLE 03 AVRIL 2003 EDI. DALLOZ 31 35-FROIDEVAUX, 75685 PARIS CEDEX 14. P

#### 04- من حيث آثار الحوالة:

إن المدين في حوالة الدين في الأصل يلزم بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة و لا يلزم بضمان تنفيذ المحال عليه لالتزاماته، بينما في حوالة العقد، كما في التنازل مثلا عن الإيجار، فإن المشرع خرج عن الاحكام العامة في حوالة الدين وذلك بتشديده للضمان فلم يكتف بأن يضمن المتنازل(المستأجر)يسار المتنازل له وقت التنازل ، بل جعله يضمن يسار المتنازل له وقت مطالبة المؤجر(المتنازل

لديه) بتنفيذ التزامه (1)، فيكون في هذه الحالة بالنسبة للمتنازل له في موقف يشبه موقف الكفيل، فإذا أصبح المتنازل له معسرا أثناء مطالبته بالإيجار، فإن المؤجر يرجع على المتنازل بالضمان حتى ولو لم يرد في عقد الإيجار شرط المنع من التنازل عن الإيجار للغير، إذ المشرع لم يكتف بالإقرار الضمني السابق عن التنازل والمتمثل في شرط عدم المنع من التنازل الوارد في عقد الإيجار، بل يشترط صراحة موافقة المؤجر كتابة للتنازل عن الإيجار، و من تطبيقات ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 20/12/1993 (2) ولهذا لم يحرم المؤجر من تأمين تكميلي، بينما في حوالة الدين نجد المدين الأصلي في المرحلة ما قبل إقرار الدائن للحوالة يبقى مدينا أصليا للدائن وليس ضامنا.

---

(1): المادة 506 من القانون المدني.

(2): قرار المحكمة العليا ملف رقم 111220، المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الأول ، ص157.

## الفصل الأول

### شروط حوالة الدين.

24

إن حوالة الدين هي عبارة عن اتفاق بين طرفين على تحويل الدين الذي في ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد الذي يحل محله ، وما دام أن حوالة الدين هي عبارة عن عقد ، فإنها تخضع ككل العقود للشروط العامة الواجب توافرها في العقد ، كما أنها و باعتبارها عقدا من نوع خاص فإنها تخضع من ناحية أخرى لشروط خاصة .

إن المشرع يجيز حوالة الدين من دون رضا الدائن بالرغم من أنها تشكل خطرا على مصالح الدائن، و السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الصدد هو كالتالي : هل بالفعل حوالة الدين تصح في جميع الحالات من دون رضا الدائن ؟

وباعتبار أن حوالة الدين تضر بمصالح الدائن وبمصالح الغير، فهل هذه الحوالة تسري في حقهم مباشرة، أم لا بد من شروط لنفاذها في حقهم؟ وسوف نحاول الاجابة عن كل هذه الأسئلة المطروحة من خلال دراستنا لهذا الفصل و الذي قسمناه إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول: شروط انعقاد الحوالة بصفة عامة، و في المبحث الثاني نتطرق إلى مدى صحة الحوالة من دون رضا الدائن مع التعرض إلى موقف الفقه و التشريع، أما المبحث الثالث سوف نتعرض فيه إلى شروط نفاذ الحوالة في حق الدائن وفي حق الغير.

## 25

### المبحث الأول

#### شروط انعقاد الحوالة .

ويقصد بشروط انعقاد الحوالة الشروط العامة الواجب توافرها لصحة العقد و هي الرضا والمحل والسبب وكذلك الشروط الخاصة، لهذا سوف ندرس في هذا المبحث الشروط العامة في المطلب الأول والشروط الخاصة في المطلب الثاني .  
**المطلب الأول : الشروط العامة لانعقاد الحوالة .**  
**الفرع الأول : ركن الرضا وصحته .**

#### 01- الرضا:

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون (1).

فالعقد لا يتم إلا إذا كان هناك إقتران إرادتين متطابقتين.  
والمقصود بالإرادة هي تلك الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين و هو إنشاء الالتزام.

فالتعبير عن الإرادة يمكن أن يكون تعبيراً صريحاً أو ضمنياً. (2)  
إن التعبير عن الإرادة عنصراً جوهرياً في التراضي وتقوم على أساس التمييز الكامل و عليه فإن هذه الإرادة يجب أن تصدر عن ذي أهلية، والمقصود هنا من الأهلية هي أهلية الأداء أي صلاحية الشخص لممارسة الحق .  
إن الأهلية تكون مرتبطة بسن الفرد و بحالته الصحية الجسدية و العقلية ، كما قد ترتبط بظرف مادي أو قانوني يحول دون إمكان القيام بالتصرفات القانونية .  
فالأهلية من حيث السن تكتمل ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة، كما تقضي به المادة 40 من القانون المدني .

---

(1): المادة 59 من القانون المدني.

(2): المادة 60 من القانون المدني.

## 26

وقد تأثر الحالة الصحية و العقلية للفرد على عنصر الإدراك و التمييز، فقد تنقص منه و يترتب عن هذا نقص الأهلية فقط أو تعدمه و تجعل من الأهلية منعدمة كما في حالة الجنون و العته الذي يعد التمييز و الإدراك كلية ، ففي هذه الحالة نكون أمام انعدام الأهلية و تكون تصرفات الشخص باطلة بطلاناً مطلقاً .

أما نقص الأهلية يكون في حالة بلوغ الشخص سن التمييز و الذي هو 13 سنة، كما تقضي به المادة 42 من القانون المدني ، أو يكون قد بلغ سن الرشد و اعتراه سفه أو غفلة، ففي هذه الحالة التمييز لا ينعدم لديه وله الحق في مباشرة بعض التصرفات والتي تعد تصرفات نافعة نفعا محضاً له، أما

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنها لا تجوز قانوناً إلا بعد موافقة الولي في حين التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فإنه لا يجوز مباشرتها ولو بموافقة الولي. مثلاً إذا كان المحال عليه وهو ناقص الأهلية قد قبل بالحوالة من دون

مقابل، أي قصد التبرع ، فإن تصرفه يعد غير جائزاً قانوناً، حتى ولو وافق وليه وله الحق في ابطال الحوالة .

وقد يصيب الشخص بعاهة ويتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب تلك العاهة مثل ما نص عليه المشرع في المادة 80 من القانون المدني و التي تقضي بأنه " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ... ويكون قابلاً للابطال كل تصرف عين من أجله وصي قضائي، إذا صدر من الموصي عليه بعد تقييد قرار الوصاية " .

بالإضافة إلى ذلك قد يكون هناك ظرف قانوني يمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية رغم تمتعه بكامل قواه العقلية و الجسدية، فالمحكوم عليه جنائياً فطبقاً لنص المادة 06 من قانون العقوبات يقضي عليه بالحجر و يمنع من مباشرة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية (1). أما موانع الأهلية بسبب ظرف مادي، فهي تتمثل في حالة المفقود و الغائب المنصوص عليها في المادتين 109 و 110 من قانون الأسرة.

---

(1): ملف رقم 43476 من المجلة قضائية ، العدد 01 لسنة 1993 ، ص 14 .

## 27

ولكي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني، لا بد أن يكون هناك إيجاب موجه إلى شخص معين أو غير معين، ثم صدور قبول من الشخص الموجه إليه هذا الإيجاب ويجب أن يصل هذا القبول إلى علم من وجه إليه و بهذا يتم اقتران الإرادتين .

إن مجرد السكوت لا يعد قبولاً، استناداً على القاعدة الشرعية التي تقول لا ينسب لساكت قول.

إلا أن هذا المبدأ العام وضع له المشرع استثناءات في نص المادة 68 / 02 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي: " و يعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه " .

و لهذا نجد المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى التي تأخذ بحوالة الدين لا يعتد بسكوت الدائن (فيما يخص اقرار الحوالة ) و يعتبره رفضا لكون حوالة الدين قد تشكل خطرا على مصالح الدائن ، كما سنرى لاحقا .

## 02 - صحة الرضا:

لكي يصح الرضا لا بد أن يكون التعبير صادرا عن رضا خاليا من كل العيوب والتي تتمثل في الغط ، التدليس ، الاكراه ، الغبن والاستغلال و التي نص عليها المشرع من المادة 81 إلى 90 من القانون المدني .

إن عيوب الرضا لا تعدم الإرادة وبالتالي فإن التصرف الصادر من المتعاقد الذي شاب إرادته عيب من العيوب المذكورة، فإنه يعد تصرفا صحيحا وحماية لهذا المتعاقد، فإن القانون أجاز له التمسك بإبطال هذا التصرف .

(أ) - **الغلط:** إن الغلط هو تصور خاطيء في ذهن الشخص للأمر و الأشياء وحالة توهم غير الواقع ، وقد يقع الغلط في ماهية أوطبيعة العقد، كمن يقبل حوالة الدين على أساس قرض ، في حين هي على أساس هبة، وقد يكون الغلط في صفة الشيء كأن يتعلق بمادة الشيء، وقد يكون الغلط في ذات المتعاقد والذي يكون في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل إعتبار، مثل عقد الهبة وعقد الوكالة والتي تبرم مع أشخاص معينة بالذات والتي هي محل ثقة بالنسبة للمتعاقد، فالعبرة إذا بشخص المتعاقد، لأنه لو لاشخص مقصود بالذات، لمقام الواهب بالهبة ولما قام الوكيل بالوكالة .

## 28

و قد يكون الغلط في صفة المتعاقد ويدفع الشخص إلى التعاقد، كمن يؤجر مسكنا لشخص متزوج في حين أنه أعزب .  
والغلط الذي يبطل العقد هو الغلط الجوهرى، ولكي يكون الغلط جوهريا، يجب أن يكون غلطا جسيما و مؤثرا .

فالغلط الجسيم هو الغلط الذي يبلغ درجة من الخطورة و الأهمية تستدعى تدخل القانون لحماية المتعاقد (1) . أما الغلط المؤثر، فهو الغلط الدافع إلى إبرام العقد .

أما الغلط في القانون هو غلط ينصب على جهل المتعاقد لحكم القانون في مسألة معينة فيتعاقد وفقا لذلك (2)، بشرط أن لاتعتبر هذه المسألة من النظام العام .

ويكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون، إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا لنص المادتين 81 و 82 من القانون المدني ما لم يقضي القانون بغير ذلك".

وكمثال على الغلط في القانون، هو كأن يلتزم المحال عليه في حوالة الدين بدفع دين طبيعي قصد الوفاء بما له من دين في ذمة المدين الأصلي الذي سقط بالتقادم و هو يعتقد أن هذا الدين ملزما له مدنيا، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد.

أما الغلط المادي كالغلط في الحساب أو غلطات القلم، فإن مثل هذا الغلط لا يؤثر على صحة العقد باعتبار أن مثل هذه الغلطات ليست ناتجة عن وهم انصرفت إليه إرادة المتعاقد وقت إبرامه للعقد إذ يكفي فقط تصحيح هذا الغلط.

- 
- (1): علي فيلالي - الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رغاية - الجزائر - 2005. ص 110.
- (2): فريدة محمد زواوي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة رغاية الجزائر، سنة 2000، ص 123.

## 29

**(ب) التدليس:** هو استعمال شخص طرقا احتيالية لايقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، أي أنه هو غلط مستثار يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر.

ويتكون التدليس من عنصرين: عنصر مادي و الذي يتمثل في الطرق و الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد و دفعه على إبرام العقد، و هذه الوسائل المشار إليها في المادة 86 من القانون المدني تتمثل في الحيل التي تشمل مختلف الأفعال و الأقوال التي تؤدي إلى وقوع الشخص في غلط جوهري، وفي الكذب والذي يشترط أن يكون قد بلغ درجة معينة من الخطورة، أي لا يستطيع المتعاقد اكتشاف الحقيقة بنفسه، رغم ما إتخذ من احتياطات وما بذله من جهد، أما السكوت العمدي أو الكتمان عن واقعة أو ملابسة فإنه لا يعتبر في جميع الحالات تدليسا، إلا إذا أثبت المدلس عليه، بأنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو

الملابسة، وهذا ما تضمنه نص المادة 86 من القانون المدني الذي ينص على ما يلي " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملبسة . "

أما العنصر المعنوي للتدليس فإنه يقصد به نية التضليل والخداع عند المدلس، أثناء استعماله مختلف وسائل الحيل و هذا قصد حمل المتعاقد على إبرام العقد .

ولكي يكون التدليس سببا لمبطل للعقد لابد من توفر شرطين: و هما أن يكون التدليس مؤثرا أي هو الدافع للتعاقد وأن يصدر هذا التدليس من المتعاقد و ليس من الغير إذ التدليس الصادر من الغير لا يعتد به، إلا إذا كان المتعاقد عالما بتدليس الغير أو من المفروض أن يعلم بذلك .

### 30

**(ج) الاكراه:** يعرف الفقهاء الاكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص ، فيندفع إلى التعاقد .

إن مختلف التهديدات التي تستعمل في الاكراه، ليست هي بذاتها التي تفسد الرضا وإنما الخوف والرغبة التي تبعثها هذه التهديدات في نفس المتعاقد هي التي تفسد الرضا و تكون سببا لابطال العقد ، وهذا ما يؤكد عليه المشرع من خلال نص المادة 88 من القانون المدني الذي ينص على أنه " يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق " .

ولكي يعتد بالاكراه ويعد سببا لابطال العقد ، فلا بد من توفر شروط معينة، وهذه الشروط تتمثل في وجود خطر جسيم ، أي خطر كبير يهدد الإنسان أو أحد أقاربه في سلامة جسمه ، أو شرفه، أو ماله ، وأن يكون هذا الخطر خطرا محققا أي

يكون على وشك الوقوع من لحظة لأخرى وأن تكون الوسائل المستعملة في الاكراه وسائل غير مشروعة.

وأن يكون الاكراه صادرا من المتعاقد، لأن الاكراه الذي يفسد الرضا والذي يكون سببا مبطلا للعقد، هو ذلك الاكراه الذي يكون صادرا من المتعاقد معه، أما إذا كان الاكراه صادرا من الغير فلا يكون سببا مبطلا للعقد، إلا إذا ثبت أن الشخص المتعاقد معه كان على علم بهذا الاكراه أو كان من المفروض أن يعلم به و هذا ما أكد عليه المشرع في نص المادة 89 من القانون المدني.

أما حالة الضرورة التي تضغط على إرادة المتعاقد، والمتولدة من الظروف الاقتصادية والاجتماعية و الصحية والتي تكون قد تهيأت بمحض الصدفة ، فإنها لا تعد في حكم الاكراه، إلا إذا إستغلها المتعاقد الآخر الذي يدفع من كان في هذه الظروف إلى ابرام العقد.

إن المشرع الجزائري لم ينص على حالة الضرورة في المواد المتعلقة بالاكراه إلا أنه يعتد بحالة الضرورة في مجال الاستغاثة البحرية. (1)

---

(1): المادة 344 من الأمر 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن القانون البحري. والتي تنص على ما يلي "كل اتفاقية خاصة بالاسعاف، تبرم عند وقوع الحادث و تحت تأثير الخطر ، يمكن الغاؤها أو تعديلها من طرف المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف".

### 31

**(د) الغبن الإستغلالي:** يعرف الفقهاء الغبن بأنه هو عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين و اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين (1). وحسب التعريف السابق للغبن، فإنه لا يمكن تصور هذا الغبن إلا في عقود المعاوضة. إن الغبن هو العنصر المادي للاستغلال ويقدر وقت التعاقد ولا عبرة بتغيير القيم بعد ذلك.

إن مجرد تفاوت بين القيمة المادية للالتزامات المتعاقدين حسب النظرية المادية، يكفي أن يكون عيبا قائما بذاته يسمى الغبن، وكما يسميه رجال الكنيسة الثمن العدل - juste prix - أو الأجر العدل - juste salaire - (2).

إن مختلف الفقهاء يعتبرون الغبن هو عيبا مستقلا وقائما بذاته لا عيبا في الرضا، ولا يعتد بالغبن إلا في حالات نادرة، ولهذا فإن المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات الحديثة مثل التشريع الفرنسي والمصري، فإنه نص على حالتين فقط للغبن وهي حالة بيع العقار وحالة قسمة المال الشائع في المادتين 258 و 732 من القانون المدني .

إلا أن بعد تطور النظرية المادية و ظهور النظرية النفسية في الإستغلال ، فإن التقنيات الحديثة أصبحت تأخذ بهذه النظرية الحديثة -النفسية - والتي تعدد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد و ليس بقيمة الشيء بذاته .  
وعليه فإن مجرد التفاوت في التزامات الطرفين، لا يعد بحد ذاته سببا مبطلا للعقد باعتباره لا يعد عيبا في الرضا، إلا أنه يصبح عيبا في الرضا إذا ما تم إستغلال المتعاقد الطيش البين أو الهوي الجامح لدي الطرف الآخر ، حتي يحصل على عدم التوازن في قيمة الالتزامات (3) و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري بنص المادة 90 من القانون المدني ، إذ يجيز إبطال العقد إذا كان هناك إستغلال لضعف المتعاقد لسبب طيش بين أو هوى جامح أو إنقاص التزام هذا المتعاقد حماية له .

- 
- (1):همام محمد محمود و محمد حسين منصور ، مرجع سابق ص 265 .  
(2):عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،مصادر الالتزام ، المجلد الأول الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 ص 387 .  
(3): همام محمد محمود و محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 27 .

## 32

### الفرع الثاني : ركن المحل .

إن المحل هو ما يلتزم به المدين و هو إما أن يكون إعطاء شيء ، أو نقل حق عيني و إما أن يكون أداء عمل ، أو الإمتناع عن عمل .  
وإذا كانت حوالة الحق فيها استثناءات من حيث نوع الحقوق التي تكون محلا للحوالة ، كما سبق الإشارة إليه ، فإن نص المادة 251 من القانون المدني والذي يجيز حوالة الدين ، لم يضع أي استثناء ، أو قيد فيما يخص الديون التي تكون محلا للحوالة ، وهذا السكوت يعني أن كل الديون تصح أن تكون محلا للحوالة (2) .  
والمحل في حوالة الدين، هو الدين المحال به ذاته بصفاته وخصائصه و ضماناته و دفعه كما سنرى .  
و لا فرق بين ما إذا كان مؤجلا أو معجلا أو معلقا على شرط ، بل يمكن أن يرد حتى على دين مستقبل .  
شروط المحل :

يجب أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود ، معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا.

### **الشرط الأول: أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود.**

يجب أن يكون المحل موجودا في الحالات التي يتعلق بها الالتزام بنقل حق عيني أو حق مالي آخر من المدين إلى الدائن و يجب أن يكون المحل موجودا قبل أو أثناء نشوء الالتزام.

ولا يشترط أن يكون المحل موجودا في الحال ،بل يكفي أن يوجد في المستقبل بشرط أن يكون محقق الوجود و ليس مستحيلا .

---

1- NOUR-EDDINE TERKI- les obligations - Responsabilite civile et regime général -OFFICE DES  
PUB LICATIONS UNIVERSITAIRES - 1982 . 29 , RUE -ABOU NOVAS , HYDRA, ALGER. p 205.

### **الشرط الثاني: يجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين.**

يختلف تعيين المحل حسب نوعه، فإذا كان من الأشياء القيمية فإنها تعين عن طريق تعريفها وتحديد وصفها وصفا مانعا للجهالة .

أما إذا كان من المثليات وباعتبارها غير معينة بالذات، فهي تعين بجنسها ونوعها ومقدارها، أما إذا كان محل الالتزام نقودا كما في عقود البيع فلا بد من تعيين الثمن إلا أن هذا لا يعني حتما تحديده بصفة دقيقة و نهائية و قت إبرام العقد. إن عدم تعيين الثمن في عقود غير عقود البيع لا يبطل العقد ، لأنه يمكن تحديده لاحقا حسب المدة الزمنية المستغرقة .

### **الشرط الثالث: أن يكون المحل مشروعا.**

بالإضافة إلى شرط وجود المحل و شرط التعيين يجب أن يكون المحل مشروعا و غير مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، أي لا يمس بالمصلحة العامة للمجتمع إذ طبقا للمادة 96 من القانون المدني يترتب على مخالفة المحل للنظام العام

و الآداب العامة البطلان المطلق للعقد .  
كما يشترط في المحل أن يكون مما يجوز التعامل به قانونا ، لأن القانون يمنع التعامل ببعض الأشياء لعدة اعتبارات ،كأن تكون لاعتبارات خلقية مثل منع التعامل في التركة المستقبلية كما تقضي به المادة 92 من القانون المدني، لأنها تؤدي إلى التمني بتعجيل الوفاة ،و هذا يعد تضاربا على حياة الإنسان ، وقد يكون المنع لاعتبارات تخص النفع العام ،مثل منع التصرف في الأملاك العمومية (1).  
وقد يكون المنع لاعتبارات تمس بالصحة العمومية مثل منع التعامل بالمخدرات(2).

- 
- (1):المادة 04 من القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالأملاك الوطنية الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الجزائرية / العدد رقم 52.  
(2):المادة 161 ، 162 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 / 02 / 1985 و المتعلق بالصحة العمومية و ترقيتها ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 88-15 مؤرخ في 03 ماي 1988 و بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 / 07 / 1990 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/العدد 35 .

## 34

### الفرع الثالث: ركن السبب

يعرف الدكتور السنهوري السبب بأنه هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه (1). أما البعض الآخر من الفقهاء يعرفون السبب بأنه هو الغرض والدافع الذي يدفع كل متعاقد إلى إبرام العقد  
لماذا هذا الطرف المتعاقد أبرم العقد ؟(2) ففي حوالة الدين يختلف السبب حسب الغرض المقصود من الحوالة، فقد تكون بمقابل كما إذا كان المحال عليه مدينا للمحيل والمقابل هنا هو تبرئة المحال عليه تجاه المحيل، أو قد تكون بغرض القرض كما إذا لم تكن هناك علاقة مديونية من قبل بين الطرفين وقد تكون بقصد التبرع .

إن السبب عنصر متميز عن الإرادة و لكنه متلازم معها ، وبالتالي لا يمكن تصور تصرف ناتج عن إرادة من دون سبب ، لأن السبب هو الغرض الذي إنصرف إليه الإرادة .

إن النظرية التقليدية تشترط أن يكون السبب موجودا ومشروعا ، إلا أنها أنتقدت من طرف النظرية الحديثة ، على أساس أنه لا يمكن معرفة مشروعية السبب ، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار بالسبب المباشر فقط ، فلا بد من البحث عن السبب غير المباشر والذي يتمثل في الباعث، أو الدافع إلى التعاقد ، وهذا أمر نفسي يختلف من شيء لآخر ومن عقد لآخر حتى بالنسبة للعقود التي تكون من نوع واحد .

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع السابق ، ص 451 .

2-FRANÇOIS CHABAS - HENRI ET LEON MAZEAUD , JEAN MAZEAUD , LECONS DE DROIT CIVIL.TOME 2 PREMIER VOLUME , OBLIGATIONS - THEORIE GENERALE . 9eme EDITION EDITIN DELTA 2000 . DISTRIBUTION LIBRAIRIE LE PONT JDEIDET -EL- METN , BEYROUTH LIBAN ,BP 90562 , P/195.

## 35

وعلى عكس النظرية التقليدية، أصبحت العبرة بسبب العقد وليس بسبب الالتزام وأصبح السبب هو الدافع إلى إبرام العقد و الذي يتمثل في الاعتبار الشخصنة والنفسية (1).

أما موقف المشرع الجزائري فإنه يظهر من خلال نص المادة 98 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك .

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتي يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

إن المشرع لما إفترض أن لكل التزام سببا مشروعاً، فإنه يكون قد أخذ بالسبب المباشر هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنه يأخذ بالبائع أي بالسبب غير المباشر الذي جاءت به النظرية الحديثة ، لما إعتبر أن لكل التزام سببا مشروعاً ما لم يقد الدليل على غير ذلك .

أما القوانين الجرمانية، فإنها تعتبر حوالة الدين كحوالة الحق مصدراً للالتزام مجرد، وأنها لا تعتد بالبائع، فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الدافع الذي دفع إلى التعاقد، فهي تأخذ بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية ، أي بالسبب المباشر تمييزاً عن البائع (2).

والتجريد حسب ما هو معرف من طرف الأستاذ عبد الحي حجازي في معناه العام، هو اعتبار الشيء من حيث هو بقطع النظر عن عناصر تحقيقه، وقد يقال بناء على ذلك ، أن الالتزام المجرد هو الالتزام الذي يعتبر كاملاً وبالتالي صحيحاً لمجرد أن الملتزم أراد أن يلتزم (3).

- 
- (1): علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 197 .  
(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ص 527 .  
(3): علي فيلالي ، مرجع سابق هامش ص 205 .

## 36

إن المشرع يرتب بطلان العقد في حالة عدم مشروعية السبب بمقتضى نص المادة 97 من القانون المدني، إلا أن بعض الفقهاء يشترطون أن يكون المتعاقد الآخر على علم بعدم مشروعية السبب، أو كان في إستطاعته العلم به حتى يعتد بالسبب غير المشروع ويعد سبباً مبطلاً للعقد، وهذا حفاظاً على إستقرار المعاملات و مصالح الطرف المتعاقد الذي كان حسن النية (1).

أما الشروط الشكلية ، فإنها لا تشترط في حوالة الدين، إلا إذا كانت هذه الحوالة تتعلق مثلاً، بنقل ملكية عقار، أين يتطلب القانون شروطاً شكلية معينة .

---

(1): همام محمد محمود و محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 254 .

## 37

### **المطلب الثاني : الشروط الخاصة لانعقاد الحوالة:**

بالإضافة إلى وجوب توفر في الحوالة كل الشروط العامة السالفة الذكر ، فإنه يجب توفر أيضا شروطا خاصة لصحة الحوالة ، والتي هي تتمثل في ثلاثة شروط نتناولها في الفروع التالية:

### **الفرع الأول : أن لا يكون هناك نص قانوني يمنع حوالة الدين.**

هناك حالات تمنع فيها حوالة الدين بنص قانوني ، و من بين هذه الحالات على سبيل المثال، حوالة الدين في عقد الوديعة ، فلا يجوز للمودع لديه أن يحل غيره محله في التزامه بحفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، و هذا ما يقضي به نص المادة 593 من القانون المدني و الذي ينص على ما يلي "ليس للمودع لديه

أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة وعاجلة.

فإذا لم يصدر إذن صريح من طرف المودع و الذي هو الدائن ، فإن الدين المتعلق بالالتزام بحفظ الوديعة لا يمكن أن يحول من المودع لديه لشخص أجنبي ، فإذا تم ذلك أعتبرت هذه الحوالة باطلة لمخالفتها لهذا النص ، إلا إذا أثبت المودع لديه بأنه كانت لديه ضرورة ملحة وعاجلة حالت دون تمكينه من حفظ الوديعة بنفسه . وبالرجوع إلى القانون المنظم للصفقات العمومية نجد المشرع يمنع تنازل المتعاقد عن التزامه في تنفيذ أشغال المشروع لمقاول آخر دون إذن صاحب المشروع (1).

ويلاحظ بأن المشرع يشترط في حوالة الدين في بعض الحالات ضرورة صدور الإذن الصريح من الدائن، وهذا القيد يقصد منه التضييق من دائرة التعامل بحوالة الدين لغرض حماية مصالح الدائن.

---

(1): المادة 96 / 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 52 و المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301-2003 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003 .

من البديهي أن يكون الدين غير قابل للحوالة في الحالات التي تراعى فيها شخصية المدين (1) كما في العقود ذات الاعتبار الشخصي أين يكون لشخص المتعاقد أولصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها ، ففي العقود ذات الطابع الفني، فإن الشخص المتعاقد يكون محل اعتبار ، كالتعاقد مثلا مع مهندس معماري مشهور، فإن شخص هذا المهندس تكون هي الدافعة للتعاقد ، كما أن الاعتبار الشخصي قد يتعلق بصفة من صفات المتعاقد ، كالثقة ونزاهة و مهارة المقاول مثلا، ونظرا لطبيعة العمل الذي يؤديه المدين في هذه الحالات و التي تحتاج إلى فن و مهارة خاصة ، فلا يمكن له تحويل التزامه إلى شخص أجنبي، وهذا ما هو

منصوص عليه في المادة 169 من القانون المدني و التي تقضي بما يلي " في الالتزام بعمل ،إذا نص الاتفاق ،أو إستوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

ففي شركات الأشخاص مثل شركات التضامن و التي تتكون من عدد قليل ويعرف كل منهم الآخر و غالبا ما تتكون من أفراد أسرة واحدة ، فإنها تقوم على الاعتبار الشخصي و الثقة المتبادلة بين أعضائها،ولكون أن كل شريك في شركات التضامن مسؤول فيها مسؤولية تضامنية و غير محدودة عن ديون الشركة إذ يسأل حتى في أمواله الخاصة، فإن الغير يقبل على التعامل مع هذه الشركات و يمنحها إئتمانه (2)، وعليه فإنه لا يجوز للمدين في شركات التضامن حوالة دينه لأجنبي بغير رضا الدائن .

- 
- (1):عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان - 1998 .هاش ص 560 .
- (2):عباس حلمي المنزلاوي ،القانون التجاري الشركات التجارية - ديوان المطوعات الجامعية -الساحة المركزية بن عكنون - الجزائر - 1984 ، ص 53 .

## 39

### الفرع الثالث :أن لا يكون هناك اتفاق يمنع الحوالة .

من البديهي أن للأطراف كامل الحرية في إختيار شروط العقد، بشرط أن لا تخالف النظام العام والآداب العامة فقط ، وباعتبار أن كلا المادتين 251 و257 من القانون المدني اللتان تجيزان حوالة الدين لا تعتبران من النظام العام ، فإنه يجوز للدائن أن يتفق منذ البداية مع المدين على عدم تحويل التزام المدين إلى الغير، فإذا ما تم مثل هذا الاتفاق مسبقا، فإن الحوالة لا تصح، كما أنه يجوز للمدين أن يشترط على الدائن أن لا تصح الحوالة إلا برضائه ،و في هذه الحالة إذا ما تم الاتفاق بين الدائن والأجنبي على حوالة الدين، فإن هذه الحوالة لا تصح من دون رضا المدين.

ويستنتج من خلال ما سبق توضيحه، بأنه لا تجوز حوالة الدين، إذا كان نص قانوني، أو اتفاق الأطراف، أو طبيعة الدين يقضي بذلك.

## 40

### **المبحث الثاني** **مدى صحة حوالة الدين من دون رضا الدائن.**

إن حوالة الدين كما سبق الإشارة إليه، تنعقد إما باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهذه الصورة نادرة الوقوع، ففي هذه الحالة لا يحتاج الأمر إلى رضا المدين حتى تنعقد الحوالة وما هذا سوى تطبيقاً للقاعدة العامة التي تجيز وفاء الدين من أجنبي من دون علم أو رضا المدين لما فيه من هذا التصرف مصلحة و منفعة بالنسبة للمدين ، وبهذه النتيجة أن هذه الحوالة بصورتها الحالية تسري على المدين من دون حاجة إلى رضاه، كما تسري على الدائن مباشرة بطبيعة الحال باعتباره طرفاً في عقد الحوالة .

ولكن المشكل يثار في الصورة الأولى لانعقاد الحوالة و التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه ، أين يكون الدائن أجنبي عن عقد الحوالة، باعتبار أن موضوع تغيير المدين لهو أمر خطير بالنسبة للدائن .

فشخصية المدين تلعب دورا مهما بالنسبة للدائن، إذ يتحدد على أساسها مدى قدرة و ملاءة المدين ومدى حسن نيته في الوفاء أو المماطلة ، و بالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال تجاهل إرادة الدائن في حوالة الدين، كما أن مختلف التشريعات التي تأخذ بحوالة الدين تشترط رضا الدائن سواء لصحة الحوالة أو للتقليل من نفاذها.

إن المادة 251 من القانون المدني تجيز حوالة الدين من دون رضا الدائن ، فهي لا تعتبر رضا الدائن ركنا في الاتفاق على الحوالة ، فهل هذا يصح في جميع الحالات ؟ و إلى أي مدى تصح حوالة الدين من دون رضا الدائن ؟ و هل يمكن من ناحية أخرى اعتبار رضا الدائن ركنا في الاتفاق على الحوالة أم لا؟ إن مسألة اعتبار رضا الدائن ركنا في الحوالة أو عدم إعتباره ركنا في الحوالة أثارت خلافا فقهيًا و تشريعيًا، ولهذا فضلنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول نتناول فيه موقف الفقه من هذه المسألة ، أما المطلب الثاني نتعرض فيه إلى موقف بعض التشريعات المختلفة .

## 41

### المطلب الأول : موقف الفقه.

ذهب كل من المالكية والشافعية و الحنفية إلى وجوب رضا الدائن لصحة الحوالة فلا تصح الحوالة من دون رضاه باعتبار أن رضا الدائن يعد ركنا في الاتفاق على الحوالة وهذا لأن الدين حقه، فلا ينقل من ذمة إلى ذمة إلا برضاه، إذ الذمم تتفاوت يسارا و إعسارا وبذلا ومطلا، وتتأثر بذلك قيمة الدين نفسه، ولا سبيل إلى إلزامه بتحمل ضرر لم يلتزمه (1).

وبالرجوع إلى المذهب الحنفي نجد لأبي يوسف رأيا مخالفا لما ذهب إليه هذا المذهب هو يرى بأنه يكفي أن يجري الإيجاب و القبول بين إثنين فحسب أيا كان من الأطراف لتنعقد عندئذ الحوالة موقوفة على رضا الثالث، فإذا انعقدت الحوالة بين المحيل و المحال عليه و كان الثالث هو المحال -الدائن- انعقدت الحوالة ناجزة

دون رضاه ،و لكنها تبقى غير ملزمة وغير نافذة في حق طرفيها و لا في حق الدائن ، إلا إذا أجازها و رضي بها (2) وإذا لم يجزها تبطل .

أما الفقه الألماني فقد إنقسم إلى قسمين، فهناك من الفقهاء و على رأسهم الفقيه سالبيس من يرى ضرورة إشتراك إرادة الدائن في حوالة الدين باعتباره هو صاحب الحق و يعتبر رضاه ركنا في حوالة الدين ، فلا يمكن تغيير عليه مدينه من دون رضاه، فهم يتصورون صورة وحيدة لانعقاد حوالة الدين والتي تنعقد بإيجاب مشترك صادر من المحيل و المحال عليه و بقبول الدائن (3)،فرضا الدائن يعد ركنا في الاتفاق على الحوالة، فلا تصح الحوالة أصلا من دون رضا الدائن .

---

(1): ملاحق تراجم الفقهاء ، الموسوعة الفقهية ، المصدر W . W . W . ISLAM . GOV.KW  
وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المصرية، ص 19/189.

(2): ملاحق تراجم الفقهاء ، نفس المرجع السابق ونفس الصفحة .

(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، مرجع سابق  
هامش ص 558.

## 42

أما البعض الآخر من الفقهاء و على رأسهم الفقيه وندشايد ، الذي إنتقد القانون الروماني وقال بأن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، وأصبح المعتبر فيه هو القيمة المادية و ليس الرابطة الشخصية ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام باعتباره قيمة مادية من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر باتفاق بين المدينين، و لما كان المحال عليه إنما يتصرف في مال مملوك للغير(أي للدائن ) فقد أوجب أن يقر الدائن هذا التصرف ،فإذا ما أقره أصبح ساريا في حقه بأثر رجعي من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره (1)،وبهذا فإنه يمكن أن تصح الحوالة من دون رضا الدائن باعتبار رضاه لا يعد ركنا في الاتفاق على الحوالة .

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، هامش ص 559 .

## 43

### **المطلب الثاني : موقف التشريعات: الفرع الأول : موقف التشريعات الأجنبية. I موقف التشريع الألماني :**

يرجع الفضل في ظهور حوالة الدين لدى التشريعات الجرمانية إلى نشاط الحركة الفقهية التي كانت سائدة آنذاك في ألمانيا في أواخر القرن التاسع عشر وإلى بروز المذهب المادي بعد التطور الاقتصادي والذي أصبح ينظر إلى الالتزام بنظرة جديدة، إذ هذا المذهب أصبح ينظر إلى الالتزام على أساس أنه رابطة مادية تربط بين ذمم مالية مختلفة وليس على أساس أن الالتزام هو رابطة شخصية تربط بين شخصين أو أكثر، كما هو سائد منذ عهد الرومان.

ولهذا فإن التقنين المدني الألماني الذي ظهر في أعقاب هذه الحركة الفقهية ، أقر حوالة الدين بعدما كان قد أقر حوالة الحق ، كما أخذ بصورتي حوالة الدين بصورتها التي تتمثل في اتفاق بين الدائن و المحال عليه متأثرا بذلك بنظرية ساليبوس SALPIUS ، و بصورتها التي تنعقد فيها بين المدين الأصلي و المحال عليه

بمعزل عن الدائن متأثراً بنظرية وندشايد -WINDSCHEID- (1) و أعتبرها حوالة قائمة بذاتها تنتج كافة آثارها القانونية بالنسبة لطرفيها سواء أقرها الدائن أو رفضها ، إلا أن المشرع اشترط ضرورة إقرارها من طرف الدائن حتي تسري فقط في حقه، وبهذا يلاحظ بأن المشرع الألماني أخذ بحوالة الدين بمعناه الحقيقي، إذ تنعقد صحيحة من دون رضا الدائن وأن إرادة الدائن لا تلعب أي دور في صحة عقد الحوالة ، باعتبار أن رضاه لا يعد ركناً فيها وإنما يعد شرطاً لنفاذ الحوالة في حقه، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من ناحية، إذ أقر حوالة الدين واعتبرها صحيحة من دون رضا الدائن واعتبرها منتجة لكافة آثارها القانونية بالنسبة لطرفيها سواء أقرها الدائن أو رفضها، وهذا ما هو واضح من خلال الآثار التي رتبها المشرع عن حوالة الدين قبل إقرارها أو في حالة رفضها من طرف الدائن و التي تتمثل فيما يلي:

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 559 .

## 44

### 1- الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي :

إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي و المدين الجديد، فلا يكون لها أثر إلا في حدود العلاقة ما بين طرفيها ، ويترتب على ذلك أن وضع المدين الأصلي لا يتغير إزاء الدائن (1)، إذ لا يترتب عن هذه الحوالة براءة ذمة المدين، بل يبقى ملزماً بالوفاء إلى الدائن.

كما لا يحق للمدين الأصلي إحالة الدائن إذا ما طالبه بسداد الدين إلى المدين الجديد باعتبار أن حوالة الدين لا تكسب الدائن حقاً قبل المحال عليه.

أما بالنسبة لطرفي الحوالة، فإنها بمجرد انعقادها صحيحة، فإنها تصبح نافذة فيما بينهما (2) ولا يمكن للأطراف الرجوع عن هذا الاتفاق إلا باتفاق لاحق بينهما وهذا تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، كما هو منصوص عليه في نص المادة 106 من القانون المدني بشرط أن يتم ذلك قبل إقرار الدائن للحوالة لأن الأمر يصبح يتعلق بحق الدائن مادام أن هذه الحوالة تصبح نافذة في حقه (3)، وإلى حين صدور إقرار الدائن يبقى عقد الحوالة قائماً منشئاً للالتزام في ذمة المحال عليه قبل المحيل باعتبار أن هذا الاتفاق ينتج أثرين: أحدهما شخصي والآخر عيني، فهو اتفاق منشئ لروابط شخصية

لأنه يترتب التزاما في ذمة المحال عليه أن يؤدي الدين بدلا من المدين الأصلي فيضمن أية مطالبة يوجهها إليه الدائن من دون أن يلتزم بالحصول على براءة ذمة المدين الأصلي ، أما الأثر العيني فيتمثل في انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه (4)، وهذا ما نصت عليه المادة 253 من القانون المدني بقولها " ما دام أن الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب " .

- 
- (1): سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 659 .
  - (2): نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 290 .
  - (3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 564 .
  - (4): أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، احكام الالتزام في الفقه و قضاء النقض، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية سنة 2008 جلال حزي و شركائه ، ص 236 .

## 45

ومن المسلم به أن للمتعاقدين كامل الحرية في إختيار شروط و تحديد الآثار التي تترتب على الحوالة، فلهما مثلا أن يتفقا على أن تكون الحوالة موقوفة على إقرار الدائن لها و أن تكون غير قائمة و لا تترتب أي أثر حتى بالنسبة إليهما ، إلا بعد إقرارها من طرف الدائن، كما لهما أن يتفقا على اعتبار الحوالة قائمة بينهما وتنشئ التزاما على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن، ففي هذه الحالة إذا طالب الدائن المدين الأصلي، تعين على هذا أن يوفي الدين ويحق له بعد ذلك الرجوع على المحال عليه بما وفى، بما فيه مبلغ الفوائد والمصروفات والتعويض، إلا أنه يشترط في حق رجوع المدين الأصلي على المحال عليه أن يكون قد وفى هو بدوره بالتزامه تجاه المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة وذلك لأن المحال عليه قد يقبل حوالة الدين في مقابل نقل المدين الأصلي له ملكية شيء معين ، فإذا مثلا لم ينقل المدين الأصلي هذه الملكية للمحال عليه ثم بعد ذلك طلب منه الوفاء بالدين للدائن ، فإنه يجوز للمحال عليه دفع هذه المطالبة على أساس الدفع بعدم التنفيذ (1)، و هذا ما تقضي به الفقرة الثانية من نص المادة 253 من القانون المدني و التى تنص على ما يلي " غير أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام لم يقم هو بما التزم به قبل المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة " .

## 02- الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل أو العدول عنه :

إن حوالة الدين متى انعقدت صحيحة تبقى ملزمة للطرفين تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين كما سبق ذكره، فالمحال عليه يبقى ملزما نحو المدين الأصلي بأن يخلصه من مطالبة الدائن، فله أن يفي بالدين مباشرة للدائن و ليس لهذا الأخير أن يرفض الوفاء تطبيقا للقاعدة التي تجيز الوفاء بالدين من طرف أجنبي وإما أن يعطي للمدين مقدار الدين لدفعه للدائن (2).

فلا يجوز للمحال عليه أن يتحلل من التزامه تجاه المدين بإرادته المنفردة، لأنه التزم نهائيا بموجب الاتفاق، و إنما يجوز ذلك باتفاق جديد بينه و بين المدين الأصلي، فالحوالة تبقى ملكا لطرفيها فلهما أن يقوموا بتعديل الاتفاق أو حتى بإلغائه، دون أن يكون للدائن حق الاعتراض .

---

(1) سليمان مرقس مرجع سابق ، ص 660 .

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 615 .

## 46

### II- موقف التشريع الفرنسي :

إن التشريع الفرنسي و على غرار التشريعات اللاتينية يقر بحوالة الحق من دون أن يقر بحوالة الدين ،لسبب أن هذه التشريعات لا تزال تنظر إلى الالتزام على أساس أنه رابطة شخصية و ليس رابطة مادية .

فبالنسبة للتشريع الفرنسي يقر بحوالة الحق ويرى بأن هذه الحوالة تتم من دون رضا المدين ،وذلك لأن تغير الدائن لا يشكل أي خطر بالنسبة للمدين وخاصة بعد تلطيف إجراءات التنفيذ التي كانت جد قاسية في العهد الروماني، إذ في هذا العهد كان يجوز للدائن حبس المدين و بيعه في الأسواق في حالة عدم الوفاء بدينه و مادام أنه زال هذا الخطر، فإنه تجوز حوالة الحق من دون رضا المدين، بل حتى ولو عارضها فهي تصح كعقد.

أما حوالة الدين فهي تشكل خطرا على الدائن و نظرا للثقة التي يمنحها الدائن لمدينه

وباعتبار أن قيمة الدين تتحدد على اساس ملاءة المدين وحسن نيته في التسديد أو المماطلة، فلا يمكن أن يحل مدين جديد محل المدين الأصلي من دون رضا الدائن والذي يمكن أن يكون معسرا (1).

Il ne saurait être question de substituer sans son consentement un débiteur nouveau peut être insolvable au débiteur primitif .

ولهذا فلا يمكن تصور تغيير المدين بالنسبة للفقهاء الذين يؤيدون المذهب الشخصي من دون رضا الدائن واجازة ذلك بالنسبة لهم هو اجازة الغش، إذ يمكن للمدينين أن يحولوا ديونهم إلى مدينين غير ميسورين و لا يمكن للدائن في أي حال من الأحوال الرجوع على المدين الأصلي (2).

On ne peut concevoir un changement de débiteur à l'insu et contre le gré du créancier. L'admettre, serait autoriser toutes les fraudes, permettre à des débiteurs solvables de céder leurs dettes à des cessionnaires insolubles et n'offrant aucune possibilité de recours.

---

-1- Alex weill et François terré, droit civil les obligations, deuxième édition dalloz 1975 p 1008  
2-François chabas , Henri et léon mazeaud , jean mazeaud , page 1298 .

## 47

إن المشرع الفرنسي باعتباره يأخذ بالمذهب الشخصي ، كما سبق الإشارة إليه فإنه كقاعدة عامة ، لم ينص على حوالة الدين، إلا أنه نص عليها في حالتين فقط فالحالة الأولى هي حالة إستثنائية تتعلق بحوالة الدين في مجال الترقية العقارية وهذا ما هو منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 1831 من القانون المدني الجديد الذي يشير إلى القانون رقم 579 المؤرخ في 16 /07/ 1971 والمعدل بالقانون رقم 649 المؤرخ في 11/07/1972 والذي يقضي صراحة فيما يخص عقود الترقية العقارية بأنه لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يحيل التزاماته المتعلقة بتنفيذ الأشغال إلى غيره من دون رضا صاحب المشروع(1). أما الحالة الثانية التي نص عليها المشرع في حوالة الدين فهي حوالة دين بالتبعية (2) مثل المؤجر الذي ينزل عن التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار بعد أن باع العين المؤجرة إلى المشتري، كما هو منصوص عليه في المادة 1743 من القانون المدني الفرنسي (3)، إلا أن هذه الحوالة لا تتم إلا إذا رضي بها المشتري و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الثالثة بتاريخ 16/11/1988(4) والتي صرحت بأن مشتري العين بصفة خاصة لا يستخلف الالتزامات الشخصية للمالك الأصلي بصفة تلقائية حتى ولو كانت هذه الالتزامات نشأت بسبب تحويل ملكية العين.

L'acquéreur d'un bien à titre particulier ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur même si celles ci sont nées à l'occasion du bien transmis.

ويلاحظ من خلال نص المادة 1831 المشار إليه سابقا، بأن المشرع الفرنسي حتى في الحالة الإستثنائية التي يأخذ فيها بحوالة الدين، فإنه يعتبر إرادة الدائن ضرورية لقيام حوالة الدين وأن رضاه يعد ركنا في حوالة الدين والتي لا يمكن أن تقوم ولا يمكن أن تنتج أي أثر قانوني إلا برضا الدائن، فمن دون رضا الدائن لا تصح الحوالة، وهذا ما كان مطبقا في التشريع الجزائري قبل سنة 1975 تاريخ صدور القانون المدني .

---

1-François chabas page 1299.

2- Alex weill et François terre page 1010.

3- Jean -luc aubert .cession de dette , recueil v obligations-encyclopedie dalloz , publication trimestrielle 03 avril 2003 . édition dalloz 31-35 rue froidevaux 75685 paris cedex 14. P 01.

4-François chabas p 1299.

## 48

### الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية.

#### 01 - موقف التشريع اللبناني :

تنص المادة 287 من قانون الموجبات "على أن انتقال دين المديون يحصل إما باتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه وإما بالاتفاق بين هذا و المديون. وفي الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفا على إجازة الدائن و يستطيع المتعاقدان ما دامت الإجازة لم تعط، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه . و إذالم يجز الدائن الاتفاق بطل، وإذا أجازه كان له مفعول رجعي منذ اليوم الذي تم فيه الاتفاق بين المديون و من انتقل إليه الدين ..."(1) .

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين الجزائري، إذ تصح الحوالة بين المدين الأصلي والمدين الجديد -المحال عليه-، إلا أن اعتبار المشرع اللبناني مفعول الاتفاق يبقى موقوفا على إجازة الدائن جعله يتعارض مع ما ذهب إليه التشريع الجزائري في إنتاج الاتفاق لكافة آثاره القانونية بالنسبة لطرفيه حتى ولو لم يجره الدائن .

والظاهر من النص المشار إليه اعلاه، أن المشرع اللبناني قد إنحاز للمذهب الحنفي والذي يعتبر هو كذلك أن حوالة الدين تنعقد موقوفة على قبول الدائن لها، كما سبق الإشارة إليه ،وبهذا يبقى الاتفاق غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين، إلا إذا أجاز الدائن الحوالة.

## 02-موقف التشريع العراقي:

إن المشرع العراقي هو كذلك أخذ بما ذهب إليه المذهب الحنفي، وإعتبر أن الحوالة تنعقد موقوفة على قبول المحال، وهذا ما تنص عليه المادة 01/340 من التقنين المدني العراقي (2) والتي تقضي بما يلي " الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال".

- 
- (1): محمد حسين منصور ، أحكام الإلتزام ، مرجع سابق ، هامش ص 366.  
(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة 2004 ، هامش ص 498.

## 49

## 03-موقف التشريع المصري :

تنص المادة 315 من التقنين المدني المصري على ما يلي "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين (1). وتنص أيضا المادة 317 من نفس التقنين على ما يلي "ما دام أن الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب " (2).

ويلاحظ من مضمون نصي المادتين السابقتين ، أن المشرع المصري حذى حذو المشرع الألماني وذلك لأن الحوالة بالنسبة لهذا التشريع تنعقد بمجرد اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه ومن دون إرادة الدائن والتي تبقى صحيحة منتجة لكافة آثارها القانونية بالنسبة لطرفيها سواء تم إقرار الحوالة من طرف الدائن أم لا، وذلك لأن رفض الدائن للحوالة لا يمنع من إنتاج الحوالة لآثارها القانوني وسريانها في حق طرفيها، وبهذا يتبين بأن الحوالة تصح في التشريع المصري من دون رضا الدائن.

ولكن من ناحية أخرى، نجد حوالة الدين من دون رضا الدائن لا تصح، كون المشرع المصري يعتبر في حالات أخرى رضا الدائن ركنا في الاتفاق على الحوالة ، فلا تصح الحوالة من دون رضاه، وعليه لا يكون للاتفاق على الحوالة من دون رضا الدائن أي أثر قانوني لإنعدام وجوده أصلا، ومن بين هذه الحالات ما نصت عليه المادة 721 من القانون المدني المصري و التي تقضي بما يلي " ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من

المودع، إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة"، وكذلك حالات العقود التي روعيت فيها شخصية المدين كالمزارعة (3). ويلاحظ بأن المشرع الجزائري من ناحية أخرى ساير التشريع المصري، فهو لا يعتبر حوالة الدين من دون رضا الدائن صحيحة في جميع الحالات، إذ هو كذلك يشترط في بعض الحالات رضا الدائن.

- 
- (1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 561 .  
(2): أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 304 .  
(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة 2004 هاشم ص 496 .

## 50

كركن في الاتفاق على الحوالة، ومن دون رضا الدائن فإن الحوالة تكون منعدمة باعتبارها باطلة بطلانا مطلقا، ومن بين الحالات التي لا تعتبر فيها حوالة الدين صحيحة من دون رضا الدائن، حالة تحويل المودع لديه لالتزامه بحفظ الوديعة للغير كما تقضي به المادة 593 من القانون المدني السالفة الذكر، والتي جاءت مطابقة تماما لنص المادة 721 من القانون المدني المصري، وكذلك ما نص عليه المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية والذي يمنع أيضا حلول الغير محل المتعامل المتعاقد في تنفيذ جزء من الأشغال التي عهدت إليه من دون موافقة صاحب المشروع .

ويستنتج من خلال ما سبق توضيحه، أن المشرع الجزائري يجيز حوالة الدين من دون رضا الدائن وتعتبر صحيحة باعتبار رضا الدائن لا يعد ركنا في الاتفاق، إلا أن هذا الحكم لا ينطبق على جميع الحالات، فهو لا ينطبق على الحالات أين يعتبر رضا الدائن ركنا في الاتفاق على الحوالة، وعليه لا تعتبر حوالة الدين من دون رضا الدائن صحيحة في جميع الحالات، وهذا لاعتبارات قد تتعلق بشخص المتعاقد، كما سبق إعطاء مثال فيما يخص الالتزام بحفظ الوديعة و الذي يتم على أساس الثقة، أو لاعتبارات تخص النفع العام، مثل منع قانون الصفقات العمومية تحويل التزام المتعامل المتعاقد في تنفيذ الأشغال للغير، وذلك لأن هذا القانون جاء خصيصا لتنظيم الصفقات العمومية المتعلقة بإنجاز أشغال البناء التابعة للدولة والمؤسسات العمومية و للحفاظ على مصالح هذه الأخيرة .

### المبحث الثالث

#### شروط نفاذ حوالة الدين

إن حوالة الدين تنعقد بصورتين كما سبق ذكره، فقد تنعقد باتفاق بين المدين الأصلي و المحال عليه، وقد تنعقد بين الدائن والأجنبي، ففي هذه الصورة الأخيرة لانعقاد الحوالة لا يثور أي إشكال بالنسبة للدائن، فتنعقد مباشرة نافذة في حقه طبقاً لمبدأ إلزامية العقد، لأن الدائن طرف في الاتفاق وهو الذي تولى بنفسه تحويل الدين، فالإشكال يثور في الصورة الأولى لانعقاد الحوالة التي تتم بمعزل عن الدائن، وباعتبار أن حوالة الدين فيها خطر وقد تضر وتؤثر على مصالح الدائن والغير، و حفاظاً على مصالحهم، فإنها لا تنفذ في حقهم إلا بشروط، فما هي إذا شروط نفاذها ؟

ويمكن تقسيم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين: فالمطلب الأول نتناول فيه شروط نفاذ الحوالة في حق الدائن، أما المطلب الثاني سوف نتناول فيه شروط نفاذ الحوالة في حق الغير.

#### المطلب الأول: شروط نفاذ الحوالة في حق الدائن.

وإذا كانت حوالة الدين تسري في حق المدين مباشرة و من دون أي شرط حتى ولو كان أجنبياً عن الاتفاق على الحوالة، فإن الأمر يختلف بالنسبة للدائن، وذلك لأن حوالة الدين إذا كانت تحقق للمدين مصلحة إذ تبرأ ذمته المالية، فإن حوالة الدين تشكل خطراً على مصالح الدائن، لهذا يشترط المشرع ضرورة إقرار الدائن للحوالة حتي تسري في حقه، وهذا ما تقضي به المادة 252 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها"، ومن التطبيقات القضائية لهذا النص هو ما قضت به المحكمة العليا في قضية (م و)

ضد بنك القرض الشعبي الجزائري(1) والتي نقضت وأبطلت القرار المطعون فيه لسبب أن قضاة المجلس لما قضوا بتعيين خبير من أجل إجراء محاسبة بين الطرفين لتحديد مبلغ الدين وفوائده على أساس أن مبلغ الدين تم تحويله للطاعن -المحال عليه - في حين الدائن لم يقر حوالة الدين في الأجل الممنوح له وبالتالي لا يحق له بعد فوات هذا الأجل المبادرة إلى تحويل مبلغ الدين باعتبار حوالة الدين لا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها، أو إذا تم الاتفاق على الحوالة بين الدائن والأجنبي

---

(1):قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 06/06/2007 ،ملف رقم3393298 ،مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الثاني، ص 301 .

## 52

وبما أن الدائن لم يقر الحوالة في الأجل المناسب ولم يوجد هناك اتفاق على الحوالة بين الدائن والأجنبي، فإن قضاة المجلس بقضائهم هذا يكونون قد خالفوا أحكام حوالة الدين المقررة بالمادة 251 ، 252 ، 257".

فحسب تحليل حكم المحكمة العليا ، فإن حوالة الدين تنفذ مباشرة في حق الدائن في الحالة التي يكون فيها الدائن طرف في الانعقاد ،أما في الحالة التي لا يكون فيها طرف في الانعقاد ،فإنها لا تنفذ في حقه إلا إذا أقرها في الأجل المحدد له في حالة تحديد له هذا الأجل .

إن إقرار الدائن للحوالة يرتب نتيجتان:

### النتيجة الأولى : حلول المحال عليه محل المدين الأصلي :

متى أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن، فإنه يترتب عن ذلك انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المدين الجديد ، ويصبح المحال عليه مدينا بنفس الدين تجاه الدائن، وهذا هو الإستخلاف على الدين، و الذي يتم من تاريخ انعقاد الحوالة بالتطبيق لفكرة الأثر الرجعي للإقرار (1).

وللإشارة ،فإنه إن ورد في التشريع الألماني نص خاص يشير إلى الأثر الرجعي للإقرار باعتباره متأثر بنظرية وندشايدكما سبق ذكره، فإن هذا النص لم يرد ضمن النصوص المنظمة لحوالة الدين في التشريع الجزائري،لأن هذا ما يعدو سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة، إذ إقرار الدائن ما هو في الحقيقة سوى اعترافا منه

بعقد الحوالة منذ نشأته و قبول سريان آثاره منذ ذلك التاريخ، كما أنه بإقراره للحوالة فإنه يصبح طرفاً في الاتفاق على الحوالة.  
إن الدائن بعد إقراره للحوالة ينشأ له مباشرة حق على المدين الجديد ، فليس له أن يطالب المدين الأصلي بالوفاء ، بل له أن يتمسك بالحوالة تجاه المدين الجديد دون أن يكون لهذا إحالته على المدين الأصلي .

---

(1) : أنور سلطان ، مرجع سابق، ص 306 .

## 53

**النتيجة الثانية :** براءة ذمة المدين الأصلي نهائياً اتجاه الدائن.  
إن براءة ذمة المدين نهائياً تجاه الدائن هي النتيجة الجوهرية التي تترتب بعد إقرار الدائن للحوالة وبهذا يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي قدر قيمة الدين المحال به دون حاجة إلى أن يفي فعلاً بذلك (1). إن براءة ذمة المدين الأصلي تتم ليس من وقت إقرار الدائن للحوالة، وإنما من وقت إبرام حوالة الدين باعتبار أن إقرار الدائن له أثر رجعي يعود إلى وقت انعقاد الحوالة .

ويترتب عن الأثر الرجعي للإقرار نتائج بالغة الأهمية، فإذا فقد أحد طرفي الحوالة أهليته في الفترة ما بين انعقاد الحوالة و تاريخ صدور إقرار الدائن ، فإن هذا لا يؤثر على صحة العقد و الذي يبقى قائماً باعتباره تم صحيحاً، وكذلك فإذا أصبح الدائن مديناً للمدين الأصلي في الفترة ما بين انعقاد الحوالة و صدور إقرار الدائن للحوالة ، فإنه لا يجوز له التمسك بالمقاصة، لأن الدين الذي نشأ في ذمة الدائن يكون قد نشأ بعد براءة ذمة المدين الأصلي بمقتضى عقد الحوالة (2)، إذ من شروط تطبيق المقاصة أن يكون هناك دينان متعاصران ، في حين بعد الحوالة فلا يبقى هناك دين في ذمة المدين الأصلي، بل يبقى ديناً واحداً في ذمة الدائن تجاه المدين الأصلي .

إن براءة ذمة المدين تتم بصفة تلقائية من دون حاجة إلى التصريح بها من طرف الدائن، لأن هذا المعنى مستفاد من إقراره بالحوالة في صورتها الأولى ومن رضاه بالحوالة في صورتها الثانية.

وفي حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه، فإن الدائن لا يمكن له الرجوع على المدين بالدين بعد براءة ذمته من الدين في حالة إعسار المحال عليه الذي انتقل إليه الدين، لأن الدائن في هذه الصورة يكون هو الذي إختار تغيير مدينه، إلا أن من ناحية أخرى فإن براءة ذمة المدين الأصلي

- 
- (1): أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، هامش ص 376 .  
(2): محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، هامش ص 376 .

## 54

نهائيا تبقى معقودة بيسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة (1) و هذا في الحالة التي تتم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه لأن في هذه الصورة يكون المدين الأصلي هو الذي أحال الدائن على المدين الجديد وعليه فإذا كان المحال عليه معسرا وقت إقرار الحوالة، فإن الدائن يرجع على المدين الأصلي باعتباره ملزما بضمان يسار المحال عليه، كما سنرى .

### الفرع الأول: شروط الإقرار.

إن الإقرار هو تصرف صادر من إرادة منفردة (2) و يتمثل في تصريح أو إعلان الدائن عن إرادته بموافقته على حوالة الدين التي تمت بين المدين الأصلي والمحال عليه و قبول نفاذ آثارها في حقه.

وما دام أن الإقرار هو تصرف صادر من الدائن قصد إحداث آثار قانونية، فإنه يخضع في شأنه كشأن جميع التصرفات القانونية إلى القواعد العامة التي تستوجب لصحة التصرف ، أي أن يكون صادرا عن رضا الدائن خاليا من كل عيوب الرضا من غلط، أو تدليس، أو إكراه، أو غبن أو إستغلال على النحو الذي فصلناه سابقا.

كما أنه يجب أن يكون هذا الإقرار صادرا عن ذي أهلية ، والأهلية المشروطة في هذه الحالة هي أهلية التصرف، نظرا لما في مثل هذا التصرف من خطورة على مصلحة الدائن.

ولا يشترط في الإقرار شكل معين، و هذا ما يتضمنه مفهوم نص المادة 252 من القانون المدني المشار إليه أعلاه .

إن الإقرار يكفي أن يتم التعبير عنه بأي لفظ، أو كتابة، أو موقف يدل على رضا الدائن بحالة الدين .

- 
- (1): نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 293 .  
(2): رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص 405.

## 55

وقد يكون التعبير عن إقرار حالة الدين تعبيراً صريحاً أو ضمناً، فإذا مثلاً ما قبل الدائن التسديد الجزئي من طرف المحال عليه أو منحه أجلاً للتسديد، فهذا يعد تعبيراً ضمناً على أن الدائن قبل هذه الحالة .

وطبقاً لنص المادة 61 من القانون المدني، فإن الإقرار وما دام أنه تعبير عن الإرادة، فإنه لا يترتب 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.

### الفرع الثاني : مدى حرية الدائن في إقرار الحالة.

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 الحالة أو رفضها (1).

وبالرجوع إلى المذهب الحنبلي، نجد فقهاء هذا المذهب يقولون بأن الدائن مجبر على موافقته لحالة الدين إذا كان المحال عليه موسراً (2)، معللين موقفهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي يقول "إذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل". 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 حالة الدين بالرغم من أنه أحيل على شخص آخر مليء الذمة، يعتبر شخصاً متعسفا وممتنعاً و على القاضي أن يجبره على قبول الحالة إن إقتضى الأمر (3).

وهذا ما كان هو منصوصا عليه في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري و الذي ينص على ما يلي " على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار

- 
- (1): نبيل إبراهيم سعد ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص 288 .  
(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق هامش ، ص 576 .  
(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع و نفس الصفحة.

## 56

إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء" (1). 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 وجوبيا أو تكليفا على عكس ما ذهب إليه المذهب الحنبلي، بل هذا الحديث هو أمر إستحباب أو إباحة وعللوا موقفهم هذا على أساس أن المدينين رغم يسارهم فقد تتفاوت ذممهم في حسن القضاء والمطل، ولهذا قد يتضرر الدائن إذا أجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه حتى و لو 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 إرتضى أن يتعامل مع مدين دون غيره لأسباب متعددة (2) لهذا فإن المشرع المصري تراجع عن المشروع التمهيدي في مادته التي تجبر الدائن على قبول الحوالة وعدلها بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 316 من القانون المدني المصري والتي تنص على مايلي "... وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن و عين له أجلا معقولا ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، أعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة " (3).

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

- 
- (1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 575  
(2): سليمان مرقس ، أحكام الالتزام ، ص 665 .  
(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 567 .

## 57

### الفرع الثالث : وقت صدور الاقرار.

يصح ان يصدر الاقرار في أي وقت ، ولا يشترط لصحة الإقرار أن يكون قد سبق إعلان الدائن بالحوالة (1) و هذا عكس التقنين المدني الألماني الذي يقضي بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها (2) وهذا حتى يترك زمام الحوالة بين أيدي المدين الأصلي و المحال عليه ليعدلا فيها كما يريدان .

إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع المصري لم يشترط ضرورة صدور الإقرار بعد الإعلان عن الحوالة ، إذ ليس من الضروري أن يحتفظ الدائن بإقراره للحوالة حتى يعلم بها من طرف المدين الأصلي أو المحال عليه، بل يمكن له أن يقر الحوالة بمجرد علمه بها و قبل أن يعلن بها.

ولا يشترط أن يتم الإعلان في شكل معين ، إذ يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا إذا كانت تصرفات المدين أو المحال عليه قاطعة الدلالة (3)، كما أنه ليس من الضروري أن يصدر الإعلان عن الحوالة من المدين الأصلي و المحال عليه، بل يصح أن يصدر من أي طرف منهما .  
فإذا تلقى الدائن الإعلان عن الحوالة ثبت له الحق في إقرارها دون أن يتقيد بوقت معين، ولوبعد مرور عدة سنوات على الإعلان بها، طالما أن طرفي الحوالة لم يعدلا عن الحوالة (4) .

- 
- (1): نبيل إبراهيم سعد أحكام الالتزام ،الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 288 .
  - (2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثاني ،مرجع سابق ،ص 571 .
  - (3): سليمان مرقس ،مرجع سابق ، ص 662 .
  - (4): نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق ، ص 289 .

## 58

ومن خلال دراستنا للمواد القانونية المنظمة لحالة الدين ،نجد أن المشرع لم يحدد بداية لميعاد صدور الإقرار إلا من وقت انعقاد الحالة ، كما أنه لم يحدد نهاية هذا الميعاد و هذا لغرض منح كل الوقت الكافي للدائن للتفكير بكل تمهل قبل إقراره للحالة ،إلا أنه من ناحية أخرى عدم تحديد لا بداية ميعاد الإقرار ولا أجل نهايته قد يضر بمصالح كل الأطراف التي تبقى عالقة ،وعلى هذا الأساس عالج المشرع هذا الوضع غير المستقر في الفقرة الثانية من نص المادة 252 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي : "و إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار ، أعتبر سكوت الدائن رفضا للحالة ."

إن إعتبار المشرع سكوت الدائن رفضا للحالة، ما هو في الحقيقة سوى تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي باعتبار السكوت قبولا إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه (1) وبمفهوم المخالفة يعتبر السكوت رفضا، إذا كان الإيجاب ليس في مصلحة من وجه إليه و بما أن حالة الدين تشكل خطرا على مصالح الدائن، فإن المشرع يعتبر سكوت الدائن رفضا للحالة .

إن المشرع بمقتضى نص المادة المشار إليه أعلاه، سمح لطرفي الحالة عند إعلانها للدائن أن يحددا له أجلا معقولا لإقرار الحالة وعلى الدائن أن يتقيد بهذا الأجل ليقر الحالة أو يرفضها ، على أن يترك تقدير هذا الأجل المعقول للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في حالة ما إذا كان هناك نزاع في تقدير هذه المدة المعقولة .

فإن سكت الدائن بالرغم من فوات الأجل المحدد له و تطبيقا للقاعدة العامة فإن المشرع يعتبر سكوت الدائن عن إقرار الحالة في الأجل المحدد له رفضا لهذه الحالة ، إلا أن هناك حالة خاصة أين يعتبر المشرع السكوت عن الإقرار هو

قبولا للحالة و ليس رفضا لها، وهذه الحالة تتمثل في حوالة الدين المضمون برهن عقاري والتي حظيت من طرف المشرع بتنظيم خاص على غرار ما ذهب

(1) المادة 02/68 من القانون المدني.

## 59

إليه المشرع المصري في نص المادة 322 من القانون المدني المصري (1) والذي هو مطابق لنص المادة 935 من القانون المدني والذي يقضي بما يلي : " لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك .

وإذا اتفق البائع و المشتري على تحويل الدين ، وكان عقد البيع مقيدا،وجب على الدائن بعد الإعلان الموجه إليه بذلك بطريقة قانونية ، أن يوافق على التحويل أو يرفضه في أجل لا يتجاوز ستة أشهر وإذا سكت إلى انقضاء الأجل،كان سكوته بمثابة تصديق".

تتناول هذه المادة صورة بالغة الأهمية ،وهذه الصورة نجدها تعرض عند التصرف في عقار مرهون رهنا رسميا مع تحمل الخلف بالدين الذي أنشأ الرهن لضمان الوفاء به .

إن إنشاء رهن رسمي لضمان الوفاء بالدين يجعل من عنصر المسؤولية العينية أغلب من عنصر المسؤولية الشخصية،و بعبارة أخرى يصبح حق الرهن في هذه الحالة أصلا ، ولا يكون لمسؤولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية .

يكون المشتري لعقار مرهون رهنا رسميا مسؤولا مسؤولية عينية و شخصية في حدود قيمة هذا العقار المرهون عن الدين المضمون بالرهن، و ذلك وفقا لقواعد الرهن التي تقتضي حق تتبع الدائن العقار المرهون تحت أي يد كان .

والغالب أن من يتصرف في العقار المرهون يكون قد قصد نقل الدين إلى الخلف والذي يصبح مسؤولا شخصيا عن الدين بدلا منه، وبطبيعة الحال ففي حالة بيع العقار المرهون ليس معناه انتقال الدين المضمون بالرهن بصفة تبعية إلى المتصرف إليه، إلا إذا اتفق على ذلك و بالتالي يصبح المتصرف له مسؤولا أمام الدائن مسؤولية عينية و شخصية في آن واحد.

ومادام أن قيمة العقار المرهون قد تكون أقل من قيمة الدين، إذ قد لا يأتي بمقدار الدين بعد بيعه بالمزاد العلني، أو أن الرهن متأخر في المرتبة وقد لا يتحصل الدائن على كل حقه ولكل هذه الأسباب

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 572.

## 60

قد يعتمد الدائن على باقي أموال المدين الأصلي في استيفاء حقه وبناء على هذه الاعتبارات، فإن المشرع اشترط إقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تسري في حقه .

فحسب نص المادة 935 من القانون المدني، نجد المشرع عدل من الأحكام الخاصة بالمنظمة لحوالة الدين، إذ خرج عن القواعد المنظمة لحوالة الدين في عدة نقاط والتي نوضحها فيما يلي /

### 01- في الإشتراط أن يكون الإعلان عن الحوالة للدائن في شكل قانوني/

وهذا معناه أن يكون الإعلان في شكل رسمي، و يكون عن طريق المحضر القضائي، في حين و في غير هذه الحالة، نجد نص المادة 252 من القانون المدني لم تشترط في الإعلان أي شكل خاص كما سبق أن رأينا .

### 02- في تقييد الدائن بوقت محدد في استعمال حقه في الإقرار أو الرفض/

إن المادة 935 حددت الأجل الذي يجب أن يصدر الدائن من خلاله إقراره بالحوالة بمدة 06 أشهر ولا يجوز الاتفاق على زيادته أو نقصه، و هذا عكس ما رأينا سابقا، إذ المشرع لم يحدد ميعاد الإقرار، و العلة في تحديد المشرع ميعاد الإقرار في هذه الحالة هو عدم جعل الدائن المرتهن معلقا لمدة طويلة.

### 03- في اعتبار سكوت الدائن بعد انقضاء ميعاد 06 أشهر إقرارا للحوالة /

إن المشرع رتب على سكوت الدائن في هذه الحالة قبولا للحوالة، في حين نص المادة 252 من القانون المدني جعل من سكوت الدائن في الأصل رفضا للحوالة .

### 04- في تحديد بدء ميعاد الإعلان بالحوالة /

إن المشرع لم يجز للمحيل والمحال عليه إعلان الحوالة إلا بعد تسجيل عقد البيع أي قيد عقد البيع، كما جاء صراحة في نص المادة المشار إليها أعلاه، بحيث لا يمكن أن تكون هناك حوالة دين

## 61

قبل نقل ملكية العقار محملة بالرهن الضامن لهذا الدين، والغرض من هذا القيد الذي جاء به المشرع يهدف إلى تحاشي الفصل بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية العينية عن الدين ما أمكن (1).

ولكن يبقى السؤال مطروحا حول ما إذا كان الإعلان عن الحوالة صادرا قبل تسجيل عقد البيع يقع باطلا أم لا ؟

إن الإعلان السابق عن تسجيل عقد البيع لا يقع باطلا، لكن لا ينتج أثره في الحين أي في وقت صدوره، بل يبقى أثره يتأخر إلى حين التسجيل وبالتالي يحسب الميعاد ابتداء من تاريخ التسجيل فقط (2).

إن تغيير أحكام الحوالة في حالة انتقال دين مضمون برهن رسمي يرجع إلى اعتبارات مهمة، وهو أن المشرع قصد الموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن (3)، فمن ناحية ييسر للمدين الأصلي طريق التخلص من الدين وذلك بتجمع المسؤولية الشخصية العينية في شخص المشتري ومن ناحية أخرى، فمن مصلحة الدائن أن يكون في مواجهة شخص واحد على أساس المسؤولية الشخصية والعينية في آن واحد أفضل من أن يكون في مواجهة شخصين، وهو المدين على أساس المسؤولية الشخصية و المشتري على أساس المسؤولية العينية .

كما أن المشرع أجاز للدائن أن يمنع هذا الانتقال و يستبقي مدينه الأصلي إن رأى الدائن في ذلك مصلحة له .

إن غرض المشرع من اعتبار سكوت الدائن في هذه الحالة إقرارا للحوالة، هو التوسيع من دائرة التعامل بهذه الحوالة لما فيها من منفعة و مصلحة لجميع الأطراف بما فيها المشتري لأن هذا الأخير لا تسري عليه هذه الحوالة، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بينه وبين البائع، كما سبق الإشارة إليه .

- 
- (1): محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة للطباعة و النشر، سنة 2000 منشأة الكتب الجامعية-الاسكندرية-الابراهيمية، شارع علي عباس الحلواني، سنة 2000، هامش ص 368 .
- (2): سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 666 .
- (3): نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 289 .

## 62

### المطلب الثاني : شروط نفاذ الحوالة في حق الغير.

إن حوالة الدين تسري على المدين الأصلي مباشرة حتى و لو رفضها، لما فيها من مصلحة له كما سبق ذكره، إلا أن المدين الأصلي قد يكون له كفيل شخصي أو عيني ضامن لدينه، وقد يكون إلى جنبه مدين أو مدينين متضامنين معه، وقد يتضرر هؤلاء من حوالة الدين إلى مدين آخر أجنبي لذا سوف نتعرض في هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نتناول فيه شروط نفاذ الحوالة في حق الكفيل أما الفرع الثاني نتناول فيه شروط نفاذ الحوالة في حق المدينين المتضامنين مع المدين الأصلي.

### الفرع الأول : شروط نفاذ الحوالة في حق الكفيل.

قد يكون الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الأصلي كفالة شخصية أو كفالة عينية.

فالكفيل الشخصي يضم ذمته إلى ذمة المدين، فيرد حق الدائن على الضمان العام للكفيل طبقا لقاعدة أن جميع أموال الكفيل ضامنة للوفاء بديونه، إذ يلتزم الكفيل بدفع الدين في حالة عدم إستفاء الدائن حقه من المدين .  
أما الكفيل العيني هو ذلك الكفيل الذي يرتب رهنا على مال من أمواله سواء رهنا رسميا أو حيازيا قصد ضمان الدين لصالح الدائن .

إن كفيل المدين الأصلي، شخصا كان أو عينيا، قد لا يرضى كفالة المدين الجديد كما لو كان أقل ملاءة، كما أن كفالة المدين لا تقوم إلا على أساس الثقة أو لاعتبارات تتصل بشخص المدين، وعليه فلا يجبر الكفيل على كفالة شخص أجنبي لم يختره .

وقد يقال إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد معناه إرتضى أن توجه إليه المطالبة قبل توجيهها إلى المدين ولم يول أية أهمية خاصة بشخص المدين و ملاءته، وبالنسبة إليه يكفل هذا المدين أو غيره

## 63

وبهذا تنتفي ضرورة إشتراط رضائه بالحوالة حتى تسري في حقه (1). غير أن الكفيل في الحقيقة لا يكون معتمدا فقط على ثقته و قدراته المالية في وفاء الدين بل يكون معتمدا أيضا على ثقة المدين في الوفاء بدينه عند حلول أجل الدين ونتيجة لذلك تنتفي الحاجة إلى الرجوع إليه أصلا .

كما أن الكفيل حتى و لو تم الرجوع عليه أولا، فإنه يبقى معتمدا على شخص المدين، لأن في حالة دفعه للدين، فإنه يرجع بهذا الدين على المدين، وبالتالي يستوي أن يكون الكفيل متمتعا بحق التجريد أو محروما منه، وفي كلتا الحالتين إن الكفيل يعد غير ملزم بكفالة مدين جديد وبالتالي لا تسري عليه الحوالة إلا إذا رضي بها، و هذا ما تقضي به صراحة الفقرة الثانية من المادة 254 من القانون المدني و التي تنص على ما يلي " غير أنه لا يبقى للكفيل، عينيا كان أو شخصا التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة".

### الفرع الثاني: شروط نفاذ الحوالة في حق المدينين المتضامنين.

فبمقتضى عقد الحوالة يحل محل المدين الأصلي مدين جديد، وقد يكون للمدين الأصلي مدينين متضامنين معه ، فهل تكون هذه الحوالة نافذة في حقهم أي يصبح هؤلاء المدينين المتضامنين مدينين متضامنين مع المدين الجديد - المحال عليه- أم لا ؟

إن حوالة الدين قد تضر بالمدينين المتضامنين إذا أجبروا على التضامن مع المدين الجديد و الذي قد يكون أقل ملاءة و يسر من المدين الأصلي .

إن تصرفات المدين التي تضر بباقي المدينين المتضامنين لا تسري في حقهم و ما هذا سوى تطبيق

---

(1): سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 669.

## 64

لمبدأ أساسي في التضامن (1) و قياسا على ذلك، فإن حوالة الدين لا تسري في حقهم، إلا فيما ينفعهم و لا تسري عليهم فيما يضرهم ،وعليه فإذا ما طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين، فإن هذا المدين المطالب له خيارين، فإذا رأى أن المحال عليه أكثر ملاءة بالنسبة للمدين الأصلي، فله أن يتمسك بعقد الحوالة نظرا للمنفعة التي يجنيها منها ويطلب إدخال المحال عليه في الدعوى للحكم عليه بحصته في الدين، أما إذا رأى العكس من ذلك وأن عقد الحوالة فيه مضرة بالنسبة إليه وأن المدين الأصلي هو أكثر ملاءة من المحال عليه ، فله أن لا يتمسك بالحوالة و يطلب إدخال المدين الأصلي في الدعوى للرجوع عليه بحصته في الدين .

ويستنتج من خلال ما سبق توضيحه ، بأن حوالة الدين لا تنفذ في حق المدينين المتضامنين إلا بشرط رضاهم بها.

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 595.

65

## الفصل الثاني

الضمانات المكفلة قانونا لحماية مصلحة الدائن و المحال

عليه.

إن القانون في مجموعه يعمل على ضمان الحقوق لأصحابها ، حتى جاز تعريف القانون بأنه إعطاء كل ذي حق حقه (1).

إن المشرع قرر عدة وسائل لحماية حق الدائن ، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين قرر نظام الإعسار المدني و الذي هو نظام لا يؤدي إلى التصفية الجماعية لأموال المدين ، إلا أنه يحقق للدائن حماية عدم نفاذ أي تصرف ، أو وفاء يقوم به المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (2).

ولكن الوسائل المكفلة قانونا لحماية مصالح الدائن، تبقى فيها عناء بالنسبة للدائن، كما أن الفائدة منها لا تعود على الدائن وحده ، بل تعود على جميع الدائنين طبقا لفكرة الضمان العام، وهكذا يبقى الدائن العادي مهددا بخطر إعسار المدين ولهذا فإن الدائن الحريص على حقه يحاول سلوك مسلك آخر، وهو اللجوء إلى الضمان الخاص يحقق له إستيفاء حقه في جميع الأحوال كاتفاقه مع المدين أن يقدم له ضمانا للدين كرهن رسمي على عقار من عقاراته أو رهن حيازي على أحد منقولاته.

إن هذا الرهن يثبت للدائن حق الأولوية في استيفاء حقه على الدائنين العاديين ولدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة ، كما يثبت له حق تتبع العين المرهونة وستوفي حقه من ثمنها تحت أي يد كانت.

وقد يلجأ الدائن أيضا بعد حصوله على حكم نهائي يثبت حقه إلى إستصدار أمر من رئيس المحكمة يمنحه حق التخصيص على عقار من العقارات المملوكة للمدين حتى يضمن حقه في إستيفاء دينه منه ، وقد يقدم المدين كفيلا عينيا أو شخصا يضمن وفاء الدين للدائن .

إن الدائن لا يرتضى في الدخول في علاقة مديونية، إلا على اساس الاعتبار الشخصي للمدين ، أو على أساس أن هذا المدين هو شخص موسر، أو على أساس أن المدين قد قدم ضمانات كافية تضمن له استفاء حقه، ولهذا فإن تغير شخص المدين عن طريق عقد حوالة الدين يشكل خطرا

(1): سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية و الشخصية ، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية -جلال

حزي و شركائه، سنة 1996، ص 01 .  
(2): سمير عبد السيد تتاغو ، مرجع سابق ، ص 07 .

## 67

على مصالح الدائن و الذي قد يحال على شخص معسر، كما أنه قد يفقد الدائن الكفالة الشخصية أو العينية المقدمة من طرف شخص أجنبي عن المدين الأصلي بسبب حوالة الدين إذ الكفيل قد لا يرتضى بكفالة دين مدين آخر غير المدين الأصلي، ولهذا فإن المشرع أقر بأنه لا تسري الحوالة في حق الدائن إلا إذا أقرها.

إلا أن إشتراط المشرع إقرار الدائن للحوالة حتى تسري في حقه، هو غير كاف لضمان حق الدائن وحمايته من أي غش قد يصدر من طرف المدين الذي قد يحول دائنه على مدين آخر معسر كما أن حوالة الدين قد تبطل لأي سبب من أسباب البطلان المقررة قانونا ، فكيف يحصل الدائن على حقه و ما مصير الدين المحال به ؟ كما أن المحال عليه هو كذلك قد يتضرر من حوالة الدين باعتباره يتحمل دينا لم يكن فيه مدينا أصليا إن لم توفر له حماية قانونية .

ولهذا فإن كل التشريعات التي تقر بحوالة الدين و من بينها التشريع الجزائري تحرص على حماية مصلحة الدائن والمحال عليه، فما هي هذه الحماية والضمانات التي جاء بها المشرع في حوالة الدين والتي تحمي مصالح الدائن والمحال عليه ؟

ولدراسة هذا الموضوع قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول للضمانات المكفلة قانونا لحماية مصلحة الدائن، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للضمانات المكفلة قانونا لحماية مصلحة المحال عليه، وسوف نتناول في المبحث الثالث الضمانات المكفلة قانونا في حالة إبطال الحوالة .

## المبحث الأول الضمانات المكفلة قانوناً لحماية مصلحة الدائن

وباعتبار أن حوالة الدين خطراً على الدائن ، وحماية له فإن المشرع قد أحاطه بضمانات كافية للحفاظ على حقه ، فقرر انتقال الدين بذاته مع كل التأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي وهذا من دون استثناء ( المطلب الأول ) ، ولمنع أي غش و الذي قد يصدر من المدين الأصلي ويلحق ضرراً بالدائن في حالة ما إذا أحيل على مدين معسر ، فإن المشرع فرض التزاماً على عاتق المدين الأصلي والذي يلزمه بأن يضمن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ( المطلب الثاني ).

### المطلب الأول: انتقال الدين بضماناته .

تنص المادة 254 من القانون المدني على ما يلي "يحال الدين بكامل ضماناته غير، أنه لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً التزام تجاه الدائن ، إلا إذا رضي بالحوالة". و يقابل هذا النص المادة 318 من القانون المدني المصري (1).

مبدئياً ما دام أن الدين ينتقل بذاته بصفاته و خصائصه إلى المحال عليه ، فإنه يستوجب انتقال معه كل ضماناته ، إلا أن الفقرة الثانية من نص المادة 254 من القانون المدني استثنت الضمانات المقدمة من الغير و المتمثلة في الكفالة الشخصية أو العينية المقدمة من كفيل المدين الأصلي .

إن كل التشريعات التي تأخذ بحوالة الدين تفرق بين التأمينات المقدمة من طرف المدين الأصلي والتأمينات المقدمة من طرف الغير سواء كانت كفالة شخصية أو عينية.

---

(1): نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص292.

## الفرع الأول: الضمانات المقدمة من طرف المدين الأصلي.

إن الضمانات التي تضمن حق الدائن هي متنوعة ، فقد تكون بمقتضى اتفاق بينه وبين المدين مثل حالة الرهن الرسمي أو الحيازي ، وقد تكون بمقتضى أمر صادر من رئيس المحكمة مثل حق الإختصاص وقد تكون بمقتضى نص قانوني مثل حق الحبس و حق الإمتياز .

### 1-الرهن الرسمي أو الحيازي المرتب على أموال المدين :

قد يشترط الدائن من مدينه تأميناً لضمان إستيفاء دينه، كأن يوقع رهنا رسمياً على عقار من عقاراته أو رهنا حيازياً على منقول من منقولاته ، فهذه الضمانات تنتقل مع الدين بصفة تلقائية ومن دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك (1) مادام أن هناك نص قانوني يقضي بذلك.

وفي الحالة التي يكون فيها المدين عقد رهنا رسمياً أو رهنا حيازياً على عين مملوكة له، ثم انتقل هذا الدين للمحال عليه بمقتضى عقد الحوالة و سواء كانت هذه الحوالة انعقدت مباشرة بين الدائن و المحال عليه ، أم انعقدت بين المدين الأصلي و المحال عليه بإقرار من الدائن ، فإن هذا الدين ينتقل كما هو إلى المحال عليه مضموناً بهذا الرهن الرسمي أو الحيازي ، و عليه فإن الدائن إن لم يتمكن من استيفاء دينه من المحال عليه و حتى و لو برئت ذمة المدين الأصلي بانتقال الدين للمحال عليه ، فإن هذا المدين الأصلي يبقى كفيلاً عينياً للدائن (2)، و عليه يمكن للدائن في هذه الحالة أن يرجع على المدين الأصلي بالضمان و يستوفي دينه من ثمن بيع العقار المرهون تحت أي يد كان حتى ولو انتقلت ملكية العين المرهونة إلى الغير، كون الرهن الرسمي يخول للدائن حق تتبع العين المرهونة في أي يد كانت، كما يخول له أيضاً حق الأولوية في الأفضلية من استيفاء حقه على الدائنين الآخرين المرتهنيين والتاليين له في المرتبة والتي تحدد حسب تاريخ القيد، إلا أنه قد يتفق

(1):أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 306 .

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 593 .

المدين الأصلي مع المشتري في حالة بيع عقار مثقل برهن رسمي ضمانا لدين دائنه على أن يتحمل هذا المشتري- المحال عليه- الدين تجاه الدائن، فإن رضي المشتري بذلك و أقر الدائن بهذه الحوالة في ظرف 06 أشهر من تاريخ إعلانه بالحوالة ،فإن المدين الأصلي لا يبقى كفيلا عينيا للدائن، باعتبار أن المسؤولية العينية تكون قد انتقلت للمشتري و الذي هو المحال عليه كما سبق شرحه آنفا في حوالة الدين التي خصها المشرع بتنظيم خاص بها .

وبالرجوع إلى التقنين المدني الألماني نجد نص المادة 417 منه تنص صراحة على ما يلي: "حوالة الدين تنهي الكفالة و رهن الحيازة اللذين كانا يضمنان الدين قبل الحوالة، وإذا وجد رهن رسمي كان ضمانا للدين قبل حوالتة، فإن رضا الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن .

ولكن هذه الأحكام لا تسري، إذا كان الكفيل الشخصي أو من كان مالكا وقت الحوالة للعين المرهونة في الدين قد رضي بالحوالة " (1).

إن المعلقون الألمان على هذا النص، يفرقون بين ما إذا كانت الحوالة أبرمت بين المدين الأصلي والمحال عليه، أو إذا كانت قد أبرمت بين الدائن والمحال عليه.

ففي الصورة الأولى لانعقاد الحوالة يقولون أن الرهن الذي رتبه المدين على عين مملوكة له لضمان الدين، فإنه ينتقل مع الحوالة و يبقى ضامنا له بعد الحوالة ،ولكن إذا ما رتب المدين رهنا رسميا على عقار مملوك له، ثم انتقلت ملكية العقار إلى حائز آخر أجنبي قبل الحوالة، فإن الرهن لا ينتقل مع الدين و لا يكون ضامنا للدين بعد الحوالة إلا إذا رضي الحائز للعقار بهذه الحوالة .

أما في الصورة الثانية لانعقاد الحوالة، فإن رضا الدائن بالحوالة من دون تدخل وإشتراك المدين الأصلي في هذه الحوالة، يعد نزولا منه عن هذا الرهن (2).

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ،مرجع سابق ، هامش ص 591 .

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع السابق و نفس الصفحة .

أما التقنين المدني السويسري جاء بمبدأ عام و هو انتقال التأمينات وأورد استثناءا على ذلك كما جاء به نص المادة 178 من التقنين المدني السويسري والتي تنص على عكس ما جاء في التقنين المدني الألماني والتي تقضي بما يلي " التأمينات التي كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعد الحوالة. ولا يكون الكفيل شخصا كان أو عينيا ضامنا للدين بعد الحوالة إلا إذا رضي بها"(1)، ويلاحظ بأن هذا الحكم هو الذي سار عليه التقنين المدني الجزائري كما هو واضح من خلال نص المادة 254 من القانون المدني المشار إليها سابقا مسائرا في ذلك المشرع المصري .

## 02- حق الإختصاص المرتب علي مال المدين /

إن حق الإختصاص يعد هو أيضا من بين الضمانات العينية، فإذا كانت التأمينات العينية تمنح الدائن حق الأولوية على مال مملوك للمدين أو لغيره، فإن حق الإختصاص هو كذلك يحقق هذا الغرض و لا يختلف عن الرهن في شيء إلا من حيث المصدر.

فالرهن مصدره العقد، بينما حق الإختصاص مصدره أمر صادر من القاضي وبالتالي فإن الإختصاص هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار مملوك لمدينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء دينه من ثمن هذا العقار تحت أي يد يكون (2).

فإذا كان الدين المحال به قد صدر في شأنه حكم نهائي ممهور بالصيغة التنفيذية وتمكن الدائن أن يرتب حق إختصاص على عقار المدين و في هذه الفترة تم تحويل الدين إلى ذمة المحال عليه وأصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن، فإن المدين الأصلي تبرأ ذمته المالية من هذا الدين ولكن العقار الذي ترتب في شأنه حق إختصاص يبقى مثقلا بحق الإختصاص و الذي ينتقل مع الدين المحال به ضمانا له .

(1): محمد عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، هامش ص 592 .

(2):سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 202 .

### 03- حق الإمتياز :

يعرف حق الإمتياز بأنه أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته (1). إن حق الإمتياز مصدره القانون و هذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 982 من القانون المدني والتي تقضي بأن لا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص قانوني.

إن حقوق الإمتياز وحسب نص المادة 984 من القانون المدني، تتمثل في نوعين:  
**01- حقوق الإمتياز العامة:** و هي التي ترد على جميع أموال المدين من عقار أو منقول.

**02- حقوق الإمتياز الخاصة:** و هي التي تكون مقصورة على عقار أو منقول معين.

إن حق الإمتياز و إن كان في الحقيقة هو وصف للدين لكنه يعد من التأمينات العينة والدليل على ذلك أن المشرع أورد حق الإمتياز في الباب الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتأمينات العينة ونظمه مباشرة بعد الرهن الرسمي والرهن الحيازي.

فالبائع في حالة عدم تسلمه لثمن العين المباعة يثبت له حق إمتياز على العين المباعة و هي في يد المشتري ، وهذا الحق يعد ضمانا لاستيفاء الدائن بحقه، وعليه فإذا تمت حوالة الدين و انتقل هذا الدين -ثمن العين المباعة -إلى ذمة المحال عليه، فإن البائع أي الدائن يبقى محتفظا بحق إمتيازه الخاص على العين المباعة وهي في يد المشتري، كما في الرهن وفي حق الإختصاص و لو أن ذمة المشتري -المدين - برئت من الدين بمقتضى عقد الحوالة.

أما الإمتياز العام كإمتياز المبالغ المستحقة للخدم و الكتبة و العمال و كل أجير عن إثني عشر شهرا الأخيرة و المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين و لمن يعوله من مأكّل وملبس في الستة أشهر الأخيرة والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة و الواردة في المادة 993 من القانون المدني فإنه بالرجوع إلى التقنين الألماني نجد نص المادة 418 منه تنص صراحة على أنه لا ينتقل حق الإمتياز العام إلى مال المحال عليه بعد الحوالة (2).

(1): المادة 982 / 01 من القانون المدني.

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، هامش ص 539 .

وهناك من يرى بأن حق الإمتياز العام حتى ولو لم يكن وصفا للدين و لا ينتقل إلى مال المحال عليه لكنه يبقى في مال المدين الأصلي كما كان قبل الحوالة ضامنا للدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه (1).

وبالرجوع إلى نص المادة 254 من القانون المدني الجزائري، فإنها تنص صراحة على انتقال الدين بكامل ضماناته، وأن المشرع لم يستثن سوى التأمينات المقدمة من الغير والتي تتمثل في الكفالة الشخصية أو العينية، وباعتبار أن حق لإمتياز العام نظمه المشرع ضمن التأمينات العينية والذي جاء تنظيمه مباشرة بعد تنظيم الرهن الرسمي والحيازي، كما سبق الإشارة إليه، فإنه هو كذلك يعد من التأمينات العينية، وبالتالي ينتقل مع الدين المحال به.

#### 04: حق الحبس :

الحق في الحبس هو المبدأ العام الذي وضعه القانون لصالح كل من التزم بأداء شيء معين، فجعل له الحق في أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به في مواجهة الطرف الآخر الذي لم يقم بتنفيذ التزامه ولم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه (2).

إن حق الحبس في الحقيقة لم يورده المشرع في التقنين المدني ضمن التأمينات العينية، ولكنه نص عليه في القسم الثاني من الفصل الثالث من التقنين المدني والذي يتعلق بضمان حقوق الدائنين.

فحق الحبس تأمين مصدره القانون، ونجد الفقه الفرنسي يدرسه عادة مع التأمينات العينية (3) لذا إنه يلحق بالضمانات العينية (4). وعليه فإن الدائن من حقه حبس العين المبيعة إذا لم يسلمها

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري مرجع سابق ، هامش ص 593.

(2): بليور عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني المقارن ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ورشة أحمد زبانة ، الجزائر ، سنة 1986 ، ص 145 .

(3): محمد حسين، مرجع سابق ، ص 292 .

(4): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 593.

للمشتري في حالة عدم قبضه لثمن العين المبيعة و يمتنع عن تسليم الشيء الذي تحت يده إلى الطرف الآخر إلى أن يستوفي حقه منه كاملاً، و يبقى كذلك حتى ولو انتقل الدين (ثمن العين المبيعة) إلى ذمة المحال عليه وهذا إلى غاية أن يستوفي الدين من المحال عليه.

إلا أن الحق في الحبس لا يثبت للمتعاقد، إذا قدم له المتعاقد الآخر تأمينا كافيا للوفاء بما التزم به لأن الحكمة من الحبس في هذه الحالة تنتفي (1) .

---

(1): بلعور عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 154.

## الفرع الثاني : الضمانات المقدمة من طرف الغير .

قد يكون الدين الذي في ذمة المدين الأصلي مكفولا من طرف شخص أجنبي سواء بكفالة شخصية أو كفالة عينية.و الكفالة هي أيضا تعد من التأمينات التي تضمن الوفاء للدائن.

فالكفالة بصفة عامة هي من عقود التوثيق و التي يكون مقصودها توثيق دين معين و ضمان الوفاء به عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، وهذه العقود لا تؤدي في أصلها إلى إدخال في ذمة أي من المتعاقدين شيء ذي قيمة مالية، وإن أدت إلى ذلك فهي انتهاء.

إلا أن الكفالة العينية تعد من العقود العينية التي تكسب الدائن حقا عينيا على المال المرهون (01).

إن الكفالة الشخصية وكما جاء تعريفها في المادة 644 من القانون المدني هي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي نفسه .

فالكفيل الشخصي كما سبق ذكره يضم ذمته إلى ذمة المدين، إذ يلتزم الكفيل بدفع الدين في حالة عدم استيفاء الدائن حقه من المدين .

أما الكفيل العيني فهو يكون في مركز الراهن، وفي حالة عدم استيفاء الدائن دينه من المدين، فإن الدائن يرجع على الكفيل، إلا أنه لا يجوز التنفيذ على مال الكفيل إلا في حدود ما رهن من المال (2).

ولكن في حالة انتقال الدين إلى المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة، فهل تنتقل الكفالة الشخصية والعينية المقدمة من كفيل المدين مع الدين أم لا ؟

إن الجواب عن هذا السؤال نجده في الفقرة الثانية من نص المادة 254 من القانون المدني و التي تنص على يلي "لا يبقى للكفيل عينيا كان أو شخصا، التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بهذه الحوالة ".

---

(1): عدنان إبراهيم السرحان ، العقود المسماة في المقولة ، الوكالة ، الكفالة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، وسط البلاد- سوق البتراء -عمان الحجري ، ص 185.

(2):سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، ص 66.

إن هذا الحكم هو حكم منطقي، إذ الكفالة تقوم على أساس ثقة الكفيل في المدين وأن شخص المدين له تأثير كبير على قبول الكفيل للحوالة .  
فقد لا يرضى الكفيل كفالة مدين جديد لانعدام الثقة و نظرا لاعتبار شخص المدين بذاته ولسبب أن المدين الجديد هو أقل ملاءة من المدين الأصلي ... إلخ وحماية له فإن المشرع لم يستوجب انتقال الكفالة عينية كانت أو شخصية مع الدين المحال به، إلا إذا رضي الكفيل بذلك و إلا برئت ذمته من الكفالة .  
إن الكفيل سواء تمسك بحق التجريد أو تنازل عنه ، فإنه يكون في جميع الحالات معتمدا على ثقة المدين وقدرته في تسديد دينه، و حماية له فإن المشرع إستوجب ضرورة رضاه بالحوالة حتى تنتقل هذه الكفالة مع الدين المحال به.

### المطلب الثاني: ضمان يسار المحال عليه .

تنص المادة 255 من التقنين المدني على ما يلي " يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك " .  
ويقابل هذه المادة نص المادة 319 من القانون المدني المصري و التي تنص على ما يلي "يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسرا وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك " (1).

ويلاحظ بأن هذا النص الأخير جاء أكثر دقة و وضوحا من نص المادة 255 والتي لم تبين حدود ومدى هذا الضمان إلى أي وقت يبقى المدين ملتزما بضمان يسار المحال عليه ، وكان يجب أن تصاغ هذه المادة بالطريقة التي تبين حدود هذا الضمان كأن تصاغ مثلا بالطريقة التالية "يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة فقط ما لم يتفق على غير ذلك "

إن التزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه مرتبط بطريقة انعقاد الحوالة، ولهذا يجب التمييز بين الصورة الأولى لانعقاد الحوالة و التي تتم باتفاق بين المدين الأصلي و المحال عليه و بين الصورة الثانية التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

---

(1): أنور سلطان ،مرجع سابق ، ص 307 .

ففي الصورة الأولى، أي انعقاد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي و المحال عليه بإقرار من الدائن ففي هذه الحالة يكون المدين الأصلي هو الذي اختار المدين الجديد- المحال عليه- و هو الذي طلب من الدائن إقرار الحوالة، ولهذا فإن القانون يفترض في هذه الحالة أن المدين الأصلي يكون قد أخذ على عاتقه الالتزام بضمان يسار المحال عليه تجاه الدائن وقت إقرار الحوالة، إلا أن المادة 255 من القانون المدني التي تقضي بالالتزام بضمان يسار المحال عليه تجيز الاتفاق على ما يخالفها، أي يمكن للمدين الأصلي أن يعفي نفسه من هذا الضمان في الاتفاق الذي يتم بينه و بين المحال عليه والذي يدعو فيه الدائن إلى إقراره، أو في اتفاق خاص بعد الحوالة، بشرط أن يكون ذلك قبل إقرار الدائن للحوالة ،وإذا رضي الدائن بهذا الشرط فلا ضمان على المدين الأصلي.

أما في الصورة الثانية لانعقاد الحوالة، فهي تتم من دون اشتراك المدين الأصلي وفي هذه الحالة فإن هذا المدين لا يكون ملزماً بضمان يسار المحال عليه تجاه الدائن(1)، و هذا الحكم هو طبيعي باعتبار أن المدين لم يكن له أي دخل في الحوالة والتي تكون قد انعقدت ربما من دون علمه أصلاً ،فالدائن في هذه الحالة ما دام أنه هو الذي تعاقد مع المحال عليه على الحوالة و هو الذي اختار الاتفاق معه، ما عليه سوى تحمل إفسار المحال عليه ، إلا أن لا مانع من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلي حتى في هذه الحالة على أن يلتزم المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه (2).

---

(1):توفيق حسن فرج و جلال علي العدوي ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، أحكام الالتزام

مع مقارنة بين القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، من دون سنة نشر، ص 796 .

(2):أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، هامش ص 608 .

في الحقيقة لا يوجد سوى شرط واحد لضمان المدين يسار المحال عليه وخروجا عن قاعدة النص التي تستوجب كمبدأ عام التزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه، فإنه يظهر بأن المدين غير ملزم بضمان يسار المحال عليه إلا بشرط ما إذا كان طرفا في انعقاد الحوالة ، أما إذا لم يكن طرف في الانعقاد كما في الصورة الثانية لانعقاد الحوالة، فإنه لا يكون ملزما بضمان يسار المحال عليه إلا أنه و إن لم يوجد هناك مانع كما سبق ذكره من يتفق الدائن مع المدين الأصلي في هذه الصورة لاتعقاد الحوالة بأن يلتزم المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه، إلا أن هذا الالتزام يبقى خاضعا لإرادة المدين الأصلي و يرجع إلى إختياره المحض وعلى عكس الالتزام بضمان يسار المحال عليه في الصورة الأولى لانعقاد الحوالة، إذ هذا الالتزام في هذه الحالة لا يخضع لإرادة المدين الأصلي كونه ملزما به بمقتضى نص قانوني، وإن كان هذا النص القانوني ليس بقاعدة أمرة، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها.

### الفرع الثاني : مدى التزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه.

وكقاعدة عامة، فإن المدين الأصلي ملزم بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة فقط، إلا أنه يجوز الخروج عن هذه القاعدة و يشدد المدين على نفسه الضمان حتى يقبل الدائن الحوالة فيلتزم بضمان يسار المحال عليه ليس فقط في وقت إقرار الدائن للحوالة، بل إلى غاية حلول أجل الدين المحال به، وفي هذه الحالة يكون المدين الأصلي بالنسبة للمحال عليه في موقف يشبه الكفيل (1).

كما أنه يجوز من ناحية أخرى، إعفاء المدين الأصلي نفسه من التزامه بضمان يسار المحال عليه في حالة الاتفاق على ذلك مع الدائن، كما سبق الإشارة إليه .

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 608.

## الضمانات المكفلة قانوناً لحماية مصلحة المحال عليه

إن المحال عليه قد يتضرر هو كذلك من حوالة الدين ، إذ بمقتضى هذه الحوالة فإنه يحل محل المدين الأصلي ويصبح مسؤولاً بالوفاء بالدين المحال به تجاه الدائن ، بالرغم من أنه لم يكن في الأصل مديناً له ، وقد لا يتحصل من ناحية أخرى على مقابل حوالة الدين كما هو متفق عليه مع المدين الأصلي وهذا ما يقتضي وجوب حماية قانونية للمحال عليه .

إن حماية مصلحة المحال عليه تتمثل في تلك الوسائل التي خولها له القانون للدفاع عن حقوقه ولرد الضرر الذي قد يلحق به من حوالة الدين ، وهذه الوسائل تتمثل في مختلف الدفوع التي يسمح له القانون التمسك بها تجاه الدائن (المطلب الأول) ، كما أن القانون يحمي المحال عليه في حالة الوفاء بالدين المحال به سواء بعلم المدين الأصلي أو من دون علمه ، وهذا عن طريق تخويله حق الرجوع على المدين الأصلي بما وفاه للدائن (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول : حق التمسك بالدفوع .

تنص المادة 256 من التقنين المدني على ما يلي "يتمسك المحال عليه قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة" .

و يلاحظ من خلال نص هذه المادة ، أن المشرع أجاز للمحال عليه أن يتمسك بنوعين من الدفوع ، وهي الدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها نحو الدائن و الدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

يترتب على قاعدة الإستخلاف على الدين تخويل المحال عليه حق التمسك بما كان للأصيل من الدفوع أو أوجه الدفع (1) ، فكل الدفوع التي كان يستطيع المدين الأصلي التمسك بها في مواجهة الدائن ، فإنه يمكن أيضاً للمحال عليه أن يتمسك بها باستثناء الدفوع المتعلقة بشخص المدين كالدفع بنقص الأهلية (2) .

---

(1): أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 306 .

(2): محمد حسنين ، مرجع سابق ، ص 339 .

إن الدفع الذي يمكن أن يتمسك به المدين الأصلي هي كثيرة و متنوعة، فمنها ما يرجع إلى بطلان الدين الأصلي ومنها ما يرجع إلى فسخه و منها ما يرجع إلى انقضائه.

فالدفع المتعلق بالبطلان يكون في حالات نشوء الدين الأصلي من عقد باطل بطلانا مطلقا لاختلال ركن من أركانه، كإنعدام الرضا مثلا، أو انعدام المحل، أو السبب، أو عدم توافر الشروط اللازمة في المحل، أو السبب، أو يكون الدين ناشئا من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لسبب عدم صحة الرضا والذي قد يشوبه عيب من عيوب الرضا مثل الغلط، أو التدليس، أو الإكراه... إلخ من عيوب الرضا، كما سبق الإشارة إليه.

إلا أن فيما يخص الدفع بإبطال العقد لسبب نقص الأهلية وكما سبق الإشارة إليه هو أن في الحقيقة هذا الدفع دفع شخصي للمدين الأصلي و ليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلي في أي حال من الأحوال، وهذا ما يقضي به التقنين المدني السويسري بخلاف التقنين المدني الألماني (1).

فإذا كان الدين ناشئا عن عقد قابل للإبطال لسبب نقص أهلية المدين، أو لعيب شاب إرادته فإنه يلاحظ أن إقدام المدين الأصلي بالرغم من علمه بسبب البطلان على إبرام عقد الحوالة بعد زوال هذا العيب، يفيد بأن المدين أجاز العقد مصدر الدين المحال به (2)، ومن ثم لا يصح للمحال عليه التمسك بإبطال العقد.

أما الدفع الذي يرجع إلى فسخ الدين، فإنه يتحقق في حالة ما إذا كان المدين الأصلي مثلا مشتريا ولم يدفع الثمن للبائع ولم يقم هذا الأخير بتسليم العين المبيعة فكما يحق للمدين أمام عدم تسليمه للعين المبيعة أن يدفع مطالبة الدائن بالفسخ فإنه يجوز للمحال عليه في حالة حوالة الدين المتعلق بتسديد ثمن العين المبيعة أن يدفع هو كذلك بفسخ العقد بسبب وقف التنفيذ

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 598.

(2): سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 670.

(لعدم تسليم المبيع إلى المحيل)، وإن كان البعض يرى بأن وقف التنفيذ هو دفعا خاصا بشخص المدين، وبالتالي لا يجوز للمحال عليه التمسك به تجاه المحال - الدائن- (1).

وهناك من الدفوع ما يرجع إلى انقضاء الدين ،فقد تتم حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه بمعزل عن المدين الأصلي، في حين الدين يكون قد انقضى بالوفاء فيحق للمحال عليه أن يتمسك في مكان المدين الأصلي بانقضاء الدين بالوفاء في مواجهة الدائن ، وما يقال عن الوفاء يقال عن التجديد واستحالة الوفاء و الابرء.

أما الدفع بالمقاصة التي تكون بين الدين المحال به و دين المدين الأصلي في ذمة الدائن ،فهنا يجب التمييز بين صورتين انعقاد الحوالة ،فإذا كانت الحوالة قد تمت بين المدين الأصلي و المحال عليه ثم أقرها الدائن ، فإن المدين الأصلي لا يستطيع التمسك بالمقاصة قبل الدائن، باعتباره هو الذي عقد حوالة الدين مع المحال عليه، ومثل هذا التصرف يفيد أن المدين الأصلي لا يريد التمسك بالمقاصة إذ المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها المدين، كما تقضي به المادة 300 من التقنين المدني وعليه فلا يمكن للمحال عليه في هذه الحالة التمسك بالدفع بالمقاصة.

أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت بين الدائن و المحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلي بالمقاصة فمن البديهي أن المحال عليه يستطيع في هذه الصورة لانعقاد الحوالة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلي التمسك بها، ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت قبوله للحوالة، لأنه إذا علم بذلك و قبل الحوالة ،فهذا يعد نزولا منه عن التمسك بالمقاصة، إلا أنه إذا تمسك المدين الأصلي بالمقاصة، فإنه يجوز ويحق للمحال عليه أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة.

---

(1):منذر الفضل،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية،الجزء الثاني-أحكام الالتزام-مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان 1998، ص221.

أما التقنين المدني الألماني و الذي في الحقيقة لا يختلف مع هذا الحكم ، فإنه ينص صراحة في المادة 417 منه على أن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي كان للمدين الأصلي يستطيع أن يتمسك بها، وذلك لأن المقاصة في هذا التقنين لا تقع إلا بإعلان عن الإرادة(1).

أما المشرع الجزائري و إن لم ينص على أي حكم فيما يخص تمسك المحال عليه بالمقاصة ، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 300 من التقنين المدني التي تنص على أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة، وبطبيعة الحال من له مصلحة هو المدين، فهذا معناه لا يجوز للمحال عليه التمسك بالمقاصة، وفي حالة تمسك المدين بالمقاصة، فإن المحال عليه يحق له الدفع بسقوط الدين بالمقاصة في مواجهة المحال، وذلك لأن الدفع بالمقاصة يعد من الدفوع المتعلقة بشخص المدين كما هو عليه الحال فيما يخص الدفع بعدم التنفيذ.

أما فيما يخص الدفع بالتقادم ، فإنه يقال في شأنه ما يقال عن المقاصة ، إذ المدين الأصلي الذي له دين في ذمته تجاه الدائن و هذا الدين كان قد تقادم وقت الحوالة و بالرغم من ذلك يقدم على إبرام عقد حوالة هذا الدين مع المحال عليه ، فإن مثل هذا التصرف يعد إقراراً منه بالدين مسقطاً لحقه في التمسك بالتقادم، ومن ثم لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به (2).

وعلى العموم يجوز للمحال عليه التمسك تجاه الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة التي تربطه بالمدين الأصلي بالرغم من أن هذه الرابطة مستقلة عن حوالة الدين، متى كانت هذه الرابطة هي سبب الحوالة وكان الدائن يعلم بذلك (3) ومثال على ذلك: أن يبيع المدين عقاراً للمشتري وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن يحيل عليه دينه في مواجهة الدائن، ففي هذه الحالة تعد الحوالة شقاً من البيع عندئذ يكون عقد البيع هو سبب الحوالة، فإذا فرضنا أن البيع قد تم فسخه بسبب

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، هامش ص 599.

(2): محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، منشأة الكتب الجامعية، الاسكندرية-الإبراهيمية-شارع علي عباس الحلواني، سنة 2000، هامش ص 374 .

(3): محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 247.

أن البائع-المدين الأصلي-قد أخل بالتزامه مثلاً، وكان الدائن وقت الحوالة يعلم بأن المحال عليه-المشتري-ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه إشتري هذا العقار، فإنه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع ويمتنع عن الوفاء بالدين المحال به، أما إذا كان الدائن لا يعلم بذلك فإنه لا يجوز للمحال عليه في

هذه الحالة التمسك بفسخ العقد و التحلل من الالتزام بأداء الدين المحال به، فما عليه سوى أداء الدين والرجوع بعد ذلك على المدين الأصلي بتعويض ما دفع للدائن.

إلا أن فسخ عقد البيع في هذه الحالة في الحقيقة يؤدي إلى انعدام سبب الحوالة، والسبب كما رأينا سابقا هو الباعث الذي دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة ، وكما جاء في المثال السابق، الباعث هو شراؤه للعقار، وإذا فسخ عقد البيع انعدم السبب و متى انعدم السبب بطلت الحوالة ، وعليه يكفي على المحال عليه إثبات انعدام السبب حتى يتمسك ببطلان الحوالة في مواجهة الدائن، ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه من سببه حتى يكون التزاما مجردا إلا بنص صريح، وهذا النص موجود في كلا من التقنين المدني الألماني و السويسري (1) و الذي يجعل من الالتزام بالحوالة التزاما مجردا، وعليه لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك في هذه التقنيات قبل الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة القائمة بينه و بين المدين الأصلي و التي كانت سببا لالتزامه، أما التقنين المدني الجزائري لا يوجد نص بهذا المعنى ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة كما رأينا لنظرية السبب.

#### الفرع الثاني: الدفع المستمدة من عقد الحوالة.

إن الدفع المستمدة من عقد الحوالة يجوز للمحال عليه التمسك بها بلا إشكال وذلك لأن عقد الحوالة هو أساس التزام المحال عليه قبل الدائن، وعليه يجوز التمسك ببطلان عقد الحوالة لانعدام ركن من أركانه، مثل انعدام الرضا، أو المحل أو السبب، أو عدم توفر الشروط اللازمة في المحل، أو يكون السبب غير مشروع، كما له أن يدفع بابطال العقد لسبب نقص أهليته، أو لوجود عيب في إرادته وله أيضا أن يدفع بعدم تنفيذ المحيل بما التزم به بمقتضى عقد الحوالة.

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 604.

وباعتبار أن الدين المحال به ينتقل إلى المحال عليه بذاته وبأوصافه، كأن يكون معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ، فيكون بطبيعة الحال للمحال عليه أن يتمسك بانعدام الحوالة لتحقيق الشرط الفاسخ أو لعدم تحقق الشرط الواقف.

**المطلب الثاني: حق رجوع المحال عليه على المدين الأصلي.**

ولمناقشة موضوع رجوع المحال عليه على المدين الأصلي، يجب بالضرورة التمييز بين صورتين انعقاد الحوالة.

فإذا انعقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه، ولم تكن تبرعا أي كانت بمقابل و كان هذا المقابل مثلاً، يتمثل في نقل المدين الأصلي ملكية شيء معين للمحال عليه، فإذا لم يوف المدين الأصلي بالتزامه تجاه المحال عليه وكان هذا الأخير قد قام بوفاء الدين المحال به للدائن، فإنه يعتبر قد أدى إلى المدين الأصلي التزاماً بقدر قيمة الحوالة (1)، وعليه جاز للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بمقدار الدين الذي أداه (2).

وفي الحقيقة في هذه الصورة لانعقاد الحوالة، نجد عقد الحوالة المبرم بين الطرفين هو الذي يحدد كيفية رجوع المحال عليه على المدين الأصلي و الذي يتم باتفاق بين الطرفين.

أما إذا كانت الحوالة تمت بين الدائن والمحال عليه بمعزل عن المدين الأصلي وحسب المذهب الحنفي، فإنه لا يمكن للمحال عليه الرجوع بشيء على المدين الأصلي إلا إذا كانت الحوالة بأمر منه، وهذا ما أخذت به الكثير من الدول العربية مثل المشرع العراقي و الكويتي والأردني، إذ هذه التشريعات تشترط ضرورة قبول المدين الأصلي بالحوالة، وهذا ليس لصحة الحوالة، وإنما حتى يحق للمحال عليه الرجوع على هذا المدين و إلا فإنه يعد تبرعا ولا يستطيع الرجوع على المدين

---

(1): محمد حسنين، مرجع سابق، ص 339.

(2): أنور سلطان، مرجع سابق، ص 309.

### الأصلي بشيء (1).

أما في التقنين المدني الجزائري، فلا يوجد ما ينص على حق المحال عليه بالرجوع على المدين الأصلي في هذه الحالة، لهذا تطبق القواعد العامة و التي تجيز للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بما وفاه على أساس الإثراء بلا سبب، إذ لا يوجد عقد بينهما (2).

- 
- (1):حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو،الوجيزفي النظرية العامة للالتزام،الجزء الثاني-أحكام الالتزام-دراسة مقارنة،دار وائل للنشر والتوزيع ، ش الجمعية العلمية الملكية، عمان-الأردن- سنة 2004،ص 257.
- (2):محمد حسنين،مرجع سابق،ص 338.

قد يعترض حوالة الدين ما يبطلها بطلانا مطلقا ،لاختلال ركن من أركان الاتفاق كانهعدام الرضا، أو السبب، أو المحل، أو لما يبطلها بطلانا نسبياكوجود عيب من عيوب الرضا مثل الغلط التدليس، أو الإكراه.

ومن المؤكد عليه أن الدائن يتضرر من هذا البطلان، إذ لا يمكن له استيفاء الدين من المدين الجديد، في حين تكون ذمة المدين الأصلي قد برئت تماما بالحوالة إذا ما هو مصير الدين المحال به وكيف يتحصل الدائن على حقوقه ؟

إن المشرع وإن لم ينص على حالة بطلان حوالة الدين ، إلا أنه و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد المشرع نص على ضمانات كافية تحمي حقوق الدائن، ومن بين هذه النصوص نص المادة 103 من القانون المدني والتي تقضي بإعادة الأطراف إلى الحالة السابقة عن إبرام العقد، وهذا ما يفيد معناه رجوع الدين إلى ذمة المدين الأصلي(المطلب الأول)، كما أن المادة 124 من القانون المدني تجيز رجوع الدائن بالتعويض في حالة ثبوت الضرر على من تسبب في بطلان العقد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : عودة الدين إلى ذمة المدين الأصلي .

من الضروري التمييز بين العقد الباطل بطلانا مطلقا و العقد الباطل بطلانا نسبيا. فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو ما ليس مشروعاً بأصله و وصفه (1) كأن يختل ركن من أركانه ولا يترتب على هذا العقد أي أثر قانوني منذ نشأته ولا يمكن تصحيحه بالإجازة و يجوز لكل من له مصلحة

---

(1): فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية -جلال حزي وشركائه - سنة 2001، ص 242.

أن يتمسك به، بل وعلى القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا، فيكون في حالة ما إذا كان رضا المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضا مثل الغلط، أو التدليس أو الإكراه، أو نقص الأهلية، فهو عقد يبقى صحيحا بالإجازة في حالة التنازل عن طلب إبطال العقد ممن له الحق بالتمسك بإبطاله.

فإذا ما تم إبطال الحوالة سواء كانت منعقدة بين الدائن و المحال عليه أو منعقدة بين المدين الأصلي و المحال عليه ، فإن الطرفين يرجعان إلى الحالة السابقة كما كان عليه قبل الحوالة، و يزول كل أثر للحوالة، وأن التزام المحال عليه نحو الدائن يزول تبعا لزوال الحوالة ، وبالتالي يعود الدين الأصلي إلى ذمة المدين

الأصلي، و إن لم يوجد هناك نص قانوني ينص على عودة الدين الأصلي إلى ذمة المدين الأصلي، فيكفي الرجوع إلى القواعد العامة كما سبق ذكره.

فالعقد الباطل يزول باثر رجعي يعود إلى وقت نشأته، و لا يرتب أي أثر قانوني لا في الماضي ولا في المستقبل، فإذا لم يكن قد تم تنفيذه بعد، فلا يكون هناك لا دائن ولا مدين و بالتالي تنتفي العلاقة أصلا بين الطرفين.

أما إذا تم تنفيذه قبل تقرير بطلان الحوالة، فيجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها سابقا قبل الحوالة و هو أن يرد كل طرف متعاقد ما تلقاه من المتعاقد الآخر (1)، لأن أساس الالتزام برد ما سبق تنفيذه من العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال بعد الحكم ببطلانه هو الدفع غير المستحق (2)، إلا أنه وطبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 103 من القانون المدني فإنه يحرم من الإسترداد من تسبب في عدم مشروعية العقد أو كان عالما به.

و بعودة الدين إلى ذمة المدين الأصلي، فإن هذا يبقى مسؤولا تجاه الدائن وملزما بمقتضى العقد الأصلي بالوفاء بالدين للدائن، وليس له حق الرجوع على المحال عليه، لأن حقه في الرجوع عليه كان قائما على أساس

---

(1): الملف رقم 30072 من المجلة القضائية ، العدد الثاني لسنة 1989، ص 37.

(2): فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق ، ص 265.

التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن و أن هذا الالتزام قد زال بإبطال الحوالة، فزال تبعا لذلك حقه في الرجوع عليه(1).

**المطلب الثاني: رجوع الدائن بالتعويض على المتسبب في بطلان الحوالة.**  
بالإضافة إلى رجوع الدين الأصلي إلى ذمة المدين و حق الدائن في مطالبة هذا المدين بالوفاء بدينه فإنه يحق له أيضا الرجوع بالتعويض على المتسبب في بطلان الحوالة في حالة تضرره بسبب مثلا، تدليس صادر من المحال عليه، أو من المدين الأصلي، أو بسبب فقدانه مثلا للتأمينات ككفالة عينية، أو شخصية التي كانت تضمن الدين، وذلك لأن الكفيل الشخصي أو العيني قد لا يرضى بكفالة مدين آخر،

وبالتالي يزول الرهن المترتب على ماله بانعقاد حوالة الدين، ثم بعد بطلان الحوالة يكون الدين الأصلي قد عاد إلى ذمة المدين الأول و عاد معه هذا الرهن دون الإخلال بحقوق الغير، إذ قد يكون هذا الكفيل قد رتب للغير حقا على المال المرهون في الفترة ما بين انعقاد الحوالة و إبطالها.

إن رجوع الدائن بالتعويض على المتسبب في بطلان الحوالة يكون على أساس نص المادة 124 من القانون المدني و الذي يقضي بما يلي "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وإن كان القانون أحيانا يتخذ من عمل معين قرينة على وجود الخطأ وبهذا يعفي من تقوم لمصلحته القرينة من إثبات وقوع الخطأ(2)، إلا أن القاعدة العامة في الإثبات تستوجب البينة على من يدعي الخطأ، وهذا ما جاء به المشرع في نص المادة 124 من القانون المدني و التي تقيم المسؤولية عن الأفعال الشخصية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، ولهذا فإن الدائن المضرور ملزما بإثبات خطأ المسؤول المتسبب في بطلان الحوالة بالإضافة إلى ذلك وقصد الحصول على التعويض يجب أيضا

---

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 625.

(2): محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام-النظرية العامة للالتزامات -القانون المدني الجزائري، الكتاب،

الثاني، دار الكتاب الحديث، درارية، الجزائر، سنة 2003، ص 46.

## 89

أن يثبت حدوث الضرر، باعتبار أن إثبات الضرر هو أساس الحصول على التعويض و الذي يكون حسب الضرر (1).

إن مسؤولية تعويض الدائن عن الضرر الحاصل تبقى ثابتة في حق المتسبب في بطلان حوالة الدين إلا إذا أثبت بأن هذا البطلان و الضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يد له فيه، كأن يكون سببا أجنيا يتمثل في خطأ الغير، أو القوة القاهرة كما تقضي به المادة 127 من القانون المدني.

ويلاحظ من خلال ما سبق توضيحه، بأن حق الدائن في حالة إبطال الحوالة، هو حق مضمون وحتى ولولم يخصص المشرع نصوصاً خاصة تنظم الآثار المترتبة عن بطلان حوالة الدين وتحديد مصير الدين المحال به، فإن حق الدائن يبقى محمياً وثابتاً بمقتضى القواعد العامة المطبقة في حالة بطلان أي عقد بصفة عامة.

---

(1): قرار المحكمة العليا المؤرخ في 14/04/1982، ملف رقم 24770، المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 04، ص 55.

إن لحوالة الدين مكانة معتبرة بالنسبة للأنظمة المشابهة لها، مثل الإنابة في الوفاء والتجديد الشخصي بتغيير المدين، وإن كانت التشريعات اللاتينية التي لا تأخذ بحوالة الدين تلجأ إلى هاذين النظامين في الحالات التي يرغب فيها تغيير المدين، إلا أن هاتين الطريقتين لا تحقق ما تحققه حوالة الدين من ضمانات و ما توفره من حماية كافية لمصالح جميع الأطراف كما رأينا سابقاً، لذا فإن الحوالة هي أفضل بكثير من التجديد والإنابة في الوفاء، ولهذا السبب نجد التشريعات الجرمانية أخذت بحوالة الدين على نطاق واسع، بل وصلت إلى حد إلغاء التجديد كلية، مثل ما فعله

المشرع الألماني، كما أن المشرع السويسري لم يبق في تقنيته سوى مادة واحدة تخص التجديد وهذه المادة تخص تجديد محل الالتزام(1).

وباعتبار أن حوالة الدين تعد من عقود الإرفاق كما جاء في الفقه الإسلامي ولتوسيع نطاق تطبيق حوالة الدين ، فإن المشرع لم يعتبر رضا الدائن ركنا في الاتفاق على الحوالة ، إذ يكفي لانعقاد حوالة الدين رضا المدين الأصلي و المحال عليه، إلا أنه ولا اعتبارات خاصة بشخص المدين أو لا اعتبارات تتعلق بالنفع العام فإن المشرع يعتبر من ناحية أخرى رضا الدائن ركنا في الحوالة والتي لا تصح من دون رضاه، كما أن ونظرا لخطورة حوالة الدين على مصالح الدائن والغير فإنه يشترط ضرورة إقرار الدائن و رضا هذا الغير بالحوالة حتى تصبح نافذة في حقهم، كما أنه جاء بضمانات كافية لحماية مصالح جميع أطراف الحوالة.

إلا أن إشتراط المشرع ضرورة إقرار الدائن للحوالة حتى تسري في حقه ليس معناه التقليل من فائدة الحوالة، وإن كان انعدام إقرار الدائن للحوالة بالفعل لا يؤدي إلى الحلول الفعلي للمدين الأصلي من طرف المحال عليه في مواجهة الدائن ولكن الحوالة تتم وتصح باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وترتب التزاما على عاتق المحال عليه لصالح المدين الأصلي، وهذا الالتزام يتمثل في درء مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالوفاء بالدين وهذا يكفي، إذ يمكن للمحال عليه أداء الدين مباشرة للدائن وليس لهذا الأخير أن يرفض الوفاء طبقا للقاعدة التي تجيز للأجنبي الوفاء

---

(1): أحمد عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص439.

## 91

في مكان المدين، أو يؤدي مقدار الدين للمدين الأصلي والذي يتكفل بدوره بأدائه للدائن، وبالتالي تتحقق نفس النتيجة وهي تبرئة ذمة المدين الأصلي نهائيا تجاه الدائن، وهذا هو الغرض الجوهرى المرجو تحقيقه من حوالة الدين.

أما مجال تطبيق حوالة الدين في القضاء الجزائري، فإنه لا يعدو أن يكون مجالا جد ضيق، وهذا راجع إلى نقص في تنظيم حوالة الدين بنصوص شاملة و مدققة إذ المشرع حصر المواد المنظمة لحوالة الدين في سبعة مواد فقط.

وإذا رجعنا مثلاً إلى موضوع الضمانات، نجد المشرع لم يفصل جيداً انتقال هذه الضمانات في كل صورة من صورتها حوالة الدين كما فعل المشرع الألماني والذي يميز في موضوع انتقال الضمانات بين صورتين لانعقاد الحوالة كما سبق توضيحه، ونفس الشيء فيما يتعلق بالدفع التي يجوز للمحال عليه التمسك بها فإن المشرع أشار في نص المادة 256 من القانون المدني على أنه يجوز للمحال عليه التمسك بجميع الدفع التي للمدين الأصلي أن يتمسك بها تجاه الدائن، وأن هذا النص جاء بصفة عامة من دون أي تفصيل، في حين المشرع الألماني نص صراحة فيما يخص مثلاً الدفع بالمقاصة بعدم جواز المحال عليه التمسك به، لأن المقاصة لا تتم إلا بعد الإعلان عنها (1)، كما أن التشريعات العربية الأخرى مثل المشرع السوري، المصري، اللبناني، العراقي كلها نصت على عدم جواز تمسك المحال عليه بالدفع التي هي خاصة بشخص المدين (2)، كما أن نص المادة 251 من القانون المدني و الذي يجيز حوالة الدين، هو نص مطلق في حين كان يجب أن يكون نصاً مقيداً، باعتبار أن المشرع يمنع في بعض الحالات بموجب نصوص قانونية حوالة الدين من دون رضا الدائن أين يعتبر رضا الدائن ركناً في الاتفاق على الحوالة، مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 593 من القانون المدني والتي تمنع حوالة الالتزام بحفظ الوديعة من دون رضا صاحب الوديعة، كذلك ما هو منصوص عليه في قانون الصفقات العمومية و الذي يمنع تحويل الالتزام بتنفيذ الأشغال للغير من دون رضا صاحب المشروع كما سبق الإشارة إليه سابقاً.

---

(1): أحمد عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، هامش ص 599.

(2): أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، هامش ص 598.

## 92

إضافة إلى ذلك ما نص عليه أيضاً المشرع في المادة 169 من القانون المدني والتي تقضي بأنه يجوز للدائن في الالتزام بعمل رفض الوفاء من غير المدين، إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، إذ بالرجوع إلى كل هذه النصوص السالفة الذكر، يتبين بأن هناك تناقض صارخ بينها وبين نص المادة 251 من القانون المدني، وكان من الضروري و لتحاشي هذا التناقض إعادة صياغة هذا النص بالطريقة التي تجعله نصاً كاملاً وذلك بإضافة استثناءات على جواز حوالة الدين من دون رضا الدائن، كأن تكون صياغة النص مثلاً على النحو التالي "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين و شخص آخر يتحمل عنه الدين ما لم يقض القانون، أو اتفاق الأطراف، أو طبيعة الالتزام بغير ذلك".

بالإضافة إلى قصور في تنظيم حوالة الدين، فإن هذا التنظيم لم يأت بصفة مرتبة ومتتالية، إذ هناك نصوص تتعلق في الحقيقة بحوالة الدين و لكن المشرع نص عليها في نصوص أخرى متفرقة و في أقسام أخرى غير القسم المتعلق بحوالة الدين، مثل حوالة الدين المترتبة عن بيع عقار مرهون ضمانا للدين المحال به والمنظمة بنص المادة 935 من التقنين المدني، فإن المشرع عوض أن يدرج نص هذه المادة ضمن النصوص المطبقة على حوالة الدين، فإنه نص عليها في القسم الذي يتعلق بانقضاء الرهن، وهذا بالرغم من أن موضوع هذه المادة يتعلق بحوالة الدين أكثر من موضوع انقضاء الرهن، ونفس الشيء فيما يخص حوالة الالتزام بالحفاظ على الوديعة، فبالرغم من أن المشرع نظم حوالة الدين في قسم خاص بها، فإنه نص على حوالة الالتزام بحفظ الوديعة أثناء تنظيمه لعقد الوديعة بالرغم من أن هذا الموضوع هو موضوع يتعلق بحوالة الالتزام، إذ كان على المشرع إدراج هاذين النصين ضمن النصوص المطبقة على حوالة الدين.

لذا فإن أي باحث في القانون الجزائري في حوالة الدين قد يجد صعوبات في جمع المعلومات التي تخص هذا الموضوع، وهذا عكس التشريعات العربية الأخرى التي اهتمت بحوالة الدين اهتماما كبيرا وخصتها بقواعد مفصلة مثل التشريع العراقي والكويتي والأردني، إذ كل هذه التشريعات استنبطت عدة أحكام من الشريعة الإسلامية و أخذت بالحوالة المقيدة و المطلقة المعروفتين في الفقه الإسلامي (1).

---

(1):حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، مرجع سابق، ص 255.

و نفس الشيء فيما يخص تحديد قواعد الرجوع على المدين الأصلي ، وإن كان يطبق في هذا الشأن القواعد العامة أي الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب، إلا أنه من المستحسن ما دام أن المشرع نظم حوالة الدين أن يخصها بتنظيم شامل وأن ينص على قيد رجوع المحال عليه على المدين الأصلي في حالة أدائه للدين المحال به للمحال على غرار التشريعات العربية، مثل التشريع العراقي والكويتي والأردني والتي تنص صراحة بأنه لا يجوز للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلي في حالة أدائه قيمة الدين للدائن من دون إقرار المدين للحوالة(1)، لأن المحال عليه وكما سبق الإشارة إليه يعد متبرعا في هذه الحالة ولا يجوز له الرجوع بشيء.

كما نجد المشرع الجزائري من ناحية أخرى نظم الحوالة التجارية التي تتداول عن طريق السندات التجارية والتي من بينها السفتجة، أو ما هو معروف في القانون المصري بالكمبالية، فإن هذه السفتجة و التي نظمها المشرع في المواد من 389 إلى 464 من التقنين التجاري، هي في الحقيقة تتضمن حوالة مقيدة المعروفة في الفقه الإسلامي، إذ الساحب يحرر سفتجة على المسحوب عليه تمثل ثمن بضاعة، أو مبلغ قرض، وهذا الدين الذي للساحب على المسحوب عليه يسمى مقابل الوفاء(2).

وكان على المشرع الجزائري، كما نظم الحوالة التجارية تنظيماً مدققاً، أن يفعل نفس الشيء فيما يخص الحوالة المدنية و بتدارك هذا النقص باستنباط أحكام أخرى لحوالة الدين من الشريعة الإسلامية، وإن كانت حوالة الدين في الفقه الإسلامي في الحقيقة و كما يقول الأستاذ السنهوري ما هي إلا صورة من صور الكفالة أو التجديد (3)، إلا أنه يمكن استنباط منها أحكام للحوالة مع تحويلها بالطريقة التي تجعل من حوالة الدين حوالة حقيقية، كما فعلت التشريعات

- 
- (1):حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو ، مرجع سابق ، ص 257 .  
(2):برهان الدين جمل ، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري ،السفتجة ،السند لأمر الشيك ،ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1984، ص 25.  
(3):عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص422.

العربية الأخرى. كما أنه و ما دام أن المشرع يأخذ بحوالة الدين و بحوالة الحق فمن المستحسن إلغاء التجديد الشخصي و الإبقاء على الحوالة كما فعلت لتشريعات الجرمانية، ما دام أن الحوالة تحقق نفس الغرض الذي يحققه التجديد و ما دام أن التجديد لا يوفر الحماية الكاملة التي توفرها حوالة الدين لمصالح جميع الأطراف.

## قائمة المراجع

أولاً: الكتب/

(I) باللغة العربية:

- (1) إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البلدة 1998 .

- (2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام في الفقه وقضاء النقض، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية -جلال حزي وشركائه- سنة 2008.
- (3) أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر 37 ش سوتير -الأزارطة-الاسكندرية، سنة 2005.
- (4) أنور لعروسي، حوالة الحق وحوالة الدين في القانون المدني معلقا على النصوص بالفقه وقضاء النقض، دار الفكر الجامعي 30 شارع سوتير الأزارطة -الاسكندرية - سنة 2000.
- (5) برهان الدين جمل، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، السفتجة والسند لأمر -الشيك، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1984.
- (6) بلعير عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ورشة أحمد زبانة 1986.

- (7) توفيق حسن فرج وجلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، أحكام الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية منشورات الحلبي الحقوقية من دون سنة نشر.
- (8) حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، ش الجمعية العلمية الملكية -عمان، الأردن الطبعة الأولى سنة 2004.

- (9) رضا متولي وهدان، تجديد الالتزام، نطاقه، تأصيله، آثاره، دار الجامعة الجديدة للنشر 38 ش سوتير الأزاربطة، الاسكندرية 1999.
- (10) رضا أبو السعود، احكام الالتزام، دار الجامعة العربية 38 ش سوتير الأزاربطة سنة 2004.
- (11) سليمان مرقس - في الالتزامات - أحكام الالتزام- دار الكتب القانونية شتات مصر، المنشورات الحقوقية صادر بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، من دون سنة نشر.
- (12) سعد بن تركي الخثلان، مكتبة الأكاديمية الإسلامية، دروس الأكاديمية الدروس المفردة، الفقه، المستوى الخامس، الدرس الثالث، موقع الأنترنات : [WWW.ISLAMACADEMY-NET](http://WWW.ISLAMACADEMY-NET) من دون سنة نشر.
- (13) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية، الكفالة- الرهن الرسمي - حق الإختصاص- الرهن الحيازي-حقوق الإمتياز- توزيع منشأة المعارف - الاسكندرية - جلال حزي وشركائه 1996.
- (14) طلبة وهاب خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون توزيع دار الكتاب الحديث، من دون سنة نشر.

- (15) عباس المنزلاوي، القانون التجاري - الشركات التجارية - ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون -الجزائر- 1984.
- (16) 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.
- (17) عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام - الجزء الثالث - الأوصاف،

الحوالة الإنقضاء، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت- لبنان 1998.

(18) عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون - العقود المسماة في المقابلة الوكالة، الكفالة- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان -وسط البلاد -سوق البتراء، عمارة الحجيري عمان -الأردن-2001.

(19) علي فيلالي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد -الطبعة الثانية دارالطبع للمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رعاية -الجزائر- سنة 2005.

(20) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول- مصادر الالتزام، دار النشر، منشأة المعارف بالاسكندرية جلال حزي و شركائه سنة 2001.

(21) فتحي عثمان الفقي -مدى مشروعية حوالة الدين- موقع الأنترنات :

. IEF PEDIA . COM / ARAB / W P.

(22) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب 03 ش زيغوت يوسف-الجزائر- سنة 1983.

98

(23) محمد شكري سرو، موجز للأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار الفكر العربي، من دون سنة نشر.

(24) محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، منشأة الكتب الجامعية - الاسكندرية -الإبراهيمية - شارع علي عباس الحلواني، سنة 2000.

(25) محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام- النظرية العامة للالتزام- القانون المدني الجزائري، الكتاب الثاني، دارالكتاب الحديث ص ب 061 قطعة س رقم 34 درارية- ولاية الجزائر، سنة 2003.

(26) محمدي فريدة زواوي - المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رعاية - الجزائر- 2000.

(27) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الثاني -أحكام الالتزام -مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان -الأردن- 1998.

(28) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - الجزء الثاني، دار المعرفة الجامعية 40 ش سوتير - الاسكندرية - من دون سنة نشر.

(29) همام محمد محمود و محمد حسين منصور، مبادئ القانون -المدخل إلى القانون - الالتزامات، منشأة المعارف بالاسكندرية جلال حزي و شركائه 44 ش سعد زغول الاسكندرية ، من دون سنة نشر.

- 1) Allex Weill et François Terré, 2eme édition dalloz 1975, imprimerie berger -levrault-nancy, dépôt légal 1er trimestre 1976.
- 2) Alain sériaux, droit des obligations, 2eme édition, imprimerie des presses universitaires de France, 73 avenue ronsard 41100, vendome, mars 1998 No 44775.
- 3) Aude guirouloux, la cession de la créance et la cession de dette - oct 2006, master pratiques juridiques et judiciaires, promotion 2006-2007, site internet w w w . master droit . F R.

- 4) Emmanuel Jeuland , cession de contrat (recueil V contrats et obligations) tome IV encyclopédie juridique dalloz , publication trimestrielle 03 avril 2003 édition dalloz 31-35 rue froidevaux 75685 , paris cédex 14 tome I V.
- 5) 5) François chabas, henri et léon mazeaud, jean mazeaud -leçon de droit civil, tome 02 1er volume – obligations - théorie générale 9eme édition, édition delta 2000 distribution librairie le pont jdeidet - el-metn beyrouth-liban.
- 6) Jean -luc aubert, cession de dette ( recueil V obligation ) encyclopédie juridique dalloz tome IV, publication trimestrielle 03 avril 2003, édition dalloz 31-35, rue froidevaux 75685 , paris cedex 14 tome III.
- 7) Nour eddine terki-les obligations- responsabilité civile et régime général, office des publications universitaires, 29 rue Abou Novas, Hydra, Alger 1982.

## ثانيا : المجالات /

- 1) المجلة القضائية ، العدد 04 لسنة 1989.
  - 2) المجلة القضائية ، العدد 01 لسنة 1993.
  - 3) مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2007.
  - 4) ملاحق تراجم الفقهاء ، الموسوعة الفقهية.
- موقع الأنترنت: W. W. W. ISLAMA. GOV. K W : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المصرية.

100

## فهرس الموضوعات

01 .....مقدمة

## الفصل التمهيدي مفهوم حوالة الدين

|    |                                                               |
|----|---------------------------------------------------------------|
| 08 | المبحث الأول :تعريف حوالة الدين.....                          |
| 08 | المطلب الأول :معنى حوالة الدين في اللغة.....                  |
| 09 | المطلب الثاني :معنى حوالة الدين في الفقه الإسلامي .....       |
| 10 | المطلب الثالث :معنى حوالة الدين في القانون.....               |
| 12 | المبحث الثاني :تمييز حوالة الدين عن الأنظمة المشابهة لها..... |
| 12 | المطلب الأول :تمييز حوالة الدين عن التجديد.....               |
| 14 | المطلب الثاني :تمييز حوالة الدين عن الإنابة في الوفاء .....   |
| 16 | المطلب الثالث :تمييز حوالة الدين عن حوالة الحق .....          |
| 21 | المطلب الرابع :تمييز حوالة الدين عن حوالة العقد.....          |

## الفصل الأول

### شروط حوالة الدين

|    |                                                  |
|----|--------------------------------------------------|
| 26 | المبحث الأول :شروط انعقاد الحوالة.....           |
| 26 | المطلب الأول :الشروط العامة لانعقاد الحوالة..... |
| 26 | الفرع الأول :الرضا و صحته.....                   |
| 33 | الفرع الثاني :المحل.....                         |
| 35 | الفرع الثالث:السبب.....                          |

|    |                                                           |
|----|-----------------------------------------------------------|
| 38 | المطلب الثاني :الشروط الخاصة لانعقاد الحوالة.....         |
| 38 | الفرع الأول :أن لا يكون نص قانوني يمنع الحوالة.....       |
|    | الفرع الثاني :أن لا تتعارض الحوالة مع طبيعة الدين.....    |
| 39 |                                                           |
| 40 | الفرع الثالث :أن لا يكون اتفاق يمنع الحوالة.....          |
| 41 | المبحث الثاني :مدى صحة حوالة الدين من دون رضا الدائن..... |

|    |                                                               |
|----|---------------------------------------------------------------|
| 42 | المطلب الأول :موقف الفقه.....                                 |
| 44 | المطلب الثاني :موقف التشريع.....                              |
| 44 | الفرع الأول :موقف التشريعات الأجنبية.....                     |
| 44 | 01- :موقف المشرع الألماني.....                                |
| 47 | 02- :موقف المشرع الفرنسي.....                                 |
| 49 | الفرع الثاني:موقف التشريعات العربية.....                      |
| 49 | 01- :موقف المشرع اللبناني.....                                |
| 49 | 02- : موقف المشرع العراقي.....                                |
| 50 | 03-موقف المشرع المصري.....                                    |
| 52 | <b>المبحث الثالث :شروط نفاذ الحوالة.....</b>                  |
| 52 | المطلب الأول :شروط نفاذ الحوالة في حق الدائن.....             |
| 55 | الفرع الأول :شروط الإقرار.....                                |
| 56 | الفرع الثاني:مدى حرية الدائن في إقرار الحوالة.....            |
| 58 | الفرع الثالث:وقت صدور الإقرار.....                            |
| 63 | المطلب الثاني :شروط نفاذ الحوالة في حق الغير.....             |
| 63 | الفرع الأول :شروط نفاذ الحوالة في حق الكفيل.....              |
| 64 | الفرع الثاني:شروط نفاذ الحوالة في حق المدينين المتضامنين..... |

## الفصل الثاني

### الضمانات المكفلة قانونا لحماية مصلحة الدائن و المحال عليه

|    |                                                                       |
|----|-----------------------------------------------------------------------|
| 67 | <b>المبحث الأول: الضمانات المكفلة قانونا لحماية مصلحة الدائن.....</b> |
| 69 | المطلب الأول : انتقال الدين بضماناته.....                             |
| 70 | الفرع الأول: الضمانات المقدمة من طرف المدين.....                      |

|    |                                                                           |
|----|---------------------------------------------------------------------------|
| 76 | الفرع الثاني: الضمانات المقدمة من طرف الغير.....                          |
| 77 | المطلب الثاني: ضمان يسار المحال عليه.....                                 |
| 79 | الفرع الأول: شروط ضمان يسار المحال عليه.....                              |
| 79 | الفرع الثاني: مدى التزام المدين بضمان يسار المحال عليه.....               |
| 80 | <b>المبحث الثاني: الضمانات المكفلة قانونا لحماية مصلحة المحال عليه...</b> |
| 80 | المطلب الأول : حق التمسك بالدفع.....                                      |
| 81 | الفرع الأول : الدفع التي كان للمدين الأصلي التمسك بها.....                |
| 85 | الفرع الثاني : الدفع المستمدة من عقد الحوالة.....                         |
| 85 | المطلب الثاني : حق الرجوع على المدين الأصلي.....                          |
| 87 | <b>المبحث الثالث : الضمانات المكفلة قانونا في حالة بطلان الحوالة.....</b> |
| 87 | المطلب الأول : عودة الدين إلى ذمة المدين الأصلي .....                     |
| 89 | المطلب الثاني : رجوع الدائن بالتعويض .....                                |
| 91 | الخاتمة : .....                                                           |
| 96 | قائمة المراجع : .....                                                     |