حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي(*)

الدكتور/ خالد عطشان الضفيري
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

لم يضع القانون المدني الكويتي تنظيماً خاصاً لحالة الإعسار، وأخضعها للقواعد العامة التي تناولتها في إطار الضمان العام ووسائل حمايته. بالمقابل كفلت العديد من التشريعات المقارنة حماية خاصة لأطراف علاقة الدين عند توافر تلك الحالة. من هنا ثار التساؤل عن مفهوم حالة الإعسار ومدى الحماية القانونية التي توفرها تلك القواعد القانونية العامة في القانون المدني الكويتي لكل من الدائن والمدين في مواجهة هذه الحالة. للإجابة عن هذا التساؤل المطروح تم تقسيم البحث بحسب خطته إلى مقدمة، ومبحث أول بعنوان : مفهوم حالة الإعسار، ومبحث ثانٍ بعنوان: مدى الحماية القانونية لمواجهة حالة الإعسار.

مقدمة:

تعتبر حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي حالة واقعية اكتنفها التجهيل القانوني على الرغم من آثارها الخطيرة بالنسبة للدائن والمدين. فعلى خلاف بعض القوانين المقارنة التي نظمتها بشكل أو بآخر كالقانون المدني المصري وقانون حماية المستهلك الفرنسي، لم يتناول القانون الكويتي الإعسار كحالة قائمة بذاتها بشكل مجرد يترتب على وجودها بعض الآثار القانونية لحماية كل من الدائن والمدين من مخاطر تلك الحالة. فحالة الإعسار قد تجعل

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٤/٦/٢٠١٠م.

من تنفيذ الالتزام صعباً أو مرهقاً أو حتى في بعض الحالات مستحيلاً على الوفاء بالدين المستحق عليه. كأن يفصل المدين عن عمله فيفقد مصدر دخله أو يتعرض لظروف خارجة عن إرادته تجعله غير قادر على سداد مبلغ الدين.

ومع ذلك، فإن حالة الإعسار لم تكن غائبة عن ذهن المشرع الكويتي، الذي أشار إليها بشكل مباشر أو غير مباشر في القواعد العامة أو في بعض النصوص الخاصة، مدركاً الخلل الذي تسببه تلك الحالة، فرتب عليها بعض الآثار في مواجهة الدائنين والغير دون أي إجراء موحد أو جماعي. فالمادة ٣٠٨ مدني تقضي بأن لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله إياها من شأنه أن يسبب إعساره أو زيادة الإعسار. وتنص المادة ٢٠٩ مدني على أن لكل دائن حقاً مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره، وذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين التاليتين.

فلا يوجد في القانون المدني الكويتي نظام للإعسار المدني، كنظام الإفلاس التجاري الوارد تنظيمه في قانون التجارة؛ بمعنى التصفية الجماعية لأموال المدين، بحيث توزع أمواله على دائنيه بنسبة دين كل منهم، تحت إشراف القضاء. فالقانون المدني الكويتي تناول حالة الإعسار من خلال منظور موضوعي لا شخصي، فهو لا يأخذ بعين الاعتبار شخص المدين إلا باعتباره مديناً ملزماً بتنفيذ ما هو واجب عليه تنفيذه بغض النظر عن إمكانياته الفعلية في التنفيذ. فالمدين يبقى دائماً خاضعاً تحت وطأة الالتزام دون أن تمنحه تلك الحالة أي اهتمام أو عناية قانونية خاصة ما عدا ما نصت عليه المادة ٤١٠ من القانون المدني، التي تتيح للقاضي أن يمهل في الوفاء أو يمنحه ما يسمى نظرة الميسرة.

لذلك ظهرت الحاجة في بعض القوانين المقارنة إلى إيجاد نظام قانوني يوفر الحماية القانونية سواء للدائن أو المدين، فنظام الإعسار الذي استحدثه المشرع المصري في القانون المدني من خلال إمكانية شهر إعسار المدين (مادة ٢٤٩ وما يليها) يعتبر نظاماً خاصاً لمواجهة حالة الإعسار ومعالجتها مراعاة لمصلحة كل من الدائن والمدين. فيحقق للدائن حماية عامة له من تصرفات المدين الضارة به دون أن يحتاج إلى الطعن في كل منها بالدعوى البوليصية أو بالصورية، كما يحقق قدراً من المساواة بين الدائنين العاديين؛ إذ يحول دون تمكن الدائن من تمييز حقه عن حقوق الدائنين الآخرين بالمبادرة إلى استيفائه، أو بالحصول على تأمين خاص لهذا الحق، وإن كان شهر إعسار المدين لا يمنع الدائن من اتخاذ إجراءات المطالبة بحقه أو التنفيذ به على أموال المدين، دون ارتباط بالدائنين الآخرين؛ أي لا يمنع الدائنين من اتخاذ إجراءات فردية.

كما أن المشرع الفرنسي قد تبنى نظاماً قانونياً خاصاً لحماية المستهلك وفقاً لما يسمى علاج حالات المديونية Traitement des situations de surendement الوارد تنظيمه في قانون حماية المستهلك بهدف حماية المدين من البؤس والإقصاء الاجتماعي، ومن أجل ضمان الأمل بحالة اجتماعية أفضل عندما يستحيل عليه الوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة، مستبعداً بذلك مبدأ القوة الملزمة للالتزام أياً كان مصدره. ولعجز القواعد العامة في القانون الفرنسي عن احتواء حالة الإعسار، وضع المشرع الفرنسي بعض الإجراءات الخاصة لإخراج المدين المستهلك من حالة الإعسار مع مراعاة مصلحة الدائن في الوقت ذاته.

وبما أن المدين في القانون الكويتي يخضع لنظام الإفلاس عندما يكون تاجراً (م ١/٥٥٨ تجاري)، فإن المدين غير التاجر يبقى خاضعاً للقواعد العامة التي تستوجب تنفيذ المدين لالتزامه بصرف النظر عن حالته المالية ومدى قدرته على التنفيذ، ما لم يحصل على أجل قضائي délai de grâce محدد بفترة زمنية معينة، ومن ثم وقف إجراءات التنفيذ المتخذة من قبل الدائن. ففي

جميع الأحوال تكون حدود نظرة الميسرة هي منح المدين أجلاً، وليس المقصود بذلك الأجل معالجة حالة الإعسار وإنما تنفيذ المدين لالتزامه. ومن خلال تلك القواعد العامة سنبحث في مفهوم حالة الإعسار (المبحث الأول)، ومدى الحماية القانونية لمواجهة تلك الحالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول
مفهوم حالة الإعسار

تقتضي دراسة مفهوم حالة الإعسار، أن نعرض لتعريفه ومقارنته ببعض المفاهيم القانونية الأخرى المشابهة له.

المطلب الأول
تعريف حالة الإعسار

في ظل غياب التنظيم القانوني لحالة الإعسار من قبل المشرع الكويتي واستناداً إلى المادة ٣١٣ من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون. وعلى المدين إذا ادعى يسره أن يثبت أن له من المال ما يساوي قيمة الديون أو تزيد عليها"، يرى الفقه أن حالة الإعسار هي حالة واقعية تنشأ بمجرد استغراق ديون المدين – سواء كانت مستحقة الأداء أم غير مستحقة ما دامت محققة الوجود – لحقوقه[١]، أو بمعنى آخر عدم كفاية ما في ذمة المدين من أموال للوفاء بما عليه من ديون، سواء كانت ديون حالة أم غير حالة[٢]. فالمقصود بالإعسار، تطبيقاً للنص المشار إليه، الإعسار الفعلي تعبيراً عن الذمة المالية التي تظهر مجموع ما للمدين وما عليه من حقوق والتزامات حالية ومستقبلية. فالذمة المالية للشخص مجموعة قانونية تتكون من عنصر إيجابي (حقوق) وعنصر سلبي (ديون)[٣]، والتغيرات التي تطرأ على هذه العناصر تزيد أو

---

(١) انظر، قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ف ٦٩، ص ١٢٢.

(٢) انظر في ذلك، جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ف ٣٣، ص ١٠٧. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ١٨٨. محمدين عبد القادر محمد، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ١٦٦.

(٣) إبراهيم أبو الليل، نظرية الحق، دار الكتب، ٢٠٠٤، ف ١٩٦، ص ٢٠٤.

تنقص منها هي التي تحدد حالة المدين المالية باعتباره معسراً أو موسراً. فكلما زادت ديون المدين على حقوقه المالية اعتبر المدين في حالة إعسار فعلي(٤).

يؤخذ على هذا التعريف الربط التام بين الذمة المالية وحالة الإعسار. فالإعسار الفعلي الذي يكون لمجرد زيادة ديون المدين على حقوقه ما هو إلا الحالة المالية للمدين تعبيراً عما تحتويه ذمته من ديون وحقوق مالية. فقد لا يكون لتلك الحالة أي تأثير على الالتزام؛ أي على قدرة المدين في تنفيذ التزامه. فمن المتصور، في كثير من الأحيان، أن يكون المدين قادراً على سداد ديونه المستحقة الأداء على الرغم من إعساره فعلياً. فحالة الإعسار ينبغي تحديدها في إطار تنفيذ الالتزام أي بمدى قدرة المدين على تنفيذه، أو بمعنى آخر عندما يكون المدين غير قادر على تنفيذ الالتزام أو يستحيل عليه تنفيذه(٥). ولهذا، نعتقد بأن الإعسار الفعلي بهذا المفهوم ليس بالإعسار المقصود الذي أشارت إليه نصوص القانون المدني، كما سنرى لاحقاً.

يمكن لنا القول: إن حالة الإعسار، كحالة واقعية، هي الحالة المالية للمدين الناتجة من التضاد والتنافر بين مجموع عناصر الجانب الإيجابي والسلبي لذمته المالية، أو بمعنى آخر عدم التوازن المالي الواضح بين ديون المدين وحقوقه المالية. وإذا كانت تلك الحالة تقوم على فكرة الصلة والارتباط بين الديون

---

(٤) انظر، عبد الرسول عبد الرضا و جمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الكتب، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ف٥٥، ص ٨٦.

(٥) ربط كل من المشرع المصري والفرنسي حالة الإعسار بمقدرة المدين على تنفيذ الالتزام، حيث تنص المادة ٢٤٩ من القانون المدني المصري على أنه "يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء". كما عرفت المادة L.330-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي حالة surendettement:
comme la situation du débiteur dans " l'impossibilité manifest de faire face à l' ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautioner ou d' acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individual ou d'une société dès lors qu' il n' a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci ".

والحقوق؛ بحيث يكون المدين معسراً كلما زادت ديونه على حقوقه، فمن المهم تحديد مفهوم تلك العناصر باعتبارها عناصر حالة الإعسار.

أولاً- ديون المدين:

الدين هو الجانب السلبي للالتزام الذي يقع على عاتق المدين. ولقد عرف الفقه الالتزام بأنه "رابطة قانونية بين طرفين يلتزم بمقتضاه المدين في مواجهة الدائن بأداء مالي معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"(٦). والالتزام على هذا النحو يتكون من عنصر المديونية المتمثل بالواجب الملقى عاتق المدين بأن يؤدي عملاً أو يمتنع عنه لمصلحة الدائن فيقتضي منه تنفيذه(٧). وعنصر المديونية هو جوهر الالتزام حيث لا يتصور القول بوجود الالتزام بغير أن تتضمن الرابطة بين الدائن والمدين معنى المديونية(٨).

غير أن عنصر المديونية، بالمعنى المقصود لحالة الإعسار، هو التزام المدين بسداد ما يلتزم به تجاه الدائن نتيجة الرابطة القانونية بينهما، وعلى هذا الأساس يتخذ الالتزام معنى ضيقاً نسبياً يقتصر على سداد المبالغ المالية فقط مقارنة بالمعنى الواسع لعنصر المديونية، الذي يشمل جميع صور الالتزام سواء كانت المتعلقة بالقيام بعمل أم الامتناع عن عمل.

---

(٦) انظر في مفهوم الالتزام، بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الطبعة السادسة، ٢٠٠٣ – ٢٠٠٤، ف ١٠٦، ص ١٦٥. إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب، الطبعة الثانية ١٩٩٨، ف ٥، ص ١٤. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٩. حسام الدين الأهواني، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ف ٢١، ص ١٨. سمير تناغو، مصادر الالتزام، ١٩٩٩–٢٠٠٠، ص ١. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ف ٤، ص ٥. محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون سنة نشر، ص ٦ وما يليها.

(٧) إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ١٩٩٨، ف ١٥، ص ٢٢.

(٨) حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٨.

وما دام عنصر المديونية هو العنصر الجوهري للالتزام فإنه لا يمكن اعتبار التزام المدين بذاته عنصراً سلبياً يدخل في ذمته المالية، فما يدخل في تلك الذمة المالية هو الأداء المالي الذي يمثل محل التزام المدين وليس الالتزام بذاته الذي يشكل الرابطة القانونية بين الدائن والمدين، فلا يجب الخلط بين الالتزام ومحله المتمثل بالأداء المالي الذي يعكس قيمة سلبية في ذمة المدين ويعبر عن قيمة إيجابية في ذمة الدائن.

فتحديد حالة الإعسار يكون من خلال الأداء المالي الذي يترتب على تنفيذ المدين لالتزامه باعتباره مالاً كأثر للرابطة القانونية بين الدائن والمدين، فالكفيل على سبيل المثال يستطيع ضمان المدين بصور مختلفة لصالح الدائن في عقد الكفالة، فقد يضمن للدائن وفاء المدين لدينه السابق، وقد يكفل خلال فترة زمنية محددة ديون المدين المستقبلية(٩). ففي الحالة الأولى، الدين موجود بطبيعة الحال ولكن الدائن ليس له حق تجاه الكفيل إلا في حالة عدم وفاء المدين بدينه. وفي الحالة الثانية، فإن الكفيل قد لا يكون مديناً إطلاقاً للدائن على اعتبار أنه خلال الفترة المحددة للكفالة تم سداد الدين من قبل المدين. ففي الحالتين الكفيل ملتزم وفقاً لعقد الكفالة دون أن يترتب على ذلك أي حق مالي للدائن(١٠).

وإذا كانت حالة الإعسار بمفهومها الفعلي تتحقق بمجرد زيادة جميع ديون المدين على حقوقه، فإنه لا يشترط في تلك الديون المكونة للجانب السلبي لذمته المالية، إلا أن تكون محققة الوجود(١١). وديون المدين إما أن تكون ديوناً

(٩) في ذلك تنص الفقرة ١/٧٤٩ من القانون المدني على أنه " تجوز كفالة الالتزام المستقبل، إذا حدد مقدماً التزام الكفيل".

(١٠) الالتزام يتمثل في قيمته المادية لا في مظهره الفلسفي المجرد.

(١١) ويقصد بذلك أن يكون الحق ثابتاً بسبب ظاهر يدل على وجوده وألا يكون حقاً احتمالياً قد يترتب في المستقبل أو لا يترتب، وأن الدين لا يعتبر محقق الوجود مادام أنه مثار بشأنه نزاع قضائي لم تفصل فيه محكمة الموضوع. انظر، الطعن رقم ١٧٤/٢٠٠٥، تجاري جلسة ٧/٥/٢٠٠٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد السابع، مارس ٢٠٠٩، قاعدة رقم ١٦، ص ٤٨٩.

مستحقة الأداء وإما غير مستحقة الأداء. والديون مستحقة الأداء هي الديون النافذة التي يلتزم المدين بالوفاء بها بشكل فوري. ولهذا، فهي تشمل دين المدين المعلق على شرط فاسخ، ذلك أن الدين الذي يتصف بشرط فاسخ هو دين صحيح ومستحق الأداء ومنتج لجميع آثاره حتى يتحقق الشرط فيزول، على اعتبار أن تحقق الشرط أمر غير مؤكد(١٢). فإذا كان الشرط الفاسخ هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فإن التزام المدين بسداد الدين يبقى نافذاً في ذمته المالية ويرتب جميع آثاره. فالدين يكون من حيث المبدأ مستحق الأداء، فوجود الشرط الفاسخ لا يوقف الالتزام؛ مما يترتب على ذلك اعتبار الدين الموصوف بشرط فاسخ كالدين العادي غير الموصوف، فيجب على المدين الوفاء به إلى حين زواله بتحقق الشرط.

ولتحديد حالة الإعسار لا يمكن الأخذ بعين الاعتبار بالدين المعلق على شرط واقف. فالالتزام يكون غير نافذ مادام الشرط لم يتحقق. كما لا يمكن اعتبار الدين مؤجلاً في هذه الحالة حتى ولو كان تحقق الشرط أمراً محتملاً. فعندما يكون الشرط أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع، فالدين يكون غير مؤكد.

أما ديون المدين غير مستحقة الأداء فهي ديون مؤكدة في ذمة المدين إلا أن وقت الوفاء بها يكون لاحقاً(١٣). لذلك، فالديون التي يمكن تكييفها بأنها غير

---

(١٢) وفقاً لنص المادة ٣٢٣ من القانون المدني، فإن محل الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فيكون الشرط فاسخاً إن ترتب على وجوده زوال الالتزام، ويكون الشرط واقفاً إن ترتب على وجوده وجود الالتزام. انظر في الديون الموصوفة، عبدالرزاق السنهوري، مصطفى الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الثالث)، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ف ٢٠، ص ٣٥ وما يليها.

(١٣) لا أثر على كون الدين مؤجلاً على وجود الدين ذاته وإنما على نفاذه أو استحقاقه، ويكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انتهاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه (م ٣٢٩ مدني)، بحيث يكون مستحقاً بحلول ذلك الأجل (م ٣٣٠ مدني).

مستحقة الأداء هي تلك الديون التي يكون أجلها أو استحقاقها مؤكداً، كالديون المقسطة على سبيل المثال؛ مما يعني استبعاد الديون الاحتمالية مهما كانت احتمالية تحققها.

ثانياً- حقوق المدين:

حقوق المدين بمفهوم عام هي جميع الأموال والحقوق القابلة للتقويم بالمال، التي تشكل الجانب الإيجابي لذمة الشخص المالية، وتكون ضماناً عاماً للدائنين. فتلك الحقوق تعتبر عنصراً لقياس يسر الشخص أو ثرائه، أو بمعنى آخر هي التي تسمح بتحديد القدرة المالية أو الاقتصادية للشخص. فكلما زاد الجانب الإيجابي للشخص زادت قدرته المالية على الوفاء بديونه، وكلما نقص ذلك الجانب فإن ذلك يؤثر على قدرته في الوفاء بما يلتزم به مما قد يصعب على شخص الدائن بعد ذلك استيفاء مقدار دينه.

ووفقاً للمفهوم التقليدي للذمة المالية فإنها لا تتضمن إلا الحقوق المالية «les droits patrimoniaux»؛ أي تلك الحقوق التي تقبل التقويم بالمال. فجميع الحقوق التي لا يمكن التعامل فيها بمقابل مالي لا تدخل في تحديد حالة الإعسار لعدم دخولها في الجانب الإيجابي للذمة المالية(١٤). فالحقوق المرتبطة بشخص المدين كالحقوق السياسية، وحقوق الأسرة في عنصرها غير المالي، والحقوق اللصيقة بالشخصية أو العنصر غير المالي

(١٤) يرى بعض الفقه في فرنسا أن:
L"extrapatrimoniatité doit s'entendre comme d'un principe general d'extra-commercialité, ou de non- commercialité à titre onéreux; elle n' a pas pour objet direct la protection d'un intérêt pécuniaire, parc que les droits don't il s'agit n'ont pas en eux- memes de valeur pécuniaire. Voir, Th. Revet, «L'argent et la personne », in " L'argent et le droit", Archives de philosophie du droit, 1998, t. 42, p. 43, spec. n° 11 s., p. 50. M. Fabre-Magnan, «Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ. 1997, p. 583, spec. n° 12, p. 591.

للحقوق الذهنية كالحق الأدبي للمؤلف والمخترع، تكون في حقيقة الأمر خارج إطار التعامل القانوني(١٥). فمحل هذه الحقوق لا يكون ذا اعتبار مالي ولا يمكن امتلاكها لعدم إمكانية انفصالها بشكل كامل ونهائي عن صاحبها، وعلى افتراض إن كانت بعض تلك الحقوق تظهر لنا إمكانية التعامل فيها أو إعطاء الغير حق الانتفاع بها تبقى مع ذلك حقوقاً مجردة من كل حق مالي كما هو الحال بالنسبة للتعامل بأعضاء الجسم البشري من خلال انفصالها، فهي تحتفظ بطبيعتها البشرية ولا يكون لها طابع مالي(١٦).

والحقوق المكونة للجانب الإيجابي لذمة المدين المالية تتميز من خلال قابليتها للتقويم بالمال ومن ثم تكون محلاً للتعامل القانوني(١٧) لعدم ارتباطها بشخصية المدين. فإذا كانت نصوص القانون المدني الكويتي تقسم الأشياء إلى منقول وعقار فإن المقصود بذلك جميع الأشياء التي لها قيمة مالية، فالحق الذي يرد على شيء معين هو بالمعنى الضيق المادي مال مادام هذا الحق قابلاً للتعامل أو التداول القانوني، وبمعنى آخر مادامت هذه الحقوق تسمح بالانتفاع

---

(١٥) يلاحظ أن الاعتداء على هذه الحقوق قد يترتب عليه حق مالي يتمثل في التعويض عن الضرر الذي أصاب الشخص؛ مما يعني دخول هذا التعويض في نطاق الذمة المالية. انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٦٧، ص٢٢٥.

(١٦) انظر في ذلك،

G. Corun, Droit civil. Introduction, Les personne, Les biens, Précis Domat, Montchrestien, 9ème éd., 1999, spec. n° 481, p. 196. Th. Revet, art. Préc. M. Fabre-Magnan, art. Préc., n° 12, p. 592. En revanche, certaines element, en tant qu'ils sont des emanations de la personnslité, des «fruits» selon ce meme auteur, peuvent faire l'objet d'une patrimonialisation, et partant, objet de propriété. Tel est le cas notamment du nom devenu commercial.

(١٧) Selon le vocabulaire Capitant, la notion actif se définit comme « l'ensemble des bien et droits évaluables en argent qui constituent les elements positives du patrimoine d'une personne et forment le gage de ses créanciers. Ils s'opposent en cela à la notion de passif ».

بالشيء محل الحق[١٨]، كما تتميز الحقوق المكونة للجانب الإيجابي للذمة المالية باعتبارها حقوقاً مالية بقابليتها للتنازل من شخص لآخر، وانتقالها للخلف العام، وإمكانية الحجز عليه من قبل الدائنين وتكون محلاً للتقادم المسقط والتقادم المكسب.

ويرى بعض الفقه أن المعيار الحقيقي للحقوق المكونة للجانب الإيجابي للذمة المالية يكمن في قابلية تلك الحقوق للتبادل «L'accessibilité à l'échange»[١٩]، ولن يكون ذلك إلا في حالة الإمكانية المادية لمبادلة الشيء «Possibilité materielle d'une chose à l'échange»، التي تقتضي إمكانية تداول الشيء ومن ثم الانفصال المادي بين الشخص صاحب الحق (المالك) والشيء محل الحق، إضافة إلى إمكانية تداول الشيء من الناحية القانونية[٢٠].

فلا يمكن التصرف، قانونياً أو مادياً، إلا بما يكون قابلاً للتبادل. ولهذا السبب لا يستطيع الشخص أن يتملك العناصر المكونة للشخصية التي لا يمكن انفصالها عن صاحبها. وفي هذا النطاق، فإن إمكانية الوفاء بما يلتزم به الشخص تجد في الحقوق المالية سماتها الرئيسية وحدودها الأساسية: فلا

---

(١٨) انظر في ذلك،
F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 5ème éd., 2000, spéc. n° 338, p 351. F. Zenati, Pour une renovation de la théorie de la propriété, RTD civ. 1993, p. 306.

(١٩) حيث يرى Sériaux أن:
Le veritable critère de la patrimonialité résiderait ainsi dans « l' accessibilité à l' échange » du bien considéré. Selon cet auteur « le noyau dur de la patrimonialité est donc constitué par tous les biens qui, meme s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être. C'est la capacité qu' à le bien de changer indéfiniment de titulaire qui lui donne sa qualité de bien patrimonial ». A. Sériaux, La notion juridiqur de patrimoine, brèves réflexions civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994, p. 801.

(٢٠) انظر في ذلك،
M. Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ, 1997, p. 583.

يستطيع المدين الوفاء بما يلتزم به إلا بما يستطيع التصرف فيه طبقاً للقانون، بمعنى أن إمكانية التصرف من الناحية المادية لا تكفي، فيجب إمكانية التصرف من الناحية القانونية[٢١].

وفي هذا النطاق، فإن الحقوق المالية تتكون من الثروة والمصادر الحالية والمستقبلية، فبالنسبة للثروة فهي الأموال السائلة ومجموع الأموال القابلة للتقويم بالمال سواء كانت ذات طبيعة مادية كالمنقولات والعقارات أو ذات طبيعة غير مادية مثل حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو الفنية[٢٢] وتشمل أيضاً الحقوق العينية كحق الملكية والحقوق الشخصية كحق الدين[٢٣]. أما فيما يتعلق بالمصادر فقد تكون شهرية أو موسمية[٢٤]، فهذه المصادر يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد العنصر الإيجابي للذمة المالية، فإذا كان المدين غير قادر على سداد ديونه من خلال تلك المصادر فلا يكون معسراً إذا كانت ثروته كافية لسداد ديونه. وهذا التنوع في العناصر المكون للجانب الإيجابي للذمة المالية مطابق لما ذهب إليه المشرع في نص المادة ٣٣٤ مدني "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه". فحالة الإعسار يجب تقديرها وتحديدها بالنظر إلى الحالة المالية للمدين من خلال مجموع ما يملك.

من خلال تلك الحقوق والالتزامات المالية يتحدد نطاق الذمة المالية باعتبارها مجموعة قانونية مكونة من مجموع الأموال ومجموع الديون بشكل

---

(٢١) انظر،

M. Fabre-Magnan, art. Préc., n° 13, p. 593.

(٢٢) تدخل هذه الحقوق في جانبها المالي فقط كحقوق المؤلف المالية.

(٢٣) كما يجب ملاحظة أن الشيء المرهون لا يدخل في الذمة المالية للمرتهن باعتباره من الحقوق الاحتمالية او غير المحققة انظر في ذلك،

V. Vigneau et G-X. Bourin, droit du surendettement des particuliers, Litec, d., 2007, n 100, p. 75.

(٢٤) كالراتب المستحق بشكل شهري أو سنوي.

غير قابل للفصل، فالديون المالية للمدين لا يمكن أن تكون وحدها معياراً لتحديد حالة الإعسار، فالذمة المالية للشخص المدين ليست هي ذات الحقوق والالتزامات المالية بل هي جميع ما يدخل فيها من حقوق والتزامات كوحدة قانونية لا تتجزأ، وبمعنى آخر، الذمة المالية مجموع العلاقات القانونية القابلة للتقويم بالمال سواء تعلق بالجانب الإيجابي أم الجانب السلبي للشخص، التي ينظر إليها كمجموعة قانونية[٢٥].

بتحديد نطاق الذمة المالية من خلال مقارنة حقوق المدين بالتزاماته المالية يتحدد مفهوم حالة الإعسار الفعلي عندما تستغرق ديونه حقوقه، ولتوضيح ذلك المفهوم ينبغي مقارنته ببعض المفاهيم القانونية المشابهة له.

المطلب الثاني
مقارنة حالة الإعسار ببعض المفاهيم القانونية المشابهة لها

حتى يتضح مفهوم حالة الإعسار فإننا نورد في هذا المطلب مقارنة بينه وبين بعض المفاهيم القانونية الأخرى التي تقترب منه. فإذا كانت حالة الإعسار حالة واقعية، وإنه هناك بعض المفاهيم القانونية قد يترتب على توافرها تحقق حالة الإعسار، وإنه يلزم مقارنة حالة الإعسار بتلك المفاهيم القانونية لبيان أوجه الشبة والاختلاف بينهما.

أولاً- حالة الإعسار وعدم القدرة على الوفاء:

يتضح من بعض نصوص القانون المدني أن الحكم المترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه الذي يكون محله مبلغاً من النقود يتوقف على قدرته على الوفاء. فالقدرة على الوفاء شرط ينبغي توافره لترتيب ما تقضي به بعض تلك

(٢٥) انظر، منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٢١.

النصوص. فالمادة ٣٠٦ من القانون المدني تنص على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره، مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة". والمادة ٤١٠ من القانون المدني تنص على أنه "يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه. ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم".

كما تنص المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على: "يصدر مدير إدارة التنفيذ أو من تندبه الجمعية العامة للمحكمة الكلية من الوكلاء بالمحكمة أمراً – بناء على عريضة تقدم من المحكوم له – بحبس المدين مدة لا تزيد على ستة أشهر إذا امتنع عن تنفيذ حكم نهائي أو أمر أداء نهائي رغم ثبوت قدرته على الوفاء. ولا يعتبر المدين قادراً على الوفاء إذا قامت ملاءته كلياً على أموال لا يجوز الحجز عليها. ويحدد الأمر مدة الحبس، كما يبين ما إذا كانت تنفذ دفعة واحدة أو على دفعات". كما جاء نص المادة ٢٩٧ من المرافعات صريحاً في اشتراطه لإصدار الأمر بمنع المدين من السفر أن يكون المدين قادراً على الوفاء ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الدائن.

وتطبيقاً لذلك لا يحكم على المدين بالتعويض عن التأخير في الوفاء بالدين، ولا يمنح أجلاً للوفاء بدينه، ولا يحبس مع عدم إمكانية إصدار أمر بمنعه من السفر، إن تبين للقاضي عدم قدرته على الوفاء في كل حالة من تلك الحالات الواردة بالنصوص المذكورة أعلاه. إلا أن التساؤل الذي يثار هو: ما مفهوم عدم القدرة على الوفاء؟ ومتى يكون المدين غير قادر على الوفاء؟ وهل مفهوم عدم القدرة على الوفاء مفهوم مرادف أو مخالف لمفهوم حالة الإعسار؟ للإجابة عن هذا السؤال ينبغي المقارنة بين المفهومين نظرياً وعملياً.

١ – من الناحية النظرية:

إن مفهوم عدم القدرة على الوفاء يعني عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه بسداد مبلغ الدين. فالوفاء – كسبب من أسباب انقضاء الالتزام – هو تنفيذ

المدين لالتزامه بذات ما التزم به، أي التنفيذ العيني للالتزام، فالمدين بمبلغ نقدي إما أن ينفذ عيناً في الوقت المتفق عليه أو لا ينفذ، فلا يوجد تنفيذ بديل، أي لا يوجد تنفيذ بمقابل، فالمطلوب دائماً هو التنفيذ العيني، إما رضاء وإما قضاء. فالأمر في نهاية المطاف يؤول إلى دفع مبلغ الدين.

فعلى خلاف حالة الإعسار التي تستند إلى مجرد زيادة جميع ديون المدين على حقوقه (الإعسار الفعلي)، فإن عدم القدرة على الوفاء تعني عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه، ويرجع ذلك إلى عدم كفاية أمواله للوفاء بما عليه من ديون مستحقة الأداء. فالحكم بالتعويض- وفقاً لنص المادة ٣٠٦- عن تأخر المدين بالوفاء بمبلغ من النقود لا يكون إلا عندما يكون المدين قادراً على الوفاء بدين الدائن طالب التعويض، فيجب أن يثبت الدائن قدرة المدين على الوفاء، وتراعي المحكمة في ذلك طبيعة الأموال التي يملكها المدين والوقت اللازم لتدبر المبلغ المطلوب منه. والمدين لا يستطيع الحصول على أجل للوفاء بما عليه من ديون أو ما يسمى بنظرة الميسرة – طبقاً لنص المادة ٤١٠- إلا إذا تبين للقاضي قدرة المدين على الوفاء بالديون التي يطالب بها الدائن، تأسيساً على ظروف المدين المالية والتزاماته وأعبائه. فيجب أن تكون حالة المدين تستأهل إيثاره بهذه المنحة ومن ثم لا يجوز أن تعطى لمن تعمد عدم الوفاء أو قصر فيه قصوراً بيناً أو لمن كان معسراً لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء(٢٦).

ويشترط للحكم بحبس المدين – وفقاً لنص المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات – أن يكون المدين قادراً على الوفاء بدين الدائن طالب الحبس، بحيث لا يجوز الأمر بحبسه إذا لم يكن قادراً على الوفاء بذلك الدين ولو كان دائنه قد حصل ضده على حكم نهائي بالدين. ومن الطبيعي أن الدائن طالب الحبس هو المكلف إثبات ذلك، بل يتعين أن تكون قدرة المدين على الوفاء مستندة إلى أموال مما لا يجوز الحجز عليها. وثبوت قدرة المدين على الوفاء من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، إلا أن شرط ذلك أن يكون

(٢٦) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على نص المادة ٤١٠ ص ٣٣٢.

التقدير مستمداً من أوراق الدعوى ومستخلصاً منها استخلاصاً سائغاً، ومن شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها(٢٧).

فمفهوم عدم القدرة على الوفاء الذي يشترط لتوافره عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه المستحقة الأداء دون غيرها يعد مفهوماً ضيقاً مقارنة بحالة الإعسار بمعنى الإعسار الفعلي. وعلى ذلك فإن توافر عدم القدرة على الوفاء يؤدي إلى افتراض توافر الإعسار الفعلي، فكل من ليس قادراً على الوفاء بديونه المستحقة الأداء يكون في الوقت ذاته غير قادر على الوفاء بديونه المؤجلة، ولكن العكس غير صحيح، فقد يكون المدين معسراً إعساراً فعلياً ويكون في ذات الوقت قادرا على الوفاء. فليس هناك ارتباط بين عدم كفاية أموال المدين لسداد ما عليه من ديون – سواء كانت مستحقة الأداء أم غير مستحقة الأداء – وبين قدرته على الوفاء.

٢ – من الناحية العملية:

إذا كانت عدم قدرة المدين على الوفاء ترجع إلى عدم كفاية أمواله للوفاء بما عليه من ديون مستحقة بخلاف حالة الإعسار التي ترجع إلى مجرد زيادة جميع ديون المدين على حقوقه (الإعسار الفعلي)، فمن الناحية العملية نعتقد من جانبنا أن مفهوم حالة الإعسار مرادف لمفهوم عدم القدرة على الوفاء. فحالة الإعسار لن تكون في أغلب الأحيان إلا لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بما عليه من ديونه مستحقة الأداء، أي عدم قدرة المدين على الوفاء بالدين المستحق. فمن الصعب اعتبار المدين في حالة إعسار لمجرد عدم التوازن بين ما للمدين وما عليه من حقوق والتزامات. فزيادة الالتزامات ونقصان الحقوق، وإن كانت مؤشراً على ظهور أو بروز حالة الإعسار، فإن عدم مقدرة المدين على الوفاء ما هو إلا تأكيد لها، وحالة الإعسار ترتبط دائماً وأبداً بعدم مقدرة المدين على الوفاء بمقدار المديونية المستحقة، حيث يمكن استخلاص ذلك من الغاية التي

(٢٧) انظر، طعن بالتمييز، رقم ٨٧/٢٤٧ تجاري، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الثاني، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٦. مجلة القضاء والقانون، مارس ١٩٩٥، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، ص ١٤٢.

يهدف إليها المشرع من تقرير دعوى عدم نفاد التصرف، باعتبارها من الدعاوى التي أراد المشرع بها تنظيم حالة الإعسار، وهي استطاعة الدائن الطاعن استيفاء حقه من أموال المدين، وفقاً لما نراه من الاعتبارات الآتية:

- إذا كان الجانب السلبي لذمة المدين المالية يشمل جميع ديون المدين سواء كانت هذه الديون مستحقة الأداء أم غير مستحقة الأداء، فإن تحديد حالة الإعسار ينبغي أن يكون من خلال الجانب السلبي المستحق الأداء. فالمادة ٣١٠ من القانون المدني تشترط لرفع دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، فليس من اعتبارات العدالة والمنطق القانوني اعتبار المدين معسراً على الرغم من كفاية أمواله وقدرته على الوفاء بالدين المستحق. فالمشرع لم يترك حق الدائن في الطعن بعدم نفاذ تصرفات المدين مراسلاً دون ضوابط وإنما اشترط لجواز مطالبة الدائن بعدم نفاذ تصرف مدينه أن يكون له الحق في المطالبة به أو اقتضائه أمام القضاء.
- لا نجد من أحكام القضاء الكويتي ما يتناول مسألة الطعن بعدم نفاذ التصرف لمجرد كون المدين معسراً إعساراً فعلياً. فالأحكام القضائية تشير، إعمالاً لحكم المادة ٣١٠ وما يليها من القانون المدني، إلى عدم كفاية أموال المدين للوفاء بدين الدائن الطاعن. وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن التصرف المطعون فيه يؤدي إلى إخراج أجزاء من العقار من ذمة المدين المستأنف عليه الأول كان البنك الدائن يستطيع استيفاء حقه منها وقد ترتب على هذا التصرف جعل الباقي من أموال المستأنف عليه غير كافية لسداد ديونه، ويكفي في هذا الخصوص إعمالاً لحكم المادة ٣١٣ من القانون المدني ادعاء البنك الدائن بذلك مادام المستأنف عليه الأول المدين لم يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها"[٢٨]. فالعبرة بعدم

(٢٨) طعن رقم ٨٩/١٥٥ تجاري، جلسة ١٩٩٠/١/٢٨، مجلة القضاء والقانون، السنة الثامنة عشرة، مايو ١٩٩٦، ص ٨١. انظر كذلك، طعن رقم ١٠٨/ ٩٢ تجاري، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤، مجلة القضاء والقانون، مارس ١٩٩٨، السنة الحادية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٤٠.

استطاعة الدائن استيفاء حقه من المدين، وليس لمجرد كون التصرف المطعون فيه يزيد من التزامات المدين على حقوقه.

- حالة الإعسار، وفقاً لنص المادة ٣١٠ مدني، حالة ضرر؛ بمعنى أنه يشترط للطعن بعدم نفاذ التصرف أن يكون التصرف القانوني للمدين ضاراً بالدائن. ويكون تصرف المدين ضاراً بالدائن عندما يكون التصرف مفقراً يؤدي إلى النقص في حقوقه كالتصرف بنقل ملكية الحق المالي إلى ذمة مالية أخرى كعقد الهبة والبيع[٢٩]، أو يؤدي إلى الزيادة في التزاماته كعملية الاقتراض أو الحصول على تسهيلات مصرفية من قبل البنوك والمؤسسات والشركات المالية الاستثمارية[٣٠].

وتصرف المدين القانوني الذي يؤدي إلى نقص في حقوقه أو زيادة في التزاماته لا يمكن اعتباره بذاته تصرفاً ضاراً ما لم يترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره للإضرار بالدائن. فعدم نفاذ التصرف مرتبط ارتباطاً كلياً بحالة الإعسار باعتبارها حالة ضرر لا تظهر من مجرد عدم كفاية ما له من أموال لسداد ما عليه من ديون مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء، وإنما من عدم قدرته على الوفاء بالدين المستحق الأداء للدائن الطاعن بالتصرف، فإن تبين عدم قدرته على الوفاء لاستحالة السداد فالتصرف ضار، ومن ثم لا ينفذ في مواجهة الدائن، وإن تبين العكس؛ أي كون المدين قادراً على سداد الدين، فالتصرف ليس بضار بالدائن، ومن ثم ينفذ في مواجهته. فلا يتصور تحقق الضرر كشرط للطعن

---

(٢٩) يوصف البيع بالتصرف المفقر عندما يكون ثمن المبيع بخساً أو تم إخفاؤه أو تبديده بحيث لا يمكن للدائن التنفيذ عليه.انظر، جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١١٣.

(٣٠) انظر في ذلك، عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٢٨٥. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ١٨٣. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع الإسلامي، ف ٢٢٧، ص ٢٤٧.

بعدم نفاذ تصرفات المدين إلا عندما يترتب على ذلك التصرف عدم استطاعة الدائن الطاعن الحصول على مقدار دينه وليس لمجرد كون أموال المدين غير كافية للوفاء بجميع ديونه.

فإثبات الدائن ما في ذمة مدينه من ديون وعدم إثبات المدين أن له من المال ما يساوي قيمة تلك الديون أو يزيد عليها لا يعني بالضرورة كون التصرف المطعون فيه بعدم النفاذ ضاراً بالنسبة للدائن. فقد يكون المدين قادراً على الوفاء بما لديه من المال الكافي للوفاء بحق الدائن الطاعن فلا يتحقق في هذه الحالة الضرر المشروط توافره لعدم نفاذ تصرف المدين. فليس هناك مصلحة للدائن في الطعن بعدم نفاذ تصرف مدينه ما دام الحق الذي تصرف فيه المدين لا يؤثر على قدرته المالية في السداد، فقد يكون لدى المدين من أموال أخرى تكفي للوفاء بحق الدائن. فمصلحة الدائن لن تكون إلا إذا كان الحق الذي تصرف فيه المدين، كأن يستطيع الدائن أن يستوفي منه حقه، وكان المدين معسراً ليست عنده أموال أخرى تكفي لوفاء حق الدائن[٣١].

فالضرر كشرط للطعن بعدم نفاذ التصرف ليس ضرراً مفترضاً يتوافر بحق الدائن لمجرد كون التصرف مفقراً يؤدي إلى النقص في حقوق المدين أو الزيادة في التزاماته، إنما ينبغي أن يترتب على التصرف المفقر إعسار المدين الذي لن يكون ضاراً بالدائن إلا عندما يؤدي إلى عدم إمكان الوفاء بحقه نتيجة التصرف المطعون فيه؛ أي يترتب عليه استحالة الوفاء بالدين لعدم قدرة المدين على السداد. فعدم تحقق الضرر على هذا النحو السابق يعني عدم توافر حالة الإعسار بحق المدين مادام قادراً على الوفاء بحق الدائن الطاعن، فينفذ التصرف في مواجهته لتخلف شرط جوهري للطعن بالتصرف المفقر ألا وهو شرط الإعسار الذي يعتبر تطبيقاً للضرر الذي يرتبه التصرف بحق الدائن.

فاشتراط المشرع، وفقاً لنص المادة ٣١٠، أن يكون التصرف الصادر عن المدين ضاراً بالدائن يؤكد أن حالة الإعسار التي تترتب على ذلك التصرف هي

---

(٣١) في هذا المعنى، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع الإسلامي، ف ٢٥٥، ص ٢٤٦.

التي تعود إلى عدم قدرة المدين على الوفاء بدين الدائن الطاعن بعدم نفاذ التصرف[٣٢] وليس إلى مجرد استغراق ديون المدين لحقوقه لعدم كفاية أموال المدين لسداد جميع ما في ذمته من ديون بسبب زيادة التزاماته المالية.

- إن الحكم بعدم نفاذ التصرف عند توافر شروط نص المادة ٣١٠ من القانون المدني ليس وجوبياً وإنما جوازي يخضع لتقدير قاضي الموضوع[٣٣]. فمن المقرر، وفقاً لقضاء التمييز، أن التصرف الذي من شأنه إعسار المدين أو يزيد من إعساره وفقاً لقضاء التمييز، من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع، دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها[٣٤]. فقد تكون قدرة المدين على الوفاء بدين الدائن الطاعن بعدم نفاذ التصرف، على الرغم من إعسار المدين الفعلي، هي المبرر للحكم برفض الطعن لعدم توافر حالة الإعسار.

ثانياً – حالة الإعسار والتوقف عن الدفع:

تناول قانون التجارة الكويتي مفهوم التوقف عن الدفع في النظام القانوني للإفلاس التجاري. فكل تاجر اضطربت أعماله المالية فتوقف عن دفع ديونه التجارية يجوز شهر إفلاسه (مادة ٥٥٥)، ولا تنشأ حالة الإفلاس إلا بحكم يصدر بشهر الإفلاس، ولا يترتب على الوقف عن دفع الديون قبل صدور هذا

---

(٣٢) انظر في هذا المعنى:
Libchaber R., Defrenois 2001, art. 37309, p. 240. Voir aussi; Cass.com. 14 nov 2000, Bull.civ. IV, n 173, Defrenois 2000, art. 37309, p. 240, note Libchaber R.

(٣٣) وهو ما نصت عليه المادة ٥٨٤ فقرة ٢ من قانون التجارة فيما يتعلق ببعض التصرفات التي يقوم بها المدين بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس.

(٣٤) انظر، الطعن رقم ٩٢/١٠٨ تجاري جاسة ١٩٩٣/٦/٢٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الثاني، ص ٩٢٩. مجلة القضاء والقانون، مارس ١٩٩٨، السنة الحادية والعشرون، الجزء الأول، ص ٤٠.

الحكم أي أثر ما لم ينص القانون على غير ذلك (مادة ٥٥٦)، ولكل دائن بدين تجاري حال أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر إذا اضطربت أعمال هذا التاجر فوقف عن دفع الدين، ويعتبر الوقوف عن دفع الدين دليلاً على اضطراب الأعمال ما لم يثبت غير ذلك (مادة ٥٥٨).

فالتوقف عن الدفع هو عجز التاجر عن الوفاء بديونه الحالة، فهو شرط يؤدي توافره إلى إمكانية الحكم بشهر إفلاسه الذي يترتب عليه العديد من الآثار القانونية في مواجهة كل من جماعة الدائنين والمدين(٣٥).

فإذا كانت حالة الإعسار حالة عامة تنطبق على كل مدين أياً كانت صفته تاجراً أو غير تاجر، فإن حالة التوقف عن الدفع حالة خاصة لا تتعلق إلا بالتاجر الذي يخضع لنظام الإفلاس. إلا أن التساؤل المطروح هنا يتعلق بمدى الاختلاف والتشابه بين حالة الإعسار والتوقف عن الدفع؛ بمعنى: هل الإعسار يؤدي إلى التوقف عن الدفع، وهل التوقف عن الدفع يعني إعسار المدين؟ للإجابة عن هذا السؤال ينبغي المقارنة بينهما من الناحية النظرية والعملية.

١ – من الناحية النظرية:

يتضح من نص المادة ٣١٣ من القانوني المدني أن تقرير حالة الإعسار لا يكون إلا بما يطرأ على ذمة المدين من يسر وعسر وفقاً لالتزاماته وحقوقه المالية، فكلما زاد الجانب الإيجابي للذمة المالية كان الشخص موسراً، وكلما زاد الجانب السلبي فإن ذلك يعني أن الشخص أصبح معسراً، وهذا على خلاف حالة التوقف عن الدفع، فقانون التجارة لا يقدر حالة الإفلاس إلا باضطراب أعمال التاجر المالية من خلال التوقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة وبغض النظر عن حالة اليسر والعسر، وإنما ينظر إلى مجرد عجزه

(٣٥) انظر في هذا المفهوم، عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس في القانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر– مجلس النشر العلمي– جامعة الكويت، ٢٠٠٩، الفقرة ١٨، ص ٣٦. أحمد محمود خليل، أحكام الإفلاس التجاري والإعسار المدني، معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤، ص ٦١.

عن أداء ديونه في مواعيد استحقاقها[٣٦]. فالتاجر قد يقف عن دفع ديونه المستحقة الأداء؛ مما يوجب إشهار إفلاسه مع أن ذمته معسرة[٣٧]، أي أن أصوله أكثر من خصومه. ويتحقق هذا الغرض عندما تكون أصوله عقارات يصعب بيعها بسرعة لدفع الديون التي بذمته من ثمنها، أو أن أصوله حقوق له بذمة الغير غير مستحقة عند حلول الدين الذي بذمته، وهذا يفسر كيف أن بعض التفليسات تكون قادرة على الوفاء بكل حقوق الدائنين بعد الانتهاء من إجراءات التصفية. وعلى العكس من ذلك، فالتاجر الذي يقوم بأداء ديونه عند الاستحقاق مع أنه في حالة إعسار لا يبرر إشهار إفلاسه كأن يحصل على أموال من دائنه أو يقترض أو يجدد الدين إلى غير ذلك من الوسائل المشروعة التي يلجأ إليها التاجر. أما إذا لجأ المدين إلى وسائل غير مشروعة أو تنطوي على الغش والتدليس للوفاء بديونه بقصد إخفاء مركزه الحقيقي وإطالة حياته كسحب كمبيالات المعاملة أو شراء البضائع وبيعها بأقل من سعر الشراء أو الاقتراض بفائدة فاحشة، ففي هذه الأحوال يجب على المحكمة أن تعتبره في حالة وقوف عن الدفع وتقضي بإشهار إفلاسه لتفسد عليه غشه، وقد أخذ المشرع الكويتي بذلك، فنصت المادة ٣/٥٦٨ من قانون التجارة على أن "...، تعتبر الاستعانة بوسائل ضارة أو غير مشروعة للوفاء بالديون في حكم الوقوف عن الدفع".

والحكمة من عدم اشتراط الإعسار والاكتفاء بالوقوف عن الدفع هو درء الصعوبات التي يثيرها إثبات الإعسار وما يستلزمه من إجراءات طويلة لتحديد ذمة المفلس ومقارنة خصومها مع أصولها، كما أن المعاملات التجارية تقوم على الائتمان وأنه لا سبيل إلى تدعيمه إلا إذا التزم المدينون بأداء ديونهم في مواعيدها؛ لأن عدم الوفاء قد يؤدي إلى عجز الدائنين عن الوفاء بديونهم.

---

(٣٦) انظر، عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس في القانون الكويتي، مرجع سابق، ف ١٨، ص ٣٨.

(٣٧) يكفي أن يفقد التاجر السيولة النقدية حتى يمكن شهر إفلاسه.

فالتجار تتشابك مصالحهم بحيث يكون كل منهم دائناً ومديناً في الوقت نفسه. ولذلك علق المشرع إشهار الإفلاس على وقوف التاجر عن دفع ديونه دون النظر لحالة المدين من حيث اليسر أو العسر(٣٨).

٢ – من الناحية العملية:

يجب عدم المبالغة في أهمية هذا الاختلاف الظاهر بين حالة الإعسار والتوقف عن الدفع. ففي الغالب، لا يتوقف التاجر عن الدفع ولا يعرض نفسه للإفلاس إلا إذا استغرقت ديونه أمواله؛ أي إذا كان في حالة إعسار، ومن النادر جداً أن يظهر بعد الانتهاء من إجراءات التصفية أن أصول المفلس أكثر من خصومه. فالتاجر لا يكشف عن حقيقة مركزه المالي إلا بعد أن يعجز عن الاستمرار في تجارته ويتزعزع ائتمانه وتصبح ديونه أزيد من أمواله.

فإن كان الاختلاف من الناحية النظرية واضحاً بين حالة الإعسار والتوقف عن الدفع، فالتشابه من الناحية العملية أيضاً واضح بينهما. فحالة الإعسار ينبغي أن يترتب عليها توقف المدين عن دفع ما هو مستحق من ديون، فمن غير المتصور أن يطعن الدائن في تصرفات مدينه، على سبيل المثال، مادام الأخير يوفي للأول دينه، فليس للدائن مصلحة في طلب عدم نفاذ التصرف ما لم يتوقف المدين عن دفع دينه.

كما أن توقف التاجر عن الدفع لا يكون إلا بسبب إعساره لعدم قدرته على الوفاء بديونه المستحقة الأداء. فالفقه والقضاء مستقران على أن فكرة التوقف عن الدفع لا تقتصر على مجرد التوقف المادي وإنما يجب أن يكون هذا التوقف دالاً على عجز حقيقي مستمر ينبئ عن سوء حالة التاجر المالية وزعزعة ائتمانه مما يترتب عليه تعريض حقوق الدائنين للخطر(٣٩). فلا يعتبر التوقف عن الدفع سبباً لشهر إفلاس التاجر إذا كان ناشئاً عن ضائقة وقتية لا تلبث أن تزول.

---

(٣٨) فالإعسار لا يضفي حتماً إلى الإفلاس. انظر، عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ف ١٨، ص ٣٦.

(٣٩) انظر في ذلك، عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ف١٩، ص ٣٧.

فالإفلاس لا يشهر لمجرد امتناع المدين عن الدفع وإنما بسبب عجزه عنه، فإذا ثبت أن المدين قادر على أداء ديونه ولكنه لا يريد أداءها، فلا يجوز شهر إفلاسه ولا سبيل للدائنين إلا توقيع الحجوز الفردية على أمواله كما يكون لهم مطالبته بالتعويضات عن الأضرار الناجمة عن مماطلته في الوفاء، ومع ذلك فإن امتناع المدين عن دفع ديونه الحالة غير المتنازع فيها نزاعاً جدياً دون أن تكون لديه أسباب مشروعة قد يعتبر قرينة في غير مصلحته على اضطراب حالته المالية ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بإثبات التاجر وفاءه بديون كثيرة حالة قبل استحقاق هذا الدين وبعده ومعه(٤٠).

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن "للدائن بدين تجاري حال الأداء أن يطلب إشهار إفلاس مدينه التاجر إذا اضطربت أعمال هذا التاجر فتوقف عن دفع دينه على نحو ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر مما يعرض حقوق دائنيه للخطر. ومجرد امتناع التاجر عن دفع ديونه لا يعد توقفاً بالمعنى المذكور، إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذراً طرأ عليه مع اقتداره، وقد يكون لمنازعته في الدين من ناحية صحته أو مقداره أو حلول أجله، وقد يكون التوقف عن الدفع راجعاً إلى أزمة طارئة يمكن التغلب عليها، ومن ثم لا يصح اعتباره متوقفاً عن الدفع(٤١).

---

(٤٠) انظر، أحمد محمود خليل، أحكام الإفلاس التجاري والإعسار المدني، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤، ص ٦٢.

(٤١) استخلاص حالة التوقف عن الدفع التي تنبئ عن مركز مالي مضطرب، وتؤدي إلى إشهار إفلاس التاجر هو ما تستقل به محكمة الموضوع باستخلاصه مما يقدم إليها من الأدلة والقرائن دون معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصله الثابت في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها. الطعن رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري، جلسة ١٩٩١/٩/٣٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيه ١٩٩٦، القسم الثاني، المجلد الأول، ص ٥٢٥، الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٩٠ تجاري، جلسة ١٩٩١/١٢/١، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٦، السنة التاسعة عشرة، ص ١٨٤، الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٩٠، جلسة ١٩٩٢/١/٢٧، مجلة القضاء والقانون، يناير ١٩٩٧، السنة العشرون، =

ثالثاً – حالة الإعسار والتعثر في السداد:

تناول المشرع الكويتي مفهوم التعثر في السداد في القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بإنشاء صندوق لمعالجة أوضاع المواطنين المتعثرين في سداد القروض الاستهلاكية والمقسطة تجاه البنوك وشركات الاستثمار(٤٢). وحالة التعثر في السداد لا تكون إلا لكل مواطن (شخص طبيعي) تعثر في سداد رصيد المديونية المستحقة عليه أي الرصيد القائم للقروض الاستهلاكية والقروض المقسطة الممنوحة له من الجهات الدائنة، وهي البنوك وشركات الاستثمار الخاضعة لرقابة البنك المركزي (مادة ١)، والثابتة بدفاتر وسجلات الجهات المذكورة في تاريخ ٢٠٠٨/٣/٣ (مادة٢).

لا تنشأ حالة التعثر في سداد رصيد المديونية المستحقة على العميل المقترض إلا إذا أثقل بأعباء والتزامات شهرية ترتبت عليه لأي جهة، وبما يؤدي إلى زيادة التزاماته الشهرية على نسبة ٥٠٪ من دخله الشهري، ويقاس ذلك بمقدار الفرق بين الدخل الشهري للعميل – راتبه الشهري وأي إيرادات أخرى– وإجمالي الالتزامات الشهرية المستحقة على العميل المتعثر لجميع الجهات الدائنة، بالإضافة إلى ما قد يكون عليه من التزامات مالية شهرية تتعلق بنفقة وأحكام قضائية واجبة النفاذ، وأقساط تجاه بنك التسليف والادخار أو المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، وأية أقساط شهرية مستحقة لأي من الجهات الحكومية.

= ص ٨٩، الطعن رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٣ تجاري، جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٠، مجموعة القواعد، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٦٤١، الطعن رقم ٧٢ لسنة ١٩٩٤ تجاري، جلسة ١٢/٥/ ١٩٩٤، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٢٨٨، الطعن رقم ١٥٩ لسنة ١٩٩٦ تجاري، جلسة ٦/٣٠/ ١٩٩٦، مجموعة القواعد، يوليو ١٩٩٦، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٦٤٣، الطعنان رقما ٢٧٣، ٢٧٩ لسنة ٢٠٠٢ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٤، مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ٢٠٠٦، السنة الحادية والثلاثون، الجزء الأول، ص ١٤١، الطعنان رقما ٣٣٤، ٧٤١ لسنة ٢٠٠٢ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/١٠/٤، مجلة القضاء والقانون، ديسمبر ٢٠٠٦، السنة الحادية والثلاثون، الجزء الثالث، ص ١٩.

(٤٢) الكويت اليوم، العدد ٨٨١، السنة الرابعة والخمسون– الأحد ٢٠٠٨/٧/٢٧.

ويلاحظ من ناحية أولى، أن التعثر يقاس بمقياس موضوعي لا شخصي، ومن ثم لا ينظر إلى درجة قدرة المدين الشخصية على سداد أو عدم سداد المديونية المستحقة لأي جهة من الجهات الدائنة، بل ينظر في شأنه إلى الوضع المالي للعميل في ذاته وهل أثقل بأعباء والتزامات شهرية تزيد على نسبة ٥٠٪ من دخله الشهري أو بمعنى أن يكون العميل متعثراً في سداد المديونية المستحقة كلما زادت التزاماته الشهرية على إيراداته الشهرية بنسبة تزيد عن ٥٠٪. ويعتبر هذا التحديد نتيجة منطقية حتى يحافظ العميل على نصف دخله الشهري وبما يتيح له ولأسرته العيش الكريم(٤٣).

ومن ناحية ثانية، فإنه يترتب على المنطق السابق ألا يدخل في الاعتبار لتحديد حالة التعثر في السداد أي عنصر يتعلق بثروة العميل أو حالته المالية، فلا فرق للاستفادة من مزايا القانون الخاص بالمتعثرين في سداد القروض الاستهلاكية والمقسطة بين عميل موسر وعميل معسر، فالعبرة بالوضع المالي للعميل المقترض من الجهات الدائنة، فكلما زادت التزاماته الشهرية المستحقة على إيراداته الشهرية اعتبر العميل متعثراً في السداد؛ مما يمكنه ذلك من الخضوع لأحكام هذا القانون لمعالجة وضعة المالي المتعثر.

فمفهوم التعثر في سداد المديونية المستحقة الذي يشترط لتوافره زيادة التزامات العميل الشهرية بنسبة ٥٠٪ على إيراداته الشهرية يعد مفهوماً ضيقاً، كما هو الحال بالنسبة لمفهوم عدم القدرة على الوفاء، مقارنة بمفهوم حالة الإعسار. فلا يدخل في الاعتبار لتحديد الوضع المالي للعميل المتعثر إلا الديون المستحقة عليه (القروض) للبنوك وشركات الاستثمار دون الديون المؤجلة أو المستحقة لغير تلك الجهات. وعلى ذلك فإن زيادة التزامات العميل الشهرية بنسبة ٥٠٪ على إيراداته الشهرية لا تعني إعساره فعلياً أو عدم قدرته على

(٤٣) انظر، المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٨ في شأن إنشاء صندوق لمعالجة أوضاع المواطنين المتعثرين في سداد القروض الاستهلاكية والمقسطة تجاه البنوك وشركات الاستثمار.

الوفاء بالمديونية المستحقة، فالمشرع في القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بأوضاع المتعثرين في سداد القروض لم يشترط– لجدولة المديونية على أقساط شهرية ولفترة زمنية مناسبة– أن تستغرق التزامات العميل الشهرية لحقوقه المالية أو عدم قدرته على الوفاء بالقرض المستحق لأي من الجهات الدائنة، بل إن مجرد أن تكون التزامات العميل المقترض تزيد بنسبة ٥٠ ٪ على إيراداته يعني التعثر في سداد القروض، ومن ثم إمكانية إعادة جدولة المديونية المستحقة بأقساط شهرية بما لا يزيد على ٥٠ ٪ من إيرادات العميل الشهرية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨.

فالتعثر في سداد القروض المستحقة مفهوم خاص يقتصر على جزء معين من التزامات المدين (العميل) تتمثل في المديونية المستحقة للبنوك وشركات الاستثمار، ويتحدد بمقدار الفرق بين الدخل الشهري للعميل وإجمالي الالتزامات الشهرية المستحقة على العميل المتعثر لجميع الجهات الدائنة، ومن ثم يختلف عن مفهوم حالة الإعسار التي تنشأ فعلياً بمجرد زيادة جميع التزامات المدين على حقوقه المالية، وقانونياً بعدم قدرة أو استحالة المدين على تنفيذ التزامه لعدم كفاية ما لديه من أموال للوفاء بالدين المستحق.

فإذا كان القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨ يسعى لمعالجة أوضاع المتعثرين في سداد القروض الاستهلاكية والمقسطة تجاه البنوك وشركات الاستثمار، فما الحماية القانونية التي تقررها القواعد العامة لمواجهة حالة الإعسار؟

المبحث الثاني
مدى الحماية القانونية لمواجهة حالة الإعسار

في ظل غياب التنظيم القانوني لحالة الإعسار في القانون المدني الكويتي ينبغي معرفة مدى الحماية القانونية التي توفرها القواعد العامة بالنسبة للدائنين والمدين لمواجهة حالة الإعسار.

المطلب الأول
بالنسبة للدائنين

إن الحماية القانونية المقررة وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني تبقى حماية قاصرة على بعض الدائنين دون الآخرين لعدم المساواة فعلياً بينهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تبقى حماية غير كافية لعدم تقييد حرية المدين المعسر في التصرف بحقوقه كأصل عام ما لم تتوافر شروط دعوى عدم نفاذ التصرف وفقاً لنص المادة ٣١٠ من القانون المدني.

أولاً – عدم المساواة الفعلية بين الدائنين:

على العكس من حالة الإفلاس التجاري التي تؤدي إلى نشأة جماعة الدائنين بقوة القانون، بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، تضم الدائنين العاديين وأصحاب حقوق الامتياز العامة؛ بحيث يفقد كل عضو فيها حقه في اتخاذ إجراءات ودعاوى فردية تجاه المدين المفلس لاستيفاء حقه، فمدير التفليسة، باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين، يقوم بالتصفية الجماعية لأموال المفلس بما يحقق المساواة بينهم جميعاً، يبقى كل من دائني المدين المعسر مستقلاً عن الآخر، ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ بل يقوم كل دائن بمتابعة مصلحته بنفسه، فيتخذ باسمه ما يسمح به القانون من الإجراءات الفردية.

وإذا كانت القواعد العامة تحقق نوعاً من المساواة القانونية بين الدائنين[٤٤]؛ بحيث يكون لكل دائن أن يتخذ من الإجراءات الفردية ما يمكنه من استيفاء حقه من أموال المدين، فإن تلك المساواة غير فعلية مادام اتخاذ الإجراءات الفردية فعلياً، وفي أغلب الأحوال مقصوراً على بعض الدائنين دون غيرهم، مما يعني إمكانية استيفاء بعض الدائنين لحقوقهم من أموال المدين دون أن يتمكن البعض الآخر من مزاحمتهم أو الاشتراك في حصيلة التنفيذ.

وعدم المساواة الفعلية بين الدائنين تظهر بشكل خاص عند إعسار المدين إعساراً فعلياً، أو عند عدم قدرته على الوفاء بالدين المستحق، فلن يترتب على ذلك إسقاط آجال الديون. فحلول الأجل بسقوطه لن يكون إلا في حالة الحكم بإفلاس المدين أو في حالة إضعاف التأمين الخاص الممنوح للدائن[٤٥] فلا يكفي أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين من خلال التصرف القانوني المفقر الذي ينقص من حقوقه ويزيد من التزاماته ولو إلى حد الإعسار، أو الزيادة فيه[٤٦].

فديون المدين المؤجلة تبقى مؤجلة على الرغم من اعتباره معسراً من الناحية الفعلية لاستغراق جميع ديونه المستحق منها وغير المستحق لحقوقه المالية. وإذا كانت القواعد العامة للقانون المدني تساوي قانونياً بين الدائنين لاتخاذ الإجراءات الفردية فإن التفرقة تبقى قائمة فعلياً بين من يكون حقه مستحق الأداء ومن يكون حقه غير مستحق الأداء.

فلكل دائن حق حال الأداء عند إعسار مدينه أو زيادة إعساره أن يتخذ من الإجراءات التحفظية، كالحجز التحفظي أو منع المدين من السفر، أو من

---

(٤٤) حيث تنص المادة ٣٠٧ من القانون المدني على أن " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

(٤٥) انظر في ذلك نص المادة ٣٣٢ من القانون المدني الكويتي.

(٤٦) انظر، عبد الرزاق السنهوري، مصطفى الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ف ٧٣، ص ١٣١.

الإجراءات التنفيذية، كالحجز التنفيذي أو الحجز على العقار، كما يمكن للدائن أن يحجز على منقولات ما لمدينه وديونه لدى الغير، ويستطيع الدائن كذلك استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى غير المباشرة.

بالمقابل، إن كان الدائن المؤجل حقه يستطيع بمقتضى المادة ٣٣٠ من القانون المدني أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه(٤٧) بحيث يجوز له قيد وتجديد الرهن الذي حصل عليه ضماناً لحقه المؤجل(٤٨). وللدائن أن يستعمل حقوق مدينه بمقتضى الدعوى غير المباشرة باعتبارها من الوسائل التحفظية. وللدائن كذلك أن يتدخل في الدعاوى التي ترفع من مدينه أو عليه حتى يراقب سير الإجراءات فلا تضر به. وله أن يطالب المدين في دعوى أصلية بالاعتراف بالإمضاء أو الختم على السند المثبت لحقه ولو قبل حلول الأجل. بل له أن يطالب تعيين حارس قضائي يدير العين محل الحق إذا كان ينازع في هذا الحق ويخشى على العين محل النزاع من الخطر بسبب هذه المنازعة. إلا أنه لا يستطيع أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه قبل حلول الأجل مادام حقه غير حال الأداء.

كما أن كون الحق غير مستحق الأداء بالنسبة لأحد الدائنين يعني عدم استفادته من أثر عدم نفاذ التصرف الصادر لصالح دائن آخر. وفقاً لنص المادة ٣١٤ مدني، إذا تقرر عدم نفاذ التصرف، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم. فالتصرف المطعون فيه يصبح غير نافذ في حق الدائن رافع الدعوى وكل الدائنين الذين تتوافر لمصلحتهم شروط

---

(٤٧) إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف، فإن هذا الالتزام لا يكون قابلاً للتنفيذ، أي لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بالوفاء به، ولكن حق الدائن يكون قائماً ومؤكداً (ليس احتمالياً)، ولذا فمن حق هذا الدائن أن يتخذ من الإجراءات ما تقتضيه المحافظة على حقه، أي ما يؤدي إلى ضمان وفاء المدين بالتزامه عند حلول الأجل. انظر، جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف ٥٠، ص ١٧٠.

(٤٨) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على نص المادة ٣٣٠ من القانون المدني، ص ٢٩١.

رفعها[٤٩]. فالدائن الذي يكون حقه غير مستحق الأداء لا تتوافر فيه شروط رفع الدعوى فلا يستفيد من عدم نفاذ التصرف لانتفاء مصلحته في ذلك.

وإن كان بإمكان الدائن المؤجل حقه رفع دعوى غير مباشرة وفقاً للمادة ٣٠٨ مدني للمحافظة على ضمانه العام من مغبة حرمانه من التنفيذ على مال كان يدخل في ضمانه العام لو أن المدين استعمل ما له من حقوق، إلا أن الدعوى غير المباشرة ليست وسيلة من الوسائل التنفيذية وإنما تهدف إلى المحافظة على الضمان العام وانتعاشه فحسب. فالحكم الصادر فيها يكون لمصلحة المدين لا الدائن. لذلك يجب على الدائن أن يتخذ الإجراءات التنفيذية في مواجهة مدينه، وهي إجراءات مستقلة عن الدعوى غير المباشرة.

ولهذا السبب تكون وسيلة حجز ما للمدين لدى الغير أفضل من وسيلة الدعوى غير المباشرة، وهو ما يفسر أيضاً ندرة استعمال تلك الدعوى في العمل. فحجز ما للمدين لدى الغير من شأنه أن يؤدي إلى حبس المال المحجوز عن المدين المحجوز عليه، فلا يحتج على الدائن الحاجز بعد إعلان الحجز بأي تصرف يصدر عن المدين[٥٠]، كما لا يجوز للمحجوز لديه أن يفي بالدين إلى المحجوز عليه، وإن قام بذلك فلا ينفذ هذا الوفاء في مواجهة الدائن الحاجز. إلا أن استعمال دعوى حجز ما للمدين لدى الغير مقصورة على كل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء وفقاً لنص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

---

(٤٩) جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف ٣٤، ص ١١٨.

(٥٠) فالتصرف – وفقاً للمادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية – لا ينفذ في حق الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ متى كان شهر هذا التصرف تالياً لتسجيل طلب الحجز ولو كان ثابت التاريخ قبله ولو كان الدائن الذي تعلق حقه بالتنفيذ دائناً عادياً وليس دائناً مرتهناً. انظر، الطعن رقم ١٩٩٥/٣٢ مدني، جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الثاني، قاعدة رقم ١٥، ص ١٠٥. مجلة القضاء والقانون، يناير ٢٠٠٠، السنة الثالثة والعشرون، الجزء الثاني، ص ٣١٥.

ثانياً – عدم تقييد تصرفات المدين المعسر:

لحماية الضمان العام للدائنين جعل المشرع الكويتي– بمقتضى المادة ٣٠٧ من القانون المدني– جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. إلا أن ذلك الضمان العام لا يقيد حرية المدين في التصرف في أمواله، فحق الدائن لا يرد على مال معين مملوك للمدين، وإنما على ماله عموماً. والضمان العام ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحددة التي تقع على عاتق المدين، أي عن حق الدائن في استيفاء حقه جبراً من المدين بالتنفيذ على أمواله(٥١). كما أن إعسار المدين إعساراً فعلياً لا يمنعه من التصرف القانوني الضار بالدائنين – بحسن نية أو بسوء نية – لإنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته المالية.

وإذا كان المشرع قد مكن الدائن من استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف، وفقاً لنص المادة ٣١٠ من القانون المدني، كوسيلة علاجية للمحافظة على ضمانه العام، فإن تلك الدعوى غير جديرة بحماية الدائن من حالة الإعسار التي يترتب عليها إضعاف الضمان العام للدائنين.

فدعوى عدم نفاذ التصرف لا تقوم على حالة الإعسار بذاتها، وإن كانت شرطاً من شروط تلك الدعوى، وإنما تقوم على أساس غش المدين للإضرار بالدائنين إخلالاً بمبدأ الثقة الذي يقوم عليه الضمان العام. فجوهر الضمان العام يقوم على الثقة، ومظهره أن الدائن يعتمد على أموال مدينه في ضمان الوفاء، كما يعتمد على حسن تصرف المدين في أمواله بالقدر الذي لا يؤدي إلى إضعاف عناصر ذمته المالية، ولذا فإن هذه الثقة تتوقف عن إنتاج أثرها عند إبرام المدين أي تصرف يضر بدائنيه مع علمه بذلك(٥٢).

ولهذا، فإن المشرع لم يكتف بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن بما يرتبه التصرف الضار – وفقاً لنص المادة ٣١٠ من القانون المدني، من

---

(٥١) انظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ١٣٣.

(٥٢) انظر محمدين عبد القادر محمد، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ٢.

إعسار المدين أو زيادة إعساره – بل إن المادة ٣١١ من القانون المدني تستوجب أن يكون ذلك التصرف بقصد الإضرار بحقوق الدائن من خلال غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش، وإن كان المشرع قد افترض توافر ذلك القصد عندما يكون تصرف المدين تبرعاً، باعتباره من التصرفات التي تدل بذاتها على أن المقصود بها الإضرار بحقوق الدائن، لهذا لم يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين ولا علم المتصرف إليه(٥٣).

وإن كان من الطبيعي ألا يفترض المشرع توافر قصد الإضرار بحق الدائن عندما يكون تصرف المدين بعوض، باعتباره من التصرفات التي لا تدل بذاتها على أن المقصود بها الإضرار بحقوق الدائن، فيجب على الدائن في هذه الحالة إثبات غش المدين؛ أي: نية الإضرار به وعلم المتصرف إليه بهذا الغش. وتيسيراً على الدائن في الإثبات افترض المشرع بمقتضى المادة ٣١١ غش المدين إذا أثبت الدائن علم المدين وقت التصرف بأنه معسر أو بأنه كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك، كما افترض علم المتصرف إليه بغش المدين إذا أثبت الدائن أنه كان يعلم وقت التصرف أن المدين معسر أو كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك.

كما أن إثبات علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف مجرد قرينة على وقوع الغش لا يكفي لعدم نفاذ التصرف المطعون ما لم يثبت توافر التواطؤ بين المدين المعسر والمتصرف إليه بقصد الإضرار بحقوق الدائن. فقد يكون المتصرف إليه عالماً بإعسار المدين دون أن يعلم بالقصد الحقيقي من التصرف؛ أي: نية الإضرار بالدائن، كما لو اعتقد بحسن نية أن التصرف الصادر عن المدين ليس إلا تصرفاً مألوفاً تقتضيه رعاية مصالح المدينين والدائنين على السواء(٥٤).

---

(٥٣) انظر الفقرة ٢ من المادة ٣٣١ مدني.

(٥٤) انظر الطعن رقم ٨٨/٢١٦ تجاري، جلسة ١٩٨٩/٣/٦، القضاء القانوني، السنة ١٧، العدد الأول، سبتمبر ١٩٩٥، ص١٩٠ "حيث قضى بعدم اكتمال شروط دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة لعقد التسوية والرهن المترتب عليها تنفيذاً للخطة التي =

كما يتصور أن يكون المتصرف إليه الذي يتعامل مع المدين عالماً بقصد المدين الإضرار بأحد الدائنين دون أن يكون متواطئاً معه كما لو كان المتصرف إليه دائناً للمدين وقام الأخير بتفضيله على غيره من الدائنين(٥٥)، فاستيفاء أحد الدائنين حقه من المدين لا يمكن أن يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين على الإضرار بحقوق الدائنين الآخرين(٥٦). وتقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة(٥٧).

وبناء على ما سبق، فإن تقييد حرية المدين في التصرف من خلال عدم نفاذ تصرفاته الضارة بالدائن تقوم على فكرة التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه بقصد الإضرار بالدائن، وليس على مسألة إعسار المدين؛ لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها. لذلك، فإن دعوى عدم نفاذ التصرف قد تعجز عن توفير الحماية المقصودة منها بعدم نفاذ التصرفات المطعون فيها عند عدم توافر الشروط المتعددة التي يتطلبها القانون،

= وضعتها الدولة ممثلة في وزارة المالية والبنك المركزي لمعالجة المديونيات الصعبة حماية للاقتصاد الوطني بحيث لم يكن القصد منها الإضرار بحقوق الدائن الذي رفض طواعية الوصول إلى التسوية على الرغم من دعوته كتابة للدخول فيها، فإن ذلك يدل على انتهاء عنصر الغش من جانب البنك.

(٥٥) وهو ما يفهم من الفقرة رقم ١ للمادة ٣١٦ من القانون المدني التي تنص على "إذا كان تصرف المدين بتفضيل دائن على غيره، كان للدائن أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، مع مراعاة أحكام المواد ٣١٠ إلى ١١٣". كما تنص الفقرة ٢ من المادة ذاتها على "...إذا وفى المدين الدين بعد انقضاء الأجل، فلا يكون للدائنين طلب عدم نفاذ الوفاء إلا إذا كان قد تم بالتواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه".

(٥٦) انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز، مرجع السابق، فـ٢٢٨، ص٢٥١. عبدالرسول عبد الرضا وجمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، فـ٥٨، ص٩٢. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص١٩٢.

(٥٧) طعن رقم ٨٩/٢٧٨ تجاري، جلسة ١٩٩٠/١/٢٩، مجلة القضاء والقانون، مايو ١٩٩٦، السنة ١٨، ص ١٠٤.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن دعوى عدم نفاذ التصرف قد لا تكون الدعوى الكفيلة بتقييد حرية المدين من التصرف الضار بحقوق الدائن ولاسيما بالنسبة للدائن المؤجل حقه، فالمادة ٣١٠ من القانون المدني تشترط أن يكون حق الطاعن بعدم نفاذ التصرف مستحق الأداء.

لذلك تبقى هذه الحماية التي تقررها القواعد العامة غير كفيلة بحماية الدائنين مقارنة بالحماية المقررة وفقاً لنظام شهر الإعسار في القانون المدني المصري. فمن أهم أهداف استحداث ذلك النظام حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة بهم. وهذه الحماية تتحقق بعدم نفاذ تصرفات المدين بقوة القانون دون حاجة إلى إثبات أي تواطؤ بين المدين والمتصرف إليه ودون تفرقة بين الوفاء بدين حال أو دين لم يحل أجله(٥٨). على خلاف الحال في دعوى عدم نفاذ التصرف، وكذلك يمتد هذا الحكم إلى أي تصرف يميز به المدين واحداً من دائنيه كما لو رتب له رهناً على بعض عقاراته أو منقولاته(٥٩).

---

(٥٨) حيث تقضي المادة ٢٥٧ بأنه " متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته. كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين ". وإذا كان المشرع المصري لم يحرم المدين من التصرف في أمواله فإن ذلك يبقى مشروطاً بمقابل مناسب يستفيد منه الدائن، وقد نصت على ذلك المادة ٢٥٨ التي تقضي بأنه "يجوز للمدين أن يتصرف في ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع. فإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار في حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل ". كما عاقب المشرع المصري، وفقاً لنص المادة ٢٦٠، المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين: الحالة الأولى: إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار، بقصد الإضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره. الحالة الثانية: إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه".

(٥٩) انظر، جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ف ٣٩، ص ١٣٧.

المطلب الثاني
بالنسبة للمدين المعسر

لمعرفة مدى الحماية القانونية التي تقررها القواعد العامة للمدين المعسر ينبغي معرفة مصير التزام المدين الذي يكون محله مبلغ من النقود في حالة الإعسار، هل ينقضي التزام المدين أم يبقى قائماً؟، هل يمكن تعديل التزام المدين بجعله معقولاً بعد أن أصبح مرهقاً بسبب الإعسار؟، هل يستطيع المدين المعسر الحصول على أجل للسداد وتقسيط مبلغ الدين؟. إن معرفة ذلك يرتبط أولاً: بمدى إمكانية اعتبار حالة الإعسار كالاستحالة في تنفيذ الالتزام التي يترتب عليها انقضاؤه، أو ظرف طارئ يترتب عليه تعديله. ثانياً: بمدى إمكانية تأجيل سداد الدين أو تقسيطه.

أولاً – مدى إمكانية اعتبار حالة الإعسار كالاستحالة أو الظرف الطارئ:

١ – حالة الإعسار والاستحالة في تنفيذ الالتزام:

تعتبر الاستحالة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام كما هو منصوص عليه في المادة ٤٣٧ "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه"(٦٠). فتنفيذ الالتزام يكون مستحيلاً متى ما

(٦٠) وتنص المادة ١/٢١٥ من القانون المدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. وأيضاً ما هو منصوص عليه في المادة ٢٩٣ مدني بأنه عند تعذر تنفيذ الالتزام عيناً، أو التأخير فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه. وتنص المادة ٤٧٨ على أنه إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن ما لم يكن الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع.

كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي، والصورة المميزة للسبب الأجنبي تكون دون شك القوة القاهرة التي إن توافرت شروطها أعفي المدين من التنفيذ. فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه المالي المتمثل في دفع مبلغ من النقود يرجع إلى إعساره، فهل من الممكن اعتبار حالة الإعسار كالقوة القاهرة التي تحلل المدين من تنفيذ التزامه، ولاسيما إن لم يكن قادراً على السداد لما هو مستحق من ديون.

إذا كان تقدير قيام الاستحالة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع(٦١)، فإن تكييف حالة الإعسار باعتبارها حالة استحالة تعفي المدين من تنفيذ التزامه يقتضي دراسة شروط السبب الأجنبي (القوة القاهرة) ومدى انطباقها عليها. ومن الجدير بالذكر أن إمكانية اعتبار الاستحالة المالية للمدين كالاستحالة التي تعفي المدين من مسؤولية تنفيذ التزامه لم تكن محل نظر أو تطوراً فقهياً وقضائياً معيناً، لذلك ينبغي علينا الرجوع إلى شروط السبب الأجنبي المتمثلة في كون الحادث الأجنبي خارجي وأن يكون غير متوقع وغير ممكن دفعه.

---

(٦١) انظر الطعنين، ٣٨٨، ٢٠٠٢/٤٠١ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد التاسع، أبريل ٢٠٠٩، القاعدة رقم ٣، ص ٦١١. الطعن رقم ٢٠٠٢/١٤٥ تجاري، جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٤، المجموعة، القسم الخامس، المجلد التاسع، أبريل ٢٠٠٩، القاعدة رقم ٢، ص ٦١٠. الطعن رقم ٣٧، ١٩٨٩/٣٩ تجاري، جلسة ١٩٩٨/٦/٢٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٥٩٧. طعن رقم ٢٠٧/ ١٩٨٦ تجاري، جلسة ١٩٨٧/٤/١٥، مجموعة القواعد، القسم الثاني، المجلد الأول، يونيو، ١٩٩٦، ص ٥٩٦. طعن رقم ١٩٨٨/٣٢٤ تجاري، جلسة ١٩٨٩/٥/١٥، مجموعة القواعد، القسم الثالث، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٣.

ويقصد بكون الحادث خارجي «Un événement extérieur» أن يكون الحادث الذي يعفي المدين من تنفيذ التزامه غير راجع لفعل المدين(٦٢). فإن كان القضاء الكويتي لا يتطرق في العديد من أحكامه إلى ضرورة توافر شرط خارجية الحادث(٦٣)، فإنه يشترط الاستحالة الموضوعية التي تتعلق بالالتزام بذاته لا بشخص المدين، التي تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة بالنسبة للكافة وليس بالنسبة للمدين(٦٤).

فنصوص القانون المدني سواء المتعلق منها بالمسؤولية العقدية أم التقصيرية تبين بشكل واضح أن يكون الحادث خارجياً لا يد للمدين فيه(٦٥)، مما يعطي للمدين الحق في إثبات أن عدم التنفيذ أو الضرر الذي لحق بالمضرور كان نتيجة سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، فالحادث لا يمكن اعتباره قوة قاهرة إذا كان راجعاً إلى فعل المدين أو راجعاً إلى شخص المدين بذاته(٦٦).

---

(٦٢) انظر، فتحي عبدالرحيم عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ف ٦٢، ص ٤٩٤. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، دار الشريف للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٩٩٦، ف ٤٦٩، ص ٤٣٩.
Ph. Malaurie, L. Ayns, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrnois, 2004, n° 956, p. 482.

(٦٣) انظر الطعن رقم ٨٤/ ٨٦ تجاري، جلسة ١٩٨٧/١/٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٢. طعن رقم ١٩٨٨/٣٢٤ تجاري، جلسة ١٩٨٩/٥/١٥، مجموعة القواعد، القسم الثالث، المجلد الأول، يونيو ١٩٩٦، ص ٤٩٣.

(٦٤) الطعن رقم ١٨/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩/ ١٢/ ١٩٩٤، المجموعة، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٧١٩، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٢. الطعن رقم ١٩/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩/ ١٢/ ١٩٩٤، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٥.

(٦٥) انظر نص المادة ٢١٥ و المادة ٢٣٣. انظر كذلك، إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف ٤٦٦،ص ٤٣٧.

(٦٦) في هذا الخصوص انظر:
G. Viney et P. Jourdain, Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité, LGDJ, 2e éd., 1998, n° 389.

ووفقاً للمفهوم المادي للقوة القاهرة يجب أن يكون الحادث المانع من التنفيذ ناتجاً من خارج المدين ومن خارج مجال نشاطه أو مركز عمله أو من خارج الوسيلة التي يستخدمها لتنفيذ التزامه(٦٧)، فلا يستطيع المدين التمسك بالأحداث الطارئة التي تجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً إذا ما كان مصدرها شخصه، فالقوة القاهرة تفترض أن يكون هناك سبب لا يمكن نسبته إلى المدين هو ما أدى إلى وقوع الحادث.

إلا أن القضاء الفرنسي، في العديد من أحكامه، يستند في تكييف الحادث باعتباره قوة قاهرة إلى المفهوم النفسي الذي يعتمد على دور إرادة المدين في الحادث المانع من تنفيذ الالتزام(٦٨). فالحادث لا يكون قوة قاهرة ما لم يكن لإرادة المدين دور في وقوع الحادث(٦٩). فمحكمة التمييز الفرنسية لم تتردد في اعتبار حالة المرض التي تصيب المدين وتمنعه من تنفيذ التزامه قوة قاهرة(٧٠). فالمدين لا يسأل عن عدم التنفيذ إذا لم يساهم إرادياً في وقوع الحادث المانع من التنفيذ.

والمفهوم النفسي للقوة القاهرة على النحو السابق يعتبر أكثر شمولية وعمومية ليشمل جميع الحوادث الداخلية والخارجية التي تؤدي إلى استحالة

---

(٦٧) انظر عبد الوهاب الرومي، الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين– دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو ١٩٩٨، ص ٨٣١.

(٦٨) انظر في ذلك،
Cass. 2e civ., 24 janv. 1996, Dr.& part. 1996, n° 37, p. 76, obs. Chabas F.

(٦٩) ربط القضاء الفرنسي خارجية الحادث بالإرادة يعد تطبيقاً لما أخذت به اتفاقية فيينا ١١ إبريل ١٩٨٠المتعلقة بعقود البيع والبضائع، حيث تنص المادة ٧٩، الفقرة ١ على:
« une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté». De meme, la Cour de justice de Communauté européennes se réfère à des événements extérieurs independents de la volonté. CJCE, 9 févr. 1984, aff. C- 284\82, Acciaierie e Ferriere Busseni spa c|Commission des Communautés européenne, Rec. CJCE, p. 557.

(٧٠) بشرط ألا يكون مصدر المرض هو المدين نفسه، انظر،
Cass. civ., 28 avr. 1947, D. 1947, jur., p. 329, note Lalou H.

التنفيذ ولا يكون لإرادة المدين يد في وقوعها. ولهذا، فإن جميع الاعتبارات والظروف تدخل ضمن الأسباب التي قد تؤدي إلى القول بتوافر استحالة التنفيذ مادامت تتوافر شروط الاستحالة(٧١).

وتطبيقاً للمفهوم المادي للقوة القاهرة، فإن حالة الإعسار لا يمكن تكييفها كحالة الاستحالة؛ لكونها راجعة إلى المدين المعسر نفسه، وهذا على خلاف المفهوم النفسي للاستحالة فهو يشمل حالة الإعسار التي لا تكون راجعة إلى إرادة المدين. فهناك من الظروف الاجتماعية والاقتصادية ما يؤدي بالمدين إلى الإعسار دون أن يكون لإرادته أي دور في وقوعه. فتدهور حالة المدين المالية لا تكون بالضرورة راجعة إلى فعله وبإرادته. إلا أن شرط كون الحادث خارجي لا يد للمدين فيه لا يكفي للقول باستحالة التنفيذ، فينبغي أيضاً أن يكون ذلك الحادث مستحيل التوقع والدفع.

ففكرة عدم التوقع لوقوع الحادث «Un événement imprévisible» هي الشرط الثاني لتحديد مفهوم القوة القاهرة. ويقصد بذلك أن أمر وقوع الحادث محتوم لا مفر منه بالنسبة لشخص المدين؛ بحيث إن المانع من تنفيذ الالتزام لم يكن متوقعاً بالنسبة للمدين بسبب عنصر المفاجأة للحادث(٧٢)، إضافة إلى كون مثل ذلك الحادث نادر الوقوع وغير مألوف.

وهذا الشرط المتعلق بعدم التوقع يجب أيضاً أن يدرك ويفهم؛ بمعنى عدم التوقع المعقول خصوصاً إذا كنا نعلم بأنه لا يوجد ما لا يمكن توقعه بشكل مطلق(٧٣). فكل الحوادث من الممكن توقعها، فلا يجوز إطلاقاً اعتبار بعض

---

(٧١) انظر في المسؤولية العقدية على سبيل المثال،
Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, D. 1998, IR., p. 68; JCP, éd., G. 1998, II, 10124, note Paisant G., D. 1998, Jur., p. 359, note Mazeaud D.

(٧٢) انظر في ذلك،
A. Crosio, Les dispositions protectrices du dbiteur, petites affiches, 26 dcembre 1990, n° 155, p. 4. Voir aussi, PH. Le tourneau, L. Cadiet, Droit de la responsabilit, Dalloz, 1998, n° 911, p. 298.

(٧٣) J- m. Pontier, L'imprvisibilit, Rev. dr. publ. 1986, I, p. 8.

الحوادث والظروف بذاتها قوة قاهرة تؤدي إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزامه؛ الأمر الذي يقتضي استبعاد جميع الحوادث والظروف التي ينبغي عادة توقعها من قبل الشخص الحذر الحريص، فالتوقع والتنبؤ يقتضيه الحذر.

وتطبيقاً لذلك، فقد قضي بأنه "يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة ينقضي بها التزام المدين من المسؤولية أن يكون من غير الممكن توقعه ويستحيل دفعه أو التحرر منه. فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه انتفت عنه صفة القوة القاهرة، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله، ولا يلزم أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفي على الشخص شديد اليقظة والتبصر؛ لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوافر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي. وتقدير توافر القوة القاهرة بهذا المعنى من عدمه من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله"(٧٤).

بناءً على ذلك، يمكن القول: إن حالة الإعسار حادث غير متوقع الحدوث وخارج عن إرادة المدين ولاسيما عند الأخذ بالاعتبار تغير حالة المدين المالية نتيجة تغير وضعه المالي وتدهوره. فكثير من المدينين يكونون في وضع مالي صعب خطير مثقل بالديون، مما يجعل تنفيذ التزاماتهم في وضع المستحيل. ومع ذلك قد لا يقبل ذلك القول بحجة أن حالة الإعسار لا يمكن إدراجها تحت مفهوم القوة القاهرة إذا ما قارنا تلك الحالة وفقاً لمعيار الرجل العادي. فقد يظهر أن كثيراً من المدينين لم يتنبؤوا بتلك الظروف، ومع ذلك هم بعيدون كل البعد عن حالة الإعسار. إلا أنه لا يمكن قبول تلك الحجة إذا ما قبلنا بعدم وجود حالة فردية مطابقة بشكل مطلق لحالة أخرى، فإذا كان تقدير القوة القاهرة يكون من خلال معيار موضوعي لا ذاتي شخصي، فمن المتصور أن تكون حالة مدين

(٧٤) انظر الطعن رقم ١٤٠/ ٩٣ تجاري، جلسة ٣٠/ ٣/ ٩٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ٧١٦.

معين وظروفه أكثر خضوعاً وتأثراً بالأوضاع الاقتصادية من مدين آخر، بالإضافة إلى أن القضاء الفرنسي – كما رأينا سابقاً – يأخذ بعين الاعتبار في بعض الحالات بالظروف الشخصية للمدين كالمرض والبطالة التي تمنع من تنفيذ التزامات الشخص، على الرغم من أنها ترجع لشخص المدين ولا يكون مصدرها حادثاً خارجياً، إلا أنها وإن كانت غير إرادية من المدين فلا مفر منها في كثير من الأوقات، وإن كان من الصعب وضع تعريف موضوعي لشرط عدم التوقع، إلا أن ذلك لا يمنعنا القول إنه لا شيء في ذاته غير متوقع، فهذا يجيز من ثم الأخذ في الاعتبار حالة الإعسار كحالة غير متوقعة ولو نسبياً.

ويقصد بعدم قابلية الحادث للدفع «Un événement irresistible» عدم إمكانية الشخص في توفير الوسائل اللازمة لتنفيذ التزامه في مواجهة الحادث، وهو بذلك يكون العنصر الذي لا يقهر من عناصر القوة القاهرة(٧٥). وعدم قابلية الحادث للدفع يبرز لنا استحالة التنفيذ التي تقتضيها القوة القاهرة، فإن كان شخص المدين لديه من الوسائل التي تمكنه من دفع الحادث، وبافتراض كون التنفيذ شاقاً ومرهقاً، فإن المدين سيبقى مسؤولاً عن عدم سداد الدين. وتقدير توافر استحالة دفع الحادث بهذا المعنى يرجع إلى معيار موضوعي من خلال معيار الشخص العادي بنفس حالة المدين وظروفها وبنفس وقت وقوع الحادث(٧٦).

---

(٧٥) F. Chabas, Enc. D., rp. Civ., V. force majeur. n° 30, P. Jourdain, J.CI. resp. civ. et ass., fasc. 160, n° 123.

(٧٦) وفقاً للقضاء الفرنسي يعتبر شرط عدم قابلية الحادث للدفع أو استحالة دفعه إن لم يكن المعيار الوحيد فهو على الأقل الجوهري في مفهوم القوة القاهرة.
Selon la première chamber civil « L' irrésistibilié de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prevision ne saurait permettre d'en empêcher les effet ». 9 mars 1994, JCP éd. G 1994, I, n° 3773, n° 6, obs. Viney G. La chamber commerciale, quant à elle, a fait sienne cette solution en préciant que « L' irrésistibilié de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prevision ne saurait permettre d'en empêcher les effet, sous reserve que le débiteur ait pris toutes les mesure requises pour éviter la réalisation de l' événement » 1er oct, 1997, D. 1998, som., p. 199, obs. Delebecque ph.

فاستحالة التنفيذ ترجع إلى عدم مقدرة المدين على فعل شيء للحماية من ذلك الحادث وقت حدوثه أو قبل وقوعه لدفعه لعدم توافر وسائل تنفيذ الالتزام. فالقضاء يتشدد في تقدير قيام استحالة الدفع من خلال ما يقتضيه من توافر استحالة مطلقة كلية وليس مجرد صعوبة أو إرهاق في التنفيذ، فهنا تكمن صعوبة اعتبار حالة الإعسار كالقوة القاهرة وذلك للطبيعة الخاصة لمحل التزام المدين.

فالقضاء الكويتي يستند في أحكامه المتعلقة بالاستحالة إلى طبيعة محل التزام المدين، فقد قضي بأن "الالتزام الذي ينصب على أداء مبلغ من النقود هو التزام قابل بطبيعته للتنفيذ ولا ترد عليه الاستحالة الموضوعية"(٧٧). فالإشارة إلى قابلية الالتزام للتنفيذ ومن ثم عدم ورود الاستحالة عليه ترجع كما هو واضح إلى طبيعة محل الالتزام، وهذا الأخير إما أن يكون شيئاً معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ومقداره ودرجة جودته(٧٨). فإذا كان محل التزام المدين شيئاً معيناً بنوعه فإنه لا مجال للحديث عن الاستحالة وإعفاء المدين من تنفيذ ما التزم به، فالبائع الذي يلتزم بتسليم قدر معين من الغلة غير معينة بذاتها لا يعفى من التنفيذ العيني بحجة أن ما في مخازنه منها قد هلك بقوة قاهرة، وهذا الأمر ينطبق كذلك على المدين الملتزم بدفع مبلغ معين من النقود فلا يعفى من تنفيذ التزامه العيني بحجة زيادة التزاماته المالية على حقوقه المالية وعدم قدرته على سداد ما هو ملتزم به تجاه الدائن.

فالنقود، محل التزام المدين، من الأشياء المثلية، ويقصد بذلك كما هو وارد في نص المادة ٢٨ من القانون المدني " ما تماثلت آحادها أو تقاربت بحيث

---

(٧٧) الطعن رقم ١٨/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩/ ١٢/ ١٩٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٧١٩، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٢. الطعن رقم ١٩/ ٩٤ مدني، جلسة ١٩/ ١٢/ ١٩٩٤، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٥.

(٧٨) كما هو وارد في نص المادة ١٧١ من القانون المدني.

يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به، وتقدر في التعامل بالعد أو الكيل أو الوزن أو القياس"، ومصطلح المثلية الوارد في النص المذكور صفة للأشياء التي من الممكن أن يقع التبادل فيما بينها[٧٩].

ومادامت فكرة المثلية للشيء تجد مجالاً لها عندما يكون محل التزام المدين مبلغاً من النقود[٨٠]، فإمكانية التماثل والتبادل بين الأموال قائمة بشكل كامل؛ مما يعني أن التزام المدين بسداد الدين يبقى قائماً على الرغم من صعوبة أو عدم مقدرة المدين على الوفاء لإعساره. فالقضاء الكويتي يأخذ في الاعتبار بطبيعة محل الالتزام كمعيار للاستحالة، فلا يأخذ بعين الاعتبار الاستحالة الشخصية لتنفيذ الالتزام الناشيء عن أسباب متعلقة بالمدين أو بإمكانياته الاقتصادية التي لا ترتبط ارتباطاً موضوعياً بالأداء المستحق[٨١]. فالاستحالة النسبية التي ترجع إلى ظروف المدين دون الآخرين من عامة الناس لا تعفيه من تنفيذ التزامه تجاه الدائن[٨٢].

وإذا كان القضاء يأخذ بالاعتبار طبيعة محل التزام المدين المتمثل بمبلغ من المال كشيء مثلي، فيترتب على ذلك أن تنفيذه ليس مستحيلاً استحالة كلية.

---

(٧٩) فتحديد كون الشيء مثلياً يكون من خلال الصنف والجودة، ومع ذلك لا نستطيع الحديث قانوناً عن جودة النقود وصنفها، فالمدين بمبلغ من النقود يستطيع دفع ما هو مستحق عليه من ديون سواء كانت النقود المدفوعة ورقية أم معدنية. فالالتزام الذي يقع على عاتق المدين بتقديم شيء من صنف متوسط، وفقاً للمادة ١٧١ من القانون المدني، في حالة عدم تحديد درجة الشيء لا مجال لتطبيقه في حالة كون التزام المدين مبلغاً من النقود. انظر في الأشياء المثلية والأشياء القيمية، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، نظرية الحق، دار الكتب، ٢٠٠٤، ف ٣٧٤، ص ٣٢٧.

(٨٠) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ف ٣٧١، ص ٥٣٦.

(٨١) انظر في مفهوم الاستحالة الموضوعية كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، عبدالوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية ١٩٩٤، ص ٩٩.

(٨٢) عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص ١٠٤.

فالأمر الذي يؤدي إلى الاستحالة الكلية هو الهلاك الكلي لمحل التعاقد والمتمثل في زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب قوة قاهرة أو حادث مادي بفعل الإنسان. وبناء على ذلك فإن مسألة الهلاك الكلي لا تكون إلا حيث يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع فلا مجال للحديث عن الهلاك الكلي، فالقاعدة العامة أن "المثليات لا تهلك". كما أن حالة الإعسار تعتبر مانعاً قابلاً للزوال في المستقبل خلال فترة قد تطول أو تقصر، فاستحالة التنفيذ بسبب الإعسار ليست استحالة نهائية وإنما وقتية تزول بتحسن ظروف المدين المالية(٨٣).

٢ – حالة الإعسار ونظرية الظروف الطارئة:

من المعلوم أن المشرع الكويتي أراد بنظرية الظروف الطارئة الحماية القانونية لأحد المتعاقدين من النتائج التي تترتب على إخلال التوازن الاقتصادي للعقد. فالمادة ١٩٨ من القانون المدني تجيز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، عندما تطرأ بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة(٨٤). فعلى سبيل المثال، وتطبيقاً للنص المشار إليه، يمكن للقاضي أن

---

(٨٣) عبدالوهاب الرومي، مرجع سابق، ١٦٠. وانظر كذلك، الطعن رقم ٤٦٠/ ٢٠٠١ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٢/٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد الثالث، ديسمبر ٢٠٠٨، رقم القاعدة ٢٠٥، ٢٧٩. الطعن رقم ٥٢٣/ ٢٩٦ تجاري، جلسة ١٩٩٨/١/٥، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٦، الجزء الأول، ص٢٤.

(٨٤) إن نظرية الظروف الطارئة لا يقتصر إعمالها على عقود المدة فقط بل تطبق أيضاً على أي عقد متى كان تنفيذه لم يتم عند حدوث الظرف الطارئ، كما لو كان العقد بيع لم يتم فيه سداد كامل الثمن ولم تتنقل ملكية المبيع إلى المشتري بالتسجيل. انظر، الطعن ٢٥/ ٩٣ مدني، جلسة ٢/٢١/ ٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي =

يحكم، بصدد عقد توريد، بتخفيض الكمية التي التزم المورد بتوريدها بنسبة معينة يقلل بذلك من قدر خسارته، أو يحكم بزيادة السعر الذي التزم به المشتري. وقد يحكم القاضي بوقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً، إذا كان الظرف الطارئ مما يتوقع زوال أثره في وقت قريب، كما لو تعهد مقاول ببناء مبنى، وبسبب ظروف الحرب ارتفعت أسعار مواد البناء ارتفاعاً كبيراً، ولكنه ارتفاع وقتي يوشك أن يزول، فيحكم القاضي بوقف التنفيذ مؤقتاً إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم لرب العمل(٨٥).

وإذا افترضنا هنا أن مصدر التزام المدين بسداد مبلغ الدين هو العقد، فهل يمكن للمدين الذي أصبح معسراً ما بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، نتيجة لحادث أو أزمة اقتصادية، أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لكي يحكم له القاضي مثلاً بتخفيض مبلغ الدين بنسبة معينة حتى لا يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً له، أو يحكم له بوقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً إذا كان إعسار المدين مما يتوقع زواله في وقت قريب.

إن مناط أعمال نظرية الظروف الطارئة أن يحدث بعد انعقاد العقد وقبل تمام تنفيذه ظرف طارئ استثنائي عام لم يكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعه عند التعاقد من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً(٨٦) والمقصود

= قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الثالث، ص ١٦٤. انظر ذلك، الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩٤ مدني، جلسة ٩٥/١/١٦، مجلة القضاء والقانون، ديسمبر ١٩٩٩، السنة الثالثة والعشرون، الجزء الأول، ص ٢٧٤. الطعن رقم ٩٤/٤٧ تجاري، جلسة ٦/١٢/ ١٩٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الثالث، ١٦٥.

(٨٥) انظر، محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول المصادر الإرادية، المطبعة العربية الحديثة، بدون سنة طبع، ف ٢٧٧، ص ٣٦١.

(٨٦) انظر في شروط الظرف الطارئ، محمد محيي الدين سليم، نظرية الظروف الطارئة، بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية، ص ٢٤٤. محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف =

بالظرف الطارئ الاستثنائي الحادث: الذي يندر وقوعه[٨٧]، فإذا كان الحادث بحسب المألوف من شؤون الحياة معتاد الوقوع ويدخل في حسبان الرجل العادي ويعول عليه فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لعدم تحقق الصفة الطارئة للحادث[٨٨].

والوقت الذي يعتـد به في اعتبـار ما إذا كان الحادث الاستثنائـي متوقعاً أو غير متوقع الحصول هو وقت التعاقد بحيث لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله في هذا الوقت، وبصرف النظر عن توقع المدين – فعلاً – حصول الحادث الطارئ أو عدم توقعه[٨٩]. فالمعيار في اعتبار الحادث استثنائياً من عدمه هو معيار موضوعي وليس ذاتياً يتعلق بشخص المدين

= الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٤٢ وما يليها. محمد عبدالرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية، ١٩٨٧، ص ٣١. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٩٩/ ٢٠٠٠، ص ١٩٧. نظرية الظروف الطارئة كنظرية القوة القاهرة تماماً لا تكون إلا بالنسبة للحوادث التي لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد. ويتخذ هنا معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد، وليس معياراً شخصياً قوامه نفس المتعاقد الذي يتمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وكون الحادث متوقعا أو غير متوقع مسألة واقع، تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع.

(٨٧) انظر، محمد محيي الدين سليم، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص ٢٥٠. محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ف٢٧٣، ص ٣٥٥.

(٨٨) وإن كان يشترط في الظرف الطارئ الذي من شأنه الإخلال باقتصاديات العقد، أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه، فإنه يكتفى بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها ولو كان الظرف ذاته حالاً وقت إبرام العقد وأدركته آثاره عند تنفيذه. انظر، الطعن، رقم ١٨٩/ ٨٨ تجاري، جلسة ٢٥/ ١٢/ ١٩٨٨، مجلة القضاء والقانون، يونيه، ١٩٩٥، السنة السادسة عشرة، العدد الثاني، ص ٢٥٥. ويشترط أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين. انظر، الطعن رقم ٢٠٠٢/٨٣٤ إداري، جلسة ١٠/ ١١/ ٢٠٠٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، إبريل ٢٠٠٩، القسم الخامس، المجلد الثامن، ص ٣٦٩.

(٨٩) الطعن رقم ١٦٩/ ٩٧ تجاري، جلسة ٩/ ٢/ ١٩٩٨، مجموعة القواعد القانونية، يونيو ٢٠٠٤، القسم الرابع، المجلد الخامس، ص ٣٠٦.

وظروفه الخاصة. فلا يحق للمدين المطالبة بتعديل آثار العقد، وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، دون أن يكون الحادث شاملاً لعامة الناس(٩٠).

كما يلزم أن يكون من شأن الحادث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق بالنسبة للمدين. والإرهاق غير الاستحالة، فهذه الأخيرة تؤدي إلى الإعفاء من الالتزام، أما حالة الإرهاق فإنها تعني إمكانية التنفيذ ولكنه تنفيذ يرهق المدين إرهاقاً شديداً يجاوز السعة، فيلحق به خسارة غير معتادة تزيد عن الخسارة العادية المألوفة في التعامل، والتي يتحملها أي متعاقد عند التنفيذ فتنقلب اقتصاديات العقد وتختل اختلالاً جسيماً(٩١). فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه من "المقرر أن تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقاً للمادة ١٩٨ من القانون المدني رخصة من القانون يجب استعمالها بتحقق شروط معينة، أهمها شرط الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية لا الظروف المتعلقة بشخص المدين"(٩٢). ومفاد ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تقتضي أن يكون الحادث متعلقاً ومتصلاً بشكل مباشر بالعقد ذاته(٩٣).

---

(٩٠) محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٩١) الطعن ٢٣/ ٩٤ تجاري، جلسة ٢٠/ ٦/ ١٩٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧١٩.

(٩٢) الطعنان رقما ٣٣٠، ٣٣٤/ ٩٥ تجاري، جلسة ١٧/ ٣/ ١٩٩٧، مجلة القضاء والقانون، السنة الخامسة والعشرون، الجزء الأول، ص ١٦٠. الطعن رقم ٩١/ ٩٤ تجاري، جلسة ١٦/١/١٩٩٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧١٩. الطعنان ١١١، ١٠٥/ ١٩٩٥ مدني، جلسة ١٥/ ١/ ١٩٩٦، والطعن ١٦/٣٥ عمالي، جلسة ٢٤/٦/٩٦، مجموعة القواعد القانونية، يوليو ١٩٩٩، القسم الثالث، المجلد الأول، ص ٧٢١.

(٩٣) إن عجز صندوق الزمالة عن الوفاء بحقوق الأعضاء يتعلق بظروفه الخاصة ولا صلة له بذات عقود الاشتراك في الصندوق والمساس بالتوازن الاقتصادي لالتزامه. انظر، الطعن رقم ٥٢٣/ ٩٦ تجاري، جلسة ٥/ ١/ ١٩٩٨، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة والعشرون، الجزء الأول، ص ٢٤.

وإذا أردنا تطبيق نظرية الظروف الطارئة على حالة الإعسار، فلا يمكن اعتبار تلك الحالة من ضمن الظروف الطارئة الاستثنائية التي تستدعي تعديل آثار العقد لصالح المدين المعسر غير القادر على سداد مقدار الدين. فحالة الإعسار وإن كانت ترجع في بعض الأحيان إلى تدهور الأوضاع الاقتصادية إلا أن ذلك لا يستدعي بالضرورة تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا عند توافر الشروط – المذكورة سابقاً – والتي تقاس بمعيار موضوعي لا شخصي، ومن ثم فلا ينظر إلى درجة يسر المدين أو عسره في تحمل شرط الإرهاق، بل ينظر في ذلك إلى قدرة الخسارة في ذاتها وهل تدخل في حدود المألوف أو تتجاوزه، فهذه النظرية تقوم على حماية التوازن الاقتصادي للعقد، أي إبقاء اقتصادياته قائمة بقدر الإمكان.

فتغير الأوضاع الاقتصادية قد لا يكون السبب المباشر لحالة الإعسار، فقد تكون راجعة إلى عدة أسباب أخرى، منها: إدارة المدين السيئة لأمواله، أو عدم كفاية مصادر الدخل أو عدم كفاية الأموال القابلة للحجز، فلا يدخل في الاعتبار عند تطبيق النظرية؛ أي عنصر يتعلق بثروة المدين أو حالته المالية، فلا فرق في الاستفادة من النظرية، بين مدين موسر ومدين معسر، فالعبرة هي باقتصاديات العقد وما يطرأ عليها من خلل واضح نتيجة الظروف الطارئة.

فمن الواضح أن حالة الإعسار و ما يترتب عليها من إرهاق المدين في السداد، لا تكون إلا نتيجة وضعه المالي الخاص به، حتى مع القول بأن حالة الإعسار حادث طارئ استثنائي لكونه غير راجع لإرادة المدين، وحادث عام لوجود حالات مشابهة لوضع المدين من الناحية الموضوعية، إلا أنها تبقى حالة غير متعلقة إطلاقاً بالعقد المبرم. فمعيار تطبيق نظرية الظروف الطارئة معيار موضوعي يتعلق بالعقد ذاته دون اعتداد بظروف المدين الخاصة من حيث قدرته أو عدم قدرته على تنفيذ الالتزام. فحالة الإعسار تؤثر في شخص المدين، ولكن ليس من شأنها التأثير في شروط تنفيذ العقد، وإن كان لها تأثير على إمكانية التنفيذ[٩٤].

(٩٤) انظر في أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، محمد محيي الدين سليم، مرجع سابق، ص ٥٤٩.

ثانياً – مدى إمكانية تأجيل سداد الدين أو تقسيطه:

إن القواعد العامة للقانون المدني تضمنت ما يسمى نظرة الميسرة أو بمعنى آخر إمكانية تأجيل وقت استحقاق الدين أو إمكانية تقسيطه بحيث يجوز للمدين طلب ذلك سواء في أثناء نظر الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بحقه أو في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ. وفي هذا الخصوص ليس لطبيعة الالتزام العقدية أو التقصيرية أية أهمية في إمكانية تأجيل الدين أو تقسيطه مادام الأمر راجعاً للقاضي ولأسباب تعود لحالة المدين، دون حاجة لوجود اتفاق صريح أو ضمني، في منح المدين حسن النية أجلاً لتنفيذ التزامه ودون أن يكون للدائن الحق في اللجوء إلى التنفيذ الجبري في هذه الحالة(٩٥).

لذلك، فالمادة ٤١٠ من القانون المدني تسمح للقاضي بمنح المدين على حساب الدائن – بشكل استثنائي – مدة زمنية معينة لتنفيذ التزامه خصوصاً عندما يكون محل التزامه مبلغاً من النقود(٩٦). فالسمات الأساسية لنظرة الميسرة تكمن في طبيعتها الفردية وآثارها المحدودة؛ فهي لا تمنح إلا للالتزام المتوافرة فيه شروط المادة ٤١٠ من القانون المدني، ودون أن يكون لها تأثير على اقتصاديات الالتزام ولا تسري في مواجهة بقية الدائنين تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد. فنظرة الميسرة، في هذا الإطار، عبارة عن وقف مؤقت لتنفيذ

---

(٩٥) انظر:
Ph. Soustelle, Les délais judiciaries différent l'exécution de l'obligation, Thèse Saint-Etienne 1996, n° 23 s., p. 26.

(٩٦) انظر:
Ph. Soustelle, Thèse préc., n° 31, p. 31. pour qui les délais de grace semblent désormais limités aux obligations de sommes d'argent au motif que ces obligations sont les seules qui sont susceptibles de faire l'objet d'une véritable exécution forcée en nature. Quant aux obligations de faire ou de ne pas faire, elles se résolvent en principe en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142 C. civ.). L'intervention du délais de grâce en ce domaine n' a alors guère de sens puisque le délais s'envisage exclusivement comme une simple mesure d'exécution.

الالتزام، فالقاضي يجتهد، من خلال منح المدين أجلاً لسداد الدين أو تقسيطه، لتحديد ميعاد جديد مناسب لمصلحة المدين(٩٧).

وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ تأخذ بمبدأ وجوب تنفيذ الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات، فإن الفقرة الثانية للمادة المذكورة تأخذ بالمقابل بعين الاعتبار حالة المدين مع مراعاة عدم الإضرار بالدائن، فالقاضي يستطيع، في حدود المدة التي يقدرها لتمكين المدين من الوفاء، تأجيل المبلغ المستحق للدائن أو تقسيطه، فهي تقضي بالإجازة للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم.

بالتأكيد إن حالة الإعسار من الحالات التي تستوجب منح المدين أجلاً لسداد الدين أو تقسيطه، إلا أن التساؤل يثور بخصوص مدى الإعسار الذي يستوجب استفادة المدين من حكم المادة ٤١٠ من القانون المدني. فهل يشترط لحصول المدين على أجل لسداد الدين أو تقسيطه أن يكون معسراً إعساراً يستحيل معه الوفاء بالدين؛ بمعنى ألا يرجى منه الاقتدار على الوفاء، أو يكفي أن يكون غير قادر على سداد دين الدائن المطالب بالوفاء ولكن يرجى منه الاقتدار على الوفاء به.

يمكن القول إن معيار الاستفادة من الأجل القضائي المقرر في المادة ٤١٠ معيار شخصي يتوقف على ظروف وحالة المدين المالية ومدى قدرته على الوفاء بعد انقضاء الأجل الممنوح، كل ذلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. فإذا كانت الحالة المالية للمدين تبرر للقاضي تطبيق الحكم الوارد في المادة ٤١٠ بمنح المدين أجلاً للوفاء أو تقسيط الدين، فإن عدم قدرته على

(٩٧) انظر في شروط وآثار نظرة الميسرة، عبد الرزاق السنهوري ومصطفى الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤، ص ٩١٤ وما يليها.

الوفاء بالدين بعد انقضاء الأجل أو الوفاء بالأقساط، يمنع القاضي من تطبيق ذلك الحكم. فينبغي تحقق الشرطين معاً: حالة المدين وقدرته على الوفاء، فإن تخلف أحدهما امتنع على القاضي تطبيق حكم المادة ٤١٠ من القانون المدني. فالمدين المعسر الذي يستحيل عليه الوفاء أو من لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء لا فائدة من منحه أجلاً للوفاء أو تقسيط الدين عليه(٩٨).

(٩٨) انظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص ٣٣٢ تعليقاً على نص المادة ٤١٠ حيث تبين أن للقاضي أن يمهل المدين في الوفاء أو يمنحه ما يسمى نظرة الميسرة إذا توافرت في الموضوع الأسباب المشروطة قانوناً، لذلك إذ يجب أن تكون حالة المدين تستأهل إيثاره بهذه المنحة، ومن ثم فلا يجوز أن تعطى لمن تعمد عدم الوفاء أو قصر فيه قصوراً بيناً أو لمن كان معسراً لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء، كما يجب ألا يكون من شأن النظرة إلحاق ضرر شديد بالدائن، فلا وجه لإغاثة المدين إذا كان السبيل إلى ذلك هو إنزال الأضرار البالغة بالدائن، ويلزم أخيراً ألا يوجد نص في القانون يمنع النظرة، إذ يتعين عندئذ التزام حكمه، وغني عن البيان أن القاضي عليه أن يقدر مدى النظرة بالمدة الضرورية لتمكين المدين من الوفاء. وتطبيقاً للنص المذكور فقد قضى بأن "حالة المطعون ضده تستدعي أن يقسط مبلغ الدين عليه، إذ هو متزوج وله أربعة أولاد ويرعى مصالح إخوته بعد وفاة والده، وأنه لا يوجد نص في القانون يمنع من ذلك، وأنه لا يترتب على التقسيط ضرر جسيم بالطاعنين بعد أن تعهد لهما المذكور في ١٩٨٤ بسداد مبالغ الدين على أقساط شهرية تقل قيمة كل منها عن القسط المقضي به وقاما بإعادة تعيينه في ١٩٨٥ في ذات الوظيفة التي كان يشغلها قبل إنهاء خدمته، وكان هذا الذي خلص إليه الحكم المطعون فيه له أصل ثابت بالأوراق ويواجه دفاع الطاعنين، وكانت أوراق الدعوى خلواً مما يفيد تعمد المطعون ضده عدم الوفاء بالدين أو تقصيره فيه، أو أنه معسرٍ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة الذي قضى بأن يقسط الدين على المطعون ضده يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون هذا النعي بالتالي في غير محله". الطعن رقم ٨٦/١٠٩ إداري جلسة ١٩٨٧/٣/٢٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، يونيه ١٩٩٦، القسم الثاني، المجلد الثاني، ص ٩٤١.

يتضح من نص المادة ٤١٠ أن نظرة الميسرة (الأجل القضائي) قد تمنح للمدين المعسر وغير المعسر مادام قادراً على الوفاء بالدين[٩٩]. فنظرة الميسرة وفقاً لنص المادة ٤١٠ لا تكون لحالة الإعسار الناتجة عن الاستحالة المستمرة في الوفاء بالدين، فالمدين المعسر الذي لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء بالدين لا يمكنه الاستفادة من حكم المادة ٤١٠ من القانون المدني.

وإذا كانت إمكانية حصول المدين على أجل للوفاء بالدين أو تقسيطه عليه تتوقف على قدرته على الوفاء، فيستخلص من ذلك أن الغاية من نظرة الميسرة ليست معالجة حالة الإعسار بذاتها بل تنفيذ المدين لالتزامه من خلال الوفاء الكامل بالدين المستحق. فمعالجة حالة الإعسار تقتضي عدم قصر منح الأجل القضائي بشكل عام على المدين المقتدر على الوفاء، فينبغي الأخذ بعين الاعتبار عند طلب المدين أجلاً للوفاء بالدين بجميع الظروف المحيطة به، عامة كانت أو خاصة، فقد يكون إعسار المدين حسن النية راجعاً إلى ظروف معينة لا يد له فيها كالأزمات الاقتصادية أو فقدانه مصدر دخله. فالمشرع الفرنسي – على سبيل المثال – أخذ بعين الاعتبار لوقف تنفيذ الالتزام، في المادة L. 313-12 من قانون حماية المستهلك، حالة المدين المفصول عن العمل[١٠٠].

فإذا كان التزام المدين المعسر، كما رأينا، لا ترد عليه الاستحالة ولا يمكن تعديله وفقاً لنظرية الظروف الطارئة أو الحصول على أجل للسداد عندما

---

(٩٩) فقد يكون لدى المدين من المال ما يكفي للوفاء بالتزامه، وليس في مقدوره مؤقتاً أن يقوم بالوفاء، كأن يكون لدى المدين عقاراً أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك، أو يكون للمدين موارد يتقاضاها في مواعيد متعاقبة، كأجر عمله أو ريع ملكه، وهي كافية للوفاء لو قسط دينه.

(١٠٠) مجال تطبيق المادة L. 313-12 من قانون حماية المستهلك الفرنسي يقتصر على القروض الاستهلاكية والعقارية حيث تقضي الفقرة الأولى منها على ما يلي :
"L'exécution des obligation du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les condition prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. L'ordonnance peut decider que, durant le délai de grace, les sommes dues ne produiront point intérêt ".

يستحيل عليه الوفاء بالدين، فإن القواعد العامة تبقى غير كفيلة وعاجزة عن تحقيق قدرٍ من الحماية القانونية لمواجهة حالة الإعسار بالنسبة للمدين الذي ينبغي عليه تنفيذ التزامه، دون مراعاة للظروف التي أدت به إلى ذلك.

فإلى جانب النظام القانوني لنظرة الميسرة (القواعد العامة) راعى المشرع الفرنسي، في قانون حماية المستهلك (قواعد خاصة)(١٠١)، الظروف غير المتوقعة des circonstances imprévisibles التي يترتب عليها استحالة سداد المدين المستهلك بجميع ديونه غير المهنية مستحقة الأداة أو المؤجلة(١٠٢)، وأياً كان مصدر تلك الديون. فالمادة L. 313 -7 فقرة ١ تنص على إمكانية تأجيل الوفاء بالديون المستحقة من خلال منحه أجلاً للوفاء report أو تقسيط rééchelonnrment الدين عليه. وتنص الفقرة ٣ من المادة ذاتها على تخفيض الفائدة المستحقة. كما أن الفقرة ٤ تنص على تخفيض الدين ويكون ذلك في حالة البيع الجبري لمنزل المدين المرهون ضماناً لسداد القرض عندما لا يكون ثمن البيع كافياً لسداد قيمة قرض المنزل للجهة المقرضة(١٠٣). وذهب المشرع

---

(١٠١) انظر في تلك القواعد،

V. Vigneau, G- Xavier Bourin, Droit du surendettement des particuliers, Litec, 2007.

(١٠٢) كالبطالة والطلاق والمرض على سبيل المثال، انظر في ذلك،

Raymond G., Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles, Contrat, conc., consom. 1999, n° 9, p. 8 et s., spec. p. 9; Sinay-Cytermann A., La réforme du surendettement, Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusion, JCP éd. G 1999, n° 4, p. 195.

كما أن القضاء الفرنسي يتوسع في تفسير مفهوم حسن النية بالنسبة للمدين surendetté:

Selon la jurisprudence française, sont de bonne foi, non seulement les débiteurs victims des circonstance, mais encore ceux qui se sont surendettés par imprévoyance, sans l'avoir recherché de manière consciente et réfléchie. Voir, Cass. 1re civ., 14 mai 1992, RTD com. 1992. 864, obs. Paisant

(١٠٣) حيث تنص الفقرة ٤ من المادة L. 331-7 على أنه :

" En cas de vente force du logement principal du débiteur, grevé d'une = inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fournir les sommes

الفرنسي إلى أبعد من ذلك، فنص– في إطار حماية المدين المستهلك– على إمكانية شطب الدين أو محوه effacement بالنسبة للمدين المعسر الذي ليس له مصادر مالية وأموال قابلة للحجز. فالمادةL.331-7-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي أجازت وقف استحقاق الديون خلال فترة لا تتجاوز سنتين، فإن لم تتحسن حالة المدين المالية بعد انقضاء تلك الفترة فيمكن شطب كل هذه الديون أو بعضها.

كما أتاح المشرع المصري في القواعد الخاصة للإعسار المدني للقاضي سلطة الحكم للمدين الذي لا تكفي أمواله للوفاء بديونه المستحقة الأداء ليس فقط بمد أجل ديونه المؤجلة وإنما بمنحه أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً(١٠٤).

فكل من القانون الفرنسي والمصري يسعي لتوفير حماية قانونية لمواجهة حالة الإعسار، فيكون للمدين الخيار بين القواعد العامة (نظرة الميسرة) أو القواعد الخاصة (النظام القانوني للإعسار) وفقاً لقدرته المالية على الوفاء بالدين. فسواء كان المدين يرجى منه أو لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء بالدين يكون له في الحالتين إمكانية الحصول على أجل للوفاء بالدين أو تقسيطه وفقاً للخيار المتاح له بين نظرة الميسرة أو النظام القانوني للإعسار. وهذا على خلاف القانون الكويتي الذي لا يكون فيه للمدين المعسر إلا اللجوء إلى القواعد العامة للإفادة من حكم المادة ٤١٠ (نظرة الميسرة)، وبشرط أن يرجى منه الاقتدار على تنفيذ التزامه.

= nécessaries à son acquisition, réduire, par « proposition » spéciale et motivée, le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente « après imputation du prix de vente sur le capital restant dû », dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un rééchelonnement calculé comme il est dit ci-dessus..., ". Cette protection n' est accordée que si, au jour de la vente, L'immeuble constitue effectivement le logement principale du débiteur, voir Cass, 1re civ., 19 mai 1999, D. 1999. IR. 174; RTD com. 1999. 767, obs. Paisant.

(١٠٤) انظر نص المادة ٢٥٢ ، الفقرة ٢ من القانون المدني المصري.

الخاتمة

تطور نظرية الالتزام كان نتيجة التأثر بالعديد من العوامل المختلفة، فالتغيرات الاقتصادية التي قد تطرأ بعد إبرام العقد أدت إلى تبني نظرية الظروف الطارئة، وضرورة حماية المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة العقدية استوجبت ظهور ما يسمى بالشروط التعسفية.

ومن العوامل المؤثرة أيضاً في تطور نظرية الالتزام مدى قدرة المدين على تنفيذ التزامه بسبب الإعسار، فالعديد من التشريعات المقارنة سعت إلى تعديل بعض القواعد العامة لكي تتلاءم مع حالة الإعسار التي يتعرض لها المدين في أثناء تنفيذ التزامه، أو إيجاد نظام قانوني خاص لمعالجة تلك الحالة وما قد يترتب عليها من آثار خطيرة تحقيقاً لمصلحة أطراف علاقة الدين.

ومواجهة حالة الإعسار تختلف باختلاف القواعد القانونية المتعلقة بتلك الحالة. فالقانون المدني المصري، من خلال نظام شهر إعسار المدين – عندما لا تكفي أمواله لوفاء ديونه المستحقة الأداء – قد تبنى إن صح التعبير قواعد قانونية علاجية تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً. كما أن القواعد الخاصة المتعلقة بمعالجة حالات المديونية في قانون حماية المستهلك الفرنسي – عندما يستحيل على المدين حسن النية الوفاء بديونه الحالة والمؤجلة – لها طابع وقائي، فإمكانية إبراء ذمة المدين من المديونية في بعض الحالات تهدف إلى ضرورة التشدد وأخذ الحيطة والحذر بالنسبة لحالة المدين المالية خاصة فيما يتعلق بعمليات الإقراض التي تمارسها البنوك.

أما القانون الكويتي فلا يزال ينظر إلى حالة الإعسار كحالة واقعية يثار بشأنها العديد من التساؤلات خاصة مفهومها ونطاقها. كما أن الحماية القانونية، المقررة وفقاً للقواعد العامة، لمواجهة تلك الحماية لا ترتبط من بعيد ولا من قريب أصلاً بحالة الإعسار وإنما بإمكانية تنفيذ المدين لالتزامه.

وإذا كان المشرع الكويتي قد انتبه إلى حماية الدائن من إعسار مدينه من خلال وسائل حماية الضمان العام المقررة وفقاً للقواعد العامة فإنه تناسى أن حالة الإعسار قد تكون نتيجة عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه لعدم كفاية أمواله للوفاء بالدين المستحق للدائن، وأن المدين أصلاً في حاجة إلى حماية أيضاً، فمن الأهمية أن يتدخل المشرع فيتبنى نظاماً قانونياً خاصاً لمعالجة الإعسار تحقيقاً لمصلحة كل من الدائن والمدين، بحيث يكون للمدين حسن النية – وفقاً لحالته المالية – الحق في تأجيل الدين المستحق، أو تقسيطه، أو تخفيض مقدار الدين، أو تخفيض نسبة الفائدة في الديون التجارية أو إسقاطها. ويكون للدائن الحق في المحافظة على ضمانه العام من خلال عدم نفاذ تصرفات مدينه الضارة في مواجهته وبقوة القانون. فغياب التنظيم القانوني لحالة الإعسار من شأنه أن يرتب العديد من الآثار السلبية الخطرة من عدة نواحٍ في مواجهة كل من الدائن والمدين.

المراجع

أولاً – المراجع باللغة العربية :

١ – **إبراهيم الدسوقي أبو الليل :**

– نظرية الحق، دار الكتب، ٢٠٠٤.

– العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.

– أحكام الالتزام، دار الشريف للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٩٩٦.

٢ – **أحمد محمود خليل:**

– أحكام الإفلاس التجاري والإعسار المدني، معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية. ٢٠٠٤.

٣ – **أنور سلطان:**

– الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.

٤ – **بدر جاسم اليعقوب :**

– أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الطبعة السادسة، ٢٠٠٣ – ٢٠٠٤.

٥ – **جميل الشرقاوي :**

– النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٦ – **حسام الدين الأهواني :**

– المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

٧ – **حمدي عبد الرحمن :**

– الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

٨ – **رمضان أبو السعود:**

– النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.

– النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.

٩ – **سمير تناغو:**

– مصادر الالتزام، ١٩٩٩–٢٠٠٠.

١٠– **عبد الرزاق السنهوري :**

– الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٦٧.

– الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع الإسلامي، بدون سنة نشر.

١١– **عبد الرزاق السنهوري و مصطفى الفقي:**

– الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الثالث)، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.

– الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤.

١٢– **عبد الرسول عبد الرضا و جمال النكاس:**

– الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الكتب، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥–٢٠٠٦.

١٣– **عبد الفضيل محمد أحمد:**

– الإفلاس في القانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٩.

١٤- **عبد الوهاب الرومي :**

- الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين، دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو ١٩٩٨.

- الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

١٥- **عبد المنعم فرج الصدة :**

- أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

١٦- **فتحي عبدالرحيم عبدالله :**

- شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠-٢٠٠١

١٧- **قدري عبد الفتاح الشهاوي :**

- نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

١٨- **محسن عبد الحميد البيه :**

- النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون سنة نشر.

- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المطبعة العربية الحديثة، بدون سنة نشر.

١٩- **محمد السناري :**

- الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٢٠- **محمد عبدالرحيم عنبر :**

- الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية، ١٩٨٧.

٢١- **محمدين عبد القادر محمد:**

- الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨.

٢٢- **محمد محيي الدين إبراهيم سليم :**

- نظرية الظروف الطارئة، بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.

٢٣- **منصور الفتلاوي:**

- نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية :

1 - J. Calais- Auloy et F. Steinmetz:

- Droit de la consummation, précis Dalloz, 5e éd., 2000.–

2 - F. Chabas:

- Obs sous Cass. 2e civ., 24 janv. 1996, Dr.& part. 1996, p. 76.

3 - G. Corun:

- Droit civil, Introduction, Les personne, Les biens, précis Domat, Montchrestien, 9éd.,1999.

4 - Ph. Delebecque:

- Obs sous Cass com., 1re oct, 1997, D. 1998. somm., p. 199.

5 - M. Fabre-Magnan:

- Propriété patrimoine et lien social, RTD civ. 1997, p. 583.

6 - H. Lalou :

- Note sous Cass. Civ., 28 avr. 1947, D. 1947, jur., p. 329.

7 - R. Libchaber:
- Note sous Cass. Com. 14 nov 2000, Defrenois 2000, art. 37309, p. 240.

8 - PH. Malaurie, L. Aynès, PH. Stoffel-Munck:
- Les obligations, Defrénois, 2004

9 - D. Mazeaud:
- note sous Cass. 1re civ., 10 fév. 1998, D. 1998, jur., p. 359.

10 - G. Paisant:
- Obs sous Cass. 1re civ., 19 mai 1999, RTD com. 1999. 767.
- Note sous Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, JCP, éd., G. 1998, II, 10124.
- Obs sous Cass. 1re civ., 14 mai 1992, RTD com. 1992, p. 864.

11 - G. Raymond:
- Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles, Contrat, conc., comsom. 1999, p. 9.

12 - Th. Revet:
- L'argent et la personne, in L'argent et le droit, archives de philosophie du droit, 1998.

13 - A.Sériaux:
- La notion juridique de patrimonie, brèves réflexions civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994, p. 801.

14 - A.Sinay- Cytermann:
- La réforme du surendettement, Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre Les exclusion, JCP éd., G. 1999. p. 195.

15 - PH. Soustelle:
- Les délais judiciaries different l'exécution de l'obligation, Thèse Saint-Etienne 1996.

16 - F. Terré:
- Introduction générale au droit, précis Dalloz, 5eme éd., 2000.

17 - V. Vigneau et G-X. Bourin:
- Droit du surendettement des particuliers, Litec, 2007.

18 - G. Viney:
- Obs sous Cass. Civ., 9 mars 1994, JCP éd., G. 1994, I, n° 3773.

19 - G. Viney et P. Jourdain:
- Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité, LGDJ, 2eme éd., 1998.

20 - F. Zenati:
- Pour une renovation de la théorie de la propriété, RTD civ, p. 306.