الملخص

ان التاجر ومن اجل تيسير نشاطه التجاري والالتزام فيه يلتزم بجملة من الالتزامات ويبرم جملة من العقود التبادلية ، بل ان هذه العقود والالتزامات قد تبرم من اجل تيسير حياته الاعتيادية ، وهذه العقود من حيث وقت ابرامها ومن حيث تنفيذ التزاماتها تنقسم الى محورين:

المحور الاول : العقود التبادلية المبرمة من قبل التاجر المفلس قبل توقفه عن الدفع " فترة الريبة "

المحور الثاني : العقود التبادلية المبرمة من قبل التاجر اثناء فترة الريبة .

Summary

That merchants in order to facilitate its business and commitment which is committed to a host of obligations and contracts entered into a number of interactive, but that such contracts and commitments have been concluded in order to facilitate normal life, and these contracts concluded in terms of time and in terms of implementation of obligations is divided into two axes:

First axis: Contract reciprocity concluded by the trader bankrupt before stopping to pay a "period of uncertainty"

Second Axis: reciprocity contracts concluded by the trader during the period of uncertainty.

المقدمــة :

بـادئ ذي بـدء .. ان التـاجر ومـن اجـل تيسـير نشـاطه التجـاري والالتـزام فيـه يلتـزم بجملـة مـن الالتزامـات ويبـرم جملـة مـن العقـود التبادلية ، بل ان هذه العقود والالتزامات قد تبرم من اجل تيسير حياتـه الاعتياديـة ، وهـذه العقـود مـن حيـث وقـت ابرامهـا ومـن حيـث تنفيـذ التزاماتها تنقسم الى محورين :

المحـور الاول : العقود التبادليـة المبرمـة مـن قبـل التـاجر المفلس قبـل توقفه عن الدفع " فتـرة الريبـة " ، وهـذه العقود منهـا مـا تنتهـي آثارهـا قبل الحكم بشهر الافلاس سواء بالتنفيذ او الاقالة او الفسخ او الانفسـاخ ، فهي لا تدخل في اطار بحثنا ، أي اننا تقتصر علـى تلك العقود التـي لم ينفذ فيها المفلس التزامه العقدي او جزء منه الـى حين الحكم بشـهر افلاسه .

كذلك يستبعد مـن بحثنـا فـي هذا المحـور العقـود التبادليـة التـي يكون فيها التاجر المفلس قد نفذ التزاماته فـي حين ان المتعاقد معـه لـم ينفذ ما ترتب عليه من التزامات لحين الحكم بشـهر الافلاس ، فهذا لا يدخل في محور دراستنا

ايضـاً لأن لأمـين التفليسـة – بوصـفه نائبـاً عـن المفلـس – الحـق فـي مطالبة بتنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته وفقاً للقواعد العامة

المحـور الثـانـي : العقود التبادليـة المبرمـة مـن قبـل التـاجر اثنـاء فتـرة الريبـة ، فهـذه العقـود ايضـاً ستدخل فـي محـور دراستنا سـواء قـد نفـذ العقد او لم ينفذ في جزء منه .

وبناءاً علـى ما تقدم فأننا سنتناول فـي بحثنـا هذا ، وفـي مباحـث ثـلاث – العقـود التبادليـة المبرمـة قبـل فتـرة الريبـة مبينـين اثـر افـلاس المـدين عليهـا ، معـرجين خلالهـا الـى العقـود القائمـة علـى الاعتبـار الشخصـي والعقـود المقترنـة بشـرط فاسـخ ، ثـم نتحـدث فـي المبحـث الثاني عن العقود المبرمـة فـي فتـرة الريبـة متنـاولين فيهـا كيفيـة تحديـد تلك الفترة ، وكذلك من حيث بيـان مـدى نفـاذ تلـك العقـود فـي مواجهـة جماعة الدائنين من عدمها .

اما المبحث الثالث فقد خصصناه لعقود ثلاثـة قد عنـي المشـرع التجـاري بهـا ووضـع لهـا احكامـاً خاصـة الا وهـي عقـد بيـع البضـائع وعقد ايجار التاجر وعقد العمل .

المبحث الأول

اثر الإفلاس على العقود التبادلية المبرمة قبل فترة الريبة

من المعلوم ان العقد الملزم للجانبين او العقد التبادلي هو العقد الذي ينشئ منذ ابرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه ، حيث يكون كل منها – في نفس الوقت – دائناً ومديناً للآخر .

فإذا كان المفلس طرفاً في عقد ملزم للجانبين نشأ صحيحاً قبل شهر الافلاس وأدركه الحكم قبل ان ينفذ او يتم تنفيذه بصورة كاملة – اذا كان من العقود المستمرة التنفيذ ، وان هذا العقد لا يمكن ابطاله بدعاوى البطلان الخاصة بفترة الريبة المنصوص عليها في المادتين (٦١٣ ، ٦١٤) من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠[*] ، ولا بدعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في م (٢٦٣) من القانون المدني العراقي ، فما هو اثر الحكم بإشهار الافلاس على هذا النوع من العقود ؟ [١] .

هل يستطيع المتعاقد مع المفلس ان يمتنع عن التنفيذ او يطالب بالفسخ مع التعويض مستنداً في ذلك الى حكم اشهار الافلاس ؟

سنحاول الاجابة على هذا التساؤل في مطلبين نتناول في اولهما المبدأ العام الذي يحكم العقود التبادلية بسبب الحكم باشهار الافلاس ، ثم نتناول الاستثناء الذي يرد على المبدأ العام في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الأول

المبدأ العام الذي يحكم العقود التبادلية من حيث الإفلاس

نص المشرع التجاري في م (٦٣٨ / ١ تجارة ملغي) على انه " لا يترتب على الحكم بإشهار الإفلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفاً فيها الا اذا كانت قائمة على الاعتبار الشخصي " .

يتضح من النص المذكور ان المشرع لم يجز للمتعاقد مع المفلس ان يطالب بفسخ العقد مكتفيا في تسبيب طلبه بأفلاس المتعاقد معه .فعلى الرغم ان الافلاس يرتب اثرا على المفلس يتمثل في غل يده عن ادارة امواله والتصرف فيها استناداً الى المادة (٦٠٣ / ١) تجارة ملغي ، الا ان المشرع قد واجه هذا الامر بان عين للمفلس نائباً

قانونياً له ، الا وهو امين التفليسة الذي يتولى ادارة امواله والتصرف فيها ضمن الحدود المثبتة له وفق القانون م (٥٥٨) تجارة ملغي . ومن هنا يمكن القول ان المتعاقد مع المفلس لا يستطيع المطالبة بالفسخ استناداً الى م (١٧٧) مدني عراقي .

وعلى ضوء ذلك ... فلأمين التفليسة – كونه نائباً عن المفلس الحق في الاستمرار في تنفيذ العقد اذا رغب في ذلك وبموافقة قاضي التفليسة ، اذ نصت م (٦٣٨ / ٢ تجارة ملغي) على انه " واذا لم ينفذ امين التفليسة العقد او لم يستمر في تنفيذه جاز للطرف الاخر ان يتطلب الفسخ وكل قرار يتخذه امين التفليسة بشأن العقد يجب ان يعرض على قاضي التفليسة [*] ليأذن به ، ويجوز للطرف الاخر ان يعين لامين التفليسة مهلة لا يضاح موقفه من العقد .

يتضح من النص المذكور ما يلي :

١. ان طلب الفسخ الذي يتقدم به المتعاقد مع المفلس يكون مرهوناً برغبة امين التفليسة بتنفيذ العقد او الاستمرار في تنفيذه من عدمه ، أي لا يستطيع المتعاقد مع المفلس المطالبة بالفسخ اذا كان موقف امين التفليسة من تنفيذ العقد ابجابياً .
٢. يجب ان يعرض امين التفليسة رأيه بشان العقد من حيث التنفيذ من عدمه على قاضي التفليسة ليأذن به ، أي ان موقف امين التفليسة لا يعتبر نهائياً الا اذا صودق عليه من قبل قاضي التفليسة . وبالتالي لا يستطيع امين التفليسة ان يتخذ قراره بمفرده .

ويعلل البعض هذا الوجوب – أي وجوب مصادقة قاضي التفليسة – الى خطورة الاثار المترتبة على الموقف الذي يتخذه امين التفليسة من هذه العقود ، سواء كان بالاستمرار في التنفيذ أو كان بعدم التنفيذ ، حيث ينشأ عن الاول التزامات يحتج بها في مواجهة جماعة الدائنين ، أما الموقف الثاني فيترتب عليه زوال العقد واستحقاق الطرف الاخر للتعويض ، كذلك انه يحول دون التحايل على قواعد المساواة بين الدائنين ويمنع التواطؤ بين امين التفليسة والطرف الاخر في العقد [٢] .

ولا مانع من ان يطلب قاضي التفليسة تقريراً من مراقبها بشان القرار الذي يقترحه امين التفليسة لأن من شان ذلك مساعدته في الرقابة على اعمال امين التفليسة واصدار الاذن بناءاً على معلومات صادقة بها مصلحة جماعة الدائنين [٣].

٣. لم يحدد المشرع العراقي : وكذلك المشرع التجاري المصري المدة التي يجب ان يعلن امين التفليسة موقفه من العقود التي يكون المفلس طرفاً فيها ، ومن ثم يظل محتفظاً بحق المطالبة بتنفيذ العقد طالما لم يظهر الرغبة في عدم التنفيذ ، بصرف النظر عن المدة التي مضت من تاريخ المحكمة بشهر الافلاس.

ومع ذلك ينبغي ان يعلن امين التفليسة موقفه من العقد في وقت ملائم بما لا يضر الطرف الاخر . وقد اجاز المشرع للطرف الاخر ان يعين لامين التفليسة مهلة مناسبة لايضاح موقفه من العقد . بيد ان المشرع الفرنسي في قانون الاصلاح والتصفية القضائية رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٥ قد نحى منحى مغايراً لما ذهب اليه المشرع التجاري العراقي والمصري في عدم تحديدهما للمدة التي يجب ان يعلن امين التفليسة خلالها موقفه من العقود التبادلية ، اذ نصت م (٣٧) من القانون المذكور على انه " ١. للمدير القضائي [*] وحده الحق في طلب تنفيذ العقود السارية والوفاء للمتعاقد الآخر بالاداء الذي وعد به المدين ، ويفسخ العقد بقوة القانون بعد الاعذار الذي يوجه الى المدير ولم يرد عليه لمدة تزيد على شهر ويجوز للقاضي المنتدب قبل انقضاء هذه المدة من ان يحدد للمدير مدة اقصر او يمنحه مدة اطول لا تتجاوز ثلاثة اشهر لتحديد موقفه من العقد " .

الاصل وفق النص المذكور على المدير القضائي ان يوضح موقفه من العقود التبادلية خلال مدة شهر تحسب من تاريخ الاعذار الموجه من قبل المتعاقد مع المدين ، بيد ان للقاضي المختص سلطة تمديد هذه المدة او تقصيرها حسب ما يراه مناسباً ، اذ قد يحتاج المدير القضائي الى فترة تزيد على الشهر لدراسة ذلك العقد لتحديد

الجوانب الايجابية والسلبية ، سواء بالموافقة على التنفيذ من عدمها ، ليحدد ايهما اكثر مصلحة للغاية الاساسية المراد تحقيقها .

٤. اذا لم يحدد امين التفليسة موقفه من العقد ، او كان موقفه سلبياً ، جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب الفسخ او ان يقوم بتنفيذ نصيبه من الالتزامات المترتبة على العقد ويقدم في التفليسة بدينه ويخضع عندئذ لقسمة الغرماء الا اذا كان دينه ممتازاً ، وقلما يختار الدائن هذا الحل الاخير نظراً لما فيه من ضرر واضح.(٤)

لذا فالمعتاد ان يطلب الطرف الاخر الفسخ وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة للفسخ القضائي للعقود الملزمة للجانبين ، اذ نصت م (١٧٧ / ١) على انه " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض .

وهنا للقضاء سلطة تقديرية في الموافقة على هذا الطلب من عدمه ، فقد يقضي به اذا اقتنع بوجود ما يبرره او قد يرفض الحكم اذا كان ما نفذه جزءاً كبيراً بالنسبة للباقي منه ، واذا حكم بالفسخ جاز للطرف الاخر المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى .(٥) وهنا يدخل بمبلغ التعويض مع جماعة الدائنين باعتباره دائناً عادياً ولو كان دين التعويض ممتازاً وفقاً للقواعد العامة إلا إذا نص على احتفاظ التعويض بالامتياز المقرر له قانوناً ، كما هو الشأن بالنسبة للتعويض المحكوم به للعمال بسبب انتهاء عقد العمل ، إذ أبقى المشرع للتعويض الامتياز المقرر له قانوناً م (٦٣٨ / ٣) تجاري ملغي .

اما في التشريع الفرنسي ، فاستناداً الى نص م (٣٧) من قانون الاصلاح والتصفية القضائية سالفة الذكر – فان انتهاء المدة المحددة دون ان يبدي المدير القضائي موقفه من العقد يجعل العقد منفسخاً بقوة القانون – وهنا يتضح موقفه المخالف لما ذهب اليه المشرع العراقي والمصري .

واذا تضمن العقد شرطاً جزائياً او اتفق الطرفان على التعويض فانه يسري على هذه الحالة القواعد المقررة في القانون المدني .

اما في فرنسا فالامر على خلاف في ظل القانون الفرنسي ، فبينما تتجه محكمة النقض الى جواز العمل بالشروط الجزائية ، تتجه محاكم الموضوع الى خضوع تقدير التعويض للقواعد العامة وعدم جواز العمل بالشروط الجزائية .[٦]

المطلب الثاني
الاستثناء الذي يرد على المبدأ العام (العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والمقترنة بشرط فاسخ صريح)

هنالك الكثير من العقود التي لا يبرمها الاطراف مع أي كان ، وإنما يشترط في الطرف الذي يرغب في التعاقد معه ان يمتاز بشروط او صفات معينة تسمى بـ (المؤهلات الشخصية التي يقصد بها كل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العقد ، فيدخل فيها ما اشتهر عن المتعاقد من ناحية الكفاية الفنية والامانة وحسن المعاملة وما قام به من اعمال تكسبه تجربة عملية فيه ومقدار ملأته وامكانيته . [٧]

فأذا افلس احد المتعاقدين ما هو الاثر المترتب على ذلك الافلاس بالنسبة لذلك العقد ؟

في البدء لا بد من الاشارة الى ان الافلاس يقتصر تأثيره على العقود القائمة على الاعتبار الشخصي التي يقتضي تنفيذها تدخل امين التفليسة بدلاً من المفلس ، لأن تنفيذها يدخل في نطاقه غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وهي العقود التي تتصل بالذمة المالية للمفلس الذي تمثل الضمان العام لدائنيه ، اما العقود المتعلقة بشخص المفلس او العقود التي لا يحتاج تنفيذها الى تدخل امين التفليسة كأن يكون محل العقد التزام المفلس بأداء عمل يتصل

بمجهوده الشخصي مثل اعداد دراسة جدوى او اعداد ميزانيات او العمل لدى الغير ، فهذه العقود لا تتاثر بشهر افلاس احد عاقديها لأنها لا تدخل في نطاقه غل اليد ، ومن ثم لا مانع من قيام المدين باداء العمل بنفسه كما هو متفق عليه . (٨)

أما من حيث الاثر المترتب على الافلاس بالنسبة الى تلك الطائفة الاولى من تلك العقود ، فقد نص المشرع العراقي في م (٦٣٨ / ١) على انه " لا يترتب على الحكم باشهار الافلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفاً فيها الا اذا كانت قائمة على الاعتبار الشخصي " .

يتضح من النص اعلاه ان الافلاس يعتبر سبباً قانونياً في انفساخ العقود القائمة على الاعتبار الشخصي ، أي ان هذا الحكم يرد استثناء على الحكم الخاص بالعقود التبادلية في حال الافلاس ، فكما اسلفنا ان العقود التبادلية لا يقع الفسخ فيها بحكم القانون بمجرد افلاس احد عاقديها .

والعلة في هذا الحكم ... ان هذه العقود تقوم اساساً على الثقة ، وكان الافلاس مقوضاً ومضيعاً لها ، فمن الواجب ان ينهار العقد متى ما افلس المدين فيه ، اذ يستحيل عليه عندئذ تنفيذ ما يرتبه العقد من التزام ، فلا مناص – اذا قيل ببقاء العقد – من ان يحل امين التفليسة محل المفلس في التنفيذ وهو ما لا يرضاه الدائن .(٩)

وقد نحى المشرع المصري نفس المنحى الذي ذهب اليه المشرع التجاري العراقي في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي م (٦٢٣ / ١) تجاري مصري .

بيد ان جانباً من الفقه المصري (١٠) قد انتقد هذا الحكم مستنداً في ذلك الى التوجه الجديد للمشرع التجاري المصري . في قانون التجارة النافذ الذي يذهب الى بذل الجهود الممكنة من اجل اعادة

هيكلية المشاريع المشهر افلاسها وبذل الجهود من اجل انقاذها وقراره باستمرار تشغيل تجارة المدين المفلس بعد الحكم بشهر الافلاس – وان كان استثنائياً كون اثر الافلاس لم يعد مقتصراً على المفلس وجماعة الدائنين بل قد يرتب الحكم باشهار افلاس المشاريع الكبرى الى اثر سلبي على المصلحة العامة بل على الاقتصاد القومي ، فالحكم بانهاء العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بقوة القانون يعارض ذلك التوجه ، اي انه يؤدي الى اضعاف فرصة نجاح الاستمرار في تشغيل تجارته اذا اذن قاضي التفليسة بذلك ، لا سيما اذا كان هذا النشاط يقوم اساساً على استغلال ترخيص باستعمال براءة الاختراع او علامة تجارية كما لا تقل عقود الائتمان والحساب الجاري اهمية بالنسبة للمشروع عن العقود السابقة ، لأن الاستمرار في تشغيل متجر المفلس يكون في اشد الحاجة الى الدعم والمساعدة خلال هذه المرحلة حتى تتحقق المصلحة التي صدر من اجلها اذن قاضي التفليسة بالاستمرار في التشغيل لذا كان الاجدى بالنسبة للمشرع المصري ان يلغي هذا الاستثناء ويجعل العقود القائمة على الاعتبار الشخصي حالها كحال العقود التبادلية الاخرى من حيث الاثار والاحكام في حال افلاس احد عاقديها .

ولكن ما الحكم في حال طلب المتعاقد مع المفلس الاستمرار في تنفيذ العقد؟

الحال هنا ان المتعاقد قد تخلى عن ركن الاعتبار الشخصي اي اجاز لأمين التفليسة الاستمرار في تنفيذه ، وهنا تطبق نفس الاحكام المتعلقة بالعقود التبادلية التي اشرنا اليها سابقاً .

بيد انه – وفقاً للفرضية السابقة – لأمين التفليسة رفض الاستمرار في التنفيذ والتمسك بانفساخ العقد بحكم القانون ، اذ ان هذا

الحق ليس مقتصراً للمتعاقد مع المفلس بل يمكن ان يتمسك به – اضافة لامين التفليسة والمتعاقد الاخر – المفلس والدائنون ايضاً . (١١)

اما بالنسبة للقانون الفرنسي ... فأن المشرع الفرنسي في قانون (الاصلاح والتصفية القضائية) قد كان اكثر اتساقاً في احكامه التي تبلورت لتحقيق الغاية التي ينشدها والتي حددها في المادة الاولى من القانون المذكور وهي : انقاذ المشروع والمحافظة على نشاطه وعلى العمال وتصفية ديونه ، ولتحقيق هذه الغاية المتوخاة فقد اتخذ المشرع الفرنسي جملة من الاجراءات منها وعلى خلاف المصري والعراقي – لم يجعل العقود التبادلية القائمة على الاعتبار الشخصي بمعزل في حكمها عن العقود التبادلية الاخر في حالة افلاس احد عاقديها ، اي بعبارة اخرى تسري عليها الاحكام ذاتها ، وهذا الامر نلحظه جلياً في نص المشرع التجاري الفرنسي في م (٣٧ / ١) من القانون انف الذكر ، اذ يحق لمدير التقويم القضائي طلب تنفيذ العقود الجارية سواء أكان العقد من عقود الاعتبار الشخصي ام لم يكن .

وتبرز اهمية الحكم المتقدم في وجوه عدة ، مثلاً نلحظه في العقود المصرفية المبرمة مع المفلس ، اذ يمكن المضي في تنفيذ هذه العقود رغم التقويم القضائي .(١٢)

ومن جهة اخرى لا يؤدي التقويم القضائي الى الغاء عقود الضمان التي ابرمها المدين (١٣) لذلك اذا وقع الخطر بعد العمل بنظام التقويم تلتزم شركة الضمان بالتعويض وان كان المدين قد توقف عن دفع اقساط الضمان ولو قبل افتتاح اجراءات التقويم . (١٤)

المبحث الثاني
أثر الإفلاس على العقود المبرمة خلال فترة الريبة

من المعلوم ان نظام الافلاس بنصوصه كافة قد وضع لتحقيق الحماية الكافية لحقوق الدائنين من جهة ، وللحد من تدهور حالة المدين المالية من جهة اخرى . فاذا نظرنا الى حماية حقوق الدائنين نجد ان تلك الحماية تكون منتقصة اذا اقتصرت على شهر افلاس المدين وغل يده عن التصرف باموالـه في الفترة اللاحقة لشهر الافلاس ، اذ ان الحكم باشهار الافلاس لا يتم في الغالب بعد توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية مباشرة ، وانما قد تنقضي مدة من الزمن بين التوقف عن الدفع وصدور الحكم باشهار الافلاس ، فهناك بعض المدينين وفي الفترة السابقة على الحكم بشهر الافلاس وعند شعوره بتدهور وضعه المالي قد يعمد الى امور عدة يقصد من ورائها الاضرار بدائنيه من خلال قيامه بتبديد تلك الاموال ، اذ قد يعمد الى ابرام عقود لا طائل منها ، بل قد يهب بعض امواله ، او يقوم بتنفيذ التزامات عقدية مترتبة في ذمته الا ان موعد تنفيذها المتفق عليه لم يحل بعد ، من جهة اخرى قد يبرم بعض العقود مع اشخاص حسني النية التي لا يقصد منها الاضرار بالدائنين ، بل يرغب في تحسين وضعه المالي والتجاري .

وبناءً على ما تقدم لا بد من وجود تدخل تشريعي لاعطاء الحكم الفاصل في مثل هذه التصرفات لاكمال الحماية المرجوة ، وان يكون حكماً متوازناً مراعياً فيه طرفي العلاقة اللذين هما جماعة الدائنين من جهة والدائن حسن النية الذي تعاقد مع المدين المفلس في فترة الريبة دون علمه بارتباك ائتمانه التجاري من جهة اخرى .

لذا نجد المشرع العراقي قد تدخل ليضع احكاماً بشأن تلك التصرفات التي تنشأ خلال هذه الفترة – فترة الريبة – لتتراوح تلك الاحكام بين البطلان لبعض التصرفات المحددة قانوناً ، وبين البطلان لجميع التصرفات ان توفرت فيها شروط محددة لذا سنتحدث عن ذلك تباعاً .

المطلب الأول
تحديد فترة الريبة

ان فترة الريبة هي الفترة المحصورة بين تاريخ التوقف عن الدفع وبين صدور الحكم بشهر الافلاس ، وسميت كذلك لأن المشرع يرتاب من تصرفات المدين المفلس خلالها ، فأنه وقد توقف عن الدفع وشعر بقرب افلاسه فقد يتصرف بتصرفات غير سوية تلحق ضرراً بجماعة الدائنين .

لذا يكون من الضروري تحديد تاريخ التوقف عن الدفع ليتسنى تحديد تلك الفترة بدقة وعلى ضوء ذلك فقد عمد المشرع الى اعطاء المحكمة سلطة تقديرية في تعيين تاريخ التوقف عن الدفع على ضوء وقائع الدعوى التي يستدل منها على ذلك . وللمحكمة ان تعتبر الاستعانة بوسائل ضارة او غير مشروعة من قبل المدين كأن يكون الاقتراض بفوائد عالية او بيع امواله باثمان بخسه للوفاء بديونه في حكم الوقوف عن الدفع عند النظر في تعيين تأريخه م (٥٧٩) تجاري ملغي.

الا ان تلك الحرية التي اعطاها المشرع الى المحكمة المختصة في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع لم تكن حرية مطلقة بل جعلها مقيدة ، اذ الزم المحكمة المختصة وفي جميع الاحوال ان لا ترجع تاريخ الوقوف عن الدفع الى اكثر من سنتين من تاريخ الحكم باشهار الافلاس (م ٥٧٨ / ٢) تجاري ملغي .

والمحكمة التي تشهر الافلاس هي التي تحدد في حكم الافلاس تاريخاً مؤقتاً عن الدفع (٥٧٧ / ١) واذا صدر حكم اشهار الافلاس بعد وفاة المدين او بعد اعتزاله التجارة ولم يعين فيه تأريخ الوقوف عن الدفع اعتبر تاريخ الوفاة أو اعتزال التجارة تأريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع (م ٥٧٧ / ٢) تجاري ملغي .

ويثور تساؤل مفاده هل ان تاريخ الوقوف عن الدفع يعتبر تاريخاً نهائياً لا يمكن تعديله ؟

اجاز المشرع العراقي في م (٨٧٨ / ١) تجاري ملغي ، للمحكمة من تلقاء ذاتها او بناءاً على طلب المدين او احد الدائنين 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 طبقاً للفقرة الاولى من م (٦٧١ تجاري ملغي) الى قلم المحكمة ، وبعد انقضاء هذا الميعاد يصبح التاريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائياً .

ولمثل هذا قد ذهب المشرع المصري في قانون التجارة النافذ .

المطلب الثاني
مفهوم البطلان

البطلان وفقاً للمادة (١٣٨ / ٢ مدني عراقي) هو إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل . إلا ان مفهوم البطلان – الذي نقصده في فترة الريبة – لا ينطبق مع هذا المفهوم ، فهو لا يعدو الأمر ان يكون في الحقيقة مجرد عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين وحدها ، مع بقاء التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره بين المفلس والمتصرف اليه .

والحق انه ليس ثمة ما يدعو لبطلان التصرف وزوال آثاره بأثر رجعي ، اذ يكفي لحماية الدائنين الا يعتد بهذا التصرف في مواجهتهم .[١٦]

ويترتب على مفهوم البطلان في فترة الريبة نتائج عدة منها :

١. لا يجوز للمفلس ان يتمسك بالبطلان في مواجهة المتصرف اليه ، اذ ان المفلس يبقى ملتزماً بالتزامه وليس بامكانه التحلل منه ، وللمتصرف اليه بعد انتهاء التفليسة المطالبة بالتنفيذ العيني او التعويض . وكذلك الحال ليس للمتصرف اليه التمسك بالبطلان في مواجهة المفلس .
٢. يترتب على بطلان التصرفات في فترة الريبة بقاء المال ملكاً للمفلس ومن ثم يعود الى ذمته المالية ليستعمل الدائنون حقهم في الضمان العام عليه ، وبذلك يعتبر التصرف غير موجود بالنسبة لجماعة الدائنين .
٣. يلتزم المتصرف اليه بمقتضى م (٦١٧ تجاري ملغي) بان يرد الى التفليسة ما حصل عليه من المفلس بمقتضى هذا

التصرف او قيمة الشيء وقت قبضه في حالة استحالة الرد لهلاكه او استهلاكه ، كما يلزم بدفع فوائد ما قبضه او ثماره من تاريخ القبض . ويكون للمتصرف اليه الحق في استرداد العوض الذي قدمه لمفلس اذا وجد العوض بعينه في التفليسة ، فاذا لم يوجد كأن يكون مادة قد باعها المفلس كان من حق المتصرف اليه ان يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التي عادت عليها من التصرف ، والعلة في ذلك حتى لا تثري جماعة الدائنين على حسابه اذا ما احتفظت بالعوض الذي قدمه المفلس والمنفعة التي عادت عليها منه . فاذا كانت المنفعة التي عادت عليها اقل من قيمة العوض الذي دفعه للمفلس جاز له الاشتراك بما زاد على المنفعة التي عادت على جماعة الدائنين من التصرف في التفليسة بوصفه دائناً عادياً .[١٧]

المطلب الثالث

البطلان الخاص بتصرفات محددة بالنص

التصرفات التي يجب على المحكمة القضاء بعدم نفاذها على التفليسة

ورد النص على تلك التصرفات في م (٦١٣ تجاري ملغي) التي تنص على انه " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الاتية إذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم باشهار الافلاس .

١. التبرعات اياً كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري بها العرف .
٢. وفاء الديون قبل حلول الاجل أياً كانت كيفية الوفاء ، ويعتبر انشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الاجل.
٣. وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه ، ويعتبر الوفاء بطريق الاوراق التجارية او النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود .

٤. كل رهن او امتياز يقرران على أموال المدين ضماناً لدين سابق على هذا الرهن .

فأذا ابرم المدين المفلس التزاماً عقدياً فانه يقع تحت طائلة م (٦١٣) اذا توافرت فيه شروط ثلاث هي :

أ. ان يبرم ذلك الالتزام العقدي في فترة الريبة وقد تكلمنا عن مفهومها وكيفية تحديدها سابقاً .

ب. ان يقع تحت طائلة أحدى المفردات المنصوص عليها في م (٦١٣) ، لأنها قد وردت على سبيل الحصر لا المثال ، وبالتالي لا يجوز التوسع فيها قياساً .

ج. ان يطلب أمين التفليسة ابطال ذلك الالتزام العقدي ، فلا يجوز للدائن بصفته الفردية او لغيره انه يطلبه [١٩] وهنا يكون لامين التفليسة الخيار بابطاله سواء وفقاً لهذه المادة ، او بموجب دعوى عدم نفاذ التصرفات المنصوص عليها في القانون المدني .

ويدخل ضمن الاطار ذاته قيام المدين المفلس بالايفاء بالتزام عقدي ابرمه في فترة سابقة على الريبة ، فالاصل ان للمدين المفلس الحق في الايفاء بالتزامات عقدية قد ترتبت في ذمته ، بيد ان ما تشير اليه المادة (٦١٣) هو قيامه بالايفاء بالتزام لم يحل موعده بعد ، كأن يكون المدين المفلس قد ابرم (عقد بيع بالتقسيط) وكان عليه التزام بالايفاء بقسط كل (اربعة اشهر) ، الا انه خلال فترة الريبة قام بالايفاء بجميع الاقساط المتبقية محاباة للدائن او لتخوفه من قيام الاخير بالمطالبة بالحكم بافلاسه نتيجة لتلكؤه في دفع بعض الاقساط .

ويلحق بالحكم نفسه قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي بغير ما اتفق عليه - الوفاء بمقابل - كأن يكون الالتزام المترتب في ذمة المدين عن عقد بيع بضاعة هو مبلغ نقدي مقداره (عشرون مليون دينار) ، فيقوم المفلس بدفع قطعة ارض قيمتها (اربعون مليون دينار) للدائن بدلاً لذلك الالتزام النقدي المترتب في ذمته .

اما الاثر المترتب على ذلك هو ان تقضي المحكمة بطلان تلك التصرفات بطلاناً وجوبياً وهنا لا بد من الاشارة الى ان البطلان الوجوبي يمتاز عن البطلان بقوة القانون ، اذ ان الاخير يقع بقوة

القانون دون حاجة الى صدور حكم ببطلانه ، اما البطلان الوجوبي فيقصد منه انه يجب على المحكمة متى رفع اليها امين التفليسة امر التصرف ان تحكم ببطلانه ، متى ما تحققت من توافر الشروط المذكورة في م (٦١٣) دون ان يكون لها سلطة تقديرية [٢٠] .

المطلب الرابع
البطلان العام المشروط

نحى المشرع التجاري في تعديله الاخير لـ (نظام الافلاس) منحاً مغايراً لما عليه التشريعات العربية في معالجة التصرفات الخارجة عن اطار المادة (٦١٣) آنفة الذكر ، اذ نص المشرع التجاري في م (٦١٤) من قانون التجارة الملغي المعدل على انه ((يحكم على كل اجراءات التصرف المعمولة بواسطة المفلس ضمن فترة ٩٠ يوماً قبل تعليق الدفعات وليس استناداً الى تلك الاجراءات الموجودة والتي هي محددة بوقت والمبينة في المادة السابقة فانها غير مؤثرة ضد هيئة الدائنين ويجب ان تحسب بالمقابل من موجودات لمصلحة الدائنين ان كانت تلك الاجراءات ضارة على مصالحهم والطرف المقابل المتصرف كان مدرك اثناء ذلك الوقت بان المفلس علق الدفعات .

يتضح من النص اعلاه ... انه يشترط جملة من الشروط للحكم عدم نفاذ التصرف هي :

١. وقوع التصرف خلال فترة الريبة مضافاً اليها التصرفات الواقعة في فترة (٩٠) يوماً السابقة على فترة الريبة ، اذ نلحظ هنا ان المشرع لم يقصر هذا النص على التصرفات الواقعة في فترة الريبة كما هو الحال في التصرفات المشمولة بنص م (٦١٣) تجاري ملغي . ونرى هنا ان المشرع قد انفرد بهذا الرأي ليزيد من حماية جماعة الدائنين بيد ان تلك الحماية كانت على حساب المتعاقد مع المفلس .
٢. ان يكون ذلك التصرف غير خاضع لنص م (٦١٣ تجاري ملغي) .

٣. ان يكون التصرف ضاراً بجماعة الدائنين . كان يؤدي الى انقاص حقوق المفلس او زيادة التزاماته ، فاذا لم يترتب هذا الاثر على التصرف المبرم من قبل المفلس فلا يشمله البطلان الوارد في هذه المادة .

٤. ان يكون المتعامل مع المدين المفلس عالماً بتوقف المدين عن الدفع ، فلا يشترط غش المدين ولا نية الاضرار ، وعلى امين التفليسة ان يقيم الدليل على هذا العلم أي ان حسن نية من تعامل مع التاجر يكون مفترضاً وله اثبات ذلك بطرق الاثبات كافة .

وينبغي الاشارة هنا ... الى انه لا يعتبر كافياً مجرد علم الدائن بحالة ضيق طارئة يمر بها المدين ، بل لا بد ان ينصب العلم على حالة توقف المدين عن الدفع [٢١] .

٥. ان يكون التصرف صادراً من المفلس ومتعلقاً باموالة ، أما اذا تعلق بأموال الغير فلا يدخل في نطاقه ، مثاله قيام الزوجة بالايفاء من مالها الخاص بالتزام عقدي مترتب في ذمة زوجها [٢٢] .

٦. ان يكون امين التفليسة بوصفه ممثلاً لجماعة الدائنين هو المتقدم بطلب بطلان التصرف .

وعلى ضوء ما تقدم اذا ابرم المدين المفلس التزاماً عقدياً او اوفى بالتزام عقدي قائم ، لا يدخلان ضمن دائرة التصرفات المنصوص عليها في م (٦١٣) تجاري ملغي ، وقد توافرت فيها الشروط الواردة في م (٦١٤) تجاري ملغي ، فعلى المحكمة هنا أن تحكم بطلان التصرف أي ليس لها سلطة تقديرية كما هو الحال قبل تعديل النص وبخلافه يعتبر حكمها باطلاً .

المبحث الثالث

العقود التبادلية التي خصها المشرع التجاري بأحكام خاصة

عني المشرع التجاري بوضع احكام خاصة لبعض العقود لما لها من اهمية تتعلق بالمتعاقد مع المفلس مرة ، او تتعلق بالمفلس او جماعة الدائنين مرة ثانية – اذ لم يكتف بالقواعد العامة التي تحكم العقود التبادلية في حالة افلاس احد طرفيها ، وهذه العقود هي عقد بيع البضائع وعقد ايجار المتجر وعقد العمل ، لذا سنتناولها تباعاً .

المطلب الاول

عقد بيع البضائع

يعتبر عقد البيع – في الاصل – من العقود التبادلية ، وبالتالي فان افلاس احد طرفيه لا اثر له على العقد الذي يظل قائماً ، فاذا افلس البائع وكان قد قبض ثمن المبيع – الذي لم يسلمه للمشتري قبل افلاسه – وكان المبيع معيناً بذاته لدى البائع المفلس فللمشتري استرداده من تفليسته لانه ملكه ، أما اذا كان غير معين بالذات ولم يمكن التعرف عليه ورفض امين تفليسة البائع تنفيذ العقد كان للمشتري طلب الفسخ واسترداد الثمن . وتطبيقاً لذلك اذا حكم له بالفسخ والتعويض وجب على امين التفليسة ان يرد للمشتري الثمن من اموال التفليسة لان المشتري لا يعتبر بالنسبة للثمن دائناً عادياً يخضع لقسمة الغرماء والقول بغير ذلك يعني ان جماعة الدائنين تثري بغير حق على حساب المشتري اذا ما احتفظت بالثمن والمبيع في نفس الوقت [٢٣] .

اما اذا افلس البائع قبل ان يدفع المشتري الثمن وكانت البضاعة لا تزال في حيازته ، ففي هذه الحالة يحق للمشتري – تطبيقاً للقواعد العامة – حبس الثمن والدفع بعدم التنفيذ حتى يتم تسليم المبيع اليه ، فاذا امتنع امين التفليسة عن تسليم المبيع جاز للمشتري طلب الفسخ مع التعويض [٢٤] .

اما اذا افلس المشتري قبل أداء الثمن فالامر فيه تفصيل ، اذ انه الى جانب الاحكام العامة ، عني المشرع التجاري بوضع قواعد خاصة تنظم حقوق بائع المنقولات في هذه الحالة في المادتين (٦٤٥ ، ٦٤٦) اذ انه يميز بين فروض ثلاثة المميز بينها المكان الذي توجد

فيه البضاعة وقت افلاس المشتري . فالمشرع يعتد بمكان البضاعة لان الدائنين يعتمدون في ائتمان المدين المفلس على وجود هذه البضاعة في حيازته ، فاذا كانت في حيازة البائع او في الطريق فلا شأن للدائنين بها ، اما بعد دخولها حيازة المشتري ، فقد افترض المشرع ان الدائنين قد أدخلوا هذه البضاعة في حسابهم عندما تقدموا لائتمانه ، فلا يصح ان يخيب البائع ظنهم بعد ان أوقعهم ببضاعته في ائتمان المدين المفلس [٢٥] .

ونتناول هذه الفرضيات تباعاً :

الفرع الاول
البضائع في حيازة البائع

نص المشرع العراقي في م (٦٤٥ / ١) من قانون التجارة الملغي على انه " اذا افلس المشتري قبل دفع الثمن وكانت البضائع لا تزال عند البائع جاز له حبسها " .

فبمقتضى النص المذكور .. اذا كانت البضاعة لا تزال في حيازة البائع ، لم يسلمها للمشتري المفلس ولم يرسلها اليه ، ولم يكن المشتري المفلس قد دفع ثمنها بعد ، فهنا للبائع حق حبسها حتى يستوفي ثمنها بالكامل ، ويلاحظ ان هذه الحقوق ثبت للبائع وان كان قد اتفق على تأجيل الثمن او تقسطيه لان اجل الديون يسقط بشهر الافلاس [٢٦] .

فاذا دفع امين التفليسة ثمنها للبائع بعد استئذان قاضي التفليسة التزم الاخير بتسليمها اليه ، أما اذا امتنع امين التفليسة عن ذلك جاز للبائع المطالبة بالفسخ مع التعويض م (٦٤٥ / ٣) تجارة ملغي .

فاذا حكم للبائع بالفسخ مع التعويض ، دخل مع جماعة الدائنين بوصفه دائناً عادياً بمبلغ التعويض .

الفرع الثاني
البضائع في طريقها للمشتري

هو ذلك الفرض الذي تكون البضائع فيه في طريقها الى المشتري ، ويحق للبائع في هذا الغرض استرداد البضائع ما دامت لم تصل الى المفلس في مخازنه او مخازن الوكيل بالعمولة ، ولم يتصرف فيها بعد .

فقد نص المشرع العراقي في م (٦٤٥ / ٢) تجارة ملغي على انه " واذا افلس المشتري بعد ارسال البضائع آلية وقبل دخولها مخازنه او مخازن وكيله المكلف ببيعها ، جاز للبائع استرداد حيازتها ، ومع ذلك لا يجوز الاسترداد اذا فقدت البضائع ذاتيتها او تصرف فيها المفلس قبل وصولها بغير تدليس بمقتضى قوائم الملكية او وثائق النقل الى مشترٍ حسن النية .

يتضح من النص المذكور انه .. لكي يتمكن البائع من استرداد البضائع توفر عدة شروط هي :

الشرط الاول : ان لا يكون البائع قد استوفى كامل الثمن المتفق عليه.

فاذا انقضى دفع الثمن بالوفاء او باي سبب من اسباب انقضاء الالتزام كالتقادم او المقاصة او تجديد الدين ، سقط حق البائع في الاسترداد [٢٧] .

الشرط الثاني : ان يكون المشتري قد افلس بعد ارسال البضائع وقبل دخولها في مخازنه او مخازن وكيله المكلف ببيعها او في مكان فيه مظهر التصرف .

وتعتبر البضاعة انها لا تزال في الطريق ويجوز للبائع استردادها [٢٨] :

- اذا كانت في محطة السكك الحديدية .
- او مشحونة في السفينة التي تحملها الى المشتري ، ولو كانت مملوكة لهذا الاخير .

- او في رصيف ميناء الوصول الا اذا كان مخصصاً لشحن وتفريغ بضائع المشتري كما هو الشأن بالنسبة الى بعض الشركات الكبرى[٢٩] .

والعبرة هي بدخول البضاعة مخازن المشتري ، فاذا تسلمها تسليماً حكمياً ، كما اذا بقيت البضاعة عند البائع ووضع عليها علامات المشتري فلا يعتبر انها وصلت مخازن المشتري ، ويجوز للبائع حبسها لديه ، ويجوز الاسترداد ولو كانت البضائع غير مخصصة للتجارة ، كما لو كانت اثاثاً لمنزل المشتري [٣٠] .

ويثور التساؤل هنا مفاده انه اذا دخلت البضاعة الى مخازن المشتري المفلس او مخازن وكيله بالعمولة بعد الحكم بشهر افلاسه ، فهل يحق للبائع المطالبة باسترداد البضاعة ام لا ؟

يكون البائع هنا – حق استردادها – لأن الاسترداد لا يمنع عن البائع الا اذا دخلت البضاعة مخازن المشتري قبل صدور حكم الافلاس ، اذ يمكن ان يقال عندئذ ان الدائنين اعتمدوا عليها في تقدير الضمان العام المقرر لهم على اموال المدين ، اما اذا دخلت البضاعة مخازن المشتري بعد صدور حكم الافلاس ، فلا محل لهذا الاعتبار[٣١] .

الشرط الثالث : ان لا يكون المشتري المفلس قد تصرف في البضاعة وهي في الطريق الى مشتر ثان بحسن نية دون تدليس ، فلا يحق للبائع ان يطالب باستردادها الا اذا كان هنالك تدليساً وتواطئوا بين المشتري المفلس (البائع) والمشتري ويراعى ان تسليم قائمة البضاعة او سند الشحن او تذكرة النقل يقوم في عرف التجارة . مقام تسليم البضاعة ذاتها ، فاذا كانت هذه الاوراق تحمل توقيع المرسل (البائع الاصلي) فان ذلك يعني انه قد قبل ان يتصرف المشتري فيها اثناء وجودها في الطريق ، فعليه اذن ان يقبل نتائج هذا التصرف[٣٢] .

ويلاحظ ان كلمة " الاسترداد " هنا تعني استرداد الحيازة لا استرداد الملكية ، فالبائع يسترد حيازة البضاعة في الطريق حتى ولو كانت ملكيتها قد انتقلت الى المشتري المفلس ، اذ يباشر عليها حقه في

الحبس ، ويطالب امين التفليسة بدفع ثمنها كله او بالفسخ والتعويض[٣٣] .

واخيراً فان لامين التفليسة بموافقة قاضي التفليسة . ان يقوم بدفع ثمن البضاعة وبالتالي يلزم البائع بتسليمها ، فاذا رفض امين التفليسة ذلك . لعدم وجود مصلحة لجماعة الدائنين . فهنا يحق للبائع التمسك بالفسخ والمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر (م ٦٤٥ / ٣) تجارة ملغي .

الشرط الرابع : ان لا تكون البضاعة قد فقدت ذاتيتها بتعديلات ادخلت عليها من قبل المشتري غيرت من الحالة التي كانت عليها عند خروجها من حيازة البائع ، كما اذا كانت قمحاً فطلب المشتري طحنه وارساله اليه ، اذ لا يجوز للبائع في هذه الحالة استرداده [٣٤] .

الفرع الثالث

دخول البضائع في حيازة المشتري او حيازة وكيله بالعمولة

انتقل المشرع التجاري – في الفرضية الثالثة – ليسبغ الحماية على جماعة الدائنين العاديين بدلاً من الحماية التي كان يسبغها . في الفرضيتين السابقتين – على بائع تلك البضاعة ، اذ نص المشرع التجاري العراقي في م (٦٤٦ / ١) المعدلة من قانون التجارة الملغي على انه ((عندما يعتبر المشتري مفلساً قبل ان يدفع سعر البضائع ويخسر حقه في الاسبقية ما عدا ما تشير اليه الفقرة ٢ من هذه المادة)) .

يستفاد من هذا النص ان دخول البضاعة في حيازة المشتري او في مكان له فيه مطلق التصرف او في حيازة وكيله بالعمولة المكلف ببيعها لحسابه يؤدي الى حرمان البائع من الضمانات التي تقرها له القواعد العامة في حالة عدم دفع المشتري للثمن فلا يمكنه استعمال حقه في الحبس لخروج البضاعة من حيازته وعدم امكان استردادها بعد دخولها في حيازة المشتري ، كما لا يستطيع ان يطلب الفسخ ويسقط حقه في امتياز البائع ، ولا يبقى من حق للبائع سوى الدخول بالتفليسة بوصفه دائناً عادياً[٣٥] .

والعلة في هذا الحكم ان وجود تلك البضاعة في حيازة المشتري تعكس صورة مفادها ملاءته المالية . وان كانت تلك الملاءة ظاهرية . في نظر الاخرين مما يولد اطمئناناً في قدومهم للتعاقد معه لاسيما ان القانون لا يحيط نقل الملكية في المنقول الشهر والعلانية حتى يستطيع الغير ان يعلم ان البضاعة الموجودة في مخازن المشتري لم يدفع ثمنها بعد وأنه من المحتمل فسخ البيع واستردادها .

بيد ان القاعدة اعلاه يرد عليها استثنائيين :

أولاً : اذا كان البائع قد ضمّن التعاقد مع المشتري بشرط يحتفظ بموجبه بملكيته للبضاعة حتى قيام المشتري بدفع ثمنها وان دخلت البضاعة في حيازة المشتري بشرط ان يكون ذلك التعاقد قد سجل طبقاً للقانون النافذ (*) ، اذ نصت م (٦٤٦ / ٢) المعدلة من قانون التجارة الملغي على انه ((لا يورد التعاقد الذي يمكن البائع لاسترجاع او الاحتفاظ بحق الاسبقية حول البضائع ضد جماعة الدائنين ، ما لم يوجد تعاقد يحفظ للبائع حق التملك في الاملاك التي تم تسجيلها طبقاً للقانون النافذ (٣٦) .

ويكون للبائع – في هذه الحالة – نفس الحقوق التي تكون للدائن المرتهن على تلك البضاعة اذ نصت م (٦٤٦ / ٣) المعدلة من قانون التجارة الملغي على انه ((يكون للبائع الذي وضع التعاقد في الفقرة الثانية وسجلها طبقاً للقانون النافذ نفس الحقوق للبضائع التي يكون فيها الراهن له حقوق للاملاك المرهونة)).

وبالتالي يكون البائع هنا حق التقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقه لان الرهن يعطي لصاحبه – الدائن المرتهن – حق التقدم وحق التتبع .

ثانياً : اذا كان البائع قد رفع دعوى الفسخ لعدم دفع المشتري للثمن قبل اشهار الافلاس ولم يصدر الحكم بالفسخ الا بعد اشهار الافلاس ودخول البضاعة في حيازة المشتري ، فان ذلك لا يحول دون حق البائع في الاسترداد لان اثر الحكم بالفسخ يرتد الى يوم رفع الدعوى ، فتعتبر ملكية المبيع قد عادت إلى البائع قبل اشهار الافلاس ودخول البضاعة في حيازة المشتري . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية

من م (٦٤٤) من قانون التجارة الملغي على انه ((ويجوز الاسترداد ولو وقع الفسخ بعد صدور حكم اشهار الافلاس بشرط ان تكون دعوى الاسترداد او الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم .

المطلب الثاني
عقد ايجار المتجر

خص المشرع التجاري هذا العقد باحكام خاصة ، لما له من اهمية تبرز جلياً في حالة الاستمرار في تشغيل تجارة المدين المفلس بعد الحكم باشهار افلاسه ، بل ان اهميته تبرز لجماعة الدائنين وان لم يتم تشغيل تلك التجارة ، وذلك في حالة تأجيره من الباطن او التنازل عن الايجار لان ذلك سيعود بمردود مالي يزداد بزيادة اهمية المتجر وما يتمتع به من خصائص يضاف الى اموال التفليسة .

ونحن هنا امام فرضين :

الفرض الاول : هو افلاس المؤجر ، فهنا لا يؤثر ذلك الافلاس وفقاً للقواعد العامة على عقد الايجار اذ يستطيع المستأجر ان يتمسك بالعقد في مواجهة امين التفليسة ، وهنا عليه فقط ان يقوم بدفع الاجر لا للمؤجر المفلس بالذات وانما لجماعة الدائنين .

ويحق للمستأجر ان يطلب الفسخ مع التعويض في حالة اخلال امين التفليسة بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر مثلاً .

أما الفرض الثاني : وهو إفلاس المستأجر ، فهنا – كما هو الحال في الفرض الاول – لا يؤثر الافلاس على عقد الإيجار فلا يترتب عليه انهاء الإجارة او حلول اقساط الاجرة المستقبلية وكل شرط يرد في العقد مخالفاً لذلك يعتبر كأنه لم يكن م (٦٣٩ / ١) تجارة ملغي ، أي لا يستطيع المؤجر ان يستند اليه ليطلب الفسخ مع التعويض ، اذ ان الامر هنا يلقي في ملعب امين التفليسة ، فاذا قرر الاستمرار في عقد الايجار . بعد موافقة قاضي التفليسة فله ذلك بشرط ان يدفع للمؤجر اقساط الاجرة التي توقف المستأجر عن دفعها قبل الحكم باشهار افلاسه بالاضافة الى تقديمه ضماناً كافياً للوفاء بالاجرة المستقبلية ، وهنا للمؤجر – ان رأي بان ذلك الضمان غير كاف – ان يطلب من

قاضي التفليسة انهاء الاجارة وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اخطاره برغبة امين التفليسة في الاستمرار في الاجارة . م (٦٣٩ / ١) وهنا للقاضي سلطة تقديرية فله ان يجيبه الى طلبه او ان يرفض ذلك اذ وجد ان الضمان كاف او يطلب من امين التفليسة زيادة ذلك الضمان .

اما اذا رفض امين التفليسة الاستمرار في الاجارة ، فللمؤجر الحق في طلب الفسخ مع التعويض . فاذا كان المؤجر قد بدأ في التنفيذ على المنقولات الموجودة في العقار لاستيفاء الاجرة المتأخرة قبل الحكم بشهر الافلاس ، وجب عند الحكم باشهار الافلاس ايقاف التنفيذ لمدة (٦٠) يوماً من تاريخ الحكم باشهاره ، وعلى امين التفليسة بيان موقفه من الاستمرار في العقد خلالها سواء بالرفض او الايجاب ، ويجوز القاضي التفليسة أي ان رأي ما يبرر ذلك – تمديد تلك الفترة (٣٠) يوماً اخرى . على ان وقف التنفيذ هنا لا يخل بحق المؤجر هنا في اتخاذ الاجرءات الاحتياطية لضمان استيفائه الاجرة كممانعته في نقل البضائع الموجودة داخل المتجر ، كما له الحق في طلب تخلية العقار وفقاً للقواعد العامة ، فان اجيب طلبه زال وقف التنفيذ دون الحاجة الى صدور قرار بذلك م (٦٣٩ / ٢) تجارة ملغي وآخيراً لامين التفليسة . ان يقدم بعد موافقة قاضي التفليسة – على تأجير العقار من الباطن او التنازل عن الإيجار ولو كان المفلس ممنوعاً من ذلك بمقتضى عقد الايجار بشرط ان لا يترتب على ذلك ضرر للمؤجر م (٦٣٩ / ٤) تجارة ملغي .

المطلب الثالث
عقد العمل

عني المشرع التجاري بوضع احكام خاصة لاثر الافلاس على عقد العمل مميزاً بين حالتين هما :

اولاً : اذا كان عقد العمل محدد المدة .

فهنا ليس لأمين التفليسة الحق في انهاء العقد ويستثنى من ذلك في حالة قرر امين التفليسة عدم الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ،

وللعامل وفقاً – للحالة الاخيرة المطالبة بالتعويض م (٦٤٠ / ٢) تجارة ملغي .

ثانياً : اذا كان عقد العمل غير محدد المدة .

فإذا أفلس رب العمل وكان عقد العمل غير محدد المدة ، فهنا يحق للعامل ان يطلب انهاء العقد ، وكذلك لامين التفليسة شرط مراعاة الاحكام المنصوص عليها في عقد العمل مثلاً كيفية انهاء العقد ومدد الانذار اللازمة لذلك ، وهنا لا يحق للعامل – في حالة قيام امين التفليسة بانهاء العقد – المطالبة بالتعويض ويستثنى من ذلك اذا كان الانهاء تعسفياً مثاله ان يقرر امين التفليسة الاستمرار في تشغيل تجارة المفلس ويستبدل العامل بعامل لا يفوقه كفاءة او خبرة ، وكذلك له الحق في طلب التعويض في حالة عدم مراعاة امين التفليسة لمواعيد الانذار المحددة في قانون العمل م (٦٤٠ / ١) تجارة ملغي.

وهنا فان العامل – في حالة الحكم له بالتعويض – يدخل ضمن جماعة الدائنين مع احتفاظ التعويض بالامتياز المقرر له قانوناً م (٦٤٠ / ٣) تجارة ملغي .

واخيراً تجدر الاشارة الى انه في حالة عدم دفع رب العمل – قبل الحكم بشهر افلاسه للاجور المستحقة للعامل ، فهنا نص المشرع التجاري في م (٦٣١ / ١) تجارة ملغي المعدلة على انه ((على امين التفليسة بعد استئذان القاضي ، ان يدفع خلال الايام العشرة التالية لصدور الحكم باشهار الافلاس مما يكون تحت يده من نقود ، وبالرغم من وجود أي دين اخر ، الاجور والرواتب المستحقة للعمال والمستخدمين قبل صدور الحكم باشهار الافلاس عن مدة ثلاثين يوماً ، فاذا لم يكن لدى الامين النقود اللازمة لوفاء هذه الديون وجب الوفاء من اول نقود تدخل التفليسة والناتجة عن بيع اموال غير مرهونة ولا تخضع لحق امتياز ، او من المبالغ الباقية عند بيع تلك الاموال ولو وجدت ديون اخرى تسبقها في مرتبة الامتياز .

الهوامش

(*) الغي قانون والتجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ بصدور قانون التجارة النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، بيد ان الاخير قد نص في م (٣٣٠) منه على بقاء باب الافلاس في قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ نافذاً ، ثم جاءت سلطة الائتلاف وبقرارها رقم (٧٨) المتعلق بتطوير الاجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين ، لتطلق على (باب الافلاس النافذ) تسمية (قانون الافلاس)

(١) د. عزيز العكيلي – الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد (احكام الافلاس) – الطبعة الاولى – بغداد – ١٩٧٣ – ص ١٧٣ .

(*) استخدم المشرع التجاري لفظة (قاضي التفليسة) بدلاً من حاكم التفليسة في تعديله الاخير رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ .

(٢) د. عبد الرحمن السيد فرمان – الجوانب القانونية في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الاجراءات التمهيدية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ –ص١٩٨ .

(٣) المصدر السابق – ص١٩٦ .

(*) ان مهمة المدير القضائي تقابل في كثير من اوجهها مهمة امين التفليسة ، الا ان المشرع التجاري الفرنسي لم يستخدم مصطلح (امين التفليسة) لكونه قد ابعد لفظة الإفلاس من جميع نصوص القانون المذكور ، لأنها تتعارض مع الغاية التي حددها في المادة الاولى من القانون المذكور وهي انقاذ المشروع والمحافظة على نشاطه وعلى العمال وتصفية ديونه .

(٤) د. محسن شفيق – الوسيط في القانون التجاري المصري – الجزء الثالث – الطبعة الثالثة – مكتبة النهضة المصرية – ١٩٥٩ – ص٢٨٧ .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم – الاستاذ عبد الباقي البكري – الاستاذ المساعد محمد طه البشير – القانون المدني – مصادر الالتزام – ج١ – دون اسم المطبعة وسنة الطبع – ص١٧٧ وما بعدها .

(٦) د. هاني دويدار – القانون التجاري – العقود التجارية ، العمليات المصرفية ، الاوراق التجارية الافلاس – منشورات الحلبي – الطبعة الاولى – ٢٠٠٨– ص٨٥٩ .

(٧) د. محمد لبيب شنب – شرح احكام عقد المقاولة ، ص٢٤٠ - ٢٤٢.

(٨) د. عبد الرحمن السيد فرمان – المصدر السابق – ص٢٠٥ .

(٩) د. محسن شفيق – المصدر السابق – ص٢٨٦ .

(١٠) راجع مؤتمر تحديث الاحكام التشريعية للافلاس والصلح الوافي منه المنعقد في القاهرة سنة (٢٠٠٧) – مجلة الاقتصادي العدد (٢٠١٧) – سنة ٢٠٠٧ .

(١١) د. محسن مشفيق – المصدر السابق – ص٢٨٦ .

(12) Cour d'appteel do Loyon , 5 december 1988 , Revue Banque , 1989 . 213 , observation RIVES – LANGE .

حكم قضائي اشار اليه د. هاني دويدار – ص٨٥٧ .

(13) Tribunal de Commerce d'Antibes , 16 septembre 1988 , Dalloz 1990 sommaires 12 , observation DERRIDA .

المصدر السابق – نفس الصفحة .

(14) Cour d'appel de Paris , 7 janvier 1992 , Dalloz 1992 information Rapides III .

المصدر السابق – نفس الصفحة .

(15) Cassation commerciale , 2 mars 1993 , information Rapides 77

المصدر السابق – ص ٨٥٨ .

(١٦) د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي – القانون التجاري – الاوراق التجارية ، الافلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – الطبعة الاولى – ٢٠٠١ ، ص٣٣٣ ، كذلك انظر قرار محكمة النقض المصرية في ٩ مارس ١٩٨١ مج ٣٢ ص(٧٧) اشار الى الحكم علي جمال الدين عوض – الافلاس في قانون التجارة الجديد – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – دون سنة طبع – ص٣٦٠ .

(١٧) يقابل احكام النص المذكور م (٦٠٢) من قانون التجارة المصري النافذ.

(١٨) د. سعيد يوسف البستاني – احكام الافلاس والصلح العراقي في التشريعات العربية – منشورات الحلبي – الطبعة الاولى ٢٠٠٧ ، ص١٨٦ كذلك راجع د. علي جمال الدين عوض – المصدر السابق – ص٣٦٤ – ٣٦٥ .

(١٩) د. اسامة نائل المحيسن – الوجيز في الشركات التجارية والافلاس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – الطبعة الاولى – ٢٠٠٨ – ص٣١١ .

(٢٠) وهذا ما أكدته محكمة استئناف بيروت في استئنافها رقم ٤٢١ ، ٧ / ٣ / ١٩٦٣ ، مصنف شمس الدين ، ص١٩ ، اشار اليه . د. هاني دويدار – المصدر السابق – ص٨٣٤ .

(٢١) د. محسن شفيق – المصدر السابق – ص٢٣٨ .

(٢٢) د. علي جمال الدين عوض – ص٢٣٨ .

(٢٣) د. عزيز العكيلي – ص١٧٩ .

(٢٤) د. مصطفى كمال طه ، د.علي البارودي – المصدر السابق – ص٣٨٩ .

(٢٥) د. مصطفى كمال طه – الوجيز في القانون التجاري – الجزء الثاني – المكتب المصري الحديث – الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ف٦١٦ .

(٢٦) د. محسن شفيق = ج٢ في الافلاس – ص٧٩٢ ، اشار اليه د. عزيز العكيلي – المصدر السابق – ص١٨١ .

(٢٧) د. علي جمال الدين عوض – المصدر السابق – ص٣٢٣ .

(٢٨) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ – ١ – ٧٥ – اشار اليه د. محسن شفيق – ص٣٠٥ .

(٢٩) د. علي جمال الدين عوض – المصدر السابق – ص٣٢٣ .

(٣٠) د. محسن شفيق – المصدر السابق – ص٣٠٣ .

(٣١) د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي – المصدر السابق – ص٣٨٨ .

(٣٢) المصدر اعلاه – نفس الصفحة .

(٣٣) د. عزيز العكيلي – المصدر السابق – ص١٨١ – ١٨٢ .

(٣٤) المصدر اعلاه – ص١٨٣ .

(*) من الجدير بالذكر ان المشرع العراقي لا يشترط تسجيل العقود الا اذا كانت واردة على عقار اذ اشترط تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، ولم يشترط التسجيل في المنقولات سوى بعض المنقولات الخاصة التي اشترط تسجيلها مثالها بيع المركبات . راجع قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ ، كما ان القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٥ يعتبر تسجيل عقد بيع المكائن من البيوع الشكلية التي لا تنعقد الا بالتسجيل في دائرة الكاتب العدل .

(٣٥) د. محسن شفيق – ج٢ في الافلاس ، ص٨٠٠ – أشار إليه د. عزيز العكيلي – المصدر السابق – ص١٨٤ .

المصادر

اولاً :- الكتب .

(١) د. اسامة نائل المحيسن – الوجيز في الشركات التجارية والافلاس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – الطبعة الاولى – ٢٠٠٨ .

(٢) د. سعيد يوسف البستاني – احكام الافلاس والصلح العراقي في التشريعات العربية – منشورات الحلبي – الطبعة الاولى ٢٠٠٧ .

(٣) د. عبد الرحمن السيد فرمان – الجوانب القانونية في تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الاجراءات التمهيدية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم – الاستاذ عبد الباقي البكري – الاستاذ المساعد محمد طه البشير – القانون المدني – مصادر الالتزام – ج١ – دون اسم المطبعة وسنة الطبع .

(٥) د. عزيز العكيلي – الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد (احكام الافلاس) – الطبعة الاولى – بغداد – ١٩٧٣ .

(٦) علي جمال الدين عوض – الافلاس في قانون التجارة الجديد – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – دون ذكر سنة طبع .

(٧) د. محسن شفيق – الوسيط في القانون التجاري المصري – الجزء الثالث – الطبعة الثالثة – مكتبة النهضة المصرية – ١٩٥٩ .

(٨) د. محمد لبيب شنب – شرح احكام عقد المقاولة – منشأة المعارف – الاسكندرية – ط٢ -٢٠٠٤.

(٩) د. مصطفى كمال طه – الوجيز في القانون التجاري – الجزء الثاني – المكتب المصري الحديث – الاسكندرية ، ١٩٧١ .

(١٠) د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي – القانون التجاري – الاوراق التجارية ، الافلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – الطبعة الاولى – ٢٠٠١ .

(١١) د. هاني دويدار – القانون التجاري – العقود التجارية ، العمليات المصرفية ، الاوراق التجارية الافلاس – منشورات الحلبي – الطبعة الاولى – ٢٠٠٨ .

ثانياً : المجلات والدوريات .

(١) مجلة الاقتصادي العدد (٢٠١٧) – سنة ٢٠٠٧.

ثالثاً :-القوانين.

١- قانون التجارة العراقي الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ .
٢- قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .
٣- قانون التجارة المصري النافذ رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .