الطبيعة القانونية للبطلان في فترة الريبة

The legal nature of nullity in a period of suspicion

م. د. رشا كيلان شاكر
قسم الهندسة المدنية
الجامعة التكنلوجية
Dr. Rasha Gailan Shaker
Phd of Commercial Law
Cicil Engineering
University of Technology
Rasha.g.shakir@gmail.com

الخلاصة

تمثل فترة الريبة المدة الواقعة بين تاريخ بدأ التوقف عن الدفع وتاريخ صدور حكم شهر الافلاس وان التصرفات التي يقوم بها التاجر المدين في هذه الفترة هي تصرفات مشوبة بالشك فبمجرد ان يتوقف التاجر المدين عن دفع ديونه يجعل تصرفاته يشوبها الاضطراب , اذ قد يعمد الى الاضرار بدائنيه او تفضيل بعضهم مما يضر بمصالح الاخرين لأنه يشعر بدنوه من الافلاس او انه قد اشرف عليه , لذا ارتاب المشرع من تصرفاته في هذه الفترة التي تعد اخطر الفترات واشدها ضررا على الدائنين فنص على بطلان التصرفات الصادرة من المدين خلال هذه الفترة بطلانا وجوبيا او جوازيا . وهدف المشرع من ذلك هو حماية جماعة الدائنين وان يكون عدم نفاذ التصرف في فترة الريبة اشمل وايسر مما هو مقرر للدائنين في القواعد العامة من الحق في طلب عدم نفاذ التصرف عن طريق الدعوى البوليصية . لذا كان لزاما بيان طبيعة البطلان وتحديد فترة الريبة ومن ثم التطرق للبطلان الوجوبي والجوازي من حيث توافر الشروط والتصرفات الخاضعة لهذين النوعين من البطلان .

الكلمات المفتاحية: البطلان، الريبة، المدين.

Abstract

Represents the period of suspicion period between start date stop payment and date of issuance of the rule of bankruptcy, and that behavior performed by the merchant debtor in this period is the behaviors suspicious. Once to stop the merchant debtor to pay its debts makes his action marred by disorder. as it may harm creditors or a preference for each of other because it feels along of bankruptcy or it may oversaw so distrust legislator of his action in this period which is the most dangerous periods and most dangerous on creditors , the legislator stipulated that action issued by the debtor during this period should be null void the aim of the legislator is to protect the creditor community and that the non-exhaustion of the disposition of the period of suspicion is more comprehensive and easier

than that prescribed for creditors in the general rules of the right to request that the disposition of the action not be disposed of by police action . therefore, it was necessary to state the nature of the nullity and determine the period of suspicion and then address the deadlock and the absence of the conditions and behaviors subject to both types of nullity.

Keywords: Nullity, suspicion, debtor.

المقدمة

Introduction

يعد الافلاس من المواضيع المهمة في الميدان التجاري وتمثل الفترة التي تسبق صدور حكم بشهر افلاس التاجر المدين أشد فترة واخطرها ضررا على الدائنين , اذ ان اهتزاز الثقة به لا تبدأ من تاريخ شهر الافلاس وانما تثور الريبة حول التصرفات التي يقوم بها التاجر المدين في الفترة السابقة على شهر الافلاس . فبمجرد ان يتوقف التاجر المدين عن دفع ديونه او يصبح على وشك التوقف عن الدفع يجعل تصرفاته يشوبها الاضطراب تفاديا لشهر الافلاس لأنه يشعر بدنوه منه او انه قد اشرف عليه فيلجأ الى مختلف الطرق والتدابير لإخفاء حالته المالية , وقد يتعمد من هذه التصرفات الاضرار بدائنيه او تفضيل بعض الدائنين مما يضر بمصالح الدائنين الاخرين . ولذلك كله يثور الشك حول التصرفات التي يجريها التاجر المدين في المرحلة التي تسبق صدور حكم الافلاس . فهناك فاصلا زمنيا بين التوقف عن الدفع و صدور حكم الافلاس لما تتطلبه الاجراءات القضائية من وقت . فأقام المشرع نظاما بموجبه يقرر عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن التاجر المدين قبل شهر افلاسه وذلك في مواجهة جماعة الدائنين بعد ان تكون المحكمة قد حددت هذه الفتره التي تسمى بفترة الريبه و رسمت حدودها بمقتضى حكم قضائي ويراعى ان المشرع قد نص على بطلان التصرفات الصادرة عن المدين خلال فتره الريبه بطلانا وجوبيا او جوازيا .

وبناءا على ما تقد نقسم البحث الى ثلاث مباحث يتناول المبحث الاول طبيعة البطلان وتحديد فترة الريبة ونبين في مبحث ثان البطلان الوجوبي اما المبحث الثالث فنتطرق فيه الى البطلان الجوازي .

المبحث الاول

طبيعة البطلان وتحديد فترة الريبه

The nature of nullity and the determination of the period of suspicion

لم يكتف المشرع بما هو مقرر للدائنين في القواعد العامة من الحق في ابطال التصرفات عن طريق الدعوى البوليصيه , وانما نظم احكاما خاصه بالبطلان بنوعيه الوجوبي والجوازي في فتره الريبه . لذا كان لزاما بيان طبيعة البطلان ومن ثم تحديد فترة الريبه . وبناءا على ماتقدم نقسم المبحث الى مطلبين يتناول المطلب الاول طبيعة البطلان ومن ثم نتطرق في المطلب الثاني الى تحديد فترة الريبه .

المطلب الاول

طبيعة البطلان

Nature of nullity

بطلان التصرف يوجب اعادة كل شيء الى اصله فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل اجراء التصرف .[١] الا ان البطلان الذي نص عليه المشرع للتصرفات التي يجريها التاجر المدين في فترة الريبه سواء كان وجوبيا ام جوازيا لا يعد بطلانا بالمعنى الفني الدقيق بزوال التصرف بأثر رجعي واعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل اجراء التصرف وانما عدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين مع بقائه صحيحا ومنتجا لاثاره بين التاجر المدين والمتصرف اليه يجوز لكل منها المطالبه بتنفيذه بعد انتهاء التفليسه [٢] بدليل ان المشرع حدد اثار البطلان فقط بالنسبة الى جماعة الدائنين [٣] .

فهناك نظاما قانونيا خاصا ببطلان تصرفات التاجر المدين المتوقف عن دفع ديونه يختلف عن نظام البطلان القائم على اساس الدعوى البوليصيه التي تفترض اثبات سوء نية المدين واشتراك الشخص الثالث في التواطؤ معه [٤]. كذلك فان بطلان التصرفات الصادرة عن التاجر المدين خلال فترة الريبه تختلف عن البطلان بسبب الاكراه اوالغش او الخداع او الغلط فالبطلان في فترة الريبه لا يختلف عن معناه بالنسبه للتصرفات التي يجريها التاجر المدين بعد الحكم بأشهار افلاسه [٥] . وقد كان المشرع الفرنسي في المجموعة التجارية الفرنسية لسنة ١٨٠٧ يقرر اثر رجعي لحكم الافلاس يرتد الى الماضي اذ ينسحب على تصرفات التاجر المدين ليس من يوم صدور حكم

الافلاس بل من يوم التوقف عن الدفع , ومن ثم فقد كانت التصرفات التي يجريها التاجر المدين من يوم التوقف عن الدفع الى يوم صدور الحكم تقع باطلة بقوة القانون بفعل غل يد المدين عن ادارة امواله والتصرف فيها اثر الافلاس ولاشك في ان بطلان تصرفات التاجر المدين في فترة الريبه بقوة القانون يحقق مصلحة مؤكدة لجماعة الدائنين اذ لا يتعرضون لمزاحمة الغير الذين تعاقدوا مع التاجر المدين في تلك الفترة , لكن لا يخفى في الوقت ذاته ماينطوي عليه هذا البطلان من اضرار بالغة بالغير حسن النية الذي لا يعلم عند التعاقد بأن التاجر المدين المتعاقد معه في حالة توقف عن الدفع . من اجل ذلك تدخل المشرع الفرنسي وعدل قاعدة البطلان و عمل فيه على الموازنة بين مصلحة جماعه الدائنين ومصلحة الغير حسن النية بل ومصلحة المدين ذاته [٦] . اذ اقام في هذا القانون نظام لبطلان تصرفات التاجر المدين في فترة الريبه لا يختلف عن نظام بطلان تصرفاته بعد صدور حكم الافلاس بأن جعل الامر يتعلق في كلتا الحالتين بعدم نفاذ تلك التصرفات في مواجهة الدائنين مع بقائها صحيحة في العلاقة بين التاجر المدين والغير المتعاقد معه , فأما عن مصلحة جماعة الدائنين فتبدو في انه يجوز لأمين التفليسة التمسك بعدم نفاذ تصرفات التاجر المدين في فترة الريبه في مواجهتهم , واما عن مصلحة الغير فتتمثل في ان المشرع لم يسمح الحكم بعدم نفاذ بعض تصرفاته مع التاجر المدين في مواجهة جماعه الدائنين طالما كان حسن النية ولو وقعت تلك التصرفات في فترة الريبه حتى لا يتردد في تقديم ائتمانه الى التاجر في هذه الفتره . في حين تبدو مصلحة التاجر المدين ذاته في ان تصرفاته في فترة الريبه قد تخلوا من الغش ويريد بها النهوض من عثرته المالية حتى لا يتعرض لشهر الافلاس فأذا كانت تصرفاته توحي بذلك ويريد بها الحصول على ائتمان حقيقي يحقق له هذه الرغبة فليس من مبرر للحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين طالما كان الغير المتعاقد معه حسن النية وكانت تلك التصرفات غير خاضعه للبطلان الوجوبي وبناء على ما تقدم من مبررات نتفق مع جانب من الفقه [٧] ان اصطلاح البطلان الوجوبي او الجوازي غير دقيق لأنه ليس بطلانا بالمعنى الفني الدقيق وانما يتعلق بعدم نفاذ تصرفات التاجر المدين الحاصلة في فترة الريبه في مواجهة جماعة الدائنين مع بقائها صحيحة في العلاقة بين التاجر والغير المتعاقد معه كما بينا ولذلك عدل المشرع الفرنسي عن استعمال اصطلاح البطلان اعتبارا من عام ١٩٥٥ وأستخدم اصطلاح عدم النفاذ (Inoppssabilite) وكذلك فعل المشرع المصري اذ عدل عن استعمال البطلان الى عدم النفاذ في قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ومثله فعل المشرع العراقي اذ استعمل مصطلح عدم النفاذ في الفصل الخامس النافذ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

المطلب الثاني

تحديد فترة الريبة

Determination of the period of suspicion

ان لتحديد فترة الريبه من الأهمية بمكان لأنها الفترة الفعلية لوقوع الافلاس واكثرها خطورة على حقوق الدائنين , فالتصرفات التي يقوم بها التاجر المدين في فترة الريبه هي تصرفات مريبه اي مشوبة بالشك ولذلك سميت هذه الفترة بهذه التسمية لان المشرع يرتاب من تصرفات التاجر المدين خلالها , اذ قد يعمد التاجر المدين الاضرار بدائنيه او تفضيل بعضهم على بعض ذلك ان التاجر المتوقف عن الدفع يشعر بتأزم وضعه المالي الذي ينبأ بخطر الافلاس مما يجعله يلجأ الى وسائل غير مشروعة لدرء الخطر عنه فيقدم على تهريب بعض موجوداته عن طريق توقيع عقود صورية كالهبة والبيع [٨].

تحدد فترة الريبه بالمدة الواقعة بين تاريخ بدأ التوقف عن الدفع الذي تحدده المحكمة للوقوف عن الدفع وتاريخ صدور حكم شهر الافلاس , وتجتمع في فكرة التوقف عن الدفع عنصرين مهمين الاول العنصر المادي وهو تحقق واقعة عدم دفع الديون في ميعاد استحقاقها والعنصر الثاني معنوي يتمثل في عجز التاجر عن الوفاء بديونه في ميعاد استحقاقها . فأمر تحديد فترة الريبه يتوقف اساسا على تحديد التاريخ الذي توقف فيه المدين عن دفع ديونه المستحقة لذا لابد من بيان التوقف عن الدفع ليتسنى تحديد تلك الفترة بدقة فرأي من الفقه وجد في التوقف عن الدفع حالة قانونية اي واقعة ظاهرة يسهل اثباتها تنطلق من عجز التاجر عن دفع ديونه التجارية او امتناعه عن دفعها بمواعيد استحقاقها [٩] . في حين يعد اخرون ان التاجر المدين متوقفا عن دفع ديونه اذا نشأ التوقف عن مركز مالي ميؤوس منه فاذا كان التوقف مرجعه ظرف عابر لا يجوز شهر افلاس التاجر وانه يكفي لإمكان شهر افلاسه ان يتوقف عن دفع دين واحد ولا يشترط ضرورة التوقف عن دفع جميع الديون [١٠] . اما رأي اخر فذهب الى القول اذا تأخر التاجر عن

تأدية ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها يعد مفلسا وان كانت موجوداته تفوق الديون التي عليه فلا يشترط القانون من اجل افلاس التاجر ان يكون معسرا , فالتاجر الذي تربو موجوداته على الدين المستحق بذمته يشهر افلاسه اذا تعذر عليه وفاء الديون في ميعاد استحقاقها [١١] . كما عرف التوقف عن الدفع بأنه عجز التاجر عن الوفاء بديونه المستحقة الاداء[١٢] . بالنسبة للتعاريف التي سيقت نجد ان التعريف الاول عرفها بأنها حالة قانونية يسهل اثباتها في حين ان عبء الاثبات قد

لا يكون يسيرا ومن الصعوبة اثباته خصوصا اذا كانت موجودات التاجر تفوق الديون , واما التعريف الثاني فنجده قد اسهب في تعريف التوقف عن الدفع وبالنسبة للتعريف الثالث فركز على الفرق بين الافلاس والاعسار اكثر من تركيزه على حالة التوقف عن الدفع وبدورنا نميل الى ترجيح التعريف الاخير والمتمثل بعجز التاجر عن الوفاء بديونه المستحقة الاداء وذلك لابتعاد التعريف عن الاسهاب مع التركيز على حالة العجز عن دفع الدين المستحق وهو ما يظهر مدلول التوقف عن الدفع .

واذا كانت فكرة التوقف عن الدفع هي الاساس في تحديد فترة الريبة فثار تساؤل هل تعد هذه الفكرة هي ذاتها التي تعد شرطا لصدور حكم الافلاس ام هناك نوعان من التوقف عن الدفع ؟ ذهب رأي من الفقه انه اذا كان الامر يتعلق بشهر الافلاس فيجب ان يفهم التوقف عن الدفع بمعناه المادي اي التوقف الفعلي , اما اذا كان الامر متعلقا بمجرد تحديد فترة الريبه فلا مانع في هذه الحالة من ارجاع تاريخ التوقف عن الدفع الى اليوم الذي لجأ فيه التاجر المدين الى طرق غير عادية او غير مشروعه [١٣] الا ان الرأي الراجح قد استقر على وحدة مفهوم التوقف عن الدفع سواء بالنسبة لإعلان الافلاس ام بالنسبة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع [١٤] وبدورنا نميل الى تأييد الرأي الاخير ذلك لعدم وجود مبرر لفصل الفكرتين فالمدة واحدة وفي وحدة تحديد مفهوم التوقف عن الدفع اهمية فمن جانب الامر يتعلق في ميدان معاملات تجارية تتسم بالسرعة والثقة فلا يمكن ترك امر التوقف عن الدفع لأكثر من احتمال مما يفسح المجال للإطالة والتفسير كما ان امر التوقف عن الدفع يتحدد على اساسه صدور حكم الافلاس كما تتحدد على اساسه تحديد فترة الريبه والمسألتين بغاية الاهمية ومرتبطتان مع بعضهما بحقوق الدائنين فلا بد من ان يكون امر تحديدها بصورة واضحة ودقيقه .

ولأهمية تحديد فترة التوقف عن الدفع عمد المشرع الى اعطاء المحكمة سلطة تقديرية في تعيين فترة التوقف فتقرير هذه الفترة التي تنبئ عن مركز مالي مضطرب يستقل باستخلاصه قاضي الموضوع بما يقدم اليه من الأدلة والقرائن [١٥] . وقد ذكر المشرع المصري [١٦] بعض التصرفات التي تستعين بها المحكمة في تقدير فترة التوقف كشروع المدين في الهرب او الانتحار و اخفاء امواله او بيعها بخسارة او عقد قروض بشروط باهضة او الدخول في مضاربات طائشة . الا ان تلك السلطة التي اعطاها المشرع الى المحكمة في تحديد التوقف عن الدفع ليست مطلقة بل جعل لمحكمة التمييز حق الرقابة على الوصف المعطى لهذه الوقائع فتدقق محكمة التمييز فيما اذا كانت الوقائع التي استندت اليها محكمة الموضوع تشكل قانونا حالة التوقف عن الدفع ولذلك يجب على المحكمة اذا ما قضت بتوافر حالة التوقف عن الدفع ان تذكر في حكمها الوقائع التي استندت عليها في استخلاص هذه الحالة حتى يتنسى لمحكمة التمييز مراقبة صحة الوصف القانوني المعطى

لهذه الوقائع والا كان حكمها عرضه للطعن لعدم كفاية الاسباب [١٧] . كما الزم المشرع المحكمة المختصة وضع حد اقصى لفترة الريبة لا يجوز للمحكمة تجاوزه وفي جميع الاحوال ان لا ترجع تاريخ التوقف عن الدفع الى اكثر من سنتين من تاريخ الحكم بشهر الافلاس [١٨] . واذا صدر حكم اشهار الافلاس بعد وفاة المدين او بعد اعتزاله التجارة ولم يعين فيه تاريخ التوقف عن الدفع فتعد الوفاة او اعتزال التجارة تاريخا مؤقتا للتوقف عن الدفع , واجاز المشرع للمحكمة من تلقاء ذاتها او بناءا على طلب المدين او احد دائنيه او امين التفليسة او غيرهم من ذوي المصلحة تعديل التاريخ المؤقت للوقوف عن الدفع , بيد ان هذه الاجازة بالتعديل مقيدة بفترة معينة لا يجوز الطعن في الحكم بتعيين تاريخ التوقف عن الدفع بعد انقضائها وهي عشرة ايام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة الى قلم المحكمة وبعد انقضاء هذا الميعاد يصبح التاريخ المعين للتوقف عن الدفع نهائيا [١٩] .

ويقع عبء اثبات التوقف عن الدفع على من يطلب اشهار افلاس التاجر المدين وذلك بكل طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن لان الموضوع يتعلق بـــــــأثبات وقائع ماديه فضلا عن انه تجاري فالأصل حرية الاثبات في المسائل التجارية . ويستعين من يقع عليه عبء الاثبات بأدلة كثيرة منها تحرير احتجاج عدم الدفع ضد المدين الممتنع عن دفع قيمة الورق التجارية وسحب صك دون رصيد او الاقتراض بفوائد عالية وغلق المدين لمحله التجاري وفراره واعتراف المدين بتوقفه عن الدفع وغير ذلك من القرائن التي تستقل محكمة الموضوع في تقديرها باعتبارها من المسائل الموضوعية [٢٠] .

المبحث الثاني

البطلان الوجوبي

Obligatory nullity

ان التصرفات الحاصلة من التاجر المدين خلال فترة الريبه لا تنفذ في مواجهه الدائنين , غير انه يلزم لعدم النفاذ ان يتقرر ذلك بما اطلقت عليه التشريعات البطلان الوجوبي . فالتصرف قد يعتبر باطلا بقوة القانون وقد يعتبر باطلا وجوبا . والفرق بين الاثنين هو ان البطلان بقوة القانون تترتب آثاره بمجرد توافر شروطه دون حاجه لصدور حكم بالبطلان [٢١]. اما البطلان الوجوبي فلا تترتب آثاره بمجرد توافر شروطه وانما لابد من صدور حكم ببطلانه . والمقصود بالبطلان الوجوبي هو ان المشرع يوجب على المحكمة ان تقضي بعدم نفاذ التصرف متى طلب ذلك امين التفليسة وتحققت من توافر شروطه وحالاته دون ان يكون لها سلطة تقديرية في ذلك .

وبناءا على ما تقدم نتناول البطلان الوجوبي من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين يبين الاول شروط البطلان الوجوبي ومن ثم نتطرق في المطلب الثاني الى التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي .

المطلب الاول

شروط البطلان الوجوبي

Conditions of obligatory nullity

يشترط للحكم و وجوبا بعدم نفاذ التصرف الصادر من التاجر المدين في حق جماعة الدائنين ان تتوافر في التصرف الشروط الأتية :

اولا : ان يقع التصرف خلال فترة الريبه اي خلال الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تحدده المحكمة للتوقف عن الدفع وتاريخ صدور حكم الافلاس [٢٢] .

ثانيا : ان يكون التصرف من التصرفات التي نصت عليها المادة (٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على سبيل الحصر والتي جاء فيها " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الاتية اذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بإشهار الافلاس : ١ ــ التبرعات ايا كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري بها العرف . ٢ ــ وفاء الديون قبل حلول ايا كانت كيفية الوفاء . ويعتبر انشاء

مقابل الوفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الاجل . ٣ ــ وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه ويعتبر الوفاء بطريق الاوراق التجارية او النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود . ٤ ــ كل رهن او امتياز يقرر على اموال المدين ضمانا لدين سابق على هذا الرهن . " . وسنبحث هذه التصرفات بالتفصيل في المطلب القادم .

ثالثا : ان يكون قد صدر حكم بإفلاس التاجر المدين ذلك ان نظام بطلان التصرفات لا ينتج آثاره الا اذا كان المدين مفلسا فلا يكفي ان يكون متوقفا عن دفع ديونه لكي يتقرر جزاء عدم النفاذ , وانما لابد ان يكون قد صدر حكم الافلاس . اي لا مجال لتطبيق نظرية الافلاس الفعلي[٢٣] والقول بعدم نفاذ التصرفات في مواجهة الدائنين ولو لم يكن قد صدر حكم بإفلاسه .

رابعا : ان يقدم طلب عدم نفاذ التصرف الى المحكمة من قبل آمين التفليسة بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين خلال سنتين من تاريخ الحكم بالإفلاس . فالمشرع جعل من اختصاص آمين التفليسة وحدة الطعن في تصرفات المدين السابقة لحكم الافلاس [٢٤] . ان هذا النوع من البطلان مقرر لصالح جماعة الدائنين لذلك اوجب المشرع ان يقدم طلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين من قبل آمين التفليسة بوصفه ممثلا لهذه الجماعة . وعلى ذلك فأن المدين او من تعامل معه ليس بإمكانهما ان يطالبا بأبطال التصرف لأن التصرف بالنسبة اليها يعتبر صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية كل ما في الامر ان هذه الاثار لا يحتج بها على جماعه الدائنين . كما ان اي دائن لا يستطيع بصفته الفردية ان يطلب عدم نفاذ التصرف لان حكم الافلاس يترتب عليه وقف الدعاوى والاجراءات الفردية ضد المدين وخضوع الدائنين جميعهم للإجراءات الجماعية التي يتخذها آمين التفليسه باسمهم , وقد اخضع المشرع دعوى عدم نفاذ التصرف الخاصة بفترة الريبه لتقادم قصير فألزم آمين التفليسه ان يقدم طلب عدم نفاذ التصرف خلال سنتين من تاريخ الحكم بأشهار الافلاس رغبه من المشرع في وضع حد للمنازعات التي تؤخر مصير التفليسه [٢٥] . تلك هي الشروط التي اوجب المشرع توافرها للحكم بالبطلان الوجوبي فاذا تحققت المحكمة منها تعين عليها ان تقضي به دون ان يكون لها اي سلطة تقديرية , ولا يشترط للحكم بـعدم نفاذ التصرف وجوبا ان يثبت سوء نية المدين أو تواطؤه مع المتصرف اليه بقصد الاضرار بحقوق الدائنين او الاخلال بمبدأ المساواة بينهم ولا حتى علم المتصرف اليه بتوقف المدين عن الدفع. فقصد المشرع ان يكون عدم نفاذ التصرف في فترة الريبه اشمل وايسر مما هو مقرر للدائنين في القواعد العامة من الحق في طلب عدم نفاذ التصرفات عن طريق الدعوى البوليصيه فمن ناحية تهدف الدعوى البوليصيه الى حماية الدائنين من غش المدين اذا ترتب عليه نقص ضمانهم العام في حين يسري عدم نفاذ التصرف الخاص في فتره الريبه ولم لم يكن هناك غش من المدين كما اذا اوفى بدينه

قبل حلول اجله ويهدف عدم النفاذ في هذه الحالة الى منع الاخلال بالمساواة بين الدائنين , وبذلك تكون دائرة عدم نفاذ التصرف الخاص بفترة الريبه اوسع منها في الدعوى البوليصيه . و من ناحية اخرى تستلزم الدعوى البوليصيه اذا كان التصرف بعوض ان يكون منطويا على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش فإذا كان التصرف تبرعا فيكفي اثبات اعسار المدين , في حين قرر المشرع بالنسبة لعدم نفاذ التصرف في فترة الريبه شروطا ايسر فأقام قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس على اعسار المدين اذا كان التصرف تبرعا فإذا كان التصرف معاوضة فقد اجاز المشرع الحكم بعدم نفاذه اذا كان التصرف ضارا بجماعة الدائنين وكان المتصرف اليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المدين على الدفع ولا يقف الفرق بين الدعوى البوليصيه وعدم نفاذ التصرف في فترة الريبه عند هذا الحد ففي الدعوى البوليصيه اذا قضى بعدم نفاذ التصرف استفاد منه الدائنون السابقون عل التصرف الذي قضى بعدم نفاذه دون غيرهم في حين ان عدم نفاذ التصرف الخاص بفترة الريبه يستفيد منه جميع الدائنين دون اي تفرقه بين السابقين منهم عل التصرف الذي قضى بعدم نفاذه واللاحقين عليه . والسبب في ذلك اختلاف الهدف من عدم التصرف في الحالتين , ففي الدعوى البوليصيه لا يتضرر من التصرف الا الدائنون الذين حصل هذا التصرف اضرارا بحقوقهم وهم الدائنون السابقون عل التصرف .اما غيرهم من من الدائنين اللاحقين عليه فلا يحق لهم الاعتماد عل عدم نفاذ التصرف وقت التعامل مع المدين في حين يهدف عدم نفاذ التصرف في فترة الريبه الى تحقيق المساواة بين الدائنين واخضاعهم لقسمة الغرماء فلا يكون هناك محل للتفرقة بين الدائنين السابقين على التصرف والدائنين اللاحقين عليه [٢٦] .

المطلب الثاني

التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي

Act subject to obligatory nullity

ورد النص على تصرفات معينة حددها المشرع على سبيل الحصر[٢٧] واخضعها للبطلان الوجوبي بسبب طبيعتها بهدف تحقيق المساواة بين الدائنين اذ افترض في اثبات هذه التصرفات قصد الاضرار بالدائنين فأقام قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس على سوء نية المدين . ومتى تقرر البطلان فيكون ذلك لصالح جماعة الدائنين وحدها اذ لا ينفذ التصرف في مواجهتها , اما التصرف فيظل صحيحا بين طرفيه التاجر المدين ومن تصرف معه . وتتمثل هذه التصرفات بالتبرعات ووفاء الديون قبل الحلول ووفاء الديون بغير الشيء المتفق عليه وكل رهن او امتياز يقرر على اموال المدين ضمانا لدين سابق ونتناول هذه التصرفات تباعا :

اولا: التبرعات

يقضي القانون بعدم نفاذ التصرفات الناقلة للملكية سواء وردت على اموال منقولة او غير منقولة والتي تكون بدون مقابل اذا تمت خلال فترة الريبة لأن هذه التصرفات تؤدي الى انقاص الضمان العام للدائنين الأمر الذي يلحق بهم ضررا محققا . فضلا عن مجافاة هذه التصرفات لمبدأ حسن النية , وتكشف عن تناقض واضح في سلوك التاجر المدين الذي يتبرع بأمواله في وقت يدنو فيه من الافلاس , اذ يجدر به في مثل هذه الظروف ان يبادر الى الوفاء بحقوق الدائنين بدل التبرع الى الاخرين بحقوقه . لذا افترض المشرع افتراضا قانونيا لا يقبل اثبات العكس مفاده ان هذه التبرعات تصدر من المدين عن سوء نية بقصد تهريب امواله اضرارا بحقوق جماعة الدائنين فأوجب عدم سريانها في مواجهتهم [٢٨] . فأشار المشرع العراقي في الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٤٩ لسنه ١٩٧٠ في المادة (١/٦١٣) على انه : " ١ ـ التبرعات ايا كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري بها العرف " فمضمون النص يشمل كل تبرع يصدر عن التاجر المدين ايا كان موضوعه ومهما كان شكله , فلا ينفذ التصرف اذا كان تبرع بملكية منقول او عقار بلا مقابل كحق انتفاع على سبيل المثال او الابراء من الدين وغيرها .

كما ان عدم نفاذ التبرعات في حق جماعة الدائنين يمكن التمسك به بغض النظر عن الجهة المتبرع اليها اي يشمل اي تبرع سواء لجهة حكومية كالمستشفيات او المدارس الحكومية او جهة غير حكومية كالجمعيات الخيرية او غير ذلك . كما لا يهم ان يكون الشيء الموهوب متعلقا بالتجارة ام كان خارجا عنها فسواء كان الشيء الموهوب بضاعة من محله التجاري ام غير ذلك لان الضرر واحد في جميع الاحوال ومع ذلك يستثني المشرع [٢٩] الهدايا الصغيرة المعتادة التي تندرج في اطار العلاقات العائلية او المجاملات الاجتماعية وهي ما يجري عليه العرف ويجب ان تكون الهدايا صغيرة القيمة غير مبالغ فيها الا شملها عدم النفاذ . كما لا يتناول البطلان الوجوبي الوصية وان كانت طبيعة هذا التصرف لاتعد وان تكون تبرعا ولكنه تبرع مضافا الى ما بعد الموت ولا تركه الابعد سداد الدين ولهذا تنتفي مصلحة الدائنين في الطعن ببطلان التصرف [٣٠] .

اما بالنسبة لأقساط التأمين التي يقوم التاجر المدين بدفعها خلال فترة الريبه فيلزم المستفيد من التأمين بأن يرد الى آمين التفليسة اقساط التأمين التي دفعها خلال فترة الريبة فيكون حكمها حكم التبرعات التي يقررها المدين للغير وهذا ما شار اليه المشرع العراقي[٣١] . وحسب تقديرنا ان رد اقساط التأمين خلال فترة الريبه فيه شيء من الاجحاف بحق المستفيد اذا كان عقد التأمين قد ابرم قبل فترة طويله تتجاوز سنتين او اكثر خصوصا ان عقد التأمين يطول مدته مما يتنافى معه وجود سوء النية عند المدين . الا اذا ابرم العقد في فترة الريبة هنا تتحقق احتمالية سوء النية لدى المدين للإضرار بالدائنين .

ثانيا: الوفاء بالديون قبل استحقاقها

ارتاب المشرع من قيام التاجر المدين بالوفاء بالديون قبل استحقاقها خلال فترة الريبه اذ وجد في مثل هذا التصرف رغبة التاجر المدين في تفضيل دائن على اخر .الامر الذي يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين , فمن غير المألوف ان يبادر التاجر المدين الذي توقف عن وفاء ديونه المستحقة الاداء الى الوفاء بديون لم يحل اجلها بعد .

وبما ان هدف المشرع من عدم نفاذ الوفاء قبل حلول الاجل هو تحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين لذا لم يعلق ذلك على سوء نية الدائن او المدين لان الوفاء يترتب عليه دون شك اخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين بغض النظر عن نية الدائن او المدين . فالبطلان وجوبي حتى ولوكان كل

منهما حسن النية . لان طبيعة التصرف ذاته لا تتفق والاهداف التي يسعى اليها نظام الافلاس . والوفاء بالدين قبل استحقاقه يخضع للبطلان الوجوبي سواء كان الدين مدنيا ام تجاريا ناشئا عن عقد او عمل ضار وسواء تم الوفاء بالشيء ذاته المتفق عليه ام بغيره وبغض النظر عن الطريقة التي حصل الوفاء بها [٣٢] .

ويأخذ حكم الوفاء بالديون قبل حلول اجلها قيام التاجر خلال فترة الريبه تدبير مقابل الوفاء لورقه تجارية لم يحل بعد ميعاد استحقاقها , ومثال ذلك قيام التاجر المدين بتحرير كمبيالة آجله ثم يتوجه الى المسحوب عليه بمبلغ الكمبيالة رغم عدم حلول ميعاد استحقاقها . ذلك ان مثل هذا التصرف اثناء فترة الريبه يثير الشكوك في نوايا المدين ويوحي بأنه يحاول تمييز المستفيد من هذه الورقة التجارية على غير من الدائنين فلا يحتج في مواجهة الدائنين بأية مبالغ قام بأنشاء مقابل وفاء بها لاوراق تجارية لم يحل اجلها [٣٣] .

ثالثا: الوفاء بغير الشيء المتفق عليه

من التصرفات التي لا تنفذ في حق جماعة الدائنين وجوبا . قيام التاجر المدين الوفاء بديون حالة ولكن هذا الوفاء بغير محل الوفاء المتفق عليه اذ ارتاب المشرع من الوفاء بهذه الطريقة اذ تم خلال فترة الريبة , ويعد تنفيذ المدين لالتزاماته بغير الشيء المتفق عليه محاباة منه للدائن الذي تم الوفاء له وتفضيله على غيره من الدائنين فقدر المشرع ان الوفاء بهذه الطريقة يترتب عليه احد الامرين فهو اما ان يؤدي الى حصول الدائن على اكثر من الدين المتفق عليه فيضر بذلك بحقوق الدائنين او يكون المدين مضطرا للوفاء بهذه الطريقة ليمنع الدائن من طلب اشهار افلاسه بعد ان اضطربت اعماله واصبح عاجزا عن دفع ديونه , وهو ما يضر بحقوق الدائنين ايضا الذين من مصلحتهم اشهار افلاس المدين الذي يعجز عن دفع ديونه . ومن امثلة الوفاء بغير الشيء المتفق عليه قيام المدين بالوفاء بدين محله مبلغ نقدي مقابل آثاث او ادوات كهربائية او محل تجاري او عقار , وعدم نفاذ مثل هذا الوفاء رغم انه لدين حال امر وجوبي ولو كان المقابل العيني يعادل قيمة الدين الذي في ذمة المدين . وذلك ان المشرع قرر عدم نفاذ مثل هذا الوفاء وجوبا في حق جماعة الدائنين , اي ان المشرع وضع قرينة قانونية قاطعة بعدم نفاذ هذا الوفاء [٣٤] . الا ان المشرع استثنى بهذا الخصوص الوفاء بالديون الحالة التي محلها مبالغ نقدية بطريق الاوراق التجارية كتحرير شيك او سند لأمر فاعتبرها في حكم الوفاء نقدا لان الاوراق التجارية تقوم مقام النقود في الوفاء , ويأخذ حكم الاوراق التجارية ويقوم مقام النقود في الوفاء النقل المصرفي

وصورته ان يكون للمدين والدائن حساب في البنك ذاته فيأمر المدين البنك بنقل مبلغ من حسابه يساوي الدين الذي بذمته للدائن الى حساب هذا الاخير اذ يعد ذلك بمثابة الوفاء بالنقود [٣٥] .

رابعا :الضمانات التي يقررها المدين لدين سابق

لا ينفذ تصرف التاجر المدين في حق جماعة الدائنين تقريره لرهن على احد امواله خلال فترة الريبة هذا ما يضيفه المشرع للتصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي [٣٦] , الا انه يشترط لذلك ان يكون الدين سابقا على ترتيب الضمان . اي ان الدين نشأ عاديا ثم تم ترتيب الضمان له خلال فترة الريبه . ويتضح من ذلك ان شرط عدم نفاذ التصرف هو عدم تعاصر نشوء الدين وترتيب الضمان الذي يتقرر في فترة الريبه . و الهدف من استبعاد مثل هذه الضمانات وعدم نفاذها في حق جماعة الدائنين هو شبهة التمييز الواضحة لأصحاب هذه الديون عن غيرهم , اذ ان نشأة دين عادي بدون ضمانات ثم تقرير ضمان لهذا الدين العادي خلال فترة الريبة يؤدي حتما الى وضع ضمان خاص بهذا الدين اضرارا بباقي الدائنين . فضلا عن ان المدين الذي يرتب ضمانا على امواله لدين سابق دون ان يشترط الدائن ذلك وقت نشؤ الدين يعد قد تبرع بهذا الضمان للدائن , والتبرع من التصرفات الباطلة وجوبا اذا تمت خلال مدة الريبة [٣٧] . وعلى هذا الاسس لا يخضع لحكم البطلان الوجوبي الرهن الذي ينشأ معاصرا لنشؤ الدين او الذي ينشأ لضمان دين في المستقبل ولو تم هذا الرهن خلال مدة الريبه , كما لا تخضع للبطلان الوجوبي الكفالة عينية كانت ام شخصية التي يقدمها شخص اخر خلال مدة الريبة لضمان دين سابق ترتب في ذمة المدين لأن هذه الضمانات لا يترتب على تقريرها اخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين و لا ينجم عنها ضرر لجماعة الدائنين فلا يكون لها مصلحه في عدم نفاذها . فالكفالة العينية ترد على الاموال المملوكة لغير المدين والكفالة الشخصية لا يرتب عليها سوى تدعيم المدين بضم ذمة اخرى الى ذمته[٣٨] . فالضمانات التي تخضع للبطلان الوجوبي هي التي تكون لاحقة لنشؤ الدين ومن هذه الضمانات الرهن الرسمي والرهن الحيازي , فبالنسبة للرهن الرسمي يؤخذ بنظر الاعتبار تاريخ توثيق العقد بورقة رسمية وفقا للقانون [٣٩] , وبالنسبة للرهن الحيازي يؤخذ بنظر الاعتبار تاريخ نشؤ الرهن وهو يتم بالقبض وذلك طبقا لما يقرره القانون [٤٠] الذي يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبضه الدائن او العدل .

وقد اشار المشرع العراقي [٤١] الى هذه الضمانات فأخضع للبطلان الوجوبي كل رهن او امتياز يقرر على اموال المدين ضمانا لدين سابق على هذا الرهن . ونلاحظ على نص المادة ان المشرع اشار الى الرهن او الامتياز غير ان الامتياز [٤٢] يتقرر بنص القانون اذ انه لا ينشأ بأرادة الدائن

او المدين ولا ينشأ لاحقا على نشوء الدين وانما هو صفه في الدين يعاصر نشؤ الدين ويتقرر بموجب القانون [٤٣] . ولا يجوز للقاضي ان يقرر امتياز لدين لذلك نقترح على المشرع العراقي رفع كلمة الامتياز من نص المادة لكونها تتعارض مع الحكمة من تقرير البطلان الوجوبي .

المبحث الثالث

البطلان الجوازي

nullity Possible

يمثل البطلان الجوازي جميع التصرفات التي لا تخضع للبطلان الوجوبي متى تحققت شروط هذا البطلان , فيسمح القانون [٤٤] للقاضي بأبطال اعمال تعد طبيعية في حد ذاتها ومألوفة في التعامل التجاري , ولكن هذه التصرفات عندما يقوم بها التاجر في فترة الريبه قد ترمي الى تفضيل بعض الدائنين على حساب جماعة الدائنين مجتمعين . وبناءا على ما تقدم نقسم المبحث الى مطلبين يتناول المطلب الاول شروط البطلان الجوازي ومن ثم نتطرق وفي مطلب ثان الى التصرفات التي تخضع للبطلان الجوازي .

المطلب الاول

شروط البطلان الجوازي

Conditions of nullity Possible

يشترط لجواز الحكم بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائنين ان تتوافر في التصرف الشروط الأتية :

اولا : ان يقع التصرف خلال فترة الريبه والأخيرة كما بينا هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تعينه المحكمة للتوقف عن الدفع وتاريخ صدور حكم بالافلاس . والمشرع العراقي وحد فترة الريبه سواء بالنسبة للتصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي او بالنسبة للتصرفات الخاضعة للبطلان الجوازي وحسنا فعل المشرع العراقي بتوحيد المدة وذلك لكوننا بصدد تعامل تجاري يتسم بالسرعة والثقة في المعاملات .

ثانيا : ان يكون التصرف ضارا بحقوق الدائنين كأن يؤدي الى انقاص حقوق التاجر او زيادة التزاماته فإذا لم يترتب على التصرف ضرر بحقوق الدائنين كما لو كان التصرف عقد بيع بضاعة وكان الثمن المدفوع من المشتري مساويا لثمن المثل ففي مثل هذا التصرف ينتفي وجود الضرر بالنسبة للدائنين فلا يشمله البطلان الجوازي .

ثالثا : ان يكون من تعامل مع التاجر عالما بتوقف الاخير عن دفع ديونه وقت اجراء التصرف , فلا يكفي للحكم بعدم نفاذ التصرف مجرد علم من تعامل مع التاجر باختلال اعمال التاجر واضطراب احواله المالية , بل لا بد ان يثبت للمحكمة ان الشخص الذي تعامل مع التاجر كان عالما وقت التعامل بتوقف التاجر المدين عن الدفع فإذا ثبت ذلك جاز للمحكمة ان تقضي بعدم نفاذ التصرف دون حاجة للبحث عما اذا كان هناك تواطؤ بين التاجر ومن تعامل معه للإضرار بالدائنين . الا ان بعض التشريعات كالقانون المصري تكتفي لجواز ابطال التصرف بمجرد علم المتعامل مع المدين باختلال اعماله [٤٥] . اما اذا ثبت ان من تعامل مع التاجر حسن النية لا يعلم بتوقف التاجر عن الدفع عند اجراء التصرف فلا يخضع تصرفه لقواعد البطلان الجوازي [٤٦] .

رابعا : ان يكون التصرف صادرا من التاجر وعلى ذلك لا تخضع للبطلان الجوازي التصرفات التي تجريها زوجة المفلس او ولده من اموالهما الخاصة بالديون المستحقة عليه .

خامسا : ان يطلب امين التفليسة وحده بوصفه ممثلا عن جماعة الدائنين عدم نفاذ التصرف , فالقانون جعل تقديم الطلب من اختصاص امين التفليسة لغرض توحيد ادارة التفليسة بيد شخص واحد لتسهيل تصفيتها. وينبغي على امين التفليسة باعتباره طالب البطلان ان يثبت ان التصرف الذي يطالب بأبطاله ضار بالدائنين وان المتصرف اليه يعلم وقت التصرف بتوقف التاجر عن الاداء وله ان يقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الاثبات [٤٧] . كما ينبغي على امين التفليسة باعتباره طالب البطلان ان يقدم طلب الابطال خلال سنتين من تاريخ الحكم بإشهار الافلاس اي ان المشرع يخضع دعاوى البطلان الخاصة بفترة الريبه الى تقادم قصير رغبة منه في وضع حد للمنازعات التي تؤخر مصير التفليسة .

فاذا توافرت هذه الشروط يكون لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية يجوز لها الحكم بعدم نفاذ التصرف او عدم الحكم به ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز بشرط ان تبين في حكمها الوقائع والاسباب التي تستند اليها في استخلاصها لعلم المتعامل مع التاجر بالتوقف عن الدفع [٤٨].

المطلب الثاني

التصرفات الخاضعة للبطلان الجوازي

Acts subject to nullity Possible

يجوز الحكم بعدم نفاذ جميع التصرفات التي لا تخضع للبطلان الوجوبي اذا اجراها التاجر المدين خلال فترة الريبه . فلأمين التفليسة ان يقدم طلب عدم نفاذ اي تصرف بعد ان يقيم الدليل على توافر الشروط القانونية للبطلان الجوازي .

ومن الامثلة على التصرفات الخاضعة للبطلان الجوازي ما يأتي :

اولا : الوفاء العادي بالديون الحالة بذات الشيء المتفق عليه فاذا ما كان التصرف على سبيل المثال وفاء مبلغ من النقود وجب على الدائن ان يرد الى امين التفليسة المبلغ الذي تسلمه من التاجر المدين مع فوائده القانونية من تاريخ القبض ثم الاشتراك بدينه في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء .

ثانيا: عقود المعاوضة كالبيع والشراء والايجار فيلزم من تعاقد مع التاجر المدين ان يرجع الى التفليسة المال الذي تسلمه من التاجر المدين بعينه ان كان موجودا وقيمته ان كان غير موجود . ويكون له الحق في استرداد العوض الذي قدمه للتاجر المدين اذا وجد هذا العوض بعينه في التفليسة , فاذا لم يوجد كان من حق المتصرف اليه ان يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التي عادت عليها من التصرف وان يشترك في التفليسة بوصفه دائنا عاديا بما يزيد على ذلك [٤٩] .

ثالثا: الرهن وحقوق الامتياز العقارية فيجوز عدم نفاذ تسجيل الرهن وحقوق الامتياز العقارية اذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري خلال فترة الريبة وبعد انقضاء خمسة عشر يوما من تقرير الرهن او نشوء الامتياز وتاريخ اجراء التسجيل [٥٠] والمسوغ الذي حمل المشرع من تقرير عدم النفاذ هذا هو خشية ان يكون المدين قد تواطؤ مع صاحب حق الرهن او الامتياز فيؤخر قيد حقه قاصدا عدم اظهار الرهن لأنه يقلل من قيمة اموال المدين مما يؤدي الى خلق ائتمان ظاهري للمدين يحمل الغير على التعامل معه اعتمادا على العقارات التي يملكها والتي يجهل انها مثقله برهن أو امتياز يقلل من قيمتها فضلا عن التقليل من حقوق الامتياز الخاصة التي يحتج بها على جماعة الدائنين لتنشيط الائتمان العادي . فالمشرع قدر ان عدم التسجيل اما ان يكون بسبب اهمال مشترك من الدائن والمدين واما بسبب التواطؤ بينهما للأضرار بالغير وفي كلتا الحالتين اجاز الحكم بعدم نفاذه حماية لحقوق الغير حسن النية . وقد استثنى المشرع [٥١] الوفاء بقيمة الاوراق التجارية عند

استحقاقها من عدم النفاذ اذا تم خلال فترة الريبه ولو توافرت في هذا الوفاء شروط البطلان الجوازي , اذ اعتبر الوفاء صحيحا ولو كان الحامل عالما بتوقف التاجر المدين عن الدفع . وقد قرر المشرع هذا الاستثناء رغبة منه في حماية التعامل بالأوراق التجارية وتيسير تداولها بأعتبارها ادوات ائتمان بتأكيد حق الحامل في الحصول على قيمة الورقة ولو وقع خلال فترة الريبه . فضلا عن ذلك ان قانون الصرف يلزم الحامل بتقديم الورقة للوفاء في ميعاد الاستحقاق ولو كان ذلك في فترة الريبة , فاذا قام بذلك وتسلم قيمة الورقة وأجيز بعد ذلك عدم نفاذ الوفاء في فترة الريبة والزم برد قيمة الورقة الى التفليسة فأن ذلك يؤدي الى حرمانه من الرجوع على الضامنين لانقضاء مواعيد تحرير احتجاج عدم الدفع وبذلك يفقد الورقة وحقه في الرجوع على الضامنين [٥٢] .

على ان المشرع وان أجاز الوفاء بقيمة الورقة التجارية اذا تم خلال فترة الريبه , الا انه بالوقت ذاته لم يهدر مصلحة جماعة الدائنين اذ الزم الساحب في السفتجه او الشيك و المظهر الاول في حالة السند لأمر برد قيمة الورقة المدفوعة الى التفليسيه اذا ثبت انه كان يعلم بتوقف التاجر المدين عن الدفع وقت تحرير الورقة التجارية اذ نصت المادة (٦١٥) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على انه " اذا وقعت قيمة ورقة تجارية بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بإشهار الافلاس فلا يجوز استرداد ما دفع من الحامل وانما يلزم الساحب او من سحبت الورقة التجارية لحسابه برد القيمة المدفوعة اذا كان يعلم وقت انشاء الورقة التجارية بوقوف المفلس عن الدفع ويقع الالتزام بالرد في حالة السند للأمر على المظهر الاول اذا كان يعلم وقت حصوله على السند بوقوف المفلس عن الدفع " . فالساحب بتحريره السفتجة او الشيك على المسحوب عليه يستوفي دينا له بذمته فاذا كان عالما بتوقفه عن الدفع فأنه يستوفي دينه منه بسوء نية , ولذلك يلزمه المشرع برد قيمه الورقة الى التفليسيه حماية لحقوق الدائنين والامر ذاته ينطبق بالنسبة للمظهر الاول في حالة السند للأمر . فاذا كان يعلم بتوقف المحرر عن الدفع فهذا يعني انه تلقى منه الوفاء بسوء نية فيلزم برد قيمة السند ان التفليسة .

ان التصرفات التي ذكرت لا تدل بذاتها على ان المقصود بها اضرار بحقوق الدائنين او الاخلال بمبدأ المساواة لذا لم يخضعها المشرع لأحكام البطلان الوجوبي , وانما ترك للمحكمة حرية التقدير في عدم نفاذها فاذا قدرت المحكمة ان التصرف لا يتفق والاهداف التي يسفر اليها نظام الافلاس جاز لها ان تقضي بعدم نفاذها . وللمحكمة سلطة تقديرية للحكم بعدم نفاذ التصرف اذ تقدر الظروف التي تم فيها التصرف وهل يترتب عليه الاضرار بحقوق الدائنين او الاخلال بمبدأ المساواة بينهم اذ انها تفصل في مسألة موضوعية لا تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز .

الخاتمة

Conclusion

الحمد لله الذي وفقنا على كتابة البحث وقد توصلنا بفضل الله تعالى الى النتائج والمقترحات الاتية:

اولا : النتائج :

١ــ ان اصطلاح البطلان الوجوبي او الجوازي غير دقيق لأنه ليس بطلانا بالمعنى الفني الدقيق وانما يتعلق بعدم نفاذ تصرفات التاجر المدين الحاصلة في فترة الريبه في مواجهة جماعة الدائنين مع بقائها صحيحة في العلاقة بين التاجر والغير المتعاقد معه .

٢ ـ ان لتحديد فترة الريبة من الأهمية بمكان لأنها الفترة الفعلية للأفلاس واكثرها خطورة على حقوق الدائنين , فالتصرفات التي يقوم بها التاجر المدين في فترة الريبه هي تصرفات مريبه اي مشوبة بالشك ولذلك سميت هذه الفترة بهذه التسمية .

٣ ـ ان امر تحديد فترة الريبه يتوقف اساسا على تحديد التاريخ الذي توقف فيه المدين عن دفع ديونه المستحقة .

٤ ـ بالنسبة الى التعاريف التي سيقت بخصوص التوقف عن الدفع فرأي ركز على أنها حالة قانونية يسهل اثباتها في حين ان عبء الاثبات قد لا يكون يسيرا ومن الصعوبة اثباته خصوصا اذا كانت موجودات التاجر تفوق الديون , واما التعريف الثاني فنجده قد اسهب في تعريف التوقف عن الدفع وبالنسبة للتعريف الثالث فركز على الفرق بين الافلاس والاعسار اكثر من تركيزه على حالة التوقف عن الدفع وبدورنا نميل الى ترجيح التعريف المتمثل بعجز التاجر عن الوفاء بديونه المستحقة الاداء وذلك لابتعاد التعريف عن الاسهاب مع التركيز على حالة العجز عن دفع الدين المستحق وهو ما يظهر مدلول التوقف عن الدفع .

٥ ـ بدورنا نميل الى ترجيح وحدة مفهوم التوقف عن الدفع سواء بالنسبة لإعلان الافلاس ام بالنسبة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع وذلك لعدم وجود مبرر لفصل الفكرتين فالمدة واحدة وفي وحدة تحديد مفهوم التوقف عن الدفع اهمية فمن جانب الامر يتعلق في ميدان معاملات تجارية تتسم بالسرعة والثقة فلا يمكن ترك امر التوقف عن الدفع لأكثر من احتمال مما يفسح المجال للإطالة والتفسير كما ان امر التوقف عن الدفع يتحدد على اساسه صدور حكم الافلاس كما تتحدد على

اساسه تحديد فترة الريبه والمسألتين بغاية الاهمية ومرتبطتان مع بعضهما بحقوق الدائنين فلا بد من ان يكون امر تحديدها بصورة واضحة ودقيقه .

٦ ـ حسب تقديرنا ان رد اقساط التأمين خلال فترة الريبه فيه شيء من الاجحاف بحق المستفيد اذا كان عقد التأمين قد ابرم قبل فترة طويله تتجاوز سنتين او اكثر خصوصا ان عقد التأمين يطول مدته مما يتنافى معه وجود سوء النية عند المدين . الا اذا ابرم العقد في فترة الريبه هنا تتحقق احتمالية سوء النية لدى المدين للإضرار بالدائنين .

٧ ـ حسنا فعل المشرع العراقي بتوحد فترة الريبه سواء بالنسبة للتصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي او بالنسبة للتصرفات الخاضعة للبطلان الجوازي وذلك لكوننا بصدد تعامل تجاري يتسم بالسرعة والثقة في المعاملات .

ثانيا : المقترحات :

١ ـ اشار المشرع العراقي في المادة (٤/٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الى البطلان الوجوبي لكل رهن او امتياز يقرر على اموال المدين ضمانا لدين سابق على هذا الرهن . ونلاحظ على نص المادة ان المشرع اشار الى الرهن او الامتياز غير ان الامتياز يتقرر بنص القانون اذ انه لا ينشأ بأرادة الدائن او المدين ولا ينشأ لاحقا على نشوء الدين وانما هو صفه في الدين يعاصر نشؤ الدين ويتقرر بموجب القانون ولا يجوز للقاضي ان يقرر امتياز لدين لذلك نقترح على المشرع العراقي رفع كلمة الامتياز من نص المادة لكونها تتعارض مع الحكمة من تقرير البطلان الوجوبي .

الهوامش

Endnotes

[١] انظر : د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير , الوجيزفي نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , الجزء الاول , مصادر الالتزام , بغداد , مكتبة السنهوري , ٢٠١١ , ص ١٢٣ .

[٢] انظر : د.عزيز العكيلي , شرح القانون التجاري , الجزء الثالث في احكام الافلاس والصلح الواقي , دراسة مقارنة , عمان , مكتبه دار الثقافه للنشر , ٢٠٠٣ , ص ١٨٠ .

[٣] انظر : المادة (٦١٣) من الفصل الخامس النافذ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والمعدل بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤ التي تنص على انه " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الاتية ...." .

[٤] انظر : المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تقابلها بالمعنى ذاته المادة (٢٣٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

[٥] انظر : عدنان ضناوي و عدنان خير , الاسناد التجارية والافلاس , لبنان , المؤسسة الحديثة للكتاب , ٢٠٠٧ , ص ٢٥٥-٢٥٦ .

[٦] انظر : د. حسني المصري , القانون التجاري , الافلاس , الطبعة الاولى , القاهرة , ١٩٨٨ , ص ٣٣٥ .

[٧] د.عزيز العكيلي , الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد (احكام الافلاس), الطبعة الاولى , بغداد , مطبعة دار السلام , ١٩٧٣, ص٢٠٧. ود. عبد الحميد الشواربي , الافلاس , الاسكندرية , منشأة المعارف , ٢٠٠٣ , ص ١٧٨ .

[٨] د.عزيز العكيلي , الوسيط في شرح القانون التجاري , الجزء الثالث , احكام الافلاس والصلح الواقي , عمان , دار الثقافة , ٢٠٠٨ , ص ١٧٨ .

[٩] انظر : الياس ابو عيد , الافلاس , الجزء الاول , ١٩٩٨, ص١٠٩.

[١٠] انظر : د . علي البارودي و د. محمد فريد العريني , القانون التجاري , الاسكندرية , ١٩٨٦ , ص٧١٠ .

[١١] انظر : رزق الله انطاكي , الحقوق التجارية البرية , مطبعة الجامعة السورية , ١٩٤٨ , ص ٥٨٩ .

[١٢] انظر : د. الياس ناصيف , الكامل في قانون التجارة , الجزء الرابع , الافلاس , الطبعة الاولى , بيروت , منشورات بحر المتوسط , ١٩٨٦ , ص ١٢٠ .

[١٣] انظر : د. عزيز العكيلي شرح القانون التجاري , مصدر سابق , ص٥٥ .

[١٤] انظر في تفصيل ذلك موسى قروف , الطبيعة القانونية لفترة الريبه في القانون التجاري الجزائري , بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني , العدد الخامس , ص٢٠٥ , متاح على الانترنت اسم الموقع :

http://fdsp.univbiskra.dz/images/revues/mntda/r5/mk5a14df

تاريخ اخر زيارة ٢٠١٨/٦/١٥ .

[١٥] انظر : احمد نصر الجندي , الاوراق التجارية والافلاس في قانون التجارة الجديد , مصر , دار الكتب القانونية , ٢٠١٢ , ص٣٢١ .

[١٦] انظر المادة (٣/٥٦٢) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[١٧] انظر : عمرو عيسى الفقي , الموسوعة التجارية الحديثة في الافلاس والصلح الواقي , الاسكندرية , المكتب الجامعي الحديث , ٢٠٠٩ , ص ٤٨ .

[١٨] انظر : المادة (٢/٥٧٨) من الفصل الخامس النافذ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والمعدل بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤ . تقابلها بالمعنى ذاته المادة (٢/٥٦٣) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[١٩] انظر : المواد (٢/٥٥٧ , ١/٨٧٨ , ٦٧١) من الفصل الخامس النافذ اعلاه .

[٢٠] انظر : د. سميحة القليوبي , الموجز في احكام الافلاس , الطبعة الاولى , القاهرة , دار النهضة العربية , ٢٠٠٣ , ص ١٦٣ .

[٢١] اذ ان العقد لا يكون له وجود فلا يوجد مسوغ لاستصدار حكم ببطلانه وليس على ذي المصلحة في التمسك ببطلان العقد الا ان يمتنع عن تنفيذه او ان لا يعتد به في تصرفاته . انظر : د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني -٢- في الالتزامات , المجلد الاول , نظرية العقد والارادة المنفرده , الطبعة الاولى , ١٩٨٧ , ص ٤٣٥ .

[٢٢] وهذا ما اكدت عليه المادة (٦١٣) من الفصل الخامس النافذ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والمعدل بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بقولها " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الاتية اذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الافلاس " .

[٢٣] يقصد بنظرية الافلاس الفعلي انه اذا ظهر للمحكمة عرضا اثناء محاكمة مدنية او تجارية او جزائية ان التاجر في حالة افلاس ظاهرة فيحق لها وان لم يكن قد صدر حكم بإشهار الافلاس ان تطبق احكام الافلاس . انظر في تفصيل ذلك : رضا شيت خطاب , الافلاس الواقعي , بحث منشور على الانترنت , اسم الموقع

Al-hakawati-la.utexas.edu.

تاريخ اخر زيارة ٢٠١٨/١١/١.

[٢٤] انظر : المواد (٦١٨ , ٦١٩) من الفصل الخامس النافذ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والمعدل بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤ تقابلها بالمعنى ذاته المادة (٦٠٣) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٢٥] انظر : د. ادوار عيد , احكام الافلاس وتوقف المصارف عن الدفع , الجزء الثاني , بيروت , مطبعة باخوش وشرتوني , ١٩٧٣ , ص ٤٤٣ .

[٢٦] انظر : هشام الكيلاني , الافلاس , دمشق , مطابع ابن زيدون , ١٩٦٠ , ص ٣٧ . ود. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و محمد طه البشير , القانون المدني , احكام الالتزام , الجزء الثاني , الطبعة الرابعة , بغداد , المكتبة القانونية , ٢٠٠١ , ص ١٠٠ .

[٢٧] انظر : المادة (٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

[٢٨] انظر : د. احمد محرز , نظام الافلاس في القانون التجاري الجزائري , القاهرة , المطبعة الفنية , ص ٩٣ .

[٢٩] انظر : المادة (١/٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

[٣٠] انظر : د. هاني دويدار , القانون التجاري اللبناني , الجزء الثاني , بيروت , دار النهضة العربية , ١٩٩٥ , ص ٦١٥ .

[٣١] انظر : المادة (٦٠٧ / ٢) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والتي نصت على انه : " ومع ذلك يلتزم المستفيد بأن يرد الى التفليسة اقساط التأمين التي دفعها المفلس ابتداءا من التاريخ الذي عينته المحكمة للوقوف عن الدفع ما لم ينص القانون على غير ذللك " .

[٣٢] انظر: د. سميحه القليوبي , مصدر سابق , ص١٦٦.

[٣٣] نصت المادة (٢/٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على انه : " وفاء الديون قبل حلول ايا كانت كيفيه الوفاء ويعتبر انشاء مقابل الوفاء ورقة تجارية لم يعد ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الاجل " .

[٣٤] انظر : علي العريف , شرح القانون التجاري المصري , الطبعة الاولى , مصر , مطبعة عطايا باب الخلق , ١٩٥١ , ص ٤١٣.

[٣٥] انظر : المادة (٤/٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والتي نصت على انه : " كل رهن او امتياز يقرر على اموال المدين ضمانا لدين سابقه على هذا الرهن " .

[٣٦] انظر : المادة (٤/٦١٣) من الفصل اعلاه تقابلها بالمعنى ذاته المادة (٥٩٨/د) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٣٧] د. هاني دويدار , مصدر سابق , ص ٦١٧ .

[٣٨] د. عزيز العكيلي , الوسيط , المصدر السابق , ص ١٩٥ .

[٣٩] المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

[٤٠] المادة (١٣٢٣) من القانون المدني العراقي اعلاه .

[٤١] انظر : المادة (٤/٦١٣) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

[٤٢] يعرف الامتياز بكونه حق عيني يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته وهذا الحق يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء المحمل به تمكنه من استيفاء دينه بالأولوية في اي يد يكون . انظر : د. محمد طه البشير . د. غني حسون طه , الحقوق العينية , الجزء الثاني , بغداد , المكتبة القانونية , بدون نشر , ص٥٦٥ .

[٤٣] انظر : المادة ١٣٦١ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه :" ٢- ولا يكون للدين امتياز الا بمقتضى نص في القانون " .

[٤٤] انظر : المادة (٦١٤) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والتي نصت على انه : " كل ما اجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة السابقة وخلال الفترة المذكورة فيها , يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين .... " . وكذلك بذات المعنى المادة (٥٩٩) من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٤٥] انظر : المادة (٢٢٨) من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٤٦] انظر : د. احمد محرز , مصدر سابق , ص ١٠٢ .

[٤٧] المادة (٦١٩) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

[٤٨] انظر : عبد الحميد الشواربي , مصدر سابق , ص ٥٤٤ .

[٤٩] انظر : د. هاني دويدار , مصدر سابق , ص ٦١٨ .

[٥٠] انظر : المادة (٦١٦) من الفصل الخامس النافذ والمعدل من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

[٥١] انظر : المادة (٦١٥) من الفصل اعلاه .

[٥٢] انظر : د. هاني دويدار , مصدر سابق , ص٦١٨ .

المصادر

References

اولا : الكتب القانونية :

I. احمد نصر الجندي , الاوراق التجارية والافلاس في قانون التجارة الجديد , مصر , دار الكتب القانونية , ٢٠١٢ .

II. د. احمد محرز , نظام الافلاس في القانون التجاري الجزائري , القاهرة , المطبعة الفنية

III. د. ادوار عيد , احكام الافلاس وتوقف المصارف عن الدفع , الجزء الثاني , بيروت , مطبعة باخوش وشرتوني , ١٩٧٣ .

IV. د. ادوار عيد , احكام الافلاس وتوقف المصارف عن الدفع , الجزء الثاني , بيروت , مطبعة باخوش وشرتوني , ١٩٧٣ .

V. الياس ابو عيد , الافلاس , الجزء الاول , ١٩٩٨.

VI. د. الياس ناصيف , الكامل في قانون التجارة , الجزء الرابع , الافلاس , الطبعة الاولى , بيروت , منشورات بحر المتوسط , ١٩٨٦ .

VII. د. حسني المصري , القانون التجاري , الافلاس , الطبعة الاولى , القاهرة , ١٩٨٨ .

VIII. رزق الله انطاكي , الحقوق التجارية البرية , مطبعة الجامعة السورية , ١٩٤٨ .

IX. د. سميحة القليوبي , الموجز في احكام الافلاس , الطبعة الاولى , القاهرة , دار النهضة العربية , ٢٠٠٣ .

X. د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني -٢- في الالتزامات , المجلد الاول , نظرية العقد والارادة المنفرده , الطبعة الاولى , ١٩٨٧ , ص ٤٣٥ .

XI. د. عبد الحميد الشواربي , الافلاس , الاسكندرية , منشأة المعارف , ٢٠٠٣ .

XII. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير , الوجيزفي نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , الجزء الاول , مصادر الالتزام , بغداد , مكتبة السنهوري , ٢٠١١ .

XIII. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و محمد طه البشير , القانون المدني , احكام الالتزام , الجزء الثاني , الطبعة الرابعة , بغداد , المكتبة القانونية , ٢٠٠١.

XIV. عدنان ضناوي و عدنان خير , الاسناد التجارية والافلاس , لبنان , المؤسسة الحديثة للكتاب , ٢٠٠٧ .

XV. د.عزيز العكيلي , الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد (احكام الافلاس), الطبعة الاولى , بغداد , مطبعة دار السلام , ١٩٧٣.

XVI. د.عزيز العكيلي , الوسيط في شرح القانون التجاري , الجزء الثالث , احكام الافلاس والصلح الواقي , عمان , دار الثقافة , ٢٠٠٨ .

XVII. د. عزيز العكيلي , شرح القانون التجاري , الجزء الثالث في احكام الافلاس والصلح الواقي , دراسة مقارنة , عمان , مكتبه دار الثقافه للنشر , ٢٠٠٣ .

XVIII. د . علي البارودي و د. محمد فريد العريني , القانون التجاري , الاسكندرية , ١٩٨٦.

XIX. علي العريف , شرح القانون التجاري المصري , الطبعة الاولى , مصر , مطبعة عطايا باب الخلق , ١٩٥١ .

XX. عمرو عيسى الفقي , الموسوعة التجارية الحديثة في الافلاس والصلح الواقي , الاسكندرية , المكتب الجامعي الحديث , ٢٠٠٩ .

XXI. محمد طه البشير . د. غني حسون طه , الحقوق العينية , الجزء الثاني , بغداد , المكتبة القانونية , بدون نشر .

XXII. د. هاني دويدار , القانون التجاري اللبناني , الجزء الثاني , بيروت , دار النهضة العربية , ١٩٩٥ .

XXIII. هشام الكيلاني , الافلاس , دمشق , مطابع ابن زيدون , ١٩٦٠ .

ثانيا : المواقع الالكترونية :

I. موسى قروف , الطبيعة القانونية لفترة الريبه في القانون التجاري الجزائري , بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني , العدد الخامس , ص٢٠٥ , متاح على الانترنت اسم الموقع :
http://fdsp.univ-biskra.dz/images/revues/mntda/r5/mk5a14.pdf

II. رضا شيت خطاب , الافلاس الواقعي , بحث منشور على الانترنت , اسم الموقع :

Al-hakawati-la.utexas.edu

تاريخ اخر زيارة ٢٠١٨/١١/١.