

## الدفع بشرط الإنصاف تجاه حوالة الحق

### في القانون الإنكليزي - دراسة مقارنة- (\*)

د. يونس صلاح الدين علي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون والعلاقات الدولية والدبلوماسية / جامعة جيهان

#### المستخلص

تختص حوالة الحق في القانون الإنكليزي بنقل الحقوق التعاقدية الواردة على الأموال غير المادية أو ما يعرف بممتلكات الذمة ولاسيما الحق في تنفيذ العقد، من ذمة مالكة المحيل إلى ذمة المحال له، وهو الغير الأجنبي عن العقد المبرم بين المحيل وبين المدين. وتصنف الحوالة في القانون الإنكليزي إلى نوعين رئيسيين هما الحوالة الإرادية والحوالة غير الإرادية. إلا أن دراستنا سوف تتركز على الحوالة الإرادية، إذ يقتصر استعمال الحوالة غير الإرادية على نقل الحقوق في حالتي الوفاة والافلاس. وتترتب على حوالة الحق في القانون الإنكليزي مجموعة من الآثار القانونية من أبرزها التمسك بالدفع بشرط الإنصاف. ونظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حوالة الحق، وعدها عقداً ينقل بمقتضاه الدائن حقه إلى شخص آخر في مواجهة المدين في الالتزام. وإستبعد القانون الإنكليزي والعراقي عدداً من الحقوق من نطاق حوالة الحق وعدها حقوقاً غير قابلة للحوالة

#### Abstract

The assignment in English law is concerned with transferring contractual rights upon incorporeal property, or what is called "Choses in action", particularly the right in the performance of the contract, from their owner. that is to say the assignor to the assignee. Who is a third party to the contract concluded between the assignor and the debtor. It is also worth-bearing in mind that the assignment is classified under the English law into two main types: the voluntary and involuntary

(\*) أستلم البحث في ٢٠١٨/٢/١٢ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠١٨/٤/٢٦.

assignments. But our study will be focused on the voluntary one. Because the domain of using the involuntary assignment is restricted to the transfer of rights in both the situation of death and bankruptcy. It is also worth-mentioning that many legal effects arise from the assignment of contractual rights in English law, the most considerable one of which is the resorting of the debtor to the claim " subject to equities". Whereas the Iraqi Civil law No. (40) of 1951 regulated the assignment of rights, considering it as a contract concluded between the assignor and the assignee, by which the assignor (creditor) transfers to another person (the assignee) As against the debtor. Finally both the English and Iraqi laws eliminated many rights from the field of assignment of rights, considering them as non-assignable rights.□

### إتقدمة

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث: تعد حوالة الحق من النظم القانونية الراسخة في القانون الانكليزي، التي بمقتضاها يتم نقل المنافع الناشئة عن العقد من ذمة مالكها المحيل إلى ذمة المحال له، وهو الغير الأجنبي عن العقد الذي نشأت بمقتضاه. وغالباً ما يتم اللجوء إلى حوالة الحق عندما يعمد أحد طرفي عقد ما إلى نقل حقوقه التعاقدية، ومن أبرزها حقوقه الواردة على الأموال غير المادية أو ما يعرف بممتلكات الذمة ولاسيما الحق في تنفيذ العقد، إلى الغير الأجنبي عن ذلك العقد، ودون موافقة الطرف الآخر أي المدين بالالتزام. وتصنف الحوالة في القانون الانكليزي إلى نوعين رئيسيين هما الحوالة الإرادية والحوالة غير الإرادية، وينضوي تحت مفهوم النوع الأول الحوالة في ظل قانون الأحكام العام التي كانت تمارس على نطاق ضيق، والحوالة الإنصافية وكذلك التشريعية. أما الحوالة غير الإرادية فهي تنقل الحق في حالتي الموت والإفلاس وكذلك الإعسار. إذ مر التطور التاريخي لحوالة الحق في القانون الانكليزي بثلاثة مراحل بارزة: ففي المرحلة الأولى تبنى قانون الأحكام العام الانكليزي (Common law) العرفي الذي بنى على السوابق القضائية موقفاً رافضاً لحوالة الحق، وذلك بسبب تخوف محاكم قانون الأحكام العام من التدخل غير المشروع في دعوى قضائية بمساعدة طرف على آخر مادياً أو معنوياً

(Maintenance). إلا أنه وكإستثناء من هذا الأصل العام فقد سمح هذا القانون بحوالة حقوق وديون التاج (Crown) فضلاً عن السندات القابلة للتداول (Negotiable instruments). وقد ورث قانون الأحكام العام الإنكليزي موقفه الرافض لهذا لحوالة الحق عن القانون الروماني (Roman Law) والذي كان المبدأ السائد فيه ينظر إلى الحقوق الناشئة عن العقد بأنها ذات سمة شخصية بحيث لا يمكن فصلها عن العلاقة القائمة بين طرفي العقد وحوالتها إلى الغير<sup>(١)</sup>. وللتغلب على قسوة هذا المبدأ فقد أخذ قانون الأحكام العام بثلاثة وسائل يمكن أن تقوم مقام حوالة الحق، وهي التجديد (Novation) والإقرار بالدين (Acknowledgment) والوكالة (Power of attorney). وفي المرحلة الثانية تمكنت محاكم الإنصاف (Courts of Equity) في القرن السابع عشر، ومحاكم العدالة المطلقة (Courts of chancery) ومنذ مطلع القرن الثامن عشر، من التغلب على موقف قانون الأحكام العام الرافض لحوالة الحق، وسمحت بحوالة الحق التي ترد على ما يعرف في القانون الإنكليزي بممتلكات الذمة (Choses in action)، وذلك بما عرف بالحوالة الإنصافية (Equitable assignment). ثم ظهر مفهوم الحوالة التشريعية (Statutory assignment) أما في المرحلة الثالثة، فقد أجازت التشريعات الإنكليزية، ومنذ القرن التاسع عشر، حوالة الحقوق المترتبة على بعض أنواع العقود. كالحقوق المترتبة على وثائق التأمين البحري ووثائق التأمين على الحياة (Marine and life insurance policies) بمقتضى الفقرة الأولى المادة الخمسين من تشريع التأمين البحري لعام ١٩٠٦ (Marine insurance Act 1906) التي نصت على أن ( وثيقة التأمين البحري تكون قابلة للحوالة ما لم تتضمن بنوداً تنص على حظر الحوالة صراحة. ويمكن حوالتها قبل الخسارة أو بعدها)<sup>(٢)</sup>. والحقوق المترتبة على وثائق الشحن بمقتضى المادة الأولى من تشريع وثائق

(1) Hein Kotz .European contract Law. Second Edition. Oxford University Press. 2017. P.338.

(2) (A marine policy is assignable unless it contains terms expressly prohibiting assignment. It may be assigned either before or after loss).

الشنح لعام ١٨٨٥ (Bill of lading Act 1885) التي نصت على أن (يمكن لكل محال له بالبضاعة المسماة في وثيقة الشنح، وكل مظهر له، الذين تنتقل إليهما الحقوق المترتبة على البضائع المنصوص عليها في الوثيقة بمقتضى الحوالة أو التظهير أو بسببهما، أن ينقل إلى نفسه كل الحقوق المتعلقة بإقامة الدعوى، ويكون مسؤولاً عن البضائع. كما لو كان العقد الذي تضمنته وثيقة الشنح قد أبرم معه شخصياً<sup>(١)</sup>). وبعد أن وحد تشريع السلطة القضائية لعام ١٨٧٣ (Judicature Act 1873) بين محاكم قانون الأحكام العام ومحاكم الإنصاف. فقد خرجت بعض الوسائل التقليدية لتنفيذ الحوالة الانصافية للحقوق أو الأموال القانونية (Equitable assignment of legal choses) من نطاق إستعمالها التقليدي وجرى تذليل الصعوبات بالسماح للمحال له بإقامة الدعوى لدى أية هيئة من هيئات المحكمة العليا (High court). وإذا ما نجح المحال له في دعواه ضد المدين. فإنه لم يعد بإمكان الأخير إتخاذ إجراءات قضائية مستقلة، إذا ما قاضاه المحيل أيضاً. وكل ما ينبغي عليه القيام به هو التمسك بالمبلغ الذي دفعه للمحال عليه كدفع في الدعوى الثانية في مواجهة المحيل. لذا فإنه لم يعد من الضروري إختصاص المحيل في الدعوى أمام المحكمة، ما لم يكن قد إحتفظ ببعض المنافع المترتبة على محل عقد الحوالة أو طعن بصحة الحوالة نفسها. وتترتب على حوالة الحق في القانون الانكليزي ولا سيما الحوالة التشريعية عديد من الآثار القانونية من أبرزها الدفع بشرط الإنصاف، الذي سيكون محور دراستنا في هذا البحث. وبالمقابل فقد نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حوالة الحق، وعدها عقداً ينقل بمقتضاه الدائن حقه إلى شخص آخر في مواجهة المدين في الالتزام.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: إن السبب الرئيس في اختيار موضوع البحث هو أن النظام القانوني لحوالة الحق في القانون الانكليزي لم يكن موضوعاً لدراسة معمقة في

(1) (Every consignee of goods named in a bill of lading , and every endorsee of a bill of lading to whom the property in the goods therein mentioned shall pass, upon or by reason of such consignment or endorsement, shall have transferred to and vested in him all rights of suit, and be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading had been made with himself).

المجلات القانونية الأكاديمية العراقية أو العربية. فضلاً عن عدم وجود دراسة قانونية مقارنة تتعلق بحوالة الحق بين القانونين الإنكليزي والعراقي.

**ثالثاً: أهمية البحث:** تكمن أهمية البحث في تضمن النظام القانوني لحوالة الحق في القانون الإنكليزي لمبادئ ومفاهيم قانونية غير معروفة في قوانين الدول التي أخذت بنظام القانون المدني، كالقانون المدني الفرنسي والعراقي والمصري. ومن أبرز هذه المبادئ مبدأ الدفع بشرط الإنصاف تجاه حوالة الحق، ومبدأ جواز حوالة الحق في التقاضي المجرّد إذا كانت للمحال له مصلحة مشروعة وحقيقية ذات طبيعة تجارية أو مالية.

**رابعاً: مشكلة البحث:** تكمن مشكلة البحث في القصور الذي إعتري موقف المشرع العراقي من بعض الآثار القانونية المهمة المترتبة على حوالة الحق، على الرغم من تنظيمه لتلك الآثار على وجه العموم تنظيمياً دقيقاً، إذ لم يبين مصير حوالة الحق إذا كان التصرف الأصلي بين الدائن المحيل وبين المدين المحال عليه، الذي ترتب عليه حق الدائنية الذي حوله المحيل إلى المحال له موقوفاً على إجازة المحال عليه، وقام الأخير بنقض ذلك التصرف إستعمالاً لحقه المتمثل بخيار إجازة العقد الموقوف أو نقضه، وعلى الرغم من صحة عقد الحوالة نفسه من حيث شروط انعقاده ونفاذه. مع إمكانية الاستفادة من مبدأ من المبادئ الراسخة الجذور في القانون الإنكليزي وهو مبدأ التمسك بالدفع بشرط الإنصاف، الذي كان موجهاً ضد الحوالة الإنصافية ثم تبنته التشريعات الإنكليزية كدفع تجاه الحوالة التشريعية. وكذلك من المبادئ المستنبطة منه لمعالجة مثل ذلك القصور الذي شاب بعض جوانب حوالة الحق في القانون المدني العراقي. ثمة مشكلة أخرى ينبغي على هذه الدراسة التصدي لها وهي القصور الذي إعتري موقف القانون المدني العراقي لعدم بيان الحالات أو تحديدها فيما يتعلق بإعمال مبدأ إنضمام المحيل إلى جانب المحال عليه في الدعوى التي يقيمها الأخير على المحال له، وإنضمام المحيل إلى جانب المحال له في الدعوى التي يقيمها على المدين المحال عليه للمطالبة بالحق المحال به. وسوف نحاول في هذا البحث بالدراسة المعمقة لهذه المشكلات وضع مقترحات معينة لحلها مستنبطة من هذه الدراسة المقارنة بالقانون الإنكليزي.

**خامساً: نطاق البحث:** يتسع نطاق هذه الدراسة ليشمل البحث في ماهية النظام القانوني لحوالة الحق في القانونين الإنكليزي والعراقي من حيث مفهوماها وخصائصها وطبيعتها

القانونية وإنعقادها ونفاذها وأنواعها والحقوق غير القابلة للحوالة وأهم الآثار القانونية المترتبة عليها.

سادساً: منهجية البحث: انتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، بإجراء تحليل قانوني لماهية حوالة الحق وأهم الآثار القانونية المترتبة عليها والحقوق غير القابلة للحوالة في القانونين الانكليزي والعراقي. ومقارنة موقف القانونين الانكليزي والعراقي بعضهما مع البعض الآخر فيما يتعلق بهذين الموضوعين. وهي وظيفة القانون المقارن والذي هو علم بحثي يختص بدراسة القوانين الأجنبية وسبر غورها لمعرفة أوجه الشبه والإختلاف فيما بينها من جهة، وفيما بينها وبين القانون الوطني من جهة أخرى<sup>(١)</sup>.

سابعاً: خطة البحث: في ضوء ما تقدم فقد توزعت هذه الدراسة على أربعة مباحث على وفق ما يأتي:

المبحث الأول : التعريف بحوالة الحق في القانونين الانكليزي والعراقي

المبحث الثاني : أنواع حوالة الحق في القانون الانكليزي

المبحث الثالث : ماهية الدفع بشرط الإنصاف في القانونين الانكليزي والعراقي

المبحث الرابع: الآثار القانونية المترتبة على الدفع بشرط الإنصاف تجاه حوالة الحق في

القانون الانكليزي ومقارنته بالقانون المدني العراقي

## المبحث الأول

### التعريف بحوالة الحق في القانونين الانكليزي والعراقي

تعد حوالة الحق من النظم القانونية الراسخة في القانون الانكليزي، التي بمقتضاها يتم نقل المنافع التي تنشأ عن العقد من مالكةا إلى الغير<sup>(٢)</sup>. وذلك على الرغم من الموقف الرافض للحوالة والذي تبناه قانون الأحكام العام الانكليزي (Common law)، الذي

(١) د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٦.

(2) Michael Furmston, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, Fifteenth Edition, Oxford University Press, 2007, P.642.

إستقى مبادئه من السوابق القضائية للمحاكم الانكليزية أولاً<sup>(١)</sup>، ثم من التشريعات الصادرة لاحقاً<sup>(٢)</sup>، بما يوفر حلولاً للمسائل كافة<sup>(٣)</sup>. ويتم اللجوء إلى حوالة الحق عندما يعتمد أحد طرفي عقد ما إلى نقل حقوقه التعاقدية إلى الغير الأجنبي عن ذلك العقد<sup>(٤)</sup>، ودون موافقة الطرف الآخر أي المدين بالالتزام<sup>(٥)</sup>. في حين نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حوالة الحق في المواد ٣٦٢-٣٧٤ منه، وعدها عقداً ينقل بمقتضاه الدائن حقه إلى شخص آخر في مواجهة المدين في الالتزام. لذا فسوف نقوم بالتعريف بحوالة الحق في القانونين الانكليزي والعراقي بتعريفها وبيان خصائصها وطبيعتها القانونية في المطالب الثلاثة الآتية:

## المطلب الأول

### تعريف حوالة الحق في القانونين الإنكليزي والعراقي

يعرف جانب من الفقه الانكليزي<sup>(١)</sup> حوالة الحق (Assignment of contractual rights) بأنها صفقة بين شخص يمتلك حقوقاً تعاقدية أو منافع تنشأ عن العقد، ويدعى بالمحيل (Assigner) أو الدائن (Creditor) أو الموعود له (Promisee) وبين شخص آخر يدعى بالمحال له (Assignee)، والذي هو في مركز

(١) د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص٧.

(2) Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 2015. P.3

(٣) د. حسين عبد علي عيسى. مصادر القانون الجزائري الانكليزي دراسة مقارنة. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد ١٥ . العدد ٥٥. السنة ١٧. كانون الأول ٢٠١٢. ص ١٦٣.

(4) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005 , P.343.

(5) Catherine Elliott & Frances Quinn ,Contract Law, Seventh Edition , PEARSON, Longman, 2009, P. 281.

(6) Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, P.714.

الغير الأجنبي عن العقد المبرم المحيل الدائن وبين المحال عليه المدين (debtor) أو ما يعرف بالواعد (Promisor)، بمقتضاها ينقل المحيل إلى المحال له حقوقه التعاقدية وبما يمكن الأخير من المطالبة بتلك الحقوق عن طريق مقاضاة المدين الذي لا يكون طرفاً في الصفقة ولا يشترط رضاؤه لصحتها. ويعرفها جانب آخر من الفقه الانكليزي<sup>(١)</sup> بأنها وسيلة إرادية ينقل بمقتضاها أحد طرفي عقد ما الحقوق والمنافع التي تعاقد للحصول عليها من الطرف الآخر المتعاقد معه إلى الغير الأجنبي عن ذلك العقد، ويتمنح هذا الأخير مكنة تنفيذ تلك الحقوق المترتبة على عقد لم يكن طرفاً فيه. بما يشكل خروجاً واضحاً عن قاعدة خصوصية أثر العقد (Privity of contract rule). وعرفها فقهاء آخرون<sup>(٢)</sup> بأنها (إتفاق بين المحيل والمحال له ينقل بمقتضاه الأول حقوقه التعاقدية إلى الثاني في مواجهة المدين وبصرف النظر عن رضائه). ويتبين من هذه التعاريف المسائل الثلاثة الآتية .

الأولى أن الحوالة ترد على الحق في تنفيذ عقد ما (Right to enforce a contract) والذي يصنف ضمن نطاق الأموال المعنوية أو المنقولات غير المادية (intangible property) التي تعرف أيضاً بممتلكات الذمة (Choses in action) وهي حقوق لا يمكن تنفيذها أو الانتفاع بها أو حمايتها إلا بالدعوى القضائية، ولا تصلح أن تكون محلاً للحيازة المادية (Physical possession) كما هي الحال بالنسبة إلى ممتلكات الحيازة (Choses in possession) كالمنقولات المادية (Tangible personal property). ومن أبرز الأمثلة على ممتلكات الذمة الديون (Debts) أو الحقوق الشخصية (Personal rights)<sup>(٣)</sup>. وكذلك الأموال المعنوية (Incorporeal property)<sup>(٤)</sup>، كحقوق الملكية الفكرية (intellectual property rights) ومنها حق المؤلف (Copyright) وبراءة الاختراع (Patent) والعلامة التجارية

(1) Paul Richards, Law of Contract, Fourth Edition, Financial Times, Pitman Publishing, 1999, P.403.

(2) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th Edition, Oxford University Press, 2016, P.696.

(3) Michael Furmston, op. Cit, P.643.

(4) Marcus Smith and Nico Leslie. The Law of Assignment. Second Edition. Oxford University Press. 2013. P.28.



(Policies of Trademark) والحقوق المترتبة على وثائق التأمين البحري (Policies of marine insurance) والتأمين على الحياة (Policies of life insurance) وكذلك الحقوق المترتبة على وثائق الشحن (Bills of lading) والسندات القابلة للتداول (Negotiable instruments) والحق في إقامة الدعوى (The right to bring an action) كدعوى المسؤولية الناجمة عن الخطأ المدني (action in Tort) والحقوق المطالب بها عن طريقها. وكذلك الحق في إقامة دعوى المسؤولية العقدية، والحقوق المترتبة على الأمانة (Rights under trust) وأسهم الشركات (Shares in companies). والمسألة الثانية فهي أن المنافع القابلة للحوالة (Assignable benefits) التي يمكن نقلها أو تحويلها إلى الغير الأجنبي عن العقد الذي نشأت عنه هي ليست المنافع المادية بحد ذاتها. ولكن يقصد بها الحق في تنفيذ ذلك العقد. فالعقد عديم الجدوى إذا لم يكن بالإمكان تنفيذه، لأنه لا يمكن تحقيق المنافع المترتبة عليه إلا بتنفيذه. فالحق في تنفيذ العقد يعد نوعاً مهماً من أنواع ممتلكات الذمة أو الحقوق المترتبة في الذمة. لأنه نوع غير مادي أو غير ملموس من أنواع الحقوق التي لا يمكن المطالبة بها أو تنفيذها إلا بالدعوى القضائية، وليس عن طريق حيازتها مادياً كالمنافع المادية المترتبة على العقد. أما المسألة الثالثة فهي أن ممتلكات الذمة أو المنقولات غير المادية تنتقل إرادياً عن طريق الحوالة من شخص إلى آخر. لذا تعرف حوالة الحق الناقلة لهذه الأنواع من الحقوق بالحوالة الإرادية (voluntary assignment)<sup>(١)</sup>. التي تتميز عن الحوالات غير الإرادية التي ينتقل بمقتضاها الحق في حالة موت أحد الأطراف المتعاقدة أو إفلاسه. أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد عرف جانب من فقه هذا القانون<sup>(٢)</sup> حوالة الحق بأنها (عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن في الالتزام ويسمى المحيل، حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام،

(1) Paul Richards, op. Cit, P.403.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٣٥.

ويسمى المحال عليه). وعرفها جانب آخر من فقه القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> بأنها (عقد بين الدائن وشخص أجنبي عن رابطة الالتزام على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين فيحيل الاجنبي محل الدائن في هذا الحق بجميع مقوماته وخصائصه). ويتبين من هذين التعريفين بأن حوالة الحق في القانون المدني العراقي هي عقد ينعقد بين طرفين الأول هو الدائن القديم وهو المحيل. والثاني هو الدائن الجديد وهو المحال له. أزاء شخص ثالث أجنبي عن عقد الحوالة وهو المدين، والذي يعرف بالمحال عليه. كما يتبين أيضاً بأن حق الدائن القديم الذي في ذمة المدين ينتقل إلى الدائن الجديد بمقتضى عقد الحوالة بمقوماته وخصائصه<sup>(٢)</sup>، خلافاً للتجديد بتغيير الدائن والذي يترتب عليه إنقضاء حق الدائن القديم ونشوء حق جديد للدائن الجديد. مما يؤدي إلى سقوط التأمينات التي كانت ضامنة للدين القديم وكأصل عام، مالم يتم الإتفاق إستثناءً ما بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد على إستبقاء التأمينات<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### خصائص حوالة الحق في القانونين الانكليزي والعراقي

تتسم حوالة الحق في القانونين الانكليزي والعراقي بالخصائص الآتية :

**أولاً:** تتسم حوالة الحق بأنها وسيلة إرادية لنقل وتحويل ما يعرف بالأموال المعنوية أو المنقولات غير المادية أو ممتلكات الذمة (Choses in action) من المحيل إلى المحال له. خلافاً للحوالة غير الإرادية التي ينتقل بمقتضاها الحق في حالة موت أحد الأطراف المتعاقدة أو إفلاسه<sup>(٤)</sup>. وتعد حوالة الحق في القانون المدني العراقي أيضاً وسيلة لإنقال

(١) د. منذر الفضل. الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معزة بأراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل. ٢٠٠٦. ص ٦١٥.

(٢) د. رمضان أبو السعود. أحكام الالتزام . دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. ١٩٩٨. ص ٣٧٢.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(4) Paul Richards, op. Cit, P.403.

الحق وتحويله بخصائصه من صفات و ضمانات ودفوع من دائن إلى آخر. خلافاً لحوالة الدين والتي بمقتضاها يتحول الدين من مدين إلى آخر.

**ثانياً:** تتسم حوالة الحق في القانون الإنكليزي بأنها وسيلة لنقل وتحويل الحق في التقاضي المجرد إذا كانت للمحال له مصلحة مشروعة وحقيقية ذات طبيعة تجارية أو مالية. ويدخل في نطاق ذلك الحق في إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني، فضلاً عن الحق في إقامة دعوى المسؤولية العقدية من المحيل صاحب الحق الأصلي في المطالبة القضائية إلى المحال له. للمطالبة بالحق في التعويض المترتب على هذين النوعين من الدعاوى. في حين لا تجوز حوالة مثل هذا النوع من الحقوق في القانون المدني العراقي.

**ثالثاً:** وتعد حوالة الحق إستثناءً بارزاً على قاعدة خصوصية أثر العقد (Privity of contract rule) والتي بمقتضاها يقتصر حكم العقد على عاقيه ولا يسري في حق الغير<sup>(١)</sup>. لأن الطرف المتعاقد (المحيل) الذي يقوم بتحويل المنافع التي حصل عليها من العقد المبرم مع الطرف الآخر (المحال عليه) المدين إلى الغير الأجنبي عن العقد (المحال له)، فإنه يقوم في واقع الأمر بتحويل مركزه القانوني الذي يسمح له بتنفيذ العقد إلى الغير الأجنبي عن العقد، في الوقت الذي يبقى فيه العقد محتفظاً بصفته الثنائية الملزمة للجانبين<sup>(٢)</sup>.

**رابعاً:** تتسم حوالة الحق في القانون الإنكليزي بأنها تتطلب الحد الأدنى من الشكليات (Formalities) اللازمة لإنعقادها<sup>(٣)</sup>. فعلى الرغم من ضرورة وجود حوالة مكتوبة (Written assignment) فضلاً عن إعلان أو إخطار كتابي (Written notification) موجه إلى المدين المحال عليه لإعلامه بشخص المحال له، وذلك لإنتقال

(1) Mindy-Chen Wishart, Contract Law, Fifth Edition, Oxford University Press, 2015, P.194.

(2) Jack Beaston & Andrew Burrows, Anson's law of contract, Oxford University Press, 2010, P.204, see also sir William Anson, principles of English law of contract, London Macmillan at the clarendon press, 1879, P.205.

(3) John J.P. Krol. Construction Contract Law. First Edition. John Wiley& Sons, INC.1993. P.2.

الحقوق القانونية الكاملة (Full legal title) بمقتضى الحوالة<sup>(١)</sup>. إلا أن الحوالة الشفهية (Verbal assignment) تكفي لإنتقال الحقوق الإنصافية (Equitable title).  
**خامساً:** ومن سمات حوالة الحق التشريعية أنها ينبغي أن تكون مطلقة (Absolute assignment) ومنجزة غير مشروطة، إذ لا يمكن تعليق حق تنفيذ العقد الذي ترد عليه على شرط وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع<sup>(٢)</sup>. وترد حوالة الحق في القانون المدني العراقي على الحقوق الشخصية، سواء أكانت منجزة أم موصوفة.  
**سادساً:** تعد حوالة الحق في القانون المدني العراقي من النتائج العملية المترتبة على تطبيق المذهب المادي في الالتزام، الذي ينظر إلى الالتزام بوصفه قيمة مالية قائمة بذاتها، ويجعل من السهولة فصل أشخاص عن محله. فيمكن تغيير أشخاصه مع بقاء محله ثابتاً. وهو ما يحدث في حوالة الحق عندما ينتقل الحق المحال به نفسه من دائن لآخر<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الطبيعة القانونية لحوالة الحق في القانونين الإنكليزي والعراقي

اختلف الفقه الإنكليزي في بيانه للطبيعة القانونية لحوالة الحق إلى إيجابين. يعد الأول<sup>(٤)</sup> حوالة الحق صفقة (Transaction) تتخذ صورة عقد بين الدائن (المحيل) وبين شخص آخر هو المحال له، الذي يكون أجنبياً عن العقد المبرم بين المحيل ومدينه (المحال عليه). وقد ينعقد هذا العقد حتى دون الحاجة إلى توافر مقابل (Consideration) لإلتزام المحيل بحوالة حقه إلى المحال له. ويتطلب انعقاده توفر أركان معينة هي التراضي والذي يتم بإتصال تعبير المحيل عن إرادته بحوالة حقه بعلم المحال له ونية إجراء الحوالة والشكل<sup>(٥)</sup>. ويرى الاتجاه الثاني<sup>(٦)</sup> بأن الحوالة ليست عقداً بين المحيل والمحال له، ولكنها

(1) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. op. Cit , P.343.

(2) Paul Richards, op. Cit, P.403.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٢٩.

(4) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.723.

(5) Robert Duxbury. Contract in a Nutshell, Fifth Edition, Sweet and Maxwell, 2001. P.8

(6) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. op. Cit , P.343.

مجرد وسيلة إرادية لنقل وتحويل الحقوق التعاقدية (Contractual rights) وعلى رأسها الحق في تنفيذ العقد من ذمة مالكيها إلى ذمة الغير الأجنبي عن العقد الذي نشأت بمقتضاه<sup>(١)</sup>. وتكاد تكون نية الحوالة من أهم أركان انعقادها. وهو يستند على حكم مجلس اللوردات الصادر في قضية (William Brandt's Sons and Co v. Dunlop Rubber Co: HL 1905.AC 454). وذلك عندما جاء في حكمه بأن حوالة الإنصافية للأموال غير المادية أو لممتلكات الذمة لا يتطلب انعقادها أكثر من التعبير عن نية الحوالة، وتكون نافذة بإخطار المدين أو بإعلانها عليه لكي يلتزم بالوفاء إلى المحال له. ويرى هذا الإتجاه الثاني من فقه القانون الإنكليزي بأن حكم مجلس اللوردات الصادر في هذه القضية دليل على عدم تكييف الحوالة كعقد ملزم، وأنها مجرد وسيلة لنقل الحق لا يحتاج انعقادها إلى توفر مقابل متبادل (Reciprocal consideration) بين المحيل والمحال له. أما في القانون المدني العراقي فإن حوالة الحق هي عقد رضائي ينعقد بتوفر الأركان العامة لأي عقد وهي التراضي والمحل والسبب. وتصدر عن شخصين تتوفر فيهما أهلية التعاقد، إذا كانت الحوالة على سبيل المعاوضة. أما إذا كانت على سبيل التبرع فينبغي أن تتوفر في المحيل أهلية التبرع<sup>(٢)</sup>. وتعد تطبيقاً لقاعدة نسبية أثر العقد بين الأشخاص، والتي يترتب عليها قصور حكم العقد على عاقيه كأصل عام وعدم سريانه في حق الغير<sup>(٣)</sup>. وعلى الرغم من الطبيعة العقدية لحوالة الحق في القانون المدني العراقي، إلا أن نوعها يختلف باختلاف الغرض من الحوالة، وهو الباعث الذي دفع المحيل والمحال له إلى

(1) Jill Poole. Textbook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press.2016. P.449.

(٢) د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات. القسم الثاني. أحكام الالتزام، مكتبة السنهوري. بيروت. ٢٠١٦. ص ٢١٤.

(٣) د. حسن علي الذنون. مصادر الالتزام. مطبعة المعارف. بغداد. ١٩٧٠. ص ١٣٨. ينظر أيضاً د. أنور سلطان. الموجز في مصادر الالتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٩٦. ص ٢٠١.

إبرام عقد الحوالة، الذي يمثل سبب الحوالة ويشترط فيه أن يكون مشروعاً<sup>(١)</sup>. فقد تكون الحوالة بيعاً للحق المحال به وتسري عليها قواعد عقد البيع، وتكون حوالة بمقابل<sup>(٢)</sup>. وقد تكون تبرعاً لذلك الحق، فتسري عليها قواعد عقد الهبة، وتكون حوالة من دون مقابل<sup>(٣)</sup>. أو قد يكون الغرض منها تقديم تأمين خاص فتأخذ حكم الرهن. ويشترط لنفاذ حوالة الحق في القانون المدني العراقي بالنسبة إلى المدين إعلانها بالطريق الرسمي أو قبوله لها سواء أكان قبولاً ثابت التاريخ أم غير ثابت. أما نفاذها بالنسبة إلى الغير فيكون أيضاً بإعلان المدين بالحوالة بالطريق الرسمي. أو بقبول المدين لها، والذي ينبغي أن يكون قبولاً ثابت التاريخ. فقبول المدين للحوالة إذا كان غير ثابت التاريخ يؤدي إلى نفاذها في مواجهته من دون الغير. أما إذا قبولاً ثابت التاريخ فإن ذلك يؤدي إلى نفاذها في مواجهة المدين والغير معاً. وهو ما إتجه إليه القضاء العراقي في أحكامه، إذ جاء في حكم لمحكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية<sup>(٤)</sup> بأنه ( وجد بأن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون وذلك أن المحكمة قد ردت الدعوى لوجود شرط في التعهد المبرم بين الطرفين.... وإعتبرت ذلك (حوالة حق) ولا تكون حوالة الحق نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعطيت إليه، ويجب أن يكون هذا القبول بتاريخ ثابت عملاً بأحكام المادة (٣٦٣) من القانون المدني، إذ أن المحال عليه لم يتعين بشخصه ولم يعلن إليه. لذا فإنها في هذه الحالة لا تعد حوالة حق ويبقى التعهد المبرم قائماً بين

(١) د. ياسين محمد الجبوري. الوجيز في شرح القانون المدني الاردني. الجزء الثاني. آثار الحقوق الشخصية. أحكام الالتزامات. دراسة موازنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ٢٠٠٣. ص ٦٠٤.

(٢) د. أنور سلطان. أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت. ٢٠٠٢. ص ٣٠٧.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

(٤) حكم محكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية ذو الرقم ١٥٩٠/م/٢٠١٣ في ٢٠١٣/١١/١٠ منشور في مجلة التشريع والقضاء. السنة السادسة. العدد الثاني (نيسان-أيار-حزيران) ٢٠١٤. ص ٢١٠.

طرفيه فحسب. إذ خالفت المحكمة في حكمها المميز وجهة النظر المتقدمة مما أحل بصحته، لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم).

## المبحث الثاني

### أنواع حوالة الحق في القانون الإنكليزي

تصنف الحوالة في القانون الإنكليزي إلى نوعين رئيسيين هما: الحوالة الإرادية (Voluntary assignment) والحوالة غير الإرادية (Involuntary assignment)، ولإن دراستنا تندرج ضمن نطاق قانون العقد الإنكليزي فإن تركيزنا سوف ينصب على الحوالة الإرادية دون الحوالة غير الإرادية التي تنقل الحق في حالتي الموت والإفلاس (Bankruptcy) وكذلك الإعسار (Insolvency)<sup>(١)</sup>، وتعرف الحوالة غير الإرادية أيضاً بالحوالة بقوة القانون (assignment by operation of law) لأنها تتم من دون تدخل لإرادة الأطراف<sup>(٢)</sup>. لذا فسوف نتعرف وبيجاز على الحوالة الإنصافية والتشريعية في المطلبين الآتيين على وفق ما يأتي:

## المطلب الأول

### الحوالة الإنصافية

لقد حاول القضاء الإنكليزي الإفادة من قواعد العدالة والإنصاف (Equity) في معالجة المشكلة التي وقع فيها قانون الأحكام العام (Common law) عندما منع حوالة ممتلكات الذمة أو الأموال غير المادية. وتمكنت محاكم الإنصاف (Courts of Equity) منذ مطلع القرن السابع عشر التغلب على موقف قانون الأحكام العام الراض لحوالة الحق، بالسماح للدائن بحوالة حقه ونقله إلى الغير<sup>(٣)</sup>. وتوصل هذا القضاء إلى إستنباط قاعدة من قواعد العدالة والإنصاف (Doctrine of equity) تسمح بحوالة هذا النوع من الأموال أو الممتلكات، سواء أكانت من أموالاً قانونية (legal choses)

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.750.

(٢) د. مجيد حميد العنبيكي. مبادئ العقد في القانون الإنكليزي. جامعة النهرين. ٢٠٠١. ص ١٥٢.

(3) Hein Kotz . op. Cit. P.339.

أم إنصافية (Equitable choses). وعرف هذا النوع من الحوالات بالحوالة الإنصافية (Equitable assignment)<sup>(١)</sup>. وتمكنت هذه القاعدة الإنصافية من التغلب على المخاوف التي كانت سائدة لدى قضاة قانون الأحكام العام من أن تؤدي الحوالة إلى التدخل غير المشروع في الدعوى القضائية. فممتلكات الذمة وإن كانت أموالاً غير مادية، إلا أنها أموال في نهاية الأمر. ويمكن أن تكون محلاً للحوالة، مما أدى إلى إمكانية إنتقال الحقوق التعاقدية (Transferability of contracts rights) في ظل الحوالة الإنصافية<sup>(٢)</sup>. وتختلف الآلية التي يمكن فيها حوالة هذه الأموال والمطالبة بالحقوق المترتبة عليها باختلاف طبيعتها، وما إذا كانت أموالاً قانونية أم إنصافية. ويقصد بالأموال القانونية تلك الحقوق التي لا يمكن التقاضي بشأنها إلا أمام محاكم قانون الأحكام العام (Common law courts)، كالديون العادية الناشئة عن العقد (Contract debts). ولم تكن قواعد العدالة والإنصاف تسمح للمحال له الدائن الجديد بالحقوق المترتبة على الأموال القانونية القانونية بمقاضاة المدين أمام محاكم العدالة المطلقة. ويرى جانب من الفقه الانكليزي<sup>(٣)</sup> بأن هناك أربعة أسباب كامنة وراء عدم السماح، وهذه الأسباب هي: أولاً عدم سماح قواعد العدالة والإنصاف بتنفيذ الديون القانونية الخالصة (Purely legal debts). ثانياً قد يتعرض المدين إلى مشقة لامسوغ لها، إذا تمت مقاضاته لاحقاً من الدائن الأصلي (المحيل) لغرض الوفاء بالدين للمرة الثانية وبمقتضى قانون الأحكام العام. ثالثاً قد يحتفظ المحيل ببعض المنافع التي تنشأ عن الدين، كحوالة جزء منه، والاحتفاظ بالجزء المتبقي. ويكون من المستحسن في هذه الحالة مقاضاته جنباً إلى جنب مع المحال له أمام محاكم قانون الأحكام العام. رابعاً وقد يرغب المحيل في الطعن بصحة الحوالة. ومن المستحسن في هذه الحالة إختصامه أمام محاكم قانون الأحكام العام. إلا أنه جرى التغلب على هذه الصعوبات بالسماح للمحال له بمقاضاة المدين وبإسما المحيل على أساس قواعد قانون الأحكام العام. فإذا ما رفض المحيل التعاون مع المحال له فإن

(1) John Cartwright . Contract Law: An Introduction to the English Law Of Contract for the Civil Lawyer. Second Edition . Hart publishing Ltd .2013 . P.248

(2) Hein Kotz . op. Cit. P.339.

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit .P.717.



قواعد العدالة والانصاف ترغمه على ذلك. وفي تطور لاحق فقد صار بإمكان المحال له مقاضاة المدين بإسمه، ولم يعد يتطلب الأمر منه إقامتها بإسم المحيل، الذي صار بمقدوره الآن الدخول في الدعوى كمدعي ثانٍ (Co-claimant) إلى جانب المحال له المدعي، إذا ما رغب في مد يد العون للأخير للنجاح في الدعوى. أما إذا رفض فيمكن إختصامه كمدعي عليه ثانٍ (Co-defendant). إلا أن آلية إنضمام (Joinder machinery) المحيل إلى جانب المحال له في الدعوى قد تتعطل، إذا كان لم يعد المحيل موجوداً. كأن يكون شخصاً معنوياً وتمت تصفيته، أو شخصاً طبيعياً وتوفي. أما الأموال الانصافية فهي الحقوق التي لا يمكن التقاضي بشأنها إلا أمام محاكم العدالة المطلقة (Courts of chancery)، كأموال الأمانة (Trust funds) المخصصة لمنفعة أو لغرض معين<sup>(١)</sup>. وتتمتع هذه المحاكم بإختصاص حصري في النظر في الدعاوى التي تتعلق بهذا النوع من الأموال، وبإمكان المحال له أن يقيم الدعوى على المدين بإسمه<sup>(٢)</sup>. فبإمكان المحال له بالحقوق الانصافية أن يقاضي ويأسمه الأمين (Trustee) على أموال الأمانة أمام محاكم العدالة. وإذا كانت الأموال إنصافية فإن الأمين قد يتعرض إلى خطر المقاضاة من جديد أمام من المحيل أمام محاكم الأحكام العام. وليس من الضروري إدخال المحيل في الدعوى، إلا إذا احتفظ بجزء من المنافع المترتبة على محل العقد. فإذا ما رغب في الطعن بصحة الحوالة، فإن بإمكانه إقامة دعوى مستقلة لهذا الغرض. وخلاصة القول أن إنضمام (Joinder) المحيل إلى جانب المحال له في الدعوى بوصفه متطلباً لنجاح الأخير في دعواه ضد المدين الواعد يتوقف على نوع الحوالة الإنصافية: فإذا كانت من الحوالات الإنصافية المطلقة لممتلكات الذمة أو الأموال المعنوية الإنصافية (Absolute equitable assignment of an equitable chose in action) فإن الدعوى المقامة بشأنها تعد من الدعاوى التي تدخل ضمن الإختصاص الحصري لمحاكم العدالة المطلقة (Courts of chancery) ولا يتطلب الأمر إنضمام المحيل إلى جانب المحال له في الدعوى. وبإمكان الأخير مقاضاة المدين بإسمه<sup>(٣)</sup>. أما إذا كانت من الحوالات الإنصافية

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. Cit, P.697.

(2) Paul Richards, op. Cit, P.407.

(3) Paul Richards, ibid, P.404.

غير المطلقة لممتلكات الذمة أو الأموال المعنوية الإنصافية (Non-absolute equitable assignment of an equitable chose in action) التي يستبقي المحيل بمقتضاها بعض المنافع المترتبة على المال محل الحوالة، فإن المحكمة وعند قيامها بالفصل في الدعوى المقامة بين المحال له وبين المدين الواعد (Debtor/promisor) لا يكون بمقدورها تحديد حقوق والتزامات الطرفين من دون الرجوع إلى وضع البيانات الحسابية (State of the accounts) الجارية بين المحال له والمحيل. فيترتب على ذلك ضرورة إنضمام المحيل في الدعوى المقامة إلى جانب المحال له<sup>(١)</sup>، لكي تتمكن المحكمة من التوصل إلى إصدار حكم يلزم الأطراف المعنية جميعها بالانتفاع بالمال المعنوي محل الحوالة. وأخيراً فإذا كانت من الحوالات الإنصافية لممتلكات الذمة أو الأموال المعنوية القانونية (Equitable assignment of a legal chose in action) فإنه ينبغي على المحال له ضم المحيل إلى جانبه في الدعوى، سواء أكانت الحوالة مطلقة أم غير مطلقة<sup>(٢)</sup>. وإذا ما رفض المحيل الإنضمام إلى جانب المحال له، فيإمكان الأخير إختصامه كمدعٍ عليه ثانٍ (Co-defendant) إلى جانب المدين الواعد<sup>(٣)</sup>. ويمكن تطبيق القاعدة نفسها إذا ما أراد المحال له إستعادة الرصيد النقدي الدائن من الواعد المدين، ففي هذه الحالة أيضاً فإنه ينبغي على المحيل الإنضمام إلى جانب المحال له في الدعوى كمدعٍ ثانٍ (Co-claimant)، وبخلاف ذلك بوصفه مدعياً عليه ثانٍ.

(1) Michael Furmston, op. Cit, P.647.

(2) Michael Furmston, ibid, P.648.

(3) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. Cit, P.699.

## المطلب الثاني

### الحوالة التشريعية

لقد أشرنا إلى أن عديد من التشريعات الانكليزية تنص على حوالة الحق الناقلة لممتلكات الذمة أو الأموال غير المادية. وحددت شروطاً معينة لصحتها ونفاذها<sup>(١)</sup>. إلا أن من أبرز التشريعات التي نظمت حوالة الحق هو تشريع قانون الأموال لعام ١٩٢٥ (Law of property Act 1925)، الذي حددت الفقرة الأولى من المادة (١٣٦) منه شروط صحة ونفاذ الحوالة التشريعية (Statutory assignment)، إذ نصت على أنه (يشترط لصحة ونفاذ أية حوالة أن تكون مطلقة ومكتوبة بخط يد المحيل، وأن لا تتم بأي إمتياز معين. وحوالة أي دين أو شيء قانوني آخر من ممتلكات الذمة، والتي تتطلب حوالتها إخطاراً كتابياً صريحاً يوجه إلى المدين أو الأمين على أموال الأمانة أو أي شخص آخر يكون المحيل قادراً على مطالبته بالدين أو أي شيء آخر من ممتلكات الذمة. وإذا نفذت الحوالة، وتعلق حق المحال له على شرط الانصاف، وله الأولوية والتقدم على حقوق أي محال له آخر، فإن مفعولها يسري قانوناً من تاريخ الإخطار لنقل وحوالة: أ- الحق القانوني أو أي شيء من ممتلكات الذمة ب- المعالجات القانونية جميعها والمعالجات الأخرى للحق نفسه ج- سلطة أو مكنة حسن الوفاء بالحق نفسه من دون مزاحمة المحيل)<sup>(٢)</sup>. ويتبين من هذا النص بأنه يشترط لصحة الحوالة التشريعية توفر شرطين هما أن تكون الحوالة مطلقة وأن تكون مكتوبة<sup>(٣)</sup>. ويشترط لنفاذها توجيه إخطار كتابي

(1) Neil Andrews, Contract Law, Second Edition, Cambridge University Press, 2015, P.209.

(2) (Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal thing of action, of which express notice in writing has been given to the debtor, trustee or other person from whom the assignor would have been entitled to claim such debt or thing in action, is effectual in law (subject to equities having priority over the right of the assignee) to pass and transfer from the date of such notice: (a) the legal right to such debt or thing in action; (b) all legal and other remedies for the same; and (c) the power to give a good discharge for the same without the concurrence of the assignor).

(3) Michael Furmston, op. Cit, P.649.

(Written notice) إلى المدين. فإذا لم تستوف الحوالة التشريعية هذه الشروط أو المتطلبات فإنها تبقى حوالة صحيحة، ولكنها تتحول إلى حوالة إنصافية<sup>(١)</sup>. ولوضوح معنى شرط الكتابة، فسوف نبين وبإيجاز المقصود بشرط الإطلاق اللازم لصحة الحوالة التشريعية. وتكون الحوالة مطلقة (Absolute assignment) عندما يقوم المحيل بإحالة جميع المنافع المترتبة على ممتلكات الذمة أو الأموال غير المادية إلى المحال له<sup>(٢)</sup>. إلا أن ذلك لا يعني تخلي المحيل تماماً عن المنافع جميعها المترتبة على هذا النوع من الأموال أو الممتلكات<sup>(٣)</sup>. فقد قضت المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Hughes v. Pump House Hotel Company Ltd 1902. 2KB.190) بأن حوالة النقود المستحقة الأداء بمقتضى عدد من العقود بوصفها ضماناً أو تأميناً عن السحب على المكشوف هي حوالة مطلقة وليست معلقة على شرط، على الرغم من أن حق المحيل على الدين المستحق الأداء له يمكن إعادة حوالاته ثانية إليه عند إنتفاء الحاجة إلى التسهيلات المقدمة كتأمين للسحب على المكشوف. وجاء في حكمها أيضاً بأن حق المقاول المترتب على عقد المقاولة (Building contract) يعد مالياً قائماً أو موجوداً (Existing chose) حتى وإن فقد حقه في الحصول على المبلغ لإخفاقه في تنفيذ التزاماته التعاقدية. لذا يختلف المال القائم عن المال المستقبل غير المادي (Future choses in action) والذي لا يمكن نقله أو حوالاته، سواء عن طريق الحوالة التشريعية أو الإنصافية<sup>(٤)</sup>. أما إذا كانت الحوالة غير مطلقة (Non-absolute assignment) فإن بإمكان أطرافها اللجوء إلى الحوالة الإنصافية لصحة إنتقال الحقوق المترتبة عليها. وتكون الحوالة غير مطلقة إذا احتفظ المحيل ببعض المنافع أو الحقوق المترتبة على ممتلكات الذمة أو الأموال غير المادية. وتتخذ الحوالة غير المطلقة ثلاث صور هي:

(1) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. Cit, P.70\.

(2) Paul Richards, op. Cit, P.405.

(3) John Cartwright . op. Cit . P.248

(٤) لمزيد من التفصيل عن القضية ينظر الموقع الالكتروني:

[www.designingbuildings.co.uk](http://www.designingbuildings.co.uk)

١- الحوالة بالإمتياز (Assignment by way of charge): يشترط لصحة الحوالة التشريعية أن تكون مطلقة، وذلك بأن تنصب على المبلغ كله المستحق الأداء أو الذي إقترت موعده إستحقاقه. والإمتياز هو تخصيص مال عقار أو منقول للوفاء بالدين<sup>(١)</sup>، من دون إعطاء الدائن أي حق عيني على ذلك المال وعدم السماح له بحيازته<sup>(٢)</sup>. وهو يختلف عن الرهن (Mortgage) الذي يعد نوعاً من أنواع التأمينات (Security) ولا ينشأ إلا بعقد. ولا تعطي الحوالة بالإمتياز الحق للمحال له إلا على أموال معينة. ويقوم المحيل في هذا النوع من الحوالات بتحويل جزء معين من حقوق الدائنية الخاصة به والمترتبة على العقد المبرم بينه وبين المدين الواعد<sup>(٣)</sup>. أو أن الدين المترتب في ذمة المدين الواعد يجري تحويله إلى الدائن المحال له بوصفه إمتيازاً أو تأميناً للقرض إلى حين الوفاء بقيمته. وهو ما ثبت للمحكمة في قضية (Jones v. Humphreys 1902. 1KB.10) التي تتلخص وقائعها بقيام مدير مدرسة (Schoolmaster)، وفي مقابل حصوله على قرض بمبلغ خمسة عشر جنيهاً، بحوالة ما يعادل هذا المبلغ من مرتبه الشهري للوفاء بدين القرض، فضلاً عن الفوائد أو أية مبالغ إضافية يمكن أن يكون مديناً بها للمدعي في المستقبل. فقضت المحكمة في حكمها بأنها ليست حوالة مطلقة لمرتب مدير المدرسة، لأنها مجرد تأمين (security) أو إمتياز يمكن للمقرض اللجوء إليه والإعتماد على المرتب، إذا ما إقتضت حالة المديونية (State of indebtedness) ذلك<sup>(٤)</sup>. وجاء في حكم المحكمة بأن الحوالة لم تكن مطلقة لأنها كانت مجرد إمتياز أو تأمين على مرتب مدير المدرسة.

٢- الحوالة المعلقة على شرط (Conditional Assignment) : يقصد بالحوالة المعلقة على شرط تلك الحوالة التي يعتمد نفاذها أو إنتهاؤها على أمر مستقبل غير

(1) Marcus Smith and Nico Leslie. op. Cit. P.348.

(2) A charge is the appropriation of real or personal property for the discharge of a debt, without giving the creditor either proprietary rights over or possession of the property .

(3) Paul Richards, op. Cit, P.406.

(4) Michael Furmston, op. Cit, P.647.

محقق الوقوع (Uncertain future event)<sup>(١)</sup>. إذ لا يعرف المدين ولا سيما الشخص الذي سيؤول إليه مبلغ الحوالة<sup>(٢)</sup>. ويكون هذا الشرط في أغلب الأحيان شرطاً فاسخاً لاحقاً (Condition subsequent) يتوقف عليه زوال الحوالة وإنتهائها، ومن ثم رجوع المال محل الحوالة من المحال له إلى المحيل عن تحقق ذلك الشرط<sup>(٣)</sup>.

٣- الحوالة بجزء من الدين (Assignment of part of a debt): وتعد الحوالة بجزء من الدين من الحوالات غير المطلقة، إذا ما قرر المحيل حوالة جزء من حقوقه المترتبة على العقد المبرم مع المدين إلى المحال له. وأهم ما يميز به هذا النوع من الحوالات هو الحيلولة من دون إمكانية إسترداد المحيل بجزء من الدين لأي مبلغ من الرصيد يتجاوز مقدار الحوالة من دون الإنضمام إلى المحال له<sup>(٤)</sup>.

### المبحث الثالث

#### ماهية الدفع بشرط الإنصاف في القانونين الإنكليزي والعراقي

يعد الدفع بشرط الإنصاف تجاه حوالة الحق في القانون الإنكليزي من أهم الآثار القانونية المترتبة على نفاذ الحوالة. ولدراسة ماهية هذا الدفع فإنه ينبغي علينا تعريفه في القانونين الإنكليزي والعراقي وتمييزه عن الدفع الأخرى في ظل قانون الأحكام العام الإنكليزي، ولا سيما الدفع العامة والخاصة وعلى وفق يأتي:

#### المطلب الأول

#### تعريف الدفع بشرط الإنصاف تجاه حوالة الحق في القانون الإنكليزي

يقصد بالدفع لغة في القانون الإنكليزي الحجة (argument). أما في الإصطلاح القانوني فهو الحجة (argument) التي يمكن للمدعى عليه التمسك بها لرد دعوى المدعي، وإقناع المحكمة بأنها تقوم على أسس واهية (ill-founded action). أما

(1) Ewan Mckendrick. Contract Law, Text, Cases, and Materials. Fifth Edition Oxford University Press. 2012. P.984.

(2) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. Cit, P.699.

(3) Marcus Smith and Nico Leslie. op. Cit. P.346.

(4) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. Cit, P.701.

الدفع بشرط الإنصاف (Defense subject to equities) ضمن نطاق حوالة الحق فقد عرفه جانب من الفقه الانكليزي<sup>(١)</sup> بأنه أية حجة يمكن للمدين المحال عليه أن يتمسك بها تجاه المحال له الدائن الجديد (Assignee) التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه دائئه الأصلي وهو المحيل (Assignor). وعرفه جانب آخر من الفقه الانكليزي<sup>(٢)</sup> بأنه كل وسيلة دفاع كان يمكن للمدين المحال عليه أن ينجح بها لرد دعوى دائئه الأصلي المحيل، فيمكنه أيضاً أن ينجح بها تجاه دائئه الجديد المحال له. وعرفها جانب آخر من الفقه الانكليزي<sup>(٣)</sup> بأنها كل دفع يمكن للمحال له أن يواجه مخاطره تجاه المدين الواعد (Debtor/promisor) المتمسك به، في مقابل المنافع والحقوق التي يحصل عليها من المحيل بالحوالة، إذا ما أقام المحال له الدعوى على المحال عليه. وعلى أساس هذا الدفع الانصافي فقد عرفت حوالة الحق في القانون الانكليزي، وعلى إختلاف أنواعها، بالحوالة بشرط الإنصاف. ويتبين من هذه التعريفات بأن الدفع بشرط الإنصاف (Defence Subject to equities) هو حجة تتاح للمدين المحال عليه يمكنه بمقتضاها أن يطلب خضوع المحال له لكل الدفع التي يمكن له التمسك بها تجاه دائئه الأصلي المحيل. ويمكن للمدين التمسك بهذه الدفع وبشرط الإنصاف سواء أكانت الحوالة تشريعية أم إنصافية<sup>(٤)</sup>. فمثلاً يتمتع المحال له بجميع المنافع والحقوق التعاقدية (Contractual rights) التي ينقلها إليه المحيل بالحوالة<sup>(٥)</sup>، فإنه يتعرض لجميع المخاطر التي قد يتعرض لها المحيل<sup>(٦)</sup>. بما في ذلك العيوب التي تشوب حق المحيل (Defects of Assignor's title) والدفع التي يمكن للمدين التمسك بها تجاهه. ففي مثل هذه الحالة يقال بأن المحال له قد نفذت الحوالة لمصلحته بشرط الإنصاف<sup>(٧)</sup>. ولا يقتصر

(1) P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. op. Cit , P.343.

(2) Ewan Mckendrick. Contract Law, Sixth Edition .Palgrave Macmillan.2005. P.169.

(3) Paul Richards, op. Cit, P.412.

(4) Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, op. Cit, P.703.

(5) Ewan Mckendrick. op. Cit. P.984.

(6) John Cartwright . op. Cit . P.25.

(7) Paul Richards, op. Cit, P.412.

مفهوم "التمسك بالدفع بشرط الإنصاف" على المعالجات الإنصافية (Equitable remedies) التي يتيحها هذا الشرط للمدين، بل يمتد ليشمل المعالجات الأخرى التي يقدمها له قانون الأحكام العام (Common law remedies). أما في القانون العراقي فقد عرفت المادة الثامنة من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الدفع بأنه ( الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً). وعرفه جانب من الفقه<sup>(١)</sup> بأنه " وسيلة الدفاع التي يمكن للخصم أن يتمسك بها للرد على دعوى خصمه، بقصد تجنب الحكم لخصمه بما يدعيه". والحكمة من الدفع هي إيجاد موازنة عادلة بين طرفي الدعوى تأسيساً على مبدأ احترام حق الدفاع، بما يفسح المجال لترسيخ كل من الإدعاء والدفاع بما يدعمهما من أدلة وأدلة مضادة<sup>(٢)</sup>. وقد تضمنت أحكام حوالة الحق في القانون المدني العراقي دعواً مشابهاً للدفع بشرط الإنصاف في القانون الانكليزي، بمقتضى المادة (٣٦٦) منه<sup>(٣)</sup>، يمكن بمقتضاه للمدين المحال عليه أن يتمسك قبل دائئه الجديد المحال له بالدفع التي كان يمكنه أن يحتج بها على دائئه الأصلي المحيل.

## المطلب الثاني

### التمييز بين الدفع بشرط الإنصاف والدفع العامة والخاصة

تنضوي الحقوق المالية في ظل قانون الأحكام العام الانكليزي (Common law) تحت ثلاثة نظم قانونية بارزة تكون منها هذا القانون، وهي قانون العقد (The law of contract) وقانون الأخطاء المدنية (The law of Torts) الذي يمثل نظام المسؤولية التقصيرية في القانون الانكليزي. وقانون الأموال (The law of

- (١) د. آدم وهيب الندوي. المرافعات المدنية. المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٦. ص٢٢٣.
- (٢) د. أجياد ثامر نايف الدليمي. الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الدعوى الاعتراضية. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد ٨. العدد ٣٠. السنة ١١. كانون الأول ٢٠٠٦. ص١٢٤.
- (٣) نصت المادة (٣٦٦) من القانون المدني العراقي على أنه (للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه أن يحتج بها على المحيل كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده).



property) الذي يتضمن الحقوق العينية وأسباب كسب الملكية. خلافاً لنظام القانون المدني السائد في القانون العراقي والفرنسي والمصري، والذي يصنف الحقوق المالية إلى شخصية وعينية. فضلاً عن تنظيمه لمجموعة من العقود يطلق عليها إصطلاح (العقود المسماة). ويعد الدفع بشرط الإنصاف الدفع الموضوعي الوحيد الذي تضمنه قانون العقد الانكليزي، في مقابل مجموعة كبيرة من الدفوع الموضوعية التي تضمنها قانون الأخطاء المدنية الانكليزي، وصنفت تحت عنوانين رئيسيين هما: الدفوع العامة (General defenses) والدفوع الخاصة (Special defenses). وإنطلاقاً من هذه المعطيات فسوف نحاول التمييز بين الدفع بشرط الإنصاف من جهة وبين الدفوع العامة والخاصة من جهة أخرى.

## الفرع الأول

### التمييز بين الدفع بشرط الإنصاف والدفوع العامة

تعد الدفوع العامة أحد نوعي دفوع دعوى المسؤولية المدنية التي تنجم عن الخطأ المدني، وعرفها جانب من الفقه الانكليزي<sup>(1)</sup> بأنها (تلك الحجج التي يمكن للمدعى عليه التمسك بها أمام المحكمة لإقناعها بعدم مسؤوليته عن مجموعة من الأخطاء المدنية، ومن ثم نفي المسؤولية عنه أو التخفيف منها). ويتشابه الدفع بشرط الإنصاف مع الدفوع العامة في أربع مسائل: الأولى أن كليهما يتسم بطابع العمومية فيمكن تطبيقه تطبيقاً عاماً. فيمكن للمدين المحال عليه الدفع بشرط الإنصاف في مواجهة المحال له تجاه الحقوق جميعها التي تجوز حوالتها (Assignable rights). وعلى إختلاف أنواع الحوالة، سواء أكانت إنصافية أم تشريعية. ويمكن للمدعى عليه المرتكب للخطأ المدني (Tortfeasor) التمسك بالدفوع العامة تجاه عديد من دعاوى المسؤولية التي تنجم عن الخطأ المدني (liability in tort actions)، كالدفع برضاء المضرور بالضرر (volenti non fit injuria)، والذي يمكن التمسك به تجاه دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على الأشخاص والإهمال<sup>(2)</sup>، والإخلال بالواجب التشريعي. فضلاً عن مسؤولية

(1) James Goudkamp, Tort law defenses, Hart Publishing, Hart studies in private law. 2013, P.1 and P.75.

(2) Mark Lunney and ken Oliphant, Tort law, Text and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, 2013, P.280.

صاحب العمل غير العقدية. والثانية هي أن هذه الدفوع جميعها تنضوي تحت نطاق قانون الأحكام العام. والثالثة أن كليهما يعد من الدفوع الموضوعية. والرابعة من حيث عبء الإثبات، والذي يقع في كليهما على عاتق المدعى عليه المتمسك بالدفع. ففي الدفع بشرط الانصاف يقع على عاتق المدين المحال عليه عبء إثبات إمكانية إجراء المقاصة بين حقه وبين الحق المحال به الذي يؤول إلى المحال له بما يعرف في القانون الانكليزي بالحوالة بشرط الإنصاف (Assignment subject to equities)، عند تمسكه تجاه المحال له بنفس الدفوع التي كان يمكن أن يتمسك بها تجاه دائئه الأصلي المحيل. وتلك الحال بالنسبة إلى الدفوع العامة لدعوى المسؤولية التي تنجم عن الخطأ المدني، إذ يقع عبء الإثبات أيضاً على عاتق المدعى عليه المسؤول. ففي الدفع بالإهمال المشترك (contributory negligence)، والذي يعد من الدفوع العامة في القانون الانكليزي. لأن التمسك به لا يقتصر على دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الإهمال (Action of liability in negligence) . على الرغم من كونها المجال الأصلي للتمسك به، ولكن يمكن التمسك به في أنواع أخرى من دعاوى المسؤولية المدنية. كدعوى المسؤولية التي تنجم عن الإخلال بالواجب التشريعي (Breach of statutory duty)<sup>(١)</sup>. فيقع على عاتق المدعى عليه إثبات عدم قيام المدعي باتخاذ الحيطة والحرص والعناية اللازمة من جانبه بما يضمن سلامته، وإن ذلك كان سبباً اشترك في إصابته وتعرضه للضرر، ويترتب على نجاح المدعى عليه في التمسك بهذا الدفع هو تخفيض مقدار التعويض الذي ينبغي عليه دفعه. على الرغم من أن القاعدة العامة في الإثبات في القانون الانكليزي تضع عبء الإثبات أصلاً على عاتق المدعى في الدعوى، أي أن البينة على من إدعى<sup>(٢)</sup>. ولكن يؤدي التمسك بالدفوع الموضوعية إلى تحول عبء الإثبات من عاتق المدعي إلى المدعى عليه. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، فإن الدفع بشرط الإنصاف يختلف عن الدفوع العامة في خمس مسائل: الأولى أن الدفع بشرط الإنصاف هو دفع ثلاثي الأطراف، فهو حجة يحق للمدين التمسك بها أصلاً تجاه دائئه المحيل، ثم يحق له التمسك بها لاحقاً تجاه دائئه الجديد المحال له. أما الدفوع العامة فهي دفوع ثنائية الأطراف. يقتصر حق التمسك بها

(1) Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort, Forth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011, P.484.

(2) Ewan Mckendrick. Force Majeure and Frustration of contract, Second Edition, Informa law from Routledge, 2013. P.17.

على المسؤول تجاه المضرور، في دعاوى المسؤولية التي تنجم عن الخطأ المدني. والثانية أن محل الدفع بشرط الإنصاف هو حق من الحقوق التي تجوز حوالتها، أو القابلة لحوالة الحق. في حين أن محل الدفع العامة هو ركن من أركان المسؤولية الناجمة عن الخطأ المدني، أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية في نظام القانون المدني. لذا أطلق عليها بدفع إنكار أو نفي ركن من أركان المسؤولية المدنية التي تنجم عن الخطأ المدني (-absent) element defenses، والتي يتمسك بها المسؤول المدعى عليه لنفي ركن الخطأ أو الضرر أو علاقة السببية (Denials of Fault damage or causation)، (elements) والثالثة هي الأساس الذي يقوم عليه الدفاع. ويقوم الدفع بشرط الإنصاف على أساس علاقة عقدية، في حين تقوم الدفع العام على أساس الخطأ المدني الذي يماثل الخطأ التقصيري. والرابعة من حيث الأصل، إذ يرجع أصل الدفع بشرط الإنصاف إلى قواعد العدالة والإنصاف (equities)، على الرغم من شيوع تطبيقه لاحقاً في حوالات الحق جميعها على أنواعها المختلفة<sup>(١)</sup>. أما أصل الدفع العامة فيرجع إلى قانون الأخطاء المدنية العرفي والمبني على السوابق القضائية. والخامسة من حيث النظام العام، إذ لا يجوز التمسك بالدفع بشرط الإنصاف تجاه بعض الحقوق التي لا تجوز حوالتها في ظل القانون الإنكليزي لمخالفة حوالتها لقواعد النظام العام، كحوالة الموظف العام لراتبه الوظيفي. في الوقت الذي يمكن فيه للمدعى عليه في دعوى المسؤولية التي تنجم عن الخطأ المدني التمسك ببعض الدفع العامة لإستنادها على أساس فكرة النظام العام. كالدفع بعدم المشروعية (Plea of illegality)، الذي يمكن التمسك به في مواجهة المدعي الذي يتعرض لأضرار أثناء ارتكابه نشاطاً إجرامياً<sup>(٢)</sup>، ويشار إليه أحياناً بمصطلح لاتيني هو (ex turpi causa non oritur action) والذي يعني (عدم إمكانية إقامة الدعوى على أساس موضوع شائن أو مشين)<sup>(٣)</sup>، أو لا يمكن أن تبنى على أساس سبب دنيء<sup>(٤)</sup>،

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.٧٣4.

(2) John Cooke, , op. Cit, P.140.

(3) Catherine Elliott and Frances Quinn.Tort law, Eighth Edition.Longman, Pearson 2011, P.125.

(4) Vera Bermingham, Nutshells Tort, sixth Edition, sweet and Maxwell, 2003, p.60.

ويستند هذا الدفع على أساس فكرة النظام العام (public policy)<sup>(١)</sup>. وعلى أساس فكرة الفساد الأخلاقي أو التحلل الخلقي (mortal turpitude) لصدور سلوك غير أخلاقي عن المدعي المضرور.

## الفرع الثاني

### التمييز بين الدفع بشرط الإنصاف والدفع الخاصة

أما النوع الثاني فهي الدفوع الخاصة، التي عرفها جانب من الفقه الانكليزي<sup>(٢)</sup> بأنها (الحجج التي لا يمكن التمسك بها سوى تجاه دعوى المسؤولية التي تنجم عن نوع معين من الأخطاء المدنية). ويتشابه الدفع بشرط الإنصاف بدوره مع هذا النوع من الدفوع في مسألتين: الأولى أن كليهما يعد من دفوع قانون الأحكام العام الموضوعية. والثانية سمة الخصوصية، إذ يقتصر التمسك بالدفع بشرط الإنصاف تجاه نظام الحوالة، ويقتصر التمسك بكل دفع من الدفوع الخاصة تجاه نوع معين من الأخطاء المدنية من دون غيره. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، فإن الدفع بشرط الإنصاف يختلف عن الدفوع الخاصة في مسألتين أيضاً هما: الأولى هي عمومية تطبيق الدفع بشرط الإنصاف، والذي يمكن التمسك به تجاه جميع الحقوق التي تجوز حوالتها، ومهما كان نوع الحوالة، في الوقت الذي تتسم فيه الدفوع الخاصة بالخصوصية. بمعنى عدم إمكانية التمسك بكل دفع سوى تجاه نوع معين من الأخطاء المدنية، كالدفع بالتبرير (Plea of justification) الذي يمكن للمدعى عليه التمسك به لرد دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن القذف (action of defamation)، إذا ما أثبت صحة ومصداقية عبارات القذف الموجهة إلى المدعي<sup>(٣)</sup>. والثانية من حيث الأثر القانوني المترتب على التمسك بالدفع، إذ يترتب على التمسك بالدفع بشرط الإنصاف لحوالة الحق عديد من الآثار القانونية، كإمكانية إجراء المقاصة بين حق المدين المحال عليه وبين الحق المحال به الذي آل إلى المحال له. فضلاً عن فسخ العقد

(1) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Markesinis and Deakin's Tort law. Seventh Edition Clarendon press. Oxford, 2013.p.777.

(2) John Cooke. Law of Tort. Fourth Edition. Financial Times. Pitman Publishing, 1999, P.319.

(3) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. op. Cit.p.662.

الأصلي المبرم بين المحال عليه وبين المحيل وإلغاء وجوده أصلاً، إذا ما شاب إرادة المدين المحال عليه عيب من عيوب الإرادة كالتدليس عند إبرام ذلك العقد. وعدم إمكانية حصول المحال له على أي مبلغ يتجاوز الحق المحال به. أما الدفع الخاصة لدعوى المسؤولية التي تنجم عن الخطأ المدني، وتلك الحال بالنسبة إلى الدفع العامة، فيترتب عليها آثار لا ثالث لهما. وهما إما إعفاء المدعى عليه من مسؤوليته المدنية أو التخفيف منها<sup>(١)</sup>.

## المبحث الرابع

### الآثار القانونية المترتبة على الدفع بشرط الإنصاف تجاه حوالة

#### الحق في القانون الإنكليزي ومقارنته بالقانون المدني العراقي

يترتب على الحوالة في القانون الإنكليزي ولا سيما الحوالة التشريعية أثر قانوني مهم هو التمسك بالدفع بشرط الإنصاف، الذي يترتب عليه إذا ما تمسك به المدين المحال عليه قبل المحيل مجموعة من الآثار القانونية. وسوف نبحث في الآثار القانونية التي تترتب على التمسك بالدفع بشرط الإنصاف في القانون الإنكليزي، التي تقابل إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له في القانون المدني العراقي بدفوعه ومقوماته وخصائصه كلها في القانون المدني العراقي وكما يأتي:

### المطلب الأول

#### الآثار القانونية المترتبة على الدفع بشرط الإنصاف

##### في القانون الإنكليزي

تترتب على تمسك المدين المحال عليه بالدفع بشرط الإنصاف تجاه دائئه الجديد المحال له مجموعة من الآثار القانونية. ولأهمية هذا الدفع، والذي يعد الأثر الأبرز المترتب على حوالة الحق في القانون الإنكليزي، فلقد جعل قانون الأحكام العام الإنكليزي كل حوالة تنقل الحق من المحيل إلى المحال له مقترنة بشرط الإنصاف. وأطلق عليها تسمية الحوالة بشرط الإنصاف (Assignment subject to equities). وإستنبطت المحاكم الإنكليزية مجموعة من الآثار القانونية التي تترتب على التمسك بهذا الدفع، وذلك بالسوابق القضائية التي تمخضت عنها أحكام المحاكم الإنكليزية. ومن أهم الآثار هي:

(1) John Wilman. Brown: GCSE Law, Ninth Edition, Thomason, Sweet and Maxwell, 2005, P.235.

## الفرع الأول

### إمكانية إجراء المقاصة بين حق المدين وبين الحق المحال به الذي

#### يؤول إلى المحال له

إن من أهم المزايا التي يتيحها التمسك بهذا الشرط للمدين هي إمكانية إجراء المقاصة (Set-off) بين التعويضات التي يقضى له بها على المحيل مع مبلغ الحوالة الذي يحول إلى المحال له، إذا ما تمسك بالدفع المقابل (Counterclaim) في أثناء الدعوى. فالدفع التي يحق للمدين التمسك بها تجاه المحيل، والتي تتعلق بالحق المحال به والناشئة عن العقد المبرم بينهما. يحق للمدين التمسك بها أيضاً تجاه المحال له، ما لم يكن قد تلقى إخطاراً بالحوالة (Notice of assignment). وقد أخذت المحكمة بهذا المبدأ في حكمها الصادر في قضية<sup>(١)</sup> (Government of Newfoundland v Newfoundland Railway co 1888. 13App.Cas199) والتي تتلخص وقائعها بقيام شركة سكك الحديد (Newfoundland) بحوالة مبالغ الإعانات الحكومية المستحقة لها أو الدائنة بها للحكومة بمقتضى عقد المقاول المبرم بينهما لبناء خط سكك حديد ممول من الحكومة. ثم أخلت الشركة المذكورة بالعقد ولم تكمل مد خط سكك الحديد كما هو مقرر في العقد. ولم تدفع الحكومة أي مبلغ من الإعانات التي رصدتها لتمويل المشروع. فطالبت الشركة بدفع مبالغ الإعانات عن الأجزاء المكتملة من المشروع. وبدورها تمسكت الحكومة بالدفع المقابل (Counterclaim) وطالبت بالتعويض عن اخلال الشركة بالتزامها التعاقدية. وسعت إلى طلب المقاصة (Set-off) بين مبلغ الإعانات المطالبة بدفعها وبين مبلغ التعويض المستحق لها. فأقرت المحكمة في حكمها بالطبيعة المتشابكة أو المترابطة للإلتزامات التي نشأت عنها هذه المبالغ (Intertwined nature of obligations) وأنه ينبغي تسوية هذه المبالغ بعضها مع البعض الآخر

(١) لمزيد من التفصيل عن القضية ينظر الموقع الالكتروني:

<http://swarb.co.uk/government-of-newfoundland-v-newfoundland-railway-pc-1888/>  
Railway: PC 1888

أو مقابل بعضها البعض الآخر<sup>(١)</sup>. ويإمكان المدين (الحكومة) المقاصة مع المحال له بأية تعويضات تحصل عليها من المحيل في مقابل مبلغ الحوالة. وإذا تجاوز مبلغ التعويض مبلغ الحوالة، فحينئذٍ سوف لن يحصل المحال له على أي شيء. إلا أن ذلك كله يمكن أن يتم ما لم يجري توجيه الإخطار إلى المدين. لذا فإن المقاصة لا يمكن إجراؤها ضد المحال له لتوجيه الإخطار إلى المدين. لأنه بمجرد إجراء الإخطار بالحوالة فإن الحق المحال به ينفصل عن بقية أجزاء العقد، إذ يمكن للمحال له أن يعده عنصراً مستقلاً عنه، ولا يخضع للإدعاء المقابل بخصوص البنود الأخرى للعقد نفسه. وقد أرسى المحكمة بحكمها الصادر في هذه القضية سابقة قضائية مؤداها إمكانية المقاصة بين أية تعويضات للمدين وبين حق المحال له، على شرط نشوء التعويض عن العقد وتمسك المدين بالدفع المقابل.

### الفرع الثاني

#### عدم إمكانية تمسك المدين تجاه المحال له بالدفع الشخصية التي

#### يمكنه التمسك بها تجاه المحيل

ينطوي التمسك بالدفع بشروط الإنصاف على مبدأ آخر هو عدم إمكانية تمسك المدين تجاه المحال له بأي دفع من الدفع الشخصية (Personal claims) التي بإمكانه التمسك بها تجاه المحيل، ولا سيما ما يتعلق بالتدليس (Fraud) الذي يمارسه المحيل على المدين، إلا أنه يحق للأخير طلب فسخ العقد<sup>(٢)</sup>. فلو جرى حث أو ترغيب المدين في إبرام العقد بالتدليس أو التصوير غير الحقيقي الإحتيالي (Fraudulent misrepresentation) فيإمكان المدين التمسك في مواجهة المحال له بفسخ العقد. وليس التمسك تجاه الأخير بالدفع الشخصية التي كان بمقدوره التمسك بها تجاه المحيل. وهو المبدأ الذي تبنته المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Stoddart v. Union Trust Ltd 1912.1KB 181) التي تتلخص وقائعها بترغيب المدعى عليهم المشتركين إتحاد الشركات (Union Trust) بالتدليس الإحتيالي في شراء محل تجاري لبيع الصحف من البائع الذي يدعى (Price) وبثمن قدره ألف جنيه. دفع منها

(1) Michael Furmston, op. Cit, P.655.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.734.

مئتي جنيه كعربون وجرى تقسيط المبلغ المتبقي والبالغ ثمانمائة جنيه كأقساط. ثم قام البائع المحيل بحوالة حقه من المبلغ المتبقي إلى المحال له (Stoddart) الذي إستلم الحوالة من دون علمه بالتدليس الاحتياالي الواقع على المدعى عليهم. فقاضى المحال له المدعى عليهم مطالباً إياهم بمبلغ الحوالة. فتمسك المدعى عليهم بنوعين من الدفع، الأول هو الدفع المقابل الذي طالبوا بمقتضاه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم للتدليس الذي مارسه ضدهم البائع، إلا أن المحكمة رفضت تمسكهم بهذا الدفع في مواجهة المحال له، لأن التدليس لم يصدر عنه شخصياً. لذا فإنه لا يعد مسؤولاً عن التدليس الصادر عن البائع. أما الدفع المقابل الثاني الذي تمسك به المدعى عليهم فهو أن الضرر الذي تعرضوا له نتيجة تدليس البائع تجاوز مقدار الحوالة البالغ ثمانمئة جنيه. لذا فإنهم ليسوا مدينين بأي مبلغ تجاه المحال له. وقد أخفق هذا الدفع أيضاً في أن يؤتي بثماره أمام المحكمة. وجاء في حكم المحكمة بأن هذا الدفع كان سيكتب له النجاح لو تمسك به المدعى عليهم تجاه المحيل المدلس، إلا أنه أخفق تجاه المحال له لأنه لم يكن يتعلق بأحد طرفي العقد محل النزاع، ولكن بالغير الأجنبي عن ذلك العقد. والذي هو طرف في عقد الحوالة المبرم مع البائع والمنفذ لمصلحة المحال له<sup>(١)</sup>. وقد صادقت محكمة الإستئناف على حكم محكمة الموضوع وأرست دعائم سابقة قضائية مؤداها إمكانية حصول المحال له على كل الحق المحال به من المحيل في مواجهة المدين، عندما يكون للمدين دفع شخصي ضد المحيل لا يتأثر به المحال له<sup>(٢)</sup>. وينتقد جانب من الفقه الانكليزي<sup>(٣)</sup> الموقف الذي تبناه المدين في هذه القضية مع علمه بأن موقف المحال له كان أقوى بكثير من موقف المحيل، الذي من شأنه إلحاق الأذى بمصلحة المدين. فقد كان ينبغي على المدين أن يطلب فسخ العقد المبرم بينه وبين المحيل وإلغاء وجوده أصلاً، بدلاً عن التمسك بدفوع شخصية عديمة الفائدة وموجهة اصلاً إلى المحيل.

(1) Paul Richards, op. Cit, P.412.

(2) Richard Stone. The modern law of contract. Sixth Edition. Cavendish Publishing Limited. 2005. P.176.

(3) Paul Richards, op. Cit, P.412.



### الفرع الثالث

#### عدم إمكانية حصول الحال له على أي مبلغ يتجاوز الحق الحال به

ينطوي على التمسك بالدفع بشرط الإنصاف أثر آخر هو عدم إمكانية حصول الحال له على أي مبلغ يتجاوز الحق الحال به، والذي كان يمكن للمحيل الحصول عليه من المدين. وقد أخذت المحكمة بهذا المبدأ في حكمها الصادر في قضية (Dawson v. Great Northern & City Railway Co 1905. 1KB) التي تتلخص وقائعها بقيام شركة للسكك الحديدية بإنشاء نفق تحت العقارات التي يملكها المحيل ويمارس فيها أعمالاً تجارية. فأراد أن يقيم الدعوى على شركة سكك الحديد للمطالبة بحقه في التعويض على أساس تعرض مصالحه لأضرار جسيمة نتيجة الأضرار التي لحقت ببنية العقارات (Structural damage)، إلا أنه باع تلك العقارات قبل إقامة الدعوى وأحال حقه في إقامة الدعوى للحصول على التعويض من شركة سكك الحديد إلى المشتري السيدة (Dawson). فأقامت الحال لها الدعوى للمطالبة بالتعويض من الشركة المذكورة، وتضمن الحكم الصادر عن المحكمة فقرتين حكيمتين مهمتين. قضت الأولى بأن حوالة حق التقاضي المجرد (Mere right of litigation) هو أمر غير مرغوب فيه، أما حوالة الحقوق فهي صحيحة حتى وإن لم يكن بالإمكان الحصول على تلك الحقوق من دون إقامة الدعوى. أما الثانية فهي وجوب تقدير التعويض الذي تستحقه المدعية الحال لها بالضرر الذي تعرض له البائع المحيل، ولا يمكن أن يتضمن أية مبالغ إضافية لجبر الأضرار التي لحقت بالأعمال التجارية التي تمارسها المدعية الحال لها شخصياً. إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا المبدأ في حكمها الصادر في قضية (Technotrade Ltd v. Larkstore Ltd 2006) لأنه كان سيساعد على إعفاء المدعى عليه من مسؤوليته العقدية التي تنجم عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية<sup>(1)</sup>. وتتلخص وقائع هذه بقيام المدعى عليه بإعداد تقرير فحص التربة (Soil inspection report) لمصلحة المحيل الذي كان ينوي تطوير ذلك الموقع، إلا أنه مالبت أن باع الموقع للحال له الذي قام بنفسه بتطوير ذلك الموقع، ولكنه إكتشف وجود تصدع في الأرض يعود تاريخه إلى ما قبل قيام المحيل بحوالة حقه.

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.736.

فأقام المحال له الدعوى على المدعى عليه، فدفع الأخير أمام المحكمة بعدم إستحقاق المحال له الحصول على التعويض عن الأضرار التي تنجم عن التصدع، لأن المحيل كان قد حصل على القيمة الكاملة للعقار ولم يتعرض لأية خسارة بسبب التقرير الذي أصدره المدعى عليه. إلا أن محكمة الإستئناف رفضت الدفع الذي تمسك به المدعى عليه، وجاء في حكمها بأن الغاية من تطبيق مبدأ عدم إمكانية حصول المحال له على تعويض يتجاوز التعويض الذي كان يحق للمحيل الحصول عليه من المدين هي الحفاظ على المركز القانوني لهذا الأخير، لكي لا يكون أكثر سوءاً بعد إجراء الحوالة وكما حصل في قضية (Dawson) وليس لتمكين المدين من الإعتماد على الحوالة للتخلص من مسؤوليته العقدية التي تنجم عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

### الفرع الرابع

#### عدم جواز التمسك بالدفع بشرط الإنصاف تجاه الحقوق التي

#### لا تجوز حوالتها

يتمثل محل حوالة الحق في القانون الانكليزي بالأموال غير المادية أو ما يعرف بممتلكات الذمة . إلا أن القانون الانكليزي إستبعد أربعة أنواع من الحقوق من نطاق حوالة الحق، ويعدّها حقوقاً غير قابلة للحوالة (Non-assignable rights)<sup>(١)</sup>. وهي الحقوق المستبعد حوالتها بنص صريح في العقد (Express exclusion of assignability of rights) (Mere right of litigation)، والحقوق المترتبة على العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي (Rights arising from personal contracts)، والحقوق غير القابلة للحوالة بمقتضى قواعد النظام العام (Non-assignable rights according to public policy). لذا فإنه لا يمكن أيضاً التمسك بالدفع بشرط الإنصاف تجاه هذه الأنواع الأربعة من الحقوق. وسوف نبحث في هذه الأنواع الأربعة من الحقوق على وفق ما يأتي:

(1) Neil Andrews, op. Cit, P.210.

## المقصود الأول

### الحقوق المستبعد حوالتها بنص صريح في العقد

إذا نص العقد صراحة على إستبعاد بعض الحقوق التي تنشأ عنه من نطاق حوالة الحق، فإن حوالة مثل تلك الحقوق لا يعد إخلالاً بالتزام عقدي فحسب، ولكن تبطل الحوالة أيضاً تجاه المدين<sup>(١)</sup>، ولا يترتب للمحال له أي حق تجاهه<sup>(٢)</sup>. على الرغم من بقائها صحيحة نافذة بين المحيل والمحال له<sup>(٣)</sup>. وهو ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Wickham Holdings Ltd v. Brooke House Motors Ltd (1967) التي تتلخص وقائعها بإبرام عقد بيع إيجاري أو إيجار ساتر للبيع (Hire-purchase agreement) بين الشركة المالكة للسيارة وبين المستأجر (Hirer)، وتضمن العقد المبرم بين الطرفين بنداً صريحاً يقضي بمنع حوالة المستأجر لحقوقه التي تنشأ عن العقد، وإذا ما قام بحوالة حقوقه إلى الغير، فإن المحال له لا يمكنه تنفيذ تلك الحقوق الشركة المالكة للسيارة. إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد قام المستأجر ببيعها إلى المدعى عليهم. فأقامت الشركة المالكة للسيارة الدعوى لرد السيارة مع التعويض. فقضت المحكمة في حكمها ببطلان بيع السيارة للمدعى عليهم، لوجود بند صريح في عقد البيع الإيجاري يحظر ذلك. فضلاً عن علم المدعى عليهم بوجود ذلك البند عند شرائها<sup>(٤)</sup>. وقد أبطل مجلس اللوردات أيضاً الحوالة لوجود نص صريح في العقد على إستبعاد الحق المحال به من نطاق الحوالة<sup>(٥)</sup>، في حكمه الصادر في قضية (Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd 1994.AC 85) والتي تتلخص وقائعها<sup>(٦)</sup> بقيام مستأجر المبنى شركة (Stock conversion Ltd) بإبرام عقد

(1) Ewan Mckendrick. op. Cit. P.984.

(2) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.738.

(3) Paul Richards, op. Cit, P.413.

(4) Greg Tolhurst. The assignment of contractual rights. Second Edition. Hart Publishing Oxford. 2016. P.270.

(5) Ewan Mckendrick. op. Cit. P.984.

(٦) لمزيد من التفصيل عن القضية ينظر الموقع الالكتروني:

<https://www.lawteacher.net/cases/linden-gardens-v-lenesta.php>

نموذجي (Standard-form contract) مع المدعى عليه شركة (lenesta) لإزالة مادة (Asbestos) من المبنى. وقد نص العقد المبرم بينهما على (عدم إمكانية قيام صاحب العمل بحوالة الحقوق المترتبة على العقد دون موافقة مكتوبة من المقاول). ثم تعاقد المدعى عليه مع المدعى عليه الثاني وهي شركة أخرى وأبرم معها عقد مقاوله من الباطن لإزالة تلك المادة، إلا أنها أخفقت في إزالتها. فتعاقدت شركة (Stock conversion Ltd) مع المدعى شركة (Linden Gardens) لإزالة تلك المادة. وأحالت لها حقوقها ومنافعها المترتبة على إيجار المبنى (Leasehold interest). وأحالت لها حقها في إقامة الدعوى (The right to action) على المدعى عليه شركة (lenesta) من دون موافقة المدعى عليه شركة (lenesta). فقامت الشركة المدعية بتنفيذ الأعمال اللازمة كلها لإزالة تلك المادة وعلى حسابها، ثم قاضت المدعى عليهم على أساس الإخلال بعقودهم. فقضت لها محكمة الدرجة الأولى بالتعويض وبصحة الحوالة. فإستأنف المدعى عليه شركة (lenesta) الحكم لدى محكمة الإستئناف. ففسرت محكمة الإستئناف البند الوارد في العقد النموذجي المبرم بين شركة (Stock conversion Ltd) وشركة (lenesta) بأنه نص صريح يحظر حوالة منافع العقد ولا يحظر الحق في إقامة الدعوى<sup>(١)</sup>. إلا أن مجلس اللوردات رفض هذا التفسير، وذكر القاضي اللورد (Browne-Wilkinson) في حكم مجلس اللوردات بأن الحوالة تعد باطلة لوجود نص في العقد النموذجي يحظر تلك الحوالة من دون موافقة مكتوبة من الطرف الآخر. وهو السبب نفسه الذي تحظر بمقتضاه حوالة الحق في إقامة الدعوى، وليس لمخالفتها لقواعد النظام العام. لأن أحد الطرفين كانت له مصلحة تجارية حقيقية في تلك الحوالة. لذا فقد أبطلت حوالة الحقوق التعاقدية. ولم تتمتع شركة (Linden Gardens) المحال لها بتلك الحقوق.

(1) Michael Furmston, op. Cit, P.658.

## المقصود الثاني

### حق التقاضي الجرد

إن حق التقاضي الجرد (Mere right of litigation) هو ببساطة الحق في إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض (right of action to sue for damages) وهو من الحقوق التي لا يمكن حوالتها في ظل القانون الإنكليزي<sup>(١)</sup>، إذ يمثل ذلك تدخلاً من جانب الغير بقيامه برفع الدعوى بدلاً عن صاحبها (Champerty). أو تدخلاً غير مشروع في دعوى قضائية بمساعدة طرف على آخر مادياً أو معنوياً (Maintenance). وهو ما إستقر عليه قضاء مجلس اللوردات في حكمه الصادر في قضية (Trendex Trading Corporation v. Credit Suisse 1982. AC.679) إلا أنه أورد إستثناءً مهماً لهذا المبدأ تمثل بإجازة حوالة حق التقاضي، إذا كان للمحال له مصلحة مشروعة وحقيقية ذات طبيعة تجارية أو مالية، وذلك في الحصول على تلك الحوالة<sup>(٢)</sup>. وتتلخص وقائع هذه القضية<sup>(٣)</sup> بقيام شركة (Trendtex) السويسرية بالتعاقد مع شركة إنكليزية لبيعها كمية كبيرة من الاسمنت لشحنه إلى دولة (Nigeria). وجرى الاتفاق على أن تقوم الشركة الإنكليزية بدفع الثمن فضلاً عن التعويض عن التأخير (Demurrage)، وذلك بمقتضى خطاب اعتماد صادر عن المصرف الوطني في نايجيريا (C.B.N). إلا أنه لم يتم الإلتزام بذلك الخطاب (Dishonoured letter of credit). فتعرضت شركة (Trendtex) إلى أزمة مالية كبيرة، وصارت مدينة لمصرف (Credit Suisse) السويسري، والذي قدم لها قرضاً لتمويل أعمالها التي تتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية. فقاضت شركة (Trendtex) مصرف (C.B.N) للحصول على تعويضات تقدر بأربعة عشر مليون دولاراً أمريكياً. ووافق مصرف (Credit Suisse) على تمويل نفقات التقاضي كافة التي

(1) Michael Furmston, ibid, P.656.

(2) Paul Richards, op. Cit, P.413.

(٣) لمزيد من التفصيل عن القضية ينظر الموقع الإلكتروني:

<http://swarb.co.uk/trendtex-trading-corporation-v-credit-suisse-hl-1981>

سوف تتحملها شركة (Trendtex). وأخفقت شركة (Trendtex) في دعاها أمام محكمة الدرجة الأولى، بسبب تمسك مصرف (C.B.N) بالدفع بأعمال السيادة. إلا أن شركة (Trendtex) نجحت في إستئنافها أمام محكمة الاستئناف. وفي الوقت الذي كان فيه قرار محكمة الاستئناف جاهزاً للطعن أمام مجلس اللوردات، قامت شركة (Trendtex) بحوالة حقها المجرد في التقاضي إلى مصرف (Credit Suisse) في مقابل ثمانمئة ألف دولار. وأبلغ محامي مصرف (Credit Suisse) السويسري الدكتور (Patry) شركة (Trendtex) بأنه تلقى عرضاً من طرف ثالث لشراء حقها المجرد في التقاضي بذلك السعر، وسوف يتسبب المصرف السويسري في إفلاس شركة (Trendtex) ما لم توافق على حوالة حقها المجرد في التقاضي له. لكي يتولى رفع الدعوى بنفسه وتكون له الحرية الكاملة في تسوية ذلك النزاع مع مصرف (C.B.N) وبالشروط التي تلائمها وكما يحلو له. وبعد حصول مصرف (Credit Suisse) على الحوالة المطلوبة، توصل فوراً إلى تسوية مع الطرف الثالث بمقابل (١.٢٠٠.٠٠٠) مليون دولاراً. ثم تفاوض مع مصرف (C.B.N) على مبلغ قدره ثمانية ملايين دولاراً<sup>(١)</sup>. فأقامت شركة (Trendtex) الدعوى على أساس عدم مشروعية وبطلان تلك الحوالة، لأنها تنطوي على التدخل من جانب الغير بقيامه برفع الدعوى بدلاً عن صاحبها (Champerty)، والتدخل غير المشروع في دعوى قضائية عن طريق مساعدة طرف على آخر مادياً أو معنوياً (Maintenance). فرد قاضي محكمة الدرجة الأولى (Robert Goff) تلك الدعوى. فطعن شركة (Trendtex) إستئنافاً أمام محكمة الاستئناف، إلا أن المحكمة الأخيرة ردت الطعن أيضاً. وعلى الرغم من وجود رأي لدى أحد قضاة محكمة الاستئناف بوجود مصلحة حقيقية ومشروعة (Genuine and legitimate interest) لدى مصرف (Credit Suisse) في إقامة الدعوى الخاصة بشركة (Trendtex) على مصرف (C.B.N)، وأن تلك المصلحة تبرر حصول مصرف (Credit Suisse) على حوالة حق التقاضي المجرد. وأن سبب الدعوى المتمثل

(1) Marcus Smith and Nico Leslie. op. Cit. P.501.

بالحصول على التعويض عن الإخلال بالعقد هو سبب ذو طبيعة مالية (proprietary nature) مما يمكن حوالاته على نحو مشروع. إلا أن حكم محكمة الاستئناف والذي مثل رأي الأغلبية بمن فيهم القضاة اللورد (Denning) واللورد (Bridge) واللورد (Oliver) قضى بإبطال تلك الحوالة، لأن قواعد العدالة والإنصاف لا تمد يد العون لحوالة حق التقاضي المجرد، إذا كانت الغاية منها هي تيسير التدخل من جانب الغير بقيامه برفع الدعوى بدلاً عن صاحبها (Champerty). أو التدخل غير المشروع في دعوى قضائية بمساعدة طرف على آخر مادياً أو معنوياً (Maintenance) والمساعدة على حصول الغير على منفعة معينة من دون أن تكون له أية مصلحة تجارية حقيقية (Genuine commercial interest) من تلك الصفقة<sup>(١)</sup>. وجاء في حكم مجلس اللوردات بأن هذا النوع من الحوالات يعد مخالفاً للنظام العام في ظل القانون الإنكليزي. وأن دور المحكمة هو رعاية حسن سير العدالة وليس فسخ المجال أمام المضاربين أمام القضاء (Speclators in litigation). لأن السماح للطرف المتضرر من الإخلال بالعقد بحوالة حقه في مقاضاة الطرف الآخر المخل بالتزامه التعاقدى إلى الغير الأجنبي عن العقد يعد مضاربة على نتائج التقاضي<sup>(٢)</sup>. ولا يمكن حوالة حق التقاضي المجرد إلا إذا كان للمحال له مصلحة تجارية حقيقية فيه. وإذا إنتفت تلك المصلحة فإن الحوالة تعد باطلة. وعلى الرغم من أن تشريع القانون الجنائي لعام ١٩٦٧ (Criminal law Act 1967) الغى المسئوليتين الجنائية والتقصيرية كليهما (Criminal and Tortious liability) عن كل من التدخل من جانب الغير بقيامه برفع الدعوى بدلاً عن صاحبها (Champerty)، والتدخل غير المشروع في دعوى قضائية بمساعدة طرف على آخر مادياً أو معنوياً (Maintenance). إلا أنه نص على عدم تأثير ذلك على القواعد القانونية التي تعد العقد مخالفاً للنظام العام، إذا ما كان ينطوي على هذين النوعين من التدخل غير المشروع<sup>(٣)</sup>. لذا فقد بقيت القواعد التي تحظر حوالة حق التقاضي المجرد حتى بعد نافذة

(1) Ewan Mckendrick. op. Cit. P.984.

(2) Richard Stone. op. Cit. P.17٧.

(3) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit, P.٧٤١.

حتى بعد سريان هذا التشريع. كما تمخض عن الحكم الصادر في قضية (Defries v. Milne 1913. 1Ch.98) سابقة قضائية حظرت حوالة حق التقاضي في دعاوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ المدني (Assignment of right of action in Tort) . ولم يعد بإمكان أي شخص يتعرض للقتل (Defamation) مثلاً بيع حقه في مقاضاة مرتكب ذلك الخطأ إلى الغير، لأن من شأن ذلك أن يسمح للغير التدخل في قضية تتعلق بسلوك شائن أو مشين. على الرغم من إمكانية حوالة حقه في التعويض بعد إقامة الدعوى على مرتكب الخطأ المدني (Tortfeasor) وكسبها.

### المقصود الثالث

#### الحقوق المترتبة على العقود القائمة على الإعتبار الشخصي

لا يمكن حوالة الحقوق المترتبة على العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي، ويعتمد تنفيذها على المهارات الشخصية (Personal skills) لأحد طرفيها، أو الثقة (Confidence) التي يوليها أحد الطرفين للآخر. ويمكن لأحد طرفي هذا النوع من العقود إشتراط قيام الطرف الآخر بتنفيذها شخصياً، لأن ذلك التنفيذ يعد جوهر العقد، وحوالة حق الطرف الدائن بذلك التنفيذ إلى الغير، من دون موافقة منه يعد تغييراً لطبيعة ذلك العقد. لم يكن الدائن بالحق في تنفيذ ذلك العقد ليرتضي إبرام ذلك العقد، لولا تعهد المدين بالإلتزام بتنفيذه شخصياً. لذا فإن الطبيعة الشخصية (Personal nature) لتلك العقود هي التي تحول من دون إمكانية حوالة الحقوق المترتبة عليها<sup>(١)</sup>. ويقضي المبدأ السائد في ظل قانون الأحكام العام بعدم إمكانية حوالة الحقوق المترتبة على العقود القائمة على الثقة الشخصية (Personal confidence). وقد أخذت المحكمة بهذا المبدأ في حكمها الصادر في قضية (Griffith v. Tower Publishing Co. Ltd and Moncrieff 1897 Chancery Division) التي تتلخص وقائعها بإبرام عقد بين ناشر لكتاب ومؤلفه. وأراد الناشر حوالة التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد النشر، التي تمثل الوجه الآخر لحقوق المؤلف إلى ناشر آخر. فقضت المحكمة بإبطال تلك الحوالة. وجاء في حكمها بأن المؤلف لم يكن ليبرم العقد مع الناشر الأصلي، لولا ثقته بمهاراته المهنية في

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, ibid, P.738.



مجال طبع الكتب ونشرها. وذكر القاضي (Sterling) في حكم المحكمة بأن الحقوق التي تنشأ عن عقد النشر لا يمكن حوالتها سواء أكان الناشر شخصاً طبيعياً أم شركة. وينبغي للشركة أن تبقى أيضاً محافظة على سمعتها المهنية، حتى وإن غيرت مديرها وعينت مديراً جديداً بدلاً عنه. لأن المؤلف عندما يقوم بإختيار شركة معينة كناشر لكتابه، فإن إختياره يستند على التوقع المعقول (Reasonable expectation) بأن تلتزم الشركة بالمحافظة على سمعتها المهنية. وهو ما كان يتوقعه المدعي المؤلف في الناشر شركة (Tower Publishing Co. Ltd). كما حظرت المحكمة في حكمها الصادر في قضية (Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Ltd 1940. A.C.1014) على صاحب العمل حوالة حقوقه الناشئة عن عقد العمل (Employment contract) التي تتمثل بقيام العامل بتقديم خدمته إلى صاحب عمل آخر<sup>(١)</sup>. وجاء في حكمها بأن حق العامل في إختيار صاحب العمل الذي يؤدي له الخدمة يعد من أبرز المعايير التي تميز بين العامل وبين العبد (Serf). وكيفت المحكمة أيضاً العقد المبرم بين المزارع وصاحب المخبز بأنه من العقود القائمة على الإعتبار الشخص ومنعت حوالة الحقوق المترتبة عليه<sup>(٢)</sup>. في حكمها الصادر في قضية (kemp v. Baerselman 1906. 2KB604) والتي تتلخص وقائعها بإبرام عقد بين مزارع وصاحب مخبز تم بمقتضاه الإتيافاق على قيام الأول بتوريد الثاني بكل كميات البيض التي يحتاجها صاحب المخبز في اداء مهنته لمدة عام كامل. في مقابل تعهد الأخير بعدم شراء البيض من أي مورد آخر للمدة نفسها. إلا أن صاحب المخبز باع محله التجاري لشركة كبيرة، وإتفق معها على حوالتها لحقه الناشئ عن العقد المبرم بينه وبين المزارع. فرفض المزارع تنفيذ تلك الحوالة، فأقام صاحب المخبز الدعوى عليه، وصدر حكم المحكمة لمصلحة المزارع المدعى عليه، ومنع صاحب المخبز من حوالة حقه في التزود بالبيض إلى الشركة المشتري للمحل التجاري. وجاء في حكم المحكمة بأن وعد صاحب المخبز بالتزود الحصري بالبيض من المزارع يعد من أبرز السمات التي أضفت على العقد الإعتبار الشخصي. لذا لا يمكن حوالة الحقوق التي تترتب عليه خلافاً لإرادة المدعى عليه.

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, *ibid*, P.738.

(2) Michael Furmston, *op. Cit*, P.657.

## المقصود الرابع

### الحقوق غير القابلة للحوالة بمقتضى قواعد النظام العام

تبرز عديد من الحقوق التي لا تجوز حوالتها في ظل القانون الانكليزي لمخالفة حوالتها لقواعد النظام العام. فعلى الرغم من صحة حوالة أجور ومرتبات (Assignment of wages and salaries) العمال في القانون الانكليزي، إلا أن هذا القانون حظر على الموظف العام حوالة مرتبه لإعتبارين يتعلقان بالنظام العام<sup>(١)</sup>. الأول هو عدم حرمان الموظف العام من وسائل تصون شرف الوظيفة العامة ونزاهتها. والثاني ضرورة توفير الموارد الكافية للموظف العام لدفع التعويض عن الأخطاء التي يرتكبها في أثناء ممارسة وظيفته العامة. إلا أن هذا الإعتبار الثاني لم يعد قائماً بعد السماح للمضروب بإقامة الدعوى على التاج (Crown) على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. وتحظر قواعد النظام العام على الزوجة حوالة حقها في النفقة (Maintenance) على زوجها. لأن السماح لها بذلك من شأنه أن يجعلها تعيش في فقر مدقع.

## المطلب الثاني

### الآثار القانونية المترتبة على إنتقال الحق الحال به من المحيل إلى

### الحال له في القانون المدني العراقي بكل مقوماته وخصائصه ودفوعه

لقد أشرنا إلى أن التمسك بالدفع بشرط الإنصاف يعد من أبرز الآثار القانونية المترتبة على حوالة الحق في القانون الانكليزي. أما القانون المدني العراقي فقد رتب على حوالة الحق عدداً من الآثار القانونية التي تتحدد على وفق ثلاثة أنواع من العلاقات التي تنشأ بمناسبة حوالة. وهذه العلاقات هي العلاقة بين الدائن القديم (المحيل) وبين الدائن الجديد (المحال له). والعلاقة بين المحيل وبين المدين (المحال عليه). والعلاقة بين المحال له وبين المحال عليه. إلا أن أهم هذه العلاقات تكاد تكون علاقة المحال له والمحال عليه، ولا سيما بعد إعلان الحوالة أو قبولها وصيرورتها نافذة في حق المحال عليه، وما يترتب عليها من إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بصفاته وتوابعه وضمائنه ودفوعه كلها. وسوف نتناول بالدراسة الآثار القانونية المترتبة على إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى

(1) Edwin Peel and .G. H. Treitel, op. Cit , P.744.

المحال له، ثم الآثار القانونية المترتبة على تمسك المحال عليه قبل المحال له بالدفع التي كان يمكنه أن يحتج بها على المحيل، على وفق المادة (٣٦٦) من القانون المدني العراقي، وعدم إمكانية تمسك المحال عليه قبل المحال له بالدفع التي يكون محلها حقوقاً لا تجوز حوالتها وكما يأتي:

## الفرع الأول

### الآثار القانونية المترتبة على إنتقال الحق الحال به

#### من المحيل إلى الحال له

أجازت المادة (٣٦٥) من القانون المدني العراقي إنتقال الحق الحال به من المحيل إلى الحال له في مواجهة المدين المحال عليه<sup>(١)</sup>، بعقد حوالة الحق نفسه، وما يترتب عليه من حلول المحال له محل المحيل في نفس الحق الحال به<sup>(٢)</sup>. فينتقل الحق الحال به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال له وبالحالة التي يكون عليها وقت نفاذ الحوالة<sup>(٣)</sup>. ومن هذا الوقت يصير للمحال عليه دائن واحد هو الدائن الجديد المحال له، والذي يحل محل المحيل الدائن السابق<sup>(٤)</sup>. وهو ما إتجهت إليه محكمة تمييز العراق أيضاً، إذ جاء في أحد أحكامها بأن (موضوع الدعوى هو حوالة والمميز هو محيل والمحيل يعتبر مديناً للمحال له. لذلك يكون الحكم بإلزامه بمبلغ الحوالة التي ثبت عدم دفعها إلى من قبل المحال عليه وموافقاً للقانون)<sup>(٥)</sup>. فإذا كان الحق موجوداً وقت انعقاد الحوالة، ولكنه انقضى لسبب من أسباب انقضاء الالتزام قبل نفاذها فإن المحال له لا يحصل على شيء من المحال عليه. أما إذا

(١) نصت المادة (٣٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه (ينتقل الحق إلى المحال له بصفته وضمائنه كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد وأقساط).

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٣٤

(٣) د. رمضان أبو السعود. أحكام الالتزام. مصدر سابق. ص ٣٩٤.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٦٤

(٥) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٧٤٩/٧/صحية/٥٦/ في ١٩٥٦/٥/١ نقلاً عن سلمان بيّات. القضاء المدني العراقي. الجزء الأول. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد.

١٩٦٢. ص ٣٩٦

كان الحق المحال به موجوداً وقت نفاذ الحوالة، فإنه ينتقل إلى المحال له بمقوماته وخصائصه كلها التي كان يتسم بها وقت النفاذ<sup>(١)</sup>. خلافاً للتجديد بتغيير الدائن الذي يترتب عليه إنقضاء حق الدائن القديم بتأميناته ونشوء حق جديد للدائن الجديد بتأمينات جديدة. يصير المحال له دائناً جديداً للمحال عليه من وقت نفاذ الحوالة، ويحل محل المحيل الدائن القديم في حقه الذي ينتقل إلى المحال له بصفاته وتأميناته وتوابعه ودفعه كلها التي يكون عليها وقت نفاذ الحوالة<sup>(٢)</sup>. وسوف نبين أهم الآثار القانونية المترتبة على إنتقال الحق المحال به بمقوماته وخصائصه.

### المقصود الأول

#### إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بكل صفاته

يترتب على نفاذ حوالة الحق إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال عليه بالصفة نفسها التي يكون عليها وقت نفاذ الحوالة. فقد يكون الحق موصوفاً بأحد أوصاف الالتزام، والذي يمكن أن يلحق بالرابطة القانونية نفسها التي تربط بين الدائن والمدين، فيؤثر على وجودها فيجعله غير مؤكد فيكون شرطاً. أو يؤثر على نفاذها ويجعلها غير نافذة فيكون أجلاً<sup>(٣)</sup>. أو يلحق الوصف محل الالتزام فيتعدد ويكون التزاماً تخييرياً أو بديلاً. أو قد يلحق الوصف أحد طرفي الرابطة القانونية، فيتعدد الدائنون ويكونون دائنين متضامنين. ويكون التضامن الذي بينهم تضامناً إيجابياً. أو يتعدد المدينون ويكونون مدينين متضامنين، ويكون التضامن الذي يربطهم تضامناً سلبياً. فإذا كان المدينون في الحق المحال به متعددين، وكانوا متضامنين فيما بينهم، فإن الحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له تجاه جميع هؤلاء المدينين المتضامنين. مع وجوب إعلانهم جميعاً بالحوالة أو قبولهم لها لكي تصير نافذة في حقهم<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٤١.

(٢) د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص ٦٢٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٩٥.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٣٧.

## المقصود الثاني

### إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بكل ضماناته

إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بضماناته كلها: وتنتقل مع الحق المحال به أيضاً الضمانات المخصصة للوفاء به، ويستفيد منها المحال له عند مطالبته بالحق المحال به<sup>(١)</sup>. ومن أبرزها التأمينات الشخصية كالكفالة، التي بمقتضاها يضع الكفيل الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالتزام المدين<sup>(٢)</sup>. والتأمينات العينية كالرهن التأميني والذي هو حق عيني عقاري يرد على عقار<sup>(٣)</sup>، وينبغي تسجيل الحوالة في السجل العقاري إذا كان الحق المحال به مضموناً برهن تأميني. وإذا كان الحق المحال به مضموناً بتأمين شخصي، فإن الكفيل يبقى ضامناً لذلك الحق على الرغم من إنتقاله من المحيل إلى المحال له. ولا حاجة لرضائه بالحوالة، لأن الكفيل يكفل المدين وحوالة الحق لا تغير شخص المدين، ولكنها تغير شخص الدائن<sup>(٤)</sup>. وينتقل الحق المحال به إلى المحال له فضلاً عن توابعه من فوائد مستحقة، سواء أكانت إتفاقية أم قانونية<sup>(٥)</sup>. فضلاً عن الأقساط التي لم يستلمها المحال له.

(١) د. درع حماد. مصدر سابق. ص. ٢٢٠.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو. التأمينات الشخصية والعينية. الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. مطبعة أطلس، القاهرة. ١٩٩٤. ص ١٣.

(٣) محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الثاني. الحقوق العينية التبعية. وزارة التعليم العالي. بغداد. ١٩٨٢، ص ٣٥٣.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٣٦.

(٥) د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص ٦٢٣.

## الفرع الثاني

### الأثار القانونية المترتبة على تمسك المحال عليه قبل الحال له بالدفع

#### التي كان يمكنه أن يحتج بها على المحيل

ويترتب على قاعدة إنتقال الحق المحال به نفسه من المحيل إلى المحال له، إمكانية تمسك المحال عليه بالدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي (المحيل)، ويدفع بها مطالبته بالدين، لعدم تغير الحق بإنتقاله بالحوالة. والدفع التي يمكن للمحال عليه التمسك بها هي دفع موضوعية ترتبط بأصل الحق وجوداً وعمداً، وتنظمها القوانين المنظمة للحقوق المتنازع عليها، وتوجه إلى الحق موضوع الدعوى<sup>(١)</sup>. وتوجه هذه الدفع إلى الحق موضوع الدعوى، بالمنازعة في طلبات الخصم الآخر والمطالبة بإصدار حكم يقضي برفض الدعوى كلياً أو جزئياً. وتستلزم الدفع الموضوعية تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة للحق لرفض الدعوى. لذا فإنه يمكن للمحال عليه التمسك بالدفع الآتية تجاه المحال له:

### المقصد الأول

#### الدفع المتعلقة بالحق الحال به

يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه المحيل قبل إعلان الحوالة أو قبولها، إذا تعلق بالحق المحال به نفسه. كالدفع التي ترجع إلى إنقضاء الحق المحال به، فيستطيع المحال عليه أن يدفع قبل المحال له بإنقضاء الحق المحال به بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالإبراء أو بأي طريق آخر من طرق إنقضاء الالتزام<sup>(٢)</sup>. سواء أكان إنقضاء الالتزام سابقاً على صدور الحوالة أم تالياً لها،

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر. أصول المرافعات المدنية. شرح أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في ضوء التطبيقات القضائية وآراء الفقه مع الإشارة إلى الفقه الإسلامي والقوانين العربية ودور التقنيات العلمية في التقاضي المدني. الذكرة للطباعة والنشر. ٢٠١٣. ص ٤٤٣.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٧٠.

طالما أنه قد تحقق قبل نفاذها<sup>(١)</sup>. وكذلك الدفع التي ترجع إلى بطلان الحق المحال به، أو يكون الحق المحال به معلقاً على شرط واقف لم يتحقق، أو على شرط فاسخ وتحقق<sup>(٢)</sup>.

## المقصود الثاني

### الدفع المتعلقة بعقد الحوالة

ويستطيع المحال عليه أيضاً أن يتمسك بالدفع المنبثقة من عقد الحوالة نفسه، كالدفع ببطلان عقد الحوالة<sup>(٣)</sup>، أو التمسك بصوريته إذا كان صورياً، أو الدفع بفسخ عقد الحوالة إذا كان قابلاً للفسخ. فبإمكان المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له ببطلان عقد الحوالة. ويكون بإمكان كل ذي مصلحة التمسك بالبطلان. وكذلك الدفع المتعلقة بعدم نفاذ عقد الحوالة، كأن يكون عقد الحوالة موقوفاً لنقص أهلية المحال عليه أو لعيب في إرادته<sup>(٤)</sup>. أما إذا كان عقد الحوالة موقوفاً لنقص أهلية المحيل أو لعيب في إرادته، فلا يستطيع المحال عليه أن يتمسك بنقض العقد الموقوف، لأن توقف العقد لم يتقرر لمصلحته ولكن لمصلحة المحيل وحده.

## المقصود الثالث

### الدفع الخاصة بالحال له وحده

أجازت (٣٦٦) من القانون المدني العراقي للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له (الدائن الجديد) بالدفع الخاصة بهذا الأخير وحده، كالدفع بالمقاصة بين الحق المحال به وبين الدين الذي نشأ في ذمة المحال له للمحال عليه<sup>(٥)</sup>. في حين لا يحق للمحال عليه أن يتمسك بعد نفاذ الحوالة بالدفع التي تتعلق بشخص المحيل، كالدفع بالمقاصة بين الحق المحال به وبين الدين الذي نشأ في ذمة المحيل للمحال عليه، إذا كان حق المحيل قد نشأ

(١) د. رمضان أبو السعود. مصدر سابق. ص ٣٩٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٤٢.

(٣) د. درع حماد. مصدر سابق. ص ٢٢١.

(٤) د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص ٦٢٥.

(٥) د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص ٦٢٥.

بعد نفاذ الحوالة، والتي يصير بعد نفاذها دائن واحد للمدين المحال عليه وهو المحال له<sup>(١)</sup>. أما إذا كان الدين قد نشأ في ذمة المحيل للمحال عليه قبل نفاذ الحوالة، فيمكن للمحال عليه أن يدفع بالمقاصة بين ذلك الدين وبين الحق المحال به<sup>(٢)</sup>. وإذا كان ما تقدم هو الأصل، إلا أن المشرع العراقي يفرق في المادة (٤١٧) من القانون المدني<sup>(٣)</sup> بين نفاذ الحوالة الذي يتم بقبول المحال عليه لها، وبين نفاذها عن طريق إعلانها. فقبول المحال عليه ومن دون تحفظ لحوالة الدائن المحيل لحقه إلى الغير يُسقط حقه في الدفع بالمقاصة بين الحق المحال به وبين حق المحال عليه في ذمة المحيل<sup>(٤)</sup>. ولا يحق له التمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان يحق له التمسك بها قبل قبوله للحوالة. ولا يكون له سوى الرجوع بحقه على المحيل. لأن قبول المحال عليه للحوالة في وقت كان يستطيع فيه التمسك بالمقاصة يعد نزولاً عنها<sup>(٥)</sup>. وليس من المعقول أن يفاجأ المحال له بوقوع المقاصة بين الحق المحال به وبين حق المحال عليه في ذمة المحيل، ولا يفترض القانون أن يعلم المحال له بالعلاقات التي تربط بين المحيل والمحال عليه<sup>(٦)</sup>. أما إعلان المحال عليه بالحوالة فلا يمنعه من التمسك بالمقاصة. ولم يبين المشرع العراقي مصير حوالة الحق إذا كان التصرف الأصلي بين الدائن المحيل وبين المدين المحال عليه، والذي ترتب عليه حق الدائنية الذي حوله المحيل إلى المحال له موقوفاً على إجازة المحال عليه. إذا كانت إرادته مشوبة بعيب

(١) د. منذر الفضل. المصدر نفسه. ص ٦٢٤.

(٢) د. رمضان أبو السعود. مصدر سابق. ص ٣٩٦.

(٣) نصت المادة (٤١٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك على المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. ٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة).

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٧١

(٥) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، مصدر

سابق، ص ٣٠٠

(٦) د. رمضان أبو السعود. مصدر سابق. ص ٥٢٤.



من العيوب الارادة، كالإكراه الذي مارسه عليه المحيل، أو وقوعه في الغلط، أو لجوء المحيل إلى التغيرير المقترن بالغبن الفاحش تجاه المحال عليه، وقيام الأخير بنقض ذلك التصرف إستعمالاً لحقه المتمثل بخيار إجازة العقد الموقوف أو نقضه، وعلى الرغم من صحة عقد الحوالة نفسه من حيث شروط انعقاده ونفاذه. لذا نجد ضرورة جعل المشرع العراقي حوالة الحق، في ظل مثل هذا النوع من الظروف والملابسة، غير نافذة في حق المدين المحال عليه، على الرغم من توفر شروط إنعقادها ونفاذها. فضلاً عن إبقاء الحوالة صحيحة نافذة بين المحيل والمحال له. ويمكن في مثل هذه الحالة الإفادة من بعض المبادئ الفرعية المستنبطة من مبدأ التمسك بالدفع بشرط الإنصاف السائد في القانون الإنكليزي.

### الفرع الثالث

#### عدم إمكانية تمسك المحال عليه قبل الحال له بالدفع التي محلها

#### حقوقاً لا تجوز حوالتها

إن الأصل العام في القانون المدني العراقي هو أن محل حوالة الحق أو المال المحال به ينبغي أن يكون حقاً شخصياً منجزاً كان أم معلقاً على شرط أم مقترناً بأجل. والقاعدة أن الحقوق الشخصية جميعها يمكن حوالتها مهما كان محلها. سواء أكان مبلغاً من النقود، أم أشياء مثلية أخرى غير النقود<sup>(١)</sup>. ويجوز أن يكون محل الحق عيناً معينة بالذات، على شرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً. ويمكن أن يكون محل الحق عملاً أو إمتناعاً عن عمل. ويجوز أن يكون الحق المحال به حقاً مستقبلاً، بل يمكن أن يكون حقاً متنازعاً فيه، بأن تكون الدعوى قد رفعت به، أو ثار بشأنه نزاع حقيقي. إلا أنه وإستثناءً من هذا الأصل العام

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. نظرية الالتزام بوجه عام. الأوصاف - الحوالة - الإنقضاء. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤. ص ٣٨٩.

فقد إسبعتت المادتان (٣٦٢)<sup>(١)</sup> و (٣٦٤)<sup>(٢)</sup> من القانون المدني العراقي بعضاً من أنواع الحقوق الشخصية التي لا تجوز حوالتها. لذا فإنه ليس بإمكان المحال عليه التمسك قبل المحال له بالدفع التي محلها حقوقاً لا تجوز حوالتها وهذه الحقوق هي:

أولاً: الحقوق المستبعدة بنص القانون: يمكن إستبعاد بعض الحقوق من نطاق حوالة الحق بمقتضى نص في القانون، فعلى سبيل المثال فقد منعت المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ الولي والوصي والقيم من مباشرة كثير من التصرفات القانونية، إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين وبعد التحقق من مصلحة القاصر<sup>(٣)</sup>. ومن هذه التصرفات حوالة الحق وقبولها<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: الحقوق غير القابلة للحجز: إسبعتت المادة (٣٦٤) من القانون المدني العراقي حوالة الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها. وكانت المادة (٦٢) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ قد منعت الحجز على عدة أنواع من الحقوق. لذا فإنه لا تجوز حوالتها أيضاً وبدلالة المادة (٣٦٤) من القانون المدني العراقي المذكورة سابقاً. وقد حظرت الفقرة (١١) من المادة (٦٢) من قانون التنفيذ الحجز مثلاً على السفائح وسندات الأمر وسائر الأوراق التجارية القابلة للتداول والعلامة الفارقة والعنوان التجاري وبراءة الاختراع والنموذج

(١) نصت المادة (٣٦٢) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للدائن أن يحول إلى غيره ما له من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام. وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المحال عليه).

(٢) نصت المادة (٣٦٤) من القانون المدني العراقي على أنه (لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلاً للحجز).

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات. الجزء الثاني. أحكام الالتزام. منشورات جامعة جيهان الخاصة. الذاكرة للنشر والتوزيع. بغداد. ٢٠١٢. ص ٣٨٧.

(٤) نصت الفقرة الرابعة من المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ على أنه (لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك: رابعاً حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الديون).

الصناعي، للمحافظة على الثقة والإئتمان والسرعة التي تتسم بها التجارة<sup>(١)</sup>. وحظرت الفقرة (١٢) من المادة (٦٢) المذكورة سلفاً الحجز على آثار المؤلف والصور والخرائط واللوحات الفنية، لكونها تتعلق بمهنة المدين وحرفته.

**ثالثاً:** الحقوق التي تمتنع حوالتها بإتفاق الطرفين: وقد يتم إستبعاد بعض الحقوق من نطاق حوالة الحق بالعقد المبرم بين الطرفين. كعقد الإيجار الذي يمكن أن يتفق بمقتضاه المؤجر مع المستأجر على منع الأخير من التنازل عن حقه في الإيجار إلى المستأجر من الباطن<sup>(٢)</sup>، وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup>. كما يمكن للمدين أن يتفق مع الدائن على عدم قيام الأخير بحوالة حقه الذي في ذمة المدين إلى شخص آخر. ويكون مثل هذا الإتفاق على عدم قابلية الحق للحوالة صحيحاً، لأن قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام<sup>(٤)</sup>.

**رابعاً:** الحقوق غير القابلة للحوالة لطبيعتها : ولا يكون الحق قابلاً للحوالة كذلك، إذا إتصل بشخصية الدائن. وكانت شخصيته محل إعتبار في الالتزام. كالحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب المتوفى نفسه، والذي منعت الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي<sup>(٥)</sup> حوالبته وإنتقاله إلى الغير، وهم ورثة المتوفى المضرور قبل أن يتحدد مقداره بموجب إتفاق بين المتوفى المضرور قبل وفاته وبين المسؤول عن الضرر، أو أن

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر. تنفيذ الأحكام والمحركات. شرح أحكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل في ضوء التطبيقات القضائية. منشورات جامعة جيهان الخاصة. الذاكرة للطباعة والنشر. ٢٠١٢. ص ٢٨٣.

(٢) د. منذر الفضل. مصدر سابق. ص ٦١٧.

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي على أنه (للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول. وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره).

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط. الجزء الثالث. مصدر سابق. ص ٤٠١.

(٥) نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي على أنه (ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي).

يصدر فيه حكم نهائي مكتسب لدرجة البتات<sup>(١)</sup>. ولا يصير التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفى نفسه قيمة مالية وينتقل إلى الغير، إلا بهاتين الطريقتين<sup>(٢)</sup>. فإذا مات المضرور قبل أن يتفق مع المسؤول على تحديد مقدار التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه أو قبل صدور الحكم النهائي لتقديره، فإن الحق في التعويض عنه لا ينتقل إلى الورثة وينتهي بموت المتضرر<sup>(٣)</sup>.

خامساً: الحق في إقامة الدعوى المدنية ممن لا يعد خصماً قانونياً: على الرغم من عدم وجود نص في القانون المدني العراقي على إستبعاد حوالة الحق في التقاضي، إلا أن حوالة هذا النوع من الحقوق غير جائزة بمقتضى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ التي حددت شروط قبول الدعوى بالأهلية والخصومة (أو الصفة) والمصلحة. وما يهمنا هنا هو شرط الخصومة أو الصفة، فقد اشترطت المادة الرابعة<sup>(٤)</sup> من قانون المرافعات المدنية أن تقام الدعوى على خصم قانوني يترتب على إقراره حكم، إذا أخبر القاضي بحق عليه لآخر<sup>(٥)</sup>. فإذا كانت الخصومة غير متوجهة فينبغي على المحكمة ردها، لأن توجه الخصومة من النظام العام. والإجراء القضائي

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص ٢٢٧.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٤٦٢.

(٣) د. سعدون العامري. تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٢٢.

(٤) نصت المادة الرابعة من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على أنه (يشترط أن يكون المدعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه، وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي لمال الوقف وخصومة من إعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا تنفذ فيها إقراره).

(٥) د. آدم وهيب الندوي. المرافعات المدنية. المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٦. ص ١١٩.

ينبغي أن يكون جزءاً من الخصومة، فإذا كان النشاط أو العمل القانوني لا يشكل جزءاً من الخصومة، فإنه لا يعتد به بوصفه إجراءً قضائياً<sup>(١)</sup>. وهو ما إتجهت إليه محكمة تمييز العراق إذ جاء في أحد أحكامها<sup>(٢)</sup> (وبناءً على ما تقدم وحيث أن الدعوى لم تقام من شخص يصلح قانوناً للخصومة، وإذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى من دون الدخول في أساسها عملاً بأحكام المادة (٨٠) من قانون المرافعات. وحيث أن المحكمة راعت ذلك في حكمها المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق). ويرتبط إنتقال الحق في الدعوى المدنية من السلف إلى الخلف، الذي يتم على أساس زوال الصفة عن الأول وانتقالها إلى الثاني ارتباطاً وثيقاً بإنتقال الحق الموضوعي من السلف إلى الخلف. فبمجرد الإعتداء على المركز القانوني للسلف فإن الصفة الموضوعية تثبت له، فإذا زالت بسبب الوفاة أو التصرف في الحق إنتقل الحق في إقامة الدعوى المدنية إلى الخلف على أساس إنتقال الصفة إليه من السلف. إذ تنتقل الصفة إلى الخلف تبعاً لإنتقال الحق إليه من السلف، وينتقل الحق في إقامة الدعوى المدنية تبعاً لإنتقال الصفة بينهما<sup>(٣)</sup>.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نجدها ضرورية على وفق ما يأتي:

- (١) عمار سعدون حامد. الوكالة بالخصومة دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل. ٢٠٠٥. ص ١١٢.
- (٢) حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم ٢٥/ الهيئة المدنية/منقول/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١/٨ منشور في مجلة التشريع والقضاء. السنة السادسة. العدد الثاني (نيسان-أيار-حزيران) ٢٠١٤. ص ١٨١.
- (٣) د. أجياد ثامر نايف الدليمي. إنتقال الحق في الدعوى المدنية-دراسة مقارنة. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد ١٦. العدد ٥٦. السنة ١٨. آذار ٢٠١٣. ص ١٩.

أولاً: النتائج: وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

١. إختلف الفقه الانكليزي إلى إتجاهين في بيانه للطبيعة القانونية لحوالة الحق. إذ ذهب الاتجاه الأول إلى أن حوالة الحق هي عقد بين المحيل والمحال له. في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى أنها مجرد وسيلة إرادية لنقل وتحويل الحقوق التعاقدية.
٢. ترد الحوالة في القانون الانكليزي على الحق في تنفيذ عقد ما، والذي يصنف ضمن نطاق ممتلكات الذمة. وترد على حق التقاضي المجرّد إذا كانت للمحال له مصلحة مشروعة وحقيقية ذات طبيعة تجارية أو مالية.
٣. يقصد بممتلكات الذمة المنقولات غير المادية أو الأموال المعنوية والتي هي حقوق لا يمكن تنفيذها أو الانتفاع بها أو حمايتها إلا بالدعوى القضائية، ولا تصلح أن تكون محلاً للحيارة المادية، كالحقوق الشخصية وحقوق الملكية الفكرية والحق في إقامة الدعوى، والحقوق المترتبة على الأمانة.
٤. يشترط لإنعقاد حوالة الحق في القانون الانكليزي توفر أركان عديدة هي إتصال تعبير المحيل عن إرادته بحوالة حقه بعلم المحال له، ونية إجراء الحوالة، والشكليات إذا كانت الحوالة تشريعية، ومقابل الالتزام في بعض الأحيان. ويشترط لنفاذها إخطار المدين المحال عليه بها أو إعلانها عليه ليكون على علم بشخص المدين الجديد المحال عليه. والأصل أن يوجه الإخطار إلى المدين الواعد.
٥. من أهم الآثار المترتبة على الإخطار بحوالة الحق في القانون الانكليزي هي نفاذ الحوالة في حق المدين الواعد، ومحافظة المحال له على حقه في الأولوية والتقدم على باقي المحال لهم المتزاحمين معه أو المنافسين له.
٦. تصنف حوالة الحق في القانون الانكليزي إلى نوعين هما الحوالة الإنصافية والحوالة التشريعية. وتبنى قانون الأحكام العام موقفاً رافضاً للحوالة، إلا انه تغلب على قسوة هذا الموقف باللجوء إلى ثلاثة وسائل تقوم مقام الحوالة هي التجديد والإقرار والوكالة. وسمح إستثناءً بحوالة حقوق التاج وأضفى على السندات قابلية التداول.
٧. وتختلف الآلية التي يمكن عن طريقها حوالة هذه الأموال والمطلوبة بالحقوق المترتبة عليها باختلاف طبيعتها، وما إذا كانت أموالاً قانونية أم إنصافية. ويقصد بالأموال القانونية تلك الحقوق التي لا يمكن التقاضي بشأنها إلا أمام محاكم قانون الأحكام العام، كالديون العادية الناشئة عن العقد. أما الأموال الانصافية فهي الحقوق التي لا

- يمكن التقاضي بشأنها إلا أمام محاكم العدالة المطلقة، كأموال الأمانة المخصصة لمنفعة أو لغرض معين.
٨. يتوقف إنضمام المحيل في الحوالة الإنصافية إلى جانب المحال له في الدعوى كشرط لنجاح الأخير في دعواه ضد المدين الواعد على نوع تلك الحوالة: فإذا كانت من الحوالات الإنصافية المطلقة لممتلكات الذمة أو الأموال المعنوية الإنصافية، فإن الأمر لا يتطلب إنضمام المحيل إلى جانب المحال له في الدعوى. وبإمكان الأخير مقاضاة المدين بإسمه. أما إذا كانت من الحوالات الإنصافية غير المطلقة لممتلكات الذمة أو الأموال المعنوية الإنصافية، فإن الأمر يتطلب إنضمام المحيل في الدعوى إلى جانب المحال له. وإذا كانت من الحوالات الإنصافية لممتلكات الذمة أو الأموال المعنوية القانونية، فإنه ينبغي على المحال له ضم المحيل إلى جانبه في الدعوى، سواء أكانت الحوالة مطلقة أم غير مطلقة.
٩. يشترط لصحة الحوالة التشريعية في القانون الإنكليزي توفر شرطين هما أن تكون مطلقة ومكتوبة. فإذا لم تكن مطلقة فإنها تتحول إلى حوالة إنصافية. وتتخذ الحوالة غير المطلقة ثلاث صور هي الحوالة بالإمتياز، الحوالة المعلقة على شرط، الحوالة بجزء من الدين.
١٠. يعد التمسك بالدفع بشرط الإنصاف من أهم الآثار المترتبة على حوالة الحق في القانون الإنكليزي ولا سيما والحوالة التشريعية. وقد إستنبطت المحاكم الإنكليزية ثلاثة مبادئ منه هي: أ- إمكانية إجراء المقاصة بين حق المدين وبين الحق المحال به الذي يؤول إلى المحال له ب- عدم إمكانية تمسك المدين تجاه المحال له بأي دفع من الدفع الشخصية التي بإمكانه التمسك بها تجاه المحيل ج- عدم إمكانية حصول المحال له على أي مبلغ يتجاوز الحق المحال به.
١١. يعد حق التقاضي المجرد من أبرز الحقوق غير القابلة للحوالة في القانون الإنكليزي. ويمكن إستثناء حوالة هذا الحق إذا كانت للمحال له مصلحة مشروعة وحقيقية ذات طبيعة تجارية أو مالية. ويستبعد من نطاق حوالة الحق الحقوق التي تقوم على الاعتبار الشخصي، ومن أبرزها الحقوق المترتبة على العقود التي تقوم على الثقة الشخصية.
١٢. تعد حوالة الحق في القانون المدني العراقي عقداً ينعقد بإتفاق المحيل والمحال له، ويتوفر الأركان العامة لأي عقد وهي التراضي والمحل والسبب.

١٣. يشترط لنفاذ حوالة الحق بالنسبة إلى المدين إعلانه بها بالطريق الرسمي أو قبوله لها سواء أكان قبلاً ثابت التاريخ أم غير ثابت. أما نفاذها بالنسبة إلى الغير فيكون أيضاً بإعلان المدين بالحوالة بالطريق الرسمي. أو بقبول المدين لها، الذي ينبغي أن يكون قبلاً ثابت التاريخ.

١٤. من أبرز الآثار المترتبة على حوالة الحق في القانون المدني العراقي إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بصفاته وضمائنه ودفوعه كلها. ويكون بإمكان المحال عليه التمسك قبل المحال له بالدفع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه المحيل، إذا تعلق بالحق المحال به أو بعقد الحوالة نفسه، أو خاصة بالمحال له وحده.

### ثانياً: التوصيات:

- بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها الدراسة، فأننا نقترح التوصيات الآتية:
١. نقترح على المشرع العراقي الإفادة من مبدأ التمسك بالدفع بشرط الإنصاف السائد في القانون الانكليزي وبعض المبادئ الفرعية المستنبطة منه في معالجة القصور الذي شاب موقفه من عدم بيان مصير حوالة الحق إذا كان التصرف الأصلي بين الدائن المحيل وبين المدين المحال عليه، والذي ترتب عليه حق الدائنية الذي حوله المحيل إلى المحال له موقوفاً على إجازة المحال عليه، وقام الأخير بنقض ذلك التصرف إستعمالاً لحقه الذي يتمثل بخيار إجازة العقد الموقوف أو نقضه، وعلى الرغم من صحة عقد الحوالة نفسه من حيث شروط انعقاده ونفاذه. لذا فإننا نقترح على المشرع النص الآتي: (١- للمحال عليه أن يتمسك بنقض العقد المبرم بينه وبين المحيل، الذي ترتب عليه الحق الذي حوله إلى المحال له، إذا كان مشوباً بعيب الإكراه أو الغلط أو التغير مع الغبن. مع عدم نفاذ الحوالة في حقه وإن بقيت نافذة بين طرفيها، شريطة حسن نية المحال له بأن لا يكون عالماً بذلك العيب).
  ٢. نقترح على المشرع العراقي أن يحذو حذو القانون الانكليزي ويتبنى مبدأ إنضمام المحيل إلى جانب المحال له في الدعوى التي يقيمها على المدين المحال عليه للمطالبة بالحق المحال به، بفسح المجال أمام المحال له لضم المحيل إلى دعواه للمطالبة المحال عليه بالحق، إذا كانت الحوالة بعوض. وذلك قبل رجوع المحال له على المحيل، إذا تعذر عليه إستيفاء حقه من المحال عليه. أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يجوز له للمحال له ضم المحيل إلى جانبه في دعواه على المحال عليه. ولا يكون له



كذلك الرجوع على المحيل. لذا فإننا نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة نص المادة (٣٦٨) من القانون المدني العراقي لتكون كالآتي: ( ١- إذا كانت الحوالة بعوض فيجوز للمحال له ضم المحيل إلى جانبه في دعواه على المحال عليه للمطالبة بالحق المحال به قبل الرجوع عليه. ولا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك. ٢- أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق. ولا يجوز للمحال له ضمه إلى جانبه في دعواه على المحال عليه ولا الرجوع عليه) .

٣. ونقترح على المشرع العراقي أيضاً أن يتبنى مبدأ إنضمام المحيل إلى جانب المحال عليه في الدعوى التي يقيمها الأخير على المحال له للمطالبة بنقض عقد الحوالة، إذا كان موقوفاً لنقص أهلية المحيل أو لعيب في إرادته. ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك بنقضه، لأن توقف العقد لم يتقرر لمصلحته ولكن لمصلحة المحيل وحده. لذا فإننا نقترح على المشرع العراقي النص الآتي: ( يجوز للمحال عليه ضم المحيل إلى جانبه في دعواه على المحال له للمطالبة بنقض الحوالة، إذا كانت موقوفة لنقص أهلية المحيل أو لعيب في إرادته. وحال من دون تمسك المحال عليه بنقض الحوالة عدم توقفها لمصلحته).

## المصادر

### أولاً: المصادر باللغة العربية.

#### أ. الكتب القانونية.

١. د. آدم وهيب النداوي. المرافعات المدنية. المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
٢. د. أنور سلطان. أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام: دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت. ٢٠٠٢.
٣. د. أنور سلطان. الموجز في مصادر الالتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٩٦.
٤. د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.
٥. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٦. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية: الجزء الأول، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١
٧. د. درع حماد. النظرية العامة للالتزامات: القسم الثاني. أحكام الالتزام، مكتبة السنهوري. بيروت. ٢٠١٦.
٨. د. رمضان أبو السعود. أحكام الالتزام . دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. ١٩٩٨.
٩. د. سعدون العامري. تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١
١٠. د. سمير عبد السيد تناغو. التأمينات الشخصية والعينية. الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. مطبعة أطلس، القاهرة. ١٩٩٤
١١. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الثالث. نظرية الالتزام بوجه عام. الأوصاف-الحوالة-الإنقضاء. منشأة المعارف بالإسكندرية. ٢٠٠٤.
١٢. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني: الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
١٣. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد: الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
١٤. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام: الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، ١٩٨٠
١٥. د. عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للالتزامات: الجزء الثاني. أحكام الالتزام. منشورات جامعة جيهان الخاصة. الذاكرة للنشر والتوزيع. بغداد. ٢٠١٢
١٦. د. عصمت عبد المجيد بكر. تنفيذ الأحكام والمحرمات. شرح أحكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل في ضوء التطبيقات القضائية. منشورات جامعة جيهان الخاصة. الذاكرة للطباعة والنشر. ٢٠١٢.
١٧. د. عصمت عبد المجيد بكر. أصول المرافعات المدنية. شرح أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٢) لسنة ١٩٦٩ في ضوء التطبيقات القضائية وآراء الفقه مع الإشارة

- إلى الفقه الإسلامي والقوانين العربية ودور التقنيات العلمية في التقاضي المدني.  
الذاكرة للطباعة والنشر. ٢٠١٣.
١٨. د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، منشورات جامعة  
النهرين، ٢٠٠١.
١٩. د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٢٠. محمد طه البشير ود. غني حسون طه. الحقوق العينية. الجزء الثاني. الحقوق العينية  
التبعية. وزارة التعليم العالي. بغداد. ١٩٨٢.
٢١. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي  
والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقهاء وأحكام القضاء، منشورات  
آراس، أربيل، ٢٠٠٦.
٢٢. د. ياسين محمد الجبوري. الوجيز في شرح القانون المدني الاردني. الجزء الثاني.  
آثار الحقوق الشخصية. أحكام الالتزامات. دراسة موازنة. دار الثقافة للنشر  
والتوزيع. عمان. ٢٠٠٣.

### ب- الرسائل والأطاريح الجامعية

عمار سعدون حامد. الوكالة بالخصومة: دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه مقدمة  
إلى كلية الحقوق جامعة الموصل ٢٠٠٥.

### ج- البحوث

١. د. أجياد ثامر نايف الدليمي. إنتقال الحق في الدعوى المدنية- دراسة مقارنة. بحث  
منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد ١٦.  
العدد ٥٦. السنة ١٨. آذار ٢٠١٣.
٢. د. أجياد ثامر نايف الدليمي. الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الدعوى الاعتراضية.  
بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل.  
المجلد ٨. العدد ٣٠. السنة ١١. كانون الأول ٢٠٠٦.
٣. د. حسين عبد علي عيسى. مصادر القانون الجزائري الإنكليزي دراسة مقارنة. بحث  
منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل. المجلد ١٥.  
العدد ٥٥. السنة ١٧. كانون الأول ٢٠١٢.

**د. مجموعات أحكام القضاء.**

١. سلمان بيات. القضاء المدني العراقي: الجزء الأول. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. ١٩٦٢.
٢. مجلة التشريع والقضاء. السنة السادسة. العدد الثاني (نيسان-أيار-حزيران) ٢٠١٤.

**هـ- القوانين.**

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.
٤. قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

**ثانيا: المصادر باللغة الإنكليزية.****First: Books.**

1. Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract law, Seventh Edition, Longman, pearson, 2009.
2. Catherine Elliott and Frances Quinn. Tort law, Eighth Edition. Longman, Pearson 2011.
3. Cathy J. Okrent . Torts and personal injury law, Fifth Edition, DELMAR, 201٥.
4. Edwin Peel and .G. H. Treitel, Treitel on The law of contract, Twelfth Edition. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010.
5. Ewan Mckendrick. Force Majeure and Frustration of contract, Second Edition, Informa law from Routledge, 2013.
6. Ewan Mckendrick. Contract Law, Text, Cases, and Materials. Fifth Edition Oxford University Press. 2012.

7. Ewan Mckendrick. Contract Law, Sixth Edition .Palgrave Macmillan.2005.
8. Greg Tolhurst. The assignment of contractual rights. Second Edition. Hart Publishing Oxford. 2016.
9. Hein Kotz .European contract Law. Second Edition. Oxford University Press. 2017.
10. Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright. Anson's law of Contract, 30<sup>th</sup> Edition, Oxford university press, 2016.
11. Jack Beaston & Andrew Burrows, Anson's law of contract, Oxford university press, 2010.
12. James Goudkamp, Tort law defenses, Hart Publishing, Hart studies in private law. 2013.
13. Jill poole. Textbook on Contract Law. Thirteenth Edition. Oxford University Press.2016
14. John Cartwright . Contract Law: An Introduction to the English Law Of Contract for the Civil Lawyer. Second Edition. Hart publishing Ltd .2013
15. John Cooke.Law of Tort. Fourth Edition.Financial Times.Pitman Publishing, 1999.
16. John J.P. Krol. Construction Contract Law. First Edition. John Wiley& Sons. INC.1993.
17. John Wilman, Brown, GCSE Law, Ninth Edition, Thomson Sweet and Maxwell, 2005.
18. Marcus Smith and Nico Leslie. The Law of Assignment. Second Edition. Oxford University Press. 2013.
19. Mark Lunney and ken Oliphant, Tort law, Text and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, 2013.

20. Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, Fifteenth edition. oxford university press, 2007.
21. Mindy-chen-wishart. Contract Law, Fifth Edition, Oxford University Press, 2015.
22. Neil Andrews, Contract Law, Second Edition, Cambridge University Press, 2015.
23. Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman publishing, 1999.
24. Paula Giliker and Silas Beckwith, Tort, Forth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011.
25. P. S. Atiyah and Stephen A. Smith. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition, Clarendon Press, Oxford, 2005
26. Richard stone. The modern law of contract. Sixth Edition. Cavendish Publishing Limited. 2005.
27. Robert Duxbury. Nutshell, Contract Law, Fifth Edition, sweet and Maxwell, 2001.
28. Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Markesinis and Deakin's Tort law. Seventh Edition Clarendon press. Oxford, 2013.
29. Sir William Anson, principles of English law of contract, London Macmillan at the clarendon press, 1879.
30. Bermingham, Nutshells Tort, sixth Edition, sweet and Maxwell, 2003.

### **Second: Laws**

- 1- Judicature Act 1873.
- 2- Bill of lading Act 1885.

- 3- Marine insurance Act 1906.
- 4- The law of property Act 1925.
- 5- Criminal law Act 1967.

**Third: Internet websites**

- 1- [http:// www.designingbuildings.co.uk](http://www.designingbuildings.co.uk)
- 2- <https://www.lawteacher.net/cases/linden-gardens-v-lenesta.php>
- 3- <http://swarb.co.uk/trendtex-trading-corporation-v-credit-suisse-hl-1981/>
- 4- <http://swarb.co.uk/government-of-newfoundland-v-newfoundland-railway-pc-1888/> Railway: PC 1888