

قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق

**Transfer Contract Rules in Jordanian civil Law
between theory and application**

إعداد

أحمد خالد محمد النعيمات

إشراف الأستاذ الدكتور

عبد الرحمن جمعة

أطروحة دكتوراة فلسفة في القانون

قسم القانون الخاص

كلية القانون

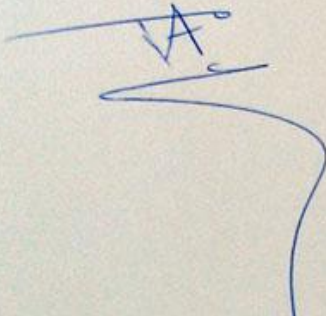
جامعة عمان العربية

2012

تفويض

انا الموقع إمضاني ادناه/ أحمد خالد محمد عيد نعيمات، أفوض جامعة عمان العربية للدراسات العليا بأن تصدر نسخاً للجامعات الرسمية أو الخاصة أو المؤسسات الرسمية أو الخاصة أو الهيئات أو الأشخاص، من هذه الأطروحة للنفع العام.

التوقيع:



جامعة عمان العربية للدراسات العليا

كلية الدراسات القانونية العليا

قسم القانون الخاص

أطروحة دكتوراة

(قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق)

مقدمة من الطالب

أحمد خالد محمد نعيمات

إشراف الاستاذ الدكتور

عبد الرحمن جمعة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور أحمد أبو شنب

الدكتور أحمد علي العبادي

الأستاذ الدكتور أحمد المومني

الأستاذ الدكتور عبد الرحمن جمعة

رئيساً

عضواً

عضواً

مشرفاً

قدمت هذه الأطروحة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في جامعة عمان العربية للدراسات العليا، تخصص القانون الخاص، نوقشت واحيل بإجازتها بتاريخ 2012/6/13.

عمان

الأهداء

أهدي هذه الأطروحة إلى والدي ووالدتي وأخوتي وأصدقائي حفظهم الله ورعاهم

أهدي هذه الأطروحة إلى مشرفي وأستاذي الدكتور عبد الرحمن جمعة الأكرم

أهدي هذه الأطروحة إلى كل من يؤمن بالعدالة والحرية لوطننا الحبيب ولأمتنا

التي نعتز

أهدي هذه الأطروحة إلى روح شهداء امتنا رحمهم الله اجمعين

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
التفويض.....	ب
قرار لجنة المناقشة.....	ج
الأهداء.....	د
قائمة المحتويات.....	هـ
Abstract.....	ح
الملخص باللغة العربية.....	ك
المقدمة.....	١
الهدف من الدراسة:.....	٦
عناصر مشكلة الدراسة:.....	٧
أهمية الدراسة:.....	٨
مصطلحات الدراسة:.....	٩
حدود الدراسة ومحدداتها:.....	١٠
الدراسات السابقة ذات الصلة:.....	١١
منهج الدراسة المستخدم:.....	١٥
مصادر معلومات الدراسة:.....	١٦
الفصل الثاني : ماهية الحوالة وانواعها.....	١٨
الفرع الأول: طبيعة نظام الحوالة.....	١٩
الفرع الثاني: شروط الحوالة العامة والخاصة.....	٢٨
الفرع الثالث: تمييز الحوالة عن غيرها من النظم القانونية المشابهة.....	٥٢
-التمييز ما بين الحوالة والكفالة.....	٥٣
- تمييز الحوالة عن الرهن.....	٥٤
- تمييز الحوالة عن التجديد.....	٥٥

٥٦	- تمييز الحوالة عن الإنابة في الوفاء.
٥٧	- تمييز الحوالة عن الوفاء بالحلول.
٥٩	- تمييز عقد الحوالة عن الحوالة المصرفية.
٦١	الفرع الرابع: تعريف حوالة الحق وحوالة الدين.
٦١	أولاً: حوالة الحق.
٧١	ثانياً: حوالة الدين.
٨٢	(الفصل الثالث) : الأحكام المتعلقة بالحوالة.
٨٣	الفرع الأول: أحكام الحوالة ما بين المحال والمحيل.
٨٤	أولاً: براءة ذمة المحيل.
٨٩	ثانياً: رجوع المحال على المحيل.
١٢٤	أحكام الحوالة في علاقة المحيل بالمحال عليه:
١٢٤	١. إذا كانت الحوالة مطلقة:
١٢٦	٢. إذا كانت الحوالة مقيدة:
١٢٧	أحكام الحوالة في علاقة المحال بالغير.
١٣٠	أحكام خاصة بالحوالة.
١٣٦	الحقوق لا تقبل الحوالة.
١٣٧	أ- عدم القابلية بنص القانون.
١٣٨	ب- اتفاق المتعاقدين.
١٣٨	ج- بسبب طبيعة الإلتزام.
١٣٩	إنقضاء الحوالة.
١٣٩	١- البطلان.
١٤١	٢- فسخ الحوالة.
١٤٣	ثالثاً: إنتهاء الحوالة.
١٤٣	١- أداء المحال عليه المال إلى المحال.
١٤٤	٢- إبراء المحال المحال عليه من الدين.
١٤٦	٣- موت المحال وأن يرثه المحال عليه.

١٥٣	الفصل الرابع : الحوالة والتطبيقات العملية.....
١٥٤	الفرع الاول: عقد شراء الديون التجارية (الفاكتورنيغ).....
١٧٤	الفرع الثاني: الحوالة وعقد إدارة الفندقة.....
١٧٩	الفرع الثالث: الحوالة وعقد الإجارة.....
١٨٤	الفرع الرابع: الحوالة والسندات القابلة للتداول.....
١٩٦	الفرع الخامس: التضامن ما بين المدينين.....
١٩٧	الفرع السادس: سندات الرهن القابلة للتحويل.....
١٩٩	الفرع السابع: الحوالة في الأموال غير المنقولة الموضوعة تاميناً للدين ..
٢٠٢	(الفصل الخامس) : النتائج والتوصيات.....
٢٠٣	المحور الأول (النتائج).....
٢١٦	المحور الثاني: التوصيات.....
٢٢٥	قائمة المراجع.....
٢٢٥	المراجع العربية:.....
٢٣١	المراجع الأجنبية:.....
٢٣٢	المواقع الإلكترونية:.....
٢٣٢	المجلات:.....
٢٣٢	المصادر.....

Transfer Contract Rules in Jordanian civil Law between theory and application

Prepared By

Ahmed Khaled Naiemat

Supervisor

Dr. Abdelrahman Juma'a

Abstract

Transfer contract is considered one of the most important and complicated ones, worth mentioned that this contract is applied in many applications in civil and trade activities, where Jordanian civil code regulates the rules of transfer contract in article (993) till (1017).

The main problem appears by mixture of the adoption of Jordanian civil Law for the theory related to transfer contract in Islamic Jurisprudence I.e Hanafy jurisprudence, and the theory that applied in European jurisprudence related to transfer contract, since Islamic jurisprudence considers that transfer contract applies only for debts transfer, where this contract can be extended or restricted, while European theory admits that transfer contract can transfer both debts and rights,

where the historical background related to Jordanian Law is the rules of “Majjalah” without any contradiction of the rules of Jordanian civil code, this is provided expressly in Article (1448/2) from Jordanian civil code, while the historical background for transfer contract in European Laws where construed by German Law, where many Arabian Laws adopted that theory as Lebanese Egyptian, Syrian and Moroccan Civil Laws.

The said contradiction that occurs on Jordanian civil code related to transfer contract applied also on Jordanian Judicial Decisions that issued by Cassation court, where it confess that the rules that regulates transfer contract in Jordanian Law can be applied on debts and rights, i.e the transfer contract can be applied to transfer a debt or to transfer a right, also the terms used in the said law reflects such contradiction, whereas Jordanian Civil code uses the term “Mohal lah” for the creditor in transfer contract related to debt, while practically it used for the new creditor in transfer contract related to right, also Jordanian civil code adopted these articles (1010) and (1015) and (1016) where they are a provision related to transfer contract that applies on a right, while article (993) from Jordanian civil code defined transfer contract as follows “transfer contract is transferring the debts and the claim of it from the

original debtor to new debtor”, this shows that Jordanian civil code defines transfer contract to be applied on debt only where it can be extended or restricted.

Transfer contract can be applied to many trade and civil activities such as, letter of credits, financial deeds, mortgage deeds, hotel management contracts, in aspects of real estate’s guarantees and in bill of ladings, factoring contracts, so it’s important to show the importance of the capacity of Jordanian Rules related to transfer contract to be applied on that activities, the importance of the thesis is to find out the solution to avoid the contradictions in Jordanian civil code, and how to apply the said rules of transfer contract on practical activities.

قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق

إعداد

أحمد خالد محمد النعيمات

إشراف الأستاذ الدكتور

عبد الرحمن جمعة

الملخص باللغة العربية

يعتبر عقد الحوالة في القانون المدني الأردني من أكثر العقود التي تحتاج إلى الدراسة كونه من العقود المتشعبة والمعقدة، حيث له العديد من التطبيقات في الحياة العملية المدنية منها والتجارية، إذ عالج القانون المدني الأردني أحكام عقد الحوالة في المواد (٩٩٣-١٠١٧).

إن الإشكالية تكمن في أن القانون المدني الأردني قد خلط ما بين النظرية الأساسية التي بني عليها عقد الحوالة في الفقه الإسلامي- خصوصاً الفقه الحنفي من حيث أن الحوالة فيها هي حوالة مقيدة او مطلقة تقع على دين فقط، وما بين نظرية الحوالة في الفقه الغربي التي إعتمدت وجود حوالة الحق فيها، حيث أن المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني هو مجلة الأحكام العدلية فيما لا يتعارض مع احكام القانون المدني، حيث ورد ذلك في نص المادة (٢/١٤٤٨) منه، إذ أن النصوص الناظمة لمجلة الأحكام العدلية إعتمدت على نظرية الفقه الحنفي بخصوص الحوالة، أي انها ترد على دين فقط وتكون إما حوالة مطلقة او حوالة مقيدة، واما المصدر التاريخي لنظرية عقد الحوالة في الفقه الغربي اتت من الفقه الجرمانى

وتأثرت بها العديد من التشريعات العربية كالقانون المدني المصري واللبناني والسوري والمغربي.

إنعكس التضارب المذكور على أحكام قضاء محكمة التمييز الأردنية التي إعتبرت ان النصوص الناظمة لعقد الحوالة في القانون المدني الأردني ترد على حوالة حق وحوالة دين معاً، وما زاد التعقيد ان المصطلحات والصيغة المستخدمة في نصوص القانون المدني الأردني كانت مضطربة، إذ ان مصطلح "المحال له" إستخدمه القانون المدني الأردني بإعتباره - الدائن في حوالة الدين- بينما هو يستخدم في حوالة الحق بإعتباره الدائن الجديد، كما ان نصوص المواد (١٠١٠) و (١٠١٥) و (١٠١٦) تتعلق باحكام حوالة الحق دون حوالة الدين، بينما نجد أن تعريف عقد الحوالة في المادة (٩٩٣) من القانون المدني عرفته بأنه "نقل الدين أو المطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"، أي عرفت عقد الحوالة بانه يرد على دين فقط، لأن عقد الحوالة في القانون المدني الأردني يعرف حوالة الدين التي تكون إما مطلقة أو مقيدة.

ارتبط عقد الحوالة بالكثير من التطبيقات العملية الحديثة كالاوراق التجارية، والإعتمادات المستندية، وبوالص الشحن، وعقود الفنادق، ووفقاً لاحكام قانون وضع الاموال غير المنقولة تاميناً للدين، وفي سندات الرهن، وفي عقد شراء الديون التجارية، حيث كان لا بد من بحث بيان مدى إنطباق احكام عقد الحوالة في القانون المدني الأردني على هذه التطبيقات، إذ ان اهمية هذا البحث تركز على بيان مواطن الخلل والتضارب في نصوص القانون المدني الأردني ومعالجتها، مع بيان مدى صحة إنطباق احكام عقد الحوالة في القانون الأردني على التطبيقات الحديثة.

المقدمة

تأسست فكرة الالتزام على النزعة الشخصية التي تسيطر على الفقه الغربي لفترة طويلة لتأثره بالقانون الروماني، و تلازم ذلك تأثر الفقهاء اللاتينيين بالقانون الروماني بشكل كبير، إلا ان هذه النظرة أخذت بالتراجع بسبب التطور الصناعي الهائل الذي شهدته أوروبا في القرن الثامن عشر، فقد خرجت فكرة الإلتزام كونها فكرة شخصية بحتة وأصبحت فكرة قابلة للتنازل عنها عن طريق إنتقال الإلتزام وذلك تيسيراً للعمليات التجارية والمدنية التي تطورت شأنها شأن الثورة الصناعية.

عرف الفقه الإسلامي مبدأ انتقال الإلتزام لدى المذاهب الفقهية الأربعة، فقام الفقهاء المسلمون بتنظيمه بشكل تفصيلي بناءً على الحالات الجزئية التي من خلالها يلاحظ اننا بصدد قواعد كلية تحكم وتضبط موضوع انتقال الالتزام، حيث إن هذا النظام اشتمل على عدة تفرعات كان من أهمها عقد الحوالة.

زادت أهمية انتقال الالتزام في أوروبا بعد الثورة الصناعية، عند الفقه الألماني بالذات، الذي يرى وجوب ضرورة إنتقال الإلتزام وعدم بقاءه ضمن نزعته الشخصية، مع مراعاة أن الإلتزام أخذ نظريتين: الأولى، وفيها تم تطبيق مبدأ "خلافة الإلتزام" الذي أساسه ان الإلتزام له نزعة شخصية، اما النظرية الثانية، تم تطبيق مبدأ "إنتقال الإلتزام" الذي يؤدي إلى إنتقال الإلتزام كاملاً مع بقاء النزعة الشخصية للإلتزام بإعتبارها الضمانة الأفضل لتأمين الإلتزام والحفاظ على الحقوق، حيث إن انتقال الالتزام لا ينفي الصفة الشخصية له، ولكن بعد طول تنافر ما بين النظريتين تم حسم هذا الخلاف عام ١٨٦٩، حيث تم تبني مبدأ انتقال الالتزام

وتمثل ذلك في حوالة الدين ابتداءً ثم تطور ليشمل حوالة الحق وأمتدت تلك النظرية إلى الدول الأوروبية التي شرعت لتنظيم أحكام قانونية وقضائية خاصة لذلك.

عرف الفقه الإسلامي عقد الحوالة منذ مدة طويلة ولم يمر بمراحل التطور التشريعي التي ظهرت بأوروبا، حيث إن فكرة عقد الحوالة موجودة في الفقه الإسلامي وعرفها الفقهاء المسلمون منذ القدم لا بل طوروها إلى حد كبير، حيث إن الفقه الحنفي كان من بين الفقه الذي أعطى لعقد الحوالة أرضية ممتازة غنية بالإجتهادات والآراء، حيث تمت معالجة موضوع عقد الحوالة المدنية من حيث الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة، ولم يتطرقوا إلى التقسيم الوارد في الفقه الغربي الذي تضمن تقسيم الحوالة لحوالة حق وحوالة دين، حيث أن الفقه الإسلامي إعتد في تقسيمه لعقد الحوالة بالنظر إلى محل عقد الحوالة ذاته دون النظر إلى صفة المحال عليه^١، فإن كان مقيداً بمال في ذمة المحال عليه لصالح المحيل نكون امام حوالة مقيدة، أما إن كان محل الحوالة غير مقيد بمال أو عين لدى المحال عليه لصالح المحيل فنكون امام حوالة مطلقة.

تتعلق هذه الدراسة بقواعد عقد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق، وما يؤكد وجود هذه الأهمية لدراسة الموضوع هو الأصل التاريخي للقانون المدني الأردني الذي تعتبر الفقه الإسلامي الأكثر توافقاً مع نصوص هذا القانون المصدر الثاني له بعد النصوص القانونية التي تنظمه^٢ (استناداً إلى المادة الثانية منه) و من مجلة الأحكام العدلية

^١ ينظر للحوالة وفق التقسيم الغربي كحوالة حق وحوالة دين عن طريق النظر للمحال عليه فإن كان هذا الأخير مديناً فإن الحوالة تكون حوالة دين وإن كان دانناً فتكون حوالة حق. (السنهوري. عبد الرزاق (بدون تاريخ). ٤٤٦)

^٢ أي النصوص الناظمة للقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

التي يعمل بها بما لا يتعارض مع أحكام القانون المدني الأردني (استناداً إلى المادة ١٤٤٨ فقرة (١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦)، حيث إن الأصل التاريخي لهذه المجلة أيضاً نصوص مرشد الحيران المستمدة من الفقه الحنفي بأغلبها فكان حري بنا مقارنة أحكام وآثار عقد الحوالة الواردة في الفقه الإسلامي مع النصوص النازمة للقانون المدني الأردني.

باستعراضنا لنصوص آثار عقد الحوالة في القانون المدني الأردني نجد أنها نصوص متضاربة لم تأخذ بالأحكام الواردة في مجلة الأحكام العدلية بشكل كامل أو الأحكام الواردة في الفقه الإسلامي، بل تأثرت أيضاً بأحكام القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، وهذا الخلط جعل من بعض نصوص آثار عقد الحوالة بالقانون المدني الأردني متضاربة ومختلفة، مما جعل من المهم دراسة أحكام الحوالة في الفقه الإسلامي مترافقاً مع أحكام الحوالة في القانون المدني الأردني وبالأخص فيما يتعلق بماهية و آثار عقد الحوالة لبيان مواضع الخلط والتضارب الموصوفة أعلاه.

أعطى المشرع الأردني اهتماماً كبيراً لحقوق المحال له (الدائن) بدلاً من التوازن في الحفاظ على هذه الحقوق بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه (المدين الجديد)، كما ان المشرع الأردني قد خلط في نصوصه ما بين نظرية عقد الحوالة الواردة في الفقه الغربي و في الفقه المصري المقارن وما بين نظرية الحوالة في الفقه الإسلامي، وهذا الأمر أدى إلى الغموض والتناقض كون أن الفقه الإسلامي (والذي تأثر به المشرع الأردني) يقسم الحوالة إلى حوالة مقيدة وحوالة مطلقة بينما هو عند المشرع المصري (والمتأثر بالفقه اللاتيني) قسم

الحوالة إلى حوالة حق وحوالة دين فقط، مع مراعاة أن الفقه الإسلامي^٣ والذي تأثر به القانون المدني الأردني عرف الحوالة على شكل حوالة تتعلق بدين فقط، وعليه فإن الاختلاف في النظم القانونية بين القانون المدني المصري والمتأثر بالقوانين اللاتينية وبخاصة القانون المدني الفرنسي والقانون الألماني^٤، وما بين القانون المدني الأردني والمأخوذة أحكامه من الفقه الإسلامي هو السبب الذي جعل أحكام ونصوص عقد الحوالة في القانون المدني الأردني غير كافية من جهة، ومتناقضة من جهة أخرى، كون ان المشرع الأردني في القانون المدني قد أخذ أحكام الفقه الإسلامي والقانون المصري في آن واحد وفي موضوع واحد ألا وهو أحكام عقد الحوالة، فنجد تارة أحكام عقد الحوالة في القانون المدني الأردني تتحدث عن علاقة المحال له بالغير وهذه العلاقة القانونية لا تنتج إلا بناءً على أحكام حوالة الحق!!! فهل أخذ الفقه الإسلامي بحوالة الحق؟! وهل أخذت المصادر التاريخية للقانون المدني الأردني بخصوص عقد الحوالة بحوالة الحق؟!، أيضاً عند حديثنا عن تعريف عقد الحوالة والوارد في القانون المدني الأردني نجد أنه انصب على التعريف المتفق عليه في الفقه الإسلامي الحنفي والذي يعرف بأنه "الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه" وهذا ما أخذه تماماً النص الوارد في المادة (٩٩٣) من القانون المدني الأردني حيث إن الحوالة هي لنقل الدين أي أن الحوالة في القانون المدني الأردني هي حوالة قد تكون حوالة مقيدة أو حوالة مطلقة، كما أن الحوالة إذا أنعدت ما بين المحيل والمحال له، فهل تنفذ في حق المحال عليه كلياً من تاريخ موافقته أم أن أثرها قد ينصرف له على الرغم من عدم موافقته عليها؟ حيث من الممكن أن يكون هناك تضامن ما بين المدينين (ما بين

^٣ الفقه الذي تأثر به القانون المدني الأردني هو الفقه الحنفي الذي قسم الحوالة لحوالة مقيدة وحوالة مطلقة بينما نجد ان المذاهب الفقهية الأخرى عرفت الحوالة على شكل حوالة مقيدة فقط.
^٤ تأثر المشرع المصري بالأحكام الواردة في القانون المدني الألماني وقانون الغلنزامات السويسري بخصوص احكام عقد الحوالة.

المحيل والمحال عليه) وقد يقوم المحيل بإبرام عقد حوالة لدين في ذمته لصالح المحال ويحيل الدين على المحال عليه دون معرفته وموافقته، فهل تنفذ الحوالة في حق المحال عليه؟ مع أنه وحتى إن لم يتم الاتفاق عليها فإنها ستؤثر على ذمة المحيل المالية (شريكة بالتضامن) كونه أزاح عن ثقله دين وزادت عناصر ذمته الإيجابية!.

أدى الخلط المذكور أعلاه في نصوص القانون المدني الأردني إلى عدم وضوح وتناقض الأحكام القضائية كون أن النصوص القانونية المستندة إليها الأحكام القضائية بحد ذاتها متناقضة، فتارةً نجد القضاء الأردني الموقر يتحدث عن آثار عقد الحوالة بالنسبة للمحال والغير مع أن حوالة الحق هي من تنشأ مكاناً للغير في علاقته مع المحال ، وكون أن القانون الأردني لم ينظم حوالة الحق بشكل صريح وواضح وإنما عرف الحوالة على شكل حوالة مقيدة وحوالة مطلقة، فإن هذه القرارات الصادرة من المحاكم الأردنية غير متفقة و روح القواعد القانونية المنظمة لآثار عقد الحوالة في القانون المدني الأردني، ولكن قد اختلفت عذراً للقضاء الأردني لأن سبب الخلط ليس مرتبطاً بلغو القضاء الأردني في تفسير النصوص ولكنه يعود إلى التناقض الواضح ما بين نصوص القانون المدني الأردني بخصوص عقد الحوالة مضافاً إليه عدم وضوح الأحكام الواردة في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني التي نجدها تتخبط ما بين النظرية الإسلامية بخصوص عقد الحوالة، وما بين الحديث عن الأحكام العامة لعقد الحوالة في الفقه الغربي !.

كما نجد ان المشرع الأردني قد وقع في فخ الخلط ما بين حوالة الدين وحوالة الحق، ذلك أنه يستخدم مصطلح (المحال له) بدلاً من استخدام (المحال)، كون أن مصطلح (المحال له) يطلق على الدائن الجديد في حوالة الدين، أما مصطلح (المحال) فيطلق على الدائن نفسه في حوالة

الدين والذي لم يتغير، وذلك بإستثناء المادتين (١٠١٥) و (١٠١٦) كونهما تتعلقان بحوالة الحق.

سيحاول الباحث التوفيق بين النصوص المتناقضة والواردة في القانون المدني الأردني كونها نصوصاً مأخوذة من عدة نظم قانونية مختلفة مع الأصل الذي بني عليه، كما سيحاول الباحث التوفيق في تفسير الأحكام القضائية المتناقضة المتأتية من التشوهات التشريعية الواردة في النصوص المنظمة لآثار عقد الحوالة في القانون المدني الأردني، وبالختام سيحاول الباحث اقتراح نصوص معدلة للقانون المدني الأردني للتوفيق بين النصوص المتناقضة من جهة وذلك لتلافى التضارب في الاجتهادات القضائية من جهة أخرى، ويتأتى ذلك عن طريق الإفادة من تجارب الدول الأخرى التي واءمت بين نظرية الحوالة وتطبيقاتها المتعددة بعكس المشرع الأردني الذي لم يوائم تلك النظرية بتطبيقاتها العملية كون أن المشرع الأردني نص على الحوالة في موضع آخر ألا وهو قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

الهدف من الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى وضع مجموعة نصوص مقترحة تعالج قواعد الحوالة إستناداً إلى النظرية المتعلقة بهذا الموضوع مع الافادة من تجارب الدول الأخرى بهذا الخصوص.

عناصر مشكلة الدراسة:

ستحاول هذه الدراسة الإجابة عن الأسئلة الآتية:-

- ١- هل أخذ المشرع الأردني بحوالة الحق؟
- ٢- هل وازن المشرع الأردني بين حقوق الأطراف عند تناوله آثار عقد الحوالة؟
- ٣- هل عالج المشرع الأردني آثار عقد الحوالة بالنسبة للغير؟
- ٤- هل تكفي نصوص القانون المدني المتعلقة بالحوالة لانعقاد الحوالة الإلكترونية؟
- ٥- متى يحق للمحال له التنازل عن الأجل في مواجهة المحال عليه؟
- ٦- هل يجوز لدائني المحيل الحجز على المال المحال به رغم معارضة المحال؟
- ٧- هل يجوز رهن المال المحال به لصالح المحال عليه إن كان مديناً للمحال؟
- ٨- هل تنفذ الحوالة بحق المحال له إذا انعقدت ما بين المحيل والمحال عليه دون موافقة المحال؟

٩- هل تجوز الحوالة في الأسناد الرسمية القابلة للرهن؟

١٠- هل تطبق شكلية الكتابة على الأسناد الرسمية القابلة للرهن؟

١١- هل اخذ المشرع الأردني بحوالة الدين المتجددة؟

١٢- ما الفرق ما بين بيع الدين وحوالة الحق؟

١٣- هل أخذ المشرع الأردني بالحوالة الآجلة؟

١٤- متى يتم التوى؟

١٥- هل يجوز تطبيق حالات التوى على حوالة الحق؟

١٦- ما هو محل المحل القابل للحوالة؟

أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية هذه الدراسة التي تتناول قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني، من حيث التوفيق ما بين التناقض و الغموض في النصوص القانونية التي تعالج أحكام عقد الحوالة في القانون المدني الأردني من جهة، ومدى الإستفادة من هذه الإحكام وكيفية معالجة المشكلات المعاصرة التي أصبح لعقد الحوالة أثر فيها.

ستحاول هذه الدراسة فك الغموض والتناقض في النصوص القانونية والمتعلقة بأحكام عقد الحوالة في القانون المدني الأردني، بقصد تلافي الخلط السائد ما بين نصوص القانون المدني الأردني والأحكام القضائية الأردنية، كما ستحاول هذه الدراسة الإفادة من أحكام عقد الحوالة في بعض التطبيقات العملية المعاصرة ومدى ملاءمتها لاحكام عقد الحوالة الواردة في القانون المذكور.

بناءً على ما تقدم تبرز أهمية هذه الدراسة كونها ستحاول أن تقدم بعض التوصيات و المقترحات التي يقدمها الباحث وبصورة يتلافى فيها المشرع أية ملاحظات قد توجه إلى تنظيم العقد المذكور والتي من شأنها حماية أطراف عقد الحوالة من خلال إزالة اللبس والغموض التي يكتنف النصوص التي تنظم أحكامها مع المحاولة لإقتراح النصوص المناسبة، و ستقدم هذه الدراسة بيان أهمية أحكام هذا العقد وأثره على العمليات القانونية المدنية منها والتجارية على حد سواء.

مصطلحات الدراسة:

سيتم تعريف المصطلحات الآتية تبعاً لورودها في الدراسة:-

١- المحتال: هو "المحال له".

(الكاساني، ج٦. ص ١٩)

٢- الحوالة المطلقة: "وهي الحوالة التي لا يلزم فيها المدين الجديد (المحال عليه) بالوفاء للدائن

مما قد يكون للمحيل (المدين القديم) عنده من مال"

المادة (٣/٩٩٤) من القانون المدني الأردني.

أنظر أيضاً (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني. جزء ٢. ص ٦٤٢)

٣- الحوالة المقيدة: "وهي الحوالة التي يلتزم فيها المحال عليه بوفاء دائن المحيل مما عنده من

مال."

المادة (٢/٩٩٤) من القانون المدني الأردني.

٤- حوالة الحق: "الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن القديم وشخص آخر وبها ينقل الدائن إلى

المدين ما كان له من حق شخصي في ذمة المدين".

(السنهوري، عبدالرزاق (بدون تاريخ)، ج٣، ص ٤٨٣)

٥- حوالة الدين: "الحوالة التي تنقل الدين الذي في ذمة المدين إلى مدين جديد"

(الجندي، محمد، ١٩٩٣، الحوالة في القانون المدني الاردني وقانون المعاملات

الإماراتي، ص ١٢) وأيضاً (السنهوري، عبد الرزاق (بدون تاريخ)، الوسيط ج٣، ص ٤٨٩).

٦- الحوالة الحالة: وهي "الحوالة التي تتفد من وقت وقوعها دون إرتباطها بأجل أو مدة محددة".

(عبد البر، زكي (١٩٨٥). آثار عقد الحوالة. ص ١٦)

٧- الحوالة المؤجلة (الأجلة): وهي "الحوالة التي يكون الدين المحال به مؤجلاً على الدائن الأصلي فيحيله بتأجيله على المحال عليه بذلك الأجل".

حدود الدراسة ومحدداتها:

تحتوي هذه الدراسة على الحدود والمحددات التالية:

الحدود المكانية: سيتم بحث موضوع هذه الدراسة داخل إقليم المملكة الأردنية الهاشمية والقوانين المقارنة كالقانون المدني المصري والسوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني. الحدود الزمانية: القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٨، قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ .

الحدود الموضوعية: تقتصر هذه الدراسة على موضوع بيان قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق ، وعليه يخرج عن نطاق هذه الدراسة ما يلي:

١- موضوع الحوالة المصرفية كونها تختلف إختلافاً بيناً عن عقد الحوالة المدنية موضوع هذه الدراسة.

٢- يخرج عن نطاق هذه الدراسة الحديث عن "عقد الحوالة المختلطة" والموجود في الفقه الأنجلوسكسوني وبالتحديد الفقه الألماني والانجليزي كون الحوالة المختلطة هي حوالة مدنية تتبعها احكام تعاملات تجارية تجعل من أحكامها وآثارها ما يختلف عن عقد

الحوالة المدنية موضوع هذه الدراسة ، على الرغم من أن الحوالة موضوع هذه الدراسة يجوز فيها التعامل التجاري خاصةً بالتظهير في الأوراق التجارية إلا أن الحوالة المختلطة قد تتعلق بمعاملات تجارية ومصرفية تخرج عن إطار التظهير الأنف ذكره مما يجعل الحوالة المختلطة تخرج عن إطار موضوع دراستنا.

الدراسات السابقة ذات الصلة:

إن المتتبع للدراسات المتعلقة بأحكام عقد الحوالة بشكل عام، لا بد وأن يلحظ الدراسات المتعددة التي تناولت موضوع الحوالة وتعريفاتها دون الخوض العميق في آثارها، وتكمن المفاجأة بأن هذه الدراسات تركز بشكل واضح وكبير على الحديث عن آثار عقد الحوالة بجانب واحد من الفقه إما بتناوله من وجهة نظر قانونية أو فقهية أو المقارنة ما بينهما، وذلك كله دون التطرق إلى المقارنة ما بين القانون الأردني الذي تأثر بالفقه الحنفي نظراً لكون مجلة الأحكام العدلية هي الأصل التاريخي لذلك القانون، ودون المقارنة مع الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة حول موضوع الحوالة وآثارها، وبذلك تكون هذه الدراسة بشكل عام قد تطرقت إلى كافة الأنظمة القانونية المتعلقة بآثار عقد الحوالة وتنضب في تلك المتعلقة بالحديث عن آثار عقد الحوالة المدنية بالفقه الإسلامي والقانون الأردني. ما يميز هذه الدراسة أنها تعنى بالمحاولة إلى بيان وجهة نظر الفقه الإسلامي وبيان التنوع الذي يرد به مع التركيز على الأساس القانوني الذي بنيت عليه نظرية الحوالة في القانون المدني الأردني، حيث أرتكز في أحكامه على مزيج من نصوص القانون المدني المصري ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الفرنسي، وفيما يأتي الدراسات ذات العلاقة بهذا الموضوع:

أولاً: الدراسات العربية:

١- عبد البر (١٩٨٥). عقد الحوالة في الفقه الإسلامي. قام الباحث بدراسة عقد الحوالة في الفقه الإسلامي من كافة جوانبها و أستعرض أركان إنعقادها وشروطها وآثارها وإنقضائها، تتميز هذه الدراسة عن سابقتها بأنها تناولت الفقه الإسلامي بشيء من التفصيل، و قام الباحث بتناول الفقه الحنفي لوحده، وقارنه بالمذاهب الثلاثة الأخرى : الشافعي والحنبلي والمالكي.

وتتميز الدراسة الحالية أيضاً عندما حاولت بيان مدى تأثير القانون المدني الأردني بآراء الفقه الإسلامي (باستثناء آراء الفقه الحنفي)، مضافاً إليها بيان وجهة نظر الفقه الغربي اللاتيني عن طريق نصوص القانون المدني المصري الذي عالج موضوع عقد الحوالة المدنية بطريقة تختلف في مضمونها وشكلها عن النهج الذي أنتهجه الفقهاء المسلمون والذي انعكس بدوره على نصوص وأحكام القانون المدني الأردني.

٢- الجندي (١٩٩٣). الحوالة في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية-دراسة مقارنة مع الفقه الغربي. هدفت هذه الدراسة إلى بيان كافة الأحكام المتعلقة بعقد الحوالة المدنية في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الإماراتي الذي تأثر بالقانون المدني الأردني عند صياغة أحكامه، و قام الباحث بالحديث عن موضوع عقد الحوالة من كافة جوانبه إلا ان هذا البحث قد خلا من التعرض إلى آثاره بشكل متعمق وأغفل الحديث عن التطبيقات العملية المتعلقة به.

سيحاول الباحث في دراسته عرض موضوع آثار عقد الحوالة بشيء أكثر من التفصيل وسيضيف إليها المقارنات التي سيحاول الباحث الوصول إليها عن طريق تحليل الآراء الواردة في الفقه الإسلامي مضافاً إليها أحكام القانون المدني الفرنسي وبعض أحكام القانون المدني المصري.

٣- الهاجري (١٩٩٧). تناول هذا البحث مدى تأثير القانون المدني الكويتي بأحكام الفقه الإسلامي خاصة موضوع عقد الحوالة ، حيث تضمنت هذه الدراسة العديد من الإشارات الهامة للفقه الإسلامي وخصوصاً الفقه الشيعي والذي أثر في بعض آرائه على منهج المشرع الكويتي المدني بخصوص عقد الحوالة.

تتميز الدراسة الحالية بأنها ستتناول أحكام عقد الحوالة المدنية الواردة في الفقه الغربي اللاتيني مضافاً إليها أحكام القانون المدني الأردني بخصوص عقد الحوالة ، كما سيحاول الباحث في هذه الدراسة التعمق أكثر في موضوع آثار عقد الحوالة.

٤- عامر (٢٠٠٤). آثار الحوالة بالنسبة للغير. حاول هذا البحث التركيز على القانون المصري لوحده في بيان وجهة نظر القضاء المصري بخصوص عقد الحوالة المدنية وآثارها على الغير فقط.

تتميز الدراسة الحالية بأنها ستتناول آثار عقد الحوالة والواردة في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي ومدى إنطباقها من حيث تحليل الأحكام القضائية والقواعد الفقهية المنظمة لآثار عقد الحوالة المدنية بالنسبة للغير.

٥- حجه (٢٠٠٨). آثار عقد الحوالة المدنية-دراسة مقارنة. تناولت هذه الرسالة موضوع آثار عقد الحوالة المدنية في القانون المدني الفلسطيني ومقارنته بالقانون المصري والأردني، حيث ركز الباحث على نصوص القانون المدني الفلسطيني ومدى تأثيرها بالقانون المدني المصري في بعض النصوص، ومدى انطباقه مع بعض أحكام القانون المدني المصري. تتميز الدراسة الحالية بأنها ستبرز آراء الفقه الإسلامي التي كانت حجر الأساس لتشريع نصوص القانون المدني الأردني والمتعلقة بعقد الحوالة من جهة، كما سيحاول الباحث بيان وجهة نظر القضاء الأردني بخصوص نصوص آثار عقد الحوالة، كون أن هذا الموضوع له فائدة كبيرة من الناحية العملية ويحتل الكثير من التفاصيل التي لا بد من بيانها.

ثانياً: الدراسات الأجنبية:

تم الاطلاع على العديد من الدراسات الأجنبية التي تناولت موضوع آثار عقد الحوالة ، ومنها ما يلي:

٦- (Blumberg, And Weindling (1989). Banking law and civil waiver

(contract). تتعلق هذه الدراسة بمعايير تطوير الحوالة حتى تتناسب مع العملية

المصرفية، فتناولت الدراسة مفهوم عقد الحوالة في الفقه الإنجليزي (الأنجلوسكسوني)

وآثاره على اطراف العلاقة القانونية، كما تضمنت الدراسة مدى إنطباق قواعد عقد

الحوالة في القانون الإنجليزي على التعاملات المصرفية.

تتميز الدراسة الحالية بانها ستضيف الفرق بين الحوالة المدنية والحوالة المصرفية كون ان النظامين المذكورين يختلفان من حيث الفكرة والمضمون والآثار القانونية إختلافاً بيناً.

(Jury Waiver Agreements Revisted).Griffitts, (2010)) تركزت هذه الدراسة

حول مدى الإفادة من أحكام عقد الحوالة في التقليل من آثار الأزمة الإقتصادية العالمية من حيث سهولتها وعدم تضمنها للكثير من العمولات والمصاريف والتعقيدات المالية التي قد ترد في عقود الحوالة المصرفية وفي بعض عقود الفاكورنغ.

تتميز الدراسة الحالية بأن سضيف إلى هذا البحث المذكور الآلية التي من الممكن إتباعها لحل بعض مشكلات الأزمة العالمية عن طريق قولبتها في أحكام وقواعد عقد الحوالة.

منهج الدراسة المستخدم:

سيتم تناول موضوع أحكام عقد الحوالة في القانون المدني الأردني ما بين النظرية والتطبيق، من خلال إتباع المناهج التالية:
أولاً: المنهج الوصفي.

وذلك من خلال وصف مفهوم عقد الحوالة وبيان آثارها بشكل متعمق من خلال نصوص القانون المدني الأردني وأحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري وبعض احكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني السوري، وذلك لبيان مواطن الخلل الواردة في نصوص القانون المدني الأردني المتعلقة بأحكام عقد الحوالة ومحاولة معالجتها عن طريق إقتراح النصوص المناسبة لذلك.

ثانياً: المنهج التحليلي

استخدم المنهج التحليلي لبيان مفهوم عقد الحوالة ومعرفة الآثار المترتبة عليها كما ورد في النصوص القانونية والدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية التي تعرضت بالشرح إلى هذا الموضوع وبينت أحكامه وفصلتها.

ثالثاً: المنهج المقارن.

سيعتمد الباحث عند دراسته لهذا الموضوع على المنهج المقارن، ذلك أنه سيتعرض لأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال تسليط الأضواء على جوانب الاختلاف والاتفاق بين موقف القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، وذلك لمعرفة مواطن الخلل والقصور في ذلك القانون أو الفقه ومحاولة الافادة من الآراء والاجتهادات القضائية التي تحمل في طياتها حلولاً ومقترحات لمعالجة ذلك النقص والقصور، كما سيقوم الباحث بمقارنة هذه الأحكام بما ورد في القانون المدني المصري والسوري والعراقي في بعض المواضع.

مصادر معلومات الدراسة:

تتمثل مصادر معلومات هذه الدراسة فيما يلي:

١- الكتب القانونية المتعلقة بشرح أحكام الإلتزام بشكل عام والذي يتضمن الحديث عن عقد

الحوالة.

٢- الأبحاث القانونية المتخصصة والمتعلقة بعقد الحوالة وآثارها.

٣- الرسائل والأطروحات الجامعية ذات الصلة.

- ٤- الأوراق المقدمة في المؤتمرات وذات صلة بموضوع الدراسة.
- ٥- الصحف والدوريات والتقارير والاستشارات والمقابلات ذات الصلة بالموضوع.
- ٦- الأحكام القضائية المتعلقة بآثار عقد الحوالة.
- ٧- الشروحات الفقهية والمذكرات التوضيحية للنصوص القانونية والمذاهب الفقهية.
- ٨- الفقه الإسلامي وآرائه واجتهاداته.

الفصل الثاني : ماهية الحوالة وانواعها

دراسة موضوع الحوالة من أكثر المواضيع الشائكة التي تواجه الباحث خاصة عند تناوله لها من خلال أحكام الفقه الإسلامي ومدى تأثيره على القانون المدني الأردني من حيث النظرية والتطبيق إذ إن تلازم الفقه الإسلامي بخصوص موضوع الحوالة مع القانون المدني الأردني هو امر لا بد منه، حيث إن هذا الموضوع يحتوي على خلفيات تاريخية مختلفة ومتعددة.

عرف الفقه الإسلامي موضوع الحوالة باعتبارها أحد أهم تطبيقات إنتقال الإلتزام ما بين الاحياء^٥، عرفت الحوالة في الفقه القانوني الحديث عن طريق الفقه الجرمانى الذي تأثرت به القوانين الأوروبية، وبالتالي تأثرت به العديد من القوانين المدنية، كالقانون المدني المصرى وقانون الإلتزامات والعقود اللبناى، على أن السؤال الذى يطرح: هل مفهوم الحوالة فى القانون المدنى الأردنى والفقه الإسلامى هو ذاته الموجود لدى الفقه الغربى؟

تتوزع أبحاثنا فى هذا الفصل على خمسة فروع نتناول من خلالها تسليط الأضواء على بيان طبيعة الحوالة وشروطها وتمييزها عن غيرها من الأنظمة القانونية وبيان أنواعها كالآتى:

^٥ الغاية منها كما قال الشيخ برهان الدين الميرغنانى "فإن بعض الاملياء عنده من اللدد فى الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة، فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع إتباعه بل عدمه لماضيه من تكثير الخصومات والظلم، واما من علم منه الملاعة وحسن القضاء فلا شك فى أن أتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه" (الميرغنانى، برهان الدين (٢٠٠٨). ص ٢٢٢)

الفرع الأول: طبيعة نظام الحوالة.

الفرع الثاني: شروط الحوالة العامة والخاصة.

الفرع الثالث: تمييز الحوالة عن غيرها من النظم القانونية الأخرى.

الفرع الرابع: حوالة الحق وحوالة الدين.

الفرع الخامس: الحوالة المقيدة والمطلقة والأجلة.

الفرع الأول: طبيعة نظام الحوالة

تعتبر الحوالة في الفقه الإسلامي من الانظمة التي وجدت تيسيراً لإستيفاء الديون وتسهيلاً لإجراءات اقتضائها، ومن خلالها يتم انتقال الالتزام ما بين الأحياء. وقد تأثر القانون المدني الأردني في الفقه الإسلامي بهذا الموضوع، حيث يتضح ذلك من خلال تنظيم هذا العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني كآلاتي:

أولاً: تصرف شرعي قولي، حيث تعتبر الحوالة عقداً لا يتطلب كقاعدة عامة شكلية ما^٦، فهي تصرف مثبت شرعيته في الحديث النبوي الشريف عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مطل الغني ظلم، ومن احيل على مليء فليتبّع"، وعليه فهي تنعقد من الشخص المخول بالتلفظ بأي لفظ يفيد الحوالة مثل: أحلته، إحتال، أقتضي دينك من فلان، وعليه فينطبق عليها ما ينطبق على العقود حيث يجب أن يكون اللفظ صريحاً أو ضمناً يفيد

^٦ عبد البر، زكي (١٩٨٥). ص ١٨

بمعنى ومضمون الحوالة، حيث أجاز الفقه الإسلامي إمكانية إنعقاد الحوالة بالألفاظ الضمنية الدالة عليها وبالتصرفات التي من شأنها أن تدل على وقوعها.

(أبن عابدين (٢٠٠٥).ص٣٤٠)

ورد في شرح مجلة الاحكام العدلية ما يشير إلى ضرورة موافقة الدائن على الحوالة بأي لفظ يشير إلى ذلك^٧، ويتفق الباحث مع هذا الاتجاه القانوني ذلك ان لفظ الحوالة ممكن أن ينشأ بلفظ صريح كالالفاظ "أحلتك" "إحيلك على فلان"، أو بالألفاظ الضمنية مثل "إقتض دينك من فلان"، "أسدد ديني لك من فلان"، إلا ان هذا لا يعني بكل حال من الأحوال أن يتم واقعياً إنعقاد الحوالة بشكل ضمني من حيث رضا الأطراف، إذ من الصعب تصور ذلك خصوصاً وان الحوالة تقتضي رضا الأطراف جميعاً وفقاً للقانون المدني الأردني^٨، وبالتالي يصعب تصور موافقة المحيل والمحال عليه والمحال له على الحوالة بشكل ضمني من الناحية الواقعية^٩.

يختلف الباحث في وجهة نظره مع ما ورد أعلاه، حيث لا يتصور أن تتم الحوالة بشكل ضمني لأن فيها خروج عن القاعدة العامة في شخصية الالتزام، إذ لا بد من الموافقة المعتدة من أطراف الحوالة جميعاً^{١٠}، وعليه فلا يتصور أن تكون الحوالة ضمنية من دون أن تكون صريحة وذلك بسبب تطلب القانون المدني الأردني على موافقة المحيل والمحال عليه والمحال له على هذه الحوالة بأوصافها ومحلها وشروط انعقادها، والمقصود هنا بأن تكون صريحة- أي

^٧ نصت المادة (٦٨٠) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: "لو قال المحيل لدائنه: حولتك على فلان وقيل الدائن تتعقد الحوالة".
^٨ أنظر نص المادة ٩٩٦ من القانون المدني الأردني أن "١- يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له".
أورد في شرح المجلة (باز، رستم (٢٠١٠).ص ٢٩٥) ما يلي "مثلاً لو قال شخص لآخر: خذ عليك حوالة ديني البالغ كذا قرشاً عند فلان. وقال ذلك الشخص: قبلت. او قال له: أقبل الدين الذي لك عند فلان بكذا قرشاً حوالة علي. وقبل الشخص المذكور تكون الحوالة صحيحة حتى لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تجديه ندامته نفعاً".
^٩ نصت المادة (٩٩٦) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "١- يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له".

ببيان إرادة الأطراف عليها وهذا امر صعب من الناحية العملية فلا يتصور أن يقوم (ج) وهو دائن لـ (س) بأخذ مبلغ من (ب) سداداً لدينه الواقع على (أ) ! دون بيان إرادة صريحة بقبول الحوالة، حيث من الممكن أن يأتي لفظ الحوالة ضمناً ومن الصعب أن تتعد الحوالة ضمناً^{١١}.

ثانياً: نظام خاص بنقل الدين والمطالبة به من ذمة إلى أخرى فيخرج عنها عدة عقود قد تشابهها، حيث إن نظام الحوالة يختلف عن نظام الكفالة والذي يعتبر من عقود توثيقات الدين أو مثل عقد الرهن، بل انه عقد يتضمن نقل الدين والمطالبة به من ذمة إلى ذمة اخرى، بحيث تبرأ ذمة المحيل كقاعدة عامة وذلك إستناداً إلى نص المادة ١٠٠٢ من القانون المدني الأردني، وعليه فإن الغاية من الحوالة كما أسلفت هي وسيلة لتيسير إستيفاء الدين بالبحث عن ذمة أكثر يساراً من ذمة اخرى، وليس بإعتبار الحوالة ضماناً إحتياطية او وسيلة لتوثيق الديون، كون أن الغاية من الحوالة البحث عن شخص آخر وافق أن يحل محل الدائن لسداد دين هذا الأخير لصالح المحال له وهو دائن المحيل . صحيح ان الحوالة تؤدي إلى نقل الديون والمطالبة بها إلا أنها أيضاً وسيلة لإنقضاء الإلتزامات، فالحوالة بإعتبارها وسيلة وفاء لا تقتصر على علاقة المحيل بالمحال وإنما تتعدى إلى علاقة المحيل بالمحال عليه، فهي تقوم كعمل المقاصة ما بين الدين المترتب على ذمة المحيل (لصالح المحال) والدين المترتب لصالح المحيل (على ذمة المحال عليه)^{١٢}. (الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ١٤-١٥)

^{١١} في المثال المذكور يعتبر (أ) محيلاً و (ب) محالاً عليه و (ج) المحال.
^{١٢} مع التأكيد على ان المقاصة نظام يختلف عن الحوالة إذ أنه نظام أما يكون قضائياً او إتفاقياً وذلك عند وجود دينين متقابلين مستحقين الأداء ومتساوين ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.

ثالثاً: عقد معاوضة، أي أنها تعتبر من العقود التي تتضمن مقابلاً لأدائها، ولكن تلك القاعدة ليست عامة حيث إن الفقه الحنفي أجاز ان تكون الحوالة بلا مقابل وعندها فإنها تعتبر تصرفاً تبرعياً محضاً، لكن الأغلب الأعم أن تكون الحوالة بعوض خصوصاً انه يكون لدى المحيل ديناً على المحال عليه، حيث أن الفقه الإسلامي (وخصوصاً الفقه الحنفي)، لم يشترط أن يكون المحيل دائناً للمحال عليه لكنه أشترط ان يكون المحال دائناً للمحيل^{١٣} ، وهذا ما تماشى مع موقف مجلة الاحكام العدلية التي نصت في المادة (٦٨٦) منها على عدم ضرورة ان يكون المحال عليه مديناً للمحيل^{١٤} ، وبالتالي فإن الحوالة في المذاهب الفقهية (المالكي والحنبلي والشافعي) أو جبت ضرورة ان يكون المحيل دائناً للمحال عليه حتى يلزمه بسداد دين المحيل لصالح المحال ، إلا أن الفقه الحنفي اجاز ان تكون الحوالة تبرعية محضة من دون وجود دين في ذمة المحال عليه لصالح المحيل، حيث يتصور وجود الحوالة المطلقة في الفقه الحنفي ولا يتصور وجودها في المذاهب الأخرى.

(أبن نجيم (٢٠٠٦). ص ٢٧٤)

الصورة الموجودة في الفقه بخصوص الحوالة على انها هبة ودون معاوضة يعد أمراً نادراً في الواقع العملي، الذي يشير ان الحوالة تتم بعوض بإعتبار ان المحال عليه يهدف من خلالها إلى دفع دين المحيل لأن في ذمته دين مترتب عليه بهدف سداده، أو قيام المحال عليه بالرجوع على المحيل بعد اداء دين الحوالة لصالح المحال ، وبما أن المحيل يكون دائناً للمحال عليه

^{١٣} حيث نصت المادة (٩٩٧) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل فإذا رضي بالحوالة لزمه الدين للمحال له".
^{١٤} نصت المادة (٦٨٦) من مجلة الاحكام العدلية على ما يلي: "لا يشترط ان يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالتة وإن لم يكن له على المحال دين".

ومديناً للمحال، فإن الصورة الغالبة للحوالة ان تكون بعوض مع إمكانية نفاذها إن كانت هبة- اي قيام المحال عليه بسداد دين الحوالة دون وجود دين في ذمته لصالح المحيل ودون رجوعه عليه بما أداه بعد سداد دين الحوالة، عند النظر إلى موقف جمهور الفقهاء بإستثناء الفقه الحنفي، فإنه لا يجيز الحوالة ما لم تكن عقد معاوضة، أي يجب ان يكون المحيل مديناً للمحال له ودائناً للمحال عليه، وعليه تتم مبادلة الدينين ولذلك سنرى في مكان لاحق من هذه الأطروحة مدى أهمية ان يكون الدينان متشابهين في الصفة والجنس والنوع كشرط من شروط الحوالة، كما يجب ان يكون مقدارهما متساوياً.

(السيوطي، جلال الدين (١٩٨٣).ص٤١٦)

رابعاً: تعتبر عقداً، أي يترتب فيها توافر ركن إنعقاد العقد وشروطه، وعليه يجب ان يتوافر التراضي لانعقادها وان تتوافر شروط العقد عموماً وهي المحل والسبب والأهلية مع مراعاة ان بعض الفقهاء- الحنفية ذهبوا إلى أن الحوالة من الممكن ان تنشأ عن تصرف إنفرادي^{١٥}. لا يتفق الباحث مع هذا الرأي كون ان الحوالة وخصوصاً في القانون المدني الأردني تتطلب موافقة الثلاثة اطراف (محيل، محال عليه، محال له) وهذا ما اكدته المادة رقم (٩٩٦) فقرة (١) والتي نصت "يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له"، وهذا ما أكده أيضاً الإمام برهان الدين الميرغاني عند ما قال : "وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه" (الميرغاني، برهان الدين (٢٠٠٣)، ص ٢٢٢)، والسبب في ذلك ان ذم الناس

^{١٥} اذهب زفر لإعتبار ان الحوالة جائزة أن تكون تصرفاً إنفرادياً لأنه قد تجوز بموافقة المحال له وحده. (الميرغاني، برهان الدين. ٢٠٠٣. ٢٢١).

متفاوتة فمن حق المحال له معرفة من هو مدينه الجديد وهل هو مليء كفاية ام لا، حيث إن الباحث يشدد على ان موضوع الملاءة هو موضوع نسبي ويقاس بحجم المال المحال به وليس بالذمة المالية للمحال عليه، أي ان المعيار ليس شخصياً وإنما موضوعياً، ومثال ذلك أنه إذا كانت العناصر الإيجابية للذمة المالية لـ (س) هي مليون دينار فإن هذا لا يعني ان هذا الشخص مليء خصوصاً لو كان دين الحوالة مليوناً ونصف دينار، وعليه فإن معيار الملاءة يجب ان يقاس بمقدار المال المحال به وليس بالقدرة المالية للمحال عليه، ولكن هل يجبر المحال على قبول الحوالة إن كان المحال عليه مليئاً؟

اختلف الفقه في الإجابة عن هذا السؤال فبينما نجد الفقه الحنفي ممثلاً في الإمام أبي حنيفة وصاحبيه^{١٦}، اكدوا على وجوب قبول المحال له الحوالة إن كان المحال عليه مليئاً ولا يملك الرفض، إلا اننا نجد في الفقه الحنفي ممثلاً في الفقيه الحنفي (زفر) أكد على وجوب موافقة المحال له بغض النظر عن الحالة المالية للمحال عليه، (الكاساني، ص ٢٨٣).

يتفق الباحث مع الفقيه (زفر) والسبب في ذلك أنه في كثير من الأحيان تقوم علاقة المديونية ما بين المحيل والمحال له على اعتبار شخصي بحت، قد يتلاشى عند تغيير المدين الأصلي بالمدين الجديد (وذلك عند تغيير المحيل ليحل محله المحال عليه)، وعليه وإحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة فإن إرادة المحال له يجب أن تكون حرة غير مقيدة أو مشروطة، خصوصاً ان القاعدة العامة بالقانون ان الوفاء يجب ان يتم من المدين بشكل عام.

^{١٦} أبو يوسف ومحمد، هما من يشار إليهما بـ "صاحبيه".

يرى الفقه الشافعي والمالكي والحنبلي إلى إشتراط رضا جميع الاطراف ،خصوصاً المحيل، متى كان للمحيل دينعلى المحال عليه فيشترط موافقته لنهاذ الحوالة بجانب رضا المحال عليه والمحال له، بينما إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فإن إشتراط رضا المحيل غير ضروري كون أن المحال عليه يكون متبرعاً في هذه الحالة ولا يستطيع الرجوع على المحيل، بحيث أخرجوا هذه الحالة من إعتبارها حوالة إلى إعتبارها هبة، لكن يختلف ذلك عندما تكون علاقة المديونية قائمة ما بين المحيل والمحال عليه فيستطيع المحال عليه الرجوع على المحيل.

(مير غناني، برهان الدين (٢٠٠٣). ص٢٢٢-٢٢٣)

خامساً: الحوالة تصرف لازم.

يجيز الفقه الإسلامي إمكانية إحتفاظ احد الأطراف بإمكانية فسخ العقد بإرادته المنفردة وفي أحوال محددة^{١٧}، بينما لم يعرف الفقه الغربي ذلك حيث أكتفى ذلك الفقه بالقاعدة العامة وهي إلتزام الأطراف بما ورد في العقد بناءً على إرادتهما، ففكرة اللزوم في الفقه الغربي بخصوص عقد الحوالة تتجلى بإمكانية تعديلها أو الرجوع عنها بإرادة طرفيها، بينما هي بالفقه الإسلامي تعطي الحق لأحد أطرافه لو حده فسخ هذه الحوالة بالإرادة المنفردة. نجد في الفقه الإسلامي أن الحوالة عقد لازم (أي غير قابلة للفسخ بالإرادة المنفردة)، وقد اختلفت نظرة المذاهب الفقهية لعقد الحوالة ذاته، حيث أن أغلبية الفقهاء غلبوا صفة المعاوضة على الحوالة^{١٨}، كما قام جزء

^{١٧} انظر نص المادة (١٧٦) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "١- يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض.

٢- ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه".
^{١٨} الفقه الشافعي والحنبلي. (الكاساني ٢٠٠٨ ص٧٨).

من الفقه بتغليب فكرة الإبراء والوفاء، وغلب البعض الآخر فكرة (البيع) على الحوالة^{١٩}،
وعليه فإن الفقه الذي غلب فكرة البيع (الفقه المالكي)، قد أجاز فكرة خيار اللزوم عليها في حدود
معينة، حيث يجوز فسخ المحال له للحوالة إذا وقعت على مفلس متى كان المحيل عالماً بإفلاس
المحال عليه ولم يكن المحال له عالماً بذلك الإفلاس، كما أجاز فسخ الحوالة إذا كان المحال
عليه مفلساً وقت الحوالة بغض النظر عن ملاءته من عدمها قبل الحوالة، كما أجاز الفسخ إذا لم
يكن المال المحال عليه (المحال به) ناتجاً عن معاوضة مالية، واما من غلب فكرة الوفاء
والإبراء عليها (المذهب الشافعي) لم يقبل بدخول الخيارات عليها ولم يجر فسخ الحوالة بالإرادة
المنفردة لأحد العاقدين، أما من غلب فكرة المعاوضة عليها (المذهب الحنفي والحنبلي) أجاز
إمكانية فسخها بالإرادة المنفردة في الأحوال التي تناسبها، فأجاز الفقه الحنبلي الفسخ بالإرادة
المنفردة للمحال له إن كان المحال عليه مفلساً أو قبلها المحال له وأشترط يسار المحال عليه،
ولكن الفقه الحنفي أجاز فقط خيار الشرط دون غيره فلم يجر ذلك الفقه فسخ الحوالة على مفلس
أو غائب أو مفقود، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني والذي نص في المادة (٩٩٤) منه
على ما يلي " الحوالة عقد لازم إلا إذا شرط أحد أطرافه لنفسه خيار الرجوع"^{٢٠}.

(أبا النجا، شرف الدين المقدسي (٢٠٠٧).ص١٨٧)

يستخلص الباحث مما سبق، ومن خلال إمكانية أن يقوم أحد الأطراف بإشترط خيار الفسخ
وبإرادته المنفردة، انه لا بد أن يكون هذا الإشترط ملائماً لطبيعة الحوالة وماهيتها وذلك حفاظاً

^{١٩} انظر للفقه المالكي بهذا الشأن. (الموطأ. ٢٠٠٥. ص ١٧٦)
^{٢٠} وهذا ما أخذ به أيضاً قانون المعاملات المدنية الإماراتية في المادة رقم (١١٠٧).

على حقوق اطرافها وإستقرار المراكز القانونية فيها، وهذا ما أكدته المادة (١٠٠٠) فقرة (١) من القانون المدني الأردني والتي نصت "يشترط لإنعقاد الحوالة فضلاً عن الشروط العامة: أن تكون منجزة غير معلقة إلا على شرط ملائم أو متعارف ولا مضافاً فيها العقد إلى المستقبل."، عند إستقرائنا لنص المادة المذكورة نجد انها متعلقة بأوصاف الإلتزام التي قد تلحق بعقد الحوالة والتي تجعل هذه الحوالة غير منجزة أو غير قابلة للنفاد وهذا أمر طبيعي كون أن الحوالة من العقود التي تحتوي ثلاثة أطراف وليس طرفين^{٢١}، وعليه فإن الأوصاف التي تلحق بالحوالة يجب أن لا تؤثر بأي شكل من الأشكال على نظام الحوالة وماهيتها، وتوضيحاً لذلك سيضرب الباحث المثال التالي:

لا يجوز ان يقوم (ص) وهو المحال عليه، بوضع شرط غير متحقق الوقوع على إلتزامه بدفع دين (س) وهو المحيل لصالح المحال وهو (ع)، كأن يلتزم المحال عليه بوفاء المحال إن حصل ديونه العالقة في المحاكم مثلاً، والسبب في ذلك ان هذا شرط غير محقق الوقوع ولا يلائم الحوالة وطبيعتها.^{٢٢}

يستخلص الباحث ان شرط لزوم العقد من عدمه لا يتناسب مع عقد الحوالة، حيث إن الغاية من هذا العقد تيسير إستيفاء الديون عن طريق نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل لذمة المحال عليه وذلك سداداً لدين المحال لهن وحيث ان الغاية من الحوالة تيسير إستيفاء الديون فإن تعليق الحوالة على شرط الفسخ يؤدي إلى عدم تحقيق الغاية منها ويعارض ما ورد في أحكام المادة

^{٢١} هكذا يخلص لدينا بأنه وإن إستتبع صفة اللزوم في الحوالة دخول الخيارات عليها، إلا أن إتفاقاً، يمكن ملاحظته، بين المذاهب، على تقييد ما يجوز أن يدخل عليها من خيارات. ولا حاجة إلى القول بأن سبب التقييد ما تحدثه الحوالة من تعديل لمراكز ثلاثة أطراف، وليس طرفين كما هو الحال في باقي المعاوضات" (الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ٢٨)

^{٢٢} الفقه الإسلامي يقسم التصرفات التصرفات لما يلحقها من الأوصاف لقسمين: تصرفات منجزة (مطلقة، وتصرفات مشروطة. (الفار. عبد القادر. ٢٠٠٢. ص ٢٣

(١/١٠٠٠) من القانون المدني الأردني وتأكيداً لذلك فقد قررت محكمة التمييز الأردنية بحكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٩/١٨ رقم (٢٠٠١/٦١٥) والمنشور بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢ على ما يلي "إن قيام الشركة الفرنسية بإشتراط خيار الفسخ للحوالة المبرمة ما بين اطرافها يعارض الغاية المرجوة من الحوالة ويخالف احكام المادة (١٠٠٠) من القانون المدني".

(برنامج عدالة (٢٠٠١) ص ٦١٩).

بعد إستعراض الباحث للطبيعة العامة لنظام الحوالة، فإنه سيقوم بالفرع الثاني بالحديث عن الشروط العامة والخاصة للحوالة وذلك لبيان الملامح العامة لعقد الحوالة وخصوصيتها.

الفرع الثاني: شروط الحوالة العامة والخاصة

سيقوم الباحث بالتطرق إلى الشروط العامة والخاصة للحوالة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، كما سيقوم بإستعراض الشروط الخاصة للحوالة في نظر بعض الفقه (القانون المدني المصري والسوري) لبيان مدى تأثيره على القانون المدني الأردني كالاتي:

أ- الشروط العامة لصحة الحوالة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني

يعتبر عقد الحوالة من العقود المسماة^{٢٣} ذلك انه سماها باسم خاص و أفرد لها نصوصاً خاصة بها تنظم أحكامها وشروطها، ولكن ذلك الأمر لا يعني عدم خضوع أي عقد مسمى إلى الأحكام العامة للعقود في القانون المدني الأردني حيث نصت المادة (٨٩) فقرة (١) على ما يلي "تسري

^{٢٣}العقود المسماة: هي العقود التي افرد لها المشرع اسماً خاصاً وأفرد لها احكاماص خاصة وسماها باسم خاص ووضع نصوصاً خاصة تنظم احكامها وذلك نظراً لخصوصيتها واهميتها في الحياة العملية.

على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل"، حيث نستطيع أن نجمل الركن و الشروط العامة في الآتي:

أولاً: الرضا

الرضا المقصود في هذه الحوالة هو الرضا الموجود في كافة العقود والذي يجب أن يكون معتداً به قانونياً وفقهياً إذ يعتبر الركن في العقود بوجه عام، فيجب أن تكون الإرادة حرة صحيحة غير مشوبة بعيب أو عوامل تؤثر على إختيارها، وطالما أن الحوالة تعتبر "عقداً" فإن الرضا هو الركن الأهم لإنعقاد العقد بشكل عام.^{٢٤}

ثار خلاف في الفقه الإسلامي حول مدى ضرورة وجود رضا المحيل في الحوالة، فكان لدى بعض فقهاء الحنفية وجهة نظر تؤكد ضرورة توفر رضا المحيل في الحوالة، لأنه حسب وجهة نظرهم قد لا يرضى المحيل أن يقوم شخص غيره بأداء دينه، اما البعض الآخر فيؤكد عدم ضرورة توفر رضا المحيل، كون أن المحال عليه يلزم نفسه بدين غيره (المحيل) ويتصرف تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً للمحيل، بينما ورد رأي توفيقى يؤكد أن رضا المحيل لا يعتد به إلا في حالة إمكانية رجوع المحال عليه على المحيل.

(حنفي، ابن همام (١٩٩٣). ص ٣٤٧)

^{٢٤} أنظر نص المادة (٩٠) من القانون المدني الأردني والذي نص على ما يلي: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد".

ترتب على عدم الإتفاق الفقهي المذكور أعلاه، تضارب في نصوص مرشد الحيران ذاته، حيث ذكرت المادة (٧٧٢) فقرة (١) منه على ضرورة موافقة المحيل و تطلبتها وأكدت عليها حيث نصت على ما يلي "يشترط لصحة الحوالة رضا الكل أي المحيل والمحتال والمحتال عليه ولا يشترط حضور المحتال عليه....."، ثم عادت المادة (٧٧٣) التي ذكرت عدم ضرورة توافر رضا وموافقة المحيل وأن الحوالة تنعقد صحيحة دون وجودها حيث نصت على ما يلي "يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديوناً للمحتال وإلا فهي وكالة ولا يشترط ان يكون المحتال عليه مديوناً للمحيل بل إذا رضي بالحوالة صحت والتزم بالدين للمحتال ولو لم يكن المحتال عليه مديوناً للمحيل" (القربي، رضا (٢٠٠٧).ص٨٠١)، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (٦٨١) والتي نصت "يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه"، أي لا يشترط رضا المحيل وذلك لأنه لن يتضرر لو نفذت الحوالة بل سينفعه ذلك (أن يقوم المحال عليه بسداد دينه)، وطالما لم توفر رضا وموافقة المحيل فإن الحوالة لا تعتبر بأمره مما لا يعطي للمحال عليه إمكانية الرجوع على المحيل.

(باز، رستم (٢٠١٠).ص٢٩٥)

إن الإختلافات المذكورة أعلاه تتعلق بالحوالة المطلقة (التي لم يعترف بها إلا الفقه الحنفي) بينما في الحوالة المقيدة فإن رضا المحيل ضروري ومعتد لأن المحال عليه لا يكون متبرعاً، وهنا إلتقى الفقه الحنفي برأيه مع بقية الفقه (الشافعي والحنبلي والمالكي)، حيث يعتبر رضا المحيل ضرورياً لصحة الحوالة.

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣).ص٦٢).

يوجد هنالك رأي لدى الحنابلة يصرح بإمكانية وقوع الحوالة بإرادة المحيل لوحده فقط، حيث قاموا بتفسير الخطاب في الحديث النبوي الشريف "مطل الغني ظلم....." أنه ليس للندب^{٢٥}، وإنما للأمر والوجوب، ولذلك أجازوا أن تتعد الحوالة بإرادة المدين الأصلي (المحيل) وأن يجبر المحال له بقبول الحوالة بغض النظر عن رضاه، طالما ان المحال عليه تتوافر فيه الملاءة.

(الشاذلي، مصطفى (١٩٨٤).ص٣٨)

يعتبر ذلك الرأي من وجهة نظر الباحث غير متوافق مع القواعد العامة القانونية، إذ يجب على الدائن ان يوافق على إنتقال الإلتزام من قبل المدين الأصلي إلى مدين جديد وذلك لإعتبارات الملاءة المالية والإعتبار الشخصي التي اختارها الدائن في مدينه الأصلي. يتضح مما سبق الآتي:

يعتبر الفقه الحنفي رضا المحيل ليس شرطاً واجباً طالما ان الحوالة مطلقة ولم تكن بأمره، بينما لدى بقية الفقه فإن رضا المحيل شرط مهم ويعتبر شرطاً للإنعقاد وليس النفاذ، أما القانون المدني الأردني فأخذ بضرورة رضا المحيل بكل الأحوال بغض النظر عن نوع الحوالة سواءً اكانت حوالة مقيدة أم حوالة مطلقة وخيراً فعل المشرع الأردني نظراً لأهمية رضا المحيل حتى وإن قام المحال عليه بسداد دينه دون عوض ودون ان يكون هناك دين واقع على المحال عليه

لصالح ذمة المحيل المالية كون ان للامر بعد شخصي وإجتماعي قد لا يرضى فيه المحيل ان يقوم غيره بسداد.^{٢٦}

يعتبر رضا الدائن لدى الفقه الحنفي (المحال) أمراً واجباً ومهماً ولا بد من توافره في الحوالة ولكن الإختلاف قد نشأ حول ما إذا كان رضا المحال شرط إنعقاد أم شرط نفاذ، حيث يرى " أبو حنيفة ومحمد" وجوب وجود المحال في مجلس العقد، مما يعني أن رضاه هو شرط إنعقاد (الكاساني (٢٠٠٨)، ص ٣٤٧)، اما من يرى أن حضوره لمجلس العقد غير ضروري فإعتبروا فيه رضاه شرط نفاذ، وهذا ما أخذت به مجلة الاحكام العدلية في المادة (٦٨٣) والتي نصت "الحوالة التي تجري بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له"، وذلك لأن فيها إنتقال الدين من ذمة إلى ذمة اخرى والذمم متفاوتة ومختلفة ما بين الناس فلا بد من رضا المحال.

(باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٥)

كما ويشير شراح المجلة بخصوص رضا المحال، حيث قاموا بالتعليق على نص المادة المذكورة بأنه " ويفهم من هذه المادة أن اتحاد مجلس الحوالة يعني حضور المحال له أو نائبه في مجلس الحوالة، وقبول الحوالة ليس شرطاً لإنعقادها بل لنفاذها..."^{٢٧}، بينما تعد موافقة المحال عند (الشافعية والمالكية) شرط إنعقاد حيث لا تصح الحوالة ولا تترتب آثارها ما لم يتوافر رضا المحال. (الدردير (٢٠٠٢). ص ٤٢٤)

^{٢٦} أنظر المادة /١٩٩٦ قانون مدني أردني والتي تنص على: "يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال".

^{٢٧} انظر شرح المجلة حيدر، علي (١٩٩١). ص ٣١٣

تعد موافقة المحال ورضاه لدى (الشافعية والمالكية) شرط إنعقاد، لا بل أنهم ذهبوا لإعتبار إمكانية نشوء الحوالة بإرادة منفردة كما أسلف الباحث (إبن قدامة، موفق الدين (١٩٨٥).ص٦٠)

لكنها حسب أحكام القانون المدني الأردني فإنه يعتبر شرط نفاذ، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٩٦) فقرة (٢) على ما يلي: "وتنعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له".

يسري ما ورد في الفقه الحنفي عن رضا المحال على ما يسري عن موافقة المحال عليه، فلا بد من توافر رضا المحال عليه داخل او خارج مجلس الحوالة، حيث أيضاً إن شخصية الدائن وتعامله يختلف من دائن إلى دائن آخر فمن حق المحال عليه أيضاً أن يكون رضاه محل إعتبار^{٢٨}، لكن المادة (٧٧٢) فقرة (٢) من مرشد الحيران (وهي تمثل في أغلبها آراء الفقه الحنفي) أجازت صحة وقوع الحوالة دون موافقة المحال عليه حيث نصت على ما يلي "إنما لا يشترط رضا المحتال عليه في صورة واحدة وهي ما إذا إستدانت زوجته عليه النفقة بأمر القاضي فإن لها في هذه الصورة أن تحيل عليه بلا رضاه ويكون ملزماً بالدين المحتال"، حيث تستطيع الزوجة التي يعطيها القاضي أمراً أو حكماً أن تستدين ما يلزمها من النفقة فتحيل دائنها على زوجها فالدائن يستطيع الرجوع على الزوج سواءً رضي بالحوالة أم لم يرض فتكون الزوجة محيلاً والزوج محالاً عليه والدائن (محالاً).

(القربي، رض (٢٠٠٧).ص ٨٠١)

^{٢٨} انظر الجندي، محمد صبري (١٩٩٣).ص٦٣

يتطلب الفقه الحنفي موافقة المحال عليه ويستثنونها بحالة واحدة كما ذكر اعلاه، إلا أنهم لا يعتبرونها ركناً أو شرط إنعقاد، بل أنها شرط للنفاذ حيث يقع العقد صحيحاً ما بين المحيل والمحال ولكنه يكون موقوفاً على قبول المحال عليه سواءً أكانت الحوالة مقيدة أم مطلقة.
(إبن عابدين (٢٠٠٥).ص ٣٤١)

بالنسبة للشافعية والحنابلة لا يتطلبون بشكل عام رضا المحال عليه، كون أنهم يعترفون بالحوالة المقيدة حيث ليس من الممكن في هذه الحوالة أن يكون المحال عليه متبرعاً بل يكون مديناً في أغلب الأحيان فلا يؤخذ رضاه بشكل جدي، بناءً على ما تقدم نجد أن الفقه المالكي قد أتفق في رأيهم مع الحنابلة والشافعية، لكنهم وضعوا استثنائين:

١- إذا كانت هناك عداوة ما بين المحال عليه والمحال ، حيث يشترط أن تكون العداوة موجودة عند الحوالة أو قبلها وليس بعد نشوئها.

٢- الحوالة التي تقع على غير المدين، وذلك إذا لم يشترط المحيل براءة نفسه حيث تتعلق بكفيل في الحوالة فلا بد من موافقة ذلك الكفيل الذي يأخذ دور المحال عليه.^{٢٩}

يستخلص الباحث أن المشرع الأردني قد خلط في المادة (٩٩٦) ما بين حوالة الحق وحوالة الدين، إذ أكد في الفقرة الأولى المشرع على أن الحوالة لا تنعقد إلا بموافقة الأطراف جميعاً أي المحيل والمحال عليه والمحال، وبالتالي لو وافق طرفان فإن الحوالة لا تنعقد ولا ترتب أثراً كون القانون تطلب موافقة ثلاثة أطراف فهنا كان المشرع يتحدث عن حوالة الدين، ثم إستدرك

^{٢٩} قد يسمى في الفقه الإسلامي الكفيل (حميل). (الكاساني.ص ١٧)

في الفقرة الثانية ونص على أن الحوالة تنعقد صحيحة ما بين المحيل والمحال عليه وموقوفة على موافقة المحال له وهنا قصد المشرع حوالة الدين.

يتضح مما تقدم أن للحوالة عدة صور تنشأ من خلال الآتي:

١- الإتفاق ما بين المحيل والمحال عليه والمحال ، حيث تترتب آثارها دون معوقات وهذا ما ورد في المادة (٩٩٦) فقرة (١) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي:
"يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له".

٢- إتفاق ما بين المحيل والمحال عليه، ولا تكون نافذة بحق المحال إلا بإجازته لها، وهذا ما ورد في المادة (٩٩٦) فقرة (٢) والتي نصت على ما يلي: "وتنعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له".^{٣٠}

٣- الإتفاق ما بين المحال والمحال عليه، حيث لا تعطي هذه الصورة الحق للمحال عليه بالرجوع على المحيل بالحوالة المطلقة، وهذا مخالف لأحكام المادة (٩٩٥) ولما ورد في المادتين (١٠٠٩) من القانون المدني الأردني التي نصت "إذا تمت الحوالة المطلقة برضا المحيل فإن كان له دين عند المحال عليه جرت المقاصة بدينه بعد الأداء.

وإن لم يكن له دين عنده يرجع المحال عليه بعد الأداء"، فالقانون الأردني أعطى حق للمحال عليه بالرجوع على المحيل بالحوالة المطلقة بشكل عام وبما أن المشرع الأردني لا يتصور نفاذ

^{٣٠} أنظر نص المادة (١١٢٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والذي مائل النص الوارد في القانون المدني الأردني المادة

(٩٩٦) فقرة (٢).

الحوالة إلا برضا المحيل فإن المحال عليه يستطيع الرجوع على المحيل بالحوالة المطلقة سواءً أكانت بأمر المحيل أم لا إذ لا يتصور أن تتم حوالة في أحكام القانون المدني الأردني من دون موافقة ورضا المحيل.^{٣١}

٤- وهي الصورة الواردة في المادتين (٦٨٠) و(٦٨٢) من مجلة الاحكام العدلية، فقد نصت على ما يلي: المادة (٦٨٠) "لو قال المحيل لدائنه: حولتك على فلان وقبل الدائن تنعقد الحوالة" حيث تنعقد الحوالة هنا موقوفة على رضا المحال عليه فلا تتم بدون قبوله، كما يأتي صريحاً ونصت المادة (٦٨٢) على "الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له لا تصح ولا تتم إلا بعد إعلام المحال عليه وقبوله"، والجدير بالذكر أن المشرع الأردني لم يأخذ بصورة الحوالة التي تتم ما بين المحيل والمحال له، وذلك لأن القانون المدني الأردني يستلزم في كل الأحوال موافقة المحال عليه وذلك لأن الحوالة في القانون المدني الأردني هي بالإسناد حوالة مقيدة او مطلقة تقع على دين.^{٣٢}

ثانياً: إنعقاد الحوالة ومجلس العقد

إن التعبير عن الرضا بخصوص عقد الحوالة يشمل في طياته فرعين أساسيين: الأول: صيغة إنعقاد الحوالة، والثاني: مجلس العقد.

^{٣١} أنظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ١٨٠/١٩٩٨ المنشور بتاريخ ١٧/٣/١٩٩٩. (مجلة نقابة المحامين. ١٩٩٩. ص ٢١٤)
^{٣٢} راجع شرح مجلة الاحكام العدلية (باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٤-٢٩٥).

أ - صيغة إنعقاد الحوالة

تتعقد الحوالة بشكل عام ما بين أطرافها دون أية شكلية محددة فتطبق عليها القاعدة العامة بالعقود ، فصيغة الحوالة جائزة بكل شيء يفيد نقل الدين والمطالبة به من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد، كان يقول المحيل للمحال عليه: أحلت عليك (فلان)، أو نقلت ديني لتؤديه لفلان بدلاً مني أو أي لفظ يفيد معنى ومضمون الحوالة.^{٣٣}

(الكاساني(٢٠٠٨).ص ٢٩٩)

يرى الفقه الشافعي في تحديد صيغة الحوالة على أن المبدأ في العقود "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" ^{٣٤}، وهذا ما أخذ به نص القانون المدني الأردني في المادة (٢١٤) فقرة (١)، بينما الحنفية يرون بأن الكفالة التي يشترط فيها براءة الأصيل تعد حوالة وبالتالي حتى لو دلت المفردات على أمر يتضمن بحقيقته حوالة فإنه يعد كذلك حتى وإن كانت الفاظه تدل على غير ذلك كالكفالة مثلاً، كما ان العكس يطبق أيضاً بإعتبار الحوالة دون براءة المحيل كفالة وليست حوالة، أما الحنابلة فأجازوا وقوع الحوالة بكل لفظ يعتد به بإنصراف النية إلى ترتيب حكم الحوالة مثل ألفاظ أتبعتك واحلتك.

(الدردير (٢٠٠٢).جزء ٣.ص ٤٢٦)

^{٣٣} من الصيغ المذكورة بالفقه الإسلامي، أحلتك على فلان، أحلت عليك على فلان، أتبعتك بدينك على فلان.(الكاساني (٢٠٠٨).ص ٣٠٠)

^{٣٤} انظر نص المادة (١/٢١٤) من القانون المدني الأردني

ذهب بعض المالكية إلى اشتراط ألفاظ محددة تفيد وحدها على وقوع الحوالة، على خلاف إتجاه آخر الذي يرى بجواز صحة الحوالة باي لفظ يدل على معناها ومضمونها ووقوعها بالإشارة المعهودة من شخص لا يجيد الكلام، فتطبق عليها القواعد العامة في الرضائية.
(الدردير (٢٠٠٢).ص٤٢٨)

أ- مجلس العقد

يعتبر موضوع مجلس العقد من أكثر المواضيع التي شغلت الفقهاء المسلمين بشكل عام، حيث يبحث مدى ضرورة وجود وحضور طرف من أطراف العقد لمجلس العقد، وعليه سنقوم بإستعراض أبرز الآراء في الفقه الإسلامي بخصوص مجلس العقد للحوالة كالآتي:

١- الفقه الحنفي

أكد الفقه الحنفي على ضرورة موافقة المحيل على الحوالة دون اشتراط حضور مجلسها، حيث يرى ذلك الفقه بإمكانية إنعقاد الحوالة طالما وافق أي من أطرافها، ففي الحوالة المطلقة لم يشترطوا حضور المحيل إلى مجلس العقد، فتكفي موافقته على الحوالة وإن تمت خارج مجلس العقد إذا كانت بأمره، وأصبح المحال عليه يمتلك إمكانية الرجوع بما أدى على المحيل^{٣٥}، أما بخصوص المحال فاختلف الرأي:

الرأي الأول: أبي حنيفة ومحمد، يريان بأن موافقته ركناً للإنعقاد فيجب حضوره إلى مجلس العقد.

^{٣٥}الأطراف هم المحيل (المدين الأصلي)، والمحال عليه (المدين الجديد)، والمحال (الدائن).

الرأي الثاني: يرى أبو يوسف أنه لا ضرورة لحضوره وتكفي إجازته للحوالة حتى خارج مجلس الحوالة، حيث اخذ القانون المدني الأردني برأي أبي يوسف حيث تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال عليه موقوفة على إجازة المحال ، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٩٦) فقرة (٢) من القانون المدني الأردني، فإن أجازها نفذت في مواجهته بأثر رجعي يعود إلى يوم إبرامها ما بين المحيل والمحال عليه وهذا ما اكدته المادة رقم (٦٨٣) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على ما يلي : "الحوالة التي تجري بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له" وذلك لأن فيها إنتقال من ذمة إلى أخرى والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه وموافقته المعتدة قانوناً. لم يشترط الفقه الحنفي حضور المحال عليه لمجلس العقد، وهذا ما أكدت عليه المادة (٧٧٢) من مرشد الحيران التي نصت على انه: "يشترط لصحة الحوالة رضا الكل أي المحيل والمحتمل والمحتال عليه ولا يشترط حضور المحتمل عليه....."، كما ورد ذلك أيضاً في المادة (٦٨٢) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على ان "الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له لا تصح ولا تتم إلا بعد إعلام المحال عليه وقبوله". يستخلص الباحث أن الفقه الحنفي لا يشترط حضور الأطراف الثلاثة لمجلس الحوالة، حيث يكفي حضور طرفين منهم مع مراعاة ما ورد باختلافهم بخصوص موافقة المحال، حيث إنقسموا ما بين ضرورة حضوره وعدم حضوره بالنظر إلى أن موافقته يعتبر شرط نفاذ أم شرط إنعقاد، حيث إن الحوالة تنعقد منذ لحظة موافقة طرفين فيها وتصبح غير نافذة بحق الطرف الثالث، إذ إن آثارها تترتب منذ لحظة إنعقادها وليس منذ لحظة إجازتها ونفاذها، فلو كان المحيل غائباً عن مجلس العقد فتعتبر الحوالة نافذة وإن غاب المحال أو المحال عليه عن مجلس العقد فإنها تقع موقوفة، بينما في

القانون المدني الأردني لا بد من أن تقع موقوفة إن كان المحيل غائباً كون أن نص المادة (٩٩٦) فقرة (١) يؤكد أن الحوالة تنفذ إذا وافق عليها اطرافها جميعاً.^{٣٦}

الفقه المالكي والشافعي والحنبلي.

يشترط الفقه الحنبلي حضور المحيل لمجلس الحوالة، حيث أن تصورهم العام أن المحيل هو من يصدر الإيجاب بالأغلب الأعم، اما بخصوص المحال فإنهم يشترطون حضوره إلى مجلس العقد^{٣٧}، وذهب إتجاه آخر من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أن حضور المحال غير ضروري كون الحوالة قد تنشأ بإرادة المحيل وحده (إرادته المنفردة)، ويكون قبول المحال للحوالة صحيحاً حتى وإذا تم خارج مجلس العقد، اما بخصوص المحال عليه لا يرون ضرورة لحضوره إلى مجلس العقد كون موافقته لا تعتبر شرطاً للإنعقاد أو النفاذ. إتفق الفقه المالكي مع الفقه الحنبلي بضرورة حضور المحيل لمجلس الحوالة، وإختلف الفقه المالكي مع ما ذهب إليه الفقه الحنبلي بخصوص عدم ضرورة حضور المحال عليه ، مع انه ظهر إتجاه فقهي في المذهب المالكي يؤكد على أهمية حضور المحال عليه، حيث إن حجة هذا المذهب أن المحال عليه يجب ان يحضر مجلس العقد إذ قد يطعن في صحة دينه للمحيل، أو أن المحال عليه قد أوفى دينه للمحيل، وأنه برىء من ذلك الدين، وهذا منعاً من إنعقاد حوالة منطوية على غرر، لكن هذا الرأي لم يتم الأخذ به وتم التأكيد على عدم ضرورة حضور المحال عليه.^{٣٨}

^{٣٧} خصوصاً البعض من الفقه الحنبلي.
^{٣٨} إلا ان بعض أئمة الفقه المالكي الذين اوجبوا ضرورة حضور المحال عليه لمجلس الحوالة وإقرارها وهذا ما سرى عليه الفقه المالكي. (ابن قدامه (١٩٨٥). ص ٥٩)

الشروط الخاصة لصحة الحوالة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني.

ينطوي عقد الحوالة على عدة شروط لصحة نفاذه متأتية من الطبيعة الخاصة لعقد الحوالة الذي نظم بإعتباره احد العقود المسماة، وكان من أهم هذه الشروط الأهلية، التي على الرغم من كونها احد الشروط العامة لصحة العقود إلا ان لها اهمية خاصة في عقد الحوالة كالتالي:

أولاً: الأهلية.

تعتبر الاهلية من الشروط الواجبة لصحة العقود بشكل عام وعقد الحوالة بشكل خاص، وللخوض في هذا الشرط، لا بد من التفريق ما بين الأهلية للشخص الطبيعي والأهلية للشخص المعنوي، كون أن عقد الحوالة يعتبر من احد العقود المسماة التي شاع إستخدامها للأشخاص المعنويين والطبيعيين.

أ- الأهلية للشخص الطبيعي.

تعرف الاهلية بانها الصلاحية اللازمة لاكتساب الحقوق والقيام بالواجبات، وحدد القانون المدني الأردني سن الرشد بثمانى عشرة سنة شمسية^{٣٩}، أي ان يكون أحد أطراف الإلتزام أهلاً لهذا التصرف حتى يرتب آثاره بالشكل اللازم، وبخصوص الحوالة فلا بد أن يكون كلاً من المحيل والمحال عليه ممن لهم الأهلية اللازمة للتصرف، فلا يجوز أن يكون احدهم ناقصاً للأهلية أو فاقداً لها، حيث إن طبيعة الحوالة هي التي تفرض الأهلية اللازمة لأطرافها، ومثال ذلك: لو أن هناك ديناً على المحيل ولصالح المحال ولم يبلغ المحيل الثامنة عشرة من عمره ثم أتى المحال عليه وتكفل بسداد دين المحيل من دون أمر المحيل

^{٣٩} نصت المادة (٤٣ / ٢) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "وسن الرشد هي ثمانى عشر سنة شمسية كاملة".

(وعندها لا يستطيع المحال عليه العودة على المحيل)، فإن الأهلية المطلوبة للمحال عليه يجب أن تكون أهلية كاملة لأنه تصرف تصرفاً يتطلب أهلية التبرع، بينما يطلب من المحيل الأهلية اللازمة للإستدانة كأن يكون صغيراً مأذوناً^{٤٠} ، بينما يختلف الحديث عن الأهلية إن كانت الحوالة بأمر المحيل وكان المحال عليه لم يكمل سن الثامنة عشرة عندها يستطيع العودة على المحيل فيكون تصرفه دائراً ما بين النفع والضرر فيتطلب إجازة الولي لنفاذ التصرف.

(حوالة\html\www.Islamweb.com)

ب- الأهلية للشخص المعنوي.

حددت المادة (٥٠)^{٤١} من القانون المدني الأردني الأشخاص الحكميين على سبيل الحصر، وحددت الشروط الواجب توافرها فيها بالمادة (٥١) من القانون المدني الأردني، حيث إن أهلية الشخص المعنوي تبدأ بتسجيله وتتحدد بنظامه الداخلي أو بزمته المالية، ومن خلالها تكون تصرفات هذا الشخص المعنوي أو "الحكمي" صحيحة إن تواءمت مع نظامه الداخلي أو غير صحيحة إن لم تتواءم مع ذلك، وبالتالي فإن قانون الشركات الأردني حدد الحد الأدنى لرأس مال الشركات المساهمة سواءً اكانت عامة أم خاصة أم محدودة، وحدد الحد الاعلى للمديونية

^{٤٠} الصغير المأذون هو من اكمل الخامسة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة وأذن له بممارسة نوع من النشاط التجاري فمن الممكن ان يكون الأذن مطلقاً أو مقيداً بمبلغ أو بمجال عمل. أنظر المادة (١١٩) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "الولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له.....".

^{٤١} نصت المادة (٥٠) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "الأشخاص الحكمية هي:

- ١- الدولة والبلديات...
- ٢- الهيئات والطوائف الدينية
- ٣- الوقف
- ٤- الشركات التجارية والمدنية
- ٥- الجمعيات والمؤسسات...
- ٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص في القانون"

ايضاً، وبالتالي فإن تصرف شخص معنوي كمال عليه أو محيل بقيمة الدين المحال به يجب ان يكون متوائماً مع نظامه الداخلي أو مع ذمته المالية والحدود المذكورة بقانون الشركات الأردني.^{٤٢}

يستخلص الباحث ان موضوع الأهلية لدى الشخص المعنوي هو الأكثر أهمية وتعقيداً بخصوص الحوالة فالشخص المعنوي وبالأخص الشركات المساهمة مهما كان نوعها تستمد وجودها من خلال تسجيلها ومن عقد تأسيسها الذي يحدد الصلاحيات العامة لها بشكل عام، مثل نسبة الإستدانة من رأس المال، كما يحدد في عقد تأسيس تلك الشركة أو الشخص المعنوي صلاحيات المفوضين بالتوقيع في الأمور المالية على سبيل المثال، فمثلاً لو أن شركة ذات مسؤولية محدودة مثلاً كانت نسبة إستدانتها هي عشرة أضعاف رأسمالها وكان رأسمالها ألفي دينار، فإن الحد الأعلى للإستدانة هو عشرون ألف دينار فلا تستطيع هذه الشركة او الشخص المعنوي أن يكون محالاً عليه بمبلغ يفوق ذلك ما لم تلجأ الشركة (حسب) نوعها إلى زيادة الإستدانة عن طريق تعديل عقد تأسيسها والذي يتطلب عقد إجتماع هيئة عامة غير عادي مثلاً، وبالتالي فإن قيام هذه الشركة بقبول حوالة عن جهة أخرى سواءً أكانت شخصاً طبيعياً أم معنوياً يجب أن تتقيد بموجب صلاحياتها المالية واهليتها المحددة بعقد تأسيسها.

^{٤٢} أنظر المواد ٧٥-٨٩ من قانون الشركات الاردني لعام ١٩٩٧ وتعديلاته.

ثالثاً: رضا المحيل دون المحال عليه والمحال

تعتبر الحوالة منعقدة في الفقه الإسلامي بمجرد قبول المحيل والمحال الحوالة، كما تتعقد بموافقة المحال والمحال عليه، ولا يتطلب لصحتها موافقة الأطراف جميعاً وهذا أمر متأتي كون أن نظرة الفقه الإسلامي إلى موضوع الحوالة كانت نظرة مختلطة ما بين النظرة المادية وما بين تيسير إستيفاء الديون، حيث إن غاية تسديد الديون في الفقه الإسلامي تسمو على أمور عديدة، وكون أن الحق في الفقه الإسلامي لا يسقط، إلا ان بعض القوانين العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني الأردني والقانون الكويتي وبعض نصوص القانون العراقي^{٤٣} أكدت على وجوب نفاذ الحوالة بموافقة الأطراف جميعاً.

(السرخسي (١٩٩٦).ص ٢١٣)

ذهب فقه الجمهور^{٤٤} إلى إشتراط رضا المحيل والمحال، وذلك إذا كانت هناك علاقة مديونية ما بين المحيل والمحال عليه (أي يكون المحيل دائناً للمحال عليه)، فيشترط موافقته لنفاذ الحوالة بجانب رضا المحال عليه، بينما إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فإن إشتراط رضا دائنه (أي المحيل) غير ضروري كون أن المحال عليه يكون متبرعاً في هذه الحالة ولا يستطيع الرجوع على المحيل.

(الشاذلي، مصطفى (١٩٨٥).ص ٣٥)

^{٤٣} أنظر نص المادة (٩٩٦) مدني أردني والمادة (٣٢١) مدني عراقي، والمادة (٣٢٨) مدني كويتي.
^{٤٤} يقصد به هنا الفقه المالكي والحنبلي والشافعي.

يكون رضا المحيل ضرورياً عندما تكون علاقة المديونية قائمة ما بين المحيل والمحال عليه فيستطيع المحال عليه الرجوع على المحيل، وفي الأغلب لا يستطيع المحال عليه الرجوع على المحيل ما لم تكن الحوالة بأمر المحيل (أي أمر المحيل المحال عليه بضرورة إبرام الحوالة وتحويل دين المحيل على المحال عليه و لصالح المحال).

(أبن قدامه (١٩٨٥) جزء ٥ ص ٥٤)

رابعاً : أن يكون المحيل مديناً للمحال

أسس نظام الحوالة في الفقه الإسلامي كما أسلفنا على حوالة محلها الدين، حيث ينتقل ذلك الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وذلك تيسيراً لإستيفاء الدين ولإستبدال ذمة أقل يسراً بذمة أكثر يسراً، وعليه فإن أساس نظام الحوالة هو وجود المديونية ولكن أي مديونية؟ هل المديونية ما بين المحيل والمحال أم المديونية ما بين المحال عليه والمحيل؟

أجابت مجلة الأحكام العدلية عن ذلك صراحةً في المادة (٦٨٦) والتي نصت على ما يلي "لا يشترط أن يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالتة وإن لم يكن له حق على المحال دين"، أي أن نص المادة المذكورة يؤكد على أن مديونية المحال عليه لصالح المحيل ليست شرطاً لنفاذ الحوالة فتنشأ الحوالة حتى وإن لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل .

(رستم، باز (٢٠١٠). ص ٢٩٦).

ما يؤكد النص الوارد في مجلة الاحكام العدلية هو المادة (٩٩٧) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي : "يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له ولا يشترط

أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل فإذا رضي بالحوالة لزمه المحال له" وهذا النص مشابه لما ورد بالمادة ٣١٦ من القانون المدني السوري والمصري والمادة ٣٤٢ من القانون المدني العراقي^{٤٥}، وهذا تأكيد على وجوب أن يكون المحيل مديناً للمحال والذي بسببه ينشأ عقد الحوالة الذي ينقل دين ذلك المحال إلى المحال عليه فالحوالة تتم بهذه المرحلة أي بمرحلة نقل الدين فلا ينقل الدائن (المحال) بل من ينتقل هو الدين كما يتغير المدين فيصبح المحال عليه بدلاً من المحيل.^{٤٦}

(أبا النجاء، المقدسي (٢٠٠٧). ص ١٩١)

خامساً : أن يكون المحال عليه مديناً

يعتبر هذا الشرط أمراً منطقياً لنفاذ الحوالة، وذلك من باب الحماية للمحال وعدم التغير به، فلماذا يرضى المحال بحوالة يكون مدينه الجديد فيها (المحال عليه) أقل ملاءة من المحيل، وعليه فإن الملاءة تقاس من زاويتين الزاوية الأولى تتعلق بأطراف الحوالة أي ما بين المحيل والمحال عليه، فيشترط أن يكون المحال عليه مديناً أكثر من المحيل، أما الزاوية الثانية فتقاس بالدين محل الحوالة أي بمقدار الدين الناشئ ما بين المحيل والمحال، ولكن الشرط المذكور يتعلق بحالة واحدة وهي اشتراط المحال يسار المحال عليه، اما إن لم يشترط ذلك فلا تعتبر الملاءة للمحال عليه شرطاً لنفاذ الحوالة كون ان رضي المحال بالحوالة وبتغيير مدينه من المحيل إلى المحال عليه كاف لوحده لنفاذها.

^{٤٥} المكتب الفني (١٩٧٧) ص ٦٣٨
^{٤٦} اشتراط الامام الكاساني في كتابه (بدائع الصنائع) على وجوب ان تقع الحوالة برضا المحيل لانها ابراء فيه معنى التمليك، حيث اتفق المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على اشتراط رضا المحيل ووجود المديونية ما بين المحيل والمحال. (الكاساني (٢٠١٠) جزء ٦ ص ١٩)

يعتقد الباحث ان الزاوية الثانية التي ينظر بها إلى الكفاءة هي الأفضل لحماية المحال ، وهي مقدار الدين، وتوضيحاً لذلك سيضرب الباحث المثال التالي: لو أن (س) مدين لصالح (ص) بمبلغ مائة ألف دينار، ورجب (س) في تحويل دينه على (ع)، حيث كانت العناصر الإيجابية للذمة المالية ل (س) لا تتجاوز العشرين ألف دينار، بينما كانت العناصر الإيجابية ل (ع) سبعين ألف دينار، فحتى وإن أحيل دين (س) على (ع) لصالح (ص) فإن هذه الحوالة غير كافية بالنسبة ل (ص) كون أن مجمل العناصر الإيجابية للذمة المالية لـ (ع) لا تساوي قيمة الدين المترتب على (س)، ما لم يكن هناك اعتبار شخصي لصالح (ع) الذي يكفي لاداء دين الحوالة.

ج- الشروط الخاصة لنفاذ الحوالة في بعض القوانين العربية.

عند تناولنا لموضوع شروط نفاذ الحوالة في القانون المصري وبعض القوانين العربية^{٤٧} لا بد من الحديث على شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للغير حيث ان هذا الفقه عرف الحوالة كحوالة حق وبالتالي ترتبت بعض الشروط الخاصة لنفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين.

١- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين.

تنعقد الحوالة بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) دون رضا المدين (المحال عليه) لكنها لا تنعقد في حق المحال عليه إلا من تاريخ علمه بها، ويتحقق العلم بإحدى وسيلتين:

^{٤٧} كالقانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني

أ- قبول المدين للحوالة:

إختلف الفقه والقضاء في مصر على تحديد معيار لتحقيق القبول للمدين في الحوالة (هنا هي حوالة الحق)، فذهب قسم من الفقه للحديث على أن القبول هو مجرد إبداء الرغبة بالإرادة المنفردة لقبول الحوالة سواءً بشكل صريح أو بشكل ضمني، كما ذهب جانب آخر من الفقه لإعتبار أن القبول يقاس على نفس شروط ومعايير القبول الموجودة في العقود، كما ذهب جانب آخر من الفقه (إتجاه حديث نسبياً) لاعتبار أن القبول يتحقق بمجرد العلم بالحوالة، لا بل أن هذا الفقه اعتبر أن القبول واسع وفضفاض ولا يقتصرن بشكلية فمن الممكن أن يقبل المدين شفاهةً هذه الحوالة أو عن طريق ورقة مكتوبة، وعند الخلاف في تحديد وجود القبول من عدمه يقع عبء الإثبات على صاحب المصلحة بإثبات واقعة قبول الحوالة.

(ميرغني، عبد الشافي (٢٠٠٨). ص ٨٣)

يجد الباحث بأن الإكتفاء بالقبول بمجرد العلم ما هو إلا أمر مجحف بحق المحال عليه (المدين)، لأن آثار عقد الحوالة ستصيب وتؤثر على مركز (المدين) في حال حوالة الدين أو الحق، فلو كان المدين قد إستدان مبلغاً من المال من شخص معين بناءً على إعتباره الشخصي من حيث كونه قد يمهل ممدأ أكبر أو لا يطلب فائدة على تأخره بالدفع ويفاجأ المحال عليه (المدين) بوجود دائن آخر قد لا يعلم عنه شيئاً فإن ذلك الامر يعد مجحفأ بحق المحال عليه، وبالتالي فإن القبول من وجهة نظر الباحث يجب أن يقتصرن بالعناصر والأسس المقامة على القبول في العقود وفقاً للقواعد العامة مما يتواءم أكثر مع إبرازه الإرادة الصحيحة غير المعيبة للمدين بقبول الحوالة (حوالة الحق) من عدمه.

ب- إعلان الحوالة:

يعتبر الإعلان من الطرق التي تنفذ فيها الحوالة بحق المدين، والإعلان يجب أن يتم بطريق رسمي، حيث يتم فيه إثبات وقوع الحوالة وذكر أطرافها وشروطها وبياناتها الأساسية وإعلام المدين بها، فالإعلان تصرف يصدر ليس عن المحال عليه (المدين)، وإنما يصدر من المحال له والمحيل وتأكيداً لذلك إحتوت المادة (٣٠٥) من القانون المدني المصري على أن الإعلان بالحوالة يجب ان يتم بورقة رسمية تعلن للمدين بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية وهذا ما أخذ به قانون الموجبات والعقود اللبناني أيضاً، وهذا أيضاً ما أكد عليه قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٤/٥/١٩٧٦ لسنة ١٩٧٦.^{٤٨}

ما أثار إنتباه الباحث هو الحكم الذي ورد في القضاء الإنجليزي، حيث أن تكاليف نفقة إعلان الحوالة يجب أن تكون دائماً على المحيل بإعتباره المستفيد ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك وأن يكون الإتفاق مكتوباً، وهذا الأمر لم نجد له تطبيق في قرارات محكمة التمييز الأردنية او عند إستقرائنا لقرارات محكمة النقض المصرية، إذ يعزى ذلك لأن التفصيلات في الحكم القضائي الإنجليزي تغني المعرفة القانونية وتتيح للدارسين الإفادة من الحالات الجزئية التي تعمق فهم القاعدة القانونية بشكل افضل، حيث ورد ذلك في القضاء الإنجليزي في القضية ما بين Morrison Corp vs Midland foods LTD) من المجلس الأعلى للقضاء عام 2002

^{٤٨} نص القرار "إعلان إنذار المدين على يد المحضر بالوفاء بالحق المحال توطنة لإستصدار أمر أداء به متى كان هذا الإنذار مشتملاً على بيان وقوع الحوالة وشروطها الأساسية".

والمنشور في (House of Lords publications, No 479 for the year 2002 page) (1890).

(القرار منقول عن الكتاب (Turner,Chris (2004), P 413))

يستخلص الباحث مما ورد أعلاه، بأن فكرة نفاذ الحوالة إما بالقبول أو الإعلان لا تندرج تحت إرادة المدين الحرة والكاملة، حيث إن فكرة نفاذ الحوالة (حوالة الحق) مرتبطة بعلمه دون موافقته الفعلية على الرغم من أن الإعلان يجب أن يشتمل على تفاصيل هذه الحوالة ومشمولاتها، ولكن أين دور إرادة المدين في قبول وفض الحوالة !!! خصوصاً أن الحوالة قد تزرع المركز المالي للمدين (المحال عليه) أو تزرع التسهيلات الممنوحة له من قبل الدائن الأصلي (المحيل)، وعليه يجب الأخذ بما ورد في القانون الإنجليزي بما يتعلق بضرورة نفاذ الحوالة (حوالة الحق) والذي يؤكد أن الحوالة يجب أن لا تهدد المركز المالي أو الضمانات المعطاة من قبل الدائن الأصلي حيث تعتبر هذه الضمانات إن تم السكوت عنها هي الحد الأدنى الذي يجب أن يتحلى به المدين في الحوالة، ما لم يوافق المحال عليه بشكل صريح ومكتوب على التنازل عن هذه الضمانات (أنظر الحكم القضائي الوارد ما بين (Grafton Partners) (L.P vs Warehouse Coopers) والمنشورة في مجلة المجلس الأعلى للقضاء عام ٢٠٠٠ حيث صدر القرار سنة ١٩٩٩ (House of Lords Publications, No 1245).

القرار منقول عن (Blumberg and Weindling (1989), p 29-43)

ما يؤكد وجهة نظر الباحث ما ورد في كتاب (منصور، محمد حسين (٢٠٠٦). ص ٤٠٢)، حيث قال "إن علم المدين الفعلي بالحوالة لا يكفي بحد ذاته لنفاذ الحوالة في حقه بل يلزم توافر

العلم القانوني، وهذا العلم طبقاً لصريح النص لا يتم إلا بإتخاذ واحد من إجرائين معينين، الإعلان والقبول فمن المقرر أنه متى رسم القانون طريقاً محدداً للعلم فلا يجوز إستظهاره إلا بهذا الطريق، وبناءً عليه يستطيع المدين التمسك بعدم نفاذ الحوالة في حقه بعدم إعلانه بها أو قبوله بها، ولو كان يعلم بها فعلاً"، وعليه فإن الرأي المذكور يركز على أن القبول (العلم) يجب أن يأتي بعلم قانوني مرسوم حسب نص المادة (٣٠٤) من القانون المدني المصري، ولم يعاملها المشرع كواقعة علم مجردة يتم إستظهارها بوسائل الإثبات، وبالتالي فإن ما ركز عليه المشرع المصري هو تغليب الشكالية على إرادة المدين أو حتى عدم الإعتراف بعلمه الفعلي وحصره بطريقتي الإعلان والقبول واللذان لا تعبران عن الإرادة الحرة الحقيقة للمدين .

٢- شروط الحوالة بالنسبة للغير:

الغير بشكل عام هو الشخص الأجنبي عن العلاقة القانونية، ولكنه في موضوع عقد الحوالة وخصوصاً حوالة الحق هو الشخص الذي له حق خاص على الحق المحال به أي من له في ذمة المحيل حق خاص على الحق المحال به (كالرهن او الإمتياز).

(الخطيب، مصطفى (٢٠٠٩). ص ٣٧)

في هذا الإطار تتعقد الحوالة في حق الغير كما تنفذ في حق المدين، اي بقبول الغير لها أو إعلامه بها، لكن ما الفرق في الأثر القانوني ما بين الإعلان والقبول؟

ما يميز الإعلان عن القبول، انه في الإعلان يتم بورقة رسمية ثابتة التاريخ ولا يمكن الإحتجاج عليها إلا بالتزوير، بينما القبول يتم كافة الطرق الممكنة، وعليه فإن خصوصية الوضع القانوني "للغير" ومنعاً من التواطؤ ما بين المحيل والمحال عليه للإضرار "بالغير" يتطلب القضاء حتى

يعتد بقبول الحوالة بالنسبة للغير وحتى تكون نافذة بحقه أن يكون القبول صريحاً، ويجب أن يكون أيضاً ذلك القبول ثابت التاريخ، ومثال ذلك: من الممكن الإتفاق ما بين المحيل والمحال عليه بتقديم تاريخ الحوالة حتى يتم التزاحم ما بين المحال له والغير، فيكون التقدم للمحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالة سابقة لتاريخ نفاذ حوالة الغير (فلو كان الغير دائناً حاجزاً أو دائناً مرتتهناً) يقدم من هو أسبق تاريخاً وتم تأكيد ذلك في القرارات القضائية التالية الصادرة من محكمة النقض المصرية الموقرة.

(قرار رقم ١٩٨٦/٩/٤٨ منشور سنة ١٩٨٧ ص ٤٩٢٠ من منشورات محكمة النقض المصرية-الجزء الأول)

(قرار رقم ١٩٩٨/١٢٣٠ منشور سنة ١٩٩٨ ص ٣١٢٣ من منشورات محكمة النقض المصرية-الجزء الثاني)

(قرار رقم ٢٠٠٤/٣٨٩٠ منشور تاريخ ٢٠٠٥/٨/١٤ ص ٢٦١٢ من منشورات محكمة النقض المصرية-الجزء الثالث).

الفرع الثالث: تمييز الحوالة عن غيرها من النظم القانونية المشابهة

يعتبر الفقه الإسلامي وخصوصاً الفقه الحنفي رائداً في تنظيم وتفسير الحوالة، لكنه عرفها كحوالة مقيدة ومطلقة تقع على دين، حيث إعتبرها نظاماً لنقل الدين والمطالبة به من ذمة إلى ذمة اخرى، كما اعتبرها وسيلة لتيسير إستيفاء الدين بحيث تستبدل ذمة يسيرة بدلاً من ذمة عسيرة أو أقل يسيرةً في إستيفاء الدين، والامر الذي لا بد من ذكره ان المذاهب الأربعة في الفقه

الإسلامي أجمعت على وجود نظام "الحوالة"، لكن الفقه الحنفي قد تميز في تناوله وتفسيره لموضوع الحوالة دون المذاهب الأخرى، حيث قسمها لحوالة مقيدة وحوالة مطلقة، والأهمية تكمن في الإهتمام بما ورد في الفقه الحنفي كون أن القانون المدني الأردني قد تأثر بنصوص مجلة الاحكام العدلية والمأخوذة أغلب أحكامها القانونية من الفقه الحنفي^{٤٩}، حيث تطرق فقهاء المذهب الحنفي إلى إعتبار أن الحوالة تشابه الكفالة وان الحوالة تشابه الرهن وبناءً على ذلك سيقوم الباحث بالتفريق ما بين نظام الحوالة وما بين نظامي الكفالة والرهن وما بين نظام الحلول، كما تطرق فقهاء القانون إلى المقارنة ما بين الحوالة والتجديد والإنابة في الوفاء والوفاء مع الحلول، كما سيقوم الباحث بتمييز عقد الحوالة عن الحوالة المصرفية .

(عبد البر، محمد زكي (١٩٨٥) ص ٣).

-التمييز ما بين الحوالة والكفالة-

تعني الكفالة "ضم ذمة إلى ذمة في الدين او المطالبة" (أبن نجيم(بدون تاريخ)،ص٢٦٦)، وهي بالتالي تجعل الدين والمطالبة في ذمة المدين الاصلي الذي يجد ضماناً احتياطياً عن طريق الكفيل، بينما في الحوالة تعتبر "نقلاً" للدين والمطالبة من ذمة إلى اخرى، وعليه ففي الحوالة تبرأ ذمة المدين الأصلي وينتقل هذا العبء على المدين الجديد أي ينتقل من المحيل إلى المحال عليه، بينما في الكفالة يبقى المدين ملزماً بالدين والكفيل هو ذمة إحتياطية يلجأ إليها في حال تعثر المدين الأصلي . (عبد البر، محمد زكي(١٩٨٥) ص ١٠).

^{٤٩}أنظر المادة ١٤٤٨ قانون مدني اردني فقرة (١) والتي تنص على: يلغي العمل بما يتعارض مع احكام هذا القانون من مجلة الاحكام العدلية.

يرى الباحث أن نظام الكفالة هو نظام معزز لثقة الدائن في الزمة المالية للمدين ولكنه لا يعتمد عليها كلياً كون ان اللجوء إلى الكفيل يكون إحتياطياً اي عند عدم مقدرته على الوفاء بدينه، بينما في الحوالة بشكل عام يبرأ المدين الاصيلي (المحيل) ويصبح المدين الجديد (المحال عليه) هو الملزم امام الدائن (المحال) بكامل دين الحوالة (المحال به).

- تمييز الحوالة عن الرهن

يعرف الرهن بانه "حبس المال وتوقيفه في مقابل حق يمكن إستيفؤه منه"^{٥٠} حيث وردت في نصوص مجلة الاحكام العدلية كعقد مسمى.

إن الغاية من الرهن هو حبس العين او المال بحق للغير يمكن إستيفؤه من ذلك العين او المال، اي يعتبر ضماناً إضافية للدائن المرتهن والذي يضمن إستيفاء حقه عند تعثر ذلك المدين والذي أشرط بذلك الشيء المرهون (محل الرهن) ان يكون قابلاً للإستيفاء منه، أي بعبارة أخرى يمكن ان يغطي الدين، بينما في الحوالة فالأمر مختلف فغاية الحوالة هو تيسير إستيفاء الدين وليس ضماناً إضافية للدائن كما ان المدين الراهن يبقى هو و محل الرهن ضامنين لوفاء حقوق الدائن المرتهن، بينما بالحوالة تنتقل على ذمة المحال عليه كافة الحقوق إلى المحال للمطالبة بالدين منه وتبرأ ذمة المحيل كقاعدة عامة.^{٥١}

(السمرقندي (١٩٩٦)، ص ٣١٨).

^{٥٠} عرف قدري باشا الرهن في المادة (٩٧٥) من مرشد الحيران بانه "جعل شيء مالي محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بحق مالي يمكن إستيفؤه منه كلاً او بعضاً.
^{٥١} يجوز في احوال ضيقة ان يعود المحال على المحيل بما يسمى بـ "التوى" حيث سيتحدث الباحث عنها في موضع آخر.

- تمييز الحوالة عن التجديد

يقصد بالتجديد " هو تغير الإلتزام إما بتغيير الدائن وذلك عن طريق إتفاق الدائن والمدين بأن يكون شخص أجنبي هو الدائن الجديد، وإما بتغيير المدين إذا إتفق الدائن مع شخص اجنبي على ان يكون هذا الأخير مديناً مكان المدين الأصلي، وإما بتغيير الدين ذاته إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين بإلتزام جديد يختلف في محله أو حتى في مصدره".^{٥٢}

نجد ان التجديد قد يتفق مع الحوالة في ان الحوالة هي تغيير للمدين، أو تغيير (للدائن) في الفقه الذي أخذ بحوالة الحق، ولكن التجديد يختلف عن الحوالة في نقطة رئيسة هامة، كون ان التجديد يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام الأصلي وينشئ مكانه إلتزاماً جديداً، وهذا خلاف الحوالة التي تتعلق بشكل رئيس بتحويل الإلتزام من شخص إلى آخر، او بتحويل الحق من شخص إلى آخر وذلك بالنسبة للفقه الذي أخذ بحوالة الحق، وبالتالي فإن الإلتزام في الحوالة ينتقل بجميع مقوماته وضماناته وصفاته ودفوعه، وهذا خلاف التجديد الذي يحل فيه الإلتزام الجديد مكان الإلتزام الأصلي بضمانات وصفات جديدة^{٥٣}، وأكد على ذلك الامر نص المادة (١٠٠٣) من القانون المدني الاردني والتي نصت على ما يلي: "ينتقل الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة وان كان مؤجلاً تكون مؤجلة"^{٥٤}.

(السنهوري، عبد الرزاق (بدون تاريخ).ص ٤٣٩)

^{٥٢} انظر المادة ٣٥٢ قانون مدني مصري.

^{٥٣} انظر المادة (٣٥٨) من القانون المدني المصري والتي نصت "١- يترتب على التجديد أن ينقضي الإلتزام الأصلي بتوابعه، وان ينشأ مكانه إلتزام جديد.٢- ولا ينتقل إلى الإلتزام الجديد التامينات التي كانت تكفل تنفيذ الإلتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إلا إذا تبين من الإتفاق أو من الظروف ان نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى ذلك".

^{٥٤} تقابل المادة (١٠٠٣) من القانون المدني الاردني المواد ٣٢٠ من القانون المدني السوري و ٣٤٩ مدني عراقي. (المكتب الفني (١٩٧٧).ص٦٤١)

وتأكيداً لما سبق فقد ورد حكم تمييزي يتيم يتعلق بهذه المادة المذكورة والصادر عن محكمة تمييز حقوق عمان بتاريخ (١٩٨٧\١٠\٢٠) رقم (١٩٨٧\٨٨٩) والذي نص على ما يلي "إذا قبل البائع شيكاً سحب من قبل شخص ثالث (مدين للمشتري) ولأمر البائع مباشرة وذلك قيمة لثمن بضاعة التي باعها للمشتري فيكون إعطاء الشيك هو تنفيذ لحالة دين المدعي من قبل المدعى عليه وقبول الفرقاء الثلاثة بتسليم الشيك على هذا الوجه، وبما أن إعطاء الشيك لا يفيد تجديد الدين بل يبقى الدين الأصلي قائماً إلى أن توفى قيمة الشيك ولذا يرجع المدعى (البائع) على المحيل إذا أثبت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (١٠١٤) في القانون المدني، فإذا أثبتها المدعي (البائع) فله الرجوع على المشتري وإلا فلا عملاً بالمادة (١٠٠٢) من القانون المدني".

يستخلص الباحث إلى ان الحوالة أفضل من التجديد حيث انها تحتفظ بالالتزام الأصلي ولا تغيره، حيث تبقى ضماناته وصفاته فيه، فمن الممكن أن يقبل المحال عليه الحوالة كون أنها تحتوي على كفالة فيوافق على إحالة دين (المحيل) وتعززت ثقته بوجود الكفالة مثلاً، ولكن عند التجديد ينقضي الالتزام الأصلي ويتنقضي توابعه وحتى ضماناته.

- تمييز الحوالة عن الإنابة في الوفاء

الإنابة في الوفاء هي حصول المدين على رضا الدائن بالالتزام شخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين (مدني مصري، مادة ٣٥٩ فقرة ١)، حيث يتجسد الفرق ما بين الإنابة في الوفاء والحوالة انه في الإنابة بالوفاء يبقى الدين الأصلي في ذمة المدين الأصلي وينشأ بجانبه دين

جديد في ذمة مدين آخر بحيث يستقل كل من الدينان عن بعضهما في الدفع والضمانات والصفات، بينما في الحوالة ينتقل ذلك الدين من المدين الأصلي على عاتق المدين الجديد بحيث يكون المدين الجديد ملزماً بالدين بدلاً من المدين الأصلي بينما هو في الإنابة بالوفاء لا يبرىء ذمة المدين الأصلي بوفاء الدين. (السنهوري، عبد الرزاق (بدون تاريخ). ص ٤٤٠).

- تمييز الحوالة عن الوفاء بالحلول

يعتبر الوفاء بالحلول قريباً جداً من حوالة الحق حيث يعتبر وسيلة لوفاء الدين يقوم به غير المدين، فيحل من قام في وفاء الدين محل الدائن في نفس الإلتزام الذي وفاه، حيث يؤدي الوفاء إلى بقاء المدين الأصلي ملزماً بالدين. (الحكيم، عبد المجيد (١٩٦٧). ص ٣٨٥)

ويكون الحلول إتفاقياً او قانونياً، فيتطلب موافقة الموفي والمدين بالحلول الإتفاقي بينما لا يتطلب ذلك بالحلول القانوني كون مصدر إلزاميته متأثراً من احكام القانون ذاته، حيث إن القاعدة العامة تعطي للموفي حق الرجوع على المدين بما آداه ما لم يكن الموفي متبرعاً.

سكت القانون المدني الأردني عن الحديث عن الحلول في باب الوفاء وذلك على خلاف القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون العراقي والكويتي ، وخصوصاً فيما يتعلق بتحديد حالات واضحة للحلول القانوني^{٥٥}. إلا ان القانون المدني الأردني نص في المادة (٩٢٦)

^{٥٥} يحصر الفقه الحلول القانوني بالحالات التالية:

- أ- الموفي ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه وذلك حسب ما ورد بالمادة (٣٢٦/أ) مدني مصري والتي نصت على ما يلي: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الاحوال التالية:
 - إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بالوفاء عنه"
- ب- الموفي وفي دانناً مقدماً عليه وذلك حسب ما ورد بالمادة (٣٢٦/ب) مدني مصري والتي نصت على ما يلي: "إذا كان الموفي دانناً ووفى دانناً آخر متقدماً عليه بما له من تامين عيني، ولو لم يكن للموفي أي تامين"
- ت- وجود نص قانوني يقرر للموفي حق الحلول وذلك حسب ما ورد بالمادة (٣٢٦/د) مدني مصري والتي نصت على ما يلي: "إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول".

من القانون المدني على حالة من حالات الحلول القانوني كالاتي: "يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ما لم يكن من أحدث الضرر غير المتعمد من أصول او فروع المؤمن له او من أزواجه أو أصهاره أو ممن يكونون له في معيشة واحدة أو شخص يكون المؤمن مسؤولاً عن افعاله".^{٥٦}

(جمعة، عبد الرحمن. (٢٠١٠). ص (٢٧٣)

بناءً على ما سبق فإن الإختلاف ما بين نظام الوفاء بالحلول والحوالة يتلخص في الآتي:

أ- إن مصدر نشوء الوفاء بالحلول هو القانون او الإتفاق بينما هو في نظام الحوالة عقدي الصبغة (أي ينشأ بموجب إتفاق).

ب- في الحوالة^{٥٧} لا بد من رضا المدين أو إعلانه بالحوالة، بينما في الوفاء مع الحلول من الممكن ان يقع دون رضا المدين خصوصاً إن كان قانونياً.

ت- في حوالة الحق لا بد من رضا الدائن بينما هي في الوفاء بالحلول فقد يقع دون رضا الدائن.

ث- في الوفاء بالحلول لا يلتزم الدائن بضمان وجود الحق، بينما يضمنه المحيل في حوالة الحق (أي الدائن).

^{٥٦}قررت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم (٢٠٠٠/٢٧٧) والصادر بتاريخ (٢٠٠٠/٨/١٦) ما يلي: "يستفاد من نص المادة ٩٢٦ من القانون المدني بان المؤمن يحل محل المؤمن له بما دفع من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له من قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن، وعليه فإن المؤمن يحل محل المؤمن له بقدر ما دفع فقط".
^{٥٧}ونقصد بها حوالة الحق هنا.

ج- الوفاء مع الحلول يقع على دين حال غير مستقبلي بينما في حوالة الحق فيصح ان تكون واردة على حق مستقبلي.^{٥٨}

ح- يحق للموفي في الوفاء بالحلول أن يختار ما بين دعويين، إما الدعوى العينية وهي دعوى الحق الذي انتقل إليه، او دعوى الفضالة بينما في الحوالة المطلقة يختار دعوى الفضالة فقط.^{٥٩}

- تمييز عقد الحوالة عن الحوالة المصرفية

لم يرقم قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ بتعريف الحوالة المصرفية، وإنما أسندها إلى نص المادة (١٢٢) منه والتي تنص على ما يلي "إن العمليات المصرفية غير المذكورة في هذا الباب، تخضع لأحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة الناجمة عن العمليات المذكورة أو العقود التي تتصف بها هذه العمليات".

(المادة ١٢٢ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦).

إلا أننا نستطيع أخذ التعريف الوارد في قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، والذي نص في المادة (٢٣٩) فقرة (١) على تعريف الحوالة المصرفية كالاتي "عملية، يفيد البنك

^{٥٨}وتسمى عندئذ حوالة آجلة.
^{٥٩}تجيز دعوى الفضالة المطالبة بالفوائد من تاريخ الوفاء.

بمقتضاها مبلغاً من المال في الجانب المدين من حساب الأمر النقل بناءً على أمر كتابي منه،
وفي الجانب الدائن من حساب آخر " ٦٠

(مراد، عبد الفتاح (٢٠٠١). ص ٧٩٥)

نجد أن الحوالة المصرفية هي عملية بنكية تحتاج للسهولة والسرعة ولا تتلاءم مع طبيعة عقد الحوالة، كما أن عقد الحوالة يتطلب أن يكون المحيل مديناً للمحال له وبالتالي فإن ذلك أمر غير ضروري لإنجاز الحوالة المصرفية، فقد لا يتوافر عنصر المديونية كما أن هذه الحوالة المصرفية تجوز أن تتم ما بين حسابين يعودان إلى شخص واحد فقط فلا توجد وقتها حوالة بالمعنى الموجود في عقد الحوالة المدنية، وعليه فلا نستطيع أن نجزم بعلاقة الحوالة المصرفية بعقد الحوالة المدنية الذي يتطلب وجود عدة شروط وحيثيات لإنعقاده، بينما هو في الحوالة المصرفية عملية بنكية صرفة تحتاج إلى السرعة ولا تلائم طبيعة عقد الحوالة المدنية.

يستخلص الباحث ان الغاية التشريعية من الحوالة انها وسيلة لتيسير إستيفاء الدين فهي تيسر على المدين وعلى الدائن، بحيث يمكن للدائن ان يستحصل حقه من مدين موسر عن طريق نقل الدين من المدين المعسر إلى المدين الموسر بحيث يستوفي الدائن حقه، كما تعتبر أيضاً وسيلة لتوثيق الدين عن طريق إمكانية سداده من شخص آخر على الرغم من الإختلاف الذي أورده الباحث بخصوص الفرق ما بين الحوالة من جهة وما بين الكفالة والرهن من جهة اخرى (عقود التوثيق)، حيث اتت مشروعية الحوالة بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "مطل الغني ظلم

^{٦٠} انظر نص المادة (٢٥٨) فقرة (١) من قانون التجارة العراقي رقم (١٩٨٤) والتي نصت على تعريف الحوالة المصرفية كالتالي: "عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالنقل وبناءً على أمر كتابي منه، في الجانب الدائن من حساب آخر.

وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبّع"، أي انه إذا وجد الدائن مديناً غير مماتل له يستطيع إستيفاء حقه منه بملاءة اكبر فلينتقل الدين من المدين المماتل على المدين غير المماتل حمايةً "للغني" أي الدائن.

الفرع الرابع: تعريف حوالة الحق وحوالة الدين

عرف الفقه القانوني الحوالة في القرن التاسع عشر، وكان اساس ذلك الأمر هو خروج الإلتزام من نزعتة الشخصية إلى إنتقاله إلى أشخاص آخرين فنزعت الصفة الخاصة الشخصية عن الإلتزام وذلك بسبب الثورة الصناعية التي اثرت على المناحي القانونية المختلفة، وعليه فقد كان الفقه الجرمانى هو الرائد لدى الفقه القانوني الغربي في معرفة الحوالة بشقيها حوالة الحق وحوالة الدين، وعليه سيقوم الباحث بتعريف ماهية حوالة الحق وحوالة الدين كالاتي:

أولاً: حوالة الحق

لم تكن الحوالة معروفة في الفقه الرومانى بل كان ذلك الفقه متمسكاً بالصبغة الشخصية للإلتزام، حيث كان البديل لديهم إبان فترة التمسك بالصبغة الشخصية للإلتزام بما يسمى "التوكيل بقبض الدين" "Procuratio in rem suam"، حيث يستطيع ذلك الوكيل ان يقبض الدين من المدين دون حاجة لرضاه، لكن هذه الطريقة لم تثبت فعاليتها كونها لا تعتبر وسيلة آمنة وذلك لإمكانية قيام الدائن الأصلي بعزل الوكيل في أي وقت، وعليه قد يقوم المدين باداء الدين للوكيل الذي عزل قبل القبض، ومن تلك السلبية وتحسيناً لقاعدة "التوكيل بقبض الدين"

سمح القانون الروماني بجواز قيام الدائن بتحويل حقه لدائن آخر دون الحصول على رضا المدين بالحوالة، حيث ترافق ذلك مع إختفاء الصفة الشخصية للإلتزام وتحولها إلى إعتبار الإلتزام هو قيمة مالية من السهل إنتقالها من دائن إلى آخر.
(السنهوري، عبد الرزاق (بدون تاريخ). ص ٤١٧-٤١٩).

يستخلص الباحث ان القوانين الغربية عرفت مبدأ يشابه الحوالة نسبياً عن طريق ما يسمى ب " التوكيل بقبض الدين" ولكنه لم يكن نظاماً فعالاً وأمناً ثم بدأ ذلك الفقه بمعرفة نظام الحوالة كإستثناء عن القاعدة العامة التي تفرض "ان صفة الإلتزام شخصية" ولا ينتقل ما بين الافراد، حيث ان حوالة الحق هي من عرفت إبتداءً.

تطور مفهوم الحوالة السالف الذكر والذي كان يتمحور حول حوالة الحق دون معرفة حوالة الدين، ولكن بعد ذلك بفترة وضع التقنين الجرمانى الاطر العامة لحوالة الدين مترافقاً مع حوالة الحق في المواد (١٤١٤-١٤١٩) من القانون المدنى الألمانى، وتقنين الإلتزامات السويسري في المواد (١٧٥-١٨٣) حيث عرفت حوالة الدين ونظمها وافرد لها نصوصاً خاصة^{٦١}، ثم تأثرت بعد ذلك القوانين العربية بذلك.^{٦٢}

تتمحور حوالة الحق حول قيام الدائن الاصلى بنقل حقه لصالح شخص آخر غالباً ما يكون دائناً للدائن الأصيلى ويصبح المدين ملزماً بدفع الديم امام الدائن الجديد، فيقوم الدائن الاصلى (المحيل) بنقل الحق لصالح دائن جديد (المحال له) ويبقى المدين الاصلى (المحال عليه) ملزماً

^{٦١}تعرف حوالة الدين بالمصطلح القانونى الالمانى ب Schulbernahme (شفيق، شحاتة (١٩٦٢). ص ٣٥)
^{٦٢}قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المغربى والقانون المصرى

بذلك الدين امام (المحال له) أي الدائن الجديد، وبالتالي فإن حوالة الحق بالاغلب هي حوالة بعوض كون ان الدائن الأصلي (المحيل) لا ينقل حقاً له إلا سداداً لدين عليه لصالح (المحال) أي دائن الدائن الاصيلي، وهذا ما عرفه الفقه الجرمانى إذ لا يعترف بوجود حوالة حق دون عوض حيث ان اساس نشوء الحوالة كان بسبب تشعب المعاملات المدنية ووجود عدة علاقات قانونية متداخلة أدت إلى ان حوالة الحق تساعد في حل الكثير من الإشكالات المتعلقة بالإلتزام.

(شفيق،شحاته (١٩٦٢)ص ٣٤)

يستخلص الباحث ان النظرة المادية للفقه الجرمانى هي الطاغية حتى في موضوع الحوالة وذلك لان ذلك الفقه قد تأثر بالفقه الرومانى بشكل كبير حيث كان القانون الرومانى قانوناً ذا طبيعة مادية بحتة فانعكس ذلك على حوالة الحق التي جاءت كوسيلة لسداد الديون وذلك عندما يكون شخص (المحيل) دائناً للمحال عليه (المدين في دين الحوالة) ومدينناً للمحال له (الدائن الجديد)، ولذلك لم يعترف الفقه الجرمانى بالحوالة (حوالة الحق) دون مقابل، بينما في الفقه الإسلامى فقد كانت النظرة المادية أقل تشدداً حيث أن الحوالة شرعت تيسيراً لإستيفاء الديون^{٦٣} ولكنها من الممكن ان تأتي بدون عوض.^{٦٤}

^{٦٣}الدى الحنفية فقط بينما لدى الشافعية والحنابلة والمالكية يجب ان تكون بعوض.
^{٦٤}(الزحيلي، وهبة (٢٠٠٢).ص)٣٢٣٤ والذي قال: ثم اتجه التشريع الالمانى إلى الاخذ بالنظرية المادية التي تعتبر الإلتزام علاقة مادية بحتة، فلا تجيز الإلجبار، وإنما يبحث الدائن عن مال المدين.....)

يرى كثير من الفقهاء والقانونيين بأن حوالة الحق معروفة لدى الفقه الإسلامي، فما مدى دقة ذلك الطرح!، هذا ما سنحاول الإجابة عنه في التساؤل التالي: هل عرف الفقه الإسلامي حوالة الحق؟

عرف الفقه الإسلامي الحوالة كحوالة مقيدة او مطلقة تقع على دين وكان الفقه الإسلامي مضطرباً بخصوص حوالة الحق، فلم يسلم المذهب الشافعي والحنبلي والحنفي بحوالة الحق نهائياً، بل إعترف الفقه المالكي بها بحدود معينة لا تصل إلى مفهوم حوالة الحق الموجودة بالفقه القانوني الحديث، وهذا ما يراه دكتور حسن ذنون وهو يقول "...والشريعة الإسلامية اقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأي معظم الفقهاء"، ويعتبر الكثير من الفقهاء ان حوالة الحق قد عرفها الفقه الإسلامي على شكل بيع الدين او هبة الدين، ومع ذلك سيقوم الباحث بإستعراض آراء المذاهب الفقهية الإسلامية بخصوص "حوالة الحق":-

أولاً: المذهب الحنفي، ما ميز المذهب الحنفي عن باقي المذاهب الفقهية الأخرى بخصوص الحوالة انه قسم الحوالة إلى حوالة مقيدة ومطلقة ولم يعرف سوى نظام حوالة يقع على دين، حيث يشترط لنفاذ الحوالة رضا الاطراف جميعاً (دائن ومدين أصلي ومدين جديد)، كما تجوز الحوالة برضا الدائن (المحال له) والمدين الجديد (المحال عليه) ولكن في هذه الحالة لا يرجع المحال عليه على المدين الأصلي، حيث ان إتفاق المدين مع المحال عليه على الحوالة دون رضا الدائن (المحال له) لا يكفي، ولا تنعقد الحوالة إلا من وقت رضاه (المحال عليه) وليس بأثر رجعي، بينما لم يقم الفقه الإسلامي وخصوصاً المذهب الحنفي في التفصيل بخصوص موضوع حوالة الحق إذ بنيت نظرية حوالة الحق على النظرة المادية التي أئسم بها الفقه

الجرماني، بينما هي مختلفة بعض الشيء لدى الفقه الإسلامي، كما ان أحكام بيع الدين في الفقه الإسلامي محرمة وهي هذه الاحكام تشابه حوالة الدين التي تكون دائماً حوالةً بعوض (الذنون، حسن (بدون تاريخ). ص ٢٠٧-٢٠٨)، وسيقوم الباحث من باب التوضيح بتحديد صور ذلك العوض كالتالي:-

العوض قد يأخذ أحد الصور التالية: الصورة الأولى، إما ان يكون الدائن الاصيلي (المحيل) مديناً للدائن الجديد (المحال له) فيستوفي ذلك الدائن الجديد حقه من مدين الدائن الاصيلي (أي يستوفي المحال له دينه من المحال عليه)، الصورة الثانية، أن يقوم الدائن الأصلي (المحيل) بتحويل حقه لصالح الدائن الجديد (المحال له) ويدفع له عوضاً عن ذلك التأخير غالباً ما يقترن بالفوائد، الصورة الثالثة، أن يكون الدين المترتب على الدائن الأصلي (المحيل) لصالح (المحال له) مائة ألف دينار اردني مثلاً ويقوم بتحويل الدين الذي للمحيل على المحال عليه (المدين) والذي يبلغ مائة وعشرة آلاف دينار لصالح الدائن الجديد (المحال له) فيقوم المحال له بأخذ مائة وعشرة آلاف دينار بدلاً من مائة ألف دينار فتكون تلك العشرة آلاف دينار عوضاً للمحال له لرضاه بتحويل حقه المترتبة على المحيل إلى المحال عليه.

(ذنون، حسن و رحو، محمد (٢٠٠٤). ص ١١٣)

ثانياً: المذهب الشافعي والحنبلي، يرى ذانك المذهب ان حوالة الحق غير موجودة في الفقه الإسلامي وإنما عرفت على شكل حوالة تقع على دين، لكنهم لم يعترفوا بوجود الحوالة المطلقة وإنما اعتبروا ان الحوالة دائماً تكون مقيدة بدين او عين لصالح المحيل في ذمة المحال عليه حتى تنتقل إلى المحال له، وذلك لأنهم يعتبرون أن اساس الحوالة هو أن تكون بعوض، لكنهم

أكدوا على ان الحوالة هي حوالة تقع على دين دين كما أتت بصريح الحديث النبوي الشريف
"مطل الغني ظلم....." ، وعليه فإن ذاك المذهب يعترفان بوجود حوالة الدين دون الحق.

(الزحيلي، وهبة (٢٠٠٢)، ص ٣٢٣٤)

يعزى السبب الرئيس لعدم الإقرار ببيع الدين او بحوالة الحق وذلك لإعتبار ان الدين ذاته
غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه، وتم تداخل ذلك مع عقد حوالة الحق الذي جعل فيه محله
(الحق) بالنسبة للدائن و (الدين) بالنسبة للمدين شيئاً مقدور التسليم وهو ليس كذلك.

(العيسوي، أحمد (٢٠٠٨)، ص ١٠١٤-١٠١٦)

يستخلص الباحث ان حوالة الحق بعوض والتي تكون إحدى صورها دفع مبلغ مالي
يتجاوز قيمة المديونية التي يرغب المحيل نقلها على عاتق المحال عليه هي أمر باطل ومحرم
كونها تشترك مع بيع الدين، وهذه هي الصورة الغالبة لحوالة الحق في الفقه الغربي وبعض
القوانين العربية.^{٦٥}

ثالثاً: المذهب المالكي، يسلم المذهب المالكي نسبياً بوجود حوالة الحق بحدود أنها أحد تطبيقات
بيع الدين التي حرمت في الشريعة الإسلامية، إلا أنهم رخصوا بإستعمالها وفق ضوابط شرعية
معينة كونها تعتبر إستثناءً على تحريم بيع الدين كونها ضرورة يلجأ إليها في أحوال معينة، ومن
اهم هذه الضوابط أن يكون الدينان متساويين أي الدين المترتب في ذمة المحال عليه لصالح

^{٦٥} القانون المدني المصري، قانون الموجبات والعقود اللبناني، القانون المدني المغربي.

المحيل والدين المترتب في ذمة المحيل لصالح المحال له، هذا ينافي أصل حوالة الحق التي تعتبر في مثل هذه الحالة من دون عوض مما يهدد تكوينها وماهيتها.

(الشرقاوي، المعز (٢٠٠٩)، ص ٢٧)

إن رأي المذهب المالكي بخصوص حوالة الحق جاء تحت ما يسمى بـ "هبة الدين أو بيع الدين" حيث يشترط لإنعقاد "هبة الدين" الشروط التي يجب توافرها بالهبة وخصوصاً أهلية التبرع كون الهبة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بصاحبها^{٦٦}، حيث من الممكن إنعقادها دون رضا المدين أي (المحال عليه)، كما يشترط ما يسمى بالإذن بالقبض ويتم إثباته بالشهادة أو بتسليم سند الدين، أي بعبارة أخرى يجب أن يمتلك المحال له الإذن بقبض دين المحيل من المحال عليه، أما بخصوص بيع الدين فمن الممكن إنعقادها دون رضا المدين أي (المحال عليه)، حيث تعتبر حوالة الحق من عقد المعاوضة وبالتالي يجب ان تتوافر فيها شروط إنعقاد البيع بشكل عام، كما يجب أن يقوم المدين بإقرار وجود حق للدائن، حيث لا يجوز بيع حق متنازع فيه.

(أبن مالك (٢٠٠٤)، ص ٣٥٣).

عرفت حوالة الحق في القانون الأردني عن طريق التظهير في الأوراق التجارية خصوصاً أن تداول الشيك قد يخضع إلى أحكام الحوالة في القانون المدني الأردني، حيث لا يخضع ذلك الشيك إلى أحكام التظهير الواردة في الأوراق التجارية، حيث أن تداول الورقة التجارية يتم

^{٦٦} انظر المادة رقم (١١٨) من القانون المدني الاردني والتي تنص على ما يلي: "تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً".

بالتظهير^{٦٧}، حيث يكفي التوقيع لصاحب الحق على ظهر الورقة التجارية أو أية ورقة متصلة بها المادة (٢١٤) من قانون التجارة الأردنية لعام ١٩٦٦، فيصبح الشخص المظهر له صاحب الحق في الورقة التجارية، ولكن هل تتناسب عملية تظهير الشيك ونقل الملكية من المظهر إلى المظهر إليه مع أحكام الحوالة في القانون المدني الأردني؟

كما نعلم أن المعاملات التجارية تتطلب عنصرى السرعة والإئتمان، وهي بذلك الحال غير متوافرة في المعاملات المدنية، حيث تنتقل الملكية في التظهير بالورقة التجارية بالمناولة والتوقيع من قبل المظهر كما أسلف الباحث، لكنه حسب أحكام الحوالة في القانون المدني الأردني لا بد لإنتقال الحوالة إعلان المدين بورقة رسمية ثابتة التاريخ، وذلك سنداً للمادة (١٠١٥) من القانون المدني الأردني وهذا الإجراء بطيء بالمقارنة مع طبيعة تداول الشيك كورقة تجارية.

(الحجة، أمير (٢٠٠٨) ص ١٣٦)

في ضوء ما سبق لا بد من التمييز ما بين تداول الشيك كورقة تجارية وتداوله وفق أحكام حوالة الحق؟

١- تنتقل الملكية في تداول الشيك كورقة تجارية بموجب توقيع المظهر على ظهر الشيك أو ورقة متصلة به ومناولته للمظهر إليه، بينما تتطلب أحكام الحوالة في القانون المدني أنه لا بد الإعلان عن الحوالة بوثيقة رسمية ثابتة التاريخ حتى تنتقل الملكية من المظهر إلى المظهر إليه.

^{٦٧} ويسمى التظهير تجبير أيضاً.

٢- من خلال تداول الشيك كورقة تجارية يترتب على المظهر الضمان التام بمجرد توقيعه (كون أن ضمان المظهر هو أحد أهم وسائل الإئتمان في الشيك)، بينما الحوالة في القانون المدني المحيل (المظهر) لا يضمن سوى وجود الحق وقت إبرام الحوالة فلا يضمن أكثر من ذلك ما لم يرد نص أو إتفاق مسبق عند إبرام تلك الحوالة.

٣- من خلال تداول الشيك كورقة تجارية يظهر مصطلح (التظهير يطهر الدفع) والذي يعني عدم إمكانية الإحتجاج ضد المظهر إليه بالدفع التي يستطيع ان يدفع بها المظهر في مواجهة الغير شريطة أن يكون المظهر إليه حسن النية، بينما في الحوالة المدنية تؤدي إلى نقل الحق المحال به كما هو (أي بدفوعه وضمائنه)، فيبقى حق المحال له أمام المحيل قائماً بالدفع في أي دفع يظهر بالحوالة أي بعبارة أخرى للمحال له الحق بجميع الدفع التي كانت له في مواجهة المحيل.

(سامي، محمد (١٩٩٩) ص ١٢٧).

الحالات التي يخضع بها تداول الشيك لأحكام الحوالة المدنية:

الصورة الأولى: ما ورد بالمادة (٢٤٣) فقرة (١) من القانون التجاري الأردني لسنة ١٩٦٦ حيث نصت على ما يلي "التظهير اللاحق للإحتجاج، أو الحاصل بعد إنقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك، لا ينتج سوى آثار الأحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة بالقانون المدني"، حيث

أن التظهير الذي يقع بعد الإحتجاج بالوفاء أو بعد تقدم الشيك كورقة تجارية^{٦٨} يجعله خاضعاً على أحكام القواعد الواردة في أحكام حوالة الحق في القانون المدني الأردني.

الصورة الثانية: الشيك الذي يخلو من عبارة (لأمر) أو آية عبارة تفيد نفس المعنى حيث يمنع من التظهير وفق أحكام قانون التجارة بل يخضع في تداوله إلى أحكام حوالة الحق وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣٩) من قانون التجارة الأردني كالاتي "الشيك المشروط دفعه إلى شخص مسمى والمدونة فيه عبارة (ليس أمر) أو آية عبارة أخرى مماثلة يخضع تداوله لأحكام حوالة الحق المقررة بالقانون المدني دون غيرها".

(عطير، عبد القادر (١٩٩٨). ص ٥٥١)

إذا تم تجبير الشيك للمدعي بعد إنقضاء المدة التي يجب تقديمه خلالها للوفاء والمحددة بـ (٣٠) يوماً حسب نص المادة (٢٤٦) تجارة فلا يكون لهذا التظهير إلا آثار حوالة الحق المقررة بالقانون المدني عملاً بنص المادة (١٢٣٤) تجارة وبناءً على ذلك فإذا لم يثبت أن المدعى عليه "الساحب" الذي له صفة المحال عليه في حوالة الحق الناشئة عملية تجبير الشيك قد رضي ووافق على هذه الحوالة فلا يرتب هذا التظهير آثاره في حوالة الحق موضوع الشيك ولا تكون هذه الحوالة نافذة بحقه وبالتالي يكون الحكم القاضي ببرد الدعوى عنه لهذه الأسباب متفقاً وأحكام القانون.

(مجلة نقابة المحامين (١٩٩٢). تمييز حقوق رقم (٩٠/١٤)).

^{٦٨} أنظر المادة رقم (٢٤٦) من قانون التجارة الأردني والذي يحدد المدة التي يجب أن يقدم فيها الشيك للوفاء وهي ٣٠ يوم.

كما من الممكن أن تطبق حوالة الحق في سندات الشحن حيث من الممكن تظهيرها لشخص جديد (يسمى مظهراً إليه)، حيث يتضمن سند الشحن مديناً (المرسل إليه) ليدفع قيمة بضاعة شريطة أن تكون موافقة لعقد الشحن البحري، وعليه يستطيع من له الحق بتظهيره للمحال له (المظهر إليه)، وعليه فإن الحق في سند الشحن ينتقل من المحيل إلى صالح المحال له، ولكن في رأي للباحث أن سند الشحن إن صدر (غير نظيف) أي بوجود ملاحظات على البضاعة عند فحصه قد يؤدي إلى صعوبة تظهيره للمحال له ما لم يوافق عليه ولكن في الواقع العملي يصعب قبول المحال له (الدائن الجديد) لسند شحن غير نظيف.

(ياملكي، أكرم (٢٠٠٦). ص ٣١٤)

ثانياً: حوالة الدين

بدأت فكرة حوالة الدين تتبلور من خلال الفقه الألماني حيث تأثر هذا الفقه بالنظرية المادية البحتة للإلتزام ذاته، وبالتالي طالما هنالك قبول لإجراء الحوالة فلا ضير من تحويل الدين على شخص آخر وذلك حتى يستوفي الدائن حقه، اما بالنسبة للتشريع الروماني فإنه لم يجز الحوالة سواء أكانت حوالة دين أم حوالة حق، ويعزى ذلك إلى النظرة الشخصية للإلتزام التي توغلت في شخصنة الإلتزام لطريقة مبالغ بها^{٦٩}.

(الزحيلي، وهبة. (٢٠٠٢). ص ٣٢٣٤)

^{٦٩} حيث أعطت النظرة الشخصية للإلتزام الحق للدائن بحبس مدينه ومضايقته وأخذ حقه منه ولو بالقوة، ثم أصبحت الدولة تتدخل نيابة عن هذا الدائن في فرض الوسائل التنفيذية لإستيفاء حق الدائن من المدين ذاته.
(السنهوري، عبدالرزاق (٢٠٠٤). ص ٦١)

اما بالنسبة للفقہ الإسلامي فإنه جعل الإلتزام علاقة مادية بحتة إما بالمال ذاته كما في المدین، أو حتى بقيامه بالعمل كالأجير، مع مراعاة وجود الصفة الشخصية للإلتزام من دون المبالغة فيها، أي ان الفقہ الإسلامي أخذ موقفاً متوازناً ما بين النظرة الجرمانية للإلتزام^{٧٠}، وما بين النظرة الشخصية للإلتزام وفق التشريع الروماني، حيث إن مبررات أخذ الفقہ الإسلامي بالنظرة الشخصية للإلتزام تتمحور حول منع المدین من إخفاء ماله أو إمتناعه عن الوفاء بدينه، ولكن الفقہ الإسلامي خفف من النظرة الشخصية للإلتزام فلم يجز قيام الدائن بإستيفاء حقه مباشرة من المدین بل لا بد أن يتم ذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء ذاته.

(الزرقا، مصطفى (٢٠٠٥). ص ٥٥)

أخذت بعض القوانين العربية كالقانون المدني السوري والقانون المدني المصري موقفاً معتدلاً من النظرة للإلتزام^{٧١}، وبالتالي أتفق موقف تلك القوانين العربية مع موقف الفقہ الإسلامي الذي إتخذ أيضاً موقفاً متوازناً من تلك النظرية، إذن يستنتج الباحث انه وعلى الرغم من تاثر القوانين العربية (المصري والسوري) بالفقہ الجرمانى بخصوص حوالة الدين^{٧٢}، إلا ان تلك القوانين لم تنساق وراء النظرة المادية للإلتزام التي أخذ بها الفقہ الجرمانى وإنما بقيت متوازنة، وخيراً فعلت هذه القوانين إذ أن الإلتزام بحد ذاته يجب أن يحتوي على النظرة الشخصية خصوصاً إن

^{٧٠} يعتبر القانون الجرمانى من اكثر القوانين التي تأثرت بالنظرة البحتة للإلتزام بإعتباره علاقة مادية صرفة لا تتضمن جانباً شخصياً، حيث ان الفقہ الجرمانى لا يضم الفقہ الألماني فقط وإنما الفقہ السويسري والنمساوي أيضاً.

^{٧١} إذ ان هناك إتجاهين عامين للإلتزام أحدهما شخصى والآخر مادي، ويعزى الباحث رأيه بإتخاذ تلك القوانين موقفاً متوازناً، بسبب ان القانون المدني السوري والقانون المدني المصري تأثرا بمنهج القانون المدني الفرنسي بشكل عام الذي يحتوي منهجاً شخصياً للإلتزام كون ان احد مصادره التاريخية هو القانون الروماني، كما تأثرا بالفقہ الجرمانى بشكل خاص فيما يتعلق بحوالة الدين، وبسبب ذلك اتى موقف تلك القوانين متوازناً ما بين الإتجاهين.

^{٧٢} السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٤). ص ٨٢

كثيراً من علاقات المديونية تقوم على الاعتبار الشخصي الذي يستلزم موافقة المدين والدائن على انتقال الدين إلى المحال عليه.

بعد إستعراض الباحث للرؤية العامة لحوالة الدين في القانون الروماني والقانون الجرمانى وبعض القوانين العربية^{٧٣} وموقف الفقه الإسلامى، وبيان النظرة للإلتزام، فإن الباحث سيقوم بتعريف حوالة الدين وبيان مقوماتها الرئيسية في الفقه الإسلامى وفي الفقه المقارن كالتالى:

أ- حوالة الدين وفقاً للفقه المقارن.

تعتبر حوالة الدين من العقود المسماة التي قام المشرع بإفراد احكام خاصة لها حيث عرفت بعد حوالة الحق لدى هذا الفقه^{٧٤}، حيث تتمحور فكرة حوالة الدين على وجود إتفاق ما بين المدين مع شخص اجنبي لقيام هذا الاخير بتحمل دين و دفعه لصالح الدائن (دائن المدين الأصلي)، ويحل المدين الجديد مكان محل المدين الأصلي بجميع خصائص الدين ومقوماته ودفوعه، حيث يسمى المدين الأصلي (محيلاً)^{٧٥}، لانه يقوم بتحويل الدين على المدين الجديد الذي يسمى محالاً عليه^{٧٦}، ويسمى الدائن محالاً^{٧٧}، فتتم حوالة الدين أصلاً بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي (المحيل)، وعندها تبر ذمة المدين الأصلي في مواجهة المحال^{٧٨}.

^{٧٣} القانون المدني المصري والقانون المدني السوري
^{٧٤} عرف القانون المدني المصري حوالة الحق منذ بداية القرن التاسع عشر لكنه لم يكن يعرف حوالة الدين إلا بعد إقرار القانون المدني المصري عام ١٩٤٩.

^{٧٥} يسمى المحيل باللغة الفرنسية (Cedant).

^{٧٦} يسمى المحال عليه باللغة الفرنسية (Cessionnaire)

^{٧٧} يسمى المحال له باللغة الفرنسية (Cede) مع ان تسميته الأصلية هو محالاً ولكن القوانين المدنية قامت بتسميته محالاً له.

^{٧٨} شيرون، محمد صادق فهمي (١٩٣١). ص ٦٦) منقول عن (السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٤). ص ٥٥٢.

تتعقد الحوالة وفقاً للشروط العامة للعقد من حيث ركن التراضي والمحل والسبب والاهلية، ولكن الشروط الخاصة للإنعقاد تتمثل في موافقة المدين الأصلي (المحيل) والمحال عليه (المدين الجديد) حيث نص القانون المدني المصري على ما يلي: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين"^{٧٩}، كما يجب ان يقوم المحال (الدائن) بإقرار الحوالة كما لا يجبر الدائن على قبول الحوالة بل له حق رفضها وعندها لا تعقد الحوالة بحقه ولا تنفذ، ومن الممكن ان تنفذ بموافقة الدائن (المحال) والمدين الجديد (المحال عليه) وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢١) من القانون المدني المصري^{٨٠}. يترتب على نفاذ حوالة الدين في الفقه المقارن أن يبرأ المدين الأصلي من الدين ويصبح المدين الجديد هو المسؤول عن وفاء ذلك الإلتزام في مواجهة الدائن، أي يحل المحال عليه مكان المحيل في الدين العائد للمحال فينتقل هذا الدين من المحيل إلى المحال عليه بكافة خصائصه ودفعه ومزاياه، حيث ان البراءة براءة نهائية وقت نفاذ الحوالة، ومثال ذلك: أن المحال عليه إذا أصبح معسراً بعد نفاذ الحوالة فلا يستطيع المحال الرجوع على المحيل ما لم يكن المحيل قد ضمن يسار المحال عليه عندها، ولكن الباحث يرى من وجهة نظره انه في حال نشوء الحوالة باتفاق المحال والمحال عليه فإن براءة المحيل نهائية دون شروط، اما عندما تنشأ الحوالة ما بين المحيل والمحال عليه ويقرها المحال فإن البراءة نهائية مشروطة بعدم ضمان المحيل يسار المحال عليه.^{٨١}

^{٧٩} يقابل النص الوارد في القانون المدني المصري المادة (٣١٥) من القانون المدني السوري، والمادة (٣٠٢) من القانون المدني الليبي والمواد (٣٣٩/٣٤٠/٣٤١/٣٤٢/٣٤٣/٣٤٤) من القانون المدني العراقي والمواد (١/٢٨٧ و ٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني. (السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٤)، ص ٥٦٢).

^{٨٠} نصت المادة (٣٢١) من القانون المدني المصري على ما يلي: "يجوز أيضاً ان تتم حوالة الدين بغتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا العقد يحل محل المدين الأصلي في إلتزامه".
^{٨١} راجع السنهوري عبد الرزاق. (٢٠٠٤)، ص ٥٦٠ ولغاية ٥٨٨.

ب- حوالة الدين في الفقه الإسلامي.

تتمثل حوالة الدين في الفقه الإسلامي في نقل الدين والمطالبة به من ذمة المدين إلى ذمة المدين الجديد، حيث عرفت لدى المذاهب الفقهية الأربعة تحت مسمى الحوالة المقيدة، أما بالنسبة للفقه الحنفي فتم تصورهما بانها من الممكن ان تكون حوالة مقيدة او مطلقة^{٨٢}. يترتب على نفاذ الحوالة لدى الحنفية براءة مؤقتة للدين من قبل المدين الأصلي (المحيل) ويجوز للمحال عليه العودة إلى المحيل بالدين في حال إفلاس المحال عليه حسب وجهة نظر صاحبي الإمام أبي حنيفة او في حال موت المحال عليه مفلساً، او عند جوده او إنكاره للحوالة، بينما لدى غير الحنفية يبرأ المحيل براءة نهائية بالحوالة، إلا في حال وجود تغيير كالإحالة على شخص مفلس، فلدى المالكية يجوز الرجوع على المحيل^{٨٣} حيث تنعقد الحوالة بالنسبة للحنفية بالإيجاب والقبول^{٨٤} بالنسبة للطراف جميعاً كقاعدة عامة وهذا ما اخذت به المادة (٩٩٣) من القانون المدني الأردني^{٨٥}، أما بالنسبة للحنابلة والظاهرية فيشترط رضا المحيل فقط أما المحيل والمحال ملزمان بقبول الحوالة، بينما لدى المالكية والشافعية يشترطان رضا المحيل والمحال فقط دون المحيل، وهذا ما لا يشابه موقف الفقه المقارن بخصوص حوالة الدين حيث انها تنعقد بموافقة المحال والمحال عليه، والسبب في ذلك الامر أن الحوالة هي مجرد تفويض بالقبض من قبل المحال عليه خصوصاً أن الحوالة بالنسبة للشافعية والمالكية هي حوالة مقيدة أي ان هناك حقاً

^{٨٢} عرفت حوالة الدين لدى بعض الفقه الإسلامي (غير الحنفية) بانها: "عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة" (فتح القدير. ص ٤٤٥)
^{٨٣} يجوز لدى المالكية أيضاً الرجوع على المحيل إن قام المحال له وأشترط يسار المحال عليه ووافق المحيل على ذلك. (الزحيلي، وهبة (٢٠٠٢). ص ٣٢٣)

^{٨٤} لدى الحنفية لا بد ان تقع الحوالة بموافقة المحيل والمحال عليه والمحال له، خصوصاً أن الإعتبار الشخصي قد يكون حاضراً لدى المحال له بعدم رغبته في تغيير مدينه، كما ان الذمم متفاوتة ومتغيرة فلا بد من موافقته
^{٨٥} انظر نص المادة ٦٧٣ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٨٧٦ من مرشد الحيران، ويقابلها المواد ٣١٥ من القانون المدني المصري والسوري والمادة ٣٣٩ من القانون المدني العراقي. (المكتب الفني (١٩٧٧). ص ٦٣٦).

او عيناً او مال مقيدة به الحوالة ما بين المحيل والمحال عليه فيكون المحال عليه مديناً للمحيل
بالمال المقيدة به الحوالة.^{٨٦}

المحور الخامس: الحوالة المقيدة و المطلقة والآجلة.

تعرف الحوالة في الفقه الإسلامي من الناحية اللغوية بانها "النقل" سواءً من مكان إلى مكان
أو من شخص إلى آخر، حيث تفيد الحوالة النقل والإبراء بشكل عام، حيث ان ما يميز الحوالة
في الفقه الإسلامي انها قسمت كحوالة مقيدة وكحوالة مطلقة والسبب في ذلك ان الحوالة في الفقه
الإسلامي تعرف كحوالة دين فقط وبالتالي تم التعمق في تقسيم الحوالة لتكون حوالة دين مقيدة
وحوالة دين مطلقة.

(ابن الهمام (٢٠٠٣).ص ٣٥١)

مرّ تعريف الحوالة في الفقه الإسلامي بمرحلتين هامتين الأولى: تتعلق بالخلط ما بين وظيفة
الحوالة كنقل للدين والمطالبة وما بين إعتبار وظيفتها الاساسية كتوثيق وضمانة للدين فتم
تعريفها كالآتي "نقل الدين من ذمة إلى اخرى على سبيل التوثيق به".

(البابرتي (١٩٨٩). ص ٤٤٣).

كما مر بالمرحلة الثانية: حيث تم تعريفه بانه "نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة
المحال عليه" حيث أخذ المذهب الحنفي هذا التعريف وتبناه المشرع الأردني^{٨٧}، حيث تضمنت
هذه المرحلة العناصر الرئيسية للحوالة بإعتبارها "نقل" للدين والمطالبة به من ذمة إلى أخرى.

^{٨٦}الخلاصة ان رضا المحيل مشروط في كل المذاهب اما رضا المحال له والمحال عليه مختلف ما بين المذاهب. (الزحيلي، وهبة (٢٠٠٢).ص
٣٢٣٦)

تقسم الحوالة في الفقه الإسلامي كما اسلفت إلى حوالة مقيدة وحوالة مطلقة، حيث يتم النظر إلى نوع الحوالة من خلال مدى تقييد محلها من عدمه بعين او رهن، وبالتالي اختلفت نظرة الفقه الإسلامي عن الفقه الحديث في تقسيمها من حيث نوع الحق او الدين (المحل) المراد نقله، وعليه سيقوم الباحث ببيان مفهوم الحوالة في الفقه الإسلامي بنوعيتها الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة.

١- الحوالة المقيدة.

يقصد بها الحوالة التي يلتزم فيها المحال عليه بوفاء المحال مما عنده من مال لصالح المحيل، وهذا ما اكدته المادة (٩٩٥) فقرة (٢) من القانون المدني الاردني والتي نصت على ما يلي "٢- فالحوالة المقيدة هي التي تقيد بادائها من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه او من العين التي في يده امانة او مضمونة"^{٨٨}، حيث من الممكن ان يكون هناك رهن لصالح المحيل على عين للمحال عليه أو امانة موجودة عند المحال عليه لصالح المحيل، وبالتالي فإن كانت الحوالة قد قيدت بالدين الموجود في ذمة المحال عليه لصالح المحيل سميت حوالة دين مقيدة ولو كان المال الموجود لدى المحال عليه رهناً فتسمى حوالة برهن أو عين، وإذا كان المال العائد إلى المحيل مغصوباً من المحال عليه تكون الحوالة غير مضمونة.

(أبن الهمام (٢٠٠٣)، ص ٣٥٤)

^{٨٧} أنظر المادة ٩٩٣ من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه".
^{٨٨} أنظر المادة (١١٠٨) فقرة (٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، انظر المادة (٨٩٦) فقرة (١) من مرشد الحيران.

يجب التأكيد على نقطة بالغة الأهمية تتعلق بالحوالة المقيدة، حيث أن التقييد بالحوالة ليس الاصل إنما يجب ذكره صراحةً في الحوالة، فليس من الضروري أن تكون الحوالة المقيدة قد قامت إذا احال المحيل الدين على المحال عليه إن كان المحال عليه مدينًا للمحيل، لا بل يجب ان يذكر المحيل أن الحوالة على عاتق المحال عليه بالعين التي وضعها المحيل أمانةً عند المحال عليه، اي يجب التحديد اما إذا اطلقت الحوالة فتعتبر مطلقة لأنها الأصل.

ولكن السؤال الذي يثور: هل يجب أن يكون المال الموجود في يد المحال عليه مساوياً لقيمة دين الحوالة (المال المحال به) ؟

يرى الباحث أن القيمة للمال المحال به ليست مدار الاهتمام كون أن المال المحال به في الحوالة المقيدة إن كان أكثر من قيمة الحوالة ورضي المحيل بإحالتها لصالح المحال فإنه يتحمل المحيل ذلك ويعتبر أنه قد رضي بذلك، أما لو أن قيمة المال المحال به اقل من قيمة دين الحوالة وعلم المحال بذلك وقبل الحوالة على علمه بنقصان قيمة المال المحال به في الحوالة المقيدة عن القيمة الفعلية لدينه على المحيل فإنه يعتبر قد رضي بها فتبرأ ذمة المحيل امام المحال، ما لم يشترط ايهما أمراً آخر، أي أنه من الممكن أن يشترط المحيل على المحال عليه بأن يقوم بنقل الدين فقط في حدود دين الحوالة فلو كانت لدى المحال عليه أمانة للمحيل تتمثل في حصاد موسم من القمح ورضي المحال بأن يأخذ دينه قمحاً فإنه يتوجب على المحال عليه القيام بذلك وان يقوم بتكبير قيمة دين الحوالة وذلك لأن المحال عليه في الحوالة المقيدة يعتبر وكيلًا في الوفاء وايضاً يجوز للمحال أن يبرئ المحيل بقيمة الدين بالحدود التي يساوي فيها المال الموجود لدى المحال عليه .

يعتبر الكثير من الفقهاء ان حوالة الدين المقيدة ما هي إلا وفاء لصالح المحيل لدينه في ذمة المحال عليه ويعتبر في الوقت ذاته قيام المحال عليه بدفع دين الحوالة هو وفاء لصالح المحيل الذي اوفى بدينه لصالح المحال.

يخالف الباحث هذا الرأي، كون ان هذه الصورة تعني كإنبابة في الوفاء والإنابة في الوفاء تعتبر المناب ليس طرفاً في علاقة المديونية، بينما هنا المحال عليه يعتبر طرفاً في علاقة المديونية أمام المحال، كون ان الحوالة لا تعني إنابة في الوفاء وإنما نقل للدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى صالح المحال عليه بحيث تبرأ ذمة المحيل ويصبح المحال عليه مديناً لصالح المحال .^{٨٩}

٢- الحوالة المطلقة.

يقصد بها الحوالة التي لا يلزم فيها المدين الجديد (المحال عليه) بالوفاء للدائن مما قد يكون للمحيل (المدين القديم) عنده من مال^{٩٠}، حيث نص القانون الاردني في المادة (٩٩٤) فقرة (٣) على ما يلي: "٣- هي التي لم تقيد من ذلك ولو كان موجوداً"، وبالتالي في الحوالة المطلقة من الممكن ان يكون المحال عليه مديناً للمحيل او لا، وعليه فإذا لم تقيد الحوالة بالدين الموجود في ذمة المحال عليه لصالح المحيل فإنها تعتبر حوالة مطلقة كونها الأصل وعندها يعتبر المحال عليه متبرعاً ومن الممكن أن تكون هناك إمكانية لرجوع المحال عليه على المحيل وعندها لا يعتبر المحال عليه متبرعاً وأنها تعتبر حوالة بعوض (بمقابل).

^{٨٩} انظر المادة (٣١٧) مدني اردني والتي تنص على ما يلي: "يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء".

^{٩٠} انظر المادة ٨٧٨ من مرشد الحيران والمادة ٦٧٩ من مجلة الأحكام العدلية.

يستخلص الباحث أنه ليس بالضرورة ان يكون المحال عليه مدينًا للمحيل حيث ان الإرادة هي الأهم في بيان احكام وأثار الحوالة وفي بيان نوعها وصفاتها حيث ان موافقة المحال مهمة جداً كون ان المدين سيتغير (المحال عليه) وبالواقع العملي يخضع المدين الجديد (المحال عليه) إلى عملية تقييم تسمى بـ (Due diligence)(التحري الحثيث) حتى يتم التأكد من صلاحيته المالية والقانونية ليحل محل المدين القديم حيث ان الغاية من الحوالة إستبدال مدين بآخر اكثر يسرة وذلك تيسيراً لإستيفاء الدين.

إن موضوع رجوع المحال عليه على المحيل هو امر بالغ الاهمية في الحوالة المطلقة لانها حوالة وافق المحال عليه بوفاء دين المحيل دون عين او دين له في ذمة المحيل، وبالتالي يجب التفريق ما بين امرين في الحوالة بخصوص إمكانية رجوع او عدم رجوع المحال عليه على المحيل وهما كالآتي:

الفرض الأول، إذا كانت الحوالة بأمر من المحيل على المحال عليه ووافق عليها جميع الأطراف، فإنه يحق وقتها للمحال عليه الرجوع على المحيل بدين الحوالة بعد قيام المحال عليه بتادية دين الحوالة لصالح المحال.

الفرض الثاني، أن تتم الحوالة دون موافقة المحيل اي يقوم المحال عليه متبرعاً بتادية دين المحيل، عندها لا يستطيع المحال عليه العودة على المحيل بما اداه.

ولكن يثور التساؤل التالي: هل يرجع المحال عليه على المحيل بما اداه للمحال ام بقيمة دين الحوالة؟

إذا قام المحال عليه (المدين الجديد) بدفع الدين إلى الدائن (المحال)، فإنه لا يرجع على المحيل (المدين الأصلي) ما لم تكن الحوالة بأمر من المحيل للمحال عليه، وحيث يرجع المحال عليه بالدين (دين الحوالة) وليس بما دفعه واداه، حيث من الممكن ضرب المثال التالي:

لو كان هناك دين بين المحيل والدائن بمبلغ (٥٠٠٠) دينار بدلاً لأعمال صيانة لم ينفذها المحيل، واحال المحيل الحوالة على المحال عليه، وقام المحال عليه بتنفيذ عمل مقاوله (كدهان او صيانة) لصالح المحال (فيستطيع المحال خصم مبلغ العمل والذي نفترض ان قيم الخصم هي ١٠٠٠ دينار) فيبقى التزاماً على المدين الجديد (المحال عليه) دفع مبلغ (٤٠٠٠) دينار لصالح المحال ولكن عند رجوع المحال عليه على المحيل فيعود عليه بدين الحوالة كاملاً.

٣- الحوالة الآجلة.

هي الحوالة التي يكون للدائن (المحال) دين (المال المحال به) على المحيل (المدين الأصلي)، حيث يكون مؤجلاً لأجل، فينتقل الدين بالأوصاف المتعلقة به (الأجل) وبنفس الشروط، كما يجوز الإتفاق على ان يقوم المحيل بإحالة دينه على المحال عليه بموافقة المحال ويكون ديناً حالاً دون اجل، فيجوز إتفاق المحال والمحال عليه ان يقوموا بإلحاق الدين المحال به بأجل فتصبح حوالة مؤجلة، ولكن هل يصح ذلك التصرف إذا اجري دون موافقة المحيل؟

للأجابة عن ما تقدم، نصت المادة (٦٩٧) من مجلة الاحكام العدلية على "في الحوالة المبهمة أي في الحوالة التي لم يذكر فيها تعجيل المحال به او تأجيله إن كان الدين معجلاً على المحيل فالحوالة معجلة أيضاً ويلزم المحال عليه أدائها حالاً وإن كان الدين مؤجلاً فالحوالة تكون أيضاً مؤجلة ويلزم أدائها عند حلول أجلها".

(الفصل الثالث) : الأحكام المتعلقة بالحوالة

يعتبر عقد الحوالة من أكثر العقود القانونية المتشعبة، حيث يتجلى ذلك في العلاقات التي تنشأ بين أطراف الحوالة من مدين أصلي ومدين جديد ودائن، او من دائن أصلي ودائن جديد ومدين، ويمكن إيجاز هذه العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الحوالة كالآتي:

العلاقة الأولى، العلاقة التي تنشأ ما بين الدائن (المحال) والمدين الجديد (المحال عليه).

العلاقة الثانية، العلاقة التي تنشأ ما بين الدائن (المحال) والمدين القديم (المحيل).

العلاقة الثالثة، العلاقة التي تنشأ ما بين المدين القديم (المحيل) والمدين الجديد (المحال عليه).

العلاقة الرابعة، العلاقة التي تنشأ ما بين الدائن (المحال) والغير.

بناءً على ما سبق سنتطرق في هذا الفصل إلى البحث في القواعد التي تحكم آثار الحوالة بشكل عام، وفيما يتعلق بالمحال بشكل خاص بإعتباره أحد أهم أطراف الحوالة كونه الطرف الذي قبل بتغيير مدينه بدلاً من المحيل، وبالتالي سنتناول علاقة المحال مع المحيل في الفرع الأول كالآتي:

الفرع الأول: أحكام الحوالة ما بين المحال والمحيل

تنشأ الحوالة عادةً في الفقه الإسلامي ما بين المدين والدائن أي بين المحال والمحيل أو المحال عليه، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وما أجازته الفقه الحنفي أيضاً، وحسب أحكام القانون المدني الأردني فإن الحوالة تنشأ باتفاق الأطراف جميعاً، (أي باتفاق المحيل والمحال عليه والمحال)^{٩١} ، كما من الممكن أن تنشأ موقوفة على إجازة المحال أي الدائن باتفاق ينشأ ما بين المدين الجديد (المحال عليه) مع المدين الأصلي (المحيل) إذن فإن القانون المدني الأردني اخذ بالموقف المتشدد من موافقة أطراف الحوالة بعكس ما ورد في الفقه الإسلامي الذي أجاز إنعقاد الحوالة بموافقة طرفين فيها.^{٩٣٩٢}

(الجندي، محمد صبري، (١٩٩٣). ص ١١٨-١١٩)

تعتبر براءة ذمة المحيل من أهم الأحكام التي تنشأ في العلاقة ما بين المحيل والمحال، وبالتالي هل تعتبر هذه البراءة نهائية ومطلقة؟ ام انها براءة مشروطة

^{٩١} أنظر نص المادة ٩٩٦ فقرة (١) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له".
عليه موقوفة على قبول المحال له"

^{٩٢} أنظر نص المادة ٩٩٦ فقرة (٢) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "وتنقذ الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال.

^{٩٣} تنشأ الحوالة بالفقه الغربي عند إتفاق المدين الجديد (المحال عليه) مع أي من المحيل أو المحال له بالفقه الغربي وذلك عند إتفاق المدين الجديد (المحال عليه) مع أي من المحيل أو المحال ، حيث تنشأ الحوالة وترتب آثارها فوراً بنقل الدين من المدين الأصلي لصالح المدين الجديد وإبراء ذمة المدين القديم، وهذا ما اكدته المواد (٤١٤) من القانون الألماني، والمادة (١٧٦) فقرة (١) من قانون الإلتزامات السويسري، والمادة (٣٢١) من القانون المدني المصري، حيث تنقذ ما بين الدائن والمدين الجديد (الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ١١٩).

ومقيدة؟ للإجابة عن هذا التساؤل سنقوم بالحديث عن أهم أحكام (أثار) الحوالة في العلاقة الناشئة ما بين المحيل والمحال كالاتي:

أولاً: براءة ذمة المحيل

إختلف الفقهاء في الشريعة الإسلامية حول مدى براءة المحيل، فهل هي براءة مطلقة ام مقيدة ام مشروطة؟ وبناءً على ذلك سيحاول الباحث الإجابة عنه كالاتي:
ظهر في الفقه الإسلامي إتجاهان فقهيان يتعلقان بمدى براءة المحيل في الحوالة، حيث يمكن ان نوجزهما في الآتي:

الإتجاه الأول: وهو الإتجاه الموجود لدى جمهور الفقهاء (بإستثناء الفقه الحنفي)، حيث تعتبر الحوالة إما بيعاً أو وفاءً للدين او مزيجاً ما بين الأمرين، حيث تؤدي الحوالة إلى براءة المحيل براءة نهائية، ولا ينفذ ذلك الأثر (براءة ذمة المحيل) إلا عند إختلال احد شروط الحوالة، كما يرى جانب من هذا الفقه أيضاً أن عدم براءة المحيل مرتبطة إذا كان المحال عليه مفلساً، عندها يبقى المحيل مديناً ويتيح الرجوع عليه بذات الدين.

الإتجاه الثاني: كان لدى الفقه الحنفي رأي آخر بعدم براءة المحيل براءة نهائية حيث أنقسم إلى رأيين، الرأي الأول يرى ذلك الإتجاه إلى ان الحوالة تؤدي إلى براءة مؤقتة للمحيل، وبعبارة أخرى غير معلقة على عدم التوى^{٩٤}، وهذا ما ذهب إليه أبو

^{٩٤} التوى يعني: الرجوع. (المكتب الفني (١٩٧٧) المذكرة الإيضاحية ص ٦٣٩)

حنيفة وأبو يوسف، أما الرأي الثاني يرى بأن المحيل ليس بريئاً إذا تمت الحوالة وأنعدت وإنما يؤدي ذلك إلى تأجيل مطالبته وهذا ما ذهب إليه محمد أيضاً.^{٩٥}

(حيدر، علي (١٩٩١). ص ٣١٤).

يستنتج الباحث تأثر مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران بخصوص الآراء الواردة في الفقه الحنفي، حيث نصت المادة (٧٧٧) من المرشد على ما يلي: "إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معاً وثبت حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال"، حيث يتضح جلياً أن براءة المحيل مطلقة بشرط سلامة حق المحتال أي محل الحوالة فتأثر هذا النص بالإتجاه الأول على الرغم من أن من أخذ به هو الجمهور بإستثناء الحنفية وهذا امر نادر كون ان نصوص مرشد الحيران تميل إلى الأخذ بالإجتهاادات الحنفية.

(القربي، رضا (٢٠٠٧). ص ٨٠٩)

كما تأثرت مجلة الأحكام العدلية بالرأيين المذكورين حيث نصت في المادة (٦٩٠) منها على ما يلي "حكم الحوالة براءة المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين والكفالة" حيث إن هذه البراءة مؤقتة بعدم التوى كونها تأثرت بما ورد في الفقه الحنفي بالإتجاه الثاني، أما (باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٧) يرى الآتي "أي براءة مؤقتة بعدما التوى كما سيتضح. وفائدة براءة المحيل أنه لو مات لا يكون للمحال له

^{٩٥} هناك آراء أخرى ذات أهمية أقل وجدت لدى الفقه الحنفي وخصوصاً (زفر) حيث كانت آراء تخط ما بين الحوالة والكفالة حيث إعتبرها ذلك الفقيه ضم ذمة إلى ذمة أي ذمة المحال عليه إلى ذمة المحيل.

أن يأخذ الدين من تركته ولكن له ان يأخذ كفيلاً من ورثته مخافة ان يتوى حقه.....ولا يرجع المحال له على المحيل إلا بالتوى لأن براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حق المحال له".

يستنتج الباحث ان مفهوم الحوالة يؤدي إلى براءة ذمة المحيل وكفيله لكن هذا الأمر وجد تناقضاً في نصوص مرشد الحيران وخصوصاً المادة (٧٩٠) فقرة (٢) حيث نصت على ما يلي "فإذا مات المحيل مديوناً قبل إستيفاء المحتال جميع الدين من المحتال عليه فقبضه منه في حياة المحيل فهو له أي للمحتال وما لم يقبضه فهو أسوة لغرماء المحيل"، حيث أن موت المحيل قبل قبض المحال مال الحوالة من المحال عليه يؤدي إلى إعادة الدين إلى تركة المحيل، وهذا يعني أن براءة المحيل ليست مطلقة إن لم يقبض المحال دين الحوالة ومات المحيل فيبقى ديناً على ذمته، وبالتالي هنا التناقض إن براءة المحيل ليس إستثناءها هو التوى وإنما أيضاً موت المحيل قبل قبض المحال مبلغ الحوالة من المحال عليه.

(القربي، رضا (٢٠٠٧).ص٨١٨)

نصت المجلة في المادة (٦٩٢) فقرة (٣) على ما يلي " وبعد الضمان يرجع على المحيل. ولو توفي المحيل قبل الأداء وكانت وديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به"، نستنتج من هذه المادة والتي تعطي إمكانية الرجوع على تركة المحيل عند وفاته إذا قام المحال عليه بإعطاء المال المحال به إلى المحيل، أي بذلك يخالف ما ورد في الإتجاهات المذكورة، فهنا لم يتوقف الرجوع على سلامة

الحق المحال به ولم يتوقف فقط على التوى وإنما تعداه لعدم قبض المحال مبلغ الحوالة من المحال عليه وكان المحيل ميتاً فيأخذ المحال دينه من تركة المحيل.

(باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٩).

يرى البعض من الفقه ان البراءة الموجودة في نصوص مرشد الحيران والواردة في المادة (٧٧٧) هي ذاتها البراءة المتعلقة على عدم التوى، وذلك أمر غير صحيح كون ان التوى يعني عدم قدرة المحال عليه على الوفاء بدين الحوالة لصالح المحال، مما يعطي إمكانية للمحال بالرجوع على المحيل، ولا يتعلق التوى بعدم القدرة من جهة المحيل، حيث أن هذا الامر يعتبر طريقاً إضافياً في الفقه الإسلامي لرجوع المحال على المحيل وعدم براءة المحيل من الدين (محل الحوالة)، وهذا ما ورد في شرح المادة (٦٩٢) السابق ذكرها من مجلة الأحكام العدلية.

وردت في نصوص مرشد الحيران وسيلة أخرى يتم فيها الرجوع على المحيل وعدم براءته سواءً بالتوى أو بوجود عيب في المحل أو شروط الحوالة، حيث نصت المادة "٧٨٠" من مرشد الحيران على ما يلي "إذا أحال المرتهن غريماً له على الراهن سقط حقه في حبس الرهن ولا يكون رهناً للمحتال وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشتري بالثمن سقط حقه في حبس العين المبيعة أما إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن في حبس الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع" وهذا يؤكد بقاء الرهن الذي يقدمه المحيل إذا جاءت الحوالة بأمره ولا يبرأ فيها أيضاً. (إبن عابدين، (٢٠٠٥). ص ٢٨٨)

يستنتج الباحث أن المجلة تعتبر أن الحوالة تؤدي إلى براءة ذمة المحيل، بينما في نصوص مرشد الحيران لا تؤدي إلى براءته وإنما تحول دون مطالبته بالدين، حيث نصت الأحكام الواردة في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران على حالات يستطيع فيها المحال له الرجوع على المحيل بغير حالات التوى ووجود خلل في أحد شروط الحوالة، حيث أن هذا يعني أن براءة المحيل في الحوالة في الفقه الإسلامي بشكل عام هي براءة مؤقتة ولا يمكن أن تكون مطلقة بأي حال من الأحوال، وعليه فلا يترتب على الحوالة في الفقه الإسلامي البراءة النهائية للمحيل في مواجهة المحال له.

ورد موقف المشرع الأردني مشابهاً لموقف الجمهور، أي أخذ ما تبناه جمهور الفقهاء (الفقه المالكي والشافعي والحنبلي)، بأن المحيل يبرأ براءة مؤقتة بشرط عدم إختلال شروط الحوالة، حيث تجسد ذلك فيما ورد في نص المادة (١٠٠٢) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي "يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه ويبرأ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً إذا أنعدت الحوالة صحيحة"، أي تعطي هذه المادة الحق للمحال بالرجوع على المحال عليه وتكون بالتالي براءة المحيل مؤقتة، حيث إذا أنعدت الحوالة صحيحة، أي أن براءة المحيل متوقفة على صحة إنعقاد الحوالة وذلك بالتأكيد مع عدم الإخلال بحالات التوى التي تعطي أيضاً للمحال الحق بالرجوع على المحيل.

(المكتب الفني، (١٩٩٢).ص٣٦٥)

وهذا ما أكده الحكم الصادر من محكمة التمييز الأردنية (رقم ٢٥٤٧) لسنة (١٩٩٩) والمنشور في (٢٠٠٦\٤\٦) والذي نص على ما يلي ".....يثبت حق الدائن بالمطالبة بالدين البالغ (٩٠٠٠) دينار إذا انعقدت الحوالة صحيحة....."^{٩٦}

نجد ان القانون المدني الأردني قد كان اكثر توفيقاً من الفقه الإسلامي حيث حدد حالات حصرية يستطيع فيها المحال الرجوع على المحيل، أي بعبارة أخرى الحالات التي لا يبرأ فيها المحيل من دين الحوالة والواردة في المادة (١٠١٤) من القانون المدني الأردني، والتي سأقوم باستعراضها في البند "ثانياً" والمتعلق برجوع المحال على المحيل.

ثانياً: رجوع المحال على المحيل

من أهم الآثار المترتبة على عقد الحوالة في القانون المدني الأردني هو إمكانية رجوع المحال (الدائن) على المحيل (المدين الأصلي)، ولكن ذلك الأمر محصور بفي حالات محددة كون ان أهم ما يميز عقد الحوالة هو براءة المحيل في مواجهة المحال عليه عن طريق نقل ذلك الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وبالتالي فإن الإستثناء بخصوص براءة ذمة المحيل في مواجهة المحال عليه ما اتى إلا حفاظاً على حقوق الدائن الذي يعتبر الطرف الأقوى في هذا العقد، كونه صاحب الحق والذي رضي بنقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وعليه ومن باب أولى ان يعطى له الحق بالرجوع على المحيل في حالات

^{٩٦}أخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي بذات الحكم الواد في المادة (١٠٠٢) من القانون المدني الأردني بالمادة (١١١٦) قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

محددة حفاظاً على حقوقه، وبالتالي سيقوم الباحث بإستعراض الحالات المنصوص عليها في إمكانية رجوع المحال على المحيل في الفقه الإسلامي، وحالات رجوع المحال على المحيل المذكورة في القانون المدني الأردني.

(سلطان، أنور (١٩٩٤). ص ١٢٥)

سيستعرض الباحث ماهية نظام الرجوع والواردة في الفقه الغربي والقانون المدني المصري ومدى تأثيرهما او عدم تأثيرهما في حالات الرجوع الواردة في القانون المدني الأردني، حيث يعتبر الفقه الجرمانى هو الفقه الرائد بخصوص موضوع الحوالة في القانون الغربي والذي إنتقل تأثيره إلى العديد من التشريعات المدنية العربية ومن اهمها قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المغربي والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري، حيث لا يستطيع المحال الرجوع على المحيل حيث يترتب على نفاذ الحوالة براءة المدين الأصلي (المحيل) براءة نهائية حيث يكون رجوع المحال على المحيل محدداً وضيقاً وذلك بالأخص عند البطلان والفسخ، وذلك وفقاً لنظرية الحوالة بالقانون الألماني والقانون المدني السويسري، ولكن الامر ذاته مختلف بالقانون المدني المصري إذ لا يبرأ المحيل براءة نهائية، حيث يضمن المحيل يسار المحال عليه وذلك وفقاً للمادة (٣١٩) من القانون المدني المصري.

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ١٢٣)

بعد إستعراضنا بشكل عام لموقف القانون المدني المصري والفقهاء الجرماني ممثلًا في القانونين الألماني والسويسري، فإن الباحث سيقوم بالتركيز على موقف القانون المدني الأردني مترافقاً مع موقف الفقهاء الإسلامي بهذا الخصوص كالآتي:

أ- رجوع المحال على المحيل في الفقه الإسلامي.

كما أسلف الباحث فإن الغاية من عقد الحوالة هو إنتقال الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ولكن هل هذا الإنتقال يعتبر نهائياً؟ إن إنتقال الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه غير مطلق ونهائي وإنما محدد في حالات الرجوع منها ما يسمى بـ "التوى"، أي إمكانية رجوع المحال على المحيل حتى بعد نفاذ الحوالة، وبالتالي سيقوم الباحث ببيان معنى التوى قبل الدخول في حالات الرجوع للمحال على المحيل (حالات التوى).

التوى لغةً: التلف والهلاك.

أما التوى شرعاً فإنه يعرف بما يلي: قام الإمام أبو حنيفة بتعريف التوى شرعاً بأنه أحد امرين:

- أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف بذلك.
- أن يموت المحال عليه مفلساً، أي مات ولم يترك مالاً يفي بالمحال به (دين ومحل الحوالة)، أما بالنسبة للفقهاء فقد عرف التوى كما يلي "عجز المحال

له عن الوصول إلى حقه" (ابن عابدين (٢٠٠٥). ص ٣٤٥)

أما بخصوص الحالات التي قام بذكرها الإمام أبو حنيفة والمتعلقة بالتوى فإن صاحبيه (محمد وأبا يوسف) قد قاما بإضافة حالة ثالثة مشتقة من الحالة الثانية

المذكورة أعلاه وهي "أن يحكم الحاكم بإفلاس المحال عليه في حياة المحال عليه"، حيث نشأ الخلاف ما بين أبي حنيفة وصاحبيه حول هذه النقطة بإعتبار أن أبا حنيفة يرى بأن المال "غادٍ ورائح" أي أن المال يذهب ويعود فينقلب وضع الإنسان ما بين الغنى والفقر، أو من الممكن ان يرث وهو معسر فينقلب حاله كلياً، بينما يرى صاحبيه بأن إفلاس المحال عليه أثناء حياته يشابه عجزه وجحوده للحوالة فيحميان صاحب الحق وهو الدائن (المحال).

(أبن نجيم (٢٠٠٦).ص٢٧٢)

أما من وجهة نظر الباحث فيجد ان إضافة الحالة الثالثة التي أضيفت من صاحبي أبي حنيفة، هي ضرورة لا بد منها للأسباب التالية:

- في الفقه الإسلامي لم يتم التفريق ما بين الدين المدني والدين التجاري وبالتالي فإن الدين هو دين، ونظام الإفلاس يطبق على التجار فقط وهو يعتبر وسيلة لعدم فيها التاجر وتنتهي صفته التجارية، كما يحرمه أيضاً من بعض حقوقه السياسية وهذا الأمر لم يتأتى إلا أن ذلك التاجر خالف جوهر النظام التجاري القائم على الثقة والإئتمان، وعليه فمن باب أولى إعتبار أن إضافة حالة إفلاسه حال حياته من قبل حاكم هو امر يؤدي إلى عجز المحال عن الوصول لحقه.^{٩٧}
- يعتبر المحال هو الأولى بالرعاية في العلاقة المتعلقة بعقد الحوالة كونه الدائن وصاحب الحق الذي رضي بتغيير مدينه ونقل الدين والمطالبة به من ذمة إلى

^{٩٧} أنظر الأحكام المتعلقة بالإفلاس والموجودة في قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لعام ١٩٦٦-الباب الثاني

المواد من (٣١٦) إلى (٤٧٧).

أخرى، فبدلاً من ملاحظة ذلك الدائن في عدم إمكانية تحصيل حقه من المحال عليه، فلا بد من تحصيله من المحيل حتى وإن كان المحال عليه على قيد الحياة لأن الدين أولى بالقضاء من المماثلة، وهذا ما يتفق مع حديث الرسول محمد صلى الله عليه وسلم والذي يقول "مماثلة الغني ظلم ومن اتبع على ملىء فليتبع" صدق رسول الله، حيث كان هذا الحديث النبوي الشريف سبباً لمشروعية الحوالة، حيث كانت العلة بعدم مماثلة الغني والذي يقصد به (الدائن) ولذلك تمت إجازة الحوالة منعاً لذلك، فمن باب أولى ان يمنع مماثلة الدائن عند عدم قدرة المحال عليه بالوفاء.

وتبعاً لما تقدم سيقوم الباحث بذكر الأدلة على مشروعية "التوى" كالاتي:

الدليل الشرعي:

ما روي عن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال في المحال عليه إذا مات مفلساً "يعود الدين إلى ذمة المحيل"، كما قال "إذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم".

(منقول عن/ عبد البر، محمد زكي (١٩٨٣). ص ٥٥)

الدليل العقلي:

كما ان هناك رأياً عقلاًياً يؤكد على صحة التوى ومشروعيتها كون ان الدين لا يسقط إلا بالقضاء وذلك لوقال النبي محمد صلى الله عليه وسلم "الدين مقضي"، إلا أنه ألحق الإبراء بالقضاء في السقوط، والحوالة لا تعتبر بقضاء ولا بإبراء، وكون الدين ثابتاً في ذمة المحيل وقبل الحوالة فإنه يعتبر ملزماً بها، وإذا لم يستطع المحال إستيفاء

حقه من المحال عليه فلا بد من إيجاد الوسيلة لتحصيل الدائن حقه كون الدين ثابتاً ولا يسقط، وبالتالي من حق المحال الرجوع لإستيفاء حقه.

(البابرتي (١٩٨٩).ص٤٤٧)

إختلفت الآراء في كيفية العودة بالتوى من الناحية اللفظية فكانوا يخلطون ما بين الفسخ والتوى والرجوع، حيث نوجز اهم هذه الإختلافات اللفظية التي كانت تؤدي معنى واحداً وهو التوى كالاتي:

الإتجاه الاول: كان يقرن التوى بالفسخ (أي فسخ الحوالة) حيث يعود الدين على ذمة المحيل وهذا يشابه حالة إذا وجد المشتري عيباً في المبيع.

الإتجاه الثاني: "تفسخ الحوالة ويعود الدين"، هو يشابه الرأي الأول لكنه أضاف "عودة الدين" كهلاك المبيع قبل القبض.

الإتجاه الثالث: وقيل أيضاً "في الموت تفسخ" وفي "الجحود تفسخ".

نجد ان الإختلاف بين الآراء كان باللفظ فقط، (عبد البر، محمد زكي (١٩٨٣).ص٥٨)، لكن الآراء إستقرت على أمر مهم وهو فسخ الحوالة وعودة الدين

إلى ذمة المحيل، ولكن السؤال الأهم هل الفسخ هو نفسه التوى؟

يستخلص الباحث ان التوى هو الرجوع من قبل المحال على المحيل عند عدم قدرة المحال تحصيل حقه من المحال عليه، فهل هو نفسه الفسخ والذي يقضي بإعادة

الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ؟ للإجابة عن هذا التساؤل سيقوم الباحث ببيان

النقاط التالية:

١- إن أنواع الفسخ ثلاثة: قضائي وإتفاقي وقانوني، لكن بالتوى نجد أنه يأتي فقط بحكم القانون ولا يأتي بحكم قضائي أو بالإتفاق.

٢- إن نتيجة الفسخ هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، لكن التوى هو تحصيل المحال حقه (دين الحوالة) من قبل المحيل بدلاً من المحال عليه ثم يستطيع المحيل العودة على المحال عليه.

٣- كما ان الفسخ يعني أيضاً التعويض عن الفسخ عند إستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه بينما لا وجود لذلك في التوى.

٤- الفسخ الإتفاقي يكون برضا الطرفين بينما في التوى يكون بإرادة المحال وحده.

وفقاً لما تقدم يستخلص الباحث ان التوى هو وسيلة إستثنائية لرجوع المحال على المحيل عند عدم قدرة ذلك المحال على تحصيل حقه من المحال عليه، كما ان التوى هو أمر مختلف عن الفسخ كون الفسخ وسيلة للمتعاقدين والتوى وسيلة للمحال فقط، كون ان مصلحة الدائن (المحال) هي الأولى بالرعاية برجوعه على مدينه الاصيل في حالات عدم قدرة المدين الجديد على الوفاء.

إستعراضاً لحالات الرجوع أو بما يسمى بـ "التوى"، سيقوم الباحث ببيان موقف المذاهب الفقهية الإسلامية من الرجوع "التوى"، كما سيبين الباحث كيفية حدوث هذا الرجوع، ثم سيقوم ببيان موقف القانون المدني الأردني من الرجوع "التوى" كالاتي:

أ- الرجوع في الفقه الإسلامي لدى المالكية والحنابلة والشافعية، يعتبر جمهور الفقهاء أن المحال لا يستطيع الرجوع على المحيل إلا في حالات محددة وهي:

- سقوط الدين أو إنعدامه.

- بطلان الحوالة أو فسخها.

- إفلاس المحال عليه وجده للحوالة.

حيث ان سبب ذلك من وجهة نظر الجمهور انه لا يجوز أن يضر "الغير" حسن النية ببطلان الحوالة ولذلك شرع الرجوع، كما ان ذلك البطلان لا يمنع حصول الدائن (المحال) على تعويض جراء ما حاق به من ضرر، وهذا ما اخذ به الفقه الغربي بشكل عام.

(الرددير (٢٠٠٢).ص ٣٢٩)

يجد الفقه المالكي إن المحال لا يستطيع الرجوع على المحيل إذا جحد المحال الحوالة عند إبرامها، حيث يقصد بذلك الجحود هو الجحود الذي يعلم به المحيل دون المحال ولم تتوفر بينة لتثبت أن المحال عليه ملزم بالحوالة، لكن الفقيه (ابن القاسم) وهو احد اهم فقهاء المذهب المالكي ذهب إلى عدم إمكانية رجوع المحال على المحيل وإنما بقاء المدين الجديد (المحال عليه) ملتزماً بالحوالة ثم بعد ذلك يعود المحال عليه على المحيل.

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣).ص ١٢٤)

سيقوم الباحث ببيان موقف القانون الإنجليزي من الحوالة وخصوصاً في موضوع الرجوع، حيث أخذ الفقه الإنجليزي بإجتهاداته المتعددة الآلية التي أتبعها الفقه المالكي كون أن الرجوع غير ممكن بالحوالة في الفقه الإنجليزي حيث يبقى المحال عليه ملتزماً امام المحيل حتى وإن فسخت او بطلت الحوالة ولكن القانون هناك يتيح للمحال عليه الرجوع على المحيل بالحالات التالية:

- التقصير من المحيل في إخفاء وثائق و بيانات مهمة عن الدين.
- فسخ الحوالة او بطلانها بفعل المحيل وحده.
- الإتفاق ما بين المحال والمحيل في الحوالة وبشكل خطي مكتوب، يفيد بعودة المحال له على المحيل مضافاً إليه جزاء الرجوع (waiver penalty)، حيث ان مكنة الرجوع لدى الفقه الإنجليزي ممكنة بحالات محددة اهمها وأكثرها شيوعاً حالة الإتفاق المكتوب على الرجوع بالحوالة مضافاً لها مبلغ مالي يدفعه المحيل للمحال له في حال عدم تمكن المحال عليه من تأدية دين الحوالة وهو نظام مشابه للشرط الجزائي.^{٩٨}

(Herm, Martin (2006).p 74)

لكن ما موقف القانون المدني الأردني من رجوع المحال على المحيل؟ بالنسبة لهذا الامر فإن القانون المدني الأردني قد قام بحصر هذه الحالات في المادة (١٠١٤) منه والتي نصت على ما يلي "للمحال له ان يرجع على المحيل في الأحوال التالية:

^{٩٨} تناول المشرع الاردني الشرط الجزائي تحت عنوان التعويض الإتفاقي وفقاً لنصوص القانون المدني الأردني.

١- إذا فسخت الحوالة بإتفاق اطرافها.

٢- إذا جحد المحال عليه الحوالة ولم تكن ثمة بينة بها وحلف على

نفيها.

٣- إذا مات المحال عليه مفلساً قبل اداء الدين.

٤- إذا حكمت المحكمة بإفلاسه قبل الأداء.

٥- إذا بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين او هلاك العين او إستحقاقها

وكانت غير مضمونة".

يعتبر شرح المادة المذكورة متأثراً من كتاب رد المحتار لإبن عابدين حيث قال "ولا

يرجع المحتال على المحيل إلا... إلخ" وتم تحديد الحالات التي يستطيع المحال

الرجوع فيها على المحيل نظراً لعدم قدرة المحال عليه أداء دين الحوالة.^{٩٩}

(إبن عابدين (٢٠٠٥).ص٢٩٢)

لقد قام المشرع الأردني بتحديد الحالات على سبيل الحصر وعدم وضعها ضمن

إطار عام أو قاعدة عامة، حيث رتبها في المواد المتعلقة بعلاقة المحال مع المحيل

وأفرد لها نصاً خاصاً محدداً وغير غامض بل كان واضحاً ومحددان حيث وفق

المشرع الأردني فيها خير التوفيق.

(مدغمش،و دحمان (٢٠٠٤).ص٣٧٨)

^{٩٩}المادة ١٠٠٤ من القانون المدني الأردني تقابلها المادة ٣٥٧ من القانون المدني العراقي.

تأكيداً لما سبق فقد ورد حكم تمييزي يتعلق بهذه المادة المذكورة والصادر عن محكمة تمييز حقوق عمان بتاريخ (١٩٨٧\١٠\٢٠) رقم (١٩٨٧\٨٨٩) والذي نص على ما يلي "إذا قبل البائع شيكاً سحب من قبل شخص ثالث (مدين للمشتري) ولأمر البائع مباشرة وذلك قيمة لثمن بضاعة التي باعها للمشتري فيكون إعطاء الشيك هو تنفيذ لحوالة دين المدعي من قبل المدعى عليه وقبول الفرقاء الثلاثة بتسليم الشيك على هذا الوجه، وبما أن إعطاء الشيك لا يفيد تجديد الدين بل يبقى الدين الأصلي قائماً إلى أن توفى قيمة الشيك ولذا يرجع المدعى (البائع) على المحيل إذا أثبت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (١٠١٤) في القانون المدني، فإذا أثبتها المدعي (البائع) فله الرجوع على المشتري وإلا فلا عملاً بالمادة (١٠٠٢) من القانون المدني".

(مجلة نقابة المحامين (١٩٩٠). ص ٩٤٩)

يرى الباحث ومن وجهة نظره ، بأن القانون المدني الأردني قد وفق في النص المذكور وذلك للأسباب التالية:

أولاً: نجح المشرع الأردني في تحديد حالات حصرية لرجوع المحال (الدائن) على المحيل (المدين الأصلي) كون ان ذلك الأمر هو إستثناء على القاعدة العامة التي تبرىء المحيل من الدين عند نفاذ الحوالة وتنقله على عبء وعاتق المحال عليه (المدين الجديد) ولذلك كان حري بالمشرع الأردني تحديدها في حالات حصرية محددة وليس تركها كقاعدة عامة قد تخرج الحوالة من طبيعتها التي شرعت لأجها ألا وهي براءة المحيل وبقاء المحال عليه هو المسؤول عن الدين في مواجهة المحال.

ثانياً: لقد قام المشرع الأردني بتوسيع دائرة الرجوع لصالح المحال عن طريق أخذ آراء الفقه الحنفي والواردة في النقاط (٤٣١٢) في المادة المذكورة، حيث أخذ برأي الإمام ابي حنيفة بأن حالات التوى "أي الرجوع" هي جحود المحال عليه للحوالة وموت المحال عليه مفلساً، كما أضاف إليها الحالة الثالثة والموجودة لدى صاحبي الإمام أبي حنيفة والمتعلقة بالحكم بالإفلاس على المحال عليه والتي تتفق في علتها مع الحالتين المذكورتين، وأضاف أيضاً الحالة المتعلقة ببطلان الحوالة المقيدة بهلاك العين أو إستحقاقها إن كانت غير مضمونة كون ان الحوالة المقيدة تعتبر لدى كثير من الفقه الإسلامي بمثابة البيع، وعليه فإن محلها هو العين المضمونة والمقيدة على وفاء الدين لصالح المحال فإن هلكت فإن ذلك يشابه هلاك المبيع قبل القبض في عقد البيع، اما الحالة المتعلقة بفسخ الحوالة وهي إعادة الحال إلى ما كان عليه حيث يعود المحيل مديناً للمحال ومن دون وجود المحال عليه بعلاقة المديونية.

ثالثاً: كان من شأن ذلك التوسع هو حماية للطرف الاولى بالرعاية الا وهو المحال (الدائن) الذي إرتضى تغيير مدينه وأرتضى قبول الحوالة على الرغم من ان القاعدة العامة في الوفاء أنه من قبل المدين ذاته.^{١٠٠}

١. فسخ الحوالة:

المقصود بالفسخ هنا هو الفسخ الإتفاقي او التقايل، والذي من شأنه المساس بصفة اللزوم في الحوالة والذي لم يمنع عند الحنفية صحة فسخها بالإقالة، إن وقعت عند الحنفية بشكل صريح عن طريق الإتفاق على إنهاؤها، إما بين أطرافها الثلاثة وإما

^{١٠٠} انظر نص المادة (٣١٧) من القانون المدني الأردني.

بين المحيل والمحال ، حيث لا تعد موافقة المحال عليه في الحالة الأخيرة
ضرورية، لأن موافقة المحيل على تحمل الدين وموافقة المحال على إنقطاع حقه في
مطالبة المحال عليه يعني الإلتزام الصريح والضمني بها، وما دامت الحوالة يمكن
أن تقع بإتفاق بين المحيل والمحال عليه (م ٢/٩٩٦م أردني)، أو بإتفاق بين المحال
والمحال عليه (م ١٠٠٩م أردني)، فإن هؤلاء يكونون المخولين في كل حالة بفسخها
كونهم الاطراف التي تقع بإرادتهم تلك الحوالة. وهذا ما أكد عليه دكتور (محمد
صبري الجندي) الذي قال "...وإذا كان حرمان المحال له من الرجوع على المحال
عليه في الإتفاق الأول، لا يثير صعوبة تذكر لأن هذا الحرمان لا بد أن يتم بموافقته،
وذلك تأسيساً على أن المحال له قد أصبح منذ الحوالة وبراءة ذمة المحيل من الغير،
وعلى أن الإقالة تؤدي إلى إلزام المحيل بدين كان قد تخلص منه دون إرادته، وليس
في الوسع تفسير هذا الحكم، منطوقاً، إلا بالقول بأن القانونيين قد انتهوا، إلى اعتبار أن
المحيل رغم الحوالة كان ولا زال مدينياً".

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣).ص٨٦)

٢. جدد المحال عليه للحوالة مع عدم وجود بينة.

يجوز أن يقوم المحال عليه بإنكار تحويل دين المحال عليه وهذا الحكم الذي أخذ به
القانون المدني الأردني في المادة (١٠١٤) فقرة (٢) والتي نصت على ما يلي: "إذا
جدد المحال عليه الحوالة ولم تكن ثمة بينة بها وحلف على نفيها"^{١١}، إن هذا الحكم
مشار إليه عند معظم شراح المذهب الحنفي، وقد أورده مرشد الحيران في مادته

^{١١} إن نص المادة (١٠١٤) قانون مدني اردني تشابهها المادة (١٢٩/ب) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٢/٨٩٧، أما المجلة فلم تشر إليه، وإن كانت شروحا على المادة (٦٩٠) تشير إليه وتؤيده وبالتالي من الممكن ان تكون سبباً لفسخ الحوالة وخصوصاً عند غياب البيئة اللازمة والكافية.

٣. موت المحال عليه مفلساً.

تؤدي وفاة المحال عليه إلى سقوط أجل الحوالة وهذا ما اكدته المادة (٢/ ١٠١٢) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ما يلي: "ويبقى أجل الدين في الحوالة بنوعها إذا مات المحيل ويحل بموت المحال عليه"^{١٠٢} ، ويأتي الحكم تطبيقاً لمبدأ تحمل التركة وحدها لسداد الديون، حيث ان سقوط الأجل هو الذي يحقق المساواة بين الدائنين في إقتسام التركة ويسرع في تصفيتها، ومتى كانت التركة مفلسة فإنه لن يكون بإمكان المحال له إستيفاء حقه أو إستيفاءه كاملاً، حيث يبذون ان الورثة لا يسألون عن ديون المحيل، فيكون للمحال الرجوع بحقه على المحيل كما قرره القانون الأردني في المادة (٣/١٠١٤) والتي تنص على ما يلي: "إذا مات المحال عليه مفلساً قبل أداء الدين".

(إبن عابدين، (٢٠٠٥).ص٢٩٢)

يستخلص الباحث مما سبق ان الحالة المذكورة اعلاه لا يتحقق التوى فيها إلا إذا تعذر إستيفاء الدين، بأن لا يوجد في التركة مال يمكن أداء الدين منه ولا شخص آخر يمكن الرجوع عليه وذلك وفقاً لحالات التوى في الفقه الحنفي.

^{١٠٢} إن نص المادة (٢/١٠١٢) من القانون المدني الأردني تشابهها نص المادة (٢/١١٢٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٤. الحكم بتفليس المحال عليه.

إنفرد القانون الأردني في المادة (٤/١٠١٤) على إمكانية الرجوع على المحيل من قبل المحال إذا حكم بإفلاس المحال عليه والتي نصت على ما يلي: "إذا حكمت المحكمة بإفلاسه قبل الأداء"، والنص يجرّد الحكم من جزء كبير من أهميته والذي أوردته المادة ١٠١١ أردني و التي نصت على ما يلي: "إذا ضمن المحيل للمحال يسار المحال عليه، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى يساره وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك"، فمع إتاحة الرجوع على المحيل للإفلاس بعد الحوالة من جهة، ومع ندرة موافقة المحال على الحوالة إذا علم بإفلاس المحال عليه حين إبرامها من جهة أخرى، لا يبقى ثمة أهمية لإشتراط اليسار إلا في الفرض الذي يدرج فيه الشرط لمواجهة جهل المحال بوضع المحال عليه المالي ومدى كفايته المالية لإيفاء دين الحوالة، ولكن المشرع المدني الأردني في المادة ١٠١١ ، والمشرعين في المادة ٣٠٩ من القانونين المدنيين المصري والسوري، المأخوذة بدورها عن المادة ١٦٩٥ من التقنين الفرنسي، والخاصة بحوالة الحق، قد غفلا عن عدم موافقة هذه النصوص لطبيعة تنظيم الحوالة في الفقه الغربي.

وتوضيحاً لما سبق سيورد الباحث ما قاله الدكتور محمد الجندي بهذا الشأن: "... ولقد كان متاحاً للقانون الأردني أن يتلافى المأخذ بتفادي النص على إجازة الرجوع في حال إفلاس المحال عليه، فهذه الإجازة لم تكن أصلاً محل إتفاق عند الحنفية، فهي مرفوضة عند أبي حنيفة، نظراً لأن المفلس قد يصبح موسراً في المستقبل، ولأن حال المفلس بالنسبة لمكنة استيفاء الحق منه كحال الغائب، ليس سبباً للتوى. أما عند

الصاحبين، فإن إفلاس المحال عليه يؤدي إلى تعذر اقتضاء المحال له لحقه، فحال كحال من جحد الحوالة ومن مات مفلساً، وقد رجحت كل من مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران الرأي الأول، فالمجلة لم تعرض لإجازة الرجوع في هذه الحالة، أما المرشد فقد نص صراحة على عدم جواز الرجوع في حالة التفليس " ١٠٣.

٥. فوات محل الحوالة.

فوات المحل لا يخص إلا الحوالة المقيدة كقاعدة عامة- أي الحوالة المقيدة بعين أو مال موجودة لدى المحال عليه، إلا أنه واقعياً قد يمس الحوالة المطلقة، وذلك في الحالة التي يسقط فيها الدين المحال به أو يتبين عدم صحته، أي عدم صحة المال المحال به في الحوالة المطلقة.

ومراعاةً من الباحث لعدم الخروج عن الموضوع، فسيقوم الباحث ببيان مكنة رجوع المحال على المحيل، وذلك بسبب فوات محل الحوالة أي المال المحال به، إذ إن فوات هذا المال وحده هو الذي يمكن أن يتيح إمكانية الرجوع البحث حتى لو كان المحال عليه مديناً، فإن سقوط الدين أو هلاك العين لن يؤثر على الحوالة ما دامت لم ترتبط بأيهما، أي أنه حتى وغن وجد مالاً لدى المحال عليه لصالح المحيل كدين أو ودیعة ولكن تم عقد حوالة مطلقة لم يتم فيها تقييد هذا المال بالحوالة، ثم تبين بعد ذلك

^{١٠٣} أفضل الأخذ بما ورد برأي (الجندي، محمد صبري (١٩٩٣) بهذا الخصوص كالاتي" ولا حاجة للتنبؤ به إلى أن اختيار القانون الأردني، تبعاً لما ذهب إليه الموسوعة الكويتية، رأي الصاحبين، يضيف عقبة هامة، أمام إمكان التسليم بما تعلن عنه نصوص من براءة ذمة المحيل بالحوالة، وهو التسليم الذي يصادف عقبة أخرى بإجازة الرجوع بسبب من فوات محل الحوالة."

ان هذا المال الموجود لدى المحال عليه قد هلك او كان غير صحيح، فإن ذلك لن يؤثر على الحوالة المطلقة لأنها لم تقيد بذلك المال.

(جرير، علي (٢٠٠٩). ص ٣١٨)

فإذا تبين عدم وجود مال للمحيل في ذمة المحال عليه عند الحوالة، فإن الحوالة تكون باطلة ولا تنتج أي أثر عودة على القواعد العامة^{١٠٤}، وهذا ما تقرره صراحة المادة ١/١٠١٣ أردني والتي نصت على ما يلي: "تبطل الحوالة المقيدة اذا سقط الدين او استحقت العين بامر ابق عليها ويرجع المحال له بحقه على المحيل"، وما جرت عليه قبلهما المادتان ٣/٦٩٣ و ٦٩٤ من المجلة^{١٠٥}، وبالتالي لو وقعت الحوالة على ثمن مبيع تبين إستحقاقه أو على ثمن مبيع بعقد باطل، أو على عين واستحقت فإن الحوالة تقع باطلة. وهذا كله متاتي من إنعدام الدين المحال عليه، أما عن هلاكه أو سقوطه، فإن الحكم يختلف فيه عند الفقه الحنفي، فيما إذا تعلق الأمر بسقوط دين أو بهلاك عين، فإن تعلق بسقوط دين كما لو وقعت الحوالة على ثمن مبيع هلك قبل القبض، أو مبيع رده المشتري بعيب أو تقايل، فإن الحوالة لا تفسخ، ويبقى المحال عليه ملزماً بالإداء مع التأكيد على حقه بالرجوع على المحيل، وفي هذا الحكم يتفق القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي مع الفقه الحنفي^{١٠٦} وهذا ما ورد أيضاً في المادة (م) ٦٩٣ من المجلة ، أما لو تعلق الأمر بعين، كما لو أحال وديعة أو مغسوبة اي حوالة مقيدة، فإن الحنفية يفرقون بين هلاك العين بتعدي من المحال عليه وهلاكها دون تعدي منه، فإن هلكت بتعدي من المحال عليه تبقى الحوالة

^{١٠٤} انظر نصوص المواد ١٦٨-١٧٩ من القانون المدني الأردني

^{١٠٥} اراجع المواد ٩٠٠ و ٢/٩٠٣ و ٢/٩٠٤ من مرشد الحيران

^{١٠٦} انظر المادة ٢/١٠١٣ من القانون المدني الأردني و المادة ٢/١١٢٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي

صحيحة وملزمة للمحال عليه^{١٠٧}، وهو ذات الحكم الذي يعطونه في حال الهلاك دون تعد متى كانت العين مضمونة وهذا يشابه فيما لو كانت العين مغصوبة، حيث أن هلاك العين لا يؤدي هنا إلى فوات الدين، وذلك لنشوء إلتزام بالضمان^{١٠٨}، أما إن كان الهلاك دون تعدي فإن الحوالة تفسخ، ويكون للمحال الرجوع بحقه على المحيل

١٠٩

أن إجازة الرجوع، في حال فوات المال المحال عليه في الحوالة المقيدة، يوازي في أثره إجازة الرجوع، في حال توى الدين في الحوالة المطلقة، فكلاهما يفيد بأن المحيل رغم الحوالة لم يبرأ من الدين، وأن هذه البراءة لا زالت معلقة على إتمام الوفاء الفعلي أو الحكمي للحوالة، ذلك أن الرجوع لفوات المحل في الحوالة المقيدة يؤكد ما أشار إليه الباحث سابقاً، مع أن هذه الحوالة لا تؤدي إلى تملك المحال له للمال الذي أحيل عليه وأنها لا تتضمن بالتالي حوالة الحق.

(جرير، علي (٢٠٠٩). ص ٢٢ - ٢٤)

حلول المدين الجديد محل القديم في الدين:

إن ماهية حوالة الدين في الفقه الغربي تتلخص بحلول المدين الجديد محل القديم في

الدين المحال به، ومؤدى هذا الحلول أمران :

أ. براءة ذمة المدين القديم براءة نهائية.

ب. انتقال الدين إلى المدين الجديد.

^{١٠٧} انظر المادة ٦٩٥ من المجلة.

^{١٠٨} انظر المادة ٦٩٥ من المجلة.

^{١٠٩} انظر المادة ١ / ٦٩٥ من المجلة.

تفيد البراءة التي تتحقق منذ نفاذ العقد في علاقة المحال بالمحيل، حيث أن الأول لن يستطيع الرجوع على الثاني حتى لو كان رجع على المدين الجديد فوجده معسراً، وهي تعني بأنه ليس من شأن زوال أهلية المحيل بعد العقد المساس باستمرار قيام التزامه، أما انتقال الدين إلى المدين الجديد فيفيد بأن الدين يحتفظ بما كان له من صفات وما لحقه من ضمانات وما ورد عليه من دفع.

هذا الحل الذي ترتبه الحوالة في الفقه الغربي، هل ترتبه في الفقه الإسلامي وفي القانون الأردني، وإلى أي حد؟

وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد للحديث عن الأثر الناقل للحوالة والذي كان محلاً لخلافات بين الحنفية من ناحية، وبينهم وبين غيرهم من ناحية أخرى، حيث نستعرضها كالاتي:

أولاً: يرى الفقه من غير الحنفية (جمهور الفقهاء)، بأن الحوالة تؤدي إلى شغل ذمة المدين الجديد بحق الدائن، حيث أن هذا الأمر يتزامن مع إنقضاء حق المحال في ذمة المحيل وحق الأخير في ذمة المحال عليه، مما يعني بأن الحق الذي شغلت به ذمة المحال عليه للمحال له، ليس هو الحق الذي كان للمحال كما أنه ليس هو الحق الذي كان للمحيل وإنما هو حق جديد كلياً، وقد أوضح الشافعيه من بين المذاهب الثلاثة^{١١٠} عن تفسير الآلية التي يتم بموجبها ينشأ هذا الحق، فصرحوا بأن الأمر يتم وكأن المحال قد استوفى حقه من المحيل وأقرضه للمحال عليه، وحيث لم يصل بقية الفقه إلى هذا التفسير، فإن ذلك لا يعني أن الأمر يختلف عندهم كثيراً عن ذلك،

^{١١٠} أي المذهب الشافعي، والحنبلي والمالكي.

فالواقع أن نقل الدين الذي كان في ذمة المحيل يحول دونه عدم قابلية الدين للانتقال باعتباره جزءاً من الشخصية القانونية ذاتها، وكان إستثناءه قبول المدين بانتقال دينه وقبول الدائن بانتقال حقه من شخص إلى آخر فكانت الإرادة هي السبب لذلك الإنتقال، ويتفق الباحث مع هذا الرأي خصوصاً أن مصدر الإلزام بالحوالة هو إرادة الأطراف اي العقد.

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣).ص١١٣)

ثانياً: يرى الفقه الحنفي ان للحوالة أثراً ناقلاً، وانقسم هذا الفقه إلى إتجاهات ثلاثة:

الأول: ويسند إلى أبي يوسف، يرى أن الحوالة تؤدي إلى نقل الدين والمطالبة.

الثاني: يسند إلى محمد، يذهب إلى أن الحوالة تنقل المطالبة دون الدين.

الثالث: يسند إلى زفر، يصرح بأن الحوالة لا تؤدي لا إلى نقل الدين ولا إلى نقل

المطالبة، وإنما هي زيادة توثيق كالكفالة، بها تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المحيل.

ويدعم الإتجاه الأول حجة رئيسة تتمثل في صحة هبة الدين من المحال إلى المحال

عليه وصحة إبرائه له دون المحيل، فلو لم يكن الدين موجوداً في ذمة المحال عليه

لكانت هبته له تملكاً للدين من غير من هو عليه ولكان الإبراء قد وقع دون محل.

أما الإتجاه الثاني:

فإن انصار هذا الإتجاه قاموا وافردوا عدة حجج نستعرض أهمها:

- "يتمثل في إمكانية المحيل بعد الحوالة إيفاء الدين، ووجوب قبول المحال لهذا

الوفاء، ولو لم يكن المحيل مدينياً ولما لزم المحال على قبول الوفاء منه".

- "عدم جواز توكيل المحال للمحيل في قبض الدين من المحال عليه، ولو كان المحيل قد أضحى بعد الحوالة قد أبرىء من الدين حيث يتم إعتبره أجنبياً فتجوز منه الوكالة".

- "إمتناع رجوع المحال عليه على المحيل إذا أبرىء من الدين، حيث يتمثل ذلك في حال وهب الدين ولو كان الدين قد انتقل إليه لكانت هبته له، هي هبة لما في ذمته، فهي ايضاً لا تجيز الرجوع".

- "إمكان رجوع الدائن (المحال) على المدين الأصلي (المحيل) إذا فسخت الحوالة، ولو كان هذا المدين الأصلي (المحيل) قد أبرىء بالحوالة، فلا يجوز الرجوع وذلك وفقاً لقاعدة "أن الساقط لا يعود" وبما ان الإبراء إسقاط فكيف يتم العودة عليه!".

- "إمكان وقوع الحوالة ونفاذها دون رضاء المحيل، فلو تضمنت نقلاً للدين أو المطالبة، لما كان وقوعها صحيحاً بهذا الطريق!".

(عبد البر، محمد زكي (١٩٨٨). ص١٢٨)

نستفيد مما ورد اعلاه، بأن الحوالة لا تؤدي إلى نقل الدين عند الحنفية على الوجه الذي يقرره الفقه الغربي، وهذا ما يتفق فيه الباحث أيضاً حتى وإن بعض نصوص مرشد الحيران والمجلة يفيدان هذا النقل، مما يستدعي التوقف على تلك النصوص لتحليلها، فالمادة ٧٨٢ من المرشد تشابه المادة ٦٩٠ من المجلة التي نصت على ما يلي " حكم الحوالة براءة المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين والكفالة وثبوت حق طلب ذلك من المحال عليه للمحال له وإذا احال المرتهن واحداً على الراهن لا يبقى له ان يحبس الرهن ويمسكه"، تقرر صراحة بأن الحوالة تؤدي

إلى براءة ذمة المحيل وإلى ثبوت حق مطالبة المحال عليه وأن هذا هو حكم الحوالة الرئيس، لكن شراح المجلة أكدوا ان المقصود بها هو براءة مؤقتة بعدم التوى وبالتالي فإنها براءة غير نهائية.

(باز، رستم (٢٠١٠).ص٢٩٧)

اما مرشد الحيران فقد نص في المادة رقم (٧٨٢) على ما يلي : "يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التي على المحيل. فإن كان الدين على المحيل حالا، تكون الحوالة به على المحال عليه حالة... وإن كان الدين على المحيل مؤجلا، تكون الحوالة به.... مؤجلة.."، وهو الحكم الذي يمكن القول به أيضا في المجلة، اعتمادا على ما ورد فيها بشأن الحوالة المبهمة.

(القربي، رضا (١٩٩٦).ص١٧٩)

إن النصين المذكورين اعلاه يجب ان يتم إستقراؤهما بباطن الفاظهما و ليس بظاهرها، لأنه لو قمنا وتمسكنا بحرفية وظاهر تلك النصوص لجزمنا بأن الحوالة في الفقه الحنفي عقد ناقل للدين على الوجه المعروف في الفقه الغربي والذي يؤدي إلى براءة المحيل من الدين كليا، ومع ذلك فإن النظر فيما أورده المرشد في المادة ٧٨٢ ذاتها يحول دون الإستطراد في مثل هذا التصور، حيث ما تضمنته المادة الواردة في مرشد الحيران في عباراتها الأخيرة من مكنة الرجوع على المحيل، إذا مات المحال عليه دون أن يتمكن الدائن من استيفاء كامل حقه، هو أمر يتعلق بنقل للمطالبة ليس إلا والدليل على ذلك أن الأحكام التي وردت في الحوالة هي عينها التي

سبق إيرادها في الكفالة، وتجلي ذلك في صريح نص المادة (٧٧٤) من المرشد والتي نصت على ما يلي "كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة".

(القربي، رضا (١٩٩٦).ص١٨٩)

يوصي الباحث بضرورة عدم الأخذ بما يقرره مرشد الحيران وما تفيده مجلة الاحكام العدلية وخصوصاً فيما يتعلق بإحتفاظ الدين بصفته بشكل قطعي، حيث لا بد من قصره على ما يتعلق بالمطالبة من حلول للدين وقابلية للتنفيذ فقط دون ان نجعل ذلك الإحتفاظ منوطاً بكل الصفات التي تلحق بالدين خصوصاً أن هناك بعض الأمور المهمة التي لا بد من بيانها ومن اهمها ما ورد في نص المادة (١٠٠٣) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ما يلي "ينتقل الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة"، حيث نجد ان هذا النص كان نتيجة إفرزات ما ورد بنصوص مرشد الحيران والمجلة من قطعية هذا الإنتقال وهذا ما اكده حكم محكمة التمييز الأردنية الموقرة رقم (١٨٩٦/١٩٩٩) المنشور بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٠^{١١١}، وسار الإجتهد على ذلك الأمر بشكل واضح^{١١٢}، إلا ان القانون المدني الأردني إستدرك ذلك في المادة (٢/١٠٠٤) والتي نصت على ما يلي "ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان او شخصياً، ملتزمماً قبل

^{١١١} نص قرار محكمة التمييز الموقرة على ما يلي: "...وناقلاً حق المطالبة بالدين المحيل إلى المحال عليه (البنك) وفق أحكام المادة (١٠٠٣) ومبرناً لذمة المحيل وفق أحكام المادة ١٠٠٢ من القانون المدني. إذا أصدر المحيل تعليماته وأوامره الباتة وغير القابلة للنعوض بتحويل قيمة السند للمحال له، فإنه لا يحق له الرجوع عن عقد الحوالة عملاً بأحكام المواد القانونية المشار إليها أعلاه، وحيث أن علاقة المدعى عليه بالكمبيالة إنتهت، ولم تعد القيمة الواردة في تلك الكمبيالة حقاً له أنها أصبحت حقاً للشركة فقط وان البنك (المميز ضده) قد تعهد لهذه الشركة المستفيدة بتحويل قيمة الكمبيالة بتاريخ إستحقاقها إليها، حيث أوفى بتعهده وذلك بتحويل ما تعهد به للشركة المذكورة وبذلك فإنه لم يخالف أوامر تعليمات رئيس الإجراء بالحجز على أموال وائل البيطار ان وجدت لديه." (المجلة القضائية، عدد رقم ٤ ، ص ٣٤٨).

^{١١٢} راجع قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٩/٢٥٤٧) منشور تاريخ (٢٠٠٠/٤/٦) المنشور على صفحة ١٩٩، من عدد المجلة القضائية رقم ٤ بتاريخ ١/١/٢٠٠٠.

الدائن إلا إذا رضي بالحوالة" و هذا امر ضروري لا بد من أخذه بعين الإعتبار إذ أن الاوصاف التي تلحق بالدين لا يمكن في جميع الاحوال ان تنتقل بشكل قطعي كلي بل لا بد ان تقترن ببعض الأحكام وأهمها انه في الكفالة عينية كانت أو شخصية لا بد من موافقة الكفيل على الحوالة حتى يكون ملتزماً إتجاه المحال له فلا يكون قبول الكفيل ضمناً عند نفاذ الحوالة فلا بد من موافقته حتى يصبح ملتزماً إتجاه الدائن (المحال)، وعليه فإن الباحث يوصي بضرورة دمج المادة (١٠٠٣) كفقرة إفتتاحية بالمادة (١٠٠٤) حتى يفهم ان الإنتقال ليس مطلقاً.

بدأ يتضح أن القانون الألماني قد ربط بقاء الضمانات الإتفاقية بالموافقة على الحوالة وهو نهج يتضمن إلى رعاية لمصلحة الضامنين على حساب المبادئ، أما بخصوص القانونين السويسري والمصري فقد اتجاها إتجاها مغايراً، حيث إتفقا مع ما سبق وقرره المشروع الأول للقانون المدني الألماني: فالتأمينات التي قدمها المدين تبقى، أما تلك التي قدمها الغير فلا تبقى إلا إذا وافق الضامنون على الحوالة، وهكذا فقد جاء نص المادة ١٧٨ من قانون الإلتزامات السويسري (المادة ١٢٠٨ من القانون المدني الأردني) على ما يلي: "تبقى ملحقات الدين قائمة رغم تغير المدين، وذلك في الحدود التي لا تكون فيها متعلقة بشخص هذا المدين. ومع ذلك، فإن الغير الذين قدموا التأمينات، والكفلاء لا يبقون ملتزمين تجاه الدائن إلا بموافقتهم على نقل الدين." هو أيضاً الذي أورده القانون المصري في المادة ٣١٨، التي تنص على ما يلي:

١. "تبقى للدين المحال به ضماناته.

٢. ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينيا أو شخصيا، ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة".

وعليه فإن الأصل في القانونين السويسري والمصري هو بقاء الضمانات، حين أن الأصل في القانون الألماني هو زوالها.

(السنهوري، عبد الرزاق (بدون تاريخ). ص ٥٨٩)

فالضمانات عند الجمهور شخصية كانت أو عينية تسقط بالحوالة، ولا يكون بوسع المحال له استعمال أي منها، سواء صدرت الحوالة من جهة الدائن أو من جهة المدين، وعليه فلو أحال البائع دائنه على المشتري بالثمن لم يكن بإمكان الدائن المحال استعمال ما كان للبائع من حق في الحبس أو في الرهن، كما لا يكون له الرجوع على كفيل المشتري، ولم يناقش في صحة الحكم إلا الحنايلة، الذين ذهب أحد فقهاءهم إلى بقاء الكفالة رغم الحوالة وإمكان رجوع المحال على الكفيل أو على المحال عليه أو عليهما معاً.

(عبد البر، محمد زكي (١٩٨٨). ص ٦٦)

ويسند الحكم عند الجمهور إعتباران: أولهما: أن الحوالة قبض فإن المحيل يعد بريئاً براءة نهائية فلا يكون ثمة سبب لاستمرار التوثق من مدين خلت ذمته من الدين.

ثانيهما: أن الحوالة تقتضي المساواة بين المال المحال به والمال المحال عليه في

المقدار والصفة، ولو أتيح إنتقال الضمانات لاختلت المساواة وفسدت الحوالة.

(إبن عابدين (٢٠٠٤). ص ٢١٢)

ظهرت هذه الخلافات أيضاً في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران فالمجلة تقرر، في المادة ٦٩٠ كما أسلفنا، بأن الحوالة (والمقصود الصادرة من المدين) تؤدي إلى براءة الكفيل وهو ما ينسجم مع ما مذهب إليه أبي يوسف، ولكنها في عجز ذات المادة تقرر أيضاً سقوط الرهن والحبس إذا صدرت الحوالة من الدائن، إذ هي نصت على ما يلي: "..... وإذا أحال المرتهن واحداً على الراهن، لا يبقى له أن يحبس الرهن ويمسكه...." فيكون مؤدى الأخذ بحرفية عبارات المجلة سقوط جميع الضمانات في كل الحالات، وإزاء خطورة الحكم إضطر رستم الباز، إلى التمييز بين الفرضين اللذين ناقشهما الإمام محمد، فذهباً إلى سقوط الضمانات إذا كان الدائن محيلاً وإلى بقائها إذا كان محالاً، وهو التمييز الذي يبقى محل شك كبير في ظل نصوص المجلة، كما هو واضح.

(باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٧-٢٩٨)

أما مرشد الحيران، فقد كان أكثر دقة في تمسكا بمنهجه، فهو يقرر في المادة ٧٨٠ بأنه: "..... إذا حال المرتهن غريماً له على الراهن، سقط حقه في حبس الرهن. ولا يكون رهناً للمحتال، وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشتري بالثمن، سقط حقه في حبس العين المبيعة. أما إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر، أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر، فلا يسقط حق المرتهن في حبس الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع..." إن مرشد الحيران تبعاً لرأي الفقيه محمد يقرر بقاء الضمانات التي قدمها المدين الأصلي إذا تمت الحوالة من جانبه وهو ما يشابه ما ذهب إليه القانون الألماني، بيد أن الشبه ظاهري فقط ولا يتعلق بالغاية التشريعية منه

فالقانون الألماني إذ يقرر بقاء الضمانات، إنما يعني أن يتاح للمحال له استعمال هذه الضمانات إذا لم يتلق حقه من المحال عليه عند حلول الأجل، أما مرشد الحيران فإنه لا يجيز استعمال الضمانات من حيث تصنيفيتها والتنفيذ عليها، إلا إذا عاد الدين إلى المحيل فالضمانات الباقية في القانون الألماني تضمن الحق في ذمة المحيل فقط، ويأتي إحتفاظ الدائن بها في صورة تشابه الحبس الإحتياطي، وذلك لاحتمال عودة الدين إلى المحيل وهكذا فإن رأي الفقيه محمد الذي أخذ به مرشد الحيران لا يختلف عن غيره من الآراء الواردة في الفقه الحنفي أو عند الجمهور، في أن الضمانات تسقط وأن ليس بالمقدور إستعمالها ما دام إلتزام المحال عليه بالدين قائماً.

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ١٣١)

تجدر الإشارة إلى ان المادة ١٠٠٤ أردني^{١١٣} خرجت عن موقف مصادرها التاريخية، وأخذت بما قرره الفقه الغربي وخصوصاً ما ورد في القانونين السويسري والمصري، وذلك بخصوص بقاء الضمانات التي قدمها المدين ومن زوال تلك التي قدمها الغير، ما لم يوافق الضامنون في الحالة الأخيرة على الحوالة، وإذا كان ليس من المشكوك فيه بأن الضمانات غايتها أن تضمن الحق إذا عاد إلى المحيل بالفسخ أو بالتوى، وعليه فإن السؤال الذي يطرح : عما إذا كان يتوجب القول أيضا بضمان التأمينات للحق وهو في ذمة المحال عليه؟

^{١١٣} نصت المادة ١٠١٤ من القانون المدني الأردني على ما يلي: "للمحال له ان يرجع على المحيل في الاحوال التالية:

- ١- إذا فسخت الحوالة باتفاق اطرافها.
- ٢- إذا جحد المحال عليه الحوالة ولم تكن ثمة بينة بها وحلف على نفيها.
- ٣- إذا مات المحال عليه مقلساً قبل اداء الدين
- ٤- إذا حكمت المحكمة بأفلاسه قبل الاداء
- ٥- إذا بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين او هلاك العين او استحقاقها وكانت غير مضمونة".

يجد الباحث من وجهة نظره، إن نصوص الحوالة بهذا الشأن كانت مطلقة وعمامة وبالتالي فإنه لا يمنع أن الضمانات أيضاً تحمي الحق بينما هو في ذمة المحال عليه فيكون من شأن الحكم مضافاً إلى إمكانية الرجوع على المحيل بالفسخ والبطلان والتوى والذي يشمل حالات الجحد والوفاة مع الإفلاس والحكم بالتقليس^{١١٤} وهلاك العين غير المضمونة أن يكون المحيل هو الملزم بالوفاء بالدين ليس فقط في هذه الحالات جميعاً وإنما أيضاً إذا لم يعرض المحال عليه الوفاء عند الأجل.

وهنا يطرح التساؤل أيضاً عما إذا لم يكن القانون الأردني قد عزز من أن المحيل يبقى بعد الحوالة هو المدين الأصلي، وأن المحال عليه لا يعدو أن يكون مديناً احتياطياً لا تبرز صفته إلا من خلال وجوب الرجوع عليه أولاً؟

فمما لا شك فيه أن إبقاء الضمانات مع الإحتفاظ بمكنة الرجوع في العديد من الفروض، قد أدخل بالتوازن الذي لاحظته الحنفية، لكن الباحث يؤيد أن الحوالة وسيلة مختلفة عن الكفالة كون ان الرجوع هو إستثناء محدد بحالات التوى والفسخ والبطلان وليس كالكفالة هو ضمان احتياطي بضم ذمة لإخرى ! كونه البنية الأساسية لنظام الكفالة والذي يختلف إختلافاً بيناً عن عقد الحوالة.^{١١٥}

الدفع التي تثبت للمدين القديم:

^{١١٤} أنظر الجزء المتعلق بالتوى.
^{١١٥} هذه الملاحظة بالخلط ما بين الحوالة والكفالة قد تجد لها أيضاً ما يسندها فيما قرره القانون الأردني من إنتقال الدفع.

يمكن التمييز في مدى ما يستطيع المدين الجديد التمسك به من دفع المدين القديم، بين دفع ترجع إلى فوات محل إلتزام الأخير أو عدم مشروعيته، وأخرى تتعلق بما لحق به من أوصاف، وأخيرة متعلقة بشخص هذا المدين كالاتي:

أ- الدفع التي ترجع إلى بطلان الدين المحال به أو عدم مشروعيته:

إذا انعدم الدين المحال به (أي تبين عدم وجوده من حيث الأصل)، فإن الحوالة تقع باطلة بلا خلاف عند مختلف فقهاء المذاهب، وسواء أكانت الحوالة عند الحنفية، مطلقة أم مقيدة.

والتكييف الذي يعطى لانعدام الدين المحال به يعطى عند الحنفية أيضا لسقوطه، مثال ذلك: أنه لو أحال المشتري البائع بالثمن على شخص ثالث، ثم هلك المبيع عند البائع قبل التسليم لذلك الشخص الثالث أو كان المبيع معيباً لفسخت الحوالة أما عند غير الحنفية، فالمسألة خلافية وبالأخص لدى الشافعية والحنابلة، فمن الشافعية من يذهب أيضا إلى فسخ الحوالة وهو الراجح لديهم، ومنهم من يذهب إلى بقائها وإلى إلتزام المحال عليه بالوفاء وبتأاحة الرجوع بعده للمحيل على المحال له بالمحال عليه، أما عند الحنابلة فقد دار الخلاف بين ما إذا جاء سقوط الدين المحال به قبل الوفاء أم بعده، فإن كان السقوط قبل الوفاء فإن الراجح هو فسخ الحوالة، وإن السقوط بعد الوفاء فتبقى الحوالة صحيحة ونافذة، أما بخصوص إنعدام المال المحال به أو سقوطه فإنه يؤدي للبطلان، مع ملاحظة الإختلاف ما بين الفسخ والبطلان، فعند الفسخ يحق للمدين الجديد مكان القديم دفع مطالبة الدائن، أما الدفع التي ترجع إلى عدم مشروعية سبب هذا الدين، فالموقف فيها مختلف لدى الفقه الحنفي حيث أن المحال

عليه لا يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن بما قام عليه دين المدين القديم من سبب غير مشروع وعدم المشروعية وفقاً للفقہ الإسلامي مخالفتها للكتاب والسنة أما بالنسبة للقانون الأردني فأضيف إليها مخالفة القوانين المرعية وتأكيداً لذلك قررت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم (٢٠٠٥/١١٧) على ما يلي: "تعتبر الحوالة باطلة وذلك بسبب عدم موافقة المؤسسة العامة للغذاء والدواء على محل الحوالة المرسل للمحال له كون ان هذه الشحنة تخالف احكام المادة (١٠١٣) مدني".

(المكتب الفني (١٩٧٧).ص٦٤٣)

الدفع المستمدة من أوصاف التزام الدين القديم:

لا بد هنا من التفريق بين الأجل والشرط كالآتي:

بالنسبة للأجل، فالأجل الذي ثبت للمدين القديم يمكن الإعتداد به عند جميع الفقه من قبل المدين الجديد، حيث ذهب فقهاء الجمهور من إقتضائهم المساواة بين الدين المحال به والدين المحال عليه من حيث القدر والصفة والأجل.

أما الشرط، فقد كان محل خلاف شديد حيث تم التفريق ما بين فترة تحقق الشرط وفترة ما قبل تحقق الشرط جعلت من هذا الامر مثار جدال طويل قد يخرج الباحث عن موضوعه الرئيس، إلا ان الخلاصة أنه لا يحق للمدين الجديد التمسك بالشرط كما هو للمدين القديم.^{١١٦}

^{١١٦} أنظر المواد، ٣٩٣ و ٤٠٢ من القانون المدني الأردني.

الدفع الخاصة بشخص المحيل وبأسباب الإنقضاء التي تثبت في جانبه:

يطرح التساؤل في الفقه الإسلامي عما إذا كان للمدين الجديد أن يرد مطالبة الدائن عن طريق الإحتجاج بنقص أهلية المدين القديم أو بوقوعه تحت تأثير إكراه أو غلط أو تدليس وغبن.

بخصوص هذا الشأن فإن الباحث يتفق مع ما أورده دكتور محمد صبري الجندي حيث قال : " عقد ناقص الأهلية يقع إما باطلا وإما موقوف النفاذ، وأن عقد المكره، ومن وقع في غلط أو تحت تأثير تدليس وغبن، يقع، على خلاف بين أئمة المذاهب كذلك، فاسدا أو موقوفا أو غير لازم أو حتى باطلا، لانتهينا إلى تصور الحلول التي يتوجب القول بها، فمتى أدى عيب الإرادة (نقصها أو وجود الإكراه) إلى اعتبار العقد موقوفا أو فاسدا أو، بالأولى، باطلا، فإن مؤدى ذلك إعتبار دين المدين القديم إما غير قابل للنفاذ وإما غير موجود، وهو دفع يمكن الإحتجاج به من جانب هذا المدين ومن جانب المدين الجديد. أما متى كان من شأن عيب الإرادة أن يجعل دين المحيل غير لازم، فإن مكنة التمسك بالعيب تبقى خاصة بالمحيل ولا تنتقل إلى المحال عليه. إذ بالإمكان قياس حكم الفرض الأخير على سائر الفروض الأخرى التي يكون فيها الدين المحال به غير لازم. هذا بالنسبة لعيوب الإرادة، أما فيما يتعلق بأسباب الإنقضاء، من إبراء ووفاء ومقاصة، فإنه لا بد من التمييز بين تحقق السبب قبل الحوالة وبين تحققه بعدها. فإن تحقق السبب قبل الحوالة، كانت الحوالة بدون دين محال به، فتقع باطلة، وهو دفع يمكن التمسك به من المدين الجديد كما يمكن التمسك به من المدين القديم. أما إذا طرأ أحد هذه الأسباب بعد الحوالة، فإن المنطق كان

يقضي قياس الحكم في هذه الحالة على حالة سقوط الدين المحال به عرضاً، فيكون للمدين الجديد التمسك به، ولكن ما تفيده النصوص، بالنسبة للمقاصة والوفاء، أن التمسك بها لا يكون إلا بتصريح، توكيل، من المحيل. فالحكم بالنسبة لهذين السببين وأمثالهما، في الفقه الإسلامي، يشبه ما ذهبت إليه القوانين الجرمانية بصدد المقاصة، مع ملاحظة أن المقاصة، تقع في الفقه الإسلامي، حكماً، وبمجرد تلاقي الدينين. أما الإبراء، فقد رأينا أن الحنفية لا يجيزون وقوعه بعد الحوالة إلا للمدين الجديد، فيكون لهذا وحده أن يحتج به، رغم أنه لا يفيد إلا المدين القديم، أما عند الجمهور، فإن مقتضى براءة ذمة المدين القديم نهائياً ألا يجوز وقوع الإبراء إلا للمدين الجديد، وأنه متى وقع فإنه يفيد هو لا غيره، فيكون له وحده الإحتجاج به"

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ١٣٤)

يستخلص الباحث، أن دفع المدين القديم باستثناء الأجل، لا تنتقل إلى المدين الجديد إلا إذا تعلق بسبب من أسباب البطلان أو الفسخ أو وقف التنفيذ، أما الدفع التي لا يؤدي التمسك بها إلى المساس بوجود الإلتزام ونفاذه، فإنها تبقى خاصة بالمدين القديم، وهو ما يقترحه الباحث بإضافته كنص.

الدفع التي تثبت للمدين الجديد:

لا شك أن للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال بالدفع التي نشأت عن عقد الحوالة ذاته، فلو لم يكن المحال عليه عند الحنفية بالغاً راشداً لجاز له التمسك بنقص أهليته مما سيؤدي إلى بطلان العقد، وهو يستطيع التمسك بهذا النقص عند الجمهور ما دامت الحوالة لم تنفذ وحتى إن أدى ذلك إلى نشوء حق له في ذمة المحال، لكان

له عند الحنفية وعند سواهم دفع مطالبة المحال بالمقاصة بين هذا الحق وبين ما كان عقد الحوالة قد رتبته في ذمته، ولو حصل على أجل من المحال له في عقد الحوالة عند الحنفية، وفي عقد لاحق عند غيرهم، لجاز له طلب تأجيل الرجوع عليه. ولو تصالح مع المحال على جزء من المدين أو على أداء شيء مختلف لكان له التمسك بالإتفاق (أي إتفاق لاحق على نشوء الحوالة)، وذلك مع ملاحظة أن أغلب الدفوع المشار إليها يفترض إشتراكه في عقد الحوالة، أو إبرام عقد لاحق مع المحال، وهما أمران غير ضروريين عند الجمهور، على خلاف الحنفية الذين يقتضون موافقته في مجلس العقد أو خارجه.

(عبد البر، محمد زكي (١٩٨٨) ص ٨١)

الدفوع المستمدة من العلاقة السابقة بين المدينين:

لا يجيز الحنفية للمحال عليه في الحوالة المطلقة، التمسك بما كان له من دفوع في مواجهة المحيل، وذلك لو كان المحال عليه مدينا للمحيل وأحال عليه حوالة مطلقة، فإن الحوالة لا تمنع المحيل من إسترداد دينه أو عينه، ولا تظهر أهمية علاقته السابقة بالمحيل إلا إذا تراخى وفاؤه بدين الأخير إلى ما بعد أدائه لدين الحوالة حيث يكون له في هذه الحالة على ما رأينا، التمسك بالمقاصة.

أما في الحوالة المقيدة، فإن الأمر مختلف إذ يجوز للمحال عليه التمسك بما كان له من دفوع في مواجهة المحيل وذلك في أكثر من فرض:

فهو يستطيع أولاً أن يدفع مطالبة المحال إذا اتضحت براءته من الدين المحال عليه، أي إذا كان هذا المال منعدماً. وهكذا يجري التصريح أئمة المذهب، على أنه إذا أحال عليه بثمن عبد ثبتت حريته، فإن الحوالة تقع باطلة.

وما يقرره الحنفية في حالة انعدام الدين المحال عليه، يقررونه أيضاً في حالة عدم مشروعيته، فهم يذهبون إلى أنه لو أحال عليه بثمن سلعة، واتضحت أن السلعة خمر أو دواء غير مصرح به فإن الحوالة تبطل.^{١١٧}

يستخلص الباحث إلى أن الفقه الإسلامي ممثلاً في مذاهب السنة، يجيز للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال بدفوع المحيل متى كان من شأن هذه الدفوع تقرير بطلان الحوالة أو فسادها أو عدم نفاذها، كما أنه يجيز له في الحوالة المقيدة أن يتمسك بالدفوع التي كانت له في مواجهة المحيل متى تعلقت هذه الدفوع ببراءته من دين المحيل أو بسقوط هذا الدين حيث إن هذا هو الرأي الراجح عند المالكية وبعض الحنابلة، وذلك فضلاً عن إتاحة التمسك بما ينشأ له هو من دفوع مستمدة من عقد الحوالة أو مما قد يقع بعده، فقد نصت المادة (١٠٠٥) من القانون المدني الأردني على ما يلي: " للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكل الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل، وله أن يتمسك بكافة الدفوع التي للمحيل قبل المحال له".

وتأكيداً لذلك فقد قررت محكمة التمييز الأردنية في حكمها الصادر بتاريخ (٢٠٠٧/٩/٦) تحت الرقم (٢٠٠٧/٧٢٨) ما يلي: "يترتب على الحلول أن يحل

^{١١٧} راجع (الزرقا، مصطفى (٢٠٠٢). ص ٩٧)

المؤمن محل المؤمن له في الحق نفسه الثابت لهذا الأخير في ذمة المسؤول ويتقدم هذا الحق بإنقضاء مدته القانونية. ويحتج على المؤمن بنفس الدفوع التي كان يحتج بها على المؤمن له فيحتج بإنقضاء حق المؤمن له بالوفاء أو المقاصة أو الإبراء إذا وقع قبل الحل أو بعد سماع الدعوى بالحق بعد مرور الزمن...."

فهو يجيز للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال بما له من دفوع في مواجهة المحيل، والنص يقصر الدفوع التي يجوز التمسك بها على الدفوع المتعلقة بالدين^{١١٨}، مما يعني أن الدفوع المقصودة تخص الحوالة المقيدة وحدها، أما الحوالة المطلقة فلا يوجد فيها دين (محال عليه) حتى تنشأ عنه دفوع يمكن التمسك بها، فالنص يتفق في هذا النطاق مع الفقه الإسلامي- وخصوصاً الحنفي، وهو ما يجب تأكيده إذا تذكرنا ما ذهب إليه القانون المدني الأردني في نصوص مستقلة، من تقرير بطلان الحوالة إذا انعدم الدين المحال عليه أو هلكت العين التي جرى تقييد الحوالة بها دون تعد.

(منشورات مركز عدالة (٢٠٠٧). قرار رقم (٢٠٠٧/٧٢٨)).

يستخلص الباحث ان القرار المذكور اعلاه وهو القرار التمييزي اليتيم على المادة (١٠٠٥) من القانون المدني الأردني، كان مغلوطاً ليس في تسببيه وليس بخصوص إنتقال الدفوع وإنما بسبب أنه إستخدم حوالة الحق في عقد التامين (حيث يحل المؤمن وهي شركة التامين مكان المؤمن له وهو من تعاقد مع شركة التامين على ان يحول المؤمن له حقوقه لصالح شركة التامين التي تكون بدورها اوفت تلك الحقوق او علقتها لصالح المؤمن له)، بينما ان القانون المدني الأردني أخذ بالحوالة في الفقه

^{١١٨}تقابل المادة (١٠٠٥) مدني أردني المواد (٣١٨ و ٣٢٠) من القانون المدني المصري والمواد (٣٤٨ و ٣٤٩) من القانون المدني العراقي. (جرير، علي (٢٠٠٩). ص٣٤٦)

الإسلامي والواردة بالاخص في الفقه الحنفي والمتعلقة بالحوالة المقيدة والحوالة المطلقة فقط والتي تفيد تيسير إستيفاء الدين فهي حوالة تتعلق بدين وليس بحق.

أحكام الحوالة في علاقة المحيل بالمحال عليه:

إن الآثار المترتبة على الحوالة في علاقة المحيل بالمحال عليه تختلف فيما إذا كانت حوالة مطلقة أو مقيدة.

١. إذا كانت الحوالة مطلقة:

إذا كانت الحوالة مطلقة فإن المحال عليه ملزم بوفاء دين المحيل في مواجهة المحال ومتى قام بذلك فله حق الرجوع على المحيل بما أداه، أيضا لا يستطيع المحال عليه التمسك بالإحتجاج بعدم الوفاء بسبب الحوالة حيث نصت المادة (١٠٠٦) أردني على ما يلي "للمحيل حق مطالبة المحال عليه بمال له في ذمته من دين أو عين إذا لم تفيد الحوالة بأيهما، وليس للمحال حق حبسهما حتى يؤدي إلى المحال له"، حيث إذا لم يكن المحال عليه مدينا للمحيل فيعود بعد الحوالة على المحيل، أما إن كان المحال عليه مدينا للمحيل فنتم المقاصة، ولكن ما هو أساس الرجوع؟

نصت المادة (٣٠٩) من القانون المدني الأردني على الوفاء من الغير، و نصت المادة (١٩٨) من مرشد الحيران على ما يلي " من قام عن غيره بواجب عليه، كما

إذا قضى دينه بأمره، رجع على الأمر وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به... " ١١٩

لقد قامت النصوص المذكورة بالحديث عن أساس الرجوع، ولكن ما هو محل ذلك الرجوع؟

لقد نصت المادة (٦٩٨) من المجلة على ذلك، حيث أنه يتم بالدين المحال به، حيث لو قام الدائن بتخفيض جزء من دينه فإن المحال عليه يعود على المحيل بالمقدار الذي دفعه وليس بدين الحوالة، لانه في الواقع العملي قد يقترن شرط في الحوالة يعطى للمحال عليه حق الرجوع على المحيل بالمبلغ المؤدى للمحال مضافا له الفائدة القانونية، فهل هذا الشرط صحيح؟

يعتقد الباحث أن هذا الشرط غير صحيح كون أن محل الرجوع محدد بنص القانون بما أداه المحال عليه فقط، كما أن الفائدة القانونية تحتسب في الديون الثابتة بسند أو تعهد من تاريخ إستحقاقها أما غير ذلك فمن تاريخ المطالبة القضائية، وعليه يستطيع المحال عليه طلب الفائدة القانونية عن الفترة التي قضاها من تاريخ المطالبة القضائية وحتى السداد التام وليس من فترة سداد المحال لحين السداد التام، وبناءً على ذلك يقترح الباحث وضع النص التالي في مشروع قانون عقد الحوالة "أي شرط للفائدة عند قيام المحال عليه بدفع دين الحوالة للمحال له يعتبر باطلاً".

^{١١٩}نظر ما يقابله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة رقم (٣٣٣) ((الجندي محمد صبري (١٩٩٣). ص ١٧٤).

٢. إذا كانت الحوالة مقيدة:

إذا قام المحال عليه ووفى دين الحوالة للمحال فإنه لا يعود على المحيل، حيث لا ينقضي إلتزامه بمجرد إنعقاد الحوالة وإنما يتراخى إلى حين الوفاء المعتد به للمحال لكن المادة (١٠١٢) ١٢٠ من القانون المدني الأردني تنص على ما يلي "١. إذا مات المحيل قبل إستيفاء دين الحوالة المقيدة اختص المحال له بالمال الذي بذمة المحال عليه أو بيده في أثناء حياة المحيل. 2. ويبقى أجل الدين في الحوالة بنوعيتها إذا مات المحيل ويحل بموت المحال عليه"، حيث أعطي للمحال له الحقية في الحصول على المال المحال به في حال وفاة المحيل ولم يستوف المحال دينه ما لم تكن الحوالة بأجل، لكن في جميع الأحوال يسقط أجل الحوالة عند وفاة المحال عليه طالما لم يستوف المحال له دين الحوالة. لكن السؤال الذي يثور، ماذا لو قام المحيل باسترداد دينه من المحال عليه ووافق المحال عليه على ذلك، فهل يبقى ملزماً ذاك المحال عليه بالحوالة في مواجهة المحال؟

نصت المادة (١٠٠٨) من القانون المدني الأردني على ما يلي "لا يجوز للمحال عليه في الحوالة الصحيحة بنوعيتها أن يمتنع عن الوفاء إلى المحال له ولو استوفى المحيل من المحال عليه دينه أو استرد العين التي كانت عنده"، أي يبقى المحال عليه ملتزماً بالوفاء لصالح المحال ولا يستطيع الإحتجاج بذلك، حيث اعتبر القانون المدني الأردني أن المحال هو الأولى بالرعاية فقدم مصلحته على مصلحة المحال عليه (المدين الجديد)، ولكن هنا يستطيع المحال عليه الرجوع على المحيل كون أن الدين

^{١٢٠} يقابل نص المادة ١٠١٢ من القانون المدني الأردني نص المادة ١/١١٢٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي

سقط (دين الحوالة)، وما يؤكد ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٢/٩٩٠) (١٢١). (إبن عابدين (٢٠٠٤) ص ٣٤٧).

لكن هذا الأمر يتعارض مع نص المادة (١٠٠٦) والتي تنص "للمحيل حق مطالبة المحال عليه بما له في ذمته من دين أو عين إذا لم تقيد بأيهما وليس للمحال عليه حق حبسهما حتى يؤدي إلى المحال له."

وفي إستفسارنا السابق إفترضنا وجود دين لصالح المحيل في ذمة المحال عليه وتم تقييده بحوالة لصالح المحال، فكيف يستطيع المحيل أن يسترد دينه المقيدة به الحوالة بينما نصت مادة (١٠٠٦) على عدم مطالبة المحيل بما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين إذا تم تقييدهما بحوالة مقيدة!

أحكام الحوالة في علاقة المحال بالغير

إن الأحكام المتعلقة بالمحال بالغير ما هو إلا أثر يترتب على حوالة الحق فقط وهذا ما أخذ به الفقه الغربي، إلا أن المشرع الأردني ذكر بالمادة (١٠١٥) آثار الحوالة ما بين المحال والغير ومع ذلك فإن ذلك التشويه التشريعي جعل فيها خلطاً كبيراً كون أن القانون المدني الأردني قد تبني نظرية الفقه الحنفي في الحوالة وهي الحوالة التي يكون محلها ديناً يتحول به الدين والمطالبة من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى ذمة المحال عليه (المدين الجديد) لصالح المحال (الدائن) سواء وقعت

^{١٢١} نص قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٢/٩٩٠) والذي نص على ما يلي: "إذا إنعقدت الحوالة صحيحة فلا يجوز للمحال عليه (المميز) سندا للمادة ١٠٠٨ مدني ان يمتنع عن وفاء الدين للمحال له حتى ولو استوفى المحيل من المحال عليه دينه أو أسترد العين التي كانت عنده ولهذا فإنه لا عبرة لوجود أو عدم وجود رصيد للمؤسسة مصدرة التلكس لدى الشركة الأردنية."

على شكل حوالة مقيدة أو مطلقة، أما النص المذكور فإنه مأخوذ من القانون المدني المصري الذي أخذ نظرية الحوالة من الفقه الغربي.

(السنهوري. (بدون تاريخ) ص ٥٨٣).

لكن يبدو أن المشرع الأردني أخذ بموقف الجمهور الذي يشابه رأي الفقه الغربي بخصوص وجود حق للغير بالحوالة وتنظيم علاقته مع المحال ، حيث يرى الجمهور أنه بالحوالة المقيدة (وهو كذلك دائما لديهم) تؤدي إلى براءة المحيل في مواجهة المحال عليه ومع إنقضاء حق المحال عليه وذلك بحسب نص المادة (١٠١٢) من القانون المدني الأردني، حيث أخذ القانون الأردني برأي الجمهور إذ إن موت المحيل لا يعيد الحق المحال به إلى تركته، وإنما يبقى مخصصا لوفاء المحال ، حيث أصبح ذا أولوية في استيفاء حقه، وعليه فإن التمسك بالتنظيم الفقهي للحوالة وفق الفقه الإسلامي كان سيبعد وجود علاقة المحال بالغير، حيث يأخذ الفقه الغربي بعدم النفاذ للحوالة في مواجهة الغير ما لم تكن معلنة للمحال عليه أو أن يقبلها بوثيقة ثابتة التاريخ وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١٥) من القانون المدني الاردني^{١٢٢} ، لكن عدم النفاذ مختلف في الفقه الإسلامي حيث تنص م (٧١) مدني على ما يلي " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق للغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائما بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك" حيث أن النفاذ موقوف على

^{١٢٢} تنص المادة ١٠١٥ من القانون المدني الاردني على ما يلي: "١- اذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير.

٢- ولا تكون الحوالة نافذة في حق الغير الا باعلاتها رسميا للمحال عليه او قبوله لها بوثيقة ثابتة التاريخ".

تصرف شخص له الولاية، كتصرف ناقص الأهلية لكن النفاذ المذكور بالمادة (٢٠١٥/٢٠١٥) فهو عدم نفاذ لعدم ثبوت التاريخ أو عدم إتمام إجراءات الإعلان، أي يرتبط بالشكلية بينما عقدت الحوالة بالفقه الإسلامي بموافقة الأطراف جميعاً (هذا حسب القانون الأردني) بينما هي لدى الفقه مختلفة وممكن أن تنشأ دون موافقة المحيل ذاته وما يؤكد ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (٢٧٠٨/٢٠٠٠)١٢٣ والذي يتعلق بترتيب آثار الحوالة للغير من تاريخ الإعلان الرسمي أو قبولها بوثيقة رسمية، حيث ان المادة (١٠١٥) تتعلق بعلاقة المحال بالغير وليس بالعلاقة ما بين المحال والمحال عليه أو ما بين المحال والمحيل^{١٢٤}.

(الجندي، محمد صبري (١٩٩٣). ص ١٨١-١٨٢)

يستخلص الباحث أن المشرع الأردني كان من المفترض فيه عدم معالجة علاقة المحال بالغير، كونه استند على نظرية الفقه الغربي بالحوالة والتي تعالج موضوع حوالة الحق في علاقة المحال بالعين وعليه فإن ذلك الأمر سبب الإرباك الكبير والتشوه التشريعي الذي لا بد من استدراكه بشطب هذه المادة كلياً، أو وضع نصوص خاصة تنظم حوالة الحق لوحدها بمعزل عن النصوص الناظمة لعقد الحوالة بشكلها الحالي.

^{١٢٣} انظر قرار محكمة التمييز رقم (٢٧٠٨/٢٠٠٠) والذي ينص على: "كان يتعين على محكمة الاستئناف البحث من خلال البيانات المتوفرة عن توافق الإرادات المعبرة عن انشاء الحوالة بين الأطراف الثلاثة ورضاهم بالالتزام بها، ومن ثم البحث عن باقي شروط صحتها وانعقادها وفي مدى تأثير حجز قيمة الحوالة من قبل الغير في ضوء ما إذا كانت نافذة بحقه أم ال وفقاً لأحكام المادة (١٠١٦ و ١٠١٥) من القانون المدني وترتيب الآثار القانونية عليها...." (عدالة (٢٠٠١). ص ١٨٢).

^{١٢٤} انظر قرار محكمة التمييز رقم (٣٣٥٥/٢٠٠٤) والذي نص على: ".....يستفاد من احكام (١٠١٥) من القانون المدني أن هذه المادة تتعلق بالعلاقة فيما بين المحال له والغير ولا علاقة لها بشرائط انعقاد الوكالة".

أحكام خاصة بالحوالة

هناك أحكام خاصة بالحوالة لا تتعلق بالعلاقات المذكورة في الفصول اللاحقة في هذه الأطروحة وإنما احكام متفرقة لا بد من ذكرها والإشارة إليها لما تحتويه من اهمية بمكان لبيانها وتفنيدها وشرحها، خصوصاً أن القانون المدني الأردني قد أخذ بعضها من احكام القانون المدني المصري المأخوذة أغلب أحكامه بخصوص عقد الحوالة من القانون الألماني وقانون الإلتزامات السويسري، وعليه سيقوم الباحث ببيان أهم هذه الآثار الخاصة بالحوالة.

- الإختلاف ما بين المحيل والمحال -

حيث يقصد بهذا الإختلاف: نكران المحيل بقيامه بإحالة هذا الدين عليه، حيث أن ما يحكم ذلك عملية الإثبات ذاتها فتطبق القاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي والواردة في القانون المدني الأردني "البينة على من ادعى واليمين على من انكر"^{١٢٥}، قد توسع الفقهاء في الفقه الإسلامي في هذا الإطار ووضعوا فرضية عدم إمكانية المدعى إثبات واقعة وجود الحوالة (عادةً يكون المحال) الذي يدعي بوجود حوالة مع المحيل، حيث إن لم يستطع ذلك يطلب توجيه اليمين إلى المدعي لإثبات إدعائه أو نفيه^{١٢٦}، والتي اعتمد بعض الفقهاء المسلمين صيغتها كآلتي "بالله ما احتال على فلان بالمال" فإن نكل المدعى عليه عن حلفان ذلك اليمين يبرء المدعي،

^{١٢٥} انظر نص المادة ٧٧ من القانون المدني الأردني والتي تنص على ما يلي "البينة على من ادعى واليمين على من انكر".

^{١٢٦} هذا يقابل اليمين الحاسمة والموجودة في قانون البينات الأردني رقم (٧٢) لسنة ١٩٥١ حيث نص في المادة (٥٨) منه على ما يلي "اليمين الحاسمة، هي التي يوجهها احد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع".

وإذا حلفها المدعى عليه ببراءة المدعى عليه ويلزم المدعى بالدين دون المدعى عليه،
وعليه فإن هذه اليمين هي الوسيلة الأخيرة التي يلجأ إليها الخصوم ببيان وقوع
الحوالة من عدمها عند نكران المحال عليه الحوالة.

(إبن نجيم (٢٠٠٦).ص٢٧٢)

لكن الباحث من وجهة نظره يجد ان اللجوء إلى نكران الحوالة وحلفها قد تضاعف في
الحياة العملية كون ان توثيق الدين كتابةً أصبح من مستلزمات العصر ومن روتينياته
أيضاً، خصوصاً أن العديد من الحالات العملية للحوالة تقع إما على ورقة تجارية او
على سند دين، او تقع بموجب عقد حوالة خطي.

اما بخصوص الاختلاف ما بين المحيل والمحال عليه فهل تمت معالجته في الفقه

الإسلامي؟

- الاختلاف ما بين المحيل والمحال عليه.

صورتها ان يدعي المحيل بوجود حوالة على عاتق المحال عليه والتي ينكرها هذا
الأخير، حيث قال إبن عابدين في هذا الشأن "قوله لإنكاره" (إبن عابدين
(٢٠٠٥).ص٣٤٦)، كما قال إبن نجيم في البحر الرائق "سبب الرجوع فيها قد تحقق
وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر"
(إبن نجيم (٢٠٠٦).ص٢٧٣).

يستخلص الباحث أن موضوع الاختلاف الذي ينشأ ما بين المحيل والمحال و ما بين
المحيل والمحال عليه هو امر منوط بالإثبات فلما يكون الإتفاق مكتوباً فيسهل إثباته
واما أن يكون غير ذلك فيخضع إلى لشهادة والقرائن وعليه يطبق هذا الأمر أيضا إذا

ثار الخلاف ما بين المحال والمحال عليه، كما أن الخلاف قد لا ينشأ فقط بوجود الحوالة من عدمها وإنما قد ينصرف إلى قيمة الحوالة وأوصافها وإذا كانت حوالة مقيدة وتعدد المال الموجود لدى المحال عليه فعلى أيهما تقع الحوالة؟!، وعليه فإن هذا الأمر بالغ الأهمية ويتعلق بالواقع العملي بإثبات أو عدم إثبات وجود الحوالة أو أوصافها أو تفاصيلها.

أولاً: الإختلاف ما بين أطراف الحوالة

لم يرق القانون المدني الأردني بمعالجة موضوع الإختلاف ما بين أطراف الحوالة، حيث لم ينظمها ولم يتطرق إليها بل كانت احكام الحوالة متعلقة ببيان تعريفها وما هيته وانواعها وآثارها^{١٢٧}، ويرى الباحث أن هذا الأمر قد وفق فيه المشرع الأردني حيث عند الخلاف على واقعة وجود الحوالة او قيمتها او اوصافها سيؤدي ذلك بنا إلى لعودة إلى اتلاحكام العامة التي تكفي لمعالجة هذا الأمر والتي ليس بالضرورة ذكرها ما لم يتطلب ذلك إضافة حكم خاص، حيث يقترح الباحث إضافة نص خاص يتمثل فيما يلي: "تعطى الاولوية للأسناد الكتابية مهما كان نوعها والمتعلقة بإثبات وجود الحوالة للغير عند الخلاف ما بين أفرادها"، حيث يورد الباحث مقترح نص لا يختلف عما هو وارد في القواعد العامة كون ان الأولوية للأسناد الكتابية ولكنه خص هذا النص بإعطاء المساواة في قيمة الإثبات ما بين الأسناد الرسمية وغير الرسمية إذا كانت ثابتة التاريخ، خصوصاً أن الحوالة لا تنفذ بحق الغير ما لم تكن ثابتة التاريخ. (علي، جريير (٢٠٠٩). ص ٧٤)

^{١٢٧}عالج المشرع الأردني احكام الحوالة في المواد ٩٩٣-١٠١٧.

ثانياً: المقارنة ما بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة.

إن هنالك بعض الإختلافات والمقارنات التي تنشأ ما بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة والتي من شأنها ان تفرز نتائج مهمة تفيدنا في حلول بعض المشكلات المعاصرة والتي سنقوم ببيانها بعض إستعراضنا لتلك النتائج الهامة كالاتي:

١- لا يجوز للمدين الأصلي (المحيل) في الحوالة المقيدة مطالبة المدين الجديد

(المحال عليه) بما له في ذمته من مال او عين بعد إجراء الحوالة، لأن هذا

المال كان سبب تقييد الحوالة والسبب الذي ألزم المحال عليه بقبول الحوالة

بذلك المال المقيد في ذمته كوديعة أو عارية، وليس للمحال عليه أن يعطي

المحيل من المال او العين الذي تقيدت به الحوالة (هذا بعد نفاذها بالتأكيد)،

وإلا اصبح ضامناً للمحال. (دواس، أمين (٢٠٠٥).ص٧٥٨)

السؤال الذي يثور: هل تنتقل ملكية هذه الأشياء لصالح المحال ولذلك يمنع من

التصرف بها المحال عليه والمحيل أم غير ذلك ؟

يجد الباحث من وجهة نظره أن محل الحوالة المقيدة لا تنتقل ملكيته لصالح المحال

لأن الحوالة لم تنفذ بعد، صحيح أن عقد الحوالة ينفذ بعد رضا الأطراف جميعاً^{١٢٨}،

إلا ان هذه الحوالة غالباً ما تقترن بشروط هذه الشروط تتعلق بتحديد أجل لوفاء

الحوالة وبالتالي فإن المنع من تصرف المحيل بذلك المال او العين (محل الحوالة

المقيدة) ومنع قيام المحال عليه بإعطاء ذلك المال للمحيل وضمانه لذلك لصالح

المحال ما هو إلا قيد يرد على ملكية تلك الأشياء (محل الحوالة المقيدة) كون ان

^{١٢٨} انظر للمادة ٩٩٦ من القانون المدني الأردني.

الملكية لم تنتقل ولكن عقد الحوالة قيد حرية تصرف المحيل على تلك الاموال، ومن وجهة نظر الباحث أيضاً أن مثل هذه القيود يجب ان تخضع إلى شكلية التسجيل خصوصاً إن كان محل الحوالة عقاراً خاضعاً إلى شكلية التسجيل وعليه فإن الحوالة المقيدة بعقار خاضع لشكلية التسجيل يجب أن يكون موثقاً ومسجلاً لدى الدائرة المختصة، كون ان القيود الواردة على حرية التصرف يجب تسجيلها ومثال ذلك الوكالات غير القابلة للعزل والشرط المانع من التصرف وما إلى ذلك.

بينما في الحوالة المطلقة فإن حق المحيل في مطالبة المحال عليه يبقى قائماً بما له من عنده من دين أو عين لأن الحوالة لم تكن مقيدة بمال او عين غير موجودة لدى المحال عليه وإنما قبلها دونما شرط ودون إلزامه بشيء.

(دواس، أمين (٢٠٠٥). ص ٧٥٨)

٢- إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل ان يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وكانت في ذمة المحيل ديون اخرى غير دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين، فقد اختلف الفقه الحنفي في تحديد أولوية المحال بالدين فذهب الإتجاه الاول، ويمثله الفقيه (زفر) لإعتبار أن المحال يكون أحق بالدين من سائر الدائنين الغرماء الآخرين، بينما يجد الإتجاه الثاني، ويمثله (أبو يوسف ومحمد) بان المحال لا يكون له اولوية في الدين وذلك في حالة وجود ديون أخرى في ذمة المحيل ولم يكن مال ذلك المحيل كافياً لتلك الديون.

(حجه، أمين (٢٠٠٨). ص ٤٧)

اما موقف مجلة الاحكام العدلية قد جاء متوافقاً مع الإتجاه الاول (إتجاه الفقيه زفر)، حيث يعطي ذلك الإتجاه اولوية للمحال في إستيفاء دينه، وهذا ما أكدته المادة (٦٩٢) من المجلة والتي نصت على ما يلي:

"ينقطع في الحوالة المقيدة حق مطالبة المحيل بالمحال به، وليس للمحال عليه أن يعطيه وان أعطاه يكون ضامناً ويرجع بعد الضمان على المحيل، وإذا توفي المحيل قبل الأداء وديونه أكثر من تركته فليس لسائر دائنيه حق المداخلة في الحق المحال به"، أي ان المحيل لا يستطيع مطالبة المحال عليه بالمال المقيد في ذمة المحال عليه وذلك في الحوالة المقيدة.

(باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٩)

أما مرشد الحيران فقد نص في المادة (٧٧٨) منه على عدم إنقطاع المطالبة بالحوالة المطلقة لصالح المحيل على ما يلي:

"لا تنقطع في الحوالة المطلقة مطالبة المحيل عن المحتال عليه بل إذا كان له عليه دين أو له عنده عين مودعة أو مغصوبة، فله ان يطالبه بعد الحوالة أيضاً في هذه الصورة إلى أن يؤدي الدين المحال به للمحتال فإن ادى سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أدى فإن لم يكن المحتال عليه مديوناً للمحيل وادى عنه بأمره الدين المحال به رجع عليه بمثلهن فإن ادى بلا امره فهو متطوع لا رجوع له بما أدين"، لكن المادة (٧٧٩) من المرشد استدركت ذلك وقامت بالتأكيد على إنقطاع حق المحيل بمطالبة المحال عليه في الحوالة المقيدة، حيث إذا قام المحال عليه بضمان ما ينشأ عن ضرر لصالح المحال ، حيث نصت المادة (٧٧٩) من المرشد على ما يلي :

"إذا كانت الحوالة مقيدة بعين امانة او مغصوبة او بدين خاص للمحيل على المحتال عليه، فلا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل فلو دفعها إليه ضمنها للمحتال ويكون له الرجوع بها على المحيل".

يستخلص الباحث مما سبق أن نصوص مرشد الحيران كانت دقيقة وواضحة، حيث ان المحال عليه لا يستطيع إعطاء محل الحوالة المقيدة لصالح المحيل وإلا ضمن المحال عليه الضرر الذي يصيب المحال ، وإن فعل المحال عليه وكان ذلك بأمر المحيل فللمحال عليه حق الرجوع على المحيل وإن قام المحال عليه وارجع المال دون امر المحيل، فإن القانون سكت عن ذلك ولكن منطوق الامور وماهية النص المذكور لا تعطي في هذه الحالة للمحال عليه الرجوع على المحيل، وعليه يقترح الباحث أن يتم تعديل القانون المدني الاردني وإضافة النص التالي "يحق للمحال عليه في الحوالة المقيدة الرجوع على المحيل بما ينشأ من ضرر لصالح المحال له إذا كان ذلك الضرر قد حدث بأمر المحيل، كما يحق للمحال عليه الرجوع على المحيل إن ضمن ما ينشأ من ضرر لصالح المحال له بمحل الحوالة المقيدة إن كان حسن النية".

الحقوق لا تقبل الحوالة

لم يرق القانون المدني الأردني بتحديد الحقوق غير القابلة للحوالة، حيث لم يذكر ذلك صراحةً في النصوص المتعلقة بعقد الحوالة، إلا ان المشرع المصري نص في المادة (٣٠٣) منه نص على ما يلي: "لا تجوز حوالة الحق الشخصي إذا كان يحول دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام".

يستخلص الباحث أن النص الوارد في القانون المدني المصري ينصب على حوالة الحق لكن من الممكن الإفادة منه في عقد الحوالة في القانون المدني الأردني، حيث يقترح الباحث النص التالي : "لا تجوز الحوالة إذا كان محلها ممنوعاً بسبب طبيعة الإلتزام أو إتفاق المتعاقدين أو نص القانون".

سيقوم الباحث بالإيضاح أكثر بخصوص الحالات التي لا يكون فيها المحل قابلاً للحوالة كالآتي:

أ- عدم القابلية بنص القانون

أي الأمور التي ذكرها نص القانون صراحةً بأنها غير قابلة للحوالة، ومثالها ما ورد في قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم (٦٢) لسنة (١٩٥٣) في المادة الرابعة منه (الجزء الأول) الفقرة (د)، حيث منع المستأجر من حوالة الحق في الإنتفاع في المأجور إلى شخص آخر إلا بإذن كتابي من المالك "المؤجر"، لكن هذا القانون أصبح قانوناً غير ساري المفعول لكن أشار إليه الباحث لبيان مثال يتعلق بعدم القابلية بنص القانون.^{١٣٠}

^{١٢٩} ورد في المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري على أمر غير قابل لأن يكون محل لحوالة بنص القانون والتي نصت على ما يلي: "قد يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق أو طالب به دائن امام القضاء".

^{١٣٠} نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (٣٣١) منه على ما يلي "لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منها قابلاً للحجز".

ب- اتفاق المتعاقدين

يتفق الطرفان على عدم جواز أن يكون المحل قابلاً للحوالة من عدمه وذلك جائز، لكننا يجب أن نشير ان القانون المدني الأردني لم يذكر صراحةً في نصوصه على ذلك الامر لكن هذا القيد تمت معالجته بالشروط العامة التي تجيز قيام المتعاقدين بوضع الشروط التي يرغبون فيها طالما لم يكن الشرط ممنوعاً بنص القانون او مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، لكن الباحث يجد من وجهة نظره ان تطلب القانون المدني الأردني موافقة الاطراف جميعاً على الحوالة وخصوصاً في الحوالة المقيدة هو متواءم مع إتفاق الاطراف على عدم قابلية المحل للحوالة بالإتفاق، فمثلاً لو كان مودع لدى المحال عليه عيناً و مالاً لصالح المحيل وقام المحيل بالطلب من المحال عليه بإحالة دينه لصالح المحال بالمال لوحده دون العين ووافق المحال على ذلك، هنا تعتبر تلك العين غير قابلة للحوالة بإتفاق المحيل والمحال عليه.

(المادة رقم (٩٩٦) قانون مدني اردني)

ج- بسبب طبيعة الإلتزام

هي الحقوق التي بطبيعتها لا نستطيع تحويلها نظراً لأن تكوينها او اساس نشوئها يمنع إجراء الحوالة عليها، كون تلك الحقوق لا يجوز الحجز عليها ولا يمكن ان تكون محلاً لحوالة مقيدة فلا نستطيع الحجز عليها لذلك الدين المتكون ما بين المحال عليه والمحال وذلك بعد موافقة الاطراف جميعاً على الحوالة بالمال المودع او الموجود لدى المحال عليه ولصالح المحيل وذلك سداداً لدين ذلك الأخير في مواجهة المحال لهن ومن امثلة تلك الحقوق حق النفقة وحق المستعير في إستعارة الشيء في عقد الإعارة.

(طلبة، انور (٢٠٠٦).ص ١٤)

قامت مجلة الاحكام العدلية بالتطرق إلى موضوع المحل القابل للحوالة، حيث نصت في المادة (٦٨٧) منها على ما يلي "كل دين لم تصح به الكفالة لا تصح الحوالة به" أي أن إرتباط محل الحوالة مرتبط بالديون التي تجوز فيها الكفالة، لكنها لم تتطرق إلى الحالات التي لا تجوز فيها الحوالة، لكن النص المذكور وضع قاعدة عامة متعلقة بصحة الديون المتعلقة بالكفالة كونها تصلح للحوالة.^{١٣١}

(باز، رستم (٢٠١٠).ص٢٩٧)

إنقضاء الحوالة

تنقضي الحوالة شأنها شأن أي عقد بأحد الطرق التالية.

١-البطلان

أي ان عقد الحوالة يعتبر باطلاً ولا يؤدي إلى إحداث أثر ولا تجب فيها الإجازة فالبطلان هو العدم، وذلك في حال إختلال ركن الحوالة إنه يبطل، ومثال ذلك عدم وجود المحال به (أي محل الحوالة)، او قبول المحال عليه الحوالة وهو غير أهل لذلك بأن يكون المحال عليه مجنوناً، كما يترتب البطلان إذا كان محل الحوالة غير مشروع، كما يستوي ذلك مع إحالة المشتري على المحال عليه بالثمن لصالح البائع (المحال له) (دين الحوالة) ثم هلك المبيع قبل قبض الثمن فيتحمل البائع تبعه الهلاك

^{١٣١} راجع المواد (٦٣١, ٦٣٠) من مجلة الاحكام العدلية.

فتكون الإحالة باطلة كون عدم إستلام الثمن إدى إلى عدم وجود عقد البيع وتحمل البائع تبعة الهلاك فإنعدم الدين ما بين المحيل والمحال .

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فإنه قد نص في المادة (١٠٠١) على ما يلي "١- تبطل الحوالة إذا إنتفى احد شرائط إنعقادها ويعود الدين على المحيل.٢- فإذا كان المحال عليه قد دفع إلى المحال له قبل تبين البطلان فإنه يكون مخيراً بين الرجوع على المحيل او المحال عليه " وعليه فإن القانون الأردني قد اخذ ببطلان الحوالة كوسيلة لإنقضائها وذلك إذا انتفى احد شرائط إنعقادها بحيث يعود الدين على المحيل وتعتبر كأنها لم تكن (المكتب الفني، (١٩٧٧).ص٣٥٦)، وهذا ما اكده حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (١١١٦\١٩٩٤) والمنشور بتاريخ (١٠-١١-١٩٩٤) والذي نص على ما يلي "إن وضع المدين ضماناً لسداد الدين لا يمنع الدائن أو من يقوم مقامه بمطالبة المدين بالدين إذا هلك الضمان لأي سبب كان، فإذا قام المدين بوضع حسابه لدى بنك الإعتدات والتجارة الدولي (فرع دبي) لضمان قيمة الكمبيالة التي خصمها من فرع البنك في عمان فإن هلاك الحساب لدى فرع دبي بسبب توقف عمليات بنك الإعتدات والتجارة الدولي في الإمارات العربية المتحدة لا يمنع البنك المركزي بصفته مصفياً لبنك الإعتدات والتجارة في الأردن من مطالبة المدعي بقيمة الكمبيالة التي خصمها وقبض قيمتها ولا يرد القول بأن العلاقة بين فرع عمان و فرع دبي هي حوالة دين إذ أن كتاب الحارس القضائي لفروع البنك في الإمارات يفيد أن موجودات البنك في الإمارات العربية قد جمدت بسبب توقفه عن الدفع فتكون

شروط الحوالة غير متوفرة وباطلة عملاً بالمادة (١٠٠١) فقرة (١) من القانون المدني". (مجلة نقابة المحامين (١٩٩٥).ص ٢٣٥٩)

٢- فسخ الحوالة

تعتبر الحوالة من العقود المحتملة للفسخ كونها من عقود المعاوضة، والفسخ هو حق لأحد أطرافها ما لم يقر أحدهم بالوفاء بالتزاماته أو عند إتفاق الأطراف على الفسخ، وعند حدوث ذلك (الفسخ) الحوالة يعود الدين والمطالبة به من ذمة المحال عليه على ذمة المحيل، حيث يملك المحيل والمحال فسخ الحوالة.^{١٣٢}

(السرخسي (١٩٩٦).ص ٦١٣)

لكن الأمر مختلف لدى "زفر" حيث يرى بأن من له حق الفسخ هما المحيل والمحال عليه وهذا ما شاطره الرأي فيه الحنابلة والظاهرية، نستخلص أن حق الفسخ لدى زفر يرتبط بمنظوره أن الحوالة هي كالكفالة أي أن المحيل يبقى ملزماً بدينه مع المحال عليه تجاه المحال حتى بعد نفاذ الحوالة.

(الجزيري، عبد الرحمن (١٩٨٠).ص ١٩٢٠)

يستنتج الباحث وبعد قراءة نصوص مجلة الأحكام العدلية بأن هذا الأمر غير مذكور صراحةً في نصوص المجلة وغير مذكور في الشروحات المتوافرة للمجلة، حيث أن ذلك قد يعود إلى جواز نفاذ الحوالة بطرفين فقط حيث نصت المادة (٦٨١) على ما يلي "يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه" أي أن الحوالة تتم

^{١٣٢} انظر المادة ٢٤٦ فقرة ١ من القانون المدني الأردني.

صحيحة ودون موافقة المحيل وذلك لانه لا يتضرر منها كون أن المحال عليه لا يستطيع الرجوع عليه بدين الحوالة لأن الحوالة لم تتم بأمر المحيل.^{١٣٣}

تأكيداً لذلك نص القانون المدني الأردني في المادة (٩٩٤) منه على ما يلي "الحوالة عقد لازم إلا إذا شرط أحد اطرافه لنفسه خيار الرجوع"، حيث ان الحوالة من العقود التي لا يجوز فسخها بإرادة منفردة ما لم يكن ذلك منصوصاً عليه صراحةً ما بين أطرافها^{١٣٤}، والنص قد يكون مكتوباً وهذا هو الغالب في الواقع العملي الحالي أو يكون شفويًا ، وبكل الأحوال فإن الباحث يرى بأن هذا الأمر (وهو إشتراط خيار الفسخ بإرادة واحدة) هو أمر منوط بعملية الإثبات ذاتها ويستوي أن يكون الشرط مكتوباً أم شفويًا.

نجد أن ذلك الأمر يتجلى في حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (١٨٩٦) لسنة (١٩٩٩) والمنشور بتاريخ (٢٠٠٠/٢/٢٨) والمتعلق بمدى إلزامية الحوالة بعد نفاذها بغض النظر عن الظروف المحيطة بالسند سواءً أكان كمبيالة أم أي شيء آخر، كون أن الحوالة ترتب آثارها فور إنعقادها والذي ينص على ما يلي "إن عقد الحوالة يكون صحيحاً عملاً بأحكام المادة (٩٩٦) فقرة (١) ولزماً وفق أحكام المادة (٩٩٤) وناقلاً لحق المطالبة بالدين المحيل إلى المحال عليه (البنك) وفق أحكام المادة (١٠٠٣)، ومبرناً لذمة المحيل وفقاً لأحكام المادة (١٠٠٢) من القانون المدني.

^{١٣٣} للمزيد من الإستزادة حول شرح المادة المذكور راجع شرح المجلة لرستم باز (باز، رستم (٢٠١٠). ص ٢٩٥).

^{١٣٤} "الحوالة لازمة إلا فيما أستثنى" (ابن نجيم، (٢٠٠٦). ص ٥٨).

^{١٣٥} انظر المادة (٣٥٧) قانون مدني عراقي.

حيث ان المحيل وائل قد أصدر تعليماته وأوامره الباتة وغير القابلة للنقض بتحويل قيمة السند للمحال له شركة كاريمكس، فإنه لا يحق له الرجوع عن عقد الحوالة عملاً بأحكام المواد (٩٩٤, ٩٩٦, ١٠٠٣, ١٠٠٢) من القانون المدني، وحيث ان علاقة المدعى عليه وائل بالكمبيالة انتهت ولم تعد القيمة الواردة في تلك الكمبيالة حقا له إذ انها أصبحت حقا لشركة كاريمكس فقط، وأن البنك قد تعهد لهذه الشركة المستفيدة بتحويل قيمة الكمبيالة بتاريخ إستحقاقها إليها، حيث أوفى بتعهده وذلك بتحويل ما تعهد به للشركة المذكورة، وبذلك فإنه لم يخالف أوامر تعليمات رئيس الإجراء بالحجز على أموال وائل إن وجدت لديه".

(مجلة نقابة المحامين، (٢٠٠٠) الجزء الاول.ص ١٤٠)

ثالثاً: إنتهاء الحوالة

تنتهي الحوالة بأحد الأسباب التالية:

١- أداء المحال عليه المال إلى المحال

وهذه الصورة التقليدية والطبيعية لإنهاء عقد الحوالة أي بعبارة أخرى يتم تنفيذ التزام المحال عليه بأداء الدين للمحال حيث ان فكرة الحوالة تدور حول إنتقال الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وعليه عند أداء المحال عليه الدين (المدين الجديد) بموجب عقد الحوالة لصالح المحال (الدائن) تنتهي الحوالة بتنفيذها بالصورة التقليدية الطبيعية.

٢- إبراء المحال المحال عليه من الدين

وفي هذا الإطار يقوم المحال بإبراء المحال عليه من الدين وفي الإبراء لا يستطيع المحال عليه الرجوع على المحيل بالدين لأن الإبراء هو إسقاط للدين لا تمليك له.

نستخلص مما سبق أن إبراء المحال للمحال عليه هو إبراء بطريقة غير مباشرة للمحيل أيضاً من الدين (دين الحوالة) إذ لا يستطيع المحال عليه الرجوع على المحيل بالدين إذ إبراء منه من قبل المحال وبالتالي فإن إبراء المحال المحال عليه من دين الحوالة هو إبراء بطريقة غير مباشرة للمحيل في مواجهة المحال عليه.

١- أن يهب أو يتصدق المحال به المال للمحال عليه، ويقوم المحال عليه بقبول

الهبة، والهبة والصدقة شأنها شأن الإبراء فتؤدي إلى الإسقاط للدين ولا تفيد

التمليك وعليه فينطبق عليها ما ورد بالنقطة أعلاه.

(أبن نجيم، (٢٠٠٦). ص ٢٧٦)

نصت المادة (٦٩٣) من مجلة الاحكام العدلية على ما يلي " لا تبطل الحوالة المقيدة بان تؤدي مما في ذمة المشتري للبائع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن أو رد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أقيل البيع ويرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل، يعني أنه يأخذ ما أداه للمحال له من المحيل، اما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بأن أستحق المبيع وأخذ فتبطل الحوالة"، ويتبين مما سبق أن في براءة المحال عليه إنتهاء الحوالة هذا بشكل عام، أما إذا أخذ

صورة هلاك المبيع قبل التسليم وعد قبض الثمن فإن الحوالة تبطل وفي كل الأحوال فإن "الإبراء" لصالح المحال عليه يؤدي إلى إنتهاء الحوالة ويكون الإبراء عادةً صادراً من المحال كونه الشخص الدائن امام المحال عليه والذي يتوجب عليه تأدية دين الحوالة للمحال .

يستخلص الباحث أن النص الوارد في مجلة الاحكام العدلية معيب كونه تحدث عن بطلان الحوالة المقيدة بذكر مثال واحد أورده في المادة (٦٩٣) من مجلة الأحكام العدلية الآنفه الذكر، وحيث ان هناك الكثير من الأمثلة الأخرى لبطلان الحوالة فلا يجوز أن يتم ورودها في حكم مادة تأخذ شكل الحكم العام فيما يتعلق ببطلان الحوالة المقيدة، فمثلاً من الممكن أن تبطل الحوالة إذا كان المال المحال به ديناً غير مشروع كدين قمار مثلاً، وعليه لا يجوز ذكر الأمثلة أو الحالات الجزئية في نص مادة تحمل حكماً عاماً.

٢- التوى، التوى هو مجرد موت المحال عليه مفلساً، أو جحوده للحوالة، والتوى

لغة هو "التلف والهلاك"^{١٣٦}.

والتوى كما تقدم يكون بسببين (عند أبي حنيفة):

أولاً: موت المحال عليه مفلساً.

ثانياً: جحود المحال عليه للحوالة، وزاد أبو يوسف ومحمد (صاحبي أبي حنيفة) سبباً

ثالثاً وهو قضاء القاضي بإفلاس المحال عليه (عبد البر، محمد زكي (١٩٨٥).ص

(٧٦)، يتفق الباحث مع السبب الثالث كونه يفيد عجز المحال عليه عن الدفع واداء دين

^{١٣٦}معجم لسان العرب تو يتوى فهو تاول.

الحوالة وهو يتفق مع السببين الأول والثاني من حيث العلة، فالجحود والإفلاس عند الموت يفيد بعجز المحال عليه عن تأدية دين الحوالة، وما يعزز وجهة نظر الباحث ما ورد في المادة ٧٥٨ من مرشد الحيران والتي نصت على ما يلي: "يسقط الدين عن الميت المفلس إلا إذا كان به كفيل حال حياته أو رهن".

يستخلص الباحث مما سبق أن علة النص أعلاه أتت على شقين: الموت بالإضافة إلى الإفلاس، كونهما يؤديان إلى عجز المحال عليه عن أداء دين الحوالة، وعليه فإن صدور حكم من جهة قضائية مختصة بإفلاس المحال عليه يتفق أيضاً مع علة النص أعلاه، وعليه فيجب إعتبار الحالة الثالثة للتوى (كما سبق) هي إحدى الحالات التي لا بد وأن نعتمدها كونها تتحد في العلة مع السببين الذين أتى بهما أبو حنيفة للحديث عن حالات التوى.

٣- موت المحال وأن يرثه المحال عليه

يجب التنويه وقبل الدخول في حيثيات الموضوع، انه لا بد من الحديث التفصيلي لفرضيات الموت لبيان الأثر المترتب على موت المحال وأن يرثه المحال عليه كاحد الأحكام الخاصة بعقد الحوالة:-

- قد يموت المحال عليه أو المحال أو المحيل قبل أن يستوفي المحال كل دينه من المحال عليه، وعليه فإذا مات المحال عليه وكان مدينياً يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال كل حسب حصته بالدين، وما بقي للمحال بعد القسمة يرجع به على المحيل، حيث نصت المادة ٧٩٠ فقرة (٢) من مرشد الحيران على ما يلي

"إذا مات المحيل مديوناً قبل إستيفاء المحتال جميع الدين من المحتال عليه، فما قبضه منه في حياة المحيل فهو له أي للمحتمل وما لم يقبضه فهو فيه أسوة لغرماء المحيل".

(القربي، رضا (٢٠٠٧). ص ٧٠٣)

-إذا مات المحال فنطبق القواعد العامة فيها ويكون ديناً موجباً (أي إيجابياً) لصالح التركة (تركة المحال)، وعليه ينتقل حق الورثة بالمطالبة بهذا الدين الموجود في ذمة المحال عليه.

(أبن عابدين (٢٠٠٥). ص ٣٤٥)

إذا توفي المحال وورثه المحال عليه حسب رأي الفقه الحنفي تبطل الحوالة وهذا ما أكده ما ورد بنصوص مرشد الحيران في المادة (٧٩٣) والتي نصت على ما يلي "إذا مات المحتال وكان المحتال عليه وارثاً له بطل ما كان للمحيل على المحتال عليه..... " (أبن عابدين، (٢٠٠٥). ص ٢٩٣)، ولكن حسب القانون الأردني وبخصوص موضوع إتحاد الذمة فإن الأمر مختلف ذلك أن المادة (٣٥٣) فقرة (أ) تنص على ما يلي "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد إنقضى هذا الدين بالقدر الذي أتحدت فيه الذمتان" وهذا يعني أن المحال (الدائن) إذا ورثه المدين وهنا يقصد به المدين الجديد (المحال عليه) وبخصوص دين واحد (دين الحوالة) فإن الحوالة تنقضي بالقدر اللازم الذي أتحدت فيه الذمتان وتوضيحاً لذلك سيقوم الباحث بضرب المثال التالي : لو كان (أ) محالاً وكان (ب) محالاً عليه بحيث قام (ج) المحيل والذي هو صديق المحال عليه بإستدانة مبلغ عشرة

آلاف دينار من (أ) الذي هو والد (ب) وقام (ب) وهو ابن المحال بتحويل دين صديقه فأصبح (ب) محالاً عليه لصالح والده (أ) الذي أصبح محالاً وعندها توفي (أ) (المحال) وورثه (ب) المحال عليه بمبلغ ١٥٠٠٠ دينار فإن الحوالة تنقضي بالكامل عن طريق إتحداء الذمة ويتبقى للمحال عليه الوارث مبلغ (٥٠٠٠) دينار أو لو تخيلنا سيناريو آخر بخصوص نفس المثال المذكور والمتعلق بأن المحال عليه ورث من والده (أ) وهو المحال مبلغ (٦٠٠٠) دينار فيبقى المحال عليه مدينياً بمبلغ (٤٠٠٠) دينار فيعتبر مدينياً كون ان إتحداء الذمة إنقضى بالقدر الي أتحدت فيه الذمتان (أي بمبلغ ٦٠٠٠ دينار).

- أما بخصوص حالة وهب المحال مال الحوالة للمحال عليه (المال المحال به) أو (دين الحوالة)، حيث نص على ذلك الامر ما ورد بمرشد الحيران وهذا ما اكدته المادة ٧٩٣ والتي نصت على ما يلي "إذا مات المحتال وكان المحتال عليه وارثاً له بطل ما كان للمحيل على المحتال عليه وكذا لو وهب المحتال مال الحوالة للمحتال عليه".

(ابن عابدين، (٢٠٠٥).ص٢٩٤)

-إذا مات المحيل، هنا يجب التفريق ما بين الحالات التالية:-

أ- إذا كان له ورثة، لورثة المحيل المطالبة بالدين (دين الحوالة) من المحال عليه دون المحال وهنا يجب ضم الدين إلى التركة، وعندها يتبع المحال التركة.^{١٣٧}

ب- إذا كان للمحيل دائنون فيعتبر ما قبضه المحال من دينه في حال حياة المحيل فهو له (أي للمحال)، والجزء الذي لم يقبضه يعتبر المحال مشاركاً فيه غرماء المحيل، وعند تقسيم

أموال المحيل بين دائنيه ومن ضمنهم المحال ، فعندئذ لا يستطيع المحال الرجوع على المحال عليه بالحصص التي أخذها الغرماء وهذا ما أكد عليه مرشد الحيران بالمادة (٧٩١) والتي نصت على ما يلي "إذا مات المحيل وله ورثة لا غرماء وكان موته قبل إستيفاء المحتال دينه من المحتال عليه فلورثة المحيل المطالبة به دون المحتال وضمه إلى التركة وحينئذ يتبع المحتال التركة"، نستخلص مما سبق أنه لو كان هناك دين حوالة وتوفي المحيل وكان قد قبض المحال (نصف الدين البالغ قيمته الإجمالية ٥٠٠٠ دينار) أي انه قبض المحال (٢٥٠٠) دينار في حال حياة المحيل، وبعد موته يدخل المحال في قسمة غرماء دائني المحيل ببلغ (٢٥٠٠) دينار بعد القسمة حصل المحال على مبلغ (١٥٠٠) دينار عندها لا يستطيع المحال الرجوع على المحال عليه بالمبلغ المتبقي من دين الحوالة والبالغ (١٠٠٠) دينار وهذه القيمة

^{١٣٧} أنظر مادة ٧٩١ من مرشد الحيران والتي نصت "إذا مات المحيل وله ورثة لا غرماء وكان موته قبل إستيفاء المحتال دينه من المحتال عليه فلورثة المحيل المطالبة به دون المحتال وضمه إلى التركة وحينئذ يتبع المحتال التركة

."

تمثل ما أخذ من حق المحال بسبب دخوله في قسمة الغرماء مع دائني المحيل، أي بعبارة أخرى أن دين الحوالة للمحال له يبلغ (٥٠٠٠) دينار وأخذ المحال مبلغ (٢٥٠٠) دينار حال حياة الحيل وعند موت المحيل دخل المحال في قسمة غرماء مع دائني المحيل وأستحصل على مبلغ (١٥٠٠) دينار بدلاً من (٢٥٠٠) دينار فالفرق (١٠٠٠) دينار لا يستطيع المحال الرجوع بها على المحيل حتى وإن أستحصل المحال بما مجموعه (٤٠٠٠) دينار بدلاً من (٥٠٠٠) دينار.

أما بخصوص موقف القانون المدني الأردني فإنه تحدث بصريح المادة (١٠١٢) في الفقرة الأولى منها على حالة وفاة المحيل في الحوالة المقيدة، حيث إذا كانت هنالك حوالة مقيدة نشأت صحيحة وتوفي المحيل قبل إستيفاء المحال دين الحوالة من المحال عليه فيجوز للمحال أن يأخذ المال الموجود في ذمة المحال عليه أي العين أو الوديعة الموجودة في يد المحال عليه لصالح المحيل والتي تكون هي في الوقت ذاته (المال المحال به) أي محل الحوالة ودينها، كما يجوز للمحال أيضاً أن يأخذ المال الموجود في يد المحال عليه في أثناء حياة المحيل، وتأكيداً لذلك سيقوم الباحث بإستعراض نص المادة المذكورة كما يلي " إذا مات المحيل قبل إستيفاء دين الحوالة المقيدة اختص المحال له بالمال الذي بذمة المحال عليه أو بيده في أثناء حياة المحيل"، وهذه المادة موجود حكمها في المادة (٦٩٢) من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على ما يلي "ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به في الحوالة المقيدة" وهي الحالة التي تتعلق بقيام المحيل بإحالة دينه لصالح المحال بالمال الموجود بيد المحال عليه كالوديعة والمال المغصوب، حيث لا يجوز للمحيل بعد نشوء الحوالة أن

يطلب ذلك المال (المحال به) من المحال عليه كون الحوالة مقيدة بذلك المال وبالتالي ينقطع حق المحيل بالمطالبة بذلك المال الموجود بيد المحال عليه بعد نفاذ الحوالة، كما نصت أيضاً في نفس المادة المذكورة على ما يلي "وليس للمحال عليه أن يعطي المحال به للمحيل، فإن أعطاه ضمن" وذلك يؤكد على ما سبق حيث ان المحال عليه لا يجوز بأي شكل من الأشكال أن يقوم بإعطاء المال الموجود تحت يد المحال عليه بإعتباره محل الحوالة المقيدة لصالح المحيل حيث إذا قام ذلك فإن المحال عليه يضمن ذلك المال لصالح المحال ، كما إسترسلت المادة المذكورة أيضاً على ما يلي "وبعد الضمان يرجع على المحيل. ولو توفي المحيل قبل الأداء وكانت وديونه ازيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به" بحيث يعطى المحال أحقية على سائر الغرماء بخصوص هذا المال الموجود تحت يد المحال عليه كونه يعتبر دين الحوالة المقيدة ومحلها.^{١٣٨}

(حيدر، علي (١٩٩١).ص٣١٩)

نصت المادة (٧٧٩) من مرشد الحيران على ما يلي "إذا كانت الحوالة مقيدة بعين امانة أو مغسوبة أو بدين خاص للمحيل على المحتال عليه فلا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل فلو دفعها إليه ضمنها للمحتال ويكون له الرجوع بها على الأصيل"، يستخلص الباحث أن المادة المذكورة تتفق في حكمها مع ما ورد في مجلة الأحكام العدلية والمتعلقة بعدم إمكانية قيام المحيل بعد^{١٣٨} اما في حالة الحوالة المطلقة فالمحال يعامل أسوة بجميع الغرماء ولا يكون له أفضلية عليهم (باز،رستم (٢٠١٠).ص٢٩٩).

نفاذ الحوالة من مطالبة المحال عليه بالمال المودع عنده أو المغصوب أو المحتبس
والذي يشكل محل الحوالة المقيدة حيث يسمى ذلك فقهيًا (إنقطاع حق المحيل
بالمطالبة).^{١٣٩}

^{١٣٩} يرى الباحث أن كلمة الأصيل غير موفقة إذ قد تؤدي إلى الخلط ما بين الكفالة والحوالة، إلا ان المقصود من كلمة
الأصيل هنا أي المدين الأصلي (المحيل).

الفصل الرابع : الحوالة والتطبيقات العملية

يعتبر عقد الحوالة من العقود التي تم تنظيمها في الفقه الإسلامي منذ القدم، أما في الفقه الغربي فإن عقد الحوالة قد عرف في الفقه الجرمانى في القرن الثامن عشر، حيث كان هذا العقد وسيلة لحل مشكلة التعثر في سداد الديون، ثم أصبح في الفقه الغربي وسيلة لوفاء الديون بنقل الحقوق فظهر ما يسمى بحوالة الحق، وتطور ذلك العقد ليخرج من مفهومه المدني ليصبح له وجود وتطبيقات كثيرة بالمعاملات التجارية، وعليه سيقوم الباحث باستعراض الحلول التي يقدمها عقد الحوالة مقارنة ببعض المشكلات المعاصرة والتي ستدور حول عدة فروع رئيسة كالآتي:

الفرع الأول: عقد الفاكورينغ (عقد شراء الديون التجارية).

الفرع الثاني: عقد إدارة الفنادق.

الفرع الثالث: عقد الإجارة.

الفرع الرابع: التظهير في السندات القابلة للتداول.

الفرع الخامس: التضامن ما بين المدينين.

الفرع السادس: سندات الرهن القابلة للتداول.

الفرع السابع: الحوالة في الأموال غير المنقولة الموضوعة تاميناً للدين.

الفرع الاول: عقد شراء الديون التجارية (الفاكتورينغ)

سيقوم الباحث بتناول عقد شراء الديون التجارية (الفاكتورينغ)، من حيث ماهيته وشروطه وطبيعته وآثاره وعلاقته بعقد الحوالة وفقاً لنصوص القانون المدني الأردني.

أ- ماهية عقد الفاكورينغ.

يعتبر عقد شراء الديون التجارية من العقود القانونية الإقتصادية والذي تكمن أهميته الأولى في حصول الدائن على سيولة معجلة لديونه المترتبة على المدينين، حيث نشأ إبان الإستعمار البريطاني للولايات المتحدة الأمريكية، حيث لم تكن ثقة التجار البريطانيين واضحة في الإستثمار في الولايات المتحدة الأمريكية خوفاً من عدم قدرتهم على عدم تحصيلهم على ديونهم هناك. وتبرز الأهمية الثانية لعقد الفاكورينغ هي الحاجة إلى السيولة النقدية اللازمة بشكل معجل دون انتظار تحصيل الديون الأجلة.

(شافي، نادر (٢٠٠٥) ص ١٠).

إن فكرة عقد الفاكورينغ تتلخص بشكل مبسط على فيما يلي:

حيث يتقدم الدائن (الشخص الذي يرغب في الحصول على السيولة المعجلة) لمؤسسة الفاكورينغ (وهي المؤسسة المسؤولة عن تحصيل ديونه) فيقوم هذا الدائن ببيع ديونه لصالح تلك المؤسسة و/أو تقوم المؤسسة بانتقاء بعض من هذه الديون، حيث تقوم بدفع قيمة هذه الديون للدائن قبل استحقاقها مقابل نسبة معينة من تلك الديون حيث تحل محل الدائن اتجاه مدينيه وضمان عدم رجوع هذه المؤسسة على الدائن في حالة

عدم تحصيل الديون، وقد يتضمن عقد الفاكторинг تقديم بعض الخدمات الإدارية والقانونية للدائن فينشأ العقد ما بين الفاكتورايزر وهي الجهة المسؤولة عن شراء الديون وما بين الفاكتورايزر (بائع الديون والذي تحصل على السيولة).
(الدكتور علم الدين، محي الدين (١٩٨٧) ص ٥٢ منقول عن ص ٣١ كتاب الشافي).

ولتسليط الضوء أكثر على ماهية عقد الفاكторинг سيقوم الباحث بإستعراض التعريفات الفقهية والقانونية لذلك العقد كالآتي:

قام بعض الفقهاء بتعريف عقد الفاكторинг بالآتي "نقل لحق شخصي تجاري إلى شركة متخصصة تتولى تحصيله متحملة نتائج هذا التحصيل ويكون النقل إما بشراء الحق قبل حلول أجله وإما بحيازته لمجرد تحصيله."

(شافي، نادر (٢٠٠٥) ص ٣٠)

أما التعريفات الحديثة في الفقه الفرنسي تقوم على أن عقد الفاكторинг هو عملية تجارية مالية تتمثل في شراء ديون الدائنين على زبائنهم بحيث يقوم ممول متخصص بشراء ديون ثابتة في فواتير على زبائنه التجاريين مع ضمان خطر عدم إيفاء الديون عند الإستحقاق.

(دويدار، هاني (١٩٩١) ص ٣٠٣ منقول عن ص ٣٢).

عرف الفقه المصري عقد الفاكторинг بأنه العقد الذي بمقتضاه يتولى المحصل تحصيل حقوق لحسابه الخاص كانت كحقوق ثابتة للمتعاقدين معه وقام بالوفاء بقيمتها مقابل إلتزام المتعاقد معه لدفع عمولة محددة. (علم الدين، محي الدين ص ٤٤).

أما على الصعيد الدولي، فقد عرفت إتفاقية أوتاوا عام ١٩٨٨ عقد الفاكторинг الدولي بأنه "العقد المبرم بين موزع ومؤسسة فاكторинг والذي بموجبه يجب على الموزع أن يتفرغ لشركة الفاكторинг عن الديون الناشئة عن عقد بيع أو عن عقد خدمات باستثناء الديون التي تخص بضائع أو خدمات مشتراه للإستعمال الشخصي، وتأخذ شركة فاكторинг على عاتقها تمويل الموزع عن طريق قرض أو دفع مسبق لقيمة الدين ومسك الحسابات الخاصة بالديون والرجوع إلى المدينين."

(Schmitthaff, Clive (1969).p222).

ب- شروط عقد الفاكторинг.

بعد إستعراض الماهية العامة لعقد الفاكторинг سيقوم الباحث ببيان الشروط الشكلية والشروط الموضوعية، لإنعقاد هذا العقد:

أولاً: الشكلية.

لا يعتبر عقد الفاكторинг من العقود التي تتطلب شكلية معينة كالكتابة أو التسجيل حيث ينعقد عقد الفاكторинг بمجرد إرتباط الإيجاب بالقبول^{٤٠}، والسبب في ذلك متطلبات السرعة والإتقان والإئتمان الموجودة في النظام التجاري المصرفي والذي يعتبر عقد الفاكторинг من أهم مكوناتها.

(شافي، نادر (٢٠٠٥).ص ٤٧).

يرى الباحث من وجهة نظره المتواضعة أن الظروف المحيطة بالدين هي من تفرض الشكلية في كثير من الأحيان وليست الفكرة التجارية المصرفية التي يقوم

^{٤٠} انظر المادة ٨٧ قانون مدني أردني، انظر مادة ٢٢٠ قانون الموجبات والعقود اللبناني.

عليها هذا العقد، وعليه فإن إرتباط الدين بورقة تجارية كالشيك مثلا تكون خاضعة لشكلية الكتابة وذلك لعدم صحة الشيك كورقة تجارية إن لم تكن مكتوبة، حيث أن وسيلة الدفع أو الضمانات المرتبطة بتلك العمولة يجب أن تكون مكتوبة، إلا أن الباحث يستخلص أن نشوء العقد ذاته في الواقع العملي يتطلب أن يكون مكتوباً خصوصاً أن العرف التجاري للمؤسسات التي تقوم بدور الفاكторинг غالباً ما تضع نماذج عقود معدة مسبقاً بحيث تقترب إلى حد ما من عقود الإذعان، كون ان الفاكتور ايزر هو الجهة الأقوى في العلاقة التعاقدية وهي من تتحكم بشروط العقد إذ لا يلجأ التاجر او المؤسسة التجارية إلى عقد الفاكتورينغ ما لم تكن الحاجة ملحة جداً إلى السيولة.

تجدر الإشارة إلى أن القانون الإنجليزي يفرض ثلاث شروط لصحة عقد الفاكتورينغ:

أولاً: أن يكون مكتوباً.

ثانياً: أن يكون شاملاً لكل الدين او جزء محدد منه.

ثالثاً: أن يتم إعلام المدين بتنازل الدائن عن دينه لصالح مؤسسة الفاكتورينغ.

(Treitel, Guenter (1999)p 625-627).

يستخلص الباحث أن القانون الإنجليزي قد فرض شكلية الكتابة لعقد الفاكتورينغ وهذا أمر متوقع كون أن الأحكام القضائية الإنجليزية تتماشى مع قواعد الأعراف والعدالة باعتبارها المصدر الرئيس لتلك القواعد، وبما أن الواقع العملي يفرض

وجود الكتابة لإتعداد ذلك العقد خصوصاً أن تحديد الديون وأوصافها هو أمر لا بد من كتابته فإن المشرع الإنجليزي وفق بذلك كثيراً.

ثانياً: الشروط الموضوعية لعقد الفاكْتورينغ:

إن الشروط الموضوعية لعقد الفاكْتورينغ هي ذاتها الشروط المنطبقة على العقود بشكل عام، إذ يكتفي الباحث بالإشارة إليها وتعدادها دون الخوض في تفاصيلها منعاً للإطالة وعدم الخروج على مكنون الموضوع الرئيس.

أ. شروط عامة.

ب. شروط خاصة.

أ. الشروط العامة:

وهي الشروط المتعلقة بالأهلية والمحل والسبب والتي لا يرغب الباحث في الخوض فيها حتى لا يخرج عن نطاق الموضوع.^{١٤١}

ب. الشروط الخاصة:

١. مدة العقد.

٢. أطراف عقد الفاكْتورينغ.

٣. أن يكون ديناً تجارياً.

٤. أن يكون الدين موجوداً ومحددًا ومباحاً.

^{١٤١} راجع المواد ١٥٧-١٦٦ والمواد ١١٦-١٥٦ من القانون المدني الأردني.

ج- خصائص عقد الفاكторинг:

تظهر تلك الخصائص جلية من خلال الأسباب التي أدت إلى وجود هذا العقد، حيث ترتب هدفها الأساسي هو حل مشكلة حاجة التجار للسيولة النقدية بالرغم من وجود ديون ثابتة لهم لكنها غير مستحقة أو لأن تحصيل هذه الديون تأخذ زمناً طويلاً في التحصيل، وفي بعض الأحيان تتطلب نفقات كبيرة لتحصيلها خصوصاً في الديون التي يكون المدين فيها في دولة أخرى غير دولة الدائن، وعليه سيقوم الباحث ببيان أهم الخصائص المترتبة على عقد الفاكторинг:

أولاً: عقد الفاكторинг هو عقد تمويل.

يعتبر هذا العقد من أساليب التمويل الحديثة حيث يهدف إلى تأمين التمويل المطلوب لدائنين يمتلكون ديوناً غير مستحقة أو صعبة التحصيل وذهب فقهاء آخر إلى اعتبار أن تسهيل الديون المجمدة هو شكل من أشكال التمويل الحديث، لكن الفقهاء الفرنسيين أكدوا على أهم الخدمات التي يقدمها عقد الفاكторинг من الناحية التمويلية (وهي كالاتي):

أ. خدمة مالية: وتتمثل في قيام الفاكتورايزور بحصر الديون للفاكتورايزري.

ب. خدمة عملية: وتتمثل في قيام الفاكتورايزر بتحصيل الديون بدلاً من الفاكتورايزري.

ج. خدمات تأمينية: وتتمثل في تجنب الفاكتورايزري خطر عدم تسديد ديونه أي لا يستطيع الفاكتورايزر الرجوع على الفاكتورايزري إذا لم يتم التحصيل.

د. خدمات لوجستية: وهي حسب وجهة نظر الباحث وخبرته العملية المتواضعة تتمثل في تقديم خدمات قانونية وإستشارية إذا تم الإتفاق على ذلك في عقد الفاكثورينغ.

(كركبي، مروان (٢٠٠٢) ص ٣٧٢)

ثانياً: عقد الفاكثورينغ والعقود القائمة على الإعتبار الشخصي.

حيث يقوم كل من الفاكثورايزر والفاكثورايزي باختيار كل منهما للآخر بناءً على السمعة التجارية والمكانة المالية والمركز المالي، وبالتالي فإن الفاكثورايزر الذي يشتهر بقدرته العالية على تحصيل الديون هو المستهدف حيث تتجلى الأهمية القصوى لتلك الخصيصة بأن إبرام عقد الفاكثورينغ في أغلب الأحيان يرتكز عليهان ويجب الإشارة إلى ان العقود القائمة على الإعتبار الشخصي لها أحكام قانونية خاصة بها لا تخضع فيها إلى (التنفيذ العيني والتنفيذ الجبري) حيث في الأغلب يتم عمل ما يسمى بالتحري الحثيث (Due Diligence) لكل من الطرفين للآخر لبيان قدرة الطرف الآخر على الوفاء والقيام بالتزاماته التعاقدية.

(شافي ، نادر (٢٠٠٥)، ص ١٣٣-١٤١).

ثالثاً: عقد الفاكثورينغ هو عقد تجاري.

كما أسلفنا فإن عقد الفاكثورينغ يقوم على فكرة تحصيل الديون غير المستحقة عن طريق دفع مبالغ آجلة لتلك الديون، ولكن تجدر الإشارة بأن الديون محل عقد الفاكثورينغ يجب أن تكون ديونا تجارية (شافي، نادر (٢٠٠٥) ص ١٤١-١٤٣)،

ولكن هل هذه الديون دائماً تجارية ؟ أم هل من الممكن موافقة الفاكورايزر على جعل ديون مدنية محلاً لعقد الفاكورينغ؟

يستخلص الباحث أن هذه الخصيصة أنت بشكل مفترض كون أن عملية عقد الفاكورينغ عادة ما ترتبط بالعمليات التجارية والتجار والشركات التجارية، لكن عند استعراضنا لنصوص إتفاقية أوتاوا عام ١٩٨٨ نجد أنها لم تشر بشكل أو بآخر إلى بطلان أو عدم صحة عقد الفاكورينغ إذا كانت محله ديون غير تجارية، الجدير بالذكر أن عقد الفاكورينغ يعتبر عقداً تجارياً بحيث أن الشركات التي تقوم بدور الفاكورايزر يجب أن تكون مخولة لممارسة الأعمال التجارية وغالباً ما تقترن هذه الشركات بنشاطات الشركات المالية والمصرفية لا بل أن معظم شركات فاكورايزر هي شركات مالية أو تمارس أعمالاً بنكية وهذا أمر استقر عليه القضاء ونصوص إتفاقية أوتاوا الواضحة بهذا الشأن.

رابعاً: عدم الرجوع.

أي عدم إمكانية رجوع الفاكورايزر على الفاكورايزي إذا لم يستطع هذا الأخير تحصيل الديون وإذا لم يقدّم مدينو الفاكورايزي بوفاء ديون الفاكورايزر، وبالتالي فإن هذا العقد يؤدي إلى انتقال ملكية هذه الحقوق (ديون الفاكورايزي) إلى الفاكورايزر بشكل نهائي قطعي، إذ إن هذا الأمر يشابه بدرجة ما قبول شركة التأمين على المخاطر التي قد تلحق بالمؤمن عليه، وعليه فإن الجدوى أو تقرير التحري الحثيث هو المعيار الفاصل الذي يضيء للفاكورايزر مدى خطورة أو عدم

خطورة إنعقاد عقد الفاكثورين، غ حيث في الأغلب لا تقدم هذه الشركة على ذلك إلا عند تأكدها من قدرة مدين الدائن على السداد.

د- الطبيعة القانونية لعقد الفاكثورينغ.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكثورينغ فذهب جانب من الفقه إلى إعتباره عقد بيع دين حيث يقوم الفاكثور ايزي ببيع ديونه للفاكثور ايزر وهذا حسب أحكام الفقه الإسلامي يعتبر باطلا كون أن المقابل لذلك البيع يكون بتخفيض ما يتقاضاه الفاكثور ايزي من ديونه ومثال ذلك أن يبيع الفاكثور ايزي دينه البالغ مليون دينار باسترداد ثمانمئة ألف هذا يعني أن الفاكثور ايزر استخدم المال كسلعة وهذا محرم.

(السامرائي، ١٩٨٨، ص ٣٢٢)

ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعتبار عقد الفاكثورينغ عقد تحصيل ديون أي كوكيل التفليسة أو ما يشابه السنديك في نظام الإعسار إلا أن هذا العقد يخالف ذلك لأسباب متعددة أهمها ان السنديك يتقاضى أجراً كونه الوكيل عن المدين المعسر في تحصيل حقوقه وسداد إلتزاماته بينما هو في عقد الفاكثورينغ ليس وكيلاً وإنما دائناً أصيلاً أستبدل مكان الدائن الأصلي.

(دويدار، هاني، (١٩٩١) ص ٣٣)

وذهب جانب آخر من الفقه إلى إعتباره حوالة حق بحيث يبقل الفاكثور ايزي حقه (الدين) للفاكثور ايزر، وهناك من إعتبره عقداً يحتوي حوالة دين حيث كان الإجتهد الفرنسي قد اعتبر أن عملية الفاكثورينغ تتضمن حوالة دين من المحال عليه

للفاكتورايزر حيث أن في كثير من الأحيان يجوز أن يتضمن عقد الفاكورتينغ اعتبار المحال عليه جزءاً من عقد الفاكورتينغ، بحيث ينعقد العقد ما بين الفاكورتايزر والفاكتورايزر والمحال عليه أي يكون هناك التزام مالي على الدائن فيقوم بسداده من تم البيع لمصلحته ديون ذلك الدائن.

(شافي، نادر (٢٠٠٥)، ص ٢٠٧)

اعتبر جزء آخر من الفقه أن عقد الفاكورتينغ يتفق مع حوالة الحق بعوض حيث يضمن المحيل للمحال له وجود الحق لكن لا يضمن له يسار المدين بحيث تنتقل إلى المحال له الحق وضماناته حيث يستطيع المدين التمسك أمام ذاك المحال له (الدائن) بالدفع التي كان له أن يتمسك بها أمام المحيل، كما ذهب الفقه للحديث على أن عقد الفاكورتينغ يخضع إلى قواعد التفريغ للدين^{١٤٢} والذي يشابه المبادئ المستقاة من القانون الروماني التي شكلت وجود نظرية حوالة الحق في الفقه الجرمانى^{١٤٣}.

إلا أن جانب من الفقه ذهب إلى أن الفرق ما بين الحوالة بشكل عام وبين عقد الفاكورتينغ أنه لا بد التحقق من شكلية الإبلاغ المدين أو قبوله لتلك الحوالة وهذا ما أكدت عليه المادة ١٦٩٠ من القانون المدني الفرنسي وما جرت عليه المادة رقم ٣٠٥ قانون مدني مصري حيث اعتبرت أن الحوالة لا تنفذ بمواجهة الغير أو المدين إلا إذا قبلها أو أعلم بها.^{١٤٤} (السنهوري، عبد الرزاق، ٢٠٠٤ ص ٤٧٢).

^{١٤٢} التفريغ عن الدين أي التنازل عنه.

^{١٤٣} انظر المادة ١٥٢٦ من القانون المدني الإسباني والمادة ١٢٦٠ من القانون المدني الإيطالي انظر ما نص عليه القانون المدني الألماني والقانون المدني الفرنسي بهذا الخصوص (شافي، نادر، ص ٢٠٩).

^{١٤٤} انظر المادة ٢٨٠، ٢٨٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

أما بخصوص عقد الفاكورينغ فلا توجد ضرورة لإعلام المدين بالعقد إذ يعتبر ملزماً بالوفاء بالدين إلى الفاكورايزر بمجرد المطالبة به والسبب في ذلك أن متطلبات عقد الفاكورايزر تقوم على السرعة التي تستوجب تسريع عملية إنتقال الدين وتحصيله بأسرع وقت ممكن.

(شافي، نادر (2005)، ص ٢١٣).

يستخلص الباحث أن ما ذهب إليه الفقه باعتبار شكلية الإعلام للمدين أو للغير هي الفارق ما بين عقد الفاكورينغ والحوالة هو أمر لا يمكن قياسه بالإطلاق إنما يخضع إلى الإتفاق ما بين أطراف عقد الفاكورينغ ذاته فلو عقد (عقد الفاكورينغ) ثلاثي الأطراف بحيث تتم إضافة طرف ثالث إلى العقد -ألا وهو الزبون- بالإضافة إلى الفاكورايزر والفاكورايزي، فإن هذا الزبون يعتبر قد عقد حوالة حق إذ أصبح دائنه هو الفاكورايزر بدلاً من الفاكورايزي وبالتالي إن الفاكورايزر أصبح محالاً له وأصبح الفاكورايزي محيلاً وأصبح الزبون محالاً عليه وعليه فإن شكلية الإعلام والقبول في هذه الحالة تنصهر بضرورة توافر رضا ذاك الزبون باعتباره طرفاً في العقد وبالتالي لا ضير في تقارب حوالة الحق مع عقد الفاكورينغ إذا كان الزبون طرفاً فيه، أما بخصوص الحوالة الموجودة في القانون المدني وعلى الرغم من أن هذه النظرية أسست على إنتقال الدين والمطابقة من ذمة إلى أخرى وفق أحكام الفقه الإسلامي والذي تكون فيه الحوالة حوالة مقيدة أو مطلقة فقط تقع على دين ولا تقع على حق، إلا أن التشوهات التي أصابت تبني القانون المدني الأردني لنظرية الحوالة لما هو موجود في القانون المدني المصري المأخوذه أحكامه في هذا الشأن

من القانون الفرنسي والألماني يؤدي إلى إمكانية تطبيق حوالة الحق وفق القانون المدني الأردني على الرغم من التضارب الواضح ما بين نصوص هذا القانون وخصوصاً ما ورد في المادة ١٠١٥ و ١٠١٦ من القانون المدني الأردني التي تعالج أحكام حوالة الحق فيما يتعلق بإعلام المدين أو الغير أو قبولهم حتى تنفذ الحوالة، وأيضاً فيما يتعلق بعلاقة المحال له مع الغير التي لا يمكن تصورها إلا في حوالة الحق، وعليه فإن الباحث يوصي بوضع نص يؤدي إلى قبولية عملية عقد الفاكторинг وفق أحكام الحوالة في الفقه الإسلامي خصوصاً أن بعض أئمة الفقه المالكي اعترفوا بوجود حوالة الحق بشكلها الذي ظهر في القانون المدني الفرنسي القديم كون أن مدونات ابن مالك قد تمت ترجمتها إلى اللغة الفرنسية اعتبرت أحد أهم المصادر التاريخية للقانون المدني الفرنسي .

الخلاصة تتمحور حول إمكانية تقارب عقد الفاكторинг مع حوالة الحق إذا كان الزبون طرفاً في العقد، إلا أنه بالإطار العام يعتبر عقد الفاكторинг من العقود المركبة وذلك لتعدد عناصره القانونية حيث يتضمن في طياته حلول الفاكتورايزر مكان الفاكتورايزر أيضاً وجود عقد الوكالة في حالة تحصيل الفاكتورايزر لديون غير موجودة في عقد الفاكторинг لصالح الفاكتورايزر كما يتضمن عقد بيع لديون الفاكتورايزر لصالح الفاكتورايزر مع ضمان عدم رجوع الفاكتورايزر على الفاكتورايزر إلا أن كثيراً من الفقه في فرنسا ومصر يعتبره تطبيقاً لنظرية الحلول الإتفاقي وذلك بحلول الفاكتورايزر مكان الفاكتورايزر في تحصيل ديونه وذلك للأسباب التالية:

أولاً: أن الفاكثورايزر يستوفي دينه من الفاكثورايزر.

ثانياً: حلول الفاكثورايزر محل الفاكثورايزر في الدين مع كافة ضماناته وأوصافه.

ثالثاً: عدم رجوع الفاكثورايزر على الفاكثورايزر إذا عجز الفاكثورايزر عن
تحصيل دينه.

حيث أن شروط الحلول الإتفاقي موجودة من حيث إستيفاء الدائن لحقه والإتفاق على
الحلول وتعاصر الحلول مع الوفاء حيث تم الإستناد إلى أحكام المادة ١٢٤٨ من
القانون المدني الفرنسي وأحكام المادة ١٢٥٠ منه.

أما بخصوص الفقه الإنجليزي فإن عقد الفاكثورينغ يعتبر من التطبيقات العملية
لعقد حوالة الحق كون أن العرف استقر في المحاكم الإنجليزية على ضرورة وجود
الزبون كطرف في عقد الفاكثورينغ وذلك لأن كثيراً من عقود الفاكثورينغ في
بريطانيا تتعلق بوجود مدين إستراتيجي لذلك الدائن فيقوم الدائن وهو الفاكثورايزر
بعمل عقد فاكثورينغ مع الفاكثورايزر لتحصيل ديونه من ذاك المدين الإستراتيجي.

يتفق الباحث مع ما ورد في اجتهاد القانون الإنجليزي الذي واءم نظرية حوالة
الحق مع تطبيقات المصارف والشركات التجارية لتحصيل ديونها خصوصاً أن
انتقال الحقوق في القانون الإنجليزي شائع للغاية كون أن الحوالة قد تكون إتفاقية
خصوصاً أن أساسها التاريخي نظرية (Waiver of rights) وقد تحكم المحكمة
بهذه الحوالة والذي يتفرد فيه القانون الإنجليزي عن غيره من القوانين كون أنه
يحتوي على حوالة قضائية تقع بحكم القضاء، بينما هي معروفة لدى معظم القوانين
بأنها إتفاقية (ناشئة عن عقد).

هـ الآثار القانونية لعقد الفاكторинг.

تظهر الآثار القانونية لعقد الفاكторинг من خلال حقوق وموجبات طرفيه، وهما:

الفاكتورايزر (مشتري الديون) والفاكتورايزي (بائع الديون).

حقوق الفاكطورايزر:

١. حق إنتقاء الديون:

يحتفظ الفاكطورايزر (مشتري الديون) في عقد الفاكторинг بحق انتقاء الديون التي يلتزم الفاكطورايزي (بائع الديون) بعرضها عليه، ويلتزم بشراء الديون التي اختارها، ويرفض الديون التي يرى صعوبة في تحصيلها، وذلك تطبيقاً لشرط أو لبند العمومية أو الشمولية والذي يتعلق بحق إنتقاء الديون موضوع العقد من كافة ديون الفاكطورايزي، يشتمل طلبه كافة المعلومات اللازمة لتبصير مؤسسة الفاكторинг بالحالة المالية لمدينه، حيث تقوم مؤسسة أو شركة الفاكторинг بدراسة الديون المقدمة، وفي ضوء المعلومات المتوفرة لها من الفاكطورايزي ومن مصادرها الخاصة حيث تمارس حقها في اختيار الديون التي تقبل شراءها، وتعلم الفاكطورايزي بقرارها المتضمن جدولاً بأوصاف الديون وكل ما يتعلق بها.

إن شرط العمومية أو الشمولية لا يعني بالضرورة أن يلتزم الفاكطورايزر بقبول شراء كافة الديون أياً كانت، وإنما الإنتقاء من بين كافة الديون حيث تنص عقود الفاكторинг في أغلب الحالات على احتفاظ الفاكطورايزر لنفسه بحق قبول أو رفض الديون التي يقدمها الفاكطورايزي إجبارياً، دون أن تترتب عليه أية مسؤولية عن رفض بعضها. (نادر، شافي (٢٠٠٥). ص ٣٢٦)

٢. حق الحل محل الدائن الأصلي:

إن أهم الضمانات التي يحصل عليها الفاكورايوزور (مشتري الديون) هو حقه في الحل محل الفاكورايوزي (بائع الديون) الذي يعتبر الدائن الأصلي في الديون موضوع عقد الفاكورينغ.

ويعتبر الفاكورايوزور حالا محل الفاكورايوزي من تاريخ الوفاء بقيمة الدين موضوع عقد الفاكورينغ، أي من تاريخ تعجيل الفاكورايوزور قيمة ذلك الدين للفاكورايوزي، ويصبح بالتالي الفاكورايوزور مالكا للدين من ذلك التاريخ، ويحق له الإحتجاج به تجاه المدين وتجاه الغير من ذلك التاريخ أيضا، لكن الإجتهد الفرنسي اعتبر أن المدين الذي يدفع للدائن الأصلي (الفاكورايوزي) دون أن يكون عالما بانتقال ملكية الدين بموجب عقد الفاكورينغ يعتبر إيفاء صحيحا لأنه منفذ من مدين حسن النية.

(نادر، شافي (٢٠٠٥)، ص ٣٢٨)

وقد كرس إتفاقية أوتاوا لعام ١٩٨٨ (Ottawa Convention – 1988)، في المادة ٧ منها، مبدأ حلول الفاكورايوزور محل الفاكورايوزي، فنصت على هذا الحل وعلى انتقال ملكية الدين وتوابعه من الدائن الأصلي إلى مشتري تلك الديون (الفاكورايوزور).

(نادر، شافي (٢٠٠٥)، ص ٣٢٩)

٣. حق تقاضي العمولة:

يتقاضى الفاكورايوزور (مشتري الديون) عمولة معينة مقابل خدماته التي يقدمها بموجب عقد الفاكورينغ، يضاف إليها بعض الفوائد في بعض الحالات، وهذا هو

الهدف الذي تتبغيه أية مؤسسة ائتمانية أو تمويلية حيث يترتب على دخولها في هذا العقد تحقيق ربح حال يتمثل في الفوائد وربح مستقبلي يتمثل في قيمة الدين الذي تم شراؤه.

ويبرر الفقهاء حصول الفاكثورايزور على العمولة بالإستناد إلى ثلاثة عناصر أساسية، هي:

- النفقات التي يتكبدها الفاكثورايزور من أجل القيام بنشاطه.
- الخدمة التمويلية التي يؤديها للدائن (الفاكثورايزور).
- المخاطر التي يتحملها الفاكثورايزور، وأخطرها خطر عدم تسديد المدين للدين موضوع عقد الفاكثورينغ.

(دويدار، هاني (١٩٩١).ص ٢٢٦)

٤. حق الرجوع على المدين مباشرة:

إن أهم الخصائص التي تميز عقد الفاكثورينغ هو حق الفاكثورايزور (مشتري الديون) بالرجوع مباشرة على مدين الدائن الأصلي مباشرة وتحصيل الدين باسمه ولحسابه الخاص، أي أن مؤسسة أو شركة الفاكثورينغ وهي المؤسسة التي اشترت الديون، تملك الحق بالرجوع مباشرة على المدين باسمها ولحسابها الشخصي الخاص، لأنها أصبحت مالكة لتلك الديون بموجب عقد الفاكثورينغ. فيكون للفاكثورايزور أن يطالب ويقاضي المدين مباشرة بصفته دائئا، ومستعينا بكافة الضمانات التي تضمن له حق الحصول على الدين الذي قام بتعجيل قيمته للدائن الأصلي (الفاكثورايزور). (كركي، مروان (٢٠٠٢).ص ٣٦٨)

حقوق الفاكتر ايزي:

١. حق الحصول على قيمة الدين:

يعتبر حق الفاكتر ايزي في الحصول على قيمة الدين موضوع عقد الفاكترينغ بأنه الحق الذي يجسد الهدف الرئيس لنظام الفاكترينغ. فهذا الحق يعتبر بأنه الحق الأساسي الذي ينتظره الدائن (الفاكتر ايزي)، والذي من أجله يلجأ إلى إبرام عقد الفاكترينغ للحصول على قيمة الدين والفواتير المسلمة للفاكتر ايزور الذي اشتراها. ويعتبر هذا الحق مقابلاً لموجب الفاكتر ايزور (مشتري الدين) بالوفاء بقيمة الدين. إذ يأخذ الفاكتر ايزور على عاتقه التزاماً رئيساً بدفع الدين موضوع عقد الفاكترينغ مقابل حلوله محل الدائن (الفاكتر ايزي - بائع الدين)، وقد اعتبر الفقه والإجتهاد الفرنسيان أن قيام شركة الفاكترينغ بقيد قيمة الدين في الجانب الدائن من الحساب الجاري للفاكتر ايزي بمثابة إيفاء بقيمة الدين موضوع عقد الفاكترينغ.

٢. حق التخلص من مخاطر التحصيل:

يمنح عقد الفاكترينغ للفاكتر ايزي (الدائن - بائع الدين) ضمان التخلص من مخاطر تحصيل الدين موضوع هذا العقد، إذ يلتزم الفاكتر ايزور (مشتري الدين) بعدم الرجوع على الفاكتر ايزي (بائع الدين) في حالة إخفاقه بتحصيل تلك الدين ويشكل هذا الضمان أهم ميزة من مميزات عقد الفاكترينغ، ومن أهم الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة كون أن التخلص من هذا الضمان قطعي ونهائي. (نادر، شافي (٢٠٠٥). ص ٣٤٦)

يكتسب الفاكثورايزي (الدائن - بائع الديون) هذا الحق مقابل خسارة جزء من ديونه المترتبة له بذمة مدينيه، إذ يتنازل عن ذلك الجزء من الديون لمصلحة الفاكثورايزور الذي يأخذ على عاتقه الرجوع على المدين لتحصيل الدين بكامله، ويتوجب على الفاكثورايزور مقابل ذلك إلتزاما رئيسا بضمان عدم الرجوع على الدائن القديم (الفاكثورايزي) عند امتناع المدين عن تسديد قيمة الديون موضوع عقد الفاكثورينغ.

(دويدار، هاني (١٩٩١).ص ٣١٠)

واجبات الفاكثورايزي:

١. واجب تقديم كافة الديون.

أي إعطاء الفاكثورايزي الحق بإختيار الديون التي يرغب في تحصيلها من كل الديون المترتبة لذمة الدائن الفاكثورايزي، وهذا من باب التسهيل للفاكثورايزور ومن باب عدم قيام الفاكثورايزي بإبراز الديون صعبة التحصيل.

(نادر، شافي (٢٠٠٥).ص ٣٤٨)

٢. واجب الإعلام بمخاطر التحصيل:

يقع على عاتق الفاكثورايزي موجب أساسي في وجوب إعلام الفاكثورايزور بجميع المخاطر أو الصعوبات التي قد تعترض عملية تحصيل الدين، أو يمكن أن تواجه الفاكثورايزور أثناء تنفيذ عقد الفاكثورينغ، سواء أكانت تتعلق بالدين موضوع عقد الفاكثورينغ، أم بمديني الفاكثورايزي.

(دويدار، هاني (١٩٩١).ص ٣٣٠)

٣. واجب ضمان وجود الدين:

إذا وجدت مؤسسة الفاكторинг أن الدين موضوع عقد الفاكторинг غير موجود، أو انقضى بوفاء المدين للدائن (الفاكتورايزي)، كان لها الرجوع على الفاكثورايزي لمطالبته بقيمته والتعويض عما لحقها من أضرار ناتجة عن تصرفات الفاكثورايزي، بالإستناد إلى مبدأ عدم جواز الكسب غير المشروع أو الإثراء دون سبب، وفقاً للمادة ١٤٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني^{١٤٥}.

(فضلي، هشام (١٩٩٧). ص ١٠٩)

٤. واجب إعلام المدين بالتفرغ عن الدين:

إن القواعد الأساسية التي تميز عقد الفاكторинг لا تفرض ضرورة إعلام المدين بهذا العقد، ويكون ملزماً بوفاء الدين إلى الفاكثورايزور (مشتري الديون) بمجرد مطالبته به، أي إعطاء الفاكثورايزور حق الرجوع مباشرة على المدين بالديون المترتبة بذمته لمصلحة الدائن (الفاكتورايزي) الذي باع ديونه للفاكثورايزور، وتجدر الإشارة إلى أن إتفاقية أوتاوا لعام ١٩٨٨ (Ottawa Convention – 1988) لم تأخذ بمبدأ عدم وجوب إعلام المدين بالتفرغ الحاصل بموجب عقد الفاكторинг.

(نادر، شافي (٢٠٠٥). ص ٣٧٤)

٥. واجب عدم التعامل مع مؤسسة اخرى:

تتضمن عقود الفاكторинг بشكل ضمني أو صريح، بنداً أو شرطاً يوجب على الفاكثورايزي (بائع الديون) عدم التعامل مع مؤسسة فاكторинг اخرى في ذات

^{١٤٥} أنظر نصوص المواد المتعلقة بالإثراء بلا سبب في القانون المدني الأردني.

الموضوع الذي يتضمنه هذا العقد، سواء أكان ذلك من ناحية النطاق الجغرافي أم النوعي للديون موضوع العقد، حيث يطلق على هذا البند أو الشرط تسمية "شرط القصر" أي إقتصار موضوع العقد على ديون في إقليم معين أو إقتصار العقد على أنواع معينة من الديون كالديون المرتبطة بالرهن، حيث يمكن أن ترد بعض القيود على واجب الفاكتر ايزي بتقديم كافة ديون للفاكتر ايزور (شرط العمومية)، فيمكن أن يقتصر عقد الفاكترينغ على الديون الناتجة عن التجارة الخارجية للدائن، أو الديون المترتبة لمصلحته بذمة مدينه في بلد محدد أو الديون المرتبطة بنوع معين من التجارة.

(دويدار، هاني (١٩٩١).ص٣٤٥)

٥. واجب معاونة الفاكتر ايزور في تحصيل الديون:

إضافة إلى الواجبات السابقة الملقاة على عاتق الفاكتر ايزي (بائع الديون)، ورغم أن الفاكتر ايزور يقوم بعملية تحصيل الديون باسمه ولحسابه الخاص ويتحمل مخاطر ذلك التحصيل، كثيراً ما ينص عقد الفاكترينغ على إلزام الفاكتر ايزي بمعاونة الفاكتر ايزور في تحصيل الديون موضوع هذا العقد، عن طريق تقديم الأوراق اللازمة والعناوين وبعض التفاصيل التي تساعد الفاكتر ايزور في تحصيل الديون التي كانت عائدة للفاكتر ايزي.

(كركبي، مروان (٢٠٠٢).ص٣٧٠)

يستخلص الباحث أن تطبيق عقد الفاكترينغ ذاته من الممكن ان يطبق وفقاً لاحكام قانون التجارة الأردني كون ان الديون التي يرد عليها هذا العقد هي الديون التجارية

فقط وكون ان موضوع الاعمال التجارية منظم في القواعد العامة لقانون التجارة فإنه من الممكن تطبيقه في قانون التجارة الأردني مع التأكيد انه في حال ورود عقد الحوالة نطبق في عقد شراء الديون التجارية (الفاكتورينغ) فإننا نطبق قواعد القانون المدني الأردني الخاصة بالحوالة.

بعد إستعراضنا لأهم الأحكام المتعلقة بعقد شراء الديون التجارية (الفاكتورينغ) وإشكالياتها وتداخلها مع عقد الحوالة، سيقوم الباحث ببيان مدى تداخل عقد الفندقية بأحكام عقد الحوالة في القانون المدني الأردني وبيان مدى قابلية عقد الحوالة للتطبيق في احكام عقد إدارة الفندقية، وهذا ما سيتناوله الباحث في الفرع الثاني كالاتي:

الفرع الثاني: الحوالة وعقد إدارة الفندقية

يعتبر عقد الفندقية من العقود التي تمت معالجتها منذ فترة ليست بالقصيرة، فقد أوردت الاحكام القضائية الفرنسية الكثير من الأحكام عليه، إلا ان إستقرارها إعتبرته عقد منفعة بشروط خاصة، وعقد الفندقية معروف في الفقه الإسلامي وتمت معالجة احكامه بطريقة مفصلة وممتازة اكدت على تميز ذلك الفقه باخذه للقواعد الفرعية التي تشكل احكاماً وقواعد عامة تضع الأطر العريضة وفق تفصيلات مفيدة لتنظيم احكام عقد الفندقية.

(المستكاوي، أيمن (٢٠٠٨).ص٢٤-٢٦)

يمكن بيان ماهية عقد الفندقية كالاتي:

إن المقصود بعقد ادارة الفندق في هذا المحور لا يتعلق بعلاقة المنتفع بالمحل للعقد (غالباً ما يكون مرفق فندقى او غرفة فندقية)، وإنما العلاقة ما بين مالك الفندق والجهة المسؤولة عن إدارته، إذ إنه في اغلب الفنادق لا تكون الشركة المالكة للفندق هي ذاتها التي تقوم بإدارته لا بل ان الشركة التي تقوم بإدارته هي الشركة التي تقوم بتوظيف كافة إمكانات الفندق المادية وتحويلها إلى نمط خدمي متكامل يخضع إلى تقييم النجوم، وبالتالي فإن الشركة التي تقوم بإنشاء فندق ذي مواصفات خمس نجوم إذ لا بد ان تتعاقد مع شركة إدارة يكون تصنيفها خمس نجوم حتى تقوم بالإلتزام بمعايير تقديم الخدمة والجودة، حيث تقع ضمن مصطلح يسمى "ضبط الجودة" (Quality control)، وبالتالي فإن العلاقة ما بين الشركة مالكة الفندق والشركة التي تقوم بإدارته وبالأخص العلاقة المالية تنطوي على حوالات دين متتالية ومتعددة وذلك كالآتي:

حيث يترتب على الفندق عدة ديون من أشهرها فواتير الماء والكهرباء وفواتير لوازم الفندق والأثاث...إلخ، حيث تكون هذه الفواتير مروسة بإسم الشركة مالكة الفندق ولكن تقوم الشركة التي تتولى إدارة الفندق بسداد هذه الديون عن طريق حوالة دين متجددة طالما بقي عقد الإدارة قائماً، ويتم النص عليها بالمصطلح التالي (Revolving Transfer debts) حيث تصبح الشركة مديرة الفندق هي المحال عليه والشركة مالكة الفندق هي المحيل والدائن سواءً اكان شركة الكهرباء ام الماء أم شركة توريد الأغذية...إلخ هي المحال له، حيث يتم تجديد تلك الحوالة بشكل فوري

دون الحاجة إلى قبول الاطراف الثلاثة على كل حوالة دين حيث تسمى بالحوالة المتجددة (Revolving Transfer debts).

(Markus, Streightfield, (2010).p 61)

بناءً على ما تقدم، هل من الممكن تطبيق قواعد حوالة الدين المتجددة وفقاً لأحكام قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني؟

لم يشر القانون المدني الأردني صراحةً لوجود الحوالة المتجددة وهذا أمر متوقع كون ان النصوص الناظمة لعقد الحوالة تكلمت عن الأطر العامة للموضوع ولم يتم التطرق إلا الانواع الرئيسية للحوالة والتي وردت في الفقه الإسلامي- خصوصاً الفقه الحنفي، وهي الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة^{١٤٦}، إلا ان نص المادة (٩٩٦) الفقرة الاولى حدد الشرط الذي يجب توافره بالحوالة والمنطوي على موافقة الاطراف جميعاً^{١٤٧}، وطالما ان الشركة مديرة الفندق (المحال عليه) والشركة مالكة الفندق (المحيل) إتفقتا في عقد الإدارة الفندقية على ذلك بان يتم قبول الحوالة بشكل متجدد ودوري فإن القبول متواجد ما بينهما، ولكن الطرف الثالث وهو الدائن والذي كما أسلفنا قد يكون شركة توريد موارد غذائية او شركة الكهرباء او المياه أو شركة خدمات الإتصالات او شركة تنظيف لم يوافق على الحوالة فهل ستبقى الحوالة معلقة على النفاذ أم ان هناك وسائل لتيسير هذه العملية^{١٤٨} ؟

يعتقد الباحث أنه للإجابة على هذا السؤال يجب التفريق ما بين حالتين:

^{١٤٦} انظر نص المادة ٩٩٥ قانون مدني أردني.
^{١٤٧} نصت المادة ٩٩٦ من القانون المدني الاردني على ما يلي "يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له".
^{١٤٨} انظر للمادة ٩٩٦ الفقرة الثانية والتي نصت على "وتعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له".

الأولى: إذا كان هناك عقد ناظم لخدمات الطرف الثالث (الدائن) مع الشركة التي تقوم بإدارة الفندق فغالباً ما يتم النص على الحوالة المتجددة ويكون قبول الدائن لهذا الشرط الوارد في العقد مستكملاً لدورة القبول الثلاثية في الحوالة وهذا ما يتماشى مع هذه المعاملات التي تحتاج إلى السرعة في النفاذ.

الثانية: في حالة عدم وجود عقد ناظم ما بين الدائن (عن طريق تقديم خدماته ومنتجاته كالتنظيف والمواد الغذائية مع الشركة مديرة الفندق) فإن قبول الفريق الثالث بإستلام المبالغ من المحال عليه (الشركة مديرة الفندق) هو قبول ضمني بالحوالة، إذ ان الواقع العملي ينطوي بشكل كبير على هذه النقطة.

يؤكد الباحث على ضرورة إثارة نقطة بالغة الأهمية والمنطوية على طبيعة عقد الإدارة الفندقية ذاتها، فإذا كانت الشركة مالكة الفندق عي نفسها الشركة مديرة الفندق فإن الحوالة لا تتحقق كون ان هناك طرفين وهما (الطرف المدين وهي الشركة مديرة الفندق ومالكة الفندق كون تلك الصفتين تتحدان فيها، والطرف الثاني هو الدائن وهي الشركات التي تقدم مواد غذائية وصحية و أية خدمات اخرى)، هنا لا وجود للحوالة المتجددة كون ان عقد الحوالة يجب ان ينطوي على ثلاثة اطراف^{١٤٩}، لكن هذا الامر نادر بالواقع العملي كون أن غالبية الفنادق تخضع إلى نظام التصنيف النجمي الذي يتأتى من الشركة التي تقوم بإدارة المنشأة الفندقية.

(الخلفي، إسماعيل (٢٠٠٤). ص١٩)

^{١٤٩} انظر نص المادة ٩٩٦ الفقرة الاولى من القانون المدني الأردني.

بالختام يستخلص الباحث بأن أحكام عقد الحوالة الواردة في القانون المدني الأردني كافية بذاتها لتنظيم حوالة الدين المتجددة والمستخدمة بعقود إدارة الفنادق، ولكن يجب ان يتم وضع النص الآتي وذلك تسهيلاً لإنعقاد الحوالة بإتجاه الدائن وذلك عند الحصول على الموافقة المسبقة بشأن هذه الحوالة "تصح الحوالة إذا عقدت ما بين المحيل والمحال عليه إذا كانت العلاقة العقدية القائمة ما بينهما تتطلب ذلك طالما كان المحال عليه يسيراً".

بناءً على ما سبق، فإن هذا الأمر قد ورد في الفقه الإسلامي كون ان بعض الفقه لم يشترط موافقة الدائن على الحوالة طالما كان المحال عليه أكثر يسراً من المدين الأصلي (المحيل)، وعليه من الممكن إعمال وجود الحوالة المتجددة من دون موافقة الدائن في شروط محددة تيسيراً لإتمام المعاملات وتيسير إستيفاء الديون وهذا الامر متلائم مع غاية الحوالة في الفقه الإسلامي والقانون والمتعلقة بتيسير إستيفاء الدين.

(عبد البر، محمد (١٩٨٣). ص ٣٩)

وردت في القانون الإنجليزي الكثير من الاحكام المتعلقة بالحوالة المتجددة والمتعلقة بعقود التوريد المتفرعة عن عطاءات عامة التي عادةً ما ينفذها مورد من الباطن لصالح الشركة التي رسي عليها العطاء، حيث تقوم بعض العقود على تحميل كافة المصاريف على الشركة التي رسي عليها العطاء حيث تقوم بفوترة المصروفات لإبرازها للجهات الرسمية التي بدورها تقوم بصرف تلك المستحقات لصالح الشركة التي رسي عليها العطاء وفق الشروط المتفق عليها، وبالتالي عند قيام الشركة المنفذة للعطاء من الباطن بتكبد أية مصروفات فإنها تقوم بتحملها بإسم الشركة التي رسي

عليها العطاء وتقوم بالسداد للجهات الدائنة كمورد الإسمنت ومكتب الإستشارات الهندسية و شركة توريد المستلزمات الإنشائية ...إلخ، هنا تصبح الحوالة المتجددة قائمة بإتفاق المورد الأصلي (المحيل) والذي تخرج الفواتير بإسمه، والمورد من الباطن الذي يعتبر محالاً عليه، والجهة الدائنة والتي زودت تلك الشركات المنفذة للعطاء بالموارد والمستلزمات، فهنا تتعقد الحوالة المتجددة ودون موافقة الدائن كون الدائن يحصل دينه من المورد من الباطن على الرغم من ان الفواتير تظهر ان المدين هو المورد الرئيس الذي جرى بإسمه طرح العطاء.

(Jenny, Wahl (1998).p 231)

الفرع الثالث: الحوالة وعقد الإجارة

سيقوم الباحث في هذا الفرع بإستعراض مدى انطباق قواعد الحوالة بخصوص عقد الإجارة وفقاً لنصوص القانون المدني الأردني، وهل توجد "حوالة حقوق الإجارة" في القانون الأردني أم لا؟

للإجابة عن هذا التساؤل إبتداءً لا بد من التفريق ما بين الإجارة من الباطن و"حوالة الإجارة".

الإجارة من الباطن، إن عقد الإجارة من الباطن هو عبارة عن رخصة أعطاها المؤجر للمستأجر حتى يقوم بتأجير الغير للعقار الذي يشغله ذلك المستأجر، وبالتالي فإن الإجارة من الباطن هي عقد ما بين المالك (المؤجر) والمستأجر الجديد لإشغال عقار يستأجره (المستأجر الأصلي) الذي قام بإبرام عقد الإجارة من الباطن بصفته

ممثلاً عن المؤجر وليس بصفته مؤجراً أصلياً، وبالتالي فإن الحوالة غير موجودة كون أنه لا توجد ديون أو حقوق تم نقلها من شخص إلى آخر، حيث يدور عقد الإجارة من الباطن وجوداً وعدمًا مع عقد الإجارة المبرم ما بين المستأجر الأصلي والمؤجر، حيث إذا فسخ عقد الإيجار المبرم مع المستأجر الأصلي كان للمؤجر حق فسخ العقد المبرم ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر الجديد، وبالتالي فإن الإجارة من الباطن لا تعني حوالة وذلك لأن المستأجر الأصلي لا يبرأ من إلتزامه بدفع الأجرة (مقابل المأجور) وذلك لأن الشخص المسؤول عن دفع الأجرة هو المستأجر الأصلي أمام المؤجر، وبالتالي لا توجد حوالة لدين المستأجر الأصلي للمستأجر الجديد في عقد الإجارة من الباطن، ولا حتى "حوالة الحق" وفق المفهوم الوارد في القانون المدني المصري وغيره من القوانين المشابهة، والمتعلقة بحوالة حقوق الإجارة من المستأجر الأصلي لصالح المستأجر الجديد.

حوالة حقوق الإجارة.

وعودة على نصوص القانون المدني الأردني نجد نص المادة (٧٠٥) ينص ما يلي:
"إذا أجر المستأجر المأجور بأذن المؤجر فإن المستأجر الجديد يحل محل المستأجر الأول في جميع الحقوق والإلتزامات المترتبة بمقتضى العقد الأول".
إن النص المذكور أعلاه يتعلق صراحةً بحوالة الإجارة بشكليها، حوالة دين تتعلق بنقل إلتزام المستأجر الأصلي بدفع الأجرة لصالح المؤجر عن طريق المستأجر الجديد، وتتضمن أيضاً حوالة حق فيما يتعلق بنقل حقوق الإجارة من المستأجر الأصلي إلى صالح المستأجر الجديد، وهذا ما اكده حكم محكمة التمييز الأردنية رقم

(373/1985) المنشور على الصفحة رقم ١٢٨٥ بتاريخ ١٩٨٧/١/١، والذي نص على ما يلي " يلاحظ في المادتين ٧٠٥ و ٧٠٦ من القانون المدني انه في المادة ٧٠٥ أخذ القانون بمبدأ حوالة الحقوق والإلتزامات المترتبة بمقتضى العقد الاول، بينما قرر في المادة ٧٠٦ للمؤجر حق نقض إيجار المستأجر الثاني اذا فسخ العقد الأول. بمعنى انه إعتبر العقد الأول قائماً ويتبعه الإستئجار الفرعي وجوداً وعدمياً مما يدل على ان واضع القانون كان متأثراً بقانون المالكين والمستأجرين الذي كان نافذاً حين وضع القانون المدني والذي كان يفرق بين المستاجر وبين المستاجر الفرعي، فعرف الأول بأنه الشخص الذي شغل العقار بموافقة المالك او من يمثله وعرف الثاني بأي شخص يشغل عقاراً بإجارة شخص آخر.....". وما يؤكد تمسك القانون المدني الأردني بنظرية "حوالة حقوق الإجارة" ما ورد في حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٢/١٢٦٤) المنشور على الصفحة رقم (٢٥١٦) بتاريخ (١٩٩٤/١/١) والذي نص على ما يلي: "يحل المستاجر الفرعي الجديد محل المستاجر الأصلي في جميع الحقوق والإلتزامات المترتبة بموجب العقد الاصيل وفقاً لأحكام المادة (٧٠٥) من القانون المدني، ولا يجوز أن يملك من الحقوق أكثر مما كان للمستأجر الأصلي". (مجلة نقابة المحامين، (١٩٩٤) ص ٢٥١٦).^{١٥٠}

^{١٥٠} انظر أيضاً قرارات محكمة التمييز الأردنية المتعلقة بذات الموضوع كالتالي: قرار محكمة التمييز الحقوقية الأردني رقم (١٩٩٨/٩٢٧) المنشور بتاريخ (١٩٩٨/٦/٨) على الصفحة رقم (١١٥). وقرار محكمة التمييز الحقوقية الأردنية رقم (١٩٩٩/٦٤٦) المنشور بتاريخ (٢٠٠٠/١/١٩) على الصفحة رقم (١١٣).

إن نص المادة (٧٠٥) يتناقض مع ما ورد في المادة (٧٠٦) كون أن نص المادة الأخيرة قد عاملت الإجارة من الباطن كعقد متفرع عن العقد الأصلي المبرم ما بين المستأجر الأصلي والمؤجر، ولكن المادة الواردة في نص المادة (٧٠٥) المذكورة تعطي إنطباعاً بوجود "حوالة للإجارة" كون أن المستأجر الجديد يحل محل المستأجر الأصلي في جميع الحقوق والإلتزامات المترتبة بمقتضى العقد الأول المبرم ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي، وكأن النص المذكور ينقل العقد الأول (المبرم ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي) لصالح (المستأجر الجديد) فيحل محل المستأجر الأصلي بكافة الحقوق والإلتزامات وهذا هو جوهر الحوالة.^{١٥١}

(المكتب الفني (١٩٧٦).ص ٥٦١)

يستخلص الباحث أنه وعلى الرغم من ورود نص المادة (٧٠٦) في القانون المدني الأردني والتي تعامل عقد الإجارة المنقلة حقوقه وإلتزاماته للمستأجر الجديد كأنه عقد متفرع عن عقد الإجارة الأول المبرم ما بين المالك والمستأجر الأصلي، إلا ان خصوصية عقد الإجارة ومن باب حماية حقوق المؤجر أجبرت المشرع المدني الأردني على وضع نص المادة (٧٠٦) والتي تتضارب مع جوهر المادة (٧٠٥) من القانون المدني الأردني، ولتلافي ذلك التضارب يقترح الباحث ما يلي :

"أولاً- إبقاء نص المادة ٧٠٥ مدني كما هو ونقله إلى احكام المواد التي عالجت

الحوالة والواردة في المواد ٩٩٣ لغاية ١٠١٧ من القانون المدني الأردني.

^{١٥١} ان هذه المادة تتعلق باحكام تاجير الماجور من قبل المستاجر وبيان الحالات التي يحوز فيها الرجوع حيث ان مصدر

هذه المادة ٤٢٦-٤٢٨ و المواد ٥٨٧،٥٨٦،٥٥٥،٤٩٠،٥٢٨،٤٤٣ من مجلة الاحكام العدلية.

ثانياً- إلغاء المادة رقم ٧٠٦ مدني، حتى لا تتضارب النصوص والاحكام مع بعضها البعض."

السبب في إقتراح الباحث لهذا النص ونقله إلى احكام الحوالة أن جوهر الحوالة يتعلق بنقل الدين والمطالبة به من ذمة إلى ذمة، والمادة (٧٠٥) اعلاه تحدثت عن هذا النقل صراحةً كون ان المؤجر سيطالب باجرته من المحال عليه (المستاجر الجديد) بدلاً من المحيل وهو المستاجر الأصلي، وبالتالي فإن هذا النص يتفق مع جوهر الحوالة، خصوصاً أن عقد الإجارة ينتقل كما هو بشروطه واوصافه وهذا ما يلائم احكام الحوالة التي وردت بهذا الشأن حيث نصت المادة (١٠٠٣) من القانون المدني الأردني على ما يلي : "ينتقل الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة". تجدر الإشارة إلى ان قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم (٦٢) لسنة (١٩٥٣) في المادة الرابعة منه (الجزء الأول) الفقرة (د)، أورد صراحة حوالة الحق في حقوق الإجارة، حيث منع المستأجر من حوالة الحق في الإنتفاع في المأجور إلى شخص آخر إلا بأذن كتابي من المالك "المؤجر" وهذا ما يتفق مع القواعد العامة التي توجب ضرورة موافقة الأطراف جميعاً في الحوالة^{١٥٢}، لكن هذا القانون أصبح قانوناً غير ساري المفعول لكن أشار له الباحث لبيان موقف القانون الأردني من حوالة حقوق الإجارة.

^{١٥٢} أنظر المادة ٩٩٤ من القانون المدني الأردني.

الفرع الرابع: الحوالة والسندات القابلة للتداول

سيقوم الباحث في هذا الفرع بالحديث عن علاقة الحوالة الاوراق التجارية وعن علاقة الحوالة بالسندات الأخرى القابلة للتداول.

أ- الحوالة والأوراق التجارية.

تعتبر الاوراق التجارية من اهم الوسائل التي أثرت على تطور القطاع التجاري بشكل كبير، حيث انها أعتبرت الوسائل الأهم للوفاء وخصوصاً الشيكات والكمبيالات وسندات السحب، ولكن ما مدى علاقة الاوراق القابلة للتداول مع الحوالة؟

سيقوم الباحث بالحديث عن مدى وجود العلاقة ما بين أحكام الحوالة والسندات القابلة للتداول، وهل تنطبق الأحكام الواردة في القانون المدني الأردني عليها؟ ام ان هناك أحكاماً مشابهة لنظام الحوالة الذي تمت معالجته في القانون المدني الأردني في المواد من (٩٩٣-١٠١٧)؟^{١٥٣}

للإجابة عن هذا السؤال لا بد من إعطاء نبذة عامة عن ماهية التداول للورقة التجارية (أي إنتقالها) وهل هذا النقل لحقوق السندات القابلة للتداول يشابه مصطلح (النقل) الوارد في المادة (٩٩٣) من القانون المدني الأردني والمتعلق بنقل الدين والمطالبة من ذمة إلى أخرى؟

^{١٥٣} تم معالجة احكام الحوالة في مجلة الاحكام العدلية في المواد من (٧٠٠-٦٧٣).

لم يتطرق قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ إلى تداول الاوراق التجارية باحكام عامة^{١٥٤}، بل بدأ بالتداول بسند السحب وفق ما نصت عليه المادة (١٤١) كما يلي: "سند السحب قابل للتداول بطريق التظهير ولو لم يذكر فيه صراحةً كلمة (لأمر)"، نجد أن هذا النص قد تحدث عن قابلية سند السحب للتداول عن طريق التظهير من عدمه ولم يشر إلى قواعد التظهير التداول، ولكنه إستطرد في الفقرة الثانية من المادة المذكورة اعلاه والتي نصت على ما يلي "سند السحب الذي يدون فيه عبارة (ليس لأمر) أو أية عبارة اخرى مماثلة يخضع تداوله لأحكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني دون غيرها"، وعليه فإن المقصود من عبارة (حوالة الحق المقررة في القانون المدني دون غيرها) يقصد بها احكام الحوالة الواردة في القانون المدني الأردني من المادة ٩٩٣ ولغاية ١٠١٤ أم يقصد بها احكام مادتي (١٠١٥ + ١٠١٦) من القانون المدني الأردني؟

إن الاصل التاريخي لاحكام الحوالة المقررة في المواد (٩٩٣) من القانون المدني الأردني وما بعدها اتت بناءً على احكام المواد الواردة في مجلة الاحكام العدلية بخصوص الحوالة، والتي أستنبطت من نظرية الحوالة في الفقه الإسلامي وخصوصاً الفقه الحنفي الذي إعترف بوجود الحوالة كوسيلة لتيسير إستيفاء الديون ونقل المطالبة والدين من ذمة مدين أصلي يسمى المحيل إلى ذمة مدين جديد يسمى المحال عليه لصالح دائن يسمى المحال له، وتم تقسيم الحوالة في القانون المدني الأردني

^{١٥٤}انظر نص المواد ١٤٢ + ١٤٣ من قانون التجارة الاردني والتي تحدثت عن شروط التظهير الناقل للمكالية.

على حوالة مقيدة وحوالة مطلقة^{١٥٥}، وهذا ما ورد في الأحكام القانونية لعقد الحوالة من المواد ٩٩٣ ولغاية ١٠١٤ ثم بدا التشوه التشريعي للقانون المدني الأردني في المادتين ١٠١٥ و ١٠١٦ التي تحدثت عن "علاقة المحال له بالغير" حيث لا تتصور هذه العلاقة إلا في أحكام حوالة الحق التي قررتها النظرية الغربية لعقد الحوالة حيث اخذ بها المشرع اللبناني والمغربي ثم المشرع المصري، وتأثر بها المشرع الأردني بشكل ادى لوجود تشوه تشريعي حقيقي بذلك، ولكن الباحث سيتجاوز هذه النقطة القانونية والتشوه التشريعي عند إقتراحه لمشروع قانون ينظم احكام الحوالة بالقانون الأردني، يستخلص الباحث من وجهة نظره ان المقصود باحكام عقد حوالة الحق والواردة في نص المادة (١٤١) من قانون التجارة الاردني المذكور بانها متعلقة بكافة احكام عقد الحوالة الواردة في القانون المدني الأردني، حيث قام بتأكيد ذلك حكم محكمة التمييز الأردنية -هيئة عامة- رقم (١٤/١٩٩٠) والمنشور بتاريخ (١٩٩٢/١/٢٨) نص على ما يلي: "يتبين من المواد ٩٩٣ ولغاية ١٠١٧ التي تتصدى لاحكام الحوالة في القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ أن المشرع لم يلجأ على التقسيم الفقهي والتشريعي المعروف لنوعي الحوالة (حوالة الدين وحوالة الحق) ومعالجة كل منهما على أفراد باحكام مستقلة بل لجأ إلى معالجة الحوالة بالمعنى المطلق واورد لها احكاماً منها ما لا ينطبق إلا على حوالة الدين كأحكام المواد ٩٩٥ و ١٠٠١ و ١٠٠٢ و ١٠٠٣ و ١٠٠٤، ومنها ما لا ينطبق إلا على حوالة الحق كاحكام المواد ١٠١٠ و ١٠١١ و ١٠١٥ و ١٠١٦ ومنها ما

^{١٥٥} انظر نص المادة ٩٩٥ من القانون المدني الأردني.

يحتمل التطبيق على النوعين....."، أي ان قرار محكمة التمييز الموقرة قد عامل احكام عقد الحوالة الواردة في القانون المدني الأردني بانها صالحة لحوالة الحق والدين ! وبالتالي فإن الأحكام الواردة في القانون المدني الأردني بخصوص عقد الحوالة تسري على احكام المادة (١٤١) من قانون التجارة الأردني بما يلائمها.
(منشورات مركز عدالة (١٩٩٢).ص٣١١)

إن النص المذكور في قانون التجارة الأردني والمتعلق بسند السحب ليس النص الوحيد المتعلق بربط تداول الأوراق التجارية بالحوالة، بل تم النص على ذلك صراحةً في المادة (٢٣٩) فقرة (٢) من قانون التجارة الاردني كما يلي: "الشيك المشروط دفعه إلى شخص مسمى والمدونة فيه عبارة (ليس لأمر) او اية عبارة اخرى مماثلة يخضع تداوله لاحكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني دون غيرها"، يستخلص الباحث انه في الاوراق التجارية التي تحمل ثلاثة أطراف (مثل الشيك وسند السحب) وكانت الورقة التجارية تحمل عبارة (ليس لأمر) أو أي عبارة تفيد نفس المعنى فإن السند يخضع بتداوله لاحكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني الأردني، وتأكيداً لذلك فقد نص قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٨٤/٧٢٨) والمنشور بتاريخ (١٩٨٥/٢/٧) على ما يلي "إن التظهير ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الشيك كما يعتبر حوالة للحق الذي من اجله اعطي الشيك فيحل المظهر له محل الدائن بمطالبة المدين بحقوق الشيك وحقوق الدين الأصلي إن التظهير في السندات الأردنية بما فيها الشيكات يعتبر حوالة حق نافذة بحق المدين بمجرد التوقيع على ظهر السند ودون حاجة لإعلان المدين او قبوله".

إن خضوع الاوراق التجارية إلى أحكام الحوالة لم يتأت فقط من الحالات المذكورة اعلاه بل تعداها ليشمل إنطباق قواعد حوالة الحق المقررة بالقانون المدني عند مرور المدة القانونية المحددة لتقديم الشيك إلى المسحوب عليه، حيث نصت المادة (٢٤٣) فقرة (١) على ما يلي : "التظهير اللاحق للاحتجاج او الحاصل بعد إنقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك لا ينتج سوى آثار الأحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة في القانون المدني"^{١٥٦}، وهذا ما اكده قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٨٧/٦٤٢) والمنشور بتاريخ (١٩٨٧/٩/٢٩)، حيث ربط تطبيق قواعد حوالة الحق المقررة في القانون المدني الأردني بعد إنقضاء المدة المحددة في المادة (٢٤٦) من قانون التجارة الأردني حي تنص على ما يلي: "لا ينتج تظهير الشيك الذي تم من المستفيد للمدعي (الحامل) بعد إنقضاء المدة القانونية المحددة للتقديم سوى آثار الاحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة في القانون المدني عملاً بأحكام المادتين (١/٢٤٣) و المادة (٢٤٦) من قانون التجارة....." وبالتالي فإن النتيجة المهمة المترتبة على هذا الامر ان مدة التقادم للمطالبة بهذا الدين تصبح مدة التقادم الطويلة والواردة في القانون المدني الأردني وبالباغة (١٥) سنة، حيث تطبق القواعد العامة في ذلك وهذا ما اكده حكم محكمة التمييز اعلاه إذ نص في متنته على ما يلي: "وبناءً على ذلك فإن حكم القاضي برد دعوى المدعي لمرور الزمن الوارد في قانون التجارة غير

^{١٥٦} لمعرفة تفاصيل مدد تقديم الشيك انظر المادة ٢٤٦ من قانون التجارة الأردني.

موافقة وأحكام القانون كون ان الدين أصبح ديناً مدنياً ويخضع لاحكام التقادم الواردة في القانون المدني".^{١٥٧}

يستخلص الباحث ان سند السحب والشيك الخالي من كلمة (لأمر) يخضع تداوله إلى أحكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني ، وان تقديم الشيك بعد المدة المحددة قانوناً لوفاء قيمته يجعله خاضعاً لاحكام حوالة الحق المقررة بالقانون المدني، حيث يتم تطبيق أحكام قانونية على هذه الأوراق التجارية و أي من حيث عدة نقاط هامة:
أولاً: عدم نفاذ الحوالة بحق الغير إلا من تاريخ إعلانها رسمياً أو قبولها بوثيقة ثابتة التاريخ.

ثانياً: قسمة الغرماء ما بين الغير و دائني المحال له.

ثالثاً: من حيث سريان مدة التقادم عليه.

رابعاً: من حيث الشروط العامة للحوالة.

إن الأحكام المتعلقة بالمحال بالغير ما هو إلا أثر يترتب على حوالة الحق فقط وهذا ما أخذ به الفقه الغربي، إلا أن المشرع الأردني ذكر بالمادة (١٠١٥) آثار الحوالة ما بين المحال والغير وذكر بالمادة (١٠١٦) بخصوص قسمة الغرماء ما بين دائني المحال والغير، ومع ذلك فإن ذلك التشويه التشريعي جعل فيها خلطاً كبيراً كون أن القانون المدني الأردني قد تبني نظرية الفقه الحنفي في الحوالة وهي الحوالة التي يكون محلها ديناً يتحول به الدين والمطالبة من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى ذمة

^{١٥٧} انظر أيضاً قرار محكمة التمييز الاردنية رقم (١٩٨٤/٧٢٨) تاريخ (١٩٨٥/٢/٧) والمنشور على الصفحة رقم ١٢١٤ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ (١٩٨٥/١/١).

المحال عليه (المدين الجديد) لصالح المحال له (الدائن) سواء وقعت على شكل حوالة مقيدة أو مطلقة، أما النص المذكور فإنه مأخوذ من القانون المدني المصري الذي أخذ نظرية الحوالة من الفقه الغربي (السنهوري ص ٥٨٣).

لكن يبدو أن المشرع الأردني أخذ بموقف الجمهور الذي يشابه رأي الفقه الغربي بخصوص وجود حق للغير بالحوالة وتنظيم علاقته مع المحال له، حيث يرى الجمهور أنه بالحوالة المقيدة (وهو كذلك دائماً لديهم) تؤدي لبراءة المحيل في مواجهة المحال عليه ومع إنقضاء حق المحال عليه وذلك بحسب نص المادة (١٠١٢) من القانون المدني الأردني، حيث أخذ القانون الأردني برأي الجمهور حيث أن موت المحيل لا يعيد الحق المحال به إلى تركته، وإنما يبقى مخصصاً لوفاء المحال له، حيث أصبح ذا أولوية في استيفاء حقه، وعليه فإن التمسك بالتنظيم الفقهي للحوالة وفق الفقه الإسلامي كان سيبعد وجود علاقة المحال له بالغير، حيث يأخذ الفقه الغربي بعدم النفاذ للحوالة في مواجهة الغير ما لم تكن معلنة للمحال عليه أو أن يقبلها بوثيقة ثابتة التاريخ وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١٥ مدني)، لكن عدم النفاذ مختلف في الفقه الإسلامي حيث تنص م (٧١) مدني على ما يلي " يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق للغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائماً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك" حيث أن النفاذ موقوف على تصرف شخص له الولاية، كتصرف ناقص الأهلية لكن النفاذ المذكور في المادة (٢/١٠١٥ أردني) فهو عدم نفاذ لعدم ثبوت التاريخ أو عدم إتمام إجراءات الإعلان،

أي يرتبط بالشكلية بينما عقدت الحوالة بالفقه الإسلامي بموافقة الأطراف جميعاً (هذا حسب القانون الأردني) بينما هي لدى الفقه مختلفة وممكن أن تنشأ دون موافقة المحيل ذاته.^{١٥٨}

لكن الباحث وجد ان هناك قرار محكمة تمييز أردنية يؤكد على إعتبار ان مجرد التوقيع على ظهر السند والذي يفيد التظهير يصبح نافذاً بحق المدين دون حاجة لإعلانه او قبوله وفق احكام المادة (١٠١٥) من القانون المدني، حيث نص القرار رقم (١٩٨٤/٧٢٨) تاريخ (١٩٨٥/٢/٧) على ما يلي: "إن التظهير في السندات الأذنية بما فيها الشيكات يعتبر حوالة حق نافذة بحق المدين بمجرد التوقيع على ظهر السند ودون حاجة لإعلان المدين او قبوله"، يؤيد الباحث قرار محكمة التمييز الموقرة اعلاه كون ان الغاية التشريعية من الإعلام او القبول هو توفر العلم القانوني للمدين (الغير) والذي بهذه الحالة يكون قد حرر شيكاً لصالح المستفيد (الدائن) الذي بدوره قام بتظهير السند لدائن جديد (المحال له) وبالتالي فإن تحرير الشيك من قبل المدين يتضمن علمه بحق الدائن بنقل ملكية السند وما يحتويه من حقوق للغير من خلال عملية التظهير، كون ان هذا الأمر يزيد من سرعة وفعالية هذه الورقة التجارية التي تطبق عليها احكام حوالة الحق المقررة في القانون.

(منشورات مركز عدالة (١٩٨٥) ص ١٢١٤)

^{١٥٨} إن المادتين ١٠١٥ و ١٠١٦ من القانون المدني الاردني تقابلان المواد ٣١٣ و ٣١٤ قانون مدني مصري و القانون المدني السوري و ٣٧٣ و ٣٧٤ من القانون المدني عراقي.

(المكتب الفني (١٩٩٢) ص ٦٤٤).

ب- الحوالة والسندات الاخرى القابلة للتداول.

هي السندات التي تحمل في طياتها إلتزاماً بتسليم مبلغ مالي او كمية من المثليات في محل ووقت معينين، حيث يتم تداول هذه الأسناد بطريقة التظهير الناقل للملكية، حيث نصت المادة (٢٨٢) فقرة (١) من قانون التجارة على ما يلي: " كل سند يلتزم به موقعه تسليم مبلغ من المال أو كمية من المثليات في محل ووقت معينين، ويجوز إنتقاله بطريق التظهير إذا كان منشأً بوجه صريح بعبارة الأمر " أي أن هذا السند إذا كان محرراً بطريقة ترد فيها كلمة (لأمر) بصراحة ويتضمن نقل مبلغ مالي او كمية من المثليات كالأرز والسكر والدقيق فإنه يعتبر من السندات القابلة للتداول بخلاف الأوراق التجارية.

لكن ما مدى إنطباق قواعد الحوالة على الأسناد الوارد ذكرها في المادة (٢٨٢) من قانون التجارة الأردني أعلاه ؟

يجد الباحث هذا الإنطباق من خلال نص المادة (٢٨٢) فقرة (٢) من قانون التجارة حيث نصت المادة (٢٨٢) فقرة (٢) نصت على ما يلي: "ويكون التظهير خاضعاً لأحكام المادة (١٤١) وما يليها المختصة بتظهير الكمبيالة ما لم يكن في القانون أو في السند نفسه أحكام مخالفة".

(راجع المواد (١٤١-١٦٠) والمواد من (٢٢٢) الى (٢٢٧) من قانون التجارة الأردني).

أكدت هذه المادة على تطبيق أحكام التظهير الخاصة بالكمبيالة والواردة في المادة ١٤١ وما بعدها من قانون التجارة الأردني على هذه السندات، مما يعني بعبارة

أخرى ان السندات التي تتضمن احد حالات تطبيق قواعد حوالة الحق المقررة في القانون بشأن انتقال الملكية على الأوراق التجارية ينصرف أثرها على السندات القابلة للتداول، وبالتالي فإن وجود احد هذه السندات خالياً من كلمة (لأمر) سيسلخ صفة السندات القابلة للإنتقال بطريقة التظهير وسيصبح سنداً مدنياً عادياً ينقل حقاً بمال او مواد مثلية من شخص إلى آخر، لكن الباحث يجد من وجهة نظره ان الحالة المتعلقة بتطبيق قواعد الحوالة بخصوص إنتقال الملكية عند فوات المدة المحددة قانوناً لا تنطبق على هذه السندات كون أن تلك الحالة والواردة في المادة (٢٤٣) من قانون التجارة الاردني تنصرف للشيكات ولا تنصرف للسندات القابلة للتداول لان نص المادة (٢٨٢) فقرة (٢) نص على تطبيق احكام التظهير الناقل للملكية للمادة (١٤١) وما بعدها بخصوص تظهير الكمبيالة ما لم يتضمن السند نفسه أحكاماً تخالف ذلك، وهذا ما اكده حكم محكمة التمييز الأردنية الموقرة رقم (١٩٨٩/١٦٥) والمنشور بتاريخ ١٩/٥/١٩٨٩ الذي نص على ما يلي: "يستفاد من حكم نص المادة (٢/٢٨٢) من قانون التجارة أن الاحكام المطبقة على السند المقدم من المدعى لا ينطبق عليه احكام التظهير سوى الخاصة بالكمبيالة، وبسبب ذلك فلا تطبق مواعيد الوفاء الواردة في المادة ٢٤٥ من قانون التجارة عليه".

(منشورات مركز عدالة. (١٩٩٠). ص ٦١٥).

أيضاً من الممكن ان تتم الإفادة من قواعد الحوالة الواردة في القانون المدني الأردني وتطبيقها على بعض وسائل الوفاء الموجودة بالتجارة الدولية، حيث يتجلى ذلك عند

الحديث عن تحويل الإعتدالم المستندي من المستفيد إلى شخص آخر، ولكن قبل ذلك سيقوم الباحث بإعطاء نبذة عامة عن الإعتدالم المستندي.

حيث ان الإعتدالم المستندي هو من أهم الوسائل لوفاء إلتزام بتجارة دولية يتضمن دفع المشتري للثمن لصالح البائع مقابل تقديم هذا الأخير مستندات متفق عليها للبنك فاتح الإعتدالم، و يمكن ان يعرف الإعتدالم المستندي بالآتي: "أي التعهد الذي يفتحه البنك بناءً على طلب شخص يسمى الأمر، أيًا كانت طريقة تنفيذه لصالح مستفيد من هذا الإعتدالم، مقابل قيام الأخير بتقديم المستندات المتفق عليها وفق الأوامر المعطاة من قبل الأمر للبنك".^{١٥٩}

(عوض، علي (٢٠٠٣). ص ١١)

إن السيناريو المعتاد والمتعلق بالإعتدالم يتتمثل في التصور الآتي: (أ) تاجر أردني يريد شراء بضاعة من تاجر سويدي (ب) و هي عبارة عن مجموعة من الأخشاب الفاخرة، حيث يقوم التاجر الأردني (المشتري) بفتح إعتدالم بقيمة البضاعة لصالح التاجر السويدي (البائع) مقابل قيام هذا البائع بإيراز عدة مستندات تثبت صحة الصفقة وسلامة وصول البضاعة وفق ما تم الإلتفاق عليه ، وعليه فإن قيمة البضاعة يأخذها البائع إذا قدم على البنك المستندات المتفق عليها مع المشتري، ولكن هذه الصورة الكلاسيكية قد تخضع إلى الحوالة وذلك عندما يكون البائع مدينًا للغير ويقوم

^{١٥٩} وقد ورد تعريف الإعتدالم المستندي وفق النشرة (٦٠٠ لعام ٢٠٠٧) كالاتي: "أي ترتيب كيفما سمي أو وصف، ويكون غير قابل للنقض ويشكل تعهداً للبنك المصدر لأداء إيفاء مبلغ مقابل تقديم المستندات المستوفية

للشروط"، (www.ICC.org)

البائع بتحويل صاحب الحق بقيمة البضاعة (يشار له بالمستفيد أو البائع) لصالح فرد آخر يعينه البائع لقبض ثمن البضاعة من البنك (عوض، علي (٢٠٠٣).ص٤١١)، وهذا هو جوهر حوالة الحق الواردة بالفقه المقارن والفقه الغربي، ولكن هل تنطبق هذه الحوالة في القانون الأردني؟

يستخلص الباحث أن هذا الأمر ممكن التطبيق وفقاً لقواعد الحوالة في القانون المدني الأردني قياساً على الإمكانية بتطبيق قواعد حوالة الحق المقررة في القانون المدني الأردني على المعاملات التجارية كأوراق التجارية والسندات القابلة للتداول، كما ان نص المادة (١٠١٥ و ١٠١٦) من القانون المدني الأردني تتحدث عن علاقة المحال له مع الغير وهي تطبيق لحوالة الحق، وبعيداً عن التشوه التشريعي بهذا الخصوص والوارد ذكره في عدة مواضع من هذه الأطروحة بخصوص نص المواد (١٠١٥+١٠١٦) من القانون المدني الأردني إلا ان إمكانية التطبيق واردة جداً، ولكن الباحث لم يجد أية قرارات تمييزية بخصوص تحويل الإعتماد وتطبيق قواعد حوالة الحق عليه، ولكنه يستشهد بقرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٠٠٩/٢١٧٦) والقرار (٢٠١٠/١٧٠١) وهما قراران حديثان يؤكدان على تطبيق قواعد حوالة الحق على احكام إنتقال الحق في تسييل الإعتماد من قبل دائن البائع. تطبيقاً لما سبق من الممكن أيضاً أن تطبق حوالة الحق في سندات الشحن حيث من الممكن تظهيرها لشخص جديد (يسمى مظهراً إليه)، حيث يتضمن سند الشحن مديناً (المرسل إليه) ليدفع قيمة بضاعة شريطة أن تكون موافقة لعقد الشحن البحري.

الفرع الخامس: التضامن ما بين المدنيين

يعد التضامن ما بين المدنيين من المواضيع القانونية الواردة في احكام الإلتزام في القانون المدني الأردني^{١٦٠}، إذ يعرف على انه : "العلاقة التي تربط المدنيين مع الدائن والعلاقة ما بينهم إما بنص القانون أو بالإتفاق فهو ضمانه للدائن للحصول على حقه الشخصي في مواجهة مدينه"، حيث أن التضامن يكون إما بإتفاق المدنيين ما بينهم بالتضامن، او يكون بنص قانون يفيد بذلك التضامن، إذ ورد التضامن ما بين المدنيين في القانون المدني الأردني في النصوص التالية:

- المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني والتي نصت على ما يلي: "إذا كان عقد المقاوله قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدهاه.....".
- المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه، وللمحكمة ان تقضي بالتساوي أو التضامن والتكافل فيما بينهم".
- المادة (٩٧٦) من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "تستلزم الكفالة بنص القانون او بقضاء المحكمة عند إطلاقها تضامن الكفلاء".

^{١٦٠} راجع المادة ٤٢٦ من القانون المدني الأردني، وانظر أيضاً المادة (٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

بالرجوع إلى موضوع الحوالة، هل إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بطريق الحوالة فهل تبرأ ذمة المدينين الآخرين؟

يرى الدكتور عبد الرحمن جمعة أن: "لا يوجد ما يمنع الأخذ عملياً بما تضمنه القانون المدني العراقي والكويتي خصوصاً وأنه يتفق والقواعد العامة التي بمقتضاها نرى ان المدين المتضامن الذي يقوم بعمل نافع فعندئذ ستفيد منه باقي المدينين المتضامنين باعتبار انه ممثل لهم وإما الفعل الضار فلا يضر به إلا وحده، وعليه تبرأ ذمة باقي المدينين ويتأكد رأينا من خلال أحكام المادة (١٠٠٢) من القانون المدني الأردني "يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه ويبرأ المحيل من الدين والمطالبة معاً إذا إنعقدت الحوالة صحيحة".

(جمعة، عبد الرحمن (٢٠٠٦). ص ٣٨٧-٣٨٨)

يتفق الباحث مع ما ورد في رأي الدكتور الفاضل، إذ أن النيابة التبادلية في التضامن ما بين المدينين هي فيما ينفع وليس فيما يضر، وطالما أن إبراء الدين من أحد المتضامنين يفيد الباقيين فإنه يعتبر نافذاً-أي مبرراً بحق المدينين الباقيين.

الفرع السادس: سندات الرهن القابلة للتحويل

يعتبر عقد الرهن التأميني من عقود التوثيق والتأمين التي تم تنظيمه في القانون المدني الاردني بإعتباره عقداً مسمى^{٦١}، إذ أن انواع الرهن في القانون غما ان يكون رهناً حيازياً وإما ان يكون رهناً تأمييناً، حيث سينصب تركيزنا في هذا الفرع على الرهن الحيازي ومدى إنطباق قواعد الحوالة الواردة في القانون المدني الأردني عليه، إذ

^{٦١}نظم المشرع الأردني أحكام عقد الرهن التأميني في المواد من (١٣٢٢) إلى (١٤٢٣) من القانون المدني الأردني.

عرفته المادة (١٣٢٢) من القانون المدني الأردني بما يلي: "الرهن التأميني عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"، حيث أن الرهن ينظم كتابةً بسند لدى الجهات المختصة ويسجل في تلك الدوائر حيث انه من العقود التي تتطلب شكلية لإتمامها^{١٦٢}، إذ أن سندات الرهن المذكورة إما ان تكون قابلة للتحويل وإما ان تكون غير قابلة للتحويل.^{١٦٣}

(المكتب الفني (١٩٧٦).ص٧٦٠)

إن سندات الرهن القابلة للتحويل هي السندات التي يحول فيها الحق العيني التبعية من شخص (دائن مرتهن) لصالح شخص آخر يحل محل الدائن المرتهن في الحقوق المترتبة له بموجب سند الرهن، فهل تطبق أحكام الخوالة على هذه السندات بموجب القواعد المقررة للخوالة في القانون المدني الأردني؟

يعتقد الباحث أن سندات الرهن القابلة للتحويل يطبق عليها أحكام حوالة الحق الواردة في القانون المدني الأردني وخصوصاً المادة (٢/١٠١٥)^{١٦٤}، وما يؤكد ذلك نص المادة (١٣٤٧) من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "لا تنفذ حوالة الرهن التأميني ولا التفرغ عنه أو التنازل عن درجته في حق غير المتعاقدين الا بقيدها على سند الحق الاصلي وتسجيلها"، حيث ان هذه المادة تؤكد أن سندات الرهن

^{١٦٢} أنظر إلى المواد (٩٠، ٩١) من القانون المدني الأردني.

^{١٦٣} حيث وضعت هذه المواد لدفع الضرر وتأمين الحقوق وفق قواعد عادلة إذ أن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى اثرها المقرر وأنه إذا بطل الأصل يصر إلى البديل عملاً بالمواد ١٩ و ٥٣ و ٥٨ و ٧٨ من مجلة الأحكام العدلية وهي تقابل المواد ١٠٧٧ و ١٠٨٢ من القانون المدني السوري والمواد ١٠٥٣ و ١٣٠٢ من القانون المدني المصري. (المكتب الفني (١٩٧٦).ص٧٧١)

^{١٦٤} نصت المادة (٢/١٠١٥) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "ولا تصبح الحوالة نافذة في حق الغير الا بإعلانها رسمياً للمحال عليه او قبوله لها بوثيقة ثابتة التاريخ".

التأميني القابلة للتحويل تقع عليها احكام حوالة الحق ولا تنتج الحوالة آثارها إلا من تاريخ قيدها على سند الحق الأصلي، إذ يعتقد الباحث أنها شكلية إنعقاد تضاف إلى الشروط الواردة في القانون لنفاذ الحوالة، حيث يعتبر الدائن المرتهن الأصلي محيلاً والدائن المرتهن الجديد محالاً له.

الفرع السابع: الحوالة في الأموال غير المنقولة الموضوعة تأميناً للدين

نص قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣ على حوالة حقٍ وحوالة دين، حيث نظم إمكانية نقل الإمتيازات التي للدائن على دين لصالح دائن آخر وبالتالي تبني صورة حوالة حق، ونظم إمكانية نقل دين من مدين إلى آخر وبالتالي تبني صورة حوالة الدين، ولكن ما مدى إنطباق أحكام هذا القانون على قواعد الحوالة المقررة في القانون المدني الأردني؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من تشريح نص المادة (١٠) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين التي نصت على الآتي: "١- للدائن أن يحيل إلى آخر بموافقة مدينه، ما له بزمته من دين مع ما له من إمتياز على الاموال غير المنقولة التي قبلها تأميناً لدينه، وله ان يجري ذلك دون أن يكون مكلفاً بالحصول على موافقة مدينه اذا كان سند الدين محرراً للأمر وفي كلتا الحالتين يشترط لصحة المعاملة أن يتم ما ذكر في دوائر التسجيل.

٢- للمدين ان يبيع أو يفرغ فراغاً قطعياً، بموافقة الدائن، المحل الذي وضع تأميناً للدين إلى شخص آخر يقبل نقل ذلك الدين إلى ذمته على ان تبقى معاملة التأمين بالمحل المذكور على ما هي عليه^{١٦٥}

يستخلص الباحث مما سبق أن نص المادة (١/١٠) تحتوي في طياتها على حوالة حق، حيث يقوم الدائن بتحويل حقه لصالح دائن آخر بما له من إمتيازات على الاموال غير المنقولة الموضوعة تأميناً لدينه ولكنها تحتوي على شروط خاصة سيقوم الباحث بإيجازها كالآتي:

- إنه في حال كان سند الدين ليس محرراً لأمر فإن هذه الحوالة تتطلب موافقة ثلاثة أطراف وهم الدائن المرتهن الأصلي (المحيل) والمدين بسند الدين- المدين الراهن (المحال عليه) والدائن الجديد (المحال له)، اما إن كان سند الدين محرراً لأمر فإنه يتطلب موافقة الدائن المرتهن الأصلي (المحيل) والدائن المرتهن الجديد (المحال له).

- يجب تسجيل تلك الحوالة في سجل الرهن وعلى سند الدين ذاته بحيث تكون شكلية هي شكلية إنعقاد^{١٦٦}.

حيث أن هذه المادة أخذت ما ورد في المادة (٢/١٠١٥) من القانون المدني الأردني التي تحدثت عن نفاذ حوال الحق تجاه الغير واتفقت مع المادة (٢/٩٩٦) التي تحدثت عن ان حوالة الحق تنعقد ما بين المحيل والمحال عليه موقوفة على موافقة المحال

^{١٦٥} أنظر المادة (١٠) و المادة (٢) من قانون وضع الاموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٧) لسنة ١٩٥٣
^{١٦٦} حيث أن نص المادة (١/١٠) من قانون وضع الاموال غير المنقولة تأميناً للدين استخدمت هذه العبارة: "...يشترط لصحة المعاملة أن يتم ما ذكر في دوائر التسجيل".

وأيضاً متفقة مع الشروط العامة لصحة الحوالة والواردة في المادة (١٠٠٠) ^{١٦٧} من القانون المدني الأردني .

كما يستخلص الباحث ان المادة (٢/١٠) من قانون وضع الاموال غير المنقولة تأميناً للدين تحدثت بشكل واضح وصريح عن حوالة الحق، إذ ذكرت صراحةً نقل الدين من ذمة المدين الأصلي الذي وضعت امواله غير المنقولة تأميناً لدين عليه وهو (المحيل) لصالح مدين جديد (المحال عليه) ينقل له هذا الدين بما يرتبط به من رهون او إمتيازات بموافقة الدائن وهو (المحال)، لكن هذه الصورة الكلاسيكية لحوالة الدين مضاف إليها شرط جديد بخصوص حوالة الدين الواردة في المادة (٢/١٠) انه لا بد من تسجيلها في دوائر التسجيل المختصة وعدم تغيير معاملة تامين الدين بل تبقى على ما هي، أي ان محل الدين يبقى وهو لا يستبدل بمحل دين جديد، حيث وفق المشرع كثيراً بهذا النص كون انه لو تم السماح بتغيير معاملة تامين الدين لخرجت هذه المعاملة عن حوالة الدين ولأصبحت تجديداً للدين.

^{١٦٧} نصت المادة (١٠٠٠) من القانون المدني الاردني على ما يلي: "يشترط لانعقاد الحوالة فضلا عن الشروط العامة
١- ان تكون منجزة غير معلقة الا على شرط ملانم او متعارف ولا مضافا فيها العقد الى المستقبل.٢- الا يكون الاداء فيها
موجلا الى اجل مجهول.٣- ان تكون مؤقتة بموعد.٤- ان يكون المال المحال به ديناً معلوما يصح الاعتياض عنه....."

(الفصل الخامس) : النتائج والتوصيات

لقد قام الباحث بمعالجة موضوع هام في الحياة العملية متعلق بعقد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق، حيث أن هذا الموضوع يحتمل العديد من التشوهات التشريعية والفهم الخطأ في تطبيق أحكامه من قبل الكوادر القضائية والقانونية في المملكة الأردنية الهاشمية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عقد الحوالة يدخل في العديد من التطبيقات القانونية المدنية والتجارية والتي أدت إلى تشويه مفهومه وخالفت أحكامه العامة الواردة في القانون المدني الأردني المتأثر بمجلة الأحكام العدلية، حيث يتم تطبيق قواعد مجلة الأحكام العدلية فيما لا يتعارض مع نصوص القانون المدني الأردني في حالة غياب قواعد هذا الأخير عن تنظيم موضوع قانوني ما (هامش: أنظر المادة (١٤٤٨) من القانون المدني الأردني).

بناءً على ما تقدم سيقوم الباحث في هذا الفصل بتقديم الحلول والتوصيات لحل هذا التداخل القانوني والتشوه التشريعي عن طريق تقديم مشروع نصوص قانون ينظم قواعد وأحكام الحوالة في القانون الأردني بشكل مستقل وكقانون منفرد يعنى بذلك، سيقوم الباحث في هذا الفصل بتناول النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال دراسته لأحكام وقواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق كمحور أول، والتوصيات المقترحة لحل التشوهات التشريعية والإشكاليات الكبرى بهذا الموضوع كمحور ثانٍ، ونصوص القانون المقترح لأحكام الحوالة كمحور ثالث.

المحور الأول (النتائج)

بعد البحث والدراسة بخصوص موضوع "قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق" فإن الباحث قد توصل إلى هذه النتائج التالية:

أولاً: إن عقد الحوالة هو من العقود المسماة في القانون أن أفرد المشرع المدني الأردني أحكاماً تنظمه في المواد من (٩٩٣ - ١٠١٧)، حيث إستند إلى العديد من النصوص الواردة في مجلة الاحكام العدلية مثل المواد المتعلقة بتعريف الحوالة وانواعها و كثير من احكامها، وتأثر أيضاً ببعض المواد الموجودة في نصوص مرشد الحيران من حيث ماهية الحوالة وشروط صحتها وبعض احكامها.

ثانياً: إن عقد الحوالة هو من العقود التي تطبق على المعاملات المدنية والتجارية معاً، إذ أن أساس هذا العقد في الفقه الإسلامي هو "تيسير إستيفاء الدين"، ثم تطور ليأخذ الصفة التجارية في المعاملات بين التجار حيث يقوم بعضهم بسداد دين التاجر الآخر في حالة تعثره عن ذلك، وهذا ما تجلّى في القانون الأردني حيث ورد ذكر عقد الحوالة في القانون المدني الأردني وفي بعض أحكام قانون التجارة الأردني- الباب المتعلق بالأوراق التجارية، وورد ذكر عقد الحوالة في قانون التجارة الأردني أيضاً بخصوص الاحكام التي تنظم الأسناد القابلة للتداول بطريقة غير مباشرة، وتم تكريس قواعد الحوالة وشروط الإنتقال في بعض الممارسات التجارية كعقد الفندقية وبوالص الشحن والإعتمادات المستندية.

ثالثاً: إن جوهر عقد الحوالة في القانون المدني الأردني متأتي من النظرية في الفقه الإسلامي التي عالجت موضوع الحوالة، حيث ذكرت الشريعة الإسلامية الغراء

مشروعية الحوالة في الحديث النبوي الشريف "مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع"، حيث أن فكرة عقد الحوالة في الفقه الإسلامي قامت على تيسير إستيفاء الديون حيث يقوم المحيل (المدين الأصلي) بتحويل دينه على (مدين جديد) وهو المحال عليه والذي يفترض أن يكون يسيراً لصالح الدائن (المحال) سواء بمقابل أو بدون مقابل، أي أن فكرة عقد الحوالة في الفقه الإسلامي أتت من حيث تحويل الدين فقط، ثم ربط الفقه الإسلامي الحوالة بأنواعها من حيث تقييد أو عدم تقييد المال الموجود في ذمة (المحال عليه) لصالح (المحيل) حيث تم تقسيم أنواع الحوالة إلى حوالة "مقيدة" وحوالة "مطلقة"، وتم تقسيم الحوالة من حيث نفاذ أثرها إلى حوالة آجلة وحوالة عاجلة، حيث تم تعريف الحوالة المطلقة بأنها "الحوالة التي لا يلزم فيها المدين الجديد بالوفاء للدائن مما قد يكون للمحيل عنده من مال"، أي لا يكون للمحيل مال موجود لدى المحال عليه يلزمه فيه بالوفاء لصالح المحال، وتم تعريف الحوالة المقيدة بأنها "الحوالة التي يلتزم فيها المحال عليه بوفاء دائن المحيل مما عنده من مال" أي يتم إلزام المحال عليه بأداء دين المحيل لصالح المحال عليه دون وجود مال أو عين موجودة لدى المحال عليه لصالح المحيل.

رابعاً: لقد عرف الفقه الغربي الحوالة متأخراً نسبياً حيث أن الحوالة لم تكن معروفة في الفقه الروماني بل كان ذلك الفقه متمسكاً بالصبغة الشخصية للإلتزام، حيث كان البديل لديهم إبان فترة التمسك بالصبغة الشخصية للإلتزام بما يسمى "التوكيل بقبض الدين" "Procuratio in rem suam"، حيث يستطيع ذلك الوكيل ان يقبض الدين من المدين دون حاجة لرضاه، لكن هذه الطريقة لم تثبت فعاليتها كونها لا تعتبر

وسيلة آمنة وذلك لإمكانية قيام الدائن الأصلي بعزل الوكيل في أي وقت، وعليه قد يقوم المدين باداء الدين للوكيل الذي عزل قبل القبض، ومن تلك السلبية وتحسيناً لقاعدة "التوكيل بقبض الدين" سمح القانون الروماني بجواز قيام الدائن بتحويل حقه لدائن آخر دون الحصول على رضا المدين بالحوالة، حيث ترافق ذلك مع إختفاء الصفة الشخصية للإلتزام وتحولها إلى إعتبار الإلتزام هو قيمة مالية من السهل إنتقالها من دائن إلى آخر.

تطور مفهوم الحوالة السالف الذكر لدى الفقه الجرمانى والذي كان يتمحور حول حوالة الحق دون معرفة حوالة الدين، ولكن بعد ذلك بفترة وضع التقنين الجرمانى الاطر العامة لحوالة الدين مترافقاً مع حوالة الحق في المواد (١٤١٤-١٤١٩) من القانون المدنى الألمانى وتقنين الإلتزامات السويسري في المواد (١٧٥-١٨٣)، حيث عرفت حوالة الدين ونظمها وافرد لها نصوصاً خاصة، حيث تتمحور حوالة الحق حول قيام الدائن الاصلى بنقل حقه لصالح شخص آخر غالباً ما يكون دائناً للدائن الاصلى ويصبح المدين ملزماً بدفع الدين امام الدائن الجديد، فيقوم الدائن الاصلى (المحيل) بنقل الحق لصالح دائن جديد (المحال) ويبقى المدين الاصلى (المحال عليه) ملزماً بذلك الدين أمام (المحال) أي الدائن الجديد، وبالتالي فإن حوالة الحق بالاغلب هي حوالة بعوض كون ان الدائن الاصلى (المحيل) لا ينقل حقاً له إلا سداداً لدين عليه لصالح (المحال) أي دائن الدائن الاصلى، وهذا ما عرفه الفقه الجرمانى إذ لا يعترف بوجود حوالة حق دون عوض، وذلك لان اساس نشوء الحوالة كان بسبب تشعب المعاملات المدنية ووجود عدة علاقات قانونية متداخلة أدت إلى ان حوالة

الحق تساعد في حل الكثير من الإشكالات المتعلقة بالإلتزام، وبسبب أن الفكرة المادية هي الطاغية للفقهاء الجرماني، تم تفعيل نظرية حوالة الحق كوسيلة لسداد الديون ولذلك لم يعترف الفقهاء الجرماني بحوالة الحق دون مقابل، بينما في الفقه الإسلامي فقد كانت النظرة المادية أقل تشدداً حيث أن الحوالة شرعت تيسيراً لإستيفاء الديون ولكنها من الممكن ان تأتي بدون عوض.

خامساً: عرف الفقه الإسلامي الحوالة كحوالة دين وكان الفقه الإسلامي مضطرباً بخصوص حوالة الحق، فلم يسلم المذهب الشافعي والحنبلي والحنفي بحوالة الحق نهائياً، بل إعتبر الفقه المالكي بها بحدود معينة لا تصل إلى مفهوم حوالة الحق الموجودة في الفقه القانوني الحديث، ويعتبر الكثير من الفقهاء ان حوالة الحق قد عرفها الفقه الإسلامي على شكل بيع الدين او هبة الدين، حيث يرى المذهب الشافعي والحنبلي أن حوالة الحق غير موجودة بالفقه الإسلامي وأنها عرفت على شكل حوالة دين لكنهم لم يعترفوا بوجود الحوالة المطلقة وإنما اعتبروا ان الحوالة دائماً تكون مقيدة بدين او عين لصالح المحيل في ذمة المحال عليه حتى تنتقل إلى المحال له، وذلك لأنهم يعتبرون أن اساس الحوالة هو أن تكون بعوض، لكنهم اكدوا على ان الحوالة هي حوالة دين وليست حوالة حق . اما بخصوص المذهب المالكي، يسلم المذهب المالكي نسبياً بوجود حوالة الحق بحدود أنها أحد تطبيقات بيع الدين التي حرمت في الشريعة الإسلامية، إلا أنهم رخصوا بإستعمالها وفق ضوابط شرعية معينة كونها تعتبر إستثناءً على تحريم بيع الدين و ضرورة يلجأ إليها في احوال معينة، ومن اهم هذه الضوابط أن يكون الدينان متساويين أي الدين المترتب في ذمة

المحال عليه لصالح المحيل والدين المترتب في ذمة المحيل لصالح المحال ، هذا ينافي أصل حوالة الحق التي تعتبر في مثل هذه الحالة من دون عوض مما يهدد تكوينها وماهيتها، إن رأي المذهب المالكي بخصوص حوالة الحق جاء تحت ما يسمى بـ "هبة الدين أو بيع الدين" حيث يشترط لإنعقاد "هبة الدين" الشروط التي يجب توافرها في الهبة وخصوصاً أهلية التبرع كون الهبة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بصاحبها، حيث من الممكن إنعقادها دون رضا المدين أي (المحال عليه)، كما يشترط ما يسمى بالإذن بالقبض ويتم إثباته بالشهادة أو بتسليم سند الدين، أي بعبارة أخرى يجب أن يمتلك المحال له الإذن بقبض دين المحيل من المحال عليه، أما بخصوص بيع الدين فمن الممكن إنعقادها دون رضا المدين أي (المحال عليه)، حيث تعتبر حوالة الحق من عقود المعاوضة وبالتالي يجب أن يتوفر فيها شروط إنعقاد البيع بشكل عام، كما يجب أن يقوم المدين بإقرار وجود حق للدائن، حيث لا يجوز بيع حق متنازع فيه، يعزى السبب الرئيسي لعدم الإقرار ببيع الدين أو بحوالة الحق وذلك لإعتبار أن الدين ذاته غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه، وتم تداخل ذلك مع عقد حوالة الحق الذي جعل فيه محله (الحق) بالنسبة للدائن و (الدين) بالنسبة للمدين شيئاً مقدور التسليم وهو ليس كذلك.

إن حوالة الحق بعوض والتي تكون إحدى صورها دفع مبلغ مالي يتجاوز قيمة المديونية التي يرغب المحيل نقلها على عاتق المحال عليه هي أمر باطل ومحرم كونها تشترك مع بيع الدين، وهذه هي الصورة الغالبة لحوالة الحق في الفقه الغربي وبعض القوانين العربية.

سادساً: الحوالة في الفقه الإسلامي بشكل عام والفقه الحنفي بشكل خاص لا تؤدي إلى نقل الدين على الوجه الذي يقرره الفقه الغربي، حتى وإن ورد في بعض نصوص مرشد الحيران والمجلة ما يفيد هذا النقل (خصوصاً المادة ٧٨٢ من مرشد الحيران) والمادة (٦٩٠ من مجلة الاحكام العدلية، حيث إن النصين المذكورين اعلاه يجب ان يتم إستقراؤهما بباطن الفاظهما و ليس بظاهرها، لأنه لو قمنا وتمسكنا بحرفية و ظاهر تلك النصوص لجزمنا بأن الحوالة في الفقه الحنفي عقد ناقل للدين على الوجه المعروف في الفقه الغربي والذي يؤدي لبراءة المحيل من الدين كلياً، وتجلى ذلك في صريح نص المادة (٧٧٤) من المرشد والتي نصت على ما يلي "كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة" حيث ان بالكفالة البراءة غير نهائية للمدين.

سابعاً: إذا كانت الحوالة مطلقة فإن المحال عليه ملزم بوفاء دين المحيل في مواجهة المحال ، ومتى قام بذلك فله حق الرجوع على المحيل بما أداه، أيضاً لا يستطيع المحال عليه التمسك بالإحتجاج بعدم الوفاء بسبب الحوالة وهذا ما اكدته المادة (١٠٠٦) من القانون المدني الأردني ، حيث إذا لم يكن المحال عليه مدينا للمحيل فيعود بعد الحوالة على المحيل، أما إن كان المحال عليه مدينا للمحيل فتتم المقاصة بالدين المحال به، حيث لو قام الدائن بتخفيض جزء من دينه فإن المحال عليه يعود على المحيل بالمقدار الذي دفعه وليس بدين الحوالة كاملاً.

ثامناً: في الحوالة مقيدة، إذا قام المحال عليه ووفى دين الحوالة للمحال فإنه لا يعود على المحيل، حيث لا ينقضي إلتزامه بمجرد إنعقاد الحوالة وإنما يتراخى إلى حين الوفاء المعتد به للمحال له، لكن المادة (١٠١٢) أردني أعطت للمحال له الأحقية في الحصول على المال المحال به في حال وفاة المحيل ولم يستوف المحال له دينه ما لم تكن الحوالة بأجل، لكن في جميع الأحوال يسقط أجل الحوالة عند وفاة المحال عليه طالما لم يستوف المحال له دين الحوالة، و حتى لو قام المحيل باسترداد دينه من المحال عليه ووافق المحال عليه على ذلك يبقى المحال عليه ملتزماً بالوفاء لصالح المحال له ولا يستطيع الإحتجاج بذلك، حيث اعتبر القانون المدني الأردني أن المحال له هو الأولى بالرعاية فقدم مصلحته على مصلحة المحال عليه (المدين الجديد).

تاسعاً: إن هنالك بعض الإختلافات والمقارنات التي تنشأ ما بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة والتي من شأنها ان تفرز نتائج مهمة تفيدنا في حلول بعض المشكلات المعاصرة والتي سنقوم ببيانها بعد استعراضنا لتلك النتائج الهامة كالاتي:

١- لا يجوز للمدين الأصلي (المحيل) في الحوالة المقيدة مطالبة المدين الجديد (المحال عليه) بما له في ذمته من مال او عين بعد إجراء الحوالة، لأن هذا المال كان سبب تقييد الحوالة والسبب الذي ألزم المحال عليه بقبول الحوالة بذلك المال المقيد في ذمته كوديعة أو عارية، وليس للمحال عليه أن يعطي المحيل من المال او العين الذي تقيدت به الحوالة (هذا بعد نفاذها بالتأكيد)، وإلا اصبح ضامناً للمحال.

٢- إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل ان يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وكانت في ذمة المحيل ديون اخرى غير دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين، فقد اختلف الفقه الحنفي في تحديد أولوية المحال له بالدين فذهب الإتجاه الاول، ويمثله الفقيه (زفر) وأيدته مجلة الاحكام العدلية لإعتبار أن المحال له يكون أحق بالدين من سائر الدائنين الغرماء الآخرين، بينما يجد الإتجاه الثاني، ويمثله (أبو يوسف ومحمد) بان المحال لا تكون له أولوية في الدين وذلك في حالة وجود ديون اخرى في ذمة المحيل ولم يكن مال ذلك المحيل كافياً لتلك الديون.

عاشراً: لا يمكن جواز إنعقاد الحوالة في حالات محددة تتمثل في الآتي:

أ- عدم القابلية بنص القانون.

أي الأمور التي ذكرها نص القانون صراحةً بأنها غير قابلة للحوالة، ومثالها ما ورد في قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم (٦٢) لسنة (١٩٥٣) في المادة الرابعة منه (الجزء الأول) الفقرة (د)، حيث منع المستأجر من حوالة الحق في الإنتفاع في المأجور إلى شخص آخر إلا بإذن كتابي من المالك "المؤجر".

ب- إتفاق المتعاقدين.

وذلك بناءً على نص واضح في علاقة تعاقدية ما بين طرفين حيث يتم النص على عدم جواز التنازل والتحويل لأي من حقوق الطرفين لأي شخص آخر وهذا نص يرد في العقود الدولية تحت بند يسمى (Assignment).

ج- بسبب طبيعة الإلتزام.

إذا كان الإلتزام ذاته غير قابل لتحويل الحقوق حق النفقة وحق المستعير في إستعارة

الشيء في عقد الإعارة.

الحادي عشر: إنتهاء الحوالة.

تنتهي الحوالة بأحد الأسباب التالية:

أ- أداء المحال عليه المال إلى المحال

ب- إبراء المحال المحال عليه من الدين.

ج- التوى.

والتوى يكون بسببين (عند أبي حنيفة):

أولاً: موت المحال عليه مفلساً.

ثانياً: جحود المحال عليه للحوالة.

ثالثاً وهو قضاء القاضي بإفلاس المحال عليه (صاحبيه).

د- موت المحال وأن يرثه المحال عليه.

الثاني عشر: من الممكن ان نجد عقد حوالة الحق وفق أحكامه الواردة في القانون

المدني الأردني ممثلاً في عقد شراء الديون التجارية (الفاكتورينغ)، فلو عقد (عقد

الفاكتورينغ) ثلاثي الأطراف - أي أضيف إلى العقد وجود طرف ثالث ألا وهو

الزبون- بالإضافة إلى الفاكورايزر والفاكتورايزي، فإن هذا الزبون يعتبر قد عقد

(عقد حوالة حق) إذ أصبح دائنه هو الفاكورايزر بدلا من الفاكورايزي وبالتالي إن

الفاكتورايزر أصبح محالا وأصبح الفاكتورايزري محيلا وأصبح الزبون محالا عليه، وبالتالي فإن شكلية الإعلام والقبول في هذه الحالة تتصهر بضرورة توافر رضا ذلك الزبون باعتباره طرفاً في العقد وبالتالي لا ضير في تقارب حوالة الحق مع عقد الفكتورينغ إذا كان الزبون طرفاً فيه، أما بخصوص الحوالة الموجودة في القانون المدني وعلى الرغم من أن هذه النظرية أسست على إنتقال الدين والمطابقة من ذمة إلى اخرى وفق أحكام الفقه الإسلامي والذي تكون فيه الحوالة حوالة مقيدة أو مطلقة فقط تقع على دين ولا تقع على حق، إلا أن التشوهات التي أصابت أخذ القانون المدني الأردني لنظرية الحوالة لما هو موجود في القانون المدني المصري المأخوذه أحكامه في هذا الشأن من القانون الفرنسي والألماني يؤدي إلى إمكانية تطبيق حوالة الحق وفق القانون المدني الأردني على الرغم من التضارب الواضح ما بين نصوص هذا القانون وخصوصاً ما ورد في المادة ١٠١٥ و ١٠١٦ من القانون المدني الأردني التي تعالج أحكام حوالة الحق فيما يتعلق بإعلام المدين أو الغير أو قبولهم حتى تنفذ الحوالة وبخصوص علاقة المحال له مع الغير التي لا يمكن تصورها إلا في حوالة الحق، والتي يمكن تطبيقها في عقد شراء الديون التجارية إذا كان فيها طرف ثالث، كل ذلك مع مراعاة ما ورد بخصوص حرمة بيع الدين وضرورة التقيد بالأطر العامة له وفق المذهب المالكي الذي سمح بوجود حوالة حق بعوض ضمن إطار نظرية بيع الدين.

الثالث عشر: يحتوي عقد الفندقة على حوالة دين متجددة ما بين الشركة مالكة الفندق وشركة إدارة الفندق و المحال (الدائن) والذي قد يكون شركة توريد الأطعمة او الملابس، وحيث ان القانون الأردني لم ينظم قواعد عقد الفندقة ولم ينظم الحوالة المتجددة الموجودة في تطبيقات عقد الفندقة إلا أن جوهر احكام الحوالة المتجددة متوافقة مع أحكام القانون المدني الأردني ومتفقة معه فيها.

الرابع عشر: تجدر الإشارة إلى ان قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم (٦٢) لسنة (١٩٥٣) في المادة الرابعة منه (الجزء الأول) الفقرة (د)، أورد صراحة حوالة الحق في حقوق الإجازة، حيث منع المستأجر من حوالة الحق في الإنتفاع في المأجور إلى شخص آخر إلا بأذن كتابي من المالك "المؤجر" وهذا ما يتفق مع القواعد العامة التي توجب ضرورة موافقة الأطراف جميعاً في الحوالة وعلى الرغم من ان هذا القانون أصبح غير نافذ إلا ان تطبيقاً مشابهاً له موجود في المواد (٧٠٥ و ٧٠٦) من القانون المدني الأردني والتي تعامل عقد الإجازة من الباطن ما بين اطرافه الثلاثة المؤجر وهو المحال له والمستأجر القديم وهو المحيل والمحال عليه وهو المستأجر الجديد هو تطبيق لحوالة الدين بخصوص واجبات المستأجر و تطبيقاً لقواعد حوالة الحق بالنسبة لحقوق المستأجر.

الخامس عشر: وردت تطبيقات حوالة الحق في القانون الاردني في قانون التجارة وبالأخص الباب المتعلق بالاوراق التجارية والأسناد القابلة للتداول، بالحالات التالية:

أ- التظهير اللاحق للإحتجاج، أو الحاصل بعد إنقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك، لا ينتج سوى آثار الأحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة بالقانون المدني.

ب- الشيك الذي يخلو من عبارة (لأمر) أو أي عبارة تفيد نفس المعنى حيث يمنعه من التظهير وفق أحكام قانون التجارة بل يخضع في تداوله إلى أحكام حوالة الحق وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣٩) من قانون التجارة الأردني.

ت- نصت المادة (١٤١) فقرة (٢) من قانون التجارة على تطبيق احكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني الأردني على سند السحب إذا خلا من كلمة (لأمر).

السادس عشر: يختلف تداول الشيك كورقة تجارية منه كحوالة حق بالآتي:

١- تنتقل الملكية في تداول الشيك كورقة تجارية بموجب توقيع المظهر على ظهر الشيك أو ورقة متصلة به ومناولته للمظهر إليه، بينما تتطلب أحكام الحوالة في القانون المدني أنه لا بد الإعلان عن الحوالة بوثيقة رسمية ثابتة التاريخ حتى تنتقل الملكية من المظهر إلى المظهر إليه.

٢- من خلال تداول الشيك كورقة تجارية يترتب على المظهر الضمان التام بمجرد توقيعه (كون أن ضمان المظهر هو أحد أهم وسائل الإئتمان في الشيك)، بينما الحوالة في القانون المدني المحيل (المظهر) لا يضمن سوى وجود الحق وقت إبرام الحوالة فلا يضمن أكثر من ذلك ما لم يرد نص أو إتفاق مسبق عند إبرام تلك الحوالة.

٣- من خلال تداول الشيك كورقة تجارية يظهر مصطلح (التظهير يظهر الدفع) والذي يعني عدم إمكانية الاحتجاج ضد المظهر إليه بالدفع التي يستطيع ان يدفع بها المظهر في مواجهة الغير بشرط أن يكون المظهر إليه حسن النية، بينما في الحوالة المدنية تؤدي إلى نقل الحق المحال به كما هو (أي بدفوعه وضماناته)، فيبقى حق المحال أمام المحيل قائماً بالدفع في أي دفع يظهر بالحوالة أي بعبارة أخرى للمحال الحق بجميع الدفع التي كانت له في مواجهة المحيل.

السابع عشر: التوى هو وسيلة إستثنائية لرجوع المحال على المحيل عند عدم قدرة ذلك المحال من تحصيل حقه من المحال عليه، كما ان التوى هو أمر مختلف عن الفسخ جملةً وتفصيلاً كون الفسخ وسيلة للمتعاقدين والتوى وسيلة للمحال فقط، كون ان مصلحة الدائن (المحال) هي الأولى بالرعاية.

الثامن عشر: خلط المشرع الأردني في المادة (٩٩٦) ما بين حوالة الحق وحوالة الدين، إذ اكد في الفقرة الاولى المشرع على أن الحوالة لا تنعقد إلا بموافقة الأطراف جميعاً أي المحيل والمحال عليه والمحال، وبالتالي لو وافق طرفان فإن الحوالة لا تنعقد ولا ترتب أثراً كون القانون تطلب موافقة ثلاثة أطراف فهنا كان المشرع يتحدث عن حوالة الدين، ثم إستدرك في الفقرة الثانية ونص على ان الحوالة تنعقد صحيحة ما بين المحيل والمحال عليه وموقوفة على موافقة المحال له وهنا قصد المشرع حوالة الدين.

التاسع عشر: ان تطبيق عقد الفاكورنغ ذاته من الممكن ان يطبق وفقاً لاحكام قانون التجارة الأردني كون ان الديون التي يرد عليها هذا العقد هي الديون التجارية فقط وكون ان موضوع الاعمال التجارية منظم في القواعد العامة لقانون التجارة فإنه من الممكن تطبيقه في قانون التجارة الأردني مع التاكيد انه في حال ورود عقد الحوالة نطبق في عقد شراء الديون التجارية (الفاكتورينغ) فإننا نطبق قواعد القانون المدني الأردني الخاصة بالحوالة.

المحور الثاني: التوصيات

سيقوم الباحث بإبراز توصياته بخصوص قواعد الحوالة في القانون المدني الأردني بين النظرية والتطبيق كالاتي:

أولاً: يوصي الباحث بضرورة إفراد قواعد خاصة مستقلة بحوالة الحق في القانون المدني الأردني حيث أن المشرع الأردني اخذ بالمواد ١٠١٠ و ١٠١١ و ١٠١٥ و ١٠١٦ بالاحكام الواردة في القانون المدني المصري والتي تنظم الحوالة، وهذا الأمر ادى إلى الخلط الهائل في الاحكام التمييزية الأردنية التي تحدثت عن الأخذ بحوالة الحق تارةً و بعدم الأخذ بها تارةً اخرى، وبالتالي فإن المواد المذكورة أعلاه لا تتلاءم مع نظرية القانون المدني الأردني لعقد الحوالة حيث انه أسس نظريته على احكام الفقه الإسلامي بشكل عام والفقه الحنفي بشكل خاص، وبالتالي لا مجال لإعمال المواد القانونية المذكورة في نفس النصوص والقوالب القانونية للحوالة والمنظمة في القانون المدني الأردني، وبناءً عليه فإن الباحث يوصي بإلغاء المواد القانونية

(١٠١٠ و ١٠١٥ و ١٠١٦) كونها تتضارب مع النظرية الفقهية المتعلقة بالحوالة في القانون المدني الأردني.

ثانياً: يوصي الباحث بضرورة إفراد باب خاص لحوالة الحق في القانون المدني الأردني، وذلك بسبب الإشارة إليها في نصوص قانون التجارة الأردني وبالأخص في الباب المتعلق بالأوراق التجارية والأسناد القابلة للتداول، حيث أن إنتقال الملكية من المظهر إلى المظهر إليه تطبق عليها احكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني الأردني، وطالما أن النصوص الواردة في قانون التجارة اتت بهذه الصيغة فمن المفترض معالجة المشرع الأردني لأحكام حوالة الحق في باب مستقل يتعلق بالمعاملات التجارية التي احوالت تطبيق هذه النصوص، وبسبب عدم إمكانية وضع نصوص حوالة الحق بشكل مختلط مع نصوص الحوالة والتي يختلف الفقهاء الإسلامي والغربي في ماهية تنظيمها فإنه من الاجدى أن يتم تنظيمها في باب مستقل وتطبيقها على المعاملات التجارية.

ثالثاً: من الجلي ان النصوص الناظمة لعقد الحوالة بالقانون المدني الأردني متضاربة بشكل كبير، حيث نجد ان نص المادة (٢/١٠١٢) تتحدث عن المدى الذي يضمن المحيل يسار المحال عليه وقدرته على الوفاء بدين الحوالة؛ إذ يستمر ضمان المحيل للمحال لغاية إفلاس المحال عليه، بينما نصت المادة (١٠١١) من القانون المدني على ان ضمان المحيل للمحال له يقتصر على وقت إقرار الحوالة ! هذا التناقض أدى إلى وجود تشوه تشريعي وتشويش لتحديد مدى ضمان المحيل للمحال له؟! نجد ان إلغاء نص المادة (٢/١٠١٢) أفضل كون أن النظرية بالفقه الإسلامي والتي تتفق مع

نصوص القانون المدني الاردني جعلت مدى ضمان المحيل ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة وعليه فيوصي الباحث بإلغاء نص المادة (٢/١٠١٢).

رابعاً: يوصي الباحث بإضافة أنواع الحوالة المتجددة والحوالة الآجلة، حيث انها مطروقة في الحياة العملية، نجد أن حوالة الدين المتجددة موجودة في عقد إدارة الفندقة بشكل كبير، حيث ان حوالة الدين المتجددة هي عقد ما بين مدين أصلي ومدين جديد حيث يكون المدين الجديد مسؤولاً عن إدارة وتشغيل عقار أو منشأة معينة فتترتب ديون لصالح دائن فيقوم المدين الجديد بسداد ديون المدين الأصلي لصالح الدائن بشكل متجدد مثل فواتير الكهرباء والماء وشركة توريد الأغذية وما إلى ذلك، اما الحوالة الآجلة وهي الحوالة المرتبطة بأجل معين والتي تفيد بقيام المحال عليه (المدين الجديد) بسداد دين المدين الأصلي (المحيل) لصالح الدائن (المحال له)، ويكثر استعمال الحوالة الآجلة في الواقع العملي حيث أن هذه الحوالة مرتبطة عادةً بجدولة دين مدين يتعهد شخص آخر بسداد دينه وتحويل كافة الديون المرتبطة بالمدين الأصلي على المدين الجديد لصالح دائن معين و يعطى المدين الجديد مدة زمنية لترتيب أوضاعه لسداد دين مدين (المحيل) لصالح المحال له وهو الدائن عن طريق المحال عليه (المدين الجديد).

خامساً: يوصي الباحث بإلغاء نص المادة (٧٠٦) من القانون المدني الأردني لأنها تخالف جوهر المادة (٧٠٥) من القانون المدني الأردني وتخالف الغاية التشريعية المتعلقة بحوالة حقوق وواجبات عقد الإجارة ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر الجديد والمؤجر، وبالتالي من الممكن القول أن المادة (٧٠٦) تعارض المادة (٧٠٥)

مدني اردني بشكل كبير ولا تؤدي حوالة لحقوق وواجبات عقد الإجارة من المستأجر القديم لصالح المستأجر الجديد.

سادساً: يجد الباحث أن الدفع التي تنتقل من المدين القديم إلى لمدين الجديد لم تتم معالجتها في القانون المدني الأردني بشكل مفصل كون أن القانون المدني الأردني سلم بحقيقة إنتقال جميع الدفع المتعلقة بالمدين القديم لصالح المدين الجديد ذلك أن دفع المدين القديم باستثناء الأجل، لا تنتقل إلى المدين الجديد إلا إذا تعلق بسبب من أسباب البطلان أو الفسخ أو وقف التنفيذ، أما الدفع التي لا يؤدي التمسك بها إلى المساس بوجود الإلتزام ونفاذه فإنها تبقى خاصة بالمدين القديم، وهو ما سكت عنه القانون المدني الأردني، حيث يوصي الباحث بضرورة إضافته كنص في القانون المدني الأردني ليفيد بإنتقال دفع المدين القديم لصالح المدين الجديد إذا كانت هذه الدفع متعلقة بالبطلان أو الفسخ أو وقف التنفيذ، اما الدفع المتعلقة بالأجل او الإعتبار الشخصي مثلاً لا تنتقل من المدين القديم لصالح المدين الجديد وعليه فإن الإنتقال ليس مطلقاً وإنما محددًا.

سابعاً: يوصي الباحث بإلغاء نص المادة (٩٩٦) الفقرة الثانية منها، كونها تتحدث عن إنعقاد حوالة الحق والتي تنعقد صحيحة بموافقة طرفين وهما المحيل والمحال عليه وتنعقد موقوفة إلى حين موافقة المحال له بينما هي في حوالة الدين ووفقاً لأحكام المادة (٩٩٦) الفقرة الأولى تتحدث على أن الحوالة لا تنعقد صحيحة إلا بموافقة ثلاثة أطراف عليها وهذا أمر يؤدي إلى التناقض والتشتيت.

ثامناً: يوصي الباحث بإلغاء مصطلح (المحال له) والإستعاضة عنه بمصطلح (المحال) كون أن مصطلح المحال له يطلق على الدائن الجديد في حوالة الدين، اما مصطلح (المحال) فيطلق على الدائن نفسه في حوالة الدين والذي لم يتغير، وذلك بإستثناء المادتين (١٠١٥) و (١٠١٦) كونهما تتعلقان بحوالة الحق.

تاسعاً: يوصي الباحث بوضع نصوص قانون مستقل يعالج الحوالة في الفقه الإسلامي مع بعض التغييرات الموجودة بالقانون المدني الأردني و يضاف إليها أحكام حوالة الحق بباب خاص يتعلق بالمعاملات التجارية، وذلك من خلال النصوص التالية:

- المادة (١).

الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة إلى اخرى.

- المادة (٢).

تتعد الحوالة في إحدى الحالات التالية:

أ- بالإيجاب والقبول بين المحال والمحال عليه في مجلس العقد.

ب- برضا الأطراف جميعاً.

ت- رضا المحيل والمحال في مجلس العقد و رضا المحال عليه ولو بعد ذلك.

- المادة (٣).

يشترط بأطراف الحوالة الشروط العامة لإنعقاد العقود والواردة في القانون المدني.

- المادة (٤).

أ- يشترط بدين الحوالة ان يكون موجوداً وملزماً ومعلوماً.

ب- يشترط بدين الحوالة أن لا يكون مخالفاً للقوانين السارية.

ت-يشترط بدين الحوالة أن يكون واقعاً فعلاً ما بين المحال والمحال عليه.

- المادة (٥).

أ- تجوز الحوالة المقيدة بدين او عين او امانة أو مضمونة لدى المحال عليه.

ب-تجوز الحوالة المطلقة التي لم تقيد بمال أو عين او امانة لدى المحال عليه

لصالح المحيل.

ت-تجوز الحوالة المتجددة إذا أتفق صراحةً ما بين المحيل والمحال عليه على

قيامها في مواجهة المحال.

ث-يجوز ان تفترن الحوالة بدين مؤجل.

- المادة (٦). (الأحكام العامة)

أ- يبرأ المحيل من الدين والمطالبة وينتقل إلى ذمة المحال عليه ما لم يصبح

مفلساً.

ب-وفي كل الأحوال يجوز للمحال مطالبة المحال عليه بالدين لو حده ولو كان

مفلساً.

ت-للمحال عليه الرجوع على المحيل بما اداه من دين الحوالة فقط وهذا إذا

كانت الحوالة بأمر المحيل.

- المادة (٧).

أ- لا يستطيع المحيل مطالبة المحال عليه بالمال المقيد للحوالة.

ب-لا يستطيع المحال عليه في الحوالة المقيدة أن يقوم بأداء دين الحوالة قبل

أجله، ويبقى للمحيل مطالبة المحال عليه بالدين الذي قيدت به الحوالة.

ت- في الحوالة المطلقة لا يستطيع المحال عليه أن يعود على المحيل بدين الحوالة إن أبرأه المحال.

ث- يحق للمحال عليه في الحوالة المقيدة الرجوع على المحيل بما ينشأ من ضرر لصالح المحال إذا كان ذلك الضرر قد حدث بأمر المحيل، كما يحق للمحال عليه الرجوع على المحيل إن ضمن ما ينشأ من ضرر لصالح المحال بمحل الحوالة المقيدة إن كان حسن النية.

- المادة (٨) (موت اطراف الحوالة).

أ- إذا مات المحيل قبل أداء المحال عليه الحوالة للمحال ، وكان على المحيل ديون اخرى فيكون المحال متزاحماً مع دائني المحيل.

ب- إذا مات المحيل وكان له ورثة ولم يكن له دائنون فيتم ضم الدين المقيدة به الحوالة إلى التركة ويدخل المحال دائناً فيها.

ت- لو مات المحيل بالحوالة الآجلة بقي الأجل كما هو عليه.

ث- لو مات المحال عليه قبل الأجل وكان المحيل حياً، أصبحت الحوالة حالة وغير آجلة.

- المادة (٩) (إنقضاء الحوالة).

- تنقضي الحوالة بإحدى الطرق التالية:

أ- الإتفاق على إنهاؤها.

ب- بطلانها أو فسخها.

ت- إذا أفلس المحال عليه او جحد الحوالة.

ث- موت المحال عليه.

ج- تأدية دينها لصالح المحال.

ح- إبراء المحال للمحال عليه.

خ- هلاك العين في الحوالة المقيدة.

- المادة (١٠).

أ- تطبق شكلية الكتابة على الحوالة المقيدة بينما لا تطبق على الحوالة

المطلقة.

ب- أي شرط للفائدة عند قيام المحال عليه بدفع دين الحوالة للمحال يعتبر

باطلاً.

ت- تعطى الأولوية للأسناد الكتابية مهما كان نوعها والمتعلقة بإثبات وجود

الحوالة للغير عند الخلاف ما بين أفرادها.

ث- لا تجوز الحوالة إذا كان محلها ممنوعاً بسبب طبيعة الإلتزام أو إتفاق

المتعاقدين أو نص القانون.

- المادة (١١) (حوالة الحق).

هي نقل الحق أو المطالبة به من ذمة إلى أخرى.

- المادة (١٢).

تطبق حوالة الحق على المعاملات التجارية التي تقتضي طبيعتها إستخدامها كوسيلة

لإنتقال الحق من ذمة إلى أخرى.

المادة (١٣).

يجب ان يكون محل حوالة الحق قابلاً للانتقال من ذمة لأخرى.

المادة (١٤).

تنفذ حوالة الحق ما بين اطرافها من تاريخ إعلام المدين بها او تثبيتها في ورقة رسمية.

- المادة (١٥).

تطبق الشكلية على حوالة الحق إذا إقتضى القانون أو الإتفاق أو طبيعة الإلتزام ذلك.

- المادة (١٦).

تطبق كافة الاحكام المتعلقة بعقد الحوالة فيما لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي المرتبطة بها.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

- ١- أبا النجا، شرف الدين المقدسي، (٢٠٠٧). الإقناع. دار المعرفة. بيروت.
- ٢- ابن عابدين، (٢٠٠٥). رد المحتار. الطبعة الثانية. دار إحياء التراث. بيروت.
- ٣- ابن نجيم، (٢٠٠٦). البحر الرائق. طبعة ثالثة دار إحياء التراث. بيروت.
- ٤- ابن قدامة، موفق الدين، (١٩٨٥). المغني. دار إحياء التراث. بيروت.
- ٥- جرير، علي، (٢٠٠٩). الوسيط في احكام الإلتزام. دار المعرفة. بيروت.
- ٦- حنفي، ابن همام، (٢٠٠٣). شرح الفتح القدير. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٧- أبو البصل، عبد الناصر، (١٩٩٨). دراسة في فقه القانون المدني الأردني. دار النفائس. الأردن.
- ٨- أبو ستيت، أحمد، (١٩٥٤). نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد. مصر: مطبعة مصر الجديدة.
- ٩- البابر تي، (١٩٨٩). العناية. طبعة رابعة المشرق الإسلامي. دمشق.
- ١٠- الباز، رستم، (٢٠١٠). شرح المجلة. طبعة جديدة، الثقافة للنشر و التوزيع. الأردن.
- ١١- الحكيم. عبد المجيد (١٩٦٧). الموجز في شرح القانون المدني العراقي ج٢، أحكام الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد.

- ١٢- الخلفي، إسماعيل (٢٠٠٤). قانون إشتراطات وتراخيص المحال العامة والمنشآت الفندقية والسياحية. دار الألفي. المنيا - مصر)
- ١٣- التمرتاشي، (٢٠٠٠). التتوير. دار إحياء التراث. بيروت.
- ١٤- الجندي، محمد، (١٩٩٣). الحوالة في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية-دراسة مقارنة مع الفقه الغربي. مطبعة جامعة اليرموك. الأردن.
- ١٥- الجزيري، عبد الرحمن، (١٩٨٠). الحوالة والكفالة في الشرع والقانون. مطبعة العتيبي. المملكة العربية السعودية. جدة.
- ١٦- جمعة، عبد الرحمن. (٢٠٠٥). الوجيز في عقد البيع. دار وائل. عمان.
- ١٧- جمعة، عبد الرحمن. (٢٠١٠). المختصر في شرح القانون المدني الأردني- أحكام الإلتزام. دار وائل. عمان
- ١٨- حجه، أمير، (٢٠٠٨). آثار عقد الحوالة المدنية-دراسة مقارنة. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
- ١٩- حكيم، عبد المجيد، (١٩٧٦). طبعة ثالثة. جزء ٢ . دار النهضة. القاهرة.
- ٢٠- الحسن، رضوان، (٢٠٠٩). نظرية انتقال الإلتزام. مطبعة وجدة الثقافية. المغرب.
- ٢١- الحلالشة، عبد الرحمن، (٢٠٠٥). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني- مصادر الإلتزام. دار وائل. الأردن.

- ٢٢- الحلالشة، عبد الرحمن (٢٠٠٦). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-آثار الحق الشخصي-احكام الإلتزام. دار وائل.الأردن.
- ٢٣- الحلالشة، عبد الرحمن (10٢٠). الوجيز في شرح عقد البيع. دار وائل.الأردن.
- ٢٤- حيدر،علي، (١٩٩١).در الحكامشرح مجلة الاحكام. دار إحياء التراث. بيروت.
- ٢٥- خاقجي، زهير، (٢٠٠٧).شرح فقه الإمام الزيلعي. طبعة رابعة. المشرق الإسلامي. دمشق.
- ٢٦- خطيب، مصطفى، (٢٠٠٩).عقد الحوالة في القانون المصري. دار النهضة.القاهرة.
- ٢٧- خفيف،علي، (١٩٩٠).الملكية في الشريعة الإسلامية. دار النهضة العربية. بيروت.
- ٢٨- جرير، علي (٢٠٠٩). الحوالة في الفقه والقانون. دار الرؤى-بيروت.
- ٢٩- الدردير،أحمد، (٢٠٠٢).شرح مختصر خليل. طبعة رابعة.دار إحياء التراث. بيروت.
- ٣٠- دواس،أمين، (٢٠٠٥).أحكام الإلتزام . دار الشروق. . رام الله.
- ٣١- السامرائي،محمد، (١٩٧٩).انتقال الإلتزام بين الاحياء في الفقه الإسلامي المقارن والقانون. مطبعة جامعة بغداد.بغداد.
- ٣٢- الزرقا،مصطفى (٢٠٠٤).المدخل إلى نظرية الإلتزام في الفقه الإسلامي.الطبعة الثانية. دار إحياء التراث العربي.لبنان.

- ٣٣- سرحان، عدنان، (٢٠٠٣). شرح القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة. دار الثقافة. الأردن.
- ٣٤- السرخسي، (١٩٩٦). شرح المبسوط. المجدول للنشر. طرابلس.
- ٣٥- سلطان، أنور (١٩٩٤). أحكام الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. منشأة المعارف. الإسكندرية
- ٣٦- السنهوري، عبد الرزاق، (بدون تاريخ نشر). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الثالث. دار النهضة العربية. القاهرة.
- ٣٧- سلطان، أنور، (٢٠٠٤). أحكام الإلتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة. دار وائل. الأردن.
- ٣٨- السمرقندي، (١٩٩٦). تحفة الفقهاء. المجدول للنشر. طرابلس.
- ٣٩- الشاذلي، مصطفى، (١٩٨٤). الحوالة في الفقه الإسلامي والغربي. مطبعة النور. اليمن.
- ٤٠- عامر، مجدي، (٢٠٠٤)، آثار الحوالة بالنسبة للغير. مجلة الدراسات القانونية والسياسية. المجلد الثاني. العدد ١٧. مصر.
- ٤١- عبد البر، زكي، (١٩٨٥). عقد الحوالة في الفقه الإسلامي. مجلة الدراسات الشرعية والإسلامية. عدد رقم ٢. منشورات جامعة الكويت. الكويت.
- ٤٢- عبد الدائم، أحمد، (٢٠٠٦). أحكام الإلتزام. منشورات جامعة حلب. حلب.
- ٤٣- العطير، عبد القادر، (١٩٩٨). الوسيط في شرح القانون التجاري - الأوراق التجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن.
- ٤٤- عوض، علي (٢٠٠٣). الأوراق والسندات التجارية. مطبعة الدقي - مصر.

- ٤٥- ذنون، علي و رحو، سعيد (٢٠٠٤). الوجيز في النظرية العامة للإلتزام. ج٢. أحكام الإلتزام. دار وائل للنشر-الأردن
- ٤٦- الكاساني، (٢٠٠٨). بدائع الصنائع. طبعة ثانية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن.
- ٤٧- كرامة، صبحي (٢٠٠٣). الغتماد المستندي وفقاً لإجتهاادات قضاء النقض. دار المعادي. مصر.
- ٤٨- الفار، عبد القادر، (٢٠٠٥). أحكام الإلتزام. دار الثقافة. الأردن.
- ٤٩- الفضل، منذر، (١٩٩٥). النظرية العامة للإلتزامات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الحديثة. ج٢. دار الثقافة. الأردن.
- ٥٠- القاضي، مختار، (١٩٦٧). أصول الإلتزامات في القانون المدني. دار النهضة العربية. مصر.
- ٥١- القربي، رضا، (٢٠٠٧). شرح مرشد الحيران في معرفة احوال الإنسان، الطبعة الثالثة. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- ٥٢- مالك، أنس، (٢٠٠٤). الموطأ. طبعة أولى. مؤسسة المعارف. بيروت.
- ٥٣- عبد السلام، رشدي، (١٩٩٨). المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري. طبعة رابعة. ج ١. مطابع وزارة العدل المصرية. القاهرة.
- ٥٤- المكتب الفني، (1992). المذكرة الإيضاحية في القانون المدني الأردني. طبعة ثانية. منشورات المكتب الفني. الأردن.
- ٥٥- مراد، عبد الفتاح، (٢٠٠١). شرح قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. دار المعارف. الإسكندرية.

٥٦- مرقس، سليمان، (1964). الوافي فيشرح القانون المدني. ج٢. دار النهضة.
مصر.

٥٧- منصور، محمد، (٢٠٠٦). أحكام الإلتزام. دار الجامعة الجديدة.
الإسكندرية.

٥٨- ميرغواني، برهان الدين، (٢٠٠٨). الهداية شرح بداية المبتدي. دار
الحديث. القاهرة.

٥٩- ميرغني، عبد الشافي، (٢٠٠٨). الحوالة في ضوء احكام الفقه والقضاء.
دار المعارف. الإسكندرية.

- 1- Cheshire and Fifoot's (1976). Law of Contract. Butterworth's. UK.
- 2- Hillman, Robert (2004).Contract Law. Thomson West. USA.
- 3- Turner,Chris (2004).. Contract Law. 2nd Edit. Hoddler-Arnold. UK.
- 4- Griffiths, Ryan (2010).Jury Waiver Agreements Revisted. Vol 93.West Law publications .UK.
- 5- Blumberg, And Weindling (1989). Banking law and civil waiver contract. International Trade and Finance magazine. Renalds. Vol 3.part 1.USA.
- 6- Herm, Martin (2006). Transfer Contract: P1 Royal Cardiff-press Wales.
- 7- Jenny, Wahl (1998).Law and Economics. Garland Publishing-UK.
- 8- Treitel, Guente (1999).Factoring contract.Eng Edt.Dusseldorf.Germany

المواقع الإلكترونية:

www.Islamweb.com - ١

www.ejthad.com - ٢

www.icc.org - ٣

المجلات:

١- مجلة نقابة المحامين الأردنيين. مطبعة الدستور-عمان.

٢- مجلة الإجتهاادات القضائية لمحكمة النقض المصرية. دار النور. مصر

٣- مجلة الدراسات الشرعية والإسلامية. عدد رقم ٢. منشورات جامعة

الكويت. الكويت

المصادر.

١- القانون المدني الأردني.

٢- قانون التجارة الأردني.

٣- القانون المدني العراقي.

٤- قانون الموجبات والعقود اللبناني.

٥- القانون المدني السوري.

٦- القانون المدني المصري.

٧- قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٨- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

٩- مجلة الأحكام العدلية.