

## حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية

(القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة -

القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير -  
الاختصاص القضائي والتحكيمي في مجال حوالة الحق)

دكتور

أشرف وفا محمد

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كَيِّة الحقوق - جامعة القاهرة

### المحتويات

رقم البند	الموضوع	
١		مقدمة
	فصل تمهيدي	
٧	دولية عقد حوالة الحق	
٩	المبحث الأول - معايير دولية العقود وفقاً للقواعد العامة	
٩	أ) المعيار القانوني لدولية العقود .....	
١١	ب) المعيار الاقتصادي لدولية العقود .....	
١٣	ج) تحديد المعيار الرئيسي .....	
١٥	المبحث الثاني - كيفية تحديد دولية عقد حوالة الحق	
	الفصل الأول	
١٩	تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته	
١٩	تمهيد	
٢٣	المبحث الأول - تحديد القانون واجب التطبيق	
٢٤	المطلب الأول، اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق	
٢٥	أ) طريقة اختيار القانون واجب التطبيق	
٢٦	١- التعبير الصريح	
٢٩	٢- التعبير الضمني	
٣٤	ب) استبعاد الإحالة	
٣٨	ج) مدى اشتراط وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المختار لحكمه	
٤٢	المطلب الثاني، القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة	
٤٣	الفرع الأول، القواعد العامة لتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة	

## رقم البند

## الموضوع

- ٤٤ الفرع الثاني، القانون واجب التطبيق على عقد حوالة الحق في غيبة قانون الإرادة
- ٤٥ (أ) إخضاع حوالة الحق لقانون الحق المحال
- ٤٦ ١- مدلول إخضاع حوالة الحق لقانون الحق المحال
- ٤٨ ٢- مبررات إخضاع حوالة الحق لقانون الحق المحال
- ٤٩ ٣- الانتقادات الموجهة لإخضاع حوالة الحق لقانون الحق المحال
- ٥٠ (ب) إخضاع حوالة الحق لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد
- ٥١ ١- مبدأ تطبيق قانون موطن المدين بالأداء المميز للعقد
- ٥٣ ٢- المقصود بالأداء المميز للعقد
- ٥٤ ٣- مدى تحقيق معيار الأداء المميز للمبدأ العام المتعلق بتطبيق القانون الأكثر صلة بالمقد
- ٥٨ ٤- معيار الأداء المميز في مجال حوالة الحق
- ٦١ **المبحث الثاني - نطاق مبدأ سلطان الإرادة**
- ٦٢ **المطلب الأول، أهلية إبرام عقد الحوالة**
- ٧٤ **المطلب الثاني، شكل عقد حوالة الحق**
- ٨٣ **المطلب الثالث، قابلية الحق للحوالة**
- ٨٤ أ ( المقصود بقابلية الحق للحوالة
- ٨٦ ب) القانون الذي يطبق على قابلية الحق للحوالة
- ٨٧ ١- القاعدة العامة
- ٩٣ ٢- تطبيقات خاصة ببعض أنواع الحقوق
- ٩٨ **المطلب الرابع، آثار عقد الحوالة بين أطرافه**
- ٩٩ أ ( انتقال الحق محل عقد الحوالة
- ٩٩ ب) توابع الحق المحال
- ٩٩ ج) القانون الذي يطبق على وقت انتقال الحق المحال

**الفصل الثاني****تنازع القوانين في مجال الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة الغير****تمهيد**

- ١٠٠ **المبحث الأول - مدلول الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير**
- ١٠٠ **المطلب الأول، معنى الاحتجاج بالحوالة**
- ١٠٢ أ) الاحتجاج بالحوالة والآخر النسبي للعقد
- ١٠٣ ب) الاحتجاج بالحوالة والإعلان
- ١٠٥ **المطلب الثاني، المقصود بالغير الذي يحتج بالحوالة في مواجهته**
- ١٠٩ **المبحث الثاني- إجراءات الإعلان الأجنبية وكيفية الاعتراف بها في الدولة الوطنية**
- ١١١ **المطلب الأول، النظام القانوني لإجراءات الإعلان الأجنبية**
- ١١٢ **انفرع الأول، العناصر المكونة للتصرف أو العمل العد**
- ١١٣ أ) فكرة التصرف أو العمل القانوني
- ١١٤

رقم البند	الموضوع
١١٦	(ب) تدخل السلطة العامة
١١٨	الفرع الثاني، تصنيف التصرفات العامة
١٢٢	المطلب الثاني، شروط الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية
١٢٤	المبحث الثالث - استقلالية قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير وكيفية تحديدها
١٢٥	المطلب الأول، استقلالية قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير
١٢٦	(أ) عدم خضوع الاحتجاج بالحوالة لقانون الإرادة
١٢٧	(ب) عدم خضوع الاحتجاج بالحوالة للقانون الذي يحكم شكل التصرف
١٣٢	(ج) عدم خضوع الاحتجاج بالحوالة إلى قانون موقع المال
١٣٥	المطلب الثاني، كيفية تحديد قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة الحق
١٣٦	(أ) مصلحة المدين المحال عليه الحق
١٣٧	(ب) مصلحة الدائن المحال له الحق
١٣٨	(ج) مصلحة الغير
١٤٢	(د) المصلحة العامة
١٤٦	المبحث الرابع - القاتون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير
١٤٧	المطلب الأول، التمييز في تحديد القانون واجب التطبيق بين الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين والاحتجاج بها في مواجهة الغير
١٤٨	الفرع الأول، الاحتجاج بالحوالة الحق في مواجهة المدين
١٤٩	(أ) إخضاع الاحتجاج بالحوالة الحق في مواجهة المدين إلى قانون موطن المدين
١٥١	(ب) إخضاع الاحتجاج بالحوالة الحق في مواجهة المدين إلى القانون الشخصي للمدين
١٥٣	(ج) إخضاع الاحتجاج بالحوالة الحق في مواجهة المدين إلى القانون الذي يحكم الحق للمحل
١٥٥	الفرع الثاني، القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة غير المدين
١٦٠	المطلب الثاني، وحدة القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير
١٦٥	المبحث الخامس - مجال أعمال القاتون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة
١٦٦	المطلب الأول، المشاكل الناجمة عن أعمال القانون واجب التطبيق بالنسبة للاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين
١٦٧	(أ) قبول المدين لشرط تحديد القانون واجب التطبيق
١٧١	(ب) تعليق الاحتجاج بالحوالة قبل المدين على تدخل سلطة عامة لاتخاذ إجراء الإعلان
١٧٤	المطلب الثاني، الصعوبات الناجمة عن حلول الدائن المحال له الحق محل الدائن الأصلي
١٧٥	(أ) خضوع حق الدائن المحال له الحق للقانون الذي يحكم الحق المحال مع إمكانية تغيير هذا القانون بالاتفاق مع المدين
١٨٥	(ب) القانون واجب التطبيق على الدفوع التي يمكن للمدين لتمسك بها قبل الدائن المحال له الحق
١٩٥	(ج) حلول المدين محل الدائن المحال له الحق
١٩٧	(د) قانون الاحتجاج بالحوالة وقانون الإفلاس
٢٠٧	(هـ) التنازع بين المحال له الحق والمستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية

الفصل الثالث

وضع تنظيم لحوالة الحق على الصعيد الدولي  
(تدويل القواعد المتعلقة بحوالة الحق)

٢١١

٢١١

٢١٢

٢١٣

٢١٤

٢١٧

٢١٩

٢٢١

٢٢٢

٢٢٤

٢٢٦

٢٢٩

٢٣٠

٢٣٢

٢٣٤

٢٣٦

٢٣٦

٢٣٩

٢٤١

٢٤٤

٢٤٨

٢٥١

المبحث الأول - القواعد الموضوعية لمعاهدة الأمم المتحدة في مجال حوالة الحق

أ) مجال إعمال وتطبيق المعاهدة

١- العمليات التي تندرج في نطاق تطبيق المعاهدة

٢- مجال تطبيق المعاهدة من حيث المكان

٣- العلاقة بين معاهدة الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية

التي تعالج موضوع حوالة الحق

ب) شروط انعقاد حوالة الحق

١- صحة الحوالة من حيث الشكل

٢- صحة الحوالة من حيث الموضوع

ج) العلاقات بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق

د) العلاقات بين الدائن المحال له الحق والمدين المدل عليه

١- حق السداد للدائن المحال له الحق

٢- التمسك بالدفع من قبل المدين

هـ) التنازع بين عدة حقوق ترد على نفس الحق

المبحث الثاني - القواعد الموضوعية لمعاهدة أوتواوا في مجال حوالة الحق

(عقد تحصيل الحقوق المحالة)

تمهيد

أ) التعريف بنظام تحصيل الحقوق المحالة

ب) مجال تطبيق معاهدة أوتواوا

ج) المقارنة بين نظام الفاكورتورينج الأنجلوسكسوني ونظام الحلول اللاتيني

د) القانون واجب التطبيق

هـ) حقوق والتزامات الأطراف

الفصل الرابع

الاختصاص القضائي والتحكيمي في مجال حوالة الحق  
(مدى تأثير الحوالة على قواعد الاختصاص)

٢٥٩

٢٥٩

٢٦٠

٢٦١

٢٦٢

٢٦٥

تمهيد

المبحث الأول - أثر حوالة الحق على قواعد الاختصاص القضائي

المطلب الأول، التحديد الإرادي للمحكمة المختصة بنظر النزاع

أ) الاتجاه الأول، عدم قابلية شروط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة للانتقال إلى الغير

ب) الاتجاه الثاني، قابلية شروط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة للانتقال إلى الغير

<u>رقم البند</u>	<u>الموضوع</u>
٢٦٩	المطلب الثاني، اختصاص محاكم الدولة التابع لها المدعى بجنسيته
٢٦٩	أ) معيار الامتياز القضائي
٢٧٠	ب) استبعاد أعمال معيار الامتياز القضائي
٢٧٠	١- استبعاد أعمال معيار الامتياز القضائي بواسطة معاهدة دولية
٢٧٠	٢- حالة التنازل عن امتياز الاختصاص القضائي
٢٧٠	٣- حالة وجود شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة
٢٧٠	٤- تطبيق امتياز الاختصاص القضائي في مجال حوالة الحق
٢٧٠	المبحث الثاني- أثر حوالة الحق على الاختصاص التحكيمي (انتقال شرط
٢٧١	التحكيم إلى المحال له الحق)
٢٧١	وضع المشكلة
٢٧٣	المطلب الأول، الاتجاهات التي قيل بها في شأن انتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق
٢٧٤	أولاً، الاتجاه المطلق لانتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق
٢٧٥	أ) مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي
٢٧٦	١- الرأي الأول، الاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم عن العقد الأساسي
٢٧٧	٢- الرأي الثاني، الاستقلالية النسبية لشرط التحكيم عن العقد الأساسي
٢٧٨	ب) النتائج المترتبة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي
٢٨١	ثانياً، الاتجاه المقيد لانتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق
٢٨٣	المطلب الثاني، نطاق استقلال شرط التحكيم وحدوده
٢٨٤	١- قبول المدين للحوالة دون قيد أو شرط
٢٨٦	٢- اتفاق التحكيم الشخصي
٢٨٨	٣- حالة الاتفاق على عدم انتقال شرط التحكيم
٢٨٩	المطلب الثالث، تطبيقات من القضاء الوطني ومن قضاء التحكيم حول أثر حوالة الحق
٢٨٩	على شرط التحكيم
٢٩٠	١- حالة تمسك المدين بشرط التحكيم
٢٩٢	٢- حالة تمسك المحال له الحق بشرط التحكيم
	<b>خاتمة البحث</b>

## مقدمة

## التعريف بحوالة الحق:

١- تعرف حوالة الحق *cession de créance* بأنها عقد يقوم الدائن بمقتضاه بنقل حقه الشخصي إلى آخر يحل محله في اقتضاء الدين من المدين<sup>(١)</sup>. ومن الواضح أنه توجد ثلاثة أطراف في هذا الشأن هم: الدائن المحيل *cédant* والدائن الجديد المحال له *cessionnaire* والمدين المحال عليه *cédé*.

٢- ويلجأ الدائن لحوالة حقه عندما يكون في حاجة ماسة إلى المال ويكون حقه موجلاً، فيحيل حقه إلى آخر نظير مبلغ من المال يكون عادة أقل من قيمة الحق المحال.

كما قد يلجأ الدائن للحوالة لأغراض أخرى: كأن تكون الحوالة نوع من الوفاء بمقابل لإبراء ذمة المحيل من دين يقع على عاتقه لصالح المحال له. وكأن يكون الهدف من الحوالة هو ضمان حصول الدائن على حق مشكوك في الحصول عليه فيتنازل لآخر عن هذا الحق نظير مبلغ أقل من قيمته. وقد تكون الحوالة كذلك على سبيل التبرع فيتنازل المحيل عن حقه دون مقابل لشخص آخر.

٣- وتعد حوالة الحق بالمعنى السابق من الأمور التي عرفتتها الشريعة الإسلامية. وإذا كان بعض الفقه الحديث ينكر معرفة الفقه الإسلامي لحوالة الحق واقتصار ذلك على حوالة الدين، إلا أن الرأي السائد يتجه إلى تقرير وجود نظام حوالة الحق كذلك في الشريعة الإسلامية وإن كان يتخذ اسماً آخر غير حوالة الحق.

وتتخذ حوالة الحق في الشريعة الإسلامية الصورة التي وفقاً لها يقوم الدائن ببيع دينه لشخص آخر غير المدين وكذلك في قيامه بهبة حقه لشخص آخر. ولذا يعرف بعض الفقه حوالة الحق في الشريعة الإسلامية بأنها "عقد بين طرفين أو أكثر بمقتضاه يقوم الدائن ببيع دينه الثابت في ذمة المدين أو هبته لشخص أجنبي آخر بثمن حال أو

(١) انظر في هذا المعنى: د/ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني أحكام الالتزام، ١٩٩٢، ص ٢٩٣. د/ جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٤٩.

مؤجل إلى أجل معلوم دون الوقوع في محذور شرعي<sup>(٢)</sup>.

٤- والحوالة باعتبارها عقداً يشترط فيها توافر أركان العقد وشروطه. وللعقد أركان ثلاثة هي التراضي والمحل والسبب.

- فيشترط رضا المتعاقدين وهما المحيل والمحال له، ولا يشترط رضا المدين لأنه ليس طرفاً في عقد الحوالة، فلا يلزم رضاؤه لانعقاد الحوالة وهو ما أكدت عليه المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري. ويجب أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً للتعاقد، كما ينبغي أن يكون الرضاء سليماً وغير مشوب بعيب من عيوبه.

- ويتعين أن يكون الباعث أو السبب من إبرام الحوالة أمراً مشروعاً.

- أما الركن الثالث فهو محل عقد الحوالة وهو الحق المحال. والقاعدة في هذا الشأن هي جواز الحوالة في جميع الحقوق مع وجود بعض الاستثناءات. وتنص في ذلك المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري على أن: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام".

فقد يكون الحق غير قابل للحجز عليه ومن ثم فلا تقبل حوالاته. كما قد يتفق على عدم جواز الحوالة بين المتعاقدين كما هو الحال في عقد للإيجار ينص فيه على عدم جواز تنازل المستأجر عن الإيجار لغيره. وقد تكون الحوالة غير جائزة بسبب طبيعة بعض الحقوق مثل الحقوق للصيقة بشخص الدائن.

٥- وإذا كانت الحوالة تتعقد صحيحة دون حاجة لرضاء المدين أو الغير إلا أنه يشترط لنفاذها رضا المدين أو إعلانه. وتنص في ذلك المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري على أن: "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ".

ويستفاد من هذا النص أن الحوالة لا تنفذ في مواجهة المدين والغير إلا بأحد أمرين هما القبول والإعلان.

(٢) نظر في تفصيل حوالة الحق في الفقه الإسلامي: د/ إبراهيم إبراهيم الصالحي، حوالة الحق وما يترتب عليها في القانون المدني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، بدون جهة نشر، ص ١٨ وما بعدها.

- فإذا قبل المدين الحوالة فإن هذا يعني توافر رضائه بها، ومن ثم فإنها تكون نافذة في مواجهته. ويشترط أن يتوافر القبول بالحوالة من جانب المدين وقت إبرام الحوالة أو بعد هذا الإبرام.

ولا يعد قبول المدين بالحوالة نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا كان القبول ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً. ويقصد بالغير كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له.

ويلاحظ أن قبول المدين للحوالة لا يجعله طرفاً بها، فهو أجنبي عن عقد الحوالة ذاته ومن أجل هذا فقد سبق أن ذكرنا أن الحوالة تتعدّد صحيحة دون حاجة لرضاء المدين بها.

- وإذا لم يتوافر القبول بالحوالة من جانب المدين فإنها تكون نافذة مع ذلك في مواجهته وفي مواجهة الغير إذا تم إعلان المدين بها *la signification* إعلاناً رسمياً، ويكون ذلك بورقة رسمية من أوراق المحضرين. وتجدر الإشارة إلى أن الإجراء الذي تنفذ به الحوالة في الغالب هو الإعلان وليس القبول بحكم أنه أيسر من الناحية العملية.

#### تحديد موضوع الدراسة:

٦- يتناول موضوع بحثنا دراسة موضوع حوالة الحق في نطاق القانون الدولي الخاص. ويقضي ذلك أن نتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة وفقاً لقواعد التنازع الوطنية. كما نتعرض كذلك لأحكام القانون التعاهدي المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق في هذا المجال. ويتعين علينا كذلك أن نتعرض لبحث مسألة تأثير حوالة الحق على قواعد الاختصاص القضائي.

واستناداً إلى ما تقدم تنقسم الدراسة على الوجه التالي:

فصل تمهيدي: دولية عقد حوالة الحق.

الفصل الأول: القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته.

الفصل الثاني: تحديد القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير.

الفصل الثالث: وضع تنظيم لحوالة الحق على الصعيد الدولي.

الفصل الرابع: الاختصاص القضائي والتحكيمي في مجال حوالة الحق.



## فصل تمهيدي

### دولية عقد حوالة الحق

٧- يتعين علينا قبل الحديث عن قواعد تنازع القوانين في مجال حوالة الحق أن نتعرض أولاً لمسألة دولية الرابطة القانونية المتعلقة بالحوالة، حيث أن هذا يشكل أمراً أولياً لازماً للحديث عن تنازع القوانين أو عن تعلق الرابطة بالقانون الدولي الخاص.

٨- ذلك أن القانون الدولي الخاص هو قانون العلاقات الخاصة الدولية. ولهذا من اللازم أن تتصف الرابطة القانونية بالطابع الدولي حتى تدخل في نطاق روابط القانون الدولي الخاص وحتى تثير الحديث عن قواعد تنازع القوانين.

وعلى ذلك فإنه كي يتمكن القاضي المعروض عليه النزاع من أن يطبق قواعد تنازع القوانين على العلاقة المعروضة أمامه فإنه يتعين عليه أولاً أن يتأكد من أنها متصفة بالطابع الدولي. وهذا الطابع الدولي هو وحده الذي يبرر أن يفرد القاضي للعلاقة المعروضة معاملة مختلفة عن الروابط الداخلية البحتة، إذ إن هذه الأخيرة لا تتعلق من قريب أو من بعيد بالقانون الدولي الخاص ولن تكون هناك حاجة بالتالي لتحديد القانون واجب التطبيق عليها.

وبما أن حوالة الحق تتم عن طريق عقد يحيل فيه الدائن الأصلي حقه لشخص آخر "الدائن الجديد"، وجب قبل أن نتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة أن نتأكد أولاً من كون هذا العقد متصفاً بالطابع الدولي.

ونعرض هنا للمعايير التي قيل بها في دولية العقود وفقاً للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص (المبحث الأول)، ثم نتعرض لكيفية تطبيق هذه المعايير في مجال حوالة الحق (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### معايير دولية العقود وفقاً للقواعد العامة

٩- يعد العقد دولياً وفقاً لأحد معيارين: أولهما يطلق عليه اصطلاح المعيار القانوني *le critère juridique*، والمعيار الثاني هو المعيار الاقتصادي *le critère économique* الذي ظهر في أحكام القضاء الفرنسي وكرسه القانون الفرنسي بعد ذلك.

## (أ) المعيار القانوني لدولية العقود:

١٠- وفقاً لهذا المعيار يعد العقد دولياً إذا احتوت الرابطة القانونية محل هذا العقد على عنصر أجنبي *élément d'extranéité*. ويحتوي العقد أو التصرف بوجه عام على عنصر أجنبي وفقاً للأستاذ الفرنسي باتيفول إذا كانت التصرفات المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه، أو إذا كان موقف الأطراف بالنسبة لجنسيتهم أو مكان توطنهم، أو إذا كان موضوع العقد يتصل بأكثر من نظام قانوني<sup>(٣)</sup>.

ويتضح لنا مما سبق أن العنصر الأجنبي الذي يجعل العقد دولياً له صور متعددة. فقد يتعلق العنصر الأجنبي بأشخاص أطراف العلاقة وذلك باختلاف جنسيتهم أو مكان توطنهم. وقد يتعلق بالتصرف ذاته بأن يكون العنصر الأجنبي متصل بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

ويتضح كذلك من التعريف السابق للأستاذ الفرنسي باتيفول أن العنصر الأجنبي قد يتعلق بموضوع العقد *la localisation de l'objet du contrat*. ويكون موضوع أو محل العقد دولياً إذا كان يتصل ببيدال للعمليات التجارية بين أكثر من دولة واحدة<sup>(٤)</sup>.

## (ب) المعيار الاقتصادي لدولية العقود:

١١- يعتبر المعيار القانوني هو المعيار التقليدي في دولية العقود، وهو المعيار الذي ظهر أولاً ولا يزال هو المعيار الرئيسي في هذا الشأن.

ووفقاً للمعيار الاقتصادي يعد العقد دولياً إذا كان يتعلق بمصالح التجارة الدولية *le contrat qui met en jeu les intérêts du commerce international*.

وقد ظهر هذا المعيار في القضاء الفرنسي الذي لجأ إليه للخروج على بعض القواعد المقررة في القانون الداخلي وذلك للتوصل إلى إقرار صحة بعض التصرفات

(٣) انظر في هذا المعنى:

H. Batiffol: Encyclopédie Dalloz, droit international, I, contrats et conventions. n°9: p. 564.

(٤) انظر في هذا المعنى:

Antoine KASSIS: Le nouveau droit européen des contrats internationaux. LGDJ. Paris. 1993, p. 76.

في مجال التحكيم الدولي، كما هو الحال بالنسبة للتوصل إلى صحة شرط التحكيم على الصعيد الدولي استقلاً عن العقد الأصلي، أو للتوصل إلى صحة أن يكون أشخاص القانون العام أطرافاً في عملية التحكيم على الرغم من قاعدة الحظر المقررة في القانون الداخلي الفرنسي.

١٢- يتضح لنا من العرض السابق لكل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي أن هناك فارق بينهما. فالأول منهما يركز على عناصر قانونية كالجنسية والموطن ومكان الإبرام ومكان تنفيذ العقد. أما المعيار الاقتصادي فإنه يركز على الأثر الاقتصادي للعملية محل العقد وتعلقها باقتصاد وتجارة أكثر من دولة واحدة.

### ج) تحديد المعيار الرئيسي:

١٣- بعد العرض السابق للمعايير السائدة في تحديد دولية العقود يمكن القول أن المعيار القانوني يجد مجاله في نطاق قواعد تنازع القوانين وفي مجال مبدأ سلطان الإرادة، وأن المعيار الاقتصادي يجد مجاله في نطاق بعض القواعد المادية المتعلقة بالتحكيم الدولي وذلك لإقرار قواعد معينة في مجال التحكيم الدولي تخرج عن نطاق القواعد المقررة في مجال القانون الداخلي.

وإذا كان لكل من المعيارين السابقين مجال محدد على النحو السابق إلا أن هذا لا يعني وجود انفصال بينهما. فقد سبق أن ذكرنا أن أحد العناصر التي يعتمد عليها المعيار القانوني في تحديد دولية العقد العنصر المتعلق بموضوع العقد، وهذا الموضوع ليس إلا عبارة عن تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية. ومعنى ذلك أن المعيار الاقتصادي يوجد في داخل المعيار القانوني لدولية العقود.

وما يدل على سلامة هذا القول أن هناك أحكاماً قضائية تجاهلت الإشارة إلى المعيار الاقتصادي وركزت في تحديد دولية العقد على المعيار القانوني على الرغم من تعلق الأمر بحالة تتصل بمصالح التجارة الدولية، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٧٠ وحكم النقض الفرنسي بتاريخ ٧ أكتوبر ١٩٨٠.<sup>(٥)</sup>

(٥) انظر في تفصيل ذلك:

ومن الملاحظ أن المعيار الاقتصادي لدولية العقود لا يظهر إلا في النظام القانوني الفرنسي، ولا يوجد نظير له في القوانين الوطنية الأخرى. فقد تبني القضاء الفرنسي هذا المعيار كما ذكرنا في مجال التحكيم الدولي على وجه الخصوص، كما أن القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٨١ قد اعتمده في تحديد دولية العقود وذلك في المادة ١٤٩٢ منه.

١٤- وفي واقع الأمر فإن المعيار الاقتصادي لدولية العقود يعتبر معياراً غامضاً ويتسم بعدم التحديد. فهو لا يستند على أمور ثابتة محددة وذلك على خلاف المعيار القانوني الذي يركز على أمور محددة وواضحة كتلك المتعلقة بالجنسية والمواطن مكان الإبرام والتنفيذ ... الخ.

ولذا يمكننا القول بأنه نظراً للأهمية القصوى لمسألة دولية العقد - إذ يتوقف عليها دخول العلاقة في نطاق القانون الدولي الخاص - فإنه من اللازم أن يكون المعيار القانوني هو الأساس في تحديد دولية العقود، خاصة وأنه قد سبق أن ذكرنا أن أحد العناصر التي يقوم عليها هذا المعيار وهو موضوع العقد هو ذاته ما يقوم عليه المعيار الاقتصادي. ومن هنا يمكن القول بأن المعيار الاقتصادي يعد معياراً ضيقاً وأن المعيار الأكثر اتساعاً وشمولاً هو المعيار القانوني<sup>(٦)</sup>.

### المبحث الثاني

#### كيفية تحديد دولية عقد حوالة الحق

١٥- انتهينا من العرض السابق إلى أن المعيار القانوني هو الذي يتعين الاعتماد عليه بصفة أساسية في تحديد دولية العقود. وإذا قمنا بتطبيق ذلك على عقد حوالة الحق فإنه من الملاحظ أن عملية الحوالة تتضمن ثلاثة أطراف هم: الدائن المحيل والدائن المحال له والمدين المحال عليه. هذا بالنسبة لعملية الحوالة أما بالنسبة لعقد

(٦) يقرر في هذا الشأن الأستاذان Loussouarn et Bredin أن :

“En effect, si un contrat économiquement international le sera également toujours juridiquement, la réciproque n'est pas toujours vraie, car des contrats conclus entre personnes de nationalités différentes peuvent n'intéresser que l'économie d'un seul pays”.

انظر هذا الرأي مشاراً إليه في:

Antoine KASSIS: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op. cit. p. 83.

الحوالة ذاته فإنه لا يتضمن إلا طرفين فقط هما الدائن المحيل والدائن الجديد المحال له، بحيث أن المدين لا يعتبر طرفاً في العقد بل هو من الغير ولهذا لا يلزم قبوله للحوالة بل يكفي إعلانه بها كي تنفذ في مواجهته.

١٦- ولتحديد دولية عقد الحوالة فإننا أمام أحد فرضين: إما أن يتوافر العنصر الأجنبي في العلاقة بين المحيل والمحال له وهما طرفاً عقد الحوالة، وإما أن يتوافر هذا العنصر الأجنبي في العلاقة بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه، فهل يعد العقد دولياً في هذه الحالة الأخيرة على الرغم من أن المدين ليس طرفاً في عقد الحوالة؟ نتناول كل من هذين الفرضين كل على حدة.

- إذا توافر العنصر الأجنبي في العلاقة بين الدائن المحيل والدائن المحال له لا توجد أية مشكلة، لأن كلاً منهما يعتبر طرفاً في عقد الحوالة ذاته. ولهذا يعد العقد دولياً لأنه يحتوى على عنصر أجنبي أياً كان هذا العنصر سواء تعلق باختلاف جنسية طرفي العلاقة أو موطنهم، أو تعلق بإبرام عقد بين طرفين متحدي الجنسية والموطن في دولة أخرى غير دولة الجنسية والموطن، كما قد يتعلق العنصر الأجنبي بمكان تنفيذ عقد الحوالة.

من أمثلة ذلك أن يبرم عقد حوالة يتنازل فيه شخص فرنسي عن حقه لمصلحة بنك مصر الكائن في القاهرة حيث يقوم هذا الأخير باقتضاء الحق من المدين وذلك نظير مبلغ من المال متفق عليه بين المحيل والمحال له.

على أن المشكلة تظهر عندما يتضح أن العنصر الأجنبي اللازم لاتصاف العقد بالطابع الدولي يتوافر ليس في العلاقة بين المحيل والمحال له وإنما في علاقة بين المحيل ومدين المحال عليه. ذلك أن هذا الأخير لا يعد طرفاً في عقد الحوالة ذاته *le contrat de cession* وإن كان طرفاً في عملية الحوالة *l'operation de cession* التي تتضمن ثلاثة أطراف تشمل المدين علاوة على المحيل والمحال له.

إذا افترضنا أن عقداً للحوالة أبرم بين شخص تركي الجنسية لمصلحة بنك كائن في مدينة استنبول وتم إبرام العقد في هذه المدينة وينفذ فيها وذلك لاقتضاء حق من المدين الذي يتمتع بالجنسية المصرية والمتوطن في مدينة القاهرة، فهل تطبق قواعد تنازع القوانين على عقد الحوالة على الرغم من أن العنصر الأجنبي غير متوافر في العلاقة بين طرفي العقد ذاته وهما المحيل والمحال له؟

من الملاحظ أن هذا التساؤل لن تكون له قيمة في حالة عدم وجود نزاع حول تنفيذ عقد الحوالة، وذلك في الحالة التي يقوم فيها المدين المحال عليه بأداء الالتزام إلى الدائن الجديد المحال له. في هذه الحالة لن تثار مسألة تحديد دولية العقد ولن يتطور الأمر بالتالي للحديث عن قواعد تنازع القوانين القابلة للتطبيق على العلاقة.

أما إذا حدث نزاع في تنفيذ عقد الحوالة بين المدين والدائن المحال له، فإن القاضي المعروض عليه الأمر يتعين عليه تحديد هل يعد العقد دولياً أم لا. فإذا قرر أنه ليس دولياً لعدم توافر عنصر أجنبي في العلاقة بين طرفي عقد الحوالة فإنه يقوم بتطبيق القانون الوطني الداخلي مباشرة. أما إذا قرر أن العقد يعتبر دولياً على الرغم من أن العنصر الأجنبي متوافر في العلاقة بين المدين والمحال له فإنه في هذه الحالة فقط يمكن للقاضي تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة.

١٧- ونحن نعتقد مع بعض الفقه أن عقد الحوالة يعد دولياً في الحالة التي لا يتوافر فيها العنصر الأجنبي سوى في العلاقة بين المدين المحال عليه والدائن المحال له. فإذا كان العنصر الأجنبي يتعلق بجنسية المدين أو مكان توطنه وجب اعتبار الحالة منتصفاً بالطابع الدولي.

ولا ينبغي في هذه الحالة - في خصوص تحديد دولية العقد - التركيز على طرفي عقد الحوالة ذاته، وإنما يستمد العقد دوليته في هذه الحالة من موضوعه. وقد سبق لنا القول بأن أحد العناصر التي تقوم عليها دولية العقود وفقاً للمعيار القانوني هو موضوع العقد l'objet du contrat والذي يعني تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية أي انتقال لرؤوس الأموال عبر الدول<sup>(٧)</sup>.

ومن المنطقي اعتبار الحوالة منتصفاً بالطابع الدولي في هذه الحالة. فالحوالة تجد أساسها في العقد المبرم سلفاً بين كل من الدائن المحيل والمدين<sup>(٨)</sup>، ذلك أن الحق

(٧) انظر في هذا المعنى :

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. LGDJ, 1997, p. 37.

(٨) لذلك قيل في هذا الشأن أن :

“Le caractère international de la relation cédé-cédant affectra nécessairement la relation cédé-cessionnaire, une fois la cession réalisée. Par conséquent, la cession devra être qualifiée d'internationale dès que l'élément, ou les éléments, d'extranéité affectent la relation cédé-cédant”. V. Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op. cit, p. 37.

واجب الأداء أصلاً من هذا الأخير تجاه الدائن الأصلي. فإذا كانت العلاقة بينهما تحتوي على عنصر أجنبي يرجع إلى اختلاف الجنسية أو الموطن، فإن قيام الدائن بالتنازل عن حقه لمصلحة شخص آخر يشترك معه في الجنسية والموطن لا ينبغي أن ينزع عن عقد الحوالة الصفة الدولية، إذ إن توافر هذه الصفة لا يقتصر فقط على تواجد عنصر يتعلق بأطراف العقد وإنما يمكن أن يتعلق العنصر الأجنبي - كما رأينا - بموضوع عقد الحوالة أي تعلقه بمصالح التجارة الدولية.

١٨- وقد تتم الحوالة بالنسبة لحق غير حال وإنما حق واجب الأداء في المستقبل، فهل يعتبر هذا العقد دولياً أم لا؟

لا توجد مشكلة في هذا الشأن لأنه من المقرر وفقاً للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص أن بإمكان الأطراف تحديد الوقت الذي يقومون فيه بتحديد القانون واجب التطبيق.

لذا، فإنه إذا كان العنصر الدولي غير ممكن تحديده أو التوصل إليه وقت إبرام عقد الحوالة الذي يقع على حق في المستقبل *la cession de créance future*، فإن بإمكان الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق عندما يتوافر العنصر الأجنبي على النحو الذي سبق لنا الحديث عنه. ويرجع ذلك إلى أن تحديد القانون واجب التطبيق ليس أمراً محتملاً لحظة إبرام العقد، ففي مقدور أطراف العقد الدولي إبرام العقد خالياً من مسألة تحديد القانون واجب التطبيق ثم يقومون في اتفاق لاحق باختيار هذا القانون. كما أن بإمكانهم تغيير القانون المحدد سلفاً من جانبهم إذا اتضح لهم عدم ملاءمته لحكم العقد المبرم بينهم<sup>(٩)</sup>.

(٩) تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت حوالة الحق التي تقع على حق من المتوقع أن يوجد في المستقبل تعتبر صحيحة إلا أن مثل هذه الحوالة قد لا يترتب عليها بعض الآثار. من قبيل ذلك ما هو مقرر من أن قيام شخص بحوالة حقه المتعلق بالدخل الذي سيحصل عليه في المستقبل ليس له من أثر في تغيير وضعه فيما يتعلق بالضريبة المستحقة عليه والمفروضة على هذا الدخل، حيث تظل الضريبة مفروضة على هذا الحق المستقبلي. انظر في هذا المعنى:

## الفصل الأول

## تحديد القانون واجب التطبيق

## على عقد الحوالة ذاته

تمهيد:

١٩- بعد حسم المسألة السابقة المتعلقة بدولية العقد نتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته. كما نتعرض لمجال أعمال القانون واجب التطبيق الذي تم تحديده.

يتعين التمييز عند التعرض لقواعد تنازع القوانين في مجال حوالة الحق بين أمرين: الأول هو القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة المبرم بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق. أما الأمر الثاني فهو يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير بما فيهم المدين المحال عليه الحق.

وقد استقر القضاء الفرنسي منذ أمد بعيد على ضرورة الفصل بين المسألتين السابقتين، ويمكن أن نذكر في هذا الشأن الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ١١ فبراير ١٩٦٩ والذي وفقاً له قررت المحكمة ما يلي :

١- فيما يتعلق بالعلاقات التي تنشأ بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق وهما طرفا عقد الحوالة، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الذي يطبق في مجال العقود وهو القانون المختار من قبل الأطراف.

٢- وفيما يتعلق بالحقوق والالتزامات الخاصة بالمدين المحال عليه الحق، فلا يمكن تطبيق قانون عقد الحوالة لأن المدين ليس طرفاً به ولم يقبل الالتزام بالقواعد المنصوص عليها في هذا العقد. ولهذا فإن الاحتجاج بالحوالة يخضع إلى القانون انذي يحكم الحق المحال<sup>(١٠)</sup>.

٢٠- وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإن أطراف العقد الدولي لهم كامل الحرية في اختيار قانون دولة وطنية للانطباق على النزاع الناشئ عن هذا العقد. وهذا الاختيار قد يكون صريحاً عن طريق إدراج شرط واضح في العقد محدداً بطريقة لا لبس فيها أن

(١٠) انظر حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ ١١ فبراير ١٩٦٩ مشاراً إليه في:



قانون دولة ما هو الواجب التطبيق، وفي غيبة هذا الشرط الصريح فإنه يمكن مع ذلك أن يستفاد ضمناً، من نصوص العقد وملابسات القضية، اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة.

٢١- توجد العديد من المسائل التي ينبغي التعرض لها بمناسبة الحديث عن القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة. فإذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما فهل يملك الأطراف الحرية المطلقة في تحديد هذا القانون حتى ولو لم يكن مرتبطاً بالعقد بصلة ما؟ وهل يطبق القانون على كل ما يتعلق بالعقد أم أن هناك بعض المسائل التي تخرج من نطاقه مثل الأهلية، شكل العقد، القابلية للحوالة، آثار العقد.

٢٢- تنقسم الدراسة في الفصل الحالي على النحو الآتي:

المبحث الأول: طريقة تحديد القانون واجب التطبيق.

المبحث الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة.

### المبحث الأول

#### تحديد القانون واجب التطبيق

٢٣- وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة من حق الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق على عقد حوالة الحق (المطلب الأول). وإذا لم يتم الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق فإن القاضي يتولى مهمة تحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق

٢٤- يمكن أن يكون اختيار القانون واجب التطبيق صريحاً أو ضمناً. ويشير تحديد القانون واجب التطبيق العديد من التساؤلات تتعلق بمدى استبعاد الإحالة، العلاقة التي ينبغي توافرها بين النزاع والقانون المختار.

أ) طريقة اختيار القانون واجب التطبيق:

٢٥- الأصل أن يتم تحديد القانون واجب التطبيق بصورة صريحة من قبل الأطراف. ومع ذلك فإن هذا التحديد قد يتم بطريقة ضمنية.

## ١- الاختيار الصريح:

٢٦- وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لأطراف العقد الحق في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع. وهذا التحديد لقانون العقد *la lex contractus* يمكن أن يكون صريحا *designation expresse* إذا تم التعبير عنه بطريقة واضحة لا لبس فيها من جانبهم. وليس هناك من شك أن الاختيار الصريح يعتبر بمثابة ضمانه هامة للأطراف لأنهم يعرفون مقدماً، استناداً إلى هذا الاختيار الصريح، القواعد القانونية التي يلتزم القاضي بتطبيقها على عقد الحوالة. ولهذا فإن الأطراف لديهم مزية تركيز علاقتهم العقدية في قانون يتوافق مع توقعاتهم المشروعة ومع الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة.

٢٧- وقد وجد في هذا الشأن الكثير من الجدل بين أنصار النظرية الشخصية التي تطلق العنان لإرادة الأطراف بلا قيود وبين أنصار النظرية الموضوعية التي تحتفظ لإرادة الأطراف بدور ملائم مع وضع القيود الكفيلة بعدم إخراج العقد عن وجود قانون يحكمه. وقد انتهى هذا الصراع لصالح أنصار النظرية الموضوعية. وفي الحقيقة فإنه وفقاً لنظرية تركيز العقد *la localisation du contrat* التي عبر عنها العميد باتسيفول إذا كان للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق فإن دورهم يقتصر فقط على تركيز العقد بينما يقوم القاضي باستخلاص القانون واجب التطبيق<sup>(١١)</sup>.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي نظرية تركيز العقد المشار إليها. ففي حكمها الصادر سنة ١٩٨٠ أكدت محكمة النقض الفرنسية أنه: "إذا كان تركيز العقد مكانياً يعتمد على إرادة الأطراف فإنه ينتمي إلى القاضي، بعد تفسير الإرادة المشتركة فيما يتعلق بهذا التركيز، استخلاص القانون واجب التطبيق على العقد المتنازع عليه"<sup>(١٢)</sup>.

(11) V.H. Batiffol. Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats, in *Melanges Maury*, 1960, tome 1, p. 53.

Batiffol et Lagarde: *Droit international privé*, 7e édition, tome 2, LGDJ. 1983. p. 257 et ss. P. Mayer: *Droit international privé*, 5e édition, Montchrestien. Paris. 1994. p. 454 et ss. Y. Loussouarn et P. Bourel: *Droit international privé*. 4e édition. Dalloz, 1993, p. 135-138.

(12) V. Cour de cassation française, 25, ars 1980. *Revue critique de droit international privé*. 1980. p. 576. note Batiffol. *Clunet* 1980, p. 650, note Kahn.

٢٨- ويلاحظ أن الأطراف يمكنهم التعبير عن إرادتهم في اختيار قانون الدولة الوطنية التابع لها أحدهم. وذلك في الحالة التي تختلف فيها جنسية المحيل *le cédant* عن جنسية المحال له *le cessionnaire*.

وفي بعض الحالات يقوم الأطراف باختيار قانون وطني لدولة ثالثة لا ينتمي إليها أطراف عقد الحوالة. ويحدث هذا عندما يكون لدى كل طرف الخشية من تطبيق القانون الوطني للطرف الآخر، فتستعقد إرادة الطرفين على اختيار قانون "محايد" للانطباق على النزاع. كما قد يهدف الأطراف من وراء اختيار قانون دولة ثالثة إلى تطبيق القانون الأكثر ملاءمة والأكثر تحقيقاً لتوقعاتهم المشروعة. وهكذا يمكن لأطراف عقد الحوالة الاتفاق على اختيار قانون الدولة التابع لها المدين المحال عليه أو الدولة التي يتواجد بها موطن هذا المدين.

#### ٢- الاختيار الضمني:

٢٩- إذا لم يتم الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق بطريقة صحيحة، فإن تحديد هذا القانون يمكن مع ذلك أن يستنتج بطريقة ضمنية *designation implicite* من نصوص العقد ومن ظروف وملابسات القضية.

٣٠- وبناءً على ذلك فإن البحث عن الإرادة الضمنية يجب أن يستند إلى عناصر موضوعية تجد أساساً لها في نصوص عقد الحوالة ذاته وفي ملابسات القضية، وذلك حتى يمكن تفادي التوصل إلى إرادة مفترضة *une volonté hypothétique* تتسبب إلى الأطراف في حين أنه في حقيقة الأمر لا تتوافر هذه الإرادة لديهم<sup>(١٣)</sup>.

٣١- ويعتبر الاختيار صحيحاً سواء تم بصورة صريحة أو ضمنية، ولهذا ينقيد القاضي بتطبيق القانون المختار من قبل أطراف عقد الحوالة. ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ المستقر عليها في مجال حوالة الحق.

(١٣) تطبيقاً لذلك قضى في هذا الشأن بلن:

"Lorsque l'intention des parties contractantes sur le droit applicable n'est pas exprimée noir sur blanc, on doit la déduire des termes et de la nature du contrat ainsi que de l'ensemble des circonstances de la cause et c'est cette intention ainsi déduite qui déterminera le droit propre du contrat". V. l'arrêt dans l'affaire *Compagnie d'armement maritime* (1971) cité par: Alan Redfern et Martin Hunter, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, op. cit, p. 101. En même sens Cour de cassation française, 5 décembre 1910, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2e édition, Sirey, Paris, 1992, p. 84.

٣٢- وقد تم النص صراحة على هذا المبدأ في معاهدة روما المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية سنة ١٩٨٠، وهي المعاهدة المتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية<sup>(١٤)</sup>.

وقد أكد القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على حق الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق في مجال حوالة الحق. فوفقاً للمادة ١٤٥ من هذا القانون فإن القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة هو القانون المختار من قبل الأطراف<sup>(١٥)</sup>.

وقد أكدت محكمة النقض الإيطالية على مبدأ سلطان الإرادة في مجال حوالة الحق، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٧ نوفمبر ١٨٩٤ والذي قررت فيه أن "حوالة الحق، في العلاقة بين المحيل والمحال له، يحكمها قانون الدولة المجدد بواسطة رضاء الأطراف"<sup>(١٦)</sup>.

٣٣- ويمكن القول في النهاية أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال حوالة الحق يستند على أن عقد الحوالة يعتبر عقداً مستقلاً وقائماً بذاته عن العقد الأصلي الذي تم بين الدائن المحيل والمدين، الأمر الذي يبرر عدم خضوع عقد الحوالة بالضرورة لنفس القانون الذي يخضع له العقد الأساسي الذي يوجد المدين طرفاً به.

ب- استبعاد الإحالة:

٣٤- إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فهل يعني هذا الاختيار تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار أم تطبق قواعد تنازع

(١٤) تنص المادة ١/١٢ من معاهدة روما على أن:

"Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie".

(١٥) تنص في ذلك المادة ١٤٥ من القانون الدولي الخاص السويسري على أن:

"La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation".

(١٦) وقال لهذا الحكم فإن:

"La cession de créance, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, est réglée par la loi du pays où elle a été parfaite par le consentement des parties".

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

القوانين الوارد النص عليها في قانون هذه الدولة؟

إذا قلنا بانطباق قواعد تنازع القوانين وليس القواعد الموضوعية في القانون المختار، فإن هذه القواعد قد تحيل إلى قانون دولة أخرى للانطباق على النزاع. أما إذا قررنا تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار، فإن هذا يتضمن رفض الأخذ بفكرة الإحالة.

٣٥- من المسلم به أن الإحالة *le renvoi* لا تلعب أي دور في مجال قانون الإرادة. ذلك أنه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فمما لا شك فيه أن إرادتهم المشتركة تتجه نحو تطبيق القواعد الداخلية الموضوعية في القانون المختار وليس قواعد تنازع القوانين الواردة فيه، ومن ثم لا يمكن الأخذ بفكرة الإحالة في هذه الحالة إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على أن ما ينطبق في القانون المختار هي قواعد تنازع القوانين دون القواعد الموضوعية<sup>(١٧)</sup>.

وتنص في ذلك المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة ١٩٩٢ على أن "يطبق القانون المختار من جانب الأطراف مع استبعاد قواعد التنازع الواردة فيه، إلا في حالة وجود إرادة صريحة على خلاف ذلك من جانب الأطراف"<sup>(١٨)</sup>.

٣٦- ومع ذلك فإن بعض الفقه يذهب إلى ضرورة الأخذ بفكرة الإحالة. فوفقاً للفقهاء الفرنسي جولمان ينبغي التفرقة بين حالتين: تتعلق أولاهما باختيار القانون واجب التطبيق بواسطة الأطراف، وهنا لا يكون للإحالة أي دور. أما الحالة الثانية فإنها

(١٧) V. Ph. Fouchard: L'arbitrage commercial international, thèse, Dalloz, Paris, 1964, p. 363-364. H. Van Houte: la loi applicable a l'arbitrage commercial international. Revue de droit international et de droit compare, 1980, p. 295-296. Ch. Pachusanond: La loi applicable aux differends entre Etets et ressortissants d'autres Etats, thèse, Paris X, 1981, p. 83 et ss.

P. Mayer: Droit international prive, op. cit, p. 468. Y. Loussouarn et P. Bourel: Droit international prive, op. cit, p. 223.

(١٨) تند استبعاد الأخذ بالإحالة كذلك في معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، حيث قضت المادة ١٥ منها بأنه "عندما تنص هذه المعاهدة على تطبيق قانون دولة ما فإن المقصود هو أعمال القواعد القانونية السارية المفعول في هذه الدولة مع استبعاد قواعد القانون الدولي الخاص. انظر في تفصيل ذلك:

A. Kassis: Le nouveau droit europeen des contrats internationaux, op. cit, p. 479. Rapport Giuliano-Lagarde, op. cit, p. 37.

تتعلق بالحالة التي لا يحدد فيها قانون *lex contractus* من جانب الأطراف، وهنا يرى هذا الفقيه أنه "ليس هناك من سبب لرفض الأخذ بفكرة الإحالة في هذه الحالة، لأن القانون واجب التطبيق لا يركز في هذه الحالة على الإرادة المشتركة للطرفين" (١٩).

وفي نفس السياق يرى الفقيه السويسري لاليف أن استبعاد الأخذ بفكرة الإحالة يتضمن تقييداً لا مبرر له على مبدأ سلطان الإرادة (٢٠).

٣٧- ونحن نرى أن استبعاد الإحالة يعتبر أمراً منطقياً تماماً. فمن ناحية لا يمكن النظر إلى استبعاد الإحالة على أنه يتضمن تقييداً لا مبرر له لمبدأ سلطان الإرادة. ذلك أنه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فإنه من الطبيعي أن تنجس الإرادة المشتركة للمتعاقدين نحو القواعد الموضوعية في القانون المختار وليس إلى قواعد تنازع القوانين التي يحتمل مع الأخذ بها قبول فكرة الإحالة على قانون دولة أخرى. فليس في استبعاد الإحالة - إذن - أي تقييد لمبدأ سلطان الإرادة، بل إن استبعاد الإحالة هو الأمر الذي يتفق مع التفسير الطبيعي والمنطقي لإرادة الأطراف. ولا أدل على ذلك من أنه يمكن الأخذ بفكرة الإحالة إذا أراد الأطراف الخروج عن هذا الوضع الطبيعي بأن اتفقوا صراحة على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون المختار دون قواعده الموضوعية الداخلية.

ومن ناحية أخرى فنحن نرى أن مبدأ استبعاد الأخذ بفكرة الإحالة ينبغي الأخذ به بصفة عامة، فهو لا ينطبق فقط على الحالة التي يتم فيها تحديد قانون العقد بواسطة إرادة الأطراف وإنما ينطبق كذلك على الحالة التي يقوم فيها القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة. ذلك أن القاضي يلتزم في هذه الحالة بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين الوطنية التي تشير عليه بتطبيق قانون معين بذاته، أي القواعد الموضوعية من هذا القانون.

V.B. Goldman: Le droit applicable selon la convention de la BIRD du 18 mars (١٩) 1965. in colloque sur (les investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées), p. 148-149.

V. les observations de P. Lalive sur la Resolution de l'Institut de droit international. (٢٠) Annuaire de l'Institut, vol 64, tome I, 1991, p. 34.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن مشروع القانون الدولي الخاص لجامعة الدول العربية قد قبل الأخذ بفكرة "الإحالة من الدرجة الأولى"، ويقصد بها الإحالة التي تتم من القانون الأجنبي المختص بنظر النزاع على قانون القاضي المعروض عليه هذا النزاع<sup>(٢١)</sup>.

ج- مدى اشتراط وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المختار لحكمه:

٣٨- تعتبر مسألة وجود علاقة بين العقد والقانون المختار حكمه من المسائل الهامة التي ينبغي بحثها في مجال حوالة الحق.

٣٩- تجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص السويسري بعد أن نص على قواعد الإسناد العادية، نص في المادة ١/١٥ على أن "القانون واجب التطبيق الذي يتم تحديده وفقاً لنصوص هذا القانون (أي القانون السويسري) لا يتم، بصفة استثنائية، إعماله إذا تبين على ضوء ظروف الحال أن القضية لا ترتبط إلا بعلاقة ضعيفة مع هذا القانون، وأنه توجد علاقة أكثر توثقاً مع قانون آخر". ومع ذلك فإنه من الملاحظ أن الفقرة الثانية من نفس المادة أوضحت أن النص السابق لا ينطبق في مجال مبدأ سلطان الإرادة<sup>(٢٢)</sup>.

ولذلك فإن أغلب الفقه يرى أن الأطراف لهم كامل الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد حتى ولو كان هذا القانون لا يرتبط بأية علاقة مع موضوع النزاع.

ويلاحظ أنه حتى بالنسبة للرأي الذي يشترط وجود علاقة بين العقد والقانون المختار، فإنه توجد معايير مرنة بالنسبة لهذه العلاقة المطلوبة، حيث يمكن الاكتفاء على سبيل المثال بإحالة الأطراف على نصوص عقد نموذجي تم إعداده طبقاً لنصوص قانون معين حتى ولو كان هذا الأخير لا يرتبط مع العقد بعلاقة ما<sup>(٢٣)</sup>.

(٢١) انظر مشروع القانون الدولي الخاص الصادر عن جامعة الدول العربية منشوراً في:

Revue critique de droit international prive, 1984, p. 383.

(٢٢) انظر نص القانون الدولي الخاص السويسري منشوراً في:

Revue critique de droit international prive. 1988, p. 409.

(٢٣) انظر في هذا المعنى:

H. Batiffol: La loi appropriée au contrat, Mélanges Goldman. Librairies Techniques, paris. 1982, p. 4 et s.

٤٠- وتوجد مع ذلك بعض القوانين التي تستلزم حتماً ضرورة قيام الأطراف باختيار قانون على صلة وثيقة بالعلاقة التعاقدية. ويكرس قانون التحكيم الأسباني الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٨٨ هذا الوضع بطريقة واضحة، حيث تنص المادة ٦٢ منه على أن "يفصل المحكمون في النزاع طبقاً للقانون المختار صراحة من الأطراف، بشرط وجود علاقة ما بين هذا القانون والعقد المبرم بين الطرفين أو النزاع الناشئ عنه"<sup>(٢٤)</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن المنازعات الناشئة عن عقد حوالة الحق قد يتم إخضاعها لنظام التحكيم إذا احتوى عقد الحوالة على شرط تحكيم أو أبرمت مشاركة تحكيم في وقت لاحق لإبرام عقد الحوالة.

وفي نفس السياق فإنه أثناء المفاوضات التي سبقت إبرام معاهدة فيينا سنة ١٩٨٥ المتعلقة بالبيع الدولي، قدمت الولايات المتحدة الأمريكية اقتراحاً وفقاً له "إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، واتضح من الظروف أنه لا توجد رابطة معقولة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، قام القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لنص المادة الثامنة (وهي المادة المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة"<sup>(٢٥)</sup>.

وقد أصدرت محكمة النقص الفرنسية حكماً باستبعاد القانون واجب التطبيق المختار من قبل الأطراف معللة ذلك بأن تطبيق القانون السويدي لا يلائم العقد، لأن هذا القانون يجهل فكرة الاشتراط لمصلحة الغير"<sup>(٢٦)</sup>.

ولا شك أن الحكم السابق يوجه إليه النقد، لأنه كان من الواجب على المحكم

(٢٤) انظر نص قانون التحكيم الأسباني رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ والصادر في ٥ ديسمبر ١٩٨٨ منشوراً في :  
Revue de l'arbitrage, 1989, p. 352.

(٢٥) وقد قام الفقيه الأمريكي Reese بتفسير هذا الاقتراح مقررًا أن :

"Les Etats-Unis considerent qu'il est important de limiter un peu plus la liberte des parties de choisir la loi applicable: Il donne l'exemple d'un contrat ayant des facteurs de rattachement aussi bien avec l'Etat A qu'avec l'Etat B et illicite dans ces deux Etats. Si un tel contrat prevoit l'application de la loi de l'Etat C, dans lequel les activites sur lesquelles il porte sont licites, l'absence d'une disposition comme celle proposée par les Etats-Unis provoquerait des distorsions selon que le contrat serait soumis aux tribunaux des Etats A ou B, qui l'appliqueraient". V. la proposition des Etats-Unis in P. Lagarde: Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, tome 196, 1986, p. 61 et s.

V. Cour de cassation française, 22 Octobre 1974, cite par Batiffol. la loi appropriée"<sup>(٢٦)</sup>  
au contrat. op. cit. p. 7 et s.



..... عن حل ملائم للنزاع في النظام للقانوني للقانون المختار وفي السوابق القضائية التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من هذا النظام. وفي هذا الشأن يقرر الفقيه الفرنسي ماير "أن كل نظام قانوني تتضمن قواعده الحل لأي مشكلة قانونية مثارة"<sup>(٢٧)</sup>. كما يقرر العميد باتيفول، تعليقاً على قيام بعض المحكمين في الماضي باستبعاد قانون الدولة الأضعف في العلاقة، بأن "إذا كانت العملية التعاقدية ترتبط فعلاً بعلاقات وثيقة أو راجحة مع قانون إحدى الدول النامية، فليس من العدل استبعاد قانون تلك الدولة في غيبة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق"<sup>(٢٨)(٢٩)</sup>.

٤١- ونخلص من ذلك أن الاتجاه الحالي أن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق حتى ولو كان هذا القانون لا يرتبط مع العلاقة التعاقدية بصلة ما. ولهذا يمكن لأطراف عقد الحوالة اختيار القانون الخاص بأجدهم (قانون دولة الدائن المحيل - قانون دولة المحال له)، كما يمكنهم اختيار قانون آخر كأن يكون قانون المدين المحال عليه أو أي قانون آخر.

### المطلب الثاني

#### القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة

٤٢- من المستحسن أن نلقي الضوء أولاً على القواعد العامة السائدة في القانون الدولي الخاص في هذا الشأن (الفرع الأول)، ثم نقوم بتطبيق ذلك في مجال عقد حوالة الحق (الفرع الثاني).

V. Pierre Mayer: La distinction entre règles et decision et le droit international (٢٧) prive. Dalloz, Paris, 1973, p. 69.

Batiffol: La loi appropriée au contrat, op cit, p. 8 et s. (٢٨)

(٢٩) قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر سنة ١٩٨٠ باستبعاد تطبيق القانون الفرنسي نظراً إلى أنه لا يرتبط مع العقد بصلة وثيقة. ورداً على إدعاء الشركة الفرنسية بأن تطبيق القانون التايلاندي في هذه القضية لا يتلاءم مع العقد قررت المحكمة أن :

"La loi thaïlandaise a fait l'objet d'une codification, que la responsabilité de l'entrepreneur de travaux, comme la prescription de l'action en garantie sont régies par différents articles du code civil et commercial thaïlandais qui sont clairs et précis et ne présentent aucune difficulté majeure d'interprétation". V. Cour d'appel de Paris, 22 Septembre 1980. Clunet, 1980. p. 585. note Ph. Kahn.

## الفرع الأول

## القواعد العامة لتحديد القانون واجب التطبيق

## في غيبة قانون الإرادة

٤٣- في غيبة قانون الإرادة فإن الوضع، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، يكون في غاية السهولة أمام القاضي الوطني، حيث يقوم بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في قانون دولته. ومن الملاحظ هنا اختلاف القواعد التي يتم الأخذ بها من دولة إلى أخرى:

- فهناك من الدول من تأخذ بنظام إسناد يتسم بالجمود والصرامة *un système de rattachement rigide*، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإيطالي في الفترة السابقة على دخول معاهدة روما، المبرمة سنة ١٩٨٠ والخاصة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، حيز التنفيذ. فوفقاً للمادة ٢٥ من القانون المدني الإيطالي فإن الالتزامات الناشئة عن العقد تخضع لقانون جنسية كل من الطرفين في حالة اتحاد الجنسية، ولقانون مكان إبرام العقد في حالة اختلاف الجنسية، وذلك إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة أخرى. وقد أخذ القانون المدني المصري في المادة ١٩ بنفس الحلول في غيبة قانون الإرادة، وإن كان قد تبني معيار الإسناد *le critère de rattachement* الخاص بالمواطن المشترك بدلاً من معيار الجنسية المشتركة الذي تبناه القانون الإيطالي<sup>(٣٠)</sup>. وفي نفس الاتجاه نصت المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري على تطبيق قانون مكان إبرام العقد إذا لم يتفق الأطراف على اختيار قانون دولة أخرى.

يتضح من العرض السابق أن هذا الاتجاه يأخذ بنظام إسناد مزدوج الجانب. فيوجد إسناد أساسي *rattachement principal* لقانون الإرادة الذي يقوم المتعاقدين بتحديدده، كما يوجد إسناد مساعد *rattachement subsidiaire* لا يتم اللجوء إليه إلا

(٣٠) من الملاحظ أن مشروع القانون الدولي الخاص لجامعة الدول العربية قد تبني نص المادة ١٩ من القانون المدني المصري في هذا الشأن. فوفقاً للمادة ٨٠ من هذا المشروع فإنه يسري على الشروط الموضوعية والشكلية للالتزامات التعاقدية قانون المواطن المشترك للمتعاقدين، وإذا لم يكن المواطن مشترك فإن قانون دولة إبرام العقد هو الذي يسري. كل هذا ما لم يتبين أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق قانون دولة أخرى.

إذا تبين تخلف الإسناد الرئيسي وهو الإسناد لقانون الموطن المشترك (أو قانون الجنسية المشتركة) أو قانون مكان إبرام العقد.

وإذا كان هذا النظام للإسناد يتميز بأنه نظام معروف على وجه التحديد مقدماً، إلا أن إعماله قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة. ويرجع ذلك إلى أنه توجد عناصر أخرى للإسناد أكثر أهمية من مكان الإبرام كما هو الحال بالنسبة لمكان التنفيذ *lex loci executionis*.

- كما أنه يوجد اتجاه آخر وفقاً له يقوم القاضي، في غيبة قانون الإرادة، بالبحث عن القانون الذي يرتبط بعلاقة وثيقة مع العقد. وإذا كان نظام الإسناد الحالي يتسم بالمرونة ويؤدي في غالب الأحوال إلى نتائج أكثر عدالة من نظام الإسناد الجامد سالف الذكر، إلا أن إعماله على نحو دقيق يتطلب أن يبذل القاضي جهداً كبيراً في التعرف على قوانين الدول التي ترتبط مع العقد بعلاقة ما بهدف التوصل إلى قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية. وهذا هو نظام الإسناد المتبع في القانون الفرنسي والقانون السويسري، حيث يترك للقاضي أمر تحديد القانون واجب التطبيق، على ضوء عناصر الإسناد المتوفرة أمام القاضي مثل مكان الإبرام، مكان التنفيذ ... الخ.

### الفرع الثاني

#### القانون واجب التطبيق على عقد حوالة الحق

##### في غيبة قانون الإرادة

٤٤- يمكن تصور إخضاع حوالة الحق، في غيبة قانون الإرادة لأحد قانونين: الأول هو قانون الحق المحال وهو ما يعتبر تطبيقاً لمبدأ الإسناد الجامد، القانون الثاني هو قانون موطن المدين بالأداء المتميز في العقد وهو ما يعتبر إعمالاً لمبدأ الإسناد المرن.

#### أ) إخضاع حوالة الحق لقانون الحق المحال:

٤٥- نتعرض في هذا الشأن على التوالي للحديث عن مدلول خضوع عقد حوالة الحق لقانون الحق المحال، الحجج التي قيل بها لإخضاع العقد لقانون الحق المحال، وكذلك الانتقادات الموجهة ضد تطبيق قانون الحق المحال.

## ١ - مدلول إخضاع حوالة الحق لقانون المحال:

٤٦- اتجه الرأي السائد قديماً إلى إخضاع عقد حوالة الحق في غيبة قانون الإرادة إلى القانون الذي يحكم الحق المحال ذاته. وقد حرصت بعض القوانين على النص على هذا المبدأ صراحة، كما هو الحال في القانون السويسري<sup>(٣١)</sup> والقانون النمساوي<sup>(٣٢)</sup>.

ولكن علينا قبل كل شيء أن نحدد المقصود بقانون الحق المحال *la loi de la créance cédée*، فهل يعني ذلك القانون الذي يحكم الحق منظوراً إمكان تمركز هذا الأخير على غرار الأموال المنقولة والأموال العقارية، أم أن المراد بقانون الحق المحال الرجوع للقانون الذي يحكم مصدر هذا الحق؟

- يذهب البعض في هذا الشأن إلى القول بأن الحق - وإن كان شيئاً غير مادي *bien mobilier incorporel* - يمكن أن يتم تركيزه في مكان معين وذلك بالنظر إلى المكان الذي يتوطن به الدائن أو المدين. ويعني هذا أن الحقوق *les créances* يمكن تركيزها في شخص الدائن أو في شخص المدين.

ويتجه أغلب الفقه في هذا الشأن إلى تغليب موطن المدين على موطن الدائن، وهكذا فإن قانون الحق المحال يعني هنا إخضاع حوالة الحق إلى قانون الدولة التي يتواجد بها موطن المدين وليس موطن الدائن.

ويستند تغليب موطن المدين على عدة اعتبارات منها: أن الحق تكون له قيمته في المكان الذي يتوطن به المدين، كما أن موطن المدين هو المكان الذي يتوجه إليه الدائن لاقضاء حقه، وهو المكان المعتبر في نطاق قواعد الاختصاص القضائي عندما يعجز

(٣١) تنص في ذلك المادة ١/٤٥ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن :

“La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation”.

(٣٢) وفقاً للمادة ٤٥ من القانون النمساوي الصادر سنة ١٩٧٨ فإن :

“Un acte dont les effet dépendent logiquement d'une obligation existante est régi par les règles matérielles de l'Etat dont les règles matérielles sont applicables à l'obligation”.

قد استثنى هذا القانون حوالة الحق من الخضوع لهذا النص المتقدم، وبالتالي فإن الحوالة تخضع لقانون الحق لمحال.

الدائن عن اقتضائه بصورة ودية، كما أن تصرف المدين هو الذي يحدد قيمة الحق بالنظر إلى مدى يساره وبالنظر إلى حسن نيته في الوفاء<sup>(٣٣)</sup>.

وعلى حين يتجه الرأي الغالب إلى تغليب قانون موطن المدين على قانون موطن الدائن في هذا الخصوص، يذهب رأي مرجوح إلى الاعتراف بموطن الدائن استناداً إلى أن الحق يتركز وفقاً لهذا الرأي عند الدائن. فالحق ليست له أية قيمة إلا في ذمة ومالية الدائن، ولهذا فإن موطن الدائن هو الذي يؤخذ به في شأن تحديد القانون الذي يحكم الحق.

- على أن الخلاف السابق حول الاعتراف بقانون موطن الدائن أو قانون موطن المدين قد تم تجاوزه لدى البعض لأنه وفقاً لهم فإن القانون الواجب التطبيق على حوالة الحق ليس القانون الذي يحكم الحق وإنما القانون الذي يحكم مصدر هذا الحق *la loi de la source*. فإذا كان الحق مصدره عقد وجب الرجوع إلى قانون العقد *la lex contractus*، وإذا كان الحق يجد مصدره في المسؤولية التقصيرية وجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم هذه المسؤولية *la lex delicti*.

ووفقاً لهذا الاتجاه الجديد إن لا يوجد إسناد إلى قانون موطن المدين أو قانون موطن الدائن بصفة آلية، وإنما يرجع إلى القانون الذي يحكم مصدر الحق. وهكذا يوجد معيار للإسناد يتسم بالعمومية والتجريد *un rattachement abstrait* بغض النظر عن الاعتبار المكاني أو الجغرافي الذي يمثل موطن الدائن أو المدين.

ويستند هذا الاتجاه إلى رفض تشبيه الحقوق *les créances* بالأموال المنقولة *les biens corporels*، فالحقوق لها طابع شخصي ولا يمكن أن تتواجد إلا بالنظر إلى القانون الذي يحكم أصل الحق، ولهذا فإن إسناد هذه الحقوق إلى قانون موطن المدين ليس إلا حيلة عديمة المعنى والقيمة.

٤٧- ويعتبر هذا الاتجاه هو الغالب في الوقت المعاصر، فمن الشائع إسناد الحقوق إلى القانون الذي يحكم مصدرها.

(٣٣) انظر في هذا المعنى:

ويمكن القول في واقع الأمر أن التطور الذي لحق بقواعد تنازع القوانين قد أسهم إلى حد كبير في إخضاع الحقوق لقانون مصدرها. ذلك أن منهج قاعدة التنازع المزدوجة الجانب قد لاقى هجوماً شرساً من جانب الدول الأنجلوأمريكية متهمين هذا المنهج بالجمود. وهذا الجمود ناتج عن اتصاف قاعدة التنازع بالطابع التجريدي الحيادي الذي لا يأخذ في الاعتبار محتوى أو مضمون القوانين ذات الصلة بالنزاع، ولهذا انتقدت قاعدة التنازع بأنها قاعدة آلية وعمياء *une règle mécanique et aveugle*.

ولهذا فإنه في مجال حوالة الحق، فإنه بدلاً من إسناد الحقوق إلى قانون موطن الدائن أو المدين، وجدت عوامل أخرى للإسناد أكثر واقعية حيث تربط بين الحق ومصدر هذا الحق، ومن هنا كان تبني قاعدة إخضاع الحقوق لقانون مصدرها.

ومن الملاحظ في هذا الشأن أن عناصر الإسناد كان ينظر إليها في عهد سافيني على أنها عوامل أو عناصر ذات طبيعة مادية أساساً، بمعنى أن العلاقة أو الرابطة القانونية ترتبط مادياً بإقليم دولة ما عن طريق توطن أحد أطراف العلاقة في هذا الإقليم مثلاً، كما كان الاتجاه قديماً في شأن القانون واجب التطبيق على الحقوق. أما الآن فليس بالضرورة أن تكون عناصر الإسناد ذات طبيعة مادية فيمكن أن تكون عناصر أكثر تجريداً<sup>(٣٤)</sup>، كما هو الحال بالنسبة لإسناد الحقوق إلى قانون مصدرها سواء كان ذلك عقد أو غيره. فإذا كان العقد هو مصدر الحق فإن هذا الأخير يخضع للقانون المختار من قبل أطراف العقد، ومن الواضح هنا أننا إزاء عنصر للإسناد لا يتسم بالطابع المادي.

## ٢- مبررات إخضاع حوالة الحق لقانون الحق المحال:

٤٨- انتهىنا فيما سبق إلى أن المقصود بقانون الحق المحال هو القانون الذي يحكم مصدر الحق، وليس قانون موطن المدين أو الدائن. وهذا القانون الذي يحكم الحق هو ذاته الذي يحكم عقد حوالة الحق، طالما تبين للقاضي عدم وجود قانون مختار من قبل أطراف عقد الحوالة.

(٣٤) انظر في هذا المعنى:

وتوجد العديد من الأسباب التي تبرر إخضاع عقد حوالة الحق إلى قانون الحق المحال منها:

- أن من شأن ذلك توحيد القانون واجب التطبيق على العملية القانونية المكونة من ثلاثة أطراف. فعملية الحوالة تتضمن ثلاثة أطراف: الدائن المحيل والدائن المحل له والمدين المحال عليه. أما عقد الحوالة بالمعنى الدقيق فهو لا يتضمن سوى طرفين هما المحيل والمحال له. فإذا قلنا أن عقد الحوالة يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الحق لما أمكن تحقق وحدة القانون واجب التطبيق على عملية الحوالة بالمعنى الواسع. ولهذا فإن إخضاع عقد الحوالة لقانون الحق المحال (قانون مصدر الحق) من شأنه تحقيق وحدة القانون واجب التطبيق في هذا الشأن.

- كما أن من شأن إخضاع عقد الحوالة إلى قانون الحق المجال مراعاة فكرة المتوقع المشروع للأطراف. فمما لا شك فيه أن هؤلاء الأخيرين لن تكون لديهم أية مفاجأة - في غيبة قانون الإرادة - عندما يعلموا أن القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة هو القانون الذي يحكم الحق المحال.

- وعلاوة على ذلك فإنه توجد رابطة وثيقة بين عقد حوالة الحق والعقد الأصلي المتعلق بالحق ذاته. فالعقد الأول لم يكن ليوحد لولا أن العقد الأصلي قد أبرم من قبل وهو العقد المتعلق بالحق ذاته. وطالما أن توجد مثل هذه العلاقة الوثيقة فإن النتيجة الحتمية هي وحدة القانون واجب التطبيق على العملية برمتها، ولذا فإن القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي يمتد أثره ليحكم الحوالة التي قد تتعلق بالحق محل هذا العقد الأصلي. على أنه من الملاحظ أن هذه الحجة تخص فقط حوالة الحق ذات المصدر التعاقدية ولا تتعلق بغيرها.

## ٢- الانتقادات الموجهة لإخضاع حوالة الحق إلى قانون الحق المحال:

٤٩- على الرغم من المبررات الوجيهة التي قيل بها في شأن إخضاع عقد حوالة الحق إلى القانون الذي يحكم الحق الأصلي فإن هناك عدة انتقادات أدت إلى الحد من إطلاق أعمال قانون الحق المحال أهمها:

- أن من شأن أعمال قانون الحق المحال بصفة عامة ودون قيود الإخلال بتناسق الحلول الواجب اتباعه في مجال القانون الدولي الخاص. ذلك أن هناك بعض الحالات التي يصعب فيها قبول تطبيق قانون الحق الأصلي على عقد حوالة الحق. كما أنه

لوحظ انه في الحالة التي تتم فيها الحوالة على مجموعة من الحقوق *la transmission d'une masse de créances* فإن إخضاع كل حوالة لقانون الحق المتعلقة به من شأنه الإخلال بوحدة عمليات الحوالة المجمعة على هذا النحو وذلك لأن كل حوالة ستخضع لقانون مختلف عما تخضع له الحوالات الأخرى.

ففي مثل هذه الفروض تتعلق الحوالة بمجموعة من الحقوق وليس بحق منفرد. في هذه الحالة من شأن تطبيق القانون الذي يحكم مصدر الحق تعدد القوانين المطبقة بتعدد مصادرها مما يؤدي إلى الإخلال الصارخ بالتوقع المشروع للأطراف.

- إن القول بإخضاع الحوالة إلى قانون الحق الأصلي بحجة وجود ارتباط بينهما أمر نسبي ولا يمكن تعميمه. ذلك أن هذا الارتباط يوجد فقط إذا كانت الحوالة ذات مصدر تعاقدية، حيث توجد رابطة وثيقة بين عقد الحوالة الأصلي الذي يحكم الحق المحال. أما إذا كان الأمر يتعلق بحوالة حق غير تعاقدية *une cession de créance délictuelle* فلا يوجد مثل هذا الارتباط ولا يوجد بالتالي ما يبرر تطبيق قانون الحق المحال.

على أنه من الملاحظ أن هذا النقد كان أمراً مقبولاً في الماضي عندما كان يراد بقانون الحق المحال القانون الذي يحكم الحق ذاته، أي قانون موطن المدين أو موطن الدائن على الخلاف الذي تحدثنا عنه من قبل. أما الآن فقد ذكرنا أن المقصود بقانون الحق المحال هو القانون الذي يحكم أصل الحق؛ فإذا كان العقد هو مصدر الحق طبق قانون العقد الأصلي على عقد الحوالة، وإذا كان الحق يجد مصدره في عمل غير مشروع مثلاً ترتب عليه ضرر فإن قواعد المسؤولية التقصيرية هي مصدر الحق هنا. فإذا تمت حوالة هذا الحق غير العقدي فإن الرجوع إلى القانون الذي يحكم مصدر الحق *la lex delicti* يعتبر أمراً منطقياً في هذه الحالة.

واستناداً إلى ما تقدم يمكن القول بأن إخضاع عقد حوالة الحق إلى القانون الذي يحكم مصدر الحق المحال قد أدى إلى تحقيق تناسق في الحلول في مجال القانون الدولي الخاص. ويمكن بالتالي استبعاد الحجة التي قيل بها في دحض هذا التناسق.

- كما أنه توجد حالة يستحيل فيها إخضاع عقد حوالة الحق للقانون الذي يحكم مصدر هذا الحق، وتتعلق هذه الحالة بالحوالة التي تتعقد بالنسبة لحق يوجد في المستقبل *la cession de créance future*. في هذه الحالة لا يمكن تطبيق قانون الحق المحال، إذ إن الحق لم يتولد بعد ولا يمكن معرفة مصدره وقت عقد الحوالة.



ولذا فلا مناص هنا من إخضاع الحوالة إلى قانون مستقل عن القانون الذي يحكم الحق المحال. وغني عن البيان أن الحوالة التي تتعلق بحق يحتمل تواجده في المستقبل، هذه الحوالة تعد أمراً مشروعاً بشرط أن يكون في المستطاع تحديد هذا الحق المستقبلي بطريقة كافية<sup>(٣٥)</sup>.

- ويقرر البعض كذلك أن إخضاع الحوالة إلى القانون الذي يحكم الحق المحال لا يراعى التوقع المشروع لطرفي عقد الحوالة. على أن هذه الحجة ليست حاسمة في واقع الأمر. ويرجع ذلك إلى ما سبق أن ذكرناه من وجود صلة ارتباط وثيقة بين عقد الحوالة والعقد الأصلي مما يبرر إخضاعهما لقانون واحد، ومما لا يجعل معه وجود أية مفاجأة بالنسبة لأطراف عقد الحوالة.

على أن البعض يرى أن هناك حالات لا توجد فيها رابطة ما بين الحوالة والعقد الأصلي. من ذلك حالة قيام شخص يحمل الجنسية المصرية بعمل هبة لزوجته التي تحمل ذات الجنسية. فإذا كانت الهبة تتعلق بحق للواهب يخضع لقانون دولة أخرى ولنفترض أنه القانون الفرنسي، فإن إخضاع عقد الحوالة للقانون الفرنسي - بوصفه القانون الذي يحكم مصدر الحق - من شأنه الإخلال بفكرة التوقع المشروع لأطراف عقد الحوالة<sup>(٣٦)</sup>.

ومع ذلك فإنه من الملاحظ أنه - باستثناء بعض الحالات النادرة - في غالب الأحوال توجد صلة وثيقة بين عقد الحوالة والعقد الأصلي. ومن الطبيعي أن تؤخذ الأحكام على الحالات الغالبة وليست النادرة، ومن ثم تكون القاعدة هي إخضاع حوالة الحق للقانون الذي يحكم العقد الأصلي مع إمكانية البحث عن حلول أخرى لبعض الحالات الخاصة.

(٣٥) هذا هو ما يستفاد من الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي، من قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية حديثاً بتاريخ ٢٠ مارس ٢٠٠١ والذي وفقاً له:

“Les créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat. sous la réserve de leur suffisante identification”. V. Irène Goaziou: Validité conditionnelle des cessions de créances éventuelles consenties à titre de garantie. La Semaine Juridique, édition générale, n° 31-35. 31 Juillet 2002, p. 1462 et s.

(٣٦) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p 79.

**ب) إخضاع حوالة الحق لقانون موطن المدين بالأداء المتميز في العقد:**

٥٠- يعتبر إخضاع حوالة الحق للقانون الذي يحكم مصدر هذا الحق من قبيل الإسناد الجامد. وقد أسهمت الانتقادات السابقة في ضرورة البحث عن حلول أخرى في مجال القانون واجب التطبيق على عقد حوالة الحق. ويمكن القول بأن إخضاع حوالة الحق إلى قانون موطن المدين بالأداء المتميز في العقد يعتبر من قبيل الإسناد المرن، فهو ليس قاعدة واحدة في جميع الحالات كما سنرى.

ومن المستحسن في هذا الشأن لبيان حقيقة هذا المعيار أن نتعرض على التوالي لتحديد مبدأ إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء أو الالتزام المميز للعقد، ثم ننقل لتحديد المقصود بالأداء المتميز في العقد ولبيان مدى تحقيق معيار الأداء المميز لمبدأ تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، ثم نتعرض لدور وقيمة هذا المعيار في مجال عقد حوالة الحق.

**١- مبدأ تطبيق قانون موطن المدين بالأداء المميز للعقد:**

٥١- تستند قاعدة تنازع القوانين في غيبة قانون الإرادة على فكرة الأداء أو الالتزام المميز في العملية التعاقدية. وقد تم تبني هذا المعيار لتحديد القانون واجب التطبيق في معاهدة روما المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية سنة ١٩٨٠ والتي تتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية.

وقد تناولت المادة الثالثة من المعاهدة الحالة التي يعبر فيها الأطراف عن الحق الممنوح لهم في اختيار القانون واجب التطبيق، وقررت أن العقد يحكم في هذه الحالة بقانون الإرادة.

أما المادة الرابعة من المعاهدة فقد تناولت الحالة التي لا يقوم فيها الأطراف بتحديد القانون واجب التطبيق. ويمكن تقسيم المبادئ المقررة في المادة الرابعة على النحو التالي:

- في غيبة قانون الإرادة وضعت المعاهدة مبدأ عاماً يعتبر من قبيل التوجيهات العامة أكثر من كونه قاعدة تنازع محددة المضمون. وقد ورد النص على هذا المبدأ العام في الفقرة الأولى من المادة الرابعة، والتي وفقاً لها يخضع العقد - في غيبة

قانون الإرادة - لقانون الدولة الأكثر اتصالاً بالعقد<sup>(٣٧)</sup>.

- ومن أجل تحديد مضمون للمبدأ العام السابق فإن الفقرة الثانية من المادة الرابعة قد وضعت قرينة مؤداها أن قانون الدولة الأكثر اتصالاً بالعلاقة هو قانون الدولة التي يتواجد بها، وقت إبرام العقد، موطن المدين بالالتزام الرئيسي للمميز للعقد. وعن الواضح أن نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة قد أخذ بمعيار الأداء المميز للعقد على هذا النحو<sup>(٣٨)</sup>.

- على أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية ليست إلا قرينة بسيطة تهدف منها مساعدة القاضي على تركيز العقد في قانون دولة ما. إلا أنه يمكن للقاضي العدول عن تطبيق القانون الذي تنصي به هذه القرينة إذا تبين للقاضي أن العقد يتصل مع قانون دولة أخرى بصلة أكثر توثقاً من تلك التي تتواجد بين العقد وقانون دولة موطن المدين بالأداء المتميز في العقد. في هذه الحالة يتم العدول عن تطبيق هذا القانون الأخير لصالح القانون الأكثر صلة بالعقد. كما أن الحل ذاته يكون مقبولاً أيضاً وهو استبعاد قانون موطن المدين بالأداء المميز إذا تعذر على القاضي تحديد الأداء المميز للعقد (المادة ٥/٤)<sup>(٣٩)</sup>.

٥٢- وعلى مستوى القوانين الوطنية يعتبر القانون الدولي الخاص السويسري هو أول من تبني معيار الأداء المميز للعقد كمعيار لتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة

(٣٧) تنص المادة ١/٤ من معاهدة روما على أن :

“Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays”.

(٣٨) وفقاً لنص المادة ٢/٤ من معاهدة روما فإن :

“Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale”.

(٣٩) تنص المادة ٥/٤ من معاهدة روما على أن :

“L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays”.

قانون الإرادة<sup>(٤٠)</sup>. وعن القانون السويسري أخذت معاهدة روما بنفس الأحكام في هذا الشأن. كما أخذت بعض القوانين الأخرى بنفس القاعدة كالقانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة ١٩٨٦ والقانون الدولي الخاص التركي الصادر سنة ١٩٨٢ والقانون الدولي الخاص المجري الصادر سنة ١٩٧٩<sup>(٤١)</sup>.

## ٢- المقصود بالأداء المتميز في العقد:

٥٣- وفقاً للتقرير المتعلق بالتعليق على نصوص معاهدة روما فإن الأداء المتميز للعقد هو "الالتزام الأساسي الذي يتم دفع الثمن من أجله".

ويعتبر معيار الأداء المتميز للعقد بمثابة قرينة تهدف إلى وضع المعيار الأساسي موضع التنفيذ. والمعيار الأساسي هو تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالعقد *la loi la plus en relation avec le contrat*. ومؤدى ذلك أن معاهدة روما قد وضعت قرينة مؤداها أن القانون الأكثر صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يقيم بها المدين بالالتزام الأساسي في العقد، وهو الالتزام الذي في مقابلة يلتزم الطرف الآخر بدفع الثمن المتفق عليه.

ووفقاً للتقرير المتعلق بالمعاهدة فإن معيار الأداء المتميز للعقد يتميز بتركيز الإسناد في مجال العقود على عوامل وعناصر داخلية متعلقة بالعملية التعاقدية ذاتها، وليس استناداً إلى عناصر خارجية كتلك المتعلقة بالجنسية أو مكان إبرام العقد<sup>(٤٢)</sup>.

(٤٠) تنص المادة ١١٧ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن :

1- A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

2- Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement".

(٤١) انظر في هذا المعنى : الدكتور / أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ١١٠٤ وما بعدها.

(٤٢) وفقاً لتقرير معاهدة روما لكل من الأستاذ الفرنسي Lagarde والأستاذ الإيطالي Giuliano فإن :

"La soumission du cotrat, en l'absence de choix des parties, à la loi de la prestation caractéristique permet en effet de concrétiser le rattachement du contrat de l'intérieur et non de l'extérieur par des éléments qui ne sont pas en relation avec l'essence de l'obligation, tels que la nationalité des contractants ou le lieu de conclusion". V. Mario Giuliano et Paul Lagard: Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Journal officiel des Communautés Européennes, n° C 282. 1980 p. 20.

وهكذا فإنه وفقاً لمعيار الأداء المتميز للعقد يتم تحديد هذا الأداء المميز بحسب نوع كل عقد على حدة. ففي عقد البيع مثلاً يلتزم المشتري بدفع الثمن في حين يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع، فالالتزام الرئيسي هو التزام البائع لأنه الالتزام المميز للعقد والذي في مقابله يتم دفع الثمن المتفق عليه، ومن ثم يخضع عقد البيع لقانون دولة مقر إقامة البائع. وإذا تعلق الأمر بعقد إيجار فإن التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر هو الالتزام الرئيسي، ومن ثم فإن العقد يخضع في غيبة قانون الإرادة لقانون الدولة التي يقيم بها المؤجر وهكذا.

### ٣- مدى تحقيق معيار الأداء المميز للمبدأ العام المتعلق بتطبيق القانون الأكثر

صلة بالعقد:

٥٤- غلبت معاهدة روما على هذا النحو معيار الأداء المميز للعقد على معيار آخر وهو مكان تنفيذ العقد. وفي حقيقة الأمر فإن بعض الآراء قد ذهبت - أثناء المفاوضات المتعلقة بمعاهدة روما - إلى إسناد العقد في غيبة قانون الإرادة إلى قانون دولة التنفيذ.

وقد تم تفضيل قانون موطن المدين على قانون دولة تنفيذ العقد في تحديد الأداء المميز للعقد ومن ثم في تحديد القانون واجب التطبيق. على أنه لا يوجد أي تبرير منطقي في إجراء هذا التفضيل. وإذا قمنا بالرجوع إلى التقرير المتعلق بمعاهدة روما فإننا نجد أنه يقرر فقط أنه لتحديد الأداء المميز للعقد فإنه من الطبيعي أن تكون الدولة التي يقيم بها المدين بالأداء المميز مفضلاً على مكان أو دولة التنفيذ.

٥٥- ومن الملاحظ أنه منذ عهد سافيني فإن مكان تنفيذ الالتزام يعتبر أمراً حاسماً في تحديد القانون واجب التطبيق باعتبار أنه المكان الذي يتركز فيه المقر الحقيقي *le véritable siège* للرابطة القانونية المتعلقة بالعقد. ويبرر البعض تفضيل مكان تنفيذ الالتزام بأنه معيار عملي وسهل التحديد، حيث يمكن بصفة أكيدة تحديد مكان أو دولة تنفيذ العقد. وقد عبر الأستاذ الفرنسي باتيفول عن رأيه سنة ١٩٧٥ في أن تبنى المعاهدة معيار مكان التنفيذ كمعيار لتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة.

على أن تبنى معيار مكان التنفيذ تكتفه بعض الصعوبات، حيث يتعذر في بعض الحالات تحديد مكان التنفيذ كما أن تنفيذ الالتزام قد يتم في عدة دول في ذات الوقت.

٥٦- ووفقاً لرأي الأستاذ الفرنسي لاجارد - وهو أحد معدي معاهدة روما - فإن تفضيل معيار الأداء المميز للعقد على مكان التنفيذ كان لأمرين هما: الأول لاعتبارات عملية فقد يصعب تحديد مكان تنفيذ الالتزام كما هو الحال إذا تعلق العقد ببيع بضائع تنتقل من دولة إلى أخرى فهل يعتد لتحديد مكان التنفيذ بالدولة التي تصدر منها البضائع أم بالدولة التي تصل إليها؟ في حين أن معيار الأداء المميز يتسم بالسهولة في التحديد في غالبية الأحوال. أما السبب الثاني لتفضيل مكان الأداء المميز فهو أن تركيز العقد في الدولة التي يقيم بها المدين بالأداء المميز يتفق مع فكرة التوقع المشروع للأطراف *l'attente légitime des parties*<sup>(٤٣)</sup>.

٥٧- ونحن نرى أن كل من معيار الأداء المميز للعقد ومعيار مكان تنفيذ الالتزام لا يمكن تطبيقه بصفة عامة في جميع الحالات. فالعبرة هي بكون هذا المعيار أو ذاك محققاً لمبدأ التوصل إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالرابطة القانونية أي الدولة التي تتركز فيها الرابطة بصفة فعلية.

- وإذا كان من الممكن تحديد دولة التنفيذ في غالبية الحالات، إلا أنه في بعض الحالات النادرة قد يصعب تحديد مكان التنفيذ، كما أن التنفيذ قد يتوزع بين العديد من الدول.

- وإذا كان في الإمكان تطبيق معيار الأداء المميز للعقد في غالبية الحالات، إلا أنه يصعب إعماله في بعض الحالات، حيث يتعذر تحديد الأداء المميز للعقد.

واستناداً إلى ما تقدم فإن كل من المعيارين السابقين لا يعد مطلقاً في التطبيق من الناحية العملية. ومع ذلك فإننا نميل إلى تطبيق معيار مكان تنفيذ الالتزام، لأن العملية التعاقدية تتركز مادياً في دولة التنفيذ، ولذا فإن تطبيق قانون هذه الدولة يعد أمراً منطقياً ويتفق مع إسناد العلاقة إلى القانون الأكثر صلة بالعلاقة<sup>(٤٤)</sup>. ومن هنا يكون

(٤٣) انظر في تفصيل ذلك :

Antoine KASSIS : Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op cit, p. 300 et ss.

(٤٤) لذلك فإن القانون المصري على الرغم من عدم تبنيه لمعيار مكان التنفيذ في مجال العقود إلا أنه لم يأخذ بمعيار الأداء المميز للعقد، وفضل الأخذ بمعايير محددة وهي على التوالي الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد. وتنص في ذلك المادة ١/١٩ من قانون المدني المصري على أن : يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد.

المبدأ العام هو إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون دولة التنفيذ في غيبة قانون الإرادة، ويكون هذا هو المبدأ العام مع إمكانية قيام القاضي باستبعاده في بعض الحالات الاستثنائية التي يتضح له فيها ارتباط العقد بصلة أكثر توتقاً مع قانون دولة أخرى.

ولا شك أن الأخذ بقانون دولة التنفيذ من شأنه مراعاة مصلحة أطراف العقد كما أنه يراعى كذلك مصلحة الغير. ذلك أن تطبيق قانون دولة التنفيذ لا توجد فيه أية مفاجأة للأطراف، لأن العملية التعاقدية تُركز مادياً في المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام فهو المكان الذي تتحقق به النتيجة والثمرة من إبرام العقد. كما أن أعمال هذا القانون من شأنه احترام مصلحة الغير الذي قد يكون قد اكتسب حقاً ما في دولة التنفيذ وذلك ناتج عن أن دولة التنفيذ هي الدولة التي يمكن للغير أن يعرفوا فيها بالعقد المترکز في هذه الدولة.

وننتهي مما تقدم إلى القول بأن تحقيق المبدأ العام للمعاهدة وهو تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة إنما يكون بتطبيق قانون دولة التنفيذ كمعيار عام يطبق في غيبة قانون الإرادة. فلو تعلق الأمر مثلاً بعقد استخراج بترول مبرم بين شركة فرنسية يوجد مركز إدارتها الرئيسي في باريس بينما يتم تنفيذ العقد في مصر، فإن أعمال معيار الأداء المميز للعقد سيقود إلى تطبيق القانون الفرنسي لأنه قانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد "مقر الشركة الفرنسية"، في حين أن تطبيق قانون دولة التنفيذ سيقود إلى تطبيق القانون المصري باعتبار أن تنفيذ العقد يجري بها. وغني عن البيان أن الاعتداد هنا بقانون دولة التنفيذ يعد محققاً أكثر من غيره لمبدأ إسناد العلاقة للقانون الأكثر صلة بها. ولهذا فإننا نجد أن معاهدة روما ذاتها قد أتاحت للقاضي إمكانية عدم تطبيق قانون موطن المدين بالأداء المميز للعقد إذا تبين له ارتباط العلاقة بصلة أكثر توتقاً مع قانون دولة أخرى. وهو الأمر الذي يعني أن واضعي المعاهدة أنفسهم لديهم شكوك في أن يكون معيار الأداء المميز هو الذي يسند للعقد للقانون الأكثر صلة به.

#### ٤- معيار الأداء المميز في مجال عقد حوالة الحق:

٥٨- رأينا أن معيار الأداء المميز يتحصل في تطبيق قانون موطن المدين بالالتزام المميز للعقد، أي قانون موطن الشخص الذي يقع عليه الالتزام الذي يقابله التزام الآخر بدفع الثمن.

وفي مجال حوالة الحق يمكن القول بأن الأداء المميز هو قيام الدائن المحيل بنقل الحق إلى الدائن المحال له نظير المقابل المنفق عليه. ولذا، يتم تطبيق قانون موطن المحيل باعتبار أنه المدين بالأداء المميز لعقد الحوالة.

على أن الأمر ليس سهلاً في تحديد الأداء المميز في بعض الحالات في مجال عقد حوالة الحق.

- فقد تتم الحوالة على سبيل التبرع دون مقابل، وهنا يكون الدائن المحيل متبرعاً، وقد ذكرنا أن الأداء المميز هو الالتزام الذي يقع على عاتق الطرف والذي يقابله التزام مالي بدفع الثمن من الطرف الآخر. والفرض هنا أن الحوالة تتم على سبيل التبرع، ومن ثم فلا مقابل مالي للالتزام المحيل بنقل حقه إلى المحال له. وعلاوة على ذلك فقد تتم حوالة الحق بين الزوجين، وهو الأمر الذي يخرجها من مجال تطبيق معاهدة روما التي لا تنطبق على العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية. ولذا فإن الحوالة هنا تعتبر من آثار الزواج وينطبق عليها القانون واجب التطبيق في مجال آثار الزواج وليس القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية.

- كما أن الحوالة قد تتم بمقابل، يتحصل في نقل التزام من على عاتق المحيل لمصلحة المحال له نظير التزام آخر يقع على عاتق هذا الأخير لمصلحة الشخص المذكور أولاً. فتوجد هنا إذا تماثل للالتزامات المتقابلة ويصعب بالتالي تحديد المدين بالأداء المتميز في العقد نظراً لأن كل من طرفي الحوالة يلتزم بنقل حق ما للطرف الآخر.

- كما أن الحوالة قد تتم على سبيل الضمان، كما إذا كانت الحوالة تتم من شخص لمصلحة بنك وذلك لضمان سداد القرض الذي حصل هذا الشخص عليه على أن يقوم البنك بإعادة الحق للمحيل إذا تم سداد مبلغ القرض للبنك. في هذه الحالة يصعب تحديد المدين بالأداء المميز في العقد، فهل هو المحيل الأول "العميل" الذي يلتزم بنقل الحق أولاً للبنك أم أنه البنك الذي يلتزم بنقل الحق مرة أخرى للعميل بعد سداد مبلغ القرض؟

٥٩- وإذا كان تطبيق معيار الأداء المميز له ميزة المرونة في مجال عقد حوالة الحق، حيث يقوم القاضي بتحديد من هو المدين بالأداء المميز، إلا أن الصعوبات المتعلقة بتحديد الأداء المميز تجعل من معيار الأداء المميز أمراً غير عملي في



التطبيق. ذلك أن القاضي متقل بالكثير من القضايا ولهذا ينبغي في مجال قواعد تنازع القوانين أن نحدد له قواعد ميسورة في التطبيق كي يسهل عليه تحديد القانون واجب التطبيق.

وبالإضافة إلى ذلك فقد رأينا أن معيار الأداء المميز لا يتكفل في الكثير من الحالات بالتوصل إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، وهو الأمر الذي يتعين معه استبعاد تطبيق معيار الأداء المميز في مجال عقد حوالة الحق.

٦٠- وإذا قمنا باستبعاد إعمال معيار الأداء المميز لعقد الحوالة على هذا النحو<sup>(٤٥)</sup> فإنه يتعين البحث عن قانون آخر كي يطبق في غيبة قانون الإرادة، وهنا أممنا قانون دولة تنفيذ الالتزام وقانون الحق المحال:

- أما بالنسبة لقانون دولة تنفيذ الالتزام فإنه قليل الأهمية في مجال حوالة الحق. ويرجع ذلك إلى أن محل عقد الحوالة لا يتعلق بتنفيذ التزام مادي على وجه التحديد وإنما بمجرد نقل حق للمحيل تجاه شخص آخر لمصلحة وذمة المحال له، يحل محل الدائن المحيل في اقتضاء الحق من المدين. وطالما أن التنفيذ يعد أمراً ثانوياً على هذا النحو في مجال حوالة الحق فلا يمكن تبني تطبيق قانون دولة تنفيذ الالتزام، أنه لا يعد إذن قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة القانونية.

- ومن أجل هذا فإننا نميل إلى تطبيق قانون الحق المحال على عقد حوالة الحق في غيبة قانون الإرادة<sup>(٤٦)</sup>. ويتميز هذا الإسناد بأنه يحقق رابطة وثيقة بين القانون المنطبق والرابطة القانونية إذ إن هناك ارتباطاً أكيد بين عقد الحوالة وبين الحق محل

(٤٥) تجدر الإشارة على الرغم من استبعادنا لتطبيق قانون الأداء المميز للعقد في مجال حوالة الحق إلى أن بعض القوانين الحديثة قد اتجهت صراحة إلى تطبيق هذا القانون بالنسبة للعلاقات التي تنشأ بين المحيل والمحال له الحق. من قبيل ذلك القانون الدولي الخاص الروسي الصادر سنة ٢٠٠١ وذلك في المادة ١٢١٦ منه. انظر هذا القانون منشوراً في :

Revue critique de droit international privé, 2002, p. 182.

(٤٦) انظر عكس رأينا المنكور في المتن الأستاذ باردويل الذي يرى أن القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة كقاعدة عامة في غيبة قانون الإرادة هو قانون موطن المدين بالأداء المميز فما عدا حالات استثنائية. انظر في ذلك:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p 88 et ss.

هذا العقد مما يبرر أن يكون القانون الذي يحكم الحق المحال ذاته هو القانون المطبق على عقد الحوالة. فإذا كان مصدر الحوالة عقد طبق قانون الإرادة وفي غيبه تطبق قواعد التنازع الاحتياطية المقررة في قانون دولة القاضي. وإذا وجدت الحوالة مصدرها في قواعد المسؤولية التصيرية طبقت قواعد التنازع المتعلقة بالمسؤولية التصيرية في شأن حوالة الحق.

وبالإضافة لتوافر صلة وثيقة بين القانون المطبق وعقد الحوالة فإن إعمال قانون الحق المحال يتسم بسهولة التطبيق الأمر الذي لا يتوافر في معيار الأداء المميز كما سبق أن ذكرنا. وقد سبق أن ذكرنا أن هناك من القوانين الوطنية ما ينص على مبدأ إسناد عقد الحوالة لقانون الحق المحال كما هو الحال في القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧.

ويمكن قياس إخضاع عقد الحوالة إلى القانون الذي يحكم الحق المحال على مسألة القانون واجب التطبيق على عقد الكفالة أو الضمان *le cautionnement*. ففي هذا العقد توجد ثلاثة أطراف - كما هو الحال في مجال حوالة الحق - هم البنك الضامن والعميل المدين والغير المستفيد من الضمان. وإذا كان عقد الضمان يمكن أن يخضع للقانون الخاص به وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة؛ إلا أن الفقه يتفق على أن الأطراف يفترض أن إرادتهم قد اتجهت إلى تطبيق القانون الذي يحكم الالتزام *la loi de l'obligation garantie* (٤٧).

### المبحث الثاني

#### نطاق مبدأ سلطان الإرادة

٦١- ذكرنا فيما سبق أن عقد حوالة الحق يخضع إلى القانون المختار من قبل الأطراف، ومع ذلك يلاحظ أن قانون الإرادة لا ينفرد بحكم جميع المسائل المعروضة حيث توجد بعض الأمور التي تخرج من نطاق تطبيق قانون الإرادة وتخضع لقانون آخر. من ذلك مسألة أهلية أطراف العقد ومسألة الشكل كما أن هناك مجال لتطبيق

(٤٧) انظر في تفصيل ذلك :

القانون الذي يحكم الحق المحال في بعض الأمور، كما يتعلق الأمر كذلك بتحديد القانون الذي يحكم مسألة انتقال الحق بين الأطراف.

### المطلب الأول

#### أهلية إبرام عقد الحوالة

٦٢- يطبق على الأهلية القانون الشخصي *la loi personnelle* أي قانون جنسية الشخص. ولذا تخرج مسألة الأهلية من نطاق تطبيق قانون الإرادة. وتضع لقانون جنسية الدائن المحيل ولقانون جنسية الدائن المحال له الحق، ويسود تطبيق قانون الجنسية في بلاد القانون المدني ومن سار على نهجها كما هو الحال في غابية القوانين العربية<sup>(٤٨)</sup>. على أن هناك من القوانين من يأخذ في هذا الشأن بمعيار الموطن وليس الجنسية، كما هو الحال في الدول الأنجلوسكسونية ومن سار على نهجها كالقانون السويسري<sup>(٤٩)</sup>.

٦٣- على أن إخضاع أهلية الأداء للقانون الشخصي لا يعد أمراً مجتمعاً عليه، حيث توجد بعض القوانين تخضع الأهلية لقانون العقد *la lex contractus* كما هو الحال في القانون الأمريكي<sup>(٥٠)</sup>. ولا شك أن الأخذ بهذا الاتجاه الأخير لا يؤدي إلى إخراج مسألة الأهلية من مجال تطبيق قانون الإرادة.

٦٤- وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق القانون الشخصي إنما يقتصر على أهلية الأداء *la capacité d'exercice*، أما أهلية التمتع بالحق *la capacité de jouissance* فلا يطبق عليها القانون الشخصي وإنما يري عليها القانون واجب التطبيق على الرابطة الأصلية المتعلقة بها الحق. في مجال حوالة الحق فإن القانون

(٤٨) من قبيل ذلك نص المادة الحادية عشر من القانون المدني المصري التي تقضي بأن الحالة لمدنية للأشخاص وأهليتهم يري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

(٤٩) تنص المادة ٣٥ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن:

“L'exercice des droits civils est régi par le droit du domicile. Un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que celui-ci a été acquis”.

(٥٠) انظر في هذا المعنى:

الذي يطبق على أهلية التمتع بالحق هو القانون الذي يطبق على الحق المحال وليس القانون الشخصي، ذلك أن الأمر لا يتعلق بحماية الشخص ذاته حتى يسري القانون الشخصي، وإنما يتعلق الأمر بحظر من التمتع بالحق ذاته وليس بكيفية استعمال الحق.

تطبيقاً لذلك إذا قرر القانون عدم أهلية الشخص لممارسة بعض التصرفات الخاصة فلا تخضع الأهلية للقانون الشخصي، لأن الأمر يتعلق في هذه الحالة بمنع من موانع التصرف. ولذا، فإن المانع الخاص أو عدم الأهلية الخاصة les incapacités spéciales بتصرف معين لا تخضع للقانون الشخصي وإنما تخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف، لأن الحظر هنا لا يرتبط بصله وثيقة بالشخص ذاته بل يرتبط بالتصرف<sup>(٥١)</sup>.

٦٥- ويقدم لنا القانون الفرنسي ثلاثة أمثلة على موانع خاصة للتصرف أو عدم أهلية خاصة في مجال حوالة الحق:

- تتعلق الحالة الأولى بنص المادة ٣/٤٥٠ من القانون المدني الفرنسي والذي يقرر أن "الوصي لا يمكنه قبول حقه أي حق إذا كان من شأن ذلك الإضرار بمصلحة القاصر"<sup>(٥٢)</sup>. ويطبق على أهلية الوصي في هذه الحالة القانون واجب التطبيق على الوصاية ذاتها.

- أما الحالة الثانية التي تتعلق بأهلية التمتع ولا يطبق عليها بالتالي القانون الشخصي فقد ورد النص عليها في المادة ١٥٩٥<sup>(٥٣)</sup> من القانون المدني الفرنسي والتي تحظر إبرام عقد بيع بين الزوجين<sup>(٥٤)</sup>.

(٥١) انظر في هذا المعنى د/ أشرف وفا محمد، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي، دراسة في نطاق القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون ٢٠٠٢، ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٥٢) تنص المادة ٣/٤٥٠ من القانون المدني الفرنسي على أن:

"Un tuteur ne peut **accepter** la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille".

(٥٣) تجدر الإشارة إلى أن نص المادة ١٥٩٥ قد تم إلغاؤه من القانون المدني الفرنسي بمقتضى القانون الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥.

(٥٤) تنص المادة ١٥٩٥ من القانون المدني الفرنسي على أن :

"Le contrat de vente **ne** peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants:  
1- Celui où l'un des **époux** cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits; =

ويستفاد من ذلك أن الحوالة بين الزوجين أمر غير جائز وبما أن هذا يعد أثراً لعقد الزواج فمن الطبيعي تطبيق القانون الذي يحكم أثر الزواج، وهذا هو الحل السائد في القانون الفرنسي. ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد اعتبرت الحوالة من امرأة دون رضا زوجها مسألة متعلقة بالعلاقة مع الغير، وطبقت القانون الذي يحكم الحوالة ذاتها، وليس القانون الذي يحكم آثار الزواج<sup>(٥٥)</sup>.

- أما الحالة الثالثة فهي تتعلق بنص المادة ١٥٩٧ من القانون المدني الفرنسي والتي تحظر على رجال السلطة القضائية والمحامين أن يتلقوا الحقوق المتنازع عليها<sup>(٥٦)</sup>.

وقد قضي في هذا الشأن بأن نص المادة ١٥٩٧ لا ينطبق فقط في الحالة التي يكون النزاع فيها قائماً بالفعل وإنما يطبق كذلك إذا كان الحق المحال من شأنه أن يؤدي إلى إمكانية وجود نزاع متعلق به، وهو الأمر الذي يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون معقب عليه<sup>(٥٧)</sup>.

= 2- Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés ou de denier à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.

3- Ceku où la femme cède des biens à son mari en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté".

(٥٥) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op. cit, p. 200.

(٥٦) تنص المادة ١٥٩٧ من القانون المدني الفرنسي على أن:

"Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, hyssiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts".

(٥٧) يستفاد من ذلك أن مجال إعمال نص المادة ١٥٩٧ من القانون المدني الفرنسي يعد متسعاً، لأنه لا يشمل

فقط حالة وجود دعوى أمام القضاء بل يتعلق كذلك بالحالات التي من المتصور فيها إمكانية وجود نزاع يتعلق بالحوالة إلى أحد رجال السلطة القضائية والمتعاملين معهم من الأشخاص المذكورين في النص.

"La disposition de l'art. 1597, fondé sur des considérations de morale publique, a un sens plus général que celles des art. 1699 et 1700; elle s'applique non seulement au cas où le procès est déjà ouvert et la contestation déjà soulevée, mais même au cas où le droit cédé n'est encore que litigieux, c'est-à-dire de nature à donner lieu à un procès; l'appréciation de la nature du droit cédé, en tant qu'il serait ou non litigieux, n'est qu'une question de fait du domaine souverain des juges du fond". V. Req. 11 fév. 1851: DP 1851. I. 242.

ومن الملاحظ أن الأشخاص الوارد عليهم الحظر في النص السابق قد تم النص عليهم على سبيل الحصر، ولهذا يمكن لغيرهم شراء الحقوق المتنازع عليها كما يمكنه أن يتلقى حوالة حق من الحقوق المتنازع عليها. فالخبير مثلاً لا يعد من الأشخاص المحظور عليهم في النص شراء الحقوق المتنازع عليها فيمكن إن أن تتم الحوالة له<sup>(٥٨)</sup>.

والعلة من الحظر المنصوص عليه في المادة ١٥٩٧ هي حماية كل من المدين والدائن الأصلي من استغلال من يحال له الحق، لأن هذا الأخير في وضع يسهل فيه التأثير المباشر على الدائن المحيل والمدين. ولهذا تم حظر أن يحال الحق لرجال السلطة القضائية ومعاونيهم. كما يهدف الحظر إلى الحفاظ على سمعة وهيبة السلطة القضائية وتوفير الثقة في القرارات والأحكام الصادرة في هذا الشأن.

٦٦- وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على المنظر المذكور يمكن تصور تطبيق قانون الإرادة، أي القانون المختار من قبل أطراف عقد الحوالة. على أن تطبيق هذا القانون ليس من شأنه مراعاة المصلحة المتعلقة بحسن إدارة مرفق العدالة la bonne administration de la justice والحفاظ على هبة السلطة القضائية.

ويقترح البعض أن يطبق في هذا الشأن قانون القاضي la lex fori فيما يتعلق بحظر شراء الحقوق المتنازع عليها أو قبول الحوالة المتعلقة بها. ويستند هذا الرأي إلى تقريب هذا الحظر من السحب التنازعي le retrait litigieux وأن تتوحد قاعدة التنازع التي تنطبق عليهما. ويعيب هذا الحل، كذلك أنه يتجاهل المصلحة المتعلقة بحسن سير مرفق العدالة.

وفي واقع الأمر أن المصلحة الرئيسية من وضع قاعدة الحظر الوارد النص عليها في المادة ١٥٩٧ هي مراعاة حسن سير مرفق القضاء. ولذا فإن قاعدة التنازع المختارة ينبغي أن تأتي محققة لهذه المصلحة. ولذا، فإن قاعدة التنازع تتعلق بشخص من وقع عليه الحظر، ويمكن تصور تطبيق عدة قوانين في هذا الشأن<sup>(٥٩)</sup>: القانون

(٥٨) في هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٦٦، بأن:

“Les experts ne figurant pas dans la liste, limitative, des personnes visées par l’art. 1597, c’est à tort que les juges du fond ont fait application de ce texte à l’expert qui s’est rendu acquéreur d’une vache et d’un veau qu’il avait mission d’évaluer”. V. Civ., 2 mai 1961: D. 1961, 454.

(٥٩) انظر في تفصيل ذلك : =

الشخصي لمن وقع عليه الحظر، قانون الدولة التي يمارس القاضي وظيفته على أراضيها، وقانون المحكمة المختصة بنظر النزاع.

- ففيما يتعلق بالقانون الشخصي للمحذور عليه تلقى حوالة حق من الحقوق المتنازع عليها، من الملاحظ أن هذا الحل غير ملائم في بعض الحالات التي يمكن فيها أن يمارس المحامي - وهو من الأشخاص الواقع عليهم الحظر - وظيفته لدى محاكم دولة أجنبية. ويعد هذا أمراً معتاداً في بعض الدول كدول الجماعة الأوروبية وكذلك إذا وجدت اتفاقات ثنائية بين دولتين تسمح بمقتضاها لمحامي أي من البلدين بإمكانية الترافع لدى الدولة الأخرى. ففي مثل هذه الحالات تتحقق مصلحة المحامي في تطبيق قانونه ولكن لا تتحقق مصلحة المتعلقة بحسن سير مرفق العدالة حيث لا يطبق قانون الدولة التي يصدر الحكم فيها.

- وفيما يتعلق بتطبيق قانون المحكمة المختصة بنظر النزاع من الملاحظ أولاً أن هذا الحل يؤدي إلى الخلط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي مع أن كلاً منهما مستقل عن الآخر فيما يتعلق بالأساس الذي يستند إليه وبالمصالح التي يرمي إليها. ومن ناحية أخرى لا يتسم هذا الحل بالطابع العملي إذا وضعنا في الاعتبار أن الاختصاص القضائي قد يثبت لمحاكم العديد من الدول في ذات الوقت، مما يؤدي إلى وجود عدة قوانين قابلة للتطبيق.

- وإذا كنا قد استبعدنا تطبيق كل من قانون القاضي وقانون المحكمة المختصة على النحو السابق فإن مراعاة الهدف من الحظر وهو مراعاة حسن سير العدالة يقتضي تطبيق قانون الدولة التي يمارس فيها الشخص المحذور وظيفته، وهذا يتلافى تعدد القوانين وهو المنفذ الذي وجه لتطبيق قانون المحكمة المختصة، كما أن هذا الحل هو ما نص عليه صراحة نص المادة ١٥٩٧ من القانون المدني الفرنسي.

٦٧- على أن التساؤل يثور حول مدى انتماء قاعدة الحظر المذكورة إلى تنازع القوانين، وبعبارة أخرى هل تعد قاعدة الحظر قاعدة متعلقة بالقانون العام وهو المجال الذي لا تنازع للقوانين فيه أم تنتمي إلى مجال القواعد ذات التطبيق الضروري؟

يخلط البعض بين القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام معتبراً أن قواعد القانون العام تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري. ويتعين علينا لتحديد الفرق بين هذين النوعين من القواعد أن نحدد ما هو المقصود بقواعد القانون العام.

يعرف البعض القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها القواعد التي من شأن تطبيقها حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة. من الواضح أنه لا يمكن الأخذ بهذا التعريف لأنه يقود إلى الخلط بين قواعد القانون العام وقوانين البوليس، لأن قواعد القانون العام تهدف أكيداً إلى حماية التنظيم السياسي والاقتصادي للدولة.

ومن ناحية أخرى فإن البعض يركز في تعريفه للقواعد ذات التطبيق الضروري على كونها تحقق مصالح خاصة للأفراد على عكس قواعد القانون العام التي تهدف إلى تحقيق مصلحة أو منفعة عامة. وفي الواقع لا يمكن تبني هذا المعيار للتمييز بين قوانين البوليس وقواعد القانون العام، لأنه توجد حالات تختلط فيها المصلحة العامة بالمصالح الخاصة.

٦٨- على أن التمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص لا يعد أمراً مستحيلاً، ذلك أن قواعد القانون الخاص تخص العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، فهي قواعد وضعت خصيصاً لمعالجة علاقات الأفراد. أما في مجال القانون العام فإن القاعدة تتناول تنظيم الدولة وتنظيم أجهزتها بوصفها أجهزة عامة تابعة للدولة.

ولهذا فإن قواعد القانون العام ليس الهدف منها هو تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد، وإنما الهدف الرئيسي هو تنظيم الدولة ذاتها وأجهزتها، فالدولة توجد متضمنة في العلاقة ذاتياً *L'Etat est lui-même impliqué et directement visé*. أما في مجال قواعد القانون الخاص - ومنها بطبيعة الحال القواعد ذات التطبيق الضروري - فإن الدولة تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد دون أن تكون الدولة بوصفها سلطة عامة متضمنة أو مستهدفة في العلاقة.

وظالما أن قواعد القانون العام تستهدف وضع تنظيم للدولة وأجهزتها فإنها تعد قواعد أحادية الجانب *des règles unilatérales* تقتصر على الدولة وحدها ولا تقبل تدخل دولة أخرى في هذا التنظيم، كما لا يجوز للدولة تجاوز حدود إقليمها بتطبيق قاعدة منتمية إلى القانون العام خارج إقليمها. أما قواعد القانون الخاص فهي مزدوجة



الجانب des règles bilatérales لأن لها تنظيمًا في قوانين الدول الأخرى يمكن أن يطبق على العلاقة وفقاً لقواعد تنازع القوانين الوطنية.

٦٩- ولما كانت قواعد القانون العام تجد تطبيقها داخل حدود الدولة التي أصدرتها، فإن النتيجة التي تترتب على ذلك أنه لا تنازع للقوانين في مجال مسائل القانون العام. فلا يتصور مثلاً وجود تنازع للقوانين في مجال قانون العقوبات، فهو قانون يطبق تطبيقاً إقليمياً بحثاً على كافة المتواجدين داخل إقليم الدولة. فإذا اتضح للقاضي أن قانون العقوبات الوطني لا يسرى على الواقعة المعروضة أمامه، فلا يجوز له تحديد القانون الأجنبي الذي يدخل الفعل المجرم في نطاقه، وإنما يتعين عليه أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع.

٧٠- ويلاحظ أن التمييز بين قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري يفقد أهميته من الناحية العلمية في الحالة التي تنتمي فيها القاعدة ذات التطبيق الضروري إلى قانون القاضي الذي يتولى الفصل في النزاع، وذلك لأن القاضي يلتزم بتطبيق قواعد القانون العام كما يلتزم كذلك بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري المنصوص عليها في القانون الوطني.

على أن التفرقة تبدو أهميتها إذا كانت قواعد التنازع الوطنية تشير على القاضي الوطني بتطبيق قانون أجنبي. ففي هذه الحالة يتعين للتمييز بين قواعد القانون الأجنبي التي تنتمي إلى القانون العام، فلا يجوز للقاضي الوطني تطبيقها، وبين القواعد ذات التطبيق الفوري الواردة في القانون الأجنبي والتي يتعين على القاضي الوطني تطبيقها لأنها جزء لا يتجزأ من القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية. ولهذا فإن مجرد وجود قاعدة ذات تطبيق ضروري في قانون أجنبي لا يعد سبباً في حد ذاته لاستبعاد تطبيقها من قبل القاضي الوطني<sup>(٦٠)</sup>.

فطالما تبين للقاضي أن القاعدة الأجنبية ذات التطبيق الضروري لا تتعارض مع النظام العام في دولته وجب عليه تطبيقها. والقول بغير ذلك سيؤدي إلى تطبيق القانون

(٦٠) لهذا فقد قيل في هذا الشأن أن:

“Les lois de police n’ont donc pas le privilege d’être appliqués seulement par les juges de l’Etat qui les édicte, et elles ne sont pas toujours appelées à perturber le mécanisme du conflit de lois, mais peuvent aussi s’intégrer dans la mise en oeuvre normale de ce mécanisme”. V. Antoine KASSIS: Le nouveau droit européen des contrats internationaux. op. cit. p. 461

الأجنبي المشار إليه من قاعدة التنازع الوطنية تطبيقاً مشوهاً في حين أن قاعدة التنازع الوطنية بإحالتها على القانون الأجنبي قد قررت أنه أنسب القوانين لحكم العلاقة المعروضة، مما يستلزم تطبيق قواعد هذا القانون بأكمله بما فيها في المقام الأول القواعد ذات التطبيق الضروي.

أما استبعاد تطبيق قواعد القانون العام الوارد النص عليها في قانون الدولة الأجنبية المشار إليه من قاعدة التنازع الوطنية فيجد تفسيره في أن الدولة تكون متضمنة بذاتها - باعتبارها سلطة عامة - في قواعد القانون العام. فلا يتصور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على الضريبة المفروضة على عامل مصري في إنجلترا، حيث يطبق القانون الإنجليزي مباشرة على هذه المسألة التي تنتمي إلى قواعد القانون العام.

٧١- واستناداً إلى ما تقدم فإن التفرقة تعد أمراً أساسياً بين قواعد القانون العام كما هو الحال بالنسبة لقوانين الجنسية ومركز الأجانب، قانون العقوبات، القوانين الضريبية وقوانين الجمارك، وبين القواعد ذات التطبيق الضروي كما هو الحال بالنسبة للقواعد التي تطبق على عقد العمل والعقود المبرمة بواسطة المستهلكين، والتنظيم الأمر الذي تضعه الدولة لحماية الأطفال الموجودين في حالة خطر *l'assistance de l'enfant en danger*. فكل هذه القوانين الأخيرة تتناول بالتنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد فهي إذن من القواعد ذات التطبيق الضروي. على خلاف القوانين المذكورة أولاً فهي قوانين تنظم الدولة ذاتها باعتبارها كذلك.

٧٢- وقد يدق الأمر في بعض الحالات - كما هو الحال بالنسبة لقوانين مدانة مناصرة غير المشروعة<sup>(٦١)</sup> وكما هو الحال كذلك فيما يتعلق بالمادة ١٥٩٧ الذي يحظر على رجال القضاء شراء الحقوق المتنازع عليها أو قبول الحوالة المتعلقة بهذه الحقوق - للتمييز بين قواعد القانون العام والقواعد ضرورية التطبيق، مما دعا البعض إلى القول بعدم جدوى وإمكانية إجراء هذا التمييز. ومع ذلك فإن الفحص الدقيق للقانون - بواسطة تطبيق معيار التمييز الذي ذكرناه - يمكن معه إجراء التمييز لتحديد مدى انتمائه إلى مجال قوانين القانون العام أو على العكس إلى مجال القواعد ذات

(٦١) انظر في تفصيل ذلك مولفنا المناقشة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية .٢٠٠٠.

التطبيق الضروري. فقواعد المنافسة تهدف بالدرجة الأولى إلى تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد، وهي لهذا السبب تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري وليس من قواعد القانون العام<sup>(٦٢)</sup>.

أما بالنسبة لحظر شراء الحقوق المتنازع عليها من قبل رجال القضاء فإن الهدف منها مزودج: فهناك مصلحة خاصة بالفرد الواقع عليه الحظر في أن ينأى بنفسه عن الانخراط في شراء شئ يدور حوله النزاع ويتولى هو بنفسه الفصل في هذا النزاع أو يقوم بالدفاع عن أحد المتنازعين في القضية. وهناك مصلحة عامة تتعلق بحسن تنظيم مرفق القضاء. ولا شك، أن هذه المصلحة الأخيرة هي الأهم والأجدر بالترجيح، ولذا فإننا نميل إلى اعتبار قاعدة الحظر المذكورة متعلقة بالقانون العام.

٧٣- وتجدر الإشارة مع ذلك إلى أن القاضي الوطني قد يأخذ في اعتباره أو يطبق فعلياً قاعدة واردة في القانون الأجنبي تنتمي إلى القانون العام. فعلى خلاف ما كان سائداً في الماضي من أن قواعد القانون العام الأجنبية لا يمكن تطبيقها خارج حدود الدولة التي أصدرتها، نجد أن الوضع قد تغير في الوقت المعاصر.

وقد قام مجمع القانون الدولي بالتصدي لمشكلة تطبيق القانون العام الأجنبي أمام القضاء الوطني وذلك في سنة ١٩٧٥. وعلي الرغم من أن القرار الصادر عن المجمع قد نص على أن مجرد انتماء القاعدة إلى القانون العام الأجنبي لا يعد في حد ذاته مبرراً لعدم تطبيقها من قبل القاضي الوطني، إلا أنه يستفاد من القرار الصادر عن المجمع أن تطبيق القانون العام الأجنبي يظل نادراً للعديد من الأسباب من أهمها أن السلطات الوطنية في الدولة الصادر عنها القانون العام لا تقبل أن تقوم جهة أجنبية بتطبيقها طالما لا توجد معاهدة أو اتفاق مع دولة أخرى يسمح بذلك<sup>(٦٣)</sup>.

(٦٢) انظر في هذا المعنى:

Antoine KASSIS: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op cit, p. 463.

(٦٣) ورد في قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة ١٩٧٥ أن:

“Le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons, et principalement ... parce que les organes de l'Etat du for estiment souvent qu'ils n'ont pas à prêter la main à l'application de telles dispositions à défaut de traits, de réciprocité ou d'une convergence des intérêts économiques ou politiques des Etats auxquels la situation se rattache”.

ولهذا فإننا نرى أنه على الرغم من تعلق قاعدة حظر شراء الحقوق المتنازع عليها بالقانون العام إلا أنها تقبل التطبيق من قبل القاضي الوطني إذا ما أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون دولة منصوص فيه على قاعدة الحظر المذكورة. وتطبيقاً لذلك نجد أن القانون المصري يحتوي على قاعدة مماثلة لنص المادة ١٥٩٧ من القانون الفرنسي. فإذا عرض على القاضي المصري نزاع متعلق بعقد دولي وأشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الفرنسي وجب على القاضي المصري تطبيق نص المادة ١٥٩٧ الذي يحظر على رجال السلطة القضائية شراء الحقوق المتنازع عليها.

### المطلب الثاني

#### شكل عقد حوالة الحق

٧٤- يعد شكل عقد الحوالة من المسائل التي لا ينفرد قانون العقد بحكمها، وتتص في ذلك المادة ٢٠ من القانون المدني المصري على أن: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع أيضاً للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

يتضح من النص السابق أن القاعدة هي خضوع التصرف من حيث الشكل لقانون بلد إبرامه *locus régis actum*، بحيث تنطبق هذه القاعدة طالما أن أطراف التصرف لم يختاروا قانوناً آخر - من بين القوانين المذكورة في النص - لحكم شكل التصرف.

٧٥- وتعتبر قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرام التصرف من القواعد التقليدية في نطاق قواعد تنازع القوانين، بل إنها كانت تطبق قديماً ليس فقط على شكل التصرف وإنما أيضاً على موضوعه<sup>(٦٤)</sup>.

(٦٤) كانت قاعدة خضوع التصرف لقانون بلد إبرامه من القواعد الإلزامية في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، فقد طبق القضاء الفرنسي هذه القاعدة بشكل منفرد أي دون أن يكون الأمر مصحوباً بتطبيق قوانين أخرى، كما هذا القضاء يخضع التصرف لقانون بلد الإبرام سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل. من قبيل ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢٣ فبراير ١٨٦٤ قضت المحكمة بأن:

"L'acte est régi par la loi du lieu où il a été passé quant à sa forme. à ses conditions fondamentales et à son mode de preuve". =

على أن الوضع قد تغير الآن وأصبح من المستقر عليه في القانون الدولي الخاص المعاصر أمرين أساسيين:

- الأول هو الفصل بين شكل وموضوع التصرف فقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرامه تقتصر على شكل التصرف فقط، أما موضوع التصرف فهناك اعتبارات أخرى يجري وفقاً لها تحديد القانون واجب التطبيق من أهمها خضوع العقد لقانون الإدارة *la lex contractus*.

- والأمر الثاني هو أن قانون بلد إبرام التصرف ليس هو القانون الوحيد الذي يمكن تطبيقه في مجال الشكل، فهناك قوانين أخرى يمكن إخضاع شكل التصرف لها. ومن هنا يمكن القول بأن إخضاع التصرف، من حيث الشكل لقانون بلد إبرامه يعد قاعدة اختيارية وليست إلزامية<sup>(٦٥)</sup>.

٧٦- وطالما أنه توجد عدة قوانين تطبق في مجال شكل التصرف فإن التساؤل يثور حول علاقة الأولوية أو التدرج في إعمال هذه القوانين. ويمكن هنا تصور حلين أساسيين:

/ يتمثل الحل الأول في وضع قاعدة مؤداها أن شكل التصرف يخضع لقانون بلد إبرام هذا التصرف طالما أنه لا يوجد قانون آخر مختار من قبل أطراف التصرف للانطباق في مجال الشكل من بين القوانين المنصوص عليها في قاعدة التنازع التخييرية *une règle de conflit alternative*. وهذا الحل هو الذي أخذ به القانون المصري في نص المادة ٢٠ سالف الذكر كما أنه الحل الذي يستفاد من أحكام القضاء الفرنسي<sup>(٦٦)</sup>.

= انظر تفصيل ذلك في:

Bertrand Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit, p. 87.

(٦٥) انظر في تفصيل ذلك:

André Huet: Les conflits de lois en matière de preuve, Dalloz, 1965, p. 119 et s.

(٦٦) قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٦٣، بأن:

“La règle *locus regit actum* ne s’oppose pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France en une forme prévue par la loi étrangère qui les régit au fond”.

انظر هذا الحكم منشوراً في:

Bertrand Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de jurisprudence française de droit international privé, op cit, p. 319.

// أما الحل. الثاني فإنه يتمثل في وضع القوانين التي يمكن أن يخضع الشكل لإحداها على قدم المساواة دون أن تتردد أية أولوية لقانون على آخر في التطبيق. وهذا الحل هو الذي أخذت به معاهدة روما المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية سنة ١٩٨٠<sup>(٦٧)</sup>.

٧٧- وتهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد إبرامه إلى التيسير على المتعاملين في مجر عقود التجارة الدولية. ذلك أن ما يهم أطراف العقد هو الاتفاق على الأمور الجوهرية التي تتعلق بالتراسات كل منهم والثمن المتفق عليه وميعاد ووقت استلام البضاعة، أما المسائل الشكلية فهي غير ذات أهمية كبيرة لدى الأطراف<sup>(٦٨)</sup>.

ومن أجل هذا فإننا نقول الحل الأول وهو وضع ترتيب في الأولوية بين القوانين التي يمكن إخضاع التصرف لها من حيث الشكل. فحيث يعبر الأطراف عن إرادتهم في اختيار قانون ما لحكم شكل التصرف، وجب تطبيق هذا القانون، أما في حالة تخلف قانون الإرادة - وهذا هو الأمر العالم - كان من الواجب تطبيق قانون بلد الإبرام. ولا شك أن هذا الحل هو الذي يتفق مع المنطق حيث من المنطقي أن يطبق على التصرف الشكليات المقررة في بلد الإبرام، كما أن من شأن ذلك التيسير على القاضي الذي يفصل في النزاع إذ إنه يقوم بتطبيق قانون بلد الإبرام بصفة آتية طالما تبين له عدم اختيار الأطراف لقانون آخر من بين القوانين المتاح لهم اختيارها.

٧٨- تطبيقاً لما تقدم فإن عقد حوالة الحق يخضع من حيث الشكل وفقاً لنص المادة ٢٠ من القانون المصري لأحد قوانين أربعة: قانون بلد إبرام التصرف، قانون الموضوع، قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة. ووفقاً لنص المادة ٩ من معاهدة روما يكون عقد حوالة الحق صحيح من حيث الشكل إذا اتبعت الشكليات المقررة في أحد قانونين هما: قانون بلد إبرام التصرف والقانون الذي يحكم الموضوع.

(٦٧) تنص المادة ١/٩ من معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ على أن:

“Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu”.

(٦٨) انظر في هذا المعنى:

ولا شك أن نص القانون المصري يفضل الحل المقرر في معاهدة روما في هذا الشأن، لأن الهدف من تقرير قاعدة تنازع تخبيرية هي كفالة التوصل إلى صحة التصرف من حيث الشكل، وهذا يقتضي توسيع نطاق التخبير أمام الأطراف<sup>(٧٩)</sup>.  
ويطلق على قاعدة التنازع في هذه الحالة اصطلاح قاعدة تنازع ذات غاية مادية *une règle de conflit à finalité matérielle*<sup>(٨٠)</sup>.

٧٩- وفي الحالة التي يقوم فيها الأطراف باختيار تطبيق القانون الذي يحكم موضوع التصرف على المسائل الشكلية المتعلقة بعقد الحوالة فإن القانون الذي يحكم العقد يكون واحداً في هذه الحالة، حيث يرجع إلى القانون المختار من قبل الأطراف ويطبق هذا القانون على كل من الناحية الموضوعية والناحية الشكلية. أما عندما يختار الأطراف لحكم شكل عقد الحوالة قانوناً آخر غير قانون الموضوع<sup>(٨١)</sup>، أو حيث لا يعبر الأطراف عن إرادتهم في تحديد قانون الشكل، في كلتا الحالتين سيختلف القانون الذي يحكم الموضوع عن القانون الذي يطبق على شكل عقد الحوالة.

٨٠- يعتبر التمييز بين الشكل والموضوع من الأمور الأساسية نظراً لاختلاف القانون الذي يخضع له كل منهما. ويمكن القول بأن الشكليات هي الطريق والوسائل التي يتم التعبير بها عن إرادة الأطراف. أما الموضوع فهو عبارة عن الإرادة ذاتها مدلولها وموضوعها المعبر عنه في العقد<sup>(٨٢)</sup>. وإذا كانت هناك بعض الصعوبات أحياناً

(٦٩) انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا بعنوان: المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣، ص ٣١ وما بعدها.

(٧٩) يفسد بطلان التنازع ذات الغاية المادية تلك التنازعات التي لا يتكفي المشرع فيها بتحديد القانون راجع لتطبيق بصورة آلية دون اعتبار للنتائج التي تترتب على تطبيقه، وإنما يهتم المشرع عند تحديده لقاعدة التنازع بتحقيق نتيجة مدية معينة ولكن من خلال قاعدة التنازع ذاتها.

وينطبق ذلك على شكل التصرف حيث يحدد المشرع، من أجل التوصل إلى نتيجة مادية معينة وهي سلامة التصرف القانوني من حيث الشكل، عدة قوانين يكون تطبيق أحدها خاضعاً لاختيار ذوي الشأن، بحيث أنه يكفي لسلامة التصرف من حيث الشكل اتباع الشكل المنصوص عليه في أحد هذه القوانين المحددة على سبيل الحصر، ومن هنا جاءت تسمية قاعدة التنازع التخبيرية *règle de conflit alternatif*. ولا يؤثر على سلامة التصرف من حيث الشكل عدم اتباع الأشكال المنصوص عليها في القوانين الأخرى التي لم يتم اختيارها من قبل أطراف التصرف.

(٨١) عني عن البيان أن ذلك يقتضي ألا يقوم القاضي بتطبيق قانون الموضوع المحدد منه - في غيبة قانون الإرادة - على شكل العقد. أما إذا طبق القاضي قانون الموضوع على الشكل أو اعتبر القاضي أن القانون الذي يحكم الموضوع هو قانون بلد إبرام العقد وطبقه كذلك على شكل العقد، في مثل هذه الأحوال سيتحدد القانون الذي يحكم كل من موضوع وشكل التصرف.

(٨٢) انظر في هذا المعنى:

في الفصل بين الشكل والموضوع إلا أنه بمراعاة معيار التمييز الذي ذكرناه يمكن التمييز بينهما<sup>(٧٣)</sup>.

٨١- وتجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ قد استبعد تطبيق قانون بلد الإبرام بالنسبة لعقد حوالة الحق. فعلى خلاف القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٢٤ من هذا القانون والتي تقرر صحة التصرف من حيث الشكل وفقاً لقانون بلد الإبرام أو قانون الموضوع<sup>(٧٤)</sup>. نجد أن المشرع السويسري قد خرج على ذلك في مجال شكل عقد حوالة الحق في المادة ٣/١٤٥ التي نصت على أن شكل عقد الحوالة يخضع للقانون المطبق على عقد الحوالة ذاته<sup>(٧٥)</sup>.

ويهدف نص المادة ٣/١٤٥ سالف الذكر إلى تجنب المشاكل والصعوبات الناجمة عن دقة التفرقة بين المسائل الشكلية والمسائل الموضوعية خاصة عندما يتعلق الأمر بقواعد خاصة بحماية المدين المحال عليها الحق<sup>(٧٦)</sup>.

٨٢- ونحن نرى في واقع الأمر أنه من غير المنطقي استبعاد أعمال قانون بلد الإبرام من قبل المشرع السويسري على هذا النحو. فهذا الأخير ذاته امتد بقانون بلد الإبرام وفقاً للقاعدة العامة للتنازع المطبقة في مجاز العقود من حيث الشكل، فلا يوجد

(٧٣) على العكس من ذلك يذهب البعض في هذا الشأن إلى القول بصعوبة التمييز بين الشكل والموضوع، ويرى بناءً على ذلك أنه من الضروري أن يتم إخضاع الشكل والموضوع معاً لقانون واحد فقط. ونظراً للأهمية القصوى التي يوليها هذا الرأي لقاعدة *locus regit actum* فإنه يرى أن الموضوع ينبغي أن يتبع الشكل ومن ثم يكون قانون بلد إبرام التصرف هو القانون واجب التطبيق على العقد بأكمله من حيث الموضوع ومن حيث الشكل. انظر في تفصيل ذلك:

P. Louis-Lucas: La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois, Mélanges Jacques Maury, tome 1, Dalloz, Paris, 1960, p. 175 et ss.

(٧٤) تنص المادة ١/١٢٤ من القانون الدولي الخاص السويسري على أن:

“Le contrat est valable quant à la forme s’il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion”.

(٧٥) تنص المادة ٣/١٤٥ من القانون السويسري على أن:

“La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession”.

(٧٦) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 209 et s.



سبب جدي يدعو إلى استبعاد هذا القانون في مجال حوالة الحق. أما التبريرات التي قيل بها في ذلك فهي غير مقنعة:

- فالقول بصعوبة التمييز بين المسائل الشكلية والموضوعية أمر غير دقيق وقد ذكرنا أن الشكل يتعلق بالتعبير الخارجي عن إرادة الأطراف أي الوسائل التي تتخذ في إظهار الإرادة، أما الموضوع فإنه يشمل الإرادة ذاتها وتحديد الالتزامات والحقوق المتبادلة للأطراف.

- وأما القول بأن الهدف هو حماية المدين المحال عليه فهو قول تعوزه الدقة، لأن من شأنه من ناحية التركيز على مصلحة المدين دون الاعتداد بمصلحة الدائن المحيل، كما أن مراعاة مصلحة المدين قد تتحقق بتطبيق قانون بلد إبرام عقد الحوالة وليس باستبعاد إعماله، وهذا يتوافر إذا كان قانون بلد الإبرام - كالقانون المصري والقانون الفرنسي - يشترط الإعلان لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين في حين أن القانون الذي يحكم الحق ذاته - كالقانون الألماني مثلاً - لا يتطلب مثل هذا الشرط.

### المطلب الثالث

#### قابلية الحق للحوالة

٨٣- نتعرض فيما يلي للحديث عن النقاط التالية: تحديد المقصود بقابلية العقد للحوالة، القانون الذي يطبق على قابلية العقد للحوالة.

#### أ) المقصود بقابلية الحق للحوالة:

٨٤- يقصد بقابلية الحق للحوالة إمكانية انتقاله إلى الغير، ويعد ذلك أمراً أساسياً قبل الحديث عن القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته، فلا يمكن الحديث عن ذلك إلا إذا تبين - وفقاً للقانون واجب التطبيق على مسألة قابلية الحق للحوالة - أنه يمكن ندائن الأصلي أن يقوم بنقل حقه إلى شخص آخر.

٨٥- وتنص في ذلك المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري على أن: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام". كما تنص المادة ٣٠٤ من نفس القانون على أن: "لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز".

ويستفاد من النصوص السابقة أن هناك ثلاث حالات لا تجوز فيها حوالة الحق:

١- وجود نص في القانون يمنع حوالة بعض الحقوق، كما هو الحال في نص المادة ٣٠٤ الذي أشرنا إليه فيما سبق والذي لا يجيز حوالة الحق في الحقوق التي لا تجوز الحجز عليها.

٢- وقد يتفق المتعاقدان على عدم جواز الحوالة، كما هو الحال إذا اشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره. على أنه ينبغي قبول الحوالة إذا اتفق الدائن مع المدين على إحلال شخص آخر بدلاً من الدائن في استيفاء الحق. ومعنى ذلك أن القبول اللاحق من قبل المدين يؤدي إلى إلغاء الحظر السابق من قيام الدائن بحوالة حقه إلى شخص آخر. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن القبول اللاحق على هذا النحو في حكم صادر حديثاً عنها وذلك فيما يتعلق بحوالة العقد، ويمكن - بطريق القياس - تقرير نفس الحكم بالنسبة لحوالة الحق<sup>(٧٧)</sup>.

٣- كما قد تحول طبيعة الحق ذاته دون إمكانية حوالاته، كما إذا كان الحق متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن<sup>(٧٨)</sup>.

### ب) القانون الذي يطبق على قابلية الحق للحوالة:

٨٦- توجد في هذا الشأن قاعدة عامة تقضي بتطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال، كما توجد بعض التطبيقات الخاصة يطبق فيها قانون آخر على مسألة قابلية الحق للحوالة.

#### ١- القاعدة العامة:

٨٧- لا تخضع مسألة قابلية الحق للحوالة *la cessibilité de la créance* cedée للقانون الذي يحكم عقد الحوالة، وإنما تخضع للقانون الذي يحكم الحق ذاته.

(٧٧) في حكمها الصادر بتاريخ ٦ يونيو ٢٠٠٠ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

"Le fait qu'un contrat ait été conclu en consideration de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti". V. Didier Krajeski: L'intuitus personae et la cession du contrat, Recueil Le Dalloz, 2001. n° 17, p. 1345.

(٧٨) انظر في تفصيل ذلك: د/ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٢٩٥، د/ جميل الشرقوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٥١.

وتنص في ذلك المادة ١٢ من معاهدة روما على خضوع مسألة القابلية للحوالة إلى القانون الذي يحكم الحق<sup>(٧٩)</sup>.

ويفسر خروج مسألة القابلية للحوالة من نطاق تطبيق القانون الذي يحكم عقد الحوالة لتخضع إلى القانون الذي يحكم الحق المحال بالسبب المتعلق بحماية المدين المحال عليه الحق. فهذا الأخير لا يعد طرفاً في عقد حوالة الحق، ومن ثم فإن تطبيق قانون عقد الحوالة فيما يتعلق بقابلية الحوالة يعد أمراً غير متوقع بالنسبة للمدين<sup>(٨٠)</sup>. أما تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال فهو الذي يتكفل بمراعاة التوقع المشروع للمدين *l'attente légitime du débiteur*. وتطبيقاً لذلك إذا تعلق الأمر بحق لا تجوز حوالاته وفقاً للقانون الذي يحكم الحق بينما يقرر القانون المختار من قبل أطراف عقد الحوالة إمكانية حوالة هذا الحق، فإن هذه الحوالة تكون غير جائزة لأن المرجع يكون للقانون الذي يحكم الحق المحال وليس إلى قانون عقد الحوالة.

٨٨- يفرق بعض الفقه في هذا الشأن بين عدم القابلية القانونية وعدم القابلية الاتفاقية للحوالة. فبينما تخضع عدم القابلية القانونية *l'incessibilité légale* للقانون الذي يحكم الحق المحال فإن عدم القابلية الاتفاقية *l'incessibilité conventionnelle* تخضع للقانون الذي يحكم عقد حوالة الحق. ومن الملاحظ أن هذا الرأي يعتمد في هذا على فكرة تشبيه الحوالة بالأشياء المادية التي ينطبق عليها قانون موقع المال، ولهذا فإنه يرى أن مسألة قابلية حوالة الحق يطبق عليها قانون موطن الدائن بوصف هذا الموطن هو قانون موقع المال *la lex rei sitae de la créance* بالنسبة لتسعى تمحلال<sup>(٨١)</sup>. سنى أنه إذا تضمنت التنازل الأصلي المبرم بين

(٧٩) تنص المادة ٢/١٢ من معاهدة روما في هذا الشأن على أن:

“La loi qui régit la créances cédée détermine le caractère cessible de celle-ci”.

(٨٠) يؤكد البعض في هذا المعنى على أن:

“la soumission de la cessibilité de la créance à la loi du contrat de transfert risue de déjouer la prévisibilité du débiteur cede. voire de l'aggraver, ce dernier ne connaissant pas la loi qui régit le contrat de cession. Ce serait bafouer le principe qui est à la base de toute la construction des solutions des droit international privé relatives aux transferts de créance”. V. Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 222 et s.

(٨١) انظر في هذا المعنى:

F. Surville: La cession et la mise en gage en droit international privé. op. cit. p. 676 et s.

المدين والدائن الأصلي شرطاً يمنع من قيام الدائن بحوالة حقه فإن عدم القابلية للحوالة يلتزم بها الدائن، ومن ثم يسري قانون العقد.

وتعد هذه التفرقة غير مقبولة في الواقع، ذلك أن القابلية لحوالة الحق سواء كانت اتفاقية أو قانونية تخضع حتماً للقانون واجب التطبيق على مصدر هذا الحق، أي للقانون الذي يحكم الحق ذاته<sup>(٨٢)</sup>.

٨٩- على أن التساؤل يثور حول مدى إمكانية وجود دور لقانون العقد المحال في خصوص مسألة القابلية للحوالة. وبعبارة أخرى ما هو الحل إذا كان الحق قابل للحوالة تطبيقاً للقانون الذي يحكم الحق المحال بينما يقرر القانون الذي يحكم عقد الحوالة عدم قابلية الحق للحوالة؟

يمكن القول في الواقع أننا أمام أحد حلين: إما أن نقبل ندخل قانون عقد الحوالة، وإما أن نطبق فقط القانون الذي يحكم الحق المحال.

- فإذا قبلنا أن يكون للقانون الذي يحكم عقد الحوالة دوراً في مسألة القابلية للحوالة، فإن معنى ذلك أن مسألة قابلية الحوالة ستحكم بواسطة قانونين مختلفين ويكون تطبيقهما تطبيقاً مجتمعاً *une application cumulative*، ومن ثم فإنه حتى يكون الحق قابلاً للحوالة لأبد من الرجوع إلى القانون الذي يحكم الحق المحال وإلى قانون عقد الحوالة، فإذا كان كل منهما يجيز الحوالة كانت الحوالة صحيحة، أما إذا كان أحدهما يجيز والآخر لا يجيز فإن الحق يكون غير قابل للحوالة.

- ولا شك أن الحل السابق لا يمكن الأخذ به لأنه يؤدي إلى تزايد الحالات التي يكون الحق فيها غير قابل للحوالة. وقد رأينا أنه يكفي أن يطبق القانون الذي يحكم الحق المحال في هذا الشأن، فإذا كان يجيز الحوالة فإن الحق يعد قابلاً للانتقال من شخص الدائن الأصلي إلى غيره حتى ولو كان قانون عقد الحوالة المختار من قبل الأطراف لا يجيز حوالتة.

٩٠- وإذا تعلق الأمر بحوالة تقع على حق غير حال، أي حق سيتواجد في المستقبل *une cession de créance future*، فإننا لا نستطيع في هذه الحالة تحديد

(٨٢) انظر في هذا المعنى:

القانون واجب التطبيق على مسألة قابلية الحق للحوالة، ذلك أن الحق غير موجود في الحال. ولا يعد أمر تحديد القانون واجب التطبيق ذو أهمية في هذه الحالة، لأنه طالما أن الحق غير متواجد فإن مسألة قابليته أو عدم قابليته للحوالة تعد أمراً غير ضروري، أما عندما يتواجد الحق فإنه يكون من الميسور تحديد القانون واجب التطبيق<sup>(٨٣)</sup>.

٩١- ولا مجال للأخذ هنا بوجهة نظر بعض الفقه الأنجلوسكسوني الذي يرى أن عدم القابلية للحوالة يعد أمراً استثنائياً وأنه لذلك لا بد من الأخذ بعين الاعتبار التوقعات المشروعة لكل من الدائن الأصلي والدائن الجديد المحال عليه الحق<sup>(٨٤)</sup>.

ونحن ننضم للرأي الرافض لهذا الاتجاه لأن من شأن الأخذ به مراعاة مصلحة طرفي عقد حوالة الحق على حساب مصلحة المدين المحال عليه. ومما لا شك فيه أن مراعاة مصلحة المدين - في خصوص مسألة قابلية الحق للحوالة - أولى بالاعتبار من مصلحة طرفي عقد الحوالة. ذلك أن المدين لم يشترك في عقد الحوالة ولا يعد طرفاً به، ولهذا يكون من الطبيعي أن يكون الأصل هو قيامه بسداد الدين الذي عليه للدائن الأصلي ذاته وليس لأي شخص آخر، وأن يرجع في شأن مدى إمكانية الحق للانتقال إلى دائن جديد إلى القانون الذي يحكم الحق ذاته حتى يكون تطبيق هذا القانون أمراً متوقفاً بالنسبة للمدين. أما الدائن الأصلي فإن عليه توقع تطبيق القانون الذي يحكم الحق، وأما الدائن الجديد - وهو الطرف الآخر في عقد الحوالة - فإن بإمكانه الاستعلام قبل إبرام الحوالة بمدى إمكانية انعقادها ومدى إمكانية سماح قانون الحق بهذه الحوالة.

٩٢- ولا يمكن استبعاد إعمال القانون الذي يحكم الحق المحال لمخالفته للنظام العام إذا كان تطبيقه يؤدي إلى عدم قابلية الحق للحوالة. ذلك أن فكرة النظام العام تعد أمراً استثنائياً لا يكون اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى، ولا يمكن إعمال النظام العام إلا إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق يتضمن إخلالاً صارخاً

(٨٣) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 226 et s.

(٨٤) انظر في تفصيل ذلك:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 225 et s.

بالمبادئ الرئيسية للمجتمع الوطني. وغني عن البيان أن هذه الاعتبارات غير متوافرة بالنسبة لمسألة قابلية أو عدم قابلية الحق للحوالة، لأن الوضع الطبيعي هو قيام المدين بسداد دينه إلى الدائن الأصلي، فإذا كان القانون الذي يحكم الحق يمنع من الحوالة حتى ولو كان هذا منعا عاماً بالنسبة لجميع أنواع الحقوق فلا يتضمن هذا المنع مخالفة تبرر اللجوء إلى أعمال فكرة النظام العام.

## ٢ - تطبيقات خاصة ببعض أنواع الحقوق:

٩٣- تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى الأحكام التي يقرها كل من القانون السويسري ومعاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠.

٩٤- فالقاعدة في القانون السويسري هي خضوع مسألة قابلية الحق للحوالة إلى القانون الذي يحكم الحق المحال، إلا أنه توجد حالتين لا يطبق فيهما قانون الحق المحال على مسألة القابلية للحوالة: تتعلق الحالة الأولى بالحوالة المتعلقة بعقد العمل، والثانية تتعلق بالحوالة التي يقبل فيها المدين المحال عليه الحق تطبيق القانون المختار من قبل أطراف عقد الحوالة.

- فالقانون واجب التطبيق على الحق المحال في القانون السويسري هو قانون عقد حوالة الحق إذا رضي بتطبيقه المدين المحال عليه الحق. ومعنى ذلك أنه إذا أبرم عقد حوالة واتفق المحيل والمحال له على تطبيق قانون دولة ما يجيز الحوالة ووافق المدين على تطبيق هذا القانون فإن الحوالة تكون صحيحة في هذه الحالة حتى ولو كان القانون المطبق على الحق المحال - في غيبة قبول المدين للقانون المختار من قبل أطراف عقد الحوالة - لا يجيز انتقال الحق إلى الغير.

- ويستثنى القانون السويسري من تطبيق قانون الحق المحال أيضاً على مسألة القابلية للحوالة حالة الحوالة المتعلقة بحق العامل في مقابل العمل "المرتب"، حيث لا تعد الحوالة جائزة إلا إذا كان القانون المختار من قبل الأطراف في عقد العمل يجيزها. ووفقاً لنص المادة ١٢١ من القانون الدولي الخاص السويسري يستطيع الأطراف إخضاع عقد العمل إما لقانون الدولة التي يتواجد بها مقر الإقامة المعتاد للعامل وإما لقانون مقر إقامة أو توطن رب العمل<sup>(٨٥)</sup>. ومعنى هذا أنه فيما يتعلق

(٨٥) تنص المادة ٥٠/٢ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن: =

بحوالة حق متعلق بالعمل لا تخضع مسألة قابلية الحق للحوالة إلى قانون الحق المحال وإنما لقانون إرادة أطراف عقد العمل في الحدود التي ذكرناها.

٩٥- وإذا تركنا القانون السويسري لنبحث الأمر في معاهدة روما نجد أنها تأخذ بقاعدة مشابهة لما هو مقرر في القانون السويسري فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على عقد العمل. وفي ذلك تنص المادة ٦ من المعاهدة على أن اختيار الأطراف لقانون ما ليس من شأنه حرمان العامل من الاستفادة من النصوص الأمرة المقررة في قانون مقر إقامته المعتاد إذا كان يمارس عملاً متواصلًا في دولة واحدة أو المقررة في قانون المنشأة التي تستخدم العامل بالنسبة لمن يمارس عمل في أكثر من دولة واحدة.

وعلى الرغم من أن نص المادة السادسة من معاهدة روما لم ينص صراحة على تطبيق قانون مقر إقامة العامل بالنسبة لعقد الحوالة المتعلق بمرتبته إلا أن اقتباس المعاهدة لكثير من نصوصها من القانون السويسري يوجب القول بانطباقها على مسألة قابلية الحوالة المتعلقة بمرتب العامل للحوالة. ولذا، إذا كان قانون مقر إقامة العامل يقرر عدم قابلية الحق المتعلق بالمرتب للحوالة فإن عقد الحوالة الذي يجريه العامل مع غيره يقع باطلاً، لأنه قد وقع على شيء لا تجوز حوالاته. كما يمكن القول بأن سريان الأحكام المقررة في قانون مقر إقامة العامل في مواجهة رب العمل الذي يعد شخصاً أجنبياً عن عقد الحوالة يجعل أيضاً هذه الأحكام - بطريق القياس - سارية في مواجهة من يحال له الحق من العامل من باب أولى لأنه طرف في عقد الحوالة. فالهدف من تقرير هذه القواعد الخاصة للإسناد في مجال عقود العمل هو حماية العامل بوصفه الطرف الضعيف في العقد، فهو في مجال عقد العمل يحتاج للرعاية من تعسف وتحكم رب العمل، وهو يحتاج أيضاً للرعاية إذا أبرم حوالة لمرتبته الذي يعتمد عليه في تسيير شؤون حياته هو وأسرته. فهذه هي العلة من وضع قواعد خاصة للإسناد في مجال عقد العمل والتي يمتد تطبيقها لمجال قابلية حق العامل للحوالة.

= "L'élection de droit relatif à la cession d'une créance d'un travailleur n'est valable que dans la mesure où l'article 121,3e alinéa, relatif au contrat de travail, l'admet".

وبالرجوع إلى المادة ٣/١٢١ من نفس القانون نجد أنها تنص على أن:

"Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle".

٩٦- ويثور التساؤل عن الطبيعة القانونية للقواعد المقررة لأحكام خاصة للإسناد في مجالسي عقد العمل وحوالة الحق، فهل يعد إعمالها تطبيقاً لأسلوب القواعد ذات التطبيق الضروري أم إعمالاً للدفع بالنظام العام أم أنها تشكل قواعد تتازع ذات طبيعة خاصة؟

يذهب البعض في ذلك إلى القول بأن القواعد السابقة تعد إعمالاً للدفع بالنظام العام الدولي<sup>(٨٦)</sup>. فبعد أن استبعد هذا الرأي فكرة قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري استناداً إلى أنها تؤدي إلى إمكانية قيام المدين بالدفع مرتين لشخصين مختلفين نتيجة أن هناك قانون يجيز الحوالة بينما يمنعها قانون آخر، نجد أنه يفضل إعمال الدفع بالنظام العام لأنه يتدخل في مرحلة لاحقة لإعمال قاعدة تتازع القوانين التي تشير بتطبيق قانون ما، فإذا تبين للقاضي أن إعمال هذا القانون يسمح بالحوالة بينما أن القواعد الموضوعية في دولته لا تجيز الحوالة نظراً لتعلقها بمرتب العامل هنا يستبعد القاضي القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولته ويقوم بتطبيق القانون الوطني لدولته *la lex fori* الذي يقرر عدم قابلية حق العامل للحوالة.

٩٧- ونحن نرى أن قواعد الحماية للعامل سواء كانت قواعد وطنية أو قواعد واردة في معاهدة كمعاهدة روما كما ذكرنا، هذه القواعد تعد بمثابة قواعد تتازع تخيرية ذات طابع خاص *une règle de conflit alternative*. ومن المناسب هنا القول بأن قواعد التنازع التخيرية تعد من قبيل قواعد التنازع ذات الغاية المادية، فهي ليست قواعد مادية بحتة لأنها لا تتكفل مباشرة بوضع الحل للمسألة المعروضة على القاضي، وهي كذلك ليست قواعد تتازع عادية إذ أن هذه الأخيرة تعد قواعد مجردة لا ترمي إلى تحقيق غاية مادية مباشرة، وإنما تعد قواعد تتنازع ذات غاية مادية لأنها تهدف إلى تحقيق هدف معين وهو توفير أقصى قدر ممكن من الحماية للعامل وذلك من خلال قاعدة التنازع ذاتها.

ولهذا فإن قواعد الحماية المذكورة لا يعد إعمالها تطبيقاً لأسلوب القواعد ذات التطبيق الضروري ولا تعد كذلك إعمالاً للدفع بالنظام العام. فعندما نتأمل في نص

(٨٦) في ذلك:



المادة السادسة من معاهدة روما<sup>(٨٧)</sup> نجد أنها لا تنفي خضوع عقد العمل للقانون المنصوص عليه في المادة الثالثة منها أي قانون الإرادة ثم تقرر أن تطبيق قانون الإرادة ينبغي ألا يؤدي إلى حرمان العامل من الحماية الأمانة المقررة في قانون مقر الإقامة المعتاد. ويستفاد من ذلك ما يلي:

- أننا لسنا بصدد إعمال لقوانين البوليس لأن إعمالها يتطلب أن تطبق بصفة فورية حالة دون اللجوء إلى القانون واجب التطبيق، في حين أن الأمر ليس كذلك. فالقاضي يقوم بالمفاضلة بين نصوص قانون الإرادة ونصوص قانون مقر إقامة العامل كي يتبين أيهما أكثر حماية للعامل.

كما أننا لسنا بصدد إعمال للدفع بالنظام العام، لأن القاضي عندما يستبعد تطبيق قانون الإرادة لا يقوم بتطبيق قانون دولته وإنما يطبق قانون مقر إقامة العامل ويكون ذلك فقط بالنسبة للأمور المتعلقة بتوفير حماية أكثر للعامل أما فيما عدا ذلك فإن القاضي يطبق قانون الإرادة المختار من قبل الأطراف.

### المطلب الرابع

#### آثار عقد الحوالة بين أطرافه

٩٨- تخضع آثار عقد الحوالة من حيث المبدأ إلى القانون الواجب التطبيق على عقد الحوالة، أي قانون الإرادة المختار من قبل الأطراف. فمن الطبيعي أن تتحدد التزامات المحيل تجاه المحال له الحق وكذلك التزامات هذا الأخير تجاه الدائن المحيل ووفقاً لقانون العقد ذاته. وقد نصت على هذه القاعدة صراحة المادة ١/١٢ من معاهدة

(٨٧) المادة السادسة من معاهدة روما على أن:

1- Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de ce choix, en vertu du paragraphe 2 du present article.

2- A défaut du choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi:

a) par la loi du pays où le travailleur, en execution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays,

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.

روما المبرمة سنة ١٩٨٠<sup>(٨٨)</sup>.

٩٩- على أنه من الملاحظ أن هناك بعض الأمور التي تثير التساؤل عن القانون واجب التطبيق عليها. من قبيل ذلك مسألة انتقال الحق من الدائن المحيل إلى الدائن المحال له هذا الحق. ومسألة توابع الحق المحال وكذلك تحديد القانون الذي يطبق في شأن تحديد الوقت الذي ينتقل فيه الحق من المحيل إلى المحال له الحق.

(أ) فسيما يتعلق بالمسألة الأولى وهي المتعلقة بانتقال الحق بفرق البعض في هذا الشأن بين مسألة الالتزامات التي تتولد عن عقد الحوالة وبين مسألة انتقال الحق، فالقانون الذي يطبق على التزامات الأطراف هو قانون عقد الحوالة أما مسألة انتقال الحق فيطبق عليها قانون الموقع المتعلق بالحق ذاته *la loi de la situation de la créance*. ولما كانت قاعدة *lex rei sitae* لم تجد لها تطبيقاً في مجال الحقوق فقد ذهب البعض إلى إخضاع مسألة انتقال الحق إلى قانون مصدر الحق المحال *la loi de la source de la créance cédée*.

ويذهب البعض الآخر إلى أن مسألة انتقال الحق بين أطراف عقد الحوالة تخضع لقانون الإرادة المختار من قبل أطراف العقد ويفرق هذا الرأي بين صحة العقد وأثاره فيما بين المحيل والمحال له وتخضع لقانون الإرادة وبين مسألة الاحتجاج بعقد الحوالة في مواجهة الغير وتخضع وفقاً لهذا الرأي لقانون موطن المدين. أما قانون الحق المحال فإنه يسري على مسألة قابلية للحوالة.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى الأخذ بهذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ ١١ فبراير ١٩٦٩<sup>(٨٩)</sup>، حيث قضت بخضوع العلاقات بين المحيل والمحال له إلى قانون عقد الحوالة أما حقوق والتزامات المدين المحال عليه الحق فيسري عليها القانون الذي نشأ الدين في ظله، وذلك لأن المدين ليس طرفاً في عقد الحوالة لأن التزامات وحقوق المدين ينبغي ألا يرد عليها تعديل بواسطة تصرف لم يشترك فيه.

(٨٨) لمادة ١/١٢ من معاهدة روما في هذا الشأن على أن:

“les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie”.

(٨٩) انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

ووفقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون الدولي الخاص السويسري فإن مسألة انتقال الحق بين أطراف عقد الحوالة تخضع لقانون الإرادة، وفي غيبتها يسري عليها قانون الحق المحال<sup>(٩٠)</sup>.

ونحن نرى أن هذا الرأي الثاني هو الأولي بالاتباع، فمن المنطقي أن يطبق على مسألة انتقال الحق بين أطراف عقد الحوالة قانون الإرادة المختار من جانبهم، لأن الأمر ليس فيه أي إضرار بمصالح المدين المحال عليه الحق، ومن ثم يكون تطبيق قانون عقد الحوالة أمراً مبرراً، ولا يوجد هنا بالتالي استثناء للخروج على قانون عقد الحوالة.

(ب) وإذا تم اختيار قانون ما من قبل أطراف عقد الحوالة فهل يسري هذا القانون على توابع الحق المحال أم لا؟ فإذا كان الحق المقرر للدائن الأصلي مصحوباً برهن أو امتياز فهل ينتقل الحق إلى الدائن الجديد مصحوباً بهذه التوابع المقررة للحق؟

إذا استعنا في هذا الشأن بنصوص القانون الداخلي نجد أن المادة ١٦٩٢ من القانون المدني الفرنسي تقرر أن "البيع أو حوالة حق ما تشمل توابع الحق كالضمان والامتياز والرهن"<sup>(٩١)</sup>.

وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على هذه المسألة نجد أن بعض الفقه يرى تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال، أي قانون موطن المدين فهذا القانون هو الذي يحدد هل توابع الحق يحسب بها قبل من التزم بها كالأهـن ومن له حق الحبس أم لا.

ونحن نرى أن توابع الحق ينبغي أن تتبع من حيث المبدأ الحق ذاته في شأن تحديد القانون واجب التطبيق. ولذا فإن القانون الذي يطبق على الحق المحال هو الواجب التطبيق على توابع الحق. على أن قانون الحق المحال لا ينفرد في هذا الشأن، فهناك مجال لتطبيق قانون الإرادة المختار من قبل أطراف عقد الحوالة، فقد يتفق

(٩٠) تنص الفقرة الرابعة من المادة ١٤٥ للقانون الدولي الخاص السويسري على أن:

"Les questions concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession".

(٩١) تنص المادة ١٦٩٢ من القانون المدني الفرنسي على أن:

"La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance. tels que caution, privilège et hypothèque".

المحيل والمحال له الحق على أن هذا الأخير ينتقل إلى الدائن الجديد دون كل أو بعض توابعه. كما أن هناك مجال لتطبيق قانون موقع المال بالنسبة لتوابع الحق ذات الطابع العيني، فيرجع إلى قانون موضع الشيء لتبين مدى إمكانية انتقال حوالة الحقوق العينية التابعة لحق ما. ومما لا شك فيه أن هذا التزام - الذي لا مفر منه - في القوانين التي تكون قابلة للتطبيق على مسألة توابع الحق من شأنه إعاقة سرعة وفعالية حوالات الحق على الصعيد الدولي.

(ج) وأخيراً فإنه فيما يتعلق بالقانون الذي يرجع إليه لتحديد وقت انتقال الحق يطبق في هذا الشأن القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة لتحديد الوقت الذي ينتقل فيه الحق من المحيل إلى المحال له الحق. ويعد تحديد هذا الوقت أمراً هاماً في بعض الحالات، من قبيل ذلك الحالة التي لا تكون فيها الحوالة نافذة في مواجهة المدين تطبيقاً للقانون الذي يحكم الحق المحال، فيتعين هنا لقبول الدعوى المقامة من المحال له باسترداد ما دفعه المدين للدائن الأصلي معرفة الوقت الذي انتقل فيه الحق للدائن الجديد<sup>(٩٢)</sup>. وطالما أن الأمر يتعلق بأثر لعقد الحوالة في العلاقة بين أطراف هذا العقد يكون من المنطقي تطبيق قانون إرادة الأطراف في عقد الحوالة.

### الفصل الثاني

#### تنازع القوانين في مجال الاحتجاج

##### بالحوالة في مواجهة الغير

تمهيد:

١٠٠- تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحوالة الحق مسألة منفصلة عن تلك المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته. فلا يحتج بالحوالة في مواجهة الغير إلا إذا اتخذت إجراءات معينة كإعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها، في حين أن عقد الحوالة ذاته لا يخضع لشكليات خاصة ولا يحكمه إلا القانون الذي ارتضى الأطراف الخضوع لحكمه.

وقبل أن نتحدث عن قواعد تنازع القوانين المتعلقة بمسألة الاحتجاج بالحوالة في

(٩٢) انظر في هذا المعنى:

مواجهة الغير من المناسب أن نتعرض أولاً لتحديد مدلول قابلية الحوالة للاحتجاج بها في مواجهة الغير. ولما كان الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير يتطلب تدخل سلطة عامة كان من الضروري أن نتعرض لتحديد طبيعة الإجراء المتخذ من قبل السلطة العامة الأجنبية في هذا الشأن والشروط الواجب توافرها للاحتجاج به في الدولة الوطنية. وعلى ذلك فإننا نقسم الدراسة في الفصل الحالي على النحو التالي:

المبحث الأول: مدلول الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير.

المبحث الثاني: إجراءات الإعلان الأجنبية وكيفية الاعتراف بها في الدولة الوطنية.

المبحث الثالث: استقلالية قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير وكيفية تحديدها.

المبحث الرابع: القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير.

المبحث الخامس: بعض المشاكل الناجمة عن أعمال القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة.

## المبحث الأول

### مدلول الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير

١٠١- يتعين علينا أن نتعرض لتحديد معنى الاحتجاج بالحوالة "المطلب الأول"، ثم نبين المقصود بالغير في هذا الخصوص "المطلب الثاني".

### المطلب الأول

#### معنى الاحتجاج بالحوالة

١٠٢- لبيان المدلول الحقيقي لفكرة الاحتجاج بالحوالة نعرض في هذا الشأن لتحديد العلاقة أو للتمييز بين هذه الفكرة وبين فكرة الأثر النسبي للعقود. كما نتعرض كذلك للحديث عن مسألة الاحتجاج بالحوالة والإعلان.

#### (أ) الاحتجاج بالحوالة والأثر النسبي للعقد:

١٠٣- اتجه البعض إلى القول بأن حوالة الحق تنتج أثراً مباشراً *un effet direct* بالنسبة للمدين وذلك بتعديل وضعه القانوني. وطالما أن الأمر كذلك فإنه من غير الممكن

الحديث عن مسألة قابلية الحوالة للاحتجاج بها في مواجهة المدين *l'opposabilité de la cession* وإنما يتعلق الأمر بفكرة الأثر النسبي للعقد *l'effet relatif*<sup>(٩٣)</sup>.

ويشير هذا الرأي إلى أن حوالة الحق من شأنها حدوث انتقال لصفة الدائن *la qualité de créancier* من شخص الدائن الأصلي *le cédant* إلى شخص الدائن الجديد المحال له *le cessionnaire*. ولهذا فإن الأمر لا يتعلق بمجرد انتقال للحق المالي من دائن إلى آخر وإنما باستبدال شخص الدائن بكل صفاته.

ومن الطبيعي - وفقاً لهذا الرأي - أن تسري الحوالة في مواجهة المدين، حيث يتوفر رضاء ضمني من جانب هذا الأخير بالحوالة لأنه لم يشترط عدم قابلية الحق للانتقال إلى الغير في العقد الأصلي المبرم بينه وبين الدائن الأصلي. ولذا، إذا قام هذا الأخير بنقل حقه على دائن آخر سرى ذلك في مواجهة المدين دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر.

ويركز هذا الاتجاه على المفهوم الشخصي للالتزام وليس على المفهوم الموضوعي. فوفقاً لهذا المفهوم الأخير *la conception objective* تحصل حوالة الحق في انتقال للحق المالي فحسب محل الالتزام من شخص لآخر، أما المفهوم الشخصي للالتزام *la conception subjective* فإنه يسمح بأن تكون حوالة الحق مؤدية إلى تعديل داخلي للرابطة القانونية ذاتها.

وينتهي هذا الرأي إلى القول بأن حوالة الحق تتسم بأمرين أساسيين: أولهما أن الحوالة تؤدي إلى انتقال صفة الدائن من شخص الدائن المحيل إلى شخص الدائن المحال له وليس فقط انتقال للحق المالي. والأمر الآخر أن من شأن الحوالة تعديل الوضع القانوني للمدين في الرابطة القانونية محل الالتزام، لأن الحوالة تنتج أثراً مباشراً في مواجهة المدين حيث يتغير شخص الدائن بالنسبة له.

ونتيجة لما سبق فإن الإجراءات التي يتطلبها القانون لسريان الحوالة في مواجهة الغير لا يتم اقتضاؤها لسريان الحوالة بالنسبة للمدين، ذلك أن الأمر لا يتعلق بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين وإنما يتعلق بفكرة الأثر النسبي وقد انتهينا إلى أن الحوالة تنتج أثراً مباشراً في مواجهة المدين، ومن ثم فإن الإجراءات أو

(٩٣) هذا هو رأي الكاتب الفرنسي Chr. Larroumet انظر مشاراً إليه بالتفصيل في:

الشكليات المتطلبة كالإعلان أمور لا تسري بالنسبة للمدين، لأن هذا الأخير لا يعد من الغير.

أما بالنسبة للغير الآخرين - ولا يدخل فيهم بالطبع كما أسلفنا شخص المدين - فإن سريان الحوالة قبلهم أمر مشروط بتوافر الإجراءات والشكليات المنصوص عليها قانوناً كالإعلان، وهنا يتعلق الأمر بالنسبة للغير بمسألة الاحتجاج بالحوالة وليس بالأثر النسبي للعقد<sup>(٩٤)</sup>.

١٠٤- ويتجه الرأي الغالب في الفقه إلى رفض الاتجاه السابق فيما ذهب إليه من القول بسريان الحوالة في مواجهة المدين استناداً إلى أن الحوالة تنتج أثراً مباشراً في مواجهته. وفي واقع الأمر تعرض هذا الرأي للعديد من الانتقادات أهمها ما يلي:

- إن القول بأن حوالة الحق تنتج أثراً مباشراً في مواجهة المدين أمر يتعارض تعارضاً صارخاً مع مبدأ الأثر النسبي للعقود *l'effet relatif des contrats*. فالعقد لا يلزم إلا أطرافه، وبما أن عقد حوالة الحق - وهو العقد المبرم بين الدائن المحيل والدائن المحال له - لا يعتبر المدين طرفاً به فإن هذا الأخير لا يلتزم به إلا إذا توافر شيء آخر كالقبول أو الإعلان المقرر قانوناً. ولذا فإن المدين يعتبر من الغير بالنسبة لعقد حوالة الحق.

- كما يستند الرأي السابق إلى أنه يوجد لدى المدين رضاء ضمنى بالحوالة وبإمكانية تغيير شخص الدائن لأنه لم يشترط في العقد المنشئ للالتزام المبرم بينه وبين الدائن الأصلي عدم قابلية الحق للانتقال إلى الغير. على أن هذا الرأي غير دقيق في الواقع ولا يمكن تعميمه، لأنه لا يتناول إلا حوالة الحق التعاقدية *la cession de créance contractuelle* أما حوالة الحق التصيرية *la cession de créance délictuelle* فمن غير الممكن تطبيق هذا الرأي عليها حيث لا يوجد عقد بين الدائن والمدين.

والخلاصة التي ننتهي إليها أنه لا يمكن القول بوجود أثر مباشر للحوالة في مواجهة المدين تحت غطاء أن الأمر يتعلق بالنسبة للمدين بفكرة اثر النسبي للعقد. فالمدين يعد من الغير الذي لا يسري العقد في مواجهته ولذا فإن الأمر يتعلق بالنسبة له بمدى جواز الاحتجاج في مواجهته بعقد الحوالة المبرم بين الدائن الأصلي والدائن

(٩٤) انظر في تفصيل ذلك الرأي:

الجديد، وهو العقد الذي لم يكن المدين طرفاً به.

### ب) الاحتجاج بالحوالة والإعلان:

١٠٥- انتهينا فيما سبق إلى أن عقد الحوالة لا يسري في مواجهة الغير - ومنهم المدين - إلا باتخاذ إجراءات وتوافر شروط معينة. وتتعلق هذه الشروط بالإعلان والقبول. وإذا كان هذا الأخير أمراً نادر الحدوث من الناحية العلمية يظل الإعلان la publicité هو الأمر الأكثر شيوعاً. وعلى ذلك فإن إعلام المدين بالحوالة هو الشرط المتطلب لسريان الحوالة والاحتجاج بها في مواجهة الغير.

١٠٦- على أن هناك جانب من الفقه ينكر أن يكون الإعلان أمراً مرتبطاً بمسألة قابلية عقد الحوالة للاحتجاج به في مواجهة الغير، ولذا فإننا نعرض أولاً لهذا الاتجاه. ويتسق هذا في الواقع مع ما تقرره بعض القوانين الحديثة من إخضاع إجراءات الإعلان إلى قانون الدولة المراد اتخاذ هذه الإجراءات بها<sup>(٩٥)</sup>.

ويمكن التمييز في داخل هذا الاتجاه بين رأيين أساسيين: الأول ينكر أم يكون الإعلان أمراً متطلباً للاحتجاج بالحوالة سواء في العلاقة بين أطراف عقد الحوالة والمدين أو في العلاقة بين أطراف عقد الحوالة والغير الآخرين. أما الفريق الآخر فإنه يقصر عدم تطلب الإعلان على العلاقة بين أطراف عقد الحوالة والمدين دون غيره.

فبالنسبة للرأي الأول فإنه يرفض أن يكون الإعلان أمراً أو شرطاً للاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة الغير بما فيهم المدين. ويستند هذا الرأي على أن إجراءات الإعلان المنصوص عليها في المادة ١٦٩٠<sup>(٩٦)</sup> من القانون المدني الفرنسي تعد إجراءات عامة تهدف على الإعلان على نطاق واسع غير المشروط بعدد معين من الأشخاص، أما الإجراءات الذي يتخذ بالنسبة للمدين - وهو شخص محدد بلذات - فلا يمكن اعتباره إعلاناً une mesure de publicité، وإنما هو مجرد إخطار له

(٩٥) من قبيل ذلك نص المادة ٦١ من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ والذي يجري نصه على الوجه التالي:

“La publicité des actes de constitution, de conservation, de transtert et d’extinction des droits reals est régie par la loi de l’Etat où sont accomplies les formalités de publicité”.

(٩٦) تنص المادة ١٦٩٠ من القانون المدني الفرنسي على أن:

“Le cessionnaire n’est saisi à l’égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l’acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique”.



## .une mesure d'information بالحوالة

وبالنسبة للغير الآخرين غير المدين كالخلف العام فإن الحوالة تسري في مواجهتهم لمجرد علمهم بالحوالة وهو العلم المستمد من كون الحوالة قد تم إعلام المدين بها. ولذا، فإنه لا يمكن اعتبار الإعلان - وفقاً لهذا الرأي - أمراً متطلباً للاحتجاج بالحوالة سواء بالنسبة للمدين أو بالنسبة للأشخاص الآخرين من الغير.

أما الرأي الثاني فإنه يرى أن الإعلان ائتمطلب في القانون لا يعد شرطاً للاحتجاج بالحوالة بالنسبة للمدين في حين أنه شرط ضروري للاحتجاج بالحوالة في مواجهة الأشخاص الآخرين غير المدين. ففيما يتعلق بالعلاقة بين أطراف عقد الحوالة والمدين فإن هذا الأخير يلتزم بالحوالة وبإداء الدين للدائن المحال له الحق ولا يشترط لذلك سوى إعلامه بالحوالة *la signification*. أما بالنسبة للعلاقة بين أطراف عقد الحوالة والغير الآخرين فلا تسري الحوالة في مواجهتهم إلا بتوافر الإعلان الرسمي *la publicité* المنصوص عليه في المادة ١٦٩٠.

ويستند هذا الرأي إلى أن الأصل هو عدم سريان عقد الحوالة في مواجهة المدين وهو الأمر الذي يستخلص من العقد الأصلي المبرم بين المدين والدائن الأصلي، إذ ينبغي على هذا الأخير تنفيذ العقد بحسن نية. فإذا قام المدين - بعد إبرام عقد الحوالة - بسداد الدين إلى الدائن الأصلي دون أن يعلم بالحوالة فقد برأت ذمته، وإذا قام بالسداد للدائن الأصلي رغم علمه بالحوالة فإن سوء النية المتوافر لدى المدين يمنع في هذه الحالة من إبراء ذمته.

١٠٧- وفي واقع الأمر لا يمكن تعليق الاحتجاج بالحوالة سواء في مواجهة المدين أو الغير على مسألة سوء النية أو حسنها، لأن ذلك يتعارض مع صريح النصوص القانونية سواء في القانون الفرنسي<sup>(٩٧)</sup> أو القانون المصري<sup>(٩٨)</sup>. وهي

(٩٧) من الملاحظ مع ذلك أنه وفقاً لنصوص بعض القوانين - كالقانون الفرنسي - فإن القاعدة هي براءة ذمة المدين الذي يسدد الدين الذي يسدد لدائن إلى الدائن الأصلي قبل إعلامه بالحوالة وذلك دون ارتباط براءة الذمة بحسن أو سوء النية في هذه الحالة. ومعنى ذلك أنه إذا كان المدين يعلم بالحوالة التي لم يتم إخطاره بها وقام بسداد الدين للدائن الأصلي فقد برأت ذمته رغم توافر سوء النية لديه. وتتص في ذلك المادة ١٦٩١ من القانون المدني الفرنسي على أن:

“Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur. celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré”.

(٩٨) يستفاد ذلك ضمناً من نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أن: “لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها على أن نفاذها قبل الغير يقبل المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ”.

النصوص التي تقرر صراحة أن إخطار المدين وإعلانه يعد شرطاً لا غنى عنه للاحتجاج بالحوالة في مواجهته. ومن الملاحظ أن هذا الرأي هو الذي يوفر عنصر الأمان والطمأنينة القانونية لأن الإعلان الرسمي بالحوالة هو الذي يمكن إثباته قطعاً، أما العلم الفعلي دون إعلان فهو أمر يصعب إثباته ويمكن أن يؤدي إلى التحكم<sup>(٩٩)</sup>.

ومن أجل هذا فإن الاتجاه السائد لمحكمة النقض الفرنسية يذهب إلى رفض اعتبار علم المدين بالحوالة بمثابة دليل للاحتجاج بالحوالة في مواجهته<sup>(١٠٠)</sup>.

وتجدر الإشارة مع ذلك إلى وجود اختلاف بين الأنظمة القانونية في الإجراء الذي يتعين اتخاذه لنفاذ الحوالة قبل المدين والغير. فإذا كانت بعض القوانين تتطلب ضرورة توافر الإعلان الرسمي لنفاذ الحوالة كما هو الحال في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي، فإن بعض القوانين الأخرى تكفي بمجرد إخطار المدين بصورة من عقد الحوالة بأي طريقة من الطرق دون حاجة لاتخاذ إجراءات الإعلان الرسمية<sup>(١٠١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### المقصود بالغير الذي يحتج بالحوالة في مواجهته

١٠٩- يمكن التمييز في هذا الشأن بين عدة اتجاهات على النحو التالي:

- فهناك أولاً من يذهب إلى أن الغير يشمل الأشخاص الآخرين غير المدين

(٩٩) ونحن نؤيد هنا ما ذهب إليه بعض انقعه من اقتراح أن يتخذ إعلان المدين بالحوالة صورة خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول "une lettre recommandée avec avis de reception" وذلك بهدف تبسيط الإجراءات المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير. انظر في ذلك:

Jean-Pierre Mattout : Aspects internationaux de la cession de flux de créances. Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 39, 1993, p. 206.

(١٠٠) من قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٤ فبراير ١٨٧٥ والذي وفقاً له فإن:

"La simple connaissance de la cession de créance par le débiteur cédé ne suffisait pas pour lui rendre opposable".

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 115.

(١٠١) من قبيل ذلك يمكن أن نذكر على سبيل المثال القانون المدني لمقاطعة الكيبك في كندا الصادر سنة ١٩٩١ والذي تنص المادة ١٦٤١ منه على أن:

"La cession est opposable au débiteur et aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant". V. Jean Maurice Brisson et Nicholas Kasirer: Code civil du Québec, édition critique. 10e édition, 2002-2003, Editions Yvon Blais, Paris.

كالخلف العام ودائني الدائن الأصلي ودائني الدائن الجديد المحال له الحق.

ووفقاً لهذا الاتجاه - إذن - لا يعد المدين من الغير. والهدف الذي يرمي إليه هذا الاتجاه من ذلك هو التوصل إلى نفاذ الحوالة وسريانها في مواجهة المدين بصفة مباشرة دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر كالإعلان. وقد سبق أن تعرضنا بالتفصيل لهذا الاتجاه وتوصلنا على دحضه استناداً إلى أن المدين لم يكن طرفاً في عقد الحوالة المبرم بين الدائن الأصلي والدائن المحال له الحق.

- ويتجه البعض الآخر إلى اعتبار المدين من الغير والتسوية بينه وبين الغير الآخرين فيما يتعلق بنفاذ الحوالة والاحتجاج بها.

ووفقاً لهذا الاتجاه لا تسري الحوالة في مواجهة الغير بما فيهم المدين إلا بتوافر الإعلان أو القبول الثابت التاريخ. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني المصري في المادة ٣٠٥ منه والتي تنص على أن: "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ".

ومن الملاحظ أن التسوية التامة على هذا النحو بين المدين وغيره أمر لا يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، والتي تنسم فيها المعاملات التجارية بين التجار بطابع السرعة والبساطة في الإجراءات والمعاملات. ولذا فإن تطلب الإعلان الرسمي لنفاذ الحوالة أمر من شأنه إعاقة تطور علاقات التجارة الدولية عندما يرغب الدائن في التنازل عن حقه لمصلحة بنك تجاري في مقابل توفير الاعتمادات المالية اللازمة للعملية التجارية أو في مقابل تقديم الضمانات والاعتمادات الضرورية لإتمام عقد ما.

- من أجل هذا فإن الاتجاه السائد هو اعتبار أن الغير هو كل شخص ليس طرفاً في عقد حوالة الحق، ويدخل في ذلك بطبيعة الحال المدين المحال عليه. على أن اعتبار المدين من الغير لا ينفي أن له وضعاً خاصاً، يستمد من أن المدين رغم أنه أجنبي عن عقد الحوالة إلا أنه طرف في العقد الأصلي وأن الحوالة تنصب على الحق موضوع ومحل هذا العقد الأصلي.

ومن أجل هذا نجد أن بعض القوانين - كالقانون الألماني والقانون السويسري - تأخذ في هذا الشأن بإجراءات مبسطة لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين. فعلى الرغم من

اشتراط علم المدين بالحوالة إلا أنه يكفي لتحقيق هذا العلم مجرد الإخطار دون تطلب الإعلان الرسمي. كما أن القانون الفرنسي يوجد فيه نوعين من حوالة الحق: النوع الأول هو الحوالة التقليدية *la cession traditionnelle* التي يلزم فيها لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين توافر الإعلان، والنوع الآخر هو المستحدث بمقتضى القانون الشهير الصادر سنة ١٩٨١ والمعروف بقانون ديلي *la loi Dailly*<sup>(١٠٢)</sup> وهو الذي تبني نوع من الحوالة المبسطة *la cession simplifiée* والذي من أهم أحكامه التمييز بالنسبة لمسألة الاحتجاج بالحوالة بين المدين والأشخاص الآخرين من الغير.

١١٠- والخلاصة التي ننتهي إليها أن المدين يعتبر من الغير على أن له وضع خاص نظراً لأنه طرف في العقد الأصلي فلا تتم معاملته كغيره من الأشخاص الآخرين<sup>(١٠٣)</sup>. وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية الغير بأنه "من لم يكن طرف في عقد حوالة الحق وله مصلحة في أن يظل المحيل دائناً"<sup>(١٠٤)</sup>.

على أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه يركز فقط على شخص الدائن المحيل، ولا يعير الاهتمام للطرف الآخر في عقد الحوالة وهو المحال له الحق. ومعنى ذلك أن

(١٠٢) انظر في تفصيل أحكام هذا القانون:

Dorothee Pardoel: *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, op cit, 119 et s; Didier Martin et Hervé Synvet: *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, La Semaine Juridique, éd. E., 1987, I, n° 14940; Alain Cercles: *Cession de flux de créances et bordereau Dailly* Revue de droit bancaire et de la bourse, 1993, n°39, p. 200 et s; Philippe Turcas: *Le transfert des créances dans le cadre de la loi Dailly peut-il être neutralisé par l'acheteur?*, La Gazette du Palais, 1986, l'doct., 263; Christain Gavalda: *Sécurités et précarités de la cession de créances par voie Dailly: La signature manuscrite des bordereaux. la portée d'une notification et la liberté d'acceptation de la cession*, La Semaine Juridique, E., 1989, II, 15374; Jean Stoufflet et Yves Chaput: *L'allégement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de credit (loi n° 81-1. du 2 janvier 1981)*, La Semaine Juridique, E., 1981, II, 13603.

(١٠٣) انظر في هذا المعنى:

Anne Sinay-Cytermann: *Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance*, Revue critique de droit international privé, 1992, p. 38; Laurent Ruet: *Les créances en droit international privé*, op cit, pp. 545 et 555.

(١٠٤) في حكمها الصادر بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٨٥ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

"Ne sont tiers au sens de ce texte (article 1690 du code civil) que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier".

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Dorothee Pardoel: *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, op cit, p. 103.

دائني المحال له الحق وخلفه العام لا يعتبرون من الغير وفقاً لحكم النقض الفرنسي (١٠٥).

### المبحث الثاني

#### إجراءات الإعلان الأجنبية

#### وكيفية الاعتراف بها في الدولة الوطنية

١١١- يتطلب الاحتجاج بالحوالة في بعض الأحيان تدخل سلطة عامة لاتخاذ إجراء ما، كما هو الحال بالنسبة للإعلان على يد محضر *signification par huissier*، وكما هو الحال بالنسبة لتسجيل الحوالة في السجلات العامة المعدة لذلك من قبل جهة الإدارة.

ولتحديد كيفية الاعتراف بهذه الإجراءات الأجنبية يتعين علينا أن نحدد نظامها القانوني "المطلب الأول"، ثم نتحدث عن شروط الاعتراف بها "المطلب الثاني".

### المطلب الأول

#### النظام القانوني لإجراءات الإعلان الأجنبية

١١٢- تعتبر إجراءات الإعلان من قبيل الإجراءات المتخذة من قبل سلطة عامة أجنبية، ولا تعد هذه السلطة ذات طابع قضائي كما لا تعد بطبيعة الحال ذات طابع تشريعي، وإنما هي سلطة إدارية تقوم باتخاذ إجراء معين لا بد منه للاعتراف بالحوالة والاحتجاج بها في دولة أخرى. ولذا، فإن التساؤل يثور حول مدى حق السلطات الوطنية في تقدير الاختصاص الدولي للسلطات غير القضائية الأجنبية التي تتخذ مثل هذه الإجراءات<sup>(١٠٦)</sup>. ومن الواضح هنا أن الأمر لا يتعلق بتنازع للاختصاص القضائي

(١٠٥) كما انتقد كذلك تعريف محكمة النقض الفرنسية للغير لأن من شأنه إقامة نوع من التفرقة الاقتصادية ولا يرتكز على أساس قانوني:

"Le critère retenu n'est pas satisfaisant car il conduit à une distinction économique et non juridique. En effet, si le compte du cédant est débiteur, la réduction du solde profite au banquier réceptionnaire qui, ayant intérêt à ce que le cédant soit encore créancier, peut être qualifié de tiers. En revanche, si le solde du compte est créateur, le banquier n'a aucun intérêt à recevoir le paiement et ne peut être considéré comme un tiers à la cession". V. Etienne Verges: note sous cass. 19 Déc. 200. La Semaine Juridique, édition générale, n°3, 16 Janvier 2002, p. 145.

(١٠٦) يقرر البعض في هذا المعنى أن:

"En droit international privé, l'indépendance de l'acte juridique transactionnel par rapport à son enveloppe judiciaire conduit à inclure le premier dans =

بل هو تنازع سلطات *un conflit d'autorités* ويطلق على القرارات المتخذة في هذا الشأن اصطلاح التصرف العام *l'acte public* أو تصرف غير قضائي أجنبي *acte non-judiciaire étranger*.

ويتعين علينا هنا أن نحدد مفهوم فكرة التصرف العام الذي تنتمي إليه إجراءات الإعلان اللازمة للاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير. ولتحديد مفهوم التصرف أو العمل العام نتحدث عن العناصر المكونة له "الفرع الأول" وتصنيف التصرفات انعاماً "الفرع الثاني".

### الفرع الأول

#### العناصر المكونة للتصرف أو العمل العام

١١٣- يعتبر التصرف العام *l'acte public* أحد مكونات التصرف القانوني بوجه عام، حيث يوجد على جانبه التصرف الخاص *l'acte privé*.  
ونتعرض هنا لتحديد التصرف الذي يعتد به، وكذلك لتدخل السلطة العامة الذي يؤدي إلى اعتبار التصرف من قبيل التصرفات أو الأعمال العامة.

#### (أ) فكرة التصرف أو العمل القانوني:

١١٤- لا جدال على أن هناك قطاع كبير من النشاط يمكن أن يطلق عليه أنه عمل قانوني *acte juridique* ولا توجد بالنسبة له أية مشكلة، كما هو الحال بالنسبة لعمل القاضي الذي يصدر الأحكام أو على وجه العموم بالنسبة لكل تدخل لسلطة عامة فيه تعبير عن الإرادة، حيث يوجد هنا تدخل إيجابي من جانب السلطة العامة في صورة قرار أو حكم أو غير ذلك، ولذا، فإن النشاط السابق لا توجد حوله مشككة في القول بأنه عمل أو تصرف قانوني.

١١٥- على أن هناك نوع آخر من نشاط السلطة العامة يثور الجدل حول مدى اعتباره عمل قانوني، حيث يقتصر هذا النشاط على استقبال الإرادة الخاصة للأفراد أو في تسجيل عمل أو تصرف ما أو في إثبات فعل ما.

= le domaine du conflit de lois, tandis que la seconde peut seule, en tant qu'acte public réceptif, relever de l'exequatur – c'est-à-dire, de la méthode du conflit de juridictions". V. Horatia Muir Watt: La rencontre dans l'espace de figure hybrids (Variations autour du conflit international de decisions), Revue générale des procédures, n°4, 1998, p. 718.

ولا شك أن النظام القانوني للدولة يضيف على الأنشطة السابقة فعالية كبيرة، لأن الأمر لا يقتصر على استقبال التصرف أو تسجيله ولكن يؤدي تدخل السلطة العامة إلى إضفاء الفعالية وإلى إحداث آثار قانونية ما كانت لتتواجد هذه الفعالية وتحدث مثل هذه الآثار بدون تدخل السلطة العامة المتمثل في استقبال الإرادة الخاصة أو تسجيل التصرف القانوني.

ففي مجال حوالة الحق يمكن القول أنه يعتبر من قبيل الأعمال أو التصرفات القانونية ما يشترطه القانون للاحتجاج بالحوالة من قيام ذوي الشأن بتسجيل وقيد الحوالة في السجلات العامة المعدة لذلك، فهنا رغم أن الأمر يقتصر على استقبال الإرادة والتسجيل إلا أنه بإجراء هذا التسجيل توافرت فعالية خاصة للحوالة ونشأت آثار قانونية تتمثل في الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير. ولهذا يطلق البعض<sup>(١٠٧)</sup> على هذه التصرفات تعبير التصرفات القانونية للقانون العام *les actes juridiques de droit public*.

#### (ب) تدخل السلطة العامة:

١١٦- يقصد بالسلطة العامة هنا كل مؤسسة أو جهاز أو شخص مكلف بأداء خدمة معينة. ولذلك فإننا نستطيع التمييز في داخل السلطة العامة بين الموظف العام وبين صاحب السلطة.

- فالموظف العام *l'officier public* هو الشخص المكلف من قبل الدولة باستقبال التصرفات الخاصة وبتأكيد وإثبات الأعمال بدون إصدار أو إضافة أي إرادة خاصة بأتمنى الضيق.

من قبيل ذلك موظف الحالة المدنية *l'officier de l'état civil* وموثق العقود *le notaire*.

- أما صاحب السلطة *l'autorité* فهو الشخص المكلف من قبل النظام القانوني بتحديد الناحية القانونية في حالة محددة. من قبيل ذلك القاضي وكذلك من يمارس وظيفة إدارية.

(١٠٧) انظر في تفصيل ذلك:

١١٧- وتجدر الإشارة إلى أن تدخل السلطة العامة قد يكون إلزامياً وقد يكون اختيارياً.

- فال تدخل الإلزامي للسلطة العامة le caractère obligatoire de l'intervention يكون عندما يعتبر تدخلها شرطاً لصحة التصرف.

- ويكون تدخل السلطة العامة اختيارياً le caractère facultative de l'intervention إذا لم يكن هذا مشروطاً لصحة التصرف وإنما يتعلق الأمر بشرط للاحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير، كما هو الحال بالنسبة للإعلان على يد محضر كشرط للاحتجاج بالحوالة قبل الغير. ذلك أن عقد الحوالة ذاته قد تم صحيحاً بانعقاده بين أطرافه، إلا أنه يلزم للاحتجاج به قبل الغير ومنهم المدين ضرورة الإعلان الرسمي.

### الفرع الثاني

#### تصنيف التصرفات العامة

١١٨- رأينا - على ضوء العرض السابق - أن المفهوم الواسع للتصرف العام يغطي الكثير من التصرفات التي يختلط فيها العنصر العام مع العنصر الخاص وأن تفوق أو رجحان أحدها على الآخر هو أمر نسبي. ويمكن القول أن هناك أربع طوائف للتصرفات هي:

- تتعلق الطائفة الأولى بالحالة التي تتدخل فيها السلطة العامة لتكملة التصرف فيكون التصرف العام أمراً أساسياً يضاف على التصرف الخاص المكمل له، ولا يؤدي ذلك إلى أن التصرف الخاص يفقد خصوصيته بتدخل السلطة العامة، فالتصرف الخاص يحتفظ بقوامه باعتباره كذلك، ولهذا فإنه في الحالة التي يبطل فيها التصرف الخاص l'acte privé فإن ذلك يؤدي بالتبعية لبطلان التصرف الشكلي l'acte formel المتخذ من قبل السلطة العامة. فكل ما تفعله السلطة العامة هو قبول التصرف بإضفاء شئ جديد عليه كما هو الحال بالنسبة لإثبات عمل طبيعى مثل الشهادة التي تصدر بالميلاد أو الوفاة. ولذا يطلق البعض على تصرف السلطة العامة في هذه الحالة اصطلاح التصرف الاستقبالي l'acte receptive<sup>(١٠٨)</sup>.

(١٠٨) انظر في تفصيل ذلك:



ومن الواضح هنا أن تصرف السلطة العامة تابع للتصرف الخاص، ولذا فإن العنصر الخاص هو الأكثر أهمية من العنصر العام، ومن ثم فإن التصرف هنا لا يعتبر من قبيل التصرفات العامة.

- أما الطائفة الثانية فإنها تشمل الحالات التي تتدخل فيها السلطة العامة ولا يكون من المستطاع بعد هذا التدخل التمييز - بالنسبة للأثار التي ينتجها التصرف - بين التصرف الاتفاقي الخاص وبين تصرف السلطة العامة. فالآثار تنسب لتصرف السلطة العامة فقط كما هو الحال بالنسبة للتسجيل الرسمي الذي يتم في مكاتب التوثيق كالمشهر العقاري. ويطلق على التصرف هنا تعبير التصرف المختلط حيث يختلط التصرف الخاص بعمل السلطة العامة.

- أما الطائفة الثالثة فهي تتعلق بتصرفات السلطة العامة التي تمتص التصرف الاتفاقي ويفقد فيها التصرف خصوصيته. وفي هذه التصرفات يقوم القاضي بالحلول محل إرادة الأطراف كما هو الحال في تحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة.

- أما الطائفة الرابعة والأخيرة فهي تتمثل في الحالة التي يكون فيها التصرف من نتائج السلطة العامة فقط دون تدخل من جانب الأفراد. على أن المصلحة الفردية قد تكون متضمنة في عمل السلطة العامة، كما هو الحال بالنسبة للأحكام القضائية.

وإذا كنا قد استبعدنا الطائفة الأولى من التصرفات العامة نظراً لطغيان العنصر الخاص *l'élément privé*، فإن الطوائف الثلاث الأخيرة تعد من قبيل التصرفات العامة نظراً لأن العنصر العام *l'élément public* يعد أمراً أساسياً في التصرف. ويطلق البعض على التصرفات الداخلة في نطاق هذه الطوائف الثلاث تعبير القرارات *les decisions* أو التصرفات شبه العامة *les actes quasi publics*<sup>(١٠٩)</sup>.

(١٠٩) لتحديد الملامح الرئيسية للقرار يمكننا أن نذكر الحكم الصادر من محكمة باريس بتاريخ ٢ أبريل ١٩٩٨ والذي وفقاً له:

“La notion de decision implique notamment que l'autorité don't elle émane ait dispose d'un véritable pouvoir d'appréciation daunt à son contenu et ne se soit pas borné à recevoir un acte de pur droit privé, celui-ci relevant dans ce cas du régime des actes publics étrangers non judiciaires;

S'agissant plus particulièrement d'un acte émanant de l'autorité judiciaire. sa qualification depend du point de savoir si le juge étranger a bien fait oeuvre de volonté au sujet du rapport qui lui était déféré, l'acte ne pouvant être qualifié =

١١٩- ويفرق بعض الفقه في هذا الشأن بين التصرفات العامة والقرارات، ويرتكز معيار التفرقة على معرفة ما إذا كان تدخل لسلطة العامة من شأنه تطهير التصرف الخاص من عيوبه. فإذا كان تدخل السلطة العامة من شأنه إحداث هذا الأثر فإننا نكون بصدد قرار *une decision* يمكن الطعن فيه من قبل أطراف التصرف بواسطة طرق الطعن المتاحة. أما إذا لم يكن من شأن تدخل السلطة العامة تطهير التصرف الخـص من العيوب فإننا نكون إزاء تصرف عام *un acte public* وليس قرار بالمعنى الدقيق<sup>(١١٠)</sup>.

ويمكن القول بعبارة أخرى أن التصرف شبه العام هو التصرف الذي تقتصر فيه السلطة العامة على استقبال تصرف خاص موجود سلفاً، وتقوم السلطة بتدعيم وتقوية هذا التصرف بتدخلها بمنحه فعالية شكلية *une efficacité formelle* وذلك بدون إحداث أي تغيير في محتوى التصرف ذاته. أما القرار فإنه يعتبر تصرف إرادي وإيجابي من جانب السلطة العامة وهو من عمل السلطة العامة ذاتها، وعلاوة على الفعالية الشكلية التي يمنحها فإن له فعالية ذاتية أو موضوعية، لأنه من صنع السلطة العامة ذاتها<sup>(١١١)</sup>.

وللتمييز بين التصرفات العامة وقرارات أهمية كبيرة : فإذا كنا إزاء قرار أجنبي بالمعنى الدقيق فإن الطريقة المتبعة لرقابته ستكون هي تنازع الاختصاص

= de decision que si, après avoir constaté l'accord des parties ou la volonté de l'une d'entre elles, le juge a pu procéder à la verification de la violation ou du respect d'une règle de droit en s'appropriant les elements qui lui ont été soumis".

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Horatia Muir Watt: La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions), op cit, p. 716.

(١١٠) انظر في تفصيل ذلك:

Pierre Mayer: La distinction entre règles et décisions et le droit international privé. Dalloz, Paris, 1973, p. 282 et ss.

(١١١) يقرر في هذا المعنى الأستاذ الفرنسي Lagarde في تقديمه لكتاب الأستاذ Pamboukis أن:

"L'acte quasi public est, dans l'une de ses variétés les plus répandues, l'acte par lequel l'autorité publique se borne à recevoir un acte privé préexistant qu'il ne fait que consolider en lui conférant une efficacité formelle supérieure, mais sans en modifier la substance. La décision, quant à elle, est un acte volitif. Elle est toujours quant au fond et au moins pour partie l'oeuvre de l'autorité publique qui lui confère, outre son efficacité formelle comme pour les actes quasi publics, son efficacité substantielle". V. Charalambos Pamboukis: L'acte public étranger en droit international privé. op cit. p. XVII.

القضائي وتنازع السلطات *la méthode des conflits d'autorités ou de juridictions*. أما إذا كان الأمر يتعلق بتصريف أجنبي له طبيعة التصرف الخاص البحث فإن القاضي سيلجأ - لتقدير مدى سلامته - إلى طريقة تنازع القوانين *la méthode des conflits de lois* بالرجوع إلى القانون واجب التطبيق والتحقق من توافر الشروط التي يتطلبها هذا القانون في التصرف.

١٢٠- وتنقسم التصرفات شبه العامة بدورها إلى تصرفات تأكيدية وتصرفات استقبالية.

أما النوع الأول وهو التصرفات شبه العامة التأكيدية *les actes quasi publics constatatifs* فهي تلك التي يقتصر فيها دور السلطة العامة على تأكيد وإثبات عمل أو فعل قانوني كما هو الحال بالنسبة لإثبات الحالة المدنية وكما هو الحال بالنسبة لمختلف الشهادات التي تصدر عن جهة الإدارة كشهادة الجنسية.

وأما النوع الثاني وهو التصرفات شبه العامة الاستقبالية *les actes quasi publics réceptifs* فهي تلك التصرفات التي من خلالها يكون دور السلطة العامة استقبال تصرف صادر من الأفراد وليس من السلطة العامة، كما لو تعلق الأمر بعقد مبرم أمام الموثق.

وسواء تعلق الأمر بتصريف تأكيدي أو استقبالي أجنبي فإن وسيلة الرقابة المتاحة تتمثل في الرقابة الشكلية على الاختصاص الداخلي للسلطة العامة الأجنبية وعلى احترام الشكليات المنصوص عليها في القانون الذي تتبعه هذه السلطة العامة<sup>(١١٢)</sup>.

١٢١- وننتهي مما سبق إلى أن إجراءات الإعلان الأجنبية *les mesures de publicité étrangères* وهي الإجراءات الواجب اتخاذها للاحتجاج بالحوالة قبل الغير تعد من قبيل التصرفات شبه العامة *les actes quasi publics* التي لا تكون رقابتها بواسطة قواعد تنازع القوانين وإنما تنازع السلطات، مما يوجب علينا أن نتحدث الآن عن شروط الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية.

(١١٢) انظر في هذا المعنى:

## المطلب الثاني

## شروط الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية

١٢٢- انتهينا فيما سبق إلى أن إجراءات الإعلان الأجنبية تنتمي إلى طائفة التصرفات شبه العامة وهي التصرفات التي تثير - للاعتراف بها - تنازع بين السلطات بمعنى تنازع بين السلطة الصادرة عنها إجراءات الإعلان والسلطة التي يراد الاعتراف فيها بفاعلية هذه الإجراءات.

ولذلك فإنه ينبغي التمييز بين أمرين أساسيين ولا يجوز الخلط بينهما: الأول هو تحديد القانون واجب التطبيق على مدى وجوب الإعلان للاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير، وذلك أمر ينتمي إلى قواعد تنازع القوانين وسنقوم بالتعرض له في المبحث الرابع. أما الأمر الآخر الذي نقوم ببحثه الآن فهو يتعلق بالآثار المتعلقة بإجراءات الإعلان المتخذة في دولة ما ويراد الاعتراف بها في دولة أخرى، وذلك أمر لا علاقة له بتنازع القوانين وإنما يتعلق بفاعلية إجراءات الإعلان على الصعيد الدولي.

١٢٣- وإذا كان التنازع الدولي للاختصاص القضائي له قواعد مستقر عليها في مختلف الدول، حيث يوجد في داخل كل نظام قانوني قواعد تفصيلية تحدد الحالات التي تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع وتحدد كذلك الشروط الواجب توافرها للاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية، إلا أن التنازع بين السلطات بخصوص التصرفات شبه العامة لا توجد له قواعد محددة.

ولذلك يتجه أغلب الفقه إلى قياس التنازع بين السلطات على الآثار المترتبة على نفاذ الأحكام الأجنبية من ناحية الشروط الواجب توافرها في التصرف العام أو شبه العام. ونتيجة لذلك إذا اتخذ إجراء إعلان للحوالة في فرنسا - وهو الإجراء اللازم للاحتجاج بالحوالة - فإنه حتى يعترف بهذا الإجراء الأجنبي في مصر يتعين توافر شروط الاعتراف بالقرارات والأحكام القضائية الأجنبية<sup>(١١٣)</sup>، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

(١١٣) تنص في ذلك المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري على أن : لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

١- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحكمة الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها. =

- يتعين أولاً للاعتراف بإجراء الإعلان المتخذ في الخارج ألا يكون الاختصاص باتخاذها داخلاً في نطاق اختصاص السلطات المصرية. فإذا تبين أن السلطات المصرية مختصة باتخاذ إجراء الإعلان الواجب توافره للاحتجاج بحوالة الحق فإن إجراء الإعلان الأجنبي يكون غير نافذ وغير معترف به في مصر.

على أنه من الملاحظ أن اختصاص السلطات الوطنية الذي يمنع من الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية هو فقط الاختصاص القاصر *la competence exclusive*، أما الاختصاص البسيط لسلطات الدولة الوطنية باتخاذ إجراءات الإعلان فإنه لا يمنع من إمكانية الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية التي تتم بصورة صحيحة<sup>(١١٤)</sup>.

أما إذا اتضح أن إجراء الإعلان لا يدخل في نطاق الاختصاص القاصر للسلطات المصرية، فإنه يتعين مع ذلك أن تكون السلطة الأجنبية الصادر عنها إجراء الإعلان مختصة باتخاذها وفقاً للقواعد القانونية المقررة في الدولة الأجنبية. ويمكن للسلطات الوطنية - قبل الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية - أن تراقب توافر هذا الشرط، فإذا اتضح لها أن قانون الدولة الأجنبية لا يسمح للسلطة الأجنبية باتخاذ إجراء الإعلان الذي يراد الاعتراف به في الدولة الوطنية يمكن للسلطات الوطنية أن ترفض الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أنه يوجد رأي في الفقه يذهب إلى عدم تطلب وجود رقابة من قبل السلطات الوطنية على السلطات الأجنبية التي اتخذت إجراءات الإعلان. ويرى أن إجراءات الإعلان المتخذة في الخارج تتمتع لأول وهلة بالصلاحيّة، بحيث أنه لا يجوز أن تستمد سلامة إجراءات الإعلان من العلاقة القانونية ذاتها وإنما من قابليتها للاحتجاج بها في مواجهة الغير وذلك بإقامة الدليل على

= ٢- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور، ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

٣- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته.

٤- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية، ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها.

(١١٤) انظر في هذا المعنى :

معرفة الغير بالحوالة<sup>(١١٤)</sup>.

ويدعم هذا الرأي قوله بأن إجراءات الإعلان تعد من قبيل التصرفات العامة *actes publics* التي تسبغ الاحتجاج بتصرفات خاصة *actes privés*. فإجراء الإعلان ذاته يتم بواسطة تصرف عام صادر من سلطة عامة والهدف منه هو كفالة الاحتجاج بتصرف خاص هو حوالة الحق. ومن هنا يذهب هذا الرأي إلى القول بأنه من الطبيعي أن يعترف بإجراءات الإعلان الأجنبية طالما لا توجد حالة من حالات الاختصاص القاصر للسلطات الوطنية، ولا يتعين بالتالي - من وجهة نظر هذا الرأي - أن تتحقق سلطات الدولة الوطنية من توافر شروط أخرى للاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية<sup>(١١٥)</sup>.

ومع ذلك فإننا نرى مع آخرين أنه لا بد من وجود حد أدنى من الرقابة من قبل سلطات الدولة الوطنية على إجراءات الإعلان الأجنبية. ويمكن قياس ذلك على الرقابة التي يمارسها القضاء على الأحكام الأجنبية التي يراد الاعتراف بها في دولة القاضي<sup>(١١٦)</sup>، حيث يمارس القاضي حد أدنى من الرقابة فيراقب الحكم من الناحية الظاهرية للتحقق من سلامته وسلامة الإجراءات المتخذة في إصداره.

ذلك أن من حق الغير أن يعترض على صحة إجراءات الإعلان المتخذة في الخارج نظراً لعدم اختصاص السلطة الصادرة عنها، وبالتالي تكون النتيجة هي عدم معرفة الغير بالحوالة التي تمت إجراءات الإعلان الخاصة بها في دولة أجنبية<sup>(١١٧)</sup>.

(١١٥) يرى صاحب هذا الرأي أن:

“Une mesure de publicité régulièrement constituée à l'étranger jouera le même rôle qu'un fait juridique: l'acte fera preuve de la connaissance des tiers”. V. Charalambos Pamboukis: L'acte public étranger en droit international privé, op cit, p. 219.

(١١٦) انظر في تفصيل ذلك:

Pierre Mayer: La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, op cit, p. 312 et s.

(١١٧) انظر في نفس المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 142.

(١١٨) يقرر البعض في هذا المعنى أن:

“Ainsi pourquoi les tiers ne pourraient-ils pas prétendre avoir ignoré les mesures étrangères parce que les autorités qui les ont prises n'étaient pas réellement compétentes pour les prendre, ou bien parce que ces mesures n'étaient pas du type de celles qui devraient être prises selon la loi normalement compétente pour en décider?”. V. Marie-Noelle Jobard-Bachelier: L'apparence en droit international privé, LGDJ, Paris, 1984, p. 281.

ولهذا فإنه في الحالة التي لا تتصل فيها السلطات الأجنبية بالتصرف الخاص موضوع الحوالة بصفة ما، فإنه لن يكون بمقدور الغير المقيمين في الدولة الوطنية - والذين يراد الاحتجاج بالحوالة في مواجهتهم - أن يعلموا بهذه الحوالة أو بإجراءات الإعلان المتخذة من قبل السلطات الأجنبية<sup>(١١٩)</sup>.

ويمكن أن نذكر في هذا الشأن الحكم الصادر من محكمة باريس سنة ١٩٢٧. تستلخص وقائع القضية في قيام شخصين متمتعين بالجنسية البلجيكية بإبرام عقد حوالة حق في بلجيكا في حين أن المدين المحال عليه الحق مقيم في فرنسا. وقد قام الدائن المحال له الحق بإعلان المدين عن طريق محضر بلجيكي الذي اكتفى بتعليق الإعلان بمحكمة أنفير التجارية *tribunal de commerce d'Anvers* في بلجيكا وإرسال صورة من الإعلان بواسطة البريد إلى موطن المدين في فرنسا.

وعلى أثر إعلان إفلاس الدائن المحال له الحق تم توجيه مطالبة للمدين بسداد الدين، واعتراض المدين على ذلك على أساس أن الحوالة لا تسري ولا يحتج بها في مواجهته.

وقد قضت محكمة باريس في بداية الأمر بأن حوالة الحق المبرمة في بلجيكا بين شخصين متمتعين بالجنسية البلجيكية لا تخضع بالضرورة للقانون البلجيكي. وفيما يتعلق على وجه التحديد بالأثر الذي يمكن أن تنتج حوالة قبل المدين المقيم في فرنسا قضت المحكمة بأنه من الطبيعي أن تخضع هذه المسألة للقانون الفرنسي. ويمكن أن نستخلص من هذا الحكم أن الحوالة لا يحتج بها إذا كانت إجراءات الإعلان قد تمت في دولة أجنبية طالما أن المدين المحال عليه الحق يقيم في دولة أخرى، لأنه ليس في مقدوره أن يعلم بالحوالة وهناك صعوبات في وصول الإعلان إليه من دولة إلى أخرى<sup>(١٢٠)</sup>.

(١١٩) انظر في نفس المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit, p. 144.

(١٢٠) مع ذلك يعيب حكم محكمة باريس أنه قام بتطبيق قواعد تنازع القوانين في شأن مسألة الاعتراف بإجراءات الإعلان المتخذة في الخارج وقام بتطبيق القانون الفرنسي عليها. وقد ذكرنا أن هذه المسألة لا علاقة لها بتنازع القوانين وإنما تتعلق بتنازع السلطات أو على وجه التحديد تتعلق بتحديد الشروط الواجب توفرها للاعتراف بإجراءات الإعلان المتخذة في الخارج للاحتجاج بالحوالة في الدولة الوطنية. لذلك نجد أن بعض الفقه يحاول تفسير هذا الحكم بعيدا عن قواعد تنازع القوانين مقررًا أنه يقرر ضمناً قواعد تتعلق بالاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية وذلك من ناحية اختصاص السلطات الوطنية باتخاذ إجراءات الإعلان طالما أن المدين يقيم في داخل الدولة، ومن ناحية أخرى عدم اختصاص السلطات الوطنية باتخاذ إجراءات الإعلان المتعلقة بالحوالة إذا كان المدين أجنبي يقيم في دولة أجنبية. انظر في تفصيل ذلك:

وتجدر الإشارة إلى أن اتخاذ إجراءات الإعلان على النحو المطلوب يؤدي إلى كفالة الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة الغير، ولذلك لا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك بجعله بحوالة الحق أو أن يدعي براءة نمته بقيامه بالوفاء للدائن الأصلي<sup>(١٢١)</sup>.

ومن الملاحظ أن الأصل بالنسبة لتقابلية التصرفات العامة الأجنبية للاحتجاج بها هو قابليتها للاحتجاج وأن عدم الاحتجاج ليس إلا استثناء، فهذا ما توجيه مقتضيات التجارة الدولية. ولذا، إذا افترضنا أن الدولة التي يراد الاعتراف فيها بالتصرف العام الأجنبي - المتمثل في إجراءات الإعلان الأجنبية - لا تشترط اتخاذ إجراء ما للاعتراف بمثل هذه التصرفات العامة الأجنبية، فإن من الطبيعي في هذه الحالة الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية، ومن ثم تكون حوالة الحق نافذة ويحتج بها في مواجهة الغير. أما إذا كان القانون الوطني يشترط للاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية ضرورة اتباع شكليات معينة وجب اتخاذ هذه الإجراءات الشكلية<sup>(١٢٢)</sup>.

- كما يتعين أن يكون إعلان المدين بالحوالة قد تم بطريقة صحيحة وفقاً لما يقضي به قانون الدولة الأجنبية التي اتخذ إجراء الإعلان بها. فإذا تبين لسلطات الدولة الوطنية أن الإعلان قد تم بإجراءات وهمية دون اتباع الإجراءات القانونية التي ينص عليها القانون الأجنبي كان للسلطات الوطنية عم الاعتراف بإجراءات الإعلان الأجنبية.

- وبالإضافة إلى ذلك يشترط ألا يتعارض الإعلان الأجنبي مع إعلان متخذ في الدولة المصرية. فإذا فرض أن إجراءات الإعلان قد تمت باطلاً وفقاً للقانون المصري، ومن ثم كانت الحوالة غير نافذة في مواجهة الغير بما فيهم المدين، فإن إجراءات الإعلان الصحيحة التي تتم في دولة أجنبية والتي تقضي بنفاذ الحوالة قبل الغير لن يعترف بها في مصر لأنها تتعارض مع إجراءات الإعلان التي تمت في

= Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit, p. 145 et s.

(١٢١) لذلك يقرر البعض في هذا الشأن أن:

“L'intérêt pratique de l'opposabilité d'un acte quasi public consiste à pouvoir mettre en échec le jeu de l'apparence”. V. Marie-Noelle Jobard-Bachelier: L'apparence en droit international privé, op cit, p. 276.

(١٢٢) انظر في هذا المعنى:

Charalambos Pamboukis: L'acte public étranger en droit international privé, op cit, p. 44 et s.



الدولة المصرية حيث كانت هذه الإجراءات باطلة وبالتالي لم يترتب عليها نفاذ الحوالة في مواجهة الغير.

- ويشترط أخيراً ألا تتعارض إجراءات الإعلان الأجنبية مع النظام العام المصري. فإذا تعلق الأمر بحوالة حق من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها - كالنفقة المقررة لزوجة انفصلت عن زوجها - فإن إجراءات الإعلان الأجنبية التي تتعلق بهذه الحوالة لن يعترف بها في مصر لتعارضها مع النظام العام المصري الذي لا يقبل الحوالة في مثل هذه الحالات.

### المبحث الثالث

#### استقلالية قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير وكيفية تحديدها

١٢٤- تعتبر قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير مستقلة عن تلك الخاصة بعقد حوالة الحق سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل (المطلب الأول)، كما يتعلق الأمر بتحديد المصالح التي يتعين أخذها في الاعتبار عند تحديد قاعدة التنازع المقترحة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### استقلالية قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير

تستقر قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بحوالة الحق عن القاعدة الخاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على عقد حوالة الحق. ولهذا نتحدث على التوالي عن عدم خضوع الاحتجاج بالحوالة لقانون الإرادة، وعدم خضوعها للقانون الذي يحكم الشكل ولقانون موقع المال.

#### (أ) عدم خضوع الاحتجاج بحوالة الحق لقانون الإرادة:

١٢٦- رأينا أن من حق الأطراف اختيار القانون الذي تسري أحكامه على عقد حوالة الحق، ولا يعد ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق في مجال العقود الدولية.

ويجد عدم تطبيق قانون الإرادة على الاحتجاج بالحوالة تفسيره في أن الأخذ بقانون الإرادة في هذا الشأن من شأنه إهدار مصلحة الغير، فهؤلاء الأخيرين ليسوا أطرافاً في عقد حوالة الحق ولم يمثلوا في إبرامه، ولهذا يعد تطبيق قانون الإرادة عليهم - في خصوص الاحتجاج بالحوالة في مواجهتهم - أمراً غير متوقع. وتجدر الإشارة إلى أن الهدف من الإجراءات التي تتطلبها بعض القوانين في إعلان المدين بالحوالة هو الاعتداد بمصلحة الغير، ومن ثم يكون من غير المقبول تطبيق قانون الإرادة على مسألة الاحتجاج بحوالة الحق.

### (ب) عدم خضوع الاحتجاج بالحوالة للقانون الذي يحكم شكل التصرف:

١٢٧- قد يعتقد البعض أن إجراءات الإعلان والأشكال التي يتخذها إعلان المدين بحوالة الحق أمراً يتعلق بالشكل ومن ثم يسري عليها القانون الذي يحكم شكل التصرف، أي القانون الذي يتم إعلان الحوالة به. ويستند هذا الرأي في المطالبة بتطبيق قانون بلد إعلان الحوالة *locus regit actum* إلى أنه في حالة اشتراط الإعلان فإنه يتمثل في توجيه إخطار مباشر للمدين، ومن الطبيعي أن يتم ذلك في المكان الذي يتوطن فيه المدين. ولذا، فإن القانون واجب التطبيق على إعلان المدين بالحوالة هو - بتطبيق قاعدة قانون بلد إبرام التصرف - قانون موطن المدين.

على أنه لا يمكن الأخذ بالرأي السابق لأن من شأنه تجاهل طرق الإعلان المقررة في قوانين بعض الدول، فعلى سبيل المثال يقرر القانون الأمريكي أن بعض أنواع الحوالات مثل حوالة الحق على سبيل الضمان تتم بواسطة قيد الحوالة في السجلات العامة المتواجدة بصفة عامة في موطن الدائن المحيل. وفي هذه الحالة فإن تطبيق قانون موطن المدين بوصفه القانون الذي يحكم شكل الإعلان لن يكون مبرراً، لأن الأمر يتعلق بإعمال لقانون موطن الدائن وليس المدين<sup>(١٢٣)</sup>.

١٢٨- ويفرق البعض الآخر من الفقه بين مسألة وجوب إعلان الحوالة *l'existence d'une signification* إلى المدين وبين مسألة الطرق التي يمكن أن يتخذها هذا الإعلان *les modalités de la signification*. فالمسألة الأولى لا

(١٢٣) انظر في هذا المعنى:

يسري عليها قانون بلد الإبرام لأنها مسألة متعلقة بالموضوع وليس بالشكل حيث أن تقدير وجوب إعلان المدين من عدمه ووجوب اللجوء إلى الإعلان بطريقة رسمية بواسطة محضر كلها أمور لا علاقة للشكل بها، أما مسألة الطرق التي يتخذها إعلان المدين فهي - باعتبارها مسألة شكلية - يسري عليها قانون بلد الإعلان. ويتحدد هذا القانون بأنه قانون البلد الذي اتخذ فيه الأمر بإعلان المدين.

ومن الملاحظ أن هذه التفرقة التي كان يأخذ بها القضاء الألماني لا تستند إلى تفسير صحيح. وذلك أن المحكمة الألمانية بعد أن قررت تطبيق القانون الفرنسي على مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير قررت أن القانون الألماني وحده الذي يقرر ما إذا كان الإعلان ينبغي أن يتم بواسطة محضر في ألمانيا *la signification par huissier* (١٢٤)، ذلك أن المدين يقيم في هذه الدولة الأخيرة. لذا، فإن الفقه يفسر تطبيق القانون الألماني فيما يتعلق بطرق الإعلان على النحو السابق على أن الأمر لا يتعلق بإعمال لقواعد تنازع القوانين *un conflit de lois* وإنما بتنازع بين السلطات *un conflit d'autorités*. ويعد هذا تفسيراً منطقياً في واقع الأمر، حيث يكون من الطبيعي أن تختص السلطة المتواجدة في مكان إعلان المدين بتقدير ما إذا كان من الضروري أن يتم الإعلان بواسطة محضر أم لا (١٢٥).

١٢٩- وفي حكمها الصادر بتاريخ ١٥ مارس ١٩٠٧ قضت محكمة السين الفرنسية بتطبيق قاعدة خضوع الاحتجاج بحوالة الحق لقانون بلد الإبرام لتلخص وقائع القضية في قيام شخص ألماني بالتنازل عن بوليصة التأمين التي يمتلكها *une police d'assurance* ضد شركة تأمين فرنسية إلى شخص ألماني آخر وقد تم إبرام الحوالة

(١٢٤) تجسر الإشارة إلى أن القانون الألماني لا ينص على ضرورة توافر شكليات معينة في الإخطار الذي يتوجه إلى المدين. على أنه من الملاحظ أن التسليم بذلك يتوقف على القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة وهو - بعد دخول معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ حيز التنفيذ والتي تعد ألمانيا طرفاً بها - القانون الذي يحكم الحق للمحال. فإذا كان القانون الذي يحكم الحق للمحال هو القانون الألماني فلا توجد ثمة إجراءات مطلوبة في إخطار المدين بالحوالة، أما إذا القانون واجب التطبيق قانون آخر يتطلب الإعلان الرسمي لنفاذ الحوالة كالقانون الفرنسي، كما كان على القاضي الألماني التحقق من توافر هذا الإجراء الرسمي.

(١٢٥) انظر في تفصيل ذلك:

في ألمانيا. وقد تم كذلك إبرام بوليصة التأمين في ألمانيا بواسطة فرع الشركة الفرنسية القائم في تلك الدولة. وقد تم إخطار شركة التأمين بالحوالة بواسطة خطاب بسيط وليس بواسطة إعلان على يد محضر بالطريق الرسمي<sup>(١٢٦)</sup> وردت الشركة عليه بقبول الحوالة وبأنها بالتالي ستقوم بسداد مبلغ البوليصة للدائن الجديد المحال له الحق.

وعلى أثر وفاة الدائن المحيل قام أحد دائنيه برفع دعوى للحجز على حق الدائن المتوفى لدى شركة التأمين، مما اضطر كل من ورثة المتوفى والدائن المحال له الحق إلى المطالبة برفع هذا الحجز *la Mainlevée de la saisie-arrêt* استناداً إلى أن الحق قد تمت حوالته ولم تعد بوليصة التأمين مملوكة للدائن المحيل وإنما لشخص آخر كما أن شركة التأمين قبلت هذه الحوالة بعد إخطارها بها<sup>(١٢٧)</sup>.

وقد قررت محكمة السين الفرنسية أن الحوالة يحتج بها في مواجهة الغير بما فيهم بطبيعة الحال ورثة الدائن المحيل، وبررت المحكمة ذلك من ضمن أسباب أخرى بتطبيق قاعدة بلد إبرام التصرف أي الحوالة، وتوصلت بالتالي إلى تطبيق القانون الألماني على مسألة الاحتجاج بالحوالة<sup>(١٢٨)</sup>. ولا يمكن في الواقع أن نعتد بهذا الحكم لتقرير قاعدة عامة تستخلص من مملك القضاء الفرنسي فيما يتعلق بالقانون واجب

(١٢٦) تجدر الإشارة إلى أن القانون الألماني لا ينص على إجراءات أو شكليات معينة في الإعلان الذي يتوقف عليه الاحتجاج بحوالة الحق تجاه الغير على عكس ما تتطلبه بعض القوانين الأخرى كالقانون الفرنسي والقانون المصري الذي يشترط كل منهما الإعلان الرسمي (المادة ١٦٩٠ من القانون المدني الفرنسي - المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري)، ومن أجل ذلك اكتفى الدائن المحال له الحق في القضية المعروضة في المتن بمجرد توجيه خطاب إلى شركة التأمين التي قبلته على نحو ما ذكرنا.

(١٢٧) تجدر الإشارة إلى أن قبول الاحتجاج بالحوالة يقتضي أن يقع الحجز بعد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير بإعلان المدين أو قبوله لها. لذلك نجد أن المادة ٣١٤ من القانون المدني المصري تنص على أن:

١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كتبت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر.

٢- وفي هذه الحالة، إذا وقع حجز بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غراماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة.

(١٢٨) انظر حكم محكمة السين الفرنسية الصادر بتاريخ ١٥ مارس ١٩٠٧ مثلاً إليه في:

التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير، لأن هذا الحكم هو الوحيد الذي لجأ إلى أعمال قاعدة بلد إبرام التصرف.

- ١٣٠- ولا يجد عدم تطبيق قاعدة بلد إبرام التصرف على مسألة الاحتجاج بالحوالة تفسيره في استبعاد النظر إلى الشكليات المتطلبة لإعلان المدين على أنها أمور متعقبة بالشكل. ذلك أن الشكليات ما هي إلا عبارة عن المظاهر الخارجية للتعبير عن إرادة أطراف التصرف، أما ما يتعلق بالإرادة ذاتها وتحديد الحقوق والالتزامات المتقابلة فهي أمور متعلقة بالموضوع، فكل ما يتصل بالإرادة ذاتها هو مسألة موضوعية *une question de fond* وكل ما يتعلق بالتعبير الخارجي عن هذه الإرادة هو مسألة شكلية *une question de forme*.

وإذا دققنا النظر إلى الإجراءات المتعلقة بالإعلان في مجال حوالة الحق نجد أنها من قبيل الشكليات لأنها لا تتعلق بالإرادة ذاتها أو بتحديد الحقوق والالتزامات، فهي من المظاهر الخارجية التي ينطبق عليها وصف الشكل.

والعلة من خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام هي التيسير على المتعاقبين، حيث يسهل عليهم إبرام التصرف وفقاً للشكليات المتطلبة في قانون الدولة التي يجري على إقليمها إبرام التصرف. ولما كان الهدف من قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرامه هو مراعاة مصلحة أطراف التصرف، كان من المنطقي أن تكون هذه القاعدة اختيارية بحيث لا يطبق قانون دولة الإبرام إلا إذا اتضح أن الأطراف لم يختاروا للتطبيق قانوناً آخر.

١٣١- وإذا كانت إجراءات الإعلان يمكن أن ينطبق عليها وصف الشكل على نحو ما أوضحنا، فلا يمكن اللجوء إلى فكرة الشكل لتفسير عدم انطباق قاعدة تطبيق بلد إبرام التصرف في مجال الاحتجاج بحوالة الحق.

ويكمن السبب الحقيقي في استبعاد تطبيق قاعدة تطبيق بلد إبرام التصرف في عدم ملائمة تطبيقه على مسألة الاحتجاج بالحوالة<sup>(١٢٩)</sup>، سواء قام الأطراف باختيار قانون يحكم الشكل أو طبقت قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرام التصرف في غيبة هذا الاختيار:

(١٢٩) انظر في هذا المعنى:

// فإذا لم يعم الأطراف باختيار قانون ما لحكم شكل عقد الحوالة تطبيق قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرام التصرف أي الحوالة، وهنا يرجع استبعاد تطبيق هذا القانون الأخير إلى اختلاف الهدف من قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرامه عن الهدف من تقرير إجراءات الإعلان في مجال حوالة الحق. فالهدف من تقرير هذه الإجراءات الأخيرة هو مراعاة مصلحة الغير، لأن هؤلاء الأخيرين لم يشتركوا في عقد الحوالة فهم غرباء عن هذا العقد، ومن ثم يكون من غير المنطقي أن يطبق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهتهم قانون الدولة التي يبرم بها عقد الحوالة - حال عدم اختيار أطراف عقد الحوالة لقانون آخر يطبق على الشكل - ذلك أن تطبيق قانون بلد الإبرام يعد أمراً غير متوقع بالنسبة للغير الذين لا علاقة لهم بعقد الحوالة ذاته.

// وإذا اختار الأطراف قانوناً آخر للانطباق على شكل عقد الحوالة غير قانون بلد الإبرام - حيث أن تطبيق قانون بلد إبرام التصرف يعد أمراً اختيارياً - في هذه الحالة أيضاً ليس من الملائم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف لحكم الشكل على مسألة الاحتجاج بالحوالة، لأن الاحتجاج بالحوالة وهو أمر يتعلق بمصلحة الغير يتوقف مصيره على إرادة الأطراف وعلى القانون المختار من جانبهم، وهو أمر لا يجوز. فإذا افترضنا أن القانون الذي اختاره أطراف عقد الحوالة لا ينص على شكليات معينة لتنفيذ الحوالة قبل الغير، في حين أن القانون الذي يحكم الحق المحال يتطلب ضرورة توافر الإعلان لتبين لنا عدم ملاءمة تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لحكم الشكل على مسألة الاحتجاج بالحوالة قبل الغير.

### (ج) عدم خضوع الاحتجاج بالحوالة إلى قانون موقع المال:

١٣٢- يعتبر خضوع الاحتجاج بالحوالة لقانون موقع المال من الحجج التي قيل بها لتبرير تطبيق قانون الموطن سواء تعلق الأمر بتطبيق قانون موطن المدين أو قانون موطن الدائن المحيل. ويلاحظ أن أعمال قانون الموقع في هذا الشأن يدخل في نطاق مسألة أكثر اتساعاً تتعلق بتحديد قانون موقع المال بالنسبة للمنقولات المعنوية *les meubles incorporels*. وهكذا يسري على الإعلان المتطلب لتنفيذ الحوالة قبل الغير قانون المكان الذي يتواجد ويتمركز فيه الحق المحال، وهذا المكان إما أن يكون مكان توطن المدين أو المكان الذي يتوطن فيه الدائن<sup>(١٣٠)</sup>.

(١٣٠) انظر في تفصيل ذلك:

ومن الملاحظ هنا وجود قياس للقانون واجب التطبيق في مجال حوالة الحق على القانون الذي يطبق في مجال الأموال المادية: فهذه الأخيرة تخضع لقانون موقعها *la lex rei sitae* ويسري هذا القانون على مسألة الاحتجاج في مواجهة الغير، لأن إجراءات الإعلان تهدف إلى ضمان الثقة والأمان القانوني فيما يتعلق بحوالة الحقوق العينية ولهذا فإنها تنطبق أياً كانت جنسية أطراف العقد وأياً كان القانون واجب التطبيق على العقد الأساسي المبرم فيما بينهم. فكما أن قانون موقع المال يسري على مسألة الاحتجاج بحوالة وانتقال الأموال المادية فإنه يسري كذلك على الاحتجاج بحوالة الحقوق.

١٣٣- ولا يمكننا في واقع الأمر قبول الرأي السابق الذي يرى تطبيق قانون موقع المال على إجراءات الإعلان المطلوبة للاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير. ذلك أن الأموال المادية لها كيان مادي يتسم بالثبات، ولذلك يكون من الطبيعي ومن المنطقي أن يطبق عليها قانون موقع الشيء، هذا على خلاف الأموال المعنوية والتي يعتبر منها بلا شك حوالة الحق، حيث يتعلق الأمر بشيء غير مادي يصعب تركيزه مكانياً في موقع محدد على وجه اليقين.

وعلاوة على ذلك فإن فكرة التوقع المشروع للأطراف توجب التخلي عن تطبيق قانون الموقع في مجال حوالة الحق. فإذا كان تطبيق قانون الموقع يعد أمراً متوقفاً في مجال الأموال المادية حيث من الطبيعي أن توجه الإعلانات المتعلقة بنقل ملكية عقار إلى المكان المتواجد به العقار، على العكس من ذلك من غير المتوقع أن تتدرج الإعلانات المتعلقة بحوالة الحق في نفس الإطار بأن يطبق عليها قانون الموقع لأن الأمر لا يتعلق بشيء مادي يتمركز في مكان ما.

ويلاحظ أخيراً أن الاعتداد بقانون الموقع بالنسبة للأشياء المادية كالعقارات تبرره أمور متعلقة بسيادة الدولة لأن الدولة لا تقبل أن يطبق غير قانونها بالنسبة للأموال المادية الموجودة على أراضيها، وهذا لا نجد بالنسبة للأموال المعنوية بصفة عامة وبالنسبة لحوالة الحق على وجه الخصوص.

١٣٤- ونخلص من ذلك إلى أن الإعلان المتطلب لنفاذ حوالة الحق قيل الغير لا يخضع لقانون العقد (قانون الإرادة)، كما لا يسري عليه قانون الشكل أو قانون موقع المال. ولذا فإن هناك قانون مستقل يسري على مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير كما سنرى في المبحث القادم.

## المطلب الثاني

## كيفية تحديد قاعدة التنازع

## المتعلقة بالاحتجاج بحوالة الحق

## (المصالح الجديرة بالاعتبار عند تحديد قاعدة التنازع)

١٣٥- تتضمن العملية المتعلقة بحوالة الحق ثلاثة أطراف: الدائن المحيل والدائن المحال له وهما طرفا عقد الحوالة بالإضافة إلى المدين المحال عليه الحق. ويثور التساؤل هنا عن الطرف الجدير بالحماية، لأن هذا هو الذي يتوقف عليه تحديد القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بالحوالة. ونتعرض فيما يلي لبيان المصالح الجديرة بالرعاية في هذا الشأن.

## (أ) مصلحة المدين المحال عليه الحق:

١٣٦- لا شك أن أول شخص جدير بالرعاية عند تحديد القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة هو المدين المحال عليه الحق. فالأصل أنه يلتزم بسداد الدين الواقع على عاتقه لشخص ما وهو الدائن الأصلي، ولولا الحوالة لما التزم بالسداد لغير هذا الشخص. فإذا قام هذا الأخير بنقل حقه إلى شخص آخر وجب أن يعلم المدين بذلك بطريقة مؤكدة حتى لا يقوم بسداد الدين مرتين.

من أجل هذا نجد أن القانون المصري يتطلب لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين أحد أمرين: أن يقبل الحوالة أو أن يتم إعلانه بها<sup>(١٣٦)</sup>. ولذلك إذا قام المدين بسداد الدين إلى الدائن الأصلي رغم انعقاد الحوالة فإن هذا السداد يعد صحيحاً مبرئاً لئتمه طالما أنه لم يعلن بالحوالة ولم يقبلها.

وهكذا فإن إعلان الحوالة إلى المدين على النحو الذي يتطلبه القانون هذا الإعلان يفصل بين مرحلتين أساسيتين: فقبل الإعلان يلتزم المدين بالسداد إلى الدائن الأصلي المحيل، أما بعد هذا الإعلان فهو ملتزم بالسداد إلى الدائن الجديد المحال إليه الحق<sup>(١٣٧)</sup>.

(١٣٦) تنص في ذلك المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري على أن:

لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير يقبل المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ.

(١٣٧) كل هذا بطبيعة الحال مع مراعاة القيود القانونية أو الاتفاقية التي تحول دون إمكانية قيام الدائن بنقل الحق إلى شخص آخر.



**(ب) مصلحة الدائن المحال له الحق:**

١٣٧- إذا كانت مصلحة المدين المحال عليه الحق هي المصلحة الرئيسية التي يركز الفقه عليها من الناحية التقليدية إلا أن للدائن المحال له الحق مصلحة كذلك جديرة بالرعاية. فمنذ اللحظة التي يتم فيها إعلان الحوالة إلى المدين لا يستطيع هذا الأخير أن يدعى حسن النية في قيامه بسداد الدين إلى الدائن المحيل. أما قبل الإعلان لا يوجد أي حق للدائن المحال له الحق في مطالبة المدين حيث يظل الدائن من وجهة نظر المدين هو الدائن الأصلي المحيل. كما يلاحظ أن الدائن الجديد المحال له الحق هو الذي يقوم في غالب الأحوال بإعلان المدين، حيث أن لهذا الأخير مصلحة أكيدة في ذلك<sup>(١٣٣)</sup>.

**(ج) مصلحة الغير:**

١٣٨- تعرضنا من قبل لتحديد المقصود بالغير وقلنا أن له مفهوماً واسعاً يشمل ليس فقط الخلف العام ودائني الدائن وإنما يشمل كذلك المدين المحال عليه الحق، كما أن للغير مفهوماً ضيقاً يقتصر فقط على الدائنين والخلف العام دون المدين. والواقع أن الأصح هو الأخذ بالمفهوم الواسع، لأن المدين يعد من الناحية الفعلية من الغير بالنسبة لعقد حوالة الحق، حيث أن هذا العقد قد أبرم بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق أما المدين فلا يشترك أو يمثل في هذا العقد. وإذا كنا نأخذ بمفهوم الغير على هذا النحو إلا أننا نقتصر هنا على غير المدين لأننا تعرضنا من قبل للحديث عن الحماية الواجب توفيرها للمدين.

ولا شك أن للغير مصلحة مؤكدة في العلم بحوالة الحق، فهؤلاء الذين لهم معاملات مع الدائن من حقهم أن يعلموا بالحق الذي انتقل من تحت يد الدائن إلى شخص آخر، كذلك في حالة التنازع بين عدة أشخاص أحيل لهم الحق من شخص واحد العبرة في ذلك هي بتاريخ الإعلان بالنسبة لنفاذ الحوالة في مواجهة الغير وللفضل بين هؤلاء المحال لهم في حالة التعدد.

(١٣٣) أما من أقال الحق فقد لا يهتم كثيراً بإجراء الإعلان لأن هذا لا يجلب له منفعة حالة، فيما عدا الحالات التي يكون فيها نقل الحق نظير مبلغ من المال أو في مقابل نقل حق آخر من المحيل له الحق إلى الدائن المحيل.

١٣٩- وعلى الرغم من جدارة الغير على هذا النحو في الرعاية إلا أن البعض ينتقد نظام الإعلان الذي يتوقف عليه الاحتجاج بالحوالة قبل الغير. فالإعلان يتوجه فقط إلى المدين ولا يكون في مقدور الغير العلم بالحوالة إلا إذا كانوا على صلة بالمدين وقام هذا الأخير بتزويدهم بالمعلومات الصحيحة. ولذلك يرى الفقه أن الحماية المقررة لغير المدين ليست إحصائية نظرية<sup>(١٣٤)</sup>.

١٤٠- ولا يوجد في القانون الفرنسي ومن هنا نحوه<sup>(١٣٥)</sup> أية آلية لوصول العلم بالحوالة على نحو مؤكد إلى الغير بخلاف المدين، فالقانون يقرر أن الحوالة تعتبر نافذة قبل الغير بما فيهم المدين بمجرد إعلان هذا الأخير بالحوالة أو قبوله لها. وهكذا يكون لدى المدين علم مؤكد بالحوالة في حيث يتعذر على غيره - كدائني المحيل وورثته - العلم بها.

ويزيد الأمر سوءاً في القانون الفرنسي بالنسبة لحوالة الحق البسيطة الصادر بها قانون ديلي *la loi Daily* سنة ١٩٨١. فبيما يتعلق بنفاذ حوالة الحق ذات الطابع التجاري في مواجهة الغير بمن فيهم المدين تعد الحوالة نافذة بمجرد ثبوت تاريخها في سجلات معينة معدة لذلك يطلق عليها اصطلاح *borderneau*. وهكذا يوجد نوعين من الحوالات في فرنسا: النوع الأول هو الحوالات العادية التي يشترط لنفاذها قبل الغير إعلان المدين، والنوع الثاني هو الحوالات ذات الصبغة التجارية والتي يكتفي بقيدها في سجلات معدة لذلك، والتي قد يتعذر فيها معرفة الحوالات ليس فقط بالنسبة للغير ولكن أيضاً بالنسبة للمدين ذاته.

١٤١- لذلك نجد أن هناك مسلكاً آخر تأخذ به بعض القوانين - كما هو الحال في القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١٣٦)</sup> - يتمثل في ضرورة قيد الحوالة في السجلات العامة المعدة لذلك من قبل جهة الإدارة، ويكون ذلك في موطن

(١٣٤) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 168.

(١٣٥) يأخذ القانون المصري بنفس القاعدة المقررة في القانون الفرنسي وهي كفاية إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها لنفاذها في مواجهة الغير "المادة ٣٠٥ مدني مصري".

(١٣٦) انظر في تفصيل ذلك:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 168.

الدائن المحيل لأن الهدف منها هو تمكين دائنيه وخلفه العام من الإطلاع على هذه السجلات وبالتالي العلم بالحوالة.

#### د) المصلحة العامة:

١٤٢- نأتي إلى المصلحة الأخيرة التي قيل بها في شأن المصالح المعتد بها فيما يتعلق بالاحتجاج بالحوالة قبل الغير وهي حماية المصلحة العامة. وقد اختلف الفقه حول المقصود بالمصلحة العامة التي يتعين حمايتها: فالبعض يقرر أن المصلحة العامة أو الثقة العامة *la protection du credit public* ما هي إلا مصلحة المدين المحال عليه الحق، فإذا كان القانون يراعى مصلحة هذا الطرف الأخير فإن ذلك يصب في حماية المصلحة العامة استناداً إلى أن مصلحة المدين هي الأكثر طلباً للحماية<sup>(١٣٧)</sup>.

١٤٣- ويذهب البعض الآخر إلى غير ذلك فالمصلحة العامة لا تختلط بمصلحة المدين لأن هذه المصلحة الأخيرة ليست إلا مصلحة فردية، أما المصلحة العامة فإن الأرجح عندهم أنها تتوافر لتبرير الحالات التي لا تكون فيها الحوالة قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الغير، كأن يستند إلى المصلحة العامة لتبرير تطبيق القانون الفرنسي بسبب أن هناك أثراً يتحقق في فرنسا، أو لتطبيق القانون الفرنسي باعتبار أن قواعده تعد من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري لأن هذا فيه تحقيق لمصلحة عامة<sup>(١٣٨)</sup>.

١٤٤- ونحن نتفق في واقع الأمر مع ما يذهب إليه البعض من أن حماية المصلحة العامة ليس أمراً موجوداً من الناحية الفعلية في مجال حوالة الحق. فالأمر لا يتعلق بحماية للمصلحة العامة أكثر من تعلقه بوضع تنظيم للحوالة وللاحتجاج بها يراعى قدرًا من التوازن بين مصلحة المدين في العلم بالحوالة كي لا يقوم بالسداد أكثر من مرة واحدة، ولمصلحة الدائن المحال له الحق في أن يصير في وقت محدد له الحق في اقتضاء الدين دون الدائن المحيل، ولمصلحة الغير ورثة الدائن المحيل ودائنيه في تتبع أمواله ومعرفة ما الذي خرج ودخل في مقابل الحق الذي انتقل من ذمته إلى ذمة

(١٣٧) انظر في تفصيل ذلك:

Laurence Ruet: Les créances en droit international privé, op cit, p. 544 et s.

(١٣٨) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 171.

شخص آخر (١٣٩).

فالقانون يهدف إلى التوفيق بين هذه المصالح ومراعاتها ولا شك أن بإجراء هذا التوفيق يتحقق قدر من المصلحة العامة في توفير الثقة والطمأنينة في المعاملات التي تجري داخل المجتمع، ومن هنا توجد بصفة غير مباشرة فكرة المصلحة العامة.

١٤٥- وبعد أن انتهينا من الحديث عن المصالح الجديرة بالحماية والرعاية نجد أن الطريق معبد الآن أمام الحديث عن قواعد التنازع ذاتها المتعلقة بالاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة الغير، وهو ما نخصص له المبحث القادم.

### المبحث الرابع

#### القانون واجب التطبيق

#### على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير

١٤٦- يمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين في الفقه في هذا الشأن: الأول فصل بين مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين والاحتجاج بها في مواجهة الغير، أما الاتجاه الآخر فإنه يرى أن هناك قانون واحد فقط يطبق على الاحتجاج بالحوالة سواء في مواجهة المدين أو بالنسبة للغير الآخرين. ويتعين علينا أن نبحث كل من هذين الاتجاهين كل في مطلب على حدة.

#### المطلب الأول

#### التمييز في تحديد القانون واجب التطبيق

#### بين الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين

#### والاحتجاج بها في مواجهة الغير

١٤٧- يتجه البعض إلى الفصل بين القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة المدين وذلك القانون الذي يطبق للاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير الآخرين. وذلك أنه يوجد نوعين من الغير: الأول يشمل المدين فهو من الغير لأنه لم يكن طرفاً في عقد الحوالة وإن كان طرفاً في العقد الأصلي المبرم مع

(١٣٩) انظر في هذا المعنى:

الدائن الأصلي. أما النوع الثاني فإنه يشمل غير المدين من الأشخاص الآخرين الذين لا يعتبرون أطرافاً لا في عقد الحوالة ولا في العقد الأصلي المبرم بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه.

ونتعرض فيما يلي لكل من هاتين المسألتين كل في فرع على حدة.

### الفرع الأول

#### القانون واجب التطبيق على

#### الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة المدين

١٤٨- يتنازع حكم الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة المدين قانونان هما: قانون موطن المدين والقانون الذي يحكم الحق المحال.

(أ) إخضاع الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة المدين إلى قانون موطن المدين:

١٤٩- ينادي البعض بتطبيق قانون موطن المدين للاحتجاج بالحوالة في مواجهته. ويستند هذا الرأي للعديد من الحجج أهمها:

١- أن تطبيق قانون موطن المدين من شأنه توفير عنصر الثقة والطمأنينة العامة *le crédit public*. ويقوم البعض هنا بإجراء نوع من القياس بين حوالة الحق باعتبارها مقررة لحق شخصي وبين الحقوق العينية. فهذا النوع الأخير من الحقوق يخضع لقانون موقع المال *la lex rei sita*، كذلك فإن حوالة الحق تخضع لقانون موطن المدين الذي يعد بمثابة قانون الموقع بالنسبة لعقد حوالة الحق، ومن ثم يرجع إلى قانون موطن المدين في خصوص الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين.

ولا تعد الحجة السابقة حاسمة في تطبيق قانون موطن المدين لأنه لا يمكن اعتبار مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين من قبيل المسائل المتعلقة بالثقة والطمأنينة العامة فهو أمر خاص بشخص المدين ويتم إعلامه بالحوالة.

كما أن القياس على الحقوق العينية يعد قياساً مع الفارق، ذلك أن قانون موقع المال يطبق في مجال الحقوق العينية على الأشياء المادية حيث يكون من المنطقي أن يطبق على الشيء قانون موقعه، أما الحقوق والديون التي للدائن في ذمة المدين فإنه يصعب تركيزها مادياً في مكان ما ولذا فلا يجدي تطبيق قانون الموقع هنا.

وفي الواقع أن تطبيق قانون موطن المدين لا يعد إلا طريقة تحكيمية ترتبط بالمبدأ القديم السائد في الماضي في مجال تنازع القوانين والمتعلق بسيادة الدولة le principe de souveraineté<sup>(١٤٠)</sup>. ومن المتعارف عليه أن هذا المبدأ قد تراجع كثيراً في الوقت المعاصر بحيث أن البحث عن القانون واجب التطبيق أصبح مرتبطاً بأمور أخرى مثل مبدأ البحث عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة le principe de proximité الذي لا يعد إعماله إهداراً لمبدأ سيادة الدولة.

٢- أن تطبيق قانون موطن المدين من شأنه مراعاة مصلحة المدين أكثر من تطبيق أي قانون آخر. ولا شك أن هذه الحجة غير مؤكدة تحققها من الناحية الواقعية. فإذا تصورنا أن قانون موطن المدين لا يشترط اتخاذ أي إجراء للاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين في حين أن القانون الذي يحكم الحق المحال يشترط لتحقيق ذلك إعلان المدين فمن البين هنا أن الذي يحقق ويراعي مصلحة المدين هو قانون الحق المحال وليس قانون موطن المدين.

٣- أن تطبيق قانون موطن المدين يعد أمراً متوقفاً بالنسبة للمدين وبالنسبة للغير وبالتالي فإن قاعدة التنازع تتوافق هنا مع فكرة التوقع المشروع للأطراف l'attente légitime des parties. وفي الواقع إن القول بسهولة معرفة قاعدة التنازع بتطبيق قانون موطن المدين لا يعد أمراً قاصراً على تطبيق هذا القانون، فيمكن القول أن الاعتداد بقانون موطن الدائن يحقق نفس الغاية من سهولة التعرف على قاعدة التنازع.

٤- أن المدين هو الشخص الذي يوجه إليه الإعلان وهو الشرط اللازم للاحتجاج بحوالة الحق في مواجهته. ولما كان الأمر كذلك فإن الاعتداد بقانون موطن المدين يعد أمراً منطقياً حيث أن الموطن هو المكان الذي يوجه إليه الإعلان المتعلق بالحوالة.

وإذا كانت هذه الحجة تعد مقنعة من حيث الظاهر إلا أن التدقيق في الأمر يذهب بنا إلى غير ذلك. ففي واقع الأمر من الملاحظ أن البعض يرى أن إخطار المدين بالحوالة لا يعد من إجراءات الإعلان الرسمي الذي يتعين أن يتم في موطنه وإنما

(١٤٠) انظر في هذا المعنى:

لا يعدو الأمر أن يكون مجرد إخبار للمدين بالحوالة وقد يحدث ذلك في أي مكان آخر غير موطن المدين.

كما لوحظ بحق أن الإصرار على تطبيق قانون موطن المدين فيه مراعاة لمصلحة المدين فحسب. فقد يكون المدين سيئ النية يعلم بالحوالة ومع ذلك يقوم بالسداد لدائن الأصلي. في هذه الحالة يرى البعض أن حسن النية يعد أمراً ضرورياً خاصة في مجال روابط التجارة الدولية. ومن شأن تطبيق قانون موطنه هنا - إذا كان يشترط الإعلان للاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين - الإضرار بحقوق الغير حسني النية وهو أمر يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية<sup>(١٤١)</sup>.

١٥٠- ويمكن القول أن القضاء الفرنسي يأخذ بهذا الاتجاه الذي يخضع الاحتجاج بحوالة الحق قبل المدين إلى القانون الذي يوجد به موطن المدين. ويمكننا أن نذكر مثلاً على ذلك بالحكم الصادر سنة ١٩٨٦ من محكمة استئناف باريس في القضية التي تتلخص وقائعها في إبرام شركة بيجو الفرنسية للسيارات عدة عقود مع شركة ألمانية لشراء أجهزة راديو كاسيت متطورة. وقد تم تنفيذ العقد الأول على نحو مرضٍ من قبل الطرفين، إلا أن العقد الثاني شاب تنفيذه بعض العيوب في الأجهزة في خصوص المواصفات المتفق عليها، مما دفع شركة بيجو إلى توقيع الحجز على المبلغ المقدم منها إلى البنك الوطني الفرنسي - وهو البنك الضامن لعملية الشراء وذلك بقيامه بفتح اعتماد مستندي بناء على طلب شركة بيجو - ثمناً للوفاء بهذه الأجهزة.

وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحوالة الحق قبل المدين قررت المحكمة أن الحوالة المعقودة لصالح بنكين في ألمانيا لا يحتج بها قبل المدين طالما أن هذا الأخير قد قام بتوقيع الحجز لدى البنك قبل إعلان هذا الأخير إعلاناً رسمياً وفقاً للقانون الفرنسي. ومعنى ذلك أن المحكمة قامت بتطبيق قانون موطن المدين في هذا الشأن<sup>(١٤٢)</sup>.

(١٤١) انظر في هذا المعنى:

Laurent Ruet: Les creances en droit international privé, op cit, p. 550.

(١٤٢) وفقاً للحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٨٦ فإن:

“En l’absence de notification de la cession à la banque émetrice du credit documentaire, débiteur cede, établi en France, la cession intervenue au profit de deux banques allemandes ne peut être considérée comme opposable au =

## ب) إخضاع الاحتجاج بحوالة الحق إلى القانون الشخصي للمدين:

١٥١- تجدر الإشارة إلى أن هناك اتجاه في الفقه ينادي بإخضاع الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين إلى قانون الدولة التابع لها المدين بجنسيته، وذلك في غير الحالة التي يتوافر فيها قبول المدين بالحوالة. ووفقاً لهذا الرأي فإنه إذا كان قانون دولة جنسية المدين يتطلب الإعلان لتنفيذ الحوالة في مواجهته وكان المدين يقيم في دولة أخرى غير الدولة التابع لها فإن شكل الإعلان الواجب توافره يخضع لقانون الدولة التي يتم إعلان المدين بها<sup>(١٤٣)</sup>.

وتطبيقاً لهذا الرأي إذا لم يكن القانون الذي يحكم الحق المحال يشترط الإعلان لنفاذ الحوالة قبل المدين في حين أن القانون الشخصي للمدين يتطلب الإعلان وجب تغليب قانون جنسية المدين ولا تسري الحوالة بالتالي إلا بإعلان المدين. وعلى العكس من ذلك تعتبر الحوالة نافذة في مواجهة المدين بمجرد إبرامها طالما أن القانون الشخصي لا يتطلب الإعلان في هذه الحالة حتى ولو كان القانون الذي يحكم الحق المحال يشترط الإعلان لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين.

١٥٢- وإلى هذا الاتجاه توجه نفس الانتقادات والملاحظات التي تحدثنا عنها بالنسبة لإخضاع الاحتجاج بالحوالة إلى قانون موطن المدين. ونضيف عليها أنه لا وجه لإخضاع نفاذ الحوالة هنا إلى القانون الشخصي، حيث أن الحوالة لا ترتبط بشخص المدين قدر ارتباطها بالحق المحال ذاته. وذلك أن القانون الشخصي يطبق في نطاق مسائل الأحوال الشخصية وفي مجال أهلية الأشخاص كما هو متعارف عليه في

= donneur d'ordre français qui a fait antérieurement saisi-arrêt et qui est un tiers par rapport à ces cessions, dès lors que les explications données par ces deux banques pour justifier de l'application du droit allemand à cette cession ne sont pas de nature à établir avec certitude que celui-ci soit applicable au débiteur cede dont le donneur d'ordre est en France". V. Cour d'appel de Paris, 26 Mars 1986. Journal de droit international, 1987, p. 351, note Jobard-Bachelier.

(١٤٣) يقرر صاحب الزبي القائل بإخضاع الاحتجاج بالحوالة إلى القانون الشخصي للمدين أن:

"La loi nationale du débiteur me semble, seule, avoir le pouvoir de faire naître, à la suite d'un contrat auquel il est resté étranger, une obligation à la charge d'un de ses sujets en vertu d'une notification qu'elle estime nécessaire à la protection des intérêts de ses nationaux. Le débiteur cédé a dû compter sur cette protection".

انظر في تفصيل ذلك:

F. Surville: La cession et la mise en gage des créances en droit international privé. Journal de droit international, 1879, p. 687 et s.



مجال القواعد العامة لتنازع القوانين. أما بالنسبة لحوالة الحق فإنها لا ترتبط بشخص المدين على نحو يمكن معه تطبيق قانونه الشخصي، وكان الأجدر بهذا الرأي المناداة بتطبيق القانون الشخصي للدائن المحيل حيث أن الحوالة تتم منه إلى شخص آخر، ولذا فإن الحوالة ترتبط أكثر بالدائن أكثر من ارتباطها بالمدين لأنه يستوي لدى هذا الأخير أن يقوم بسداد دينه إلى الدائن الأصلي أو إلى الدائن الجديد المحال له الحق طالما أن محتوى الحق واحد ولم يرد أي تعديل عليه عندما انتقل إلى شخص آخر.

### ج) إخضاع الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة المدين إلى القانون الذي يحكم الحق المحال:

١٥٣- بعد أن استعرضنا الحجج التي يستند إليها كل من الرأي القائل بتطبيق قانون موطن المدين والرأي القائل بتطبيق القانون الشخصي للمدين وقد تبين لنا ضعف الأسانيد الخاصة بهذين الاتجاهين، ولذا فإن الرأي السائد يتجه إلى تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال<sup>(١٤٤)</sup>.

ويقرر الاتجاه الحالي أن مراعاة مصلحة المدين تتحقق بمراعاة أمرين أساسيين هما:

- يتعلق الأمر الأول بعدم المساس بوضع المدين *l'intangibilité de la situation du débiteur cédé* وذلك بكفالة ألا يكون للدائن الجديد المحال له الحق حقوقاً أكثر من تلك الحقوق التي كانت مقررة للدائن الأصلي. ومما لا ريب فيه أن من شأن تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال كفالة تحقق هذا الأمر. ذلك أنه لا يوجد ما يدعو إلى تعديل الحقوق والالتزامات الخاصة بالأطراف حيث ينتقل الحق بما له من مكنات وما عليه من قيود من دائن إلى آخر، ولا يوجد في ذلك - بالتتالي - أي مساس بمركز ووضع المدين المحال عليه الحق.

- والأمر الآخر يتعلق بضرورة تجنب أن يقوم المدين بسداد الدين مرتين لدائنين مختلفين. ولذا من المقرر أن المدين تبرأ نمته إذا كان حسن النية بأن قام بسداد الدين للدائن الأصلي دون أن يعلم شيئاً عن الحوالة.

(١٤٤) انظر في تفصيل ذلك الاتجاه الذي يرى تطبيق قانون الحق المحال:

وإذا كنا قد استبعدنا تطبيق قانون موطن المدين فإن الاحتجاج بالحوالة قبل المدين يخضع للقانون الذي يحكم الحق المحال. وقد أكد على ذلك العديد من الأحكام القضائية كما هو الحال - على سبيل المثال - في الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس سنة ١٩٦٩ (١٤٥).

١٥٤- وإذا كان القانون الذي يحكم الحق المحال هو الذي يرجع إليه لنفاذ الحوالة قبل المدين فإنه من اللازم تحديد ما هو القانون الذي يحكم الحق المحال. ويتحدد هذا القانون في المقام الأول بواسطة إرادة الأطراف، فإذا قام هؤلاء باختيار قانون ما فإن هذا القانون هو الذي يحكم مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين. أما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون الذي يحكم الحق المحال فقد سبق أن رأينا أن القانون واجب التطبيق هنا هو قانون المدين بالأداء أو الالتزام الأساسي *la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique*، أي قانون موطن الدائن المحيل *la loi du cédant*.

تطبيقاً لذلك إذا افترضنا أن دائناً مصرياً قام بنقل حقه قبل مدين تركي الجنسية إلى شخص مغربي الجنسية فإن هذه الحوالة يطبق عليها القانون الذي يحكم الحق المحال. فإذا كان الدائن الأصلي قد اتفق مع المدين على تطبيق القانون المصري فإن هذا القانون هو الذي يرجع إليه في شأن سريان الحوالة قبل المدين. ومن المعروف أن القانون المصري يشترط الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة، ولذا لا تعتبر الحوالة نافذة قبل المدين التركي إلا إذا أعلن بها أو قبلها.

وإذا افترضنا أن الأطراف قد وقع اختيارهم على القانون التركي لحكم الحق المحال وكان هذا القانون لا يشترط الإعلان أو أي إجراء آخر لنفاذ الحوالة قبل المدين، فإن الحوالة تسري في هذه الحالة قبل المدين بمجرد إبرامها حتى ولو كان القانون الشخصي لطرفي عقد الحوالة يتطلب الإعلان لنفاذها قبل المدين.

(١٤٥) في حكمها الصادر بتاريخ ١١ فبراير ١٩٦٩ قضت محكمة استئناف باريس بأن:

"Les droits et obligations du débiteur cédé, et notamment la faculté pour celui-ci d'exercer le retrait de droits litigieux, ne sauraient être modifiés par un acte étranger auquel il n'est pas intervenu; ces droits et obligations sont nécessairement déterminés par la loi sous l'empire de laquelle la dette a pris naissance, en l'espèce la loi française". V. Cour d'appel de Paris, 11 Février 1969. Revue critique de droit international privé. 1970, p. 459, note R. Dayant.

## الفرع الثاني

### القانون واجب التطبيق على

### الاحتجاج بالحوالة في مواجهة غير المدين

١٥٥- يقصد بالغير هنا كل شخص له مصلحة في أن يكون المحيل أو المحال له الحق دائناً للمدين. ويشمل ذلك دائني الدائن الأصلي المحيل كما يشمل دائني الدائن الجديد المحال له الحق. ويخرج بطبيعة الحال من الغير هنا المدين حيث أننا قد انتهينا من الحديث عن القانون الذي يتم الرجوع إليه في خصوص سريان الحوالة والاحتجاج بها في مواجهته.

١٥٦- وفيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بالحوالة قبل الغير فإن الاتجاه الحالي يرى أن هذه المسألة تعد مستقلة عن تلك التي عالجناها في الفرع السابق والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة قبل المدين. وبعبارة أخرى فإن القانون الذي يطبق في خصوص الاحتجاج بالحوالة قبل المدين لا ينطبق هنا على الاحتجاج بالحوالة قبل الغير.

١٥٧- وقد وجدت عدة اتجاهات بالنسبة للقانون الذي يتعين الرجوع إليه في هذا

الشان:

- فمن المتصور تطبيق قانون موطن الغير الذي يراد الاحتجاج بالحوالة في مواجهته. وتبدو لأول وهلة عدم ملائمة الأخذ بهذا الحل من الناحية العملية نظراً لأنه يؤدي إلى تعدد القانون واجب التطبيق بتعدد الغير.

- ومن المتصور تطبيق قانون موطن المدين على مسألة الاحتجاج بالحوالة قبل الغير. ويمتاز هذا الحل بأن من شأنه وحدة القانون واجب التطبيق حيث يرجع إلى قانون واحد فقط هو قانون موطن المدين بغض النظر عن الغير الذي يراد الاحتجاج بالحوالة في مواجهتهم، وبالتالي فإن هذا الحل يتلافى النقد الموجه للحل السابق من أن يؤدي إلى حدوث تعدد في القانون واجب التطبيق. كما أن الأخذ بهذا الحل يتسم بالبساطة نظراً لسهولة التعرف على مكان توطن المدين من جانب الغير.

وإذا كنا قد رفضنا تطبيق قانون موطن المدين في خصوص الاحتجاج بالحوالة في مواجهته فإن رفض تطبيق قانون موطن المدين يكون هنا من باب أولى. كما

لوحظ أن الاعتداد بقانون موطن المدين لا يحقق بالضرورة ما تهدف إليه قواعد تنازع القوانين من التوصل إلى القانون الأكثر صلة بالعلاقة<sup>(١٤٦)</sup>.

فلو افترضنا أن المدين قام بسداد الدين لبنك مفوض من الدائن في الوقت الذي قام فيه الدائن بنقل الحق لمصلحة بنك آخر في ظل عدم إعلان المدين بالحوالة، في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى قانون موطن المدين لتقرير مدى حق البنك المحال له انحق في استرداد الحق المؤدى للبنك الآخر. من الواضح هنا أن تطبيق قانون موطن المدين أمر غير ملائم لأنه على علاقة ضعيفة بالمسألة المثارة.

وعلى الرغم مما سبق فإنه يستفاد من الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا أن القضاء يرجع إلى قانون موطن المدين في مسألة الاحتجاج بحوالة الحق قبل الغير. ويفسر البعض ذلك بأن القضاء كان يأخذ قديماً بهذا القانون فيما يتعلق بالاحتجاج بالحوالة قبل المدين ذاته، فحتى تتحقق وحدة في القانون واجب التطبيق أخذ القضاء بنفس القانون في الاحتجاج بالحوالة قبل الغير.

- وينادي البعض في هذا الشأن بتطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال على الاحتجاج بحوالة الحق قبل الغير. وذلك استناداً لتفسير من هو الغير الذي يحتج بالحق في مواجهته. فالغير وفقاً للحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٨٥ هو "كل من له مصلحة في أن يظل المحيل دائناً للمدين". ويوضح هذا الحكم الأهمية التي تمنح لشخص الدائن الأصلي المحيل للحق وأن الغير هم دائنو هذا الشخص وخلفه العام.

١٥٨- وطالما أن الأهمية - في تحديد معنى الغير - تتركز على شخص الدائن المحيل فإن تحديد القانون واجب التطبيق للاحتجاج بالحوالة قبل هؤلاء الغير ينبغي أن يأتي مواكباً لذلك، أي يركز على شخص الدائن المحيل. من أجل ذلك يرى هذا الرأي أن القانون الذي يطبق هنا هو القانون الذي يحكم الحق المحال وليس قانون موطن المدين<sup>(١٤٧)</sup>.

(١٤٦) انظر في هذا المعنى:

Laurent Ruet: Les creances en droit international privé, op cit, p. 556.

(١٤٧) انظر في تفصيل ذلك:

Laurent Ruet: Les creances en droit international privé, op cit, p. 558 et s.

وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي لمعاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ كان يتضمن نصاً يقضي بتطبيق قانون الحق المحال على مسألة الاحتجاج بالحوالة قبل الغير (المادة ١٦)<sup>(١٤٨)</sup>. على أن هذا النص قد حذف من المعاهدة واكتفت المادة ٣/١٢ بالنص على القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة قبل المدين وهو قانون الحق المحال. وظلت بالتالي مسألة القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة قبل الغير بلا حل لها في معاهدة روما. وفي ظل هذا السكوت للمعاهدة يرى البعض أن الحل هو تطبيق موقف القضاء الفرنسي السابق<sup>(١٤٩)</sup> وهو إعمال قانون موطن المدين، بينما يرى البعض الآخر ضرورة الاعتداد - كما رأينا - بالقانون الذي يحكم الحق المحال.

١٥٩- يتضح لنا مما سبق وجود اختلاف كبير حول القانون الذي يتعين الرجوع إليه في شأن القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بالحوالة قبل الغير. وهذا الاختلاف ناتج عن تعدد أطراف العلاقة واختلاف المصالح المتعلقة بكل منهم مما يثير الخلاف حول المصلحة التي يتعين الاعتداد بها في تحديد القانون واجب التطبيق.

## المطلب الثاني

### وحدة القانون واجب التطبيق

#### على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير

١٦٠- رأينا في المطلب السابق أن هناك رأي يتجه إلى الفصل بين مسألة القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة قبل المدين وتلك المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة قبل الأشخاص الآخرين غير المدين، أما الاتجاه الذي نقوم ببحثه الآن في هذا المطلب فهو يرى ضرورة الاعتداد بقانون واحد فقط يطبق على الاحتجاج بالحوالة سواء بالنسبة للمدين أو الغير الآخرين.

(١٤٨) انظر في هذا المعنى:

Laurent Ruet: Les creances en droit international privé, op cit, p. 558.

(١٤٩) انظر في هذا المعنى:

Antoine Kassis: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op cit, p. 423.

١٦١- ويستند هذا الاتجاه في رفضه لتعدد القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة على أن مثل هذا الفصل بين المدين من جهة والغير الآخرين من جهة أخرى سيؤدي إلى التضحية بأحد المصالح التي تهدف قاعدة التنازع إلى مراعاتها.

ويضرب هذا الرأي مثلاً على ذلك بالحالة التي تتم فيها حوالة خاضعة للقانون الفرنسي تجاه مدين متوطن في ألمانيا. في هذه الحالة ستكون الحوالة نافذة وسارية قبل الغير لأن القانون الألماني وهو قانون موطن المدين لا ينص على إجراءات معينة للاحتجاج بالحوالة، وفي نفس الوقت فإن الحوالة غير نافذة قبل المدين لأن العلاقة بين المدين والدائن المحال له الحق خاضعة للقانون الذي يحكم الحق المحال أي القانون الفرنسي. وكذا نجد أن الحوالة في هذا المثال يحتج بها قبل الغير ولا يحتج بها قبل المدين وهو أمر غير ملائم.

ونفس هذا التناقض يوجد إذا افترضنا الوضع المعاكس بأن تصورنا أن حوالة الحق خاضعة للقانون الألماني تجاه مدين متوطن في فرنسا. ففي غيبة الإعلان لن تسري الحوالة قبل الغير لأنها مسألة يطبق عليها القانون الفرنسي حيث يطبق قانون موطن المدين، وفي نفس الوقت فإن الدائن المحال له الحق يمكنه أن يطالب بأداء الحق له لأن القانون الألماني الذي يحكم الحق لا ينص على أية شكليات أو إجراءات للاحتجاج بالحوالة<sup>(١٥٠)</sup>.

١٦٢- ولا يمكننا أن نقبل - لذات السبب المتعلق بالتناقض - الرأي الذي يذهب إلى إمكانية تطبيق أي من القانونين للاحتجاج بالحوالة قبل الغير وهما: قانون موطن المدين والقانون الذي يحكم الحق المحال. فوفقاً لهذا الرأي من الملائم في مجال الشكل اللازم لحوالة الحق الاعتداد بكلا هذين القانونين بحيث تكون الحوالة نافذة قبل المدين والغير طالما تم اتخاذ الإجراء اللازم الذي يتسم بالسهولة والبساطة سواء كان ذلك تطبيقاً لقانون الحق المحال أو إعمالاً لقانون موطن المدين<sup>(١٥١)</sup>.

(١٥٠) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 87 et s.

(١٥١) يذهب هذا الرأي إلى أن:

“En toute hypothèse, il apparait souhaitable, si l'on tient absolument à faire une place, dans le domaine des formes nécessaires aux cessions de créances, aux =

ومن الجلي أن تطبيق القانون الذي يكون من شأن إعماله نفاذ الحوالة قبل المدين والغير من شأنه التضحية بمصلحة هؤلاء الأخيرين لصالح الدائن المحال له الحق والدائن المحيل، وهو أمر لا يمكن قبوله.

١٦٣- ولتلافي هذا التناقض يتعين الاعتداد بقانون واحد فقط يطبق على مسألة الاحتجاج بالحوالة دون تفرقة بين المدين والأشخاص الآخرين من الغير. على أن نتساءل يثور بالنسبة لهذا القانون الذي يتعين تطبيقه فالى أي قانون يلزم الاحتكام له؟ يرى البعض أنه يتعين تطبيق قانون موطن الدائن المحيل في هذا الشأن. ويحقق هذا الإسناد المزية المتعلقة بمراعاة مصلحة الغير لأن الهدف العام للدائن ودائنيه بالحوالة. وقد يتوزع الغير في العديد من الدول إلا أن القاسم المشترك بينهم جميعاً هو كونهم على علاقة تجمعهم بالدائن المحيل مما يبرر تطبيق قانون موطن هذا الأخير وهو الأمر الذي يجعل من الإسناد إلى قانون موطن الدائن أمراً متوقفاً بالنسبة لنوي الشأن<sup>(١٥٢)</sup>.

١٦٤- بعد أن استعرضنا الآراء التي قيل بها في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير يتضح لنا أن هناك اتجاهين أساسيين: الأول يرى ضرورة الفصل بين المدين وغيره في تحديد القانون واجب التطبيق أما الاتجاه الثاني فإنه يرى ضرورة الاعتداد بقانون واحد فقط دونما تفرقة بين المدين وغيره.

ونحن نرى أن الاتجاه الثاني الذي يأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق أولى بالاتباع وذلك للأسباب التي سبق أن ذكرناها. على أننا إذا كنا نتفق مع هذا الرأي في خصوص ضرورة الاعتداد بقانون واحد فقط يطبق في هذا الشأن، إلا أننا لا نتفق معه

= lois que sont la loi du domicile du débiteur cédé et la loi de la créance originaire. de s'interroger sur l'équivalence de leur contenu, et d'admettre, toutes les fois du moins où la loi de la créance apparaîtra moins exigeante que la loi du domicile du débiteur cédé, que l'observation de l'une ou l'autre est suffisante pour l'opposabilité de la cession aux tiers". V. Marie-Noelle Jobard-Bachelier: note sous Cour d'appel de Paris, 26 mars 1986, Revue critique de droit international privé, 1987, p. 351.

(١٥٢) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 189 et s.

فيما ذهب إليه من تطبيق قانون موطن الدائن المحيل وتفضل عليه القانون الذي يحكم الحق المحال.

وقد سبق أن ذكرنا أن القانون الذي يحكم سريان الحوالة تجاه المدين هو القانون الذي يحكم الحق المحال وفقاً لمعاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠، ومن الملائم إخضاع الاحتجاج بالحوالة تجاه الغير الآخرين لنفس القانون حتى تتحقق وحدة للقانون المطبق في هذا المجال<sup>(١٥٣)</sup>.

ويُسم تطبيق قانون الحق المحال بالثبات والاستقرار على الرغم من تعدد أطراف العلاقة سواء دائني الدائن المحيل أو غيرهم، وذلك على خلاف تطبيق قانون موطن الدائن الذي قد يتغير من ناحية مع وجود الخلاف حول فكرة الموطن وهل هو الموطن العام أم المختار... إلخ، ومن ناحية أخرى فإن تطبيق قانون موطن الدائن يثير الصعوبات في حالات تعاقب حوالات الحق المتتالية حيث يتعاقب تطبيق القوانين وتتعدد كلما تم إبرام عقد حوالة رغم تعلق الأمر بذات الحق، ولتلافي هذه المشكلة يتم تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنه توجد بعض القوانين الحديثة التي تنص على إخضاع الاحتجاج بحوالة الحق إلى القانون الذي يحكم الحق المحال. من قبيل ذلك القانون الدولي الخاص الروسي الصادر سنة ٢٠٠١<sup>(١٥٤)</sup>.

(١٥٣) على العكس من ذلك يذهب بعض الفقه إلى تفسير اقتضار نص ٣/١٢ من معاهدة روما النص على القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة قبل المدين دون الغير الآخرين على انه دليل قاطع يعضد ما يستند إليه من الفصل في تحديد القانون واجب التطبيق بين المدين والغير الآخرين على نحو يسمح بتطبيق قانون آخر بالنسبة للغير. انظر في ذلك:

Anne Sinay-Cytermann: Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance, op cit, p. 43.

(١٥٤) تنص المادة ٢/١٢١٦ من القانون الدولي الخاص الروسي الصادر سنة ٢٠٠١ على أن:

“La cessibilité de la créance, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur ainsi que la bonne exécution de l'obligation par le débiteur sont régis par le droit applicable à la créance cédée”.

انظر نصوص القانون الدولي الخاص الروسي منشورة في:



### المبحث الخامس

#### مجال إعمال القانون واجب التطبيق

#### على الاحتجاج بالحوالة

١٦٥- انتهينا في المبحث السابق من الحديث عن القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحوالة الحق، وذكرنا أن الاحتجاج بالحوالة يخضع من حيث المبدأ للقانون الذي يحكم الحق المحال. على أنه من الملاحظ أن هناك بعض المشاكل التي تترتب على إعمال هذا القانون بالنسبة للاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين (المطلب الأول)، كما توجد بعض الصعوبات الناجمة عن حلول الدائن المحال له الحق محل الدائن المحيل (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

#### المشاكل الناجمة عن إعمال القانون واجب التطبيق

#### بالنسبة للاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين

١٦٦- نتعرض فيما يلي للحديث عن أمرين أساسيين: الأول ما تتطلبه بعض القوانين للاعتداد بالقانون واجب التطبيق من قبول المدين لشرط اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق، ثم نتعرض لتحديد العلاقة بين القانون الذي يحكم الحق المحال وتدخل السلطة العامة باتخاذ إجراء الإعلان الذي يتوقف عليه الاحتجاج بالحوالة.

#### أ) قبول المدين لشرط القانون واجب التطبيق:

١٦٧- يركز تحديد القانون واجب التطبيق في مجال الاحتجاج بحوالة الحق على مبدأ أساسي مقتضاه ضرورة عدم تأثر موقف المدين المحال عليه الحق نتيجة تغير شخص الدائن، فلا ينبغي أن يترتب على الحوالة زيادة في الالتزامات التي تقع على عاتق المدين. ويرجع ذلك إلى أن المدين يعد من الغير بالنسبة لعقد حوالة الحق، فهو لم يشترك في هذا العقد الذي لولاه لظل المدين ملتزماً بالوفاء للدائن الأصلي. ومن أجل ذلك فإن القانون الذي يرجع إليه لنفاذ الحوالة قبل المدين هو القانون الذي يحكم الرابطة الأصلية القائمة بين الدائن الأصلي والمدين المحال عليه الحق *la loi de la créance cédée*.

١٦٨- وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى ما يقضي به القانون الدولي الخاص السويسري، حيث إنه يخضع الحوالة للقانون المختار من قبل أطراف عقد الحوالة، وفي غيبة هذا الاختيار من قبل الأطراف يتم تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال. ويقرر نفس القانون أن اختيار الأطراف لقانون ما لا يعد مقبولاً إلا إذا أقر المدين هذا الاختيار<sup>(١٥٥)</sup>.

ومعنى ذلك أن قبول المدين لاختيار الأطراف لقانون ما للانطباق على عقد الحوالة لن يحتج به في مواجهة المدين إلا إذا قبل اختيار الأطراف لهذا القانون. وفي واقع الأمر نحن أمام أحد أمرين:

- الأول أن يختار الأطراف قانون ما للانطباق على عقد الحوالة ويقر المدين هذا الاختيار. في هذه الحالة يعتبر اختيار هذا القانون أمراً يحتج به في مواجهة المدين بقبوله له. على أن ذلك لا يقتضي بالضرورة نفاذ الحوالة في مواجهة المدين، لأن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المختار قد يؤدي إلى عدم النفاذ نظراً لتخلف الإعلان اللازم لنفاذ الحوالة أو لعدم قابلية الحق للحوالة أو لغير ذلك من الأسباب.

- والأمر الثاني هو ألا يقر المدين اختيار الأطراف للقانون الذي يسري على عقد الحوالة. في هذه الحالة لا يعد هذا الاختيار نافذاً قبل المدين، مع ملاحظة أن الفقرة الثالثة من المادة ١٤٥ للقانون السويسري تقضي بخضوع شكل العقد للقانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته. فإذا اختار الأطراف قانون ما للانطباق على شكل العقد فإن هذا القانون يحكم شكل العقد، ولكن لا يحتج به في مواجهة المدين، لأن الهدف من قواعد الشكل المقررة في القانون السويسري في مجال حوالة الحق هو حماية المدين<sup>(١٥٦)</sup>.

يتضح لنا من ذلك أن القانون الذي يحكم الحق المحال لن يرجع إليه في الحالة

(١٥٥) تنص في ذلك المادة ١/١٤٥ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن:

"La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation".

(١٥٦) تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٤٥ للقانون الدولي الخاص السويسري على أن:

"La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession".

التي يختار فيها الأطراف قانون ما للاتطبيق على عقد الحوالة. على أن هذا القول يقتصر فقط على عقد الحوالة ذاته، أما ما يتعلق بالحق فإنه يظل خاضعاً للقانون الخاص به وليس لقانون الإرادة<sup>(١٥٧)</sup>.

١٦٩- ويمكن القول في الحقيقة أن مسلك المشرع السويسري يحقق ميزة للمدين المحال عليه الحق، ذلك أنه يعلق تطبيق القانون المختار من قبل أطراف العقد على شرط قبول وإقرار المدين لهذا الاختيار، ومن هنا تبدو بجلاء الرعاية الكبرى التي يوليها القانون السويسري لمصلحة المدين.

١٧٠- على أننا نرى أن مسلك المشرع السويسري قد جانبه التوفيق في هذا الشأن. ذلك أن شرط إقرار المدين إن كان يحقق مصلحة للمدين إلا أنه لا يحقق بالضرورة رعاية مصالح الغير الآخرين الذين لم يعر لهم المشرع السويسري الاهتمام عند وضع قواعد التنازع في مجال حوالة الحق كما فعل بالنسبة للمدين.

ويبدو لنا أن من الصعب قبول تعليق تطبيق قانون الإرادة على مثل هذا الشرط. ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يعد من المبادئ المستقر عليها في نطاق القانون الدولي الخاص ولا يتعين تقييده إلا في أضيق الحدود. فكان يمكن للمشرع السويسري أن يقصر تطبيق هذا الاستثناء على المسائل التي تخص المدين المحال عليه الحق بدلاً من أن يضع قاعدة عامة مقتضاها تعليق تطبيق قانون الأطراف على موافقة المدين.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون السويسري قد انفرد بالأخذ بهذا الاستثناء الذي يعلق تطبيق قانون الإرادة على موافقة المدين. فلم تأخذ معاهدة روما المبرمة بين دولة الجماعة الأوروبية بمثل هذا الاستثناء.

(ب) تعليق الاحتجاج بالحوالة قبل المدين على تدخل سلطة عامة لاتخاذ إجراء الإعلان (العلاقة بين تدخل السلطة العامة وقانون الحق المحال):

١٧١- يطبق على مسألة الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة المدين القانون الذي يحكم الحق المحال. فهذا القانون هو الذي يرجع إليه لتقرير ما إذا كان من الضروري

(١٥٧) انظر في هذا المعنى:

أن يتم إعلان المدين أم لا، وإذا كان الإعلان واجباً هل يتم ذلك بمجرد توجيه خطاب بسيط إلى المدين أم أن الأمر يتطلب إعلان رسمي على يد محضر.

وإذا كان قانون الحق المحال هو الذي يحكم مسألة مدى وجوب تدخل سلطة عامة لاتخاذ إجراء الإعلان، إلا أن الطرق المتبعة في هذا التدخل les modalités d'intervention لا تخضع لقانون الحق المحال وإنما تخضع للقانون الذي يحكم هذه السلطة العامة.

١٧٢- وقد توجد صعوبات ناجمة عن هذا الانفصال بين القانون الذي يحكم الاحتجاج بالحوالة وذلك الذي يحكم طرق التدخل من قبل السلطة العامة. من قبيل ذلك على سبيل المثال أن يتطلب قانون الحق المحال للاحتجاج بالحوالة ضرورة القيد في سجلات لدى موطن الدائن المحيل ولا يعرف قانون الدولة المتواجد بها موطن المدين هذا النوع من التدخل. فإذا افترضنا أن حوالة حق خاضعة للقانون الأمريكي وأن الدائن المحيل متوطن في فرنسا، نجد أن مسألة الاحتجاج بالحوالة تخضع - وفقاً لقواعد التنازع الفرنسية - للقانون الأمريكي. وإذا كانت الحوالة على سبيل الضمان فإن المادة ٩ من القانون التجاري الموحد الأمريكي تتطلب قيد الحوالة في السجلات المعدة لذلك في المكان المتواجد به موطن الدائن المحيل. ولما كان الدائن يتوطن في فرنسا نجد أن هذا النوع من القيد لا يوجد في فرنسا<sup>(١٥٨)</sup>.

وفي الحالة التي يتطلب فيها الاحتجاج بالحوالة تدخل سلطة عامة على هذا النحو لقيد الحوالة أو لإعلانها بطريق ما فإنه من اللازم المقارنة بين الإجراءات التي يتخذ وفقاً لقانون الحق المحال وبين ذلك الذي ينص عليه قانون السلطة العامة، وذلك حتى لا يكون هذا الأخير مختلف تماماً عن ذلك الذي يقضي به قانون الحق المحال الواجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة وبالتالي يكون هذا مخالفاً للتوقع المشروع للمدين والغير l'attente légitime الذين تنتج أنظراهم إلى الإجراءات المقررة في قانون الحق المحال.

(١٥٨) انظر في هذا المعنى:

١٧٣- وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى ما تقضي به بعض القوانين من النص على قاعدة مادية تطبق في حال توطن المدين في إقليم دولة لا يأخذ قانونها بنظام القيد والتسجيل للحوالات. من قبيل ذلك القانون التجاري الموحد الأمريكي الذي يقرر أنه في حالة تطلب القيد وفقاً للقانون الأمريكي ويكون المدين متوطناً خارج أمريكا في دولة لا تتطلب إجراء مماثل للقيد فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الأمريكي إذا كان يوجد للمدين مكتب رئيسي لنشاطه في هذه الدولة. مع ملاحظة أن القانون الأمريكي ينص في هذا الشأن على أن الاحتجاج بالحوالة يتوفر بواسطة إخطار يوجه إلى المدين لإعلامه بالحوالة. ومعنى ذلك وجود قاعدة مادية تقضي بالمساواة بين هذا الإخطار وبين القيد المقرر في القانون في الحالة التي لا يتطلب فيها قانون الحق المحال اتخاذ إجراء مماثل للقيد المقرر في القانون الأمريكي<sup>(١٥٩)</sup>.

على أنه من الملاحظ أن الجمع في التطبيق بين الإجراء المتطلب من قبل السلطة العامة والإجراء الذي ينص عليه قانون الحق المحال قد يكون أمراً ضرورياً لحماية طرف معين. من قبيل ذلك على سبيل المثال حالة الحوالة على سبيل التبرع، فقد يتطلب القانون الوطني الواجب التطبيق على شكل عقد الحوالة ضرورة إتمامها في الشكل الرسمي حماية للدائن المحيل ويكون القانون الذي يحكم الحق المحال يتطلب مثلاً الإعلان لنفاذ الحوالة قبل الغير. في هذه الحالة لا يكفي لصحة الحوالة ونفاذها أن يتم إعلان المدين وإنما يتعين توافر الشكل الرسمي في عقد الحوالة، لأن القانون يهدف بذلك إلى توفير نوع من الحماية للدائن المتعجل حيث أن تطلب الرسمية يأخذ وقتاً ويجعله يفكر في إجراء الحوالة من عدمه. من الواضح أن الجمع في هذه الحالة بين ما يقضي به قانون الحق المحال وما يتطلبه قانون الشكل يعد أمراً منطقياً<sup>(١٦٠)</sup>.

(١٥٩) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit. p. 244.

(١٦٠) انظر في هذا المعنى:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit. p. 245.

## المطلب الثاني

## الصعوبات الناجمة عن حلول الدائن

## المحال له الحق محل الدائن الأصلي

١٧٤- تتعلق هذه الصعوبات بعدة أمور نتحدث فيها على التوالي: تحديد القانون الذي يرجع إليه في تحديد الحقوق والسلطات المقررة للدائن الجديد المحال له الحق، وجود الحق المحال، حلول المدين محل الدائن، العلاقة بين قانون الحق المحال وقانون الإفلاس.

(أ) خضوع حق الدائن المحال له الحق للقانون الذي يحكم الحق المحال مع إمكانية تغيير هذا القانون بالاتفاق مع المدين:

١٧٥- إذا تمت حوالة الحق على النحو الصحيح فإن تحديد السلطات التي يمثلها الدائن الجديد المحال له الحق مسألة يرجع فيها إلى القانون الذي يحكم الحق المحال. والعلّة في تطبيق هذا القانون هي عدم تأثر المدين بتغير شخص الدائن، ذلك أن المدين لا يعد طرفاً في عقد الحوالة فهو قد أبرم عقداً مع الدائن الأصلي فإذا قام هذا الأخير بنقل حقه لدى الدائن إلى شخص آخر فلا ينبغي أن يختلف وضع المدين أو أن يطرأ عليه أي تعديل نتيجة تغير شخص الدائن، ولهذا يكون من المنطقي أن تتحدد السلطات والحقوق المقررة للدائن الجديد وفقاً لنفس القانون الذي كان سارياً قبل تغير شخص الدائن أي لقانون الحق المحال.

١٧٦- على أنه من الملاحظ أنه قد يطرأ تعديل على القانون واجب التطبيق باتفاق الأطراف. فمن المسلم به أن من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، إلا أن الصعوبة تتعلق بالوقت الذي يتعين فيه التعبير عن هذه الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق. فهل يتعين عليهم اختيار هذا القانون وقت إبرام العقد فقط، أم أن في إمكانهم تحديده في وقت لاحق؟ وإذا قام الأطراف باختيار قانون ما للانطباق على النزاع، هل يمكنهم بعد ذلك تعديل هذا الاختيار بإخضاع العقد لقانون آخر؟

١٧٧- من الملاحظ أنه توجد العديد من الأسباب التي تدفع الأطراف إلى تأخير تحديد القانون واجب التطبيق إلى وقت لاحق لإبرام العقد: ذلك أن الأمر الذي يهم

الطرفين بالضرورة عند إبرام العقد هو الاتفاق على الأمور الفنية الدقيقة المتعلقة بحقوق والتزامات كل منهم، وقد لا يتم التعرض للمسألة الشائكة المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق خشية فشل المفاوضات بسبب عدم الاتفاق حول القانون الذي يتعين إعماله. لذلك يفضل الأطراف إرجاء مسألة تحديد القانون واجب التطبيق إلى وقت لاحق لإبرام العقد بينهم. كما قد يتفق الأطراف لحظة إبرام العقد على تطبيق قانون دولة ما على ما قد ينشأ عن تنفيذه من منازعات، ثم يتبين لهم بعد ذلك عدم ملاءمة تطبيق هذا القانون ويرغبون بالتالي في تغيير قانون الإرادة، ويرجع ذلك لأسباب عديدة كما هو الحال بالنسبة لتغيير مكان تنفيذ العقد أو لتغيير المقر الرئيسي للمشروع المزمع إقامته... إلخ<sup>(١٦١)</sup>.

ومعنى ما تقدم أنه توجد حالتين لاختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد: إما ألا يحدد الأطراف هذا القانون عند إبرام العقد ويقومون باختياره في وقت لاحق *le chois tardif*، وإما أن يرغب الأطراف في تغيير القانون الذي سبق لهم تحديده للانطباق على موضوع النزاع *le changement postérieure*.

١٧٨- وقد ثار الجدل في فقه القانون الدولي الخاص حول مدى إمكانية التحديد اللاحق للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويمكن أن نركز بين اتجاهين أساسيين في هذه الشأن:

- فيري البعض أنه ليس من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق إلا في لحظة إبرام العقد. لهذا لم يقر الأطراف باختيار هذا القانون عند إبرام العقد فلا يستطيعون تحديده بعد ذلك ويتولى القاضي مهمة تحديده في غيبة قانون الإرادة. كما يترتب على ذلك أيضاً أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق عند إبرام العقد يعتبر تحديداً نهائياً فلا يملكون تعديل هذا الاختيار في وقت لاحق.

وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ٢٨ يونيو ١٩٦٦، حيث قضت بأن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لن يكون مقبولاً "في الحالة التي يتبين فيها أن هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق لإبرام العقد" وقد فسر

(١٦١) انظر في تفصيل ذلك:

Tomaszewski: La designation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui le regit. Revue critique de droit international prive. 1972, p. 567 et ss.

البعض استبعاد قانون الإرادة على هذا النحو استناداً إلى أن الاختيار اللاحق يؤدي إلى منح الأطراف سلطات غير طبيعية حيث يمكن لها، عن طريق هذا الاختيار اللاحق، إخضاع العقد لقانون يؤدي إلى إبطاله بعد أن كان صحيحاً وفقاً للقانون السابق تحديده، كما يمكنهم تعديل الالتزامات الناشئة عن العقد، وكذلك يؤدي تغيير القانون واجب التطبيق إلى تعديل القواعد المتبعة في تفسير العقد ... الخ<sup>(١٦٢)</sup>.

وهكذا يرفض هذا الاتجاه منح الأطراف الحق في التحديد اللاحق للقانون واجب التطبيق وأنه ينبغي عليهم تحديده في وقت إبرام العقد. ذلك أن القانون المختار لحكم العقد يعتبر هو الأساس القانوني لوجود العقد، وإذا تم استبعاد هذا الأساس القانوني فإن العقد لا يكون له وجود. لذلك فإن السماح للأطراف باختيار قانون آخر لحكمه يعني أن الأساس القانوني لوجود العقد قد تغير، ومن ثم فإننا نكون أمام عقد جديد غير العقد المبرم أصلاً بين الأطراف.

- وقد تم هجر الاتجاه السابق وأصبح الاتجاه السائد في الدول المختلفة هو إطلاق الحرية للأطراف في تحديد وقت اختيار القانون واجب التطبيق. فلم الحق في اختيار هذا القانون لحظة إبرام العقد، كما أن لهم إبرام العقد دون التعرض فيه لمسألة القانون واجب التطبيق ثم يقومون بتحديده في وقت لاحق أو يقومون بتعديل الاختيار السابق لهم في حالة تحديده من قبل.

١٧٩- وإذا كان للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد، إلا أن هذا التحديد ينبغي أن يكون حقيقياً. لهذا فإن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد اشترطت لإعمال هذا الاختيار اللاحق ما يلي:

١- ينبغي أن يكون لدى الأطراف المعرفة والإدراك في إمكانهم الاختيار بين قانونين على الأقل. لذلك قضت المحكمة الفيدرالية بأنه "لا يكفي أن يذكر الأطراف بصفة عابرة نفس القانون أثناء سير إجراءات النزاع. ذلك أن اختيار قانون ما ليخضع له الأطراف يفترض أن لدى الأطراف الإدراك والإرادة المتجهة نحو التقيد بهذا الاختيار. وهذا الاختيار الواعي *le choix conscient* يعتبر أمراً

V. Mario Giuliano: La Loi applicable au contrat, problèmes choisis, op cit, p. 220. (١٦٢)  
Tomaszewski: La designation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui le regit, op cit, p. 588. Giuliano-Lagarde, rapport, op cit, p. 17 et ss.



ضرورياً<sup>(١٦٣)</sup>.

٢- كما يجب أن يتوافر لدى الأطراف إرادة تطبيق القانون الذي قاموا بالإحالة عليه ليس لأعتقادهم باختصاص هذا القانون للانطباق موضوعياً، وإنما لأنهم يرغبون بصفة شخصية في انطباقه على العقد<sup>(١٦٤)</sup>(١٦٥).

١٨٠- ويرتكز قبول الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على مبدأ سلطان الإرادة ذاته المسلم به في نطاق العلاقات الدولية الخاصة. فإذا كان المسلم به أن طرفي العقد الحق في اختيار القانون واجب التطبيق، فمما لا شك فيه أن بإمكانهم، تبعاً لتطور العلاقات التجارية بينهم، اختيار القانون الملائم للعقد حتى ولو كان هذا الاختيار لاحقاً لإبرام العقد.

١٨١- وتجدر الإشارة إلى أن القانون التعاهدي قد سمح لإرادة الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. فوفقاً للمادة ٢/٣ من معاهدة روما فإنه: "يمكن للأطراف الاتفاق، في أي وقت، على استبدال القانون الذي يخضع له العقد بقانون آخر. ولا يؤثر أي تغيير للقانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد على سلامة العقد، من حيث الشكل وفقاً للمادة التاسعة كما لا يؤثر على حقوق الغير".

وفي نفس السياق أقر مجمع القانون الدولي حق الأطراف في الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على العقد. وفي ذلك تنص المادة ٦ من قرار المجمع الصادر سنة ١٩٩٢ على أن:

١- يمكن للأطراف، بعد إبرام العقد، اختيار القانون واجب التطبيق أو تغيير الاختيار السابق له.

V. Tribunal federal Suisse, 5 Octobre 1965, cité par Lalive, Clunet. 1970. p. 423. (١٦٣)  
Arret du 15 aout 1962, cite par Tomaszewski, op cit, p. 74 et s. (١٦٤)

(١٦٥) لذلت نجد أن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد أكدت على ضرورة الالتزام بقانون الإرادة طالما أنه لم يتغير من جانب الأطراف:

"Tant qu'elle n'a pas ete annulee ou modifiee, l'election de droit determine le droit applicable au contrat, jusqu'a l'extinction de la totalite des obligations qui en sont issues".

وقررت المحكمة كذلك أن:

"Lorsque les parties ont fait election de droit lors d'un precedent proces sans la limiter a ce proces, seule une revocation ou une modification contractuelle pourrait donc modifier la situation juridique creee par cet accord". V. Tribunal federal Suisse, 18 Mai 1965. cité par Lalive, Clunet 1970. p. 417.

٢- ولهم كامل الحرية في أن يعطوا لهذا الاختيار أثراً رجعياً، بشرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للغير<sup>(١٦٦)</sup>.

١٥٦- وتجدر الإشارة إلى أنه في الحالة التي يظهر فيها الأطراف إرادتهم في اختيار قانون ما في وقت لاحق لإبرام العقد، فإن القانون المختار على هذا النحو يحكم العقد بأثر رجعي أي منذ لحظة إبرام العقد. ويتفق هذا الحل مع مبدأ وحدة النظام القانوني للعقد، كما أنه يعتبر نتيجة منطقية لقبول الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق<sup>(١٦٧)</sup>.

وإذا كان القرار الصادر من مجمع القانون الدولي سنة ١٩٩٢ قد ترك للأطراف الحرية في تطبيق القانون المختار لاحقاً على إبرام العقد بأثر رجعي، إلا أنه في حالة الشك أو في الحالة التي لا يتعرض فيها الأطراف لتحديد ما إذا كان القانون المختار يطبق بأثر رجعي أم بأثر فوري ينبغي الأخذ بالأثر الرجعي لأنه يضمن وحدة العقد<sup>(١٦٨)</sup>.

وتوجد من القوانين الوطنية ما تنص صراحة على أن للاختيار اللاحق أثراً رجعياً. من قبيل ذلك نص المادة ٣/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري التي تنص على أن: "يمكن أن يتم اختيار القانون واجب التطبيق أو تعديله في أي وقت. وفي حالة اختياره في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا الاختيار يترد إلى وقت إبرام العقد مع عدم المساس بحقوق الغير". كما يأخذ بالأثر الرجعي القانون الدولي الخاص الروسي الصادر حديثاً بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠٠١<sup>(١٦٩)</sup>.

V. Les travaux preparatoires, Annuaire de l'institut, 1991, vol 64, tome I, p. 43 et 74 et la resolution vol 64, tome II, 1992, p. 382.

Lagerde: Le nouveau droit international prive des contrats après l'entrée en vigueur (١٦٧) de la convention de Rome du 18 juin 1980, op cit, p. 304. Mayer: Droit international prive. op cit, p. 469. Kassis: Le nouveau droit europeen des contrats internationaux. op cit, p. 396. Tomaszewski: La designation posterieure ...., op cit, p. 596. Au contraire MM. Loussouarn et Bourel soulignent que l'effect retroactif s'explique par le droit transitoire interne, c'est-à-dire la survie de la loi initialement designée. V. Loussouarn et Bourel: Droit international privé, op cit, p. 402.

(١٦٨) تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً لرأي بعض أعضاء مجمع القانون الدولي فإنه حتى يمكن تفادي تجزئة العقد ينبغي في جميع الأحوال أن يؤخذ بالأثر الرجعي للاختيار اللاحق على إبرام العقد. انظر في ذلك:

Annuaire de l'IDI vol 64, tome I, p. 43 et 74.

(١٦٩) تنص المادة ٣١٠١٢١ من القانون الدولي الخاص الروسي على أن: =

١٨٢- على أنه من الملاحظ أن أعمال هذا الأثر الرجعي يعد أمراً غير مقبول في مجال حوالة الحق. فالقانون الأصلي قبل الحوالة كان يحكم العقد المبرم بين المدين والدائن الأصلي، وبعد الحوالة وجد عنصر جديد هو تغير شخص الدائن فإذا قام هذا الأخير بعد الاتفاق مع المدين باختيار قانون آخر بدلاً من القانون الذي كان يحكم الحق المحال، فلا يمكن تطبيق هذا القانون بأثر رجعي لأن قبول هذا الأثر الرجعي معناه أن تحديد حقوق وسلطات الدائن الأصلي المحيل سيتم وفقاً لأحكام قانون لم تنتج إرادته إلى اختياره وهذا أمر غير جائز وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

١٨٣- وإذا قام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا الاختيار له نفس القوة والقيمة القانونية للاختيار الذي يتم عند إبرام العقد. لهذا يلتزم المحكم بتنفيذ قانون الإرادة على الرغم من أن هذه الأخيرة قد تم التعبير عنها في وقت لاحق لإبرام العقد. والقول بغير ذلك معناه أننا نسمح للأطراف بالاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق ثم نرفض أن نرتب على هذا الاختيار النتائج المرتبطة به من حيث التزام القاضي باحترام قانون الإرادة. ولهذا إذا اتفق الدائن المحال له الحق مع المدين على قانون جديد غير القانون الذي كان يحكم الحق المحال قبل تغير شخص الدائن، كان من الواجب على القاضي الرجوع إلى القانون الجديد لتحديد حقوق وسلطات الدائن المحال له الحق.

وترتيباً على ذلك فإننا ننتقد الحكم الصادر من المحكمة العليا الألمانية الذي قررت فيه أنه "طالما أن القانون الإنجليزي لم يتم تحديده في العقد وإنما أثناء نظر الإجراءات، فإن هذا الاختيار للقانون واجب التطبيق. سيكون أقل إلزاماً للمحكم من ذلك الاختيار الذي يتم في وقت إبرام العقد"<sup>(١٧٠)</sup>. ويلاحظ هنا على وجه الخصوص أن مبدأ الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق قد تم إقراره بواسطة القانون الدولي الخاص

= "Le Choix par les parties du droit applicable fait postérieurement à la conclusion du contrat a un effet rétroactif; ce choix est réputé valoir depuis la conclusion du contrat. sans prejudice aux droits des tiers".

انظر القانون الدولي الخاص الروسي منشور في:

Revue critique de droit international privé, 2002, p. 182.

Arret du Bundesgerichtshof de 26 Septembre 1985, Bulletin de l'association (١٧٠) Suisse d'arbitrage. 1986, p. 153.

الألماني الصادر بتاريخ ٢٥ يولية ١٩٨٦. فوفقاً للمادة ٢/٢٧ من هذا القانون يمكن للأطراف في أي وقت إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك الذي كان يخضع له من قبل<sup>(١٧١)</sup>.

١٨٤- ونخلص مما تقدم أن الأطراف يملكون تحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. ومع ذلك فإنه يرد على حرية الأطراف في هذا الشأن قيودان أساسيان:

- فمن ناحية ينبغي ألا يؤثر الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على سلامة العقد من حيث الشكل. وذلك يعتبر أمراً منطقياً، لأنه يعقل أن تتجه إرادة الأطراف بعد إبرام العقد والبدء في تنفيذه إلى اختيار قانون ما يؤدي تطبيقه إلى إبطال العقد.

- ومن ناحية ثانية فإنه ينبغي عدم المساس بحقوق الغير حسنى الذية. فالغير الذي يستفيد مثلاً من اشتراط لمصلحته وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف وقت إبرام العقد لا يجوز المساس بحقه إذا قام الأطراف بتعديل القانون واجب التطبيق في وقت لاحق<sup>(١٧٢)</sup>. ولذا، إذا كان للغير حقاً وفقاً للقانون الذي يحكم الحق المحال ظل الغير متمتعاً بهذا الحق على الرغم من تغير القانون واجب التطبيق حتى ولو كان القانون الجديد يجهل وجود هذا الحق المقرر للغير، ولهذا يحتج بهذا الحق المقرر للغير في مواجهة الدائن الجديد المحال له الحق.

(ب) القانون واجب التطبيق على الدفوع التي يمكن للمدين التمسك بها قبل الدائن المحال له الحق:

١٨٥- يرجع إلى القانون الذي يحكم الحق المحال فيما يتعلق بالدفوع التي يمكن للمدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن المحال له الحق. فإذا كان القانون الذي يحكم الحق المحال يسمح به فإن القانون الخاص بالدفع ذاته هو الذي يحكم الشروط والآثار المتعلقة به، ومعنى ذلك أن قانون الحق المحال لا ينفرد بالتطبيق حيث يرجع إليه في

(١٧١) انظر نص القانون الدولي الخاص الألماني الصادر بتاريخ ٢٥ يولية ١٩٨٦ منشوراً في:

Revue critique de droit international prive, 1987, p. 170.

V. en ce sens, Tomaszawski: La designation postérieure..., op cit, p. 598 et ss. (١٧٢)

Lagarde: Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, op cit, p. 304 et ss.

تحديد ما هي الدفوع التي يمكن للمدين التمسك بها وينتهي دور قانون الحق المحال عند هذا الحد، أما الشروط والآثار المتعلقة بالدفع فإنها تخضع للقانون الخاص بكل دفع على حدة.

١٨٦- ويلاحظ بادئ ذي بدء أن هناك بعض الأمور التي لا تثير أي مشكلة في تحديد القانون واجب التطبيق، كما هو الحال بالنسبة للمسألة المتعلقة بقيام المدين بسداد الحق للدائن الأصلي، فهل يعد ذلك مبرراً لزمته أم لا؟

ففيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق في هذه الحالة يرجع إلى القانون الذي يطبق على الاحتجاج بالحوالة قبل المدين<sup>(١٧٣)</sup>، وأساس ذلك أن قيام المدين بسداد الحق للدائن الأصلي يعتد به طالما أن الحوالة غير نافذة في مواجهته، ولهذا يكون من الطبيعي أن يطبق القانون الذي يحكم الحق المحال بوصفه القانون واجب التطبيق في مجال الاحتجاج بحوالة الحق قبل المدين.

١٨٧- من أهم الدفوع les exceptions التي تثير العديد من الصعوبات في مجال حوالة الحق الدفع بالمقاصة. والمقاصة تتوافر في الحالة التي يصير فيها المدين دائناً لدائنه فيصبح كل منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت فينقضي كل من الدينين في حدود الأقل منهما إذا كان كلا الدينين من نفس الطبيعة ونفس القوة. وتتم المقاصة في هذه الحالة بحكم القانون، فهي لا تحتاج إلى رضاء أو اتفاق الطرفين طالما توافرت فيها الشروط المقررة في القانون<sup>(١٧٤)</sup>.

١٨٨- ويستفاد من نص المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري وجوب توافر

(١٧٣) وقد نصت معاهدة روما صراحة على خضوع مسألة قيام المدين بالسداد للدائن الأصلي إلى القانون الذي يحكم الحق المحال بوصفه القانون الواجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة قبل المدين، وتتص في ذلك المادة ٢/١٢ من المعاهدة على أن:

“La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci. les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur”.

(١٧٤) ينظم نص المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري المقاصة القانونية بقوله:

للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء. ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لهلمة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن.”

عدة شروط<sup>(١٧٥)</sup> لوقوع المقاصة صحيحة:

- الشرط الأول هو وجود شخصين كل منهما دائناً ومديناً للآخر ويتعين أن يكون ذلك بنفس الصفة. ولهذا لا يجوز المقاصة في حالة اختلاف الصفة كأن يكون أحد الشخصين مديناً للآخر بصفته الشخصية ودائناً له باعتباره وصياً على قاصر أو قيماً على محجور.

- والشرط الثاني هو تماثل محلي الدينين، أي أن يكونا من نوع واحد وجودة واحدة. فإذا كان كلا الدينين من النقود كانت المقاصة جائزة بلا جدال.

- ويشترط كذلك خلو الدينين من النزاع فإذا كان أحدهما محل نزاع أو كان غير معين المقدار لم تجز المقاصة، من ثم لا يستطيع المدين أن يتمسك بالمقاصة بالنسبة لما يستحق عليه من دين وما يستحق له قبل دائنه من تعويض عن فعل ضار لم يقدر بعد.

- كما ينبغي أن يكون كلا الدينين مستحق الأداء فإن كان أحدهما حال الأداء بينما الآخر مؤجل لا تجوز المقاصة.

- ويتعين صلاحية الدينين للمطالبة بهما أمام القضاء ويقضي هذا أن يتعلق الأمر بالتزام مدني وليس بالتزام طبيعي.

- ويشترط أخيراً أن يكون كلا الدينين قابلاً للحجز عليه فإذا كان أحد الدينين عبارة عن نفقة لا يجوز للمدين بالنفقة أن يتمسك بالمقاصة لاستيفاء حق له على الدائن المستحق للنفقة<sup>(١٧٦)</sup>.

١٨٩- وإذا كانت المقاصة جائزة وتوافرت فيها الشروط على النحو السابق فإن الصعوبة تنشأ في حالة قيام أحد طرفي المقاصة بنقل حقه إلى شخص آخر. ويمكن القول في البداية أنه لا مشكلة في الأمر إذا كان كلا الحقيين يخضعان إلى قانون واحد،

(١٧٥) انظر في تفصيل هذه الشروط : د/ عبد المنعم البراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني

المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها. انظر كذلك د/ جميل

الشرقاوي النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

(١٧٦) نصت على هذا الشرط السادس المادة ٣٦٤/جـ من القانون المدني المصري بقولها: تقع المقاصة في

الديون أياً كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز.

حيث يتوحد القانون الذي يحكم الحق وتطبق أحكامه بالنسبة لتأثير الحوالة التي تمت في أحدهما على المقاصة.

أما إذا كان أحد الحقيين يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يسري على الحق الآخر، هنا تنشأ الصعوبة في تحديد مصير المقاصة وحوالة الحق. وقد وجدت عدة آراء في فقه القانون الدولي الخاص بالنسبة لتحديد القانون واجب التطبيق:

- فهناك من يرى إخضاع المقاصة إلى قانون القاضي. وهذا هو الحل المقرر في القانون الإنجليزي حيث ينظر إلى المقاصة على أنها من الأمور المتعلقة بسلطات القاضي مما يبرر خضوعها لقانون القاضي الذي يتولى الفصل في النزاع *la lex fori*.

- والبعض الآخر يرى خضوع المقاصة إلى قانون الحق الذي يتمسك بالمقاصة في مقابله. وهذا هو الحل المقرر في القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ (١٧٧).

- ويقترح البعض تطبيق القانونين الذين يحكمان الحقيين تطبيقاً مجتمعاً *une application cumulative*. ويستند هذا الرأي إلى القول بأن المقاصة في حد ذاتها لا تثير أي مشكلة في مجال تنازع القوانين فينبغي إذن أن يكون كل من الحقيين قابلاً للمقاصة وفقاً للقانون واجب التطبيق على كل منهما. ويجد هذا التطبيق المجمع للقوانين التي تحكم الحقوق التي تجري بينها المقاصة أساسه في أن الأمر يتعلق بوسيلة لانقضاء الحقوق على نحو يعادل الوفاء بها، فيكون من المنطقي الرجوع إلى القوانين التي تحكم هذه الحقوق. وعلى خلاف ما هو مقرر في القانون الإنجليزي من اعتبار المقاصة متعلقة بسلطات القاضي نجد أن الوضع في كل من القانون الفرنسي والقانون المصري أن المقاصة القانونية تجد أساسها الوحيد في نصوص القانون مباشرة ولا

(١٧٧) تنص المادة ٢/١٤٨ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن:

“En cas d’extinction par compensation, le droit applicable est celui qui régit la créance à laquelle la compensation est opposée”.

هذا فيما يتعلق بالمقاصة القانونية، أما المقاصة الاتفاقية فإنها تخضع لقانون الإرادة على النحو المطبق في بقية العقود، ولذا تنص الفقرة الثالثة من المادة السابق على أن:

“La novation, la remise de dette et le contrat de compensation sont régis par les dispositions de la présente loi relatives au droit applicable en matière de contrats”.

دور للقاضي سوى التحقق من توافر الشروط المقررة في القانون<sup>(١٧٨)</sup> فإذا تحقق من توافرها فنه يلتزم بالحكم بوقوع المقاصة. كل هذا ينفي تطبيق قانون القاضي على المقاصة ويصب في صالح تطبيق القانون الذي يحكم الحق.

ونظراً لأن المقاصة تتم بحكم القانون فإننا نجد أن القانون الألماني يقرر أن انقاصة يمكن أن تقع بالإرادة المنفردة *la declaration unilatérale* لأي من الطرفين.

- ويمكن تصور تطبيق كلا القانونين السابقين تطبيقاً موزعاً *une application distributive*: فيرجع إلى القانون الذي يحكم الحق الأول لتحديد قابلية هذا الحق لأن تجري المقاصة بينه وبين حق آخر، ويرجع إلى القانون الذي يحكم الحق الآخر بتحديد قابليته للمقاصة.

- وهناك اقتراح مؤداه الفصل بين مسألة قبول المقاصة من حيث المبدأ وبين الشروط الواجب توافرها في المقاصة، فأما المسألة الأولى فيسري عليها قانون الحق الذي يراد إجراء المقاصة في مقابله مع حق آخر للمدين، وأما الشروط المتعلقة بالمقاصة فتخضع للقانون واجب التطبيق على الحق الذي للمدين لدى الغير<sup>(١٧٩)</sup>.

- وتجدر الإشارة أخيراً إلى ما تقضي به معاهدة روما المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية سنة ١٩٨٠ من أن طرق انقضاء الالتزامات والتقايم تخضع للقانون الذي يحكم العقد. ولا يمكن في واقع الأمر تطبيق هذا الحل في حالة المقاصة بين حقين خاضعين إلى قانونين مختلفين<sup>(١٨٠)</sup>.

(١٧٨) انظر في هذا المعنى: جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٤٣. د/ عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، لجزء الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٠١. وفي الفقه الفرنسي انظر:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 251.

(١٧٩) انظر في تفصيل هذه الآراء:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance, op cit, p. 248 et s.

(١٨٠) تنص المادة ١٠/١ د من معاهدة روما على أن:

“La loi applicable au contrat en vertu de la présente convention régit notamment: Les divers modes d’extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l’expiration d’un délai”.



١٩٠- ووفقاً لنص المادة ٣٦٨ من القانون المدني المصري إذا قام الدائن بنقل حقه إلى الغير وقيل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يمكن للمدين أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد المحال له الحق بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي المحيل. ولا يستطيع المدين بالتالي إلا الرجوع على الدائن المحيل دون الدائن انمحال له الحق. ويفسر ذلك بأن قبول المدين للحوالة دون تحفظ يعتبر بمثابة تنازل عن المقاصة<sup>(١٨١)</sup>.

ولا شك أن هذا النص يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بجواز تمسك المدين قبل المحال له الحق بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها قبل الدائن المحيل. وأساس تقرير هذا الاستثناء أنه لا يجوز التمسك بالمقاصة للإضرار بالغير<sup>(١٨٢)</sup>، والدائن المحال له الحق يعتبر - بقبول المدين للحوالة دون تحفظ - من الغير الذين لا يجوز الإضرار بحقوقهم.

على أنه من الملاحظ أن نص المادة ٣٦٨ سابق الذكر ينطبق فقط في حالة نفاذ الحوالة في مواجهة المدين بقبوله لها، أما إذا كانت وسيلة نفاذ الحوالة هي إعلان المدين وليس قبوله للحوالة فلا يسقط حقه في التمسك تجاه المحال له الحق بالدفع التي كان يتمسك بها تجاه الدائن المحيل ومن هذه الدفع التمسك بالمقاصة.

١٩١- ويتضمن القانون الفرنسي نصاً مماثلاً لنص المادة ٣٦٨ من القانون المصري، وهو نص المادة ١٢٩٥ من القانون المدني الفرنسي الذي يقرر أنه ليس في إمكان المدين المحال عليه الحق أن يتمسك تجاه الدائن المحال له الحق بالمقاصة التي كان يستطيع التمسك بها تجاه الدائن المحيل طالما أن المدين قبل الحوالة دون تحفظ

(١٨١) تنص المادة ٣٦٨ من القانون المدني المصري على أن:

١- إذا حول الدائن حقه للغير وقيل المدين الوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل.

٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة. (١٨٢) انظر في هذا المعنى: د/ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٠٥. د/ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

من جانبه<sup>(١٨٣)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف كولمار الفرنسية تطبيقاً لنص المادة المذكورة بعدم أحقية المدين في التمسك بالمقاصة في مواجهة الدائن المحال له الحق. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم صدر في وقت لم تكن معاهدة روما قد صدرت وقت أن كان القضاء الفرنسي يخضع حوالة الحق لقانون موطن المدين. ولما كان المدين متوطناً في فرنسا فقد قامت المحكمة بتطبيق القانون الفرنسي الذي لا يسمح للمدين بالتمسك بالمقاصة في هذه الحالة<sup>(١٨٤)</sup>.

١٩٢- ويمكن القول في النهاية أن القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالدفع التي يمكن للمدين التمسك بها قبل الدائن المحال له الحق هو القانون الذي يحكم الحق المحال مع تطبيقه تطبيقاً مجتمعاً في حالة المقاصة. ويتفق هذا مع النظرة في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي إلى المقاصة على أنها أمر مقرر بحكم القانون وليس مسألة متعلقة بسلطات القاضي، ومن ثم فلا تخضع إلى قانون القاضي وإنما للقانون الذي يحكم الحق المحال.

١٩٣- وتجدر الإشارة مع ذلك إلى أن تطبيق قانون الحق المحال بالنسبة لمدي جواز الاحتجاج بالمقاصة قد يتعطل في حالة الإفلاس. ولبيان ذلك يمكننا أن نتعرض في هذا الشأن لمسلك كل من القضاء الألماني والقضاء الفرنسي في هذا الشأن:

في حكمها الصادر بتاريخ ١١ يوليو ١٩٨٥ قضت المحكمة الفيدرالية الألمانية في حكم شهير لها بتطبيق القانون الذي يحكم الإفلاس الأجنبي وهو القانون البلجيكي والذي لا يقبل الاحتجاج بالمقاصة وذلك على الرغم من أن ذلك يؤدي إلى الإضرار بالدائنين الذين يحملون الجنسية الألمانية والذي كان تطبيق القانون الألماني في هذا

(١٨٣) تنص المادة ١٢٩٥ من القانون المدني الفرنسي على أن:

“Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification”.

(١٨٤) انظر حكم محكمة كولمار بتاريخ ١٦ نوفمبر ١٩٣٥ مشاراً إليه في:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 255 et s.

الخصوص يقود إلى تحقيق مصلحة لهم في الاحتجاج بالمقاصة في مواجهة المدين. ويعد هذا الحكم من الأحكام الصارمة في التطبيق الإقليمي البحت في مجال القانون الذي يحكم الإفلاس<sup>(١٨٥)</sup>.

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني نفس الحل في حكمها الصادر بتاريخ ٦ يونية ١٩٩٠، وقضت في هذا الشأن إعمالاً للمعاهدة الثنائية المبرمة بين فرنسا وإيطاليا بأن قبول الدائنين يخضع لقانون الدولة التي أعلن الإفلاس بها، وأن الاحتجاج قبل الدائنين بالمقاصة لا يمكن أن يخضع لغير هذا القانون<sup>(١٨٦)</sup>. ومعنى ذلك أن المقاصة تخضع في حالة الإفلاس للقانون الذي يحكم الإفلاس وليس للقانون الذي يحكم الحق المحال.

١٩٤- وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن اللائحة الصادرة عن المجلس الأوروبي قد تبنت حلاً مغايراً في هذا الشأن. فوفقاً للمادة ١/٦ منها فإن انعقاد المقاصة يخضع للقانون الذي يحكم حق المدين المفلس<sup>(١٨٧)</sup>، أما شروط الاحتجاج بالمقاصة في مواجهة دائني التفليسة فهي تخضع لقانون الإفلاس "المادة ٤/٢/د". ومعنى ذلك أنه إذا كان القانون الذي يحكم حق المدين المفلس يسمح بوقوع المقاصة فإن اتخاذ إجراءات الإفلاس وفقاً لقانون آخر لا يمنع من قيام أحد الدائنين من استعمال حقه في المقاصة<sup>(١٨٨)</sup>.

(١٨٥) انظر الحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية الألمانية مشاراً إليه في:

Marie-Noelle Jobard-Bachelier: note sous Cour de cassation, 6 juin 1990, Revue critique de droit international privé, 1993, p. 429.

(١٨٦) وفقاً لهذا الحكم فإن:

"Aux termes de l'article 24 de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930. l'admission des créanciers est régie par la loi du pays où la faillite est déclarée et l'opposition aux créanciers de la compensation ne peut donc s'apprécier que selon cette loi". V. Cour de cassation, 6 juin 1990, Revue critique de droit international privé, 1993, p. 425, note Jobard-Bachelier.

(١٨٧) تنص المادة ١/٦ من لائحة المجلس الأوروبي على أن:

"L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit d'un acheteur d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance du débiteur, lorsque cette compensation est prévue par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable".

(١٨٨) انظر في هذا المعنى:

Dominique Bureau: La fin d'un îlot de résistance, le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, Revue critique de droit international privé, 2002, p. 663.

ولا توجد صعوبة في تطبيق كل من نص المادة ٤/٢/د والمادة ٦/١ من اللائحة الأوروبية إذا كان هناك توافق بين كل من قانون الإفلاس والقانون الذي يحكم حق المدين المفلس. ويتوافر هذا التوافق في حالتين:

- الأولى تتعلق بالحالة التي لا يسمح فيها كلا القانونين بانعقاد المقاصة، حيث لا توجد أي مشكلة فلا يجوز للدائن أن يجري المقاصة بين حق له تجاه المدين ودين يقع على عاتق المدين لصالحه.

- والحالة الثانية تتعلق بالوضع الذي يسمح فيه قانون الإفلاس وقانون حق المدين بتوقيع المقاصة، ولا توجد أيضاً أية صعوبة في هذه الحالة حيث تقع المقاصة صحيحة ويحتج بها قبل دائني التفليسة.

على أن الصعوبة تنشأ في الحالة التي لا يمكن فيها التوفيق بين كل من قانون الإفلاس وقانون حق المدين نتيجة اختلافهما في الأحكام. ويحدث ذلك إذا كان قانون حق المدين يسمح بتوقيع المقاصة بينما لا يسمح به قانون الإفلاس أو العكس. ففي الحالة الأولى تقع المقاصة صحيحة من حيث انعقادها بينما لا يحتج بها قبل دائني التفليسة، وفي الحالة الثانية لا يمكن انعقاد المقاصة لأن القانون الذي تخضع له "القانون الذي يحكم حق المدين" لا يسمح بها<sup>(١٨٩)</sup>.

### ج) حلول المدين محل الدائن المحال له الحق:

١٩٥- تتلخص هذه الحالة في قيام الدائن الأصلي بإبرام عقد حوالة للحق إلى شخص آخر نظير مبلغ مالي معين، ثم يقوم المدين بالحلول محل الدائن المحال له الحق وذلك بأن يدفع له المبلغ الفعلي الذي دفعه في عقد حوالة الحق. وبذلك الحلول يتخذ شخص الدائن والمدين وهو ما يقال له في الإصلاح القانوني *le retrait litigieux* <sup>(١٩٠)</sup>. ويعتبر هذا الحلول في الحقيقة نوع من اتحاد الذمة <sup>(١٩١)</sup> *la confusion* والذي

(١٨٩) انظر في تفصيل ذلك:

Dominique Bureau: La fin d'un ilot de résistance, le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, op cit, p. 663 et s.

(١٩٠) يعرف اصطلاحاً *le retrait litigieux* بأنه:

"Faculté accordée par la loi au débiteur d'une créance contestée de se substituer à l'acquéreur, lorsque le créancier cède son droit". V. Serge Guinchard et Gabriel Montagnier: Lexique de termes juridiques, 9e édition, Dalloz, Paris, 1993, p. 471.

(١٩١) انظر في هذا المعنى: د/ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

يعرف بأنه "اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد" (١٩٢).

وقد نصت المادة ١٦٩٩ من القانون المدني الفرنسي (١٩٣) على هذا الحلول للمدين محل الدائن، كما نص عليه أيضاً القانون المدني المصري في المادة ٤٦٩ (١٩٤).

١٩٦- ومن المناسب الإشارة هنا إلى أن هذا الحلول للدائن محل المدين يخضع للقانون الذي يحكم الحق المحال، وفي ذلك تقرر معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ بأن العلاقات التي تنشأ فيما بين المدين والدائن المحال له الحق تخضع لقانون الحق المحال "المادة ٢/١٢" (١٩٥).

وإذا كان الرأي السائد هو تطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال على هذا الحلول واتحاد ذمة الدائن والمدين في شخص واحد، إلا أن البعض يرى أن القانون الذي يتعين تطبيقه هو قانون القاضي *la lex fori* استناداً إلى أن الأمر يتعلق بسلطات القاضي واستناداً إلى أن الهدف من هذا الحلول هو حسن إدارة مرفق القضاء *la bonne administration de la justice* لأنه يؤدي إلى زوال النزاع القائم.

على أنه لا يمكن قبول هذا الرأي لأننا إذا تأملناها في النصوص القانونية المبيحة لهذا الحلول - سواء نص المادة ١٦٩ مدني فرنسي أو نص المادة ١٦٩ مدني مصري - نجد أنه لا توجد سلطة تقديرية للقاضي في هذا الشأن فهو يلتزم بأن يحكم بانقضاء

(١٩٢) انظر في هذا المعنى: د/ عبد المنعم البهلوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٤١٠.

(١٩٣) تنص المادة ١٦٩٩ من القانون المدني الفرنسي على أن:

"Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix reel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite".

(١٩٤) تنص المادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري على أن:

١- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عليه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فلمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع.

٢- ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى.

(١٩٥) وفقاً لنص المادة ٢/١٢ من المعاهدة فإن:

"La loi qui crée une cession détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur".

الدين طالما اتحدت الذمة، ومن ثم فإن الأمر لا يتعلق بسلطات القاضي أو بحسن إدارة مرفق القضاء حتى يمكن القول بتطبيق قانون القاضي.

كما أن البعض الآخر يرى أن هذه المسألة تخضع للقانون الذي يحكم عقد الحوالة المبرم بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق. وغني عن البيان أن هذا الرأي لا يسلم من النقد، ذلك أن القانون الذي يحكم الحوالة لا توجد له صفة في الانطباق على مسألة حلول المدين محل المحال له. فإذا كان من المنطقي خضوع العلاقات التي تنشأ بين المحيل والمحال له إلى قانون عقد الحوالة فمن غير المقبول خضوع العلاقات التي تنشأ بين المدين والمحال له إلى هذا القانون. ولذلك فإننا نجد أن المادة ٢/١٢ من معاهدة روما - كما سبق أن ذكرنا - قد أخضعت هذا النوع الأخير من العلاقات إلى القانون الذي يحكم الحق المحال<sup>(١١٦)</sup>.

#### (د) قانون الاحتجاج بالحوالة وقانون الإفلاس:

١٩٧- من المناسب أن نتعرض في هذا المقام للعلاقة التي تقوم بين القانون الذي يحكم الاحتجاج بحوالة الحق من ناحية والقانون الذي يحكم حق الغير تجاه الدائن من ناحية أخرى. فإذا كانت حوالة الحق يحتج بها في مواجهة الغير وليس فقط المدين بمجرد قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها، إلا أن القانون واجب التطبيق على حق الغير تجاه الدائن المحيل هو الذي يحكم حق الغير مما يدعونا إلى التساؤل عن نطاق تطبيق كل من هذين القانونين: القانون الذي يحكم حق الغير والقانون الذي يحكم الاحتجاج بالحوالة.

١٩٨- من أهم المشاكل التي تثار في هذا الشأن حالة التنازع الذي تنشأ نتيجة إفلاس الدائن المحيل *la faillite du cédant* بين دائنيه والمحال له. كما يلاحظ أنه توجد حالات أخرى للتنازع بين المحال ودائني المحيل كما إذا كان أحد هؤلاء يستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية.

وفيما يتعلق بحالة إفلاس الدائن من المسلم به أن مسألة الاحتجاج بحوالة الحق قبل المدين لا تخضع إلى القانون واجب التطبيق على الحق المحال وإنما إلى قانون

(١٩٦) انظر في تفصيل ذلك :

الإفلاس *la lex concursus*.

تطبيقاً لذلك قضت محكمة بورجو الفرنسية بتاريخ ٨ يوليو ١٨٩١ بأن الاحتجاج بحالة الحق يخضع في حالة الإفلاس للقانون الذي يحكم الإفلاس وليس لقانون موطن المدين<sup>(١٩٦)</sup>، وهذا القانون الأخير هو الذي كان القضاء الفرنسي يرجع إليه كقاعدة عامة لحكم مسألة الاحتجاج بالحالة في غير حالة الإفلاس.

١٩٩ - والسلطة التي تختص باتخاذ إجراءات إعلان الإفلاس هي - وفقاً للاتحة الصادرة حديثاً من قبل المجلس الأوروبي سنة ٢٠٠٠ - السلطة القضائية للدولة التي يتواجد بها مركز النشاط الرئيسي للمدين المراد إشهار إفلاسه (المادة ١/٣)<sup>(١٩٨)</sup>.

والقانون واجب التطبيق في مجال الإفلاس هو قانون الدولة التي يتم اتخاذ إجراءات الإفلاس بها، وقد أكد على ذلك اللاتحة الصادرة حديثاً من قبل المجلس الأوروبي سنة ٢٠٠٠<sup>(١٩٩)</sup> حيث نصت المادة الرابعة منها على عقد الاختصاص بحكم

(١٩٧) انظر هذا الحكم في:

Journal de droit international, 1892, p. 666.

(١٩٨) تنص المادة ١/٣ من لاتحة المجلس الأوروبي على أن:

“Les juridictions de l’Etat member sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procedure d’insolvabilité”.

(١٩٩) أصدر المجلس الأوروبي اللاتحة le règlement du conseil رقم ١٣٤٦ لعام ٢٠٠٠ بتاريخ ٢٩

مايو ٢٠٠٠ وقد دخلت هذه اللاتحة حيز التنفيذ الفعلي بتاريخ ٣١ مايو ٢٠٠٢. وتعد هذه اللاتحة بمثابة معاهدة حقيقية قامت بتوحيد الإجراءات المتعلقة بالإفلاس بين جميع الدول الأعضاء في الجماعة الأوروبية سواء فيما يتعلق بالمحكمة المختصة باتخاذ إجراءات الإعلان عن الإفلاس أو فيما يتعلق بتفانن واجب التطبيق وكذلك الآثار المترتبة على الإفلاس. وتعد هذه القواعد لذلك ذات طابع عالمي في التطبيق، إلا أن هذه الصفة العالمية ليست مطلقة لأن تطبيق المعاهدة أو اللاتحة يقتصر - كما تقرر مقدمة اللاتحة - على الحالة التي يتواجد فيها المركز الرئيسي لنشاط المدين داخل إحدى الدول الأعضاء في الجماعة الأوروبية. ولذا، فإن في خصوص العلاقات بين إحدى دول الجماعة وغيرها يظل القانون الداخلي للدولة هو الواجب التطبيق ولا تنطبق نصوص اللاتحة.

انظر في تفصيل هذه اللاتحة:

انظر في هذا المعنى:

Dominique Bureau: La fin d’un ilot de résistance, le règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité, Revue critique de droit international privé, 2002, p. 613 et ss; Marie-Noelle Jobard-Bachelier: Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la communauté européenne, Revue critique de droit international privé, 2002, p. 491 et ss.

الإفلاس إلى قانون الدولة التي تتخذ إجراءات الإفلاس على أراضيها<sup>(٢٠٠)</sup>.

وغني عن البيان أن الاختصاص التشرعيمي يتبع الاختصاص القضائي في حالة الإفلاس للقاعدة السابقة. ذلك أن محاكم الدولة التي يتواجد بها المركز الرئيسي لنشاط الشخص ومصالحة هي التي تختص باتخاذ إجراءات إعلان الإفلاس، وتقوم هذه الجهة بتطبيق القانون الخاص بها، ولذا فإن القانون الواجب التطبيق *la lex concursus* يتوقف تحديده على تحديد قواعد الاختصاص القضائي في مجال الإفلاس.

٢٠٠- ويفسر تطبيق قانون الإفلاس في هذا الصدد بمبدأ المساواة بين الدائنين فتطبيق قانون التفليسة هو وحده الذي يضمن عدم وجود أفضلية لدائن على آخر. كما أن أعمال قانون الإفلاس من شأنه مكافحة ما قد يلجأ إليه بعض الدائنين من اللجوء إلى التحايل مستفيدين من تعدد الدول التي يمكن رفع الدعوى إليها ومن تعدد القوانين المطبقة من أجل التوصل إلى الحصول على أفضلية عن بقية الدائنين وهو النظام الذي يشار إليه باصطلاح *le Raubsystem*. ومن الملاحظ أن الاعتداد بقانون الإفلاس على هذا النحو لا يقتصر فقط على حالة الاحتجاج بحوالة الحق<sup>(٢٠١)</sup>، وإنما يشمل مسائل أخرى تشترك مع الحوالة في عدم تطبيق القانون الخاص بها، من قبيل ذلك شرط الاحتفاظ بالملكية<sup>(٢٠٢)</sup>، الاحتجاج بالمقاصة، الدعوى المتعلقة بعدم نفاذ التصرف والأسباب المتعلقة ببطان التصرف خلال فترة الرتبة. كل هذه المسائل يطبق قانون وحيد هو قانون الإفلاس<sup>(٢٠٣)</sup>.

(٢٠٠) تنص المادة الرابعة من اللائحة الصادرة عن المجلس الأوروبي في هذا الشأن على أن:

“Sauf disposition contraire du présente règlement, la loi applicable à la procédure d’insolvabilité et à ses effets est celle de l’Etat member sur le territoire duquel la procédure est ouverte”.

(٢٠١) انظر في هذا المعنى:

Henri Batiffol: *Crédit et conflits de lois*, Mélanges Roger Houin, Dalloz, Paris, 1985, p. 239.

(٢٠٢) يمكن أن نتكسر على سبيل المثال حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ الأول من يناير ١٩٩١ والذي وفقاً له:

“Les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l’acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle qu’elle soit la loi régissant la validité et l’opposabilité, en general, de la clause de propriété réservée”. V. Cass. Civ. 1er, 8 janvier 1991, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 778.

(٢٠٣) انظر في تفصيل ذلك:

Dorothee Pardoel: *Les conflits de lois en matière de cession de créance*. op cit. p. 271 et ss.



ولعل مراعاة مبدأ التسوية بين الدائنين هو الذي دفع المشرع الأمريكي إلى النص صراحة في قانون الإفلاس الصادر سنة ١٩٧٨ (المادة ٣٠٤) على هذا المبدأ صراحة باعتباره أحد التوجيهات الرئيسية التي يتعين على المحاكم أخذها في الاعتبار عند تقديرها مسألة الاعتراف بحكم أجنبي متعلق بالإفلاس. وهو الأمر الذي أدى إلى حدوث تغير جزئي في مسلك المحاكم الأمريكية التي كانت تتخذ موقفاً متشدداً قبل صدور هذا القانون، حيث كان الاتجاه السائد هو تعليق الاعتراف بحكم الإفلاس الأجنبي على وجود تماثل تام بين قانون الإفلاس الأجنبي وقانون الإفلاس الأمريكي وهو الأمر الذي من المتعذر تحققه. وبعد صدور قانون الإفلاس الأمريكي المشار إليه اتجهت المحاكم الأمريكية إلى التخفيف شيئاً فشيئاً من الشروط الواجب توافرها للاعتراف بأحكام الإفلاس الأجنبية خاصة إذا لم يكن هناك مساس أو إهدار لمصلحة وطنية متعلقة بأحد الدائنين الأمريكيين<sup>(٢٠٤)</sup>.

٢٠١- ويلاحظ مع ذلك أن الأمر لا يخلو من أحد فرضين: إما أن يعلن الإفلاس في الدولة الوطنية وإما أن يعلن في الخارج<sup>(٢٠٥)</sup>.

- فإذا كان الإفلاس قد أعلن في الدولة الوطنية ينفرد هنا قانون الإفلاس بحكم جميع المسائل المتعلقة بالتقليدية. وبهدف التسوية بين جميع الدائنين لا يتم تطبيق أي قانون آخر، ومن ثم يطبق على مسألة الاحتجاج بحالة الحق قانون الإفلاس<sup>(٢٠٦)</sup>.

ويمكننا أن نذكر في هذا المجال الأحكام الحديثة الصادرة من محكمة النقض الفرنسية والتي تتعلق بالحالة التي يعجز فيها المدين عن الوفاء بدينونه، مما يؤدي إلى اتخاذ إجراءات تسوية ودية أو قضائية وهو ما يطلق عليه اصطلاح *le surendettement* فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ يولية ٢٠٠١ بأن

(٢٠٤) انظر في تفصيل ذلك :

Th. Bosly: Reconnaissance et execution des failites étrangères aux U.S.A.: Entre Universalité et territorialité, Revue de droit international et de droit compare. 1996, p. 269 et ss.

(٢٠٥) انظر في تفصيل ذلك :

Jean-Pierre Remery: La Jurisprudence française en matière de faillite internationale, Travaux du Comité français de droit international privé, 1992-1993, p. 227 et ss.

(٢٠٦) انظر في هذا المعنى :

Jobard-Bachelier: note sous Cour de cassation, 6 juin 1990, op cit. p. 437.

إجراءات تسوية الديون المتخذة في فرنسا تنتج كامل الآثار المترتبة عليها، وقد تعلق الأمر بمدى متوطن في فرنسا على الرغم من أن الديون قد أبرمت بخصوصها عقود خاضعة للقانون الألماني سواء وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة أو تطبيقاً لمعاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ بين دول الجماعة الأوروبية<sup>(٢٠٧)</sup>.

- أما إذا كان الإفلاس قد أعلن في الخارج فإن تطبيق قانون الإفلاس وحده غير مطلوب أولاً للاعتراف بحكم الإفلاس الأجنبي في الدولة الوطنية. فإذا تم الاعتراف بهذا الحكم الأجنبي وتوافرت فيه شروط النفاذ في الدولة الوطنية لا يختلف الوضع عن الحالة السابقة، فيرجع إلى قانون الإفلاس وحده ويسري هذا القانون على مسألة الاحتجاج بالحوالة. أما إذا لم يحز حكم الإفلاس الأجنبي الاعتراف به في الدولة الوطنية فإن كان حق يظل خاضعاً للقانون الخاص به، وتظل بالتالي مسألة الاحتجاج بالحوالة خاضعة للقانون الذي يحكم الحق المحال وليس لقانون الإفلاس<sup>(٢٠٨)</sup>.

٢٠٢- يرى البعض مع ذلك أنه في الحالة التي يتم فيها إعلان الإفلاس في الخارج أي في دولة أجنبية فإنه يتعين التفرقة بين الحالة السابقة على اتخاذ إجراء تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بالإفلاس وبين الحالة اللاحقة على صدور الحكم بتنفيذ حكم الإفلاس الأجنبي في الدولة الوطنية.

/ في الحالة الأولى يتعلق الأمر بصور حكم إفلاس أجنبي يراد تنفيذه في دولة القاضي ولم يصدر بعد الأمر بالتنفيذ في هذه الحالة يتعين عدم اعتداد القاضي الوطني بحكم الإفلاس الأجنبي ويخضع بالتالي مسألة الاحتجاج بالحوالة للقانون الخاص بها، كما أنه في حالة وقوع المقاصة فإن هذه الأخيرة تخضع للقانون الخاص بها وهو القانون الذي يحكم الحق المحال، ولا يوجد تنخل بالتالي لقانون الإفلاس طالما لم يصدر حكم من القضاء الوطني بتنفيذ حكم الإفلاس الأجنبي.

(٢٠٧) انظر هذا الحكم في :

Revue critique de droit international privé, 2002 p. 507.

(٢٠٨) للتظلم على الصعوبات السابق نصت اللائحة الصادرة عن المجلس الأوروبي سنة ٢٠٠٠ على أن

إجراءات إعلان الإفلاس المتخذة من قبل إحدى الدول الأوروبية يعترف بها بقوة القانون في الدول

الأخرى، وفي ذلك تنص المادة ١/١٦ من اللائحة على أن:

“Toute decision ouvrant une procedure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un Etat member compétente en vertu de l'article "est reconnue dans tous les autres Etats members, dès qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture”.

// أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بالوضع بعد صدور حكم من القضاء الوطني بالاعتراف بحكم الإفلاس الأجنبي. ويفرق هذا الرأي بين أمرين: الأول يتناول الحالة التي يبرم فيها عقد الحوالة أو المقاصة في الفترة اللاحقة على إعلان الإفلاس في الخارج وقبل الاعتراف بالإفلاس في دولة القاضي، وهنا تظل كل من الحوالة والمقاصة خاضعة للقانون الخاص بها ويحتج بها قبل دائني التفليسة. أما الأمر الثاني فإنه يتعلق بالحوالة أو المقاصة اللاحقة على الاعتراف بحكم الإفلاس الأجنبي، ومن الطبيعي هنا أن يخضع الاحتجاج بالحوالة أو بالمقاصة للقانون الذي يحكم الإفلاس<sup>(٢٠٩)</sup>.

وهكذا فإن المنطق السابق يقتضي أن نقرر أن حوالة الحق تكون قابلة للاحتجاج بها قبل الغير قبل حصول حكم الإفلاس الأجنبي على الأمر بتنفيذه في الدولة الوطنية. وإذا ما صدر بعد ذلك الأمر بالتنفيذ لحكم الإفلاس الأجنبي فإن هذا لا يؤثر بحال على الحوالة التي تم الاحتجاج بها قبل الغير قبل صدور الأمر بالتنفيذ، لأن هذا يتعارض مع مبدأ عدم تطبيق الحكم - الصادر بالأمر بالتنفيذ - بأثر رجعي.

٢٠٣- تجدر الإشارة مع ذلك إلى أن محكمة النقض الفرنسية - في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٨٦ - قضت بأن الحكم الصادر بالأمر بتنفيذ حكم الإفلاس الأجنبي يطبق بأثر رجعي. وقد أثار هذا الحكم خلافاً في الفقه الفرنسي حول تفسيره وتحديد نطاق أعمال قانون الإفلاس بأثر رجعي: فبينما يرى البعض أنه طالما أن حكم الإفلاس الأجنبي قد حاز القوة التنفيذية في فرنسا فإن القاضي المكلف بتحديد مسألة الاحتجاج بالحوالة في مواجهة التفليسة ينبغي عليه تطبيق قانون الإفلاس بأثر رجعي حتى ولو كانت الحوالة قد تم الاحتجاج بها قبل الغير قبل صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي. بينما يرى البعض الآخر أن حكم النقض الفرنسي ليس له إلا تأثير محدود، ولا ينطبق إلا على الروابط والعلاقات القانونية القائمة وقت صدوره. ويرى فريق ثالث أنه مهما كان الخلاف حول تفسير حكم محكمة النقض الفرنسية فإن الأمر المؤكد أن قانون الإفلاس لا يطبق في الوقت السابق لصدور حكم الإفلاس الأجنبي

(٢٠٩) انظر في تفصيل هذا الرأي :

Jobard- Bachellier: note sous Cour de cassation, 6 juin 1990, op cit. p. 347 et s;  
Georges Khairallah: L'hypothèque judiciaire en droit international privé. loi applicable et faillite du débiteur, Recueil Le Dalloz, 29 juin 2000. n°25. p. 551.

الذي يراد الاعتراف به في الدولة الوطنية، وفي خلال هذه الفترة يخضع الاحتجاج بالحوالة إلى القانون الذي يحكم الحق المحال وليس إلى قانون الإفلاس:

٢٠٤- وغني عن البيان أن تطبيق قانون الحق المحال في الفترة السابقة على صدور حكم الإفلاس الأجنبي من شأنه أن يقود إلى تمييز بعض الدائنين عن بعض، وهذا يؤدي إلى إمكانية توافر حالة من حالات Raubsystem عندما يتعمد صاحب الشأن الاستفادة من الاحتجاج بالحوالة في الفترة السابقة على صدور حكم الإفلاس الأجنبي وهو يعلم تماماً أنه بمنأى عن تطبيق قانون الإفلاس عليه، لأن هذا القانون الأخير إن كان يطبق بأثر رجعي إلا أن تطبيقه يتوقف على صدور حكم من الدولة الوطنية بالاعتراف بحكم الإفلاس الأجنبي، وإذا توافر هذا الاعتراف فلا يمكن تطبيق قانون الإفلاس في فترة سابقة على الحكم بالإفلاس من قضاء الدولة الأجنبية.

ولا يمكن التغلب على هذا الوضع بالقول بأن الأثر الرجعي لتطبيق قانون الإفلاس يتم إعماله بصفة مطلقة، بمعنى أن يطبق قانون الإفلاس حتى في الفترة السابقة على صدور حكم الإفلاس الأجنبي، لأن من شأن ذلك أن يكون القانون واجب التطبيق غير متوقع بالنسبة للأطراف، ومن أهم الأمور التي يتعين أن تراعى عند تحديد القانون واجب التطبيق مراعاة فكرة التوقع المشروع للأطراف *l'attente légitime des parties*.

٢٠٥- لذلك فإننا نرى أنه إذا تمكن القاضي من إثبات التحايل والغش من جانب الأطراف *la fraude* في أن استفادتهم من الاحتجاج بالحوالة كان الغرض الوحيد منه هو تجنب تطبيق قانون الإفلاس بعد إعلان الإفلاس الذي يتوقع في المستقبل، في هذه الحالة فقط يمكن للقاضي ألا يعتد بالقانون واجب التطبيق على الحوالة معاملة لصاحب الشأن بنقيض مقصوده. أما في غير حالة الغش والتحايل فلا مناص من تطبيق قانون الحق المحال على الاحتجاج بحوالة الحق في الفترة السابقة على إعلان الإفلاس<sup>(٢١٠)</sup>.

٢٠٦- ونحن نعتقد أن تطبيق قانون الحق المحال في الفترة السابقة على إعلان الإفلاس ينبغي ألا يقتصر فقط على الحالة التي يتم فيها إعلان الإفلاس من قبل قضاء

(٢١٠) انظر الحكم والخلاف الذي ثار حوله في :

أجنبي ويراد الاعتراف به في الدولة الوطنية، وإنما يشمل كذلك حالة الإفلاس الذي يعلن في الدولة الوطنية ذاتها<sup>(٢١١)</sup> فينبغي لنفس الأسباب التي تعرضنا لها من قبل التفرقة بين القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في الفترة السابقة على إعلان الإفلاس عن ذلك القانون الذي ينطبق ابتداء من صدور الحكم بالإفلاس من القضاء الوطني. ففي الحالة الأولى يطبق القانون الذي يحكم الحق المحال، أما صدور حكم الإفلاس فلا يعدد بقانون الحق المحال ويطبق بدلاً منه قانون الإفلاس لضمان تحقيق مبدأ التسوية بين الدائنين<sup>(٢١٢)</sup>.

(هـ) التنازع بين المحال له الحق والمستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية:

٢٠٧- يمكن تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية *la clause de réserve de propriété*<sup>(٢١٣)</sup> بأنه الشرط الذي يتم إدراجه في عقد البيع والذي بواسطته يتم تأخير نقل ملكية الشيء المبيع من البائع إلى المشتري لحين قيام هذا الأخير بسداد الثمن المتفق عليه<sup>(٢١٤)</sup>.

٢٠٨- ويثور التساؤل في هذا الشأن حول من له الحق في المطالبة بالثمن المترتب على إعادة بيع البضائع. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن أن حوالة الحق لا تمنع من المطالبة بالثمن من قبل المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية. على أنه في الواقع ينبغي التمييز بين حالتين في هذا الصدد:

(٢١١) في نفس المعنى انظر:

Dorothee Pardoel: Les conflits de lois en matière de cession de créance. op cit. p. 293 et ss.

(٢١٢) يعتبر مبدأ التسوية بين دائني التفليسة من الأمور المتعلقة بالنظام العام في القانون الفرنسي. وقد أكد على ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ فبراير ١٩٩٢ والذي يقرر أن:

"Le principe de l'égalité des créanciers dans la masse qui résulte des articles 41 et 74 de la loi du 13 juillet 1967 est à la fois d'ordre public interne et international". V. Cass. Civ. 1er et 4 février 1992, Revue critique de droit international privé, 1993, p. 748.

(٢١٣) انظر في تفصيل قواعد تنازع القوانين في مجال شرط الاحتفاظ بالملكية بحثنا بعنوان: الإيجار التمويلي في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السادس والخمسون، ٢٠٠٠، ص ١٦٢ وما بعدها.

(٢١٤) انظر في هذا المعنى:

Pierre Mayer: Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, La Semaine Juridique, édition générale, 1981, 1, 3019, n° 34.

- الحالة الأولى تتمثل في أن تكون الحوالة سابقة على إعادة بيع البضاعة. في هذه الحالة يتعين الاحتكام إلى القانون الذي يحكم الحق المحال.

- أما الحالة الثانية فهي التي تكون فيها الحوالة لاحقة للمطالبة بالثمن، وهي الحالة التي صدر فيها حكم النقص الفرنسي معتبراً أن الحوالة هنا لا تمنع ولا تحول دون المطالبة بالثمن. ذلك أن حق المحال له يعتبر لاحقاً لنشوء حق المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية فتكون الغلبة لهذا الأخير.

٢٠٩- ويمكننا أن نتعرض في نفس المجال للاتحة الصادرة حديثاً عن الجماعة الأوروبية رقم ١٣٤٦ سنة ٢٠٠٠ والمتعلقة بالإجراءات الخاصة بالإفلاس الدولي المتخذة في إحدى دول الجماعة. وفيما يتعلق بشرط الاحتفاظ بالملكية تنص المادة السابعة على أن الإجراءات المتعلقة بالإفلاس والمتخذة تجاه المشتري لا يمكن أن تؤثر على حقوق البائع الذي يستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية طالما أن المال المتعلق به شرط الاحتفاظ بالملكية يوجد في إحدى دول الجماعة الأوروبية "المادة ١/٧"<sup>(٢١٥)</sup>.

ولا شك أن النص السابق يراعي مصلحة البائع المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية، كما أنه يقود إلى تفضيل مصلحة البائع هنا على مبدأ التسوية بين الدائنين حيث توجد أفضلية لأحد الدائنين "البائع المحفوظ بالملكية" على غيره من الدائنين الآخرين<sup>(٢١٦)</sup>.

ويعتبر النص السابق ملزماً لكافة الدول الأعضاء في الجماعة الأوروبية، لأن للاتحة قامت بتوحيد القواعد القانونية المتعلقة بالإفلاس بين دولة الجماعة، فهي تعتبر بمثابة معاهدة بالنوصف الدقيق. ولهذا فإنه ابتداء من لحظة دخولها حيز التنفيذ بتاريخ ٢٩ مايو ٢٠٠٢ يلتزم القضاء الوطني في كافة الدول الأعضاء بالنصوص الواردة بها.

(٢١٥) تنص المادة ١/٧ من لاتحة المجلس الأوروبي على أن:

"L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété. lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un Etat membre que l'Etat d'ouverture".

(٢١٦) انظر في هذا المعنى:

Marie-Noelle Jobard-Bachelier: Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la communauté européenne, op cit, p. 497;  
Dominique Bureau: La fin d'un îlot de résistance, le règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, op cit, p. 660 et s.

٢١٠- وقد كان القضاء الفرنسي يتبنى موقفاً مغايراً لنص المادة ١/٧ من اللائحة الأوروبية قبل دخولها حيز التنفيذ. فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٨ يناير ١٩٩١ على أنه في حالة إشهار إفلاس المشتري فإن مصير شرط الاحتفاظ بالملكية المقرر لمصلحة البائع يتحدد وفقاً للقانون واجب التطبيق على الإفلاس<sup>(٢١١)</sup>.

وغني عن البيان أنه بعد دخول اللائحة الأوروبية حيز التنفيذ يتعين على القضاء الفرنسي العدول عن الحكم السابق وأن يتبنى حلاً متوافقاً مع نص المادة ١/٧ سالف الذكر.

### الفصل الثالث

#### وضع تنظيم لحوالة الحق على الصعيد الدولي "تحويل القواعد المتعلقة بحوالة الحق"

تمهيد:

٢١١- تعرضنا فيما سبق للحديث عن قواعد تنازع القوانين الوطنية التي تتعلق بحوالة الحق. ومن الواضح أن انفراد كل دولة على حدة بوضع قاعدة التنازع الملزمة لها أمر لا يساعد على توحيد الحلول بين مختلف الدول، بل يؤدي إلى تباعد الحلول حتماً فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق سواء فيما يتعلق بعقد الحوالة أو فيما يتصل بالقانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير بما فيهم المدين المحال عليه الحق.

ولما كان الأمر كذلك ونظراً لأهمية حوالة الحق على الصعيد الدولي خاصة عندما تتم بين عدة بنوك متواجدة في دول مختلفة، فإن الهيئات الدولية المهمة بتوحيد

(٢١٧) قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأن:

“Les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la loi régissant la validité et l'opposabilité, en générale, de la clause de réserve de propriété”.

انظر هذا الحكم مشاركاً إليه في:

Jean-Pierre Remery: La Jurisprudence française en matière de faillite internationale, op cit, p. 238; Dominique Bureau: La fin d'un îlot de résistance le règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, op cit, p. 660 et s.

القواعد القانونية قد عمدت إلى وضع تنظيم موحد في هذا المجال. ويوجد في هذا الشأن تنظيم عام للحوالة وهو مشروع المعاهدة التي تتولى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إعدادها والمتعلقة بحوالة الحق، كما يوجد تنظيم خاص يطلق عليه اصطلاح l'affacturage وهو تنظيم ينتمي إلى حوالة الحق أيضاً وأبرمت في خصوصه معاهدة اوتوا بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٨٨ وذلك تحت لواء اللجنة الدولية لتوحيد القانون الخاص Unidroit. وسوف نتناول بشيء من التفصيل دراسة كل منهما.

### المبحث الأول

#### القواعد الموضوعية لمعاهدة الأمم المتحدة

##### في مجال حوالة الحق

٢١٢- تتعلق هذه المعاهدة بالتمويل الدولي بطريق حوالة الحق، وهذه المعاهدة التي لم تصدر بعد نعالج المشروع الخاص بها والمعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منذ التسعينات وحتى وقتنا الحالي. وقد وضع مشروع معاهدة الأمم المتحدة مجموعة من القواعد الموضوعية الموحدة في مجال حوالة الحق. ونبحث فيما يلي على التوالي النقاط التالية:

- مجال إعمال وتطبيق المعاهدة.
- شروط انعقاد حوالة الحق.
- العلاقات التي تقوم بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق.
- العلاقة بين المحال له الحق والمدين.
- تنازع الحوالات التي ترد على نفس الحق.

##### (أ) مجال إعمال وتطبيق المعاهدة:

٢١٣- يتعلق هذا المجال بأوجه ثلاثة: مجال تطبيق المعاهدة بالنسبة للعمليات التي تندرج في نطاقها، مجال تطبيق المعاهدة من حيث المكان، وأخيراً العلاقة مع القوانين والمعاهدات الأخرى ذات الصلة في مجال حوالة الحق.

##### ١- العمليات التي تندرج في نطاق تطبيق المعاهدة:

٢١٤- يدخل في مجال إعمال المعاهدة كل حوالة للحق بهدف التمويل أو تكون ذات غرض مالي. وللمعاهدة في هذا الشأن مجال واسع في الانطباق فهي لا تقتصر



فقط على الحوالات ذات الطابع أو النشاط المهني وهي الحوالات التي يتحدد بها مجال أعمال القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٨١ والمعروف بقانون ديلي *la loi Dailly*. ولهذا فإن حوالة الحق التي تتم لصالح شخص أو هيئة لا ينطبق عليها وصف البنك لا تستبعد من مجال أعمال معاهدة الأمم المتحدة.

٢١٥- على أن الصعوبة تنشأ فيما يتعلق بمدى دخول حوالة الحق في نطاق المعاهدة إذا كن المدين مما ينطبق عليها وصف المستهلكين *le débiteur cédé est un consommateur*. وقد اختلفت الآراء أثناء المناقشات التي سبقت إبرام المعاهدة حول قبول الحوالة ودخولها في مجال أعمال المعاهدة، واتجه الرأي الغالب إلى دخول مثل هذه الحوالة في هذا المجال وذلك لأن المحال له الحق - خاصة إذا كان أجنبياً - ليس في مقدوره العلم بصفة المدين وكونه من المستهلكين من عدمه. ومن ناحية أخرى توجد في مختلف القوانين الوطنية وسائل لحماية المستهلك يمكن الرجوع إليها عند الاقتضاء<sup>(٢١٨)</sup>.

وهكذا تنطبق المعاهدة على عقود الحوالة سواء كان المحيل والمحال له الحق أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً اعتبارية، وسواء أكانوا من التجار أم من المستهلكين. على أنه من الملاحظ أنه إذا كان بإمكان المستهلكين إبرام حوالة للحق تدخل في نطاق أعمال معاهدة الأمم المتحدة إلا أن المعاهدة لا تنطبق إذا كانت الحوالة بين مستهلكين بفرض الاستهلاك بالنسبة لكل من طرفي عقد الحوالة. ويعنى ذلك أن الحوالة بين المستهلكين التي تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة هي تلك التي تتم بفرض تمويلي أو استثماري *à des fin de consommation* وليس بفرض استهلاكي *à des fin de consommation*.

٢١٦- وتطبق المعاهدة فقط على الحوالات التي تجد مصدرها في العقود ، ولذا يخرج من مجال انطباق المعاهدة الحوالات الأخرى ذات المصدر غير التعاقدية، كما لو كان مصدرها المسؤولية التصديرية، كما تخرج الحوالات التي تتم بقوة القانون أو بحكم القضاء من نطاق أعمال المعاهدة.

(٢١٨) انظر في هذا المعنى :

Jean Stoufflet: Le financement par cession de créances, de la loi Dailly au projet de convention de la CNUDCI, Mélanges AEDBF-France, Droit bancaire et financier, Banque éditeur, Paris, 1997, p. 286.

وطالما أن المعاهدة تتطبق على الحوالات ذات الطابع العقدي، من الطبيعي أن تنص المادة السادسة من مشروع المعاهدة على مبدأ سلطان الإرادة *le principe d'autonomie* الذي يمكن الأطراف من اختيار القانون واجب التطبيق. ويمكن بالتالي للأطراف الخروج على القواعد الموضوعية المنصوص عليها في المعاهدة طالما وقع اتفاقهم على تطبيق قواعد أخرى<sup>(٢١٩)</sup>.

## ٢٠ - مجال تطبيق المعاهدة من حيث المكان:

٢١٧- وفقاً للمادة الأولى من معاهدة الأمم المتحدة لحوالة الحق يوجد معياران إذا توافر أحدهما تنطبق المعاهدة هما:

- تنطبق المعاهدة أولاً إذا كان مقر إقامة بعض أو كل أطراف العملية في إحدى الدول الموقعة على المعاهدة.

وفي أثناء المناقشات التي سبقت إبرام المعاهدة ثار التساؤل حول ما إذا كان من اللازم لانطباق المعاهدة أن يكون مقر إقامة كل من المحيل والمحال له الحق متوافراً في إحدى الدول الموقعة على المعاهدة أم أنه يكفي أن يتوافر مقر إقامة أحدهما فقط. وهل يمكن أن يؤخذ في الاعتبار مقر إقامة المدين خاصة بالنسبة للأمور التي تتعلق به كما هو الحال بالنسبة للإعلان الذي يتوجب اتخاذه حتى تصير الحوالة بمقتضاه نافذة في مواجهته.

وفي نهاية الأمر تغلب الرأي الذي يرى أن وجود مقر إقامة الدائن المحيل في إحدى الدول الأطراف يكفي لانطباق المعاهدة، وفيما يتعلق بالمدين المحال عليه الحق لا تنطبق عليه المعاهدة بوصفه طرف في عقد الحوالة حيث لا يعد كذلك ولكن لكونه طرف في عملية حوالة الحق *l'opération de la cession* بالمعنى الواسع. وقد نصت المعاهدة على عدم انطباقها على حقوق والتزامات المدين إلا إذا كان لهذا الأخير مقر إقامة في إحدى الدول الأطراف في المعاهدة.

- كما تنطبق وفقاً لقواعد تنازع القوانين إذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون إحدى الدول الموقعة على المعاهدة.

(٢١٩) انظر مشروع المعاهدة المتعلقة بالتمويل بطريق حوالة الحق *le financement par cession de créances* في:

Travaux des organisations internationales. Revue de droit des affaires internationales. 2000, n°2, p, 254 et s.

٢١٨- وقد كان مشروع المعاهدة المعد من قبل سكرتارية الأمم المتحدة يحتوى على قواعد تنازع القوانين تحدد القانون واجب التطبيق على حواله الحق ذات الطابع الدولي. وقد تم استبعاد النصوص المتعلقة بقواعد تنازع القوانين في المعاهدة، وذلك لأن العديد من الدول عارضت تضمين المعاهدة نصوصاً متعلقة بتنازع القوانين، حيث من الضروري الاكتفاء بالقواعد الموضوعية وترك تحديد القانون واجب التطبيق لقواعد التنازع الوطنية.

٣- العلاقة بين معاهدة الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات والقوانين الوطنية التي تعالج موضوع حواله الحق:

٢١٩- يهدف مشروع معاهدة الأمم المتحدة لحواله الحق إلى توحيد القواعد المتعلقة بحواله الحق على الصعيد الدولي، ولا يتأتى هذا إلا بإحلال القواعد الموحدة المنصوص عليها في المعاهدة محل القواعد المحددة من قبل كل دولة على حدة.

على أنه من الملاحظ أن الاتفاقية لا تنطبق إلا في الحالة التي لا يقوم فيها الأطراف باختيار تطبيق قانون آخر. وبمعنى آخر من حق الأطراف استبعاد تطبيق النصوص الاتفاقية المنصوص عليها في المعاهدة واختيار تطبيق قانون وطني يعالج موضوع حواله الحق كما هو الحال فيما يتعلق بالقانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٨١ والمعروف بقانون ديلي *la loi Dailly*. وهو القانون الذي يعالج موضوع حواله الحق التي تهدف إلى التمويل على الصعيد الدولي.

ولهذا نستطيع أن نقرر أن إبرام معاهدة الأمم المتحدة لا يؤدي إلى إلغاء أعمال القانون الوطني لدولة طرف في المعاهدة، حيث يظل في إمكان أطراف العمنية اختيار تطبيق هذا القانون الوطني.

٢٢٠- ومن ناحية أخرى يترتب على إبرام معاهدة الأمم المتحدة إمكان وجود تنازع بينها وبين غيرها من المعاهدات الأخرى التي تعالج موضوع حواله الحق، كما هو الحال بالنسبة لمعاهدة أوتاوا المبرمة بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٨٨. على أنه من الملاحظ أن هذا التنازع قد تم فضه إعمالاً لنص المادة الخامسة من معاهدة الأمم المتحدة والتي وفقاً لها أن نصوص معاهدة الأمم المتحدة لا تؤثر على الالتزامات الاتفاقية التي قبلتها الدولة الطرف بموجب معاهدة ثنائية أو جماعية أخرى.

## (ب) شروط انعقاد حوالة الحق:

٢٢١- توجد في هذا الشأن شروط من حيث الشكل وشروط موضوعية لانعقاد حوالة الحق.

## ١- صحة الحوالة من حيث الشكل:

٢٢٢- إذا رجعنا إلى التقرير الأولي المقدم من قبل سكرتارية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يتبين لنا أن الكتابة ليست مطلوبة لانعقاد حوالة الحق. على أنه في أثناء المناقشات السابقة لاعتماد نصوص المعاهدة اتجهت بعض الآراء إلى ضرورة تطلب الكتابة لانعقاد الحوالة. ومعنى ذلك أن الحوالة التي تتم شفاهة *la cession verbale* لا يعتد بها ولا تعد صحيحة وفقاً لأحكام المعاهدة. على أن الرأي الغالب قد استقر على صلاحية وسلامة الحوالة التي تتم بغير الكتابة كما هو الحال بالنسبة للحوالة التي يتم الاتفاق عليها شفاهة.

ومن ناحية أخرى تجدر الإشارة إلى أن مشروع المعاهدة قد أقر - للتوصل إلى صحة الحوالات على الصعيد الدولي التي تتم بالطرق الحديثة - أنه إذا كانت الحوالة متفقاً عليها كتابة فإن الكتابة تفهم هنا بالمعنى الواسع<sup>(٢٢٠)</sup>، فمن غير المحتم أن يتم تدوين عقد حوالة الحق في مستند كتابي ذا طابع ورقي *sur un support papier*. ولذا تدخل الوسائل الحديثة التي تعادل الكتابة على ورق مادي في هذا المجال كما هو الحال في الوسائل الإلكترونية<sup>(٢٢١)</sup>. فإذا تم عقد حوالة الحق بطريق الكتروني عبر شبكة الانترنت كان هذا طريقاً صحيحاً من حيث الشكل لانعقاد حوالة الحق طالما أن هناك طريقة أكيدة وفعالة ويتم ذلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية بواسطة التوقيع الإلكتروني<sup>(٢٢٢)</sup>.

(٢٢٠) لذلك تنص المادة الثالثة من مشروع المعاهدة على أن:

“Par écrit, il faut entendre toute forme de communication préservant un enregistrement complet de l’information qui y est contenue et permettant l’authentification de sa source par des methods généralement acceptées ou par une procédure convenue par l’expéditeur et le destinataire de la communication”.

(٢٢١) انظر في ذلك مشروع المعاهدة المشار إليه في:

*Revue de droit des affaires internationales*, 2000, n°5, p. 681 et s.

(٢٢٢) انظر في تفصيل ذلك بحثنا بعنوان: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابق والخمسون، ٢٠٠١، ص ٢٢٧ وما بعدها.

٢٢٣- وفي نفس السياق من الملاحظ أن نصوص المعاهدة تملو من نص يحدد الجزاء في حالة تخلف الكتابة. ذلك أنه وفقاً للمادة السابعة من المعاهدة فإن الحوالة التي تتم في شكل آخر غير مكتوب لا تنتج آثارها، ووفقاً للمادة الثالثة تعد الكتابة في الحوالة شرطاً جوهرياً لانعقادها. ومن الواضح أن هناك الكثير من الغموض فيما يتعلق بتخلف الكتابة في الحوالة فهل يترتب على ذلك عدم صحة انعقادها أصلاً؟ أم أن الأمر يتعلق بعدم جواز الاحتجاج بها قبل المدين؟

لا توجد إجابة في نصوص المعاهدة على ذلك، وننوه في هذا الشأن إلى أن القانون المصري يأخذ بمبدأ الرضائية مثله في ذلك مثل القانون الفرنسي. فلا تلزم الكتابة لانعقاد العقد وينطبق ذلك على عقد حوالة الحق. أما في مجال الإثبات تعد الكتابة شرطاً لإثبات العقود التي تتجاوز قيمتها المالية حداً معيناً<sup>(٢٢٣)</sup>.

#### ٢- صحة الحوالة من حيث الموضوع:

٢٢٤- وفيما يتعلق بالموضوع نجد أن معاهدة الأمم المتحدة لم تتص بطريقة تفصيلية على الشروط الموضوعية الواجب توافرها لانعقاد الحوالة. ومع ذلك توجد بعض المسائل الجوهرية التي تم التعرض لها ويمكن أن نذكر على وجه الخصوص ثلاثة أمور:

- الأمر الأول يتعلق بحالات الحق المجموعة les cessions en bloc de créances، وقد تم الاعتراف بصحتها. ونقصد بها حالات الحق العديدة التي تكون في مواجهة أحد أو عدة مدينين، بحيث لا يتعلق الأمر بحوالة واحدة فقط. وقد اعترفت المعاهدة بصحة مثل هذه الحوالات المجمعة.

- والأمر الثاني يتعلق بحوالة الحق المستقبلي، وقد تم الاعتراف أيضاً بإمكانية أن تقع الحوالة على حق غير موجود في الحال وإنما يتوقع تواجده في المستقبل، طالما أن هناك من الشروط التي تكفل تعيين هذا الحق على وجه دقيق.

- وأخيراً فإنه فيما يتعلق بقابلية الحق للحوالة la cessibilité de la créance

(٢٢٣) انظر في تفصيل ذلك:

نجد أن المعاهدة قد تبنت الحل المقرر في معاهدة أوتاوا المبرمة سنة ١٩٨٨، وهذا الحل - المنصوص عليه في المادة العاشرة من مشروع معاهدة الأمم المتحدة - مقتضاه أنه إذا كان الحق غير قابل للحوالة وفقاً للقانون واجب التطبيق على الحق فإنه ينتقل ويحتج به قبل المحال له الحق والمدين على الرغم من ذلك.

ويهدف هذا النص إلى حماية البنوك التي تمنح القروض والائتمان للمتعامنين في مجال التجارة الدولية في مقابل قيام هؤلاء المتعاملين بتحويل حقوقها لدى الغير إلى هذه المؤسسات المصرفية.

٢٢٥- ولا شك أن نص المادة العاشرة من معاهدة الأمم المتحدة يعد أمراً غير مقبول. ذلك أن المعاهدة لم تنص على مسألة القانون واجب التطبيق على قابلية الحق للحوالة، ومن ثم تخضع هذه المسألة لقواعد التنازع الوطنية والتي سبق أن تعرضنا لها وذكرنا أن القانون الذي يحكم الحق هو القانون واجب التطبيق في هذا الشأن. ولهذا كان ينبغي الأخذ بالحكم المقرر في القانون الذي يحكم الحق، فإذا كان الحق غير قابل للحوالة تطبيقاً لهذا القانون الأخير وجب التسليم بذلك، وإلا فلا معنى لتطبيق القانون الذي يحكم الحق على مسألة قابلية الحق للحوالة.

### (ج) العلاقات بين الدائن المحيل والدائن المحال له الحق:

٢٢٦- لم تعالج معاهدة الأمم المتحدة بطريقة تفصيلية العلاقات بين المحيل والمحال له الحق، ولهذا فإن القاعدة أن تنظيم هذه العلاقات من الأمور التي ينقل بها كل من الدائن المحيل والدائن المحال له الحق وفقاً لما هو محقق لمصالحهما.

على أن المعاهدة قد تعرضت لمسألة نطاق الضمان الذي يمكن للدائن المحيل أن يتحمله. فوفقاً للمادة ١٣ من المعاهدة فإنه في حالة عدم وجود اتفاق مخالف من قبل الأطراف لا يضمن الدائن المحيل سداد الحق المحال. وهو يضمن فقط أن يكون في إمكان المدين التمسك تجاه الدائن المحال له الحق بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها تجاه الدائن المحيل (٢٢٤).

(٢٢٤) على خلاف ذلك نجد أن بعض القوانين الوطنية تأخذ بمبدأ كون الدائن المحيل متضامناً مع الدائن المحال له الحق في سداد الدين. من قبيل ذلك القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٨١ والمعروف بقانون ديلي والذي تنص المادة ٢/١ منه على أن:

٢٢٧- وفيما يتعلق بالوقت الذي يتعين الاعتداد به في الحوالة وبالتالي لانتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال له، نجد أن المعاهدة تقرر أن الحوالة تنتج أثرها فيما بين المحيل والمحال له الحق وتصير بالتالي قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الغير منذ تاريخ إبرام الحوالة. على أن المعاهدة لم تضع نظاماً لتحديد كيفية تحديد هذا التاريخ، لذا فإن القانون واجب التطبيق هو الذي يرجع إليه في هذا الشأن.

٢٢٨- ومن ناحية أخرى فقد تعرضت المعاهدة لمسألة أخرى تتعلق بالأثر الذي تنتجه الحوالة التي تقع على حق يوجد في المستقبل. وقد استقر الرأي على أن الحوالة التي تتعلق بحق مستقبلي تنتج أثراً حالاً وليس أثراً مستقبلياً. ويعد ذلك أمراً منطقياً وطبيعياً لأن الشك يدور حول وجود الحق وليس حول وجود الحوالة فهذه الأخيرة تعتبر أكيدة ومن ثم فإنها تنتج أثرها بصفة فورية<sup>(٢٢٥)</sup>.

#### (د) العلاقات بين الدائن المحال له الحق والمدين المحال عليه:

٢٢٩- تتركز العلاقات التي تقوم بين المدين المحال عليه الحق والدائن المحيل على مبدأ عدم إضعاف مركز المدين نتيجة إبرام عقد الحوالة. ولذا، فإنه من ناحية يتوقف السداد للدائن المحال له على إخطار المدين بالحوالة، كما أنه من ناحية أخرى من حق المدين أن يتمسك تجاه الدائن المحال له الحق بكافة الدفع التي كان يمكنه التمسك بها تجاه الدائن الأصلي.

#### ١- حق السداد للدائن المحال له الحق:

٢٣٠- وفقاً لمعاهدة الأمم المتحدة ينتقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال له الحق دون توقف على اشتراط الإعلان للمدين. ولهذا فإن إخطار المدين بالحوالة لا يعد أمراً إجبارياً، بل هو أمر اختياري ولا يتوقف عليه انتقال الحق من المحيل إلى المحال له الحق.

- "Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement".

(٢٢٥) انظر في هذا المعنى:

Jean Stoufflet: Le financement par cession de créances, de la loi Daillly au projet de convention de la CNUDCI, op cit, p. 292.

وإذا تم إخطار المدين ترتب على ذلك عدم جواز قيام المدين بالوفاء بالدين إلى الدائن المحيل، حيث أنه بالحوالة التي تمت وبالإخطار للمدين انقطعت علاقة الدائن المحيل بالحق الذي انتقل لمصلحة شخص آخر هو المحال له. ومن ثم فإنه منذ لحظة الإخطار فإن أي وفاء بالدين من قبل المدين للمحيل ليس من شأنه تحرير ذمته من الوفاء بالدين، فهذا التحرير والإعفاء من السداد لا يكون إلا بالوفاء للمحال له الحق.

٢٣١- وغني عن البيان أن المعاهدة تختلف في ذلك عن نصوص بعض القوانين الوطنية التي تقرر أن إخطار أو إعلان المدين بالحوالة يعد أمراً إجبارياً. من قبيل ذلك القانون المصري والقانون الفرنسي اللذان يتطلبان إعلان المدين لتنفيذ الحوالة في مواجهته.

على أن معاهدة الأمم المتحدة قد تبنت وجهة النظر التي تجعل من نظام إخطار المدين أمراً غير إجباري، ومن ثم فإن قيام المدين بسداد الدين للدائن المحال له الحق دون إخطار المدين بالحوالة يعد أمراً مبرئاً لذمته من قيمة الحق المحال، ولا يلتزم بالتالي بسداد قيمة الدين مرة أخرى للدائن المحيل.

#### ٢- التمسك بالدفع من قبل المدين:

٢٣٢- للمدين الحق في التمسك تجاه الدائن المحال له الحق بالدفع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه الدائن المحيل. ولهذا ترتكز معاهدة الأمم المتحدة على مبدأ أن إبرام الحوالة ليس من شأنه التأثير على موقف ووضع المدين، اللهم فيما عدا مسألة اختلاف الشخص الذي يقوم المدين بالسداد إليه إذا تم إخطاره بالحوالة وابتداء من لحظة هذا الإخطار.

على أنه يمكن للمدين التنازل عن التمسك بالدفع تجاه الدائن الجديد، وإذا تم ذلك سقط حقه في التمسك بها. ومن قبيل ذلك أيضاً ما تنص عليه بعض القوانين مثل قانون ديلي الفرنسي من أنه إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ فإن هذا يعني تنازله عن التمسك بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها قبل الدائن المحيل.

٢٣٣- ويترتب على حق المدين في التمسك بالدفع على النحو السابق حقه في التمسك بالمقاصة بين حق الدائن الأصلي تجاهه وحق للمدين في نمة الدائن المحيل. على أن المعاهدة اشترطت لاستخدام الحق في المقاصة أن يكون حق المطالبة بها متوافراً في تاريخ إخطار المدين بالحوالة وليس بعد ذلك.



ويتسق هذا مع ما تقرره بعض القوانين الوطنية من ضرورة وجود حق المقاصة في تاريخ إخطار المدين بالحوالة أو قبل ذلك. وقد سبق أن أشرنا إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت استعمال المدين لحق المقاصة لأن الدين المقرر لمصلحة المدين قد نشأ الحق في المطالبة به في تاريخ لاحق لإعلان المدين بالحوالة<sup>(٢٢٦)</sup>.

#### هـ- التنازع بين عدة حقوق ترد على نفس الحق:

٢٢٤- وفقاً لمعاهدة الأمم المتحدة لحوالة الحق لا يحتج بالحوالة في حالة إفلاس المدين قبل دائتي التعلية الآخرين. وتخضع مسألة الاحتجاج بالحوالة إلى القانون الذي يحكم الإفلاس. وقد سبق أن رأينا أن الدولة التي تتخذ إجراءات الإفلاس على أراضيها تخصص سلطاتها القضائية باتخاذ إجراءات الإفلاس كما أنها تقوم بتطبيق القانون الخاص بها. ويعد هذا المسلك من قبل معاهدة الأمم المتحدة تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي بعدم جواز منح أولوية لبعض الدائنين على بعض دون مبرر معقول. ولذا فإن توحيد القانون الذي يرجع إليه لوضع ترتيب قضاء الديون في حالة تعددها في حالة إفلاس المدين يعد أمراً منطقياً.

٢٢٥- على أن هناك حالة لم يتم حسمها في نصوص المعاهدة تتعلق بتعدد الحوالات التي تتعلق بذات الحق. ولا توجد مشكلة في الحالة التي تتعدد فيها الحوالات إذا كان كل منها يتعلق بحق يختلف عن الحق الذي يتعلق بغيرها من الحوالات الأخرى. ذلك أن من حق الدائن الذي له العديد من الحقوق سواء كان المدين بها واحداً أو متعدداً - أن ينقل كل أو بعض هذه الحقوق لشخص واحد أو لأشخاص متعددين طالما أن الحق الواحد لا ينتقل إلا إلى شخص واحد. في هذه الحالة هناك دائن واحد محيل وهناك عدة أشخاص محال لهم الحقوق كل ينفرد بحق مختلف عن الحقوق مصدر ومحل الحوالات الأخرى.

على أن المشكلة تنشأ في حالة قيام الدائن بنقل حقه إلى شخص آخر ثم يقوم بنقل ذات الحق إلى شخص ثالث. وهكذا، ومن ثم يتعدد المحال لهم الحق بتعدد الحوالات التي يقوم الدائن المحيل بإبرامها والتي تتعلق بنفس الحق المحال. وقد تم اقتراح عدة حلول في هذا الشأن.

(٢٢٦) حكم نقض فرنسي بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٩٣ منشور في:

- تفضيل الحوالة الأقدم في التاريخ.
- تفضيل الحوالة الأقدم من حيث إعلان المدين بها.
- وضع ترتيب للحوالات مرتبط بإعلان الحوالة إلى المدين.

### المبحث الثاني

#### القواعد الموضوعية لمعاهدة أوتاوا

#### في مجال حوالة الحق

#### (عقد تحصيل الحقوق المحالة)

#### L'affacturage international

#### تمهيد:

٢٣٦- إلى جانب معاهدة الأمم المتحدة المتعلقة بالتمويل الدولي عن طريق حوالة الحق، توجد معاهدة أخرى أقدم تم إبرامها بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٨٨ في هذا المجال<sup>(٢٢٧)</sup>، ونتعرض فيما يلي للحديث عن الأحكام والقواعد المقررة فيها فيما يخص تطبيق خاص لحوالة الحق وهو المعروف بنظام الـ *affacturage international*، وهو النظام الذي يجد أصله في النظام القانوني الأمريكي قبل أن ينتقل إلى قوانين الدول الأوروبية وقبل أن ينظم على الصعيد الدولي في معاهدة أوتاوا سنة ١٩٨٨<sup>(٢٢٨)</sup>.

(٢٢٧) انظر في التعليق على هذه المعاهدة والنصوص الخاصة بها:

Christain GAVALDA: Acte final de la conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le credit-bail international. Les Petites Affiches, n°84, 13 juillet 1988.

(٢٢٨) من الملاحظ أن نظام الفاكورينج قد وجد من الناحية التاريخية في الامبراطورية الرومانية، حيث أن مصطلح فاكور factor كان يعني الشخص الذي يمارس التجارة لحساب شخص آخر. وقد تطور هذا النظام بعد الاستعمال الأوروبي للقارة الأمريكية في القرنين السابق عشر والثامن عشر حيث أدت الصعوبة المتعلقة بوجود مشتريين قادرين على تمويل التجارة وسداد مشترياتهم إلى قيام المنتجين الأنجليز والأمريكان بالبحث عن شخص وسيط لضمان المعاملات التجارية. ولهذا نجد أنه في الولايات المتحدة الأمريكية يرجع أقدم قانون فاكور إلى عام ١٨٢٣ Factors Act، كما أنه في إنجلترا تم إنشاء ما يعرف بمنزل الفاكور The House of Factors في القرن السابق عشر الذي يقوم بتمويل تجارة البضائع القادمة من المستعمرات البريطانية.

انظر في تفصيل ذلك:

Jean-Pierre Deschanel et Laurent Lemoine: Affacturage (Factoring). Juris. Cl.. Droit commercial. Fasc. 580.

٢٣٧- اشترطت المعاهدة لدخولها حيز التنفيذ أن يتم التصديق عليها من قبل ثلاثة دول على الأقل. وقد قامت فرنسا بالتصديق على معاهدة أوتواوا بتاريخ ٢٣ سبتمبر ١٩٩١ وصدقت عليها إيطاليا بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٣ وكان التصديق الثالث الذي دخلت بمقتضاه المعاهدة حيز التنفيذ من قبل دولة نيجريا وذلك بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٩٤. وقد دخلت المعاهدة حيز التنفيذ بتاريخ الأول من مايو ١٩٩٥ وذلك لأن المادة ١٤ من المعاهدة تنص على ضرورة مرور ستة أشهر من تاريخ آخر تصديق متطلب لدخولها حيز التنفيذ<sup>(٢٢٩)</sup>.

٢٣٨- وبتناول فيما يلي الحديث تباعاً عن التعريف بنظام فاكوتورينج وفقاً للمصطلح الإنجليزي أو نظام أفاكوتوراج وفقاً للمصطلح الفرنسي ثم نتحدث عن مجال تطبيق معاهدة أوتواوا وعن حقوق والتزامات الأطراف في عقد الفاكوتورينج ونتحدث كذلك عن القانون واجب التطبيق وأخيراً عن التنازع الذي قد ينشأ بين الفاكوتور الذي انتقل إليه الحق وبين الغير الذي قد يكون مستفيداً من حوالة حق أو من شرط الاحتفاظ بالملكية أو من قام بتوقيع الحجز على الحق.

#### (أ) التعريف بنظام تحصيل الحقوق المحالة:

٢٣٩- يمكن تعريف نظام الفاكوتورينج factoring وفقاً للمصطلح الإنجليزي أو نظام أفاكوتوراج affacturage وفقاً للمصطلح الفرنسي كما نستطيع أن نطلق عليه بالعربية إصطلاح "عقد تحصيل الحقوق المحالة ذو طابع خاص" بأنه قيام صاحب الحق بنقله إلى الفاكوتور الذي يلتزم بضمان السداد حتى في الحالة التي يتخلف فيها المدين عن ذلك، كما يمكن للفاكوتور أن يقوم مقدماً بسداد كل أو بعض مبلغ الحق المحال.

٢٤٠- والهدف من عملية الفاكوتورينج هو تمويل عمليات التجارة الدولية المتعلقة بالبيع، ولذلك يوجد في عملية الفاكوتورينج ثلاثة أطراف: البائع والمشتري والفاكوتور. وتتولد حقوق والتزامات متبادلة نتيجة ذلك من ناحية بين البائع والمشتري والتي تستمد

(٢٢٩) تنص في ذلك المادة ١٤ من المعاهدة على أن:

"Le présente convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date du depot du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion".

من عقد البيع، ومن ناحية أخرى من عقد الفاكوتورينج المبرم بين البائع والفاكتور الذي يقوم بتمويل العملية ويتحمل مخاطر احتمال عدم سداد المشتري أو إشهار إفلاسه في مقابل نقل حق البائع إلى الفاكوتور. ويطلق على البائع إصطلاح adherent أو fournisseur بينما يسمى المشتري بالمدين débiteur.

ويتميز نظام الفاكوتورينج بأنه يساعد المشروعات التجارية على إجراء عمليات التجارة الدولية، وذلك باللجوء إلى شركة الفاكوتورينج التي تقوم بتمويل العملية وتحمل مخاطرها، ومن ثم يتوافر لدى المستثمر الوطني الأمان القانوني الذي ينزع عنه عنصر التخوف من إبرام عقد مع طرف أجنبي قد لا يستطيع سداد الثمن لإفلاسه أو غير ذلك من الأسباب. ومن هنا نستطيع أن نقرر أن نظام الفاكوتورينج من شأنه زيادة عمليات التجارة الدولية بين مختلف الدول (٢٣٠).

#### ب) مجال تطبيق معاهدة أوتاوا:

٢٤١- وتجدر الإشارة إلى أن الفاكوتور factor الذي يمكنه إبرام عقد الفاكوتورينج يتعين أن يكون مؤسسة مالية كما هو الحال بالنسبة للبنوك. ولذا، لا يستطيع الأفراد العاديين أن يكتسبوا هذا الوصف أو أن يقوموا بإبرام مثل هذا العقد بهذا الوصف. أما الطرف الآخر في العقد وهو البائع الذي يقوم بنقل حقه للفاكتور وهو البنك فيمكن أن يكون فرداً عادياً أو شركة طالما أن عقد الفاكوتورينج يتم لتغطية وتمويل عملية ذات طابع تجاري، وليس لتمويل احتياجاته الشخصية أو العائلية.

لا تنطبق المعاهدة كما سبق أن ذكرنا إلا على تمويل العمليات ذات الطابع التجاري التي تستند إلى عقد بيع أو تقديم خدمات دون تلك التي تتم للاستعمال الشخصي أو العائلي.

٢٤٢- ووفقاً للمادة ١/٢ تنطبق أحكام المعاهدة من حيث المكان في حالتين:

- إذا كان محل إقامة كل من البائع والمشتري في دولتين مختلفتين، وأن تكون هذه الدول أطراف في المعاهدة.

(٢٣٠) انظر في هذا المعنى:

- أن يكون القانون واجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع وعقود الفاكوتورينج قانون إحدى الدول الأطراف في المعاهدة.

والقانون واجب التطبيق في مجال العقود هو قانون الإرادة المختار من قبل الأطراف. فإذا قام طرفاً عقد البيع (البائع والمشتري) وكذلك طرفاً عقد الفاكوتورينج (البائع وشركة الفاكوتور البنكية) باختبار قانون دولة طرف في معاهدة أوتوا كانت أحكام المعاهدة واجبة التطبيق إلا إذا استبعد الأطراف تطبيقها.

وفي غيبة اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على عقود البيع والفاكوتورينج فإن القواعد العامة في القانون الدولي الخاص تقضي بتطبيق قانون الدولة التي يتركز بها الأداء المميز للعقد. وهذا القانون هو بالنسبة لعقد البيع قانون دولة البائع وبالنسبة لعقد الفاكوتورينج هو قانون دولة المؤسسة البنكية (الفاكوتور) *la société d'affacturage* التي تمنح الضمانات للبائع. فإذا كان قانون دولة البائع وقانون دولة الفاكوتور من قوانين الدول الأطراف في معاهدة أوتوا طبقت أحكام المعاهدة إلا إذا استبعد الأطراف أعمالها.

ذلك أن تطبيق أحكام المعاهدة ليس إجبارياً بل هو أمر اختياري. فيستطيع الأطراف استبعاد تطبيقها وتطبيق قانون دولة معينة على عقد الفاكوتورينج. كما يمكن لطرفي عقد البيع استبعاد تطبيق هذه المعاهدة. وفي حالة الاستبعاد يتعين أن يكون ذلك كلياً، فلا يجوز استبعاد تطبيق بعض أحكام المعاهدة وتطبيق البعض الآخر (المادة ١/٣ ب).

٢٤٣- ويلاحظ أن المعاهدة تنطبق على حوالة الحق، ولكن ليس كل حوالة تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة. فحتى تدخل الحوالة في مجال أعمال المعاهدة ينبغي أن ينطبق عليها وصف عملية الفاكوتورينج. ووفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى للمعاهدة يتعين أن يقوم المحال له الحق (شركة الفاكوتورينج) بوظيفتين من بين أربع وظائف منصوص عليها هي:

- حماية الدائن المحيل ضد مخاطر عدم قيام المدين بالسداد<sup>(٢٣١)</sup>. ومن الملاحظ أن المحال له الحق يشترط في غالب الأحوال أن يقوم الدائن المحيل بحوالة جميع

(٢٣١) وفقاً لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من معاهدة أوتوا يتم تعريف عقد الفاكوتورينج على النحو التالي:

"Au sens de la présente convention, on entend par (contrat d'affacturage) un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire) en vertu duquel: =

الحقوق المتمركزة في دولة معينة، وذلك حتى تتوزع المخاطر بينه وبين الدائن المحيل. ولذات السبب ترفض شركات الفاكوتورينج عادة منح ضماناتها إذا كان الشخص الطبيعي أو المعنوي يتمتع بسمعة مالية سيئة.

- تمويل الدائن المحيل، خاصة إقراضه أو السداد المقدم للعملية.

- الالتزام بسداد الحساب المتعلق بالحق المحال.

### ج) المقارنة بين نظام الفاكوتورينج الأنجلوسكسوني ونظام الحلول اللاتيني:

٢٤٤- يتضح لنا من العرض السابق أن النظام المقرر في معاهدة أوتوا لنقل الحقوق من البائع إلى الفاكوتور هو حوالة الحق وإن اتخذ اسماً جديداً مستمد من النظام الأنجلوسكسوني مع تسهيل الإجراءات المتعلقة بنفاذ الحوالة قبل المدين.

وإذا كان من السهل على المؤسسات البنكية في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا أن تلجأ إلى نظام الفاكوتورينج حيث يوجد هذا النظام بها، إلا أنه في الدول الأخرى التي لا تعرف هذا النظام يتعذر الأخذ به لأن القانون الخاص بالدولة لا يسمح بذلك.

من أجل هذا فإن المؤسسات المصرفية في فرنسا كانت تلجأ في عقد الفاكوتورينج ليس لنصوص القانون الفرنسي المتعلقة بحوالة الحق حيث تتسم إجراءاتها بالتعقيد، وإنما للنصوص المتعلقة بالحلول *la subrogation conventionnelle* (٢٣٢)، حيث يستطيع الدائن أن يقبل الوفاء من غير المدين ويتفق مع الموفى على أن يحل محله في حقوقه وذلك دون حاجة إلى الحصول على رضا المدين وبدون تدخله (٢٣٣).

a) le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs) à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique;

b) le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes:

- le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé;
- la tenue des comptes relatifs aux créances;
- l'encaissement de créances;
- la protection contre la défaillance des débiteurs".

(٢٣٢) انظر في تفصيل ذلك:

Anne Sinay-Cytermann: Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance, op cit, p. 55 et s.

(٢٣٣) انظر في تعريف الوفاء مع الحلول د/ عبد المنعم البدرابي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٤٦ وما بعدها.

٢٤٥- وتتمثل الفائدة في اللجوء إلى الحلول وليس حوالة الحق في أن الحوالة تتطلب نفاذها - بوصفها كذلك أو إذا أبرمت باسم الفاكثورينج - تجاه المدين والغير إخطار المدين بالحوالة، أما الحلول فليس من شروط الاحتجاج به إعلان المدين.

وإذا كانت فرنسا من أولى الدول الموقعة على معاهدة أوتاوا وتستطيع لذلك المؤسسات المصرفية الفرنسية أن تستفيد من نصوص المعاهدة بعد أن دخلت حيز التنفيذ، إلا أننا نلاحظ أولاً أن نصوص المعاهدة لا يمكن تطبيقها بالنسبة للدول غير الأطراف في المعاهدة كما هو الحال بالنسبة لمصر وغالبية الدول العربية. ومن ناحية أخرى فإنه حتى بالنسبة للدول الأطراف في المعاهدة قد تكون المعاهدة غير قابلة للتطبيق نظراً لأن الأطراف قد استبعدوا إعمالها صراحة. ومن ثم فإنه في مثل هذه الفروض تبدو فائدة الاستعانة بنظام الوفاء مع الحلول للابتعاد عن نظام حوالة الحق.

ولهذا فإن نظام حوالة الحق يتطلب لنفاذ الحوالة والاحتجاج بها ضرورة إعلان المدين بالحوالة، وقد سبق أن ذكرنا أن سداد المدين قيمة الحق للدائن المحيل قبل الإعلان يعد لهذا مبرراً لزمته ولا يستطيع المحال له الحق مطالبة المدين مرة أخرى.

٢٤٦- ويشترك عقد تحصيل الحقوق المحالة مع الحوالة في أنه يسري في مواجهة المدين بإخطاره بذلك، وإن كان نظام الفاكثورينج يتسم باليسر والسهولة في النظام الذي اعتمده لإخطار المدين وهو الأمر الذي يتم بالسرعة المتطلبة لتسيير علاقات التجارة الدولية. وهذا هو الذي يفسر كثرة اللجوء في الدول الأنجلوسكسونية لنظام الفاكثورينج وفي الدول الأخرى كفرنسا لنظام الحلول كلما كان ذلك ممكناً بدلاً من حوالة الحق.

ولذا يرى البعض أن معاهدة أوتاوا قد جمعت بين النظام المعروف في الدول الأنجلوسكسونية "الفاكثورينج" وبين نظام الحلول المقرر في بعض القوانين كالقانون الفرنسي<sup>(٢٣٤)</sup>.

(٢٣٤) انظر في هذا المعنى:

وكما تحدثنا من قبل عن الحوالة التي تنطبق بحق سيوجد في المستقبل، فإننا نجد أن معاهدة أوتاوا المتعلقة بالفاكتورينج تقرر حلاً مماثلاً مقتضاه إمكانية انعقاد الحوالة على حق مستقبلي إذا كان وقت الحوالة قابلاً للتحديد على وجه الدقة<sup>(٢٣٥)</sup>.

٢٤٧- ويختلف نظام الحلول عن الفاكورتينج وحوالة الحق في هذا الشأن. فإذا كانت حوالة الحق المستقبلي أمراً صحيحاً وفقاً لهذين النظامين الأخيرين، إلا أنه غير ممكن في نظام الوفاء مع الحلول. ويرجع ذلك إلى أنه يشترط في الوفاء مع الحلول أن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء، فإذا لم يرض الدائن بالحلول وقت الوفاء فلا يستطيع الموفي بعد ذلك المطالبة به، وذلك لأن الوفاء يقضي على الدين. وتتص على هذا الشرط المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري التي تقرر أن: "للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل مجله، ولو لم يقبل المدين، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء".

كما أن هناك اختلاف آخر بين نظام الفاكورتينج والحوالة من ناحية ونظام الوفاء مع الحلول من ناحية أخرى. يتمثل ذلك في الشروط المطلوبة لتنفيذ كل منهما في مواجهة الغير وخاصة بالنسبة للمدين. فقد رأينا أن الحوالة لا تنفذ إلا بالإعلان كما أن معاهدة أوتاوا قد تطلبت إخطار المدين لتنفيذ الحوالة قبل المدين وإن كانت قد تساهلت من حيث عدم اشتراط الكتابة على ورق مادي واكتفت بأية وسيلة لإخطار المدين وإعلامه بالحوالة كالالتغراف والفاكس، كما لم تشترط توقيع هذا الاخطار من قبل الدائن المحيل أو المحال له الحق "الفاكتور".

وإذا كان الإخطار على هذا النحو أمراً متطلباً ولا تنفذ الحوالة بدونه فإن الحلول لا يتطلب مثل هذا الإخطار، حيث ينفذ في مواجهة المدين دون حاجة لإخطاره. ومع ذلك فإن قيام المدين حسن النية بالوفاء للدائن الأصلي يعد مبرراً لزمته في نظام الحلول. ولهذا من الممكن أن يتعرض وضع الفاكورت للخطر في نظام الحلول إذا لم يتم بإخطار المدين بحلوله محل الدائن الأصلي نتيجة قيامه بالوفاء لهذا الأخير وذلك إذا قام المدين - إذا كان حسن النية لا يعلم بالحلول - بالوفاء للدائن الأصلي.

(٢٣٥) تنص في ذلك المادة الخامسة من معاهدة أوتلوا على أن:

"Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage une clause de contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables".



## (د) القانون واجب التطبيق:

٢٤٨- تطبق في هذا الشأن القواعد العامة التي سبق لنا الحديث عنها في مجال عقد حوالة الحق. فيخضع عقد تحصيل الحقوق المحالة للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي غيبة هذا الاختيار يتم تطبيق قانون مقر المؤسسة البنكية (الفاكتور) باعتبار أن هذا الأخير هو المدين بالأداء المميز للعقد<sup>(٢٣٦)</sup>.

وبالنسبة للاحتجاج بعقد الفاكورتينج قبل الغير تطبق كذلك القواعد المتعلقة بالاحتجاج بحوالة الحق والتي تقضي بتطبيق القانون الذي يحكم الحق المحال. ومع ذلك فإن البعض ينتقد تطبيق القواعد المتعلقة بحوالة الحق على الفاكورتينج في مجال الاحتجاج قبل الغير والمدين بالحوالة<sup>(٢٣٧)</sup>. ويرجع ذلك إلى أنه في مجال الفاكورتينج نجد أن الفاكور غالباً ما تسند إليه ويحال إليه العمليات المتعددة المتمركزة في سوق معين أو دولة معينة، ومن شأن إخضاع كل عملية للقانون الذي يحكم الحق الأصلي تعدد القانون واجب التطبيق وهو الأمر الذي يتنافى مع ما يهدف إليه الأطراف في عقد الفاكورتينج من ضم كافة العمليات وإحالة كافة الحقوق التي للدائن في دولة ما لصالح الفاكور باعتباره هو المحال له.

ولهذا فإنه في مجال عقود التحصيل توجد العديد من الصعوبات في إعمال القواعد المتعلقة بتنازع القوانين والتي سبق التعرض لها في مجال حوالة الحق. وهذا هو الذي يفسر قلة إثارة مسألة القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف في عقد التحصيل، كما أن القضاء الفرنسي يذهب في غالب الأحوال إلى تطبيق القانون الفرنسي.

وإذا استعنا في هذا الشأن بمعاهدة أوتاوا نجد أنها لا تقضي تماماً على الصعوبات المتعلقة بتنازع القوانين، حيث قامت المعاهدة أساساً بوضع قواعد موضوعية بغية توحيد القواعد المتعلقة بالفاكورتينج بين مختلف الدول.

(٢٣٦) انظر في هذا المعنى:

Jean Marc Mousseron et autres: Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise, deuxième édition, Litec, 2000, p. 430.

(٢٣٧) انظر في تفصيل ذلك :

Brigitte Coutenier: Les techniques de mobilisation des créances internationales, aspects de droit international et de droit comparé, op. cit, p. 315.

٢٤٩- وفيما يتعلق بالحلول تطبق عليه قواعد تنازع القوانين المعمول بها في مجال حوالة الحق<sup>(٢٣٨)</sup>. فيرجع إلى القانون الذي يحكم الحق الأصلي في العلاقة بين المدين والمحيل وكذلك فيما يتعلق بالاحتجاج بالحلول في مواجهة المدين<sup>(٢٣٩)</sup>، فيرجع لهذا القانون لتحديد ما إذا كان يتطلب لنفاد الوفاء مع الحلول قبل المدين إخطار المدين أم لا، وكذلك لتحديد مدة صحة السداد بقيمة الحق من قبل المدين للدائن الأصلي الذي أحل غيره مكانه في استيفاء الحق. وهذا التحل هو المنصوص عليه في المادة ١٣ من معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ بين دول الجماعة الأوروبية، حيث نصت على تطبيق القانون الذي يحكم الحق الأصلي<sup>(٢٤٠)</sup>.

وإذا كانت معاهدة روما تتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، فإن نفس الحل يؤخذ به في مجال الالتزامات غير التعاقدية، وقد نص على ذلك مشروع اللائحة الصادر من المجلس الأوروبي سنة ٢٠٠٢<sup>(٢٤١)</sup> والمتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات غير التعاقدية والذي يشار إليه بمعاهدة روما

(٢٣٨) انظر في هذا المعنى:

Anne Sinay-Cytermann: Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de céance, op cit, p. 58 et s.

(٢٣٩) انظر في هذا المعنى د/ أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، ص ١١٤١.

(٢٤٠) نص المادة ١/١٣ من معاهدة روما على أن:

"Lorsqu'en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations".

(٢٤١) نص المادة ١٥ من مشروع اللائحة الصادر عن المجلس الأوروبي سنة ٢٠٠٢ على أن:

"Lorsqu'en vertu d'un obligation non contractuelle, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations". V. Avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Clunet, 2003, p. 32.

للحصول على تفصيلات أكثر حول مشروع اللائحة الأوروبية انظر:

Gyrit Nourissat et Edouard Treppox: Quelques observations sur l'avant projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelle (Rome II), Clunet, 2003, p. 7 et ss.

الثانية". وهكذا فإن القانون واجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدى هو الذي يرجع إليه في شأن تحديد مدى إمكانية قيام الدائن بإحلال آخر محله في اقتضاء قيمة الحق.

٢٥٠- على أننا نتفق مع الرأي الذي يرى أنه من الملائم في هذا الشأن احترام ما يقرره القانون المحلي بهدف حماية الغير. ويقصد بالقانون المحلي هنا قانون الدولة التي يتم الوفاء بها، فإذا كان الوفاء في مصر يجب احترام ما ينص عليه القانون المصري من ضرورة أن يكون الحلول قبل تمام الوفاء وأن يتم ذلك بورقة ثابتة التاريخ بطريق رسمي حتى لا يحدث تواطؤ بين الدائن الأصلي والموفي الذي حل محله بتقديم تاريخ الورقة لاكتساب أسبقية على بقية الدائنين<sup>(٢٤٢)</sup>.

#### هـ) حقوق والتزامات الأطراف:

٢٥١- تقرر المادة السادسة من معاهدة أوتاوا أن حوالة الحق من قبل الدائن الأصلي إلى المحال له يمكن أن تتم على الرغم من وجود اتفاق بين الدائن الأصلي والمدين لا يجيز حوالة الحق.

على أن هذه الحوالة ليس لها - وفقاً لنص المادة ١٨ من المعاهدة - أي أثر تجاه المدين الذي يوجد محل إقامته في دولة طرف في المعاهدة إذا كانت هذه الدولة قد أعلنت أن مثل هذه الحوالة ليس لها أثر قبل المدين.

٢٥٢- والواقع أن نص المادة السادسة سالف الذكر يعد أمراً غير مقبول، لأنه يتعارض مع مبدأ الوفاء بالالتزامات التعاقدية. فإذا كان الحق غير قابل للحوالة باتفاق الأطراف وجب على الدائن الأصلي احترام ذلك دون حاجة لقيام الدولة التي يقيم لديها المدين بالإعلان عن رغبتها في الاستفادة من نص المادة ١٨ من المعاهدة.

والغريب في الأمر أن الفقرة الثالثة والأخيرة من نص المادة السادسة يقرر أن إمكانية القيام بالحوالة رغم اتفاق الدائن الأصلي والمدين على عدم جوازها ينبغي ألا يتعارض مع أي التزام بحسن نية من قبل الدائن تجاه المدين. ونحن نرى أنه مما يتعارض مع حسن النية قيام الدائن الأصلي بحوالة حقه إلى الفاكور رغم حظر ذلك في عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري "المدين".

(٢٤٢) انظر في ذلك د/ أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق،

٢٥٣- وفي العلاقة بين أطراف عقد الحوالة "عقد تحصيل الحقوق المحالة" يمكن النص على انتقال كل أو بعض الحقوق من الدائن الأصلي إلى المحال له "الفاكتور" بما في ذلك الاستفادة من الشرط المنصوص عليه في عقد البيع بمقتضاه يحتفظ البائع بالملكية أو أي ضمان آخر "المادة ٧".

٢٥٤- ويترتب على إبرام عقد تحصيل الحقوق المحالة الذي بمقتضاه انتقل الحق من الدائن الأصلي للفاكتور التزام المدين بسداد قيمة الحق للمحال له طالما أنه قد تم إخطاره بالحوالة. ويستوي أن يكون هذا الإخطار من قبل الدائن الأصلي "البائع" أو من قبل الفاكور المحال له الحق بناءً على وجود سلطة مخولة له بذلك من قبل الدائن المحيل "المادة ٨".

٢٥٥- وينبغي أن يوضح في عقد الحوالة على وجه التحديد الحقوق محل الحوالة وكذلك شخص المحال له الحقوق والذي يلتزم المدين بالسداد له، وإذا تمت الحوالة على هذا النحو فإن قيام المدين بسداد قيمة الدين للمحال له الحق يعد ميراثاً لزمته.

٢٥٦- وفي الحالة التي يطالب فيها المحال له المدين بالسداد فإن هذا الأخير يستطيع لتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها قبل الدائن الأصلي أي البائع في عقد البيع. ويستطيع لذلك المدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الواقع عليه تجاه الدائن الأصلي وحق للمدين قبل هذا الدائن على الرغم من قيام الدائن بحوالة حقه إلى شخص آخر "المادة ٩".

٢٥٧- ووفقاً للمادة العاشرة من معاهدة أوتاوا فإنه في الحالة التي لا يلتزم فيها البائع بتنفيذ التزاماته أو في حالة التنفيذ المعيب أو المتأخر لعقد البيع لا يستطيع المدين مع ذلك كتعاقد عامة أن يسترد قيمة الحق المسدد للمحال له الحق. ومع ذلك يمكن للمدين إجراء هذا الاسترداد في إحدى حالتين:

- إذا كان المحال له الحق لم يتم بعد بسداد قيمة الحق للمحال للمحيل.

- إذا كان المحال له قد قام بالسداد للمحيل وهو على علم بعدم قيام هذا الأخير بأداء التزامه أو بالتنفيذ المعيب أو المتأخر لعقد البيع.

٢٥٨- وفي النهاية يتضح لنا من العرض السابق أن القواعد الموضوعية الواردة النص عليها في معاهدة أوتاوا تنطبق على نوع معين من حوالة الحق، وهو الحوالة

التي ترتكز على عقد بيع أو تقديم خدمات، كما أن الحوالة يجب أن يصدق عليها وصف عملية الفاكوتورينج أو التحصيل ولا يتوافر هذا إلا إذا كان الفاكوتور يقوم بوظيفتين على الأقل من الوظائف الأربع التي تحدثنا عنها من قبل. ولهذا، تعتبر معاهدة أوتاوا تطبيق خاص لحوالة الحق وهي قد تناولت أساساً وضع تنظيم موضوعي ولم تتعرض لقواعد تنازع القوانين، بل إنها علقت تطبيقاً من بين أمور أخرى على كون قانون إحدى الدول الأطراف هو الواجب التطبيق.

## الفصل الرابع

### الاختصاص القضائي والتحكيمي

#### في مجال حوالة الحق

#### "مدى تأثير الحوالة على قواعد الاختصاص"

تمهيد:

٢٥٩- يثور التساؤل حول الأثر الذي يترتب على حوالة الحق فيما يتعلق بكل من قواعد الاختصاص القضائي خاصة بالنسبة لاتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة، وكذلك يتعلق الأمر بالحالة التي يبرم فيها اتفاق تحكيم بين طرفي العقد الأصلي ثم يقوم الدائن بحوالة حقه لشخص آخر، فما أثر الحوالة على شرط التحكيم في هذه الحالة؟

ونبحث الآن في مبحثين متتاليين: تأثير حوالة الحق على كل من الاختصاصين القضائي والتحكيمي.

### المبحث الأول

#### أثر حوالة الحق على قواعد الاختصاص القضائي

٢٦٠- يخضع عقد حوالة الحق للقواعد العامة في الاختصاص القضائي، ومن ثم تختص محاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه بنظر النزاع. على أنه توجد بعض الحالات التي يتعين بحثها في مجال حوالة الحق: تتعلق الحالة الأولى بتطبيق معيار الاختيار الإرادي للمحكمة المختصة بنظر النزاع ومدى إمكانية التزام المحال له الحق به (المطلب الأول). أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بمعيار الاختصاص القضائي الذي وفقاً له تختص المحاكم الوطنية بنظر النزاع إذا كان المدعى يتمتع بجنسية هذه الدولة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## التحديد الإرادي للمحكمة المختصة بنظر النزاع

٢٦١- من المتعارف عليه أنه يمكن للأطراف الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع. فإذا قام طرفا عقد ما باختيار المحكمة المختصة على هذا النحو ثم قام الدائن بنقل حقه إلى شخص آخر فهل يسري شرط تحديد القانون واجب التطبيق في مواجهة المحال له الحق، أو بمعنى آخر هل ينتقل شرط اختيار المحكمة المختصة مع انتقال أو حوالة لحق ذاته أم لا؟

يوجد اتجاهان للإجابة على هذا التساؤل أحدهما يقرر عدم قابلية الشرط للانتقال إلى المحال له بينما يجيز الاتجاه الآخر انتقال الشرط إلى المحال له الحق.

(أ) الاتجاه الأول، عدم قابلية شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة للانتقال إلى الغير:

٢٦٢- يرى هذا الاتجاه أن شرط اختيار المحكمة المختصة *la clause attributive de compétence* الوارد النص عليه في اتفاق ما لا يسرى ولا ينتقل إلى الغير المحال له الحق، فشرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة يلتزم به أطراف العقد الوارد النص فيه على هذا الشرط ولا ينتقل إلى الغير. ومعنى ذلك أن الحق ينتقل - بإبرام عقد حوالة الحق - ولا ينتقل معه الشرط المتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع لأن الدائن الطرف في العقد والذي توجهت إرادته إلى اختيار محاكم دولة ما قد تغير ولم تتجه إرادة الدائن الجديد المحال له الحق إلى اختيار نفس المحكمة لنظر النزاع.

وقد تبنت هذا الاتجاه الغرفة التجارية *la chambre commerciale* بمحكمة النقض الفرنسية. وهي تستند في ذلك إلى فكرة الأثر النسبي للعقد *l'effet relatif du contrat*، حيث أن هذا الأخير لا يلزم إلا طرفيه ولا يمتد الالتزام به إلى الغير وذلك وفقاً لما تقضي به المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢٤٣)</sup>.

(٢٤٣) تنص المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي على أن:

"Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121".

٢٦٣- ونحن نعتقد - على عكس ما يرى البعض<sup>(٢٤٤)</sup> - أن نص المادة ١١٦٥ هو الذي يستند إليه في رفض انتقال شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إلى المحال له الحق وليس نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي الذي لا يتعلق بفكرة الأثر النسبي للعقود.

ويترتب على ذلك أنه ليس في الإمكان الاحتجاج بشرط تحديد المحكمة المختصة في مواجهة الدائن المحال له الحق إلا إذا قبل هذا الشرط صراحة وذلك على الرغم من أنه قد قبل حوالة الحق المتعلق بالعقد الأساسي الوارد النص فيه على شرط تحديد المحكمة المختصة.

٢٦٤- ومن الملاحظ أن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية قد استندت في تقريرها إلى طريقة القواعد المادية *les règles materielles* وليس لمنهج تنازع القوانين، حيث أنها لم تقم بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، وإنما قامت مباشرة بتحديد الشروط التي وفقاً لها يمكن انتقال الشرط المتعلق بانتقال التحديد الإرادي للمحكمة المختصة<sup>(٢٤٥)</sup>.

(ب) الاتجاه الثاني، قابلية شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة للانتقال إلى الغير:

٢٦٥- إذا كانت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية قد رفضت انتقال شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إلى المحال له دون رضائه الصريح به فإن الغرفة المدنية *la chambre civile* التابعة لذات المحكمة قد أخذت بالحل العكسي وهو انتقال شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إلى المحال له الحق.

(٢٤٤) يرى الاستاذ الفرنسي Dorandeu أن نص المادة ١١٣٤ هو الذي يستند إليه في تقرير عدم انتقال شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إلى المحال له الحق. وتنص المادة ١١٣٤ على أن:

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi".

(٢٤٥) انظر في هذا المعنى:

Nicolas Dorandeu: La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé. Clunet, 2002, p. 1013 et s.

وإذا كانت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية قد انتهجت طريقة القواعد المادية في تقريرها عدم انتقال شرط تحديد المحكمة المختصة فإن الغرفة المدنية قد انتهجت أسلوب تنازع القوانين في توصلها لمبدأ قابلية الشرط للانتقال إلى الغير. ففي حكمها الصادر بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٩١ قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بأن "القانون الفرنسي لا يحكم بالضرورة - بوصفه قانون القاضي *la lex fori* - مسألة انتقال شرط تحديد المحكمة المختصة إلى الغير، وهو يخضع إما للقانون الخاص به أو للقانون البلجيكي بوصفه قانون الدولة الإصدار أو للقانون الهندي وهو القانون واجب التطبيق على عقد النقل"<sup>(٢٤٦)</sup>.

٢٦٦- كما يلاحظ أن المادة ١٧ من معاهدة بروكسل المبرمة سنة ١٩٦٨ *la convention de Bruxelles* وكذلك المادة ١٧ من معاهدة لوجانو المبرمة سنة ١٩٨٨ *la convention de Lugano*<sup>(٢٤٧)</sup> تنص كل منهما على حق الأطراف في تحديد المحكمة المختصة دولياً بنظر النزاع ذو الطابع الدولي. وإذا وجد مثل هذا الاتفاق بين الأطراف اختصت على سبيل الاستثناء المحكمة المتفق على إخضاع النزاع لها دون غيرها<sup>(٢٤٨)</sup>.

واستناداً إلى نص المادة ١٧ سالف الذكر اعتنقت محكمة العدل الأوروبية مبدأ انتقال شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إلى الغير. ذلك أن المحال له الحق بمثابة الخلف العام بالنسبة للدائن الأصلي، ومن ثم يكون من الطبيعي أن ينتقل إليه الحق المحال بكل ما هو محمل به وبكل ما هو منصوص عليه من هذه الشروط شرط اختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع.

(٢٤٦) انظر حكم النقض الفرنسي بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٩١ مشاراً إليه في:

Nicolas Dorandeu: *La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé*, op cit, p. 1013.

(٢٤٧) تنص في ذلك المادة ١٧ من معاهدة بروكسل المبرمة سنة ١٩٦٨ - وتقابلها المادة ١٧ من معاهدة لوجانو المبرمة سنة ١٩٨٨ - على أن:

"Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents".

(٢٤٨) انظر في تفصيل هاتين المعاهدتين:

Hélène Gaudemet-Tallon: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*. LGDJ, Paris, 1993.



وفي حكمها الصادر بتاريخ ١٩ يونية ١٩٨٤ قضت المحكمة الأوروبية بأن شرط الاختصاص القضائي الوارد النص عليه في عقد للشحن والذي يعد صحيحاً في العلاقة بين الناقل وصاحب البضاعة المشحونة يعد هذا الشرط محتجاً به في مواجهة الغير المتنازل له من قبل الناقل عن الحقوق في مواجهة صاحب البضاعة، وذلك طالما أن القانون الوطني واجب التطبيق يقرر أن الحوالة تتم في جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بعقد النقل<sup>(٢٤٩)</sup>.

٢٦٧- ولا شك أن هذا الحل يعد منطقياً لأن القول بعدم قابلية شرط الاختصاص القضائي للانتقال إلى الغير من شأنه الإضرار البالغ بمقتضيات التجارة الدولية، حيث أن المدين قد قبل عقد الاختصاص للمحاكم التابعة لدولة ما ثم يفاجأ برفع الدعوى عليه في دولة أخرى بحجة أن الدائن الأصلي قد تنازل عن حقه لشخص آخر لا يلتزم بشرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة.

ويعد الأخذ بمبدأ انتقال شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إلى الغير استثناءً من مبدأ الأكثر النسبي للعقد والذي يقضي بأن أثر الشروط التعاقدية يقتصر على طرفي العقد ولا يتعداه إلى الغير.

وفي قضية أخرى تتعلق بعقد تأمين تم النص فيه على شرط تحديد المحكمة المختصة لمصلحة المؤمن عليه الذي لم يكن طرفاً في عقد التأمين لأن هذا العقد قد أبرم بين المؤمن وشركة التأمين، طلبت الحكومة الإيطالية الرأي من محكمة العدل الأوروبية حول مدى إمكانية سريان شرط تحديد المحكمة المختصة بالنسبة للمؤمن عليه وهو من الغير حيث لم يكن طرفاً في عقد التأمين.

وفي حكمها الصادر بتاريخ ١٤ يونية ١٩٨٣ قررت محكمة العدل الأوروبية أولاً أن نص المادة ١٧ من معاهدة بروكسل يتطلب الكتابة في ثبوت هذا الشرط، وقضت المحكمة بأن اشتراط الكتابة ليس أمراً لازماً لاستفادة الغير المقرر لمصلحته الشرط، بمعنى أنه طالما أن طرفي العقد الأساسي (عقد التأمين) قد أثبتوا شرط الاختصاص القضائي كتابة فإن حق الغير المقرر لمصلحته الشرط لا يشترط أن يكون

(٢٤٩) انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Hélène Gaudemet-Tallon: Les conventions de Bruxelles et de Lugano, compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, op cit, p. 93 et s.

ثابتاً بالكتابة. ومن ثم فقد اعتبرت المحكمة أن هذا الشرط يعد صحيحاً ويمتد أثره إلى الغير<sup>(٢٥٠)</sup>.

وعلى الرغم من أن الحكم السابق لا يتعلق بحوالة الحق وإنما بالاشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه يمكن قياس هذه الحالة على حوالة الحق لأن الأمر يتعلق بشيء واحد وهو تحديد مدى جواز انتقال شرط اختيار المحكمة المختصة إلى غير أطراف من اتجهت إرادتهم إلى الالتزام به.

٢٦٨- ويستند بعض الفقه إلى هذا الحكم للقول بأن محكمة العدل الأوروبية قد وضعت قاعدة مادية مؤداها انتقال شرط الاختصاص القضائي إلى الغير، حيث أن هذه القاعدة المادية تستمد من اعتبار أن شرط الاختصاص القضائي أمر فرعي يتبع الأمر الأساسي المتعلق بالعقد الأساسي الوارد النص فيه على هذا الشرط (عقد التأمين)، وفقاً للقاعدة التي تقضي بأن الثانوي أو الفرعي يتبع الأساسي *l'accessoire suit le principal*. فإذا كان الحق المتعلق بالعقد الأساسي قد انتقل إلى الغير فإن نفس المصير يكون محفوظاً للشيء الفرعي<sup>(٢٥١)</sup>.

ونحن من جانبنا نعتقد أن تحديد مصير شرط اختيار المحكمة المختصة في حالة حوالة الحق أو بصفة عامة بالنسبة للغير ينبغي أن يخضع للقانون الذي يحكم الحق الأساسي. ذلك أن هذا القانون هو الواجب التطبيق على العقد الوارد النص فيه على شرط اختيار المحكمة المختصة، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يرجع إلى هذا القانون لتحديد مدى قابلية انتقال الشرط إلى غير طرفي العقد الأصلي. أما القول بوجود قاعدة مادية في هذا الشأن فإنه يترتب عليه إقصاء القانون الذي يحكم الرابطة الأصلية وهو

(٢٥٠) وفقاً لهذا الحكم قضت محكمة العدل الأوروبية بأن:

“Dans le cadre d'un contrat d'assurance, une clause attributive de juridiction stipulée en faveur de l'assuré, tiers par rapport au contrat et personne distincte du preneur d'assurance, doit être considérée comme valide au sens de l'article 17 de la Convention s'il a été satisfait à la condition de forme écrite prévue par cet article, dans les rapports entre l'assureur et le preneur d'assurance, et si le consentement de l'assureur s'est manifesté d'une manière Claire et précise à cet égard”. V. CJCE. 14 juillet 1983, *Revue critique de droit international privé*. 1984, p. 141. note Hélène Gaudemet-Tailon.

(٢٥١) انظر في هذا المعنى:

Nicolas Dorandeu: *La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé*, op cit, 1006 et s.

القانون الطبيعي لحكم هذه المسألة<sup>(٢٥٢)</sup>.

### المطلب الثاني

اختصاص محاكم الدولة التابع لها المدعى بجنسيته

(أ) معيار الإمتياز القضائي:

٢٦٩- وفقاً لنص المادة ٤٤ من القانون المدني الفرنسي إذا كان المدعي متمتعاً بالجنسية الفرنسية فإنه يمكنه رفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية حتى ولو كان المدعي عليه أجنبياً وكان غير متوطن في فرنسا وكان الأمر يتعلق بتصرف قانوني تم إبرامه وتنفيذه في الخارج<sup>(٢٥٣)</sup>.

ويلاحظ أن وجود أي معيار آخر - منصوص عليه في القانون الداخلي - ينفي الاختصاص عن القضاء الفرنسي لا يتغلب على المعيار سالف الذكر المقرر لامتياز القضاء الفرنسي *le privilege de juridiction* المتعلق بالجنسية الفرنسية للمدعي.

(ب) الحالات التي يستبعد فيها أعمال معيار الامتياز القضائي:

٢٧٠- ووفقاً لأحكام القضاء الفرنسي توجد بعض الحالات التي يُستبعد فيها

إعمال معيار الامتياز القضائي هي:

١- استبعاد معيار الامتياز القضائي بواسطة معاهدة دولية:

إذا كانت معايير نفي الاختصاص الداخلية لا تتغلب على معيار الاختصاص المشار إليه إلا أن معايير نفي الاختصاص الدولية يؤدي إعمالها إلى تعطيل تطبيق

(٢٥٢) على الرغم من أن القضاء الصادر عن محكمة العدل الأوروبية في القضية المشار إليها في المتن وغيرها قضى بتطبيق القانون الذي يحكم الرابطة الأصلية على مسألة قابلية شرط اختيار المحكمة المختصة للانتقال إلى الغير إلا أن البعض يرى - دون سند مبرر - أنه توجد قاعدة مادية في هذا الشأن. انظر في ذلك:

Nicolas Dorandeu: La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé, Clunet, op cit, p. 1008.

(٢٥٣) تنص المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي على أن:

“L'étranger, même non résidant en France, pourra être cite devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français”.

معياري الامتياز القضائي المنصوص عليه في القانون الفرنسي. ولذا فإن معيار اختصاص المحاكم الفرنسية الذي يركز على جنسية المدعى وليس على نوع الحقوق محل النزاع، قد استبعدته كل من معاهدة بروكسل ومعاهدة لوجانو المتعلقةتين بالاختصاص القضائي بين دول الجماعة الأوروبية. لذا، إذا كان هناك مجال لتطبيق أي من هاتين المعاهدتين كان من غير الممكن للمدعي الفرنسي أن يتمسك بتطبيق نص المادة ١٤ المقرر للامتياز<sup>(٢٥٤)</sup>. أما إذا لم تكن المعاهدة مطبقة فيتم تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الفرنسية ويمكن بالتالي للمدعي الفرنسي التمسك باختصاص المحاكم الفرنسية بشرط ألا يوجد معيار آخر يقرر اختصاص هذه المحاكم.

### ٢- حالة التنازل عن امتياز الاختصاص القضائي:

يمكن للمدعي الذي له الحق في التمسك بامتياز الاختصاص القضائي أن يتنازل عنه، فإذا تم ذلك لا يجوز للقاضي الفرنسي أن يصدر حكماً باختصاصه بنظر النزاع وفقاً لهذا المعيار<sup>(٢٥٥)</sup>.

ويجوز التنازل عن التمسك بامتياز الاختصاص القضائي في أي وقت، حيث يمكن ذلك حتى بعد رفع الدعوى أمام القضاء الفرنسي استناداً لهذا المعيار.

### ٣- حالة وجود شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة:

إذا وجد شرط قام طرفاً التصرف بمقتضاه باختيار إخضاع النزاع لغير المحاكم الفرنسية وجب التقيد بهذا الاتفاق، ولا يمكن بالتالي للمدعي الفرنسي الجنسية أن يتمسك بامتياز الاختصاص القضائي، لأن شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة يعد بمثابة تنازل ضمني *une renonciation tacite* من جانبه عن استعمال امتياز الاختصاص القضائي الذي بواسطته يعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية دون غيرها.

(٢٥٤) تنص المادة الثالثة من كل من معاهدة بروكسل المبرمة سنة ١٩٦٨ ومعاهدة لوجانو المبرمة سنة ١٩٨٨ على أن:

“Les personnes domiciliées sur le territoire d’un Etat contractant ne peuvent être attirées devant les tribunaux d’un autre Etat contractant. Ne peuvent être invoquées contre elles notamment:

-en France: les articles 14 et 15 du code civil”.

(٢٥٥) انظر في ذلك:

## ٤- تطبيق امتياز الاختصاص القضائي في مجال حوالة الحق:

من المقرر أنه لا يشترط لإعمال معيار إمتياز الاختصاص القضائي أن تكون الجنسية الفرنسية ثابتة للشخص وقت إبرام التصرف. فيمكن أن يبرم التصرف دون أن يكون المدعى فيه أو الدائن متمتع بالجنسية الفرنسية ثم يكتسب هذه الجنسية في وقت لاحق وعلى وجه التحديد يتم تقدير ذلك وقت رفع الدعوى، فإذا كان المدعى يتمتع بالجنسية نفرنسية في هذا الوقت انعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية وفقاً لمعيار الامتياز القضائي.

وعلاوة على ذلك قد يتم إبرام التصرف دون أن يكون الدائن متمتعاً بالجنسية الفرنسية، ثم يقوم الدائن الأجنبي بنقل حقه - بواسطة حوالة الحق - إلى شخص فرنسي الجنسية فيكون من حق الدائن المحال له الحق أن يستفيد من امتياز الاختصاص القضائي وفقاً لنص المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي.

على أنه يستثنى من ذلك كما ذكرنا حالة وجود شرط في العقد الأساسي قام طرفا العقد بمقتضاه باختيار المحكمة المختصة، حيث يترتب على ذلك أنه في الحالة التي يقوم فيها الدائن بنقل حقه إلى شخص آخر فإن هذا الأخير بوصفه هو المحال له الحق يتقيد برفع الدعوى إلى المحكمة المتفق عليها بين المدين والدائن الأصلي.

وتجدر الإشارة كذلك أن نفس الحل يتم الأخذ به في حالة الحوالة التي تتم على سبيل الغش والتحايل بهدف عقد الاختصاص للقضاء الفرنسي وفقاً لمعيار الامتياز القضائي. فإذا افترضنا أن الدائن المحيل غير الفرنسي قام بنقل حقه إلى شخص أو شركة فرنسية بهدف عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية فإنه من الواضح أن الحوالة قد تمت بطريق التحايل. وبما أن الغش يفسد كل شيء *Fraus omnia corromput* فإن من غير الممكن قبول اختصاص المحاكم الفرنسية.

تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مونيبييه الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢ مايو ١٩٨٥ بعدم اختصاص القضاء الفرنسي بنظر النزاع لأن الحوالة التي تمت إلى فرنسي الجنسية قد تمت بطريق الغش.

تتلخص وقائع القضية في إبرام عقد بين شركة سويسرية وإحدى الشركات الأمريكية المتخصصة في تصنيع الطائرات المدنية وتم النص في العقد على قصر حق

البيع والتوزيع لطائرات بوينج ٧٢٧ على الشركة السويسرية ثم قامت الشركة الأمريكية ببيع بعض صفقة طائرات من هذا النوع لدولة الكونغو مما تسبب في حدوث النزاع بين الشركة السويسرية والشركة الأمريكية.

وقد تم رفع الدعوى أمام المحاكم الأمريكية وبعد مرور ما يقرب من عامين على رفع الدعوى قامت الشركة السويسرية بحوالة حقوقها تجاه الشركة الأمريكية لشركة فرنسية وقامت هذه الأخيرة برفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية تطبيقاً لنص المادة ١٤ المتعلقة بامتياز الاختصاص القضائي.

ويمكن تتبع هذا النزاع أمام القضاء الفرنسي على الوجه التالي:

هند عرض النزاع أمام محاكم أول درجة قضت المحكمة التجارية في مدينة بيرينيون بقبول الدعوى استناداً لنص المادة ١٤ سالف الذكر وقضت بإدانة الشركة الأمريكية وحكمت عليها بدفع مبالغ كبيرة للشركة الفرنسية المحال إليها حقوق الشركة السويسرية.

- ولما عرض الأمر على محكمة الاستئناف قضت محكمة مونتيلييه - في حكمها بتاريخ ٢ مايو ١٩٨٥ (٢٠٦) - بنقض حكم الدرجة الأولى لأن تغير عنصر من عناصر الإسناد قد تم بطريقة مصطنعة *element de rattachement artificiel* بهدف جلب الاختصاص للقضاء الفرنسي وهو الأمر الذي يشوبه الغش والتحايل. ذلك أنه لا توجد أية علاقة تجارية بين الشركة السويسرية (المحيلة) وبين الشركة الفرنسية (المحال لها الحقوق)، كما أن الحوالة قد تمت بعد قبول الشركة السويسرية رفع الدعوى أمام القضاء الأمريكي مما يعد بمثابة تنازل عن التمسك بامتياز الاختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية.

(٢٥٦) وفقاً لهذا الحكم قضت محكمة استئناف مونتيلييه بأن:

“L'opération par laquelle une société Suisse cède à une société française la créance qu'elle prétendait vis-à-vis de deux sociétés américaines contre lesquelles elle avait introduit une procédure aux Etats-Unis, présente un caractère frauduleux qui fait échec à la compétence des tribunaux français sur le fondement de l'article 14 du code civil dès lors qu'il est établi qu'elle n'avait pas d'autre but que de permettre le recours au privilège de juridiction de l'article 14 en raison de la nationalité française du cessionnaire et de créer ainsi un élément de rattachement artificiel destiné à soustraire le recouvrement de la créance et les droits qui y sont attachés à ses juges naturels, en l'espèce la juridiction américaine”. V. Cour d'appel de Montpellier, 2 mai 1985. Revue critique de droit international privé, 1987, p. 108, note Georges A.L. Droz.

- وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف وأكدت على مبدأ استبعاد تطبيق نص المادة ١٤ في حالة الغش والتحايل وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٨٧ في ذات القضية. والأهم من ذلك أن المحكمة قد أوضحت بما لا يدع مجالاً للشك أن نص المادة ١٤ لا يمكن تطبيقه إذا كان المحال له الحق قد أقام الدعوى أو قبلها لدى محاكم دولة أجنبية، لأنه بذلك يعد متنزلاً عن التمسك بالامتياز التقضائي<sup>(٢٥٧)</sup>.

### المبحث الثاني

#### أثر حوالة الحق على الاختصاص التحكيمي 'انتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق'

#### وضع المشكلة:

٢٧١- من المسلم به أن العقد يلزم أطرافه، ولا يلزم به غير هؤلاء الأطراف. ويستند ذلك إلى ركن التراضي وهو أحد أهم أركان العقد ومن هنا فإن طرفي العقد اللذان ارتضيا بأحكامه هما فقط اللذان يلتزمان بما ورد النص عليه في هذا العقد. ولا يشذ عقد التحكيم عن ذلك. ومن المعروف أن اتفاق التحكيم *la convention d'arbitrage* يتخذ إحدى صورتين: الأولى هي شرط التحكيم *la clause compromissoire* الذي يرد النص عليه في العقد الأساسي المبرم بين الطرفين، والثانية هي مشاركة التحكيم *le compromis* التي يتم إبرامها في تاريخ لاحق للعقد الأصلي أي في عقد مستقل عن هذا العقد الأساسي.

وسواء اتخذ اتفاق التحكيم صورة الشرط أو المشاركة فإنه يرد على الحق محل العقد الأصلي، بمعنى أن طرفي هذا العقد الأصلي تتجه إرادتهما إلى إخضاع النزاع

(٢٥٧) أكدت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية على أن:

"Le cessionnaire français d'une créance n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions de l'article 14 du code civil lorsque cette créance faisait l'objet d'un litige devant un tribunal étranger saisi par le cédant ou don't le cédant a accepté la compétence.

Les tribunaux français sont incompétents dès lors que les conditions d'application de l'article 14 du code civil ont été créées frauduleusement par une cession de créance". V. Cour de cassation, 24 novembre 1987, Revue critique de droit international privé, 1988, p. 364, note Georges A.L. Droz.

الذي قد ينشأ من جراء تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه للفصل فيه بطريق التحكيم. على أنه قد يقوم الدائن في هذا العقد الأساسي بنقل حقه إلى شخص آخر أو إلى هيئة أو أحد البنوك مما يؤثر التساؤل عن مدى انتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق. وغني عن البيان أن هذا الأخير لم يتوافر لديه إرادة الالتزام بشرط التحكيم، حيث أن اتفاق التحكيم قد أبرم بين كل من الدائن المحيل والمدين ولذا فإن المحال له الحق يعد من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم لأنه لم يشترك فيه ولم يرضَ الالتزام بأحكامه. فهل ينتقل شرط التحكيم بانتقال الحق المحال من الدائن المحيل إلى الدائن المحال له الحق أم لا؟

٢٧٢- للإجابة على هذا التساؤل يتعين أن نتعرض للمسائل التالية:

- الاتجاهات التي قيل بها في شأن انتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق (المطلب الأول).

- نطاق استقلال شرط التحكيم وحدوده (المطلب الثاني).

- تطبيقات من القضاء الوطني ومن قضاء التحكيم (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

الاتجاهات التي قيل بها في شأن

انتقال شرط التحكيم للمحال له الحق

٢٧٣- يمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين في هذا الشأن: الأول منهما يطلق أعمال مبدأ سريان شرط التحكيم قبل الدائن المحال له الحق، والاتجاه الثاني يقبل من حيث المبدأ هذا الانتقال إلا أنه يقيد بشروط معينة.

أولاً: الاتجاه المطلق لانتقال شرط التحكيم إلى الدائن المحال له الحق:

٢٧٤- نعرض فيما يلي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، ثم للنتائج المترتبة عليه في مجال حوالة الحق.

(أ) مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي:

٢٧٥- يمكن التمييز داخل هذا الاتجاه بين رأيين فرعيين أحدهما يأخذ بمبدأ الاستقلال الكامل لشرط التحكيم عن العقد الأساسي والآخر يرى أن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي لا يمكن أن يكون كاملاً، بل هو استقلال نسبي أو جزئي.



وفيما يلي نعرض لكل من هذين الرأيين:

#### ١- الرأي الأول، الاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم عن العقد الأساسي:

٢٧٦- وفقاً لهذا الرأي يستقل اتفاق التحكيم استقلالاً تاماً عن العقد الأساسي المبرم بين الطرفين *l'autonomie de la convention d'arbitrage* على الرغم من أن اتفاق التحكيم قد أبرم لفصل في المنازعات التي قد تنشأ من جراء تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد الأساسي. وهذا هو الذي يفسر أن القواعد التي تطبق على انتقال الحق من المحيل إلى المحال له الحق ليس بالضرورة أن تطبق على انتقال اتفاق أو شرط التحكيم من الدائن المحيل إلى الدائن المحال له الحق، فنحن أمام مسألتين مستقلتين ولا يتبع أحدهما الآخر<sup>(٢٥٨)</sup>.

ويرى أنصار هذا الرأي أن الأخذ به يكفل ازدهار علاقات التجارة الدولية، حيث لا تكون هناك خشية لدى أحد الطرفين من إمكانية اللجوء إلى التحكيم نتيجة تغير شخص الدائن صاحب الحق<sup>(٢٥٩)</sup>.

ويستند هذا الاستقلال لشرط التحكيم أو لاتفاق التحكيم على وجه العموم إلى وجود قاعدة مادية *une règle materielle* خاصة بالتحكيم الدولي مقتضاها استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى حسم المنازعات المتعلقة به<sup>(٢٦٠)</sup>.

#### ٢- الرأي الثاني: الاستقلالية النسبية لشرط التحكيم عن العقد الأساسي:

٢٧٧- وفقاً لهذا الرأي لا يستقل شرط التحكيم عن العقد الأساسي استقلالاً تاماً، ذلك أن شرط التحكيم قد ورد النص عليه في العقد الأساسي المبرم بين الطرفين، ومن

(٢٥٨) انظر في تفصيل ذلك:

Marie-Elisabeth Mathieu-Bouyssou: La transmission de la Clause compromissoire au cessionnaire de la créance, La Semaine Juridique. édition générale, I. 116, n° 11-12 mars 2003, p. 433 et ss.

(٢٥٩) انظر في هذا المعنى:

Eric Loquin: note sous Cour d'appel de Paris, 17 Novembre 1998. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique. 1999, n°2, p. 379 et s.

(٢٦٠) من الأحكام الشهيرة التي قررت صراحة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي وفقاً لقاعدة مادية، الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية داليكو بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣ والذي وفقاً له: "En vertu d'une règle materielle du droit international de l'arbitrage. la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence". V. Cour de cassation, 20 Décembre 1993. aff. Dalico. Clunet, 1994, p. 432, note E. Gaillard.

ثم فإن شرط التحكيم ليس إلا شرط كغيره من الشروط المنصوص عليه في عقد واحد ولا يمكن فصله بصفة مطلقة عن العقد الأساسي الوارد النص فيه على شرط التحكيم.

ولهذا فإنه إذا كان الرأي السابق يعتمد اصطلاح الاستقلالية الكاملة *l'autonomie de la clause compromissoire* وهو التعبير المستخدم في نواحي أخرى في القانون الدولي الخاص كما هو الحال بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة، فإن الاتجاه الحالي يعتمد اصطلاح التفريق أو الفصل *la séparabilité de la clause compromissoire*.

ويرى هذا الرأي أن كلمة التفريق تدل على حقائق الأشياء أكثر من كلمة الاستقلالية التامة، فالعلاقة بينهما ليست منفصلة تماماً إذ إننا لسنا إزاء وحدتين مختلفتين أو عقدين منفصلين تماماً وإنما يرد النص على شرط التحكيم في العقد الأساسي كما أن الهدف من هذا الشرط هو تسوية المنازعات التي قد تنشأ من العقد الأساسي.

فشرط التحكيم ليس سوى شرط من بين الشروط الوارد النص عليها في العقد الأساسي. وعلى الرغم من ذلك فإن الأطراف تتجه إرادتهم إلى التمييز بين اتفاق التحكيم وبين العقد الأساسي بحيث يخضع كل منهما لنظام قانوني مستقل عن الآخر.

ويتربى على ذلك أنه لا يمكن تصور وجود اتفاق التحكيم منفصلاً عن وجود العقد الأساسي، فإذا لم يوجد هذا الأخير انعدم وجود اتفاق التحكيم. وهذا يدل حتماً على عدم وجود استقلال تام بين اتفاق التحكيم والعقد الأساسي. وهكذا فإن شرط التحكيم يشكل عنصراً من النظام القانوني المراد من قبل الأطراف. ويمكن مقارنة وقياس العلاقة بينهما على العلاقة التي تتواجد بين العقد والقانون المختار من قبل الأطراف للانطباق على العقد. فهذا القانون الأخير ليس له استقلال تام عن العقد فيدون عقد فسيم يستخدم القانون واجب التطبيق؟ كذلك الحال بالنسبة لشرط التحكيم الذي لا ينفصل عن العقد الأساسي فيدون وجود عقد فسيم يستخدم شرط التحكيم؟

والخلاصة هي إذن عند هذا الرأي أن شرط التحكيم تماماً كشرط القانون واجب التطبيق هو عنصر تابع *accessoire* بالنسبة للعقد الأساسي<sup>(٢٦١)</sup>.

(٢٦١) انظر في تفصيل ذلك:

## ب) النتائج المترتبة على مبدأ استقلال شرط التحكيم:

٢٧٨- على الرغم من وجود اختلاف بين الرأيين السابقين في مفهوم وحدود مبدأ استقلال شرط التحكيم كما أوضحنا، إلا أنه لا يوجد اختلاف في النتائج التي تترتب عليهما على الأقل فيما يتعلق بحوالة الحق.

فإذا كان هذا الرأي الثاني يرى أن شرط التحكيم ليس إلا شرطاً وارداً في العقد الأساسي، ومن ثم فإن المنطق يقضي بأنه في حالة بطلان العقد الأساسي فإن هذا يقود إلى بطلان كافة الشروط الواردة به، إلا أن هذا الرأي يرى مع ذلك وجود شيء من الاستقلال بالنسبة لشرط التحكيم. فالأثر الذي يترتب على بطلان شرط ما في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان بقية شروط العقد طالما أن الشرط الباطل ليس له أثر حاسم على رضاء الأطراف في إبرام العقد بأكمله ومن ثم يظل العقد قائماً وصحيحاً رغم بطلان أحد شروطه.

واستناداً إلى ما تقدم يقرر هذا الرأي أن بطلان العقد الأساسي لا يمكن أن يؤثر على شرط التحكيم طالما أن الأطراف قد اتجهت لإرادتهم لإبرام اتفاق التحكيم بهدف الإعلان عن حالة البطلان ولتحديد النتائج المترتبة على هذا البطلان. ذلك أنه ينبغي احترام شرط التحكيم الذي يتضمن إرادة الأطراف التي توكل إلى المحكم سلطة الإعلان عما إذا كان العقد صحيحاً أم باطلاً.

ويرى هذا الرأي أن الاعتداد بالإرادة الصريحة هنا أمر غير ممكن، ولذا فإنه يفترض أن إرادة الأطراف *une volonté présumée* - المعبر عنها بواسطة شرط التحكيم - قد اتجهت إلى ترك مهمة تحديد مصير العقد الأساسي إلى هيئة التحكيم المتفق عليها<sup>(٢٦٢)</sup>.

٢٧٩- وإذا كان هذا الرأي يرى أن شرط التحكيم يعد متميزاً على هذا النحو عن العقد الأساسي بحيث أن بطلان هذا الأخير لا يؤثر على الأول، إلا أنه فيما يتعلق بحوالة الحق يرى أن وجهة النظر العكسية هي التي يتعين الأخذ بها. ومعنى ذلك أنه

(٢٦٢) بقر الاستاذ الفرنسي Mayer في هذا الشأن أن:

“Ainsi la clause compromissoire est separable, et doit être séparée dans la mesure précisément où elle contribue à définir le processus à l’issue duquel les sort du contrat sera réglé, autrement dit dans la mesure où elle est un accessoire des clauses substantielles du contrat”. V. Pierre Mayer: Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, op cit, p. 362.

في مجال حوالة الحق المبدأ هو عدم استقلال وانفصال شرط التحكيم عن العقد الأساسي. ذلك أنه بالنظر إلى أن شرط التحكيم هو تابع وفرعي بالنسبة للعقد الأساسي فإن النتيجة التي تترتب على ذلك هي أن شرط التحكيم يتبع العقد الأساسي في حالة حوالة الحق محل هذا العقد الأساسي. ولذا فإن انتقال الحق من الدائن المحيل إلى الدائن المحال له الحق ليس له أي أثر على شرط التحكيم حيث يظل هذا الشرط قائماً ويسري في مواجهة المحال له الحق لأنه يتبع الحق ذاته ولا يتبع شخص الدائن.

ومن الواضح التناقض الذي وقع فيه هذا الرأي، فهو لا يسير على وتيرة واحدة ولا في اتجاه واحد فبينما يرى في مجال البطلان أن شرط التحكيم مستقل ولا يتبع مصير العقد الأساسي نجده يقرر في مجال حوالة الحق أن شرط التحكيم هو تابع للعقد الأصلي باعتباره من شروطه فإذا تم انتقال الحق محل العقد الأصلي من الدائن الأصلي إلى غيره انتقل شرط التحكيم للمحال له الحق مع انتقال هذا الحق الأخير.

٢٨٠- وعلى وجه العموم فإن النتيجة التي تترتب على كل من الرأيين اللذين عرضنا لهما هي واحدة. سواء أخذنا بالاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم أو بالاستقلالية النسبية فالنتيجة واحدة.

- فوقاً لمبدأ الاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم يستقل هذا الأخير تماماً عن العقد الأصلي، ومع ذلك فإن هذا الاستقلال المقرر وفقاً لقاعدة مادية متعلقة بالتحكيم لا يمنع من انتقال شرط التحكيم في حالة انتقال الحق محل العقد الأصلي. وهكذا يقرر هذا الرأي انتقال شرط التحكيم للمحال له الحق باعتبار أن ذلك يُبد أمرأ مسلماً un postulat دون منح تفسير قانوني مقنع لهذا الانتقال. فشرط التحكيم ينتقل مع حوالة الحق للمحال له على الرغم من أن هذا الأخير لم تتجه إرادته إلى إبرام اتفاق للتحكيم ولم يكن طرفاً به وإنما هو طرف فقط في عقد حوالة الحق محل العقد الأصلي.

ولاشك أن هذه النتيجة التي توصل إليها أنصار الاستقلال الكامل لشرط التحكيم تتعارض تعارضاً صارخاً مع مبدأ استقلال شرط التحكيم الذي ينادون به. فمقتضى الاستقلال التام ألا يتأثر شرط التحكيم - باعتباره اتفاقاً مستقلاً - بما يعرض للعقد الأصلي وللحق موضوع هذا العقد الأصلي، فإذا أبرمت حوالة واردة على هذا الحق الأخير فإن المنطق يقضي بعدم وجود أثر لذلك على شرط التحكيم ومن ثم فلا ينتقل إلى المحال له الذي لم يكن طرفاً فيه ولم يرض الخضوع له.

- ووفقاً لمبدأ الاستقلالية النسبية لشرط التحكيم رأينا أن ما يستندون إليه هو اعتبار شرط التحكيم كغيره من الشروط المنصوص عليها في العقد الأساسي ومن ثم لا انفصال تام بينهما الأمر الذي يقود إلى تأثر شرط التحكيم بما يعرض للعقد الأساسي. ومع ذلك عند التعرض لمسألة أثر حوالة الحق على شرط التحكيم نجد أنه من التناقض أن يبنى هذا الرأي فكرة التبعية التي تجعل من شرط التحكيم تابعاً في مصيره لمصير العقد الأساسي ففي حالة وجود حوالة حق واردة على الحق محل العقد الأصلي فإن شرط التحكيم يتبع هذا العقد في ذلك وينتقل من ثم إلى المحال له.

### ثانياً، الاتجاه المقيد لانتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق:

٢٨١- إذا كان الاتجاه السابق الذي يرى انتقال شرط التحكيم بانتقال الحق إلى المحال له، إلا أن هناك رأياً آخر يرى أن انتقال شرط التحكيم ينبغي أن يقيد بشروط معينة. ذلك أن وجود شرط التحكيم في العقد الأساسي لا يكفي لسريانه في مواجهة المحال له الحق. ولذا فإنه يتعين أن يتوافر رضاء المحال له الحق بشرط التحكيم أو على الأقل أن يكون على علم بهذا الشرط.

وقد أخذت بهذا الاتجاه المحكمة العليا في السويد وذلك في حكمها الصادر في قضية Emja بتاريخ ١٥ أكتوبر ١٩٩٧ (٢٦٣).

ويعد هذا الحكم تطبيقاً لما هو مقرر في الدول الأنجلوسكسونية من أن المحال له الحق لا يلتزم بشرط التحكيم إلا إذا وافق عليه بطريقة واضحة. ويعد القانون السويدي من القوانين التي تأثرت بالنظام القانوني السائد في الدول الأنجلوسكسونية (٢٦٤).

(٢٦٣) قضت المحكمة العليا في السويد في هذا الشأن أن:

“Dans le cadre d’une transmission à titre universel, une clause comromissoire a en principe un effet à l’égard d’un tiers cessionnaire du contrat. La transmission de la clause au cessionnaire est moins évidente dans le cadre d’une transmission à titre particulier, le cessionnaire devant alors y avoir consenti ou avoir eu connaissance de l’existence de la clause comromissoire”. V. Cour supreme de Suède, 15 Octobre 1997, Revue de l’arbitrage, 1998, p. 431, note Anne-Cécile Hansson Lecoanet et Sigvard Jarvin.

(٢٦٤) انظر في هذا المعنى: التعليق على حكم المحكمة العليا في السويد والمنشور في مجلة التحكيم، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣٤.

ويستند هذا الرأي إلى أن شرط التحكيم يترتب عليه حقوق والتزامات. من قبيل ذلك حق كل طرف في اللجوء إلى هيئة التحكيم المنفق عليها في حالة النزاع، والتزام كل طرف بالخضوع للتحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء الوطني وكذلك الالتزام بسداد نفقات ورسوم التحكيم. وتوجد في هذا الشأن خطورة تتمثل في عدم قيام المحال له الحق بسداد هذه النفقات مما يفضل معه المدين اللجوء إلى القضاء الوطني بدلاً من التحكيم.

٢٨٢- ويمكن القول أن المبدأ وفقاً لهذا الاتجاه هو انتقال شرط التحكيم بانتقال العقد الأساسي من المحيل إلى المحال له الحق. ويرتكز ذلك على عدم تأثر موقف المدين بتغير شخص الدائن وهو التغيير الواقع بإبرام عقد حوالة الحق. فحتى لا يتأثر المدين فإن القاعدة هي انتقال الحق من المحيل إلى المحال له بكافة ما يتضمنه الحق من قيود ومن بينها الشرط المتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد بطريق التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن القيد المتعلق بعلم المحال له أو قبوله لشرط التحكيم لا يتعلق بحوالة الحق ذات الطابع التجاري وإنما بالحوالات ذات الطابع الشخصي  
le caractère personnel de la cession

### المطلب الثاني

#### نطاق استقلال شرط التحكيم وحدوده

٢٨٣- رأينا أن الرأي الغالب يتجه إلى تقرير انتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق كأثر مترتب على عقد حوالة الحق. ومع ذلك توجد بعض الحالات التي تستثنى من قاعدة انتقال شرط التحكيم للمحال له الحق يمكن إجمالها فيما يلي:

#### ١- قبول المدين للحوالة دون قيد أو شرط:

٢٨٤- لا تسري الحوالة قبل المدين إلا إذا توافر أحد أمرين: إعلان المدين بالحوالة أو قبوله إياها. وإذا كان إجراء الإعلان هو الغالب إلا أنه إذا توافر الطريق الثاني بأن قبل المدين الحوالة فإن هذا يعد أمراً صحيحاً وتسري الحوالة في مواجهة المدين في هذه الحالة دون حاجة لاتخاذ إجراءات الإعلان.

وإذا كانت القاعدة أن المدين يستطيع التمسك تجاه المحال له الحق بكافة الدفوع les exceptions التي كان يمكنه التمسك بها تجاه الدائن المحيل، إلا أن هذا الأمر

مشروط بالألا يكون المدين قد قبل الحوالة بل تم إعلانه بها. فقبول المدين للحوالة إنز من شأنه سقوط حق المدين في التمسك بالدفع التي كان له حق التمسك بها تجاه الدائن الأصلي لو لم تكن هناك حوالة للحق . ولهذا لا يسري شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأساسي قبل الدائن المحال له الحق<sup>(٢٦٥)</sup>.

٢٨٥- على أن التساؤل يثور حول مدى إمكانية تمسك الدائن المحال له الحق بشرط التحكيم في هذه الحالة. فإذا لم يكن من حق المدين التمسك بالدفع وليس له بالتالي التمسك بشرط التحكيم فهل يمكن للدائن المحال له الحق التمسك بشرط التحكيم في حالة قبول المدين للحوالة دون تحفظ؟

نعتقد أن الإجابة ينبغي أن تكون بالإيجاب لأن قبول المدين للحوالة أمر يتعلق بالمدين، وإذا كان هذا الأخير قد تنازل عن سلوك طريق التحكيم إلا أن هذا لا يسقط حق المحال له في سلوك هذا الطريق. وعلاوة على ذلك فإن القبول ليس هو الطريق الوحيد لتنفيذ الحوالة قبل المدين حيث يوجد الإعلان وعند سلوك طريق الإعلان من المسلم به أن شرط التحكيم ينتقل إلى المحال له الحق، ولذا فإن تغير الطريق الذي يتم به سريان الحوالة في مواجهة المدين من الإعلان إلى القبول إنما يقتصر أثره على المدين فقط دون الدائن المحال له الحق. وعلى ذلك فإننا أمام عدة فروض:

- أن يقبل المدين حوالة الحق دون تحفظ وهنا يسقط حق المدين في التمسك بشرط التحكيم. على أن من حق الدائن المحال له الحق التمسك بشرط التحكيم.

على أن من المستحسن في هذه الحالة أن يقوم الدائن المحال له الحق بإعلان المدين بالحوالة على الرغم من قبول هذا الأخير لها حتى يعتبر ذلك عنصراً إضافياً لتمسك المحال له الحق بشرط التحكيم.

- أن يقبل المدين حوالة الحق مع اشتراطه بقاء شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأساسي. في هذه الحالة ينتقل شرط التحكيم بانتقال الحق المحال. ويكون من حق المدين التمسك بالتحكيم عند نشوء النزاع بينه وبين الدائن المحال له الحق.

(٢٦٥) انظر في هذا المعنى:

Daniel Cohen: note sous cour d'appel de Paris, 22 Février 1996, Revue de l'arbitrage, 1997, p. 79.

- ألا يقبل المدين الحوالة بل يتم إعلانه بها، وهنا يسري شرط التحكيم في مواجهة المحال له للحق أي ينتقل مع حوالة الحق وذلك دون حاجة لقيام المدين عند إعلانه بالتمسك بشرط التحكيم. وفي هذه الحالة يكون من حق المدين التمسك بشرط التحكيم كما يكون من حق الدائن المحال له الحق التمسك به.

- ألا يتم إعلان المدين بالحوالة ولا يتوافر قبوله بها. في هذه الحالة من الواضح أن عقد حوالة الحق لا يعد نافذاً قبل المدين حيث يشترط لنفاذه والاحتجاج به توافر أحد هذين الأمرين إما الإعلان وإما القبول. ولما كانت الحوالة غير نافذة في مواجهة المدين على هذا النحو فإن عقد الحوالة ينتج آثاره بين طرفيه فقط، ولا يكون لشرط التحكيم بالتالي أي أثر قبل المدين إذا تمسك به الدائن المحال له الحق. أما المدين ففي مقدوره التمسك بشرط التحكيم قبل الدائن المحيل الذي أبرم معه العقد الأصلي.

## ٢- اتفاق التحكيم الشخصي:

٢٨٦- قد يستفاد من نصوص العقد الأساسي أن شرط التحكيم قد أبرم بالنظر إلى أشخاصه *intuitus personae*، بحيث أنه لم يكن من المقبول من أي من طرفيه إخضاع النزاع للفصل فيه بطريق التحكيم إلا باعتبار شخص الطرف الآخر.

على أنه من النادر تصور وجود حالة لاتفاق تحكيم شخصي على هذا النحو، وذلك لأن شرط التحكيم في حد ذاته لا يمنح لأي من طرفي العقد أي ميزة على الطرف الآخر<sup>(٢٦٦)</sup>.

وعلى كل حال إذا تبين من العقد أن شرط التحكيم منصوص عليه بالنظر لأشخاص طرفيه فلا ينتقل شرط التحكيم عند انتقال الحق المحال. ولذا إذا قام الدائن الأصلي بنقل حقه إلى آخر لا يستطيع هذا الأخير التمسك بشرط التحكيم لأن المدين قد قبل الالتزام بهذا الشرط بينه وبين الدائن الأصلي فقط دون أي شخص آخر.

(٢٦٦) نظري هذا المعنى:

Philippe Delebecque: La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Civ. 6 Novembre 1990), Revue de l'arbitrage 1991, p. 29; Laurent Aynes: note sous Cour d'appel de Paris, 26 mai 1992, Revue de l'arbitrage, 1993, p. 630.



على أن ما سبق لا يمنع من وجود اتفاق جديد بين المدين والدائن المحال له الحق على إخضاع النزاع للفصل فيه بطريق التحكيم، وهو الطريق الذي كان محظوراً لولا وجود هذا الاتفاق الجديد.

٢٨٧- وينطبق ما ذكرناه من عدم انتقال شرط التحكيم ليس فقط في حالة شرط التحكيم الشخصي، وإنما كذلك إذا كان الحق موضوع العقد الأصلي غير قابل للحوالة باتفاق طرفي العقد أو بحكم القانون أو بالنظر إلى طبيعة هذا الحق. ويستند ذلك إلى أننا نأخذ بالاتجاه الذي يرى أن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي هو استقلال نسبي *la séparabilité de la clause compromissoire* وليس استقلالاً كاملاً *l'autonomie de la clause compromissoire*، بمعنى أن شرط التحكيم ليس إلا شرط وارد في العقد الأساسي ويرتبط به ويعتبر تابعاً له<sup>(٢٦٧)</sup>. ولهذا فإنه إذا كان الحق موضوع العقد الأصلي غير قابل للحوالة من المنطقي أن ينطبق نفس الشيء على شرط التحكيم الوارد النص عليه في ذات العقد حتى إذا لم يكن شرط التحكيم ذاته قد أبرم بصفة شخصية. فالحق ذاته غير قابل للحوالة ومن ثم فإنه لا ينتقل لغير الدائن الأصلي ولا تكون هناك حاجة للحديث عن انتقال شرط التحكيم لأن هذا الشرط لا يوجد مستقلاً *in vacue* وإنما هو تابع لعقد ما ويهدف إلى تسوية المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد.

### ٣- حالة الاتفاق على عدم انتقال شرط التحكيم:

٢٨٨- ينبغي التفريق في هذا الشأن بين فرضين:

- الفرض الأول هو وجود اتفاق بين الدائن الأصلي والدائن المحال له الحق على عدم انتقال شرط التحكيم. في هذه الحالة نتجه إرادة طرفي عقد الحوالة إلى نقل

(٢٦٧) على العكس من ذلك يرى البعض أن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي هو استقلال كامل، ولذا

يروون أن إرادة الأطراف لا تلعب دوراً في استبعاد تطبيق شرط التحكيم وانتقاله إلى المحال له.

“A la vérité, la force obligatoire de la clause compromissoire impose sa transmission, il n’y a pas d’autre issue. En réalité, peu importe que les parties à la cession aient expressément traité de la clause compromissoire. La transmission de celle-ci ne relève pas de leur volonté; ils n’auraient pas pu l’exclure par la convention de cession à laquelle le cede n’est pas partie. La source de cette transmission se trouve dans le contrat qui donne force à la cession cédée, tout autant qu’à la clause d’arbitrage”. V. Laurent Aynés: note sous cour d’appel de Paris. 26 mai 1992, op cit, p. 630.

الحق المحال من الدائن الأصلي إلى الدائن المحال له الحق مع استبعاد شرط التحكيم.

على أن هذا الاستبعاد لشرط التحكيم ليس له من أثر سوى في العلاقة بين طرفي عقد الحوالة، ومن ثم فإن هذا الاستبعاد لا يعتد به في مواجهة المدين المحال عليه الحق. ذلك أن القاعدة هي عدم جواز تأثر وضع المدين نتيجة إبرام عقد الحوالة، ولذا يستطيع المدين التمسك تجاه المحال له الحق بكافة الدفوع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه الدائن الأصلي ومن بين ذلك تمسكه بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي.

- أما الفرض الثاني فإنه يتناول حالة وجود اتفاق بين الدائن الجديد المحال له الحق والمدين على استبعاد أعمال شرط التحكيم. في هذه الحالة ينتج هذا الاتفاق أثره في استبعاد أعمال شرط التحكيم، ومن ثم ينتقل الحق المحال دون شرط التحكيم إلى المحال له الحق.

ويقترَب هذا الوضع من الحالة التي يقبل فيها المدين حوالة الحق دون قيد أو شرط حيث يسقط حق المدين في التمسك بشرط التحكيم. على أن هناك فارقاً بينهما يتمثل في أن قبول المدين للحوالة يعطى حقه هو فقط في التمسك بشرط التحكيم أما الدائن المحال له الحق فله التمسك بتطبيق شرط التحكيم. هذا على خلاف الفرض الحالي الذي يتفق فيه المدين والمحال له الحق على استبعاد أعمال شرط التحكيم حيث لا يجوز لأي منهما التمسك بشرط التحكيم. وهذا يعزز ما سبق أن ذكرناه من أن استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ليست إلا استقلالية نسبية، ومن هنا كان في مقدور الأطراف استبعاد أعمال شرط التحكيم. أما القول بالاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم عن العقد الأصلي فإنه يقود إلى حرمان أطراف هذا العقد الأخير من إمكانية استبعاد تطبيق شرط التحكيم.

### المطلب الثالث

#### تطبيقات من القضاء الوطني وقضاء التحكيم

#### حول أثر حوالة الحق على شرط التحكيم

٢٨٩- نستطيع التمييز في هذه التطبيقات القضائية بين الحالة التي يتمسك فيها

المدين بشرط التحكيم والحالة التي يتمسك فيها الدائن المحال له الحق بهذا الشرط.

## ١- حالة تمسك المدين بشرط التحكيم:

٢٩٠- في قضية تلتخص وقائعها في إبرام عقد بين شركة مقرها في دولة بوركينافاسو وبين شركة تشيكية وتم النص على شرط تحكيم في هذا العقد. وقد قامت الشركة التشيكية بإبرام عقد حوالة لحقوقها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى يتواجد مقرها في دولة ساحل العاج. وعلى إثر نشوب نزاع قامت هذه الشركة الأخيرة (المحال لها الحق) باللجوء إلى هيئة التحكيم تطبيقاً للشرط الوارد النص عليه في العقد. وقد اعترضت شركة بوركينافاسو على ذلك وطالبت بعدم اختصاص هيئة التحكيم التي أقرت اختصاصها بنظر النزاع. وأمام محكمة استئناف باريس طالبت الشركة المدينة المحال عليها الحق بإقرار عدم انتقال شرط التحكيم للمحال له الحق.

في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٩٨ قضت محكمة استئناف باريس بأن مسألة انتقال شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي تستقل تماماً عن سلامة وصلاحيّة الحوالة المتعلقة بالحقوق الموضوعية في العقد الأصلي. وحكمت بالتالي بأن شرط التحكيم يسري في مواجهة الشركة المدينة المحال عليها الحقوق.

وقد اعتبرت المحكمة أن مسألة استقلال شرط التحكيم يتم تقديرها وفقاً لقواعد ذات طبيعة خاصة مستقلة تماماً عن قواعد تنازع القوانين الوطنية. وفي تعليقه على ذلك يرى الأستاذ الفرنسي Loquin أن استقلال شرط التحكيم أمر مقرر بقاعدة مادية متعلقة بالتحكيم الدولي<sup>(٢٦٨)</sup>. وقد تم التأكيد على هذا الاستقلال التام لشرط التحكيم عن العقد الأصلي في الحكم الصادر حديثاً عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٨ مايو ٢٠٠٢<sup>(٢٦٩)</sup>. مما يدل حتماً على أن القضاء الفرنسي قد وضع قاعدة مادية في هذا

(٢٦٨) قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٩٨ بأن:

“Qu'en matière internationale, et parce qu'elle se rapporte au droit d'ester en justice et non au droit substantiel, la clause d'arbitrage, ainsi separable du reste du contrat où elle figure, obéit à règles spécifiques, sans reference obligatoire à un système de conflit de lois ni à une loi désignée par ce système: que si elle transmet accessoirement au contrat qui la contient ou aux droits nés de celui-ci, la validité de cette transmission n'est pas susceptible d'être affectée par les vices qui pourraient affecter la cession du droit substantiel”. V. Cour d'appel de Paris. 17 Novembre 1998, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1999, p. 377 et s.

(٢٦٩) قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بأن:

“En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droit substantiels” V. Cour de cassation, 28 mai 2002, La Semaine Juridique. édition générale. I. 105. 2003 n°, note Christophe Seraglini.

الشان مقتضاها انتقال شرط التحكيم - وهو الأمر الناتج عن استقلاليته الكاملة - إلى المحال له الحق بغض النظر عن الميوب التي قد تتعلق بالعقد الأصلي.

٢٩١- وفي نطاق التحكيم الداخلي يمكننا أن نذكر الحكم الصادر من محكمة أكس الفرنسية بتاريخ ٩ يناير ١٩٩٧. وتتلخص وقائع القضية في قيام شركة *SNTM* بإيرام عقد إصلاح سفينة مع شركة البحرية الجنوبية في فرنسا، وقد قامت هذه الشركة الأخيرة بإحالة حقوقها الناتجة عن العقد السابق إلى البنك العام التجاري بواسطة حوالة الحق ذات الإجراءات البسيطة وفقاً لقانون ديلى *la loi Dailly* الصادر سنة ١٩٨١. ولما لم تقم شركة *SNTM* بسداد ما عليها للبنك فقد قام هذا الأخير برفع الدعوى أمام محكمة مارسيليا التجارية، وقد عارضت شركة *SNTM* خضوع المنازعة لاختصاص المحكمة استناداً إلى وجود شرط تحكيم منصوص عليه في العقد المبرم بينها وبين الشركة المحلية، ومع ذلك فإن محكمة مارسيليا عدت لنفسها الاختصاص بنظر النزاع، إلا أن حكمها قد تم إلغاؤه من قبل محكمة استئناف أكس نظراً لتضمن العقد شرط تحكيم<sup>(٢٧٠)</sup>.

ويستفاد من هذا الحكم أن محكمة الاستئناف قد أقرت مبدأ انتقال شرط التحكيم للمحال له الحق وقد تعلق الأمر بحوالة حق داخلية لا تحوي على عنصر أجنبي وتم تطبيق القانون الفرنسي عليها. على أنه من الملاحظ أن هذا لا يمنع من تطبيق القانون الداخلي على الصعيد الدولي بالنسبة للحالات التي تتضمن عنصراً أجنبياً. ويكون تطبيق القانون الداخلي عندما تشير قاعدة التنازع بتطبيق هذا القانون فيكون هو القانون واجب التطبيق.

## ٢- حالة تمسك المحال له الحق بشرط التحكيم:

٢٩٢- من قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٦ مايو ١٩٩٢ في القضية التي تتلخص وقائعها في إبرام عقد سنة ١٩٨٦ بين شركة جيون للصيد وبين شركة أجرو البحرية بهدف تزويد هذه الأخيرة بمنتجات الصيد بسعر مخفض في مقابل تمويل استثماراتها.

(٢٧٠) انظر هذا الحكم في:

وفي عام ١٩٨٧ تأخرت شركة أجرو في فتح الاعتمادات المستندية اللازمة لتدفق الاستثمارات مما اضطر شركة جيون إلى إلغاء العقد وإخطار شركة أجرو بذلك. وقد قامت هذه الأخيرة بنقل حقوقها إلى شركة ABBA والتي وضعت موضع التنفيذ شرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي. ولما كانت شركة جيون قد امتنعت عن تسمية المحكم فقد قام رئيس المحكمة التجارية بتسمية المحكم الثاني.

وتعد هذه القضية مثالا للتمسك بشرط التحكيم من قبل المحال له الحق ورفض الخضوع للتحكيم من قبل المدين المحال عليه الحق. وقد صدر حكم التحكيم بتاريخ ٦ يونيو ١٩٩١ الذي رفض مطالبة شركة جيون المدينة بعدم الاختصاص.

ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس أقرت ما توصلت إليه هيئة التحكيم من اعتبار أن من حق الدائن المحال له الحق التمسك بشرط التحكيم<sup>(٢٧١)</sup>.

٢٩٢- ويوجد مثال كذلك لإثارة شرط التحكيم والتمسك به من قبل الدائن المحال له الحق، وهذا المثال مستمد من قضاء التحكيم. وبالنظر إلى العرية التي تحيط بنظام التحكيم فإننا لا نستطيع سرد الوقائع على وجه التحديد. وعلى وجه العموم فإن ما يفيدنا هو التعرف على القواعد القانونية المستمدة من حكم هيئة التحكيم.

في هذه القضية تمسك المحال له الحق بتطبيق شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي المبرم بين المدين والدائن المحيل. وقد عارض المدين ذلك مدعياً أن شرط التحكيم ذو طابع شخصي *intuitu personae* ولا يستفيد منه الدائن المحال له الحق.

وقد بحثت هيئة التحكيم مدى حق المحال له الحق في التمسك بشرط التحكيم من أجل ذلك بدأت هيئة التحكيم بتقرير أن شرط التحكيم لا يمكن أن يتواجد بمفرده أي بصفة مستقلة عن وجود عقد ما، فهو يفترض انتقال الحقوق محل العقد الأصلي.

وقد قامت المحكمة بعد ذلك ببحث مدى اعتبار شرط التحكيم ذو طبيعة شخصية *intuitu personae* وتوصلت فعلاً إلى اعتباره كذلك الأمر الذي من شأنه عدم انتقال

(٢٧١) وفقاً للحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٦ مايو ١٩٩٢ قضت المحكمة بأن:

"C'est à bon droit qu'un tribunal arbitral a retenu que la cessionnaire pouvait invoquer la convention d'arbitrage". V. Cour d'appel de Paris, 26 Mai 1992, Revus de l'arbitrage, 1993, p. 624, note Laurent Aynès.

شروط التحكيم إلى المحال له. إلا أن هيئة التحكيم قد تبين لها وجود اتفاق مخالف تم استخلاصه من حرص المدين على تشجيع المحال له الحق في الاتصال بالمحيل في مجال خصصة المشروعات العامة والتي من بينها المشروع التابع للمدين ذاته.

وبعد ذلك وضعت هيئة التحكيم قاعدة انتقال شرط التحكيم للمحال له تبعاً لانتقال الحق إليه بتنظر إلى الطبيعة الإجرائية لشرط التحكيم وبالنظر كذلك لمبدأ استقلال شرط التحكيم<sup>(٢٧٧)</sup>.

(٢٧٢) قضت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في الحكم الصادر في القضية رقم ٧٩٨٢ سنة ١٩٩٦

بأن:

“La clause compromissoire est bien une convention différente du contrat qui la contient. La clause compromissoire est une convention de procédure qui, produisant une restriction du droit d'action, laquelle ne pourra être exercée que devant la jurisprudence arbitrale, est une modalité du droit d'action... C'est le droit d'action qui est l'objet de la convention d'arbitrage et non les droits substantiels. Or le droit d'action est autonome par rapport au droit substantiel.. La convention d'arbitrage est l'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel”. V. Sentence n° 7982 en 1996, Clunet, 2002, p. 1058, note Segvard Jarvin.

## خاتمة البحث

عرضنا في هذا البحث لدراسة موضوع "حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية". وتعد هذه الدراسة على قدر كبير من الأهمية، ذلك أن الحوالة لا تستخدم فقط في الوقت المعاصر كوسيلة لنقل الحق من شخص الدائن الأصلي إلى شخص الدائن المحال له الحق وإنما تستخدم كذلك كوسيلة لتمويل التجارة على الصعيد الدولي. فبدلاً من أن ينتظر الدائن الأجل الذي يحل فيه الدين يمكنه بطريق حوالة الحق نقل حقه إلى شخص أو بنك في غالب الحالات في مقابل قيام هذا الأخير بسداد مبلغ الدين للدائن الأصلي ويستطيع بالتالي هذا الأخير تمويل عمليات التجارة دون انتظار قيام المدين بسداد الدين.

ولا شك أن هذه الوظيفة لحوالة الحق في تمويل عمليات التجارة الدولية هي التي دفعت إلى وضع تنظيم لحوالة الحق على الصعيد الدولي، حيث اهتمت معاهدة أوتاوا بمعالجة هذا الموضوع، كما تقوم حالياً لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة بدراسة وضع معاهدة تتعلق بتمويل التجارة بطريق حوالة الحق.

وقد تعرضنا في الفصل الأول من هذا البحث لدراسة مسألة القانون واجب التطبيق على عقد الحوالة ذاته. وباعتبار حوالة الحق عقد فإنها تخضع في المقام الأول كغيرها من العقود - وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة - للقانون المختار من قبل الأطراف. أما في غيبة قانون الإرادة فقد اختلف الرأي إلى اتجاهين: الأول يخضع الحوالة إلى قانون الحق المحال والثاني يخضعها إلى قانون موطن المدين بالأداء المميز لعقد الحوالة. وعلى الرغم من وجهة الحجج التي يستند إليها هذا الاتجاه الأخير في نطاق النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود إلا أننا قد اعتقنا الأخذ بالاتجاه الأول في مجال حوالة الحق وهو الذي يقضي بإخضاع حوالة الحق في غيبة قانون الإرادة إلى القانون الذي يحكم الحق المحال نظراً لوجود صلة وثيقة بين عقد الحوالة والمحل الذي يرد عليه هذا الحق.

وقد تحدثنا في هذا الفصل أيضاً عن نطاق مبدأ سلطان الإرادة، وذكرنا أن هناك بعض الأمور التي قد لا تخضع خضوعاً كلياً لقانون الإرادة وهي متعلقة بالمسائل الآتية: أهلية إبرام عقد الحوالة، شكل عقد الحوالة، قابلية الحق للحوالة، وكذلك مسألة آثار عقد الحوالة بين أطرافه على التفصيل المذكور في هذا البحث.

وفي الفصل الثاني من الدراسة تعرضنا لبحث مسألة القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحوالة الحق في مواجهة الغير. وقد تعرضنا أولاً لتحديد مدلول الاحتجاج بالحوالة في مواجهة الغير، وذكرنا في هذا المجال أن الغير يشمل ليس فقط من له مصلحة في أن يصير الدائن الأصلي دائناً وإنما يشمل كذلك المدين المحال عليه الحق لأنه لا يعد طرفاً في عقد الحوالة ذاته وإن كان طرفاً في عملية الحوالة بالمعنى الواسع إذ إنه الطرف الذي يحال عليه الحق الذي تنتقل بالحوالة من الدائن المحيل إلى الدائن المحال له الحق. وذات السبب يشمل الغير كذلك دائني المحال له الحق.

كما تعرضنا إلى مسألة استقلالية قاعدة التنازع المتعلقة بالاحتجاج بالحوالة عن تلك التي تطبق على عقد الحوالة ذاته نظراً لاختلاف الهدف في كل منهما واختلاف المصلحة المعتبرة في هذا المجال. وذكرنا أن هناك عدة مصالح يتعين أخذها في الاعتبار عند تحديد القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة هي: مصلحة المدين المحال عليه الحق، مصلحة الدائن المحال له الحق، مصلحة الغير والمصلحة العامة.

وبعد أن استعرضنا هذه المصالح أصبح الباب مفتوحاً أمامنا لتحديد القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بحوالة الحق، ويوجد في هذا الشأن اتجاهان أساسيان: الأول يرى التمييز في تحديد القانون واجب التطبيق بين الاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين والاحتجاج بها في مواجهة الغير، أما الاتجاه الآخر وهو الأكثر قبولاً لدينا فهو يأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق على مسألة الاحتجاج بالحوالة دونما تفرقة بين المدين وغيره حيث أن كلا منهما يعد من الغير بالنسبة لعقد الحوالة.

وبعد أن قمنا بتحديد القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة تعرضنا لتحديد مجال إعمال هذا القانون. وتوجد في هذا الصدد بعض المشاكل الناجمة عن إعمال القانون واجب التطبيق بالنسبة للاحتجاج بالحوالة في مواجهة المدين تتعلق بمسألتين: قبول المدين لشرط القانون واجب التطبيق المسموح به في بعض الأنظمة القانونية كالقانون السويسري ومسألة تعليق الاحتجاج بالحوالة على تدخل سلطة عامة لاتخاذ إجراء إعلان المدين بالحوالة.

وفي مجال إعمال القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالحوالة توجد كذلك بعض الصعوبات الناجمة عن حلول الدائن المحال له الحق محل الدائن الأصلي منها: إمكانية تغيير القانون واجب التطبيق بالاتفاق بين الدائن المحال له الحق والمدين، القانون واجب التطبيق على الدفع التي يمكن للمدين التمسك بها قبل الدائن المحال له



الحق، حلول المدين محل الدائن أمحال له الحق، وتحديد العلاقة في التطبيق بين قانون الاحتجاج بالحوالة وقانون الإفلاس، وحالة التنازع بين المدين له الحق والمستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية.

وبما ان حوالة الحق نستخدم في الوقت المعاصر كوسيلة لتمويل للتجارة الدولية فقد تعرضنا في الفصل الثالث من الدراسة لمعالجة للمعاهدات الدولية التي تعرضت لموضوع حوالة الحق وهي: معاهدة أوتاوا لسنة ١٩٨٨، ومشروع معاهدة الأمم المتحدة في مجال حوالة الحق.

وإن كان لنا من ملاحظة ختامية على كل من هاتين المعاهدتين فإننا نقول أن كلا منهما قد وضع تنظيمًا جزئيًا للحوالة كما أن تطبيق المعاهدة ليس إلزاميًا بحيث يمكن للأطراف استبعاد أعمالها صراحة، وفي مجال تباين القوانين لم تضع كل من هاتين المعاهدتين تنظيمًا شاملاً لتحديد القانون واجب التطبيق واقتصرت على بعض المسائل الموضوعية المتعلقة بحقوق والتزامات الأطراف، الأمر الذي لا يعني عن اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين الوطنية.

وفي الفصل الرابع والأخير من هذه الدراسة تعرضنا لبحث مسألة تأثير حوالة الحق على كل من قواعد الاختصاص القضائي والاختصاص التحكيمي.

وفيما يتعلق بالاختصاص القضائي تعرضنا لبحث مسألة تأثير الحوالة على شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة بنظر النزاع، وذكرنا أن هذا الشرط يحتاج به في مواجهة الدائن المحال له الحق كما تعرضنا لتأثير الحوالة على ما يعرف لدى بعض الأنظمة القانونية كالقانون الفرنسي بشرط الامتياز القضائي الذي يمنح الاختصاص بنظر النزاع لمحاكم الدولة التابع لها المدعى بجنسيته.

أما فيما يتعلق بالاختصاص التحكيمي فقد تعرضنا لمسألة تأثير الحوالة على مسألة انتقال شرط التحكيم إلى المحال له الحق وذكرنا أن هناك عدة اتجاهات في هذا الشأن، والاتجاه الراجح هو قبول انتقال شرط التحكيم إلى الدائن المحال له الحق ورغم أنه لم يقبل الالتزام به لأنه ليس طرفاً به، وهذا الالتزام يرجع إلى استقلال شرط التحكيم. وذكرنا أن هناك عدة استثناءات ترد على ذلك، تتعلق باتفاق التحكيم الشخصي، وقبول المدين للحوالة دون تحفظ، وحالة الاتفاق على عدم انتقال شرط التحكيم.

(تم بحمد الله وتوفيقه)

